

부수적 의무와 계약해제

Incidental Obligation and Termination of Contract

김 봉 수*
Bongsu Kim

목 차

- I. 머리말
- II. 기존의 채무구조론
- III. 비교법적 검토
- IV. 부수적 의무와 계약해제
- V. 맺음말

국문초록

우리나라에서는 지금까지 채권관계의 의무를 주된 급부의무와 부수적 의무, 보호의무로 구분해 왔다. 그리고 주된 급부의무의 위반의 경우에는 모든 구제수단이 인정되지만, 부수적 의무나 보호의무의 위반의 경우에는 손해배상청구는 가능하지만 원칙적으로 이행청구나 계약해제는 인정되지 않는 것으로 보고 있다. 하지만 이와 같이 채무자의 의무유형 내지 채무구조론에 따라 구제수단을 정렬하는 것, 특히 계약해제를 정렬하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 계약해제의 인정여부는 의무의 종류가 무엇인지가 아니라 의무위반행위가 중대한지 경미한지에 따라 결정되어야 하는 것이기 때문이다. 즉, 채무자가 의무를 중대하게 위반한 경우 채권자는 계약을 해제할 수 있어야 하는 반면, 채무자가 의

논문접수일 : 2019. 10. 01.

심사완료일 : 2019. 10. 24.

게재확정일 : 2019. 11. 04.

* 대구가톨릭대학교 법학과 부교수

무를 경미하게 위반한 경우 채권자는 계약을 해제할 수 없고 다른 구제수단으로 만족해야 한다. 이것은 채무자가 채무 중 일부만 이행한 일부 불이행과 맥락을 같이 한다. 다만 일부 불이행이 양적인 문제라면, 부수적 의무위반은 질적인 문제라는 점에서 서로 차이가 있을 뿐이다. 결론적으로 의무의 유형에 따라 계약해제를 판단하는 것에서 벗어나 한다. 그리고 계약해제를 인정할 것인가는 계약위반의 중대성, 계약준수의 원칙, 당사자의 이익과 기대 등을 고려해서 결정해야 한다.

주제어 : 급부의무, 부수적 의무, 보호의무, 계약해제, 채무구조론

1. 머리말

유효하게 성립한 채권관계는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하고, 그로 인해 채권자의 채권이 만족을 얻음으로서 소멸한다. 그러나 채무의 내용에 좇은 이행이 없는 경우 급부장애가 발생하게 되고, 이에 따른 불이행의 유형에 따른 효과가 발생하게 된다. 채권자는 채무자가 채무의 내용대로 이행을 하지 않는 경우에 여러 가지의 구제수단, 즉 이행청구, 손해배상, 계약해제에 대한 권리를 가지게 된다. 그러나 이러한 구제수단을 결정하기 위해서는 논리적으로 “채무의 내용에 좇은 이행”이 무엇인가가 먼저 밝혀져야 한다. 이러한 불이행을 이행가능성에 따라 지체나 불능으로 구분하는 것도 가능하지만 위반되는 의무가 무엇인가에 따라서 나누어 볼 수도 있다. 채권관계의 의무는 여러 기준에 따라서 분류될 수 있는데, 이 중에서 가장 일반적인 것이 급부의무와 부수적 의무, 보호의무의 분류이다. 이것은 계약상 당사자들이 의도한 목적, 즉 급부와 의 ‘거리’ 내지는 ‘근접성’에 따라 분류한 것으로서 이행청구, 계약해제에 있어서 그 효과를 달리한다. 즉, 급부의무의 위반의 경우에는 우리 민법이 예상하고 있는 모든 구제수단이 가능하지만, 부수적 의무와 보호의무와 관련한 구제수단과 관련해서는 견해가 일치하지 않는다. 또한 이와 달리 의무를 분류하는 견해도 있고, 특히 보호의무의 인정여부에 대해서는 견해가 대립한다. 이하에서는

급부 의무를 제외한 그 밖의 의무를 살펴보고, 이 중 부수적 의무와 계약해제의 관계를 중심으로 고찰하기로 한다.

II. 기존의 채무구조론

1. 채무구조론

채권관계를 통하여 채권자는 채무자에게 일정한 행위(급부)를 청구할 수 있는 권리(채권)를 가지게 되고, 이때 급부는 계약관계의 내용에 따라 다양하게 존재한다. 급부는 그 내용이 채무자의 적극적 행위(작위)를 대상으로 하는지 아니면 부작위를 대상으로 하는지 여부, 주는 급부에 있어서의 목적물의 특정성 여부, 급부의 분할여부 등에 따라서 나누어 질 수 있다.¹⁾ 그리고 급부 의무란 채권관계에 기해 채무자가 채권자에게 일정한 행위를 부담하는 의무로서 채무자의 의무 중 주된 의무(Hauptpflicht)를 말한다.²⁾ 가령 부동산매매계약에서의 부동산 소유권이전 의무와 대금지급 의무가, 도급계약에서는 일의 완성과 이에 대한 보수 지급 의무가 이에 해당한다. 이러한 주된 급부 의무에 따라서 당해 채권관계의 내용과 성질이 결정된다. 그리고 채권관계에서는 이러한 주된 급부 의무 이외에도 부수적 의무와 보호 의무 등이 인정될 수 있다. 왜냐하면 채권관계에 따라서는 주된 급부 의무 뿐만 아니라 신의칙상 부수적 의무를 부담하는 경우도 있기 때문이다. 이러한 부수적 의무는 채권자와 채무자 사이의 특별한 구속관계의 강도와 성질에 따라서 상대방에 대한 배려 또는 성실의 요구에서 발생하는 용태 의무(weitere Verhaltenspflicht)라고도 이해된다.³⁾ 특히 이러한 부수적 의무는 인적인 신뢰가 크거나 계속적인 채권관계에서 더욱 중요한 의미를 가진다. 우리나라에서는 대체로 채권관계에서 채무자의 보호 의무(Schutzpflicht)를 포함하는지

1) 순서에 따라서 작위급부와 부작위급부, 주는 급부와 하는 급부, 특정물급부와 불특정물급부, 가분급부와 불가분급부로 나누어진다. 김형배, 「채권총론」, 48-49면.

2) 조성민, 「주석민법」 채권총칙(1), 45면.

3) Larenz, Schuldrecht AT, S. 11.

에 따라서 채무자의 의무를 급부의무(주된 의무)와 부수적 의무, 보호의무로 나누는 견해와 보호의무를 부정하는 입장에서 급부의무와 부수적 의무를 나누는 견해가 존재한다.

채권관계의 채무를 유형화하고 구조화하는 소위 ‘채무구조론’ 내지 ‘채권관계 구조론’은 독일민법에서 활발하게 논의되어 오던 것인데, 1900년대 초 Staub가 제기한 적극적 계약침해론(Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen)이 등장하면서 본격적으로 논의되기 시작하였다고 한다. 다시 말해 적극적 채권침해론이 제3의 채무불이행유형으로 받아들여지면서 적극적 채권침해의 본질이 무엇이며, 기존의 이행지체와 이행불능과의 관계를 가지는지에 대한 논의가 이루어졌다. 당시에 적극적 채권침해를 기존의 이행지체와 이행불능 이외의 경우를 포섭하는 개념으로 파악하자는 견해와 이와는 달리 적극적 채권침해의 공통적인 개념표지가 있다는 견해가 제기되었다. 그리고 의무위반이라는 관점에서 적극적 채권침해가 과연 어떤 의무를 위반한 것인가도 논의되었다. 적극적 채권침해가 단지 급부의무의 위반인지, 급부의무 이외의 의무인 부수적 의무(또는 보호의무)를 위반한 것인지, 아니면 양자를 포함하는 것인지 하는 문제의식으로부터 현재의 채권관계구조론(채무구조론)이 발전하게 되었다.⁴⁾

2. 급부의무

채권관계에 따라 채권자는 채무자에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있는데, 이때 채무자가 부담하는 일정한 부담을 급부의무라고 한다. 급부의무(Leistungspflicht)란 채권관계에서 채권자가 부담하는 주요한 부분으로서 채무자가 부담하는 부분 중에서 주된 의무(Hauptpflicht)를 말한다. 급부의무의 내용은 약정채무관계에서는 일차적으로 계약에 의하여 정해지지만, 계약내용이 명확하지 않은 경우에는 사실인 관습이나 임의법규, 조리에 의해 결정되어 질 수 있다. 그리고 법정채권관계에서는 법률의 규정에 의하여 결정되어진다. 이러한 급부의무는 채권관계에서 채무자가 부담하는 일차적, 우선적 의무라는 개념에서

4) 김형배, 「채권총론」, 213-215면. 현재는 양자를 다 포함한다는 견해가 일반적으로 받아들여지고 있다.

