

# 채무불이행의 통합론과 개선방안\*

조원현

경운대학교 경찰행정학부 조교수

## < 목 차 >

- I. 서론
- II. 독일과 일본의 채무불이행 유형
- III. 채무불이행의 통합론과 개선방안
- IV. 결론

## I. 서론

종래 우리 민법은 채무불이행의 유형으로 이행지체와 이행불능을 명문으로 규정하고, 학설과 판례가 불완전이행을 독립된 유형으로 인정하여 이른바 3分類論을 취하고 있다. 이는 독일법학의 영향을 받은 일본이 규정한 내용을 우리 민법이 수용한 것이다. 채무불이행은 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않은 것을 의미하지만, 광의의 채무불이행과 협의의 채무불이행을 구분하고 있다.<sup>123)</sup>

우리 민법 제390조는 채무불이행에 관하여 추상적이고 포괄적인 규정을 두고 있다. 이러한 우리 민법의 채무불이행 유형이 점차 확대되고 있으며, 현대사회의 특성상 과거에는 예상할 수 없었던 채무불이행의 다양한 모습들이 계속하여 유형화될 수 있다는 점을 예상할 수 있다. 그런데 새로운 유형이 등장할 때 마다 해석론과 판례에 의존하여 이를 해결하는 것이 가능한지에 대한 의문이 제기된다.<sup>124)</sup> 이에

\* 투고일 : 2014. 11. 30    심사완료일 : 2014. 12. 24    게재확정일 : 2014. 11. 26

123) 이상욱, Quick Review 채권총론, 영남대학교출판부(2006), 74면.

채무불이행의 유형을 채무의 궁극적인 불이행으로 포괄하여 규정하는 것이 합리적 일 것이라 사료된다.

일본에서도 종래의 채무불이행 유형으로서 3分類論에 대한 비판적인 견해가 제기되고 있다. 종래 채무불이행의 유형인 이행지체와 이행불능의 2分類論은 채무의 이행과 불이행의 판별이 가능하다는 전제하에서 정립된 것이다. 그렇지만, 진료예약과 같은 경우를 예로 들면, 의사의 치료 의무 수행이 과연 환자를 완치할 수 있는지, 그 이행의 가능여부가 확연하게 판명되지 않는 경우가 존재하는 등, 이행의 가능과 불가능이 명확하지 않은 채무 형태가 등장하게 되었음을 지적하며, 2分類論은 그 타당성을 상실하였으므로 재검토가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

또한 국제규범의 최근동향을 보면, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하에서는 CISG라 함)에서는 불이행의 유형을 계약위반(breach of contract)이라는 추상적인 개념으로 정의하고 있고, 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 이하에서는 PECL이라 함)에서도 이를 불이행(non-performance)이라는 추상적인 개념으로 규율하고 있다. 또한 유럽사법을 위한 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, 이하에서는 DCFR이라 함)에서도 이에 대하여 불이행(non-performance)이라는 단일개념을 규정하고 있음을 발견하게 된다.

이렇듯 최근 동향을 보면, 채무불이행을 유형화하여 정해진 틀에 한정적으로 적용시키기 보다는 근본적인 불이행 내지 계약위반이라는 포괄 규정으로 처리하고 있음이 입법 추세라는 사실을 알게 된다. 이에 국제규범의 동향을 살펴어 그에 따른 개선방안을 제시하고자 한다.

## II. 독일과 일본의 채무불이행 유형

### 1. 독일

2002년에 단행된 채무법현대화법으로서 독일 민법 개정안의 출발점은, 불능과 지체라는 개별적 불이행유형을 채무불이행에 대한 규율의 기초로 삼는 종래 독일 민법상의 태도를 버리고 「의무위반」이라는 단일한 일반요건을 택한다는 것이다.<sup>125)</sup>

124) 채무불이행과 관련한 2013년 민법개정안에 관한 자세한 내용은, 송덕수, 채무불이행의 요건 -최근 민법 개정작업을 중심으로-, 민사법학 제65호, 한국민사법학회(2013. 12), 215면 이하 참조.

이러한 의무위반 개념은 원래 영국법상의 「계약위반」에 연원을 둔 것이며, 영국법의 계약위반을 모델로 하여 헤이그 매매조약은 모든 형태의 불이행이나 계약의무의 불완전이행 등을 포섭하는 상위개념의 기본요건으로서 「계약위반」을 채용하였던 것이다.<sup>126)</sup> 의무위반은 채무자가 자신의 채무를 객관적으로 위반(침해)하는 것을 의미한다. 이는 널리 채권관계의 내용에 좇지 않은 채무자의 객관적 형태를 의미하는 것으로 채무자의 책임의 유무를 묻는 개념이 아니라는 점에서 귀책사유와는 분리된 개념이다.<sup>127)</sup>

이처럼 독일정부는 채권법현대화법안에 대한 토의안(Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)을 마련하면서, 여러 유형의 급부장애를 의무위반이라고 하는 통일적인 개념으로 파악하려는 방법으로 이러한 목적을 달성하려고 하였지만, 당시 위 개정안이 발표된 후 많은 비판을 면치 못하였다. 그 이유는 기존의 독일 채권법이 이행불능을 중심으로 채무불이행법을 구성하고 있으므로, 여러 채무불이행의 유형을 구별하지 않고 의무위반이라는 포괄요건으로 급부장애법을 구성할 경우에는 그동안 독일 채무불이행체계의 중추적 역할을 해왔던 이행불능의 기능이 상실된다는 것이었다.<sup>128)</sup>

