

債務不履行規範의 一元化를 위한 基礎*

— 歷史의 桎梏을 넘어 私法의 世界化 경향과 조화할 것을 제안하며 —

명 순 구**

<차 례>

- | | |
|-------------------------|-------------------|
| I. 序論: 논의의 한정 | III. 瑕疵擔保責任의 분야 |
| II. 債務不履行으로 인한 損害賠償의 분야 | 1. 기초문제: 담보책임의 본질 |
| 1. 기초문제: 제390조의 규범기능 | 2. 개별문제 |
| 2. 개별문제 | IV. 結論 |
-

I. 序論: 논의의 한정

債務不履行規範¹⁾은 私法의 중심에 위치한다. 그 중대성에 걸맞게 채무불이행규범은 각국의 법제에서 일찍이 안정적 체계를 갖추고 운용되어 왔다. 우리 민법에 규정된 주요 채무불이행규범은 다음과 같다: ① 강제이행(제389조);²⁾ ② 손해배상(제390조~제399조); ③ 해제·해지(제543조~제553조); ④ 담보책임(제570조~584조).³⁾

* 이 논문은 고려대학교 특별연구비에 의하여 수행되었음(This research is supported by a Korea University Grant).

** 고려대학교 법과대학 교수.

1) 債務不履行에 관한 法規範을 총칭하여 ‘債務不履行規範’으로 부르기로 한다.

2) 법률의 이름을 적시하지 않고 조문번호만을 쓴 것은 한국민법전을 의미한다.

3) 대륙법계 민법의 전통에 따라 韓國民法도 담보책임과 채무불이행 일반규범을 따로 규정하고 있다. 이 글에서는 논의의 편의를 위하여 ①②③을 포괄하는 개념으로 ‘債務不

채무불이행규범의 근본적인 規範目的에는 큰 차이가 없겠지만 규범의 구체적인 모습은 법제에 따라 상당한 편차를 가지고 발전해 왔다. 그런데 債務不履行規範의 법제에 따른 개별적 특성은 경제환경(예: 국제거래의 증가)과 정치환경(예: EU의 성립) 등의 변화에 따라 빠른 속도로 완화된다고 할 수 있다. 이와 관련하여 특기할 만한 결과물은 다음과 같다: ① UNCITRAL⁴⁾의 CISG⁵⁾(1980년); ② UNIDROIT⁶⁾의 PICC⁷⁾⁸⁾(1994년); ③ CECL⁹⁾에서 세 차례에 걸쳐 공포한 PECL¹⁰⁾(제1부 1995년, 제2부 1998년, 제3부 2002년). 이와 같은 기초 위에서 유럽에서는 이미 수 년 전부터 유럽 統一民法典에 관한 논의가 활발하다.¹¹⁾

외부세계에서는 債務不履行規範이 변화를 거듭하는 동안에도 한국민법전(1960년 1월 1일 시행)은 시행 당시의 모습을 최근까지 계속 유지하다가, 현재 민법개정안이 국회에 제출되어 있다. 그러나 민법개정안 중 債務不履行規範에 관한 사항은 종래 해석론상 논란이 심했던 부분을 정리하는 정도에 그칠 뿐 구조적인 변화는 없다. 그렇다면 현재 한국의 債務不履行規範은 秀越性を 보유하고 있는가? 이에 관한 논의는 매우 넓고 복잡하게 전개될 수밖에

履行一般規範'이라는 용어를 사용하여 '擔保責任'과 구별하기로 한다. 결국 '債務不履行規範'은 '債務不履行一般規範'과 '擔保責任'을 포함하는 의미로 사용할 것이다.

- 4) 'The United Nations Commission on International Trade Law'의 약칭임.
- 5) 'The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods'의 약칭임.
- 6) 'International Institute for the Unification of Private Law'의 약칭임.
- 7) 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts'의 약칭임.
- 8) PICC는 국제협약도 아니고 사법의 통일을 겨냥한 것도 아니다. 즉 PICC는 당사자간의 합의를 전제로 적용되는 규범으로 대체로 仲裁法廷에서 적용될 것을 예상하여 만들어진 것으로서, CISG라든가 PECL과는 성격을 달리한다. 그러나 그 실제적인 내용에 있어서는 '私法の統一' 경향과 궤를 같이한다(PICC는 CISG를 기초로 하고 있으며, PECL과 PICC의 규정은 그 상당부분이 일치한다; PECL과 PICC 작업의 구성원도 대부분 중복된다).
- 9) 'The Commission on European Contract Law'의 약칭임.
- 10) 'The Principles of European Contract Law'의 약칭임.
- 11) 이에 관한 문제상황과 여러 입장에 대해서는 R. Cabrillac, L'avenir du Code civil, JCP 2004, G, 547 이하; Helmut Koziol 저/신유철 역, 유럽손해배상법, 法文社, 2005, 12-13면 등 참조.

에 없다. 그러나 이 글에서는 “債務不履行一般規範과 擔保責任의 二元體系를 계속 유지하는 것이 타당한가?”라는 문제를 중심으로 논의하고자 한다. 양자간의 상호관계의 재정립은 債務不履行規範을 현대화하고 재정비하기 위한 선결과제에 해당하기 때문이다. 이 문제를 정리하지 않고는 債務不履行規範의 바람직한 발전을 기대할 수 없다. 결론부터 말한다면, 대외무역의존도가 높은 경제구조를 가진 한국으로서는 세계적 경향에 맞추어 채무불이행규범을 一元化하는 것이 장기적인 안목에서 유리한 선택이다.

이 글은 채무불이행규범의 일원화를 위한 작업 중에서 그 기초를 다지는 것을 목적으로 한다. 이 과정에서 우리는 다음과 같은 사실을 발견하게 될 것이다: “한국의 민법학이 얼마나 歷史的 母法(특히 독일법학을 수용하여 형성된 일본법)에 대한 盲目性으로 가득한가?” 종래 우리가 넘지 못할 학문적 신념으로 간직해온 것들 중에는 ‘역사의 桎梏’에 불과한 것도 있다. ‘債務不履行規範의 一元化’를 방해하는 요인 중에도 그러한 것들이 많다. 이 글은 그 장애요소들을 지적함과 동시에 그것을 극복하기 위한 노력의 하나이다.

위와 같은 문제인식을 토대로 이하에서는 다음과 같은 두 분야를 중심으로 논의하고자 한다: 채무불이행으로 인한 손해배상(I); 하자담보책임(II).

II. 債務不履行으로 인한 損害賠償의 분야

채무불이행에 대한 제재로서의 손해배상은 모든 법제에서 일반적으로 인정되는 제도이다. 그러나 그 규범형식 내지 운영방법은 법제에 따라 차이가 있다. 다음에서는 이 문제에 관한 한국 민법학에서의 쟁점사항을 기초문제(A)와 개별적인 문제(B)로 구분하여 살펴보기로 한다.

1. 기초문제: 제390조의 규범기능

채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 원칙규정으로 제390조는 다음과 같이 규정하고 있다: “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에

는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.” 민법 시행 이후로 지금까지 이 조문의 문언에는 아무런 변화가 없었음에도 불구하고 그에 대한 해석론은 상당한 폭으로 변모하였다. 그 원인은 무엇일까? 그리고 해석론의 변화방향은 타당하다고 할 수 있는가? 이 문제는 중요하기는 하나 진부한 논점이다. 그러므로 이 글의 논의를 전개하기 위한 전제로서 역사적 시각¹²⁾에서 비교적 간단히 다루기로 한다.

(1) 1970년대 이전의 상황

이 시기는 우리 민법전 제390조의 비교법적 또는 계통적 특징에 대한 인식이 거의 없던 시대로 평가할 수 있다. 제390조에 대한 민법학자들의 인식은 거의 동일하였는데, 그 내용을 요약하면 다음과 같다¹³⁾: ① 제390조는 일본민법전 제415조¹⁴⁾와 동일한 취지이다; ② 채무불이행에는 이행불능, 이행지체 및 적극적 채권침해(또는 불완전이행)의 세 가지 유형이 있다; ③ 제390조 본문의 ‘채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때’에는 이행불능, 이행지체 및 적극적 채권침해(또는 불완전이행)가 포함된다.

이 시기의 학설은 일본민법학의 절대적인 영향 아래에 있었다. 그리고 채무불이행책임에 관한 당시의 일본민법학은 소위 ‘學說繼受’ 현상으로 인하여 독일민법학의 절대적 영향 아래 있었다. 독일에서는 손해배상의 발생원인으로 이행불능(제280조)과 이행지체(제286조)만을 규정하고 있었던 독일구민법전¹⁵⁾의 흠결을 보충하기 위하여 학설과 판례가 적극적 채권침해(또는 불완전이행)라는 제3의 유형을 고안하여 운용하였다(소위 ‘한정적 3유형론’).

12) 현행 민법전의 시행일 이후(1960년 1월 1일 이후)로 한정하여 살펴보기로 한다.

13) 특히 金曾漢·安二濬 편, 新債權總論, 博英社, 1968, 97면; 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1975, 106면; 郭潤直, 債權總論, 厚巖社, 1976, 111면 등 참조.

14) 일본민법전 제415조는 다음과 같이 규정한다: “채무자가 채무의 본점에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자의 책임 있는 사유로 인하여 이행할 수 없게 된 때에도 또한 같다.”

15) ‘채권법의 현대화를 위한 법률’(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)로 확정되어 2001년 11월 29일 공포되고 2002년 1월 1일부터 시행되고 있는 현행 독일민법전의 前身을 말한다. 앞으로 ‘독일구민법전’은 그것을 지칭하는 것이다.

이러한 독일민법학의 이론이 별다른 학문적 성찰도 거치지 않은 채 일본을 통하여 우리나라에 그대로 유입된 것이다. 맹목적 학설계수의 대표적인 예라고 할 수 있다. 요컨대, 1960년대 및 1970년대 한국의 민법학은 독일민법학의 역사적 유산을 승계한 일본민법학의 그늘에 머물러 있었다.

