

법 학 석 사 학 위 논 문

부수적 의무의 불이행에 관한 연구



2012년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

조 경 희

법 학 석 사 학 위 논 문

부수적 의무의 불이행에 관한 연구

지도교수 : 고 명 식

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함



2012년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

조 경 희

조경희의 법학석사 학위논문을 인준함

2010년 2월 일



주 심 법학박사 김 두 진 인

위 원 법학박사 최 명 구 인

위 원 법학박사 고 명 식 인

< 목 차 >

Abstract

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	3
제 2 장 의무의 구조	5
제 1 절 서 설	5
제 2 절 급부의무와 부수적 의무	7
I. 서	7
II. 독일에서의 논의	8
1. 급부의무	9
2. 부수적 의무	10
III. 급부의무와 부수적 의무의 구분	21
1. 급부의무	21
2. 부수적 의무	26
3. 급부의무와 부수적 의무의 차이점	31
IV. 의무의 구분에 대한 비판적 견해	34

제 3 절 부수적 의무의 내용	35
I. 서	35
II. 부수적 의무의 구성	36
1. 협의의 부수적 의무	37
2. 보호의무	37
3. 안전배려의무	43
III. 소결	47

제 3 장 부수적 의무의 불이행과 계약해제

제 1 절 서 설	48
제 2 절 해제권 발생의 인정여부	50
I. 서	50
II. 외국의 입법례	52
1. 프랑스민법	52
2. 독일민법	54
3. 국제적인 통일법	55
III. 학설의 대립	57
IV. 판례의 태도	58
1. 해제권 발생을 부정한 경우	59
2. 해제권 발생을 인정한 경우	63
V. 소결	64

제 4 장 부수적 의무의 불이행과 손해배상	67
제 1 절 서 설	67
제 2 절 부수적 의무의 불이행과 손해배상에 관한 논의	69
I. 서	69
II. 외국의 입법례	70
1. 독일의 경우	70
2. CISG의 경우	73
3. PECL의 경우	74
III. 학설의 대립	75
1. 협의의 부수적 의무	75
2. 보호의무	75
3. 안전배려의무	84
IV. 판례의 태도	86
1. 불법행위책임을 인정하는 경우	87
2. 채무불이행책임을 인정하는 경우	88
VI. 소결	91
제 5 장 결론	94

< 참고 문헌 >

A Study on the non-performance of Subsidiary Obligation

Gyeong Hui Jo

Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University

Abstract

In principle of 'freedom of contract', a party or parties in the contract acquire(s) certain rights according to the conclusion of the contract, and along with this, a party is under different obligations to do depending on the contents agreed with the other party or the provisions of the law. Since a party or parties' intention or purport is an important part in the agreement, it is necessary to figure out the contents of each party's debt and how much it may have an influence on the achievement of the contract to some extent to determine whether its subsequent payments are made properly.

Meanwhile, if payments are not made properly according to the contents of debts, a debtor is obliged to be responsible for a penalty under certain conditions, and thus legal remedy means against non-performance occurs to the other party. Such remedy means of non-performance typically includes two methods: the one is to get supplemented about the damages caused by the non-performance; the other is to cancel the contract and then return to the point of time when the contract did not occur in order to get out of the contract. Damages compensation for the damages caused by the nonperformance is acknowledged, but rescission of contract is partially acknowledged under certain cases. To this, both doctrines and precedents

divide main obligation and subsidiary obligation as a means to determine the occurrence of rescission of contract. Therefore, main obligation and subsidiary obligation will be discussed separately, and particularly for subsidiary debt, as it is mainly discussed in case of violation of subsidiary obligation, subsidiary obligation will be intensely focused on.

However, many precedents have acknowledged the 'rescission of contract', in relation to the nonfulfilment of subsidiary obligation seemingly, judging like this: "It is inevitable to achieve its goal, and if it isn't fulfilled, the purpose of contract is not fulfilled, and thus it is a main debt that is enough to be considered that the party or parties did not enter into a contract." Therefore, when assessing the effect of non-performance, it must be determined by the party's rational decision making which was expressed when making a contract regardless of the counterpart's independent value or appeared evident objectively from the situation at the time, and various matters such as content, purpose, and consequences as a result of breach of contract should be considered. Therefore it is concluded that subsidiary obligation can be acknowledged as main obligation in some specific cases. In relation to this, discussions on the occurrence of the right to cancel as an effect of nonfulfilment of subsidiary obligation should be conducted.

Meanwhile, protection obligation is discussed under the influence of Germany. There is nothing to discuss the recognition of the claim of the damage by judging that nonfulfilment of subsidiary obligation is non-performance in the contract, but what is noteworthy in the discussion of protection obligation apart from the subsidiary obligation that substantially supports the realization of benefits obligation derived from benefits obligation is on the legal status of protection obligation. In other words, the key point is whether the nonfulfilment of protection obligation belongs to the area of non-performance that produces damages compensation pursuant to Civil Code Section 390. In relation to this, the background of protection obligation and its legal nature will be discussed and the legal status of protection obligation will also be conversed.

Therefore, this study divides subsidiary obligation and main obligation and

makes both the concepts more clarified to discuss whether rescission of contract in relation to the nonfulfilment of subsidiary obligation are acknowledged, and additionally legal nature of protection obligation will be examined and finally, whether it will be actually included in the area of non-performance will be reviewed.

Keywords : main obligation, subsidiary obligation, non-performance, non-performance of subsidiary obligation, rescission of contract, protection obligation, damages compensation, the claim of the damage



제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

현대 사회의 모습은 더욱 다양하고 빠르게 변화하고 있으며, 그만큼 예측이 어려운 상황들을 만들어 낸다. 그러므로 현재 발생하고 있고 또는 앞으로 발생 가능한 상황들을 설정하여 이에 완벽하게 대처할 수 있는 실정법을 만들어 낸다는 것은 불가능하다고 해도 과언이 아니다. 이것은 결국 법이 정의한 현실과 구체적인 현실이 서로 다른 경우들이 존재하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 어떤 시대라도 그 사회의 여러 모습들을 법에 투영시킴으로써 그 간격을 좁히고자 하는 시도들은 끊임없이 전개될 수밖에 없는 것이다. 이것은, ‘약속’의 원리에만 전적으로 의존했었던 전통적인 계약법이, 산업사회와 소비사회 등의 등장 및 발전에 따라 나타난 제반적인 사회생활상의 여러 문제들을 해결하는 역할을 하는 것에 한계가 있었다는 인정하고 이를 극복하기 위한 노력들이 전개되었다는 것에서도 알 수 있다. 특히 그 중에서도 계약법상 신의칙에 기반을 둔 부수적 의무의 전개 및 발전은 현대 계약법의 발전에 많은 영향을 주었다고 할 수 있다. 즉, 전통적인 계약법이 견지하고 있던, 배타적이고 이분법적인 책임법체계에서 오는 경직성에서 비롯된 법과 현실의 괴리라는 문제를 다소 완화시켜 줄 수 있는 해법으로서, 신의칙에 기초한 부수의무론이 중요한 역할을 할 수 있다고 볼 수 있다.

계약자유 원칙상 계약의 당사자는 계약의 체결에 따른 일정한 권리를 취득하고 이와 함께 상대방과 합의한 내용이나 법률의 규정 등에 따라 여러 가지 의무를 부담하게 된다. 채권관계에서는, 기본적인 급부의무 이외에 특정당사자 사이에 성립하고 있는 구속관계로부터 도출되어 쌍방적으로 서로 준수하여야 할 의무가 발생한다. 즉 사회적 접촉이 증가함에 따라, 당사자 사이가 계약으로서 특정되면 그에 따라 다양한 범위로 서로에게 상대방의 정당한 이익을 존중하여야 할 의무가 발생하게 된다. 이러한 상대방의 법익의 존중을 내용으로 하는 부수적 의무는, 신의성실의 원칙에 의거하여 급부를 이행하는 과정에 있어 급부와 관련이 있는 모든 행위를 적용범위로 가지게 되며, 더 나아가서는 급부의 이행준비과정이나 이행완료단계에 있어서도 성립하여 존재한다.

채무의 내용에 따라 제대로 급부가 이루어 지지 않았을 때에는 채무자는 일정한 요건 하에서 불이행을 부담하게 되고 따라서 상대방에게 채무불이행에 대한 법적 구제수단이 발생하게 된다. 이러한 채무불이행의 구제수단으로서 일반적으로 채무불이행으로 인해 발생한 손해를 전보받는 방법과 그 계약을 해제하여 계약이 발생하지 않은 시점으로 돌아감으로써 계약으로부터 벗어나는 방법이 있다. 부수적 의무의 불이행의 경우, 채무불이행으로 인한 손해배상은 대부분 인정하고 있지만 계약의 해제는 일정한 경우에만 제한적으로 인정한다. 이에 대해서 학설과 판례는 해제권의 발생에 대한 판단을 하는 도구로서 주된 채무와 부수적 채무를 구분한다. 따라서 계약의 목적 달성 및 결과를 판단하기 위해서 계약에 의해 발생한 의무가 무엇인지 알아보고 그 성질과 내용에 따라 구분해 볼 필요가 있다.

그런데 판례는 외관상 부수적 의무의 불이행에 대해서도, 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 당사자가 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무라고 판단하여 해제를 인정하였다. 따라서 채무불이행의 효과를 판단할 때에는 그 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려해야 한다. 그러므로 구체적인 경우에 따라 부수적 의무의 불이행이 주된 채무의 불이행으로 판단되어 해제권의 발생을 인정할 수 있다는 결론이 된다. 이와 관련하여 부수적 의무의 불이행의 효과로서 해제권이 발생할 수 있는가에 대한 논의가 있어야 할 것이다.

한편 독일의 영향을 받아 보호의무라는 것이 논의되고 있다. 부수적 의무의 불이행을 계약상의 채무불이행으로 판단하여 손해배상청구권을 인정하는 것에 대해서는 더 논할 것이 없지만, 급부의무에서 파생되어 급부의무의 실현을 실질적으로 뒷받침하는 의무와는 별개로, 보호의무에 대한 논의에서 주목할 부분은 보호의무의 법적 지위에 관한 것이다. 즉 보호의무의 불이행이 민법 제390조에 따른 손해배상을 발생시키는 채무불이행의 영역에 속하는지의 여부가 관건이다. 이에 관하여 보호의무의 개념과 발생배경을 알아봄과 동시에 보호의무 중에서도 근로계약상의 보호의무인 이른바 안전배려의무에 대해서도 알아보도록 한다.

따라서 이번 연구를 통해 의무의 구조를 알아보고 각각의 개념을 더욱 명확히 하여 부수적 의무의 불이행에 대한 해제권의 인정여부에 대하여 논의해 보도록 할 것이며, 협의의 부수적 의무 외에도 보호의무와 안전배려의무의 법적 성질에 대하여 살펴보고 그것이 과연 채무불이행의 영역에 포함될 수 있는지 검토해 보

도록 한다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

채권관계에서 채무자가 부담하는 의무는 단일하지 않고 그 성질이나 그 위반시의 법률효과가 동일하지 않은 여러 가지 의무들로 구성된 복합적인 구조로 되어 있다. 즉 계약의 내용에서는 당사자의 의사가 중요시되고 그에 따른 급부가 제대로 이루어 졌는지 판단하기 위해서는 각각의 채무의 내용을 알아보고 그것이 계약의 목적달성에 어느 정도의 영향력을 가지는지 알아보는 것이 필요하다. 그 중에서도 급부의무는 채무자가 부담하는 의무 중에서 가장 중요한 핵심적인 의무에 해당하며 급부의무의 내용은 계약이나 법률의 규정에 의하여 정하여 진다. 채무자가 어떠한 내용의 급부의무를 부담하는가에 따라서 그 채권관계가 어떠한 유형의 채권관계인가가 결정된다.

한편 부수적 의무는 주된 채무가 실현되기 위하여 지켜져야 할 의무로서, 급부의무와 무관하게 독자적으로 인정되는 의무는 아니라고 할 수 있다. 그리고 이에 대한 내용은 처음부터 확정되는 것이 아니라 채권관계가 전개되는 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수 있다. 이러한 의무의 불이행이 있었을 경우, 채무불이행의 효과가 어떻게 적용될 수 있는지를 살펴보고 또한 채무불이행에 따른 효과의 적용범위를 판단하는 기준으로 삼기 위해, 부수적 의무의 존재를 인식하고 그에 따른 구체적인 내용들이 무엇인가를 알아보는 과정이 필요하다.

따라서 다음과 같이 본문을 구성하도록 한다.

먼저 제2장에서는 의무의 구조를 알아보도록 한다. 먼저 의무의 구조를 파악하기 위해 급부의무와 부수적 의무를 구분하는 과정에서, 우리나라에 크게 영향을 끼친 독일에서의 논의를 함께 검토해 보고 급부의무와 부수적 의무의 차이점을 알아보도록 한다. 또한 의무의 구분에 대한 비판적인 견해를 소개하는 것과 아울러 사건을 밝히도록 한다. 그리고 부수적 의무의 구체적인 내용을 따로 살펴보도록 한다.

제3장에서는 부수적 의무의 불이행과 계약해제에 대하여 알아보도록 한다. 부수적 의무의 불이행의 해제권 발생에 대한 외국의 입법례를 소개하고 우리나라에

서 논의되고 있는 학설을 검토해 보도록 한다. 그리고 부수적 의무와 계약해제권이 쟁점이 되는 판례를 알아보면서 구체적인 부수적 의무의 불이행의 유형을 제시해 보도록 한다.

제4장에서는 부수적 의무의 불이행과 손해배상에 대하여 알아보도록 한다. 부수적 의무에 대한 손해배상은 인정하고 있다. 다만 급부 의무와 직접적인 관련이 없는 부수적 의무의 불이행에 대해서도 불법행위로 인한 손해배상청구권 발생이 아닌, 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 발생으로 다룰 것인가에 대해 학설이 대립하고 있다. 따라서 이에 대한 외국의 입법례를 알아보고, 우리나라에서 이루어지고 있는 논의의 내용을 알아보도록 한다. 그리고 이와 관련된 구체적인 사안에서 판례는 어떤 판단을 하고 있는지 검토해 보도록 한다.

마지막으로 제5장에서는 본 연구의 핵심을 다시 한 번 짚어보면서 논문의 내용을 요약·정리하여 논문을 마무리 짓고자 한다.

의무의 구조 및 부수적 의무의 불이행에 따른 효과에 대해 정립된 이론과 함께 우리나라에서의 학설과 각 사안에 대한 판례의 태도를 살펴 보도록 한다. 또한 우리나라로 계수되어 크게 영향을 끼친 독일에서의 논의와 입법례를 알아보고 아울러 국제적인 통일법의 태도를 검토하는 방식을 통해 논문을 전개하였다.

제 2 장 의무의 구조

제 1 절 서 설

계약상의 많은 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다.¹⁾

특히 채무불이행의 경우 계약해제와 관련하여 종래의 학설과 판례는 계약당사자가 부담하는 채무의 구분을 전제로 하여 일정한 기준을 제시하여 왔는데, 주된 채무와 부수적 채무의 구분이 그것이다.²⁾ 즉 판례는 「계약의 목적달성에 있어서 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다」는 입장을 견지하고 있다.³⁾ 또한 「계약상의 많은 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용, 목적, 불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려」할 것을 요구하고 있다.⁴⁾

한편 채권에 대응하는 채무는 채무자의 급부당위, 다시 말하면 채무자가 채권자에게 일정한 급부를 하여야 할 법적 구속을 말한다.⁵⁾ 채권관계⁶⁾에서 채무가 어

1) 대판 2005. 7. 14, 2004다67011; 대판 2005. 11. 25, 2005다53705·53712

2) 최수정, “해제권을 발생시키는 채무불이행 -주된 채무와 부수적 채무의 구분에 대한 재검토”, 「저스티스」 제68호, 한국법학원, 2002, 76면 이하.

3) 대판 2005. 7. 14, 2004다67011

4) 대결 1997. 4. 7, 97마575

5) 지원림, 「민법강의」 제9판, 홍문사, 2011, 883면.

6) 계약을 통한 계약당사자의 경제적 목적의 실현은 채권자의 청구할 수 있는 채권에 달려있

면 내용을 담고 있으며 그 내용들이 어떻게 분류되어야 하는가 하는 점이 특히 채무불이행과 관련하여 그 의무의 이행을 구할 수 있는지, 그 의무의 위반이 있으면 계약을 해제할 수 있는지, 그 의무가 소멸한 경우에 반대급부를 청구할 수 있는지 등을 판단하는 전제가 되는데 이러한 논의는 주로 계약상의 채무와 관련하여 문제된다.⁷⁾ 또한 채무는 채권자의 권리에 대응하여 일정한 행위를 부담하는 채무자의 의무를 말하며 채무는 주로 계약에 의해서 발생하는 것이지만, 채권관계가 발생한 후에 신의칙에 의하여 발생할 수도 있다.

약정채권관계에 있어서는 주된 급부의무가 그 주축을 이루지만, 그 이외에 주된 급부의무를 제대로 이행하기 위한 부수적 의무가 존재할 수 있으며, 채무자의 급부 또는 급부이익의 직접적인 실현과 상관없이 상대방에게 피해를 주지 않도록 사전고지, 주의의 환기 또는 기타의 보호조치를 강구해야 할 보호의무가 발생할 수도 있다. 판례는 보호의무를 신의칙에 의하여 발생하는 부수적 의무로서 구성하고 있다. 주된 채무 및 부수적 채무와 보호의무는 모두 채권관계의 내용을 이루는 채무로서 이를 위반하면 채무의 불이행이 되고, 채무자에게 귀책사유가 있는 경우에는 손해배상 책임이 발생한다. 그러나 부수적 의무와 보호의무의 위반이 있는 경우에는 원칙적으로 계약을 해제할 수 없다. 이에 대해 계약의 내용에 따른 급부 의무의 실현을 위해 부수적으로 존재하는 의무는, 상황에 따라 혹은 학설·판례에 따라 다양하게 일컬어지고 있다.⁸⁾

이하에서는 의무의 구조를 살펴보도록 한다. 먼저 우리나라에 계수된, 의무의 구분에 대한 독일에서의 논의를 살펴보고, 급부의무와 부수적 의무를 구분해 보도록 한다. 그리고 부수적 의무의 내용을 알아보는 과정에서 부수적 의무를 구성하는 구체적인 내용을 알아보도록 한다.

다고 보기 보다는 채무자의 자발적 채무의 이행에 달려있기 때문에 용어상 채무관계가 채권관계 보다 더 적절한 표현이라고 하는 견해가 있다(윤형렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제13·14호, 한국사법행정학회, 1996, 171면 이하).

7) 지원립, 전계서, 887면.

8) 임의적으로, ‘부수적 의무’라는 용어를 주로 사용하기로 한다. 다만 다른 문헌이나 논문에서 인용한 경우에는 그 부분에서 사용된 용어를 따르기로 한다.

제 2 절 급부의무와 부수적 의무

I. 서

당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하거나 또는 그 채무의 이행이 불가능해 된 때, 즉 '채무의 불이행'의 경우에 계약의 해제권이 발생한다. 여기서 계약 해제권을 발생시키는 채무불이행에서 '채무'는 무엇을 의미하는 것인지 문제된다. 통설 및 판례는 채무를 '급부의무'와 '부수적 의무'로 나누고, 그 평가를 달리한다. 채무자의 급부의무는 주된 급부의무와 종된 급부의무⁹⁾로 구성된다. 부수적 의무에는 주된 급부의무에 밀접하게 관련된 부수적 의무와 급부의무로부터 직접관계가 없는 거래 통념상 주어지는 넓은 주의의무, 즉 보호의무를 부담한다고 한다.¹⁰⁾

채권관계는 채권의 목적인 급부를 실현하기 위한 유기적 관계로서 본래의 급부의무 이외에 일련의 행위의무를 발생시키는 것으로 이해되고 있다. 즉 채무는 그 내용 또는 목적이 무엇인가에 따라 우선 재화계의 변경을 내용으로 하는 급부의무(Leistungspflicht)와 재화계의 유지를 목적으로 하는 보호의무(Schutzpflicht)로도 구분될 수 있다.¹¹⁾ 다시 말하면 급부의무는 이행이익의 취득을 목적으로 하는 반면, 보호의무는 이행이익을 초과하는 또는 그와 별도의 부가적 침해(확대침해 또는 결과침해라고도 한다)로부터 채권자를 보호함을 목적으로 한다.

급부의무 중에서도 주된 급부의무는 해당 채권관계의 유형 및 특징을 결정지우는 의무를 뜻한다. 반면 부수적 의무는 이런 급부의무가 채권관계의 내용에 따라 적합하게 실현 될 수 있도록 채무자가 행해야 할 제반의 행위의무를 뜻하며 개별 상황에 따라 다양한 모습으로 나타난다. 한편 급부의무가 채권관계에 따른 급부이익(Leistungsinteresse)의 실현을 목적으로 하는 것에 반하여, 보호의무는 채권관

9) 부수적 급부의무라고 일컬어지기도 하지만, 용어의 혼란을 막기 위해 종된 급부의무라고 통일하도록 한다.

10) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2010, 861면 참조.

11) 지원림, “채무구조론 -계약상의 채무를 중심으로-”, 「민사법학」 제21호, 한국사법행정학회, 2002, 568면.

계의 실현과정에서 당사자의 기존 법익에 대한 현상유지 내지 완전성이익(Erhaltungs- od, Integritätsinteresse)의 침해금지를 내용으로 한다.¹²⁾ 따라서 보호의무 위반의 경우에는 손해배상 청구권이 주된 효과이지만 채권관계에 대한 영향 등에 따라 일정한 경우에는 계약해제·해지권 등도 인정될 수 있다.¹³⁾

따라서 먼저 독일에서의 논의를 검토해 보고, 급부의무와 부수적 의무를 구분하여 알아보고 그 차이점에 대해서도 알아보도록 한다.

II. 독일에서의 논의

과거부터 현재까지 독일민법학에서는 계약체결상의 과실책임론, 적극적 채권침해론, 계약종료후의 계약책임론, 제3자 보호효 있는 계약론 등에 관하여 수많은 논의가 있어왔다. 이들 논의의 핵심은 계약책임의 확장에 있었고 그에 대한 근거로서 이른바 부수적 의무를 전면에 내세웠다. 그리하여 계약법에서는 주된 급부의무 이외에도 아주 폭넓은 부수적 의무의 영역이 등장하게 되었다.¹⁴⁾

오늘날에는 일반적으로 채무자에게는 계약상의 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht) 이외에도 부수적인 의무(Nebenpflicht)가 있음이 널리 인정되게 되었고, 더 나아가서는 급부의무와는 별개의 보호의무(Schutzpflicht)라는 것도 논해지게 되었다. 이와 같은 계약법상 의무구조에 있어서 부수의무론의 시작은 개정 전의 독일민법전이 가지고 있는 채무불이행법과 불법행위법규정의 불비한 점에 있었다고 한다.¹⁵⁾ 먼저 채무불이행에 관해서는 이행불능과 이행지체만을 개별적으로 규정(제280조, 제286조)할 뿐이었기 때문에, 그러한 유형에 속하지 않는 채무불이행에 관해서는 법의 흠결이 존재하게 되었는데, 그것이 이른바 적극적 채권침해였으며, 이 이론의 기본개념에는 부수적 의무가 존재하게 되었다. 다음으로 불법행위법은 제823조 제1항과 제2항, 제826조에서 개별적으로 구성요건을 정하고 있었기 때문에 보호영역의 확대가 곤란하였고, 또한 사용자책임에 대하여는 제831

12) 김상중, “채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도 -채무구조론과 ‘요건적 유형론’의 극복을 통하여-”, 「비교사법」 제16권 2호(통권45호), 한국비교사법학회, 2009, 2면.

13) 지원람, 전제논문, 574면.

14) 김재완, “채무구조상 보호의무에 관한 소고”, 「법학연구」 제16집 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2008, 109면.

15) Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1964, S. 56ff; Ulrich Huber, Leistungsstörung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. 1, 1981. S. 701.

조 제1항에서 면책가능성을 인정하기 때문에 이를 배제하기 위해서는 제278조의 이행보조자의 책임에 대한 규정을 적용하는 계약책임의 이론구성이 필요하다는 것이었다. 그 후로 계약법상의 채무구조에 대하여 다양한 형태로 이론전개가 있어 왔고, 이러한 독일민법학에서의 채무구조에 대한 논의는 우리민법학에도 계수되어 논의되고 있다.

1. 급부의무

채권관계에 있어서 채무자의 채무내용은 급부의무가 중심이므로 채무구조의 시작은 급부와 급부의무의 개념으로부터 출발한다고 할 수 있다.¹⁶⁾ 독일민법상의 급부(Leistung)는 두 가지 개념으로 사용되는데, 첫째는 채권자의 이익실현인 급부결과(Leistungserfolge)이고, 둘째는 채무자의 행위로서의 급부행위(Leistungsverhalten)가 그것이다.¹⁷⁾ 학설도 이에 따라 급부의무를 급부결과를 실현하는 것으로 보는 견해와 급부행위로 보는 견해로 나누어지고 있다.

먼저 급부결과와 실현의무라고 보는 견해는, 만약 채무가 급부하는 것이라고만 본다면 채무자 측에서 급부에 필요한 행위를 한 때에는 채무는 이행된 것으로서 소멸되어야만 하게 되는데, 이것은 타당하지 못한 결론으로서 이 경우에도 여전히 채무는 소멸하지 않고 존재한다고 한다.¹⁸⁾ 또한 채무자는 모든 급부의 결과를 실현하여야 하는데, 그 이유는 법질서의 명령으로서 결과에 도달하기 위해서는 채무자의 행위만으로는 충분하지 않고 채권자의 협력, 다른 사람의 협력 또는 자연현상 등의 조력이 있어야만 할 때가 있기 때문이라고 한다.¹⁹⁾

한편 급부행위의무로 보는 견해는, 채무의 실체는 미리 정해진 목적의 실현을 향하여 구체적으로 설정되고 어떠한 방법으로든지 법적으로 보장된 당위이고 이것은 채무자에 대하여 채권자목적의 달성에 상응하는 성실한 행위를 할 것을 요구하는 것으로서, 채권관계는 채무자에게 결과실현의 의무를 지우는 것이 아니라 결과실현을 위하여 노력해야 할 의무를 지우는 것이라고 한다.²⁰⁾

16) 김재완, 전제논문, 110면.

17) Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey Bd. 1, 1965, S. 784-785.

18) Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsgericht, Jherings Jahrbücher Bd. 50, 1906, S. 55ff에서는 로마법의 법언인 채무(Schuld)라는 것은 채권자가 이를 수령해야 하는 것(Bekommensollen)이고 급부는 채권자를 위한 결과의 실현이라고 하는 것을 인용하고 있다.

19) Leonhard, Das Schuldrecht des BGB Band 1, 1929, S. 42.

이와 같은 급부의무론과 달리 급부개념을 광범위하게 해석하여 주된 급부의무에 부수적 의무까지 더하여 전체를 급부의무로 파악하고 그것의 일부에 대하여 충분하게 이행되지 못한 경우를 일부 이행불능으로 파악하는 견해가 있다. 이에 의하면 모든 형태의 불이행은 이행불능의 개념에 포섭되며 이행불능은 이행지체, 적극적 채권침해 등의 모든 형태의 불이행을 포함하는 상위개념으로 본다.²¹⁾

이에 대하여, 급부불능론에 있어서는 그 전체인 급부개념이 아주 넓게 사용되고 있지만 그것이 명확하게 표현되고 있지도 않고 중심적이지도 않으며 오히려 불능의 종류나 태양(Modalität)에 보다 더 중점이 놓여 있으며, 일부 이행불능론은 일시적이고 대상적인 불능을 인정한 것일 뿐이라고 비판하는 견해가 있다.²²⁾

2. 부수적 의무

부수의무론의 시작은 부작위의무론에서부터 비롯한다. 부작위의무론에 의하면 독일민법 제241조의 급부는 작위 또는 부작위로 이루어지며, 부작위의무에는 본래의 부작위의무와 적극적인 의무로서의 부수의무인 부작위의무 그리고 채권의 목적 실현을 좌절시킬 수 있는 행위를 하지 않을 2차적 부작위의무(sekundären Unterlassungspflichten)가 있다고 한다.²³⁾ 이때 2차적 부작위의무는 법질서(Rechtsordnung)가 급부에 의하여 채권자가 얻으려고 하는 목적을 안전하게 실현시키기 위하여 채무자에게 적극적 행위를 명하는데, 여기에는 그 목적의 실현을 위태롭게 하는 행위 등의 다른 모든 행위를 금지(Verbot)하는 것이 반드시 내포되어 있게 된다고 한다.²⁴⁾ 그리고 이 제2차적 부작위의무는 원래의 급부의무와는 완전히 다른 채무의 이행에 있어서 필요로 하는 행위(Verhalten)가 그 대상이 된다는 것이다.²⁵⁾

20) Hartmann, Die Obligation, 1875, S. 166ff(소위 노력이론[Kraftanstrengungstheorie]을 주장한다); Brecht, System der Vertragshaftung, Jherings Jahrbücher Band 53, 1908, S. 226(채무자에게는 결과를 실현하기 위하여 합당한 노력을 다하여야 할 행동의무[Tätigkeitspflicht]만을 부과할 수 있다고 한다).

21) Himmelschein, Erfüllungsszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP, Bd. 135, 1932, S. 255ff.

22) Stoll, Abscheid von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP, Bd. 136, 1932, S. 269-271.

23) Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP, Bd. 96, 1905, S. 66-68.

24) Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP, Bd. 96, 1905, S. 66.

25) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906. S. 168ff.

이러한 2차적 부작위의무는 그 후 부수적 의무(Nebenpflicht)라는 용어로 대체되면서, 그것은 부작위(Unterlassen)뿐만 아니라 작위(Tun)에 관한 문제도 될 수 있다고 보고, 채권관계에 기초하여 채무자는 불능 또는 지체를 일으킬 수 있는 것들을 하지 말아야 하며 불능 또는 지체의 발생을 방지하여야 할 적극적인 보호조치를 취하여야 하는데, 여기서의 보호의무(또는 관리의무, Obhutpflicht)는 본래 불완전한 성질(unvollkommener Art)을 가지고 있기 때문에 이것은 이행청구가 불가능하고 강제이행도 안되며 단지 준비적인 역할 밖에 하지 못하고, 또한 그 불이행 역시도 독립적인 것으로 평가되지 못한다고 한다.²⁶⁾ 반면에 성질이 다른 독립적인 부수의무(selbständige Nebenpflicht)도 있는데, 이 의무는 주된 의무(Hauptpflicht)와는 별개의 의무이긴 하지만 그에 비하여 중요성은 적으며, 또한 그것은 계약의사(Vertragswillen)에 반드시 포함되지는 않으며, 오히려 법률의 규정에 의하여 발생되는데, 이에 대한 침해는 주된 의무에 대한 침해와 같게 취급된다.²⁷⁾ 채무자가 이행을 하였지만 하자 있는 이행이었기 때문에 채권자에게 손해가 야기된 경우를 불완전이행(Schlechterfüllung)이라고 부르면서, 이러한 불완전한 이행을 하지 말아야 할 의무는 부수적 의무는 아니며 주된 의무의 또다른 모습에 지나지 않는다고 하고, 이 의무는 주된 의무가 되면 당연히 이행되는 것이지만, 주된 의무의 불능 또는 지체의 경우에는 불완전이행으로 인한 손해는 불능지체의 규정으로 처리되지 못하는데, 왜냐하면 이 경우에는 불이행의 경우와는 다르게 채무자의 적극적 행위가 문제되어 있기 때문이다. 따라서 이 경우에는 특별히 취급해야 할 필요가 있으며 제3자의 계약위반으로서 독자성을 지닌다고 한다.²⁸⁾

급부의무를 급부결과와 실현이라고 파악하는 견해에서는 처음에 급부는 채무자가 급부결과와 실현을 위하여 해야 할 행위 및 부작위의 총체로서의 급부행위(Leistungsverhalten)로 보아 소위 이행을 위태롭게 하지 않아야 할 채무자의 의무는 단지 부작위의무에 지나지 않는 것으로 결국 모든 문제는 급부의무만으로 해결될 수 있고 부수적 의무는 문제되지 않는다고 하였다.²⁹⁾ 그러나 뒤에 독일민

26) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, 1911, S. 272f.

27) 독립적인 부수의무로는 매수인의 인수 의무(Abnahmepflicht), 임차인의 통지의무(Anzeigepflicht), 경업피지의무(die Pflicht zur Unterlassung von Konkurrenz) 등이 있다.

28) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, 1911, S. 276f.

29) Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsgericht, Jherings Jahrbücher Bd. 50, 1906, S. 55ff.

