

〈논문〉

민법상 구제수단의 다양화: 이행·추완·금지청구권에 관한 민법개정안*

김재형**

요약

민법상 구제수단은 매우 다양하다. 물권을 보호하기 위한 대표적인 구제수단으로 물권적 청구권이 있고, 채무불이행에 대한 구제수단으로 강제이행과 손해배상 그리고 계약의 해제·해지가 있다. 부당이득반환청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권은 물권을 비롯한 각종 권리와 다양한 형태로 나타나는 법적 이익을 보호하는 중요한 구제수단이다.

법무부 민법개정위원회(이하 '위원회'라 한다)는 2009년 2월부터 2014년 2월 17일까지 5년 동안 민법 재산편에 관한 개정안(이하 '민법개정안' 또는 '개정안'이라 약칭한다)을 마련하였는데, 개정안에는 새로운 구제수단들이 포함되어 있다. 특히 위원회는 이행청구, 추완청구권, 금지청구권 등에 관한 규정을 신설하기로 하였다. 이러한 개정안은 민법에서 명문으로 새로운 구제수단을 인정한 것이다. 개정안이 통과된다면, 전통적인 구제수단 이외에 여러 새로운 구제수단이 민법에 명문의 규정으로 도입됨으로써, 구제수단은 더욱 다양하게 될 것이다.

이 글에서는 민법개정위원회에서 확정된 「이행청구, 추완청구권, 금지청구권에 관한 민법개정안」을 소개하고 그 의미를 살펴보고자 하였다. 이들 구제수단에 관한 민법개정안에 관하여 그 공통점과 차이점을 서로 비교하면서 검토함으로써 그 의미와 내용을 깊이 있게 이해할 수 있다. 현재에도 해석론으로 이 세 청구권을 긍정할 수 있지만, 명문의 규정이 없는 상태에서 권리를 인정할 경우에는 가급적 좁은 범위에서 권리를 인정하려는 경향이 있다. 따라서 민법개정안은 현재까지의 학설과 판례의 발전을 승인하고 민법상 구제수단을 더욱 다양화하고 실효성이 있는 것으로 만드는 데 기여할 것이다.

주제어: 구제수단, 이행청구권, 추완청구권, 추완권, 금지청구권, 민법개정안

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비(공동연구) 지원을 받은 것으로, 2016년 3월 25일 서울대학교 법학연구소가 <민법개정안에 관한 심층 연구>라는 주제로 개최한 학술대회에서 발표한 글을 다듬은 것이다.

** 대법관(전 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수).

I. 서 론

민법상 구제수단은 매우 다양하다. 물권을 보호하기 위한 대표적인 구제수단으로 물권적 청구권이 있고, 채무불이행에 대한 구제수단으로 강제이행과 손해배상 그리고 계약의 해제·해지가 있다. 부당이득반환청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권은 물권을 비롯한 각종 권리와 다양한 형태로 새롭게 등장하는 법적 이익을 보호하는 중요한 구제수단이다. 그 밖에 비용상환청구권 등 여러 구제수단이 민법 여기저기에 흩어져 있고, 추완청구권, 대상청구권, 금지청구권 등 학설이나 판례에서 인정하는 구제수단도 있다.

법무부 민법개정위원회(이하 ‘위원회’라 한다)는 2009년 2월부터 2014년 2월 17일 까지 5년 동안 민법 재산편에 관한 개정안을 마련하였는데, 개정안에 새로운 구제수단들이 포함되어 있다. 특히 위원회는 이행청구, 추완청구권, 대상청구권, 금지청구권에 관한 규정을 신설하기로 하였다. 이러한 개정안은 민법에서 명문의 규정으로 새로운 구제수단을 인정할 것으로서 우리 민법에 큰 변화를 가져올 수 있는 매우 중요한 내용이라고 할 수 있다. 개정안이 통과된다면, 전통적인 구제수단 이외에 여러 새로운 구제수단이 민법에 명문의 규정으로 도입됨으로써, 구제수단은 더욱 다양하게 될 것이다.

이행청구권은 비교법적 고찰의 주요 주제이다. 대륙법계에서는 이행청구권을 넓게 인정하고 있는 반면, 영미법계에서는 이행청구권, 특히 특정이행(specific performance) 청구를 예외적으로 인정하고 있을 뿐이기 때문이다. 또한 해석론으로 추완청구권이나 금지청구권을 인정할 수 있는지, 입법론으로 이러한 권리를 도입한다면 어떠한 방식으로 도입할 것인지에 관해서는 논란이 많다.

채권총칙에서 다루는 이행청구권과 추완청구권은 ‘채무자가 해야 할 일을 하지 않는 경우’에 그 이행이나 추완을 요구하는 청구권인데, 추완청구권은 이행청구권의 일종이라고 할 수 있다. 위법행위에 대한 금지청구권은 ‘해서는 안 될 일을 하려는 경우’에 그 금지를 요구하는 청구권이다. 이러한 청구권은 서로 명확하게 구별되는 것처럼 보이지만, 작위(作爲) 또는 부작위(不作爲)를 청구하는 것이라는 점에서 공통점 또는 유사점이 있다. 한편 이행청구권이 부작위의 이행을 구하는 경우에는 일정한 행위의 금지를 청구하는 모습으로 나타날 수 있고, 금지청구권은 위법행위를 금지하는 데서 나아가 금지청구를 실현하는 데 필요한 작위를 청구하는 모습을 띠기도 한다.

법무부 민법개정위원회는 분과위원회 별로 개정시안을 마련하여 최종적으로 전원위원회 또는 전체회의¹⁾에서 개정안을 확정하였다. 이행청구권과 추완청구권에 관한 개정안은 채무불이행법을 다루는 분과에서 담당하였다.²⁾ 2010년 제2기 민법개정위원회 채무불이행법 분과위원회에서 분과위원회안을 확정된 것도 있고 그렇지 않은 것도 있었는데, 여기에서 다루고자 하는 이행청구, 추완청구권, 강제이행에 관한 개정안은 당시에 이미 확정되어 있었다.³⁾ 한편, 위법행위에 대한 금지청구권에 관한 개정안은 제2기 민법개정위원회 제6분과위원회(불법행위)에서 담당하였다.⁴⁾ 필자는 금지청구권에 관하여 관심이 많았고 인격권에 기한 금지청구권에 관한 개정안을 신설할 것을 제안한 적이 있었고,⁵⁾ 제6분과위원회 회의에 참석하여

-
- 1) 법무부 민법개정위원회는 제1기인 2009년에는 민법개정위원 전원이 개최한 회의를 전원위원회라고 하였으나, 제2기인 2010년부터는 전체회의라는 명칭을 사용하였다.
 - 2) 법무부 민법개정위원회(위원장 서민 교수)는 제1기(2009년)에는 민법총칙과 담보제도를 다루었고, 채권법에 관한 개정안은 다루지 않았다. 채무불이행법에 관해서는 제2기(2010년) 민법개정위원회 제2분과위원회에서 개정안을 작성하기 시작하여 제3기(2011년) 민법개정위원회 제4분과위원회, 제4기(2012년) 민법개정위원회 제3분과위원회에서 계속 개정안을 작성하였다. 2013년에는 분과위원회에서 이미 작성한 개정안을 확정하기 위하여 제4기의 후속분과로서 운영되었다. 채무불이행법을 맡은 분과위원회의 위원들은 분과위원장을 포함하여 매년 6명 또는 7명 정도로 구성되었다. 분과위원장 송덕수 교수, 위원 김동훈 교수, 김재형 교수, 오종근 교수, 정진명 교수, 박동진 교수(이상 학계), 강승준 부장판사, 문용호 변호사, 안태용 변호사, 전원열 변호사(이상 실무계)가 참여하였는데, 위원들의 변동이 있었다. 제2기 민법개정위원회부터는 분과위원회에서 작성한 개정안은 실무위원회(위원장 윤진수 교수), 분과위원장단 회의(위원장 서민 교수)를 거쳐 민법개정위원회 전체회의에 회부되어 확정되었다. 그 경과에 관하여 상세한 것은 송덕수, “채무불이행에 관한 민법개정시안”, **민사법학**, 제60호(2012. 9), 151-155면; 송덕수, “채무불이행의 요건”, **민사법학**, 제65호(2013. 12), 207-209면; 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제65호(2013. 12), 584면(**민법론 V** (2015)에 재수록. 이하 이 책에 따라 인용한다); 김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”, **서울대학교 법학**, 제55권 제4호(2014. 12), 3면 이하 참조.
 - 3) 필자는 제1기와 제2기 민법개정위원회에서는 담보제도 분과위원회에 있다가 2011년 제3기 민법개정위원회부터 채무불이행법을 다루는 분과에 합류하여 개정안을 작성하는 과정에 참여하였다. 제3기 민법개정위원회 분과위원회에서는 채무불이행에 관한 개정안 중 확정되지 않았거나 새롭게 논의하기 시작한 개정안을 작성하였으나, 제2기에서 확정된 분과위원회안에 관해서는 간략한 보고를 하는 방식으로 진행되었다.
 - 4) 제2기 민법개정위원회 제6분과위원회는 분과위원장 엄동섭 교수, 분과위원 김천수, 김상중, 이창현 교수(이상 학계), 설범식 부장판사, 김용호 변호사(이상 실무계)로 구성되었으나, 제3기 민법개정위원회에서는 실무계 위원이 연윤희 부장판사와 안태용 변호사로 교체되었다.
 - 5) 필자는 인격권에 관한 입법제안을 하면서 인격권의 개념을 비롯한 여러 규정을 두고 인격권 침해에 대한 구제수단의 하나로서 제3조의5를 신설하여 “인격권 침해에 대한 중지 또는 예방 청구”에 관한 규정을 둘 것을 제안하였으나, 위원회에서 확정된 인격권에 관한

인격권에 관한 개정안을 발표하기도 하였다.

이 글에서는 2012년과 2013년 민법개정위원회 전체회의에서 확정된 「이행청구, 추완청구권, 금지청구권에 관한 민법개정안」(이하 ‘민법개정안’ 또는 ‘개정안’이라 약칭한다)을 소개하고 그 의미를 살펴보고자 한다. 개정안에서 이행청구권과 추완청구권은 채권편의 총칙부분에 규정되어 있고, 금지청구권은 불법행위의 장에 규정되어 있지만, 민법상의 새로운 구체수단으로서 그 공통점과 차이점을 서로 비교하면서 검토하는 것이 그 의미와 내용을 깊이 있게 이해하는 데 도움이 될 것이다.

II. 이행·추완·금지 청구권에 관한 민법개정안 개관

1. 현행법

(1) 민법은 제389조⁶⁾에서 강제이행에 관한 규정을 두고 있을 뿐이고 이행청구, 추완청구권, 금지청구권에 관한 명문의 규정은 없다.

(2) 학설은 이행청구권을 인정하고 있는데,⁷⁾ 제389조는 이행청구권을 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이행의 청구와 강제이행은 구별되므로, 제389조가 이행청구권 자체를 규정한 것은 아니다.

(3) 제214조는 소유물방해배제청구권에 관하여 규정하고 있다. 인격권에 기한 금지청구권에 관해서는 명문의 규정이 없지만, 판례에 의하여 금지청구권이 인정되고 있다.⁸⁾ 또한 판례는 위법행위에 대한 금지청구권도 인정하고 있다.⁹⁾

2. 민법개정위원회의 개정안

(1) 민법개정위원회에서 확정된 이행청구, 추완청구권, 금지청구권에 관한 개정

개정안은 제3조의2에서 인격권에 관한 기본 규정을 두는 것에 그쳤다. 김재형, “인격권에 관한 입법제안”, **민사법학**, 제57호(2011. 12), 41면 이하.

6) 민법의 조항은 법률의 명칭을 기재하지 않고 인용한다.

7) 양창수·김재형, **계약법**, 제2판(2015), 428면.

8) 대판 1996. 4. 12, 93다40614(공 1996, 1486); 대판 1997. 10. 24, 96다17851(공 1997, 3574); 대결 2005. 1. 17, 2003마1477(공 2005, 391).

9) 대결 2010. 8. 25, 2008마1541(공 2010, 1855).

안은 다음과 같다.

첫째, 제386조의2(채권자의 이행청구)를 신설하여 채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다는 규정을 둔다.

둘째, 제388조의2(추완청구권)를 신설하여 불완전이행의 경우에 채권자의 추완청구권을 원칙적으로 인정하고, 다만 추완에 과도한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 예외적으로 추완청구권을 부정한다.

셋째, 강제이행에 관한 제389조에서 제1항만을 유지하고 제2항부터 제4항까지 모두 삭제한다. 제2항과 제3항은 민사집행에 관한 것이기 때문에, 민사집행법에 맡긴 것이다. 제4항은 강제이행이 손해배상에 영향을 미치지 않는다는 것으로 당연한 조항이라고 보아 삭제한 것이다.

넷째, 제766조의2(금지청구)를 신설하여 위법행위에 대한 금지청구권을 인정하고 그 요건을 정한다.

