

佛·獨民法上原因論의 考察 (上)

金 旭 坤*

序 論

第1章 原因의 概念

第1節 Roma法 및 Canon法에서의 原因의 概念

- I. Roma法에 있어서의 原因의 概念
- II. Canon法에 있어서의 原因의 概念

第2節 現代學說上 原因의 概念

- I. 佛國學說上 原因의 概念
- II. 獨國學說上 原因의 概念

第2章 原因의 役割

第1節 出損을 正當化하는 役割

- I. 獨民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果
 1. 有因·抽因行爲의 區別
 2. 그 結果
- II. 佛民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果
 1. 有因·抽因行爲의 區別
 2. 그 結果

第2節 法律行爲를 道德化하는 役割

- I. 原因의 探究에 依한 不法性 및 不道德性의 鑑定
 1. 佛民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定
 2. 獨民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定
- II. 不法的 不道德的 法律行爲의 運命
 1. 法律行爲의 無效
 2. “Nemo auditur...” 原則

結 論

* 法學科 助教授

序 論

人間은 理性과 意志(Ratio et voluntas)를 特權的으로 所有하는 存在로서 理性의 빛(光)을 따라 意志의 決定으로 意思를 表現하며 行動하기 마련이다. 그런데 어떤 行爲를 하기 위해서 人間의 意志가 움직이고 決定되기 위해서는 그것을 위한 充分하 理由 내지 原因이 있어야 할 것이다. 이와같이 理性의 빛을 따라 意志의 決定으로 表現되는 人間行爲는 無數하와 그 種類도 여러가지인바 그중 法律行爲는 一定한 法律效果의 發生을 目的으로 하는 人間의 意思表示를 그 要素로 하는 法律要件이다. 法律行爲도 틀림없이 人間行爲의 一種인 이상 거기에는 반드시 理由와 原因이 있게 된다. 즉 어떤 사람이 어떤 法律行爲를 함에 있어서 그는 반드시 어떤 理由로 어떤 法律效果의 發生을 目的으로 하는 意思表示를 하게 되며 그 特定한 理由가 바로 그 사람으로 하여금 그 法律行爲를 하게 한 原因이 될 것이다.

例컨대 契約(Contractus)이란 法律行爲에 있어서 契約當事者의 合意(Consensus)를 “當事者가 眞實로 願했는가?”로, 契約의 客體(Objectum)를 “무엇을 願했는가?”로 表現할 수 있다면 原因(Causa)은 “무엇 때문에 願했는가?”로 表現할 수 있을 것이다. 概括的으로 말해서 이 “무엇 때문에(Pourquoi, warum)”가 바로 여기서 말하는 理由 혹은 原因이다.

이와같이 모든 法律行爲에는 그것을 하게 된 特定한 原因이 반드시 있게 될 것이지만 特히 現代民法上 問題되는 것은 私法的 法律行爲 중에서도 出損行爲(Actes d'attribution, Vermögenszuwendungen)에 있어서의 原因論이다.^① 그런데 立法論上 原因論的 立場에서 볼 때 특히 두 개의 代表的으로 相異한(적어도 그 外型的으로 보아) 立法을 볼 수 있는바, 그것은 바로 佛民法과 獨民法이다.^②

즉 佛民法은 “契約 혹은 契約的 債務一般”에 關해서 規定하고 있는 第3卷 第3編의 第2章에서 “契約이 有效하기 위한 基本條件들”에 對해서 規定하고 있는데, 第2章의 一般規定인 第1108條는 “契約이 有效하기 위해서는 네가지 條件이 本質的으로 要求된다. 즉 債務를 負擔하는 當事者의 合意, 契約을 締結하는 그(當事者)의 能力, 債務의 內容을 이루는 確定的 客體, 그리고 債務關係에 있어서의 適法한 原因(Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet

註 ① Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1952. § 147—III; H. Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürg. Gestzbuches. 1966. § 25—II; A. von Tuhr: Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürg. Rechts. 2. B. 1918 § 11; H. Capitant: De la cause des obligations, 1927, N° 84.

