「法과 政策」第18輯 第1號, 2012. 2. 28.
濟州大學校 法과政策硏究所

채무불이행에 있어서 강제이행과 원상회복*

Naturalrestitution und Erfüllungszwang in Nichterfüllung

신 국 미**
Shin, Gook-Mi

목 차

Ⅰ 문제의 제기
Ⅱ 민법 제389조의 강제이행
Ⅲ 손해배상의 방법으로서 원상회복
Ⅳ 원상회복과 강제이행
Ⅴ. 결론: 손해배상의 방법으로서 원상회복을 규정하여야 할 실익

국문초록

지금은 폐기된 2004년도 민법개정안에서 양창수 대법관과 윤진수 교수는 제394조를 개정하여 "손해는 금전으로 배상한다. 그러나 채권자는 상당한 이유가 있는 때에는 원상회복을 청구할 수 있다"(제394조 제1항)라고 하여, 원상회복에 의한 손해배상을 제안하였다. 그러나 이러한 개정안에 대해 김상용교수는 우리민법상 채무불이행의 경우에는 강제이행(현실적 이행강제)에 관한 규정(제389조)이 있으므로 원상회복에 의한 배상을 인정할 실익이 있는가라는 의문을 제기하였다. 이와 같은 논의의 배경은 무엇보다도 강제이행과 원상회복

논문접수일 : 2011. 12. 30
심사완료일 : 2012. 01. 21
게재확정일 : 2012. 01. 25
* 이 논문은 2010-2012학년도 청주대학교 법학연구소가 지원한 학술연구조성비(특별연구과제)에 의해 연구되었음.
** 법학박사 · 청주대학교 법과대학 교수

모두 채무불이행의 경우에 본래적 급부의 실현을 목적으로 한다는 것에 기인한 것으로 생각된다. 강제이행이란 채무자의 임의의 채무이행이 없는 경우에 채권자는 본래의 채무의 이행의 소를 제기할 수 있고 이것이 법원에 의해 승인되면 강제적으로 집행할 수 있는 것, 즉 본래적 이행청구권의 관철이 사법기관에 의해 보장된다는 것을 의미한다. 반면 원상회복이란 채무의 내용에 좇지 않은 이행으로 인하여 채권자에게 발생한 손해의 배상방법에 관한 것으로서, 그러한 채무불이행이 없었더라면 존재하였을 상태를 회복시켜주는 것을 의미한다. 즉 양자모두 채무불이행시에 채권자에게 주어지는 구제수단으로서 이행가능성을 전제로 본래의 채무 이행을 실현시킨다는 점에서는 같다. 그러나 강제이행청구권은 채권의 효력 그 자체로 부터 당연히 인정되는 것으로, 우리 채무불이행법체계상 1차적 구제수단이나, 원상회복은 손해배상의 방법에 속하고, 손해배상은 강제이행청구권에 의해 목적을 달성할 수 없는 경우에 채무자의 유책을 요건으로 하여 인정되는 2차적 구제수단으로서의 의미를 가진다. 그러므로 1차적 구제수단인 강제이행청구권과 2차적 구제수단인 원상회복청구권은 각각 그 제도적 기능을 달리하기 때문에, 강제이행청구권이 인정된다고 하여 손해배상의 방법으로서 원상회복을 인정할 실익이 없는지는 의문이다.

이 글에서는 폐기된 2004년도의 민법개정안을 둘러싼 이러한 문제인식에서 출발하여, 먼저 제389조의 강제이행제도의 의의와 기능 및 손해배상의 방법으로서 원상회복에 관하여 살펴본 후 양자의 관계를 규명하고 끝으로 채무불이행의 경우에 강제이행제도가 있기 때문에 손해배상의 방법으로서 원상회복을 규정할 실익이 없는지 그 타당성을 검토하였다.

주제어 : 손해배상, 원상회복, 강제이행, 추완이행청구, 하자보수, 대체물급부

Ⅰ. 문제의 제기

1. 민법은 채무자의 채무불이행이 있는 경우에 원칙적으로 본래의 급부의무를 강제적으로 실현할 수 있는 강제이행청구권을 채권자에게 부여하고 있다

(제389조 제1항). 이러한 본래의 채무이행을 보장하는 강제이행청구권은 재판상 청구라는 점에서, 재판외에서 이행을 청구하는 권리로서의 임의적 이행청구권과 구별된다. 대륙법에서는 이행청구권이 원칙적으로 인정되는 반면, 영미법에서는 인정되지 않는다고 하는 의미에서의 이행청구권은 바로 이러한 강제이행청구권을 말한다. 따라서 영미법상 채무불이행을 당한 당사자는 그로 인한 손해를 금전으로 배상할 것을 청구할 수 있으나, 원칙적으로 법원에 대해 본래의 이행을 소구할 수는 없다.

2. 이와 같이 대륙법과 영미법이라는 양법계의 계약채무의 구조 내지 계약위반의 보장기구 면에서 근본적인 차이점을 보여주는 강제이행청구권은 우리 급부장애법의 체계내에서 어디에 위치하는가. 일반적으로 강제이행청구권은 손해배상청구권과 달리, 이행기의 도래에 의해 청구가능하고 귀책사유를 요하지 않는데, 이것은 강제이행청구권이 본래적 채무이행의 강제적 실현을 위한 청구권으로서 계약에 의해 채무자가 특정한 행위를 할 것을 약속하였기 때문에 당연히 인정되는 것인 반면, 손해배상청구권은 채무자가 본래 약속한 것이 아니기 때문에 손해배상청구를 하기 위해서는 별도의 요건인 채무자의 귀책사유를 필요로 한다는데 기인한다. 즉 강제이행청구권은 채권의 효력상 당연히 인정되는 것이지만, 손해배상은 유책(Schuld)하기 때문에 인정된다는 것이 전통적인 입장이다. 이러한 이해에 따르면 우리민법상 계약책임 구조는 채무불이행이 있는 경우에 급부의 이행이 가능한지 여부에 따라 이행이 가능한 경우에 채권자는 1차적으로 본래의 급부이행의 소(강제이행청구)를 제기하고, 이와 같은 방법에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 채무자의 귀책사유라는 추가적 요건의 구비를 전제로 손해배상 내지 계약해제를 할 수 있도록 하고 있다. 즉 강제이행청구권은 1차적 구제수단이다.

3. 계약책임 구조에 관한 이러한 일반론은 2004년도의 민법개정논의에서 '손해배상의 방법으로서의 원상회복'의 인정여부를 둘러싸고 원상회복과 강제이행청구권과의 관계(차이)에 관한 논의의 단초를 제공하였다. 알려진 바와 같이 손해배상의 방법에는 금전배상(Geldsatz)과 원상회복(Naturalrestitution)의 2가

지 방법이 있다. 우리민법은 제394조에서 "다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다"라고 하여 금전배상 원칙주의를 취하고 있고, 원상회복에 의한 배상방법에 관해서는 침묵을 지키고 있다.[1] 이에 대해 지금은 폐기된 2004년도 민법개정안에서 양창수 대법관과 윤진수 교수는 제394조를 개정하여 "손해는 금전으로 배상한다. 그러나 채권자는 상당한 이유가 있는 때에는 원상회복을 청구할 수 있다"(제394조 제1항)라고 하여, 원상회복에 의한 손해배상을 제안하였다.[2] 그러나 이러한 개정안에 대해 김상용교수는 우리민법상 채무불이행의 경우에는 강제이행(현실적 이행강제)에 관한 규정(제389조)이 있으므로 원상회복에 의한 배상을 인정할 실익이 있는가라는 의문을 제기하였다.[3]

4. 이와 같은 논의의 배경은 무엇보다도 강제이행과 원상회복 모두 채무불이행의 경우에 본래적 급부의 실현을 목적으로 한다는 것에 기인한 것으로 생각된다. 강제이행이란 채무자의 임의의 채무이행이 없는 경우에 채권자는 본래의 채무의 이행의 소를 제기할 수 있고 이것이 법원에 의해 승인되면 강제적으로 집행할 수 있는 것, 즉 본래적 이행청구권의 관철이 사법기관에 의해 보장된다는 것을 의미한다. 반면 원상회복이란 채무의 내용에 좇지 않은 이행으로 인하여 채권자에게 발생한 손해의 배상방법에 관한 것으로서, 그러한 채무불이행이 없었더라면 존재하였을 상태를 회복시켜주는 것을 의미한다. 즉 양자모두 채무불이행시에 채권자에게 주어지는 구제수단으로서 이행가능성을 전제로 본래의 채무 이행을 실현시킨다는 점에서는 같다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 강제이행청구권은 채권의 효력 그 자체로 부터 당연히 인정되는 것으로, 우리 채무불이행법체계상 1차적 구제수단이나, 원상회복은 손

1) 이에 반해 독일민법은 제249조에서 "배상의무자는 배상의무를 지우는 사정이 일어나지 않았더라면 존재하였을 상태를 회복하여야 한다"라고 함으로써 원상회복을 원칙으로 하고 있다.

2) 윤진수, "손해배상의 방법으로서의 원상회복-민법개정안을 계기로", 「비교사법」 제10권 1호, 한국비교사법학회, 2003, 79면.

3) 그는 원상회복과 강제이행의 차이에 관한 어떠한 구명 없이 원상회복을 명문화하는 것은 문제가 있다고 하였다. 김상용, "〈참고자료〉 민법(재산법)개정안 중 문제조항들에 대한 의견 - 민법개정, 무엇을 어떻게 할 것인가-," 「2008년 하계학술대회자료집」, 한국민사법학회, 2008.6, 339-341면.

해배상의 방법에 속하고, 손해배상은 강제이행청구권에 의해 목적을 달성할 수 없는 경우에 채무자의 유책을 요건으로 하여 인정되는 2차적 구제수단으로서의 의미를 가진다.[4] 그러므로 1차적 구제수단인 강제이행청구권과 2차적 구제수단인 원상회복청구권은 각각 그 제도적 기능을 달리하기 때문에, 강제이행청구권이 인정된다고 하여 손해배상의 방법으로서 원상회복을 인정할 실익이 없는지는 의문이다.

이 글에서는 폐기된 2004년도의 민법개정안을 둘러싼 이러한 문제인식에서 출발하여, 강제이행과 손해배상방법으로서의 원상회복과의 관계, 그 제도적 기능에 관하여 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 제389조의 강제이행제도의 의의와 기능 및 손해배상의 방법으로서 원상회복에 관하여 살펴본 후, 과연 채무불이행의 경우에 강제이행제도가 있기 때문에 손해배상의 방법으로서 원상회복을 규정할 실익이 없는지 그 타당성을 검토하고자 한다.