(2) 2004년 민법개정안을 작성할 당시 제389조를 삭제하고 민사소송법(현재는 민사집행법)에 통합하는 개정 의견이 있었으나, 이 규정은 이행청구권을 긍정한 것으로 그 의미가 적지 않다는 의견이 많아 개정에서 제외되었다.¹⁰⁾ 또한 추완청구권과 대체급부청구권을 명문화하는 개정의견¹¹⁾이 제시된 바 있으나, 최종 개정안에는 포함되지 않았다.

제764조의2를 신설하여 예방적 부작위청구권을 신설하자는 개정 의견이 있었으나, 이는 장기적 검토 사항으로 미루어졌다. 이 의견이 2013년 민법개정안에서 금지청구에 관한 제766조의2로 실현되었다고 볼 수 있다. 한편, 채권자의 이행청구에 관한 개정안이나 추완청구에 관한 개정안에 관해서는 2004년 민법개정안을 작성할 당시 개정 의견이 없었다.

(3) 2013년에 확정된 민법개정안에 있는 위 4개의 조항은 2004년 민법개정안에 없었던 조항들이다. 따라서 이번 민법개정위원회는 2004년 민법개정안에 비하여 매우 적극적으로 개정안을 마련하였다고 볼 수 있다.

10) 법무부, 2004년 민법(재산권)개정자료집(2004), 568면.

11) 법무부(주 10), 565면. 당시 양창수 교수의 개정의견은 다음과 같다. ① 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 법원에 그 완전한 이행을 청구할 수 있다. ② 이미 행하여진 급부가 추완할 수 있는 경우에 채권자는 그 추완을 청구하여야 한다. 그러나 추완에 과도한 비용을 요하는 경우에는 대체이행을 청구할 수 있다.

현행법	2004년 민법개정안	2012/2013년 민법개정안
<신설> <신설> 제389조(강제이행) <신설>	개정안 없음	제386조의2(채권자의 이행청구) 제388조의2(추완청구권) 제389조(강제이행) 제766조의2(금지청구)

Ⅲ. 이행청구와 강제이행에 관한 개정안과 그 내용

1. 쟁점

민법개정위원회에서 강제이행에 관한 제389조를 삭제하거나 수정할 것인지, 이행청구권에 관한 규정을 신설할 것인지 문제되었다. 분과위원회¹²⁾에서 이행청구권에 관한 규정을 신설하고, 강제이행에 관해서는 삭제하는 방안과 수정하는 방안을 제시하였는데, 실무위원회, 분과위원장단 회의, 전체회의에서 이행청구권에 관한 조항을 신설하고 강제이행에 관한 규정을 수정하기로 하였다. 이행청구권에 관한 규정이 앞에 있지만, 강제이행에 관하여 논의하다가 이행청구권을 신설하기로 한 것이기 때문에, 먼저 강제이행에 관한 규정에 관해서 살펴본 다음에 이행청구권에 관해서 살펴보고자 한다.

2. 강제이행에 관한 제389조의 의미

(1) 채권은 채권자가 채무자에 대하여 일정한 급부를 청구하는 것을 내용으로 하는 권리이다. 따라서 채무자에 대한 청구적 효력(즉 청구력)과 채무자의 급부를 받아서 이를 적법하게 간직할 수 있는 효력(즉 급부보유력)이 채권의 기본적 효력 또는 최소한도의 법적 효력이다. 그런데 채무자가 임의로 이행하지 않는 경우에는 국가권력의 활동을 통해서 채무내용의 실현이 강제되는 것이 원칙이다. 그러한 채무의 이행을 보장하는 방법으로 현실적 이행을 강제하는 방법과 손해를 배상하도록 하는 방법이 있다.¹³⁾ 따라서 이행청구권은 채권의 청구력에서 도출되는 것이고,

12) 이하 분과위원회는 2010년부터 채무불이행법을 담당했던 분과위원회 또는 불법행위법을 담당했던 분과위원회를 가리킨다.

13) 박윤직, **채권총론**, 제6판(2006), 106면.

제389조는 채무불이행에 대한 구제수단 중 하나인 현실적 이행의 강제를 정한 것이라고 할 수 있다.

(2) 채무자가 임의로 자신이 부담하는 채무를 이행하지 않는 경우에 그 채무의 내용 그대로를 국가기관(집행법원 또는 집행관 등의 강제집행기관) 등의 힘에 의하여 강제적으로 실현하는 것을 강제이행이라고 한다.

영미법계에서는 계약 위반에 대한 원칙적인 구제수단이 손해배상이고, 채무의 이행을 강제하는 특정이행(specific performance)은 예외적으로 인정된다. 이에 반하여 대륙법계에서는 채무불이행에 대한 원칙적인 구제수단으로 강제이행과 손해배상을 병렬적으로 인정하고 있다.

민법 제정당시 법전편찬위원회는 민법전편찬요강에서 강제이행 규정에 관하여 “414조¹⁴⁾ 2항·3항을 삭제하고 민사소송법에 이를 규정할 것”이라고 정하였다.¹⁵⁾ 이는 만주국 민법¹⁶⁾과 유사하다. 그러나 민법초안에서는 현행민법 제389조와 마찬가지로 제2항, 제3항을 그대로 두었다. 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회는 “현행법(의용민법을 가리킨다. 필자 주) 제414조와 동일한 취지이나 조문 작성에 개량되었다”고 하였다.¹⁷⁾

민법의 기초자는 처음부터 채무불이행에 대한 주요한 구제수단으로 강제이행과 손해배상을 병존시키고자 하였다고 볼 수 있다. 다만 법전편찬위원회에서는 의용민법과는 달리 민법에서는 강제이행에 관한 원칙적인 규정만을 두고 집행방법에

14) 의용민법을 가리키는 것으로 현행 민법 제389조에 해당한다. 의용민법(현재의 일본 민법도 마찬가지다) 제414조는 다음과 같다.

- ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 청구할 수 있다. 다만, 채무의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 채무의 성질이 강제이행을 허용하지 아니하는 경우에는 그 채무가 작위를 목적으로 하는 때에는 채권자는 채무자의 비용으로써 제3자에게 이를 하게 하는 것을 재판소에 청구할 수 있다. 다만 법률행위를 목적으로 하는 채무에 관하여는 재판으로써 채무자의 의사표시에 갈음할 수 있다.
- ③ 부작위를 목적으로 하는 채무에 관하여는 채무자의 비용으로써 그것을 제각하고 또 장래를 위하여 적당한 처분을 하는 것을 청구할 수 있다.
- ④ 전 3항의 규정은 손해배상의 청구를 방해하지 아니한다.

15) 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, **민법연구**, 제1권(1991), 105면.

16) 만주 민법 제376조는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 채무자가 임의로 채무의 이행을 하지 않을 때는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 다만, 채무의 성질이 이것을 허용하지 않을 때에는 그렇지 않다.
- ② 전항의 규정은 손해배상의 청구에 영향이 없다.

17) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, **민법안심의록**, 상권(1957), 233면.

관한 내용은 민사소송법에 두려고 하였으나, 민법초안에서 의용민법과 동일한 방식으로 규정하되 문구를 수정하였다. 민법초안에 따라 제정된 민법이 시행된 후에 강제이행 규정의 해석론에 관하여 일본에서와 유사한 논란이 발생하였다. 위 규정에 관하여 논란이 있지만 민법개정안을 이해하는 데 필요한 한도에서 간략하게 그 의미를 살펴보고자 한다.

(3) 제389조 제1항 본문은 “채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다.”라고 정함으로써, 채무불이행에 대한 구제수단으로 강제이행청구가 원칙적으로 허용된다는 점을 명시하고 있다. 따라서 채권자는 원칙적으로 법원에 채무의 이행을 채무자에게 명할 것, 즉 이행판결을 청구할 수 있다. 이를 소구력(訴求力)이라 한다. 나아가 채권자는 법이 정하는 절차와 방식에 따라 채권의 내용을 강제적으로 실현할 수 있는 실체법상의 권능을 가진다. 이를 강제집행력이라 한다. 제389조 제1항 단서는 “그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다.”라고 정함으로써 채무의 성질을 기준으로 강제이행이 허용되지 않는 예외를 정하고 있다. 따라서 제389조 제1항은 본문에서 채무불이행의 경우에 채권자가 원칙적으로 소구력과 강제집행력을 가진다는 것을 선언하고, 단서에서 강제이행을 청구할 수 없는 예외를 정한 점에서 의미가 있다.¹⁸⁾

제389조 제2항, 제3항의 규정은 모두 채권의 강제실행에 관한 것이다. 먼저 제2항 전단에서 “전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있”다고 하여 의사표시를 하는 채무의 강제이행의 방법을 정한다. 제2항 후단은 “채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.”라고 함으로써, 대체적 작위채무(“채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로” 하는 채무)에 대하여는 “채무자의 비용으로 제3자에게 이를 하게 할 것” 즉 대체집행의 방법을 인정한다. 제3항은 “그 채무가 부작위를 목적으로 한 경우에 채무자가 이에 위반한 때에는 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제각하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있다.”라고 함으로써 부작위채무의 불이행에 대하여 대체집행을 인정하고 있다.

(4) 그런데 제389조는 절차법에 관한 사항을 실체법인 민법에 규정하고 있다는

18) 양창수·김재형(주 7), 428면. 동지: 김형석, “강제이행 - 특히 간접강제의 보충성을 중심으로 -”, 서울대학교 법학, 제46권 제4호(2005. 12), 266면, 280면.

문제가 있다.¹⁹⁾ 민사집행법에 민사집행에 관한 절차를 규정하고 있는데, 그 집행 방법으로 직접강제(제257조-259조), 대체집행(제260조, 제262조, 제263조), 간접강제(제261조, 제263조), 의사표시를 하는 채무의 강제이행(제263조 제1항 후단)에 관해서 정하고 있다. 민법 제389조 제2항, 제3항에서 정하고 있는 내용은 제1항에서 정한 강제이행의 구체적인 방법으로 볼 수도 있지만, 민사집행법에서 정한 집행방법과 중첩된다. 민사집행법에서 집행방법을 정하고 있기 때문에, 제389조 제2항, 제3항이 없더라도 별다른 문제가 생기는 것은 아니다.

제389조 제1항에서 정해진 ‘강제이행’이 직접강제를 의미한다는 견해가 통설이지만,²⁰⁾ 이는 문언의 표현과 일치하지 않는다. 따라서 민법 제389조에서 강제이행에 관한 규정을 둔 것은 의미가 있지만, 집행방법에 관한 부분은 민사집행법의 관련 규정과 합치하지 않을 뿐만 아니라 집행방법을 이종으로 규정한 것이라는 문제가 있다.

(5) 제389조 제4항은 강제이행의 청구는 손해배상에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있는데, 이는 주의적 규정으로서 반드시 필요한 규정은 아니다.²¹⁾

3. 개정안의 작성경위와 내용

(1) 분과위원회의 논의

분과위원회에서 제389조(강제이행)의 규정을 삭제할 것인지에 관하여 논란이 있었다.

(가) 강제이행 규정의 필요성

채무불이행의 경우에 채권자가 원칙적으로 손해배상을 청구하도록 하자는 의견

19) 박윤직, **채권총론**, 신정판(1994), 188면; 김상용, **채권총론**(2006), 147면; 김용한, **채권법총론**(1988), 184면; 김형배, **채권총론**, 제2판(1998), 140면. 또한 법무부(주 10), 566면도 참조. 한편 김형석(주 18), 282면, 283면은 제389조 제2항 전단은 실체법의 의미가 없는 절차규정이나, 제389조 제2항 후단과 제3항은 실체법적 의의를 가지고 있다고 한다.

20) 박윤직(주 13), 108-109면; 김기선, **한국채권법총론**, 제3전정판(1987), 140면; 김대정, **채권총론**, 개정판(2007), 583면; 김상용(주 19), 148면; 김용한(주 19), 185면; 김중환·김학동, **채권총론**, 제6판(1998), 119면; 김형배(주 19), 137면; 이은영, **채권총론**, 제4판(2009), 164면 주1; 장경학, **채권총론**(1992), 120면; 박윤직 편, **민법주해**[IX], 176면(호문혁 집필부분); 박준서 편, **주석민법**, 채권총칙(1)(2000), 404면(박해성 집필부분).

21) 박윤직 편, **민법주해**[IX], 181면(호문혁 집필부분); 법무부(주 10), 566면.