② ④ 19世紀에 立法化된 大部分의 Latin系 民法典들은 Napoléon 法典의 例를 따라 債務의 有效要件으로서 原因에 대해서 規定하고 있다. 例컨대 1838년의 Holland民法(§ 1356, 1371~1378), 1865년의 Italie民法(§§ 1104, 1119~1122), 1864년의 Roumanie民法(§§ 948, 936, 966, 1310), 1889년이 Espagne民法(§§ 1261, 1262, 1274~1277) 그리고 Brésil과 Argentin를 除外한 大部分의 中南美 諸國의 民法典들이다.

⑤ Latin系 民法典들과는 달리 German系 民法典들, 例컨대 1810년의 Austriche民法, 1900년의 獨民法(B.G.B.), 1912년의 Suisse民法典들은 “原因을 債務의 有效要件으로서 明示的으로 規定하고 있지 않다. 比較立法에 關한 상세한 것은 Capitant, *op. cit.*, N° 81 et suivant 참조.

certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.)”라고 規定하고, 나아가서 “原因에 關해서”라는 本章의 第 4 節에서는 細別的 規定을 두고 있는데 第1131條는 “原因이 없거나 虛僞이거나 혹은 不法的인 것에 基한 債務는 아무런 效力도 가지지 못한다 (L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.)”고 規定하고, 第1132條는 “비록 原因이 表示되지 않았더라도 契約의 效力엔 영향이 없다 (La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.)”. 그리고 끝으로 第1133條는 “原因이 法律에 依하여 禁止되거나 善良한 風俗 혹은 公共의 秩序에 違背될 때에는 不法的이다 (La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.)”라고 規定하고 있다. 이와같이 佛民法이 原因에 關해서 비록 “契約이 有效하기 위한 基本條件들”이라는 章下에서 契約 및 契約的 債務의 有效要件으로써 그리고 그 道德性的의 如何를 위해서 規定하고 있지만 이 原因에 關한 規定들은 單獨行爲는 勿論이고 財産的 出損行爲 一般에도 適用되는 것이다.

佛民法이 이와같이 債務의 有效要件으로써 그리고 그 道德性을 위해서 原因에 對해서 明示的으로 規定하고 있는가 하면 佛民法보다 約 1世紀 뒤늦게 制定된 獨民法은 契約의 成立을 위해서 必要한 諸要件들을 列舉하지도 않을 뿐 아니라 契約의 客體나 債務의 原因에 對해서도 언급하고 있지 않다. 法律行爲一般에 있어서의 意思表示 (Willenserklärung)에 關해서 規定하고 있는 獨民法 第 1 編 第 3 章 第 2 節 (§§116~144)에서도 意思의 內容이나, 表示와 目的의 區別에 對해서도 언급하고 있지 않으며 契約 (Vertrag)에 關한 第 3 節 (§§145~157)에서나, 契約으로 因한 債務關係에 對해서 規定하고 있는 第 2 編 (Recht der Schuldverhältnisse)에서도 原因에 關해서 조금도 規定하고 있지 않다. 단지 獨民法이 “原因”이란 用語를 사용하고 있는 것은 不當利得 (Ungerechtfertigte Bereicherung)에 關해서 規定하고 있는 第812條에서 만이다 (ohne rechtlichen Grund).

이와같이 獨民法이 佛民法에서와는 달리 契約 혹은 債務의 有效要件으로써 혹은 그 道德性的의 如何를 위해서 原因에 對해서 아무런 明示的 規定을 두고 있지 않다고 해서 과연 많은 學者들이 말하는 것처럼 佛·獨 兩民法上 原因論에 있어서 根本적으로 많은 차이가 있는 것일까? 本考의 目的은 原因論에 있어서 兩民法의 實證法規定의 外見的 考察보다도 그 根本的精神과 實際解決方法을 통해서 比較的方法으로 考察해 봄으로써 그 外見的 差異에도 不拘하고 存在하는 相互 共通點을 찾아봄으로써 우리 民法의 解釋·適用에 參考가 되었으면 하는데 있다.

