creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學博士學位論文

不完全履行責任의 現代化에 대한 연구

– 責任要件 및 追完請求權·代金減額權을 중심으로 –

2021年 8月

서울大學校 大學院

法 學 科

金 兌 勳

不完全履行責任의 現代化에 대한 연구

– 責任要件 및 追完請求權·代金減額權을 중심으로 –

指導敎授 南 孝 淳

이 論文을 法學博士 學位論文으로 提出함

2021年 5月

서울大學校 大學院

法 學 科

金 兌 勳

金兌勳의 法學博士 學位論文을 인준함

2021年 7月

委 員 長 _____

副委員長 _____

委 員 _____

委 員 _____

委 員 _____

〈國文抄錄〉

국제거래규범(CISG, PICC, PECL, DCFR)과 이에 영향을 받은 주요 외국(독일, 프랑스, 일본)의 최근 개정 민법이 공통된 규율대상이자 그 지향점으로 삼았던 ‘계약책임법의 현대화’를 우리 민법에서 이루기 위해, (1) 계약책임체계의 통일을 위한 불완전이행책임법의 통합가능성과 (2) 그 책임 내용으로서 민법상 개별 계약에서 제한적으로 규정된 추완청구권, 대금감액권의 활용가능성 확대를 해석론과 입법론을 통해 모색하였다.

우리 민법은 과실책임인 채무불이행책임과 무과실책임인 담보책임의 이원적 계약책임체계를 취함으로써 양 책임의 중첩으로 인한 해석론의 복잡한 전개를 야기하였는데, 그 규율대상은 불완전이행 또는 하자 있는 이행으로 인한 ‘불완전이행책임’으로 집약될 수 있다. 이와 관련 국제거래규범들과 주요 외국의 개정 민법들은 포괄개념에 의해 계약책임체계를 통일하는 한편, 불법행위책임과 달리 계약책임에서 과실책임주의를 점차 분리하는 경향을 보이고 있다. 이에 비춰 우선 제390조는 채무불이행책임의 요건에 대한 일반규정으로서 유책사유와 상관없는 ‘채무불이행’만을 규정하고 있으며, 채무불이행책임의 내용으로서는 유책사유를 요하는 손해배상의무만을 규정하고 있다고 보았다. 그 밖의 구제수단들은 개별규정 및 해석 하에서 채무불이행책임의 내용을 이룬다. 그리고 우리 민법상 불완전이행책임의 통합을 위해 객관적 요건인 ‘불완전이행’과 ‘하자’의 비교 및 주관적 요건인 유책사유의 채무불이행책임으로서 손해배상과 분리가능성을 법제사적, 비교법적, 법이론적 관점에서 살펴보았다. 이를 통해 불완전이행으로 인한 채무불이행책임과 하자로 인한 담보책임이 상호 접근함으로써 양자 사이에 본질적인 차이가 없음을 확인하고, 궁극적으로 이행보증으로서 계약책임을 채무자에게 귀속시키는 정당화 근거를 새롭게 형성할 필요를 제시하였다. 다만, 과실책임에 기초한 민법규정 간의 체계적 해석에 반할 수 있기 때문에 입법론으로 검토되는 것이 타당하고, 제390조의 고의·과실은 손해배상의 기능적 면책사유로 파악할 수 있다. 이는 2013년 민법개정시안이 유책성을 배제한 계약해제의 일반규정(제544조)을 마련함으로써 진일보하게 되었다.

불완전이행의 경우 급부실현을 위한 채권자의 효과적인 구제수단으로서

추완청구권과 관련해, 국제거래규범은 추완청구권을 채권자의 일반적인 구제수단으로 인정하고 있으며, 독일과 일본은 담보책임으로서 권리와 물건의 하자를 구별하지 않고 이를 도입하였고, 프랑스는 개별 계약의 개정을 완료하지 않았지만 계약불이행의 구제수단으로 신설한 현실이행의 강제를 근거로 추완청구권을 인정할 수 있을 것이다. 우리 민법상 추완청구권 역시 계약의 구속력에서 인정되는 이행청구권의 보조수단인 동시에 원상회복과 다른 불완전이행에 고유한 효과로서, 이행이익이 실현가능한 한 대(大)는 소(小)를 포함한다는 원칙 등 다양한 근거에 의해 채무불이행책임 및 담보책임으로 인정될 수 있다. 이때 실정법상 근거로는 그 법적 성격에 비춰 채무불이행의 구제수단인 강제이행청구권(제389조)으로 보는 것이 타당하다. 추완청구권의 세부유형으로 대체이행청구권, 부족분이행청구권, 보수청구권이 인정될 수 있고, 이종물 인도는 불완전이행의 효과로서 대체이행청구권에 의해 규율하는 것이 타당하며, 그 밖에 추완청구권의 인정여부가 문제되는 경우 추완가능성에 의해 판단된어야 한다. 추완청구권의 행사를 위하여, 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건을 관행화된 정도의 검사의무 이행여부로 판단할 수 있지만 명문의 근거없이 하자통지의무를 요구하는 것은 부적절하다. 원칙적으로 채권자는 추완유형을 선택할 수 있지만, 체계적 해석상 상당기간을 정하여 행사하여야 하고, 매도인의 완전물급부의무와 매수인의 물건반환의무 사이에 동시이행관계를 인정할 수 있으며 완전물급부가 있기까지 매수인의 사용이익은 계약의 내용이므로 부당이득이라고 볼 수 없다. 이행청구권의 연장인 추완청구권도 급부불능 또는 채무자에게 과도한 부담이 되는 등 상당성을 결여한 경우 신의칙상 제한될 수 있고, 명문의 규정없이 책임원인을 제공한 채무자에게 추완권을 인정하는 것은 그 법적 성격에 비추어 무리가 있다. 계약의 구속력에 비추어 원칙적으로 손해배상청구권 및 계약해제권의 행사에 앞서 상당기간 추완이행을 최고하도록 함으로써 추완청구권을 우선하는 것이 타당하지만, 법문상 담보책임으로서 손해배상청구권과 추완청구권의 선택권은 매수인에게 있고 계약해제권의 요건인 계약의 목적달성불능은 추완불가능성을 전제로 엄격하게 해석하는 것이 타당하다. 2013년 민법개정시안은 채무불이행책임은 물론 하자담보책임으로 추완청구권을 명시하는 한편, 채무불이행책임의 추완청구권을 준용함으로써 그 내용과 제한요건을 일원적으로 규율하고 있는 점에서 주요 외국의 개정 민법보다

적극적으로 국제거래규범과 조화되는 타당한 입법이다. 다만, 추완청구권은 이행청구권의 연장이면서 불완전이행의 효과로서의 성격을 겸유하는 바, 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권과 성격을 같이 하므로 제389조의2로 규정하는 것이 보다 적절할 것이다.

불완전이행의 경우 급부존속을 위한 채권자의 효과적인 구제수단으로서 대금감액권과 관련해, PICC를 제외한 국제거래규범들은 대금감액권을 채권자의 일반적인 구제수단으로 인정하고 있으며, 독일과 일본은 담보책임으로 이를 명시하였고, 프랑스는 계약불이행에 대한 일반적인 구제수단으로 신설하면서 종래와 같이 담보책임에서도 규정하고 있다. 대금감액권은 로마법상 하자담보책임의 본질적 내용임에도 우리 민법의 전신인 일본민법이 감액대금 산정곤란을 이유로 인정하지 않은 것은 법률의 흠결로 볼 수 있는데, 대금감액권을 규정한 민법 제574조의 실질이 하자담보책임이고, 감정평가 기술의 발전으로 산정곤란은 더 이상 장애가 되지 않으며, 도급계약 등 거래실제에서 감액청구를 보편적으로 활용하고 있기 때문이다. 나아가 매매대금 결정의 기초인 하자 없는 급부는 물건과 권리의 하자를 막론하고 요구되며, 대금조정에 의한 급부유지의 필요 역시 여행주최자의 담보책임·임차물의 일부멸실시 임차인의 차임감액청구권을 유추할 때 원시적·후발적 하자를 불문하고 인정되므로, 대금감액권은 계약책임의 일반적인 내용으로 인정될 수 있다. 대금감액권은 손해배상청구권과 기능·산정방법·산정시점·면책가능성의 차이가 있고, 일부해제권·부당이득반환청구권·상계권은 대금감액권이 갖는 효과의 일면만을 파악한 것으로, 대금감액권은 유상계약의 주관적 등가성을 기초로 하는 계약관계의 조정권이면서 불완전이행에 고유한 효과로서 형성권으로 파악될 수 있다. 대금감액권은 이행이익이 존속하는 한 대(大)는 소(小)를 포함한다는 원칙 등 다양한 근거에 의해 계약책임의 일반적 내용으로 인정될 수 있고, 그 법적 성격에 비춰 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 민법 제544조를 근거로 인정될 수 있다. 대금감액권은 가분성이 없는 급부의 질적 하자·권리의 하자·하는 급부의 하자·후발적 하자에 대해서도 인정될 수 있고, 유책사유를 요하지 않지만, 이행지체와의 형평상 추완이행의 최고를 요한다. 감액대금은 약정대금을 실제가치에 대한 가정적 가치의 비율로 곱하여 산정하되, 현실적 급부가치를 평가할 수 있는 이행시를 기준

으로 필요한 경우 감정평가에 의하도록 하는 것이 타당하다. 대금감액권의 행사를 위해서, 명문의 근거없이 하자통지의무를 요구하는 것은 부적절하지만 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건은 관행화된 검사의무 이행여부로 판단되고 추완이행의 최고로서 하자통지의무에 갈음할 수 있다. 비금전채무의 급부감축권도 유상계약의 등가관계·계약유지의 원칙에 비춰 비금전채무의 분할가능성, 추완이행의 최고를 요건으로 교환계약 기타 일정한 유상계약에서 인정될 수 있다. 추완이행의 최고를 요건으로 하여 추완청구권을 사실상 우선하되, 신뢰손해와는 선택적으로, 확대손해와는 중첩적으로 행사할 수 있지만, 계약해제권은 채무자의 추완이행 거절·계약의 목적달성 불능의 경우 최종적으로 행사될 수 있다. 2013년 민법개정시안은 대금감액권을 담보책임의 내용으로만 명시한 데 반해, 대금감액권은 유상계약상 불완전이행의 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부와 관계없이 인정되는 것이 타당하므로 제544조의2로 규정하는 것이 적절하다.

주요어 : 계약책임체계, 불완전이행책임, 불완전이행, 하자, 유책사유, 이행보증, 추완청구권, 추완권, 대금감액권, 급부감축권

학 번 : 2015-30321

〈目 次〉

〈國文抄錄〉 ····· i
〈凡例〉 ····· xiv

제1장 序 論 ····· 1
제1절 연구의 배경과 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 4
제3절 논의의 구성 ····· 6

제2장 계약상 不完全履行責任의 現代化를 위한 전제 ····· 9
제1절 개관 ····· 9
제2절 민법상 계약책임체계에 대한 비판적 이해 ····· 11
1. 문제의 소재 ····· 11
2. 계약책임의 구성 ····· 12
가. 계약책임 및 계약채무불이행책임의 의의와 발생요건 ····· 12
나. 계약책임의 규율체계 ····· 13
다. 제390조의 내용과 체계적 지위 ····· 17
3. 계약책임체계의 흠결 여부 및 채무불이행책임과 담보책임의 관계 22
가. 문제의 소재 ····· 22
나. 계약책임 구성의 흠결 여부 ····· 23
다. 담보책임의 법적성질에 따른 채무불이행책임과의 관계 ····· 26
4. 소결 ····· 30
제3절 불완전이행과 하자의 비교 ····· 31
1. 문제의 소재 ····· 31
2. 불완전이행과 하자의 개념 비교 ····· 32
가. 불완전이행 개념의 비교법적 고찰 ····· 32
나. 하자 개념의 비교법적 고찰 ····· 39

다. 검토 ·····41
3. 불완전이행과 하자의 태양 ·····42
가. 문제의 소재 ·····42
나. 불완전이행의 태양 ·····42
다. 하자의 태양 ·····50
라. 검토 ·····55
4. 판단의 기준과 시점 ·····55
가. 불완전이행의 판단 ·····55
나. 하자의 판단 ·····57
다. 검토 ·····60
5. 소결 ·····61
제4절 계약채무불이행책임에서 유책사유의 배제가능성과 한계 ·····62
1. 민법 제390조 단서의 해석과 문제의 소재 ·····62
2. 민법 제390조의 입법연혁과 책임귀속의 정당화 근거 ·····63
가. 민법 제390조의 입법연혁 ·····63
나. 민법 제390조에서 책임귀속의 정당화 근거 ·····69
3. 계약채무불이행책임 귀속의 정당화 근거 유형과 재구성 시도 ·····70
가. 문제의 소재 ·····70
나. 정당화 근거의 유형 ·····71
다. 정당화 근거의 재구성 시도 ·····78
라. 검토 - 새로운 정당화 근거 구성의 타당성과 한계 ·····86
4. 민법상 계약채무불이행책임 귀속의 정당화 근거에 대한 해석론 ·86
가. 정당화 근거에 대한 통설의 해석론 ·····87
나. 정당화 근거의 재해석론 ·····88
다. 검토 ·····91
제5절 계약채무불이행책임의 내용과 유책사유의 적용범위 ·····93
1. 문제의 소재 ·····93
2. 계약채무불이행책임의 내용 ·····94

가. 우리 민법상 논의현황 ·····94
나. 비교법상 규율현황 ·····95
다. 검토 ·····96
3. 증거법상 유책사유의 의의와 적용범위 ·····97
가. 유책사유의 증명책임과 책임요소로서 면책 ·····97
나. 유책사유의 적용범위 ·····98
다. 검토 ·····105
제6절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 입법론 ·····108
1. 계약책임의 현대화를 위한 개정의 기준 ·····108
가. 계약책임체계의 일원화를 통한 현대화의 필요성 ·····108
나. 일원적 · 통일적 계약책임체계의 입법례 ·····109
다. 검토 ·····110
2. 2013년 민법개정시안과 계약채무불이행 관련 규정의 개정 ·····111
가. 개설 ·····111
나. 제390조 개정안 ·····112
다. 제544조 개정안 ·····112
라. 담보책임법 개정안 - 제390조 손해배상청구권을 준용 ·····114
3. 소결 ·····115
제7절 결어 ·····116

제3장 계약의 실현보장을 위한 追完請求權 ·····118
제1절 개관 ·····118
제2절 추완청구권의 법적 성격과 인정여부 ·····120
1. 문제의 소재 ·····120
2. 국내의 논의 ·····121
가. 불완전이행에 대한 추완청구권 ·····121
나. 원시적 하자에 대한 추완청구권 ·····123
다. 판례 ·····124

라. 검토 ·····127
3. 국제거래규범 ·····130
가. CISG ·····130
나. PICC ·····131
다. PECL ·····132
라. DCFR ·····133
4. 외국의 입법례 ·····134
가. 독일 ·····134
나. 프랑스 ·····135
다. 일본 ·····137
5. 소결 ·····138
제3절 추완청구권의 일반적 인정근거 및 적용범위 ·····140
1. 문제의 소재 ·····140
2. 추완청구권의 일반적 인정근거 ·····141
가. 하자담보책임의 연혁상 한계와 추완가능성의 확대 ·····141
나. 대륙법계 법원칙 ·····143
다. 의사의 해석과 이익의 실현 ·····144
라. 법경제학적 효율 ·····146
마. 민법상 근거 ·····147
3. 무상계약에서 추완청구권의 인정가능성 ·····151
가. 문제의 소재 ·····151
나. 불완전이행에 대한 추완청구권 ·····152
다. 원시적 하자에 대한 추완청구권 ·····155
4. 소결 ·····158
제4절 추완청구권의 내용 ·····159
1. 문제의 소재 ·····161
2. 추완이행의 개념 및 추완청구권의 유형 ·····161
가. 추완이행의 개념 및 불완전이행의 태양에 따른 추완청구권의 분

류와 필요성 ·····161
나. 비교법상 규율현황 ·····163
다. 소결 ·····165
3. 추완청구권의 유형별 내용 ·····165
가. 일반요건 ·····165
나. 대체이행청구권 ·····166
다. 재이행청구권 ·····169
라. 부족분이행청구권 ·····173
마. 보수청구권 ·····177
바. 소결 ·····180
제5절 추완청구권의 행사와 제한 ·····183
1. 문제의 소재 ·····183
2. 추완청구권의 행사 ·····184
가. 물건의 검사 및 하자통지의무의 인정여부 ·····184
나. 추완유형의 선택 ·····193
다. 추완청구권의 행사방법 ·····195
라. 추완이행의 장소와 비용부담 ·····197
마. 하자 있는 물건과 수취한 이익의 반환 ·····198
3. 추완청구권 행사의 제한 ·····202
가. 문제의 소재 ·····202
나. 추완이행의 불능 ·····203
다. 추완이행의 상당성 ·····206
라. 채무자의 추완권 ·····210
4. 다른 구제수단과의 관계 ·····215
가. 문제의 소재 ·····215
나. 손해배상청구권과의 관계 ·····216
다. 계약해제권과의 관계 ·····217
제6절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 입법론 ·····219

1. 추완청구권의 명시를 통한 계약책임 현대화의 기준 ·····219
가. 추완청구권에 대한 입법례 ·····220
나. 검토 ·····221
2. 2013년 민법개정시안 ·····221
가. 계약채무불이행책임으로서 추완청구권 개정시안 ·····221
나. 하자담보책임으로서 추완청구권 개정시안 ·····222
3. 소결 ·····224
제7절 결어 ·····225

제4장 계약의 존속보장을 위한 代金減額權 ·····228
제1절 개관 ·····228
제2절 대금감액권의 연혁과 발전과정 ·····231
1. 개설 ·····231
2. 하자담보책임으로서 대금감액권 ·····232
가. 하자담보책임의 연혁과 대금감액권 ·····232
나. 우리 민법상 하자담보책임의 특이점 ·····234
다. 검토 ·····236
3. 추탈담보책임으로서 대금감액권 ·····236
가. 문제의 소재 ·····237
나. 권리하자에 대한 국제적 규율과 대금감액권 ·····238
다. 검토 ·····239
4. 채무불이행책임으로서 대금감액권 ·····240
가. 문제의 소재 ·····240
나. 대금감액권의 기능과 하자존재시기 ·····241
다. 국제적 규율의 경향 ·····242
라. 우리 민법상 채무불이행책임으로서 대금감액권의 인정가능성 248
5. 소결 ·····249
제3절 대금감액권의 법적 성격과 인정근거 ·····250

1. 개설 ·····250
2. 대금감액권의 독자적 고유권성 ·····250
가. 문제의 소재 ·····250
나. 손해배상청구권과의 이동 ·····251
다. 일부해제권과의 이동 ·····255
라. 부당이득반환청구권과의 이동 ·····257
마. 상계권과의 이동 ·····258
바. 검토 ·····258
3. 대금감액권의 법적 성격 ·····259
가. 문제의 소재 ·····259
나. 비교법적 고찰 ·····259
다. 검토 ·····261
4. 대금감액권의 일반적 인정근거 ·····261
가. 개설 ·····261
나. 대금감액권의 발생연혁과 인정범위의 확대 ·····262
다. 계약유지원칙의 소극적 구현 ·····263
라. 당사자의 의사와 유상계약의 주관적 등가성 ·····264
마. 법경제학적 효율 ·····264
바. 비교법적 경향 ·····265
사. 민법상 근거 ·····265
5. 소결 ·····270
제4절 대금감액권의 발생요건 ·····272
1. 문제의 소재 ·····272
2. 유상계약상 채무자의 불완전이행 ·····272
가. 질적 하자와 이종물의 인도 ·····273
나. 권리의 하자 ·····274
다. 하는 급부와 후발적 하자 ·····275
3. 유책사유의 요부 및 면책가능성 ·····276

4. 기타 요건 ·····277
가. 추완최고의 요부 ·····277
나. 대금지급의 요부 ·····278
5. 소결 ·····279
제5절 비금전채무의 급부감축권 인정여부 ·····280
1. 문제의 소재 ·····280
2. 인정여부와 요건 ·····280
가. 관련논의 ·····280
나. 인정요건 ·····282
3. 법적 성격과 인정근거 ·····282
가. 구별개념 ·····282
나. 인정근거 ·····283
4. 소결 ·····284
제6절 대금감액권의 행사와 제한 ·····284
1. 감액대금의 산정방법 ·····284
가. 문제의 소재 ·····284
나. 감액대금의 계산방식 ·····285
다. 감액대금의 산정시기 ·····286
라. 급부가치의 확정 방법과 감정평가의 활용 ·····289
마. 급부가치가 없는 경우 대금감액의 당부 ·····290
2. 대금감액권의 행사방법 ·····292
가. 문제의 소재 ·····292
나. 물건의 검사 및 하자통지의무 ·····293
다. 대금감액의 의사표시 ·····294
라. 증명책임 ·····295
3. 다른 구제수단과의 관계 ·····296
가. 문제의 소재 ·····296
나. 추완청구권과의 관계 ·····296

다. 계약해제권과의 관계 ·····297
라. 손해배상청구권과의 관계 ·····297
마 검토 ·····298
제7절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 입법론 ·····298
1. 대금감액권의 명시를 통한 계약책임 현대화의 기준 ·····299
가. 대금감액권에 대한 입법례 ·····299
나. 검토 ·····300
2. 2013년 민법개정시안 - 하자담보책임으로서 대금감액권 개정시안 ···300
3. 소결 ·····303
제8절 결어 ·····305

제5장 結 論 ·····308

〈표 차례〉
표 1 ·····107

〈參考文獻〉 ·····316
〈Abstract〉 ·····336

〈凡　例〉

1. 略語 및 名稱의 사용

CISG : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (UN국제물품매매계약협약)

PICC: : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙)

PECL : The Principles of European Contract Law (유럽계약법원칙)

DCFR : Draft Common Frame of Reference (유럽민사법 공통참조기준 초안)

소비재매매지침 : Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (소비재의 매매 및 품질보증에 관한 1999년 5월 25일의 유럽의회지침)

독일채권법개정위원회 : Komission für die Überarbeitung des Schuldrechts = Schuldrechtsreform kommission

2. 用語의 사용

불완전이행책임 : 본문에서 담보책임과 구별하여 서술하지 않는 한 불완전이행으로 인한 채무불이행책임과 하자 있는 이행으로 인한 담보책임을 포괄하는 의미로 사용한다.

추완청구권 : 채무자가 이행한 급부의 불완전 또는 하자를 제거하기 위한 일체의 방법으로서 대체이행(완전물급부), 부족분이행, 하자보수를 포괄하는 채무자에 의한 제2의 이행을 요구하는 권리로 사용한다.

추완권 : 불완전이행 또는 하자 있는 이행을 제공한 채무자가 스스로 하자를 제거할 기회를 갖는 것을 지칭한다.

대금감액권 : 유상계약에서 채무자가 이행한 급부의 불완전 또는 하자에 대하여 채권자가 그 부분의 비율로 대금감액의 의사를 일방적

으로 표시하는 권리로, ‘대금의 감액을 청구할 수 있다’는 법문에 따른 대금감액청구권보다 형성권이라는 속성을 잘 표현하는 본 용어를 사용한다.

급부감축권 : 매매, 도급, 여행계약 등 한정된 유상계약에서 담보책임으로 대금감액권을 규정한 것과 달리 채권자의 급부가 비금전채무일 경우 감축권은 언급이 없는바, 유상계약의 등가관계에 따라 채무자에 의한 이행의 불완전한 정도에 비례하여 채권자가 자신의 급부를 감축하는 권리로 사용한다.

3. 참고문헌의 인용

재인용의 경우를 제외하고, 참고문헌 목록의 자료를 ‘저자(연도), 면’과 같이 표시한다.

보존용 학위논문 정오표

페이지	정정 전	정정 후
- XV -	재인용의 경우를 제외하고,	1회만 인용되거나 재인용의 경우를 제외하고, 원칙적으로
p. 19 : 각주32)	곽윤직(1994), 135면; 김상용(2004)	곽윤직(1999), 130면; 김상용(2006)
p. 19 : 각주33)	이은영(2006), 203면.	이은영(2006), 184면.
p. 23 : 각주42)	이태제(1972)... 곽윤직(1994), 127면	이태재(1972)... 곽윤직(1999), 127면
p. 28 : 각주54)	김주수(1992), 183면	김주수(1997), 199면
p. 43 : 각주98)	곽윤직(1994)	곽윤직(1999)
p. 49 : 각주136)	이태제(1972)	이태재(1972)
p. 56 : 각주143)	이영환(1978), 286면 이하; 박휘호(2006)	(삭제); 박희호(2006)
p. 56 : 각주146)	박종권(2005), 21면 이하	(삭제)
p. 57 : 각주148)	김증한(1989); 이태제(1985)	김증한(1988); 이태재(1985)
p. 58 : 각주149)	박휘호(2006)	박희호(2006)
p. 59 : 각주152)	김증한(1989); 김현태(1969); 이태제(1985)	김증한(1988); 김현태(1975); 이태재(1985)
p. 76 : 각주193)	한불민사법학회(2017), 103면 각주34).	한불민사법학회(2021), 262면 각주49).
p. 94 : 각주227)	김상용(2016), 124면; 김용한(1983), 147면; 김주수(1999), 133면;	김상용(2006), 124면; 김용한(1988), 147면; 김주수(1997), 133면;
p. 99 : 각주239)	곽윤직(2000), 102면	곽윤직(1998), 145면
p. 103 : 각주249)	한불민사법학회(2017), 132-134면.	한불민사법학회(2021), 305-311면.
p. 123 : 각주271)	김증한(1998)	김증한(1988)
p. 127 : 각주286)	곽윤직(2014), 134면	곽윤직(1999), 183면
p. 157 : 각주342)	곽윤직, 178; 김증한, 128; 김석우, 156; 김기선, 96; 김현태, 97; 이태재, 146.	곽윤직(1998), 197면; 김증한(1988), 128면; 김기선(1982), 96면; 김현태(1975), 97면; 이태재(1985), 146면
p. 162 : 4	대하여여는	대하여는
p. 171 : 각주365)	김용한(1983)	김용한(1988)
p. 218 : 각주503)	곽윤직(1998), 180면	곽윤직(1998), 246면
p. 220 : 23	고의·과실이	고의·과실
p. 241 : 각주543)	김증한(1989); 김현태(1969); 이태제(1985)	김증한(1988); 김현태(1975); 이태재(1985)
p. 327 : 27, 28	이태제,... 이태제(1972)	이태재,... 이태재(1972)
p. 316 : 6		김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1982. [김기선(1982)]
p. 316 : 10		김석우, 채권법각론, 박영사, 1978. [김석우(1978)]
p. 316 : 13		김증한, 채권각론, 박영사, 1988. [김증한(1988)]
p. 316 : 16		김현태, 채권각론, 일조각, 1975. [김현태(1975)]
p. 317 : 1		이태재, 채권각론, 진명문화사, 1985. [이태재(1985)]
p. 317 : 6		황적인, 현대민법론IV, 박영사, 1987. [황적인(1987)]
p. 332 : 23		Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Auflage, C.H.Beck, München, 2000. [Schlechtriem/집필자]
p. 332 : 26		Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht(CISG), 1999. [Staudinger/집필자]

제1장 序 論

제1절 연구의 배경과 목적

민법은 1960. 1. 1. 시행된 이후 가족법의 개정 외에 재산법에 있어서는 큰 폭의 개정을 보지 못하였다. 그 사이 대외적으로는 UN국제물품매매계약협약(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 이하 CISG)을 위시하여 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; 이하 PICC), 유럽계약법원칙(The Principles of European Contract Law; 이하 PECL), 유럽민사법공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference; 이하 DCFR)에 이르는 수많은 국제거래규범들이 성안·시행되면서 국제거래의 활성화를 위한 '私法의 統一化'를 지향하였다. 또한 이에 추동된 외국의 여러 나라들도 채권법의 '現代化'를 공통의 목표로 개정을 추진하여, 우리 민법 제정에 지대한 영향을 미친 독일, 프랑스는 물론 일본은 최근 채권법 개정의 결실을 맺기에 이르렀다. 한편 우리나라는 2017년 기준 무역의존도 68.8%로 전체 경제에서 차지하는 국제거래의 비중이 매우 높을 뿐 아니라[1] 정보통신기술과 운송·교통의 혁신은 국내외 거래의 팽창을 가속화시키고 있다. 이런 가운데 계약법을 포함하는 2004년 민법개정안이 국회제출 후 입법기 도과로 폐기된 데 이어 2013년 민법개정시안까지 성안됨으로써 우리 민법의 개정을 위한 준비는 어느 때보다 성숙해졌다고 평가할 수 있을 것이다. 이러한 성과를 바탕으로 우리 계약책임법에 대한 '현대화' 역시 해석론과 입법론을 통해 비판적으로

1) 한국무역협회 통계자료에 따르면, 주요 20개국 중 수출의존도로는 3위, 수입의존도로는 4위에 해당한다.

구현할 필요가 있다.

민법은 특히 당사자 간의 계약관계에 기한 채무의 이행과정에서 채무불이행이 이루어진 경우, 채권자가 활용할 수 있는 일반적인 구제수단으로서 강제이행청구권(제389조), 손해배상청구권(제390조), 해제·해지권(제543조 이하)만을 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 그 면면을 살펴보면, 당사자가 최초의 계약 목적을 달성할 수 있도록 이행청구 또는 법원에 강제이행을 청구하거나, 채무자의 불완전한 급부로 인해 채권자가 입게 된 손해에 대해 금전에 의한 배상의 방법으로 대신 만족하게 하거나, 아니면 아예 계약관계를 해소시키는 방법만을 제시하고 있다. 그러나, 신의에 기초하여 "계약은 지켜져야 한다"(pacta sunt servanda)는 로마법의 원칙에도 불구하고 계약체결 이후 당사자들 사이에 발생한 계약관계는 그 이행과정에서 자연스럽게 다양한 양상으로 발전할 수 있는 개연성을 가지기 마련이다. 그렇기 때문에 계약당사자들이 본래의 계약목적을 달성할 수 있도록 하는 것은 물론이거니와 그 밖에 서로를 만족시킬 수 있는 합리적이고 다양한 방법들이 구제수단으로서 동원될 수 있어야 한다.

이렇게 제시될 수 있는 구제수단 가운데 앞서 살펴본 우리 민법규정은 계약목적의 완전한 달성 또는 계약목적의 부달성에 따른 해소의 방법과 그 양극단 사이에 금전배상에 의한 만족을 상정하고 있음을 알 수 있다. 하지만 당사자들이 계약당시 이행에 이르는 전 과정을 예측하고 이를 계약의 기초로 삼기란 불가능에 가깝다는 점은 자명하다. 따라서 채권관계는 성립과 함께 그 목적을 달성하기까지 당사자들의 내부관계 및 외부요인의 변화에 따른 상호작용 속에서 여러 가지 모습으로 변이할 가능성이 내재되어 있다고 보는 것이 오히려 자연스럽다. 그 와중에 거래현실에서는 완전한 이행과 해소의 중간단계에 해당하는 회복수단

의 필요성이 크다고 할 수 있다.[2] 이렇게 불완전한 급부에 대한 구제수단의 본질적인 것으로, 채권관계가 그 효용을 달성할 수 있도록 실현을 보장하는 **'추완청구권'**과 존속을 보장하는 **'대금감액권'**이 활용될 수 있다. 하지만, 민법은 매매의 절에서 대금감액청구권과 완전물급부청구권, 도급의 절에서 하자보수청구권, 여행계약의 절에서 시정청구권과 대금감액청구권을 이른바 담보책임의 일부 내용으로서만 인정하고 있다.

반면, 앞서 언급한 국제거래규범들은 물론 2002년 시행된 독일 개정채권법, 2020년 4월 시행된 일본 채권법에서는 담보책임으로서 추완청구권과 대금감액권을, 그리고 2016년 10월 시행된 프랑스 개정채권법에서는 계약불이행에 대한 대금감액권을 채권자의 다양한 구제수단으로서 규정하고 있다. 우리도 민법이 예정하지 못한 두 구제수단의 필요에 대해 학설과 판례를 통해 대응해 옴으로써 현실적인 필요에 부응하고는 있으나, 민법에 명시적인 근거를 둔 경우와 해석에 의한 경우는 그 활용가능성에 차이가 있기 마련이다.

본 논문은 이러한 견지에서 우선 채권자가 계약의 목적을 달성할 수 있도록 다양한 구제수단의 활용가능성을 엶과 동시에 다변화 · 다각화되고 있는 국경 간 거래의 확대에 보다 전향적인 자세로 호응하기 위해 국제거래규범 및 우리보다 먼저 채권법의 현대화를 이룩한 여러 외국법과의 이질감을 비판적으로 극복하는 데 연구의 목적이 있다. 이로써 학설과 판례에 기대어 더 이상 미뤄서는 안될 재산법 개정작업에도 기

2) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결은 매수인이 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하자 매도인에게 신차 교환 즉, 완전물급부를 청구(민법 제581조 제2항)한 사안에서, 법문이 정하는 매수인의 완전물급부청구권의 행사가 매도인에게 지나치게 큰 불이익이 되는 반면 매매목적물의 하자가 경미하여 수선 등의 방법으로 계약의 목적을 달성하는 데 지장이 없는 경우에는 그 행사를 제한함이 타당하다고 보아 하자보수청구권도 추완의 방법으로 인정된다는 것을 전제로 하자보수와 완전물급부를 비교함으로써 완전물급부청구권의 제한여부를 판단하였다.

여할 수 있을 것이다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

민법상 계약책임의 일원화 또는 통일적 구성에 관한 논의의 주된 대상은 계약관계에서 채무불이행책임과 담보책임이 중첩되는 불완전이행의 구제수단이라고 할 수 있다. 그리고 주지하다시피 담보책임은 '계약책임'으로서 권리의 하자, 물건의 하자로 대별되는 하자 있는 급부에 대한 구제수단들로 구성되는 바, 결국 포괄적 개념으로서 채무불이행의 양상 중에서도 '하자 있는 이행 또는 불완전한 이행'에 의해 책임이 중첩되는 경우가 논의의 핵심이라고 하겠다. 그래서 본 논문은, 국제적 규율에 비추어 우리 민법이 그 효과와 관련해 충분히 규율하지 못한 채무불이행의 양상이면서, 우리 민법상 계약책임의 현대화를 이루기 위한 우선적 과제로서 담보책임과의 통일적 구성을 위해 계약책임으로서 불완전이행책임을 주된 연구대상으로 한다. 나아가 불완전이행책임의 내용 중에서 가장 효과적임에도 불구하고 우리 민법의 공백이 가장 큰 두 구제수단 즉, 계약내용의 실현보장책으로서 추완청구권과 계약내용의 존속보장책으로서 대금감액권의 활용가능성에 대한 해석론과 입법론을 법제사 및 비교법을 주된 방법으로 하여 전개하기로 한다.

2. 연구의 방법

문헌 조사를 통해 아래의 방법으로 연구를 수행하였다.

가. 연혁적 고찰

우선 통시적 고찰의 방법을 통해 우리 제정민법의 법제사적 의의를 재규명해 본다. 이를 위해 민법안심의록, 국회속기록 등 확인가능한 자료

들을 참조하여 제정민법 입안자들의 의사를 확인하는 한편, 당시 외국의 민법 내용과 함께 검토함으로써 균형잡힌 평가를 시도할 수 있을 것이다. 나아가 특히 계약책임에 관한 우리 민법조문의 규율방식을 당시 외국의 입법례와 함께 분석해 봄으로써 우리 입법자들이 추구하고자 했던 고려사항들에 대한 통찰을 파악할 수 있을 것이다. 이를 통해 그 통찰을 오늘날의 관점에서 재평가함으로써 우리 민법상 불완전이행책임의 현대화를 위한 기준을 제시할 것이다.

나. 비교법적 고찰

1990년대 후반부터 시작된 이른바 '사법의 통일화 경향'은 이에 선행하여 대륙법과 영미법 등 각 법계가 서로에 대한 이해를 새롭게 하고 영향을 주고받음으로써 가능했다. 그 이면에는 정보통신기술과 운송·교통의 발달에 힘입은 국경간 무역의 활성화와 그로부터 야기되는 법률적 수요들에 부응한 통일적 규율의 필요가 작용하였다. 대외무역의존도가 높은 우리나라 역시 이러한 흐름의 중심에 서있다 할 것이어서, 국제거래규범과 이에 영향을 받은 주요 개정외국법의 공통된 지향점인 '현대화'를 위한 해석론 또는 입법론상의 통찰을 얻기 위해 '공시적·비교법적 연구'를 주된 방법으로 삼는다.

한편 우리 민법은 '혼합계수'를 통해 빛을 보게 되는데, 민법 제정을 위한 당시 국회 법제사법위원회 또는 본회의의 민법안 심의기록에 따르면 독일, 프랑스, 스위스, 영국, 중국, 일본, 만주 등 7개국의 입법례를 참조·보완하여 제정되었다. 이 가운데 본 연구는 우리 민법 제정에 지대한 영향을 미친 독일, 프랑스, 일본의 최근 개정채권법과 우리 민법의 비교를 주된 대상으로 삼는다. 첫째, 민법의 입법자는 계약책임에 관한 포괄적 일반조항(민법 제390조)의 규정방식을 취하였는데도 우리는 종래 독일민법학의 영향으로 일반조항의 장점을 충분히 살리지 못하고 계약책임의 유형론 내지 이에 연계되는 채무구조론 등 복잡한 해석론을 전개해 온 면이 있기 때문이다. 하지만 정작 2002년 독일 개정채권법은 우리

민법과 같이 일반조항 방식으로 개혁하였는데, 이는 영미법상 계약위반에 연원하는 CISG, PICC, PECL, DCFR에 공통된 규율태도로서 프랑스민법상 고의·과실을 요구하지 않는 '계약채무불이행' 개념과 유사하다. 둘째, 법제사적으로 1896년 제정된 일본 신민법은 조선민사령에 의해 우리나라에 의용되는데 이러한 일본 신민법 이전의 Boissonade 초안이 신민법에 영향을 주었음은 자명하고, 대표적으로 부동산 물권변동에 관한 의사주의를 취하고 있는 일본 신민법의 태도는 형식주의를 취하는 독일민법과 달리 오히려 프랑스민법의 그것을 유지하였다는 점에서 그러하다. 이러한 견지에서 일본 민법학계 내에서도 신민법 제정자의 의사와는 상관없이 독일민법의 해석학을 따랐던 과거에 대한 자성론이 힘을 얻고 있는 것에 비추어 보다 균형잡힌 비교법 연구의 태도가 요청된다고 하겠다. 셋째, 2002년 독일 채권법현대화법이 시행된 후 2016년 10월 프랑스 개정채권법이 시행되었으며, 2020년 4월 일본 개정채권법이 시행됨으로써 시기적으로도 우리 민법개정에 대한 실질적인 참조를 얻을 수 있는 작업이기 때문이다.

제3절 논의의 구성

본 연구의 구성은 크게 최근 독일, 프랑스, 일본의 채권법 개정을 계기로 선행연구의 기초 위에서, 우리 민법상 불완전이행책임의 현대화를 구현하기 위한 방법을 두 가지 관점에서 고찰한다. 먼저 요건론으로서(제2장), 현대화의 세부실현 항목으로 계약책임체계의 통일화 구현을 위한 기초작업으로 불완전이행책임의 통합가능성에 대한 해석론, 입법론을 검토한다. 이를 위해서 객관적 요소로서 불완전이행과 하자를 비교하고, 주관적 요소로서 채무불이행책임과 과실책임주의의 분리가능성과 그 당부에 대해 검토한다. 다음으로 효과론으로서(제3장·제4장), 불완전이행책임의 가장 효과적, 실질적 내용임에도 민법상 가장 불충분

하게 규정되어 있는 구제수단으로서 추완청구권과 대금감액권의 인정 근거, 적극적 활용가능성 및 제한방법을 해석론과 입법론을 통해 연구한다.

제2장에서는, 우선 민법 내에 산재한 계약책임 규정들의 구성을 비판적으로 검토하고 이러한 계약책임체계에 대한 종래의 논의를 불완전이행책임과 관련하여 정리한다. 채무불이행책임과 담보책임의 본질적 접근가능성을 살펴보고자 불완전이행과 하자의 개념, 태양, 판단기준을 비교하는 한편, 채무불이행책임의 요건에서 유책사유의 배제가능성을 법제사, 비교법, 법이론을 통해서 고찰하여 지향점을 제시하되, 민법의 체계적 해석 한계 안에서 검토한다. 더불어 채무불이행책임의 내용 및 개별 구제수단의 특성에 따른 기능적 면책요소로서 유책사유의 적용범위를 살펴본다. 이러한 이해를 가지고 2013년 민법개정시안을 검토한다.

제3장에서는, 개별 계약의 담보책임에서 한정된 이익상황의 특정 형태로 규정된 추완청구권 외에 불완전이행책임의 일반적 내용으로 채권자의 추완청구권을 인정하기 위해서, 우선 추완청구권의 법적 성격을 종래의 논의 및 국제적 규율에 비추어 고찰한다. 법문의 흠결에도 불구하고 추완청구권을 일반적으로 인정할 수 있는 다양한 근거들을 개관하면서 법적 성격과 관련해 민법상 근거를 검토하고, 추완청구권의 개별 규정 및 기능에 비춰 무상계약에서 인정가능성과 요건을 살펴본다. 추완이행의 내용에 따라 추완청구권의 유형을 분류해 보고 개별 요건들을 검토한다. 또한 추완청구권의 행사요건 및 채무자의 추완권 인정의 당부에 대해 살펴보고, 다른 구제수단과의 관계에 대해서도 검토한다. 입법론으로서 추완청구권에 대한 현대의 국제적 규율을 비교검토하여 개정안 검토의 기준을 마련하고, 2013년 민법개정시안의 독자적 성

과를 비판적으로 검토한다.

제4장에서는, 우리 민법이 담보책임의 특정 조문에서만 규정한 대금감액권의 인정범위를 확대하기 위해서, 우선 대금감액권의 연혁상 발전과정에 비추어 우리 민법상 규율의 특이점과 그 발생원인을 확인하고, 현대의 국제적 규율 경향 및 대금감액권의 효용에 비추어 불완전이행 책임의 일반적 내용으로서 인정가능성을 검토한다. 대금감액권과 기능적 유사성을 갖는 다른 권리들과의 차별점을 살펴보면서 대금감액권의 고유한 법적 성격을 확인하고 행사효과와 관련해 권리의 속성을 파악함과 아울러 대금감액권의 일반적 인정근거 및 법적 성격에 비추어 민법상 근거를 검토한다. 대금감액권의 발생요건 및 감액대금 산정방법·산정시점에 대해 국제적 규율 및 국내논의에 비추어 검토하고, 이렇게 산정된 대금감액권을 행사하기 위한 요건을 살펴본다. 또한 비금전채무의 급부감축권 인정여부 및 인정요건을 검토하고, 다른 구제수단과의 관계에 대해 살펴본다. 입법론으로서 추완청구권에 대한 현대의 국제적 규율을 비교검토하여 개정안 검토의 기준을 마련하고, 위의 논의를 바탕으로 2013년 민법개정시안의 당부에 대해 비판적으로 검토하면서 입법론을 제시한다.

결론에서는 이상의 논의를 요약하고 주장을 정리한다.

제2장 계약상 不完全履行責任의 현대화를 위한 전제

제1절 개관

민법에서 계약책임 특히 계약상 불완전이행책임의 현대화를 구현하기 위해서, 우선 우리 계약책임체계에 대한 비판적 이해를 가지고 현대화의 국제적 경향과 조화되지 않는 문제점들을 짚어볼 필요가 있다. 계약책임과 관련하여 민법은 먼저 채권총칙에서 채무자의 고의나 과실을 요건으로 하는 채무불이행책임을 일반조항으로 규정하고 있다(제390조). 한편, 계약각칙에서는 대표적으로 매매계약에서 매도인의 담보책임이라는 표제 하에 매도인에게 과실이 없더라도 매수인이 활용할 수 있는 구제수단들을 유형별로 규정하고(제570조 이하) 이를 유상계약에 준용하고 있다(제567조).[3] 또한 유상계약의 한 종류임에도 도급계약에서 수급인의 담보책임(제667조~제672조)과 여행계약에서 여행주최자의 담보책임(제674조의6~제674조의8)을 별도로 규정하여, 매매와 구별되는 도급계약, 여행계약의 특성들을 반영하고 있다. 이렇게 우리 민법은 과실책임인 채무불이행책임과 무과실책임인 담보책임의 이원적 계약책임체계를 취하면서, 양 책임의 중요한 내용으로 손해배상청구권과 해제권을 각각 규정하고 있다. 이로 인해 양 책임 간의 경계설정, 구제수단 상호 간의 관계 등에 대해 종래 복잡한 해석론이 제기되어 왔다. 그런데 오늘날 국제거래규범들은 물론 우리 제정민법에 큰 영향을 미쳤던 독일, 프랑스, 일본의 최근 개정 채권법의 경우 일정한 경향을 공유하고 있음을 알 수 있다. 그것은 계약책임의 귀속을 정당화하는 사

3) 그 밖에도 우리 민법은 유상계약으로서 이자있는 소비대차계약(제602조 제1항)은 물론 무상계약으로서 증여계약(제559조 제1항), 사용대차계약(제612조), 이자없는 소비대차(제602조 제2항)에서 개별적으로 담보책임을 규정하고 있다.

유(귀책사유 또는 유책사유)의 구성에 있어서는 각각 특유한 방식을 취하면서도 하나같이 일원적 · 통일적 계약책임체계를 지향하고 있다는 것이다. 이러한 경향은, 20세기부터 시작된 私法의 통일화 추세에 조응하는 한편, 각국이 채권법 현대화를 위해 오랜 기간의 논의와 성찰을 거치면서 계약책임구조를 단순화해야 할 필요성에 대해 보편적으로 수렴한 것으로 설명될 수 있다.[4)]

마찬가지로 채권법 현대화의 시대적 과제에 직면하고 있는 우리 민법에서 계약책임체계를 일원적 · 통일적으로 구성하고자 할 때 검토를 요하는 문제점들은 다음과 같다. (1) 오늘날 공통되게 채무불이행에 대한 구제수단들을 독립된 하나의 장에서 규율하고 있는 국제거래규범들과 달리[5)] 계약책임에 관한 우리 민법의 규정들은 곳곳에 산재해 있다. 우선 이러한 계약책임의 구성이 어떻게 체계적으로 이해될 수 있는지, 규율의 공백은 없는지, 그리고 계약책임체계에 대한 종래 논의는 어떠한지 정리한다. (2) 채무불이행책임과 담보책임이 중첩됨으로써 해석론이 전개되어 온 규율의 대상은 – 종래 채무불이행의 유형론과 별개로 – 불완전한 이행 내지 하자 있는 이행으로 인한 책임으로 집약될 수 있다. 여기서 객관적 요건으로서 '불완전이행'과 '하자'는 어떻게 다른 것인지, 그 태양과 판단기준에는 어떤 차이점이 있는지 비교검토한다. (3) 실질적인 불완전이행책임으로서 불완전이행으로 인한 일반 채무불이행책임과 담보책임의 중요한 차이점이자 통일적 구성을 곤란하게 하는 원인을 우리는 귀책사유에서 찾을 수 있다. 따라서 일반 채무불이행책임과 그 주관적 요건으로서 유책사유의 분리 · 배제가능성에 대해 법제

4) 안법영(2004), 149면; 潮見佳男(2017a), 263-265頁.

5) CISG 제45조 이하(제3편 제2장 제3절 매도인의 계약위반에 대한 구제), PICC 제7.1.1조 이하(제7장 제1절 불이행 일반), PECL 제8:101조 이하(제8장 불이행과 구제수단 일반), DCFR Ⅲ. - 3:101 이하(제3권 제3장 불이행에 대한 구제)가 이에 해당한다. 주요 외국의 개정법 가운데 프랑스민법전도 제1217조 이하(제3권 제3편 제4장 제5절 계약의 불이행)에서 구제수단 목록에 이어 구제수단들을 별도로 규정하였다.

사적, 비교법적, 법이론적 관점에서 검토를 요한다. (4) 또한 일반 채무불이행책임의 근거인 민법 제390조 법문과 관련해, 채무불이행책임의 내용 및 책임발생의 장애사유가 발생했을 때 면책사유의 범위에 대해 살펴본다. (5) 위와 같이 우리 민법상 계약책임체계의 통일적 운용을 위한 해석의 한계에서 2013년 민법개정시안에 대한 비판적 검토를 통해 입법론을 제시해 보기로 한다. 이상의 논의는 계약책임 중에서도 불완전이행책임의 현대화를 위한 요건론을 이루게 된다.

제2절 민법상 계약책임체계에 대한 비판적 이해

1. 문제의 소재

우리 민법에서 계약책임에 관련된 규정으로는, 채권총칙 가운데 '채권의 효력'의 절(제1장 제2절)에서 제387조 이하, 채권각칙 가운데 계약총칙(제2장 제1절 제2관・제3관)에서 제536조 이하, 그리고 계약각칙의 매매, 도급, 여행계약, 이자있는 소비대차 등 유상계약(제569조 이하, 제667조 이하, 제674조의6 이하, 제602조 제1항)과 증여, 사용대차, 이자없는 소비대차 등 무상계약(제559조, 제612조, 제602조 제2항)에서 담보책임이 있다. 이처럼 우리 민법은 계약관계에 기초한 채무불이행책임에 대해 독립시켜 규율하지 않고 채권과 채무 일반을 중심으로 규정하고 있다.[6] 이러한 계약책임의 구성은 그 전반을 일목요연하게 파악하는 것이 용이하지 않을 뿐만 아니라 법문상 규율의 흠결 내지 중첩이 발생할 수도 있다. 아래에서는 계약책임의 관점에서 우리 민법의 책임체계에 대한 일반론을 비판적으로 살펴보고, 책임구성의 흠결 또는 중첩여부 및 그에 대한 해석론의 전개상황을 검토한다. 이로써 민법상 계약책임체계에 대한 비판적 이해를 가지고, 현대화의 세부실현 항목으로서 계약책임체계의 통일적

6) 주석민법/김상중(2013), 603-604면.

구성을 곤란하게 하는 장애요소를 도출할 수 있을 것이다.

2. 계약책임의 구성

가. 계약책임 및 계약채무불이행책임의 의의와 발생요건

계약관계에 있는 당사자 일방이 채무불이행을 함으로써 부담하는 법적 불이익을 총칭하여 '계약책임'이라고 할 수 있고,[7] 그 책임의 주요한 내용으로는 상대방에게 부여되는 강제이행청구권, 손해배상청구권, 계약해제권 등을 들 수 있다.[8] 따라서 이때 '책임'이란, 채무자가 채권자의 강제집행에 복종하는 좁은 의미의 '책임'을 일컫는 것이 아니라 계약채무불이행의 효과로서 채무자가 부담하는 모든 법적 불이익을 의미한다.[9]

한편 계약책임을 발생시키는 일반요건으로서 '계약채무불이행'이란, 계약을 원인으로 발생한 채무가 그 내용에 맞게 이행되지 아니한 모든 경우를 의미한다. 그런데 우리 민법은 계약채무불이행 일반에 대한 별도의 규정을 두지 않고, 민법 제390조에서 '채무불이행'에 맡기고 있다.[10] 통설은 채무불이행이 문제되는 주된 경우가 계약관계로부터 발생한다는 이유로 계약채무불이행을 채무불이행으로 치환하여 이해하고 있다.[11] 하지만, 본래 계약이 아닌 단독행위 또는 법률의 규정에 기인한 채무의 불이행과 '계약채무불이행' 또는 '계약불이행'은 구별하는 것이 바람직하고,[12] 이렇게 함으로써 뒤에서 살펴보게 될 제390조의 체

---

7) 정종휴(2002), 151면은 계약책임을 좁게는 "계약채무불이행"을 뜻한다고 설명하는데, 이에 따르면 계약채무불이행으로 인한 책임으로 이해될 수 있다.
8) 민법주해/양창수(1997), 212-214면; 김대정(2007), 351-352면.
9) 김대정(2007), 351면.
10) 민법주해/양창수(1997), 214면.
11) 민법주해/양창수(1997), 214면.
12) 이은영(2006), 179면은, "채무의 발생원인은 계약·사무관리·부당이득·불법행위의 네 가지이지만, 계약을 제외한 나머지 세 경우에는 독자적으로 손해배상의무의 발생을 규정하거나 다른 방법에 의한 손해전보를 꾀하므로, 결국 채무불이행책임은 계약채무를 이행하지 않은 경우에 발생한다."고 설명한다.

계적 지위와 관련된 불필요한 오해를 방지할 수 있을 것이다.[13]

이런 면에서 영미법에서 사용되어 온 계약위반(breach of contract)은 계약채무를 불이행한 계약관계의 장애 상태를 포괄적으로 파악한 점에서 계약채무불이행에 매우 근접한다.[14] 그러나 영미법상 계약위반의 효과로서 채무자는 원칙적으로 손해배상에 대한 엄격책임을 폭넓게 부담함에 반하여, 우리 민법상 계약채무불이행의 효과로서 채무자에게 손해배상책임을 귀속시키기 위해서는 제390조가 정하는 법적 평가 기준을 충족할 것이 요구된다. 이것이 계약채무불이행책임으로서 손해배상책임의 또 다른 요건인 '고의나 과실' 또는 '책임 있는 사유'(이하 구별의 필요가 없는 한 '유책사유'라고 함)이다.[15] 이렇게 제390조에 따라 계약채무불이행 이외에 유책사유라는 두 가지 발생요건을 구비한 경우를 그 밖의 계약책임에 관한 민법 규정들과 구별하여 '계약채무불이행책임'이라고 할 수 있다.[16] 다만, 이하의 서술에서는 기존의 용례와 혼재되어 발생하는 혼란을 방지하기 위해 학계에서 일반적으로 사용하는 '채무불이행', '채무불이행책임'을 주로 사용하기로 한다.

나. 계약책임의 규율체계

(1) 민법상 계약책임에 관한 주요 규정들

계약책임의 구체적인 내용들을 규정한 우리 민법의 규율체계를 '계약책임법체계' 또는 '계약책임체계'라고 할 수 있다.[17] 민법에서 이

---

13) 이처럼 채무불이행책임이 주로 계약에서 문제되기 때문에, 계약의 관점에서 우리 민법의 규정체계를 다시 설명해보는 것은 의미있는 작업이 될 수 있다. 뿐만 아니라 이는 채권과 채무를 중심으로 하는 법전구성에 따라 해제권을 계약총칙에서 따로 규정하는 등 우리 민법에서 계약책임체계를 파악하는 것이 용이하지 않기 때문이기도 하다. 나아가 오늘날 국제거래규범들도 계약위반·불이행을 통해 약정채권관계를 중심으로 규율하고 있기 때문에, 이러한 시도는 국제거래규범과 우리 민법의 계약책임체계를 비교하는 데 도움이 될 수 있다.

14) 민법주해/양창수(1997), 214면.

15) 민법주해/양창수(1997), 212면.

16) 이은영(2006), 179면. 이와 달리 객관적 사실로서의 채무불이행을 '광의의 채무불이행', 주관적 유책사유까지 포함한 채무불이행을 '협의의 채무불이행'으로 분류하기도 한다. 민법주해/양창수(1997), 212-213면.

17) 계약책임의 구체적인 내용을 당사자의 약정에 보충해서 채권법이 정하게 되므로, 그 해석에 의

러한 계약책임체계를 구성하는 주요한 계약책임 규정들로는, 채권총칙에서, (1) 지체책임(제387조~388조), (2) 강제이행청구권(제389조), (3) 손해배상청구권(제390조~제399조)이 있다. 또한 채권각칙의 계약총칙에서, (4) 계약에 특유한 구제수단으로 해제권・해지권(제543조~제553조)을 규정하고 있다. 그리고, 개별 계약의 절 가운데 (5) 매매・도급・여행계약・이자있는 소비대차 등 유상계약에서 하자 있는 이행에 대한 담보책임을 규정하고 있다(제569조~제584조, 제667조~제672조, 제674조의6~제674조의8, 제602조 제1항).[18] 특히 매매계약의 담보책임은 계약의 성질이 허용하는 한 유상계약에 준용되도록 함으로써, 기타 유상계약의 담보책임을 규율하고 있다(제567조). (6) 증여・사용대차・이자없는 소비대차 등 무상계약에서 채무자가 하자를 알고도 고지하지 않은 경우 하자 있는 이행에 대한 담보책임을 규정하고 있다(제559조, 제612조, 제602조 제2항). 그러나 유상계약과 달리 증여자의 담보책임을 사용대차계약에서 준용하는 외에 그 밖의 무상계약에 준용하는 규정을 두고 있지는 않다.

(2) 기타 계약책임 포함여부가 문제되는 경우

그 밖에 채권각칙의 계약총칙에서 쌍무계약의 효력들로 동시이행의 항변권(제536조), 위험부담(제537조와 제538조)을 규정하고 있는데, 이들도 계약책임의 중요한 내용으로 이해하는 견해들이 있다. 즉 동시이행의 항변권(제536조)은 쌍무계약에서 상대방의 급부이행을 청구한 일방이 이행지체에 빠진 경우 상대방이 급부이행을 거절할 수 있는 효과를 정한 것으로서 쌍무계약상 채무불이행책임의 내용으로 본다.[19] 또한 위

한 책임내용 또는 구제수단 간의 관계를 '계약책임체계' 또는 '계약책임법체계'라고 할 수 있다. 마찬가지로 통설은 채무불이행의 주된 경우가 계약관계로 인하여 발생한다는 이유로 '계약책임체계'와 구별하지 않고 '채무불이행책임체계' 또는 '채무불이행법체계'라고 한다.

18) 이러한 담보책임이 계약불이행의 효과로서 그 본질을 계약불이행책임으로 볼 것인지에 대하여는 종래 견해의 다툼이 있어 왔으나, 현재 대다수의 견해는 계약불이행책임으로 보는데 귀일하고 있다.

19) 서봉석(2006), 210면.

험부담(제537조, 제538조)을 계약불이행책임의 내용으로서 책임없는 이행불능의 효과로 보거나[20] 유책사유를 요건으로 하지 않는 '광의의 채무불이행'의 효과로 보거나[21] 채권자의 수령의무를 인정하는 입장에서 제538조의 위험부담을 '협의의 채무불이행'의 효과로 분류하기도 한다.[22]

생각건대, 위험부담에 관한 제537조를 보면 객관적인 채무불이행이지만 채무자의 의사와 상관없이 발생한 결과이기 때문에 채무자에게만 귀속시킬 수 있는 불이익은 아니다. 따라서 일반 채무불이행책임이라고 할 수는 없고, 이는 채무자의 채무소멸(면책)의 원인으로서 (채무자의 면책에 따라) 견련관계 있는 반대채무도 소멸하는 채무자의 불이익을 수반하므로 계약책임에 포섭될 뿐이다. 반면, 제538조의 위험부담에서는 적어도 채권자의 신의칙상 협력의무가 인정되고 채권자의 책임있는 사유 또는 수령지체로 인해 채권자가 채무자의 반대급부 청구에 대한 이행의무를 부담하는 채권자의 불이익이 발생하므로 넓은 의미에서 일반 채무불이행책임에 포섭시킬 수 있다. 동시이행의 항변권은 자신의 채무를 이행 내지 이행제공하지 않음으로써 이행지체에 빠진 채무자가 채권자로부터 이행의 거절이라는 불이익을 받는 것이지만, 채무자의 유책사유와 관계없이 인정되는 효과이기 때문에 쌍무계약에 특유한 계약책임의 내용이 된다고 보는 것이 타당하다. 그러나 비교법적으로 오늘날 국제거래규범들은 예외없이 (우리 민법 제536조에 비견되는) 이행의 정지(suspend the performance) 또는 이행의 보류(withhold performance)를 채권자의 구제수단 목록에 포함하고 있으며(CISG 제71조, PICC 제7.1.3조, PECL 제9:201조, DCFR Ⅲ-제3:401조), 프랑스 개정 채권법 또한 계약불이행의 절(Section 5 L'inexécution du contrat)에서 동시이행의 항변권(L'exception d'inexécution; 제1219조)을 채무자의 계약불이행에 따른 일반적인 구제수단의 하나로 규정하였다.[23] 반면, 국제

20) 서봉석(2006), 210-211면.
21) 안춘수(1999), 478면, 각주2).
22) 김규완(2008), 11-12면.

거래규범들은 장애(impediment)를 채무자의 면책사유로 규정할 뿐 이를 계약불이행의 효과로 규정하고 있지 않다(CISG 제79조, PICC 제7.1.7조, PECL 제8:108조, DCFR Ⅲ-제3:104조). 프랑스 개정채권법도 마찬가지로 면책되지 않는 이행불능을 계약불이행으로 규정하면서(제1217조, 제1218조), 면책되는 이행불능은 일반적인 채무소멸의 원인으로 규정하였다(제1351조, 제1351-1조).[24]

(3) 공통요건에 따른 계약책임의 분류와 규율의 중첩

이렇게 우리 민법 전반에 산재해 있는 계약책임에 관한 주요 규정들은 공통된 발생요건에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다. (1) 먼저 민법 제390조를 일반규정으로 포괄적·객관적 개념의 채무불이행과 그러한 계약관계의 장애 상태 발생에 대해 책임있는 사유(유책사유)를 구비한 경우에 채무자에게 부과되는 불이익을 정한 규정群을 '채무불이행책임'이라고 할 수 있다.[25] (2) 이와 달리 채무자의 하자있는 이행에 대하여 유상계약의 경우 유책사유가 없더라도 그리고 무상계약의 경우 유책사유를 요건으로, 법률이 채무자에게 부과하는 일정한 불이익을 정하고 있는 규정群을 '담보책임'이라고 한다. (3) 이와 더불어 채무불이행을 원인으로 개별 규정이 정하는 일정한 제한 하에서 채무자에게 부과되는 모든 형태의 불이익을 '계약책임'이라고 할 수 있다.

여기서 특히 채무자에 의한 불완전이행 또는 하자 있는 이행이 있는 경우 대륙법의 전통에 따라 별도로 규정된 채무불이행책임과 담보책임의 중첩이 문제되어 왔다. 이는 채무불이행책임의 근거 규정인 제390조 문언의 다양한 해석가능성과 아울러 담보책임의 법적성질과 관련해 채무불이행책임에 대한 관계의 모호성에 기인한다고 할 수 있다.[26] 아래

---

23) 프랑스는 종래 매매(제1612조, 제1651조, 제1653조), 교환(제1704조), 유상임치(제1948조)에서 개별적으로 규정한 동시이행의 항변권을 판례를 통해 그 밖의 계약불이행에서도 인정해오다가, 최근 개정을 통해 계약불이행의 일반적인 구제수단의 하나로 규정하였다. 남효순(2017), 1323-1324면.

24) Chantepie/Laina(2016), n° 1047, p. 938.

25) 민법주해/양창수(1997), 213-214면.

에서는 우선 종래 제390조에 대한 포괄적인 일반론을 검토한다.

다. 제390조의 내용과 체계적 지위

(1) 제390조의 구성

우리 민법 제390조는 크게 본문 전단, 본문 후단, 단서의 세 부분으로 나누어 그 규정 내용을 분석할 수 있다. ① 먼저 본문 전단은, "채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는" 이라고 해서 채무불이행책임의 발생요건을 규정하고 있다. ② 이어서 본문 후단은, "채권자는 손해배상을 청구할 수 있다." 라고 해서 채무불이행의 효과를 규정한다. ③ 그리고 단서에서, "그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다." 라고 함으로써 채무불이행책임의 발생요건 또는 면책요건을 규정하고 있다.

(2) 제390조의 일반규정성에 대한 해석론

본조의 해석과 관련해서는 종래 몇 가지 견해들이 제시되어 왔는데, 이는 본조의 문언이 여러 갈래로 해석이 가능하다는 것 이외에도 오늘날 국제거래규범 및 외국의 개정 채권법과 조화시키고자 하는 시도 때문으로 볼 수 있다.[27] 이러한 논의들은 본조가 채무불이행책임의 일반규정인지에 대한 의문으로부터 시작되는데, 그것은 다시 책임발생의 요건으로서 '채무불이행' 및 그 효과로서 '채무불이행책임' 의 일반규정성에 대한 문제의식으로 나누어진다.

(가) 채무불이행의 일반규정인지 여부

먼저 본조가 채무불이행책임의 발생요건으로서 채무불이행을 포괄적

---

26) 개정 독일채권법은 구법상 동일한 문제에 대해 제433조 제1항에서 매도인의 하자 없는 급부의무를 신설 규정함으로써, 담보책임의 법적성질을 채무불이행책임으로 명시함과 아울러 일반 급부장애를 포괄적으로 규정한 제280조 제1항의 '의무위반'에 포섭되도록 하였다. 이로써 개정 독일채권법은 계약책임의 일원적 규율의 토대를 마련하였다고 평가되고 있다. 정종휴(2002), 173면.

27) 안춘수(2001), 477면, 각주1).

으로 규정한 것인가에 대해 견해의 대립이 있었다. 한때 통설은 본조 본문이 “이행을 하지 아니한 때”라고 함에 비추어 이행지체를, 본조 단서가 “이행할 수 없게 된 때”라고 함에 비추어 이행불능을 규정한 것이라고 보았다.[28] 이로써 채무불이행 유형에 관한 본조의 일반규정성은 부인되는데, 뒤에서 상술하게 될 본조 단서의 유책사유에 대해서도 자연스럽게 이행불능에 국한된 요건이 아닌가 하는 의문을 제기하게 된다. 이러한 견해는 우리 민법제정 당시 이행지체, 이행불능을 중심으로 하는 독일민법 특유의 폐쇄적 유형론이 일본민법학계의 지배적인 견해로 받아들여지고 있었고,[29] 본조가 개정 전 일본민법 제415조와 만주국 민법 제377조와 같은 취지라는 민법안심의록에 근거하였다.[30]

이에 대하여 본조는 특정 불이행 유형에 따라 개별적인 성립요건을 규정한 것이 아니라 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”라고 하여 모든 유형의 채무불이행을 포괄할 수 있도록 추상적으로 규정한 것이라는 견해가 대두되었다.[31] 이러한 견해의 근거로는, 우리 민법 제390조가 본문/단서의 규정형식을 취한 반면 개정 전 일본민법 제415조가 1문/2문으로 구성됨으로써 피상적으로 같이 취급될 수 없는 중요한 해석상의 차이를 만든다고 한다. 오히려 이러한 입법태도는 무엇이 채무불이행인가에 대한 구체적인 유형을 따로 정하지 않고 “채무의 내용에 좇은 이행”이 이루어지지 않은 최소한의 요건만을 규정하여 프랑스, 이태리, 스위스와 같은 일반조항주의를 따른 것이라고 해석한다.

생각건대, 우리 민법 제390조는 폐쇄적 열거주의를 취한 개정 전 독일민법은 물론 개정 전 일본민법과도 규정 내용과 형식에서 같이 취급될 수 없는 차이를 갖는다. 그런데도 입법자의 의사를 직접적으로 확인할 입법이유서가 부재하는 우리 민법의 상황에서, 간접자료에 언급된 개정 전 일본민법 등과 같은 취지라는 피상적인 파악에 기대어 이러한

28) 곽윤직(1999), 127-130면; 김형배(1994), 153면.
29) 潮見佳男(2013), 135-138면.
30) 민법안심의록 상권, 민의원·법제사법위원회·민법안심의소위원회, 1957, 233면.
31) 민법주해/양창수(1997), 221-224면; 이은영(2006), 200-202면.

차이를 간과할 일은 아니다. 따라서 본조는 어떠한 유형의 채무불이행도 포괄할 수 있도록 추상적인 일반조항으로 규정되었다고 해석하는 것이 본조의 고유한 규정 내용과 형식에 부합하며, 국제거래규범과 최근 독일을 위시한 외국 개정 채권법의 지향과도 일치를 이루게 된다.

(나) 채무불이행책임의 일반규정인지 여부

다음으로 제390조가 채무불이행책임을 발생시키는 일반요건을 규정한 것인가에 대해 견해의 대립이 있다. 1) 다수설은 특히 책임발생 요건에 관한 본조의 ①과 ③을 연계하여 해석한다. 즉 채무불이행책임이 발생하기 위해서는 본조 본문 전단의 채무불이행(①)과 단서의 유책사유(③)가 공통적으로 필요하고, 이로써 채무불이행책임이 발생한다는 것이다.[32] 따라서 채무불이행책임의 대표적 내용인 손해배상청구권과 해제권은 '유책사유 있는 채무불이행'을 요건으로 발생한다는 결론에 이른다. 2) 이에 대해 일부 견해는,[33] 본조 본문 전단은 모든 유형의 채무불이행을 포괄하는 개방적 형식을 취하고 있지만(①), 채무불이행의 효과를 정하고 있는 본문 후단은 손해배상에 한정하여 규정(②)하고 있음에 주목한다. 이에 따라 특히 ①과 ②를 연계하여 해석하면, 본조는 손해배상책임에 대한 규정으로 볼 수밖에 없고, '유책사유 있는 채무불이행'의 효과로서 채무불이행책임은 곧 손해배상책임을 의미한다고 보게 된다. 따라서 본조는 채무불이행 일반에 대한 효과로서 손해배상책임의 요건을 규정한 것일 뿐이기 때문에, 여타의 구제수단들은 개별규정에 따라 유책사유 등 발생요건을 판단해야 한다고 한다.

생각건대, 다수설은 채무불이행책임 발생의 일반요건과 손해배상책임 발생의 요건을 혼동한 것으로 볼 수 있다. 즉 원칙적으로 손해배상청구권 계약해제권[34]에 국한된 유책사유를 채무불이행책임의 공통요건으로

32) 민법주해/양창수(1997), 184-185면, 213면; 곽윤직(1994), 135면; 김형배(1998), 152면; 김상용(2004), 100면 이하.

33) 이은영(2006), 203면; 김형배(2009), 2-3면; 명순구(2006), 312면; 주석민법/김상중(2013), 607면 이하.

혼동하게 할 우려가 있다. 따라서 제390조에서 추출되는 채무불이행책임에 공통된 요건은 본문 전단의 채무불이행(①)만이라고 보는 것이 타당하다. 이로써 단서의 유책사유를 요하는 손해배상책임 이외에 유책사유와 상관없이 법률과 해석에 의하여 인정되는 구제수단들(강제이행청구권, 계약해제권 및 대상청구권, 추완청구권 등)을 채무불이행책임의 내용으로 통일적으로 파악할 수 있는 기초가 되며, 이는 국제적 규율의 현대적 경향과도 부합하게 된다.[35] 최근 국제거래규범 및 외국의 개정 채권법들 역시 채무불이행책임 발생의 일반요건으로 '계약위반'(breach of contract), '불이행'(non-performance), '계약불이행'(L'inexécution du contrat) 또는 '의무위반'(Pflichtverletzung)처럼 포괄적 요건만을 규정함으로써, 채무불이행에 관한 다양한 규율들을 모순없이 계약책임체계 안에 포섭하고 있다.

반면, 일부 견해는 채무불이행책임을 손해배상의무만으로 지나치게 좁게 파악함으로써, 채무불이행책임의 내용에 대한 체계적인 해석을 방해할 수 있다. 손해배상의무에 의해 단선적으로 구성된 불법행위책임과 달리 채무불이행의 효과로서 채권자에게 부여되는 구제수단들은 손해배상의무 외에도 다양하며, 이는 계약책임으로서 매도인의 담보책임이 대금감액권, 계약해제권, 손해배상청구권, 완전물급부청구권을 내용으로 하는 것과 궤를 같이 하기 때문이다.

요컨대, 제390조는 채무불이행책임의 요건에 대한 일반규정으로서 유책사유와 상관없는 '채무불이행'만을 규정하고 있으며, 채무불이행책임의 내용으로서는 유책사유를 요하는 손해배상의무만을 규정하고 있다고 보는 것이 타당하다. 그 밖의 구제수단들은 개별규정 및 해석하에서 채무불이행책임의 내용을 이룬다고 파악할 수 있다.[36]

---

34) 계약해제권이 유책사유를 요건으로 하는지에 대하여는 견해의 다툼이 있다. 이에 대해서는 제2장 제5절 3. 나. 참조.

35) 주석민법/김상중, 600-601면은 제390조에서 채무불이행의 요건을 고의·과실과 관계없이 객관적 채무불이행 상태만으로 파악함으로써 손해배상을 넘어 채무불이행에 따른 제반 법률효과(강제이행, 해제권, 대상청구권, 추완청구권 등)를 한데 설명하고 체계지울 수 있는 해석의 가능성을 제시하고 있다.

(다) 제390조의 체계적 지위에 대한 비판적 검토

이처럼 제390조를 채무불이행책임의 발생요건에 대한 일반규정이라고 볼 때 그 체계적 지위와 관련해 비판적으로 검토할 사항들이 있다. 1) 우선 채무불이행책임을 불법행위책임에 대립하는 것으로 설명하는 견해가 있다.[37] 그런데 채무불이행책임은 전제된 채권관계의 '발생원인'을 계약에 국한하지 않으며 법률의 규정에 의한 경우를 포함한다. 다시 말해 제390조가 규정하는 채무불이행책임은 계약채무불이행과 법정채무불이행을 원인으로 발생할 수 있다. 그런데 제750조를 근거로 불법행위의 가해자와 피해자 사이에는 법정채권관계가 발생하고, 그 내용으로서 가해자는 금전손해배상채무를 부담하며(제394조) 불법행위시부터 이행지체에 따른 법정채무불이행책임을 부담한다(제390조).[38] 따라서 불법행위책임은 채무불이행책임의 하나인 법정채무불이행책임으로서 계약채무불이행책임에 대립한 개념이라고 볼 수 있다.[39] 2) 다른 한편 채무불이행책임을 법정책임에 대립하는 것으로 설명하는 견해가 있다.[40] 그러나 채무불이행책임은 채무불이행에 따른 '책임의 내용'을

---

36) 종래 객관적 사실로서의 채무불이행을 '광의의 채무불이행', 주관적 유책사유까지 포함한 채무불이행을 '협의의 채무불이행'으로 분류하는 견해에 따르면, 손해배상청구권 또는 계약해제권은 협의의 채무불이행책임으로 보면서, 그 밖의 구제수단들은 광의의 채무불이행책임으로 파악할 수도 있다(민법주해/양창수(1997), 212-213면). 다만, 이렇게 채무불이행책임을 이원적으로 이해하는 것은 통합적인 이해를 방해할 수 있는데, 일반적으로 협의의 채무불이행책임을 기준으로 채무불이행의 효과를 주로 파악함으로써 다수설과 같이 손해배상청구권, 계약해제권 이외의 구제수단에도 과실책임이 관철되는 것으로 혼동하게 할 우려가 있다(예컨대, 강제이행청구권이 유책사유를 요한다는 견해에 곽윤직(1999), 183면, 김석우(1977), 40면, 김용한(1983), 179면, 김주수(1996), 148면, 김증한(1988), 79면, 현승종(1982), 146면, 김상용(2006), 123면과 추완청구권이 유책사유를 요한다는 것을 전제로 추완청구권에 대한 2013년 민법개정시안을 비판하는 견해에 이진기(2014), 208면). 또 다른 견해는 국제적 경향에 비추어 과실책임(면책사유의 부존재)으로서 손해배상책임 및 과책을 전제로 하지 않는 담보보증책임(Garantiehaftung, 이행청구권, 추완이행청구권, 감액청구권, 계약해제권)을 내용으로 하는 이원적 모델의 급부장애책임을 해석상 제안하면서, 우리 민법 제390조를 담보보증책임으로 해석할 여지도 있다고 파악한다. 김형배(2009), 4면 이하.

37) 김대정(2007), 351면; 주석민법/김상중(2013), 616-617면.

38) 대법원 1994. 2. 25. 93다38444.

39) 김규완(2008), 6면.

40) 김대정(2007), 351면; 주석민법/김상중(2013), 616-617면.

기준으로 약정책임과 법정책임으로 구별할 수 있는데, 제390조의 채무불이행책임은 손해배상청구권을 그 내용으로 하는 법정책임을 규정한 것이다. 따라서 법정책임은 약정책임에 대립하거나 약정책임을 보충하는 개념으로서 채무불이행책임은 양자를 포괄하며, 이때 제390조는 법정책임으로서 손해배상청구권을 정하고 있다고 해야 한다. 또한 3) 계약책임의 관점에서, 우리 민법은 계약책임 또는 계약채무불이행에 대한 일반규정을 두고 있지 않으므로 그 근거규정은 제390조에서 찾게 된다. 다만 쌍무계약에 대해서는 제536조 이하가 특별규정으로서 우선 적용되고, 제390조 이하는 편무계약, 쌍무계약을 불문하고 발생한 채무불이행을 규율한다.

3. 계약책임체계의 흠결 여부 및 채무불이행책임과 담보책임의 관계

가. 문제의 소재

앞서 언급한 바와 같이 제390조의 일반규정성에 대한 또 다른 의문은 채무불이행책임의 발생요건으로서 '채무불이행'이 모든 유형을 포괄할 정도로 과연 완결적인가에 대한 것으로, 담보책임과 관련해 종래 견해의 대립이 있어왔다.[41] 이는 마찬가지로 제390조 법문의 모호성에 기인하는데, 특히 채무자에 의한 불완전이행 또는 하자 있는 이행을 포괄하는 것으로 볼지에 대하여 다른 해석론을 전개하고 있다. 이에 대해 흠결이 있다고 보는 견해에 따르면 담보책임은 일반규정의 흠결을 보충하기 위한 입법자의 결단이라고 볼 수 있기 때문에, 이원적 계약책임체계에도 불구하고 원칙적으로 규율의 경계가 명백하다고 볼 수 있게 된다. 반면 흠결이 없다고 보는 견해에 따르면, 담보책임 규정들과의 중첩이 문제되고 따라서 제390조가 규율하는 채무불이행책임과의 관계에서 그 처리가 문제될 수 있다.

41) 이는 민법 제정 후 시간의 경과에 따른 학설의 변천과정으로 설명되기도 한다. 안춘수(2001), 480면 이하; 명순구(2006), 308-310면.

나. 계약책임 구성의 흠결 여부

(1) 흠결설[42]

우리 민법은 개정 전 독일민법과 마찬가지로 채무불이행의 유형으로서 이행지체와 이행불능만을 예정하고 있으며, 이는 제390조 문언을 통해 확인할 수 있다고 한다. 즉 '채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때'라고 규정한 본조 본문은 이행지체를, '고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때'라고 규정한 본조 단서는 이행불능을 규정한 것이라고 한다. 이에 따르면 제3의 유형으로서 불완전이행은 우리 민법이 예정하지 않은 것으로, 불완전이행이 있거나 하자 있는 이행이 있는 경우는 담보책임에 의해 규율하려는 것으로 이해한다. 이 견해에 따르면, 우리 입법자의 의사를 직접적으로 확인할 자료가 없는 상황에서 독일민법학을 계수한 일본민법학의 영향을 받아 제정된 본조는 개정 전 일본민법 제415조와 실질적으로 같은 내용으로 이러한 해석이 타당하다고 한다.

(2) 무흠결설

제390조가 모든 유형의 채무불이행을 포함하는 일반규정이라고 해석하는 견해들에 따르면 우리 민법은 계약책임에 대해 완결적이라고 이해하면서도, 세부적인 이론구성에서 차이를 보인다. (가) 일부 견해는,[43] 제390조 본문이 이행지체만을 규정한 것으로 해석하는 것은 타당하지 않으며, 채무의 내용에 좇은 이행이 되지 못하는 모든 경우를 포괄하는 의미로서 채무불이행의 일반규정으로 이해한다. 이에 따르면 불완전이행을 포함한 제3유형의 채무불이행도 본조 본문에 의해 우리 민법이 당연히 인정하는 것이다. 이 견해는 본조가 개정 전 일본민법 제415조를 직접적으로 참조하여 제정되었는데, 개정 전 일본민법 제415조는 독일

42) 이태제(1972), 37-39면; 장경학(1987), 58-60면; 곽윤직(1994), 127면 이하; 김형배(1998), 220면; 김대정(2007), 361-363면.
43) 고상용((1990), 28-29면.

민법이 아니라 프랑스민법의 '채무불이행'(l'inexécution de l'obligation) 개념을 따른 것으로, 이행지체, 이행불능은 채무불이행의 예시에 불과하다고 한다. 다만, 본조 단서는 흠결설의 입장과 마찬가지로 이행불능에 대해 규정한 것으로 이해한다. (나) 또 다른 견해는,[44] 우리 민법의 형성에 독일민법학이 직간접적으로 영향을 주었다 하더라도 제390조에 대한 우리 입법자의 의사를 확인할 자료가 충분하지 못한 반면, 독일의 이론은 개정 전 독일민법상 채무불이행책임체계의 흠결을 보완하기 위해 발전해 온 것이어서 구태여 따를 이유가 없다고 한다. 우리 민법 제390조는 법문상 채무불이행책임의 포괄적 일반규정으로 해석되기에 충분하며, 굳이 본문과 전단을 나누어 본문에 대하여만 일반규정이라고 볼 것이 아니라 본조는 전체로서 채무불이행책임의 일반원칙을 규정한 것으로 보는 것이 합리적이라는 것이다. (다) 한편 일부 견해는,[45] 채무불이행을 제390조 본문에서 규정하는 '채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 상태'라고 하면서, 불이행 여부의 판단은 종래 통설과 같이 '위반된 의무'가 아니라 '이행행위의 결과'를 기준으로 해야 한다고 한다. 이 견해는 본조가 손해배상의무로서 채무불이행책임에 대한 일반적인 요건과 효과를 규정한 것으로 해석한다. 즉, 채무불이행의 효과 가운데 손해배상책임은 모든 유형의 채무불이행에 있어서 본조가 정하는 공통 요건을 구비했을 때 발생하는 것으로, 본조 단서 역시 본문과 마찬가지로 모든 채무불이행 유형에 적용된다고 본다. 이에 따르면 채무불이행의 유형화는 채무불이행 여부를 판단하기 위해 다양한 사안을 구체화하는 과정에서 필요한 것이며, 이행지체와 이행불능에 관한 민법 규정도 모든 유형에서 공유될 수 있는 일반적인 효과를 정한 것으로 이해한다.

(3) 검토

44) 안춘수(2002), 489면.
45) 이은영(1990), 11면 이하.

채무불이행책임법 가운데 핵심 조문이라고 할 제390조에 대해서도 입법자의 의사를 확인할 입법이유서와 같은 직접적인 자료가 남아있지 않은 상황에서, 독일민법학이 본조의 제정에 직간접적으로 영향을 주었으리라는 점은 부인하기 어렵다. 하지만, 급부불능과 지체를 중심으로 규정되었던 개정 전 독일민법전의 특수한 흠결을 보완하기 위해 학설과 판례가 발전시켜 온 독일민법의 이론으로, 독일민법의 규정형식과는 다른 본조를 구태여 제한적으로 해석하는 것은 수긍하기 어렵다. 또한 본조가 본문과 단서라는 원칙과 예외의 구조를 취한 것은 본조의 제정기초가 된 개정 전 일본민법 제415조가 1문과 2문의 병렬적 구조를 취한 것과 해석상 같이 취급될 수 없다. 오히려 본조는 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”라고 함으로써, 구 프랑스민법전(제1147조) 및 이태리민법전(제1218조), 스위스채무법(제97조)과 같이 모든 형태의 채무불이행을 포괄적으로 규정한 것으로 이해하는 것이 타당하다. 포괄적 개념을 통해 일원적 계약책임체계를 구축하고 있는 현대 국제거래규범은 물론 이에 영향을 받은 개정 독일채권법이 ‘의무위반’을 통해 종전의 폐쇄적 유형론을 과감히 폐기하고 포괄적 일반주의를 채택한 점에 비추어, 이러한 본조의 규정형식은 우리의 포괄적 규범의식에도 부합하는 고유의 입법자산으로서 오늘날 재평가받을 만한 것이라고 하겠다.[46] 다만, 앞서 살펴본 것처럼 본조 본문 전단이 채무불이행책임의 일반적 발생요건으로서 채무불이행을 규정한 것이며, 본문 후단과 단서는 그 채무불이행의 효과 가운데 손해배상청구권을 규정하였다고 이해하는 것이 ‘채무불이행과 손해배상’이라는 법명과 본문/단서의 규정형식에 비추어 적절한 해석이라고 할 수 있다. 이에 따르면, 채무자의 유책한 불완전이행 또는 하자 있는 이행이 있는 경우 채무불이행책임과 담보책임이 동시에 발생할 수 있고, 따라서 양 책임의 관계에 대한 정립이 필요하게 된다.

46) 양창수(2001), 105면; 주석민법/김상중(2013), 610-611면

다. 담보책임의 법적성질에 따른 채무불이행책임과의 관계

(1) 문제의 소재

담보책임은 매매 기타 유상계약으로부터 발생한 채권관계에서 그 내용인 권리 또는 물건에 하자가 있는 경우 반대급부와 대가관계의 균형을 회복시키기 위해 채무자가 부담하는 의무를 총칭한다.[47] 계약관계에 기초하여 발생하는 점에서 계약책임과 밀접한 관계에 있다는 데 이견이 없지만, 하자 있는 이행은 동시에 채무불이행에 해당할 수 있어 담보책임과 채무불이행책임의 중첩을 어떻게 처리할지 문제되어 왔다. 이는 결국 담보책임이 채무불이행책임과 다른 것인가 하는 담보책임의 법적 성질 문제로 귀착되고, 그에 대한 규명을 통해서 설정되는 채무불이행책임과의 관계에 따라 처리를 달리하게 된다.

(2) 법정책임설

특정물 도그마에 의해 특정물매매에서 매도인은 하자 없는 급부의무를 부담하지 않는다는 것을 전제로 하자 있는 상태의 급부 자체로써 채무를 완전히 이행한 것이 되는데, 담보책임은 매매 등 유상계약에서 하자 있는 급부로 깨어진 교환적 형평을 기하기 위하여 특별히 인정된 무과실의 법정책임이라고 한다. 논거의 핵심인 특정물 도그마와 원시적 불능론에 따르면, 특정물매매에서 특정된 물건이 있는 그대로의 성상으로 매매의 대상이 되어 매도인은 하자 있는 물건을 인도할 수밖에 없으므로, 매매의 목적은 하자 있는 특정물이 된다고 설명한다. 또한 특정물매매에서 하자 없는 물건을 급부하는 것은 불가능하므로 원시적 일부불능이 존재하고, 채무자는 이행이 가능한 범위에서 채무를 부담한다는 채권법의 일반원칙에 의해 원시적 불능인 일부에 대해서는 채무가 성립하지 않게 된다. 따라서 매도인은 하자 있는 물건이나 권리를 그대로 급부하더라도 채무를 완전히 이행한 것이 되지만, 담보책임은 원시적 불

47) 민법주해/남효순(1997), 186면; 주석민법/김대정(2016a), 406면.

능에 대해 법이 매도인에게 부담시킨 책임이라고 한다.[48] 한편 무과실 책임이기 때문에 담보책임의 내용으로서 손해배상의 범위는 신뢰이익에 한정된다고 설명한다.[49] 이에 따르면 하자 있는 특정물의 급부라도 채무불이행을 구성하지 않기 때문에, 담보책임과 채무불이행책임의 중첩문제는 애초에 발생하지 않는다고 보게 된다. 뿐만 아니라 하자의 존재시기에 대해서도 담보책임은 계약성립시에 존재하는 원시적 일부불능을 대상으로 하기 때문에, 계약체결 이후의 이행장애를 대상으로 하는 채무불이행책임과 구별된다고 한다.

(3) 채무불이행책임설

특정물·종류물과 상관없이 매도인은 하자 없는 권리 또는 물건을 급부해야 할 의무를 부담하며, 특정물매매를 포함하여 매도인의 담보책임은 이러한 하자 없는 급부의무를 위반한 것으로서 그 법적성질은 채무불이행책임이라고 한다. 따라서 양 책임의 중첩이 문제될 수 있지만, 그 처리에 대해서는 다양한 견해가 주장되고 있다. 일부견해는 담보책임의 법적성질이 채무불이행책임이지만, 매도인의 과실을 요하지 않기 때문에 채무불이행책임의 특칙으로서 담보책임이 우선적으로 적용된다고 한다. 다만, 매도인에게 유책사유가 있는 경우에는 채무불이행책임도 발생하기 때문에 예외적으로 양 책임의 경합을 인정한다.[50] 또 다른 견해는 매도인의 하자담보책임을 채무불이행책임에 대한 예외규정이라고 보아 경합을 부정한다.[51] 이와 달리 제580조의 손해배상은 담보책임에

48) 김석우(1978), 182면; 김현태(1975), 134-135면; 김증한(1988), 146면; 이태재(1985), 183면. 특정물 도그마를 핵심으로 하는 법정책임설은 우리 민법제정 당시 종류물매매에 대한 하자담보책임을 규정하지 않았던 일본민법에서 통설적 인정을 받고 있던 법정책임설의 영향을 받은 것이다. 그런데 우리 민법은 종류물매매에 대한 하자담보책임을 명시하였음에도 추탈담보책임에도 특정물 도그마가 적용될 수 있다거나 특정물 도그마가 아니더라도 채무불이행책임에서 찾기 어려운 여러 가지 특징들을 갖추고 있다는 이유로 1980년대 이전까지는 통설적 지위를 인정받았다.

49) 김증한·김학동(2006), 146면; 곽윤직(2005), 166면.

50) 민법주해/남효순(1997), 236면; 민법주해/양창수(1997), 231면; 김형배·김규완·김명숙(2015), 1349면.

51) 조규창(1998b), 211-212면.

고유한 ‘대금감액’으로 보아야 하기 때문에, 이행이익 또는 확대손해를 손해배상의 내용으로 하는 채무불이행책임과 경합하지 않는다고 보는 견해가 있다.[52] 한편 손해배상의 범위에 대해서도 견해가 일치하지는 않는다. 담보책임은 무과실책임이기 때문에 일반적인 채무불이행과 동일한 책임내용을 인정할 수 없다는 이유로 신뢰이익의 배상에 한정하는 견해가 있다.[53] 또 담보책임이 채무불이행책임의 본질을 갖는 것으로 파악되는 이상 채무불이행책임의 일반원칙에 의해 이행이익의 배상이어야 한다고 하는 견해가 있다.[54] 또 다른 견해는 담보책임의 요건이나 효과가 민법상 나뉘어 있지 않으므로 매도인에게 유책사유가 없으면 신뢰이익의 배상만을 인정하지만 매도인에게 유책사유가 있으면 이행이익의 배상까지 인정되어야 한다는 견해가 있다.[55]

(4) 판례

담보책임의 법적성질에 대하여 직접적으로 판단하고 있는 판례는 찾아보기 어렵다. 담보책임과 채무불이행책임의 경합여부도 문제된 사안에서 당사자의 주장에 따라 판단하고 있을 뿐이다. 판례는 타인권리매매[56]와 종류물매매[57]에 관한 판결에서 담보책임의 법적성질을 채무불이행책임으로 파악하여 손해는 이행이익의 배상에까지 미친다고 하였으며, 특히 타인권리매매에서 담보책임과 채무불이행책임이 경합할 수 있다는 점을 인정하였다.[58] 특정물매매의 경우에도 하자담보책임의 법적성질에 대해 직접적으로 해명한 판례는 아직 찾을 수 없지만, 하자담보

52) 주석민법/김대정(2016b), 180-183면.
53) 양창수(1992), 240면.
54) 김주수(1992), 183면은 채무자의 유책사유를 필요로 한다고 한다; 이은영(2005), 228면은 채무자의 유책사유를 요구하지 않는다.
55) 조규창(1998b), 258-262면.
56) 대법원 1967. 5. 18. 선고 66다2618 전원합의체 판결; 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다141 판결; 대법원 1978. 7. 11. 선고 78다733 판결; 대법원 1979. 4. 24. 선고 77다2290 판결; 대법원 1980. 3. 11. 선고 80다78 판결; 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다37727 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002다33557 판결.
57) 대법원 1989. 11. 14. 선고 89다카15298 판결.
58) 대법원 1970. 12. 29. 선고 70다2449 판결; 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다37328 판결.

책임의 손해배상액 산정기준에 대해 이행불능시 목적물의 시가 상당액이라고 함으로써 채무불이행책임설의 입장으로 파악할 수 있다.[59] 또한 최근 폐기물매립토지 매매에 대한 판결에서,[60] 매도인에게 "하자가 없는 정상적인 물건을 인도할 의무"가 있다고 한 원심의 판단을 기초로 매도인이 성토작업을 기화로 다량의 폐기물을 은밀히 매립하고 정상적인 토지임을 전제로 매도하여 매수인으로 하여금 그 토지의 폐기물처리 비용 상당의 손해를 입게 하였다면 매도인은 불완전이행으로서 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 함으로써, 법정책임설의 근간인 특정물 도그마를 폐기한 것으로 이해할 수 있다. 아울러 본 판결은 고의·과실 있는 매도인의 채무불이행책임과 하자담보책임의 경합을 인정하였다.[61]

(5) 검토

법정책임설이 이론적 기초로 삼고 있는 특정물 도그마는, 당사자가 부담하는 채무의 내용이 물건의 사실상 상태가 아니라 계약의 구속력에 의하여 결정되는 것이므로 특정물에 원시적 하자가 존재하였더라도 매도인이 하자 없는 급부의무를 부담하는 것을 방해하지 않는다는 점을 간과하였다. 뿐만 아니라 종류물매매의 경우 급부한 물건에 하자가 있으면 불완전한 이행이 되어 담보책임은 채무불이행책임의 성질을 갖게 되는데, 매매의 대상이 특정물인지 종류물인지에 따라 담보책임의 본질을 달리 이해하게 되므로 우리 민법상 타당한 논거가 될 수 없다. 원시적 불능론 또한 보편타당한 민법의 일반원칙이기보다 입법정책의 문제로 파악된다. 민법 내적으로도 원시적으로 불능인 계약에 대해 무효로 규율하거나(제535조) 유효로 규율하는 규정을 함께 두고 있으며(제569조 이하), 비교법적으로도 영미법을 비롯한 국제거래규범은 물론 독일, 일

59) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다5672 판결; 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다카2344 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146·17153 판결.
60) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.
61) 남효순(2004), 434면 이하.

본의 개정민법도 원시적으로 불능인 계약의 유효성을 인정하기에 이르렀다. 따라서 특정물 도그마와 원시적 불능론은 오늘날 폐기되어야 할 이론으로서 이를 핵심적인 논거로 하는 법정책임설도 유지되기 어렵다. 반면 계약당사자의 합치된 의사에 의해 매도인은 하자 없이 완전한 급부의무를 부담하므로, 그 위반의 효과로서 매도인의 담보책임은 본질상 채무불이행책임으로 보는 것이 타당하다. 아울러 매도인의 하자 있는 급부는 매도인의 하자 없는 급부의무를 위반한 불완전이행으로서 일반 채무불이행책임을 구성하며 양 책임의 중첩이 문제된다. 다만, 담보책임은 법률에 의해 매도인이 무과실인 경우에도 인정되기 때문에 과실책임인 채무불이행책임보다 우선적으로 적용되지만, 채무자가 유책하게 불완전이행을 한 경우 양 책임의 경합이 인정될 수 있다.

4. 소결

민법 제390조가 규정하는 채무불이행은 단독행위, 계약 및 법정채무의 불이행까지 포함하는 일반적 개념이지만, 그 주된 경우가 계약관계에서 발생한다는 이유로 채무불이행과 같은 의미로 사용되고 있다. 그런데, 본조 법문의 모호성으로 인해 본조가 채무불이행책임의 일반규정인지에 대해 의문이 제기되어 왔다. 그러나 본조는 프랑스민법전, 이태리민법, 스위스채무법과 같은 포괄적 일반주의의 규정형식을 따른 것으로 모든 유형의 채무불이행을 포함하며, 이는 포괄적 개념에 의해 계약책임체계를 일원화하고 있는 현대 국제거래규범은 물론 개정 독일민법과도 조화될 수 있는 규율방식으로 오늘날 재평가받을 만한 것이다. 이에 따라 본조 본문 전단은 채무불이행책임의 일반적 발생요건으로서 채무불이행을 규정한 것이며, 본문 후단과 단서는 그 채무불이행의 효과 가운데 손해배상청구권을 규정하였다고 보는 것이 타당하다. 이에 따르면 불완전이행 또는 하자 있는 이행이 있는 경우 본조에 의한 채무불이행책임과 담보책임이 중첩될 수 있는데, 담보책임의 본질에 대한 전통적인 견해의 대립에 따라

그 처리도 달리할 수 있다. 그러나 특정물 도그마를 중심으로 발달한 법정책임설은 이행기에 하자 있는 급부자체로 완전한 이행이 된다고 하여 원시적 하자라는 사실에 의해 당사자의 의사를 왜곡하는 것으로서 수긍하기 어렵다. 그렇다면 채무불이행책임으로서 그 본질을 공유하는 담보책임과 채무불이행책임을 별도로 규정한 우리 민법의 계약책임체계 안에서, 현대 거래규범들이 공통적으로 지향하는 통일적 책임체계의 운영은 가능할 것인가? 이를 위해 먼저 불완전이행과 하자를 비교검토함으로써 양 책임의 경계설정 또는 호환가능성을 판단해볼 수 있을 것이다. 또한 양 책임을 차별화시키는 요건사실로서 유책사유의 의미를 재음미해 봄으로써, 통일적 운영을 위해 채무불이행책임으로부터 유책사유의 분리·배제가능성을 검토해볼 필요가 있다. 이는 자연스럽게 계약책임체계의 일원화를 우리 민법개정안에서 어떻게 구현할지에 대한 고려와 연결될 것이다.

제3절 불완전이행과 하자의 비교

1. 문제의 소재

채무불이행책임과 담보책임을 별개로 규정함으로써 이원적 계약책임체계를 채택하고 있는 우리 민법에서, 양 책임의 중첩을 야기하는 객관적 사실로서의 발생요건인 ‘불완전이행’과 ‘하자’의 개념은 같은 것인가? 우선 이것은 종래 폐쇄적 유형론의 틀 안에서 불완전이행의 구성요건을 분석하던 것과 달리 채무불이행의 구체적 사안에서 채권자의 효과적인 구제를 위해 여전히 필요한 구체화라는데 의의가 있다.[62] 특히 우리 민법은 이행불능, 이행지체와 달리 불완전이행으로 인한 채무불이행의 효과에 대해 제390조에서 손해배상청구권을 정한 이외에 해석에 맡기고 있기 때문에, 구제수단의 구체화를 위한 불완전이행의 태양에 대한 탐구

62) 주석민법/김상중(2013), 612-613면; 명순구(2006), 311면.

