

민법 제535조의 재검토

김인유*

《목차》

- I. 서설
- II. 제535조의 요건 및 효과
- III. 제535조의 내용인 원시적 불능
- IV. 제535조의 표제인 계약체결상 과실의 위치부여
- V. 결론

I. 서설

우리 민법 제535조는 계약체결상의 과실이라는 표제하에 제1항에서 “목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다”고 규정하고 있고, 동조 제2항에서 “전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다”라고 규정하고 있다.

동조의 내용을 정리해 보면 원시적 불능의 경우 그 계약은 무효이며, 그 계약의 유효를 믿은 선의무과실의 상대방에게 신뢰이익을 배상해야 한다는 내용이다. 물론 동조의

* 한국해양대학교 국제대학 해사법학부 전임강사, 법학박사

내용은 개정전 독일민법 제307조와 같지만, 독일민법은 동조에서 계약체결상의 과실이 라는 표제를 사용하고 있지는 않았다.

그런데 우리민법은 동조의 표제를 계약체결상의 과실이라고 하고 있는데, 정작 그 내용은 원시적 불능에 대한 내용으로서 그 무효를 전제로 신뢰이익배상을 규정하고 있음으로써 표제와 내용이 불일치함을 알 수 있고 이로 인해 혼란을 야기할 수 있다. 아니나 다를까 다수설은 본조를 계약체결상의 과실책임의 근거규정으로 보면서 본조가 정하는 것 이외에도 예컨대 계약체결을 위한 준비단계에서 상대방에게 손해를 준 경우에도 동조의 책임에 문의한다. 판례와 대립되는 부분이다.

한편 동조의 표제인 계약체결상의 과실책임은 계약체결을 위한 준비단계 내지는 계약체결을 위한 협의 도중의 과실로서, 형식논리적인 측면에서 본다면 계약성립 전의 문제이므로 계약관계로 볼 수 없는 측면이 있고, 다른 한편으로는 계약체결을 위한 공동의 목적을 지향하는 당사자들이므로 불법행위에서와 같이 전혀 모르는 당사자관계가 아니므로 순수한 불법행위책임으로 볼 수 없는 측면이 있다. 이와 같이 계약체결상의 과실책임은 전자의 측면에서 본다면 불법행위책임, 후자의 측면에서 본다면 계약책임을 부과할 수 있는 특성을 지니고 있음에도 불구하고 구민법에는 없었던 조문을 신설하여 동조를 둘러싼 문제점들에 대해 견해의 대립을 제공해 왔다.

따라서 본고에서는 이러한 특징을 지닌 민법 제535조를 재검토하는 측면에서, 과연 동조의 내용대로 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하여 원시적 불능에 대해서만 특별히 동조로 규율해야만 되는지에 대해 각국의 입법례를 통한 비교분석을 한다. 만일 동조의 존치실익이 없다면 동조의 내용은 삭제되어야 할 것이지만, 그럴 경우 동조의 표제와 관련된 계약체결상의 과실책임에 대한 위치부여를 어떻게 해야 할 것인가가 문제된다. 학설 및 판례에 맡기는 방안이 있겠지만, 새로운 입법론을 제기하여 계약체결상의 과실책임에 관련된 그 동안의 논란을 종식시키는데 일조하고자 한다.

이러한 본고의 목적을 달성하기 위해서는 동조의 근거인 독일법을 비교분석하는 것이 선행되어야 할 것이며, 특히 2002년 1월 1일부터 시행되고 있는 독일 개정 채권법의 내용을 살펴봄으로써 우리민법 제535조를 재검토하기로 한다.

II. 민법 제535조의 요건 및 효과

1. 의의

우리 민법이 제535조에서 계약체결상의 과실이라는 표제하에 원시적 불능에 대하여 규정하고 있을 뿐, 제535조 이외에 일반론적인 계약체결상의 과실책임에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 동조의 내용인 원시적 불능에 관한 문제와 동조의 표제인 계약체결상의 과실책임에 관한 문제점들을 분석하기 위해서는 먼저 동조의 내용을 살펴 보아야 할 것이다.

2. 민법 제535조의 요건

계약의 목적달성이 계약체결당시 이미 확정적으로 불가능한 원시적, 객관적 전부불능의 경우 계약은 유효하게 성립할 수 없고, 그 계약내용으로 이행되리라고 기대했던 급부의무도 생기지 않는다. 이러한 계약좌절은 계약성립과 그 계약내용대로의 이행을 기대했던 교섭 당사자에게 불측의 손해를 초래하므로 상대방에게 신뢰를 생기게 한 자는 상대방의 신뢰로 인한 손해를 배상해야 한다. 이와 같이 원시적 불능으로 인한 신뢰이익 배상책임이 발생하기 위한 요건은 다음과 같다.

첫째, 외견상 계약체결행위가 있어야 한다. 상대방이 계약의 유효한 체결을 믿을 만한 객관적 사유가 존재해야 하므로 계약의 교섭이 있었다는 것만으로는 부족하고 외견상 계약체결의 행위가 있어야 한다. 구두계약도 무방하다¹⁾.

둘째, 계약이 목적불능으로 무효이어야 한다. 체결된 계약의 내용이 원시적, 객관적으로 불능이기 때문에 그 계약이 무효이어야 한다. 전부불능에 대해서는 문제가 없지만, 일부불능의 경우에는 주의할 점이 있다. 매매 등 유상계약의 경우 일부불능은 민법 제574조(매매의 목적물의 수량이 부족하거나 물건의 일부가 멸실한 경우)가 매도인의 담보책임을 인정하고 있고, 또한 제580조(목적물에 흠이 있는 경우)의 경우에도 일정한

1) 이은영, 채권각론, 박영사, 2004, 123면.

하자담보책임을 인정하고 있으므로 이 한도내에서는 동조는 적용되지 않고 특칙인 제 574조 및 제580조가 적용된다²⁾. 그리고 원시적, 주관적 불능의 경우는 무효로 하지 않으므로 동조는 적용되지 않는다. 타인소유물의 매매도 유효하며, 매도인이 목적물을 인도하지 못하는 경우에는 제570조와 제571조의 담보책임을 질뿐이다.

셋째, 계약체결시 일방당사자의 악의 또는 과실이 있어야 한다. 동조에 의한 손해배상책임을 부담하는 자는 그 목적불능을 알았거나 알 수 있었을 자이다. 당사자의 악의나 과실은 외견상의 계약체결시에 존재해야 하며³⁾, 이행보조자의 과실도 고려된다.

넷째, 무효로 인해 상대방은 손해를 입어야 하고, 상대방은 선의·무과실이어야 한다. 손해배상청구권이 발생하기 위해서는 손해의 발생이 있어야 하고, 동조는 상대방에게 생긴 신뢰를 보호하기 위한 제도이므로 상대방이 계약목적이 불능하다는 사실을 알았던 때에는 동조의 책임은 발생하지 않는다.

3. 민법 제535조의 효과

(1) 신뢰이익의 배상

전술한 요건이 충족된 경우 과실 있는 당사자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었기 때문에 발생한 손해 즉 신뢰이익을 배상해야 한다. 그러한 그 배상액은 그 계약의 유효로 상대방이 얻었을 이익 즉 이행이익을 넘지는 못한다(제535조 단서). 판례 또한 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용인 이른바 신뢰이익의 손해도 그러한 지출 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있다고 한다⁴⁾.

다만 신뢰이익배상은 구체적인 사안에 따라 다르겠으나, 통상적으로는 교섭상대방이 계약이 체결되리라고 확실히 믿고 교섭비용이나 계약비용을 지출하였거나 그 계약의 성립을 믿고 이행의 준비 등을 위하여 지출한 비용 등이 신뢰이익에 해당할 것이다.

2) 광윤직, 채권각론, 박영사, 2005, 58면.

3) 이은영, 전제서, 124면.

4) 대판 1997. 12. 26, 97다42892,42908; 대판 1999. 7. 27, 99다13621; 1999. 2. 9, 98다49104; 대판 1997. 12. 26, 97다42892,42908; 대판 1992. 4. 28, 91다29972.

(2) 신뢰이익의 구체적인 예

(가) 소유권이전등기비용

부동산 매매에 있어서 매수인이 소유권이전등기비용을 지출하리라는 것은 특별한 사정이 없는 한 매도인이 알았거나 알 수 있었다고 보아야 할 것이고, 원고들이 청구하고 있는 위 소유권이전등기비용의 내용은 법무사보수, 등록세, 교육세, 인지대, 채권구입비 등으로서 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다고 할 것이므로 위와 같은 비용들도 피고가 원고들에게 배상하여야 할 손해를 이룬다고 보아야 할 것이다(대법원 1999. 7. 27 선고 99다13621 판결).

(나) 광고비용

매수인이 점포에 대한 매매계약이 유효한 것으로 믿고 영업을 하기 위하여 일정 비용을 들여 광고지를 배포하였으나 매매계약이 기망을 이유로 취소됨으로써 매수인이 광고지 배포 비용 상당의 손해를 입은 사실을 인정할 수 있는 경우, 매수인이 그가 배포한 광고지의 제작비를 지출한 사실도 인정할 수 있다 할 것인바, 이와 같이 손해 발생 사실이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 손해액을 심리·확정하여야 하는 것으로 광고지의 제작비에 관한 입증이 불충분하다 하더라도 법원은 그 이유만으로 그 부분 손해배상 청구를 배척할 것이 아니라 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 입증을 촉구하여 이를 밝혀야 한다(대법원 1997. 12. 26 선고 97다42892, 42908 판결).