(2) 1980년대 이후의 상황

1980년대에 들어 한국의 일부 학자들은 제390조 어느 곳에서도 독일구민법전과 같은 모습을 발견할 수 없다는 인식을 하게 된다. 이에 따라 비교법적 시각 또는 역사적 시각을 바탕으로 제390조에 관하여 새로운 이론체계를 정립하려는 시도가 등장하였고,¹⁶⁾ 이러한 경향은 시간이 경과함에 따라 많은 학자들의 지지를 얻었다.¹⁷⁾ 이는 근대 한국민법이 성립할 시점부터 태생적으로 존재했던 역사의 그늘을 벗어나 적절한 해석론을 모색하여야 한다는 인식의 표현으로 볼 수 있다.

제390조는 包括的 一般主義의 형식을 취하고 있는데, 이러한 규정형식은 프랑스민법전(제1147조), 이탈리아민법전(제1218조), 스위스채무법(제97조)과 일치하며, 한정적 열거주의를 취하고 있던 독일구민법전과는 분명하게 구별된다. 이와 같은 사정에도 불구하고 오랜 기간 동안 제390조는 ‘독일식’으로 운용되어 왔던 것이다. 이러한 현상을 가리켜 한 학자는 다음과 같이 표현하고 있다: “이는 곧 Pothier나 Portalis가 한국에서 Windscheid나 Planck로 변신했음을 의미한다.”¹⁸⁾ 제390조를 ‘독일식’으로 운용하지 않는다는 것은, 특히 독일의 적극적 채권침해(positive Vertragsverletzungen)의 이론을 수용할 필요가 없음을 의미하는 것이다. 독일의 적극적 채권침해론은 給付義務(Leistungspflicht), 附隨的 注意義務(Nebenpflicht), 保護義務

16) 특히 金亨培, “우리 민법의 債務不履行體系”, 『民法學研究』, 博英社, 1986, 114면 이하; 曹圭昌, “民法 제390조와 積極的 契約侵害”, 郭潤直博士華甲紀念論文集『民法學論叢』, 344면 이하 참조.

17) 郭潤直 편/梁彰洙 집필, 民法注解[IX], 博英社, 1995, 211면; MYOUNG Soon-Koo, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris, L.G.D.J., 1996, p.90 이하 참조.

18) 曹圭昌, “民法 제390조와 積極的 契約侵害”, 『論理와 直觀』, 法文社, 1998, 259면.

(Schutzpflicht)와 같은 개념으로 집약되는 독일민법학 특유의 복잡한 債權構造論에 기초한 것이다. 독일법학 특유의 분석적 사고에 기초한 적극적 채권 침해론은 포괄적 사고에 익숙한 한국인에게서는 매우 낯선 이론일 수밖에 없다. 게다가 적극적 채권침해론에 대한 독일민법학의 태도를 자세히 들여다보면 이 이론은 완결된 것이 아니라 늘 형성되고 있던 이론이다.¹⁹⁾ 그러다 보니 국내에 소개된 적극적 채권침해론은 일정한 목표를 가지고 독일의 학문적 결과를 비판·분석하여 수용된 것이 아니라, 거대한 논의 중 극히 단편적인 부분을 논자의 관점에 따라 선정하여 소개한 것에 불과하다.²⁰⁾

(3) 결 어

1980년대 이후의 인식변화에도 불구하고 제390조를 해석함에 있어서 아직도 적극적 채권침해론(또는 불완전이행론)을 언급하는 학자가 있다.²¹⁾ 그런데 이들이 이해하고 있는 ‘적극적 채권침해’의 개념과 독일민법학의 그것 사이에는 차이가 있다고 본다. 한국의 학자들에게 ‘적극적 채권침해(또는 불완전이행)’라는 개념은 “이행기에 채무의 이행에 해당하는 행위가 있기는 했으나 그것이 불완전하다”라는 점에 핵심이 있는 것이지, 독일에서와 같이 복잡한 채권구조론과 연계된 필연적 결과물로서의 ‘적극적 채권침해’의 개념은 아니라고 본다. 만약 이러한 평가가 정당하다면 이제는 ‘적극적 채권침해론’은 역사전시관에 안치되는 것이 옳다. 우리는 ‘적극적 채권침해’라는 개념이 없이도 법률문제를 해결할 수 있는 충분한 장치(즉 제390조)를 가지고 있다. 독일에서 법률홈걸을 보충하기 위하여 형성한 적극적 채권침해이론을 수입하면서 그 법적 근거로 제390조를 드는 것은 일종의 난센스이다.

이와 관련하여 가장 결정적인 사실은 독일민법전의 개정이다(2002년 1월 1일 시행). 개정된 독일민법전은 종래의 한정적 열거주의를 폐기하고 채무불이행으로 인한 손해배상의 발생원인을 ‘의무위반’(Pflichtverletzung)이라는

19) 曹圭昌, 앞의 글 “民法 제390조와 積極的 契約侵害”, 267면 참조.

20) 曹圭昌, 앞의 글 “民法 제390조와 積極的 契約侵害”, 266면 참조.

21) 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998, 221면; 金相容, 債權總論, 法文社, 2004, 132면 이하 참조.

총체적 개념으로 대체하였다(제280조). 이는 CISG의 ‘계약위반’(breach of contract: Art. 25), PICC와 PECL의 ‘불이행’[non-performance: PICC Art. 7.1.1./PECL Art. 1:301 (4)]과 같은 관념을 수용한 결과이다. 독일에서조차 이미 폐기된 이론을 한국민법학이 고수하여야 할 이유는 없다.

2. 개별문제

위에서 제390조에 대한 인식전환의 경향과 그 정당성을 논증하였다. 이와 같은 시각에 따라 다음에서는 제390조와 관련된 몇 가지의 개별적인 문제를 해석론 또는 입법론의 차원에서 검토해 보기로 한다.

(1) 채무불이행의 유형화 필요성

제390조를 원래의 규범목적에 따라 包括的 一般主義의 시각으로 해석한다고 하여 채무불이행의 유형화 작업이 가지는 유용성을 부정할 것은 아니다. 손해배상의 분류에 있어서 ‘본래의 급부에 대신하는 손해배상’(填補賠償)과 ‘본래의 급부와 아울러서 하는 손해배상’(遲延賠償)의 분류는 이론과 실무의 양면에서 유용할 뿐만 아니라 한국민법전의 여러 규정도 이 분류를 기초로 하고 있다(특히 제387조, 제395조 등). 이는 이행불능과 이행지체의 유형화가 여전히 유용함을 의미하는 것이다.

중요한 것은 유형화를 하는 이유가 무엇인가 하는 것이다. 즉 독일구민법식으로 ‘한정적 3유형론’의 일환으로 이행불능과 이행지체를 배치시키는 것이 아니라, 이들 두 가지를 거래계에서 다양하게 나타나는 채무불이행의 주요유형으로 보는 입장이라면 이를 제390조의 원래의 규범목적에 어긋나는 것으로 볼 이유가 없다.

(2) 제390조의 규범기능에 대한 정확한 인식

제390조는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 근거를 제공하는 규정

이다. 채무자가 채무를 이행하지 않은 경우에 대한 제재방법은 매우 다양한데(예: 해제, 강제이행, 담보책임 등), 제390조는 채권자에게 손해배상청구권도 있음을 선언하고 있는 것이다. 이것이 제390조의 규범기능이며 그것만으로도 제390조는 충분한 존재이유를 가지는 것이다. 만약 제390조가 없다면 채무불이행의 피해자인 채권자는 계약해제권 또는 대금감액권 정도로 만족하여야 할 것이기 때문이다.

그러므로 제390조에 그 규범기능을 초과하는 의미를 부여하는 것²²⁾은 바람직하지 않으며, 그러한 태도는 때에 따라서는 채무불이행책임체계에 혼란을 초래할 수도 있다.

(3) 채무불이행의 개념과 손해배상청구권의 성립요건의 구별

종래 우리나라의 거의 모든 학설은 이행불능, 이행지체 등과 같은 채무불이행의 존재요건으로 귀책사유와 위법성을 배치시키고 있다.²³⁾ 다음과 같은 설명이 그 예이다: “履行遲滯라 함은, 債務가 履行期에 있고, 또한 그 履行이 可能함에도 불구하고, 債務者가 그에게 責任있는 事由(有責事由)로 違法하게 債務의 內容에 좇은 履行을 하지 않는 것이다.”²⁴⁾

이러한 태도는 단순한 법률사실로서의 채무불이행의 개념과 그 채무불이행에 대한 여러 제재 중의 하나인 손해배상청구권의 요건(즉 책임요건)을 혼동한 것이다. 채무불이행 사실이 존재하고 그에 부가하여 손해배상책임의 일반요건(손해, 인과관계, 귀책사유, 위법성)이 충족되면 손해배상청구권이 성립한다는 사실에 유의하여야 한다. 만약 귀책사유와 위법성을 채무불이행의 존재요건으로 배치하게 되면 強制履行(제389조)도 귀책사유를 요건으로 하는 제도로 되는 것이 논리적이다. 왜냐하면 강제이행은 이행지체에 대한 전형적 제재수단이기 때문이다.

22) 제390조를 손해배상청구권의 근거규정임과 동시에 손해배상의 범위에 관한 규정으로 이해하는 태도(金亨培, 앞의 책 債權總論, 258-259면 참조)와 같은 것이 그 예이다.

23) 金亨培, 앞의 책 債權總論, 152면, 173-174면; 金相容, 앞의 책 債權總論, 100면 이하.

24) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1994, 135면.

