

<서 평>

債 權 各 論(下)

郭 潤 直 著

1971년 法文社 刊

菊版 474면 1,600원

1.

郭潤直 교수(이하 著者라 칭한다)는 1961년에 「民法」(上)을 著述하여 民法의 總則編과 物權編을 간결하게 解説한 바 있으며, 이어 1962년에는 「民法」(中)을 펴내어 債權編의 理論的 體系를 간명하게 示술한 바 있다. 이 兩者는 著者자신의 講義案이라는 의미를 지닌 것이었거니와, 동시에 著者の 「욕심은 이들 간결한 講義案을 가지고 講義도 하고 또한 연구와 검토를 거듭하면서 서서히 큰 教科書의 著述을 준비」⁽¹⁾하는데 있었음은 著者の 표현을 빌릴 필요도 없이 同學者로서 당연히 추측할 수 있는 일이었다. 그리하여 드디어 1963년 3월에는 物權變動에 관한 독자적인 學說을 전개하는 등 民法學界에 지대한 功勞를 던진 力作 「物權法」(民法講義Ⅱ)을 세상에 내놓으면서, 「現行民法에 관한 比較的 상세한 체계적인 教科書를 5권 내지 6권 정도로 나누어서 엮어보겠다」는 계획을 그 「머리말」에서 피력하였다. 이에 따라 같은 해 11월에는 「民法總則」(民法講義Ⅰ)을, 1964년에는 「債權總論」(民法講義Ⅲ)을, 1967년에는 「債權各論(上)」(民法講義Ⅳ)을 刊行하여 民法學徒의 많은 관심을 불러 일으켰다. 지금 本稿에서 評하려는 「債權各論(下)」(民法講義Ⅴ)는 그 계획의 계속이거니와, 이것으로써 民法의 財產編에 관한 體系의 教科書가 完刊을 보게 되었다는 점에서 「債權各論(下)」의 出刊은 대단히 큰 意義를 지니는 것이다. 이것은 비단 著者の 기쁨일 뿐 아니라 民法學 同研者 내지 民法學界의 경사라 하여 過言이 아닌 것이다.

2.

「債權各論(下)」의 체제나 記述의 태도는 本著가 「民法講義Ⅴ」라는 번호를 부여 받고 있는

(1) 郭潤直, 物權法(民法講義Ⅱ) 머리말.

데서 짐작할 수 있듯이, 「物權法」 아래의 既刊의 「民法講義」教科書와 동일 보조를 취하고 있다. 「債權各論(上)」의 뒤를 이어 「履借」·「都給」·「懸賞廣告」·「委任」·「任置」·「組合」·「終身定期金」·「和解」·「事務管理」·「不當利得」 및 「不法行爲」에 관한 상세한 叙述을 하고 있다.

(1) 다만 既刊의 여러 「民法講義」가 각 그 分野의 모든 문제를 精疎에 균형이 잡히도록 같은 比重을 두어 다루어 왔음에 대하여 本著는 「履借」에서 「不當利得」에 이르기까지는 종전의 태도를 견지하고 있으나, 「不法行爲」의 설명만은 例外的으로 상세히 설명하고 있어 分量에 있어서도 不法行爲의 부분이 本著의 약 39%를 차지하고 있을 정도이다. 이것은 著者의 표현을 빌린다면 「의식적으로 그렇게 한 것이다. 서울民事地方法院의 예를 들어 본다면 不法行爲에 관한 것이 전체사건의 약 50%를 차지한다고 전해 듣고 있다. 뿐만 아니라 그 많은 不法行爲事件 가운데서 약 半을 차지하는 것은 人命被害에 의한 손해배상사건이라고 한다. 앞으로 市民들의 權利意識이 높아지면 높아질수록, 또한 교통난이 심해가고 고속 교통기관이 늘어갈수록 불법행위사건 특히 人命피해에 의한 손해배상사건은 더욱 늘어날 것이다. 그럼에도 불구하고 不法行爲에 관한 이렇다고 할만한 자료나 서적이 별로 없는 실정을 고려하여 그 부분은 다른 부분보다도 좀 자세히 적기로 하였다. 특히 공부하는 학생들도 혼자서 충분히 배상액을 산정해 낼 수 있도록 친절한 설명을 하였다」고 한다.⁽²⁾ 현재까지 우리나라에서 나온 文獻 중에서 가장 상세한 不法行爲論이며 斯學의 연구에 많은 도움이 될 수 있으리라고 믿는다.

