

履行補助者の 過失에 대한 債務者の 責任

金 哲 洙

The Liability of Debtor for the Fault of *Erfüllungsgehilfe*

Kim, Cheol-soo

< 目 次 >

- | | |
|-------------------------|----------------------------|
| I. 序 說 | 4. 債務者の 責任範圍 |
| II. 履行補助者責任에 관한 比較法的 檢討 | IV. 履行補助者責任에 관한 새로운 理論의 展開 |
| 1. 沿革 | 1. 干涉可能性要件의 再檢討 |
| 2. 立法例 | 2. 契約締結上の 過失責任의 問題 |
| III. 履行補助者責任理論의 構成 | 3. 債務者の 責任範圍의 擴張 |
| 1. 履行補助者의 意義 | V. 結 論 |
| 2. 履行補助者責任의 構成 | 參考文獻 |
| 3. 利用補助者와 轉借人 | |

Abstract

In case that the debtor employs other person to perform his liabilities, he is regarded as personally responsible in connection with damage caused by his employees(Article 391 of the Korean Civil Code). And this “other person” is so called “*Erfüllungsgehilfe*”.

However, from historical viewpoint, liability for the fault of *Erfüllungsgehilfe* involves consideration from various types of *Erfüllungsgehilfe*. Therefore, most opinions classify *Erfüllungsgehilfe* according to the type and construct theories accordingly. But in these existing theories, there are some difficult problems to be studied.

Thus this paper deals with the liability of debtor for the fault of *Erfüllungsgehilfe*. In addition, introduced and studied new theories about it, and tried to prepare the foundation for constructing new theories in the Korean Civil Law.

I. 序 說

오늘날과 같이 分業化되고 大規模로서 去來를 행하는 社會에서는 債務者 自身만으로 債務의 履行을 하는 경우는 드물고, 대부분은 他人(被用者, 代理人 또는 다른 獨立된 企業者 등)의 補助 또는 協力에 의해 履行되고 있는 것이 그 實態이다. 그 結果, 債務者가 債務의 履行에 使用하는 履行補助者의 故意·過失에 의해 債務不履行이 發生하는 경우에 債務者는 그 債務不履行에 대하여 어떠한 責任을 負擔할 것인가가 問題로 된다.

個人主義的責任論의 立場에서는 他人의 過失에 대하여 責任을 負擔하지 않는 것이 原則이기 때문에 債務者가 債務의 履行을 위하여 補助者를 使用한 경우에는 補助者의 行爲에 의해 不履行이 發生한 경우에도 債務者가 補助者의 選任·監督에 충분한 注意를 다한 때에는 債務者自身에게는 故意·過失이 認定되지 않기 때문에 債務者는 責任을 지지 않게 된다. 그러나 이와 같은 個人主義的責任論은 損害를 債權者에게 負擔시키는 結果로 되어 오늘날에는 維持되기 곤란한 것으로 되었다. 그리하여 履行補助者의 過失에 대하여 債務者에게 絕對的責任을 認定하는 氣運이 생기고, 처음에는 運送業이나 倉庫業 등의 商事債務의 履行에 대하여, 諸國의 商法中에 履行補助者의 過失에 대한 債務者의 絕對的責任이 規定되고, 뒤이어 獨逸民法 第278條¹⁾, 스위스 債務法 第101條²⁾ 등에서 民事債務의 履行一般에 대하여 履行補助者의 故意·過失을 債務者自身の 그것과 同一視하는 規定을 두게 된 것이다.

우리나라에 있어서는, 舊民法에서는 履行補助者의 故意·過失에 대한 債務者의 責任에 관하여 一般的規定을 두지 않았으나, 現行民法에서는 그동안 學說·判例에 의하여 認定되어 왔던 債務者의 信義則上의 歸責事由를 第391條에서 明文化하였다. 즉, 民法 第391條는 「債務者의 法定代理人이 債務者를 위하여 履行하거나 債務者가 他人을 使用하여 履行하는 경우에는 法定代理人 또는 被用者의 故意나 過失은 債務者의 故意나 過失로 본다」고 規定하고 있다.

그런데 우리나라의 學說은 債務者가 履行補助者의 故意·過失에 대하여 어떠한 責任을

1) 獨逸民法 第278條 “債務者는 自己의 法定代理人 및 債務의 履行을 위하여 使用한 者의 過失에 대하여 自己의 過失과 同一한 範圍내에서 그 責任을 진다. 第276條 2項의 規定은 이 경우에 적용하지 아니한다.”

2) 스위스 債務法 第101條 “家族勞動者 또는 使用人 등의 補助者로 하여금 債務의 履行 또는 債務關係에 기인한 權利를 行使시키는 者는 비록 그 權限을 갖는 경우에도 補助者가 그 事務의 遂行에 있어서 야기한 損害를 相對方에게 賠償하여야 한다.”

負擔하느냐 하는 問題(以下에서는 ‘履行補助者責任’이라 한다)에 관하여 一致하지 않고 있으며, 기타 다음과 같은 여러가지의 檢討해야 할 問題點이 存在하고 있다.

첫째, 어떠한 責任根據에 기하여 履行補助者の 行爲에 대하여 債務者が 責任을 負擔하는가 하는 點이다.

둘째, 民法 第391條의 適用對象인 履行補助者の 要件에 관한 問題이다. 우리나라의 學說은 거의 例外없이 履行補助者를 狹義의 履行補助者와 履行代行者로 類型化하여 債務者의 責任을 論하면서, 어느 경우에도나 狹義의 履行補助者나 履行代行者의 履行行爲에 대하여 債務者가 責任을 負擔하게 되는 것은, 債務者가 債務의 履行을 위하여 補助者를 使用하는 意思가 存在하여야 한다고 하며(즉, 債務者의 意思가 要件이 되는 것이다), 특히 狹義의 履行補助者에 대해서는 債務者의 意思 외에 狹義의 履行補助者의 行爲에 관하여 債務者가 干涉을 할 수 있는 可能性, 즉 그 補助者에 관하여 選任·指揮·監督 등을 할 수 있어야 한다는 것을 또 하나의 要件으로 하고 있다. 그렇다면 債務者가 補助者의 行爲에 대하여 干涉할 수 있는 可能性이 없을 때에는 履行補助者의 成立을 否定하여야 할 것인가가 問題이다.

셋째, 債務者는 履行補助者에게 過失이 있는 경우에는 債務者 역시 過失이 있는 것으로 責任을 지게 되는데, 이 때에 過失은 債務者를 標準으로 決定할 것인가 아니면 履行補助者를 標準으로 決定할 것인가 하는 問題이다.

넷째, 履行補助者의 行爲에 대하여 債務者가 責任을 負擔하기 위해서는, 履行補助者의 履行行爲가 ‘履行에 관하여’ 행한 行爲이어야 하는가, 아니면 ‘履行의 機會에’ 행한 行爲로 충분한가 하는 問題, 즉 債務者의 責任範圍에 관한 問題이다.

다섯째, 履行補助者責任은 契約締結段階에서의 履行補助者의 過失에 대해서 까지 擴張하여 民法 第391條가 適用될 수 있을 것인가 하는 問題이다.

本稿에서는 이러한 問題意識에 立脚하여 解釋論上 理論定立에 많은 問題點을 안고 있는 履行補助者責任에 관한 法理論을 檢討하면서, 이에 관한 새로운 方向을 模索하고자 한다.