(4) 제390조의 法文에 대한 사고의 전환

제390조는 本文과 但書의 구조로 되어 있다. 종래의 통설은 단서의 ‘이행할 수 없게 된 때’를 이행불능의 경우로, 본문의 ‘이행을 하지 아니한 때’를 그 밖의 경우(예: 이행지체)로 이해하면서 제390조는 이행불능에 대해서만 귀책사유를 요구하는 형식으로 규정되었다고 이해한다. 물론 종래 통설은 이행불능으로 인한 손해배상의 경우에만 귀책사유를 요구할 특별한 이유가 없다는 사실을 들어 그 밖의 사유로 인한 손해배상의 경우에도 귀책사유가 요구된다고 해석하고 있기는 하다.²⁵⁾ 그러나 제390조의 문언에 그 정도까지 민감할 필요는 없다고 생각한다.

그 이유는 다음과 같다: 제390조의 母法에 해당하는 일본민법전 제415조²⁶⁾의 입법과정을 보면 ‘이행을 하지 아니한 때’(제1문)와 ‘이행할 수 없게 된 때’(제2문)의 표현에 유의하였는데, 제2문의 ‘이행할 수 없게 된 때’는 이행불능의 경우를 가리키는 것이었다²⁷⁾; 일본민법전 제415조도 法文上으로는 이행불능에 대해서만 귀책사유를 요구하는 형식으로 되어 있다; 그러나 일본의 학설과 판례는 입법형식에도 불구하고 제1문의 경우에 있어서도 귀책사유를 요구하는 것으로 해석하였는데 그와 같은 경향은 만주민법전 제377조²⁸⁾에 그대로 반영되었다²⁹⁾; 한국민법전의 입법관련 자료 어디에도 제390조에 대한 입법자의사는 나타나 있지 않으며, 다만 제390조가 일본민법전 제

25) 金亨培, 앞의 책 債權總論, 153면; 郭潤直, 앞의 책 債權總論, 141면 등 참조.

26) 한국민법전 제390조가 본문과 단서의 형식으로 규정된 것과 달리, 일본민법전 제415조는 제1문과 제2문의 형식으로 되어 있다.

27) 이에 대해서는 金亨培, 앞의 글 “우리 民法의 債務不履行體系”, 159면 참조.

28) 만주민법전 제377조는 다음과 같이 규정한다: “채무자가 채무의 본점에 좇은 이행을 하지 않거나 또는 이것을 할 수 없게 된 때에는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 그 불이행이 채무자의 고의나 과실로 인한 것이 아닐 때에는 그러하지 아니하다.”

29) 만주민법전(1937년 12월 1일 시행)은 일본제국주의의 침략정책의 일환으로 日本法律家の 주도 아래 만들어진 것으로 약 40년간 일본민법전(1898년 7월 16일 시행)을 운용하는 과정에서 집적된 학설과 판례가 반영되었다(이에 대하여 간략한 설명은 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 10-11면 참조).

415조와 만주민법전 제377조와 같은 취지라는 정도의 언급이 있을 뿐이다³⁰⁾; 매우 중대한 사항임에도 불구하고 입법관련 자료에 제390조의 文言에 관해서는 이상하리만큼 논의가 없었다; 이러한 사정으로 미루어보건대, 한국 민법전의 입법 당시에 제390조의 文言에 대하여 유의한 흔적은 거의 없으며, 그 이유는 구민법전(즉 일본민법전) 아래에서의 해석론³¹⁾이 의심할 여지없이 너무나 지배적이었기 때문일 것이다³²⁾; 그러므로 제390조 ‘이행을 하지 아니한 때’(본문)와 ‘이행할 수 없게 된 때’(단서)의 문언에 무게를 두는 것은 앞에서 확인한 사정으로부터 추단되는 입법자의사에도 합치하지 않을 뿐만 아니라, 제390조를 포괄적 일반주의의 시각에서 이해하여야 한다는 요구에도 부합하지 않는 것으로 제390조의 母法에 해당하는 일본민법 제415조의 — 그것도 입법기술상 정확성을 보유했다고 볼 수도 없는³³⁾ — 입법과정의 역사로 회귀하는 일이다.

한편, 立法形式만을 본다면 제390조와 일본민법전 제415조 사이에는 커다란 차이가 있다는 점에 유의할 필요가 있다. ‘이행을 하지 아니한 때’와 ‘이행할 수 없게 된 때’가 일본민법전 제415조에서는 제1문과 제2문으로 구성되어 있는 것과 달리 한국민법전 제390조에는 본문과 단서로 배치되어 있다. 法文이 本文과 但書로 구성되어 있는 경우 단서란 기본적으로는 본문에 의하여 포섭되는 경우 중에서 특수한 상황을 규율하는 것이 보통이다. 이렇게 본다면 ‘이행을 하지 아니한 때’와 ‘이행할 수 없게 된 때’의 관계를 병렬적으로 보는 것은 제390조의 입법형식에 충실한 해석으로 보기 어렵다. 그렇다

30) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 上卷, 1957, 233면.

31) 구민법전 아래에서의 해석론이란, 이행불능뿐만 아니라 그 밖의 유형의 채무불이행의 경우에도 귀책사유가 손해배상청구권의 요건이라는 것을 의미한다.

32) 현행 민법전 시행 직후에 출간된 한 교과서의 다음과 같은 취지의 표현은 이러한 사정을 대변하고 있다: “민법은 이행불능에 관하여는 채무자의 ‘고의나 과실’(제390조 단서) 또는 ‘책임 있는 사유’(제546조)로 인할 것을 필요로 하고, 이행지체에 관하여는 직접적으로는 이것을 明言하지 않았다. 그러나 이행불능과 이행지체를 구별하여야 할 충분한 이유가 없고 민법의 다른 조문(예: 제391조, 제392조, 제397조)과의 균형상 또는 그 반대해석의 결과로서 적어도 간접적으로는 이행지체에 관하여도 채무자의 귀책사유로 인할 것이 요구되는 것으로 해석하여야 한다.”(金曾漢·安二濬 편, 新債權總論, 博英社, 1960, 101-102면).

33) 이에 대해서는 金亨培, 앞의 글 “우리 民法의 債務不履行體系”, 159면 참조.

면 제390조의 文言에 무게를 두고 해석론을 전개한다는 것 자체가 무망한 일이 아닌가 하는 생각이 든다.

위에서의 논의는 다음과 같이 정리할 수 있다: 제390조의 文言과 그 母法으로 인식해 온 일본민법전 제415조의 역사에 집착할 것이 아니라 제390조의 본질적 규범내용(채무불이행으로 인한 손해배상책임의 성립에 있어서 일반조항주의와 과책주의) 쪽으로 관심의 방향을 전환하여야 할 것이다.

제390조 文言에 집착한 나머지 현재 국회에 계류되어 있는 민법개정안은 종래 일반적 학설의 요구에 따라 제390조를 다음과 같이 변경하는 것으로 되어 있다: “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 그 이행이 이루어지지 아니한³⁴⁾ 때에는 그러하지 아니하다.” 개정안의 취지는, 현행 제390조 단서의 ‘이행할 수 없게 된 때’라는 것이 이행불능을 가리키는 것에 불과하다는 문제점을 해결하고자 하는 것이다.³⁵⁾ 그러나 이 개정안의 타당성에 대해서는 다음과 같은 점에서 의문이 든다: 제390조가 본문과 단서의 구조를 그대로 유지하는 한, 개정안 제390조 本文(‘이행을 하지 아니한 때’)과 但書(‘그 이행이 이루어지지 아니한 때’)는 이론적으로 타당한 대비상황이 되지 못한다. 단서의 ‘그 이행이 이루어지지 아니한 때’가 모든 채무불이행의 유형을 포괄하기 위하여 고안된 관념이라고 본다면 본문의 ‘이행을 하지 아니한 때’라는 것은 그러하지 않은 관념이 될 수밖에 없는데, 이러한 상황은 본문과 단서의 관계로서 적절하지 않을 뿐만 아니라 제390조의 본질적 특질이라고 할 수 있는 일반조항주의의 성격에도 합치하지 않는다. 왜냐하면 제390조 본문은 모든 유형의 채무불이행을 포섭할 수 있어야 하기 때문이다.

이와 같은 문제점을 고려하여 생각한다면 제390조를 개정할 바에야 전면적인 개정이 바람직하다고 생각하며, 그 문안은 다음과 같은 정도가 어떠할까 생각한다: “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 못한 때에는 채권

34) 밑줄은 필자가 그은 것이다. 밑줄이 변경부분인데 이것은 ‘이행할 수 없게 된’을 대체한 것이다.

35) 제390조의 개정이유 및 개정에 대한 논의에 대하여 자세한 것은 法務部, 民法(財産編) 改正 資料集, 法務資料 제260집, 法務部 法務審議官室, 2004, 569면 이하 참조.

자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 그 불이행이 채무자의 고의나 과실로 인한 것이 아닌 때에는 그러하지 아니하다.”

Ⅲ. 瑕疵擔保責任의 분야

제580조는 특정물매매에 있어서 매도인의 하자담보책임을 규정하고 있다. 채무불이행 일반규범과 담보책임을 이원적으로 규율하는 것이 대륙법계의 일반적인 입법형식이기는 하다. 그러나 양자의 관계에 대한 각 법제의 입장에는 상당한 차이가 있다. 이 문제와 관련하여 한국민법학은 오랜 기간 동안 역사의 桎梏을 벗어나지 못하고 지루한 논쟁을 습관처럼 되풀이하고 있다는 생각이 들기도 한다. 하자담보책임의 분야에서 제기된 문제들에 대한 학문적 합의점을 찾지 않고서 ‘채무불이행규범의 일원화’를 논의할 수는 없는 일이다. 이와 같은 시각에서 다음에서는 이 하자담보책임에 관한 한국민법학에서의 쟁점사항을 기초문제(A)와 개별적인 문제(B)로 구분하여 살펴보기로 한다.