II. 민법 제389조의 강제이행

1. 강제이행(현실적 이행강제)의 의의

(1) 통설의 이해

강제이행이라는 용어는 다의적인 의미를 가지지만[5] 여기에서 말하는 강제이행이란 임의이행에 대응하는 개념으로서 채무자가 임의로 채무를 이행하지 않는 경우에 채권자가 본래의 채권의 내용을 국가기관의 강제력에 의해 실현하는 제도 또는 실현하는 절차를 의미한다. 강제집행이 채권의 강제적 실현방법에 관한 것이고 따라서 절차법상의 개념인데 반해, 강제이행이란 실체법상의 개념이라고 할 수 있다. 이 의미에서 강제이행이 가능하다는 것은 채권의 당연한 속성 내지 효력이다.

4) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1992, 153면.

5) 민법 제389조의 법문에 있는 강제이행이라는 용어는 채권의 본래적 이행 즉 직접강제만을 의미한다고 하여야 할 것이다.

강제이행은 어떤 경우에 어떤 방법으로 인정되는가. 이에 관해 민법 제389조와 민사집행법 제257조 내지 제261조에서 규정하고 있는데, 강제이행수단으로는 직접강제, 대체집행, 간접강제가 인정되고 있다. 직접강제란 국가기관이 유형적 실력을 행사해서 채무자의 의사와 관계없이 채권의 내용을 실현하는 방법으로서, 예컨대 물건의 인도채무에 있어서 목적물의 점유를 채무자로부터 빼앗아서 채권자에게 교부하거나, 금전채무의 경우 채무자의 재산을 매각하여 금전으로 바꾸어서 그것을 채권자에게 배당하는 것과 같다. 대체집행이란 채무자로부터 비용을 추심해서 이 비용으로 채권자 또는 제3자로 하여금 채무자에 갈음하여 채권의 내용을 실현하는 방법으로서 예컨대 건물 기타 공작물을 철거하여야 할 채무의 경우에 채무자가 임의로 이를 이행하지 않은 때에 채무자로부터 추심한 비용으로 인부를 고용해서 채권의 내용을 실현하는 것과 같다. 간접강제란 채무자 자신이 채무를 이행하도록 심리적으로 압박해서 채권을 실현하는 방법으로서 불이행시에는 손해배상의 지급을 명하고 벌금(강제금)을 과하거나 채무자를 구금하는 등의 수단으로 채무자에게 압력을 넣는 것이다. 이 방법은 채무자의 자유의사를 구속하기 때문에 다른 강제수단이 없는 경우에 인정되는 최후의 방법이다.[6]

채무의 강제이행은 채무의 내용인 급부의 종류에 따라 그 강제적 실현수단도 다를 수 밖에 없는데, 민법 및 민사집행법은 '하는 채무'와 '주는 채무(인도채무)', '작위채무와 부작위채무', '금전지급을 내용으로 하는 채무'와 '금전이외의 재산의 인도를 내용으로 하는 채무' 등 그 채무의 종류에 따라 강제이행방법을 달리 규율하고 있다. 학설은 주는 채무(인도채무)의 경우에는 직접강제, 하는 채무의 경우에는 대체집행, 부대체적 작위채무의 경우에는 간접강제가 행해진다는 데 이설이 없으며, 이에 따라 민법 제389조의 강제이행을 다음과 같이 이해하고 있다. ⅰ) 제389조 제1항에서 말하는 '강제이행'은 '직접강제'를 가리키는 것이고 직접강제가 가능한 경우는 '주는 채무(인도채무)'에 한 한다 ⅱ) 제389조 제2항 冒頭의 '전항의 채무'는 제1항 단서가 말하는 '채무의 성질이 강제이행을 하지 못할' 채무를 가리키는 것으로서 '하는 채무(작위 또는 부

6) 곽윤직, 「채권총론」, 제6판, 박영사, 2003, 107-109면; 곽윤직 편집대표, 「민법주해[Ⅸ]」, 박영사, 2004, 165-166면(호문혁집필).

작위채무)'를 의미한다. iii) 제2항의 '일신전속적이지 않은 채무' 즉 '대체적 작위채무' 및 제3항의 '부작위채무'는 대체집행에 의하고, '부대체적 작위채무'의 경우에는 민법에는 규정이 없으므로 민사집행법 제261조에 따라 '간접강제'에 의한다. iv) 그리고 강제집행은 직접강제→대체집행→간접강제의 순서로 행하여져야 하고, 특히 간접강제는 채무자의 자유의사를 구속하고 인격존중의 이상에 적합하지 않기 때문에 최후의 수단으로 사용되어야 한다.[7] 더욱이 민법 제389조 제1항에서 제3항까지의 규정은 강제이행방법을 정한 규정으로서 민사집행법에서 규율하는 것이 타당하다고 한다.[8]

(2) 통설에 대한 비판

그러나 이러한 통설의 해석론에 대해 첫째, 민법 제389조 제1항을 과연 절차법규정으로 이해할 수 있는가? 오히려 실체법규정이라고 이해하는 것이 타당하지 않을까? 둘째, 강제집행의 순서, 특히 간접강제를 최후의 수단으로서만 고려하여야 하는가? 라는 점에 대해 의문이 제기되고 있다.[9]

강제집행절차상 '간접강제를 최후의 수단으로 고려하여야 한다'(이를 '간접강제의 보충성'[10]이라고 한다)는 것은 간접강제가 채무자의 자유의사를 구속하고 인격존중의 이상에 적합하지 않기 때문이다. 그러나 '주는 채무(인도채무)'의 경우에 인정되는 '직접강제'는 채권자가 국가기관의 손을 빌려 채무자의 수중에 있는 물건을 그의 손에서 박탈하여 자기에게 인도하는 강제방법이고, 간접강제는 손해배상의 지불을 명하거나 벌금(강제금)의 부과 또는 채무자를 구금하는 등의 수단을 가지고 채무자를 심리적으로 압박하여 급부를 실현하는 강제방법인데, 우리민법하에서는 간접강제방법으로서 채무자의 구금은

7) 곽윤직, 전게서, 107-108면: 김형배, 채권총론, 제2판, 1998, 135-136면: 김상용, 「채권총론」, 개정판 증보, 2003, 148면: 김주수, 「채권총론」, 제3판 보정판, 2003, 158면: 이은영, 「채권총론」 개정판, 1999, 168면: 곽윤직 편집대표, 전게서, 174-176면(호문혁집필).

8) 김형배(주7), 154면

9) 平井宜雄, 債權總論(第二版), 弘文堂, 1991, 246면.

10) 최근에 간접강제의 보충성에 의문을 제기한 연구로 김형석, "강제이행-특히 간접강제의 보충성을 중심으로-", 「서울대학교 법학」 제46권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2005.12, 242-284면 참조.

인정되고 있지 않으므로 손해배상 내지 강제금의 부과가 전부이다. 그렇다면 통설이, 채무자로부터 직접 목적물을 빼앗는 직접강제는 채무자의 인격을 존중하는 것인 반면, 금전(강제금)의 지불에 의해 이행을 강제하는 간접강제는 채무자의 의사를 압박하기 때문에 인격존중의 이상에 적합하지 않다고 하는 것은 의문의 여지가 있다. 오히려 물리적 접촉이 없는 간접강제가 직접적인 신체적 접촉에 의한 직접강제보다 인격존중의 이상에 부합하는 유효한 수단이라고 할 수 있지 않을까. 무엇보다도 간접강제는 '채무자의 협력'을 이끌어 낸다는 점에서, 직접강제보다 효율적인 집행방법이라고 할 수 있을 것이다.[11] 더욱이 간접강제는 외국법제와 비교해볼 때,[12] 우리 민법에서는 실제 손해를 고려하지 않은 채 오로지 심리적 압박효과만을 목적으로 과다한 금액의 지급을 명할 수는 없으며, 동시에 지급된 금액은 손해에 충당되어,[13] 전보적 기능을 수행하기 때문에, 강제수단으로서의 효력은 약하다고 아니할 수 없다.[14] 따라서 인격존중의 이상에 근거해서 간접강제를 최후의 수단으로서 고려하여야 한다고 하는 통설은 그 정당성을 상실한다.

일본에서는 이러한 비판을 받아들여, 2003년의 민사집행법 개정에서 물건의 인도, 명도채무, 및 대체적 작위채무의 경우에 채권자의 신청에 의해서 간접강제를 허용하도록 하고 있다(일본민사집행법 제173조).[15] 우리 민법하에서도

11) 吉政知廣, "履行强制",ジュリスト增刊, 民法の爭點, 有斐閣, 2007.9, 177면. 중요한 기초연구로서 森田修, "强制履行の法學的構造", 1995, 315면 이하 참조.

12) 독일민사소송법에서는 간접강제의 수단으로 손해배상과 독립된 강제금의 부과 및 신체의 자유를 구속하는 구류등이 존재하고, 프랑스의 경우에도 판례가 인정하는 강제금(astreinte)은 손해배상과 무관하게 인정되고 있다(자세한 내용은 김형석, 전게논문, 250-262면 참조).

13) 이시윤, 「신민사집행법」, 2004, 346면; 법원실무제요, 강제집행(하), 466면 참조.

14) 김형석, 전게논문, 246면. 원래 간접강제로부터 부과되는 강제금(Zwangsgeld)은 오로지 강제이행을 목적으로 하는 압박수단으로서 손해배상청구권과는 무관하다. 따라서 채무자가 지급하는 강제금은 국고에 귀속되며, 채무자는 채무불이행의 경우에 원래의 손해배상의무 외에 국가에 대한 강제금지급의무를 부담하게 된다(독일민사소송법 제893조 참조). 그러나 우리민법에서는 채무자가 지급하는 금액은 채권자의 손해에 충당된다.

15) 일본민사집행법 제173조의 입법경위에 대해서는 道垣內弘人 山本和彦 吉賀政治 小林明彦, 新しい擔保・執行制度, 2003, 153-155면 참조. 일본에서는 금전채무의 강제집행에 관해서는 남용의 위험성을 배려하여 개정이 보류되었으나 2003년의 개정에서 부양의무등에 관한 금전채권에 한하여 간접강제의 이용이 인정되기에 이르렀다. 따라서 '간접강제의 보충성'이 극복된 현재, 채권자와 채무자의 이익을 적절하게 조정하면서, 간접강제의 적용영역을 획

인도채무의 경우에 채무자의 생활 및 인권을 배려하면서 효율적으로 채권내용을 실현할 수 있다면, 직접강제이외에 간접강제도 유효적절한 수단이 될 수 있을 것이다. 간접강제가 활용될 수 있는 영역의 획정에 관하여는 앞으로 강제집행법의 중요한 과제가 될 것이다.

