

債務不履行法體系의 基本構造

김 철 수*

The Basic Structure of the Law of Non-Performance of Obligation

Cheol - Soo Kim

I. 머리말

債務不履行을 履行遲滯·履行不能·不完全履行의 세 가지의 유형으로 나누고, 개별적인 不履行의 유형마다 債務不履行의 效果(損害賠償請求權)의 발생을 각각 인정하는 것은 오늘날 우리 民法理論의 하나의 도달점이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 현재 우리나라의 通說的 見解는 獨逸의 民法理論을 도입하여, 給付義務, 附隨義務, 保護義務라고 하는 債務의 構造論의 分析方法에 의하여 債務不履行責任의 理論構成을 하고 있다. 이러한 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論構成은 우리 民法典의 條文解釋으로부터 직접 형성된 것이 아니라, 오히려 獨逸의 民法理論을 그대로 도입한 결과로서 구축된 것이다. 그러나 獨逸民法과 規範體系가 다른 우리 民法의 解釋論으로서 이와 같은 通說的 見解가 유지될 수 없음은 분명하게 되었다¹⁾. 따라서 새로운 視角에 입각하여 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論을 再定立하지 않으면 아니된다.

이를 위하여 本稿에서는 먼저 최근에 제안되고 있는 구체적 契約의 解釋에 의한 問題解決方法(債務發生原因論)에 대하여 검토한 다음, 이를 기초로 하여 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論의 再定立을 시도하고자 한다.

II. 債務發生原因論에 대한 檢討

1. 債務發生原因論의 概觀

1) 債務構造論을 理論의 기초로 하는 通說的 見解에 대한 최근의 批判理論으로서 주목할만한 見解는 債務發生原因論으로 불리는²⁾ 見解이다. 이것은 債務不履行의 要件을 履行遲滯·履行不能·不完全履行의 세 가지의 유형으로 나누어 각각에 대하여 설명하는 것은 무의미하며, 日本民法 第415條(우리 民法 第390條에 해당)의 解釋上 중요한 의미를 가지는 것은 「債務 本旨에 따른 履行」의 내용을 구체적인 債務의 발생원인인

* 한국해양대학교 사회과학대학 해사법학과

1) 拙稿, 「債務不履行責任에 관한 우리 民法理論」, 船員船舶 第13號(1993), p.65 이하 참조.

2) 潮見佳男, 契約規範の構造と展開(東京: 有斐閣, 1991), p.6.

契約 또는 法律의 規定으로부터 確定하는 것이라고 하는 見解이다. 이하에서는 그 대표적인 主張者인 日本의 平井宜雄 教授의 見解 및 이에 대한 批判見解를 소개한 다음, 이에 대하여 간단히 검토한다.

2) 平井宜雄 教授는, 債務不履行責任의 要件에 관한 通說은 獨逸民法의 解釋論을 기초로 하고 있지만, 日本民法의 規定은 獨逸民法과 構造를 달리하고 있으므로 獨逸民法的인 解釋論을 취할 의미가 없다고 하는 近時의 批判³⁾과 입장을 같이하면서, 日本民法은 널리 不履行一般(inexécution)에 대하여 규정하는 프랑스法系에 속하기 때문에 獨逸民法的인 解釋論을 취할 필연성은 없으며, 오히려 「債務의 本旨」에 따르지 않은 履行의 내용을 구체적으로 분명히하는 것이 日本債務不履行法의 構造에 적합하다고 한다⁴⁾. 그리고 平井宜雄 教授는 이와 같은 기본적 思考方式에 의거하여 債務不履行의 要件을 再構成한다. 이것을 요약하면 다음과 같다.

먼저 債務不履行의 類型論과 관련하여, 日本民法 第415條⁵⁾의 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니하는 때」의 要件을 履行遲滯 履行不能 不完全履行의 세 가지로 나누어 각각에 대하여 설명하는 것은 불필요하며 또한 무의미하다. 다만 이 중에서 履行不能의 概念은 法技術的으로 중요한 概念이므로 民法의 體系上 유지하여야 할 필요성이 있다⁶⁾. 따라서 債務不履行의 要件은 「債務의 本旨」에 따르지 아니한 履行으로 一元化하는 것으로 충분하며, 이 要件은 ① 債務가 존재할 것이라고 하는 要件을 前提로 한 뒤에, ② 履行不能과 ③ 그 것 이외의 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니하는 경우」로 나누어 생각하여야 한다⁷⁾.

따라서 債務不履行의 要件에 있어서는 「債務의 本旨」, 즉 債務라고 하는 것은 무엇인가 하는 것이 문제이다. 그러나 이 문제를 給付義務, 附隨義務라고 하는 형태로 해결하려고 하는 것은 獨逸民法의 독자的 構造로부터 발생한 것이며, 「債務의 本旨」에 따르지 아니한 履行을 전부 債務不履行으로 취급하는 日本民法에서는 이와 같은 論議에 따를 理論的 根據는 존재하지 아니한다. 따라서 문제는 獨逸民法과 같이 給付義務, 附隨義務라고 하는 형태로 債權總則의 차원에서 다루어야 하는 것이 아니라, 債務發生原因이 契約인 경우에는 (法律의 規定인 경우에는 그 解釋으로서) 契約各論의 차원에서, 바꾸어 말하면 개개의 契約의 解釋으로서 해결되어야 한다. 즉 먼저 어떠한 義務가 當事者에 의하여 默示的(明示的인 경우에 본래의 債務로 되는 것은 말할 것도 없다)으로 合意되었는가 하는 것을 確定하여야 하며, 다음으로 契約의 解釋이라고 하는 작업에 의해서도 또한 當事者의 意思가 분명하게 되지 않는 경우에는 비로소 規範的인 판단을 하여 당해 契約에 의하여 의도된(法律의 規定에 의거하여 발생하는 債務의 경우에는 法律의 目的에 따라서) 目的을 가장 잘 달성하는 義務가 승인되어야 한다(法律論으로서의 최종적으로는 信義則을 그 根據로서 채용할 수 밖에 없다)⁸⁾.

결국 「債務의 本旨」에 따른 履行의 여부는 債務發生原因(契約 또는 法律의 規定)의 解釋에 의하여 결정된

3) 川島武宜, 債權法總則講義第一(東京:有斐閣, 1949), p.90; 北川善太郎, 契約責任の研究(東京:有斐閣, 1963); 星野英一, 民法概論(東京:良書普及會, 1978), p.45 이하; 平井宜雄, 損害賠償法の理論(東京:東京大學出版會, 1971)을 예로 든다.

4) 平井宜雄, 債權總論(東京:弘文堂, 1987), pp.39-43.

5) 日本民法 第415條 [債務不履行]: 債務者가 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니한 때에는 債權者는 그 損害의 賠償을 請求할 수 있다. 債務者의 責任으로 돌아가게 할 事由로 인하여 履行을 할 수 없게 된 때에도 또한 같다.

6) 이에 대하여 平井宜雄 教授는, 履行不能의 概念은 원래 債務로부터의 解放效만을 가져오는 것으로 관념되었으나, 履行이 債務者의 義務로서 관념되면서 債務者의 責任으로 돌아가게 할 履行不能은 損害賠償義務를 발생시키는 것으로 되었다고 하는 역사적인 의의를 가지며 또한 日本民法上의 履行不能의 概念도 이것을 前提로 하여 規定되어 있으므로(第415條 後段, 第534條 1項, 第536條 2項) 責任으로 돌아가게 할 履行不能을 債務不履行의 한 유형으로 유지할 필요가 있다고 한다(平井宜雄, 債權總論, p.1, p.43).

7) 平井宜雄, 債權總論, p.43, pp.47-48.

8) 上掲書, pp.43-45.

「債務者が 행하여야 할 것」과 현실로 행하여진 債務의 履行의 態樣 또는 結果 사이에 차이 내지 부적합함이 있는지의 여부에 의하여 결정되어야 한다. 차이가 있으면 「債務의 本旨」에 따르지 아니한 履行이다⁹⁾.