原因論이 出損行爲 (Actes d'attribution, Vermögenszuwendungen)에 있어서 問題된다고 하면 먼저 法律上 原因의 概念을 明確히 할 必要가 있겠다. 例컨대 어떤 家屋의 賣買에 있어서 賣渡人側으로부터 볼 때 或은 金錢上의 必要로, 或은 다른 家屋을 買入하기 위해서, 或은 그

代金으로 銀行에 預金を 하기 위한 動機로 그 家屋을 賣渡할 수 있을 것이며, 買受人側로부터 볼 때 或은 그 家屋에 移住하기 위해서, 或은 그 家屋을 他人에게 빌려주기 위해서, 或은 自己의 別莊으로 사용하기 위한 等等의 動機로 그 家屋을 買受할 수 있을 것이다. 그런데 이와 같은 家屋의 賣買에 있어서 賣買人의 個人的 動機까지 그 賣買의 原因으로 볼 것인가? 或은 단지 各 當事者의 反對給付 즉 賣渡人을 위해선 代金支拂, 買受人을 위해선 家屋의 所有權移轉만을 그 賣買의 原因으로 볼 것인가? 前者의 立場을 취할 것 같으면 原因의 概念이 主觀的 性格을 가지게 될 것이고, 後者의 立場을 취할 것 같으면 原因의 概念은 客觀的 性格을 가지게 될 것이다. 이와 같이 原因概念의 限界 내지 定義의 問題는 法律上 原因論에 있어서 지극히 重要한 問題의 하나이기에, 우선 第1章에서 佛·獨 民法上 原因의 概念에 對해서 考察하기로 한다. 그리고 다음에 考察할 것은 出損行爲에 있어서 무엇 때문에 原因의 概念을 把握할 필요가 있는가. 즉 原因은 出損行爲에 있어서 어떠한 役割을 하며 그 重要性和 有用性은 무엇인가 하는 問題이다. 第2章에서는 佛·獨 民法上 原因의 役割의 問題를 考察해 보기로 한다.

第1章 原因의 概念

佛民法上 原因概念의 定義問題처럼 學說上 심각한 論爭의 對象이 된 問題는 그 類例를 찾아 볼 수 없으며 그 論爭은 19世紀初 Napoléon 法典編纂 以後 오늘날까지 계속되고 있는 사실이다. 그 反面에 一般的으로 概念의 定義問題에 있어서 보다 더 論爭的이라고 할 수 있는 獨逸 學者들이 이 原因의 概念에 對해서 19世紀末부터 學說上 意見의 一致를 보고 하등의 분쟁이 없는 것은 이상스러운 일이라 하겠다.

그런데 佛蘭西民法이든 獨逸民法이든 이 原因論에 있어서 Roma法과 中世 Canon法(教會法)에 그 共通의 淵源을 갖고 있으므로 原因의 概念問題에 對한 現代學說의 檢討에 들어가기 전에, 그리고 現代學說을 理解하기 위해서 우선 Roma法과 中世 Canon法에 있어서의 原因의 概念을 간단히 考察해 볼 필요가 있겠다.

第1節 Roma法 및 Canon法에 있어서의 原因의 概念^③

I. Roma法에 있어서의 原因의 概念

Roma時代의 法學者들은 理論的(théorique)이기 전에 實務的(pratique)이었기에 原因論에 있어서 理論的 體系의 構成은 찾아 볼 수 없다. 그렇다고 해서 그들이 法律行爲에 있어서 原因이란 概念을 完全히 認定하지 않았던 것은 아니다.

初期 Roma法은 要式的인 것이었기에 많은 法律行爲는 먼저 法律上 規定된 儀式(Ritus)의

註 ③ 이 史的 考察에 있어서 特히 H. Capitant: *op. cit.*, N° 40 et suivant; Max Kaser: *Das Römische Privatrecht*, 1955. p. 497 et sv.; H. De page: *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, 1957. p. 63 et sv. 그리고 G. Chevrier: *Histoire de la cause*, 1929. p. 24 et sv.等 참조.

