

채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 입법론*

한양대학교 법학전문대학원 교수·법학박사 宋 鎬 煥

논문요약

현행 민법전은 제3편 제5절 「채무의 인수」라는 제목으로 제453조부터 제459조까지 총 7개 조문으로 “면책적” 채무인수에 관해서만 규율하고 있다. 그러나 거래현실에서는 면책적 채무인수외에도 병존적 채무인수와 이행인수 그리고 계약인수 등의 제도들이 많이 활용되고 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 제도들에 대한 규율은 순전히 학설과 판례에 맡겨져 있는 실정이다. 또한 비교법적 경향을 보면, 채권양도와 함께 채무인수에 대해서도 채권·채무의 유통성을 높여주는 것이 최근의 국제적인 추세인데, 우리 민법은 이 부분에 대해서도 상당히 미흡하다. 따라서 민법전의 현실적응력을 높이기 위해 2010년 2월 법무부는 제2기 민법개정위원회를 구성하여, 그 산하 분과위원회 중에서 제3분과위원회에 채권양도와 함께 채무인수에 관한 개정작업을 맡기었다. 본 논문은 필자가 활동한 민법개정위원회에서 입안한 채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 개정시안을 소개하는 것이다. 이에 따르면, 현재의 민법전 제3편 제5절은 3개의 款, 즉 제1관 「면책적 채무인수」, 제2관 「병존적 채무인수」, 제3관 「계약인수」로 나뉜다. 여기에 이행인수, 병존적 채무인수 및 계약인수에 관한 규정을 신설 배치하였다. 또한 종래의 면책적 채무인수에 관해서도 불명확하거나 다름이 있는 부분에 대해 부분적인 개정을 제시하였다.

* 본 논문은 2011년 6월 한국민사법학회 하계정기학술대회[민법 개정작업의 현황과 향후의 과제 정립을 위한 학계 및 실무계 대 토론회]에서 발표한 것을 다듬은 것이다. 발표당시 토론을 통해 유익한 조언을 해 주신 서강대학교 법학전문대학원의 이준현교수님께 감사드린다.

[주제어] 채무인수, 면책적 채무인수, 병존적 채무인수, 이행인수, 계약인수, 유럽민법공
통참고기준초안, 구상, 사무관련

Assumption of debts, discharging assumption of debt, cumulative assumption of debt,
vicarious performance, Transfer of contractual position, Draft Common Frame of
Reference, Recourse, Benevolent intervention in another's affairs

* 논문접수 : 2011. 9. 9. * 심사개시 : 2011. 9. 9. * 게재확정 : 2011. 9. 28.

目 次

I. 서 설	1. 이행인수의 추정
II. 면책적 채무인수 규정의 개정	2. 병존적 채무인수
1. 개 설	IV. 계약인수 규정의 신설
2. 이해관계없는 제3자의 채무인수	1. 필요성
3. 인수인의 항변사유	2. 독립된 款의 신설
4. 기 타	3. 신설규정의 내용
III. 이행인수와 병존적 채무인수 규정 의 신설	4. 개정시안
	V. 맺음말

I. 서 설

(가) 현행 민법전은 제3편 제5절 「채무의 인수」에서 제453조부터 제459조까지 총 7개 조문으로 채무인수에 관하여 규율하고 있다. 이들 조문들은 1960년 신민법이 제정되면서 규정된 이래로 현재까지 단 한 차례도 개정이 된 적이 없다. 그것은 그동안 채무인수라는 제도가 현실적인 개정의 필요성이 적었던 것일 수도 있겠지만, 실제로는 실무에서는 민법상 채무인수와는 별도로 “사적자치”의 이념 아래

별개의 제도들이 성행하고 있었던 것이다. 그 대표적인 예가 「이행인수」와 「계약인수」이다. 또한 민법에서의 채무인수는 전적으로 “면책적” 채무인수에 관한 것인데, 현실에서는 「병존적 채무인수」도 많이 성행하고 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 제도들은 현행민법상 전혀 규율된 바 없이 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 왔다. 특히 법률관계에 개입된 당사자간에 누군가가 새로운 “채무”를 부담하게 된다는 것은 당사자 사이에 매우 큰 이해관계를 가지는 것이기 때문에, 이러한 문제를 단순히 “사적자치”의 명분으로 쉽게 결론을 내어 버리거나, 학설과 판례의 과제로 돌려버리는 태도는 옳지 않다. 또한 비교법적으로 볼 때, 채권양도와 함께 채무인수에 대해서도 채권 채무의 유통성을 높여주는 것이 최근의 국제적인 추세인데, 우리 민법은 이 부분에 대해서도 상당히 인색한 태도를 취하고, 따라서 민법전의 현실적용력을 높이기 위해서는 채무인수에 관한 규정에 대하여 전반적인 손질이 필요하다.

이러한 개정의 필요성을 고려하여, 2010년 2월 법무부는 제2기 민법개정위원회를 구성하였는데, 그 산하 분과위원회 중에서 제3분과위원회가 민법전 제3편 중 채권의 양도(제4절), 채무의 인수(제5절) 및 채권의 소멸(제6절)에 관한 개정작업을 담당하게 되었다.¹⁾ 분과위원회는 2010. 2. 17. 제1차 회의를 시작으로 2011. 1. 26.까지 총 21차례의 회의를 통해 개정시안을 마련하기 위하여 많은 노력을 기울였다. 그 중에서 본 논문은 채무의 인수와 관련된 민법전 제3편 제5절에

1) 제3분과위원회의 위원장으로는 김대정 교수(중앙대), 위원으로는 윤철홍 교수(숭실대), 정병호 교수(서울시립대), 여미숙 판사(사법연수원교수), 황현주 변호사(법무법인 화우) 및 필자로 구성되었고 여기에 위원회의 회의에는 민법개정위원회의 사무국업무를 맡고 있는 구상엽 검사, 장준희 검사가 정기적으로 참가하였다. 본 논문에서 언급하는 위원회는 2010년 제2기 민법개정위원회의 「제3분과위원회」를 지칭한다.

대해 필자의 연구를 바탕으로 하여²⁾ 분과위원회가 안출한 개정시안을 선보이기 위해 작성된 것이다. 따라서 본 논문에서 제시된 개정시안은 민법개정위원회나 법무부의 공식적인 입장이 아니며, 필자가 제안한 개정시안에 대해 분과위원회 단계에서 논의된 사항에 머물고 있는 것이라는 점을 강조하고 싶다.

(나) 채무의 인수에 관한 민법의 규정을 개정함에 있어서 세부적인 규정들을 검토하기에 앞서 위원회는 다음과 같은 몇 가지 구성체계의 상의 문제를 정리하였어야 했다.

첫째, 민법전 제3편 제5절은 「채무의 인수」라 하여 제453조 이하에서는 “면책적” 채무인수에 대해서만 규율하고 있는데, 만약 “병존적” 채무인수를 명문화한다면 이를 어떻게 배치한 것인가 하는 문제이다. 이를테면 유럽민법공동참고기준(DCFR)에서는 제2절에서 「채무자 변경 및 가입」(Substitution and addition debtors)이라는 표제 아래 면책적 채무인수와 병존적 채무인수를 통일적으로 규율하고 있다.³⁾ 또한 일본 채권법 개정안에서도 채무인수에 관해서 면책적 채

2) 본 논문의 기반이 된 것은 2010년도 법무부 연구용역 과제인 “채무인수 및 계약인수에 관한 입법론적 연구”이며, 동 연구의 결과를 중심으로 분과위원회는 여러 차례 회의를 통하여 채무의 인수에 관한 개정시안을 도출할 수 있었다.

3) DCFR III. 5:201 적용범위(Scope)에서는 “본 절은 합의에 의해 새로운 채무자가 변경되거나 또는 가입하는 경우에만 적용된다”고 하고 5:202: 변경 및 가입의 유형(Types of substitution or addition)에서는 채무인수의 모습으로 (a) 새로운 채무자로의 완전변경(complete substitution of new debtor), (b) 새로운 채무자로의 불완전변경(incomplete substitution of new debtor), (c) 새로운 채무자의 가입(addition of new debtor) 등 세 가지를 인정하고 있다. 이 중에서 (a)는 우리법상 면책적 채무인수에 (c)는 병존적 채무인수에 해당하고 (b)는 우리 법에서는 생소한 개념이지만, 채권자의 이익을 위해 의심스러운 경우 병존적 채무인수로 추정하는 우

무인수와 병존적 채무인수를 분리하지 않는 입법방식을 채택하고 있다(개정안 3.1.4.10조). 이에 대해 위원회에서 이러한 통일적 입법방식을 고려해 보았으나, 만약 그렇게 할 경우 현행 민법전에 대해 너무 많은 조문을 재배치할 수밖에 없게 되어, 수범자들이 조문의 실질적인 내용보다 오히려 조문의 형식을 익히는 데에 과도한 사회적 비용을 치러야 할 것으로 예상되어 통일적 입법방식은 포기하고, 그 대신 관련규정을 신설하여 덧붙이는 방식을 채택하기로 하였다.

둘째, 새로운 제도들을 신설한다면 이들 제도들은 현재의 “면책적 채무인수”에 관한 규정과는 구별되어야 하므로, 이를 위해 제3장 5절 이하에 별도의 款을 두기로 하였다. 이에 따라 제3장 5절에는 제1관 「면책적 채무인수」, 제2관 「병존적 채무인수」, 제3관 「계약인수」로 구별하여, 각 款에 해당규정들을 배치하거나 신설하였다.⁴⁾

셋째, 이행인수에 관한 규율인데, 이행인수는 분명 면책적 채무인수와 다른 제도이기 때문에 이에 대해 다른 제도들과 마찬가지로 별개의 款을 설정하여 규율하는 것도 생각할 수 있겠지만, 이행인수가 실제로 문제되는 경우는 그것이 이행인수인지 아니면 면책적 채무인수인지의 여부와 관련해서 다투어지는 경우가 대부분이다. 따라서 이행인수에 대해서는 면책적 채무인수의 성립과 결부시켜 별개의 조문으로 구성하는 것으로 족하다고 보았다.

리 관례의 태도와 비교될 수 있는 모습이다. 이에 관한 설명으로는 v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 2, 1079면 이하 및 법무부 민법개정위원회, 『Christian von Bar 교수 초청 국제 심포지움 자료』, 법무부(2011), 35면 참고.

- 4) 병존적 채무인수는 현행 민법 제459조 다음에 신설되는 제2관 「병존적 채무인수」의 제459조의2 (병존적 채무인수)에, 그리고 계약인수는 신설되는 제3관 「계약인수」의 제459조의3 (계약인수) 및 제459조의4 (준용 규정)에 각각 규정하기로 하였다. 이에 대해서는 후술함.

이러한 구성체계에 따라 현행민법 제453조부터 제459조까지 총7개 조문에다가 이행인수에 관한 1개 조문(제454조의2), 병존적 채무인수에 관한 1개 조문(제459조의2) 및 계약인수에 관한 2개 조문(제459조의3, 제459조의4) 등 4개의 조문이 추가되어 민법전 제3편 제5절은 3개의 款과 11개 조문으로 재편된다. 또한 내용상으로도 4개 조문의 신설 외에도 현행민법상 7개 조문 중에서 4개 조문에 대해서 내용상의 개정 혹은 자구의 수정을 가하였기 때문에 조문 수에 비하여 제법 큰 폭의 변화가 있게 되었다. 본 논문에서는 변경 또는 신설된 조문의 순서에 맞추어 차례대로 그 내용을 살펴보고자 한다.

II. 면책적 채무인수 규정의 개정

1. 개 설

현행 민법은 제3편 제5절에서 [債務의 引受]라는 표제하에 제453조부터 제459조까지를 두고 있지만, 이들 규정은 모두 면책적 채무인수에 관한 규정이다. 따라서 금번 개정에서 면책적 채무인수 외에도 병존적 채무인수나 계약인수 등에 대해 규정을 신설한다면, 면책적 채무인수에 대해서는 이들과는 구별되는 별개의 관(款)을 설치하여 규율하는 것이 체계상 바람직하다. 그리하여 우선 형식상으로는 현행 민법 제453조 바로 위에 새로운 “제1관 면책적 채무인수”라는 표제를 삽입하기로 하였다.

현 행	개정시안
<신 설>	제1관 면책적 채무인수

다음으로 면책적 채무인수에 관한 규정에 대해 내용상으로 몇 가

지 변화가 있다.

첫째, 현행민법 제453조 제2항에서 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반해서 채무를 인수하지 못하도록 되어 있는데, 이를 이해관계 없는 제3자도 채무자의 의사에 상관없이 채무를 인수할 수 있도록 허용하되, 다만 무분별하게 제3자가 타인의 채무에 개입하는 것을 방지하는 방안을 강구하였다.