‘일차적 급부의무’라고 한다.⁵⁾ 급부의무는 계약의 유형을 결정하는 중요한 요소가 된다. 예를 들어 매매계약에서 대금지급의무는 다른 증여나 사용대차와의 구별되는 특징을 지닌다.⁶⁾ 이와 같이 급부의무는 계약유형을 특징지을 뿐만 아니라 당해 계약과 채무자의 본질적 의무를 나타내는 의무가 된다. 이와 더불어 급부의무는 쌍무계약에 있어서 대가적 견련관계에 서게 될 뿐만 아니라, 이를 위반하였을 경우 손해배상청구와 계약해제권도 발생시키게 된다. 이에 비하여 부수적 의무는 계약의 유형을 결정하지도 않을 뿐만 아니라 급부결과실현이라는 목적달성과 관련된 부차적인 의무라고 설명된다.

일반적인 분류와는 달리 급부의무를 다시 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)와 종된 급부의무(Nebenleistungspflicht)로 나누어서 고찰하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 주된 급부의무는 계약유형을 결정하는 기능을 가지며, 종된 급부의무는 매매목적물의 조립이나 설명방법처럼 계약유형을 결정하는 것은 아니지만 급부결과실현을 보완하는 것이다.⁷⁾ 종된 급부의무 중에서 선관의무에 대하여는 이를 종된 급부의무로 보는 견해와 이를 부수적 의무에 포함시키는 견해가 있다. 예를 들어 복잡한 구조를 가진 기계매매의 경우 기계의 소유권과 점유의 이전은 주된 급부의무에 해당하지만, 기계에 대한 설명서 내지 보증서인도의무는 종된 급부의무라고 본다. 그리고 양자의 구분은 쌍무계약에 있어서의 대가적 견련성 여부의 판단과 계약해제권의 인정여부에서 그 실익이 있다고 한다.⁸⁾ 양자를 구분하는 기준에 대하여서는 정확하게 언급하고 있지는 않지만, 대략 주물·종물이론이나 급부와외의 거리 정도가 그 기준이 된다고 볼 수 있다.

5) 그러나 일차적 의무(Primärpflichten)와 이차적 의무(Sekundärpflichten)의 구별에 있어서 일차적 의무가 항상 주된 의무가 되는 것은 아니다. 일차적 의무이면서 부수적 의무가 되는 경우도 있다. 가령 계단의 조명설치에 대한 임대인의 의무가 그러하다(Medicus, Bürgerliches Recht, S. 149).

6) Medicus, Bürgerliches Recht, S. 149.

7) 北川善太郎, 債權總論, 有斐閣, 9면(주석민법 채권총칙(1), 45면에서 재인용); 김형배, 「채권총론」, 33면.

8) 김형배, 「채권총론」, 33-34면.

3. 부수적 의무

(1) 개념과 근거

채무를 크게 급부 의무와 부수적 의무를 나누는 견해에 있어서 부수적 의무는 급부 의무가 아니지만 채무를 이행하는데 있어서 요구되는 의무를 통칭하는 개념으로 사용되고 있으며, 이러한 부수적 의무는 계약이나 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않는 것이 일반적이다. 대체적으로 그 개념으로는 채권관계의 유형이나 성질과 관련하여 주된 급부 의무처럼 중요한 의미를 지니는 의무는 아니지만 당사자가 일정한 행위를 구체적으로 명시하여 확정함으로써 이를 채무의 내용으로 끌어올린 의무로서 급부 소송의 대상이 될 수 있는 급부 의무를 말한다.⁹⁾ 따라서 부수적 의무의 내용은 계약 성립 당시 결정되는 것이 아니라 구체적인 계약의 이행 과정에서 결정되며, 의무의 내용도 급부 실현을 위한 급부의 결과 내지 급부 이익을 보호하기 위한 것이 된다.¹⁰⁾ 특히 계속적 채권관계에서 부수적 의무가 더욱 큰 의미가 있다.¹¹⁾

부수적 의무에 대한 근거를 신의칙으로 보는 것이 다수의 견해이다.¹²⁾ 이와 같이 계약당사자가 명시적으로 약정하지 않았더라도 계약관계에 기하여 급부 이행을 위한 필요한 여타의 부수적 의무가 신의칙에 따라 인정된다는 것도 일견 가능하다고 보인다. 하지만 사건으로는 부수적 의무도 - 급부 의무와 마찬가지로 - 계약상 합의를 이루는 당사자의 의사에서 그 근거를 찾는 것이 타당하다고 본다.¹³⁾ 계약당사자들의 입장에서 보면, 계약에서 주된 급부의 이행에 대한 합의만 존재한다 할지라도 그러한 합의에 주된 급부 이행을 위해서 통상 필요한

9) 서광민, 「채권법상 보호의무」, 71면.

10) 이를 법률에서 규정한 것으로는 임차인의 수인의무(민법 제624조), 통지의무(민법 제634조), 수입인의 보고의무(민법 제683조) 등을 들 수 있다.

11) 조성민, 「주석민법」 채권총칙(1), 46면.

12) 백태승, 「주석민법」 총칙(1), 159면; 서광민, 「채권법상 보호의무」, 71면; 정영진, 「신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구」, 94면.

13) 동일한 취지에서 부수적 의무의 근거를 신의칙으로 보는 것에 대한 비판적 견해로 송덕수, 「채권각론」, 155면.

한도의 부수적 의무도 당연히 내재한다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 부수적 의무의 근거는 신의칙보다는 계약상 합의가 그 근거가 되어야 할 것이다.

(2) 내용

부수적 의무를 ‘급부 의무를 제외한 그 밖의 채무이행에 필요한 의무’로 보더라도 주된 의무와 어떻게 구별해야 하는가 하는 문제가 남는다. 이에 대해서는 여러 가지가 견해가 있는데, 먼저 급부와 ‘거리’에서 찾는 견해가 일반적이고, 이 밖에도 계약유형에 따라서 당해 의무가 계약특징적(Vertragstypischen)인 의무나 계약비특징적(Vetraguntypischen) 의무에 따라 구분하는 견해, 쌍무계약의 쌍무성(Synallagmarischen)에서 찾는 견해가 있고,¹⁴⁾ 마지막으로 계약의 목적 달성에 비추어서 당해 의무가 지니는 중요성을 기준으로 하는 견해도 있다.¹⁵⁾

부수적 의무는 급부 의무의 발생·이행·소멸의 전 과정에 걸쳐 존재하고, 급부에 의해 실현될 계약이익의 유지·보호를 목적으로 한다.¹⁶⁾ 부수적 의무의 내용으로는 대체적으로 부수적 의무의 내용에 따라서 배려의무(Sorgfaltspflicht), 성실의무(Treupflicht), 보호의무(Schutzpflicht)¹⁷⁾, 기타의 용태의무(weitere Verhaltenspflicht) 등으로 나눌 수 있다. 그러나 부수적 의무는 모든 계약관계에서 인정되지는 않지만 그 구체적인 범위와 내용, 그리고 그 강도는 개별 계약관계에서 상이할 수 있다. 특히 임대차 등의 계속적 계약관계나 조합이나 고용 등과 같이 인적 신뢰관계가 강한 채권관계에서 더욱 높은 정도의 의무가 부과된다. 이와 같이 부수적 의무의 내용은 계약유형을 고려해서 구체적으로 정해질 수밖에 없다.

(3) 효과

부수적 의무의 위반이 이행지체 또는 이행불능으로 귀결되는 경우에는 이행

14) Medicus, Bürgerliches Recht, S. 149.

15) 이은영, 「주석민법」 채권각칙(2), 90면.

16) 北川善太郎, 債權總論, 有斐閣, 28면(「주석민법」 채권총칙(1), 47면에서 재인용).

17) 분류를 어떻게 하는지, 그리고 보호의무의 인정여부에 따라서 그 위치와 내용이 달라질 것이다.

지체와 이행불능의 법리에 따라서 해결해야 할 것이고, 지체나 불능에 해당하지 않는 경우에는 불완전이행의 문제가 된다.¹⁸⁾ 부수적 의무위반의 경우에는 주된 급부의무위반과 달리 채권자는 이행청구와 계약해제를 할 수 없고, 단지 손해배상만이 가능하다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁹⁾ 이와 달리 부수적 의무를 독립적 부수적 의무(selbständige Nebenpflicht)와 비독립적 부수적 의무(unselbständige Nebenpflicht)로 나누고, 전자의 경우에는 이행청구가 가능하지만, 후자의 경우에는 독립적인 목적이 없으므로 그 이행을 소구할 수 없다고 보는 견해도 있다.

