

# 賣渡人의 擔保責任에 관한 一考察

金 哲 洙\*

## Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel

Cheol-Soo Kim

### <目 次>

I. 問題의 所在	II. 檢 討
II. 學說 및 判例	IV. 맺음말
1. 學 說	
2. 判 例	

### I. 問題의 所在

賣買의 目的인 財産權에 瑕疵가 있어서 이로 말미암아 그 財産權의 전부 또는 일부를 이전할 수 없거나, 또는 그 財産權의 客체인 物件에 瑕疵가 있는 것을 給付한 경우에, 民法은 賣渡人에게 일정한 責任을 인정하여 제570조 내지 제584조에서 이에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.<sup>1)</sup> 이와 같이 賣買의 目的인 權利에 瑕疵가 있거나 目的物인 物件에 瑕疵가 있는 경우에 賣渡人이 買受人에 대하여 부담하는 責任을 賣渡人의 擔保責任이라고 한다. 그리고 通說은 民法이 정하는 賣渡人의 擔保責任을 「權利의 瑕疵에 대한 擔保責任(Rechtsmangelhaftung)」(제570조 내지 제579조. 다만 제571조는 賣渡人의 權利에 대한 규정이며 擔保責任에 관한 것은 아니다)과 「物件의 瑕疵에 대한 擔保責任(Sachmangelhaftung)」(「瑕疵擔保責任」이라고도 한다. 제580조 내지 제582조)으로 나누고 있다.

그런데 賣渡人의 擔保責任의 法的 性質 및 責任內容에 관하여는 종래 法定責任說과 債務不履行責任(契約責任)說의 심한 이론의 대립이 있었으나, 현재의多數의 學說은 이것을 賣買契約의 有償性에 비추어 買受人을 보호하고 一般去來의 動的 安全을 보장하려는 뜻에서 賣渡人에게 인정되는 法定責任으로 이해하고 있다.<sup>2)</sup> 따라서 이 責任은 債務不履行責任과는 전혀 관계없이 法이 買受人을 보호하기 위하여 특히 정

\* 韓國海洋大學校 法學科 副教授, 法學博士

1) 이는 근대 각국의 民法典에서도 마찬가지이다(독일민법 제434조 내지 제459조, 일본민법 제561조 이하, 프랑스민법 제1625조 이하). 영미법에서도 대륙법계의 擔保責任에 유사한 것으로서 warranty(특히 implied warranty) 및 misrepresentation 제도가 발전하여 왔다.

한 일종의 法定無過失責任이라고 하는 것이 지배적이다. 그러나 최근에 이르러 法定責任說의 이론적 기초(특히 瑕疵擔保責任에 있어서의)인 特定物 履行義務(이른바 「特定物도그마」<sup>3)</sup>)를 부정하고, 「瑕疵 없는 物件(完全物)의 給付義務」를 인정하여 擔保責任을 債務不履行責任의 特則으로 파악하는 견해(債務不履行責任說)가 다시 등장하게 되었다.<sup>4)</sup>

이로써 오늘날 賣渡人の 擔保責任의 法的 性質에 관한 논쟁이 재현되고는 있으나, 兩說 모두 결정적인 理論이 되지 못한 채 새로운 理論의 문제를 제기하고 있다. 물론 擔保責任의 法的 性質에 대한 논의는 단순히 이 제도의 본질자체에 대한 이론상의 문제에 지나지 않는 것은 아니다. 즉, 擔保責任의 내용으로서 인정되고 있는 損害賠償은 어떠한 성질의 것이며 또한 그 범위는 어디까지인가(履行利益의 賠償인가, 信賴利益의 賠償인가가 주로 논의된다), 一般債務不履行規定과의 관계는 어떠한 것인가, 種類賣買에 있어서 인정되는 瑕疵 없는 物件의 給付請求權은 어떤 성질을 가지는가 하는 점에 있어서도 이 責任의 法的 性質에 대한 견해 차이에 따라 서로 다른 결론에 이르게 되는 것이다. 이러한 관점에서 보면 賣渡人の 擔保責任制度는 그것이 갖는 民事責任上的 위치와 관련하여 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

그리하여 이하에서는 먼저 擔保責任의 法的 性質에 관한 우리나라의 學說·判例의 상황을 정리·분석한 다음, 그 논의의 핵심인 債務不履行責任과 賣渡人の 擔保責任과의 관계를 밝히고, 그것으로부터 賣渡人の 擔保責任에 관한 民法規定의 解釋論을 제시하고자 한다.