遵守만으로 完成되었던 것이다. 즉 儀式(Ritus)의 完成만으로 法律行爲는 完全한 것이었기에 原因이란 要素는 重要視되지 않았다. 特히 所有權의 移轉에 있어서 이 要式主義는 더욱 嚴格했었다. 例컨대 Mancipatio나 In jure cessio는 所有權移轉에 있어서 定式的 儀式行爲로서 그 儀式만의 完成으로 所有權이 移轉되고 그 原因의 有無나 不法性的 如何는 問題되지 않았다.

그러나 Mancipatio나 In jure cessio에서와는 달리 非定式的 移轉行爲인 Traditio에서는 그 移轉行爲 自體만으로는 충분한 것이 못되고 그 외에 兩當事者의 移轉意思의 合致가 필요했던 것이다. 이 Traditio에 對해서 Justa causa란 表現을 찾아 볼 수 있는데 여기서 Justa causa란 단지 當事者들의 移轉意思의 合致만을 意味했던 것으로 보인다.^④

그리고 原始的 立法에 있어서 單純化的 利點으로 導入된 要式的 契約(Contrats solennels)인 Nexum, Expensilatio나 Stipulatio도 抽因的(abstrait)인 것이었기에 原因의 如何는 적어도 그 成立에 있어서 問題되지 않았다. 그러나 아무런 原因(理由) 없이 所有權을 移轉하거나 債務를 負擔한 者가 끝까지 그 所有權을 移轉해야 하거나 債務를 負擔해야만 하는 것은 衡平(Aequitas)의 理念에 反하는 것이었기에 이와같은 要式主義制度의 채택으로 因한 弊端을 구제하기 위한 手段으로써 法務官法(Ius practorium)에서 Condictiones와 Querela non numeratae pecuniae라는 制度가 생기게 되고 단지 여기서 본래의 意味의 原因이란 概念이 發展되었던 것이다.^⑤

그런데 여기서 特記할 것은 이와같은 Condictiones와 Querela non numeratae pecuniae 制度에 依해서 發展된 原因의 概念은 法律行爲(所有權 移轉行爲이든 혹은 要式契約 行爲이든간에)의 成立이나 有效要件으로서가 아니고 일단 要式的 完成으로써 成立된 法律行爲를 衡平(Aequitas)의 原則에 따라 癱瘓 혹은 破壞하기 위한 手段으로써 發展된 概念이란 것이다.^⑥

그리고 賣買와 같은 合意的 雙務契約에 있어서 그 雙務的 性格은 단지 그 契約의 成立에 있어서만 問題되었던 것이다. 즉 賣渡人과 買受人의 債務는 相互依存關係에 서게 되어 한 便은 다른 便의 原因이 되었으며 그것 없이는 그 契約이 成立할 수가 없었던 것이다. 그러나 일단 그 契約이 成立한 이상은 兩債務는 完全히 獨立的인 것으로 되어 契約의 履行에 있어서는 그들 債務는 相因的인 것이 아니었다.^⑦

註 ④ Ulpian: Reg. 19. 7.; H. Capitant, *op. cit.*, N° 41. p. 94.

⑤ Condictio는 不當利得返還制度의 根源으로써 Digesta에서, 豫期했던 反對給付를 받지 못한 當事者를 補償케 하는 Causa data causa non secuta, 不道德 혹은 不法的 契約에 있어서의 Condictio ob turpem이나 injustam causam, 혹은 非債辨濟의 境遇를 위한 Condictio indebiti 등을 찾아볼 수 있다(D.L. XII. Ti. 4~7). 그리고 Condictiones에서는 原因의 不存在나 不道德性을 債務者가 立證해야만 했으나, 3世紀初부터 特히 金錢貸與에 있어서 認定된 Querela non numeratae pecuniae에 있어서는 貸與人의 惡意를 막기 위해서 貸與證書 以外의 方法으로 貸與人이 그 貸與原因을 立證해야만 했던 것이다. (Inst. 3. 19. de inst. stip. 17; Paul, D. 45. 1. de verb. oblig. 134. 2.).