그 후 논란 끝에 위와 같은 비판적인 견해를 수용하여 독일민법 제275조 제1항에 이행불능을 급부장애의 범주에 포함시키게 되었지만, 불능 개념의 법적 의미는 상당히 축소되었다. 구 독일민법 제275조에 의하면, 채무자의 책임 없는 사유로 인하여 발생한 후발적 불능에 대해서는 채무자는 급부의무를 면하게 되며, 여기에는 채무자의 주관적 급부불능도 포함되는 것으로 규정하였지만, 개정 독일 민법 제275조는 다음과 같이 개정되었다.<sup>129)</sup>

새로운 일반급부장애법의 법적 구제 시스템은 2단계의 구조로 구성되어 있다. 제1단계에서의 이행청구권과 제2단계에서의 해제권·손해배상청구권이다. 물론 불능 및 불균형성·기대불가능성에 의하여 이행의무를 면하게 되는 경우는 제외되고, 지체나 불완전이행의 경우가 주로 해당될 수 있다. 이러한 경우에는 채권자가 채무자에게 부가기간을 정함으로써 그 의무를 계약에 적합하게 이행할 수 있도록 하는 최후의 기회를 부여하고, 그 기간이 경과하게 되면 비로소 제2차적인 권리로서 해제

125) 양창수, 독일의 새로운 민법개정제안, 민법연구 제6권, 박영사(2001), 362면.

126) 石崎泰雄, 契約不履行の基本構造, 成文堂(2009), 98頁.

127) 김형배 외 5인, 독일채권법의 현대화, 법문사(2003), 21-22면.

128) 임건면, 개정 독일법상의 급부장애, 비교사법 제9권 3호(2002), 114면.

129) 개정된 독일민법 제275조의 내용은 정부초안에 대소의 수정을 가하여 성립된 것이다. 岡孝, 契約法における現代化の課題, 法政大學出版局(2002), 60頁.

권이나 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 것이다.<sup>130)</sup>

## 2. 일본

일본에서의 채무불이행 유형은 3分類論을 취하고 있는 독일민법의 영향을 받아<sup>131)</sup> 통설적 견해로서 3分類論을 지지하고 있다.<sup>132)</sup>

종래 채무불이행의 유형인 지체와 불능의 2분론은 채무의 이행과 불이행의 판별이 가능하다는 전제하에 정립된 것이지만, 현대사회의 특성상 이행의 가능과 불가능이 명확하지 않은 채무 형태가 등장하게 되었음을 지적하며, 2分論은 그 타당성을 상실하였으므로 재검토가 필요하다는 주장<sup>133)</sup>이 최근 들어 제기되고 있다.<sup>134)</sup>

종래의 통설적 입장은 채무불이행을 이행불능, 이행지체, 불완전이행의 3가지로 분류하고, 이들의 불이행에 채무자에게 고의나 과실이 있는 경우, 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다고 해석하였다. 이에 대해 최근에 제기되고 있는 비판적 견해는 원칙적으로 “채무의 본지에 따른 이행을 하지 않는다”는 것만으로 손해배상청구를 할 수 있는 것으로 해석한다. 이러한 새로운 견해에 따르면, 불이행이 있었는지 없었는지는 “채무의 본지에 따른 이행”이 되었는가 되지 않았는가 하는 기준에 의해 일원적으로 판단되게 된다. 또한 고의나 과실이라는 요건을 세울 필요도 없이 채무자의 주관적인 양태는 “채무의 본지에 따른 이행”이 되었는가를 판단할 때 필요에 따라 감안하면 된다는 것이다. 이행불능의 경우를 제외하면 이러한 해석론은 일견 조문에 충실한 설명이라고 할 수 있다.<sup>135)</sup>

민법개정검토위원회가 제출한 개정지침에 의하면, 채무불이행의 유형을 분류하지 않고, 「손해배상」으로서 구체법리를 전제로 하고 있는 듯하다. 즉, 손해배상의 내용으로서 「채무불이행을 이유로 하는 손해배상」의 제목 하에 「채권자는 채무자에 대하여 채무불이행에 의하여 발생한 손해배상을 청구할 수 있다 [3.1.1.62]」고 규정하고 있다.<sup>136)</sup>

130) 石崎泰雄, 위의 책, 99-100頁.

131) 大村敦志, もうひとつの基本民法Ⅱ, 有斐閣(2007), 151頁; 内田貴, 民法Ⅲ, 東京大學出版會(2005), 111頁.

132) 潮見佳男, 債權總論, 信山社(2007), 60-61頁.

133) 일본의 이러한 최근 비판 내용에 관해서는, 시오미 요시오(박인환 역), 채무불이행의 성립요건 -손해배상의 요건을 둘러싼 일본민법이론과 채권법개정-, 민사법학 제65호, 한국민사법학회(2013. 12), 171면 이하 참조.

134) 大村敦志, 위의 책, 152-153頁.

135) 大村敦志, 위의 책, 151頁.

일본의 최근 개정 동향은 이행지체나 이행불능, 불완전이행 등 구체적인 채무불이행의 유형을 전제로 하지 않고 채권자의 이행청구권을 중심으로 하여<sup>137)</sup> 그 이행청구권이 침해된 경우에 구제방안으로서 강제이행 및 손해배상책임에 관한 내용을 규정할 것을 강조하고 있음을 발견하게 된다.<sup>138)</sup>