(2) 著者는 本書에 있어서도 國內同學者의 教科書에서 피력된 學說을 거의 빠짐없이 소개하고 그것을 비판하는 동시에 자신의 獨自의인 結論을 명쾌하게 내리고 있다. 後述하는 몇 가지 문제점에서도 지적하는 바와 같이 반드시 評者가 전적으로 贊意를 표하기는 어려운 理論이 없지 않으나, 著者로서 일관된 論理아래 정연한 自說의 전개를 하고 있음은 本書의 특색임에 틀림 없다. 다만 많은 學說의 소개와 비판이 자세히 되어 있기 때문에 初學者에게는 복잡하다는 느낌을 줄 우리가 없지 않으나, 學術書로서는 높히 평가를 받아야 할 것이며, 어느 정도 民法知識의 기초가 이루어진 學徒에게는 國內學說의 總整理書로서도 많은 도움이 될 것임을 믿어 마지 않는다.

(3) 著者는 本書에서 判例를 많이 인용하고 있으며, 나아가서는 「학생들이 判例에 좀 더 친근할 수 있도록 判決要旨도 여러 곳에서 실었다」.⁽³⁾ 특히 實定法을 연구함에 있어서 判例의 중요성을 여기서 새삼 설명할 필요는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 종래에는 우리나라 法院에서 내려지는 判例를 참조하기가 심히 어려워 기껏해야 일본을 비롯한 外國의 判例

(2) 本書 머리말 iv 면.

(3) 同上.

가 敎科書에서 약간 소개·비판되었음에 불과하나, 근자에는 최소한 大法院의 判例란이라도 참조하기가 용이하도록 되어 있어 著者は 이 長點을 놓치지 않고 활용하고 있어 本書의 가치를 더욱 빛내고 있다. 그러나 아직도 法官들의 本意, 아니게 判例에 나타나는 理論展開에 있어 빈약함을 안타깝게 생각하는 바이며, 또한 下級法院의 判例를 얻어 보기가 지극히 어려운 형편에 있어 著者에게도 그것에 대한 물만이 지내하였을 것으로 짐작된다.

(4) 著者は 本書의 서술에 있어서도 각종 제도의 法史的 내지 沿革的 說明을 가하는 것을 잊지 않고 있다. 이것은 著者가 法史를 출발점으로 하여 民法學者로 진출하였다는 이유만에서 그런 것은 아닐 것이다. 무릇 現行制度 내지 規定의 性格을 올바르게 이해하고 그 해석의 방향, 나아가서는 앞으로의 立法方向을 파악함에는 法史的 沿革의 지식이 중요한 요소의 하나임을 생각할 때, 著者가 法史的 方向에서 民法에의 접근을 소홀히 하지 않았음은 著者의 학문하는 태도의 깊이를 말해주는 것이라고 하겠다. 특히 著者は 단순히 로마法·게르만法 등에 있었던 制度를 나열 소개하는 식의 서술은 악세사리의 서술을 저지르지 않고, 그것이 어떠한 動因에 의하여 어떻게 關係성을 가지며 변천·발전하는 가운데 우리 나라의 民法에 이르렀는가를 주의 깊게 살핌으로써 史的考察의 本意를 충분히 살리고 있다는 점에서 뛰어나다고 평하고 싶다.

(5) 著者は 本書를 서술함에 있어 특히 각 제도 내지 規定과 關係되는 모든 문제 나아가서는 關係되는 他 法制를 유기적으로 關係시켜 설명하고 있다.¹⁴⁾ 民法의 解説書라고 하여 民法의 條文만의 해석에만 국한할 것이 아니라, 그와 동시에 그것과의 關係 속에서 생각할 수 있는 모든 私法상의 문제를 한데 묶어서 고찰하는 것은 民法 자체의 폭넓은 이해를 위하여 필요한 일임에 틀림 없거니와 本書는 그 점에 있어서도 훌륭한 본보기가 되어 있다.