II. 履行補助者責任에 관한 比較法的 檢討

I. 沿 革

로마法上的 有責主義에 의하면, 사람은 原則적으로 自己의 有責에 대해서만 責任을 負擔한다. 그러나 이 原則에 대하여는, 단지 契約外的 加害에 있어서 뿐만 아니라(actio noxalis³⁾, 旅館主人 및 船長의 그 被用者에 대한 責任) 契約上的 加害에 대해서도(業務擔當者에 대한 事業主의 責任 및 都給契約에 있어서 被用者 및 補助者의 有責에 대한 企業主의 責任) 數個의 例外를 認定하였다.⁴⁾⁵⁾

古代 게르만法은 이른바 原因責任原則(Veranlassungsprinzip)에 기하여 債務者는 補助者의 過失에 대한 絶對的인 責任을 졌다.⁶⁾ 家長은 집에 常住하는 妻子 등의 家屬·奴隸 뿐만 아니라 僕婢·雇傭人 그리고 일시 滞在하는 客人의 行爲에 대하여 家長이나 去來上의 主人으로서 家支配 및 去來支配에 의한 一般責任 및 去來上의 責任을 認定하였다. 또한 自己에게 從屬되어 있는 小作人의 行爲에 대한 領主의 永續的인 責任도 家長의 경우 처럼 絶對的인 責任이었다.⁷⁾

中世 게르만法에서는 이러한 絶對的 責任이 차츰 완화되어 他人의 過失에 대한 責任思想은 債務의 履行을 위하여 補助者를 使用한 者의 責任으로 나타났다. 그리하여 手工業者·목욕탕의 占有者, 貨物馬車運送人(Fuhrmann)·運送業者(Spediteur) 등이 일을 시키거나 物品의 保管 및 運送 등 債務의 履行을 위하여 使用한 補助者의 行爲에 대한 個別的 責任을 認定한 데 그치고 履行補助者의 過失에 대한 一般的 責任은 規定하지 않았다.⁸⁾

中世末에 이르러 獨逸은 로마法을 繼受한 結果, 게르만法의 고유한 無過失責任原則으로부터 로마法의 過失責任原則으로 轉換하게 되어, 債務者는 補助者의 選任·監督에 대한 過失이 있을 경우에만 責任을 負擔하였다.⁹⁾ 그리하여 獨逸에 있어서는 19世紀 後半에

3) 加害訴權: 家長·主人이 그 權力服從者의 加害行爲에 대하여 벌금 또는 損害額을 支給하는 대신에 加害한 사람이나 동물을 委付하여(加害者委付 noxae deditio) 그 責任을 免할 수 있는 訴權이다(玄勝鍾, 「로마法」(서울: 一潮閣, 1983), 175面).

4) 神戸大學外國法研究會(編), 「獨逸民法(II)」(東京: 有斐閣, 1955), 112面.

5) 玄勝鍾, 前掲書, 165~166面.

趙鍾炫, “履行補助者의 過失責任”, 「民事法學」第6號(1986, 12), 218~219面 참조.

6) 高翔龍, “履行補助者의 過失”, 「法律研究」第3輯(1983), 59面.

7) 上掲論文, 59面 참조.

8) 趙鍾炫, 前掲論文, 220面.

9) 高翔龍, 前掲論文, 60面.

이르기까지 履行補助者の 責任에 관한 一般의인 法理는 存在하지 않았다. 이러한 責任은 都給契約 그 外 若干의 契約에 있어서 斷片的으로 認定되고 있는 것에 지나지 않았다.¹⁰⁾ 이 履行補助者責任이 모든 債務關係에 妥當한 理論으로서 展開된 것은 1880年代 後半 以後의 일이다. 이 때에 큰 役割을 한 것은 普通法學說과 獨逸民法典 編纂作業이다. 19世紀末의 後期普通法學說에 있어서 論議된 것은, 履行補助者の 有責한 行爲에 대하여 債務者가 責任을 負擔하여야 할 것인가에 관해서 였다. 이 때에 大別하여 2개의 立場이 表明되었다. 첫째 見解는, 債務者の 責任을 묻기 위해서는 債務者 自身에게 過失이 存在하여야 한다는 것으로서 履行補助者責任의 採用에 反對하는 立場이며, 이것이 通說이었다. 두번째 見解는, 履行補助者の ‘有責한’ 行爲에 대한 債務者の 責任을 認定한 것이다. 다만 이 立場에서는, 理論的으로는 履行補助者の ‘모든’ 行爲에 대하여 債務者の 責任을 認定할 餘地가 있었던 데도 불구하고, 履行補助者の ‘有責한’ 行爲일 것을 要件으로 한다. 그러나 獨逸民法典의 立法過程에서는 履行補助者の 選任·監督에 대한 債務者 自身の 有責을 要件으로 한 普通法時代의 通說을 물리치고, 保證責任으로서의 履行補助者責任을 確立시킨 것이다.¹¹⁾

2. 立法例

1900年の 獨逸民法典의 立法過程에 있어서, 로마法的 過失責任原則에 의한다면 産業革命에 따라 새롭게 發展한 分業經濟에 의한 社會經濟關係의 變化에 卽應할 수 없다는 認識이 增大하여 履行補助者責任에 관한 論議가 되어 結局 이에 관한 規定을 두게 된 것이다. 즉 獨逸民法 第278條에서는 「債務者는 自己의 法定代理人 및 債務의 履行을 위하여 使用한 者의 過失에 대하여, 自己의 過失과 同一한 範圍내에서 責任을 負擔한다. 第276條 2項의 規定은 이 경우에는 適用하지 아니한다」고 함으로써 履行補助者の 過失에 대한 一般的責任을 規定하고 있다. 또한 獨逸民法은 承諾을 받은 補助者の 使用에 대한 使用賃借人의 無過失責任(第549條 3項), 受置人의 責任(第691條), 旅館主人의 責任(第701條 2項) 등 履行補助者の 過失에 대한 個別責任을 規定하고 있다.

스위스債務法은 第101條 1項에서 「家族勞働者 또는 使用人 등의 補助者로 하여금 債務의 履行 또는 債務關係에 기인한 權利를 行使시키는 者는 비록 그 權限을 갖는 경우에도

10) 潮見佳男, “履行補助者責任의 歸責構造”, 「民商法雜誌」96卷2號, 3號(1987), 146面.

11) 上掲論文, 153~154面.

補助者が 그 事務의 遂行에 있어서 惹起한 損害를 賠償하여야 한다」고 하고, 2項에서는 「前項의 責任은 事前의 約定에 의하여 制限 또는 廢棄할 수 있다」고 規定함으로써 一般的인 規定을 두고 있다. 또한 履行補助者の 過失에 대한 使用賃借人責任(第264條), 用益賃借人責任(第289條), 受任人責任(第399條), 運送人責任(第449條), 宿泊業者責任(第487條) 등을 規定하고 있다.

프랑스民法에서는 獨逸이나 스위스와는 달리 履行補助者の 過失에 대한 一般的인 契約責任에 관한 規定을 두지 않고 있다. 다만 賃借人은 家族 또는 轉借人의 行爲로 惹起된 毀損 및 滅失의 責任을 負擔하며(第1735條), 또한 旅館主人, 船主 및 運送人은 그 使用人의 行爲에 대하여 絕對責任을 지고(第1782~1786條, 第1952~1954條), 都給人은 그 補助者の 行爲에 대하여 無過失責任을 진다(第1787條).