2. 민법 제389조 제1항의 법적 성격: 본래적 이행강제의 보장

(1) 실체법규정인가·절차법규정인가

민법 제389조 제1항이, 본래적 급부이행의 강제적 실현을 원칙적으로 보장한 실체법적 규정인가, 단지 강제집행방법에 관한 절차법적 규정인가에 대하여 논란이 있지만, 절차법 규정으로 이해하는 것이 통설의 입장이다.[16]

통설은 우리민법 제389조 제1항의 의미를 '주는 채무'에 대한 '직접강제'를 규정한 것으로 해석하고, 동 조항이 임의의 급부이행이 없는 경우 본래적 급부이행을 강제적으로 실현할 수 있음을 보장하고 있는가에 대해서는, 채권의 효력상 당연히 인정되기 때문에 이를 따로 규정할 필요가 없다는 점에서, 제389조 제1항의 의미는 강제집행방법에 관한 절차법적 규정으로 이해한다.

그러나 우리민법의 입법과정을 살펴보면 이를 실체법규정으로 파악하고 있음을 알 수 있다. 원래 법전편찬위원회의 '민법편찬요강'은 이 문제에 관해 "구민법 제414조 제2항 제3항(현행민법 제389조 제2항 제3항과 동일)을 삭제하고 민사소송법에 이를 규정할 것"[17]이라는 방침을 정하였으나, 그 후에 국회에 제출된 제380조는 현행민법 제389조와 동일한 모습이었다(이와 같은 변경이 있었던 이유에 대해서는 알려진 바 없다). 이러한 민법편찬요강의 방침에 의하면, 제2항과 제3항을 절차법규정으로 이해하여 민사소송법에 규정하도

정하고, 적절한 운용을 모색하는 것이 집행법의 중요한 과제이다(山本和彦, "强制執行法における債權者の保護と債務者の保護", 權利實現過程の基本構造(竹下守夫先生古稀祝賀), 2002, 273면 참조).

16) 곽윤직, 「채권총론」, 신정판, 박영사, 1994, 188면: 김형배(주10), 140면. 제389조 제1항의 강제이행에 관해서는 절차법적 규정이라는 인식이 강하게 작용하여 민법체계서에서도 상세하게 다루어지지 않고 있다.

17) 양창수, "민법전편찬요강", 「민법연구 제1권」, 박영사, 1991, 105면.

록 하는 반면, 제1항과 제4항은 민법전에 그대로 둠으로써 실체법규정으로 이해하고 있음을 추론할 수 있다.

또한 본래적 이행의 강제적 실현은 채권의 효력상 당연히 내재되어 있는 것으로 이해될 수 있기 때문에 명문의 규정을 둘 필요가 없는 것인가에 대해서는 독일민법은 임의의 급부이행이 없는 경우에 채권의 효력 자체로 부터 급부의 강제적 실현을 위한 소구가능성은 당연히 포함되는 것으로 파악되는 반면, 영미법은 임의의 급부이행이 없더라도 원칙적으로 법원에 본래의 이행을 소구할 수 없으며 손해배상청구만을 인정하고 있다. 이와 같이 강제이행에 대해 영미법은 원칙적으로 인정하지 않는 반면 독일민법은 규율이 필요 없을 만큼 당연한 것으로 인정하는 것은, 각국의 법감정과 법사상에 고유한 법정책적인 문제(de lege ferenda)이며, 통설이 이를 규율하지 않아도 당연히 인정되는 것으로 해석하는 것은 독일법의 사고를 받아들인 것이다. 그러나 독일민법 제241조 제1항에서 "채권관계에 의하여 채권자가 채무자에 대하여 급부를 청구할 권리가 있다"라고 하여 급부이행청구권을 규정하고 있는데, 여기에서 채권의 내용인 급부청구권에 재판상청구도 당연히 포함되는 것으로 이해한다는 점에서,[18] 그 실정법적 근거규정의 필요성이 완전히 도외시 된 것은 아니다. 따라서 이행청구권에 소구가능성이 포함된다고 하는 독일민법 제241조와 같은 규정적 의미로서 제389조 제1항의 규정을 단지 강제집행방법에 관한 절차법규정으로서가 아니라, '본래적 이행강제의 보장'에 관한 실체법 규정으로 이해하여도 좋을 것이다.

(2) 실체법규정: 본래적 이행강제의 보장

민법 제389조 제1항은 '본래적 이행강제를 보장'하는 규정으로서, 이에 따라 채권자는 이행을 소구할 수 있고, 강제집행의 방식으로 급부판결을 관철할 수 있다. 따라서 민법 제389조 제1항의 강제이행청구권은 소구가능성과 집행가능

18) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht I, 14. Aufl., §2 I, S. 19. 이에 반하여 채권(즉 이행청구권)은 실체법상의 권리인데 반하여 소권은 소송법상의 권리이므로 소에 의하여 주장되는 권리가 실질적으로 존재할 필요는 없는 것이기 때문에 소구가능성은 이에 포함되지 않는다는 견해도 있다(Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrecht I. Band, Allgemeiner Teil, 1978, S. 20).

성을 모두 포함하는 것으로 이해된다.[19] 민법 제389조 제1항을 '본래적 이행강제'에 관한 실체법적 규정으로 이해하는 경우에는 이러한 소구력으로서의 이행청구권을 인정하는 반면, 단지 절차법적 규정으로 이해하는 견해는 강제집행방법 즉 직접강제를 규정한 것으로서, 소구가능성으로서의 강제이행청구권과 이의 관철을 위한 집행가능성으로서 강제집행청구권은 구별된다. 본래적 채무의 이행강제에 관한 문제는 계약에서 약속한 급부에 대한 '이행의 문제'를 의미하는 것이고, 집행의 문제는 이에 대한 '관철의 문제'이다. 가령 작가의 집필채무의 경우에 작가가 작품을 쓰는 채무를 이행하여야 함에도 불구하고 이를 이행하고 있지 않는 경우에 법원은 작가에게 "써라" 라고 명할 수는 있지만 직접강제에 의해 그 결과를 실현시킬 수는 없다. 일반적으로 집필채무의 경우에 소구할 수는 있지만, 집행은 할 수 없는 것으로서 직접강제에 의한 결과실현이 당연히 배제되는가 여부가 문제되는데, 여기에서는 집행방법과의 관계가 문제된다.

우리민법상 강제이행의 방법에는 직접강제·대체집행·간접강제가 있으나, 동 조항에서의 '강제이행'이란 본래적 채무의 이행강제인 '직접강제'를 의미한다고 이해하여야 할 것이다. 따라서 제389조 제1항은 임의의 채무이행이 없는 경우, 계약에서 본래 약속한 채무가 무엇이든 그 종류여하를 막론하고, 원칙적으로 본래의 채무에 대한 강제이행(=직접강제)을 할 수 있음을 규정한 것이고, 다만 채무의 성질상 직접강제를 할 수 없는 경우에는 배제된다.

3. 강제이행의 요건·효과

민법 제389조 제1항을 본래적 이행의 강제적 실현을 보장하기 위한 실체법적 규정으로 이해할 때, 강제이행청구권을 인정하기 위한 요건은 다음과 같다. ① 채권이 존재할 것 ② 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 않을 것 ③ 이행이 가능할 것(이행불능이 아닐 것) ④ 채무의 성질상 강제이행이 가능할 것 ⑤ 집행 장애사유가 없을 것(집행가능할 것)을 요건으로 한다. 주의할 것

19) 곽윤직 편집대표, 전게서, 156-157면(호문혁집필)

은 강제이행청구권은 채권에 당연하게 내재하는 권능이라고 이해되기 때문에 (이행청구권의 당연성) 채무불이행의 효과로서 인정되는 손해배상청구권이나 해제권과는 달리, 채권자의 본래적 채무의 이행청구에 대하여 채무자는 유책사유가 없다는 것을 항변으로서 주장할 수 없다. 즉 유책사유를 요하지 않는다.

이와 같은 요건이 갖추어지면 채권내용이 강제적으로 실현되는가. 이 문제는 어떠한 방법으로 실현되는가라는 문제 즉 강제이행의 방법과 맥락을 같이 한다. 강제적 실현은 사인의 실력에 의해 행하여지지 않는다는 데서 반드시 국가기관(집행관)의 손을 빌리지 않으면 안 된다. 따라서 어떠한 경우에 어떠한 절차로 국가기관의 손을 빌리는 것이 가능한가, 즉 국가제도의 이용요건(집행법상의 요건)[20]을 살펴보는 것이 개별적으로 필요하다. 다만 집행법상의 요건에 대해서 설명하는 것은 민사집행법에 양도하고 이하에서는 제389조에 관련된 한에서 강제이행의 방법에 대해 간단하게 설명하고자 한다.

4. 강제이행방법

가. 인도채무의 집행방법

인도채무의 인도는 직접강제에 의해 실현되지만, 금전채무와 그 밖의 물건의 인도채무는 그 성격이 다르다. 채권의 내용이 처음부터 금전의 지급을 내용으로 하는 것(불법행위채무, 금전소비대차상의 채무 등)은 물론, 그 밖의 채권도 종국에는 금전채권으로 바뀌는데, 가령 물건의 인도채무도 이행불능으로 되면 채무가 소멸하지 않는 한 손해배상채무 즉 금전채무로 전환되며, 작위채무도 이행을 강제하지 않으면서 손해배상의 요건을 충족하는 한에서 손해배상채무 즉 금전채무로 전환된다.

---

20) 강제집행을 하려면 채무명의(실체적 청구권의 존재와 범위를 표시하고 법률에 의하여 집행력이 주어진 공증의 문서) 외에 집행문(채무명의의 집행력과 집행당사자를 공증하기 위하여 공증공무원이 채무명의 정본의 말미에 부기하는 공증문서)을 필요로 하며, 이렇게 집행문이 부기된 채무명의의 정본을 '집행력있는 정본'이라고 한다. 법이 강제집행의 요건으로 채무명의이외에 별도로 집행문을 필요로 하는 것은 재판기관과 집행기관이 완전히 분리되어 있기 때문이다(곽윤직 편집대표, 전게서, 166-167면(호문혁집필)).

금전채무의 경우에는 이를 만족할 만한 정도의 금전을 채무자가 실제로 가지고 있는가 라는 사정은 통상 고려되지 않기 때문에, 금전채무의 내용을 실현하기 위해서는 채권자가 채무자의 재산을 압류하고 이를 매각하여 그 매각대금으로부터(즉, 금전으로 환가하여) 채권의 만족을 위한 금전의 인도(배당)를 받게 된다. 물건의 인도채무의 경우에는 채무자에게 있는 물건의 점유를 박탈하여 그 점유를 채권자에게 취득시키는 방법에 의한다. 가령 임차인이 임차주택을 반환하지 아니하여 임대인이 임차인에 대해 명도를 구하는 확정판결에 기하여 강제이행을 구하게 되는 경우 집행관은 "채무자로부터 점유를 빼앗아 채권자에게 인도하여야" 한다(민사집행법 제258조 제1항).[21]

나. 작위채무의 집행방법

채무자이외의 제3자에 의해 이행되어도 채무의 본지에 따른 채무이행이 가능한 경우(가령 건물철거채무, 사죄광고를 하는 채무)에는 대체집행 즉 채권자는 채무자의 비용으로써 제3자에게 이것을 하도록 청구할 수 있다(제389조 제2항 후문). 그러나 채무자 본인이 이행하지 않으면 채무의 본지에 따른 이행으로 되지 않는 채무 즉 '부대체적 작위채무'의 경우에 대해서는 대체집행이 불가능하다는 점에서 간접강제에 의하고, '의사표시를 하는 채무'는 부대체적 작위채무이기는 하지만 의사표시가 필요한 것은 그것에 의해 법률효과를 발생시키고자 하는 데 목적이 있으므로, 채권자는 "채무자의 의사표시에 갈음한 재판을 청구할 있다"(제389조 제2항 전문).

