

# 債務者の 歸責事由와 損害賠償請求權\*

李 禹 錫\*\*

## I. 問題의 提起

민법 제390조는 “債務者が 債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때에는 損害賠償을 청구할 수 있다. 그러나 債務者の 故意나 過失없이 履行할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 우리 나라의 통설은 이 규정으로 보아, 우리 민법이 債務不履行責任에 있어 過失責任主義<sup>1)</sup>를 취하고 있는 것으로 이해하고 있다. 뿐만 아니라 민법 제750조의 不法行爲로 인한 損害賠償責任에 있어서도 ‘故意 또는 過失’로 타인에게 손해를 가한 자에게만 責任을 부담시키도록 규정하고 있어 過失責任主義를 선언하고 있다.

그러나 이와 같은 양 규정의 類似性에도 불구하고 兩責任이 過失責任主義라는 동일한 원리에 의하여 규율될 수 있는가는 의문이다. 不法行爲責任은 公共의 秩序로서 一般的 利益(履行外의 利益)의 保護를 목적으로 하

\* 본논문은 李禹錫, 債務不履行의 歸責事由에 관한 研究, 1997.8, 嶺南大學校 法學博士學位論文에서 발췌수정한 것임.

\*\* 법학박사, 영남대학교 법과대학 강사

1) 不法行爲責任法上の 歸責事由와 債務不履行의 歸責事由가 동일한 의미인가는 의문이다. 영미법계와 달리 債務不履行에서 과실책임주의를 취하고 있는 독일법에서도 不法行爲法上の 歸責事由를 Verschulden이라고 하는 반면에, 債務不履行상의 歸責事由를 Vertretenmüssen이라고하여 용어를 구별하여 사용하고 있다.

는 것이지만, 債務不履行責任은 契約責任이고 契約責任은 私的 自治의 原則下에 當事者가 자유로이 創造한 利益(履行利益)의 保護를 목적으로 하기 때문이다.

不法行爲責任의 發生 要件인 加害行爲는 偶發的이고 事前에 계산한다는 것이 不可能하고, 그리고 賠償의 範圍도 社會的인 適正 分配의 觀點에서 他律的으로 정해진다. 그렇지만 債務不履行責任에서는 債務者가 契約締結時 契約의 具體的인 事情에 맞게 自己의 責任의 내용과 範圍를 決定한다. 또한 責任이 성립된 후에도 債務者는 契約違反으로 인한 費用負擔이 사전에 計算可能함으로서 契約遵守와 契約違反의 得失을 豫見할 수 있다. 不法行爲法上의 義務가 전혀 무관한 자들 사이에 규율되는 단순한 消極的인 不可侵 義務라면, 債務不履行責任은 積極的으로 相對方의 利益을 보호해야 할 義務이다.

이처럼 債務不履行責任은 不法行爲責任과 性質에 있어서 상이한 것인데도 불구하고, 歸責事由에 대해서는 法典上 用語의 類似性으로 인하여 兩 責任이 동일한 것으로 취급되고 있는 실정이다. 그리고 歸責事由에 대한 研究는 不法行爲責任에 집중되어 있고 債務不履行責任에 대한 研究가 미흡했다.

본고에서는 債務不履行을 이유로 한 損害賠償請求權의 발생에도 債務者의 故意 혹은 過失이 필요한가라는 문제를 검토하기로 한다. 이 문제를 檢討하는데 있어서는 외국학설에 대한 검토도 필요하겠지만 이에 대해서는 다른 논문으로 맡기기로 하고, 단지 채무불이행의 귀책사유에 대한 기존의 학설과 입법과정을 검토하고 현재의 통설에 대한 비판만 검토하기로 한다.

## II. 民法制定過程에서의 歸責事由

### 1. 滿洲國 民法과 日本 民法의 影響

우리 민법의 制定 過程을 볼 때, 우리 민법이 일본 민법으로부터 많은

영향을 받은 것은 부정할 수는 없다. 특히 債權法 分野에서는 우리 민법이 일본 민법의 이론과 판례를 수용하였다는 것은 여러 文獻을 통해서 알 수 있다.<sup>2)</sup> 예를 들어 債務不履行에 관한 규정을 보더라도 '債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때'의 損害賠償責任에 관한 규정을 前文에 두고 있고, '履行할 수 없게 된 때'의 損害賠償責任에 관한 규정을 後文에 두고 있는 점, 그리고 일본 민법학의 통설도 責任질 사유를 債務者の 故意·過失 또는 信義則上 이와 동일시되어야 할 사유로 해석하고 있는 점 등으로 보더라도 우리 민법과 일본 민법의 類似性을 짐작할 수 있다.

그러나 우리 민법 제390조와 일본 민법의 제415조가 거의 동일한 취지를 바탕으로 하고 있음에도 불구하고, 그리고 日本 民法 제415조가 '責任져야 할 사유'를 규정하고 있음에도 불구하고 왜 우리 民法 制定時에 '債務者の 故意나 過失'로 규정되게 되었는가? 이에 대해서는 우리의 立法 過程을 살펴 보더라도 그 경위를 찾아볼 수 없다. 우리 입법자의 직접적인 의도를 알 수 없다면, 간접적으로라도 입법자의 의도를 推測할 수 밖에 없다. 입법자의 의도를 推測할 수 있기 위해서는 이 立法 當時의 우리 민법의 해석론을 살펴보는 것이 중요하다고 생각된다. 그렇지만 그 당시에 적용되었던 것은 일본 민법이었기 때문에 일본 民法學界의 歸責事由에 대한 태도를 살펴보는 것이 必要하다고 생각된다. 특히 일본 민법 제415조의 後文이 責任의 成立要件으로서 '責任질 事由'를 규정하고 있음에도 불구하고, 일본의 통설은 우리 민법 制定前부터 현재까지 이 '責任질 事由'를 우리 민법 제390조와 제391조 및 제392조를 합한 것과 동일하게 債務者の 故意 또는 過失 또는 信義則上 이와 동일시 되는 것으로 이해하고 있다. 이러한 점을 볼 때 우리 민법의 규정과 일본의 통설이 類似한 점을 가지고 있다고 인정하지 않을 수 없다. 따라서 우리 민법의 직접적인 입법의도를 把握하기 전에 일본 민법의 해석론이 어떠한 경로를 거쳐서 조문상의 문구

2) 金亨培, 우리 민법의 채무불이행체계, 민법학연구, 박영사, 115面; 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1994, 53面.

표현과는 달리 현재의 통설로 도달하게 되었는데 이를 먼저 검토하기로 한다. 그리고 그 당시의 통설이 우리 민법 制定 過程에 어떠한 영향을 미쳤는가를 검토해 보기로 한다.

### 1) 일본 통설의 형성과정

현재 일본에서는 債務不履行으로 인한 損害賠償에 관한 규정(日本 民法第415條)의 연혁에 대한 研究가 활발하게 展開되고 있다.<sup>3)</sup>

일본 旧民法의 起草者인 Boissonade는 責任져야 할 사유를 프랑스 민법에서의 歸責事由와 동일하게 우연한 것, 즉 不可抗力 以外の 것으로 사용하고 있었고, 旧民法學者들도 債務者가 責任져야 할 사유를 不可抗力 以外の 것으로 이해하고 있었다. 現行 日本 民法의 起草委員인 穗積陳重은 現行 民法 第415條가 旧民法 제409조와 의미가 동일하고, 다만 문자를 수정한 것에 불과하다고 하여 現行 民法의 起草委員들도 不可抗力만을 免責事由로 생각하고 있었다. 단지 民法施行後 처음으로 梅兼次郎가 歸責事由로서 善良한 管理者의 注意義務라는 용어를 사용하고 있었지만, 債務者의 歸責事由를 債務者의 故意·過失로 바꾸어서 설명하는 예는 보이지 않는다.