## Ⅱ. 學說 및 判例

### 1. 學說

#### (1) 法定責任說

賣渡人の 擔保責任은, 그것이 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任이든 또는 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任(瑕疵擔保責任)이든 모두 「法定擔保責任」이라고 하는 견해로서 우리나라의 多數說이다.<sup>5)</sup> 즉 賣渡人の 擔保責任은 債務不履行責任과 전혀 관계가 없으며, 有償契約인 賣買에 있어서 公평·거래신용의 보호의 관점에서 賣渡人에게 인정되는 法定責任이라고 하는 것이다. 역사적으로 擔保責任의 法的 性質에 관한 논의는 독일의 後期普通法學에서의 瑕疵擔保의 본질에 관한 논쟁에서 비롯되며, 여기에서 「瑕疵가 있는 特定物의 급부는 瑕疵가 없는 완전한 履行이다」라고 하는 명제가 지지를 받아 特定物의 瑕疵擔保責任을 法定

2) 金基善, 韓國債權法各論(서울: 法文社, 1968), 137면; 金曾漢, 債權各論(서울: 博英社, 1988), 146면; 金顯泰, 新稿債權各論(서울: 一潮閣, 1969), 117면; 金錫宇, 債權法各論(서울: 博英社, 1978), 182면.

3) 「瑕疵가 있는 特定物의 급부는 瑕疵가 없는 완전한 履行이다」라고 하는 독일법상의 명제(Dazu vgl. Siber, Planck's Kommentar zum BGB, Bd.2, Halfte 1(Berlin: Guttentag, 1914), S.214), 즉 特定物에 瑕疵가 있어도 賣渡人이 그것을 급부하면 완전한 履行이 된다고 하는 입장을 「特定物도그마」라고 한다(北川善太郎, 契約責任の研究(東京: 有斐閣, 1963), 87면, 139면).

4) 金亨培, 「瑕疵擔保의 性質」, 民法學研究(서울: 博英社, 1986), 226면 이하; 曹圭昌, 「物件의 瑕疵擔保責任」, 月刊考試(1984. 2), 47면 이하; 黃迪仁, 現代民法論Ⅳ(서울: 博英社, 1987), 238면.

5) 金曾漢·安二濬(編著), 新債權各論(上)(서울: 博英社, 1961), 224면; 金基善, 韓國債權法各論, 137면; 金顯泰, 新稿債權各論, 117면.

責任으로 파악하는 견해가 通說로 되게 되었음은 주지의 사실이다.<sup>6)</sup> 우리 나라의 法定責任說도 이러한 독일 이론으로부터 많은 영향을 받아 형성되었으며, 그 결과 法定責任說의 논거는 特定物의 瑕疵에 대한 擔保責任에 있어서 뚜렷하게 나타난다.

그리하여 法定責任說에 의하면, 特定物賣買에 있어서 目的物에 瑕疵가 있는 경우에 賣渡人에게는 「瑕疵 없는 物件을 급부하여야 할」 債務는 존재하지 아니한다. 왜냐하면 이 경우에 이론적으로 瑕疵 없는 物件을 급부하는 것은 原始的 不能이기 때문이다. 따라서 賣渡人이 瑕疵 있는 特定物을 급부한 경우에도 그것은 債務의 「완전한 履行」이며, 이 때에 賣渡人이 부담하는 瑕疵擔保責任은 債務不履行의 효과는 아니다. 그것은 買受人의 신뢰보호를 위하여 法律이 특히 정한 法律上的 責任(gesetzliche Haftung)=法定責任이다. 債務不履行責任이 過失責任임에 반하여 이 責任은 賣渡人의 歸責事由를 요건으로 하지 않는 無過失責任이다. 賣渡人에게는 瑕疵 없는 物件의 給付義務가 없으므로 完全物給付請求權 또는 補修請求權은 인정되지 아니한다고 한다.

### (2) 擔保責任의 二元說

物件의 瑕疵에 대한 擔保責任은 法定責任이지만, 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任은 그 本質에 있어서 債務不履行責任이라고 하여 擔保責任을 二元的으로 파악하는 견해이다(少數說).<sup>7)</sup> 이 學說에서 특히 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任을 債務不履行責任으로 파악하는 근거는 다음과 같다.

역사적으로 본다면, 로마법에서는 賣渡人은 목적물의 占有移轉義務만을 부담하였으며, 所有權移轉義務는 부담하지 않았다. 따라서 賣渡人이 목적물의 占有를 移轉한 후에, 買受人이 목적물을 제3자로부터 「追奪(evictio)」당한 경우에 賣渡人이 부담하는 責任은 義務違反으로 인한 債務不履行責任이 아니라 事後的인 擔保의 救濟手段으로 파악되었다(追奪擔保責任). 그러나 근대법에서는 賣渡人의 履行義務로서 占有移轉義務와 함께 所有權移轉義務가 있음이 인식되게 됨으로써, 이제는 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任의 本質을 所有權移轉義務의 위반에 대한 責任(債務不履行責任)으로 파악하지 않으면 아니된다. 따라서 民法이 정하는 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任의 規定은 債務不履行責任의 特則인 것으로 된다.