'부작위 채무'의 경우에는 부작위의 유형에 따라 그 강제집행방법이 다를 수 있는데 예를 들면 ①이층집을 건축하지 않기로 하는 계약을 이웃과 체결하였으나 이에 위반하여 2층집을 건축한 경우에 그 불이행(2층집을 건축한 것)으로 인해 유형물이 남아 있으므로 채권자는 "채무자의 비용으로써 그 행위를 제거"할 것을 청구할 수 있다(제389조 제3항). 이것은 일종의 원상회복이고

21) 그러한 과정에서 "집행관은 집행을 하기 위하여 필요한 경우 채무자의 주거·창고 그 밖의 장소를 수색하고, 잠근 문과 기구를 여는 등 적절한 조치를 할 수"있으며(민사집행법 제5조 제1항), 저항이 있는 때에는 "집행관은 경찰 또는 국군의 원조를 요청할 수 있다"(민사집행법 제5조 제2항).

그 자체는 작위채무(즉 건물철거채무)의 대체집행이지만, 실질에 있어서는 위반된 부작위채무의 변형인 것이다. 그러나 ②경업을 하지 않기로 하는 계약을 체결하고 이에 위반한 경우에는 그 불이행은 유형물을 남기지 않고 이러한 불이행으로 인해 손해배상을 청구할 수 있는 정도는 아니지만, 채무불이행이 반복되는 경우에는 채권자는 법원에 대해 장래에 하여야 할 적당한 처분[22]을 청구할 수 있다(제389조 제3항). 그 밖에 ③오수를 배출하지 않기로 하는 채무의 위반에 대해서는 간접강제에 의해서 그리고 ④골동품을 타인에게 매도하지 않기로 하는 계약을 위반한 경우에는 이와 같은 부작위채무의 강제는 다른 어떤 강제방법에 의해서도 곤란하므로 손해배상에 의할 수 밖에 없다.[23]

Ⅲ. 손해배상의 방법으로서 원상회복

1. 손해배상의 방법에 관한 입법주의

손해배상의 방법에 관한 2개의 형식은 손해의 발생이 없었더라면 존재하였을 상태의 회복, 즉 원상회복(Naturalrestitution)과 금전배상(Geldsatz)이다. 우리민법은 제394조에서 "손해는 금전으로 배상한다"라고 함으로써 손해배상의 방법으로서 금전배상만을 규정하고 있으나, 독일민법은 제249조 내지 제251조에서 금전배상과 원상회복, 2개의 방법을 모두 취하고 있다. 특히 독일민법은 제249조에서 "배상의무자가 배상의무를 지우는 사정이 일어나지 않았더라면 존재하였을 상태를 회복하여야 한다"(제1항)라고 함으로써, 원상회복을 원칙적인 것(Regelfall)으로 규정하고,[24] 금전배상은 단지 법률상 명백하게 언급된 경우에만 책임을 부담하는 것으로 정하고 있다. 이와 같이 손해배상의 방법에 관하여 독일민법은 원상회복을 원칙적인 것으로 하고 있는(원상회복주의) 반면, 우리민법은 금전배상을 원칙으로 하고 있다(금전배상주의).

22) 예를 들면, 손해배상을 위한 담보의 제공이 이에 해당한다.
23) 平井宜雄, 前揭書, 252면.
24) BGHZ NJW 1997, 520, 521.

원상회복주의란 손해배상방법으로서, 채무불이행(불법행위)이 없었더라면 있었을 상태의 회복을 우선적으로 고려하는 입장이다. 구체적으로는 '훼손된 목적물의 수선(하자보수청구)', '동종의 대체물의 급부(대체물급부)', '치료' 등에 의해 원상회복이 이루어진다. 이러한 원상회복은 채권자를 채무의 불이행이 없었던 것과 동일한 상태로 회복시켜주는 것이므로 채권자의 보호방법으로서는 가장 완벽하며, 사물의 본성(Natur der Sache)에 합치하고 법적논리(Rechtlogik)에 부합되는 것이라고 한다.[25] 그러나 첫째, 물리적으로 보아 모든 경우에 원상으로 회복시켜 주는 것이 항상 가능하지 않으며 둘째, 원상회복의 방법이 구체적으로 무엇이냐에 대하여 당사자간에 다툼의 소지가 있을 수 있으며 셋째, 원상회복이 가능하더라도 이를 강행하는 경우에 과다한 비용이 든다든가 하여 채무자에게 지나치게 불리한 경우가 있을 수 있다는 점에서 비판이 가해진다.[26]

원상회복이 구체적으로 의미하는 바가 무엇인가에 관해서는 원상회복주의를 취하고 있는 독일민법을 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 원상회복의 구체적 내용

- 독일민법을 중심으로[27]

가. 독일민법의 규정: 원상회복원칙

독일민법 제249조 1항에 따르면 채권자는 원칙적으로 손해의 발생이 없었더라면 존재하였을 상태의 회복(원상회복)을 청구할 수 있고, 금전배상은 법률상 명백하게 언급된 경우에만 청구할 수 있다. 즉 채권자는 i) 원상회복을 위한 상당한 기간을 경과한 후에 이행거절의 의사를 표시한 경우(제250조) ii) 원상회복이 불가능하거나 원상회복이 전보(Entschädigung)에 충분하지

25) Motive Ⅱ, S 20; Mugdan, Bd. 2, S.11.

26) 곽윤직편집대표, 「민법주해[Ⅸ]채권(2)」, 박영사, 2004, 588-589면(양삼승집필부분).

27) 이에 대한 자세한 내용은 졸저, "손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입", 「한양법학」 제21권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2010.2, 385-393면 참조.

아니한 경우(제251조 1항) iii) 원상회복에 과도한 비용지출이 요구되는 경우(제251조 2항)를 제외하고, 언제나 원상회복을 우선적으로 청구할 수 있다. 따라서 독일민법상 채권자는 원칙적으로 원상회복대신에 금전배상을 청구할 것인가를 선택할 수 없으므로, 원상회복청구권은 1차적 청구권으로서의 의미를 가진다. 그러나 실제적으로는 원상회복과 금전배상에 관한 이러한 원칙과 예외관계는 전도되었으며, 대개 손해는 금전급부에 의해 배상되어지고 있는 것이 현실이다.[28]

나. 원상회복의 내용

(1) 완전성이익의 배상

독일민법 제249조에서 의미하는 원상회복의 내용은 '손해가 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태의 회복', 즉 가해사건 후에 실제로 존재하는 '현재의 상태'와 가해사건이 없었더라면 있었을 '가정적 상태'를 현재의 시점에서 비교함으로써(가정적 차액설:Differenzhypothese), 결국 '가해사건이 없었더라면 존재하였을 상태를 회복'시켜 주어야 한다는 것이다.[29] 단순히 손해가 발생하기 전의 상태를 회복시켜주는 것을 의미하는 것은 아니다.

일반적으로 손해는 '사고(채무불이행)에 의해 상실된 재산의 총가치(Gesamtwert des Vermögens)의 감소(Minderung)'로 이해된다.[30] 그리고 이러한 가치의 감소는 손해가 발생하지 않았더라면 취득하였을 재산 가치에서 현재의 재산 가치를 공제한 것으로 평가된다.[31] 그러나 독일민법 제249조 제1항에서의 원상회복은, 손해가 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태의 회복을 의미하는

28) Esser/ · Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2000, S. 202: MünchKomm/Oetker, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2007, §249 VI, Rdnr. 308: Kropholler, Studienkommentar BGB, 8. Aufl., 2005, §249, S. 132.

29) MünchKomm/Oetker, §249 VI, Rdnr. 311. 비교의 시점은 손해발생개시전의 상태가 아니라 현재의 시점으로서, 손해사건이 없었더라면 존재하였을 계속된 변화를 고려하는 동적인 고찰방법이다.

30) Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl., 2004, S. 571.

31) Medicus, a.a.O., S. 571.

것으로, 손해야기사건전후의 총재산을 비교하여, 이에 대한 금전상의 가치감소를 전보하는 것만으로는 충분하지 않다. 따라서 독일민법 제249조에서의 손해의 인식은 기본적으로 손해야기사건전후의 총재산상태를 비교하는 차액설에 기초하여 고려하지만, 차액설에 의한 가치이익(Wertinteresse) 내지 총계이익(Summeninteresse) 뿐만 아니라 완전성이익(Integritätintersse)에 대한 침해도 보호받게 된다.[32] 차액설에 근거한 가치이익내지 총계이익만을 고려할 때에는, 재산적 가치가 없는 재화의 침해, 가령 수입능력이 없는 자의 신체상해의 경우는 손해로서 인식되지 않기 때문에 제249조의 원상회복을 실현할 수 없게 된다. 그러므로 제249조에 의하여 배상되어야 할 손해는 완전성이익의 침해에 대한 배상을 의미한다. 완전성이익이란 손해사건이 없었더라면 존재하였을 법익상태를 의미하는 것으로서, 재산의 구체적인 관련(in konkreter Zusammmensetzung)으로 유지되는 채권자의 이익을 말한다.[33] 이에 반해 가치이익이란 재화가 가지는 금전적(재산적) 교환가치 자체를 의미한다. 예컨대, 1000만원의 가치를 갖는 중고자동차의 수리비견적이 1300만원이 나오게 된 경우, 완전성이익의 보호를 목적으로 한다면, 원칙적으로 수리를 통한 원상회복이 필요하므로 가해자는 자동차를 직접 수리하거나, 1300만원을 지불하여야 할 것이다. 그러나 가치이익의 보호를 목적으로 한다면, 손해야기사건발생당시의 목적물가액인 1000만원만 배상하면 될 것이다.[34] 독일민법 제249조에서의 원상회복은 이러한 완전성이익에 대한 배상을 의미하므로, 가해자는 직접 수리를 하거나, 1300만원의 배상을 하여야 할 것이다.[35]

(2) 원상회복에 갈음한 '원상회복비용청구권'(독일민법 제249조 제2항)

독일민법 제249조 제2항에서는 인신상의 침해 또는 물건의 훼손으로 인하여 손해배상이 행하여지는 경우에 채권자는 원상회복에 갈음하여 금전을 청구할 수 있음을 규정하고 있다. 이것은 인신상의 침해와 물건 훼손의 경우에 반드

32) Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2005, S. 212; Kropholler, a.a.O., S. 132.

