

雙務契約에 관한 一考察

金 曾 漢*

一. 序 言

우리 나라의 民法講義書를 보면 대체로 契約의 種類로서 雙務契約과 片務契約, 有償契約과 無償契約을 對比하여 설명하고 있다.⁽¹⁾

그러면 雙務契約은 무엇이며, 有償契約은 무엇인가?

두 契約當事者가 서로 給付와 反對給付를 할 債務를 부담한다는 점에 있어서는 雙務契約과 有償契約이 공통되는데, 兩者는 어떻게 다른가?

郭潤直, 金基善, 金錫宇 諸教授는 대체로 공동하게 「雙務契約은 契約의 각 當事者가 서로 對價의 意味를 가지는 債務를 부담하는 契約」이라고 하고, 「有償契約은 契約當事者가 서로 對價의 意味있는 財産上의 出捐을 하는 契約」이라고 한다.⁽²⁾

다만 金顯泰 教授만은 약간 다르게 「契約의 效果로서 각 當事者가 對價의 牽連 依存하는 意味를 갖는 債務를 부담하게 되는 契約이 雙務契約」이고, 「契約에 의하여 각 當事者가 서로 對價의 意義를 갖는 財産上의 利得을 보는 것이 有償契約」이라고 설명한다.⁽³⁾

日本の 我妻 榮 教授도 「각 當事者가 서로 對價의 意義를 가진 債務를 부담하는 契約」이 雙務契約이고, 「각 當事者가 서로 對價의 意義를 가진 出捐(經濟的 損失)을 하는 契約」이 有償契約이라고 말한다.⁽⁴⁾

以上の 여러 學者들의 설명을 보건대, 각 當事者가 서로 對價의 意義를 가진 債務를 부담하거나 出捐을 하는 것이 雙務契約 또는 有償契約이라는 것이다.

그리고 이 중 有償契約에 관하여는 民法 第567條가 「本節의 規定은 賣買 以外の 有償契約에 準用한다」고 하여, 賣買가 有償契約의 하나의 例라고 하는 外에는 有償契約의 概念內容에 관하여 전혀 規定하는 바가 없지만 何如든 民法 자신이 「有償契約」이라는 用語를 쓰고 있다. 마찬가지로 「雙務契約」에 관하여도, 民法이 雙務契約의 概念內容에 관하여 規定하는 바는 없지만, 同時履行의 抗辯權과 危險負擔은 雙務契約에 特殊한 效力으로 설명하

* 서울大學校 法科大學 教授

(1) 郭潤直, 全訂版 債權各論, 1977年, p. 33f.; 金錫宇, 債權法各論 p. 37f.; 金基善, 韓國債權法各論 (全訂版) p. 21f.; 金顯泰, 債權法各論 p. 21f.

(2) 郭・前掲書 pp. 33, 34; 金基・前掲書 pp. 21, 22; 金錫・前掲書 pp. 37, 38.

(3) 金顯・前掲書 pp. 21, 23.

(4) 我妻榮・債權各論上, p. 49.

고 있으며⁽⁵⁾, 民法도 第536條 내지 第538條에서 「雙務契約」이라는 用語를 쓰고 있다.

그렇지만 어느 學者의 설명을 보더라도 雙務契約의 설명과 有償契約의 설명은 거의 비슷하여 兩者의 구별이 모호하다.

本稿는 그중 주로 雙務契約에 力點을 두어 그 本質을 밝히되, 특히 雙務契約의 效力인 「同時履行의 抗辯權」은 對立하는 두 債務가 「性質上 서로 相換으로 履行되어야 하는 것」임을 強調하고, 아울러 雙務契約과 有償契約이 果然 그 本質에 있어서 區別되는 것이냐 어떨냐, 區別되는 것이라면 어떠한 점에서 區別되는냐를 밝혀 보고자 하는 것이다.

二. 雙務契約의 沿革

山中康雄 教授는 雙務契約과 片務契約의 分類는 로마法 以來의 것이라고 말한다.⁽⁶⁾

그러나 Blomeyer는, 雙務契約에 관한 一般理論은 로마法에도 게르만法에도 없었고, 教會法學者들이 처음으로 새로운 理論을 後期註釋學派를 거쳐서 獨逸로 導入된 것이라고 말한다.⁽⁷⁾

로마法에 雙務契約의 概念이 있었느냐에 관하여 살펴건대, 雙務契約을 뜻하는 synallagmatischer Vertrag의 “synallagma”라는 말이 Digesta에 나오는 것은 事實이다.⁽⁸⁾ 즉 Ulpianus의 libri quarto ad edictum에서 contractus에 관하여 synallagma라는 말을 쓰고 있다. 그렇지만 이것을 가지고 雙務契約의 概念의 始初가 로마法에 있다고 말할 수 있는가? Kaser는 여기에 synallagma라는 말은 「無方式으로 締結된 債務契約」(formfrei geschlossenen Schuldvertrag)이라는 以上の 뜻은 없다고 말한다.⁽⁹⁾

Gierke는 雙務契約을 給付의 交換(Leistungstausch)을 目的으로 하는 契約이라고 말하고, 이 契約에 있어서의 兩給付의 牽連性은 獨逸法에 있어서와 로마法에 있어서와는 다르게 觀念되었다고 말한다. 즉, 獨逸法에 있어서는 兩 給付義務는 統一的인 債務關係의 構成部分이고, 따라서 內的으로 서로 關連된 다음에 外部的으로 하나로 結合되는 것으로 생각되었다고 한다.⁽¹⁰⁾ 雙務契約의 典型的 例인 賣買를 emptio venditio라고, 買受人이 하는 것과 賣渡人이 하는 것의 두 말을 結合시켜서 부르고 있는 것도 이러한 事情을 나타내고 있는 것이다.⁽¹¹⁾

(5) 郭 p. 79f., 金基 p. 43f., 金錫 p. 72f., 金顯 p. 385f.

(6) 山中康雄, 「雙務契約・片務契約と 有償契約・無償契約」, 契約法大系 I p. 72 所收, 東京, 有斐閣, 昭和 37(1962).

(7) Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M., 1969, S. 106.

(8) Ulp. D. 2, 14, 7, 2.

(9) Kaser, Max, Das römische Privatrecht, München, 1955, S. 440; derselbe, Römisches Privatrecht (Juristische Kurz-Lehrbücher), 6. Aufl., 1968, S. 153.

(10) Gierke, Otto v., Deutsches Privatrecht, Bd. III, München u. Leipzig, 1917, S. 294.

(11) 英法에 있어서도 bilateral contract의 典型인 賣買를 vendor and purchaser라고 부르는 것 과도 비슷하다.

로마법에 雙務契約의 概念이 있었으나에 관하여는, Blomeyer나 Kaser가 말하는 바와 같이 아직 이에 관한 一般理論은 成立하지 않았던 것으로 생각되지만, 山中 教授는 「로마법에 있어서는 契約에 의한 債權의 發生原因으로서 言語契約・文書契約・要物契約・諾成契約이 있고, 諾成契約으로서는 賣買・貸借・委任・組合의 넷만이 인정되었는데, 賣買와 貸借과 組合이 雙務契約이었다」고 말한다.⁽¹²⁾

그것이 어떻게 하여 近代法典에 傳承되어 왔는가?

