

日本法에서의 債務不履行責任의 構造

金 哲 洙*

〈目 次〉	
I. 머리말	1. 三分體系의 確立
II. 日本民法典에서의 債務不履行責任의 構造	2. 債務不履行責任構造의 法理論的 構成
1. 日本民法 제415조의 立法過程	IV. 通說의 見解에 對한 批判
2. 日本民法 제415조의 構造	1. 完全性利益排除說
III. 債務不履行責任의 構造에 關한 通說의 見解	2. 債務發生原因說
	V. 檢 討

I. 머리말

우리 民法學에 있어서의 債務不履行責任의 構造에 關한 獨逸法的인 解釋論은 獨逸民法理論의 直輸入에 의하여 형성된 것도 있지만, 그 대부분은 日本民法學을 代개로 하여 형성된 것임을 부정할 수는 없다. 따라서 우리 法에서의 債務不履行責任의 構造에 關한 解釋論의 再定立을 爲해서 日本法에 對한 比較法的인 검토가 先行되어야 한다. 그리 하여 本稿에서는 日本法에서의 債務不履行責任의 構造를 밝히는 것을 그 목적으로 한다.

이를 위하여 먼저 立法過程을 고려하여 日本民法典에서의 債務不履行責任의 構造를 분석한다(제2장). 다음에는 獨逸民法學의 「學說繼受」에 依하여 日本民法學에서 獨逸民法的인 解釋論－債務不履行責任의 構造論－이 형성·발전되어 가는 과정을 살펴본다(제3장). 그리고 마지막으로 이와 같은 通說의 見解에 對한 최근의 批判見解를 소개하고(제4장), 이에 對하여 검토한다(제5장).

* 本 大學校 海事法學科 副教授, 法學博士(民法)

II. 日本民法典에서의 債務不履行責任의 構造

1. 日本民法 제415조의 立法過程

日本民法 제415조는 債務不履行으로 인한 損害賠償責任에 관하여 규정하고 있다. 즉 同條는 “債務者が 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니하는 때에는 債權者는 그 損害의 賠償을 청구할 수 있다. 債務者의 責任에 돌아갈 事由로 인하여 履行을 할 수 없게 된 때에도 또한 같다”라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정만으로는 무엇이 債務不履行인가, 債務不履行에는 어떠한 종류의 것이 있는가, 「債務者의 責任에 돌아갈 事由」 (=歸責事由)라고 하는 것은 무엇을 가리키는가, 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할」 경우와 「履行을 할 수 없게 된」 경우는 어떠한 관계에 있는가 등에 대하여는 本條의 文言으로부터 바로 解答을 얻을 수는 없다.¹⁾ 따라서 日本民法典에서의 債務不履行責任의 構造를 밝히기 위해서는 먼저 제415조 규정의 立法過程에 대하여 검토하지 않으면 아니된다.

1890년에 공포되어, 1893년부터 시행하기로 되어 있었던 이른바 舊日本民法은 제383조에서 다음과 같이 규정하고 있다.²⁾

제383조 : ① 債務者가 義務履行을 거절하는 경우에 있어서 債權者가 強制執行을 구하지 않거나 또는 義務의 성질상 強制執行을 할 수 없을 때에는 債權者에게 損害賠償을 청구하게 할 수 있다. 債務者의 責任으로 돌릴 수 있는 履行不能의 경우에도 또한 같다.

② 또한 債權者는 履行遲延만으로 인한 損害賠償을 청구할 수 있다.

③ (생략)

이와 같이 舊日本民法에서는 債務不履行의 유형으로서 債務者의 履行拒絶, 債務者의 歸責事由에 의한 履行不能 및 履行遲延의 세 가지를 규정하고 있다. 이러한 舊日本民法의 債務不履行의 構造는 프랑스民法 제1142조³⁾와 제 1147조⁴⁾에 유래하는 것이다. 다만 이 조항들에서는 履行의 拒絶과 履行의 不能이 직접으로는 규정되어 있지 않으므로, 이

1) 奥田昌道(編), 注釋民法(10), 316面(北川善太郎 執筆).

2) 玉樹智文·錦織成史, 「〈史料〉債權總則(11)」, 民商法雜誌 第38卷1號(1980), 156面.

3) 프랑스民法 제1142조 : 모든 作爲義務 또는 不作爲義務는 債務者의 不履行에 의하여 損害賠償으로 轉化한다.

4) 프랑스民法 제1147조 : 債權者는 필요한 경우에는 不履行이 자기에 歸責될 수 없는 外來의 原因으로 인하여 발생하였다는 것을 立證하지 아니하는 한, 예를 들면 자기측에 어떠한 惡意도 없었다 하더라도, 債務不履行 또는 履行遲滯를 이유로 하여 損害賠償支拂의 判決을 받는다.

부분은 브와소나드(Guatave Emile Boissonade)의 창안으로 보는 見解도 있다.⁵⁾

그러나 舊日本民法의 시행을 둘러싸고 이른바 「民法典論爭」이 벌어지게 되었으며, 결국 그 시행은 연기되었다. 그리하여 정부는 다시 穗積陣重, 富井政章, 梅謙次郎의 3인에게 民法의 修定案의 작성을 위촉하였다. 3人の 起草委員이 분담·합의하여 起草한 原案이 「法典調査會」에서 토의되고, 그 確定案이 제국의회에 제출되어 통과함으로써 現行 日本民法으로 성립하게 된 것이다. 이 과정에서 日本民法 제415조에 해당하는 규정의 起草는 주로 穗積陣重이 담당하였으며, 그의 執筆草稿라고 할 수 있는 것이 穗積文書로서 남아 있다.⁶⁾ 그 草稿의 無表題의 自筆 제1原案 제리조는 다음과 같이 기재되어 있다.

제리조 : 債務者가 그 債務를 履行하지 아니하고 또는 그 債務의 履行을 遲延한 때에는 債務者는 그 損害의 賠償을 청구할 수 있다. 다만 그 不履行 또는 履行의 遲延이 不可抗力 또는 의외의 장애로 인한 때에는 그러하지 아니하다.⁷⁾

이 제1原案 제리조는 브와소나드에 의한 舊日本民法 財産編 제383조를 修正한 것이지만, 이 규정의 構造는 舊日本民法의 규정과는 달리 오히려 프랑스民法 제1147조의 構造에의 접근을 보이고 있다. 왜냐하면 舊民法 제383조에서는 債務不履行의 態樣으로서 履行拒絶, 履行不能 그리고 履行遲延의 세 가지가 규정되어 있음에 대하여, 프랑스民法에서는 債務의 不履行(l'inexécution)과 履行遲延(le retard dans l'exécution)의 두 가지를 규정하는 構造로 되어 있기 때문이다.⁸⁾ 그 후 이 규정은 다시 穗積陣重에 의하여 다음과 같이 修正되어(第2原案), 여기에서 비로소 現行條文의 原形이 나타난다.

第 條 : 債務者가 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때에는 債權者는 그 損害의 賠償을 청구할 수 있다. 다만 그 不履行이 債務者의 責任으로 돌아갈 수 없는 때에는 그러하지 아니하다.

위의 규정이 그대로 제3原案으로 되고, 이것이 法典調査會에 原案 제409조로 제출되어 심의를 거치게 되었다.⁹⁾ 穗積陣重은 法典調査會의 심의에서 條文의 起草趣旨에 관하여 다음과 같은 설명을 한다.

“本條는 舊日本民法 財産編 제383조를 수정한 것으로서, 주로 文字의 수정에 머무르고 있는 것이다. 본문의 「履行을 하지 아니할」이라고 하는 것은 任意履行도 強制履行도 하지 않는 것과 같이 兩者를 포함하는 것이며, 「本旨에 따른」이라고 하는 文言에 의하여

5) 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論(東京: 日本評論社, 1968), 35面; 同, 注釋民法(10), 317面.

6) 石崎泰雄, 「債務不履行法體系の基本構造」, 法研論集(早稻田大學大學院) 第51號(1989), 2面.