日本民法은 履行補助者에 관한 直接的인 明文의 規定을 두고 있지 않다. 따라서 이 問題에 대한 解決은 解釋에 맡기고 있는 것이다. 日本의 通說·判例는 信義則을 根據로 履行補助者の 過失을 債務者自身の 過失과 同視함으로써 債務者에게 債務不履行責任을 負擔하게 하고 있다.¹²⁾ 다만 商法은, 예를들면 運送取扱人의 責任에 대하여 「運送取扱人은 自己 또는 使用人이 運送品の 受取·引渡·保管·運送人 또는 다른 運送取扱人의 選擇其他 運送에 관한 注意를 懈怠하지 아니하였음을 證明하지 아니하면 運送品の 滅失·毀損 또는 延着에 대한 損害賠償責任을 免하지 못한다」라고 規定하고 있으며, 이와 同旨의 規定은 運送人(商 第577條, 590條, 592條), 倉庫營業者(第617條), 船舶所有者(第766條) 등의 責任에 대하여도 있다. 또한 民法에는 直接規定은 없지만, 一定한 條件下에서 代行者를 使用하는 것을 認定하는 規定이 몇개 있다. 復代理人의 選任에 관한 規定(民法 第104條, 105條)이 그 하나이다. 즉 代理人은 本人의 許諾이 있거나 不得已한 事由가 있는 때에는 復代理人을 使用할 수 있고, 이 때 代理人은 復代理人의 選任·監督에 過失이 있는 경우에만 責任을 진다고 하는 規定이다. 그 외에 이 復代理人의 選任에 관한 規定은 寄託(第658條 2項), 遺言執行(第1016條 2項)에서도 準用되고 있다.¹³⁾

12) 上掲論文, 144面.

13) 鳥谷部茂, “履行補助者”, 「民法講座4」(東京:有斐閣, 1985), 16面.

III. 履行補助者責任理論의 構成

1. 履行補助者の 意義

民法 第391條는 「債務者が 他人을 使用하여 履行하는 경우……」라고 規定하고 있다. 그리하여 우리나라의 學說은 거의 例外없이, 債務자가 債務의 履行을 위하여 使用하는 者를 널리 履行補助者라고 한다.¹⁴⁾ 우리나라와 日本의 判例는 履行補助者の 意義에 관하여 說示한 바가 없으나, 獨逸 判例에 의하면 「履行補助者(Erfüllungsgehilfe)는 債務자가 알고(mit dem Willen des Schuldners) 또 그 意思(Wille)에 의하여 債務者の 義務의 範圍 내에서 일하는 者」라고 하며,¹⁵⁾ 學說도 대체로 이와 같다.¹⁶⁾ 그러나 具體적으로 어떠한 者를 履行補助者로 볼 것인가 하는 問題는 債務자가 그러한 者의 行爲에 의하여 發生하는 債務不履行에 대한 責任을 질 것인가의 與否를 결정하게 되는 것이므로 履行補助者の 意義를 밝힌다는 것은 매우 중요한 意味를 갖는다.¹⁷⁾ 우리나라의 學說은 一致하여 履行補助者를 狹義의 履行補助者와 履行代行者로 類型化함으로써 債務者の 責任의 適正化를 企圖하고 있다.

1) 狹義의 履行補助者

이것은 債務자가 스스로 債務를 履行함에 있어서 마치 그의 손·발과 같이 使用하는 者를 말한다고 하며, 예로써 受給人이 建築工事に 使用하는 木工·人夫 또는 醫師가 患者를 치료할 때에 補助하는 助手·看護員 등이 이에 속한다. 그리고 履行補助者가 履行을 補助하는 關係는 事實上的 關係로서 충분하며(債務者の 家族이 事實上 履行을 補助하는 때, 또는 債務者の 친구가 好意的으로 履行을 補助하는 경우 등), 예컨대 雇傭과 같은 債權契約이 存在하여야 하는 것은 아니다. 그러나 履行補助者이기 위해서는 그 者의 行爲에 관하여 債務자가 干涉을 할 수 있는 可能性, 즉 그 補助者에 관하여 選任·指

14) 郭潤直, 「債權總論」(서울: 博英社, 1986), 129面.

金錫宇, 「債權法總論」(서울: 博英社, 1976), 110~111面.

金容漢, 「債權法總論」(서울: 博英社, 1983), 131~132面.

玄勝鍾, 「債權總論」(서울: 日新社, 1982), 113面.

15) BGHZ, 13, 111.

16) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl. (1979), S. 291.

17) 高翔龍, 前掲論文, 66面.

揮·監督 등을 할 수 있어야 하며, 따라서 郵便·鐵道 등을 利用하는 者에 대한 關係에 있어서 郵便局員·驛員 등의 從業員은 履行補助者가 아니라고 한다.¹⁸⁾ 이와같이 通說에 의하면 債務者가 補助者의 行爲에 대하여 干涉할 수 있는 可能性이 없을 때에는 履行補助者關係의 成立을 否認하지만, 특히 持參債務를 지는 債務者는 自己 自身이 債權者의 住所에서 現實提供으로 履行해야 할 債務를 負擔함에도 불구하고 干涉可能性이 없는 郵便이나 鐵道에 의하여 履行을 補助하도록 한 경우에 債務者가 免責된다고 하면 이는 부당하다고 하면서 干涉可能性에 관한 要件은 不要하게 된다고 하는 有力한 少數說이 있다.¹⁹⁾ 이 干涉可能性의 要件에 관해서는 뒤에서 자세히 檢討하기로 한다.

2) 履行代行者

단순히 債務者의 行爲에 協力하는 데에 그치지 않고, 오히려 獨立하여 債務의 全部 또는 一部를 債務者에 갈음하여 履行하는 者를 履行代行者 또는 履行代用者라고 하며, 예컨대 受置人에 갈음하여 任置物을 保管하는 第3受置人은 債務者가 負擔하는 目的物保管義務라는 점에서 본다면 履行代行者가 된다고 한다. 또한 履行代行者는 債權者와 契約關係에 서는 것이 아니고, 또한 본래의 債務者의 債務를 免하게 하지도 않으므로, 이른바 債務引受와 다르며, 代行者는 債務者에 대하여 債務를 지는 것이며, 債務者에 대한 關係에 있어서는 보통의 補助者와 다르지 않다고 한다.²⁰⁾

2. 履行補助者責任의 構成

1) 履行補助者責任과 使用者責任

履行補助者責任은 補助者의 行爲에 대하여 本人에게 責任을 負擔시키는 점에 있어서, 使用者責任과 類似性을 가진다. 즉 第391條는, 債務者가 그 義務의 履行에 使用한 履行補助者의 故意·過失에 대하여 債務者에게 責任을 負擔시키는 것이며, 第756條는, 使用者가 被用者를 使用하여 어느 事務에 從事하게 한 경우에, 被用者가 그 事務執行에 관하여 惹起한 第3者에 대한 損害에 관하여 使用者에게 不法行爲責任을 負擔시키는 것이다.

18) 郭潤直, 前掲書, 129面: 金錫宇, 前掲書, 111面: 金容漢, 前掲書, 132面: 玄勝鍾, 前掲書, 114面: 趙鍾炫, 前掲論文, 238面.

19) 金亨培, 「債權總論(上)」(서울: 日新社, 1987), 191面, 高翔龍, 前掲論文, 73面.

20) 郭潤直, 前掲書, 129~130面: 金容漢, 前掲書, 133面: 金亨培, 前掲書, 191~192面.

그러나 第391條는 履行補助者の 故意·過失에 기한 債務者の 債務不履行責任이며, 第756條는 被用者の 故意·過失에 기한 使用者의 不法行爲責任에 관한 規定이란 점에 근본적인 差異가 있다. 그 外 兩者의 差異로 들 수 있는 것은, 첫째, 免責可能性의 差異이다. 第756條의 使用者責任에 있어서는 第1項 단서規定에서와 같이 免責可能性이 있다. 그러나 第391條의 履行補助者責任에 있어서는 이러한 免責可能性은 없다.