3) 우리 나라에서도 위와 같은 分析方法을 주장하는 見解가 있다. 즉 金亨培 教授에 의하면 우리 民法 第390條 本文은 다음과 같이 解釋되어야 한다고 한다¹⁰⁾.

우리 民法 第390條에서 規定하고 있는 損害賠償請求權은 債權總論의 概念으로서의 履行遲滯 또는 履行不能이라는 債務不履行의 유형과 연결된 것이 아니라, 「債務의 內容에 좇은 履行」 즉 구체적 契約에서 발생한 債務의 內容을 제대로 履行했느냐 履行하지 않았느냐 하는 개별적 契約의 內容과 관련되어 있는 것으로 보아야 한다. 다시 말하면 債務의 內容에 좇지 않은 履行이라 함은 債務不履行의 유형을 의미하는 것이 아니라, 그 유형의 종류와는 관계없이 債務의 발생원인인 구체적 契約上의 債務를 제대로 履行하지 않는 것을 의미한다. 결국 債務의 內容에 좇은 履行이 있었느냐(ob sie gehörig bewirkt worden ist) 하는 문제는 債權總論의 문제가 아니라, 債權各論의 차원에서 즉 개개의 契約의 解釋의 문제로 다루어져야 한다. 따라서 履行遲滯·履行不能·不完全履行이라고 하는 類型論은 第390條와는 직접적인 관련이 없는 것으로 된다.

2. 債務發生原因論에 대한 批判見解

1) 前項에서 概觀한 바와 같이, 債務發生原因論은 債務不履行의 要件과 관련하여 구체적 契約의 解釋에 의한 문제해결의 중요성이라고 하는 관점으로부터, 債務不履行의 要件을 履行遲滯·履行不能·不完全履行의 세 가지로 나누는 종래의 通說의 見解의 類型論을 批判하여 債務不履行一元論¹¹⁾을 주장하며 특히 債務構造論의 分析方法에 의한 理論構成의 無用性을 주장하고 있다. 그러나 현재 이와 같은 債務發生原因論에 대한 체계적인 批判見解는 찾아보기 어렵다. 다만 債務構造論의 分析方法의 有用性을 주장하는 學者들로부터 단편적인 反論이 제기되고 있는 정도에 그친다. 여기서는 먼저 그 대표적인 學者의 한 사람인 潮見佳男 教授의 反論을 소개한다.

2) 債務發生原因論에 의한 自說의 批判에 대하여 潮見佳男 教授는 그의 著書인 『契約規範の構造と展開』(東京:有斐閣, 1991)의 序頭に 다음과 같은 反論을 제기한다.

첫째, 三分體系批判과 給付義務·附隨義務構成批判을 同列로 論할 수 없다. 三分體系는 特殊獨逸의인 발상의 學說繼受의 소산이며, 日本民法 第415條에 비추어 不要·不當의 構成이었다. 이에 반하여 給付義務·附隨義務構成은 積極의 債權侵害論의 전개중에 충실하게 된 것이기는 하지만, 그것은 債務不履行을 어떠한 유형으로 파악하는가 하는 문제와는 일용 분리하여 생각할 수 있는 분석이다. 결국 그것은 履行過程의 實體構造의 인식에 그 主眼으로 하는 것이다. 그러므로 이러한 分析方法은 어떠한 債務不履行體系를 취하든 債務者의 行爲에 의하여 債權者에게 給付結果가 실현되어 간다고 하는 基本構造를 유지한다면, 그것은 오히려 적극적으로 활용하는 것이 有效하다¹²⁾.

둘째, 給付義務·附隨義務라고 하는 관점으로부터의 분석은 구체적 結論을 도출하기 위한 解釋技術로서 직접 이용되는 것은 아니다. 給付義務·附隨義務 概念은 어디까지나 債務關係의 實體構造를 인식하기 위한

9) 上掲書, p.46.

10) 金亨培, 「우리 民法의 債務不履行法體系」, 民法學論叢(郭潤直教授 華甲記念論文集, 1985), pp.342-343.

11) 그러나 金亨培教授의 見解에 대하여는 이를 (債務不履行一元論)이라고 하기는 어렵다. 왜냐하면 前項에서와 같은 주장을 하고 있음에도 불구하고 여전히 債務不履行의 유형으로서 履行遲滯·履行不能·不完全履行의 세 가지를 인정하고 있기 때문이다(金亨培, 債權總論(서울:博英社, 1992), p.232 이하; 同, 前掲論文, p.341 참조).

12) 潮見佳男, 前掲書, pp.4-5.

分析道具의 단계를 벗어나는 것은 아니다. 給付義務를 중심으로 하여 이것에 연속해 있는 附隨義務를 포함한 規範群으로서의 債權關係는 어디까지나 “整理概念이며, 이것을 기초로 하여 法解釋의 結論을 끌어내는 規範概念은 아니다.”¹³⁾ 이점을 인식한 뒤에, 履行義務를 論하는 경우에는 우선 스스로 일컫는 義務를 履行過程과의 관계에서 情査하고, 그 다음에 이러한 實體構造分析의 성과에 입각하여 다음의 작업단계에서 구체적 契約 또는 각종의 契約類型에 있어서 當事者間의 規範群을 정립하기 위한 解釋技術로서 이용해야 한다¹⁴⁾.

이상과 같이 潮見佳男 教授의 反論은 債務發生原因論을 적극적으로 批判한 것이 아니라, 債務構造論의 分析方法의 有用性을 다시 한번 주장하는 데 그치고 있다. 뿐만 아니라 債務發生原因論에서 지적하는 바와 같이, 종래의 債務構造論이 債務發生原因인 契約 및 法規와의 관계를 소홀히 한 채 論議되어 왔다고 하는 批判에 대해서도 이를 받아들인다. 그리하여 기로에서 있는 債務構造論의 활로를 찾아내기 위해서는 債務構造論과 契約解釋論·債務發生原因論의 접합을 시도하여, 그 가운데 前者의 意義를 檢證하여야 한다고 함으로써 본래의 債務構造論의 입장에서부터 상당히 후퇴하고 있다¹⁵⁾.

또한 下森定 教授도 債務發生原因論을 批判하고 다음과 같이 債務構造論의 有用性을 주장한다. 즉, 문제는 무엇이 「債務」인가 하는 것이며, 그것은 최종적으로는 각 契約類型마다 개별 구체적으로 명확하게 할 수밖에 없지만, 그 때에 主된 給付義務, 附隨의 注意義務, 保護義務 또는 合意에 의한 債務, 法定債務라고 하는 債務構造의 일응의 類型化는 그것들이 상호 중복하고 있는 경우가 있다고 하여도 思考의 정리상 유익하며 또한 그것이 效果論上 차이를 발생시키며 要件論에도 영향을 미치게 되는 점에서 實益이 있다. 예를 들면, 給付義務와 附隨의 注意義務 내지 保護義務에서는 履行請求權의 有無, 解除權의 有無, 卽時的 損害賠償請求의 可否(給付義務의 경우는 제1차적으로 履行請求, 그것이 불가능 또는 무의미한 경우에 제2차적으로 損害賠償), 損害賠償請求에 대하여 履行遲滯를 발생시키는 時期, 消滅時效의 起算點 등의 점에서 차이가 발생하기 때문에 債權總則 차원에서 이것들을 일괄하여 정리해둘 實益이 있을 것이다. 또한 債務不履行, 瑕疵擔保責任(賣買, 都給, 貸貸借의 각각에 대한) 등에 있어서 要件論·效果論을 상호관계에 유의하면서 구체적으로 분명히하여 간 경우에 비로소 總則的 정리의 필요성 유익성이 명백해지게 된다. 바꾸어 말하면 이러한 점들을 구체적으로 분명히하지 아니한 채 總則的 정리의 필요성이 없다고 단정할 수는 없다고 한다¹⁶⁾.