둘째, 제454조 [채무자와의 계약에 의한 채무인수] 다음에 제454조의2 [이행인수의 추정] 이라는 규정을 신설하여 이행인수의 법적 근거와 성립요건을 마련하였다.⁵⁾

셋째, 현행 제458조 [전채무자의 항변사유]에 관한 규정에 대해, 종래부터 학설상 주장되어 왔던 채권자에 대한 인수인의 항변제한사유를 명확히 하였다.

넷째, 기타 조문에서 표현상 매끄럽지 못한 부분을 손질하였다.

2. 이해관계없는 제3자의 채무인수

가. 현행 규정의 문제점

현행 제453조 제2항에서는 이해관계없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못하는 것으로 정하고 있다. 동 규정에는 당사자의 의사에 반하는 恩惠의 授與를 거부하는 봉건적인 관념이 배경에 깔려있다고 한다.⁶⁾ 동 규정이 이해관계없는 제3자로 하여금 채무자의 의사에 반하는 채무인수에 대한 제한을 둔 것은 “제3자에 의한 변제”(제469조 제2항) 및 “채무자변경으로 인한 경계”(제501조)의 경

5) 이행인수에 관한 신설안 제454조의 2에 대한 설명은 후술함.

6) 양창수, “채무인수”, 고시연구(통권 284호), 고시연구사(1997. 11), 62면.

우에도 채무자의 의사에 반하여 이를 행할 수 없도록 한 것과 마찬가지로, 채무자의 의사를 존중함에 입법적 취지가 있다고 할 수 있다.⁷⁾

제3자의 변제(제469조 제2항)와 채무자변경으로 인한 경계(제501조)는 依用民法에서 명문으로 인정되었는데, 그렇다면 현행 제453조 제2항은 依用民法 시대에 채권자와 인수인 간의 계약에 기한 채무인수의 법리를 위 두 제도들과 유사하게 구성하였던 것에서 유래하는 것으로 보인다.⁸⁾ 입법론으로서, 이러한 제한은 채무자의 의사에 반하는 보증계약의 성립을 인정하고(제444조), 채무자의 의사와 관계없이 채권자의 단독행위로 채무를 면제할 수 있도록 하고 있는 것(제506조)과 균형이 맞지 않을 뿐만 아니라, 가급적 채무의 이전성을 널리 인정하려고 하는 현대적 경향에 비추어 비판의 여지가 있다는 주장도 있다.⁹⁾ 한편 비교법적으로 볼 때에도 우리 민법의 경우처럼 채무인수를 할 수 있는 제3자의 범위에 제한을 두는 입법례는 찾아볼 수 없다. 생각건대, 현행 제453조 제2항의 존재여부는 “제3자에 의한 변제”(제469조 제2항) 및 “채무자변경으로 인한 경계”(제501조)와 함께 입법적 결단을 필요로 한다. 그런데 금번 개정에서 채권양도와 함께 채무인수에 대해서도 이를 유연하게 실현할 수 있도록 법개정의 포인트가 맞추어진다면, 현행 제453조 제2항을 개정할 필요가 있다. 즉 현행민법에서는 “이해관계없는 제3자”는 “채무자의 의사에 반하여” 채무를 인수하지 못하는데, 여기서 “이해관계”의 의미도 명확하지 않거니와¹⁰⁾ “채무자의 의

7) 김대정, 『채권총론』, 907면.

8) 양창수, 앞의 논문, 62면.

9) 서민, “채무인수”, 사법연구(제1집), 청림출판(1992), 186면; 김대정, 『채권총론』, 908면.

10) 제469조 제2항에서의 이해관계없는 제3자가 누구인지에 대해서 학설은 대개 연대채무자·보증인은 물론이고, 물상보증인·담보부동산의 제3취득자들은 모두 법률상 변제하는 데에 이해관계 있는 제3자라고 한다(곽윤

사에 反”하는지의 여부도 가리기가 쉽지 않다.¹¹⁾ 더욱이 문제가 되는 것은 채무자가 반대의사를 표시한 경우에 그러한 제3자의 채무인수의 효력을 부인할 필요까지는 없다는 점이다. 채무자의 반대의사표시에 의해 채무자가 지키려는 자신의 자존심(즉 은혜수여의 거부)이 채무인수가 무효로 됨에 따라 채권자가 겪게 되는 불이익보다 더 가치 있는 것이라고 보기는 어렵다. 채권자 입장에서는 채무인수를 통하여 새로운 제3자를 채무자로 받아들임으로써 종전 채무자의 불안한 자력상태로부터 벗어나고자 하는데, 그 제3자가 이해관계가 없고 채무자의 의사에 반한다는 이유로 채권자와 제3자 사이의 채무인수약정 자체가 원천적으로 인정되지 않는다는 것은 채권자의 이익을 도외시키고 있다는 점에서 많은 문제를 안고 있다. 그러므로 이해관계없는 제3자에게도 채무인수가 가능하도록 하여 채권자도 보호하는 동시에 종전 채무자의 이익을 해하지 않는 선에서의 해결방법을 모색할 필요가 있다.

직, 『채권총론』, 242면 등). 제453조 제2항의 이해관계는 이 보다는 넓게 새기는 것이 타당할 것이다(동지, 김대정, 『채권총론』, 908면). 또한 양창수 대법관은 “인수인이 채무자와의 내부관계에서 채무인수를 할 의무를 부담하거나 또는 어떠한 보상관계가 존재하는 경우에는 물론 인수인의 이해관계가 긍정되어야 한다. 뿐만 아니라 채무자와의 내부관계에서가 아니라도, 가령 인수인이 제3자가 담보로 제공한 물건을 양수하면서 그 피담보채무의 채권자와의 사이에 채무인수계약을 하는 경우와 같이, 채무가 적절하게 이행되지 않으면 불이익을 입게 되는 관계가 존재하는 때에도 이를 긍정할 것이다”라고 하여 그 범위를 넓게 보고 있다(양창수, 앞의 논문, 63면).

- 11) 채무자의 의사에 반하는지의 여부는 결국 채무자의 반대의사의 표시에 따라 판단하게 되는데, 이에 대해서는 “채무자의 반대의사는 반드시 표시되어야 효력이 있는 것은 아니지만, 채무자가 채무인수의 사실을 알고 있으면서 아무런 의사표시가 없으면 반대의 의사가 없는 것으로 추정”하게 된다는 견해(김대정, 『채권총론』, 908면)가 있는가 하면, “그 반대의사는 가급적 명확하게 표시되어야 하며, 함부로 제반사정으로부터 추단되어서는 안 된다”는 견해(양창수, 앞의 논문, 63면)가 차이를 보인다.

나. 개정시안의 착상

본 조문을 개정함에 있어서 고려해야 할 점은, 우선 이해관계없는 제3자도 채무자의 의사와 무관하게 채권자와의 계약으로 채무인수를 할 수 있도록 함으로써 채권자의 이익을 보호하되, 이해관계없는 제3자가 무분별하게 타인의 채무에 개입하는 현상¹²⁾도 제어할 필요가 있다는 것이다. 그러면서도 이에 대한 개정내용이 민법상 다른 제도와 규율의 형평성 내지 조화를 이룰 수 있어야 한다는 것이다. 이러한 점에서 이해관계없는 제3자의 채무인수를 어떻게 규율할 것인가에 관하여 현행민법상에 인정되는 기존 제도에 좇아 ① 구상권의 법리에 따르는 방법과 ② 사무관리의 비용상환법리에 따르는 방법을 생각해볼 수 있다.¹³⁾

우선 전자(구상권법리)에 관해서 본다면, 만약 이해관계있는 제3자가 채무를 인수하게 되어 종전의 채무자가 채무를 면하게 되면 인수인은 채무자에 대해 구상권을 행사할 수 있게 될 것인데, 이해관계없는 제3자가 채무를 인수하더라도 채무자의 의사에 반하는지의 여부에 따라 구상권의 범위에 차이를 두게 되면 채무자에게도 불리하지 않을 뿐더러 채권자의 이익에도 영향이 없게 된다. 따라서 동 규정은 그러한 범위 내에서 개정됨이 바람직하다. 우리 민법은 제444조에서 부타없는 보증인에 대해서 보증인이 된 자가 단순히 채무자의 부타없이 보증계약을 체결한 경우와 주채무자의 의사에 반하여 보증계약을 체결

12) 예컨대 채권추심업체가 채권자와의 합의로 채무자의 의사와 무관하게 채무인수를 하고난 후, 채무자에게 채무의 이행을 강요하는 경우를 떠올릴 수 있다.

13) 개정시안의 조문상으로 전자는 “이해관계없는 제3자가 채무를 인수한 경우에는 제444조의 규정을 준용한다”고 하고, 후자에 대해서는 “이해관계없는 제3자가 채무를 인수한 경우에는 제739조의 규정을 준용한다”고 표현할 수 있다.

결한 경우를 나누어서 구상권의 범위에 차등을 두고 있다. 본조에서도 이러한 제444조의 규정을 준용하여 이해관계없는 제3자도 채무자의 의사에 관계없이 일단은 채무를 인수할 수 있도록 하되 채무자의 의사에 반하지 않는 경우나 아니면 채무자의 의사에 반하는 경우나에 따라 전자에 대해서는 종전 채무자가 채무인수 당시에 받은 이익을 한도로 하여, 후자에 대해서는 종전 채무자의 현존이익의 한도에서만 구상 의무가 있는 것으로 함으로써 종전 채무자의 이익을 고려할 수 있을 것이다. 다만 보증의 경우와 채무인수의 경우는 다소간의 차이점이 있다. 우선 보증의 경우에는 보증인 자체가 “이해관계있는 자”(변제할 상당한 이익이 있는 자: 제481조)인데 반하여 채무인수의 경우에는 처음부터 “이해관계 없는 제3자”가 문제되므로 양자간의 법적 지위에서 차이가 있다. 또한 보증의 경우에는 보증인이 채무를 “소멸”시켰기 때문에 구상권이 발생하는 것인데 반하여, 채무인수의 경우는 “채무인수”만으로 채무자체가 소멸된 것은 아니라는 점에서 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 양자는 상당한 유사점이 있다. 보증의 경우에는 보증인이 주채무가 성립할 때부터 당연히 이해관계를 가진 자가 아니라 주채무와는 별도로 채권자와 보증인 사이의 계약에 의해서 비로소 이해관계를 가지게 된다. 마찬가지로 이행인수의 경우에는 제3자가 채권자와의 채무인수계약에 의해서 비로소 자기가 채무를 변제해야 할 이해관계의 당사자로 서게 된다. 또한 보증의 경우는 보증인이 채무를 “소멸”시켰기 때문에 구상권이 발생하는 것인데, 채무인수의 경우는 인수인이 “채무인수”를 한 것만으로는 채권자에 대해서 채무가 “절대적”으로 소멸한 것은 아니지만, 종전채무자의 입장에서는 채무의 면책을 통하여 채무가 “상대적”으로 소멸한 상태다. 이러한 구조적인 유사성을 고려한다면, 이해관계가 ‘있는’ 제3자가 채무를 인수

한 경우에는 종전채무자에 대하여 그 “이해관계”의 법률적 기초에 따라 채무자와 인수인사이의 決濟가 이루어질 것이다. 그에 반해 이해관계가 ‘없는’ 제3자가 채무를 인수한 경우에는 마치 주채무자의 부탁 없이 제3자가 채권자와의 보증계약으로 보증인이 된 구조와 유사한데, 이 경우에는 이해관계없는 제3자와 종전채무자 사이에는 결제의 기초가 되는 이해관계가 없으므로 법률의 규정을 통하여 종전채무자와 제3자의 이익을 조정해줄 필요가 있다. 그렇다면 이를 위한 새로운 규정의 신설보다는 앞서 본 보증과의 유사성에 터잡아 제444조의 규정을 준용함으로써, 이해관계없는 제3자와 종전채무자의 이익을 조정하는 방법을 제안한다. 그렇게 되면 이해관계없는 제3자의 채무인수가 ① 종전채무자의 의사에 반하지 않는 경우와 ② 종전채무자의 의사에 반하는 경우로 나누어 볼 수 있는데, 어떤 경우든 종전채무자는 채무인수에 의해 채무면책의 이익을 본 것이므로 이를 구상할 수 있을 것이고,¹⁴⁾ 그 범위에 대해서 ①의 경우에는 “그 당시에 이익을 받은 한도에서”(이때에는 채무인수가 성립한 날 이후의 법정이자와 손해배상은 제외된다)(제444조 제1항 참조), ②의 경우에는 “현존이익의 한도에서” 구상할 수 있고(제444조 제2항 참조), 이때 종전채무자가 구상한 날 이전에 상계원인이 있었음을 주장한 때에는 그 상계로 소멸할 채권은 제3자(채무인수인)에게 이전된다(제444조 제3항 참조).