(다) 견적서 작성비용

계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우 그러한 불법행위로 인한 손해는 일방이 신의에 반하여 상당한 이유 없이 계약교섭을 파기함으로써 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해로서 계약이 유효하게 체결된다고 믿었던 것에 의하여 입었던 손해 즉 신뢰손해에 한정된다고 할 것이고, 이러한 신뢰손해란 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용과 같이 그러한 신뢰가 없었다면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해라고 할 것이며, 아직 계약체결에 관한 확고한 신뢰가 부여되기 이전 상태에서 계약교섭의 당사자가 계약체결이 좌절되더라도 어쩔 수 없다고 생각하고 지출한 비용, 예컨대 경쟁입찰에 참가하기 위하여 지출한 제안

서, 견적서 작성비용 등은 여기에 포함되지 아니한다(대법원 2003. 4. 11 선고 2001다 53059 판결).

4. 민법 제535조의 해석

(1) 학설

(가) 계약체결상의 과실책임의 근거규정이라는 견해

제535조는 계약이 유효하게 성립하지 않은 경우에도 신뢰이익을 배상해야 한다고 규정함으로써 계약에 근거하지 않고서도 계약책임이 성립될 수 있는 근거규정이라는 것이다. 즉 계약의 목적이 원시적으로 불능한 계약은 성립될 수 없음을 전제로 하고 있지만, 그럼에도 불구하고 동조는 신뢰이익배상이라는 소극적 이익의 범위내에서 손해배상을 청구할 수 있다는 근거규정으로 해석하는 한편, 동조를 계약체결상의 과실책임의 근거규정이라고 본다. 따라서 제535조를 계약체결상의 과실책임의 근거규정으로 보기 때문에 동조는 원시적 불능 이외의 그 밖의 계약체결상의 과실책임에 대해서도 유추적용해야 한다는 견해이다. 즉 원시적 불능이외에도 준비단계에 있어서의 계약상의 과실, 계약이 유효한 경우의 계약상의 과실, 계약이 무효·취소된 경우의 계약상의 과실 등에도 확대적용하자는 것이다⁵⁾. 다만 이에는 원시적 불능은 계약체결상의 과실책임의 한 유형이라는 견해⁶⁾와 원시적 불능은 계약체결상의 과실책임을 인정하는 근거라는 견해⁷⁾

5) 박윤직, 전거서, 54면 ; 김상용, 채권각론, 법문사, 2003, 66면 등(이에 대해 첫째, 우리의 사법상 책임체계는 계약성립을 기준으로 그 전단계의 책임은 불법행위책임으로, 그 후단계의 책임은 계약책임으로 규율한다. 여기서 제535조가 정하는 요건이외에 계약체결상의 과실책임을 확대적용하는 것이 우리 사법의 책임체계와 관련하여 문제가 없는가? 둘째, 이러한 책임체계를 위반해 가면서까지 계약체결상의 과실책임을 확대적용하지 않으면 안될 정도로 우리 민법규정에 흠결 내지는 문제가 있는가? 셋째, 판례가 통설적 견해와 달리 제750조로 해결하는 것을 보면 학설의 논의는 현실적 실용성이 없는 것은 아닌가? 넷째, 독일의 계약체결상의 과실론의 수용의 한계로서 계약체결상의 과실책임은 독일의 불법행위법이 개별규정의 형식을 취하고 있어 재산상의 손해를 포섭할 수 없는 법규정의 흠결에 기인하는 것, 즉 독일 불법행위법의 독특한 특징에서 기인된 독일민법의 고유한 문제라는 점에서는 우리의 학설들도 모두 일치된 견해이다. 우리의 불법행위법은 독일과는 달리 재산상의 손해에 관해서도 배상받을 수 있다. 그렇다면 독일에서의 법의 흠결로 부득이 성립 발전 및 확대적용되어 온 동 제도를 그렇지 않는 우리 법체계에 확대적용하는 것은 문제가 있어보인다는 비판이 있다[김준호, 민법강의, 법문사, 2005, 1154면]).

6) 박윤직, 전거서, 54면 ; 김상용, 전거서, 66면.

로 나뉜다.

(나) 계약체결상의 과실책임과는 무관하다는 견해

제535조는 계약체결상의 과실책임과는 무관하며, 동조의 규정의 문언으로부터 도출되는 의미 중의 하나, 즉 계약이 원시적으로 불능한 경우에 그 계약이 무효라는 점을 간접적으로 규정한 것이라는 것이다. 동조의 규정이 비록 「계약체결상의 과실」이라는 표제를 달고 있지만, 이 규정은 당사자가 기도했던 계약이 원시적 불능을 목적으로 하는 것이어서 무효로 된 경우에 과실이 있는 당사자 일방이 상대방에 대하여 그 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인해 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 규정하여, 원시적 불능을 목적으로 하는 계약은 무효이지만 신뢰이익을 배상해야 한다는 예외를 규정한 것이라고 한다⁸⁾. 이 견해에 의하면 원시적 불능의 계약은 완전히 무효이지만, 신뢰이익의 배상의무는 계약의 목적이 원시적 불능이어서 그 무효라는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 상대방으로 하여금 계약유효의 기대를 야기했다는 비난가능한 행위 자체에서 발생하는 책임이라는 것이다. 따라서 동조는 원시적 불능의 특칙에 불과하고 계약체결상의 과실책임과는 관계가 없다고 한다. 계약체결상의 과실책임의 유무는 여전히 학설 및 판례에 맡기자는 견해이다.

(다) 새로운 해석

불능에 대하여 원시적 불능과 후발적 불능의 구분에 대해 의문을 제기하며, 원시적 불능의 계약을 무효로 하는 것은 법정책적으로 타당하지 않다고 한다⁹⁾. 후발적 불능인 경우에는 계약은 유효하기 때문에 이행이익의 배상과 과실상계의 인정이라는 법적 효과를 갖게 되는 반면에 원시적 불능의 경우 계약은 무효이고, 민법 제535조가 적용되어

7) 서민, “계약체결상의 과실책임의 체계와 범위”, 김형배교수화갑기념논문집, 박영사, 1994, 424면에 의하면 원시적 불능으로 계약이 무효인 경우가 계약체결상의 과실책임에 대한 본질적인 예라고 하면서 제535조가 계약체결상의 과실책임의 근거규정이라 한다. 그리고 계약체결상의 과실책임은 목적으로 했던 계약의 성립여부와 관계없이 인정될 수 있다고 한다.

8) 이영준, “계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구”, 민사판례연구, 1990, 53면.

9) 최홍섭, “계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조의 의미”, 배경속박사화갑기념논문집, 박영사, 1991, 555면 이하 ; 김준호, “독일의 계약체결상의 과실제도의 우리 민법학에의 수용여부”, 김홍규교수화갑기념논문집, 1992, 279면 이하.

신뢰이익의 배상과 과실상계의 부정이라는 결과를 가져오게 된다. 이 경우에 단지 목적물의 멸실이라는 시점이 다르다는 이유로 양자 사이에 법적 평가의 차이를 두어야 한다는 점이 타당하지 않다고 한다. 예컨대 도자기를 깨어 버리고 계약을 체결한 경우에는 원시적 불능이고, 계약을 체결한 후에 도자기를 깨뜨린 경우에는 후발적 불능인데, 전자의 경우 후자의 경우보다 채무자가 더 큰 보호를 받는 이유를 알 수 없다고 한다¹⁰⁾.

따라서 이 견해는 원시적 불능의 경우에도 후발적 불능과 동일한 처리를 주장한다. 그 결과 원시적 불능의 경우에도 계약은 유효로 되며¹¹⁾, 다만 급부불능에 따른 효과가 주어질 따름이라고 한다. 그러므로 원시적 불능은 무효라는 전제에서 출발한 민법 제 535조 규정자체의 존재를 부정하며, 동조의 삭제를 요구한다.

(라) 판례

판례는 제535조의 확대적용을 긍정하는 통설적 견해와는 달리 제535조에서 정하는 것 이외에는 확대적용하는 경우가 드물다¹²⁾. 판례는 이 문제를 주로 불법행위책임으로 해결하고 있다.

Ⅲ. 제535조의 내용인 원시적 불능

1. 의의

이하에서는 동조의 내용인 원시적 불능에 관한 각국의 입법례 및 우리의 입법 및 학설을 분석함으로써 굳이 불능을 원시적 불능과 후발적 불능으로 구별하여 후발적 불능에

10) 양창수, 민법연구(제3권), 박영사, 1995, 165면.

11) 양창수, 전게서, 162면 ; 박영복, “민법상 원시적 불능론의 재검토”, 외법논집 제3집, 1996.12, 235면 이하.

12) 김준호, 전게서, 1154면에서 판례는 제535조에서 정하는 것 외에 이를 확대인정한 예가 없다고 하고 있지만, 하급심 판례 중에는 이를 긍정한 예가 있다(창원지법 충무지원 1993.10.21 선고 92가합1625 민사부판결).

대해서는 채무불이행의 한 유형으로 보는 반면, 원시적 불능에 대해서는 그 계약의 무효를 전제로 특별히 신뢰이익배상을 규정하고 있는 제535조를 둘 필요성이 있는지를 고찰하기로 한다.

2. 각국의 입법례

(1) 독일민법

(가) 개정전의 규정

개정전 독일민법 제306조는 “불능의 급부를 목적으로 하는 계약은 이를 무효로 한다(Ein auf unmögliche Leistung gerichteter ist nichtig)”고 규정하고 있고, 동 제307조 제1항은 “불능의 급부를 목적으로 하는 계약을 체결할 때에 그 급부의 불능을 알고 있거나 알았어야 하는 자는 상대방이 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상할 의무가 있다. 그러나 배상의 범위는 상대방이 계약의 유효에 대하여 가지는 이익의 액을 초과하지 못한다. 배상의 의무는 상대방이 불능을 알고 있거나 알았어야 하는 때에는 발생하지 않는다”고 규정하여, 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하고 있음을 알 수 있다.