둘째, 兩規定은 補助者を 理解하는 방법에 있어서도 差異가 있다. 第756條는 使用者의 指示에 拘束을 받는 非獨立的인 補助者에 限定하는 것임에 反하여, 第391條에서 말하는 補助者에는 獨立된 事業體도 포함된다.²¹⁾

2) 履行補助者責任의 諸類型

앞서 밝힌 바와 같이 우리나라의 學說은 一致하여 履行補助者を 狹義의 履行補助者와 履行代行者로 나누고, 債務者の 責任을 각각의 경우에 따라 달리 構成하고 있다.

먼저 狹義의 履行補助者의 경우(第1類型)에, 補助者の 故意·過失은 債務者 自身の 故意·過失로 看做되어 債務者の 歸責事由가 된다.²²⁾ 判例도 賃借人의 被用者가 過失로 인해 賃借建物を 燒失한 事件에 대하여 「賃借人은 賃貸借의 終了時까지 善良한 管理者의 注意로서 賃借目的物을 保管할 義務를 負擔하는 것이고, 이 義務를 履行함에 있어서 賃借人의 被用者에게 過失이 있는 경우에는 賃借人에게도 過失이 있는 것으로 볼 것인 바……」라고 判示한 바 있다.²³⁾

다음에 履行代行者의 경우에 履行代行者의 故意·過失에 대하여 債務者가 어떠한 責任을 負擔할 것인가는 法律上 또는 債務의 性質上 履行代行者의 使用이 許容되는가의 與否에 따라 同一한 것으로 하지 않으며, 다음의 경우들을 구별한다.²⁴⁾

첫째, 明文의 規定上(第120條, 第657條 2項, 第682條 1項, 第701條, 第1103條 등) 또는 債務의 性質上 혹은 特約에 의하여 履行補助者を 使用할 수 없음에도 불구하고 이를 使用한 경우(第2類型)에는, 代行者를 使用하였다는 事實 自體가 곧 債務不履行이 되기 때문에 그 밖에 代行者의 故意·過失의 有無를 묻지 않고 바로 債務者の 責任이 생긴다.

둘째, 明文의 規定上(第122條) 또는 債務者の 承諾에 의하여 履行代行者의 使用이 許容되고 있는 경우(第3類型)에는, 債務者는 履行代行者의 選任·監督에 있어서 過失

21) 今西康人, “ドイツ債權法—仮譯と解説(62)”, 「法律時報」第56卷5號(1984), 170面.

22) 郭潤直, 前掲書, 129~130面; 金容漢, 前掲書, 132面; 金亨培, 前掲書, 192面.

23) 大判 1966. 9. 20(66다 7587).

24) 郭潤直, 前掲書, 131面; 金容漢, 前掲書, 133~134面; 金亨培, 前掲書, 192面.

(culpa in eligendo)이 있을 때에 限하여 責任을 負擔하도록 하는 것이 立法上의 태도이다 (第121條, 第682條 2項, 第701條, 第1103條 참조). 이때에는 第391條의 規定을 適用하는 경우 보다 債務者의 責任은 輕減된다.

세째, 明文의 規定上 또는 特約에 의하여 履行代行者의 使用이 許容되어 있지도 않고, 그렇다고 禁止되어 있는 것도 아닌 경우(第4類型)에는, 給付의 性質을 고려하여 代行者의 使用이 무방한 것인가에 따라 判斷해야 할 것이다. 代行者의 使用이 무방하다고 解釋되는 경우에는, 代行者의 過失있는 行爲에 대하여 債務者가 責任을 負擔하여야 하고(第391條의 適用), 그렇지 않은 경우에는 代行者의 使用 自體가 義務違反이 될 것이다.

이상과 같은 구별은 履行補助者의 態樣에 따라서 責任의 類型化를 試圖한 分類이며, 이는 日本에서 我妻 榮 博士에 의하여 일찍부터 試圖된 이래²⁵⁾, 日本과 우리나라의 많은 學說이 여기에 따르게 되었다. 그 理由는, 兩者를 一律적으로 處理할 수 없기 때문이다. 즉, 狹義의 履行補助者의 경우에는 債務者는 대개 給付의 性質의 여하를 不問하고 使用할 수 있는 것이 原則임에 대하여 履行代行者의 경우는 明文의 規定上 또는 給付의 性質上 그 使用을 許容하지 않는 경우가 있기 때문이다. 또한 內容적으로도, 前者는 債務者의 手足으로서 使用하는 것임에 대하여, 後者는 債務者에 갈음하여 履行의 全部를 引受한다고 하는 差異가 있기 때문이다.²⁶⁾ 이에 대하여 日本의 星野 教授는 이 區別에 疑問을 表示하면서 「債務者의 手足」云云하는 것은 比喩的인 表現에 지나지 않고, 法律上은 그 者도 ‘補助者’이다. 履行을 ‘補助하는’ 것과 ‘갈음하여 履行하는’ 것과의 差異도 애매하다」고 한다.²⁷⁾ 私見으로는 星野 教授의 見解와는 달리 단순히 ‘履行을 補助하는’ 것과 債務者에 ‘갈음하여 履行하는’ 것과는 구별이 가능하며, 따라서 通說과 같이 類型化하는 데 찬동한다. 다만 獨立된 企業者도 履行補助者가 될 수 있으며, 狹義의 履行補助者에 있어서 干涉可能性 要件은 後述하는 바와 같이 必要치 않다고 보기 때문에 通說과도 差異는 있게 된다. 그리고 狹義의 履行補助者의 경우(第1類型)와 第4類型인 履行補助者의 경우에서 代行者의 使用이 무방하다고 解釋되는 경우에는 結論적으로 第391條가 適用되는 점은 同一하다.

25) 我妻榮, 「民法研究V」(東京:有斐閣, 1968), 128~130面.

26) 鳥谷部茂, 前掲論文, 25~28面.

27) 星野英一, 「民法概論III」(東京:良書普及會, 1984), 63面.

3. 利用補助자와 轉借人

1) 利用補助者

예컨대 使用借主 또는 賃借인과 같이 使用權 또는 收益權을 가지는 者が 目的物을 利用함에 있어서 補助者를 使用하는 경우에도, 그들은 그의 權利의 反面으로서 保管 또는 保存의 義務를 부담하므로, 그 義務의 履行에 관하여 補助者の 過失에 대하여 責任을 負야만 한다. 이러한 경우에 債務者는 동시에 債權者이며, 履行補助者는 債權者가 自己에 屬하는 權能을 行使하기 위하여 使用하는 데에 지나지 않으므로, 이들을 일반적으로 '利用補助者'라고 한다.²⁸⁾ 이러한 利用補助者에 대해서도 民法 第391條가 適用된다는 데는 異說이 없으며²⁹⁾, 判例도 같은 立場이다.³⁰⁾

2) 轉借人

轉借人の 過失있는 目的物保管義務違反行爲에 대하여 賃借人은 第391條에 의하여 責任을 負擔할 것인가에 관해서는 問題가 있다. 이에 관하여는 賃借人이 賃貸人の 同意를 얻어 賃貸物을 轉貸한 경우(第630條 1項, 第629條 참조)와 그렇지 않은 경우(第629條 참조)를 나누어 考察할 필요가 있다. 먼저 賃貸人の 同意가 없는 無斷轉貸(第629條 2項)에는 轉貸行爲 自體가 賃貸借關係에 反하는 것이므로 賃借人은 義務違反으로 인한 債務不履行責任을 負야 할 것이기 때문에 問題가 없다(第2類型에 該當). 그러나 賃貸人の 同意를 얻은 轉賃借의 경우에는 問題가 있다. 賃貸人の 同意를 얻어서 賃借人이 轉貸를 한 경우에, 종래의 賃貸借契約은 그대로 存續하고 賃借人은 여전히 保管義務를 負擔하는 것이므로, 轉借人이 賃貸物을 保管하는 것은 동시에 賃貸人을 위하여 그 保管義務를 履行하는 것이라고 할 수 있으므로 轉借人도 賃借人の 利用補助者라는 見解³¹⁾도 있고, 轉借人은 賃貸人の 同意를 기초로 하여 賃借人과는 별개의 관계에서 賃貸人에 대하여 獨立한 義務를 負擔하므로(第630條 1項) 이때에는 債權者의 承諾을 얻은 履行代行者의 경우와 마찬가지로 賃借人은 轉借人の 選任·監督에 관하여 故意·過失이 있는 경우에만 責任을 진다는 見解³²⁾가 있다.