위에서 말한 바와 같이 Blomeyer는 雙務契約에 관한 一般理論은 教會法學者들에 의하여 처음으로 만들어져 後期註釋學派를 통하여 獨逸에 導入되었다고 말한다.⁽¹³⁾ Gierke는 로마法繼受後 gemeines Recht에 있어서는, 獨逸의 觀念과의 熾烈한 다툼 끝에 로마의 觀念이 浸透하였으나, A.L.R.나 C.c. 같은 大法典은 獨逸의 觀念에 대하여 忠誠을 보이고 있지만, BGB는 折衷의 立場을 취하였다고 말한다.⁽¹⁴⁾

山中 教授는, 프랑스民法은, 로마法の 沿革에 忠實하게 雙務契約이란 契約當事者가 서로 他方에 대하여 相互적으로 債務를 지는 것이고(佛民 1102조), 片務契約이란 當事者의 一方만이 債務를 지는 契約(佛民 1103조)이라고 규정한다고 말한다.⁽¹⁵⁾

그 沿革을 어떻게 설명하든 間에 프랑스民法은, 第三編 第三章「契約 또는 合意的 債務關係 一般」의 第一節 序則의 첫머리 部分에 雙務契約과 片務契約의 定義를 규정하고 있다.

이에 反하여 獨逸民法典은 그 第三編 債務關係法の 第二章「契約으로부터 發生하는 債務關係」의 第二節에 「雙務契約」(gegenseitiger Vertrag)이라는 獨立한 節을 두고 있다.

三. 雙務契約의 本質

(1) 雙務契約의 例

우리 民法上の 典型契約 중에서 賣買・交換・貸借・雇傭・都給・組合・和解는 雙務契約이고, 委任・任置도 有償인 때에는 역시 雙務契約이라고 하는 때에는 異論이 없고, 利子附 消費貸借에 관하여는 雙務契約이라고 하는 見解와 片務契約이라고 하는 見解가 나뉘어 있다.⁽¹⁶⁾

(2) 雙務契約의 效力

民法은 雙務契約의 特殊한 效力으로서 同時履行의 抗辯權(536)과 危險負擔(537)을 규정하고 있는데, 이러한 效力은 雙務契約의 어떠한 特質에서 나오는 것인가?

(가) 雙務契約의 特質

(12) 山中・前掲書, p. 58.

(13) Blomeyer, op. cit., S. 106.

(14) Gierke, op. cit., S. 295.

(15) 山中・前掲書, p. 60.

(16) 金錫宇・前掲, p. 37.

郭潤直 教授는 그것을 雙務契約의 債務 상호간의 依存關係라고 설명하면서 이것을 債務의 「牽連性」이라고 부르고 있다. (17) 金錫宇・金基善 兩教授도 대체로 이와 비슷하다. (18)

이분들과 약간 다르게 설명하고 있는 것은 金顯泰 教授이다. 金教授는 「雙務契約의 各 당사자가 부담하는 債務는 서로 對價의 意義가 있는 것이므로, 各 債務間에는 특수한 牽連關係를 인정할 필요가 있다」고 말한 다음, 「여기서 牽連關係라 함은 一方의 債務가 존재하기 때문에 他方의 債務도 존재하는 相互依存的 關係를 말한다」고 한다. (19)

日本에서도 我妻 教授는 우리 나라의 多數學者와 마찬가지로 雙務關係의 特質을 各 債務 사이의 特殊한 牽連關係로 설명한다. (20)

이에 대하여 山中 教授는, 「雙務契約이라 함은 두 개의 債務가 對價關係로 서로 牽連하는 것」이라 하여, 兩給付의 「對價의 牽連關係」를 그 本質로 생각하고 있다. (21)

또 末川 博 教授는 「雙務契約에 있어서는 債務負擔이 交換的인 原因關係에 서야 하는 것」이라고 말한다. (22)

獨逸에서도 Blomeyer는 雙務契約의 本質의 特色을 「牽連性」(Abhängigkeit)이라고 말하고 (23), Fikentscher도 대체로 이와 비슷하다. (24)

Molitor는 두 개의 給付의 各各은 對立하는 反對給付에 의하여 條件지워져 있기 때문에 雙務性이 있다(gegenseitig od. synallagmatisch)고 말하는 것이라고 한다. (25)

Hedemann은 이것을 「雙務性」(synallagma, Gegenseitigkeit)에 求하고 있으며, 이에 있어서는 두 개의 給付가 對立되어 있어서, 서로 오고 가는 關係로, 많은 경우에 「나는 그대에게 주는데, 그대는 나에게 무엇을 주느냐」의 關係로 結合되어 있다고 말한다. (26)

Esser는 契約이 給付의 交換을 目的으로 하여, 各 契約當事者는 他方의 給付約束을 받는 것과 相換으로 자기의 給付를 約束하는 것이며, 따라서 契約의 特色인 行爲目的이 反對給付에 대한 請求權의 取得에 있을 때에 이것을 雙務契約이라고 부른다고 말하고, 그러므로 「do ut des」(주어지기 위하여 준다)의 意味에 있어서의 目的的 雙務의 條件(finale Gegenseitigkeitsbedingung)이 그 特質이라고 말한다. (27)

Larenz도 各 當事者가 給付義務를 지는 것은 그리함으로써 他方의 給付를 받기 위해서이

(17) 郭・前掲, p. 79.

(18) 金錫 p. 72, 金基 p. 43.

(19) 金顯・前掲, p. 38.

(20) 我妻 榮・前掲, p. 82.

(21) 山中康雄・契約總論, 東京 弘文堂, 1948, p. 168.

(22) 末川 博・契約法 上, 東京, 1958, p. 13.

(23) Blomeyer, op. cit., S. 106f.

(24) Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 3. Aufl., 1971, S. 39.

(25) Molitor, Erich, Schuldrecht I (Juristische Kurz-Lehrbücher) 8. Aufl., 1965, S. 98.

(26) Hedemann, Justus Wilhelm, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1947, S. 59.

(27) Esser, Josef, Schuldrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1968, S. 102.

고, 雙務契約의 基本原理는 「do ut des」라고 한다.⁽²⁸⁾

그러면 雙務契約의 特質을 무엇으로 생각하여야 하느냐?

먼저 서로 對價的 意義를 가진 두 개의 債務가 對立하여야 한다고 하는 것은 누구나 공통하게 말하고 있는 것이다.