(6) 本書의 두드러진 특색의 다른 하나는 독일의 學說을 많이 소개하고 비평하며 導入하였다는 점이다. 일본 서적을 통하여 간접으로 받아 들인 것이 아니라, 직접 독일에 유학하며 그 곳의 學者와 意見을 나누고 또 직접 독일 학자들의 著書에 접하여 생생하게 독일의 學說을 소화하였다는 점에서 새로운 감각을 담백 던져주는 것이 本書의 장점이다. 주지하는 바와 같이, 우리 나라는 大陸法系 중에서도 독일법계에 속하며, 특히 民法은 독일법의 영향을 절대적으로 받고 있다. 따라서 우리 나라 民法의 理解에는 독일법의 지식이 불가결함은 재언을 요치 않거니와, 이제 著者가 前例없이 독일법을 직접적으로 소화하면서 우리의 民法을 이해하고 해석하는데 하나의 轉機를 만들었다고 생각된다.

(4) 예컨대 「雇傭과 勤勞契約(勞動契約)」(5~16면), 事實的契約關係論, 身元保證, 身元保證金 등 「雇傭의 成立에 關係한 特殊問題」(21~26면) 등등.

3.

다음에 本書의 서술 순서에 따라 몇 가지 問題點을 들어 著者의 견해를 소개하고 評하기로 하겠다.

(1) 民法上의 雇傭契約은 勞働法原理의 規律을 받아야 할 勤勞契約으로서의 성질을 가지고 있으며, 또한 모든 雇傭을 그렇게 다루는 것이 가장 理想的이라고 할 수 있으므로, 勤勞基準法의 적용 밖에 있는 雇傭에 관하여서도 勤勞基準法 中の 私法的 效果에 관한 規定을 되도록 規準으로 삼는 것이 적당할 것이라고 하면서(15~16面) 報酬請求權에 관한 使用者의 義務에 대하여 구체적인 기준을 희망적으로 제시하고 있다(31面), 대체적으로는 타당한 견해라고 하겠으나, 실제로 구체적인 해결을 함에 있어서는 상당히 신중을 기해야 할 것이다.

(2) 著者는 이미 「債權各論(上)」에서 事實的 契約關係論(faktische Vertragsverhältnisse)을 소개하고, 그것에 찬성하는 견해를 피력한 바 있기니와(同書 77~84面), 그 理論에 따라 本書에서도 事實的 契約關係論을 雇傭과 組合의 成立에 관하여 인정하고 있다(21~22面, 144~145面). 독일의 事實的 契約關係論을 敎科書에 직접 끌어들이어 인정한 것은 우리 나라에서 처음이라는 점에서 괄목할 만한 일이며,⁽⁵⁾ 또 理論의으로도 얼핏 수긍하고 싶은 생각도 드나, 傳統的인 法律行爲論 내지 契約論의 태두리를 벗어나 理論展開를 하려 함에는 좀 더 많은 조실성이 필요하지 않을까 생각된다. 비록 雇傭이나 組合의 成立에 관하여 事實的 契約關係論을 인정하는 것이 「우리의 生活關係를 直視하는 理論構成」(債權各論(上) 83面)이 된다 하더라도, 著者가 事實的 契約關係論을 인정하려고 하는 몇 가지 경우에 관하여 著者 자신도 시인하듯이, 「종래의 契約理論이나 意見表示論으로 이를 전혀 規律할 수 없고 理論構成이 不可能한 것은 아니다」라고 본다면, 더욱 신중을 기하는 것이 좋지 않을까 생각된다. 사실 독일에 있어서도 최근의 民法學界의 경향은 어느 편이냐 하면, 종래와는 달리 事實的 契約關係論을 否認하고 傳統的인 契約說로 돌아가는 경향에 있음을 注意할 필요가 있다. 심지어 著者가 事實的 契約關係論의 贊成者로 들고 있는 Esser 교수단 하더라도 최근에는 그 견해를 바꾸어 傳統的인 理論으로 복귀하고 있음은 주목할 만한 일이라 하겠다.⁽⁶⁾ 또 Haupt가 事實的 契約關係論을 발표한 후 일찌기 그것에 찬동하였던 Larenz 교수도 그 敎과서의 最近版에서는 舊版에서 오랫동안 설명해 오던 「社會定型的 行爲로부터 발생하는 債權關係」(事實的 契約關係)의 項目을 빼 버리고, 오직 geschäftlicher Kontakt에 의한 債權關係에 言及하여 그 責任

(5) 單行論文으로서는 本書에 앞서 崔鍾吉 敎수가 「事實的 契約關係에 관한 若干의 考察」(서울대학교 法學 第5卷 所收)을 써서 소개한 바 있다.