33) 가치이익과 완전성이익의 구별에 대해서는 Medicus(註33), S. 571f.

34) Medicus(註33), S. 571.

35) Medicus(註33), S. 572; Medicus(註35), S. 212.

시 채무자(가해자)의 직접적인 행위에 의하여 원상회복을 기대하는 것이 아니라, 채권자(피해자)가 그러한 비용으로 스스로 원상회복을 실현할 수 있음을 규정한 것으로,[36] 채권자에게 일종의 보충권(Ersetzungsbefugnis)을 부여한 것이다.[37] 원상회복이 언제나 채무자의 행위에 의할 것을 강제한다면, 분업화된 현대사회에서 다양한 손해의 종류에 대한 회복으로서 바람직한 해결책이 되지 못할뿐더러, 채무자는 손해의 완전한 보정보다도 비용절약에 더 큰 관심이 있기 때문에 손해의 보정이 불충분하게 될 위험성이 있으므로, 이를 보완하기 위해 채무자의 행위에 의한 원상회복뿐만 아니라, 원상회복비용으로서의 금전급부를 인정하고 있는 것이다.

이 경우에 채무자의 원상회복에 갈음한 금전지불의 법적 성격이 문제된다. 일반적으로 손해배상방법으로서의 금전배상이란 손해를 금전으로 평가하여 지불하는 것을 의미하므로, 제249조 제2항에서의 금전청구도 일견 금전배상이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 독일민법 제249조 제2항은 엄밀한 의미에서 제250조 내지 제251조에서 규정하고 있는 금전배상과는 그 성격이 다르다.[38] 제251조의 금전배상청구권은 원상회복이 불가능한 경우에 가치이익으로서의 금전배상을 인정하는 반면, 제249조 제2항에서의 금전배상은 원상회복이 가능한 경우에 그 회복을 위한 비용청구권을 인정한 것으로서, 완전성이익의 배상을 목적으로 한다. 이러한 의미에서 독일민법 제249조 제2항이 금전의 지급을 목적으로 하지만, 원상회복에 갈음한 배상으로서, 완전성이익의 보호를 목적으로 한다는 점에서 원상회복이라고 할 수 있을 것이다.[39] 따라서 독일민법 제249조 제1항에서 "손해배상의 의무를 부담하는 사람은 배상의무를 발생시키는

36) Medicus(註35), S. 213.

37) Kropholler, a.a.O., S. 132.

38) 제250조의 배상이 금전배상인지의 여부에 관하여는 의문의 여지가 있다. 메디쿠스는 제249조 제2항의 원상회복에 갈음한 금전지불 및 제250조의 금전배상의 경우에는 완전성이익의 배상을 고려한 것으로서 원상회복(Naturalrestitution)이라고 하고, 제251조의 금전배상의 경우에만 가치이익의 배상을 고려한 것으로서 금전배상이라고 한다. 그에 따르면 금전배상인가·원상회복인가의 구별은 손해배상이 금전지불에 의해 행해지는가 여부에 의해 결정되는 것이 아니라, 손해배상으로서 고려되어야 할 이익이 가치이익에 대한 배상이면 금전배상, 완전성이익에 대한 배상이면 원상회복으로 이해하고 있다(Medicus(註32), S. 572).

39) Esser/·Schmidt, a.a.O., S. 202f; Medicus(註33), S. 572, 574.

사정이 없었다면 있었을 상태를 회복하여야 한다"고 규정한 것은 '채무자의 행위에 의한 원상회복(Naturalrestitution)'을, 동조 제2항에서 "사람의 침해 또는 물건의 훼손을 이유로 손해배상이 행하여지는 경우에는 채권자는 원상회복에 갈음하여 그에 필요한 금전을 청구할 수 있다"고 규정한 것은 '금전지급에 의한 회복(Restitution im Geld)'을 규정한 것으로서, 양자모두 원상회복을 의미한다. 예컨대, B의 과책있는 사고에 의하여 A의 얼굴이 침해된 경우에, A가 미용성형시술에 의하여 흉터를 제거하고 그 비용을 청구하는 것은 독일민법 제253조 제2항의 비재산적 손해에 대한 금전배상이 아니라, 제249조 제2항의 회복에 갈음한 비용으로서 원상회복에 해당한다고 할 것이다.[40]

실제로, 원상회복의 방법으로서 가해자가 직접 손해야기사건이 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태를 만들어야 한다는 것은 기대하기 어렵기 때문에, 원상회복에 필요한 금액을 청구할 수 있다는 제249조 제2항이 현실적으로 손해배상의 중심이 되고 있다.[41]

다. 소결

이러한 독일민법의 규정 및 내용으로부터 원상회복과 금전배상이 의미하는 바를 이끌어낼 수 있다. 독일민법상 손해배상의 방법으로서 원상회복이 의미하는 바는 손해야기사건이 없었더라면 존재하였을 법익상태의 회복 즉, 채권자의 완전성이익의 배상을 의미하는 것이지, 손해배상의 실현수단이 금전인가 여부에 따라 결정되는 것은 아니다. 따라서 원상회복에 필요한 비용을 금전으로 지급한 경우에 이는 원상회복을 의미하는 것이지, 금전배상을 의미하는 것은 아니다. 요컨대 원상회복에 의해 실현하고자 하는 법익은 채권자의 완전성이익의 보호이고, 금전배상이란 법익이 지니는 금전적 가치를 보호하기 위하여 피침해법익의 금전적 가치를 기준으로 하여 배상액이 산정되어야 한다는 것을 의미하는 것이다. 따라서 원상회복과 금전배상의 구별은 배상의 방법이 금전지급의 형태인가에 따라 정하여 지는 것이 아니라, 배상되어야 할 피해자의 이익이 완

40) Medicus(註33), S. 574.

41) Esser · Schmidt, a.a.O., S. 302.

전성이익인지, 가치이익인지에 의해 결정된다. 그러므로 가치이익의 보호를 위한 금전배상만이 금전배상주의를 표현한 것으로 볼 수 있고, 완전성이익의 배상을 목적으로 한 금전배상은 원상회복으로 이해하여야 할 것이다.[42]

그러나 실제로 금전지급의 형태로 손해배상이 이루어지면 그것이 완전성이익에 대한 배상인지(이 경우에는 원상회복에 해당한다), 가치이익에 대한 배상인지(금전배상에 해당한다)를 외관상 판단하기는 곤란하며, 따라서 원상회복과 금전배상을 구별하는 이러한 판단기준이 얼마나 유의미한지는 의문이다. 다만 손해배상범위와 관련하여 볼 때 보호되어야 할 피해자의 이익에 따라 원상회복과 금전배상을 구별하는 것은 손해배상범위를 달리한다는 점에서 완전배상주의를 취하는 독일민법학에서는 의미가 있으나, 단지 손해배상의 방법이라는 면에서 볼 때 금전배상과 원상회복의 구별은 금전지급의 형태인가에 따라 구별하는 것이 보다 간명할 것이다. 요컨대 보호되어야 할 피해자의 이익에 따라 원상회복과 금전배상을 구별하는 이러한 해석론은 원상회복-완전배상을 원칙으로 하는 독일민법학에서는 의미 있으나(실제로, 원상회복의 방법으로서 가해자가 직접 손해야기사건이 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태를 만들어야 한다는 것은 기대하기 어렵기 때문에 원상회복에 필요한 금액을 청구할 수 있다는 제249조 제2항이 현실적으로 손해배상의 중심이 되고 있음을 고려할 때 제249조 제2항에 따른 금전지불을 원상회복으로 이해하여야만 이 원상회복원칙을 취하는 독일민법의 입장이 고수된다), 금전배상-제한배상주의를 취하는 우리민법학에서는 이러한 해석론을 도입하는데 한계가 있다.

Ⅳ. 원상회복과 강제이행

1. 문제의 소재

이미 언급한 바와 같이 지금은 폐기된 2004년도의 민법개정안에서 양창수

42) 동지: 박동진, "손해배상액산정기준으로서의 완전성이익과 가치이익", 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002, 335면.

대법관과 윤진수 교수는 현행민법 제394조를 개정하여 손해배상의 방법으로서 금전배상외에 원상회복도 허용할 수 있도록 제안하였다. 그리고 그 제안이유로 민법개정위원회의 개정위원이었던 양창수 위원은 "손해를 원칙적으로 금전으로 배상하는 것은 합리적이다. 그러나 현행민법 제394조와 같이 다른 의사표시가 있는 경우에 한하여 다른 방법으로 배상하게 할 이유는 없다(제394조는 임의규정이므로 다른 의사표시가 있으면 그에 따름은 오히려 당연하다). 원상회복의 방법으로 간편하게 손해를 전보할 수 있고 또 채무자도 이를 할 능력이 있는 경우(가령 물손의 경우 가해자가 능력이 있다면 이를 보수하거나 신품을 제공하는 것으로 족하지 않은가?)에 굳이 금전배상에만 고집할 이유가 없다"는 것을 들었다.[43] 이러한 제안은 채권법개정을 다룬 제2소위원회에서 별다른 이의없이 받아들여져 2001년 11월에 개정안으로 확정되었다. 그리고 동년 12월 13일과 14일에 법무부 주최로 개최된 공청회에서 개정안 제394조 제1항에 대하여 남효순 위원은 "현행조문은 두가지 점에서 문제가 있는데 첫째, 사적자치의 원칙상 당연한 것을 규정하고 있는 것으로서 규정의 의미가 없다는 점과 둘째, 제394조가 불법행위에도 준용되고 있는데 불법행위의 경우는 당사자 사이에 사전에 손해배상의 방법에 관하여 합의를 한다는 것은 사실상 인정하기가 곤란하다는 데서, 오히려 원상회복은 간편하고 기능적인 손해전보의 방법이 될 수 있고 또한 그것이 채권자와 채무자 모두에게 유리할 수도 있다"는 점을 들어 그 제안이유를 설명하였다.[44]

이러한 개정안에 대하여 학계와 실무에서는 i) 원상회복에 의한 배상을 인정할 경우 회복되어야 할 원래의 상태가 무엇인지 명확하지 않으며, ii) 강제집행하기가 곤란하기 때문에 분쟁해결에 적절치 않다는 점[45] iii) 채무불이행

43) 윤진수, 전게논문, 79면.

44) 남효순, "채권법 개정안에 관한 주제발표", 「민법(재산편)개정 공청회자료」, 법무부, 2001, 170면.