가 요구되는 것이다. 나아가 앞서 살펴본 것과 같이 담보책임의 법적 성격을 채무불이행책임으로 파악하여 양 책임의 경합을 인정하더라도 책임의 발생요건과 효과를 달리 규정하고 있는 우리 민법의 규율 하에서 양 책임의 불분명한 경계는 문제될 수밖에 없다. 이와 관련해서도 우리 민법은 이행지체나 이행불능의 경우와 달리 불완전이행에 대해 아무런 근거를 두고 있지 않을 뿐만 아니라 하자의 개념 및 기준에 대해서도 규정하고 있지 않기 때문에, 양 책임 간의 합리적 규율은 전적으로 해석론에 맡겨져 있다. 여기서 양 책임의 경합을 야기하는 발생요건으로서 불완전이행과 하자의 개념을 살펴봄과 아울러 구체적인 사안에서 계약책임을 발생시키는 불완전이행과 하자의 구체적인 태양을 비교해봄으로써 양 책임이 통일적으로 운영될 수 있는 가능성을 검토한다.

2. 불완전이행과 하자의 개념 비교

가. 불완전이행 개념의 비교법적 고찰

(1) 연혁과 국제적 규율

채무불이행을 규정하고 있는 어떤 법제이든지 이행지체, 이행불능과 더불어 불완전한 이행에 대한 규율을 두기 마련이었으며, 다만 그 규율 방식에 차이가 존재할 따름이었다.[63]

이러한 사정은 로마법에서도 마찬가지로 발견되는데, 불완전이행의 경우 채권자는 손해배상을 받을 수 있었으며, 채무목적물이 인도되기는 하였지만 불완전하거나 훼손된 경우 율리아누스 이래 차액배상의 공여(dare)를 내용으로 하는 엄격소권으로 청구할 수 있었다.[64] 한편, 병에 걸린 가축을 팔았기 때문에 다른 가축이 감염되었거나 하자 있는 목재를 팔았기 때문에 그 목재로 건립한 가옥이 도괴된 경우에는 매수소권

63) 주석민법/김상중(2013), 722면.

64) Jörs/Kunkel/Honsell, § 96 Ⅰ, Ⅱ(S, 244f); Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2.Aufl(1971), § 119 Ⅰ 3(S. 514); 민법주해/양창수(1997), 192면 각주18) 재인용.

이 발생하였다. 상속재산 또는 사람의 재산상태에 대한 조사를 위임받은 자의 보고가 정당하지 아니한 경우에는 위임소권이 인정되었으며, 토지측량사가 악의로 허위의 면적을 보고한 경우에는 사실소권이 발생하였다.[65] 이렇게 모든 분쟁사건의 합리적 해결을 법학의 중요한 과제로 다루었던 로마법학자들은 실제사건에서 불완전이행을 위시한 채무불이행책임의 무수히 많은 문제들을 논의하였음에도 불구하고 추상적 일반론의 구성을 시도하지 않았다. 그리고 근대 이후 특히 판덱텐법학에 의해 유스티니아누스황제의 법전에 수록된 사례들을 비교, 분석, 종합하여 채무불이행에 관한 모든 체계적 일반이론과 법리를 구성하기에 이르렀다.[66] 이것은 로마인들이 현행법의 연원이 되는 대부분의 기본법개념을 형성하였음에도 불구하고, 법개념의 정의가 그 의미와 내용에 대한 폐쇄적 경직화를 필연적으로 수반함으로써 이러한 정의 속에 포섭될 수 없는 수많은 법률사실들을 간과할 위험이 있다고 인지했기 때문으로 보인다.[67]

로마법의 기초 위에서 근대 민법을 구축한 대륙법계의 각국은 크게 두 가지 양상으로 채무불이행의 개념을 발전시켜 나갔다. 그 하나는 채무불이행에 관한 포괄적 개념을 통해 채무불이행을 규율하였던 프랑스와 이에 영향을 받은 이태리, 스위스 민법이고,[68] 다른 하나는 채무불이행 유형의 폐쇄적 열거주의에 따라 불능, 지체의 둘만을 규정하면서 불완전이행 또는 적극적 채권침해의 개념을 학설과 판례에 의해 보충했던 독일의 개정 전 민법이다.[69] 이 가운데 특히 우리 민법 제390조의 입법취지와 책임체계를 같이 하는 프랑스민법과 이에 대조되는 개정 전 독일민법의 불완전이행 개념을 비교해보면 아래와 같다.

개정 전 프랑스민법전은 '채무의 불이행으로 인한 손해배상'(Des

65) 原田慶吉, ローマ法 上卷(1949), 167; 민법주해/양창수(1997), 192면 각주18) 재인용.
66) 현승종·조규창(2004), 675-676면.
67) 현승종·조규창(2004), 27-28면.
68) 조규창(1998), 270-272면.
69) 조규창(1998), 261-262면.

dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation)(제3편 제3장 제4절)이라는 표제 아래 제1147조에서 넓은 의미의 채무불이행으로서 불이행과 지체를 규정하고 있었는데, 불이행(l'inexécution)에 대한 정의규정을 두고 있지는 않았다.[70] 하지만 일반적으로 불이행은 실제로 이행된 것이 계약에서 정해진 채무내용에 어긋나는 모든 경우를 포함한다고 설명되었다.[71] 이러한 규율방식은 개정 프랑스민법전에서도 '계약의 불이행' (L'inexécution du contrat)(제3편 제4장 제5절)이라는 표제하에 유지되고 있으며, 불완전이행(l'exécution imparfaite)의 개념 역시 포괄적인 불이행에 당연히 포함된 것으로 따로 정의되어 있지 않다. 따라서 불완전이행인지의 판단은 계약당사자의 의사를 탐구하여 개별 계약에서 정해진 채무자의 이행의무를 확정한 다음, 실제로 행해진 바를 이와 비교하여 결정하게 된다.[72]

개정 전 독일민법은 채무불이행에 관해 프랑스민법전과 같은 포괄적 일반규정에 의한 규율방식을 채택하지 않고 이행불능(제280조, 제325조), 이행지체(제284조, 제326조)에 대해서만 개별적으로 규정하고 있었다. 이에 대해 법시행 직후 Hermann Staub는 독일민법이 하지 말아야 할 바를 행한 경우 또는 급부의무를 이행하기는 하였으나 하자가 있는 경우와 같이 적극적 행태에 따른 불이행에 대해서는 이를 규율할 법률의 흠결이 있다고 지적하였다. Staub는 이러한 법률흠결의 사안들을 적극적 계약침해(positive Vertragsverletzung)라고 부르면서, 매수인이 계약 당시의 약정에 반하여 목적물을 전매한 경우, 경업금지의무에 반하는 경쟁행위를 계속하는 경우, 위험한 물품을 안전조치에 관한 설명을 결한 채 공급한 나머지 사용 도중 매수인에게 손해를 입힌 경우, 전

70) 프랑스민법전의 이러한 태도는 통상 프랑스민법전의 교과서적인 성격에 비추어 굉장히 이례적이라고 할 수 있는데, 이에 대해 "그 내용이 자명하기 때문이 아니라 그 개념이 극히 광범위한, 아니 지나치게 일반적인 내용을 가지기 때문이라고 설명된다"고 한다. Murad Ferid, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1(1971), 2 C 4(S. 483); 민법주해/양창수(1997), 196면 각주28) 재인용.

71) 민법주해/양창수(1997), 195-196면.

72) 민법주해/양창수(1997), 196면; 조규창((1998), 273면.

염병균에 감염된 하자 있는 농작물을 공급하여 매수인의 다른 재산에도 감염의 손해를 입힌 경우, 석탄의 계속적 공급계약에서 제대로 된 석탄을 공급해 오다가 잘못하여 조악한 석탄을 공급함으로써 이를 받아 영업하던 매수인의 정상적 활동을 방해한 경우 등을 제시하였다. 그러면서 Staub는 이와 같은 법률흠결을 보충하기 위하여 이행지체에 관한 규정을 유추적용하여 채권자에게 손해배상청구권과 계약해제권을 인정할 것을 주장하였다. Staub의 주장은 이후 학설과 판례에 의해 받아들여졌지만 그가 제시한 모든 경우가 지지된 것은 아니었는데, 부작위의무의 위반, 계속적 공급계약에서 일부 제대로 된 이행이 되지 않은 경우에는 이행지체나 이행불능과 같은 종래의 규정에 의해 해결될 수 있다고 보았다. 따라서 학설과 판례는 안전조치에 관한 충분한 설명없이 위험한 물건을 공급한 경우, 하자 있는 물품을 공급하여 채권자의 인신 또는 재산에 부가적 손해를 야기한 경우와 같이 채무자가 급부를 하기는 하였으나 잘못된 급부에 의하여 채권자의 법익에 확대손해를 야기한 경우에 주로 한정되었다. 물론 당시 독일민법은 급부목적물의 하자에 대하여 가령 매매계약의 경우 제459조 이하의 하자담보법에서 상세하게 규정하고 있었다. 그렇지만 하자로 인한 손해배상은 매도인이 하자에 관해 악의적으로 은폐하거나 하자가 없음을 보증한 경우에만 인정되었을 뿐이고, 이런 경우가 아닌 한 매도인인 채무자의 과실이 있더라도 급부목적물의 하자로 인한 채권자의 인신 및 재산상의 확대손해에 대하여는 배상책임을 물을 수 있는 실정법적 근거가 결여되었다고 여겨져 왔다.[73] 이후 Staub가 주장한 적극적 계약침해 이론은 계속적으로 발전해 갔는데, 먼저 적극적 계약침해라는 표현은 하자 있는 급부에 따른 채권자의 확대손해가 계약상의 채권관계만이 아니라 부당이득 등의 법정채권관계에서도 발생할 수 있다는 점에서 적극적 채권침해(positive

73) 그러나 이러한 이해에 대하여 당시 독일민법 입법자들의 의사를 정확히 파악하지 못한 주장이라고 하면서, 입법연혁에 비추어 독일민법은 불완전이행의 경우를 19세기 후반 보통법의 학설을 좇아 질적 일부불능에 의해 해결하려 한 것이었으며 따라서 그와 같은 법률의 흠결은 존재하지 않았다는 비판이 유력하게 제기되었다. 주석민법/김상중(2013), 721면.

Forderungsverletzung)로도 불리게 되었다. 또한 적극적 채권침해에 따른 법률효과도 Staub가 제시했던 이행지체 규정의 유추적용만이 아니라 하자 있는 급부가 새로이 이행될 수 없고 이로써 급부목적을 달성할 수 없는 경우도 있다는 점에서 개별 상황에 따라 이행불능 규정도 유추적용하게 되었다. 더 나아가 적극적 채권침해라고 불리는 사례유형 중에는 가령 급부목적물의 위험성 등에 관한 설명의무 위반과 같이 채무자가 행해야 할 바를 하지 않는 소극적 행태에 따른 채무불이행도 있음이 지적되면서, '적극적' 채권침해라는 표현의 적절성에 대한 의문이 제기되어 불완전이행(Schlechterfüllung)이라는 표현도 사용되고 있다. 그러면서 개별 학설은 여기에 해당하는 사례유형으로서 급부 목적물 또는 행위에 하자가 있는 불완전급부, 부수적 의무위반, 이행거절과 같은 충실의무 위반, 경업금지 위반과 같은 사후적 충실의무 위반 등을 소개하고 있다.[74] 이렇듯 독일민법의 학설과 판례에 의해 관습법적 지위를 인정받던 적극적 채권침해 또는 불완전이행은 2002년 개정 독일민법에서 실정법적 제도로 반영되었다. 개정 독일민법은 제280조에서 불완전이행 등 모든 형태의 급부장애를 포괄할 수 있는 의무위반(Pflichtverletzung)이라는 통일적 구성요건을 통해 일반적 계약책임 규정을 신설하고, 불완전이행은 이하의 규정(제281조, 제282조, 제437조) 등에서 세부요건으로서 정하고 있다.[75]

영미법 및 CISG, PECL, PICC, DCFR 등 국제거래규범들의 경우 공통되게 '계약위반'(breach of contract) 또는 '불이행'(non-performance)과 같은 포괄적 개념에 의해 채무불이행책임을 규율함으로써 불이행의 유형에 따른 구분을 두지 않는다. 이 점에서 프랑스민법의 '불이행'(l'inexécution), 우리 민법 제390조의 '채무불이행' 및 개정 독일민법의 '의무위반'(Pflichtverletzung)과 같은 규정형식을 취하고 있다고 볼 수 있다. 그렇다고 불완전이행 등의 구별이 전

74) 주석민법/김상중(2013), 721면.
75) 서광민(1999), 499-503면; 주석민법/김상중(2013), 719-721면.

혀 없는 것은 아니며 채무 또는 채무불이행의 구성요건 단계에서가 아닌 채권자의 구제수단에 관한 규정에서 필요에 따라 이루어지고 있다. 즉 계약부적합(non-conformity with the contract) 또는 불완전이행(non-conforming performance)은 추완청구권, 대금감액권의 발생요건으로 개별적으로 규율되고 있다.

(2) 우리 민법상 논의 현황

우리 민법에서 불완전이행은 독일민법의 적극적 채권침해 내지 불완전이행의 개념이 소개된 것으로, 우리 민법상 불법행위책임의 포괄규정인 제750조에 의해 규율하면 충분하다고 보아 명문의 근거가 없는 불완전이행을 인정하는 데 반대하는 견해가 없지 않으나[76] 일반적으로 채무불이행의 한 유형으로 받아들여지고 있다.[77] 불완전이행의 개념에 대해서는 다양한 표현과 설명이 존재하는데, 대체로 "채무자가 주된 급부는 하였으나 그것이 채무의 내용에 좇은 이행이 되지 못하는 것"이라고 하거나,[78] "이행행위로서 어떤 행위가 행하여졌으나 급부목적물의 하자(주는 채무의 경우)나 급부행위의 하자(하는 채무의 경우)로 인하여 또는 이행과 관련하여 주의를 등한시함으로써 급부목적물·급부결과 또는 그 이외의 채권자의 법익에 손해가 발생된 경우",[79] "이행행위로 일정한 행위가 있었으나 그것이 채무자의 귀책사유로 채무에 좇은 이행이 되지 못하는 것",[80] "채무자가 그 급부의무를 이행방법과 시기 및 장소 등의 면에서 채무내용이 적합하지 않게 이행한 경우"라고 한다.[81]

(3) 검토 - 불완전이행의 개념 징표

76) 김대정(2007), 362면.
77) 민법주해/양창수(1997), 297-298면; 서광민(1999), 499면; 안법영(2004), 133-138면.
78) 민법주해/양창수(1997). 295면.
79) 김형배·김규완·김명숙(2015), 950-951면.
80) 서광민(1999), 498면.
81) 성승현(2005), 41-42면.

특히 우리 민법에 불완전이행의 개념을 제공한 독일민법의 불완전이행론은 독일민법전에 규정된 이행지체, 이행불능 이외에도 무수히 발생할 수 있는 채무불이행의 다양한 양상을 채무구조론에 기초하여 불완전이행에 의해 규율하려 한 시도라고 할 수 있다. 그리고 이러한 독일의 불완전이행론은 우리 민법이 규정하지 않은 불완전이행을 비롯한 채무불이행에 대한 이해의 폭을 확장시켰다는 점에서 그 의의가 크다. 그러나 개정 전 독일민법에 특유한 폐쇄적 열거주의의 특성에 따라 이를 보완하기 위해 발전해 온 독일민법의 불완전이행 개념은 오히려 지나치게 분절적이면서 포괄적이어서, 이미 채무불이행이라는 포괄적 개념을 채택하고 있는 우리 민법과 조화되기 어렵다.[82] 따라서 오늘날 계약당사자의 의사에 부합하는 효과적 구제수단의 형성 차원에서 필요한 불완전이행의 개념 징표는 채무구조론을 토대로 채무자가 위반한 의무의 종류에 따라 도출할 성질의 것도 아니다.[83] 오히려 우리 민법은 직접 불완전이행이라는 문언을 쓰고 있지 않을 뿐 담보책임을 통해 이행불능, 불완전이행을 이미 규율하고 있기 때문에 불완전이행을 포기한 것이 아니다. 여기서 불완전이행을 다른 유형의 채무불이행과 대별시키는 고유한 개념 징표들을 도출해보면 다음과 같다. 불완전이행은, (가) 행위의 요소로서 적극적인 '이행'이 있어야 한다. 이것은 이행여부를 기준으로 이행지체와 구별되고, 이행가능성을 기준으로 이행불능과 구별되는 징표가 된다. (나) 결과의 요소로서, 그러한 이행은 '불완전'해야 한다. 이것은 채무소멸의 원인을 이루는 완전이행에 반대되는 개념으로서 이행의 시기, 방법, 목적 등에 이르기까지 채무내용에 부합하지 않는 일체의 의미로서 광의의 불완전이행을 구성하지만,[84] 앞서 이행의 요소와 결합함으로써 협의의 불완전이행을 이루게 된다.[85] 끝으로 (다) 주는 채

82) 조규창(1998), 260-269면.
83) 서광민(1999), 505-506면.
84) 이러한 광의의 불완전이행의 개념에는 이행지체, 이행불능 등 급부장애의 모든 유형이 포함될 수 있다.
85) 불완전이행의 (가)(나) 징표는 이행(급부)이 이행행위(급부행위)와 이행결과(급부결과)의 이중적 요소에 의해 이루어진다는 분석과 일치한다. 이은영(2006), 81-82면 각주1).

무의 경우 채권자는 이러한 이행을 일단 '수령' 할 수밖에 없을 것이다. 급부가 계약내용에 부합하지 않는다는 이유로 수령을 거절한다면 이는 이행지체 또는 수령지체의 문제로서 처리되어야 하기 때문이다.

나. 하자 개념의 비교법적 고찰

이처럼 간명한 불완전이행의 개념지표에 비추어 담보책임의 발생요건을 구성하는 하자의 개념을 검토해본다.

(1) 연혁과 국제적 규율

로마법상 물건의 하자에 대한 매도인의 담보책임의 발전과정을 살펴보면, 매매목적물의 하자에 대한 안찰관의 고시를 근거로 한 담보책임이 노예와 농수축산물이라는 매매대상에 한하지 않고 모든 매매계약의 경우에 확대 적용된 것으로 볼 수 있다. 이러한 담보책임이 일반적인 매매의 경우로 확대되면서, 매도인의 매수인에 대한 책임에는 두 개의 이질적인 책임내용이 공존하게 되었다. 왜냐하면 안찰관의 고시에 의한 담보책임과 달리 매도인에 대한 매수인소권(actio empti)은 원칙적으로 매도인의 주관적인 의사를 책임의 근거로 하는 것이기 때문이었다. 이로써 매매계약이 체결된 경우에 매매목적물의 하자와 관련된 매도인의 책임으로 안찰관 고시에 근거하여 인정되는 구제수단인 계약해제와 대금감액권이 부여되었고, 그 밖에 매도인의 책임으로 본래 매수인소권의 내용인 손해배상청구권이 부여되었다.[86] 로마법상 매도인의 책임내용으로 이처럼 두 개의 이질적인 책임이 존재하는 구조는 개정 전 독일민법을 비롯해 대륙법계 국가들의 민법에서 일반적으로 발견되었다. 그리고 이렇게 원시적 하자에 대한 담보책임과 하자의 원시성·후발성을 불문하고 인정되는 채무불이행책임의 구조는 독일, 일본, 프랑스의 최근 개정 민법에서도 유지되고 있는데, 개정 독일민법과 개정 일본민법의 경

86) 민법주해/남효순(1997). 190-193면.

우는 담보책임의 손해배상청구권, 계약해제권의 요건과 효과를 채무불이행책임의 손해배상청구권, 계약해제권과 일치시킴으로써 책임의 통일적인 규율을 추구하고 있다.

(2) 우리 민법상 논의 현황

하자담보책임은 매도인이 하자 있는 급부를 제공하였을 때에 적용되므로, 하자담보책임이 적용되기 위해서는 전제로서 '하자' 있는 급부제공이 있어야만 한다. 그러므로 하자담보책임이 적용되기 위해서는 매도인의 급부행위에 하자가 있는지에 대한 판단기준이 요구된다. 그런데 민법상 하자담보책임규정에서는 하자의 개념이나 그 판단기준에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 종래 하자의 개념과 판단은 학설과 판례를 통하여 형성되어 왔다.

학설상 물건의 하자란 "매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질이나 성능을 결여하거나 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 것",[87] "물건의 교환가치나 사용가치를 하락시키는 일체의 불완전성으로서 물건의 계약부적합성 내지 용도부적합성",[88] "물건의 교환가치나 사용가치를 하락시키는 일체의 불완전성",[89] "통상 거래상의 관념에 비추어 그 물건이 지니고 있어야 할 품질 · 성질 · 견고성 · 성분 등을 갖추지 못해서 그 가치나 적합성이 일정한 표준에 미달하거나 또는 기준을 충족시키지 못하는 것",[90] "목적물이 당사자 간에 약정한 성상에 반하여 계약상 정해진 사용가치나 교환가치를 해하는 흠결",[91] "매매의 목적물에 물질적인 결점이 있는 경우",[92] "물건이 거래통념상 또는 당사자의 약정상 보유한 것으로 보증한 품질 · 성능 · 형태 등에 결함이 있어 그 사용가치 또는 교환가치를 감소시키는 것

87) 이은영(2005), 335면; 김상용(1999), 237면.
88) 민법주해/남효순(1997). 500면.
89) 박영복(2001), 38면.
90) 김형배(1999), 351면.
91) 조규창(1998), 326면.
92) 곽윤직(1998), 245면.

”,[93] “매매목적물에 흠이 있음으로 인하여 계약적합성을 갖지 못한 경우”[94] 등으로 정의된다. 그리고 이외에도 매도인이 견본, 광고 등에서 특별한 품질이나 성질을 가지는 것으로 표시한 때에는 그에 따라서 하자가 판단될 수 있다고 보고 있다.[95]

다. 검토

채무불이행책임과 담보책임의 중첩을 야기하는 객관적 사실로서 비교의 대상은 ‘불완전이행’과 ‘하자 있는 이행’이라고 하겠다. (1) 그렇다면 민법에 내재된 불완전이행의 개념징표로서 행위요소에 비추어 볼 때, 하자 있는 이행 역시 이행지체 또는 이행불능과 구별되는 적극적인 이행을 수반하는 것이다. 다만, 전부 타인권리매매의 경우에 대한 매도인의 담보책임은 권리의 타인귀속 및 이전불능을 요건으로 하고 있어서(제569조, 제570조), 그 실질을 이행불능으로 파악할 수 있고 불완전이행과 같은 행위요소를 결여한 것으로 보인다.[96] (2) 아울러 불완전이행의 또 다른 개념징표로서 결과요소는 완전이행에 대립하는 개념으로서 하는 급부, 주는 급부, 부작위급부 등 급부의 성질과 상관없이 채무내용에 부합하지 않는 일체의 불완전성을 의미하므로, 모든 형태의 하자를 포함한다. 본래 매도인의 담보책임은 주는 급부의 하자를 규율대상으로 하였으나, 수급인의 담보책임과 최근 신설된 여행주최자의 담보책임은 하는 급부의 하자를 규율함으로써 하자의 인정범위를 확대하였다. 이처럼 결과요소로서 불완전성과 하자의 간극은 점차 줄어들고 있다. (3) 요컨대 민법에 내재된 불완전이행의 개념징표들과 하자를 비교할 때 불완전이

93) 주석민법/김현채(1999), 145-146면.
94) 이은영(2005), 334-335면.
95) 이영환(1978), 291면.
96) 다만, 타인귀속의 형태에는 권리가 매매계약 당시 통상적으로 타인에게 속한 경우뿐만 아니라 형식적으로는 매도인에게 속하지만 실질적으로는 타인에게 귀속되어 권리추탈이 발생하는 경우를 포함하는 것으로 이해되고, 판례도 이와 같이 해석하고 있다(대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결; 대법원 2017. 4. 19.자 2016그172 결정 등). 결국 매수인이 권리를 취득하지 못하게 된다는 점에서 이러한 권리추탈의 경우도 타인권리 매매와 실질을 같이 한다고 볼 수 있.고, 이에 따르면 행위요소로서 이행을 수반한다.

행과 하자있는 이행은 상호 접근해가고 있으며, 이것은 양자 사이에 본질적인 차이가 없음을 보여주는 것이다.

3. 불완전이행과 하자의 태양

가. 문제의 소재

이행지체의 경우 이행기한의 도과, 이행불능의 경우 급부목적의 사실상・법률상 달성 불능이라는 상대적으로 명확한 요소에 의해 구체적인 채무불이행 유형을 구별하는 것이 가능하다. 반면, 불완전이행의 경우 채무자가 일부이든 전부이든 이행행위를 하였다는 점에서 이행지체, 이행불능과 구별되지만, 계약내용에 부합하지 않는 모든 형태를 포함하게 됨으로써 다시 포괄적 불이행의 성격을 띠게 된다. 이러한 불완전이행의 포괄성・다양성으로 인해 그 법적 효과로서 구제수단의 종류와 내용을 파악함에 있어서도 이행지체, 이행불능과 같이 전형적인 효과와 연결할 수만은 없다. 따라서 계약당사자의 의사, 급부의 목적과 침해법익, 불완전이행의 태양과 내용, 추완이행의 가능성, 채권관계에 대한 영향의 정도 등을 고려하면서 개별 사례에 따라 판단해야 한다.[97] 여기서 불완전이행의 효과에 대한 판단을 위해서 구체적인 불완전이행의 태양에 대한 분류가 요구된다. 한편 불완전이행과 달리 하자의 경우 우리 민법은 담보책임에 관한 여러 규정을 두고 있는데, 이를 통해 하자의 태양을 확인할 수 있다. 궁극적으로 법률상 여러 일반개념과 마찬가지로 불완전이행 및 하자의 태양과 내용의 구체화는 거래의 발전 및 변화와 더불어 판례의 집적을 통해 보완되어야 할 사안이라고 할 수 있다. 아래에서는 불완전이행 및 하자의 태양에 대해 비교검토해 보기로 한다.

나. 불완전이행의 태양

97) 주석민법/김상중(2013), 726-727면; 서광민(1999), 513면.

종래 불완전이행의 유형을 분류하기 위해 아래의 몇 가지 방법이 제시되었다. (1) 먼저 불완전이행을 급부의 목적물 내지 급부된 행위의 내용에 흠이 있는 경우, 이행의 방법이 불완전한 경우, 급부할 때 필요한 주의를 게을리 한 경우로 분류하는 견해가 있다.[98] (2) 또한 채무구조론에 따라 급부의무 위반의 불완전이행, 부수적 주의의무 위반의 불완전이행, 보호의무 위반의 불완전이행, 안전배려의무 위반의 불완전이행으로 분류하거나,[99] 급부의무 위반의 불완전이행과 부수적 의무위반의 불완전이행으로 분류하는 견해가 있다.[100] (3) 또 다른 견해는 채무의 유형에 따라 크게 주는 채무(인도채무), 하는 채무(행위채무)의 불완전이행으로 분류하기도 한다.[101][102] 그러나 불완전이행의 모습을 탐구하는 목적은 포괄적인 불완전이행의 특성 때문에 구체적 사안에서 채권자에게 효과적인 구제수단을 판단하려는 데 있다. 여기서 이행의 불완전이 외형상 차이를 보이는 주는 채무와 하는 채무의 구별 안에서, 채무불이행의 사실로서 이행의 불완전 내지 부적합을 이루는 대강의 모습들을 정형화해 본다.[103]

---

98) 곽윤직(1994), 168-169면. 이 견해는 불완전이행의 효과에 대하여는 이렇게 분류한 유형과 연결하지 않고 완전이행이 가능한 경우와 불가능한 경우로 구분하여 검토하고 있다.

99) 김형배·김규완·김명숙(2015), 951-955면.

100) 서광민(1999), 514-521면; 김상용(2006), 137-141면. 이 견해들은 보호의무나 안전배려의무가 부수적 의무와 구별되는 별개의 의무가 아니라거나 부수적 의무에 포함된다고 한다.

101) 송덕수(2015), 151-152면; 민법주해/양창수(1997), 302-310면. 이 견해는 주된 급부를 이행하였지만 채무의 내용에 부합하지 않는 불완전급부만을 불완전이행으로 보면서, 부수적 의무위반의 경우는 성질이 다른 채무불이행 유형으로 파악한다.

102) 채무의 구조 또는 유형에 따라 불완전이행의 모습을 구별하는 것은 채무의 분류에 따라 발생가능한 불완전이행의 소재를 파악하거나 약정된 채무와 이행내용을 비교함으로써 불완전이행 여부를 판단하기 위해 필요한 기준일 수는 있다.

103) 이와 관련해 국제거래규범 가운데 특히 CISG와 DCFR은 물품의 계약적합여부에 대해 비교적 상세한 판단기준을 규정하고 있어서, 정형화 시도에 유용한 참조가 된다(CISG 제35조, DCFR Ⅳ.A.- 제2:301조, 제2:302조). 이러한 물품의 계약부적합은 대륙법상 물품의 주관적·객관적 하자에 국한된 것이 아니라 계약의 명시적·묵시적 합의와의 불일치, 다른 종류의 물품인도, 포장의 부적합 등 일반 채무불이행에서 다루어질 성질의 것들까지 포괄하는 넓은 의미로 이해된다(사동천(2002), 15면). 한편, PICC와 PECL의 경우 계약부적합의 판단기준을 따로 규정하고 있지는 않지만 명시적·묵시적 합의에 비추어 계약적합여부를 판단함으로써 유사한 결론에 이르게 된다(PICC 제5.1.1조, 제5.1.2조 및 PECL 제5:101조, 제5:102조)(사동천(2002), 91면, 107면).

(1) 주는 채무

(가) 수량부적합

계약의 내용으로 물건의 수량, 무게, 부피 등을 약정하였으나 채무자가 인도한 물건의 성상이 약정한 내용과 다른 때처럼 수량상이 또는 과부족이 발생한 경우이다. 이와 같은 유형의 불완전이행은 흔히 수량부족의 형태로 발생한다. 한편 채무자가 계약에서 정한 수량보다 많은 물건을 인도한 수량과다의 경우 역시 채무자가 이행을 했지만 채권자와 합의한 채무의 내용에 부합하지 않는 점에서 불완전이행에 해당한다. 수량을 대금총액을 정하는 데 쓰이는 일응의 기준으로 고려한 계약에서는 약정한 내용과 근소하게 불일치하는 경우 신의칙상 수량부적합으로 취급되지 않을 수 있다. 하지만, 계약당사자들이 일정한 수량을 대금산정의 기초로 삼은 경우와 같이 합의의 중요한 요소로 삼은 때에는 계약부적합을 구성하게 된다. 비교법상 수량이 계약내용에 부합하지 않는 경우에 대하여 CISG와 DCFR은 계약부적합으로 명시하고 있으며(CISG 제35조 제1항, DCFR IV.A.-제2:301조), 이때 계약에서 당사자들이 정한 것과 다른 수량의 물건인도를 계약부적합으로 보므로 수량부족은 물론 수량과다도 계약부적합으로서 처리된다(CISG 제52조 제2항).[104] 한편 거래관행에 비추어 수량불일치가 허용되는 범위일 때에는 수량부적합으로 취급되지 않는다.[106]

(나) 품질부적합

채무자가 인도한 물건에 계약내용과 부합하지 않는 품질에 관한 성상의 흠결이 있거나 과잉이 존재하는 경우이다. 당사자가 계약에서 합의한 기능, 재료, 부품, 외관 등 물건의 일부 또는 전부에 흠결이 있는 것으로, 당사자가 합의한 경우는 물론 통상적으로 기대되는 경우의 부적합을 포함한다. 비교법상 CISG와 DCFR은 당사자들이 계약에서 명시

104) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art.35, para.8.
106) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art.35, para.8.

적·묵시적으로 합의한 품질에 부합하지 않는 물건을 인도한 경우를 계약부적합의 하나로 명시하고 있으며(CISG 제35조 제1항, DCFR IV.A.-제2:301조), 합의가 없거나 명확하지 않은 경우를 위해 객관적 기준을 정하고 있다(CISG 제35조 제2항, DCFR IV.A.-제2:302조). 품질 역시 당사자들이 합의한 것과 다른 품질의 물건을 인도하는 것은 계약부적합에 해당하므로 열등품질 또는 상등품질 모두 부적합으로 처리된다.[107]

(다) 종류부적합

채무자가 인도한 물건의 수량 또는 품질이 계약내용에 비추어 상이한 경우와 달리 계약한 물건과 다른 종류의 물건이 인도된 경우도 이러한 불완전이행으로 보아 처리할 수 있을 것인가? 비교법상 CISG와[108] DCFR은 이종물 인도(aliud)를 물품의 계약부적합의 하나로서 적시하고 있다(CISG 제35조 제1항, DCFR IV.A.-제2:301조). 다만, 계약의 목적이 된 물건과 인도받은 이종물 간에 상이성의 정도가 현저한 경우도 동일하게 처리할지에 대해서는 견해의 다툼이 있다.[109] 국내에서는 불완전이행으로 다루어야 한다는 견해와[110] 이행이 없었다고 보아 이행지체로 처리하려는 견해가 있으며,[111] 하급심판례는 불완전이행으로 처리한 바 있다.[112] 생각건대 이종물의 인도 역시 매도인의 이행이 있었지만 계약

107) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art.35, para.9.

108) 이에 대해 해석상 견해의 대립이 있다. 옥수수 대신 감자를 제공한 것은 인도의무의 이행이 아니라고 언급한 CISG 초안주석에 근거해 계약부적합으로 처리하지 않는 견해도 있는 반면, 규정에 비추어 넓은 의미의 계약부적합으로 보아 그에 따른 구제수단들을 인정하는 견해도 있다. 생각건대 약정한 물건과 다른 물건을 인도하였더라도 일단 이행하였으나 계약내용에 부적합한 것이므로 불완전이행으로 규율되어야 하고, 추완가능성에 따라 불완전이행의 효과를 부여하는 것이 타당하다. 제3장 제4절 3. 이하 및 제4장 제4절 2. 가. 이하 참조.

109) 이에 관한 CISG의 지배적인 견해는 설탕을 인도하기로 계약했는데 소금을 인도하였거나 옥수수를 인도하기로 계약했는데 감자를 인도한 경우 계약부적합으로 볼 수 없고, 매수인의 통지의 무도 없다고 한다. 개정 독일민법도 약정된 물건과 완전히 다른 물건을 인도하거나 명백히 채무내용과 다른 급부를 이행한 경우에는 일반급부장애법이 적용된다고 한다.

110) 김용한(1988), 161면; 김증한·김학동(1998), 111면.

111) 송덕수(2015), 152면.

112) 서울고등법원 1973. 10. 17. 선고 72나2201 판결. 종묘사를 경영하는 피고로부터 원고가 동일대형 봄무씨앗 6홉을 매수하여 파종하였으나 거기서 무가 나지 않고 장다리꽃이 난 사안에서, 원고는 원래의 품종을 심었을 때 얻었을 이익액(다만 경작비는 공제)을 손해로서 배상청구하였는

당사자가 합의한 채무내용에 부합하지 않는다는 점에서, 수량 또는 품질의 성상이 계약상 급부에 부합하지 않기 때문에 물건의 하자에 해당하는 것과 다르지 않다고 하여야 한다. 불완전이행은 채무자에 의한 급부가 계약의 내용에 부합하는가를 기준으로 판단되는 것이지 그 부합하지 않은 원인은 고려요소가 아니기 때문이다.

() 권리부적합

매도인이 매매의 목적인 권리 일부를 매수인에게 이전시킬 수 없는 경우 또는 매수인에게 권리를 이전시켰지만 용익물권, 담보물권, 대항력있는 임차권의 제한이 있는 경우 등과 같이 계약의 목적이 된 권리이전이 제3자의 권리주장에 의하여 제한되는 것이다.[113] 이를 이행불능 또는 이행지체로 파악하는 견해가 있지만,[114] 일단 이행하였으나 계약내용에 부합하지 않는 것이므로 불완전이행으로 규율되어야 하고 단지 그 효과의 면에서 이행불능 또는 이행지체와 같이 처리될 수 있는 것이다. 비교법상 CISG와 DCFR은 계약에서 이전의 목적이 된 권리에 대하여 제3자에 의한 권리주장이 있는 경우를 계약부적합으로 규정하고 있으며, 이러한 권리로 물권뿐만 아니라 지적재산권도 별도의 규정에서 동일하게 규율하고 있다(CISG 제41조, 제42조, DCFR IV.A.-제2:305조, 제2:306조). 다만 DCFR은 물권에 관한 제3자의 권리주장이 합리적으로 충분한 근거에 기초한 경우에만(reasonably well founded claim of a third party) 권리부적합으로 규율함에 반하여(DCFR IV.A.-제2:305조),[115] CISG는 이러한 문구를 명시하지 않아 제3자의 권리주장이 정당한

데, 법원은 피고가 “씨앗 매매계약의 불완전이행으로 인하여 원고들에게 입힌 손해를 배상할 의무가 있다”고 판단하면서 원고의 주장대로 위 일실이익의 배상을 명하였다.

113) 이러한 제3자의 권리주장은 정당한 근거에 기초한 것이어야 한다고 보는 것이 우리 민법의 태도에 부합한다고 본다. 간접적으로 권리하자에 대한 매도인의 담보책임 규정들은 권리주장자가 있는 경우 매수인의 대금지급거절권을 규정한 민법 제588조의 반대해석상 정당한 권리를 전제로 한다고 해석되기 때문이다.

114) 김형배·김규완·김명숙(2015), 952면.

115) 이와 달리 지적재산권에 관한 제3자의 권리주장에는 합리적으로 충분한 근거를 명시적으로 요구하지 않아 근거없이 제기된 경우에도 매도인의 증명부담 하에 권리부적합으로 처리된다. von

것으로 확인되지 않은 경우에도 권리부적합으로 다루어진다.[116]

(2) 하는 채무[117]

() 결과부적합

채무자가 채권자에게 일정한 결과를 실현할 것을 채무의 내용으로 약정한 때에(결과채무), 채무자가 약정한 행위를 불충분·부적합하게 이행함으로써 목적한 결과를 달성하지 못한 경우이다. 예컨대 수급인이 완성한 일에 하자가 있는 경우, 임차인이 임차목적물을 손상시킨 경우, 수치인이 임치물을 훼손한 경우, 운송인이 화물을 손상시킨 경우 또는 여객을 부상시킨 경우가 해당한다. 결과부적합에 의한 불완전이행의 경우도 채무자의 유책사유를 요하지만 약정한 결과의 불실현에 의해 채무자의 유책사유는 추정된다.

() 행위부적합

일정한 목적 또는 결과의 달성을 위해 채무자가 주의와 배려를 다하거나 필요한 모든 수단을 실행할 것을 채무의 내용으로 하는 때에(행위채무), 채무자가 채무의 이행을 위해 성실하게 주의를 기울이지 않은 경우이다. 예컨대 의사가 처방이나 수술을 잘못한 경우, 변호사가 법률자문을 잘못한 경우, 수임인이 사무처리를 잘못한 경우가 해당한다.[118] 행위부적합에 의한 불완전이행의 경우도 원칙적으로 채권자가 채무이행의 부적합을 증명하게 되는데, 이러한 증명내용은 채무자가 주의의무를 다하지 않았다는 사실에 대한 증명과 중첩되어 실질적으로 채무자의 증

Bar/Clive(2009), p.1303.

116) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art.41, para.10.

117) 하는 채무에서 발생할 수 있는 불완전이행의 태양도 여러 기준에 의한 분류가 가능하다. 다만, 여기서는 하는 채무의 일반적 성질에 따라 결과채무와 행위채무의 분류를 적용하여 불완전이행의 태양을 정형화해 보기로 한다.

118) 다만, 의료계약, 변호사계약과 같은 지적용역제공계약의 경우에도 채무의 내용에 따라 일률적으로 행위채무로 보기 어려운 경우가 있다. 예컨대 CT의 촬영, 공증사무의 처리 등과 같이 결과실현이 채무자에 의하여 통제가능한 경우 결과채무에 따른 불완전이행으로 처리하는 것이 채권자의 보호에 보다 합리적일 수 있다. 이러한 견해로는 이상헌(2019), 88-89면.

명책임은 문제될 여지가 없게 된다.[119] 그러나, 의료과오와 같은 경우 증명의 곤란, 정보의 편제 등 특수성을 고려하여, 채권자는 이행결과가 통상 예견가능한 결과의 범위 밖임을 증명하기만 하면 채무자가 채무이행의 완전성 즉 주의의무를 다하였음을 증명하도록 하는 것이 타당하다.[120]

(3) 부수의무 및 확대손해

당사자들의 계약관계를 특징짓는 급부의무에서 위와 같이 다양한 유형의 불완전이행이 발생하는 것처럼, 부수의무의 위반도 불완전이행을 구성하게 된다. 우선 부수의무의 개념, 인정여부, 내용, 포섭범위 등에 대하여는 독일의 채무구조론과 관련되어 종래 여러 견해들이 제시되어 왔는데, 다수의 견해는 급부의무 이외에 급부의무가 채권관계의 목적을 실현할 수 있도록 신의칙상 인정되는 행위의무로서 부수의무를 인정하고 있다.[121] 이러한 부수의무 가운데 급부관련적 부수의무에는 설명의무, 고지의무, 보고의무, 성실의무, 협력의무, 보존의무, 배려의무, 부작위의무 등 다양한 형태들이 제시되고 있다.

한편 종래 일부 견해는 불완전이행과 담보책임과의 관계에서 담보책임이 하자 있는 급부에 의해 발생한 확대손해에 대해 충분한 구제수단이 되지 못하기 때문에, 이러한 확대손해의 구제를 위해 불완전이행을

119) 남효순(1996), 158면; 민법주해/양창수(1997), 307-308면.

120) 김천수(2000), 301-302면; 김형배·김규완·김명숙(2015), 954면.

121) 민법주해/양창수(1997), 215-221면; 주석민법/최흥섭(2000), 503-510면; 주석민법/김상중(2016), 621-637면. 반대견해로는 조규창(1998), 267-269면. 채무구조의 내용, 분류방법, 용어사용에 대하여 학자들의 견해에 따라 조금씩 차이를 보이지만, 대체로 큰 틀에서 계약상 의무를 급부의무와 부수의무로 나눈다. 그리고 급부의무는 주급부의무와 종급부의무로 나누며, 부수의무는 급부관련적 부수의무와 보호의무로 나누고 있다. 특히 보호의무에 대하여는 인정여부뿐만 아니라 인정하는 경우에도 부수의무의 하나로 볼 것인지 급부의무로부터 독립된 의무로 인정할지에 대하여 견해가 일치하지 않고 있다. 또한 부수의무에 대하여는 소구가능성을 기준으로 종속적 부수의무와 독립적 부수의무로 구별하는 견해가 있다(이호정(1991), 9-10면). 종속적 부수의무는 배려의무와 같이 주된 급부의무의 의무합치적 이행에만 기여하는 것으로 이행이 없는 경우에도 채권자는 소구할 수 없고 손해배상으로 만족하게 된다. 이에 반해 독립적 부수의무는 설명의무, 부작위의무와 같이 자체로 고유한 목적을 추구하는 것으로 이행이 없는 경우 채권자는 소구할 수 있음은 물론 계약해제까지도 행사할 수 있다고 새긴다.

인정할 실익이 있다고 보았다. 그리고 이러한 확대손해는 주로 부수의무 내지 기본의무 이외의 용태의무의 위반에 기인하여 발생하므로, 불완전이행의 본질도 이러한 의무를 적극적으로 위반한 데 있다고 이해하였다.[122] 그러나 불완전이행에 의해 구제되어야 할 채권자의 필요가 주로 확대손해에 있다 하더라도, 확대손해는 이행지체나 이행불능으로부터도 발생할 수 있는 것이어서[123] 불완전이행만의 고유한 개념징표가 아닐 뿐만 아니라 반드시 부수의무로부터 발생하는 것도 아니다.[124] 따라서 확대손해는 불완전급부 또는 부수의무 위반 모두에서 발생할 수 있는 것으로 단순히 불완전이행의 한 태양으로 파악되는 것이 타당하다. 이렇게 확대손해가 발생하는 불완전이행에는 주는 채무에서 인도된 물건에 신체 또는 재산손해를 야기할 가능성이 있는 결함이 존재하는 경우,[125] 물건 자체에 결함은 없으나 잠재된 위험성 또는 부수의무 위반으로 인해 채권자에게 신체 기타 재산손해를 야기하는 경우, 하는 채무에서 불완전급부 또는 부수의무 위반으로 채권자의 신체 또는 다른 재산에 손해를 발생시키는 경우가 있다.

(4) 불완전이행의 인정여부가 문제되는 경우

그 밖에 불완전이행인지 여부가 문제되는 사안으로 채무자가 불완전이행과 함께 이행지체에 빠진 경우, 일부불능·일부지체의 경우를 들 수 있다. 이는 주로 다른 채무불이행 유형과 중첩하는 외관과 관련된 논의로 불완전이행의 포괄적 성격에 기인한다고 볼 수 있다.

먼저 채무자가 불완전이행으로 인하여 이행지체에 빠진 경우, 일부견해는 우리 민법상 이행지체에 의하거나 하자담보책임 또는 불법행위책임에 의해 규율하면 충분하다고 한다.[126] 그러나 앞서 살펴본 바와 같이

122) 곽윤직(1999), 161-168면.
123) 주석민법/김상중(2013), 662-665면.
124) 서광민(1999), 505-506면; 송덕수(2015), 152면.
125) 대법원 1997. 5. 7. 선고 96다39455.
126) 이태제(1972), 37-39면; 장경학(1987), 58-60면; 김대정(2007), 361-363면. 앞서 설명한 것과 같이, 이러한 견해에 따르면 우리 민법 제390조는 이행지체와 이행불능만을 규정하고 있으며, 하자

이는 채무자가 불완전하지만 이행을 하였고 채권자가 이를 수령한 경우로서 이행지체와 구별되는 불완전이행의 징표를 구비한 것이다. 더욱이 이때 채권자가 추완을 청구하기 위해서는 앞서 이루어진 이행의 불완전을 증명해야 한다는 점에서 이를 전혀 이행이 없었던 이행지체와 동일하게 평가할 수는 없다.[127]

한편 일부불능 또는 일부지체의 사안에서 추완가능성을 기준으로 불완전이행과의 구별이 문제된다. 즉 채무자가 이행한 급부에 추완이 불가능한 이행불완전이 존재하는 일부불능과 불완전이행의 구별이 곤란하고, 추완이 가능한 이행불완전이 존재하는 일부지체와 불완전이행의 구별이 곤란하다. 일부 불능의 경우에 민법 제137조에 따른 일부무효의 법리가 적용된다는 견해가 있지만,[128] 불완전하지만 이행이 있었고 채권자가 이를 수령한 것으로서 불능이나 지체와 구별되기 때문에 불완전이행에 따라 처리하는 것이 타당하다. 또한 추완가능성을 기준으로 일부불능과 일부지체로 구분할 수 있지만, 이것은 민법이 불완전이행의 효과에 대한 규정을 따로 두고 있지 않기 때문에 불능과 지체에 준하여 처리할 수 있다는 의미일 뿐이다.

다. 하자의 태양

우리 민법이 예정하고 있는 하자의 모습은 매매(제569조~제584조), 도

있는 이행의 경우 우리 민법은 담보책임에 의해 규율하고 있다고 본다. 나아가 하자 있는 이행으로 인해 확대손해가 발생한 경우 채무자는 불법행위책임으로 의율된다고 한다. 이에 따르면 우리 민법은 제3의 채무불이행 유형으로서 불완전이행을 예정하고 있지 않다고 보게 된다. 한편 또 다른 견해는, 독일의 폐쇄적 유형론에 따른 불완전이행을 일반조항주의를 채택한 우리 민법에 그대로 적용하는 것을 비판하면서, 일반조항에 담길 수 있는 채무불이행 유형으로 이행지체, 이행불능 외에 확대손해에 대한 불완전이행만을 이행가해라는 이름으로 인정하고 있다. 지원림(1997), 396-397면.

127) 서광민(1999), 511면. 효과에 있어서 이행지체와 같이 취급되어 지연배상을 인정하는 것은 우리 민법상 불완전이행의 효과에 대한 명문규정의 미비로 유추적용되는 것일 뿐, 이로 인해 불완전이행이라는 법적 평가가 부정되는 것은 아니다. 지연배상이라는 구제수단의 측면에서 보면, 요건으로서 계약불이행 사실로 이행지체 또는 불완전이행이 포함된다. 이러한 지연배상에 비춰보면, 추완청구권 또는 대금감액권은 불완전이행을 특유한 계약불이행 사실로 하는 구제수단이라고 할 수 있다.

128) 송덕수(2015), 138면.

급(제667조~제672조), 여행계약(제674조의6~제674조의9) 등에서 담보책임의 규정내용을 통해 확인할 수 있다.[129] 특히 매매계약에 관한 규정은 계약의 성질이 허용하는 한 다른 유상계약에 준용하고 있어서(민법 제567조), 매도인의 담보책임에 관한 규정은 개별 계약에서 특칙을 둔 경우나 고용, 임치계약과 같이 성질상 준용되기 어려운 경우 이외의 유상계약에 폭넓게 준용될 수 있다.[130] 따라서 매도인의 담보책임에서 예정하고 있는 하자의 모습은 여타의 유상계약에서 규율하는 하자를 비교검토하고 분류하기 위한 척도가 될 수 있다. 매도인의 담보책임에서 규율하고 있는 하자는 실질적으로 이행불능, 불완전이행의 유형과 연관되어 있음을 알 수 있다. 즉, 매매의 목적인 권리 전부가 타인에게 귀속한 경우(제570조, 제571조), 매매의 목적인 부동산에 설정된 저당권, 전세권의 행사로 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 경우(제576조, 제577조)는 권리의 이전, 취득이 불능이거나 추탈당하여 권리를 잃은 것으로서 원시적 하자에 의한 이행불능을 규율하고 있다. 수량을 지정한 특정물매매에서 수량이 부족하거나 이미 일부가 멸실된 경우(제574조)는 부족하거나 멸실된 일부의 이행불능으로 볼 수도 있고, 약정한 전체 급부에 대한 불완전이행으로 볼 수도 있다. 그 밖에 매도인의 담보책임들은 권리 또는 물건의 일부에 존재하는 원시적 하자에 대한 불완전이행을 규율하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 나아가 증여, 사용대차, 이자없는 소비대차계약과 같은 무상계약의 담보책임도 물건 또는 권리를 그 대상으로 하므로 매도인의 담보책임이 규율하는 하자에 대한 이해를 동일하게 적용할 수 있다. 여기서 이하에서는 매도인의 담보책임을 중심으로 이와 성격이 다른 수급인의 담보책임, 여행주최자의 담보책임에서 규율하는 하자의 태양을 일별하기로 한다.

---

129) 이외에도 우리 민법은 공유물분할(제270조), 상속재산분할(제1016조~제1018조), 불특정물유증(제1082조)에서 매도인과 동일한 담보책임을 인정하고 있다. 또한 유상계약으로서 이자있는 소비대차(제602조 제1항) 및 무상계약으로서 증여(제559조), 사용대차(제612조), 이자없는 소비대차(제602조 제2항) 등에서 물건 또는 권리의 하자에 대하여 담보책임을 규정하고 있다.

130) 민법주해/심재돈(1997), 162면.

(1) 매도인의 담보책임

주는 채무를 내용으로 하는 매매계약에서, 매도인의 담보책임은 일반적으로 하자의 소재에 따라 '권리의 하자'로 인한 추탈담보책임과[131] '물건의 하자'로 인한 하자담보책임으로 구분된다.[132]

(가) 권리의 하자

추탈담보책임이 규율대상으로 하는 권리의 하자는 권리의 귀속, 향유, 취득에서 발생한다고 볼 수 있다. 그 하나는 매매의 목적인 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 경우로서 '권리귀속의 하자'에 해당한다(제570조~제573조). 다음으로 매매의 목적물이 지상권・지역권・전세권・질권・유치권의 목적이 된 경우(제575조 제1항) 또는 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우(제575조 제2항)로서 '권리향유의 하자'라고 할 수 있다. 또 다른 형태로는 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 경우(제576조~제577조)로서 '권리취득의 하자'가 있다. 한편 수량을 지정한 특정물매매에서 수량이 부족하거나 매매목적물의 일부가 계약당시에 이미 멸실된 경우(제574조)에 대하여는, 그 본질을 권리하자로 보는 견해와[133] 물건의 하자로 보는 견해가[134] 대립한다. 권리하자로 보는 견해는, 재산권의 일부가 전혀 존재하

131) 로마법 이래 '권리의 하자로 인한 담보책임'을 추탈담보책임으로 분류하는 것이 일반적이지만, 권리의 취득이 불가능한 타인권리매매(민법 제570조), 저당권 또는 전세권의 행사로 인한 담보책임의 경우(제576조) 등도 포함하는 넓은 개념이다. 민법주해/남효순(1997), 287면.

132) 한편 민법은 경매의 경우에도 매도인의 담보책임을 규정하고 있는데, 물건의 하자로 보아야 할 수량부족·일부멸실의 경우(제574조)를 제외하면 하자담보책임이 적용되지 않기 때문에(제580조 제2항) 권리의 하자로 인한 담보책임만 문제된다. 또한 채권매매에서 채무자의 자력에 관한 매도인의 담보책임의 경우(제579조)는 이뿐만 아니라 일반 재산권의 매매와 마찬가지로 권리하자로 인한 담보책임과 권리객체의 하자로 인한 담보책임이 모두 발생할 수 있다. 민법주해/남효순(1997), 288면.

133) 곽윤직(1998), 237면; 주석민법/김대정(2016), 409면은 이에 대한 담보책임을 '권리의 존재에 관한 하자담보책임'으로 지칭한다.

134) 이은영(2005), 325면; 민법주해/남효순(1997), 400-401면.

지 않는 것으로서 권리일부가 타인에게 속한 경우와 같은 결과가 되기 때문에 민법 제572조의 담보책임을 준용한 것이라고 한다. 그러나 권리일부가 감소한 것과 같은 외관은 결과일 뿐 특정물에 원시적으로 존재하는 수량부족 또는 일부멸실에 기인한 것으로서 물건의 하자로 보는 것이 타당하다.

(나) 물건의 하자

하자담보책임이 규율대상으로 하는 물건의 하자는 물건의 품질, 기능, 수량,[135] 종류[136] 등 물건의 교환가치나 사용가치에 영향을 미칠 일체의 성상에서 발생한다고 볼 수 있다. 그러나 우리 민법은 매매목적물의 특성을 기준으로 특정물인지 종류물인지에 따라 담보책임을 분류하고 있다. 따라서 물건하자의 태양도 매도인이 인도한 특정물의 품질, 기능 등 성상에 하자가 있는 경우로서 '특정물의 하자'(제580조)와 매매의 목적물이 종류물인 경우 그 후 특정된 목적물에 품질, 기능, 종류 등 성상에 하자가 있는 경우로서 '종류물의 하자'(제581조)로 구분된다.

(2) 수급인의 담보책임

수급인이 부담하는 담보책임은 '완성된 목적물의 하자'와 '완성전의 성취된 부분의 하자'를 대상으로 규정하고 있다(제667조, 제668조). 하지만 하는 채무를 본질로 하는 도급계약에서, '목적물' 또는 '성취된 부분'을 유형적인 일에 대한 하자로 국한할 것은 아니며 무

135) 수량부족·일부멸실(제574조)에 관하여 전술한 바와 같이 그 본질은 물건의 하자로 이해된다. 따라서 수량부족은 특정물하자의 특수한 경우로서 제574조는 특정물 하자에 대한 제580조에 대한 특칙이 된다(민법주해/남효순(1997), 400-401면). 비교법상으로도 개정 독일민법(제434조 제3항)과 개정 일본민법(제562조 제1항)은 수량부족을 물건하자와 동일하게 취급하는 명문의 규정을 두었을 뿐만 아니라 특정물과 종류물의 구별을 폐지하였다. 프랑스민법은 부동산매매에서 수량지정매매와 수량미지정매매 각각에 대하여 수량부족(제1617조 제2항, 제1619조)은 물론 수량과다(제1618조, 제1620조)에 대해서도 명문의 규정을 두고 있다.

136) 마찬가지로 개정 독일민법(제434조 제3항)과 개정 일본민법(제562조 제1항)은 이종물 인도를 물건하자의 하나로 규정하고 매도인의 담보책임에 의해 규율하고 있다.

형적인 일의 불완전한 처리를 포함하여 하자로 파악하는 것이 타당하다.[137] 또한 유상계약인 도급에서 매도인의 담보책임과 별도로 수급인의 담보책임을 규정한 취지에 비추어, 단순히 완성된 일의 재료가 가진 하자만을 규율하는 것은 아니다.[138] 이러한 이해에 따른 구체적 하자의 태양으로는, 재료의 결함으로 생긴 완성된 물건의 하자, 일의 완성과정에서 생기는 행위의 하자, 수급인이 완성하기로 한 결과의 하자가 있다.[139]

(3) 여행주최자의 담보책임

여행주최자의 담보책임은 “여행에 하자”라고 규정하여 일정한 하자의 모습을 특정하고 있지 않지만, 여행주최자가 제공하는 여행급부의 하자를 규율대상으로 한다(제674조의6, 제674조의7). 이렇게 하자의 태양을 추상적으로 규정한 것은, 서로 다른 다수의 급부가 하나의 전체급부를 이루면서 개별 급부들이 시간적, 장소적, 기능적으로 연결되어 있는 여행급부의 포괄적・연속적・결합적인 특성에 기인한다.[140] 이러한 여행급부의 하자는 여행계약의 개념표지에 비추어 몇 가지 태양으로 분류해볼 수 있는데(제674조의2), 운송의 하자, 숙박의 하자, 관광의 하자, 식사의 하자, 기타 여행서비스의 하자, 안전의 하자가 그것이다.[141] 마찬가지로 하는 채무를 본질로 하는 도급계약의 경우 유형적인 일의 하자와 재료의 결함으로 인한 완성물의 하자를 포함하는 것과 비교할 때, 여행급부의 하자는 여행계약의 본질상 무형적인 일의 완성이 목적인 하는 채무의 하자를 특색으로 한다.

---

137) 곽윤직(1998), 453면; 송덕수(2016), 332면.

138) 민법주해/김용담(1997), 453면.

139) 김형배·김규완·김명숙(2013), 1491면.

140) 남효순(2001), 166-167면. 이러한 여행계약의 법적성질에 대하여, 여행이라는 무형적 결과의 실현을 목적으로 하는 도급계약이라고 보는 견해, 여행주최자의 경험 등에 대한 신뢰관계를 토대로 하는 계속적 채권관계로서 위임계약이라고 보는 견해가 있지만, 서로 다른 수개의 부분급부로 구성되어 있으면서 각 급부가 시간적, 장소적, 기능적으로 연결되어 특정시점에 일회적으로 이행되는 것이 아니고, 무형의 일의 완성을 주된 목적으로 하는 점에서 독립계약설이 타당하다.

141) 박덕배(2017), 373면; 장창민(2017), 1247면.

라. 검토

이행의 불완전이 급부의무, 부수의무 및 각각에 있어서 확대손해의 형태로 발생함에 비하여, 매도인의 담보책임이 규율하는 하자는 권리와 물건의 하자로서 급부의무 가운데 주는 채무의 하자에 한정된다. 수급인의 담보책임은 유·무형의 일의 완성이 목적인 하는 채무의 하자를 그 모습으로 하며, 여행주최자의 담보책임은 무형적인 일의 완성이 목적인 하는 채무의 하자를 대상으로 나타난다. 요컨대 불이행의 사실로서 이행의 불완전은 채권관계의 모든 의무위반과[142] 그로부터 초래된 확대손해의 형태로 발생함에 비하여, 하자는 매매계약에서 주는 채무를 중심으로 규율되다가 여행계약의 신설로 하는 채무의 하자로 점차 확대되고 있다. 이렇게 불완전이행과 하자 있는 이행이 서로 접근하는 현상은 양자 사이에 본질적인 차이가 없다는 것을 보여준다.

4. 판단의 기준과 시점

가. 불완전이행의 판단

종류물의 매매에서 매도인이 하자 있는 물건을 제공한 것은 그가 자신의 계약상 채무를 제대로 이행하지 못한 불완전이행에 해당한다는 점에서는 이견이 없다. 왜냐하면 종류물매매에서 하자는 원시적인지 후발적인지 여부가 중요하지 않기 때문이다. 다만 종류물매매에서 하자 있는 물건의 제공은 불완전이행에 해당하여 매도인이 채무불이행책임을 부담할 수도 있지만 하자담보책임을 부담할 수도 있으므로, 이에 대하여 어떤 규율을 적용할지에 대한 문제만 남게 된다. 그러나 특정물매매에서 매도인이 하자 있는 물건을 제공한 경우 성질상 불완전이행으로서 채무불이행에 해당하는지는 특정물의 하자담보책임에 대한 견해마다 차이가

142) 앞서 설명한 것처럼 보호의무 위반의 경우 불완전이행의 한 모습으로 인정하는 견해와 불법행위로 규율하자는 견해로 나뉜다.

있다.

계약당사자들이 이행의 대상으로 약정한 특정물에 비록 하자가 있더라도 채무자가 이행기의 현상대로 제공을 하면, 하자에도 불구하고 매도인은 계약상 의무를 이행(Erfüllung)한 것이 된다는 '특정물 도그마'에 기초한 법정책임설에 따르면,[143] 특정물매도인이 제공한 물건의 하자가 원시적 하자인 경우에는 불이행의 문제가 발생하지 않는다. 또한 특정물에 원시적 하자가 있는 경우 매도인이 하자 없는 물건을 급부한다는 것이 애초에 불가능하다고 하여, 이때 이론상 원시적 일부불능이 존재하고 그 부분에 한해서는 '원시적 불능론'에 따라 채무가 성립할 수 없다고 본다. 그래서 법정책임설은 특정물매매에서의 하자담보책임이 원시적 불능에 대한 일정한 예외로서 법률이 정한 책임이라고 이해하는 것이다.[144] 즉, 민법 제535조에 따라서 원시적으로 불능인 급부를 목적으로 하는 계약은 무효이므로, 특정물에 치유할 수 없는 하자가 존재한다면 원시적 일부불능으로서 그 부분만큼 계약은 무효가 되어야 하지만, 그 예외로서 하자담보책임이 존재한다는 것이다.[145] 따라서 법정책임설의 입장에서 매도인의 하자 있는 물건제공이 불완전이행을 구성하게 되는 경우는 물건의 하자가 계약체결 이후 시점에 발생한 경우, 즉 후발적 하자에 대하여 매도인이 유책한 경우에 한정된다.

반면 하자담보책임의 본질에 대한 채무불이행책임설에 따르면,[146] 하자 있는 특정물의 인도는 매도인이 그의 의무를 완전하게 이행한 것이 아니므로 원칙적으로 불완전이행에 해당하지만, 하자에 관해서 과실이 없기 때문에 하자담보책임 규정을 적용하는 것이라고 본다. 채무불이행

143) 주석민법/김현채(1999), 69면 이하; 김기선(1982), 132면 이하; 김석우, 181면 이하; 김증한(1989), 146면 이하; 김현태(1969), 117면 이하; 이영환(1978), 286면 이하; 이태재(1985), 172면 이하; 박휘호(2006), 93면 이하.

144) 민법주해/남효순(1997), 225-226면.

145) 김기선(1982), 132면.

146) 민법주해/남효순(1997), 256면 이하; 곽윤직(1998), 136면; 김주수(1997), 199면 이하; 김형배(2001), 318면 이하; 명순구(2006), 319면; 박종권(2005), 21면 이하; 사동천(2002), 174면; 안법영(1995), 198-200면; 안춘수(1995), 419면 이하; 이은영(2005), 309면; 조규창(1998b), 210면 이하; 황적인(1987), 191면.

책임설은 특정물 도그마를 부정하여 매도인의 하자 없는 급부의무를 인정하고, 매매계약상 매매의 목적물은 계약당사자들이 의도하거나 기대하였던 물건으로 이해한다. 따라서 하자 있는 특정물을 인도한 것은 '있어야 할 상태', 바로 계약당위(Vertragsoll)에 대한 이행의무를 위반한 것으로 유효한 변제가 될 수 없다고 보는 것이다. 이러한 채무불이행책임설에 따르면 특정물매도인의 하자 있는 물건제공은 채무불이행의 한 형태로서 불완전이행으로 이해된다. 다만 이에 대하여 민법상 매매계약의 절에서 하자담보책임을 규정하고 있으므로, 그 성격에도 불구하고 특별규정인 하자담보책임규정이 우선하여 적용된다고 본다.[147] 그러나 채무불이행책임설에 따르더라도 계약체결 이후에 발생한 하자, 즉 후발적 하자에 대해서는 매도인의 유책사유 여부에 따라서 채무불이행책임이나 위험부담에 의해 규율되는 것으로 이해한다.

나. 하자의 판단

(1) 하자의 판단기준

하자의 판단기준에 대해서는 물건의 통상적인 성상을 기준으로 판단해야 한다는 객관적 하자설과 계약당사자에 의하여 약정된 목적에 따라서 판단해야 한다는 주관적 하자설, 그리고 양 개념을 동시에 고려하여야 한다는 절충설이 있다. 우선 객관적 하자설에 따르면,[148] 하자란 통상목적에 대한 부적합과 유사한 의미로서 해당 물건이 통상적으로 기대되는 성상을 갖추고 있지 못하면 하자가 존재한다고 본다. 즉, 매매계약당사자가 매매의 목적물의 성상이나 사용목적에 대하여 구체적으로 합의하였더라도 그와 같은 합의는 목적물의 성상과 종류를 보다 세밀하게 정한 것에 지나지 않으므로, 하자의 판단기준은 계약당사자의 구체적인 의사가 아닌 그러한 종류의 계약에 합당한 통상적인 성상이어야 한다는

147) 그러나 채무불이행책임설 내에서도 양 책임의 경합에 대하여 서로 다른 해결들이 제시되고 있다.

148) 곽윤직(1998), 245면; 김기선(1982), 109면; 김증한(1989), 157면; 이태제(1985), 185면.

것이다. 구체적으로는 동종의 물건이 일반적으로 갖출 것으로 기대되는 품질 · 기능 · 성능 · 성상 · 내력 · 외관 · 안정성 등 물건의 교환가치나 사용가치에 영향을 미치는 일체의 요소가 그 기준이 된다고 한다. 이렇게 객관적 기준에 따른 하자판단의 근거는 무엇보다도 채무자의 주관적인 과책없이 발생하는 책임이 계약당사자의 주관적 기준에 의해서 좌우되는 것은 타당하지 않기 때문이라고 한다. 반면 주관적 하자설은 물건이 약정한 성상을 결여한 것을 하자로 이해하여, 계약당사자의 합의내용을 기준으로 하자여부를 판단하여야 하고 객관적 기준은 보충적으로 적용될 수 있다는 견해이다.[149] 그리고 절충설은 하자를 매매의 목적물이 합의된 성질 · 성능에 부적합하거나, 통상적인 사용이나 계약에서 전제된 사용에 부적합하거나, 당사자가 예정한 또는 보증한 사용에 부적합한 것이라고 정의함으로써, 하자의 판단은 우선 당사자의 합의에 비추어 판단하되 그러한 합의가 없거나 물건의 용도 내지 성질에 관하여 언급하지 않은 경우에는 객관적으로 파악되어야 한다고 이해한다.[150]

(2) 하자의 판단시기

물건의 하자가 언제 존재해야 되는지, 즉 하자의 판단시기와 관련해, 우리 민법은 불특정물의 경우 '특정된 물건에 하자가 있는 때'(제581조 제1항)라고 해서 특정시를 판단시기로 보는데 문제가 없지만,[151] 특정물의 경우 '하자가 있는 때'(제580조 제1항)라고만 하여 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그래서 특정물의 하자 판단시기를 둘러싸고 견해의 대립이 존재하는데, 이러한 견해들은 담보책임의 본질에 대한 학설의 입장에 따라 그 판단을 달리하고 있다. 법정책임설은 '계약체결

149) 민법주해/남효순(1997), 500면; 주석민법/김현채(1999), 146면; 김형배(1999), 351면; 조규창(1998), 326면; 김범철(2001), 356면; 박휘호(2006), 111면;

150) 민법주해/남효순(1997), 500-501면; 이은영(2005), 335면.

151) 그러나, 불특정물의 경우에도 특정 후 보관 중에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 발생하는지에 관하여 특정물매매와 마찬가지로 견해의 대립이 존재한다. 채무불이행책임설은 하자가 특정시에 존재해야 하고 불특정물이 특정된 후에는 일반 채무불이행책임의 성립만이 문제될 뿐이라고 한다. 반면 하자담보책임설은 위험이 매수인에게 이전될 때까지 발생한 하자에 대하여 매도인이 담보책임을 부담한다고 한다. 민법주해/남효순(1997), 551-552면.

시’에 존재하는 하자에 대하여 담보책임을 인정하는데,[152] 원시적 일부불능을 하자로 봄으로써 형평의 원칙상 매도인에게 무과실의 담보책임을 부담시키기 때문이다. 또한 ‘계약당시’라고 하여 원시적 하자를 전제하고 있는 민법 제571조를 고려하면 계약체결시가 그 기준이 될 수 있다고 본다. 반면 채무불이행책임설은 매매목적물에 대한 ‘위험이전시’를 하자의 판단시기로 본다.[153] 왜냐하면 담보책임의 발생시기를 위험이전시로 봄으로써 특정물 도그마의 제약을 받지 않을 수 있고, 매수인으로서는 하자가 계약체결 이전에 발생했는지 또는 이후에 발생했는지 상관없이 이행시 또는 위험이전시 존재하는 하자일 뿐이기 때문이다. 이와 달리 채무불이행책임설의 입장에서도 하자담보책임의 대상으로서의 하자를 계약체결시에 존재하는 원시적 하자로 보는 견해도 있다.[154] 이 견해는 특정물 도그마는 이미 폐기된 것으로 하자의 존재시기를 연결지어 이해할 필요가 없으며, 특정물과 종류물에서 모두 ‘특정시’를 기준으로 하게 되어 통일적인 기준설정이 가능하고, 무과실책임은 명문의 규정이 있는 경우에만 예외적으로 인정되는 것이어서 독일민법과 같이 하자의 존재시기를 위험이전시로 명시하지 않은 이상(제434조 제1항) 예외를 확대할 수는 없으며, 담보책임 규정들을 전반적으로 살펴보면 계약체결 당시에 존재하는 하자를 대상으로 한다고 보는 것이 합리적이라고 한다.

(3) 판례

먼저 하자의 판단기준에 대해 판례의 태도는 특정 기준을 통일적으로 채택하지 않고, 사안에 따라 객관적 하자개념과 주관적 하자개념을 혼용하고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 매수인이 승강기의 제원 등을 제시

152) 주석민법/김현채(1999), 152-153면; 김기선(1982), 142면; 김증한(1989), 157면; 김현태(1969), 124면; 이태제(1985), 184면.
153) 김형배(1999), 353-354면; 안춘수(1995), 428-429면; 이상광(1998), 299면; 이은영(2005), 338면; 김범철(2000), 363면.
154) 민법주해/남효순(1997), 504-505면

하고 매도인이 거기에 맞는 용량과 성능을 갖춘 제품을 공급하여 주기로 약정하였다면 그 결함은 계약상 예정된 성능을 결여한 하자라고 판시하였는바, 이는 주관적 하자개념에 따른 판결이라고 볼 수 있다.[155] 반면 매도인이 매수인에게 공급한 기계가 통상의 품질이나 성능을 갖추고 있는 경우, 매수인이 매도인에게 제품이 사용될 작업환경을 설명하면서 필요한 품질 등을 갖추고 있는 제품의 공급을 요구한 데 대하여 매도인이 그러한 품질을 갖춘 제품이라는 점을 명시적으로나 묵시적으로 보증하고 공급하였다는 사실이 인정되어야만 목적물의 하자가 있다고 판시하였는데, 이는 객관적 하자개념을 채택한 판결로 볼 수 있다.[156] 또한 분양된 아파트가 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 하거나 주택법상의 주택건설기준 등 거래상 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임이 인정된다고 판시한 사례에서는, 객관적 하자개념과 주관적 하자개념을 함께 적용한 것으로 볼 수 있다.[157]

한편 하자의 판단시기와 관련해 판례는 건축을 목적으로 매매된 토지에 대한 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이라고 하여, 계약성립시를 기준으로 삼고 있다.[158] 반면, 매매의 목적물을 종류로 지정하였는데 그 후 특정된 목적물에 있는 하자가 있는 경우 매수인은 하자로 인한 권리를 갖는다고 하여, 불특정물매매에서 특정시를 판단기준으로 하였다.[159]

다. 검토

민법상 명문으로 규정되어 있지 않은 불완전이행 및 하자의 판단기준은 해석론에 맡겨져 있고, 그 해석은 담보책임의 법적성질을 파악하는

155) 대법원 1995. 6. 30, 선고 95다2616・2617.
156) 대법원 2002. 4. 12, 선고 2000다17834.
157) 대법원 2010. 4. 29, 선고 2007다9139.
158) 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506.
159) 대법원 2014.05.16. 선고 2012다72582 판결.

학설의 태도와 연관되어 있음을 알 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 특정물 도그마와 원시적 불능론을 핵심적인 논거로 하는 법정책임설은 하자 있는 급부자체로 완전한 이행이 된다고 하면서 원시적 일부불능을 하자로 처리하여 당사자의 의사를 왜곡하는 것으로서 수긍하기 어렵다. 따라서 하자 있는 특정물의 급부는 본래 채무자가 부담하는 하자 없는 급부의무를 위반한 불완전이행으로서 그 본질을 채무불이행책임으로 파악하는 것이 타당하다. 아울러 이렇게 특정물 도그마를 부정하더라도 독일 민법과 같이 하자의 존재시기를 위험이전시로 보는 명문의 규정이 없는 이상, 우리 민법의 법문에 충실히 해석하여야 하고 따라서 우리 민법의 담보책임은 계약체결시설을 의도한 것으로 보는 것이 타당하다(제571조 제1항, 제574조). 이에 따르면 담보책임의 법적성질은 채무불이행책임이지만, 원시적 하자에 대하여 무과실책임인 담보책임이 채무불이행책임의 특칙으로서 우선적으로 적용된다.[160] 다만, 매도인에게 유책사유가 있는 경우에는 불완전이행으로 인한 채무불이행책임도 발생하기 때문에 양 책임의 경합이 발생할 수 있다.

5. 소결

우리 민법상 계약책임과 관련하여 별개로 규정된 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 체계 하에서 실질적으로 양 책임의 중첩을 발생시키는 객관적 요건으로서 불완전이행과 하자 사이에 어떤 차이가 있는지 비교해 보았다. 우리 민법은 비록 불완전이행의 개념과 태양, 발생요건과 효과에 대해 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 담보책임을 통해 규율하고 있는 불완전이행에 대한 해석을 통해서 불완전이행의 징표를 도출해 볼 수 있었다. 아울러 마찬가지로 우리 민법은 하자의 개념과 기준에 대해서

160) 이때 후발적 하자의 경우에 매도인에게 유책사유가 없는 경우 규율의 공백이 생긴다는 지적이 있을 수 있다. 하지만, 이는 위험부담의 문제로서 일부불능이 된 부분에 대하여 매도인은 대금의 지급을 청구할 수 없거나 이미 받은 대금을 반환해야 하므로 문제될 것이 없다. 박희호(2017), 314-315면.

도 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 하자는 유상계약상 주는 급부에서 문제되었으며 권리 및 물건에 원시적으로 존재하는 계약부적합에 대해 채무자에게 유책사유가 없더라도 인정될 수 있다. 반면, 불완전이행은 하는 급부, 주는 급부, 부작위급부를 비롯한 모든 채무에 있어서 채무자의 이행이 유책한 사유로 계약내용에 부합하지 않을 때 인정된다는 점에서 원칙적으로 구별될 수 있었다. 그러나 수급인의 담보책임과 최근 도입된 여행주최자의 담보책임은 하는 급부의 하자를 규율함으로써 하자의 인정 범위를 확대하고 있다. 이와 같은 불완전이행에 의한 채무불이행책임과 담보책임의 상호 접근 현상은 양자 사이에 본질적인 차이가 없음을 확인해 주고 있다. 이로써 우리 민법이 국제적 규율 변화의 경향과 조화되도록 양 책임을 '불완전이행책임'으로 일원화해서 현대화될 수 있는지, 객관적 요건을 통해서 통일적 계약책임체계 운영을 위한 기초를 살펴보았다.

제4절 계약채무불이행책임에서 유책사유의 배제가능성과 한계

포괄적으로 '불완전이행책임'의 객관적 실질을 가지면서 민법상 책임의 내용이 중첩되는 양 책임의 통일적 운영을 위해, 종래 다수설에 따르면 계약채무불이행책임의 주관적 요건인 유책사유를 계약채무불이행책임에서 해석상 분리 · 배제할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

1. 민법 제390조 단서의 해석과 문제의 소재

채무불이행책임의 유책성 요건과 관련해, 먼저 "채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때"라는 민법 제390조 단서의 법문에 비추어 과연 유책성이 모든 유형의 채무불이행에 공통된 주관적 요건인가에 대해 의문이 제기되어 왔다.[161] 같은 맥락에서 해제권의 발생요건을 정하고 있

는 민법 제544조(이행지체와 해제), 제545조(정기행위와 해제), 제546조(이행불능과 해제)의 해석과 관련해서도, 민법이 이행불능의 경우에만 '채무자의 책임있는 사유'를 명시하고 있어서 유책성이 해제권 일반의 요건인지에 대해서도 비판이 있어왔다. 나아가 제390조 단서가 불법행위책임의 규정방식과 비교해 볼 때 유책사유를 면책요건처럼 규정하고 있어서, 유책사유를 과연 채무불이행책임의 발생요건으로 규정한 것인지 의문을 제기하는 견해도 있다.[162] 여기서 먼저 우리 민법 제390조가 유책사유를 요건으로 하게 된 배경과 그 의미를 추급해 볼 필요가 있다.

2. 민법 제390조의 입법연혁과 책임귀속의 정당화 근거

가. 민법 제390조의 입법연혁

(1) 입법경과

본조는 아래와 같이 민법초안 제381조와 같은 규정구조를 취하고 있다는 것 외에, 본조는 물론 우리 민법을 제정한 입법자의 의사를 파악할 수 있는 직접적 자료인 입법이유서가 남아 있지 않다.

민법	민법초안
제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.	**제381조(채무불이행과 손해배상)** 채무자가 채무의 내용에 적합한 이행을 하지 아니하면 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

161) 민법주해/양창수(1997), 350-351면; 곽윤직(1999), 127면; 김석우(1977), 103면; 김용한(1983), 121면; 김증한(1988), 53면; 김형배(1994), 168면; 현승종(1982), 112면; 이우석(1998), 416면; 김동훈(1999), 264-265면.

162) 김동훈(1999), 253-254면; 박영복(2005), 361면; 신국미(2013), 186면.

다만 그간 우리 민법의 입법연혁에 대한 연구의 축적을 통해 소개된 다수의 자료들 예컨대, 조선법제편찬위원회의 '조선임시민법전편찬요강'(1948),[163] 법전편찬위원회의 '법전편찬위원총회의사록(초)'(1949),[164] '민법전편찬요강'(1950),[165] 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회의 '민법안심의록'(1957), '민법안심의자료집'(1957), 민의원 본회의의 '국회속기록', 민사법연구회의 '민법안의견서'(1957) 등은 간접적으로 본조의 제정과정에 대한 추단의 단서들을 남겨놓고 있다. 이 가운데 민법안심의록에 따르면, 민법제정당시 민법안소위원회에서 민법초안 제381조를 심의하면서 독일민법 제280조, 프랑스민법 제1147조, 스위스채무법 제97조, 중화민국민법 제226조, 만주국민법 제337조 등을 참조하여 입법하였으며, 의용민법 제415조와 동일한 취지임을 추상적으로 밝히고 있을 뿐이다.[166] 또한 법전편찬위원회 위원장을 맡아 민법초안 완성에 주도적 역할을 한 것으로 알려진 김병로 대법원장은[167] 1957년 국회에서 민법초안 취지를 설명하면서, 당시 우리의 국가적·사회적 여건을 보면 6·25 사변으로 입법자료들이 소실되고 법전편찬위원회 위원들이 납북되거나 사망하는 등으로 민법전 편찬에 장애가 많았음을 토로하면서 일본법뿐만 아니라 우리 입법현실에 적합한 그 밖의 외국법제들을 두루 참조하였다고 하였다.[168] 그렇

163) 조선법제편찬위원회, "조선법제편찬위원회기초요강(3)", 법정 제3권 제8호, 1948, 41면; 양창수(1989), 190-192면.

164) 법전편찬위원회, 법률평론 제1권 제1호~제3호, 대한법리연구회, 1949; 양창수(1994), 306-323면.

165) 양창수(1989), 211-218면.

166) 민법안심의록 상권, 민의원·법제사법위원회·민법안심의소위원회, 1957, 233면.

167) 이홍민(2011), 36-39면.

168) 제26회 국회속기록 제31호, 5면 이하, "…그 다음에 이 민법에 있어서는 혹은 초안을 읽어 보신 이가 이러한 생각을 하실지는 모르겠습니다. 어째 일본법에 공통되는 똑같은 조문이 많다 혹은 이러한 생각을 하실는지 모릅니다마는 그것은 결단코 처음 기안할 때에 일본법이라는 것은 덮어 놓고 사실은 그것도 한 다른 나라 법과 같이 참고로 밖에는 보지 않았읍니다. 그러나 일본법이라는 법자체가 민법이 불란서법 독일법 그것을 태반히 갖다가 그대로 번역한 것이란 말이에요. 또 근래에 참고로 하는 제일 가찹게 제정되었다는 중국법 또는 만주국법 이것도 전부 일본 사람이 가서 다 기안하고 일본 사람이 한 것이라 그 말이예요. 그럼 인제 여기서 독일 것이나 불란서 것이나 설혹 중국 것이나 만주국법이나 어느 것을 가서 참고하고서 우리 나라에 이와 같은 조문이 적당하다고 생각할 수 있는 그것이 자연적으로 일본 것하고 보통에 있어서는 합치되

다면 이러한 단서들을 기초로 우리 민법초안 제381조와 참고가 된 외국 법제의 규정형식과 의미를 객관적으로 비교해 봄으로써, 그 구체적인 영향관계를 파악하고 입법자의 의도를 간접적으로나마 추론해 볼 수 있을 것이다.

(2) 민법초안 제381조와 의용민법・만주국민법 비교

(가) 민법초안 제381조과 의용민법 제415조

우선 민법안심의록에서 '동일한 취지'라고 밝힌 의용민법 제415조와[169] 내용을 비교해 보면 아래와 같다.

민법초안	의용민법
제381조 채무자가 채무의 내용에 적합한 이행을 하지 아니하면 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.	**제415조** 채무자가 그 채무의 본지에 좇은 이행을 하지 아니하는 때에는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자의 책임으로 돌아갈 사유로 인하여 이행을 할 수 없음에 이른 때에도 같다.

규정의 형식을 보면, 민법초안 본조가 본문/단서의 구조를 취한 반면, 의용민법 본조는 1문/2문의 구조를 취한 점에서 큰 차이가 있다.[170] 그러나 규정내용을 비교해 보면, 민법초안 본문 전단의 "채무의 내용에 적합한 이행"과 의용민법 1문 전단의 "채무의 본지에 좇은 이행"은 표현상의 차이를 제외하면 동일한 의미인 것을 알 수 있다. 또한 민법

는 조문이 많습니다. 그 외에 어느 나라 법이 되었던 우리 나라에는 적당하지 못하다 우리 나라 현사태에 있어서 현실에 있어서 우리 나라 역사적 발전에 있어서 여러 가지로 문화적 전통에 있어서 이것은 우리가 이걸 수종할 수 없다고 한 것은 하나도 수종하지 안했다. 또 설혹 가차운 나라가 아니고 저 먼데 나라도 어느 나라 것 되든지 말이지 그 조문 조문이 우리 나라 지금의 입법에 현실에 적당하다고 보는 조문은 어디서든지 끌어왔습니다."

169) 법원행정처, 주요 구법령집(상), 재판자료 제41집, 1987, 137면.

170) 이러한 형식적 차이의 함의를 지적한 견해로, 김형배(1985), 339면 이하; 민법주해/양창수(1997), 209면.

초안 단서의 “이행할 수 없게 된 때”라는 기술은 의용민법의 “이행을 할 수 없음에 이른 때”를 받아들인 것으로 볼 수 있다.

여기서 의용민법 제415조의 입법배경을 참조해 보면, 심의 당시 수정대상이 된 의용민법 재산편 제383조는 일본에서 Boissonade 기안의 민법초안 재산편 제403조, 재각민법초안 제2편 인권의 부 제903조 제1항 및 법률취조위원회에 제출된 민법초안 재산편 제403조 제1항을 거쳐 만들어졌다. 이때 채무의 불이행으로는 이행거절, 이행불능, 이행지체를 고려하고, 이행불능의 경우만 귀책사유를 요구하는 Boissonade의 견해가 반영되었다.[171] 그 후 법전조사회의 논의과정에서는 당초 “채무자가 그 채무의 본지에 좇아 이행을 하지 않은 때에는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 다만 그 불이행이 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다”는 원안 제409조가 제시되었다. 이것을 나중에 법전조사회가 수정하는 과정에서 의용민법 제415조와 같은 내용으로 규정하게 되는데, 이것은 ‘불능’도 채무불이행에 해당한다는 것을 명확히 하기 위한 것이지, 전단의 불이행과 후단의 불능 모든 경우에 ‘채무자의 귀책사유’를 요건으로 한다는 점에 변경을 가하고자 의도한 것은 아니었다고 한다.[172] 이렇듯 일본민법의 기초자들은 어디까지나 제415조 전단의 ‘채무의 본지에 따른 이행을 하지 않는’이라는 개념 속에 모든 유형의 채무불이행이 포함된다고 생각하였으며, 다만 후단에서 귀책사유로 ‘이행할 수 없는’ 경우도 명시하여 확인한 것일 뿐이라고 한다.[173]

(나) 민법초안 제381조와 만주국민법 제377조

또한 민법안심의록은 참조한 외국입법례를 열거하면서 만주국민법 제377조에[174] 대해서도 민법초안 본조와 ‘동일한 취지’라고 설명하

171) 潮見佳男(2003), 260-261頁.
172) 潮見佳男(2003), 261頁.
173) 玉樹智文, “史料債權總則(2)”, 民商法雜紙 83卷号(1980. 10), 京大民法史料研究會, 160頁.
174) 법무부조사국, “소련·중국 및 만주민법전”, 법무자료 제3집(1940), “만주지방민법전”, 64면.

였다. 살펴보면,

민법초안	만주국민법
제381조 채무자가 채무의 내용에 적합한 이행을 하지 아니하면 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.	**제377조** 채무자가 채무의 본지에 따른 이행을 하지 않든가 또는 이것을 할 수 없는 때는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 단, 그 불이행이 채무자의 고의 또는 과실에 인하지 않을 때는 그렇지 않다.

규정의 형식을 놓고 보면, 만주국민법은 민법초안과 같이 본문/단서의 구조를 취하고 있어서 의용민법보다 우리 민법초안과 훨씬 유사함에 분명하다. 그런데 내용에 있어서는 작지 않은 차이점을 발견할 수 있는데, 민법초안과 달리 만주국민법 본문 전단은 “이행을 하지 않”는 경우와 “할 수 없는” 경우를 구별하고 있다. 아울러 단서에서도 민법초안이 “이행할 수 없게 된 때”라고 기술함에 반하여 만주국민법은 “그 불이행”이라고 하여 본문의 두 경우를 포괄하는 의미로 사용한 것이라 이해할 수 있다.

만주국민법이 민법초안 본조와 상당한 차이를 보이는 것과 다르게 인접한 전후의 조항들은 민법초안의 해당 조항들과 거의 유사하다.[175] 오히려 만주국민법은 일본민법과 개별 규정들에서 상당한 차이를 나타내는데, 이는 만주국민법이 1935년 제정작업에 들어가 1937년 시행되면서 당시 일본민법학계의 해석 및 입법론을 충실하게 반영하여 제정되었기 때문으로 보인다.[176] 이로써 만주국민법은 특히 독일민법에 근접하게

175) 민법초안 제378조와 만주국민법 제374조(이행기와 이행지체), 민법초안 제379조와 만주국민법 제375조(기한의 이익의 상실), 민법초안 제380조와 만주국민법 제376조(강제이행), 민법초안 제382조와 만주국민법 제378조(이행보조자의 고의, 과실), 민법초안 제383조와 만주국민법 제379조(이행지체 중의 손해배상), 민법초안 제384조와 만주국민법 제380조(손해배상의 범위), 민법초안 제385조와 만주국민법 제381조(손해배상의 방법). 법무부조사국, “소련·중국 및 만주민법전”, 법무자료 제3집(1940), 63면 이하; 滿洲帝國民商法典 : 日文, 名古屋高等商業學校興亞會(1940), 45頁.

되고, 이것은 명치 말 이후 일본민법학이 독일의 학설을 계수하면서 일본의 법학자와 실무가들이 그들의 식민지 입법에 반영한 것이라고 할 수 있다. 일본민법은 프랑스민법전을 모방한 Boissonade 초안을 기반으로 그 밖의 서구 제법전들을 참조하여 수정된 비교법의 소산이었지만, 그 시행 후 1920년 경까지 독일법학이 일본법학에 지배적인 영향을 미침으로써 그 해석을 차용한 것으로 평가된다.

(다) 검토

우리 민법제정 당시 민법총칙 규정 등 상당한 수의 조항들이 일본민법학을 이식받아 제정된 만주국민법전의 규정들과 거의 흡사하다는 것을 부인하기는 어렵다. 그러나, 우리 제정민법은 만주국민법전에 없거나 그와 다르다고 볼 수밖에 없는 규정들을 두고 있으며 이는 김병로 대법원장의 설명과[177] 같이 어느 한 법전만을 추종했다고 볼 수는 없는 근거가 된다. 예를 들어, 우리 입법자는 재산법에 있어서 가장 중요한 입법적 토대라 할 부동산 물권변동과 관련해서는 당시의 등기현실을 감안하여 특정 입법례에 구속되지 않고 부동산등기에 공신력을 부인하는 고유한 결단을 하였다. 이와 마찬가지로 채무불이행 규정을 만들 때에도 위에서 살펴본 바에 따르면 형식과 내용 면에서 만주국민법은 물론 의용민법 어느 하나를 맹목적으로 추종했다고 볼 수는 없다. 이보다는 참조할 수 있는 모든 외국의 입법례를 조합해서 우리에게 적합한 채무불이행법을 규정했다고 보아야 한다.[178]

이런 맥락에서 민법초안 본문이 모든 유형의 채무불이행을 아우를 수 있는 포괄적 일반조항을 규정한 데는, 규정형식과 내용을 비교해 볼 때 급부불능과 지체를 중심으로 하는 폐쇄적 유형론을 구사했던 독일민법전과 달리 의용민법 제415조와 그 성립의 기반이 된 프랑스민법전 제1147조,[179] 스위스채무법 제97조의 규율방식을 수용한 것으로 보는 것

176) 이철송(2017), 9-11면; 안법영(2004), 115-116면.
177) 각주168) 참조.
178) 안법영(2004), 119면.

이 타당하다.[180] 반면, 단서에서 고의나 과실을 규정한 것은 본문과 달리 프랑스민법전의 규정형식을 따른 것은 아니고, 만주국민법 제377조, 의용민법 제415조 및 만주국과 일본에 귀책원리를 전파한 독일민법전의 규율방식을 따른 것으로 볼 수 있다.

나. 민법 제390조에서 책임귀속의 정당화 근거

위에서 살펴본 것처럼, 채무자가 채무를 불이행한 경우에 그에 따른 책임을 채무자에게 귀속시키기 위한 정당화 근거에 대해 우리 민법은 독일민법 제276조의 귀책원리를 계수한 일본민법학을 수용한 것이라고 볼 수 있다. 일본민법 기초 당시 귀책사유에 대한 정밀한 이해를 갖지 못하였던 일본의 통설은 계수과정을 통해 손해배상책임의 '귀책사유'를 채무자의 고의·과실 또는 신의칙상 이와 동일시 할 수 있는 사유로서 이행보조자의 고의·과실로 파악했던 것이다. 이것이 곧 우리 입법자에 의해 민법전에 반영되고, 민법학에도 수용되어 지금의 통설이 되었다.

그러나, 민법초안 제381조 단서의 "고의나 과실없이"를 의용민법 제415조 2문의 "책임으로 돌아갈 사유"와 반드시 동일시 할 수 있는지는 의문이다. 즉 고의나 과실을 반대해석상 책임발생요건으로 삼은 것인지 또는 문언에 따라 면책요건으로 삼은 것인지, 고의나 과실이 없는 경우란 책임으로 돌릴 수 없는 경우의 예시인지, 나아가 고의나 과실을 채무불이행책임의 일반요건으로 정한 것인지 명확하지 않다. 당시 일본에서 채무불이행 규정에 대한 일련의 심의가 이루어지는 중에도 이에 대해서는 논의되지 않았다. 다만 불가항력 이외의 채무불이행에 대한 원인을 열거하기보다는 '과실에 의하였다'라는 입법방식을 취하는 것이 여러

179) 조규창(1998a), 260-261면.

180) 일부 견해는, 의용민법이 성립한 1898년을 기준으로 볼 때 구 독일민법과 같은 규율방식을 취한 2초안(1895), 3초안(1896)보다는 1888년 채무불이행책임에 관한 일반조항형태로 성안된 구 독일민법 1초안을 모범으로 하여 만들어졌다는 견해를 피력하고 있다(안법영(2004), 109-110면; 곽윤직(1984), 57면). 그러나 의용민법이 성립되기까지 이미 일본민법은 Boissonade 초안을 통해 프랑스민법전의 포괄적 일반규정 방식을 제안받은 터여서 새삼스럽게 독일민법 1초안을 모범으로 삼았다고까지 보기에는 무리가 있다.

외국에서의 경향이라고 기술하고 있을 뿐이다.[181] 결국 독일민법의 영향을 받고 나서야 일본에서 채무자의 귀책사유에 대한 논의가 전개되기 시작하였다. 이렇게 일본 내에서 있었던 '귀책사유'에 관한 담론은 우리 학계에서 비판적 고려없이 다시 그대로 전수되어 오늘에 이른 것이다. 그러나 1990년을 전후해 일본에서도 "책임으로 돌아갈 사유"의 의미를 고의·과실과 다르게 보려는 시도가 있어 왔고,[182] 최근 개정 일본채권법에 반영되기에 이르렀다는 점은 주목할 부분이다.

3. 계약채무불이행책임 귀속의 정당화 근거 유형과 재구성 시도

가. 문제의 소재

입법형식이나 내용의 차이에도 불구하고, 독일민법의 이론에 깊이 감화된 일본민법은 채무불이행책임 유형의 폐쇄적 열거주의 및 불법행위책임과 마찬가지의 과실책임주의라는 공통분모 아래 계약불이책임체계를 규율하였다. 우리 입법자 역시 일본민법을 통해 유책원리를 수용하는 과정에서 불법행위책임과 다른 채무불이행책임 고유의 정당화 특성 또는 정당화 판단의 출발점인 채무의 발생원인에 따른 책임귀속의 정당화 근거에 대해 사려깊은 검토를 하지는 못하였다. 반면, 앞서 살펴본 바와 같이 입법형식에 비추어 제390조의 법문상 일본민법의 '책임으로 돌아갈 사유'와 본조의 고의·과실이 가진 의미 및 기능의 차이에 대한 논란의 여지를 남겨두고 있다. 여기서 먼저 정당화 근거에 대해 타당한 해석의 준칙을 마련하기 위해서, 채무불이행책임의 귀속에 대한 정당화 근거의 유형을 일별하고 아울러 채무불이행책임에 있어서 과실책임주의를 극복하려는 시도들을 검토하기로 한다. 이는 근본적으로 계약상 위험배분의 문제를 어떻게 처리할지에 대한 입법태도와 연결되어 있다.

---

181) 潮見佳男(2003), 261頁.
182) 吉全邦彦(1990), 13頁.

나. 정당화 근거의 유형

채무불이행으로 인하여 발생한 계약책임을 채무자에게 귀속시킬 때 이를 정당화하는 구조에는 크게 세 가지 유형이 있다. 이는 채무불이행책임 귀속의 정당화 근거를 불법행위책임과 동일하게 처리하는 모델과 계약에 고유한 구속력으로부터 찾는 모델, 그리고 채무의 성격에 따라 구별하는 절충모델로 분류할 수 있다.

(1) 유책요건 모델

계약책임 귀속의 정당화 근거를 채무자의 주의의무위반에서 찾는 '과실책임주의' 유형으로 로마법과 독일민법을 이에 분류할 수 있다. 독일민법 제276조는 특별한 정함이 없는 한 '채무자는 고의 및 과실에 대해서 책임이 있다'고 규정한다. 여기에서 계약불이행을 원인으로 하는 손해배상책임의 귀속근거로서 '유책사유'가 고려되고, 그 결과 계약불이행으로 인한 손해배상책임은 과실책임의 원칙에 입각한다고 설명하는 것이 일반화되었다. 한편 개정 전 일본민법 기초 당시 유책사유에 대해 고유한 이해를 갖지 못하였던 일본의 통설은 이러한 독일민법 제276조의 유책원리를 그대로 일본 계약불이행법의 해석에 계수하였다. 이러한 계수과정을 통해 채무불이행에 따른 손해배상책임의 '유책사유'를 채무자의 고의·과실 또는 신의칙상 이와 동일시 할 수 있는 사유로서 구체적으로는 이행보조자의 고의·과실로 파악하게 되었다. 이것이 곧 우리 민법학에도 수용되어 지금의 통설이 되었다.