그리고 여기에 對價的 意義가 있다고 하는 것은 客觀的으로 同等한 價値를 가지고 있다는 뜻이 아니라, 主觀的으로 相對方이 그러한 給付를 하니까 나도 이것을 給付한다고 생각하고 있으면 그것은 對價的 意義가 있는 것이다(主觀的 等價性 subjektive Äquivalenz). 사냥꾼과 낚시꾼이 서로, 사냥꾼이 잡은 산토끼와 낚시꾼이 잡은 물고기를 바꾸기로 했다면, 산토끼와 물고기가 客觀的으로 값이 같지 않더라도, 각자가 저쪽에서 준다니까 나도 준다고 생각하고 있으면, 두 給付 사이에 主觀的 等價性이 있는 것이다.

그러면 이러한 特質로부터 어떠한 效力이 생기느냐? 民法은 雙務契約의 特殊한 效力으로서 同時履行의 抗辯權(536)과 危險負擔(537·538)을 규정할 뿐이지만, 이것을 全體的으로 整理하면 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 즉 雙務契約의 「雙務性」 내지 「牽連性」으로부터 다음과 같은 牽連關係가 나온다.

(나) 成立上의 牽連關係(genetischer Synallagma, Abhängigkeit in der Entstehung)

雙務契約의 牽連關係의 첫째는 成立上의 牽連關係이다. 이것은 雙務契約의 하나의 債務가 不能・不法 등의 이유로 成立하지 아니할 때(이미 喪失한 家屋을 引渡하는 債務, 妾으로 되는 債務)에는 그 對價인 다른 債務(代金債務, 生活費를 給與하는 債務)도 成立하지 아니한다. 하나의 債務가 無能力이나 錯誤・詐欺・強迫을 이유로 取消된 때에도 같다. 따라서 이러한 경우에는 契約 그 자체가 效力을 發生하지 않는다. 이것이 雙務契約으로부터 생기는 각 債務 成立上의 牽連關係이다.

(다) 履行上의 牽連關係(Erfüllungskette——契約成立後의 牽連性을 一般的으로 funktionelles Synallagma라고 부르고, 이것은 여러 가지 모습으로 나타나는 바 履行上의 牽連關係는 그 한 모습이다)

이것은 雙務契約의 각 債務는 하나의 債務가 履行될 때까지는 다른 債務도 履行되지 않아도 좋다고 하는 關係이다.

이 履行上의 牽連關係를 法律的으로 貫徹하는 데에는 強弱 두 가지의 立法主義가 있다.

(a) 강한 牽連關係를 인정하는 것은, 각 當事者가 相對方에 대하여 履行을 請求하려면 먼저 자기의 債務를 履行하든가 적어도 履行의 提供을 하여야 한다고 하여, 法律上 當然히 相互의 給付를 條件的으로 結付시키는 것인데, 스위스債務法(同法 82)이 이 主義를 취한다.

(b) 이에 反하여 弱한 牽連關係를 인정하는 것은, 相對方에 對하여 履行을 請求할 수 있는 權利 자체는 각각 無條件으로 보고, 다만 서로 相對方으로부터 反對給付를 받을 때까지

(28) Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., 9. Aufl., 1968, S. 207.

는 자기의 給付를 拒絶하는 抗辯權(同時履行의 抗辯權, 不履行의 抗辯權, Einrede der nicht erfüllten Vertrages)을 주는 것인데, 獨逸民法은 이 主義를 취하며(同法 320), 우리 民法도 대체로 이와 같다(536). 프랑스民法은 雙務契約 一般에 관해서가 아니라 賣買에 관하여 대체로 獨逸民法에 가깝게 규정하고 있다(佛民 1612, 1613).

雙務契約의 兩債務 사이에 履行上의 牽連關係가 있어서 同時履行의 抗辯權이 인정되는 까닭은 무엇이나? 물론 그것은 兩債務 사이에 「雙務性」이 있기 때문이지만, 이것을 좀더 밝혀서 말한다면 이 兩債務는 性質上 相換으로(Zug um Zug) 履行되어야 하는 것이기 때문이다. 이 關係를 「相換性的 原則」(Zug um Zug-Prinzip)이라고 부를 수 있을 것이며, 이것은 雙務性的의 一側面인 것이다.

따라서 雙務契約의 定義로서 보통은 「契約의 각 當事者가 서로 對價的 意義를 가진 債務를 부담하는 契約」이라고 설명되고 있지만, 여기에 「原則적으로 相換으로 履行되어야 할 性質을 가진」이라고 하는 것을 보태어, 「契約의 각 當事者가 서로 對價的 意義를 가지고 原則적으로 相換으로 履行되어야 할 性質을 가진 債務를 부담하는 契約」이라고 하는 것이 보다 더 妥當할 것이다.

우리 나라에서나 獨逸에서나 賣買와 함께 雙務契約의 代表的인 例로 들고 있는 것의 하나가 貸貸借인데, 賣買에 있어서는 賣渡人의 目的物移轉債務와 買受人의 代金支給債務가 相換으로 履行되어야 할 性質을 가지고 있다고 하는 것은 용이하게 理解되지만, 貸貸借에 있어서 目的物을 使用 收益시킬 債務와 借賃人의 借賃支給債務가 果然 性質上 相換으로 履行되어야 할, 따라서 同時에 履行되어야 할 關係에 있다고 말할 수 있느냐? 오히려 借賃支給債務는 貸貸人의 債務보다 後에 履行되어야 하는 것이 아닌가? 마찬가지로 問題는 利子附 消費貸借에 있어서도 생긴다.

그러나 貸貸借가, 同時履行의 抗辯權을 그 效力으로 하는 雙務契約이라고 말하여 왔다. 그러면 이 事情을 어떻게 설명할 것인가? 一般적으로 貸貸借에 있어서의 期間(月 또는 年 등)을 하나의 「時點」(Zeitpunkt)으로 還元시키서 把握한다면, 貸貸借나 利子附 消費貸借에 있어서의 어느 期間의 貸主의 債務와 그 期間의 借主의 債務는 역시 性質上 相換으로 履行되어야 할 關係에 있다고 하여야 할 것이다. 借賃이나 利子の 支給時期를 先給으로 하느냐 後給으로 하느냐는 去來慣習에 의하여 정하여지거나 當事者가 자유로 정할 수 있는 것이되, 1980年度分の 借賃 또는 利子和 1980年度分の 貸貸人 또는 消費貸主의 債務는 역시 性質上 相換으로 履行되어야 할 것이다.

이러한 貸借型 契約뿐만 아니라, 雇傭・委任・都給・任置(有償) 등의 勞務型 契約에 있어서도 마찬가지이다. 一般적으로 一定期間에 比例해서 報酬債務 내지 反對債務가 정하여지는 경우에는 언제나 똑 같은 말을 할 수 있다.

民法은 雇傭과 都給의 報酬請求權은 約定이나 慣習이 없으면 後給을 原則으로 규정하고

(656Ⅱ, 665Ⅱ), 또 受任人의 報酬請求權도 後給으로 하는 것으로 규정하고 있지만(686Ⅱ), 어느 것이나 强行規定은 아니고 當事者가 自由로 정할 수 있는 것이다. 有償任置에 있어서도, 第701條에 의하여 有償委任에 관한 第688條가 準用되는 결과 전혀 이와 마찬가지로 된다.