### III. 채무불이행의 통합론과 개선방안

#### 1. 국제규범의 최근동향

##### 1) CISG의 성립배경 및 본질적 계약위반

CISG는 계약법에 관한 통일논의에서 가장 대표적인 국제적 거래규범으로 각국의 민법개정작업에도 지대한 영향을 미치고 있으며, 일본과 한국에서의 민법개정작업에도 CISG는 표준 모델이 되고 있다. CISG는 계약책임을 규정하면서 계약위반의 유형을 ‘계약위반’이라는 상위개념을 통해 일원화하였고, 그에 대한 법적 구제수단으로 손해배상청구권 이외에도 강제이행 및 계약해제제도를 인정한다. PECL과 PICC(국제상사계약원칙)<sup>139)</sup>는 계약위반의 유형을 세분화하지 않고, CISG처럼 ‘불이행’이라는 단일개념을 통해 계약책임법리를 구성한다. CISG는 계약위반의 경우에 해제제도를 인정하고, 해제권의 행사와 관련하여 대륙법에서 발전된 추후이행을 위한 유예기간제도를 도입하였다. 또한 그 허여여부의 판단을 위해 영미법의 ‘본질적 계약위반’의 개념을 도입하였다. 최근의 계약법 통일논의가 영미법과 대륙법의 요소를 상호간에 조화롭게 구성하는 쪽으로 전개되고 있음을 감안할 때, CISG의 입법태도는 현대계약법에서 논의되는 법 발전의 출발점이라고 평가할 수 있다.<sup>140)</sup>

136) 【3.1.1.62】는 일본 민법전 제3편 제1장 제1절 제62조의 의미로 풀이된다.

137) 窪田充見, 履行請求權, *ジュリスト* No. 1318(2006. 9), 103-116頁.

138) 山本敬三, 契約の拘束力と契約責任論の展開, *ジュリスト* No. 1318(2006. 9), 87-102頁.

139) 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts, 이하에서는 PICC라 함)은 私法통일국제협회(UNIDROIT)가 1944년 공표한 것으로 국제적 상거래에 적용될 원칙의 하나이다. PECL은 PICC로부터 영향을 받아 내용면에서 경합하는 부분이 많다. 그러나 PECL은 EU 국가만을 대상으로 한 반면에 PICC는 지구 전체를 대상으로 하고 있으며, PECL은 일반 계약법 전체의 기본 규정인 반면에 PICC는 국제상거래에 한정된다는 차이점이 있다. 이에 관해서는 정종휴, 계약책임의 새로운 전개-유럽 계약법원칙을 중심으로, *재산법연구* 제22권 1호(2005), 101-104 참조.

CISG는 채무불이행으로 인한 유형들을 모두 계약위반의 문제로 보아 채무불이행 유형 간의 경합이 발생하지 않는다. 본질적 계약위반(fundamental breach of contract, CISG 제25조<sup>141)</sup>)과 그 밖의 계약위반(non-fundamental breach of contract, 비본질적 계약위반)으로 구별하여 그 효과에 차이를 두고 있을 뿐이다.<sup>142)</sup>

협약은 계약위반의 성립 요건으로 손해담보책임 또는 엄격책임의 원칙을 취한다. 위반당사자의 고의나 과실, 즉 귀책사유(또는 과책)의 존재를 요구하지 않는데, 이를 '무과실책임주의(no-fault principle)'라고도 한다. 협약 제45조 제1항<sup>143)</sup>에 따라 매수인이 매도인의 계약위반에 대한 구제수단을 행사하기 위한 전제로 매도인이 의무를 불이행하면 족하고 매도인에게 고의나 과실이 있을 것을 요하지 않는다. 매수인의 계약위반에 대한 매도인의 구제수단을 정한 협약 제61조 제1항<sup>144)</sup>도 동일하다.<sup>145)</sup> 이러한 태도는 영미법의 입장과 유사하고, 과실책임주의(fault principle)를 취하고 있는 독일이나 우리나라와는 대비된다.<sup>146)</sup>

## 2) PECL의 채무불이행 법리

PECL은 유럽공동체 내에서의 통용을 위하여 유럽계약법위원회(Commission of

140) 성승현, CISG와 한국매매법: 채무불이행책임론, 법학연구 제52권 제2호, 부산대학교 법학연구소(2011), 3-4면.

141) CISG 제25조

당사자 일방의 계약위반은, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에 본질적인 것으로 한다. 다만, 위반당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다. 석광현, 국제물품매매계약법의 법리, 박영사(2010), 471-521에 의한다.

142) 석광현, 위의 책, 100-101, 173면.

143) CISG 제45조

(1) 매도인이 계약이나 본 협약에 따른 어떠한 의무를 이행하지 아니하는 경우에 매수인, (a) 제46조 내지 제52조에 규정된 권리를 행사할 수 있고, (b) 제74조 내지 제77조에서 규정된 바의 손해배상을 청구할 수 있다.

144) CISG 제61조

(1) 매수인이 계약이나 본 협약에 따른 어떠한 의무를 이행하지 아니하는 경우에 매도인은, (a) 제62조 내지 제65조에 규정된 권리를 행사할 수 있고, (b) 제74조 내지 제77조에 규정된 바의 손해배상을 청구할 수 있다.

145) 그러나 김형배, 채권각론(계약법), 박영사(2001), 208면에서는 협약의 손해배상은 채무자의 귀책사유를 전제로 하는 보상제도로서 규정되어 있다고 한다.

146) 채무불이행책임에 관한 입법례에 관해서는 곽윤직 편집대표, 민법주해 [IX], 박영사(1995), 191면 이하 참조.

European Contract Law)<sup>147)</sup>가 작성한 계약법에 관한 모범법(model law) 중의 하나이며 CISG처럼 구속력이 있는 것은 아니다.