민법의 制定 當時 뿐만 아니라 施行後에도 계속해서 責任져야 할 사유가 消極적으로 定義되어 왔지만, 明治末期에는 獨逸民法의 解釋論의 영향으로 歸責事由를 積極적으로 정의해서 債務者의 故意·過失과 동일시하는 견해<sup>4)</sup>가 등장하였다. 그런데 責任져야 할 사유를 債務者의 過失과 동일시하는 입장을 취하게 되면 免責事由(歸責事由의 不存在=無過失)와 不可抗力사이의 乖離가 생기게 되고, 이 乖離를 좁히기 위해서 不可抗力의 概念과 過失의 概念의 관계가 논의되게 되었다. 橫田秀雄와 石坂晋四郎는 不可

3) 石崎泰雄, 債務不履行法體系の基本構造-履行遲滯·履行不能·不完全履行の三分體系の檢討-, 法研論集(早稻田大學大學院) 第51号, 1989, 7-12面; 吉田邦彦, 債權の各種-「歸責事由」論の再檢討-, 民法講座別卷2(執筆代表星野英一), 有斐閣, 1990 등.

4) 橫田秀雄, 石坂晋四郎, 川名兼四郎 등으로 알려져 있다. 吉田邦彦, 上掲論文, 18面.

抗力 概念 대신에 더 넓은 개념인 獨逸法の 災難(Zufall)의 개념을 도입하여, 日本 民法 第419條(우리 民法 第397條)의 不可抗力을 災難의 의미로 이해해야 한다고 하게 되었다. 따라서 債務者の 故意·過失=非不可抗力, 債務者の 無過失=災難(즉 不可抗力)'이 되고, 債務者에게 過失이 없을 경우에는 제419조 제2항의 反對解釋으로서 면책된다는 견해들이 1910년대 일본에서 通說的 地位를 점하게 되었다.<sup>5)</sup>

1910년대의 학설은 1920년대후반에서 1930년대까지 기본적으로 변화없이 받아들여 졌다. 단지 하나의 특색은 歸責事由를 債務者の 故意·過失보다 넓게 이해하려는 입장이 등장했다는 것이다. 즉 債務者の 責任져야 할 사유란 '不可抗力 以外の 原因에 의한 것을 말하는 것으로 반드시 故意·過失을 말하는 것은 아니고, 債務者の 故意·過失 외에도 履行補助者の 過失

5) 이 시기에 이르러면, 日本民法 制定時에 非歸責事由로서 不可抗力의 概念을 日本 民法典에 도입했던 民法制定起草委員들도 교과서에는 통설의 입장을 지지하게 된다. 富井政章도 그의 교과서인 民法學原論(有斐閣, 1929)에서 石坂晋四郎의 견해를 받아들이고 있다. 이들은 민법이 공포된 이후에도 학자로서 활동을 하면서 자신이 기초한 民法典과 다른 태도들을 취하기도 한다. 이 다른 태도들은 대부분이 獨逸民法의 解釋論을 빌어쓴 것인데 이들이 왜 자신이 기초한 민법에 등을 돌리게 되었는가에 대해서 흥미로운 説明이 있어서 옮겨두기로 한다. '민법전이 시행된 이후 民法學의 중요한 임무의 하나는 법문의 자구에 구애받은 해석을 한 「註釋學派」의 극복이라고 해도 좋다. 당시 裁判實務 등에서 보여지는 법문의 字句에 얽매인 해석태도에 대해서는 民法起草者인 梅兼次郎 및 富井政章도 강하게 비난하고 이것을 극복하는 것이 급선무였다. 字句에 얽매인 것에서 벗어나기 위해서 취할 수 있는 것은 外國民法理論의 도입밖에 없었다. 그래서 주석학파를 극복하는 것에는 프랑스 民法 學說보다도 獨逸 民法學이 유리하다고 생각되었던 것은 아닌가? 富井政章도 프랑스에서는 註釋學派의 弊害에 빠져있고, 論理解釋의 중요성을 지나치게 강조하고 있다고 하고 이러한 프랑스 民法學에 대한 評價下에서는 獨逸法 理論의 導入을 시도하는 것이 자연의 순리라고 말하게 되었다. 獨逸 民法理論導入全盛期の 代表的 民法學者 중의 한사람인 石坂晋四郎도 法文의 字句에 구애되어 實際社會에 適合하지 않은 註釋法學을 극복할 필요성을 강하게 의식되어 있기 때문에 石坂晋四郎의 민법학도 이 문제의식과의 관련성에서 이해되어야 할 것이다. 그렇다면 獨逸 民法學의 導入이라는 현상은 다양한 事情을 原因으로 하는 것이겠지만 註釋學派의 극복이라는 시점도 그 원인 내지는 도입을 촉진한 원인으로 볼 수 있을 것으로 생각된다. 그래서 종래 일본에 있어서 獨逸 民法學의 隆盛의 원인으로 자주 지적되고 있는 「獨逸民法學의 優秀性」도 註釋學派의 克服이라는 시점에서 把握되어야 할 것이다(辻伸行, 石坂晋四郎の民法學とドイツ民法理論の導入-民法理論導入全盛期の民法學の一斷面-, 獨協法學第40号, 1995, 72-73面, 주(10)).

을 들 수 있다<sup>6)</sup>고 하여, 이 해석은 현재 일본 통설의 원형을 이루게 되었다. 이어서 我妻 榮는 履行補助者の 過失에 法定代理人 등 履行代行者의 過失도 포함해서 '信義則上 債務者の 故意·過失과 동일시해야 할 사유'라고 하여 현재의 통설을 창출하였다.<sup>7)</sup> 그 당시의 일본의 통설은 여전히 현재의 일본 통설이기도 하고 우리 민법학에서도 통설로서 받아들여지고 있다.<sup>8)</sup>

## 2) 滿洲國 民法과 日本 民法의 影響

我妻 榮는 현재 일본의 통설을 창출하였을 뿐만 아니라, 滿洲國 民法의 立法 過程에도 참가하였다. 1932년 滿洲國이 건국되자, 日本은 滿洲國 民法의 제정을 서둘러 1937년에 이를 공포하게 되었다. 滿洲國 民法典을 지배하는 사고는 '中華民國 民法典과는 달리 日本 民法典과 매우 유사하고 日滿의 密接 不可分한 經濟關係는 兩國 民商法の 共通連絡을 要求하고'라는 것이었다. 이러한 필요성에 따라 日本人 法實務家들이 參事官으로, 我妻 榮 등이 法規制定顧問으로 파견되었다. 我妻 榮의 원래 임무는 參事官과 法典起草委員會의 要求에 따라 意見を 陳述하는 것이었지만, 실제로는 法規制定에 단순히 의견을 진술할 뿐만 아니라 지나칠 정도의 積極的인 好意와 熱意로서 參事官을 指揮하고 法典起草委員會에 助言을 하며, 各條文을 면밀히 검토하는 등 거의 스스로 起草하는 듯한 노력을 경주했다<sup>9)</sup>고 한다.

그래서 滿洲國 民法은 日本 民法典을 基礎로 하면서 당시의 日本 民法

6) 勝本正晃, 債權總論上, 嚴松堂, 1930, 321-322면.

7) 我妻榮, 債權總論(民法講義IV), 岩波書堂, 1940, 100면.

8) 金亨培, 債權總論, 博英社, 1993, 168면; 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1994, 141면; 우리 민법과 같이 履行補助者の 故意·過失(제391조)에 관한 규정이 없는 경우에는 신의칙상의 고의·과실과 동일시되는 사유를 履行補助者の 고의·과실 등으로 해석해야 하지만 우리 민법의 경우에는 제391조가 있기 때문에 제390조의 고의·과실은 단순한 채무자의 고의·과실에 불과하다(執筆代表郭潤直, 민법주해(IX)채권(2)제387조-제407조(양창수집필), 박영사, 1995, 355면).

9) 鄭鐘休, 韓國民法典의比較法的研究, 創文社, 1989, 302면.

解釋論 또는 立法論上的 通說 또는 有力說을 충실히 결합하는 방향으로 개정하는 것이었다.<sup>10)</sup> 我妻 榮가 法制定 顧問으로 들어가게 된 것이나, 法制定에 있어서 法制定 顧問의 역할을 고려해 볼 때 我妻 榮의 思考와 견해가 滿洲國 民法에 반영되었을 것이라는 것은 쉽게 짐작할 수 있을 것이다. 그 외에 我妻 榮의 다음과 같은 진술에서도 이러한 사실을 짐작할 수 있다.