1. 기초문제: 담보책임의 본질

담보책임의 본질은 현행민법 시행 직후부터 민법학계에서 뜨거운 관심을 불러일으켰다. 담보책임제도가 가지는 체계상의 중요성에 비추어 볼 때 이러한 현상은 당연하다고 여겨질 수도 있다. 그러나 이 현상은 자주적이라기보다는 일본민법학계의 영향에 불과했다고 보는 것이 옳을 것 같다.³⁶⁾ 담보책임의 본질은 상당히 진부한 논점이다. 그러나 이 문제가 채무불이행규범의 이론체계에 미치는 영향은 매우 크다. 이 글의 논의를 전개하기 위한 전제로서 유용하다고 판단되는 한도에서 간단히 살펴보기로 한다.

담보책임의 본질에 대한 논쟁은 독일민법학에서 유래하는 것으로 특정물

36) 吳宗根, “特定物賣買에서의 瑕疵擔保責任에 관한 學說史”, 茂巖李英俊博士華甲紀念論文集「韓國民法理論의 發展」, 843면 참조.

매매를 대상으로 한다.³⁷⁾ 특정물하자담보책임의 본질에 관한 학설로는 ‘법정 책임설’과 ‘채무불이행책임설’이 있다. 후자가 담보책임을 채무불이행책임의 일종으로 보는 것과 달리, 전자는 법률에 의하여 인정된 특별한 책임으로서 채무불이행책임과는 단절된 체계로 보는 입장이다.

법정책임설의 기본관념을 보기로 한다. 이 학설은 독일 보통법시대에 형성된 이론으로 당사자의 의사가 特定物의 性狀에까지 미칠 수는 없다는 관념이 그 출발이다.³⁸⁾ 특정된 물건은 그에 대한 사람의 주관적 관념과 무관하게 객관적인 성질과 상태를 가지고 존재하는 것이므로, 어떤 특정의 물건을 계약의 목적물로 하였다면 급부의 객체는 있는 그대로의 그 물건(die Sache, die da so ist)으로 확정된다는 것이다.³⁹⁾ 特定物의 性狀에 관한 당사자의 관념은 법률행위의 내용이 될 수 없고 단지 動機에 불과하다. 그러므로 特定物 賣買의 賣渡人으로서 ‘있는 그대로의 물건’을 인도하기만 하면 완전한 債務履行을 하는 것이 되어 그에게 채무불이행책임을 물을 수는 없다는 것이다. 이러한 논리에서 매도인이 인도한 물건에 하자가 있는 경우에 문제되는 하자담보책임은 債務不履行에 대한 제재로 관념하지 않는다.

하자담보책임의 본질에 관한 독일민법학의 연구결과는 한국과 일본의 민법학에 결정적인 영향을 주었다. 하자담보책임의 본질을 탐색함에 있어서 독일민법학은 로마법에 의존하였는데, 이러한 태도의 타당성에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 로마법상의 하자담보책임의 내용⁴⁰⁾은 시대에 따라 상당한 차이가 있었고, 그 차이의 폭은 보기에 따라서는 법정책임설과 채무불이행책임설의 격차만큼이나 큰 것이었기 때문이다. 근대 대륙법계 민법상의 하자담보책임제도 형성에 상대적으로 가장 큰 영향을 미쳤다고 평가되는

37) 하자담보책임에 관한 역사적 연구에 대해서는 曹圭昌, “物件의 瑕疵擔保責任: 現行法規定の 批判的 考察”, 앞의 책 「論理와 直觀」, 181-194면 참조.

38) 독일의 문헌과 함께 이에 대하여 자세한 설명은 金大貞, “賣渡人의 擔保責任에 관한 研究”, 成均館大學校 博士學位論文, 1990, 30면 이하 및 177면 이하 참조.

39) 이와 같은 내용의 이론을 일본의 학자들은 ‘특정물도그마’라고 불러왔고 한국에서도 이 용어가 사용되고 있다.

40) 로마법의 하자담보책임에 대한 역사적 고찰에 대해서는 曹圭昌, 앞의 글 “物件의 瑕疵擔保責任: 現行法規定の 批判的 考察”, 181면 이하; 金大貞, 앞의 논문 “賣渡人의 擔保責任에 관한 研究”, 16면 이하; 李相光, 瑕疵擔保責任論, 法元社, 2000, 7면 이하 참조.

Justinianus 시대의 로마법을 기준으로 본다 하더라도 그것은 하자담보책임의 본질에 관한 독일민법학의 논의사항과 직접적인 연관성을 찾기 어렵다. 요컨대, 법정책임설은 순전히 독일민법학의 작품이다.

채무불이행책임설은 瑕疵擔保責任을 매도인의 債務不履行에 대한 제재로 본다.⁴¹⁾ 特定物賣買에 있어서 단순히 매매목적물에 대한 所有權 및 占有의 이전만으로는 賣渡人이 債務를 완전히 이행한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이 학설은 물건의 성상이라는 것이 단순한 동기에 불과한 것이 아니라 법률행위의 내용을 이루는 것으로 이해한다. 그리하여 特定物賣買에 있어서 매도인은 ‘목적물에 하자가 없을 것’이라는 계약상의 의무를 부담하는 것이다.

담보책임의 본질에 관한 학설은 독일에서 생성된 후 독일민법학의 절대적인 영향 아래 있었던 日本에 전해지고, 日本을 통하여 또 다시 한국에 수입되었다. 1970년대까지는 법정책임설이 한국민법학계를 지배하였다. 1980년대에 접어들자 독일민법학에 대한 비교법적 연구가 활발해지면서 채무불이행책임설이 활발하게 소개되었고⁴²⁾ 현재에는 한국에서도 다수설의 위치에 있다.⁴³⁾

법정책임설은 오랜 기간 동안 일본과 한국에서 깨뜨리지 못할 원칙인 것처럼 인식되어 왔다. 그런데 이 학설의 타당성에 대해서는 근본적인 의문이 있다. 법정책임설의 출발점에 해당하는 ‘특정물도그마’부터가 문제이다. 무엇보다도 ‘특정물도그마’의 관념은 상식에 합치하는 것으로 보기 어렵다. “매매계약에 있어서 목적물의 성상은 계약의 내용이 아니다”라는 말을 누가 수긍할 수 있겠는가? 상식의 틀을 벗어나는 법이론은 하나의 허구에 불과한 것으로 생명력을 가질 수 없다. 특정물에 대한 매매계약을 체결함에 있어서 당사자들은 ‘일정한 성상을 가진 목적물’과 ‘일정한 금액의 매매대금’을 대상으

41) 이 학설을 취하고 있는 문헌과 그 내용에 대해서는 李相光, 앞의 책 瑕疵擔保責任論, 30-36면 참조.

42) 黃迪仁, “瑕疵擔保責任의 法的 性質”, 「考試界」, 제24권 제3호(제265호)(1979), 81면 이하; 金亨培, “債務不履行責任의 歸責根據에 관한 試論的 考察”, 「月刊考試」, 제100호(1982), 39면 이하; 曹圭昌, “物件의 瑕疵擔保責任”, 「法學論集」, 제21집(1983), 221면 이하 등.

43) 金亨培, 債權各論, 博英社, 1997, 310면; 金相容, 債權各論, 法文社, 2004, 205면; 郭潤直, 債權各論, 博英社, 2005, 137면.

로 의사표시를 교환하는 것으로 보아야 할 것이다. 특기할만한 것은 한국에서 주장되는 법정책임설 중에는 권리흠결과 종류물의 하자담보책임도 법정책임설로 설명하는 견해도 있다는 점이다. 이러한 태도는 법정책임설을 특정물의 하자담보책임에만 한정하고 있는 독일과 큰 차이가 있다.⁴⁴⁾ 애초부터 특정물도그마가 문제될 수 없는 경우에 대해서까지 법정책임설로 설명하려는 태도를 어떻게 바라보아야 할까? 담보책임의 본질에 관한 논의에 있어서 이제 歷史의 桎梏으로부터 벗어나 우리에게 적절한 규범을 탐색하여야 할 필요가 있다. 게다가 법정책임설은 채무불이행규범의 一元化에 결정적인 걸림돌로 작용한다.

요컨대, 특정물하자담보책임은 채무불이행에 대한 제재로 파악하여야 한다. 같은 매매계약이라도 종류물매매인가 특정물매매인가에 따라 담보책임의 본질이 상이한 것으로 파악하는 것은 어색한 일이다. 법정책임설에 따르면 특정물매매의 매도인이 매수인에게 하자 있는 물건을 인도한다 하더라도 매수인은 그 물건의 수령을 거절할 수 없다는 논리가 되는데(매도인은 채무를 위반한 바가 없으므로), 이는 실제적 거래관념과는 동떨어진 것이다. 한편, 채무불이행책임설을 철저하게 관철한다면 채무불이행 일반규범과 담보책임은 동일한 토대에서 규율될 수 있고, 또 그렇게 하는 것이 효율적인 이론구조이다.

법정책임설의 진원지인 독일의 개정민법은 채무불이행으로 인한 손해배상 책임에 관한 원칙규정인 제280조의 ‘의무위반’(Pflichtsverletzung)의 하위개념으로 제433조에서 매도인에게 물상 및 권리상 하자가 없는 물건을 조달해주어야 할 의무를 규정하였다(제433조 제1항 제2문).⁴⁵⁾ 이는 특정물도그마의 폐기를 의미하는 것이다. 역사적 필연성과 무관한 관념, 발상지에서조차 사라진 관념, 우리의 거래실정 및 사고방식과도 어울리지 않는 관념에 집착할 이유가 더 이상 없다고 본다.

44) 安春洙, “瑕疵擔保法上の 問題點 —債務不履行責任說의 입장에서 特定物賣買를 중심으로—”, 『民事法學』, 제11·12호(1995), 420면 참조.

45) 이에 대하여 자세한 것은 안법영, 독일매매계약법, 고려대학교출판부, 2003, 27면 이하 참조.