⑥ Capitant: *op. cit.* N° 43; Ripert et Boulanger: *Traité de droit civil d'après le traité de M. Planiol.* 1957. T. II N° 280; M. Kaser: *op. cit.* p. 497; Planiol, Ripert et Esmein: *Traité pratique de droit civil français* 1952. T. VI. N° 250.

⑦ G. Cornil: L'évolution de la vente consensuelle, *Nouvelle Revue historique.* T. XXV. p. 150; Capitant: *op. cit.*, N° 45; Inst. 2. 1. de res div. 41.

贈與編에 있어서 原因의 概念이 나타난 것은 다른 特別理由에서이다. 當時 Cincia法^⑧에서 一定額을 超過하는 贈與를 禁止하고 있었는데 이 禁止規定의 適用을 위해서 어떠한 處分行爲가 贈與를 假裝한 것이 아닌가, 즉 贈與原因(Donationis causa)으로 行爲한 것이 아닌가를 조사해야만 했던 것이다.^⑨ 그리하여 贈與에 있어서는 行爲者의 贈與意思(Animus donandi)가 그 原因으로 把握되었던 것이다.^⑩

要約컨대 Roma法에서는 原因의 概念은 法律行爲者가 追求한 目的(But. Zweck)으로 理解되었던 것으로써 契約이나 負擔贈與에 있어서는 그 反對給付나 그 負擔의 實行이 原因이었으며 純粹贈與에 있어서는 贈與意思가 그 原因이었다고 말할 수 있겠다.

II. Canon法에 있어서의 原因의 概念

Roma法에서는 原因의 概念을 把握하는 것이 쉬운 일이 아니지만, 私的 自治 내지 契約自由의 原則을 채택하게 된 Canon法에서는 原因의 概念에 있어서 큰 發展을 가져온 것을 알 수 있다.

Roma法에서와는 달리 約 1180年頃부터 카톨릭教會에 依하여, 단순한 意思의 合致만으로 成立된 債務關係로부터 良心의 義務를 지게 된다고 認定하게 되고 나아가서는 아무런 形式(要式)을 따르지 않고 締結된 契約의 有效性을 認定하게 되어 Canon法에서는 契約自由의 原則이 認定되었다.^⑪ 그리하여 Canon法學者들은 合當하게 成立된 債務關係에 있어서 債務者가 그의 債務의 履行을 拒否하면 그는 罪를 犯하는 것이 된다고 했으며 그 債務의 合當性 如否를 爲해서는 그 債務의 原因을 調査할 必要가 있다고 했던 것이다. 즉 債務者가 그의 債務를 負擔해야 할 合當·有效한 理由 내지 原因이 있는가?를 探究하게 되었던 것이다. 그런데 Canon法學者들의 이와같은 原因論의 發展은 먼저 片務契約에 있어서 證據分野에서부터 始作되었던 것이다. 즉 債權者가 原因의 存在를 立證하지 못하게 되면 法官은 아직 履行되지 않은 債務의 存在를 否認했었으며, 만약 그 債務가 書類上 存在하는 것이라면 反對로 債務者가 그 原因의 不存在를 立證해야 했던 것이다.^⑫ 그리하여 점차 原因論이 發展되어 Canon 法學者들은 原因을 片務契約 自體의 有效要件으로 삼게 되었으며 (Le pactum nudum a sollemnitae sed non nudum a causa), 그후 이 原因論은 片務契約에서 뿐만이 아니고 또한 雙務契約에서도 發展 適用되었던 것이다. 그리하여 Canon 法學者들은 Roma法學者들과는 달리 雙務契約에 있어서 債務의 相因性을 認定하게 되어 契約當事者 一方은 만약 他方當事者가 約束한 自身の 信義를 缺

註 ⑧ 이 法律은 Roma의 護民官인 Cincius Alimentus의 提案에 依해 A.D. 550年 人民投票에서 議決된 것인데 이것은 주로 贈與에 關한 것을 그 規律內容으로 하고 있다(Cicero, De orator, II, 71 cité in Éléments de droit romain p. 331. de G. May).