법의 규정은 불능과 지체를 주된 의무에만 관련시킴으로써 다른 많은 부수적 의무에 대하여는 소홀히 하고 있음을 지적하면서, 적극적 채권침해는 통상보존(Erhaltung)이나 통지(Anzeige)의 부수적 의무를 위반하는 것이라고 한다. 이때의 보존의무(Erhaltungspflicht)는 채권자의 신체 및 재산 또는 급부하여야 할 물건을 보존하는 의무이고, 통지의무(Anzeigepflicht)는 채권자의 이익이 되는 사실의 통지라고 한다.³⁰⁾

이상의 부수의무론은 계속 발전하여 현재에는 급부의무와는 별개로 급부를 용이하하게 하고 이행과정에서 발생될 수 있는 손해를 방지할 의무임이 널리 인정되었다. 모든 채권관계(Schuldverhältnis)에 있어서 각 당사자는 채권관계의 전형을 결정짓는 급부의무와 함께 ‘기타의 행위의무(weitere verhaltenspflichten)’도 진다고 하는 견해에 의하면, 채권관계의 내용과 전형성을 결정짓는 것은 일정한 급부의무(bestimmte Leistungspflicht)이지만 채무자의 급부의무와 내적인 연관성은 가지면서도 그것을 넘어서는 모든 행위의무로서의 ‘기타의 행위의무’가 인정된다고 한다.³¹⁾

먼저 급부의무는 제1차적 급부의무(primäre Leistungspflicht)와 제2차적 급부의무(sekundäre Leistungspflicht)로 나누어지는데, 1차적 급부의무에는 채권관계 그 자체의 성립에 이르게 하고 그것의 특징을 알 수 있게 하는 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)와 채권관계의 내용에 포함되기는 하지만 주된 급부의무에 대해서 근소한 의미를 가지는 종된 급부의무(Nebenleistungspflicht)가 있으며, 2차적 급부의무에는 1차적 급부의무에 대신하는 또는 그것에 부수하는 의무를 말한다.³²⁾ ‘기타의 행위의무’는 채권관계의 이행으로부터 야기될 수 있는 채권자의 법익에 대한 손해를 보호하는 기능을 하고, 계속적인 채권관계(고용이나 조합관계 등)의 이행에 있어서 필요한 신뢰관계의 유지 기능 등을 한다고 한다. 그러면서 이른바 급부장애의 유형을 급부불능, 급부지체, 불완전급부³³⁾ 및 기타의 행위의무 위반으로 나누고, 적극적 채권침해를 불완전급부 및 기타의 행위의무위반에서 다룬다.³⁴⁾ 여기에서 기타의 의무위반(sonstige Pflichtverletzung)은 계약에 합치하

30) Siber, Planck's Kommentar zum BGB, Bd. 2, 1914, S. 185-187.

31) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, 13. Aufl., 1982, S. 7.

32) 제2차적 급부의무는 불이행으로 인한 손해배상이나 지연배상 등이다.

33) 불완전급부(Schlechtleistung)는 급부 자체를 부주의하게 이행(unsorgame Ausführung)함으로써, 이행이익을 초과하는 부가적인 손해(einzusätzlicher Schaden)를 야기시킨 것이라고 한다.

34) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, Allgemeiner, Aufl., 1982, S. 254ff.

는 행위(vertragsgerechtes Verhalten)와 합치하지 않는 계약위반 행위(vertragswidriges Verhalten)에 의하여 손해가 야기된 경우를 말하며, 그 구체적인 태양으로는 보호의무(Schutzpflicht), 배려 또는 성실하게 협력할 의무(Pflicht zur Rücksichtnahme und loyaler Zusammenarbeit) 등의 기타의 행위의무의 위반, 계약에 반하는 이익을 얻기 위한 계약상의 지위의 남용, 계속적 계약관계에서의 계약기초의 방해, 정당한 이유 없는 채무자의 이행거절, 제작물계약(Werkvertrag)에서의 주문자의 협력의무의 위반 등이 그러한 모습이라고 한다.³⁵⁾

한편 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)와 종된 급부의무(Nebenleistungspflicht)에 부수적 의무(Nebenpflicht)와 행위의무(Verhaltenspflicht)를 부가하고, 주된 급부의무와 부수적 의무, 행위의무는 그 가까운 정도에 따라 구분하면서, 주된 급부의무와 가장 멀리 떨어져 있는 의무로서 보호의무 또는 행위의무가 있다고 하는데, 그것을 배려의무(Fürsorgepflicht) 또는 보호의무(Obhutspflicht)라고도 한다. 특히 부수적 의무 중 비독립적 부수의무(Unselbständigen Nebenpflicht)는 주된 급부의무와 종된 급부의무 사이에 위치하며 소구할 수 없다는 점에서 종된 급부의무와는 구별된다고 하고, 일반적인 보호의무나 행위의무는 주된 급부의무와는 별개로 독립되어 있는 점에서 부수적 의무와 종된 급부의무와 구별되는 것이라고 한다.³⁶⁾ 이러한 견해에서는 적극적 채권침해의 유형에는 불완전이행과 보호의무, 비독립적 부수의무위반이 속하는 것으로 본다.³⁷⁾

적극적 채권침해를 불완전급부(Schlechtleistung)와 신뢰위반(Vertrauensverletzung)으로 나누고, 불완전이행은 채무자의 하자 있는 급부에 의해 채권자에게 손해를 입힌 것으로서, 여기에는 주된 급부의무위반과 종된 급부의무위반이 모두 해당되며 신뢰위반은 협력의무위반(Mitwirkungspflichtsverletzung), 보호의무위반(Schutzpflichtsverletzung), 성실급부의무위반(Treuleistungspflichtsverletzung), 그 밖의 성실의무위반(sonstigen Treupflichtsverletzung) 등으로 채권자에게 손해를 가한 것이라고 파악하는 견해도 있다.³⁸⁾

이상에서 대략적으로 살펴본 부수적 의무에 관한 논의는 적극적 채권침해를 이론적으로 분석하는 과정에서 발전된 것이라고 볼 수 있다. 결국 급부의무 이외에

35) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, Allgemeiner, 13. Aufl., 1982, S. 336ff.

36) Emmerich, Inhalt des Schuldverhältnisses-Leistungsstörungen, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, 1974, S. 306-312.

37) Emmerich, Inhalt des Schuldverhältnisses-Leistungsstörungen, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, 1974, S. 432ff.

38) Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, S. 30ff.

부수적 의무라고 하는 의무집단을 인정함으로써 계약책임의 확대를 시도하여 문제를 해결하려는 것이다.

부수적 의무의 전개과정을 요약하자면 다음과 같다. 급부 의무는 채권관계의 전 형성을 결정짓는 것이지만 이것이 전부는 아니며, 다시 신의칙상의 부수적 의무라는 의무집단이 있게 되는데, 이들은 급부 의무를 제외한 다른 모든 의무를 포괄하는 것이라고 할 수 있다.³⁹⁾ 그런데 여기에서 문제는, 그러한 부수적 의무를 개별적으로 유형화하는 것과 급부 의무와 부수적 의무의 관계를 분석하는 것은 아주 다양하게 나타날 수 있다는 점이다. 특히 급부 의무에 부수하여 그것의 이행을 원활하게 도와주는 기능을 하는 협의의 부수적 의무와 급부이익 이외의 이익을 보호하기 위하여 인정되는 보호의무와의 관계는 더욱 그러하다. 보호의무에 대하여는 그것을 부수적 의무와 별개의 독자적인 것으로 이론구성 하는 견해들이 발전·전개되어 왔다. 다음에서는 보호의무를 따로 떼어내어 살펴보기로 한다.

(1) 보호의무의 형성

독일민법전의 급부장애법은 급부가 이행되지 않은(Ausbleiben der Leistung) 이유가 무엇인가에 따라 불능(Unmöglichkeit)과 지체(Verzug)를 중심으로 하고 있었다. 때문에 그에 해당되지 않는 유형들에 대해서는 판례가 적극적 채권침해의 법리를 활용하여 결점을 해결해 왔다. 또한 그에 부수하여 학설들은 채권관계의 급부구조를 급부 의무와 보호의무로 구별하였고, 특히 보호의무에 대하여는 채무구조상의 체계적 지위에 대하여 논란이 많았다. 이러한 급부장애법상 분화적 구조가 지니는 문제점들을 극복하고자 급부장애유형을 통일하고 간소화하는 방향으로 소위 현대화(modernisieren)를 도모함과 더불어 판례법을 법전화함으로써 제정법과 판례법의 갭을 메우고 투명성과 법적안정성을 확보하는 데에 채권법개정의 목적성이 있었다고 한다.⁴⁰⁾

따라서 채무자가 급부 의무 이외에 보호의무도 부담한다는 인식은 독일민법의 해석론에서 형성·발전하였다.⁴¹⁾ 독일 불법행위법에서는 충분히 인정하고 있지 않는, 피해자의 보호를 채무불이행법에 의해 도모하려는 의도에서 비롯되었다. 즉 불법행위에 관하여도 채무불이행에 관하여도 포괄적인 일반조항을 가지고 있지

39) 김재완, 전계논문, 115면.

40) 정종휴, “계약책임의 재구성 -독일 채권법 현대화를 중심으로-”, 비교사법 제9권 제3호, 한국비교사법학회, 2002, 156면.

41) 김상중, 전계논문, 5면.

않던 개정 전의 독일민법에서 계약당사자가 아닌 피해자를 구제하기 위해 해석상 부득이하게 도입된 것이다.⁴²⁾ 그리고 그 이론적 뒷받침을 하기 위하여 대체로 당사자의 신뢰관계(Vertrauensverbindung) 또는 사회적 접촉(sozialer Kontakt)에 따른 특별결합관계(Sonderverbindung)의 형성이 제시되었고, 이런 근거에 따라 보호의무는 유효한 채권관계의 존재를 묻지 않고 계약체결의 이전단계 및 계약 당사자 이외의 제3자에 대해서도 인정되었다.⁴³⁾

(2) 보호의무에 관한 논의

1) Heinrich Stoll

독일민법학에서 채무자는 급부의무 이외에 보호의무도 부담한다는 것을 처음으로 주창한 학자는 Heinrich Stoll이다. 즉, 그는 일찍부터 계약상의 채무자는 급부의무(Leistungspflicht) 이외에 신의칙상 보호의무(Schutzpflicht)도 부담한다고 주장하였다. 이러한 보호의무라는 개념은 공동체적 사고(Gemeinschaftsgedanke)방법에 입각한 것으로서 공동체목적을 지배하는 성실사고(Treuegedanken)를 나타낸 신의칙을 채권법상의 가장 높은 기본원칙으로 보는 것에서부터 출발한다.⁴⁴⁾

그 결과 양 당사자는 채권관계에 따른 개별적인 특정의 의무를 설정하고, 또한 설정된 그 목적이 실현될 수 있도록 신의를 다하여야 할 배려의무를 부담하게 된다. 이로부터 도출된 보호의무는 급부결과(Leistungserfolg) 내지 급부이익(Leistungsinteresse)과는 직접적으로 관련이 없고, 계약의 준비과정 또는 수행과정에서 발생할지도 모르는 상대방에 대한 가해(Schädigung)를 방지할 의무가 된다.⁴⁵⁾ 그리고 이러한 보호의무는 채무자에게만 인정되는 것이 아니고 채권자에게도 마찬가지로 인정된다. 무엇이 급부의무에 속하는가는 계약의 내용에 의하여 정해지는데 반하여 보호의무는 계약의 내용과는 관련이 없다. 따라서 보호의무를 위반한다는 것은 급부결과를 침해하는 것이 아니라 상대방의 그 밖의 이익, 즉 상대방의 보호이익(Schutzinteresse)을 침해한다는 것이 된다. 보호의무는 급부의무와 달리 계약의 효력과는 무관한 것으로서 계약이 취소되거나 해제되어 효력을 상실하는 경우에도 그 위반의 효과는 존재한다. 따라서 보호의무 위반의 효과는 계약이 소급적으로 그 효력을 상실하는 경우에도 그대로 남게 된다. 또한 계약상 보호

42) 지원립, 전게서, 887면; 동 저자, 전계논문, 569면.

43) 김상중, 전계논문, 6면.

44) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 6-11, 25f.

45) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 6-11, 26f.

의무는 당사자 사이의 신뢰관계나 법적인 특별관계가 형성됨으로 인해서 타방 당사자의 법익을 침해할 수 있다는 가능성에서 인정된 의무이기 때문에 불법행위법상의 일반적인 의무와는 다른 것이라고 한다.⁴⁶⁾

한편 Stoll은 채권침해의 영역을 급부이익과 보호이익으로 구분하고 이익이 침해되는 유형들에 중점을 두어 체계적인 구성을 시도하였다. 그리하여 채권관계의 목적달성에 대한 장애를 급부장애(Leistungsstörung)로 개념을 구성하고, 그것은 당사자의 의무위반(Pflichtverletzung) 혹은 다른 원인에 의해 비롯된다고 하여 급부의무와 보호의무의 위반을 중심내용으로 하는 이른바 ‘급부장애법’을 제안하였다.⁴⁷⁾

2) Larenz

Stoll의 이론제기 후에 독일민법학에 있어서 통설의 입장은 이행과정에서의 안전성이익을 보호하고자 하는 의무는 독자적인 것이 아니라 급부의무 및 부수의무의 내용에 포함된다고 하는 것이었다. 그 대표적인 학자인 Larenz는 이행과정상의 의무를 급부의무와 기타의 행위의무(weitere Verhaltenspflicht)로 나누면서, 보호의무는 기타의 행위의무의 하나라고 본다. 그에 따르면, 채무자는 급부의 실현과 급부를 실현하는 데에 따른 내적 관련성을 갖는 모든 행위의무를 져야 한다고 주장한다.⁴⁸⁾ 채권자의 완전성이익의 침해에 대하여는, 이것은 급부의무 위반의 결과로 채권자에게 부가적인 손해(zusätzlicher Schaden)를 발생시킨 경우이기 때문에 기타의 행위의무 위반과는 다르다고 하면서 그것을 이른바 불완전이행(Schlechterfüllung)이라고 하였다. 한편 부가적으로 발생하는 손해는 기타의 행위의무를 위반한 경우에도 발생하는 것이지만, 그것과 이른바 불완전이행과는 위반된 의무의 성질에 의해서 구별할 수 있다고 한다. 완전성 이익의 보호는 그것이 급부를 실현하는 목적의 이행과정에 포함되는 한도에서만 계약상의 보호를 받는 것이라고 한다. 따라서 완전성이익의 보호의무는 이행의무집단으로부터 별개의 독자적인 기능성은 갖지 않지만, 급부과정의 이행장애에 있어서 불완전이행과 기타의 행위의무위반이라고 하는 유형을 논함에 있어서는 그 준거점이 될 수 있다는 데 의미가 있다는 것이다.

46) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 6-11, 28f.

47) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 13ff, 58ff.

48) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner, 14. Aufl., 1987, S. 9-12.

3) Canaris

Canaris는 보호의무를 급부의무 및 부수적 의무의 영역으로 흡수하고자 하는 이론전개에 대하여, 적극적 채권침해의 중요한 유형인 보호의무위반에 있어서 계약이 무효 됨으로써 급부의무가 존재하지 않게 되었음에도 보호의무는 성립한다고 하는 Larenz의 이론에 대하여 그 가능성은 긍정하면서도, 문제가 있음을 지적하면서 그 극복을 위하여 무효효과로부터 보호의무의 분리를 시도하였다.⁴⁹⁾

보호의무의 본질을 Stoll과 마찬가지로 파악하고, 급부의무는 그 내용이 계약당사자의 의사(Parteiwillen)와 계약목적(Vertragszweck)에 의하여 결정되는 것이고, 보호의무는 계약당사자가 계약체결과정을 통해서 서로 자신의 영향권 내에 진입하면 상대방의 법익에 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 의무를 부담하게 되는데, 이러한 보호의무는 당사자의 의사와는 상관없이 성립하는 법정의 성격(gesetzliche Natur)을 가진 특별한 계약체결상의 법률관계(Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung)에 그 법적 근거가 있다고 한다.

그는 통일적 보호관계론(Theorie des einheitlichen Schutzverhältnisses)이라고 하여 그 특별한 법적관계를 인정하는 내적 정당성은 당사자간의 신뢰관계에서 찾고, 실정법의 근거는 독일민법 제242조(Leistung nach Treu und Glauben)에서 찾는다.⁵⁰⁾ 보호의무는 계약이전의 단계에서부터 계약이후의 단계에 이르기까지 어느 경우라도 당사자 사이에 상호법익의 침해가능성이 있기만 하면 성립하며, 그러한 보호관계(Schutzverhältnis)는 계약의 발전단계에 따라 점점 더 강해진다고 한다. 이러한 당사자간의 신뢰관계에 기초한 보호의무는 계약이 무효 또는 취소되어 급부의무가 소멸하더라도 존재한다. 결국 보호의무는 소위 급부의무없는 채권관계론의 논리적 귀결이 되며, 그 성립을 위하여 단순한 사회적 접촉(Sozialer Kontakt)만으로는 부족하고 최소한 이른바 '거래상의 접촉(Geschäftlicher Kontakt)'이 있어야만 된다는 것으로서, 효과적인 면에서는 계약법의 법리에 의하여 한다는 것이다. 그러므로 계약당사자가 아닌 제3자에 대한 보호의무 역시도 급부의무 없는 법정채권관계에 기초한 신뢰관계에서 그 정당성을 찾는다.⁵¹⁾ 그리

49) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, S. 475f.

50) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, S. 475-477.

51) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für

고 계약당사자 사이에 인정되는 보호의무가 이처럼 계약의 유효·무효에 상관없이 인정된다면 제3자에 대하여 인정되는 보호의무 역시 주된 당사자 사이의 계약의 유효·무효에 상관없이 인정되어야 한다고 한다.⁵²⁾

이처럼 그의 이론은 계약체결전의 보호의무를 주된 급부의무, 종된 급부의무와 병치시키고, 계약체결상의 과실, 적극적 채권침해, 제3자 보호효를 가지는 계약에 공통적인 성질 및 근거를 가지는 것으로 이해하여 모든 보호의무를 통일적으로 설명하였다. 요컨대 Canaris는 Stoll과 같이 채권관계를 급부의무와 보호의무의 이원적인 구조로 파악하여 보호의무를 급부의무와는 별개의 독립한 것으로 기초를 세우고 계약책임의 확장 영역에서의 보호의무를 통일적인 보호관계로 이론구성을 하고 있는 것이다.⁵³⁾

4) Thiele

Thiele도 기본적으로 Stoll과 Canaris와 비슷한 견해를 취하여 급부의무와 보호의무를 구분하고, 급부의무나 부수적 급부의무는 이행이익을 위한 의무로서 유효한 급부관계를 전제로 하고 급부관계의 내용 여하에 의존하는 의무인데 반하여, 통상 급부의무에 부수하는 의무로 인정되는 특별행위의무(besonderes Verhaltenspflicht)는 유효한 급부관계(Leistungsverhältnis)를 전제로 한 이행이익이 목적인 종된 급부의무, 그리고 급부이익을 목적으로 하지 않고 계약의 준비나 체결 급부의무의 내용도 아닌 당사자의 보존이익(Erhaltungsinteresse)에 봉사하는 보호의무로 구분 지으며 또한 종된 급부의무와 보호의무의 구별은 행위의무의 내용에 있는 것이 아니라 그 목적에 있다고 한다.⁵⁴⁾ 즉 보호의무는 당사자의 보존이익(Erhaltungsinteresse)을 위한 의무로서, 급부이익(Leistungsinteresse)이나 급부청구권과는 무관하게 존재하는 상대방의 그 밖의 법익이 침해되지 않도록 보호하여야 할 의무라고 한다.

한편 보호의무를 불법행위의 영역에서 인정되고 있던 소위 사회생활상의 안전

Dritte" bei nichtigen Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, S. 478.

52) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, S. 477-478.

53) 김재완, "채무구조상 보호의무에 관한 소고", 「법학연구」 제16집 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2008, 119면.

54) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 650.

의무(Verkehrssicherungspflicht)와 구별한다. 그에 따르면 보호의무는 상대방에 대해 어떤 침해가 유발시킬지도 모르는 특정한 당사자 사이의 의도된 특별한 결합(die gewollte und gezielte Sonderverbindung)상태에서 인정된다는 점에서, 그러한 결합관계를 전제하지 않고서 인정되는 불법행위법상의 사회생활안전의무(Verkehrssicherungspflicht)와는 구별되는 것이라고 한다.⁵⁵⁾

불법행위법의 사회생활안전의무에서는 목적된 거래적 접촉이 없기 때문에 애초부터 특정인에게 향하여져 있지 않은(ungezielte) 일반적인 추상적 주의의무에 불과한 것이다.⁵⁶⁾ 이에 반해 우연한 접촉 이상의 거래적 내지 그 밖의 다른 접촉에 의하여 형성된 당사자 사이에는 보다 더 높여진 주의(erhöhter Rücksichtnahme)와 배려가 기대되고 이에 대해 법도 일정한 보호의무를 부과하고 있는 것이라고 한다.⁵⁷⁾ 그러면서 그 근거를 신뢰의 원칙에 두지 않고 거래윤리(Verkehrsmoral)라는 것에 두고 있다. 이러한 그의 견해에 따르면 계약체결상의 과실과 적극적 채권침해는 불법행위책임과 법률행위상의 급부의무위반책임, 즉 채무불이행책임이라는 전통적인 책임체계와 함께 사법적인 책임체계에 있어서 그 위치를 필요로 하며, 그 구조적인 정립은 급부장애와 보호의무위반을 명백하게 구별함으로써 가능하다 하여 보호의무위반을 불법행위 및 급부장애와는 구별되는 제3의 책임체제로 내세운다.⁵⁸⁾

5) 소결

이상에서 본 바와 같이 독일민법학상 채무자에게 인정되어온 보호의무는 급부의무와는 무관한 별개의 의무이고 급부의무를 전제로 하지 않는 의무이다. 따라서 보호의무는 주된 의무인 급부의무에 부수하는 부수적 의무가 아닌 독립된 의무라고 볼 수 있다. 그리고 보호의무는 급부의무처럼 계약이 성립되고 난 다음에만 인정되는 의무가 아니고 계약체결 전에도 계약체결을 위한 사회적 접촉단계에만 들어가면 생기는 의무이다. 즉, 그러한 사회적 접촉단계에 들어가면 ‘급부의무 없는 법정채권관계(ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht)’⁵⁹⁾로서의 신뢰관계가 생기고 이를 기초로 하여 보호의무가 생긴다. 이와 같은 사

55) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 650-651.

56) 누구나 통상적인 위험을 야기할 수 있는 상황에서 자신의 영향권 범위 내에 들어 올 수도 있는 임의의 제3자의 권리나 법익을 침해하지 않도록 할 행위의무이다(Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 651).

57) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 653.

58) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 657.

회적 접촉단계에서 생긴 보호의무를 위반함으로써 상대방의 신체나 물건에 손해를 입히면 보호의무를 위반한 자는 이른바 계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)에 대한 책임을 부담하게 된다.⁶⁰⁾

한편 계약체결후에 이러한 보호의무를 위반함으로써 상대방이 손해를 본 경우에는 이른바 적극적 채권침해(positive Forderungsverletzung) 내지 불완전이행(Schlechterfüllung)의 책임을 부담한다. 그리고 이러한 급부의무 없는 채권관계와 이를 기초로 하는 보호의무는, 계약의 당사자 또는 계약체결상의 당사자 사이에서만 인정되는 것이 아니고, 그러한 당사자와 일정한 관계에 있는 제3자 사이에도 인정되어 왔다. 예컨대 건물 임대차계약의 경우 임차인의 가족이나 피용자처럼 계약상의 채권자인 임차인과 일정한 관계에 있는 자는 임대인에 대하여 계약상의 급부청구권은 가지고 있지 않지만, 채무자인 임대인은 이들에 대하여도 보호의무를 부담하기 때문에 임대인 또는 집수리업자와 같은 임대인의 이행보조자는 보호의무를 위반하여 이들에게 손해가 발생하면 이들에 대하여 계약책임의 원칙에 따른 손해배상책임을 부담한다. 이것이 이른바 제3자 보호효력을 가진 계약(Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) 이론이다.⁶¹⁾ 그리고 제3자에 대한 보호의무도 반드시 주된 당사자 사이에 계약이 성립한 다음에만 인정되는 것이 아니고 주된 계약의 당사자가 계약체결을 위한 상의에 들어가면 이미 생긴다. 따라서 제3자에 대해서도 계약체결상의 과실책임이 인정될 수 있다는 것이다.

Stoll로부터 시작된 보호의무론의 발전과 전개에 대하여 이를 지지하는 견해⁶²⁾와 비판하는 견해가 대립하고 있는데, 비판하는 입장은 채권관계라는 것이 급부의무와 보호의무로 완전히 나눌 수 있는 것은 아니라는 점과 보호의무론에서 말하는 보호의무라는 것이 불법행위책임법상의 사회생활안전의무와 그 본질에 있어서 결국 같은 것이라고 보는 점을 근거로 든다.⁶³⁾

59) Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 14.

60) Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 108-109.

61) Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 225ff.

62) Stüner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, S. 384ff.

63) Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1964, S. 71ff; Huber, Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd 1, 1981, S. 736-738.

III. 급부의무와 부수적 의무의 구분

채무자의 급부의무는 그것이 채권관계에 대하여 가지는 의미에 따라 급부의무와 부수적 의무로 나누어진다. 이 중 주된 급부의무는 채권관계의 유형 및 성질을 결정하는데, 보통 명시적으로 합의되어야 하고, 쌍무계약에서 원칙적으로 이 의무만이 상대방의 의무와 견련관계에 서며, 그 위반만이 계약해제권을 발생시킨다. 반면 부수적 의무는 계약의 목적을 달성하기 위하여 주된 급부의 준비, 확보 또는 완전한 실현에 이바지하는 의무로 주된 급부의무를 보충하는 의미를 가지며, 개별 상황에 따라 설명의무, 성실의무, 협력의무, 보호의무 등 다양한 모습으로 나타난다. 쌍무계약에서 원칙적으로 이 의무는 상대방의 의무와 견련관계에 서지 않고, 그 위반이 계약해제권을 발생시키지 않는다. 여기에 구별실익이 있다고 할 수 있겠다.⁶⁴⁾

다만 이들 주된 급부의무와 부수적 의무가 미리 결정되어 있는 것은 아니고, 계약 당사자 사이의 구체적 상황에 따라 달라 질 수 있다. 기존에 정립되어 있는 이론을 바탕으로 급부의무와 부수적 의무를 구별해 보고자 한다.

1. 급부의무

채권이 채무자에 대하여 일정한 급부를 요구하는 권리라고 하면, 채무는 이러한 채권에 상응하여 채권자에게 일정한 급부를 부담하는 의무라고 할 수 있으며, 이때의 의무가 바로 급부의무이다.⁶⁵⁾ 이러한 채무자의 급부의무는 채권의 내용인 급부를 이행해야 할 의무로서, 계약당사자 사이의 합의에 의해서만 발생하는 것이 원칙이며, 예외적으로 신의칙에 의해서 발생하는 경우도 있다.⁶⁶⁾

이러한 채무자의 급부의무는 다시 주된 급부의무와 종된 급부의무로, 그리고 주된 급부의무는 다시 1차적 급부의무와 2차적 급부의무로 나누어 볼 수 있다.

64) 김재완, “계약체결상의 과실과 불완전이행의 책임체계구성에 관한 연구 -신의칙에 기초한 채무구조를 중심으로”, 경상대학교 박사학위논문, 78면.

65) 김형배, 「채권총론」 제2판, 박영사, 1999, 32면.

66) 이은영, 「채권총론」 제4판, 박영사, 2009, 189면.

(1) 주된 급부의무와 종된 급부의무

1) 의의

주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)는 채권관계 및 계약의 유형을 특정하고 또한 그것의 합의가 없으면 그러한 종류의 채권관계가 유효하게 존재할 수 없는 본질적인 급부의무이다. 그리고 이러한 주된 급부의무에 종속적인 급부의무가 종된 급부의무(Nebenleistungspflicht)이다.⁶⁷⁾ 보통 채무자가 주된 급부의무를 이행하게 되면 채권자는 만족을 얻게 되어 채권관계는 소멸한다. 종된 급부의무는 법률에 규정되어 있거나 계약에 의하여 합의될 수도 있고 일반조항인 신의성실(제2조 제1항)의 원칙으로부터 도출될 수도 있다. 예컨대 매매계약에 있어서 매도인의 소유권 이전의무는 주된 급부의무에 해당하고 목적물의 설명서나 보증서 등을 인도할 의무는 종된 급부의무에 해당한다.⁶⁸⁾ 이때 종된 급부의무의 내용은 물건의 인도, 금전의 지급과 같은 유체물 인도의무인 경우도 있고, 물건의 고장시에 보증수리를 해 주는 등 서비스제공의무인 경우도 있으며, 일정한 방해행위나 영업행위 등을 하지 않을 것과 같은 부작위의무인 경우도 있다.⁶⁹⁾

특히 쌍무 계약에 있어서 주된 급부의무는 상대방의 주된 급부와 대가적 견련 관계에 선다. 민법은 각종의 계약관계에 있어서 그 계약의 고유한 유형 내지 특징을 지니는 ‘급부의무’를 중심으로 채권·채무관계를 규정하고 있다. 즉, 매매는 재산권이전의무, 고용은 노무제공의무, 도급은 일을 완성할 의무를 중심으로 규정되어 있다. 따라서 특정 계약관계에서 ‘채무자’라고 하면 이러한 중심적 채무를 부담하는 자를 지칭한다. 그리고 이러한 주된 급부의무에 대립적 관계에 있는 급부의무를 보통 반대급부의무라고 한다. 다시 말하면, 매매계약관계에 있어서 매도인의 재산권이전의무와 매수인의 대금지급의무가 각각 주된 급부의무이지만, 매매계약의 특징은 재산권이전에 있으므로 매도인의 재산권이전의무를 중심으로 채권·채무관계가 규율된다.

한편 주된 급부의무와는 달리 주된 채무라는 개념이 특히 판례에서 활용되기도 한다. 주된 급부의무가 급부의 중심적 내용을 기준으로 파악되는 것이라면, 주된

67) 종된 급부의무는 대부분의 경우에 부수적 의무로 다루어 져도 좋은 것이거나 아니면 바로 주된 급부의무로 볼 수 있는 것이므로 종된 급부의무를 대등한 별도의 의무군으로 인정하는 것을 비판하는 견해가 있다(지원림, “채무구조론 -계약상의 의무를 중심으로-”, 566-567면).

68) 김형배, 전계서, 33면.

69) 이은영, 전계서, 190면.

채무는 그 계약의 목적달성에서의 중요성을 중심으로 파악되는 의무를 말한다.⁷⁰⁾ 따라서 주된 급부의무 이외에, 개념상으로는 부수적 의무라고 할지라도 당해 계약의 목적달성에 필요불가분하다면 이는 주된 채무로 볼 수 있다. 따라서 주된 채무는 주된 급부의무보다 넓은 개념이다.⁷¹⁾ 판례에 의하면 「당해채무가 계약의 목적달성에 있어서 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도」로 중요한 것이면 주된 채무라고 한다.⁷²⁾ 판례가 일정한 기준을 정립하여 채무자가 계약에 따라 실현할 행위가 주된 채무인지 여부를 중시하는 것은 이러한 주된 채무의 불이행이 있는 경우에 채권자에게 계약의 해제를 인정하기 위한 것이다. 따라서 주된 채무는 이에 대한 불이행이 있으면 채권자가 계약의 해제를 할 수 있을 만큼 계약의 목적달성에 있어서 중요한 내용이 되는 채무라고 할 수 있다.⁷³⁾

2) 구별실익

주된 급부의무와 종된 급부의무를 구별하는 실익을 몇 가지 들 수 있다. 주된 급부의무는 쌍무계약에 있어서 서로 대가적인 견련관계에 서는 효과가 있다.⁷⁴⁾ 또한 주된 급부의무의 이행이 없이 종된 급부의무만을 이행하는 것은 계약의 목적달성에 도움이 되지 않지만, 종된 급부의무의 이행 없이 주된 급부의무만을 이행하는 경우에는 일부이행이 되며, 이 경우 채무자는 일부이행지체 내지 불완전이행의 채무불이행책임을 지게 된다.⁷⁵⁾ 의무위반의 효과에 있어서도 주된 급부의무의 위반에 대해서는 손해배상청구권과 계약해제권이 인정된다. 하지만, 종된 급부의무의 위반이 있는 경우에는 이행청구권과 손해배상청구권은 인정되지만, 원칙적으로 계약해제권은 인정되지 않는다.⁷⁶⁾ 다만 예외적으로 종된 급부의무까지 완전히 이행되지 않는다면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약해제권이 인정될 수 있다.⁷⁷⁾

한편 주된 급부의무와 종된 급부의무를 계약내용과 그 효과적인 측면을 고려하

70) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2010, 856-857면.

71) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 856면.

72) 대결 1997. 4. 7, 97마575; 대판 2005. 11. 25, 2005다53707·53712

73) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 857면.

74) 김형배, 전게서, 34면; 이은영, 전게서, 190면.

75) 이은영, 「채권총론」, 190면.

76) 김형배, 전게서, 34면; 이은영, 전게서, 190면.

77) 이은영, 「채권총론」, 190면.

기 위하여 위와 같이 나눌 수도 있겠지만 그것들을 명확하게 구분짓기가 곤란한 경우들이 있다. 예를 들면 물건의 포장의무는 통상 종된 급부의무에 속하지만, 선물용으로 또는 이사를 위하여 포장센터에 포장을 의뢰하는 경우에 있어서의 포장의무는 주된 급부의무에 속할 수 있는 것이 되고, 매매목적물의 설치 및 사용설명서 교부의무가 일반적으로 종된 급부의무에 속하지만, 그것이 범용성이 없는 복잡한 기계를 판매하는 계약에서라면 그러한 의무의 불이행은 주된 급부의무의 불이행을 결과지을 수도 있게 된다.⁷⁸⁾ 본래 계약상 당사자가 부담하는 채무라는 것이 선험적으로 주된 급부의무, 종된 급부의무의 구분에 따라 미리 결정되는 것은 아니고, 구체적인 계약의 내용에 따라 판단될 수도 있는 것이다. 그렇다면 효과에 있어서도 주된 급부의무의 불이행이 있는 경우에만 계약해제권을 인정할 것이 아니라 계약의 내용에 있어서 채무자의 불이행이 채권자에게 더 이상 계약의 이익을 기대할 수 없을 정도로 중대한가에 따라 결정될 수 있을 것이다.⁷⁹⁾ 결국 그것은 당해 계약의 내용을 토대로 당사자의 의사해석과 함께 판단하여야 할 문제이다.

(2) 1차적 급부의무와 2차적 급부의무

의무발생의 시점 및 근거에 따라 급부의무를 제1차적 급부의무와 제2차적 급부의무로 나눌 수 있다.⁸⁰⁾ 제1차적 급부의무의 이행이 계약의 원래의 목적이고, 제2차적 급부의무의 발생은 제1차적 급부의무의 장애에 기인한다. 제1차적 급부의무는 이행기가 도래하면 즉시 이행을 청구할 수 있는 것이 원칙인 데 반하여, 제2차적 급부의무는 채무자의 귀책사유 등으로 인한 제1차적 급부의무에 장애가 생긴 경우에 비로소 이행을 청구할 수 있다는 것에 그 구별실익이 있다.⁸¹⁾

1) 1차적 급부의무

채무자가 어떠한 급부를 하여야 하느냐, 즉 급부의 내용은 약정채권관계에서 법률행위에 의하여, 법정채권관계에서는 법률에 의하여 정해진다. 그런데 채무자의 급부의무 중 매도인의 재산권이전의무와 매수인의 매매대금지급의무 또는 불법행위를 행한 가해자의 손해배상의무와 같이 채권관계 자체를 성립시킬 뿐만 아니라

78) 김재완, 전계논문, 79면.

79) 이은영, 전계논문, 190면; 정진명, 전계논문, 248면; 최수정, 전계논문, 83면 이하.

80) 지원림, 전계서, 891면.

81) 지원림, 전계서, 891면.

당해 채권관계의 특징을 나타내는 급부의무를 기본적 급부의무 내지 제1차적 급부의무라고 한다.⁸²⁾ 이러한 제1차적 급부의무에 의하여 가령 매매관계는 여타의 채권관계⁸³⁾와 구별된다.

제1차적 급부의무는 다시 주된 급부의무와 종된 급부의무(Nebenlistungspflicht)로 나뉜다.⁸⁴⁾ 예를 들어 사용법이 복잡한 기계에 대한 매매계약을 체결한 경우에 매도인은 첫째, 그 기계의 소유권 및 점유를 이전해 줄 의무가 있고, 둘째, 그 기계를 매수인이 제대로 사용할 수 있도록 매수인에게 설명서·보증서를 교부해 주거나 작동법 등에 대하여 설명해 줄 의무가 있다. 첫 번째 의무를 주된 급부의무라 하고 두 번째 의무를 종된 급부의무라 한다. 즉 1차적 급부라 함은 주된 급부의무와 종된 급부의무를 포함하여 법률행위가 예정하는 본래적 급부의무를 의미한다고 하겠다.⁸⁵⁾

이처럼 주된 급부의무와 종된 급부의무를 구별하는 이유는, 주된 급부의무는 쌍무계약에서 서로 대가적 의존관계에 있어 동시이행관계에 있다고 보기 때문에(제536조, 제537조) 그 불이행 시에는 손해배상청구권뿐만 아니라 계약해제권이 발생할 수 있는 데 비해, 종된 급부의무는 그 불이행이 있는 경우 그 이행청구와 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 계약해제권이 발생하지 않는다는 점에서 차이가 있기 때문에 이를 구별하기 위해서이다.

2) 2차적 급부의무

제2차적 급부의무라 함은, 채무불이행의 경우 발생하는 손해배상의무와 같이 제1차적 급부의무에 장애가 생긴 경우에 제1차적 급부의무를 대신하거나 병존하여 발생하는 급부의무를 의미한다. 가령 컴퓨터판매상 A가 고객 B에게 5월 31일까지 컴퓨터 한 대를 인도하기로 하였으나 인도하지 않은채 이날이 지나가 버린 경우에, A는 B에 대하여 제1차적 급부의무로서 컴퓨터인도의무 외에 컴퓨터의 인도가 지체됨으로 인하여 B에게 발생한 손해를 배상하여야 할 의무를 지게 된다. 이 예에서 A가 추가적으로 부담하게 된, 지연손해를 배상하여 주어야 할 의무가 이른바 제2차적 급부의무이다.⁸⁶⁾ 주의할 것은, 부수적 의무의 위반에 의해서도

82) 지원림, 전게서, 891면.

83) 가령 증여계약관계의 경우이다.

84) 김형배, 전게서, 32면.

85) 박윤직(편집대표), 「민법주해(Ⅷ)」, 박영사, 1996, 80면(송덕수 집필부분).

86) 지원림, 전게서, 891면.

제2차적 급부의무가 발생할 수 있다는 점이다.

2. 부수적 의무

부수적 의무는 주된 급부의무가 채권관계의 목적 달성에 필요 불가결한 의무로서 통상 계약상 명시적으로 합의되어 있거나, 특히 쌍무계약에서 상대방의 의무와 견련관계에 있는 의무와 구별되는, 계약의 목적 달성에 필요불가결하지 않은 의무, 즉 주된 급부의 완전한 실현에 이바지(보충)하는 의무로서 채권·채무에 구별없이 신의칙상 창설된다.⁸⁷⁾

(1) 부수적 의무의 의의

부수적 의무(Nebenpflicht)는 채권관계가 형성되어 가는 과정 및 성립 후의 제반적인 이행과정에 있어서, 당사자가 계약관계의 목적달성을 위하여 상호협력하여야 할 유기적인 협동체적 관계이기 때문에 인정되는 의무이다. 부수적 의무는 신의칙에 의하여 급부의무가 확장되는 것으로서 계약이 성립한 때로부터 발생하는 것이 원칙이지만, 당사자 사이에 ‘밀접한 결속관계’가 형성된 때에는 계약체결 이전의 단계에서부터 발생한다. 계약체결 이전단계에서 발생된 신뢰관계로부터 보다 ‘밀접한 결속관계’가 발생하고, 이로부터 신의칙에 의한 부수적 의무로서 ‘신뢰과괴를 하지 않을 의무’가 도출되며 이로부터 신뢰이익과 그 보호영역이 형성되게 된다. 또한 부수적 의무는 일반적으로 채무자의 주의의무로부터 당사자 약정, 법률의 규정에서도 비롯된다.⁸⁸⁾ 예컨대, 특정물을 인도하는 것은 주된 급부의무이고 인도시까지 선량한 관리자의 주의의무를 지는 것은 법률의 규정에 의하여 부과된 부수적 의무에 해당하며, 숙박계약이나 여행계약에서 채무자가 숙박·여행의 서비스를 제공할 때 채권자의 안전을 배려해야 할 의무는 신의칙에 의한 부수적 의무에 해당한다.⁸⁹⁾

원천적으로 채무관계의 당사자들은 계약을 근거로 하여 급부를 청구할 수 있는 권한과 이에 대응하는 급부이행의무로서 대립하고 있으며, 이러한 급부관계는 그 근거가 되는 채권관계의 발생원인이 됨은 물론, 그 채권관계의 전형성을 부여하는

87) 이영준, “신의 성실의 원칙에 관한 소고”, 「근대민법학의 제문제(청간김증한박사 화갑기념)」, 박영사, 1981 26면.

88) 이은영, 전계서, 191면.

89) 이은영, 전계서, 191면.

기준이 된다.⁹⁰⁾ 그렇지만 내용상 적절한 급부의무를 실현하기 위해서는 당사자가 합의한 내용만을 급부로 보아서는 아니되며 그것은 채무의 내용에 알맞은 이행이 되었다고 볼 수 없다. 채무가 올바르게 이행되기 위해서는 계약상 내용으로 된 기본적 급부의무 또는 주된 급부의무 외에 주된 급부의무의 적합한 이행을 돕기 위한 것으로서 부수적 의무가 요구된다. 즉 부수적 의무는 주된 급부의무와는 달리 계약의 내용을 통하여 특정되는 급부는 아니지만, 주된 급부의무에 종속되어 부차적으로 주된 급부의무의 실질적인 내용적 실현을 돕는 기능을 한다. 예를 들어 목적물의 인도를 내용으로 하는 계약에 있어서 그 목적물의 포장이나 운반의무가 이에 속한다. 그러므로 특정된 경제적 목적을 내용으로 하는 계약이 체결된 경우에, 그 이행을 위해서는 순수한 채무는 물론 채무의 적절한 실현을 위한 일정한 행위가 동반되어야만 채무의 내용에 좇은 이행이 될 수 있다.⁹¹⁾

그런데 부수적 의무인가, 주된 급부의무인가는 상대적이어서 구체적인 경우에 따라 판단된다. 계약상 명시적으로 부수적 의무로 표시되어 있는 것은 물론, 이것에 국한하지 않고 사회통념에 비추어 계약체결시 모든 사정을 고려하여 객관적으로 결정된 당사자의 합의적 의사를 기준으로 하여 그 목적달성에 필요 불가결하거나, 특히 계약목적의 전제 요건으로 되어 있는 때에는 주된 급부의무이고 부수적 의무는 아니다. 따라서 계약상 어떤 약관 또는 의무가 비록 외관상 부수적인 것으로 되어 있더라도 그것이 당사자간의 합의에서 중요시 되고, 또한 계약의 목적 달성에 필요 불가결할 뿐만 아니라, 만약 이것이 이행되지 않는다면 당사자가 계약을 체결하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 요소인 채무, 즉 주된 급부의무이고 부수적 의무라고 할 것은 아니다.

(2) 부수적 의무의 특성 및 유형

계약당사자가 계약을 통해 어떠한 권리와 의무를 부담하는지는, 계약의 해석을 통해 구체적으로 판단된다. 또한 이러한 해석을 통해 판단되는 의무는 계약상 어느 정도의 비중을 가지고 채권자에게 어떠한 의미가 되는지 계약을 통해 드러난 당사자들의 의사로서 판단된다. 따라서 계약으로 그 내용이 확정되는 주된 급부의무와는 다르게 부수적 의무는 계약의 내용이나 당사자들의 의사에 따라 탄력적으로 의미와 비중이 달라질 수 있다.

90) 윤형렬, “채권법상 부수적 의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제13·14호, 한국사법행정학회, 1996, 171면.

91) 윤형렬, 전제논문, 172면.

가령 매수인의 수령의무는 신의칙상의 부수적 의무로 구분되기도 하고 때로는 중된 급부의무로 구분되기도 하지만, 매도인이 목적물의 점유이전 자체에 대하여 특별한 이해관계가 있는 경우에는 이를 주된 급부의무로 할 수도 있을 것이다.⁹²⁾ 그리고 설명의무는 통상 신의칙으로부터 발생하는 부수적 의무 중의 하나로 분류되고 있지만, 가령 의사가 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 부담하는 설명의무는, 단순히 급부의무와 별개로 부수적으로 발생하는 의무가 아니라 진료계약상의 진료행위 그 자체의 내용이 되기도 한다. 또한 신의칙상의 부수적 의무로 이야기되는 협력의무에 있어서도, 가령 상가를 분양함에 있어서 상가 내의 기존 업종과 중복되지 아니하는 업종을 지정하여 분양함으로써 기존의 영업권을 보호하기로 하는 도급인의 협력의무는 급부의무로서 수급인의 계약목적달성에 필요불가결한 주된 채무로 평가되기도 한다.⁹³⁾ 또한 보고의무도 다수의 경우 신의칙상의 부수적 의무로 평가되지만 이러한 의무내용이 법률에 의해서 중된 의무로 규정되어 있기도 하며(제683조, 제738조, 707조), 법률상 발생하는 매수인의 대금이자지급의무(제587조)나 임대인의 비용상환의무(제626조)는 많은 경우 중된 의무이지만 약정에 의해서 법률과는 다른 내용과 의미를 부여할 수도 있다.

(3) 부수적 의무의 분류

계약의 중심 내용을 결정짓는 주된 급부의무 외에도 채권관계로부터 여러 가지의 부수적 의무들이 발생 할 수 있다. 이러한 부수적 의무들은 법규 또는 계약에 명시적으로 정하여 있지 않더라도 채권관계(유기체로서의)로부터 당연히 발생한다.⁹⁴⁾ 부수적 의무의 발생근거는 제2조 제1항이 규정하고 있는 신의성실의 원칙이다. 부수적 의무는 소구가능성을 기준으로, 주된 급부의 의무적합적 이행에만 이바지 하는 비독립적(또는 종속적) 부수의무와 그 자신의 독립적인 목적을 추구하는 독립적 부수의무로 나누어진다.⁹⁵⁾

92) 독일민법 제433조 2항은 명시적으로 매수인의 수령의무를 규정하고 있는데, 이 경우에도 수령의무는 중된 의무에 지나지 않는다고 해석하는 것이 보통이며, 당사자의 합의에 의해서나 매도인이 목적물의 점유를 이전하는 데 특별한 이해관계가 있는 경우 등에는 주된 의무가 될 수 있다고 본다.

93) 대판 1997. 4. 7, 97마575

94) 지원림, “채무구조론 -계약상의 채무를 중심으로-”, 575면.

95) 지원림, 전제논문, 575면-576면.

1) 독립적 부수의무

먼저 독립적 부수의무는 주된 급부의무와는 별개 의무이긴 하지만 그에 비하여 중요성은 적으며, 또한 그것은 계약의사에 반드시 포함되지는 않으며 오히려 법률의 규정에 따라 발생하게 되는데 이에 대한 침해는 주된 급부의무의 침해와 같게 취급된다(가령 채권자의 이익을 위하여 어떤 사실을 통지하여야 할 고지의무나 보고의무⁹⁶⁾). 즉 비독립적 부수의무와 달리, 독립적 부수의무는 급부의무의 존재를 전제로 하지 않고서도 독자적인 자기목적물을 가지기 때문에, 이를 불이행한 경우에 채권자는 이러한 의무의 이행을 청구할 권리를 가지며, 주된 급부의무와 독립하여 즉 그와 별도로 부수의무 자체의 이행을 소구할 수 있다.⁹⁷⁾ 왜냐하면 독립적 부수의무에 있어서, 채무자의 보고나 해명 또는 교시 등이 있는 후에야 비로소 채권자는 채무자에게 가령 채무자가 취득한 것의 인도를 청구할 수 있거나 또는 기계를 적절하게 사용할 수 있게 되기 때문이다.⁹⁸⁾

2) 비독립적 부수의무

채무자는 채권관계에 기초하여 불능 또는 지체를 일으킬 수 있는 것들을 하지 말아야 할 뿐만 아니라, 방지하여야 할 적극적인 보호조치도 해야 할 것을 내용으로 하는 보호 내지 주의의무가 부과된다. 그런데 이러한 것들은 이행청구나 강제이행을 할 수가 없는 것이며, 또한 그 불이행 역시도 독립적인 것으로 평가되지 못하기 때문에 이른바 종속적 부수의무라고도 한다. 따라서 종속적 부수의무는 급부의무와 법률적 운영을 같이 하며, 급부의무에 이바지하는 의무로서 독립적인 자기목적물을 가지지 못하기 때문에, 이를 위반한 경우에는 그 이행을 소구할 수 없고 다만 채무자가 자신의 책임있는 사유로 그러한 의무를 침해하여 주된 급부가 제대로 이행되지 않은 경우⁹⁹⁾에는 손해배상책임을 부담한다.¹⁰⁰⁾

그런데 보호의무의 위반과 특히 비독립적 부수의무의 위반은 채권자에게 손해를 가하였다는 점 및 소구가능성이 없다는 점에서 공통되지만, 그 대상이 다르다.

96) 제683조(수입인의 보고의무), 제738조·제683조(사무관리자의 보고의무), 제707조·제683조(업무집행조합원의 보고의무) 등이 있다.

97) 지원립, 전계논문, 576면.

98) 지원립, 전계논문, 576면.

99) 가령 송부매매에 있어서 매도인이 포장을 잘못함으로써 매매목적물 자체가 파손된 경우에 이행불능이 성립할 수 있으며, 매수인의 다른 법익을 침해하였다면 불완전이행이 성립할 수도 있다.

100) 지원립, 전계논문 576면.

즉 부수적 의무의 위반은 급부자체에 대한 손해를 초래하는 반면, 보호의무의 위반은 그 밖의 법익에 대한 손해를 야기한다¹⁰¹⁾. 그러나 양자가 동시에 일어날 수 있음은 물론이다.

(4) 부수적 의무의 법적 지위

채권관계의 본질을 하나의 채권·채무만의 구성으로 파악하지 않고 유기적 관계로 파악하면, 채권관계는 급부의무 외의 부수적 의무를 포함하게 된다. 주된 급부의무로부터 부수적 의무를 구별하는 실익은 채무불이행의 특수한 유형으로 불완전 이행·채권자 지체·계약체결상과실책임의 법률적 성질을 정하는데 있다.¹⁰²⁾ 부수적 의무 위반시에 발생하는 법률효과는 그 불이행의 유형에 따라 달라질 수 있다. 특히 부수적 의무위반으로 인한 채무불이행은 일종의 불완전이행이 되므로 법적인 구제수단이 문제된다. 대개의 경우 부수적 의무의 이행은 그것 자체로서 고유한 목적을 지니고 있지 않으므로, 부수적 의무만의 이행을 청구할 수 없는 것이 원칙이다.¹⁰³⁾ 또한 부수적 의무의 불이행만을 이유로 계약을 해제할 수는 없다.¹⁰⁴⁾ 그러나 부수적 의무의 계속적인 위반으로 계약관계의 유지를 더 이상 기대할 수 없는 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 예컨대, 특정물의 불완전이행이나 채권자 지체의 법률적 성질에 주된 급부의무로부터의 부수적인 의무를 인정함으로써 채무불이행적 책임으로의 구성이 가능하게 되고, 또한 계약체결상과실책임의 법률적 성질에 급부의무로부터 구별된 보호의무를 인정함으로써 채무불이행적 책임의 이론구성이 가능하게 된다.¹⁰⁶⁾

101) 지원립, 전게논문 576면.

102) 박종두, 「채권법총론」 제3판, 삼영사, 2010, 15면.

103) 예외적인 경우로는 제683조(수임인의 비용상환청구권등), 제707조(준용규정-조합원), 제738조(준용규정-사무관리)가 있다.

104) 대판 2005. 11. 25, 2005다53705·53712; 대결 1997. 4. 7, 97마575

105) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 858면.

106) 박종두, 전게서, 16면.

3. 급부의무와 부수적 의무와의 차이점

(1) 본질적 차이

급부의무와 부수적 의무와의 구별의 실익은, 계약내용의 해석상 그 의무들이 추구하는 목적에 따라 양자를 구별한다는 것은 결국 이를 규율할 법의 적용범위를 결정하는 척도가 된다는 점에 있다. 즉 손해배상청구권을 주장하기 위해서는 우선 손해배상의 전자로서 손해가 확정되어야만 하고, 일단 확정된 손해가 이행이익의 침해로 인한 것인지 또는 유지이익의 침해로 인한 것인지를 구별을 하여야만, 어떤 청구권의 행사를 통하여 그 발생한 침해의 배상을 실현시킬 것인가가 결정된다. 다시 말해서 피해자가 주장하려고 하는 청구권의 내용이 우선 결정되어야만 이에 따라 결정된 청구권의 구성요건의 충족여부를 심사할 수 있는 것이다.¹⁰⁷⁾

첫째, 이행이익을 보전하기 위한 손해배상청구권을 유효하게 행사하기 위해서는 채무의 대상과 관련된 급부 내지 종된 급부의무의 위반이 있어야 하며, 이와는 달리 급부이익의 침해를 그 원인으로 하는 것이 아닌 경우에는 급부관계와 관련없이 독립적으로 성립·존재하는 부수적 의무의 위반 여부가 검증되어야 하는 것이다. 이러한 구성요건의 차이로 인하여 법적효과가 각각 달리 형성되기 때문에 양자의 청구권은 사적 자치의 원칙상 급부의무의 위반, 그리고 부수적 의무의 위반이라는 순차적 검증의 단계를 거치게 된다.¹⁰⁸⁾ 즉 급부의무는 주된 것이든 부수적이든 급부의 이행을 통한 재산상태의 증가된 변화를 그 목적으로 하는 적극적인 이행이익의 확보에 추구하는 목적이 있는 것이다.

그러나 이에 반해서 부수적 의무는 상대방의 기존의 재산상태를 그대로 유지하려는 것에, 즉 있는 상태 그대로를 변화하지 말아야 하는 것에 그 존립 목적이 있다.¹⁰⁹⁾ 그러므로 손해배상청구권자에게는 이 양 의무의 구분이 손해배상청구권의 행사를 통하여 얻으려고 하는 법적 효과의 기준점이 된다. 이 기준에 의거하여 손해발생의 전상태와 이후의 재산상태의 차이계산을 우선적으로 확정하여, 손해배상청구권자에게 어떤 의무의 위반으로 인하여 발생한 침해인가의 결정을 우선적으로 하여야 한다. 결국 손해로서 발생한 침해의 범위를 우선 확정하고 그 법익침해

107) 윤형렬, 전계논문, 177면-178면.

108) 윤형렬, 전계논문, 178면.

109) Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1965, S. 649-650.

를 복구하는데에 상응하는 목적을 가진 의무를 결정한 후, 그 결정된 의무위반을 근거로 한 손해배상청구권을 구성해 나가는 것이다.¹¹⁰⁾

따라서 서로 근거를 달리하는 손해배상청구권 중 어느 것에 의하여 침해상태를 복구 받을 것인가에 대한 결정은, 발생한 결과인 손해를 중심으로 무엇을 배상받을 것인가를 먼저 확정하여 놓고, 이에 따라 결과를 기준으로 하여 의무의 위반을 다시 판단하는 것이라 할 수 있다.

(2) 기능적 차이

1) 채무와의 관계

기본적 급부 의무인 채무는 그 기반이 되고 있는 계약상의 합의의 내용에 따라 채무관계의 형태를 결정해 준다. 그러나 부수적 행위의무인 부수적 의무는 특정된 채무형태에 결속되어 있지 않으며, 특별구속관계의 집중도에 따라서 그 요구되는 강도도 달라진다. 그러므로 매매와 임대차에 있어서 요구되는 부수적 의무의 수준도 달라진다. 이는 한번으로써 끝나는 일회성(현금)거래보다는 장기간의 계속적 계약이 더 고양된 수준의 주의의무를 요구하게 되는데, 이는 후자의 계약이 당사자들 사이에 더 긴밀한 특별구속의 형태를 형성시켜 주기 때문이다. 그리고 급부 의무는 그 내용에 따라 매매·도급·임대차 등 전형성이 부여되므로 그 의무가 본래 처음부터 특정되는 것인 반면에, 부수적 의무는 모든 채무관계에 따라 다양하게 일정한 행위를 할 것이 요구되어 지는 것이므로 다양한 내용을 손해발생의 결과를 고려하여 사후적으로 부여받게 된다.¹¹¹⁾

2) 소구가능성의 여부

고유한 의미의 급부 의무는 계약에 의하여 처음부터 내용적으로 특정되어 있다. 따라서 특정된 내용을 가진 의무가 이행되지 않을 때에는 일반적으로 이행소송을 통하여 급부의 재판상 청구가 가능하다. 물론 이때에는 특정된 급부가 청구 가능한 경우이어야 한다.

이에 반해서 부수적 의무는 채권관계의 구체적인 정황에 따라 그 내용이 구체화되는 것이므로, 채무의 성립과 동시에 확정되는 것은 아니다. 따라서 부수적 의무로서의 행위의무의 내용은 채권관계의 전상황을 고려하여, 또 그것이 진행되어 가는 과정의 결과로서 얻어지는 것이고, 이는 곧 채권관계의 당사자들에게 서로서

110) 윤형렬, 전계논문, 178면.

111) 윤형렬, 전계논문, 180면.

로 채무의 내용을 위태롭게 하지 않도록 주어진 상황하에서 요구되는 작위·부작위가 그 의무의 내용으로 구성되는 것이다.¹¹²⁾ 이러한 이유로 원칙적으로 각각의 당사자는 상대방에게 부가적 행위의무에 관하여 그 이행을 청구하는 ‘사전적 청구가능성’을 확보할 수 있다. 다만 이러한 부가적 행위의무도 그 이행을 법적으로 존중받고 있는 것이므로, 이러한 의무가 일방 당사자의 책임있는 사유에 의하여 위반되었다면 이차적 급부의무로서 손해배상의무는 성립한다. 즉 부수적 의무는 손해배상이라는 이차적 급부의무의 발생을 정당화하기 위해 대응적인 의무로서의 기능을 하는 것일 뿐, 처음부터 의무의 내용이 구체적으로 확정되어 있지는 않다.¹¹³⁾

3) 발생원인의 차이

급부의무는 당사자의 자유스러운 합의에 그 근거를 두고 있다. 그러므로 급부의무의 성립이나 그 내용 모두 당사자 간에 맺어진 합의에 의하여 결정되는 것이다. 우리 민법은 법적 자치를 기본원칙으로 하고 있으므로 부수적 의무와 급부의무에 있어서는 그 작용과 기능에 있어서 서로 교차하는 법률영역도 인정될 수 있다. 다시 말해서 사적 자치의 원칙상 상대방의 법익을 침해하지 않도록 상대방의 법익을 보호·유지시켜주어야 한다는 내용이 당사자의 자유스러운 합의를 통하여 채무의 내용으로 되는 것이 가능하다. 또한 이를 내용으로 하는 작위·부작위를 포함하는 행위의무가, 강행법규 등에 위반되지 않으면서 순수한 보호의무적 성격을 가지는 의무라도 당사자의 법적 자치에 의하여 급부의무의 상태로 격상시키는 것도 가능한 것이다.¹¹⁴⁾ 그러므로 급부의무와 부수적 의무는 그 발생에 있어서 상대적으로 성립을 달리하는 것이 아니라, ‘계약상 의무와 내용에 따라 당사자의 합의로서 채무화된 행위의 내용에 포함되는지’의 여부에 따라 양자는 구별되는 것이다.¹¹⁵⁾

112) 윤형렬, 전계논문, 181면.

113) 윤형렬, 전계논문, 181면.

114) 윤형렬, 전계논문, 182면.

115) 윤형렬, 전계논문, 182면.

VI. 의무의 구분에 대한 비판적 견해

이상에서 의무의 구조를 파악하면서 급부의무와 부수적 의무를 구분하여 알아보았다. 이는, 채무불이행이 발생하였을 때 그에 따른 법적효과 및 구제수단의 적용기준을 설정하는 바탕이 될 수 있다. 그런데 이러한 종래의 학설과 판례의 입장을 비판하는 견해도 존재한다.¹¹⁶⁾ 이런 견해에 따르면 의무의 구분은 채무불이행으로 인한 해제권의 발생 여부를 판단함에 있어서 유용한 판단기준이 되지 못한다고 한다. 왜냐하면 계약당사자가 부담하는 개별적인 의무가 어떠한 채무에 속하는지의 여부는 당사자의 의사해석을 통하여 구분하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 계약해제 여부는 채권자가 의도한 계약상 이익의 탈락과 채무자의 이에 대한 예견가능성을 기초로 하기 때문이며, 오히려 이러한 구분론은 채무불이행을 결과적으로 판단하여 계약을 해제하는 것이 필요하고 또한 그것이 정당화된 주된 채무의 불이행이라고 하고 그렇지 않은 경우에는 부수적 채무의 불이행이라고 할 수 있다고 한다.¹¹⁷⁾ 특히 부수적 의무의 경우에는 채권발생단계에서는 별로 의식되지 않다가 그 불이행을 이유로 하여 손해배상을 구하는 단계에서 비로소 문제가 제기되는 것이고 이를 의무발생의 단계에서 별도의 범주로 구성할 필요가 있는지는 의문이라고 하면서, 학설이 제시하는 바와 같은 종된 의무와 부수적 의무라고 하는 분류는 판례에서는 부수적인 의무, 부수된 절차적인 의무, 부수적 채무, 부수하여 이루어진 약정, 부수적인 사항 등으로 구분 없이 사용되고 있으며, 오히려 이를 종된 의무와 부수적 의무 중 어디에 해당하는지를 구분하려는 것 자체가 무용하다고 한다.¹¹⁸⁾ 따라서 해제권의 발생여부라고 하는 관점에서 볼 때에도 주된 의무와 불이행이 있는 모든 경우에 계약을 해제할 수 있는 것은 아니라는 점에서 주된 의무와 종된 의무의 구분이 반드시 필요불가결한 것은 아니며, 채무불이행으로 인한 해제권의 발생 여부를 판단함에 있어서 학설이나 판례가 전제로 하는 주된 채무 내지 부수적 채무라는 개념이 과연 필수적인 것인지 그리고 이러한 분류가 계약해제에 얼마나 실질적인 기준을 제공해 주고 있는지에 대한 검토가 필요하다고 하며, 결국 해제권 행사라는 문제에서 주된 급부와 부수적 의무의 분류가

116) 정진명, “채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도 -채무구조론과 ‘요건적 유형론’의 극복을 통하여-”, 『비교사법』 제16권 2호(통권 제45호), 한국비교사법학회, 2009, 222면 이하; 최수정, 전계논문, 76면 이하; 김상중, 전계논문, 10면 이하.

117) 정진명, 전계논문, 223면.

118) 최수정, 전계논문, 84면.

결정적 도움이 될 수는 없고 해제권 자체의 판단기준만이 실천적 의미를 가질 뿐이며, 그렇다면 주된 급부의무와 부수적 의무라는 분류가 반드시 요청되는 것은 아니라고 한다.

그러나 채무불이행 발생의 이전단계의 채무의 내용을 파악함에 있어 주된 급부의무와 부수적 의무를 구별하여 이해하는 것은 유용한 판단기준이 될 수 있다. 이는 미래에 일어날지도 모르는 불이행의 효과가 어떻게 작용할 것인지를 예측하는 기준이 된다고 할 수 있으며 채무불이행이 성립했을 때 채무불이행의 구제수단의 발생근거를 정하는 척도가 될 수 있다. 물론 이를 바탕으로 하여 채무불이행의 효과를 적용할 때에는, 그 의무의 위반이 계약의 본질적인 불이행을 초래하느냐 않느냐에 따라서 그 효과를 달리하는 방향으로 정립해야 할 것이다.



제 3 절 부수적 의무의 내용

I. 서

부수적 의무(Nebenpflicht)는 주된 급부의무의 내용을 제대로 실현하기 위해 이에 수반되는 준비·지원·주의와 배려를 해야하는 채무자의 의무이다.¹¹⁹⁾ 부수적 의무는 계약의 유형을 결정짓는 의무는 아니다. 예컨대 설명의무, 고지의무, 자문의무, 비밀준수의무, 안전배려의무 등의 보호의무, 채권자의 협력의무가 이에 속한다. 부수적 의무는 당사자 사이의 계약(약정)에 의하여 발생하는 경우가 적지 않으며, 법률의 규정¹²⁰⁾에 의해서도 발생한다. 그러나 부수적 의무는 개개의 채권관계의 성질과 그 계약이 이행되는 제반사정에 따라 신의칙에 의하여 발생하는 경우가 보통이다. 특히 계속적 채권관계 내지 인적 결합관계가 두터운 계약관계에

119) 채권자의 경우에는 협력의무를 진다.