### (3) 修正法定責任說

賣渡人의 擔保責任은, 그것이 權利의 瑕疵에 기한 擔保責任이든 또는 物件의 瑕疵에 기한 擔保責任이든, 그 본질에 있어서는 債務不履行 내지 不完全履行에 대한 責任이며, 다만 연혁적인 이유로 法定責任으로 되어 있다고 하는 견해이다.<sup>8)</sup> 이 學說은 賣渡人의 擔保責任을 일종의 法定責任으로 파악하는 점에서 多數說과 차이는 없다. 따라서 擔保責任의 요건·효과에 대한 法律構成도 多數說인 法定責任說과 기본적으로 일치한다. 다만 종래의 法定責任說이 擔保責任을 債務不履行責任과는 전혀 관계없는 責任인 法定責任으로 이해하고 있음에 반하여, 이 學說은 그 본질이 債務不履行責任인 法定責任으로 이해하는 점에 차이가 있다. 좀 더 자세하게 보기로 한다.

6) 이에 관한 상세한 내용은 北川善太郎, 契約責任の研究, 98면 이하 참조.

7) 崔槓, 新債權法各論(서울: 博英社, 1961), 99면.

8) 郭潤直, 債權各論(서울: 博英社, 1990), 206~207면.

먼저 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任에 관하여는, 擔保責任의 二元說에서와 마찬가지로의 이유에 의하여 그 본질을 債務不履行責任으로 파악한다. 즉 근대법의 賣買는 賣渡人에게 所有權移轉義務를 인정하고 있으므로 이 責任은 이론상 債務不履行責任으로서 파악되어야 할 성질의 것이지만, 로마법에서 성립한 法定의 擔保責任이 근대법에 그대로 전하여져(즉 연혁적인 이유로) 法定責任으로 된 것이다. 다음에 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任에 관하여도 대체로 같다. 즉 賣買의 目的物에 瑕疵가 있는 경우를 규율하고 있었던 로마법상의 제도가 그대로 근대법에 전하여져 法定責任으로 된 것이다. 그리고 이러한 근대 民法의 賣渡人의 擔保責任制度가 연혁적 구속을 벗어난다면, 擔保責任制度和 債務不履行制度의 본질적 관련성에 비추어 양 제도의 統一의 理論構成도 가능하다고 한다.

#### (4) 債務不履行責任說

賣渡人의 擔保責任의 본질문제와 관련하여, 多數說인 法定責任說을 부정하고 이를 債務不履行責任으로 파악하여, 擔保責任과 債務不履行責任의 統一의 理論構成을 시도하는 견해이다.<sup>9)</sup> 이 學說에서는 먼저 法定責任說의 이른바 「特定物도그마」를 부정한다. 즉 特定物의 賣買에서 物件의 성질도 당연히 契約의 내용에 포함될 수 있으며, 또한 항상 포함되어 있다고 보는 것이 적절하다. 따라서 「瑕疵 없는 特定物의 給付義務」가 승인된다. 賣渡人이 瑕疵 있는 特定物을 급부한 경우에는 바로 이 義務의 위반인 債務不履行(不完全履行)이 된다. 결국 瑕疵擔保責任에 관한 民法 제580조의 규정은 債務不履行責任의 一般規定(제 390조)에 대한 特則인 것으로 된다. 그 결과 買受人은 現實履行請求權으로서의 補修請求 또는 履行利益의 賠償請求를 할 수 있게 된다.

한편 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任에 있어서도, 賣渡人의 所有權移轉義務 내지 완전한 權利的 移轉義務가 인정되고 있으므로, 그 본질은 역시 債務不履行責任이다. 그리하여 債務不履行責任制度和 擔保責任制度는 一般法과 特別法의 관계에 있으며, 따라서 통일적 원리에 의하여 지배된다고 한다.

## 2. 判 例

(1) 우리 大法院의 判例는 賣渡人의 擔保責任의 法的 性質을 어떻게 파악하고 있는가? 그러나 아직까지 이를 명시적으로 說示한 判例는 찾아볼 수 없으므로 이 문제에 관한 判例의 입장은 반드시 명확한 것은 아니다. 다만 賣渡人의 擔保責任과 관련한 몇몇 大法院 判例를 통하여 判例의 입장을 대략적으로 알아볼 수 있을 뿐이다. 이하에서는 편의상 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任과 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任으로 나누어 살펴본다.

#### (2) 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任

먼저 權利的 瑕疵에 대한 擔保責任과 관련한 大法院 判例를 몇 개 소개한다.

<判例(1): 大判 1960. 4. 21 [4292 民上 385]>

「他人의 權利를 賣却한 賣主가 買主에게 그를 移轉할 수 없는 경우에 善意的 買主에 대하여 負하는 擔保責任은 賣主의 歸責事由로 인한 債務不履行責任과는 그 性質을 달리하여 일종의 無過失責任이라고 할 것이므로 賣主의 賠償範圍는 履

9) 주 2 참조.

行利益의 賠償이 아니라 信賴利益의 賠償에 그친다 할 것이다.

<判例(2) : 大判 1957. 10. 31 [4290 民上 552]>

「賣買의 目的物에 숨은 瑕疵가 있음으로 인하여 損害를 받은 善意의 買受人이 그 賠償을 請求하는 경우에는 賣渡人은 이에 대하여 故意 또는 過失이 없다 할지라도 그 損害를 賠償할 責任이 있는 것이다」.