“滿洲國 民法은 그 체계에 있어서 일본 민법을 모범으로 하고 있다. 그러나 일본 민법의 조문 그대로를 취한 것은 아니고, 일본 민법에서 그 시행후 30년간, 사회사정의 변천과 법률사상의 추이에 따라서 학설·판례의 相互協助下에 쌓아 올려진 최근의 이론을 취하고 있다. 이러한 규정은 …… 一見 일본 민법이 견고 있는 독일·스위스에서 모범을 찾은 것같이 보이지만, 실은 결코 그렇지 않다. 오히려 오늘날 最高水準의 學說·判例의 이론을 규정한 것에 불과하다. 따라서 신민법을 운용하는 자는 歐洲의 學理의 탐구에 서두르지 않고, 우선 일본의 학설 특히 판례의 진상의 研究에 집념하여야 할 것이다. 반드시 여기에서 新理論의 가장 具體的인 자세를 발견할 것이다. …… 滿洲國 民法중 일본 민법과 가장 다른 것은 부동산등기에 관한 규정이다. 여기에서는 실질적인 차이를 보인다. 일본 민법이 실제로 적용하는데 있어서도 불편해서 잘 맞지 않는 점을 수정한 것이다.”<sup>11)</sup>

이렇게 제정된 滿洲國 民法은 결국은 제377조에서는 債務不履行과 損害賠償을, 제378조에서는 履行補助者の 故意·過失, 제379에서는 履行遲滯중의 損害賠償을 규정하게 되었다. 滿洲國 民法 제377조의 규정을 보면 다음과 같다.

滿洲國 民法 第377條:債務者가 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 아니

10) 鄭鐘休, 上掲書, 303-304面.

11) 我妻 榮, 滿洲國民法所感, 法曹雜誌民事法典制定記念号, 1937, 48-49面(鄭鐘休, 上掲書, 304-305面에서 재인용).

하거나 또는 履行을 할 수 없을 경우에는 債權者는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 다만 그 不履行이 債務者의 故意 또는 過失에 의하지 않는 때에는 그러하지 아니하다.

그 당시의 일본 민법 제415조와 滿洲國 民法 제377조, 我妻 榮의 이론을 비교해 보면 滿洲國 民法과 我妻 榮의 이론은 우연이라고만 할 수 없는 정도의 유사점을 발견할 수 있다.

(1) 일본 민법 제415조는 債務者의 責任者야 할 사유라고 규정하고 있는데 비하여 我妻 榮는 債務者의 責任者야 할 사유를 債務者의 故意·過失로 해석하고 있고, 滿洲國 民法 제377조도 '不履行이 債務者의 故意·過失에 의하지 않은 때'라고 하여 동일한 내용을 담고 있다.

(2) 我妻 榮는 信義則上 故意·過失과 동일시되어야 할 사유를 歸責事由속에 넣어야 할 것으로 말하고 있지만, 이러한 我妻 榮의 의견은 滿洲國 民法 제378조에서 그대로 조문화 되어있다는 것이다.

3) 滿洲國 民法보다 다소 앞서서 일본 민법의 영향을 받은 中華民國의 民法도 歸責事由(第226條 1項)라는 용어를 사용하고 있는데 비하여, 滿洲國 民法이 債務者의 故意·過失이라는 용어를 사용하고 있다.

이 세가지를 생각해 볼 때 滿洲國 民法 제377조와 제378조는 '일본 민법전을 기초로 하여 당시의 일본 민법학 해석론과 입법론상 통설 또는 유력설을 충실히 결합하는 방향으로 개정하는 내용을 가진 것'이라 할 수 있을 것이다.

## 2. 民法 第390條의 立法過程

### 1) 立法資料

현행규정의 성질을 밝히는데 있어서 입법자의 의도나 입법자료를 살펴



보는 것이 중요하다. 그러나 입법과정에서의 자료는 충분하지 않다. 단지 국회법사위원회의 민법안소위원회에서는 이에 대하여 “현행법 제415조와 동일한 취지이다”라고 제시되어 있을 뿐이고, 民法案審議錄은 “滿洲國 民法 제377조가 초안과 동일한 취지”<sup>12)</sup>라고만 기술하고 있을 뿐이다.

우선 國會法司委員會의 民法案小委員會에서 ‘현행법 제415조와 동일한 취지’라는 말의 의미는 무엇인가. ‘현행법 제415조’란 민법상의 조문을 말하는가 아니면 제415조에 대한 이 당시의 해석론을 말하는가가 문제가 된다. 왜냐하면 앞에서 기술한 것처럼 1930년대를 넘어서면서 日本 通說의 歸責事由에 대한 理解는 獨逸 民法學의 영향으로 조문의 문구표현으로부터 벗어나고 있기 때문이다.

## 2) 民法 第390條의 性格

### (1) 日本民法 및 日本學說과의 關係

#### ① 일본 민법 제415조와의 關係

일본 민법 제415조는 “債務者が 그 債務의 本旨에 따른 履行을 하지 않을 때에는 債權者는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 債務者が 責任져야 할 사유로 인하여 履行을 할 수 없게 된 경우에도 역시 동일하다(債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ)”라고 규정하고 있다. 우리 민법 제390조와 비교하며 보면 前文에서는 ‘債務의 本旨에 따른’과 ‘債務의 內容에 좇은’이라는 문구에서 차이가 있기는 하지만, 내용상 거의 차이가 없다. 그러나 後文의 경우에는 상당한 부분 차이가 있다.

첫째 일본 민법 제415조는 前文과 後文이 병렬적인 關係에 있는데 반하여, 우리 민법은 本文과 但書로서의 형태를 가진다는 점이다. 일본 민법

12) 民法案審議錄, 上卷, 1957, 233面.

이 前文과 後文에 동일한 비중을 둔 것이라면, 우리 민법은 前文에 더 비중을 둔 것으로 보아야 할 것이다.

둘째 일본 민법 제415조는 履行不能에서 責任져야 할 사유의 존재를 損害賠償責任의 成立要件으로 하고 있는데 반하여, 우리 민법에서는 債務者の 故意·過失의 不存在가 損害賠償責任의 免責要件으로 되어 있다는 것이다.

셋째 일본 민법은 “責任져야 할 사유”를 債務者에게 責任을 부담시킬 수 있는 要件으로 규정하고 있는데 반하여, 우리 민법은 ‘債務者에게 故意나 過失없음’을 債務者の 免責要件으로 하고 있다는 것이다. 물론 過失이 責任져야 할 사유의 가장 중요한 것이라고 하더라도 완전히 동일한 것은 아니다.

이 세가지 측면에서 전단과 후단의 관계를 비롯하여 후단의 용어면에서도 차이가 있으므로 이로 인하여 해석론도 상당히 달라질 수 있다고 생각한다.

## ② 日本 學說과의 關係

다음으로 우리 민법 제390조의 내용이 그 당시의 일본 민법 제415조의 해석론과 동일한가를 검토해 보기로 한다.

우리 민법 및 日本 民法의 後文의 해석이 문제가 될 수 있다. 1940년대와 1950년대에 일본에서의 통설적 견해는 ‘責任져야 할 사유’를 債務者の 故意 또는 過失 및 信義則上 이와 同一視해야 할 사유로 해석하고 있었다. 그렇다면 내용상으로는 우리 민법의 조문과 차이가 없는 것이 된다. 그러나 그 당시 일본의 통설은 履行遲滯로 인한 損害賠償의 경우에도 歸責事由가 요구된다고 하는 데 우리 민법의 규정상으로는 이것을 찾아볼 수 없다. 또한 일본의 통설은 履行遲滯와 履行不能외에 不完全履行도 일반적으로 債務不履行의 한 形態로 인정되어 있지만, 우리 民法 制定時에는 그 내용 그대로 계수된 것은 아니다. 즉 우리 민법에서는 불완전이행에 대한 규정을 두고 있지 않다. 이에 대해서 民法 制定過程에서는 不完全履行을