### (1) PECL상 채무불이행 법리의 특징

#### ① PECL의 체계

우리 민법상 채무불이행책임의 발생 요건이 고의와 과실인데 반해 PECL은 계약책임의 발생요건에 고의와 과실을 요하지 않는다. PECL은 계약관계에 있어 급부의 이행을 통해 발생하는 모든 문제를 불이행(non-performance)이라는 추상적인 개념을 통한 일반조항에 의해 규율하고 있다.<sup>148)</sup>

#### ② 엄격책임주의

PECL은 영미법에서처럼 엄격책임주의를 취하고 있어 채권자가 채무자에게 불이행을 원인으로 한 손해배상을 청구하기 위해 귀책사유를 요구하지 않는다.<sup>149)</sup> 그러나 계약상의 의무불이행에 대해 채무자가 예외 없이 책임을 지는 것은 아니다. PECL은 제8:108조에서 불이행이 존재하여도 예외적인 사정에 의해 면책될 수 있다고 규정하고 있다.

#### ③ 불이행

계약책임의 일원화를 위해서는 모든 유형의 불이행을 포괄할 수 있는 추상적인 개념이 존재하여야 한다. CISG에서 ‘계약위반’이라는 추상적인 개념을 사용하듯 PECL에서도 ‘불이행’이라는 추상적인 개념을 두고 있다.<sup>150)</sup> 우리 민법상의 포괄적인 ‘채무불이행’이나 독일민법상의 ‘의무위반’과 개념상의 취지는 유사하고, 면책여부와는 무관하며, 불이행의 개념은 채권자가 협력하지 않는 경우도 포함하는 것으로 본다.<sup>151)</sup> 그러나 이러한 추상적인 개념도 그 기능이나 범위에 대해서는 각기 다

147) 유럽계약법위원회는 정부나 특정 기구의 지시를 받지 않는 비정부기관으로 과업의 수행을 위해 이사회(ECCCommission)의 재정적인 지원을 받았다고 한다. 이에 관한 자세한 내용으로는 박영복·박광동, EU사법통일의 동향과 분석(1) - 계약법 -, 한국법제연구원(2007), 80면 참조.

148) 김영두, 유럽계약법원칙에서의 계약불이행에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문(2004), 5-7면.

149) Ole Lando/Hugh Beale ed., op.cit., pp.434.

150) PECL 제1:301조 (4) 불이행은 면책되는지 여부를 불문하고 계약상 의무가 이행되지 아니하는 경우 일체를 가리키며, 이행지연, 결합있는 이행 및 계약을 완전히 실현하기 위한 협력을 하지 아니하는 것을 포함한다.

른 법리를 구성하고 있다.

### 3) DCFR의 성립배경 및 채무불이행 법리의 특징

유럽위원회의 재정지원을 받아 2009년 10월 완성판이 발표된 DCFR의 출간은 유럽사법학계 뿐 아니라 여러 학계에서도 중요성이 부각되고 있으며 유럽재산법 중 계약법을 중심으로 되어있어 우리 나라 계약법이 나아갈 방향에 대해 큰 지침이 된다.

DCFR의 불이행법리는 PECL과 유사하다.<sup>152)</sup> DCFR은 계약상 의무가 이행되지 않은 경우를 포괄할 수 있는 불이행이라는 추상적 개념<sup>153)</sup>을 가지고 있어 계약책임에 대해 일원적 구조를 가진다. 모든 구제수단에 대해 일반조항주의를 취하고 있으며, 계약관계에서 발생하는 분쟁을 가능하면 불이행이라는 추상적 개념을 토대로하여 통일적으로 해결하고 있다. 따라서 DCFR은 물건의 하자로 인한 책임, 급부의 원시적 불능으로 인한 책임, 협력의무의 위반으로 인한 책임이 계약책임과 통합되어 있다. 또한 DCFR의 계약책임의 특징은 무과실책임주의를 취하고 있으며, 영미법과 같이 엄격책임주의를 취하고 있다.<sup>154)</sup> 손해배상과 관련하여 면책의 여지는 있으나 고의나 과실과는 무관하게 손해배상의 책임<sup>155)</sup>을 지게되는 것이다.<sup>156)</sup>

151) 정종휴, 앞의 논문, 107면.

152) DCFR의 채권채무에 관한 내용은 상당부분 PECL의 규정을 계수한 것이다. 그러나 PECL에 없던 규정이 신설된 경우도 있으며, 용어가 변경되기도 하였다. 예컨대 PECL은 불이행당한 당사자(aggrrieved party)와 상대방(other party)이라는 용어를 사용하였으나, DCFR은 채권자(creditor)와 채무자(debtor)라는 용어를 사용하고 있다(박영복 편집대표, EU사법(II), 한국외국어대학교 출판부(2010), 89면).

153) DCFR은 불이행(non-performance)이라는 추상적인 개념을 통해 채무불이행을 통일적으로 규율하고 있다. 불이행이라는 개념 속에는 협력의무의 위반, 수령의무의 위반, 원시적 불능, 하자있는 이행의 경우가 모두 포함된다.

154) 여기에서 엄격책임주의를 취하고 있다는 의미는, 채무자가 불이행으로 인한 책임을 지게 되는 근거를 채무자의 이행의 약속에서 찾는다는 것을 의미한다. 즉 채무자가 의무를 부담하는 약속을 했다는 것은 채무자 본인이 약속을 실현시킬 수 있는 능력을 갖추고 있으며, 그것이 현실적으로 실현 가능성이 있음을 보증한다는 것을 의미하므로 약속의 이행을 보증한 채무자의 의사가 계약책임의 근거가 된다.