3. 檢 討

1) 前項에서 소개한 批判見解에 의하면, 종래의 通說的 見解의 債務類型論(三分體系)에 대한 債務發生原因論의 批判은 이를 타당한 것으로 받아들인다. 그러나 債務構造論의 分析方法의 有用性에 대한 의문 내지 批判에 대해서는 많은 점에 있어서 수긍을 하면서도 이를 유용한 分析方法으로서 계속 유지·발전시키고자 한다¹⁷⁾. 그러나 이미 검토한 바와 같이, 우리 民法의 解釋에 있어서 債務構造論의 分析方法은 실제적인 의미를 가지지 못한다¹⁸⁾. 따라서 債務構造論者들의 주장은 설득력이 부족한 것으로 생각 된다. 이 점에 대한 상세한 檢討는 이를 생략하고¹⁹⁾, 여기서는 債務發生原因論을 어떻게 평가할 것인가에 대하여 간단히 보기로

13) 林良平·石田喜久夫·高木多喜男, 債權總論(東京: 青林書院新社, 1987), p.14 주(13).

14) 潮見佳男, 前掲書, p.5.

15) 上掲書, p.6.

16) 下森定, 「國の安全配慮義務」, 同編·安全配慮義務法理の形成と展開(東京: 日本評論社, 1988), p.243.

17) 潮見佳男, 前掲書, p.11.

18) 이에 대하여는 주(1) 참조.

19) 이에 대하여는 주(1) 참조.

한다.

2) 債務發生原因論은 종래의 通說의 類型論(三分體系) 및 債務構造論에 의한 理論構成이 獨逸民法과 構造를 달리하는 우리 民法 또는 日本民法에서는 불필요하다고 하는 기본적인 思考로부터 출발한다. 그리하여 債務不履行의 要件과 관련하여 중요한 의미를 가지는 것은 債務의 내용의 確定이며, 이것은 債務發生原因인 구체적인 契約의 解釋에 의하여 해결하여야 한다는 것이다. 이와 같은 通說의 類型論과 債務構造論의 分析方法에 대한 債務發生原因論의 批判은 상당한 성공을 거둔 것으로 보인다. 通說의 類型論은 이미 무너지고 있으며, 債務構造論은 스스로의 표현에 의한다면 「存亡의 위기」에 직면하여 있다²⁰⁾. 참으로 債務發生原因論에 의한 문제제기는 正當하였으며, 그 分析方法은 우리 民法의 債務不履行法體系에 적합한 것으로 판단된다. 債務者의 債務의 내용은 추상적인 債務構造論에 의하여 確定되는 것이 아니라 債務發生原因인 契約의 解釋에 의하여 비로소 確定되는 것이며, 또한 確定된 債務를 애매한 中間概念인 給付義務·附隨義務 등에 의하여 구분할 필요성은 존재하지 않기 때문이다. 그것으로부터 우리는 外國法理論의 無批判的인 수용이 아니라, 우리의 法體系에 적합한 解釋論의 구축이 보다 중요한 것임을 인식할 수 있다.

3) 한편 債務發生原因論은 그 分析視角의 正當性에도 불구하고 모든 문제를 契約의 解釋으로 환원시킴으로써 종래의 通說에 대신하는 새로운 理論의 구축에는 소극적인 입장을 취하고 있다. 이것은 債務發生原因論이 契約 또는 法律의 規定의 解釋이라고 하는 債權各論 차원에서의 분석을 중시하는 입장임을 고려한다면 당연한 귀결인 것으로 생각된다. 그러나 債權各論 차원에서의 研究의 진전과 함께(특히 醫療過誤, 安全配慮義務 등의 분야를 중심으로 이미 상당한 各論의 研究의 결과가 축적되어 있다) 각 契約類型 상호간의 체계적인 관련성, 전체적인 契約責任體系上的 위치관계를 고려한 기본적인 理論構成(債權總論 차원)도 필요하게 된다. 債務發生原因論에서는 모든 문제를 契約의 解釋에 맡기고 있으나, 어떠한 방법으로 어떠한 기준에 의하여 契約을 解釋하여야 할 것인가를 분명히하지 않으면 아니된다. 債務發生原因인 契約의 解釋으로부터 바로 債務不履行의 前提인 債務의 내용이 確定되는 것은 아니며, 契約의 내용과 債權·債務의 내용을 同一視하는 것은 論理的으로 불가능하다고 하는 見解도 있다.²¹⁾ 따라서 이러한 점과 관련하여 債務發生原因論은 발전의 여지를 남기고 있다고 할 수 있다.

Ⅲ. 債務不履行法體系的 基本構造

1. 基本的 視點

1) 前稿²²⁾에서의 분석의 결과, 債務構造論을 기초로 하여 債務不履行責任의 理論構成을 하는 종래의 通說의 見解는 더 이상 유지될 수 없음이 분명하게 되었다. 따라서 이것에 대신하는 새로운 理論을 구축하지 않으면 아니된다. 새로운 理論의 구축에 있어서 앞서 검토한 이른바 債務發生原因論은 많은 것을 시사한다. 그러나 債務發生原因論 그 자체는 모든 문제를 契約의 解釋에 맡기고 있으므로 종래의 通說의 見解를 대신하

20) 潮見佳男, 前掲書, p.6.

21) 中松纓子, 「契約法の再構成についての覺書」, 判例タイムズ No.341(1977), p.22 이하 참조. 여기서 中松纓子 教授는, “有效하게 성립한 契約에 의하여 과연 債權·債務가 발생하지만, 그 契約의 내용은 債權·債務의 발생뿐만 아니라 그 履行에 의한 消滅, 物權變動, 附隨義務의 履行에 의한 消滅 등을 포함하는 구체적인 債權關係의 실현상태까지도 나타내는 것이다. 거기에 있어서 債權·債務의 발생은 契約에 부여되는 여러 法律效果 가운데 하나이며, 최종적인 效果(任意履行의 승인)에 도달하기 위한 중간단계라고 한다면, 契約의 내용이 債權·債務(權利·義務)의 내용과 동일하다고 하는 構成을 도출하는 것은 論理的으로 불가능하다”고 한다(p.22).

22) 주(1)의 論文.

는 理論으로서는 충분하지 아니하다. 그리하여 債務發生原因論의 分析視角을 기초로 하여 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論을 再定立하지 않으면 아니된다.

그리고 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論의 再定立에 있어서는 다음의 점이 기본적으로 고려되지 않으면 아니된다. 첫째, 종래의 通說의 見解는 우리 民法體系와는 일응 단절된 채 獨逸의 民法理論을 그대로 도입한 결과로서 구축되었기 때문에 많은 문제점을 내포하고 있었다. 이에 대한 반성으로, 外國理論을 우리 民法의 解釋學에 도입하기 위해서는 신중한 검토가 선행되어야 하며, 보다 중요한 것은 外國理論의 「直輸入」이 아니라 우리 法 자체의 問題意識下에 우리 法體系에 적합한 解釋體系를 구축하는 것이다. 둘째, 현재의 學說에 의한다면, 債務不履行責任과 契約責任法上の 各 制度-예컨대, 賣渡人의 擔保責任, 契約締結上の 過失責任, 債權者遲滯 등-상호간의 體系의 관련성은 반드시 명확한 것은 아니다. 이것은 종래의 債務不履行責任에 관한 理論이 債務不履行責任과 이들 各 制度의 관련성을 고려하지 아니하고 고립적·단편적으로 구축된 데 그 원인이 있다. 따라서 새로운 理論構成에 있어서는 契約責任體系에서의 各 制度 상호간의 관련성을 고려하면서 理論構成을 하여야 한다.

이상과 같은 점을 고려하여 債務不履行法體系의 基本構造에 관한 理論을 再定立하기 위해서는 먼저 契約責任法體系上 民法 第390條가 가지는 意義 내지 位置를 解明할 필요가 있다²³⁾.