120) 예컨대 위임계약에 있어서 수임인의 보고의무(제683조)가 있다.

있어서는 성실의무, 안전배려의무 등과 같은 부수적 의무가 중요한 의의를 가진다. 또한 구체적인 경우에 있어서는 부수적 의무의 준수가 주된 급부의무의 실현을 위해 필수적인 경우가 없지 않다. 매매계약 체결 후 목적물의 인도전까지 매도인이 부담하는 목적물 보관의무, 임차인의 임차물 보관의무 등을 그 예로 들 수 있을 것이다.

신의칙에 의해 형성된 부수적 의무는 채권관계가 형성되어 가는 과정(계약체결상의 과실) 및 성립 후의 제반적인 이행과정(불완전이행)에 이르기까지 당사자에게 작용하게 된다. 그리고 형성된 채권관계의 부수적 의무는 급부의 실현과 급부를 실현하는 데에 따른 내적 관련성을 갖는 모든 행위의무를 가리킨다.¹²¹⁾ 여기에서의 부수적 의무는 급부의무의 성립, 이행, 소멸 등의 과정에서 채권관계의 안전한 실현 내지 만족스러운 목적달성을 위하여 신의칙상 당사자에게 부과된다.¹²²⁾ 이것은 급부의무를 전제로 하여 이 급부의무를 중심으로 성립하는 채권관계가 그 목적을 달성할 수 있도록 주의와 배려를 할 의무를 그 내용으로 한다.¹²³⁾ 따라서 부수적 의무는 계약당사자 모두가 상대방의 생명·신체·재산적 이익 등을 침해하지 않도록 할 주의의무, 계약을 체결할 때 상대방의 의사결정에 중요하거나 계약에 직접 관련되는 사항을 설명하거나 통지할 의무, 이행의 과정에 있어서 서로 협력해야 할 의무, 계약관계가 종료된 후 특약으로 설정된 경업피지의무나 비밀유지의무 등의 구체적 모습으로 나타난다.¹²⁴⁾

II. 부수적 의무의 구성

앞에서 살펴 본 바와 같이, 결국 부수적 의무란 모든 목적 내지 상황에 응하여 실행되어야 할 채무자의 의무의 표현이라고 할 수 있다. 즉 그것이 없으면 주된 급부(Hauptleistung)가 올바르게 또한 의미있게 행해지지 않기 때문이다. 그 때문에 부수적 의무는 ‘채무자에 대한 구속의 표현(Ausdruck der Bindungen des Schuldners)’이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 이 구속은 채무자의 주된 급부의무는 그 자체만으로 고립하여 고찰되어서는 아니되고 큰 관계 속에 들어가 있다고 하는 것으로부터 생기는 것으로, 이는 “보다 커다란 관계”의 법해석학적 표현

121) 박윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2009, 69면 이하에서는 ‘기본채무 이외의 용태의무’라고 표현한다.

122) 박윤직, 전게서, 69면; 이은영, 전게서, 190면.

123) 박윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」(양창수 집필부분), 216면.

124) 박윤직, 전게서, 69면.

이 “광의의 채권관계(Schuldverhältnis im weiteren Sinne)”라고 한다.¹²⁵⁾

부수적 의무를 구성하고 있는 의무의 내용을 크게 협의의 부수적 의무, 보호의무, 안전배려의무로 분류하여 알아보도록 한다.

1. 협의의 부수적 의무

급부의무 이외의 넓은 의미에서의 부수적 의무의 분류에는 다양한 방법이 있지만, 여기에서는 계약목적에 관련하는 부수적 의무(vertragszielbezogene Nebenpflicht)와 계약목적과는 관계없는 부수적 의무(vertragszielunabhängige Nebenpflicht)라고 하는 분류에 따른다. 이 경우 전자를 협의의 부수적 의무, 후자를 보호의무(Schutzpflicht)라고 할 수 있다. 협의의 부수적 의무가 주된 급부의무에 더욱 밀접하게 관여할 때, 종된 급부의무와의 경계가 모호해 진다고 볼 수 있다.

보호의무가 광의의 채권관계의 모든 당사자에게 채무자 및 채권자로서의 각각의 역할과는 관계없이 지향되어 있는 개념임에 대하여, ‘계약목적에 관련하는 부수적 의무’는 이미 존재하는 채무자와 채권자의 관계에 있어서 채무자로서의 역할을 지향하는 것이라고 할 수 있다.¹²⁶⁾

2. 보호의무

(1) 보호의무의 개념

1) 보호의무의 의의

보호의무(Schutzpflicht)는 계약적 채권관계에서 발생하는 본래의 급부의무와는 달리 상대방의 생명·신체·재산 또는 기타의 법익을 침해하지 않을 의무를 말한다.¹²⁷⁾ 즉, 채권관계를 중심으로 일정한 결합관계를 유지하고 있는 채권자와 채무자로서는 그 채권관계로 인하여 상대방의 신체와 재산에 피해를 주지 않도록 상대방을 보호하여야 하는 의무를 말한다. 급부의무는 계약에 의하여 정하여진 목적을 실현하는 의무이지만, 보호의무는 상대방의 기타의 법익을 보호할 것을 내용

125) Henß, Olaf, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, 1987, S. 109.

126) 박정기, “민법상의 Obliegenheit에 관한 연구-Reimer Schmidt의 학설을 중심으로”, 「비교사법」 제13권 제1호(통권 제32호), 2006, 443면.

127) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 858면.

으로 하는 의무이다. 다시 말하면 급부의무는 재산의 이전·증가 또는 노동력의 공급 등 그 이행을 통하여 실현되는 의무이지만, 보호의무는 법익침해에 대한 위험의 방지·보호, 즉 침해예방을 통하여 준수되는 의무이다. 따라서 급부의무는 채권자의 이행청구, 채무자의 이행, 채무의 소멸이라는 과정을 통해서 실현되고, 보호의무는 채무자의 보호의무위반으로 발생한 손해에 대해서 채무자가 손해배상 책임을 진다는 데에 그 실질적 의의가 있다.¹²⁸⁾

이러한 보호의무는 계약체결을 위한 준비·교섭단계에서 상대방의 신체·재산에 손해를 준 경우와 채무자의 불완전이행으로 채권자의 신체·재산의 확대손해를 준 경우에 논의되고 있다.

2) 보호의무와 이른바 거래안전의무

거래안전의무(Verkehrssicherungs- oder Verkehrspflicht)는 일반사회생활에 있어서 자신의 책임영역에서 위험원을 발생·지속시킨 사람은 그 위험원에서 발생할 염려가 있는 제3자에게 미칠 손해를 방지하기 위하여 필요한 모든 안전예방 조치를 취하여야 할 의무로써, 불법행위법의 영역에서의 하나의 독립한 법원칙으로 발전되어 온 것이다.¹²⁹⁾ 불법행위책임을 성립케 하는 거래안전의무에서는 목적된 거래적 접촉이 없기 때문에 애초부터 특정인에게 향하여져 있지 않은 일반적인 추상적 주의의무인 것으로서, 누구나 통상적인 위험을 야기할 수 있는 상황에서 자신의 영향권 범위 내에 들어올 수도 있는 임의의 제3자의 권리나 법익을 침해하지 않도록 할 행위의무이다.¹³⁰⁾ 반면에, 거래적 접촉에 의하여 형성된 당사자 사이에서는 보다 더 높여진 주의와 배려가 기대되고 이에 대해 법도 일정한 보호의무를 부과하게 되는 것이므로, 거래관계에 있어서의 보호의무가 현상적인 보호를 목적으로 하는 한도에서는 불법행위상의 거래안전의무와 같은 지향점을 가지지만, 내용에 있어서는 그 누구보다도 더 높은 배려를 요구하게 된다.¹³¹⁾ 이로써 볼 때, 채권관계에 있어서 보호의무의 내용을 가지는 부수적 의무는 상대방에 대해 어떤 침해를 유발시킬지도 모르는 특정한 당사자 사이의 의도된 특별결합상태에서 인정된다는 점에서, 그러한 결합관계를 전제하지 않고서는 인정되는 불법행

128) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 858면.

129) 김재완, “계약체결상의 과실과 불완전이행의 책임체계구성에 관한 연구-신의칙에 기초한 채무구조를 중심으로”, 경상대학교 박사학위논문, 2010, 83면.

130) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S 651.

131) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 653.

위법에 있어서의 거래안전의무와는 구별될 수 있다.¹³²⁾

한편 그 특별결합적 형성과 주의의무 정도로써 어느 정도의 구분은 가능하지만 현상적인 법익의 보호라는 측면에서는 보호의무라는 것이 불법행위상의 거래안전의무와는 본질에 있어서 같은 것이라고 볼 수도 있게 된다.¹³³⁾ 이러한 관점에서는 종래 보호의무에 대한 침해가 문제로 된 경우, 그것은 사실 불법행위법상의 거래안전의무가 침해된 것에 지나지 않는 것이라고 보게 된다.¹³⁴⁾ 또한 보호의무라는 개념은 계약책임으로 분류해 넣기 위해 만들어진 개념인 급부의무와 부수적 의무와는 차원을 달리하는 것으로서, 보호의무 중에서도 계약과 직접 관련을 갖는 것은 채무불이행 책임에 포섭하고, 그렇지 않은 거래안전의무는 불법행위책임으로 파악하기도 한다.¹³⁵⁾ 그러면서, 계약체결 전이나 계약관계가 종료된 후에 발생한 보호의무 위반을 채무불이행 책임에 편입시키는 것은 책임체계를 흐트리는 것으로 옳지 않은 것이 된다고 한다.¹³⁶⁾ 여기에서 계약상의 채무에서 배제될 수 있는 것으로는 이른바 '사회생활상 안전의무'와 '사회생활상 안전배려의무'인 것이며, 그 위반으로 인한 손해는 불법행위책임으로 처리된다고 한다.¹³⁷⁾

이상의 점들을 고려해 볼 때, 급부의무에 대하여 종된 의미를 가지는 부수적 의무와 구별되는 보호의무라는 것은 급부의무 자체가 아니라 채권자의 일반적인 법익을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무로서 일반적인 보호의무(Allgemeine Schutzpflicht, 앞서 언급한 거래안전의무도 여기에 포함된다)라는 의미로 사용될 수 있는 것이며, 이 때 그러한 보호적인 내용을 가지는 의무는 급부관련적인 것과 일반적인 것으로 나눌 수가 있고, 이때 급부관련적인 보호의무는 부수적 의무에 포함될 수 있는 것으로 볼 수 있다.¹³⁸⁾ 따라서 보호적인 내용을 가지는 의무의 위반으로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임(보호적 채권관

132) Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 650-651.

133) Huber, Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd 1, 1981, S. 736ff.

134) 이때 불법행위법의 적용(제831조)으로 인하여 생기는 부당한 결과는 불법행위법을 개정하여 제거하면 된다고 하면서 보호의무를 비판한다(Huber, Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd 1, 1981, S. 736-738).

135) 이은영 교수는 보호의무는 계약과 관련하여 발생하는 '계약상의 보호의무'와 사회생활상의 주의의무로서 발생하는 '사회생활상 보호의무'의 두 종류가 있다고 한다(이은영, 「채권총론」, 192면-196면).

136) 이은영, 전제서, 196면.

137) 이은영, 전제서, 196면.

138) 지원림, 전제논문, 567면.

계)을, 계약책임으로 구성할 때의 근거가 되는 의무는 보호적 내용의 부수적 의무 및 급부관련적인 보호의무로서의 부수적 의무인 것이고, 불법행위가 성립될 때 그 근거가 되는 의무는 이른바 거래안전의무 등을 포함하는 일반적인 보호의무(주의 의무)인 것으로 나누어 파악할 수 있다.

결국 거래적 접촉 및 거래 당사자에게 계약체결 전이나 종료 후에 이르기까지 신의칙에 기초한 부수적 의무를 부과하는 취지는 당사자 사이에 형성된 신뢰관계를 파괴하지 않을 것과 일반법익의 침해를 방지할 목적으로 하는 것이므로, 그 법익침해로 인하여 손해가 발생된 경우에는 구체적이고 형평 타당한 손해전보에 기여할 수 있도록 책임법적 체계를 유기적으로 파악하여 구성하고 해석 및 적용하여야 할 것이다.¹³⁹⁾

(2) 인정 근거 및 한계

계약상의 보호의무의 근거를 제2조 1항이 규정하는 신의성실의 원칙에서 찾을 수 있다. 즉 채권관계의 당사자들은 거래관행을 고려하여 신의칙이 요구하는 바에 따라 성실하게 급부를 청구하거나 급부를 하여야 할 의무를 부담한다. 이와 같이 신의성실의 원칙으로부터 채권관계의 당사자들이 서로 상대방의 정당한 이익을 배려하여야 할 의무가 발생하고, 이러한 상호배려의 의무가 개별적인 채권관계에서 구체화된 것이 바로 보호의무이다. 따라서 보호의무는 채무자뿐만 아니라 채권자도 부담하며, 그 범위는 채권관계의 종류에 따라 달라진다.¹⁴⁰⁾

다만 보호의무는 해당 채권관계의 급부의무의 성질 또는 특성과 관련해서 부수적 의무로서 수용될 수 있는 한도 내에서 채권관계의 내용이 된다. 즉, 보호의무가 모든 채권관계에 인정되는 것은 아니므로 그 인정여부를 결정하는 데 있어서는 해당 채권관계의 구체적 실현과 관련하여 상대방인 채권자에 대한 위험상황발생의 방지, 법익 및 기타 이익의 보호의 필요성이 고려되어야 한다.¹⁴¹⁾ 예컨대 인테리어업주는 집 내부를 개수하면서 고객의 가재도구를 훼손하지 않도록 주의를 다해야 할 보호의무를 부담한다고 보아야 하지만, 통상의 임대차관계에서는 임대인이 임차인에 대하여 안전배려 또는 도난방지 등의 보호의무를 진다고 볼 수 없

139) 김재완, “계약체결상의 과실과 불완전이행의 책임체계구성에 관한 연구-신의칙에 기초한 채무구조를 중심으로”, 경상대학교 박사학위논문, 2010, 86면.

140) 가령 경호계약의 경우에 채권자의 생명이나 신체를 보호하여야 하는 의무는 분명 주된 급부의무에 속한다.

141) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 860면.

다.¹⁴²⁾

(3) 구체적 모습

보호의무가 계약적 채권관계의 내용이 될 수 있느냐 하는 문제는 추상적 일반론으로 다루어질 수 있는 성질의 것이 아니다.¹⁴³⁾ 앞서 설명하였듯이 계약적 채권관계 중에는 급부의무와 부수적 의무가 있고, 부수적 의무 중에는 해당 계약관계의 개별적 성질 및 특성상 급부이익의 구체적 실현과 관련해서 상대방의 기타의 법익, 즉 급부이익 이외의 법익(andere Rechtsgüter)을 보호하거나 상대방에게 어떤 불이익이 발생하지 않도록 배려해야 할 채무가 인정되어야 할 경우가 있다. 이러한 보호의무는 사회의 일반인들 사이에서 다른 모든 사람의 법익을 침해해서는 아니 될 불법행위법상의 주의의무 내지 거래안전의무와는 구별된다. 즉, 불법행위상의 보호의무는 사회일반인 각자가 다른 모든 사람에게 부담하는 보호의무이지만 채권관계의 내용으로 인정되는 보호의무는 해당 계약관계의 구체적 실현을 위하여 그 성질이 특성상 계약 상대방에 대하여 부담하는 것이다. 주의할 것은 보호의무가 반드시 부수적 의무로서만 나타나는 것이 아니라, 해당계약의 구체적 성질과 내용에 따라 부수적 의무가 아닌 주된 급부의무로서 나타날 수도 있다는 점이다. 예컨대 유치원이나 탁아소는 어린이를 보호·감독할 주된 채무를 부담한다고 보아야 한다.¹⁴⁴⁾ 반면에 급부목적물 자체에 대한 보관상의 주의의무는 채무자의 부수적 의무로 보는 것이 타당하고 채권자의 기타의 법익침해와 관련된 보호의무라고는 할 수 없다.¹⁴⁵⁾

(4) 법적 지위

채권관계에 있는 채무자는 적절한 배려와 주의를 기울여야 할 의무를 부담하게 된다. 급부의무인 주된 채무의 내용을 제대로 실현하기 위하여 채무자가 적절한 배려와 주의를 베풀어야 하는 이유는 급부의 결과 내지는 급부의 이익을 보호하기 위하여 필요한 것이기 때문이다.¹⁴⁶⁾ 하지만 부수적 의무가 기본적 급부의무에만 의존하거나 채권자의 급부이익의 만족만을 그 주된 보호이익으로 하지는 않는

142) 대판 1999. 7. 9, 93다10004

143) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 859면.

144) 대판 2008. 1. 17, 2007다40437

145) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 859면.

146) 김형배, 전게서, 34면.

다.¹⁴⁷⁾ 왜냐하면 구체적인 경우에 따라서 부수적 의무가 계약의 목적을 달성하는 것을 적극적으로 촉진하여 급부이익의 만족을 보호하는 것도 있고, 채권자의 완전성이익의 보호만을 목적으로 하는 것도 있기 때문이다. 따라서 부수적 의무의 궁극적인 보호이익은 상대방에게 급부의 취득과 같은 변화적인 재산의 상태를 확보해 주는 것뿐만 아니라, 기존의 이익이 변화되지 않도록 유지해야 할 보호의무도 있게 된다.¹⁴⁸⁾

결국 채무자의 배려와 주의를 기울여야 할 의무 중에서 ‘보호의무’라고 표현되는 용어는 채권자의 신체나 기타 일반적인 재산에 대한 보호라는 점에 중점을 두어 붙여진 것으로서, ‘급부이익 이외의 법익의 보호와 그 침해의 방지’를 중심된 내용으로 한다. 이러한 ‘보호의무’가 채무구조의 논의에 있어서 문제가 되는 이유는 이것을 채무자의 채권관계상 의무라고 보게 되면 그 위반에 대하여 계약책임에 의하게 되고, 채무자의 채권관계상 의무에서 배제하게 되면 그 위반에 대하여 불법행위책임을 묻게 되기 때문이다.

계약체결(교섭) 중인 상태나 계약이 성립되어 이행이 완료된 후 일정한 범위 내에 있어서는 급부의무가 없으므로 급부이익은 존재하지 않는다. 하지만, 상대방의 완전성이익은 존재하게 된다. 여기에서 그러한 상대방의 완전성이익의 침해, 즉 법익의 침해가 발생한 경우에 이에 대한 배상책임의 관계는 이른바 ‘급부의무 없는 채권관계’가 된다. 한편 계약 성립 후 이행과정에 있어서 상대방에게 급부이익 이외의 법익의 침해가 발생한 경우의 손해배상책임의 관계에는, 급부의무와 상대방의 법익을 보호해야 할 의무가 동시에 존재하게 된다. 따라서 급부의무가 없이 상대방의 법익을 보호해야 할 의무만 존재하는 경우 또는 급부의무와 함께 존재하는 경우에, 그 보호할 의무의 위반에 대한 책임을 계약책임으로 다룰 수 있는 채무에 포함시킬 것인가 아니면 불법행위책임으로 다룰 성질의 의무로 볼 것인가가 논의의 중심이라고 할 수 있다. 이에 관하여는 부수적 의무의 불이행으로 인한 손해배상책임의 발생을 논하는 부분에서 자세히 다루기로 한다.

(5) 보호의무와 안전배려의무

종래부터 학설과 판례는 보호의무라는 용어를 주로 사용하여 왔지만 근래에는 안전배려의무라는 용어를 사용하여 논하기도 한다. 보호의무라든가 안전배려의무 같은 개념들은 그 의무의 내용이 인체나 재산에 대한 보호라든가 안전배려라는

147) 윤형렬, 전계논문, 177면.

148) 윤형렬, 전계논문, 177면.

점에 착안하여 명칭을 붙인 것들이다. 반면에 앞서 설명한 급부의무와 부수적 의무는 그것이 계약상의 채무로서 어떤 위치를 차지하고 있는가 하는 초점에 맞춘 개념들이다.¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾ 보호의무나 안전배려의무는 그것이 특정한 계약에서 갖는 위치에 따라서 급부의무도 될 수 있고 부수적 의무도 될 수 있으며, 경우에 따라서는 계약상의 채무에서 배제될 수도 있다.

3. 안전배려의무

(1) 의의

안전배려의무란, 사용자는 근로자가 노무제공을 위하여 사용자가 설치한 장소, 설비 및 기구 등을 사용하거나 또는 사용자의 지시에 따라서 노무를 제공하는 과정에서, 근로자의 생명 및 신체 등을 위험에서 보호하도록 배려해야 하는 의무를 말한다.¹⁵¹⁾ 사용자의 이러한 안전배려의무는 근로계약상 사용자의 부수적 의무로서 인정되고 있으며 이러한 안전배려의무는 대개 신의칙상에 그 근거를 두고 있다.

(2) 인정근거

신의성실의 원칙에 의하여 노무자가 사용자에게 대하여 성실의무를 부담하는 데 대응하여, 사용자는 노무자를 보호하고 도와줄 의무가 있다.¹⁵²⁾ 즉, 사용자는 노무자가 그의 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 않도록 필요한 조치를 강구하고, 노무자의 생명·건강 등에 관한 보호시설을 하고, 적당한 휴양을 주는 등의 의무를 부담한다고 새겨야 한다.¹⁵³⁾

노무자가 일정한 기간 동안 계속적으로 사용자를 위하여 노무를 제공하는 경우에 노동력은 노동자의 인격과 떼어 수 없는 것이므로 그들 사이에는 단순한 노무와 보수의 교환관계가 아니라, 그 이상의 인적 결합관계가 성립한다고 보아야 한다.

149) 이은영, 「채권각론」, 제4판, 박영사, 2004, 192면.

150) 가령 경호계약에서는 보호의무라든가 안전배려의무가 급부의무가 될 것이다. 그러나 숙박계약이나 여행계약에서는 보호의무·안전배려의무가 부수적 의무로 될 것이다.

151) 대판 2002. 11. 26, 2000다7301

152) 사용자의 보호의무를 부조의무라고도 한다(곽윤직, 「채권각론」 제6판, 박영사, 2003, 245면).

153) 대판 2001. 7. 27, 99다56734; 곽윤직, 「채권각론」, 245면.

고용관계가 그 본질상 이러한 인적 결합을 가져온다면, 당사자 사이에는 하나의 인격적 관계, 즉 공동체관계가 성립한다고 할 수 있다.¹⁵⁴⁾ 공동체 내에서 당사자는 서로 신의칙상의 성실의무를 부담하게 되며 사용자의 성실의무가 곧 보호의무라고 할 수 있으므로, 사용자의 보호의무는 고용관계의 내용으로서 일정한 요건과 범위에서 당연히 생기는 의무라고 할 수 있을 것이다.¹⁵⁵⁾

(3) 안전배려의무의 내용

안전배려의무의 특성은 여러 곳에서 나타날 수 있지만 노동급부에 관해서 그 특성이 짙어진다. 일반 보호의무의 경우에는 채무자가 채권자의 완전성 이익을 이행함에 있어서 침해하지 않도록 조심할 의무이다. 반면 노동관계 등에서의 안전배려의무라고 함은, 사용자인 권리가 고용급부라고 하는 노동급부를 수령하는 과정인 권리의 행사에 있어서 채무자의 생명, 신체, 건강을 해치지 않도록 조심하여야 할 의무이다.¹⁵⁶⁾ 즉 주객이 전도되어 채권자가 채무자를 위한다는 것이지만 의무내용은 같다.

따라서 노동과정에서의 안전배려의무를 생각한다면 물적 측면과 인적 측면이라는 두 개의 면으로 나누어서 생각해야 한다.¹⁵⁷⁾ 장소, 시설, 기구, 등을 사용하여 노동을 제공케 할 경우에 관해서는 장소, 시설, 기구 등의 안전성에 여러 가지 위해가 생기지 않도록 많은 배려를 하지 않으면 안된다는 것이 물리적 측면이다. 그리고 노동관리 면에서의 안전배려의무를 찾아볼 수 있다. 즉 동일한 노동을 계속적으로 제공함으로써 여러 가지 직업병에 걸릴 확률이 높다. 극히 짧은 기간이라면 노무자의 신체나 건강에 악영향을 미치지 않을 작업일지라도 오랜 기간 계속적으로 동일한 자세로 같은 작업에 종사하여 자신이 알지 못하는 동안에 병에 걸릴 경우가 있다. 그러한 업무자체가 대단한 위험성을 수반하고 있을 경우에는 그 업무에서 위험이 생기지 않도록 끊임없이 지켜보고 주의를 주는 노동관리의 측면에까지 확대하여 생각해 볼 수 있다.¹⁵⁸⁾

구체적으로는 첫째, 사용자가 노무급부의 장소 · 설비 · 기계 · 기구를 제공하여야 할 경우에는 노무의 성질이 허용하는 범위에서 노무자의 생명과 건강에 위험

154) 박윤직, 「채권각론」, 245면.

155) 박윤직, 「채권각론」, 246면.

156) 이창상, “계약법규범과 불법행위법규범과의 관계에 관한 고찰 -안전배려의무의 법적 성질과 판례의 분석-”, 「경성법학」, 경성대학교 법학연구소, 2003년, 172면.

157) 이창상, 전계논문, 173면.

158) 이창상, 전계논문, 173면.

이 생기지 않도록 주의해야 하며 둘째, 가사사용인의 경우에 관하여는, 사용자는 노무자의 거실 · 침실 · 음식 · 노무시간 · 휴양시간 등에 관하여 노무자의 건강 · 풍습 및 신앙에 적합하도록 하여야 하고, 노무자가 노무급부와 관계없이 병에 걸린 경우에도, 사용자는 일정한 범위에서 요양을 주어야 한다.¹⁵⁹⁾ 주의할 것은 이런 사용자의 의무는 각 구체적인 경우에 따라 신의칙을 바탕으로 하여 결정하여야 한다는 것이다.

(4) 보호의무와의 관계

사용자의 피용자에 대한 보호의무를 안전배려의무라고 한다면 이러한 규정을 두고 있지 않은 우리 민법에서는 어떻게 이론을 구성할 것인가에 대해, 사용자는 노무자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강 등의 인격권에 피해를 입지 않도록 인적 · 물적 조치를 강구하여야 할 의무를 부담한다는 데에 학설은 일치하고 있다. 다만 안전배려의무에 대하여 대부분 부수적 의무나 보호의무론의 일례로 언급하고 있고 그 용어도 통일되지 않았다.¹⁶⁰⁾

채무구조론과 관련하여 다수설은 채무불이행의 전제인 채무의 내용으로서 급부 의무 또는 기본채무 이외의 행위의무(weitere Verhaltenspflicht)를 광범위하게 인정함으로써 채무불이행책임의 영역을 확대한다.¹⁶¹⁾ 그러나 부수적 의무, 보호의무의 개념 및 이를 구성하는 개별적인 의무와 내용, 급부의무를 포함한 각 의무사이의 논리적인 체계 등에 관하여는 학자에 따라 그 내용을 달리하고 있다.

먼저 보호의무를 부수적 의무와 별개로 보지 않고 부수적 의무의 일종으로 보는 견해가 있다.¹⁶²⁾ 다수설은 고용계약상의 부수의무로서 근로자에게는 성실의무가 부과되고 사용자에게는 보호의무가 부과된다고 해석한다.¹⁶³⁾ 따라서 사용자의 보호의무는 고용계약의 내용으로서, 일정한 요건과 범위에서 당연히 생기는 의무이고, 사용자의 보호의무를 인정하여야 하는 이상, 독일민법 제618조가 규정하는

159) 박윤직, 「채권각론」, 246면.

160) 이은영, “산업재해와 안전의무”, 「인권과 정의」, 한국변호사협회, 1991, 26면에서는 근로자의 ‘안전한 작업조건 아래 작업할 권리’에 상응하는 사용자의 의무가 안전의무이며, 안전배려의무라는 용어는 일본법학 특유의 채무불이행책임과 결합된 용어이므로 사용을 피하는 것이 좋다고 한다.

161) 박윤직, 「채권총론」, 75면.

162) 이영준, “신의 성실의 원칙에 관한 소고”, 「근대민법학의 제문제 -청간김증한박사 화갑 기념」, 박영사, 1981, 36면 이하.

163) 박윤직, 「채권각론」, 245면-246면.

바와 같은 이론을 각 구체적인 경우에 신의칙에 인정하여야 한다고 한다.¹⁶⁴⁾

이에 대해서 보호의무와 안전배려의무를 구별해야 한다는 견해도 있다. 이에 따르면, 불완전이행에 있어서 문제되는 보호의무는 채무자가 본래의 급부의무를 실현하는 과정에서 상대방(채권자)의 신체, 생명, 재산에의 침해를 회피해야 할 의무인데 반하여 사용자가 부담하는 안전배려의무는 채권자(사용자)가 채무자의 생명, 신체의 안전을 적극적으로 배려해야 할 의무라는 점을 들어 양자가 성질을 달리 한다고 한다.¹⁶⁵⁾

(5) 보호의무와의 차이점

양자는 그 보호법익이 생명, 신체나 재산에 대한 보호라든가 안전이라는 점에서 비슷한 개념이지만 다음과 같은 점에서 차이를 보인다.

첫째, 안전배려의무는 노동계약 내지 그와 유사한 계약에 한정된다. 이와는 달리 보호의무는 신뢰관계를 기초로 하기 때문에 특별한 계약유형에만 한정되지 않는다.

둘째, 안전배려의무의 채무자는 사용자에게 한정되고, 근로자는 이것을 부담하지 않는다. 반면에 보호의무의 경우에는 계약당사자의 쌍방이 상대방에 대하여 보호의무를 부담한다. 또한, 계약당사자 이외의 제3자도 일정한 범위 내에서는 보호의무의 채권자, 채무자가 될 수 있다.

셋째, 안전배려의무가 인정되는 것은 유효한 계약의 체결시 또는 사실상 일을 시작한 때 이후이다. 그러나 보호의무는 계약체결전의 단계에서 계약준속중의 단계를 거쳐, 계약종료후의 단계에도 영향을 미친다.¹⁶⁶⁾ 즉 채무자가 본래의 급부의무를 실현하는 과정에서 상대방(채권자)의 생명·신체·재산에의 침해를 회피하여야 할 의무인 데 반하여, 안전배려의무는 채권자(사용자)가 채무자의 생명·신체의 안전을 적극적으로 배려해야 할 의무라는 점에서 보호의무와 그 성질을 달리 한다.¹⁶⁷⁾

164) 박윤직, 「채권각론」, 245면-246면.

165) 김형배, 「채권총론」, 37면.

166) 김형배, 전게서, 36면.

167) 김형배, 전게서, 232면.

III. 소결

채무자의 급부의무는 그것이 채권관계에 대하여 가지는 의미에 따라 급부의무와 부수적 의무로 나누어진다. 이 중 급부의무, 특히 주된 급부의무는 채권관계의 유형 및 성질을 결정하는데, 보통 명시적으로 합의되어야 하고, 쌍무계약에서 원칙적으로 이 의무만이 상대방의 의무와 건련관계에 서며, 그 위반만이 계약해제권을 발생시킨다. 반면 부수적 의무는 계약의 목적을 달성하기 위하여 주된 급부의 준비, 확보 또는 완전한 실현에 이바지하는 의무로 주된 급부의무를 보충하는 의미를 가지며, 개별 상황에 따라 다양한 모습으로 나타난다. 그리고 쌍무계약에서 원칙적으로 이 의무는 상대방의 의무와 건련관계에 서지 않고, 그 위반이 계약해제권을 발생시키지 않는다. 따라서 부수적 의무는 계약의 목적 달성에 필요불가결하지 않은 의무, 즉 주된 급부의 완전한 실현에 이바지(보충)하는 의무로서 일반적으로 채무자의 주의의무로부터 당사자 약정, 법률의 규정에서도 비롯된다.

그리고 부수적 의무의 구성을 살펴보기 위해 크게 세 가지, 즉 협의의 부수적 의무, 보호의무, 안전배려의무로 나누어 보았다. 먼저 협의의 부수적 의무는, '계약목적에 관련하는 부수적 의무'라고 할 수 있으며 급부의무와 가장 밀접한 위치에 있다. 또한 보호의무는 계약적 채권관계에서 발생하는 본래의 급부의무와는 달리 상대방의 생명·신체·재산 또는 기타의 법익을 침해하지 않을 의무를 말하며, 안전배려의무란 일종의 보호의무로서, 근로자가 노무제공을 위하여 사용자가 설치한 장소, 설비 및 기구 등을 사용하거나 또는 사용자의 지시에 따라서 노무를 제공하는 과정에서, 사용자가 근로자의 생명 및 신체 등을 위협에서 보호하도록 배려해야 하는 의무를 말한다. 사용자의 이러한 안전배려의무는 근로계약상 사용자의 부수적 의무로서 인정되고 있으며 이러한 안전배려의무는 대개 신의칙상에 그 근거를 두고 있다.