이 있었다.²²⁾ 이는 영미법상 특정이행을 예외적으로 인정하고 있는 것과 마찬가지로 손해배상을 원칙으로 하고 강제이행을 예외적으로 인정해야 한다는 것이다. 그러나 우리 민법에서 손해배상을 원칙으로 할 이유가 없기 때문에 이 견해는 채택되지 않았다. 채무를 이행하지 않으려는 자와 채무의 이행을 받으려는 자의 이익 중 무엇을 더 중시해야 하는지 문제되는데, 채권자의 이익을 우선해야 한다는 것이다.²³⁾

그런데 채무불이행의 경우 손해배상만 청구할 수 있는 것이 아니라 이행청구도 할 수 있도록 하기 위해서 ‘강제이행’에 관한 규정이 있어야 하는 것은 아니다. 가령 독일 민법 제241조와 같이 채권자의 이행청구권에 관한 규정으로 충분하다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 따라서 제389조는 그 해석을 둘러싸고 여러 혼란을 초래하고 있고 필요성도 없기 때문에 이 규정을 존치할 필요가 없다는 견해가 있었다.²⁵⁾

(나) 강제이행 규정의 위치

제389조는 민사집행절차에 관한 규정으로서 실체법인 민법에 있을 필요성이 있는지 의문이 제기되었다.²⁶⁾ 제389조는 프랑스 민법²⁷⁾과 일본 민법과 같이 강제이행 규정을 실체법에 규정하고 있다. 그러나 독일과 같이 실체법에는 채무 이행청구의 근거만 두고 구체적인 수단은 절차법에서 규정하는 방법도 있다. UNIDROIT 국제상사계약법원칙(제7.2.2조)과 유럽계약법원칙(제9:102조)은 이행청구권에 관한 규정만을 두고 강제이행에 관한 규정을 두고 있지 않다. 한편 강제이행은 채권에

22) 2010. 2. 25. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제2차 회의(김동훈 발언부분); 2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의(김동훈 발언부분).

23) 2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의(오종근, 전원열 발언부분).

24) 독일 민법에는 강제이행에 관한 규정이 없고 제241조 제1항에서 “채권에 의하여 채권자는 채무자에 대하여 급부를 청구할 수 있다.”라고 정하고 있다. 독일 민사소송법은 집행방법에 관하여 직접강제(제883조-제886조), 대체집행(제887조), 간접강제(제888조, 제890조), 의사표시를 명하는 판결(제894조-제898조)을 정하고 있다.

25) 송덕수, “민법개정위원회 제2분과 개정시안”, 2010. 6. 24. 「제2기 민법 개정위원회」 제2분과위원회(제10차) 회의자료.

26) 2010. 2. 25. 「제2기 민법 개정위원회」 제2분과위원회 제2차 회의(송덕수 발언부분).

27) 프랑스 민법은 제1142조에서 “모든 작위나 부작위는 채무자의 불이행이 있는 때에는 손해배상으로 전화한다.”라고 정하고 이행강제에 관한 규정이 없다. 그러나 제1144조에서 대체적 작위채무의 불이행에 대하여 대체집행을 인정하고, 제1143조에서 부작위 채무의 경우 채권자는 채무자에게 위반결과의 제거를 청구할 수 있고, 채무자의 비용으로 채권자 스스로 제거할 수 있도록 법원이 허락해 줄 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

만 해당하는 것은 아니고 물권 등 다른 권리의 실현에도 해당하는 것이기 때문에, 일본의 가토 안²⁸⁾과 마찬가지로 민법총칙에 규정해야 한다고 생각할 수도 있다.

민법에서 채권자가 법원에 강제이행을 청구할 수 있다는 점을 규정하는 것이 의미가 있다는 점에서 이를 존속시키기로 하였다.²⁹⁾ 다만 민사집행법에 관한 규정과 중복되거나 충돌하는 문제가 발생하기 때문에, 제1항만 존속시키고 제2, 3, 4항을 삭제하기로 하였다.

(다) 구체적인 개정시안

분과위원회에서 논의한 개정시안³⁰⁾은 다음과 같이 2개의 안을 토대로 진행되었다. 제1안은 제373조 앞에 제372조의²³¹⁾를 신설하여 ‘채권자의 이행청구’라는 표제로 “채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다.”라고 정하고, 제389조를 삭제하는 것이다. 제2안은 제373조 앞에 제372조의2를 제1안과 동일하게 신설하고, 제389조 제1항의 내용을 제389조로 하며, 제2항, 제3항, 제4항은 삭제한다. 제1안과 제2안 모두 제389조 제2항, 제3항의 내용은 민사집행법에 규정하고, 민사집행법 제260조 제1항의 문구를 조정한다.

개정시안 제372조의2는 채권의 기본규정이면서 채권에 대한 소권과 강제이행의 근거가 된다. 이것은 독일 민법의 위 조항과 일본의 채권법개정의 기본방침³²⁾과

28) 2006년 4월 일본 나고야대학의 加藤雅信 교수의 주도로 민법개정연구회가 발족하였다. 이 연구회는 민법전 개정을 위한 개정조문의 시안을 제시하였는데(이를 ‘가토 안’이라 한다), 가토 안은 권리의 실현을 권리 일반의 문제로 보아 민법총칙에 권리의 실현이라는 장에서 제108조(임의의 이행)와 제109조(이행의 강제)를 두고 있다.

29) 2010. 2. 25. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제2차 회의(전원일, 강승준, 정진명 발언부분); 2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의(오종근 발언부분).

30) 송덕수(주 25).

31) 나중에 조항의 위치를 제386조의2로 바꾸었다.

32) 2006년 10월 7일 内田 貴 동경대 교수(법무성 민사국 참여)를 비롯한 9명의 학자가 발기인으로 참여하여 일본민법(채권법) 개정검토위원회가 발족하였다. 이 위원회에서 제안한 안을 ‘우찌다 안’이라고 한다. 우찌다 안 [3.1.1.53](채권과 청구력)는 “채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 구할 수 있다.”고 정하고 있다. 이 조항에 관한 제안 이유를 보면, 일본의 민법학설 중 다수의 입장을 기초로 하여 정립한 것이고, 동시에 채권의 기본구조에 관한 생각을 나타낸 것이라고 한다. 이러한 종류의 준칙을 굳이 민법전에 둘 필요가 있는가 하는 의견이 있을지 모르나, 법률전문가가 아닌 일반시민에게도 알기 쉬운 민법이라는 점에서는 필요하고, 나아가 채권자는 채권의 성립을 주장·입증하기만 하면 채무자에 대하여 이행청구를 할 수 있음이 원칙이라는 것을 보여 준다는 점에서 법률전문가에게도 의미가 있다고 한다. 법무부, **일본채권법개정의 기본방침**(2009), 227-228면. 그러나 그후 논의과정에서 이 조항은 채택되지 않았고 2015년

합치된다. 이 조항에 대해서는 실익이 없고 선언적 의미만을 위한 조문이라면 굳이 규정할 필요가 없다는 의견과 채권의 효력에 관한 원칙규정을 두자는 의견이 양립하여 신설하는 안과 신설하지 않는 안을 같이 제출하기로 하였다.

제389조에 관해서는 그대로 두고 표현을 수정하자는 의견, 제2, 3, 4항을 삭제하자는 의견, 전체를 삭제하자는 의견이 있었다. 제389조에 ‘강제이행을 할 수 있다’는 원칙을 규정하고 다른 사항은 민사집행법에 규정하는 제2안과 같이 개정하기로 하되, 현행규정을 유지하자는 의견도 있었음을 부기하여 제안하기로 하였다. 한편 제2안을 따르면서도 제372조의2와 제389조를 하나의 조문으로 통합하여 제372조의2 제1항에 이행청구에 관해서 규정하고, 제2항에 강제이행 청구에 관해서 규정하는 것이 좋다는 견해도 있었다.³³⁾

(2) 실무위원회의 의견

실무위원회에서는 이행청구에 관한 규정을 신설하고 제389조 제2항과 제3항을 삭제하는 것에 찬성하지만, 제389조에서 ‘이행의 청구와 강제’라는 표제로 이행청구, 추완청구,³⁴⁾ 강제이행의 청구를 한꺼번에 규정할 것을 제안하고 있다.³⁵⁾ 제389조 제3항에서는 현행법 제1항을 옮겨 채권의 강제력(집행력)에 대한 규정으로 유지한다는 의견이지만, 이는 집행법의 문제라고 보아 삭제할 수도 있을 것이라고 한다. 제389조 제4항은 강제이행에 관한 절차법 규정이 아니라 이행청구권과 손해배상 청구권 사이의 관계에 대한 실체법 규정이기 때문에, 존치하여야 한다고 한다.

(3) 분과위원장단 회의

분과위원장단 회의에서는 제386조의2에서 채권자의 이행청구에 관한 규정을 두고, 제389조에서는 강제이행에 관한 원칙적 규정만을 두기로 하였다. 이것은 분과위원회

3월 31일 일본 국회에 제출된 민법개정안에서도 이 조항이 빠져 있다.

33) 2010. 6. 24. 「제2기 민법 개정위원회」 제2분과위원회 제10차 회의(오종근 발언부분).

34) 이에 관해서는 다음 항에서 다룬다.

35) 윤진수, “2분과 개정안(372조의2-398조)에 대한 실무위 검토 결과”, 2010. 11. 29. 분과위원장단 회의자료. 실무위원회가 제안한 개정시안 제389조는 다음과 같다.

- ① 채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다.
- ② 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과도한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 제3항의 규정은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

개정시안 제2안과 동일한 것이다.

(4) 민법개정위원회 전체회의

전체회의에서 분과위원장단안대로 개정안을 확정하였다. 필자는 이행청구에 관한 제386조의2와 강제이행에 관한 제389조의 관계가 모호하다고 생각하여 이에 관해서 질문을 하기도 하였으나,³⁶⁾ 개정안의 문제점을 들어 수정제안을 하지는 않았다.

현 행	개 정 안
<신 설>	제386조의2(채권자의 이행청구) 채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다.
<신 설>	제388조의2(추완청구권) 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무 이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과도한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
<p>제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 가름할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.</p> <p>③ 그 채무가 부작위를 목적으로 한 경우에 채무자가 이에 위반한 때에는 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제각하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있다.</p> <p>④ 전3항의 규정은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.</p>	제389조(강제이행) 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다.

³⁶⁾ 2012. 11. 12. 제4기 민법개정위원회 전체회의(제4차) - 채무불이행 -.

4. 개정안의 의미와 문제점

(1) 개정안 제386조의2는 채권자의 이행청구권을 새롭게 명시하고 있다. 이 조항은 채권의 의미와 효력을 명확하게 정하고 채권자의 가장 기본적인 구제수단이 이행청구권이라는 점을 밝히고 있다. 이행청구권의 인정 여부는 영미법계와 대륙법계의 가장 중요한 차이점 중의 하나인데, 이 개정안이 통과된다면 민법전에 이행청구권이 매우 선명한 형태로 규정되는 것으로 평가할 수 있다. 이와 같이 이행청구권을 원칙적으로 긍정하는 방식이 채무불이행에 대한 구제로서 손해배상만으로 인정하는 방식보다 입법정책적으로도 우월하다고 볼 수 있다. 그것이 ‘계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)’는 법원리 또는 계약준수의 원칙을 더욱 직접적으로 관철하는 방법인 데다가 채권자의 기대와 이익을 충분히 보호하는 것이기 때문이다.

그러나 이 조항을 신설했다고 해서 새로운 구제수단이 추가되었다거나 구제수단이 강화되었다고 볼 수는 없다. 이러한 권리는 명문의 규정이 없더라도 채권의 효력으로서 인정될 수 있고, 강제이행에 관한 제389조에서 이행청구권을 도출할 수 있기 때문이다. 다만 이 개정안을 신설함에 따라 강제이행에 관한 제389조에서 이행청구권을 도출할 필요는 없어졌고, 해석론상 논란이 많은 제389조를 존치할 필연적인 이유도 없어졌다.

(2) 그런데도 개정안에서는 강제이행에 관한 제389조를 수정하여 존치하고 있으므로, 제368조의2와 제389조를 어떻게 이해할 것인지 문제된다.

제386조의2는 이행청구권의 근거이고, 이것이 이행되지 않았을 때 제389조를 통해 강제이행을 청구할 수 있다고 보는 견해가 있을 수 있다. 이 견해는 제386조의2는 채권의 청구력에 관한 것이고, 제389조는 소구력과 강제집행력에 관한 것이라고 보는 것이다.

그러나 제386조의2 규정은 채권자가 채무자에게 임의로 이행할 것을 청구하는 근거가 될 뿐만 아니라, 법원에 이행청구의 소를 제기하여 이행판결을 받을 수 있는 근거가 된다. 이는 가령 ‘손해배상을 청구할 수 있다’는 근거 조문에 기하여 손해배상을 청구하는 소를 제기하여 승소판결을 받을 수 있다는 점에 비추어 보아도 명백하다. 따라서 이행청구권에 관한 규정은 청구력과 소구력의 근거조문이고, 제389조의 강제이행 규정은 강제집행력을 정한 것으로 보는 것이 적절할 것이다.

(3) 제389조는 민사집행법의 실체법적 근거조문으로서 민사집행법을 통제하는 긍정적 기능을 한다는 점에서 의미를 찾을 수 있다. 특히 제389조 단서에서 채무

의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 강제이행을 청구하지 못한다고 정한 것은 의미가 있다. 그러나 물권 등 다른 권리에서는 ‘청구할 수 있다’는 규정만을 두고 있는데, 채권에 기한 이행청구권에서만 ‘청구할 수 있다’는 규정과 ‘강제이행을 할 수 있다’는 규정을 병존시키고 있는 것은 균형이 맞지 않는다.