후발적 불능의 경우 계약은 유효하게 존속하며, 채무불이행의 문제가 될 뿐이지만, 원시적 불능의 경우에는 로마법상 “불능은 채무를 무효로 한다”(impossibilium nulla obligatio est)는 원칙에 따라 무효로 규정하였다(제306조). 따라서 당사간의 약정대로의 계약은 이행할 필요가 없게 된다. 다만 계약체결시 채무자가 그 불능을 알고 있거나 알았어야 하는 자는 제307조 의한 신뢰이익 배상만이 인정될 뿐이었다.

(나) 개정후의 규정

개정전 독일 채권법은 채무불이행의 원인에 따라 불능, 지체 등으로 세분하여 그에 상응하는 법률효과를 부여했던 것을 2002년 1월 1일부터 시행된 개정 독일 채권법은 채무불이행의 유형들은 “의무위반”(Pflichtverletzung)으로 통일화시켰다¹³⁾. 즉 제275조

13) 자세한 내용은 Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S.4 ff : Canaris, Claus-Wilhelm, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S.IX ff.

제1항에서 “급부가 채무자 또는 모든 사람에게 불능인 경우에는 그 급부에 대한 청구권은 배제된다(Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese f r den Schuldner oder f r jedermann unm glich ist)”고 규정하여 종래 독일법에 존재하였던 불능에 관한 구별이 포기되었고, 객관적 불능과 주관적 불능, 원시적 불능과 후발적 불능, 귀책사유 없는 불능과 귀책사유 있는 불능 등이 모두 포함되었다¹⁴⁾. 급부의무가 소멸하였더라도 계약의 유효성에는 변함이 없다. 이는 원시적 불능인 경우도 마찬가지다(제311조의 a¹⁵⁾)고 하여 종전과는 달리 원시적 불능이 무효가 아니라 유효함을 천명하고 있다¹⁶⁾.

(2) UN통일매매법

유엔통일매매법은 1980년 3월 10일부터 4월 11일까지 오스트리아의 비엔나에서 개최된 외교적 국제회의(Diplomatic Conference)에서 “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”(CISG, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약, 일명 비엔나협약이라고도 한다)를 채택했다. 이로 인해 국경을 초월하는 통일매매법을 만들기 위한 노력이 일종의 결실을 맺게 되었는데, 이 협약은 국제간의 물품매매를 규율하는 국제적 통일법이다¹⁷⁾. 1980년에 비엔나 외교회의에서 채택되고 1988년에 발효한 동 협약은 지금까지 이미 전세계 수십개국(벨기에, 오스트레일리아, 아르헨티나, 독일, 중국, 덴마크, 캐나다, 미국, 프랑스, 독일, 이탈리아, 뉴질랜드, 노르웨이, 폴란드, 스페인, 스위스, 러시아, 멕시코 등)이 비준·가입하여 실로 세계매매법의 위치를 차지하고 있는 실정이다. 우리나라의 경우 2004년 2월 17일에 이 협약 가

14) Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungst rungen, JZ 2001, S.499.

15) 독일 민법 제311조의 a[계약체결시의 급부장애] ① 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 따라 급부할 필요가 없고 또 그 급부장애가 계약체결시 이미 존재하고 있었다는 사정은 계약의 유효에 영향을 미치지 않는다(Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt).

16) 자세한 내용은 이병준, “독일채권법개정에서의 일반채무불이행법의 변화”, 재산법연구, 제19권 제1호, 2002, 49면 참조.

17) John O. Honnold, *Uniform Law For International Sales under the 1980 United nations Convention*, Kluwer law & Taxation Publishe 對秋1991, p.10 : 유엔통일매매법, 오원석 역, 삼성사, 1998, 3면.

입신청서를 국제연합사무총장에게 기탁함으로써 2005년 3월 1일부터 이 협약이 효력을 발생하게 되었다¹⁸⁾. 이 협약은 서문, 제Ⅰ편, 제Ⅱ편, 제Ⅲ편, 제Ⅳ편, 후문으로 구성되어 있다.

본 연구와 관련된 제Ⅲ편(제25조~제88조)은 5장으로 구성되어 있으며, 제1장(제25조~제29조)에는 총칙이 규정되어 있고, 제2장(제30조~제52조)에는 매도인의 의무와 매도인의 계약위반에 대한 매수인의 구제권이 규정되어 있고, 제3장(제53조~제65조)에는 매수인의 의무와 매수인의 계약위반에 대한 매도인의 구제권이 규정되어 있고, 제4장(제66조~제70조)에는 위험의 이전이 규정되어 있고, 제5장(제71조~제88조)에는 매도인과 매수인에게 공통적으로 적용되는 규정이 각각 규정되어 있다.

이 협약은 계약위반의 유형을 이행지체, 이행불능(원시적 불능, 후발적 불능) 등으로 구별하지 않고 “계약위반”으로 통일하고 있다¹⁹⁾. 다만 계약위반이 매도인에 의한 것인지 아니면 매수인에 의한 것인지에 따라 구제수단을 별도로 규정하고 있을 뿐이다.

(3) UNIDROIT 국제상사계약원칙

사법통일을 위한 국제기구(International Institute for the Unification of Private Law, 이하 UNIDROIT라 칭한다)는 1983년 국제물품매매대리협약이나 1988년 국제팩토리링협약, 1988년 국제금융리스협약, 2001년 이동장비담보협약 등의 국제협약과 국제상사계약원칙 등의 제정을 통해 유엔 국제거래법위원회(UNCITRAL)와 더불어, 사법(私法)의 국제적인 통일 내지는 조화에 지대한 기여를 하고 있는 정부간국제기구로서 현재 우리나라를 포함한 61개 국가가 그 회원으로 되어 있다²⁰⁾. UNIDROIT는 오랫동안 준비해 왔던

18) 윤광운·박정기·김인유, 국제거래법, 삼영사, 2005, 189면.

19) 동 협약 제30조는 “The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”(매도인은 계약과 이 협약에 의하여 요구된 바에 따라 물품을 인도하고, 이에 관련된 모든 서류를 교부하며 또한 물품에 대한 소유권을 이전하여야 한다)라고 규정하여 매도인의 의무를 계약과 이 협약에 따라 물품인도, 서류교부, 물품에 대한 소유권이전을 규정하고 있고, 이를 위반하면 채무불이행이 되고, 이에 대한 매수인의 권리구제를 자세히 규정하고 있다.

동 협약 제53조는 매수인의 의무를 규정하고 있는데, 여기서도 계약 및 이 협약에 따라(as required by the contract and this Convention)라고 규정하고 있을 뿐 이행지체, 이행불능 등 채무불이행의 유형을 일일이 규정하지 않고 단지 계약 및 이 협약위반으로 통일화하고 있음을 알



국제상사계약에 관한 일반원칙(Principles of International Commercial Contracts, 이하에서는 UNIDROIT원칙이라 칭한다)을 이동장4년에 완성하였으며, 최근에는 2004년판을 공포하였다. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004”는 전문(Preamble) 및 10개의 장(Chapter)으로 구성되어 있다²¹⁾.

본 연구와 관련된 조문은 이하의 두 조문이다. 먼저 UNIDROIT원칙은 불이행과 관련하여 제7장 제7.1.1조에서 “불이행은 당해 계약하에서 당사자에 의한 그의 어떠한 의무의 이행이 없는 것을 말하여 이는 불완전이행이나 지체된 이행을 포함한다”고 규정²²⁾하여 채무불이행의 유형을 개별적으로 규정하지 않고, 일반규정을 두고 있다.

한편 UNIDROIT 원칙은 유엔 통일매매법과는 달리 원시적 불능에 관한 규정을 두고



입신청서를 국제연합사무총장에게 기탁함으로써 2005년 3월 1일부터 이 협약이 효력을 발생하게 되었다¹⁸⁾. 이 협약은 서문, 제Ⅰ편, 제Ⅱ편, 제Ⅲ편, 제Ⅳ편, 후문으로 구성되어 있다.

본 연구와 관련된 제Ⅲ편(제25조~제88조)은 5장으로 구성되어 있으며, 제1장(제25조~제29조)에는 총칙이 규정되어 있고, 제2장(제30조~제52조)에는 매도인의 의무와 매도인의 계약위반에 대한 매수인의 구제권이 규정되어 있고, 제3장(제53조~제65조)에는 매수인의 의무와 매수인의 계약위반에 대한 매도인의 구제권이 규정되어 있고, 제4장(제66조~제70조)에는 위협의 이전이 규정되어 있고, 제5장(제71조~제88조)에는 매도인과 매수인에게 공통적으로 적용되는 규정이 각각 규정되어 있다.

이 협약은 계약위반의 유형을 이행지체, 이행불능(원시적 불능, 후발적 불능) 등으로 구별하지 않고 “계약위반”으로 통일하고 있다¹⁹⁾. 다만 계약위반이 매도인에 의한 것인지 아니면 매수인에 의한 것인지에 따라 구제수단을 별도로 규정하고 있을 뿐이다.