고려에 넣지 않고 제정된 것이어서 독일과 같은 흠결을 가진 민법이고 그렇기 때문에 해석론으로 해결해야 한다는 주장<sup>13)</sup>도 있다. 그러나 民法典編纂要綱에서 不完全履行과 履行遲滯에 대해서 過失責任主義를 규정하도록 하고 있다<sup>14)</sup>는 점에서 볼 때 입법자의 立法意志가 흠결되어 있다는 주장은 옳다고 할 수 없다. 따라서 立法者는 우리 民法 規定은 일본의 통설과 분명히 다르다는 것을 알면서 (意圖의으로) 現行 規定과 같은 형식을 취하게 되었다고 생각된다. 그 이유는 정확히는 알 수가 없지만 일본의 學說變動과 관계가 있을 것 같다. 즉 우리 민법이 제정되던 1950년대전후에 통설적인 지위를 획득한 일본의 민법학자는 川島武宜였다. 그는 독일적 색채가 강한 중전의 입장을 답습하기는 했지만, 결과적 채무를 소개하면서 결과적 채무에 대해서는 無過失責任을 인정해도 되며 이것은 주체적인 責任原理와도 모순되지 않는다고 했다.<sup>15)</sup>

## (2) “滿洲國 民法 제377조와 草案과의 관계

民法案審議錄에서는 “滿洲國 民法 제377조가 초안과 동일”이라고 하고 있다. 조문의 문구를 비교해 보면 滿洲國 民法 제377조는 우리 민법 제390조와 동일한 취지로 생각될 수 있다. 그러나 이것은 피상적인 관찰에 불과하다고 한다.<sup>16)</sup> 그러면 양자의 차이는 무엇인가? 前文에서는 滿洲國 民法에 ‘債務의 本旨에 좇은 履行을 하지 않거나 이를 할 수 없을 때’라고 되어 있지만, 우리 민법에는 ‘債務의 內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때’로 되어 있는 점에서 차이가 난다. 또한 後段에서는 滿洲國 民法에는 ‘그 不履行’이라고 규정하고 있는데, 우리 민법에는 ‘履行할 수 없게 된 때’라고 규정되고 있다는 점에서 차이가 난다.

13) 權五乘, 民法特講, 1994, 307面.

14) 민법전편찬요강 채권총칙 제41항: 금전채무 이외의 채무에 관하여 이행지체 또는 불안전 이행이 있는 때에는 채무자의 고의·과실이 있는 경우에 한하여 손해배상을 인정하도록 할 것’

15) 川島武宜, 債權法總則講義第一, 岩波書堂, 1949, 100-101面.

16) 執筆代表郭潤直, 前掲書, 210面.

우선 前文을 비교하면 履行不能의 경우에 대해서 滿洲國 民法은 損害賠償을 청구할 수 있다는 것이고, 우리 민법은 이에 대한 규정이 없다는 것이다. 그렇다면 우리 민법의 해석상 履行不能의 경우에는 債權者가 債務者를 상대로 損害賠償을 청구할 수 없는가하는 문제가 생긴다.

또한 後文의 경우에 滿洲國의 경우에는 '그 不履行'이라고 되어 있기 때문에 履行遲滯나 履行不能과 不完全履行을 포함하는 것으로 생각된다. 그러나 우리 민법에 의하면 履行할 수 없게 된 때만을 규정하고 있기 때문에 履行遲滯나 不完全履行의 경우에는 故意·過失이 必要하지 아니한가가 문제가 된다.

이에 대해서는 여러 가지 학설이 나누어지고 있지만, 우선 동일한 취지가 아니라는 견해를 살펴보기로 한다. "본 조의 規定內容은 결국 債務不履行이 있으면 損害賠償責任이 발생한다는 것에 귀착한다. 그리고 어떠한 경우를 債務不履行으로 할 것인가에 대하여는 단지 「債務의 內容에 좇은 履行」이 행해지지 아니할 것, 즉 債務者에 의한 변제가 없어야 한다는 최소한의 要件만을 정하였을 뿐인 것이다. 본 조는 어떠한 경우를 債務不履行이라고 할 것인가에 대하여 바로 包攝可能한 要件을 具體的으로 설정한 것이 아니며, 오히려 債務不履行의 要件에 관하여 一般條項主義 또는 包括規定主義를 취한 것이라 할 수 있다"<sup>17)</sup>라고 하고 있다. 즉 우리 민법 제390조가 債務不履行의 要件에 관하여 一般條項主義 또는 包括規定主義를 취한 것이라고 해석하고 있다. 그렇다면 우리 민법과 滿洲國 民法의 차이는 없다고 하여야 할 것이다. 결국은 위의 견해에 따르면 滿洲國 民法 제377조와 우리 民法 第390條는 문언상 차이가 있더라도 취지상으로는 차이가 없는 것으로 보아야 한다.

(3) 우리 민법 제390조의 제정에 참고 자료가 되는 가장 중요한 두 가지의 자료는 일본 민법 제415의 해석론과 滿洲國 民法 제377조라 할

17) 執筆代表郭潤直, 前掲書, 211面.

수 있다. 그러나 우리 민법 제390조의 문언을 본다면 滿洲國 民法 제377조는 물론 그 당시 일본의 통설로도 설명할 수 없는 점이 있다. 前文과 後文의 구성은 滿洲國 民法과 비슷하지만 滿洲國 民法은 前文에서 ‘하지 아니하거나 또는 履行을 할 수 없을’ 이라는 표현을 쓰고 있는 데 우리 민법의 경우에는 굳이 왜 ‘하지 아니 한 때’라는 표현을 쓰고 있는가 하는 것이고, 滿洲國 民法의 後文에서 ‘그 不履行’이라는 표현을 쓰고 있는데 우리 민법은 ‘履行할 수 없게 된 때’라는 표현을 쓰고 있는가 하는 점이다. 또한 民法典編纂要綱에서는 일본의 통설에 따라 不完全履行과 履行遲滯로 인한 損害賠償 請求權에서 過失責任主義를 제시하고 있는 데에도 왜 그러한 것을 입법화하지 않았는가 하는 점이다. 일본의 통설과 滿洲國 民法의 예를 따르다면 우리 민법은 履行遲滯에 대해서나 不完全履行은 물론 損害賠償에 있어서도 過失責任主義를 취해야만 했을 것이다.

일본의 통설과 만주민법 제377조와 달리, 우리 민법 제390조에서 이행체나 不完全履行에 대해서 명시적으로 過失責任主義를 취하지 않았다는 것, ‘債務者の 故意나 過失’이 단서에서 규정되어 있다는 점은 민법 제390조를 해석하는 데 뿐만 아니라 우리 민법상 債務不履行의 責任을 파악하는데 중요한 基準이 되어야 한다고 생각된다.

### III. 損害賠償請求權의 發生에 歸責事由가 必要한가

#### 1. 歸責事由必要論

우리 민법은 債務不履行으로 損害賠償 請求權의 發生에 있어서 過失責任主義를 취하고 있다<sup>18)</sup>는 점에 대해서는 거의 異說이 없다. 우리 민법상

18) 채무불이행과 급부장애를 구별하고 있다. 즉 급부장애라는 것은 채무의 내용이 달성되지 않았다는 사실을 말하고, 채무불이행이란 채무자에게 귀책될 수 있는 급부장애로 인하여 채권자가 계약상의 만족을 얻을 수 없게 되어 채무자에게 일정한 책임 내지 제재가 귀속

채무불이행으로 인한 損害賠償 請求權에 대해서는 민법 제390조에서 규정하고 있다. 그런데 제390조 후문의 해석상 '이행할 수 없게된 때'의 경우에는 채무자의 고의나 과실이 있는 경우, 즉 귀책사유가 있는 경우에 채권자가 債務者에 대해서 손해배상청구권을 가진다고 해석된다. 민법 제390조에서는 '이행할 수 없게된 때'이외의 경우에도 損害賠償 請求權의 發生에 채무자의 고의 또는 과실이 필요한가에 대해서는 명백히 규정하고 있지 않다. 통설은 '이행할 수 없게된 때'이외의 경우에도 債務者의 歸責事由가 필요하다고 해석하고, 그 예로서 이행지체로 인한 損害賠償 請求權의 發生에도 채무자의 고의 과실이 필요하다는 것을 주장하고 있다.