7) 福島正夫, 「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」, 我妻先生還曆記念 損害賠償責任の研究(上)(東京: 有斐閣, 1957), 33面.

8) 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 38面; 同, 注釋民法(10), 317面; 福島正夫, 上掲論文, 36面 참조.

9) 福島正夫, 前掲論文, 43面.

不履行도 「遲延」도 兩者 모두가 포함되도록 한 것이다”라고 한다. 또한 단서의 규정에 대해서는, “여러 나라의 立法에서는 不可抗力 등의 경우를 제외하는 것이 많지만, 이러한 경우에는 …… 어떠한 原因에 의한 것이든, 不履行이 「債務者의 責任으로 돌아갈 수 없을 때」에는 損害賠償責任이 발생하지 않는다는 것을 여기서 널리 말하였을 뿐이다”¹⁰⁾라고 한다.

이 취지설명을 그대로 받아들인다면, 브와소나드에 의한 舊民法의 履行拒絶, 履行不能, 履行遲延의 債務不履行의 構造로부터, 逆으로 프랑스民法의 不履行, 遲延의 構造에 전 환된 것이다. 그러나 法典調査會에서는 이 점에 대하여 의문이나 異論은 제기되지 않았다.¹¹⁾ 결국 原案에서는 債務의 本旨에 따르지 않은 履行은 포괄적인 의미로서 사용되고 있으며, 履行遲滯와 履行不能만을 의미한 것은 아니었다고 하는 것을 알 수 있다.¹²⁾ 그리고 不履行의 概念에 대하여 穗積陣重은 “「遲延」은 完全不履行의 일종이며 遲延하지 않아도 本旨에 따르지 않고 不完全하게 履行하는 것이 몇 가지나 있기 때문에 「不履行」이라고 하였다. 어떤 나라에서는 「不履行 또는 不適當한 履行」이라고도 한다. 따라서 「遲延」만을 집어내는 것은 조금 좁게 되는 것은 아닐까”¹³⁾라고 설명한다. 이것에 의하여 오늘날의 「不完全履行」에 대한 法律의 畧은 民法典上 존재하지 않는다는 것이 긍정될 수 있다.¹⁴⁾

그러나 原案의 심의과정에서 富井政章은 제409조의 단서 대신에 “債務者의 責任에 돌아갈 事由로 인하여 履行을 할 수 없게 된 때에도 또한 같다”라고 하는 규정을 두는 修正案을 제출한다. 이 修正案의 起草趣旨에서 富井政章은 다음과 같이 말한다.

“債務者의 過失에 의하여 또는 그 遲滯 후에 履行이 不能으로 된 때에 損害賠償責任이 발생한다고 하는 것은 어느 나라에서도 동일하다. 그러나 原案대로 한다면 履行不能이 포함되기 어렵다. 「債務者의 過失에 의하여 履行을 할 수 없게 된」 경우를 「履行을 하지 아니한」이라고 하는 말에 포함시키는 것은 日本語로서 조금 무리한 것이므로 修正案을 제출한다”¹⁵⁾라고 한다. 그리고 이 修正案은 심의¹⁶⁾를 거쳐 그대로 확정되게 되고, 이것이 現行 日本民法 제 415조로서 성립하게 된 것이다.

10) 前掲 「〈史料〉債權總則(11)」, 160面.

11) 石崎泰雄, 前掲論文, 4面. 다만 土方寧으로부터 「責任으로 돌아갈 수 없는 不履行」이라고 하는 것은 「不能」과 같은 것이 아닌가 하는 질문이 있었다.

12) 北川善太郎, 日本法學の歷史と理論, 39面 참조.

13) 平田健治, 「〈史料〉債權總則(12)」, 民商法雜誌 第83卷3號(1980), 492面.

14) 北川善太郎, 日本法學 歷史 理論, 39面; 同, 注釋民法(10), 319面.

15) 前掲 「〈史料〉債權總則(11)」, 161面.

16) 이 修正案의 심의내용에 대하여는 前掲 「〈史料〉債權總則(11)」, 161~163面 참조.

2. 日本民法 제415조의 構造

이상과 같이 성립한 日本民法 제415조가 債務不履行責任에 관한 기본적인 규정이라고 하는 점에는 의문의 여지는 없다. 그러나 同條의 構造를 어떻게 이해하여야 할 것인가는 반드시 명확하지 아니하다. 즉 同條의 文言解釋만으로는 日本民法典에서의 債務不履行責任의 構造가 명쾌하게 解明되는 것은 아니다. 그리하여 이하에서는 前節에서 본 입법 과정을 고려하여 同條의 構造를 解釋하고자 한다.

먼저 同條를 論理的으로 분석하여 본다. 同條 前段에서는 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」에는 損害賠償請求權이 발생함을 규정하고 있으며, 後段에서는 「債務者의 責任에 돌아갈 事由로 인하여 履行을 할 수 없게 된 때」에도 또한 같다고 규정한다. 따라서 論理的으로는 同條 前段의 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니한 때」와 後段의 「債務者의 責任에 돌아갈 事由로 인하여 履行을 할 수 없게 된 때」가 條文의 構造上 같은 위치에 있다고 할 수 있다. 즉 日本民法典은 債務者가 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니한 때와 債務者의 歸責事由에 의한 履行不能을 대등하게 위치시키는 것으로 생각할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 이와 같은 同條의 論理的 構造로부터 債務不履行責任의 전체적인 構造가 명확하게 되는 것은 아니다. 이를 위하여는 前段의 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」의 意義 및 이것과 後段의 履行不能과의 관계를 어떻게 이해하여야 할 것인가에 대하여 판단하지 않으면 아니된다.

이 점에 관하여 입법과정을 거슬러 올라간다면, 먼저 日本民法 제415조 前段은 穂積陣重의 제1原案에서는 「債務者가 그 債務를 履行하지 아니하고 또는 그 債務의 履行을 遲延한 때」로 표현되어 있다. 이것은 舊日本民法 제383조와는 다르며, 오히려 履行遲延 (le retard)과 不履行(l'inexécution)을 같이 두고 있는 프랑스民法 제1147조에 가깝다. 그러나 이 표현은 穂積原案 제409조에서는 「債務者가 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」로 바뀌어 現行條文의 原型이 나타난다.¹⁸⁾ 同條에 대한 穂積陣重의 설명에 의하면, 「債務者가 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」라고 하는 것은 「不履行」과 「遲延」을 포함하는 의미로서 사용된 것이며, 「不履行」도 오늘날의 不完全履行을 포함하는 넓은 概念인 것을 알 수 있다. 따라서 日本民法 제415조 前段은 「債務不履行」 일반을 규정하는 점에서 프랑스民法에 가까운 것으로 평가된다.¹⁹⁾

다음으로 日本民法 제415조 後段에 대하여 보기로 한다. 前項에서 본 바와 같이, 穂積

17) 前掲 「〈史料〉債權總則(11)」, 163面; 北川善太郎, 「債務不履行의 構造とシステム」, 法學論叢 第116卷 1~6號(1985), 224面.

18) 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 38面.

19) 川島武宜, 債權法總則講義 第一(東京: 岩波書店, 1949), 89面.