적절하게 급부의무를 실현하기 위해서는 당사자가 합의한 내용만을 급부로 보아서는 아니되며, 채무가 올바르게 이행되기 위해서는 계약상 내용으로 된 기본적인 급부의무 또는 주된 급부의무 외에 주된 급부의무의 적합한 이행을 돕기 위한 것으로서 부수적 의무가 요구된다. 즉 부수적 의무는 주된 급부의무와는 달리 계약의 내용을 통하여 특정되는 급부는 아니지만, 주된 급부의무에 종속되어 부차적으로 주된 급부의무의 실질적인 내용적 실현을 돕는다.

제 3 장 부수적 의무의 불이행과 계약해제

제 1 절 서 설

계약을 체결한 당사자는 자신이 합의한 내용이나 법률의 규정, 그 이외의 근거에 터 잡아 발생하는 여러 가지 의무를 부담한다. 이 경우 채무자는 자신이 부담하는 모든 의무를 이행하여야 하며, 만일 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않을 때에는 채무자는 일정한 요건 하에서 법적인 불이익을 부담한다(제390조). 채무불이행에 대한 채권자의 구제수단으로는 일반적으로 채무불이행으로 인하여 발생한 손해를 전보받는 방법과 그 계약을 해제하여 계약의 구속력으로부터 벗어나는 방법이 있다. 그런데 학설과 판례는, 손해배상은 모든 채무불이행에 대하여 인정하는 반면, 계약해제는 일정한 채무불이행의 경우에 한정하여 인정하고 있다. 그러나 계약해제에 관한 법률의 규정은 해제권을 발생시키는 채무불이행에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 채무자가 채무를 불이행한 경우 채권자는 어떠한 경우에 계약을 해제하며 이를 정당화하는 근거가 무엇인가에 대한 문제가 제기된다.

계약자유 원칙상 개인은 계약을 체결함으로써 계약으로부터 발생하는 일정한 권리를 취득하고 의무를 부담하게 된다. 계약당사자가 이러한 계약상의 의무를 이행하지 않으면 일정한 요건하에서 불이익을 부담하게 된다. 그런데 계약당사자가 부담하는 의무는 계약에 따라 다양하기 때문에 어떠한 경우에 불이행이 되는지 판단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 왜냐하면 계약당사자가 어떠한 의무에 대하여 어느 정도의 의미를 부여할 것인가는 전적으로 계약당사자의 의사에 달려 있으며, 또한 당사자들이 일정한 채무에 대하여 어느 정도의 의미를 부여하는지 명확하게 표시하는 경우는 그리 많지 않기 때문이다. 그러므로 학설과 판례는 계약에서 발생하는 다양한 의무들에 대하여 그것이 당해 계약에서 가지는 의미와 내용에 따라 분류하고, 그에 따른 일정한 법률효과를 부여하여 오고 있다. 즉 채무자가 불

이행한 채무가 당해 계약관계에서 어떠한 의미를 가지는가에 따라 해제권의 발생 여부를 판단하고 있다.¹⁶⁸⁾ 계약의 해제로 유효하게 성립한 계약의 효력을 일방의 의사표시에 의하여 소급적으로 소멸케 하여, 계약이 처음부터 성립하지 않는 것과 같은 상태로 복귀시키는 것을 말한다.¹⁶⁹⁾ 본래 계약이 일단 성립한 후에는 구속력이 발생하여 당사자가 이를 마음대로 해제하지 못하므로, 계약을 해제할 수 있는 것은 당사자가 해제권을 가지는 경우에 한한다. 해제권은 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률관계의 변동을 가져오는 권리이므로 형성권에 속한다. 즉 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이다.¹⁷⁰⁾ 그리고 해제권은 계약에 종된 권리로서, 계약당사자만이 이를 가질 수 있고, 계약당사자의 지위를 승계하지 않는 한 해제권만의 양도는 허용되지 않는다. 또한 계약이 일단 성립한 후 그 해제원인의 존부에 대한 다툼이 있는 경우에는 그 계약해제권을 주장하는 자가 이를 증명하여야 하나, 이미 발생한 계약해제권이 다른 사유로 소멸되었거나 그 행사가 저지되는지 여부에 대해 다툼이 있는 경우에는 이를 주장하는 상대방이 이를 증명하여야 한다.¹⁷¹⁾

계약의 목적이 당사자에 의하여 약정된 대로 실현될 수 없는 경우에 그 계약관계는 변경된 사정에 적합하게 조절되어야 하는데, 이 경우에 이행상 장애의 종류·정도·모습에 따라 그 조절방법이 달라지게 된다. 결국 계약관계를 해제하는 이유는 계약을 해제하는 당사자(해제권자)가 계약의 구속으로부터 벗어나 새로운 계약을 체결할 수 있는 '행위의 자유'를 회복하는 데에 있다.¹⁷²⁾ 따라서 계약으로부터 성립한 미이행채무는 소멸하고, 이미 이행된 급부는 원상으로 회복되어야 한다. 채무불이행에 대한 구제수단으로써 계약이 해제되면 계약관계는 해소되어 채권자는 자기가 부담하던 채무에서 벗어나게 된다. 채무자의 채무불이행상태가 계속되는 경우에 채권자를 그대로 계약에 구속시키는 것은 정당하지 않기 때문이다. 또한 채권자에게 계약해제권이 주어지더라도, 채권자는 현실적 이행의 강제(제389조) 혹은 손해배상청구(제390조)에 의한 구제방법을 택할 수 있다. 급부의 대상인 목적물이 채무자 이외의 타인으로부터 쉽게 구입할 수 있는 대체물인 경우

168) 정진명, “부수적 채무불이행과 계약해제”, 「민사법학」 제30호, 한국사법행정학회, 2005, 224면.

169) 지원립, 전게서, 1370면.

170) 대판 2005. 7. 14, 2004다67011

171) 대판 2009. 7. 9, 2006다67602·67619

172) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1249면.

에는 구입가격과의 차액을 손해배상으로 청구하는 방법이 채권자에게는 보다 합리적일 수 있으며 채권자는 계약관계를 해제하지 아니하고 채무자의 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다고 하여도, 자신의 채무를 잔존시키는 것보다 해제권을 행사함으로써 자신의 채무를 소멸시키는 방법이 유리한 경우가 있다.¹⁷³⁾ 즉 현실적 이행의 강제 및 손해배상과의 차별적 기능을 한다.

제 2 절 해제권 발생의 인정여부

I. 서

계약상의 많은 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 할 것이라고 한다.¹⁷⁴⁾ 따라서 앞서 분류한 부수적 의무들이 계약체결상의 주된 채무가 되어 그 효과로 해제권을 발생시킬 수도 있음은 물론이다.

주된 급부의무와는 달리 주된 채무라는 개념이 특히 판례에서 활용되기도 하는데, 주된 급부의무가 급부의 중심적 내용을 기준으로 파악되는 것이라면, 주된 채무는 그 계약의 목적달성에서의 중요성을 중심으로 파악되는 의무를 말한다.¹⁷⁵⁾ 따라서 주된 급부의무 이외에, 개념상으로는 부수적 의무라고 할지라도 당해 계약의 목적달성에 필요불가분하다면 이는 주된 채무로 볼 수 있다. 따라서 주된 채무는 주된 급부의무보다 넓은 개념이다.¹⁷⁶⁾ 판례에 의하면 「당해채무가 계약의 목

173) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 1250면.

174) 대결 1997. 4. 7. 자97마575

175) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2010, 856-857면.

176) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 856면.

적달성에 있어서 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도」로 중요한 것이면 주된 채무라고 한다.¹⁷⁷⁾ 판례가 일정한 기준을 정립하여 채무자가 계약에 따라 실현할 행위가 주된 채무인지 여부를 중시하는 것은 이러한 주된 채무의 불이행이 있는 경우에 채권자에게 계약의 해제를 인정하기 위한 것이다. 따라서 주된 채무는 이에 대한 불이행이 있으면 채권자가 계약의 해제를 할 수 있을 만큼 계약의 목적달성에 있어서 중요한 내용이 되는 채무라고 할 수 있다.¹⁷⁸⁾

채무자는 계약당사자로서 계약에서 생기는 수종의 채무를 부담하게 되고 그 모든 채무를 이행하지 않는 한 채무내용에 좇은 이행이라고 할 수 없다. 이에 관하여, 민법 제544조는 「당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때」 계약의 해제권이 발생한다고 규정할 뿐, 여기서 채무불이행에 의하여 계약의 해제권을 발생시키는 채무는 무엇을 의미하는 것인지가 문제된다. 즉 해제제도는 채무불이행으로 채권자가 계약을 맺은 목적을 달성할 수 없게 된 경우에 해제를 통해 처음부터 계약을 체결하지 않은 것으로 하여 채권자를 보호하기 위한 것이므로, 계약의 목적달성에 필수적이 아닌 부수적 채무의 불이행으로는 해제가 허용되지 않는다고 새기는 것이다.¹⁷⁹⁾

채권관계의 내용은 그 발생원인에 의하여 결정된다. 계약에 의하여 결정되는 채무 중에서 중심적 채무가 주된 급부의무이다. 예컨대 매매에 있어서 매도인의 재산권이전 의무, 도급에 있어서 수급인의 일을 완성할 의무가 그것이다. 그런데 주된 급부의무 이외에 당사자의 합의 또는 법률의 규정에 의하여 혹은 채권관계의 성질에 의하여 신의칙상 부수적 의무(Nebenpflicht)가 성립할 수 있다. 이와 같은 부수적 의무도 주된 급부의무와 함께 채권관계의 내용을 구성하게 되므로 채무자가 부수적 의무를 제대로 이행하지 않을 때에는 의무위반이 있게 된다. 따라서 채무자가 부수적 의무를 위반하는 것도 급부장에 내지 채무불이행의 문제로 다루어진다.¹⁸⁰⁾ 그러나 채권자는 부수적 의무위반을 이유로 계약관계를 해제할 수 없는 것이 원칙이다. 왜냐하면 보통 부수적 의무는 계약의 목적달성에 있어서 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약목적이 달성될 수 없을 정도로 중요한 것이

177) 대결 1997. 4. 7, 97마575; 대판 2005. 11. 25, 2005다53707·53712

178) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 857면.

179) 최수정, 전거논문, 81면.

180) 대결 1997. 4. 7, 97마575; 대판 2005. 7. 14, 2004다67011; 대판 2005. 11. 25, 2005다53076·53712

아니기 때문이다. 또한 쌍무계약에 있어서 부수적 사항에 관한 의무위반만을 이유로 상대방은 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 동시이행항변권을 행사할 수 없다.¹⁸¹⁾ 의무 위반의 사실에 대해서는 채권자가, 귀책사유의 부존재에 대해서는 채무자가 증명책임을 부담한다. 부수적 의무인 보호의무의 위반시에는 채권자는 손해가 발생했다는 사실과 그 손해가 채무자의 보호의무위반의 용태로 인해 발생했다는 사실을 증명해야 하고, 채무자는 보호의무의 불완전이행이 자신의 귀책사유에 의하지 않았음을 증명해야 한다.

II. 외국의 입법례

로마법과 게르만 고유법은 계약으로부터의 탈퇴를 인정하지 않았으며, 근대민법에 이르러 비로소 해제제도가 발달되었다.¹⁸²⁾ 독일 법계에서는 채권관계에 있어서 채무자의 의무를 급부의무와 부수적 의무로 구분하고, 급부의무의 불이행에 대해서는 계약의 해제를 인정하지만 부수적 의무의 불이행에 대해서는 계약의 해제는 인정하지 아니하고 금전에 의한 손해배상만을 인정하는 것이 일반적이다. 그리고 부수적 의무는 다시 독립적 부수의무와 종속적 부수의무로 나누고, 전자의 위반에 대해서는 강제이행이 가능하지만 종속적 부수의무의 위반에 대해서는 강제이행이 불가능한 것으로 법리구성을 하고 있다. 개정전의 독일 민법도 이와 같은 입장에 있었다. 그러나 개정 독일민법에서는 양자를 개념상 구별은 하지만 부수적 의무의 위반의 경우에도 계약의 해제를 인정하고 있다.

그러나 영미계약법 및 국제적인 통일계약법에서는 채무자의 의무를 급부의무와 부수적 의무로 구분하지 아니하고, 어떠한 의무이든 그 위반이 있으면 계약위반이 성립하는 것으로 파악하고, 그 의무의 위반이 본질적인 위반이 될 때에는 계약해제를 할 수 있는 것으로 법리를 구성하고 있다.

1. 프랑스민법

프랑스민법에서는 채무불이행의 경우에 법정해제권이 인정된다. 독일민법에서와 같이 채무불이행의 유형을 나누어 규정하지 아니하고, 불이행 하나로 통합하여 규정되어 있다. 따라서 프랑스민법에서는 이행지체, 이행불능, 일부이행, 부수적 의

181) 대판 1976. 10. 12, 73다584

182) 이은영, 「채권각론」, 217면-218면 참조.

무의 불이행 등의 적극적 채권침해를 각각 분리하여 달리 다루지 아니하고, 모두 불이행의 내용으로 포섭하여 이에 대한 법적 효과를 동일하게 규율하고 있다. 프랑스민법은 일반적인 법정해제제도를 확립하였으나 해제를 해제조건으로부터 독립한 제도로 발달시키지는 못하였다. 쌍무계약은 일방당사자의 채무불이행에 대하여 묵시적으로 해제조건을 포함하는 것으로 본다(제1184조 1항). 채무불이행의 경우 채권자는 이행강제나 해제 중의 하나를 선택할 수 있으며, 해제와 손해배상 청구를 양립하는 것이 허용된다.

프랑스민법의 특징은 법정해제의 방법으로서 「계약해제는 법원의 판결에 의하여야 한다」는 원칙을 취한다는 점이다. 프랑스민법 제1184조 제3항은 「계약해제는 법원의 판결에 의하여야 하며, 이 때 법원은 정황을 참작하여 피고에게 유예기간을 허여할 수 있다。」고 규정한다. 프랑스민법은 “누구도 자기자신을 정당하게 평가할 수 없다(Nul ne peut se faire justice à soi-même)”라는 원칙에 철저하였고, 법원의 후견적 기능을 중시하는 결과 이러한 해제방식을 취하였다. 그 밖에 교회법의 영향을 받은 결과이기도 하다. 교회법원의 판사는 계약위반자가 있는 경우 그의 계약위반사실이 교회법상의 제재의 대상이 되는가를 판단하고, 그러한 계약위반자에게 적절한 제재를 결정할 수 있는 권한이 있었는데, 제1184조 제3항은 바로 이러한 교회법의 전통에 그 연원을 두고 있다는 것이다.¹⁸³⁾

결국 프랑스에서는 일방당사자가 채무를 이행하지 않는 경우에 상대방은 법원에 해제소송(action en résolution)을 제기하게 된다. 채무불이행을 이유로 한 해제소송이 제기된 경우 사실심법원은 원고의 청구내용에 구애받지 않고 법관의 고유권한에 기해 채권자에게 손해배상만을 인정하든가 또는 계약해제의 판결을 하게 된다. 이 때 사실심법원은 변론종결시까지의 모든 사정을 참작할 수 있는데, 일반적으로 해제판결이 있기 위해서는 채무불이행의 정도가 계약관계를 더 이상 존속시키는 것이 무의미할 정도로 심각한 것이어야 하며, 그러한 정도에 이르지 않는 채무불이행의 경우에 대하여는 손해배상만을 인정할 수 있다. 채무이행을 위한 유예기간을 허여할 것인가의 판단도 법관의 고유한 권한에 속한다.¹⁸⁴⁾

183) 명순구, “우리 민법상 이행지체로 인한 계약해제와 그 비교법적 특성”, 「법학논총」 제12집, 1995, 7면.

184) 명순구, 전제논문, 11면.

2. 독일민법

2001년 독일민법은 “채권법의 현대화에 관한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)”에 의하여 종전 채권법의 해제에 관한 규정이 그 체계와 내용 면에서 큰 변화가 있었다.

개정 전의 독일민법에는 채무자가 급부의무를 불이행한 것이 아니라 부수적 의무를 불이행하였을 때에는 계약을 해제할 수 없고 손해배상만을 청구할 수 있는 것으로 이론이 정립되어 있었다. 그러나 개정 독일민법에서는 채무불이행의 여러 유형을 의무위반(Pflichtverletzung) 하나로 통합하였다. 따라서 의무위반에는 종래의 이행지체, 이행불능, 불완전이행, 부수적 의무의 불이행, 이행기 도래전의 이행거절, 담보책임을 모두 포괄하게 되었다. 이러한 의무위반이 있을 때에는 그 법적효과로서 손해배상청구권, 계약해제권, 하자보수청구권, 대금감액권이 발생한다. 그러나 계약위반의 가장 중요한 법적 효과는 손해배상청구권과 계약해제권이다. 그런데 개정 독일민법은 의무위반으로 인한 손해배상청구권에 있어서는 채무자의 귀책사유를 요하는 것으로 규정하고¹⁸⁵⁾ 계약해제에 있어서는 채무자의 귀책사유를 요하지 아니하고 객관적인 계약의 위반이 있으면 족한 것으로 규정하고 있다.¹⁸⁶⁾ 따라서 개정 독일민법에서는 계약해제로 인한 채무불이행에 채무자의 귀책사유를 요하지 아니한다. 그러므로 독일개정민법에서는 해제권은 중대한 계약의 무 불이행, 즉 중대한 의무위반을 요건으로 하며, 손해배상은 귀책사유에 기한 의무위반을 요건으로 하는 제도로 이해되고 있다. 따라서 해제는 계약관계의 상대방에 대한 제재나 비난을 의미하는 손해배상제도와는 그 차원을 달리하고 있다.

그리고 부수적 의무의 위반으로 인한 계약해제를 인정하고 있다. 그러나 급부의무의 위반의 경우와는 달리 부수적 의무의 위반이 있는 때에는, 그로 인하여 채권자로 하여금 그 계약을 유지토록 하는 것이 더 이상 기대할 수 없을 때에 그 채권자가 그 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁸⁷⁾

185) § 280 (1)(Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.)

186) § 323(Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erdrachter Leistung)

187) § 241 (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

이와 같이 독일 민법에서는 종래와는 달리 객관적인 계약위반이 있으면 계약을 해제할 수 있는 것으로 규정하고 있고, 종래 학설과 판례에 의하여 인정되었던 해제사유에 관해서도 모두 실정법으로 규정하였다. 그러나 의무위반이 있다고 해서 곧바로 채권자에게 해제권이 인정되는 것은 아니고, 계약상의 급부를 더 이상 실현할 필요가 없다거나(unerwünscht) 기대할 수 없는(nicht erwartungszumutbar) 경우에 인정된다. 이와 같이 단순한 의무위반이 아니라 중대한 의무위반의 경우에 해제할 수 있도록 해제권 발생을 제한하고 있는 것은 계약충실의 원칙을 견지하기 위한 것이다.¹⁸⁸⁾

또한 일부이행의 경우에 제한적으로 전부에 대한 해제권이 발생함을 규정한다. 채무자가 일부급부를 이행한 경우에(제323조 제5항), 채권자는 일부급부에 대하여 이익이 없는 때에만 계약 전부를 해제할 수 있다. 채무자가 계약에 적합하지 않게 급부를 실현한 경우에 그 의무 위반이 중대하지 않은 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다.

3. 국제적인 통일법

유엔국제물품매매법(CISG Art 64), Unidroit 국제상사계약법 총칙(PICC Art 7.3.1 [1]), 유럽계약법 총칙(PECL Art 9:31)에서는 채무자가 계약을 본질적으로 위반을 하였을 때에 그 계약을 해제할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 단순한 계약위반의 경우에는 금전배상으로 족하고, 본질적인 계약위반이 있을 때에 비로소 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다.

단순한 계약위반은 물론 본질적인 계약위반에 채무자의 귀책사유는 요구되지 아니한다. 그리고 채무자의 의무를 급부의무, 부수적 의무로도 나누지 아니한다. 따라서 부수적 의무의 위반이 있어도 그것이 계약의 본질적 위반이 될 때에는 계약을 해제할 수 있다. 국제적인 통일 계약법에서는 동일하게 본질적인 계약위반이 있을 때에 계약을 해제할 수 있는 것으로 하고, 계약위반에는 고의, 과실의 귀책사유를 요하지 아니하는 것으로 규정하고 있다.

§ 324 Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Verträge eine Pflicht nach §241 Absatz 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.

188) 김상용, 「비교계약법」, 법영사, 2002, 194면.

(1) UN 국제물품매매법(CISG)

유엔국제물품매매법에서는 계약위반(breach of contract)에 이행지체, 이행불능, 불완전 이행, 담보책임, 부수적 의무 위반 등의 모든 채무불이행을 포괄하고,¹⁸⁹⁾ 그 계약위반이 본질적일(fundamental) 때에 해제할 수 있는 것으로 규정하고 있다(Art 49 [1] a, Art 64 [1] a). 그리고 본질적 계약위반(fundamental breach of contract)이라 함은, 매도인 또는 매수인의 계약위반이 상대방이 그 계약에서 기대할 수 있는 것을 실질적으로(substantially) 박탈할 정도의 손실을 그 상대방에게 주는 경우를 말한다. 그러나 그러한 경우에도 계약을 위반한 당사자가 그와 같은 결과를 예견하지 못했고, 또한 그 자와 같은 부류에 속하는 합리적인 사람도 그와 같은 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 본질적 계약위반으로 다루어지지 아니한다. 그러므로 계약해제는 본질적인 계약위반이 있을 때에 인정되고, 계약위반에는 매도인 또는 매수인의 고의, 과실을 요하지 아니한다.

(2) Unidroit 국제상사계약법 총칙(PICC)

Unidroit 국제상사계약법 총칙에서는, 채무불이행의 여러 가지 유형을 불이행(non-performance : Nichterfüllung) 하나로 통합하여 규정하고, 본질적인 불이행(wesentliche Nichterfüllung)의 경우에 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다.¹⁹⁰⁾ 또한 이행지체의 경우에는 그로 인하여 불이익을 받는 당사자는 그가 허여한 부가기간내에 상대방이 이행을 하지 아니한 때에도 계약을 해제할 수 있다.¹⁹¹⁾ 그리고 본질적인 불이행 여부를 판단하기 위해서는, 불이행으로 불이익을 받는 당사자가 그 계약에서 기대할 수 있었던 것을 상실하였는지 여부, 불이행된 계약상의 의무를 정확히 지키는 것이 그 계약에서 결정적인지 여부, 불이행이 고의에 의한

189) Art 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.

190) Art 7.3.1 (1) A Party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

191) Art 7.3.1 (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

것인지 과실에 의한 것인지의 여부, 불이행이 그것으로 인하여 불이익을 받는 당사자에게 상대방이 장래에 이행할 것이라는 것을 기대할 수 없게 하였는지 여부, 계약에 해제되면 불이행 당사자가 이행 또는 이행의 준비에 근거하여 과도한 손해를 입게 되는지 여부 등을 고려하여야 한다(Art 7.3.1 [2]).

(3) 유럽계약법 총칙(PECL)

유럽계약법 총칙에서는 모든 유형의 채무불이행을 불이행으로 통일하고 그 불이행이 본질적일 때, 즉 본질적 불이행일 때 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다.¹⁹²⁾ 그리고 본질적인 불이행은, 계약상 의무의 엄격한 준수가 그 계약의 핵심일 때, 불이행으로 인하여 불이익을 받는 당사자가 상대방의 불이행으로 인하여 계약상 기대하였던 것을 실질적으로 박탈당한 때, 그리고 불이행이 고의적이고 또한 그 불이행이 그로 인하여 불이익을 받는 당사자로 하여금 상대방이 장래에 이행하지 않을 것이라고 믿게 한 원인이 된 때를 말한다(Art 8:103).

III. 학설의 대립

부수적 의무의 위반 또는 부수적 채무의 불이행의 효과로서 손해배상책임을 부담하는데 의문이 없지만, 부수적 의무의 위반 또는 불이행으로 인한 계약해제권은 원칙적으로 인정되지 않는다는 것이 통설적 입장이다. 다만 그것을 뒷받침하는 견해는 조금씩 다르게 나타나고 있다.

1. 제1설

의무를 주된 의무와 부수적 의무로 나누어, 계약의 중요한 목적으로 삼는 주된 의무의 경우에 해제권의 발생이 인정되지만, 부수적 의무의 불이행은 특별한 경우를 제외하고는 당사자가 의도한 계약의 목적달성에 별로 지장이 없으므로 해제가 인정되지 않는다는 견해¹⁹³⁾이다. 계약을 체결하는 것은 그에 의한 일정한 목적을 실현하기 위한 것이고, 만일 채무불이행에 의하여 계약의 목적이 달성되지 않는 경우에는 처음부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태에 두려는 것이 법정

192) Art 9:301 (1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.

193) 박윤직, 「채권각론」, 95면; 김형배, 「채권각론」, 220면.

해제권제도의 취지이므로 이러한 취지에 비추어, 계약의 주된 목적의 달성에 필수
의 것이 아닌 부수적 의무의 불이행이 있더라도 계약의 목적의 달성에는 아무런
영향이 없기 때문에 해제는 허용되지 않는다고 하여야 한다.

2. 제2설

부수의무 없이는 계약의 목적을 달성할 수 없거나, 부수의무가 계약의 중요내용
을 구성하고 있을 경우에 채무자가 그의 귀책사유로 부수의무를 이행하지 아니하
였을 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 부수의무의 이행을 최고하고, 최
고기간 내에 채무자가 그 부수적 의무를 이행하지 아니하면 해제권이 발생한다는
견해¹⁹⁴⁾이다.

3. 제3설

계약상의 의무가 여럿 있는데 그 중 일부를 불이행한 경우에는, 계약상의 의무
를 전부라고 볼 때 그 일부에 대하여 지체나 불능이 있는 것이므로, 일부무효의
법리를 적용하여 원칙적으로 계약 전부를 해제할 수 있되, 나머지 채무만으로도
계약을 체결하였으리라고 인정되는 때에는 불이행한 채무에 관해서만 해제할 수
있다는 견해¹⁹⁵⁾이다.

IV. 판례의 태도

판례는 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해
채무가 계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의
목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여
겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에
지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다고 한다.¹⁹⁶⁾

즉 판례는 해제권의 발생을 제한하는 기준으로서, 채무자가 불이행한 채무가 당
해 계약관계에서 어떠한 의미를 가지는가에 따라서 해제권의 발생여부 및 그 밖
의 효과의 발생에 있어서 차이를 인정해오고 있다. 하천부지점용 및 공작물설치허

194) 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2006, 132-133면.

195) 송덕수, 「신민법강의」 제2판, 박영사, 2009, 1190면.

196) 대판 2001. 11. 13, 2001다20394·20395

가를 받은 甲이 토지정지공사에 불도저를 제공하는 乙에 대하여 사용료로 그 토지의 일부를 양도하기로 하는 계약에 있어서, 乙이 토지 일부의 사용료를 甲에게 지급할 채무는 부수적 의무에 불과한 것이라고 보아 그 의무의 이행지체로 인한 계약 전체의 해제는 불가하다고 판시한 이래로¹⁹⁷⁾, 부동산의 매매계약에서 목적 부동산에 대한 시장개설허가에 관한 협조약속은 매매계약내용의 일부로 포함된 것이 아니라 그에 부수하여 이루어진 약정에 불과하므로 그 불이행을 이유로 하여서는 잔대금 지급을 거절할 수 없다거나¹⁹⁸⁾, 분양계약체결이 늦어짐에 따라서 당초의 분양계약지정일로부터 실제 분양계약체결일까지 발생하게 되는 공사대금 지급지체로 인한 손해배상으로서 연체료지급채무는 분양대금과는 관계없는 부수적인 채무로서 그 위반을 이유로 해제권을 행사할 수 없다고 하였다.¹⁹⁹⁾

앞서 밝혔듯이, 부수적 채무는 계약으로 확정되어 있다고 하기 보다는 계약에 따른 급부의 이행이 실현되는 과정에서 비로소 그 정황에 따라 나타나며, 이를 판단하는 것도 결국 계약의 목적 달성을 판단할 때 구체적으로 이루어진다. 따라서 계약상의 채무를 부수적 채무로 보아 해제권의 발생을 인정하지 않은 경우와 외관상 부수적 채무라고 할지라도 주된 채무로 판단하고 해제권의 발생을 인정하는 경우를 판례를 통해 구체적으로 알아보도록 한다.

1. 해제권 발생을 부정한 경우

(1) 서류의 교부의무

대기환경보전법상의 배출시설설치신고에 필요한 사양서 등 서류의 교부의무는 배출시설설치계약에 있어서 그 설치업자의 주된 채무라 볼 수 없으므로, 이 의무의 불이행을 사유로 한 계약해제는 효력이 없다고 하였다.²⁰⁰⁾

또한, 원심에서는 사양서 등의 서류는 피고가 이 사건 도장부스에 대한 배출시설설치신고를 하기 위하여 필요한 서류이기 때문에 원고는 피고에게 그 교부의무가 있다고 판단한 것으로 보이는데, 설사 원고가 사양서 등의 서류를 교부할 의무를 이행하지 아니하더라도, 피고로서는 위 신고를 할 수 있어서 사양서 등 서류의

197) 대판 1968. 11. 5, 68다1808

198) 대판 1989. 10. 27, 88다카17457

199) 대판 1994. 4. 26, 93다5123

200) 대판 2005.11.25, 2005다53705

교부의무가 이 사건 계약의 목적 달성에 필요불가결한 것이라고도 보기 어렵다고 하여 먼저, 이 사건 계약의 내용 등에 의하더라도 사양서 등의 서류를 교부할 의무가 주된 의무라고 보기 어렵다고 하였다. 그렇다면, 이 사건 계약에 따라 원고가 사양서 등의 서류를 피고에게 교부할 의무가 있다고 하더라도, 그러한 의무가 이 사건 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 피고가 이 사건 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도에는 이르지 아니하는 것으로 보이는데도, 원심은 위에서 본 특별한 사정에 대하여 조사하여 보거나 이를 고려하지 아니한 채로 그 판시의 증거들만으로 배출시설설치신고를 하기 위하여 필요한 사양서 등의 서류를 교부받지 못하는 경우에 위 신고를 할 수 없다고 단정하고 피고로서는 이 사건 계약의 목적을 달성할 수 없게 되어 이 사건 계약을 체결하지 아니하였을 것이라는 취지로 판단하였다. 따라서 사양서 등 서류의 교부의무 불이행을 사유로 하는 피고의 계약해제의 주장을 받아들이고 말았으니, 거기에는 대기환경보전법에서 정한 배출시설설치신고의 첨부서류 내지 채무불이행을 사유로 하는 계약해제에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나, 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 것이라고 하였다.

즉 판례는 계약당사자의 채무가 비록 계약상 명시되어 있다고 하더라도, 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다고 판시했다.

(2) 부수된 절차적인 의무

영상물 제작공급계약의 수급인이 부수적 채무인 시사회 준비 의무를 위반한 경우, 그 불이행만을 이유로 계약을 해제할 수는 없다고 하였다.²⁰¹⁾ 영상물 제작공급계약의 수급인이 내부적인 문제로 영상물제작 일정에 다소의 차질이 발생하여 예정된 일자에 시사회를 준비하지 못한 경우, 그와 같은 의무불이행은 그 계약의 목적이 된 주된 채무를 이행하는 과정에서의 부수된 절차적인 의무의 불이행에 불과하다고 하였다. 그러므로 도급인은 그와 같은 부수적인 의무의 불이행을 이유

201) 대판 1996. 7. 9, 96다14364

로 계약을 해제할 수 없다고 보았으며, 영상물 제작공급계약상 수급인의 채무가 도급인과 협력하여 그 지시감독을 받으면서 영상물을 제작하여야 하므로 도급인의 협력 없이는 완전한 이행이 불가능한 채무라고 보았다. 한편 그 계약의 성질상 수급인이 일정한 기간 내에 채무를 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 정기행위인 사안에서, 도급인의 영상물제작에 대한 협력의 거부로 수급인이 독자적으로 성의껏 제작하여 납품한 영상물이 도급인의 의도에 부합되지 아니하게 되었다. 하지만 이로 인해 결과적으로 도급인의 의도에 부합하는 영상물을 기한 내에 제작하여 납품하여야 할 수급인의 채무가 이행불능케 된 경우, 이는 계약상의 협력의무의 이행을 거부한 도급인의 귀책사유로 인한 것이므로 수급인은 약정대금 전부의 지급을 청구할 수 있다고 판시하였다.