2. 개별문제

담보책임의 본질에 관한 논의는 단순히 이론적 의미를 가지는 것에 그치지 않고 여러 가지 실제적인 문제에 영향을 미친다. 채무불이행책임과 담보책임의 일원화를 염두에 두면서 담보책임에서 문제되는 개별사항을 살펴보고자 한다.

(1) 제374조·제462조와 하자담보책임

제374조는 다음과 같이 규정하고 있다: “특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 그 물건을 인도하기까지 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다.” 제462조는 다음과 같이 규정하고 있다: “특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 이행기의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.” 종래 학설은 하자담보책임의 이론구성과 관련하여 이들 두 규정에 중요한 역할을 부여하였는데, 그 시각의 타당성에 대해서는 의문이다. 결론부터 말하자면, 제374조와 제462조는 현행 민법상으로는 전혀 무용한 규정으로 볼 수 밖에 없다는 것이다.

(가) 두 條文이 하자담보책임의 이론체계에 미치는 영향

독일민법학에서 형성된 특정물도그마에 따르면 목적물의 瑕疵가 원시적인가 후발적인가 하는 것은 문제되지 않는다. 게다가 독일구민법전 제459조 제1항은 하자의 판단시점을 ‘위험이전시’로 명문화하고 있어 독일에서는 하자판단의 시점에 대해서는 다툼이 없었다. 사실 특정물도그마에 충실하고자 한다면 원시적 하자와 후발적 하자 모두 담보책임으로 포섭하여야 한다.

그러나 한국의 법정책임설에서는 사정이 다르다. 이는 독일민법에는 존재하지 않는 한국민법전 제374조와 제462조로 인한 것이다. 이 두 조문에 대하여 다수설은 다음과 같이 이해한다: 특정물채무자는 선량한 관리자의 주의

로 목적물을 보존하다가 이행기에 이행한다면 비록 목적물에 후발적 하자가 있다 하더라도 채무이행을 다하는 것이 되나, 채무자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 후발적 하자가 발생했다면 제390조에 따른 손해배상을 하여야 한다. 이 입장에서 보면 제374조는 독일식의 특정물도그마를 그대로 수용할 수 없게 하는 결정적 장애요인으로 작용한다. 왜냐하면 제374조는 계약체결 이후로는 특정물채무자에게 하자 없는 물건을 인도하여야 할 '계약상의 의무'를 정하고 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이는 한국에서는 후발적 하자에 대해서는 특정물도그마를 관철할 수 없다는 결과가 된다. 이와 같은 이유로 한국의 법정책임설은 원시적 하자만을 담보책임의 문제로 이해하게 되었다. 요컨대, 한국에서의 법정책임설은 독일의 법정책임설과는 현격한 차이가 있다. 여기에서 다음과 같은 추론도 가능하다: 제374조의 존재는 우리 민법에서 특정물도그마 내지 법정책임설이 수용될 수 없다는 반증이 아닐까?

우리 민법에서 제374조가 매우 특별한 의미를 가지는 규정인지 아니면 당연한 규범을 주의적으로 규정한 것인지 하는 것은 좀더 살펴보아야 한다. 그러나 위의 추론들은 제374조가 어떤 성격의 것이든 모두 타당한 것이다. 왜냐하면 제374조가 매우 특별한 규정이라면 그 규정을 무게 있게 다루는 것이 당연한 일이고, 주의적 규정에 불과하다면 제374조는 그 근거가 되는 매우 중대한 규범의 다른 표현이므로 무게 있게 다룰 수밖에 없기 때문이다.

(나) 두 條文의 적절성에 대한 비판적 관점

1) 제374조에 대하여

제374조는 일본민법전 제400조⁴⁷⁾와 같은 취지이고,⁴⁸⁾ 일본민법전 제400조⁴⁹⁾는 프랑스민법전 제1136조와 제1137조, 특히 제1136조⁵⁰⁾의 영향이다.⁵¹⁾

46) 이러한 사정은 일본의 경우에도 마찬가지이다.

47) 일본민법전 제400조는 다음과 같이 규정하고 있다: “채권의 목적이 특정물의 인도인 때에는 채무자는 그 인도를 하기까지 선량한 관리자의 주의로써 그 物을 보존하여야 한다.”

48) 郭潤直 편/宋德洙 집필, 民法注解[VIII], 博英社, 1995, 103면 참조.

49) 일본민법전 제400조는 일본구민법전 재산편 제334조(인도의무에 관한 규정)와 제462조(보존의무에 관한 규정)를 약간 수정한 후 통합하여 하나의 조문으로 한 것이다.

50) Article 1136: L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la

그러므로 한국민법 제374조의 의미를 이해하기 위해서는 프랑스민법전 제1136조를 살펴볼 필요가 있다.

프랑스민법전 제1136조에서 우선 유의하여야 할 개념은 ‘주는 채무’(obligation de donner)이다. ‘주는 채무’의 개념에 대해서는 한국과 프랑스 사이에 큰 차이가 있다.⁵²⁾ 프랑스민법상 채무의 분류 중에는 ‘주는 채무’와 ‘하는 채무’(obligation de faire)의 구별이 있다. ‘주는 채무’에서 말하는 ‘준다’(donner 또는 dare)는 것의 법적 의미는 ‘物權의 이전’을 말한다. 그러므로 주는 급부는 채권관계의 내용이 물권변동을 수반하는 경우에만 생각할 수 있는 개념이다. 한편, 물권변동에 있어서 의사주의를 취하는 프랑스민법에 있어서 물권변동은 계약의 효력과 더불어 발생하게 된다(프랑스민법전 제1138조 제1항 참조). 따라서 물권변동을 내용으로 하는 계약에 있어서 채무자에게 부과되는 ‘물권의 이전’이라는 의무는 이론적으로만 존재할 뿐 실재하는 의무는 아니다. 프랑스민법에 있어서 주는 급부의 이행은 채무이행의 결과가 아니라 계약 자체의 효력인 것이다. 예컨대, 매매계약에 있어서 매도인이 매수인에게 목적물을 실질적으로 인도하였는가와 관계없이 소유권은 계약성립과 동시에 매수인에게 귀속된다.⁵³⁾

이제 프랑스민법전 제1136조의 의미를 살펴보자. 이 규정은 ‘주는 채무’가 인도의무(obligation de livrer)와 보존의무(obligation de conserver)를 포괄한

conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier. 이 규정은 다음과 같이 번역한다(명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2004, 519면 참조): “주는 채무는 물건의 이전과 물건 인도시까지의 물건보존의무를 포함하며, 이 의무에 위반한 경우 채무자는 채권자에게 손해배상을 하여야 한다.”

51) 奥田昌道 編/金山正信 執筆, 注釋民法(10), 有斐閣, 1987, 58-59면 참조.

52) 종래 한국의 통설은 채무(또는 급부)를 분류함에 있어서 작위급부와 부작위급부로 구분하고 작위급부를 다시 주는 급부와 하는 급부로 구분한다. 이들은 ‘주는 급부’란 作爲가 물건의 인도인 경우이고, ‘하는 급부’란 作爲의 내용이 물건의 인도가 아닌 경우라고 설명한다. 이에 관해서는 특히 郭潤直, 앞의 책 債權總論, 45면 참조.

53) 바로 이러한 의미에서 프랑스의 Carbonnier 교수는 ‘주는 급부’의 존재 시점에 관하여 ‘le temps d'un éclair’(J. Carbonnier, Droit Civil, t. 4, Les obligations, P.U.F., Paris, 1992, n. 9)라고 표현한다. 그러나 프랑스 민법에 있어서도 주는 급부가 실재하는 경우가 있다는 점에 유의하여야 한다. 종류매매, 장래 물건의 매매, 소유권유보부 매매와 같이 물권변동이 채권성립과 동시에 발생하지 않는 경우에는 채무자의 주는 급부의무가 실재하게 된다.

다는 점을 규정하고 있다. 즉 프랑스의 意思主義 아래에서 인도 의무와 보존 의무는⁵⁴⁾ ‘주는 채무’와의 관계에서 부수의무임을 명문화하고 있는 것이다. 이와 같이 프랑스에서 제1136조가 특별한 의미를 가지는 것은 프랑스민법이 물권변동에서 의사주의를 취하고 있다는 사실과 밀접한 관련이 있다. 일본민법에 있어서 제400조가 존재의미를 가진다는 것은 일본이 의사주의를 채택하고 있다는 사실에서 쉽게 이해할 수 있다.

그러나 이미 앞에서 암시한 바와 같이 한국에서는 사정이 다르다. 형식주의를 취하고 있는 한국에 있어서 채무자가 목적물을 인도하고 보존하여야 한다는 것은 주된 채무이면서 또한 실재하는 채무이다.⁵⁵⁾ 요컨대, 한국민법전 제374조는 무의한 규정이라는 결과가 된다. 즉 제374조의 규율사항은 이미 제390조에 모두 포함되어 있는 내용에 불과한 것이다.

2) 제462조에 대하여

제462조는 일본민법전 제483조⁵⁶⁾와 같은 취지이고,⁵⁷⁾ 일본민법전 제483조는 프랑스민법전 제1245조⁵⁸⁾의 영향이다.⁵⁹⁾ 그러므로 한국민법전 제462조의 의미를 이해하기 위해서는 프랑스민법전 제1245조를 살펴볼 필요가 있다.

프랑스민법전 제1245조는 다음과 같은 두 가지 일반원칙이 포함된 규정이

54) 인도의무와 보존의무는 ‘하는 채무’(obligation de faire)에 속하는 것이다.

55) 가령 한국에서 동산매매의 경우에 매도인의 인도 의무는 가장 본질적인 채무이다. 왜냐하면 매도인의 소유권이전의무는 인도에 의하여 이행되는 것이기 때문이다(한국민법전 제188조 제1항).

56) 일본민법전 제483조는 다음과 같이 규정하고 있다: “채권의 목적이 특정물을 인도하는 것인 때에는 변제자는 그 인도시의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.”