原案 제409조 단서의 起草趣旨는 債務者의 歸責事由에 의한 不履行의 경우에는 損害賠償責任이 발생하지 않는다는 것을 밝히기 위한 것이었다. 그러나 이 단서는 심의과정에서 現行의 제415조 後段과 같은 履行不能에 관한 규정으로 바뀌게 된다. 이 단서의 수정과정을 검토한다면, 「履行을 하지 아니한」이라고 하는 것에 「履行을 할 수 없게 된」 것을 포함시키는 것은 用語的으로 무리라고 하는 이유에서 現行 규정과 같이 수정한다는 것이다. 따라서 이와 같은 修正案의 起草趣旨에 의하는 한, 民法典의 履行不能 概念은 立法技術上의 편의에 유래하는 것으로 평가할 수 있다.²⁰⁾

이상을 종합하여 판단한다면, 日本民法 제415조의 構造는 다음과 같은 것으로 이해된다. 즉 제415조는 債務不履行責任에 관한 일반규정이다. 또한 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」라고 하는 것은 履行遲滯뿐만 아니라 이른바 不完全履行도 포함하는 모든 형태의 債務의 不履行을 의미한다. 따라서 同條 단서의 履行不能은 「債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」와 대립적인 카테고리로서의 의미가 아니라, 오히려 後者의 한 예로서 注意的으로 규정되어 있다고 보는 것이 타당하다. 결국 債務不履行에 관한 원칙적인 규정인 제415조는 債務의 本旨에 따르지 않은 不履行 중에 履行遲滯·履行不能을 예시적으로 포함하고 있는 構造로 되어 있는 것이다.²¹⁾

III. 債務不履行責任의 構造에 관한 通說的 見解

1. 三分體系의 確立

그런데 日本民法學에서는 民法典의 시행 이후 1920년경까지의 사이에 獨逸民法理論이 압도적인 영향을 미치게 되었다. 예컨대 野田良之에 의하면 이 시대는 法學的 섭취의 시대, 즉 “정비된 法典을 獨逸法學의 영향하에 解釋·適用한 시대”이며, 거기서는 “獨逸法學이 거의 압도적으로 日本法學者의 思考方式을 지배하여 獨逸法學理論은 거의 기계적으로 日本法의 解釋에 借用되었다고 하여도 과언이 아니다”라고 한다.²²⁾ 이 시기에는 본래는 獨逸 이외의 국가의 立法을 참고로 하여 만들어진 條文까지도 獨逸法的으로 解釋되었으며, 게다가 獨逸民法理論이 獨逸民法의 解釋論으로서가 아니라 日本民法의 解釋論으로서 日本民法에 내재적으로 받아들여지게 되었다.²³⁾ 그리하여 이 시기의 獨逸法

20) 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 39~40面 참조.

21) 川島武宜, 前掲書, 89~90面; 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 40面.

22) 野田良之, 「日本における外國法の攝取」, 現代法14(東京: 岩波書店, 1966), 164面, 172面.

23) 潮見佳男, 債權總論講義案 I(東京: 信山社, 1991), 73面 참조.

學의 압도적인 유입이라고 하는 역사적 현상은 「學說繼受」라고 불리고 있다.²⁴⁾

이와 같은 「學說繼受」에 있어서 日本民法 제415조도 그 예외로 되지는 아니하였다. 同條의 條文으로부터 명확하지 않음에도 불구하고, 債務不履行에는 履行遲滯·履行不能·不完全履行 내지 積極的 債權侵害가 있다고 하는 이른바 三分體系가 별다른 저항 없이 日本民法의 解釋論으로 확립하게 되었으며,²⁵⁾ 그 후 이 三分體系가 通說的 지위를 차지하게 된 것이다. 그리하여 종래의 通說的 見解를 대표하는 我妻榮의 見解를 소개하면 다음과 같다.

즉 我妻榮은 “債務不履行은 債務者가 債務의 本旨에 따른 給付를 하지 아니한다고 하는 것이지만, 그 중에는 ① 履行이 가능함에도 불구하고 期限을 徒過하여 履行하지 아니하는 것(履行遲滯), ② 履行이 不能한 것이기 때문에 履行하지 아니하는 것(履行不能) 및 ③ 不完全한 給付를 한 것(不完全履行)의 세 가지의 態樣이 포함된다. 最후의 것은 民法이 분명하게 인정하는 觀念인 것은 아니다. 日本民法과 마찬가지로 履行遲滯와 履行不能만에 대하여 규정하는 獨逸民法下에서도 비교적 늦게 문제로 된 것이다. 債務者가 단지 履行을 하지 않는다고 하는 소극적인 입장인 것은 아니라, 不完全한 것을 給付하든가 또는 給付行爲를 행함에 있어서 不注意로 損害를 가한 것과 같은 경우이다. 이러한 경우는 履行遲滯도 履行不能도 아니다. 뿐만 아니라 그 要件 및 效果에 차이가 있다. 따라서 이것을 債務不履行의 제3의 유형으로 하는 것이 적당하다. 오늘날 獨逸의 通說이며 日本에서도 이와 같은 觀念을 인정하는 것은 通說이라고 하여도 좋다(제415조의 「本旨에 따른 履行을 하지 아니할 때」라고 하는 표현은 이와 같은 경우를 포함한다고 解釋할 수 있다)”²⁶⁾라고 한다.

결국 債務不履行責任의 構造와 관련하여 日本民法은 獨逸民法과는 다름에도 불구하고, 그 후의 學說이 獨逸民法理論의 압도적인 영향을 받아 三分體系를 解釋論으로서 확립시켰다고 할 수 있다.

2. 債務不履行責任構造의 法理論的 構成

前節에서 본 바와 같이, 日本民法學에 있어서의 契約責任(債務不履行責任)論은 獨逸民法理論을 도입하여 三分體系를 日本民法의 解釋論으로서 확립시켰다. 한편 이와 같은 通說的 見解는 근래에는 다시 給付義務·附隨義務·保護義務라고 하는 債務의 構造論的 분석을 통하여 債務不履行責任의 理論構成을 하는 獨逸民法理論의 분석방법을 도입하여

24) 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 25面.

25) 三分體系의 確立過程에 대한 상세한 내용은 北川善太郎, 日本法學の歴史と理論, 43~44面; 同, 注釋民法(10), 321~322面 참조.

26) 我妻榮, 新訂債權總論(東京: 岩波書店, 1964), 99面.

그 理論構成을 심화해 가고 있다. 즉 종래의 通說的 見解는 대부분이 債務의 不履行의 형태에 착안하여 債務不履行의 理論構成을 하였으나, 근래에는 獨逸의 債務構造論의 영향을 받아 債務의 내용에 착안하여 契約責任(債務不履行責任)을 構成하는 見解가 등장하게 되었다. 그리하여 契約에 의하여 保護되는 利益은 給付利益에 한하는 것이 아니라, 債務의 履行過程에서의 債權者의 생명, 신체, 재산 등의 一般法益에 대한 침해도 契約責任의 영역에서 처리한다. 따라서 債務者의 契約上의 義務의 내용도 給付義務에 한하는 것은 아니며, 각종의 附隨義務 또는 保護義務도 이에 포함되는 것으로 한다. 이와 같은 獨逸法的인 債務構造論의 受容에 대하여 이를 비판하는 見解도 있지만²⁷⁾ 오늘날 日本民法學에서는 대체로 이 債務構造論을 승인하고 있다고 말할 수 있다. 이하에서는 債務構造論에 관한 日本의 대표적인 見解를 몇 가지 소개한다.

(1) 松坂佐一의 見解

松坂佐一은, 契約의 商議의 開始에 의하여 契約當事者 사이에는 信賴關係를 기초로 하는 債權關係(「信賴關係로서의 債權關係(Schuldverhältnis als Vertrauensverhältnis)」)가 성립하는 것으로 하고, 契約의 성립에 의한 給付義務 이외에 이 債權關係로부터 當事者는 財貨의 移轉이라고 하는 공동목적에 달성함에 있어서 信義則에 따라 행위하여야 할 義務(「誠實義務(Treupflicht)」)가 발생한다고 본다. 이 誠實義務는 給付義務의 내용의 실현이 信義誠實의 原則에 따라 행하여 질 것을 요구할 뿐만 아니라, 契約을 準備 및 履行함에 있어서 相對方의 人格 및 財貨, 즉 權利領域에 대한 특별한 간섭으로부터 발생할 수 있는 損害를 방지하여야 할 義務(保護義務(Schutzpflicht))를 발생시킨다고 한다.²⁸⁾

이와 같은 債權關係의 이해에 의거하여 그는 먼저 給付義務를 主된 給付義務와 從된 給付義務로 나눈다. 다시 從된 給付義務는 獨立한 履行請求의 가능여부에 따라 獨立인 從된 給付義務와 非獨立인 從된 給付義務로 나눈다. 그리하여 前者의 不履行의 경우에는 그 從된 義務에 대한 履行遲滯 또는 履行不能이 발생하고, 나아가서는 전체로서의 給付義務 일부의 履行遲滯 또는 履行不能을 초래한다. 이에 반하여 後者의 不履行은 그 결과로서 主된 給付義務의 履行遲滯 또는 履行不能을 야기한 경우에만 문제로 된다고 한다. 그리고 保護義務는 契約內容과는 관계가 없기 때문에 그 違反의 效果는 契約이 取消 또는 解除에 의하여 소급적으로 효력을 상실한 경우에도 주장할 수 있다고 한다.²⁹⁾

結論적으로 松坂佐一은 債務關係로부터 給付義務 뿐만 아니라 保護義務가 발생한다

27) 平井宜雄, 債權總論(東京:弘文堂, 1987), 41面 이하. 이에 대하여는 다음 章에서 다룬다.