즉 표면적으로 판단할 때에는 수급자가 부수적인 절차의무를 이행하지 않았으므로 그 당사자에게 계약상의 채무를 다하지 못한 것으로 보일지라도 그러한 결과가 나타날 수밖에 없었던 제반사정 등을 고려하여야 한다.

(3) 소정의 이행의무

① 부동산 매매계약의 일부 특약조항의 소정의 이행의무는 매도인이 언제든지 위약금 청구 등 간접강제 등의 방법으로 그 이행을 강요하여 불이행으로 인한 권리침해상태를 회복할 수 있는 법적 수단이 있는 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 그 특약사항이 매매계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고, 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매도인이 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무라고 보기 어렵고, 단지 매매계약의 부수적 채무라고 봄이 상당하여 이의 불이행을 이유로는 매매계약을 해제할 수 없다고 하였다.²⁰²⁾

② 매매계약시 검인계약서상의 매매대금을 실제 대금과는 달리 부동산의 과세표준액으로 작성하기로 약정하였으나 매수인이 이를 이행하지 않은 경우 그 불이행을 들어 매도인이 위 매매계약을 해제할 수 있는지에 대하여, 매매계약시 향후 작성할 검인계약서상의 매매대금을 실제 대금과는 달리 매매대상 부동산의 과세표준액으로 작성하기로 약정하였으나 매수인이 이를 이행하지 않은 경우, 검인계약서상의 매매대금에 관한 위 약정부분은 조세회피 등의 의도에서 매도인의 편의

202) 대판 1994. 12. 22, 93다2766

를 보아 준다는 것일 뿐 위 매매계약의 주된 목적을 달성하는 데 필수불가결한 것은 아니라고 하였다. 따라서 위 매매계약에 부수되는 의무를 규정한 것에 불과한 것이어서 그 불이행에 의하여 위 매매계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 불이행만을 들어 매도인이 위 매매계약을 해제할 수는 없다고 판시했다.²⁰³⁾

한편 원심판결에 의하면, 원심은 피고로부터 이 사건 부동산을 매수한 사실을 당사자 사이에 다툼이 없는 사실로 정리하고, 거시증거에 의하여 원고와 피고는 이 사건 매매계약시 향후 작성할 검인계약서상의 매매대금을 실제 대금과는 달리 이 사건 부동산의 과세표준액으로 작성하기로 약정한 사실을 인정하였다. 또한 위 매매계약은 매수인인 원고가 매도인인 피고에게 매매대금을 지급하고 피고 소유의 이 사건 부동산에 관한 소유권을 취득할 것을 주된 목적으로 하는 것이며 검인계약서상의 매매대금에 관한 위 약정부분은 조세회피 등의 의도에서 피고의 편의를 보아 준다는 것일 뿐, 위 매매계약의 주된 목적을 달성하는 데 필수불가결한 것은 아니라 할 것이므로 위 매매계약에 부수되는 의무를 규정한 것에 불과한 것이어서 그 불이행에 의하여 위 매매계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 불이행만을 들어 피고가 위 매매계약을 해제할 수는 없다고 할 것이라고 판단하였는바, 기록에 대조하여 살펴보면 원심의 위 인정과 판단은 정당한 것으로 판단했다.

③ 전대차계약을 체결한 후 중도금 수수시에 비로소 전차보증금의 반환을 담보하기 위하여 전대인이 그 소유 부동산에 근저당권을 설정하여 주기로 약정한 경우, 근저당권설정약정이 이미 전대차계약이 체결된 후에 이루어진 점에서 전대인의 근저당권설정약정이 없었더라면 전차인이 전대인과의 사이에 전대차계약을 체결하지 않았으리라고 보기 어려울 뿐 아니라, 전대인의 근저당권설정등기의무가 전대차계약의 목적달성에 필요불가결하다거나, 그 의무의 이행이 없으면 전대차계약이 목적을 달성할 수 없다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없으므로 전대인의 근저당권설정등기의무가 전대차계약에서의 주된 의무라고 보기 어렵다고 판단했다.²⁰⁴⁾

따라서 전대차계약을 체결한 후 중도금 수수시에 비로소 전차보증금의 반환을 담보하기 위하여 전대인이 그 소유 부동산에 근저당권을 설정하여 주기로 약정한

203) 대판 1992. 6. 23, 92다7795

204) 대판 2001.11.13, 2001다20394

경우, 전대인의 근저당권설정등기의무는 부수적 채무에 불과하여 전차인은 그 채무불이행을 이유로 전대차계약을 해지할 수 없다고 하였다.

2. 해제권 발생을 인정한 경우

상가 분양회사가 수분양자에게 특정영업을 정하여 분양한 이유는, 수분양자에게 그 업종을 독점적으로 운영하도록 보장함으로써 이를 통하여 분양을 활성화하기 위한 것이고, 수분양자들 역시 지정품목이 보장된다는 전제 아래 분양회사와 계약을 체결한 것이므로, 지정업종에 대한 경업금지의무는 수분양자들에게만 적용되는 것이 아니라 분양회사에게도 적용되어 분양회사 역시 상가활성화를 저해하지 않는 범위 내에서만 다른 수분양자들의 업종변경을 승인할 의무가 있을 뿐, 그 개점을 자유롭게 승인할 수 있는 것으로 해석할 수는 없다고 판단하였다.²⁰⁵⁾

상가의 일부 층을 먼저 분양하면서 그 수분양자에게 장차 나머지 상가의 분양에 있어 상가 내 기존 업종과 중복되지 않는 업종을 지정하여 기존 수분양자의 영업권을 보호하겠다고 약정한 경우, 「계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다」라고 하며 주된 채무와 부수적 채무를 구별하면서, 「채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하려면, 당해 채무가 매매계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매도인이 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 매매계약 전부를 해제할 수 없다」고 하며 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하기 위한 채무의 요건을 판시했다.

뿐만 아니라, 분양회사가 상가 분양 당시 층별 지정업종 및 품목을 중복되지 않게 정해놓고 수분양자들에게 분양을 원하는 층의 층별 지정업종의 범위 내에서 세부적인 취급품목을 지정하여 분양계약을 체결하고, 그 분양계약서에 “협의한 업종과 취급품목으로만 영업하여야 하며, 다른 업종이나 품목으로 변경하고자 할 경우에는 분양회사의 사전 서면승인을 받아야 하고, 수분양자가 위 계약을 위반할 경우에 분양회사는 계약을 해제할 수 있다.”고 규정한 취지는, 경업금지를 분양계

205) 대결 1997. 4. 7, 97마575; 대판 2005. 7. 14, 2004다67011

약의 내용으로 하여 만약 분양계약 체결 이후라도 수분양자가 경업금지의 약정을 위배하는 경우에는 그 분양계약을 해제하는 등의 조치를 취함으로써 기존 점포를 분양받은 상인들의 영업권이 실질적으로 보호되도록 최선을 다하여야 할 의무를 부담하겠다는 것이 된다. 그러므로 분양회사의 이러한 경업금지의무는 상가 분양계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 분양계약의 목적이 달성되지 아니하여 수분양자들이 분양계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무라고 봄이 상당하다고 판단한다. 또한, 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속된다고 하여 해제권의 성질 및 효과에 대해서도 판시하였다.

V. 소결

이상에서 살펴 보건대, 결국 계약해제의 원인은 계약의 중대한 위반이라고 볼 수 있으며 부수적 의무의 불이행도 구체적으로 그 채무의 내용을 판단한 결과, 그것이 비록 부수적 의무의 모습이었다고 할지라도 계약의 목적의 달성에 있어서 주된 채무로 작용하였다면 계약해제의 원인이 될 수 있다고 할 수 있겠다.

이에 관하여 프랑스민법은, 해제판결이 있기 위해서는 채무불이행의 정도가 계약관계를 더 이상 존속시키는 것이 무의미할 정도로 심각한 것이어야 하며, 그러한 정도에 이르지 않는 채무불이행의 경우에 대하여는 손해배상만을 인정할 수 있다고 하였다.

독일민법은, 해제권은 중대한 계약의무 불이행, 즉 중대한 의무위반을 요건으로 하며, 손해배상은 귀책사유에 기한 의무위반을 요건으로 하는 제도로 이해되고 있으며 부수적 의무의 위반으로 인한 계약해제를 인정하고 있다. 그러나 급부의무의 위반의 경우와는 달리 부수적 의무의 위반이 있는 때에는, 그로 인하여 채권자로 하여금 그 계약을 유지토록 하는 것이 더 이상 기대할 수 없을 때에 그 채권자가 그 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 국제적인 통일법에서는, 채무자의 의무를 급부의무, 부수적 의무로도 나누지 아니하며 부수적 의무의 위반이 있어도 그것이 계약의 본질적 위반이 될 때에는 계약을 해제할 수 있다고 규정한다.

우리나라의 학설은 부수적 의무의 불이행으로 인한 계약해제권의 발생을 원칙적으로 부정하면서도, 중대한 의무의 위반이 있었을 때에 예외적으로 인정해야 한다고 하면서 그것을 뒷받침하는 견해를 달리하고 있다. 한편 판례는 채무불이행으

로 인한 해제권의 발생여부를 판단하는 기준으로서 주된 채무와 부수적 채무의 구분이라고 하는 기준을 통해, 「계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다」는 입장을 보이고 있다.

그런데 여기에서 주목할 점은, 「민법 제544조에 의한 계약의 해제는 부수적 채무의 불이행인 경우에는 그 불이행으로 인하여 채권자가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 계약전체의 해제를 허용할 수 없다고 해석함이 상당하다」고 판시하였는데, 이는 비록 부수적 채무의 불이행이라고 할지라도 경우에 따라서는 해제권이 발생할 수 있다고 해석할 수 있다. 또한 「계약상의 많은 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용, 목적, 불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려」할 것을 요구하고 있는 것으로 보아, 채무불이행의 제반 사정을 고려하여 계약의 해제에 대한 인정여부를 결정하여야 한다는 것으로 해석할 수 있다.

이와 같은 판례의 태도는 부수적 의무이나 아니냐에 의한 해제권 인정여부의 문제라기보다는 계약의 목적 달성여부에 의한 해제권 인정여부 문제로서, 결국 부수적 의무의 불이행은 계약의 목적 달성여부에 관계되지 아니하는 의무의 불이행에 불과한 것이어서 해제권의 대상이 되지 않는 것이라고 해석하여야 할 것이다. 같은 맥락으로, 계약체결당시 또는 급부가 이행되는 과정에서 그것이 비록 부수적인 의무에 불과했을지라도 전반적인 사정을 고려하여 보았을 때 계약목적 달성에 그것이 필수적이었고 계약의 중대한 요인으로 작용했다면, 계약해제권의 발생을 판단하는 단계에서 주된 채무가 되어 해제권 발생의 원인이 될 수 있다고 할 것이다.

즉 제544조의 해제가 인정되는 채무의 불이행은 주된 채무의 불이행을 말하고, 부수적 채무의 불이행으로는 해제하지 못한다고 해야 할 것이다. 계약을 체결하는 이유는, 그 행위로 인하여 일정한 목적을 달성함에 있다. 그런데 채무불이행으로 채권자가 계약을 맺은 목적을 달성할 수 없게 된 경우에는 해제를 해서 처음부터 계약을 체결하지 않은 것으로 하여, 채권자를 보호하자는 것이 법정해제제도의 본래의 취지라고 할 수 있다. 이러한 해제제도의 취지에 비추어, 계약의 주된 목적

의 달성에 필수적인 것인 아닌 부수적 채무의 불이행은 계약의 목적의 달성에 아무런 영향이 없기 때문에 해제는 허용되지 않는다고 하여야 한다. 즉 계약 당시의 부수적 의무가, 계약의 목적달성 및 채무불이행을 판단하는 단계에서도 결과적으로 부수적 채무로 인정된다면 계약해제권은 발생하지 않는다고 하여야 할 것이다.

주된 채무는 결국, 계약을 맺은 목적을 달성하는 데 필요·불가결한 것, 또는 그 불이행이 있으면 계약을 한 목적을 달성할 수 없을 만큼 중요한 채무를 의미한다고 하여야 한다. 또한 주된 채무이나 부수적 채무이냐는 구체적인 경우에 따라 판단되어야 한다. 즉 당사자의 의사를 기준으로 하여 계약의 목적이 무엇이나를 밝히고, 그 목적의 달성에 필요·불가결한 것, 또는 그 불이행이 있으면 계약의 목적을 달성할 수 없게 되고, 당사자가 계약을 맺지 않으리라고 판단되는 경우에는, 주된 채무가 된다고 해석하여야 한다.



제 4 장 부수적 의무의 불이행과 손해배상

제 1 절 서 설

채무자의 채무불이행이 있으면 채권자는 채무자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제390조). 이러한 손해배상에 관항 민법은 그 범위 및 방법 · 배상액의 예정 · 과실상계 · 배상자대위 등에 관하여 명문의 규정을 두고 있다(제393조 이하). 그런데 손해배상은 불법행위의 경우에도 인정되며 제763조의 준용규정에 의해 채무불이행으로 인한 손해배상에 대한 대부분의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에도 준용된다.

손해배상이란 타인의 위법한 행위로 인하여 발생한 손해를 그 원인야기자에게 배상하도록 하는 제도를 말한다. 피해자가 가해자에 대하여 또는 채권자가 계약상 채무를 불이행한 채무자에 대하여 손해배상청구권을 갖는다. 이미 발생한 손해는 그것이 인체손해이든 재산손해이든 금전으로 환산하여 배상될 수 있으며 이미 발생한 손해를 그것이 없었던 상태로 돌리는 것은 손해배상의 역할이 아니다.²⁰⁶⁾

채무불이행이 있게 되면, 모든 채권은 그 내용이 손해배상청구권으로 바뀌고, 이에 대하여 채무자의 일반재산이 책임을 지게 됨으로써 법적으로 확보된다. 손해배상청구권은 채무불이행책임의 성격과 불법행위책임의 성격을 가진다. 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 급부청구권의 바뀐 모습으로서 그 채권관계의 동일성이 유지된다. 급부청구권은 계약으로부터 발생하고 손해배상청구권은 그 급부청구권이 변형된 것이므로, 결국 채무불이행책임은 계약에 기초하여 발생한다고 할 수 있다. 채무불이행책임의 발생 및 그 내용에 관하여 계약의 해석이 중요한 역할을 담당하게 되는 이유도 여기에 있다. 전보배상은 채권의 목적인 급부의 변경에 해당하고, 지연배상의 경우에는 본래의 급부청구권과 별개로 채권의 완전한 만족을 위해 채권이 확장되는 것이다.²⁰⁷⁾

급부청구권과 손해배상청구권의 동질성으로부터 다음과 같은 효과가 생긴다. 불

206) 이은영, 「채권총론」, 271면.

207) 이은영, 「채권총론」, 275면.

법행위로 인한 손해배상청구권은 법률이나 관습법에 의하여 비로소 발생한다. 불법행위는 손해배상청구권을 발생시키는 원인이 되며, 그 청구권을 발생시키는 것은 법의 역할이다. 이점은 채무불이행에 기한 손해배상청구권이 계약에 기초하여 발생하는 것과 대조적이다. 그러므로 불법행위에서는 배상청구권이 발생할 것인가 아닌가는 법의 해석에 의해 결정된다.²⁰⁸⁾

한편, 이행 지체와 이행불능은 채무내용에 좇은 이행을 하지 않거나 할 수 없게 된 것을 말하지만, 불완전이행은 이행을 위한 행위를 하긴 하였으나 그것이 채무의 내용에 좇은 제대로 된 이행이 되지 못하는 여러 가지 급부장애유형을 총칭하는 것이다. 따라서 불완전이행에는 주된 채무 또는 이와 관련된 부수적 채무를 제대로 이행하지 않은 채무의 불이행 뿐만 아니라, 주의의무 또는 보호의무와 같은 부수적 의무의 위반이 포함 될 수 있다. 민법은 불완전 이행에 관해서 직접 규정하고 있지 않으나, 이와 같은 불이행의 유형도 일반적으로 적극적 채권침해와 같은 의미로 사용되고 있다. 그리고 불완전이행을 적극적 채권침해까지 포괄하는 의미로 사용하는 것이 일반적인 견해이다.²⁰⁹⁾ 불완전 이행의 경우에는 구체적인 불이행의 내용에 따라 그 효과가 다를 수 있음은 물론이다. 예컨대 주된 급부의무의 불완전이행의 경우에는 보수청구, 감액청구, 손해배상, 해제 등이 모두 문제될 수 있다. 부수적 급부의무와 보호의무의 위반시에는 주로 손해배상이 문제되지만 침해된 의무위반행위가 당사자 간의 신뢰관계를 크게 훼손하여 계약관계의 유지를 더 이상 기대할 수 없을 때에는 해제권의 행사도 인정될 수 있을 것이다.²¹⁰⁾

208) 이은영, 「채권총론」, 276면.

209) 학설 중에는 상대방에 대한 설명의무, 경고의무, 충실의무, 주의의무, 각종의 보호의무 등의 부수적 의무의 위반이 있는 경우에 한정해서 적극적 채권침해라는 개념을 사용하는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 ‘급부이익 이외의 다른 법익’의 침해, 즉 보호의무위반이 있는 경우에 적극적 채권침해가 발생한다고 한다(김형배·김규완·김명숙, 전거서, 909면).

210) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 909면.

제 2 절 부수적 의무의 불이행과 손해배상에 관한 논의

I. 서

앞서 살펴보았듯이, 주된 급부의무 뿐만 아니라 급부의무와 관련된 부수적 의무들에 대해서 손해배상을 인정하고 있다. 그러나 부수적 의무 중에서도 급부의무와 직접적인 관련없이 신의칙상 발생하며 급부의무와 가장 먼 거리에 있다고 할 수 있는 보호의무에 대해서도 손해배상청구권의 발생을 인정할 것인가에 대해서 논의해 볼 필요가 있다. 이하에서는 협의의 부수적 의무, 보호의무, 안전배려의무의 법적지위에 관해 살펴봄으로써 각 의무의 위반을 계약상의 채무불이행의 영역에 적용할 것인지 불법행위의 영역에 적용할 것인지를 논의해 보도록 한다.

1. 계약체결상의 과실

계약체결상의 과실의 법적 성질에 관해서는 학설이 대립하고 있으나, 대체로 계약적 성질을 가진 책임이라는 것이 일반적 견해이다. 그러나 계약체결상의 과실책임은 당사자 간에 계약이 체결되기 전인 계약교섭단계에서 문제되는 것이므로 계약체결에 의한 주된 급부의무는 발생할 여지가 없고, 다만 교섭당사자 사이에 신의칙을 기초로 한 채권관계의 내용으로서 주의의무 내지 보호의무가 문제된다. 이와 같은 주의의무 내지 보호의무는 일종의 부수적 의무이다. 그러므로 계약교섭당사자의 일방이 계약교섭 중에 주의의무를 위반하는 것도 채무를 불이행 하는 것으로 보게 된다. 계약체결상의 과실에 대해서는 제535조가 우선적으로 적용 내지 유추적용 될 수 있을 것이다.

2. 계약의 제3자 보호효

채권관계는 계약책임의 전제가 되는 의무로서의 부수적 의무를 발생시켰지만, 그 정당성의 근거는 법률행위가 아니라 신의성실의 원칙에 의한 것이다. 따라서

이와 같은 채권관계로부터의 부수적 의무는, 급부의무와는 달리 그 인적 범위에 있어 계약당사자가 아니더라도 특별구속관계와의 견련상 특정 제3자의 법익이 고려되어야만 하는 경우에는, 만일 특별구속관계의 일방 당사자가 요구되는 의무를 위반하여 특별구속관계의 직접 상대방이 아닌 제3자의 법익을 침해했을 경우라도 제3자는 부수적 의무의 위반을 내용으로 한 계약적 책임을 의무위반자, 즉 채무자에 대하여 직접 물을 수 있다. 결국 부수적 의무의 당사자는 특정되어 상대적 채무관계로 대립하고 있지만, 계약관계처럼 계약당사자로만 한정되는 것이 아니라, 일정범위의 제3자도 계약과 관련하여 채권자 못지않은 위험상태에 있을 때 채권관계의 보호범위 안으로 포섭될 수가 있다.

II. 외국의 입법례

1. 독일민법

(1) 보호의무의 법적 지위

독일의 민법은 책임발생의 통합적인 요건으로서 CISG의 「계약위반(breach of contract)」이나 PECL의 「불이행(non-performance)」이라는 개념 대신에 「의무위반(Pflichtverletzung)」이라는 개념을 사용하였다. 이러한 의무위반(독일민법 제280조, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung)은 급부장애법의 중심개념으로 작용하게 되었고, 급부장애로 인한 채권자의 권리는 의무위반이라는 통일된 기본요건(Grundtatbestand) 위에서 정립되었다.²¹¹⁾ 독일민법 제280조 제1항의 의무위반에 있어서의 ‘의무’에는 채권관계로부터 채무자가 부담하게 되는 모든 의무를 뜻하는 것으로서 여기에는 주된 급부의무, 부수적 의무, 보호의무가 모두 포함되게 된다. 그리하여 지금까지 학설과 판례에서 논의되어 왔던 적극적 채권침해, 계약체결상의 과실책임 등이 이에 의해 처리될 수 있는 근거를 마련하게 되었다. 또한 보호의무를 명문으로 규정하고 있는데, 그 근거 규정은 제241조 제2항이다.²¹²⁾ 이 조항에서는 보호의무라는 용어를 표면적으로 사용하고 있지만

211) 송호영, “새로운 독일채무불이행법의 체계”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003, 209면.

212) § 241 (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht

상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무(Pflicht zur Rücksichtnahme)는 보호 의무를 의미한다고 보고 있다.

즉 모든 유형의 채무불이행을 포괄하는 통일적인 개념으로 ‘(채권관계로부터 발생한)의무’를 설정하고, 채무자의 책임 있는 사유에 의한 그 위반이 있는 때에는 손해배상청구권이 발생하는 것으로 정하였다.²¹³⁾

(2) 안전배려의무의 법적 지위

원래 독일에서의 사용자의 안전배려의무는 계약법상 상대방의 완전한 이익을 보호하기 위하여 학설·판례에 의해 인정되었지만, 민법전 편찬에 따라 민법 제 617조 내지 619조에 의해 제도화되었다. 특히 민법 제618조에서는 ‘사용자는 노무급부 시 근로자의 안전을 배려하지 않으면 안 된다’고 규정하였다.²¹⁴⁾ 이와 같이 독일은 안전배려의무에 관하여 민법에 가장 전형적인 규정을 두고 있다.

독일의 경우 현재 근로관계상 사용자의 부수적 의무(Nebenpflicht)는 민법상 안전배려의무에 의해 완전히 해결되기 어렵다고 하여 각 노동법규(노동보호법 등)상 사용자의 의무와 민법 제242조의 신의성실의 원칙에 근거하여 그 의무의 범위 및 법적효력을 판단하고 있다. 따라서 이하에서는 근로자의 생명·건강, 인격, 재산과 관계되는 사용자의 부수적 의무에 대해 살펴보도록 한다.²¹⁵⁾

1) 생명·건강에 대한 보호의무

독일민법 제618조 제1항에서는 「노무청구권자(근로자)는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 가구를 설치 및 유지하고 자신의 명령 또는 지시 하에 행하여지는 노무급부를 지휘함에 있어서, 노무급부의 성질상 허용되는 한도에서 의무자의 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 해야한다」라고 규정하고 있다.²¹⁶⁾ 노무수행시 발생할 수 있는 근로자의 생명·건강에 대한 보호

auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet.

213) 독일민법 제280조 제1항(의무위반으로 인한 손해배상) 채무자가 채권관계에 의한 의무를 위반한 경우에 채권자는 그로 인하여 발생한 손해의 배상을 요구할 수 있다. 채무자가 의무 위반에 대하여 책임이 없는 때에는 그렇지 아니하다.

214) 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2005, 395-396면.

215) 최영진, 「근로계약상의 부수적 의무에 관한 고찰」, 「한양법학」 제24집, 한양법학회, 71면 이하.

216) 독일 상법 제62조 제1항도 고용주에게, ‘사업사용인의 건강에 대해 위험으로부터 보호하고, 공서양속과 품위를 유지하기 위하여 공간, 시설, 기구를 설치 및 유지하고, 업무나 근로 시간을 규제하여야 할 의무’를 부과하고 있다.

의무는 실체법규에 의하여 구체화 된 것이다.²¹⁷⁾ 따라서 이러한 규정을 근거로 하여 근로자는 사용자에게 보호를 청구할 수 있다. 즉 사용자가 민법 제618조 제1항 또는 그 외의 노동자보호법규에 정해진 의무를 실시하지 않거나 혹은 적법하게 실시하고 있지 않는 경우에는 근로자는 사용자에 대해 노동보호의 이행청구권을 가진다. 하지만 소송을 통한 이행청구권은 실효성이 없기 때문에 실제로는 사업장위원회를 통한 요구 내지 감독관청에의 고발을 통해 보호의무가 확보된다.

한편 사용자가 민법 제618조 및 그 외의 노동자보호법에서 정한 노동보호의무를 이행하지 않을 경우, 근로자는 민법 제273조 제1항²¹⁸⁾에 근거하여 유치권을 인정받게 되어 근로자는 노무제공을 거절할 수 있다. 이 경우 사용자는 노동의 수령지체에 있는 상태가 되어, 근로자는 민법 제615조에 의해 보수청구권을 행사할 수 있다.

2) 노동관계에 있어서의 인격의 보호

근로자의 인격에 대한 보호는 사용자의 부수적 의무이다. 이는 독일 기본법 제2조에서 규정된 인격의 자유로운 보장에 기초한다. ‘성희롱’에 대한 근로자의 보호는 ‘취업자보호법’에 의해 구체화되고 있다. 일반적인격권은 민법 제823조 제1항의 불법행위의 내용으로 인정되고 있지만, 여기서 근로자의 인격보호는 근로계약상 사용자의 의무라고 볼 수 있다. 따라서 인격권침해의 유무는 포괄적인 이익의 고려, 특히 비례성의 원칙에 따라 판단되며 이 때 침해의 정도, 침해의 영역과 사용자측에서의 간섭의 동기가 된 경영상의 이익 등이 모두 고려된다.²¹⁹⁾ 만약 사용자에 의한 인격침해가 인정될 경우, 근로자는 사용자에 대해 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

3) 근로자의 재산에 대한 보호의무

근로자의 재산에 대한 사용자의 관리 · 보관의무도 사용자의 부수적 의무이다.

217) 1973년 노동안전위생법에서는 주로 산업의료 및 노동안전위생 전문가의 선임과 직무범위를 규정하였고, 1996년의 노동보호법에서는 사업자에게 포괄적인 노동안전위생 체제를 구축하도록 책임을 부과하였다(최영진, 전계논문, 71면).

218) 독일민법 제273조 제1항에서는 “채무자가 자신의 채무가 발생한 것과 동일한 법적 관계에 기하여 채권자에 대하여 이행기가 도래한 급부청구권을 가지는 경우에는, 채권자로부터 달리 해석되지 않는 한, 그는 청구할 수 있는 급부가 실행될 때까지 의무를 부담하는 급부를 거절할 수 있다(유치권)”고 규정하고 있다(양창수, 전게서, 119면).

219) 최영진, 전계논문, 73면.

사용자는 구체적인 사정에 따라 기대 가능한 조치를 강구하고, 또 경영사정에 따라 가능한 한 근로자의 재산이 도난이나 훼손을 입지 않도록 지켜줄 의무가 있다. 예를 들면, 사용자가 근로자에게 주차장을 이용하도록 한 경우, 주차장의 지면을 교통 가능한 상태로 유지할 의무를 부담한다.

2. CISG의 경우

CISG는 당사자가 계약상의 의무를 이행하지 않는 것을 「계약위반(breach of contract)」이라고 하는 통일된 개념으로 포섭함으로써 급부장애의 다양한 유형을 상정하여 각각에 대해 서로 다른 법적구제 수단을 이용하는 복잡한 체계를 취하지 않는 일원적인 책임체계를 취한다. 이러한 태도는 통일된 계약중심적 접근법(unified contractual approach)으로서 매매계약에 따른 당사자의 의무(인도, 물품의 품질, 대금지급 등에 관한)를 정함에 있어 매매계약, 즉 당사자의 의사에 중심적인 지위를 부여한다.²²⁰⁾ 이에 따라 CISG는 먼저 계약상 의무내용을 확정하여 매도인의 의무목록(Pflichtenprogramm)을 제30조에서 제44조까지, 매수인의 의무목록을 제53조에서 제59조까지 규정하고, 다음으로 그 법적인 구제수단을 확정하는 입법방식을 취하고 있다.

CISG의 계약채무의 구조는 영미법(Common Law)상 채무자가 급부 자체를 약속하는 것이 아니라 급부가 실현되지 않은 경우라도 상대방에게 손해를 입혀서는 안 된다는 ‘손해담보(Garantie)’를 인수한 것에 기초한다.²²¹⁾ 그리하여 급부약속이 실현되지 않은 것을 계약위반으로 파악하고, 이것에 대한 법적 구제수단으로 손해배상을 인정하는 기본구조를 취한다. 이처럼 CISG는 영미법상의 급부약속에 향해진 의무개념을 그 기본축으로 하고 있는 것이다. 그러한 결과로서 급부장애의 유형은 문제로 되지 않으며, 어떠한 형태로건 급부약속위반이 있고 그로 인하여 상대방이 손해를 입은 것만이 중요하게 된다.²²²⁾ 결국 CISG의 의무구조는 소위 주된 급부의무, 부수적 의무 등의 구조적 분화형태로 되어 있는 것이 아니라 단일한 개념의 급부의무로 구성된다.²²³⁾

220) 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 상사법연구 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002, 53면.

221) Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 158.

222) Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 149.

3. PECL의 태도

PECL은 급부장애를 ‘불이행(non-performance)’이라는 개념을 중심으로 하여 이에 포괄시키고 있다. 여기서 불이행은 면책되는지 여부를 묻지 않고 계약상의 의무가 이행되지 않는 모든 경우를 말하며, 이행지체, 하자있는 이행 그리고 계약의 완성에 협력하지 않는 것을 포함하는 것이라고 정의하고 있다.²²⁴⁾ 이러한 불이행의 정의규정을 통해 의무위반의 형태를 살펴보면 당사자가 급부를 실현하기 위한 이행에 착수하지 않은 경우(total inactivity) 뿐만 아니라 이행은 하였지만 그것이 어떠한 점에서든 계약에 합치하지 않는 모든 경우(지체되거나 불완전하거나 기타 결함 있는 모든 경우)가 해당되게 된다.²²⁵⁾ 또한 부수적 의무(accessory duty) 위반도 불이행에 해당되며, 그 예로 기업비밀의 공개²²⁶⁾와 경우에 따라서 부담할 수도 있는 상대방의 이행을 수령 또는 수취할 의무(duty to receive or accept)의 위반도 포함하고 있다. 이는 특히 계약의 완성에 협력하지 않는 것이 불이행이 된다고 하는 것에서 더욱 분명하게 나타난다.

계약상의 의무에는 명시적 · 묵시적 의무가 있으며, 이 중 묵시적 의무는 당사자들의 의도와 계약의 성질 및 목적 그리고 신의성실의 원칙에 따라 판단된다.²²⁷⁾ 이처럼 PECL은 불이행의 대상을 폭넓게 인정함으로써 궁극적으로는 계약

223) 김재완, “채무구조상 보호의무에 관한 소고”, 131면.

224) Art 1:301 (4) 'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.

225) 양창수, “유럽계약법원칙에서의 채무불이행법리”, 국제지역연구 제10권 제1호, 서울대학교 국제지역원, 2001, 110면.

226) Art. 2:302 (Breach of Confidentiality) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purpose whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party(교섭의 과정에서 당사자 일방이 비밀의 정보를 제공한 경우에, 상대방은 후에 계약이 체결되었는지 여부를 불문하고 그 정보를 공개하거나 자신을 위한 목적으로 사용하지 않을 의무를 진다).

227) Art. 6:102 (Implied Terms) In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from (a) the intention, (b) the nature and purpose of the contract, and (c) good faith and fair dealing.

책임의 인정범위를 확대하고 있다.²²⁸⁾ PECL도 CISG의 영향하에 계약상 당사자의 ‘의무’를 여러 가지 다양한 형태로 분화시켜 놓고 있지 않고 단일한 개념의 불이행에 모든 형태의 의무를 포괄하여 두고 있다.

III. 학설의 대립

1. 협의의 부수적 의무

앞서 살펴본 바와 같이, 협의의 부수적 의무는 계약의 목적에 관련하는 부수적 의무이므로 그 불이행은 채무불이행책임을 발생시키는 요건이 되어 손해배상청구권을 발생시킨다. 학설의 대립 없이 일반적으로 인정되고 있다.