(3) UNIDROIT 국제상사계약원칙

사법통일을 위한 국제기구(International Institute for the Unification of Private Law, 이하 UNIDROIT라 칭한다)는 1983년 국제물품매매대리협약이나 1988년 국제팩토리링협약, 1988년 국제금융리스협약, 2001년 이동장비담보협약 등의 국제협약과 국제상사계약원칙 등의 제정을 통해 유엔 국제거래법위원회(UNCITRAL)와 더불어, 사법(私法)의 국제적인 통일 내지는 조화에 지대한 기여를 하고 있는 정부간국제기구로서 현재 우리나라를 포함한 61개 국가가 그 회원으로 되어 있다²⁰⁾. UNIDROIT는 오랫동안 준비해 왔던

18) 윤광운·박정기·김인유, 국제거래법, 삼영사, 2005, 139면.

19) 동 협약 제30조는 “The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”(매도인은 계약과 이 협약에 의하여 요구된 바에 따라 물품을 인도하고, 이에 관련된 모든 서류를 교부하며 또한 물품에 대한 소유권을 이전하여야 한다)라고 규정하여 매도인의 의무를 계약과 이 협약에 따라 물품인도, 서류교부, 물품에 대한 소유권이전을 규정하고 있고, 이를 위반하면 채무불이행이 되고, 이에 대한 매수인의 권리구제를 자세히 규정하고 있다. 동 협약 제53조는 매수인의 의무를 규정하고 있는데, 여기서도 계약 및 이 협약에 따라(as required by the contract and this Convention)라고 규정하고 있을 뿐 이행지체, 이행불능 등 채무불이행의 유형을 일일이 규정하지 않고 단지 계약 및 이 협약위반으로 통일화하고 있음을 알 수 있다.

국제상사계약에 관한 일반원칙(Principles of International Commercial Contracts, 이하에서는 UNIDROIT원칙이라 칭한다)을 이동장4년에 완성하였으며, 최근에는 2004년판을 공포하였다. “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004”는 전문(Preamble) 및 10개의 장(Chapter)으로 구성되어 있다²¹⁾.

본 연구와 관련된 조문은 이하의 두 조문이다. 먼저 UNIDROIT원칙은 불이행과 관련하여 제7장 제7.1.1조에서 “불이행은 당해 계약하에서 당사자에 의한 그의 어떠한 의무의 이행이 없는 것을 말하여 이는 불완전이행이나 지체된 이행을 포함한다”고 규정²²⁾하여 채무불이행의 유형을 개별적으로 규정하지 않고, 일반규정을 두고 있다.

한편 UNIDROIT 원칙은 유엔 통일매매법과는 달리 원시적 불능에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 동 원칙에서 원시적 불능을 후발적 불능과 구별하고는 있지만, 그 법적 효과측면에는 원시적 불능의 경우에도 계약이 유효하다는 점을 명시하고 있다²³⁾. 이 점

20) www.unidroit.org. 참조

21) The UNIDROIT Principles 2004 consist of the Preamble (1994 version, with the addition of paragraphs 4 and 6 as well as the footnote) and 185 articles divided into ten chapters, namely Chapter 1: “*General Provisions*” (1994 version, with the addition of Arts. 1.8 and 1.12); Chapter 2, Section 1: “*Formation*” (1994 version) and Section 2: “*Authority of Agents*” (new); Chapter 3: “*Validity*” (1994 version); Chapter 4: “*Interpretation*” (1994 version); Chapter 5, Section 1: “*Content*” (1994 version, with the addition of Art. 5.1.9) and Section 2: “*Third Party Rights*” (new); Chapter 6, Section 1: “*Performance in General*” (1994 version) and Section 2: “*Hardship*” (1994 version); Chapter 7, Section 1: “*Non-performance in General*” (1994 version), Section 2: “*Right to Performance*” (1994 version), Section 3: “*Termination*” (1994 version) and Section 4: “*Damages*” (1994 version); Chapter 8: “*Set-off*” (new); Chapter 9, Section 1: “*Assignment of Rights*” (new), Section 2: “*Transfer of Obligations*” (new) and Section 3: “*Assignment of Contracts*” (new); Chapter 10: “*Limitation Periods*” (new). www.unidroit.org 홈페이지 참조.

22) Article 7.1.1 – Non-Performance Defined : Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

23) Article 3.3 – Initial Impossibility(Anf ngliche Unm glichkeit, 원시적 불능)

(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract(단지 의무의 이행이 계약체결시에 이미 불가능하였다는 사실에 의해서는 계약의 효력이 부인되지 않는다).

(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity

에서는 우리 민법 제535조에서 원시적 불능이 무효를 전제로 신뢰이익배상을 요구하고 있는 태도와는 사뭇 차이가 있다.

(4) 유럽계약법원칙

유럽은 1994년 단일의 유럽 경제시장이 이루어지면서 경제적 통합이 가속화되었는데, 공동체내에서의 거래를 증진시키고 지역적 통합을 이루기 위한 전제로서 1998년 11월에 유럽계약법원칙을 발표하였다²⁴⁾.

본 연구와 관련하여 유럽계약법원칙 제1:301조 제4항에 의하면 “불이행은 면책되는가의 여부를 불문하고 계약상 의무가 이행되지 아니한 일체를 가리키며 이행지체, 하자 있는 이행 및 계약을 완전히 실현하기 위한 협력을 하지 아니한 것을 포함한다”고 규정²⁵⁾하여 계약책임에 대한 일반조항을 두고 있으며, 채무불이행의 유형에 따른 개별적인 규정을 두고 있지는 않다.

불능과 관련하여 동 원칙 제4:102조는 “인수한 의무의 이행이 계약의 체결시에 불능이라는 이유 또는 당사자가 계약의 목적이 되는 재산을 처분할 권한이 없다는 이유만으로는 계약이 무효로 되지 않는다”고 규정²⁶⁾하여 원시적 불능의 계약도 유효로 취급한다. 따라서 동 원칙에서는 원시적 불능과 후발적 불능과의 구별이 중요하지 않게 되었다.

of the contract(단지 계약체결시에 당사자가 계약의 목적이 된 재산의 처분권이 없었다는 사실에 의해서는 계약의 효력이 부인되지 않는다). 동조에 의하면 (1)항에서는 원시적 객관적 불능, (2)항에서는 원시적 주관적 불능을 규정하고 있다. 이는 원시적 주관적 불능의 경우는 유효라고 하는 우리 학설과 동일하나 원시적 객관적 불능은 무효라고 하는 우리의 통설과는 반대로 유효하다고 규정하고 있다.

24) 유럽계약법원칙에 대한 자세한 내용은 Lando, Ole/Beale, Hugh, Principles of European Contract Law Parts I and II, Martinus Nijhoff Publisher, 2000 혹은 Commission on European Contract Law 홈페이지에서 확인할 수 있음.

25) Article 1:301: Meaning of Terms

(4) ‘non-performance’ denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.

26) Article 4:102: Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.

(5) 한국민법

우리민법은 전술한 바와 같이 제535조에서 “목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다” 고 규정하여 원시적 불능의 경우 그 효과로서 신뢰이익 배상을 규정하고 있다. 그런데 우리민법은 원시적 불능에 관한 계약의 운명에 관한 규정, 즉 개정전 독일민법 제306조(불능의 급부를 목적으로 하는 계약은 무효이다)에 해당하는 규정은 없다. 다만 학설 및 판례는 원시적 불능의 경우 그 계약은 당연히 무효라고 하면서 개정전 독일민법 제306조를 그 근거로 들 뿐이었다.

3. 원시적 불능법리에 대한 논의

(1) 긍정론

법률행위를 하는 시점을 기준으로 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하면서, 전자는 법률행위의 성립당시에 이미 법률행위의 목적이 실현불가능한 경우를 말한다. 목적이 불능한 계약이 무효인 이유는, 불능한 법률행위에 법률효과를 부여하기가 불가능하기에²⁷⁾, 또는 그 실현에 국가가 조력하는 것은 무의미하기에²⁸⁾, 또는 실현이 불가능한 사항을 목적으로 하는 법률행위는 법적 효과를 인정하더라도 아무런 의미가 없기 때문에 무효²⁹⁾라고 한다

(2) 부정론

근래에는 원시적 불능론의 근거가 설득력이 없다는 비판에서 출발하여 원시적 불능법리의 부정설이 대두되어 그 설득력을 얻고 있다.

즉 원시적 불능급부를 목적으로 한 계약이라해도 당사자간의 정상적인 의사표시의 합치가 있는 이상 계약이 성립하는 것은 부인할 수 없고, 다만 거기서 발생된 채무가 어느 누구에 의해서도 이행될 수 없을 뿐이라고 한다. 이 경우 유효하게 존재하는 급부청구권

27) 장경학, 민법총칙, 법문사, 1986, 432면.

28) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 2000, 294면.

29) 고상용, 민법총칙, 법문사, 1990, 350면.

이 이행에 갈음한 손해배상청구권으로 변형되어 존속하는 것이므로 계약은 유효한 것이라고 설명한다³⁰⁾. 한편 우리 계약법은 낙성계약이 기본적 형태로 인정되고 있다. 즉 계약당사자의 의사의 합치가 계약성립의 필요요건인 동시에 충분조건이고, 당사자의 합의 이외에 물건의 인도 기타 급부를 하여야만 계약이 성립하는 것은 아니다. 그렇다면 물건의 인도 기타의 급부가 가능한가 여부의 사정은 계약의 성립과는 아무런 관련이 없다고 한다³¹⁾. 그렇다면 원시적 불능은 논리필연적인 것은 아니며, 법정책적인 것도 아니라고 한다³²⁾.

부정설은 원시적 불능론이 한국민법에 실정화되어 있음을 부인할 수는 없지만, 해석 작업을 통하여 그 만족스럽지 못한 점의 완화 내지 해결을 꾀할 수 있다고 한다.