이와 같이 先給・後給의 문제는 全的으로 當事者들이 自由로 정할 수 있는 것이지만, 모두가 一定期間에 比例해서 그 報酬債務 내지 反對債務가 정하여지는 것이니, 그 期間分の 「일을 시키는 者」의 債務와, 이에 對應하는 期間의 「일을 하는 者」의 債務는 性質上 相換으로 履行되어야 할 關係에 있는 것이다.

組合契約에 있어서도 각 組合員의 債務는 모두 相換으로 履行되어야 할 關係에 있는 것이지만, 여기서는 일단 이것은 論外로 하고, 서로 給付를 交換하는 貸借型 契約과 勞務型 契約에 관하여 이 關係를 밝히 보았다. 즉 「期間」을 「時點」으로 還元해서 把握한다면 그 相換性 내지 同時履行性(性質上 相換으로 履行되어야 할 性質)을 용이하게 理解할 수 있는 것이다.

(라) 存續上の 牽連關係(Befreiungskette——이것도 funktionelles Synallagma의 한 모습이다)

雙務契約의 각 債務가 完全히 履行되기 前에 하나의 債務가 債務者에게 責任없는 事由로 인하여 履行不能으로 되어 消滅한 경우에 다른 債務는 어떠한 영향을 받느냐? 예컨대 賣買의 目的인 特定の 自動車가 債務者에게 責任없는 火災로 燒失되고, 貸借의 目的인 家屋이 類燒한 때와 같은 경우에는, 賣渡人은 自動車를 給付할 債務를 免하고, 貸貸人은 家屋을 使用・收益시킬 債務를 免하는 것은 明白하다. 그렇다면 그 경우에 다른 債務 즉 買受人의 代金債務・家屋滅失後의 貸借人의 借賃債務는 아직 存續하느냐, 그렇지 않으면 이러한 債務도 消滅하느냐? 이러한 債務가 하나의 雙務契約으로부터 생긴 것이라고 하는 事實이 어떠한 結果를 가져오느냐? 이것이 雙務契約으로부터 생긴 債務의 存續上の 牽連關係, 즉 危險負擔(Tragung der Gefahr)의 問題이다.

그리고 다른 債務도 함께 消滅한다(賣渡人은 代金を 請求할 수 없고, 貸貸人은 借賃을 請求할 수 없다)고 하면, 履行不能으로 인하여 債務가 消滅하는 것의 危險은, 그 消滅한 債務의 債務者(賣渡人, 貸貸人)가 부담하는 것(債務者主義)으로 되고, 反對로 다른 債務는 存續한다(賣渡人은 代金を 請求하고, 貸貸人은 借賃을 請求할 수 있다)고 하면 그 危險은 債權者(買受人, 賃借人)가 부담하는 것(債權者主義)으로 된다.

雙務契約으로부터 생기는 對立的인 債務는 서로 밀접한 關係를 가지는 것으로서, 그 成立과 履行에 관하여 牽連關係를 인정하는 것이 適合하다면, 그 存續에 관하여도 같은 牽連關係를 인정하여 한쪽이 消滅하면 다른 한쪽도 消滅한다고 하는 것(債務者主義)이 至當할 것이다. 우리 民法은 債務者主義로 一貫하고 있다(537).

(마) 債務不履行上の 牽連關係(債務不履行을 이유로 하는 解除)

하나의 債務에 관하여 債務不履行이 있는 경우에 反對給付를免하기 위하여 解除를 할 수 있게 하는 것은 兩債務의 牽連關係를 인정하는 것이다. 山中 教授는 「로마法에서는 lex commissoria(一定期間內에 代價의 支給이 없는 경우에 賣買를 解除하는 約款)라고 하는 合意의 有效를 인정하는 것으로부터 비롯되어, 다음에는 雙務契約에는 모두 默示의으로 lex commissoria의 特約이 있는 것으로 擬制하는 法理(佛民 1184조)가 나타나서, 最後에는 雙務契約의 效力으로서 債務不履行解除權을 인정한다고 하는 發展을 겪었다」고 말한다.⁽²⁹⁾

契約을 締結함에 있어서 當事者는 「期限까지에 代金支給이 없으면 이 土地는 賣渡하지 않는다」고 하는 形式의 條件을 붙여서 할 수 있는 바, 이 條件을 專主政時代의 用語로 lex commissoria 즉 「解除約款」이라고 불렀던 것이다.⁽³⁰⁾ Kaser는 이것을 解除權의 留保로서 설명하고 있다.⁽³¹⁾

獨逸民法은 이 問題를 雙務契約에 있어서의 債務不履行의 效果로서 규정하고 있다. 즉 第326條 第1項 前段은 「雙務契約에 있어서 當事者의 一方이 그 者가 負擔할 給付에 관하여 遲滯에 빠진 때에는 相對方은 給付의 實行에 관하여 相當한 期間을 指定하고, 이 期間의 經過後에는 給付의 受領을 拒絶할 뜻을 表示할 수 있다. 이 경우에 給付가 適時에 행하여지지 아니한 때에는 相對方은 期間의 經過後에 不履行으로 인한 損害賠償을 請求하거나 또는 契約을 解除할 수 있으며, 이 경우에는 履行의 請求는 할 수 없다」고 규정한다. 즉 債務不履行의 效果로서 相對方에게 損害賠償請求權 또는 解除權이 생긴다.

우리 民法은, 獨逸民法과 같이 雙務契約의 效果로서 규정하는 것은 아니지만, 法定解除權의 發生에 관하여 第544條는 履行遲滯의 效果로서 解除權이 發生할 것을 규정하고, 第551條는 契約의 解除는 損害賠償의 請求에 影響이 없다고 규정하므로, 결과에 있어서는 獨逸民法에 있어서와 마찬가지로 된다.

履行不能의 경우에 관하여는 獨逸民法은 第325條에, 우리 民法은 第546條에 규정하고 있는 바, 역시 兩民法은 대체로 같은 態度를 취하고 있다.

이 債務不履行의 牽連關係는 위에 말한 存續上の 牽連關係 즉 危險負擔과 어떠한 關係에 있는 것이냐? 어느 것이냐 雙務契約上の 兩債務의 「牽連性」의 一面이라는 점에 있어서는 마찬가지이지만, 危險負擔은 一債務가 履行不能으로 消滅하면 그 反對債務도 自動적으로 消滅한다고 하는 것임에 對하여, 債務不履行上の 牽連關係는 단지 反對債務를 消滅시키기 위한 解除權이 發生할 따름(또는 損害賠償請求權이 發生할 따름)이라고 하는 점이 다르다.

四. 有償契約

有償契約은 契約의 각 當事者가 서로 對價의 意義를 가진 出捐(經濟的 損失)을 하는 契約

(29) 山中·「雙務契約·片務契約と 有償契約·無償契約」(契約法大系 I 所收), p. 64.

(30) 船田享二·羅馬法 第二卷, p. 201.