28) 郭潤直, 前掲書, 131面.

29) 郭潤直, 前掲書, 131面; 金容漢, 前掲書, 134面; 金亨培, 前掲書, 192面.

30) 大判 1966. 9. 20(66다 7587) 참조.

31) 郭潤直, 前掲書, 121面.

32) 金錫宇, 前掲書, 113面; 玄勝鍾, 前掲「債權總論」, 116面.

생각컨대 兩說의 差異는 貸貸人의 同意가 있는 轉貸借에 있어서 轉借人을 貸借人의 履行補助者(利用補助者)로 볼 것인가 아니면 債權者의 承諾있는 履行代行者로 볼 것인가의 問題라기 보다는 이러한 轉借人의 故意·過失에 대하여 貸借人이 어떠한 責任을 지는가의 問題, 즉 第391條가 그대로 適用되는가 아니면 貸借人의 責任은 輕減되어 轉借人의 選任·監督에 過失이 있는 경우에만 責任을 지는가의 問題라고 본다.³⁵⁾ 물론 前說이 이점에 관하여 第391條의 適用을 積極的으로 認定한 것 처럼 보이지만 반드시 明確한 것은 아니다.³⁴⁾

이러한 轉借人의 過失에 대한 貸借人의 責任에 관하여 日本의 判例³⁵⁾는 貸借人의 承諾을 얻어서 轉貸한 경우에 貸借人은 轉借人의 過失에 대하여 당연히 責任을 진다고 하는 立場이며, 여기에 관해 學說은 對立한다. 먼저 判例에 反對하는 多數의 學說은, 貸借人은 轉借人의 選任·監督에 過失이 있는 경우에만 責任을 진다고 한다. 그 理由로서, 轉借人은 貸貸人의 利益을 위하여 第613條 1項(우리民法 第630條 1項에 該當)에 의하여 貸貸人에게 直接 保管義務를 負擔하고, 그 義務는 轉借人이 併存的債務引受를 한 경우와 같이 貸借人과는 別個의 獨立한 義務인 것이기 때문에, 獨立하여 目的的의 利用을 하는 轉借人의 過失에 대하여까지 貸借人에게 責任을 負擔시키는 것은 妥當하지 않기 때문이라고 한다.³⁶⁾ 또한 貸借人으로서도 承諾을 한 以上 轉借人의 行爲에 대해 어느 정도의 危險은 負擔하여야 한다는 指摘도 있다.³⁷⁾ 이것에 대하여 判例에 贊成하는 學說은, 承諾이 債務者의 責任을 輕減하는 것으로 한다면 債務者의 免責範圍가 增加할 뿐아니라, 債權者로서는 承諾에 特別한 意味를 부여받는 去來上의 問題라고 하는 見解와 債權者의 承諾이 있어도 通常은 債務者에 의한 約束의 實現에 대하여 債權者의 期待는 여전히 繼續한다고 보아야 할 수 밖에 없기 때문에 一般論으로서 判例를 支持한다고 하는 見解들이 있다.³⁸⁾

私見으로는, 貸借人이 貸貸人의 同意를 얻어 轉貸한 경우에 轉借人도 貸借人의 利用補

33) 金亨培 教授는 前掲書(193面)에서 前者의 問題로 보고 있다. 이는 利用補助者의 責任을 狹義의 履行補助者의 責任과 같은 것으로만 보기 때문이 아닌가 생각된다. 私見으로는 利用補助者도 그 態樣에 따라 履行補助者와 마찬가지로 類型化할 수 있으며 貸貸人의 同意있는 轉貸借은 이 중 第3類型과 같다고 보는 것이다.

34) 왜냐하면 郭潤直 教授는 債權各論에서는 貸貸人의 同意있는 轉貸借의 경우에 轉借人의 選任·監督에 過失이 없으면 貸借人은 責任을 지지 않는다고 하기 때문이다(郭潤直, 「債權各論」(서울: 博英社, 1983), 339面 참조).

35) 日大判 1929. 3. 30 : 日大判 1929. 6. 19(江草忠允, 「民法學4」(東京: 有斐閣, 1983), 83~85面).

36) 我妻榮, 「新訂 債權總論」(東京: 岩波書店, 1975), 109面.

37) 星野英一, 前掲書, 66面.

38) 鳥谷部茂, 前掲論文, 30~31面.

助者の 일종으로 보아도 부방하다고 생각한다. 그러나 이 경우의 轉貸借를 家族·同居人 등의 利用補助者和 마찬가지로 取扱하는 데는 問題가 있다. 轉貸借를 하였다 하더라도 종래의 貸貸借契約은 그대로 存續하고 賃借人은 여전히 保管義務를 負擔하는 것이므로, 賃借人이 轉借人의 過失있는 保管行爲에 대하여 전혀 責任을 負擔하지 않는 것은 信義則에 반한다. 그러나 이 경우 轉借人은 第630條 1項의 規定에 의하여 法律上 獨立的으로 직접 賃貸人에 대하여 債務者로서의 保管義務를 負擔하므로 轉借人이 賃借人의 狹義의 履行補助者라고는 할 수 없다.³⁹⁾ 따라서 賃借人의 責任은 輕減되며, 轉借人의 選任·監督에 過失이 있는 경우에만 責任을 진다고 解釋하여야 한다. 결국 私見에 의한다면 利用補助者の 경우에도 履行補助者の 경우와 마찬가지로 類型化하여 그 責任을 각각 달리하게 된다. 그리하여 賃借人의 家族·同居人의 경우에는 第1類型의 履行補助者가 되며, 無斷 轉貸의 경우에는 第2類型으로, 賃貸人의 同意를 얻은 轉貸의 경우에는 第3類型으로 보아 責任構成을 달리한다.

4. 債務者の 責任範圍

債務者の 責任範圍는 債務者自身の 過失에 기한 責任의 範圍와 같다. 그러나 債務者가 責任을 무담하는 履行補助者の 過失의 程度는 補助者가 아니라 債務者를 標準으로 하여야 할 것이다.⁴⁰⁾ 또한 例外的으로 債務者の 注意義務가 輕減되는 때에는 履行補助者の 注意義務도 輕減된다.⁴¹⁾

그리고 債務者가 履行補助者の 故意·過失에 대하여 責任을 負擔하는 것은 債務의 履行과 實質적으로 關聯된(in einem inneren, sachlichen Zusammenhang mit der Erfüllung der Verbindlichkeit) 故意·過失에 의한 損害惹起行爲에 局限되는 것이며, 履行補助者가 補助行爲의 機會를 利用하여(bei Gelegenheit der Erfüllung) 행한 모든 逸脫行爲에 대하여 責任을 지는 것은 아니다.⁴²⁾ 예컨대 家屋의 修理를 해야 할 債務의 履行을 補助하는 木工手가 家屋修理를 할 경우에 修理의 잘못으로 損害가 생기는 경우 債務者는 責任을 負擔하여야 하지만, 木工手가 家屋내의 物件을 훔친 데 대해서는 債務者로서 責任을 지

39) 獨逸民法은 同意가 있는 轉貸에 있어서도, 賃借人은 轉借人의 過失에 대하여 責任을 진다는 規定을 두고 있다(第549條 3項). 그러나 이와 같은 規定이 없는 우리 民法上으로는 이렇게 解釋해야 할 理由는 없다.

40) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 13. Aufl., (1982) S. 280 : BGHZ, 31, 358.

41) 今西康人, 前掲論文, 169面.

42) 金亨培, 前掲書, 193~194面.

지 않는다. 이러한 경우에는 債務者는 使用者로서의 責任이 問題가 될 따름이다.

IV. 履行補助者責任에 관한 새로운 理論의 展開

1. 干涉可能性要件의 再檢討

履行補助者의 行爲에 대하여 債務者가 責任을 負擔하게 되는 것은, 그 補助者 또는 代行者를 使用 또는 介入케 할 것을 결정한 債務者의 意思가 要件이 된다.⁴³⁾ 따라서 債務者의 意思決定이 없거나 또는 承諾이 없이 第3者가 履行行爲를 하였다 하더라도 그 第3者의 行爲에 대해서는 債務者가 責任을 負擔하지는 않는다.⁴⁴⁾ 이 이외에 多數說⁴⁵⁾에 의하면, 특히 狹義의 履行補助者의 行爲에 대한 債務者의 干涉可能性(Einwirkungsmöglichkeit : 補助者의 選任 또는 指揮·監督에 대한 干涉可能性)을 또 하나의 要件으로 삼고 있으며, 少數說⁴⁶⁾은 干涉可能性의 要件은 實質적으로 問題되지 않는다고 한다. 그리하여 多數說에 의하면 郵便·鐵道 등을 利用하는 者에 대한 關係에 있어서 郵便局員·驛員 등의 從業員은 干涉可能性이 없으므로 履行補助者가 아니라는 立場을 取하게 되며, 少數說에 의하면 反對의 立場을 取하게 된다.

債務者가 干涉可能性을 가지지 못하는 第3者의 行爲에 대하여 責任을 져야 할 것인가에 관하여, 獨逸의 通說은 干涉可能性을 履行補助者責任의 要件으로 採用하고 있지 않다.⁴⁷⁾ 그러나 通說에 의하더라도 履行過程에 登場하는 모든 第3者의 行爲에 대하여 債務者에게 責任을 負擔시키는 것은 아니다. 通說은 公務員이나 送付債務에 있어서 運送人을 履行補助者로 보지는 않는다.⁴⁸⁾ 물론 干涉可能性을 要件으로 하지 않는 學說도, 債務者가 債權者에 대하여 負擔하고 있는 給付의 範圍를 限定함으로써 이러한 第3者의 行爲를 給付로부터 排除하는 것을 試圖하고 있는 것이다. 判例도 역시 公務員, 送付債務에 있어서 運送人을 履行補助者로 하지 않고 있다.⁴⁹⁾

43) K. Larenz, a.a. O., S. 276 ; Palandt, a.a. O, S. 291 ; BGHZ 13. 111.

44) 金亨培, 前掲書, 190面.

45) 郭潤直, 「債權總論」, 129面 ; 金容漢, 前掲書, 132面 ; 玄勝鍾, 「債權總論」, 114面.

46) 高翔龍, 前掲論文, 73面 ; 金亨培, 前掲書, 191面.

47) K. Larenz, a.a. O., S. 276 ; 潮見佳男, 前掲論文, 329面.

48) 다만 Larenz는 公證人이 當事者의 委託을 받은 契約의 清算을 引受하는 경우에는 履行補助者라고 한다(K. Larenz, a.a. O., S. 276).

49) RGZ 104. 283 ; 潮見佳男, 前掲論文, 352面.

日本에 있어서는, 履行補助者에 대한 干涉可能性을 要求하는 것이 傳統的인 見解이다. 예를들면 我妻 榮 博士는, 履行補助者는 債務者の 指揮命令에 따라 手足과 같이 使用되는 者에 限하지 않고 獨立된 企業者도 포함한다고 하면서, 債務者가 送付債務를 負擔하는 경우의 運送業者도 履行補助者에 포함되지만, 郵便·鐵道에 의해 모든 사람에게 대하여 一律인 서비스를 하는 者는 除外하여야 한다고 한다.⁵⁰⁾ 그러나 最近에 이와 같은 干涉可能性理論을 포기하고, 履行補助者를 被用者的補助者和 獨立的補助者로 分類하여, 각각의 債務者の 責任을 構成하고자 하는 見解가 있다. 즉, 落合誠一 教授는 종래의 干涉可能性을 포기함으로써 郵便·鐵道 등의 選擇自由가 制約된 獨立企業者도 履行補助者라고 한다.⁵¹⁾

獨逸의 通說, 日本과 우리나라의 少數說은 干涉可能性을 要件으로 하지 않는다는 점에서 共通된다. 그러나 履行過程에 登場하는 모든 第3者에 대하여 債務者가 責任을 負擔해야만 하는 것은 아니다. 獨逸判例에서와 같이 公務員, 送付債務에 있어서 運送人을 履行補助者로 하지 않고, 다만 債務者가 持參債務를 負擔하는 경우에 郵便이나 鐵道を 利用한다면 郵便局員·驛員 등의 從業員은 債務者の 履行補助者로 봄으로써 債務者가 責任을 負擔해야 하는 履行補助者의 範圍를 限定하는 것이 妥當하다고 생각한다.⁵²⁾ 특히 持參債務의 경우에도 鐵道 및 郵便이 履行補助者가 아니라고 하는 見解는 그 論據로서, 첫째, 鐵道 및 郵便은 獨占的地位를 가지고 있고, 債務者에게는 어떠한 選擇可能性도 干涉可能性도 없다는 것. 둘째, 鐵道 및 郵便은 그 서비스를 모든 사람에게 平等하게 提供하는 것이라는 것을 든다. 그러나 생각컨대 持參債務를 지는 債務者는 자기자신이 債權者의 住所에서 現實提供으로 履行해야 할 債務를 負擔함에도 불구하고 干涉可能性이 없는 郵便이나 鐵도에 의하여 履行을 補助하도록 한 경우에 債務者가 免責된다고 하면 이는 不當하다.⁵³⁾ 그리고 오늘날 經濟社會의 變化에 의하여 獨立된 企業者도 履行補助者가 될 수 있으며, 이 경우 履行補助者에 대한 債務者の 選任·監督의 可能性 내지 干涉可能性은 희박해지므로 干涉可能性의 要件은 必要하지 않다고 解釋하여야 한다.

50) 我妻榮, 前掲「債權總論」, 107面.

51) 德本鎮, “履行補助者の過失と債權者の責任”, 「法學セミナー」(1981, 10), 36面에서 인용.

52) K. Larenz는 干涉可能性의 要件을 不要로 하는 立場이지만 郵便·鐵道の 履行補助者性을 否定한다 (K. Larenz, a.a. O., S.276).

53) 高翔龍, 前掲論文, 74面; 金亨培, 前掲書, 191面.