(3) 제한적 긍정론

이 견해에 의하면, 원시적 불능의 법리에 대한 예외를 인정하여 이 법리를 탄력적으로 운용하는 것이 바람직하다고 생각할 뿐 이 법리자체를 부정하는 것은 타당하지 않다고 한다³³⁾. 그 근거로는 첫째, 실정법에 의하여 원시적 불능의 법리가 간접적으로나마 명백하게 규정되어 있어 그 법리를 완전히 부정하는 불가능하다는 점, 둘째, 원시적 불능의 법리는 비록 부분적으로 불합리한 부분이 있기는 하지만, 그 자체로서는 거부할 수 없는 채권법의 기본원리를 반영한 것이라는 점, 셋째, 원시적 불능이 실제로는 불능계약체결을 억제하는 효과를 갖는다는 점, 넷째, 민법이 취하는 낙성계약의 원칙과 원시적 불능의 법리는 상호 모순되지 않는다는 점 등을 들고 있다³⁴⁾.

30) 양창수, 전제서, 162-163면.

31) 양창수, 전제서, 163면.

32) 최홍섭, “원시적 불능론과 민법 제535조”, 재산법연구 제9권 제1호(1992.12), 105-107면(객관적 불능인 경우에 그 급부가 어느 누구에 의해서도 실현될 수 없다는 주장은 타당하지만, 계약이 무효라는 것은 논리적 비약이다. 실현될 수 없는 것은 채무자의 급부의무이고 금전적 배상을 통해 급부실현과 동일한 경제적 결과를 얻을 수 있는 것이다. 따라서 독일민법 제306조를 제정할 당시 입법자는 급부의 소만 염두에 두고 있었지 금전적 이행의 소는 생각치 않고 있었고 이는 결국 입법자의 잘못된 관념이 부적절한 법률규정을 낳았다고 볼 수 밖에 없다고 한다).

33) 김형배, 채권각론, 박영사, 1997, 141면.

34) 이은영, 전제서, 114면 이하.

4. 소결 - 독일의 개정 채권법과 관련하여

전술한 바와 같이 세계 각국은 채무불이행에 관한 일반규정을 두는 것이 추세이다. 따라서 채무불이행의 모습을 이행지체, 이행불능, 불완전 이행 등으로 분류하여 각각에 따른 법률효과를 부여하지 않는 한편 이행불능의 경우도 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하지 않고 모두 채무불이행으로 통일하고 있다.

전술한 입법례 중 유엔 통일매매법은 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하지 않고 모두 채무불이행으로 보는 반면, UNIDROIT나 유럽계약법원칙에서는 양자를 구별하고는 있으나, 원시적 불능의 경우도 계약은 유효하다는 태도를 취한다. 특히 대륙법계의 선두주자라 할 수 있는 독일의 개정 채권법은 제275조 제1항을 둠으로써 원시적 불능의 경우도 계약은 유효하게 성립하도록 명문화 하고 있다.

본고에서 논하고자하는 것은 원시적 불능과 후발적 불능의 개념구별이 문제가 되는 것이 아니라, 양자에 대한 법적 효과부여의 차이이다. 전술한 세계 각국의 입법례는 원시적 불능의 계약도 유효하다는 점에서는 한결같다. 반면에 우리민법은 원시적 불능의 경우 그 무효임을 전제로 신뢰이익배상을 규정하고 있는데 과연 우리민법의 태도가 타당한가에 있다.

채무불이행에 대해서 일반적·포괄적 규정을 두는 경우에도 이를 구체화하기 위해서는 채무불이행을 유형화할 필요는 있는 것이다. 우리민법은 제390조와 같은 일반적 규정을 두고 있음에도 불구하고 이행지체라는 불이행의 유형에 대해서 별도로 규정을 두고 있다(제387조, 제392조, 제395조). 독일 개정채권법도 제280조 제1항에서 채무불이행에 대한 일반적 규정을 두고 있음에도 불구하고 이행불능에 대한 제283조를 별도로 두고 있다.

그렇다면 원시적 불능에 관한 제535조를 삭제할 필요는 없다고 생각되며, 입법론으로서는 원시적 불능의 경우도 유효하다는 규정을 둘 필요가 있다고 보여진다. 불능의 시점과 계약체결의 시점의 선후는 입증이 곤란한 점이 있고, 이러한 시간적 선후관계는 우연성에 기인할 수 있다는 점에서 원시적 불능도 후발적 불능과 동일하게 계약의 효력을 인정하여 채권자에게 이행이익을 배상케 하는 것이 타당하다 할 것이다.

채권법은 국제적으로도 거래의 신속과 보편타당한 법규정을 요구한다. 세계 각국의

법제는 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하여 그 법적 효과를 차등 부여하는 입법례는 이제 서서히 사라지고 있는 추세이다. 특히 독일의 개정 채권법에서도 원시적 불능이라는 개념구별은 하더라도 종래처럼 원시적 불능과 후발적 불능에 따른 법적 효과를 달리 하지는 않고 있는데, 이는 채권법의 세계화 추세에 보조를 같이 하는 입법이라 볼 수 있다.

우리의 경우에도 입법론적으로는 첫째, 독일 개정 채권법이나 UNIDROIT 및 유럽 계약법원칙³⁵⁾처럼 원시적 불능의 경우도 계약은 유효³⁶⁾로 한다는 조문을 신설하는 방안과 둘째, 원시적 불능에 관한 규정인 제535조를 삭제하여 원시적 불능과 후발적 불능에 대한 구별없이 우리 민법 제390조와 원시적 및 제537조와 제538조에 의해 해결하는 방안 제이 있을 수 있다. 원시적 불능에 관채무불이행에 원시적 불능이라고 이를 구체화하기 위해서는 유형할 필요성 관존재한다는 점, 불능에 대한 이론은 우리 민법제정이래 하나의 확고한 채권법의 기본원리가 되었다는 점 제을 고려해 본다면 전자의 방안 더 타당하다고 본다.



35) UNIDROIT원칙 및 유럽계약법원칙에서는 원시적 불능의 경우도 계약은 유효하다고 규정하고 있으므로 급부가 불가능하다는 점이 입증되면 손해배상청구를 할 수 있으므로 요건이나 효과면에서 양자를 동일하게 취급할 수 있다. 그러나 우리 민법은 이들 입법례와는 달리 채무불이행이 성립하기 위해서는 채무자의 고의과실을 요한다. 그런데 후발적 불능의 경우에는 채무자의 고의과실을 판단할 수 있지만, 원시적 불능의 경우 계약성립 전에는 채무자의 급부의무가 존재하지 않으므로 급부의무를 불가능하게 만드는 사유에 대한 고의과실도 존재하지 않기 때문에 우리민법하에서는 원시적 불능과 후발적 불능을 효과면에서는 동일하게 취급하더라도 요건면에서는 동일하게 취급할 수 없고 원시적 불능으로 인한 책임발생의 요건은 채무불이행책임과 분리하여 독자적으로 정할 수 밖에 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 후술하는 계약체결상의 과실책임의 범위를 독일처럼 입법으로 계약교섭단계까지 확장한다면 원시적 불능을 유효로 하더라도 이런 문제는 해결되리라 본다.

36) 다만 원시적 불능의 경우 계약이 유효라고 보더라도 채권의 내용인 급부자체가 존재하지 않는 한 이행청구권이 존재할 수 없어 채권관계가 유효한 것으로 할 수 없다는 비판이 있다(이은영, “원시적불능과 계약체결상의 과실책임”, 외법논집 제7집, 1999.12, 117면). 그러나 급부의무가 2차적 급부의무인 손해배상청구권으로 전환된다는 점을 고려하면 급부의무가 존재하지 않는 채권관계의 효력도 인정할 수 있으리라 본다.

IV. 제535조의 표제인 계약체결상의 과실의 위치부여

1. 계약체결상의 과실의 의의

우리 민법은 제535조에서 목적이 원시적으로 불능한 계약을 체결한 경우에 그 계약의 유효를 믿은 상대방이 입은 신뢰이익의 손해에 대한 배상책임을 규정하고 있다.

동조의 표제에서 말하는 계약체결상의 과실이란 계약이 성립할 때까지의 과정에 있어서 당사자의 한쪽이 그의 과실로 상대방에게 손해를 준 때에 그가 부담해야 할 배상책임을 말하며, 이는 단순히 계약체결의 성립과정 뿐 아니라 계약체결을 위한 준비단계의 과실도 포함한다고 한다. 따라서 계약체결의 전단계인 계약교섭의 단계에서도 교섭당사자는 상대방에게 손해를 입히지 않도록 행동할 주의의무를 부담하며, 그 주의의무를 위반한 교섭당사자는 교섭상대방에게 손해배상책임을 부담하게 되는 것이다³⁷⁾.

동조는 구민법에는 없었던 조문을 신설한 것인데, 동조의 입법을 위한 제안이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 “계약의 내용이 원시적으로 불능인 경우에 현행 민법에는 규정이 없지만, 학설은 신의성실의 원칙을 이유로 계약체결상의 과실이 있는 자에게 손해배상 의무를 부담시키는데 거의 일치하고 있다. (중략) 민법초안이 불법행위의 요건으로 위법성을 들고 있으니 불법행위의 성립을 인정할 수 있을 것이나 계약상의 책임으로 하여 그 거증책임·이행보조자의 책임에 관해 무거운 책임을 지우는 것이 적절하다. (중략) 독일민법도 그 제306조에서 목적이 불능한 계약은 무효라고 규정하고 이어서 그 제307조에서 이상과 같은 조문을 두고 있으므로 형평의 원리의 실현·일치된 학설과 선진 입법례를 따른다는 의미에서 계약체결상의 과실에 관한 규정을 신설함이 옳을 것이다”라고 제안이유를 피력하고 있다³⁸⁾.