(6) Vgl. J. Esser, *Schuldrecht*, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. völlig neubearbeitete Aufl., 1968, S. 96 ff. 그 밖에 H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 1969, S. 29 ff. 참조.

은 「契約에 비슷한 構成要件」(vertragsähnlicher Tatbestand)에 기초를 두는 것이 아니라, 信義誠實의 原則에 기초를 두는 것이라고 설명하고 있음도⁽⁷⁾ 또한 최소한 事實的 契約關係論을 포기한 것이라고 해석된다.

(3) 雇傭契約에 있어서 勞務者는 善管注意義務를 부담함이 원칙이나, 상당히 높은 위험이 따르는 勞務에 종사하는 경우에는 例外的으로 使用者와 勞務者와 함께 위험에 대한 責任을 나누도록 하여, 勞務의 危險性이나 勞務者의 過失의 정도·地位·經驗·能力 등을 고려하여 勞務者의 責任의 정도를 결정하는 것이 타당하다고 著者는 주장한다(28~29面). 評者도 이에 찬성하는 바이다.

(4) 使用者나 勞務者의 어느 쪽에도 責任이 없는 事由로 勞務의 給付가 不能인 경우에 勞務者의 履行不能이나 또는 使用者의 受領不能이나 라는 문제가 생기는 데, 이 경우에 종래에는 소위 勢力範圍說이 通說로 되어 있었으나, 著者는 「給付를 不可能케 한 障礙가 債權者(使用者)의 支配領域 내에서 발생한 경우 이더라도 不可抗力으로 給付가 不能으로 된 때에는 債權者(勞務者)는 債權者(使用者)에게 그 責任을 묻지 못한다고 하는 것이 타당」하다고 주장한다(33~34面, 著者著「債權總論」153面). 종래의 勢力範圍說로서는 석연치 못한 점이 있었던 것을 풀어주는 理論이라고 하겠다.

(5) 著者는 懸賞廣告의 法律的 性質에 관하여 그것을 單獨行爲라고 보아 通說인 契約說에 反對하고 있다(79~82面). 그 근거로서는 民法 第677條(廣告不知의 行爲)와 第679條(懸賞廣告의 撤回)를 들고 있다. 또한 현상광고를 民法이 債權編 第2章「契約」에서 規制하고 있더라도 同章의 第2節 이하는 널리 주요한 債權의 發生原因을 정하는 것이라고 보는 것이 타당할 것이므로, 懸賞廣告의 法典上의 位置는 그것이 하나의 契約으로서 規制되어 있다는 결정적 근거는 되지 못한다고 주장한다. 모두가 一理있는 理論이라고 하겠으나 契約說을 가지고도 족히 說明이 될 수 있으며, 또 결과적으로 어떤 差異를 가져오는 것이 아니라면 굳이 單獨行爲說을 내세워야 할 필요는 없지 않으나 생각된다. 즉 評者의 所見으로서는 첫째로 債權編 第2章이 契約을 규정한다고 章名은 내걸은 이상, 第2節 이하는 第1節의 契約「總則」에 대한 契約「各則」을 規定한 것이며, 懸賞廣告도 소위 典型契約의 一種으로 規定되어 있다고 理解하는 것이 論理의 당연한 歸結이라고 생각한다. 契約 아닌 기타의 債權發生原因이라고 새긴다면 事務管理·不當利得·不法行爲에서 보듯이 章을 바꾸어 規定하였을 것이 아닐까 생각된다. 둘째로 第675條는 指定行爲를 한 자에게 報酬請求權이 발생하는 時期를 정한 것이라고 著者는 새기고 있다. 그러나 이와 같은 해석은 모든 典型契約에 관한 規定중 그 첫째 條文들이 각기 당해 「契約」의 意義를 규정짓고 있을 뿐만 아니라, 第675條 자체가

(7) Vgl. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. neubearbeitete Aufl., 1970, S.92 f.