(31) Kaser, Max, Das römische Privatrecht, I, 1955, S. 222.

이다. 雙務契約은 契約의 각 當事者가 서로 對價의 意義를 가진 債務를 부담하는 契約이라고 한다면, 有償契約이나 雙務契約이나 각각 對價의 意義있는 給付 또는 債務로써 對立하는 것이어서 給付 또는 債務가 서로 對價의 意義를 가지고 있다는 점에서 공통된다.

그러면 兩者의 差異는 무엇인가? 雙務契約은 債務의 對立이고 有償契約은 給付 내지 利得의 對立이라는 점에 있는가?

그러나 債務는 결국 給付를 內容으로 하는 것이므로 兩者 사이에 특별한 差異는 없고 따라서 兩者는 필경 같은 것인가?

山中 教授는 「雙務契約과 有償契約은 本質을 같이하는 것」이라고 말하면서⁽³²⁾, 다만 「有償契約 중에서 一給付가 既履行으로 되는 것을 契約成立要件으로 하는 要物契約에 있어서만 有償契約과 雙務契約이 兩立하지 않게 된다」고 말하고⁽³³⁾, 日本民法上으로는 雙務契約은 동시에 반드시 有償契約이지만, 利子附 消費貸借과 有償任置는 要物契約으로 되어 있으므로 이 경우에만 片務契約이 有償契約이라는 例外가 나오게 된다」고 한다.⁽³⁴⁾

一般的으로는 雙務契約은 모두 有償契約이지만, 모든 有償契約이 雙務契約인 것은 아니라고, 따라서 有償契約은 雙務契約보다 넓은 概念이라고 설명되고 있다.

그러면 雙務契約이 아닌, 즉 片務契約인 有償契約으로는 어떠한 것이 있는가? 懸賞廣告는 그 代表的인 例이다. 이에 반하여 負擔附 贈與에 있어서는 贈與者・受贈者 모두 給付를 하여야 하지만, 그들 사이에는 對價의 依存關係가 없으므로 그 本質에 있어서 有償契約에 속하지 않는다.⁽³⁵⁾

雙務契約과 有償契約은 모두 對價의 意義를 가진 債務 또는 給付가 對立하는 것이지만, 兩者는 결국 위에 말한 바와 같은 牽連關係가 있느냐에 의하여 구별된다고 하여야 할 것이다. 그 牽連關係에 있어서는 특히 「性質上 相換으로 履行되어야 할 關係」에 있을 것이 강조되어야 할 것이다. 위에 든 雙務契約이 아닌 有償契約에는 이러한 牽連關係가 없다는 것은 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

끝으로 契約의 당연한 效果로서 雙方의 當事者가 債務를 부담하지만 그 債務가 서로 對價의 意義를 가지지 않는 경우, 예컨대 使用貸借는 不完全雙務契約이라고 불리지만 진정한 雙務契約은 아니다. 消費貸借도 마찬가지이다. 또 契約의 成立後에 一方의 當事者가 특별한 事情으로 債務를 부담하는 경우, 예컨대 無償委任도 雙務契約은 아니다.

五. 相換性の 原則

위에서 雙務契約에 있어서 對立하는 두 債務는 性質上 相換으로 履行되어야 하며(相換性

(32) 山中・前掲「雙務契約・片務契約と 有償契約・無償契約」, p. 72.

(33) 山中・契約總論, p. 180.

(34) 山中・「雙務契約・片務契約と 有償契約・無償契約」, p. 73. 또 山中 教授는 「有償契約을 雙務契約이라고도 한다」고 말한다(山中・現代法學讀本, 1964年, p. 227).

(35) 郭・前掲, p. 35 참조.

의 原則; Zug um Zug-Prinzip), 이것은 雙務性의 一側面이라고 말하였지만, 이 相換性은 단순히 雙務性의 一側面에 不過한 것이 아니라, 오히려 雙務性의 가장 核心的 部分을 이루는 것이라고 생각한다.

Palandt-Dankelmann/H. Heinrichs는 雙務契約에 있어서는 두 債務가 相互牽連關係(Abhängigkeitsverhältnis)에 선다고 말하고⁽³⁶⁾, 또 Schmidt도, 雙務契約은 性質上 給付를 交換하는 契約(Austauschvertrag)이라고 말한 다음, 이 契約에 있어서는 給付와 反對給付 사이에 相互牽連關係가 존재한다고 말한다.⁽³⁷⁾

Staudinger/Werner는 BGB 第2編 第2章 第2節「雙務契約」에는 2群의 規定이 있다고 말하면서, 그 하나(§§320-322)는 同時履行의 抗辯權에 관한 것이고, 다른 하나(§§323-327)는 後發의 不能과 履行遲滯에 관한 것이라고 한다.⁽³⁸⁾

이에 대하여 스위스債務法은 雙務契約에 관하여 오로지 1個의 條文(Art. 82)을 두고 있을 뿐이다. 다만 獨立의 條文은 아니지만 危險負擔에 관하여 第119條 第2項에 規定이 되어 있지만, 雙務契約에 관한 獨立된 條文은 第82條뿐이다. 그만큼 이것을 雙務契約의 效力으로서 核心的인 것으로 보고 있음을 알 수 있다.

Becker는 다음과 같이 말한다.

「給付는 反對給付에 대한 對價이다. 兩當事者는 賣買나 賃貸借에 있어서와 같이, 債權者이며 同時에 債務者이다. 同時履行의 抗辯權은 給付와 反對給付와의 相互牽連性과 關聯된 것이다. 여기서 前提가 되고 있는 牽連性은 genetische Abhängigkeit과 funktionelle A., 즉 兩債務의 發生과 履行의 牽連性이다.」⁽³⁹⁾

그는 계속하여 雇傭契約에 있어서는 報酬와 勞務의 提供 사이에 이와 같은 牽連關係가 존재하지만, 都給契約(Werkvertrag)에 있어서는 報酬와 일의 完成(Resultat der Arbeit) 사이에 이와 같은 牽連性이 존재하지 않는다고 말한다.

그러면 一般적으로 雇傭과 都給에 있어서 相換性의 原則이 인정되느냐? 果然 Becker가 말하는 바와 같이 雇傭과 都給을 區別하여야 할 充分한 理由가 있는가?

로마法에서는 賃貸借(locatio conductio rei)·雇傭(l.c. operarum)·都給(l.c. operis faciendi)의 三者는 모두 賃約(locatio conductio)의 分類이었다.⁽⁴⁰⁾ 즉 賃貸借는 物件의 賃約, 他二者는 勞務의 賃約인 바, 雇傭은 勞務 그 自體를 目的으로 하고, 都給은 「일의 完成」을 目的으로 하는 것이다. 그리고 現代法에 있어서도 雇傭과 都給은 性質이 같은 것이고 兩者

(36) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurz-Kommentare), 28. Aufl., 1969, Einf. 1c z. §320.

(37) Schmidt bei Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbem. 2. z. §320.

(38) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 10./11. Neubearb. Aufl., 1967, Vorbem. 2v. §320.