2) 일반적으로 契約責任이라 함은 狹義의 契約責任, 즉 契約債務不履行責任(따라서 債務不履行責任)을 가리킨다²⁴⁾. 大陸法系의 契約責任法에서는 不法行爲責任法에 있어서와 마찬가지로 古典期 및 後期로마法에 기초를 두고 있는 有責性の 原理(Verschuldensprinzip) 내지 過失責任主義(Verschuldensgrundsatz)가 원칙적으로 통용되고 있다²⁵⁾. 즉, 契約上の 債務者가 故意 또는 過失에 의하여 그의 契約上の 義務를 違反한 경우, 債權者는 契約侵害에 의하여 발생한 損害의 賠償을 請求할 수 있다(또한 債務者는 자신의 有責行爲(schuldhaftes Verhalten)로 인한-그리고 단지 有責行爲만으로 인한 責任을 진다). 우리 民法은 이러한 有責性の 原理를 명시한 일반적인 規定을 두고 있지 않지만²⁶⁾, 學說·判例는 民法 第390條의 規定으로부터 有責性の 原理를 인정하는 데 일치하고 있다²⁷⁾. 그러나 이 有責性の 原理는 契約責任法의 영역에서 全的으로 타당한 것은 아니다. 이 原理는 일정한 경우에는 法律의 規定 또는 契約에 의하여 修正된다.

먼저 우리 契約責任法은 엄격하게 有責性の 原理를 관철하고 있지 않으며, 오히려 개개의 문제에 관하여 또한 여러 가지의 관점하에 有責性の 原理를 修正하는 保證責任(Garantiehftung) 내지 擔保責任의 諸要素가 발견된다²⁸⁾. 예컨대 民法 第391條의 規定에 의하여, 契約債務者는 이른바 「履行補助者(Erfüllungsgehilfe)」의 有責한 契約違反으로 인한 損害에 대하여 責任을 진다. 이 責任은 엄격한 責任이며, 債務者의 過失이 없음

23) 우리 나라의 學說은 民法 第390條의 規定은 債務不履行責任에 관한 포괄적·일반적 規定이라고 하는데 그치며(金亨培, 前掲書, p.241; 梁彰洙, 「韓國社會의 變化와 民法學의 課題」, 서울대학교法學 第28卷1號(1987), p.17; 張庚鶴, 「不完全履行의 檢討」, 考試研究(1987.5), p.53; 曹圭昌, 「民法 第390條와 積極的 契約侵害」, 民法學論叢(郭潤直教授 華甲記念論文集, 1985, p. 344 등), 契約責任法體系上 이 規定이 가지는 意義 등에 관해서는 밝히고 있지 않다.

24) 「契約責任」이라는 용어는 法典上的 용어는 아니며, 어디까지나 歷史的·學說的인 용어에 지나지 않는다. 契約責任과 관련한 學說 대립의 상당 부분은 契約責任의 概念構成의 차이에서 비롯하는 것으로 생각한다.

25) K.Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd.1, 13. Aufl., S.256; E.v.Caemmerer, Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht in rechtsvergleichender Sicht(柳澤弘士譯, 「比較法的視野での契約法における有責性原理」, 日本法學 第50卷 2號(1984), p.108).

26) 獨逸民法 第276條는 契約責任法에서의 有責性の 原理를 명시한 一般的인 規定이다.

27) 郭潤直, 債權總論, p.120; 曹圭昌, 前掲論文, p.357.

28) Vgl.Larenz, a.a.O., S.256; Caemmerer(柳澤弘士譯), 前掲論文, p.116.

을 理由로 한 免責은 인정되지 아니한다. 따라서 履行補助者責任은 일종의 광범위한 保證責任 내지 擔保責任이다²⁹⁾. 또한 契約法上 개개의 契約類型에 있어서의 有責性の 原理에 대한 중요한 예외로는 賣買契約에 있어서의 賣渡人의 擔保責任(第569條 이하), 都給契約에 있어서의 受給人의 擔保責任(第667條 이하)이 있다. 이 경우에도 債務者는 有責의 有無와 관계없이 責任을 진다. 또한 有責性の 原理는 구체적 契約上의 合意에 의하여 修正되는 경우가 있다. 무엇이 債務者에게 歸責될 수 있는가의 문제에 대한 해답에 있어서 契約의 優位에 는 의문의 여지는 없다(民法 第105條 참조)³⁰⁾. 예컨대 각종 契約上의 免責約款은 法律(商法 第790條 참조)이 특히 禁하고 있지 않고, 社會秩序에 反하는 것이 아니면 原則上 有效하다³¹⁾.

결국 무엇이 債務者에게 歸責될 수 있는가 하는 문제의 해결을 위해서는 먼저 개개의 契約의 解釋(補充的 契約解釋을 포함하여)에 의하여 債務者의 歸責要件에 관한 契約上의 合意의 內容을 探究할 필요가 있다. 契約上의 合意의 內容이 契約으로부터 명확하게 되는 경우에는(契約의 解釋에 의하여 故意 또는 過失에 대해서만 責任을 진다고 하는 것이 契約의 內容으로 될 수 있음은 물론이다) 合意의 內容이 法律의 規定에 우선하므로 이에 관한 法律의 規定이 適用될 여지는 없다. 그러나 契約의 解釋에 의하여 合意의 內容을 確定할 수 없는 경우에는 法律의 適用의 문제로 된다. 그리하여 個別規定(lex specialis)이 있는 경우에는 그 規定에 의하여, 그러한 規定이 없는 경우에는 一般原則에 따라서 債務者는 자신의 有責行爲에 대해서만 責任을 진다. 民法 第390條는 이와 같은 一般原則을 선언하고 있는 規定인 것이다. 이렇게 하여 民法 第390條는 一般債務不履行責任에 관한 規定 또는 債務不履行責任에 관한 一般規定(lex generalis)으로 위치하게 된다.

이상과 같은 基本的 視點으로부터 이하에서는 債務不履行法體系的 基本構造에 관한 理論을 再定立한다. 다만 지금까지 다루었던 문제상황에 입각하여 그 범위는 客觀的 要件論에 한정하기로 하며, 결국 債務不履行의 類型論 및 債務內容의 確定에 관한 문제가 그 주된 내용으로 된다.

2. 債務不履行責任의 基本的 構成要件

우리 民法 第390條는 債務不履行으로 인한 損害賠償請求權에 관한 原則的 一般的 規定이다³²⁾. 同條에서 規定하고 있는 債務不履行의 基本的 構成要件은 「債務者가 債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니」할 것이라고 하는 것이다³³⁾. 履行遲滯에 관한 第387條, 第388條 및 履行不能에 관한 第390條 但書³⁴⁾ 등의 規定은 債務不履行의 構成要件에 관하여 規定하고 있는 것은 아니다. 個別規定에 의하여 債務不履行인한 損害賠償請求權이

29) Vgl. Larenz, a.a.O., S.257; Caemmerer(柳澤弘士譯), 前掲論文, pp.113-114; U.Huber, Leistungsstörungen, Gutachten Bd.1, S.762.

30) 采女博文, 「ヤ-コプスの債務不履行論(一)」, 法學論集 第69卷1號(1988), p.47 참조.

31) 郭潤直, 債權總論, p.132 참조.

32) 주(1) 참조.

33) 債務不履行의 要件이 이것에 限하지 않음은 물론이다. 그 밖에 有責性和 違法性的 要件도 문제로 되지만 여기서는 생략하기로 한다.

34) 民法 第390條 但書の 「履行할 수 없게 된 때」가 履行不能을 의미함에는 異論의 여지가 없으나(通說), 일부 學說은 이것이 履行遲滯 또는 履行不能을 의미하는 것으로 解釋하고, 「우리 나라의 通說이 民法 第390條 但書を 마치 履行不能에 관한 規定인 것처럼 解釋하는 것은 日本民法의 解釋을 그대로 받아들인 것으로서 잘못된 것이다」라고 한다(金亨培, 前掲論文, p.340). 그러나 前稿(주(1)의 論文)에서 본 바와 같이, 이 見解는 正當하지 않다. 또한 民法의 각 規定으로부터 法文上 履行不能은 「履行할 수 없게 된 때」(第390條 但書, 第537條, 第538條) 또는 「履行이 不能하게 된 때」(第546條)라고 표현되고 있음을 알 수 있다. 따라서 이 見解에 의한다면 「履行할 수 없게 된 때」라고 하는 동일한 文言에 대한 解釋이 債務不履行責任(第390條 但書)과 危險負擔(第537條, 第538條)에서 서로 다르게 되어 不合理的 뿐만 아니라 또한 그와 같이 무리하게 解釋하여야 理由도 없다.