그런데 독일은 불법행위법과 관련하여 우리와는 달리 불법행위에 관한 일반 규정이 없으므로 판례에 의해 발전되어 온 계약체결상의 과실책임을 우리 민법이 도입함으로써

37) 광윤직, 전계 채권각론, 53면 ; 김중환, 채권각론(상), 박영사, 1984, 45면 ; 김상용, 전세서, 63면 ; 이은영, 전계서, 110면 ; Josef Esser, Weyers Hans-Leo Schmidt, Schuldrecht B I, Allgemeiner Teil, 6.Aulf, 1984, S.441.

38) 양창수, 전계서, 74-75면 재인용(민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 161-162면).

많은 문제점, 특히 그 법적 성질과 포용범위와 관련하여 논란이 제기되어 왔다. 이에 대해서는 장을 바꾸어 상론하기로 한다.

2. 계약체결상의 과실의 법적 성질

(1) 서언

계약체결상의 과실이론은 독일의 불법행위법의 개별조항적 체계에 따른 문제점으로 인해 학설 및 판례에 의해 광범위하게 인정된 것이다. 즉 독일의 불법행위법은 독일민법 제823조에서 제853조까지의 규정을 말하는데, 이러한 조문들은 불법행위로 인하여 성립되는 손해배상청구권의 근거가 되는 조항(제823조 내지 제841조)과 일단 발생한 손해배상청구권의 배상범위나 방법 및 소멸시효 등에 관한 기술적인 규정(제842조 내지 제853조)으로 구성되어 있다. 손해배상청구권의 근거가 되는 조항은 다시 총칙규정(제823조 내지 제826조)과 각칙규정(제827조 내지 제841조)으로 나눌 수 있는데, 특히 각칙규정들은 가해자인 손해배상 의무자의 직업이나 연령·가해자의 점유물·책임판단능력의 유무 등 가해자의 사회적, 직업적 특징을 고려한, 즉 가해자의 주관적 사정을 전제로 그에 상응하는 책임을 규정한 것이다. 이에 비해 총칙규정들은 가해자의 주관적 사정이 고려되지 않은 일반인들에게 적용되는 규정들이다. 총칙규정 중 제824조[신용의 위태화는 은행거래와 밀접한 관련이 있고 금융거래와 관련된 다양한 특별법이 제정되어 있으므로 동조의 고유한 적용범위를 잃고 있다고 한다³⁹⁾]. 그리고 제825조[동거에 관한 규정]는 사람이 성적 자기결정권에 대한 보호는 원칙적으로 형법의 규율범위에 속하고 이러한 형법상의 보호법규는 제823조 제2항으로 포섭되고 또한 동조의 침해는 인격권의 침해에 해당되는 경우에도 제823조 제2항으로 해결될 수 있으므로 불법행위법의 체계상 본조의 독자적인 적용범위는 존재하지 않는다고 한다⁴⁰⁾.

그리고 보면 독일 불법행위법의 총칙규정은 제823조와 제826조⁴¹⁾라고 할 수 있다.

39) 윤형열, “불법행위법상 보호이익의 협소성과 계약체결상의 과실” - 독일 불법행위법과 비교법적 관점에서 -, 민사법학 제20호(2001.7), 22면.

40) 윤형열, 전제논문, 22-23면.

41) 제826조 [풍속에 반하는 고의적 가해] “선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다”라고 규정하여 제823조에 의해 보호받지 못하는

그런데 제823조는 “고의·과실로 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권 또는 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로부터 발생한 손해를 배상할 의무가 있다”고 규정하고 있는데, 동조의 특징은 우리와는 달리 보호법익을 구체적으로 열거하고 있다는 점이다. 따라서 동조에서 열거되지 않은 재산권 등은 원칙적으로 본조를 통해서도 보호받을 수 없게 된다는 것이다. 따라서 독일은 계약체결상의 과실에 대해 불법행위책임의 성립을 인정할 수 없게 되어 학설 및 판례가 계약책임을 인정해 왔던 것이다.

이에 비해 우리 민법의 불법행위법은 총칙규정이라 볼 수 있는 제750조[불법행위의 내용], 제751조[재산이외의 손해의 배상], 제752조[생명침해로 인한 위자료]를 들 수 있으나, 제751조와 제752조는 제750조의 적용에 따른 그 효과로서 정신적 고통에 대한 위자료청구권을 특별히 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 우리민법의 불법행위법의 총칙규정은 제750조일진대, 동조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하여 독일 불법행위법과는 달리 불법행위에 관한 일반적 규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 독일에서의 계약체결상의 과실책임을 도입함으로써 그 법적 성질에 대한 학설 및 판례의 대립이 있어 왔다. 즉 제535조에서 정하는 계약체결상의 과실책임은 계약이 원시적 불능이어서 무효임을 요건으로 하고 있으므로 유효한 계약을 전제로 하는 계약책임에 속하기도 어려운 측면이 있고, 다른 한편으로는 계약체결과정에서 발생하는 문제라는 점에서 그리고 제750조와는 달리 제535조를 특별히 규정하고 있는 점에서 불법행위책임에 속하기도 어려운 특성을 내포하고 있다. 따라서 종래의 논의는 주로 그 법적 성질이 중심이었다⁴²⁾. 이러한 동 책임의 법적 성질에 대한 논의의 실익은 입증책임문제, 이행보조자의 책임, 손해배상청구권의 소멸시효기간 등에서 나타난다⁴³⁾. 이하에서는 동 책임의 법적 성질에 대한 학설을

재산상의 이익은 동조를 통해 보호받을 수 있다. 다만 동조는 제823조와는 달리 ‘고의’에 한한다.

42) 그 법적 성질에 대한 독일, 일본 및 우리나라의 학설의 상세는 공순진, “계약체결상 과실책임의 유형적 연구”, 부산대 박사학위논문, 1991, 10면 이하.

43) 계약체결상의 과실책임의 법적 성질과 관련하여 피해자 구제에 미흡한 독일의 불법행위법에 의하면 매우 큰 차이가 발생하지만 우리나라의 경우에는 판례가 사용자책임(제756조 제1항 단서)의 면책가능성을 거의 인정하고 있지 않으며, 손해배상청구권에 관한 소멸시효도 독일과는 달리 큰 차이를 보이지 않는다는 점을 들어 실제적으로는 큰 의미를 갖지 못한다고 할 수도 있지만, 첫째, 첫째, 손해배상청구권에 대한 입증책임에 있어서 계약책임에서는 채무자가, 불법행위책임에서는 채권자인 피해자가 입증해야 하므로 계약책임의 경우가 피해자에게 더 유리하다. 둘째, 이행보조자 책임과 관련하여 계약책임에서는 이행보조자의 고의과실을 채무자의 고의과실로 보는 반면에

개관하기로 한다.

(2) 학설

(가) 계약책임설

계약상의 의무는 주된 급부의무가 그 전부는 아니며, 그 밖에 보호의무, 성실의무 등과 같은 신의성실의 원칙상 여러 부수의무를 포함하며, 그 신의칙상의 의무는 계약의 성립상의 의무이미무존재한다고 한다. 따라서 계약체결 전단계인 교섭단계 의도 이러한 신의칙상 주의의무는 요구계약의 것이며, 계약체결상의 과실책임은 그 신의칙상 부수의무 위반에 대한 책임으로서 계약책임을 구성한다는 것이다⁴⁴⁾.

이 견해에 의하면 계약체결과정에서 문제가 된 점, 우리민법이 제750조와는 별개로 제535조를 두어 그 책임을 정하고 있다는 점에서 불법행위책임으로 다를 수는 없다는 것이다. 이는 입법자의 의사에도 합치하는 것이므로 동 책임의 성질을 계약책임으로 본다. 따라서 입증책임, 이행보조자의 책임, 손해배상청구권의 소멸시효기간 등은 계약책임에 관한 규정을 유추적용할 수 있다는 것이다.

(나) 불법행위책임설

계약체결 이전단계의 책임문제는 계약책임이 아닌 불법행위책임으로 취급해야한다는 전제하에 계약체결상의 과실책임도 불법행위책임으로 다루어야 한다는 견해로서, 계약

불법행위책임에서는 사용자책임규정에서 면책조항이 있으므로 계약책임이 피해자에게 더 유리하다. 셋째, 소멸시효와 관련하여 계약책임의 경우는 10년의 소멸시효기간이 적용되지만, 불법행위책임의 경우 “불법행위로 인한 손해배상청구권은 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년내에 행사하지 않으면 시효로 소멸한다” 라는 제766조 제1항이 적용되어 계약책임이 피해자 보호에 더 유리하다. 따라서 계약책임에 따른 피해자가 불법행위책임에 따른 피해자 보다는 실제상으로는 그 차이가 크지 않을지는 모르지만 이상의 3가지 측면에서 계약책임으로 보는 경우 피해자가 더 유리함은 분명하므로 계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 견해의 대립은 여전히 구별실익이 있는 것이다.

44) 민법시행 이후 대부분의 민법학자들은 계약체결상의 과실책임이 계약책임의 성질을 갖는다고 보았다. 이에 김중환, 전게서, 49면 : 광운직, 전계 채권각론, 53면 : 김현태, 신고채권법각론, 일조각, 1969, 16면 : 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997, 92면 : 김상용, 전게서, 70면 : 권용우, 채권각론, 법문사, 1996, 83면 : Wolfgang Finkentscher, Das Schuldrecht, 6.Aufl., 1976, S.65.