(39) Berner Kommentar, VI, 1. Abt., 2. Aufl., 1941, Art. 82, II 1a.

(40) 船田享二·羅馬法 第三卷, p. 185.

사이에 確固한 性質上的 區別은 없는 것이다.⁽⁴¹⁾

雇傭에 있어서의 報酬는 時間比例(nach der Zeit)일 수도 있고 成果에 따라서(Akkordlohn) 일 수도 있다. 都給에 있어서의 報酬는 雇傭에 있어서 報酬를 成果에 따라서 하는 경우와 비슷하다. 그러므로 Becker가 兩者를 區別하고 있는 것은 首肯하기 어렵다.

우리 民法은 雇傭에 있어서의 報酬債務는 後給을 原則으로 하는 것으로 규정하고 있고(656 II), 獨逸民法도 역시 雇傭에 있어서의 報酬債務를 後給을 原則으로 규정하고 있지만(獨逸 614), 어느 것이나 強行規定은 아니고, 報酬의 支給時期에 관하여는 자유로이 정할 수 있는 것이다. 그리고 支給時期를 어떻게 정하든, 特定期間의 勞務提供債務와 그 期間의 報酬債務는 相換性을 가진 것이라 함은 위에서 말하였다.

스위스債務法은, 期間에 比例하여 支給하는 報酬는 每月末에 支給할 것으로 규정하고 있지만(瑞債 323 I), 이것도 역시 強行規定은 아니라고 解釋하여야 할 것이다.

都給은 一定期間에 比例해서 報酬債務가 정하여지는 것이 아니라, 「일의 完成」에 대하여 報酬債務가 정해진다고 하는 점이 雇傭契約와 다르다. 그래서 民法도 「報酬는 그 完成된 目的物의 引渡와 同時에 支給하여야 한다」고 규정하고(665 I 前), 獨逸民法도 「報酬는 일의 成果의 引渡時에 支給하여야 한다」고 우리 民法과 전혀 마찬가지로 규정하고 있다(獨逸 641 I 前). 또 스위스債務法도 역시 都給契約의 報酬債務는 일의 成果의 引渡時에 支給하여야 할 것으로 규정하고 있다(瑞債 372 I).

이와 같이 都給契約에 있어서는 兩債務의 相換性이 法條文上으로도 分明하게 나타나 있다. 이 경우에는 期間에 比例하는 경우와 같이 期間을 「時點」으로 還元하여 把握한다고 하는 造作을 할 必要조차도 없는 셈이다.

消費貸借는 利子가 없는 경우에는 片務契約이지만, 利子附인 경우에는 雙務契約으로 된다. 어느 債務와 어느 債務가 對應하는 것으로 되느냐? 貸主의 「資本貸與債務」와 借主의 「利子支給債務」가 서로 反對債務로서 對應하는 것이다. 그리고 이 경우에도 貸貸借의 경우와 마찬가지로 特定期間을 「時點」으로 還元하여 把握한다면 서로 「相換性의 原則」에 의하여 맺어지는 것이다.

任置도 消費貸借와 비슷하다. 즉 보통은 無償・片務契約이지만, 有償인 경우에는 雙務契約으로 된다. 그리하여 受置人의 保管債務와 任置人의 報酬支給債務가 對立한다. 그리고 報酬債務가 期間에 比例하여 정하여지는 경우에는, 兩債務가 相換性의 原則에 의하여 맺어지게 되는 것이 貸貸借나 利子附消費貸借 등의 貸借型의 契約에 있어서와 꼭 같게 된다.

民法은 委任을 無償契約으로 규정하고 있지만(680), 社會에서 행하여지는 委任은 有償인 경우가 壓倒的으로 많고, 有償인 경우에는 그것은 雙務契約이다. 즉, 受任人의 「委任事務處理 債務」와 委任人의 「報酬支給債務」가 對立하게 된다. 民法은 報酬支給債務는 後給을

(41) Fikentscher, Schuldrecht, 3. Aufl., §79 Ib.

原則으로 하는 것으로 규정하고 있지만(686Ⅱ), 이것은 雇傭의 報酬債務(656Ⅱ), 都給의 報酬債務(665Ⅰ)가 後給을 原則으로 하는 것으로 규정한 것과 마찬가지로 强行規定은 아니라고 해석된다. 즉 兩債務는 相換性的 原則에 의하여 맺어지는 것이고, 報酬支給의 時期에 관하여는 자유로이 約定할 수 있는 것이다.

民法이 典型契約의 하나로 규정한 「懸賞廣告」에 있어서는 어떻게 되느냐? 懸賞廣告의 性質은 有償・片務・要物契約이다. 懸賞廣告는 行爲者가 「指定行爲를 完了」함으로써 成立하는 要物契約이고, 이 契約이 成立하면 廣告者의 「報酬支給債務」가 發生할 뿐이므로 片務契約이다.

「指定行爲의 完了」가 行爲者의 債務라고 假定하면, 그 關係는 有償委任과 흡사하게 되지만, 指定行爲의 完了는 「債務」는 아니므로 어떠한 意味에서도 이것을 雙務契約으로 설명할 수는 없다.

마지막으로 典型契約 중에서 「組合」도 雙務契約이냐? 그리고 역시 相換性的 原則이 적용되느냐?

먼저 이 問題에 관한 獨逸・스위스의 學說을 살펴본다.

一部學者는 組合契約은 雙務契約이 아니고 따라서 同時履行의 抗辯權에 관한 규정 등도 이에 適用되지 않는다고 한다. 즉,

Schmidt는, 雙務契約은 給付를 交換하는 契約이라고 하고, 組合契約은 給付를 交換하는 契約이 아니므로 雙務契約이 아니라고 한다.⁽⁴²⁾

또 Keßler/Geiler도 「組合契約은 雙務契約이 아니고」, 「§§320ff는 適用되지 않는다」고 한다.⁽⁴³⁾ §320는 同時履行의 抗辯權을 규정한 것이다.

또 Becker도 組合契約은 雙務契約이 아니라고 말한다.⁽⁴⁴⁾

이에 대하여 一部の 學者는 組合契約은 雙務契約이며, 이에 대하여 §§320ff이 適用된다고 하면서 그것이 確立된 判例라고 말한다.⁽⁴⁵⁾

그러나 많은 學者들이, 獨逸民法 705條가 「雙務的으로」 債務를 負擔한다고 말하고 있기 때문에 이것을 받아서 雙務契約이라고 말하고 있지만, 雙務契約의 效力에 관한 規定들이 適用된다고 하는 것을 強調하고 있지는 아니하다. 말하자면 하나의 特殊한 契約으로 세기고 있는 것으로 생각된다.⁽⁴⁶⁾

日本에서는 多數說은, 組合을 雙務契約이며 有償契約이라고 하면서도, 組合의 團體性 때

(42) Schmidt bei Soergel-Siebert, ibid. Vorbem. 2z. §320.

(43) Keßler/Geiler bei Staudingers Kommentar, Vorm. z. §705.