인정되는 경우를 제외하고는 債務不履行으로 인한 損害賠償請求權의 實定法的 根據는 第390條 本文의 規定이다. 따라서 通說的 見解가 채용하고 있는 債務不履行 構成要件의 三分論은 우리 民法의 解釋論으로서는 부적합하며 배제되어야 한다³⁵⁾. 종래의 履行不能, 履行遲滯 및 不完全履行 내지 積極的 債權侵害를 포함하는 모든 不履行의 형태가 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니」할 것이라고 하는 構成要件下에 포괄된다. 따라서 이 要件에 不完全履行 내지 積極的 債權侵害가 포함될 수 있는가 하는 論議 자체는 우리 民法體系下에서는 무의미하며 本末이 전도된 것이다. 중요한 것은 이 要件을 구체적으로 어떻게 解釋할 것인가 하는 것이다. 履行不能, 履行遲滯 등은 獨立인 請求權의 기초는 아니며, 어디까지나 이 要件의 下位概念에 불과하다. 결국 債務不履行에 관한 原則的·一般的 規定인 民法 第390條는 履行不能을 예시적으로 포함하고 있는³⁶⁾ 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니」할 것이라고 하는 要件을 중심으로 構成되어 있는 것이다.

한편 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니」할 것이라고 하는 要件에 대한 下位概念으로서의 履行不能 등의 概念을 유지할 필요가 있는가 하는 것은, 通說的 見解가 이들 概念을 獨立한 請求權의 기초로 하는 것(즉 構成要件 자체를 分化하는 것)과는 차원을 달리하는 문제이며 債務不履行法體系上 검토의 여지가 있다. 이하에서는 履行不能, 履行遲滯, 不完全履行의 각 概念에 대하여 구체적으로 검토한다.

1) 履行不能

履行不能이라 함은 履行이 不能하게 되는 것을 말한다. 어떠한 경우를 不能이라고 하여야 할 것인가는, 말할 것도 없이 規範的 판단(一般的으로 去來觀念에 따른다고 하는 것은 그 의미이다)에 의한다³⁷⁾. 通說은 債權이 성립한 후에 債務者의 責任있는 事由로 인하여 履行이 不能하게 되는 것(債務者의 歸責事由로 인한 後發的 不能)을 債務不履行의 한 유형으로 하며, 債務不履行法上 履行不能이라고 하는 때에는 통상 이 의미이다³⁸⁾.

履行不能에 관한 民法의 規定으로는 債務不履行責任에 관한 第390條, 危險負擔에 관한 第537條, 第538條 그리고 契約의 解除에 관한 第546條의 規定이 있다. 이러한 規定으로부터 履行不能은 다음과 같은 기능을 가진다. 즉, 먼저 債務者에게 歸責事由가 없는 履行不能의 경우에는 債權者는 더 이상 履行 또는 損害賠償을 請求할 수 없다(第390條 但書). 따라서 이것은 債務者의 契約으로부터의 解放原因(Befreiungsgrund)이 된다³⁹⁾. 다만 雙務契約에서는 危險負擔의 문제가 남는다(第537條, 第538條). 다음에 債務者에게 歸責事由가 있는 履行不能의 경우에는 債權者는 損害賠償을 請求할 수 있다(第390條 本文). 損害賠償請求權이라고

35) 상세한 내용은 주(1) 참조.

36) 이에 대하여는 주(1) 참조.

37) 平井宜雄, 債權總論, p.48 참조.

38) 우리 나라의 通說은 履行不能을 「債權이 成立한 후에 債務者에게 責任있는 事由로 履行이 不能하게 되는 것」이라고 概念構成한다. 한편 通說은 危險負擔이 문제로 되는 履行不能에 대하여는 이를 「債務者에게 責任없는 履行不能」이라고 한다(예컨대, 郭潤直, 債權各論(서울, 博英社, 1990), p.102). 前者의 履行不能은 債務者의 歸責事由 있음을 前提로 한 概念이며, 後者의 履行不能은 歸責事由의 有無를 不問한 概念이다. 通說의 概念構成에서 모순을 발견한다. 이러한 용어상의 혼란을 피하기 위하여 通說과 같이 履行不能의 概念을 規定하면서 債務者의 有責·無責을 不問하고 履行이 不能하게 되는 경우를 總括하여 「給付不能」이라는 별개의 용어의 사용을 주장하는 見解가 있다(金亨培, 前掲書, p.208; 李銀榮, 「履行不能」, 考試界(1985.6), p.129.). 그러나 이 見解에 의해서도 역시 이러한 모순은 제거되지 않는다. 比較法的으로 獨逸民法의 Unmöglichkeit를 염두에 둔 것으로 생각되지만, 이것의 譯語로서 「給付不能」과 「履行不能」의 두 가지를 함께 인정하는 결과로 되어 不當하다. 생각컨대 通說과 같이 履行不能을 한편으로는 獨立한 請求權의 原因으로, 다른 한편으로는 단순히 履行이 不能하다는 意味로 사용하는 한 모순은 제거되지 않는다. 우리 民法은 獨逸民法과는 달리 履行不能을 獨立한 請求權의 原因으로 하고 있지 않으므로 債務者의 歸責事由를 前提로 한 履行不能의 概念構成을 할 필요는 없다고 생각한다.

39) Vgl. Huber, a.a.O., S.758.

하는 法律效果의 발생이라는 점에 있어서 履行不能과 다른 형태의 債務不履行 사이에는 차이가 없다. 그러나 契約에 있어서 債務者의 歸責事由있는 履行不能은 解除權의 發生要件이 되며(第546條), 이와 관련하여 履行不能의 경우에는 催告는 필요하지 않다는 점에서 보통의 履行遲滯와는 차이가 있다.

이상에서 본 바와 같이, 債務不履行으로 인한 損害賠償에 관한 한 履行不能은 다른 형태의 債務不履行과 구별하여야 할 理由는 없다. 그러나 履行不能의 概念은 危險負擔 및 契約의 解除와의 관계상 중요한 意味를 가진다. 또한 履行不能의 概念은 強制履行과도 밀접한 관련이 있다. 따라서 履行不能을 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때」의 한 유형으로 하여 그 概念을 유지하는 것은 民法의 體系上 필요하다⁴⁰⁾. 이렇게 하여 歸責事由있는 履行不能은 債務不履行的의 한 유형으로 위치하게 된다.

2) 履行遲滯

履行遲滯라 함은 履行이 可能함에도 불구하고 履行期가 지나도록 아직 履行하지 않고 있는 것을 말한다. 債務者의 有責性이 그 概念의 前提로 되지 아니함은 履行不能의 경우와 마찬가지로이며⁴¹⁾, 이렇게 하는 것이 理論적으로 일관성이 있는 概念構成이다.

履行遲滯에 관한 民法의 規定으로는 履行期에 관한 第387條, 第388條, 債務不履行責任에 관한 第390條 本文, 損害賠償에 관한 第392條, 第395條, 契約解除에 관한 第544條, 第545條 등의 規定이 있다. 이와 같은 規定 가운데 債務不履行的의 유형과 관련하여 第387條와 第390條 本文의 規定에 대하여 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 우리 나라의 通說은 이들 規定이 債務不履行的의 유형으로서 履行遲滯를 인정하는 근거가 된다고 하기 때문이다⁴²⁾. 그러나 결론적으로 말한다면 우리 民法의 規定上 履行遲滯가 債務不履行的의 한 유형으로서 規定되어 있는지는 반드시 명확한 것은 아니다.