<判例(3) : 大判 1967. 5. 18 [66 다 2618]>

「賣買의 目的이 된 權利가 他人에게 속한 경우에 賣渡人이 그 權利를 取得하여 買受人에게 移轉할 수 없을 때에는 賣買의 目的이 된 權利가 賣渡人에게 속하지 아니함을 알지 못한 買受人이 賣渡人에 대하여 損害賠償을 請求함에는 賣渡人은 契約이 완전히 履行된 것과 同一한 經濟的 利益을 賠償함이 相當할 것임으로 그 損害는 買受人이 입은 損害뿐만 아니라 얻을 수 있었던 利益의 상실도 포함된다고 解釋할 것이다. 따라서 이 見解에 背馳되는 大法院 1960.4.21 선고 4292 民上385호 事件에 표시된 本院의 見解를 변경한다」.

<判例(4) : 大判 1970. 12. 29 [70 다 2449]>

「原審이 確定한 바와 같이 原告는 이 事件 賣買契約 당시 이 事件 土地의 所有權이 被告에게 속하지 아니함을 알고 있었으므로 原告는 民法 第570條 但行에 의하여 被告에게 대하여 이 事件 履行不能을 原因으로 하여 損害賠償을 請求할 수 없다는 것이고 다만 이 事件 履行不能이 被告의 歸責事由로 인하여 이루어진 것인 때에 한하여 原告는 被告에게 대하여 이로 인한 損害賠償을 請求할 수 있는 것이므로 이 事件 履行不能이 被告의 歸責事由로 인한 것인가의 점은 原告가 이를 主張立證하여야 할 것이고 履行不能이 있었다고 하여 만연 이는 被告의 歸責事由로 인한 것이라고 推定할 수 없는 것이라 할 것이다」.

위의 判例를 통하여 알 수 있는 바와 같이, 賣渡人의 擔保責任의 法的 性質과 관련하여 判例는 他人의 權利를 賣買한 賣渡人의 擔保責任을 賣渡人의 歸責事由로 인한 債務不履行責任과는 그 성질을 달리하는 일종의 無過失責任이라고 하고(위의 判例(1)), 또한 賣渡人의 瑕疵擔保責任도 이를 無過失責任으로 파악함으로써(위의 判例(2)), 대체로 法定責任說의 입장을 취하고 있는 듯 하다. 그러나 그 후 大法院은 태도를 바꾸어 他人의 權利의 賣買의 경우에 損害賠償은 履行利益의 賠償이라고 하여 종래의 信賴利益의 賠償의 입장(위의 判例(1))을 변경하였다(위의 判例(3)). 그리고 이 判例(3)의 입장은 현재까지 유지되어 오고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 判例는 왜 履行利益을 賠償하여야 되는지 그 이유를 밝히고 있지는 않다. 또한 他人의 權利의 賣買의 경우에 買受人이 契約 당시 그 權利가 賣渡人에게 속하지 아니함을 안 때에는(民法 제570조 단서 참조), 買受人은 民法 제570조에 의한 損害賠償을 청구하지 못하지만, 買受人이 賣渡人의 歸責事由 있음을 스스로 立證한 때에는 일반의 履行不能을 이유로 하는 損害賠償은 청구할 수 있다고 한다(위의 判例(4)). 그리하여 특히 他人의 權利의 賣買로 인한 擔保責任의 法的 性質에 관한 判例의 입장은 더욱 不明하게 되고 있다.

(3) 우리 民法은 제580조에서 特定物賣買에 있어서 目的物에 瑕疵가 있는 경우에 賣渡人이 지는 擔保責任을 규정하고 있으며, 이 규정을 種類物의 賣買의 경우에도 準用하고 있다(民法 제581조). 이에 관하여 大法院 判例는 「賣買의 目的物에 숨은 瑕疵가 있음으로 인하여 損害를 받은 善意의 買受人이 그 賠償을 청구하는 경우에는 賣渡人은 이에 대하여 故意 또는 過失이 없다 할지라도 그 損害를 賠償할 責任이 있는 것이다」라고 判示함으로써 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任과 마찬가지로 賣渡人의 故意·過失 등의 歸責

10) 大判 1969. 2. 4 [66 다 1615]; 大判 1970. 12. 29 [70 다 2449]; 大判 1973. 12. 26 [73 다 1516]; 大判 1975. 2. 10 [74 다 584]; 大判 1979. 4. 24 [77 다 2290] 참조.

事由를 요건으로 하지 않는 일종의 無過失責任으로 한다.<sup>11)</sup> 그러나 이것 외에 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任의 본질과 관계있는 判例는 보이지 않는다.