28) 松坂佐一, 民法提要 債權總論「新版」(東京:有斐閣, 1966), 7~8面; 同, 「積極的債權侵害の本質について」, 法學會論集(京城帝大) 第15册1號(1944), 30面.

29) 松坂佐一, 上掲書, 80面; 同, 上掲論文, 31~33面.

고 하는 思考方式을 승인한다면, 종래 積極的 契約侵害라고 불린 경우는 결국 給付義務 또는 保護義務의 違反의 경우에 지나지 않는다고 하는 것이 명확해지며, 여기에 슈틀(Heinrich Stoll)이 「積極的 契約侵害論과의 結別」을 주장하는 이유가 있다고 한다.³⁰⁾

(2) 林良平의 見解

林良平은 債權關係의 概念을 給付結果實現을 향한 하나의 規範群으로 이해한다. 그리하여 給付結果에 직접 향한 債務者의 給付義務 이외에 각종의 附隨的 義務도 이 規範群에 포함시킨다. 그리고 附隨的 義務에는 給付結果實現의 준비과정에 있어서 債務者의 注意義務, 실현 후 그 목적 확보를 위한 餘後的인 注意義務 및 債務의 履行에 즈음하여 相對方의 신체·재산을 침해하지 않을 특별한 配慮를 하여야 할 注意義務(容態義務)가 있다고 한다.³¹⁾ 결국 林良平은 附隨的 注意義務는 不完全履行과 같이 給付義務에 가까운 것과 그것을 다시 둘러싸는 상대방의 재산·생명을 특히 보장하기 위한 義務群으로 나눌 수 있으며, 용어적으로는 不完全履行의 경우는 注意義務, 後者는 保護義務라고도 부를 수 있다고 한다. 다만 保護義務에 이르게 되면 不法行爲와 접근하게 되고, 거기서의 規範은 不法行爲法理도 감안해야 할지도 모른다고 한다.³²⁾

(3) 北川善太郎의 見解

債務構造論의 분야에 있어서 日本의 선구적인 研究者는 北川善太郎이다.³³⁾ 그는 “法律行爲-契約-履行義務-債務不履行·契約責任이라고 하는 전통적 체계와 나란히, 契約의 前中後에 있어서 當事者의 일정한 法的 태도에 대해서도 거기에 契約的으로 保護할 가치있는 契約債權關係가 발생하고 있는 것이기 때문에 契約責任을 論할 여지가 인정된다”³⁴⁾라고 하여, 契約責任의 構造論 특히 要件論으로부터 이러한 방향의 체계적인 파악을 시도한다. 그리하여 그는 契約責任의 構造에 관하여, 먼저 原始的 不能·不完全履行·瑕疵擔保·契約締結上의 過失 등의 각 제도의 有機的인 構造轉換에 의하여 가능하게 된 給付義務에 대한 일체적인 不履行責任體系를 中軸에 두고(基本的 契約責任), 그것과 일정한 거리에 있는 補充的인 契約責任으로서, 給付義務 밖에 있고 契約利益의 保護를 목적으로 하는 각종의 附隨義務群과 契約責任의 바깥 테두리를 형성하고 契約的 場의 확보 보전에 의하여 간접으로 契約利益을 유지하는 기능을 가진 注意義務가 債權

30) 松坂佐一, 上掲書, 80面; 同, 上掲論文, 33面.

31) 林良平·石田喜久夫·高木多喜男, 債權總論[改訂版](東京: 青林書院, 1987), 11~12面.

32) 上掲書, 98~99面.

33) 北川善太郎, 契約責任の研究(東京: 有斐閣, 1963) 참조.

34) 上掲書, 1面.

關係를 매개로 하여 契約責任에 포함되어 있는 段階的 構造를 이루고 있는 것으로 파악한다.³⁵⁾

그 후 北川善太郎은 다시 債務不履行에 있어서 債務의 構造를 다음과 같이 정리한다. 먼저 債務는 본래의 給付義務와 信義則上的의 각종 附隨義務로 되어 있다. 給付義務는 契約類型을 결정하는 기준으로 되는 「主된 給付義務」와 예컨대 賣買目的物의 설치, 조립, 다시 그 성능 또는 사용방법의 설명을 내용으로 하는 것과 같이, 給付結果實現의 일익을 담당하지만 契約類型을 결정하는 것으로는 되지 않는 「從된 給付義務」로 분류된다. 다음으로 附隨義務는 그 履行이 바로 給付結果의 실현에 이르는 것은 아니지만 (예컨대 契約締結時의 일정사항의 開示, 履行의 준비행위), 그 不履行이 給付結果의 실현을 위태롭게 하는 것(給付結果와 직접의 관련성은 없다) 및 그 不履行이 給付結果의 不實現과는 다른 不利益(擴大損害라고 하는 것으로 契約目的과의 직접관련성은 없다)을 契約相對方에 가하는 것의 두 가지가 중요하다. 前者는 契約目的에 종속적인 附隨義務라고 할 수 있으며, 이것을 특히 「附隨義務」라고 한다. 後者는 契約過程에서 相對方의 신체·생명·인격·재산 등을 보호하는 것을 목적으로 하는, 따라서 契約目的과는 내용적으로도 시간적으로도 독립한 附隨義務로서 이것을 「安全義務」라고 한다.³⁶⁾

(4) 奥田昌道の 見解

奥田昌道는 保護되어야 할 利益과 그것에 대응하는 義務의 역할에 착안하여 상세하게 理論을 전개한다. 그리하여 먼저 「給付利益의 保護를 위한 債務者의 義務」인 給付義務·附隨的 注意義務와 「債權者 債務者間에 있어서 서로 相對方의 생명·신체·소유권 기타 財産的 利益을 침해하지 않도록 配慮해야 할 注意義務」인 保護義務를 구별한다. 그리고 前者의 給付義務는 債務者가 債權者에 대하여 일정한 行爲(給付)를 하여야 할 義務로서, 이것은 다시 내용상 主된 給付義務와 從된 給付義務로 나눈다. 이 구별은 “主된 給付義務는 對價的 牽連關係에 서는 것, 그 不履行에 대하여는 損害賠償 뿐만 아니라 解除權이 주어지는 것이 특색이고, 이에 반하여 從된 給付義務의 不履行에 대하여는 履行請求權의 관철 및 損害賠償의 구제는 주어지지만 원칙으로서 契約解除에 의한 구제는 주어지지 않는 점”에서 찾는다. 또한 附隨的 注意義務는 “給付義務의 존재를 前提로 하여, 이 給付義務를 債務의 本旨에 적합하게 실현하도록 배려할 것 및 給付結果 내지 給付利益(債務者의 給付를 통하여 債權者가 획득하려고 하는 利益)의 保護에 향하여진 注意義務”라고 한다.³⁷⁾

35) 上掲書, 361面.

36) 北川善太郎, 「債務不履行の構造とシステム」, 229~230面.

37) 奥田昌道, 債權總論(上)(東京:有斐閣, 1982), 15面 이하.