155) 제3:701조(손해배상을 청구할 권리)

- (1) 채권자는 불이행이 면제되지 않는 한, 채무자의 채무불이행으로 입은 손실에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.
- (2) 손해배상을 구할 수 있는 손실은 합리적으로 발생할 것으로 여겨지는 장래의 손실을 포함한다.
- (3) “손실”은 경제적 및 비경제적 손실을 포함한다. “경제적 손실”은 수입 또는 이윤의 상실, 초래된 부담 및 재산 가치의 감소를 포함한다. “비경제적 손실”은 고통 및 곤란 그



## 2. 개선방안

### 1) 개선방안의 필요성

채무불이행의 유형에 관한 통설적인 입장은, 폐쇄적인 3類型論을 취하고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 민법 제390조 본문은 불완전이행을 포함한 모든 채무불이행 유형을 포괄적으로 규정한 것이라 해석할 수 있다. 대법원도 이행지체와 이행불능의 두 가지 유형 외에 불완전이행을 독립된 한 유형으로 보고 있다. 채무불이행의 3分類論은 독일법학에서 영향을 받은 것이며 이것이 일본법에 반영되어 우리 민법은 구민법 제415조(현행 일본 민법 제415조)를 그대로 적용한 것이다.

채무불이행의 체계에 관해서도 독일의 논의를 가감 없이 적용시켰다. 그러나 적극적 채권침해나 불완전이행을 이행지체, 이행불능 이외의 모든 채무불이행이라고 파악하는 우리 민법의 태도는 특수한 독일적 상황 및 일반조항으로 민법 제390조의 존재를 부정한 것이라 볼 여지도 있다.<sup>157)</sup> 우리 민법 제390조가 포괄적인 의미의 채무불이행에 관한 일반조항으로 이해되어야 한다는 견해는 타당하다. 일반조항에 대한 내용은 논의에 따라 달라질 수 있지만, 열린 유형론이 전개되어야 하며, 종래의 통설적 견해인 폐쇄적 3類型論은 개선되어야 할 것이다. 우리의 채무불이행 유형의 체계에 대해서는 오히려 개방적인 태도를 취하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다.<sup>158)</sup>

판례가 이행거절이라는 또 다른 유형을 인정하고 있고, 채무불이행의 유형이 폐쇄된 유형의 틀에 맞춰 정형화 될 것이라 기대할 수 없고, 계속해서 또 다른 유형들이 등장할 것이란 점을 간과할 수 없다는 점, 폐쇄적 유형론이 점차적으로 열린 유형론으로 변모해 가고 있다는 점, CISG는 이를 일원적인 문제로 처리하여 모두 계약위반(breach of contract)의 문제로 보아 채무불이행 유형 간의 경합이 발생하지 않는다는 점 등을 미루어 보았을 때 우리 민법도 폐쇄적인 유형론을 지양하고 채무불이행을 본질적인 계약위반으로 보아 열린 유형론의 입장을 취하는 것이 바람직하다고 본다.

채무불이행의 유형으로서 견지되어 왔던 가능·불능을 전제로 한 2분론적인 사

리고 삶의 질에 대한 저하를 포함한다.

156) 김상중, 「유럽계약법 공통참조기준 초안 (Draft Common Frame of Reference)」에 따른 채무불이행법과 그 시사점, 법학연구 50권 2호, 부산대학교 법학연구소(2009), 19면.

157) 지원립, 채무불이행의 유형에 관한 연구, 민사법학 제15호, 한국민사법학회(1997), 379면.

158) 김상중, 채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도, 비교사법 제16권 제2호(통권 제45호), 한국비교사법학회(2009), 26-27면.

고의 한계를 극복하여야 한다.

또한 CISG에서의 의무위반(不履行)의 요건이 과실이나 귀책사유에 기인하는 것은 아니라고 보기 때문에 채무자는 불이행에 대해 자신에게 과실이 없다는 것을 증명하더라도 면책되지 않는다. 또한 DCFR의 계약책임의 특징도 무과실책임주의를 취하고 있어 손해배상과 관련하여 면책의 여지는 있으나 고의나 과실과는 무관하게 손해배상의 책임을 지도록 규정하고 있으므로 과실책임주의의 재고도 필요할 것이다.

CISG는 영미법의 태도를 모델로 하여 당사자들은 자신의 약속에 책임을 져야 한다는 것을 기본적인 구상으로 하고 있어, 불이행의 경우에 그 형태가 어떠한 불이행이건, 불이행이 발생한 원인에 관계없이 채무자는 손해배상의 책임을 진다고 하고 있다. CISG는 불이행의 경우에 이에 대한 통일적인 개념으로 '의무위반'의 개념을 채용하고 의무위반과 계약의무의 불이행을 동일하게 보고있다.<sup>159)</sup>

## 2) 개선 방향

### (1) 채무불이행 유형론의 통합

우리 민법의 '채무불이행'이라는 추상적인 개념은 계약책임에 있어서 위의 PECL의 불이행과 같다고 할 수 있다. 그러나 우리 민법과 달리 유럽계약법은 모든 구제수단의 발생에 있어서 불이행을 요건으로 하고 있다. 우리 민법은 손해배상이라는 구제수단의 경우에만 채무불이행이라는 추상적인 개념<sup>160)</sup>을 요건으로 하고 있을 뿐 계약의 해제라는 구제수단에 있어서는 채무불이행이라는 추상적 개념을 요건으로 하여 해제권이 발생한다는 일반조항을 두고 있지 않다.<sup>161)</sup>

우리 민법 제544조와 제545조는 지체로 인한 해제권을, 제546조는 불능으로 인한 해제권을 규정하고 있다. 이처럼 우리 민법은 불이행의 유형에 따라서 해제권의 근거규정을 달리하고 있으며 학설은 불완전이행에도 해제권을 인정하고 있다.<sup>162)</sup>

CISG를 비롯하여 PECL이나 DCFR의 경우 불이행이라는 개념으로 포섭하고 있다. 이에 우리 민법도 '불이행' 개념을 통일적으로 도입하는 것이 최근의 입법동향과

159) 이에 관해 두 가지 경우로 구분할 수 있는데, 매도인이 인도의무를 정해진 기간에 이행하지 않는 경우(제30조, 제31조, 제33조)와 매도인이 계약에 적합하지 않은 물품을 급부한 경우(제30조, 제35조)이다.