다음으로 후자의 방법(사무관리의 법리)을 생각해본다면, 제3자가 채무를 인수한 것이 이해관계가 없는 상태라면 사무관리의 성립을

14) 이는 이른바 求償不當利得의 반환에 해당한다. 이때 제3자의 채무인수만으로 채무자는 면책되므로 제3자는 채무자에게 곧바로 구상을 청구할 수 있다는 견해와 제3자 채무인수만으로는 부족하고 제3자가 채권자에게 실제로 변제를 하여야만 비로소 구상을 청구할 수 있다는 견해로 나뉠 수 있다.

긍정할 수 있을 것이다. 이때 관리자에 해당하는 제3자는 본인(즉 채무자)의 이익을 위해서 관리행위(채무의 인수도 관리행위에 포함될 수 있을 것이다)를 하여야 하고 그때에는 제739조 제1항 및 제2항에 따른 비용상환을 청구할 수 있을 것이다. 만약 제3자가 채무자의 의사에 반하여 관리(채무인수)를 한 때에는 채무자의 현존이익의 한도에서 비용상환을 청구할 수 있다(제739조 제3항).

이상 2가지 방법을 비교해보면 다음과 같다.

이해관계없는 인수인	보증인의 구상 준용(제444조)	사무관리의 준용(제739조)
① 채무자의 의사에 반하지 않는 경우	그 당시에 이익을 받은 한도에서(①항)	필요비 또는 유익비(①, ②항)
② 채무자의 의사에 반하는 경우	현존이익의 한도에서(②항)	현존이익의 한도에서(③항)

양 방법간의 차이를 보면, 우선 ① 채무자의 의사에 반하지 않는 경우에 사무관리에 의하게 되면 위임에 관한 규정이 준용되어 이해관계없는 채무인수인은 사실상 자신이 부담해야 할(또는 부담했던) 채무의 전부를 청구할 수 있게 된다. 그에 반해 구상법리에 의하게 되면 종전 채무자가 “그 당시에 이익을 받은 한도에서” 비용을 청구할 수 있는 것으로 제한된다. 인수인의 입장에서는 사무관리법리가 유리할 것이고, 종전채무자의 입장에서는 구상권법리가 유리할 것인데, 사무관리법리에 의하게 되면 인수인에게 불리할 것이 없으므로 이해관계없는 제3자가 타인의 채무에 무단히 개입하여 비용을 청구하는 현상이 나타날 가능성이 더 높다. 특히 제739조 제2항은 위임에 관한 제688조 제2항을 준용하므로, 그렇게 되면 제3자가 채무인수계약을 통하여 채무를 부담

한 때에는 자기에 갈음하여 이를 변제하게 할 수 있고 그 채무가 변제기에 있지 아니한 때에는 상당한 담보를 제공하게 할 수 있게 된다. 그렇게 되면 제3자가 채무인수를 한 의미가 별로 없게 된다.¹⁵⁾

한편 ② 채무자의 의사에 반하는 경우에는 양자의 법리간에는 모두 “현존이익의 한도에서” 구상 혹은 비용을 청구할 수 있다는 점에서는 동일하다. 그런데 사무관리에서는 다소 주의할 필요가 있는데, 본인의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 사무관리는 성립하지 않으므로 (제737조 단서) 제739조 제3항은 사무관리를 하는 것이 본인의 의사에 반하느냐의 여부가 명백하지는 않으나, 본인의 의사에 반하는 경우에 한정되는 것으로 해석된다.¹⁶⁾ 이를 채무인수에 적용해보면, 제3자의 채무인수가 종전채무자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 사무관리가 성립하지 않으므로, 제739조 제3항은 제3자의 채무인수가 종전채무자의 의사에 반하는지 여부가 명백하지는 않으나 종전채무자의 의사에 반하는 경우로 한정된다. 그러나 제739조 제3항에서 본인의 의사에 반하는 경우와 명백하게 반하지는 않지만 어쨌든 반하는 경우를 구별하기 어렵다는 비판은 충분한 설득력을 가지며,¹⁷⁾ 따라서 사무관리법리에 의하게 되면 그 준용여부의 불확실성이 常存하는 셈이다. 이러한 점을 종합적으로 고려해볼 때 사무관리 규정의 준용보다는 보증인의 구상권에 관한 규정이 종전채무자와 인수인 간의 이익을 보다 세밀하게 조정하고 있다고 평가할 수 있으며, 사무관리의 규정보

15) 그러한 점에서 설령 이해관계없는 제3자에 대하여 제739조를 준용하더라도 동조 제2항은 준용되지 않는 것으로 해석하여야 할 것이다.

16) 박윤직, 『채권각론』, 341면; 김상용, 『채권각론』, 532면 등. 특히 김형배, 『사무관리·부당이득』 [채권각론 II], 45면은 제739조 제3항은 입법론상 모순된 규정이며, 적어도 해석론상 오해를 불러일으킬 수 있는 규정이라고 비판한다.

17) 김형배, 『사무관리·부당이득』 [채권각론 II], 46면.

다 그 준용여부를 판가름하는데 더 용이한 장점이 있다.

다. 개정시안

위와 같은 양자 법리를 비교 평가한 결과, 사무관리의 비용상환법 리보다는 구상권의 법리에 의하는 것이 더욱 바람직하다는 결론에 이르게 되었고, 이에 개정시안에서는 이해관계없는 제3자에게도 채무 인수를 할 수 있도록 허용하되, 이 경우에는 부탁없는 보증인의 구상 권에 관한 규정(제444조)을 준용하도록 하였다.

현 행	개정시안
제453조 (채권자와의 계약에 의한 채무인수) ② 이해관계없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다.	제453조 (채권자와의 계약에 의한 채무인수) ② <u>이해관계없는 제3자가 채무를 인수한 경우에는 제444조의 규정을 준용한다.</u>

3. 인수인의 항변사유

가. 개정의 필요성

채무인수인이 채권자에게 행사할 수 있는 항변사유의 법률관계는 다음의 3가지를 상정할 수 있다. 첫째 채권자와 종전채무자 사이의 항변사유, 둘째 채권자와 인수인 사이에서 생긴 항변사유, 셋째, 채무자와 인수인 사이에서 생긴 항변사유 등이다. 이 중에서 현행 민법 제458조가 규정하는 항변사유관계는 첫째(채권자와 종전채무자 사이의 항변사유)것에 국한되고 나머지는 학설과 판례에 맡겨져 있다. 여

기서 우선 둘째(채권자와 인수인 사이에서 생긴 항변사유) 것은 인수인이 채권자와의 사이에서 생긴 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있음은 당연하다. 즉 채권자와 인수인 사이의 채무인수계약에 무효 취소 해제 등의 사유가 있는 경우에는 인수인은 그러한 사유로써 채권자에게 대항할 수 있음은 당연한 것이고 채권자에 대하여 반대채권을 가지고 있는 경우에는 이로써 상계할 수 있다.¹⁸⁾ 이는 채무인수에서 적용되는 특유한 법리가 아니라 계약당사자로서 채권자와 인수인사이에 적용되는 계약법의 일반원리일 뿐이므로 이를 별도로 규율할 필요는 없다. 문제는 첫째와 셋째의 경우이다.

우선 채권자와 종전채무자 사이에서 생긴 항변사유에 대해서 살펴보면, 채무인수에 의하여 채무는 동일성을 유지한 채 인수인에게 이전되므로 인수인의 채무는 본래의 채무에 의하여 정하여지며, 채권자는 채무인수에 의하여 이익을 얻거나, 종래의 채무자에 대한 권리보다 더 많은 권리를 가져서도 아니되므로, 현행 민법 제458조처럼 인수인은 전채무자의 항변사유를 가지고 채권자에게 대항할 수 있음은 타당하다. 다만 인수인이 행사할 수 있는 종전채무자의 항변사유에 종전채무자의 상계권이 포함되는 지는 불분명하기 않기 때문에, 이를 명확히 할 필요가 있다. 다음으로 인수인과 종전채무자와의 사이에서 생긴 항변사유를 가지고서 채권자에게 대항할 수 있는지가 문제된다. 이 문제는 채무인수의 원인된 법률관계가 채무인수의 효력에 영향을 미치는지에 관한 것으로 다루어지는데, 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있다. 그러나 이 문제는 채무인수제도의 안전성을 보장한다는 측면에서 명문으로 이를 규율할 필요가 있다.¹⁹⁾

18) 김대정, 『채권총론』, 918-919면.

19) 이 문제는 2004년 민법개정당시에도 서민위원의 제안에 따라 당시 민법개정위원회에서 신설규정을 두기로 결정한 적이 있다, 이에 관해서는

나. 채권자와 종전채무자 사이의 항변사유

채권자와 종전채무자 사이의 항변사유에 대해서는 이미 현행 민법 제458조가 “인수인은 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 채무인수에 의하여 채무는 동일성을 유지하면서 종전채무자로부터 인수인에게 이전되는 것이므로, 이전된 채무에 항변권이 붙어있는 경우에는 그 항변권도 채무와 같이 인수인에게 이전되는 것이 당연하므로 이를 규정한 것은 지극히 타당하다. 다만 그러한 항변권에 과연 종전채무자가 채권자에 대하여 가지고 있던 반대채권의 행사도 포함되는지에 대해서는 해석의 여지가 있다. 이에 대해 학설은 이를 부정함에 일치하고 있는데, 그 이유는 만약 인수인이 종전채무자의 반대채권으로 상계할 수 있다고 한다면 그것은 종전채무자의 채권을 처분하는 결과가 되는데, 인수인에게는 그러한 처분권을 인정할 수 없다는 것이다.²⁰⁾ 한편 독일 민법은 제417조에서 명문으로 인수인의 상계를 금지하는 규정을 두고 있다.²¹⁾ 결론적으로 학설의 이와 같은 해석론은 타당하다고 할 수 있고, 불필요한 해석의 여지를 남기지 않기 위해 독일민법 제417조와 같은 명문의 규정을 제458조 단서에 두는 것이 바람직하다.

법무부, 『2004년도 민법(재산편) 개정 자료집 II』, 187면 이하 참고.

20) 박윤직, 『채권총론』, 231면; 김중환·김학동, 『채권총론』, 324면; 김형배, 『채권총론』, 627면; 김상용, 『채권총론』, 423면; 김대정, 채권총론, 918면; 서민, “채무인수”(주 9), 201면 등.

21) 독일민법 제417조(引受人의 對抗事由) ① 인수인은 채권자와 종전 채무자 사이의 법률관계로부터 발생하는 대항사유로 채권자에게 대항할 수 있다. 인수인은 종전 채무자가 가지는 채권으로 상계할 수 없다. ② 인수인은 채무인수의 기초를 이루는 인수인과 종전 채무자 사이의 법률관계로부터 채권자에 대한 대항사유를 도출할 수 없다.

다. 채무자와 인수인 사이에서 생긴 항변사유

채무자와 인수인사이에서 생긴 항변사유를 가지고 채권자에게 대항할 수 있는 지에 대해서는 현행민법이 이에 관한 명문의 규정을 두지 않고 있더라도 이를 부정함에는 이론이 없어 보인다. 다만 이 문제를 바라보는 시각에는 차이가 있다. 학자들에 따라서는 이 문제를 이행인수계약과 원인행위와의 관계에 관한 無因性 여부의 문제로 파악하기도 하고,²²⁾ 채무자와 인수인사이의 채무인수계약에 있어서는 원인행위의 유인 무인의 문제로 접근하기 보다는 抗辯의 切斷의 시각에서 검토해야 한다는 주장도 있다.²³⁾ 어떻든 채무자와 인수인사이의 채무인수계약에 있어서는 인수인으로 하여금 종전채무자에 대한 항변사유를 채권자에게 주장할 수 없도록 해야 한다는 점에서 결론적인 입장은 같다고 할 수 있다. 한편 대법원도 그러한 입장을 확정한 바 있다. 즉 大判 1966. 11. 29. 66다1861 판결에서 “채무인수계약은 구 채무자의 채무의 동일성을 유지하면서 신 채무자가 이를 부담하는 것이므로 특별한 의사표시가 없으면 채무인수자의 구 채무자에 대한 항변사유로서는 채권자에게 대항할 수는 없다고 해석된다”고 판시한 바 있다. 결국 이러한 학설과 판례를 바탕으로 이행인수인과 채무자 사이에서 생긴 항변사유로 채권자에게 대항할 수 없다는

22) 학설에 따라서는 채무인수의 법적 성질을 논하면서 인수계약과 원인행위를 유인·무인의 문제로 풀어나가는데, 이들 견해도 서로 일치하지 않고 있다. 여기에는 인수계약의 유형에 따라 무인으로 보기도 하고 유인으로 보기도 하는 견해(원칙적으로 유인이지만, 채무자와 인수인 사이의 계약에 의한 인수의 경우는 무인성을 지닌다고 한다: 김용환, 『채권법총론』, 469면. 현승중, 『채권총론』, 337면 등), 인수계약의 유형에 관계없이 유인이라고 하는 견해(김형배, 『채권총론』, 620면), 언제나 유인으로 보는 견해(김상용, 『채권총론』, 419면) 등이 있다.