4. 보호의무

(1) 개념

부수적 의무가 급부이익(Leistungsinteresse)의 보호를 위한 채무자의 의무로서 급부의무에 부수하는 것이라고 한다면, 보호의무(Schutzpflicht)²⁰⁾는 급부의무와 나란히 채권관계 당사자 간의 이른바 현상이익(Erhaltungsinteresse) 내지 완전성이익(Integritätsinteresse)을 보호하기 위하여 요청되는 의무라고 할 수 있다. 이는 채권관계에서 채무자가 채권자에게 채권의 목적(급부)과 관련하여 손해를 줄 수도 있지만, 채권의 목적과 관련 없이 채권자의 신체나 재산에 피해를 줄 수도 있기 때문에 인정되는 의무이다. 그러므로 채무자에게 급부의무의 성실한 이행뿐만 아니라 그에 더하여 부가적인 침해행위를 하지 않을 것까지 요구된다.²¹⁾ 이러한 예로서는 피아노 운반작업을 맡은 자가 피아노 운반 시에 다른 집안의 기물(가구 등)을 손상되지 않도록 할 의무라든지, 집수리업자가 집수리작업 시에 그 집 가재도구나 유리창을 깨뜨리지 않을 의무 등이 이에 해당한다.²²⁾ 특

18) 정기홍, “채권법에 있어서의 급부에 관한 연구”, 64면.

19) 양창수, 「민법주해」 채권(2), 215-216면.

20) Medicus, Bürgerliches Recht, S. 151. 에서는 ‘Verhaltenpflicht’라고 표현하고 있으며, 이를 급부의무와는 다른 기타의 의무범위에 포함시키고 있다.

21) 김형배, 「채권총론」, 36면.

22) 서광민, “채권법상 보호의무”, 82면.

히 보호의무의 독자성을 긍정하는 입장은 계약체결 이후 소멸 이전, 즉 계약관계가 존재하는 시점의 보호의무뿐만 아니라, 계약체결 이전 단계와 계약체결 이후의 일정한 시점까지 보호의무를 인정함으로써 채권자를 보호하고자 한다.²³⁾ 그리고 계약관계의 당사자 이외의 일정한 신분적·사회적 관계에 있는 제3자에 대하여도 인정하는 등 의무의 시간적·인적 범위의 확대하고자 한다. 그리고 보호의무의 근거도 신의칙에서 찾아야 한다고 본다는데 견해가 일치한다.²⁴⁾

(2) 인정여부와 효과

우선 보호의무를 부정하는 견해를 살펴보면, 타인의 법익을 해하여서는 안 될 의무는 사회일반인 모두에게 인정되는 것으로서 이를 위법하게 위반하게 되면 불법행위법에 의한 손해배상 의무를 지게 된다. 따라서 이러한 사회일반인에게 요구되는 의무와 보호의무를 구별하기도 어려울 뿐만 아니라 구별의 실익도 크지 않다고 한다. 계약관계에서 생긴 손해라고 해서 모두 계약책임으로 구성할 필요는 없고, 우리 민법은 독일민법의 불법행위와는 다르게 포괄적 규정을 두고 있어서, 독일의 입법상 흠결을 보완하기 위한 개념으로서 형성된 보호의무를 긍정하기는 어렵다는 것이다.²⁵⁾ 다음으로 보호의무는 독일민법의 특수적인 ‘계약 책임 우위’(Vorrangigkeit der Vertragshaftung)의 기본태도를 반영하는 것으로서 포괄적 사고방식의 우리의 정서와 조화되지 않을 뿐 아니라, 계약관계의 존부에도 불구하고 모두 불법행위로 구제하는 청구권의 무제한 경합을 인정하는 하는 우리 법원의 기존의 태도를 보는데 그 인정의 실익에도 의문이 있다는 견해가 있다.²⁶⁾ 그러나 보호의무를 긍정하는 입장하는 입장은 이를 불법행위로

23) 백태승, 「주석민법」 총칙(1), 159-162면 이하에서는 부수적 의무(보호의무를 포함하여)의 경우에도 계약준비과정이나 계약종료 후에도 의무가 존속한다고 보고 있으나 이는 보호의무에 한정하지 않고 부수적 의무 전체의 시적 적용범위를 넓히는 것으로 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면 부수적 의무는 원칙적으로 급부와 관련성이 인정되는 것에 한정되기 때문에 계약관계가 존재하지 않는 이상 부수적 의무를 인정하기는 어렵다고 본다.

24) 김형배, 「채권총론」, 37면.

25) 이에 대하여서는 양창수, 「민법주해」, 채권(2), 217면 이하 참조. 이은영 교수는 보호의무를 다시 급부동반적 보호의무와 일반적 보호의무로 나누고 전자에 대해서만 긍정적인 입장을 취하고 있다.(「주석민법」, 채권총칙(1), 504-505면.)

보는 것은 타당하지 않고,²⁷⁾ 보호의무 위반의 효과는 일률적으로 볼 것이 아니라 위반의 중대성여부에 따라서 계약의 해제·해지뿐만 아니라 노무제공거부권도 발생케 한다는 견해가 있다.²⁸⁾

그러나 채무자가 보호의무의 이행청구나 이를 위반한 경우의 계약해제를 인정하여야 되는 경우를 상정하기는 쉽지 않다. 하지만 그렇다고 해서 보호의무에 대한 이행청구와 계약해제를 일률적으로 볼 것은 아니다. 사안에 따라서는 수차례에 걸친 급부가 이루어지는 때에 첫 급부가 채권자의 현상이익에 반하는 경우 부작위청구 등을 인정해야 할 필요성이 있기 때문이다.²⁹⁾ 그리고 보호의무 위반의 경우에도 이견이 있기는 하지만 대체로 손해배상이 주된 구제수단이고, 계약해제에 대해서는 소극적인 것이 일반적이다.

5. 판례

원칙적으로 판례는 학설에서 논의되고 있는 채무구조론, 즉 계약상 의무분류를 받아들이고 있다고 보인다. 동시에 의무위반의 분류에 따른 채무불이행의 효과까지 그대로 받아들이고 있다. 이러한 판례의 입장을 간단히 요약하자면, 주된 급부의무의 경우에는 모든 채무불이행의 효과가 발생하지만, 그 밖의 의무위반(종된 급부의무, 부수적 의무, 보호의무)에 대해서는 손해배상만이 가능하고 계약해제는 허용되지 않는다는 것이다.³⁰⁾ 하지만 이러한 의무분류에 따른 입장을 견지하게 되면 구체적인 사안에 있어서 합당한 결론을 이끌어 내기가 어려운 사안이 있을 수 있다. 이러한 경우 판례는 통상 부수적 의무로 분류됨에도 이를 계약상 주된 급부의무라고 판단하거나, 당사자 사이의 의무위반이 가지는

26) 조규창, “민법 제390조와 적극적 채권침해”, 264면.

27) 송덕수, 「채권각론」, 157면.

28) 김형배, 「채권총론」, 38면.

29) Medicus, Bürgerliches Recht, S. 151.

30) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394, 20400(민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다).

중대성에 따라서 계약해제를 판단하는 경향을 보인다. 예를 들어 주택조합이 상가분양 시에 분양계약에 더하여 경업금지약정을 하였으나 수분양자가 그 약정을 어긴 경우를 들 수 있다.³¹⁾ 이 사례에서 법원은 수분양자에게 기존 영업권을 보호하기로 하는 경업금지약정은 기존의 채무를 나누는 기준인 급부 의무와의 거리로 판단하는 이론과는 일치하지 않는다. 즉, 상가분양계약에서의 주된 급부 의무는 상가의 분양과 그에 대한 대금지급일 따름이지, 경업업종을 유지하지 않음으로서 영업권을 보호하는 것은 상가분양계약의 주된 급부 의무와는 거리가 먼 것으로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 판례는 부수적 약정을 주된 급부 의무와 동일시 할 수 있을 정도의 성질의 것으로 파악하고 있다.

판례 중에는 부수적 의무의 위반을 일부불이행으로 본 경우도 있다. 즉, 계약 본래의 목적은 이미 달성되었고 부수적 채무의 이행만이 지체 중인 경우 그 불이행으로 인하여 채권자가 계약을 달성할 수 없는 경우 또는 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 계약 전체의 해제를 허용할 수 없다고 본 판결³²⁾이 있다. 부수적 의무의 위반은 주된 급부의 일부로서 파악될 수 없다. 그러나 이 판례의 경우 부수적 의무의 위반을 일부불이행으로 파악하고 이에 따라 계약 전체의 해제를 인정하기는 힘들지만, 계약일부에 대하여는 해제할 수 있는 것으로 판단하였다.

위에서 언급한 판례와 유사한 판례가 다수 존재하지만, 기본적인 입장은 부수적 의무위반의 경우 원칙적으로 계약해제를 할 수 없다는 점에서는 일관되는 것으로 보인다. 그러나 사안에 따라서는 의무위반의 중대성에 따라 해제권 인정 여부를 판단하는 경향을 보이기도 한다. 특히 상가분양계약에서 경업금지 위반에 따른 계약해제를 인정한 판례는 기존의 의무위반분류에 따르지 않았지만,³³⁾ 의무위반의 중대성 내지 계약의 구속력의 관점에서 해제를 인정했다는 점에서

31) 대법원 1997. 4. 7. 자 97마575 결정(상가의 일부 층을 먼저 분양하면서 그 수분양자에게 장차 나머지 상가의 분양에 있어 상가 내 기존 업종과 중복되지 않는 업종을 지정하여 기존 수분양자의 영업권을 보호하겠다고 약정한 경우, 그 약정에 기한 영업권 보호 채무를 분양계약의 주된 채무로 본 사례); 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004다67011 판결.

32) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1808.

33) 이에 대한 지적으로 김상중, “채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도”, 11면; 정진명, “부수적 채무의 불이행과 계약해제”, 235면 이하.

그 결론은 타당하다고 본다. 그러나 궁극적으로 의무분류의 기준과 해제의 인정 기준은 논리적으로 별개라는 점에서 그 논리전개가 타당하다고 보기는 어렵다.

III. 비교법적 검토

1. 유엔국제물품매매협약

1900년 초기부터 국제매매에 관한 필요성과 이에 대한 인식으로서 여러 가지의 국제계약의 입법이 시도되었고,³⁴⁾ 이러한 국제적 차원의 입법 중에서 가장 주목할 만 것으로 유엔국제물품매매협약을 들 수 있다. 유엔국제물품매매협약³⁵⁾은 우리 민법상 채무불이행과 달리 계약위반(breach of contract)의 개념 하에 구제수단을 정렬한 소위 ‘구제수단 접근법’(remedy approach)을 취하고 있다. 이것은 불이행의 유형(이행지체, 이행불능, 불완전이행)에 따라 채무불이행법을 정하고 있는 우리 민법의 태도와는 상이한 책임체계이다.³⁶⁾ 그리고 유엔국제물품매매협약은 계약위반의 구체적인 내용에 대해서 매도인과 매수인의 의무로 나누어 규율하고 있는데, 매도인은 목적물의 인도 의무(CISG 제31조 내지 제33조), 그리고 매수인의 경우 대금지급 의무(협약 제54조 내지 제59조)가 그 핵심이 되는 사항이다. 이와 더불어 거래에 필요한 서류교부 의무(협약 제34조), 포장 의무(CISG 제35조 제2항d) 등을 규정하고 있는데 이것은 국제간 매매라는 특수성을 감안하여 규율한 것으로 볼 수 있다. 이밖에도 당사자의 합의나, 관행·관례이나 국제거래상의 신의성실원칙(협약 제7조 제1항)으로부터도 여러 가지 의무가 도출된다.

34) 국제적 차원의 입법과 CISG의 역사에 대하여는 최홍섭, 「유엔통일매매법」, 4-8면.

35) 정식명칭은 “국제물품매매계약에 관한 유엔협약”(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980: CISG)이나, 본 논문에서는 줄여서 “유엔국제물품매매협약” 내지 “협약”이라고 줄여 표기하며, 별도의 표기가 없는 조문은 동 협약의 조문을 지칭한다. 우리나라도 2004년 2월 17일에 동 협약에 가입하여 2005년 3월 1일부터 적용을 받고 있다.

36) 이러한 접근방식을 ‘원인접근법’(cause approach)이라고 하는데, 이에 대해서는 Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles for European Contract Law, ERPL 2, pp. 341 ff.

유엔국제물품매매협약은 ‘계약위반’(breach of contract)라는 개념에서 출발하여 계약위반이 ‘본질적’(fundamental)이나 아니냐, 즉 계약위반의 중대성(depth)에 따라서 그 구제수단을 달리하여 규정하고 있다. 유엔국제물품매매협약 제25조는 “당사자 일방의 계약위반이 상대방의 기대를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 경우에 그 계약위반은 본질적이다. 그러나 계약위반당사자가 결과를 예견하지 못했고, 그와 같은 부류에 속한 합리적 사람의 경우에도 동일한 사정 하에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하여 “실질적 박탈”이라는 객관적 요건과 “상대방의 기대”라는 주관적 요소를 동시에 고려하여 판단하게 된다. 그리고 이러한 계약위반에 대하여 위반자가 결과를 예견하지 못했고 동시에 그와 같은 부류에 속하는 합리적인 사람이 예견할 수 없었던 경우는 본질적 계약위반이 되지 않는다. 따라서 본질적(중대한) 계약위반이 되기 위해서는 위반자가 결과를 예견했거나 또는 예견할 수 있어야 한다. 매도인의 계약위반이 본질적(중대한) 계약위반(fundamental breach)에 해당하는 경우라면, 이때 매수인은 이행청구권(제46조 1항), 손해배상청구권(제74조 이하), 계약해제권(제49조 1항), 대체이행청구권(제46조 2항)을 행사할 수 있다. 반면 계약위반이 중대하지 않은 경미한 계약위반(insignificant breach)에 해당하는 경우라면, 이때 매수인은 계약위반이 불인도(non-delivery)인지 계약 부적합(non-conformity)인지에 따라서 각기 다른 구제수단을 행사할 수 있게 된다.³⁷⁾

특히 해제와 관련해서 보면, 매도인의 계약위반이 본질적인 경우 해제권이 인정되는 것을 원칙으로 하고 있다(협약 제49조 제1항a). 대체적으로 목적물을 인도하지 않거나, 혹은 부적합물품의 인도한 경우 등이 이에 해당할 것이다. 이 경우 매수인은 최고 없이 바로 계약을 해제할 수 있다. 이밖에도 일부인도·일부부적합의 경우(협약 제51조), 이행기전에 본질적 계약위반이 명확한 경우(협약 제72조) 등에서 해제권을 규정하고 있다. 그리고 매수인의 계약위반과 관련해서도 매도인의 의무의 규정과 동일하게 본질적 불이행의 경우의 해제권(협약 제64조 제1항a)과 이행기 전의 해제(협약 제72조) 등을 규정하고 있다. 이에 특

37) 이에 대해서는 김봉수, “유엔국제물품매매협약에서 물품의 계약부적합에 대한 구제수단”, 319-321면.

이한 점은 협약 제64조 제1항b에서 “매도인이 설정한 부가기간 내에 매수인이 대금지급 또는 목적물을 수령하지 않는 경우”에 해제할 수 있는 것으로 규정하고 있는데, 이를 반대해석하면 매수인의 대금지급이나 목적물불수령이 아닌 기타의 의무위반의 경우에는 해제할 수 없는 것으로 볼 수 있다는 점이다.³⁸⁾

2. 유럽계약법원칙(PECL)³⁹⁾

유럽계약법원칙은 급부장애의 영역에서 유엔국제물품매매협약의 기본구조를 그대로 수용하고 있다. 다시 말해 유럽계약법원칙은 ‘의무위반’ 내지는 ‘불이행’(non-performance)을 중심으로 그 효과를 규정하고 있다는 점, 급부장애의 구제수단의 성립기준으로서 “중대한 불이행”(fundamental non-performance) 등 여러 가지의 면에서 유엔국제물품매매협약을 수용하여 제정된 것이다. 유럽계약법원칙은 불이행이라는 포괄적 개념을 중심으로 채무불이행을 체계화시키고 있다. 그리고 구제수단의 경우에는 “중대한 불이행”의 개념을 그 출발점으로 삼고 있다. 여기에서 불이행이란 당사자가 면책되는지에 불구하고 계약상 의무가 이행되지 않는 일체의 경우를 말하는 것이고, 지연된 이행이나 결함 있는 이행, 그리고 계약의 이행을 위해 협력하지 않는 경우를 포괄하는 개념이다(원칙 제1의 301조 제4호). 그리고 부수적 의무위반에 해당하는 사유도 여기에 해당하며⁴⁰⁾, 특히 명문으로 규정한 것도 있는데 계약당사자의 협력의무(원칙 제1의 202조), 교섭과정에서 지득한 비밀의 보호(원칙 제2의 302조)에 대한 규정을 두고 있다.

유엔국제물품매매협약과 같이 유럽계약법원칙에서도 중대한 불이행의 개념은 구제수단과 관련하여 중요한 위치를 차지하고 있으며 또한 그 판단이 용이한 것이 아니란 점에서는 일치한다. 유럽계약법원칙에서 중대한 불이행은 추완청구

38) 최홍섭, 「유엔통일매매법」, 96면.

39) 원명칭은 “The Principles of European Contract Law”이며, 1980년과 1981년 브뤼셀 심포지엄 이후에 구성된 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law) 주도로 제1부는 1995년, 제2부는 1998년, 제3부는 2003년에 각각 제정되었다.

40) 양창수, “「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리”, 111면.

여부(협약 제8의 104조), 계약이행에 대한 담보제공(협약 제8의 105조), 계약해제(협약 제9의 301조 이하)의 기준이 된다. 그리고 중대한 불이행이라고 판단될 수 있는 사항에 대해 세 가지로 나누어 규정하고 있다.⁴¹⁾ 그리고 유럽계약법원칙은 채무불이행이 있는 경우 구제수단으로서 이행청구, 이행거절, 계약해제, 대금감액, 손해배상 등을 규정하고 있다. 이외에도 채무자에게 추완권을, 반면 채권자에게 적절한 이행에 대한 보장을 청구할 권리를 부여하고 있다는 점에 특색이 있다.⁴²⁾ 계약해제의 경우에는 중대한 불이행의 경우에만 가능하다(협약 제9의 301). 그러나 중대한 불이행에 해당하지 않는 기타의 불이행(예: 부수적 의무위반)의 경우에는 추가적 기간을 설정하고 이에 대해 상대방이 거절통지를 하거나 기간을 도과한 때에는 계약해제를 할 수 있다(협약 제8의 106조).