체결시에 특히 주의를 하여 무효인 계약에 의하여 상대방에게 불의의 손실을 주지 않도록 하는 것은 누구에게나 요구되는 신의칙상의 주의의무라고 하지 않으면 안되므로 이 주의의무에 위반하여 상대방에게 위법한 손해를 준 자는 일정한 불법행위책임을 진다는 것이다⁴⁵⁾.

또한 계약체결상의 과실을 규정하고 있는 제535조는 계약의 목적이 원시적 불능이어서 무효가 되는 것을 요건으로 하고 있으므로 이 책임이 유효한 계약을 전제로 하는 계약책임에 속한다고 보기 어렵다는 것이다.

(다) 법정책임설

계약체결상의 과실책임은 계약체결 전단계에 있어서의 협의의무나 거래관계의 개시 또는 법률행위를 목적으로 하는 사회적 접촉에 바탕을 둔 행위의무 즉, 충실의무, 보호의무 위반의 효과이며, 그 책임의 법적 성질은 계약책임이나 불법행위책임에 속하지 않는 독자적인 법정책임이라는 견해이다⁴⁶⁾. 계약체결 전단계에 있어서의 신의칙상 행위의무는 계약성립 후단계에 있어서의 행위의무와 대단히 유사하지만 그 본질을 달리하므로 계약성립 후단계에서의 신의칙상 행위의무가 계약의무라 하여 계약성립 전단계의 행위의무도 계약의무에 속한다는 결론이 나오는 것은 아니라고 한다.

계약체결상의 과실책임의 기본적 성질이 계약관계가 없는 자들 사이의 관계를 다룬다는 점에서는 불법행위책임에 가깝고, 계약관계를 매개로 접촉한 당사자들 간의 문제라는 점에서 계약책임에 가까울 뿐이며, 그 요건 및 효과는 민법 제535조 등에 의해 독자적으로 정해지는 법정책임이라는 것이다.

(3) 판례

(가) 계약체결을 위한 준비단계에 있어서의 신의칙상의 의무위반을 이유로 계약체결

45) 최석, 신채권법각론, 박영사, 1961, 52면 ; 최홍섭, 전계 “계약이전단계에서의 책임과 민법 제 535조의 의미” 585면 ; F. Mommsen, “ber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen”, 1978, SS,5-15.

46) 이은영, 전게서, 121면 ; 김형배, 전게서, 937면 ; 이영준, “계약체결상의 과실책임에 관한 연구” 현승종박사화갑기념, 국민서관, 1979, 302면 ; 남윤봉, “계약체결상의 과실”, 한양대 법학논총 제12집, 1995, 12면 ; Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5.Aufl, 1992, S.62.

상의 과실책임을 인정한 사례 - 창원지법 충무지원 1993.10.21 선고 92가합1625 민사
부판결-

갑 회사가 건설계획을 수립하여 건설구역내 피조개양식장의 어업권자 을 등에게 통보
하고 보상금에 관한 약정까지 체결하자 을 등은 어업권 소멸에 따른 보상을 기다린 채
양식장에 피조개 종패를 살포하지 아니하였는데 그 후 갑 회사가 일방적으로 건설구모
를 축소조정하여 을 등의 어업권을 보상대상에서 제외시킨 경우 갑 회사는 을 등의 양식
장을 건설구역에 포함시키고 어업권 소멸에 따른 보상금의 지급을 위하여 협력하여야
할 신의칙상의 의무가 있음에도 이를 위반한 것이고, 이 경우 을 등이 자신들의 어업권
이 보상대상이 될 것으로 믿었기 때문에 그 준비를 위하여 종패를 살포하지 못하여 피조
개를 생산하지 못함으로 인하여 입게 된 손해, 즉 신뢰이익을 배상할 책임이 있다고 판
시하여 계약체결상의 과실책임을 인정하였다.

(나) 계약책임을 부정하고 불법행위책임을 인정한 판례

1) 대법원 2001. 6. 15 선고 99다40418 판결

어느 일방이 교섭단계에서 계약을 체결할 것과 같은 정당한 기대 내지 확실한 신뢰를
부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거
부하여 손해를 입힌 경우, 불법행위를 구성하는지 여부와 관련하여 대법원은 “어느 일
방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여
상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손
해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법
한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다”라고 판시하여 계약책임을 부정했다.

2) 대법원 1993.9.10 선고 92다42897 판결

학교법인이 원고를 사무직원 채용시험의 최종합격자로 결정하고 그 통지와 아울러
“1989.5.10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 5.8.까지 제출하여 달라”는 통지를 하
여 원고로 하여금 위 통지에 따라 제반 구비서류를 제출하게 한 후, 원고의 발령을 지체
하고 여러 번 발령을 미루었으며, 그 때문에 원고는 위 학교법인이 1990.5.28. 원고를

직원으로 채용할 수 없다고 통지할 때까지 임용만 기다리면서 다른 일에 종사하지 못한 경우 이러한 결과가 발생한 원인이 위 학교법인이 자신이 경영하는 대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는 데도 이를 게을리 하였기 때문이라면 위 학교법인은 불법행위자로서 원고가 위 최종합격자 통지와 계속된 발령 약속을 신뢰하여 직원으로 채용되기를 기대하면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하여 계약체결상의 과실책임이 아닌 불법행위책임에 문의하고 있다.

(다) 판례의 태도

하급심 판례 중에는 계약체결상의 과실책임을 인정한 판례가 있기는 하지만 대법원의 판단은 불법행위책임으로 해결하고 있음을 알 수 있다.

(4) 소결

(가) 법적 성질과 관련하여

계약체결상의 과실책임은 주지하는 바와 같이 독일 불법행위법의 불안전성으로 인해 독일의 학설 및 판례에 의해 인정되어 온 제도이다. 우리 민법은 독일의 특수한 상황하에 발전되어 온 계약체결상의 과실책임과 관련하여 제535조를 구민법에는 없는 규정을 신설하였다. 이에 그 법적 성질이 문제되었던 바 학설은 계약책임설, 불법행위책임설, 법정책임설로 견해가 대립되었다. 불법행위책임설은 제535조를 우리민법이 계약책임의 일종으로 편입하고 있는 점에서 우리 민법규정에 반하는 해석이고, 입법자의 의도에도 맞지 않는다는 비판을 면하지 못한다. 한편 법정책임설은 우리 민법이 계약책임과 불법행위책임으로 양분하고 있는 우리 책임법체계에 반한다. 또한 법정책임설은 그 책임의 근거로 교섭당사자간의 사회적 접촉으로 인한 신뢰관계를 드는데, 이에 의하면 불법행위와 계약체결에 의한 계약 당사자의 책임 사이에 신뢰관계의 정도에 따른 수법정책많은 다른 책임영벙정책형성될 위험이 있으므로 굳이 우리 책임법체계에 없는 법정책임설은 독자적인 책임영벙을 구축할 충분한 근거가 되지 못한다는 비판이 제기된다⁴⁷⁾. 그

47) 박희호, “계약체결상의 과실책임과 위법성”, 외법논집 제18집(2005.2), 256면.

렇다면 제535조에 대한 입법자의 의도 및 법규정의 체계적 해석을 통해서도 계약책임으로 보는 것이 타당하다고 본다. 계약책임으로 보는 경우 그 책임의 내용을 이행이익의 배상이어야 하는데, 신뢰이익 배상에 한정하는 점에 대해서는 입법자의 의도가 채무불이행책임과의 차별성을 명백히 하려는 취지이며, 또한 신뢰이익의 배상문제는 손해배상의 범위에 속하는 문제로서 책임의 근거를 결정하는 것에는 해당하지 않는다. 따라서 책임의 근거를 논하는 계약체결상의 과실론에 손해배상의 범위가 다름을 이유로 계약 책임을 부정해야 한다는 주장은 타당하지 않다고 보여진다⁴⁸⁾.

(나) 입법론 - 독일의 개정 채권법과 관련하여

독일은 계약체결상의 과실책임과 관련하여 개정법에서는 동책임의 근거가 되었던 보호의무를 명문화하였고, 그 보호의무하에 계약체결 전단계인 계약교섭 개시시나 계약의 착수 또는 계약을 위한 접촉의 경우에도 동 의무가 발생한다고 규정하여 동 책임의 근거 규정을 두는 한편 동 책임이 미치는 범위에 대해서도 명문화하였다. 즉 독일 개정 채권법 제241조 제2항은 “채권관계는 그 내용에 아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무를 지을 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 채권관계로부터 발생하는 채무 중에 주된 의무인 급부의무 이외에 보호의무를 넓은 의미의 행태의무에 포함된다는 것을 입법적으로 명백히 한 것이다⁴⁹⁾. 그리고 동 조항의 보호의무는 계약체결과정 중에 발생할 수 있음을 개정법에서는 명시하고 있다. 동법 제311조 제2항은 “제241조 제2항에서 정하는 의무를 내용으로 하는 채권관계는 계약교섭의 개시, 법률행위적 관계에서 볼 때 일방이 타방에게 그의 권리, 법익 및 이익에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 허용하거나 신뢰하게 하는 계약의 착수 또는 이와 유사한 행위의 접촉에 의해서도 성립한다”고 규정하여 종래 학설 및 판례가 인정하고 있던 계약체결상의 과실 책임을 입법으로 수용하고 있다.

이러한 독일의 개정 채권법에서 시사점을 찾아 본다면, 우리의 경우 독일 법학의 결정적인 영향을 받은 계약체결상의 과실책임의 법적 성질을 계약책임으로 구성하는 것이

48) 박희호, 전제논문, 256면.