통설이 履行遲滯로 인한 損害賠償 請求權의 발생에도 債務者의 歸責事由가 필요하다고 주장하는 근거는 다음과 같다.

① 금전채무에 관한 특칙(제397조 2항)으로 미루어 보아 금전채무의 지체에 있어서는 過失없음, 즉 無過失로 항변할 수 있다는 것은 명백하다는 점<sup>19)</sup> ② 우리 민법은 過失責任主義를 원칙으로 하고 있다는 점<sup>20)</sup>, ③ 履行遲滯와 履行不能을 구별할 근거가 없다는 점<sup>21)</sup>, ④ 제392조 등으로 미루어 보아, 履行遲滯에 관해서도 債務者의 歸責事由를 要件으로 인정하여야 한다<sup>22)</sup>는 등의 근거를 제시하고 있다. 또한 이에 덧붙여 '외국의 立法例를 본다면 프랑스 民法 제1147조·獨逸 民法 제285조<sup>23)</sup>·瑞西債務法 제97조 제1항은 모두 債務者에게 責任없는 事由에 의한 때에는 지체의 責

되는 것이라고 한다(金亨培, 前掲書, 167面; 權五乘, 채무자의 귀책사유, 고시연구 89.11, 61面)

19) 郭潤直, 債權總論, 141面; 李銀榮, 債權總論, 187面.

20) 郭潤直, 債權總論, 141面; 金亨培, 債權總論, 168面 金亨培는 過失責任이 아니라 自己責任의 原則에 위배된다고 한다.

21) 郭潤直, 債權總論, 141面; 金亨培, 債權總論, 168面.

22) 郭潤直, 債權總論, 141面; 金亨培, 債權總論, 168面.

23) 프랑스 민법 제1147조: 채무자는 필요한 경우에는 자기에게 악의가 없더라도 자기에 귀책될 수 없는 외적 사유에 의하여 채무를 불이행하였음을 입증하지 않는 한 채무의 불이행 또는 이행지체를 이유로 손해를 배상하여야 한다.

독일민법 제285조: 채무자는 그 책임으로 돌아가지 않을 사유에 의해 급부를 행하지 않는 한 지체에 빠지지 않는다.

任을 부담시키지 않음을 명정하고 있다'<sup>24)</sup> 라고 하여 부가설명을 하는 견해도 있다.

이 점은 일본의 통설이 근거로 들고 있는 내용도 유사하다. 즉 일본의 통설에서도 ① 많은 立法例가 過失責任主義를 채택하고 있고, ② 過失을 요하지 않는다면 債務者에게 가혹하고 實際의 生活에 반하며, ③ 민법 제 419조(우리 민법 제 397조)의 反對解釋에 의하여 金錢債務 이외의 경우에는 無過失로 항변할 수 있어야 하며, ④ 履行不能과의 형평을 생각할 때 履行遲滯에도 過失이 요구된다고 하여야 하며, ⑤ 過失責任原理 또는 信義誠實의 原則에서도 過失이 必要하다라고 하고 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 歸責事由不要論

### 1) 契約責任에서의 有責性の 의미

英美法이나 獨逸法은 다같이 로마법의 요소를 가지고 있다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 독일법 영역에서는 英美法 領域에서와는 달리 古典의 및 後期로마법에 기초를 둔 有責性 原理(Verschuldensprinzip)가 통용되어 왔다. 이 有責性 原理를 법률상의 가장 중요한 원칙으로 받아들이게 한 것이 예링의 논문이었다. 예링은 그의 논문에서 "손해의 야기가 損害를 賠償할 의무를 만드는 것이 아니고, 有責이 損害賠償 義務를 만든다. 오로지 有責性만이 행위에 대한 責任과 동시에 損害賠償 義務의 근거를 제공할 수 있다. 이것은 빛이 타는 것이 아니라 공중의 산소가 탄다는 化學의 원리처럼 명확한 원리이다. 그러나 이 두개는 專門家에게 있어서는 학문전체의 역사가 포함되어 있는 원리의 일부이다. 그러한 것들은 建築物의 王冠이고, 尖塔이다"<sup>26)</sup>라고 말하고 있다.

24) 郭潤直, 債權總論, 141面.

25) 石坂晋四郎, 債務者ノ遲滯ニハ過失ヲ必要トセサルヤ, 京都大法學 6卷4号, 1910, 117-8面; 鳩山秀夫, 債權法に於ける信義誠實の原則, 有斐閣, 1954, 280面.

26) Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrechte(1867), zitiert nach

有責性の 原理는 積極的 側面과 消極的 側面을 가진다. 有責性 原理의 積極的 側面이란 有責이면 責任을 부담한다는 것이고, 消極的 側面이란 有責하지 않으면 責任을 負擔하지 않는다는 것이다. 積極的 側面에서의 有責性の 原理는 세계적으로 동의를 얻고 있다. 契約上の 債務者가 有責으로, 즉 故意 또는 過失에 의하여 자신의 契約上の 義務를 違反하면 그 契約 相對方 當事者는 의무를 위반한 자에게 契約侵害에 의하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 모든 계약법은 有責性的 積極的 側面에 대해서는 인정하고 있는 것이다.

그러나 有責性的 原理는 消極的인 側面도 가지고 있다. 독일 민법 제 276조에 의하면 債務者는 자신의 故意 또는 過失에 대하여 責任이 있다고 규정하고 있다. 有責의 責任은 契約責任의 영역에서도 原則적으로 損害賠償 義務의 要件이다. 債務者가 有責으로 계약을 위반한 경우에만 債權者는 損害賠償을 請求할 權利를 가진다.

有責性 原理의 두가지 측면 중에서 예링이 더 강조를 한 것은 有責性 原理의 消極的인 側面이다. 그리고 이 消極的인 側面은 계약의 경우에도 다음 원칙이 타당하다고 한다. 즉 「有責하지 않으면 責任이 없다」라는 예링의 말은 이러한 有責性 原理의 消極的인 面을 강조한 것이다. 이 有責性 原理의 消極的인 面에 대하여 不法行爲 分野에 있어서도 여러 비판이 있었지만, 이러한 비판은 不法行爲責任에서보다 契約責任의 분야에서 더욱더 타당성을 가진다고 생각된다. 즉 변호사, 의사, 건축가 또는 직인으로서 契約에 따라 일정한 급부를 받는 자는 계약의 내용에 따라서 그가 의뢰를 받 아들이고 실제적으로 정당하게 수행할 수 있어야 한다는 職業的 能力을 가지는 것을 보증하여야 한다는 것이며, 이 점에 대해서는 결론적으로는 다툼이 없다. 여기에서는 契約上の 擔保責任이 문제가 되고 有責性은 문제가 되지 않는다.

독일이 有責性的 原理를 취하고 있는 것과 달리 英美法이나 프랑스법



에서 계약을 체결하는 자는 계약에서 이루어지는 약속(이행)을 보증한다. 영미법이나 프랑스법에서는 債務者가 履行을 하지 않은 경우에는 原則적으로 자신의 故意·過失과 상관없이 責任을 부담하게 되고, 예외적으로만 미국에서는 frustration의 관점에서 면책된다. 그리고 프랑스에서는 債務者는 債務의 不履行이 그에게 責任으로 돌아가지 않을 원인 즉, 克服하거나 또는 豫測하기 어려운 장애(obstacle insurmontable et imprévisible)로 인한 것이라는 것을 증명할 수 있는 경우에만 損害賠償責任으로부터 면제된다.

## 2) 通說에 대한 批判

(1) 우리나라에서는 통설에 대한 비판이 없다. 그러나 일본에서는 통설에 대해서 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.