한편 債務不履行의 유형과의 관계에서 본다면, 附隨的 注意義務의 위반의 경우에는 履行遲滯·履行不能의 法理 또는 不完全履行의 문제로서 처리되게 된다. 그러나 保護義務 위반으로 인한 損害賠償責任은 반드시 履行行爲의 瑕疵로 인한 損害의 발생의 경우에 한정되는 것은 아니다. 有責의 保護義務 위반의 경우에는 履行行爲의 존재는 필요하지 않으며, 被害者는 加害者가 保護義務에 위반하여 損害를 가하였다는 것을 주장·입증하면 족하다. 그리하여 奧田昌道는 日本民法 제415조의 債務不履行責任이 인정되는 경우는 遲滯·不能·不完全履行이라고 하는 전통적인 債務不履行보다도 넓으며, 이 세 가지의 경우 이외에 債權法上的 어떠한 義務의 侵害가 있고, 그것에 의하여 損害가 발생한 경우에도 日本民法 제415조에 의거한 損害賠償責任이 인정되어야 한다고 한다.³⁸⁾ 결국 奧田昌道는 履行遲滯·履行不能·不完全履行 및 그외의 義務違反이라고 하는 債務不履行責任의 체계를 구상한다.

(5) 前田達明의 見解

前田達明은 奧田昌道の 見解와 거의 같은 債務構造論을 전개한다. 前田達明에 의하면, 債務者는 본래적 履行義務 이외에 「履行義務」를 債務의 本旨에 따라 실현할 수 있도록 配慮·保護하는 作爲·不作爲義務인 「附隨的(注意)義務」를 지고 있다. 이 義務違反에 의하여 본래적 履行義務가 債務不履行으로 되면, 그 附隨的(注意)義務違反은 歸責事由로서의 過失로서 구성된다. 그러나 이와 같은 附隨的(注意)義務 자체는 미리 내용이 확정된 것은 아니므로 그 義務 자체의 強制履行은 인정되지 않고, 오히려 그 전에 이미 訴求하는 것조차 무리이므로 「履行義務」라고는 할 수 없다. 履行義務는 履行結果의 不發生이 곧 債務不履行이지만, 附隨的(注意)義務는 義務를 준수하고 있어도 본래적 履行義務의 結果不發生(債務不履行)이라고 하는 경우가 있고, 이 경우는 附隨的(注意)義務의 義務不履行으로는 되지 않는다. 그러나 이와 같은 附隨的(注意)義務가 法規나 契約에 의하여 「履行義務」로 높여지는 수가 있으며, 그렇다면 그 「履行」訴求 그리고 強制履行이 가능하게 된다. 이와 같이 「附隨的(注意)義務」가 「附隨的 履行義務」로 높여지게 되면, 그 「附隨的 履行義務」를 지키기 위한 「附隨的(注意)義務」가 성립하고 後者의 위반이 過失로 된다.³⁹⁾

한편 위와 같은 「附隨的(注意)義務」 이외에도 履行에 즈음하여 債權者 債務者가 서로 상대방의 생명·신체나 財産의 利益 등을 침해하지 아니하도록 배려·보호해야 할 義務, 즉 「保護義務」가 있다. 이 保護義務에 대해서도 그것 자체를 訴求한다든가 強制履行을 할 수 없는 점이나, 法規나 契約 등에 의하여 履行義務로 높여지는 점에서 附隨的(注意)

38) 上掲書, 17面, 157~158面.

39) 前田達明, 口述債權總論(東京:成文堂, 1987), 102~104面.

義務의 위반과 같은 성질의 것이라고 할 수 있다. 그러나 附隨的(注意)義務의 경우는 순수하게 債務不履行責任으로서 취급할 수 있음에 반하여, 保護義務의 위반의 경우는 債務不履行責任과 不法行爲責任이 競合하는 점에서 兩者를 구별하는 실익이 있다고 한다.⁴⁰⁾

또한 債務不履行의 유형에 관하여 前田達明은, 履行遲滯·履行不能 이외에도 「그외의 債務不履行」이라고 하는 형태가 있으며, 「그외의 債務不履行」의 대표적인 예가 「不完全履行」이라고 하는 구성을 한다.⁴¹⁾ 이 점도 奧田昌道の 見解와 거의 유사하다. 다만 契約締結前과 契約終了後의 賠償責任은 日本民法 제415조의 條文의 制裁에는 포섭되지 않는다고 하는 점에서 奧田昌道の 見解와는 차이가 있다.⁴²⁾

(6) 潮見佳男의 見解

潮見佳男은 契約債務의 履行過程에서의 債務者의 각종 義務(給付義務·附隨義務·保護義務 등)가 給付結果의 실현을 목표로 하는 履行過程에 어떻게 자리매김될 것인가라고 하는 관점으로부터 契約規範群을 체계적으로 분석한다.⁴³⁾

그는 먼저 「給付義務」를 「債務者에게 給付結果를 실현해야 할 義務」(給付結果實現義務)로서 자리매김한다. 그리고 이 추상적인 給付義務가 履行過程에 있어서 구체적으로 나타난 것을 「具體的 行爲義務」라고 이해한다. 따라서 그에 의하면 給付義務의 履行過程은 二元的 構造를 가지는 것이고, 이에 대응하여 給付義務도 二元的으로 파악되는 것이다.⁴⁴⁾

다음으로 그는 위와 같은 給付義務의 履行過程에 대하여 附隨義務는 어떠한 지위에 있는가 하는 것을 분석한다. 그리하여 종래의 論議에 있어서 附隨義務라고 하는 것을 「履行過程」에 관련시켜 분석하면 여기에는 性質을 달리하는 두 가지의 義務, 즉 給付結果實現을 향하여 노력한다고 하는 의미에서의 附隨義務와 給付結果를 둘러싸는 附隨的 利益에 대하여 履行時에 배려한다고 하는 의미에서의 附隨義務가 있다. 먼저 前者는 「給付結果를 실현하기 위하여 履行過程의 구체적 상황하에 있어서 債務者가 행하여야 할(또는 하여서는 아니되는) 義務」라고 표현할 수 있다. 예컨대 結果實現을 위하여 필요한 재료, 도구를 조달하거나 목적물을 다른 곳으로부터 취득하는 義務(履行準備行爲에 결부된 義務라고도 한다)가 이것에 해당한다. 그러나 이러한 義務는 給付義務의 내용이 履行過程에서 구체화한 것(이것을 「具體的 行爲義務」라고 칭한다)에 지나지 아니하며,

40) 上掲書, 104~105面.

41) 上掲書, 101面.

42) 上掲書, 105面.

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

44) 上掲書, 49~51面.

給付結果가 실현된 경우에는 이 具體的 行爲義務의 위반은 문제로 되지 아니한다. 다음으로 後者는 「給付結果를 통하여 달성되는 모든 利益의 적절한 확보를 향한 行爲義務」로 표현할 수 있다. 예컨대 복잡한 기계의 賣買에 있어서 賣渡人의 操作方法說明義務, 土地 賣買에 있어서 賣渡人의 登記移轉協力義務, 賃貸人의 賃借物修繕義務 등이 이것에 해당한다. 그런데 이 종류의 「附隨義務」를 給付結果와 관계에서 분석하면, 이것은 給付結果에 성질상 필연적으로 수반하는 일정한 利益(給付目的物의 충분한 이용 내지 수익가능성, 안전성 등), 즉 「附隨的 利益」에 대하여 給付義務의 履行에 당하여 배려하여야 할 義務이다. 그러나 「附隨的 利益에 대하여 배려하여야 할 것」 자체도 債權者가 청구할 수 있는 利益, 즉 「給付結果」임에 틀림없다. 따라서 이 종류의 附隨義務는 실은 給付義務의 일종이며, 「從된 給付義務」라고 해야 하는 것이라고 한다.⁴⁵⁾

다음으로 潮見佳男은 債務履行過程에 있어서 完全性利益(債務履行時에 있어서 상대방의 생명, 신체, 재산 등의 法益) 保護義務의 論理構造를 분석한다. 그리하여 完全性利益의 보호도 履行過程과의 관련에서 다음과 같은 네 가지의 단계로 나누어 論한다.