49) 김형배, “독일채권법 현대화방안”, -채무불이행체계를 중심으로-, 저스티스 제34권 제5호, 2001.10, 97면.

타당하고, 또한 독일 개정법이 보호의무를 계약체결 전단계까지 확장한 것을 고려하여, 우리 민법 제535조의 해석과 관련하여 동조의 확대적용을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

입법론적으로는 독일 개정 채권법과 같이 계약체결상의 과실책임의 근거인 보호의무를 규정하고, 그 보호의무는 계약의 교섭, 계약의 착수 내지는 계약체결을 위한 행위의 접촉에도 성립한다고 명문화하는 것이 그 동안 논란이 되었던 계약체결상의 과실책임에 대한 근거를 명확하게 하는 한편 그 법적 성질 및 동 책임이 미치는 범위 등에 대한 문제들을 해결할 수 있는 방안일 것이다.

V. 결론

이 연구는 민법 제535조와 관련하여, 종래 다수설은 동조를 계약체결상의 과실책임에 대한 근거규정으로 보고 원시적 불능을 그 한 유형이라고 해석하고 있으나, 최근 외국의 입법례 특히 독일의 개정 채권법과의 비교법적인 관점에서 동조를 재검토하고자 하는데 그 목적이 있다. 주지하는 바와 같이 민법 제535조는 표제와 내용이 불일치하는 조문으로서, 동조의 문제점은 첫째 동조의 내용과 관련하여 불능의 개념을 원시적 불능과 후발적 불능으로 구별하여 원시적 불능에 대해서는 특별히 신뢰이익배상을 인정해야 할 것인가의 문제, 둘째, 동조의 표제와 관련하여 계약체결상의 과실책임을 인정할 것인가, 인정한다면 그 법적 성질은 어떻게 볼 것인가, 적용범위를 어디까지 확대적용할 것인가의 문제이다. 각각의 분야에 대해서는 그 동안 많은 논의가 있어 왔다. 이러한 연구를 토대로 본 연구는 최근의 세계 각국의 이와 관련된 입법례를 비교 분석하는 한편 특히 법계를 같이 하는 독일의 최근 개정 채권법을 비교법적인 관점에서 분석함으로써 우리 민법 제535조에 대한 문제점들을 해결하는 하나의 방안으로서 입법론을 제시하기로 한다.

먼저 원시적 불능의 문제와 관련하여 우리민법은 제535조에서 무효임을 전제로 신뢰이익배상을 규정하고 있지만, 전술한 바와 같이 세계 각국의 입법례는 채무불이행과 관

런하여 일반적 규정을 두어 원시적 불능의 경우도 채무불이행의 한 모습으로 볼 뿐이다. 독일 개정 채권법도 채무불이행과 관련하여 일반적 규정을 두는 한편 원시적 불능도 유효하다고 규정하고 있다. 우리 민법도 채무불이행과 관련하여 제390조에서 일반적 규정을 두고 있다. 따라서 원시적 불능에 관한 제535조를 삭제하고 모든 유형의 불이행을 제390조에 문의할 수도 있지만, 이러한 일반적 규정을 두더라도 이를 구체화하기 위해서는 채무불이행을 유형화할 필요는 있는 것이다. 따라서 원시적 불능에 관한 제535조를 삭제할 필요는 없다고 생각되며, 입법론적으로는 원시적 불능의 경우도 유효하다는 규정을 둘 필요가 있다고 생각한다.

다음으로 제535조의 표제인 계약체결상의 과실과 관련하여, 학설은 계약체결상의 과실책임을 인정하는데 일치하는 것과는 달리 동 책임에 문의하는 판례는 극소수이다. 다만 학설도 동 책임에 대한 인정근거, 법적 성질, 적용범위 등에 대해서는 견해의 대립이 있다. 계약체결상의 과실책임을 독일법학의 산물임은 누구도 부인하지 않는다.

종래 독일의 학설 및 판례가 인정해 왔던 계약체결상의 과실책임문제를 최근 독일의 개정 채권법에서는 이를 명문화하였다. 즉 계약체결상의 과실책임을 근거인 보호의무를 독일민법 제241조 제2항에서 명시하는 한편 이 보호의무는 계약교섭의 개시나 계약의 착수 또는 이와 유사한 행위의 접촉시에도 미친다고 규정함(동 제311조 제2항)으로써 실정법으로 수용하였다. 이러한 독일의 입법은 우리에게도 시사하는 바가 크리라 본다.

결론적으로 민법 제535조는 표제와 내용이 일치하도록 손질하는 것이 그 동안의 논란을 종식시키는 한편 채권법의 국제화시대에도 부응하는 길일 것이다. 그 방안의 하나는 세계화에 걸맞는 입법이다. 즉 제535조를 원시적 불능에 관한 규정과 계약체결상의 과실에 관한 규정으로 분리하여, 전자의 경우도 무효를 전제로 신뢰이익배상이 아니라 채무불이행의 하나로서 유효하다고 규정해야 할 것이며, 후자의 문제는 독일의 입법례처럼 보호의무의 명시 및 그 보호의무가 계약교섭시나 계약착수시까지 미친다고 규정할 필요가 있다고 생각한다.

참고문헌

- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 2000.
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2005.
- 고상용, 민법총칙, 법문사, 1990.
- 김상용, 채권각론, 법문사, 2003.
- 권용우, 채권각론, 법문사, 1996.
- 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997.
- 김준호, 민법강의, 법문사, 2005.
- 김증한, 채권각론(상), 박영사, 1984.
- 김형배, 채권각론, 박영사, 1997.
- 양창수, 민법연구(제3권), 박영사, 1995.
- 오원석 역, 유엔통일매매법, 삼영사, 1998.
- 윤광운·박정기·김인유, 국제거래법, 삼영사, 2005.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 2004.
- 장경학, 민법총칙, 법문사, 1986.
- 공순진, “계약체결상 과실책임의 유형적 연구”, 부산대 박사학위논문, 1991.
- 김준호, “독일의 계약체결상의 과실제도의 우리 민법학에의 수용여부”, 김홍규교수화갑 기념 논문집, 1992.
- 남윤봉, “계약체결상의 과실”, 한양대 법학논총 제12집, 1995.
- 박영복, “민법상 원시적 불능론의 재검토”, 외법논집 제3집, 1996.12.
- 박희호, “계약체결상의 과실책임과 위법성”, 외법논집 제18집, 2005.2.
- 서 민, “계약체결상의 과실책임의 체계와 범위”, 김형배교수화갑기념논문집, 박영사, 1994.
- 윤형열, “불법행위법상 보호이익의 협소성과 계약체결상의 과실” - 독일 불법행위법과 비교 법적 관점에서 -, 민사법학 제20호, 2001.7.
- 이병준, “독일채권법개정에서의 일반채무불이행법의 변화”, 재산법연구, 제19권 제1호,

2002.

- 이영준, “계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 관한 연구”, 민사판례연구, 1990.
- 이영준, “계약체결상의 과실책임에 관한 연구”, 현승종박사화갑기념, 국민서관, 1979.
- 이은영, “원시적불능과 계약체결상의 과실책임”, 외법논집 제7집, 1999.12.
- 최홍섭, “계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조의 의미”, 배경숙박사화갑기념논문집, 박영사, 1991.
- 최홍섭, “원시적 불능론과 민법 제535조”, 재산법연구 제9권 제1호, 1992.12.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Schuldrechtsmodernisierung, 2002.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungstrungen, JZ 2001.
- Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5.Aufl, 1992.
- F. Mommsen, “ber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen”, 1978.
- Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, 2002.
- John O. Honnold, Uniform Law For International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer law & Taxation Publishers, 1991.
- Josef Esser, Weyers Hans-Leo Schmidt, Schuldrecht B I, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 1984.
- Lando, Ole/Beale, Hugh, Principles of European Contract Law Parts I and II, Martinus Nijhoff Publisher, 2000.
- Wolfgang Finkentscher, Das Schuldrecht, 6.Aufl., 1976.
- www.unidroit.org.

Die Neuabschätzung des Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch Artikel 535

–Von der Vergleich Methode gegen die Deutsche Schuldrechtsreform–

In-yu, kim

Diese Forschung befaßt sich die Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch §535 zu erforschen und bezweckt damit die Bedürfnisse zur Neuregelung der Anfängliche Unmöglichkeit und Verschulden bei Vertragsschluß(Culpa in contrahendo).

Die von Rudolf von Jhering entdeckte lehre von der haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ist heutzutage sowohl in Deutschland als auch in Korea als ein allgemeines rechtsinstitut anerkannt worden.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch §535 ist das zwei Problem, Anfängliche Unmöglichkeit und Verschulden bei Vertragsschluß.

Schließlich Zuerst, bezieht es mit einer Anfängliche Unmöglichkeit, mache ich einen vorschlag zur neuen Gesetzgebung : “Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist”. und Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, das der Schuldner nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

Es bezieht mit dem zweiten, Verschulden bei Vertragsschluß(Culpa in contrahendo), mache ich einen vorschlag zur neuen Gesetzgebung : “Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten”. und “Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2(Schutzpflicht) entsteht auch durch ① die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, ② die Anbahnung eines

Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder ③ ähnliche geschäftliche Kontakte".

주제어(Key Words)

원시적 불능, 계약체결상의 과실, 채권관계, 독일 개정 채권법, 보호의무, 입법론.

Key Word : Anfangliche Unmöglichkeit, Verschulden bei Vertragsschluß (Culpa in contrahendo), Schuldverhältnis, Deutsche Schuldrechtsreform, Schutzpflicht, neuen Gesetzgebung.