2. 契約締結上の 過失責任의 問題

契約의 成立過程에 있어서 當事者의 一方이 그에게 責任있는 事由로 相對方에게 損害를 준 때에 負擔하여야 할 賠償責任이 契約締結上の 過失(culpa in contrahendo. Verschulden beim Vertragsschluss)責任이다. 그런데 獨逸에서는 契約責任을 契約締結過程에 까지 擴張할 뿐만 아니라, 거기에 있어서 活動하는 補助者('交渉補助者'(Verhandlungsgehilfe)라고 부른다)의 過失에 獨逸民法 第278條를 適用하는 것이 判例⁵⁴⁾·通說⁵⁵⁾이다.⁵⁶⁾

즉 契約締結을 위한 協議行爲의 着手나 去來上の 交渉을 하게 되면 아직 契約이 成立하지는 않았으나 當事者간에는 이러한 事實的行爲로 인하여 法的特別關係(rechtliche Sonderverbindung)가 成立하며, 이 特別關係에는 一次的給付義務(primäre Leistungspflicht)는 없으나, 純粹財産損害(reine Vermögensschaden)로부터 相對方의 保護를 目的으로 하는 保護義務(典型的으로는 契約交渉過程에서의 說明義務)와 交渉時의 接觸으로 생기는 生命·身體·健康·所有權 등의 絕對權·絕對的利益(完全性利益)에의 侵害로 부터의 保護義務가 存在한다.⁵⁷⁾ 그리고 交渉補助者를 이 義務의 履行補助者로 位置시키고 있는 것이다.

우리나라의 學說은 民法 第535條의 경우(原始的 不能의 경우) 이외에도 契約締結上の 過失責任을 認定하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 契約締結上 履行補助者의 過失問題에 대해서는 이를 論하는 분이 적다. 金亨培 教授는, 우리나라에 있어서는 第756條의 適用時에 實務上 使用者의 免責이 거의 認定되지 않고 있으므로 被害者를 保護하는 데 있어서 不合理的 초래하는 일이 적다고 하면서도, 獨逸民法에서와는 달리 使用者에게 求償權이 認定되고 있으므로(第756條 3項) 오히려 被用者(補助者)를 保護하기 위해서 第391條의 適用을 可能하게 할 수 있는 契約締結上の 過失責任의 理論을 肯定해야 할 實益이 있다고 하면서 이를 認定하고 있다.⁵⁹⁾ 또한 高翔龍 教授도 債務者가 履行補助者의 過失에 의하여 責任을 지는 債務에는 本來의 履行義務 뿐만아니라 이에 附隨하는 義務도 포함되기 때문에 契約締結前이라 할지라도 契約締結上の 過失을 惹起시키지 않을 義務도 포함되며, 또한 債務

54) RGZ 78, 239; BGHZ 47, 207.

55) K. Larenz, a.a. O., S. 109.

56) 契約締結上の 過失을 契約責任으로 본다면 당연한 結果라고 본다.

57) K. Larenz, a.a. O., S. 101 : 潮見佳男, 前掲論文, 172面.

58) 郭潤直, 「債權閣論」, 337面 : 趙鍾炫, 前掲論文, 477面.

59) 金亨培, 前掲書, 196面.

不履行에는 準備行爲, 契約締結上の 行爲도 포함된다고 풀이할 수 있을 것이라고 하면서 마찬가지로 이를 認定하는 立場에 선다.⁶⁰⁾

생각컨대 履行補助者에 관한 問題를 認定할 것인가의 與否는 契約締結上の 過失責任의 法的性質을 어떻게 파악하느냐에 달려있다고 본다. 따라서 이를 契約責任으로 파악하는 우리나라의 압도적 多數說에 의하면, 소위 交渉補助者の 過失에 民法 第391條의 規定을 適用하는 것도 당연한 것으로 肯定하여야 한다. 契約締結上の 過失이 제일 먼저 비롯된 獨逸에서도 獨逸民法 制定直後로부터 學說에 있어서는 理論構成上的 差異는 있었을지라도 契約締結上の 過失을 契約責任으로 處理하는 것이 通說이었지만, 最近에는 여기에 대해 疑問을 提起하는 學說도 많아지고 있다.⁶¹⁾ 따라서 契約締結上の 過失責任이 本質적으로 契約責任인가 하는 點에 대하여도 疑問의 餘地는 있다. 더구나 獨逸에서 交渉補助者の 경우에도 獨逸民法 第278條(우리 民法 第391條에 해당)를 適用하는 理由가 第831條(우리 民法 第756條에 해당)의 適用에서 오는 使用者의 免責可能性을 排除하려는 데 있음을 생각한다면, 判例가 獨逸과는 달리 使用者의 免責立證을 좀처럼 認定하지 않는 우리나라에서는 第756條를 適用함으로써 交渉補助者の 過失을 使用者賠償責任으로 處理하여도 充分하지 않을까 생각된다. 이 問題에 대해서는 契約締結上の 過失責任의 法的性質과 관련하여 보다 신중히 檢討하여야 한다고 본다.

3. 債務者の 責任範圍의 擴張

앞서 언급한 바와 같이 우리나라와 獨逸의 學說은 대체로, 債務者가 履行補助者の 故意·過失에 대하여 責任을 負擔하는 것은 履行補助者の 有責行爲가 단순히 債務의 '履行의 機會에' 행한 行爲로 充分한 것이 아니고 債務의 '履行에 관하여' 행한 行爲이어야 한다고 함으로써 履行補助者の 行爲에 制限을 가지고 있다. 그러나 獨逸에서는 1960年代에 들어서 소위 「統一의 保護關係에 기한 保護義務(Schutzpflicht aus einheitlichen Schutzverhältnis)」論이 登場하였다.

이 理論에 의하면, 債務關係는 結付利益의 實現에 向하여진 給付關係만 存在하는 것은 아니며, 相對方의 生命·身體·所有權 등의 完全性利益(Integritätsinteresse)의 保護를 目的으로 하는 保護關係(Schutzverhältnis)도 存在하는 것이다. 이 保護關係에 의하여 發

60) 高翔龍, 前掲論文, 77面.

61) 여기에 관해서는 趙鍾炫, "契約締結上の 過失責任", 「現代民法學의 諸問題」(金會漢 博士 華甲紀念, 1981) 참조.

生하는 相對方의 完全性利益에의 配慮義務가 保護義務(Schutzpflicht)이다. 이와같은 保護義務論을 履行補助者責任에 있어서도 展開한 것은 Eike Schmidt이다. 그는 履行補助者의 過失이 問題로 되는 場面을 給付義務違反(및 附隨義務違反)과 保護義務違反으로 나누고, 履行補助者의 行爲에 대한 債務者의 責任을 擴張시켰다. 즉 給付利益의 레벨에서는 「履行에 관하여」의 行爲와 「履行의 機會」의 行爲를 區別하는 意味는 充分하다. 履行過程과 外見上으로 밖에 關聯없는 行爲가 考慮의 밖에 놓이게 되는 것도 當然하다. 다른 한편 保護義務의 레벨에서는 「履行의 機會」에 補助者에 의해 惹起된 完全性利益의 侵害에 대해서도 債務者는 第278條에 의해 責任을 負擔하지 않으면 안된다고 한다. 그 結果, Schmidt說에서는 給付結果의 實現과는 하등의 關係가 없는 補助者에 의한 竊盜行爲에 대해서도 債務者가 責任을 負擔하여야 하는 것으로 된다.⁶²⁾