23) 서민, “채무인수”(주 9), 201면; 김대정, 『채권총론』, 919면.

것을 명문화 함으로써 채무인수의 효력을 안정화하겠다는 입법적 결단을 확인할 필요가 있다.

라. 개정시안의 내용

이상의 내용을 반영하여 개정시안으로 표현하면 다음과 같다.

현행	개정시안
<p>제458조 (전채무자의 항변사유) 인수인은 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.</p>	<p>제458조 (전채무자의 항변사유) ① 인수인은 <u>종전채무자가</u> 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다. <u>그러나 인수인은 종전채무자가 가지는 채권으로 상계할 수 없다.</u></p> <p>② 인수인은 채무인수의 원인이 된 법률관계에 기하여 <u>종전채무자에게 항변할 수 있는 사유로</u> 채권자에게 대항할 수 없다.</p>

현행민법 제458조를 개정안에서는 제1항과 제2항으로 나누고, 제1항 단서에 “그러나 인수인은 종전 채무자가 가지는 채권으로 상계할 수 없다”는 표현을 첨가한다. 제2항에서는 “인수인은 채무인수의 원인이 된 법률관계에 기하여 종전채무자에게 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 없다”고 명문화 한다. 그 외 “전채무자”를 “종전채무자”로 바꾸어 부른다.

4. 기타

그밖에 현행 민법상 면책적 채무인수와 관련한 규정 중에서 표현

을 바로잡기 위한 자구수정을 한 조문들은 다음과 같다.

현 행	개정시안
<p>제454조 (채무자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다.</p> <p>② 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다.</p>	<p>제454조 (채무자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다.</p> <p>② <u>채권자의 승낙 또는 거절의 의사표시는 채무자나 제3자에게 하여야 한다.</u></p>

현 행	개정시안
<p>제455조 (승낙여부의 최고) ① 전조의 경우에 제3자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있다.</p> <p>② 채권자가 그 기간내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.</p>	<p>제455조 (승낙여부의 최고) ① <u>제 454조</u>의 경우에 제3자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있다.</p> <p>② 채권자가 그 <u>기간 내</u>에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.</p>

현 행	개정시안
<p>제459조 (채무인수와 보증, 담보의 소멸) 전채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 인하여 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제459조 (채무인수와 보증, 담보의 소멸) <u>종전</u>채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 인하여 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

III. 이행인수와 병존적 채무인수 규정의 신설

1. 이행인수의 추정

가. 이행인수의 성립: 다른 제도와와의 관계

(1) 이행인수 일반

현행 민법에는 이행인수에 관한 규정은 없고, 이행인수의 개념이나 법적 효과에 대해서는 전적으로 학설과 판례의 과제로 남아 있다. 현재 학설과 판례는 이행인수의 개념을 인정함에 이견이 없다. 이행인수란 채무자와 인수인간의 계약에 의하여 인수인이 채권자에 대한 채무자의 채무를 변제할 것을 약정하는 것을 말한다. 채무자의 채무를 제3자(인수인)가 인수하기로 하는 통상의 이행인수계약은 사적자치의 원칙상 당연히 인정된다. 특히 민법은 제3자의 변제를 인정하고 있을 뿐만 아니라(민법 제469조), 이러한 내용의 계약은 채권자를 해할 염려가 없으므로 이행인수의 유효성은 일반적으로 인정된다.²⁴⁾ 이와 같은 통상의 이행인수계약이 성립하면 인수인의 지위는 채권자에 대하여 채무자의 이행보조자의 지위와 다르지 않으므로(민법 제391조 참고),²⁵⁾ 이를 규정할 별도 조문의 신설은 필요하지 않다. 그러나 채무자와 인수인사이의 계약의 내용이 이행인수인지 채무인수인지가 명확하지 않은 경우가 있다. 이행인수와 채무인수인지의 구별은 경우를 나누어 볼 필요가 있다.

(2) 이행인수와 병존적 채무인수

24) 민형기, 『민법주해[X』』(편집대표 곽윤직), 625면.

25) 이은영, 『채권총론』, 644면; 민형기, 『민법주해[X』』(편집대표 곽윤직), 626면.

우선 채무자와 인수인사이의 계약이 통상의 이행인수인지 아니면 채권자로 하여금 인수인에 대하여 새로운 권리를 취득케 하는 제3자를 위한 계약인지의 구별이 문제된다. 이 경우 제3자를 위한 계약이라면 이는 병존적 채무인수에 해당한다. 통상의 이행인수인지 아니면 병존적 채무인수인지의 구별은 결국 계약당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 인수인에 대하여 직접 채권을 취득케 할 의사가 있는지 여부에 달려 있다.²⁶⁾ 판례도 마찬가지로 태도를 취하고 있다. 즉 “채무자와 인수인의 계약으로 체결되는 병존적 채무인수는 채권자로 하여금 인수인에 대하여 새로운 권리를 취득하게 하는 것으로 제3자를 위한 계약의 하나로 볼 수 있는바, (중략) 결국 제3자를 위한 계약과 이행인수의 판별 기준은 계약 당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 인수인에 대하여 직접 채권을 취득하게 할 의사가 있는지 여부에 달려 있다 할 것이고, 구체적으로는 계약 체결의 동기 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 한다”고 판시하였다.²⁷⁾ 이때 채무자와 인수인 사이의 계약이 이행인수가 아니라 제3자를 위한 계약으로써 병존적 채무인수에 해당한다면, 채권자의 수익의 의사표시가 필요하다(민법 제539조 제2항). 그렇다면 채무자와 인수인 사이에서는 병존적 채무인수를 하기로 합의하였으나, 정작 채권자가 수익의 의사표시를 하지 않은 경우에는, 채무자와 인수인 사이의 합의는 이행인수에 해당한다고 볼 수 있다.²⁸⁾

26) 이은영, 『채권총론』, 644면.

27) 大判 2008. 3. 27. 2006다40515.

28) 민형기, 『민법주해[X』 (편집대표 곽윤직), 626면에서는 “결국 중첩적 채무인수는 이행인수와 제3자를 위한 계약이 결합된 셈이다”라고 하거나, 김형배, 채권총론, 634면에서는 “이행인수(당사자사이의 내부관계)에 제3자를 위한 계약(외부관계)이 부가된 것이 병존적 채무인수”라고 설명

그러나 이러한 경우는 후술하는 바와 같이 실제로는 별 실익이 없다.²⁹⁾

(3) 이행인수와 면책적 채무인수

다음으로 통상의 이행인수와 면책적 채무인수와의 구별이 문제된다. 면책적 채무인수는 ① 채권자 채무자 인수인 사이의 계약, 또는 ② 채권자와 인수인 사이의 계약(제453조 제1항 본문) 혹은 ③ 채무자와 인수인사이의 계약으로도(제454조 제1항 전단) 성립할 수도 있다. 이행인수와 구별이 특히 문제되는 경우는 ③의 경우이다. 즉 채무자와 인수인 사이의 인수계약이 단순한 이행인수에 해당하는지 아니면 면책적 채무인수에 해당하는 것인지가 문제된다. 이 또한 당사자의 의사표시의 해석에 해당하는 문제이다. 당사자사이의 계약이 이행인수에 해당한다면 채권자의 승낙은 필요하지 않지만, 만일 채무자와 인수인사이의 계약이 채무자의 면책을 의욕한 것이라면 채권자의 승낙이 있어야 그 효력이 생긴다(제454조 제1항 후단). 또한 판례도 이행인수인지 면책적 채무인수인지의 여부에 대한 판단에 있어서는 채권자의 승낙여부를 결정적인 기준으로 삼고 있다.³⁰⁾ 그렇다면 만일 채무자와 인수인사이에 면책적 채무인수를 내용으로 하는 계약을 체결하였으나 채권자의 승낙이 없는 경우에 채무자와 인수인의 당사자사이에 체결된 계약의 효력은 어떻게 되는지가 문제될 수 있

하는데, 이러한 설명에 의하면 「병존적 채무인수(C) = 이행인수(A) + 제3자를 위한 계약(즉 채권자의 수익의 의사표시: B)」라는 구조로 이해된다. 그렇다면 「이행인수(A) = 병존적 채무인수(C) - 채권자의 수익의 의사표시(B)」라는 공식이 성립될 수 있다. 풀이하자면 채무자와 인수인사이에 병존적 채무인수를 의욕하였으나 채권자의 승낙(수익의 의사표시)가 없을 때에는 이행인수의 효력이 있는 것으로 볼 수 있게 된다.

29) 이에 대해서는 다음의 「나. 이행인수의 추정」 참고.

30) 大判 2001. 4. 27. 2000다69026; 大判 2009. 5. 14. 2009다5193 등.

다. 이러한 계약은 면책적 채무인수로서의 효력이 없음은 명백하지만, 당사자사이의 법률관계를 고려하여 다른 법률효과를 인정할 수 있는지 하는 문제이다. 이에 대해 학설로는 ① 이행인수설, ② 병존적 채무인수설, ③ 무효설 등이 주장되고 있다.

① 履行引受說에 의하면, 채무자와 인수인 사이의 면책적 채무인수 계약에는 원칙적으로 이행인수가 포함되어 있으므로 그 면책적 채무인수에 대하여 채권자의 승낙이 없는 경우에도 당사자 사이에 이행인수로서의 효과는 생기고, 인수인은 채무자에 대한 관계에서 그 채무를 변제하는 등으로 채무자를 면책시킬 의무를 부담한다고 해석한다.³¹⁾ 이 경우 채무인수로서는 무효인 행위가 이행인수계약으로 전환된다고 한다. ② 並存的 債務引受說에 의하면, 채권자의 승낙이 없더라도 무효행위의 전환의 법리에 따라 채무자와 인수인 사이에 제3자를 위한 계약으로서의 병존적 채무인수가 성립한다고 해석한다.³²⁾ ③ 無效說은 우리나라에서는 주장되지 않지만, 일본의 일부 견해에 의하면, 채권자의 승낙이 없을 때 이를 이행인수나 병존적 채무인수로서 효력을 존속시키기로 하는 특약이 없는 한, 채권자의 승낙이 없는 경우에는 어떠한 법률효과도 생기지 않는다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 합치한다고 주장한다.³³⁾

생각건대, 무효설에 대해서는 채무자와 인수인 사이에 체결된 계약의 효력을 채권자의 승낙이라는 우연한 사정에 의해 효력을 인정하

31) 서민, “채무인수”(주 9), 198면; 이은영, 『채권총론』, 650면; 김대정, 『채권총론』, 914면.

32) 김용환, 『채권총론』, 483면; 김주수, 『채권총론』, 359면.

33) 平岡建樹, “債務引受の利用とその效力をめぐる實務上の問題點”, 擔保法大系 第5卷, 金融財政事情研究會(昭和 59), 441面(김창중, “이행인수의 법률관계”, 「재판과 판례(제7집), 대구판례연구회(1998. 12.), 216면에서 재인용).

거나 부인해야 할 필요는 없다고 할 것이고, 병존적 채무인수설에 대해서는 채권자가 승낙하지 않으면 면책적 채무인수가 병존적 채무인수로 되어버리므로 채권자로서는 승낙을 하지 않는 것이 당연히 유리하므로 채권자의 승낙을 운운할 이유가 없어진다는 비판이 가능하다. 이러한 점에서 채권자의 이익을 해하지 않으면서도 당사자의 계약의 효력을 인정하는 이행인수설이 타당하다.³⁴⁾

한편 大判 1993. 2. 12. 92다23193 판결에서 대법원은 “부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무, 가압류채무, 임대차보증금반환채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 이상 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 위 채무를 현실적으로 변제할 의무를 부담한다고도 해석할 수 없으며 특별한 사정이 없는 한 매수인이 매매대금에서 그 채무액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급의무를 다하였다 할 것이고, 또한 위 약정의 내용은 매도인과 매수인의 계약으로 매수인이 매도인의 채무를 변제하기로 하는 것으로서 매수인은 제3자의 지위에서 매도인에 대하여만 그의 채무를 변제할 의무를 부담함에 그치므로 채권자의 승낙이 없으면 그에게 대항하지 못할 뿐 당사자 사이에서는 유효하게 성립한다”고 판시한 바 있는데, 이는 채권자의 승낙이 없는 경우에 채무자와 인수인 사이의 면책적 채무인수로서의 효력은 없지만, 이행인수로서의 효력은 인정할 수 있다는 취지로 해석된다.