(4) 이행청구에 관한 제386조의2에서는 배제사유를 정하지 않는 반면, 강제이행에 관한 제389조는 그 배제사유를 정하는 방식이 적절한 것인지 문제된다. 이행청구권에 기한 소를 제기하는 경우에 강제이행의 경우와 마찬가지로 채무의 성질 등에 비추어 이를 배제해야 하는 경우가 있다. 가령 채무의 이행이 불가능한 경우, 채무의 내용이 위법한 경우, 채무가 일신전속적인 경우에는 이행청구권이 인정되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 경우에는 이행청구권 자체를 배제해야 한다. 이러한 배제사유는 이행청구소송 단계나 강제집행 단계 모두에 공통된 것이다. 따라서 강제이행 규정을 삭제하고 이행청구권에 관한 규정에서 그 배제사유를 통일적으로 정하는 것이 바람직하다.³⁷⁾

그리고 채무자가 채무를 이행하지 않아 채권자가 이행청구권을 행사하는 단계에서는 아무런 배제사유가 없다가, 채무를 불완전하게 이행하여 채권자가 추완청구권을 행사할 수 있는 단계에서 비로소 배제사유가 생긴다고 보는 것은 합리적이지 않다. 아래 IV.에서 보듯이 추완청구권을 이행청구권의 일종으로 이해한다면, 이 점에서 이행청구권과 추완청구권의 배제사유도 공통적으로 정해야 한다고 볼 수 있다.

만일 이행청구권, 강제이행, 추완청구권의 배제사유를 공통적으로 정하는 규정 방식을 채택할 경우 이행청구권의 배제사유에서는 이행불능을 비롯하여 이행을 청구할 수 없는 사유를 좀 더 상세하고 명확하게 규정할 수 있다. 이러한 배제사유를 정하는 데는 다음 항에서 보는 추완청구권의 배제사유나 유럽계약법원칙³⁸⁾ 등

37) 강제이행에 관한 규정을 존치하기로 한 이상 이행청구권에 관한 규정을 둘 필요가 없다는 주장으로는 성승현, “채무불이행법 개정안의 ‘불완전이행’ 개념 도입에 대한 단상”, **법학논총**, 제21집 제3호(조선대학교 법학연구원, 2014), 560-563면.

38) 유럽계약법원칙 제9:102조(비금전채무)

- (1) 불이행의 상대방은 금전지급 이외의 의무에 대하여 특정이행을 청구할 권리가 있으며, 여기에는 결합 있는 이행의 추완청구가 포함된다.
- (2) 그러나 다음의 경우에는 특정이행을 얻을 수 없다.
 - (a) 이행이 불법이거나 불가능한 경우,
 - (b) 이행이 채무자에게 불합리한 노력이나 비용을 야기하는 경우,
 - (c) 이행이 인적 성질이 있는 용역 또는 작업의 제공을 내용으로 하거나 인적 관계에 좌우되는 것인 경우, 또는
 - (d) 불이행의 상대방이 다른 곳으로부터 합리적으로 이행을 얻을 수 있는 경우.

의 국제규범 또는 독일 민법 등의 입법례가 참고가 될 것이다.

IV. 추완청구권에 관한 개정안과 그 내용

1. 쟁점

채권자의 추완청구권을 신설할 것인지 여부, 신설한다면 그 위치를 어디에 두고 어떠한 형태로 규정할 것인지, 채권자의 추완청구권뿐만 아니라 채무자의 추완권에 관한 규정도 신설할 것인지에 관하여 논란이 있었다.

2. 현행법상 추완청구권과 추완권의 인정여부

채무자가 채무를 제대로 이행하지 못한 경우에 채무자의 이행을 보완하는 것을 추완이라고 한다. 가령 목적물에 하자가 있거나 수량이 부족한 경우에 하자의 보수 또는 완전한 물건의 제공을 요구하거나 부족분의 추가이행을 요구하는 것이 이에 해당한다. 현행 민법에 추완청구권이나 추완권에 관한 명시적인 규정은 없다.

불완전이행³⁹⁾ 또는 불완전급부⁴⁰⁾의 경우에 그 근거를 어디에서 찾든 손해배상

(3) 불이행의 상대방은 그가 불이행을 알았거나 알았어야 했을 때로부터 합리적 기간 내에 특정이행을 구하지 않으면, 특정이행을 청구할 권리를 상실한다.

이에 관해서는 Lando/Beale 편, 김재형 역, **유럽계약법원칙 제1·2부**, 박영사(2013), 597면 이하 참조.

39) 민법 제390조에서 정하고 있는 “채무의 내용에 좋은 이행을 하지 아니한 때”에는 채무 불이행의 여러 유형인 이행지체, 이행불능, 이행거절, 불완전이행, 부수적 채무 불이행이 포함된다. 불완전이행이 채무불이행 중에서 이행지체, 이행불능, 이행거절에 속하지 않는 채무불이행을 가리키기 위해서 사용하고 있지만, 불완전이행을 적극적으로 어떻게 파악할 것인지는 논란이 있다. 이에 관한 최근의 논의로는 성승현(주 37), 545면 이하 참조. 이 용어는 독일 민법학에서 사용한 개념을 번역한 것이기 때문에, 그 용어의 모국에서 사용되는 용법에 따라 사용해야 한다고 볼 수도 있지만, 불완전이행이라는 용어는 독일어의 *Schlechterfüllung*과는 뉘앙스가 다르고, 불완전이행에서 문제되는 사안을 해결하기 위해 주장되었던 적극적 계약침해(*positive Vertragsverletzung*) 또는 적극적 채권침해(*positive Forderungsverletzung*)보다도 넓은 의미를 가지고 있다고 생각할 수 있다.

40) 불완전급부는 급부를 하였으나 그것이 부적절하거나 불완전한 경우를 의미한다. 불완전이행과 불완전급부가 동일한 개념인지 논란이 있으나, 정확하게 일치하는 개념은 아니다. 민법전에서 급부라는 용어를 사용하고 있지 않아 불완전급부라는 용어도 사용하지 않는 것으로 볼 수 있다. 이하에서는 불완전이행이라는 용어를 사용하기로 한다.

청구권이 인정된다는 점은 이견이 없지만,⁴¹⁾ 추완청구권이 현행민법상 인정될 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 통설은 불완전이행의 경우에 추완이 가능하고 또 추완으로써 완전급부를 하는 것이 여러 사정에 비추어 적절한 채무이행이 되는 때에는 채권자에게 추완청구권을 인정한다.⁴²⁾ 이러한 추완청구권은 원래의 이행청구권이 신의칙에 기하여 수정된 형태라고 할 수 있다.⁴³⁾ 그러나 현행법에서는 추완청구가 인정되지 않는다는 견해가 있었다.⁴⁴⁾ 채무불이행의 경우에 손해배상을 하고 있는데 제394조에서 손해배상의 방법은 금전배상이 원칙이므로, 추완청구권은 부정된다고 한다.⁴⁵⁾ 이행청구권은 귀책사유 없이 인정되는 것인데, 채권 성립 이후의 하자에 대해서도 귀책사유 유무에 상관없이 추완을 청구할 수 있다고 한다면 특정물인도채무자의 선관의무에 관한 제374조와 모순된다는 것이다.

한편 불완전이행의 경우에 채무자도 추완이행을 제공함으로써 ‘채무의 내용에 좇은 이행’을 할 수 있다. 따라서 채권자가 그러한 추완의 제공에도 불구하고 전적으로 새로운 완전급부를 고집하여 그 수령을 거절하면 채권자는 채권자지체의 책임을 부담하게 된다. 결국 그러한 경우에는 채무자는 추완권을 가진다고 할 수 있다.⁴⁶⁾

3. 개정안의 작성경위와 내용

(1) 분과위원회

(가) 개정시안

2010년 분과위원회에서는 논의결과 제390조의 표제를 ‘채무불이행의 효과’로 수정하고 추완청구권에 관한 개정시안을 작성하였다.

제1안은 제390조 제2항을 신설하여 “채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는

41) 양창수·김재형(주 7), 387면; 대판 1994. 1. 28, 93다43590(공 1994, 824); 대판 2004. 7. 22, 2002다51586(공 2004, 1431); 대판 2015. 6. 24, 2013다522(공 2015, 1035).

42) 박윤직(주 13), 100면; 김상용(주 19), 143면; 김주수, **채권총론**(1988), 125면; 양창수·김재형(주 7), 391면; 이은영(주 20), 242면; 황적인, **현대민법론 III**, 증보판(1987), 118면; 박윤직 편, **민법주해**[IX], 310면(양창수 집필부분).

43) 박윤직 편, **민법주해**[IX], 310면(양창수 집필부분).

44) 송덕수, **신민법강의**, 제8권(2015), 991면; 2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의(송덕수 발언부분).

45) 2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의(오종근 발언부분).

46) 양창수·김재형(주 7), 391면.

채권자는 손해배상에 갈음하여 혹은 손해배상과 함께 이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완이 불능하거나 채무자에게 합리적으로 기대될 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정할 것을 제안하였다. 불완전이행이라는 용어를 사용할 것인지 불완전급부라는 용어를 사용할 것인지 문제되는데, 위 개정시안은 ‘불완전하게 이행한 때’라는 표현을 사용하고 있다.

제2안은 제1안에 채무자의 추완권을 추가한 것으로 제390조 제3항에 “채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자에게 추완을 제안할 수 있다. 그러나 채무자의 추완이 채무의 이행을 불합리하게 지체시키거나 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 과하는 경우에는 채권자는 이를 거절할 수 있다.”라는 규정을 신설한 것이다.

분과위원회는 채권자의 추완청구권을 규정한다는 점에서는 이견이 없지만, 채무자의 추완권을 인정할 것인지 여부에 관하여 2개의 안을 제안한 것이다. 주요한 내용은 다음과 같다.⁴⁷⁾

(나) 채권자의 추완청구권

채무불이행이 있는 경우 채권자에게 일반적으로 인정되는 구제수단으로는 이행청구권, 손해배상청구권, 해제권 등이 있다. 채무자가 급부의무를 불완전하게 이행한 경우, 채권자에게 완전한 이행을 청구할 수 있는 권리, 즉 추완청구권을 인정할 필요가 있다. 채권자는 추완청구권을 행사하지 않고 손해배상을 청구할 수도 있지만, 추완청구권의 행사가 손해배상보다 채권자 또는 채무자의 이익에 보다 적합할 수 있다. 현행법상 추완청구권의 인정여부에 관하여 논란이 있기 때문에, 분과위원회에서 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 경우 채권자에게 완전한 이행을 청구할 수 있는 권리가 인정됨을 명확히 하기 위해서 추완청구권에 관한 명문규정을 두기로 하였다.⁴⁸⁾

(다) 채무자의 추완권

현행민법에서 채무자의 추완권을 직접적으로 인정하는 규정은 없다. 분과위원회에서 채무자의 추완권을 인정하는 규정을 두자는 의견이 있었는데, 소수의견으

47) 오중근, 제3기(2011년) 민법개정위원회 제4분과위원회 회의자료 참조.

48) 개정안을 작성하면서 외국의 입법례나 국제규범에서 추완청구권에 관한 규정을 참고하였다. 이에 관한 비교법적 고찰은 우선 김재형, “종류매매에서 완전물급부청구권의 제한”, **비교사법**, 제22권 제4호(2015. 11), 1618-1643면 참조.

로 남았다. 그리하여 채무자의 추완권에 관한 개정시안은 간략하게 소개하고자 한다.

민법 제395조와 제544조는 채권자가 이행을 갈음하는 손해배상을 청구하거나, 계약을 해제하기 위해서는 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하도록 하고 있는데, 이러한 규정이 채무자에게 추완할 수 있는 기회를 제공한다고 볼 수 있다. 불완전 이행에 대한 구제수단으로 채권자가 추완을 청구한 경우, 또는 전보배상이나 해제권을 행사하기에 앞서서 채무자에게 이행이나 추완을 최고한 경우에는, 채무자가 추완하면 충분하므로 추완권을 인정할 필요가 없을 것이다. 그러나 불완전이행에도 불구하고 채권자가 추완청구권, 전보배상청구권, 해제권 등 구제조치를 취하지 않는 경우에, 채무자 스스로 채무불이행 상태를 치유하기 위해서는 추완권을 인정할 필요가 있다.⁴⁹⁾ 이와 같이 추완은 본래 채무자가 부담하고 있던 이행의무를 실현하는 것이므로, 손해배상이나 해제보다 당사자들의 이익에 부합한다고 볼 수 있다. 따라서 채권자에게 불합리한 부담이 되지 않는 범위에서 채무자의 추완권을 인정함이 타당하다. 채권자의 추완청구권을 인정하는 CISG, PICC, PECL, DCFR 역시 채무자의 추완권을 인정하는 별개 규정을 두고 있다.⁵⁰⁾ 채무자의 추완이 채권자에게 비용을 발생시키거나 부담이 되는 경우에는 채무자의 추완권을 제한할 필요가 있다.