독일민법의 영향을 받은 통설이 채무자의 유책사유를 '고의·과실'로 파악하면서 계약채무불이행책임을 채무자에게 부담시키는 정당화 근거로 설정한 데는 다음과 같은 추론과정을 유추해 볼 수 있다. 먼저 계약채무불이행에 대한 제재로서 불법행위와 같이 채무자의 손해배상책임을 상정하고, 이 책임의 성립여부를 판단하기 위한 계약채무불이행·불법행위에 공통된 유책구조로서 (가) 객관적 요건인 계약채무불이

행, 불법행위 내지 행위의 위법성과 (나) 주관적 요건인 유책사유를 요구한다. 그리고 이 유책구조를 "행위자(채무자)의 행동의 자유 보장"이라는 원칙으로부터 정당화하게 되는데, 행동의 자유를 보장받는 '행위자(채무자)는 채무불이행에 대해 고의·과실이 없다면 손해배상책임을 부담하지 않는다'라는 과실책임원칙을 승인하기에 이른 것이다. 그리고 통설은 이러한 책임의 귀속을 위한 판단방식을 손해배상뿐 아니라 해제의 경우에도 요구한 것이다.[183]

(2) 이행보증 모델

계약책임을 채무자에게 귀속시키는 정당화 근거로 과실을 고려하지 않고 채무자가 스스로 이행을 약속한 계약의 구속력으로부터 찾는 유형으로 영미법과 현대 국제거래규범이 대표적이다.[184] 대륙법과 달리 영미법에서, 계약위반책임은 절대적이고 과실여부는 계약위반에 대한 책임을 묻는 데 있어서 문제가 되지 않는다. 이처럼 계약상 의무의 위반에 대한 엄격책임 사상은 코먼로에 있어서 매우 특징적인 것으로 일반적인 원리가 되었다. 영국법원은 "계약위반으로 인한 손해배상의 청구에 있어서 일반적으로 피고가 왜 그의 의무를 이행하지 못했는지는 중요하지 않으며 그가 자신의 최선을 다했다고 주장하는 것이 아무런 항변이 되지 못한다는 것은 자명한 것이다" (Raineri v. Miles[1981])라고 판시하였다.

이와 같이 영미법에서 절대적 계약위반책임의 원칙이 적용되기 시작한 것은 'Paradine v. Jane[1647]' 판결로 알려져 있다.[185] 이 사건에서는 적군의 침입으로 2년 가까이 농장이 침탈당함으로써 임차인이 농장으로부터 수익을 얻는 것이 중단되었는데, 법원은 임차인이 이 침탈된 기간 중에도 임대차계약에 의해 차임을 지급할 의무가 있다고 판결하면서 그 이유로서, "법률이 의무를 부과하고 당사자가 이를 과실없이 이

183) 신국미(2013), 181-182면.
184) 이하 영미법의 설명은 김동훈(1999), 254-256면을 주로 정리한 것이다.
185) See Treitel(1994), p. 13 and below.

행하지 못한 경우에는 법은 그를 면책시킬 것이다. 그러나 당사자가 자신의 계약에 의하여 의무를 부담하거나 책임을 떠맡았다면 그는 불가피한 어떤 사건이 일어난다 해도 이를 실현할 의무가 있다. 왜냐하면 그는 계약으로써 그것에 대비해서 계약조항을 둘 수도 있었기 때문이다" 라고 판시하였다. 이러한 계약위반에 대한 절대적 책임부담의 원칙은 대체로 그 후에도 유지되고 있다.

미국법에서도 이는 마찬가지인데 계약법 Restatement 2d. 11장의 도입부에서, '계약책임은 엄격책임이다. 계약은 지켜져야 한다' (pacta sunt servanda)는 것은 법의 일반원칙으로 받아들여진다. 따라서 의무자는 과실이 없을지라도, 또 상황이 기대했던 것보다 부담이 되거나 만족스럽지 않을지라도 계약위반에 대해 배상책임이 있다. 따라서 그렇게 광범위한 의무를 떠맡지 않고자 하는 의무자는 다양한 계약조항들을 사용할 수 있다" 라고 하고 있다.

그러나 영미법에서도 서비스를 공급하는 의무에 대해서는 다른 계약조건이나 사정이 없는 한, '적정한 주의(due care)' 를 다하는 것 이상을 요구할 수 없다는 데 견해가 일치하고 있다. 즉, 이것은 실질적으로 과실책임을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 영국의 '재화 및 서비스의 공급에 관한 법률' (Supply of Goods and Services Act 1982)에서 "거래활동의 범위 내에서 서비스의 급부를 약속한 경우에는 단지 합리적인 주의와 기술(reasonable care and skill)을 가지고 서비스를 수행할 의무를 진다" 고 규정하여 이러한 원칙을 반영하였다(동법 13조~16조). 따라서 의사의 진료의무란 환자의 치유를 보장하는 것이 아니라 의사로서의 합리적 주의와 기술을 가지고 치료행위를 하는 것을 의미한다.

또한 위 'Paradine v. Jane' 판결에서의 계약위반에 대한 엄격책임원칙도 이행불능(Impossibility) 사유로 인해 면책될 수 있는 예외를 인정해야 한다는 주장이 수용되면서 완화되기 시작하였다. 이러한 변화의 시발점을 이루는 판결은 1863년의 'Taylor v. Caldwell' 사건이었다. 이 사건에서 원고는 연주회를 갖기 위하여 피고 소유의 공연장을 대여

하기로 계약하였다. 그 후 공연 일주일 전에 배관공의 실수가 원인으로 추정되는 화재가 발생하여 공연장이 전소하였다. 원고는 피고를 상대로 연주회를 광고하고 준비하는 데 지출한 기타 비용의 배상을 청구하였으나 패소하였다. 법원은 이유를 설시하면서 "계약의 이행이 특정된 사람이나 물건의 계속적인 존속에 의존하고 있는 경우에는 묵시적 조건으로서 사람이나 물건의 멸실로 인해 발생하는 이행의 불능은 양 당사자를 면책시킨다"고 함으로써 이른바 '묵시적 조건(implied term) 이론'을 도입하였다. 이 사건 이래 후발적 계약위반의 일정한 경우 묵시적 조건에 의한 당사자의 면책이론이 확립되어, 그 한도에서는 종래의 엄격책임이 완화되는 결과를 가져오게 되었다. 이와 더불어 'Mineral Park Land Co. v. Howard[1916]' 판결을 통해 사정변경으로 이행이 채무자에게 과도하게 부담스럽게 된 경우에도 실행곤란(Impracticability)을 이유로 면책을 인정하게 된다.[186] 이렇게 어떤 사정의 변경이 당사자를 면책시키는가 하는 기준을 세워나가기 시작하는 한편 양 당사자를 면책시키는 경우의 구체적 효과에 대해서도 논의되었는데, 문제의 핵심은 위험분배(risk allocation)라는 데 견해가 일치하고 있다.[187] 이처럼 영미법에서는 계약의 위반과 계약위반책임으로부터의 면제 내지는 해방을 엄격히 구별하고, 계약의 위반과 면책 사이의 경계를 정하는 문제가 논의의 중심에 놓이게 되었다.

이처럼 영미법에서는 계약상 의무의 불이행 사실만으로 일단 계약위반에 따른 책임을 인정함으로써, 대륙법에서 고의·과실에 해당하는 요건으로 검토되는 부분까지 계약위반의 개념에 흡수시키고 있다고 볼 수 있다. 반면 법원이 특히 묵시적 조건이라는 개념을 사용함으로써 영미법에서 계약상 과실의 작용을 불명확하게 만들고 그에 대한 체계적 논의를 무산시켰다고 비판받기도 한다. 요컨대 코먼로에서는 계약의 경우 그 위반에 따른 책임귀속의 정당화 기준을 계약위반과 분리하여 생각하

186) 엄동섭(2012), 138-139면.
187) 이에 관해서는 김동훈(1996), 96면 이하 참조.

는 데 익숙하지 않다고 할 수 있다.[188]

CISG, PICC, PECL, DCFR도 모두 계약불이행책임의 성립에 있어서 채무자의 유책사유를 요건으로 하지 않는다. 이에 대하여 무과실책임주의를 채택한 것으로 보는 견해와[189] 유책성의 근거를 '급부약속의 불실행'에서 구하면서 유책사유의 의미를 재해석하는 견해가[190] 있다. 예컨대 CISG 제45조 제1항 (a)는 매수인의 손해배상청구권에 매도인의 유책사유를 요구하지 않으며, PICC 제7.1.1조(불이행의 정의)는, "불이행이라 함은 당사자가 계약에 따른 어떠한 채무이행을 아니한 것으로서, 불완전이행 또는 이행지체를 포함한다"고 규정하고, PECL과 DCFR도 같은 취지의 규정을 두고 있다(PECL 제8:101조, DCFR Ⅲ-제1:102조 제3항).

다만, CISG 제79조 제1항, PICC 제7.1.7조 제1항, PECL 제8:108조 제1항, DCFR Ⅲ-제3:104조 제1항은 불가항력으로 인한 면책을 인정하는 데 있어서 기본적으로 동일하다. 다만, 면책의 대상과 관련해 CISG는 손해배상책임만을 면책하고(CISG 제79조 제5항), PICC는 해제권, 이행유보권, 대금이자청구권을 제외한 모든 구제수단으로부터 면책됨에 반하여(PICC 제7.1.7조 제4항), PECL과 DCFR은 이행청구권과 손해배상청구권만을 배제하고 있다(PECL 제8:101조, DCFR Ⅲ-제3:104조).

(3) 혼합요건 모델

채무자에게 계약책임을 정당하게 부담시킬 수 있는 근거를 기본적으로 계약의 구속력으로부터 구하면서도 결과채무와 행위채무를 구별하여 채무자의 주의의무를 고려하는 유형으로 프랑스민법이 이에 속한다.[191] 개정 프랑스민법전에서 계약불이행책임의 일반규정인 제1217조와 제1218조에서는 계약불이행책임의 성립에 채무자의 고의나 과실을

188) Nicholas(1995), p. 345.
189) 최준선 교수는 '고의·과실불문주의'라고 부른다. 최준선(2001), 171면.
190) 박영복(2005a), 48-52면.
191) 남효순(1996), 139면; 김동훈(1999), 256-257면.

요구하지 않는다. 먼저 제1217조는 불가항력에 의해 면책되지 않는 계약불이행이 있는 경우 그 효과로서 채권자가 동원할 수 있는 제재수단들을 열거하고 있다. 이어서 제1218조는 불가항력에 의해 면책되는 채무불이행의 경우를 규정하면서 불가항력의 인정요건과 그 효과를 명시하고 있다. 즉 불가항력이 인정되기 위해서는, 채무자의 통제를 벗어나(extériorité; 외부성), 계약의 체결 당시에 합리적으로 예견을 할 수 없었고(imprévisibilité; 예견불가능성), 그 결과가 적절한 조치에 의해서도 회피할 수 없는(irrésistibilité; 회피불가능성) 사건으로서 이로 인해 채무자의 채무이행이 방해받는 경우에 해당하여야 한다(제1218조 제1항).[192] 이에 따라 불가항력의 개재가 인정되면 그 효과로서, 방해가 일시적일 경우에는 방해로 인한 이행의 지체가 계약의 해제를 정당화할 정도가 아닌 한 채무의 이행은 정지되며, 방해가 확정적일 경우에는 계약은 당연히 해제되고 당사자들은 제1351조와 제1351-1조가 정하는 요건에 따라 채무를 면한다. 아울러 채무자는 제1231-1조에 따라 손해배상책임도 면하게 된다. 반면에, 개별 규정은 이와 모순되게 정하기도 하는데, 물건의 보관의무 일반을 규율하는 제1197조는 채무자는 채무의 이행에 합리적인 사람(personne raisonnable)의 주의를 기울여야 하며,[193] 제1352-1조는 물건의 반환의무자가 선의이고 훼손과 파훼가 반환의무자의 과책에 기인하지 않은 경우에는 책임이 없다고 한다.

구 프랑스민법전에서부터 이러한 일반규정과 특별규정의 모순을 해결하기 위해 1928년 Rene Demogue 교수가 제안한 행위채무(obligation de moyens)와 결과채무(obligation de résultat)의 이분론이 학설과 판례에 의하여 받아들여져 법원칙으로 확립되었다. 채무자가 일정한 결과를 실현시킬 것을 내용으로 하는 결과채무는 결과의 불실현이 곧 손해를

192) 남효순(2017), 1314-1316면.

193) 물건보관의무의 이행여부에 대한 판단기준이 되는 본조의 '합리적인 사람'(personne raisonnable)은 개정 전 프랑스민법전 제1137조 제1항의 '선량한 가장'(bon père de famille)에서 개정된 것이다. 이는 2014. 8. 4. 시행된 '여성과 남성간의 실질적 평등을 위한 법률 제2014-873호'(la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014 n°2014-873) 제26조에 따른 것이라고 한다. 한불민사법학회(2017), 103면 각주34).

가리키므로 채권자는 별도로 과실을 증명할 필요가 없다고 한다. 그러나 채무자가 일정한 목적의 달성을 위하여 성실히 주의를 기울일 것을 내용으로 하는 행위채무는 불법행위책임처럼 채권자가 채무자의 과실을 증명하여야 한다고 한다. 이에 따르면 제1217조는 결과채무에 관한 규정이고, 제1197조는 행위채무에 관한 규정이라고 보게 되는 것이다.

그러나 실제로 결과채무와 행위채무를 구별하는 것이 쉽지만은 않은데, 판례는 당사자의 의사, 급부의 성질, 형평성의 원칙을 차례로 고려하여 사정들을 원용하고 있다. 구체적으로는 매도인의 인도의무나 운송인의 운송의무, 건설업자의 공사도급의무 등은 결과채무이고, 의사의 치료의무, 변호사의 법률자문의무 등은 대표적인 행위채무이다. 따라서 매도인이 목적물을 인도하지 못하였거나 지체인도한 경우에 매도인이 불가항력으로 인도에 장애가 생겼음을 증명하지 못하는 한, 매수인에게 손해배상책임을 지며 단순히 유책성이 없다는 증명만으로는 면책되지 않는다. 다만, 결과채무의 불이행으로 인한 책임을 과실책임으로 구성할 것인지, 무과실책임으로 구성할 것인지에 대한 논의는 아직 해결을 보지 못하고 있다고 한다.

(4) 검토

채무불이행으로 인한 책임을 채무자에게 부담시킬 때, 이를 정당화하는 근거를 모색하는 위의 세 가지 모델들은 계약 또는 법률에 의한 채권관계의 급부장애 위험을 어떻게 분배할지에 대한 입법자의 관점을 반영하고 있다. 즉 유책요건 모델과 같이, 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 발생한 책임을 행위자에게 귀속시키고자 할 때에는 “행위자(채무자)의 행동의 자유”를 양 책임의 공통분모로 추상화시켜 불법행위에서 요구되는 주의의무위반(유책사유)을 위험분배의 기준으로 요구하게 된다. 반면 이행보증 모델·혼합요건 모델과 같이, “행위자(채무자)의 행동의 자유”에서 나아가 “행위자(채무자)의 결정의 자유”로서 계약 또는 의사표시의 유무에 따라 책임귀속의 근거를 불법행위책임과 달리

설정하고자 할 때에는 계약 또는 채무의 발생원인을 위험분배의 기준으로 삼게 된다. 그러나 이론상 구별되는 차이에도 불구하고 구체적인 운용에서는 유책요건 모델의 경우 채무자에게 면책사유에 대한 증명책임을 부과함으로써, 이행보증 모델의 경우 이행불능(Impossibility), 묵시적 조건(implied term), 실행곤란(Impracticability) 등 예외사유의 인정을 통해서, 혼합요건 모델의 경우 불가항력의 인정을 통해서 실질적인 차이를 만들지는 않음을 알 수 있다.[194] 이러한 구별에 비춰 우리 민법은 불법행위책임 또는 독일민법 제276조와 같이 고의·과실을 책임귀속의 근거로 명시하지 않았을 뿐만 아니라 우리 민법 제390조는 의용민법과 달리 본문/단서라는 규정형식을 취하면서 고의·과실을 면책사유의 형식으로 규정하였다. 이 때문에 제390조 본문에서 프랑스민법전 등의 입법례를 좇아 포괄적 일반규정주의를 택한 것과 같이, 일응 채무불이행책임에 있어 고의·과실의 기능을 독일민법의 과실책임주의와 달리 설정한 것으로 볼 여지도 있는 것이다.

같은 견지에서 불법행위와 달리 계약채무불이행에 있어서 이와 같은 독일식의 과실책임원칙을 관철하는 것이 타당한가에 대한 의문을 제기하면서, 이를 극복하려는 견해들이 나타나고 있다. 이러한 인식의 전환에 있어 단초가 된 것은 일본에서 프랑스의 수단채무·결과채무를 둘러싼 논의와 그것을 근거로 한 해석이 새롭게 조명받은 영향으로 보인다.

다. 정당화 근거의 재구성 시도

이처럼 계약채무불이행책임 귀속의 정당화 근거를 불법행위책임과 달리 구성하려는 시도로서 일본과 우리나라에서 제시되고 있는 학설 및 우리 판례의 태도를 중심으로 살펴본다.

(1) 유책요건에 대한 재해석 이론

194) 김동훈(1999), 259면.

(가) 결과채무・행위채무 이분론

1970년대 후반 일본 민법학계에서는 일본민법 제415조가 프랑스민법을 계수한 것인데도 불구하고 독일민법이론에 따라 제415조의 해석론이 전개되는 것에 대한 비판이 제기되었다. 이에 따라 제415조의 모법인 프랑스민법의 해석에 따라 이해하려는 시도가 일어났다.[195]

프랑스 민법학계의 결과채무・행위채무 이론에 따른 초기의 학설로 1968년의 川島武宣・平井宣雄의 '계약책임'이 있다. 이 견해는 '일정한 결과의 도래 그 자체를 목적으로 하는 채무를 발생시키기 위한 계약'에서의 채무를 의미하는 '결과채무'와 '일정한 결과 그 자체가 아니라 그것을 위한 수단으로서의 의미를 가지는 채무를 발생시키기 위한 계약'의 채무를 의미하는 '행위채무'를 구별하였다. 이러한 구별을 통해서, 결과채무의 경우 결과불발생 사실이 있다면 그것은 채무의 본지에 좇지 않은 이행으로서 채무자의 유책사유의 존재가 절대적으로 추정되는 반면,[196] 행위채무에서는 결과의 불발생이라는 사실이 있어도 바로 채무불이행 내지 유책사유의 존재가 추정되지 않고 계약의 취지 내지 다른 요건의 고려가 필요하다고 보았다. 즉 계약의 목적인 채무의 내용이 무엇인가에 따라 결과채무・행위채무의 이분론이 적용되었다.

그 후 이분론은 '불완전이행'의 경우 증명책임분배의 관점에서 '이행불완전'과 '과실'간의 구별의 유용성을 논하는 방향으로 전

195) 1970년 후반 일본민법 제415조 해석론의 재구성 시도는 다음의 세 가지로 그 특징을 간추려 볼 수 있다. ① 채무불이행의 유형을 일원적으로 구성하려는 시도 ② 채무자의 귀책사유를 과실책임의 원칙에서 분리하여 불가항력·우발적 사고와 같은 의미의 면책사유로서 이해하려는 시도 ③ 채무불이행을 확정하기 위해 계약해석을 충실하게 하여야 한다는 시도가 그것이다. 潮見佳男(2007), 348頁.

196) 프랑스민법상 추정에는 크게 법률상 추정(présomption légal)과 재판상 추정(présomption judiciaires)이 있고(개정 전 프랑스민법전 제1349조; 개정 프랑스민법전 제1354조, 제1382조), 법률상 추정은 다시 단순추정(présomption simple), 복합추정(présomption mixte), 절대적 추정(présomption irréfragable)으로 분류된다(개정 프랑스민법전 제1354조에 의해서 명시되었다). 결과채무의 경우 약정한 결과가 발생하지 않은 사실만으로 채무자의 유책사유는 추정되는데, 채무자는 그러한 결과불발생이 불가항력적인 사건에 기인한다는 것을 증명하지 못하는 한 면책될 수 없다(개정 전 프랑스민법전 제1147조; 개정 프랑스민법전 제1217조, 제1218조). 결과채무에 있어서 이러한 추정은 유책사유 자체에 대하여 번복될 수 없는 것으로서 절대적 추정에 해당하는 것으로 이해된다(Jurisclasseur/Saint-Pau(2013), n° 61-62, p. 27.).

개되었다.[197] 이에 따르면, 치료채무와 같은 행위채무의 경우에 이행불완전은 선량한 관리자의 주의의무위반과 별개로 판단될 수 없으며, 선관주의의무 위반에 대해 채권자 측이 증명책임을 부담한다고 한다.[증명책임분배이론으로서 결과채무・행위채무]

1990년대에 들어오면서 平井宣雄은 인도채무・행위채무 이분론을 전개하였다.[198] 우선 '재산권 및 목적물의 점유를 이전하는 채무'로서의 '인도채무'에 대해서는 인도하지 않은 것 자체가 바로 '유책사유'로 인정된다. 이에 반해, '작위 또는 부작위를 내용으로 하는 채무'로서의 '행위채무'에 대해서는, ① 계약의 해석 또는 신의칙에 의해 일정한 행위의무의 특정(법률판단) ② 이행과정에서 채무자가 현실로 행한 행위 특정(사실인정) ③ ①과 ②사이에 차이가 있다면 '채무의 본지에 따르지 않은 불이행'이라고 판단한다. 이 같은 행위의무의 위반이 있다면, 원칙적으로 '유책사유'는 고의・과실보다 광범위한 것으로서 많은 경우 불가항력과 동일한 것으로 이해되었다.

森田宏樹는 계약책임의 법적 근거는 채무자 자신의 의사에 의해서 설정한 계약의 구속력 즉, 채무자가 그 실현이 확실하다고 약속하였기 때문에 그것을 이행하지 않은 것은 채무자의 '유책사유'에 해당한다고 이해하였다. 이에 따르면 결과채무와 행위채무의 개념은 채무자의 유책사유의 존부를 판단하는 때에 신중하게 일정한 주의의무를 행하여야 할 채무자의 구체적인 행위태양에 대한 평가가 필요한지의 구별표지이다. 따라서 결과의 불실현이 있다면, 그것이 불가항력에 의하지 않는 한 그 불이행의 사실 중에 채무자의 유책사유가 포함된다고 판단되는 유형이 결과채무이고, 채무자에게 유책사유가 있다고 판단하기 위하여 채무자 자신에게 일정한 행위의무위반이 있다는 평가를 필요로 하는 유형이 행

197) 예를 들어 의사가 진료시에 필요한 주의를 다하지 않았기 때문에 의료사고가 발생한 경우에 '필요한 주의를 다하지 않았다'라는 것이, '이행불완전'의 요건에 해당하는 사실인가, 아니면 채무자의 '과실'요건에 해당하는 사실인가와 같은 문제인식을 기초로 하였으며, 이러한 방향에서의 선험적 업적은 1974년의 中野貞一郎의 '진료채무의 불이행과 증명책임'이다. 林良平·石田喜久夫·高木多喜男(1987), 96頁.

198) 平井宣雄(1994), 95頁以下.

위채무이다.[199][계약상 채무내용확정에 관한 분류개념으로서 결과채무・행위채무]

(나) 유책원리를 달리하는 이원화된 계약책임 - 보증책임과 과실책임

이 견해에 따르면, 채무불이행이 문제되는 경우는 주로 계약이고, 계약에서는 채무자가 계약을 체결함으로써 약정된 내용을 실현할 것을 스스로 인수하고 있으므로 인간의 행동의 자유가 타당한 상황이 아니어서, 과실책임의 원칙을 손해유책의 근거로 삼는 것은 논리모순이라고 한다.[200] 오히려 채무불이행에 의해 채무자에게 발생한 손해를 채무자에게 귀책시키는 것이 정당화되는지 여부는 '계약의 구속력', 즉 채무자가 계약에 의거해 채무의 내용실현을 인수했다는 점에서 구해야 한다는 것이다.[201]

이에 따른다면, ① '채무자가 계약에 있어서 약속한 이익을 채권자가 획득하지 않는 경우'에 계약위반이 존재한다. 그리고 '채무내용'은 단지 '이행과정에서의 구체적 행위의무'뿐만 아니라 '결과실현보증'을 포함하는 것이다. 이것의 일탈을 채무불이행으로 파악하여 그 가운데 ② 예외적으로 특별하게 약정된 위험분배의 틀을 초과한 장애(불가항력, 우발적 사고 등)와 채권자에게 압도적인 유책성이 있는 장애에 대해서만 채무자의 면책을 인정하게 된다.[202]

---

199) 森田宏樹(2002), 46頁以下.

200) 潮見佳男(2007), 352頁.

201) 潮見佳男(2007), 207頁, 277頁.

202) 潮見佳男(2007), 270-271頁. 이 경우에 채무불이행을 이유로 한 손해배상청구권에 대한 채무자의 면책의 항변은 무과실의 항변이 아니다. 오히려 이 입장에서는 채무자의 면책은 다음과 같이 설명된다. 우선 채무불이행에 기초한 손해배상의 근거를 '계약의 구속력'에 두는 경우, 양 당사자가 채무불이행을 초래한 사태를 예상하거나 예상하는 것이 가능한 상황하에 계약을 체결했다면, 채무자는 그와 같은 사태에 의한 채무불이행이 초래되었다고 하더라도 손해배상책임을 면할 수 없다. 채무자는 당해 사태의 발생을 계산하여 채무의 본지에 따른 이행을 할 것을 인수하였다고 평가하여야 하기 때문이다. 이에 대하여 채무불이행을 초래한 사태를 양 당사자가 예상하지 않았고 예상할 수도 없는 상태에서 계약을 체결했다면, 당해 사태의 발생으로 인해 채무불이행이 초래되었다고 할 경우 아무리 계약에서 채무내용에 따른 이행을 받을 지위가 채권자에게 보장되었다고 하더라도 채무불이행의 결과를 채무자에게 부담시키는 것은 '계약의 구속력'으로부터 정당화될 수 없다. 潮見佳男(2007), 352頁.

이 견해는 채무불이행책임을 보증책임과 과실책임의 이원적 유책구조로 파악한다. 즉 ①결과보증이 존재하고 그 때문에 과실책임이 타당하지 않은 '보증책임'(보증된 사태가 발생하지 않는 경우에 채무자의 구체적 행위의 당부를 문제로 하는 것이 아니라 결과보증을 유책사유로 하여 채무자에게 책임을 부담시킨다)과 ② 이행과정에서 행한 구체적 행위의 부당성(구체적 행위의무위반)을 문제로 하는 과실책임의 구조이다.[203)204)]

(다) 계약책임 3단계 구분설

이 견해는 채무의 종류에 따라 채무불이행책임을 3단계로 구분한다. 즉 ① 불가항력의 항변에 의해서도 면책되지 않는 '절대적 책임' ② 결과채무에 있어서 특정한 결과가 발생하지 않으면 바로 채무불이행책임을 지고 채무자의 불가항력의 항변이 받아들여지는 경우에만 채무자의 면책을 인정하는 '엄격책임' ③ 행위채무의 경우, 주의의무가 급부의 주된 내용이 되므로 채권자가 그 주의의무의 위반사항에 대하여 증명하여야 하는 '과실책임'으로 분류할 수 있다고 한다.[205)]

(라) 유책요건 부정설

이 견해는 요건사실과 증명책임은 동전의 양면과 같은 것이라는 전제 위에 서 있다. 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하기 위하 요건사실은 채무의 발생사실, 채무자의 채무불이행사실, 손해의 발생사실이며, 채무자의 유책사유라는 요건은 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하기 위한 요건이 아니라고 한다. 민법 제390조 본문과 단서 규정은 채무가 발생하였는데도 그 채무를 이행하지 않았다면 일응 채무자의 유책

203) 潮見佳男(2007), 271頁.
204) 박영복(2005), 346면.
205) Nicholas(1995), p 340에서는 프랑스민법의 기준에 비추어 영미법의 계약책임을 3단계로 분류하고 있으며, 김동훈(1999), 278-279면은 이것을 우리 민법상 채무불이행책임과 유책사유와의 연관성에 따라 적용하고 있다.

사유와 상관없이 원칙적으로 그로 말미암은 손해를 배상하여야 한다는 법원칙이라고 한다. 그리고 과실책임의 원칙은 불법행위법의 대원칙일 뿐이라고 한다.[206]

또 다른 견해는 계약관계에 있어서는 계약의 체결로 이미 상대방에게 채무의 온전한 이행으로 인한 이행이익의 실현을 약속한 것이므로 그 약속한 이행이익을 전보배상으로 청구하는 데는 채무불이행 외에 별도의 정당화 근거를 필요로 하는 것은 아니라고 한다.[207]

한편 통설에서 주장하는 민법의 다른 규정의 의미에 대해서도 다음과 같은 반론이 제기된다. 민법 제392조의 규정은 이행지체 중에는 이행지체 자체를 책임귀속의 근거로 하여 불가항력에 의한 항변을 막고 상당인과관계의 존재를 요하지 않는 등 채무자의 책임을 가중하는 것에 불과하다고 한다. 또 민법 제397조의 규정은 일반채무의 불이행에 있어서 과실없음의 반증에 의한 면책이라는 일반규정에 대한 예외를 정한 특칙일 뿐이라고 본다.[208] 또 민법 제391조도 오히려 채무자가 채무불이행 책임을 면하기 위해서는 이행보조자의 무과실까지도 증명책임을 부담한다는 규정이므로 유책사유필요설의 근거가 될 수 없다는 것이다.[209]

(2) 우리 판례의 경우

판례에 있어서 손해배상청구권의 성립요건으로서 채무자의 유책사유가 직접 문제된 예는 찾기 어려운데, 유책사유의 문제는 대부분 채권자가 채무불이행책임을 묻는 데 대해 채무자의 항변사유로 제기되고 있다. 이 경우 채무자는 이행의 장애를 '예상할 수 없었다' 거나 '채무자에게 책임을 돌릴 수 없는 사유에 의한 것' 또는 '불가항력에 의한 것' 이라는 이유로 유책사유가 없음을 항변하였다. 유책사유의 존부에 대한 판례의 설시를 보면 아래와 같다.

206) 문홍수(1998), 26면.
207) 김동훈(1999), 265면.
208) 조규창(1985), 43면.
209) 문홍수(1998), 41면.

(가) 유책사유는 면책사유로서 작용하며, 유책사유에 대한 증명책임을 채무자가 부담한다는 점은 확립되어 있다.[210] 판례는 "원고들과 피고가 동업계약에 따라 서로 업무를 분담하여 동업체를 운영하여 오다가 원고들이 그 맡은 업무를 수행하지 아니하기 때문에 부득이 피고가 제3자를 고용하여 그 업무를 대행케 함으로써 손해가 발생한 경우에는, 그 업무수행의무 불이행에 관하여 유책사유가 없다는 점에 관한 증명책임이 의무자인 원고들에게 있다"고 한다.[211]

(나) 채무불이행이 주로 '채권자에게 책임 있는 사유'에 기인하는 경우에는 채무자의 유책성은 부인된다. "A 분양회사가 B 은행과 중도금 대출예정세대를 포괄적인 주채무자로 하는 한정 근보증계약을 체결하였고 이후 수분양자들이 대출금 이자를 지급하지 않아 B 은행의 요구로 A 분양회사가 소유권 미이전세대 분양목적물에 관하여 근저당권을 설정하여 주었는데 수분양자들이 분양잔금을 지급하지 않았고, 결국 B 은행이 위 근저당권에 기하여 신청한 임의경매절차에서 제3자가 수분양자들의 아파트를 매수하여 각 소유권을 취득한 사안에서, A 분양회사가 수분양자들에 대한 소유권이전의무를 이행할 수 없게 된 결정적인 원인은 수분양자들이 자신의 분양자금 지급의무 및 대출금이자 지급의무를 이행하지 아니한 데 있으므로 계약의 이행불능에 관하여 유책사유가 있는 수분양자들은 그 이행불능을 이유로 분양계약을 해제할 수 없다"고 하였다.[212] 이것은 민법 제538조 제1항 제1문의 '채권자의 책임있는 사유'로 인하여 채무를 이행할 수 없게 된 때에 해당한다고 보았다.[213]

---

210) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다26745 판결; 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다982 판결 등.
211) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카1846 판결.
212) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다41010, 41207 판결.
213) 대법원 2011. 1. 27. 선고 201042495 판결.

(다) 운송계약의 이행에 대해 판례는 운송인의 과실유무에 관하여 엄격한 태도를 취한다.[214] "육상에서의 강도로 인한 운송물의 멸실은 반드시 그 자체로서 불가항력으로 인한 면책사유가 된다고 할 수 없으므로 다시 운송인이나 그 피용자에게 아무런 유책사유가 없었는지 여부를 판단하여야 할 것이고, 그 경우 운송인이나 피용자의 무과실이 경험칙상 추단된다고 할 수도 없다" 고 하였다.[215] 이러한 판례의 태도는 프랑스에서 특히 여객운송과 관련하여 전개되고 있는 결과안전의무(obligation de sécurité-résultat)의 법리와 유사해 보인다. 여객운송계약에서 운송인은 단지 여객을 운송할 의무를 부담할 뿐 아니라 예방할 수 있는 모든 재해에 대하여 여객을 보호할 의무를 지며, 따라서 재해가 피해자의 과실이나 불가항력에 의한 것이 아닌 한 발생한 재해에 대하여 손해배상책임을 진다는 것이다.[216]

(라) 임차목적물의 멸실 등에 관해 판례는 일관되게 임차인에게 엄격한 증명책임을 부과하고 있다. "임차인의 임차물반환채무가 이행불능이 된 경우 임차인이 그 이행불능으로 인한 손해배상책임을 면하려면 그 이행불능이 임차인의 유책사유로 말미암은 것이 아님을 증명하여야 할 책임이 있으며 임차건물이 화재로 소훼된 경우에 있어서 그 화재의 발생원인이 불명인 때에도 임차인이 그 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하여야 한다" 고 한다.[217]

(마) 판례는 민법 제390조의 규정에 따라 과실없음을 채무자의 면책사

---

214) 대법원 1975. 10. 7. 선고 75다71 판결; 대법원 1974. 11. 12. 선고 74다997 판결; 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다628 판결 등.

215) 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결.

216) 민법주해/양창수(1997), 365면 이하; 파기원 민사부 1911년 11월 21일 판결(D.P.1913. 1. 249, note Sarrut; S. 1912. 1. 73, note Lyon-Caen) 및 Capitant/Terré/Lequette, Les grands arrêts de la jruisprudence civile, 9e éd.(1991), p.767 et suiv.

217) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다36273 판결; 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다38182 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다22227 판결.

유로 주장하도록 하고 있으며, 유책사유 없음의 항변을 매우 제한적으로 인정함으로써 일정한 결과를 지향하는 채무에 있어서는 과실유무에 관한 판단을 결과책임에 가깝게 처리하고 있는 것으로 보인다. 또 유책사유 여부의 판단에 있어서는 이행장애에 대한 예견가능성을 주요한 판단요소로 삼고 있다.[218]

라. 검토 - 새로운 정당화 근거 구성의 타당성과 한계

계약채무불이행책임의 귀속을 정당화시키기 위해 과실책임의 원칙이 결합된 것은 연혁상 책임의 분열 과정에서 근세초기 로마법이 이를 채용한 때문이다. 먼저 민·형사가 분리되는 과정에서 게르만법은 계약상 의무의 불이행을 범죄행위로 파악하여 이로 인한 손해배상을 사법상 계약채무불이행에 대한 구제가 아닌 불법행위로 인한 형사소송으로 의율하였다. 그리고 중세 로마법에 이르러 불법행위책임과 계약채무불이행책임이 채 분화되지 않은 상태에서 모두 벌금으로서의 성질을 갖는 손해배상에 의해 공통적으로 제재되다가 근세초기 로마법이 과실책임의 원칙을 도입하면서 유책요건이 양자에 공유되었던 것이다. 그 후 계약에 기한 소권과 불법행위에 기한 벌금소권을 구별하기 시작했음에도 동일한 금전손해배상을 구제수단으로 하면서 유책요건은 여전히 채무불이행책임 귀속의 정당화 원리로 잔류하게 된 것으로 보인다.[219]

생각건대 궁극적으로 불법행위책임과 달리 '자기결정'으로 계약을 체결한 당사자는 약속을 이행하겠다는 즉 불이행하지 않겠다는 의미의 불이행에 대한 위험을 인수한 것으로[220] 즉, 이러한 이행이익의 실현을 보장하기 위해 불이행이 있으면 손해배상을 동질의 것으로 이행할 것을 보증한 것이다. 따라서 계약의 불이행으로 발생한 책임에 대해서까지 '행동의 자유'를 운위할 수 없다고 하는 것이 타당하다. 예외적으로 약

218) 김동훈(1999), 268면.
219) 현승종·조규창(1989), 446-456면. 517-518면; 민법주해/양창수(1997), 191-192면.
220) 박영복(2005b), 352-355면.

정당시 예상가능한 위험인수의 수준을 초월하는 불가항력 등의 장애를 증명할 경우에는 불이행으로 인한 책임을 면할 수 있다고 보는 것이 계약당사자의 의사에 부합하는 것이다. 다만 이러한 정당화 근거는 본질적으로 채무의 내용에 대한 탐구로부터 시작되어야 하는 바 획일적으로 정할 수는 없고, 채무의 목적이 결과채무인 경우 이행보증을 하였으므로 고의·과실의 부존재 또는 불가항력을 면책요건으로, 수단채무인 경우 유책사유를 책임발생요건으로 달리 구성하는 것이 타당하다.

그러나, 우리 민법상 문언 및 체계적 해석의 범주 내에서 이러한 계약책임의 귀속이론이 적용될 수 있는지는 재검토를 요한다. 우리 민법은 앞서 살펴본 비교법상 책임모델들에 비추어 독일민법 제276조와 같은 유책사유를 정의한 일반규정을 두고 있지 않은 대신 프랑스민법과 같은 규정형식의 채무불이행 일반규정인 제390조 내에 '고의나 과실'을 명시함으로써, 일응 채무불이행책임에 있어 '고의·과실'을 유책사유의 구체적인 내용으로 하는 과실책임의 원칙을 확인한 것으로 볼 수 있다. 판례의 입장도 이러한 과실책임주의 아래서 증명책임 분배의 기준에 따라 항변사유의 하나로 면책여부를 판단한 것으로 보인다. 다만, 제390조 법문의 다양한 해석가능성을 통해서 채무불이행책임의 유책요건을 제한적으로 해석하려는 견해가 제기되어 왔는바, 이러한 해석론을 통한 새로운 정당화 근거의 도입 가능성을 비판적으로 검토해본다.

4. 민법상 계약채무불이행책임 귀속의 정당화 근거에 대한 해석론

가. 정당화 근거에 대한 통설의 해석론

민법 제390조는 단서에서 '고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다'라고 규정함으로써, 손해배상책임을 비롯한 채무불이행책임을 발생시키는 요건으로 과실책임주의를 직접 도출시키는 데는 무리가 있다. 그래서 종래 통설은 제390조가 불법행위책임에서와 마찬가지로 과실책임주의의 원칙을 선언하고 있다는 것을 전제로 다음

의 몇 가지 간접적인 해석상 논거를 제시해왔다.[221] 첫째, 본조 단서에 대한 반대해석상 일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 발생에는 채무자의 고의나 과실이 요구된다. 둘째, 금전채무불이행의 특칙에 관한 제397조 제2항을 반대해석할 때 금전채무불이행 이외의 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 원칙적으로 채무자의 고의나 과실을 필요로 하는 것이라고 한다. 셋째, 제392조가 이행지체 중에 발생한 손해에 대하여 채무자의 무과실책임을 규정한 것과 관련해, 동조가 선행하는 이행지체로 인한 책임에는 원칙적으로 채무자의 고의나 과실을 요한다는 점을 전제로 한 것이라 한다. 넷째, 제391조가 이행보조자의 고의나 과실을 채무자의 고의나 과실로 본다고 규정한 것으로부터, 채무자의 고의나 과실이 채무불이행책임의 일반적인 요건임을 전제로 한 것이라고 한다.

나. 정당화 근거의 재해석론

통설에 대하여 새로운 정당화 근거를 제안하는 견해는[222] 공공의 질서를 토대로 일반적 이익의 보호를 목적으로 하는 불법행위책임과 사적자치를 기초로 계약의 보호를 목적으로 하는 계약책임을 다르게 구성해야 한다는 입장이다. 그런데도 통설이 보호의 목적을 서로 달리하는 불법행위책임과 채무불이행책임의 성립요건으로 고의·과실을 공통된 것으로 전제하여 발전시켰다고 비판한다. 그 원인은 우리 민법과 달리 독일민법 제276조가 채무자의 유책성을 책임발생의 성립요건으로 명문화하고 있는데, 그에 따른 독일민법의 해석을 우리 민법에 비판없이 수용한 데 있다고 지적한다. 이하에서는 본 견해가 계약책임에서 과실책임주의를 극복

221) 민법주해/양창수(1997), 350-353면.

222) 이우석(1998), 397-398면. 그 밖에도 계약책임 귀속의 정당화 근거를 채무자의 고의·과실과 상관없는 또는 고의·과실을 포함하는 넓은 개념으로 계약을 통한 채무자의 이행보증 또는 담보보증에서 찾는 견해들이 있고, 제390조를 이러한 이행보증책임 또는 담보보증책임으로 이해할 수 있다고 한다. 이러한 견해들은 단서의 고의·과실을 면책사유로 구성하는 점에서 부분적으로 해석을 같이 하고 있다. 김동훈(1999), 264면 이하; 박영복(2005b), 361면 이하; 김형배(2009), 4면이하.

하기 위한 관점에서 제390조 및 그 밖의 특칙에 대하여 통설과 달리 제안하는 해석론을 나누어 살펴본다.

(1) 과실책임주의 극복을 위한 제390조의 재해석

이 견해에 따르면 본조 단서가 “그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”라고 하여, 본문과 연결지어 보더라도 그 문언으로부터 ‘고의나 과실’을 채무불이행책임의 ‘주관적 요건’으로 규정한 것인지는 자명하지 않다고 한다. 책임의 귀속을 정당화하는 사유로서 로마법에서 연원하는 과실책임주의가 불법행위책임과 계약책임에 차별없이 요구되어야 하는 민법의 기본원칙인지에 대해서는 연혁상 로마법에서조차 시기에 따라 견해의 대립이 있었다. 오늘날에는 독일민법, 스위스민법을 제외하고는 프랑스민법, 일본민법 및 모든 국제거래규범과 영미법의 경우 계약책임에 있어 과실책임주의를 탈피하고 있다. 불법행위책임과 달리 선행하는 결합관계를 매개로 하는 계약책임의 정당화 근거는 당사자의 의사로부터 도출되는 것이 타당하다고 한다. 또한 통설은 대등구조인 1문-2문의 규정방식을 취하고 있는 의용민법과 달리 민법이 본문-단서의 구조를 취하고 있는 점을 너무 쉽게 간과했다는 비판을 면하기 어렵다. 그 이유는, 대등구조인 경우 각 문장은 독립된 성립요건을 병렬적으로 입법한 것이라고 보는 것이 자연스러운 반면, 본문과 단서 구조의 경우 원칙과 예외로서 본문에서 일반적인 성립요건을 정하고 단서에서 예외적으로 특별히 다르게 취급되어야 할 경우의 요건을 정한 것으로 보는 것이 우리 문법에 부합하는 해석이기 때문이라고 한다. 한편 민법제정의 연혁에 비춰 단서의 반대해석상 “이행할 수 없게 된 때” 즉, 이행불능의 경우에만 고의나 과실을 요구한 것이라고 하면서, 이는 이행불능에 의한 법정해제권의 발생을 정한 민법 제546조가 이행지체와 달리 “채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다”고 한 것에 의해 뒷받침된다고 한다.

따라서 제390조 본문은, 그 유형을 막론하고 채무의 불이행이라는 객

관적 사실만 충족되면 원칙적으로 채무자는 그로 인한 손해배상책임을 부담하도록 한 것이며, 다른 특약이 없는 경우 당사자의 의사는 계약당시에 이행이익의 실현을 보장하기 위해 채무불이행이 있으면 손해배상을 동질의 것으로 이행할 것을 보증한 것이라고 보아야 한다. 다시 말해, 불법행위책임과 달리 계약의 당사자들은 불이행의 경우 그 불이익을 채무자에게 귀속시키는 것까지 예정한 것이므로, 책임 귀속을 정당화하기 위한 또 다른 요건은 필요하지 않다고 본다. 다만 제390조 단서는, 이렇게 발생한 책임의 귀속이 부당해질 수 있는 예외적인 경우를 고의나 과실의 예를 들어 책임없는 사유(=면책사유)로 정한 것이라고 보아야 한다고 본다. 즉 책임있는 사유란(=유책사유) 책임을 귀속시키기에 정당한 불이행의 '객관적 사실'을 말하는 것이며, 반대로 책임없는 사유란 객관적 불이행 사실로부터 발생한 책임의 귀속이 오히려 부당한 결과를 초래하는 불가항력과 같은 '면책사유'라고 해석한다. 따라서 단서에 따라 면책될 수 있는 것은 이행불능의 유형에 한하게 된다고 한다.

(2) 과실책임주의 근거로 제시되는 특칙의 재해석

이외에 우리 민법상 유책성이 일반적으로 요구되는 간접적인 근거로서, 통설이 제시한 특칙들에 대하여 아래와 같이 비판한다.

(가) 제397조 제2항은 금전채무불이행의 경우에 채무자의 무과실항변불가 원칙을 규정한 것으로 제390조 단서의 해석을 달리할 이유가 되지 않는다. 즉, 반대해석을 하더라도 증명책임의 제한을 확인할 수 있을 뿐이며 금전채무 이외의 채무불이행의 경우에 고의나 과실은 성립요건이 아니라 면책요건이라는 해석을 변경할 필요가 없다고 한다.

(나) 제392조가 반드시 선행하는 이행지체에 대하여 채무자의 고의나 과실을 요건으로 한다는 의미로 해석될 것은 아니라고 비판한다. 오히려 이행지체와 그에 후속된 손해의 결과에 대해 채무자의 '과실이 요건이 아니라'는 원칙을 규정한 것으로 볼 수 있다고 한다. 뿐

만 아니라 동조의 취지는 채무자가 이행을 지체한 후에는 이행을 했더라면 입지 않았을 손해에 대해 '면책사유를 주장할 수 없다'는 데 강조점이 있는 것이라고 보아야 한다. 그러한 취지에서 단서는 적기에 이행을 했더라도 면할 수 없었을 손해에 대해서는 여전히 면책을 주장할 수 있도록 한 것이라고 한다.

(다) 제391조의 취지는 채무이행을 위하여 타인을 사용한 채무자는 그로 인한 이익의 향유와 함께 손해야기의 위험도 부담해야 한다는 것이다. 따라서 본래 채무의 성격과 상관없이 그 이행은 이행보조자에게 행위채무로서 고의 또는 과실을 책임발생의 요건으로 하는 것이지만,[223] 채무자로서는 이행보조자의 행위로 인한 결과를 전적으로 부담하도록 한 것이라고 보아야 한다.

다. 검토

채무자에게 채무불이행에 따른 책임을 부담시키는 책임귀속의 정당화 근거로서 과실책임주의를 채택한 우리 민법 제390조에서 유책사유를 분리·배제할 수 있는지 탐구했다는 점에서 위의 해석론의 시도는 의미가 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 이러한 해석론에는 한계가 있다.

먼저 유책사유의 규정형식과 관련해, 일본민법이 '책임으로 돌아갈 사유'(의용민법) 내지 '채무자의 책임으로 돌릴 사유'(일본 개정민법)로 표현한 것과 달리 우리 민법은 '고의나 과실없이'라고 명시함으로써 유책사유가 무엇인지에 대한 해석의 여지를 통제하고 있다. 1990년대부터 일본 학계에서는 채무불이행책임 귀속의 정당화 근거를 '계약의 구속력'으로부터 찾아야 한다는 견해가 지지를 얻기 시작해, 2017년 민법 개정 시에는 귀책사유=고의·과실이 아니라는 점을 법문에 명시하고자 하였다. 그래서 개정 일본민법 제415조에는 '채무자의 책임으로 돌아갈 사유'에 '계약 기타 채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념에 비

223) 채무자와 이행보조자의 관계는 사무처리자로서 위임계약관계에 있다고 보아야 하고, 따라서 이러한 위임계약에 따른 수임인의 채무는 '행위채무'로서 성격을 갖게 된다.

추어’라는 표현을 추가함으로써 원칙적으로 채무불이행책임에서 과실책임의 원칙을 폐기하였다.[224] 그러나 여전히 과실책임주의를 유지한 것으로 보아야 한다는 견해가 있으며,[225] 이러한 논란은 독일민법 제276조와 같은 유책성의 정의 및 일반규정을 구비하지 않았던 일본민법이 ‘책임으로 돌아갈 사유’라는 추상적인 문언만을 규정하였던 것에 기인하는 것으로 보인다.

또한 우리 민법 제390조가 본문/단서의 구조인 점에 착안하여 이행불능에 대하여만 면책사유로 규정한 것이라는 논거에 대하여도, 제390조가 애초에 모든 유형의 채무불이행을 포섭할 수 있도록 ‘열린 구조’로 규정된 것을 간과하였다. 이렇게 유연한 구조의 채무불이행책임 규정을 단서의 문언에 천착하여 다시 불능과 지체의 구도로 나누고 단서의 유책사유의 적용을 달리한다고 해석하는 것은, 본조의 원래 입법취지를 몰각시킬 뿐만 아니라 독일민법의 폐쇄적 유형론을 잘못 대입한 결과라는 비난을 면하기 어렵다.

제390조를 문언해석상 면책사유로 해석한다고 하더라도 과실책임주의를 바탕으로 입법된 다른 조문들과의 체계적 해석을 해칠 수 있기 때문에 한계가 있다. 예컨대 특정물매도인이 제374조에 따른 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 하자 있는 급부를 하게 되면 제390조에 따른 손해배상책임이 발생하는 것으로 이해되기 때문이다. 다만, 제390조 본문은 채무불이행책임의 발생요건에 대한 일반규정으로서 포괄적 의미의 ‘채무불이행’만을 규정하고 있으며, 단서의 고의·과실은 손해배상의무의 요건을 규정한 것으로 해석하는 것이 적절하다.

이런 관점에서 보면 재해석을 시도한 특칙들 역시 제390조와의 체계적 해석에 따를 때 고의·과실을 채무불이행책임의 내용인 손해배상의무 발생의 요건으로 전제하고 있다고 보는 것이 타당하다.

요컨대 일반인 간의 이익을 보호하기 위해 과실책임을 기초로 하는 불

224) 山本敬三(2016), 1231頁; 潮見佳男(2017a), 67-68頁; 大村敦志(2017), 167頁.
225) 加藤雅信/김상수(2018), 37-38면.

법행위책임과 달리 특정인 간의 약정에 기초하여 스스로 인수한 이행보증으로서 계약책임을 채무자에게 귀속시키기 위한 정당화 근거를 새롭게 형성하는 것이 궁극적으로 필요하다. 이에 따라 프랑스민법 또는 개정 일본민법의 변화를 참조하여, 채무불이행책임의 내용인 손해배상의 무로부터 유책사유를 배제·분리함으로써 불완전한 이행이라는 객관적 실질을 같이 하면서 책임내용이 중첩되는 담보책임과의 통일적 운영의 기틀을 마련하는 것이 타당하다. 그러나 이러한 시도가 자칫 과실책임을 기반으로 계약상 손해배상책임을 규율하고 있는 민법 규정 간의 체계적 해석에 반할 수 있기 때문에, 입법론으로 검토되는 것이 타당하다.

제5절 계약채무불이행책임의 내용과 유책사유의 적용범위

1. 문제의 소재

앞서 살펴본 바와 같이[226] 계약관계의 당사자가 채무불이행으로 인하여 부담하는 모든 법적 불이익으로서 계약책임 가운데, 민법 제390조에 따라 객관적 사실로서 '계약채무불이행'의 일반요건을 구비한 경우 '계약채무불이행책임'이라고 할 수 있다. 이러한 계약채무불이행책임의 구체적인 내용을 이루는 구제수단의 범위에 대하여 우리 민법의 해석상 견해가 일치하지 않는데, 제390조가 책임의 발생효과로서 손해배상청구권 이외에 다른 구제수단에 대해서는 아무런 언급을 하지 않기 때문이다. 이것은 특히 계약을 불이행한 채무자에 대한 책임의 부과 또는 제재를 정당하도록 하는 유책사유가 제390조에 명시된 손해배상청구 이외에 어떤 범위까지 요구되는지와 관련되는데, 그 판단의 기준은 그 밖의 구제수단을 규정한 민법의 법문 및 해석에 비추어 유책한 채무불이행 사실을 원인으로 발생한 것인지 여부에 있다고 할 수 있다.

226) 제2장 제2절 2. 가 및 제2장 제2절 2. 다. (2) (나) 참조.

2. 계약채무불이행책임의 내용

가. 우리 민법상 논의현황

계약채무불이행의 효과로서 계약채무불이행책임의 구체적인 내용 즉, 채무자의 계약채무불이행에 대해 채권자가 활용할 수 있는 구제수단으로서 강제이행청구권(제389조), 손해배상청구권(제390조), 계약해제권(제543조 이하)은 명문의 규정에 의해서, 대상청구권,[227] 추완청구권은[228] 학설과 판례에 의해서 인정되고 있다. 반면, 대금감액권은 담보책임의 일부내용으로서만 인정되고 있다. 여기서 문제되는 것은, 일부견해가 강제이행청구권을 채권의 일반적 효력이지 채무불이행의 효과가 아니라 파악한다.[229] 나아가 우리 민법은 채무불이행의 효과로서 손해배상의 방법에 관하여 금전배상주의(제394조)를 취하고 원상회복을 인정하고 있지 않다는 것을 이유로 추완청구권도 인정할 수 없다고 한다. 생각건대 강제이행청구권은 채권의 효력으로서 실현강제력을 기초로 한다는 데 의문이 없지만, 유책사유를 불문하고 채무자의 이행지체를 고유한 요건으로 채권자에게 부여된 구제수단이라는 점에서 채무불이행의 효과라고 보는 것이 타당하다. 마찬가지로 추완청구권은 채무의 불완전이행을 필수적인 원인으로 채권자에게 부여된다는 점에서 채무불이행의 효과로서의 성격을 갖는다. 동시에 추완청구권은 불완전한 이행을 한 채무자에게 채무 내용에 적합한 제2의 이행을 요구하는 것이므로 이행청구권의 연장으로서의 속성을 겸유한다. 이것은 불완전한 채무이행의 완성이지 원상회복의 본래적 의미와 다르고, 불완전이행으로 인한 손해배상의 방식으로 독일민법상 인정되는 원상회복청구권과도 구별된다고 해야 한다.

---

227) 곽윤직(1999), 87면; 김상용(2016), 124면; 김용한(1983), 147면; 김주수(1999), 133면; 김증한·김학동(1998), 170면; 김형배(1998), 199면; 민법주해/양창수(1997), 392면; 대법원 선고 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 4598 판결; 대법원 선고 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결; 대법원 선고 1996. 6. 25. 선고 95다6601 판결 등.

228) 민법주해/양창수(1997), 310-311면; 이은영(2006), 242면; 김재형(2016), 114면; 민법주해/남효순(1997), 538-539면; 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다27148 판결.

229) 송덕수(2015), 115면.

따라서 우리 민법 제394조가 손해배상의 방법으로 금전배상방식을 채택하였다는 것이 추완청구권 인정에 방해가 되지는 않는다고 보는 것이 타당하다.

나. 비교법상 규율현황

국제거래규범들은 불이행의 구제수단에 대해 일반규정과 세부규정의 형식으로 규율하고 있으며, 거의 유사한 채권자의 구제수단들을 규정하고 있다. CISG의 경우 크게 이행청구권, 추완청구권, 손해배상청구권, 대금감액권, 계약해제권, 이행정지권을 규정하고 있다(제45조~제52조, 제71조). 특히, 추완청구권은 대체물급부청구권, 부적합보수청구권, 부족수량급부청구권으로 구체화된다(제46조). PICC에서는, 채권자에게 이행청구권, 추완청구권(대체이행청구권, 부적합보수청구권, 기타 결함있는 이행에 대한 치유청구권), 이행유보권, 계약해제권, 손해배상청구권, 상계권을 부여하는데(제7.1.1.조~제8.5조), 특이한 것은 대금감액권을 규정하지 않은 것으로 대금감액권을 인정하지 않는 영미법의 영향으로 보인다. PECL은 이행청구권, 추완청구권, 이행유보권, 계약해제권, 대금감액권, 손해배상청구권을 정하고 있다(제8.101조~제9.510조). DCFR은 이행청구권, 추완청구권, 이행유보권, 대금감액권, 계약해제권, 손해배상청구권을 규정하고 있다(DCFR Ⅲ-제3:101조~Ⅲ-제3:713조)

개정 독일민법은 채무불이행책임으로 손해배상청구권(제280조), 대상청구권(제285조), 계약해제권(제323조~제347조)을 규정하고 있으며, 추완청구권과 대금감액권은 담보책임의 내용으로서 매매계약(제441조)과 도급계약(제638조)에서 규정하고 있다. 개정 일본민법은 채무불이행책임으로 손해배상청구권(제415조), 대상청구권(제422조의2조), 계약해제권(제541조~제548조)를 규정하고 있으며, 담보책임으로서 매매계약에 추완청구권(제562조)과 대금감액권(제563조)을 규정하고 있다. 종전 도급계약에서 따로 규정하였던 하자보수청구권(제634조)은 삭제하였는데, 매매계약에 관한 규정은 다른 유상계약에 준용되므로(제559조) 매수인의 추완청

구권이 유상계약인 도급계약에 준용되는 것으로 충분하다고 본 것이다. 개정 프랑스민법은 국제거래규범의 규정형식과 매우 가깝게 채무불이행이 아닌 계약불이행의 일반규정으로 권리목록을 두고 있으며(제1217조), 동시이행의 항변권, 현실이행의 강제, 대금감액권, 계약해제권, 손해배상청구권을 규정하였다. 다만, 아직 개별 계약규정의 개정작업은 진행 중에 있어서, 도급계약에서 도급인의 하자보수청구권을 규정(제1792조 이하)한 이외에 매매계약상 하자담보책임으로서 계약해제권, 대금감액권, 손해배상청구권을 규정할 뿐(제1641조~제1649조) 추완청구권을 명시하고 있지는 않다.

다. 검토

민법 개정을 완료한 독일, 일본의 경우 그간 학설과 판례를 통해 인정되었던 추완청구권, 대금감액권을 매도인의 담보책임으로 명시하였다. 프랑스의 경우 종전에 개별 계약에서 규정해오던 대금감액권을 민법 개정을 통해 계약불이행에 따른 구제수단으로도 명시한 반면, 추완청구권은 따로 명시하지 않았지만 종래의 학설과 판례에 비춰 신설한 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)에 관한 제1221조와 제1222조로부터 추완청구권을 인정할 수 있을 것이다.[230] 이러한 계약채무불이행책임의 구체적인 규정형식에 있어서는 세 가지 형태로 분류가 가능한데, 이것은 향후 우리 민법의 개정에 참조가 될 수 있다. 국제거래규범들은 일원적 계약책임체계를 구성하여 매도인의 계약불이행에 따른 효과를 통일적으로 운영하고 있다. 반면, 로마법의 영향으로 채무불이행책임과 담보책임의 규율을 유지하고 있는 대륙법계 국가로서 독일은 의무위반이라는 포괄적 개념아래 위에서 살핀 손해배상청구권, 계약해제권을 규정하고 매매계약에서 이를 준용하는 형태로 통일적인 운영의 기틀을 마련하였다. 반면 추완청구권과 대금감액권은 담보책임의 내용으로 규율하

230) Malinvaud(2018), n° 477.46. Défauts de conformité cachés lors de la réception. Obligation de mise en conformité.

고 있으며, 손해배상청구권에 있어서만 과실책임주의를 유지하였다. 개정 일본민법 역시 담보책임의 규율을 따로 유지하되, 채무불이행책임의 손해배상청구권, 계약해제권 규정을 매매계약에서 준용하면서 담보책임으로 추완청구권, 대금감액권을 규정하였다. 다만 여전히 견해의 대립이 있지만,[231] 귀책사유가 고의·과실만을 의미하지 않는다고 하면서 '계약 기타 채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념에 비추어' 판단하도록 개정하여(제415조) 채무불이행책임에 있어 종전의 과실책임주의를 폐기한 것으로 평가된다.[232] 개정 프랑스민법은 영미법과 대륙법의 중간형태의 규정형식으로 파악되는데,[233] 포괄적 개념의 계약불이행 아래 일반규정으로서 권리목록을 두고 있으면서 원시적 하자에 대한 담보책임의 규율을 유지하고 있기 때문이다. 이러한 국제적인 규율에 비추어 보면, 우리 민법은 채무불이행책임은 물론 담보책임의 내용으로서 특히 추완청구권과 대금감액권에 대한 규율이 결여되어 있음을 확인할 수 있다.

3. 증거법상 유책사유의 의의와 적용범위

가. 유책사유의 증명책임과 책임요소로서 면책

통설은 우리 민법 제390조 단서의 반대해석상 '고의나 과실'을 채무불이행책임의 발생요건으로 파악한다. 그러나 증명책임과 관련해, 채권자는 채무자의 채무불이행으로 인해 손해가 발생하였다는 점을 적극적으로 증명하면, 채무자의 고의·과실은 추정되고 책임을 면하려는 채무자가 무과실을 증명해야 한다. 이렇게 본조 단서의 유책사유가 증명책임에 있어 소극요건인 면책사유로 기능하는 점에서, 기능적 의미의 면책요건으로 파악하여 유책사유의 부존재가 구제수단의 소멸에 영향을 미치는 범위를 검토해 볼 수 있다. 이를 통해서 불가항력 등 장애사유에 의하여 이행이 이루어지지 않은 경우 면책을 인정하는 국제거래규범 및 외국

231) 加藤雅信/김상수(2018), 37-38면.
232) 山本敬三(2016), 1231頁; 潮見佳男(2017a), 67-68頁; 大村敦志(2017), 167頁.
233) Treitel(1998), pp. 9-13.

입법례의 규율에 비추어, 우리 민법상 면책이 인정되는 구제수단의 범위를 간접적으로 비교할 수 있다.[234]

나. 유책사유의 적용범위

(1) 손해배상청구권・강제이행청구권

우리 민법상 유책하지 않은 채무불이행의 경우 채권자의 손해배상청구에 대하여 채무자가 면책된다는 데 해석은 일치한다. 이와 달리 강제이행청구권의 경우 유책사유를 요한다고 보는 견해가 있지만,[235] 민법 제389조에서 그 이행이 가능한 한 강제이행의 방법으로 본래 급부내용을 실현할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 책임없는 사유에 의한 경우에도 이행이 가능한 경우 면책되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

국제거래규범의 규율로는 불가항력 등 장애사유의 발생에 의하여 이행이 이루어지지 않은 경우에 대하여, CISG가 채권자의 손해배상청구에 대해서만 채무자를 면책(제79조 제5항)시키는 반면[236] 그 밖의 국제거래규범들은 손해배상청구권과 이행청구권에 대해 동일하게 채무자를 면책시키고 있다(PICC 제7.1.7조 제4항, PECL 제8:101조 제2항, DCFR Ⅲ-제3:101조 제2항). 이러한 경향은 이행청구권을 손해배상청구권과 함께 채무불이행의 효과로서, 채무자가 부담하는 동질의 책임내용으로 파악하고 있음을 의미한다.

외국의 입법례로는, 개정 독일민법의 경우 손해배상청구권만을 과실책임으로 구성하고 있기 때문에 손해배상청구권만 면책된다(제280조 제1항). 개정 일본민법의 경우도 과실책임주의를 폐기하되 넓은 의미의 귀

234) 로마법상 Receptum 책임의 법리에서 유래한 불가항력의 개념에 대하여, 우리 민법상 일관되거나 명확한 의미와 기능을 파악하기는 어렵다. 다만, 우리 판례에서는 거의 예외없이 무과실과 같은 의미로 사용되고 있다. 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다15940,15957 판결; 윤용석(2016), 156-157면.

235) 김상용(2006), 123면.

236) CISG가 그 밖의 국제거래규범과 달리 불가항력 등 장애사유에 의한 면책의 범위를 손해배상에 한정하고 있는 것에 대하여, CISG가 대륙법과 영미법 사이에 절충의 산물이지만 계약위반의 효과로서 불가항력에 의한 손해배상책임의 면책만을 인정하는 이행보증적 책임구조의 영미법적 규율 태도를 따른 것이라고 보는 견해가 있다. 박상기·최준선(2002), 51면.

책주의을 유지하면서 이를 면책요건으로 개정하였으며 이는 손해배상청구권을 면책한다(제415조 제1항). 프랑스의 경우 종래와 마찬가지로 불가항력 등의 사유로 손해배상청구권과 이행청구권이 면책되는 것으로 보며(제1218조 제2항, 제1231-1조),[237] 면책되는 이행불능을 채무소멸의 원인으로 규정하고 있다.[238]

(2) 계약해제권

우리 민법상 계약해제권이 유책사유를 요건으로 하는지에 대하여는, 이행불능시 유책사유를 요건으로 계약해제권을 규정하고 있는 제546조와 달리 이행지체시 계약해제권을 규정한 제544조가 유책사유를 명시하고 있지 않은 차이를 두고 해석상 견해의 대립이 있다. 다수설은 우리 민법이 과실책임을 원칙으로 삼고 있으며 이행지체를 이행불능과 구별할 실질적 근거가 없기 때문에 채무불이행의 모든 유형에서 계약해제권의 발생을 위해 유책사유를 요건으로 한다고 본다.[239] 반대견해는, 계약해소의 자유를 규율하는 계약해제와 채무불이행책임의 정당한 귀속을 규율하는 손해배상은 그 목적을 달리하는 제도이고, 제546조는 별도의 해제없이 계약이 해소되는 위험부담과 구별하여 유책한 이행불능시 계약해제권을 규정한 것일 뿐이라고 한다.[240] 생각건대 계약해제권 역시 선행하는 채무불이행에 기인하여 채권자에게 부여되는 구제수단의 성격을 갖지만, 유책사유가 아니라 이행곤란 또는 이행불능과 같은 계약의 목적달성에 대한 장애를 본질적인 요건으로 한다고 보는 것이 타당하다.

국제거래규범들은 불가항력 등 장애사유에 의해 이행이 이뤄지지 않

237) 한불민사법학회(2021), 308-310면, 341-342면.
238) 한불민사법학회(2021), 636-637면.
239) 곽윤직(2000), 102면; 김증한(1988), 85면; 민법주해/김용덕(1997), 274면. 이 경우에 채무자의 책임없는 사유로 급부의 전부불능이 발생한 경우 위험부담의 원칙에 따라 계약은 해소된다고 보게 되며, 급부의 일부가 불능인 경우 원시적 하자라면 담보책임에 의하거나 일부불능된 부분만큼 계약은 해소되고 대금의 반환을 청구할 수 있게 된다.
240) 김형배·김규완·김명숙(2013), 1289면; 이은영(2005), 229-230면; 박영복(1996), 344면; 정진명(1998), 22면; 하경효(2003), 94면.

은 경우 동일하게 계약해제권에 대한 채무자의 면책을 인정하지 않는다. 따라서 불가항력의 경우라도 채권자는 계약해제권을 행사할 수 있다. 다만, 계약불이행이 본질적(fundamental)인지 여부에 따라 계약해제권의 행사를 제한하고 있다. 즉, 채무자의 본질적인 불이행이 있는 경우 채권자는 계약을 해제할 수 있도록 정하는 한편(CISG 제49조 제1항 a호・제51조 제2항, PICC 제7.3.1조 제1항, PECL 제9:301조 제1항, DCFR 제3:502조), 본질적인 불이행이 없는 경우에는 이행을 위한 유예기간의 경과를 요건으로 계약을 해제할 수 있도록 정하고 있다(CISG 제49조 제1항 b호, PICC 제7.3.1조 제3항, PECL 제9:301조 제2항, DCFR 제3:503조).

독일, 일본, 프랑스의 개정 민법도 유책사유를 계약해제권 발생의 요건으로 규정하고 있지 않다. 다만, 계약의 구속력으로부터 계약해제권의 행사를 제한하고 있는데, 대체로 이행의 최고를 요하는 해제(개정 독일민법 제323조 제1항, 개정 일본민법 제541조, 개정 프랑스민법 제1225조 제2항・제1226조 제1항)와 이행의 최고를 요하지 않는 해제(개정 독일민법 제323조 제2항, 개정 일본민법 제542조, 개정 프랑스민법 제1224조)로 나누어 규율하고 있다. 차이점으로 개정 독일민법(제323조 제5항)과 개정 일본민법(제541조 단서)은 ‘불이행이 경미한 경우’에 계약을 해제할 수 없도록 정하고 있음에 반하여, 개정 프랑스민법은 ‘충분히 중대한 채무불이행’의 경우에 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다(제1224조, 제1226조 제4항).

(3) 추완청구권

추완청구권이 발생하기 위한 요건으로 불완전한 이행에 대한 채무자의 유책사유가 필요한지 문제된다. 그런데, 우리 민법은 추완청구권을 일반적으로 인정하는 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 담보책임의 한 내용으로서 유상계약과 무상계약에 따라 이를 달리 규정하고 있는바 체계적 해석의 범주 내에서 이를 구별하여 검토할 필요가 있다.

(가) 유상계약의 경우

이는 추완청구권의 법적 성격을 어떻게 보는지에 따라 견해를 달리할 수 있다. 추완청구권이 본래 급부를 실현하기 위한 이행청구권의 연장 내지 수정이라고 보는 입장에 따르면, 이행청구권과 마찬가지로 유책사유가 없는 경우에도 추완청구권이 발생한다고 한다.[241] 이와 달리 추완청구권이 채무불이행의 효과로서 채권자에게 부여된 구제수단이며 전보손해배상청구권에 갈음할 수 있는 것이라는 입장에 따르면, 손해배상청구권과 마찬가지로 주관적 요건으로서 채무자의 유책사유가 필요하다고 보게 된다.[242] 한편 추완청구권은 채무불이행의 효과이면서 동시에 이행청구권의 효력으로서 인정되는 것이기 때문에 유책사유가 없는 경우 역시 인정된다고 볼 수도 있다.[243]

이와 관련해 국제거래규범들 가운데 CISG는 채무자에게 불가항력 등 장애사유가 발생한 경우 손해배상청구권에 대해서만 면책을 인정하면서 추완청구권의 면책은 인정하지 않는다(제79조 제5항). 이와 달리 PICC, PECL, DCFR은 채무자에게 불가항력 등 장애사유가 발생한 경우 손해배상청구권은 물론 추완청구권에 대해서도 동일하게 면책을 인정하고 있다(PICC 제7.1.7조 제4항, PECL 제8:101조 제2항, DCFR Ⅲ-제3:101조 제2항). 이러한 차이는 대륙법과 영미법의 절충을 시도한 CISG가 대륙법의 법원칙에 따라 우선적으로 이행청구권을 인정하였지만, 여전히 영미법의 규율과 같이 손해배상청구권을 채무불이행의 원칙적인 효과로 이해함으로써, 채무자에게 면책사유가 발생한 경우 손해배상청구권과 달리 추완청구권의 면책을 부정한 것으로 볼 수 있다. 반면 CISG를 보완한다는 목적으로 출현한 PICC 등 이후의 국제거래규범들은 추완청구권을 불완전이행에 고유한 효과로 파악함으로써 손해배상청구권과 동일하게 규율하고 있는 것이다.[244]

241) 민법주해/양창수(1997), 310면; 주석민법/김상중(2013), 738면; 오종근(2018), 12면.
242) 오종근(2018), 11-12면.
243) 민법주해/남효순(1997), 538-539면.

개정 독일민법은 채무불이행책임의 내용으로서 추완청구권을 직접적으로 명시해서 인정하지는 않고 있다. 다만, 국제거래규범의 규율을 반영하여 매도인의 담보책임의 내용으로서 추완청구권을 명문으로 규정하면서(제437조, 제439조), 과실을 요건으로 하는 채무불이행책임의 손해배상청구권을 담보책임에서 준용한 것과 달리(제437조, 제280조, 제281조)[245] 추완청구권의 법적 성격을 이행청구권의 연장 또는 변형으로 파악하여 유책사유를 요하지 않는 것으로 규율하였다. 개정 일본채권법 역시 추완청구권을 일반적으로 인정하는 규정을 두지는 않았으며, 매도인의 담보책임의 내용으로 추완청구권을 명문으로 인정하면서 그 법적 성격을 이행청구권과 같은 것으로 파악하여 유책사유를 요하지 않는 것으로 규율하였다(제562조). 특히 손해배상청구권에 있어서는 채무불이행에 따른 손해배상청구권을 준용하도록 하였는데(제564조), 이때 구법에서 귀책사유를 책임발생의 요건으로 규정하면서 이를 고의·과실로 이해하던 구성을 버리고 면책사유를 명문으로 규정하였다(제415조). 아직 개별 계약규정의 개정을 완료하지 않은 개정 프랑스채권법은 추완청구권을 명문으로 인정하고 있지는 않지만, 종전의 해석상 이행청구권으로부터 추완청구권을 도출하고 있다.[246] 그리고 채권법 개정을 통해 이행청구권(L'exécution forcée en nature; 현실이행의 강제)을 계약불이행에 따른 구제수단의 목록에 새롭게 규정하였는데, 구제수단들을 발생시키는 포괄적 개념으로서 계약불이행은 유책사유를 요건으로 하지 않으며 불가항력과 같은 면책사유는 이행청구권과 손해배상청구권에 공통적으로 적용된다.[247]

생각건대, 추완청구권은 채무자의 불완전한 이행에 대해 재이행 또는 보수를 '청구'한다는 면에서 채권이 가진 청구력의 발현으로서 이행

244) 오종근(2018), 12면.
245) 이때의 과실은 하자의 존재에 대한 매도인의 주의의무 위반으로 규정하고 있다(제311a조 제2항).
246) 남효순(1993b), 285-286면.
247) Chantepie/Laina(2016), n° 1049-1050.

청구권과 같은 기능을 한다 하더라도, 필수적으로 선행하는 불완전이행이 있고 그로 인해서 채권자에게 발생한 '구제수단'으로서의 성격이 본질이다. 나아가 원시적으로 하자 있는 급부에 대해 민법이 특별히 정한 담보책임의 본질 역시 하자 없는 급부의무를 위반한 채무불이행책임이라고 보아야 한다. 따라서 채무불이행책임으로서 추완청구권과 담보책임으로서 추완청구권의 법적 성격을 원시적 하자인지에 따라 다르게 취급할 이유가 없는 것이다. 그러나 추완청구권을 채무불이행의 효과로 본다고 하더라도 유책사유를 요건으로 하는지에 대해서는, 채무불이행에 따른 채권자의 구제수단들이 계약의 구속력으로부터 파생된 고유한 특성들을 겸유하는 점에서 개별적인 판단을 필요로 한다. 따라서 민법 제390조를 비롯해 과실책임주의를 바탕으로 입법된 다른 조문들과의 체계적 해석의 범주 내에서 손해배상청구권의 경우 법문에 따라 유책사유가 요구된다고 보아야 한다. 반면, 유상계약에 있어서 추완청구권의 경우 계약의 구속력에서 인정된 이행청구권의 보조수단일 뿐만 아니라 유상계약상 대가관계의 유지·회복을 위해서 인정되는 것이기 때문에 유책사유를 요하지 아니한다. 다만 예외적으로 불가항력 등 장애로 인하여 채무를 확정적으로 이행할 수 없는 경우에만 채무자는 면책될 수 있다고 보는 것이 계약당사자의 의사에 부합하는 것으로, 국제거래규범의 규율방식은 물론 프랑스 개정 채권법도 이를 반영하고 있는 것이다.[248)249)] 따라서 채무불이행의 효과로서 추완청구권은 유책사유를 요하지 않으나, 불가항력 등 장애로 인하여 채무의 이행이 확정적으로 불가능해진 경우에는 손해배상청구권과 함께 면책된다고 보는 것이 타당하다.

248) 당사자는 계약체결당시 이행이익의 실현을 보장하기 위해 채무불이행이 있으면 급부의 추완 또는 손해배상을 급부와 동질의 것으로 이행할 것을 보증한 것이다. 다만 이러한 정당화 근거는 본질적으로 채무의 내용에 대한 탐구로부터 시작되어야 하기 때문에 획일적으로 정할 수는 없고, 채무의 목적이 결과채무라면 이행보증과 면책요건으로, 행위채무라면 유책사유를 책임발생요건으로 달리 구성하는 것이 타당하다.

249) 한불민사법학회(2017), 132-134면.

(나) 무상계약의 경우

유상계약과 달리 무상계약의 채무자에 대한 추완청구는 부당하고 가혹한 부담이 될 수 있기 때문에 손해배상청구권과 동일하게 고의·과실을 요한다고 하여야 한다. 이렇게 해석할 때, 무상계약의 당사자는 증여물의 현상대로 공여하려는 것이 통상의 의사라는 점에서 증여자가 하자나 흠결을 악의로[250] 고지하지 않은 때에만 담보책임을 부담하도록 완화한 민법의 태도와도 조화될 수 있다(제559조 제1항 단서). 이로써 증여계약의 경우 채무불이행책임이든지 담보책임이든지 고의 또는 과실있는 경우에 증여자가 추완청구에 대한 부담을 지게 되므로 유상계약에 비하여 책임이 경감된다고 볼 수 있다. 다만, 증여자가 부담하는 담보책임의 요건으로서 악의는 '하자'의 인식에 대한 것이 아니라 '고지의무' 위반에 대한 것이라는 데 주의할 필요가 있다. 이는 또한 증여자가 하자를 알았다 하더라도 고지의무를 과실로 이행하지 않은 경우에만 담보책임을 부담하게 되어 하자에 대하여 고의인 경우에도 책임이 경감된다는 이중의 의미를 갖는다.

그런데 유책사유의 전제로서 채무자의 주의의무와 관련하여 무상계약의 특성상 이를 완화하여 적용할지에 대한 견해의 대립이 있다. 특히 대표적인 무상계약으로서 특정물의 증여에 대하여 증여자는 계약성립 이후 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 하는지 문제된다(제374조). 일부견해는 민법에 주의의무 경감에 대한 규정이 없는 이상 일반원칙에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 보는 반면,[251] 다른 견해는 기본적으로 선관주의의무란 유상계약의 채무자에게 요구되는 것으로 무상계약에서 담보책임을 원칙적으로 면제하고 있는 민법의 규율태도에 비추어 무상수치인의 주의의무에 대한 민법 제695조를 유추적용하여 '자기재산과 동일한 주의' 의무를 부담한다고 한다.[252] 비교법적

250) 통설은 이때 악의에 대하여 고의·과실을 불문한다고 한다. 민법주해/고영한(1997), 52면; 주석민법/윤철홍(2016), 292면.
251) 민법주해/고영한(1997), 32면; 송덕수(2016), 157면.
252) 주석민법/윤철홍(2016), 291면; 이은영(2005). 280면.

으로는 증여자에게 고의 또는 중과실에 대하여만 책임을 부담시키는가 하면(독일민법 제521조, 스위스채무법 제248조 제1항), 무상수치인은 원칙적으로 자기 재산과 동일한 주의로 보관하여야 하고(프랑스민법 제1927조) 무상수임인의 경우도 유상위임인 경우에 비하여 주의의무를 완화하여 적용해야 한다고 규정하고 있다(프랑스민법 제1992조). 생각건대, 우리 민법은 물론 외국 입법례의 경우 무상계약에 있어서 채무자의 주의의무에 대한 일관된 규율은 보이지 않는다. 또한 계약준수의 원칙에 비추어 무상계약의 경우에도 채무자가 부담하는 주의의무의 정도를 일반적으로 경감해야 할 실질적인 이유를 발견하기 어렵다. 그렇다면 무상수치인과 같이 주의의무를 경감하는 특별한 규정(제695조)을 두지 않는 한 일반원칙에 의해 증여자는 선량한 관리자의 주의(제374조)로 의무를 부담한다고 보는 것이 타당하다.

(4) 대상청구권

특히 이행불능의 경우에 학설과 판례에 의하여 일반적으로 인정되고 있는 대상청구권의 경우 유책사유를 요건으로 하는지에 대하여, 통설은 채권관계의 연장으로서 대상청구권의 본질에 비추어 유책사유의 유무와 상관없이 대상에 관한 이익을 채권자에게 보장하는 것이 합리적이라고 한다.[253] 개정 독일민법(제285조), 개정 일본민법(제422조의2), 개정 프랑스민법(제1351-1조 제2항)은 대상청구권을 명시하였으며, 유책사유를 요건으로 규정하지 않았다. 생각건대 대상청구권도 채무자의 책임없는 사유로 발생한 이행불능의 경우에 공평의 원칙상 불측의 손해를 입게 된 채권자의 구제를 위해 이행청구에 갈음하여 인정되는 데 실익이 있기 때문에 유책사유를 요건으로 삼지 않는다고 보는 것이 타당하다

다. 검토

253) 민법주해/양창수(1997), 292면; 주석민법/김상중(2013), 697면.

채무불이행책임의 일반요건을 규정하는 제390조는 유책사유와 상관없는 '채무불이행'만을 규정하고 있으며, 채무불이행책임의 내용으로서는 유책사유를 요하는 손해배상의무만을 규정하고 있다고 보는 것이 타당하다. 그 밖의 구제수단들은 개별규정 및 해석 하에서 채무불이행책임의 내용을 이룬다고 파악할 수 있다. 이때 우리 민법상 금전손해배상에 의한 단선적인 구제수단에 의해 규율되는 불법행위책임과 달리 채무불이행에 따른 채권자의 구제수단들은 다양하고 고유한 특성들을 겸유하는 점에서 개별적인 판단이 필요하다. 따라서 민법 제390조를 비롯해 과실책임주의를 바탕으로 입법된 다른 조문들과의 체계적 해석의 한계 내에서, 손해배상청구권의 경우 법문에 따라 유책사유가 요구된다고 보아야 한다. 계약해제권의 경우 유책한 채무불이행의 효과이기보다는 계약의 목적달성 장애에 대한 채권자의 구제수단으로 보는 것이 타당하다. 반면, 강제이행청구권, 추완청구권, 대상청구권의 경우 계약의 구속력으로부터 이행청구권의 연장 내지 변용으로서 인정되는 것이기 때문에 유책사유를 요하지 아니한다. 그러나 강제이행청구권, 추완청구권의 경우 특히 이행가능성을 전제로 인정되는 권리이므로, 채무자의 유책사유와 상관없이 급부전부가 확정적으로 이행불능된 경우 채무자의 이행의무는 면책된다고 보아야 한다.[254] 또한 급부일부가 확정적으로 이행불능(일부불능)된 경우 역시 대체급부에 의한 추완이 가능하더라도 전부불능과의 형평상 불능의 범위에서 채무자는 면책된다고 보아야 한다.[255][256] 다시 말해 확

254) 특히 쌍무계약에서 채무자의 유책사유 없이 급부전부가 확정적으로 이행불능된 경우 채무자는 자신의 급부의무를 면하게 되는데, 이는 위험부담법리에서 채권자가 부담하는 급부위험의 처리에 따르게 된다(민법 제537조).

255) 급부일부에 대한 추완이 가능하다면 원칙적으로 일시적 장애이지 확정적 일부불능이 아니다. 추완청구권은 유책사유를 요건으로 하지 않고, 이행가능성을 전제로 하기 때문에, 채무자의 유책사유와 상관없이 급부의 일시적 장애의 경우 채권자는 추완청구권을 행사할 수 있다고 해야 한다.

256) 계약 쌍방에게 책임없는 후발적 일부불능의 처리에 대하여 우리 민법은 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 학설은 위험부담의 법리를 유추적용하는 견해(곽윤직(1998), 117-118면 등), 담보책임의 법리를 유추적용하는 견해(이은영(2005), 180면), 일부무효의 법리를 유추적용하는 견해(송덕수(2016), 88면)로 나뉜다. 그리고 세 견해는 모두 일부불능인 나머지 부분으로 존속할 수 있다는 전제에서 규율하고 있다. 그런데 문제는 불특정물매매의 경우인데, 위험부담의 법리, 일부무효의 법리에 따르면 채무자는 불능이 된 부분에 대한 추완의무를 부담하지 않는 반면, 담보책임의 법

정적 일부불능의 경우 특정물이라면 추완가능성이 없는 반면, 불특정물이라면 대체급부가 가능할 수 있지만 전부불능시 채무자가 면책됨에 비추어 일부불능에 대해서도 대체이행의무를 면책하는 것이 형평에 부합한다. 유상계약과 달리 무상계약의 추완청구권은 채무자가 악의로 하자나 흠결을 채권자에게 고지하지 않은 때 부담하는 담보책임의 일정한 경우(민법 제559조 제1항 단서, 제602조 제2항, 제612조) 이외 채무자에게 부당하고 가혹한 부담이 될 수 있기 때문에 손해배상청구권과 동일하게 유책사유를 요한다고 하여야 한다. 한편, 전부불능이 된 이행청구에 갈음하여 공평의 원칙상 채권자에게 인정되는 대상청구권은 유책사유 존재여부와 상관없이 인정되어야 한다. 이상에서 살펴 본 계약채무불이행에 따른 구제수단별 유책사유의 필요여부를 정리하면 아래와 같다.

구제수단	유·무상여부	원시적 불이행	후발적 불이행
강제이행청구권	유상계약	불요	불요
	무상계약	불요	불요
손해배상청구권	유상계약	불요(담보책임) 필요(계약불이행책임)	필요
	무상계약	필요	필요
계약해제권	유상계약	불요	불요
	무상계약	불요	불요
추완청구권	유상계약	불요	불요
	무상계약	악의(예외적 담보책임) 필요(계약불이행책임)	필요
대금감액권	유상계약	불요(담보책임)	불요(일부멸실)
	무상계약		
대상청구권	유상계약		불요
	무상계약		

[표 1] 계약채무불이행에 따른 구제수단별 유책사유의 필요 여부

리에 따르면(제581조) 채무자는 완전물급부에 의한 추완의무를 부담하게 되어 실질적으로 다른 결론에 이르게 된다. 생각건대 원시적 하자가 아니라 후발적 불능에 대해서 특정물·불특정물에 따른 처리를 달리할 이유가 없고, 무과실인 채무자에게 완전물급부의무를 부담시키는 것은 가혹하기 때문에, 전부불능과의 형평을 고려하여 위험부담의 법리에 따라 처리하는 것이 타당하다. 판례도 위험부담이론을 적용하여 처리하고 있다(대법원 2004. 12. 24. 2003마1665 결정 등).

제6절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 제안

1. 계약책임의 현대화를 위한 개정의 기준

가. 계약책임체계의 일원화를 통한 현대화의 필요성

국제거래의 증가와 함께 이에 대한 통일적 규율을 마련하기 위해 출현하기 시작한 국제거래규범들과 그러한 규율을 반영하여 최근까지 민법개정을 이룩한 독일, 프랑스, 일본민법은 채권법 특히 계약책임의 현대화를 공통의 목표로 하였다. 이러한 목표는 크게 두 가지 방향에서 이루어졌는데, 그 하나는 종래 일반 채무불이행책임과 담보책임으로 이원화되었던 계약책임체계의 일원화 내지 통일화를 구축하는 것이었고, 다른 하나는 종래 학설과 판례를 통해 인정되어 오던 구제수단들 특히 추완청구권과 대금감액권을 국제거래규범을 참조하여 명문으로 규정한 것이다. 우선 일반 채무불이행책임과 담보책임의 일원화에 대하여, 담보책임은 로마법상 전제의 착오에 대한 취소로서 고유성을 갖는다거나 정보제공의무의 위반으로서 채무불이행책임과 구별되기 때문에 반대하는 견해가 없지 않다.[257] 그러나, 국경간 거래는 날로 확대되고 있는 상황에서 대외무역 의존도가 현저히 높은 우리나라로서는 이를 유럽 역내에 국한된 현상으로 치부할 수 없다. 오히려 국내외 규율의 간극을 줄임으로써 수범자들의 규범적응력을 제고할 수 있도록 마찬가지로 계약책임의 일원화를 민법 개정을 통한 계약책임 현대화의 중요한 목표로 삼을 필요가 있다. 그렇다면 구체적인 방법에서 몇 가지 모델로 차별화되는 일원적 계약책임체계의 입법례들을 검토함으로써 우리 민법 개정에 대한 참조를 얻을 수 있다.

257) 박희호(2017), 308-312면. 또 다른 반대견해는, 담보책임은 매매, 도급과 같은 개별 계약에 적용되는 것이므로 채무불이행책임과 일원화가 부적절하다고 하면서, 유럽 통일매매법이 양 책임의 일원화를 구축하고 있는 것도 매매에 국한된다고 한다. 이은영(1997), 70-72면.

나. 일원적 · 통일적 계약책임체계의 입법례

(1) 국제거래규범

형식적으로 일원적 계약책임체계만을 규정한 경우로서, CISG, PICC, PECL, DCFR 등 국제거래규범들이 채택하고 있는 규정형식이다. 이 유형은 담보책임에 관한 별개의 규정을 두지 않고 불완전이행을 채무불이행에 포섭시켜 추완청구권과 대금감액권 등 특정 구제수단을 발생시키는 요건으로 규정한다. 계약책임을 채무자에게 귀속시키는 정당화 구조와 관련해, 영미법과 같이 엄격책임주의에 입각해 있으면서 불가항력 등 장애사유를 원인으로 면책을 인정한다.

(2) 개정 독일민법 및 개정 일본민법

최근 개정이 완료된 독일민법과 일본민법은 형식적으로 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 체계를 유지하면서, 채무불이행책임의 내용인 손해배상청구권과 계약해제권의 요건과 효과를 담보책임에서 준용하여 통일적 운영에 의한 실질적인 일원화를 채택하였다. 그런데 유책사유의 처리에 있어서는 다른 규율을 하고 있다. 즉, 개정 독일민법은 제276조에 따라 고의·과실에 의한 유책성을 손해배상청구권의 발생요건으로 명시함으로써 과실책임주의를 유지하고 있음에 반하여, 개정 일본민법은 해석상 여전히 논란이 있지만 제415조에서 계약 기타 채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념에 비추어 판단되는 면책사유를 규정함으로써 종래 고의·과실에 의한 과실책임주의를 폐기하였다.

(3) 개정 프랑스민법

개정 프랑스민법은 종전과 같이 형식적으로 대륙법의 체계에 따라 일반 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 체계를 유지하고 있으면서, 일반 채무불이행책임에는 고의·과실에 의한 유책사유를 발생요건으로 규정하고 있지 않으며(제1217조) 불가항력에 의한 면책을 규정하였다(제

1218조, 제1351조). 개정 프랑스민법은 무과실책임을 원칙으로 하는 채무불이행의 일반적 효과인 구제수단 목록을 새로이 규정하면서, 원시적 하자에 대한 무과실책임인 담보책임과의 통일적 규율을 유지하였다. 한편 일부 규정에서는 합리적인 사람의 주의를 다하지 않은 경우에 채무불이행을 인정하고 있어서(제1197조 등), 프랑스민법은 영미법과 대륙법의 중간형태의 규정형식을 취하고 있는 것으로 파악되고 있다.[258]

다. 검토

이러한 입법례들은 크게 채무불이행책임과 담보책임의 형식적 유지 여부 및 책임귀속의 정당화 근거에 따라 세부적으로 규정형식을 달리하고 있음을 알 수 있다. 먼저 이원적 책임체계의 유지여부와 관련해, 종래 양 책임 사이에 복잡한 해석론을 야기해왔던 원인은 특히 손해배상청구권을 중심으로 책임내용이 중첩되면서 불명확한 양 책임의 경계 및 관계가 문제되었기 때문이다. 반면 담보책임에 의해 원시적 하자에 대한 단기의 권리행사기간을 둠으로써 법률관계의 신속한 확정을 도모할 수 있다거나 매수인이 선의인 경우에만 담보책임을 인정하는 등 일반 채무불이행책임을 보충하는 의미에서 담보책임을 인정할 고유한 필요성이 있다. 더불어 국제거래규범과 같이 담보책임을 채무불이행책임에 완전히 흡수시켜 일원화하는 것은 근원적인 변혁으로서 개정에 대한 저항 또한 클 것으로 예상된다.[259] 이러한 고려에서 앞서 민법 개정을 이룩한 독일, 프랑스, 일본의 경우 동일하게 형식적으로 양 책임체계의 틀 안에서 담보책임의 고유성을 유지하는 방법을 채택한 것으로 이해할 수 있다.

또한 채무불이행에 따른 책임귀속의 정당화 근거와 관련해, 불법행위책임과 달리 '자기결정'으로 계약을 체결한 당사자는 약속을 이행하겠다는 의미의 불이행에 대한 위험을 인수한 것으로,[260] 이러한 이행이

258) Treitel(1998), pp. 9-13.
259) 이상헌(2019), 242면.
260) 박영복(2005), 352-355면.

익의 실현을 보장하기 위해 불이행이 있으면 손해배상을 동질의 것으로 이행할 것을 보증한 것으로 보는 것이 타당하다. 다만 이렇게 발생한 책임의 귀속이 부당해질 수 있는 예외적인 경우에 대한 위험분배의 방식과 관련해, 고의・과실이 없는 경우를 면책사유로 구성하는 방법과 불가항력 등 장애의 발생을 면책사유로 구성하는 방법이 가능할 것이다. 그렇다면 우리 민법상 불가항력에 대한 개념과 기능에 대한 이해가 입법에 반영될 정도로까지 성숙되었다고 볼 수 없기 때문에, 고의·과실을 규정하고 있는 관련 규정들과의 체계적 해석이 가능한 한도에서 고의·과실이 없는 경우를 면책사유로 구성하는 것이 입법적으로 무난한 방법이 될 것이다. 이러한 기준에 따라 2013년 민법개정시안을 검토하면 아래와 같다.

2. 2013년 민법개정시안과 계약채무불이행 관련 규정의 개정

가. 개설

2004년 국회에 제출되었다가 입법기 도과로 자동폐기된 민법개정안에 이어 법무부는 2014년 초 재산법에 대한 대대적인 개정작업을 마무리하였다(이하 2013년 민법개정시안이라고 함). 본 개정안 가운데 채무불이행과 관련된 개정내용에는 그동안 학설을 통해 논의되어 오던 상당한 내용이 반영되었는데, 개정시안의 개별 규정들을 보면 종래 해석을 통해 극복되어 오던 것과 크게 다르지 않다고 볼 수 있다. 먼저 채무불이행의 원칙규정인 제390조에 대해서는 종래 통설에 따라 여전히 과실책임주의를 고수하는 선택을 하였다. 반면, 채무불이행의 효과로서 해제권과 관련해서는 그간 개별적으로 인정되어 오던 방식을 버리고 개정안 제544조를 통해 일반조항주의를 취하면서 특히 유책사유와의 결별을 선언함으로써 위험부담 내지 담보책임과도 연동할 수 있는 여지를 열어두게 되었다.

나. 제390조 개정시안

현행 민법	2013년 민법개정시안
제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.	**제390조(채무불이행과 손해배상)** 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

위에서 보는 바와 같이 개정시안은 종래 통설의 견해에 따라 제390조 단서를 이행불능에 한하지 않고 모든 채무불이행에 적용될 수 있도록 '채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때'를 '채무자의 고의나 과실없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때'로 변경하였다. 그리고 이러한 개정시안의 내용은 2004년 개정안의 그것과도 동일하다. 채무불이행의 개정연구를 수행하였던 분과위원회는 개정이유로, "민법 제390조 단서는 이행불능의 경우에만 채무자의 고의·과실을 요구하고 있다. 이에 대하여 통설은 제390조를 채무불이행에 관한 일반조항으로 이해하고, 동조 단서도 이행불능뿐만 아니라 이행지체·불완전이행에도 적용된다고 한다. 그러한 관점에서 볼 때 제390조 단서는 적절하지 않으며, 그것은 모든 채무불이행에 적용될 수 있도록 수정할 필요가 있"음을 밝히고 있다.[261]

다. 제544조 개정시안

현행 민법	2013년 민법개정시안
제544조(이행지체와 해제) 당사	**제544조(채무불이행과 해제)**

261) 송덕수(2012), 168-169면.

자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다. **제545조(정기행위와 해제)** 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다. **제546조(이행불능과 해제)** 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.	① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다. 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때 4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때

	③ 채무의 이행이 불능한 경우 또는 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다. ④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.

계약해제권의 발생요건에 있어서는 계약의 해소와 책임의 귀속을 구별하여 다르게 취급해야 한다는 개정위원회의 지배적인 견해에 따라 유책사유를 배제하고, 민법 위 규정을 모두 삭제하면서 제390조에 대응하여 제544조에서 채무불이행으로 인한 해제의 일반조항을 규정하였다.[262]

라. 담보책임법 개정시안 - 제390조 손해배상청구권을 준용

현행 민법	2013년 민법개정시안
제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있	**제580조(매도인의 하자담보책임)** ① 매매의 목적물에 하자가 있

262) "민법개정위원회에서 계약 해제의 요건에 관하여 일반조항주의로 전환하고 귀책사유를 요건으로 하지 않는 것에 관해서는 쉽게 합의가 이루어졌다. 그러나 해제의 요건에서 본질적 불이행 개념을 도입할 것인지에 관해서는 논란이 많았다. 이 개념을 채택하는 방안이 검토되었으나, 해제의 요건에 관한 민법의 태도를 유지하되 경미한 채무불이행을 해제할 수 없는 사유로 정하는 방식으로 규정을 만들었다. 또한 최고와 관련해서는 해제의 실질적 요건과 절차적 요건을 구분해서 정하기로 하였다. 이행거절 또는 이행기 전의 불이행에 관한 규정을 두기로 하였는데, 해제의 경우와 전보배상의 경우에 그 요건이 다소 달라졌다.", 김재형(2014), 10면 이하.

는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다.	는 경우에 매수인은 제388조의2에 따라 추완을 청구할 수 있다. 그러나 매수인이 계약체결당시에 그 하자를 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 매수인은 대금감액을 청구할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 경우에 매수인은 추완청구, 대금감액청구 또는 계약해제 외에 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

담보책임법 개정시안을 마련한 개정위원회는 독일과 일본의 개정민법과 같이 담보책임과 채무불이행책임을 일원화하되 담보책임의 고유성을 부분적으로 유지하는 방안을 채택하였다.[263] 한편 담보책임의 손해배상청구권에 관한 규정일체에 대하여 하자담보책임에 관한 제580조와 같이 제390조의 손해배상청구권을 준용하도록 개정하였다. 이로써 채무불이행책임과 마찬가지로 매도인에게 유책사유가 있어야만 하며, 손해배상의 범위도 제393조에 따르게 된다.

3. 소결

앞서 일원적 계약책임체계의 구축을 위한 방안으로서, 형식적으로 양 책임의 틀 안에서 담보책임의 고유성을 유지하는 방안이 타당하다고 보

263) 오종근(2012), 60-62면.