160) "채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때"를 요건으로 한다.

161) 김영두, 앞의 논문, 193면.

162) 그러나 확대손해가 발생한 경우나 부수의무 또는 보호의무위반에 의한 불완전이행의 경우에는 계약해제권을 인정할 수 없다는 견해도 있다. 이상욱, 앞의 책, 107면.

도 부합하여 새로운 채무불이행 유형에 대해 탄력적으로 대응할 수 있을 것이다.

## (2) 원시적 불능의 계약책임화

PECL에서는 원시적 불능 책임과 계약책임을 통합하여 다룬다. 급부가 원시적 불능인지 후발적 불능인지의 여부는 채권자의 입장에서 급부를 얻을 수 없다는 점에 영향을 주지 않는다.<sup>163)</sup> 2002년 1월 1일 개정된 독일 채권법에 의하면 우리 민법 제535조에 해당하는 원시적 급부불능을 원인으로 하는 손해배상책임 관련 규정들(구 독일민법 제306조 내지 제309조)을 모두 삭제하였다.<sup>164)</sup> 따라서 현행 독일법에서는 원시적으로 급부가 불능인 계약도 유효하고 이행이익의 배상도 가능하게 되었다. 또한 원시적 불능, 후발적 불능, 객관적 불능, 주관적 불능에 따른 법적 효과의 차이를 없애고 모두 일원화시켰다. 그러나 원시적 불능과 후발적 불능의 손해배상 청구권에 대한 근거가 다르다는 점에서 원시적 불능과 후발적 불능의 손해배상 법적 근거를 구별하고 있다.<sup>165)</sup>

채권관계의 핵심은 급부청구인데 이러한 급부의무가 존재하지 않는 채권관계가 유효하게 성립할 수 있는 것이 가능한지에 관해 살펴볼 필요성이 있다. 현행 독일 민법 제311조의a 제1항<sup>166)</sup>은 계약 체결시에 불가능한 급부가 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다고 하여 원시적 불능에 대한 구 독일민법과 태도를 달리하였다. 급부의 원시적 불능이 무조건 계약의 무효화를 가져오는 것은 아니고 이에 대한 판단은 법정책적인 판단에 불과하다.<sup>167)</sup>

163) 지원림, 앞의 논문, 394면.

164) 원시적 불능에 관한 우리 민법 제535조도 삭제되는 것이 바람직하다고 본다.

165) 최홍섭, 독일 채무불이행법의 개정과 원시적 불능, 저스티스 제37권 제2호, 한국법학원(2004), 40면. 이에 대해 위의 논문에서는 손해배상법에서만 이런 및 규정상 원시적 불능과 후발적 불능을 구분하고 있는 독일 개정법의 태도에 비판을 제기하고 있다. 이러한 경우에도 별도의 구분 없이 일반적인 손해배상법의 규정만으로 불능시의 손해배상문제를 통합적으로 해결하는 것이 타당하다고 하는 견해로는 위의 논문, 51면 참조.

166) 제311조의a(계약체결시의 급부장애)

- ① 채무자가 제275조(급부의무의 배제) 제1항 내지 제3항에 따라 급부할 필요가 없고 또 그 급부장애가 계약체결시 이미 존재하고 있었다는 사정은 계약의 유효에 영향을 미치지 아니한다.
- ② 채권자는 그의 선택에 좇아 급부에 갈음하는 손해배상 또는 제284조(무의하게 지출된 비용의 배상)에서 정해진 범위에서 그가 지출한 비용의 상환을 청구할 수 있다. 이는 채무자가 계약체결시에 급부장애를 알지 못하였고 또 그 부지에 대해 책임 없는 경우에는 적용되지 아니한다. 제281조(급부의 불이행 또는 채무에 좇지 아니한 이행으로 인한 전보배상) 제1항 제2문, 제3문 및 동조 제5항은 이에 준용된다.

원시적 불능과 후발적 불능으로 인한 책임을 통합하기 위한 전제가 되는 원시적 불능 및 계약의 효력과 관련하여 PECL 제4:102조<sup>168)</sup>를 우리 민법에도 그대로 도입할 수 있을 것이다. 또한 PECL에서는 원시적 불능이나 후발적 불능을 모두 불이행이라는 개념으로 보고, 이러한 경우에는 PECL의 규정에 의해 구제수단의 행사가 가능하다.<sup>169)</sup> PECL에 의하면 급부가 불가능하다는 사실이 입증되고 면책사유가 존재하지 않으면 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 따라서 원시적 불능과 후발적 불능을 구분할 실익이 존재하지 않는다. 이러한 이유로 PECL에서는 원시적 불능과 후발적 불능이 발생요건 측면에서도 통합되어 있다.<sup>170)</sup>

### (3) 과실책임주의의 극복

영국법은 과실을 계약위반으로 인한 손해배상청구권의 요건으로 두고 있지 않다. PECL은 불이행에 대한 구제수단을 행사하기 위해 과실을 요건으로 하지 않는다는 점에서(PECL 제9:501조 (1)) 원칙적으로 영국법의 태도를 따른다고 볼 수 있다. CISG도 매도인이 의무 이행을 하지 않으면 손해배상을 청구할 수 있다고 규정(CISG 제45조 제1항 제2호)하여 과실이 없으면 책임이 없다는 견해를 명시적으로 거부하고 있다. 또한 DCFR도 무과실의 엄격책임에 의해 채무자의 과실 없이도 불이행으로 인한 손해배상책임이 발생한다. 또한 중국계약법에서도 과실책임주의에서 탈피하고 있다.<sup>171)</sup> 이러한 국제적인 동향은 우리 민법 제390조에서 과실책임주의를 택하고 있는 것과는 대조되는 모습이다.<sup>172)</sup> 개정된 독일민법(2002년 시행)에서는 과실책임주의를 유지하고는 있으나, 이를 벗어나는 것이 세계적인 추세라는 점을 간과해서는 안 된다.