첫째, 예컨대 警備契約, 任置契約, 幼兒保護契約에 있어서 保護義務와 같이, 完全性利益의 보호가 合意를 기초로 하여 실현되어야 할 것으로 된 (主된) 給付結果를 형성하고 있는 경우이다. 이것은 「主된 給付義務」로서 자리매김되어야 할 保護義務이다.

둘째, 合意를 기초로 하여 실현되어야 할 것으로 된 給付結果는 完全性利益의 보호 그것 자체를 대상으로 하고 있지는 않지만, 給付結果를 契約目的에 따라 保持 利用하기 위해서는 完全性利益이 보호되고 있을 필요가 있는 경우이다. 예컨대 運送契約, 診療契約, 宿泊契約, 在學契約, 運動施設利用契約에 있어서 保護義務가 이것에 해당한다. 이것은 「契約目的의 달성을 위한 從된 給付義務」로서 자리매김되어야 할 保護義務이다.

셋째, 完全性利益의 보호가 契約目的의 달성을 위한 필요조건으로는 되어 있지 않지만 「거래적 접촉」, 즉 給付結果를 실현할 목적으로 행해진 구체적 행위에 처하여 발생할 수 있는 完全性利益의 침해로부터 상대방을 보호하여야 할 保護義務이다. 이 제3단계의 保護義務를 契約上の 義務라고 할 수 있기 위해서는 다음과 같은 한정이 필요하다. 즉, ① 給付結果 내지 契約目的의 실현을 위하여 債權者의 完全性利益이 債務者에 대하여 開始될 것, ② 그렇게 하여 開始된 完全性利益을 保持 管理하기 위하여 필요한 주의를 상대방(債務者)에게 맡겼을 것, ③ 債務者에 의한 完全性利益의 침해가 給付結果 내지 契約目的의 달성을 위한 行爲 중에 발생하였을 것, ④ 당해 完全性利益의 침해는 給付結果 내지 契約目的의 달성에 수반하는 특수한 危險의 실현일 것이 필요하다. 그러나 여기서의 完全性利益의 보호는 主된 給付請求權에 의해서는 관철되지 않으며, 事전에 대처하기 위해서는 이것에 대응하는 請求權이 부여되어야 한다. 그리하여 제3단계의 保護義務에는

45) 上掲書, 73~81面.

「完全性利益의 보호를 위한 從된 給付義務」로서의 지위가 승인된다.

넷째, 일부의 論者에 의하여 제4단계의 保護義務로서 관념되는 것이 있다. 이것은 일반적으로 특별한 사실적 접촉이 존재하면, 그로부터 발생한 完全性利益의 침해도 保護義務의 보호대상으로 하여 이것에 契約責任의 規律을 타당하게 한다는 것이다. 그러나 이 제4단계의 保護義務는 契約과의 接點이 없기 때문에 본질적으로는 오히려 不法行爲責任의 문제로서 처리하여야 한다.⁴⁶⁾

이상과 같은 履行義務群의 분석에 입각하여 潮見佳男은 債務不履行의 유형에 관하여 이른바 三分體系를 유지하면서, 종래 不完全履行 積極的 債權侵害로 분류되고 있던 債務不履行은 「履行行爲」의 존재를 前提로 하여, 被違反義務의 保護目的의 차이로부터 「主된 給付結果의 실현과 그것을 介在시킨 契約目的의 달성을 향한 主된 給付義務의 위반 및 從된 給付義務의 위반」과 「完全性利益의 보호를 위한 從된 給付義務의 위반」의 두 가지 유형으로 분류한다. 이것에 대하여 履行時의 단순한 사회적 접촉으로부터 발생한 完全性利益의 침해에 대해서는 이것을 不法行爲의 문제로 처리한다.⁴⁷⁾

IV. 通說的 見解에 대한 批判

前章에서는 獨逸民法理論의 압도적 영향하에 형성된 契約責任(債務不履行責任)論에 관한 日本의 通說的 見解를 개관하였다. 그리하여 오늘날 日本의 通說的 見解는 日本民法 제415조의 解釋論으로서 이른바 三分體系를 확립하고 있으며, 또한 근래에는 債務構造論을 債務不履行責任에 대한 理論的 기초로서 채용하고 있음을 알 수 있었다. 그러나 최근에는 이와 같은 通說的 見解에 대하여 여러 가지의 批判的인 見解들이 주장되고 있다. 그 중에서 주목할 만한 것은 完全性利益의 침해에 대하여 契約責任의 성립을 부정하는 見解(이하에서는 完全性利益排除說이라 한다)와 이른바 債務發生原因論으로 불리고 있는 見解이다.⁴⁸⁾ 前者는, 通說的 見解가 債務의 履行過程에서의 債權者의 생명·신체·재산 등의 一般法益(完全性利益)에 대한 침해를 契約責任의 영역에서 처리하는데 반하여, 完全性利益의 보호를 契約責任으로부터 배제하여 이를 不法行爲法의 영역에서 처리하는 見解이다. 그리고 後者는 債務不履行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 제415

46) 上掲書, 148~152面.

47) 潮見佳男, 債權總論講義案 I, 78~79面.

48) 潮見佳男, 契約規範の構造と展開, 6面. 다만 이하에서는 이 見解를 債務發生原因說이라고 하기로 한다.

조의 解釋上 중요한 의미를 가지는 것은 「債務 本旨에 따른 履行」의 내용을 구체적인 債務의 發生原因인 契約 또는 法律의 규정으로부터 확정하는 것이라고 하는 見解이다. 이하에서는 兩學說의 대표적인 見解를 소개한다.

1. 完全性利益排除說

完全性利益排除說이란 契約利益(給付利益)과 完全性利益(給付外利益)의 분리를 前提로 하여, 兩利益保障의 메커니즘은 서로 다르며, 각각의 侵害에 대하여 契約責任, 不法行爲責任이 별개 독립으로 성립한다고 하는 學說이다. 그리고 이 學說은 財産法에 있어서 利益保障을 위한 法體系에는 다음의 두 가지가 있다고 한다. 즉 一方의 法體系는 既成 既存의 利益狀態에 대하여 그 적극적인 변경의 메커니즘을 규정하는 것으로서, 契約法이 이에 해당한다. 또한 이것을 動的利益(契約利益) 保護法이라고 할 수도 있다. 이에 대하여 다른 法體系는 既成 既存의 法體系의 유지 회복의 메커니즘을 규제하는 것으로서, 不法行爲, 不當利得, 物權的 請求權이 여기에 속한다. 그리고 이것들은 靜的利益(完全性利益) 保護法으로 총칭할 수 있다.⁴⁹⁾

그리하여 위와 같은 視點에서 분석한다면, 完全性利益은 契約의 效力과는 무관계하게 보호되는 靜的利益(=不法行爲 등의 保護法益)이므로, 이것에 대한 침해를 契約責任에 편입하는 것은 위의 메커니즘상 異質의 것이라고 하여 契約責任으로부터 完全性利益의 배제를 주장한다.⁵⁰⁾

결국 이 學說은, 意思自治의 原則 아래 私人이 자유롭게 창조한 利益(給付利益)-契約없이 존재하지 아니하는 利益-의 보호를 목적으로 하는 契約責任과 公共의 秩序로서 一般的 利益(給付外利益)-契約과는 무관계하게 존재하는 利益-의 보호를 목적으로 하는 不法行爲責任을 엄격하게 구별해야 한다고 하며, 따라서 兩責任의 競合은 있을 수 없다고 주장한다.⁵¹⁾

이러한 見解에 의한다면 債務不履行責任(契約責任)은, 契約(→意思自治의 原則)의 관철로서 獨自性이 인정되는 契約責任은 契約에 의하여 만들어진 利益=給付利益의 보호→(一次的) 給付義務의 違反→賠償義務(=二次的 給付義務)=(一次的) 給付義務가 동일성을 유지한 내용의 변경이라고 하는 構造를 가지는 것으로 된다. 그리하여 契約責任의 態樣은 履行不能과 履行遲滯의 두 가지만으로서 족하다고 한다. 즉 “먼저 給付利益에 관한 不完全履行인 것은 불필요하다. 다만 이것을 不完全한 履行을 전혀 없다고 하는

49) 平野裕之, 「利益保障の二つの體系と契約責任論」, 法律論叢 第60卷2・3合併號(1987), 521~522面; 同, 「完全性利益の侵害と契約責任論」, 法律論叢 第60卷1號(1987), 104面 이하.