2. 보호의무

채무를 이행함에 있어서 의도하지 않은 형태의 채무불이행 형태들이 나타날 경우, 특히 급부이익과는 무관하게 보이는 상대방의 이익을 침해한 경우에는 과연 그것이 채무자가 부담하는 채권관계상의 의무를 위반한 것인지 아니면 일반사회생활상의 주의의무위반으로 다를 것인지가 문제된다. 또한 그러한 부적절한 채무이행의 유형이 채무구조상의 의무를 위반한 것이라고 할 경우에도 그 중에서 어떠한 의무를 위반한 것인지, 특히 보호의무라는 것을 독자적으로 인정하여야 할 것인지 등이 문제이다.

이에 대해서는 학설이 서로 나뉘고 있고, 판례도 분명하고 명쾌한 근거를 제시하여 문제를 해결하는 태도를 보이고 있지 아니하다. 이러한 점들은 결국 법적 안정성을 저해하므로 이러한 논란들에 대하여 보다 명확한 정립이 필요하다.

요컨대 보호의무의 민법상의 지위에 관해서는 논란이 많은바, 이 문제의 요체는 ‘계약상의’ 의무로서 보호의무를 인정할 것인가 하는 것이다. 즉 계약상의 보호의무를 넓게 인정하는 견해가 있는가 하면, 보호의무를 계약상의 의무에서 제외하고자 하는 견해도 있다. 보호의무를 계약상의 의무로 인정하면 그 위반이 채무불이행으로 되어 채무불이행책임의 영역이 확대되는 반면, 이를 부정하면 불법행위가 문제

228) 박영복, “유럽통일계약법과 한국매매법”, 민사법학 제24호, 한국민사법학회, 2003, 147면.

된다는 점에서 차이가 있다.²²⁹⁾

(1) 채무불이행책임설

채무불이행책임으로 처리되는 채무의 범위에 급부의무와 관련 없는 보호의무(용태의무)를 포함시킴으로써 그 보호의무위반의 경우에 제390조를 적용하려는 견해이다.²³⁰⁾ 보호의무를 채무불이행의 영역으로 인정하려는 입장은 위에서 설명한 독일민법의 해석론의 영향을 받았다. 우리나라의 다수의 학설(채무불이행설)도 상당부분 이러한 독일의 영향을 받아 ‘양 당사자의 특수한 사회적 접촉에 따른 높은 보호필요성’,²³¹⁾ ‘계약관계 형성에 내재한 위험인수’,²³²⁾ 등을 근거로 제시하면서 보호의무를 인정해 오고 있다. 급부의무와 관련없는 보호의무를 인정하는 경우에는 ‘계약교섭상 과실로 인한 책임’을 채무불이행책임에 포함시킬 수 있고, 계약당사자가 아닌 제3자의 피해까지 채무불이행책임으로 처리하려는 ‘계약의 제3자 보호효이론’도 가능하게 된다. 보호의무를 채무불이행책임으로 파악하면서도 그것이 부수적 의무에 포함되느냐 혹은 독립적으로 존재하느냐에 따라 견해를 달리한다.

1) 부수적 의무에 포함된다고 판단하는 견해

보호의무에 대하여 그것은 채권관계의 의무구조상 부수의무로서 인정된다고 하는 견해들은 채무의 구조(내용)를 다음과 같이 설명한다. 모든 채권관계에는 기본적인 채무(급부의무)가 있고, 그 이외에 기본적인 급부의무의 성립·이행·소멸 등의 과정에서, 채권관계의 안전한 실현 내지 만족스러운 목적달성을 위하여 당사자가 부담하게 되는 신의칙상의 의무가 있게 되는데 이를 이른바 「기본채무 이외의 용태의무」라고 한다.²³³⁾

이에 따라 계약당사자는 서로 상대방의 생명·신체·재산적 이익 등을 서로 침해하지 않도록 할 주의의무를 부담하고, 계약을 체결할 때에는 서로 상대방의 의사결정에 중요하거나 또는 계약과 직접 관련되는 사항을 설명하거나 통지할 의무가 있고, 이행의 과정에 있어서 채권자도 협력하여야 할 여러 의무를 부담하게

229) 지원립, 전게서 887면.

230) 윤형렬, 전계논문, 174면 이하.

231) 김형배, 「채권총론」, 36면-37면.

232) 지원립, 전게서, 887면.

233) 박윤직, 「채권총론」, 75면.

된다고 한다.²³⁴⁾ 이처럼 채권관계에는 기본채무와 그 밖의 용태의무가 있는 것이라고, 채무불이행의 채무에는 기본채무이외의 용태의무도 포함되는 것이라고 한다. 특히 불완전이행 내지 적극적 채권침해의 본질에 대해서도 그것은 본래의 급부의무에 따르는 부수적 의무 내지 기본채무 이외의 용태의무의 위반이라고 하면서, 채무자가 어떤 이행행위를 하였으나 그 이행행위의 흠으로 인하여 급부목적물과 급부결과, 또는 그 밖의 채권자의 법익에 손해를 발생케 한 때에는 부수적 용태의무를 위반한 불완전이행으로서 제390조에 의한 책임을 지는 것이라고 한다.²³⁵⁾ 결국 이 견해에 의하면 채무불이행에 있어서의 채무에는 채무자의 모든 의무가 포함되는 것이고, 보호의무는 그러한 부수적의무가 구체적으로 발현한 모습 내지 내용이 된다. 이와 함께, 부수적 의무를 채권의 목적 내지 급부이익의 원만한 실현을 도모하고 급부이익의 실현 내지 급부의무의 이행과 관련하여 발생할 수 있는 위험으로부터 채권자의 이익을 보호하기 위하여 신의칙상 요구되는 의무를 총칭하는 용어로 파악하는 견해도 같은 입장이라 할 수 있다.²³⁶⁾

또한 신의칙의 권리창설기능에 따라 채권관계에 주된 의무인 급부의무 이외에 부수적 의무로서 보호의무 등을 부과하는 법규범의 확장을 할 수 있다는 이론을 주장한다.²³⁷⁾ 이 견해는 부수적 의무를 배려의무 · 설명의무 · 교시의무 · 협동의무 · 보호의무 · 부작위의무로 분류한다. 그 중에서 보호의무는 타인의 신체나 재산을 급부의무의 발생전과 발생중, 발생후에 걸쳐 계약적 또는 계약 외적인 사회적 접촉에서 생기는 손해로부터 구할 의무로서 급부의무로부터 가장 먼 거리에 있는 행태의무라고 한다.²³⁸⁾ 또한 계약교섭시의 보호의무위반은 급부의무의 발생을 전제하지 않고도 채무불이행책임을 발생시킨다고 본다.²³⁹⁾

학자마다 보호의무의 의미를 조금씩 다르게 사용한다고 볼 수도 있지만, 그것이 보호의무라고 표현되든 부수적 의무라고 표현되든 대체로 급부의무 외에 그와 관계없는 행태의무를 채무의 개념 속에 포함시킨다는 점에서 공통점이 있다.²⁴⁰⁾ 또한 이 견해에 따르면, 피용자의 과실에 대해 이를 이행보조자의 과실로 취급하여

234) 박윤직, 「채권총론」, 75면.

235) 박윤직, 「채권총론」, 75-76면.

236) 서광민, 「채권법상의 보호의무」, 「서강법학」 제3권, 서강대 법학연구소, 1999, 111면.

237) 이영준, “신의성실의 원칙에 관한 소고”, 26면에서는 신의성실의 원칙에 계약채결상의 과실이나 불완전이행에서와 같이 보충적 부수적의무에 기하여 권리를 창설케 하는 기능이 있다고 한다.

238) 이영준, 전계논문, 36면 이하.

239) 이영준, 전계논문, 44면.

240) 이은영, 「채권총론」, 195면.

사용자에 해당하는 채무자가 그 책임을 전적으로 부담한다는 데에 그 실익이 있을 수 있다. 요컨대, 채권자와 채무자 사이에는 계약에 의해 합의한 급부의무 이외에 신의칙에 의해서 부여되는 부수의무로서 보호의무가 존재하며, 그 부수의무의 위반도 채무불이행책임으로서 처리되어야 한다고 주장한다.²⁴¹⁾ 그 근거로서 제390조가 규정하는 「채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때」란 채권관계에서 발생하는 여러 의무를 당사자가 충실하게 이행하지 않은 때를 뜻한다고 넓게 해석해야 한다고 한다.

2) 보호의무의 독자성을 인정하는 견해

채무구조에 있어서 보호의무의 독자적 지위를 인정하는 견해는 채권관계의 의무구조를 다음과 같이 설명한다. 채권관계에 있어서 의무구조는 크게 급부의무, 부수적 주의의무, 보호의무라고 하는 세 가지로 나누어 질 수 있다. 급부의무는 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)와 종된 급부의무(Nebenleistungspflicht)로 구별하여 계약의 유형을 특징짓는 의무가 주된 급부의무이고, 주된 급부의무에 종속적인 급부의무(비본질적 급부의무)가 종된 급부의무라고 설명하면서 매매계약에 있어 매도인의 소유권 이전의무가 주된 급부의무에 해당하고 목적물의 설명서나 보증서 등을 인도할 의무는 종된 급부에 해당하는 것이라고 한다.²⁴²⁾

그리고 급부의무를 그 내용에 따라 제대로 이행하기 위한 것이 부수적 주의의무이고, 상대방의 현상이익 내지 완전성이익을 보호하기 위한 것이 보호의무(Schutzpflicht)라고 한다.²⁴³⁾ 부수적 주의의무(Nebenpflicht)는 급부의무의 내용을 제대로 실현하기 위해 급부에 대한 주의와 배려를 베풀어야 하는 채무자의 의무로서 매매 목적물에 대한 보관상의 주의의무나 사용방법을 설명해 줄 의무 등이 이에 속한다고 한다. 이러한 부수적 주의의무의 위반에 대한 법률효과는 불이행의 유형에 따라 달라질 수 있는데, 특히 이 의무의 위반으로 인한 채무불이행은 일종의 불완전이행이 되어 손해배상청구권이 문제되고, 또한 그 위반이 계약의 목적에 위배될 때에는 계약이 해제될 수 있다고 한다.²⁴⁴⁾ 또한 보호의무에 대하여 그것은 상대방의 신체·건강·생명 등의 안전성(Integrität) 및 소유권 등의 재산적 이익을 침해하지 않도록 배려할 일반적인 계약상의 부가적 의무로서 통상적

241) 박윤직, 「채권총론」, 86면.

242) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 896면.

243) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 897면.

244) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 896-897면; 대판 2005. 7. 14, 2004다67011

으로는 이행청구의 대상이 되지는 않지만 그 위반에 대하여는 손해배상의무를 발생시키고, 경우에 따라서는 예컨대, 고용계약, 경호 · 감시계약, 탁아소위탁계약, 자문계약 등에 있어서는 보호의무가 계약의 내용인 급부의무가 될 수도 있다고 한다.²⁴⁵⁾

이처럼 보호의무는 채권관계의 내용이 될 수 있는 의무로서 부수적 주의의무와는 구별되는 것으로 그것은 계약체결과정에서부터 인정될 수 있으며, 그 위반에 대해서는 원칙적으로 손해배상청구권이 인정되지만 중대한 위반이 되어 계약의 존속이 기대될 수 없는 경우에는 예외적으로 계약해제권도 인정될 수 있다고 한다.²⁴⁶⁾ 이러한 의무는 급부의무에 대하여 부수적 관계에 서는 것이 아니라 병존적 관계에 있게 된다. 요컨대 이 견해는 채권관계의 의무구조는 급부의무가 있고 이 급부의무를 그 내용에 따라 제대로 이행하기 위해서는 부수적 주의의무(Nebenpflicht)가 있는 것이며, 그 이외의 상대방의 현상이익 내지 완전성이익을 보호하기 위해서는 보호의무(Schutzpflicht)가 존재한다는 것으로 파악함으로써 보호의무는 채권관계의 내용이 될 수 있는 의무로서 부수적 의무와는 구별되며, 계약체결과정에서부터 인정될 수 있는 것이라고 하게 된다.

(2) 불법행위책임설

반면 부정설(불법행위설)은 급부의무를 위반한 경우에 인정되며, 급부의무와 관련이 없는 보호의무위반의 경우는 불법행위책임으로 처리되어야 한다는 견해이다. 독일민법학의 급부의무와 부수적 의무의 이원적 채무구조론은 독일법학 특유의 지나친 단절적 사고에 기인하는 이론으로서 한국인의 직관적 · 포괄적 사고체질에 조화되지 않는다고 한다.²⁴⁷⁾ 불법행위법 영역을 넘어선 보호의무를 인정할 경우에는 그 실질적 근거가 아직껏 충분히 밝혀지지 않은 까닭에 불법행위법과의 한계설정이라는 해결하기 어려운 문제를 남기게 된다고 지적한다.²⁴⁸⁾ 결국 보호의무는 채권관계가 없는 사회일반인 사이에서도 인정되는 주의의무에 불과하므로, 이러한 의무위반으로 인한 손해에 대해서는 불법행위책임을 물으면 되고, 이를 채

245) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 897면; 대판 1997. 4. 7, 97마575

246) 사용자의 안전배려의무위반으로 인해 근로자가 노무급부를 도저히 이행할 수 없는 상황이라면, 근로자는 근로계약을 해지하고 손해배상을 청구할 수도 있다(김형배·김규완·김명숙, 전거서, 898면).

247) 김준호, “채권법상 보호의무론의 전개”, 「월간고시」, 1990, 97면-110면; 관윤직(편집대표), 「민법주해(IX)채권(2)」, 박영사, 1995, 217-221면(양창수교수 집필 부분).

248) 관윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」, 217-221면(양창수교수 집필 부분).

무불이행책임으로 취급할 필요가 없다는 것이다. 이 견해는 보호의무를 인정함으로써 본래의 급부와 동떨어진 손해를 억지로 채무불이행책임에 편입시키는 것은 채무불이행책임과 불법행위책임의 체계를 혼란시키는 결과가 된다고 한다. 그리고 독일민법학에서 그러한 보호의무를 채무자가 부담하는 의무속에 포함시키는 것은, 독일불법행위법이 지니고 있는 특수한 문제점 때문에 가해자에게 불법행위책임을 추궁하기가 곤란한 경우에 채무불이행책임을 인정함으로써 피해구제를 용이하게 하기 위하여 그렇게 하는 것이므로, 그와 사정이 다른 우리 민법하에서는 그렇게 할 필요가 없다고 한다. 따라서 보호의무는 채무불이행책임으로 취급하기보다는 통상적인 불법행위로 보아 손해배상책임(제750조)을 인정하면 된다고 한다. 즉 보호의무 위반으로 인해 손해가 발생한 경우 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물을 것이 아니라 불법행위가 성립하는지를 따져서 불법행위의 요건을 갖춘 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 물으면 되고 그렇지 않으면 책임을 물을 수 없다는 것이다.

구체적으로 살펴보면, 그 논거로는 첫째, 독일민법은 우리 민법상의 불법행위와 달리 불법행위 성립을 개별 조문으로 규정(독일 민법 제823조·826조 등²⁴⁹⁾)하고 있기 때문에, 우리가 민법 제750조에 의해 불법행위책임을 물을 수 있는 사안에 대하여도 독일에서는 불법행위책임을 배제한다. 즉 보충하여 채무불이행책임으로 손해를 배상해 주도록 하기 위해 개발된 이론으로 그 발생배경이 우리와 달라 우리로서는 수증하기 어렵다고 한다.

둘째, 보호의무의 내용은 성질상 채무자의 급부의무라기 보다는 불법행위책임에 의해 보호되어야 할 법익에 속하는 것인데도 이를 채무의 범주에 포함시킬 경우 채무자의 의무 범위가 지나치게 확대될 뿐만 아니라 불법행위책임과의 경계가 모호해질 수 있다고 한다.

셋째, 통설이 예로 드는 고용계약상의 보호의무라는 것은 고용계약의 특질상 노무자의 인적 노무제공에 의해 실현된다는 점에서 사용자의 안전배려의무가 인정되기는 하지만 이것은 고용계약이라는 특수성에 따른 부수적 의무로 보면 충분하므로 구태여 보호의무로 따로 볼 것은 아니라는 것이다.

넷째, 우리 민법의 불법행위책임법은 포괄적 일반조항 방식의 면책가능성이 사실상 인정되지 않는 사용자책임²⁵⁰⁾의 운용 등에 비추어 독일의 불법행위법과 비

249) 불법행위의 성립요건으로서 절대권의 침해(제823조 1항), 보호법규위반(제823조 제2항), 고의에 의한 양속질서위반(제826)의 3가지 기본적 구성요건을 규정하고 있다.

250) 제756조(사용자의 배상책임) 제1항 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용

교할만한 피해자의 보호결함을 갖고 있지 않으며, 이런 한도에서는 불법행위책임에 비해 강화된 내용을 갖는 보호의무를 발전시켜야 할 필요성이 그다지 크지도 않다는 것²⁵¹⁾ 등이 있다.

(3) 제한적 채무불이행책임설

보호의무를 제한적으로 부수적 의무의 영역에 포함하고자 하는 견해는 채권관계의 의무구조를 다음과 같이 바라본다.

먼저, 채권관계의 의무를 급부의무와 보호의무로 구분하고, 급부의무는 그것이 채권관계에 대하여 가지는 의미에 따라 주된 급부의무와 부수의무로 나누어진다고 하면서, 이때 주된 급부의무와 부수의무는 미리 결정되어 있는 것이 아니라 계약당사자 사이의 구체적 상황에 따라 달라지는 것이라고 한다.²⁵²⁾ 그리고 부수적 의무는 주된 급부의무를 보충하는 것으로서 그것은 계약의 목적을 달성하기 위하여 주된 급부의 준비, 확보 또는 완전한 실현에 이바지 하는 의무이며, 또한 부수의무는 그 소구가능성을 기준으로 주된 급부의 의무적합적 이행에만 이바지하는 비독립적(또는 종속적) 부수의무와 그 자신의 독립적인 목적을 추구하는 독립적 부수의무로 나누어진다고 한다.²⁵³⁾ 비독립적 부수의무를 위반한 경우에는 그 이행을 소구할 수 없고 채무자에게 귀책사유가 있으면 손해배상책임이 있게 되며, 이에 반해 독립적 부수의무를 위반한 경우에는 그 의무의 이행을 소구할 수 있다고 한다.²⁵⁴⁾

보호의무에 대하여는 그것은 급부의무에 대하여 종된 의미를 가지는 부수의무와 구별하여 급부의무 자체가 아닌 채권자의 생명, 신체, 재산, 자유 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무라고 하면서, 이때의 보호의무에는

자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

251) 박윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」, 217면-221면(양창수교수 집필 부분).

252) 매매목적물의 설치 및 사용설명서 교부의무가 일반적으로 부수의무에 속하지만, 범용성 없는 복잡한 기계의 매매에서라면 그러한 의무의 불이행은 주된 급부의무의 불이행을 결과지을 수 있다(지원림, “채무구조론 -계약상의 의무를 중심으로-”, 566-567면).

253) 지원림, 전제논문, 576면.

254) 독립적 부수의무에 있어서는 채무자의 보고나 해명 또는 교시 등이 있는 후에야 비로소 채권자는 채무자에게 가령 채무자가 취득한 것의 인도를 청구할 수 있거나 또는 기계를 적절하게 사용할 수 있게 되기 때문에 부수의무 자체의 이행을 소구할 수 있는 것이라고 한다(지원림, “채무구조론 -계약상의 의무를 중심으로-”, 576면).

급부자체의 하자로 인하여 채권자에게 부가적 손해(확대손해 또는 결과손해)가 발생하지 않도록 배려하여야 할 의무가 포함된다고 한다.²⁵⁵⁾ 예를 들면 위험성이 현저히 높은 물건을 판매하는 자는 그 물건을 판매할 때 제품의 위험성과 그에 대한 대비책을 매수인에게 고지함으로써 매수인이 그 물건을 사용하는 중에 생명이나 신체 등에 피해를 입지 않도록 하여야 할 의무를 진다는 것이다. 그리고 이러한 보호의무를 일반적으로 넓게 인정해서는 안 되지만, 그렇다고 하여 일률적으로 보호의무를 계약상의 의무에서 제외할 것은 아니고 그 필요한 최소의 범위에서 인정되어야 한다고 한다.²⁵⁶⁾ 그 인정범위는 제391조(이행보조자의 고의, 과실)가 유용한 지침을 제공해 주며, 채권의 발생 내지 이행과 내적·사물적 관련성이 있는 경우에 한하여 인정되어야 한다고 한다.²⁵⁷⁾ 그리고 채무불이행의 유형과 관련해서는 이행가해를 성립시키기 위하여 필요한 범위 내에서 인정되어야 한다고 한다.²⁵⁸⁾ 요컨대 이 견해는 의무구조가 급부의무와 부수의무, 보호의무로 나누어지는데, 여기서 보호의무는 일반적인 광범위한 것으로 인정할 것이 아니라, 유형상으로 파악하여 계약상의 의무에서도 필요한 범위 내(이행가해의 경우)에 포함시켜야 한다는 것이다.

다음 견해는, 채무의 내용에 포섭되는 의무로서는 급부의무와 부수의무가 있고, 다시 급부의무는 주된 급부의무와 종된 급부의무로 나누어진다고 하면서, 주된 급부의무의 이행이 없이 종된 급부의무만을 이행하는 것은 계약의 목적달성에 도움이 되지 않지만 종된 급부의무의 이행 없이 주된 급부의무만 이행하는 경우에는 일부이행이 되며, 이 경우 채무자는 일부이행지체 내지 불완전이행의 채무불이행 책임을 지게 된다고 한다.²⁵⁹⁾ 그리고 채무자가 급부의무에 부수하여 완전한 채권의 만족을 위해 부담시키는 의무인 부수의무와 보호의무 또는 안전배려의무로 나눈다.²⁶⁰⁾ 부수적 의무란 일반적으로 채무자의 주의의무로서 그 근거는 당사자의 약정, 법률의 규정, 신의칙에서 비롯되는 것으로 급부의무와 성격을 달리하는 경우가 많은 것이다.²⁶¹⁾

255) 지원팀, “채무구조론 -계약상의 의무를 중심으로-”, 567면.

256) 지원팀, 전계논문, 572면.

257) 지원팀, 전계논문, 572면.

258) 지원팀, “채무불이행의 유형에 관한 연구”, 「민사법학」 제30호, 한국사법행정학회, 2005, 395-398면.

259) 이은영, 「채권총론」, 190면.

260) 이은영, 전계서, 189면 이하.

261) 이은영, 전계서, 191면.

한편 급부의무에 종속된 주의의무는 그것 자체로서 독자적인 존재의의를 가지지 않고 급부의 이행을 완결시키는 과정에 몰입되게 되는데, 이 때 그러한 부수의무를 위반하는 것이 급부의무의 불이행이 되는 경우도 있게 된다. 예를 들면 특정물 채무자가 선관의무에 위반한 보관으로 목적물을 멸실케 한 경우에 채무자는 전보배상을 해야 할 의무를 지거나 또는 물건의 결함으로 인하여 야기된 확대손해를 배상할 의무를 지게 되는 경우와 같이 채무불이행책임을 지게 되고, 여객운송계약에서 운송인의 안전배려의무위반은 승객을 목적지까지 무사히 운송해주지 못하는 결과를 야기하여 주된 급부의무를 다하지 못하게 될 뿐 아니라 승객의 인체에 손해를 입혀 확대손해를 야기시키는데, 이때는 종된 급부의무의 일종인 안전배려의무위반에 해당하며 채무불이행책임으로 처리될 수 있는 것이라고 한다.²⁶²⁾

보호의무에 대하여는 급부의무와 관련이 없는 경우에는 계약과 직접 관련이 없기 때문에 그 위반으로 인하여 손해가 발생한 경우에는 불법행위책임으로 처리하는 것이 바람직하다고 한다. 급부의무 밖의 보호의무는 그 위반이 급부의 불이행과 연결됨이 없이 독자적으로 상대방에게 손해를 입히는 것이기 때문에 종된 급부의무와는 성질을 달리하는 것이며, 채권자나 채무자는 사회의 일원으로서 거래관행에 따라 부담하는 주의의무일 뿐이라는 것이다.²⁶³⁾ 보호의무라는 개념은 계약책임으로 분류해 넣기 위해 만들어진 개념인 급부의무와 부수의무와는 차원을 달리하는 것으로서, 보호의무 중에서도 계약과 직접관련을 갖는 것은 채무불이행책임에 포섭하고, 그렇지 않은 사회생활상의 보호의무는 불법행위책임으로 보는 것이 타당하다고 한다.²⁶⁴⁾ 또한 계약체결 전이나 계약관계가 종료된 후에 발생한 보호의무위반을 채무불이행책임에 편입시키는 것도 책임체계를 흐트리는 것으로 옳지 않다고 한다. 결국 이 견해에 의하면 채무자가 급부의무에 부수하여 완전한 채권의 만족을 위해 부담시키는 의무인 부수의무와 보호의무 또는 안전배려의무가 있는데, 보호의무나 안전배려의무는 그것이 특정한 계약에서 갖는 위치에 따라서 급부의무도 될 수 있고, 부수의무도 될 수 있으며,²⁶⁵⁾ 경우에 따라서는 계약상의 채무에서 배제될 수도 있는 것이 된다는 것이다. 여기에서 계약상의 채무에서 배제될 수 있는 것으로는 이른바 ‘사회생활상 보호의무’와 ‘사회생활상 안전배려의

262) 이은영, 전거서, 1995-196면.

263) 이은영, 「채권총론」, 196면.

264) 이은영, 전거서, 196면.

265) 예를 들어 보호의무라든가 안전배려의무가 경호계약에서는 급부의무가 되고, 숙박계약이나 여행계약에서는 부수의무로 된다(이은영, 「채권총론」, 192면).

무'라는 것을 들면서 이들 위반으로 인한 손해는 불법행위책임으로 처리된다고 한다.²⁶⁶⁾

3. 안전배려의무

우리나라에서는 안전배려의무의 법적성격과 그 근거에 이론 정립은 이루어 지지 않고 있다. 그러므로 안전배려의무를 두고 그것을 채무불이행책임 또는 불법행위책임으로 구성할 것인지, 아니면 산업안전보건법의 법정의무로 파악할 것인지에 대해 논란의 여지가 있다.²⁶⁷⁾ 그런데 산업재해에 따른 사용자의 민사책임을 전통적으로 불법행위책임으로 구성하여 오다가 최근에 이를 채무불이행책임으로 구성하려는 경향을 보이고 있다.

이러한 이론전개의 주된 목적은 채무불이행책임으로 하는 것이 고의 및 과실의 입증책임을 사용자에게 전환하고, 피해자의 입증책임을 부담을 경감한다는 것과 10년의 소멸시효 기간 등을 통하여 피해근로자에게 보다 유리하다는 점 등, 피해자의 권리구제에 보다 효과적이라는 것이다.²⁶⁸⁾

안전배려의무위반에 따른 산업재해의 책임을 불법행위책임과 채무불이행책임 중 어느 것으로 볼 것인가에 관해 학설과 판례를 통해 알아보하고자 한다.

(1) 불법행위책임설

안전배려의무는 불법행위상의 과실책임의 영역에 있다는 견해이다. 이 견해는 계약관계가 존재하지 않는 타인에게 안전배려의무를 위반하여 손해를 입힌 경우에는 일반적으로 업무상 주의의무위반으로 인정하여 불법행위책임으로 해결하는 것이 상당하다고 한다. 나아가, 계약체결상의 과실로 인하여 거래상대방에게 안전배려의무 또는 사회생활상 주의의무에 위반하는 경우에도 통설은 채무불이행보다는 불법행위책임으로 파악하고 있는 점 등을 근거로 제시한다.²⁶⁹⁾ 즉 채무불이행책임은 계약의 주된 채무의 불이행에 대한 손해배상을 위한 제도이지, 부수적 의무인 보호의무위반으로 인한 인체상의 손해는 포함되지 않는 것이고, 따라서 계약존속 중에 안전배려의무를 위반하였다면 이는 불법행위책임으로 파악된다는 것이

266) 이은영, 전게서, 192면.

267) 김용호, “산업재해에 있어서의 안전배려의무”, 「법학논총」, 단국대학교 법학연구소, 2011, 375면.

268) 김용호, 전게논문, 376면.

269) 양창수, “계약체결상의 과실”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998, 385면 이하.

다.

그 근거는 안전배려의무는 근로계약의 주된 채무(급부의무)가 아니고 부수적 채무에 불과하기 때문에 그의 위반으로 인한 산업재해의 손해는 불법행위책임의 문제로 되고, 채무불이행책임은 계약의 급부의무의 불이행에 대한 손해배상을 위한 제도이고 신의칙상의 부수의무인 보호의무위반으로 인한 인체손해는 불법행위 책임으로 배상되어야 할 사항이며 단지 그 책임요건인 과실과 위법성을 판단함에 있어서 안전의무의 위반여부가 문제가 될 따름이라는 것이다.²⁷⁰⁾ 나아가, 산업재해에 관하여 채무불이행책임을 도입할 경우에는 민사책임의 양대 체계와 조화되지 않고 또한 그렇게 변칙적으로 처리해야 할 당위성 및 필요성이 적다는 이유로 이를 불법행위책임으로 이해하려는 것이다.²⁷¹⁾

(2) 채무불이행책임설

이 견해는 사용자가 안전배려의무를 위반하여 산업재해가 발생된 경우에는 불법행위책임 외에 채무불이행책임으로 구성하려는 견해이다. 특히 이 견해는 사용자가 노동관계법(근기법·산업안전기준법)에 의한 안전배려의무위반을 불완전이행으로 보아 채무불이행책임으로 파악하는 입장이다.²⁷²⁾ 따라서 사용자의 안전배려의무는 계약상의 신의칙에 따라 작위의무를 작출·형성하는 것이고, 가해자인 사용자의 부작용을 채무불이행책임에 연결시키는 역할을 하는 것이라 한다.²⁷³⁾ 결론적으로 불법행위에 있어서 위법성의 전제로서의 작위의무의 근거는 법령상 또는 계약상의 것 이외에 광범위하게 사회상규나 신의칙에도 있다는 것에 대응하여 계약상 작위의무 즉, 안전배려의무에 위반하는 경우에는 근로계약상 채무불이행으로 인한 손해배상이 가능하다고 한다.²⁷⁴⁾

여기서 채무불이행책임이라 함은 근로계약에 기초하여 사용자가 모든 수단을 다하여 근로자에게 작업상의 안전배려의무를 이행하여야 할 결과채무의 불이행에 관한 책임을 말한다.²⁷⁵⁾ 즉, 사용자의 귀책사유로 산업재해가 발생된 경우라면 불

270) 이은영, 전계논문, 16면. 보호의무를 신의칙상 부수적 의무로서 일반적인 행위의무에 지나지 않는 것으로 보고 있다.

271) 이은영, 전계논문, 28-29면.

272) 김형배, 「채권총론」, 232-233면.

273) 이상원, “산업재해소송에 있어서의 법리구성에 관한 몇가지 문제”, 「법조」, 법조협회, 1989, 43-44면.

274) 이상원, 전계논문, 43-44면.

275) 김용호, 전계논문, 378면.

가항력 또는 우발사고라 할 수 있는 외적원인 또는 피재근로자의 유책행위에 기 인하여 발생하였다는 것을 입증할 수 없는 한, 채무불이행으로서 손해배상책임을 부담하게 되는 것이다.

그러므로 사용자가 안전배려의무를 위반하여 근로자에게 손해를 발생케 한 경우에는 불완전이행 내지 적극적 채권침해에 따른 책임을 져야한다는 것이고,²⁷⁶⁾ 채무의 내용에 좇은 이행을 다하지 못한 경우에 해당되기 때문에 민법 제390조에 의한 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물을 수 있는 근거가 된다.

이때 피재근로자는 손해가 사용자에게 의한 안전배려의무위반으로 발생하였다는 사실을 입증해야 하고 사용자는 근로자의 주장에 따른 책임을 면하기 위해서는 안전배려의무가 존재하지 않았다는 사실, 안전배려의무에 따른 제반조치를 모두 이행하였다는 사실, 또는 발생한 산업재해가 근로자 자신의 귀책사유 또는 불가항력과 같은 사유에 의하여 발생하였다는 사실 등을 입증해야 한다.