즉 “債務者가 債權關係를 成立시켰다면 항상 그 履行의 결과를 예상하여야 하고, 過失이 없으면 그 責任이 없다고 하는 것은 債務者가 당연히 부담하는 責任을 경감하는 것으로 되어 그 이유만으로는 부족하고 급부가 가능하면 어떤 이유라고 하더라도 그 責任을 면할 수 없다”<sup>27)</sup>라든가, “債務者는 이미 특정한 이행을 할 의무를 부담하고 있음에도 그 의무를 履行하지 않았다면 이러한 不履行의 하나만으로도 일정한 責任을 부담하여야 할 이유는 충분하다는 것”<sup>28)</sup> 등을 들 수 있다. 이 無過失責任의 思考方式은 過失責任이 原則化되는 과정에서 비판을 받기에 이르렀지만, 過失責任主義가 통설화된 후에도 종래와 다른 관점에서 비판을 받고 있다. 예를 들면 “有償·雙務契約에서는 等價價値의 交換義務라는 측면에서 無過失責任을 져야 한다”는 견해,<sup>29)</sup> 債務者에게 過失이 없다고 해서 債務者를 면책시킨다면 債權者의 쪽이 無過失임에도 불구하고 不履行에 의하여 생긴 손해를 감수하지 않으면 안된다는 견해,<sup>30)</sup> 또한 후단에 대해서도 엄격하게 해석

27) 鳥賀陽然良, 債權總論綱要上冊, 1924, 185面.

28) 遊佐慶夫, 民法原理, 1927, 498面.

29) 於保不二雄, 債權總論(法律學全集), 有斐閣, 1981, 98面.

을 해서 無過失에 근접하려는 경향이 존재한다<sup>31)</sup>는 견해 등으로 보아 雙務契約에서는 過失責任主義를 취해서는 안된다는 것이다.

(2) 우리 학설의 타당성을 檢討해 보기로 한다. 우선 일부에서 주장하고 있지만,<sup>32)</sup> 과연 프랑스법도 過失責任主義를 취하고 있는가는 의문이다. 프랑스 민법에서도 債務不履行責任이 성립하기 위해서는 불법행위와 동일하게 *faute*가 필요하다. 그러나 債務不履行責任에서 필요한 契約的 *faute*(*faute contractuelle*)는 不法行爲에서의 *faute*와 내용이 다른 것이며, 이것은 債務者에게 귀책될 수 없는 外的 事由(*une cause étrangère qui ne peut lui être imputée*)가 존재하지 않는 것을 의미하는 것이다. 우리 나라의 통설이 말하는 債務不履行에서의 債務者の 故意·過失은 不法行爲法上の 加害者の 故意·過失과 동일한 의미를 가지는 것이라고 할 수 있기 때문에, 프랑스 民法이 債務不履行에서 취하고 있는 過失責任原則과는 의미가 다른 것이다.

또한 英美法の 경우에도 債務者の 과실여부와 상관없이 責任을 물을 수 있다. 그리고 독일에서도 過失概念의 客觀化와 無過失責任의 適用 範圍의 擴大로 過失의 의미가 변색되어 가고 있다. 특히 근래 獨逸 債務法 改正案으로서 제시된 案은 해제의 기능을 고려할 때 반드시 채무자의 귀책사유로 인한 불이행을 요구할 필요가 없고 다만 채무자의 불이행만으로 충분하다는 견해가 있다는 것은 앞에서 소개한 바와 같다.

우리 나라의 통설이 근거로 들고 있는 내용으로서 중요한 것은 우리 민법이 過失責任主義를 취하고 있기 때문에 債務不履行에서도 過失責任主義를 취해야 한다는 것이다. 그러나 不法行爲責任에서 無過失責任을 인정

30) 岡島芳伸, 債務不履行における債務者の責に歸すべき事由について, 日本大學大學院研究年報 第5号, 1975, 20面.

31) 園田格, 契約責任に關する一考察-履行不能·危險負擔を問題として-, 金澤法學 1卷 1号, 1955, 56面.

32) 郭潤直, 債權總論, 141面.

하는 범위가 확대되어 가고 있는 현상을 過失責任의 원칙으로 어떻게 설명할 수 있는가가 문제된다. 過失責任의 원칙이 민법의 基本原理로서 의미를 잃어가고 있는 것이 오늘날의 현상이라고 할 수 있다. 특히 不法行爲責任에서도 過失의 擴張 또는 無過失責任을 지향하고 있는 경향이라면 債務不履行責任에서 過失責任原理의 適用範圍가 不法行爲責任의 適用範圍보다 좁아야 한다고 생각된다. 또한 自己責任主義라는 것은 過失責任과는 의미가 다른 것이고 自己責任主義와 無過失責任主義는 양립할 수 있는 것이다.<sup>33)</sup>

특히 민법 제391조는 履行補助者·法定代理人의 故意·過失을 本人의 故意·過失로 다룬다고 규정하고 있는 바 이를 오히려 過失責任主義에서는 설명하기 어렵다는 문제가 제기된다. 타인의 過失에 대해서 자신이 責任진다는 것은 過失責任의 原理에 반하기 때문이다. 이 점은 우리 민법이 債務不履行에서 過失責任主義를 고집하고 있지 않다는 것을 전제로 하는 경우에는 오히려 合理的으로 설명될 수 있다. 債務者에게 過失이 있는 경우에는 물론 責任을 부담하고, 過失이 없다 하더라도 契約의 不履行으로 발생한 손해에 대해서는 債務者가 責任을 부담하여야 한다고 하면 제391조의 규정을 더 合理的으로 설명할 수 있을 것으로 생각된다. 또한 제392조는 이행불능이 아닌 이행지체에 대한 責任으로 보아야 한다고 생각한다.

債務不履行의 경우 無過失 責任의 法理를 인정하고 있는 예는 또 있다. 제397조 2항은 '前項(金錢債務)의 損害賠償에 관하여는 債權者는 손해의 증명을 요하지 아니하고 債務者는 過失없음을 항변하지 못한다'라고 규정하고 있다. 이에 대한 통설의 견해는 金錢債務의 경우에만 過失없음<sup>34)</sup>을 이

33) 岡島芳伸, 前掲論文, 117面.

34) 이 규정은 구민법 제419조에서 '불가항력으로' 대항하지 못한다고 하였던 것을 '과실없음'으로 고친 것이다. 따라서 문언상으로는 일본민법의 경우에는 불가항력으로도 항변할 수 없는 것이 되지만 우리 민법에서는 불가항력으로도 항변할 수 있게 된다. 이 규정이 우리 민법에 과실없음으로 고쳐서 규정하게 된 것은 일본의 판례를 참고로 한 것이 아닌가 한다. 日本民法制定以後 1923년의 關東大地震과 1927년의 金融恐慌時에 지급유예 명령이 내려졌고, 日本大審院은 이 경우에는 제419조의 규정에도 불구하고 지연이자가 발생하지 않는다고 하였다(日本大判1927.11.21: 篠塚昭次 前田達明, 新判例コンメンタル, 民法 5(債權總則)(1)(第399條-465條), 三省堂, 1992, 257-258面). 이를 고려하여 우

유로 항변하지 못한다는 의미이기 때문에 그 외의 채무는 過失없음을 이유로 항변할 수 있다고 해석하여야 하며 이를 보더라도 우리 민법이 過失責任主義를 취하고 있다는 근거가 된다고 한다. 金錢支給을 목적으로 하는 채무에 관해서는 履行不能이 없고 履行遲滯만 있기 때문에<sup>35)</sup> 이 의미는 金錢債務의 不履行은 履行遲滯의 경우에 過失없음을 이유로 항변하지 못한다는 것이 된다. 따라서 이에 대한 反對解釋으로 金錢債務 以外の 履行遲滯에 대해서는 過失없음을 주장하고 면책을 주장할 수 있다고 생각할 여지가 있다. 그러나 이 규정이 過失責任主義를 뒷받침하기 위해 의도적으로 도입된 규정인가는 의문이다. 입법자가 過失責任主義를 선언하기를 원했다면 독일 민법 제276조에서와 같이 우리 민법 제390조에서 규정하였어야 했을 것이다.

### 3) 通說의 論理 構成에 대한 疑問

이러한 통설의 견해에 대해서는 批判論이 있다는 것은 위에서 본바와 같다. 그 외에도 통설은 논리적 구성에 있어서도 다음과 같은 문제점이 있는 것으로 생각된다.