이러한 이유로 분과위원회는 채무자의 추완권을 인정하는 규정을 두고 이 권리가 제한되는 구체적인 기준을 작성하기로 하였다. 이에 관한 개정시안이 조금씩 바뀌었는데, 최종적으로 논의한 안은 “채무자는 추완을 하기 전에 추완의 시기 및 내용에 관하여 채권자에게 통지하여야 하며”, “채무자의 추완이 채무의 이행을 불합리하게 지체시키거나 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 과하는 경우”에는 채권자가 채무자의 추완을 거절할 수 있도록 하는 것이었다.⁵¹⁾

(라) 규정의 위치와 내용

추완청구권과 추완권을 신설할 경우 그 규정의 위치가 문제된다. 제1안은 제386조의2에서 이행청구권에 관한 규정을 신설하여 이행청구권과 함께 추완청구권, 채무

49) 법무부, **일본 채권법개정의 기본방침**(2009), 233면.

50) 이에 관해서는 김재형(주 48), 1633-1643면 참조.

51) 이러한 제한사유는 CISG 제48조, PICC 제7.1.4조, DCFR III.-3:202, 일본민법 채권법 개정제안(우찌다 안) 3.1.1.58 등을 참조한 것이다.

자의 추완권을 규정하는 방안이다.⁵²⁾ 이는 추완청구권을 이행청구권의 구체화라고 보는 입장이라고 할 수 있다. 제2안은 제390조를 채무불이행의 효과에 관한 일반 규정으로 변경하여, 채무불이행의 효과로서 손해배상책임(제1항), 추완청구권(제2항), 추완권(제3항)을 함께 규정하는 방안이다. 이는 추완청구권을 채무불이행(특히 급부의무의 불완전이행)에 따른 효과라고 보고, 채무불이행에 따른 효과로서 손해배상 책임을 규정한 제390조에서 손해배상책임과 함께 추완청구권, 추완권을 규정해야 한다는 것이다. 제3안은 제388조의2를 신설하여 ‘추완청구권 및 추완권’이라는 표제로 독립된 조문을 두는 방안이다.⁵³⁾

2010년 분과위원회에서는 제2안을 채택하였다. 이행청구권은 반드시 채무불이행을 전제로 하지는 않지만, 추완청구권은 채무불이행(급부의무의 불완전이행)을 전제로 한다. 따라서 제390조의 표제를 ‘채무불이행과 손해배상’이 아니라 ‘채무불이행의 효과’로 수정하여, 제1항에서는 현행과 같이 손해배상청구권을 규정하고, 제2항에서 추완청구권에 관한 규정을 두기로 하였고, 제3항에서 추완권에 관한 규정을 둘 것인지에 관하여 2개의 안을 제시하였다.⁵⁴⁾ 그러나 2012년 분과위원회에서는 제3안을 중심으로 논의하였다. 제388조의2에서 추완청구권만 규정하고 채무자의

52) 이 방안에 따른 개정시안은 다음과 같다.

제386조의2(이행청구권) ① 채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다. 그러나 채무의 이행이 불가능하거나 채무의 이행이 채무자에게 합리적으로 기대될 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완이 불가능하거나 채무자에게 합리적으로 기대될 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 추완을 제안할 수 있다. 그러나 채무자의 추완이 채무의 이행을 불합리하게 지체시키거나 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 과하는 경우에는 채권자는 이를 거절할 수 있다.

53) 제388조의2(추완청구권 및 추완권) ① 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과도한 비용을 요하거나 그밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 이를 추완할 수 있다. 채무자는 사전에 추완의 시기 및 내용에 관하여 채권자에게 통지하여야 한다. 채권자는 채무자의 추완이 채무의 이행을 불합리하게 지체시키거나 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 과하는 경우에는 이를 거부할 수 있다.

54) 채무불이행의 일반적 효과로는 손해배상청구권과 추완청구권 이외에도 계약해제권이 있으므로, 민법 제390조를 채무불이행의 효과에 관한 일반규정으로 수정한다면, 계약해제권도 규정할 필요가 있지 않은가라는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 해제권은 모든 채무불이행에서 문제되는 것이 아니라 채권관계의 발생 원인이 계약인 경우에만 문제되므로, 현행처럼 계약총론 부분에서 별도로 규정하는 것이 타당하다.

추완권에 관한 규정을 두지 않았다.⁵⁵⁾

(2) 실무위원회

실무위원회는 2010년 분과위원회의 개정시안에 대하여 추완청구권이 인정된다는 점만을 명백하게 한다면 일반채무불이행법의 체계에서 그대로 해석상 인정될 수 있다고 한다. 그런데 개정시안과 같이 제390조와 제395조에 덧붙여 개정을 하는 것이 입법론적으로 바람직하지 않다고 한다. 따라서 채무불이행으로 인한 손해 배상과 함께 추완청구권을 규정하는 것보다는 추완청구권이 이행청구권의 변형 내지 연장임을 명시적으로 규정하는 것이 타당하다고 한다.⁵⁶⁾

한편 채무자의 추완권을 인정하는 별도의 규정을 둘 필요가 없다고 하였다. 채권자에게 추완청구권을 인정하는 이상 채무자는 추완의무를 부담하며, 추완의무를 부담하는 채무자가 추완의 제공을 할 수 있음은 당연하다고 한다. 즉 채무자의 추완권을 인정하는 별도의 규정을 두지 않아도, 이행의무를 부담하는 채무자가 이행의 제공을 할 수 있다는 규정(제460조)에 의하여 동일한 결론이 당연히 도출된다고 한다.⁵⁷⁾

(3) 분과위원장단 회의

분과위원장단 회의에서 제386조의2에서 이행청구권을 규정하고, 추완청구권에 관해서는 제388조의2에서 규정하며, 제389조에서는 강제이행만을 정하기로 하였다. 이행청구권에 관해서는 배제사유를 두지 않기로 하고 추완청구권의 배제사유로는 ‘추완에 과도한 비용을 요하거나 그밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우’를 명시하기로 하였다. 채무자의 추완권은 규정하지 않기로 하였다.

55) 채무자의 추완권을 규정하자는 의견이 2명, 규정하지 말자는 의견이 5명이었다.

56) 2010년 분과위원회에서는 이행청구권을 제373조의2로 규정하기로 하였는데, 실무위원회에서는 위 조항을 보충하여 추완청구권을 인정하는 규정을 두어야 한다고 하였다. 그런데 제373조는 물권에 대한 것이므로 채권편에 속하는 규정을 제373조의2로 두는 것은 어색하고 종래 채권의 효력으로서 강제력을 정하고 있는 제389조의 위치에 이행청구권에 관한 규정을 함께 두는 것이 타당하다고 하였다. 윤진수, 회의자료(주 35).

57) 이에 대하여 오종근 교수는 “채무자의 추완의무는 채권자가 추완청구권을 행사할 때 비로소 발생하는 것이다. 이는 채무자의 본래의 이행의무가 채권자의 이행청구권 행사 여부와 관계없이 채권관계(가령 계약)의 성립에 의해 발생하는 것과는 구별된다. 따라서 채무자의 추완권을 인정할지 여부는 채권자의 추완청구권을 인정하는 것과 별개로 검토되어야 한다.”라고 한다. 오종근, 회의자료(주 47) 참조.

(4) 전체회의

전체회의에서는 분과위원장단 회의에서 정한 대로 추완청구권에 관한 개정안을 확정하였다.

현 행	개 정 안
<신 설>	제388조의2(추완청구권) 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무 이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과도한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 개정안의 의미와 문제점

(1) 개정안은 채무불이행, 그중에서도 불완전이행에 대한 구제수단⁵⁸⁾으로 추완청구권을 새롭게 규정하였다. 불완전이행의 경우에 전보배상이나 계약의 해제는 통설과 판례에서 인정되었지만, 추완청구권에 관해서는 논란이 있었다.⁵⁹⁾ 따라서 개정안에서 불완전이행에 대한 구제수단으로 추완청구권을 명시적으로 인정한 것은 의미가 있다. 명문의 규정이 없는 현 상태에서 그 인정여부에 관하여 논란이 있는데다가 실무상 활용빈도가 높지 않다. 개정안대로 입법이 된다면 추완청구권이 훨씬 활발하게 이용될 것이다. 따라서 이론적인 차원을 떠나 실무적으로는 구제수단의 다양화라는 관점에서 중요한 의미가 있다.

(2) 추완청구권에 관한 개정안은 다음과 같은 특징이 있다.

첫째, 채무자가 채무를 불완전하게 이행하였을 것, 즉 불완전이행이 추완청구권의 요건이다(개정안 제388조의2 본문). 학설과 판례에서 제390조의 해석을 통하여

58) 민법개정안은 민법 제359조를 개정하여 그 제3항에서 불완전이행에 대하여 전보배상청구권을 명시적으로 인정하기로 하였다. 개정안은 불완전이행의 경우 추완을 갈음하는 손해배상을 청구하려면 이행지체의 경우에 전보배상을 청구하기 위한 경우와 유사한 요건을 갖추도록 하였다. 개정안 제544조는 계약의 해체에 관하여 일반조항주의를 채택함으로써 불완전이행의 경우에도 계약을 해제할 수 있다는 명문의 근거규정으로 작동하도록 하였다. 위 개정안에 관한 설명은 우선 김재형, “채무불이행에 관한 민법개정안”(주 2), 214-25면; 김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”(주 2), 20면 이하 참조.

59) 위 IV. 2. 참조.

채무불이행의 유형으로 이행지체나 이행불능 이외에도 불완전이행과 이행거절 등을 인정했는데, 민법개정안은 학설과 판례를 반영하여 불완전이행과 이행거절을 민법전에 명시적으로 규정하였다는 것⁶⁰⁾ 자체로 중대한 의미가 있다. 민법개정안에서 불완전이행에 관한 규정을 두었다고 해서 이것이 채무불이행의 유형을 폐쇄적으로 한정하려고 한 것이라고 볼 수는 없다. 민법개정안의 기본태도는 민법 제390조(그리고 개정안 제544조의2)에서 채무불이행에 관한 일반조항주의(‘채무에 내용에 좋은 이행을 하지 아니한 때’)를 유지하고 이를 전제로 개별조항에서 채무불이행의 각각의 유형에 따른 요건과 효과를 구체적으로 정하려고 한 것으로 보아야 한다. 이러한 개별조항이 적절한지 여부는 위와 같은 기본태도와는 별개의 문제로 검토해야 한다.

우리 민법에 불완전이행 개념을 도입할 필요가 없다는 비판적인 견해가 있다.⁶¹⁾ 그러나 채무불이행의 여러 유형 중에서 추완청구권이 필요한 경우를 정하기 위하여 불완전이행 개념을 채택하였다고 볼 수 있다. 이 개념이 불확정개념이라고 볼 수도 있지만, 불완전이행은 일반적으로 이행을 하였으나 그것이 부적절하거나 불완전한 경우를 의미한다. 대표적으로 하자 있는 물건으로 이행을 한 경우를 들 수 있지만, 이러한 경우에 한정되지 않는다. 이 개념이 독일 민법학에서 유래하였다고 하여 독일과 동일하게 이해해야 하는 것은 아니다. 장차 불완전이행의 의미를 좁게 파악할 것인지, 아니면 넓게 파악할 것인지를 둘러싸고 논란이 생길 수 있다.

둘째, 추완청구권은 이행청구권의 구체화라고 할 수 있기 때문에, 이행청구권이나 강제이행과 마찬가지로 채무자의 고의 또는 과실은 추완청구권의 요건으로 정하지 않았다. 이 점에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 요건과 명확하게 구별된다.

셋째, 추완청구권을 배제하는 사유로 ‘추완에 과다한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우’를 명시하였다(개정안 제388조의2 단서). 개정안은 추완청구권의 배제사유를 명시함으로써 추완청구권의 인정여부를 둘러싼 분쟁을 해결하는 준거들을 마련한 것이다. 추완청구권을 무제한적으로 인정할 수 없는 이상 배제사유를 정한 것은 의미 있는 일이다. 그 배제사유를 어떻게 정

60) 개정안 제388조의2에서 불완전이행의 구제수단으로 추완청구권을 인정하고 있고, 전보 배상에 관한 개정안 제395조와 계약의 해제에 관한 개정안 제544조에서 불완전이행과 이행거절을 명시적으로 인정하고 있다.

61) 성승현(주 37), 564면 이하; 성승현, “불완전이행’과 ‘부적절한 이행’ 개념의 용례에 관한 비교법사학적 고찰”, **법학논총**, 제35집 제3호(전남대학교 법학연구소, 2015), 125면 이하 참조.

할 것인지 논의되었는데, 개정안에서 채택하고 있는 ‘합리적 기대가능성 기준’은 명확하지 않다는 문제가 있기는 하지만,⁶²⁾ 현 상황에서 받아들일 수 있는 기준이라고 생각한다.