57) 郭潤直 편/宋德洙 집필, 앞의 책 民法注解[VIII], 118-119면 참조.

58) Article 1245: Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure. 이 규정은 다음과 같이 번역한다(명순구, 앞의 책 프랑스민법전, 547면 참조): “특정물의 채무자는, 물건의 훼손이 그 자신 또는 그의 책임 아래 있는 자의 행위 또는 과책으로 인하여 발생하였거나 물건의 훼손 전에 이행을 지체한 경우가 아닌 한, 인도시의 상태대로 물건을 인도함으로써 면책된다.”

59) 磯村哲 編/北川善太郎 執筆, 注釋民法(12), 有斐閣, 1970, 161-162면 참조.

다⁶⁰⁾: ① 물건위험(risque de la chose)에 관한 원칙으로서의 ‘소유자위험부담주의’(res perit domino⁶¹⁾); ② “모든 사람은 자신이 야기한 행위에 대하여 책임을 져야 한다”(chacun est responsable du préjudice qu’il cause)는 원칙. 제1136조가 ‘주는 채무’에 관한 규정인 데 비해 제1245조는 ‘주는 채무’이든 ‘하는 채무’이든 모든 특정물채무에 적용되는 규정이다. ①의 원칙이 적용된 결과로 특정물채무자는 목적물을 ‘인도시의 상태로’(dans l’état où il se trouve lors de la livraison) 인도하면 된다. 타인소유의 물건을 소지하고 있는 채무자로서는 물건의 멸실과 훼손에 대하여 어떤 위험도 부담하지 않기 때문이다.⁶²⁾ 한편, 채무자가 타인소유물을 소지하는 것이므로 제1136조, 제1137조, 제1302조 및 제1303조에 따라 보관 및 보존의무를 지며, 이 의무에 위반하면 손해배상을 하여야 하는데 이것이 제1245조에 포함된 ②의 원칙이다. 이와 같이 제1245조는 다른 조문에 이미 표현된 규범을 반복한 것이거나 혹은 프랑스민법전에 전제되어 있는 일반원칙을 명문화한 정도의 규정일 뿐 특별한 내용을 가진 규정은 아니다.

이제 한국민법전 제462조를 보기로 한다. 이 규정의 의미에 대해서는 학설상 다툼이 있다.⁶³⁾ 제1설(통설)은 이 규정이 다음과 같은 의미를 가지는 것으로 이해한다⁶⁴⁾: 특정물채무에 있어서는 급부의 목적물을 다른 것으로 대체할 수 없기 때문에 채권성립 이후 이행기까지의 기간 동안 목적물의 상태가 변질·훼손 등으로 채권의 성립 당시와 차이가 생기더라도 그 상태대로 인도하면 유효한 변제가 된다; 그러나 그 차이가 채무자의 귀책사유로 인한 것인 때에는 손해배상을 하여야 한다(제374조). 제2설은 제462조에 대해 다음과 같이 주장한다⁶⁵⁾: 아무리 특정물채무라 하더라도 목적물이 동일성을

60) J. Issa-Sayegh, *Juris-Classeur Civil*, Art. 1235 à 1248, Fasc. 68, Editions du Juris-Classeur, Paris, 1995, n. 9 참조.

61) 이에 대해서는 명순구, “동산매매목적물로부터 발생한 과실: 그 수취권의 판단—대판 1992. 4. 28. 91다32527의 비판적 평가”, 「民事法學」, 제20호(2001), 433면 이하 참조.

62) 특히 Cass. com., 11 mai 1976: Bull. civ., IV, n. 162 참조.

63) 학설에 대한 자세한 소개에 대해서는 南孝淳, “特定物の 保存義務에 관한 小考”, 「考試界」, 제40권 제7호(제461호)(1995), 133-136면 참조.

64) 郭潤直, 앞의 책 債權總論, 473면; 金基善, 韓國債權法總論, 法文社, 1987, 310면; 李太載, 債權總論, 進明出版社, 1987, 274면 등 참조.

65) 金亨培, 앞의 책 債權總論, 687면; 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1988, 508면; 金疇洙,

유지할 수 없을 정도에 이른 경우까지 변제로서의 인도를 인정하는 것은 부당하다; 그러므로 목적물이 변질·훼손되더라도 동일성이 유지되는 때에만 변제로 인정되고, 그렇지 않은 경우에는 변제로 인정할 수 없다. 학설대립의 핵심은 변제의 유효성을 판단함에 있어서 목적물에 발생한 변화의 정도를 고려할 것인가 여부이다. 그런데 이러한 학설대립이 무슨 실용성을 가지는지 의문이다. 채권발생 후에 목적물이 훼손되었다면 채무자의 과실 여부에 따라 채무불이행 또는 위험부담의 문제로서 처리될 것이므로 제462조가 적용되어 법률관계에 특별한 변화를 주는 경우는 없다고 해도 과언이 아니다. 입법론의 차원에서 본다면 폐지하여야 할 조문이다. 특히 제1설은 제462조가 특정물도그마를 규정한 것으로 이해하고 있는데, 이러한 견해는 제462조의 입법계통으로 보나⁶⁶⁾ 우리 민법에 대한 체계적 이해의 시각에서 보나 수긍하기 곤란하다.⁶⁷⁾ 만약 제1설과 같이 본다면 한국민법은 특정물도그마를 명문으로 인정하고 있는 매우 독특한 법제라고 할 것이다.

(다) 결 어

종래의 법정책임설은 하자담보책임의 이론체계에 있어서 제374조와 제462조를 중요한 요소로 인식하여 왔다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 이 두 조문은 규율중복이거나 특별한 의미를 내포하지 못한 것으로 무용한 규정이다. 무용한 규정에 특별한 의미를 부여하고자 애를 쓰는 것은 虛構이다. 그리고 이러한 태도는 경우에 따라서는 전반적인 법체계에 대한 중대한 왜곡을 초래할 수도 있다. 특히 제462조를 특정물도그마의 실정법적 근거로 이해하는 입장에 대해서는 다음과 같은 비판을 가하고자 한다: 독일 학설에 의하여 형성된 이론을 도입하고자 한다면 그것으로 족한 것이지 그 이론의 근거로 프랑스민법에 연원을 둔, 그것도 무용하다고 볼 수밖에 없는 규정을 드

債權總論, 三英社, 1988, 368면 등 참조. 이 학설 역시 일본학설의 영향으로 보인다(일본의 문헌은 金亨培, 앞의 책 債權總論, 687면 참조).

66) 제462조의 母法에 해당하는 프랑스민법전 제1245조는 독일식의 ‘특정물도그마’와는 아무런 관련이 없는 조문이다.

67) 한국민법 제462조의 母法에 해당하는 日本民法 제483조의 立法 당시에는 특정물도그마와 같은 것은 알려져 있지도 않았다(金大貞, 앞의 논문 “賣渡人の 擔保責任에 관한 研究”, 249면 참조).

는 것은 허구에 불과하며 난센스이다.

요컨대, 입법론의 차원에서 본다면 제374조와 제462조는 폐지하는 것이 옳다. 해석론의 차원에서는 제462조는 제374조와 표리관계에 있는 규정으로 이해하여야 한다.⁶⁸⁾

(2) 하자담보책임과 손해배상

특정물하자담보책임에 관한 한국민법 제580조는 담보책임의 효과로서 해제(하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우)와 손해배상(그 밖의 경우)을 규정하고 있다.⁶⁹⁾ 하자담보책임과 관련하여 대금감액에 대한 언급이 없이 해제와 손해배상을 같은 차원으로 규율하고 있는 제580조의 규율태도는 역사적으로 보나 비교법적으로 보나 매우 특이한 것이다. 유럽 근대민법의 기초가 된 Justinianus 시대의 하자담보책임의 효과를 정리하면 다음과 같다⁷⁰⁾: ① 담보책임의 원칙적 효과는 해제와 대금감액이며 이는 과실을 요하지 않는다; ② 대금감액과 해제로써 전보되지 않는 손해에 대한 배상청구는 매도인의 과실을 요건으로 한다. 프랑스, 독일, 스위스, 이탈리아, 오스트리아, 스페인 등 대륙법계 민법은 이와 같은 전통에 따라 담보책임을 규율하였다. 즉 담보책임을 무과실책임으로 구성하는 대신 그 효과는 해제와 대금감액을 한도로 하고, 손해배상은 매도인의 악의 또는 과실을 요건으로 하였다.⁷¹⁾ 이들 법제에서는 손해배상의 본질에 대하여 특별한 논쟁을 할 필요가 없다. 왜냐하면 이 때의 損害賠償은 귀책사유를 요건으로 하는 債務不履行으로 인한 損害賠償으로 이해되기 때문이다.⁷²⁾ 채무불이행책임(과실책임)과 담보책임(무과실책임)의 이원적 구조를 기본축으로 하는 대륙법의 계통을

68) 일본민법전 초안에는 제400조와 제483조가 같은 조문에 별개의 항으로 편성되어 있었다.

69) 한국민법 제580조에 대응하는 일본민법 제570조도 같은 내용이다.

70) 曹圭昌, 앞의 글 “物件의 瑕疵擔保責任: 現行法規정의 批判的 考察”, 194면 참조.

71) 프랑스민법전 제1645조, 독일민법전 제463조, 이탈리아민법전 제1494조, 스페인민법전 제1486조, 오스트리아민법전 제932조, 스위스채무법 제208조 등 참조.

72) 하자담보책임의 본질에 관하여 논쟁을 벌여온 독일에서조차 손해배상의 본질에 대해서는 다툼이 없다(安春洙, 앞의 글 “瑕疵擔保法上の 問題點—債務不履行責任說의 입장에서 特定物賣買를 중심으로—”, 429면 참조).

채택하고 있는 한국민법의 특성을 고려해 볼 때 제580조는 입법상의 실책으로 볼 수밖에 없다.