(44) Becker bei Berner Kommentar, Vorm. II 1b.

(45) Thomas bei Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bem. 3c z. §705.

(46) Larenz, Schuldrecht II, §56 I b; Fikentscher, ibid., §88 I 1; Esser, Schuldrecht II §94 II 4; Molitor, Schuldrecht I, §21 III.

문에 雙務契約에 관한 規定의 適用이 制限된다고 한다.⁽⁴⁷⁾ 具體적으로는 同時履行의 抗辯權과 危險負擔의 規定은 適用되지 않는다고 하는 說이 많다.⁽⁴⁸⁾

我妻 榮 教授는 組合契約을 「合同行爲」라고 하면서도, 그 契約의 色彩에 관하여, 「普通的 雙務契約은, (i) 各當事者의 給付가 一相對方이 給付하거나 自己도 給付한다는 意味에서 一牽連關係를 가질뿐만 아니라, (ii) 서로 給付를 交換하여 자기의 利益으로 돌린다고 하는 關係에 선다. 그런데 組合에 있어서는, (i)의 性質은 있다고 할 수 있지만, (ii)의 性質은 전혀 存在하지 않는다. 따라서, 組合契約을 雙務契約으로 보느냐 어떠한는, (i)의 性質을 가진 것을 雙務契約이라고 하느냐, (ii)의 性質까지도 가진 것만을 雙務契約이라고 하느냐에 歸着한다. 그리고, 많은 學說이, 組合契約을 雙務契約의 一種으로 하면서 아직 同時履行의 抗辯權과 危險負擔에 관한 規定의 適用을 制限하려고 하고 있는 것은, 위의 (i)의 性質을 가진 모든 契約을 雙務契約으로 하는 立場에 서면서도, 이들 規定은, 위(ii)의 性質을 가진 契約에 가장 適合하는 것임을 暗黙裡에 인정하고 있다는 것으로 될 것이다」라고 말한 다음, 자기는

「첫째로, 同時履行의 抗辯權과 危險負擔에 관한 規定은 給付가 各自의 利益으로서 交換된다는 것을 前提로 하고, 그 사이의 公平을 考察을 目的으로 하는 것이므로, 組合契約에는 適用이 없다고 생각한다. 뿐만 아니라 둘째로, 當事者의 給付가 交換적으로 행하여지는 것만을 雙務契約으로 하고, 組合契約이 가진 契約의 色彩에는 雙務契約의 性質은 없다고 하는 것이 옳다고 생각한다.」

고 말한다.⁽⁴⁹⁾

이 問題에 관하여 우리 나라의 多數의 學者는 組合을 雙務·有償契約이라고 하면서도, 同時履行과 危險負擔에 관한 規定은 그대로 곧 適用될 수 없다고 한다.⁽⁵⁰⁾

論者는, 組合契約에 同時履行의 抗辯權이 인정되느냐의 문제에 局限하여 생각한다면, 我妻 教授가 말하는 마와 같이, 「給付가 交換적으로」 행하여지는 것이 아니므로, 따라서 Zug um Zug의 關係가 존재하지 않고, 따라서 組合契約에 있어서는 同時履行의 抗辯權은 否定되어야 할 것이라고 생각한다.

六. 等價性의 原理

雙務契約에 있어서 對立하는 두 債務는 서로 對價의 意義를 가진 것이어야 하는 바, 對價의 意義를 가진다고 하는 것이 두 개의 給付가 同等한 價値를 가진다고 하는 觀念과 不

(47) 松坂佐一, 民法提要, 昭和 31年(1956), p. 148; 勝本正見, 債權法概論(各論), 昭和 24(1949), p. 165; 宗宮信次, 債權各論, 昭和 27, p. 300; 山中康雄, 契約總論, 昭和 24, p. 185.

(48) 遠藤 浩 등, 民法(6) 契約總論(有斐閣雙書), 昭和 45(1970), p. 202; 이 문제에 관한 學說을 概觀한 것으로는 福地俊雄, 注釋民法(17), 債權(8), 昭和 44(1969), p. 24f.

(49) 我妻 榮, 債權各論 中卷二(民法講義 V3), 昭和 37(1962), p. 759.

(50) 金基善, 韓國債權法各論(全訂版), 1973, p. 209f.; 金錫宇, 債權法各論, 1978, p. 348; 李太載, 債權各論新講, 1967, p. 349; 郭潤直, 債權各論(全訂版), 1977, p. 449.

可分離하게 結合되어 있는 것이다.⁽⁵¹⁾

그러면 두 債務 내지 給付가 서로 「同等한 價值」를 가진다고 하는 것은 어떠한 뜻인가?
대체로 세 가지 可能性을 생각할 수 있다.

하나는 客觀的 價值가 同等하다고 하는 뜻이고(客觀的 等價性 objektive Äquivalenz), 둘은 當事者가 서로 同價值라고 생각한다는 뜻(主觀的 等價性 subjektive Äquivalenz), 셋은 當事者가 法律行爲에 의하여 同等한 것으로 定하였다는 뜻(法律行爲의 等價 rechtsgeschäftliche Gleichstellung)이다. 다음에 차례로 보기로 한다.

첫째로 客觀的 等價性이라고 하는 概念은 法律政策的 理念인 것이다.

우리 法에 있어서 올바른 값을 매겨야 한다고 하는 것은 雙務契約의 前提로서 要求되는 것이 아닌데도, 給付의 客觀的 等價性이 雙務契約의 本質과 結付된 것으로 말하여지는 일이 종종 있다. Krückmann은, 客觀的으로 同等한 價值를 가진 給付의 合意속에 「참된」(redlich) 雙務契約의 目的 設定이 있는 것으로 보고 있거니와⁽⁵²⁾, Larenz도 客觀的 等價性의 思想은 避하지만, 그러나 「참되게 생각하는 當事者 사이에 있어서는」各 當事者는 他方에 대하여 反對價值 즉 「對價의인」(äquivalent) 것을 請求한다고 하는 것을 承認하며, 따라서 雙務契約에는 平衡 즉 同價值의 理念, 「참된」衡量的 理念이 本質的으로 內包되어 있다고 한다.⁽⁵³⁾

雙務契約에 있어서의 兩給付의 客觀的 等價性은 契約의 正義의 表現이다. 그렇지만 現行 法上 客觀的 等價性이 깨어졌다고 하는 것이 直接으로 어떠한 法的 意味를 가지는 것이 아닌 것은 確實하다.

日本에서 雙務契約에 있어서의 兩給付의 等價交換性을 強調하는 것은 山中康雄 教授이다.⁽⁵⁴⁾ 그러나 山中 教授도 「等價交換性」의 概念이 무엇을 뜻하는지 밝히는 바는 없다.