IV. 판례의 태도

판례는 보호의무나 안전배려의무 등의 부수적 의무와 관련된 사안들이 운송계약, 숙박계약, 여행계약, 근로계약, 입원 및 진료계약 등 사람의 생명, 신체 또는 일반 재산에 대한 안전사고가 문제가 될 수 있는 여러 계약들에서 나타나고 있다. 그리고 판례에서도 그러한 내용의 부수적 의무가 계약상의 의무임을 인정하는 태도들을 보이고 있다.²⁷⁷⁾ 이 밖에도 고용계약이나 노무도급계약상의 사용자,²⁷⁸⁾ 증권회사 직원²⁷⁹⁾, 병원²⁸⁰⁾ 등의 보호의무를 인정하고 있다. 그러나 그 법적 성질에 대해서는 일관된 태도를 보이고 있지 않으며, 일반적으로는 보호의무 위반으로 인하여 불법행위가 성립한다는 입장으로 보인다.²⁸¹⁾

한편 판례가 보호의무를 인정하고 그 위반의 경우에 불법행위책임을 인정한 사례도 있다. 증권회사와 고객사이의 '포괄적 일임매매약정'의 경우에 「증권회사의

276) 김형배, 전거서, 232-233면.

277) 대판 1994. 1. 28, 93다43590; 대판 1997. 10. 10, 96다47302; 2002. 11. 24, 2000다38718

278) 대판 1999. 2. 23, 97다12082; 대판 2000. 5. 16, 99다47129; 대판 2002. 11. 26, 2000다7301(건설기계 조종사에 대한 사업자의 의무로 보호의무와 산업안전보건법 제23조 소정의 안전상의 조치의무를 병렬적으로 들고 있다)

279) 대판 2003. 1. 24, 2001다2129

280) 대판 2003. 4. 11, 2002다63275

281) 지원림, 전거서, 889면.

직원은 고객에 대하여 보호의무가 있어 선량한 관리자로서의 주의의무(충실의무)를 다하여야 할 것이고, 이를 위반하여 증권회사가 이러한 약정을 하였음을 기화로 고객의 이익을 무시하고 회사의 영업실적만을 증대시키기 위하여 무리하게 빈번한 회전매매를 함으로써 고객에게 손해를 입힌 경우에는 불법행위를 구성한다」고 판시하였다.²⁸²⁾ 또한 피고인 대한십자사가 헌혈혈액에 대한 에이즈검사를 하지 않고 수혈하여 에이즈감염된 사례에서, 「피고는 에이즈검사의무가 법제화되기 이전에도 에이즈발생을 회피할 주의의무를 지고 있었으며 이 의무위반으로 인한 불법행위책임을 져야 한다」고 판시하였다.²⁸³⁾

1. 불법행위책임으로 인정하는 경우

근로자가 인체에 유해한 강렬한 소음이 발생하는 착암기 등을 사용하여 밀폐된 굴진막장에서 작업을 하게 되는 경우에는 소음성 난청이라는 청력손실의 인신장애를 입을 위험의 개연성이 있는데, 이러한 위험발생의 예견가능성과 그 위험의 회피가능성이 사업주에게도 있음에도 재해의 예방을 위하여 필요한 주의의무를 다하지 않았다면 근기법 또는 산재법의 보상을 받을 수 있는 이외에 사업주로서는 불법행위법상의 책임을 면할 수 없다고 한다.²⁸⁴⁾ 즉, 사용자는 산업재해의 위험으로부터 근로자를 안전하게 보호해야 할 의무가 있다고 하면서, 사용자에게는 안전사고방지를 위한 제반조치를 강구할 의무가 있기 때문에 이를 위반하면 불법행위책임이 성립된다고 본다.²⁸⁵⁾

또한, 사용자와 근로자 사이에는 고용관계 또는 근로관계라는 이른바 계속적 채권관계가 형성되어 있기 때문에 근로자에 대한 보수지급의무 이외에도 근로자의 인격을 존중·보호하여야 하는 것이고, 근로자가 그 노무제공의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 아니하도록 필요한 조치를 강구하여 근로자의 생명·건강 등에 관한 보호시설을 하는 등, 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 근로자를 보호하고 부조할 의무도 부담한다는 것이고,²⁸⁶⁾ 이의 위반시에도 불법행위가 성립한다는 입장이다.

건설기계조종사에 대하여 직접 근로계약상의 지휘·감독을 해야 할 책임이 있

282) 대판 1996. 8. 23, 94다38119

283) 대판 1995. 8. 25, 94다47803

284) 대판 1989. 8. 8, 88다33190

285) 대판 1982. 12. 18, 82다카562

286) 대판 1998. 2. 10, 95다9533

는 사용자는 그 조종사가 근로를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무 내지는 산업안전보건법 제23조 소정의 안전상의 조치의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반한 경우에는 피용자에게 그 손해를 배상하여야 한다²⁸⁷⁾고 하면서, 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 필요한 조치를 강구해야 할 보호의무를 부담하고 이러한 의무를 위반함으로써 피용자가 입은 손해를 배상하여야 할 책임이 있다고 한다.²⁸⁸⁾

이와 같이 판례는 산업재해의 위험으로부터 근로자를 안전하게 보호하도록 배려하여야 할 주의의무가 있다고 하면서 이의 위반에 관하여는 불법행위책임으로 그 법리를 구성하여 안전배려의무의 정의를 제시하여 판시하고 있는 경향이 다.²⁸⁹⁾

2. 채무불이행책임으로 인정하는 경우

한편 판례는 불법행위책임으로 구성하던 사용자의 보호의무를 계약책임으로 묻고 있기도 한다. 판례의 태도는 사용자의 안전배려의무를 불완전이행에 있어서의 보호의무로 보고 있는데 이러한 보호의무의 개념은 숙박계약의 안전배려의무에서 최초로 사용되었다. 숙박계약의 경우에 숙박업자는 객실의 제공의무 이외에도 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편리한 객실 및 관련시설을 제공함으로써, 고객의 안전을 배려하여야 할 의무를 지며 이러한 보호의무는 신의칙상의 부수적 의무이므로 이를 위반하면 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 진다.²⁹⁰⁾ 또한 이 경우 피해자는 구체적 보호의무의 존재와 위반사실을 주장·입증해야 하며, 숙박업자는 채무불이행에 관하여 자기에겐 과실없음을 주장·입증하지 못하는 한 책임을 면하지 못하며, 숙박계약상의 채무불이행책임을 묻는 경우에 사망한 투숙객의 근친자는 위자료청구권을 가지지 않는다.²⁹¹⁾ 반면에 판례는 임대인의 안전배려의무를 부인하고 목적물은 임차인의 관리하에 사용·수익된다고 보았다.²⁹²⁾

287) 대판 2002. 11. 26, 2000다301

288) 대판 1998. 11. 27, 97다0925; 대판 1997. 4. 25, 96다3086; 대판 1992. 10. 27, 91다0866; 대판 1994. 10. 28, 94다6328; 대판 1996.7. 26, 95다5156

289) 이은영, “산업재해와 안전의무”, 377면.

290) 대판 1994. 1. 28, 93다43590; 1997. 10. 10, 96다47302

291) 대판 2000. 11. 24, 2000다38718·38725

292) 대판 1999. 9. 7, 99다10004

(1) 여행계약

여행계약의 안전배려의무에 대하여, 여행업자는 통상 여행 일반은 물론 목적지의 자연적·사회적 조건에 관하여 전문적 지식을 가진 자로서 우월적 지위에서 행선지나 여행시설의 이용 등에 관한 계약 내용을 일방적으로 결정하는 반면 여행자는 그 안전성을 신뢰하고 여행업자가 제시하는 조건에 따라 여행계약을 체결하게 되는 점을 감안할 때, 여행자는 기획여행계약의 상대방이 여행업자에 대하여 기획여행계약상의 부수의무로서, 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여 여행목적지·여행일정·여행행정·여행서비스기관의 선택 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 전문업자로서의 합리적인 판단을 하고, 또한 그 계약 내용의 실시에 관하여 조우할지 모르는 위험을 미리 제거할 수단을 강구하거나 또는 여행자에게 그 뜻을 고지하여 여행자 스스로 그 위험을 수용할지 여부에 관하여 선택의 기회를 주는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의무가 있고,²⁹³⁾ 여행업자의 이러한 안전배려의무의 정도는 당해 기획여행계약의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.²⁹⁴⁾

(2) 근로계약

근로계약의 안전배려의무에 대해서는, 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 배상할 책임이 있으나,²⁹⁵⁾ 보호의무 위반을 이유로 사용자에게 손해배상책임을 인정하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 그 사고가 피용자의 업무와 관련성을 가지고 있을 뿐만 아니라 또한 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측할 수 있는 경우라야 할 것이고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 사고가 발생한 경위 기타 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 한다.²⁹⁶⁾

293) 대판 1998. 11. 24, 98다25061

294) 대판 2007. 5. 10, 2007다3377

295) 대판 1998. 11. 27, 97다10925; 대판 1999. 2. 23, 97다12082; 대판 2000. 5. 16, 99다47129

296) 대판 2001. 7. 27, 99다56734; 대판 2006. 9. 28, 2004다44506

(3) 입원계약

입원계약의 안전배려의무에 관해서는, 환자가 병원에 입원하여 치료를 받은 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실에서의 출입자를 통제·감독하거나 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상 책임을 면하지 못한다고 하면서, 입원환자에게 귀중품 등 물건보관에 관한 주의를 촉구하면서 도난시에는 병원이 책임질 수 없다는 설명을 한 것만으로는 병원의 과실에 의한 손해배상책임까지 면제되는 것이라고 할 수 없다고 하였다.²⁹⁷⁾

(4) 도급계약

도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우에 도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무를 부담하며, 이러한 보호의무는 실질적인 고용계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적 의무로서 구 산업안전보건법 시행령 제3조 제1항에 의하여 사업주의 안전상 조치의무를 규정한 산업안전보건법 제23조가 적용되지 아니하는 사용자일지라도 마찬가지로 인정된다고 할 것이고, 만일 실질적인 사용관계에 있는 노무도급인이 고의 또는 과실로 이러한 보호의무를 위반함으로써 노무수급인의 생명, 신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 노무도급인은 노무도급계약상의 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.²⁹⁸⁾ 그러나 판례는 아직 안전배려의무의 위반의 효과로서 손해배상청구권만을 인정하고 있으며, 더 나아가 노무급부거절권이라든가 이행청구권의 문제에 대해서는 다루고 있지 않다.²⁹⁹⁾

297) 대판 2003. 4. 11, 2002다63725

298) 대판1997. 4. 25. 96다53086

299) 송오식, “사용자의 안전배려의무”, 「법학논총」 제23권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003, 159면.

V. 소결

이상에서는 협의의 부수적 의무, 보호의무, 안전배려의무의 법적지위에 관해 살펴봄으로써 각 의무의 위반을 계약상의 채무불이행의 영역에 적용할 것인지 불법행위의 영역에 적용할 것인지에 대해 논해 보았다. 급부의무 뿐만 아니라 급부의무와 관련된 부수적 의무들에 대해서 손해배상을 인정하고 있지만, 부수적 의무 중에서도 급부의무와 직접적인 관련없이 신의칙상 발생하며, 급부의무와 가장 먼 거리에 있다고 할 수 있는 보호의무에 대해서도 채무불이행책임발생으로 인한 손해배상청구권의 발생을 인정할 것인지가 관건이다.

이에 관하여 독일은, 모든 유형의 채무불이행을 포괄하는 통일적인 개념으로 ‘(채권관계로부터 발생한)의무’를 설정하고 채무자의 책임 있는 사유에 의한 그 위반이 있는 때에는 손해배상청구권이 발생하는 것으로 정하였으며, 안전배려의무도 계약법상 상대방의 완전한 이익을 보호하기 위하여 학설·판례에 의해 인정되었지만, 민법전 편찬에 따라 민법 제617조 내지 619조에 의해 제도화되었다.

CISG의 경우에는, 계약채무의 구조를 영미법(Common Law)상 채무자가 급부 자체를 약속하는 것이 아니라 급부가 실현되지 않은 경우라도 상대방에게 손해를 입혀서는 안 된다는 ‘손해담보(Garantie)’를 인수한 것에 기초한다고 하여, 급부 약속이 실현되지 않은 것을 계약위반으로 파악하고, 이것에 대한 법적 구제수단으로 손해배상을 인정하는 기본구조를 취한다. 이처럼 CISG는 영미법상의 급부약속에 향해진 의무개념을 그 기본 축으로 하고 있으며, 그러한 결과로서 급부장애의 유형은 문제로 되지 않으며, 어떠한 형태로건 급부약속위반이 있고 그로 인하여 상대방이 손해를 입은 것만이 중요하게 된다.

PECL은, 불이행의 대상을 폭넓게 인정함으로써 궁극적으로는 계약책임의 인정 범위를 확대하고 있다. PECL도 CISG의 영향하에 계약상 당사자의 ‘의무’를 여러 가지 다양한 형태로 분화시켜 놓고 있지 않고 단일한 개념의 불이행에 모든 형태의 의무를 포괄하여 두고 있다.

우리의 학설과 판례는 보호의무의 존재는 인정하지만 그 법적 지위에 관하여, 즉 보호의무 위반시에 채무불이행책임으로 처리할 것인가, 불법행위책임으로 처리할 것인가에 대하여는 통일된 입장을 보이지 않고 있다. 그런데 판례에서 인정되는 보호의무는 일정한 계약에 특유하게 인정되는 의무이고 그러한 계약을 떠나서도 일반적으로 인정되는 의무는 아니다. 그러한 점에서 위에서 나타난 계약에 따

른 보호의무는 신의칙상 인정되는 계약상의 의무라고 할 수 있다. 따라서 계약상 나타난 보호의무는, 급부의무와 무관하거나 급부의무와는 별개인 독립된 의무라고 할 수 없고 급부의무에 부수되는 부수적 의무에 속한다고 할 수 있다. 반면에 급부의무와 무관하게 인정되는 보호의무는 계약상의 의무로 파악하기 보다는 불법행위법상의 주의의무로 취급하면 족할 것이다.

일정한 계약관계에 특유하게 인정되는 보호의무라면 비록 그것이 급부의의 이외의 법의 보호를 목적으로 한다고 하더라도 계약상의 의무로 보아야 할 필요가 있고, 이를 단순히 불법행위법상의 의무로 보아서는 안 될 것이므로 보호의무라고 하여 이를 모두 계약상의 의무로 취급하거나 또는 불법행위법상의 의무로 취급해서는 안 될 것이다. 우리 민법 하에서도 일정한 계약에 특유하게 요구되는 보호의무는 계약상의 의무로 인정될 수 있음은 이상의 고찰을 통하여 확인하였다. 그리고 그러한 보호의무는 급부의무와 무관한 의무이거나 급부의무와 독립된 의무가 아니고 급부의무에 부수하는 부수적 의무에 속한다는 것도 확인하였다.

우리 민법학에서 채무자에게 부수적 의무로서 보호의무를 인정하는 실익은 채무자가 이를 위반하면 제390조에 규정된 바의 채무의 내용에 좇은 이행을 한 것이 되지 못하여 채무불이행책임, 즉 불완전이행책임이 발생한다는 점에 있다. 불완전이행은 채무의 이행으로서 채무자의 일정한 행위가 있었으나 그것이 채권자의 귀책사유로 채무의 내용에 좇은 것이 되지 못하는 것을 의미하는 바, 보호의무를 위반한 경우에도 이에 해당되기 때문이다. 따라서 채무자가 부수적 의무로서의 보호의무를 위반함으로써 상대방에게 손해가 발생하면, 그 손해가 비록 급부의의에 대한 손해가 아니고 상대방의 신체나 그 밖의 재산에 발생한 손해라고 하더라도, 피해를 입은 상대방은 채무불이행책임의 원칙에 따라 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.

위에서 본 대법원 판례도 숙박업자나, 여행업자, 고용계약상의 사용자에게 계약상의 부수적 의무로서의 보호의무를 인정하고 이러한 의무의 위반을 근거로 하여 손해배상책임을 인정하고 있는데, 그 경우의 손해배상책임은 바로 불완전이행책임으로서 채무불이행책임인 것이다. 이와 같은 점에서 우리 민법하에서도 계약상이 부수적 의무로서 보호의무(및 안전배려의무)를 인정하는 실익을 찾을 수가 있을 것이다. 또한 안전배려의무에 대한 이론전개의 주된 목적은, 안전배려의무의 불이행을 채무불이행책임으로 하는 것이 고의 및 과실의 입증책임을 사용자에게 전환하고, 피해자의 입증책임을 부담을 경감한다는 것과 10년의 소멸시효 기간 등을 통하여 피해근로자에게 보다 유리하다는 점 등, 피해자의 권리구제에 보다 효과적

이라는 것이다.

요컨대 계약과 관련하여 급부의무 외에 부수적 의무로서 나타나는 보호의무는 위에서 나타난 계약관계가 아니면 존재할 수 없으므로 이는 계약상의 의무라 할 수 있고, 계약관계를 전제로 하지 않고 사회 일반인 사이에서 요구되는 불법행위법상의 의무와는 다르게 판단되어야 한다. 또한 급부이익 이외의 법익을 보호하는 의무라 하여 이를 모두 불법행위법상의 의무로 취급해서는 아니되며, 계약관계가 없는 사회일반인 사이에서 요구되는 의미가 아니라 계약상의 급부의무의 이행과 관련해서만 특유하게 요구되는 부수적 의무로서의 보호의무라면, 그러한 의무는 계약상의 의무로 취급해야 할 것이다. 따라서 보호의무를 위반할 경우, 채무의 내용에 좇은 이행을 한 것이 되지 못하여 채무불이행책임, 즉 불완전이행책임이 발생할 수 있게 된다. 이렇게 되면, 채무자가 부수적 의무로서의 보호의무를 위반함으로써 상대방에게 손해가 발생하면, 그 손해가 비록 급부이익에 대한 손해가 아니고 상대방의 신체나 그 밖의 재산에 발생한 손해라고 하더라도, 피해를 입은 상대방은 채무불이행책임의 원칙에 따라 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.



제 5 장 결 론

빠르게 변화하고 있는 현대사회에서 개인 간에 맺어지는 관계는 더욱 다양하게 증가하고 있다. 마찬가지로 계약관계에서도 계약의 당사자들은 계약 내용에 따라 확연하게 도출되는 권리와 의무뿐만이 아니라 그에 따라 가변적으로 변하는 부수적인 의무도 부담하게 된다. 이러한 상대방의 법익의 존중을 내용으로 하는 부수적 의무는, 신의성실의 원칙에 의거하여 급부를 이행하는 과정에 있어 급부와 관련이 있는 모든 행위를 적용범위로 가지게 되며, 더 나아가서는 급부의 이행준비 과정이나 이행완료단계에 있어서도 성립하여 존재한다.

그런데 계약당사자가 이러한 계약상의 의무를 이행하지 않으면 일정한 요건 하에서 불이익을 당하게 되고 상대방에게는 법적구제수단이 발생할 수 있다. 계약당사자가 부담하는 의무는 계약에 따라 다양하며, 어떠한 의무에 대하여 어느 정도의 의미를 부여할 것인가는 전적으로 당사자의 의사에게 달려 있을 뿐만 아니라 당사자들이 일정한 채무에 대하여 어느 정도의 의미를 부여하는지 명확하게 표시하는 경우는 그리 많지 않다. 따라서 채무의 불이행에 대한 법적 효과를 판단하는 것은 계약해석과 당사자의 의사해석이 뒷받침 되어야 한다.

이에 대하여 본 논문에서는, 계약해제권의 발생에 대한 판단기준이 되는 주된 채무와 부수적 채무를 구분하기 위해, 채무를 구성하고 있는 급부의무와 급부의무가 이행되는 과정에서 나타나는 부수적 의무, 광의의 부수적 의무에 속하는 보호 의무의 개념에 대해 살펴보았다. 특히 계약상 특정되어 있는 주된 급부의무가 아닌 부수적 의무의 위반의 효과로서, 계약해제권이 성립될 수 있는지, 즉 외관상의 부수적 의무의 위반이 계약해제권발생의 인정단계에서 어떻게 나타나는지에 대해 알아보았으며, 보호의무의 위반으로 인한 손해배상청구권의 발생은 채무불이행책임에 터 잡은 것인지 불법행위책임에 터 잡은 것인지를 논의하는 과정에서, 보호의무의 법적지위 및 안전배려의무의 법적지위에 대하여 논하였다. 이하에서는 본 논문의 주요 내용을 요약하며 마무리하고자 한다.

먼저 제2장에서는 의무의 구조를 파악하는 과정에서 계약의 당사자들이 부담하는 의무에 대하여 알아보았다. 그리고 의무의 구분을 반대하는 견해를 제시하면서 사건으로서, 채무를 계약의 성립과 이행과정에서 파악하고 불이행의 단계에서 달리 판단하여 정립하는 것이 필요하다고 하면서 채무불이행책임발생의 이전단계의

채무의 내용을 파악함에 있어 급부의무와 부수적 의무를 구별하여 이해하는 것은 유용한 판단기준이 될 수 있고 이는 미래에 일어날지도 모르는 불이행의 효과가 어떻게 작용할 것인지를 예측하는 기준이 된다고 할 수 있으며, 채무불이행이 성립했을 때 채무불이행의 구제수단의 발생근거를 정하는 척도가 될 수 있다고 하였다.

제3장에서는 부수적 의무의 불이행과 계약해제에 대하여 알아보았다. 부수적 의무의 불이행으로 인한 계약해제권 발생을 검토해 보기위해 외국의 입법례를 살펴보았으며, 원칙적으로 부수적 의무의 불이행으로 인한 계약해제권의 발생을 부정하지만, 그 위반이 중대한 때에 예외적으로 계약해제권의 발생을 인정할 수 있다고 하면서 그것을 뒷받침하고 있는 견해를 달리하는 학설의 대립에 대해서도 살펴보았다. 또한 부수적 의무는 확정되어 있기보다는 급부의 이행과정에서 상황에 따라 그 모습을 달리 하므로, 부수적 의무의 불이행으로 인한 계약해제의 발생에 대한 인정여부는 구체적인 경우에 따른 판례의 태도를 통해 검토해 보았다. 판례는 채무불이행으로 인한 해제권의 발생여부를 판단하는 기준으로서 주된 채무와 부수적 채무의 구분을 통해, 「계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다」는 입장을 보이고 있다. 또한 「계약상의 많은 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용, 목적, 불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려」 할 것을 요구하고 있는 것으로 보아, 채무불이행의 제반 사정을 고려하여 계약의 해제에 대한 인정여부를 결정하여야 한다는 것으로 해석할 수 있다.

이와 같은 판례의 태도는 계약의 목적 달성여부에 의한 해제권 인정여부 문제로서, 결국 부수적 채무불이행은 계약의 목적 달성여부에 관계되지 아니하는 의무의 불이행에 불과한 것이어서 해제권의 대상이 되지 않는 것이라고 해석하여야 할 것이라고 견해를 밝혔다. 따라서 계약체결당시 또는 급부가 이행되는 과정에서 그것이 비록 부수적인 의무에 불과했을지라도 전반적인 사정을 고려하여 보았을 때 계약목적 달성에 그것이 필수적이었다면, 계약해제권의 발생을 판단하는 단계에서 주된 채무가 되어 해제권 발생의 원인이 될 수 있다고 판단하였다. 즉 외관상의 부수적 의무의 불이행으로 인해 해제권의 성립을 판단할 때, 주된 채무가 되

어 해제권 발생의 원인이 될 수는 있으나 부수적 의무의 불이행 그 자체로서 해제권을 발생시킬 수는 없다고 할 것이다. 결국 계약해제의 원인은 계약의 중대한 위반이라고 볼 수 있으며 부수적 의무의 불이행도 구체적으로 그 채무의 내용을 판단한 결과, 그것이 비록 부수적 의무의 모습이었다고 할지라도 계약의 목적의 달성에 있어서 주된 채무로 작용하였다면 계약해제의 원인이 될 수 있다고 할 수 있겠다.

제4장에서는 부수적 의무의 불이행과 손해배상에 대하여 알아보았다. 즉 부수적 의무의 불이행에 대한 손해배상은 인정하고 있는 것과는 별도로, 급부의무와 직접적인 관련이 없는 보호의무의 불이행에 대해서도 불법행위로 인한 손해배상 책임이 아닌, 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 발생으로 다룰 것인가에 대해 논의해 보았다. 이에 관한 외국의 입법례를 살펴보았으며, 계약으로 인해 발생하는 의무를 구분하기 보다는 통일적인 개념으로 파악하여, 이에 대한 불이행이 있을 때에 손해가 발생하면 채무불이행책임에 따른 손해배상을 인정하는 것도 확인하였다. 또한 우리나라에서의 학설 대립 및 판례를 검토해 보았다.

계약과 관련하여 급부의무 외에 부수적 의무로서 나타나는 보호의무는 위에서 나타난 계약관계가 아니면 존재할 수 없으므로 이는 계약상의 의무라 할 수 있고, 계약관계를 전제로 하지 않고 사회 일반인 사이에서 요구되는 불법행위법상의 의무와는 다르게 판단되어야 한다. 또한 급부의무 이외의 법익을 보호하는 의무라 하여 이를 모두 불법행위법상의 의무로 취급해서는 아니되며, 계약관계가 없는 사회일반인 사이에서 요구되는 의미가 아니라 계약상의 급부의무의 이행과 관련해서만 특유하게 요구되는 부수적 의무로서의 보호의무라면, 그러한 의무는 계약상의 의무로 취급해야 할 것이다. 안전배려의무 역시 부수적 의무 중에서도 보호의무에 속하는 근로계약상의 부수적 의무로 판단하여, 안전배려의무의 불이행을 채무불이행책임으로 하는 것이 고의 및 과실의 입증책임을 사용자에게 전환하고, 피해자의 입증책임의 부담을 경감한다는 것과 10년의 소멸시효 기간 등을 통하여 피해근로자에게 보다 유리하다는 점 등, 피해자의 권리구제에 보다 효과적이라는 것을 감안하여, 안전배려의무의 불이행으로 인한 채무불이행책임을 인정해야 할 것이다.

이상에서는 계약으로 발생하는 의무와 채무불이행의 모습을 부수적 의무의 불이행을 중심으로 알아보았다. 결국 부수적 의무는 계약의 성립과 계약의 목적 달성을 위한 이행 단계에서는 계약상의 의무, 즉 급부의무, 부수적 의무, 보호의무 중에서도 급부의무의 실현을 돕는 부수적 의무로서 나타난다고 볼 수 있다. 그리

고 채무불이행에 대한 해제권의 성립을 판단하는 단계에서는 외관상의 부수적 의무의 모습을 하고 있을지라도 계약의 내용과 그에 관련된 제반사정을 고려했을 때, 그것이 계약을 맺은 목적을 달성하는 데 필수·불가결하고 그 채무의 불이행이 있으면 당해 계약을 한 목적을 달성할 수 없을 정도의 중요한 채무라고 판단된다면 주된 채무가 되어 해제권이 발생할 수 있다고 새겨야 할 것이다. 또한 급부이익과 직접적인 관련이 없는 보호의무의 위반이라고 할지라도 계약으로부터 도출되어 급부의무의 이행과 관련해서만 요구된다면 계약상의 부수적 의무에 포함된다고 하여 채무불이행책임으로 다루어야 할 것이다.



< 참 고 문 헌 >

『 단행본 』

- 곽윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2009.
- 곽윤직, 「채권각론」 제6판, 박영사, 2003.
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해(VIII)」, 박영사, 1996.
- 관윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」, 박영사, 1995.
- 김상용, 「비교계약법」, 법영사, 2002.
- 김준호, 「채권법」, 법문사, 2010.
- 김형배, 「채권총론」 제2판, 박영사, 1998.
- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 1998.
- 김형배 · 김규완 · 김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2010.
- 박종두, 「채권법총론」 제3판, 삼영사, 2010.
- 송덕수, 「신민법강의」 제2판, 박영사, 2009.
- 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2005.
- 이은영, 「채권총론」 제4판, 박영사, 2009.
- 이은영, 「채권각론」 제4판, 박영사, 2004.
- 지원림, 「민법강의」 제9판, 홍문사, 2011.

『 논문 』

- 김대정, “채무불이행체계의 재점검”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.

- 김동훈, “계약해제에 관한 연구”, 「법학논총」 제12집, 국민대학교 법학연구소, 2000.
- , “계약해제와 관한 최근 판례의 동향”, 「법학논총」 제19집, 국민대학교 법학연구소, 2007.
- 김상중, “채무불이행법 체계의 새로운 이해를 위한 시도 -채무구조론과 ‘요건적 유형론’의 극복을 통하여-”, 「비교사법」 제16권 2호(통권 제4호), 한국비교사법학회, 2009.
- 김용호, “산업재해에 있어서의 안전배려의무”, 「법학논총」, 단국대학교 법학연구소, 2011.
- 김재완, “채무구조상 보호의무에 관한 소고”, 「법학연구」 제16집 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2008.
- , “계약체결상의 과실과 불완전이행의 책임체계구성에 관한 연구-신의칙에 기초한 채무구조를 중심으로”, 경상대학교 박사학위논문, 2010.
- 명순구, “우리 민법상 이행지체로 인한 계약해제와 그 비교법적 특성”, 「법학논총」 제12집, 한양대학교 법학연구소, 1995.
- 박영복, “유럽통일계약법과 한국매매법”, 민사법학 제24호, 한국민사법학회, 2003.
- 박정기, “계약상의 부수적인 의무에 관한 이행청구의 가능성에 관하여”, 「부경대학교 논문집」 제3권 제1호, 부경대학교, 1998.
- , “민법상의 Obliegenheit에 관한 연구-Reimer Schmidt의 학설을 중심으로”, 「비교사법」 제13권 제1호(통권 제32호), 2006.
- , “이른바 간접의무에 관하여”, 「경성법학」 제15집 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2006.
- 서광민, “불완전이행론”, 「서강법학」 제1권, 서강대 법학연구소, 1999.
- , “채권법상의 보호의무”, 「서강법학」 제3권, 서강대 법학연구소, 2001.
- 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 상사법연구 제21권

- 제2호, 한국상사법학회, 2002.
- 송오식, “사용자의 안전배려의무”, 「법학논총」 제23권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003.
- 송호영, “새로운 독일채무불이행법의 체계”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.
- 양창수, “계약체결상의 과실”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998.
- 윤형렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 13·14호, 한국사법행정학회, 1996.
- 이상원, “산업재해소송에 있어서의 법리구성에 관한 몇가지 문제”, 「법조」, 법조협회, 1989.
- 이영준, “신의 성실의 원칙에 관한 소고”, 「근대민법학의 제문제(청간김증한박사 화갑기념)」, 박영사, 1981.
- 이은영, “산업재해와 안전의무”, 「인권과 정의」, 한국변호사협회, 1991.
- 이창상, “계약법규범과 불법행위법규범과의 관계에 관한 고찰 -안전배려의무의 법적 성질과 판례의 분석-”, 「경성법학」, 경성대학교 법학연구소, 2003.
- 정중휴, “계약책임의 재구성-독일 채권법 현대화를 중심으로-”, 비교사법 제9권 제3호, 한국비교사법학회, 2002.
- 정진명, “부수적 채무불이행과 계약해제”, 「민사법학」 제30호, 한국사법행정학회, 2005.
- 지원림, “채무구조론 -계약상의 채무를 중심으로-”, 「민사법학」 제21호, 한국사법행정학회, 2002.
- , “채무불이행의 유형에 관한 연구”, 「민사법학」 제15호, 한국사법행정학회, 1997.
- 최수정, “해제권을 발생시키는 채무불이행 -주된 의무와 부수적 의무의 구분에 대한 재검토-”, 「저스티스」 제68호, 한국법학원, 2002.
- 최영진, “근로계약상의 부수적 의무에 관한 고찰”, 「한양법학 제24집, 한양법학회, 2008.

『 외국 문헌 』

- Brecht, System der Vertragshaftung, Jherings Jahrbücher Bd. 53, 1908.
- Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1964.
- Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen—Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965.
- Emmerich, Inhalt des Schuldverhältnisses—Leistungsstörungen, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, 1974.
- Hartmann, Die Obligation, 1875.
- Henß, Olaf, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, 1987.
- Himmelschein, Erfüllungsszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP, Bd. 135, 1932.
- Huber, Leistungsstörung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesminister der Justiz Bd. 1, 1981.
- Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14 .Aufl., 1987.
- Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP, Bd. 96, 1905.
- , Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906.
- Leonhard, Das Schuldrecht des BGB Band 1, 1929.
- Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932.

Siber, Planck's Kommentar zum BGB, Bd. 2, 1914.

——, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsgericht, Jherings Jahrbücher Bd. 50, 1906.

Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP, Bd. 136, 1932.

——, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

Stüner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976.

Thiele, Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967.

Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey Bd. 1, 1965.

Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, 1911.

『기타』

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1125

http://kr.gobizkorea.com/guide/tradelaw/311_1.jsp?sub_menu2=311&#Article 11

<http://law.e-gov.go.jp/>,

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>