우리나라의 경우에는 법률규정의 결함으로 인하여 제580조의 손해배상의 본질을 둘러싸고 극히 다양한 견해가 주장되고 있는데,⁷³⁾ 특히 과실을 요건으로 하는가 하는 것이 문제의 핵심이다. 왜냐하면 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 일반규정(제390조)은 과실을 요구하고 있기 때문이다. 제1유형의 학설은 제580조에서 정한 ‘손해배상’을 제390조의 손해배상과는 다른 본질을 가지는 것으로 파악한다. 이 견해에 따르면, 제580조의 손해배상은 과실을 요건으로 하지 않는 것으로 된다.⁷⁴⁾ 제2유형의 학설은 하자담보책임의 본질과 연계하여 제580조의 손해배상을 파악한다. 법정책임설에 따르면, 하자담보책임은 法定責任으로서 無過失責任이므로 제580조의 손해배상은 信賴利益의 賠償으로 된다는 것이다.⁷⁵⁾ 채무불이행책임설 중에는, ① 제580조의 손해배상도 손해배상책임의 일반원칙에 따라 매도인의 과실을 요건으로 하며 이 때의 배상은 이행이익의 배상이라는 입장, ② 매도인이 무과실인 때에는 신뢰이익배상, 과실이 있는 때에는 이행이익배상이라는 입장 등이 있다.

생각건대, 제580조의 손해배상의 의미에 대하여 만족할 만한 해석론을 기대하는 것 자체가 무리라고 생각한다. 우선, 제580조의 손해배상을 제390조의 손해배상과 동조시키려고 하면 “담보책임은 무과실책임이다”라는 전제와 제390조의 과실책임의 원칙이 마찰을 일으키게 된다. 한편, 제580조의 ‘손해배상’을 제390조와 무관한 특수한 것으로 보게 되면 제390조와 구별되는 또 다른 ‘손해배상’의 개념이 탄생하게 되어 채무불이행법체계를 더욱 다원화함

73) 이에 대하여 자세한 것은 郭潤直 편/南孝淳 집필, 民法注解[XIV], 博英社, 1997, 221면 이하 참조.

74) 다음과 같은 학설이 그 예이다: ① 제580조의 손해배상은 실제로 있어서는 대금감액이다; ② 제580조의 손해배상은 하자로 인해 감소된 가치 또는 하자로 인해 계약목적 달성을 수 없어 매매계약을 해제한 경우의 계약비용을 損害로서 배상받는 것을 의미하는 것이다.

75) 이 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다: 무과실책임이라는 것으로부터 신뢰이익의 배상이라는 결과를 도출하는 것은 무리이다. 예컨대, 원시적 불능의 경우에 신뢰이익의 배상을 규정하고 있는 제535조도 과실을 요건으로 한다는 사실에 유의하여야 한다.

으로써 세계적인 추세에 역행하는 결과가 된다. 민법개정안은 제580조를 대폭적으로 수정하는 내용을 담고 있다. 대금감액청구권과 하자보수청구권을 신설하는 한편, 손해배상에 대해서는 이를 존치하는 대신 “매수인은 감액청구, 하자보수, 계약해제 외에 손해배상을 청구할 수 있다”라고 규정하여(민법개정안 제580조 제3항) 담보책임의 원칙적 효과와 다른 평면으로 배치하였다. 채무불이행책임과 담보책임의 일원화라는 시각에서 보면 개정안은 여러 가지 문제점을 내포하고 있다. 그러나 현행 제580조의 손해배상을 둘러싸고 벌어진 소모전 양상의 논쟁을 종식시킬 수 있는 단서는 마련되었다고 본다.

(3) 특정물하자담보책임과 착오의 관계

독일 보통법시대부터 瑕疵擔保責任을 錯誤와 관련하여 다루는 경향이 있었는데 Savigny가 그 대표적인 학자이다. Savigny는 錯誤의 본질을 ‘의사의 흠결’이라고 하면서 ‘動機의 錯誤’는 意思의 欠缺을 초래하지 않는 것으로서 法律行爲의 효력에 영향이 없는 것으로 보았다. Savigny에 따르면 목적물의 성상에 대한 착오(error in substantia)는 원칙적으로 동기의 착오에 불과하므로 법률행위의 효력에 영향이 없고, 이 경우에 있어서 매수인의 보호는 하자담보책임에 의하여 구제될 수 있는 것이라고 하였다.⁷⁶⁾

단순한 동기가 법률행위의 내용이 될 수 없다는 점은 수긍할 수 있다. 그런데 물건의 성상을 법률행위의 동기로 보는 태도의 타당성에 대해서는 강한 의문이 든다. 매매계약을 통하여 당사자들이 합의한 목적물은 ‘있어야 할 성상’을 구비한 물건인 것이지 성상으로부터 중립적인 추상적인 물건은 아니라고 보아야 한다. 즉 물건의 성상은 의사표시의 내용을 구성하는 것으로 보아야 한다.⁷⁷⁾

앞에서 본 바와 같이, 특정물도그마와 착오(특히 성상의 착오)는 긴밀한 연관관계 속에서 논의되었다. 즉 “목적물의 성상은 법률행위의 내용이 될 수

76) 宋德洙, “民法上の 錯誤에 관한 研究”, 서울大學校 博士學位論文, 1990, 10면 이하; 金大貞, 앞의 논문 “賣渡人의 擔保責任에 관한 研究”, 31면 참조.

77) 이에 대한 자세한 설명은 명순구, 앞의 책 민법총칙, 412-416면 참조.

없다”라는 명제와 특정물도그마는 이론적으로 같은 계통을 가지고 있다. 만약 담보책임 쪽에서 특정물도그마를 폐기한다면 성상의 착오에 대한 관념도 변경되는 것이 논리적이다. 이러한 시각에서 볼 때 민법개정안 중 제580조와 제109조의 개정부분의 이론적 정합성에 의문이 든다. 제580조에서는 담보책임의 효과로서 ‘하자보수청구권’을 신설하면서(개정안 제580조 제2항) 제109조는 성상의 착오를 동기의 착오로 편입시키는 내용을 신설하였다(개정안 제109조 제2항).⁷⁸⁾ 현행 독일민법전 제433조 제1항 제2문과 같은 규정이 없는 우리 민법에서 하자보수청구권을 인정한다는 것이 곧 특정물도그마의 폐기를 의미하는 것은 아니지만⁷⁹⁾ 그것을 폐기하는 방향으로 담보책임을 운용하는 것이 바람직함은 위에서 본 바와 같다. 이러한 사정을 고려해 볼 때 민법개정안 제109조 제2항을 신설하는 것은 시대에 역행하는 것은 아닌지 생각해 볼 일이다.

담보책임과 착오의 관계에 관한 전통적 논의로서 전자의 규정이 후자의 규정의 적용을 배제하는가 하는 것이 있다. 일본의 학설의 영향에 따라 담보책임 규정이 착오 규정을 배제한다고 보는 것이 우리나라의 다수설이다.⁸⁰⁾ 이 학설의 주요논거는 담보책임 규정이 착오 규정의 특별규정이라는 것이다. 과연 그러할까? 일반적으로 “특별법이 일반법에 우선한다”(lex specialis derogat legi generali)라는 원칙은 동일한 소송물에 관한 성문법규가 복수로 존재하고 그들 규범이 서로 모순·저촉되는 경우에 적용되는 것이다.⁸¹⁾ 그런데 착오를 이유로 한 취소 문제와 담보책임 문제는 별개의 소송물로서 특별규정우선의 원칙이 적용될 사안이 아니라고 생각한다.⁸²⁾ 즉 양자는 병존하는 것으로 보아야 한다.

78) 이 개정안은 독일민법전 제119조 제2항을 그대로 옮겨놓은 것이다.

79) 법정책임설의 입장에서는 ‘하자보수청구권’에 대해서도 법률의 규정에 의하여 특별히 인정되는 것이라고 설명하면 될 것이다.

80) 이에 관한 학설의 추이에 대해서는 吳宗根, 앞의 글 “特定物賣買에서의 瑕疵擔保責任에 관한 學說史”, 842면, 846면 참조.

81) 대판 1989. 9. 12. 88누6856; 대판 1998. 11. 27. 98다32564 등 참조.

82) 이에 대해서는 명순구, 앞의 책 민법총칙, 423-424면 참조.

IV. 結 論

독일구민법전은 ‘교수들의 법’(Professorenrecht)이라 불릴 정도로 그 정확성과 정연성에 있어서 세계적으로 돋보이는 민법전이었다. 이와 아울러 민법학에 관한 풍부한 문헌과 판례를 통하여 세계의 私法 발전에 기여하였다. 그러나 독일구민법전상의 채무불이행법은 납득할 만한 이유도 없이 복잡한데다 현대의 거래현실과 맞지 않아 민법전에 대한 개정압력이 있었다.⁸³⁾ 새로 개정된 독일 채무불이행법의 모습을 한 마디로 표현한다는 것이 무리이기는 하지만, ‘단순화’ 및 ‘사법의 세계화 경향과의 조화’도 중요한 관념으로 지적될 수 있다. 이러한 관점에서 특히 우리의 관심을 끄는 것은 ‘債務不履行 一般規範과 擔保責任의 一元化’이다. 앞에서는 이 작업의 전제로서 債務不履行規範의 一元化에 대한 장애요소들을 지적하고 그것을 극복하기 위한 방안을 검토하였다.