45) 김홍엽, "채권법 개정안에 대한 토론자료", 「민법(재산편)개정 공청회자료」, 법무부, 2001, 218면; 허만, "채권법개정안에 관한 토론의견", 「민법(재산편)개정 공청회자료」, 법무부, 206면. 허만 부장판사는 다음과 같이 언급하고 있다. "손해배상의 보충적인 방법으로 원상회복을 허용한다 하여도 회복되어야 할 상태를 명확히 하기가 어렵고 설사 그것을 명확히 해서 청구한다고 하여도 채무자가 이행하지 않는 경우 강제집행이 매우 곤란하고 어려운 문제 점이 있습니다. 원상회복의 구체적인 내용은 향후 재판례의 집적에 따라 결정되겠지

의 경우에 강제이행과 원상회복의 차이가 무엇인지, 양자간의 관계도 해명되지 않았다는 점 등을 들어 비판하였다.[46] 이와 같은 학계와 실무의 비판의 공통점은 무엇보다도 원상회복과 강제이행과의 관계 즉 양자를 동일한 것으로 파악하는 것에서 비롯된 것이라고 보여 진다. 이것은 개정안을 제안한 윤진수 교수의 글 중 "채무불이행의 경우에는 강제이행이라는 구제수단이 있기 때문에 원상회복의 필요성은 크지 않지만"[47]이라는 표현에서도 알 수 있듯이 양자를 동일시하고 있다.

그렇다면 과연 양자는 동일한가? 이미 언급한 바와 같이 원상회복과 강제이행은 모두 다 채무불이행의 구제수단이라는 점에서 공통점을 가지지만 원상회복은 2차적 구제수단으로서 손해배상방법의 일종이고, 강제이행은 채권의 효력상 당연히 인정되는 1차적 구제수단이다. 그러나 한편으로는 원상회복의 내용은 '채무불이행이 없었더라면 존재하였을 상태의 회복'을 의미하며, 강제이행은 '본래적 채무의 이행에 대한 강제적 실현'으로서 양자모두 원래의 계약상의 채무의 이행에 초점이 맞추어져 있다는 점에서 동일하다. 가령 2층건물을 건축하지 않기로 이웃과 체결한 계약에서 이와 같은 부작위채무를 위반하여 이층집을 건축한 경우 채무자는 건물을 직접 철거하거나, 철거에 갈음한 비용을 지불함으로써 원상회복이 가능하고 다른 한편, 건물의 철거(직접강제) 내지 철거에 갈음한 비용의 상환청구(대체집행)는 건물을 건축하지 않기로 한 부작위채무위반에 대한 본래적 채무이행의 강제이행방법에 해당하므로 양자

만 채권자가 상당한 이유가 있다며 원상회복을 고집하는 경우, 당분간 원상회복의 구체적 내용을 둘러싸고 당사자간의 심각한 다툼과 재판의 장기화가 예상됩니다. 분쟁해결에 소요되는 시간과 비용을 절약한다는 의미에서 현행 규정대로 깔끔하게 금전배상만을 허용하는 것도 일리가 있다고 생각합니다".

46) 김상용, 전게논문, 339-341면. 김상용 교수는 이 외에도 1) 손해배상의 방법으로서 원상회복과 금전배상을 선택적으로 인정하고 있는 입법례가 없다는 점 2) 금전배상에 관하여 우리민법이 제한배상주의를 취하고 있고(민법 제393조) 원상회복은 완전배상의 방법이므로 양자간의 균형이 이루어지지 못하는 중대한 문제가 있다는 점 3) 소송상으로도 상당한 이유가 있다고 판단하여 원고가 원상회복을 청구하였을 때에 법원에서는 상당한 이유가 없다고 판단되는 경우 법원이 원상회복의 소를 기각하여야 하는지, 아니면 금전배상을 하여야 하는지 소송상의 문제도 해결되지 않았다는 점 등을 이유로, 아직 학문적으로 충분한 해명이 이루어지지 않았는데 입법을 하는 것은 문제라고 하여, 입법할 필요가 없다고 하였다.

47) 윤진수, 전게논문, 110면.

는 그 내용이 같다고 할 수 있다. 따라서 부작위채무위반의 경우 강제이행과 원상회복은 일견 동일한 것으로 보여지며, 채무자의 강제이행(직접강제 또는 대체집행)에 의해 채무불이행은 치유된다(원상회복이 된다). 이것은 이미 양창수 대법관이 손해배상의 방법으로서 원상회복의 필요성을 제안하면서 "물손의 경우 가해자가 능력이 있다면 이를 보수하거나 신품을 제공하는 것으로 족하지 않은가"라고 언급한데서 알 수 있듯이, 가령 매매계약의 경우 매도인은 하자없는 물건의 급부의무를 부담하는데 이를 위반하여 매도인이 하자있는 물건을 인도한 경우에 '물건의 하자보수' 내지 '대체물(완전물) 급부청구'가 원상회복의 내용이 되는 한편 이러한 하자보수청구권이나 대체물급부청구권의 실현에 의해 계약내용대로의 본래의 채무이행이 이루어진다는 점에서 '하자보수' 내지 '대체물급부'는 추완이행청구권으로서 특수한 이행청구권(본래적 이행청구)에 해당한다. 여기에서 추완이행청구권(하자보수, 대체물급부)이 원상회복에 해당하는지, 그렇지 않으면 본래적 채무의 이행강제(강제이행)에 해당하는지, 그 법적 성질이 무엇인지가 문제되며 그 여하에 따라 원상회복과 강제이행의 법적 성격을 동일한 것으로 이해할 수 있는지 여부가 결정된다.

2. 추완이행청구권의 법적 성질
- 원상회복과 강제이행(본래적 이행청구)의 착종문제

매매계약상 매도인은 매수인에게 하자없는 물건을 제공하여야 할 의무를 부담하며, 따라서 매수인은 자신의 선택에 따라 하자보수(Nachbesserung)나 대체이행(Ersatzlieferung)과 같은 추완이행을 요구할 수 있는 것은 당연하다고 할 수 있으나, 우리 매매법은 -종류매매를 제외하고는- 완전물급부청구권을 인정하고 있지 않으며, 하자보수청구권도 명문으로 인정하고 있지 않다(다만 도급인의 하자보수청구권은 인정하고 있다).

이러한 추완이행청구권의 인정여부에 대해 i) 특정물도그마 내지 원시적 불능론에 의하여 매도인에게 하자가 있는 그대로의 물건을 인도할 의무만 인정되므로 매수인의 하자보수청구권은 인정할 수 없다거나, ii) 손해배상의 내용과 관련하여 민법은 금전배상주의를 취하고 있고 원상회복을 원칙적으로

인정하지 않기 때문에 이를 인정할 수 없다고 하는 부정설[48]과 하자담보책임의 본질상-채무불이행책임으로 이해한다- 매수인에게 완전한 물건을 이전해 주어야 할 의무를 부담하므로 매수인의 추완청구권은 본래의 이행청구권의 수정된 형태 내지 확장된 형태로서 이를 긍정하는 견해[49]가 있다. 개정된 독일민법에서는 추완이행청구권을 명문으로 규정하여(제281조 참조)[50] 이를 본래의 이행청구권의 수정된 형태로 이해하고 있다.[51] 왜냐하면 채권자는 채권관계에 기하여 채무자로부터 일정한 급부를 요구할 권리를 가지며(독일민법 제241조 제1항 1문), 채권관계에 있어서 가장 핵심이 되는 채권의 목적은 계약의 내용에 좇은 급부의 이행을 받는 것이다. 따라서 급부의 이행 또는 추완이행(Nacherfüllung)이 가능한 동안은 다른 구제수단은 후차적인 것에 지나지 않게 된다는 점에서,[52] 무엇보다도 추완이행청구권은 내용적으로 계약의 본래의 이행을 위하여 인정되는 것이며, 또한 강제이행청구권과 마찬가지로 매도인의 귀책사유와도 독립적이기 때문이다.[53]

이에 대해 추완이행청구권을 계약에서 직접적으로 정당화된 본래의 이행청구권과 구별하는 견해가 있다. 모리다(森田宏樹)교수는 프랑스법상의 현실배상 개념을 받아들여 "하자보수청구권은 매도인의 하자없는 물건의 급부의무의 위반에 대한 손해배상 방법의 하나로서, 금전배상에 갈음한 일정한 행위채무를 매도인에게 부과한다고 하는 '현실배상'으로서의 법적 성격을 지닌다"고

48) 곽윤직 편집대표, 「민법주해[ⅩⅣ]」, 박영사, 2004, 537면(남효순집필).

49) 지원림, "채무구조론", 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002, 581면.

50) 이와 달리 구독일민법에서는 현행우리민법의 태도와 마찬가지로, 종류매매를 제외하고는 추완이행청구권을 인정하지 않았다.

51) von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile Ⅰ und Ⅱ, 2002, Art.9:102 Kommentar C(S. 478): Ackermann, JZ 2002, 378: Hass, BB 2001, 1313,1315: Huber, NJW 2002, 1005.

52) 독일의 개정채권법의 이유서는 이행청구권 우선의 원칙을 제2의 중요한 급부장애법의 구조적 특징이라고 설명하고 있다(Begründung, Allgemeiner Teil, BT-Drucks 14/6040, S. 92,94). 즉 채권자가 이행청구권에 갈음해서 기타의 구제수단(손해배상청구권, 해제권 또는 대금감액청구권)을 주장하려면 그 전에 원칙적으로 이행을 위한 기간을 정하고, 그 기간이 아무 성과없이 도과해야 한다. 우리민법 제395조에 의해서도 이행지체의 경우 이행에 갈음한 전보배상을 청구하려면 상당한 기간의 도과를 요한다.

53) Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, 2002, 13. Kap, Rn. 14.

설명하고 있다.[54] 이에 따르면 추완이행청구권의 법적 성질은 본래의 이행청구권이라기 보다는 오히려 손해배상과 관계가 있다. 2004년도의 민법개정작업시에 손해배상의 방법으로서 원상회복을 제안하면서 추완이행청구는 원상회복 방법의 하나가 될 수 있다는 견해와[55] 우리민법이 원상회복을 인정하지 않기 때문에 추완이행청구권을 인정할 수 없다고 주장하는 견해[56]도 같은 맥락위에 있는 것으로 보여진다. 이 견해는 추완이행청구권을 본래적 이행청구의 수정된 형태로 이해하는 것이 아니라, 손해배상의 일종(즉 원상회복)으로 파악하고 있는 것이다. 따라서 이 경우에 추완이행청구권의 독자적 지위를 인정한다면 그 내용확정문제는 추완이행청구권이 원상회복과 동질의 성격을 가진다는 점에서 무엇보다도 손해배상과의 정합적 설명이 요구되며, 원상회복으로서의 추완이행청구권과 강제이행청구권과의 관계를 어떻게 설명할 것인가가 문제된다.

3. 강제이행청구권과 손해배상과의 관계

가. 강제이행청구권의 일차성의 의미

전통적인 견해에 의하면 강제이행청구권은 채권의 효력상 당연히 인정되는 것으로서 채무불이행시의 1차적 청구권으로 파악하고 있다. 즉 채무자의 귀책사유에 의한 이행불능의 경우에는 이행청구권은 손해배상청구권으로 전형되고, 이행이 가능한 경우(이행지체)에도 상당한 기간을 정하여 이행을 최고한 후에 이행이 없거나, 이행지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 경우에는 계약을 해제하지 않고서도 바로 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있으며(민법 제395조),[57] 계약해제를 한 후에 전보배상(민법 제551조)을 청구할 수 있다.[58]

54) 森田宏樹, 契約責任の歸責構造, 有斐閣, 2002, 246頁 以下.