추완이 불가능하거나 불법인 경우에도 추완청구권이 배제된다. 이는 이행불능의 경우에 이행청구권이 배제되는 것과 마찬가지로이다. 그 밖에 추완에 과도한 비용이 들거나 추완에 대한 합리적 기대가능성이 없는 경우에도 추완청구권이 배제된다. 추완이 채무자에게 과도하게 부담이 되는 경우, 채무가 인적 성격을 갖고 있어 추완을 강제하기 곤란한 경우에 위 배제사유에 해당한다고 보아야 한다. 어떠한 경우에 추완에 대한 합리적 기대가능성이 있는지는 채권자측의 사정과 채무자측의 사정을 종합적으로 고려하여 양측의 이익을 비교 형량하는 방식으로 판단해야 한다.

넷째, 추완의 개념이나 판단기준을 명시하지 않고 해석론에 맡겼다. 추완에는 하자보수뿐만 아니라 하자 없는 물건의 인도도 포함된다.⁶³⁾ 따라서 제581조 제2항에서 정하고 있는 완전물급부청구권도 추완청구권에 포함된다고 보아야 한다.

다섯째, 불완전이행의 경우에 추완청구권과 손해배상청구권은 병존할 수 있다. 채권자는 손해배상을 갈음하여 추완청구권을 행사할 수도 있고, 손해배상과 함께 추완청구권을 행사할 수도 있다. 채무자의 추완에도 불구하고 불완전이행으로 말미암아 여전히 남아있는 손해 또는 불완전이행으로 채권자의 신체나 재산 등에 2차적으로 발생한 손해, 추완을 하기까지 이행이 지체됨으로써 생긴 손해 등의 배상은 추완청구권과 병존할 수 있다. 그러나 추완을 갈음하는 손해배상을 청구하는 경우에는 추완청구권을 행사할 수 없음은 물론이다.

여섯째, 불완전이행의 경우 전보배상청구권과 추완청구권의 관계가 문제되는데, 이 점은 개정안 제395조 제3항에서 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 채무자의 불완전이행에 대

62) 이러한 개정안에 대하여 추완청구권의 배제사유가 지나치게 넓은 비판이 있다. 이진기, “민법개정안 채무불이행법에 관한 검토”, **민사법학**, 제68호(2014. 9), 207면.

63) 이진기(주 62), 205면은 민법개정위원회가 추완을 좁은 의미의 추완, 즉 하자보수만으로 보고 있다는 인상이라고 하였다. 그러나 추완에는 하자 없는 물건의 이행도 포함하는 것으로 볼 수 있으므로, 추완 개념을 넓은 의미로 이해해야 할 것이다. 민법개정위원회에서 추완청구권에 관한 개정안을 작성할 당시 독일 민법, 미국 계약법, 일본 채권법개정논의, 유럽계약법원칙 등에서 사용하는 추완 개념을 참고하였는데, 이들 입법례 등에서도 추완 개념을 넓은 의미로 이해하고 있다.

64) 개정안 제395조(전보배상) ① 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자는 다음 각 호의 사유가 있는 때에는 수령을 거절하고 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.

하여 채권자가 추완을 청구할 수 있는 경우에 채권자는 상당한 기간을 정하여 추완을 최고하였으나 채무자가 그 기간 내에 추완하지 아니하는 경우, 채권자가 상당한 기간을 정하여 추완을 최고하더라도 그 기간 내에 추완되지 아니할 것이 명백한 경우, 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 경우에 전보배상을 청구할 수 있다. 따라서 불완전이행의 경우 전보배상청구권을 청구하기 전에 추완청구권을 행사하도록 하였기 때문에, 추완청구권의 전보배상청구권에 대한 우위를 정한 것으로 볼 수 있다.

일곱째, 개정안은 추완청구권을 채권총칙편에서 일반적으로 인정하였다는 점에서도 의미가 있다. 이는 추완청구권이 인정되는 범위를 매매나 도급에 한정하지 않고⁶⁵⁾ 그 밖의 계약에서도 포괄적으로 인정하고자 한 것이다. 이것은 장기적으로 채무불이행책임과 매도인의 담보책임을 일원적으로 구성하기 위한 단초가 될 수 있다.⁶⁶⁾

여덟째, 채무자의 추완권에 관한 규정을 두지 않았기 때문에, 그 인정여부와 제한사유에 관해서는 해석론으로 해결해야 할 것이다. 채무자는 채무의 내용에 맞게 이행을 하지 않는 경우에 자신의 채무를 이행하기 위하여 추가적으로 이행을 보완할 수 있지만, 채무자의 추완이 채권자에게 불이익을 초래해서는 안 된다. 따라서 채무자의 추완권을 어떠한 경우에 어느 정도로 제한해야 할 것인지가 중요한 문제가 될 것이다.

(3) 개정안에서 추완청구권과 이행청구권의 관계를 좀 더 긴밀하게 연결시키지 않은 것은 아쉬운 부분이다. 유럽계약법원칙 제9:102조에서는 이행청구권과 추완청구권을 하나의 조항에서 규정하고(제1항), 그 배제사유도 통일적으로 규정하고

1. 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나 채무자가 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우
 2. 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 경우
 3. 지체 후 이행이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 경우
- ② 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.
- ③ 채무자의 불완전이행에 대하여 채권자가 추완을 청구할 수 있는 경우에 제1항을 준용한다.
- 이 개정안에 관해서는 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”(주 2), 214-216면.
- 65) 이에 대하여 추완청구권은 매도인의 담보책임이나 수급인의 담보책임에서 개별적으로 인정해야 한다는 비판이 있다. 성승현(주 37), 562면.
- 66) 다만 개정안에서 매도인의 담보책임에 관한 개정안은 포함시키지 않기로 하였다. 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”(주 2), 190면.

있다(제2항).⁶⁷⁾ 추완청구권은 이행청구권의 일종이므로, 개정안에 관한 논의과정에서 표명되었듯이 이행청구권과 추완청구권을 통일적으로 규정하는 것이 바람직했을 것이다.⁶⁸⁾ 개정안에서 이행청구권, 강제이행, 추완청구권을 별도의 조항으로 각각 다른 방식으로 규정함으로써 이들 사이의 관계에 관하여 논란의 여지가 생겼고 그 요건이나 배제사유도 통일성이 없다는 문제점이 있다.

(4) 민법 제581조 제2항은 종류매매에서 하자담보책임의 내용으로 이른바 완전물급부청구권을 인정하고 있다. 개정안이 통과된다면 추완청구권에 관한 규정과 완전물청구권에 관한 규정이 병존하게 된다. 따라서 종류매매에서 매매목적물에 하자가 있는 경우에 매수인은 완전물급부청구권을 행사할 수도 있고 추완청구권을 행사할 수도 있다.⁶⁹⁾ 따라서 추완청구권과 완전물급부청구권이 중첩적으로 적용되거나 충돌하는 문제가 생긴다.⁷⁰⁾ 이러한 문제는 도급 등 개별계약에서 하자보수청구권 등 추완청구권의 성질을 가진 권리에 관한 규정에서도 발생한다.

매도인의 담보책임에 관한 개정안을 마련하여 채무불이행책임과 매도인의 담보책임의 관계를 명확하게 정돈할 할 필요가 있는데, 이 과정에서 완전물급부청구권이나 하자보수청구권 등 추완청구권에 속하는 규정들이 서로 충돌하거나 합치되지 않는 경우를 없앨 필요가 있다. 현재의 개정안이 통과되면, 제581조 제2항의 완전물급부청구권은 추완청구권의 일종인데도 그 제한 사유를 정하지 않고 있기 때문에, 추완청구권의 배제사유가 완전물급부청구권에도 적용되는지 문제될 것이다. 현재 판례는 완전물급부청구권을 공평의 이념에 따라 제한할 수 있다고 하는데,⁷¹⁾ 필자는 완전물급부청구권의 제한근거를 신의칙 또는 권리남용금지의 원칙에서 찾아야 한다고 주장하였다.⁷²⁾ 매수인이 제581조 제2항에 따라 완전물급부청구권을

67) 위 III. 4. 참조.

68) 동지: 김영두, “추완청구에 관한 민법개정시안의 검토”, **법학연구**, 제24권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2014. 3), 49-53면.

69) 개정안에 따르면 종류매매에서 매수인이 하자 있는 물건을 수령한 경우에 완전물급부청구권을 행사할 수 없고 추완청구권만을 행사할 수 있을 것이라는 견해가 있다. 이진기(주 62), 207면. 이에 반하여 완전물급부청구권에 관한 규정이 추완청구권에 관한 규정의 특별규정이라는 견해가 있다. 김대정, “2013년 「채무불이행법 개정안」에 관한 약간의 검토”, **중앙법학**, 제17집 제4호(2015), 290면. 그러나 추완청구권에 관한 개정안이 완전물급부청구권에 관한 규정을 배제하고 있지 않기 때문에, 두 규정이 병존적·중첩적으로 적용될 수 있다고 생각한다.

70) 이진기(주 62), 207면; 김대정(주 69), 290면.

71) 대판 2014. 5. 16, 2012다72582(공 2014, 1188).

72) 김재형(주 48), 1646-1656면.

행사하는 경우에 개정안에서 정한 추완청구권의 배제사유가 유추 적용될 수 있을 것이다.⁷³⁾ 그러나 제581조 제2항에서도 준용 규정을 두는 방식 등으로 그 권리를 제한하는 사유를 명시적으로 정하거나, 아니면 제581조 제2항을 삭제하고 추완청구권과 완전물급부청구권을 하나의 조항에서 통일적으로 규정하는 것이 바람직하다.

현행법의 해석론으로도 불완전이행의 경우에 채무자에게도 추완권이 인정될 수 있다. 채무자에게 추완을 할 수 있는 권리를 인정하는 것이 분쟁을 조기에 해결하고 분쟁비용을 줄이는 데 기여할 수 있다. 채무자의 추완권을 명확하게 하기 위해서 이에 관한 명시적인 규정을 두는 것이 바람직하지 않았을까 생각한다.

V. 금지청구권에 관한 개정안과 그 내용

1. 쟁점

불법행위에 대한 구제수단은 손해배상인데, 금지청구권을 새롭게 인정할 것인지 여부, 인정할 경우 어떠한 요건과 효과를 부여할 것인지 여부가 문제되었다.

2. 현행법상 금지청구권의 인정여부

소유권 등 물권에 기해서 방해의 제거 또는 예방을 청구할 수 있다는 점은 민법에서 명문으로 인정하고 있다(제214조 등). 저작권법 등 개별 법률에서 금지청구권을 인정하는 경우도 점차 늘어나고 있다(저작권법 제123조, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조, 제10조 등). 인격권의 경우에는 법률에 근거규정이 없는 상태에서도 판례가 금지청구권을 인정하였다. 그 이유로 명예나 신용 등 인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다는 점을 들었다.⁷⁴⁾

여기에서 나아가 채권 그 밖의 권리나 이익을 방해하는 경우에도 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있는지 문제된다. 현행민법이 시행되기 전에 채권에 기한

73) 김재형(주 48), 1660면.

74) 대판 1996. 4. 12, 93다40614(공 1996, 1486); 대판 1997. 10. 24, 96다17851(공 1997, 3574).

방해배제가 허용된다고 한 대법원 판결이 있다.⁷⁵⁾ 현행민법 시행 이후 법원의 실무는 제3자에 의한 채권침해에 대하여 방해배제청구권을 부정하였다.⁷⁶⁾ 가처분 등 보전처분을 신청하려면 피보전권리가 있어야 하는데, 채권에 기하여 제3자에 대해서 금지청구권을 행사할 수 없다는 것이다.⁷⁷⁾ 채권에는 물권과는 달리 배타적 효력이 없기 때문에, 채권의 효력으로서 방해배제를 청구할 수 없다는 것이 우리나라의 실무라고 할 수 있었다.

그러나 제3자에 의한 채권침해가 임박한 경우에 그 금지청구를 허용하는 것이 손해배상이라는 사후적인 구제수단보다 효율적이라고 할 수 있다. 따라서 제3자가 채권을 침해하려고 하고 있고, 이를 방지한다면 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에는 금지청구를 허용해야 할 필요성이 있다. 학설에서도 제3자에 의한 채권침해의 경우에 금지청구권을 인정할 것인지에 관하여 논란이 계속되었다.⁷⁸⁾ 필자는 제3자에 의한 채권침해의 우려가 급박한 경우에는 예외적으로 방해예방 또는 금지청구를 인정하여야 한다고 주장한 바 있다.⁷⁹⁾

불법행위에 대한 구제수단으로 금지청구권을 일반적으로 인정할 것인지 문제된다. 독일에서는 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상은 원상회복이 원칙이고(제249조 제1항), 불법행위의 경우에 소유권에 관한 규정 등 여러 법률 규정을 유추적용하여 부작위청구권을 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 미국에서는 불법행위를 막기 위하여 형평법상의 금지명령이 이용되는데, 반복적으로 손해가 발생할 우려가 있는 등 일정한 요건을 갖추어야 한다.⁸¹⁾ 우리 민법에서는 불법행위에 대한 구제수단으로 금지청구를 인정하는 규정이 없다. 그러나 입법론으로 불법행위의 구제수단으로 방해예방 또는 금지청구권을 도입하여야 한다는 주장이 있다.⁸²⁾ 해석론으로 불법행

75) 대판 1953. 2. 21, 4285민상129(집 1-6, 민 1).