### Ⅲ. 檢 討

(1) 이상에서 본 바와 같이, 우리 나라에서의 賣渡人의 擔保責任에 관한 논쟁은 그 責任의 본질(法的性質)이 法定責任인가, 아니면 債務不履行責任인가 하는 문제에 관한 것이었다. 따라서 賣渡人의 擔保責任에 관한 논의에 있어서는 그 제도 자체의 문제보다도, 오히려 債務不履行責任과의 구조적 관련성이 문제가 쫓점으로 되어 있다고 할 수 있다. 그 중에서도 특히 논의의 중심은 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任(瑕疵擔保責任)에 관한 것이었으며, 여기서는 特定物賣買에 있어서 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」의 인정 여부를 둘러싸고 法定責任說과 債務不履行責任說의 입장이 兩極的으로 대립하고 있는 것이 現狀이다. 法定責任說은, 特定物の 賣買에 있어서 給付義務의 내용은 目的物の 「성질」에는 미치지 않으며(이른바 「特定物도그마」) 또한 瑕疵 있는 목적물이 급부된 경우에 瑕疵 없는 완전한 物件을 급부한다고 하는 것은 原始的 不能이라는 관념 아래 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」를 부정한다. 이에 반하여 債務不履行責任說은 「特定物도그마」를 부정하고, 特定物の 性質을 合意內容에 포함시킴으로써 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」를 인정한다. 따라서 債務不履行責任說에 의하면 瑕疵 있는 特定物の 급부 = 瑕疵 없는 特定物の 급부의무의 위반 = 債務不履行(不完全履行)이 되며, 法定責任說에 의하면 瑕疵 있는 特定物の 급부는 契約上の 義務違反이 아니므로 擔保責任은 債務不履行責任과는 전혀 관계없는 일종의 法定責任으로 된다.

(2) 이와 같은 兩說의 주장에 대한 검토에 앞서, 前述한 修正法定責任說에 대하여 어떠한 판단을 할 것인가를 먼저 검토하지 않으면 안된다. 왜냐하면 이 學說은 法定責任說과 債務不履行責任說이라고 하는 兩極的인 대립 가운데, 責任의 性質은 法定責任이지만 그 本質은 債務不履行責任이라고 하는 애매한 입장을 취하고 있기 때문이다. 그러나 이 學說에는 다음과 같은 문제점이 있음을 지적할 수 있다.

첫째, 이 學說은 종래의 法定責任說과 債務不履行責任說의 이론적 대립에 있어서, 法定責任·債務不履行責任이라고 하는 용어의 意義에 대하여 오해하고 있는 것으로 보인다. 여기에서 法定責任은 消極的으로 債務不履行責任, 擔保約束(Garantieverprechen)에 의한 責任으로 돌아가지 않는, 法律이 특히 苛한 責任을 의미한다.<sup>12)</sup> 반면에 債務不履行責任說은 法律의 규정에 의하여 인정되는 責任이라고 하더라도 그 本質이 債務의 不履行인 경우에는 그 규정은 債務不履行의 特則으로 되며, 이 규정에 의하여 規制되지 아니하는 사항에 대하여는 一般規定의 補充性(Subsidiarität)의 原理<sup>13)</sup>에 따라 一般債務不履行責任이 개입한다는 것이다. 즉 債務不履行責任說에서도 擔保責任이 法律에서 정하고 있는 責任임을 부정하는 것은 아니다. 法律에서 정하고 있는 責任이기는 하지만 그 본질은 債務不履行에 대한 責任에 지나지 않는다고 하는 것이다. 따라서 修正法定責任說의 논리는 전형적인 債務不履行責任說이 주장하고 있는 논리와 일치

11) 大判 1957. 10. 31 [4290 民上 552]

12) 北川善太郎, 契約責任の研究, 140면 참조.

13) 曹圭昌, 「民法 第390條와 積極的 契約侵害」, 民法學論叢(郭潤直教授 華甲紀念論文集), 366면 참조.

한다. 그 責任의 본질은 債務不履行責任이라고 하면서 債務不履行責任說을 부정하고 法定責任說을 주장하는 것은 논리적으로 모순이다.

둘째, 또한 로마법 이래의 연혁에 의하여 근대법에서는 이 責任이 法定責任으로서 규제되어 있다고 하지만, 이 사실은 正當化(justification) 되지 아니한다. 근대법이 擔保責任을 法律에서 규정하고 있는 것으로부터 바로 이 責任이 法定責任이라고 하는 結論이 도출될 수 있는 것은 아니다. 그것은 다음과 같은 사실로부터 쉽게 알 수 있다. 먼저 獨逸民法典上的 瑕疵擔保責任의 法的 性質을 둘러싸고 초기의 法定責任說과 契約責任說(債務不履行責任說)의 대립에서, 法定責任說<sup>14)</sup>이 점차 지지를 얻어 이것이 通說로 된 것에 불과하며, 契約責任說(債務不履行責任說) 역시 아직까지 유력하게 주장되고 있다.<sup>15)</sup> 그리고 프랑스民法典(Code Civil, 1804 CC.)에서의 瑕疵擔保(la garantie des défauts de la chose vendue, artt. 1641 - 1649)의 규정에 대하여 프랑스의 多數論은 이것을 債務不履行으로 解釋하고 있다.<sup>16)</sup>