그리고 「履行에 관하여」의 行爲나 「履行의 機會」의 行爲의 區別을 維持하는 通說에 있어서도, 從來의 區別의 規準을 改善하고자 한 試圖가 있다. Larenz는 引受한 일을 實行할 때에 注文者의 物件을 注意깊게 取扱해야 할 義務는, 「契約에 特殊한 保護義務(vertragsspezifische Schutzpflicht)」이다. 이것에 대하여 竊取하지 않는다고 하는 義務는 모든 사람에게 또한 어떠한 狀況下에서도 存在하는 것이며 「契約에 特殊한」 것은 아니라고 하면서, 獨逸民法 第278條에 의해 債務者가 責任을 負擔하기 위해서는 補助者의 行爲가 債務關係에 있어서 債務者에게 부과된 이와같은 「契約에 特殊한」 保護義務의 違反이며, 또한 當該 違反이 補助者의 「任務領域과의 關聯에 있어서(in Beziehung zu dem Aufgabenkreis)」 초래된 것이어야만 한다고 한다.⁶³⁾ 더구나 이 「契約에 特殊한 保護義務」의 概念은 넓게 解釋되지는 아니한다. 즉, 債權者法益과의 社會的接觸의 機會가 債務關係의 設定에 의해 만들어 졌다고 하는 것만으로는 족하지 않으며, 債權者法益의 保護가 말하자면 契約에 內在해 있지 않으면 안된다고 한다.⁶⁴⁾

獨逸에서 論하여진 「統一의 保護關係에 기한 保護義務」論은 獨逸民法 第831條의 使用者責任에 있어서 使用者의 免責立證이 認定되는 것에 의한 被害者의 救濟를 위해 主張된 것이다. 그러나 거기에서 말하는 「保護義務」는 本質적으로 不法行爲法上の 「安全義務」에 지나지 않는다. 따라서 使用者責任의 免責立證을 거의 認定치 않고 있는 우리나라에서는 이 理論을 採用할 必要는 없다고 본다. 이렇게 한다면 결국 債務者는 「履行에 관하여」 행하여진 履行補助者의 行爲에 대해서만 責任을 負擔하여야 한다. 다만 「履行에 관하여」

62) 潮見佳男, 前掲論文, 168~170面.

63) 判例도 Larenz의 見解와 같다(BGHZ 23, 319, 323 : BHGZ 31, 358, 366).

64) K. Larenz, a. a. O., S. 279.

의 行爲인가 아니면 「履行의 機會에」 행한 行爲인가의 區別이 용이하지 아니하므로, Larenz의 見解와 같이 補助者の 行爲가 「債務內容」과 關聯있어야 할 뿐아니라, 客觀的으로 보아 그의 「任務內容」라도 關聯되어야 한다고 생각한다.

V. 結 論

以上에서 履行補助者の 責任과 관련된 여러 문제를 살펴보았다. 現行民法은 履行補助者の 責任에 관하여 舊民法과는 달리 第393條와 같은 明文의 一般的規定을 두어, 債務者는 그 補助者の 過失에 대하여 債務不履行責任을 負擔하게 하고 있다. 또한 民法은 第756條에서 被用者の 行爲에 대한 使用者의 責任을 規定하고 있다. 이처럼 現行民法은 補助者の 行爲에 대한 本人의 責任에 관하여 債務不履行責任과 不法行爲責任으로 明確히 구별하며 각각 별개의 法規制에 의한 二元的 法構造를 取하고 있다. 그러나 우리나라에서는 使用者責任(第756條)에 대한 判例는 상당수에 이르고 있으나 履行補助者の 過失(第391條)에 대한 判例는 거의 없는 實情이다. 他人의 行爲에 의하여 發生된 損害에 대한 賠償責任을 그 直接的인 行爲者가 아닌 者에게 歸屬시킴으로서 債權者(또는 被害者)를 保護하고자 한 점에서 民法 第391條와 第756條는 共通的인 性格을 가지고 있으나, 우리나라의 判例는 獨逸의 경우와는 달리 거의 모든 경우에 不法行爲責任(使用者責任)으로 責任을 構成하고 있는 것이다.

그리고 이에 관한 우리나라의 學說은 履行補助者를 여러 類型으로 分類하여, 이에 따라 債務者の 責任도 달리 構成하였다. 그런데 종래의 이러한 學說도 經濟社會構造의 變化에 의하여 많은 問題가 發生하게 되었다. 그리하여 本稿에서는 종래의 理論構成上的 問題點을 最近의 새로운 理論을 소개하면서 檢討하였다. 특히 獨逸에서는 使用者責任의 適用에서 오는 使用者의 免責可能性을 排除하기 위하여 第278條의 適用을 擴大하는 方向으로 學說·判例가 發展해 가고 있다. 즉 契約締結上的 過失理論, 統一的保護關係에 기한 保護義務論 및 第3者의 保護效를 가진 契約(Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)理論을 통하여 履行補助者責任의 適用範圍를 擴大하고 있는 것이다. 여기서 第3者의 保護效를 가진 契約이란, 契約當事者는 아니지만 契約關係에 기한 保護義務의 履行에 直接 利害關係를 가지는 第3者는 그 義務의 違反을 理由로 한 損害賠償

請求權을 가지는 契約을 말한다.⁶⁵⁾ 이러한 獨逸의 여러 理論은 우리 法의 解釋에 있어서 많은 것을 示唆한다.

參 考 文 獻

- 郭潤直, 「債權總論」(서울: 博英社, 1986)
_____, 「債權各論」(서울: 博英社, 1985)
金錫宇, 「債權法總論」(서울: 博英社, 1976)
金容漢, 「債權法總論」(서울: 博英社, 1983)
金亨培, 「債權總論(上)」(서울: 日新社, 1987)
玄勝鍾, 「債權總論」(서울: 日新社, 1982)
_____, 「로마法」(서울: 一潮閣, 1983)
黃迪仁, 「現代民法論III」(서울: 博英社, 1981)
高翔龍, “履行補助者の 過失”, 「法律研究」第3輯(延世大學校 法科大學 法律問題研究所, 1983)
趙鍾炫, “履行補助者の 過失責任”, 「民事法學」第6號(1985, 86)
_____, “契約締結上の 過失責任”, 「現代民法學의 諸問題」(金曾漢 博士華甲紀念, 1981)
金亨培, “民法 第391條와 第756條를 比較, 檢討함(上)(下)”, 「考試界」(1977. 12, 1978. 1)
我妻榮, 「民法研究V」(東京: 有斐閣, 1968)
_____, 「新訂 債權總論」(東京: 岩波書店, 1975)
篠塚昭次(編), 「條解民法II(1)」(東京: 三省堂, 1982)
星野英一, 「民法概論III(債權總論)」(東京: 良書普及會, 1984)
林良平(外 2人), 「債權總論」(東京: 青林書院新社, 1984)
神戶大學外國法研究會(編), 「獨逸民法(II)」(東京: 有斐閣, 1955)
今西康人, “ドイツ債權者一仮譯と解説(62)”, 「法律時報」(56卷5號, 1984)
烏谷部茂, “履行補助者”, 「民法講座4」(東京: 有斐閣, 1985)
德本鎮, “履行補助者の過失と債務者の責任”, 「法學セミナー」(1981. 10)

65) K. Larenz, a. a. O., S. 208 u. 209.

潮見佳男, “履行補助者責任の歸責構造(一), (二)”, 「民商法雜誌」96卷 2號, 3號(1987)

長尾治助, “履行補助者の過失と債務者の責任”, 「法學セミナー」(1975. 8)

前田達明, “履行補助者の過失”, 「判例タイムス」611號(1986. 10)

J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl. (1986)

K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 13. Aufl. (1982)

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl. (1979)

Entscheidungen Des Bundesgerichtshofes Zivilsachen