76) 권성 외 5인, **가처분의 연구**(1994), 52면.

77) 대판 2001. 5. 8, 99다38699(집 49-1, 민 319).

78) 채권침해의 경우 방해배제청구권의 인정 여부에 관하여 견해가 대립하고 있고, 이를 인정하는 견해는 다시 물권과 유사하게 방해배제청구권을 넓게 인정하여야 할 것인지, 아니면 부동산임차권 등에 한정하여 이를 인정할 것인지 여부를 둘러싸고 견해가 대립하고 있다. 이에 관해서는 김용한(주 19), 117-118면; 김중환·김학동, **채권각론**, 제7판(2006), 72면; 김형배(주 19), 334-340면; 현승중, **채권총론**(1979), 104면; 곽윤직 편, **민법주해**[IX], 61-63면 참조.

79) 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, **민법론 III** (2007), 431면.

80) Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2* (13. Aufl., 1994), § 86 I 1, § 86 VII; MünchKomm/Wagner (5. Aufl., 2009), Vor § 823, Rn. 35.

81) 가령 *Prosser & Keeton on Torts* (5th ed. 1984), p. 1002.

위에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정해야 한다는 주장도 있다.⁸³⁾ 우리 민법상 불법행위의 효과는 손해배상인데, 이는 손해를 사후적으로 배상하는 것에 불과하여 미리 불법행위를 막는 데는 한계가 있다. 그리하여 불법행위를 미리 막기 위하여 금지청구권을 인정할 필요가 있을 것이다.⁸⁴⁾

대결 2010. 8. 25, 2008마1541(공 2010, 1855)은 위법행위에 대한 금지 또는 예방청구권을 인정하였다.

“경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하느바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 할 것이다.”

이 결정은 물권 등 소유권이 침해되지 않았는데도 부정한 경쟁행위에 대하여 금지청구권을 인정하였다는 점에서 선례로서 매우 중요한 의미가 있다. 이 판결 이후인 2013. 7. 30. 부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률의 개정으로 제2조 제1호 차목을 신설하여 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위에 포함시켰다. 따라서 이제는 이 결정에서 다룬 사안은 위 법률이 적용된다는 것이 분명해졌다.⁸⁵⁾ 그러나 이러한 부정경쟁행위를 넘어서는 행위에 대하여 금지청구권을 인정하는 규정을 두는 것은 민법개정을 통해서 해결할 수밖에 없다.

82) 양창수, “손해배상의 범위와 방법”, **민법산고**(1998), 256면. 최근의 문헌으로는 김차동, “금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구”, **법학논총**, 제31집 제4호(2014. 12), 281면 이하.

83) 권영준, “불법행위와 금지청구권”, **Law & Technology**, 제4권 제2호(2008), 55면 이하.

84) 김재형, **민법판례분석**(2015), 427면.

85) 김재형(주 84), 428면.

3. 개정안의 작성과정과 내용

(1) 분과위원회

금지청구권에 관한 개정시안은 불법행위분과인 제6분과위원회에서 담당하였다. 이 개정시안을 담당한 김상중 교수는 법무부 연구용역보고서⁸⁶⁾에서 불법행위를 규정하는 장에 다음과 같은 규정을 신설할 것을 제시하였다.⁸⁷⁾

제○○○조(금지청구)

- ① 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없으며 본조의 권리행사가 필요하다고 판단되는 경우 가해자 또는 가해하려는 자에게 위법행위의 중지 또는 예방을 청구할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 청구권을 행사하는 자는 위법행위에 제공되거나 위법행위로 만들어진 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다.⁸⁸⁾

이 개정시안은 ‘타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자’가 금지청구권을 행사할 수 있다고 하고, 금지청구권의 일반요건으로 ‘손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없으며 본조의 권리행사가 필요하다고 판단되는 경우’를 제안하고 있다. 예비안에서는 ‘상당한 이유가 있는 한’이라고 하였는데, 이것은 지나치게 포괄적이기 때문에, 위와 같이 요건을 한정하고 있다.

이 개정시안은 금지청구권의 요건으로 ① 법익침해의 임박함, ② 위법한 행위의 존재, ③ 손해배상청구권과의 보완적 측면, ④ 잠재적 가해자에 대한 기대가능하지 않은 곤란함의 회피, 관련 이익형량 등에 따른 효율적 예방목적의 실현가능성 등을 포함해야 하는데, 문언으로 한계가 있어서 위와 같은 제안을 하였다고 한다. 위 ①의 “법익침해의 임박함”은 ‘염려’라고 표현하고 있고, ②와 관련해서는 위법

86) 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, **민사법학**, 제55호(2011. 9), 177면 이하는 이 보고서를 토대로 한 논문으로 분과위원회 개정시안 등이 소개되어 있다. 다음의 설명은 위 논문, 229면 이하를 참조한 것이다.

87) 한편 예비안으로 “① 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입게 될 염려가 있는 자는 상당한 이유가 있는 한 가해자 또는 가해하려는 자에 대하여 위법행위의 중지 또는 예방을 청구할 수 있다. ② 제1항에 따른 청구권을 행사하는 자는 위법행위에 제공되거나 위법행위로 만들어진 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다.”라고 규정할 것을 제안하고 있다.

88) 2010. 12. 1. 「제2기 민법개정위원회」 제6분과위원회 제19차 회의에서는 위 시안과 예비안의 표현을 약간 수정하여 2개의 안으로 제시되었다.

행위라는 표현을 사용하고 있으며, ③ 손해배상청구권에 대한 금지청구권의 보완적 기능은 “손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없으며”라는 문언으로 표현하고 있다. ④와 관련해서는 단순히 “본조의 권리행사가 필요하다고 판단되는 경우”라고 표현하고 있다. 금지청구권의 효과로는 소극적 부작위를 넘어서 위험원의 폐기 등 적극적 행위도 포함할 수 있도록 제2항을 두고 있다.

제3기 민법개정위원회 제6분과위원회는 세 차례의 회의에서 논의하여 문구를 다음과 같이 확정하였다.

제766조의2(금지청구) ① 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없으며 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 상당한 경우 가해자 또는 가해하려는 자에게 손해발생의 금지를 청구할 수 있다.

② 제1항의 금지를 위하여 필요한 경우 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 가해에 사용되는 물건 등의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다.

(2) 실무위원회와 분과위원장단 회의

실무위원회와 분과위원장단 회의는 위 개정시안의 문구를 수정하여 전체회의에 상정하였다. 실무위원회는 규정의 위치를 제764조의2로 옮기고, 제3항으로 “제1항의 청구를 할 수 있는 자는 그 상대방에게 손해의 방지 또는 감축을 위하여 지출한 비용의 상환을 청구할 수 있다.”라는 내용을 추가할 것을 제안하였으나, 분과위원장단 회의에서 받아들여지지 않았다.⁸⁹⁾

(3) 전체회의

개정시안의 표현 등에 관하여 논란이 있었으나, 자구를 다듬기로 하고 개정안을 통과시켰다.⁹⁰⁾

필자는 위법행위에 대한 금지청구권을 인정하면서 고의 또는 과실을 요건에서 배제한 것은 적절하지만, 손해를 충분히 회복할 수 없는 경우에만 금지청구권을 인정하는 것이 옳은 것인지에 관하여 의문을 제기하였다. ‘손해배상에 의한 손해의 회복가능성’은 금지청구권을 판단할 때 하나의 고려요소로 보아야 할 것이지 요건으로 볼 것은 아니기 때문이다.

⁸⁹⁾ 2011. 10. 10. 「제3기 민법개정위원회」위원장단 회의(제8차).

⁹⁰⁾ 2012. 2. 13. 「제3기 민법개정위원회」전체회의(제3차) - 3기 6분과 개정시안[불법행위] -.

분과위원회에서 손해배상과 금지청구의 관계에 관해서 금지청구권의 보충성을 전제로 할 것인지 논란이 있었으나, 금지청구권 자체를 받아들이는 것에 대한 약간의 두려움이 있는 상태에서 손해배상과의 관계를 완전히 단절시켜서 규정하는 것은 아무래도 진폭이 클 것으로 생각되어 정책적 타협으로 이와 같은 형태로 개정시안을 마련하였다고 한다.⁹¹⁾

현 행	개 정 안
<신 설>	제766조의2(금지청구) ① 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없고 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우에는 그 행위의 금지를 청구할 수 있다. ② 제1항의 금지를 위하여 필요한 경우에는 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다.

4. 개정안의 의의와 문제점

(1) 위법행위에 대한 금지청구권을 규정하기로 한 것은 학설과 판례를 반영한 것이다. 이 규정을 통하여 논란이 많은 여러 문제를 해결할 수 있다. 민법상 구제수단의 다양화라는 측면에서도 상징적인 규정이라고 할 수 있다.

(2) 개정안은 금지청구의 요건을 매우 제한적으로 정하고 있다. 그 요건은 다음과 같다. 첫째, 타인의 위법행위가 있어야 한다. 둘째, 이로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있어야 한다. 셋째, 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없어야 한다. 넷째, 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당해야 한다.

위법행위의 판단은 불법행위의 위법성 판단과 동일한 방식으로 한다.⁹²⁾ 그러나 불법행위에서 일반적으로 요구되는 고의나 과실은 금지청구권의 요건이 아니다. 또한 불법행위로 인한 손해배상은 손해가 발생한 경우에 이를 배상하는 것이지만, 불법행위가 성립하기 전이라도 방해가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 금지청구

91) 전체회의에서 김상중 교수의 답변.

92) 이에 관한 최근의 문헌으로는 박시훈, “위법행위에 대한 금지청구권의 연구”, **민사법학**, 제71호(2015. 6), 49면 이하.

권이 성립할 수 있다. 위법행위에 대한 금지청구권은 불법행위의 요건, 특히 고의 또는 과실, 손해의 발생과 같은 요건을 갖추지 않은 경우에도 인정될 수 있다고 보아야 한다.⁹³⁾ 이러한 측면에서 개정안이 불법행위의 요건과 구별하여 금지청구권의 요건을 정한 것은 타당하다.

그런데 손해배상에 의해서는 손해를 충분히 회복할 수 없는 경우에 한하여 금지청구권을 인정할 이유가 없다.⁹⁴⁾ 기존에 명시적인 법규정이 없는 상태에서는 금지청구권을 예외적으로, 그리고 보충적으로 인정할 필요가 있다고 생각할 수 있다. 그러나 민법을 개정하는 마당에 금지청구권의 보충성을 규정할 필요는 없다. ‘손해의 충분한 회복 불가능’ 요건은 법관으로 하여금 불필요하게 판단의 부담을 늘리는 결과가 될 것이다. 또한 사후적으로 손해배상을 통하여 손해를 충분히 회복할 수 있는 경우라고 하더라도 금지청구를 통하여 손쉽게 위법행위를 막을 수 있는 경우라면 굳이 금지청구를 부정할 이유가 없다. 금지청구권이 남용될 위험이 있다고 생각할 수 있지만, 이것은 위 네 번째 요건인 ‘적당성 요건’으로 통제하는 것으로 충분할 것이다.

(3) 금지청구권의 효과는 위법행위의 금지이다. 나아가 이러한 금지를 위하여 필요한 경우에는 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있도록 하였다. 개정안이 위법행위의 금지에서 나아가 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 등을 청구할 수 있도록 한 것은 특별법상의 관련 조항과 동일한 맥락이긴 하지만 매우 전향적인 입법이라고 할 수 있다.

(4) 이 개정안이 통과된다면 위법행위에 대한 금지청구권이 민법에 규정을 두고 있는 소유물방해배제청구권, 판례에 의하여 인정되는 인격권에 기한 금지청구권, 특별법에 의하여 인정되는 금지 또는 정지청구권 등과 어떠한 관계에 있는지 문제된다. 민법이나 특별법에서 정하는 방해배제청구권이나 금지청구권은 손해배상에 의한 회복이 불가능한지 여부와 무관하게 인정된다. 따라서 이 개정안이 통과되더라도 민법 등 여러 법률에 있는 방해배제청구권이나 금지청구권에 관한 개별 규정을 적용하거나 유추 적용할 필요성이 남는다. 왜냐하면 이 개정안은 금지청구권의 요건을 엄격하게 제한하였기 때문이다. 그러한 개별 규정으로 해결할 수 없는 경

⁹³⁾ 김재형(주 84), 429면.

⁹⁴⁾ 김차동, “금지청구권의 요건사실에 관한 법경제학적 검토”, **법경제학연구**, 제7권 제1호(2010. 6), 103-104면; 김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건”, **법학논고**, 제39집(경북대학교 법학연구원, 2012. 6), 623면.

우에 이 개정안에 따라 위법행위에 대한 금지청구권이 인정되지만, 이 개정안은 손해배상에 의한 회복이 불가능한 경우에 한하여 적용될 것이다.

VI. 맺음말: 비교와 시사

1. 이행청구권과 추완청구권은 채권총칙에, 금지청구권은 불법행위의 장에 있어서 서로 비교하거나 나란히 다루는 경우를 찾을 수 없다. 그러나 이 세 청구권을 비교해 보면 몇 가지 의미 있는 시사점을 찾을 수 있다.