3. 독일민법

독일채권법은 2002년 「채권법현대화법률」⁴³⁾을 통하여 대폭적으로 개정됨으로써 계약법구조와 체계에 있어서 근본적인 변화를 맞이하였다. 개정전 독일민법이 채무불이행의 유형으로 불능과 지체만을 규정하고 있었고(구 독일민법 제 275조 내지 292조), 이러한 한정적·열거적 규정으로 인하여 여러 가지 문제점이 나타나게 되었다.⁴⁴⁾ 또한 이질적인 매매법의 하자담보책임규정을 일반급부장애법에 동화시킬 필요가 있었다.⁴⁵⁾ 개정 이전부터 포괄적 급부장애에 관한 개념에 대한 많은 논의가 있었고, ‘불이행’(Nichterfüllung)⁴⁶⁾ 등 여러 가지 제

41) i) 의무에의 엄격한 구속이 계약상 중요한 의미를 가지는 경우, ii) 불이행이 상대방에게 주어진 기대를 현저히 침해한 경우(단, 이 경우 계약위반자가 그 결과를 예견하지 못했고 당연히 예견할 수 없었던 경우를 제외함), iii) 불이행이 고의적이고 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 사정이 있는 경우.

42) 양창수, 「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리, 116면.

43) 원명칭은 “Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”이고 2001년 10월 11일 독일연방의회에서 가결되어 2002년 1월 1일부터 시행되었다.

44) Hass/Medicus/Rolland/Schäfer, Das neue Schuldrecht, S. 106 f.

45) Jorden/Lehmann, JZ 2001, 953. 이것은 이미 이전의 개정작업에서도 목표되었던 것이었다. 채권법개정위원회안 역시 하자담보책임법을 일반급부장애법에 편입시키고자 하였다 이에 대해서는 Abschlussbericht, S. 32, 195 참조.

46) 불이행(Nichterfüllung)이라는 개념은 전통적으로 ‘급부의 불실현’을 가리키는 것이었고, 급부

안이 있었지만, 결국은 “의무위반”(Plichtsverletzung)에 따라 계약책임을 구성하는 개정을 하게 되었다. 그리고 개정을 통하여 이전의 학설과 판례에서 축적된 법제도, 가령 ‘적극적 채권침해’나 ‘계약체결상 과실’을 민법전 내로 수용하게 되었다.⁴⁷⁾

의무위반(독일민법 제241조)은 급부장애가 발생한 경우 기본적인 출발점이자 요건이 된다.⁴⁸⁾ 의무위반의 효과로서는 손해배상청구권(독일민법 제280조), 계약해제권(독일민법 제323조)이 발생하게 된다. 이때 ‘의무’와 관련하여서 주목할 만한 것이 바로 제241조 제2항의 보호의무 규정이다. 그리고 기존의 문제가 많았던 하자담보책임규정을 원칙적인 계약책임구조에 맞게 대폭 수정하여 현재에는 물건의 하자과 권리의 하자의 구별, 특정물매매와 종류매매의 구별, 매매계약과 도급계약의 차이가 없거나 또는 현저하게 줄었다.⁴⁹⁾ 그리고 담보책임의 성질과 관련하여 논란이 되었던 ‘하자 없는 물건을 급부할 의무’를 규정하였다(독일민법 제433조 제1항 제2호, 제633조 제1항). 특히 보호의무를 규정한 제241조 제2항은 기존의 명확한 규정이 없었던 부수적 의무들에 대한 인식과 규율을 통합한 것이고, 채권관계가 급부의무에 수반하는 보호의무와 충실의무를 포함하는 포괄적·집합적 총제적인 법률관계로 파악하고자하는데 그 의의가 있다. 그러나 이에 대해서는 보호의무를 규정한 제241조 제2항이 채권관계에서 비롯하는 기타의 의무의 유형과 범위에 대한 명확한 결론을 내리고 있지는 않다는 비판이 있다.⁵⁰⁾

채무자가 채권관계로부터 발생하는 의무를 위반한 경우에는 채권자는 그 손

의무 이외에 부수적 의무를 포괄하기에는 어려다는 점에서 채택되지 않았다. 특히 보호의무의 범주를 포함하는데 있어서는 “의무위반”이라는 용어가 더 적당하다. 그러나 의무위반(Pflichtverletzung)이라는 개념은 채무자에 대한 비난을 포함하는 것과 같은 난점이 있다(Hass/Medicus/Rolland/Schäfer, Das neue Schuldrecht, S. 4; 정종휴, “계약책임의 재구성, 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 161면.).

47) Henssler/Graf(Hrsg), *Praxis der Schuldrechtsreform*, S. 131.

48) 제241조 채권관계에 기한 의무 (1) 채권자는 채권관계에 기하여 채무자에게 급부를 청구할 수 있다. 급부는 부작위일 수도 있다. (2) 채권관계는 그 내용에 따라 각 당사자에게 상대방의 권리, 법익 및 이익을 배려할 의무를 부과할 수 있다.

49) 정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 171면.

50) Henssler/Graf(Hrsg), *Praxis der Schuldrechtsreform*, S. 132.

해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 의무위반에 대하여 채무자에게 책임 있는 사유가 없는 때에는 손해배상 청구를 할 수 없다(독일민법 제280조 제1항 제2호). 여기에서는 단지 채무자의 귀책사유만이 문제가 될 뿐이지 급부의무위반인지, 보호의무위반인지와 같은 의무의 종류 문제 않을 뿐만 아니라 애초에 합의한 의무를 위반한 모든 경우를 포괄하는 개념이다. 그리고 급부의무뿐만 아니라 부수적 의무를 채권자가 위반한 경우에도 손해배상청구권이 발생한다(독일민법 제282조). 그러나 이러한 포괄적 개념구성은 각 채무불이행이 가지는 실질적 차이점을 전혀 고려하지 못한다는 지적이 있다.⁵¹⁾ 그리고 독일민법 제241조 제2항과 같이 설명의무 및 상대방의 재산보호의 의무와 같이 채권관계에서 파생되는 부수의무를 모두 ‘상대방의 권리, 법익 및 이익에 대한 배려’에 포섭한다는 것이 가능한지도 의문이다.

구 독일민법에는 해제에 관한 통일적인 규정이 없었고, 각 경우에 따라 요건, 행사, 효과에 대하여 달리 정하고 있었다. 이러한 해제의 분리규율은 많은 결함을 내포하고 있다는 비판이 있었고, 개정법에서는 이렇게 분산된 해제 규정을 통합하여 규율하게 되었다. 특히 이전에 해제와 손해배상이 서로 배척하던 규정을 그에 대한 학설과 판례의 비판을 수용하여 양자가 양립할 수 있도록 개정하였다.⁵²⁾ 그리고 기존의 귀책사유를 요건으로 하는 해제규정을 해제제도의 취지에 맞게 ‘계약의 구속력’차원에서 접근하는 것으로 개정할 것인가에 대한 많은 논의가 있었다.⁵³⁾ 그리고 개정 독일 민법은 쌍무계약상 이행기를 도래한 급부를 하지 않았거나 불완전하게 이행한 경우의 해제에 대해서는 제323조⁵⁴⁾에서, 그리고 보호의무위반⁵⁵⁾(독일 민법 제241조 제2항에 규정된)에 따른 계약해제에

51) 박건면, “개정 독일민법상의 급부장애”, 129면.

52) 정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 164면. 독일민법 제325조에 따르면 ‘계약의 해제는 쌍무계약상 손해배상청구권을 배제하지 않는다’라고 규정하고 있다.

53) 그리고 기타의 해제와 관련된 사항으로서 행위기초의 소멸에 관한 일반조항의 신설(독일민법 제313조), 중대한 사유에 기한 해지규정(독일민법 제314조) 등이 있다.

54) 독일 민법 제323조 제1항 ‘쌍무계약에서 채무자가 기한이 도래한 급부를 이행하지 않거나 계약에 적합하지 않은 급부를 이행한 경우에는 채권자는 채무자에게 급부 또는 추완이행을 위한 상당한 기간을 정하여 그 기간의 도과 후에 계약을 해제할 수 있다.’

55) § 324 RegE에서는 “Verletzung einer sonstigen Pflicht”라고 규정하고 있었던 것을 “eine Pflicht nach § 241 Abs. 2”라고 변경하였다.

대해서는 제324조⁵⁶⁾에서 규정하고 있다.