법의 발전이란 것은 그 사회에 가장 효율적이고 적절한 규범을 찾아가는 작업이다. 법의 발전은 ‘규범의 자기화’ 과정이고, 그 기본방향 중의 하나는 ‘규범의 단순화’라고 생각한다. 아무리 좋은 이론이라 하더라도 이론의 효용을 훨씬 상회하는 복잡성을 수반한다면 수용되기 어렵다. 債務不履行規範의 一元化는 한국민법학의 발전과 방향을 같이하는 것이다. 그리고 一元化에 있어서 독일민법전의 개정경과와 내용은 많은 참고가 될 것으로 생각한다. 특히 채무불이행규범 중에서 채무자의 과실을 요건으로 하지 않는 제도가 여전히 필요하다는 사실을 들어 채무불이행 일반규범과 따로 담보책임제도를 존속시켜야 한다는 것과 같은 주장⁸⁴⁾은 한국민법학의 발전과는 거리가 있다

83) 독일민법의 개정배경에 대해서는 金亨培, “獨逸債權法現代化法案: 債務不履行法の體系를 중심으로”, 「저스티스」, 제34권 제5호(제63호)(2001), 84면 이하; 鄭鍾休, “契約責任의 再構成 — 獨逸 債權法 現代化를 중심으로 —”, 「比較私法」 제9권 제3호(통권 제18호)(2002), 152면; Ole Lando/宋鎬煥 역, “民法典의 새로운 債權法과 유럽契約法原則”, 慕原金旭坤教授 停年退任紀念論文集 「契約法の課題와 展望」, 17-22면 등 참조.

84) 이것이 현재 진행 중인 민법개정작업의 결론이다.

고 생각한다. 채무불이행규범에 있어서 무과실책임 영역의 존재필요성은 수긍할 수 있지만, 그에 대한 대책은 계약해제의 요건에서 채무자의 과실을 제거하는 등 좀더 적극적일 필요가 있다.

유럽을 중심으로 전개된 사법의 통일을 위한 노력이 과거의 우리에게서 학문적 호기심의 대상에 지나지 않았다. 그러나 그것은 현재의 우리에게도 엄연한 현실이 되었다(특히 2005년 3월 1일부터 CISG가 우리나라에서도 발효). 계약법의 세계화는 거래비용의 절감으로 연결되는데, 대외무역의존형 경제구조를 가진 한국으로서는 적극적으로 계약법의 통일화 경향을 수용하여야 할 것이다. 이와 관련하여 가장 시급한 것은 國內私法과 통일사법의 간격을 줄이기 위한 기초를 다지는 작업이라고 생각한다. CISG가 발효됨으로써 국내매매계약은 민법 또는 상법에 의하여 규율되고 국제매매계약은 CISG(또는 CISG가 적용되지 않는 경우에는 國際私法에 의해 결정되는 準據法)에 의하게 되어 규범체계가 二元化 내지 多元化되는데, 이러한 상황은 거래비용의 증가를 초래한다. 그러므로 이를 교정하기 위한 과감하고 적극적인 노력이 요구된다. 그 노력의 중심에 債務不履行規範의 一元化가 자리하고 있다.

한국의 民法學史를 보면 과거의 틀에 갇혀 학문적 추진력을 잃는 바람에 규범의 실제적 타당성에 대한 관심이 뒷전으로 밀려나는 경우가 있는데, 契約債務不履行規範에 관한 논의도 이에 해당한다. 이러한 현상은 한국민법전의 형성사적 특성(전통적 법문화와의 연속성에 대한 고려 없이 외국법을 계수하는 방식으로 법의 근대화를 이룩함)과 관계가 깊다. 이제 우리 민법학은 역사의 桎梏에서 벗어나 새로운 발전을 모색하여야 한다.

주제어: 사법의 세계화, 계약위반, 채무불이행, 손해배상, 하자담보 책임, 법정책임설

【 참 고 문 헌 】

- 郭潤直 편/南孝淳 집필, 民法注解[XV], 博英社, 1997.
- 郭潤直 편/宋德洙 집필, 民法注解[VIII], 博英社, 1995.
- 郭潤直 편/梁彰洙 집필, 民法注解[IX], 博英社, 1995.
- 郭潤直, 債權各論, 博英社, 2005, 137면.
- 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1994.
- 郭潤直, 債權總論, 厚巖社, 1976.
- 金基善, 韓國債權法總論, 法文社, 1987
- 金大貞, “賣渡人의 擔保責任에 관한 研究”, 成均館大學校 博士學位論文, 1990.
- 金相容, 債權各論, 法文社, 2004, 205면.
- 金相容, 債權總論, 法文社, 2004.
- 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1988
- 金疇洙, 債權總論, 三英社, 1988.
- 金曾漢·安二濬 편, 新債權總論, 博英社, 1960.
- 金曾漢·安二濬 편, 新債權總論, 博英社, 1968.
- 金亨培, “獨逸債權法現代化法案: 債務不履行法の 體系를 중심으로”, 「저스티스」, 제34권 제5호(제63호), 한국법학원, 2001.
- 金亨培, “우리 民法의 債務不履行體系,” 「民法學研究」, 博英社, 1986.
- 金亨培, 債權各論, 博英社, 1997, 310면.
- 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998.
- 磯村哲 編/北川善太郎 執筆, 注釋民法(12), 有斐閣, 1970.
- 金亨培, “債務不履行責任의 歸責根據에 관한 試論의 考察”, 「月刊考試」, 제100호 (1982).
- 南孝淳, “特定物의 保存義務에 관한 小考”, 「考試界」, 제40권 제7호(제461호), 국가고시학회, 1995.
- 명순구, “동산매매목적물로부터 발생한 과실: 그 수취권의 판단 — 대판 1992. 4. 28. 91다32527의 비판적 평가”, 「民事法學」, 제20호, 한국민사법학회, 2001.
- 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005.
- 명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
- 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 上卷, 1957.
- 法務部, 民法(財産編) 改正 資料集, 法務資料 제260집, 法務部 法務審議官室, 2004.

- 宋德洙, “民法上の 錯誤에 관한 研究”, 서울大學校 博士學位論文, 1990.
- 안법영, 독일매매계약법, 고려대학교출판부, 2003.
- 安春洙, “瑕疵擔保法上の 問題點 —債務不履行責任說의 立場에서 特定物賣買를 중심
으로—”, 「民事法學」, 제11·12호, 한국민사법학회, 1995.
- 奥田昌道 編/金山正信 執筆, 注釋民法(10), 有斐閣, 1987.
- 吳宗根, “特定物賣買에서의 瑕疵擔保責任에 관한 學說史”, 茂巖李英俊博士華甲紀念論
文集 「韓國民法理論의 發展」, 博英社, 1999.
- 李相光, 瑕疵擔保責任論, 法元社, 2000.
- 李太載, 債權總論, 進明出版社, 1987.
- 鄭鍾休, “契約責任의 再構成 —獨逸 債權法 現代化를 중심으로 —”, 「比較私法」 제9
권 제3호(통권 제18호), 한국비교사법학회, 2002.
- 曹圭昌, “物件의 瑕疵擔保責任: 現行法規정의 批判의 考察”, 「論理와 直觀」, 法文社,
1998.
- 曹圭昌, “物件의 瑕疵擔保責任”, 「法學論集」, 제21집, 高麗大學校 法學研究所, 1983.
- 曹圭昌, “民法 제390조와 積極的 契約侵害,” 「論理와 直觀」, 法文社, 1998.
- 曹圭昌, “民法 제390조와 積極的 契約侵害,” 郭潤直博士華甲紀念論文集 「民法學論
叢」, 博英社, 1985.
- 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1975.
- 黃迪仁, “瑕疵擔保責任의 法的 性質”, 「考試界」, 제24권 제3호(제265호)(1979).
- Helmut Koziol 저/신유철 역, 유럽손해배상법, 法文社, 2005.
- Ole Lando/宋鎬煥 역, “民法典의 새로운 債權法과 유럽契約法原則”, 慕原金旭坤教授
停年退任紀念論文集 「契約法の 課題와 展望」, 三知社, 2005.
- J. Carbonnier, Droit Civil, t. 4, Les obligations, P.U.F., Paris, 1992.
- J. Issa-Sayegh, Juris-Classeur Civil, Art. 1235 à 1248, Fasc. 68, Editions du Juris-
Classeur, Paris, 1995.
- MYOUNG Soon-Koo, La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit
coréen et français, Paris, L.G.D.J., 1996.
- R. Cabrillac, L'avenir du Code civil, JCP 2004.

【Abstract】

First Step for Unification of Laws Relating to Breach of Contract

Soon-Koo Myoung

Does the present Korean law of non-fulfillment of obligation retain any easiness? The discussion concerning this matter is very wide-ranged and complex. This thesis, however, is mainly focused on whether it is proper to maintain the dual system of the general law for the non-fulfillment of obligation and the seller's liability for warranty. To rearrange the interrelations of these two would be the prior consideration for the modernization of law of non-fulfillment of obligation. It would not be possible to expect desirable developments of this field of law unless the problem is clarified. Korea is a country that has high dependence on overseas trade, and it would be an advantageous choice to follow the worldwide trend and unify the laws of non-fulfillment of obligation.

The purpose of this thesis is to prepare the groundwork for unifying the law of non-fulfillment of obligation. To achieve this, Korean civil law Art. 390(damages for breach of contract) and Art. 580(seller's liability for warranty against defect) are analyzed in depths. The common problems raised when interpreting these two articles are due to the uncritical adoption of German and Japanese civil law studies. Not only does the traditional interpretation of these two articles not accord with the system of Korean civil code, but also it is against the globalizing trend of private law.

There are two characteristics found in the history of formation of Korean civil code: indirect adoption and mixed adoption of foreign laws. These characteristics have positive effects on the Korean civil law studies, which are open attitude towards foreign law and curtailed expenses in the administration of legal system. However, we cannot neglect the negative effects, such as the aim-blindness (tendency to accept foreign doctrines without any filtering) and fallacy (tendency to theorize without considering the historical backgrounds and legal structure) occasionally found in the process of adopting studies of foreign civil laws to Korean legal system. Aim-blindness is the negative effect of the indirect adoption, and fallacy is of the mixed adoption.

Key Words : Globalisation of private law, Breach of contract,
Damages, Seller's liability for latent defect,
Gewährleistungstheorie