「懸賞廣告의 意義」라고 標題를 내걸고 있음에도 불구하고 그것을 著者と 같이 해석함은 다른 契約의 경우와 均衡이 맞지 않지 않는가 생각된다. 셋째로 原則에는 例外가 있는 법이다. 著者の 所論대로 契約說로 일관한다면 확실히 第 677 條는 설명이 되지 않을 것이다. 그러나 廣告不知의 行爲에 대하여도 報酬請求權을 인정하는 것이 公平할 뿐만 아니라, 廣告者의 意思에도 合致할 것이므로, 廣告있음을 알고 行爲한 것으로 擬制하여 特例를 만들고 있는 것이다. 만일 民法이 현상광고를 單獨行爲說의 立場에서 規制하였다면, 第 677 條는 광연한 것이므로 일부러 規定을 둘 필요가 없을 것이며, 또 注意의 意味에서 規定을 둔다 한들 前條를 「適用」할 것이지 「準用」할 것이 아니라 생각된다. 끝으로 第 679 條에 관하여도 마찬가지로 論理가 成立할 것으로 생각된다. 즉 本條는 請約의 拘束力에 관한 원칙적 規定의 特別이라고 해석하여 잘못이 없을 것이다.

(6) 組合契約의 法律的 性質에 관하여 著者は「合同行爲로서의 性質과 契約으로서의 性質을 모두 가지는 특수한 法律行爲」라고 새기며, 組合契約의 雙務契約性・有償契約性을 否定한다(135~141 면).

먼저 組合契約이 契約이나 合同行爲이나에 관하여 보전대, 形式的이기는 하지만 懸賞廣告의 경우와 비슷한 論理에서 우선 契約이라고 인정하고, 組合契約에 의하여 이루어지는 人的結合體로서의 組合의 特殊性에 비추어 合同行爲의 性質을 아울러 가진다고 새기는 것이 民法典의 체제로 보아 온당하지 않을까 생각된다.

다음에 同時履行의 抗辯權에 관한 民法 第 536 條의 適用 可否를 중심으로 組合契約의 雙務契約性 여부를 살피건대, 著者也 시인하듯이 「어느 說을 취하든 큰 차이가 없다」(139 면)고 할 바에는, 契約說을 前提로 내세운 論理를 일관하여 雙務契約性을 시인하고, 다만 組合의 人的結合體라는 特殊性으로 인하여 第 536 條의 適用이 制限을 받는다고 하는 것이 무방할 것으로 思料된다. 다만 業務執行組合員이 그 자신 出資義務를 이행하고 있지 않으면서 다른 組合員에게 出資를 요구하는 경우에, 雙務契約性 否認說에서는 同時履行의 抗辯權의 行使를 인정하지 않으나, 雙務契約性 肯定說에서는 그와 반대의 견해를 가지는 듯하다고 著者は 辟諷하고 있다. 그러나 이 경우는 雙務契約性의 認否에서 오는 見解의 차이가 아니라, 人的結合性이 社團의 경우 보다 약한 組合에서 業務執行組合員이라고 하여, 자기의 出資義務를 다하지 않고 다른 組合員의 出資만을 요구하는 것이 信義誠實의 원칙에 비추어 不當하기 때문에, 同時履行의 抗辯權을 그 다른 組合員이 행사할 수 있다는 見地에서 考察하는 것이 타당하지 않을까 생각된다.

한편 危險負擔에 관한 民法 第 537 條, 第 538 條의 적용 問題에 있어서 組合契約의 雙務契約性을 인정하더라도, 따라서 危險負擔에 관한 위의 2개조를 적용하더라도 著者と 같은 타당한 結論에 도달할 수 있다고 생각된다. 즉 不可抗力으로 出資의 履行이 不能케 된 者는 組合員

이 되지 못하거나 脫退하게 된다고 해석하는 것이 組合의 特性으로 보아 타당할 것이다. 또 組合員이 2 名인 경우에는 組合은 그 存在를 상실하게 될 것이다.