⑨ Gaston May. Éléments de droit romain, paris 1894, N° 168.

⑩ Digesta. 39. 5. de donat; Digesta. 44, 7 等.

⑪ H. L. et J. Mazeaud. Leçons de droit civil, 1966, T. II. N°59. ; Capitant. *op. cit.*, N° 57 et sv; Planiol, Ripart et Esmein, *op. cit.*, T.VI. N° 250.

⑫ Mazeaud: *op. cit.*, T. II. N° 259; Capitant. *op. cit.* N° 58.

한다면 그 契約이 지운 良心의 義務로부터 解放된다고 理解했던 것이다.¹³ 오늘날 現代契約法上 널리 認定되고 있는 同時履行抗辯權(Exceptio adimpleti contractus)과 契約解除制度는 바로 Canon 法學者들이 雙務契約에 있어서 債務의 相因性을 認定한데에 그 淵源을 가지는 것이다.

Canon 法學者들에 의하여 이와 같이 發展된 原因論은 그후 後期註釋學派(Postglossateur)들에 의하여 더욱 理論化되었으며, 그들은 原因을 Causa finalis와 Causa impulsiva로 區別하기까지 했던 것이다.

以上에서 본바와 같이 Roma法에 있어서나, Canon法에 있어서나 原因이란 항상 當事者が 追求한 自的(But; Zweck)으로 認定되었었다. 그러나 Roma 法學者들은 그것을 經濟的·客觀的 目的(But objectif; objektives Zweck)으로 認識했던 反面에 Canon 法學者들은 그것을 心理的·主觀的 目的(But subjectif; subjektives Zweck)으로 認識했던 것이다. 그리고 Roma 法에서는 原因의 概念이 衡平(Aequitas)의 理念에 立脚해서 適法하게 成立된 法律行爲의 實效性을 막기 위한 手段으로써 나타났는가 하면 Canon法에서는 그와 반대로 原因의 概念이 法律行爲自體의 有效要件으로써 나타났던 것이다.

第2節 現代學說上 原因의 概念

原因의 概念이 이와 같이 沿革의으로 두가지 다른 淵源을 가지는바 그후 어떤 學者들은 Roma法的 概念에 立脚하여 原因의 經濟的·客觀的 性格을 重視하는가 하면 어떤 學者들은 意思自治의 原則에 立脚한 Canon法的 概念에 따라 原因의 心理的·主觀的 性格을 重視하기도 하고 또 다른 學者들은 兩者의 折衷의 立場을 취하기도 한다. 以下 項을 나누어서 佛·獨國 學說을 檢討해 보기로 한다.¹⁴

I. 佛國學說上 原因의 概念

佛古法(Ancien droit français) 時代에 있어서 最初로 原因論을 體系化한 者는 Jean Domat이다. 그는 그의 著書 “Les lois civiles dans leur ordre naturel(市民的 自然秩序에서의 民法)”의 第1卷 第1編 第1節에서 後世에 소위 傳統的 理論(la théorie classique)¹⁵이라고 불리어지는 그의 原因論을 展開하고 있다. 즉 그는 原因을 契約當事者が 追求한 目的이라고 하고 그것을 契約當事者로 하여금 契約을 締結케 한 特別動機와는 分離·區別한다. 個別的 特別動機는 各個人

註 13 Ripert et Boulanger: *op. cit.*, T.II. N°281; Capitant:*op. cit.*, N° 68.