나. 이행인수의 추정

34) 同旨, 김창중, 앞의 논문, 216면; 윤철홍, 『채권총론』, 309면; 이준현, “이행인수의 법률관계”, 재산법연구(제22권 제2호), 한국재산법학회(2005), 86면.

결국 이행인수가 성립될 수 있는 경우는 다음과 같이 상정될 수 있다.

① 순수한 이행인수계약이 체결된 경우

② 채무자와 인수인 사이의 병존적 채무인수(제3자를 위한 계약)에 대하여 채권자가 수익의 의사표시를 않거나 수익거절의 의사표시를 한 경우(민법 제539조 제2항 참조).

③ 채무자와 인수인 사이의 면책적 채무인수에 있어서 채권자의 승낙이 없는 경우(제454조 제1항 참조)

이때 ①의 경우는 현행법상 제3자의 변제(민법 제469조) 내지 이행보조자 책임(민법 제391조)에 의해 규율될 수 있으므로, 별도의 규정신설은 필요하지 않다. ②의 경우는 “합리적”인 채권자라면 수익의 의사표시를 않거나 거절하여 이행인수로 그치게 하는 것보다 수익의 의사표시를 하여 병존적 채무인수로 만들어버리는 것이 자신에게 유리하기 때문에, 이론상으로는 이행인수가 가능하더라도 실제로는 병존적 채무인수가 되버리는 경우가 일반적이므로 이를 별도로 규율할 필요는 없다.

결국 ③의 경우에 채무자와 인수인 사이의 계약의 효력을 어떻게 할 것인지가 문제되는데, 이러한 경우에 계약의 효력을 부인하기 보다는 당사자사이에 이행인수로서의 효력을 인정하자는 것이다. 이행인수는 강학상 주로 ①의 경우를 중심으로 설명되나, 실제 현실에서 다루어지는 대부분의 사례들은 ③의 경우, 즉 채무자와 인수인사이의 “면책적” 채무인수를 의욕하였으나 채권자의 승낙이 없는 경우인데,³⁵⁾ 이러한 경우의 채무인수계약에 대해 채권자에게는 효력이 미치지 않는다고 하더라도 계약의 당사자(채무자와 인수인)끼리는 일정한

35) 앞서 본 大判 1993. 2. 12. 92다23193 판결의 경우도 여기에 해당한다고 할 수 있다.

계약의 구속력을 인정하는 것이 합리적이라고 판단되기 때문이다.³⁶⁾ 다만 그 효력을 추정하는 것에 그침으로써, 당사자가 반증을 통하여 그 효력을 부정할 수 있는 기회를 봉쇄하지 않도록 하였다.

이러한 착상에 터잡아 개정시안을 만들어 보았는데, 이에 두 가지 방안이 생각될 수 있다. 첫째는 채무자와 인수인사이의 계약에 의한 채무인수(제454조)에 관한 규정에 덧붙여서 채권자의 승낙이 결여된 경우에 이행인수의 효력을 부여하는 규정을 두는 방법이고,³⁷⁾ 둘째는 같은 내용의 규정을 별개의 조문으로 독립시켜 규정하는 방법이다. 위원회는 기왕에 이행인수라는 개념을 민법에서 도입하기로 하였다면 별개의 조문으로 두는 것이 더 낫다고 판단하였다. 이때 개정시안의 내용은 이행인수의 전형적인 모습이 아니라 면책적 채무인수 계약이 채권자의 승낙결여로 원래의 효력이 발휘될 수 없는 상황을 전제로 한 것이기 때문에 표제를 [이행인수]로 하기 보다는 [이행인수의 추정]으로 붙이기로 하였다.

36) 이준현 교수는 이행인수제도는 주로 매매대금 또는 거래대금을 지불하는 수단(거래의 방편)으로 사용되는 현실을 볼 때, 채무자와 인수인사이의 이행인수는 면책적 채무인수의 내부적 부분이며, 이행인수계약에 의해 인수인은 채권자로부터 채무자를 면책시키는 승낙을 받아낼 의무가 있으며, 만약 인수인이 채권자로부터 승낙을 얻지 못하면 채무자와 인수인사이에는 이행인수의 법률효과를 인정할 수 있다고 설명한다(이준현, 앞의 논문, 57면 이하, 특히 86-87면).

37) 독일민법의 태도가 그러하다. 독일민법 제415조(債務者와 引受人의 契約) ③ 채권자가 추인을 하지 아니한 동안에는, 의심스러운 때에는, 인수인은 채무자에 대하여 채권자를 적시에 만족시킬 의무를 진다. 채권자가 추인을 거절할 때에도 또한 같다.

한편 2004년 민법개정작업당시에도 서민위원의 제안으로 독일민법 제415조 제3항과 유사하게 제454조의 제3항을 신설하여 이행인수에 관한 근거조항을 두는 시안을 마련한 적이 있다. 이에 관해서는 법무부, 『2004년도 민법(재산편) 개정 자료집 II』, 184면 이하 참고.

현 행	개정시안
제454조 (채무자와의 계약에 의한 채무인수) <신 설>	<u>제454조의2 (이행인수의 추정) 제3</u> 자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수하기로 한 경우에 채권자가 이를 승낙하지 않거나 거절한 경우에는 제3자는 채무자에 대하여 채권자에게 변제할 의무를 부담하는 것으로 추정한다.

2. 병존적 채무인수

가. 규정신설의 필요성

채무인수의 합의는 있었으나, 그것이 종전채무자가 면책되는 것인지 아니면 새로운 인수인의 채무가 추가되는 것인지가 명백하지 아니한 경우가 있을 수 있다. 이에 대해 대법원은 “채무인수가 면책적인가 중첩적인가 하는 것은 채무인수계약에 나타난 당사자 의사의 해석에 관한 문제이고, 채무인수에 있어서 면책적 인수인지, 중첩적 인수인지가 분명하지 아니한 때에는 이를 중첩적으로 인수한 것으로 볼 것이다”라고 하여,³⁸⁾ 병존적(중첩적) 채무인수를 채무인수의 원칙적인 모습으로 보고 있다. 다만 이러한 해석론은 병존적 채무인수가 면책적 채무인수보다 더 일반적으로 등장하기 때문이기 보다는, 채무자의 변경시 우려되는 인수인의 자력상태의 불확실성으로부터 채권자를 보호하기 위해서 채무자를 면책한다는 의사가 분명하지 않는 한, 인수인의 채무가 추가되더라도 종전채무자를 면책시키지 않겠다는 의미이다. 학설도 대체적으로 이러한 판례의 입장을 긍정한다.³⁹⁾ 그런데 병존적 채무인수는

38) 大判 2002. 9. 24. 2002다36228.

처음부터 인수인이 채권자와의 계약으로 종전의 채무자와는 별개의 병존적인 채무인수를 하기 위해서 등장하는 경우는 드물고 채무자와 인수인사이의 채무인수 내지 이행인수를 목적으로 하는 계약이 채권자와의 관계에서는 병존적 채무인수가 성립한 것으로 평가되는 경우가 일반적이다. 병존적 채무인수는 채무인수의 일종이라고는 하지만, 면책적 채무인수와 달리 채권자로서는 또 다른 복수의 채무자를 확보하는 이익을 누리게 되는 한편,⁴⁰⁾ 종전채무자로서는 제3자의 채무인수에도 불구하고 여전히 자신의 채무로부터 벗어나지 못하게 되기 때문에, 채무인수계약이 병존적인 것인지 면책적인 것인지를 가리는 것은 채권자 채무자 사이의 이해관계에 매우 중요하다. 또한 채무자와 인수인사이의 계약이 단순한 이행인수인지 아니면 병존적 채무인수에 해당하는지 하는 것도 채권자와 인수인 사이에 중요한 이해관계를 가지게 된다. 즉 병존적 채무인수로 평가받게 되면 채권자로서는 인수인이라는 또 다른 인적담보를 확보하게 되는 셈인데 반해, 인수인으로서는 종전채무자에게서 아니라 채무자의 채권자(인수인입장에서는 제3자인 셈이다)에게로부터 채권을 행사당하게 되는 불이익을 겪게 된다. 이때 물론 인수인으로서의 원래 뜻했던 이행인수가 병존적 채무인수로 평가됨으로 인해 채권자에게 이행하여야 한다고 하더라도 채무자와의 보상관계에 기해서 종전 채무자에 대한 이행의무는 다한 것으로 되므로 종전보다 크게 불이익한 상황에 처하는 것은 아니다. 병존적 채무인수는 인수인 보다는 종전채무자에게 더 큰 이해관계가 발생한다. 즉 채무자는 이행인수 계약을 통하여 적어도 종전채무자와 인수인사이에서는 채권자에 대한 이행의무를 면하게 되었다고 생각하였으나, 그것이 이행인수가 아니라

39) 광윤직, 『채권총론』 233면 등.

40) 병존적 채무인수의 법적 성질에 대해서는 연대채무설, 부진정연대채무설, 보증채무설 등이 주장된다.

병존적 채무인수로 평가받게 되면 종전채무자는 이행인수계약에 따른 혜택을 전혀 누리지 못하는 결과가 되기 때문이다. 결과적으로 병존적 채무인수가 성립하는 경우에는 인수인보다 종전채무자에게 더 큰 이해관계가 주어지게 된다. 따라서 이러한 첨예한 이해관계의 대립구조는 단순히 사적자치의 원칙이나 법률행위의 해석의 영역에 맡겨둘 것이 아니고 민법에 최소한의 규율을 하는 것이 필요하다는 생각이다. 채권자입장에서는 또 다른 인적담보의 추가인 반면, 종전채무자나 인수인으로서는 또 다른 채무의 부담에 해당하므로 언제 그러한 부담이 발생하는 것인지를 원칙적인 차원에서라도 문언에 밝혀줄 필요가 있다.⁴¹⁾

나. 독립된 관(款)의 신설

현행민법은 제453조에서 제459조까지를 「제5절 채무의 인수」에서 규율하고 있는바, 이는 내용상 면책적 채무인수에 국한된다. 그런데 금번 개정에서 병존적 채무인수와 계약인수에 관한 규정을 신설하게 된다면 「제5절 채무의 인수」 아래 별개의 款을 설정하는 것이 바람직하다. 그런데 병존적 채무인수에 대해서 1개의 조문밖에 신설되지 않을 것인데, 그럼에도 불구하고 이를 위해 별개의 款을 둘 필요가 있을지가 문제될 수 있다. 그렇지만 제506조 「면제」, 제507조 「혼동」에서도 한 조문에 대해 하나의 款을 두고 있으므로 그러한 점은 문제되지 아니한다. 따라서 병존적 채무인수에 관한 규정을 두면서 이를 면책적 채무인수와 구분하기 위해 별개의 관을 두기로 한다.

41) 서민, “채무인수”(주 9), 205면은 “거래의 현실에 있어서는 채권자의 지위가 더욱 강화되는 병존적 채무인수가 많이 행하여진다. 그런데 우리 민법은 이 제도에 관하여 규율하고 있지 아니하다. 그러나 이 제도의 규율을 학설에만 맡길 것이 아니라, 외국의 입법례(그리스민법 제477조)와 같이 병존적 채무인수를 명문으로 규율함이 바람직하다”고 주장한다.

현 행	개정시안
<신 설>	제2관 병존적 채무인수

다. 병존적 채무인수의 성립과 규율

병존적 채무인수가 성립할 수 있는 경우는 계약성립의 당사자를 기준으로 볼 때 다음 세 가지 중의 하나이다. ① 채무자 인수인 채권자의 3면 계약으로 성립하는 경우, ② 채권자와 인수인 사이의 계약으로 성립하는 경우, ③ 채무자와 인수인 사이의 계약으로 성립하는 경우가 그것이다.

①의 경우(채무자 인수인 채권자의 3면 계약으로 성립하는 경우)에 병존적 채무인수가 성립한다는 점에 대해서는 異論이 없으므로, 이러한 경우까지 염두에 두면서 병존적 채무인수를 규정할 필요는 없다. ②의 경우(채권자와 인수인 사이의 계약으로 성립하는 경우)는 인수인이 채권자와의 계약으로 채무자가 부담하는 채무와 동일내용의 채무를 새로이 부담하는 것이므로 채무의 이전 또는 승계라는 관념은 성립될 여지가 없다.⁴²⁾ ②의 경우에 성립하는 채무인수는 채무자의 의사에 반해서도 유효하게 성립될 수 있는가에 대해서 다툼이 있다. 이에 대해 이 경우 채무인수는 보증과 유사하므로 채무자의 의사에 반하여서도 유효하게 할 수 있다는 견해⁴³⁾가 다수설인데 반해 여기에도 제453조 제2항을 유추적용하여 이해관계없는 제3자는 채무자의 반대의사가 있으면 병존적 채무인수를 할 수 없다고 해석하는 소수

42) 김형배, 『채권총론』, 621면.