① 우리 民法 解釋學에서는 過失責任主義의 근본이 되는 조문으로 第390條를 들고 있다. 예를 들어 履行遲滯로 인한 解除의 경우에 歸責事由가 必要하다는 것은 履行遲滯로 인한 責任이 債務者의 歸責事由에 기하여야 함을 要件으로 하고 있기 때문이라고 한다.<sup>36)</sup> 그러나 막상 제390조를 검토해 보면 제390조의 해석을 제쳐놓고 다른 이유를 들어서 過失責任主義를 合理化 하려고 한다.<sup>37)</sup> 통설이 제390조의 설명을 회피하려고 하는 이유는 제390조를 문언대로 이해하면 제390조로부터 過失責任主義를 일

리 민법은 '과실없음'으로 바꾸어서 규정한 것이 아닌가 한다.

35) 執筆代表郭潤直, 前掲書, 625面.

36) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1994, 133面; 金嘯洙, 債權各論, 三英社, 1994, 114面.

37) 예를들어 민법이 과실책임주의를 취하고 있다든가, 이행지체와 이행불능을 구별해야 할 이유가 없다 든가 또는 제391조와 392조를 예로 들어서 설명한다.

반적인 원칙으로 이끌어낼 수 없기 때문이 아닌가 한다.

왜냐하면 제390조를 문언대로 해석해 보면 전단의 부분 즉 '履行하지 아니한 때' 損害賠償을 청구할 수 있고 하여, 이 경우에는 歸責事由에 대한 언급이 없으므로 歸責事由의 존재여부에 관계없이 損害賠償을 청구할 수 있는 것으로 해석되기 때문이다. 또한 후단의 부분 즉 '債務者の 故意나 過失없이' '履行할 수 없게 된' 때에는 '그러하지 아니하다'를 살펴보더라도 여기서 '그러하지 아니하다'는 債權者가 債務者에 대해서 損害賠償을 청구할 수 없다는 의미이다. 債權者가 債務者에 대해서 損害賠償을 청구할 수 없는 경우란 후단에서 정해져 있는데 그 要件은 ① 債務者에게 故意나 過失이 없고 ② 履行할 수 없게 된 때 즉 履行不能의 경우이다. 즉 債務者에게 過失이 없으면 損害賠償을 청구할 수 있다는 것이다. 민법 제390조의 문언상의 해석으로는 債務者에게 故意나 過失이 없더라도 履行遲滯의 경우에는 責任을 진다는 것으로 해석된다. 따라서 本文과 但書의 형식을 취하고 있는 債務不履行에 관한 우리 민법하에서는 과실책임주의가 단서의 내용에 들어있는 것에 불과하므로 하나의 예외적 원리에 불과하므로 확고한 기본적인 원리라고는 할 수 없는 것이다.

② 또 민법이 過失責任主義를 취하고 있다는 근거로 제397조의 2항을 反對解釋하는데 두고 있다. 그렇다면 제390조의 단서를 反對解釋하면 어떠한 결론에 이르게 되는가? "이행하지 아니한 때"에서 過失責任主義를 취하고 있지 않은 것이 된다.

③ 독일 민법 제285조는 kein Verzug ohne Verschulden(과책이 없으면 지체에 빠지지 않는다)原則을 선언하고 있다. 그러나 우리 법전에서 쓰이고 있는 '遲滯'라는 개념중에는 過失(Verschulden)이 포함되어 있지 않다. 지체라는 개념중에는 歸責事由있는 지체만을 의미한다는 견해가 있다.<sup>38)</sup> 그러나, ① 우리 민법 제387조에서는 확정기한이 있는 채무의 경우에는 '기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다'고 하여 여기에는 債務者

38) 執筆代表郭潤直, 前掲書, 69面.

의 過失이 개입될 여지가 없다. ② 우리 민법 제392조 본문에서는 遲滯中の 過責없는 履行不能에 대해서는 債務者에게 責任을 인정하고 있다. 다수설에 의하면 이는 履行遲滯에 過失이 포함되어 있기 때문에 遲滯後의 不能에는 過失이 없어도 責任을 부담하여야 한다고 하고 있다. 그러나 履行遲滯에 無過失責任을 취하더라도 遲滯中の 過責없는 不能에 대한 責任을 債務者에게 인정할 수 있기 때문에 지체에 過責이 포함되어 있다는 근거가 될 수 없으며, ③ 우리 민법 제395조상의 이행지체도 내용도 지체에 過責의 概念을 넣어야만 설명이 가능한 것이 아니라고 본다. 결국 우리 민법상의 이행지체의 개념은 독일민법에서의 過責(Verschulden)의 개념에 의해서만 성립하는 것은 아니라고 생각된다.

#### IV. 大法院判例의 檢討

그렇다면 실제로 우리 나라의 판례에서 볼 때 歸責事由는 어떠한 역할을 하고 있는가에 대한 문제를 살펴보기로 한다. 결론적으로 판례에서는 歸責事由가 그렇게 문제가 되지 않는다. 그 원인으로 다음과 같은 내용이 제기되어 주목을 받고 있다.

“첫째 不完全給付나 附隨義務違反의 문제로 된 경우에는 債權者가 하여야 하는 債務者의 債務不履行 事實 자체에 대한 主張立證이 통상 債務者의 歸責事由에 대한 것도 포함하게 됨으로서, 적어도 歸責事由의 有無에 대한 판단의 전제가 되는 사실도 대상으로 하게 되어 실제로 있어서는 債務不履行責任의 客觀的 要件과 主觀的 要件으로 나누어 생각하는 것 자체가 거의 무의미하기 때문이라고 한다. 둘째 우리 나라의 債務不履行責任은 실제로 있어서 대부분 당연히 債務者에게 歸責事由가 인정되는 경우에만 법적으로 추급되고, 債務者에게 債務不履行에 대하여 상당한 변명의 여지가 있는 경우에는 비록 그것이 엄격하게는 法的 免責事由에 해당하는 것이 아니라고

하여도 債權者の 「人情」 또는 법의식에 의하여 법적인 추급까지 이르지 않은 경우가 많지 않은가 한다<sup>39)</sup>라는 지적이 있다.

구체적인 판례의 태도를 검토해 보면 크게 다음 세가지 경우로 구분하여 정리할 수 있다.

1) 歸責事由가 문제가 되는 경우에 이것을 立證責任問題로 돌리는 경우가 많다.<sup>40)</sup> 예를 들어 “임차물이 화재로 소실되어 賃借人의 반환의무가 履行不能이 된 경우에 賃借人은 그 履行不能이 自己가 責任질 수 없는 사유로 인한 것이라는 입증을 하지 못하면 損害賠償 責任을 면할 수 없는 것이다<sup>41)</sup>”고 하고, 또한 “履行不能의 歸責事由에 대한 立證責任은 債務者에게 있다<sup>42)</sup>”고 한다. 그러나 立證責任이 債務者에게 있다는 것을 판시한 경우 거의 예외없이 債務者는 자신에게 歸責事由의 不存在를 입증하지 못하고 責任을 져야 한다.

2) 공법적 처분으로 인하여 급부가 履行不能으로 된 경우에는 歸責事由가 부정되는 예가 많다.

① 立木賣買契約이 있는 후 當局의 山林政策上 영림계획의 변경으로 벌채허가를 얻을 수 없게 된 때<sup>43)</sup>와 ② 賣買 目的物이 된 土地에 대하여 賣買契約 後에 大韓住宅公社에 의한 수용절차가 진행됨으로서 결국 賣渡人의 所有權 移轉義務가 불능이 된 경우<sup>44)</sup> 등을 예로 들 수 있다.

그러나 公法的 處分이 있더라도 債務者가 원인을 제공했다던가 공법적 처분에 대한 방어를 소홀히 하는 경우에는 債務者에게 歸責事由가 인정된다. ① “執行官이 不法으로 집행하였다면 다른 사람의 물건을 보관하고 있

39) 執筆代表郭潤直, 前掲書, 353-354面.

40) 일본에서도 이러한 경향이 강한 것 같다. 과실의 문제를 증명대상의 확정문제와 입증책임의 분배로 관심을 이동시키는 경향이 있는 것이다(中野貞一郎, 過失の追認, 弘文堂, 1978; 國井和郎執筆, 要件事實の證明責任, 西神田編集室, 1986).

41) 大判 1969.3.18., 60다56; 大判 1980.11.25., 80다508; 大判 1982.8.24., 82다카254; 大判 1985.4.9., 84다카2416; 大判 1987.11.24., 87다카 1575.