독일민법 제323조는 원칙적으로 급부가 없거나 계약에 적합하지 않는 급부로 인한 해제의 경우 최고를 한 후에 계약을 해제할 수 있도록 하고 있고, 다만 이에 대한 예외로서 최고가 불필요한 경우를 규정하고 있다. 그리고 급부가 계약에 부적합한 경우(vertragsgemäß)에는 그 의무위반이 중대하지 않은(unerheblich) 경우에는 계약을 해제할 수 없도록 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 제324조는 기존의 논의 되었던 적극적 채권침해(positiven Forferungsveletzung)의 사안에 따라서 규정된 제241조 제2항에 따른 효과로서 추가가 된 조문이다.⁵⁸⁾ 개정의 기본취지는 제323조의 해제규정은 급부의무의 장애와 불이행(Nichterfüllung) 내지 계약적합적 이행(vertragsgemäße Erfüllung)이 아닌 경우에 대하여 적용되어야 하고, 제324조는 제241조 제2항의 보호의무에서 “기타의 의무위반”(sonstiger Pflichtverletzung)을 포함하여 적용되어야 한다는 것이다.⁵⁹⁾ 따라서 제241조 제2항 상의 보호의무의 위반은 적어도 유책하지 않은 급부(독일민법 제281조 제1항 제1호)나 계약에 적합하지 않은 급부(독일민법 제323조 제1항)에 해당하지 않는 것으로서 급부의 하자와는 관련되지 않는 것이다. 이렇게 급부와 거리가 먼 의무위반에 대해서 손해배상(독일민법 제282조)과 해제(독일민법 제324조)를 규정하고 있는 것이다. 그리고 제324조 단서에서 “계약에의 구속이 더 이상 기대될 수 없을 때”라는 요건을 추가하여 해제에 제한을 가하고 있다. 그러나 이러한 보호의무 등의 의무위반의 구체적인 내용이 무엇인가는 일률적이지 않고, 개개의 채권관계의 유형에 따라 달라진다.⁶⁰⁾ 그리고 여기에서도 일반적 해제규정과 마찬가지로 채무자의 귀책사유는 그 요건이 아니다.⁶¹⁾

56) 독일 민법 제324조 쌍무계약에 있어서 채무자가 제241조 제2항의 의무를 위반한 경우에는 채권자는 계약에의 구속이 더 이상 기대될 수 없을 때 해제할 수 있다.

57) 이에 대한 상세는 김봉수, “독일매매법상 물건하자로 인한 매수인의 구제수단”, 76면 이하.

58) Ehmman/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 127.

59) Ehmman/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 130; 이와는 반대로 급부와 관련없는 의무위반, 즉 단순한 보호의무위반의 경우로 보는 견해로는 Henssler/Graf(Hrsg), Praxis der Schuldrechtsreform, S. 283.

60) Hass/Medicus/Rolland/Schäfer, Das neue Schuldrecht, S. 109 f.

61) Henssler/Graf(Hrsg), Praxis der Schuldrechtsreform, S. 283.

4. 소결

유엔국제물품매매협약과 유럽계약법원칙은 채무불이행의 구조로서 ‘(중대한) 불이행’이라는 개념에서 출발하는 데에서 유사점이 있고, 이것은 우리 민법 제 390조와도 공통점을 지닌다. 이때 (중대한) 불이행의 개념에 있어서는 계약상 당사자들의 의무라는 측면에서 그것인 급부의무인지, 부수적 의무나 보호의무 위반인지는 문제가 되지 아니한다. 단지 계약당사자들이 합의한 대로 계약의 목적이 제대로 이행되었는지가 문제가 될 뿐이다. 만약 불이행되었다면 이러한 불이행이 당해 계약관계에 어떠한 영향을 가지고, 당사자의 신뢰와 기대에 어떤 영향을 가지는가 문제되고, 이것이 계약관계에 중대한 영향을 미치는 경우에는 해제를 비롯한 구제수단을 채권자에게 인정하고 있다. 특히 유럽계약법원칙의 경우에는 중대한 불이행에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있는데 이러한 점은 우리 민법에 시사하는 바가 크다고 생각한다. 그리고 유엔국제물품매매협약의 경우에는 부수적 주의의무에 해당하는 의무 중 몇 가지를 명시적으로 규율하고 있지만 이러한 명시화 여부는 중요한 것은 아니라고 생각된다.

유엔국제물품매매협약과 유럽계약법원칙과 개정된 독일민법은 채무불이행체계의 전체적인 관점에서는 어느 정도 유사하기는 하지만 구체적인 규율방식과 부수적 의무와 보호의무에 대한 규율에 있어서는 상이한 측면이 있다. 개정된 독일채권법이 보호의무를 별도로 규정했다는 것이고, 이에 따른 효과에 대해서도 규율했다는 점이 그러하다. 그리고 독일 채권법은 종래의 “이행청구권 내지 급부의무” 중심의 체계 하에 “채무는 행위의무로 다한다”라는 개념에서 벗어나서 “채권자와 채무자의 합의에 기하여 채권자에게 일정한 이익상태가 실현되는데 따르는 부담을 채무자가 진다”라는 체계로 바뀐 것으로 볼 수 있다. 이 입장은 통일적 채무불이행체계를 취하는 유엔국제물품매매협약과 유럽계약법원칙과 그 사고를 같이 하는 것으로서 행위의무(채무자의 행위가능성)중심의 채권·채무관으로부터, 계약이익(계약에 기하여 확정되는 채권자이익)중심의 채권·채무관으로 변경된 것으로 볼 수 있다.⁶²⁾

62) 정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 186면.

Ⅳ. 부수적 의무와 계약해제

1. 계약해제제도

계약관계에서 원래 당사자가 예정한 대로 그 목적이 실현될 수 없는 장애가 생긴 경우 그 계약관계는 변경된 사정에 따라 적절히 조정되어야 한다. 이 경우 이행장애의 종류와 정도, 또는 모습에 따라서 그 방법이 달라야 한다. 예를 들어 이행상 장애가 발생하였으나 원래의 계약목적이 여전히 달성될 수 있는 경우에는 장애로 인하여 발생한 채권자의 손해를 전보하고 채무자는 원래 급부를 이행하면 될 것이지만, 이와 달리 이행상 장애로 급부가 이행될 수 없거나, 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약의 해소가 마땅한 결과가 되어야 한다. 이러한 계약의 해소가능성은 급부장애로 발생된 새로운 사정에 적응하는 필요적 방법 중의 하나이다. 이와 같이 계약관계를 해소할 수 있는 길을 열어 주는 것은 계약의 실현이 불가능한 경우에 당사자가 계약관계의 구속으로부터 벗어나 다시 새로운 계약을 체결할 수 있는 행위의 자유(Dispositionsfreiheit)를 회복하는데 그 목적이 있다.⁶³⁾ 이때 행위의 자유라 함은 기존의 계약관계로부터 벗어나 새로운 계약관계로 나아갈 수 있는 것을 의미하는 것으로서 계약의 구속력이라는 측면에서는 반할지 모르나 새로운 계약질서를 창설하도록 하여 계약의 자유를 회복한다는 의미도 지니는 것이다.⁶⁴⁾

우리 민법은 채무불이행에 따른 계약해제로서 이행지체와 해제(제544조), 이행불능과 해제(제546조)의 규정을 두고 있다. 이에 대해 통설은 민법 제544조의 “채무를 이행하지 아니하는 때”를 이행지체로, 그리고 민법 제546조의 “이행이 불능하게 된 때”를 이행불능으로 파악하고 있다.⁶⁵⁾ 그리고 채무불이행 중 불완전이행의 경우에 대하여도 해제권이 발생한다는데 큰 이견이 없는데,⁶⁶⁾

63) 김형배, 「채권각론」, 196면, 213면, 215면; 김상용, 「채권각론」(상), 133면.

64) 하경효, “채무불이행과 계약해제의 요건”, 16면.

65) 김형배, 「채권각론」, 212면 ; 김상용, 「채권각론」(상), 143면, 149면; 이은영, 「채권각론」, 227면.

66) 곽윤직, 「채권각론」, 102, 109면; 김상용, 「채권각론」(상), 150-151면; 김용덕, 「민법주해」,

그 이유는 불완전이행이 현행 민법 제390조가 규정하고 있는 채무불이행의 한 모습으로 해석될 수 있으므로 지체나 불능에 적용되는 제544조·제545조 또는 제546조가 이에 유추적용될 수 있다고 보기 때문이다.⁶⁷⁾ 그러나 불완전이행 내지 적극적 채권침해에 해당하는 채무불이행이 우리 민법 제390조에 해당하기는 하지만 독일에서의 논의와 개념과는 그 연원과 성격을 달리함은 위에서 살펴본 바와 같다. 이러한 민법 제390조의 포괄성과는 대조적으로 해제규정은 이행지체와 이행불능으로 한정적으로 규정되어 있는데, 이는 분명한 입법자의 의도라고 생각된다.⁶⁸⁾ 그러나 민법 제546조의 “이행이 불능하게 된 때”에서 이행불능 이외의 경우를 생각하기가 어려운 반면, 민법 제544조는 “채무를 이행하지 아니하는 때”라고 하여 이행지체 이외의 경우를 포섭할 수 있는 가능성을 가지고 있다. 민법 제390조의 채무의 내용에 좇은 이행을 없는 경우 중 이행불능의 경우만을 제외한 나머지의 경우를 민법 제544조에 포함하게 된다면, 주된 급부의 무 외에 부수적 의무와 보호의무를 위반한 경우도 이에 포섭할 수 있을 것이다. 이에 덧붙여 2001년 11월 16일 법무부가 발표한 민법개정시안 제544조의 2(채무불이행과 해제)에서는 포괄적 규정인 민법 제390조와 균형을 맞추는 차원에서 기존의 이행지체와 이행불능으로 인한 구별적인 해제규정을 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”라는 포괄적 표현으로 바꾸었다.⁶⁹⁾

2. 부수적 의무위반과 계약해제

(1) 주된 급부의무와 부수적 의무의 구별

채권(6), 243면. 그러나 이에 대하여 불완전이행의 경우 원칙적으로 해제권이 발생하지 않고 예외적으로 계약목적 달성이 위협을 당할 정도인 경우에만 해제가 가능한 입장으로는 이은영, 「채권각론」, 238면.