셋째, “賣渡人の 擔保責任制度가 沿革의 拘束을 벗어난다면, 擔保責任制度와 債務不履行責任의 本質的 관련성에 비추어 장차 兩制度의 統一的 理論構成과 規制가 가능하다”고 한다.<sup>17)</sup> 그러나 여기에서 「沿革의 拘束을 벗어난다」는 것이 무엇을 의미하는 것인지, 그리고 왜 沿革的인 사실에 拘束되어야 하는지도저히 이해할 수 없다. 로마법 및 근대법 특히 독일법의 擔保責任法은 繼受法인 한국법의 解釋에 있어서 어느 정도의 가치를 가지는 것은 사실이지만, 이러한 沿革에 拘束되어야 할 논리적 필연성은 전혀 존재하지 아니한다. 그것으로부터 직접 한국법의 구체적 解釋基準을 이끌어 낼 수는 없으며, 그것은 比較法으로서의 의미 이상의 것은 가지지 아니한다.

이상과 같은 이유에 의하여 먼저 修正法定責任說의 애매한 法律論은 배제되지 않으면 아니된다.

(3) 그렇다면 종래의 法定責任說과 債務不履行責任說의 理論的 대립은 이를 어떻게 평가할 것인가? 이하에서 보기로 한다.

法定責任說과 債務不履行責任說의 대립은 특히 瑕疵擔保에 있어서 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」의 인정여부에 집중된다. 前者의 입장에서는 이 義務를 부정하며(特定物도그마), 瑕疵擔保는 전적으로 法律의 규정에 의하여 규제되는 것으로 이해한다. 따라서 擔保義務와 履行義務를 준별한다. 그러나 後者の 입장에서는 瑕疵 없는 特定物の 給부에 관한 合意는 당연히 契約의 내용에 포함된다고 함으로써(特定物도그마의 부정) 이 義務를 인정한다.

생각컨대 特定物の 성질이 契約의 내용에 포함될 수 있는 것은 당연한 것이다. 買受人의 입장에서는 오히려 特定物 자체(das sein)가 아니라 그 性狀(das Sosein)에 가치를 두고 賣買代金を 약속하는 것이 일반적이다.<sup>18)</sup> 성질이 契約의 내용에 포함된 경우에는, 이것으로부터 賣渡人の 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」

14) 대표적으로는 Friedrich Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehier beim Kauf, JJ. Bd. 49(1905), S.93 ff.

15) Dazu Vgl. Werner Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf(Münster : Regensburg, 1948), S.33 ff; 北川善太郎, 契約責任の研究, 139면 이하.

16) 北川善太郎, 契約責任の研究, 123면 참조.

17) 郭潤直, 債權各論, 207면.

18) Vgl. Leo Raape, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP. Bd. 150 (1949), S.481.

를 도출할 수 있다. 그러나 特定物도그마의 부정에 의하여 성질이 契約의 내용으로 될 수 있다는 사실은 正當化되지만, 모든 特定物賣買에 있어서 성질이 반드시 契約의 내용으로 되는 것은 아니다. 개개의 契約의 解釋에 의하여 성질에 관한 合意의 존재 여부를 확정하는 것이 필요하다.<sup>19)</sup> 따라서 구체적 契約의 解釋에 의하여 그 내용을 확정하기 이전에 「瑕疵 없는 特定物の 給付義務」의 存否에 관하여 다투는 것은 아무런 의미를 갖지 못한다. 이 점과 관련하여 法定責任說과 債務不履行責任說 사이의 종래의 논쟁에 있어서는 契約의 解釋에 의한 債務의 내용의 확정과 擔保責任에 관한 法律의 규정의 적용이라는 서로 차원을 달리하는 문제의 구별이 충분히 인식되지 아니한 채 논의되어 왔음을 지적할 수 있다.<sup>20)</sup> 그러나 賣渡人의 擔保責任의 法的 性質을 이해하기 위하여는, 먼저 擔保責任에 관한 民法의 규정이 任意規定이라고 하는 사실의 인식 아래 「契約의 解釋」과 「法律의 適用」을 구별하지 않으면 아니된다. 이하에서는 편의상 權利의 瑕疵에 대한 경우와 物件의 瑕疵에 대한 경우로 나누어 보기로 한다.

먼저 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任에 관하여 본다면, 근대법의 賣買契約에 있어서 賣渡人이 「權利移轉義務」(完全한 權利의 移轉義務)를 부담한다고 하는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 民法 제563조, 제568조 및 제569조의 규정도 이것을 반영하고 있다. 따라서 賣買의 목적이 된 權利의 移轉에 관한 명시적인 合意가 없는 경우에도 개개의 賣買契約으로부터(즉 補充的 解釋을 포함한 契約解釋의 차원에서) 「權利移轉義務」를 推論할 수 있다. 따라서 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任은 바로 이 義務의 위반에 대한 責任, 즉 債務不履行으로 인한 責任이며, 權利의 瑕疵에 대한 擔保責任을 규정하고 있는 民法 제569조 이하의 규정은 債務不履行에 대한 特則인 것으로 된다.