았는바, 개정시안 역시 이러한 방안을 따르고 있다는 점에서 바람직하다. 아울러 채무불이행책임 귀속의 정당화 근거와 관련해, 불법행위책임과 달리 '자기결정'으로 계약을 체결한 당사자는 약속을 이행하겠다는 의미의 불이행에 대한 위험을 인수한 것으로, 이행이익의 실현을 보장하기 위해 불이행이 있으면 손해배상을 동질의 것으로 이행할 것을 보증한 것으로 보아야 하고, 이러한 책임귀속이 부당해질 수 있는 예외적인 경우로서 고의·과실이 없는 경우를 면책사유로 구성하는 방안이 타당하다고 보았다. 이에 비추어 제390조 개정시안의 경우 본문/단서의 구조에 의한 문언의 해석만으로도 고의·과실을 면책사유로 파악할 수 있을 뿐만 아니라 종래 다수설에 따르면 유책사유를 채무불이행책임의 일반적 발생요건으로 파악하는 또 다른 근거였던 계약해제권 개정시안이 유책성을 삭제함으로써 계약채무불이행책임을 이행보증책임으로 해석하는 데 진일보하게 되었다고 평가할 수 있다.

제7절 결어

민법 제390조는 채무불이행의 일반규정으로서 모든 유형의 채무불이행을 포함하며, 포괄개념에 의해 계약책임체계를 일원화한 현대의 국제적 규율경향과 조화되는 입법자산이라 할 수 있다. 따라서 본조는 채무불이행책임의 일반요건으로서 유책사유와 상관없는 '채무불이행'만을 규정하고 있으며, 채무불이행책임의 내용으로서 유책사유를 요하는 손해배상의무만을 규정하고 있다. 그 밖의 구제수단들은 개별규정 및 해석 하에서 채무불이행책임의 내용을 이룬다.

이러한 채무불이행책임 및 그 본질을 같이 하는 담보책임의 중첩을 야기하는 객관적 요건으로 불완전이행과 하자를 비교할 때, 민법의 흠결에도 담보책임의 규율에서 도출할 수 있는 불완전이행은 모든 채무

에서 채무자의 이행이 유책한 사유로 계약부적합함으로써 인정됨에 반하여, 하자는 주는 급부의 유상계약에서 원시적 계약부적합에 대해 무과실인 채무자에게도 인정된다. 그러나 하는 급부에 대한 수급인의 담보책임은 물론 여행주최자의 담보책임이 도입되어 하자 범위가 확대됨으로써, 불완전이행에 의한 채무불이행책임과 담보책임의 상호접근 현상은 양자 간에 본질적 차이가 없음을 확인해주고 있다.

이렇게 불완전이행책임의 객관적 실질을 가진 양 책임의 통일적 운영을 위해 채무불이행책임의 주관적 요건인 유책사유의 해석상 배제가능성을 살펴볼 때, 민법 제390조 단서의 「고의나 과실없이」가 면책요건인지 또는 귀책사유의 예시인지 명확하지 않을 뿐 아니라, 전신인 일본민법 제415조 2문의 귀책사유를 고의·과실이 아닌 계약의 구속력에서 찾으려는 해석이 있어 왔고 개정 일본채권법에 반영된 것은 유의미하다. 이에 비춰 궁극적으로 불법행위책임과 달리 약정에 의한 이행보증으로서 계약책임귀속의 정당화 근거를 새롭게 형성하는 것이 타당하지만, 과실책임을 토대로 규정된 민법 규정 간의 체계적 해석에 반할 수 있어 입법론으로 검토되어야 한다. 2013년 민법개정시안에 따르면 계약해제권의 일반규정 제544조를 신설하되 유책요건을 삭제함으로써 제390조 개정시안에 의해 손해배상의무에 국한된 면책사유로 해석하는 것이 가능하다.

제3장 계약의 실현보장을 위한 追完請求權

제1절 개관

계약 당사자들 사이에 발생할 수 있는 불이행의 양상은 다양하다. 이렇게 다양한 불이행의 양상들로부터 공통된 특징들을 추출해 요건을 구성하고, 이를 유형화하는 일은 유의미하기는 하지만 계약의 무한한 다양성에 비추어 애초에 한계가 내재된 작업일 수밖에 없다. 오히려 현실의 처리를 보면, 일차적으로 불이행의 당부는 계약의 문면과 그 해석으로부터 판단하게 되고, 채권자의 구제(반대로 채무자의 책임)를 위해 동원될 수 있는 수단에 어떤 것이 있는지가 중요해진다. 그럼에도 불구하고 종래 학계는 우리 민법의 형성에 큰 영향을 미친 개정 전 독일민법의 폐쇄적 유형론에 비추어 새로운 불이행 유형의 인정여부와 근거, 요건에 대한 논의를 이어왔다. 이러한 논의를 통해 객관적 해석론 전개의 장이 형성됨으로써 우리 민법학의 형성·발전에 기여하고, 지금껏 '계수법학시대'의 소임을 충실히 수행한 것은 부인할 수 없는 사실이다. 하지만, 그로 인해 소여의 우리 민법규정은 물론 현실과 다소 거리감 있는 해석론을 발전시켜온 것은 아닌지 자문해 볼 필요가 있다.

채무자가 채무를 이행하기는 하였지만 당사자가 합의한 계약의 내용에 비춰 만족스럽지 못한 다양한 경우 역시 채무불이행에 해당한다. 종래 우리 학설은 이를 불완전이행, 불완전급부 또는 적극적 채권침해로 소개해왔는데, 불완전이행에서 채권자에게 효과적인 구제수단이라고 할 수 있는 추완청구권에 대해 우리 민법은 일반적인 규율을 하지 않은 채 매매, 도급, 여행계약의 담보책임에서 개별적으로 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 규정의 흠결을 우리 학설과 판례는 해석으로 추완청구권

을 인정함으로써 해결해 왔다. 이와 달리 현대 국제거래규범들은 물론 우리 민법과 같은 대륙법계 국가인 독일과 일본도 최근 민법 개정을 통해 추완청구권을 법전 내에 적극적으로 명시하고 있다.

여기서 우리 민법상 불완전이행책임을 현대화하기 위한 효과론으로서, 해석을 통해 보충해 온 추완청구권을 오늘날 국제적 경향과 조화되도록 규율하고자 할 때 검토할 문제점들은 다음과 같이 정리할 수 있다. (1) 우선 계약을 통해 당사자들이 목적으로 한 급부의 이행청구권과 비교하여 추완청구권의 법적 성격은 이행청구권과 같은지, 동시에 채권의 효력으로서 인정되는지 아니면 채무불이행의 효과로서 인정되는지 문제된다. (2) 추완청구권을 일반적으로 인정하는 명문의 규정이 없는 우리 민법에서 그 인정근거를 어디에서 구할 것인지도 추완청구권의 법적 성격과 연관지어 살펴보아야 한다. 또한 추완청구권의 법적 성격 및 기능에 비추어 유상계약의 고유한 효과로 한정할 것인지 또는 무상계약에서도 인정될 수 있는지 적용범위에 대해 검토한다. (3) 나아가 규정의 불비로 인해 추완청구권 발생요건의 설계가 필요한데, 이는 불완전이행책임 일반의 발생요건 이외에 추완청구권의 개별 요건으로서 검토되어야 한다. 그런데 다양한 불완전이행의 모습과 정도에 따라 추완의 방법과 정도도 달라져야 하기 때문에, 채무자가 추완하는 내용별로 추완청구권의 형태를 분류할 수 있는바 그 각각의 개별 요건들을 검토한다. (4) 이렇게 발생한 추완청구권의 행사요건을 검토한다. 이는 계약당사자 간의 추완청구와 그 이행을 용이하게 하거나 이행방법에 대한 당사자의 의사를 보충함으로써 추완청구에 의한 계약목적의 실현을 촉진하는 기능을 수행하게 된다. 더불어 채권자에게는 불완전한 급부에 대한 추완받을 이익이 남아 있는 반면 채무자로서는 불완전하나마 이행을 했던 것이므로 추완할 이행의 정도에 비례하는 손실이 충돌

한다. 이처럼 불완전이행에서 문제되는 채권자·채무자 간 이해관계의 긴장은 행사의 제한·배제요건을 통해 타당하게 해소될 수 있는 실마리를 찾을 수 있을 것이다. (5) 한편 계약의 구속력과 관련하여 함께 고려할 것으로, 채무자가 추완의 의사도 있고 능력도 구비하고 있다면 다른 구제수단을 선택한 채권자에 우선하여 채무자에게 추완권을 부여하는 것이 타당한지도 살펴봐야 할 쟁점이다. (6) 불완전이행책임의 내용으로서 채권자가 활용할 수 있는 다른 구제수단들과 추완청구권의 관계에 대해 검토한다. 특히 손해배상청구권·계약해제권과 행사에 있어서 우열관계의 존재여부를 살펴볼 필요가 있다. (7) 오늘날 추완청구권을 법전화하는 방식은 입법례에 따라 몇 가지 유형으로 구별되는데 이들을 비교검토함으로써, 2013년 민법개정위원회에서 마련한 우리 민법개정안의 추완청구권의 규정형식을 비판적으로 살펴본다. 개정안에 대해 아쉬운 부분은 입법론으로 제시할 수 있을 것이다.

제2절 추완청구권의 법적 성격과 인정여부

1. 문제의 소재

우리 민법은 계약각칙의 매매, 도급, 여행계약의 절에서 담보책임의 한 내용으로 완전물급부청구권(제581조 제2항), 하자보수청구권(제667조 제1항), 시정청구권(제674조의6)을 각각 규정한 이외에 추완청구권에 대한 일반규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 통설과 판례는 채무자의 불완전이행에 대한 채권자의 추완청구권을 인정하고 있는데, 그 법적 성격을 어떻게 파악할지에 대해서도 우리 민법은 위의 몇몇 규정만을 두고 있을 뿐이어서 전적으로 학설에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 종래 추완청구권은 계약에 의해 채권자가 채무자에 대해 가지는 이행청구권의 수정된 형태라고 보는 견해가 있다. 이에 따르면 이행청구권의 법적 성격을 추완청구권에

도 그대로 적용할 수 있을 것이어서, 이행청구권의 법적 성격에 대해 먼저 검토할 필요가 생긴다. 반면 추완청구권을 채무불이행의 효과로 볼 수도 있는데, 이 경우 우리 민법상 채무불이행에 대한 금전손해배상의 원칙에 저촉되는지를 검토할 필요가 있다. 또한 추완청구권을 채무불이행의 효과라고 보는 경우에도 그 법적 성격을 손해배상과 다른 이행청구권의 연장으로 파악하는 것 역시 가능하다. 이에 대한 우리 민법상의 논의 및 국제거래규범과 외국의 입법례를 고찰해 봄으로써 추완청구권의 법적 성격을 규명해 보기로 한다. 추완청구권의 법적 성격을 어떻게 파악할지의 문제는 추완청구권의 인정여부와 연결되어 논의되고 있을 뿐 아니라 특히 추완청구권 인정의 법적 근거를 우리 민법상 어디에서 찾을지, 나아가 행사 및 제한요건의 구성에 다른 시각을 제공하게 될 것이기 때문에 중요하다.

2. 국내의 논의

우리 민법상 추완청구권의 법적 성격에 대한 논의는 이원화된 계약책임체계 하에서 채무불이행책임으로서 불완전이행에 대한 추완청구권과 담보책임으로서 원시적 하자에 대한 추완청구권으로 나누어 전개되고 있다. 아울러 이러한 논의는 명문의 근거를 결여하고 있는 추완청구권의 일반적 인정여부에 대하여 다른 결론에 이르고 있는데, 그 이유는 금전손해배상의 원칙을 규정한 제394조의 해석과 관련이 있다.

가. 불완전이행에 대한 추완청구권

(1) 이행청구권의 변형으로서 추완청구권을 인정하는 견해

채무자가 채무의 내용에 좇지 않은 불완전한 이행을 하였고 그에 대한 추완이행이 가능한 경우, 통설은 채권자에게 추완청구권을 인정하면서 그 근거를 이행청구권에서 찾는다. 그리고 추완청구권의 법적 성격

을 이행청구권이 신의칙에 의하여 수정된 형태라고 파악한다.[264] 따라서 이행청구권이 명문으로 규정되어 있지 않더라도 채권의 효력으로서 인정되는 것과[265] 마찬가지로 이행청구권으로부터 파생된 추완청구권도 명문의 규정없이 인정될 수 있다는 것이다.

(2) 채무불이행의 효과로서 추완청구권을 부정하는 견해

추완청구권을 채무불이행의 효과로 보는 것을 전제로, 채무불이행의 경우에 민법 제394조가 손해배상의 방법으로 금전배상주의를 취하고 있으므로, 추완청구권을 인정하는 것은 민법에 반하여 원상회복을 허용하는 것이 되어 이를 인정할 수 없다고 한다.[266] 또 다른 견해는 역시 채무불이행에 따른 효과로서 이를 인정할 경우 채권자에게 광범위한 선택권을 부여하게 되어 채무자의 법적 지위를 불안하게 하므로 다른 구제수단에 의해 해결하는 것이 타당하다고 한다.[267]

(3) 채무불이행의 효과이자 급부청구권의 연장으로서 추완청구권을 인정하는 견해

추완청구권은 손해배상청구권과 별개인 채무불이행의 효과이면서 원래 채권자가 가지고 있던 급부청구권의 연장으로 파악하여 인정될 수 있다고 한다. 따라서 민법 제394조가 손해배상의 방법으로 금전배상만을 인정하면서 허용하지 않는 원상회복과 추완이행은 관련이 없으며, 원상회복의 본래적 의미에 비추어 보아도 원상회복에 추완이행을 포함시킬 필요가 없다고 한다. 하지만 추완청구권을 인정하더라도 채권자의 선택권이 넓어져 채무자를 불안하게 하고 또 다른 분쟁을 야기할 수도 있기 때문에, 추완이 가능하면서, 과도한 노력과 비용이 들지 않으며, 계약의 목적 달성에 필요할 것으로 제한하여 폐단을 최소화해야 한다고 한다.[268]

---

264) 민법주해/양창수(1997), 310-311면; 이은영(2006), 242면.
265) 김재형(2016), 114면.
266) 송덕수(2015), 152-153면.
267) 민법주해/김대휘(1997), 52-53면.
268) 민법주해/남효순(1997), 538-539면.

나. 원시적 하자에 대한 추완청구권

(1) 이행청구권의 변형으로서 추완청구권을 인정하는 견해

이 견해는 불완전이행의 일반적 효과로서 채권자가 보유하는 완전이행청구권(추완청구권)을 원시적 하자에 대해서도 인정한다. 따라서 그 인정 근거를 이행청구권에서 찾고 있으며, 법적 성격도 채권의 효력으로서 인정되는 이행청구권의 신의칙상 변용으로 이해한다.[269]

(2) 채무불이행책임으로서 추완청구권을 부정하는 견해

담보책임의 본질을 법정책임으로 보는 견해에 따르면, 특정물 도그마 또는 원시적 불능론에 의해 매도인은 특정물에 대한 하자 없는 급부의무를 부담하지 않고, 이행기의 현상대로 급부함으로써 채무를 면하게 되므로 추완청구권을 부정하게 된다.[270] 또 다른 논거로 우리 민법은 손해배상의 방법으로 금전배상주의를 규정하고 있기 때문에(제394조), 매도인은 원상회복에 해당하는 추완의무를 부담하지 않는다고 한다.[271] 그리고 추완청구권을 인정하면 채권자가 광범위한 선택권을 가지는 반면 채무자의 지위가 불안해지게 된다는 점을 이유로 부정한다.[272] 그 밖에 우리 민법이 도급의 경우에 하자보수청구권을 명문으로 규정(제667조)한 것과 달리 매매의 경우에는 그렇지 않으므로 인정할 수 없다고 한다.[273]

(3) 물적하자·질적하자에 동일하게 채무불이행책임이자 급부청구권의 연장으로서 추완청구권을 인정하는 견해

담보책임의 본질을 채무불이행책임으로 보는 견해이다. 이 견해는 부수적인 물건의 하자, 부족한 수량의 청구와 같은 물적하자에 대한 추완청구권을 인정하면서, 이는 채무불이행의 효과인 동시에 채권자가 가지

269) 이은영(2006), 242면; 이은영(2005), 339-341면.
270) 민법주해/남효순(1997), 537면.
271) 김증한(1998), 30면.
272) 민법주해/김대휘(1997), 52-53면.
273) 민법주해/남효순(1997), 537면.

는 급부청구권에서 유래하는 것으로 파악한다. 또한 질적하자에 대한 추완청구권(하자보수청구권)에 대해서도, 이를 우리 민법이 허용하지 않는 손해배상의 방법인 원상회복적 성격을 갖는 것으로 보아 추완청구권을 부정하는 견해를 비판한다. 즉 이 견해는 원상회복의 본래적 의미에 비추어 하자의 제거나 보수를 반드시 원상회복에 포함시킬 필요는 없으며, 추완청구는 손해배상과 별개로 인정되는 불완전이행의 효과로서 설명될 수 있다고 한다. 나아가 하자보수청구가 인정되지 않는 추완청구권은 사실상 존재의의가 없다고 하면서 이를 채무불이행의 효과로 보는 동시에 급부청구권의 효력으로 설명한다. 다만, 채권자의 선택이 다양해져 채무자를 불안하게 하고 법률관계를 불안정하게 하는 폐단을 최소화할 수 있도록 하자보수가 가능하고, 보수에 과도한 노력과 비용이 들지 않으며, 계약의 목적 달성에 도움이 될 것을 제한요건으로 허용해야 한다고 한다.[274]

다. 판례

(1) 일반 채무불이행책임으로서 불완전이행에 따른 추완청구권을 직접적으로 인정한 판례는 보이지 않는다. 다만, (가) 임대차계약의 체결을 위임받은 자가 임차인 명의를 위임인으로 하지 아니하고 수임인 자신의 명의로 함으로써 위임계약상 채무를 제대로 이행하지 아니하였다 하여 위임인이 최고 없이 위임계약을 해제한 사안에서, 수임인이 위임계약상의 채무를 이행하는 것이 가능하다면 위임인은 수임인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 수임인이 그 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에 한하여 계약을 해제할 수 있다고 판시하였다.[275] 즉 수임인이 임차인 명의를 위임인으로 하는 새로운 임대차계약을 체결하거나 임차인 명의를 위임인으로 변경하는 것이 가능한 경우, 위임인은 해제권 행사에 앞서 이를 먼저 이행하도록 최고하여야 한다는 것이다. 이렇게

274) 민법주해/남효순(1997), 538-539면.
275) 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다27148 판결.

수임인이 위임계약상 채무를 제대로 이행하지 못하였더라도 위임인은 위임계약을 해제하기 전에 위임계약의 취지에 따른 채무의 이행을 최고하여야 한다고 하였는바, 이러한 이행의 최고는 수임인의 불완전이행에 대하여 위임인의 간접적인 추완청구권을 인정한 것으로 볼 수 있다.[276] (나) 또한 성토작업을 기화로 다량의 폐기물을 은밀히 매립한 토지의 매도인이 협의취득절차를 통하여 공공사업시행자에게 이를 매도함으로써 매수인에게 토지의 폐기물처리비용 상당의 손해를 입게 한 사안에서, 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고 이는 하자 있는 토지의 매매로 인한 민법 제580조 소정의 하자담보책임과 경합적으로 인정된다고 하면서, 매수인에게 매도인이 스스로 폐기물을 처리할 것만을 청구하거나 손해배상청구에 앞서 이러한 청구를 먼저 행사하여야 할 의무는 없다고 판시하였다.[277] 그리고 이러한 손해배상청구와 추완청구권과의 관계에 대한 원심의 판단에 위법이 없다고 하였는데, 이는 매도인의 불완전이행에 대해 매수인에게 추완청구권이 인정되는 점을 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

(2) 한편 원시적 하자에 따른 추완청구권, (가) 특히 특정물매매에서 성립하는 하자담보책임의 한 내용으로서 추완청구권에 대한 판례의 입장을 명확히 알기는 어렵다. 판례는 매수한 채소종자를 파종한 결과 30퍼센트만 발아하고 나머지는 발아하지 않은 사안,[278] 면셔츠 6천여 벌을 수입하기로 하는 계약을 체결하였으나 인도된 면제품에 세탁하면 심하게 줄어드는 등의 하자가 있었던 사안[279] 등과 같이 하자담보책임에 의해 규율될 수 있는 많은 경우들을 채무불이행 내지는 불완전이행에 의해 처리하고 있기 때문이다. 이것은 하자담보책임의 실제적 중요성에도 불구하고 매수인의 권리행사기간을 6월의 단기제척기간 내로 한정한 점(민법 제582조), 매수인이 담보책임을 묻기 위해서는 하자의 존재를 증명해

276) 주석민법/김상중(2013), 735면; 오종근(2018), 4면.
277) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.
278) 대법원 1977. 4. 12. 선고 76다3056 판결.
279) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

야 하는 점, 하자담보책임에 관하여 한 개의 조문을 두면서도 매매목적물에 제한물권있는 경우 매도인의 담보책임을 정한 민법 제575조 제1항을 준용함으로써 규율의 공백이 큰 점, 손해배상에 있어서 매도인의 유책사유가 필요한지에 관한 채무불이행책임과 담보책임의 관계설정이 아직 명료하지 않은 점 등이 재판부의 회피요인으로 작용하기 때문으로 보인다.[280] (나) 이와 달리 위 (1)-(나)의 폐기물매립토지매매 사안은 불완전이행으로 인한 손해배상책임과 민법 제580조의 하자담보책임이 경합적으로 인정된다고 하였는데, 이는 특히 배상의 범위와 관련하여 손해배상책임의 경합을 인정한 것이다.[281] 다만, 담보책임이 손해배상의무만을 내용으로 하는 것은 아니고, 본 판결이 손해배상액의 산정에 있어 폐기물처리비용 즉 하자보수비용을 고려하고 있는바, 원고의 청구에 따라 폐기물 처리에 대한 추완청구권(하자보수청구권)이 문제될 수 있었을 것이다. (다) 한편 종류물매매에서 하자담보의무의 이행이 공평의 원칙에 반하는 경우 매수인의 완전물급부청구권 행사를 제한할 수 있다고 판시한 최근 판결에서,[282] 민법 제581조 제2항 법문에도 불구하고 하자보수청구권도 추완의 방법으로 인정된다는 것을 전제로 하자보수와 완전물급부를 비교함으로써 완전물급부청구권의 제한여부를 판단한 것으로 볼 수 있다.[283] 즉 판례는 매수인이 매도인으로부터 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하였음을 이유로 매도인을 상대로 신차 교환을 구한 사안에서, 위 하자는 계기판 모듈의 교체로 큰 비용을 들이지 않고서도 손쉽게 치유될 수 있는 하자로서 하자수리에 의하더라도 신차구입이라는 매매계약의 목적을 달성하는 데에 별다른 지장이 없고, 하자보수로 자동차의 가치하락에 영향을 줄 가능성이 희박한 반면, 매도인에게 하자 없는 신차의 급부의무를 부

280) 민법주해/남효순(1997), 497-498면.
281) 남효순(2004), 462-463면; 양창수(2005), 97-98면.
282) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결.
283) 강혜림(2017), 376-377면. 다만 사안의 경우 품질보증계약서에서 매도인의 하자보수의무를 정하고 있었던 것이어서, 판례가 종류물매매에서 완전물급부청구권만을 규정한 하자보수청구권을 일반적으로 인정한 것인지 명백하지는 않다.

담하게 하면 다른 구제방법에 비하여 매도인에게 지나치게 큰 불이익이 발생되어서 오히려 공평의 원칙에 반하게 되어 매수인의 완전물급부청구권의 행사를 제한함이 타당하므로, 매수인의 완전물급부청구권 행사가 허용되지 않는다고 하였다.

라. 검토

이행청구권이 채권의 효력으로부터 인정되므로, 그 연장 또는 수정된 형태로서 추완청구권의 법적성격도 이행청구권과 같이 채권의 효력에서만 구하는 것은 이행청구권과 유사한 추완청구권의 일면만을 파악한 것이다. 즉 채무자의 불완전한 이행에 대해 채권자가 추완이행을 '청구'한다는 면에서 채권이 가진 청구력의 발현으로서 이행청구권과 같은 면이 있지만, 추완청구권은 필수적으로 불완전한 이행에 의한 채무불이행 상황이 고유한 징표로서 선행하고 이를 수령한 채권자에게 부여되는 '구제수단'으로서 성격을 본질적 특성으로 한다.[284] 반면 이렇게 추완청구권의 법적 성격을 채무불이행의 효과로 파악하는 경우 손해배상의 방법을 원상회복이 아닌 금전으로 정하고 있는 민법 제394조에 배치된다고 보아 추완청구권을 부정하는 견해는,[285] 우리 민법이 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권을 규정(제389조)하고 있는 점을 간과하였다.[286] 다시 말해 추완청구권은 계약내용의 실현을 보장하기 위한 구제

284) 채권의 대내적 효력 내지 속성에 대한 분류는 학자들마다 다르지만, 일반적으로 언급되는 청구력, 급부보유력, 강제집행력, 손해배상청구 등은 채권에 혼융되어 내재된 요소들로서 구체적인 요건들이 구비되면 특정의 구제수단으로 발현될 가능성을 갖는다고 보는 것이 적절하다. 따라서 어떤 채권적 구제수단의 법적 성격은 채권의 속성 중 하나 이상의 발현이면서 동시에 구체적인 요건들을 결정짓는 본질에 의해 판단되어야 한다.

285) 이 견해는 불완전이행의 효과로서 추완청구권을 인정하는 통설에 대해 원상회복주의를 원칙으로 하는 독일이론을 깊은 고려없이 받아들인 것으로 보인다고 한다(송덕수(2015), 153면).
독일민법은 손해배상의 방법으로, "배상의무를 발생시키는 사정이 없었다면 있었을 상태로 회복하여야 한다"(제249조 제1항)고 하여 원상회복을 원칙으로 한다. 예컨대, 목적물이 훼손되는 손해를 입은 채권자는 원상회복에 의한 손해배상으로 훼손된 목적물의 보수를 청구하거나 훼손되지 않은 다른 물건의 제공을 청구할 수 있다. 그러나 실무에서는 대부분의 경우 금전배상으로 처리된다. 오종근(2018), 3-4면.

286) 곽윤직(2014), 134면; 양창수·김재형(2015), 427면; 김상용(2006), 144-145면; 김형배·김규완·김명숙(2015), 938면. 민법 제394조가 정하는 금전손해배상의 방법에 반하기 때문에 추완청구권을 부

수단으로서, 손해보전의 방법으로 인정되는 금전손해배상 또는 독일민법상의 원상회복과 그 목적과 성격이 다른 구제수단으로 보아야 하지만, 강제이행청구권과는 마찬가지로 채무불이행에 기인하여 발생한다는 점에서 본질을 같이하는 것이다.[287] 또한 채권자가 광범위한 선택권을 가지게 됨으로써 채무자의 지위가 불안해진다는 지적도 타당하지 않다. 추완청구권은 애초의 계약목적을 실현하는 데 이바지하는 효과적이고 경제적인 구제수단으로서, 채무자는 계약내용에 따라 이행의무를 부담하는 것이므로 이행한 급부에 흠결이나 하자가 있는 경우 이를 보완해야 할 것까지 예상하는 것이 자연스럽기 때문이다. 그래서 실제 거래에서도 하자보수에 대한 별도의 약정을 두거나 거래관행상 품질보증약정이 일반적으로 활용되고 있다.[288]

원시적 하자에 대한 추완청구권의 법적 성격과 인정여부에 대해서도 위에서 살핀 비판적 검토가 중첩되는 범위에서 동일하게 적용된다. 그리고, 담보책임의 본질을 법정책임으로 보면서 특정물 도그마 또는 원시적 불능론에 따라 추완청구권을 부정하는 견해에 대해서는 법정책임설에 대한 비판이 그대로 유효하다. 즉 논거로서 제시되는 특정물 도그마는 물건에 원시적 하자가 있었다고 하더라도 하자 있는 물건이라는 '사실'에 의해 '규범'인 채무의 내용을 결정할 것은 아니며, 계약의 구속력으로부터 매도인은 '하자 없는 급부의무'를 부담한다고 보아야 하므로 타당하지 않다. 또한 물건에 원시적 하자가 있는데도 매도인에게 하자 없는 물건을 인도할 급부의무가 있다고 하면 매매계약의 목적달성이 불가능하여 무효가 된다고 보는 원시적 불능론 역시 민법의 대원칙이라고 할 수는 없으며 입법정책적인 문제라고 하여야 한다. 그래서 영미

정하는 견해는 강제이행청구권이 손해배상청구권과 결을 달리하는 것으로 파악하면서 강제이행청구권을 채권의 속성으로만 분류한다. 그러나, 마찬가지로 강제이행청구권은 이행청구권과 달리 채무자의 채무불이행에 기하여 발생한다는 점에서 채무불이행의 효과로서의 성격을 본질로 한다고 새기는 것이 타당하다.

287) 오종근(2018), 4-5면. 따라서 민법 제394조가 손해배상의 방법으로 금전배상을 원칙으로 정하고 있다는 점이 채무불이행의 효과로서 추완청구권을 인정하는 데 장애가 되지 않는다.

288) 이은영(2005), 341면; 조규창(1998c), 348면 각주122); 안병하(2013), 573-574면; 오종근(2018), 3면 각주2).

법을 비롯해 PICC 제3.1.3조, PECL 제4:102조, DCFR 제II.-7:102조는 원시적으로 불능한 계약의 유효성을 명문으로 인정하고 있으며, 원시적 불능을 계약의 무효사유로 정하고 있었던 독일도 2002년 채권법 개정을 통해 관련규정을 삭제함으로써 로마법의 전통을 벗어나 의무위반에 의해 통일적으로 규율하고 있다. 우리 민법은 원시적·객관적 불능에 대해 제535조에서 무효사유로 보아 계약의 유효를 믿었기 때문에 입은 상대방의 손해를 배상하도록 규정하기도 하지만, 담보책임에 관한 규정에서는 계약의 유효함을 전제로 한 일련의 규정들을 두면서 수량부족·일부멸실의 경우처럼 계약이 객관적으로 불능인 사안까지도 동일하게 규율하고 있다. 이렇게 원시적 불능을 규율하는 입법의 방식은 민법 내적으로도 달리 규정하고 있을 뿐만 아니라 원시적 불능론을 근거로 매도인은 하자 없는 물건의 인도의무를 부담하지 않는다는 전통적인 논리로는 매도인의 하자 없는 급부의무를 전제로 하는 민법상 담보책임을 설명하는데 무리가 있다. 나아가 우리 민법이 도급계약에 있어서 하자보수청구권을 명문으로 둔 것이 일반적인 추완청구권을 인정하지 않거나 금지한 것이라고 볼 근거는 되지 않는다. 오히려 계약에 대한 이행청구권이 채권의 청구력에서 인정되기 때문에 명문으로 규정되지 않은 것처럼 추완청구권도 이행청구권의 연장 또는 수정으로서 명문의 규정이 없더라도 인정될 수 있다. 동시에 채무불이행의 일반적 구제수단으로서 이행최고 후 전보배상을 청구하거나(민법 제395조) 이행최고 후 해제권을 행사하도록 하거나(민법 제544조) 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에 해제권을 행사할 수 있도록 한 규정(민법 제572조 이하) 등을 통해서 채권자가 우선적으로 활용할 것이 예정되어 있다고 보는 것이 타당하다.

요컨대, 계약당사자가 약정으로 하자 있는 급부를 채무이행에 포함하거나 감수하지 않은 이상 원시적으로 하자 있는 급부에 대해 민법이 특별히 정한 담보책임의 본질도 채무의 내용에 좇지 않은 이행에 대한 의무로서 채무불이행책임이라고 보아야 한다. 이렇게 볼 때 일반 채무불이행책임으로서 추완청구권과 담보책임으로서 추완청구권의 법적성격을

다르게 취급할 이유가 없다. 또한 채무자의 불완전한 이행에 대해 추완이행을 '청구'한다는 면에서 채권이 가진 청구력의 발현으로서 이행청구권과 같은 면이 있지만, 추완청구권은 필수적으로 선행하는 불완전이행이 있고 이를 수령한 채권자에게 부여되는 '구제수단'이라는 점에서 이행청구권과 구별되는 본질을 갖는다.[289]

3. 국제거래규범

가. CISG

CISG는 물품의 계약부적합에 대한 매수인의 구제수단으로 추완청구권을 규정하고 있다(제46조). 매수인은 매도인의 계약위반에 대해 이행청구권을 행사할 수 있으며, 특히 물품이 계약에 부적합한 경우 대체물인도청구권 또는 보수청구권을 갖는다. 이러한 추완청구권은 목적물이 부적합하다는 통지와 함께 행사하거나 또는 그 후 합리적인 기간 내에 행사하여야 한다. 대체물인도청구권은 물품의 계약부적합이 본질적 계약위반에 해당하는 경우에만 인정되며, 보수청구권은 모든 상황에 비추어 불합리하지 않은 경우에만 인정된다. 매도인의 계약위반에 대해 매수인이 다른 구제수단(해제권, 대금감액권, 손해배상청구권 등)을 행사하기 위해서는 먼저 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여야 한다(제47조). 채무자에게 면책사유가 존재하는 경우 손해배상책임은 면할 수 있지만, 다른 구제수단(추완청구권, 해제권, 대금감액권)은 면책되지 않는다(제79조). 추완청구권은 손해배상청구권과 병존할 수 있다(제45조). 영미법과 대륙법 간의 타협을 통해 탄생한 CISG이지만, 매수인의 구제수단과 관련된 CISG의 이러한 규율태도를 보면, 계약위반의 경우에 손해배상청구권을 원칙적인 구제수단으로 하는 영미법보다는 이행청구권을 주된 구제

289) 이처럼 우리 민법에서 같은 효용에 이바지 하는 권리 내지 의무라도 그 발생근거에 따라 법적 성격을 달리 파악하는 경우가 있다. 가령 임대차계약에서 계약관계의 종료로 발생하는 쌍방의 계약상 원상회복의무와 채무불이행에 의한 해제권의 행사로 부담하는 원상회복의무의 성격을 그 발생근거에 따라 전자는 '계약의 효과'로, 후자는 '해제의 효과'로 구별할 수 있는 것이다.

수단으로 하는 대륙법의 규율에 가까운 것으로 평가된다.

CISG상의 추완청구권의 법적 성격에 대해서는 CISG 제30조 이하의 인도청구권 등에 기초하여 발생하는 본래이행청구권과 구별하여 2차적 이행청구권이라고 하거나, 이행청구권의 변종에 지나지 않기 때문에 CISG 제46조 제1항의 이행청구권에 포함된다고 한다.[290]

나. PICC

PICC 역시 하자 있는 이행에 대한 채권자의 추완청구권을 명문으로 규정하고 있다(제7.2.3조). 채권자는 채무자의 비금전채무 불이행에 대해 배제사유에 해당하지 않는 한 이행청구권을 갖는다(제7.2.2조). 또한 채권자는 하자 있는 이행에 대해 보수청구권, 대체급부청구권 등의 추완청구권을 가지며, 이행청구권 배제사유를 규정한 제7.2.2조는 추완청구권에 대해서도 준용된다(제7.2.3조). 따라서 추완청구권은 추완이 법률상 또는 사실상 불능인 경우, 추완이 채무자에게 과도한 부담이 되거나 비용이 드는 경우, 채권자가 다른 방법에 의해 합리적으로 추완을 받을 수 있는 경우, 추완이 특히 인적 성격을 갖는 경우, 채권자가 하자 있는 이행을 인식하였거나 인식하였어야 할 시점부터 합리적 기간 내에 추완을 청구하지 않은 경우에는 배제된다(제7.2.2조). 채무자의 불이행에 대해 채권자가 추완청구권 외에 다른 구제수단을 행사하기 위해서는 먼저 이행을 위한 추가기간을 통지하여야 하며(제7.1.5조), 추완을 청구하였으나 기간 내에 추완을 받지 못한 경우 다른 구제수단(손해배상권, 해제권, 대금감액권)을 취할 수 있다(제7.2.5조). 채무자에게 면책사유가 존재하는 경우 CISG와는 달리 손해배상청구권뿐 아니라 추완청구권도 면책된다(제7.1.7조). 추완청구권은 손해배상청구권과 병존할 수 있다(제7.4.1조).

추완청구권의 법적 성격과 관련해, PICC는 제7.2.3조에서 추완청구권이 이행청구권에 포함된다고 명시하고 있어 일응 CISG와 마찬가지로 추

290) 사동천(2002), 8면.

완청구권을 2차적 이행청구권 또는 이행청구권의 변종으로 파악하고 있는 것으로 보인다. 하지만, 채무자가 불가항력으로 인하여 하자 있는 이행을 한 경우에 손해배상청구권과 함께 추완청구권도 면책되도록 한 것을 볼 때, 추완청구권을 본래적인 이행청구권의 변용으로 파악하는 한편 하자 있는 이행에 의한 효과로서 동일하게 규율한 것으로 볼 수 있다.

다. PECL

PECL에서 추완청구권의 근거는 비금전채무에 대한 특정이행을 규정한 제9:102조 제1항에서 찾을 수 있다. 동 조항으로부터 이행지체의 경우에 인정되는 이행청구권과 하자 있는 이행의 경우에 대체물급부청구권, 부적합보수청구권, 부족수량인도청구권을 비롯한 추완청구권이 도출된다. 따라서, 이행청구권의 행사가 제한되는 일정한 경우(제9:102조 제2항, 제3항)는 추완청구권의 행사에도 동일하게 적용된다.[291] 즉, 추완이 불법이거나 불능인 경우, 추완이 채무자에게 불합리한 노력이나 비용을 야기하는 경우, 채권자가 다른 출처로부터 합리적으로 추완할 수 있는 경우 추완청구는 제한된다(제9:102조 제2항). 다른 곳에서 추완할 수 있는 경우에 청구를 제한하는 이유는, 실제거래에서 채무자에 의한 부적합치유를 고집하는 것보다 해제와 손해배상을 선택하고 대체품을 구입하거나 다른 출처로부터 부적합을 보수받는 것이 보다 신속하고 용이한 경우가 있기 때문이다. 이러한 경우 채권자로 하여금 오히려 손쉬운 구제수단을 통해서 만족을 얻을 수 있도록 하려는 것이다.[292] PECL 제9:102조 제2항, 제3항의 예외가 적용되지 않는 경우에, 법원은 이행청구를 명해야 한다. PECL은 설사 국내법에서 이를 인정하지 않는 경우라도 이러한 부적합치유가 인정된다고 한다.[293] 채권자가 불완전이행을 알았거나 알았어야 할 때로부터 합리적 기간 내에 부적합치유를 청구하지 아니하

291) Lando/Beale, PECL(2000), Art.9:102, Comment C..
292) Lando/Beale, PECL(2000), Art.9:102, Comment H.
293) Lando/Beale, PECL(2000), Art.9:102, Comment D.

면, 그 권리를 상실한다(제9:102조 제3항). 동 규정은 영미법의 관점에 따른 것으로,[294] 제한규정에 대한 보충규정으로서 채권자가 상당한 기간이 지나 부적합치유를 청구하는 경우에 발생할 수 있는 곤란으로부터 채무자를 보호하려는 것이다.[295]

PECL도 PICC와 마찬가지로 제9:102조에서 이행을 청구할 권리에 추완청구권이 포함된다고 명문으로 규정하고 있으며, 이에 비춰 추완청구권의 법적 성격을 2차적 이행청구권으로 파악하고 있는 것으로 보인다. 한편, 채무자가 불가항력 등의 장애사유로 인하여 불완전한 이행을 한 경우에 다른 구제수단들과 달리 손해배상청구권과 추완청구권을 면책시킴으로써(제8:101조 제2항), 추완청구권을 제2의 이행청구권으로서 뿐만 아니라 불완전이행에 의한 효과로 포착하여 두 구제수단을 동일하게 규율하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

라. DCFR

DCFR도 채권자의 추완청구권을 이행청구권의 내용으로 포함시켜 인정하고 있으며, 채권자는 채무자의 부적합한 이행이 있으면 추완을 청구할 수 있다(제Ⅲ.-3:302조 제2항).[296] 이러한 추완청구권은 추완이 불법이거나 불능인 경우, 추완이 채무자에게 과도하게 부담이 되거나 비용이 드는 경우, 추완이 강제하기 곤란한 인적 성격을 갖는 경우, 채권자가 불완전이행을 인식하였거나 인식하였어야 할 시점부터 합리적 기간 내에 추완을 청구하지 않은 경우에는 배제된다(제Ⅲ.-3:302조). 채무자의 불완전이행에 대해 채권자가 추완청구 외의 다른 구제수단을 행사하기 위해서는 먼저 이행을 위한 추가기간을 통지하여야 한다(제Ⅲ.-3:103조). 채무자에게 면책사유가 존재하는 경우 PICC, PECL과 마찬가지로 손해배상청구권뿐 아니라 추완청구권을 포함하여 추완청구권도 면책된다. 그러

294) Lando/Beale, PECL(2000), Art.9:102, Notes No.4.
295) Lando/Beale, PECL(2000), Art.9:102, Comment I.
296) DCFR, Ⅲ.-3:302, comment C, p. 830.

나 계약해제권, 대금감액권은 행사할 수 있다(제Ⅲ.-3:101조). 추완청구권은 손해배상청구권과 병존할 수 있다(제Ⅲ.-3:102조, 제Ⅲ.-3:303조).

추완청구권에 대한 DCFR의 명문의 규율태도를 보면 역시 추완청구권의 법적 성격을 이행청구권에 포함된 제2의 이행청구권으로 파악하는 것으로 보인다. 그런 한편 PICC, PECL과 동일하게 채무자에게 발생한 불가항력 등의 장애사유가 채무자의 손해배상의무와 추완의무를 면책시키는 것으로 볼 때, 추완청구권을 손해배상청구권과 마찬가지로 불완전이행의 효과로서 규율하고자 한 것으로 보인다.

4. 외국의 입법례

가. 독일

개정 독일민법은 채무자의 의무위반에 대해 추완청구권을 일반적으로 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 제281조와 제323조는 채무자의 불완전이행의 경우 채권자가 손해배상을 청구하거나 계약을 해제하기 위해서는 원칙적으로 사전에 상당한 기간을 정하여 추완을 요구하도록 규정하고 있는데, 이는 추완청구권을 간접적으로 인정한 것으로 볼 수 있다.

반면, 개정 독일민법은 제437조와 제439조에서 매매계약의 매수인은 목적물에 존재하는 권리의 하자 및 물건의 하자에 대해 추완청구권을 갖는다고 명시하고 있다. 매매목적물에 하자가 있는 경우 매수인은 자신의 선택에 따라 하자의 제거나 하자 없는 물건의 인도 등 추완을 청구할 수 있으며, 추완에 필요한 비용은 매도인이 부담한다. 매수인이 선택한 추완방식이 이행 청구를 거절할 수 있는 사유(제275조 제2항, 제3항)에 해당하는 경우뿐만 아니라 과도한 비용으로만 가능한 경우에도 매도인은 매수인이 선택한 추완방식을 거절할 수 있다(제439조 제4항). 이 경우 매수인의 추완청구권은 다른 추완방식으로 제한된다. 그리고 그 다른 추완방식도 이행청구를 거절할 수 있는 사유(제275조 제2항, 제3항)에 해당

하는 경우 또는 과도한 비용으로만 가능한 경우 매도인은 그 추완방식 역시 거절할 수 있으며, 이 경우 매수인은 손해배상청구권, 대금감액권, 계약해제권 등 다른 구제수단을 선택할 수밖에 없다. 그러나 소비재매매에서는 소비자가 선택한 추완방식을 과도한 비용으로만 가능하다는 이유로 한 번 거절한 사업자는 다시 과도한 비용 부담을 이유로 다른 추완방식을 거절할 수 없다(제475조).

도급계약에서도 도급인의 추완청구권에 대해서 제634조, 제635조에 규정하고 있으며, 매수인의 추완청구권에 관한 제437조 및 제439조의 규정내용과 큰 차이가 없다.

추완청구권의 법적 성격에 대해서, 매도인은 하자 없는 물건을 인도해야 하고 추완청구권은 이러한 이행의무의 연장된 형태라고 보아 그 본질을 이행청구권으로 볼 수 있다고 한다.[297]

나. 프랑스

개정 프랑스민법도 채무자의 불완전이행에 대해 추완청구권을 명문으로 인정하지는 않는다. 이러한 입법태도는 개정 전에도 동일하였는데, 그럼에도 불구하고 판례와 통설은 구 프랑스민법전 제1184조 제2항의 이행청구권을 근거로 추완청구권을 인정하였다.[298] 개정 프랑스민법은 계약불이행의 절(제3권 제3편 제5절) 아래 구법에서 여러 조문에 흩어져 있던 채권자의 구제수단들을 한 조문(제1217조)에 모아 그 목록을 마련하고, 이하의 조문(제1218조~1231-7조)에서 상세한 규율들을 두었다. 여기서 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)[299]를 다른 구제수

297) 김영두(2014), 42면.
298) 남효순(1993b), 285-286면.
299) 프랑스민법상 '현실이행의 강제'(L'exécution forcée en nature)는 채무자 자신의 자발적 이행을 제외한 넓은 의미로 사용되는 점에서 우리 민법의 강제이행(민법 제389조)과 차이가 있다. 예컨대, 계약불이행의 경우에 채권자가 제3자로 하여금 채무자를 대신하여 채무를 이행하도록 하여 만족을 얻는 경우, 법원의 사전허락을 받아 계약불이행으로 발생한 결과를 제거하는 경우는 물론 채권자와 채무자가 합의로써 불이행을 해결하는 경우도 강제이행의 합의가 있다고 한다. 한불민사법학회(2021), 314면.

단과 마찬가지로 채권자가 선택하여 행사할 수 있도록 입법함으로써, 구법 하에서는 손해배상을 원칙으로 하면서 이행청구권을 예외적으로 인정하던 규율방식을 국제거래규범에 따라 새롭게 변경하였다. 개정에도 불구하고 종래 판례와 통설을 통해 인정되어 오던 추완청구권을 직접 규정하지는 않았지만, 구법에서의 해석론에 비추어 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)에 관한 제1221조와 제1222조로부터 추완청구권을 인정할 수 있을 것이다.[300] 또한 대금감액권과 해제권을 행사하기에 앞서 채권자는 채무자를 지체에 빠뜨리기 위한 최고(mise en demeure)를 하여야 하는 바(제1223조 제1항; 제1225조 제2항, 제1226조) 이는 간접적인 추완청구권의 근거가 된다.

한편 프랑스민법은 아직 개별 계약규정에 대한 개정작업을 진행 중에 있는데, 매도인의 하자담보책임으로서 계약해제권, 대금감액권, 손해배상청구권만을 규정하고 있으며(제1641조~1649), 추완청구권을 명시하지는 않고 있다.[301] 그러나, 계약불이행의 일반적 효과로서 추완청구권을 인정하는 것과 같은 맥락에서, 전통적으로 판례와 학설은 대금감액권을 행사함으로써 하자보수비를 청구하거나 또는 추완청구권을 행사할 수 있다고 한다.[302] 이와 달리 '소비재의 매매 및 품질보증에 관한 유럽의 회지침'을 반영한 소비법전은 민법의 담보책임과 달리 하자보수청구권, 완전물급부청구권, 대금감액권, 계약해제권 및 손해배상청구권을 규정하고 있으며, 불완전이행에 대해 소비자는 하자보수청구권 또는 완전물급부청구권 가운데 하나를 우선적으로 행사하도록 규정하고 있다(소비법전 제L.211-9조 제1항).[303]

프랑스민법전 제1792-6조는 도급계약에서 수급인에 의한 하자보수 또

300) Malinvaud(2018), n°477.46. Défauts de conformité cachés lors de la réception. Obligation de mise en conformité.

301) 프랑스는 2016. 10. 채권법(droit des obligations) 제3권 제3편, 제4편, 제4편의乙에 대한 개정을 마치고 시행하였다. 그 밖에 채권법 제3권 제5편 이하의 계약각론에 해당하는 규정들과 책임법에 대한 개정작업은 아직 진행 중에 있다.

302) Cass. civ., 11 avril 1933, *D.H.*, 1933, p. 331.

303) 박수곤(2013), 485-486면.

는 보수공사의 이행을 규정하고 있는 한편, 법원이 도급인을 위해 가장 적절한 담보책임의 내용을 구체적으로 결정할 수 있는 재량을 갖는다고 한다. 따라서 도급인은 손해배상청구권과 더불어 하자보수청구권을 가지며, 법원의 선택에 따라 이행방식이 결정된다.[304]

이렇듯 도급계약에서 명문으로 인정하는 하자보수청구권 이외에, 학설과 판례에 의해 인정되는 추완청구권의 법적 성격에 대하여는 프랑스민법전 제1184조 제2항이 정하는 이행청구의 한 형태로 이해하고 있다.[305]

다. 일본

개정 전 일본민법은 제634조에서 도급인의 하자보수청구권을 규정한 것 이외에 추완청구권 일반에 관한 규정을 두고 있지 않았다. 2020년 4월 시행된 개정 일본민법도 종전과 같이 추완청구권 일반에 관한 규정을 두지 않았으나, 제562조에서 매수인의 추완청구권에 관한 규정을 신설하였다. 인도된 매매목적물이 계약에 적합하지 않은 경우 매수인은 목적물의 보수, 대체물의 인도 또는 부족분의 인도 등 추완청구권을 갖는다. 그러나 인도된 목적물의 계약부적합이 매수인의 유책사유에 의한 것인 때에는 추완청구권이 인정되지 않는다. 추완방식은 원칙적으로 매수인이 선택할 수 있지만, 매수인에게 상당한 부담을 주는 것이 아니라면 매도인은 매수인이 청구한 방식과 다른 방식에 의하여 추완할 수 있다.

제559조에 따라 매매에 관한 규정은 다른 유상계약에 준용되므로, 제562조에 따른 매수인의 추완청구권은 도급계약을 비롯한 다른 유상계약의 채권자에게도 인정된다. 이에 따라 도급인의 하자보수청구권을 규정한 종전 제634조는 불필요한 규정이라는 지적에 의해 개정 일본민법에서 삭제되었다. 나아가 제562조는 채권의 발생원인이 유상계약이라는 점에 기초한 조문이 아니기 때문에 무상계약을 포함하여 추완청구권 일반에 대해서도 타당한 조문이라고 한다.

---

304) Civ. 3^{e} 18 janv. 1984 *RD imm.*, 1983, 459 obs. Malinvaud et Boubli.
305) 남효순(1993b), 285-286면.

추완청구권의 법적 성격과 관련해, 추완청구권은 이행청구권의 한 모습에 지나지 않는다는 이해가 깔려있다고 한다.[306] 이 때문에 일본민법 개정을 위한 法制審議會 民法(債權關係)部會는 처음에 채무의 불완전한 이행 일반에 대하여 추완청구권에 관한 규정을 두는 것을 검토하였으나, 이행청구권에 관한 규정을 두는 것으로 충분하다는 견해에 근거하여 결국 입법화하는 데 이르지 못했다고 한다.[307]

5. 소결

가. 먼저 추완청구권의 인정여부와 관련해, 오늘날 국제거래규범의 보편적인 규율방식은 채무불이행에 따른 채권자의 구제수단 가운데 하나로서 추완청구권을 별도로 또는 이행청구권에 포함시켜 인정하고 있다. 또한 우리나라와 같이 계약책임을 채무불이행책임과 담보책임의 구조로 규율하는 독일과 일본의 경우도 최근 채권법개정을 통해 마침내 담보책임의 내용으로서 추완청구권을 명문으로 인정하기에 이르렀다. 프랑스는 2016년 채권법 대부분의 개정을 이루어냈지만, 아직 개별 계약규정의 개정작업은 진행 중에 있어서 추완청구권을 명문화하게 될지 여부는 추이를 좀더 지켜볼 일이다. 그럼에도 불구하고 종래 학설과 판례에 의해 불완전이행은 물론 담보책임의 내용으로서 추완청구권을 폭넓게 인정해 온 입장은 고수될 것으로 보인다.

나. 한편 추완청구권을 인정하는 규정형식을 비교해 보면, 국제거래규범의 경우 공통되게 일원적인 계약책임 구조를 취함으로써 채권자의 구제수단 가운데 하나로 또는 이행청구권에 포함시켜 추완청구권을 인정하고 있다. 이와 달리 계약책임을 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 구조로 규율하는 대륙법계 국가 가운데 독일과 일본의 경우는 최근 채

306) 法制審議會 民法(債權關係)部會 第84回會議 (2014年 2月 25日) 議事錄.

307) 일본 법제심의회는 이행청구권을 명문화하는 것을 검토하고 중간시안에서도 규정하고 있었으나, 당연한 사항은 규정하지 않는다는 법제집무 방침에 따라 규정을 보류하였다가 최종요강가안에는 규정하지 않는 것으로 결정되었다. 山本敬三(2016a), 1227-1228頁; 潮見佳男(2017b), 275頁.

권법 개정을 통해 매매에 관한 담보책임의 한 내용으로서 추완청구권을 명시하였다. 한편 프랑스의 경우 아직 개별 계약규정의 개정을 완성하지 않은 상황이어서 추이를 살펴보아야 할 것이지만, 현재로서는 추완청구권을 명문으로 인정하고 있지 않다. 다만, 종래 채권자의 이행청구권으로부터 추완청구권을 인정해 왔던 학설과 판례의 태도에 비추어, 개정 프랑스민법전이 일반적 계약불이행책임의 내용으로서 신설한 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)를 근거로 추완청구권을 인정할 수 있을 것으로 보인다(제1221조, 제1222조).[308] 따라서 종래 학설과 판례에 따라 개별 계약에서 추완청구권을 명문으로 규정할지를 차치하더라도, 해석상 일반 계약불이행책임으로서뿐만 아니라 담보책임으로서 추완청구권을 모두 인정하는 규율을 하고 있다.

다. 이러한 추완청구권의 법적 성격에 대해서는, 국제거래규범의 경우 일원적 계약책임구조를 취하여 채권자의 구제수단 중에서 추완청구권을 규율하면서도 이행청구권의 연장 또는 변형으로서 이해하고 있다. 하지만 불가항력 등의 장애사유로 면책되는 범위와 관련해, CISG는 손해배상청구권만이 면책되는 것으로 규정한 반면 PICC, PECL, DCFR의 경우는 추완청구권도 함께 면책되는 것으로 규율하고 있다. 이는 추완청구권을 본래적인 이행청구권의 변용으로서뿐만 아니라 불완전이행에 부여된 특유한 효과로서 그 본질을 포착하여 동일하게 규율한 것으로 볼 수 있다. 이러한 규율의 차이는 주지하는 바와 같이 CISG가 대륙법과 영미법을 절충하면서 이행청구권을 우선하여 인정함으로써 대륙법의 규율에 가까운 선택을 한 것이란 평가를 받지만, 여전히 손해배상청구권을 채무불이행의 고유한 효과로 인정하여 추완청구권을 이와 달리 취급한 점에서 영미법의 이해를 반영한 것으로 볼 수 있다. 반면 이후 CISG를 보완한다는 목적으로 출현한 국제거래규범들은 공통적으로 추완청구권의 본질을 불완전이행에 고유하게 나타나는 효과로서 파악하

308) Malinvaud(2018), n° 477.46. Défauts de conformité cachés lors de la réception. Obligation de mise en conformité.

여 손해배상청구권과 같이 규율하는 입법적 선택을 한 것으로 볼 수 있다. 이와 달리 개정 독일민법과 개정 일본민법의 경우 국제거래규범의 영향으로 추완청구권을 명문으로 규정하기에는 이르렀지만, 그 법적 성격을 여전히 이행청구권의 연장 또는 변형으로만 파악할 뿐 불완전이행의 일반적인 효과로서 파악하는 데 이르지는 않은 것으로 볼 수 있다. 한편 프랑스민법의 경우 마찬가지로 추완청구권을 이행청구권으로부터 도출해왔는데, 채권법 개정을 통해 넓은 의미의 이행청구권으로서 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)를 일반 계약불이행에 따른 구제수단 목록에 새롭게 규정함으로써(제1217조, 제1221조-제1222조) 최근 국제거래규범의 규율에 보다 가까운 이해가능성을 열고 있다고 평가할 수 있다.

제3절 추완청구권의 일반적 인정근거 및 적용범위

1. 문제의 소재

민법은 일반적인 채무불이행책임의 내용으로서 추완청구권을 규정하고 있지 않다. 다만 추완청구권의 한 형태로서, 종류물매매에서 하자담보책임에 따른 완전물급부청구권(제581조 제2항)을, 도급에서 수급인의 담보책임의 한 내용으로서 하자보수청구권(제667조 제1항)을, 여행계약에서 여행주최자의 담보책임의 하나로 시정청구권(제674조의6)을 개별적으로 인정하고 있을 따름이다.[309] 이와 달리 소비자보호관련 법규에서는 채무자의 추완의무를 일반적으로 인정하고 있고,[310] 거래현실에서도 당사자

309) 시정청구권의 법적성질은 완전이행청구권(추완청구권)으로 이해되는데, '시정'이라는 표현은 독일의 'Abhilfe'와 같은 뜻으로 민법 개정분과위원회에서도 용어의 적절성에 대해 토의가 있었으나 보다 적절한 용어를 찾기는 어려웠다고 한다. 주석민법/이준형(2016), 439-41면.

310) 대표적으로 '소비자기본법'에 의거 '소비자분쟁해결기준'이 마련되어 있는데(소비자기본법 제16조 제2항), 시행령 별표에서 '일반적 소비자분쟁해결기준'을 규정하고(소비자기본법 시행령 제8조), 고시 별표에서 '품목별 소비자분쟁해결기준'을 정하고 있다(공정거래위원회고시 제2020-16호, 2020. 11. 13. 발령·시행). 각 기준에서는 사업자에게 물품 등의 하자 또는 채무불이행 등으로 인한 소비자의 피해에 대해 배상, 계약해제·해지 이외에 수리·교환·환급 및 이행의무 등을 부과

간의 약정을 통해 채무자의 불완전한 이행이 있는 경우 추완청구권을 보편적으로 활용하고 있다.[311] 하지만 이러한 특별법 또는 당사자 사이의 약정이 없는 경우에도 우리 학설과 판례는 채무불이행책임 또는 하자담보책임에 따른 채권자의 구제수단으로서 추완청구권을 인정하고 있는바 이는 거래현실과 입법의 간극을 보완하는 바람직한 해석의 일환이라고 평가할 수 있겠다. 그렇다면 명문의 규정없이 일반적으로 추완청구권을 인정하기 위해서 이를 정당화할 근거를 어디에서 구할 것인지가 문제된다. 특히 실정법상의 근거를 탐색할 때 앞서 살펴본 추완청구권의 법적 성격을 채권의 효력으로 파악하는지, 채무불이행의 효과로서 파악하는지, 또는 채무불이행의 효과인 동시에 채권의 효력으로 파악하는지에 따라 그 접근방식을 달리하게 된다. 아래에서는 추완청구권의 일반적 인정근거로서 제시되는 근거들을 일별하고, 특히 추완청구권의 법적 성격과 연관지어 보다 타당한 민법상의 근거를 모색해 보기로 한다. 나아가 이렇게 민법의 흠결에도 불구하고 추완의 권리를 인정할 수 있는 법적근거에 따를 때 무상계약의 경우에도 동일하게 적용할 수 있는지 검토해 보기로 한다.

2. 추완청구권의 일반적 인정근거

가. 하자담보책임의 연혁상 한계와 추완가능성의 확대

하자담보책임의 법적 연원인 로마법은 안찰관고시(edictum aedilium circulium)에 의하여 노예나 가축의 하자를 규율하였는데, 매도인이 고지하지 않은 하자가 있을 경우 이를 그가 알지 못했을지라도 매수인은 해제소권(actio redhibitoria)과 대금감액소권(actio quanti minoris, action

---

하고 있다. 이러한 소비자분쟁해결기준은 소비자와 사업자 사이에 발생하는 분쟁해결을 원활하게 하기 위한 합의 또는 권고의 기준으로서 당사자 간의 특약이 없는 경우에 적용되는 것이지만(소비자기본법 제16조 제3항), 대부분의 사업자들이 이러한 기준에 따라 품질보증조항을 약관에 두고 있다(강창경・박희주(2010), 40면).

311) 이은영(2005), 341면; 조규창(1998c), 348면 각주122); 안병하(2013), 573-574면; 오종근(2018), 3면 각주2).

aestimatoria)을 선택적으로 행사할 수 있었을 뿐 하자치유를 구제수단으로 인정받지 못했다. 이후 유스티니아누스는 안찰관고시에 의한 노예나 가축에 대한 하자담보책임을 모든 매매에 일반화하면서 매수인소권으로 통일하기에 이르렀다.[312] 이러한 로마법상 하자담보책임의 영향을 받은 대륙법계 민법들도 하자치유에 대한 권리를 하자담보책임의 내용으로 규정하지 않았다.

이렇게 하자담보책임의 발생 기원인 로마법상 안찰관고시는 노예와 농수축산물의 매매에서 발생하는 하자로부터 매수인을 구제하기 위해 행해짐으로써, 노예와 농수축산물이라는 목적물의 특성상 하자치유 즉 추완청구권을 구제수단으로 상정하기 어려운 배경이 있었다고 볼 수 있다. 그런데 유스티니아누스시대에 이르러 안찰관고시에 의한 하자담보책임이 모든 매매에 일반화되고 매수인소권으로 일원화되면서 매수인에게는 해제소권, 대금감액소권 및 손해배상청구권이 인정되었지만, 하자치유를 예정하지 않았던 안찰관고시의 규율이 매매목적물 전반에 대한 매수인소권에서 유지되었다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 로마법상 하자담보책임이 대륙법계 민법에 그대로 수용되기에 이른 것이다. 그러나 로마법 시대 당시에도 노예, 농수축산물 등의 특정한 경우를 제외하고 수공업생산물의 경우 종류물거래는 물론 특정물거래에서 하자보수, 완전물급부 등의 추완이행이 과연 불가능하였을지에 대해서는 의문이 있다. 오히려 소규모 수공업생산물 거래에서 추완이행 자체는 가능하였을 것으로 보이는 데도 하자담보책임의 내용으로서 추완청구권을 인정하지 않았던 것은 노예, 농수축산물의 매매를 규율하기 위해 고안된 특수한 책임이 매매 일반으로 확대된 데 기인하는 것이다.

이러한 하자담보책임의 규율과 달리 로마법 시대는 물론 우리 민법제정에 큰 영향을 미친 대륙법계 국가들의 민법 제정당시와 오늘날의 산업기술·구조 및 거래현실 사이에는 현격한 차이가 있음을 부인할 수 없다. 특히 과거에는 특정물에 대한 하자의 보수 또는 치유가 폭넓게 이루

312) 민법주해/남효순(1997), 190-193면.

어질 수 없었던 반면, 산업화를 통하여 물품의 대량생산을 위한 기술의 전문화·분업화 및 설비를 구축함으로써 오늘날 물품에 대한 하자의 보수 내지 치유가능성은 거래 전반으로 확대되었다. 이에 따라 거래현실에서도 하자보수, 추완이행, 또는 대체이행에 대한 계약당사자들의 필요를 계약에 반영하여 이에 관한 특약을 두는 것이 일반화되었다.

이처럼 로마법 시대 추완청구가 불가능했던 노예, 농수축산물의 매매에 대한 하자담보책임이 일반 매매계약 자체의 효력으로 인정되고, 대륙법계 민법에 그대로 수용됨으로써,[313] 추완청구권을 인정하지 않게 된 하자담보책임법의 연혁상 한계를 오늘날 유지해야 할 필요는 없다고 할 수 있다. 오히려 현대 산업기술·구조 및 거래현실을 적극적으로 반영하여 불완전이행의 경우에 채무불이행책임법과 하자담보책임법에 추완청구권을 규정함으로써 현대화하는 일은 우리 민법이 당면한 과제라 하지 않을 수 없다. 이러한 통찰을 가지고 입법된 국제거래규범은 물론 최근 채권법 개정을 완료한 독일, 일본의 경우도 하자담보책임법에 추완청구권을 명문화하기에 이른 것이다. 따라서 불완전이행에 대해 추완의 권리를 명문으로 두지 않은 민법 하에서도 개정이 있기 전까지 보다 전향적으로 계약책임법에서 추완청구권을 인정하는 해석이 필요하다.

나. 대륙법계 법원칙

영미법계의 경우 계약위반에 대해 손해배상을 원칙적인 구제수단으로 하면서, 채무의 이행을 청구할 수 있는 특정이행(specific performance)은 형평법에 의해 예외적으로 인정하고 있다. 반면, 대륙법계에서는 채무불이행에 대한 구제수단으로 강제이행과 손해배상을 함께 인정하고 있다. 이러한 차이는 우리 민법을 비롯한 대륙법계 민법의 경우 '계약은 지켜져야 한다'(pacta sunt servanda)는 계약준수의 원칙에 기초하고 있기 때문이다. 민법상 강제이행을 규정한 제389조에서 그 근거를 찾을 수 있

313) 남효순(2004), 443-444면.

는 이행청구권 역시 설사 본조가 없더라도 채권의 청구력으로부터 인정될 수 있다고 이해된다.[314] 따라서 앞서 살펴본 것처럼[315] 불완전이행의 고유한 효과이면서 이행청구권의 연장으로서의 성격을 겸유하는 추완청구권 역시 계약준수의 원칙과 채권의 청구력으로부터 도출될 수 있는 것이다.

또한 담보책임에 있어서도 매도인이 하자 없는 물건을 급부할 의무를 위반하였기 때문에 인정되는 채무불이행책임이라는 본질에 비추어, 그 전제로서 하자 없는 물건의 급부가능성이 존재한다면 매수인의 이익을 계약의 본래 취지에 가장 부합하도록 보전해 주는 추완청구가 보장되어야 한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 추완청구권은 법문이 담보책임의 내용으로 규정하고 있지 않더라도 실질적인 불완전이행의 효과이면서 이행청구권의 연장으로서 인정될 수 있고, 마찬가지로 계약준수의 원칙에도 부합하는 것이다. 나아가 급부의 유형을 막론하고 하자 있는 이행에 대한 공통적·본질적 구제수단이라 할 추완청구권을 일반적으로 인정하는 것은 오늘날 추완청구에 대한 국제거래규범 및 주요 외국법의 규율경향과 조화되는 것으로서, 담보책임을 채무불이행책임과 통일적으로 운용하거나 편입하기 위한 기초가 될 수 있다.[316]

다. 의사의 해석과 이익의 실현

매매계약을 체결하는 매수인은 약정한 대금을 지급하고 그 대가로 물건의 소유권을 취득하려는 데 목적이 있는 반면, 매도인은 약정한 급부의무를 이행하고 그 대가로 대금을 수령하는 데 목적이 있다. 따라서 당사자 일방이 불완전한 이행을 한 경우에 대비해 상대방이 동원할 수 있는 구제수단들을 약정하지 않은 경우에도, 불완전이행으로 인해 채무자에 대한 신뢰가 깨어진 특별한 경우가 아닌 한 당사자들은 계약관계를

314) 김재형(2016), 114면.
315) 제2장 제2절 2. 라.
316) 김재형(2016), 125면.

유지하면서 애초에 목적한 급부와 반대급부를 실현하려는 데 관심이 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 이러한 의사를 보충해야 할 채무불이행책임법은 계약당사자들이 계약내용을 실현함으로써 기대했던 이익의 만족을 얻을 수 있도록 구제수단들의 체계를 구성할 필요가 있다. 이때 계약내용의 실현을 보장하기 위한 구제수단으로서 추완청구권은 계약당사자들이 약정한 급부의 교환을 1차적으로 이행하도록 하기 때문에 그들의 의사에 부합하게 된다. 그럼에도 불구하고 현행 채무불이행책임법이 당사자들로 하여금 계약위반으로 입은 손해배상청구로 만족하게 하거나 계약을 해제하여 계약관계를 종료시키도록 규정하고만 있는 것은 당사자들의 합리적인 의사를 간과했다는 비판을 피하기 어렵다.

마찬가지로 오늘날 거래현실에서는 특정물매매의 경우에도 매수인의 추완청구권에 의하여 매수인의 급부이익이 실현되는 경우가 대부분이며, 종류물매매의 경우 매수인이 새로운 물건의 제공보다 하자보수를 원하는 경우도 많다. 왜냐하면 매수인으로서는 계약을 해제함으로써 새로운 물건을 물색, 대체하는 수고와 비용을 들여야 되고, 손해배상을 받음으로써 스스로 보수하는 경우 매도인보다 더 많은 시간과 비용을 소요할 수 있기 때문이다. 그런데 특정물매매에 관한 민법 제580조에 따르면, 매수인은 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 계약해제와 손해배상을 행사할 수 있고, 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 손해배상청구만이 인정된다. 여기서 법문에 충실하게 추완청구권을 부정한다면, 매수인은 계약을 해제할 수 있는 중대한 하자를 인정받지 못한 경우 하자 있는 목적물을 보유한 채 손해배상청구만으로 만족하도록 강요받는 것이 된다. 게다가 하자 있는 물건을 수령한 매수인이 계약관계 전부 또는 일부의 해소로 귀결되는 종국적인 구제수단인 계약해제권과 손해배상청구권은 보유하면서도 그보다 완화된 권리로서 계약관계를 유지하는 추완청구권을 가지지 못한다는 것은 대는 소를 포함한다는 논리에도 합치되지 않는다.

또한 추완청구권은 매도인의 불완전이행에도 불구하고 매수인과 매도

인이 계약에 의해 추구했던 이익의 실현에 가장 부합한다.[317] 매수인은 기존의 계약관계를 유지·활용하면서 가장 간이한 방법으로 매도인으로부터 기대했던 완전한 급부이익을 향유할 수 있게 된다. 한편, 매도인 역시 기대했던 이익의 상실 또는 감소를 수반하는 매수인의 다른 구제수단(계약해제권, 손해배상청구권, 대금감액권)의 행사를 면하고, 재이행의 기회를 부여받음으로써 완전한 반대급부이익을 취득할 수 있기 때문이다.

라. 법경제학적 효율

채권자가 다른 구제수단에 우선하여 추완청구권을 활용할 수 있도록 하는 것은 계약당사자들의 이해에 부합할 뿐만 아니라 법경제학적으로도 효율적이다. 예를 들어, 중고자동차 매매거래에서 매매목적물의 하자가 있는 경우 매도인의 추완의무 이행에 의해 계약목적을 실현할 수 있도록 하는 것은 다음과 같은 이유로 계약당사자 쌍방에게 발생할 수 있는 비용을 면하게 한다. 즉 매수인으로서는 매도인의 추완이행을 수령함으로써, 매수인이 대금감액을 했더라면 비전문가로서 하자보수를 위해 부담하였을 시장조사비용 및 보수비용의 부담을 피할 수 있다거나 또는 계약해제를 했더라면 새로운 목적물 매수를 위해 부담하였을 시장조사비용 및 제3의 매도인과 계약을 체결하기 위한 교섭비용의 부담을 피할 수 있게 된다. 한편 매도인으로서는 계약해제를 당했더라도 새로운 매수인에게 매도하기 위하여 부담하였을 추완비용의 발생을 피할 수 없는 상황에서 원래 매수인에게 추완의무를 이행함으로써, 계약해제를 당했다면 부담하였을 목적물의 회수비용, 가치감소비용, 그리고 제3의 매수인을 물색해 계약을 체결하기 위한 교섭비용의 추가적인 발생을 방지하게 된다. 이러한 추완청구권은 오늘날 소비자거래의 확대와 함께 품질보증약정의 주된 내용으로 활용되고 있다. 이른바 미국의 레몬법(Lemon Law; The Magnuson-Moss Warranty Act)은[318] 중고자동차 매매계약에서

317) 주석민법/김상중(2013), 737면.

계약당사자들의 약정 이상으로 강화된 품질보증책임을 매도인 또는 제조자에게 부담시킴으로써, 중고자동차시장에서 매매목적물의 평균적인 품질을 유지하고 거래의 실현을 보장하고 있다. 이렇게 법률상 품질보증을 통해 중고자동차의 품질에 대한 계약당사자간 정보보유의 비대칭성을 극복할 수 있도록 하는 것이 계약내용의 실현은 물론 중고자동차시장의 유지를 위해서도 법경제학적으로 효율적이라는 고려가 반영된 것으로 볼 수 있다. 우리나라의 경우에는 자동차관리법에 의거 중고자동차매매업자로 하여금 자동차의 성능·상태점검기록부를 기록·관리·보존·고지하도록 함으로써(자동차관리법 제58조), 중고자동차 매매목적물의 성상에 대한 정보를 공개하도록 하였다. 또한 소비자기본법 시행령 및 고시에서 정한 소비자분쟁해결기준에 따라 중고자동차 매매업자들이 보통거래약관 형식으로 품질보증약정을 두고 있다.[319]

마. 민법상 근거

(1) '전체유추'에 의한 도출

불완전이행의 경우에 하자담보책임의 내용으로 일반적인 추완청구권을 우리 민법이 흠결한 것은 채무불이행법의 여러 규정들과 그 해석으로부터 이른바 '전체유추'에 의해 補塡될 수 있다.[320] 민법은 매매계약상 채무자가 아무런 이행의 제공을 하지 않은 채 이행기를 도과한 경우 이행을 지체한 매도인에게 매수인이 전보손해배상청구권 또는 계약해제권을 행사하기 위해서는 상당한 기간을 정하여 이행을 최고해야 한다(제395조, 제544조). 이로써 이행지체에 빠진 매도인은 부여받은 상당

318) 레몬(lemon)이란 하자 있는 매매대상물을 의미하는데, George Akerlof 교수는 1970년 그의 논문 "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism"에서 중고자동차 매매시장의 예를 들어 거래당사자가 보유하는 정보의 비대칭성으로 인해 점차 시장은 낮은 품질의 중고자동차만 남게 되고 종국적으로 시장이 붕괴될 수 있다고 지적하였다. 그리고 이 논문발간 5년 뒤, 매수인들을 보호하기 위해 연방법률인 "레몬법(lemon law; the Magnuson-Moss Warranty Act)이 제정되고 각 주에서도 "레몬(lemon)"관련 법률을 입법하였다.

319) 각주310) 참조.

320) 최봉경(2003), 43-44면.

기간 동안 다시 이행할 기회를 얻게 된다. 반면 매도인이 채무 이행으로서 물건을 제공하였으나 그 물건에 하자가 있는 경우 매수인은 계약의 목적을 달성할 수 없다면 즉시해제를 하거나 상당기간의 이행최고 없이 손해배상을 청구할 수 있다(제580조). 그런데 채무를 전혀 이행하지 않아 이행지체에 빠진 매도인은 제2의 이행제공 기회를 부여받는 데 반하여, 채무를 이행하였지만 하자 있는 급부를 제공한 매도인은 오히려 추완이행의 기회를 부여받지 못하게 되는 평가모순을 초래한다. 따라서 하자담보책임에 있어서도 추완청구권을 인정하는 것이 한 번이라도 채무를 이행한 매도인을 더 불리하지 않게 함으로써 이와 같은 모순을 시정할 수 있게 된다.

또한 민법은 도급계약상 수급인의 담보책임으로서 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 대한 하자보수의무를 규정하고 있다(제667조 제1항). 도급계약은 일의 완성이라는 '하는 급부'를 주된 목적으로 하는 면에서, 이미 완성된 목적물의 인도라는 '주는 급부'를 주된 내용으로 하는 매매계약과는 본질적으로 차이가 있다. 그러나, 매매와 도급은 모두 유상계약이면서, '완성된 일의 결과'를 도급인에게 인도해야 한다거나 '물건 또는 권리'를 매수인에게 인도해야 하는 면에서 공통점을 갖고 있다. 그리고 이렇게 인도 받은 채무의 목적에는 하자가 없을 것을 공통된 전제로 하기 때문에, 하자가 있는 경우 도급계약에서 규정된 하자보수청구권과 마찬가지로 매매계약에서도 추완청구권이 인정될 필요가 있다. 한편 통상 도급계약의 수급인은 약정한 일의 전문가로서 하자의 보수가 용이하기 때문에 하자보수청구권을 인정한 것이라는 지적은 일견 타당하지만, 매도인이 설사 하자 보수에 필요한 기술 또는 설비를 구비하지 못하였더라도 오늘날 제3자를 통한 하자 보수가 대부분의 경우 가능하기 때문에 설득력이 없다고 할 수 있다. 개정 일본민법에서는 위와 같은 견지에서 오히려 매매계약상 담보책임의 내용으로서 추완청구권을 신설하고(제562조) 매매계약에 관한 규정을 다른 유상계약에 준용하면서(제559조), 도급계약의 하자보수청구권을 삭제하는

선택을 하였음은 우리 민법의 해석에도 시사하는 점이 있다고 할 것이다.

(2) 실정법상 근거

(가) 문제의 소재

민법은 완전물급부청구권(제581조 제2항), 하자보수청구권(제667조), 시정청구권(제674조의6)과 같이 개별 계약에서 추완청구권을 규정하고 있을 뿐이며, 담보책임 또는 채무불이행책임규정에서 하자의 추완에 대한 일반적인 권리를 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그럼에도 불구하고 위에서 살펴본 바와 같이 하자의 치유를 내용으로 하는 추완청구권은 다양한 근거에 의해서 정당화될 수 있다. 하지만 이렇게 추완청구권을 일반적으로 인정하는 경우에도 실정법상 근거를 어디에서 찾을 것인지는 여전히 문제된다.

(나) 견해의 대립

1) 먼저 이행청구권에 대한 민법 제389조로부터 추완청구권을 도출하는 견해가 있다. 이와 같은 견해에는 다시 채무불이행책임과 하자담보책임을 매수인이 병존적으로 활용할 수 있는 구제수단이라고 보면서, 추완청구권을 하자담보책임이 아니라 채무불이행책임으로서 본조에 의해 인정하는 견해가 있다.[321] 이와 달리 하자담보책임의 본질이 채무불이행책임이기 때문에 본조에 의해서 양 책임의 내용으로서 추완청구권이 동시에 인정될 수 있다고 보는 견해가 있다.[322] 2) 한편 하자담보책임으로서 제580조·제581조가 규정하는 계약해제권, 손해배상청구권, 완전물급부청구권을 예시적인 구제수단으로 보아 추완청구권을 인정하는 견해가 있다.[323] 3) 또 다른 견해는 종류물매매에서 완전물급부청구

321) 민법주해/양창수(1997), 230-231면, 310-311면; 양창수(2001), 269면.

322) 사동천(2002), 196-197면.

323) 이 견해는 일본 구민법을 입안한 Boissonade가 제시한 것으로, 일본 구민법 제94조의 초안(보와소나드안 제741조)에서는 보수가능 여부에 따라 계약해제권과 추완청구권을 인정하고 있었다.

권을 정하고 있는 제581조 제2항을 추완청구권의 일반적인 근거라고 하면서, 추완의 내용과 한계의 판단에 대해서는 민법 제2조의 신의성실의 원칙을 보충적 근거로 삼아 추완청구권의 실정법적 근거를 찾을 수 있다고 한다.[324] 4) 또한 도급계약상 수급인의 담보책임으로서 하자보수청구권을 규정한 민법 제667조를 유추적용하여 추완청구권을 일반적으로 인정할 수 있다고 보는 견해가 있다.[325]

(다) 검토

하자담보책임에 대한 제580조・제581조의 구제수단들을 예시적으로 보면서 추완가능성을 기준으로 계약해제권 또는 추완청구권을 인정하는 견해는, 무엇보다 법정의 담보책임으로 명시된 권리들을 예시적이라고 파악할 만한 설득력 있는 근거를 제시했다고 보기 어렵다. 또한 종류물매매에서 완전물급부청구권을 규정한 제581조 제2항으로부터 추완청구권의 민법상 근거를 찾는 견해는 이른바 '대는 소를 포함한다'는 논리에 의하면 일견 타당한 면이 없지 않다. 그러나 완전물급부청구란 종류물에 하자가 있는 경우 다른 대체물로 이행해줄 것을 요구하는 것이어서 하자보수를 당연히 포함한다고 보기는 어렵다. 매수인으로서는 계약의 목적 달성이 불가능해서 계약해제를 해야 하는 경우가 아니면 법문에 따라 대체이행을 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있을 것으로 예상할 것이기 때문에, 오히려 하자보수에 관한 권리의 인정은 분쟁의 소지를 제공하고 법적안정성을 해칠 수 있다.[326] 반면, 하자보수청구권을 명시적으로 규정한 도급계약상 수급인의 담보책임에 관한 제667조의 규정을 유추적용하자는 견해는 하자보수에 대한 예측가능성을 제공할 수는 있으나, 추완의 내용으로서 대체이행을 오히려 포함하기 어렵

사동천(2002), 197면.

324) 김봉수(2009), 265-269면.

325) 이상광(1998), 304-305면; 조규창(1998c), 1329면; 사동천(2002), 225-226면, 다만 이 견해는 추완청구권의 근거는 민법 제389조에서 찾으면서도, 하자보수의 내용과 배제사유 등 구체적인 규율은 제667조 제1항 제2문을 유추적용할 수 있다고 한다.

326) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결.

기 때문에 일반적인 추완청구권의 근거로서는 타당하지 않다.

생각건대, 앞서 살펴본 것처럼 추완청구권의 법적 성격은 불완전이행에 대해 추완을 '청구' 한다는 면에서 이행청구권과 같은 면이 있지만, 필수적으로 선행하는 불완전이행이 있고 이를 수령한 채권자에게 부여되는 '채무불이행의 효과' 로서의 성격이 본질적이다. 그리고 원시적으로 하자 있는 급부에 대한 담보책임의 본질을 채무불이행책임이라고 볼 때, 채무불이행책임과 담보책임의 내용으로서 추완청구권의 법적 성격을 다르게 취급할 이유가 없다. 여기에 민법 제389조가 정하는 강제이행의 의미와 관련해, 추완청구권을 이행청구권의 변형으로서만 파악하는 견해에 따르더라도 본조는 이행청구권의 근거가 된다고 보므로 본조로부터 추완청구권이 도출된다고 볼 수 있다.[327] 그러나 채무불이행책임과 상관없는 본래 이행청구권은 그보다 채권의 효력인 '청구력' 에서 당연히 도출된다고 해야 한다. 그리고 본조의 강제이행은 채무자가 임의로 이행하지 않은 경우의 채무불이행에 대한 구제수단으로서 '현실적 이행의 강제' 를 직접적으로 의미하는 것이라고 보는 것이 타당하다.[328] 이와 같은 이유로 담보책임과 채무불이행책임에서 인정되는 추완청구권의 일반적인 도출근거는 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권을 규정하는 민법 제389조라고 볼 수 있다.

3. 무상계약에서 추완청구권의 인정가능성

가. 문제의 소재

추완청구권은 특히 매매와 같은 유상계약의 대가성에 기초하여 계약의 유지·실현을 보장하는 구제수단으로서, 계약의 양당사자가 계약당시에 기대한 급부이익과 대가이익을 보유할 수 있도록 한다는 데 인정의 실익이 있음을 부인하기 어렵다. 그렇다면 이런 이유로 하자의 추완에

327) 민법주해/양창수(1997), 310면; 김재형(2016), 114면.
328) 김재형(2016), 106-107면.

대한 권리는 유상계약에서만 인정될 수 있는 것인가? 즉 무상계약의 채권자는 채무자로부터 불완전한 이행을 받은 경우라도 추완을 청구할 수는 없고, 오직 계약의 목적을 달성할 수 없으면 계약을 해제하거나 손해배상을 받는 것으로 만족해야 하는지 문제될 수 있다. 여기서 무상계약에서도 채무자의 불완전이행 또는 하자 있는 이행이 있는 경우 채권자에게 추완청구권이 구제수단으로서 인정될 수 있는지 무상계약의 특성과 관련하여 살펴볼 필요가 있다.

나. 불완전이행에 대한 추완청구권

불완전한 급부를 수령한 채권자는 채무불이행의 일반적 효과로서 민법이 규정한 손해배상청구권, 계약해제권을 행사할 수 있다. 또한 명문의 규정은 없지만, 추완이 가능하고 추완을 통해 완전한 급부를 하는 것이 제반사정에 비추어 채무이행으로서 허용되는 경우에는 추완청구권을 인정하는 것이 통설의 태도이다.[329] 이때 손해배상청구권, 계약해제권의 경우 법문이 그 발생요건을 채무불이행이 발생한 계약의 종류와 상관없이 인정하고 있기 때문에, 무상계약의 경우도 마찬가지로 적용된다. 그런데, 추완청구권은 무상계약의 경우에도 동일한 조건 하에서 인정될 수 있는가? 이는 무상계약의 많은 경우가 친족관계 등 긴밀한 신분관계에 기반하거나 관행, 도의, 의례, 사교상 이뤄지고, 현실증여 등 현실행위로 이행되며, 무상의 급부약속에 의하는 경우에도 당사자 간에 법적 계약이라는 의식이 희박한 것이 대부분이기 때문이다.[330] 따라서 이러한 이해 위에서 법적 구속력이 인정되는 무상계약의 경우에도 유상계약의 대가성에 기초한 효과적 구제수단으로서 추완청구권을 법문의 규정도 없이 인정할 수 있는지, 당사자의 법감정에 반하지는 않는지 의문이 있을 수 있다.

329) 민법주해/양창수(1997), 310-311면.
330) 민법주해/고영한(1997), 1-2면.

(1) 의사의 해석

무상계약을 체결한 당사자의 의사를 탐구해 보면, 무상계약의 채무자가 의무를 이행하였으나 급부의 일부에 '경미한' 결함이나 흠결이 있는 경우 긴밀한 신분관계 등 무상계약이 이루어진 동기에 비추어 채권자 스스로 자신의 비용을 들여 추완을 실행할 가능성이 크다. 이에 반하여 그 정도가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우로서 계약해제권을 행사할 정도에 이르지는 않지만, '상당한' 결함이나 흠결이 있는 경우라면 당사자가 특약으로 그러한 결함이나 하자를 채권자가 감수하는 것으로 정하지 않은 이상 채권자는 추완을 청구할 수 있는 권리를 선택할 수 있다고 새기는 것이 타당하다. 그렇지 않으면 채권자로서는 무상계약으로 인해 발생하는 하자보수비용 상당의 불측의 손해를 부담하지 않기 위해 오로지 계약을 해제하게 되는데, 채무자로서도 계약관계의 해소에 의해 원상회복될 급부의 결함이나 흠결을 종국적으로 제거할 지위에 복귀하기 때문이다. 또한 무상계약의 채무자는 통상적으로 반대급부를 대신하여 다른 유상계약 체결의 촉진,[331] 긴밀한 신분관계, 도의, 사교 등의 목적을 달성하려는 것이어서 계약체결 당시 그러한 목적을 달성하기에 적합한 주의로 완전한 급부를 이행하거나 급부의 불완전성을 제거하는 데 합의한 것으로 볼 수 있고, 계약유지의 원칙 및 채권자의 보호를 위해서 추완청구권을 인정하는 것이 당사자의 의사에 부합한다고 할 수 있다.

(2) 민법상 규율

이렇게 무상계약의 채무자가 이행한 급부에 불완전 또는 하자가 포함된 경우 이는 채무의 내용에 좇은 이행이 이루어지지 않은 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이[332] 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권(제389

331) 다만 계약체결을 촉진하기 위한 무상 사은품증정의 경우, 주된 계약의 체결 내지 유지를 부담으로 한다면 상대부담있는 증여로서 증여자는 매도인의 담보책임으로 추완의무를 부담할 수 있다(제559조 제2항).

332) 제2장 제5절 2. 바. (3).

조)으로부터 추완청구권은 일반적으로 인정될 수 있다. 또한 불완전이행에 따른 처리로서 그 불완전한 부분에 대하여 추완이행이 가능한 경우 이행지체와 같이, 불가능한 경우 이행불능과 같이 다루어질 수 있다. 따라서 무상계약의 경우에도 채무자의 유책사유로 불완전이행이 있었고 추완이 가능하다면, 채권자는 추완이행과 지연배상을 함께 청구할 수 있다. 또한 채권자가 상당한 기간을 정하여 추완이행을 최고하였음에도 불구하고 그 기간 내에 채무자가 이행을 하지 않거나 이행할 수 없는 경우 또는 지체 후의 이행이 채권자에게 더 이상 이익이 되지 않는 때에 불완전이행에 갈음하는 전보손해배상을 청구할 수 있다(제395조). 아울러 계약해제의 경우에도 마찬가지로 그 발생을 위해서 채권자는 상당한 기간을 정하여 추완이행을 최고하여야 하고, 그 기간 내에 채무자가 이행을 하지 아니한 때에 비로소 채권자는 계약해제권을 행사할 수 있다(제544조). 이처럼 불완전한 급부에 대하여 상당한 기간 내에 추완이행할 것을 최고하는 것은 전보손해배상청구권과 계약해제권 발생의 요건이기도 하면서 동시에 추완청구권의 간접적인 행사로 볼 수 있고 이는 무상계약에 있어서도 동일하게 추완청구권이 인정되는 실정법상의 근거가 된다고 할 수 있다.[333]

(3) 유책사유의 요부 및 주의의무의 정도

채무불이행책임의 내용과 유책사유의 적용범위에 대해 앞서 살펴본 바와 같이,[334] 무상계약의 채무자에 대한 추완청구는 유상계약과 달리 부당하고 가혹한 부담이 될 수 있기 때문에 채무자의 고의·과실을 요한다. 이때 무상임치와 같이 채무자의 주의의무를 경감하는 특별한 규정(제695조)을 두지 않는 한, 무상계약의 채무자는 일반적으로 선관주의의무(제374조)를 부담한다고 보는 것이 타당하다.

333) 오종근(2018), 5면.
334) 제2장 제5절 3. 나. (3) (나).

다. 원시적 하자에 대한 추완청구권

유상계약의 대가성에 기초하여 인정되는 담보책임의 본질에 비추어 채권자만이 대가관계 있는 반대급부의 공여없이 일방적으로 급부이익을 얻게 되는 무상계약에서 채무자에게 담보책임을 부담시키는 것은 불공평하기 때문에 원칙적으로 인정되지 않는다.[335] 그렇다면 무상계약의 경우 계약체결 이전에 존재하는 하자에 대해서는 채무자가 현상대로 인도하면 채권자는 사전에 특약을 두지 않는 한 수령을 거부할 수 없는 것인가? 나아가 채무자가 하자를 추완할 수 있고 이러한 하자의 존재를 알고 있었던 경우라도 채권자는 추완을 청구할 수 없는 것인가? 이에 대하여 먼저 우리 민법이 무상계약의 일정한 경우 규정하고 있는 담보책임의 내용으로서 법문에 없는 추완청구권이 인정될 수 있는지 당사자의 의사 및 민법상 규율을 살펴본다. 그리고 그 밖의 무상계약상 원시적 하자에 대한 추완청구권의 타당한 규율을 검토한다.

(1) 의사의 해석

당사자의 의사해석에 비추어, 대표적 무상계약인 증여의 경우 '당사자가 증여물의 현상대로 공여할 의사로써' 계약하는 것이 통상적이기 때문에 하자담보책임이 경감된다고 보는 견해는 타당하다고 하겠다.[336] 하지만 채무자가 악의로 무상계약상 목적물의 하자 또는 흠결을 채권자에게 고지하지 않은 채 급부한 경우에도 현상대로 인도된 급부를 채권자가 수령·보유하도록 한다면, 이는 채권자가 알았더라면 회피할 수 있었던 손해를 감수하도록 강요하거나 또는 채무자가 스스로 부담해야 했을 비용을 전가하는 결과가 될 수 있다. 특히 하자 또는 흠결의 정도가 계약의 목적을 달성할 수 없거나 무의미한 경우 또는 그 정도가 상당하여 하자를 제거하기 위해 적지 않은 비용이 드는 경우에 더욱 그러

335) 민법주해/고영한(1997), 5-6면. 독일민법(제523조, 제524조), 스위스민법(제248조 제2항)도 같은 취지의 규정을 두고 있다.
336) 민법주해/고영한(1997), 5-6면.

하다. 그런데 이와 같은 결과는 오히려 무상계약에 있어서 하자담보책임을 원칙적으로 부인하였던 근거인 공평에 반하는 결과가 된다.[337] 따라서 하자 또는 흠결의 정도가 계약의 목적을 달성할 수 없거나 무의미한 경우에는 계약해제권을, 그 정도가 상당하여 하자의 제거에 적지 않은 비용이 드는 경우에는 추완청구권 또는 신뢰이익의 배상청구권을[338] 인정하는 것이 채권자의 보호를 위해서 필요하며 담보책임의 취지에도 부합한다.

(2) 담보책임으로서 추완청구권

우리 민법은 증여자가 증여의 목적인 물건이나 권리의 하자 또는 흠결에 대하여 책임을 지지 아니한다고 하면서도(제559조 제1항 본문), 증여자가 이러한 물건 또는 권리의 하자나 흠결을 알고도[339] 수증자에게 고지하지 않은 경우 담보책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다(제559조 제1항 단서). 따라서 증여자는 고의나 과실이 있는 경우에 수증자에게 추완청구에 대한 부담을 지게 되므로 유상계약상 무과실의 담보책임에 비하여 책임이 경감된다고 볼 수 있다. 다만, 증여자가 부담하는 담보책임의 요건으로서 악의는 '하자'의 인식에 대한 것이 아니라[340] '고지의무' 위반에 대한 것이라는 데 주의할 필요가 있다. 이는 또한 증여자가 하자를 알았다 하더라도 고지의무를 과실로 이행하지 않은 경우에만 담보책임을 부담하게 되어 하자에 대하여 고의인 경우에도 책임이 경감된다는 이중의 의미를 갖는다. 증여 외에 무이자소비대차와 사용대차에서도 같은 취지의 규정을 두고 있다(제602조 제2항, 제612조). 이때 우리 민법이 담보책임의 구체적인 내용에 대하여 명확하게 규정하고 있지는 않지만, 무이자소비대차계약에서 대주의 담보책임(제602조

337) 민법주해/고영한(1997), 5-6면.
338) 민법주해/고영한(1997), 52-53면; 주석민법/윤철홍(2016), 292면.
339) 통설은 이때 악의에 대하여 고의·과실을 불문한다고 한다. 민법주해/고영한(1997), 52면; 주석민법/윤철홍(2016), 292면.
340) 민법주해/남효순(1997), 266-268면; 남효순(2004), 458면.

제2항, 제580조 내지 제582조)에 비추어 무상계약의 채무자라도 악의로 하자나 흠결을 숨긴 채 급부한 경우에는 채권자는 담보책임으로서 손해배상청구권, 계약해제권을 행사할 수 있다. 또한 채무자가 추완할 수 있는 경우 무이자소비대차계약에서 대주의 담보책임(제602조 제2항, 제581조 제2항)으로 준용되는 완전물급부청구권 이외에, 앞서 살펴본 것처럼[341] 담보책임의 본질은 채무불이행책임이므로 강제이행청구권(제389조)으로부터 추완청구권이 인정될 수 있다. 반면 대가관계 있는 반대급부가 없기 때문에 대금감액권은 애초에 발생하지 않는다.

(3) 목적물의 종류에 따른 담보책임의 적용범위

통설은 민법 제559조 제1항 본문의 해석과 관련해, 증여자가 원칙적으로 담보책임을 부담하지 않는 점을 확인한 규정이라고 보면서도 이러한 원칙의 적용을 특정물의 공여에 한정한다. 즉 증여의 목적이 불특정물인 경우 증여자에게는 하자 없는 물건을 공여할 의사가 있었다고 보아 완전한 물건을 급부할 의무를 인정한다.[342] 이에 대해 반대하는 견해는, 통설에 따르면 증여자가 증여의 목적 또는 권리의 하자나 흠결로 인하여 상대방에게 손해를 야기한 경우에 특정물이면 고의가 있는 경우에만 책임을 부담하고, 불특정물이면 고의 또는 추상적 과실이 있는 경우에 책임을 부담하게 되므로 대상물이 특정물인지, 불특정물인지에 따라 커다란 차이를 두는 것은 합리적 근거가 없으므로 불특정물의 경우에도 완전한 물건의 급부의무를 부정한다.[343] 생각건대 유상계약과 달리 대가성을 결여한 무상계약의 채무자에게 담보책임을 부담시키는 것은 공평의 원리에 기초한 담보책임의 본질에 반하며, 당사자의 의사는 통상 증여물의 현상대로 공여하는 데 있기 때문에 채무자는 담보책임을 부담하지 않는다는 원칙을 대상물의 종류에 따라 달리 적용해야 할 타당한

341) 제2장 제5절 2. 바. (3).
342) 민법주해/고영한(1997), 51-53면; 곽윤직, 178; 김증한, 128; 김석우, 156; 김기선, 96; 김현태, 97; 이태재, 146.
343) 민법주해/고영한(1997), 51-52면; 김주수, 178면.

근거를 찾기 어렵다. 오히려 통설이 불특정물 증여의 경우에 논거로 제시하는 증여자의 하자 없는 물건을 급부할 의사란 특별한 의사표시가 없는 한 목적물의 종류와 상관없이 인정된다고 보는 것이 타당하지 않을까? 이러한 통설은 이른바 특정물 도그마 또는 원시적 불능론의 논지를 무상계약에서도 동일하게 유지한 것으로 볼 수 있을 것인데, 이는 하자 있는 급부자체로 완전한 이행이 된다고 하면서 원시적 일부불능을 하자로 처리하여 계약당사자의 의사를 왜곡하는 것으로서 더 이상 유지되기 어려운 이론이라는 점은 앞서 고찰하였다.[344] 따라서 무상계약에 있어서 원시적 하자에 대해 예외적으로 담보책임이 인정되는 것은 당사자가 약정한 경우 이외에 목적물의 종류를 불문하고 채무자가 하자나 흠결을 알고도 고지하지 않은 경우라고 정리할 수 있다.

(4) 기타 무상계약상 원시적 하자에 대한 추완청구권

이렇게 무상계약의 채무자라도 악의로 하자나 흠결을 채권자에게 고지하지 않은 때 부담하는 담보책임의 일정한 경우(민법 제559조 제1항 단서, 제602조 제2항, 제612조) 이외에, 무상계약의 원시적 하자에 대한 추완청구권은 불완전이행에 의한 채무불이행책임으로서 인정될 수 있다. 이는 무상계약에서 채무자는 원시적 하자에 대한 담보책임을 원칙적으로 부담하지 않기 때문에(민법 제559조 제1항 본문), 목적물의 하자나 흠결을 악의로 숨긴 채무자에 대한 담보책임은 명문이 있는 경우에 한하여 인정되는 법정책임이다. 하지만 그 밖의 무상계약에서도 급부의 원시적 하자에 대하여 채무자에게 고의 또는 과실이 있는 경우 불완전이행에 의한 채무불이행책임으로서 채권자에게 추완청구권이 인정되고, 이는 계약준수의 원칙에도 부합한다.

4. 소결

344) 제2장 제2절 3. 다. (5).