67) 김형배, 「채권각론」, 212면.

68) 이은영, 「주석민법」 채권각칙(2), 34면.

69) 이러한 해제에 관한 요건의 일반화가 과연 바람직한 것인지에 대한 의문제기로는 김동훈, 「민법개정안의견서」, 184-184면. 그리고 김동훈 교수는 「민법개정안의견서」, 98면에서, 이행지체와 그 밖의 채무의 내용에 합치하지 않는 이행을 분리해서 규율할 것으로 하는 견해를 밝히고 있다.

급부 의무에서 주된 급부 의무와 종된 급부 의무의 구분, 그리고 급부 의무와 부수적 의무의 구분, 그리고 이들과 보호 의무의 개념과 분류 등에 대해서는 앞서 살펴보았다. 그러나 살펴본 바와 같이 이러한 구분에 대한 대략적인 기준을 들 수 있으나, 이것이 과연 명확한 구분인지, 그리고 이러한 구분을 통해 의무를 분류하는 것이 실익이 있는지에 대해서는 의문이 없지 않다. 특히 주된 급부 의무 이외의 기타의 의무를 구분하는 ‘견련성’에 대하여 보면, 주된 급부 의무만큼 종된 급부 의무와 부수적 의무도 사안에 따라서는 반대급부와 견련성이 인정될 수 있는 경우가 많다. 이행상의 견련성이라는 것이 특히 동시 이행행변권의 기초와 근거가 된다고 보면, 설령 주된 급부 의무가 이행되었다 할지라도 기타의 의무를 위반함으로써 계약내용에 적합한 이행이 되지 않았다면 이 경우에도 동시 이행행변권을 부정할 이유는 없다고 보인다. 따라서 이러한 문제는 채권자와 채무자의 이익을 비교형량하여서 탄력적으로 해석할 수밖에 없다. 결국 이론적 분류를 한다는 것은 항상 모든 경우에 적용될 만큼의 완벽한 정확성을 요구할 필요는 없지만, 분류를 통하여 일반적으로 얻어지는 실익과 분류를 위한 일관된 원칙이 존재할 수 있어야 의미가 있는 것이다. 그렇다고 보면 위 의무의 분류는 분류기준의 모호함이나 분류를 통하여 얻어지는 효과 - 특히 채무불이행의 구제수단 중 이행청구와 해제와 관련하여 - 측면에서 분류의 실익을 찾기가 어렵다고 보인다. 특히 우리 민법 제390조가 예정하고 있는 채무불이행의 포괄성과 관련하여서 보면 더욱 그러하다.

(2) 보호 의무의 독자성

보호 의무는 적어도 ‘급부와 관련 내지 거리’이라는 측면에서는 급부 의무와는 병렬적인 것으로 구별되는 개념으로 보아야 할 것이다. 이런 점에서 보자면 보호 의무를 부수적 의무의 내용으로 파악하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 보호 의무는 그 개념에서부터 계약의 목적(급부)을 전제로 하지 않기 때문에 이를 부수적 의무의 내용으로 파악할 수는 없기 때문이다. 따라서 보호 의무의 지위와 관련해서는 결국 보호 의무의 독자성을 인정할 것인가, 아니면 독자성을 부정하고 불법행위로서 규율할 것인가 하는 문제만 남게 될 것이다. 그리고 적어도

일반불법행위가 전제하는 사회적 관계와 보호의무가 가지는 사회적 접촉(sozial Kontakt)은 계약과의 유사성 측면에서 차이가 있다. 그러나 이러한 특성을 고려하더라도 보호의무의 독자성을 인정하기는 쉽지 않다. 다만 계약이행 중, 또는 이행과 관련하여 상대방의 신체·재산상의 피해를 유발한 경우에는 “계약내용에 좇은 이행”이 되지 않거나 지장을 주는 경우에 있어서는 계약상 책임이 발생한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 채무구조와 계약해제

다수의 견해에 따라서 채무자가 종된 급부의무와 부수적 의무, 보호의무의 위반의 경우 채권자는 원칙적으로 이행청구와 계약해제를 할 수 없음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그리고 이와 입장을 같이 하는 판례의 입장에 대하여도 간략히 살펴보았다. 그러나 이러한 입장을 엄격히 고수하게 되면 이행청구나 계약해제의 사안을 해결하는데 있어서 어려움을 겪게 된다. 따라서 이런 점을 해결하기 위하여 ‘예외’를 설정해야 하는 문제가 발생하며, 이러한 예외 또한 이행청구제도와 계약해제제도의 특성을 제대로 반영하지 못한 결과를 초래하게 된다. 따라서 계약상 의무의 분류(특히 급부의무와의 거리로서 분류하는)와 계약해제의 판단은 달리하여야 할 것이다. 부수적 의무라 할지라도 계약의 내용의 중요한 부분을 구성하고 나아가 이러한 의무의 불이행이 당사자의 계약에의 구속을 인정하기 어려운 경우에는 해제가 가능하다고 보아야 할 것이다.

3. 소결 : 부수적 의무위반에 따른 계약해제의 인정기준

주된 급부의무의 위반으로 인한 계약해제보다 기타의 의무를 위반한 경우의 해제에 대해서는 계약의 해제의 인정가능성이 적고 또한 그 제한의 필요성이 크다는 데는 의문이 없다. 하지만 그렇다고 해서 위반된 의무가 주된 급부의무 인지를 기준으로 계약해제를 인정하는 것은 계약의 의무의 분류가 개별 사례에서 일률적이지는 않다는 점에서 문제가 있다. 따라서 위반된 의무가 무엇인지와 더불어 그를 통해 당해 채권관계와 상대방에게 어떤 영향을 미치는지가 함께

고려되어야 할 것이다. 따라서 주된 급부의무와 구별되는 기타의 의무에 별도로 적용되는 해제의 기준을 정할 것이 아니라 급부의무를 전체로 파악하여 해제제도에 부합하는 기준을 설정할 필요가 있다

이에 대한 기준으로는 먼저 유럽계약법원칙에서 규정된 당해 의무가 채권관계에서 가지는 중요성과 의무위반으로 인한 상대방의 기대의 침해정도가 그 기준으로 될 수 있다고 본다. 그리고 프랑스 민법상 일방당사자가 채무를 이행하지 않는 상대방에 대하여 법원에 해제소송을 제기한 경우 법원은 변론종결 시까지의 모든 사정을 참작할 수 있는데, 일반적으로 해제판결이 있기 위해서는 채무불이행의 정도가 계약관계를 더 이상 존속시키는 것이 무의미할 정도로 심각한 것이어야 한다.⁷⁰⁾ 이때 “계약관계를 존속시키는 것이 무의미한가”는 것도 해제를 판단하는데 일용 기준이 될 수 있을 것이다. 그리고 독일민법상의 의무위반의 중대성이라든지, 채무자의 계약에의 구속을 더 이상 기대할 수 있는지, 그리고 계약당사자의 이익형량 등도 해제권인정여부를 결정하는 기준으로 가능할 것이다.⁷¹⁾ 그리고 영미법상의 계약의 조건으로서 계약에 있어서의 치명적이거나 또는 계약의 근본을 이루는 것, 계약의 본질적 위반과 같은 개념도 생각해 볼 수 있다.

결론적으로 채무자가 위반한 의무의 유형이 무엇인지가 계약해제의 인정여부를 결정하는 것이 아니라 계약위반행위가 중대한 것인지 경미한 것인지가 기준이 되어야 한다.⁷²⁾ 즉, 채무자의 계약위반이 계약관계와 목적 등에 비추어 중대한 것인 경우에는 계약해제가 인정되어야 하고, 반면 중대하지 않고 경미한 경우나 계약해제를 인정하는 것이 신의칙에 반하거나 계약위반행위의 원인이 채권자 측에 기한 사정으로 인한 것인 때에는 계약의 해제는 허용되지 않아야 한다. 이것은 계약의 일부 불이행의 경우 원칙적으로 해제가 불가능하고 그로 인해 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 계약해제를 인정하는 것과

70) 이은영, 「주석민법」 채권각칙(2), 44면.