앞에서도 지적한 바와 같이, 第387條의 立法趣旨가 履行遲滯라고 하는 獨立의 債務不履行類型을 인정하기 위한 것으로 보기는 어려우며⁴³⁾, 이것은 法規定 상호간의 位置관계로부터 보아도 自明하지 않다(第387條와 第390條)⁴⁴⁾. 뿐만 아니라 第390條 本文의 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때」의 文言이 履行遲滯만을 의미하는 것은 아니다. 우리 民法 第390條에 해당하는 日本民法 第415條의 立法過程을 참고하는 한⁴⁵⁾, 이 文言은 履行遲滯도 포함하는 의미로서 解釋될 수 있는 데 그친다. 따라서 우리 民法에 있어서의 履行遲滯는 損害賠償請求權의 要件에 관한 한, 第390條 本文의 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때」의 要件에 흡수되어 있다고 할 수 있다⁴⁶⁾.

한편 第390條 이외의 규정을 보더라도, 履行遲滯는 履行不能과는 달리 다른 債務不履行的의 형태와 구별하여야 할 필요성이 크다고 할 수 없다. 履行遲滯의 경우에는 履行不能에서와 같은 특수한 문제(危險負擔, 歸責事由없는 履行不能의 解放效 등)는 존재하지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 履行遲滯는 比較法的으로

40) 平井宜雄, 債權總論, p.43 참조.

41) 주(38) 참조.

42) 郭潤直, 債權總論, p.119; 張庚鶴, 前掲論文, p.49 참조.

43) 왜냐하면 民法 第387條의 規定이 기초로 하고 있는 日本民法 第412條(그 내용은 우리 民法 第387條와 동일)의 立法趣旨가 履行遲滯라고 하는 獨立의 유형을 인정하기 위한 것이 아니라, 舊日本民法 第336條가 프랑스民法 第1139條를 받아들여 規定한 附遲滯(mise en demeure)制度를 부정하기 위한 것이기 때문이다(平井宜雄, 債權總論, p.42; 奥田昌道(編), 注釋民法(10)(東京:有斐閣, 1987), pp.318-319(北川善太郎 執筆)).

44) 北川善太郎, 前掲書, p.302 참조.

45) 이에 대하여는 注釋民法(10)(北川善太郎 執筆), pp.318-319 참조.

46) 北川善太郎, 前掲書, pp.302-303 참조.

확립된 概念이며⁴⁷⁾, 우리 民法에서도 이를 明示하는 規定이 다수 존재하므로 그 概念을 인정할 수 있다. 그리하여 履行이 可能함에도 불구하고(履行이 不能한 경우에는 全적으로 履行不能의 문제로 된다) 履行期가 지나도록 아직 履行하지 않고 있는 것을 履行遲滯를 하여, 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때」의 한 유형으로 한다.

3) 不完全履行

우리 나라의 通說은 履行遲滯와 履行不能을 제외한 債務不履行의 모습을 不完全履行(내지 積極的 債權侵害)이라고 概念構成하고, 이것을 債務不履行의 第3의 유형으로서 인정한다. 그러나 通說의 債務不履行論이 獨逸의 積極的 契約侵害論의 無批判의인 도입에 의하여 형성되었으며, 우리 民法의 解釋論으로서 적합하지 않다고 하는 것은 이미 검토한 바와 같다⁴⁸⁾. 따라서 종래의 通說은 否定된다. 그리고 다음과 같은 理由에 의하여 우리 民法의 解釋論上 不完全履行의 概念은 불필요하며 또한 무의미하다고 생각한다. 첫째, 履行遲滯, 履行不能과는 달리 不完全履行에 관한 明文의 規定은 없다(즉 이것은 法典上의 概念이 아니다). 둘째, 그럼에도 불구하고 이 概念을 인정하기 위해서는 그 필요성이 인정되어야 한다. 그러나 獨逸民法과는 달리 이에 대한 우리 法의 欠缺은 존재하지 아니하며, 第390條의 一般規定에 의하여 해결가능하다. 셋째, 다음으로 第390條 本文의 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때」의 要件의 下位概念으로서, 履行不能과 履行遲滯를 제외한 모든 不履行의 형태를 不完全履行으로 概念構成하는 것에 대하여는 검토의 여지가 있다. 그러나 이 경우에도 獨逸法上의 積極的 契約侵害(positive Vertragsverletzung) 내지 不完全履行(Schlechterfüllung)의 概念과 관련이 있는 것으로서 오해의 소지가 있으며, 새로운 형태의 債務不履行이 문제로 되는 경우에 不完全履行의 概念은 오히려 이에 대한 적절한 대응을 妨害하는 要因이 될 수 있다. 따라서 履行不能과 履行遲滯를 제외한 모든 不履行의 형태를 不完全履行으로 概念構成하여, 債務不履行을 세 가지의 類型에 限하게 하는 것은 바람직하지 않다⁴⁹⁾. 역지로 不完全履行으로 概念構成할 것이 아니라, 「그 이외의 債務의 內容에 좇지 않은 履行」으로서 충분하다고 생각한다.

3. 債務의 內容

前項에서와 같이, 債務不履行의 要件을 民法 第390條 本文의 「債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니」할 것이라고 하는 要件에 의하여 一元的으로 構成한다면, 결국 債務不履行의 要件에 있어서는 「債務의 內容」은 무엇인가, 즉 債務의 內容을 어떻게 確定할 것인가 하는 것이 중심문제로 되게 된다. 이 경우 개개의 契約上의 債務의 內容은 그 契約의 解釋에 의하여 개별적으로 정하여지는 것임(즉, 契約解釋에 앞서 어떤 理論에

47) 獨逸民法 第284條(Verzug), 프랑스民法 第1147條(le retard dans l'exécution), 스위스債務法 第102條(Verzug) 참조. 다만 프랑스民法上의 履行遲滯(le retard dans l'exécution)는 우리 民法上의 履行遲滯와 반드시 일치하는 概念이 아님에 주의를 요한다. 이에 대한 상세한 내용은 金亨培, 前揭論文, p.314; 曹圭昌, 前揭論文, p.359 참조.

48) 상세한 내용은 주(1) 참조.

49) 債務不履行을 履行遲滯·履行不能·不完全履行의 세 가지로 나누면서도, 民法 第390條의 적용이 있는 것을 이들 세 경우에 限하지 않는다고 하는 見解가 있다(郭潤直, 債權總論, p.119, p.151.). 同條는 이들 세 가지의 유형 이외에 새로운 형태의 債務不履行도 포섭할 수 있는(즉, 債務의 不履行이 있는 경우에는 언제나 적용될 수 있는) 「열린 體系」라고 하는 의미이다. 民法 第390條가 債務不履行에 관한 一般規定임을 고려한다면 지극히 당연한 見解이다. 그렇다면 문제는, 그럼에도 불구하고 履行遲滯나 履行不能 이외의 債務不履行의 유형으로서 不完全履行의 概念을 構成하여(同, p.145.), 不完全履行論이라고 하는 理論體系의 구축(그것도 우리 民法과는 規範體系가 다른 獨逸民法의 理論을 도입하여)이 필요한가 하는 것이다. 개개의 契約에 있어서 문제가 발생한 경우에, 중요한 것은 債務不履行의 성립여부에 관한 것이지 不完全履行의 성립여부에 관한 것은 아니다.

의하여 정해지는 것은 아님)은 이미 설명한 바와 같다. 그리하여 이하에서는 債務內容의 確定과 相關한 몇 가지의 문제를 추출하여 그 해결의 기본방향을 제시하고자 한다.