위에서 살펴본 바와 같이, 채무불이행책임 또는 담보책임의 일반적인 내용으로 민법은 추완청구권을 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 추완청구권에 대한 당사자 간의 약정 또는 관련 특별법의 규정이 없는 경우에도 추완청구권은 다양한 근거에 의해 인정될 수 있다. 로마법 시대 추완청구가 불가능했던 노예, 농수축산물 매매에 대한 하자담보책임이 매매 일반으로 확대되면서 추완청구권을 인정하지 않게 된 하자담보책임법의 연혁상 한계는 산업화에 의한 기술의 전문화·분업화 및 설비구축을 통해 하자의 보수가 널리 가능해짐으로써 오늘날 더욱 유지되기 어렵게 되었다. 한편 로마법상 계약준수의 원칙은 이행청구권의 인정근거가 될 뿐 아니라 채무불이행의 효과이면서 이행청구권의 연장인 추완청구권의 도출근거가 된다. 또한 추완청구권은 계약당사자들이 약정한 급부의 교환을 우선적으로 이행하도록 하기 때문에, 불완전이행 또는 하자있는 급부의 경우에도 통상 최초의 계약목적을 달성하기 위해 계약관계를 유지하면서 상호 급부를 실현하려는 당사자들의 의사에 부합하게 된다. 더불어 추완청구권을 통해서 매수인은 대금감액의 경우 부담했을 하자보수를 위한 시장조사비용 및 보수비용과 계약해제의 경우 부담했을 새로운 매수를 위한 시장조사비용 및 교섭비용을 면하게 되고, 매도인은 계약해제의 경우 부담했을 회수비용, 가치감소비용, 교섭비용을 면하게 되어 법경제학적으로도 효율적이다.

이렇게 명문의 규정을 결여한 추완청구권을 일반적으로 인정할 수 있더라도 추완청구권의 법적 성격과 연결지어 실정법상 근거를 어디에서 구할 것인지 견해의 다툼이 있다. 추완청구권의 법적 성격은 추완이행을 청구한다는 면에서 이행청구권과 같은 성격이 있지만, 선행하는 불완전이행을 요건으로 하여 채권자에게 부여되는 '채무불이행의 효과'로서의 성격이 본질적이다. 또한 담보책임의 본질은 계약에 기한 하자 없는 급부의무에 대한 채무불이행책임이라고 보아야 하기 때문에, 채무불이행책임과 담보책임의 내용으로서 추완청구권의 법적 성격을 다르게 취급할 이유가 없다. 여기에 민법 제389조가 정하는 강제이행은 채무자가 임의로

이행하지 않은 채무불이행에 대한 구제수단으로서 ‘현실적 이행의 강제’를 의미하므로, 채무불이행의 효과로서 채무불이행책임과 하자담보책임에서 인정되는 추완청구권의 실정법상 도출근거는 강제이행청구권을 규정한 민법 제389조라고 볼 수 있다.

나아가 추완청구권은 일반적으로 대가성에 기초하여 하자 있는 급부를 수령한 채권자에게 인정되는 데 실익이 있더라도 무상계약에서도 인정될 수 있다. 불완전이행에 대한 추완청구권은, 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권(제389조)으로부터 일반적으로 인정될 수 있다. 또한 불완전이행이 불완전한 일부급부에 대해 이행지체와 같이 처리될 수 있으므로 전보손해배상청구와 계약해제를 위해서 상당기간의 이행최고를 해야 하고(제395조, 제544조) 이는 추완청구권을 간접적으로 행사하는 근거가 된다. 또한 무상계약 체결의 동기에 비춰 채권자의 감수의사가 추정되는 경미한 결함 또는 해제권을 행사할 정도로 계약의 목적달성이 불가능한 결함과 달리 하자제거에 상당한 비용이 드는 결함의 경우 채권자가 불측의 손해를 모면할 수 있어야 하고, 채무자는 반대급부를 대신하여 긴밀한 신분관계 등 무형의 목적을 위해 급부이행을 성실히 보증한 것으로 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 원시적 하자에 대한 추완청구권은, 무상계약의 경우 대가성의 결여로 인해 채무자는 원칙적으로 담보책임을 부담하지 않으나 우리 민법상 일정한 경우 채무자가 악의로 하자나 흠결을 채권자에게 고지하지 않은 때 담보책임을 부담하므로(제559조 제1항 단서, 제602조 제2항, 제612조), 채권자는 담보책임으로서 손해배상청구권, 계약해제권을 행사할 수 있고 계약준수의 원칙에 비춰 추완청구권도 행사할 수 있다. 여기서 해석상 불특정물의 경우 담보책임이 원칙적으로 부인되지 않는다는 견해는, 당사자의 의사가 통상 증여물의 현상대로 공여하는 데 있기 때문에 담보책임을 부담하지 않는다고 하면서 대상물의 종류에 따라 이를 달리 적용하는 것은 타당하지 않다. 오히려 하자 없는 물건을 급부할 증여자의 의사는 목적물의 종류와 상관없이 인정되는 것이 타당하다. 이렇게 무상계약의 채무자라도 악의로 하자나 흠결을 채권자에게

고지하지 않은 때 부담하는 담보책임의 일정한 경우(제559조 제1항 단서, 제602조 제2항, 제612조) 이외에, 무상계약의 원시적 하자에 대한 추완청구권은 불완전이행에 의한 채무불이행책임으로서 인정될 수 있다.

제4절 추완청구권의 내용

1. 문제의 소재

이렇게 우리 민법은 제정당시 추완청구권에 대해 다른 이해를 갖지 못했고, 계약책임체계를 이원적으로 구성하면서 일반규정으로서 추완청구권의 근거를 두지 못하였음은 물론 개별 계약에서 추완청구권의 근거를 두더라도 매우 불충분한 규율을 하는 데 그치고 말았다. 이 때문에 종래 추완청구권에 대한 논의는 주로 명문의 규정이 없는 추완청구권의 인정여부와 관련되어 있었고, 그 구체적인 요건과 내용에 대한 연구로 진전하는 데 한계가 있었다고 할 수 있다. 하지만 앞서 본 바와 같이 오늘날 국제거래규범뿐만 아니라 최근 개정작업을 완료한 독일, 일본의 채권법에서는 추완청구권을 명문으로 인정하는 데서 나아가 상세한 규율을 둠으로써 우리 민법의 해석론 및 입법론에도 의미있는 통찰을 제공하고 있다. 따라서 아래에서는 국제거래규범을 비롯한 독일, 일본의 개정 채권법을 중심으로 추완청구권의 유형 및 그 발생요건과 구체적인 권리내용을 살펴보면서, 우리 민법에 적용가능한 해석론을 도출해 보기로 한다.

2. 추완이행의 개념 및 추완청구권의 유형

가. 추완이행의 개념 및 불완전이행의 태양에 따른 추완청구권의 분류와 필요성

채무자가 이행을 하였지만 그 급부의 전부 또는 일부가 계약에서 정한 채무의 내용과 달리 불완전한 채무불이행 상황은 매우 다양하고, 그 개

념 및 태양에 대해서는 제2장에서 살펴보았다.[345] 다양한 불완전이행의 모습에 따라 채권자가 계약의 목적을 실현하기 위한 방편으로서 행사할 수 있는 추완청구권의 구체적인 형태 역시 여러 가지일 수밖에 없다. 이러한 추완청구권의 범주확정과 관련해, 추완의 개념에 대하여여는 '불완전급부에 대하여 이미 이루어진 급부를 보완' 하는 것이라고 하면서, 불완전급부에 대하여 새로운 완전급부와 급부반환의 번거로움을 피하기에 적합한 방법으로 설명하기도 한다.[346] 이에 따르면 추완은 불완전한 일부분에 대해서만 행해지는 효율적인 방법으로서 하자보수와 같은 의미로 보이고 협의의 추완이라고 할 수 있다. 그러나 앞서 검토한 불완전이행의 개념요소를 이행지체, 이행불능과 구별되는 적극적 이행과 채무내용에 부합하지 않는 일체의 불완전성으로 파악하는 한,[347] 이에 대응하는 불완전이행의 고유한 효과로서 추완청구권을 이에 국한할 필요는 없을 것이다. 따라서 계약의 내용으로서 채무의 완전이행과 달리 불완전이행에 따른 완전물급부청구권 역시 추완의 한 형태라고 볼 수 있다.[348] 이에 따르면 추완이행이란, '채무자가 이행한 급부의 불완전 또는 하자를 제거하기 위한 일체의 방법으로서 채무자에 의한 제2의 이행을 요구하는 것 또는 그 이행' 이라고 할 수 있다.

불완전이행의 태양에 따라 추완청구권의 유형으로서 검토될 수 있는 예로는, 채무자가 인도한 물건에 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 결함이나 하자가 있는 경우라면 채권자는 이러한 물건을 대체할 수 있는 완전한 물건을 다시 인도해 줄 것을 요구할 수 있을 것이다(이하 대체이행청구권). 또한 채무자가 계약에서 정한 물건과 다른 종류의 물건 또는 같은 종류의 다른 물건을 인도한 경우 채권자는 계약목적의 달성여부와 상관없이 약정한 물건을 인도해 줄 것을 요구할 수 있다(이하 재이행청구권). 채무자가 이행하기로 약정한 수량보다 적은 물건을

345) 제2장 제3절 2. 및 3.
346) 민법주해/양창수(1997), 310면.
347) 제2장 제3절 2. 다.
348) 김재형(2016), 124면.

인도한 경우 부족분에 대한 인도를 요구할 수도 있어야 한다(이하 부족분이행청구권). 채무자가 인도한 물건에 보수가능한 결함이나 하자가 있는 경우라면 채권자는 그러한 결함이나 하자의 보수를 요구할 수 있을 것이다(이하 보수청구권). 우리 민법은 이러한 추완청구권의 다양한 형태 가운데 종류물 매매계약에서 완전물급부청구권(제581조 제2항), 도급계약에서 하자보수청구권(제667조), 여행계약에서 시정청구권(제674조의6)을 개별적으로 규정하고 있다. 그런데 이렇게 채권자가 기대할 수 있는 추완이행의 형태가 다양한 만큼 채무자에게는 제2의 이행에 따른 부담을 가중시킬 수 있기 때문에, 추완청구권의 형태를 분류하고 각 유형에 따른 요건을 탐구하는 일은 추완이행에 대한 채권자의 선택권을 보장하고, 채무자에게 법적안정성을 제공할 수 있다.

나. 비교법상 규율현황

국제거래규범들은 대체로 추완청구권의 구체적인 유형으로 대체이행청구권, 보수청구권을 인정하고 있다. CISG는 물품이 계약의 내용에 부적합한 때에 매수인이 가지는 대체물인도청구권 및 보수청구권을 명문으로 인정하고 있다(제46조 제2항・제3항). PICC는 보수청구권, 대체이행청구권, 기타 결함있는 이행에 대한 치유청구권을 규정하고 있다(제7.2.3조). 그리고 이러한 치유청구권의 예로, 인도할 물건과 관련된 제3자의 권리를 소멸시키거나 필요한 허가나 승인을 얻는 것을 들고 있다.[349] PECL은 금전채무와 비금전채무로 구별하여 이행청구권을 명시하면서, 비금전채무에 있어서 채권자는 불완전이행에 대한 구제수단을 포함하여 특정이행을 청구할 권리를 갖는다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 추완청구권의 유형에 대한 명시적인 언급을 두지는 않고 있다(제9:101조, 제9:102조). DCFR도 PECL과 같이 이행을 실행할 권리의 절(제3절) 아래에

349) Comment Art.7.2.3. *UNIDROIT PRICIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016*, International Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT), Rome.

금전채무와 비금전채무로 구별하여 채권자가 특정이행을 청구할 수 있는 근거를 마련하되 불완전이행에 대한 구제수단을 포함한다고 규정하였다(Ⅲ.-제3:301조, 제3:302조).[350]

주요 국가들 가운데 독일과 일본은 최근 채권법 개정을 통해 추완청구권을 명문화하였다. 먼저 개정 독일채권법은 채권자가 가지는 급부청구권의 근거규정을 마련하면서도(제241조 제1항), 불완전이행의 경우에 채권자의 추완청구권을 일반적으로 인정하는 규정을 두지는 않았다. 다만, 매매계약에서 하자보수청구권 또는 완전물급부청구권을 갖는다고 명시하였고(제439조), 도급계약에서 하자보수청구권을 규정하였다(제635조). 개정 일본채권법도 추완청구권을 인정하는 일반규정을 두지는 않았으나 매매계약에서 목적물의 보수청구권, 대체물인도청구권, 부족분인도청구권을 추완청구의 구체적인 형태로서 인정하는 명문규정을 신설하였다(제562조). 반면, 매매계약에 관한 규정을 다른 유상계약에 준용하므로(제559조) 매수인의 추완청구권 역시 도급계약 등 유상계약의 채권자에게도 인정된다고 보아 종전에 도급계약에서 규정하였던 하자보수청구권을 삭제하였다. 개정 프랑스채권법도 채무자의 계약불이행에 대하여 채권자가 현실이행의 강제를 다른 구제수단과 마찬가지로 선택하여 행사할 수 있도록 변경하였지만(제1217조, 제1221조~제1222조), 추완청구권을 명문으로 인정하지는 않았다. 개별 계약규정은 아직 개정작업 중에 있기 때문에, 여전히 매매계약상 하자담보책임으로서 계약해제권, 대금감액권, 손해배상청구권만을 규정하고 있을 뿐(제1641조~제1649조) 추완청구권을 명시하지는 않고 있다. 반면 '소비재의 매매 및 품질보증에 관한 1999년 5월 25일의 유럽의회지침' (이하 소비재매매지침)[351]에 따른 소

350) 한편, 공통참조기준초안(DCFR)은 오히려 불완전이행에 대한 '채무자'의 추완권을 별도의 절(제2절)에서 규정하면서 이를 불이행에 대한 구제수단의 하나로 취급하고 있다(Ⅲ.-제3:201조~제3-205조). 이는 체계정합성의 면에서 의문이 없지 않지만, 추완의 실행에 있어서 채무자가 채권자보다 비용효율적인 판단을 할 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 실질적인 추완의 주체라는 점에서 쌍무계약인 매매계약에서 추완에 관한 한 채무자의 구제수단으로 규율한 것으로 이해할 수 있다. 이에 대해서는 이하 채무자의 추완권에서 상세히 논하기로 한다.

351) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

비법전은 불완전이행의 경우에 하자보수청구권 또는 완전물급부청구권을 규정하고 있으며 소비자는 이들 가운데 하나를 우선적으로 행사하도록 하고 있다(소비법전 제L.217-9조 제1항). 도급계약에서는 도급인의 하자보수청구권을 규정하고 있다(프랑스민법전 제1792조 이하).

다. 소결

이상에서 본 것처럼 추완청구권을 명문으로 인정하는 경우에도 구체적인 추완의 유형을 적시하지 않는 경우(PECL, DCFR)에서부터 구체적인 예를 제시하는 경우(CISG, PICC 및 개정 독일채권법, 개정 일본채권법)가 있고, 아직 추완청구권에 대한 명시적인 언급없이 이행청구권으로부터 도출되는 것으로 보아 구체적인 유형들은 해석에 맡긴 경우(개정 프랑스채권법)도 있음을 알 수 있다. 이는 특히 다양한 형태로 발생할 수 있는 불완전이행에 대해 추완의 방법 역시 다양할 수 있기 때문이지만, 이런 추완이행의 추상성・다양성으로 인해 채무자는 예상하지 못한 의무를 부담하게 되거나 채권자와 채무자 사이의 분쟁이 촉발될 수 있다. 따라서 아래에서는 추완청구권의 일반적인 발생요건 이외에 공통적으로 문제될 수 있는 추완청구권의 유형에 대한 인정여부와 개별적인 발생요건을 검토해 보기로 한다.

3. 추완청구권의 유형별 내용

가. 일반요건

불완전이행책임의 한 내용으로서 추완청구권 역시 불완전이행책임이 발생하기 위한 일반적인 요건을 필요로 한다. 이에 대해서는 앞서 제2장에서 객관적 사실로서 불완전이행 내지 하자 있는 이행(제3절) 및 주관적인 요건으로서 유책사유 또는 면책사유의 필요여부(제5절 3. 나. (3))에 대하여 살펴보았다. 이하에서는 추완청구권의 개별 유형에 따라 추가적

인 발생요건에 대해 살펴본다.

나. 대체이행청구권

(1) 의의 및 문제의 소재

채무자의 불완전한 급부를 수령한 채권자가 계약의 내용에 부합하는 하자 없는 급부를 다시 이행해 줄 것을 요청하는 형태의 추완청구권이다. 국제거래규범은 물론 독일, 일본, 프랑스의 개정 채권법은 명문으로 또는 해석상 이를 인정하고 있다(CISG 제46조 제2항, PICC 제7.2.3조, 개정 독일민법 제439조, 개정 일본민법 제562조). 불완전성을 치유할 수 있는 여러 가지 유형 가운데 통상 채권자에게는 가장 확실한 추완의 방법이 되는 반면 채무자로서는 가장 큰 손실을 부담해야 하기 때문에 상충하는 이해를 조정하고, 대체이행의 가능성에 대한 문제점을 수반한다. 즉 대체이행을 청구하기 위해서 불완전이행 이외에 추가적인 요건으로 '본질적 불이행'을 요하는지, 종류물매매에 적합한 대체이행을 특정물매매의 경우에도 인정할 수 있는지 검토할 필요가 있다. 이러한 논의들은 결국 불완전이행으로 인해 계약을 통해 추구했던 완전한 만족을 얻지 못한 채권자의 손실과 불완전하나마 제1의 이행을 한 채무자의 손실을 고려하여 공평한 해결에 이르도록 대체이행청구권의 발생단계에서 어느 정도로 어떤 범위에서 제한할 것인지와 관련이 있다고 볼 수 있다.[352]

(2) '본질적 불이행'의 요부

(가) CISG 제46조 제2항은 대체이행을 청구하기 위한 추가적인 요건으로서 '중대한 계약위반'(a fundamental breach of contract)을 규정하고 있으며, 그 밖의 국제거래규범들과 독일, 일본의 개정민법들은 이를 따로 요구하고 있지는 않다. 1) '중대한 계약위반'의 의미에 대해서는

352) 김봉수(2009), 169-176면.

우선 CISG 제25조를 참조할 수 있는데, '계약위반으로 인하여 피해당사자가 계약으로부터 기대했던 바를 본질적으로 박탈당했을 것'과 '위반당사자가 위반의 결과를 예견했거나 예견했어야만 했을 것'을 요구하고 있다.[353] 계약의 이행을 신뢰한 당사자가 기대한 이익을 현저히 박탈당한 정도라면 그러한 위반은 중대한 것으로 판단될 수 있는데, 여기서 계약상 기대가 정당한지 여부는 계약의 내용이 정하는 목적의 해석으로부터 확인할 수 있다(CISG 제8조). 2) 또한 계약위반의 중대성은 판례의 형성을 통해 보다 구체화되는데, 이때 그 판단 대상으로 제25조가 정하는 위반자체의 중대성 외에 보수 또는 대체이행으로 계약부적합의 치유가 가능한지 여부도 포함되는지 문제된다.[354] 계약의 이행이익이 위반자체에 의하여 현재 박탈당하더라도 보수 또는 대체이행에 의하여 치유될 수 있는지 여부에 따라 그러한 이익의 박탈이 확정적이거나 일시적일 수 있다. 따라서 1차적으로 제공된 물품의 계약부적합이 매도인에 의하여 또는 매도인의 비용부담으로 제3자에 의하여 보수될 수 없는 경우도 이익의 박탈이 확정적이므로 중대한 계약위반이라고 보아야 한다. 3) 나아가 이러한 계약부적합이 매도인이 인도한 나머지 물품에도 존재하거나 또는 생산품 전체에 존재하는 경우 부적합의 치유불가능 역시 중대한 계약위반과 동일하게 처리되어야 할 것이다.[355] 여기서 계약위반의 중대성은 전자의 경우 대체이행청구권을 발생시키는 반면, 후자의 경우 계약해제권을 발생시키는 요건으로 작용하게 된다. 4) 따라서 계약위반의 중대성 판단은 위반자체의 객관적 중대성은 물론, 매도인이 합리적인 기간 내에 추완할 수 있고 그것이 매수인에게 기대가능하다면 중대한 계약위반에 해당하지 않게 된다. 이처럼 부적합의 정도

353) Article 25 A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

354) 김봉수(2009), 55-56면.

355) 이러한 관점은 일부판결에서도 반영되고 있다. LG Heidelberg, 03.07.1992, O 42/92, CISG-online No. 38; OLG Frankfurt am Main, 17.09.1991, 5 U 164/90, CISG-online No. 28.

가 중대한 계약위반을 구성하지 않는 경우 매도인에게 더 큰 비용을 부담시키는 대체이행보다 물품의 보수가 보다 경제적인 추완방법임에는 의문의 여지가 없다.[356][357] 5) 아울러 위반결과에 대한 예견가능성 요건은 계약내용 중 핵심부분에 대한 것이면 당사자가 인식하는 것이 통상적이기 때문에 주로 부차적인 부분에 대하여 그 중요성을 예상하기 어려운 경우에 판단 기준으로 작동할 수 있을 것이다.

(나) 이와 같이 CISG가 정하는 '중대한 위반' 요건은 특히 국제거래에서 대체이행을 함으로써 매도인이 부담하게 될 과도한 비용과 위험으로부터 매도인을 보호하는 기능을 수행하는 데 그 필요성이 있다. 그러나 법체계상 그 요건의 타당성에 대한 비판이 제기되고 있는데, 대체이행청구권 역시 본래적 이행청구권의 확장 내지 연장으로 파악하는 입장에서 추후이행을 규정한 CISG 제46조 제1항의 이행청구권과 제2항의 대체이행은 그 본질이 같은데도, 대체이행청구에 있어서만 '중대한 계약위반'의 제한요건을 둠으로써 부적합한 물품을 수령하여 계약위반을 당한 매수인의 이행청구권을 실질적으로 박탈하는 것과 같은 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이러한 인식에서 CISG 이후 제정된 국제거래규범들과 독일, 일본의 개정 채권법에서는 대체이행을 요구하기 위한 요건으로 불이행의 중대성을 관련짓지 않고 있다.[358]

(다) 생각건대, CISG의 '중대한 위반' 요건은 채권자의 대체이행청구가 하자의 정도에 비하여 불합리할 수 있기 때문에 대체이행청구권의 성립을 제한하는 기능을 수행한다. 다른 국제거래규범 또는 최근 독일, 일본의 개정 채권법은 이러한 요건을 규정하고 있지는 않으나, 행사의 단계를 제한하여 같은 목적을 달성하고 있다. 즉 불완전이행만으로 대체이행청구권의 발생을 인정하되, 매도인에 대한 최고를 통해 실질적으로 보수청구권을 먼저 행사하게 하거나 매도인에게 추완방식에 대한 선택권을 부여하거나 또는 채권자의 이익과 채무자의 비용을 이익형량하

356) 김봉수(2009), 92-93면.
357) 김봉수(2009), 57-58면.
358) *Krebs*, Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht, S. 38.

도록 함으로써 대체이행청구권의 행사를 제한하고 있다. 이에 반해 CISG는 대체이행청구권의 발생요건으로 중대성을 통해 규율함으로써 훨씬 채무자의 보호에 비중을 두는 방식으로 제한하고 있다고 볼 수 있다. 이는 입법정책의 차원에서 검토되어야 할 것인바, 추완의 유형 가운데 채무자에게 가장 큰 부담과 손실을 초래할 수 있기 때문에 제한의 설정이 필요하다고 하더라도 채권자의 권리 발생단계에서 원천적으로 이를 제한하는 방식은 오히려 채권자에게 과도한 증명부담으로 작용할 수 있다. 따라서 하자가 경미하여 대체이행이 신의칙에 반하는 경우를 제외하고 불완전이행만으로 대체이행청구권의 발생을 인정하되 행사를 제한하는 것이 양당사자의 보호를 위해 합목적적인 설정이 될 것이다. 행사의 제한에 대해서는 아래의 행사 및 제한요건의 절에서 검토하기로 한다.

다. 재이행청구권

(1) 의의와 문제의 소재

채무자가 계약의 내용인 급부와 전혀 다른 급부를 이행한 경우 채권자가 약정한 원래 급부의 이행을 다시 청구하는 추완의 한 형태이다. 새삼 채무자의 완전한 이행을 다시 요구한다는 데서 외관상 대체이행과 같은 방식으로 행사되지만, 재이행청구권은 채무자가 급부의 '종류'에 대해 불완전한 이행을 함으로써 발생하는 반면 이행된 급부자체의 '성상'이 계약의 내용에 미치지 못하기 때문에 불완전이행에 해당하여 발생하는 대체이행청구권과 구별될 수 있다. 이러한 재이행청구권을 따로 명시한 국제거래규범은 없으나, 이종물 인도를 계약상 채무이행이 전혀 없는 이행지체로 보거나 이행은 있지만 채무내용에 부합하지 않는 불완전이행으로 보거나 '포괄적 개념'의 채무불이행에 해당한다고 보는 데는 어려움이 없다. CISG와 DCFR은 이종물의 인도를 계약부적합의 하나로 규정하고 있어서(CISG 제35조 제1항, DCFR 제IV.A.-2:301조) 추완청구권을 발생시킨다고 해석된다. 그런데 개정 전 독일민법은 이종

물 인도의 경우와 하자 있는 물건 인도의 경우를 구별하여 전자에는 매매법 일반규정과 일반급부장애법을 적용하는 한편 후자에는 하자담보책임법을 적용함으로써 그 법률효과와 소멸시효에서 다른 규율을 하고 있었다. 이렇게 매도인이 계약에서 요구되는 물품과 전혀 다른 물품을 제공한 경우 이를 불완전이행으로 볼 수 있는지 또한 이때 재이행청구권을 추완청구권의 또 다른 유형으로 볼 수 있는지 문제된다. 즉, 계약의 대상이 된 물건과 전혀 다른 물건을 인도한 경우에는 일응 계약상 물건자체에 대한 이행은 없는 것으로 보아 이행청구권의 대상이 된다고 볼 수 있는 것이다. 이럴 경우 특히 계약책임을 이원적으로 처리하는 규율에 따르면 소멸시효에 있어서 실질적인 차이점을 낳을 수 있다. 나아가 상이성의 정도와 관련해서도 A전자의 세탁기를 인도하기로 했는데 B전자의 세탁기를 인도한 것과 같이 동일한 종류의 물건 가운데 다른 물건을 인도한 경우(同類이종물)와 TV를 인도하기로 했는데 세탁기를 인도한 경우와 같이 종류가 전혀 다른 물건을 인도한 경우(異類이종물)를 구별할 것인지도 문제된다.

(2) 추완청구로서 독자성 인정여부 및 상이성이 현저한 경우의 규율

(가) 특히 CISG는 계약상 요구되는 물품과 전혀 다른 물건이 인도된 '이종물 인도'의 경우를 계약불이행인지 여부의 관점에서 접근하고 있다. CISG에 관한 일부 견해들과 판결들은 이러한 이종물 인도를 계약불이행으로 처리하지 않는 예가 있었는데,[359] 이는 "약정된 옥수수 대신에 감자를 제공한 것은 제공이 아니다"라는 사무국주석에 기초한다.[360] 그러나 지배적인 견해는 이종물 인도의 경우를 하자 있는 물건이 인도된 경우와 구별하여 규율하지 않는다고 본다.[361] 다시 말해 CISG는 이종물 인도의 경우도 계약불이행으로 보아 추완청구권을 비롯한 일련의 구제수단들을 부여하고 있다. 한편 국제거래규범들은 추완청구로서

359) 김봉수(2009), 74면.
360) Secretariat Commentary, Art. 29[Art. 31 CISG] para. 3.
361) 김봉수(2009), 74면.

대체이행청구를 명문으로 또는 해석상 일치하여 인정하면서도 재이행청구를 따로 구별해서 인정하지는 않고 있어서, 이종물 인도의 경우 계약불이행에 포섭되어 매수인은 추완청구로서 대체이행을 행사할 수 있다.

(나) 한편 계약의 목적이 된 물건과 인도받은 물건 사이에 상이성의 정도가 현저한 경우도 하자 있는 물건을 인도한 경우와 동일하게 처리할 것인지 문제된다. 먼저 CISG의 경우 그 처리에 대해 견해가 나뉘고 있는데, 지배적인 견해에 따르면 설탕을 인도하기로 계약했는데 소금을 인도하였거나 옥수수를 인도하기로 계약했는데 감자를 인도한 경우를 계약부적합으로 볼 수 없고, 그에 대한 매수인의 통지의무도 없다고 한다.[362] 이와 다른 견해에 따르면, 물건의 상이성의 정도가 계약불이행을 판단하는 데 중요한 기준으로 작용하지는 않는다고 하면서, 특정물매매에서 同類이종물이든지 상이성의 정도가 현저한 異類이종물의 구별은 무의미하며 동일하게 계약부적합으로 규율된다고 한다.[363]

(라) 이러한 이종물 인도와 관련하여 우리 민법은 개정 독일민법 제434조 제3항과 같은 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 다만 매매목적물이 종류로 지정된 경우 특정된 물건에 하자가 있는 때에 매도인의 하자담보책임을 인정하고 있을 뿐이다(제581조). 이에 대한 국내의 논의로는, 1) 이종물의 인도를 담보책임의 하자 있는 급부로 볼 수 있을지에 대하여 이종물의 인도를 하자담보책임으로 처리하게 되면 매수인에게 단기의 권리행사기간만을 허여하게 되어 매도인을 두텁게 보호하는 부당한 결과가 되므로 급부가 없었던 것으로서 이행지체로 보아야 한다는 견해가 있다.[364] 2) 또한 이를 불완전이행으로 보아야 할지에 대하여, 불완전이행으로 다루어야 한다는 견해와[365] 이행이 없었다고 보아 이행지체로 처리하는 견해가 있으며,[366] 하급심판례에서 불완전이행으로 처리

362) Schlechtriem-Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 10.
363) Schlechtriem/Huber, Art. 31 Rn. 36.
364) 송덕수(2016), 197-198면.
365) 김용한(1988), 161면; 김증한·김학동(1998), 111면.

한 바 있다.[367]

(마) 생각건대, 1) 먼저 이종물의 인도를 불완전이행으로 볼 수 있는지에 대해서는, 채무자의 선행하는 이행이 있고 그 이행이 계약당사자가 합의한 채무의 내용에 부합하지 않는 것이므로, 그 성상이 불완전한 급부에 의해 채무불이행을 구성하는 것과 다르지 않다고 하여야 한다. 왜냐하면 불완전이행은 채무자에 의한 급부가 계약의 내용에 부합하는가를 기준으로 판단되는 것이지 그 부합하지 않은 원인은 고려요소가 아니기 때문이다. 2) 또한 이종물의 인도를 하자 있는 급부로 보아야 할지에 대하여는, 앞서 살펴본 것처럼 하자담보책임의 실질은 불완전이행책임으로 볼 수 있는데, 이종물의 인도는 대체가능한 특정물의 경우 계약체결시에 존재하는 하자로 볼 수는 없어 모든 하자담보책임에 타당하지 않은 반면, 이를 하자담보책임으로도 처리할 경우 민법상 단기간의 권리행사기간만을 부여하는 등 이원적인 규율을 초래하므로 타당하지 않다. 따라서 원시적·후발적 하자를 불문하는 불완전이행책임에 의해 규율하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 3) 다음으로 이종물의 인도에 의한 불완전이행의 효과로서 재이행청구를 추완청구의 독자적인 행사방식으로 인정할 것인지에 대하여는, 대체이행청구가 급부자체의 '성상'과 관련이 있는 반면 재이행청구는 급부의 '종류'와 연관되는 차이가 있지만 이는 불완전이행을 발생시키는 원인에 불과할 뿐, 그 효과로서 완전한 급부를 재이행청구하거나 대체이행하는 것 사이에 구별의 실익은 없다고 할 것이다. 4) 끝으로 인도된 물건과 계약상의 물건 사이에 존재하는 상이성의 정도가 현저한 경우를 달리 취급할 것인지와 관련해, 일응 채무자가 오인의 가능성이 거의 없는 다른 종류의 물건을 인도함으로써 채권자는 본래 계약의 내용인 물건에 대한 이행청구권을 행

366) 송덕수(2015), 152면.

367) 서울고등법원 1973. 10. 17. 선고 72나2201 판결. 종묘사를 경영하는 피고로부터 원고가 동일대형 봄무씨앗 6홉을 매수하여 파종하였으나 거기서 무가 나지 않고 장다리꽃이 난 사안에서, 원고는 원래의 품종을 심었을 때 얻었을 이익액(다만 경작비는 공제)을 손해로서 배상청구하였는데, 법원은 피고가 "씨앗 매매계약의 불완전이행으로 인하여 원고들에게 입힌 손해를 배상할 의무가 있다"고 판단하면서 원고의 주장대로 위 일실이익의 배상을 명하였다.

사하는 것이라고 보는 것도 타당한 면이 있다. 하지만, 이종물의 인도라도 채무자에 의한 이행사실과 채권자에 의한 수령이 전혀 없는 이행지체라고 보기에는 무리가 있는 반면, 이는 불완전이행의 개념징표에 부합하고 그에 따른 효과로서 대체이행에 의하여 이행청구와 같은 목적을 달성할 수 있으므로 불완전이행책임에 의해 규율하는 것이 일관된다고 할 것이다.

라. 부족분이행청구권

(1) 의의와 문제의 소재

계약의 내용으로 급부의 수량, 무게, 부피 등을 약정하였으나 채무자가 이행한 급부의 성상이 약정한 내용과 다른 경우와 같이 수량상이 또는 과부족이 발생한 경우에 채권자가 특히 부족분에 대한 이행을 청구하는 추완의 한 형태이다. 이러한 수량상이 또는 과부족에 대해 국제거래규범 가운데 CISG와 DCFR은 계약부적합으로 명시하고 있으며(CISG 제35조 제1항, DCFR IV.A.-제2:301조), PICC와 PECL은 명시적 · 묵시적 합의에 비추어 계약적합여부를 판단함으로써 해석상 계약부적합의 하나로 다루는데 일치하고 있다(PICC 제5.1.1조, 제5.1.2조 및 PECL 제5:101조, 제5:102조).[368] 개정 독일민법(제434조 제3항)과 개정 일본민법(제562조 제1항)은 수량부족을 하자와 동일하게 규율하는 명문의 규정을 두었다. 프랑스 민법은 개별 계약에 관한 규정의 개정을 완결하지 않은 상황이어서 종전의 규정을 유지하고 있는데, 부동산매매에서 수량을 지정한 매매와 수량을 지정하지 않은 매매를 구별하고 각각에 대하여 수량부족(제1617조 제2항, 제1619조)은 물론 수량과다(제1618조, 제1620조)에 대하여 명문의 규정을 두고 있다. 그런데 수량상이 또는 과부족에 관한 구체적인 규율을 조금씩 달리하고 있는 바, 특히 과소인도의 경우 부족분에 대한 채권자의 인도요구는 추완청구의 대상인지 이행청구의

368) 사동천(2002), 91면, 107면.

대상인지 규율의 차이를 비교검토해 본다. 더불어 과다제공의 경우에 대한 규율을 비교법적으로 검토해 보기로 한다. 또한 과소인도에 대한 부족분이행청구를 품질이 상이한 경우에 대한 보수청구와 달리 추완의 독자적인 유형으로 인정할 실익이 있는지도 검토한다.

(2) 과소인도·과다인도의 규율방법 및 추완청구로서 독자성 인정여부

(가) 계약내용과 채무자가 이행한 급부 사이에 수량상이 또는 과부족이 있는 경우 중에서도 특히 수량이 약정한 내용에 미치지 못하는 과소인도에 대하여, 국제거래규범들은 다소간 규율의 차이를 보이고 있다. 먼저 2차적 이행청구권과 추완청구권을 구별하여 규정하는 CISG에 따르면 매도인이 물건의 일부를 인도한 경우와 물건의 일부가 계약에 적합한 경우를 구분해서 처리하고 있다. 가령 매도인이 물건의 일부만을 인도한 경우 매수인은 제46조 제2항, 제3항에 따라 추완을 청구할 수 있는 것이 아니고,[369] 제46조 제1항에 따라 이행청구를 하여야 한다.[370] 그 이유는 추완을 행사하기 위해서 매도인의 물건이 인도되었을 것을 요하기 때문이며, 따라서 물건의 일부가 인도되지 않은 경우에 그 일부의 이행을 추완에 의해서 달성할 수는 없다고 한다. 이와 달리 물건의 일부가 계약내용에 적합한 경우 매수인은 제46조 제2항, 제3항에서 정하는 추완의 방식들을 활용하여 부적합한 일부에 한해 치유를 얻을 수 있다. 이는 실질적으로 물건의 일부에 대하여 불완전이행이 있는 것으로서 물건의 일부에 수량상이가 있는 상황과는 다른 것이다.

(나) 한편 매도인이 계약에서 약정된 수량보다 많은 물건을 인도하는 사안인 과다인도와 관련해, CISG는 매도인의 계약위반에 대한 구제수단으로서 매수인은 별도 규정인 제52조 제2항에 따라 과다인도 부분을 수령 또는 수령거절할 수 있지만, 매수인이 약정된 수량을 초과하는 일부 또는 전부를 수령한 경우 그 비율에 따라 대금을 지급하도록 하고 있

369) *Schlechtriem/Huber*, Art. 46 Rn. 9; *Staudinger/Magnus*, Art. 46 Rn. 10.
370) *Brunner*, UN-Kaufrecht, Art. 46 Rn. 2.

다.[371]

(다) 프랑스민법은 부동산매매에서 수량부족과 수량과다의 사안을 모두 규율하고 있는데, 단위면적을 대금산정의 기초로 삼은 수량지정매매와 그렇지 않은 수량미지정매매로 나누어 규정하고 있다(제1617조~1622조).[372] 1) 수량지정매매의 경우, 면적이 부족한 때에 매수인은 부족분의 이행을 청구할 수 있고, 이행이 불가능하거나 매수인이 원하지 않을 때에는 부족분의 비율로 대금감액을 청구할 수 있고(제1617조 제2항), 면적부족으로 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다고 이해된다.[373] 면적이 초과된 때에는 초과량이 총면적의 1/20 이상이면 매수인은 초과분의 비율로 증액대금을 지급하거나 계약을 해제할 수 있고(제1618조), 1/20 미만이면 아무런 의무를 부담하지 않는다. 2) 수량미지정매매의 경우, 면적의 차이가 대금감액이나 증액을 야기하지 않는 것이 원칙이지만, 부족분 또는 초과분의 가액이 총면적 가액의 1/20 이상일 때 특칙을 두고 있다. 면적부족의 경우 매수인의 대금감액권만을 규정하고(제1619조) 부족분이행청구권을 명시하지 않았으며, 계약목적을 달성할 수 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다고 이해된다. 면적초과의 경우 매수인은 증액대금을 지급하거나 계약을 해제할 수 있다(제1620조).

(바) 우리 민법은 수량상이 또는 과부족의 사안과 관련해 수량부족에 대해서만 매도인이 부담하는 담보책임의 하나로 규정하고 있다(제574조). 하지만 수량부족을 계약불이행으로 규율하는 국제거래규범이나 담보책임의 하나로 구성하고 있는 개정 독일민법, 개정 일본민법과 다른 점은 대금감액, 계약해제, 손해배상 이외에 추완의 방식에 의한 구제수단를 인정하지 않고 있는 것이다. 이것은 앞서 살펴본 것처럼 추완청구를 인정하지 않는 담보책임의 연혁과 관련이 있는데, 학설은 수량부족

371) Schlechtriem-Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 35 Rn. 15. 따라서 매수인은 CISG 제39조에 따른 부적합 통지를 해야 한다.
372) 이하는 민법주해/남효순(1997)의 396-397면을 요약정리한 것이다.
373) Gross/Bihr(1993), p.187.

에 대한 담보책임의 전제가 된 수량을 지정한 매매의 요건을 특정물매매로 제한하고 있다. 그리고 종류물매매에서 매도인이 약정한 수량보다 적게 인도한 경우는 담보책임의 문제가 아니라 불완전이행의 효과로서 수량의 부족분에 대한 인도를 청구할 수 있다고 한다.[374]

(사) 생각건대, 1) 앞서 살펴본 바와 같이 목적물의 하자 있는 급부에 대한 추완청구권의 인정여부는 특정물인지, 불특정물인지 또는 원시적 하자인지, 후발적 하자인지 또는 권리의 하자인지, 물건의 하자인지와 상관없이 추완의 방식에 의한 치유가능성에 의해 판단되어야 한다. 담보책임은 하자 없는 급부의무의 위반으로서 실질적인 불완전이행책임으로 볼 수 있기 때문에, 그 내용으로서 추완청구권을 인정하는 데 이를 달리 취급할 필요는 없다고 볼 수 있다. 다만, 우리 민법상 수량을 지정한 매매의 경우 계약당시에 이미 일부멸실인 경우와 동일하게 규율하고 있음에 비추어(제574조) 원시적인 수량부족을 생각하기 어려운 종류물이 아니라 특정물매매에 대한 담보책임이라고 보는 것이 타당하다. 그리고 이에 대한 담보책임은 실질적인 일부이행불능으로서 수량부족분에 대한 추완이행은 불가능하다고 볼 수 있다. 2) 또한 우리 민법상 직접적인 규정은 없지만 매도인이 계약에서 정한 수량보다 많은 물건을 인도한 과다인도의 경우, 계약당사자가 합의한 채무의 내용에 부합하지 않는 점에서 채무불이행에 해당하고 그 효과로 매수인은 수령을 거절할 수 있다고 해야 한다(수령거절권). 다만 매수인이 수령을 거절하지 않은 채 인도를 받은 경우, 매도인은 수량초과 부분에 대해 부당이득으로서 반환을 청구할 수 있을 뿐 특약이 없는 한 대금의 증액을 청구할 수는 없다고 해야 한다. CISG와 같이 매수인의 통지의무가 인정되지 않는 이상 수령만으로 초과수량에 대한 매매계약을 의제하는 것은 소비자거래가 많은 현실에서 매수인에게 불리할 뿐만 아니라 매도인에 의한 악용의 위험이 있기 때문이다. 3) 한편 부족분이행청구권을 추완이행의 독자적인 방식으로서 인정할 것인지에 대하여 보면, 계약내용으로서 약정된

374) 민법주해/남효순(1997), 410-411면.

급부와 실제 이행된 급부사이의 간극으로서 성상의 상이함은 크게 품질과 수량에서 나타난다고 볼 수 있다. 그런데 품질상이의 사안을 하자로 이해하는 것만큼 수량상이의 경우를 하자로 이해하는 것이 반드시 명백하다고 볼 수는 없다. 때문에 입법자는 수량상이의 사안도 하자로서 규율하되 이를 구별하기 위해서 민법 제574조를 규정한 것으로 볼 수 있다.[375] 따라서 품질상이에 대한 추완의 방식으로서 보수청구와 구별하여 수량상이에 대한 추완의 방식으로 부족분이행청구를 인정할 필요가 있다. 다만, 앞서 살펴본 것처럼 민법 제574조의 법문에 비추어 본조의 담보책임으로서 추완청구권을 도출하는 데는 한계가 있고, 그 밖의 수량부족 사안에서 불완전이행에 따른 채무불이행책임으로서 부족분이행청구권을 인정할 수 있을 것이다.

마. 보수청구권

(1) 의의와 문제의 소재

채무자가 이행한 급부에 계약내용에 부합하지 않는 성상의 불완전 내지 하자가 존재하는 경우 그 부분의 수선, 교체, 조립, 또는 대체부분의 인도 등을 통하여 이러한 불완전 내지 하자를 제거함으로써 계약내용에 부합시키는 추완이행 방식이다.[376] 이러한 보수청구는 하자 있는 급부를 하자 없는 새로운 급부로 교환하는 것이 아니라는 점에서 대체이행청구와 구별되고,[377] 계약에서 약정한 급부의 수량, 무게, 부피 등과 다

---

375) 본조는 의용민법 제565조를 거의 그대로 입법한 것인데, '민법안수정이유서'에는 그 입법이유에 대해 아래와 같이 설명하고 있다.
"외국법에서는 수량의 부족을 물건의 하자라고 칭하거나 이를 하자와 동일시하고 있으나, 우리 국어상으로는 수량의 부족을 하자라고 칭하는 것은 약간 기이한 느낌이 있기 때문에 그 어느 것도 담보의 문제로 하였으며, 또한 이에 적용하여야 할 규정이 극히 유사함에도 불구하고 이를 별개의 조문으로 하는 것이 타당하다고 믿는 바이다. 그리고 법률상의 실질에 있어서는 물건의 일부의 멸실도 결코 물건의 일부의 부족과 다를 바가 없으므로, 이에 명확하게 이를 기재하여 양자에 동일한 규정을 적용하는 것으로 하였다.(후략)" 廣中俊雄 編著, 民法修正案(前三篇) 理由書, 有斐閣, 1987, 548-549 참조; 번역은 주석민법/김대정(2016), 92면을 따랐다.

376) '하자보수청구'라는 용어가 많이 사용되지만, 하자와 불완전이행의 통합적인 규율을 제안하려는 논문의 목적에 비춰 '하자'에 제한된 듯한 인상을 주지 않고자 기능에 충실한 '보수청구'라는 용어를 사용하기로 한다.

른 급부를 이행한 수량상이에 대한 것이 아니라는 점에서 부족분이행청구와 구별된다. 이러한 보수청구는 추완의 방식 중에서도 대체로 채무자가 적은 비용과 시간으로 하자를 치유할 수 있다는 점에서 가장 효율적인 수단으로, 국내외 거래에서 발생할 수 있는 계약상 치유의 필요를 가장 용이하게 충족시킨다고 할 수 있다. 이 때문에 보수청구권은 불완전이행 내지 하자 있는 급부를 규율하는 모든 국제거래규범에서 보편적으로 인정되고 있으며,[378] 주요 외국법들의 경우 종전에는 이를 매도인의 담보책임으로 법문에 명시하지 않다가 개정 독일민법, 개정 일본민법은 명문으로 규정하였으며 프랑스는 현재까지 학설과 판례를 통해 보수청구권을 인정해 오고 있다.[379] 특히 개정 전 독일민법은 종류물매매에서 물건에 하자가 있는 경우 매수인의 보수청구권을 규정하지 않고, 하자 없는 물건의 인도청구 즉 대체이행청구만을 규정하고 있었는데(제480조 제1항), 이런 입법태도는 우리 민법의 규율방식과 동일하다(제581조 제2항). 그런데 매수인은 법문에 따라 계약의 목적 달성이 불가능해서 계약해제를 해야 하는 경우가 아니면 대체이행을 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있을 것으로 예상할 것이기 때문에, 계약당사자들이 기대할 수 있는 추완의 방식과 관련해 이해관계가 대립할 수 있다.[380] 이처럼 보수청구의 발생요건과 관련해, 민법상 종류물매매에서 하자담보책임의 내용으로 보수청구가 인정될 것인지 문제될 수 있다.

(2) 종류물매도인의 하자담보책임으로서 보수청구권의 인정여부

(가) 개정 전 독일민법은 종류물매매에서 담보책임의 내용으로 계약해제권, 대금감액청구권, 손해배상청구권 이외에 대체이행청구권을 명문으로 인정하면서도(제480조 제1항),[381] 하자 있는 물건에 대한 보수청구

377) *Schlechtriem/Huber*, Art. 46 Rn. 62.
378) 김봉수(2009), 100면.
379) 민법주해/남효순(1997), 537면.
380) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결.
381) 민법주해/남효순(1997), 546면. 대륙법계 민법은 특정물매매와 종류물매매를 구별하지 않고 하자담보책임을 규정하였는데, 독일민법과 스위스채무법은 종류물매매에 대한 담보책임을 별도로

권을 규정하지 않았다. 이러한 규율태도는 특정물과 다른 종류물의 속성을 파악하여 매도인이 하자 있는 물건을 인도한 경우 완전한 물건을 새로이 이행하도록 하는 것이 매수인의 이익에 적합할 뿐만 아니라 매도인으로서도 대체이행의 가능성을 충분히 예견할 수 있다는 취지였던 것으로 보인다.[382] 그러나 효용의 측면에서, 하자 있는 급부에 대한 대체이행 또는 보수를 통한 하자치유라는 채권자의 만족에 차이가 없는 경우에는 보수에 의한 추완을 허용함으로써 대체이행으로 인한 채무자의 부담과 손실을 경감시킬 수 있도록 하는 것이 필요하다. 또한 계약당사자들의 예견가능성이란 입법정책에 의해 크게 좌우되는 것이기 때문에, 오히려 보수청구권을 명문으로 인정함으로써 법적안정성을 제공할 수도 있고 당사자의 이익을 형평에 맞게 보호하는 방법이 될 수 있다. 이러한 견지에서 최근 개정 독일민법(제437조, 제439조 제1항)과 개정 일본민법(제562조 제1항)은 특정물매매와 종류물매매의 구분을 폐지하고 매수인이 보수청구권을 선택할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다.

(나) 우리 민법 제581조 제2항의 해석과 관련하여, 학설은 사소하거나 경미한 하자에 대해서 법문이 규정한 완전물급부청구를 신의칙상 제한할 수 있다는 데 일치한다. 다만, 보수청구권과의 관계에 대하여 견해를 달리하는데, 민법 제581조의 해석에 관한 일반론으로서 매수인이 보수청구권을 먼저 행사하고 매도인이 보수를 해주지 않는 경우에만 매수인의 완전물급부청구권이 인정된다는 견해,[383] 목적달성불능 또는 하자보수에 과다한 비용이 소요되는 경우에만 완전물급부청구가 인정된다고 보는 견해,[384] 매도인의 추완권을 인정할 뿐만 아니라 그 추완방법의 선택권도 매도인에게 인정된다고 보는 견해로 나누어져 있다.[385] 최근 판례는 종류물매매에서 하자담보의무의 이행이 공평의 원칙에 반하는 경

규정하였을 뿐만 아니라 대체이행청구권을 추가로 인정하고 있었다. 이것은 개정 전 독일민법이 특정물이론을 중심으로 발전해 온 데에 기인하는 것으로 보인다.

382) 김봉수(2009), 177면.

383) 이은영(2005), 230면.

384) 김대정(1990), 296면.

385) 사동천(2003), 26-27면.

우 매수인의 완전물급부청구권 행사를 제한할 수 있다고 판시함으로써,[386] 원칙적으로 완전물급부청구권의 행사를 인정하되 수선 등의 방법에 의한 계약의 목적달성 가능성과 매도인의 불이익의 정도를 비교형량하여 공평의 원칙에 반하는 경우 보수청구권으로 제한될 수 있다고 보았다.

(다) 생각건대, 우선 보수청구권의 인정여부는 매매의 대상이 특정물이든지, 종류물이든지 관계없이 추완의 방식으로서 보수가능성이 주요한 고려요소가 되어야 한다. 그리고 우리 민법상 종류물매매의 하자담보책임에서 대체이행만을 추완의 방식으로 명시한 경우라도, 수선 등의 방법에 의해 추완이 가능한 때에는 대는 소를 포함한다는 법원리에 비추어 보수청구권이 인정되고, 대체이행에 의한 매도인의 불이익이 큰 경우에는 보수청구권으로 제한될 수 있다고 해야 할 것이다. 역시 입법론으로서 분쟁의 가능성을 줄일 수 있도록 추완청구의 구체적인 방식으로 이를 명시하는 것이 타당하다.

바. 소결

추완청구권의 세부 유형에 따른 인정여부 및 개별적인 발생요건으로서, (1) 대체이행청구권과 관련해, CISG는 '중대한 계약위반'이라는 추가요건을 요구하는데(제46조 제2항), 위반자체의 중대성은 물론 부적합의 치유가능성과 위반결과에 대한 예견가능성을 판단기준으로 한다. 그러나 대체이행으로 인해 채무자가 부담하게 될 과도한 비용과 손실의 제한이 필요하더라도 채권자의 권리발생 단계에서 제한하여 채권자의 권리를 실질적으로 박탈하기보다 다른 입법례와 같이 행사를 제한하는 것이 합목적적이다. 또한 특정물매매에서도 대체이행을 인정할 것인가의 문제는 오늘날 대량생산방식에 따른 대체물 거래가 일상화되어 특정물매매라도 보통 대체가능하다는데 기인하는바, 당사자의 이익은 계약의 실현으로 달성되기 때문에 하자보수는 물론 대체이행을 통해 하자 없는 급

386) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결.

부의무를 실현하는 것이 타당하다.

(2) 재이행청구권과 관련해, 국제거래규범들은 이종물 인도의 경우도 계약불이행으로 보아 대체이행청구를 행사할 수 있도록 하는 한편 재이행청구를 별도로 인정하지는 않고 있다. 반면 개정 전 독일민법은 이종물 인도의 경우 일반급부장애법을 적용하되 물건하자의 경우 하자담보책임법을 적용하여, 그 구별이 쉽지 않은 때에도 상이한 법률효과를 부여하게 되는 체계상의 문제점이 있었다. 이에 개정 독일민법은 명문으로 이종물 인도의 경우를 물건하자와 동일하게 규율하면서, 추완방법으로 하자보수와 대체이행만을 규정하였다. 나아가 상이성의 정도가 현저한 경우 CISG의 지배적인 견해는 계약불이행으로 볼 수 없다고 보는 반면, 상이성의 정도는 그 판단의 기준이 아니라고 하면서 동일하게 계약불이행으로 처리하는 견해가 있다. 개정 독일민법도 반대견해가 있지만 상이성의 정도가 현저한 경우 일반급부장애법이 적용된다고 한다. 우리 민법상 명문규정이 없고 학설상 논의가 활발하지 않았는데, 이종물 인도 역시 채무자에 의한 급부가 계약내용에 부합하는지를 기준으로 불완전이행이 된다고 본다. 또한 채무불이행책임을 반드시 과실책임으로 보아야 할 근거가 없고 담보책임 역시 하자 없는 급부의무를 위반한 채무불이행책임이기 때문에 이종물 인도를 하자담보책임에 국한할 이유가 없다. 다만, 대체이행청구가 급부자체의 ‘성상’과 관련되고 재이행청구는 급부의 ‘종류’와 연관된다는 차이가 있더라도 이는 불완전이행 발생원인에 불과하며 효용상 구별의 실익이 없다고 본다. 상이성의 정도가 현저한 경우 채무내용에 대한 부합여부에 비춰 불완전이행에 포섭하여 규율되어야 한다.

(3) 과소인도의 경우 부족분이행청구와 관련해, 2차적 이행청구권과 추완청구권을 구별하여 규정하는 CISG에 따르면 추완청구는 물건의 인도를 요하는데 일부가 인도되지 않은 경우 그 일부의 이행을 추완청구할 수는 없고(제46조 제2항, 제3항), 이행청구하여야 한다(제46조 제1항). 개정 독일민법에서는 이종물 인도와 함께 물건하자와 마찬가지로 규율하

고 있어서(제434조 제3항), 하자담보책임으로서 추완이행(제437조)과 소멸시효(제438조)의 적용을 받는다. 이때 조문간 체계적 해석에 따르면, 물건에 통상적인 하자가 있는 경우 매도인의 의무위반이 중대하지 않기 때문에 계약해제를 할 수 없음에 비춰(제323조 제5항 제2문) 과소인도를 이유로 계약해제 또는 전부손해배상청구를 하기 위해서는 매수인에게 일부급부로 인한 이익이 없을 것을 요구하여(제323조 제5항 제1문) 보다 엄격하게 규율하고 있다. 한편 과다인도의 경우, CISG는 매도인의 계약위반에 따른 구제수단으로서 매수인이 과다인도 부분을 수령 또는 수령거절할 수 있지만, 수령한 경우 그 비율에 따라 대금을 지급하도록 하고 있다(제52조 제2항). 개정 독일민법은 과다인도를 물건하자로 규율하지 않고, 초과부분에 대해 부당이득반환만을 행사하도록 하고 있다(제812조 제1항 제1문). 우리 민법은 수량부족에 대한 매도인의 담보책임만을 규정하고 있는데(제574조), 국제거래규범이나 개정 독일민법, 개정 일본민법과 달리 추완의 형식에 의한 치유를 인정하지 않고 있다. 학설은 수량지정매매의 요건을 특정물매매로 제한하면서, 종류물매매에서 과소인도된 경우 일부이행지체로 규율하고 있다. 그러나 대체가능한 특정물매매가 일반화된 오늘날 특정물매매와 종류물매매를 구별할 효용을 찾기 어렵기 때문에, 독일, 일본과 같이 이를 불문하고 담보책임을 인정해야 하며, 동시에 불완전이행에 해당하므로 민법 제389조를 근거로 추완이행을 청구할 수 있다. 또한 과다인도의 경우 역시 계약위반에 해당하고 매수인은 수령거절권을 갖지만, 수령한 경우 매도인은 대금증액청구는 불가하고 초과부분에 대한 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐이라고 해야 한다. 한편 수량상이의 사안도 품질상이에 대한 보수청구와 구별하여 추완방식으로서 부족분이행청구를 인정할 필요가 있다.

(4) 보수청구권을 종류물매매에서 인정할 수 있는지 문제된다. 이는 개정 전 독일민법이 종류물매매에서 대체이행청구권을 인정하면서도(제480조 제1항) 보수청구권을 규정하지 않았는바, 종류물의 속성을 특정물과 달리 파악하여 하자 있는 물건인도의 경우 완전한 물건을 새로 이행하도록

하는 것이 매수인의 이익에 부합하고 매도인도 예견가능하다는 취지였던 것이다. 그러나 하자추완의 효용상 차이가 없다면 대체이행으로 인한 채무자의 부담을 경감시킬 수 있도록 보수에 의한 추완을 인정하는 것이 필요하다. 또한 특정물매매와 종류물매매의 구별이 의의를 상실해 가는 오늘날 특정물매매에서도 대체이행을 인정하는 것과 반대로 종류물매매에서도 보수에 의한 추완을 허용하는 것이 타당하다. 나아가 보수청구권을 명문으로 인정함으로써 계약당사자들의 예측가능성을 확보할 수도 있다. 이러한 견지에서 개정 독일민법과 개정 일본민법은 특정물매매와 종류물매매의 구별없이 보수청구권을 인정하였다. 이러한 결론은 종류물매매에서 대체이행만을 인정하는 우리 민법에도 동일하게 적용되어야 하고, 그 근거는 민법 제389조로부터 채무불이행의 효과로서 찾는 것이 타당하다.

제5절 추완청구권의 행사와 제한

1. 문제의 소재

추완청구권이 발생하면 채권자는 이를 행사하기 위해서 어떤 요건을 구비하여야 하는가? 우리 민법은 도급계약에서 도급인은 “상당한 기간을 정하여” 수급인에게 하자보수를 청구하도록 규정할 뿐이며(제667조 제1항 본문), 매매계약에서 매수인은 “하자없는 물건을 청구할 수 있다”고 하면서 그 행사에 대하여 다른 언급을 하지 않고 있다(제581조 제2항). 그러나 국제거래규범과 주요 외국의 최근 개정 채권법들은 그에 관해 보다 상세한 규율을 두고 있는데, 이는 크게 두 가지 측면에서 접근하고 있음을 알 수 있다. 그 하나는 계약당사자의 추완청구와 그 이행을 용이하게 하거나 실현하기 위한 것으로, 추완청구에 고유한 채무불이행 상황을 고려하여 물건에 대한 하자검사 및 통지의무를 부여하거나 또는 추완의 장소 및 비용부담에 관한 규율을 두는 것이다. 다른 하나는 추완이

행의 방식 중에서 특히 대체이행과 관련하여 하자 없는 새로운 급부를 함으로써 다른 추완이행에 비해 가장 큰 비용과 손실을 감수하게 되는 채무자를 공평의 관점에서 보호하기 위해 대체이행청구를 행사의 단계에서 제한하는 것으로, 추완유형에 대한 선택권을 부여하거나 하자 있는 물건과 수취한 이익의 반환방법에 관한 처리 및 구제수단 사이에 행사의 우선순위에 대한 제한요건을 설정하는 것이 그것이다. 이하에서는 논의의 편의상 행사요건과 제한요건으로 크게 대별하여 관련된 쟁점들을 검토한다.

2. 추완청구권의 행사

가. 물건의 검사 및 하자통지의무의 인정여부

(1) 의의 및 문제의 소재

CISG는 물건을 수령한 매수인에게 물건을 검사할 의무(제38조) 및 하자를 발견하였거나 발견할 수 있었던 경우 그러한 하자를 매도인에게 통지할 의무를 부과하면서 이를 게을리한 경우의 효과를 규정하고 있다(제39조). 물건의 검사 및 하자통지의무는 특히 계약위반 중에서도 물건에 하자가 있는 경우와 관련되어 있으며, 매도인에게 하자에 대한 추완을 이행할 수 있는 제2의 기회를 부여함으로써 궁극적으로 계약내용의 실현을 통한 계약당사자의 만족을 추구하는 한편 하자의 존재에 대한 당사자간의 분쟁의 해결을 용이하게 하는데 그 의의가 있다고 할 수 있다.[387] 이러한 효용에도 불구하고 CISG가 정하고 있는 의무 위반의 효과는 매수인이 추완청구권을 비롯한 불완전이행의 구제수단들을 상실하게 되어 하자 있는 물건을 그대로 보유하게 되기 때문에 그 영향이 크다고 할 수 있다. 여기서 국제거래규범들과 주요 외국의 규율을 비교검토해 봄으로써 우리 민법상 추완청구권의 행사요건으로서 물건의 검사 및 하자통지의무의 인정여부에 대해 타당한 해석론을 도출해 보기로 한

387) 사동천(2002), 32면.

다.

(2) 국제적 규율의 이동

(가) 국제거래규범

1) 물건의 검사에 대해 CISG와 DCFR은 거의 동일하게 규율하고 있다. 물건의 검사(CISG 제38조, DCFR Ⅳ.A.-제4:301조)는 법률상 의무가 아닌 책무로서 위반하더라도 손해배상책임을 발생시키는 것은 아니고, 매도인에게 하자를 통지할 수 없게 되어 부적합에 따른 구제수단을 상실하게 된다.[388] 검사기간에 대해서도 CISG는 '그 상황에서 실행할 수 있는 단기간 내', DCFR은 '그 상황에서 합리적으로 가능한 단기간 내'라고 하여 기본적으로 같은 태도라고 하겠다.[389] 검사기간의 시기도 운송의 경우를 제외하고 원칙적으로 매수인에게 물품이 인도된 때이며, 이행기 전에 인도된 경우 합의된 인도일이 되어야 할 것이다.[390] 운송이 예정된 경우 물품이 목적지에 도달한 때까지 검사는 연기될 수 있다(CISG 제38조 제2항, DCFR Ⅳ.A.-제4:301조 제2항). 물품이 운송중 목적지가 변경되거나 전송되는 경우 CISG는 매도인이 계약체결시에 목적지변경 또는 전송가능성을 알았거나 알 수 있었을 경우에(제38조 제3항), DCFR은 알았거나 알았을 것으로 합리적으로 기대할 수 있었던 경우에(DCFR Ⅳ.A.-제4:301조 제3항) 물품이 새로운 목적지에 도착한 때까지 검사는 연기된다. 물품의 검사의무는 소비자매매계약에는 적용되지 아니한다(CISG 제2조 a호, DCFR Ⅳ.A-제4:301조 제4항). 한편 PICC와 PECL은 검사에 대한 직접적인 규정을 두고 있지 않지만, 신의성실과 공정거래의 원칙으로부터 "그 상황에서 실행할 수 있는 단기간 내"에 검사가 이뤄져야 할 것이다(PICC 제1.7조, PECL 제1:201조). 검

388) 따라서 채권자가 검사를 하지 않았더라도 하자통지를 제대로 했다면 검사를 하지 않은 것은 문제되지 않는다. 사동천(2002), 32면.

389) 박영복(2017), 59면.

390) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art 38, para 19. 반면 매수인이 이행기전의 인도에 동의한 경우 예외적으로 교부시부터 진행한다고 한다. 사동천(2002), 38면.

사기간은 원칙적으로 물건을 수령한 때부터 진행하며,[391] 물품의 운송, 목적지 변경, 전송의 경우에는 상관습상 CISG의 경우와 동일하게 목적지에 도착한 때까지 검사는 연기되는 것으로 해석된다.

2) 하자통지의무에 대해서도 CISG와 DCFR은 거의 같은 취지의 규율을 두고 있다. 우선 검사의무와 마찬가지로 통지의무는 법적의무가 아니라 책무로서, 이를 이행하지 않았을 때 부적합에 따른 권리들을 상실하는 것으로 정한다(CISG 제39조 제1항, DCFR Ⅲ.-제3:107조 제1항). 또한 '합리적 기간 내'와 같이 고정기간을 정하지 않고 통지하도록 함으로써 제반사정을 종합적으로 고려해서 기간의 합리성을 판단할 수 있도록 하였다.[392] 이때 합리적 기간의 기산점에 대해, CISG는 계약부적합을 '발견했거나 발견했어야 했던 때로부터'라고 규정하는데(제39조 제1항), DCFR은 물품 또는 기타 자산이 제공되거나 또는 용역이 완성된 때로부터 기산하도록 하면서, 그 이후 채권자가 부적합을 발견하였거나 발견하였을 것으로 합리적으로 기대할 수 있는 때에는 그때로부터 기산한다고 규정한다(Ⅲ.-제3:107조 제2항). 이때 계약부적합의 발견시기는 검사시기와 결정적으로 연관될 수 있다. 또한 이러한 하자통지는 늦어도 물품이 현실로 인도된 날로부터 2년 내에 매도인에게 행해져야 하고, 그렇지 않으면 매수인은 물품의 부적합에 따른 권리를 잃는다(CISG 제39조 2항 본문). 다만 2년의 제한기간과 양립하지 않는 계약상 보증기간이 존재하는 경우 보증계약이 우선하게 된다(CISG 제39조 2항 단서). DCFR 역시 매매계약규정에서 사업자간의 계약에 대해 같은 취지의 규정을 두고 있다(Ⅳ.A.-제4:302조 제2항, 제3항). 반면 매도인이 알았거나 모를 수 없었던 사실로서, 매수인에게 알리지 않았던 사실과 관련된 물품 부적합의 경우 매도인은 매수인의 권리소멸을 주장할 수 없다(CISG 제40조, DCFR Ⅲ.-제3:107조 제3항). CISG와 DCFR은 공통적으로 소비자

391) Dawwas(1997), p. 244.

392) 매수인의 통지를 위한 기간은 나라마다 다르고, 기간을 통일적으로 정하기가 어려울 뿐만 아니라 국제거래에서 고정적인 기간은 국제거래의 특성과 요구에 비추어 타당하지 않기 때문에 고정적인 기간을 정하지 않았다고 한다. Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 39, para. 4.

를 통지의무에서 제외하고 있다(CISG 제2조 a호, DCFR Ⅲ.-제3:107조 제4항).[393] 특히 하자통지의무는 추완청구나 계약해제의 경우 개별 규정에서 합리적 유예기간을 설정하고 있어서, 대금감액, 손해배상, 이행유보와 관련해 의미를 갖는다. 또한 CISG는 예외적으로 매수인이 하자통지를 게을리한 경우에도 합리적인 이유가 있는 경우에는 대금감액과 이익의 손실을 제외한 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다(제44조). PICC와 PECL은 물품검사와 마찬가지로 하자통지의무를 명시하고 있지는 않지만, 매수인은 부적합을 발견했거나 발견했어야 했던 때로부터 '부당한 지체없이'[394] 또는 '합리적인 기간 내'에 부적합을 적시해서 통지하여야 하는 것으로 해석된다. PICC 주석에 따르면, 통지는 그 상황에 적절한 수단으로서 부적합의 종류와 정도를 명시하면 충분하고, 특별한 형식이 요구되지는 않는다. 명시의 정도는 당해 시장에서의 그 물건에 대한 인지도와 연관되는데, 먼저 그 기계가 매수인의 국가에서 일반적으로 사용되고 있는 경우라면, 매수인은 인도받은 물건을 주의를 기울여 검사함으로써 매도인에게 정확한 정보를 통지해야 한다. 그렇지 않으면 매수인은 기계의 하자를 원용할 권리를 상실한다.[395] 반면 그러한 종류의 기계가 매수인의 국가에서 흔히 사용되는 것이 아니라면, 매수인이 그 기계의 하자를 정확히 조사할 수 있을 것으로 합리적으로 기대할 수 없기 때문에, 매수인은 기계의 하자를 원용할 권리를 상실하지 않는다.[396] 통지기간의 당부는 당해 사안의 주관적·객관적 상황에 따라 판단된다.[397] 숨은 하자의 경우 통지기간은 물품검사기간의 적용을 받지 않고 실제로 하자를 발견한 때로부터 기산한다. 물건이 이행기전에 인도된 경우 통지기간은 약정한 인도일로부터 기산해야 한다.[398] 드러난 하자의 경우 통지기간은 통상적인 물품검사시기와 같이 매수인이

393) 반면 PICC와 PECL에는 소비자 제외규정을 두고 있지 않다.
394) PICC 2016, Art.1.7. Comment 2, Illustrations 7.
395) PICC 2016, Art.1.7. Comment 2, Illustrations 7.
396) PICC 2016, Art.1.7. Comment 2, Illustrations 8.
397) Dawwas(1997), p.246.
398) StaudingerKomm/(Magnus), Art.39, Rn.33.

하자를 발견했어야 하는 때로부터 진행한다.[399] 발신주의를 취하는 CISG와 달리[400] PICC에 따르면 통지는 수령권자에게 도달한 때에 효력을 발생하고(제1.10조 제2항), 매도인의 영업소 또는 그 주소에 구두나 교부에 의하여 통지된 때에는 도달한 것으로 본다(제1.10조 제3항). 만일 매도인이 복수의 영업소를 가지고 있는 경우 통지는 계약 및 그 이행과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소로 하여야 한다. PECL의 해석에 따르면, 기간의 당부는 당해 사안에서의 주관적·객관적 상황에 따라 판단된다.[401] 물품에 숨은 부적합이 있는 경우 통지기간은 검사기간과 관계없이 매수인이 부적합을 실제로 발견한 때로부터 기산한다. 물건이 이행기전에 인도된 경우 통지기간은 원래의 인도일로부터 기산하여야 한다.[402] 드러난 부적합의 경우 통지기간은 매수인이 부적합을 발견했어야 하는 때로부터 기산한다. 통지는 매도인에게 도달한 때에 효력을 발생하고(PECL 제1:303조 제1항), 매도인의 영업소 또는 우편주소에 도달된 때, 또는 영업소나 우편주소가 없는 경우에는, 상거소에 도달된 때에 도달한 것으로 본다(PECL 제1:303조 제3항).

(나) 외국의 입법례

1) 개정 독일민법상 물건의 검사 및 하자통지의무를 직접적으로 명시한 규정은 없다. 다만, 매수인이 하자에 대해 악의 또는 중과실인 경우 원칙적으로 담보책임을 부정하는 한편 매도인이 악의로 하자를 고지하지 않았거나 물건의 성상에 대한 보장을 인수한 때에는 담보책임을 인정하고 있다(제442조 제1항). 여기서 중과실의 인정여부는 일응 매매계약체결시에 검사의무와 연관된다고 볼 수 있다.[403] 이와 달리 상법에서

399) PICC 2016, Art.1.7. Comment 2, Illustrations 7.
400) CISG 제27조에 따르면, 매도인은 통지를 수령할 것까지 요구되지는 않는다. 통지가 적합한 수단으로서 이루어진 경우 매수인은 통지의 지연, 오류, 또는 불착을 이유로 의사전달을 신뢰할 권한을 박탈당하지 않는다고 한다.
401) Dawwas(1997), p. 246.
402) 사동천(2002), 108면.
403) 박영복(2017), 55면.

물건의 검사 및 하자통지의무를 직접 규정하고 있는데, 그 적용범위는 상사매매로서 물품을 인도받은 후로 명시하고 있다(제377조). 매수인은 매도인으로부터 인도를 받은 후 지체없이 물품을 검사하여야 하며, 매수인이 통지하지 않는 경우 물품은 승인된 것으로 간주된다. 다만, 검사 중에 밝혀질 수 없었던 하자인 경우에는 그러하지 아니하다. 하자가 나중에 드러날 경우 그 발견 즉시 통지하여야 하며, 그렇지 않으면 승인된 것으로 간주된다. 다만 매도인이 그 하자를 악의적으로 묵비한 경우 본조를 원용할 수 없다.[404]

2) 프랑스민법 역시 검사 및 하자통지의무를 직접 언급하지는 않고 있다. 그러나 매도인은 매매목적물의 '숨은 하자' (les défauts cachés)에 대해서만 담보책임을 진다고 규정하면서(제1641조), 매수인이 인식할 수 있었던 '드러난 하자' (les vices apparents)에 대해서는 매도인의 담보책임을 부정한다(제1642조). 즉 매수인이 과실로 인식하지 못한 하자에 대해서는 매도인이 담보책임을 지지않게 되는데, 이때 과실의 존부는 결국 목적물에 대해 실행해야 하는 통상적인 검사를 실시했는지 여부에 따라 판단된다. 통상적인 검사의 실시여부는 매수인의 지위, 기술, 물건의 성상 그리고 제반사정을 종합적으로 고려하여 결정된다.[405] 결국 매수인으로서는 인도된 물품이 계약에 적합하고 눈에 띄는 하자가 없다는 것을 명시적 또는 암묵적으로 인정함으로써 숨은 하자로 인한 주장만이 가능하다. 따라서 부적합의 경우에 물품을 검사하고 매도인에게 통지하는 것은 물품을 수령한 매수인의 책무일 뿐 그의 법적 의무는 아니다. 매수인이 이를 하지 않는다면, 매도인은 그 물품이 적합물로 매수인에 의해 수령되었다고 주장할 수 있다. 매수인이 인도된 물품을 수령함으로써 인도된 물품이 계약에 합치되는 것뿐만 아니라 명백한 하자가 없다는 점도 인정하는 것이다.[406] 프랑스 소비법전상의 담보책임에 대해서는 물품의 보수, 교체, 대금 감액, 해제, 손해배상이라는 구제수

404) 박영복(2017), 61면.
405) 남효순(1993b), 269-270면.
406) 박영복(2017), 61면.

단들이 규정되어 있고(소비법전 제L.211-9, 제L.211-10조), 이러한 구제수단들은 물품의 인도로부터 2년의 시효에 걸린다(소비법전 제L.211-12조).[407]

3) 개정 일본민법은 목적물의 종류·품질에 관한 담보책임기간의 제한에서 하자통지의무를 신설하면서도(제566조) 검사의무에 대한 직접규정을 두지 않았다. 그러나 제566조가 '은폐된 하자'를 규정하고 있었던 구민법 제570조와 책임기간의 제한에 대한 제566조 제3항을 수정한 것으로[408] 구민법상 일본의 학설과 판례가 '은폐된 하자'에 대해 프랑스민법과 동일하게 해석하고 있었으며,[409] 하자통지의무는 통상적인 검사를 전제하지 않을 수 없는 것이어서 신의성실과 권리남용금지의 원칙으로부터 매수인의 검사의무를 도출할 수 있을 것이다(제1조). 또한 개정 일본민법 제566조에 따라, 매도인이 종류 또는 품질에 관하여 계약내용에 부적합한 목적물을 매수인에게 인도한 경우, 매수인은 그 부적합을 안 때로부터 1년 이내에 매도인에게 그 취지를 통지해야 한다. 그렇지 않은 때에는 매수인은 그 부적합을 이유로 하는 추완청구, 대금감액청구, 손해배상청구, 계약해제를 할 수 없다. 다만, 매도인이 인도시에 그 부적합을 알았거나 중대한 과실로 알지 못했을 때에는 그러하지 아니하다. 한편 일본은 독일과 거의 유사한 내용으로 검사 및 하자통지의무를 상법에 직접 규정하고 있으면서, 상인간의 매매에 적용하고 있다(제526조).

(3) 국내의 규율과 논의

우리 민법도 독일, 프랑스민법과 마찬가지로 물건의 검사 및 하자통지의무에 관한 직접적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만 민법 제580조 단서에서 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 매도인의 담보책임을 부정하고 있는데, 이때 하자의 존재에

407) 박영복(2017), 70면.
408) 潮見佳男(2017a), 266-268頁.
409) 민법주해/남효순(1997), 511면.

대한 매수인의 과실이 검사의무를 내용으로 하는지에 대해 견해의 대립이 있다. 통설에 따르면 물건에 하자가 있는지 여부는 일반적으로 물건을 조사하거나 검사함으로써 알 수 있는 것이므로, 매수인의 주의의무란 통상 물건에 대한 '조사의무' 내지 '검사의무'를 가리킨다고 하면서, 매매 당시 매수인은 일반적으로 관행화된 정도의 검사의무를 부담한다고 한다.[410] 이에 대해 매매계약체결시 검사와 물건 인도시 검사를 구분하여 매매계약시 매수인에게 조사·검사의무를 부과할 수 있는지 의문을 제기하면서, 물건 수령 후의 검사 및 통지의무는 권리행사기간에 관한 민법 제582조로부터 고려하자는 견해가 있다.[411] 판례는 매수인의 과실여부를 판단할 때 매수인이 물건을 조사 또는 점검하였는지를 기준으로 함으로써,[412] 통설과 같은 태도를 취하고 있다. 매수인의 과실여부에 대한 판단시점에 대해 본 규정에서는 언급이 없지만, 학설은 독일민법 제442조 제1항, 스위스채무법 제200조 제1항이 규정한 바와 같이 매매계약체결시를 기준으로 보고 있다.[413] 또한 매도인이 악의인 경우에 대해서도 직접적으로 규정하고 있지 않지만, 담보책임을 면하는 특약의 경우에 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실 및 제삼자에게 권리를 설정 또는 양도한 행위에 대하여 매도인이 책임을 면하지 못한다고 규정한다(제584조). 통설은 이러한 제584조의 취지에 비추어 매도인이 악의인 경우에는 매수인에게 과실이 있더라도 담보책임을 인정하는 반면,[414] 일부 견해는 하자담보책임의 성립요건으로 매수인의 선의·무과실이 요구됨에 비추어 이러한 해석에 반대한다.[415]

한편 상법 제69조는 상인 간의 매매에 있어서 매수인의 검사 및 하자통지의무를 직접 규정하고 있다. 상사매수인은 목적물을 수령한 때에는 지체없이 검사하여야 하는 점에서, 본조는 특별한 사정이 없는 한 물건

410) 민법주해/남효순(1997), 516-517면.
411) 박영복(2017), 80-81면.
412) 대법원 1979. 7. 24, 79다827; 대법원 1985. 11. 12, 84다카2344.
413) 민법주해/남효순(1997), 519면.
414) 민법주해/남효순(1997), 518면.
415) 박영복(2017), 80면.

수령시 검사의무가 없는 일반 매매에 대한 특칙을 이룬다. 또한 민법은 수량부족에 대해 제574조에서 매수인의 선의만을 요구하여 매수인에게 검사의무가 없는 반면, 본조는 수량부족도 물건의 하자로 규정하여 상사매수인은 수량도 물건 수령 후 즉시 검사하여야 한다. 반면 본조는 물건의 하자만을 규율하며 권리의 하자에는 적용되지 않는다. 또한 수령 후 즉시 발견할 수 없는 하자도 6월 내에 이를 발견하여 통지하지 못한 경우에는 매수인에게 과실이 없더라도 매도인에게 담보책임을 물을 수 없다고 한다.[416] 본조는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의무를 부과함으로써 상거래의 신속한 해결을 도모하는데 취지가 있기 때문이다. 이 점에서 매수인이 하자를 발견하기만 하면 물건 수령 후 6월 이후에 이를 발견하였더라도 매도인에게 담보책임을 물을 수 있는 일반 매매와 구별된다.[417] 매도인이 악의인 경우에는 특칙의 적용이 배제되고 담보책임이 인정된다(제69조 제2항). 한편 우리 상법 제69조는 일본 상법 제526조와 거의 같은 규정인데, 일본의 학설과 우리 상법학계에서는 상사매매뿐만 아니라 일반 매매에도 이러한 상법상 특칙을 유추적용해야 한다는 견해가 제시되고 있다.[418] 그러나 우리 판례는 매수인이 상인이라도 매도인이 상인이 아닌 때에는 본조가 적용되지 않는다고 한다.[419]

(4) 검토

생각건대, 오늘날 일반 매매에 있어서도 매수인의 검사와 하자통지가 어느 정도 상식처럼 보편화되고 있다 하더라도,[420] 상법 제69조를 유추적용하여 통상 물건에 대한 전문적인 지식을 구비하기 어려운 일반 매수인이 이를 이행하지 않은 경우에도 추완청구권을 비롯한 구제수단들

416) 주석상법/김연미(2013), 452면; 민법주해/남효순(1997), 543-544면; 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결.
417) 민법주해/남효순(1997), 542-544면.
418) 半田吉信(1986), 275頁; 김동석(1988), 40면; 양석완(2010), 102-103면.
419) 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7174, 7181 판결.
420) 양석완(2010), 102-103면.

을 상실한다고 해석하는 것은 무리가 있다. CISG, DCFR이 검사 및 하자통지의무를 소비자매매계약에서 명시적으로 배제하고 있는 점이나 독일상법이 상사매매에 있어서만 이러한 의무를 명시하고 있는 것도 같은 취지로 이해된다. 더구나 수령 후 즉시 발견할 수 없는 하자에 대해서도 6월의 경과로 권리가 소멸한다고 보는 것은 하자통지기간을 명시적으로 제한하지 않는 독일상법 제377조나 '매수인에게 실제로 교부된 때로부터 2년'으로 정하고 있는 CISG, DCFR에 비해서도 지나치게 단기여서 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 민법상 명문의 규정없이 하자통지의무를 추완청구권의 행사요건으로 도출하는 것은 해석론으로서 적절하지 않다. 다만, 민법 제580조의 해석상 매수인의 과실에 대한 판단은 통상 매수인의 검사의무의 이행여부에 따라 판단될 것이고, 이렇게 관행화된 정도의 매수인의 검사의무는 매매당시에도 부담한다고 볼 수 있다.

나. 추완유형의 선택

국제거래규범들은 추완이행의 유형에 대한 선택권을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 국제거래규범에서 개별적인 추완청구권의 발생요건을 규정하는 경우에는(CISG 제46조 제2항·제3항, PICC 제7.2.3조) 그것이 구비되었을 때 채권자가는 추완유형을 선택해서 행사할 수 있는 것으로 해석된다.[421] 이렇게 채권자의 추완유형에 대한 선택권은 개별 추완청구권의 발생요건, 행사요건 그리고 채무자의 추완권에 의해 실질적으로 제한될 수 있다. 특히 CISG의 경우 앞서 살펴본 바와 같이[422] 대체이행청구를 위하여 '중대한 계약위반'을 발생요건으로 규정하고 있으며(제46조 제2항), 보수청구의 경우에도 모든 상황을 고려하여 불합리하지 않을 것을 행사요건으로 요구하고 있다(제46조 제3항). 또한 매수인이 추완유형을 선택하여 행사하더라도 매도인이 일정한 요건 하에서 추완

421) 김봉수(2009), 218면.
422) 제3장 제4절 3. 나. (2).

권을 행사하는 경우 매도인의 추완권 행사가 매수인의 추완청구에 우선하는 것으로 해석된다(제48조).[423] 다만, '중대한 계약위반'의 경우에는 매수인이 계약을 해제할 수 있기 때문에 매도인은 추완권을 행사할 수 없게 된다(제48조 제1항, 제49조).

개정 독일민법은 추완유형의 선택권을 명시적으로 매수인에게 부여하였다(제439조 제1항). 이것은 유럽공동체의 소비재매매지침(제3조 제3항)이 추완이행의 선택권을 매수인에게 부여한 것을 소비재매매계약은 물론 모든 매매계약에 수용한 것인데, 이는 하자 있는 물건을 제공한 매도인의 의무위반에 기인한 것으로 볼 수 있다. 이와 달리 독일채권법개정위원회안(제438조 제1항)은 매수인의 추완청구에 대하여 매도인이 추완유형을 선택하도록 하고 있었는데, 매도인이 매수인보다 물건근접성(größere Sachnähe)에서 우위라는 고려 때문이었다.[424] 같은 견지에서 매수인은 매도인의 추완이행을 통해서 물건의 하자를 치유받는 데 목적이 있지만, 매수인에 의한 추완유형의 선택은 매도인에게 과도한 부담을 줄 수 있다. 반면, 매도인은 일반적으로 물건에 대한 전문성을 가지고 매수인보다 효율적이고 적합한 추완방법을 결정할 수 있는 위치에 있다는 점에서 개정민법의 태도를 비판하는 견해가 있다.[425] 개정 일본민법도 목적물에 대한 보수, 대체물 인도 또는 부족분 인도에 대한 선택권을 원칙적으로 매수인에게 부여하는 한편, 매수인에게 상당하지 않은 부담을 과하는 것이 아닌 한 매도인의 선택권을 우선하도록 규정하였다(제562조 제1항).

생각건대, 추완유형의 선택에 대하여 채권자가 우선권을 가진다고 보는 것이 채무자의 불완전이행으로 부여된 채권자의 구제수단으로서 추

423) 사동천(2004), 34-35면. 하자보수가 가능한 경우 매수인의 대체이행청구에 대하여 매도인이 하자에 대한 보수권을 행사할 수 있는지 문제될 수 있는데, 매도인의 추완권은 CISG 제49조에서 '중대한 계약위반'을 요건으로 하는 매수인의 계약해제만을 제외하고 폭넓게 인정되고 있고, 매수인의 대체이행청구권을 동조에서 제외하고 있지 않을 뿐만 아니라 매수인의 대체이행청구권을 엄격한 요건 하에서 인정하는 CISG의 입법취지에 비추어 매도인의 추완권이 우선한다고 한다.

424) 김봉수(2009), 219면.

425) Zimmermann(2005), pp. 99-100.

완청구권의 성격에 부합한다. 설사 급부에 대한 전문적인 지식을 구비한 채무자가 추완방식에 대하여 보다 합리적인 판단이 가능하더라도 채무자에게 추완유형에 대한 선택권을 부여하는 것은 하자 있는 물건을 시장에 그대로 유통하도록 함으로써 채무자에 의하여 남용될 여지도 있다.[426] 채권자의 추완유형에 대한 선택이 불합리할 수 있는 가능성은 상당성 판단에 의해 행사를 제한함으로써 공평한 해결에 이를 수 있을 것이다. 추완청구권 행사의 제한에 대해서는 아래에서 살펴보기로 한다.

다. 추완청구권의 행사방법

(1) 추완의 의사표시와 상당기간의 요부

추완이행 청구의 의사표시는 특별한 형식을 요하지 않으며 재판상은 물론 재판외에서도 행사될 수 있다. 이러한 의사표시에는 추완이 필요한 하자의 종류와 내용, 추완의 유형, 그리고 추완을 청구한다는 취지가 채무자에게 전달될 수 있을 정도로 명확하게 드러나야 할 것이다. 또한 하자통지의무를 규정하고 있지 않은 우리 민법의 해석상 채무자가 추완의무의 부담 여부를 조속히 파악하고 하자의 존재에 대한 분쟁을 방지할 수 있도록 추완청구는 채무자에게 지체없이 이루어질 필요가 있다.[427]

한편 추완청구권을 행사하기 위해서 채무자에게 상당한 기간을 부여하여야 하는지 의문이 있다. 우리 민법은 다른 언급이 없는 종류물매수인의 완전물급부청구권과 달리 도급인의 하자보수청구권(제667조 제1항)과 여행자의 시정청구권(제674조의6 제2항)에 대해 '상당한 기간을 정하여' 행사하도록 정하고 있다. 한편, 국제거래규범이나 외국의 입법례[428]의 경우 추완청구권의 행사를 위해 상당기간의 부여를 일반적으로

426) 사동천(2002), 199면.

427) PICC 2016, Art.7.1.4. Comment 2. 해석상 부여된 매수인의 하자통지의무의 이행에 따라 매도인이 불이행 사실을 알고나서 '부당한 지체없이' 추완을 통지하도록 하고 있다.

428) 독일과 일본 개정민법의 경우 담보책임에서 채무불이행책임상 이행지체에 따른 전보손해배상청구권과 계약해제권을 연계함으로써 상당한 기간을 정하여 추완이행을 최고하고 이행없이 기간

요구하고 있지는 않다. 다만, CISG의 경우 매수인이 합리적인 부가기간을 정하여 추완이행을 청구할 수 있고(제47조 제1항), 그 효과로서 매도인이 추완이행 없이 기간을 도과하면 계약부적합이 본질적 계약위반에 이르지 않더라도 계약을 해제할 수 있다(제49조 제1항).[429] PICC의 경우 채권자는 추완방법과 추완시기를 적시해서 통지해야 한다고 해석된다.[430] 생각건대, 통상 채무자의 추완이행에 일정 기간의 필요를 예상할 수 있고 이를 명시하는 것은 채권자에게 예측가능성을 부여하며, 하자통지의무를 정하고 있지 않은 우리 민법상 채무자에게 추완이행의 제공을 위한 기간을 부여할 필요가 있다.[431] 또한 이러한 해석은 채무불이행 책임상 이행지체로 인한 전보손해배상청구권(제395조)과 계약해제권(제544조)의 행사에 앞서 상당기간의 추완 최고를 요구하는 민법의 태도와 일치된 규율을 가능하게 한다. 기간의 상당성은 채무의 성질, 추완의 유형과 소요 시간, 채권자의 추완필요 등 구체적인 사정에 따라 판단되어야 한다.[432]

(2) 추완청구권의 행사기간

우리 민법은 담보책임의 권리행사기간에 대해 목적물의 하자를 안 날로부터 6월(제582조), 권리일부가 타인에게 속한 사실 또는 수량부족·일부멸실을 안 날로부터 또는 계약한 날로부터 1년(제573조), 제한물권·등기된 임대차계약이 있거나 존재할 지역권이 없는 사실을 안 날로부터 1년(제575조)으로 정하고 있다. 특히 하자담보책임의 경우 6월의 권리행사기간은 매수인이 하자의 존재를 알고 권리를 행사하기에 지나치게 단기여서 매수인의 보호에 장애가 된다는 문제가 제기되어 왔

을 도과한 때에 각 권리들을 행사할 수 있도록 하고 있다. 개정 독일민법의 이러한 규율을 근거로 추완청구권은 일반적으로 상당기간의 최고를 요한다고 해석하는 견해가 있지만(김형배외(2003), 68면), 이는 이행지체로 인한 전보배상청구권과 계약해제권의 발생요건이 되는 추완이행의 청구일 뿐이라고 할 것이다.

429) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 47, para. 1.

430) PICC 2016, Art.7.1.4. Comment 2.

431) 이은영(2006), 187면.

432) 김봉수(2009), 288면.

다.[433] 비교법적으로는 CISG의 경우 물품의 검사에 이어(제38조) 물품이 현실로 인도된 날로부터 2년 내 이행되지 않으면 계약부적합에 따른 권리를 상실하는 통지의무를 규정하고(제39조 2항 본문), 추완청구권은 하자의 통지와 동시에 또는 그 후 합리적 기간 내에 행사하도록 하고 있다(제46조). 개정 독일민법의 경우 하자담보책임의 권리행사기간으로 인도시 또는 교부시로부터 2년, 건축물은 5년의 소멸시효를 규정하고 있다(제438조 제1항・제2항). 개정 일본민법은 종류 또는 품질에 관한 물품의 계약부적합에 대해서만 매수인이 이를 안 때로부터 1년 이내의 통지의무와 그 불이행시 부적합에 따른 권리를 상실한다고 규정함으로써(제566조), 각 구제수단들의 행사기간은 소멸시효에 관한 일반원칙에 따르도록 하였다(제166조 제1항).[434] 생각건대, 담보책임으로 인한 법률관계의 신속한 확정이라는 기간설정의 취지와 매수인의 보호를 교량하고 국제적 규율의 경향을 비교할 때 매수인의 권리보호에 소홀하다는 지적은 타당하다. 2013년 민법개정시안은 제582조에서 그 사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 1년, 제574조에서 수량부족・일부멸실을 안 날로부터 1년으로 규정한 외에 제573조와 제575조의 담보책임은 채무불이행책임과 권리행사기간을 달리 제한할 필요가 없다는 고려에서 삭제하였다.[435]

라. 추완이행의 장소와 비용부담

국제거래규범들은 추완이행의 장소와 비용부담에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만, 추완비용의 부담과 관련하여 CISG와 PICC는 채무자의 추완권을 규정하면서 채무자 '자신의 비용으로' 이를 행사할 수 있다고 하여(CISG 제48조 제1항, PICC 제7.1.4조) 불완전이행으로 추완의 원인을 제공한 채무자의 비용부담에 대한 간접적인 근거가 된

433) 민법주해/남효순(1997), 560면.
434) 山本敬三(2016), 214-215頁.
435) 오종근(2012), 77면·85-86면.

다고 볼 수 있다.

개정 독일민법은 추완이행에 필요한 비용을 매도인이 부담한다고 규정한다(제439조 제2항). 추완이행의 장소에 대하여는 따로 규정하고 있지 않아 학설의 대립이 있는데, 크게 추완청구권의 제정취지와 추완비용의 매도인부담을 규정한 제439조 제2항을 근거로 '물건의 현재지'라는 견해, 추완청구권은 이행청구권과 이론적 유사성을 가지므로 '본래 이행지'라는 견해, 계약당사자의 이익상황과 거래관념에 따라 '개별적으로 판단'하는 견해, 제439조 제1항으로부터 매도인의 하자 없는 추완의무는 지참채무로 보아야 한다는 이유로 '매수인의 주소지'라는 견해로 구별할 수 있다.[436] 유럽공동체의 소비재매매지침에 따르면 추완은 무상으로서 매수인에게 현저한 불편 없이 행해져야 하는 점에 비추어(제3조 제3항) 물건의 현재지라고 보는 견해가 타당할 것이다.

우리 민법은 추완이행의 장소와 비용부담에 대해 따로 언급하고 있지 않지만(제581조 제2항, 제667조 제1항, 제674조의6 제1항), 추완이행의 본질을 이행청구권의 보조수단으로 파악할 수 있기 때문에 변제의 장소에 대한 규율에 따라 처리될 수 있고(제467조),[437] 통상 채무의 성질 또는 계약에 따라 이행받은 장소가 될 것이다. 또한 추완이행에 따른 비용 역시 최초의 이행에 증가된 비용이더라도 채무자의 불완전한 이행으로 인한 것이기 때문에, 변제의 비용에 대한 민법의 규율에 따라 다른 약정이 없는 한 채무자가 부담한다고 볼 수 있다(제473조).

마. 하자 있는 물건과 수취한 이익의 반환

매수인이 대체이행을 청구함으로써 매도인으로부터 완전한 물건을 다시 제공받는 경우 매수인의 반환의무와 관련하여 두 가지 의문에 대해 검토할 필요가 있다. 먼저 매수인 역시 새로운 물건을 제공받음으로써

436) 김화(2013), 725-731면.

437) 이에 대하여 추완은 매도인의 하자 있는 물건의 제공에 기인한 것이므로 추완이행에 따른 불이익은 매도인에게 귀속되어야 한다고 하면서, 추완의 장소는 '물건의 현재지'여야 한다고 보는 견해가 있다. 김봉수(2009), 293-294면.

종전에 수령한 하자 있는 물건을 반환할 의무가 있는데, 매도인은 완전한 물건에 대해 선이행의무를 부담하는가? 또 매수인은 반환하여야 하는 종전의 물건으로부터 얻은 수익을 매도인에게 반환하여야 하는가?

(1) 대체이행의무와 물건반환의무 사이의 동시이행관계 인정여부

전자의 문제는 매도인의 하자 없는 새로운 물건에 대한 이행의무와 매수인의 하자 있는 종전의 물건에 대한 반환의무 사이에 견련관계를 인정할 수 있는지에 대한 것이다. 우선 매매계약에서 이행상의 견련관계는 매도인의 소유권이전의무와 매수인의 대금지급의무 사이에 존재하는 것이고(민법 제568조 제2항), 하자 있는 물건과 대금이 相換된 후에 완전물을 이행할 매도인의 의무는 채무불이행에 대한 구제수단으로서 선이행되어야 한다거나 이행의무의 연장으로서 선이행되어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 이와 관련해 우리 민법 제583조는 담보책임에 관한 제572조 내지 제575조, 제580조 및 제581조에 대해 동시이행의 항변권을 정한 제536조를 준용하고 있어서, 일응 종류물매매의 대상이 된 물건에 하자가 있는 경우에도 매도인과 매수인이 부담하는 의무 상호간에 동시이행의 관계를 인정한 것으로 볼 수 있다.

하지만 동시이행항변권의 적용이 있는 담보책임의 구체적인 내용을 보면 그 의미가 반드시 명확하지는 않은데, 해제권의 경우 본조가 없더라도 그 행사의 효과로 계약관계는 소급해서 해소되고 원상회복의무 상호간의 동시이행관계를 규정한 제549조에 의하여 일반적으로 규율될 수 있다. 대금감액권이 인정되더라도 매수인이 하자 있는 물건을 보유하면서 대금지급 전이면 감액한 금액을 지급하거나 대금지급 후이면 감액한 금액의 반환을 청구하게 되므로 동시이행항변권과 관련이 없다. 손해배상청구권의 경우 통상 물건의 인도와 대금지급이 이뤄진 후 발견된 하자에 대해 담보책임을 묻게 되는 점을 생각하면 아직 대금을 지급하지 않은 때에 한하여 동시이행항변권이 의미를 가질 수 있을 뿐이다. 그 해석에 관한 참조를 얻기 위해 입법연혁을 추급해 보면, 본조는 의용민법

제571조의 내용과 거의 흡사한데 그 입법이유서에서는 아래와 같이 설명하고 있다.[438]

> 본조에 인용된 여러 조문에 있어서 매수인은 매도인에 대하여 계약해제, 대금감소 또는 손해배상을 청구할 권리를 가지는데, 해제의 경우에는 대금을 지불할 것을 요하지 아니하며, 대금감소의 청구권이 있는 경우에는 그 감소한 대금을 지불하면 되는 것이나, 손해배상을 청구하는 경우에는 일단 대금을 지불하고 다시 배상을 청구하는 것을 본래의 순서로 하는 것이다. 그렇지만 이렇게 하는 경우에는 이중의 절차를 요할 뿐만 아니라 매수인의 이익을 해할 수 있으므로, 앞에서 쌍무계약의 이행에 관하여 규정한 것을 여기에 준용하여 매수인은 매도인으로부터 배상의 제공이 있을 때까지 그 대금의 지불을 하지 않아도 되도록 한 것이다.