먼저 이행청구권, 추완청구권, 금지청구권에 관한 개정안을 비교해 보면 다음 표와 같이 정리할 수 있다.

	이행청구권	추완청구권	금지청구권
위치	채권총칙(제386조의2. 강제이행은 제389조)	채권총칙(제388조의2)	불법행위(제766조의2)
근거	채권	불완전이행	위법행위
발생요건	채권 (강제이행의 요건은 채무불이행)	채무자가 채무를 불완전하게 이행할 것	① 위법행위 ② 손해를 입거나 입을 염려가 있을 것 ③ 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없을 것 ④ 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당할 것
배제사유	없음 (채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 강제이행 배제)	추완에 과도한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우	없음
효과	채무의 이행 청구	추완 청구	① 위법행위의 금지 청구 ② 금지를 위하여 필요한 경우에는 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치 청구

2. 이행청구권, 추완청구권, 금지청구권에 관한 개정안은 모두 신설된 조항이다. 그 근거나 요건에 관하여 해석론상 논란이 있기는 하지만, 현행법의 해석론에서도 대체로 이 세 청구권을 긍정하고 있다. 이러한 해석론은 입법에 앞서서 민법상 구제수단의 다양화를 지향한 것으로 볼 수 있다. 그러나 명문의 규정이 없는 상태에서 권리를 인정할 경우에는 가급적 좁은 범위에서 권리를 인정하려는 태도를 쉽게 발견할 수 있다. 이행청구권에 관해서는 강제이행에 관한 제389조에서 근거를 찾을 수도 있지만, 추완청구권과 금지청구권은 현행 민법의 규정에 명시적인 근거가 없기 때문에, 활용도가 매우 낮았다고 볼 수 있다. 위 세 권리를 인정하는 규정을 신설하는 민법개정안은 현재까지의 학설과 판례의 발전을 승인하고 민법상 구제수단을 더욱 다양화하고 실효성이 있는 것으로 만드는 데 기여할 것이다.

위와 같은 권리를 포함하여 다양한 새로운 구제수단이 민법개정안으로 채택된 것을 보면, 민법개정위원들이 대체로 민법상 구제수단을 다양화하는 데 목시적으로 찬성하거나 수긍하였다고 볼 수 있다. 그 이유는 어디에 있을까? 구제수단의 다양화는 올바른 방향인가? 결국 구제수단의 다양화는 사회생활을 하는 시민들이, 계약을 체결하고 법률관계를 맺는 당사자들이 원하는 바이기 때문일 것이다. 이제 민법을 제정할 당시에 마련했던 구제수단으로는 자신의 욕구를 충족시킬 수 없는 단계에 이르렀다고 볼 수 있다.

구제수단이 다양해지면 명확성이 떨어진다고 볼 수 있다. 여러 구제수단 사이에 충돌이 생길 수 있고 그 관계를 제대로 조정하지 못하면 혼란과 부조화가 나타난다. 그러나 그것이 다양한 구제수단을 막을 이유가 되지는 못한다. 구제수단 사이의 조정은 새로운 과제일 뿐이다.

3. 개정안에서 이행청구권의 요건은 매우 단순하다. 이행청구권은 채권의 효력으로 당연히 인정되는 권리라고 할 수 있지만, 이 개정안은 - 이 조항이 소구력을 포함하는 것이라고 이해하는 필자의 견해에서는 - 영미법계와는 정반대로 이행청구권을 원칙적으로 인정하는 대륙법계의 특징을 선명하게 표현하고 있다. 이 조항에서 이행청구의 배제사유를 명시하지 않고 있기 때문에, 해석을 통하여 또는 제389조 단서를 끌어와서 배제사유를 인정해야 할 것이다.

추완청구권은 불완전이행에 대한 구제수단으로 인정되고 있다. 불완전이행이 민법전에 명시된 것만으로도 학설과 판례의 발전을 입법에 반영했다는 점에서 의미가

있는데, 불완전이행의 경우에 손해배상, 계약 해제와 함께 추완청구권이 새로운 구제수단으로 명시적으로 인정되었다는 점에서 중대한 의미가 있다. 추완청구권에는 이행청구권과 달리 배제사유를 명시하고 있다. 추완청구권을 이행청구권의 일종으로 보는 맥락에서는 개정안 사이에 불균형이 있다고 볼 수 있다. 추완청구권의 배제사유를 이행청구권을 해석·적용하는 단계에서 고려하거나 유추의 방법으로 균형을 찾을 수 있을지 문제될 것이다.

새로운 구제수단의 대표격이라고 할 수 있는 것은 금지청구권이다. 그런데 금지청구권의 요건은 매우 복잡하다. 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없는 경우에 한하여 금지청구권이 인정된다. 위법행위에 대해서 손해배상으로 먼저 해결하고 손해배상으로 해결되지 않는다고 판단되는 경우에만 금지청구를 할 수 있도록 하였다. 나아가 손해의 발생을 예방하는 데 적당해야 한다.

이 세 권리를 비교하면 이행청구권의 요건은 지나칠 만큼 단순하다. 예외가 인정되지 않는다. 다만 강제이행 규정에서 정한 예외가 이행청구권을 제약하는 기능을 할 수 있지만, 그러한 취지가 규정 자체에 드러나지 않는다. 추완청구권은 명시적인 예외규정을 두고 있다. 금지청구권은 요건 자체가 엄격하다. 세 권리의 인정요건이 각각 달라야 한다는 입법론적 결론은 해석론이나 비교법적 연구의 산물이지만, 그 정당성에 관해서 의문이 제기될 수 있다.

계약이든 불법행위든 그 근거가 어떠하든지 채권이 발생하면 무조건 채권자가 이행을 청구할 수 있도록 하는 것이 정당한가? 이행청구권을 원칙적으로 긍정하는 입법이 손해배상을 원칙적 구제수단으로 정하는 방식에 비하여 우월하다고 볼 수 있지만, 이행청구의 인정여부를 둘러싸고 정반대의 출발점에 있는 대륙법계와 영미법계의 사고는 조화를 이룰 수 없을까? 위법행위가 발생할 우려가 있는데도 보충적·예외적으로만 금지하려는 태도는 현 상황에서 과도기적으로 인정되는 것이라고 보아야 할까? 채권자의 이행청구권을 예외 없이 인정하면서 금지청구권을 예외적으로 허용하는 것은 모순되는 것이 아닐까? 이러저러한 의문이 이어진다.

투고일 2016. 10. 17	심사완료일 2016. 11. 18	게재확정일 2016. 11. 25
------------------	--------------------	--------------------

참고문헌

- 곽윤직, **채권총론**, 신정판(1994); 제6판(2006).
- 곽윤직 편집대표, **민법주해**[IX](1995).
- 권 성 외 5인, **가처분의 연구**(1994).
- 권영준, “불법행위와 금지청구권”, **Law & Technology**, 제4권 제2호(2008).
- 김기선, **한국채권법총론**, 제3전정판(1987).
- 김대정, “2013년 「채무불이행법 개정안」에 관한 약간의 검토”, **중앙법학**, 제17집 제4호(2015).
- _____, **채권총론**, 개정판(2007).
- 김상용, **채권총론**(2006).
- 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, **민사법학**, 제55호(2011. 9).
- 김영두, “추완청구에 관한 민법개정시안의 검토”, **법학연구**, 제24권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2014. 3).
- 김용한, **채권법총론**(1988).
- 김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”, **서울대학교 법학**, 제55권 제4호(2014. 12).
- _____, **민법판례분석**(2015).
- _____, “인격권에 관한 입법제안”, **민사법학**, 제57호(2011. 12).
- _____, “제3자에 의한 채권침해”, **민법론 III** (2007).
- _____, “종류매매에서 완전물급부청구권의 제한”, **비교사법**, 제22권 제4호(2015. 11).
- _____, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제65호 (2013. 12).
- 김주수, **채권총론**(1988).
- 김증한·김학동, **채권각론**, 제7판(2006).
- _____, **채권총론**, 제6판(1998).
- 김차동, “금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구”, **법학논총**, 제31집 제4호(2014. 12).
- _____, “금지청구권의 요건사실에 관한 법경제학적 검토”, **법경제학연구**, 제7권 제1호 (2010. 6).
- 김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건”, **법학논고**, 제39집(경북대학교 법학

- 연구원, 2012. 6).
- 김형배, **채권총론**, 제2판(1998).
- 김형석, “강제이행 — 특히 간접강제의 보충성을 중심으로 —”, **서울대학교 법학**, 제46권 제4호(2005. 12).
- 박시훈, “위법행위에 대한 금지청구권의 연구”, **민사법학**, 제71호(2015. 6).
- 박준서 편, **주석민법, 채권총칙**(1), 2000.
- 법무부, **2004년 민법(재산편)개정자료집**(2004).
- _____, **일본 채권법개정의 기본방침**(2009).
- 성승현, “‘불완전이행’과 ‘부적절한 이행’ 개념의 용례에 관한 비교법사학적 고찰”, **법학논총**, 제35집 제3호(전남대학교 법학연구소, 2015).
- _____, “채무불이행법 개정안의 ‘불완전이행’ 개념 도입에 대한 단상”, **법학논총**, 제21집 제3호(조선대학교 법학연구원, 2014).
- 송덕수, **신민법강의**, 제8판(2015).
- _____, “채무불이행에 관한 민법개정시안”, **민사법학**, 제60호(2012. 9).
- _____, “채무불이행의 요건”, **민사법학**, 제65호(2013. 12).
- 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, **민법연구**, 제1권(1991).
- _____, “손해배상의 범위와 방법”, **민법산고**(1998).
- 양창수·김재형, **계약법**, 제2판(2015).
- 이은영, **채권총론**, 제4판(2009).
- 이진기, “민법개정안 채무불이행법에 관한 검토”, **민사법학**, 제68호(2014. 9).
- 장경학, **채권총론**(1992).
- 현승중, **채권총론**(1979).
- 황적인, **현대민법론 III**, 증보판(1987).
- Lando/Beale 편, 김재형 역, **유럽계약법원칙 제1·2부**(2013).
- Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II/2*, 13. Aufl. (1994).
- MünchKomm/Wagner* (5. Aufl., 2009).
- Prosser & Keeton on Torts*, 5th ed. (1984).

<민법개정위원회 회의자료>

2010. 2. 25. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제2차 회의.
2010. 3. 11. 「제2기 민법개정위원회」 제2분과위원회 제3차 회의.

- 2010. 6. 24. 「제2기 민법 개정위원회」 제2분과위원회 제10차 회의.
- 2010. 11. 29. 「제2기 민법 개정위원회」 분과위원장단 회의.
- 2010. 12. 1. 「제2기 민법 개정위원회」 제6분과위원회 제19차 회의.
- 2011. 10. 10. 「제3기 민법개정위원회」 위원장단 제8차 회의.
- 2012. 2. 13. 「제3기 민법개정위원회」 전체회의(제3차) - 3기 6분과 개정시안[불법 행위] -.
- 2012. 11. 12. 「제4기 민법개정위원회」 전체회의(제4차) - 채무불이행 -.

<Abstract>

Diversifying the Remedies under Korean Civil Law: Proposed Amendment concerning Right to Enforce Performance, Right to Cure, and Right to Injunction

Kim, Jae Hyung*

The Korean Civil Code (hereinafter “KCC”) sets out diverse remedies. When a property right is endangered, the owner or possessor can assert a claim arising from such right. A creditor can resort to judicial enforcement or a claim for damages with or without terminating the contract for default. The victim of a tort has a claim for damages; anyone disadvantaged from an act of unjust enrichment has the right to restitution.

The Ministry of Justice set up a Committee for the KCC Amendment in February 2009 (hereinafter “Committee”). The Committee attempted at a comprehensive amendment of the KCC, except family and succession law, and produced a definitive amendment bill (hereinafter “Bill”) on February 17, 2014. The Bill contains provisions on newly introduced remedies including right to enforce performance, right to cure, and right to injunction (hereinafter “New Remedies”). If affirmed by the legislature, the Bill is expected to broaden the range of remedies under KCC.

This article introduces the Bill in the context of the New Remedies. In the process, the similarities and differences between the New Remedies are discussed, which helps one understand the Bill and its implications more in depth. In effect, the New Remedies may be recognized even in the absence of any express statutory provision. However, without the benefits of such provision, the courts tend not to recognize a new breed of remedies to a full extent. Against this backdrop, the Bill, once passed into law, will lay out an express legal basis for affirming the judicial

* Justice of the Supreme Court of Korea (Former Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University).

precedents and academic discourse hitherto on the New Remedies. As a result of the Bill, the range of remedies under KCC will diversify, which in turn may help the system of civil remedies function more effectively. Of course, controversies may well arise with regard to the requirements of each New Remedy or to the interplay between the newly introduced provisions and other remedy-related provisions in the context of KCC. I believe such controversies will foster the studies of civil law in general and contribute to future legislative efforts.

Keywords: right to enforce performance, right to cure, right to injunction, amendment bill to the Civil Code