## IV. 결론

167) 최홍섭, 원시적 불능론과 민법 제535조, 재산법연구 제9권 제1호, 한국재산법학회(1992), 109면.

168) PECL 제4:102조는 급부가 객관적으로 불가능한 경우와 당사자가 권리를 가지고 있지 않은 주관적 불능의 경우가 모두 포함된다.

169) PECL 제9장에서는 불이행에 대한 개별적 구제수단에 대해 규정하고 있다.

170) 이에 대해서는 김영두, 앞의 논문, 209-210면에 의한다.

171) 김영두, 위의 논문, 217-218면.

172) 김상중, 앞의 논문, 71-72면.

CISG는 규율범위가 국제적 동산매매에 한정되고 내용도 상당히 제한적이지만,<sup>173)</sup> PECL과 DCFR은 보다 포괄적이고 상세한 국제적 규범이라고 할 수 있다. 국제적 추세가 점차 열린 유형론으로 변모해 가고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. CISG는 채무불이행의 유형을 일원적인 문제로 처리하여, 이를 모두 계약위반(breach of contract)으로 보아 채무불이행 유형 간의 경합이 발생하지 않게 되는 장점이 있음을 알 수 있다. PECL도 불이행의 유형에 대하여 이를 불이행(non-performance)이라는 추상적인 개념으로 규율하고 있고, DCFR 역시 최근의 국제적 입법동향에 따라 불이행이라는 통일된 요건을 바탕으로 개별 구제수단 중심의 채무불이행법을 구성하고 있다는 점은 주목할 만한 부분이다.

우리 민법 역시 '채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때'라는 포괄적 개념에 의해(제390조), 그리고 강제이행(제389조), 손해배상(제390조 이하), 동시이행의 항변권(제536조), 해제권(제543조 이하)이라는 구제수단의 실용적 접근에 따라서 채무불이행법을 구성해 두고 있다는 점은 위의 국제규범으로서의 내용들과 태도를 나란히 하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

즉, 우리 민법은 제392조(이행지체에 따른 책임가중), 제395조(이행지체에 따른 전보배상), 제537조(위험부담), 특히 제544조와 제546조(이행지체와 이행불능에 따른 해제) 등을 통해서, 이행불능과 이행지체의 유형을 명확히 구분하고 있고, 독일민법의 해석론에 의한 채무불이행의 유형 파악도 이론적으로 어느 정도는 정립되어 있다. 그러나 이러한 구체적인 규정들과 역사적인 특성으로 인해 제390조의 포괄적 구성요건 아래에서는 채무불이행의 유형에 관한 이론이 크게 발전할 수 없고, 불완전이행이라는 또 다른 유형을 형성하게 되었으며, 나아가 관례는 이행거절이라고 하는 또 다른 채무불이행의 유형을 추가하여 인정하고 있는 것이다. 따라서 3分類論이나 독자적인 다른 유형들을 계속적으로 추가하는 형태를 벗어나 채무불이행을 하나의 유형으로 통합하고 불가항력일 때에만 책임을 면하는 것으로 개정하는 작업이 필요하다.

요컨대, 민법개정이 추진될 경우에 채무불이행의 유형에 대한 개선방안으로서는, 다음과 같은 관점을 고려하여 채무불이행의 유형과 관련된 규정이 개정되어야 할 것으로 사료되어, 그 중요한 요점을 정리해보고자 한다.

먼저, 현행 민법 제390조(채무불이행과 손해배상)에서 규정하는 「채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다.

173) 김진우, 최근 유럽민사법의 발전동향 - 공통참조기준초안과 소비자권리지침초안을 계기로 하여 -, 법학연구 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소(2009. 10), 348-349면.

그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다」에 대해서는, ‘불이행’ 내지 ‘계약위반’이라는 추상적이고 포괄적인 개념으로 통합하는 내용으로 개정되어야 할 것을 제안하고자 한다. 위의 단서에서 ‘이행할 수 없게 된 때’라고 이행불능에 한해 면책사유를 두는 것으로 이해할 소지가 있는 부분을 ‘이행이 이루어지지 아니한 때’로 수정하여 채무불이행의 일반에 대한 면책사유를 규정하는 것으로 정함이 바람직하다고 본다.

또한, 이행보조자의 고의와 과실에 관해 규정하고 있는 민법 제391조와 제392조(이행지체중의 손해배상) 및 제395조(이행지체와 전보배상)를 삭제하고 면책사유에 대해서는 통일된 조항을 신설하는 것이 바람직하다고 본다.

현행 민법 제544조(이행지체와 해제)는 「당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다」고 규정하고 있고, 제545조(정기행위와 해제)는 「계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다」고 명시하고, 제546조(이행불능과 해제)는 「채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다」고 규정하고 있는데, 불능과 지체를 구분하지 않고 ‘불이행’이라는 추상적인 개념을 중심으로 계약상 채무를 이행하지 않는 모든 경우를 포괄하는 개념으로 규정하는 것이 더욱 설득력 있다고 본다.

이처럼 불능과 지체의 구분 없이 원시적 불능의 경우에도 후발적 불능에서의 계약 효력을 동일하게 인정하고, 채권자에게 이행이익의 배상청구를 허용한다면, 원시적 불능에 관한 우리 민법 제535조(계약체결상의 과실)도 삭제되어도 무방할 것이다.