요컨대, 담보책임의 내용으로서 계약해제나 대금감액의 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 여지가 없고, 손해배상의 경우에 매도인의 손해배상의무와 매도인의 대금지급의무 상호간에 동시이행관계를 인정하려던 것으로 보인다. 하지만, 물건의 인도와 대금의 지급이 이루어진 뒤에 하자가 발견되어 담보책임을 묻는 경우가 많다는 것을 생각하면 이러한 입법자의 의사는 현실과 괴리가 있다고 할 수 있다.

이러한 제583조의 해석과 관련하여 견해는 일치하지 않는데, 본조의 취지를 계약해제에 의한 당사자의 원상회복의무에 적용하는 데 있다고 보는 견해,[439] 본조의 적용을 계약해제에 국한할 경우 쌍무계약상 해제로 인한 원상회복의무 상호간의 동시이행을 정한 민법 제549조의 반복에 불과하고, 종류물매매에서 매수인이 완전물급부청구권을 행사한 경우(제581조 제2항)에 매도인의 하자 없는 물건의 급부의무와 매수인의 하자 있는 물건의 반환의무 사이에 동시이행관계를 인정하는 데 그 의

438) 廣中俊雄 編著, 民法修正案(前三篇)の理由書, 有斐閣, 1987, 554頁; 번역은 주석민법/김대정(2016b), 220면을 따랐다.
439) 주석민법/김현채(1999), 183면 이하.

의가 있다고 보는 견해,[440] 이와 달리 완전물급부의무는 매도인의 하자 있는 이행으로 인한 것이기 때문에 매도인의 완전물급부의무와 매수인의 물건반환의무 사이에 동시이행관계를 부정하는 견해가 있다.[441]

한편 CISG에서는 매수인이 대체물이행을 청구하기 위해서 하자 있는 물건을 인도받은 상태와 실질적으로 동일한 상태로 반환할 수 있어야 하며, 그렇지 않은 경우 대체물이행청구권을 상실한다고 직접 규정하고 있다(제82조 제1항). 그리고 인도받은 물건의 반환의무는 원래 계약해제에 관한 것이지만 대체이행에도 동일하게 적용되므로, 하자 있는 물건의 반환은 하자 없는 물건의 급부와 동시에 이뤄져야 한다고 본다(제81조 제2항).

생각건대, 법문과 달리 동조의 동시이행관계를 계약해제에만 적용되는 것으로 축소하여 해석할 이유는 없어보인다. 그밖에 매도인의 손해배상의무와 대금을 지급하지 않은 매수인의 대금지급의무도 동조에 의해 동시이행의 관계가 인정되어야 할 것이고, 무엇보다 종류물매매의 담보책임으로서 완전물급부청구의 경우에 매도인의 하자 없는 물건의 급부의무와 매수인의 하자 있는 물건의 반환의무 사이에 동시이행을 인정함으로써 보다 간명한 해결을 도모할 수 있을 뿐 아니라 불완전하지만 이미 이행을 한 채무자를 공평하게 고려할 수 있을 것이다. 판례도 동조의 취지와 관련해 매도인이 부담하는 담보책임의 모든 내용들과 매수인이 수령한 목적물에 대한 원상회복의무 사이의 동시이행관계를 인정하는 것으로 보인다.[442]

---

440) 주석민법/김대정(2016b), 224면.

441) 이은영(2005), 340면; 김봉수(2009), 297면.

442) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결은, “매도인은 본조에서 명시한 규정들에 터잡아 이미 지급받은 대금의 전부나 일부의 반환의무, 손해배상의무, 하자 없는 물건의 지급의무가 있는 반면, 매수인은 매도인에게서 수령한 목적물이 있다면 원상회복의무로서 이를 반환할 의무가 있는데, 이러한 쌍방 당사자의 의무는 하나의 쌍무계약에서 발생한 것은 아닐지라도 동일한 생활관계에서 발생한 것으로 서로 밀접한 관계에 있어 그 이행에 견련관계를 인정함이 공평의 원칙에 부합하기 때문에, 일반 해제의 경우와 마찬가지로 이들 경우에도 제536조를 준용한다는 것”이라고 파악하고 있다.

(2) 매수인의 수익반환의무 인정여부

또한 매수인은 종전에 수령한 물건의 반환의무와 별개로 완전한 물건을 다시 이행받기까지 종전의 물건으로부터 수취한 이익의 반환의무를 부담하는지가 문제되고, 이는 일응 매수인이 새삼 완전한 물건을 이행받음으로써 종전의 수익은 부당한 이중의 이익이 되는 것은 아닌지 의문이 있기 때문이다. 이에 대하여 독일민법상 참조할 만한 논의들이 보이는데,[443] 매수인은 그러한 수익을 매도인에게 배상해야 한다고 보는 견해, 매수인의 수익배상의무를 목적론적으로 제한하는 견해, 매도인의 의무위반이 없었더라면 매수인은 원래 계약상 물건을 정당하게 이용할 권리가 있었던 것이므로 매수인이 수취한 이익을 반환하도록 하는 것은 부당하다는 견해가 있다.

생각건대, 우리 민법상 대금지급여부에 따라 귀속이 달라지는 목적물의 과실과 달리(제587조) 계약의 목적이 된 급부의 사용이익은 애초에 계약의 내용이었던 것이므로, 하자의 유무와 관련없이 매수인에게 귀속되어야 하는 것이고 따라서 매도인에 의한 새로운 급부가 이루어지기까지 매수인이 향유한 이익은 부당이득이라고 볼 수 없다고 해야 할 것이다.

3. 추완청구권 행사의 제한

가. 문제의 소재

채무자에 의한 불완전이행에 대하여 채권자가 추완청구권을 행사하기 위해서는 우선 추완이행이 가능해야 한다. 이러한 추완이행은 계약상 급부를 실현함으로써 채권자에게 효과적인 구제수단이 되는 반면, 추완이행에 수반하기 마련인 비용 내지 반환받은 물건의 가치감소로 인한 불이익은 채무자에게 다른 구제수단과 구별되는 부담으로 작용하게 된다. 여기서 다양한 방식의 추완이행이 가능하더라도 채권자의 만족과 채무자

443) 김봉수(2009), 169-170면 참조.

의 손실을 형평에 맞게 고려하는 것이 필요하고, 이는 추완청구권의 행사에 대한 제한요건으로서 국제거래규범과 개정 외국법에서 규율되고 있다. 우리 민법은 특히 유상계약에 준용되는 매도인의 담보책임 가운데 종류물매수인의 완전물급부청구권을 규정하면서 그 제한에 대하여 언급하지는 않고 있다. 아래에서는 추완청구권의 행사가 배제되거나 제한되는 사유로서 추완이행이 불능한 경우와 추완이행의 상당성 판단에 의한 규율을 비교법을 통해 고찰함으로써 우리 민법상 규율에 대한 참조를 얻기로 한다.

나. 추완이행의 불능

(1) 국제거래규범

CISG에서는 급부불능은 물론 추완이행의 불능에 대한 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 급부불능은 계약위반으로 처리되어 본질적인 계약위반에 해당하면 계약을 해제할 수 있고(제49조 제1항), 손해배상을 청구할 수 있으며(제74조~제77조) 면책사유에 해당하더라도 손해배상의무만을 면책할 뿐이다(제79조 제5항). 다만, 매수인이 매도인의 계약위반에 따른 이행청구권과 양립하지 않는 구제수단을 행사한다면 이행청구를 할 수 없다고 규정하는데(제46조 제1항), 급부가 불능인 경우도 이행청구와 양립하지 않는 행사로 볼 것이다.[444] 따라서 추완청구권을 이행청구권의 연장으로 이해할 때, 추완이행의 불능도 추완청구권과 양립할 수 없어 추완청구권의 행사를 배제하는 사유로 볼 수 있다.[445] PICC, PECL, DCFR은 추완이 법률상 또는 사실상 불능인 경우에 추완청구권을 배제하는 규정들을 두고 있다(PICC 제7.2.2조 제1항, 제7.2.3조, PECL 제9:102조 제2항 (a)호, DCFR Ⅲ.-제3:302조 제3항 (a)호).

444) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 2013, Art. 46 Rn. 9.

445) 특히 대체이행청구권과 관련해, 매수인이 하자 있는 물품을 반환할 수 없는 경우 원칙적으로 계약해제권과 대체이행청구권을 배제하고 있는데(제82조 제1항), 매도인에 의한 추완불능과 같이 매수인에 의한 반환불능도 대체이행청구권의 배제사유로 명시하고 있다.

(2) 외국의 입법례

개정 독일채권법은 일반급부장애법상 급부불능을 이유로 이행청구권이 배제되는 경우를 규정하고 있는데(제275조),[446] 추완청구권은 이행청구권으로서의 성격도 갖고 있으므로 급부불능은 추완청구권에도 동일한 배제사유가 된다.[447] 개정 독일채권법은 급부불능에 의한 이행청구권의 배제에 대해 객관적 불능(제275조 제1항), 사실적 불능(제275조 제2항), 개인적 불능(제275조 제3항)으로 구별하여 규정하고 있는데, 객관적 불능의 경우 추완청구권은 당연히 배제되고, 사실적 불능 또는 개인적 불능의 경우 채무자는 이를 항변함으로써 추완청구권을 배제할 수 있다.[448] 추완이행의 방식 중 이행불가능한 방식이 있으면 그 방식만 배제되지만, 모든 방식이 불가능하다면 추완청구권 자체가 배제되고, 매수인은 제437조 제2호, 제3호에서 부여하는 다른 구제수단을 행사할 수 있을 뿐이다.[449] 사실적 불능(제275조 제2항)을 원인으로 매도인은 매수인의 추완청구를 거절할 수 있는데, 매도인의 추완비용이 매수인의 추완이익을 현저히 초과하여 불균형하게 되는 경우이다. 그리고 이러한 급

---

446) 개정 독일민법 제275조 [급부의무의 배제]
① 급부가 채무자 또는 모든 사람에게 불능인 경우에는 그 급부에 대한 청구권은 배제된다.
② 급부가 채권관계의 내용과 신의성실의 요청에 비추어 채권자의 급부이익에 대하여 현저한 불균형을 이루는 비용지출을 요구하는 경우에는 채무자는 급부를 거절할 수 있다. 채무자에게 기대될 수 있는 노력을 정함에 있어서는 채무자가 그 급부장애에 대하여 책임 있는지 여부도 고려되어야 한다.
③ 채무자가 급부를 스스로 실행하여야 하는 경우에, 그의 급부를 어렵게 하는 장애사유를 채권자의 급부이익에 대하여 형량하면 채무자에게 그 급부를 기대할 수 없는 때에도 그는 급부를 거절할 수 있다.
④ 채권자의 권리는 제280조, 제283조 내지 제285조, 제311조의a 및 제326조에 의하여 정하여진다.

447) 추완이행의 상당성 판단에 의한 제한원칙을 규정한 독일민법 제439조 제3항은 “제275조 제2항 및 제3항과는 별도로”라는 규정을 통해 제439조 제3항과 상관없이 매도인은 독일민법 제275조를 원용하여 추완이행의 의무에서 벗어날 수 있다는 점을 밝히고 있다. 이는 이행이 불능하다면 당연히 매도인은 급부의무로부터 벗어날 수 있다는 점에서 단순히 예시적 의미를 갖는다고 한다. 김화(2015), 531-532면.

448) 김화(2015), 532면.

449) 불능을 이유로 추완청구권 전체가 배제되는 경우는 개정 독일채권법 제439조 제3항의 과도한 비용발생으로 인한 상당성 판단에 따라 추완청구가 배제되는 경우와 달리 불능의 내용을 어떻게 형성할지에 대한 문제로서 유럽공동체 소비재매매지침의 적용대상이 아니기 때문에 그 저촉여부가 문제되지 않는다고 한다. 김화(2015), 533면.

부장애에 대한 채무자의 책임도 고려하도록 정하고 있다. 특히 개정 독일채권법 제439조 제3항과 비교할 때 매도인의 추완비용과 매수인의 추완이행에 대한 급부이익 사이의 상당성을 공통된 판단기준으로 삼고 있어서 그 관계가 문제되지만, 제439조 제3항의 기준은 일반적 법관념으로서 제275조 제2항의 상당성에 대한 특별형태로 파악된다.[450] 한편 채무자의 개인적인 사유에 의한 추완이행의 기대불가능성을 규정한 제275조 제3항은 매도인이 제조물을 매도하는 경우와 같이 예외적으로 인정될 수 있을 것이다.[451]

개정 프랑스채권법은 이행청구권(L'exécution forcée en nature; 현실이행의 강제)을 계약불이행에 따른 구제수단의 목록에 포함하고(제1217조), 부속절에서 상세히 규정하면서 이행이 불가능한 경우를 배제사유로 규정하고 있다(제1221조).[452] 추완청구권을 명문으로 인정하고 있지는 않지만, 이행청구권으로부터 추완청구권을 인정해 온 종전의 해석에 비추어[453] 이행불능으로 인한 배제사유는 추완청구권에도 동일하게 적용될 수 있다. 양립할 수 있는 계약불이행의 구제수단들은 경합될 수 있음에 비추어(제1217조 제1항), 요건을 충족하는 한 추완의 방식 중 불가능한 일부만 배제될 것이고 추완의 방식 전부가 불가능하다면 다른 구제수단을 선택하여 행사할 수 있을 것이다.

개정 일본채권법은 계약의 구속력으로부터 채권자가 채무자에 대한 이행청구권을 가진다는 것을 당연한 전제로[454] 이행청구권이 배제되는 경우를 이행불능으로 규정하였다(제412조의2).[455] 추완청구권은 본래적

---

450) 그래서 개정 독일채권법 제439조 제3항과의 관계에서 제275조 제2항이 적용될 여지는 거의 없어 보인다고 한다. 김화(2015), 534면.

451) 김봉수(2009), 183-184면.

452) 개정 프랑스민법 제1221조 채권자는, 최고를 한 후, 그 이행이 불가능하거나 또는 선의인 채무자의 이행비용과 채권자의 이익 사이에 명백한 불균형이 있는 경우를 제외하고, 현실이행을 청구할 수 있다.

453) 남효순(1993b), 285-286면.

454) 일본 법제심의회는 이행청구권을 명문화하는 것을 검토하고 중간시안에서도 규정하고 있었으나, 당연한 사항은 규정하지 않는다는 법제집무 방침에 따라 규정을 보류하였다가 최종요강가안에는 규정하지 않는 것으로 결정되었다. 山本敬三(2016a), 1227-1228頁; 潮見佳男(2017b), 275頁.

455) 개정 일본민법 제412조의2(이행불능)

이행청구권과 같은 성격으로 파악되기 때문에,[456] 이러한 불능은 추완청구권에도 동일한 배제사유로 이해된다. 불능의 판단기준으로 "계약 기타의 채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념"을 규정하여 채무의 발생원인을 중심으로 삼고 있으며,[457] 이러한 불능은 물리적 불능은 물론 사회적 불능을 포함하는 것으로 이해된다.[458]

다. 추완이행의 상당성

(1) 국제거래규범

CISG에 따르면 대체물인도청구권은 계약부적합이 본질적 계약위반에 해당하는 경우에만 인정되고(제46조 제2항), 보수청구권은 모든 상황에 비추어 불합리하지 않은 경우에만 인정된다(제46조 제3항). PICC, PECL, DCFR은 공통적으로 추완이 채무자에게 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우 외에도 인적성격의 급부이거나 다른 곳에서 합리적인 이행을 얻을 수 있거나 채권자가 불이행을 알았거나 알았어야 했을 때로부터 합리적인 기간 내에 추완을 청구하지 않은 경우에 추완청구권을 배제하는 규정을 두고 있다(PICC 제7.2.2조 제2항~제5항, 제7.2.3조, PECL 제9:102조 제2항 (b)~(d)호, 제3항, DCFR Ⅲ.-제3:302조 제3항 (b)·(c)호, 제4항).

(2) 외국의 입법례

개정 독일채권법은 제275조에 의한 일반적 배제가능성 외에 매매계약과 도급계약에서 추완청구권을 배제할 수 있는 사유를 규정하고 있다

---

① 채무의 이행이 계약 기타 채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념에 비추어 불능인 때에는, 채권자는 그 채무의 이행을 청구할 수 없다.

② 계약에 기초한 채무의 이행이 그 계약의 성립시에 불능이었던 때에는 제415조의 규정에 의해 그 이행의 불능에 의해 생긴 손해의 배상을 청구하는 것을 방해하지 아니한다.

456) 法制審議會 民法(債權關係)部會 第84回會議 (2014年 2月 25日) 議事錄.

457) 山本敬三(2016a), 1229頁.

458) 法制審議會 民法(債權關係)部會「民法 (債權關係) の改正に關する中間試案の補足說明」(2013年 7月 4日 補訂), 106頁.

(제439조, 제635조). 매매계약에서 매수인은 자신의 선택에 좇아 추완으로서 하자의 제거나 하자 없는 물건의 인도를 청구할 수 있는데, 매수인이 선택한 추완방식이 과도한 비용으로만 가능한 경우 매도인은 이를 거절할 수 있으며, 이 경우에 매수인의 추완청구권은 다른 추완방식으로 제한된다. 또한 그 다른 추완방식 역시 손해배상청구권, 대금감액권 등 다른 구제수단에 비해 과도한 비용으로만 가능한 경우 거절할 수 있다(제439조).[459] 특히 상당성 판단의 기준으로서 제275조 제2항은 매도인의 추완비용과 매수인의 추완이익 사이에 현저한 불균형을 요구한 반면, 제439조는 단지 과도한 비용만을 요구함으로써 매도인이 매수인의 추완청구를 보다 쉽게 거절할 수 있도록 요건을 완화하고 있다고 이해된다.[460] 마찬가지로 도급인의 추완청구권에 대해서도 과도한 비용에 의한 제한을 두었다(제635조).[461]

개정 프랑스채권법은 선의의 채무자의 이행비용과 채권자의 이익 사이에 명백한 불균형이 존재하는 경우 채권자에 의한 현실이행의 강제를 부정하는 규정을 신설하였다(제1221조 단서). 역시 추완청구권을 이행청구권으로부터 인정해 온 해석태도에 비추어 추완이행의 경우에도 동일한 제한이 적용될 것이다.[462] 이는 종전에 판례가 현실이행에 과도한 비

459) 개정 독일민법 제439조 [추완]
① 추완으로서 매수인은 자신의 선택에 좇아 하자의 제거나 하자 없는 물건의 인도를 청구할 수 있다.
② 매도인은 추완에 필요한 비용, 특히 운송비, 도로비, 노무비 및 재료비를 부담하여야 한다.
③ 매수인이 선택한 추완방식이 과도한 비용으로만 가능한 경우에는, 매도인은, 제275조 제2항 및 제3항과는 별도로, 그 추완방식을 거절할 수 있다. 그에 있어서는 특히, 하자가 없는 상태에서의 물건의 가액, 하자의 중요성, 그리고 매수인에 현저한 불이익을 가함이 없이 다른 추완방식에 의할 수 있는지 여부를 고려하여야 한다. 이 경우에 매수인의 청구권은 그 다른 추완방식으로 제한된다; 제1문의 요건 아래서 이 또한 거절할 매도인의 권리는 영향을 받지 아니한다.
④ 매도인이 추완을 위하여 하자 없는 물건을 인도한 경우에 그는 제346조 내지 제348조의 정함에 따라 하자 있는 물건을 반환청구할 수 있다.

460) 김재형(2015), 1622면; 오종근(2018), 16-17면.

461) 개정 독일민법 제635조 [추완]
③ 추완이 과도한 비용으로만 가능한 경우에는, 수급인은 제275조 제2항 및 제3항과는 별도로 추완을 거절할 수 있다.

462) 한불민사법학회(2021), 316-317면.

용이 발생하는 경우 현실이행의 강제를 불허한 바 있는데,[463] 개정법에서는 PECL과 PICC를 수용하여 '명백한 불균형'을 이행청구에 대한 거절사유로 반영하기에 이른 것이다.[464]

개정 일본채권법은 매수인의 추완청구권을 규정하면서도 직접적인 제한사유를 규정하지는 않았는데(제562조),[465] 일본민법 개정 法制審議會 民法(債權關係)部會가 추완청구권의 제한사유를 규정하는 것에 대해 검토하였지만 추완청구권은 이행청구권의 한 형태로 파악되므로 이행청구권의 제한사유에 관한 규정이 적용되는 것으로 충분하다는 고려가 반영된 것이라고 한다.[466] 다만, '매수인에게 상당하지 않은 부담을 과하는 것이 아닌 한' 매수인이 추완청구한 방법과 다른 매도인의 추완권을 인정하였다(제562조 제1항).

(3) 국내의 논의

(가) 학설

우리 민법은 종류물매수인의 완전물급부청구권에 대해 아무런 제한을 두고 있지 않으므로 제한할 수 없다는 견해가 있다.[467] 이와 달리 제한가능성을 전제로 그 기준을 달리하는 견해들이 제시되고 있다. 일부 견해는 계약의 목적달성을 기준으로, 매수인이 보수에 과다한 비용이 들지 않을 때에는 보수청구권만을 행사할 수 있고, 보수에 의해서도 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에만 완전물급부청구권을 행사할 수 있다고 한다.[468] 다른 견해들은 신의칙을 기준으로 하는데, 일부 견해는

---

463) Civ. 3e, 16 juin 2015, n° 14-14.162 : *RDC* 2015, p. 839.

464) 한불민사법학회(2021), 316-317면.

465) 개정 일본민법 제562조(매수인의 추완청구권)

① 인도된 목적물이 종류, 품질 또는 수량에 관하여 계약의 내용에 적합하지 않은 때에는, 매수인은 매도인에 대해서 목적물의 보수(補修), 대체물의 인도 또는 부족분의 인도에 의한 이행의 추완을 청구할 수 있다. 다만, 매도인은 매수인에게 상당하지 않은 부담을 과하는 것이 아닌 한, 매수인이 청구한 방법과 다른 방법에 의한 이행의 추완을 할 수 있다.

② 전항의 부적합이 매수인의 책임으로 돌릴 사유에 의한 것인 때에는 매수인은 동항의 규정에 의한 이행의 추완의 청구를 할 수 없다.

466) 潮見佳男(2017b), 328頁.

467) 민법주해/남효순(1997), 554면.

원칙적으로 하자 있는 어떤 경우에도 완전물급부청구권이 인정되지만 간단한 보수만으로 하자가 제거될 수 있는 경우 신의칙상 보수청구권을 먼저 행사하고 매도인이 보수를 해주지 않는 때에만 완전물급부청구권을 허용해야 한다고 한다.[469] 다른 견해는 추완방식의 선택권은 원칙적으로 매수인에게 있으므로 하자가 경미하여 신의칙상 보수청구 또는 손해배상만 인정되는 경우를 제외하고 완전물급부청구권이 인정될 수 있다고 한다.[470] 또 다른 견해는 추완이 가능하더라도 매도인에게 기대불가능한 비용과 노력만으로 추완할 수 있는 경우 매도인은 신의칙에 따라 추완청구를 거절할 수 있다고 한다.[471]

(나) 판례

매수인이 매도인으로부터 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하였음을 이유로 매도인을 상대로 신차 교환을 구한 사안에서, 대법원은 하자담보책임 규정은 유상·쌍무계약의 등가관계의 유지를 위하여 공평의 원칙에 입각하여 마련된 것인데 하자담보의무의 이행이 공평의 원칙에 반하는 경우 매수인의 완전물급부청구권을 제한할 수 있다고 보았다.[472] 원심은 완전물급부청구권의 행사가 신의칙에 반하여 권리남용에 이르게 될 특별한 사정이 있는 경우에 제한될 수 있다고 하면서도, 이 사안에서 매수인의 완전물급부청구권의 행사가 이에 해당한다고 볼 수는 없다고 보았다.[473]

(다) 검토

경미한 하자의 경우 하자보수로써 매수인은 계약의 목적을 달성할 수

468) 김대정(1990), 296면.
469) 이은영(2005), 230면.
470) 사동천(2002), 198-199면.
471) 김봉수(2009), 308면.
472) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결.
473) 서울고법 2012. 7. 24. 선고 2011나47796 판결.

있는데도 완전물급부청구권의 행사에 대해 어떤 제한도 두고 있지 않은 법문에 따라 이를 제한없이 인정하는 것은 매도인에게 과도한 부담을 강요하게 되어 타당하지 않다. 그렇다고 완전물급부청구권의 행사를 계약의 목적달성이 불가능한 경우로 한정하는 것은 계약이 유지되고 있음에도 해제의 결과와 완전물급부청구의 유사성을 들어 법문에도 없는 요건으로 매수인의 권리를 지나치게 제약하게 되어 타당하지 않다. 생각건대, 원칙적으로 하자 없는 급부를 제공해야 할 매도인이 추완의 원인을 제공한 것이므로 제2의 이행제공 방식에 대한 선택권은 매수인에게 폭넓게 보장되어야 할 필요가 있다. 다만, 매수인의 추완이익은 동일한데 매수인이 선택한 추완방식에 의하면 매도인에게 과도한 비용이나 부담이 발생하는 경우에만 신의칙상 다른 추완방식 또는 구제수단으로 제한된다고 보는 것이 타당하다.[474] 이렇게 볼 때, 우리 민법이 종류물매수인의 제한 없는 완전물급부청구권을 규정하는 한편, 하자가 중요하지 아니한 경우에 보수에 과다한 비용을 요할 때에 보수청구권을 제한한 수급인의 담보책임(제667조 제1항), 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우 시정청구권을 제한한 여행주최자의 담보책임(제674조의6 제1항)과도 조화될 수 있다.

라. 채무자의 추완권

(1) 문제의 소재

국제거래규범들의 경우 공통적으로 채무자의 불완전이행으로 인한 채권자의 추완청구권 이외에도 채무자의 추완권을 인정하고 있다. 이러한 추완권 인정의 취지는 대륙법계 민법에서도 인정되는 계약유지의 원칙에 근거하고 있다고 설명되는데,[475] 우리 민법상 명문의 규정이 없더라도 해석을 통한 인정가능성과 타당성에 대한 검토가 필요하다. 또한 추

474) 완전물급부에 따른 추완비용이 하자보수에 따른 비용을 상회하는 경우가 대부분이지만, 물건의 가액이 작을수록, 기술집약적인 생산물일수록 보수에 따른 비용과 부담이 완전물급부 비용보다 클 수 있다.

475) 사동천(2004), 30면; Lando/Beale(2000), Art. 9:102 Comment B und C.

완이행에 따른 추완비용을 부담해야 할 채무자가 추완방식의 선택에 있어서 보다 효율적이고 합리적인 판단이 가능하다는 점을 고려할 때, 채무자의 추완권 인정은 채권자의 추완청구권에 대한 제한의 한 양상으로서 나타날 수 있다.

(2) 채무자 추완권의 국제적 규율

(가) 국제거래규범

CISG는 인도기일 전과 후로 나누어 매도인의 추완권을 규정하고 있다. 먼저 매도인이 인도기일 전에 물품을 인도한 경우, 매수인에게 불합리한 불편 또는 비용을 초래하지 않는 한, 매도인은 그 기일까지 누락분을 인도하거나 부족한 수량을 보충하거나 물품의 부적합을 추완할 수 있다(제37조).[476] 나아가 인도기일 후에도, 불합리한 지체없이, 매수인에게 불합리한 불편 또는 매수인이 선급한 비용을 상환받는 데 대한 불합리한 불안을 초래하지 아니하는 경우, 매도인은 자신의 비용으로 의무의 불이행을 추완할 수 있다(제48조 제1항). 매도인이 매수인에게 이행의 수령 여부를 알려달라고 요구하였으나 매수인이 합리적인 기간 내에 그 요구에 응하지 아니한 경우, 매도인은 그 요구에서 정한 기간 내에 이행을 할 수 있다. 추완의 방식에 대한 선택은 매도인이 하게 된다.[477] 추완기간 중에 매수인은 손해배상청구권, 대금감액권 등 이와 양립하지 않는 다른 구제수단을 행사할 수 없다(제48조 제2항). 다만, 계약부적합이 본질적이어서 매수인이 계약해제권을 행사하는 경우에는 매도인은 추완권을 행사할 수 없다(제48조 제1항・제49조).

PICC는 제7.1.4조에서, 불이행한 채무자는 자신의 비용으로 불이행을 추완할 수 있다고 규정한다. 그리고 이러한 채무자의 추완권의 요건으로, 채무자가 부당한 지체 없이 추완의 방법과 시기를 명시하여 통지해

476) CISG 제34조는 매도인이 물건에 관한 서류를 교부할 의무가 있는 경우 교부시기 전에 서류를 교부하였는데 서류상 부적합이 있는 때에 대하여 매도인의 추완권에 대하여 동일하게 규정하고 있다.

477) 김진우(2009a), 18면.

야 하고, 추완이 그 상황에서 적합하며 채권자가 추완을 거절할 정당한 이익을 갖지 않고, 추완이 즉시 이루어져야 한다고 규정한다. 채무자의 추완권은 채권자의 해제 통지에 우선하여 효력이 있고, 추완기간 중에 채권자는 이와 양립하지 않는 다른 구제수단을 행사할 수 없다. 채권자는 추완이 있을 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있으며, 추완에도 불구하고 지연손해 및 추완에 의해 야기되었거나 방지할 수 없었던 손해의 배상을 청구할 수 있다.

PECL은 제8:104조에서, 채무자에 의한 이행의 제공이 계약에 적합하지 않는다는 이유로 채권자가 그 이행제공을 수령하지 아니하는 경우, 이행기가 아직 도래하지 아니하였거나 이행지체가 본질적인 불이행이 되지 않는 때에, 그 당사자는 계약에 적합한 새로운 이행을 제공할 수 있다고 규정한다. 따라서 채무자는 이행기 전 또는 이행지체가 본질적인 불이행에 해당하지 않을 때에 스스로 추완이행의 제공을 할 수 있다.[478]

DCFR은 Ⅲ-제3:202조에서, 부적합한 이행을 한 채무자는 이행기 내에 이행이 가능한 경우 적합한 새로운 이행의 제공을 할 수 있다고 규정한다. 또한 이행기 내에 적합한 이행이 가능하지 않은 경우에도, 채무자가 적합성 결여의 통지를 받은 후 즉시 합리적인 기간 내에 자신의 비용으로 추완할 것을 제안한 때에는, 채권자는 부적합을 추완할 수 있는 합리적인 기간을 채무자에게 부여하기 전에는 자신의 이행을 유보하는 이외에 다른 구제수단을 행사할 수 없다. 이어서 Ⅲ-제3:203조에서는 채권자가 채무자에게 추완의 기회를 부여할 필요가 없는 경우를 규정하고 있다. 이행기 내에 계약상 채무를 이행하지 않는 것이 본질적 불이행에 해당하는 경우, 채무자가 부적합을 알면서 이행하였으며 또한 그것이 신의칙과 공정거래원칙에 반한다고 채권자가 믿을 만한 근거를 가진 경우, 채무자가 채권자에게 중대한 불편이나 채권자의 정당한 이익에 다른 해를 가하지 않고 합리적 기간 내에 추완을 할 수 없을 것이라고 채

478) Lando/Beale(2000), Art. 8:104 Comment.

권자가 믿을 만한 근거를 가진 경우, 추완이 그 상황에서 적절하지 않을 경우이다.

(나) 외국의 입법례

개정 일본민법은 매수인의 추완청구권에 관한 제562조 제1항 단서에서, “매도인은 매수인에게 상당하지 않은 부담을 과하는 것이 아닌 한 매수인이 청구한 방법과 다른 방법에 의한 이행의 추완을 할 수 있다.”고 규정하였다. 이는 매수인의 추완청구에 우선하는 추완방식의 선택권을 매도인에게 부여한 것으로서 매도인의 추완권을 인정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 매도인의 추완권은 매수인이 추완청구를 하지 않거나 추완을 요구하면서도 추완방법을 지정하지 않고 있는 경우에도 적용될 수 있다.[479]

(3) 국내의 논의

우리 민법상 채무자의 추완권 인정여부에 대하여는 견해의 대립이 있다. 인정하는 견해는, 매도인의 완전물급부의무로부터 매도인의 추완권이 도출된다거나[480] 경미한 하자에 대하여 채무자는 추완권을 가질 뿐만 아니라 추완방법의 선택권도 갖는다고 하거나[481] 매수인이 전보손해배상청구권(제395조) 또는 계약해제권(제544조) 행사에 앞서 추완이행의 최고를 함으로써 간접적으로 매도인이 추완권을 갖는다거나[482] 매수인이 추완청구권을 행사하는 경우에 매수인이 청구한 추완방식의 범위 내에서 매도인은 추완권을 갖는다고 한다.[483] 반면 부정하는 견해는 완전물급부의무를 위반한 매도인은 매수인의 추완청구권에 대한 의무를 이행할 지위에 있을 뿐 추완권을 갖거나 추완방법에 대한 선택권을 갖는

479) 潮見佳男(2017b), 334頁.
480) 김형배(2001), 355면; 안춘수(1995), 433-434면.
481) 민법주해/양창수(1997), 311면.
482) 오종근(2018), 32-33면.
483) 김봉수(2014), 254-255면.

것은 아니라고 한다.[484]

(4) 채무자 추완권의 법적 성격과 인정의 당부

채무자의 불완전이행에도 불구하고 추완이행을 인정함으로써 채무자가 부담하는 의무를 실현하도록 하는 것은 계약유지의 원칙 및 당사자들의 이익 실현에 부합하기 때문에 타당하다.[485] 그런데 이러한 추완이행의 기회를 부여하는 방식으로 채권자의 추완청구권에 대한 채무자의 추완의무를 인정하는 이외에 이를 채무자의 추완권으로 고양시켜 해석상 인정하는 견해에 대하여는 그 법적 성격과 관련해 의문이 있다. 이러한 채무자 추완권이 추완방식의 선택권을 포함하는 경우에는 특히 채무자의 이행제공을 거절하는 채권자가 채권자지체책임을 부담하게 되기 때문에 중요하다.

가령 이를 채무자의 권리라고 보더라도 추완권 행사의 이익 즉 추완이행의 이익이 채무자 자신이 아닌 채권자에게 귀속되는 점에서 권리의 속성[486]과 다르고 일응 타인에게 일정한 이익을 귀속시킬 수 있는 정당한 자격으로서 권한이라 이해할 수는 있다.[487] 그런데 이를 권한으로 본다면 모든 의무는 동시에 권한인가 하는 의문이 있고, 결국 권한과 의무 사이의 구분을 불명료하게 할 뿐만 아니라 의무를 권리로까지 오해하게 할 수 있다.[488]

또한 채무자에게 추완권을 인정하는 실익은 두 가지 측면에서 발견할 수 있다. 먼저 채무자가 추완권을 갖는 동안 이와 양립할 수 없는 채권

---

484) 민법주해/남효순(1997), 539면; 사동천(2002), 200면;

485) 제3장 제3절 2.에서 법문의 흠결에도 불구하고 추완청구권을 일반적으로 인정할 수 있는 근거들을 살펴보았고, 추완이행의 기회를 허여하는 방법이라는 공통점에 비추어 채무자의 추완권에도 그대로 타당하다고 할 수 있다.

486) 오늘날 절충설에 따르면, 권리란 일정한 이익을 향유할 수 있도록 법에 의하여 부여된 의사의 힘이라고 정의된다. 곽윤직(1998), 77면.

487) 그러나 권한을 가지는 자가 타인을 위하여 그러한 효과를 발생케 하는 데 이익을 가지는 때에는 이를 권리라고 볼 수도 있다고 하는 견해가 있다(곽윤직(1998), 78면). 그러나 이를 권리라고 보더라도 의무자에게 간접적인 이익이 있는 경우에 의무를 권리로 혼동하게 할 수 있다.

488) 안춘수(1995), 433-434면.

자의 계약해제권, 전보손해배상청구권 행사를 저지함으로써 채무자의 이익을 보호하게 되는데,[489] 이 또한 각 구제수단들의 발생요건 또는 채권자의 추완청구에 따른 신의칙상의 제한으로 파악하는 것이 타당하다. 다음으로 추완권의 내용으로서 추완방식에 대한 채무자의 선택권이 우선할 수 있는데 이는 추완이행의 실제적 부담을 갖는 채무자가 보다 효율적인 실행방식을 결정할 수 있다는 고려에서 타당할 수 있다.[490] 그런데 이러한 선택권은 형성권으로서 법률의 규정 또는 당사자의 합의에 의한 수권 없이는 인정될 수 없다고 보아야 한다.[491] 이에 비춰 우리 민법은 채무자의 추완권을 인정하는 명문의 근거를 두고 있지 않기 때문에, 채권자가 추완유형을 선택하지 않은 채 추완청구를 하는 경우 외에는 채무자의 추완방식에 대한 선택권을 인정하기도 어렵다.

요컨대, 명문의 규정이 없는 우리 민법상 채무자의 추완권을 해석에 의하여 인정하는 것은 그 법적 성격에 비추어 무리가 있고, 불완전이행으로 인하여 책임발생의 원인을 제공한 채무자에게 채권자의 추완청구권에 대한 의무로서 제2의 이행기회를 허여하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 따라서 추완방식에 대한 선택권 역시 원칙적으로 추완청구권을 행사하는 채권자에게 있지만, 채무자에게 과다한 비용이나 부담을 부과하는 경우에는 신의칙상 다른 추완방식 또는 구제수단으로 제한될 수 있다고 보는 것이 채권자 및 소비자보호의 관점에서 타당하다.[492]

4. 다른 구제수단과의 관계

가. 문제의 소재

민법의 흠결에도 불구하고 우리 민법상 채무불이행책임의 내용으로서

489) 사동천(2002), 64면.
490) 김봉수(2014), 259면.
491) 김영희(2003), 65-68면.
492) 이는 앞서 살펴 본 것처럼 추완방식의 선택권을 매수인에게 부여한 유럽공동체 소비재매매지침(제3조 제3항) 및 이를 국내법으로 전환하면서 소비재매매계약은 물론 모든 매매계약에서 그 선택권을 매수인에게 부여한 개정 독일민법(제439조 제1항)의 태도와 일치한다.

뿐만 아니라 유상계약에 준용되는 매도인의 담보책임으로서 종류물매수인에게 부여된 완전물급부청구권(제581조 제2항) 외에 추완청구권을 일반적으로 인정하는 경우 다른 구제수단들과의 우열관계에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

나. 손해배상청구권과의 관계

불완전이행의 경우 이행지체로 인한 전보손해배상청구권을 유추적용하여 인정할 수 있고(제395조),[493] 따라서 채권자는 상당기간을 정하여 추완이행을 최고하여도 그 기간 내에 채무자가 추완하지 않거나 불완전이행 후의 추완이행이 더 이상 이익이 되지 않을 때 수령을 거절하고 전보손해배상을 청구할 수 있다. 이에 비춰 불완전이행으로 인한 채무불이행책임으로서 전보손해배상청구권보다 원칙적으로 추완청구권이 우선한다고 할 수 있다.[494]

그런데 담보책임으로서 손해배상청구권과 추완청구권의 관계에 대하여는 견해의 대립이 있는데, 오늘날 추완가능성이 확대됨으로써 하자담보책임의 주된 구제수단으로 추완청구권을 인정하고 추완이 불가능하거나 불합리한 경우에 손해배상청구권을 인정하는 구조가 합리적이라는 견해가 있다.[495] 반면 우리 민법은 하자담보책임의 구제수단에 대한 매수인의 선택권을 인정하고 있기 때문에 매수인이 추완청구권을 우선해서 행사하도록 하는 것은 입법자의 의사에 반한다고 하는 견해가 있다.[496]

비교법적으로는 개정 독일민법의 경우 일반급부장애법에서 채권자가 전보손해배상을 청구하기 위해서 원칙적으로 채무자에게 이행을 위한 상당한 기간을 설정하였으나 이행없이 기간을 경과한 때에 가능하도록 규정하고(제281조 제1항・제2항) 이를 하자담보책임에서 준용하였다(제

493) 이은영(2006), 238면.
494) 오종근(2018), 19면.
495) 사동천(2003), 23면.
496) 김봉수(2009), 277-278면.

437조 제3호).[497] 개정 일본민법도 채무불이행책임으로서 전보손해배상청구권을 행사할 수 있는 사유로 이행불능, 이행거절, 계약해제의 경우를 규정하고(제415조 제2항), 계약해제권이 발생하기 위해서 원칙적으로 상당기간을 정하여 이행을 최고하도록 규정하면서(제541조), 이를 담보책임에서 준용함으로써(제564조) 전보손해배상청구권보다 추완청구권을 우선시키고 있다.[498] 국제거래규범의 경우 채무자의 추완권을 규정함으로써 채무자가 추완할 수 있는 합리적인 기간 동안 채권자는 손해배상을 청구할 수 없게 된다(CISG 제37조 및 제48조, PICC 제7.1.4조, 제8:104조, DCFR Ⅲ.-제3:202조).

생각건대, 계약유지의 원칙 및 채무불이행책임으로서 담보책임의 본질을 파악하는 것이 타당하다는 면에서 불완전이행으로 인한 채무불이행책임으로서 손해배상청구권과 마찬가지로 담보책임으로서 손해배상청구권보다 추완청구권을 우선하는 것이 이론적으로 타당하다. 하지만 독일과 일본의 개정민법과 달리 우리 민법은 매도인의 담보책임, 수급인의 담보책임에 관한 규정에서 계약해제권을 제외한 채권자의 구제수단들 간에 우열을 정하고 있다고 보기에는 무리가 있다. 따라서 원칙적으로 담보책임으로서 손해배상청구권과 추완청구권에 대한 선택권은 매수인에게 있다고 보는 것이 타당하다.

나. 계약해제권과의 관계

불완전이행의 경우 계약해제권에 대해서 우리 민법은 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 다수설은 추완이행이 가능한 경우 이행지체에 따른 계약해제권을 유추적용할 수 있다고 본다(제544조).[499] 따라서 채권자는 상당한 기간을 정하여 추완이행을 최고하고 그 기간 내에 채무자가 추완

497) 김형배외(2005), 68면.
498) 오종근(2018), 19면.
499) 이와 달리 일부 견해는 우리 민법상 불완전이행의 효과로서 추완청구권은 인정될 수 없고 손해배상청구권만 인정되며, 계약해제권의 경우 제580조를 유추적용하여 계약의 목적달성이 불가능한 경우에 한하여 인정될 수 있다고 한다. 송덕수(2015), 788-799면.

하지 않는 경우에 계약을 해제할 수 있다. 이에 따르면 불완전이행으로 인한 계약해제의 경우에도 원칙적으로 추완청구권이 계약해제권보다 우선한다고 볼 수 있고,[500] 판례도 같은 입장이다.[501]

한편 매도인의 담보책임으로서 계약해제권의 발생요건으로 우리 민법은 '계약의 목적을 달성할 수 없는 경우'를 한정하여 규정함으로써(제575조 제1항, 제580조 제1항, 제581조 제1항),[502] 계약의 목적달성이 불가능한 경우에만 매수인은 계약해제권을 행사할 수 있다. 계약의 목적달성불능의 의미에 대해 종래 학설은 저렴한 비용으로 하자를 용이하게 보수할 수 없는 경우로 이해하면서도,[503] 하자를 용이하게 보수할 수 있더라도 하자로 말미암아 매수인이 예정하였던 사용·수익·처분을 할 수 없게 되는 일체의 경우로 파악하였다.[504] 이에 따르면 계약의 목적달성불능은 추완가능한 경우에도 인정될 수 있는 넓은 의미로 이해된다. 이와 달리 계약의 목적달성여부를 하자의 중대성과 추완가능성을 고려해서 판단하는 견해가 있다.[505] 즉 하자가 중대하더라도 추완가능한 경우에는 계약의 목적달성이 가능하기 때문에 계약해제를 제외한 다른 구제수단들을 행사할 수 있는 반면, 하자가 중대할 뿐만 아니라 추완불가능한 경우에는 계약의 목적달성이 불가능하기 때문에 계약해제권이 인정된다고 한다. 이에 따르면 계약의 목적달성불가능은 추완불가능을 전제하므로 보다 좁은 의미로 이해된다.[506]

---

500) 오종근(2018), 27면.

501) 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다27148 판결. 임대차계약의 체결을 위임받은 자가 임차인 명의를 위임인이 아니라 자신 명의로 함으로써 위임계약상 채무를 제대로 이행하지 아니하였다 하여 위임인이 위임계약을 최고 없이 해제한 사안에서, 임차인 명의를 위임인으로 하는 새로운 임대차계약을 체결하거나 임차인 명의를 수임인에서 위임인으로 변경하는 방법으로 수임인이 위임계약상의 채무를 이행하는 것이 가능하다면 위임인은 수임인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 수임인이 그 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에 한하여 계약을 해제할 수 있다고 판시하였다.

502) 매도인의 담보책임에 관한 그 밖의 규정들에서 규정하는 계약해제권의 발생요건도 '이전할 수 없는 때'(제570조, 제571조), '잔존한 부분만이면 매수인이 이를 매수하지 아니하였을 때'(제572조), '소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 때'(제576조)와 같이 그 실질은 계약의 목적달성이 불가능한 경우로 파악된다.

503) 곽윤직(1998), 180면; 민법주해/남효순(1997), 523-524면.

504) 민법주해/남효순(1997), 524면.

505) 김봉수(2010), 64-65면.

비교법적으로는 개정 독일민법의 경우 쌍무계약에서 채무자가 계약에 좇아 이행하지 아니한 때에 원칙적으로 채권자는 채무자에게 추완을 위하여 상당기간을 설정하여야 하고 그 기간이 도과한 때에 계약을 해제할 수 있도록 규정한 다음(제323조 제1항) 하자담보책임에서 준용하고 있다(제437조 제2호). 개정 일본민법 역시 불완전이행을 포함하여 모든 채무불이행의 경우에 채권자가 계약을 해제하기 위해서는 원칙적으로 상당한 기간을 정하여 추완이행을 최고하고 그 기간 내에 추완없이 도과한 경우에 계약해제권을 행사할 수 있도록 규정하면서(제541조), 이를 담보책임에서 연계하고 있다(제564조). 따라서 독일과 일본 개정민법의 경우 계약해제권보다 추완청구권을 우선시키고 있다고 볼 수 있다.[507] 국제거래규범의 경우 본질적 계약위반(CISG 제49조) 또는 본질적 불이행(PICC 제7.3.1조, PECL 제9:301조, DCFR Ⅲ.-제3:502조)을 계약해제의 추가요건으로 규정하는데, 추완청구권에 의하여 채권자가 충분히 구제받지 못하는 경우에 계약해제권을 인정하게 됨으로써 추완청구권을 우선하고 있다고 볼 수 있다.

생각건대, 담보책임으로서 계약해제권의 요건으로 규정된 '계약의 목적달성불능'의 의미를 추완불가능성을 전제하는 것으로 엄격하게 해석함으로써 매수인으로 하여금 계약해제가 아닌 다른 구제수단을 먼저 고려할 수 있도록 하는 것이 계약유지의 원칙 및 당사자의 이익 실현을 통한 손실의 최소화에 부합할 수 있다.

제6절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 제안

1. 추완청구권의 명시를 통한 계약책임 현대화의 기준

506) 이런 결론에 비춰보면, 계약의 목적을 달성할 수 없는 하자를 "중대한 하자로서 이태리민법 제1492조가 규정한 바 목적물을 사용할 수 없을 정도의 결함을 의미한다. 즉 대금감액으로서 치유될 수 없는 중대한 하자"로 파악하는 견해(조규창(1998b), 207-208면)와 실질적으로 같은 입장으로 보인다. 즉 치유될 수 없는 중대성을 계약의 목적달성불능의 의미로 파악하고 있기 때문이다.

507) 오종근(2018), 28-29면.

독일, 프랑스, 일본의 개정민법은 계약책임의 현대화를 위한 또 다른 공통의 목표로서 종래 학설과 판례를 통해 인정되어 오던 추완청구권을 명문화하였다. 추완청구권은 불완전이행에 따른 효과적인 구제수단으로서 채무불이행책임은 물론 담보책임의 내용으로서도 명문으로 인정될 수 있다. 추완청구권의 명문화에 있어서도 입법례들은 구체적인 방법에서 몇 가지 유형으로 분류된다.

가. 추완청구권에 대한 입법례

(1) 국제거래규범

CISG, PICC, PECL, DCFR 등 국제거래규범들은 추완청구권을 제2차적 이행청구권으로 명시해서 인정하고 있다. 이 유형은 담보책임에 관한 별도의 규율을 하지 않고 포괄적 개념으로서 채무불이행에 의한 일원적 계약책임체계를 채택함으로써, 불완전이행은 채무불이행에 포섭되어 추완청구권을 발생시키는 요건으로 규율되어 있다. 계약책임 귀속의 정당화 근거로서 영미법과 같이 엄격책임주의에 입각해 있는데, 불가항력 등 장애사유를 원인으로 면책을 인정하는 범위에서 차별화된다. 즉 CISG는 손해배상청구권만을 면책함에 반하여, 그 밖의 국제거래규범은 채권자의 이행청구권과 손해배상청구권에 대하여 채무자를 면책하고 있다.

(2) 개정 독일민법 및 개정 일본민법

채무불이행책임과 담보책임의 이원적 틀 안에서 실질적인 일원화를 채택하고 있는 규정형식인데, 추완청구권을 담보책임의 고유한 내용으로 명시하고 있다. 유책사유를 손해배상청구권의 발생요건으로 규정하고 있는 개정 독일민법과 고의·과실이 이외의 면책사유로서 규정하고 있는 개정 일본민법 모두 추완청구권에 대하여는 고의·과실 여부와 상관없이 인정하고 있다.

(3) 개정 프랑스민법

개정에도 불구하고 종래 판례와 통설을 통해 인정되어 오던 추완청구권을 불완전이행의 효과로서 직접 규정하지는 않았지만, 구법에서의 해석론에 비추어 현실이행의 강제(L'exécution forcée en nature)로부터 추완청구권을 인정할 수 있을 것이다. 또한 프랑스민법은 아직 개별 계약규정에 대한 개정작업을 진행 중에 있는데, 매도인의 하자담보책임으로서도 추완청구권을 명시하지 않고 있으나,[508] 판례와 학설을 통해 인정되고 있다.[509]

나. 검토

계약책임체계와 관련 이원적 책임의 틀 안에서 담보책임의 고유성을 인정하는 방안이 우리 민법의 상황에 보다 적절하다. 그러나 추완청구권은 불완전이행에 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부와 관계없이 인정되어야 한다. 이는 계약 또는 법정채권으로부터 인정되는 이행청구권의 또 다른 형태로 파악되기 때문이며, 계약 또는 법정채권의 구속력으로부터 이행이익의 실현이 가능한 한 이행청구권의 보조수단으로서 인정될 수 있기 때문이다.

2. 2013년 민법개정시안

가. 채무불이행책임으로서 추완청구권 개정시안

현행 민법	2013년 민법개정시안
	제388조의2(추완청구권) 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무이행의

508) 프랑스는 2016.10. 채권법(Le droit des obligations) 제3권 제3편(Du droit des contrats; 계약법), 제4편(Du régime général des obligations; 채권법 일반), 제4편의乙(De la preuve des obligations; 채권의 증거)에 대한 개정을 마치고 시행하였다. 그 밖에 채권법 제3권 제5편 이하의 계약각론에 해당하는 규정들과 책임법에 대한 개정작업은 아직 진행 중에 있다.

509) Cass. civ., 11 avril 1933, *D.H.*, 1933, p. 331. cité par J. HUET, n 162, p. 30.

	추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과다한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

2013년 민법개정시안은 불완전이행으로 인한 채무불이행책임의 내용으로서 채권자의 추완청구권을 신설하였다. 종래 불완전이행 개념의 명문화에 대해 비판적인 견해가 있었으나[510], 추완청구권의 요건으로서 불완전이행을 규정한 것이다. 추완청구권은 이행청구권 또는 강제이행청구권과 마찬가지로 유책사유를 요하지 않는 것으로 하였으며, 추완청구권의 배제사유를 명시하였다.

나. 하자담보책임으로서 추완청구권 개정시안

현행 민법	2013년 민법개정시안
제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다.	**제580조(매도인의 하자담보책임)** ① 매매의 목적물에 하자가 있는 경우에 매수인은 제388조의2에 따라 추완을 청구할 수 있다. 그러나 매수인이 계약체결 당시에 그 하자를 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 매수인은 대금감액을 청구할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다.

510) 성승현(2014), 560-563면.

	③ 제1항과 제2항의 경우에 매수인은 추완청구, 대금감액청구 또는 계약해제 외에 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.
제581조(종류매매와 매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조의 규정을 준용한다. ② 전항의 경우에도 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자 없는 물건을 청구할 수 있다.	**제581조(종류매매와 매도인의 하자담보책임)** 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 제580조의 규정을 준용한다.

2013년 민법개정시안은 매도인의 하자담보책임으로서 매수인의 추완청구권을 규정하면서, 채무불이행책임으로서 추완청구권을 규정한 제388조의2를 준용하였다. 이때 추완청구권은 구체적으로 하자보수청구권과 완전물급부청구권을 포함하며, 특정물매매의 경우에도 완전물급부청구권이 배제되지 않는다.[511] 추완청구권이 제한되는 경우는 채무불이행책임으로서 추완청구권에 관한 제388조의2의 규율이 그대로 인정된다. 종류물매매의 경우에도 특정물매매에서처럼 완전물급부청구권과 하자보수청구권을 포함하는 추완청구권을 인정한다. 제581조와 제580조는 특정물과 종류물의 하자판단 시점을 달리하는 점에서 개정안에서도 양자를 구별하여 규정하였다.

511) 오종근(2018), 100면.

3. 소결

앞서 검토한 바와 같이, 추완청구권은 불완전이행에 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부 및 무과실여부와 관계없이 인정되어야 한다. 이에 비추어 개정안은 일반 계약불이행책임은 물론 하자담보책임의 내용으로서 명시하는 한편, 채무불이행책임으로서 추완청구권을 준용함으로써 그 내용과 제한요건을 일원적으로 규율하고 있는 점에서 주요 외국의 개정민법보다 적극적으로 국제거래규범과 조화되는 타당한 입법으로 평가할 수 있다. 다만, 추완청구권은 단순히 이행청구권의 연장이나 신의칙상 수정된 형태로서 인정되는 것이 아니라 필수적으로 선행하는 불완전이행으로 인한 채무불이행의 효과로서의 성격을 겸유하는 바, 오히려 동일한 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권과 성격을 같이 하므로 제389조의2로 규정하는 것이 보다 적절해보인다.

현행 민법	개정 제안
	제389조의2(추완청구권) 채무자가 채무를 불완전하게 이행한 때에는 채권자는 채무이행의 추완을 청구할 수 있다. 그러나 추완에 과다한 비용을 요하거나 그 밖에 추완을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.	**제580조(매도인의 하자담보책임)** ① 매매의 목적물에 하자가 있는 경우에 매수인은 제389조의2에 따라 추완을 청구할 수 있다. 그러나 매수인이 계약체결 당시에 그 하자를 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이

② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다.	있는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 매수인은 대금감액을 청구할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 경우에 매수인은 추완청구, 대금감액청구 또는 계약해제 외에 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

제7절 결어

추완청구권은 채권이 가진 청구력의 발현으로서 이행청구권의 보조수단인 동시에 손해배상이나 본래 의미의 원상회복과 다른 불완전이행에 고유한 효과이며, 채무불이행책임의 본질을 가진 담보책임의 추완청구권도 동일한 성격으로 파악될 수 있다.

민법의 흠결에도 불구하고 추완청구권은 다양한 근거에 의해 일반적으로 인정될 수 있고, 그 법적 성격에 비춰 채무불이행책임 및 담보책임의 추완청구권은 채무불이행의 구제수단인 강제이행청구권(민법 제389조)을 근거로 인정될 수 있다. 또한 추완청구권이 유상계약에서 인정의 실익이 있더라도 무상계약에서도 채무자가 악의로 하자나 흠결을 채권자에게 고지하지 않은 때 부담하는 담보책임의 일정한 경우(민법 제559조 제1항 단서 등) 외에 과실있는 채무자에 의한 불완전이행의 효과로서 추완청구권이 일반적으로 인정될 수 있다.

추완청구권의 세부유형으로 대체이행청구권, 부족분이행청구권, 보수청구권이 인정될 수 있다. 이종물 인도의 경우 이행지체로 처리하자는 견해가 있지만 불완전이행의 개념징표에 부합하며, 대체가능한 특정물이라도 이종물의 인도를 계약체결시의 하자로 볼 수 없으므로 불완전이행책임으로서 대체이행청구권에 의해 규율하는 것이 타당하다. 특정물의 대체이행, 특정물의 부족분이행, 종류물의 하자보수 등과 관련 추완청구권의 인정여부는 특정물·불특정물, 원시적 하자·후발적 하자, 권리의 하자·물건의 하자와 상관없이 추완방식에 의한 치유가능성으로 판단되어야 한다.

추완청구권의 행사를 위하여 민법상 명문의 규정없이 하자통지의무를 요구하는 것은 불이행시 추완청구권을 상실하게 되는 등 일반 매수인에게 가혹한 결과를 초래하기 때문에 부적절하다. 다만, 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건은 관행화된 정도의 검사의무 이행여부로 판단될 것이다. 원칙적으로 채권자는 추완유형을 선택할 수 있지만, 체계적 해석상 상당기간을 정하여 행사하여야 하고, 매도인의 완전물급부의무와 매수인의 물건반환의무 사이에 동시이행관계를 인정할 수 있고, 완전물급부가 있기까지 매수인의 사용이익은 계약의 내용이므로 부당이득이라고 볼 수 없다. 이행청구권의 연장인 추완청구권의 행사 역시 급부불능 또는 채무자에게 과도한 부담이 되는 등 상당성을 결여한 경우 신의칙상 제한될 수 있다. 명문의 규정없이 책임원인을 제공한 채무자에게 추완권을 인정하는 것은 그 법적 성격에 비추어 무리가 있다. 계약의 구속력에 비추어 원칙적으로 손해배상청구권 및 계약해제권의 행사에 앞서 상당기간 추완이행을 최고하도록 함으로써 추완청구권을 우선하는 것이 타당하다. 다만, 법문상 담보책임으로서 손해배상청구권과 추완청구권의 선택권은 매수인에게 있고, 계약해제권의 요건인 계약

의 목적달성불능은 추완불가능성을 전제한다고 엄격하게 해석하는 것이 타당하다.

2013년 민법개정시안은 채무불이행책임으로 추완청구권을 규정하고 담보책임에서 이를 준용하여 일원적인 규율을 도모함으로써, 주요 외국의 개정민법보다 적극적으로 국제거래규범과 조화된 타당한 입법으로 평가할 수 있다. 다만, 추완청구권은 이행청구권의 연장이면서 채무불이행의 효과로서의 성격을 겸유하는 바, 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권과 성격을 같이 하므로 제389조의2로 규정하는 것이 보다 적절해 보인다.

제4장 계약의 존속보장을 위한 代金減額權

제1절 개관

불완전이행의 경우 계약 당사자 모두에게 효과적인 구제수단이라고 할 수 있는 추완청구권에 대한 우리 민법의 규율은 오늘날 국제거래규범과 독일, 일본의 개정채권법에 비해 불충분하였다. 이러한 추완청구권의 본질적 효용은 계약 내용의 실현을 보장함으로써 당사자 사이에 계약관계가 그 목적을 다하고 종료되기까지 유지되도록 하는 데 있다. 한편 추완청구권과 비교할 때 대금감액권은 이행이 불완전한 부분만큼 계약내용을 감축함으로써 계약의 존속을 보장하는데 본질적 기여가 있다고 할 수 있다. 우리 민법은 이러한 대금감액권에 대해서도 마찬가지로 채무불이행의 일반적 효과로서 인정하지는 않으며 매매계약을 비롯한 개별 계약의 일부조문에서만 규정하고 있을 뿐이다. 즉 매도인의 담보책임 중에서도 권리의 일부가 타인에 귀속되어 그 이전이 불능한 경우(제572조 제1항)와 수량부족·일부멸실의 경우(제574조) 그리고 경락인이 경락받은 목적물에 권리의 하자가 존재하는 경우(제578조)에만 대금감액청구권을 인정하면서 이를 유상계약에 준용하고 있다(제567조). 그 밖에 임대차계약에서 임차물의 일부가 임차인의 과실없이 멸실 기타 사유로 사용·수익할 수 없게 된 경우 임차인에게 그 부분의 비율로 차임의 감액청구권을 인정하고 있으며(민법 제627조 제1항), 여행계약에서 여행에 하자가 있는 경우 여행자는 여행주최자에게 하자의 시정 또는 대금의 감액을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제674조의6 제1항).[512] 이러한 입법태도는 비교법적으로도 매우 이례적인데, 특히

512) 제627조 제1항, 제674조의6 제1항은 매도인의 담보책임을 유상계약에 준용하는 민법 제567조를 특정계약의 필요에 맞게 수정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 황원재(2017), 72면.

로마법 전통의 하자담보책임에 있어서 대금감액권은 해제권과 더불어 매수인의 가장 본질적인 구제수단으로 인정되고 있기 때문이다.

이렇게 대금감액권을 우리 제정민법이 하자담보책임의 내용으로서 인정하지 않은 데는 다음과 같은 이유를 들 수 있다. 먼저는 채권자가 편익을 잃은 시점을 계약체결시로 할 것인지 하자가 현출된 때로 할 것인지 불명확하고(감액대금 산정시점의 문제), 편익을 잃은 비율에 따라 감액할 대금을 산정하는 것이 현실적으로 어렵다는 것이었다(감액대금 산정방법의 문제). 또한 대금감액권은 형성권의 실질을 가지고 있어서 매수인의 대금감액권 행사를 매도인이 수용하지 않는 경우 당사자 사이에 분쟁을 촉발하는 실제적인 문제가 있었다(분쟁시 실현방법의 문제). 그러나 동일한 곤란에도 불구하고 대륙법계 국가들은 거의 예외없이 매도인의 하자담보책임으로 대금감액권을 인정해 왔다. 또한 현대 국제거래규범은 물론 최근 독일과 일본의 개정채권법은 물건의 하자와 권리의 하자를 구별하지 않고 대금감액권을 담보책임의 내용으로 규정하였고, 나아가 프랑스 개정채권법에서는 일반 계약불이행책임의 내용으로 규정하였다. 이에 비춰볼 때 대금감액권에 대한 오늘날의 규율은 점차 개별 계약의 제한된 구제수단에서 일반적 계약책임의 내용으로 확장되는 경향성을 보이고 있음에 주목할 필요가 있다.[513]

위와 같은 문제의식을 가지고 우리 민법이 계약책임의 또 다른 내용으로서 개별 계약의 특정 조문에서만 규정하고 있는 대금감액권의 활용가능성을 확대할 수 있는지, 그리고 타당한 범위 및 방법에 대해 고찰할 것이다. (1) 우선 우리 민법상 대금감액권의 규율이 연혁상 대금감액권의 발전과정 및 국제적 규율의 현대적 경향과 어떻게 다른지를 살펴보고, 계약책임에 있어서 대금감액권이 갖는 고유한 효용에 비추어

513) 김범철(2007), 63면.

그러한 차이점의 원인을 비판적으로 검토함으로써, 오늘날 대금감액권의 타당한 인정범위를 설정할 수 있다. (2) 이렇게 대금감액권을 불완전이행에 대한 구제수단으로서 우리 민법상 일반적으로 인정하고자 할 때 그 법적 성격과 관련해, 종래 손해배상청구권, 일부해제권, 부당이득반환청구권, 상계권으로 파악하는 시도가 있어 온 바 그 이동을 밝히고 독자적 인정의 타당성을 검토한다. 또한 이러한 법적 성격과 결부해 대금감액권을 청구권으로 볼지 또는 형성권으로 볼지 확인할 필요가 있다. 전자는 민법이 손해배상청구권, 계약해제권에 비해 상대적으로 흠결하고 있는 대금감액권을 일반적으로 인정하기 위한 실정법적 근거를 어디에서 찾을지와 관련되어 검토되어야 하고, 후자는 대금감액권의 행사효과와 연결된다. (3) 그리고 이러한 대금감액권이 발생하기 위한 요건에 대해 살펴본다. 현재 국내의 논의와 더불어 국제거래규범을 비롯한 최근 외국의 입법례를 비교검토함으로써 타당한 발생요건을 제시할 수 있을 것이다. (4) 또한 대금감액권을 인정할 때 당사자 간에 분쟁의 여지가 가장 큰 문제로 감액대금의 산정시점 및 산정방법에 대해 검토한다. 특히 우리 민법 제정당시 감액대금 산정의 곤란을 이유로 매수인에게 대금감액권을 인정하는 데 한계가 있었다면, 오늘날 빅데이터, 인공지능, 플랫폼 경제[514] 등을 활용한 가격정보의 공개[515] 및 감정평가

514) 예컨대, 아마존(Amazon), 에어비앤비(Airbnb), 우버(Uber), 쿠팡(Coupang) 또는 구글(Google), 마이크로소프트(Microsoft)와 같은 인터넷 플랫폼에 의해 촉진되는 경제 및 사회 활동을 일컫는다. 이러한 플랫폼들은 일반적으로 온라인 중개자(matchmaker)의 기능을 수행하거나 기술 프레임워크(technology framework)를 제공한다. 현재까지 가장 일반화된 유형은 "디지털 중개자"(digital matchmaker)라고도 불리는 "거래 플랫폼"(transaction platform)이다. 또 다른 유형으로 "혁신 플랫폼"(innovation platform)은 구글이나 마이크로소프트 플랫폼에서 작업하는 많은 독립 개발자(independent developer)들과 같이 다른 사람들이 사용할 수 있는 공통적인 기술 프레임워크를 제공한다. https://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%94%8C%EB%9E%AB%ED%8F%BC_%EA%B2%BD%EC%A0%9C (2021. 6. 2. 검색)

515) 양승철, "코로나19가 부동산시장에 미치는 영향 및 감정평가산업 발전 방향", https://www.kapanet.or.kr/kapawebzine/data/141/sub/sub2_02.html (2021. 6. 2. 검색). 본 발제문에서는 부동산 가치평가 시스템으로 빅밸류의 로빅(LOBIG), 자이랜드(XAI LAND)를 대표적으로 소개하고 있다. 그 밖에도 다나와, 에누리닷컴, 네이버쇼핑 등은 가격 자동 수집 로봇에 의해

기술의 발전은 그러한 곤란을 극복하게 하는 대안이 될 수 있다.[516] (5) 그리고 이렇게 산정한 감액대금을 상대방에게 행사하기 위한 방법에 대해 살펴볼 필요가 있다. (6) 아울러 비금전채무의 경우에도 급부감축권을 인정할 수 있을지, 인정한다면 어떤 요건 하에서 가능할지도 검토한다. 예컨대, 교환계약에서 일방의 급부가 불완전이행된 경우 또는 매매계약에서 매도인 자신은 채무를 완전히 이행하였거나 할 수 있음에도 불구하고 매수인으로부터 대금을 전부 변제받지 못한 경우가 문제될 수 있다. (7) 특히 대금감액권의 법적 성격과 관련하여 손해배상청구권과의 관계가 문제되는바 이에 대해 검토하고, 그 밖에 채권자의 구제수단과의 관계에 대해 살펴본다. (8) 끝으로 대금감액권과 관련해 2013년 민법개정위원회의 논의상황과 지금까지 알려진 개정안의 당부에 대해 비판적으로 검토하면서 입법론을 제시해 본다.

제2절 대금감액권의 연혁과 발전과정

1. 개설

우리 민법은 대금감액권을 개별 계약에서 매우 제한적으로만 인정하고 있으며, 특히 매매계약과 관련해 대륙법계 국가들의 일반적인 규율과 달리 물건의 성상에 하자가 있는 경우 담보책임의 내용으로 이를 규정하고 있지 않아 여러 해석론을 촉발시키고 있다. 여기서 물건의 하자를 중심으

온라인에서 리퍼비시제품, 중고물품을 포함하여 가격비교 정보를 제공하고 있다.

516) 1989. 7. 1. 「지가공시및토지등의평가에관한법률」에 의해 실시된 우리나라의 감정평가제도는 그 후 「부동산가격공시및감정평가에관한법률」(2005. 1. 14. 시행)을 거쳐, 2016년부터 「부동산가격공시에 관한 법률」과 분리되어 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」로 제정·운용되고 있다. 동법에 기초한 국토교통부고시 「감정평가 실무기준」(2014. 1. 1. 시행)에 따르면 감정평가의 대상을 토지·건물·동산을 비롯해 기술을 포함한 지식재산권, 임료, 영업권, 주식 등으로 정하고 있으면서, 대상물건별로 비교방식, 원가방식, 수익방식 등 감정평가의 방법을 상세히 제시하고 있다. 이에 따라 한국감정평가사협회에서는 개별 감정평가사들과 평가기준 및 정보를 공유하고, 한국부동산연구원을 통해 새로운 대상물건에 대한 평가기준 연구를 진행하고 있다.

로 발전해 온 대금감액권의 연혁에 비추어 우리 민법상 대금감액권에 대한 규율의 특이점과 그 원인을 비판적으로 확인하고, 하자담보책임의 내용으로서 대금감액권의 인정가능성을 검토한다. 다른 한편 오늘날 대금감액권에 대한 국제적 규율에 비추어보면 그 연혁으로부터 탈피하여 권리의 하자에 대해 대금감액권을 인정할 수 있는지 문제되는데, 특히 대금감액권이 급부의 가분성을 전제로 하는지와 관련하여 규율변화의 타당성을 검토함으로써 우리 민법이 대금감액권을 규정하지 않은 그 밖의 권리하자에도 이를 인정할 수 있는지 살펴본다. 나아가 오늘날 사회경제구조의 변화에 따른 대금감액권의 기능 및 한계를 재검토하고, 이를 국제적 규율변화의 경향을 통해 확인함으로써 대금감액권을 우리 민법상 채무불이행책임의 내용으로 인정할 수 있는지 검토한다.

2. 하자담보책임으로서 대금감액권

가. 하자담보책임의 연혁과 대금감액권[517]

대금감액권은 로마법 시대 안찰관고시에 의한 하자담보책임에서 인정된 매매대금에 대한 감액소권 내지 평가소권(actio quanti minoris, action aestimatoria)에서 그 발생 기원을 찾을 수 있다.[518] 그리고 이렇게 로마법상 하자담보책임제도에서 유래하는 대금감액권은 오늘날 대륙법계 민법에 계승되었다.

로마법상 매매에서 매수인은 원칙적으로 목적물의 성상과 관련해 존재하는 하자의 위험을 부담하였다. 따라서 매수인은 매매계약의 체결 후에는 목적물의 하자에 대하여 매도인에게 책임을 물을 수 없었기 때문에, 매매계약을 체결하기에 앞서 목적물을 조사하고 계약 체결여부를 정

517) 민법주해/남효순(1997), 187-193면을 주로 요약한 것이다.

518) 로마법상 하자담보책임의 연혁에 대해서는 앞서 매수인의 구제수단으로 추완청구권을 책임의 내용으로 인정하지 못했던 배경을 설명하면서 간략히 소개하였다(제3장 제3절 2. 가.). 여기서는 하자담보책임의 본래적 내용으로서 대금감액소권의 발생 배경에 대해 그 규율변화의 추이를 파악하기 위한 범위에서 기술하기로 한다.

해야 했다.[519] 이때 계약당사자들 사이에서는 매매계약에 부수하는 합의로 매도인의 하자담보책임이 인정되기 시작하여 점차 매매계약 자체의 효력으로 인정되었다. 이러한 로마법상 하자담보책임은 시민법, 안찰관 고시, 유스티니아누스시대로 나뉘어 특징있게 형성되는데, 여기서 대금감액권은 안찰관고시에 의한 하자담보책임의 내용으로 매수인에게 인정되기 시작하였다.

로마법 시대 초기 시민법상 하자담보책임에는, 토지매매에서 장악행위(mancipatio)에 의해 언명된 토지면적이 부족하거나 전면적을 사용할 수 있다고 언명했으나 지역권의 부담이 있는 경우의 토지면적소권, 매도인이 노예나 농수축산물에 하자가 없다는 문답계약을 한 경우의 문답계약소권, 매도인이 매매목적물에 일정한 성상의 존재 또는 하자의 부존재를 보증하였으나 하자가 존재하거나 하자를 숨긴 경우의 매수인소권이 있었다. 이렇게 매도인이 매매목적물의 일정한 성상에 관해 보증하거나 하자의 존재를 악의로 속인 경우 매수인은 손해배상을 청구할 수 있었다.

하자담보책임은 안찰관고시(edictum aedilium circulium)에 의해서도 인정되었는데, 안찰관(aediles curules)은 노예와 농수축산물 매매에 대한 감독과 재판권을 보유하였다. 그런데 노예 매매의 경우 장악행위에 의하지 않아 매수인이 보호받지 못하는 경우가 많았고, 매수인 구제를 위해 행해진 것이 안찰관고시였다. 안찰관고시에 따르면 매도인은 목적물의 성상에 대해 모두 알고 있어야 하고, 존재하는 모든 하자를 매수인에게 고지해야 하며, 매도인은 고지되지 않은 하자에 대하여 계약당시 알지 못하였더라도 책임을 부담하게 되었다. 매수인은 안찰관고시에 따라서 해제소권(actio redhibitoria)과 감액소권(actio quantiminoris)을 부여받아, 해제소권은 하자를 발견한 후 6월 내, 감액소권은 하자를 발견한 후 1년 내에 행사할 수 있었다. 매수인은 안찰관소권의 인정으로 매수인소권과 대금감액소권을 선택해서 행사할 수 있게 되었다.

유스티니아누스시대에 이르러 안찰관소권은 그 적용범위를 확장해 노

519) Zimmermann(1992), p. 307.

예, 농수축산물 매매에서 모든 종류의 매매로 일반화됨으로써, 모든 매매에서 매수인은 해제소권, 감액소권과 매수인소권을 선택할 수 있게 되었다. 나아가 매수인의 안찰관소권은 매수인소권으로 일원화되어, 매수인은 하자에 대해 악의인 매도인에게 행사기간의 제한이 없는 손해배상을 청구하거나 또는 선의인 매도인에게 6월 또는 1년의 기간 안에 해제소권 또는 감액소권을 행사할 수 있게 되었다.

이렇게 안찰관고시에 의해 노예, 농수축산물 매매에 한정하여 인정되던 대금감액권은 일반적인 매매계약의 효력으로서 매수인소권에 통합되어 매도인의 책임으로 일반화되었다.

나. 우리 민법상 하자담보책임의 특이점

우리 민법은 앞서 살펴본 발생연혁상 하자담보책임의 본질적 내용으로 파악할 수 있는 대금감액권을 규정하지 않고 손해배상청구권과 계약해제권만을 하자담보책임의 내용으로 규정하였다(제580조, 제575조 제1항). 로마법의 하자담보책임을 계승한 대륙법계 국가들이 단기 권리행사기간의 제한을 받는 계약해제권, 대금감액권과 함께 단기의 제한을 받는 손해배상청구권을 규정한 것과 달리,[520] 우리 민법 제580조는 제575조 제1항을 준용하면서 계약의 목적달성 여부에 따라 계약해제 또는 손해배상청구만을 할 수 있도록 함으로써 대금감액권의 흠결에 대한 입법적 평가와 해석론을 야기하였다.[521]

민법 제580조는 의용민법 제570조를 계승하여 규정된 것으로 알려져 있는데,[522] 민법수정안이유서에서 본조가 하자담보책임의 내용으로 대금감액권을 흠결하게 된 이유를 파악할 수 있다.[523]

---

520) 남효순(2004), 444면.

521) 주석민법/김대정(2016b), 129면-131면.

522) 의용민법 제570조 매매의 목적물에 은폐된 하자가 있는 경우에는 제566조의 규정을 준용한다. 다만, 강제경매의 경우에는 그러하지 아니하다.

523) 廣中俊雄 編著, 民法修正案(前三篇) 理由書, 有斐閣, 1987, 553頁; 번역은 주석민법/김대정(2016b), 129-131면을 따랐다.

> 기성법전은 프랑스, 이태리, 스페인, 영국 등의 법률 및 벨기에, 독일민법 초안과 같이 하자담보에 관하여 특별한 규정을 두고 있지만, 그 대부분은 너무나 당연한 규정들이며 또한 다른 것은 다소 온당하지 못한 점이 있기 때문에 이를 삭제하였다. 그리고 특히 이와 같은 상세한 규정을 두는 것보다는 오히려 추탈담보의 규정 중에서 하자의 경우에 적합한 것을 준용하는 것이 간편할 것 같다고 믿어 보조와 같이 규정하였다. 그 결과 기성법전은 아래와 같은 변경이 생기게 되었다.

먼저 이유서는 하자담보책임에 대한 상세한 규정을 두지 않고 추탈담보 규정을 준용하는 형식을 취한 이유에 대하여, 여러 국가들의 하자담보책임에 대한 규정이 너무 당연한 규정들이고 다소 온당하지 못하다고 판단되었기 때문이라고 설명한다. 그 밖에 일본민법 기초자는 상세한 규정을 두는 것보다 준용하는 편이 실제로 공평하고 극히 간편하다고 판단한 것으로 보인다.[524]

> (중략) 동 제95조에는 매수인은 편익을 잃은 비율에 따라서 대가의 감소를 청구할 수 있다고 한다. 대단히 형평에 맞는 규정이기는 하나 실제의 적용에 있어서는 극히 곤란함을 생기게 한다. 첫째로, 매수인의 편익을 잃는다는 것은 계약시로부터 잃는 것을 말하는지 아니면 하자가 현출된 때로부터의 것을 가리키는 것인지가 명확하지 않다. 가령 時에 관하여는 의문이 없다고 해도 편익을 잃은 비율에 따라서 대가의 감소를 계산한다는 것은 대단히 곤란하기 때문에, 외국의 제법률도 기성법전과 동일한 주의를 취하고, 또한 대단히 형평에 적합함에도 불구하고 본조에 있어서는 실제의 편의상 제566조(우리 민법 제575조에 해당)의 경우와 동시하여, 매수인에게는 오로지 해제권 및 손해배상권을 부여할 뿐으로 하였다. 그리고 그 결과로서 취득편 제95조는 이를 삭제하였다. (이하 생략)

524) 주석민법/김대정(2016a), 507면.

이에 따르면 우리 민법 제580조가 계승한 의용민법 제570조 입법자는 하자담보책임의 내용으로 대금감액권을 규정하는 것이 대단히 형평에 맞는 것이라고 하면서도, 실제 적용에 있어 두 가지 곤란으로 인해 일본 구민법에서 삭제하였다고 설명한다. 하나는 감액대금 산정시점의 문제로, 매수인이 편익을 잃은 시점을 계약시로 할지 또는 하자현출시로 할지 불명확하다고 한다. 다른 하나는 감액대금 산정방법의 문제로, 편익을 잃은 비율에 따라 감액할 대금을 계산하는 것이 대단히 곤란하기 때문이라고 한다. 그래서 실제의 편의상 계약해제권과 손해배상청구권만을 부여한 것이라고 설명한다.

그런데 특히 본조의 손해배상청구권과 관련해, 이를 이행이익 또는 확대손해에 대한 손해배상청구권이라고 볼 경우 무과실의 하자담보책임으로서 이행이익에 대한 손해배상을 인정하는 것이 되어, 유상계약에 준용되면(민법 제567조) 모든 유상계약상 하자로 인한 손해배상의 경우 과실책임의 원칙이 붕괴되는 결과를 초래한다고 비판하는 견해가 있다.[525] 이는 본조의 손해배상청구권을 법문에도 불구하고 대금감액권으로 해석하기 위한 지적으로 볼 수 있다. 그러나, 우리 민법은 이행이익의 손해배상 이외에 신뢰이익의 손해배상 또한 예정하고 있으며(제535조), 하자담보책임의 본질을 특수한 채무불이행책임으로 보는 경우[526] 무과실의 신뢰이익 손해배상을 인정하는 것도 가능하다고 할 수 있다.[527] 이렇게 볼 때, 채무불이행으로 인한 이행이익의 손해배상(제390조)에 있어서 과실책임주의를 유지하는 것과 모순·저촉된다고 보기도 어렵다고 할 것이다.

다. 검토

하자담보책임의 로마법상 연혁에 비춰볼 때 우리 민법 제정당시 특정

525) 주석민법/김대정(2016b), 131면.
526) 민법주해/남효순(1997), 256면.
527) 하자담보책임에서 손해배상의 범위는 입법정책의 문제로서, 담보책임의 존재목적을 무엇으로 볼지에 따라 달라진다고 보는 견해에 민법주해/남효순(1997), 247-249면.

물매매에서 해제권과 함께 본질적인 구제수단인 대금감액청구권을 규정하지 않은 것은 법정책적 오류로 볼 수 있다.[528] 왜냐하면, 우리 민법상 매도인의 담보책임으로서 대금감액청구권을 규정하고 있는 '수량부족·일부멸실'의 경우 역시 '물건의 하자'를 규율하고 있기 때문이다.[529] 또한 우리 민법 제정당시와는 달리 오늘날 빅데이터, 인공지능, 플랫폼 경제 등을 활용한 가격정보의 공개 및 감정평가 기술의 발전으로 인해 감액대금 산정의 곤란은 더 이상 대금감액권을 부정할 이유가 되지 않게 되었다고 할 수 있다. 거래의 실제에 있어서도 민법규정의 흠결에도 불구하고 당사자들이 약정을 통해 감액청구의 편의성을 활용해 계약내용을 조정함으로써 계약의 목적을 달성하기까지 계약관계를 존속하는 것을 통해서도 드러난다. 예컨대 수급인의 담보책임으로 민법은 대금감액을 규정하고 있지 않지만 공사도급계약에서 흔히 기성고에 따른 보수를 지급하는 것을 통해 확인할 수 있다. 다만 하자담보책임으로서 본질적 효과의 하나인 대금감액권을 민법에서도 인정하려고 할 때 그 법적 근거가 문제되며 이는 대금감액권의 법적 성격을 어떻게 보는지와 연결하여 검토되어야 한다.

3. 추탈담보책임으로서 대금감액권

가. 문제의 소재

하자담보책임의 발생연혁에서 살펴본 것처럼 대금감액권은 매도인의 담보책임 중에서도 특히 물건의 하자를 중심으로 발달해 왔음을 알 수 있다. 그렇다면 반대로 권리의 하자에 대한 대금감액권은 일반적으로 인정될 수 없는 것인가? 우리 민법상 매도인의 담보책임 역시 권리일부가 타인에게 속한 경우(제572조)와 수량부족·일부멸실의 경우(제574조)에만 대금감액권을 인정하고 있어, 규정이 없는 권리추탈의 경우 대금감액

528) 이에 대하여 '입법상의 중대한 실수'라고 지적하는 견해에 주석민법/김대정(2016b), 129-130면.
529) 민법주해/남효순(1997), 400-401면.

권이 인정될 수 있는지 문제된다. 이는 일응 감액대금의 산정을 위하여 뿐만 아니라 우리 민법이 대금감액권을 규정한 권리일부의 타인귀속 내지 수량부족·일부멸실의 사안은 모두 매매목적물의 가분성을 전제로 한다고 볼 수 있어, 대금감액권이 급부의 분할가능성을 전제로 하는가에 대한 문제의식과 궤를 같이 한다고 볼 수 있다.

나. 권리하자에 대한 국제적 규율과 대금감액권

DCFR Ⅲ.-제3:601조는 채무의 내용에 부적합한 이행을 수령한 채권자에게 대금을 감액할 권리를 규정하고 있다.[530] 채무의 내용에 부적합한 이행이란 수량, 품질, 인도 시기 등과 관련해 계약에 부합하지 않는 모든 경우를 포함하는 것으로 해석된다.[531] 따라서 물품에 대하여 지식재산권을 비롯해 제3자의 권리 또는 권리주장이 존재하는 경우 역시 부적합한 이행으로서(Ⅳ.A-제2:305조) 이를 수령한 채권자는 불이행의 구제수단을 정한 일반규정에 따라 대금을 감액할 수 있게 된다(Ⅳ.A-제4:101조).[532]

CISG 제50조도 마찬가지로 물품이 계약에 부적합한 경우 매수인에게 대금을 감액할 권리를 부여하고 있다.[533] 다만, 계약부적합에 대한 DCFR의 해석과 달리 CISG의 경우 대금감액권을 발생시키는 물품의 계약부적합에 권리의 하자도 포함되는지에 대해 견해가 일치하지 않는다. 부정하

530) DCFR Ⅲ. - 3:601: 대가를 감액할 수 있는 권리

(1) 채무의 내용에 합치하지 아니하는 이행을 수령한 채권자는 대가를 감액할 수 있다. 감액은 채무의 내용에 합치하는 이행에 의하여 수령되었어야 할 것의 가치에 대비하여 이행이 이루어진 때 이행에 의하여 수령된 것의 가치의 감소에 비례적이어야 한다.

(2) 전항에 따라 대가를 감액할 수 있고 감액된 대가를 초과하는 금액을 이미 지급한 채권자는 채무자로부터 초과액을 반환받을 수 있다.

(3) 대가를 감액한 채권자는 이에 의하여 회복된 손실에 대한 손해배상을 다시 청구할 수 없으나, 여하한 추가적으로 입은 손실에 대한 손해배상을 청구할 권리가 있다.

531) von Bar/Clive(2009), p. 910.

532) 박영복외(2010), 150-151면.

533) CISG 제50조 물품이 계약에 부적합한 경우에, 대금의 지급 여부에 관계없이 매수인은 현실로 인도된 물품이 인도 시에 가지고 있던 가액이 계약에 적합한 물품이 그때에 가지고 있었을 가액에 대하여 가지는 비율에 따라 대금을 감액할 수 있다. 다만, 매도인이 제37조나 제48조에 따라 의무의 불이행을 치유하거나 매수인이 동 조항에 따라 매도인의 이행 수령을 거절한 경우에는 대금을 감액할 수 없다.

는 견해는, 권리 하자의 경우 매수인은 손해배상을 청구함으로써 충분히 구제받을 수 있고, 매수인의 손해배상청구에 대해 매도인이 면책되는 경우 대금감액권을 인정할 필요가 있지만 권리 하자에서 이와 같은 면책이 인정되기는 어렵다거나[534] 제50조의 규정과정에서 권리하자를 포함하고자 하였으나 받아들여지지 않았다는 논거를 제시한다.[535] 반면 긍정하는 견해는, CISG가 물건의 하자(제35조, 제36조)와 권리의 하자(제41조, 제42조)를 구별하지 않고 동일한 효과를 부여하고 있으며, 권리하자에 대한 매수인의 보호가 물건하자에 비해 불충분해선 안 된다고 하거나[536] 제50조 규정과정에서 권리하자를 포함하지 않은 것은 시간상 제약 때문으로 개별 법원의 판단에 유보하기로 한 것일 뿐이라고 지적한다.[537]

한편 개정 독일민법은 물건의 하자와 권리의 하자에 대한 구별을 원칙적으로 배제하였다.[538] 이는 개정 전 독일민법에서 물건의 하자와 권리의 하자를 구별한다는 것이 실제로 쉽지 않은데도 양자의 효과를 달리 규율함으로써, 당사자 간에 이로 인한 분쟁의 여지를 제공하고 있다는 논란이 있었기 때문이다.

다. 검토

매도인의 하자 있는 급부에도 불구하고 이를 보유하면서 계약을 유지하는 대신 대금의 조정을 원하는 매수인의 필요가 존재하고, 이러한 필요는 급부의 하자가 물건에 있는지 또는 권리에 있는지를 구별하지 않고 발생할 수 있다. 더구나 주관적 등가성의 유지를 핵심으로 하는 매매대금 결정의 기초로서 하자 없는 급부란 물건의 하자뿐만 아니라 권리의

534) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 2; MüKoBGB/Huber, 6. Aufl. 2012, Art. 50 CISG, Rn. 8.
535) Staudinger/Magnus, Neubearb. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 9.
536) Bianca/Bonell, Art. 50 Anm. 3.4, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, 1987; Staudinger/Magnus, Neubearb. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 10.
537) 김진우(2009), 54면.
538) 일정한 권리하자의 경우 권리행사기간을 달리 정한 경우(개정 독일민법 제438조 제1항 제1호)가 있지만, 그 외에는 동일한 효과를 부여하고 있다. 김형배외(2003), 65면.

하자를 막론한다고 보는 것이 당사자의 합리적 의사에 부합한다. 따라서 감액대금 산정의 장애가 없는 한 하자의 태양에 따라 대금감액권의 허여 여부를 달리하는 것보다 인정할 필요가 크다고 할 수 있고, 특히 매도인의 손해배상책임이 면책되는 경우 그러한 필요는 더욱 크다고 할 수 있다. 반면 실제적으로 물건과 권리의 하자를 구별하는 것이 반드시 용이한 것은 아니기 때문에, 독일과 일본민법의 경우 양자의 효과를 거의 동일하게 부여하는 것으로 개정되기에 이른 것이다. 이렇게 권리의 하자 일반에 대해 대금감액권을 인정한다면, 우리 민법상 추탈담보책임으로서 특히 대금감액권을 규정하고 있지 않은 민법 제575조의 해석이 문제된다. 이는 마찬가지로 대금감액권의 법적 성격을 어떻게 파악하는지에 따라 견해를 달리 할 수 있다.

4. 채무불이행책임으로서 대금감액권

가. 문제의 소재

대금감액권은 채무불이행책임의 내용으로서 인정될 수 없는가? 민법상 대금감액권을 한정적으로 규정하면서 유상계약에 준용하고 있는 매도인의 담보책임을 앞서 살펴본 것처럼[539] 원시적 하자에 대한 책임으로 보게 되면, 후발적 하자에 대해서는 채권자의 대금감액권을 인정할 수 없게 된다. 그러나 일반적으로 채무자의 급부를 수령한 이후 하자를 발견하게 되는 채권자에게 하자의 존재시기에 따라 대금감액권의 인정여부를 달리하는 것이 타당한지 의문이 있다. 따라서 대금감액권이 다른 구제수단과 달리 계약관계에서 가지는 고유한 기능에 비추어 하자의 발생시기에 따라 그 인정여부를 달리하는 것이 타당한지 검토하고, 이에 비춰 국제적 규율의 경향은 어떠한지, 거래의 실제에서 대금감액권은 어떻게 활용되는지 살펴본 후에, 우리 민법상 대금감액권의 인정가능성을 검토해 보기로 한다.

---

539) 제2장 제3절 4. 나. (2).

나. 대금감액권의 기능과 하자의 존재시기

대금감액권은 채권자가 채무자의 불완전한 이행을 수령하여 보유하면서 반대급부인 대가를 조정함으로써 계약관계를 실제 유용한 급부의 범위로 변경하여 유지시키고자 할 때 유용한 구제수단이다.[540] 대금감액권을 통해 채권자는 간단히 대가를 조정함으로써 자신의 이익을 보호하게 되며, 채무자로서도 채권자의 계약해제를 피해 비용을 줄이고 조정된 대가에 상응하는 자신의 이익을 유지할 수 있다는 효용이 있다.[541] 그런데, 매도인의 담보책임에서 대금감액을 제한적으로 인정하면서 이를 유상계약에 준용하는 민법의 태도에 따르면 아래와 같은 불합리가 발생하게 된다.

우선 급부의 하자 및 그 존재시기에 대한 증명책임은 채권자에게 있는데,[542] 급부의 하자가 계약체결 당시에 존재하였는지 또는 그 이후에 발생하였는지를 증명하는 것은 어려울 수밖에 없다. 그런데, 다수설에 따르면[543] 매도인의 담보책임은 원시적 하자를 대상으로 하므로 계약체결 후 이행시까지 발생한 하자에 대해서는 채권자가 대금감액을 주장할 수 없게 되어 하자의 존재시기에 따라 대금감액권의 인정여부가 달라지게 된다. 그러나 후발적 하자에 대해서도 동일하게 채권자는 수령한 급부를 보유하면서 대가를 조정할 필요가 있고 채무자도 계약을 해제당하지 않은 채 상응하는 이익을 유지할 필요가 있다. 또한 계약체결이후 급부의 일부가 쌍방의 과실없이 이행불능된 경우에도 명문의 규정은 없지만 실질적으로 대금감액권이 인정될 수 있다. 그 처리에 대해 후발적 일부불능을 하자로 보는 담보책임적용설,[544] 무효로 보는 일부무효적용설,[545]

---

540) Deshayes/Genicon/Laithier(2018), p. 558.
541) Schlechtriem-Schwenzer/Schwenzer, Art. 50 Rn. 1.
542) 민법주해/남효순(1997), 508면.
543) 주석민법/김현채(1999), 152-153면; 김기선(1982), 142면; 김증한(1989), 157면; 김현태(1969), 124면; 이태제(1985), 184면; 민법주해/남효순(1997), 504-505면.
544) 이은영(2005), 180면.
545) 송덕수(2016), 88면.

불능으로 보는 위험부담적용설이[546] 대립하는데, 후발적 불능으로서 계약은 유효하였던 것으로 전부불능과의 형평상 위험부담의 법리에 따라 규율되는 것이 타당하다. 다만 일부불능의 범위에서 계약은 해소되지만 나머지 계약은 유효하므로 대금감액을 통해서 처리된다고 보는 것이 타당하며[547] 판례도 같은 입장으로 볼 수 있다.[548] 이는 대금감액권이 유책성을 요건으로 하지 않고 주관적 등가성을 본질로 하는 데 기인한다. 아울러 앞서 살펴본 바와 같이 종래 대륙법계 국가들이 이원적 계약책임 구성을 갖추게 된 데는 연혁적인 이유가 크다고 할 것인데, 민법상 손해배상청구권을 중심으로 야기된 복잡한 해석론을[549] 피하기 위해서도 하자의 발생시기에 따라 대금감액권의 인정여부를 달리 규율하는 것은 타당하지 않다.

다. 국제적 규율의 경향

(1) 국제거래규범

국제거래규범들은 채무불이행의 효과로서 대금감액권의 인정여부에 대하여 일치하지는 않는데, CISG・PECL・DCFR은 매도인의 불완전이행에 대한 채권자의 일반적인 구제수단으로 대금감액권을 규정한 반면(CISG 제50조, PECL 제9:401조, DCFR Ⅲ.-제3:601조), PICC는 이를 규정하지 않고 있다. PICC의 이러한 규율태도는 영미법의 방식을 따른 것으로 이해되며, 대금지급 후이면 손해배상(제7.4.1조)에 의해 그리고 대금

546) 곽윤직(1998), 117-118면. 다만, 이 견해는 일부불능의 범위에서 채무자는 채무를 면하는 대신 반대급부를 받을 권리도 법률상 당연히 소멸한다고 하면서, 채권자가 부담하는 반대급부가 분할 불가능한 경우에는 일부불능에 대응하는 반대급부를 금전으로 환가해서 부당이득으로 반환청구할 수 있지만, 일부불능으로 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 전부불능으로 다루어야 한다고 한다.

547) Magnan(2017), n° 669, p. 718.

548) 대법원 1979.7.24. 78마248 결정; 대법원 2004. 12. 24. 2003마1665 결정. “소유자 내지 채무자 또는 그 매수인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 말미암아 그 매각목적물의 일부가 멸실되었고, 그 매수인이 나머지 부분이라도 매수할 의사가 있어서 경매법원에 대하여 그 매각대금의 감액신청을 하여 왔을 때에는 경매법원으로서는 민법상의 쌍무계약에 있어서의 위험부담 내지 하자담보책임의 이론을 적용하여 그 감액결정을 허용하는 것이 상당하다.”라고 판시하였다.

549) 주석민법/김대정(2016b), 175-177면 참조.

지급 전이면 상계(제8.1조)에 의해 대금감액의 효과를 얻도록 한 것으로 볼 수 있다.[550]

한편 현대 국제거래규범들은 CISG의 계약위반(breach of contract)이나 PICC・PECL・DCFR의 불이행(non-performance)과 같은 포괄적 개념에 의해 단일한 계약책임체계를 구축함으로써 다양한 계약책임의 규율들을 모순없이 계약책임체계 안에 포섭하고 있다. 그리고 CISG, PECL, DCFR은 대금감액권의 특유한 요건으로 계약부적합(non-conformity with the contract) 또는 불완전이행(non-conforming performance)을 규정하지만, 채무자의 계약부적합 내지 불완전이행이 있게 되면 계약위반 또는 불이행에 통합되어 원시적 하자・후발적 하자를 구별하지 않고 채권자에게 일반적인 구제수단들을 부여하고 있다. 따라서 CISG, PECL, DCFR이 규정하는 대금감액권은 채무자의 계약위반 내지 불이행에 대한 채권자의 일반적인 구제수단의 하나로서, 원칙적으로 위험이전시에 존재하는 계약부적합 내지 불완전이행에 대하여(CISG 제36조 제1항, DCFR Ⅳ.A.-제2:308조 제1항) 채권자에게 인정된다.[551]

(2) 외국의 입법례

개정 독일민법상 대금감액권은 담보책임의 내용으로 제한되어 인정될 뿐이다(제441조).[552] 독일민법은 종래 채무불이행책임과 별도로 담보책

---

550) 하강헌(2016), 40면.

551) 이때, 위험이전 후에 계약부적합이 판명된 경우에도 위험이전 시에 계약부적합이 존재한 경우에는 매도인이 책임을 부담한다고 규정함으로써(CISG 제36조 제1항, DCFR Ⅳ.A.-제2:308조 제1항), 계약부적합의 판명여부와 상관없이 위험이전 시에 계약부적합이 존재하였는가가 기준이 된다(오현석(2011), 309면). PECL의 경우 계약부적합의 개념을 따로 규정하지 않고 불이행에 통합하여 파악하고 있으며(Lando/Beale(2000), p. 361), CISG와 마찬가지로 원시적·후발적 하자를 구별하지 않고 불이행으로 처리하고 있다.

552) 개정 독일민법 제441조(대금감액)

① 매수인은 해제에 갈음하여 매도인에 대한 의사표시로써 매매대금을 감액할 수 있다. 제323조 제5항 제2문의 배제사유는 이에 적용되지 아니한다.

② 매수인 또는 매도인이 수인인 경우에는 감액의 의사표시는 전원에 의하여 전원에 대하여 행하여져야 한다.

③ 감액의 경우에 매매대금은 계약체결시에 하자 없는 상태의 물건의 가치와 실제의 가치 사이

임을 규정하여 이원적 계약책임체계를 구축해 오다가, 개정 민법에서 CISG의 계약책임체계를 원칙적으로 수용해 양 책임을 연계시킴으로써 통일적인 규율의 기틀을 마련하였다.[553] 즉 개정 독일민법은 '의무위반' (Pflichtverletzung)이라는 채무불이행책임의 통합요건을 도입하고(제280조 제1항),[554] 그 하위개념으로 매도인의 담보책임에서 '하자 없는 물건과 권리를 급부할 의무'를 규정하는(제433조 제1항)[555] 구조를 채택하였다. 또한 매도인의 하자 있는 급부에 대한 매수인의 구제수단으로 채무불이행책임의 계약해제권(제323조)과 손해배상청구권(제280조)에 의해 규율되도록 하였다(제437조). 그러나 대금감액권(제441조)은 추완청구권(제439조)과 함께 담보책임에 한정된 매수인의 구제수단으로 규정되었다. 그 밖에도 도급계약의 보수감액권(제638조), 여행계약의 대금감액권(제651조의d) 역시 담보책임에 한정된 내용으로 규정되었다.