다음으로 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任에 관하여 보기로 한다. 「完全한 權利의 移轉義務」의 경우와는 달리, 현재의 단계에서 賣渡人에게는 「瑕疵 없는 特定物を 履行하여야 할 義務가 있다」고 하는 인식은 일반화되어 있지 않다. 또한 民法典에서도 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」를 명확하게 규정하고 있지는 않다. 따라서 이 義務의 存否에 관하여는 구체적 契約에서 개별적으로 판단하는 수 밖에 없다. 예컨대 신축 아파트의 賣買(新規分讓의 방법에 의한)와 中古自動車の 賣買의 경우를 비교하여 본다. 前者의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 목적물의 성질이 契約의 내용에 포함되어, 瑕疵 없는 目的物の 履行에 관한 合意가 있는 것으로 볼 수 있다. 그리고 이것으로부터 賣渡人의 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」를 인정할 수 있다. 그러나 後者の 경우에는 前者와는 사정이 크게 다르다. 오히려 그와 같은 合意가 없다고 解釋되는 경우가 많을 것이다. 결국 개개의 契約의 解釋에 의하지 아니하고는 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」의 存否에 관하여 판단할 수 없음을 알 수 있다.<sup>21)</sup> 그리하여 契約의 解釋으로부터 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」가 인정되는 경우(즉 이 義務가 契約으로부터 推論되는 경우)에는, 瑕疵 있는 特定物の 履行은 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」의 위반인 債務不履行이며 따라서 瑕疵擔保責任에 관한 民法의 규정의 法的 性質은 債務不履行責任의 特則인 것으로 된다. 그러나 目的物の 性質이 契約의 내용으로 되지 않고 따라서 「瑕疵

19) 潮見佳男, 契約規範の構造と展開(東京: 有斐閣, 1991), 189면 참조.

20) 上掲書, 184면 참조.

21) 그러나 구체적 契約의 解釋에 있어서 「瑕疵 없는 特定物の 履行義務」의 인정여부의 문제는 역시 難問이다. 왜냐하면 이 점에 관한 賣渡人과 買受人의 利害는 첨예하게 대립하므로 兩當事者의 合致된 意思의 探究가 극히 곤란하기 때문이다. 결국 이 경우에는 規範的 판단에 의하는 수 밖에 없다.

없는 特定物의 履行義務」가 契約上의 義務로서 인정되지 아니하는 경우에는, 瑕疵 있는 特定物의 履行이 문제될 여지는 없다(즉 瑕疵가 존재한다고 할 수 없다). 따라서 목적물의 성질의 契約不適合性으로 인한 債務不履行은 존재할 여지가 없게 되는 것이다. 뿐만 아니라 이 경우에는 瑕疵가 존재한다고 할 수 없으므로 擔保責任에 관한 法律의 규정도 적용될 여지가 없다. 이렇게 본다면 결국 私見은 瑕疵를 契約의 前提로 된 성질과 履行된 物件의 성질 사이에 차이가 있는 것을 瑕疵로 이해하며, 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任을 규정하고 있는 民法의 규정은 언제나 一般債務不履行責任에 대한 特則인 것으로 파악한다.

이상과 같이 擔保責任의 法的 性質을 債務不履行責任으로 파악한다면, 그 효과인 損害賠償의 범위에 관한 문제<sup>22)</sup>는 다음과 같이 構成할 수 있다. 즉 法律의 규정에 의하여 규제되는 擔保責任은 無過失責任이며, 이 경우의 損害賠償의 범위는 瑕疵損害의 賠償에 한정된다. 그러나 瑕疵損害 이외의 損害의 賠償은 擔保責任에 관한 法律의 규정의 保護範圍를 벗어난다. 이른바 瑕疵結果損害(Mangelfolgeschaden)의 賠償請求를 위해서는 一般債務不履行責任을 근거로 하지 않으면 아니된다. 따라서 瑕疵結果損害의 賠償은 賣渡人의 契約上의 義務違反을 前提로 賣渡人의 歸責事由를 요건으로 하여 청구가 가능한 것으로 된다(過失責任). 다만 당사자 사이에 擔保約束(Garantiversprechen)이 있는 경우에는 賣渡人의 歸責事由가 요건으로 되지 않는 것은 물론이다.

#### IV. 맺 음 말

이상에서 본 바와 같이, 賣渡人의 擔保責任과 관련한 논의의 핵심인 物件의 瑕疵에 대한 擔保責任(瑕疵 擔保責任)의 法的 性質과 관련하여, 筆者는 特定物에 관한 전통이론을 부인하여 이를 債務不履行責任으로 이론구성을 시도하였다. 이러한 私見은 特定物賣買에 있어서 「瑕疵 없는 目的物の 給付義務」를 인정함으로써 그 法的 性質을 債務不履行責任으로 구성하는 최근의 견해들과는 기본적 시각을 같이 한다. 그러나 特定物賣買에 있어서 개개의 契約의 解釋에 의하여 그 내용을 확정하기 이전에 「瑕疵 없는 목적물의 給付義務」의 存否에 관하여 다투는 것은 아무런 의미를 갖지 못한다. 최근의 債務不履行責任說에서 주장하는 바와 같이, 特定物賣買에 있어서 「瑕疵 없는 目的物の 給付義務」가 일반적으로 인정되는 것이 아니며, 이 義務의 인정 여부는 구체적인 契約의 解釋을 통하여 비로소 정해지게 된다. 이와 같이 私見은 特定物賣買에 있어서 「瑕疵 없는 目的物の 給付義務」를 일반적으로 인정하는 것이 아니라는 점에서 최근의 債務不履行責任說과는 궁극적인 차이가 있다.