55) 윤진수, 전게논문, 79면. 양창수 대법관은 손해배상의 방법으로서 원상회복의 인정을 제안하면서, 그 근거로서, 가령 "물손의 경우 가해자가 능력이 있다면 이를 보수하거나 신품을 제공하는" 원상회복을 인정할 수 있으며, 금전배상만을 고집할 이유는 없다고 한다.

56) 곽윤직 편집대표, 전게서, 537면(남효순집필).

57) 민법 제395조는 구민법 당시 이행지체의 효과로서 계약을 해제하지 않고도 본래의 급부의 수령을 거절하고 전보배상을 청구할 수 있는지에 대하여 다툼이 있었던 것을 계약을 해제

이에 따르면 손해배상청구권(이행에 갈음한 전보배상청구권)은 본래적 이행청구권의 대용물 내지 변형물이고, 특정한 요건이 충족되면 채권자의 권리는 본래적 이행청구권에서 이행에 갈음한 전보배상청구권으로 전형된다. 그리고 이러한 전형사유로서 우리민법은 ⅰ) 이행불능 ⅱ) 계약해제 ⅲ)이행지체의 경우 최고기간의 경과 등을 두고 있다. 결국 전형사유가 발생하기 전에는 강제이행청구권만이 인정되고, 전형사유가 생긴 후에 비로소 전보배상청구권이 인정된다. 특히 이행지체의 경우, 전보배상을 청구하기 위해서는 먼저 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고, 그러한 이행최고 후에도 이행이 없는 경우에 한한다고 함으로써(민법 제395조), 본래의 이행청구를 우선하는 구조를 채용하고 있다. 여기에서는 무엇보다도 전보배상과 강제이행청구권은 양립할 수 없게 되는데, 이것이 지금까지의 전통적인 견해이다.[59]

나. 이행청구권과 손해배상의 양립가능성

이와 같이 이행청구권과 손해배상청구권이 양립할 수 없다고 하는 전통적인 이해에 대해, 최근 이행청구권을 채무불이행이나 계약위반에 대한 구제수단으로 파악함으로써 다른 구제수단과의 관계, 특히 손해배상과의 관계에서 이행청구권의 약속성, 일차성을 인정할 필요성이 있는가에 대해 의문을 제기하는 견해가 유력하게 주장되고 있다.

이에 따르면 「우리민법이 본래적 이행청구를 채권의 효력 자체에서 설명한다는 점에서 독일과 마찬가지로 손해배상과의 관계를 1·2차적 관계로 파악할 여지가 크지만 이러한 논리적 우선관계가 반드시 강제이행을 (헛되이) 청구

하지 않고서도 바로 전보배상을 할 수 있다는 것을 명문화한 규정이다(양삼승, 「민법주해[Ⅸ]」, 제395조, 599면).

58) 김용덕, 「민법주해[Ⅻ]」, 제551조, 332면; 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2008, 107면. 이행지체를 이유로 계약을 해제한 경우에는 이행지체를 이유로 한 손해배상(지연배상)은 전보배상으로 변경된다.

59) 김형배, 전게서, 140면; 최광준, "채권자지체와 채무불이행책임의 본질", 「민사법학」 제19호, 한국민사법학회, 2001, 197면; Huber, Leistungsstörungen Bd. I, 1999, S. 29-30. 개정된 독일 민법에서도 급부에 갈음하는 손해배상청구나 해제권의 행사전에 최고기간의 설정을 의무화함으로써 본래급부의 실현을 우선시키는 구조적 원칙을 취하고 있다(이에 대해서는 김형배외 5인공저, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003. 7-8면 참조).

한 후에만 비로소 손해배상을 청구할 수 있다는 것으로 이해될 수는 없다고 하며, 그 근거로 현행민법 제667조의 도급계약상의 하자보수와 손해배상의 주장사이의 선후관계, 즉 하자있는 완성목적물을 제공받은 도급인이 (하자보수에 갈음하는) 손해배상을 청구하기에 앞서 하자보수를 먼저 주장해야만 하는가에 대해 학설 및 판례가 소극적인 입장[60]을 취하고 있다」는 것이다.[61] 특히 실제 대부분의 소송에서는 도급인이 '하자보수에 갈음한 손해배상'을 청구하므로 하자보수청구권 인정의 실익자체가 하자보수에 갈음한 손해배상을 인정하는데 있고, 하자보수청구권 자체의 독자적인 존재의의는 없다[62]는 점이다. 이것은 이행판결의 절차적 어려움이나 집행상의 불투명 등으로 인해 현실적 이행의 청구보다는 손해배상을 통한 채권자의 만족이 실무상 더욱 중요한 역할을 차지한다[63]는 것과 일맥상통한다.

특히 이행청구권을 구제수단으로 파악하는 경우에는 이행청구권이든 손해배상청구권이든 계약에 의해 할당된 이익 내지 가치의 취득을 실현하기 위한 수단이라는 점에서 어떤 것을 선택하는 가는 권리자인 당사자(그 구제수단에 의해 보호받는 자)가 결정하는 것이 좋을 것이다. 즉 구제를 받는 계약당사자(채권자)가 계약목적으로부터 직접적으로 연결된 이행청구권이 아니라, 보다 간접적인 구제수단인 손해배상을 선택할 수 있으며, 그러한 간접적인 구제수단을 선택하는 경우에도 당사자간의 이행의무가 여전히 존속한다면, 채무자는 이행에 의해 채무불이행 상태를 치유하는 것도 가능하게 될 것이다. 즉 채권자가 할당된 이익이나 가치를 취득한다면 본래의 목적을 달성하는 것이 가능하다는 것에서 손해배상청구권을 선택한 경우에도 채무자가 본래의 채무를 이행하려고 하는 경우에는 그것을 거절할 수 없다고 할 것이다(손해배상청구권과 이행청구권의 병존).

60) 다수설의 입장이나, 이에 대해 현실적 이행의 강제의 원칙에 입각해 하자보수청구권이 우선되어야 한다는 견해로는 김규완, "도급하자담보책임법과 일반채무불이행법", 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005, 225면.

61) 김상중, "유럽계약법원칙상의 계약불이행법의 구조와 특징", 「유럽법학」 제4호, 2008, 49-50면.

62) 김제완, "도급계약상 담보책임으로서의 손해배상청구권의 법적 성격", 「고려법학」 제38호, 고려대학교 법학연구소, 2002, 289면 이하.

63) Zweigert/kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, §35 V, S. 482.

여기에서 문제가 되는 것은 무엇보다도 채권자가 전보배상을 선택한 경우에, 채무자가 지체한 본래의 이행을 인정하는 것이 타당한 경우는 어떠한 경우인가 하는 것이다. 구체적으로 채권자측에서, 채권자는 어느 시점까지 이행청구를 선택하지 않으면 안 되는가, 채권자는 어느 시점부터 채무의 이행을 거절하여 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 문제(채권자에 대한 구속력의 문제)와 채무자측에서 어떤 시점까지 채권자의 이행청구에 구속되는가(채무자에 대한 구속력)하는 문제이다. 이러한 문제는 채권자의 이익에 비추어 판단하는 것이 합목적적일 것이다. "계약목적을 기준으로 채권자의 이익을 고려하여 그 실현이 불확실한 이행청구를 하기 보다는 전보배상을 청구하는 방향으로 기대되는 경우에는 채권자는 추완이행을 거절하여 전보배상청구를 할 수 있다고 해석하여야 할 것이다." 이것은 결국 이행청구권의 한계 내지 배제사유에 관한 문제로서 효율성관점의 도입여부와 직결된다.[64]

V. 결론: 손해배상의 방법으로서 원상회복을 규정하여야 할 실익

우리민법은 채무불이행시에 채권자의 구제수단으로서 1차적으로 본래적 이행청구권(강제이행)을 우선시키고, 그것이 성과를 거두지 못한 경우에는 2차적 구제수단으로서 손해배상과 계약해제를 두고 있으나, 실제로 강제이행을 청구한 후에야 비로소 손해배상을 청구할 수 있는가에 관해서는 학설·판례 모두 소극적인 입장을 취하고 있다. 즉 강제이행과 손해배상이 반드시 우열관계에 있는 것은 아니다. 여기에서 더 나아가 손해배상의 방법으로서 원상회복을 인정한다면 강제이행과 어떠한 차이가 있는지 문제된다. 이에 대해, 학설은 채무불이행의 경우에는 강제이행으로서 약속된 급부를 강제적으로 실현하려는 경우가 많기 때문에 손해배상방법으로서 원상회복을 인정하는 실익이 적다고 함으로써 강제이행과 원상회복을 구별하지 않는 입장이 다수설적인 지위를 점하고 있다.

그러나 강제이행청구권은 채권의 효력상 당연히 인정되는 것으로서, 귀책사유를 필요로 하지 않는 반면, 원상회복은 강제이행청구권이 성과를 거두지 못한

64) 졸저, "계약상의 이행청구권", 「안암법학」 제30호, 무지개사, 2009.9, Ⅲ 3. 3) 참조.

경우에 인정되는 손해배상의 방법이고, 손해배상이 인정되기 위해서는 귀책사유를 필요로 한다는 점에서 무엇보다도 구제수단으로서 기능과 요건을 달리한다. 그러나 원상회복이든 강제이행이든 손해의 제거를 위한 그 실현방법의 측면에서는 동일하다. 따라서 어떠한 경우에 강제이행이 행해지고 어떠한 경우에 원상회복에 의한 손해배상이 행하여지는지가 문제된다. 손해배상의 방법으로서 원상회복은 손해가 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태의 회복을 의미하고 이것은 구체적으로 물건의 매매계약의 경우에 i) 인도된 매매목적물이 훼손되었다면 원상회복은 손해의 제거(하자보수) 및 동종·동질의 물건의 대체급부를 의미하며, ii) 아직 물건의 인도가 이루지지 않은 경우에는 계약의 목적인 물건의 인도 자체를 의미할 것이다. 양 경우에 목적물의 인도의 지연으로 손해가 발생하였다면 지연 손해가 발생함은 물론이다. 즉 하자있는 물건의 인도의 경우(불완전이행)의 경우에는 추완이행(하자보수, 대체물급부)이 원상회복의 내용이 될 것이고, 이행지체의 경우에는 본래적 채무의 이행강제가 원상회복의 내용이 될 것이다. 그렇다면 불완전이행의 경우, 추완이행은 본래적 채무의 이행 즉 강제이행으로 볼 수 있는가. 이에 대해서는 추완이행의 법적 성격을 손해배상으로 보는 견해와 본래적 이행청구의 일종 즉 강제이행청구로 보는 견해로 나누어져 있음은 이미 살펴보았다. 언급한 바와 같이 우리민법학에서는 추완이행의 법적 성격을 원상회복으로 이해하는 것이 대체적인 견해이나, 원상회복과 제389조의 강제이행청구를 동일시하고 있으므로 종국에는 이러한 구별의 실익은 없다. 따라서 이 글의 출발점, "채무불이행의 경우에는 현실적 이행의 강제(민법 제387조)로써 약속된 급부를 강제적으로 실현하는 경우가 많기 때문에 손해배상의 방법으로서 원상회복을 따로 인정할 실익이 없는가"[65] 하는 문제로 되돌아가서 '강제이행'과 '원상회복'이 가능한 영역에서 양자는 과연 동질의 성격을 가지므로 어느 하나가 실현되면 나머지는 행사할 필요가 없는지를 살펴보는 것만이 강제이행과 원상회복과의 관계를 정립하는데 도움이 될 것이다.