개정 일본민법도 대금감액청구권을 매도인의 담보책임으로 도입하였을 뿐이다(제563조).[556] 일본민법은 종래 로마법을 계승한 대륙법계 국가들

에 성립하는 비율에 따라 감축된다. 감액은 필요한 한에서 사정에 의하여 정하여진다.

④ 매수인이 감액된 매매대금보다 많은 금액을 지급하였을 경우에는 매도인은 초과액을 반환하여야 한다. 제346조 제1항 및 제347조 제1항은 이에 준용된다.

553) 김형배외(2003), 65면.

554) 개정 독일민법 제280조 제1항은, "채무자가 채권관계로부터 발생한 의무를 위반한 때에는 채권자는 그로 인해 발생한 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 채무자가 그 의무위반에 대하여 책임 없는 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정한다.

555) 개정 독일민법 제433조 제1항은, "매매계약에 기하여 물건의 매도인은 매수인에게 물건을 인도하고, 그 물건에 대한 소유권을 이전할 의무를 진다. 매도인은 매수인에게 물적하자 및 권리하자 없는 물건을 공여하여야 한다"고 규정한다.

556) 개정 일본민법 제563조(매수인의 대금감액청구권)

① 전조 제1항 본문에 규정하는 경우에서 매수인이 상당한 기간을 정하여 이행의 추완의 최고를 하고, 그 기간 내에 이행의 추완이 없은 때에는, 매수인은 그 부적합의 정도에 따라 대금의 감액을 청구할 수 있다.

② 전항의 규정에 관계없이 다음의 경우에는 매수인은 동항의 최고를 하지 않고 바로 대금의 감액을 청구할 수 있다.

1. 이행의 추완이 불능인 때
2. 매도인이 이행의 추완을 거절하는 의사를 명확하게 표시한 때
3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의해 특정의 일시 또는 일정한 기간 내에 이행을 하지 않으면 계약을 한 목적을 달성할 수 없는 경우에, 매도인이 이행을 하지 않고 그 시기를 경과한 때
4. 전3호의 경우 외에, 매수인이 전항의 최고를 하여도 이행의 추완을 받을 가능성이 명백히

과 마찬가지로 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 계약책임체계를 채택하면서도, 대륙법계 국가들의 일반적인 규율과 달리 하자담보책임의 내용으로 대금감액청구권을 규정하지 않았을 뿐만 아니라 종류물매매의 하자담보책임을 규정하지 않고 있었다. 이로 인해 특정물매매의 하자담보책임에 대한 본질론이 담보책임 일반의 본질론으로 다루어지고, 종류물매매에서도 하자담보책임을 인정할 수 있는지 견해가 대립했다.[557] 담보책임의 본질을 법정책임으로 보던 지배적 견해에 대해서는 그 근거인 특정물 도그마에 대한 비판이 제기되었고, 채무불이행의 폐쇄적 3유형론에 대해서는 독일민법에 적합한 해석이라는 반론이 1970년대부터 비등하였는데,[558] 개정 일본민법은 이런 논의를 수용하여 담보책임의 본질을 채무불이행책임으로 파악하고 채무불이행 유형의 일원론을 채용하였다. 이에 따라 매도인의 담보책임에서 '하자' 개념을 '계약부적합'으로 대체하고(제562조), 채무불이행책임상의 손해배상청구권(제415조)과 계약해제권(제541조・제542조)을 연계함으로써 계약책임체계를 실질적으로 통합하였다(제564조). 특정물・종류물을 구별하지 않고 물건의 계약부적합으로 규율하면서 대금감액청구권(제563조)을 추완청구권과 함께 순수한 담보책임으로 신설하고, 물건의 계약부적합에 대한 담보책임을 권리의 계약부적합에 일괄 준용함으로써 통일적인 규율을 도모하였다(제565조). 제559조에 따라 매매에 관한 규정은 다른 유상계약에 준용되므로,[559] 대금감액청구권도 추완청구권과 함께 도급계약을 비롯한 다른 유상계약의 채권자에게도 인정된다.

개정 프랑스민법은 CISG의 영향을 받아 대금감액권을 불완전이행의 일반적 효과로서 신설하였다(제1223조).[560] 프랑스민법 역시 종래 채무불이

없을 때

③ 제1항의 부적합이 매수인의 책임으로 돌릴 사유[귀책사유]에 의한 것인 때에는, 매수인은 전2항의 규정에 의한 대금의 감액을 청구할 수 없다.

557) 민법주해/남효순(1997), 210면 이하.

558) 潮見佳男(2013), 135-138면.

559) 이에 따라 개정 전 일본민법 제634조의 수급인의 담보책임은 불필요한 규정이라는 지적에 의해 개정 일본민법에서 삭제되었다.

행책임과 담보책임을 구별해서 규정했지만, 다른 대륙법계 국가와 규율의 많은 차이를 보였다. 채무불이행책임의 요건으로 '불이행'(l'inexécution)이라는 객관적 요소 이외에 '계약상 과책'(faute contractuelle)을 드는 것이 일반적이었지만, 과책을 '계약상 의무불이행' 그 자체로 이해하였다. 따라서 채무불이행책임 발생의 공통요건은 단지 불이행이며, 행위채무(l'obligations de moyens)와 같이 채무의 성질에 따라 개별적으로 문제되는 경우에만 과책의 의미를 달리 해석하였다.[561] 또한 매도인의 과책여부를 불문하고 인정되는 담보책임은 계약해제권, 대금반환청구권, 손해배상청구권을 내용으로 하는 추탈담보책임(제1626조~제1640조)과[562] 계약해제권, 대금감액권, 손해배상청구권을 내용으로 하는 하자담보책임(제1641조~제1649조)으로 구성되었다.[563] 이러한 담보책임의 규율은 개정에도 불구하고 유지되고 있는데, 매도인의 담보책임을 비롯한 개별 계약규정들과 책임법에 대한 개정작업이 진행 중이기 때문이다. 한편 계약불이행(l'inexécution du contrat)에 관한 규정은 프랑스 민법이 가장 대폭적인 개정을 이룬 부분으로, 계약불이행의 효과를 한 조문에 모아 권리목록을 규정하였다(제1217조). 이어서 불가항력에 의한 계약불이행(제1218조)과 그렇지 않은 계약불이행(제1219조~1231-7조)을 구분하여 구체적인 권리규정들을 두었는데, 불가항력에 의하지 않은 계약불이행의 효과로서 동시이행의 항변권을 신설하고(제1219조), 현실이행의 강제를 계약불이행에 따른 원칙적인 제재로서 규정하였으며(제1221조~제1222조), 대금감액을 불완전이행에 대한 일반적인 효과로 규정하고(제1223조), 종래 인정되었던 재판상 해제 이외에 일방적 의사에 의한 해제도 인정하였다(제1224조).

독일, 일본, 프랑스의 최근 민법 개정으로부터 계약책임으로서 대금감

560) Jurisclasseur/Licari(2018), n° 1. 개정 프랑스민법은 CISG로부터 촉발된 계약불이행에 따른 구제수단의 다양화 경향에 따라 대금감액권을 신설하였으며, 이를 통해 프랑스민법상의 일부 불명료성을 걷어내고 흠결을 보충하게 되었다고 한다.

561) 민법주해/양창수(1997), 195-198면; 법무부(2012), 52-54면.

562) 남효순(1993a), 186-195면.

563) 남효순(1993b), 282-290면,

액권의 규율과 관련해 몇 가지 경향성을 도출할 수 있다. 특히 독일과 일본의 민법 개정에서 전통적인 채무불이행책임과 담보책임의 형식적인 구조는 그대로 유지하였지만 국제거래규범의 영향을 받아 책임체계를 통일적으로 규율하면서 담보책임에 고유한 구제수단으로는 추완청구권과 대금감액권만을 규정하였다. 둘째로 권리의 하자와 물건의 하자, 특정물과 종류물의 구별을 폐지함으로써 대금감액권을 추완청구권과 함께 하자 및 목적물의 종류에 상관없이 매수인의 권리로 인정하였다. 프랑스민법은 행위채무의 문제되는 경우를 제외하고 채무자의 불이행만으로 일정한 책임을 인정할 뿐 아니라 담보책임에서 특별한 규정을 둔 경우 이외에는 채무불이행책임으로서 손해배상청구권과 계약해제권에 대한 일반적인 규율을 따르게 됨으로써,[564] 양 책임을 통합적으로 규율하고 있다. 특히 대금감액권은 권리일부의 추탈(제1637조)과[565] 물건의 하자에 공통된 매수인의 구제수단으로 인정되고 있으며(제1644조), 특정물과 종류물을 구별하지 않고 있다. 특히 개정 프랑스민법전은 대금감액권을 계약불이행책임의 일반적인 구제수단으로 규정함으로써 원시적 하자와 후발적 하자에 따른 구별없이 그 인정범위를 국제거래규범의 정도로 확대하였다. 이렇게 보면, 계약책임의 범주에서 국제거래규범과 국내법을 가장 적극적으로 조화시키고 있는 것은 과책이 의제되는 계약불이행책임과 과책을 묻지 않는 담보책임의 통합적인 운용을 유지하면서도 양 책임의 내용으로서 권리목록을 일치시켜가고 있는 것이 프랑스민법전이라고 할 수 있고, 그 다음으로 채무불이행책임으로서 손해배상청구권에서 유책성을 배제할 근거를 마련하는 한편 손해배상청구권과 계약해제권을 담보책임과 연동하도록 개정한 일본민법, 그리고 의무위반이라는 통합요건에 의해 양 책임을 통합하고 역시 채무불이행책임으로 손해배상청구권과 계약해제권을 담보책임에서 준용하도록 하였지만 여전히 손해배상청구권에서 유책성을 명시적으로 요구하고 있는 독일민법으로 평가할 수 있다.

564) 민법주해/남효순(1997), 201-205면.
565) 법무부(2012), 317-318면.

라. 우리 민법상 채무불이행책임으로서 대금감액권의 인정가능성

대금감액권이 채무불이행책임의 내용으로서 원시적 하자·후발적 하자를 불문하고 당사자들 사이에서 가지는 고유한 효용이 인정되고, 이에 따라 국제적 규율도 대금감액권의 인정범위를 점차 확대해가는 경향에 있는 것과 달리 우리 민법상 대금감액권은 개별 계약에서 매우 제한적으로만 규정되어 있다. 하지만 우리 민법의 규율에 따르더라도 해석에 의해 대금감액권을 채무불이행책임으로서 인정하는 것도 가능하다. (1) 우선 채무불이행책임을 발생시키는 우리 민법 제390조의 채무불이행은 하자를 포함하는 넓은 것으로서 하자의 존재시기에 대해서 역시 어떠한 제한도 두고 있지 않다. (2) 반면 유상계약에 준용되는 매도인의 담보책임은 하자의 존재시기와 관련해 위험이전시설과 계약체결시설의 다툼이 있고 우리 법문에 비추어 계약체결시에 존재하는 원시적 하자를 규율대상으로 삼는다고 보는 것이 타당하다.[566] 그렇더라도 우리 민법이 원시적 하자에 대해서만 담보책임을 인정하고 있는 것은 아니다. 수급인의 담보책임(제667조)과 여행주최자의 담보책임(제674조의6)은 일의 완성시 또는 인도시에 존재하는 하자를 대상으로 하고 있어 원시적 하자·후발적 하자인지와 실질적으로 상관없이 인정된다.[567] (3) 뿐만 아니라 우리 민법은 담보책임이 아닌 경우에도 후발적 하자에 대해 감액청구권을 인정하는 명문의 규정을 두고 있다. 즉 임대차계약상 임차인은 임차물의 일부를 멸실 기타 사유로 사용, 수익할 수 없는 때에 그 부분의 비율로

566) 민법주해/남효순(1997), 501-505면.

567) 다만, 우리 민법은 도급계약에서 외국의 입법례(독일민법 제634조 제1항)와 달리 담보책임의 내용으로 하자보수청구권, 손해배상청구권, 계약해제권 외에 대금감액에 해당하는 보수감액권을 규정하고 있지 않다(제667조, 제668조). 그러나, 학설은 이때 하자보수에 갈음하는 손해배상청구의 실질을 감액청구라고 하거나(민법주해/김용담(1997), 459-460면) 본래 이행청구권의 금전적 변형이라고 본다(주석민법/이준형(2016), 325면). 생각건대 도급인이 하자보수가 가능함에도 이를 청구하지 않고 하자 있는 목적물을 보유한 채로 가치의 감소분에 해당하는 대금을 청구하는 것이어서 손해배상이 아니라 감액청구라고 보는 것이 타당하고, 후자의 견해 역시 일부 이행청구권을 포기함으로써 발생한 가치감소분을 금전으로 청구하는 것을 설명한 것일 뿐 본질적으로 같은 견해로 이해된다.

차임의 감액을 청구할 수 있도록 정하고 있다(제627조 제1항). (4) 이렇게 우리 민법의 규율태도에 의하더라도 대금감액권을 원시적 하자에 대한 담보책임의 한 내용으로서만 국한하고 있는 것은 아니며, 계약관계의 합리적인 조정과 변경이 필요한 경우에 인정될 수 있는 근거를 곳곳에 예정하고 있다고 할 수 있다. 아울러 담보책임의 법적 성격에 대해 법정책임으로 보는 견해가 있으나 하자 없는 급부의무의 위반을 내용으로 하는 채무불이행책임으로 파악하는 것이 타당하고, 이에 따르면 우리 민법은 담보책임의 내용으로서 대금감액권을 원시적 하자는 물론 후발적 하자에 대해서도 인정하고 있어 이를 유추하여 채무불이행책임의 내용으로서도 인정할 수 있다.

5. 소결

대금감액권은 로마법을 계수한 대륙법계 국가에서 하자담보책임을 통해 발전해 왔으며 해제소권과 함께 그 본질적 내용을 구성하였다. 그럼에도 불구하고 우리 민법이 거의 동일하게 그 내용을 계승하고 있는 의용민법에서 감액대금 산정의 곤란을 주된 이유로 대금감액권을 인정하지 않은 것은 대금감액권을 규정하는 제574조가 실질적으로 하자담보책임이라는 점, 도급계약 등 거래의 실제에서 보편적으로 활용되는 점을 볼 때 법률의 흠결이라고 볼 수 있다. 다른 한편 하자 있는 급부를 수령한 채권자가 계약관계를 해소함이 없이 급부를 유지한 채 대금감액의 간이한 방법을 활용하려는 필요가 있을 수 있고, 이때 이러한 필요는 급부의 하자가 물건에 있는지 권리에 있는지를 구별하지 않는다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 나아가 연혁상의 이유로 이원적 계약책임체계를 취하면서 담보책임의 본질적인 내용으로 대금감액권을 규정한 것임에 반해 우리 통설에 따르면 원시적 하자에 대해서만 담보책임의 내용으로서 대금감액을 주장할 수 있게 된다. 하지만 대금의 조정을 통해 급부를 유지하고자 하는 필요는 하자의 존재시기를 불문하고 존재하기 마련이어서

원시적 하자인지 후발적 하자인지에 따라 대금감액권의 인정여부를 달리 하는 것은 타당하지 않다.

제3절 대금감액권의 법적 성격과 인정근거

1. 개설

우리 민법상 법률의 흠결에도 불구하고 대금감액권을 계약책임의 내용으로서 일반적으로 인정하는 것이 타당하고 이론상 가능하다고 하더라도 그 실정법상 근거를 어디에서 찾을지 문제된다. 이는 특히 대금감액권의 법적 성격을 어떻게 파악하는지에 따라 그 견해를 달리하게 되므로 대금감액권이 가진 고유한 특성과 비교하여 종래 주장들을 비판적으로 검토하는 것이 선행되어야 한다. 아울러 「대금의 감액을 청구할 수 있다」는 법문의 표현에 비추어 대금감액권의 속성을 어떻게 파악할지도 대금감액권의 행사효과와 연결지어 살펴보아야 한다.

2. 대금감액권의 독자적 고유권성

가. 문제의 소재

대금감액권의 법적 성격에 대해 종래 학설은 손해배상청구권과 유사한 것으로 접근하거나 일부해제권, 부당이득반환청구권 또는 상계권과 동일하게 보는 견해들이 있다. 그런데, 이러한 분석은 대금감액권에 대한 입법상의 흠결을 해석에 의해 극복하려는 목적론적인 시도이거나, 대금감액권의 행사 또는 효과의 일면만을 포착한 것으로서, 대금감액권이 계약관계에서 갖는 고유한 성격을 정확히 설명하는데 충분한 것인지 의문이 있다. 여기서 각 권리들과의 이동을 비교검토함으로써 대금감액권의 법적 성격을 규명할 수 있을 것이다.

나. 손해배상청구권과의 이동

종래 우리 민법상 하자담보책임의 내용으로 규정된 손해배상청구권을 대금감액권으로 파악하는 해석은 하담보책임의 본질적 내용을 이루는 대금감액권을 우리 민법에서 흠결하고 있다는 문제의식에서 출발하고 있다. 그러한 근거로 우리 민법 제580조가 그 규율을 따르고 있는 일본 민법 제570조의 '민법안수정이유서'에서 입법자들이 감액청구의 타당성에도 불구하고 하자의 발생시점을 특정하기 어려울 뿐만 아니라 감액의 비율을 계산하는 것이 어려워 손해배상청구권만을 인정하였다거나,[568] 상사매매에 대한 상법 제69조 제1항이 대금감액청구권을 명시한 것에 비추어 우리 민법이 대금감액권을 흠결한 것이라고 지적한다.[569] 그리고 이러한 하자담보책임으로서 손해배상의 범위를 매매계약의 유효를 믿었을 때 매수인의 가정적 재산상태와 하자 있는 현재 재산상태의 차액인 신뢰이익 배상으로 보게 되면, 민법 제580조 및 제575조 제1항의 손해배상청구권은 대금감액권의 감액대금 산정방식과 실질적으로 같아지게 된다.[570] 그러나 대금감액권의 특성에 비추어 손해배상청구권과 아래의 점에서 구별된다.

(1) 기능의 구별

먼저 손해배상청구권과 대금감액권은 기능에서 구별된다. 담보책임으로서 손해배상청구권은 하자 있는 급부에 의한 채무불이행이 없었다면 존재하였을 가정적인 '재산상태의 회복'을 목적으로 하는 데 반해, 대금감액권은 계약체결 당시 매도인이 목적물의 성상에 관하여 매수인에게 설명을 하였다면 결정하였을 '주관적 등가성의 회복'을 목적으로 한다.[571] 채권관계가 유지되는 한 계약당사자는 계약의 목적을 달성하기

568) 廣中俊雄 編著, 民法修正案(前三篇) 理由書, 有斐閣, 1987, 553頁; 주석민법/김대정(2016b), 129-131면; 양창수(2007), 271면.
569) 김대정(1993), 267면.
570) 황원재(2017), 86면.
571) 황원재(2017), 87면.

위해 의무를 다하기로 약정한 것이므로, 설사 의무 이행 중에 장애가 발생하더라도 계약의 목적 달성을 위한 장애의 제거를 우선적으로 고려하게 된다. 그리고 나서 상호간 급부의 등가성 유지를 위한 대금감액 또는 이행불능시에 금전으로 환가된 손해배상을 활용하게 되는데, 이때도 상호간의 급부에 대한 당사자들의 주관적 판단기준이 아니라 외부의 가치기준에 의한 평가방식은 계약의 목적달성이 불능인 경우에 예외적으로 동원되어야 한다. 따라서 계약체결시 당사자들이 합의한 주관적 등가관계를 고려하여 대금을 감액하여야 하고, 손해배상은 그러한 거래에서 통상적으로 입게 된 손해를 고려하게 된다. 설사 신뢰이익의 손해배상을 청구하는 경우에도 그러한 배상은 무익하게 지출된 비용에 대한 배상이 되는 것으로 보아야 하고 계약관계 당사자들 간의 주관적 등가성을 기준으로 삼는 것은 아니라고 할 수 있다.[572]

(2) 산정방식의 구별

목적물에 대한 매수인의 주관적 가치평가와 시장에 존재하는 목적물의 객관적 가치평가가 일치하는 경우 일응 손해배상청구가 주관적 등가성을 회복하는 것으로 보일 수 있지만, 언제나 같은 결론에 도달하는 것은 아니라고 할 수 있다.

예컨대 매수인이 시장에서 통상 1,500만 원에 거래되는 중고자동차를 가격협상을 통해 매도인에게 1,000만 원에 매수하였으나 수령 후 즉시 발견한 하자로 인해 평균 거래가치가 300만 원 감소하였다면, 매수인이 매도인에게 담보책임에 따른 손해배상으로 300만 원에 대한 하자손해의 배상을 청구하거나 300만 원 상당의 하자보수비용을 청구할 수 있다. 한편 매수인은 매매대금에 대한 가치감소액의 비율로 감액하여 800만 원을 지급할 수 있다. 따라서 이 경우 매수인은 300만 원의 손해배상을 청구하는 것이 200만 원의 대금을 감액하는 것보다 유리하다고 볼 수 있다. 반면, 매수인이 시장에서 통상 1,000만 원에 거래되는 중고자동차를

572) 황원재(2017), 87-88면.

잘못된 시장조사 등의 사유로 1,200만 원에 구입하였고 수령 후 즉시 발견한 하자로 인해 평균 거래가치가 200만 원 감소하였다면, 매수인은 200만 원의 하자손해에 대한 배상을 청구하거나 200만 원 상당의 하자보수비용을 청구할 수 있다. 한편 매수인은 매매대금에 대한 가치감소액의 비율로 감액하여 960만 원을 지급할 수 있다. 따라서 이 경우 매수인은 240만 원의 대금을 감액하는 것이 200만 원의 손해배상을 청구하는 것보다 유리하게 된다.

시장의 매매가격은 목적물의 평균적이고 객관적인 가치에 따라 형성된다. 그러나 목적물의 객관적 가치와 실제 매매가격을 불일치하게 하는 시장요소가 존재할 수 있을 뿐만 아니라 시장에서 매매가격은 종종 개별적·주관적인 가치평가, 시장조사의 오류, 가격교섭의 결과 등 다양한 비합리적 요소들과 결합되어 결정된다. 그 밖에도 전매차익에 대한 기대처럼 금전적 가치 반영이 어려운 요소도 포함될 수 있다. 이렇게 감액대금을 산정할 때에는 손해배상과 달리 이성적 요소는 물론 비이성적 요소가 혼재되어 작용하지만, 손해배상은 신뢰이익·이행이익을 불문하고 평균적이고 합리적인 인간을 가정하기 때문에 주관적 등가성 판단에 고려되는 모든 요소가 작용할 수 없다. 따라서 담보책임의 손해배상액 산정과 대금감액권의 감액대금 산정의 기준을 동일시 하는 것은 타당하지 않다.

(3) 산정시기의 구별

하자 있는 급부에 대한 손해배상을 신뢰이익에 대한 손해배상으로 파악하는 경우 계약의 유효를 믿었으므로 입게 된 손해이므로 계약체결 시기에 지출한 비용 즉, 지출시기의 가액으로 손해배상액이 산정된다.[573] 다만, 이행이익에 대한 손해배상설을 따르는 경우 채무불이행책임의 손

573) 손해배상을 신뢰이익 배상으로 볼 경우 손해배상의 산정시기가 특별히 문제되지 않는다 지적에 민법주해/남효순(1997), 351-352면. 그러나 신뢰이익은 계약체결에 즈음하여 지출한 비용이 배상되어야 하는 것이므로, 실제로 계약체결 시기에 지출된 가액으로 산정될 것이다.

해배상 산정시기와 동일하게 처리되어 이행불능 당시의 목적물 시가를 기준으로 산정하게 되며, 판례도 하자담보책임으로서 이행이익의 손해배상을 인정한 바 있다.[574]

우리 민법상 감액대금의 산정시기에 대하여는 견해의 대립이 있는데, 대금감액권을 규정하고 있는 민법 제572조, 제574조의 법문에 비춰 감액청구 당시로 보거나[575] 계약체결시로 보거나[576] 또는 인도시로 보는 견해가 있다.[577] 반면 개정 독일채권법은 계약체결시를 감액대금 산정시로 명시하였으며(제441조 제3항), 개정 일본채권법(제563조)과[578] 개정 프랑스채권법은[579] 감액대금 산정시기에 대한 명시적인 언급을 두지 않아 학설의 대립이 있다. 이와 달리 CISG, PECL, DCFR은 인도시 또는 이행시를 감액대금 산정기준으로 규정하고 있다(CISG 제50조, PECL 제9:401조, DCFR Ⅲ.-제3:601조). 생각건대 대금감액은 수령 후 발견된 하자에 대해 계약을 등가액의 범위에서 조정하는 것이므로, 현실적인 급부가치의 평가를 기초로 산정할 수 있는 인도시 또는 이행시가 타당할 것이다.

이렇게 하자 있는 급부에 대한 손해배상을 신뢰이익에 대한 손해배상으로 보는 경우 통상 계약체결 시기에 지출한 가액을 기준으로 삼게 되는 데 반하여, 감액대금의 산정을 이행시라고 볼 경우 평가시기의 차이가 존재하게 된다. 따라서 설사 매매대금이 목적물의 평균적·객관적 가치와 완전히 동일하다 하더라도 산정시점의 차이로 인해 손해배상청구권과 대금감액권은 다른 평가를 할 수도 있다.

(4) 손해배상책임의 면책과 대금감액권 인정의 실익

대륙법계 국가들의 경우 대금감액권을 대부분 민법에 수용하고 있는

574) 대법원 1989. 1. 14. 선고 89다카15298 판결; 대법원 1993. 11. 23. 선고 92다38980 판결.
575) 민법주해/남효순(1997), 381면; 주석민법/김현채(1999), 102면.
576) 황원재(2017), 90-91면.
577) 주석민법/김대정(2016b), 186-187면; 김화(2018), 228-229면.
578) 潮見佳男(2017a), 262-263頁; 潮見佳男(2017c), 97頁.
579) JurisClasseur/Licari(2018), n° 24.

반면, 영미법계 국가들의 경우 일반적으로 대금감액을 인정하지 않고 있다. 그러나 영미법계 국가들은 손해배상의 요건으로 채무자의 과실을 요구하지 않기 때문에 채무자에게 과실이 없더라도 계약위반의 객관적 사실에 의해 채권자는 손해배상을 청구함으로써 하자 있는 물건 인도에 의한 가치 감소분을 손해배상으로 청구할 수 있어, 현실의 처리에서 유의미한 차이를 만들지는 않았다. 그런데, CISG, PECL, DCFR은 영미법과 마찬가지로 손해배상청구를 위해서 채무자의 계약위반 또는 불이행 이외에 고의·과실을 요구하지 않으면서도 채권자의 구제수단으로서 대금감액권을 권리목록에 규정하고 있다.

그 이유는, CISG, PECL, DCFR에서 채무자의 계약위반 또는 불이행에 의한 손해배상책임의 경우 무과실책임으로 구성되어 있으면서, 계약위반 또는 불이행이 불가항력 등 장애로 인한 경우 예외적으로 면책을 인정하고 있는 반면(CISG 제79조, PECL 제8:108조, DCFR Ⅲ-제3:104조), 대금감액의 경우 이렇게 채무자가 면책되는 경우에도 채권자가 행사할 수 있다는 데서 찾을 수 있다. 이는 대금감액권의 인정근거가 하자 있는 급부에도 불구하고 유상계약에서 급부와 반대급부 사이의 등가관계를 유지·조정함으로써 계약당사자들의 의사에 의한 계약관계의 유지를 보장하는 데 있기 때문이다. 이렇게 대금감액의 경우 손해배상과 달리 급부 상호 간의 등가관계에 대한 당사자의 합의가 대금감액의 의사표시 이후에도 유지·존속된다는 데 인정의 실익을 발견할 수 있다. 이것은 채무자가 하자 있는 목적물을 인도한 경우 손해배상은 발생한 손해의 전보를 목적으로 하는 반면, 대금감액은 하자로 인한 가치감소액의 비율로 대금을 조정함으로써 일정한 성상을 갖춘 목적물을 보유한 채로 당사자의 의사를 유지할 수 있도록 하기 때문이다.

. 일부해제권과의 이동

대금감액권은 급부의 비율적인 조정을 가능하게 하는 점에서 일부해제권과 유사한 성격의 구제수단으로 이해된다.[580] 그래서 채무자의 일부

계약부적합한 급부에 대하여 채권자는 계약의 일부해제를 주장함으로써 예정된 대금의 비율적인 감액의 효과를 얻게 되고, 그 일부 급부의 범위에서 계약은 변경된다고 볼 수도 있다.[581] 이러한 계약의 일부해제와 관련해 CISG는 매도인이 물품의 일부만을 인도하거나 인도된 물품의 일부만 계약에 적합한 경우 그 일부에 대해서만 매수인은 계약위반에 따른 구제수단을 행사할 수 있다고 하면서, 계약의 일부해제에 대해 따로 언급하고 있다(제51조 제1항). 그리고 계약에 부적합한 일부이행이 본질적 계약위반을 이루는 경우에 한하여 계약 전체를 해제할 수 있다고 규정하였다(제51조 제2항). PECL 제9:302조, DCFR Ⅲ.-제3:506조 (2)도 해제의 범위에 대하여 CISG와 유사하게 규율하고 있으며,[582] 계약상 급부가 분할가능한 경우 해제사유가 있는 그 일부만을 해제할 수 있도록 하고 있다.

그러나 일부해제권은 급부의 분할가능성을 요하기 때문에[583] 대금감액권과 그 발생요건에서 구별된다. 그리고 이러한 급부의 분할가능성은 물리적, 경제적으로 독립된 구성부분들로 이루어져 있을 뿐만 아니라 당사자의 의사 및 거래관념에 비추어 기능적으로 분리될 수 있어야 한다. 이와 달리 대금감액권은 반드시 분할가능한 급부를 전제로 하지 않으며 급부에 질적 하자가 존재하기 때문에 이를 분할하는 것이 불가능한 때에도 인정될 수 있다. 따라서 급부가 분할 불가능하기 때문에 계약의 일부해제가 인정될 수 없는 질적 하자의 경우 계약의 내용에 부합하는 일부 급부에 만족하여 계약을 유지하고자 하는 채권자에게 대금감액권은 간이하면서도 유용한 구제수단이 된다.[584] 이러한 차이를 고려하여, 채무자에 의한 계약부적합한 급부가 분할불가능하거나 계약부적합한 급부

580) JurisClasseur/Licari(2018), n° 5.

581) Magnan(2017), no 683, p. 734. 이러한 이해에 따르면 계약의 일부해제는 실질적으로 대금감액과 같은 효과를 발생시키기 때문에 해제의 규율로 충분하고 대금감액권을 별도로 인정할 필요를 부인할 수도 있다.

582) 안태용(2012), 105면.

583) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art 51, para 2; Lando/Beale(2000), p. 411; von Bar/Clive(2009), DCFR Ⅲ.-3:506, Comments, p. 875.

584) JurisClasseur/Licari(2018), n° 5.

일부가 급부 전체와 연관되어 있는 경우 계약부적합한 급부를 분리하여 계약을 일부해제하는 것은 불가능하더라도 그 상응하는 가치를 산정하여 대금감액을 활용할 수 있다. 이것은 반대급부인 금전의 속성상 급부와 달리 언제나 분할가능할 뿐만 아니라 가치산정의 기준이 될 수 있기 때문이다.[585]

다. 부당이득반환청구권과의 이동

여행계약상 담보책임의 내용으로 규정된 대금감액권에 대하여, 여행주최자가 여행대금전부를 미리 받은 경우에는 감액 부분만큼 여행자에게 반환해야 한다(제674조의6 제1항). 그런데, 이때 해제의 효과에 대한 제548조 제2항이 유추적용된다고 하면서, 받은 날부터 이자를 지급해야 한다고 하는 견해가 있다.[586] 이 견해는 해제에 있어서 원상회복의무는 부당이득반환의무의 성격을 갖는 것으로 제548조 제2항은 부당이득의 반환범위에 관한 제748조의 특칙이라고 보는 통설에 따라, 대금감액권의 본질을 부당이득반환청구권으로 파악한 것으로 볼 수 있다. 그리고 독일의 경우에도 이러한 여행대금의 반환청구를 부당이득이라고 보는 견해가 있다.[587] 그러나, 이를 부당이득반환의무로 파악하면 채무자뿐만 아니라 채권자도 반환의무가 발생하는데, 이는 채권자가 하자 있는 물건을 그대로 보유하기로 하면서 등가액의 범위에서 채무자의 반환의무를 발생시키는 대금감액권과는 완전히 일치한다고 보기 어렵다. 또한 부당이득반환의무는 해제권 행사에 따른 효과인 반면, 대금감액권 행사의 효과로서 일부해제와 같이 처리되는 것은 구별되어야 하며, 우리 판례도 같

585) 김화(2018), 215-216면.

586) 송덕수(2016), 348-349면; 김석현(2017), 63-64면.

587) Bartl, Reiserecht, Bonn, 1981, Rz. 80; Eisner aaO. S.33; Tempel. Materielles Recht im Zivilprozeß, München, 1983, S.267; Wedepohl, Das reisevertragliche Gewährleistungsrecht, Marburg, 1982, S.71; Löwe in MünchKomm, 2.Aufl, Rz. 18; Palandt Thomas, 42. Aufl(1983). Anm. 3.al. 한편 반환채무관계라고 보는 견해로는, Larenz, Zur Typologie des Reisevertrags VersR. 1980, 692. SchuldR. Ⅱ, München. 1981. §53 V bS.313; Teichmann, JZ 1979, 183, 47; Heinz, aaO. S.76; Esser-Weyers, SchuldR. BT 6.Aufl. §34 b Ⅲ 4 cl; 강신웅(1997), 409-410면 재인용.

은 취지에서 판시한 바 있다.[588]

라. 상계권과의 이동

채권자가 하자에 상당하는 가액에 대해 채무자에게 지급할 대금을 대등액에서 소멸시킨다는 점에서 대금감액권이 상계권의 본질을 갖는다고 설명할 수도 있다. 예컨대 국제거래규범 가운데 대금감액권을 규정하고 있지 않은 PICC의 경우 상계조항(제8.1조 제1항)을 통해서 대금감액과 유사한 목적을 달성하고 있다.[589] 그런데 이 견해는 채권자가 채무자에 대해 가지는 채권이 손해배상청구권이라는 전제에서 그 변제의 효과를 상계라는 방법에 의해 달성하는 것이므로, 대금감액권의 본질을 손해배상청구권으로 파악하는 견해와 다르지 않다고 해야 한다. 다시 말해 대금을 지급하기 전이면 손해배상청구권을 자동채권으로 상계에 의해, 대금을 지급한 후이면 손해배상청구에 의해 대금감액권의 행사와 유사한 목적을 달성한다는 것으로서 대금감액권이 가지는 '효과'의 일면만을 포착하여 설명한 것에 지나지 않는다. 그러나 대금감액권의 발생과 행사를 손해배상청구권과 상계권 또는 손해배상청구권으로 설명하는 것은 '유사한 결론에 도달'하는 것일 뿐 개별 권리들과의 차이점으로 인해 대금감액권의 본질을 설명하는 데는 한계가 있다.[590]

마. 검토

대금감액권은 손해배상청구권과 기능, 산정방식, 산정시기, 면책가능

588) 법원은 매매목적물의 수량이 부족하게 된 사유가 계약체결 전에 있지 않고 아파트 대지중 일부를 분양계약의 체결후 서울시에 기부채납하였기 때문이라면 피고에게 민법 제574조에서 정하는 담보책임은 인정되지 않는다고 보았다. 이와 함께 법원은 공유대지의 감소부분을 피고가 원고에게 이행할 수 없기 때문에 해제의 의사표시를 담고 있는 원고의 청구취지확장 및 청구원인 보정신청서가 피고에게 송달됨으로써 감소부분에 대한 계약은 적법하게 해제된 것으로 보았다. 즉 피고는 민법 제574조의 감액청구에 의해서가 아니라, 계약의 일부 해제에 의하여 감소부분에 대한 대금을 원고에게 반환할 원상회복의무를 부담하였다. 대법원 1996.12.10. 선고 94다56098 판결.

589) 하강헌(2016), 40면.

590) 주석민법/이준형(2016), 304면.

성의 차이가 있다. 또한 대금감액권의 본질을 일부해제권, 부당이득반환청구권 또는 상계권으로 보는 것은 대금감액권이 갖는 효과의 일면만을 파악한 것으로서, 계약관계의 사후적 조정을 통해 주관적 등가성을 유지하고 계약의 존속을 보장하는 대금감액권의 고유한 기능을 포괄적으로 설명하지 못하고 있다. 생각건대 대금감액권은 유상계약의 주관적 등가성을 기초로 하는 '계약관계의 사후적 조정권'으로서 '채무불이행의 효과'라고 파악하는 것이 타당하다.

3. 대금감액권의 법적 성격

가. 문제의 소재

우리 민법은 대금감액권을 규정할 때에 감액을 '청구'할 수 있다고 일관되게 규정하고 있어(제572조, 제627조 제1항, 제674조의6 제1항), 일응 대금감액권의 성질을 '청구권'으로 파악하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 우선 불완전이행을 수령한 채권자로서는 그 상태를 용인할지의 여부를 일방적으로 결정할 수 있는 지위에 있는 것이어서 이를 형성권으로 볼 수도 있다. 또한 대금감액권을 행사하는 상황은 대금을 아직 지급하지 않은 경우와 이미 지급한 경우로 나누어 볼 수 있는데, 대금감액권의 성격이 양자에 모두 동일한 것인지도 의문이다. 이에 대해 국내의 논의는 문언에도 불구하고 별다른 설명없이 형성권으로 보는데 일치하고 있는 것으로 보인다.[591] 참조가 될 만한 수준에서 외국입법례의 논의를 검토해 보고 우리 민법에 타당한 해석론을 제시해 본다.

나. 비교법적 고찰

대금감액권을 규정하고 있지 않은 PICC를 제외한 국제거래규범들은 채권자가 "감액할 수 있다"(may reduce the price)라고 규정함으로써

591) 곽윤직(1998), 236면; 민법주해/남효순(1997), 381면; 주석민법/김대정(2016b), 85-86면; 송덕수(2016), 188면; 지원림(2019), 1434면.

형성권으로 해석하는데 일치하고 있다. 또한 개정 독일민법 역시 “매매대금을 감액할 권리”라고 하여 형성권으로 보고 있다. 다만 개정 프랑스채권법에서는 그 입법경과에서 주목할 부분이 있는데, 2018년 10월 보충법률에 의하여 수정되기 전인 2016년 10월 개정 시행된 제1223조에 의하면,[592] 채권자가 일방적으로 대금감액을 할 수 있는 것인지 아니면 채무자에게 대금감액을 청구할 수 있는 것일 뿐인지가 명백하지 않았다. 즉, 채권자가 이미 대금을 지급한 경우에는 대금감액을 “요구할 수 있다(pouvoir solliciter)”고 규정한 반면(제1223조 제1항), 채권자가 대금을 지급하지 않은 경우에는 대금을 감액하는 “결정을 통지(notifier sa décision)”한다고 규정함으로써(제1223조 제2항) 다른 해석이 가능하였다. 먼저는 제1223조가 대금감액권의 서로 다른 양상을 인정한 것이라고 보아 제1항은 청구권으로서의 대금감액권을 규정하였고, 제2항은 형성권으로서의 대금감액권을 규정한 것으로 해석하는 견해이다. 채권자가 아직 변제를 하지 않은 때에 “대금감액의 결정을 통지한다”는 명문의 근거를 통해서만 형성권을 인정한 것이고(제1223조 제2항), 변제를 한 때에는 단지 채권자가 채무자에게 대금의 감액을 요구할 수 있을 뿐이라는 것이다(제1223조 제1항). 왜냐하면 계약은 당사자들의 합의에 의하여서만 사후적으로 변경될 수 있도록 정하고 있는데(제1193조), 제1223조는 이러한 규정에 따른 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 다음으로, 제1223조 제1항과 제2항은 모두 형성권으로서의 대금감액권을 인정한 것이라는 견해이다.[593] 이후 개정 프랑스채권법은 2018년 10월 시행된 보충법률에 의해 일부 조항들을 수정하였는데, 이에 따르면 제1223조를 개정하여 대금을 감액한다는 “결정을 통지”(notifier sa décision)할 수 있다고 함으로써 대금감액권을 채권자의 일방적인 의사표시에 의한 형성권으로 수정하였다.[594] 그러나 우리 민법의 문언상으로는 여전히 오해의 여지가

592) Article 1223 Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.
S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

593) Mercadal(2016), n° 713, p. 205.

있을 뿐 아니라 대금지급의 전후를 구분하여 그 법적 성격을 규명하려는 시도는 우리에게도 유의미한 시사점을 준다고 하겠다.

다. 검토

생각건대 우리 민법상 대금의 감액을 '청구' 할 수 있다는 문언과 함께 채권자가 대금을 지급한 후에 대금감액권을 행사하더라도 채무자의 승낙이 없으면 사실상 계약내용의 사후적 변경은 불가한 점에서 오해의 여지가 없지 않으나, 대금감액권은 형성권이라고 보는 것이 타당하다. 대금감액권은 불완전이행을 수령한 채권자가 그 상태를 수락할지의 여부를 우선적으로 결정할 수 있는 지위에 있기 때문에 부여된 것이고, 이러한 대금감액권은 채무자의 거절과 상관없이 보호받을 필요가 있다. 대금이 지급되기 전과 달리 대금지급 후에 대금감액권의 행사에 대해 채무자의 승낙이 필요한 것과 같은 외관이 있는 것은 형성권의 효과가 갖는 일종의 착시현상이며 대금감액권의 성격이 바뀌는 것은 아니다. 즉 대금지급 전에는 대금감액권의 행사로서 하자 있는 급부와의 대등액을 소멸시키는 형성효가 직접적으로 발현되는 반면, 대금지급 후에는 채무자에게 대등액에 대한 반환의무를 부담시키는 효과를 발생시키는 것이다.

4. 대금감액권의 일반적 인정근거

가. 개설

우리 민법상 대금감액권을 그 발생연원인 로마법의 연혁과 입법경과에 비추어 법률의 흠결로 보아 해석상 담보책임의 고유한 내용으로서 인

---

594) Article 1223 En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.
Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix.

정할 수 있고, 그 규율의 변화와 고유한 기능에 비추어 채무불이행책임의 내용으로서도 인정하는 것이 필요한데, 그 근거를 어디에서 찾을 것인지 검토할 필요가 있다. 특히 문제되는 것은 법률의 흠결에도 불구하고 대금감액권을 인정하기 위한 실정법상 근거를 어디에서 도출할지이고, 이는 대금감액권의 법적 성격에 대한 논의와 연결하여 검토되어야 한다.

나. 대금감액권의 발생연혁과 인정범위의 확대

앞서 살펴본 바와 같이[595] 대금감액권은 해제권과 함께 로마법상 안찰관소권으로부터 유래하는 하자담보책임의 본질적 내용을 구성하였다. 그리고 유스티니아누스 시대에 안찰관고시에 의한 하자담보책임이 모든 매매에 일반화되면서, 초기 시민법상 하자담보책임으로서 손해배상청구권과 함께 매수인소권으로 일원화되었던 것이 대륙법계 국가들에 그대로 계승되었다. 그런데 일본 민법은 전통적인 하자담보책임을 수용하면서도 감액대금 산정의 곤란을 이유로 대금감액권을 인정하지 않고 매도인의 악의를 요하지 않는 손해배상청구권을 규정하여 일반적인 대륙법계 민법의 하자담보책임을 수정하였는데, 우리 민법은 이러한 입법태도를 받아들인 것이다. 하지만 이것은 '법률의 흠결'로 볼 수 있는데,[596] 우리 민법은 그 실질이 물건의 하자로 파악되는 '수량부족·일부멸실'에 대한 매도인의 담보책임으로 대금감액권을 이미 규정하고 있고,[597] 감액대금 산정의 곤란은 인터넷을 통한 가격정보의 공개 및 감정평가 기술의 발달로 더 이상 장애가 되지 않으며, 공사도급계약상 기성고에 따른 보수지급과 같이 거래실제에서 감액청구의 편의성이 널리 활용되고 있기 때문이다.[598] 나아가 최근 신설된 여행계약은 하는 급부를 목적으로 하는 계약으로서 여행주최자의 담보책임으로 대금감액권을 규

595) 제4장 제2절 2. 가.
596) 최봉경(2003), 29-30면.
597) 민법주해/남효순(1997), 400-401면.
598) 민법주해/김용담(1997), 459-460면; 김화(2018), 229-230면.

정하고 있어(제674조의6), 하자의 존재시기[599] 또는 급부의 성격을 불문하고 대금감액권이 인정될 수 있음을 보여주고 있다.

다. 계약유지원칙의 소극적 구현

오늘날 계약책임은 대륙법계와 영미법계가 상호수렴하는 과정에서 계약유지의 원칙 내지 계약준수의 원칙을 공유하는 방향으로 변화되어 가고 있으며,[600] 이러한 타협의 산물로서 국제거래규범들 역시 이행청구권의 인정을 통해서 계약유지의 원칙을 반영하고 있다.[601] 계약책임에 있어서 계약유지의 원칙은 채권자의 구제수단을 통해 구현되고 있는데, 불완전이행의 경우 추완청구권이 계약관계를 적극적으로 실현시킴으로써 유지하는 구제수단이라면, 대금감액권은 소극적으로 존속시킴으로써 유지하는 구제수단이라고 볼 수 있다. 또한 계약유지의 원칙은 구제수단 사이의 우열관계에서도 작용하는데, 국제거래규범에서 계약해제권의 행사는 본질적 불이행의 경우로 제한되거나[602] 이행지체로 인한 계약해제의 경우 이행을 위한 유예기간을 우선하도록 한 것을 통해서도 확인된다.[603] 이러한 계약유지의 원칙은 우리 민법에서 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권(제389조)을 통해서 직접적으로 구현되어 있을 뿐만 아니라[604] 담보책임으로서 계약의 목적달성이 불능일 경우에만 계약해제권을 인정함으로써 매수인이 하자 있는 급부를 보유하는 경우 대금감액권을 규정하여 반영되어 있다(제572조, 제574조). 이처럼 우리 민법상 계약책임 전반에 내재되어 있는 계약유지의 원칙 역시 계약해제에 우선하여 계약의 존속을 보장하는 대금감액권을 일반적으로 도출하는 근거가 될

599) 여행주최자의 담보책임에 대한 규정은 하자의 존재시기에 대하여 언급하고 있지 않은데, 이에 대하여 실행된 여행에 하자가 있는 때로서 하자의 존재시기를 정할 이유가 없다고 하는 견해가 있다. 김상용·박수곤(2016), 1710면.

600) 최봉경(2020), 94-95면.

601) CISG 제46조, PICC 제7.2.2조, PECL 제9:102조. DCFR III.-제3:302조.

602) CISG 제49조, PICC 제7.3.1조, PECL 제9:301조, DCFR III.-제3:502조.

603) CISG 제47조· 제49조, PICC 제7.1.5조·제7.3.1조, PECL 제8:106조·제9:301조, DCFR III.-제3:503조.

604) 김재형(2016), 114면.

수 있다.

라. 당사자의 의사와 유상계약의 주관적 등가성

채무자의 불완전한 이행에도 불구하고 계약의 목적달성이 가능한 경우, 채권자가 유용한 급부의 범위로 계약 내용을 조정하기 위한 방법으로 대금감액을 활용하고자 한다면, 그것은 자신의 반대급부를 감축하면 되는 '간이성' 때문이다.[605] 그리고 대금감액권이 계약관계를 유지하는 보다 가벼운 구제수단으로서 일반적으로 인정될 수 있는 것은 감축의 대상인 대금 결정의 기초가 유상계약상 당사자 사이의 주관적 등가성에 있기 때문이다. 따라서 급부가 하자를 포함하고 있더라도 상호 주관적으로 동등한 가치의 급부를 교환한다는 유상계약상 당사자의 본래적 의사가 비율적 조정방식을 통해서 계속 유지되는 것이다. 이러한 주관적 등가성은 유상계약에서 대가관계있는 급부의 성립・이행・존속상 견련성으로부터 유래한다고 볼 수 있기 때문에, 대금감액권은 하자의 존재시기를 불문하고 유상계약에 고유한 구제수단으로 인정될 수 있다.

마. 법경제학적 효율

대금감액권을 활용해 채무자의 불완전이행으로 인해 깨어진 유상계약상 대가관계의 균형을 회복하여 계약관계를 유지하는 것은 계약관계를 해소하는 것에 비해 당사자들에게 효율적이다. 예컨대 매수인으로서는 일정한 성상을 갖춘 목적물을 보유하면서 하자로 인한 가치감소의 비율로 대금을 감액함으로써, 계약을 해제할 경우 부담하였을 새로운 계약체결에 필요한 시장조사비용, 교섭비용의 발생을 회피하게 된다. 매도인으로서도 하자 있는 목적물에 상응하는 대금감액을 감수함으로써, 계약이 해제될 경우 부담하였을 목적물 회수비용, 가치감소비용, 새로운 계약체결을 위한 교섭비용의 발생을 피하게 되기 때문이다. 대금감액권 역

605) Chénedé(2016), n° 28.133, p. 191.

시 오늘날 보편화된 소비자거래에서 특히 서비스계약을 중심으로 품질보증 약정에 포함되어 활용되고 있다.[606]

바. 비교법적 경향

CISG, PECL, DCFR 등 국제거래규범들은 물론[607] 독일, 일본, 프랑스의 개정채권법은 대금감액권을 명문으로 규정하고 있다.[608] 뿐만 아니라 단일한 계약책임체계에 따라 대금감액권을 계약위반 내지 불이행의 일반적인 구제수단으로 정하고 있는 국제거래규범의 영향으로, 독일과 일본의 개정채권법은 권리 하자·물건 하자, 특정물·불특정물의 구별을 원칙적으로 폐기하고 담보책임의 내용으로 대금감액권을 통합하여 규정하였으며, 프랑스 개정채권법은 원시적 하자·후발적 하자와 상관없이 계약불이행의 일반적 구제수단으로 대금감액권을 규정하였다. 이로써 대금감액권의 인정범위는 구제수단의 다양화와 더불어 개별 계약의 담보책임에 제한된 구제수단에서 계약책임의 일반적인 내용으로 점차 확장되는 경향성을 보이고 있다.[609]

사. 민법상 근거

(1) '전체유추'에 의한 도출

우리 민법 제580조가 계승하고 있는 일본민법 제570조 입법자는 대금감액권을 "대단히 형평에 맞는" 구제수단이라고 하면서도 산정방법의 곤란을 이유로 매수인의 구제수단으로 부여하지 않았다.[610] 하지만 대금감액권은 유상계약의 등가관계를 유지하기 위하여 공평의 원칙상

606) 대부분의 사업자들이 약관의 형태로 품질보증조항을 두는 기준으로서, 소비자분쟁해결기준(공정거래위원회고시 제2020-16호, 2020. 11. 13. 발령·시행) 별표 '품목별해결기준' 참조.
607) CISG 제50조, PECL 제9:401조, DCFR Ⅲ.-제3:601조.
608) 개정 독일민법 제441조, 개정 일본민법 제563조, 개정 프랑스채권법 제1223조.
609) 김범철(2007), 63면.
610) 廣中俊雄 編著, 民法修正案(前三篇) 理由書, 有斐閣, 1987, 553頁; 주석민법/김대정(2016b), 129-131면.

형성된 하자담보책임의 본질적 내용으로서, 이러한 담보책임의 입법목적에 비추어 보면 대금감액권을 규정하지 않은 민법 제580조, 제575조는 법률의 흠결이 있다고 볼 수 있다.[611] 그리고 이러한 법률의 흠결은 이른바 '전체유추'에 의해 補塡될 수 있다.[612]

(가) 우선 우리 민법이 매도인의 담보책임 가운데 대금감액청구권을 규정한 '수량부족·일부멸실의 경우'(제574조) 그 실질은 '물건의 하자'로서 제580조와 같은 성격의 하자담보책임으로 보아야 하고,[613] (나) 대금감액청구권을 규정한 '권리일부가 타인에게 속한 경우'(제572조) 역시 추탈담보책임으로서 '제한물권있는 경우'(제575조)와 같이 약정한 권리의 일부가 제한되는 이익상황을 규율하고 있다. (다) 나아가 민법은 여행주최자의 담보책임으로 대금감액청구권을 규정하였는데(제674조의6), 여행계약은 하는 급부를 목적으로 하면서 하자의 존재시기를 묻지 않고[614] 여행주최자에게 담보책임을 부담시키고 있다. (라) 또한 담보책임 이외에 후발적 급부장애에 대하여도, 임차인은 임차물의 일부를 멸실 기타 사유로 사용, 수익할 수 없는 때에 그 부분의 비율로 차임의 감액을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제627조 제1항). (마) 한편 민법은 쌍무계약상 당사자 일방의 급부가 쌍방에게 책임없는 사유로 이행불능된 경우 채무자는 대가를 청구하지 못하도록 하는 위험부담을 규정하였는데(제537조), 채권자가 이미 대가를 지급한 경우라면 그에 대한 반환청구권을 전제로 한다. 마찬가지로 급부의 일부가 쌍방에게 책임없는 사유로 이행불능된 경우에도 전부불능과의 형평상 위험부담의 법리에 따라 규율되는 것이 타당한데,[615] 일부불능의 범위에서 채무자

611) 이러한 법률의 흠결은 법문이 너무 좁게 표현되어 (유사한 이익상황인) 문제사안을 포섭하지 못하는 경우로서 '개방적 흠'이라고 볼 수 있다. 최봉경(2003), 37-38면.

612) 최봉경(2003), 43-44면.

613) 민법주해/남효순(1997), 400-401면.

614) 김상용·박수곤(2016), 1710면.

615) 학설은 위험부담의 법리를 유추적용하는 견해(곽윤직(1998), 117-118면 등), 담보책임의 법리를 유추적용하는 견해(이은영(2005), 180면), 일부무효의 법리를 유추적용하는 견해(송덕수(2016), 88면)로 나뉜다. 판례도 위험부담이론을 적용하여 처리하고 있다(대법원 2004. 12. 24. 2003마1665 결정 등).

는 급부의무를 면하고 채권자는 대금감액을 통해서 처리하게 된다.[616] (바) 또한 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 이행이나 이행의 제공을 할 때까지 자신의 채무이행을 거절할 수 있는 동시이행의 항변권을 규정하였는데(제536조), 상대방이 불완전한 이행의 제공을 한 경우[617] 특히 상대방의 채무가 가분급부라면 불완전한 이행 또는 일부이행을 수령하고 불완전이행에 상응하는 자신의 반대급부 이행을 거절할 수 있다.[618] 이러한 반대급부 이행의 거절은 상대방의 이행을 확보하기 위한 담보적 기능을 갖는 것이므로, 상대방의 불완전이행에 대한 추완거절 또는 불능이 확정될 경우 반대급부의 감축권, 금전인 경우 대금감액권을 전제로 한다고 볼 수 있다. 이것은 동시이행의 항변권과 대금감액권이 유상·쌍무계약상 대가관계있는 급부의 견련성을 공동의 기초로 하기 때문이다.

(2) 실정법상 근거

(가) 문제의 소재

이처럼 전체유추에 의해 대금감액권에 대한 우리 민법의 흠결을 보전할 수 있더라도 특히 유상계약에 준용되는 매도인의 담보책임에서 명시적인 규정을 두고 있지 않은 추탈담보책임 가운데 제한물권의 목적이 된 경우(제575조)와 하자담보책임의 경우(제580조, 제581조) 실정법상 어떤 규정을 근거로 이를 인정할 것인지 견해가 일치하지 않고 있다. 이것은 불완전이행의 경우에 채무불이행책임의 내용으로서 대금감액권을 인정하는 경우에도 실정법상의 근거를 어디에서 구할 것인지와 함께 살펴보아야 한다.

---

616) 이은영(2005), 180면. 이 견해는 이러한 대금감액권을 채무자위험부담원칙에 따른 '대금감액의 당연효'라고 설명한다.

617) 상대방이 불완전한 이행의 제공을 한 경우 원칙적으로 채무내용에 좇은 이행이 아니기 때문에 일방은 그 수령을 거절하고 자신의 반대급부 이행 전부를 거절할 수 있다.

618) 지원림(2019), 1319면.

(나) 견해의 대립

1) 먼저 권리추탈담보책임으로서 제한물권의 목적이 된 경우(제575조)에 대해, 동조가 대금감액청구권을 규정하지 않은 것은 감액산정이 곤란하기 때문이므로 그러한 산정이 가능한 경우에는 대금감액청구권을 인정할 수 있다고 하면서 동조가 손해배상청구권을 규정한 것은 사실상 대금감액청구권을 인정한 것과 같다는 견해가 있다.[619] 또한 동조가 대금감액청구권을 규정하지 않은 것은 일종의 '입법상 오류'라고 보아 동조의 손해배상청구권은 매도인의 유책여부에 관계없이 인정되는 대금감액청구권을 의미하는 것이라고 해석하는 견해가 있다.[620]

2) 하자담보책임으로서 특정물과 종류물에 하자가 있는 경우(제580조, 제581조)에 대해, 동조들이 대금감액청구권을 규정하지 않은 것은 무과실의 대금반환(해제)과 대금감액을 연혁상·비교법상 본질적 내용으로 하는 하자담보책임에 대한 몰이해에서 비롯된 것으로 '입법상 중대한 실수'라고 보아 동조의 손해배상청구권을 대금감액권으로 해석하는 견해가 있다.[621] 또한 특정물매매에 대한 담보책임의 경우 하자의 제거가 불가능하거나 제거가 가능하더라도 매도인이 그 제거를 거절하는 때에 하자로 인한 가치감소 부분은 담보책임에 고유한 대금감액청구로 해결하는 것이 가장 합리적이라고 하면서 제574조를 유추적용할 수 있다는 견해가 있다.[622]

3) 한편, 아직까지 불완전이행에 대한 채무불이행책임으로서 대금감액권의 실정법상 도출근거를 논하는 견해는 없는 것으로 보인다.

(다) 검토

하자 있는 이행의 경우에 우리 민법상 대금감액권을 흠결하고 있는

619) 김주수(1997), 193면.
620) 주석민법/김대정(2016b), 106-107면. 이 견해에 따르면, 이행이익의 배상을 내용으로 하는 일반적 의미의 손해배상은 채무불이행책임으로서 귀책사유를 요건으로 하는 손해배상청구권을 규정한 제390조가 근거가 된다고 한다.
621) 김대정(1990), 298-299면.
622) 안춘수(1995), 435면.

담보책임(제575조 및 제580조, 제581조)의 내용으로서 이를 인정하고자 할 때, 손해배상청구권으로부터 그 민법상 근거를 찾는 견해들은 앞서 살펴본 것처럼 대금감액권이 손해배상청구권과 반환범위, 산정시점, 계약상 기능에서 구별되기 때문에 이들을 동일시하는 데는 무리가 있다. 한편 하자담보책임의 경우에 수량부족·일부멸실에 대한 매도인의 담보책임(제574조)을 유추적용할 수 있다는 견해는 동조가 권리의 하자에 대한 담보책임으로 규정되어 있지만 그 실질은 물건의 하자에 대한 담보책임으로서[623] 일응 타당하다. 그러나 개정 전 독일민법에서의 논의와 같이 물건의 하자와 권리의 하자를 구별한다는 것이 쉽지 않은 반면,[624] 대금감액의 기능이 계약체결 당시 대금결정의 기초가 된 목적물의 성상에 하자가 있음에도 매수인이 이를 보유하면서 대가를 조정함으로써 계약관계를 변경하는 것이라는 점에서 동일한데 그러한 하자를 물건과 권리에 따라 그리고 원시적인지 후발적인지에 따라 다르게 구성할 필요는 없어 보인다. 생각건대, 대금감액권은 유상계약에 있어 불완전이행이든 담보책임이든 그 법적효과로서 인정될 수 있는 것으로서 하자의 태양 또는 하자의 존재시기에 따라 그 인정여부를 달리 취급할 이유가 없다. 왜냐하면 대금감액권은 유상계약 또는 법정채권으로부터 인정되는 이행청구권의 또 다른 효력으로서 대(大)는 소(小)를 포함한다는 원칙에도 부합하기 때문이다. 또한 계약의 규범력 내지 법정채권의 구속력으로부터 이행이익이 존속하는 한 이행청구권의 보조적 구제수단으로서 인정될 수 있다. 동시에 대금감액권도 필수적으로 선행하는 불완전이행이 있고 이를 수령한 채권자에게 부여되는 '채무불이행의 효과'로서의 성격을 본질로 한다. 다만, 대금감액권은 유상계약의 불완전이행에 특유한 효과로서의 성격을 가지면서 형성권으로서 대금감액의 의사표시가 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 이행지체의 계약해제권을 규정한 제544조를 실정법상 일반적 근거로 인정될 수 있

623) 민법주해/남효순(1997), 400-401면.
624) 김화(2018), 219면.

을 것이다.

5. 소결

대금감액권의 법적 성격과 관련해, (1) 종래 담보책임으로서 신뢰이익의 배상을 내용으로 하는 손해배상과 유사하게 보는 견해가 있다. 그러나 먼저 양자는 기능을 달리하는데, 대금감액권은 계약관계의 주관적 등가성의 유지를 목적으로 함에 반하여, 손해배상청구권은 하자 있는 이행으로 야기된 의무위반이 발생하지 않았다면 존재했을 가정적 재산상태의 회복을 목적으로 하기 때문이다. 또한 반환 및 배상범위를 달리하는데, 대금감액의 기초가 되는 매매가의 결정을 위해서 주관적 가치평가에 이성적 요소는 물론 비이성적 요소도 작용하지만, 손해배상은 시장에 존재하는 목적물의 객관적 가치를 기초로 목적물의 하자로 인해 발생한 모든 불이익을 반영하기 때문이다. 그리고 손해와 감액대금의 산정시기와 방법이 다른데, 대금감액을 청구한 경우 계약체결시 또는 이행기에 하자 없는 목적물의 가정적 가치와 하자 있는 목적물의 가치 사이의 비율을 기준으로 감액할 대금을 산정함에 반하여, 손해배상의 경우 채무불이행책임설을 따르는 한 이행기 또는 채무이행이 불능하게 된 때에 시장가격을 기준으로 손해액을 산정하기 때문이다. 한편 계약책임은 불법행위책임과 달리 채무자의 행위에 대한 비난가능성이 아니라 채무이행을 보증한 약속을 책임발생의 근거로 한다고 보면, 손해배상청구권과 대금감액권 모두 유책성을 요하지 않게 된다. 그러나, 불가항력과 같은 면책사유가 있는 경우에 손해배상은 면책될 수 있더라도 주관적 등가성의 유지를 근거로 하는 대금감액은 여전히 가능하다는 점에서 차이가 있다. (2) 또한 대금감액권을 일부해제권과 동일시하는 견해가 있다. 하지만 일부해제권은 거래관념상 분할가능성을 전제하는 것으로 계약체결시 당사자들의 의사를 기초로 판단하여 계약일부의 소급적 소멸에 중점이 있는 반면, 대금감액권은 분할가능한 경우는 물론 질적 하자로 인해 분할로써 해결할 수 없

는 때 하자 있는 이행이라는 새로운 사실을 기초로 가정적 의사를 탐구하여 계약내용을 조정하는데 의의가 있다는 점에서 다르다. (3) 대금을 이미 지급한 경우 대금감액권의 본질을 부당이득반환청구권으로 보는 견해는, 부당이득반환의무는 해제권 행사의 효과인 반면 대금감액권 행사의 효과로 일부해제와 같이 처리되는 것은 구별되어야 하는 점을 간과했다. (4) 대금감액권이 상계권의 본질을 갖는다는 견해도, 채권자의 권리가 손해배상청구권이라는 전제에서 대금지급 전이면 이를 자동채권으로 상계에 의해 변제의 효과를 얻는다는 것이어서 대금감액권이 갖는 '효과'의 일면만을 설명한 것에 지나지 않는다. 따라서 대금감액권은 유상계약의 주관적 등가성을 기초로 하는 '계약관계의 사후적 조정권'으로서 '채무불이행의 효과'라고 파악하는 것이 타당하다. 더불어 우리 민법상 대금의 감액을 '청구'할 수 있다는 문언과 함께 대금지급 후 채권자가 대금감액권을 행사하더라도 채무자의 승낙이 없으면 사실상 계약내용의 사후적 변경은 불가한 점에서 오해의 여지가 없지 않으나, 대금감액권은 불완전이행을 수령한 채권자가 그 상태를 수락할지 결정할 수 있는 지위에 기인한 것이어서 채무자의 거절과 상관없이 보호받을 필요가 있기 때문에 형성권으로 보아야 한다.

대금감액권의 일반적 인정근거와 관련해, (1) 일본민법과 우리 민법이 대금감액권을 하자담보책임의 내용으로 흠결하게 된 이유였던 감액대금 산정의 곤란은 오늘날 인터넷을 통한 가격정보의 공개, 감정평가 기술의 발달로 더 이상 장애가 되지 않으며, 거래실제에서도 대금감액의 편익이 널리 활용되고 있다. (2) 오늘날 계약책임은 추완청구권을 통해 계약관계를 적극적으로 실현시키는 한편, 대금감액권을 통해 소극적으로 존속시킴으로써 계약유지의 원칙에 부합하도록 수렴하고 있다. (3) 이러한 대금감액권은 주관적으로 동등한 가치의 급부를 교환한다는 유상계약상 당사자의 본래적 의사를 근거로 비율적 조정방식을 통해 계약관계를 유지하게 된다. (4) 이렇게 계약관계를 유지하는 것은 계약을 해소하는 것에 비해 당사자들에게 효율적이며, 오늘날 특히 서비스계약을 중심으로 한 소

비자거래에서 품질보증약정에 포함되어 활용되고 있다. (5) 오늘날 국제적 규율은 구제수단의 다양화와 더불어 대금감액권을 개별 계약의 담보책임에 제한된 구제수단에서 계약책임의 일반적인 내용으로 점차 확장시켜 인정하는 경향성을 보이고 있다. (6) 특히 민법상 근거와 관련해, 대금감액권은 우리 민법에 내재한 여러 규정들로부터 전체유추에 의해 도출될 수 있고, 그 복합적이고 고유한 법적 성격 및 형성권으로서의 속성을 고려할 때 입법에 의해 해결하는 것이 가장 바람직하다. 다만, 대금감액권은 유상계약의 불완전이행에 특유한 효과로서의 성격을 가지면서 형성권으로서 대금감액의 의사표시가 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 이행지체의 계약해제권을 규정한 제544조를 실정법상 일반적 근거로 인정될 수 있다.

제4절 대금감액권의 발생요건

1. 문제의 소재

우리 민법상 대금감액권을 명시하지 않은 매도인의 담보책임으로서 뿐만 아니라 채무불이행책임의 내용으로서 인정하기 위해서 그 발생요건에 대한 재검토가 필요하다고 하겠다. 아래에서는 우리 민법의 대금감액권에 대한 규율을 기초로 그 해석에 유의미한 범위에서 국제거래규범 및 독일, 일본, 프랑스의 개정 채권법상 대금감액권의 규율들을 비교검토하고, 우리 민법에 타당한 해석론을 제시하기로 한다.

2. 유상계약상 채무자의 불완전이행

대금감액권은 급부와 반대급부 사이의 주관적 등가성을 기초로 인정되는 것이기 때문에 유상계약상 불완전이행의 고유한 효과로서 인정된다. 따라서 불완전이행책임의 일반적 발생요건으로서 ‘불완전이행 내지 하

자 있는 이행’을 요하며, 앞서 제2장 제3절에서 이에 대하여 살펴보았다. 아래에서는 이를 바탕으로 대금감액권의 특성 및 대금감액권에 대한 우리 민법의 규율에 비추어 문제되는 경우로서, (1) 물건의 하자 가운데 질적 하자와 이종물의 인도, (2) 권리의 하자, (3) 하는 채무와 후발적 하자를 중심으로 간략히 검토한다.

가. 질적 하자와 이종물의 인도

대금감액권은 분할가능한 급부의 하자에 대해서만 인정되는지 문제된다. 이는 대금감액권이 일부해제의 성격을 갖고 있을 뿐만 아니라 채무자에 의해 이행된 급부의 하자에 따라 반대급부인 대금을 사후적으로 감액하기 위해서 가분성을 갖춘 급부의 불완전성을 요하는 것은 아닌가 하는 의문이다.[625] 더욱이 우리 민법이 매매계약에서 대금감액권을 규정하고 있는 권리 일부가 타인에게 속한 경우(제572조 제1항), 수량을 지정한 매매에서 목적물의 수량이 부족한 경우 및 목적물의 일부가 멸실된 경우(제574조)는 급부의 가분성을 전제로 하는 양적 하자로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 대금감액권은 로마법상 매매목적물의 성상에 관한 질적 하자를 주된 문제로 다루었으며, 이러한 하자에 대한 위험의 분배를 목적으로 하였던 것이다. 이러한 로마법을 계수하고 있는 대륙법계 국가뿐만 아니라 오늘날 대금감액권을 규정하고 있는 국제거래규범들은 품질의 상이를 하자로 인정하는데 일치하고 있다. 나아가 우리 민법도 여행계약에서 여행주최자의 담보책임의 내용으로 대금감액권(제674조의6 제1항)을 규정하였는데, 여행 급부에 관한 질적 하자를 포함하고 있다. 따라서 대금감액권은 급부의 가분성이 존재하는 양적 하자는 물론 그렇지 않은 질적 하자에 대하여도 인정된다.[626]

---

625) 이러한 가분성을 기준으로 분할가능한 경우를 일부이행, 불가능한 경우를 불완전이행으로 구별하는 견해가 있다. 이에 따르면 일부이행의 경우에 대금감액권이 인정되는 반면 불완전이행의 경우 손해배상청구권에 의해 처리된다고 한다. 판례는 불완전이행을 질적일부이행으로 보아 양자를 구별하지 않는 입장이다. 황원재(2017), 68-69면.

626) Chénedé(2016), n° 28.134, p. 191.

한편 이른바 이종물 인도(aliud)와 관련하여 계약의 목적이 된 물건과 인도받은 이종물 간에 상이성의 정도가 현저한 경우의 처리에 대해서는 앞서 국내외의 논의를 살펴본 바와 같이(제2장 제3절 3. 나. (1) (다)), 이러한 이종물 인도 역시 매도인의 이행이 있었지만 당사자들이 합의한 채무내용에 부합하지 않는 것이기 때문에 물건의 하자로 보는 것이 타당하다. 그러나 상이성의 정도가 현저한 이종물 인도의 경우 매수인에게 대금감액권이 인정될 수 있는지에 대하여는 대금감액권의 특성을 고려해야 한다. 즉, 대금감액권은 급부와 반대급부 사이에 존재하는 주관적 등가관계를 기초로 인정되는 것인데, 이러한 이종물 인도에서는 산정가능한 등가관계가 존재하지 않기 때문이다. 따라서 매수인은 불완전이행책임으로서 대금감액권이 아닌 다른 구제수단을 행사하여야 한다.[627]

나. 권리의 하자

우리 민법이 대금감액권을 권리의 하자에 대한 매매계약의 일부규정에서 명시한 것과 달리, 대금감액권은 로마법으로부터 물건의 하자에 대한 담보책임의 핵심적인 내용으로서 인정되어 온 것이다. 여기서 권리의 하자도 대금감액권의 발생요건이 되는 불완전이행으로 볼 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련해 특히 CISG의 해석상 물품의 계약불합치에 권리의 하자도 포함되는지 견해의 다툼이 있다. 부정설은 권리 하자의 경우 매수인에게 손해배상청구권을 부여하는 것으로 충분하며, 이러한 손해배상청구에 대해 매도인이 면책되는 경우 대금감액권을 인정할 필요가 있더라도 권리 하자에서 면책이 인정되기는 어렵다고 하는 반면,[628] 긍정설은 CISG가 물건의 하자(제35조, 제36조)와 권리의 하자(제41조, 제42조)에 대해 동일한 효과를 부여하고 있고, 권리하자에 대한 매수인의 보호가 물건하자에 비해 미흡해선 안 된다고 한다.[629] 한편 개정

627) 이런 경우 계약유지의 원칙에 따라 매수인은 대체이행청구권을 행사할 수 있다(제3장 제4절 3. 다. (2)).

628) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 2; MüKoBGB/Huber, 6. Aufl. 2012, Art. 50 CISG, Rn. 8.

독일민법은 종전에 물건 하자와 권리 하자의 구별이 쉽지 않음에도 차별적인 효과를 부여하는 것에 대한 비판을 수용하여 물건 하자와 권리 하자에 대한 구별을 원칙적으로 배제하였고,[630] 개정 일본민법도 물건 하자와 권리 하자를 통합해서 규율하고 있다(제565조). 계약당사자들의 합리적 의사에 비추어 대금 결정의 기초로서 하자 없는 급부란 물건의 하자는 물론 권리의 하자를 막론하고 인정되는 것이 타당하다.

다. 하는 급부와 후발적 하자

대금감액권은 본래 주는 급부를 목적으로 하는 하자담보책임의 내용으로서 인정되었던 점에 비추어 하는 급부 내지 후발적 하자에 대해서도 인정될 수 있는지 의문이 있다. 그러나 현대 정보과학기술의 급속한 발전과 사회경제구조의 다변화에 따라 신생의 무명계약들이 무수히 출현하고 있고, 주는 급부는 물론 하는 급부와 어느 한 가지로 특징짓기 어려운 다양한 혼합 급부들이 일상화되고 있는 것이 현실이다. 급부와 반대급부 간의 주관적 등가관계를 기초로 하자 있는 급부에 대해 대금의 비율적 조정을 통한 계약 유지의 필요는 하는 급부를 목적으로 하는 계약의 경우도 동일하게 적용되며, 오늘날 서비스계약 등 소비자거래에서 급부의 시간적 분리를 통해 감액대금을 산정하여 목적을 달성하고 있다.[631]

나아가 대금감액권을 원시적 하자에 대한 하자담보책임법의 범주에 국한하여 해석하여야 하는지도 문제된다. 이는 우리 민법이 대륙법계 국가들이 수용한 채무불이행책임과 담보책임의 이원적 체계에 연유하는 바, 담보책임의 본질은 하자 없는 급부의무의 위반으로서 채무불이행책임으로 파악되고 대금감액권 또한 채무불이행에 따른 구제수단으로서

---

629) Bianca/Bonell, Art. 50 Anm. 3.4, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, 1987; Staudinger/Magnus, Neubearb. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 10.

630) 김형배외(2003), 65면.

631) 황원재(2017), 68면. 대부분의 사업자들이 품질보증 약관조항에 반영하고 있는 소비자분쟁해결기준(공정거래위원회고시 제2020-16호, 2020. 11. 13. 발령·시행) 별표 '품목별해결기준' 참조.

하자담보책임의 내용으로 제한할 이유가 없다.

이렇게 하는 급부에 대한 하자는 물론 후발적 하자에 대한 대금감액권 역시 우리 민법은 예정하고 있으며, 특히 여행계약에서 여행주최자의 담보책임으로 규정하고 있는 대금감액권은 여행에 관한 하는 급부의 하자와 후발적 하자를 대상으로 하는 것이다.

3. 유책사유의 요부 및 면책가능성

국제거래규범의 경우 PICC 이외에 대금감액권을 명문으로 규정하고 있는 CISG, PECL, DCFR는 계약위반·불이행과 같은 포괄적 개념에 의해 계약책임을 일원적으로 규율함으로써 채무자의 유책성을 대금감액권의 요건으로 하지 않고 있다. 다만, 불가항력과 같은 장애사유에 의해 채무를 이행하지 못한 경우 개별적인 구제수단에 따라 소극요건으로서 면책가능성을 달리 정하고 있으나, 대금감액권은 이러한 장애사유에 의해서도 면책되지 않는 것으로 규정하고 있다(CISG 제79조, PECL 제8:101조 제2항, DCFR III-제3:101조 제2항). 따라서 대금감액권은 특히 채무의 일부가 불가항력에 의해 확정적으로 불능하게 되어 손해배상책임이 면책되는 경우에도 채권자는 여전히 대금감액권을 행사할 수 있다.

로마법을 계승하여 담보책임의 고유성을 유지하는 독일, 일본의 개정채권법에서는 대금감액권을 무과실의 담보책임에 고유한 내용으로 규정함으로써 매도인의 고의·과실과 상관없이 매수인에게 대금감액권이 인정된다(개정 독일민법 제441조, 개정 일본민법 제563조). 프랑스민법 역시 로마법의 전통을 따라 계약불이행책임과 담보책임을 구별하면서, 아직 개정작업이 진행 중인 개별 계약 가운데 매도인의 담보책임으로서 과실여부를 불문하고 대금감액권을 인정하고 있다. 아울러 개정 프랑스채권법은 계약불이행의 일반적인 효과로서 대금감액권을 신설하여 국제거래규범에 가장 부합하는 규율을 두게 되었는데(제1223조), 대금감액권은 불가항력에 의해서도 면책되지 않는 구제수단이다.[632)]

생각건대, 대금감액권은 불완전이행에 고유한 구제수단으로서 추완청구권과 마찬가지로 채무불이행의 효과라는데 그 본질이 있다. 또한 담보책임의 본질 역시 채무불이행책임으로 파악되기 때문에 양자에 공통된 내용으로서 대금감액권의 법적 성격을 하자의 존재시기에 따라 다르게 취급할 이유가 없다. 한편, 대금감액권을 채무불이행의 효과로 본다고 해서 유책사유를 요건으로 하는지에 대해서는 계약불이행에 따른 채권자의 구제수단들은 계약의 구속력으로부터 파생된 고유한 특성들을 겸유하는 점에서 개별적인 판단을 필요로 한다. 대금감액권의 경우 특히 유상계약의 구속력으로부터 이행이익의 존속보장을 위한 이행청구권의 보조수단으로서 인정되는 것이기 때문에 유책사유를 요하지 아니한다. 다만 불가항력 등 장애로 인하여 채무의 완전한 이행이 불가능했던 경우에 면책될 수 있는지와 관련해 대금감액권이 갖는 특성을 주목할 필요가 있다. 대금감액권은 채무자의 불완전한 급부에도 불구하고 계약당사자의 의사에 기한 급부와 반대급부간의 등가관계를 대금의 감액을 통해서 유지하는 것이기 때문에, 원시적 하자인지의 여부 또는 과실 여부를 묻지 않고 대금감액을 행사할 수 있는 것이다. 따라서 불가항력 등 장애에 의하여 매수인의 손해배상청구권, 이행청구권 및 추완청구권에 대해 매도인이 면책되는 경우에도 매수인은 대금감액권을 행사할 수 있다.

4. 기타 요건

가. 추완최고의 요부

개정 프랑스채권법(제1223조 제1항)과[633] 개정 일본채권법(제563조 제1항)은[634] 같은 취지로 불완전이행의 경우에 채권자가 추완을 위한 최고

632) 한불민사법학회(2021), 637-638면.

633) 개정 프랑스채권법 제1223조 ① 급부의 불완전이행의 경우, 채권자는, 최고를 한 후 급부의 전부 또는 일부를 아직 변제하지 않은 경우에는 가장 빠른 기간내에 채무자에게 비례적으로 대금을 감액한 결정을 통지할 수 있다. 채권자의 대금감액의 결정에 대한 채무자의 승인은 문서로 작성되어야 한다.

634) 개정 일본채권법 제563조(매수인의 대금감액청구권) ① 제1항 본문에 규정하는 경우에서 매수

를 하였음에도 채무자가 추완이행을 하지 않았을 것을 대금감액권 발생을 위한 요건으로 규정하고 있다. 개정 독일채권법(제441조 제1항 제1문) 역시 '해제에 갈음하여' 대금을 감액할 수 있도록 하고 있어서, 추완을 위한 상당기간을 정하였으나 채무자가 추완이행을 하지 않고 기간을 도과하였을 것을 요건으로 한다고 해석된다(제323조 제1항).[635] 한편 국제거래규범에서는 이와 같은 추완에 대한 최고와 추완의 불이행을 대금감액권 발생의 요건으로 요구하고 있지 않다. 다만, CISG, PECL, DCFR의 경우 채무자에 의한 기한 전후의 추완권을 채권자의 대금감액권보다 우선하도록 규정하여 같은 목적을 달성하고 있다(CISG 제37조, 제48조, PECL 제8:104조, DCFR Ⅲ.-제3:201조). 이러한 채권자의 추완에 대한 최고는 채무자에게 급부가 불완전한 사실을 알리면서 급부를 완전하게 실현할 수 있는 제2의 기회를 주기 위한 것으로서,[636] 계약유지의 원칙을 반영한 것이다.[637] 생각건대, 대금감액권의 효과는 불완전한 급부를 수령한 채권자가 대금을 비율적으로 감액함으로써 계약관계를 사후적으로 변경·수정하는 일방적인 의사표시라는 데 있다. 따라서 이러한 대금감액권의 행사는 반대급부이익의 실현을 기대하고 있는 채무자에게 기본적으로 불리한 영향을 주는 것일 뿐만 아니라 단순히 이행을 지체하고 있는 채무자와 비교할 때에도 채권자의 최고를 요하는 것으로 함으로써 추완의 기회를 부여하는 것이 타당하다. 특히 채권자의 하자통지의무를 규정하고 있지 않은 우리 민법의 해석상 이러한 필요는 더욱 크다고 할 수 있다.

나. 대금지급의 요부

독일, 프랑스 개정 채권법과 PECL, DCFR은 대금감액권을 규정하면서

인이 상당한 기간을 정하여 이행의 추완의 최고를 하고, 그 기간 내에 이행의 추완이 없은 때에는, 매수인은 그 부적합의 정도에 따라 대금의 감액을 청구할 수 있다.

635) 김형배외(2003), 82면.

636) 남효순(2017), 1343-1344면.

637) 潮見佳男(2017c), 96頁.

대금이 지급되지 않은 경우와 지급된 경우를 구별하여 규정하고 있다(독일민법 제441조 제1항・제4항, 프랑스민법전 제1223조 제1항・제2항, PECL 제9:401조 제1항・제2항, DCFR Ⅲ.-제3:601조 제1항・제2항). 한편 개정 일본채권법과 우리 민법은 이를 구별하지 않고 '대금의 감액을 청구할 수 있다' 고만 규정하고 있어 일응 대금이 이미 지급된 것을 전제로 대금감액을 청구하도록 한 것은 아닌지 의문이 있을 수 있다. 그러나 대금감액권은 불완전한 급부를 수령한 채권자가 그 상태를 수락할지 여부를 우선적으로 결정할 수 있는 지위에 있기 때문에 부여된 형성권으로서, 채무자의 수락여부는 물론 대금의 지급여부와도 상관없이 인정되며 CISG 제50조는 이 점을 명시해서 규정하고 있다(whether or not the price has already been paid).[638]

5. 소결

대금감액권의 발생요건으로 불완전이행 사실 가운데 가분성이 없는 급부의 질적 하자는 물론 권리의 하자도 포함된다고 보아야 한다. 또한 하는 급부에 대한 하자는 물론 후발적 하자에 대해서도 인정될 수 있다. 반면 대금감액권은 채무불이행의 효과인 동시에 유상계약의 구속력으로부터 이행이익의 존속보장을 위한 이행청구권의 보조수단으로서 인정되는 것이기 때문에 유책사유를 요하지 아니한다. 한편 대금감액권의 행사는 반대급부이익의 실현을 기대하고 있는 채무자에게 기본적으로 불리한 영향을 주는 것일 뿐만 아니라 단순히 이행을 지체하고 있는 채무자와 비교할 때에도 채권자의 최고를 요하는 것으로 함으로써 추완의 기회를 부여하는 것이 타당하다. 또한 대금의 지급은 대금감액권의 발생요건이 아니라고 할 것이다.

638) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art 50, para 4.

제5절 비금전채무의 급부감축권 인정여부

1. 문제의 소재

대금감액권이란, 유상계약에서 채무자가 이행한 급부의 불완전 또는 하자에 대하여 채권자가 그 부분의 비율로 대금감액의 의사를 일방적으로 표시하는 것이므로, 채권자가 부담하는 급부는 금전채무일 것을 필요로 한다. 그렇다면 채권자의 급부가 비금전채무일 경우 급부의 감축은 인정될 수 있는가? 두 가지 경우에 문제될 수 있는데, (가) 먼저 교환계약에서 일방이 불완전이행을 한 경우에도 상대방은 자신이 이행한 일부급부의 감축을 원할 수 있다. 그런데 민법은 채무의 성질에 반하지 않는 한 매매계약의 규정을 다른 유상계약에 준용하고 있어서(제567조), 담보책임으로서 계약해제권, 손해배상청구권 외에 채권자의 비금전채무에 대해 급부감축권의 인정여부가 문제될 수 있는 것이다. (나) 한편 매도인은 자신의 채무를 완전히 이행하였거나 할 수 있음에도 매수인이 대금을 전부 변제하지 못한 경우 매도인은 자신이 이행한 일부급부의 감축을 원할 수 있다. 이는 대금에 대하여 채권자인 매도인에게 급부감축을 인정할 수 있는지의 문제로, 매수인에게 자력이 없는 경우 매도인이 급부를 반환받아 새로운 매매계약을 체결함으로써 급부가치의 감소를 막고 대금을 신속히 변제받고자 할 수 있기 때문이다. 이것은 대금감액권이 그 인정의 기초로 삼는 유상계약의 주관적 등가관계가 쌍방의 급부 모두에 요구되는 것이므로, 채무자의 비금전채무가 채권자의 금전채무의 불완전이행에 대한 비율로 분할가능한 일정한 매매 기타 유상계약의 경우 채무자의 급부감축권 인정여부가 문제될 수 있는 것이다.

2. 인정여부와 요건

가. 관련논의

우리 민법에서 유상계약상 채무자의 하자있는 급부에 대한 채권자의 대금감액권(제572조 제1항, 제574조, 제674조의6 제3항) 또는 차임감액권(제627조 제1항)을 규정한 것과 달리, 일방의 불완전이행에 대한 상대방의 급부감축권을 직접 인정한 규정은 보이지 않는다.[639]

한편 개정 프랑스채권법에서 대금감액권을 계약불이행의 효과로서 규정한 제1223조의 해석과 관련해 비금전급부의 감축에도 본조가 적용될 수 있는지에 대한 논의가 있다. 일부견해는 동조가 대금의 감액만을 규정하고 있기 때문에 감축될 수 있는 급부는 오로지 '대금'이라고 보아야 하고, 비금전급부에 대해서는 그 적용이 없기 때문에 해제권과 같은 다른 제재수단을 활용해야 한다고 한다.[640] 이에 대하여 교환계약과 같이 채무일부를 이행받지 못한 채권자가 금전급부가 아닌 채무를 부담하는 경우에도 확장해서 적용되는 것으로 이해할 수 있다고 보는 견해가 있다.[641]

생각건대 교환계약의 경우에도 계약유지의 원칙 및 공평의 원칙에 비춰 일방의 불완전이행에 대하여 대가관계 있는 상대방의 급부감축권을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 원시적 하자에 대한 담보책임의 내용으로서 대금감액권에 갈음하여 인정될 수 있을 것이다. 한편 대금감액권이 유상계약의 주관적 등가성에 따라 계약관계를 유지·존속할 수 있도록 채권자에게 부여되는 불완전이행의 효과라는 면에서, 유상계약의 상대방인 채무자에게도 공평의 원칙상 급부의 감축을 인정할 수 있을 것이다. 이

---

639) 급부감축권과 관련된 국내의 논의로는 사정변경에 따른 계약의 수정 관점에서 보험계약상 보험자의 급부조정권 도입에 대한 주장이 있다. 우리 생명보험 표준약관에서는 보험계약자가 보험자의 승낙을 얻어 계약내용을 변경할 수 있도록 명시하고 있지만(제20조), 보험자의 급부감축권에 대하여는 정하고 있지 않다. 반면, 개정 독일보험계약법(제163조 제2항)은 보험계약자가 보험료증가를 재정적으로 감당하기 어려운 경우 일정한 요건 하에서(제163조 제1항) 보험계약자가 계약을 해지, 감액납제보험으로 변경하는 대신 보험급부를 감축할 수 있도록 할 뿐만 아니라 보험자도 보험료재산정 대신에 보험급부를 감축할 수 있도록 하였다. 이에 비추어 생명보험계약의 장기지속성에 비추어 보험계약자 등을 둘러싼 환경의 변화를 반영하여 보험급부와 보험료를 조정할 수 있는 법률상 근거를 마련할 필요가 제기되고 있다. 최병규(2015), 306면.

640) Chantepie/Laina(2018), n° 645, p. 596.

641) Y. -M. Laithier, Les règles relatives à l'inexécution du contrat, JCP 2015, suppl. au n° 18, p. 47. cité par Chantepie/Laina(2018), n° 645, p. 596.

와 달리 계약준수의 원칙을 철저히 하자는 입장에서는 완전이행이 가능한 채무자에게 채무 전부를 이행하도록 하면서 변제받지 못한 대금은 강제이행 또는 손해배상에 의해 보전받도록 해야 한다고 볼 수 있지만, 강제이행 또는 손해배상은 자력이 충분하지 못한 채권자에게 채무자가 기대하기 어려운 구제수단이 될 수 있고, 계약유지를 위하여 채무자가 강제이행 또는 손해배상청구만 선택하도록 하는 것이 채무자의 이익을 위하여 반드시 타당하다고 볼 수도 없다.

나. 인정요건

다만 채무자의 급부감축권이 인정되기 위해서는 유상계약상 채권자의 불완전이행 이외에, 대금감액권이 분할가능한 채권자의 대금채무에 대하여 발생하는 것과 마찬가지로 채무자의 비금전채무는 분할가능하여야 한다. 예컨대, 수량 또는 가격에 의한 분할이 가능한 환지계약 또는 물품교환계약, 결합상품에 의한 매매계약・보험계약・여행계약・상조계약・웨딩서비스계약 등이 해당할 수 있다. 또한 채무자의 급부감축권이 채권자의 이행청구권에 우선하지 않도록 대금감액권과 마찬가지로 채권자에 대한 상당기간의 이행최고 후에 이를 행사할 수 있다고 보는 것이 계약의 구속력에 부합한다.

3. 법적 성격과 인정근거

가. 구별개념

채권자의 급부감축권은, 채권자의 급부가 비금전채무일 경우 유상계약의 등가성에 따라 채무자에 의한 불완전이행의 비율로 채권자 자신의 급부를 감축하는 것이다. 따라서 비금전채무를 대상으로 하는 급부감축권의 본질에 비춰 민법상 원상회복을 허용하지 않는 금전손해배상(제394조)과는 급부의 성격을 달리하는 구제수단이라고 해야 한다. 또한 채권

자와 채무자가 갖는 채권·채무가 반드시 동종이 아니기 때문에 대등액에서 소멸을 인정하는 상계권과도 다른 것이다. 급부감축권을 원물에 대한 부당이득반환청구권(제747조 제1항)으로 파악하는 것도 가능할 수 있으나 부당이득반환의무는 계약해제권의 행사에 따른 효과로 보아야 하고 급부감축권 행사의 효과로서 일부해제와 같이 처리되는 것은 구별될 수 있다. 이와 달리 급부감축권을 일부해제 또는 계속적 계약의 경우 해지(제640조, 제663조 제1항 등)와 같이 파악할 수도 있다. 그러나 급부감축권은 채무자의 불완전한 이행에 대하여 대가관계 있는 채권자의 '급부를 조정하여 계약을 유지' 하는 의사표시로서, 부분적·시간적으로 '계약을 해소' 하는 의사표시로서 일부해제 또는 계속적 계약의 해지와 구별될 수 있다.

나. 인정근거

이러한 급부감축권은 대금감액권의 일반화된 형태로서 유상·쌍무계약에서 등가관계 있는 급부를 공평의 원칙상 유지·존속하여 채권자의 정당한 이익을 보호하는 데 취지가 있다고 할 수 있다. 이에 비추어 상대방의 급부를 확보하기 위하여 사전적으로 자신의 급부이행을 거절할 수 있도록 하는 동시이행의 항변권(제536조), 계약 쌍방에게 책임없는 사유에 의해 후발적으로 급부불능이 생긴 경우에 채무자의 반대급부위험부담(제537조)·채권자의 급부위험부담은 급부의 일부에 대하여도 인정된다는 점에서[642] 간접적인 급부감축권의 인정근거가 된다고 볼 수 있다.

급부감축권 역시 유상계약의 불완전이행에 특유한 효과로서의 성격을 가지는 형성권으로서, 급부감축 또는 급부반환의 의사표시가 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에 비추어, 민법상 이행지체의 계약해제권을 규정한 제544조를 근거로 인정될 수 있을 것이다.

642) 곽윤직(1998), 106-107면, 117-118면; 이은영(2005), 155면, 180면; 김형배·김규완·김명숙(2013), 1258-1259면, 1265면.

4. 소결

민법상 비금전채무에 대한 급부감축권도 유상계약의 등가관계, 공평의 원칙 및 계약유지의 원칙에 비추어 비금전채무의 분할가능성 및 상당기간의 이행최고를 요건으로 교환계약, 일정한 매매계약 기타 유상계약에서 인정될 수 있다. 이때 급부감축권은 대금감액권과 마찬가지로 일부해제와 같은 효과를 발생시키기 때문에 이행지체의 경우 계약해제권을 규정한 제544조를 실정법상 근거로 인정될 수 있다.

제6절 대금감액권의 행사와 제한

1. 감액대금의 산정방법

가. 문제의 소재

대금감액권의 실질은 불완전한 급부를 수령한 채권자가 주관적 등가성을 기초로 대금의 비율적 조정을 통해 계약관계를 유지·존속시키는 사후적 조정권이면서, 일방적 의사표시에 의해 효력을 발생시키는 형성권이라는 데 있다. 이러한 특징으로 인해 대금감액권은 불완전이행에 따른 채권자의 다른 구제수단들과 차별화되는 고유한 효용을 가지는 한편, 채무자의 의사 또는 이익에 반할 가능성 때문에 분쟁의 원인으로 작용할 수 있다. 특히 계약당사자들의 이해관계가 상충하는 핵심은 감액대금의 산정과 관련되는데, (1) 우선 대금감액권이 손해배상청구권과 구별되는 감액대금의 계산방식을 살펴보고, (2) 계산식의 변수를 구성하는 급부의 가치에 대한 평가시점을 언제로 볼 것인지, (3) 급부 가치의 확정방법과 시장가격이 없거나 증명이 곤란한 경우의 처리는 어떻게 될지, (4) 채권자에게 급부의 가치가 0으로 평가되는 때에도 대금감액권을 행사할 수 있는지 차례로 검토해 보기로 한다.

나. 감액대금의 계산방식

우리 민법 제572조 제1항은 물론 대금감액권을 규정하고 있는 CISG, PECL, DCFR과 독일, 일본, 프랑스 개정채권법은 감액대금의 산정방식으로 이른바 비율적 방법에 의하도록 정하고 있다. 즉 불완전한 이행으로 인해 '감액되어야 할 대금'을 산정하기 위해서, 원래 계약상 '이행되었어야 할 급부의 가정적 가치'를 분모로, '실제로 이행된 급부의 가치'를 분자로 하여 이를 당사자가 '약정한 대금'에 곱해서 확정하게 된다. 이를 계산식으로 나타내보면 아래와 같다.

$$\text{감액대금} = \frac{\text{이행된 급부의 실제 가치} \times \text{약정한 대금}}{\text{이행되었어야 할 급부의 가정적 가치}}$$

이렇게 산정된 감액대금의 액수는 비율적 방식에 의하기 때문에 손해배상의 액수와 언제나 동일하지는 않게 된다. 즉, 손해배상은 급부의 시장가격을 기준으로 급부에 하자가 없었다면 존재했을 가치를 전보해 주는 반면, 대금감액은 약정한 대금을 기준으로 급부의 하자로 야기된 가치감소액 만큼의 비율로 계산하여 감액하는 방식을 취하기 때문이다. 이러한 계산방식의 차이점으로 인해 손해배상과 구별해서 대금감액을 인정할 필요가 생기는데, 약정한 대금이 시장가격보다 높은 경우 감액대금의 액수가 손해배상의 액수보다 많아질 수 있고 이때 채권자에게는 대금감액권이 손해배상청구권보다 유리한 구제수단이 된다.

한편 이러한 감액대금의 비율적 산정방식에 따를 때에도 대금감액권을 소송상 주장하려는 채권자로서는 감액대금의 계산에 필요한 모든 요소들을 주장·증명해야 하기 때문에, 계약상 이행되었어야 할 급부의 가치와 실제로 이행된 급부의 가치는 시장을 통해 확정될 수 있는 것이어

야 한다.[643] 이렇게 각 급부의 가치가 시장가격을 통해 결정되고 시장가격은 시간의 흐름에 따라 변동하기 마련이기 때문에, 급부가치를 변수로 하는 감액대금의 산정시기는 매우 중요한 문제가 된다. 또한 시장가격을 통해 증명될 수 있어야 할 각 급부에 해당하는 시장가격이 언제나 존재하는 것은 아니라는 점도 문제될 수 있다.[644]

다. 감액대금의 산정시기

(1) 문제의 소재

약정대금에 대한 비율적 산정방식에 의한 감액대금의 계산식에서 급부의 가치는 평가시기에 따라 시장가격의 변동을 반영하기 때문에, 상수를 이루는 약정대금보다 당사자들에게 중요한 의미를 갖는다. 구체적으로 계약이 체결된 때, 이행이 이루어진 때, 그리고 감액대금을 청구한 때 사이에 시간상 간격이 있는 경우가 많고, 그 사이에 시장가격이 변동된다면 이러한 가치변화의 유·불리에 따른 부담을 어떤 계약당사자에게 귀속시킬 것인가의 문제이다. 우리 민법은 대금감액권에 관한 개별 규정에서 모두 '감액을 청구할 수 있다'고 하고 있어서 산정시기에 대한 견해의 다툼이 있다.

(2) 국제적 규율

CISG는 현실 인도시에 계약에 적합한 물품의 가정적 가치와 실제로 인도된 계약에 부적합한 물품이 가지고 있는 가치를 평가하여 감액대금을 산정하도록 하고 있다(제50조). 따라서 급부가치를 평가하여 감액대금을 산정하기 위한 기준시기는 인도시이다.[645]

PECL은 계약에 합치하는 이행이 제공되었다면 가졌을 가치에 대하여 이행이 제공되었을 때의 가치를 비교하여 그 감소비율에 따라 감액이

643) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 62.
644) 김화(2018), 222-223면.
645) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art 50, para 9.