한편 종래의 學說·判例에 의한다면, 賣渡人의 擔保責任과 관련하여 瑕疵給付에 대한 損害의 賠償은 瑕疵損害만 賠償請求가 가능한 것으로 한다. 그러나 債務不履行責任說을 취하는 私見에 의한다면 瑕疵損

22) 擔保責任의 效果論에 관한 종래의 이론대립은 주로 이 점에 집중된다. 이에 관하여 法定責任說은 信賴利益說을, 債務不履行責任說은 履行利益說의 입장을 취하고 있는 것이 일반적이다. 法定責任說의 입장에서 信賴利益說을 취하면서도, 다만 他人의 權利를 賣買한 경우의 擔保責任에 있어서는 이를 賣渡人의 義務違反, 즉 “債務不履行이 있었다고 할 수 있는 까닭에”라고 하여 履行利益의 賠償을 인정하는 견해가 있다(郭潤直, 債權各論, 210면). 그러나 이 경우에는 오히려 擔保責任의 法的 性質이 債務不履行責任이라고 하는 것이 솔직한 이론구성일 것이다. 또한 이 견해에서는 賣渡人의 擔保責任의 本質을 債務不履行에 대한 責任으로 이해하므로(前述한 修正法定責任說) 損害賠償의 범위와의 理論的 整合性이 문제가 된다.

害뿐만 아니라 瑕疵結果損害도 그것이 瑕疵給付(履行行爲)와 因果關係에 있는 損害인 한 賠償請求가 가능한 것으로 된다. 그 결과 私見에 의한다면 買受人을 보다 두텁게 보호하는 결과로 되며, 이것이 오늘날의 거래에 비추어 보아 보다 합리적인 것으로 판단된다. 이렇게 하여 종래의 判例에서와 같이 瑕疵結果損害의 賠償을 위하여 不法行爲法을 이용할 필요성이 없게 되므로 합리적인 해결이 가능하게 된다. 종래의 判例는 하나의 행위로 인한 1인의 損害에 대하여 瑕疵損害는 契約責任으로, 瑕疵結果損害는 不法行爲法으로 처리하고 있지만, 이것은 일반적 법관념 및 당사자의 기대와는 불일치하며 또한 비합리적이다.

결국 特定物에 관한 전통이론을 부인하여 賣渡人의 擔保責任을 債務不履行責任으로 이론구성한다면 그 民事責任法上的의 위치는 特殊한 債務不履行責任인 것으로 된다. 이 점과 관련하여 최근의 독일 債務法改正意見書에서 지적한 바와 같이, 一般債務不履行法과 瑕疵擔保法을 무관계하게 병존시키는 것은 불필요하다는 견해는 많은 것을 시사한다.

### 참고문헌

- 1) 郭潤直, 債權各論, 서울: 博英社, 1990.
- 2) 金基善, 韓國債權法各論, 서울: 法文社, 1968.
- 3) 金錫宇, 債權法各論, 서울: 博英社, 1978.
- 4) 金曾漢, 債權各論, 서울: 博英社, 1988.
- 5) 金曾漢·安二濬(編著), 新債權各論(上), 서울: 博英社, 1961.
- 6) 金顯泰, 新稿債權各論, 서울: 一潮閣, 1969.
- 7) 金亨培, 「瑕疵擔保의 性質」, 民法學研究, 서울: 博英社, 1986.
- 8) 曹圭昌, 「物件의 瑕疵擔保責任」, 月刊考試(1984. 2).
- 9) ———, 「民法 第390條와 積極的 契約侵害」, 民法學論叢(郭潤直教授 華甲紀念論文集), 서울: 博英社, 1985.
- 10) 崔棻, 新債權法各論, 서울: 博英社, 1961.
- 11) 黃迪仁, 現代民法論Ⅳ, 서울: 博英社, 1987.
- 12) 北川善太郎, 契約責任の研究, 東京: 有斐閣, 1963.
- 13) 潮見佳男, 契約規範의 構造と展開, 東京: 有斐閣, 1991.
- 14) Heinrich Siber, Planck's Kommentar zum BGB, Bd. 2, Halfte 1, Berlin: Guttentag, 1914.
- 15) Friedrich Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehier beim Kauf, J.J. Bd.49(1905).
- 16) Werner Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster: Regensberg, 1948.
- 17) Leo Raape, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP. Bd. 150(1949).