著者は 組合契約의 有償契約性도 부인한다. 그러나 이 점에 관하여도 有償契約性을 인정하여 賣買規定을 組合의 성질에 반하지 않는 범위에서 준용할 수 있을 뿐만 아니라, 나아가서는 賣買의 規定을 組合의 성질에 적합하도록 해석하여 준용할 수 있다고 새겨도 무방하리라고 믿는다.

(7) 著者は 특수한 組合의 一種으로서 옛날부터 오늘에 이르기까지 우리 나라에서 많이 볼 수 있는 契(稷 또는 稷)에 관하여 교과서로서는 비교적 많이論及하고 있다(184~191면). 契의 沿革·意義·性質·成立·業務·執行·契員의 權利義務·契員의 變動·解散·清算으로 분류 정리하여 설명한다. 著者が 적절히 지적한 바와 같이, 「法律的인 觀點에서 契를 다루고 그 본질을 밝혀진 연구는 아직 나타나고 있지 않다」. 著者の 契에 관한 說明은 앞으로 그 方面의 본격적인 연구에 하나의 자극제가 될 수 있으리라고 믿는다.

(8) 끝으로 不法行爲法의 설명이 상세하여 本書 중의 많은 分量을 차지하고 있다는 데 관하여는 이미 앞에서 지적한 바와 같거니와, 그 중에서도 특히 눈에 띄어는 것은 不法行爲와 의 관계에서 保險制度에 論及하고 있는 점과(296~302면), 具體의 事例를 判例에 주로 의거하여 풍부히 들고 있다는 점이다. 大陸法系統의 法의 특징은 法規의 抽象性에 있으며, 그렇기 때문에 그 解説에 있어서도 抽象性을 탈피하기가 무척 어렵다. 따라서 항상 구체적인 事例를 드는 것이 學生들로 하여금 理解시키는데 지극히 필요한 일이다. 이 점에 있어서 著者は 특히 不法行爲法의 분야에서 勤劬을 다하였다고 하겠다.

4.

이상에서 本書의 특징과 著者の 理論의 일부를 극히 단편적으로 소개하고 또 평하는데 그쳤지만, 全卷을 통하여 體系의 優秀성과 理論의 정연성, 치밀성 및 문제점에 대한 정성스러운 친절할 검토는 本書의 장점이 아닐 수 없다.

이 기회에 著者が 느꼈을 것으로 믿어지는 고충의 일단을 피력해 보고자 한다. 그것은 비단 著者만의 고충이 아니라 우리 나라 法學界 또는 일반적으로 學界의 공통된 고충이라고 여겨지기 때문이다. 즉,

첫째로 參考文獻을 항상 새롭게 求得하기가 어렵다는 점이다. 大學의 圖書館을 비롯하여 우리 나라의 圖書館들이 學者들의 이러한 欲求不滿을 해소시키기에는 너무나 빈약한 도서미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 學者들 개인의 힘으로는 더욱 어려운 일이다. 著者の 경우만 보더라도 특히 獨逸書의 경우 거의 다 新版이 나왔음에도 불구하고 舊版에 의존하고 있는

실정이다. 더욱이 Esser 교수와 Larenz 교수의 著書는 대폭적인 改正이 가해졌음에도 불구하고, (8) 그것을 入手 못한 데서 오는 학문적 不利益이 대단히 컸을 것은 짐작하고도 남음이 있다. 하루 속히 우리 나라에서도 學者들이 용이하게 새로운 參考文獻을 구할 수 있도록 學問에 대한 풍부한 뒷받침이 이루어지도록 祈願하는 마음 간절하다.

물론으로 특히 本書를 보면서 느끼는 것은 脚註를 活用할 수 있도록 讀者의 學問的 要求가 높아지고 出版界의 사정이 호전되었으면 하는 욕심이다. 著者는 충분히 脚註를 달 수 있는 여유를 本書에서 보이면서도 그것을 하지 못하였다는 아쉬움이 同學의 한 사람으로서 강하게 든다.

끝으로 著者의 높은 學問的 業績을 제대로 소개하지 못하였을 뿐만 아니라, 評者의 偏見에 기인하는 정당치 못한 評이 되었을 것임을 著者에게 사과하며, 아울러 본의 아닌 失禮에 寬恕를 바라는 마음으로 글을 맺는다.

(玄 勝 鍾： 고려대학교 법과대학 교수)

(8) 前掲註(6) 및 (7) 참조.