그동안 채무불이행의 유형론에 관해 많은 논의가 진행되어 왔고, 현재에도 그 중요성이 부각되고 있는 바, 이에 관한 기존의 여러 학설들과 판례 등을 정리하면 여러 방향의 개선방안이 제시될 수도 있을 것이다. 국제적인 추세로 미루어 보았을 때, 우리 민법상 채무불이행의 유형에 대한 개정은 더 이상 미루어서는 안 될 중요한 과제이다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직 편집대표, 민법주해 [IX], 박영사, 1995.
- 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 2001.
- 김형배 외 5인, 독일채권법의 현대화, 법문사, 2003.
- 박영복·박광동, EU사법통일의 동향과 분석(1) - 계약법 -, 한국법제연구원, 2007.
- \_\_\_\_\_, 편집대표, EU사법(II), 한국외국어대학교 출판부, 2010.
- 석광현, 국제물품매매계약법의 법리, 박영사, 2010.
- \_\_\_\_\_, 민법연구(제6권), 박영사, 2012.
- 이상욱, Quick Review 채권총론, 영남대학교출판부, 2008.
- 김상중, 「유럽계약법 공통참조기준 초안 (Draft Common Frame of Reference)」에 따른 채무불이행법과 그 시사점, 법학연구 50권 2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, 채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도, 비교사법 제16권 제2호(통권 제45호), 한국비교사법학회, 2009, 6.
- 김영두, 유럽계약법원칙에서의 계약불이행에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 김진우, 최근 유럽민사법의 발전동향 - 공통참조기준초안과 소비자권리지침초안을 계기로 하여 -, 법학연구 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009. 10.
- 성승현, CISG와 한국매매법: 채무불이행책임론, 법학연구 제52권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2011.
- 송덕수, 채무불이행의 요건 -최근 민법 개정작업을 중심으로-, 민사법학 제65호, 한국민사법학회, 2013. 12.
- 시오미 요시오(박인환 역), 채무불이행의 성립요건 -손해배상의 요건을 둘러싼 일본 민법이론과 채권법개정-, 민사법학 제65호, 한국민사법학회, 2013. 12.
- 임건면, 개정 독일법상의 급부장애, 비교사법 제9권 3호, 2002.
- 정종휴, 계약책임의 새로운 전개-유럽 계약법원칙을 중심으로, 재산법연구 제22권 1호, 2005.
- 지원립, 채무불이행의 유형에 관한 연구, 민사법학 제15호, 한국민사법학회, 1997.
- 최홍섭, 독일 채무불이행법의 개정과 원시적 불능, 저스티스 제37권 제2호, 한국법학원, 2004.

\_\_\_\_\_, 원시적 불능론과 민법 제535조, 재산법연구 제9권 제1호, 한국재산법학회, 1992.

内山貴, 民法Ⅲ, 東京大學出版會, 2005.

大村敦志, もうひとつの基本民法Ⅱ, 有斐閣, 2007.

潮見佳男, 債權總論, 信山社, 2007.

岡孝, 契約法における現代化の課題, 法政大學出版局, 2002.

石崎泰雄, 契約不履行の基本構造, 成文堂, 2009.

Lando, Ole/Beale, Hugh (Hg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000.



[국문초록]

## 채무불이행의 통합론과 개선방안

조원현

경운대학교 경찰행정학부 조교수

채무불이행이란 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않은 것을 말하며, 종래 우리 민법은 채무불이행의 유형으로 이행지체와 이행불능을 명문으로 규정하고, 불완전이행을 포괄규정으로 두어 3分類論을 취하였다.

우리의 경우와 마찬가지로 일본에서도 최근 이에 대한 비판적인 견해가 제기되고 있다. 종래 채무불이행의 유형인 이행지체와 이행불능의 2分論은 채무의 이행과 불이행의 판별이 가능하다는 전제하에서 정립된 것이다. 그러나 진료예약과 같은 경우 의사의 의무가 이행이 가능한 것인지 불가능한 것인지 확연하게 판명되지 않는 경우 등 복잡한 현대사회의 특성상 이행의 가능과 불가능이 명확하지 않은 채무 형태가 등장하게 되었음을 지적하며, 2分論은 그 타당성을 상실하였으므로 재검토가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

이에 채무불이행의 유형을 한정적으로 규정할 것이 아니라 이를 채무의 궁극적인 불이행으로 포괄하여 규정하는 것이 더욱 합리적일 것이라 사료된다.

주제어 : 채무불이행, 이분류론, 불완전이행, 불이행

[Abstract]

## Integration Theory and Improvement Proposal of Default

**Cho, Won-Hyun**

Kyungwoon University, Police Administration, Professor

Default implies what a debtor doesn't perform according to the contents of a debt. Our conventional civil law prescribed the performance delay and the non-performance as a specific proviso in terms of default type, and took a theory of three classifications by having imperfect performance as comprehensive provision.

Even in Japan like our case, a critical opinion about this is being raised recently. The theory of two classification in the performance delay and the non-performance, which are the conventional default types, is what was established under the proposition as saying of being available for distinguishing between performance and non-performance in debt. It pointed out that a debt form came to appear, which isn't clear in possibility and impossibility of performance in light of characteristic in complex modern society such as a case of being not definitely distinguished the appearance of being possible or impossible in performance of doctor's duty in case of making an appointment with a doctor. The theory of two classifications was lost its validity. Thus, the assertion as saying of being needed re-examination is being raised.

Accordingly, it is considered to be likely more rational to prescribe by including this in ultimate non-performance of debt, not what will prescribe default type restrictively.

Key words : default, two classification, imperfect performance, repudiation, non-performance.