43) 박윤직, 『채권총론』, 232면; 김상용, 『채권총론』, 424면; 김중환·김학동, 『채권총론』, 327면; 김형배, 『채권총론』, 631면; 송석수, 『신민법강의』, 1090면.

의 견해⁴⁴⁾도 있다. 이에 대해 판례는 다수설과 마찬가지로 제3자가 이해관계가 없더라도 채무자의 의사를 따질 필요없이 채권자와 인수인사이의 합의로 병존적 채무인수가 성립할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 이 문제는 현행민법하에서도 인수인이 채권자와의 합의로 병존적으로 채무를 인수한다고 하더라도 종전채무자를 불이익하게 하는 것은 아니므로 다수설과 판례의 태도가 타당해 보이며, 나아가 개정시안 제453조 제2항처럼 이해관계없는 제3자도 (면책적) 채무인수를 할 수 있다고 규정한다면, 이러한 다툼은 개정시안의 해석론을 통해서도 자연스럽게 종식될 것으로 예상된다.

③의 경우(채무자와 인수인 사이의 계약으로 성립하는 경우)는 채권자를 제3자로 하는 「제3자를 위한 계약」이 있게 된다는 것에 대해서는 異論이 없고, 판례도 마찬가지로의 입장이다.⁴⁶⁾ 즉 채무자와 인수인 사이의 인수계약은 내부적으로 효력을 가지게 되고 채권자는 이들 인수계약을 승낙함으로써 인수인에 대하여 채무자가 부담하는 채무와 동일한 채권을 취득하게 된다(제539조 제2항 참조). 그러나 이때 채권자에게 병존적 채무인수의 효과(즉 인수인에 대한 또 다른 채권의 취득)가 발생하기 위해서는 제3자를 위한 계약의 규정과 마찬가지로 수익의 의사표시를 하여야 비로소 병존적 채무인수의 효과가 발생하는 것인지, 아니면 수익의 의사표시가 없어도 동일한 효과가 생기는 것인지에 대해서 논란의 여지가 있다. 우리나라의 통설은 제3자를 위한 계약에서의 법리와 마찬가지로 채권자의 수익의 의사표시가 필요하다고 하고, 그것은 바로 채무자와 인수인사이의 채무인수계약에 대한 승낙이

44) 이은영, 『채권총론』, 640면.

45) 大判 1962. 4. 4, 4296민상1087; 大判 1965. 3. 9, 64다1702; 大判 1966. 9. 6, 66다1202; 大判 1988. 11. 22, 87다카1836.등

46) 大判 1989. 4. 25, 87다카2443.

그에 해당한다고 한다.⁴⁷⁾ 그에 반해 독일의 통설과⁴⁸⁾ 판례는⁴⁹⁾ 채무자와 인수인 사이의 계약으로 성립하는 병존적 채무인수는 면책적 채무인수의 경우와는 달리 채권자의 승낙이 필요하지 않다고 한다. 그 이유는 채무자와 인수인사이 계약으로 인한 면책적 채무인수에는 채무자의 변경이 채권자에게 매우 중요한 이해관계이므로 채권자의 승낙이 요구되는데 반해, 채무자와 인수인 사이의 병존적 채무인수의 경우에는 종전채무자는 그대로 존재하면서 인수인의 채무만 새로 부가되는 것이므로 전적으로 채권자에게 유리한 상황이므로 구태여 채권자의 동의를 요할 필요가 없다는 것이다. 그럼에도 불구하고 채권자가 인수인에게 청구를 하지 않으려고 한다면 독일민법 제333조에 따라⁵⁰⁾ 거절권(Zurückweisungsrecht)을 행사하면 된다고 한다.⁵¹⁾ 생각건대 우리나라와 독일의 상이한 학설상황은 아마도 제3자를 위한 계약에 관한 규정의 차이에서 기인하는 것으로 보인다.⁵²⁾ 채무자와 인수인사이의 계약으로 제3자를 위한 계약인 병존적 채무인수가 “성립”하느냐의 문제와 그 계약에 따라 제3자(즉 채권자)에게 언제 인수인에 대한 권리가

47) 박윤직, 『채권총론』, 233면; 김형배, 『채권총론』, 631면; 이은영, 『채권총론』, 640면; 송덕수, 『신민법강의』, 1090면. 채권자의 동의가 필요하지 않다는 견해로는 김중환·김학동, 『채권총론』, 327면.

48) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, 14. Aufl., S. 610; Medicus, Schuldrecht I, AT, 8. Aufl., Rz. 814; Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, S. 415; Anwaltkommentar-Eckardt, § 414, Rz. 7.

49) BGH NJW 2000, 276, 277; BGH NJW-RR 1994, 280.

50) 제333조 [제3자에 의한 권리의 거절] 제3자가 낙약자에 대하여 계약에 기하여 취득한 권리를 거절한 경우에는, 그 권리는 취득하지 아니한 것으로 본다.

51) Medicus, Schuldrecht I, AT, 8. Aufl., Rz. 814

52) 제3자를 위한 계약에 관한 독일민법 제328조는 우리 민법 제539조 제2항과는 달리 수익자의 권리가 발생하기 위하여 수익자로 하여금 수익의 의사표시를 요구하지 않는다.

“발생”하느냐의 문제는 달리 볼 수 있으므로, 병존적 채무인수에 대해서도 현행민법 제539조의 해석론이 그대로 적용될 수 있다.

라. 개정시안

결과적으로 병존적 채무인수의 성립이 문제되는 경우는 ②와 ③의 경우인데, 이들 경우에 면책적 채무인수나 이행인수에 해당함이 명확하지 않은 경우에는 채권자를 보호하기 위해서 병존적 채무인수가 성립함을 명시하였다.⁵³⁾

53) 참고로 외국의 입법례를 보면 병존적 채무인수에 관해 명문규정을 둔 경우는 드문 편이며, 그리스 민법이 대표적이다. 그리스 민법 제477조는 [병존적 채무인수]에서 “제3자가 채권자와의 계약으로 타인의 채무를 변제할 것을 약속한 경우에는 반대의 의사가 명확하지 않으면 채무자는 면책되지 아니하고, 제3자의 추가적인 책임이 발생한다”고 하여, 앞서 살핀 ②의 경우에 한해 병존적 채무인수를 규정하고 있다. 한편 일본 채권법개정안 【3.1.4.10】에서는 채무인수의 방법으로 <가> 채무자와 인수인 간의 합의 <나> 채권자와 인수인 간의 합의를 들고, 【3.1.4.11】에서 채무인수의 효과에 대해 “인수인은 【3.1.4.10】 <2><가> 또는 <나>의 합의가 된 시점에서 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 채무와 동일내용의 채무를 채무자와 연대하여 채권자에 대하여 부담한다”고 하여 병존적 채무인수를 原型으로 파악하고 있다(일본 민법(채권편)개정검토위원회 편, 일본 채권법개정의 기본방침, 법무부간행, 2009, 386면). 한편 DCFR에서는 제5장 당사자의 변경(Chapter 5: Change of parties) 제2절 채무자의 변경과 가입(Substitution and addition of debtors), III. - 5:202: 변경 및 가입의 유형(Types of substitution or addition)에서 채무자가 변경 또는 가입되는 3유형을 정하고 있다. (a) 새로운 채무자로의 완전변경(complete substitution of new debtor), (b) 새로운 채무자로의 불완전변경(incomplete substitution of new debtor), (c) 새로운 채무자의 가입(addition of new debtor) 등이다. 여기서 (a)는 우리의 면책적 채무인수에, (C)는 우리의 병존적 채무인수에 해당하는데, (b)는 우리 민법이 알지 못한 것으로 새로운 채무자의 불완전이행시에는 원채무자가 여전히 채무자로 유지되는 방법(in such a way that the original debtor is retained as a debtor in case the new debtor does not perform properly)이라고 규정하고 있는데, 이것은 종전채무자 자신의 급부의무외에 인수인에 대한

다만 병존적 채무인수가 성립하게 될 경우, 그 효과에 대해 어떤 효력을 부여할 것인가에 대해서는 생각해볼 여지가 있다. 우선 채권자와 인수인 사이의 계약으로(②의 경우) 혹은 채무자와 인수인 사이의 계약으로(③의 경우) 제3자가 채무를 인수하기로 하였으나, 채무자를 면책하기로 한 것인지에 대한 당사자(54)의 의사가 명확하지 않을 때, 채무자와 제3자 사이에 병존적으로 채무를 인수한 것으로 하되, 이들의 효력관계를 어떻게 할 것인지가 문제될 수 있다. 이에 대해 시안에서는 채무자는 제3자와 “연대하여” 채무를 부담하도록 하고 있다. 이때 “연대하여”의 의미에 대해서는 병존적으로 책임을 진다는 표현이며 반드시 연대채무인지 부진정연대채무인지 혹은 보증채무인지를 밝힌다는 의미는 아니다. 이의 해석은 현재와 마찬가지로 학설과 판례에 맡겨도 충분할 것이다.

현 행	개정시안
<신 설>	<u>제459조의2 (병존적 채무인수) 채권자와 제3자 및 채무자와 제3자 사이의 계약으로 제3자가 채무자가 부담하는 채무를 인수하기로 하였으나 채무자를 면책한다는 당사자의 의사가 명확하지 아니한 경우에는, 채무자는 제3자와 연대하여 채무를 부담한다.</u>

IV. 계약인수 규정의 신설

1. 필요성

보증의무가 결합된 형태로 이해된다(법무부, 『Christian von Bar 교수 초청 국제 심포지움 자료』, 법무부(2011), 35면).

54) 여기서 당사자란 ②의 경우는 채권자와 인수인, ③의 경우는 채무자와 인수인을 의미한다.

契約引受人 계약당사자의 지위를 승계하는 것을 목적으로 하는 계약을 말한다. 즉 계약당사자 중 일방이 포괄적인 당사자의 지위를 제3자에게 이전하여 계약관계로부터 탈퇴하고, 그 제3자가 당사자의 지위를 승계하는 것을 목적으로 하는 계약을 말한다.

현행 민법은 채권양도와 채무인수에 대해서만 규정하고 있을 뿐 계약인수에 관한 규정은 두지 않았다. 은행을 비롯한 거래계의 실무에서는 근저당권이 설정된 부동산을 제3자가 매수할 때 채무자로부터 근저당권자이 설정된 채무를 승계하면서 그 채무액만큼을 매수대금에서 공제하여 매수대금을 결제하는 경우가 많이 있다. 이때에 채권자가 제3자의 채무인수를 승낙하였다더라도 현행법상으로는 면책적 채무인수에 그치게 되는데, 면책적 채무인수를 통하여 제3자가 새로운 채무자로 진입하더라도 제3자(인수인)는 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있을 뿐이다(제458조). 즉 채권관계의 발생원인인 계약자체의 취소권 해제권은 계약당사자만이 가지는 권리이므로 채무인수에 그치는 제3자로서는 그러한 권리를 행사할 수 없다. 또한 반대로 채권자로서도 계약자체의 취소권 해제권을 채무인수인에게는 주장할 수 없게 된다. 그래서 만약 채무인수 후에 계약의 무효 취소 해제사유가 발생하게 되면 채무를 부담하는 자(인수인)와 계약자체의 효력을 다투는 자(종전채무자)가 분리되므로, 만약 종전채무자가 부채하게 되면 채권자와 인수인은 계약자체의 효력을 다투기가 어려워지게 된다. 따라서 금융계를 비롯한 거래계의 현실에서는 그러한 불편을 피하고자 채무인수보다는 계약인수를 널리 이용하는 형편이지만, 계약인수는 현행법상 명문의 규정이 없이 그저 사적자치라는 일반적 법원칙에 맡겨져 있는 상황이어서, 이에 관한 최소한의 규율을 할 필요가 있다.

2. 독립된 款의 신설

현행민법은 제453조에서 제459조까지 면책적 채무인수에 관해서만 규율하고 있는바, 금번 개정에서 계약인수에 관한 규정을 신설하게 된다면 병존적 채무인수에서와 마찬가지로 별개의 款에서 이를 규율하는 것이 바람직하며, 제2관 「병존적 채무인수」 다음에 제3관에서 「계약인수」로 하여 각 해당규정들을 배치할 필요가 있다.

현 행	개정시안
<신 설>	<u>제3관 계약인수</u>

3. 신설규정의 내용

계약인수에 관한 규율이 필요하다고 하더라도 이를 어떻게 할 것인지에 대해서 다음과 같은 점을 고려하여야 한다.

가. 용어의 문제

계약에 의해서 원래의 계약당사자 일방이 제3자로 교체되는 현상을 두고서, 이를 「契約引受」,⁵⁵⁾ 「契約上の地位의移轉」, 「契約上地位의讓渡」,⁵⁶⁾ 「契約上地位의讓渡讓受」, 「契約讓渡」⁵⁷⁾ 등의 다양한 표현이 사용되고 있다. 정확히는 契約上當事者地位의移轉 또는 交替 내지 承繼가 타당할 것이다. 그러나 그러한 표현은

55) 김증한·김학동, 『채권총론』, 329면; 김상용, 『채권총론』, 427면 등.