먼저 이행지체의 경우를 살펴보자. 예를 들어, 미곡소비대차계약에서 미곡의

65) 채무불이행의 경우에는 그 실익은 적지만, 불법행위에 의한 손해배상에 대해서는 이와 달리 해석하여 금전배상만으로는 피해자의 보호가 불충분한 경우에 원상회복을 인정하고 있다(奥田昌道編, 註釋民法(10), 有斐閣, 1987, 634-637면(能見善久집필).

지불을 태만히 한 소비차주에 대하여 소비대주는 1차적으로, 소비차주의 유책여부와 관계없이 (동질·동종·동량의)미곡에 대한 이행청구의 소를 제기할 수 있고 승소판결에 의해 집행관이 소비차주로부터 미곡의 점유를 박탈하여 소비대주에게 이전함으로써 급부의 만족을 얻게 될 것이다. 여기에서는 제389조 제1항의 강제이행만이 문제된다. 다음으로(2차적으로) 소비대주는 미곡의 불이행에 대해 소비차주에게 유책사유가 있다면 채무불이행을 이유로 한 손해배상(즉 지연배상)을 청구할 수 있는데 이 경우에 소비대주는 금전이 아니라 利米를 청구할 수 있는지가 문제될 수 있고 이 문제가 바로 손해배상의 방법으로서 원상회복에 관한 문제이다. 현행민법 제394조에 의하면 지연배상을 미곡으로 지불한다고 하는 합의가 없는 이상 미곡의 지불에 대한 지연배상으로서 利米의 청구는 배척된다. 즉 본래의 채무의 이행강제로서의 미곡의 청구는 인용되나, 지연배상으로서 미곡의 청구는 제394조에 의해 인용될 수 없다.

요컨대 본래의 채무이행의 강제적 실현 즉 강제이행은 이행이 가능한 경우를 전제로 채권의 효력상 당연히 인정되는 것이고, 이 경우에 본래적 채무가 실현되었다고 하더라도 채무의 이행지연으로 인한 손해배상의 문제는 그대로 남아있게 되는데, 이러한 손해배상(지연배상)은 채무자의 유책을 요건으로 하며, 그 배상방법은 다른 의사표시가 없는 한 금전배상을 원칙으로 하는 것이 우리민법의 규정태도이다.[66] 따라서 미곡소비대차계약의 경우, 본래적 채무(미곡의 지불)의 이행강제와 별개로, 손해배상(즉 지연배상)으로서 利米를 청구하기 위해서 원상회복을 인정하여야 할 필요성은 있다.

두 번째로 추완이행(대체물급부)의 경우에 관해 살펴보면 다음과 같다. 가령 중고자동차매매계약에 의해 자동차의 인도채무를 부담하는 매도인이, 매수인에게 중고자동차를 인도하여야 함에도 불구하고 인도하지 않는 경우에, 매수인은 1차적으로 중고자동차에 대한 이행청구의 소를 제기할 수 있고, 승소판결에 의해 집행관이 매도인으로부터 중고자동차의 점유를 박탈하여 매수인

66) 채무불이행으로 손해를 입은 채권자는 강제이행을 하는 것과는 별도로 손해배상을 할 필요가 있다. 왜냐하면 강제이행을 청구하였다고 해서 손해배상을 청구할 수 없다고 한다면 채권의 만족은 기대할 수 없기 때문이다. 이러한 이유로 제389조 제4항에서 강제이행은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.

에게 이전함으로써 급부의 만족을 얻게 될 것이다. 이 경우에는 제389조 제1항의 강제이행만이 문제된다. 그러나 매도인이 중고자동차를 제3자에게 이미 매도하여 점유를 이전해주었거나, 매도인의 유책사유로 중고자동차가 멸실된 경우에는, 인도채무는 이행불능이 되므로, 손해배상채권으로 바뀌고, 이 경우에 현행민법 제394조에 따라 당사자간에 별도의 의사표시가 없는 한, 이행불능당시의 목적물의 교환가치에 대한 금전배상이 행해질 것이다. 그러나 가령 매도인이 중고자동차매매상이어서, 멸실된 중고자동차와 동종·동질의 중고자동차가 그에게 있다면, 금전배상이 아니라 원상회복에 의한 배상도 가능하다고 할 수 있지 않을까?[67] 현행민법하에서는 당사자사이의 별도의 합의가 없는 한 이를 인정할 수 없지만, 원상회복에 의한 배상을 '상당한 이유'가 있는 경우에 일반적으로 승인하고 있는 2004년도의 민법개정안에 의해서는 가능할 것이다. 더욱이 매수인이 중고자동차를 추석에 고향으로 가기위해 구입한 것이고, 이제 추석이 얼마남지 않아 새로운 중고자동차의 구입이 용이하지 않는 경우에 매수인의 입장에서는 중고자동차의 교환가치에 의한 금전배상보다 동종·동질의 다른 중고자동차를 갖기를 원할 것이다. 이 경우에 원상회복에 의한 손해배상의 규정실익이 있을 것이다.

원래 금전에 의한 손해배상은 만족스런 대체물을 다른 곳에서 얻을 수 있다는 것을 전제로 하여 가장 적절한 구제수단으로 인식한 것이지만, 시장에서 만족스런 대체물을 구할 수 없는 경우에는 원상회복을 인정하는 것이 타당할 것이다.

참고문헌

곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
김형배, 「채권각론」, 박영사, 1998.
김형배, 「채권총론」, 박영사, 1992.
김형배 외 5인 공저, 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003.
곽윤직 편집대표, 「민법주해 채권(6)」, 박영사, 2004.

67) 이 경우에 해석상 이행불능으로 판단하지 않는다면 물론 강제이행청구도 가능할 것이다.

곽윤직 편집대표, 「민법주해Ⅸ 채권(2)」, 박영사, 2004.
김규완, "도급하자담보책임법과 일반채무불이행법", 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005.
김상중, "유럽계약법원칙상의 계약불이행법의 구조와 특징", 「유럽법학」 제4호, 유럽헌법학회, 2008.
김제완, "도급계약상 담보책임으로서의 손해배상청구권의 법적 성격", 「고려법학」 제38호, 고려대학교 법학연구소, 2002.
김형석, "강제이행 -특히 간접강제의 보충성을 중심으로-", 「서울대학교 법학」 제46권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2005.
지원림, "채무구조론", 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002.
김상용, "〈참고자료〉 민법(재산법)개정안 중 문제조항들에 대한 의견, 민법개정, 무엇을 어떻게 할 것인가?" 한국민사법학회 2008년 하계학술대회 자료집, 2008.
박동진, 손해배상액산정기준으로서의 완전성이익과 가치이익, 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002.
신국미, "계약상의 이행청구권", 「안암법학」 제30호, 안암법학회, 2009.9.
신국미, "손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입", 「한양법학」 제21권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2010.2
양창수, "민법전편찬요강", 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.
윤진수, 손해배상의 방법으로서의 원상회복, 「비교사법」 제10권 1호, 한국비교사법학회, 2002.
최광준, "채권자지체와 채무불이행책임의 본질", 「민사법학」 제19호, 한국민사법학회, 2001.
법무부, 민법(재산편)개정 공청회자료, 2001.

平井宜雄, 債權總論(第二版), 弘文堂, 1991.
森田修, "强制履行の法學的構造", 1995.
吉政知廣, "履行强制", ジュリスト增刊, 民法の爭點, 有斐閣, 2007.9.
山本和彦, "强制執行法 における債權者の保護と債務者の保護", 權利實現過程

の基本構造(竹下守夫先生古稀祝賀), 2002.
森田宏樹, 契約責任の歸責構造, 有斐閣, 2002.
潮見佳男, 債權總論Ⅰ[第2版], 信山社, 2003.
奧田昌道編, 註釋民法(10), 有斐閣, 1987.
Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrecht Ⅰ. Band, Allgemeiner Teil, 1978
Esser · Schmidt, Schuldrecht, Bd. Ⅰ, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2000.
Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006.
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Ⅰ. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987.
Münchner Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2007.
Kropholler, Studienkommentar BGB, 8. Aufl., 2005.
Medicus, Schuldrecht Ⅰ Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2005.
Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl., 2004.
von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile Ⅰ und Ⅱ, 2002

[Zusammenfassung]

Naturalrestitution und Erfüllungszwang in Nichterfüllung

Shin, Gook-Mi
Professor of CHEONGJU University, Ph. D

Die Kommission für die Überarbeitung des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, die von dem koreanischen Ministerium der Justiz berufen wurde, hat 2004 einen Änderungsentwurf vorgelegt. §394 Abs. Ⅰ des Entwurfs

erweitert den Anwendungsbereih der Naturalrestitution als Schadensersatz. §394 des geltenden Rechts geht vom Vorrang des Geldsatzes aus und erlaubt die Naturalrestitution nur, wenn eine besondere Willenserklärung vorligt. Dagegen bestimmt die Neufassung der Vorschrift, das der Gläubiger statt des Ausgleichs in Geld die Naturalrestitution dann verlangen kann, wenn ein angemessener Grund vorligt. Naturalrestitution ist der Schdensersatzanspruch primär darauf gerichtet, den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.

Wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet, kann der Gläubiger auf die Erbringung der Leistung klagen. Das ist regelmäßige eine Leistungsklage, die zu einem Leistungsurteil führt. Dieses lautet auf die versprochene Leistung selbst und nicht etwa(wie bei der condemnatio pecuniaria des römischen Rechts und heute noch in machen fremden Rechtsordnungen) allemal auf Geld: Das ist Prinzip der Naturalkondemnation. Mit dem auf die Leistungsklage hin erlangten Urteil kann der Gläubiger gegen den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung vorgehen(§389 I .KBGB).

Key words : Schadensersatz, Naturalrestitution, Nacherfüllungsanspruch, Nachbesserung, Ersatzlieferung, Erfüllungszwang