50) 平野裕之, 「利益保障の二つの體系と契約責任論」, 522面.

51) 平野裕之, 「契約責任の本質と限界」, 法律論叢 第58卷4・5卷(1986), 608面.

것은 아니라 일정한 履行價値를 인정하는 문제로 파악하는 한, 量的인 것은 一部遲滯에 지나지 않으며, 質的인 것은 意思自治의 原則으로부터 말한다면 달리 그것을 목적으로 하는 合意가 없다면 그 履行價値가 인정될 수 없기 때문이다. 다음으로 給付外利益에 관한 積極的 債權侵害인 것도 불필요하다. 契約責任은 給付利益에만 관한 것이기 때문이다. 給付外利益의 보호를 給付義務의 내용으로 하는 경우에도 給付利益은 그것을 위한 役務 그것 자체이며, 給付外利益이 給付利益으로 되는 것은 아니다”⁵²⁾라고 한다.

2. 債務發生原因說

(1) 債務發生原因說이란 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 없으며,⁵³⁾ 오히려 日本民法은 널리 不履行一般(inexécution)에 대하여 규정하는 프랑스法系에 속하기 때문에 「債務의 本旨」에 따르지 않은 履行의 내용을 구체적으로 분명히 하는 것이 日本債務不履行法의 構造에 적합하다고 주장하는 學說이다.⁵⁴⁾ 그리고 이 學說은 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 제415조의 「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 체계상 유지하여야 할 필요성이 있다. 왜냐하면 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 규정되어 있으므로(제 415조 後段, 제 534조 1항, 제536조 2항) 責任으로 돌아가게 할 履行不能을 債務不履行의 한 유형으로 유지할 필요가 있기 때문이다.⁵⁵⁾ 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 그것 이외의 「債務의 本旨에 따른 履行을

52) 上掲論文, 610~611面.

53) 이 점에서 近時의 批判(예컨대 川島武宜, 債權法總則講義第一(東京:有斐閣, 1949), 90面; 北川善太郎, 契約責任の研究; 星野英一, 民法概論Ⅲ(東京:良書普及會, 1978), 45面 이하)과 입장을 같이 한다.

54) 平井宜雄, 債權總論, 39~43面.

55) 上掲書, 1面, 43面.

하지 아니하는 경우」로 나누어 생각하여야 한다.⁵⁶⁾

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 독자의 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 없다. 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 규정인 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 당사자에 의하여 默示的(明示의인 경우에 본래의 債務로 되는 것은 말할 것도 없다)으로 合意되었는가 하는 것을 확정하여야 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 규정에 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).⁵⁷⁾

결국 「債務의 本旨」에 따른 履行의 여부는 債務發生原因(契約 또는 法律의 규정)의 解釋에 의하여 결정된 「債務자가 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이다.⁵⁸⁾

(2) 前項에서 살펴본 바와 같이, 債務發生原因說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 通說的 見解의 類型論을 批判하여 債務不履行一元論을 주장하며 특히 債務構造論的 분석방법에 의한 理論構成의 無用性을 주장하고 있다. 그러나 현재 이와 같은 債務發生原因說에 대한 체계적인 批判見解는 찾아보기 어렵다. 다만 債務構造論的 분석방법의 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의 反論을 소개한다.

債務發生原因說에 의한 自說의 批判에 대하여 潮見佳男은 다음과 같은 反論을 제기한다.

56) 上掲書, 43面, 47~48面.

57) 上掲書, 43~45面.

58) 上掲書, 46面.

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 特殊獨逸的인 발상의 學說繼受의 소산이며, 日本民法 제415조에 비추어 不要·不當의 구성이었다. 이에 반하여 給付義務·附隨義務構成은 積極的 債權侵害論의 전개 중에 충실하게 된 것이기는 하지만, 그것은 債務不履行을 어떠한 유형으로 파악하는가 하는 문제와는 일응 분리하여 생각할 수 있는 분석이다. 결국 그것은 履行過程의 實體構造의 인식을 그 主眼으로 하는 것이다. 그러므로 이러한 분석방법은 어떠한 債務不履行體系를 취하든 債務者의 행위에 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하다.⁵⁹⁾

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 분석도구의 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.”⁶⁰⁾ 이 점을 인식한 뒤에, 履行義務를 論하는 경우에는 우선 스스로 일컫는 義務를 履行過程과의 관계에서 精査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 당사자간의 規範群을 정립하기 위한 解釋技術로서 이용하여야 한다.⁶¹⁾

이상과 같이 潮見佳男의 反論은 債務發生原因說을 積極的으로 批判한 것이 아니라, 債務構造論的 분석방법의 有用性을 다시 한번 주장하는 데 그치고 있다. 뿐만 아니라 債務發生原因說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 논의되어 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 債務發生原因說의 접합을 시도하여, 그 가운데 前者의 意義를 檢證하여야 한다고 함으로써 본래의 債務構造論的 입장에서 상당히 후퇴하고 있다.⁶²⁾

또한 下森定도 다음에서 보는 바와 같이, 債務發生原因說을 批判하고 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 수 밖에 없지만, 그 때에 主된 給付義務, 附隨的 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 유형화는 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

59) 潮見佳男, 契約規範의 構造と展開, 4~5面.

60) 林良平·石田喜久夫·高木多喜男, 債權總論, 14面 주 13.

61) 潮見佳男, 契約規範의 構造と展開, 5面.

62) 上掲書, 6面.

實益이 있다. 예를 들면 給付義務와 附隨的 注意義務 내지 保護義務에서는 履行請求權의 有無, 解除權의 有無, 即時의 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 시기, 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, 賃貸借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 한다.⁶³⁾

V. 檢 討

(1) 이상에서는 債務不履行責任의 構造에 관한 日本의 通說的 見解와 이를 批判하는 學說들을 소개하였다. 이하에서는 三分體系와 債務構造論으로 대표되는 通說的 見解를 批判하는 學說인 完全性利益排除說과 債務發生原因說에 대하여 간단히 검토하고자 한다.

먼저 完全性利益排除說에 대하여는, 給付結果 내지 契約의 목적과 完全性利益의 보호는 評價의 視點을 달리하는 것이지 이율배반적인 것은 아니며, 다음과 같은 이유에서 完全性利益의 보호를 契約責任으로부터 배제하는 것에 대하여 반대하는 見解가 있다.⁶⁴⁾

첫째, 債務의 「履行過程」이라고 하는 것은 사회적 事象으로서의 行爲(현상상태로서의 구체적 作爲·不作爲)의 집적을 의미하는 것은 아니다. 어떤 사회적 事象을 앞으로 하여 履行이 있었는가 없었는가 라고 하는 法的 評價와의 관련에서 規範적으로 파악된 관념적인 行爲를 의미하고 있는 것이다. 作爲·不作爲의 이 두 차원은 엄격히 구별되어야 한다. 履行過程이라고 하여도, 사회적 事象으로서 포착된 財貨의 有形的 價値移轉行爲를 가리키는 것으로서는 아니라, 債權者의 실현에의 기대가 法的으로 인정되어 있는 利益 狀態가 만들어 내어지는 과정으로서 파악되는 것으로 된다.

둘째, 「給付結果」도 債權者가 債務者와의 관계에 있어서 그 保持가 正當化되는 履行 狀態이면 족하고, 有形的 結果의 실현에 한정되지 않는다. 論者에 따라서는 「靜的利益」이라고도 칭하여지는 完全性利益의 保持도 이것을 給付結果로 할 수 있는 것으로, 契約

63) 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), 243面.