이루어진다고 규정한다(제9:401조). 따라서 급부가치의 평가를 위한 기준시기를 사실상 인도시로 함으로써 CISG와 같은 기준에 따라 감액대금을 산정하고 있다.[646]

DCFR은 채무의 내용에 합치하는 이행에 의하여 수령되었어야 할 것의 가치에 대비하여 이행이 이루어진 때 이행에 의하여 수령된 것의 가치의 감소에 비례해서 감액이 이루어져야 한다고 규정한다(Ⅲ.-제3:601조). 따라서 감액대금의 산정을 위한 급부가치의 평가 기준시기를 CISG와 같이 불완전한 이행이 있었던 당시로 하고 있다.[647]

한편 독일 개정채권법은 계약체결시를 산정의 기준시기로 명시하여 규정하고 있다(제441조 제3항). 이는 대금감액의 기초가 되는 급부와 반대급부 간의 등가관계란 계약당사자들이 합의했던 계약체결 당시를 기준으로 할 것이기 때문에, 계약체결시를 기준으로 감액대금을 산정하는 것이 당사자들의 가정적 의사에 더 합치한다고 본 것으로 이해된다.[648]

일본 개정채권법은 산정시점에 대한 언급없이 '감액을 청구할 수 있다' 고만 규정하여 해석에 맡기고 있다(제563조). 종래 해석에 따르면 감액청구 당시로 보는 견해가 있지만, 매수인이 인도된 하자 있는 물건을 수령하면서 감액청구를 하는 것은 변제로 승인하는 의사표시로 볼 수 있기 때문에 인도시를 기준으로 가치를 산정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[649]

개정 프랑스민법 제1223조는 물론 아직 개정 작업이 진행 중인 매매계약 제1644조는 대금감액의 산정기준에 대해 규정하지 않고 있다. 이에 대해 CISG, PECL, DCFR과 같이 채권자가 이행의 불완전함을 판단하고, 계약에 적합한 급부가치와 부적합한 급부가치 간의 차이를 평가할 수 있는 이행시를 기준으로 감액대금을 산정하는 것이 타당하다는 견해가 있다. 한편 계약체결시를 산정기준으로 하는 견해에 대해서는 계약

646) Lando/Beale(2000), Notes, p. 432.
647) von Bar/Clive(2009), DCFR Ⅲ.-3:601, Notes, p. 913.
648) 김화(2018), 223면.
649) 潮見佳男(2017a), 262-263頁; 潮見佳男(2017c), 97頁.

체결 당시에는 아직 급부가 존재하지 않는다는 이유로 반론이 제기되었다.[650]

먼저 CISG, PECL, DCFR이 인도시 또는 이행시를 감액대금의 산정시기로 정하는 것과 달리 독일 개정 채권법이 계약체결시를 그 시기로 규정하여 규율의 차이가 발생하는 이유에 대해, 그 적용대상을 달리하기 때문이라는 분석이 있다.[651] 이에 따르면 CISG와 같은 국제거래규범은 국제물품거래 또는 국제거래를 규율하고 있어 계약체결시와 인도시 또는 이행시 사이에 시간적 간격이 클 수 있기 때문이라는 것이다. 아울러 계약체결시의 가정적 가치를 파악하는 것보다 현실 인도시 또는 이행시를 산정기준으로 삼는 것이 보다 간명하고, 실제적이라고 본 것이다.

한편 산정시기를 인도시 또는 이행시로 정하고 있는 CISG, PECL, DCFR의 경우, 이행제공시와 수령시가 다를 수 있어서 시기에 차이가 있을 경우 어떤 기준에 따라야 하는지 문제될 수 있다. 이에 대해 CISG의 논의는 참조가 될 수 있는데, 우선 CISG 제50조에서 '인도'라고 한 것은 제31조의 매도인의 인도의무 이행으로 해석된다.[652] 특히 제31조에 따르면 송부채무의 경우 제1운송인에게 물품을 교부한 시점에 감액대금의 산정기준이 되는 인도가 있었던 것으로 본다.[653] 따라서 이 경우 매수인이 이를 수령한 시기와는 시간적인 간격이 클 수 있기 때문에, 인도의 의미를 매도인의 이행제공으로만 판단할 것이 아니라 매수인의 수령까지 고려해서 판단해야 한다는 견해가 있다.[654] 이에 따르면 물품의 경제적 가치는 매수인이 이를 수령해서 처분가능성을 확보했을 때 현실화되고, CISG 제58조가 규정하는 매매대금의 지급시기도 대체로 이러한 시점으로 해석된다는 논거를 제시한다. 이에 대해 다른 견해는 CISG 제50조의 문언에 배치된다는 점,[655] 설사 물품의 경제적 가치가 매수인이

650) JurisClasseur/Licari(2018), n° 24.
651) 김화(2018), 223면.
652) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 42.
653) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 42.
654) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 11.
655) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 44.

수령한 이후에야 현실화 될 수 있다 하더라도 매매계약을 체결할 때 당사자는 이후에 예견되는 물품의 가치 변화까지 감수한 것이라는 점을 들어 비판한다.[656]

(3) 국내의 논의

민법 제572조 내지 제574조가 정하는 대금감액의 경우 감액대금의 산정을 위한 기준시점에 대해, 법문에 따라 감액청구 당시로 보는 견해,[657] 하자개념 및 하자존재의 판단시기를 보는 관점에 따라 계약체결시로 보는 견해[658], 인도시로 보는 견해[659]로 나뉘어져 있다.

(4) 검토

계약체결시의 급부가치를 기준으로 당사자들이 대금을 확정한 점을 고려하면 하자의 존재로 인한 대금의 감액 역시 계약체결시를 기준으로 판단하는 것이 당사자의 의사에 가장 가까워 일응 타당한 면이 있다. 그러나 대금감액은 현실적인 의사표시에 의한 계약의 사후적 조정권이라는 점에서 보면 특히 존재하지도 않았던 후발적 하자에 대해 계약체결시의 급부가치를 기준으로 삼는 것은 무리가 있다. 감액청구시설은 민법의 문언에 부합하는 면이 있지만, 하자발생의 위험부담을 지나치게 오래 매도인에게 전가하게 되고 매수인이 임의로 산정시점을 결정하게 되어 부당하다. 따라서 현실적인 급부가치의 평가를 기초로 하기 때문에 간명하면서도 국제거래규범과의 조화를 꾀할 수 있는 인도시 또는 이행시설이 타당하다.

라. 급부가치의 확정 방법과 감정평가의 활용

656) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 44.
657) 민법주해/남효순(1997), 381면; 주석민법/김현채(1999), 102면.
658) 황원재(2017), 90-91면.
659) 주석민법/김대정(2016b), 186-187면; 김화(2018), 228-229면.

감액결정에 대해 채무자가 다투는 경우 법원의 판단을 받게 되고, 이때 채권자는 대금감액과 관련된 모든 요소를 증명하여 주장해야 하고 증명불능에 따른 위험을 부담하게 된다.[660] 그런데 불완전한 급부에 대해 이를 평가할 수 있는 시장이 형성되어 있지 않고 따라서 시장가격을 알 수 없는 경우가 문제될 수 있다. 이와 관련해 참조할 수 있는 것으로 CISG의 해석상 증명책임에 대해 일반적으로 인정되는 추정공식이 있는데,[661] 계약상 이행되었어야 할 완전한 급부의 가치는 통상 그 매매대가로 추정되고, 실제로 불완전한 이행에 의해 감소된 급부의 가치는 이를 추완하는 데 소요되는 비용으로 추정된다고 한다. 이러한 추정은 감액대금의 산정과 관련해 구체적 기준을 정하고 있지 않은 우리 민법의 경우에도 활용될 수 있을 것으로 보인다.[662]

또한 이렇게 급부가치의 산정에 대해 증명의 곤란이 있는 경우를 대비해 독일[663]과 프랑스[664] 민법의 경우 법원은 감정인의 평가에 따라 감액대금을 산정할 수 있도록 규정하고 있다.[665] 이러한 규정이 없는 우리 민법의 경우에도 급부가치의 산정에 대해 증명이 곤란한 경우 감정인의 평가에 의할 수 있을 것이다.[666]

마. 급부가치가 없는 경우 대금감액의 당부

이행된 급부가 채권자에게 아무런 가치도 갖지 않는 경우 대금감액권

660) 사법연수원, 요건사실론, 2016, 7면 이하 참고.
661) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 62.
662) 다만 이렇게 급부의 가치가 확정되는 경우 사실상 감액대금의 액수가 손해배상의 액수와 같아진다는 비판이 제기될 수 있다.
663) 독일민법 제441조[대금감액] ③감액의 경우에 매매대금은 계약체결시에 하자 없는 상태의 물건의 가치와 실제의 가치 사이에 성립하는 비율에 따라 감축된다. 감액은 필요한 한에서 査定에 의하여 정하여진다.
664) 프랑스민법전 제1644조 제1641조와 제1643조의 경우에, 매수인은 그 선택에 좇아 매매목적물을 반환하고 그 대금 전액을 반환받거나 목적물을 보유하면서 감정인의 평가에 따라 대금의 일부를 반환받을 수 있다.
665) 오스트리아 민사소송법 제273조 제1항도 감정인의 평가를 규정하고 있다. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 55.
666) 주석민법/김대정(2016b), 186-187면.

을 행사할 수 있는지 의문이 있을 수 있다. 예컨대 의료기관이 제약회사로부터 구매한 백신의 특성상 영하 70도 이하에서 6개월, 상온에서 2시간 보관이 가능한데, 불가항력적인 사정으로 납품받은 백신이 상온에서 10시간 이상 노출되었다면 인도받은 백신은 사용이 불가능하여 아무런 급부가치를 갖지 않게 된다. 이렇게 실제로 이행된 급부의 가치를 평가했을 때 채권자에게 전혀 가치가 없어서 감액대금 계산식의 분자가 0이 되는 경우, 약정대금 전부에 대해서 대금감액이 가능한가의 문제이다. 일응 대금감액권을 발생시키는 불완전이행의 정도는 경미한 경우는 물론[667] 중대한 불이행이더라도 상관이 없기 때문이다. 일반적으로 이행된 급부의 가치가 전혀 없는 경우라면 계약해제권을 행사할 것이어서 이런 경우에도 대금감액권을 행사할 의의가 있는지와 관련된다.

CISG에서는 이 경우의 대금감액도 가능하다고 보는 것이 지배적인 견해이다.[668] 약정대금 전부에 대한 대금감액은 계약해제를 통한 원상회복에 의해서 인정될 수 있다는 점에서, 이러한 견해는 CISG에서 계약해제가 제한되는 일정한 경우로부터 대금 전부에 대한 대금감액의 의의를 찾고 있다. 이렇게 계약해제가 제한되는 사유란, 먼저 매수인이 CISG 제39조에 따른 하자의 통지의무를 해태한 경우, CISG 제49조 제2항에서 정하는 기간 내에 계약해제를 하지 않은 경우, 그리고 CISG 제82조에 의해 매수인이 물품을 수령한 상태와 실질적으로 동등한 상태로 반환할 수 없는 경우로서, 이때 매수인은 더 이상 해제권을 행사할 수 없게 된다.[669] 이와 달리 대금감액은 하자의 통지를 하지 못한 데에 합리적 이유가 있는 경우 또는 이와 동일시 할 수 있는 경우에는 행사할 수 있으며(제44조), 계약해제와 같은 시간적 제한을 받지 않는다.[670] 또한 대금감액을 행사하기 위해서 인도받은 물건을 반환할 것을 요건으로 하지 않기 때문

667) 하지만 경미한 불완전이행의 경우 채권자가 감소된 가치를 증명하는 것은 쉽지 않을 것이다. 김진우(2009), 53면.
668) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 13.
669) Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, 6. Aufl. 2013, Art. 50 CISG, Rn. 13.
670) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 48.

에 여전히 대금을 감액할 수 있다는 것이다.[671] 아울러 손해배상을 청구함으로써 손해의 전보를 받을 수 있다고 하더라도 손해배상청구권이 불가항력 등 장애사유로 인해 면책되는 경우에도 매수인은 대금감액권을 행사할 수 있다는 점에서 인정의 실익을 찾을 수 있다.

생각건대, 우리 민법의 해석상 이행된 급부가 채권자에게 전혀 가치가 없는 때에 계약을 해제함이 없이 약정대금 전부에 대한 감액을 인정할 실익은 없어 보인다. 무엇보다 CISG와 같이 계약해제가 제한되는 사유로서 하자의 통지의무, 계약해제의 시간적 제한에 관한 규정을 우리 민법은 별도로 두고 있지 않는 점에서 차이가 있기 때문이다. 뿐만 아니라 실질적 반환불능의 경우에 해제권이 제한되는 CISG와 달리, 우리 민법은 계약해제의 효과로서 원상회복의무를 규정하면서(제548조) 그 방법에 대해 구체적으로 정하고 있지는 않지만, 해석상 원물반환을 원칙으로 하되 예외적으로 수령한 원물이 멸실 또는 훼손으로 인하여 반환불능된 경우에는 가액을 반환해야 하는 것으로 보고 있다. 따라서 채권자에게 이행된 급부의 가치가 전혀 없는 경우 약정대금 전부에 대한 대금감액은 인정되지 않고, 채권자는 계약을 해제하여 대금에 대한 원상회복을 주장할 수 있다.

2. 대금감액권의 행사방법

가. 문제의 소재

우리 민법은 대금감액권을 규정하고 있는 일정한 개별 계약에서 그 행사와 관련하여 '감액을 청구할 수 있다' 라고만 정하고 있어 구체적인 행사방법은 해석에 맡겨져 있다(제572조・제574조, 제627조 제1항, 제674조의6 제1항). 이와 달리 PICC를 제외한 대금감액권을 규정하고 있는 국제거래규범들과 독일, 프랑스, 일본 개정 채권법들은 상대적으로 구체적인 규율을 두고 있다. 이러한 규율의 특징은, 대금감액권을 행사하려

671) 김화(2018), 226면.

는 급부의 계약부적합의 존재를 특정할 수 있도록 채권자에게 물건에 대한 검사 및 하자통지의무를 부여하거나 대금의 지급여부에 따라 구체적으로 채무자의 반환의무를 명시하는 등 기본적으로 일방적 대금감액에 따른 분쟁의 여지를 줄이고 대금감액권의 행사를 용이하게 하려는 데 있음을 알 수 있다. 역시 국제거래규범 및 주요 외국의 최근 개정 채권법들의 규율을 비교검토하면서 우리 민법에 타당한 해석론을 제시해 보기로 한다.

나. 물건의 검사 및 하자통지의무

(1) 국제적 규율・국내의 논의 및 인정여부

국제거래규범들은 명문으로(CISG 제38조, DCFR Ⅳ.A.-제4:301조) 혹은 해석에 의해서(PICC, PECL) 물건의 검사 및 하자통지의무를 계약위반 또는 불이행 가운데서도 특히 물건에 하자가 있는 경우에 매수인에게 부여하고 있다. 우리 민법은 이에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않지만, 불완전이행의 고유한 효과로서 추완청구권과 함께 대금감액권의 경우에도 그 행사요건으로서 인정여부에 대하여 검토할 필요가 있다. 이에 대한 국제적 규율의 이동 및 국내의 논의에 대해서는 앞서 추완청구권의 행사요건으로서 자세히 살펴보았다(제3장 제5절 2. 가.). 이하에서는 대금감액권에 대한 해석론으로서 인정여부에 대해서만 간략히 검토한다.

(2) 검토

우리 민법의 불비에도 불구하고 상법 제69조를 유추적용하여 그 물건에 대한 전문가나 직업인이 아닌 일반 매수인에게 물건의 검사 및 하자통지의무를 요구하고, 이를 불이행했을 때 대금감액권을 비롯한 구제수단들을 상실한다고 해석하는 데는 무리가 있다. CISG, DCFR이 소비자매매계약에서 그 적용을 배제한 것이나 독일상법이 상사매매에 있어서만

이러한 의무를 부여하고 있는 것도 같은 취지로 이해된다. 또한 수령 후 즉시 발견할 수 없는 하자에 대해서도 6월의 경과로 권리가 소멸한다고 보는 것은 국제적 규율에 비해서도 지나치게 단기여서 매수인의 권리보호를 취약하게 할 수 있다. 따라서 원칙적으로 민법상 명문의 규정없이 하자통지의무를 대금감액권의 행사요건으로 도출하는 것은 해석론으로서 적절하지 않다. 다만, 민법 제580조의 해석상 매수인의 과실에 대한 판단은 통상 매수인의 검사의무의 이행여부에 따라 판단될 것이고, 이렇게 관행화된 정도의 매수인의 검사의무는 매매당시에도 부담한다고 볼 수 있다. 나아가 앞서 살펴본 바와 같이 제580조가 정하지 않은 대금감액권은 일부해제로서 제544조로부터 유추적용되어야 하기 때문에, 제544조가 요건으로 정하는 추완이행의 최고로서 매도인에 대한 하자통지에 갈음할 수 있다.

다. 대금감액의 의사표시

우리 민법상 '대금의 감액을 청구할 수 있다'는 법문에도 불구하고, 대금감액권은 불완전이행을 수령한 채권자가 그 상태를 수락할지의 여부를 우선적으로 결정할 수 있는 지위에서 부여된 것으로, 채무자의 거절과 상관없이 채권자는 보호받을 필요가 있기 때문에 형성권으로 보아야 한다. 대금감액권의 법적 성격을 형성권으로 파악하는 데는 대금감액권을 규정하고 있는 국제거래규범들과 독일, 프랑스, 일본민법이 오늘날 거의 일치하고 있다.[672] 따라서 대금감액권은 매수인이 매도인에게 대금감액의 의사표시를 함으로써 행사하게 되고 상대방의 동의를 요하지 않는다.[673] 상대방이 감액대금에 대하여 이의를 제기하더라도 반드시 재판상으로 행사되어야 하는 것은 아니지만, 액수에 관하여 다툼이 있는 경우 법원의 사후적 통제를 받게 된다.[674] 특별한 방식을 요하지 않기 때

672) 제4장 제3절 3. 나. 참조.
673) Huber/Mullis(2007), p. 250.
674) 남효순(2017), 1343면.

문에 서면 또는 구두로도 가능하며, 묵시적으로도 이루어질 수 있다.[675] 대금감액의 의사표시에는 채권자가 급부의 불완전성으로 인하여 대금을 변경·조정하겠다는 뜻이 분명히 드러나야 하지만, 반드시 일정 금액을 표시해야 할 필요는 없다고 본다.[676] 한편 단순히 물건의 하자통지와 함께 감액된 금액을 지급하였더라도 반드시 대금감액의 의사표시라고 확정할 수는 없는데, 대금 일부에 대한 이행의 보류일 수 있기 때문이다.[677] 반대로 매수인이 대금 전부를 지급하였다고 해서 확정적인 대금감액권의 포기라고 볼 수도 없는데, 대금감액권은 대금지급여부를 발생요건으로 하지 않기 때문이다. 의사표시의 효력발생시기에 대하여 발신주의를 취하는 CISG에 의하면(제27조),[678] 채무자에 대한 의사표시의 도달은 요구되지 않지만 대금감액의 의사표시가 도달한 이후에는 철회가 배제된다.[679] 채권자 또는 채무자가 수인인 경우에는 대금감액이 일부해제로서의 성격을 겸유하는 점에 비추어 개정 독일민법 제441조 제2항과 같이 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 할 것이다(대금감액권의 불가분성).

라. 증명책임

대금의 감액을 위하여 필요한 대금액, 실제 이행된 급부의 가치는 원칙적으로 채권자가 증명하여야 한다.[680] 채권자가 이행되었어야 할 완전한

675) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 29.
676) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 30.
677) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 39, para. 4, p. 598.
678) CISG는 계약체결과 관련된 의사표시에 있어서는 원칙적으로 도달주의를 채택하고 있음에 반하여(제1편), 통지에 관하여는 영미법과 같이 발신주의(dispatch theory)를 채택함으로써(제3편), 전달의 위험을 발신자가 아니라 상대방에게 부담시키고 있다. 이처럼 통지에 있어서 발신주의를 취한 것은, 대개 표의자의 상대방이 계약위반 기타 계약실행으로부터 일탈의 원인을 제공하기 때문이다. 김진우(2009), 57면, 각주35).
679) Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011), Art. 50 CISG, Rn. 33. 이와 달리 매도인이 합리적으로 대금감액의 의사표시의 철회불가능성을 신뢰할 수 있었고 또 매도인이 대금감액을 대비한 때에 매수인은 그의 대금감액의 의사표시에 구속된다는 견해에 Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 50, para. 5, p. 599.
680) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 50, para. 15, p. 604.

급부의 가정적 가치가 매매대금보다 크다고 주장하는 경우, 채권자는 그 사실을 증명해야 한다. 반면 채무자가 이행되었어야 할 완전한 급부의 가정적 가치가 매매대금보다 작다고 주장하는 경우, 이 사실은 채무자가 증명하여야 한다.[681] 급부의 가치에 대하여 고가이거나 저가라는 주장이 없거나 증명되지 못하는 경우 완전한 급부의 가정적 가치는 약정대금과 일치하는 것으로 추정할 것이다. 이때 감소된 가치는 당사자가 주장한 범위 안에서 법원이 확정하게 된다.[682]

3. 다른 구제수단과의 관계

가. 문제의 소재

우리 민법은 채무불이행책임의 일반적 내용으로서 대금감액권을 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 민법 제567조에 따라 유상계약에 준용되는 매도인의 담보책임에 있어서도 대금감액권을 권리하자의 일정한 경우에만 규정하고 있어, 추완청구권을 비롯한 다른 구제수단과 대금감액권의 우열관계에 대하여는 해석에 맡겨져 있다.

나. 추완청구권과의 관계

매수인의 대금감액권은 추완청구권과 양립할 수 없다.[683] 따라서 매도인의 불완전이행에 대하여 매수인이 대금감액권을 행사하였다면 추완청구권은 더 이상 선택할 수 없는 구제수단이 된다고 보아야 하고, CISG 제46조는 이러한 의미의 이행청구권과 양립불가능한 구제수단의 배제원칙을 규정하고 있다. 이것은 형성권으로서 대금감액권의 성격에 기인하는데, 계약해제의 형성적 효력과 마찬가지로 일부해제의 효과를 갖는 대

681) 김진우(2009), 65면.
682) Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 50, para. 15, p. 604.
683) 사동천(2005), 40면. 대금감액은 이행청구에 갈음하는 손해배상을 청구하는 것과 같은 효과를 낳기 때문에 허여될 수 없다고 한다. 에 따르더라도 대금감액권은 이행청구권과 양립할 수 없기 때문에 그 보조수단으로서 추완청구권과도 택일관계가 된다.

금감액권의 행사로 하자 있는 급부에 대한 채무자의 추완의무 역시 확정적으로 소멸하게 된다. 이와 달리 원칙적으로 매수인은 매도인의 불완전이행의 효과로서 추완청구권과 대금감액권 가운데 선택해서 행사할 수 있다. 다만, 앞서 살펴본 바와 같이(제4장 제4절 4.) 대금감액권의 요건으로 추완최고를 요한다고 보아야 하고 간접적으로 추완청구를 우선하는 결과가 된다고 볼 수 있고, 이는 계약의 구속력 내지 계약준수의 원칙에 부합한다. 이와 관련하여 CISG는 매도인의 추완권 행사가 있거나 매수인이 매도인의 추완이행을 거절한 경우 대금을 감액할 수 없도록 하여 대금감액보다 매도인의 추완권을 우선하도록 규정하고 있다(제50조 제2문).

다. 계약해제권과의 관계

매수인이 대금감액권을 행사한 경우 불완전이행에 상응하는 대금의 비율적 조정을 통하여 계약관계를 유지하겠다는 형성적 의사표시이기 때문에, 매수인은 더 이상 계약을 해제할 수 없다. 반대로 매수인이 유효하게 계약해제의 의사표시를 한 경우에는 이로써 매매관계는 해소되어 청산관계로 전환되므로 매수인은 대금감액권을 행사할 수 없게 된다. 한편 매도인의 불완전이행에 있어서 급부가 분할가능하다면 매수인은 계약의 일부해제 또는 대금감액을 선택하여 행사할 수 있는 반면, 급부가 분할불가능하다면 일부해제는 급부의 분할가능성을 요하므로 질적 하자의 경우에도 인정되는 대금감액을 행사할 수 있다.[684]

라. 손해배상청구권과의 관계

매도인의 불완전이행으로 인하여 목적물의 가치가 감소된 경우 매수인은 원칙적으로 대금감액권과 손해배상청구권을 선택하여 행사할 수 있을 뿐이다.[685] 대금감액은 불완전이행으로 인해 깨어진 주관적 등가성

684) 제4장 제3절 2. 나. 참조.

의 회복을 목적으로 하는 반면 손해배상은 손해발생으로 인한 재산상태의 회복을 목적으로 하는 점에서 구별되지만, 당사자들이 목적물의 가치를 객관적인 시가로 산정한 경우 동일한 이익을 지향하게 되기 때문이다.[686] 다만 매수인은 확대손해와 같이 대금감액에 의하여 조정되지 않는 손해가 남아 있을 경우 배상을 청구할 수 있다.

한편 매도인의 계약부적합한 물건의 인도에 대하여 무과실의 손해배상책임을 부담시키는 국제거래규범에서도 불가항력 등 장애로 인하여 매도인이 면책되는 경우 매수인은 대금감액권을 행사할 수 있다는 실익이 있다. 이와 달리 고의·과실을 요건으로 하는 채무불이행책임으로서 손해배상을 인정하는 우리 민법에서는 유책사유와 상관없이 인정되는 대금감액권을 매수인이 활용할 유용성이 더욱 크다고 할 수 있다.

마. 검토

대금감액권은 유상계약의 불완전이행에 특유한 효과로서의 성격을 가지면서 형성권으로서 대금감액의 의사표시가 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 이행지체의 계약해제권을 규정한 제544조를 근거로 인정될 수 있다. 이에 따라 추완이행의 최고를 요건으로 하여 추완청구권을 사실상 우선하되, 손해배상청구권과는 신뢰이익 손해에 있어서는 선택적으로, 이행이익 손해 및 확대손해에 있어서는 중첩적으로 대금감액권을 행사할 수 있다. 계약해제권은 채무자가 추완이행을 거절하거나 계약의 목적달성이 불능한 경우 최종적인 구제수단으로 행사할 수 있다. 아울러 유상계약상 원시적 하자에 대하여 인정되는 담보책임의 내용으로서 대금감액권 역시 동일한 우열관계에 따라서 행사할 수 있다.

제7절 2013년 민법개정시안에 대한 비판과 제안

685) 사동천(2005), 40면.
686) 김진우(2009). 63면.

1. 대금감액권의 명시를 통한 계약책임 현대화의 기준

독일, 일본의 개정민법은 계약책임의 현대화를 위한 또 다른 공통의 목표로서, 종래 하자담보책임의 내용으로서 제한적으로 인정되어 오던 대금감액권을 물건 또는 권리의 하자, 특정물 또는 종류물에 대한 하자의 구분을 없애고 담보책임의 내용으로서 명문화하였다. 대금감액권은 유상계약상 불완전이행에 따른 효과적인 구제수단으로서 채무불이행책임은 물론 담보책임의 내용으로서도 명문으로 인정될 수 있어야 한다. 대금감액권의 명문화에 있어서도 입법례들은 구체적인 방법에서 몇 가지 유형으로 분류된다.

가. 대금감액권에 대한 입법례

(1) 국제거래규범

CISG, PECL, DCFR 등 국제거래규범들은 대금감액권을 명시해서 인정하고 있다. 이 유형은 담보책임에 관한 별도의 규율을 하지 않고 포괄적 개념으로서 채무불이행에 의한 일원적 계약책임체계를 채택함으로써, 불완전이행은 채무불이행에 포섭되어 대금감액권을 발생시키는 요건으로 규율되어 있다. 계약책임 귀속의 정당화 근거로서 영미법과 같이 엄격책임주의에 입각해 있지만, 불가항력 등 장애사유를 원인으로 한 면책은 채권자의 대금감액권에 대하여 채무자를 면책시키지 않는다.

(2) 개정 독일민법 및 개정 일본민법

채무불이행책임과 담보책임의 이원적 틀 안에서 실질적인 일원화를 채택하고 있는 규정형식으로, 대금감액권을 담보책임의 고유한 내용으로 명시하고 있다. 유책사유를 손해배상청구권의 발생요건으로 규정하고 있는 개정 독일민법과 고의·과실이 이외의 면책사유로서 규정하고 있는 개정 일본민법 모두 고의·과실 여부와 상관없이 대금감액권을 인정하고 있다.

(3) 개정 프랑스민법

로마법의 전통을 따라 채무불이행책임과 담보책임을 구별하면서, 아직 개정작업이 진행 중인 개별 계약 가운데 매도인의 담보책임으로서 과실 여부를 불문하고 대금감액권을 인정하고 있다. 아울러 개정 프랑스채권법은 계약불이행의 일반적인 효과로서 대금감액권을 신설하여 국제거래규범에 가장 부합하는 규율을 담게 되었다.

나. 검토

계약책임체계와 관련 이원적 책임의 틀 안에서 담보책임의 고유성을 인정하는 방안이 우리 민법의 상황에 보다 적절하다. 그러나 대금감액권은 유상계약상 불완전이행에 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부 및 무과실여부와 관계없이 인정되어야 한다. 이는 계약 또는 법정채권으로부터 인정되는 이행청구권의 또 다른 형태로 파악되기 때문이며, 계약 또는 법정채권의 구속력으로부터 이행이익의 존속이 가능한 한 이행청구권의 보조수단으로서 인정될 수 있기 때문이다.

2. 2013년 민법개정시안 - 하자담보책임으로서 대금감액권 개정시안

현행 민법	2013년 민법개정시안
제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에	**제575조(제한물권 등이 있는 경우와 매도인의 담보책임)** ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권, 유치권 또는 대항력 있는 임차권의 목적이 된 경우에 매도인이 이를 제거할 의무를 이행하지 않은 때에는 매수인은 <u>대금감액을 청구할 수 있다.</u>

는 손해배상만을 청구할 수 있다. ②전항의 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우에 준용한다. ③전2항의 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년내에 행사하여야 한다.	② 제1항의 경우에 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. ③ 매수인은 대금감액청구 또는 계약해제 외에 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. ④ 제1항 내지 제3항의 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지상권, 지역권, 전세권, 임차권이 없는 경우에 준용한다.
제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다.	**제580조(매도인의 하자담보책임)** ① 매매의 목적물에 하자가 있는 경우에 매수인은 제388조의2에 따라 추완을 청구할 수 있다. 그러나 매수인이 계약체결 당시에 그 하자를 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 매수인은 대금감액을 청구할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다.

	③ 제1항과 제2항의 경우에 매수인은 추완청구, 대금감액청구 또는 계약해제 외에 제390조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.
제581조(종류매매와 매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조의 규정을 준용한다. ② 전항의 경우에도 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자 없는 물건을 청구할 수 있다.	**제581조(종류매매와 매도인의 하자담보책임)** 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 제580조의 규정을 준용한다.

2013년 민법개정시안은 제575조의 매도인의 담보책임과 제580조, 제581조의 하자담보책임으로서 매수인의 대금감액청구권을 규정하였다. 먼저 제575조 담보책임의 경우 감액대금의 산정이 쉽지 않지만 불가능한 것은 아니며, 손해배상청구권과 대금감액청구권의 성질 및 요건의 차이를 고려하여 명시하였다. 또한 제580조 하자담보책임의 경우에도 손해배상청구권에 의하여 사실상 대금감액의 효과를 얻도록 하는 것이 바람직하지 않다는 반성적 고려에서 입법되었다. 이때 대금감액청구권은 매도인의 유책사유를 묻지 않고 인정되며, 신뢰이익배상의 대상이 되는 매수인의 손해는 대금감액청구권에 의해 회복될 수 있다. 따라서 매수인의 손해배상청구권은 대금감액청구권에 의해 전보될 수 없는 이행이익손해를 대상으로 하게 되며, 귀책사유를 요건으로 삼는 채무불이행책임의 내용으로서 제390조의 손해배상청구권을 준용하도록 하였다. 종류물매매의 경우에도 특정물매매에 대한 제580조를 준용하여 대금감액청구권을 인정

한다.

3. 소결

가. 앞서 검토한 바와 같이, 대금감액권도 유상계약상 불완전이행에 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부 및 무과실여부와 관계없이 인정되어야 한다. 이에 비추어 개정안은 대금감액권을 단지 담보책임의 내용으로서 명시하는데 그치고 있다.

나. 대금감액권은 유상계약상 원시적 하자는 물론 후발적 하자의 경우에도 급부간의 주관적 등가성이 그 비례관계를 잃어버린 경우 인정되어야 한다. 아울러 대금감액권은 계약 또는 법정채권으로부터 인정되는 이행청구권의 또 다른 형태로서, 계약 또는 법정채권의 구속력으로부터 이행이익의 존속이 가능한 한 이행청구권의 보조수단으로서 인정되는 것이 타당하다. 다만, 대금감액권은 유상계약의 불완전이행에 특유한 효과로서의 성격을 가지면서 형성권으로서 대금감액의 의사표시가 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 계약해제권과 함께 인정될 수 있다. 이렇게 볼 때 향후 계약책임의 일원적 규율의 근거로 작동할 수 있도록 불완전이행에 따른 채무불이행의 일반적 효과로서 계약해제에 대한 일반조항인 2013년 개정시안 제544조에 이어 제544조의2로 규정하고 개정시안의 제544조의2(계속적 계약의 해지)를 제544조의3으로는 옮기는 체계가 타당하다.

현행 민법	개정 제안
제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이	**제544조(채무불이행과 해제)** ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아

행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다. **제545조(정기행위와 해제)** 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다. **제546조(이행불능과 해제)** 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.	니하다. ② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다. 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때 4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때 ③ 채무의 이행이 불능한 경우 또는 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다. ④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책

	임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다. **제544조의2(채무불이행과 대금감액)** ① 유상계약의 채권자는 상당한 기간을 정하여 채무이행의 추완을 최고하고 그 기간 내에 이행의 추완이 없는 때에는 그 부분의 비율로 대금을 감액할 수 있다. ② 제544조 제2항 각 호의 경우에는 전항의 최고를 하지 아니하고 즉시 대금을 감액할 수 있다. ③ 상대방이 감액된 대가를 초과하는 금액을 이미 지급한 경우에는 그 초과액을 반환받을 수 있다. **제544조의3(계속적 계약의 해지)** ① 계속적 계약의 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다. 이 경우에는 제544조 제1항 단서 및 제2항 내지 제4항을 준용한다. ② 제1항 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.

제8절 결어

대금감액권은 로마법상 하자담보책임의 본질적 내용임에도, 우리 민법의 전신인 일본민법이 감액대금 산정곤란을 이유로 대금감액권을 인

정하지 않은 것은 법률의 흠결로 볼 수 있다. 이는 대금감액권을 규정한 민법 제574조의 실질이 하자담보책임이고, 가격정보의 공개 및 감정평가 기술의 발전으로 산정곤란은 더 이상 장애가 되지 않으며, 도급계약 등 거래실제에서 감액청구를 보편적으로 활용하고 있기 때문이다. 나아가 매매대금 결정의 기초인 하자 없는 급부는 물건과 권리의 하자를 막론하고 요구되며, 대금조정에 의한 급부유지의 필요 역시 여행주최자의 담보책임·임차물의 일부멸실시 임차인의 차임감액청구권을 유추할 때 원시적·후발적 하자를 불문하고 인정되므로, 대금감액권은 계약책임의 일반적인 내용으로 인정될 수 있다.

대금감액권은 손해배상청구권과 기능·산정방법·산정시점·면책가능성의 차이가 있고, 일부해제권·부당이득반환청구권·상계권은 대금감액권이 갖는 효과의 일면만을 파악한 것으로, 대금감액권은 유상계약의 주관적 등가성을 기초로 하는 계약관계의 조정권이면서 불완전이행에 고유한 효과로서 형성권으로 파악될 수 있다. 대금감액권은 민법의 흠결에도 다양한 근거에 의해 계약책임의 일반적 내용으로 인정될 수 있고, 그 법적 성격에 비춰 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 민법 제544조를 근거로 인정될 수 있다.

대금감액권은 가분성이 없는 급부의 질적 하자·권리의 하자·하는 급부의 하자·후발적 하자에 대해서도 인정될 수 있고, 유상계약의 등가관계를 기초로 하므로 유책사유를 요하지 않지만, 단순한 이행지체와의 형평상 추완이행의 최고를 요한다고 볼 수 있다. 감액대금은 약정대금을 실제가치에 대한 가정적 가치의 비율로 곱하여 산정하되, 현실적 급부가치를 평가할 수 있는 이행시를 기준으로 필요한 경우 감정평가에 의하도록 하는 것이 타당하다. 대금감액권의 행사를 위해서 민법상 명문의 근거없이 하자통지의무를 요구하는 것은 불이행시 대금감액권을

상실하게 되는 등 일반 매수인에게 가혹한 결과가 되기 때문에 부적절하다. 다만, 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건은 관행화된 정도의 검사의무 이행여부로 판단되고 나아가 추완이행의 최고로서 하자통지의무에 갈음할 수 있다.

비금전채무의 급부감축권도 유상계약의 등가관계·계약유지의 원칙에 비춰 비금전채무의 분할가능성, 추완이행의 최고를 요건으로 교환계약 기타 일정한 유상계약에서 인정될 수 있다. 추완이행의 최고를 요건으로 하여 추완청구권을 사실상 우선하되, 신뢰손해와는 선택적으로, 확대손해와는 중첩적으로 행사할 수 있지만, 계약해제권은 채무자의 추완이행 거절·계약의 목적달성 불능의 경우 최종적으로 행사될 수 있다.

2013년 민법개정시안은 대금감액권을 담보책임의 내용으로만 명시한데 반해, 대금감액권은 유상계약상 불완전이행의 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부와 관계없이 인정되는 것이 타당하므로 해제의 일반규정인 개정시안 제544조에 이어 제544조의2로 규정하는 것이 타당하다.

제5장 結 論

1. 1960년 민법이 시행된 후 60년 여를 지나는 동안 대외적으로 정보통신기술(ICT) 및 운송·교통의 발달에 기인하는 국제 상거래의 현저한 증가와 이들 국제거래에서 야기되는 법률적 수요들에 응답하여 CISG를 필두로 PICC, PECL, DCFR 등 통일적 규율을 위한 국제거래규범들이 제시되었다. 나아가 이에 탄력받은 외국의 국내법들도 계약법의 개정을 적극적으로 추진하여 2002년에는 개정 독일채권법이 시행되었으며, 2016년 10월 개정 프랑스채권법이 시행되었고, 2020년 4월 개정 일본채권법이 시행되기에 이르렀다.

이러한 시대변화에도 불구하고 오랜 기간 미뤄져 온 우리 민법의 개정과 관련해, 국제거래규범과 이에 영향을 받은 독일, 프랑스, 일본법이 공통된 규율대상이자 그 지향점으로 삼았던 계약책임법의 현대화를 우리 민법에서 이루기 위해 (1) 계약책임체계의 통일을 위한 불완전이행책임법의 통합가능성과 (2) 그 책임 내용으로서 민법상 흠결된 추완청구권, 대금감액권의 활용가능성 확대를 위한 해석론과 입법론을 모색하였다.

2. 우리 민법은 과실책임인 채무불이행책임과 무과실책임인 담보책임의 이원적 계약책임체계를 취함으로써 양 책임의 중첩으로 인한 해석론의 복잡한 전개를 촉발해왔는데, 그 규율의 대상은 불완전이행 또는 하자 있는 이행으로 인한 불완전이행책임으로 집약될 수 있다.

이에 대해 국제거래규범은 물론 주요 외국의 개정 채권법들은, '계약위반', '불이행', '의무위반'과 같은 포괄개념에 의한 계약책임체계의 일원화·통일화를 구축하는 한편, 불법행위책임과 달리 유책사유를 일반요

건으로 구성하지 않거나(국제거래규범·프랑스) 손해배상에 국한하거나(독일) 계약의 구속력(일본)으로부터 구함으로써 계약책임을 과실책임주의와 점차 분리하는 경향을 보이고 있다. 이에 비춰 우선 제390조는 채무불이행책임의 요건에 대한 일반규정으로서 유책사유와 상관없는 '채무불이행'만을 규정하고 있으며, 채무불이행책임의 내용으로서는 유책사유를 요하는 손해배상의무만을 규정하고 있다고 보았다. 그 밖의 구제수단들은 개별규정 및 해석 하에서 채무불이행책임의 내용을 이룬다. 여기서 우리 민법상 계약책임체계의 통일을 위한 불완전이행책임의 통합을 위해 객관적 요건인 '불완전이행'과 '하자'의 이동 및 주관적 요건인 유책사유의 채무불이행책임으로서 손해배상과 분리가능성을 법제사적, 비교법적, 법이론적 관점에서 살펴보았다.

검토과정에서 불완전이행의 개념징표를 민법상 담보책임으로부터 행위요소, 결과요소, 주는 채무의 수령으로 정리하고, 구제수단의 판단에 유용한 관점에서 불완전이행의 모습들을 급부외관의 차이가 있는 주는 채무와 하는 채무의 구별 안에서 정형화해 보았다. 민법상 하자의 모습은 매도인의 담보책임에서 이행불능과 불완전이행으로 분류하고, 불완전이행에 해당하는 하자의 특성을 정리한 후에 수급인의 담보책임과 여행주최자의 담보책임에서 하자의 모습을 검토하였다. 이로써 불완전이행에 의한 채무불이행책임과 담보책임의 상호 접근 현상을 통해 양자 사이에 본질적인 차이가 없음을 확인하였다.

민법 제390조의 입법연혁 및 제정민법안 제381조·의용민법 제415조·만주국민법 제377조의 규정배경과 규정형식을 대조하면서 입법자의 합리적 의사를 추단해보고, 채무불이행책임의 정당화 근거를 재해석하려는 국내외의 경향을 살펴보았다. 이를 통해 궁극적으로 불법행위책임과 달리 특정인 간의 약정에 기초하여 스스로 인수한 이행보증으로서 계

약책임을 채무자에게 귀속시키기 위한 정당화 근거를 새롭게 형성하는 것이 필요하며, 이렇게 채무불이행책임으로부터 유책사유를 배제·분리함으로써 불완전이행책임의 통일적 운영을 위한 기틀을 마련해야 할 지향점을 제시하였다. 그러나 과실책임을 기반으로 계약책임을 규율하고 있는 민법 규정 간의 체계적 해석에 반할 수 있기 때문에 입법론으로 검토되는 것이 타당하다고 보았다.

나아가 채무불이행에 따른 구제수단들은 다양하고 고유한 특성들을 겸유하기 때문에 유책사유의 적용범위를 개별적으로 판단하였다. 이에 따라 민법 제390조 및 과실책임주의를 바탕으로 입법된 다른 조문들과의 체계적 해석의 범주 내에서, 손해배상청구권의 경우 법문에 따라 유책사유가 요구되지만 계약해제권의 경우 유책한 채무불이행의 효과이기보다는 계약의 목적달성 장애에 대한 채권자의 구제수단으로 보는 것이 타당하다. 강제이행청구권은 민법 제389조에서 그 이행이 가능한 한 강제이행의 방법으로 본래 급부내용을 실현할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 유책사유를 요하지 않는다. 추완청구권은 유상계약의 경우 대가관계의 유지·실현을 특성으로 하기 때문에 유책사유를 요하지 않지만, 무상계약의 경우 일방적인 급부의무를 부담하는 채무자에게 가혹한 부담이 될 수 있기 때문에 유책사유를 요한다. 한편, 전부불능이 된 이행청구에 갈음하여 공평의 원칙상 채권자에게 인정되는 대상청구권은 유책사유가 없을 것을 요건으로 한다고 보았다.

입법론으로 제390조 개정안의 경우 본문/단서의 구조에 의한 문언의 해석만으로도 고의·과실을 면책사유로 파악할 수 있을 뿐만 아니라, 계약해제에 대한 일반조항 형식의 개정시안(제544조)이 유책성을 삭제함으로써, 손해배상청구권에 국한된 면책사유로 해석할 수 있게 되었다.

3. 나아가 불완전이행의 경우 급부실현을 위한 채권자의 효과적인 구제수단으로서 추완청구권과 관련해, 민법은 이를 일반적으로 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 다만 매매, 도급, 여행계약의 담보책임에서 제한적으로 규정하고 있을 뿐이다. 학설은 대체로 불완전이행에 있어서의 추완청구권 인정여부와 담보책임상의 추완청구권 인정여부를 구별하여 논의하고 있다. 반면 국제거래규범의 경우 일반적으로 추완청구권을 채권자의 구제수단으로 인정하고 있으며, 독일과 일본은 채권법 개정을 통해 담보책임의 내용으로서 권리의 하자와 물건의 하자를 구별하지 않고 이를 도입하였다. 프랑스의 경우는 아직 개별 계약규정의 개정을 완성하지 않았지만, 종래 이행청구권으로부터 추완청구권을 인정해 온 학설과 판례의 태도에 비추어 개정 프랑스채권법이 계약불이행의 구제수단으로 신설한 현실이행의 강제를 근거로 추완청구권을 인정할 수 있을 것이다. 우리 민법상 추완청구권 역시 계약의 구속력 또는 법정채권의 규범력에서 인정되는 이행청구권의 보조수단이면서 원상회복과 다른 불완전이행에 고유한 효과로서, 이행이익이 실현가능한 한 대(大)는 소(小)를 포함한다는 원칙 등 다양한 근거에 의해 채무불이행책임 및 담보책임으로 인정될 수 있다. 이때 실정법상 근거로는 그 법적 성격에 비춰 채무불이행의 구제수단인 강제이행청구권(제389조)으로 보는 것이 타당하다.

추완청구권의 세부유형으로 대체이행청구권, 부족분이행청구권, 보수청구권이 인정될 수 있고, 이종물 인도의 경우 불완전이행의 개념징표에 부합하며 계약체결시의 하자로 볼 수 없으므로 불완전이행의 효과로서 대체이행청구권에 의해 규율하는 것이 타당하다. 그 밖의 추완청구권의 인정여부는 특정물·불특정물, 원시적 하자·후발적 하자, 권리의 하자·물건의 하자와 상관없이 추완가능성에 의해 판단되어야 한다.

추완청구권의 행사를 위하여 민법상 명문의 규정없이 하자통지의무를 행사요건으로 요구하는 것은 불이행시 추완청구권을 상실하게 되는 등 일반 매수인에게 가혹한 결과를 초래하기 때문에 부적절하다. 다만, 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건은 관행화된 정도의 검사의무 이행여부로 판단될 것이다. 원칙적으로 채권자는 추완유형을 선택할 수 있지만, 체계적 해석상 상당기간을 정하여 행사하여야 하고, 매도인의 완전물급부의무와 매수인의 물건반환의무 사이에 동시이행관계를 인정할 수 있고, 완전물급부가 있기까지 매수인의 사용이익은 계약의 내용이므로 부당이득이라고 볼 수 없다. 이행청구권의 연장인 추완청구권의 행사 역시 급부불능 또는 채무자에게 과도한 부담이 되는 등 상당성을 결여한 경우 신의칙상 제한될 수 있다. 명문의 규정없이 책임원인을 제공한 채무자에게 추완권을 인정하는 것은 그 법적 성격에 비추어 무리가 있다. 계약의 구속력에 비추어 원칙적으로 손해배상청구권 및 계약해제권의 행사에 앞서 상당기간 추완이행을 최고하도록 함으로써 추완청구권을 우선하는 것이 타당하다. 다만, 법문상 담보책임으로서 손해배상청구권과 추완청구권의 선택권은 매수인에게 있고, 계약해제권의 요건인 계약의 목적달성불능은 추완불가능성을 전제한다고 엄격하게 해석하는 것이 타당하다.

2013년 민법개정시안은 추완청구권을 채무불이행책임은 물론 하자담보책임의 내용으로 명시하는 한편, 채무불이행책임으로서 추완청구권을 준용함으로써 그 내용과 제한요건을 일원적으로 규율하고 있는 점에서 주요 외국의 개정민법보다 적극적으로 국제거래규범과 조화되는 타당한 입법이다. 다만, 추완청구권은 이행청구권의 연장이면서 불완전이행의 효과로서의 성격을 겸유하는 바, 오히려 동일한 채무불이행의 효과로서 강제이행청구권과 성격을 같이 하므로 제389조의2로 규정하

는 것이 보다 적절할 것이다.

4. 추완청구권과 마찬가지로 우리 민법은 불완전이행에 대한 채권자의 구제수단으로 대금감액권을 일반적으로 규정하고 있지 않으며, 매도인의 담보책임에서 권리하자의 일정한 경우(제572조·제574조), 여행주최자의 담보책임에서 여행에 하자가 있는 경우(제674조의6 제1항) 대금감액권과 임대차계약에서 임차물이 일부멸실된 경우 차임감액권을 인정하고 있을 뿐이다(제627조 제1항). 학설은 불완전이행의 효과로서 대금감액권에 대해서는 언급이 없고, 하자담보책임상의 대금감액권의 인정여부에 대해서만 견해의 대립을 보이고 있다. 비교법적으로는 PICC를 제외한 국제거래규범들은 대금감액권을 채권자의 일반적인 구제수단으로 인정하고 있다. 독일과 일본의 개정 채권법은 추완청구권과 마찬가지로 담보책임의 내용으로 대금감액권을 명시하였다. 한편 개정 프랑스채권법은 계약불이행에 대한 일반적인 구제수단으로 규정하였으며, 종래와 같이 담보책임에서도 규정하고 있다. 대금감액권은 로마법상 하자담보책임의 본질적 내용임에도 우리 민법의 전신인 일본민법이 감액대금 산정곤란을 이유로 대금감액권을 인정하지 않은 것은 법률의 흠결로 볼 수 있다. 대금감액권을 규정한 민법 제574조의 실질이 하자담보책임이고, 가격정보의 공개 및 감정평가 기술의 발전으로 산정곤란은 더 이상 장애가 되지 않으며, 도급계약 등 거래실제에서 감액청구를 보편적으로 활용하고 있기 때문이다. 나아가 매매대금 결정의 기초인 하자 없는 급부는 물건과 권리의 하자를 막론하고 요구되며, 대금조정에 의한 급부유지의 필요 역시 여행주최자의 담보책임·임차물의 일부멸실시 임차인의 차임감액청구권을 유추할 때 원시적·후발적 하자를 불문하고 인정되므로, 대금감액권은 계약책임의 일반적인 내용으로 인정될 수 있다.

대금감액권은 손해배상청구권과 기능·산정방법·산정시점·면책가능성의 차이가 있고, 일부해제권·부당이득반환청구권·상계권은 대금감액권이 갖는 효과의 일면만을 파악한 것으로, 대금감액권은 유상계약의 주관적 등가성을 기초로 하는 계약관계의 조정권이면서 불완전이행에 고유한 효과로서 형성권으로 파악될 수 있다. 대금감액권은 민법의 흠결에도 이행이익이 존속하는 한 대(大)는 소(小)를 포함한다는 원칙 등 다양한 근거에 의해 계약책임의 일반적 내용으로 인정될 수 있고, 그 법적 성격에 비춰 일부해제와 같은 효과를 발생시키는 면에서 민법 제544조를 근거로 인정될 수 있다.

대금감액권은 가분성이 없는 급부의 질적 하자·권리의 하자·하는 급부의 하자·후발적 하자에 대해서도 인정될 수 있고, 유상계약의 등가관계를 기초로 하므로 유책사유를 요하지 않지만, 단순한 이행지체와의 형평상 추완이행의 최고를 요한다고 볼 수 있다. 감액대금은 약정대금을 실제가치에 대한 가정적 가치의 비율로 곱하여 산정하되, 현실적 급부가치를 평가할 수 있는 이행시를 기준으로 필요한 경우 감정평가에 의하도록 하는 것이 타당하다. 대금감액권의 행사를 위해서 명문의 근거없이 하자통지의무를 요구하는 것은 불이행시 매수인의 불이익에 비춰 부적절하지만, 하자담보책임에서 매수인의 무과실요건은 관행화된 정도의 검사의무 이행여부로 판단되고 나아가 추완이행의 최고로서 하자통지의무에 갈음할 수 있다.

비금전채무의 급부감축권도 유상계약의 등가관계·계약유지의 원칙에 비춰 비금전채무의 분할가능성, 추완이행의 최고를 요건으로 교환계약 기타 일정한 유상계약에서 인정될 수 있다. 추완이행의 최고를 요건으로 하여 추완청구권을 사실상 우선하되, 신뢰손해와는 선택적으로, 확

대손해와는 중첩적으로 행사할 수 있지만, 계약해제권은 채무자의 추완이행 거절·계약의 목적달성 불능의 경우 최종적으로 행사될 수 있다.

2013년 민법개정시안은 대금감액권을 담보책임의 내용으로만 명시한데 반해, 대금감액권은 유상계약상 불완전이행의 특유한 구제수단으로서 원시적 하자여부와 관계없이 인정되는 것이 타당하므로 해제의 일반규정인 개정시안 제544조에 이어 제544조의2로 규정하는 것이 타당하다.

〈參考文獻〉

Ⅰ. 國內文獻

1. 單行本

곽윤직, 채권총론, 박영사, 1999. **[곽윤직(1999)]**

_____, 채권각론, 박영사, 1998. **[곽윤직(1998)]**

김상용, 채권총론, 법문사, 2006. **[김상용(2006)]**

_____, 채권각론(上), 법문사, 1999. **[김상용(1999)]**

김상용·박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2016. **[김상용·박수곤(2016)]**

김용한, 채권법총론, 박영사, 1988. **[김용한(1988)]**

김주수, 채권각론, 삼영사, 1997. **[김주수(1997)]**

김증한·김학동, 채권총론, 박영사, 1998. **[김증한·김학동(1998)]**

_____, 채권각론, 박영사, 2006. **[김증한·김학동(2006)]**

김형배, 채권총론, 박영사, 1998. **[김형배(1998)]**

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2013. **[김형배·김규완·김명숙(2013)]**

송덕수, 채권법 총론, 박영사, 2015. **[송덕수(2015)]**

_____, 채권법 각론, 박영사, 2016. **[송덕수(2016)]**

양창수·김재형, 민법Ⅰ - 계약법, 박영사, 2015. **[양창수·김재형(2015)]**

이은영, 채권총론, 박영사, 2006. **[이은영(2006)]**

_____, 채권각론, 박영사, 2005. **[이은영(2005)]**

지원림, 민법강의, 홍문사, 2019. **[지원림(2019)]**

최병조, 로마법강의, 박영사, 1999. **[최병조(1999)]**

현승종·조규창, 게르만법, 박영사, 1989. **[현승종·조규창(1989)]**

_____, 로마법, 법문사, 2004. **[현승종·조규창(2004)]**

편집대표 곽윤직(양창수 집필부분), 민법주해Ⅸ - 채권(2), 박영사, 1997. **[민법주해/양창수(1997)]**

편집대표 곽윤직(김대휘 집필부분), 민법주해Ⅺ - 채권(4), 박영사, 1997. **[민법주해/김대휘(1997)]**

편집대표 곽윤직(김용덕 집필부분), 민법주해Ⅻ - 채권(6), 박영사, 1997. **[민법주해/김용덕(1997)]**

편집대표 곽윤직(고영한 집필부분), 민법주해XIV- 채권(7), 박영사, 1997. **[민법주해/고영한(1997)]**

편집대표 곽윤직(심재돈 집필부분), 민법주해XIV- 채권(7), 박영사, 1997. **[민법주해/심재돈(1997)]**

편집대표 곽윤직(남효순 집필부분), 민법주해XIV- 채권(7), 박영사, 1997. **[민법주해/남효순(1997)]**

편집대표 곽윤직(김용담 집필부분), 민법주해XV - 채권(8), 박영사, 1997. **[민법주해/김용담(1997)]**

편집대표 박준서(이은영 집필부분), 주석민법 - 채권총칙(1), 한국사법행정학회, 2000. **[주석민법/이은영(2000)]**

편집대표 박준서(최흥섭 집필부분), 주석민법 - 채권총칙(1), 한국사법행정학회, 2000. **[주석민법/최흥섭(2000)]**

편집대표 박준서(김현채 집필부분), 주석민법 - 채권각칙(3), 한국사법행정학회, 1999. **[주석민법/김현채(1999)]**

편집대표 김용담(김상중 집필부분), 주석민법 - 채권총칙(1), 한국사법행정학회, 2013. **[주석민법/김상중(2013)]**

편집대표 김용담(윤철홍 집필부분), 주석민법 - 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 2016. **[주석민법/윤철홍(2016)]**

편집대표 김용담(김대정 집필부분), 주석민법 - 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 2016. **[주석민법/김대정(2016a)]**

_____, 주석민법 - 채권각칙(3), 한국사법행정학회, 2016. **[주석민법/김대정(2016b)]**

편집대표 김용담(이준형 집필부분), 주석민법 - 채권각칙(4), 한국사법행정학회, 2016. [주석민법/이준형(2016)]

편집대표 정동윤(김연미 집필부분), 주석상법 - 총칙상행위(1), 한국사법행정학회, 2013. [주석상법/김연미(2013)]

법무부, 민법개정총서4 2004년 법무부 민법 개정안 - 채권법·부록, 2012. [법무부(2012)]

안태용 역, 비교민법총서1 유럽민사법의 공통기준안(총칙·계약편) - DCFR 제1권～제4권, 법무부, 2012. [안태용(2012)]

최병조 편역, 비교민법총서3 한국민법의 로마법적 배경과 기초 - 민법 제373조~제407조, 법무부, 2013. [최병조(2013)]

권철 역, 일본민법전, 법무부, 2011. [권철(2011)]

명순구 역, 프랑스민법전, 법문사, 2004. [명순구(2004)]

양창수 역, 독일민법전 - 총칙·채권·물권, 박영사, 2001. [양창수(2001a)]

_____, 독일민법전 - 총칙·채권·물권, 박영사, 2015. [양창수(2015)]

_____, 민법입문, 박영사, 1992. [양창수(1992)]

_____, 민법연구 6권, 박영사, 2001. [양창수(2001)]

_____, 민법연구 8권, 박영사, 2007. [양창수(2007)]

김욱곤·양창수·명순구·김기창, 세계화 지향의 사법: 그 배경과 한국·프랑스의 적응, 세창출판사, 2006. [김욱곤외(2006)]

김형배 외 5인 공저, 독일 채권법의 현대화, 법문사, 2003. [김형배외(2003)]

엄동섭, 미국계약법 II, 법영사, 2012. [엄동섭(2012)]

올 란도·휴 빌 편, 김재형 역, 유럽계약법원칙 Ⅰ·Ⅱ, 박영사, 2013. [란도(2013)]

박영복 외, EU사법(Ⅰ), 한국외국어대학교 출판부, 2009. [박영복외(2009)]

_____, EU사법(Ⅱ), 한국외국어대학교 출판부, 2010. [박영복외

(2010)]

페터 슈레히트림, 김민중 역, 유엔통일매매법, 두성사, 1995. [슈레히트림(1995)]

오원석·최준선·석광현·허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼영사, 2018. [오원석외(2018)]

오원석·하강헌, 국제물품매매법, 박영사, 2004. [오원석·하강헌(2004)]

이은영·양창수·백태승·안법영 외 공편, 한국민법이론의 발전(Ⅱ) - [채권편], 박영사, 2001. [이은영외(2001)]

이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1991. [이호정(1991)]

최흥섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005. [최흥섭(2005)]

한불민사법학회, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사, 2021. [한불민사법학회(2021)]

2. 論文 기타 자료

강신웅, “여행계약에 관한 연구 - 여행급부의 하자와 그 효과”, 민사법학 제15호(1997), 한국민사법학회. [강신웅(1997)]

강혜림, “종류매매에서 매수인의 완전물급부청구권의 제한”, 경희법학 제52권 제2호(2017), 경희대학교 법학연구소. [강혜림(2017)]

강창경·박희주, “소비자분쟁해결기준의 운영개선에 관한 연구”, 정책연구보고서(2010.12), 한국소비자원. [강창경·박희주(2010)]

고상용, “민법 제390조의 ‘채무불이행의 의미’”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념논문집)(1990). [고상용(1990)]

권영준, “유럽사법(私法)통합의 현황과 시사점 - 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며”, 비교사법 제18권 제1호(2011), 한국비교사법학회. [권영준(2011)]

加藤雅信/김상수 역, “일본에서의 채권법개정 10년사 - 한국법연구자의 시점과 함께“, 서강법률논총 제7권 제1호(2018.2), 서강대학교 법

학연구소. [加藤雅信/김상수(2018)]

김규완, “채무불이행 체계의 재정립 - 요건측면의 일단”, 민사법학 제43-2호(2008), 한국민사법학회. [김규완(2008)]

김대정, “매도인의 담보책임에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문(1990). [김대정(1990)]

_____, “채무불이행책임설에 의한 하자담보책임의 재구성”, 민사법학 제9・10호(1993), 한국민사법학회. [김대정(1993)]

_____, “채무불이행법체계의 재점검”, 민사법학 제36호(2007), 한국민사법학회. [김대정(2007)]

김동석, “국제물품 매매계약에 관한 UN협약에 있어서의 물품적합성의 결여와 현행 민상법상의 하자담보책임”, 재산법연구 제6권 제1호(1989), 한국재산법학회. [김동석(1989)]

김동훈, “계약법에서 과실책임주의의 의의”, 비교사법 제6권 제2호(1999), 한국비교사법학회. [김동훈(1999)]

김범철, “매수인의 권리구조에 대한 소고”, 민사법학 제38호(2007. 09), 한국민사법학회. [김범철(2007)]

김봉수, “물건하자에 대한 매수인의 추완청구권”, 고려대학교 박사학위논문(2009). [김봉수(2009)]

김영두, 「Common Frame of Reference 초안」 중 채무의 불이행에 관한 규정의 고찰, 외법논집 제33권 제1호(2009.2), 한국외국어대학교 법학연구소. [김영두(2009)]

김영희, “독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문(2003. 8). [김영희(2003)]

김용한, “불완전이행의 본질과 요건 - 적극적 채권침해와 관련하여”, 고시계 통권 제279호(1980. 05), 고시계사. [김용한(1980)]

_____, “민법 제390조와 채무불이행법체계”, 민사법연구 제17집(2009. 12), 대한민사법학회. [김형배(2009)]

김석순, “불완전이행에 관한 일고찰”, 정책과학논총 제3집(1987), 전주대학교 정책과학연구소. [김석순(1987)]

김석현, “여행계약에 관한 연구 - 신설된 여행계약을 중심으로”, 경희대학교대학원 법학석사학위논문(2017). [김석현(2017)]‘

김선국, “불가항력 및 사정변경의 원칙에 관한 계약과 관련한 주요 국제적인 규범들 규정의 비교.검토”, 기업법연구 제13집(2003), 한국기업법학회. [김선국(2003)]

김재형, “민법상 구제수단의 다양화 - 이행・추완・금지청구권에 관한 민법개정안”, 서울대학교 법학 제57권 제4호(2016.12), 서울대학교 법학연구소. [김재형(2016)]

_____, “계약의 해제・해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”, 서울대학교 법학 제55권 제4호(2014. 12.), 서울대학교 법학연구소. [김재형(2014)]

김진우, “국제물품거래규범에 따른 매도인의 추완권에 관한 연구 - CISG, PECL 및 PICC의 규율과 우리 민법 개정에의 시사점”, 외법논집 제33권 제3호(2009), 한국외국어대학교 법학연구소. [김진우(2009a)]

_____, “국제물품거래에서의 매수인의 대금감액권 -「국제물품매매계약에 관한 UN협약」제50조를 중심으로”, 국제거래법연구 제18집 제1호(2009), 국제거래법학회. [김진우(2009b)]

김천수, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행 - 대법원 1999.9.3. 선고, 99다10479 판결”, 의료법학 제1권 제1호(2000. 05.), 대한의료법학회. [김천수(2000)]

김형배, “개정독일채권법의 현대적 의의”, 민사법학 제23호(2003. 03), 한국민사법학회. [김형배(2003)]

김화, “독일 매매법에서 매수인의 추완이행의 장소에 관한 고찰 - 최근 독일연방최고법원 판결을 중심으로”, 민사법학 제65호(2013. 12), 한국민사법학회. [김화(2013)]

____, “매수인의 추완이행청권의 제한원칙에 관한 고찰”, 민사법학 제70호(2015. 03), 한국민사법학회. [김화(2015)]

____, “매수인의 구제수단으로서 대금감액의 의미 - DCFR, CISG상의

쟁점을 중심으로”, 국제거래법연구 제27집 제1호(2018), 국제거래법학회. [김화(2018)]

남효순, “프랑스 민법에서의 매도인의 담보책임(1)”, 서울대학교 법학 제34권 제1호(1993), 서울대학교 법학연구소. [남효순(1993a)]

_____, “프랑스 민법에서의 매도인의 담보책임(2)”, 서울대학교 법학 제34권 제2호(1993), 서울대학교 법학연구소. [남효순(1993b)]

_____, “프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 - 계약상 채무의 불이행책임의 체계”, 민사법학 제13·14호(1996), 한국민사법학회. [남효순(1996)]

_____, “매매법 개정의 착안점과 개정안 - 2000년 한국민사법학회 하계학술대회 발표논문”, 민사법학 제19호(2001. 03), 한국민사법학회. [남효순(2001a)]

_____, “여행계약”, 민사법학 제20호(2001. 07), 한국민사법학회. [남효순(2001b)]

_____, “하자담보책임상 귀책사유 있는 매도인의 손해배상책임 - 손해배상의 범위와 채무불이행책임의 경합”, 판례실무연구Ⅶ(2004. 12), 비교법실무연구회. [남효순(2004)]

_____, “프랑스민법전의 과거, 현재와 미래 - 프랑스민법전 제정 200주년을 맞이하여”, 서울대학교 법학 제47권 제2호(2006. 06), 서울대학교 법학연구소. [남효순(2006)]

_____, “개정 프랑스민법(채권법)상의 계약불이행의 효과”, 비교사법 제24권 제3호(2017, 08), 한국비교사법학회. [남효순(2017)]

명순구, “채무불이행규범의 일원화를 위한 기초 - 역사의 질고를 넘어 사법의 세계화 경향과 조화할 것을 제안하며”, 비교사법 제13권 4호(2006), 한국비교사법학회. [명순구(2006)]

명순균, “계약책임법의 전개와 미래상(契約責任法の展開と未來像)”, 한일법학연구(1998), 한일법학회. [명순균(19983)]

박상기·최준선, “CISG상의 계약위반과 UNIDROIT원칙의 계약 불이행에 관한 비교연구”, 무역학회지 제27권 제2호(2002, 06), 한국무역

학회. [박상기·최준선(2002)]

박수곤, “프랑스법상 물건의 하자에 대한 매도인의 담보책임”, 한양법학 제24권 제3집(통권 제43집), 한양법학회, 2013. [박수곤(2013)]

박득배, “여행계약에 관한 법적 검토”, 법학논총 제34권 제4호(2017.12), 한양대학교 법학연구소. [박득배(2017)]

박영복, “최근 서구의 계약책임 논의와 우리 민법상의 계약책임체계 - 사법통일화작업의 결과인 두 Principles를 중심으로”, 민사법학 제13·14호(1996. 04), 한국민사법학회. [박영복(1996)]

_____, “유럽통일계약법과 한국매매법”, 민사법학 제24호(2003. 09), 한국민사법학회. [박영복(2003)]

_____, “독일 민법상 계약책임에 있어서 유책사유의 변용”, 민사법학 제25호(2004), 한국민사법학회. [박영복(2004)]

_____, “CISG상의 계약책임 구조에 대한 비교법적 분석”, 국제거래법연구 제14집 제2호(2005), 국제거래법학회. [박영복(2005a)]

_____, “계약책임의 귀책요소로서의 보증”, 민사법학 제30호(2005. 12), 한국민사법학회. [박영복(2005b)]

_____, “계약상 이행책임의 제한 - 유럽계약법 공통참조기준(CFR) 초안을 중심으로”, 외법논집 제34권 제1호(2010.2), 한국외국어대학교 법학연구소. [박영복(2010)]

_____, 유럽민사법의 공통기준안(DCFR) 매매법에서의 「물품 부적합성에 대한 계약당사자의 인식」“, 외법논집 제41권 제4호(2017), 한국외국어대학교 법학연구소. [박영복(2017)]

박정기, “유니드로와(UNIDROIT)국제상사계약원칙에 있어서 계약책임”, 해사법연구 제11권 제2호(1999, 12), 한국해사법학회. [박정기(1999)]

박희호, “우리나라 채무불이행책임의 본질에 관한 소고”, 재산법연구 제22권 제3호(2006), 한국재산법학회. [박희호(2006)]

_____, “물건의 하자와 관련한 담보책임법의 개정에 관한 일고”, 민

사법학 제78호(2017), 한국민사법학회. [박희호(2017)]

사동천, “물건의 하자에 대한 매도인의 책임법리에 관한 연구 - CISG, PICC, PECL, 독일개정민법, 일본민법, 한국민법의 논의를 중심으로”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문(2002. 2). [사동천(2002)]

_____, “최근 국제적 동향에서 바라 본 우리 민법상의 매도인의 하자담보책임에 관한 연구”, 민사법학 제24호(2003), 한국민사법학회. [사동천(2003)]

_____, “유엔국제물품매매법(CISG)상 구제수단간의 우열 - PICC, PECL, 기타 몇몇 국내법과의 비교를 겸하여”, 국제거래법연구 제13집(2005), 국제거래법학회. [사동천(2005)]

서광민, “불완전이행론”, 서강법학연구 제1권(1999), 서강법학연구소. [서광민(1999)]

서민, “매도인의 담보책임과 채무불이행책임의 경합”, 민사판례연구 17(1995), 민사판례연구회. [서민(1995)]

서희석, “일본 민법(채권법) 개정조문 시역”, 민사법학 제79호(2017. 06), 한국민사법학회. [서희석(2017)]

석광현, “계약상 채권관계의 준거법에 관한 유럽공동체 협약(上)”, 법조 제43권 제3호(1994. 03), 법조협회. [석광현(1994)]

_____, “CISG협약과 2004년 민법개정안”, 법률신문(2004. 11. 15), 법률신문사. [석광현(2004)]

성승현, “부적절한 이행”, 민사법학 제27호(2005), 한국민사법학회. [성승현(2005)]

_____, “프리드리히 몸젠(Friedrich Mommsen)의 채무불이행책임론에 관한 소고”, 재산법연구 제23권 제1호(2006), 한국재산법학회. [성승현(2006)]

_____, “적극적 계약침해론, 그 후 100년”, 한양법학 제21집(2007. 08), 한양법학회. [성승현(2007)]

_____, “채무불이행법 개정안의 ‘불완전이행’ 개념 도입에 대한 단상”, 법학논총 제21집 제3호(2014), 조선대학교 법학연구원. [성승현(2014)]

손현주, “UNIDROIT국제상사계약원칙의 적용에 관한 연구”, 조선대학교대학원 법학박사학위논문(2002. 8). [손현주(2002)]

송양호, “유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 1998)과 한국법”, 상사법연구 제21권 제2호(2002), 한국상사법학회. [송양호(2002)]

潮見佳男, “일본에 있어서 계약책임법의 현대화 - 일본민법의 개정을 위하여”, 제98회 서울대학교 Foreign Authority Forum(2007. 3. 28), 서울대학교 법과대학 BK사업단. [潮見佳男(2007)]

潮見佳男/박인환 역, “채무불이행의 성립요건 - 손해배상의 요건을 둘러싼 일본민법이론과 채권법개정”, 민사법학 제65호(2013. 12), 한국민사법학회. [潮見佳男/박인환(2013)]

심종석, “유럽계약법원칙(PECL)의 일반규정 및 계약의 성립에 관한 규정과 CISG, PICC 규정과의 비교연구”, 『국제상학』 제19권 제1호(2004. 03), 한국국제상학회. [심종석(2004)]

안법영, “채무불이행법 체계의 재고찰 - 민법 제390조의 연혁 및 독일 급부장애법과의 비교”, 김형배교수고희기념논문집 「사법질서의 변동과 현대화」(2004), 박영사. [안법영(2004)]

안병하, “매수인의 사후이행청구권 - 독일민법상 자동차 매도인의 하자담보책임을 중심으로”, 한양법학 제24권 제3집(2013. 8), 한양법학회. [안병하(2013)]

안춘수, “하자담보법상의 문제점 - 채무불이행책임설의 입장에서 특정물매매를 중심으로”, 민사법학 제11·12호(1995), 한국민사법학회. [안춘수(1995)]

_____, “채무불이행책임 체계의 재검토”, 한국민법이론의 발전(Ⅱ) - 채권편, 이영준박사화갑기념논문집(2002), 박영사. [안춘수(2002)]

양석완, “상법상 매수인의 검사·통지의무에 관한 법적 쟁점“, 상사판례연구 제23집 제4권(2010. 12), 상사판례연구회.

양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제30권 제3·4호(1989), 서울대학교 법학연구소. [양창수(1989)]

_____, “법전편찬위원총회 의사록(초)”, 서울대학교 법학 제35권 제2호(1994. 10), 서울대학교 법학연구소. [양창수(1994)]

_____, “「유럽계약법원칙」에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대학교 법학 제40권 제1호(1999. 05), 서울대학교 법학연구소. [양창수(1999)]

_____, “「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리”, 국제지역연구 제10권 제1호(2001. 03), 서울대학교 국제학연구소. [양창수(2001b)]

_____, “2004년 민사판례 관견”, 인권과 정의 제344호(2005. 04), 대한변호사협회. [양창수(2005)]

오석웅, “국제물품매매계약에 관한 UN협약과 UNIDROIT원칙2004의 비교연구 - 계약의 성립과 관련하여”, 법학연구 제5집(2007. 02), 한국법학회. [오석웅(2007)]

오원석, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙에 관한 연구”, 국제상학 제13권 제1호(1998. 05), 한국국제상학회. [오원석(1998)]

_____, “CISG에 대한 UNIDROIT Principles(2004)의 특징과 유용성”, 국제지역연구 제9권 제2호(2005. 06), 국제지역학회. [오원석(2005)]

오원석·심윤수, “「UNIDROIT Principles 2004」의 변경·신설내용의 개관”, 무역상무연구 제25권(2005. 03), 한국무역상무학회. [오원석·심윤수(2005)]

오종근, “민법 담보책임법 개정안”, 이화여자대학교 법학논집 제17권 제1호(2012.9), 이화여자대학교 법학연구소. [오종근(2012)]

_____, “추완청구권 - 민법개정논의를 중심으로”, 이화여자대학교 법학논집 제22권 제3호(2018.3), 이화여자대학교 법학연구소. [오종근(2018)]

오호철, “유엔통일매매법과 우리 민법중개정법률안상의 계약책임의 비교”, 비교사법 제12권 제1호(2005), 한국비교사법학회. [오호철(2005)]

윤용석, “불가항력에 관한 일고찰”, 재산법연구 제33권 제1호(2016.5), 한국재산법학회. [윤용석(2016)]

이동진, “채무불이행법의 과거, 현재, 미래”, 청헌김증한교수30주기추모논문집 「우리 법 70년 변화와 전망」(2018), 법문사. [이동진(2018)]

이상헌, “도급에서의 수급인의 책임에 대한 연구 - 유형도급과 무형도급간 비교를 중심으로”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문(2019. 8). [이상헌(2019)]

이상광, “하자담보책임의 기본문제”, 비교사법 제5권 제1호(1998), 한국비교사법학회. [이상광(1998)]

이우석, “채무자의 귀책사유와 손해배상청구권”, 영남법학 제4권 제1·2호(1998.2), 영남대학교 법학연구소. [이우석(1998)]

이은영, “우리 민법에 맞는 채무불이행책임의 체계”, 법조 제411호(1990.12), 법조협회. [이은영(1990)]

_____, “UN통일매매법의 계약책임과 민법개정의견”, 민사법학 제15호(1997. 04), 한국민사법학회. [이은영(1997)]

_____, “채무불이행책임의 기초이론”, 고시계 제46권 제9호(2001.9), 고시계사. [이은영(2001)]

이준현, “특정물매매에 있어 합의된 물건과는 다른 물건이 인도되었을 때 개정된 독일채권법에 따른 처리”, 김형배교수고희기념논문집 「사법질서의 변동과 현대화」(2004), 박영사. [이준현(2004)]

이진기, “민법개정안 채무불이행법에 관한 검토”, 민사법학 제68호(2014. 09), 한국민사법학회. [이진기(2014)]

이태제, “불완전이행론에 관한 재고”, 고시계 제183호(1972.5), 국가고시학회. [이태제(1972)]

이홍민, “민법 제정과 그 성과 분석”, 고려대학교 박사학위논문(2011).

[이홍민(2011)]

장경학, “불완전이행의 검토”, 고시연구 제183호(1987), 대명고시연구회. [장경학(1987)]

장종현, “불완전이행의 본질과 종류에 관한 고찰”, 건국대학교대학원 법학석사학위논문(2001). [장종현(2001)]

장창민, “여행계약에 관한 연구 - 여행자 보호를 중심으로”, 비교사법 제24권 제3호(2017.08), 한국비교사법학회. [장창민(2017)]

정기웅, “불완전이행의 본질과 근거”, 정책과학논총 제3집(1987), 전주대학교 정책과학연구소. [정기웅(1987)]

정종휴, “계약책임의 재구성 - 독일 채권법 현대화를 중심으로”, 비교사법 제9권 제3호(2002, 10), 한국비교사법학회. [정종휴(2002)]

_____, “계약책임법의 새로운 전개 - 유럽 계약법원칙을 중심으로”, 재산법연구 제22권 제1호(2005. 06), 한국재산법학회. [정종휴(2005)]

정진명, “계약해제와 유책사유”, 비교사법 제5권 제1호(1998. 6), 한국비교사법학회. [정진명(1998)]

정태윤, “일본 개정민법(채권관계) 중 주요 부분에 관한 개관”, 민사법학 제82호(2018. 02), 한국민사법학회. [정태윤(2018)]

정해종, “개정 독일채권법의 개요”, 한·독사회과학논총 제13권 제1호(2003. 06), 한독사회과학회. [정해종(2003)]

조규창, “민법 제390조와 적극적 채권침해 - 통설에 대한 비판적 고찰”, 조규창교수논문집 「논리와 직관」(1998), 법문사. [조규창(1998a)]

_____, “물건의 하자담보책임 - 현행법규정의 비판적 고찰”, 조규창교수논문집 「논리와 직관」(1998), 법문사. [조규창(1998b)]

_____, “임대인의 하자담보책임 - 민법 제567조의 분석적 고찰”, 조규창교수논문집 「논리와 직관」(1998), 법문사. [조규창(1998c)]

조성민, “불완전이행과 하자담보책임의 관계”, 고시연구 통권 제311호

(2000. 02), 고시연구사. [조성민(2000)]

최병규, “생명보험에서 보험료 및 급부조정에 대한 연구 - 독일법제와의 비교를 중심으로”, 재산법연구 제32권 제3호(2015. 11), 한국재산법학회. [최병규(2015)]

최병조, “지진과 법 - 로마법의 경우”, 서울대학교 법학 제52권 제2호(2011), 서울대학교 법학연구소. [최병조(2011)]

최봉경, “법률의 흠”, 연세법학연구 제10권 제1호(2003), 연세대학교 법학연구원. [최봉경(2003)]

_____, “특정이행과 손해배상”, 저스티스 통권 제178호(2020), 한국법학원. [최봉경(2020)]

최용근, “불완전이행에 관한 연구 - 적극적 채권침해와 관련하여”, 성균관대학교대학원 법학석사학위논문(1984. 12). [최용근(1984)]

최준선, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 의의”, 무역상무연구 제12권(1999. 02), 한국무역상무학회. [최준선(1999)]

_____, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙과 한국법”, 상사법연구 제21권 제2호(2002), 한국상사법학회. [최준선(2002)]

하강헌, “국제물품매매에서 매수인의 대금감액권에 관한 고찰“, 무역상무연구 제71권(2016. 08), 한국무역상무학회. [하강헌(2016)]

한웅길, “이행장애와 그 구제 - 민법개정안을 중심으로”, 비교사법 제13권 제2호(2006), 한국비교사법학회. [한웅길(2006)]

황원재, “담보책임법상 감액청구권과 손해배상청구권”, 재산법연구 제34권 제3호(2017. 11). 한국재산법학회. [황원재(2017)]

민법안심의록 상권, 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 1957.

민법안심의자료집, 공청회속기록, 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 1957.

민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957.

법무부조사국, “소련・중국 및 만주민법전”, 법무자료 제3집, 1940.

법원행정처, “주요 구법령집(상)”, 재판자료 제41집, 1987.

Ⅱ. 外國文獻

1. 單行本

Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Second Enlarged Edition, Transnational Publishers(1997). [Bonell(1997)]

Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, Second Edition, Transnational Publishers(2006). [Bonell(2006)]

G. Chantepie et M. Laina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2018. [Chantepie/Laina(2018)]

François Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016. [Chénedé(2016)]

O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018. [Deshayes/Genicon/Laithier(2018)]

Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1 -Contrat et engagement unilatéral,* 4e éd., Puf, 2017. [Magnan(2017)]

Barthélemy Mercadal, *Réforme du droit des contrats,* Edititons Francis Lefebvre, 2016. [Mercadal(2016)]

Bernard Gross et Philippe Bihr, *Contrat, tome 1re, Vente civiles et commerciales baux d'habitation, baux commerciaux,* Presses Universitaires de France, 1993. [Gross/Bihr(1993)]

Karine de La Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, L.G.D.J(2006). [Karine(2006)]

Reinhard Zimmermann, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town by Juta(1992). [Zimmermann(1992)]

Reinhard Zimmermann, *The new German law of obligations : historical and comparative perspectives*, Oxford University Press(2005). [Zimmermann(2005)]

John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press(2007). [Felemegas(2007)]

John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law & Taxation Publishers(1999). [Honnold(1999)]

Huber, Peter/Mullis, Alastair, *The CISG - A new textbook for students and practitioners, Sellier*. European law publishers(2007). [Huber/Mullis(2007)]

Pace International Law Review, *Review of the Convention on Contracts for the International sale of goods(CISG)*, Kluwer Law International(1998). [Pace International Law Review(1998)]

Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, 2nd(English), Oxford University Press(2005). [Schlechtriem/Schwenzer(2005)]

Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München & Oxford, 2011. [Kröll/Mistelis/Viscasillas(2011)]

The International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome(2004). [The International Institute for the Unification of Private Law(2004)]

Lando, Ole/Beale, Hugh, *Principles of European Contract,* Kluwer Law International(2000). [Lando/Beale(2000)]

von Bar, Christian/Clive, Eric (eds.), *Principles, Definitions and Model*

Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Full Edition, Vol. 1; Vol. 2, Sellier European Law Publishers, 2009. [von Bar/Clive(2009)]

Nili Cohen/Ewan Mcendrick, *Comparative Remedies for Breach of Contract,* Oxford & Portland Oregon(2005). [Cohen/Mcendrick(2005)]

G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract- A comparative account,* Clarendon Press・Oxford(1988). [Treitel(1988)]

_____, *Frustration and force majeure,* London: Sweet & Maxwell(1994). [Treitel(1994)]

B. Nicholas, Fault and Breach of Contract, *Good Faith and Fault in Contract Law(ed. by Beatson and Friedmann)*, Oxford University Press(1995). [Nicholas(1995)]

林良平・石田喜久夫・高木多喜男, 債權總論, 青林書院, 1987. [林良平・石田喜久夫・高木多喜男(1987)]

吉全邦彦, 債權 各種 - 『歸責事由』論 再檢討, 星野英一編集代表 民法講座別卷(2), 有斐閣, 1990. [吉全邦彦(1990)]

平井宣雄, 債權總論(第2版), 弘文堂, 1994. [平井宣雄(1994)]

森田宏樹, 契約責任の歸責構造, 有斐閣, 2002. [森田宏樹(2002)]

潮見佳男, “債務不履行の成立要件 - 損害賠償の要件をめぐる日本民法理論と債権法改正”, 민사법학 제65호(2013.12), 한국민사법학회. [潮見佳男(2013)]

_____, 民法(債権関係)改正法の概要, 金融財政事情研究会, 2017. [潮見佳男(2017a)]

_____, 債權總論 I (第2版), 信仙社, 2003. [潮見佳男(2003)]

_____, 新債權總論 I, 信仙社, 2017. [潮見佳男(2017b)]

_____, 基本講義 債權各論 I (契約法・事務管理・不当利得), 新世社, 2017. [潮見佳男(2017c)]

大村敦志, 新基本民法(契約編), 有斐閣, 2017. [大村敦志(2017)]

半田吉信, 擔保責任 再構成, 東京 : 三嶺書房, 1986. [半田吉信(1986)]

2. 論文 기타 자료

Philippe Malinvaud, Dossier 477 - Responsabilité des constructeurs (droit privé) : responsabilité de droit commun, Table des matières Section 1 - La responsabilité de droit commun à l'égard du maître de l'ouvrage 477.11 - 477.87, Dalloz(2018). [Malinvaud(2018)]

JurisClasseur Civil Code art. 1223, Fasc. unique : CONTRAT. - Inexécution du contrat. - Réduction de prix, François-Xavier Licari, 2018. [Jurisclasseur/Licari(2018)]

Jurisclasseur, Droit à la réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Fait générateur, Inexécution imputable au débiteur, Jean-Christophe Saint-Pau, 2013. [Jurisclasseur/Saint-Pau(2013)]

Franco Ferrari, The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions, 22 J.L. & Com. 57(2003). [Ferrari(2003)]

Herbert Kronke, UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles & the Way Beyond, 25 J.L. & Com. 451(2005). [Kronke(2005)]

Ole Lando, Principles of European contract Law & UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification, 8 Unif. L. Rev. n.s. 123(2003). [Lando(2003)]

Dawwas, Amin, Non-Performance and Damages under CISG and UNIDROIT Principles, Comparative Law Review[Vol.XXX-3, 1997]. [Dawwas(1997)]

Byung-Mun Lee, A Comparative Study on The Seller's Liability for Non-Conforming Goods under CISG, English Law, European Law and Korean Law, A Thesis Submitted in Fufilment of The Degree of Doctor of Philosophy Requirement of The University of Warwick, School of

Law in Coventry, England(2001). [Lee(2001)]

潮見佳男, “債務不履行を理由とする損害賠償と債務者の歸責事由”, 法學論叢 第27輯 第2号, 2007. [潮見佳男(2007)]

山本敬三, 契約責任法の改正, 法曹時報, 第68卷 第5号(2016). [山本敬三(2016a)]

_____, 売主の「担保責任」に関する日本民法の改正, 법학논총 제36권 제1호(2016), 전남대학교 법학연구소. [山本敬三(2016b)]

法制審議會民法 (債權關係) 部會資料68A (http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf) [部會資料68A]

Ⅲ. 웹사이트

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/text.html

https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016

https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200429

https://www.lexis360.fr/Document/art_1221_et_1222_fasc_unique_contrat_inexecution_du_contrat_execution/All58iaSBdxpxiQfnIzYBmK5zHiK_OmxcoRLmiyvEjg1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTEyOCY=&rndNum=807444561&tsid=search20_

https://www.lexis360.fr/Document/art_1223_fasc_unique_contrat_inexecution_du_contrat_reduction_de_prix/9DBIfQs-oqnVYdAWZLJEcYIdMd485IaVaOi6ZJZm-Jw1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTg3Jg==&rndNum=723960812&tsid=search17_

http://lps3.beck-online.beck.de.libproxy.snu.ac.kr/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FKroeMiViCISG_2%2Fcont%2FKroeMiViCISG%2EglPartIII%2Ehtm

http://lps3.beck-online.beck.de.libproxy.snu.ac.kr/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchlechtriemSchwenzerKoUNKaufR_7%2FUNKaufRUe%2Fcont%2FSchlechtriemSchwenzerKoUNKaufR%2EUNKaufRUe%2Ehtm

http://lps3.beck-online.beck.de.libproxy.snu.ac.kr/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band4%2FUNKaufRUe%2Fcont%2FMuekoBGB%2EUNKaufRUe%2Ea50%2Ehtm

http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html

〈Abstract〉

A Study for the Modernization of Defective Performance Liability - Focusing on the Requirements, the Right to Completion of Performance and the Right to Reduce Price -

Kim, Taehun
Department of Law
Graduate School of Law
Seoul National University

1. The ‘modernization of the contractual liability’ has been deemed as the common discipline and aim set forth in the norms of international contract law such as CISG, PICC, PECL, DCFR, and other recent revisions to the civil code from Germany, France, and Japan. In order to attain the aforementioned modernization process in the context of Korean Civil Code, this thesis would apply statutory interpretation and legislation theories to examine the following: (1) the possibility for the unification of defective performance liability law for harmonizing the structure of contractual liability, and (2) the expansion of the applicability of the ‘right to completion of performance’ and the ‘right to reduce price’, which are narrowly stipulated under the liability of separate contracts in the Civil Code.

2. The Civil Code of Korea retains a binary structure for contract liability by stipulating ‘responsibility for non-performance’ (of the obligation) based on the liability with fault, and on the other hand, ‘responsibility for warranty’ originating from no-fault liability. This

twofold structure is open to overlapping liability and induced complications in statutory interpretation. In hindsight, this structure could be said to regulate ‘defective performance liability’ caused by defective performance or performance with defect. The pertinent international trade business law norms and major civil code amendments tend to unify contractual liability under a more comprehensive concept, while gradually dividing liability with fault from the contractual liability, unlike that of the tort liability. As such, regarding the responsibility for non-performance of obligations, the Article 390 of the Civil Code of Korea states a general provision specifying the requirement without particular reference to the reason for responsibility, whereas it only stipulates the substance on damages requiring the reason for responsibility. The other means of remedy comprise of the substance of the responsibility for non-perfomance, under other separate provisions and interpretations.

Henceforth, against the backdrop of such tendency, this study has compared objective requirements such as ‘defective performance’ and ‘defect, and analyzed their divisibility with the subjective requirements such as damages, as part of the responsibility for non-performance of obligation arising from the reason for responsibility, through the lens of legal history, comparative legal approach and theory of law, in order to discuss the unification of defective performance liability into Korean Civil Code. Through the aforementioned methodology, this piece of dissertation proposes that there is no fundamental difference between the responsibility for non-performance due to defective performance and the liability for warranty due to defect, since both concepts are mutually approachable. Accordingly, there is a dire need for establishing new justification for attributing the contractual liability to the obligor, ultimately providing performance guarantee. Yet, considering the possible clash with the systematic interpretation among other provisions in the Civil Code, especially on the part of liability with fault, the mentioned

suggestion should proceed with the legislation analysis method. In this respect, the concept of intention and negligence stated in Article 390 would be construed as a functional reason for remission of damages. A general provision on a rescission of a contract without element of remission formulated under Article 544 of the amended bill of Civil Code of 2013 could be evaluated as a leap forward in this regard.

3. In the case of defective performance liability, the right to completion of performance has been discussed as an effective means of remedy for realizing the performance for the obligee. The international trade business law norms recognized the right to completion of performance as a general means of remedy for the obligee. Germany and Japan have adopted such concept while not distinguishing the right as a liability for warranty and defect of goods. The amendment of an individual contract in France is still a ongoing process, but it is expected that they would also be able to ascertain the right to completion of performance based on the new inclusion of enforced actual performance as a means of remedy for the non-performance of the contract. In terms of Korean Civil Code, the right to completion of performance would be able to solidify its ground for justification as a responsibility for non-performance and liability for warranty, based on numerous claims- ranging from ‘a contractually binding supplementary means for the right to demand performance’ , and simulteneously, to a principle, accrued to the effect from defective performance that differs from restitution, postulating that as long as the expectation interest/performance interest is realizable, the macro concepts could encompass the micro concepts and more. Based on the legal nature of the suggestion above, it would be highly appropriate to link the positive law basis, by referring to the provisions on compulsory perfomance of obligation stipulated in Article 389, as means of remedy of non-performance of obligations. More specified categories of the right to completion of perfomance could include right to require delivery of

substitute goods, right to demand performance in respect to the missing or non-conforming portion of the performance, and right to require repair. The delivery of the goods of non-conforming description with the contract would invoke the effect of defective performance and thus be regulated by the right to require substitute performance. Other cases involving the applicability of right to completion of performance should be determined along with a possibility for cure for each case. For the sake of exercising the right to completion of performance, buyer's no-fault requirement in the context of liability for warranty against defect could be judged by considering whether the buyer was heedful of the examination obligation, which is quite a customary procedure. Yet it would be inappropriate to demand obligation to notice defect without codified reference. In principle, the obligee may choose the type of cure, but when applying a systematic interpretation, such right should be exercised within a specified reasonable period of time. In addition, a concurrent performance relationship between seller's obligation to require non-defective goods and buyer's obligation to return the goods could be formulated, and prior to the demand of non-defective goods, the buyer's benefit of use is within the scope of the contract, so it cannot be seen as an unjust enrichment. As an expansion of demand for performance, the right to completion of performance could be limited in accordance with the good faith if there exists a situation where reciprocity is not met. For instance, when a performance is impossible or when a demand itself imposes excessive burden to the obligor. To add on, approving the right to cure to the obligor who contributed to the formation of the liability without invoking a codified provision would be seen as an unreasonable measure, especially when taking into account its legal nature. Reflecting on the legally binding force of the contract, in principle, it seems reasonable to priotize right to completion of performance by allowing peremptory notice to perform cure for a reasonable period of time before exercising right to claim for damages and right to rescind contract. Yet, when abiding by the text, it would be

advisable to interpret that the buyer would have the choice between the right to claim for damages and the right to completion of performance as a corollary of liability for warranty. The impossibility of achieving the object of the contract, which is a requirement for the right to rescind the contract, should be interpreted in a rigorous manner, under a premise of impossibility of cure. The amended bill of Civil Code of 2013 is exceptionally appropriate legislation, which could be harmonized with the international trade business law norms, and moreover, it could be evaluated as a more proactive amendment compared to other foreign amendments in that the right to completion of performance has been specified as not only responsibility for non-performance but also as a liability for warranty. Furthermore, the content and limitation requirements of the right to completion of performance corresponding to the responsibility for non-performance are coherently regulated. However, the right to completion of performance is an elongation of right to demand performance and simultaneously, it is also an effect of a defective performance. Henceforth, it would be desirable to stipulate this notion as Article 389-2, considering its nature as a claim for a compulsory performance of obligation, effectuated by non-performance of the obligation.

4. As for the defective performance, as far as pursuing an effective means of remedy for the obligee for duration of the performance, the majority of international trade business law norms, with an exception of PICC, recognize right to reduce price as obligee's general means of remedy. The civil codes in Germany and Japan have explicit mention of the right to reduce price under liability for warranty, and the civil law in France has included it under a general means of remedy for the non-performance of the contract while maintaining its place in liability for warranty section. The right to reduce obligation, although it is one of the fundamental issue of the liability for warranty against defect in Roman law, has not been authorized under Japanese civil law due to the

complexity entailed in calculating the price to be reduced. The Korean Civil Code followed suit but this would be a legal lacunae since the Article 574, stating the right to reduce price' s fundamental context, is accrued to liability for warranty against defect, and the difficulty in calculation has been abated due to the development in assessment technology. In reality, the request for reducing price is utilized comprehensively in actual cases of contracts, such as that of the contract for work. Furthermore, the performance without defect, as a basis for decisions regarding purchase-price of the sale, is required no matter whether there exists any defect in the goods or rights. The necessity for the maintenance of performance by adjustment of purchase price is required regardless of any initial or subsequent defect when inferring right to demand reduction the rent from the invocation of liability for warranty by a package tour organizer or from the case of partial loss of object leased by a lessee. The right to reduce price is distinctive from that of the right to claim for damage in its function, estimation method, time of the estimation, and possibility for discharge. The right to partial rescission, the right to demand for return of the unjust enrichment, the right to set-off account for only some parts of the effect that the right to reduce price can be entitled with. Consequently, the right to reduce price is, on one hand, a right to adjustment for the contractual relationship based on subjective reciprocity of a contract for value, and at the same time, on the other hand, it could imply a right to unilaterally alter legal relationship arising from a defective performance. The right to reduce price could be included in the general context of the contractual liability, based on a wide spectrum of reasonings, recalling the principle illustrating that as long as the expectation interest/performance interest is realizable, the macro concepts could encompass the micro concepts in this regard. The mentioned right could also be invoked under the Civil Code Article 544, since its legal nature gives rise to an effect similar to that of the partial recission. The right to reduce price can be applied for numerous

defects, ranging from qualitative defect of indivisible performance, defect of right, defect in the performance of obligation to implement the means necessary to obtain certain result (obligation de moyens), and even to subsequent defect. The right to reduce price does not obligate cause for which the obligee is responsible but it would necessitate a peremptory notice of cure of performance taking into account the equitable treatment among the performing entities. The reduced purchase-price would be calculated by multiplying the rate or proportion of estimated value to the agreed purchase-price. The time period of such computation should be set at the time of the performance since it is when the actual value of the performance could be accurately evaluated, and when necessary, it is reasonable to let an assessment evaluation process to take the initiative. For exercising the right to reduce price, it would be quite inappropriate to demand an obligation to notice defect without a written reference, but one can assert that the requirements under the buyer's liability without fault in pursuing liability for warranty against defect could be determined by whether an obligation to examine has been performed, and such requirements can substitute the obligation to notice defect in a form of peremptory notice on performing the cure. Directed by the equivalence of the contracts for value and the principle of maintenance of the contract, the non-monetary obligation's right to reduce obligation could be substantialized under contract of exchange and other forms of contracts for value, under the condition of divisibility of the non-monetary obligation and peremptory notice on the performing the cure. By specifying the requirement on the peremptory notice on the performance of the cure, one can in fact give more weight to the right to completion of performance. This could be exercised selectively with damages for reliance interest, and interchangeably with damages for consequential damage. However, one will be entitled to the right to rescind the contract when the obligor refuses to perform the cure and when there is impossibility for achieving the object of the contract.

Even though the amended bill of Civil Code of 2013 has only stipulated the right to reduce price in the context of the liability for warranty, this thesis posits to specify the right to reduce price as a means of remedy for the defective performance in contracts for value, regardless of the existence of the initial defect, and correspondingly, concludes that a new provision of Article 544-2 of the Civil Code should be supplemented based on the underlying rationale.

Keywords : Structure of Contract Liability, Defective Performance Liability. Defective Performance, Defect, Reason for Responsibility, Performance Guarantee, Right to Completion of Performance, Right to cure by an obligor, Right to Reduce Price, Right to Reduce Obligation

Student Number : 2015-30321