42) 大判 1972.11.28., 72다982.

43) 大判 1975.8.29., 75다 765.

44) 大判 1992.5.12., 92다4581

는 피고로서는 즉시 소유자인 원고에게 그 사실을 통지하던가 또는 피고 자신이 집행에 관한 異議를 제기하는 등을 하는 것이 善良한 管理者의 注意義務라고 할 것이므로 원심으로서 위와 같은 조치를 취한 사실이 있는가의 여부에 대하여도 석명하고 심리를 하여야 함에 불구하고<sup>45)</sup>라고 한 판례가 있다. ② “학교의 회신에 따라 出入國 事務所의 滯留期間 制限決定이 이루어진 이상 학교측이 위 外國人教授로 하여금 더 이상 국내에 滯留하지 못하게 한 것이 되어서 위 教授任用 契約上의 義務를 不履行하였다고 볼 것이고, 原告(外國人 教授)의 責任으로 돌릴 수 없는 것이다<sup>46)</sup>”라고 하여 학교측의 책임을 인정한 것, ③ “토지등 去來契約 申告區域으로 지정되기 전에 체결되었기 때문에 土地去來申告에 관한 규정이 적용되지 않음에도 불구하고 買受人이 적용되는 것으로 오인하여 賣渡人에게 契約上 約定된 移轉登記 所要書類 외에 토지등 去來申告 필증까지도 요구하면서 증도금 및 잔금의 지급을 거절한 경우에는 買受人에게 債務不履行의 歸責事由가 있다<sup>47)</sup>”라고 하며, ④ “原告와 被告會社가 骨材採取 契約을 締結한 후 都市計劃事業이 변경, 시행됨에 따라 원고가 원래 골재채취를 하기로 한 곳에서 피고회사의 대주주점 실질적 경영자가 설립한 학교법인이 운영할 학교의 校舍建物 新築 및 運動場 敷地 造成作業이 어느 정도 진척되어 사회통념상 그 철거 등 원상회복이 용이하지 않다고 판단될 시점에 이르게 된 경우에는 被告會社가 원고에 대하여 위 골재채취를 위한 허가기간을 연장하고 그 연장된 허가기간까지 위 약정한 면적에 관한 원고가 골재를 채취할 수 있도록 협력할 의무는 不可能하게 되었다고 봄이 상당할 것이므로 피고회사는 위 履行不能이 自己에게 歸責事由가 없음을 입증하지 않는 한 그 責任을 면할 수 없다<sup>48)</sup>”고 한다.

그외 쌍방이 예기할 수 없는 것으로 買受人의 信用金庫로부터의 대출

45) 大判 1962.11.29., 62다627.

46) 大判 1989. 11.14., 87다카2932.

47) 大判 1990.2.27., 89다카999

48) 大判 1990.5.8., 88다카4574·4581.



이 쌍방의 예기치 못한 장애로 실현되지 못한 경우에 買受人에게 責任으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 債務不履行이 된다.<sup>49)</sup>

履行遲滯後 履行不能이 된 경우에는 履行不能이 不可抗力으로 야기된 경우에도 責任을 긍정하고 있다.

“수입화물의 운송계약을 맺은 해상운송업자가 그 소유의 컨테이너에 화물을 내장하여 해상운송을 마치고 육상운송은 국내운송업자에게 의뢰하여 貨主의 보세장치창고까지 운송케하였으나 통관절차등이 지체된 상태에서 위창고내에 화재가 일어나 위 컨테이너가 소실된 경우 貨主의 海上運送業者에 대한 損害賠償을 인정한 사례”<sup>50)</sup> 등을 들 수 있다.

3) 債權者에게 責任있는 事由에 의한 경우에는 債務者の 有責性は 부인된다. 그러나 이러한 경우에는 債務者の 歸責事由를 정면으로 문제삼지 않은 경우가 많다.<sup>51)</sup>

## V. 結論

債務不履行責任은 契約을 통해서 발생한 責任이다. 契約 當事者는 스스로의 의사를 통해서 자기의 行動範圍를 縮小한 것이며 양 當事者는 契約의 내용에 따른 구속을 받는 것이고 또한 契約 當事者는 相對方이 채무를 履行할 것이라는 기대감을 가지게 된다. 그래서 契約責任에서 법의 기능은 자기가 약속한 채무의 내용을 지킬 수 있도록 助力하고 상대방에 대한 기대를 현실화시켜 주는 데 있어야 한다. 債務者로서 스스로의 구속을 통해 만든 신뢰를 위반한 자는 그것만으로 비난받아야 하고 그 외의 非難可能性을 생각할 필요가 없다고 생각한다. 不履行의 事態가 契約 當事者가 자기의 能力에 대한 과신으로부터 발생한 것이라 하더라도 자신의 능력을 과대

49) 大判 1989.6.13., 88다카15222.

50) 大判 1991.5.28., 91다2069.

51) 大判 1969.2.25., 67다1338등

평가한 것에 대한 責任을 져야 한다.

그럼에도 불구하고 통설은 우리 민법이 채무불이행에서 과실책임주의를 취하고 있는 것으로 생각을 하고 있다. 제390조의 단서를 볼 때 과실책임주의를 취하고 있다는 것을 부정할 수는 없지만, 제390조 단서는 독일법에 대한 일본민법학자들의 이해에서 출발한 것이고 최근 독일법 개정에서는 상당히 후퇴된 이론이다. 독일법의 개정론과 더불어 우리의 학설들도 다시 한 번 고려되어야 할 문제라고 생각된다.

통설은 우리 민법이 債務不履行에서 過失責任主義를 채택하고 있다고 한다. 그 근거는 제390조의 단서에서 구하고 있다. 그러나 제390조 단서는 債務不履行 중에서 '履行할 수 없게 된 때'라고 되어 있기 때문에 債務者에게 歸責事由없이 履行이 不可能한 상태만 債權者가 損害賠償 請求權을 가지지 않는다는 것이다. 제390조를 反對解釋한다면 그 외의 경우에는 제390조의 전단에 따라 損害賠償 請求權을 가진다고 해야 한다. 제390조의 형태가 본문과 단서의 형태로 되어 있기 때문에 더욱 더 제390조 단서를 좁게 해석해야 한다는 것은 법해석의 원칙상 당연한 것이다.

실제 판례에 있어서도 채무자의 귀책사유는 거의 언급되지 않고 귀책사유의 문제를 입증책임의 문제로 돌려 결국은 귀책사유불요설과 동일한 입장에 있거나, 명시적으로 귀책사유가 필요하지 않다는 판례도 있어서 반드시 과실책임주의를 염두에 두고 있는 것은 아니라고 생각된다.

그렇다면 債務不履行責任에서 발생한 손실을 분배하는 규정은 어디에 있는가? 제390조의 前文과 後文의 관계를 살펴볼 때 후문의 경우 즉 履行할 수 없게 된 때에는 原則적으로 債務者에게 손해배상의무가 있고, 이행할 수 없게 되고 債務者에게 故意나 過失이 없는 경우에는 면책된다고 할 수 있다. 그 외의 손해분담에 대한 원리는 현행법에서는 규정하고 있지 않고, 契約의 原理(意義)에서 찾아야 한다고 생각된다.

이러한 점은 民法典編纂要綱에서 履行遲滯와 不完全履行에 대해서 過失責任主義를 취하도록 하고 있음에도 불구하고, 명백하게 過失責任主義를

규정하지 않았던 起草者の 의도도 이 문제는 계약의 원리에서 해결될 수 있는 것이어서 굳이 조문화할 필요가 없다고 생각한 것이 아닌가 한다. 民法制定當時의 理論들이 반드시 過失責任主義를 기반으로 한 것만은 아니라는 것은 우리 민법이 履行補助者의 과실에 대한 책임을 債務者에게 부담시키고 있는 제391조를 보면 알 수 있다. 특히 제391조에 대해 民法案意見書에는 '債務者는 債權者에 대하여 履行의 責任이 있으며, 履行을 하지 않은 이상 그 責任을 면할 수 없음'<sup>52)</sup>이라고 한 朱宰璜의 설명에도 제시되어 있다.

52) 民事法研究會, 民法案意見書, 140面이하.