56) 김형배, 『채권총론』, 634면.

57) 이은영, 『채권총론』, 656면.

용어가 지나치게 길어 사용하기가 쉽지 않고, 강학상 혹은 거래계에 서도 契約引受라는 용어가 이미 보편적으로 사용되고 있으며 또한 판례에서도⁵⁸⁾ 사용되고 있기 때문에 契約引受로 지칭하여도 무방하다고 판단된다.

나. 내용상의 문제

계약인수는 계약당사자의 지위를 제3자가 그대로 승계하게 되므로 의외로 채무인수의 법률관계보다 간명하다. 따라서 계약인수에 관해서는 이미 학설과 판례가 사적자치의 원칙상 그 유효성을 인정하고 있기 때문에 계약인수의 근거 및 성립요건에 관한 규정만을 두는 것으로 족하고 그에 대한 효과에 대한 내용까지 상세히 규율할 필요는 없다고 본다.

계약인수는 당사자 일방의 지위가 제3자(인수인)에게 이전하는 것을 내용으로 하므로 원래의 계약의 타당당사자의 승낙이 필수불가결하다. 그러한 승낙은 三面契約에 의해 행해질 수 있음은 물론이고 원계약당사자의 일방과 인수인이 한 인수계약을 원계약의 상대방이 이에 동의 내지 승인하는 방법으로도 할 수 있다.⁵⁹⁾ 어떻든 어떠한 경우이든 계약상대방의 승낙이 요구된다는 것은 당연한 요건이며, 다른 입법례에서도 공통적으로 요구되는 요건이다.⁶⁰⁾ 다만 원계약당사자

58) 大判 2009. 10. 29, 2009다45221, 45238; 大判 2007. 9. 6, 2007다31990 등 다수. 간혹 판례는 계약상의 지위의 양도 양수라는 표현을 사용하기도 한다(大判 1982. 10. 26, 82다카508)

59) 광윤직, 『채권총론』, 234면; 김형배, 『채권총론』, 634면; 서민, “계약인수”, 민법학논총(후암광윤직교수회갑기념), 박영사(1985), 408면; 김진우, “도급계약에 있어 계약 당사자의 확정과 계약인수”, 사법(3호), 사법연구지원재단(2008. 3), 283면. 또한 大判 1996. 2. 27, 95다21662; 大判 2007. 9. 6, 2007다31990.

60) 이탈리아 민법전 제1406조; 일본 채권법 개정안 【3.1.4.14】; UNIDROIT

일방과 인수인 사이의 계약인수를 원계약상대방이 승낙하지 아니할 경우에 그 계약을 무효로 할 것인지, 아니면 바로 무효로 할 것은 아니고 契約加入으로 볼 것인지가 문제될 수 있다. 이러한 경우에 계약가입을 인정하자는 견해에 의하면 “이는 마치 면책적 채무인수가 인정되지 아니하더라도 중첩적 채무인수로서는 유효한 것이되는 것과 같은 이치”라고 설명한다.⁶¹⁾ 그러나 병존적 채무인수와는 달리 계약가입자가 더 늘어난다고 해서 원계약상대방에게 유리할 것이 없고 오히려 법률관계만 더 복잡하게 만들 가능성이 있으므로 그러한 해석은 무리라고 생각된다.

다. 적용범위의 문제

계약인수에 관한 규정을 두더라도 그러한 계약인수가 어느 범위까지 적용되는 지가 문제된다. 즉 계약인수란 일반적으로 당사자 지위의 이전을 목적으로 하는 “계약”을 의미하는 것이지, 법률의 규정에 의한 계약당사자지위의 이전을 의미하지 않는다.⁶²⁾ 그러한 의미에서 계약당사자의 지위가 이전하는데 타당당사자의 승낙을 요구하는 것도 당사자지위의 이전을 목적으로 하는 “계약”의 유효성을 위한 요

(국제상사계약원칙) 제9.3.1조; PECL PartIII (유럽계약법원칙 제3부) 제 12: 201; DCFR III. - 5:302 등.

61) 김황식, 『주석민법』, 채권총칙(2), 627면.

62) 물론 필자는 계약인수가 강학상 법정계약인수(gesetzliche Vertragsübernahme)와 약정계약인수(rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme)로 구분될 수 있음을 부정하는 것이 아니다. 이러한 구분에 대한 설명으로는 김진우, 앞의 논문, 282면. 한편 지원림, 『민법강의』, 1148면은 “계약인수란, 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자 일방이 계약관계로부터 탈퇴하고 대신 제3자가 계약관계의 당사자로 들어서게 되는 것”이라고 개념정의한다. 그에 반해 서민, “계약인수”, 395면은 “계약인수는 법률행위에 의한 계약당사자지위의 이전을 가리키므로, 법률의 규정에 의한 계약당사자지위의 이전은 계약인수의 개념에 포섭되지 아니 한다”고 한다.

건일 뿐이므로, 법률의 규정에 의한 계약당사자지위의 이전에는 타방 당사자의 승낙이 요구되지 않는다. 예컨대 주택임대차보호법 제3조 제3항은 “임차주택의 양수인(그밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다”고 규정하고 있는바, 이는 법률의 규정에 의한 계약당사자지위의 이전에 해당하는 것으로 임대인과 양수인(즉 임대인지위의 인수인) 사이의 지위이전에 임차인의 승낙이 요구되지 않는다. 개정시안에서는 당초 계약인수의 적용범위에 관하여 주택임대차보호법 제3조 제3항처럼 법률의 규정에 의하여 계약상의 지위가 이전하는 경우는 신설규정이 적용되지 아니함을 명언하려 하였으나, 논의과정에서 계약인수는 계약당사자의 지위를 이전하기로 하는 “합의”, 즉 계약인수의 “계약”을 전제로 한 것이기에 법정계약인수의 경우에는 그 적용이 없음을 구태여 기술할 필요가 없다고 판단하였다.

라. 준용규정의 문제

계약인수에 관한 규정을 어떻게 정할 것인가는 계약인수에 대한 실태를 완전히 파악하기 전에는 대단히 어려운 문제이다. 그러므로 계약인수에 관한 세부적인 규정을 설치하는 것보다 채권양도나 채무인수에 관한 규정을 준용함으로써, 예상하지 못한 문제가 등장시 유사한 규정을 준용하도록 함으로써 입법적인 공백을 메우는 것도 좋은 방법이다. 계약인수에 관한 명문의 규정을 두는 입법례는 매우 드문 편이고, 그나마 최근의 입법경향에서도 적극적으로 계약인수에 관한 규율을 하기보다 채권양도나 채무인수에 관한 규정을 준용하는 방식을 채택하고 있다.⁶³⁾ 그렇다면 계약인수에 대해서 채권양도와 채무인수에

63) UNIDROIT(국제상사계약원칙) 제9장 제3절 제9.3.7조 (계약과 함께 이전되는 권리) (1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제

관한 규정이 어떻게 준용될 수 있을까? 이것은 순전히 추후 학설과 판례의 과제로 남게 되겠지만, 다음과 같은 예상을 해볼 수 있다.

우선 채무인수에 관한 규정을 준용하는 것이다. 계약인수는 그 성질상 종전계약당사자가 가지는 채권과 채무를 통일적으로 이전받는 것이므로, 채권양도와 채무인수가 융합되어 이전하는 결과를 가져온다.⁶⁴⁾ 그렇지만 계약인수로 인하여 계약타방당사자의 지위와 종전 계약일방당사자에 대한 보증인 등에 대한 보호가 여전히 중요하므로 이들을 보호하기 위한 조치가 필요한데, 이를 위해 채무인수에 관한 규정이 준용될 수 있다. 즉 제454조에서 계약타방당사자의 승낙이 있어야 계약인수의 효력이 발생하고, 그 승낙 또는 거절의 의사표시는 계약일방당사자 또는 계약인수인에게 하여야 한다. 제455조에서 계약일방당사자 또는 계약인수인은 계약타방당사자에게 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 최고할 수 있으며, 만약 계약타방당사자가 그 기

9.1.14를 준용한다. (2) 계약양도가 채무인수를 포함하는 한도 내에서는 제9.2.8조를 준용한다.

PECL PartIII (유럽계약법원칙 제3부) 제2절 계약의 양도(Transfer of Contract) 제12: 201(계약양도) (2) 계약당사자로서의 제3자 대체가 급부에 대한 권리(claim)의 양도를 포함하는 한, 제11장(권리의 양도)의 규정이 적용된다. 채무가 이전되는 범위에서 이 장의 제1절이 적용된다.

DCFR 제3절 계약상의 지위의 이전(Section 3: Transfer of contractual position) III. - 5:302: 계약상의 지위의 이전(III. - 5:302: Transfer of contractual position) (3) 제3자로의 변경이 권리의 이전을 포함하는 범위 내에서 권리의 양도에 관한 본장 제1절의 규정을 적용한다; 의무가 이전된 범위 내에서 새로운 채무자로의 변경에 관한 본장 제2절의 규정을 적용한다.

- 64) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, S. 618. 계약인수를 바라보는 법적 기초에 대해서는 과거 독일에서 채권과 채무가 분해되어 양도된다는 分解說(Zerlegungstheorie)과 채권과 채무가 혼용되어 하나로 양도된다는 統一說(Einheitstheorie)이 대립되어 왔었는데, 오늘날 통일설로 귀일되었다. 학설에 대한 소개는 서민, “계약인수”(주 59), 393면 이하, 특히 403면 이하 참고.

간 내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다. 계약일 방당사자와 인수인 사이의 계약인수는 계약타방당사자의 승낙이 있을 때까지 당사자는 이를 철회하거나 변경할 수 있고(제456조), 계약 타방당사자의 계약인수에 대한 승낙은 다른 의사표시가 없으면 계약인수를 한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(제457조). 원래의 계약관계를 담보하기 위하여 설정된 보증채무와 약정담보물권은 계약당사자가 변경되는 계약인수에 의하여 소멸됨이 원칙이다(제459조).

다음으로 채권양도에 관한 규정을 준용하는 것이다. 계약인수에서의 핵심은 계약타방당사자의 승낙을 요구한다는 것이기에, 채권자의 승낙을 전제로 한 채무인수에 관한 규정이 준용될 여지가 큼은 분명하다. 그럼에도 불구하고 채권양도에 관한 규정의 준용도 생각할 수 있다. 이를테면 계약타방당사자가 2중으로 계약인수를 승낙하여 계약인수인의 지위를 주장하는 자가 다수 등장하였을 때 누구를 진정한 계약인수인이라고 볼 수 있을 것인지가 문제될 수 있다. 따라서 이중의 계약인수의 효력에 관한 다툼이 있는 경우에는 계약인수의 승낙이 확정일자 있는 증서에 의한 것인지에 따라 대항력이 인정될 것이다(제450조 제2항 참조).

4. 개정시안

이상의 사항들을 고려하여 개정시안에서는 계약인수에 대해 신설된 제3관 계약인수 아래에 2개의 조문을 신설하였다. 개정시안 제459조의3은 계약인수의 의의 내지 성립요건을 규정한 것이다. 제459조의4는 계약인수의 구체적 규율에 관한 것인데, 이에 대해서는 세부적인 규정을 두기 보다는 채권양도에 관한 규정과 채무인수에 관한 규정을 준용하는 방식을 채택하였다.

현 행	개정시안
<신 설>	<u>제459조의3 (계약인수)</u> 계약당사자의 일방이 제3자와 계약상 지위를 이전하기로 합의하고 다른 계약 상대방이 이를 승낙한 경우에는 제3자가 계약상의 지위를 승계한다.
<신 설>	<u>제459조의4 (준용규정)</u> 계약의 인수가 계약당사자 일방으로부터 제3자에게로 권리의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제4절(채권의 양도)의 규정이 준용되고, 의무의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제5절 제1관(면책적 채무인수)의 규정이 준용된다.

V. 맺음말

(가) 분과위원회의 활동은 한시적으로 이루어지는 것이므로, 1년이라는 한정된 활동기한 내에 채택가능한 개정시안을 안출하여야만 한다. 따라서 보다 긴 호흡이 필요한 개정안에 대한 연구는 물리적으로 한계가 있을 수밖에 없다. 필자가 채무인수와 관련한 개정시안에 관한 연구를 하면서 나름대로 검토는 하였지만 개정시안으로 채택하기에는 미흡한 것이 있어서 이를 소개한다.