雙務契約에 있어서의 給付의 本質的 等價性을 客觀的 等價性으로 理解할 수 없다고 하는 것은 確實하다. 그래서 雙務契約에 있어서는 合意된 給付들은 적어도 當事者들의 意識으로는 同等한 것으로 생각되어야 한다고 많이 主張되고 있다(主觀的 等價性 subjektive Äquivalenz).⁽⁵⁵⁾

그렇지만 主觀的 等價性이라는 概念이 어떻게 理解되느냐에 관하여도 두 가지 觀念을 區別할 수 있다. 즉 當事者들에 의하여 受諾된 等價性이라고 하는 것이, (a) 當事者들이 合意된 給付를 「交換價值」—예컨대 市場價格으로 나타난—에 따라서 同等價值를 가진다고

(51) Wolfgang van den Daele, Probleme des gegenseitigen Vertrages (Hamburger Rechtsstudien), Heft 61, 1968, S. 2.

(52) Krückmann, Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-Zweck-und Gegenstandslosigkeit, AcP 128(1928), 157ff.

(53) Wolfgang van den Daele, ibid., S. 3. Larenz, Schuldrecht I, 9. Aufl., 1968, §18 I.

(54) 山中, 契約總論 p. 190ff.

(55) Larenz, a.a.O., Bd. I §18 I; Palandt-Danckelmann 16 aa vor §§320ff.; Erman-Groepper 3 vor 320ff.

보느냐, (b) 當事者들이 給付를 적어도 그들의 具體的 必要性和 利益에 따라서, 따라서 「利用價值」에 따라서 同等價値를 가진다고 보느냐 이다.

어떤 사람이 그에게 無價値한 物件을, 살짝(相對方모르게) 贈與를 하기 위하여 또는 잘 사는 패턴을 입을 誇示하기 위하여 등의 理由로, 지나치게 비싼 값으로 賣買한다면, 主觀的 等價性說이 말하는 等價意識이 存在하지 않는 것은 分明하다. 그렇지만 그 때문에 雙務契約이 아니게 되는 것은 아니다.

사람들이 「참된」(redlich) 去來를 經濟去來의 基礎로 생각할 때에도 같은 말을 할 수 있다. 商品의 賣渡人이 그 商品의 市場價格을 自由로 操作할 수 있는 立場에 있는 경우에 賣買代金을 市場價格과 다르게 정하는데에는 여러가지 理由가 있을 수 있을 것이다. 예컨대 그의 商品의 質을 急速히 低下시키기 위해서 라든가, 그의 市場에 關與하는 度를 높이기 위해서 라든가이다.

이러한 등등의 경우에 給付의 客觀的 價値에 관하여 當事者들이 가졌던 意識은 雙務契約의 構造를 이루는 것은 아니다.

Cosack는 主觀的 等價性을 각 當事者의 具體的 利益과 必要性을 基礎로 한 給付의 同等한 價値로, 즉 利用價値에 따른 同等價値로 理解하였다.⁽⁵⁶⁾

BGH도 이 見解를 취하는 것으로 보인다. 즉 14. 10. 1959의 判決에서 「雙務契約에 있어서의 兩側의 給付 사이에는 等價性이 있어야 하는 바, 그것은 給付와 反對給付의 客觀的 同價値性 때문인가 아니라, 價値에 관한 兩當事者의 意識 때문」이라고 말한다.

또 BGH는 對價性(Entgeltlichkeit)에 관하여도 같은 見解를 취한다.⁽⁵⁷⁾

이것으로 BGH는 Reichsgericht의 見解로부터 轉向한 것이다. 즉 RG는 法律行爲에 있어서의 當事者의 意思의 役割만을 給付의 同置의 中心에 位置시켰음에 反하여, BGH는 위에 引用한 例들에 있어서 그보다 넓게 法律行爲에 의한 同置를 價値에 있어서의 同等評價로부터 證明하고 確認하려고 하였다. 어떠한 意味에서 客觀的으로 同等價値가 아닌 給付들이 等價라고 불릴 수 있는냐는, 法律行爲의 基礎에 놓인 當事者들의 主觀的 價値意識에 의하여 答이 주어지지 않으면 안된다. 그 價値意識에 있어서는 客觀的인 價値不足은 보다 높은 個人的 利用價値評價에 의하여 調整되는 것이다.

確固하게 主觀的 等價性論을 취하고 있는 學者는 특히 Larenz이다. 그는 「雙務的 債權契約이 존재하기 위하여는 兩當事者의 給付가 客觀的 尺度로 제어서 서로 同價値일 필요는 없고, 각當事者가 相對方의 給付 속에 自身의 給付에 대한 充分한 對價가 있다고 보는 것으로 足하다」고 말한다.⁽⁵⁸⁾

끝으로 Wolfgang van den Daele는 雙務的 給付의 等價性을 어떤 形式으로든지 給付의 價

(56) Wolfgang van den Daele, *ibid.*, S. 10; Cosack, *Anfechtungsrecht* (1884), S. 134/5.

(57) Urt. v. 15. 12. 1955.

(58) Larenz, *Schuldrecht I*, §18 I.

價의 同等性에 求하려고 한 모든 企圖는 失敗하였다고 말하고, Locher나 Oertmann을 따라서 雙務契約의 等價性이라고 하는 것은 雙務的 給付義務를 法律行爲에 의하여 同置한 것이라고 한다.⁽⁵⁹⁾

Locher에 의하면 當事者の 判斷에 의한 同等하다는 評價는 雙務的으로 結合된 給付의 同等價值性을 意味하는 것이 아니라, 當事者の 意思行爲에 의하여 同等하다고 定하였기 때문에 等價인 것이다. 마찬가지로 Oertmann은 等價性理論의 正當한 刻印은, 給付의 主觀的 價值同等性에 관한 當事者들의 意識이 아니라, 一方當事者가 補償을 他方으로부터 받겠다는 意思를 要求한다고 하는 것을 強調한다. 그리하여 兩者는 契約目的의 意味에서 同等價值를 가진 것으로 여겨지는 것이다.

等價性은 法律行爲 全體의 作用的 關聯에 있어서 給付가 同等價值를 가진다는 것을 意味한다고 한다. 이 同等性의 根據는 當事者들의 特定の 價值意識이 아니라, 그들의 法律行爲上의 決定인 것이다. 雙務契約의 締結은 當事者들이 法律行爲에 의하여 雙務的 給付義務를 等價인 것으로 定한 것이다.

이와 같이 等價性의 概念 內容을 어떻게 설명하느냐에 관하여는 세가지 理論이 있지만, 그 중에서 論者는, 위에서도 一言한 바와 같이 主觀的 等價性論을 따르기로 한다.

七. 結 語

以上 雙務契約에 관해서 全面的으로 훑어 보려고 한 것인데 써놓고 보니 매우 散漫한 것이 되었다. 全體를 통하여 論者가 가장 力點을 둔 것은 「給付의 相換性」이었다. 이것은 獨逸과 스위스에서도 가장 強調되고 있는 問題이다. 이에 反하여 맨 끝에 붙인 「等價性」의 問題는 獨逸에서도 現在에 있어서는 별로 強調되고 다루어지고 있는 問題는 아니다.

(59) Wolfgang van den Daele, *ibid.*, S. 13.