71) 안법영, 「민법개정안의견서」, 100면.

72) 채무자의 불이행으로 채권자의 반대급부와 주관적 등가성이 파괴되고, 채무자가 계약이익이 기대되는 급부를 불이행한 경우에 계약해제를 인정하는 견해로 정진명, “부수적 채무의 불이행과 계약해제”, 242-244면.

맥락을 같이 한다. 다만 채무의 일부불이행이 양적인 문제라면, 부수적 의무의 위반은 질적인 문제라는 점에서만 차이가 있을 따름이다. 이러한 판단의 근거는 ‘계약준수의 원칙’이라고 할 수 있다.

V. 맺음말

계약은 사적 생활을 규율하는 최고의 원리로서 개인이 자유로운 의사로서 자신의 사적 생활을 자유롭게 형성하는데 그 기초가 된다. 따라서 개인은 자유로운 의사를 통하여 자유롭게 타인과 법적관계를 맺고 새로운 권리와 의무를 창설해 나가게 되고, 당사자는 이에 구속되게 된다. 계약당사자가 계약에 구속되는 것은 자신의 자유로운 의사에 따른 것이다. 즉, 권리·의무에 당사자가 계약에 구속되는 것은 스스로가 그러한 구속을 자유로이 의욕하고 결정했다는 데 있다.⁷³⁾ 그렇다면 실제로 당사자가 의욕한 것이 무엇인가? 단순히 계약상 명시적으로 약정된 급부인가? 아니면 약정하지 않았더라도 계약관계에서 요청되는 일체의 것인가? 더 나아가 채무자는 계약의 고유한 목적인 급부와 무관한 채권자의 신체·재산상의 피해를 방지할 것까지 요구되는가? 이러한 문제에서 가장 중요한 고려요소는 현실적인 생활관계와 계약의식에 적합한 이해라고 본다.

적어도 지금까지 논의된 채무구조론은 현실 생활관계와 계약의식에 부합하지 않는 측면이 있다. 즉, 실제 계약당사자는 실제의 계약에 있어서 채권과 채무를 전체적으로 또한 단일적으로 파악하며, 급부의무, 부수적 의무, 보호의무 등과 같은 세분화된 개념을 알기도 어렵거니와 크게 고려하지도 않는다.⁷⁴⁾ 따라서 채무구조론 내지 의무분류는 계약상 의무의 내용을 구체화시키고 이를 통하여 이해를 돕는다는 그 이상 그 이하의 의미도 지니지 않는다. 더욱이 현대에 들어서면서 사회생활관계의 다양화로부터 파생되는 수많은 종류의 계약유형에 따른 의무를 종래의 채무구조론과 같은 획일적이고 단순한 기준으로 분류하는 것은 바람직하지도, 가능하지도 않다. 이것은 특히 손해배상의 기초가 되는 우리

73) 김형배, 「채권각론」, 31면.

74) 조규창, “제390조와 적극적 채권침해”, 268면.

민법 제390조의 포괄성측면을 고려할 때 더욱 그러하다. 따라서 채무구조론에 입각한 종래의 계약상 의무의 분류의 한계를 고려할 때, 그러한 분류에 의무위반(채무불이행)의 구제수단을 획일적으로 정렬하는 것도 타당하지 않다. 특히 계약해제의 인정여부는 계약의 자유, 계약준수의 원칙, 계약위반의 중대성, 상대방의 이익과 기대의 침해정도, 그 밖의 사정을 고려해서 판단해야 하고, 채무구조론에 따른 의무유형이 결정적으로 고려되어야 하는 것은 아니다.

참고문헌

- 곽윤직(대표집필), 「민법주해 XIII 채권(6)」, 박영사, 1999.
곽윤직(대표집필), 「민법주해 IX 채권(2)」, 박영사, 1999.
곽윤직, 「채권각론」, 2000.
김상용, 「채권각론」(상) [계약법], 1999.
김형배, 「채권각론」(신정판), 박영사, 2002.
김형배, 「채권총론」(제2판), 박영사, 1999.
박준서(대표집필), 「주석민법」 총칙(1)·채권총칙(1)·채권각칙(2), 한국사법행정학회, 2000.
송덕수, 「채권각론」(제4판), 박영사, 2018.
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2000.
최홍섭, 「유엔국제매매법 - 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 -」, 인하대학교 출판부, 1997.
황적인 외 29인, 「민법개정안의견서」, 민법개정안연구회, 2002.
- 김봉수, “독일매매법상 물건하자로 인한 매수인의 구제수단”, 「민사법의 이론과 실무」 제18권 1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014, 67-104면.
김봉수, “유엔국제물품매매협약에서 물품의 계약부적합에 대한 구제수단”, 「동아법학」 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 433-459면.
김상중, “채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도”, 「비교사법」 제16권

- 제2호, 한국비교사법학회, 2009, 1-39면.
- 김형배, “독일채권법현대화법안 - 채무불이행법의 체계를 중심으로 -”, 「저스티스」 제34권 제5호, 82-113면.
- 김형배, “우리 민법의 채무불이행법체계”, 「후암 곽윤직교수화갑기념」, 박영, 1985, 320-360면.
- 박건면, “개정 독일민법상의 급부장애”, 「비교사법」 제9권 3호, 비교사법학회, 2002, 113-147면.
- 박영복, “유럽통일계약법”, 「법조」 제48권 1호·2호, 법조협회, 1999, 235-260면.
- 박영복, “최근 서구의 계약책임 논의와 우리 민법상의 계약책임체계”, 「민사법학」 13·14호, 1996, 316-348면.
- 박영복, “현대 계약법의 추이”, 「외법논집」 제9집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2000, 195-254면.
- 서광민, “불완전이행론”, 「한국민법이론의 발전」, 박영사, 1999, 498-530면.
- 서광민, “채권법상 보호의무”, 「사회변동과 사법질서」(김형배교수정년퇴임기념논문집), 박영사, 2000, 70-95면.
- 양창수, “「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리”, 「국제·지역연구」 제10권 제1호, 서울대학교 국제대학원 국제연구소, 2001, 107-134면.
- 정기흥, “채권법에 있어서의 급부에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1990.
- 정영진, “신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구”, 「국제법무」 제4권 2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012, 91-124면.
- 정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002, 149-200면.
- 정진명, “부수적 채무의 불이행과 계약해제”, 「민사법학」 제30호, 한국민사법학회, 2005, 213-251면.
- 조규창, “민법 제390조와 적극적 채권침해”, 「논리와 직관」, 법문사, 1998, 259-284면 이하.
- 하경효, “채무불이행과 계약해제의 요건”, 「고려법학」 제40호, 고려대학교 법학연구소, 2003, 67-96면.

- Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrecht, 1992 →[Abschlußbericht]
- Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht, Band I, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981.
- Bundesministerium der Justiz, BT-Drucksache 14/6040 : Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger, Modernisiertes Schuldrecht, Vahlen, 2002
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Cartsten/Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, C. H. Beck, 2002.
- Hartkamp, Arthur, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles for European Contract Law, ERPL 2 (1994), pp. 341 ff.
- Henssler, Martin/Graf von Westphalen, Freidrich, Praxis der Schuldrechtsreform, 2 Aufl., ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2003.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C. H. Beck, 1987.
- Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Carl Heymanns, 1999.
- Schmidt-Räntsch, Jürgen/Maifeld, Jan/Meier-Göring, Anne, Das neue Schuldrecht, Bundesanzeiger, 2002.
- Zimmer, Daniel, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW, 2002. 1, S. 1-12.

[Abstract]

Incidental Obligations and Termination of Contract

Bongsu Kim

Professor, Department of Law, Daegu Catholic University

In Korea, the obligations of contract have been divided into prime obligations, incidental obligations, and protection obligations. And in the case of a breach of the principal prime obligation, all remedies are allowed. However, in the case of a breach of an incidental or protective obligation, it did not allow the request for performance or the termination of the contract. Depending on what obligations the debtor has violated, it is not appropriate to admit termination of contract. The acceptance of the cancellation of a contract should be determined not by the type of obligation, but by whether the breach of contract is fundamental or non-fundamental. If the obligor has violated a fundamental duty, the obligee should be able to avoid the contract. On the other hand, if the obligor has violated a insignificant duty, the obligee cannot cancel the contract and must be satisfied with other remedies. This is the same problem as if the obligor had perform only part of his obligation. However, partial non-performance is quantitative, while violations of incidental obligation is qualitative. In conclusion, it is necessary to abandon acknowledgment of contract termination depending on the type of obligation. Permission of the termination of the contract should be made in consideration of the materiality of the breach, compliance of contract, and the interests and expectations of the parties.

Key words : prime obligation of contract, incidental obligations of contract, protection obligation, termination of contract, system of obligation