첫째, 부동산의 양수인이 양도인과의 계약에 의하여 부동산에 설정된 저당권부채무를 인수하는 경우에 일정한 경우에 채권자가 (면책적) 채무인수를 승낙한 것으로 보게 하는 규정을 둘 것인가이다. 독일민법 제416조가 그러한 경우에 채권자가 양도인의 통지를 수령한 후 6개월 이내에 양도인에 대하여 승낙을 거절하지 아니한 경우에는 채무인수를 승낙한 것으로 보고 있다.⁶⁵⁾ 부동산의 매도인과 매수인

65) 독일민법 제416조 [저당채무의 인수]

사이에 대금결제의 방식으로 저당권부채무를 매수인이 인수하는 경우는 거래현실에서 매우 흔한 일인데, 그러한 경우를 규율하는 입법적 방안도 고려해 볼 만하지만, 아직까지 우리의 법현실에서는 채권자로 하여금 일정 기간내에 “면책적” 채무인수의 승낙을 간접적으로나마 강제한다는 것이 일반인의 법감정에 반할수도 있고 또한 생소한 제도의 도입으로 말미암아 승낙을 게을리한 채권자를 불이익에 빠뜨릴 위험도 있기 때문에 제도 도입에 신중을 기할 필요가 있다고 생각하였다. 그러한 점에서 독일민법 제416조와 같은 제도는 비교법적 차원에서 참고할 만하지만, 수용여부에 대해서는 장기간의 검토가 필요하기 때문에 개정시안에는 채택하지 않기로 하였다.

둘째, 契約加入에 대한 규정을 둘 것인가이다. 면책적 채무인수 외에도 병존적 채무인수에 관한 규정을 두었다면, 계약인수에 관한 규정을 신설하면서 계약가입에 관한 규정도 함께 두는 것이 타당하다는 의견이 있을 수 있다. 그렇지만 계약가입이 문제되는 사건의 빈도는 병존적 채무인수나 계약인수에 비해 훨씬 떨어진다. 판례에서도 계약가입이 언급되기는 하지만, 실제로는 계약가입이 문제되는 사례

-
- ① 부동산의 양수인이 양도인과의 계약에 의하여 부동산상의 저당권에 의하여 담보되는 양도인의 채무를 인수하는 경우에, 채권자는 양도인이 채무인수를 통지하는 때에 한하여 채무인수를 승낙할 수 있다. 채권자가 통지를 수령한 후 6개월 이내에 양도인에 대하여 승낙을 거절하지 아니한 경우에는, 이를 승낙한 것으로 본다; 제415조 제2항 제2문은 이에 적용되지 아니한다.
 - ② 양도인의 통지는 양수인이 부동산등기부에 소유자로 등기되어 있는 경우에 비로소 할 수 있다. 통지는 서면으로 하여야 하며, 채권자가 6월 이내에 거절의 의사표시를 하지 아니하면 인수인이 채무자에 같음한다는 뜻을 포함하여야 한다.
 - ③ 양도인은 양수인의 청구가 있으면 채권자에게 채무인수를 통지하여야 한다. 승낙 또는 거절이 확정되는 때에는 양도인은 즉시 양수인에게 이를 알려야 한다.

는 볼 수 없고 계약인수여부가 다투어지면서 사적자치의 원칙상 계약인수 또는 계약가입도 허용됨을 확인하는 선에서 그치고 있다.⁶⁶⁾ 따라서 계약가입의 연구도 미진하고 다른 입법례를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 규범마련의 시급성도 크지 않다고 판단하여 이에 관한 규율도 추후의 과제로 미루었다.

(나) 이상 면책적 병존적 채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 민법개정시안의 취지와 내용에 대해서 살펴보았다. 금번 개정작업은 면책적 채무인수에 관한 개정시안 제453조 제2항을 제외하고는 그동안 주로 학설과 판례에 넘겨져 왔던 문제들을 민법전에서 수용함으로써, 이들 제도에 대한 실정법적 근거를 마련하고 그 내용을 명문으로 구체화하는데 의미가 있다고 생각한다. 이들 개정시안은 현재까지 분과위원회에서 준비된 단계에 머물고 있으므로 향후 민법개정위원회의 실무위원회나 민법개정위원회전체회의 등 일련의 법개정과정에서 최종적으로 어떻게 결론이 날지는 아직 예단할 수 없다. 다만 이 분야에 대한 학계의 연구는 다른 분야보다도 많이 소홀하였던 것이 사실이며, 그러한 점에서 본고가 학계와 실무계로부터 채무인수에 관한 약간의 관심과 개정시안에 대한 다양한 反響들을 가져오게 하는 소박한 계기가 된다면, 후속적인 민법개정작업에 많은 도움이 되리라는 기대를 가져본다.

66) 大判 1982. 10. 26, 82다카508; 大判 1996. 9. 24, 96다25548.

[채무인수 이행인수 계약인수 개정시안 조문 대비표]

현 행	개정시안
<신 설>	<u>제1관 면책적 채무인수</u>
<p>제453조 (채권자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자는 채권자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 이해관계없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다.</p>	<p>제453조 (채권자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자는 채권자와의 계약으로 채무를 인수하여 채무자의 채무를 면하게 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② <u>이해관계없는 제3자가 채무를 인수한 경우에는 제444조의 규정을 준용한다.</u></p>
<p>제454조 (채무자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다.</p> <p>② 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다.</p>	<p>제454조 (채무자와의 계약에 의한 채무인수) ① 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다.</p> <p>② <u>채권자의 승낙 또는 거절의 의사표시는 채무자나 제3자에게 하여야 한다.</u></p>
<신 설>	<p><u>제454조의2 (이행인수의 추정) 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수하기로 한 경우, 채권자가 이를 승낙하지 않거나 거절한 때에는 제3자는 채무자에 대하여 채권자에게 변제할 의무를 부담하는 것으로 추정한다.</u></p>

<p>제455조 (승낙여부의 최고) ① 전조의 경우에 제3자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있다.</p> <p>②채권자가 그 기간내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.</p>	<p>제455조 (승낙여부의 최고) ①<u>제454조</u>의 경우에 제3자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있다.</p> <p>②채권자가 그 <u>기간</u> 내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.</p>
<p>제456조 (채무인수의 철회, 변경) 제삼자와 채무자간의 계약에 의한 채무인수는 채권자의 승낙이 있을 때까지 당사자는 이를 철회하거나 변경할 수 있다.</p>	<p><변경 없음></p>
<p>제457조 (채무인수의 소급효) 채권자의 채무인수에 대한 승낙은 다른 의사표시가 없으면 채무를 인수한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 침해하지 못한다.</p>	<p><변경 없음></p>
<p>제458조 (전채무자의 항변사유) 인수인은 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.</p>	<p>제458조 (인수인의 항변사유) ①인수인은 <u>중전채무자가 항변할 수 있는 사유로</u> 채권자에게 대항할 수 있다. 그러나 <u>인수인은 중전 채무자가 가지는 채권으로 상계할 수 없다.</u></p> <p>② <u>인수인은 채무인수의 원인이 된 법률관계에 기하여 중전 채무자에게 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 없다.</u></p>
<p>제459조 (채무인수와 보증, 담보의</p>	<p>제459조 (채무인수와 보증, 담보의</p>

<p>소멸) 전채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 인하여 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>소멸) 종전 채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 인하여 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p><신 설></p>	<p>제2관 병존적 채무인수</p>
<p><신 설></p>	<p>제459조의2 (병존적 채무인수) 채권자와 제3자 및 채무자와 제3자 사이의 계약으로 제3자가 채무자가 부담하는 채무를 인수하기로 하였으나 채무자를 면책한다는 당사자의 의사가 명확하지 아니한 경우에는, 채무자는 제3자와 연대하여 채무를 부담한다.</p>
<p><신 설></p>	<p>제3관 계약인수</p>
<p><신 설></p>	<p>제459조의3 (계약인수) 계약당사자의 일방이 제3자와 계약상 지위를 이전하기로 합의하고 다른 계약상대방이 이를 승낙한 경우에는 제3자가 계약상의 지위를 승계한다.</p>
<p><신 설></p>	<p>제459조의4 (준용규정) 계약의 인수가 계약당사자 일방으로부터 제3자에게로 권리의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제4절(채권의 양도)의 규정이 준용되고, 의무의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제5절 제1관(면책적 채무인수)의 규정이 준용된다.</p>

■ abstract ■

De lege ferenda zur Schuldübernahme, Erfüllungübernahme und Vertragsübernahme

Song, Ho Young

Das geltende koreanische BGB regelt im 3. Buch Abschnitt 5 unter dem Titel "Schuldübernahme" von § 453 bis § 459 insgesamt in sieben Paragraphen nur "befreiende" Schuldübernahme. Ausser befreiende Schuldübernahme werden aber in unserem Rechtsverkehr Schuldbeitritt, Erfüllungübernahme und Vertragsübernahme häufig verwendet. Die Regelung dieser Rechtsinstitution sind trotzdem der Lehre und Rechtsprechung überlassen. Rechtsvergleichend gesehen, ist es heute ein internationaler Tendenz, dass sowohl Abtretung der Forderung als auch Schuldübernahme sich auf guten Umlauf richtet. In Hinblick darauf ist KBGB sehr unvollkommen. Um Anpassungskraft des geltendem KBGB in der Rechtsverkehr zu erhöhen, organisierte das koreanische Justizministerium in Feb. 2010 zweite KBGB-Reformkommission. Diese Kommission gliederte sich insgesamt 6 Abteilungskommissionen, welche sich auf jede spezielle Themengebiete konzentrieren, Unter denen war für das Thema über Schuldübernahme die 3. Abteilungskommission zuständig, woran der Verfasser als Kommissionsmitglied teilnahm. Dieser Aufsatz basiert auf die Erfahrungen und Ergebnisse der Kommission im Rahmen der Reformarbeit für Schuldübernahme, Erfüllungübernahme und Vertragsübernahme. Nach dem Reformvorschlag der Abteilungskommission gliedert sich Abschnitt 5 des 5. Buch im geltenden KBGB 3 Kapiteln: also im 1. Kapitel befreiende Schuldübernahme, 2. Kapitel kumulative Schuldübernahme und 3. Kapitel Vertragsübernahme. Hierin werden neue

www.kci.go.kr

Vorschriften über die Erfüllungübernahme, Kummulative Schuldübernahme und Vertragsübernahme verfasst. Ausserdem werden teilweise einige Vorschriften ergänzend reformiert, welche bisher unklar und umstritten war.

[참고문헌]

- 곽윤직, 『채권총론』 (제6판), 박영사(2003)
_____, 『채권각론』 (제6판), 박영사(2003)
김대정, 『채권총론』, 피데스(2006)
김상용, 『채권총론』 (개정증보판), 법문사(2003)
_____, 『채권각론』 (개정판), 법문사(2003)
김용한, 『채권법총론』, 박영사(1988)
김증한·김학동, 『채권총론』 (제6판), 박영사(1998)
김진우, “도급계약에 있어 계약 당사자의 확정과 계약인수”, 사법(3호), 사법
연구지원재단(2008. 3), 260-300면
김창중, “이행인수의 법률관계”, 재판과 판례(제7집), 대구판례연구회(1998.
12.), 197-235면
김형배, 『사무관리·부당이득』 [채권각론 II], 박영사(2003)
_____, 『채권총론』 (제2판), 박영사(1998)
김황식, 『주식민법』 (편집대표 박준서) (제3판), 채권총칙(2), 한국사법행정
학회(1999)
민형기, 『민법주해(X)』 (편집대표 곽윤직), 박영사(1992)
법무부, 『Christian von Bar 교수 초청 국제 심포지움 자료』, 법무부(2011)
_____, 『2004년도 민법(재산권) 개정 자료집 II』, 법무부(2004)
_____, 『일본채권법개정의 기본방침』, 법무부(2009)
서 민, “채무인수”, 사법연구(제1집), 청림출판(1992), 173-205면
_____, “계약인수”, 민법학논총(후암곽윤직교수화갑기념), 박영사(1985),
393-418면
송덕수, 『신민법강의』, (제3판), 박영사(2010)
양창수, “채무인수”, 고시연구(통권 284호), 고시연구사(1997. 11), 58-71면
윤철홍, 『채권총론』, 법문사(2006)
이은영, 『채권총론』 (제3판), 박영사(2006)
이준현, “이행인수의 법률관계”, 재산법연구(제22권 제2호), 한국재산법학회
(2005), 57-91면
지원립, 『민법강의』 (제6판), 흥문사(2008)

현승중, 『채권총론』, 일신사(1975)

Bar, Christian von/Clive, Eric, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Referencer (DCFR), Volume 2, sellier (2009)

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil 14. Auflage, München (1987)

Medicus, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 1995

Nörr, Knutt Wolfgang/Scheyhing, Robert, Sukzessionen, Handbuch des Schuldrechts 2, Tübingen (1982)

Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar-BGB, Band 2: Schuldrecht, Krefeld (2005)