1) 債務의 概念

債務라고 하는 것은 債務不履行의 前提가 되는 概念일 뿐만 아니라, 債權法 전체를 통하여 중요한 기본적인 概念의 하나이다. 그러나 우리 民法은 債務의 意義에 대하여는 規定을 두고 있지 아니하며, 學者들의 見解도 반드시 분명하지 않은 채 이 概念은 널리 사용되고 있다. 歷史적으로 본다면, 債務의 概念에 대한 論議는 「債務와 責任(Schuld und Haftung)」論과 밀접한 관련을 가지고 있다⁵⁰⁾. 여기서는 債務와 責任의 分리를 둘러싸고 각 概念의 本質에 관한 문제가 깊이 다루어지게 되었다. 債務不履行에 있어서의 債務도 債務인 이상 그 本質에 관한 문제를 피할 수 없음은 당연하다. 그러나 종래 債務不履行의 영역에서 債務가 문제로 된 경우에는 그 本質보다는 內容이 주된 관심의 대상이었다. 이하에서도 債務의 內容에 관한 문제를 중심으로 보기로 한다.

일반적으로 債權은 「特定人(즉 債權者)이 다른 特定人(즉 債務者)에 대하여 特定의 行爲(보통 이것을 給付라고 한다)를 請求할 수 있는 權利」로서 定義된다. 따라서 이 債權에 대응하는 義務, 즉 特定의 行爲를 하여야 할 義務(즉 給付를 하여야 할 義務-給付義務)가 이른바 債務라고 하는 것이다⁵¹⁾. 이와 같이 債務를 給付義務(Leistungspflicht)로 定義하는 것은 獨逸民法 第241條⁵²⁾의 規定을 기초로 하는 것이다. 그러나 오늘날 債務는 給付義務 이외에 이른바 附隨義務(Nebenpflicht)도 포함하는가 문제가 되어 있으므로, 通說의 定義는 그대로 유지될 수 없게 되었다⁵³⁾.

오늘날 附隨義務라고 하는 이름하에 一連의 義務가 契約上의 義務로서 승인되고 있음은 주지의 사실이다. 債務를 給付義務로 파악하는 종래의 通說의 立場에서 본다면, 이것은 債務의 확대를 의미한다. 이러한 債務의 확대현상은 사회적·경제적 生活關係의 복잡화·다양화에 수반하는 契約機能의 확대요청에 따른 필연적인 결과이다⁵⁴⁾. 그러나 이것은 債務者가 履行하여야 할 義務인 것이지, 그것과는 전혀 별개의 義務인 것은 아니다. 따라서 이 義務를 달리 취급해야 할 이유는 없다. 일반적으로 債務構造論을 지지하는 學者들은 給付義務에는 이에 대응하는 給付請求權이 존재함에 반하여, 附隨義務에는 이에 대응하는 附隨請求權이 존재하지 않는다고 하여 附隨義務의 概念을 正當化하려고 한다. 附隨義務에 대응하는 附隨請求權의 概念이 존재하지 않는다고 하는 것은 하나의 債務를 給付義務·附隨義務로 구분한 것에 의한 당연한 결과이며, 이것은 오히려 그와 같이 구분하는 것이 不合理하다는 것을 反證하는 것이다. 債務不履行에 있어서의 債務=債務者가 履行하여야 할 義務=履行義務이며, 이것을 給付義務(Leistungspflicht)를 중심으로 하여 附隨義務(Nebenpflicht) 또는 保護義務(Schutzpflicht)라고 하는 抽象的인 概念의 義務群으로 구분하는 것은 무의미하며 또한 불필요하다. 債務不履行에 있어서의 債務는 전체로서 하나의 履行義務(Erfüllungspflicht)를 의미하는 것으로 충분하다⁵⁵⁾. 따라서 債務構造論은 배제된다⁵⁶⁾.

50) 注釋民法(10)(北川善太郎), p.323.

51) 通說. 대표적으로 郭潤直, 債權總論, p.17 참조.

52) BGB§241 (Schuldverhältnis und Leistungspflicht) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. 債務關係에 의하여 債權者는 債務者에 대하여 給付를 請求할 수 있다. 給付는 不作為도 그 내용으로 할 수 있다.

53) 平井宜雄, 債權總論, p.2 참조.

54) 曹圭昌, 前揭論文, pp.363-364 참조.

2) 債務內容의 確定

그렇다면 이러한 債務(履行義務)의 內容을 어떻게 정할 것인가 하는 것이 문제이다. 이 문제에 대하여는 보통 개개의 契約의 解釋의 문제라고 하여 더 이상 언급하지 아니하지만, 이를 좀 더 구체적으로 분석할 필요가 있다⁵⁷⁾.

개개의 契約으로부터 債務의 內容을 確定하기 위해서는 契約의 解釋에 의하여 그 內容을 確定하지 않으면 아니된다. 通說의 見解에 의하면, 法律行爲(契約)의 解釋은 當事者의 內心の 效果意思를 探究하는 것이 아니라 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味를 確定하는 것이며, 이러한 解釋의 本質로부터 當事者의 目的(當事者가 企圖하는 目的), 慣習, 任意法規, 信義誠實의 原則이 解釋의 具體적인 기준이 된다고 한다⁵⁸⁾. 그러나 앞에서 본 바와 같이 契約의 解釋에는 서로 다른 內容의 作業, 즉 意思表示의 內容을 명확히 하는 作業과 意思表示에 의하여 명확하게 되지 않는 부분에 대하여 그 內容을 補充하는 作業이 포함되어 있다⁵⁹⁾. 따라서 通說의 見解의 解釋의 定義는 그대로 유지될 수 없으며, 또한 서로 內容을 달리하는 解釋作業에 있어서 그 기준이 반드시 동일할 수는 없다.

契約에 정함이 있는 사항에 대해서는, 當事者의 意思表示의 內容을 探究하는 것이 解釋으로 된다. 이 경우에는 먼저 當事者가 意思表示에 부여한 共通의 意味(主觀的 意味)를 探究하여야 한다⁶⁰⁾. 여기서는 무엇보다도 당해 契約에 의하여 當事者가 달성하려고 한 社會的·經濟的 目的이 解釋의 중요한 표준이 되며, 表示行爲의 社會的인 意味보다는 當事者의 眞正한 意思(wirklicher Wille)의 探究가 그 目的으로 된다. 그리하여 共通의 主觀的 意味가 분명하게 되는 경우에는, 그 意味대로 契約의 內容이 確定되는 것이 原則이다. 여기서는 意思表示가 가지는 客觀的인 意味의 探究는 더 이상 문제로 되지 아니한다(falsa demonstratio non nocet의 原則^{61),62)} 그러나 共通의 主觀的 意味를 確定할 수 없는 경우(예컨대 共通의 主觀的 意味가 분명하지 아니하거나 兩當事者의 主觀的 意味가 不一致하는 경우)에는 意思表示가 가지는 客觀的인 意味를 探究하지 않으면 아니된다. 이 때에는 當該 事情下에서 當事者의 目的, 慣習, 去來慣行, 任意法規, 條理 등을 고려하여 그 意思表示가 社會的으로 어떻게 이해될 것인가를 표준으로 하여 意思表示의 內容을 確定하여야 한다. 그리하여 이렇게 確定된 意思表示의 客觀的 意味가 契約의 內容으로 되며, 이와 다른 主觀的인 意味를 부여한 當事者에 있어서는 錯誤의 문제가 발생하게 된다⁶³⁾.

55) 이 履行義務를 또한 給付義務(넓은 意味)라고 할 수도 있으나, 債務構造論에서의 給付義務와 概念上 혼란의 우려가 있으므로 이를 피하기로 한다.

56) 상세한 내용은 주(1) 참조.

57) 종래의 契約(法律行爲) 解釋論에서 특히 이 문제를 의식한 論議는 이를 발견하기 어렵다.

58) 대표적으로 郭潤直, 民法總則(서울: 博英社, 1990), p.385.

59) 川島武宜(編), 注釋民法(3)(東京: 有斐閣, 1973), p.42 참조(平井宜雄 執筆).

60) 石田穰, 「法律行爲 解釋方法(一)」, 法學協會雜誌 第92卷12號(1975), pp.1561-1562.