64) 潮見佳男, 契約責任の構造と展開, 146面 이하.

속에 편입될 가능성은 배제되지 않는다.

또한 完全性利益이라고 하는 개념은 給付結果 개념과는 달리 사회적 事象으로서 현존하고 있는 債權者의 利益狀態를 의미하는 것이며, 現象狀態로서의 作爲·不作爲와 마찬가지로 法的 評價 이전의 사회적 존재로서 파악된 것에 그친다. 오히려 이것에 法的 評價의 관점으로부터 의미가 주어져서 비로소 法的으로 보호할 가치있는 利益으로 된다. 그 때의 法的 評價의 결과가 債權者 債務者 사이에서 保持의 정당화가 法的으로 인정되는 「給付結果」 또는 「附隨的 利益」 또는 日本民法 제709조에서 말하는 「權利」이다.

이와 같이 본다면, 給付結果와 完全性利益은 利益의 차원이 다른 것이므로 完全性利益의 보호를 給付結果로서 파악하는 것도 論理的으로 잘못은 아니라고 하는 것으로 된다. 現狀, 결국 債權者가 현재 보유하고 있는 利益狀態의 보호를 대상으로 하고 있다고 하는 일방적인 생각으로 完全性利益의 보호를 契約上의 義務로부터 배척할 수 없다. 문제는 完全性利益의 보호 그것 자체가 合意되어 있지 아니한 경우에 이것을 더욱 더 契約上의 義務의 대상으로 할 수 있는가 없는가, 할 수 있다고 한다면 그 理論構成 여하이다.

결국 이상과 같은 反對說의 주장은, 完全性利益排除說의 基本的 視角, 즉 契約利益과 完全性利益의 분리를 前提로 하여 前者에 대한 侵害는 契約責任으로, 後者는 不法行爲責任으로 구성하며 따라서 兩責任이 競合하는 장면은 없다고 하는 것에 대하여 의문을 제기하고, 完全性利益의 보호도 그것을 契約利益(給付結果)로 할 수 있으므로 契約 속에 편입될 가능성이 있다는 것으로 요약된다.

私見으로는 이와 같은 反對說의 주장이 적어도 完全性利益排除說에 대한 批判으로서 정당한 것으로 생각한다. 왜냐하면 完全性利益의 보호를 그 내용으로 하는 契約(예컨대 醫療契約, 勤勞契約, 在學契約 등이 여기에 속한다)에 있어서는 당연히 完全性利益의 보호가 契約上의 義務로서 승인될 수 있기 때문이다. 이러한 契約에서는, 完全性利益排除說에서와 같이, 契約利益과 完全性利益을 엄격히 구분하여 後者를 不法行爲法에 의하여 보장되어야 할 利益으로 파악하는 것은 정당하지 않다. 여기에서 完全性利益은 契約利益과는 전혀 별개의 利益이 아니라 그것 자체가 契約利益으로 되기 때문이다. 문제는 구체적인 契約에 있어서 完全性利益의 보호가 契約의 내용으로 승인될 수 있는가의 여부에 관한 것이며, 물론 이것은 개개의 契約의 解釋에 의하여 정해지게 된다. 契約利益, 完全性利益의 보장은 각각 契約責任과 不法行爲責任의 특질로서는 이해될 수 있으나, 兩責任을 분할하는(즉 경계지우는) 절대적인 표준은 되지 못한다. 契約責任과 不法行爲責任은 義務違反으로 인하여 損害를 발생시킨 데 대하여 賠償責任을 지우는 점에서 同一한 기능을 갖는다. 다만 前者는 契約으로부터 발생하는 債務의 위반에 대한 責任이며, 後者는 違法行爲를 하지 않을 일반적인 사회생활상의 義務의 위반에 대한 責任이라는

점에서 구별된다. 따라서 契約責任規範과 不法行爲責任規範의 規律領域을 獨逸法에서와 같이 利益論, 즉 給付利益, 完全性利益이라고 하는 보호되는 利益에 의하여 구별하는 것은⁶⁵⁾ 적어도 獨逸法과 規範體系를 달리하는 韓國法과 日本法에서는 적당하지 않으며, 그 구별은 위반되는 義務에 의하지 않으면 아니된다. 결국 完全性利益排除說의 주장에는 따를 수 없는 것으로 된다.

(2) 다음으로 債務發生原因說에 대하여 이미 소개한 批判見解는, 종래의 通說의 三分體系에 대한 批判은 이를 타당한 것으로 받아들인다. 그러나 債務構造論的 분석방법의 有用性에 대한 의문 내지 批判에 대해서는 많은 점에 있어서 수긍을 하면서도 이를 유용한 분석방법으로서 계속 유지 발전시키고자 한다.⁶⁶⁾ 그러나 日本民法의 解釋에 있어서 債務構造論的 분석방법이 실제적인 의미를 가진다고 하는 이들의 주장은 설득력이 부족한 것으로 생각된다. 이 점에 대한 상세한 검토는 다음 기회로 미루고, 여기서는 債務發生原因說을 어떻게 평가할 것인가에 대하여 간단히 보기로 한다.

債務發生原因說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 日本民法에서는 불필요하다고 하는 기본적 思考로부터 출발한다. 그리하여 債務不履行의 要件과 관련하여 중요한 의미를 가지는 것은 債務의 內容의 확정이며, 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 債務構造論的 분석방법에 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 있다.⁶⁷⁾ 참으로 債務發生原因說에 의한 문제제기는 정당하였으며, 그 분석방법은 日本民法의 債務不履行法體系에 적합한 것으로 판단된다. 債務者의 債務의 內容은 추상적인 債務構造論에 의하여 확정되는 것이 아니라 債務發生原因인 契約의 解釋에 의하여 비로소 확정되는 것이며, 또한 확정된 債務를 애매한 中間概念인 給付義務·附隨義務 등에 의하여 구분할 필요성은 존재하지 않기 때문이다. 外國法理論의 無批判的인 수용보다 自國의 法體系에 적합한 解釋論의 구축이 보다 중요한 것임은 말할 필요가 없다.

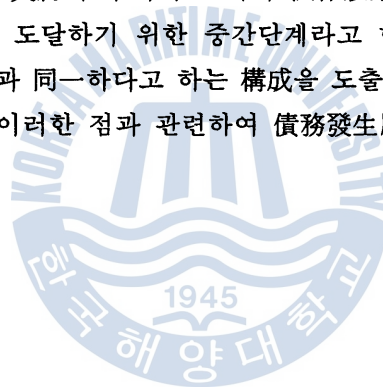
한편 債務發生原因說은 그 분석시각의 정당성에도 불구하고 모든 문제를 契約의 解釋으로 환원시킴으로써 종래의 通說에 대신하는 새로운 理論의 구축에는 소극적인 입장을 취하고 있다. 이것은 債務發生原因說이 契約 또는 法律의 규정의 解釋이라고 하는 債權各論 차원에서의 분석을 중시하는 입장임을 고려한다면 당연한 귀결인 것으로 생

65) 대표적인 見解로는 Peter Schlechtriem, Vertragliche und außervertragliche Haftung, Gutachten Bd.2, S. 1608 ff.

66) 潮見佳男, 契約規範의 構造と展開, 11面.

67) 上掲書, 6面.

각된다. 그러나 債權各論 차원에서의 연구의 진전과 함께(특히 醫療過誤, 安全配慮義務 등의 분야를 중심으로 이미 상당한 各論的 연구의 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. 債務發生原因說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 內容이 확정되는 것은 아니며, 契約의 內容과 債權·債務의 內容을 同一視하는 것은 論理的으로 불가능하다고 하는 見解도 있다. 즉 中松纓子は, “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 발생 뿐만 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 內容이 債權·債務(權利·義務)의 內容과 同一하다고 하는 構成을 도출하는 것은 理論적으로 불가능하다”⁶⁸⁾라고 한다. 따라서 이러한 점과 관련하여 債務發生原因說은 발전의 여지를 남기고 있다고 할 수 있다.



68) 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), 22面 이하.