61) 이 原則의 상세한 내용에 대하여는, Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd.2. Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S.302 ff.; J.Wieling, Die Bedeutung der Regel "falsa demonstratio non nocet" im Vertragsrecht, AcP. 172(1972), 297 ff. 참조.

62) 通說인 이른바 「客觀說」의 입장에서 falsa demonstratio non nocet(잘못된 表示는 害가 되지 아니한다)의 原則의 인정을 주장하는 見解가 있다(郭潤直, 民法總則, pp.386-388). 그러나 이 見解는 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味의 確定이라고 하는 解釋原則과 이 原則과 모순하는 「解釋上의 原則」인 falsa demonstratio non nocet의 原則과의 理論的인 관계에 대하여는 명확하게 밝히고 있지 않다. 결국 이 見解에 의하더라도 契約의 解釋에 있어서는 表示行爲가 가지는 客觀的인 意味를 밝히기에 앞서 兩當事者가 意思表示에 부여한 共通의 主觀的 意味를 探究하여야 하는 것으로 된다. 이 문제에 대한 解明이 요청된다.

이와 같이 當事者間에 정함이 있는 事項에 대한 解釋은 그 意思表示의 內容, 즉 事實의 探究作業—그것이 共通의 主觀的 意味의 探究이든 客觀的 意味의 探究이든—이라고 할 수 있다. 그러나 事實로서의 「契約」은 동시에 契約現象을 規律하는 「契約規範(lex contractus)」을 意味한다(私的自治의 原則(Privatautonomie)). 契約의 當事者는 雙方의 自己決定(Selbstbestimmung)에 의한 契約의 內容에 구속된다. 그리하여 契約의 內容이 確定되게 되면 당해 契約에 의하여 意圖된 目的(內容)의 실현에 가장 적합한 債務가 승인되게 된다. 일정한 契約의 內容, 즉 合意의 內容으로부터 구체적으로 어떠한 債務가 승인될 수 있는가 하는 문제에 대한 앞으로의 활발한 研究가 기대된다.

다음으로 當事者가 契約에서 정하지 않은 사항에 대하여는 일정한 法的 價値判斷에 의하여 그 空白部分을 補充하는 作業이 행하여지게 된다. 이것은 事實의 探究作業이 아니라, 法院에 의한 새로운 法規의 創造이라고 하는 作業이다. 여기에는 補充的 契約解釋에 의하는 方法과 法(任意法規)의 適用에 의하는 方法이 있다. 補充的 契約解釋과 法的 適用에 의한 補充을 구별하지 않는 見解도 있으나, 兩者를 구별하지 않으면 아니된다⁶⁴⁾. 補充的 契約解釋은 補充되는 規定(ergänzende Bestimmung)의 內容을 信義誠實에 따라(民法 第2條 1項) 契約으로부터 推論할 수 있는 범위까지 미친다. 補充되는 規定이 더 이상 契約으로부터 推論될 수 없는 경우에는 契約의 解釋의 영역이 아니라 法的 適用의 영역으로 된다. 결국 補充的 契約解釋과 法的 適用의 한계는 契約으로부터의 推論可能性 여부에 의하여 설정되게 된다⁶⁵⁾. 이와 같이 兩者는 概念上으로 구별될 뿐만 아니라, 民事責任體系와 관련하여 그 구별의 實益이 있다. 즉, 補充的 契約解釋의 차원에서 승인되는 債務는 契約上の 債務이며 그것에 대한 違反으로 債務不履行責任이 발생하는 데 反하여, 法的 適用의 차원에서 승인되는 債務는 法律上の 義務이며 그것에 대한 違反으로는 法定責任이 발생하는 데 지나지 않는다.

IV. 맺음말

이상에서는 債務發生原因論이라고 하는 새로운 接近方法으로부터 시사를 받아, 이를 기초로 하여 債務不履行法體系の 基本構造에 관한 理論의 再定立을 시도하였다. 다음으로는 이와 같이 再定立한 理論을 구체적 국면에 있어서 檢證하는 作業을 행하지 않으면 아니된다. 이를 위하여 종래 債務不履行責任과의 관계가 문제시되어 온 몇 가지의 영역을 선택하여, 再定立한 理論을 分析道具로 하여 이들 문제영역과 債務不履行責任과의 관계에 대한 再檢討作業이 요청된다. 그 대상으로서는 종래 그 法的 性質을 둘러싸고 그것이 債務不履行責任인가 아니면 法定責任 또는 不法行爲責任인가 論爭이 되어 온 賣渡人의 擔保責任, 契約締結上の 過失責任 그리고 債權者遲滯를 선택할 수 있다. 이에 관한 상세한 檢討는 이를 次稿의 課題로 하기로 한다.

참고문헌

郭潤直, 民法總則, 서울: 博英社, 1990.

_____, 債權總論, 서울: 博英社, 1990.

金哲洙, 「債務不履行責任에 관한 우리 民法理論」, 船員船舶 第13號, 1993.

63) 四宮和夫, 民法總則 第4版(東京: 弘文堂, 1992), p.149 주(3) 참조.

64) 이에 대하여는 拙稿, 「契約의 解釋과 法的 適用」, 韓國航海學會誌 第7卷2號(1993), pp.107참조.

65) Vgl. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, SS.104, 106.

- _____, 「契約의 解釋과 法の 適用」, 韓國航海學會誌 第7卷2號, 1993.
- 金亨培, 債權總論, 서울: 博英社, 1992.
- _____, 「우리 民法의 債務不履行法體系」, 民法學論叢, 서울: 博英社, 1985.
- 梁彰洙, 「韓國社會의 變化와 民法學의 課題」, 서울대 法學 第28卷1號, 1987.
- 李銀榮, 「履行不能」, 考試界, 1985.6.
- 張庚鶴, 「不完全履行의 檢討」, 考試研究, 1987.5.
- 曹圭昌, 「民法 第390條와 積極的 契約侵害」, 民法學論叢, 서울: 博英社, 1985.
- 奧田昌道(編), 注釋民法(10), 東京: 有斐閣, 1987.
- 川島武宜, 債權法總則講義第一, 東京: 有斐閣, 1949.
- _____, 民法總則, 東京: 有斐閣, 1965.
- 川島武宜(編), 注釋民法(3), 東京: 有斐閣, 1973.
- 北川善太郎, 契約責任の研究, 東京: 有斐閣, 1963.
- _____, 日本法學の歷史と理論, 東京: 日本評論社, 1968.
- 潮見佳男, 契約規範の構造と展開, 東京: 有斐閣, 1991.
- _____, 債權總論講義案 I, 東京: 信山社, 1991.
- 四宮和夫, 民法總則, 東京: 弘文堂, 1992.
- 林良平・石田喜久夫・高木多喜男, 債權總論, 東京: 青林書院新社, 1987.
- 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京: 東京大學出版會, 1971.
- _____, 債權總論, 東京: 弘文堂, 1987.
- 星野英一, 民法概論Ⅲ, 東京: 良書普及會, 1978.
- 石田穰, 「法律行為の解釋方法(一)~(三)」, 法學協會雜誌 第92卷12號(1975), 第93卷1,2號(1976)
- 采女博文, 「ヤ-コプスの債務不履行論(一)」, 法學論集 第24卷1號, 1988.
- 下森定, 「國の安全配慮義務」, 安全配慮義務法理の形成と展開, 東京: 日本評論社, 1988.
- 中松纓子, 「契約法の再構成についての覺書」, 判例タイムズ No.341, 1977.
- 柳澤弘士(譯), 「比較法的視野での契約法における有責性原理」, 日本法學 第50卷2號, 1984.
- Flume, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Heidelberg: Springer, 1979.
- Huber, U., Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur bearbeitung des Schuldrechts, Bd.1, Köln: Bundesanzeiger, 1981.
- Larenz, K., Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig: A.Deichert, 1930.
- _____, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, 13. Aufl., München: C.H.Beck, 1982.
- Wieling, J., Die Bedeutung der Regel "falsa demonstratio non nocet" im Vertragsrecht, AcP.172, 1972.