14 佛·獨民法이 共通의으로 Roma法과 Canon法이라는 같은 淵源을 가지고 있지만 17世紀부터 兩國에 있어서 原因論의 發展은 그 길을 달리하고 있다. 첫째 佛蘭西에서는 17世紀부터 소위 傳統的 理論(théorie classique)이 생겼는가 하면 獨逸에서는 그 當時 原因論에 對해서 별로 重要性을 두지 않았으며, 둘째 佛蘭西에서는 原因論에 對한 切實한 論爭이 Napoléon 法典의 編纂으로 因한 法律條文의 適用을 위해서 더욱 활발했는가 하면 獨逸에서는 그 論爭이 오히려 B.G.B.의 編纂 以前이었으며, 셋째 佛蘭西에서는 오늘날까지 繼續해서 이 原因論에 對해서 意見의 對立이 있는가 하면 獨逸學者들은 벌써 오랜전부터 이에 對해서 意見의 一致를 보고 있다. 이와 같은 諸 與件의 差異로 因하여 兩國의 學說을 同時의으로 檢討하는 것이 不可能하기에 佛·獨國의 學說을 나누어서 考察하는 것이 편리할 것이다.

15 佛蘭西의 大部分의 學者들은 Domat의 理論을 傳統的 理論이라고 命名하고 있다. 例컨대 Capitant:*op. cit.*, N° 78 et sv.; Ripert, et Boulanger: *op. cit.*, N° 285 et sv.; Planiol, Ripert et Esmein:*op. cit.*, N° 250.; Mazeaud:*op. cit.*, N°250. et 265.; Marty et Raynaud :*Droit civil T.II.* 1962, N° 173 등.

혹은 當事者에 따라 그리고 또 各 契約에 따라서 固有한 것이지만 原因은 같은 種類의 契約에 있어서는 恒常 同一하다고 한다. 그래서 그는 契約을 雙務契約(Contrats synallagmatiques), 片務的 要物契約(Contrats réels unilatéraux)과 無償契約(Contrats à titre gratuit)으로 區別하면서, 雙務契約에 있어서 一方 當事者의 債務의 原因은 他方 當事者의 債務의 負擔이고, 片務的 要物契約에 있어서 債務의 原因은 이미 取得한 物件의 交付(la remise de la chose)이고 無償契約(贈與)에 있어서의 原因은 贈與意思(Animus donandi)이라고 했다.¹⁶⁾

이와같이 Domat는 原因을 契約當事者들이 追求한 抽象的 目的(le but abstrait poursuivi par les contractants)이라고 하여 心理的·主觀的 要素를 重視한 Canon法的 態度와는 달리 經濟的·客觀的 要素를 重視한 Roma法에서처럼 客觀的 性格을 捕捉하고 있다. Domat의 이와같은 原因의 客觀的 性格의 捕捉은 贈與에 있어서도 마찬가지인바, 그는 “贈與意思是 그 贈與를 하게끔 한 心理的 過程과는 分離된 意思自體만을 意味한다”¹⁷⁾고까지 했던 것이다.

Napoléon法典 編纂者들은 Pothier를 통해서 물려받은 Domat의 原因論을 同 法典 第1108條, 第1131條 내지 1133條에서 立法化한 것이다. Mazeaud 教授가 말하는 것처럼¹⁸⁾ 同 法典編纂者들은 原因의 不存在나 虛僞 뿐만 아니라 그 原因의 不法性이나 不道德性에 基한 契約의 無效를 宣言하고 있기는 하지만 確實히 그들은 17, 8世紀 法學者들(특히 Domat)의 思想을 조금도 變更하지 않고서 債務에 있어서의 抽象的 原因(la cause abstraite dans l'obligation)의 必要性을 그대로 要求했던 것이다.

그런데 그후 소위 反原因論者들(les anticausalistes)이¹⁹⁾ 일어나 原因概念自體의 否定까지 主唱하게 된 것은 從來의 傳統的 理論이 確固不動한 說明을 주지 못한 것(explications inconsistentes)에 基因하는 것일 것이다.²⁰⁾ 이 反原因論者들중 그 代表者는 G. Planiol인바 그는 그의 著書 “Traité élémentaire de droit civil(民法 概論)” 第2卷에서 傳統的 理論이 虛僞인 동시에 不必要한 것이라고 主張했는데 그의 批判을 要約해 보면 다음과 같다.²¹⁾

첫째 傳統的 理論이 虛僞라고 하는 論據로 그는 1° 雙務契約에 있어서 하나이 契約으로부터 생기게 되는 두개의 債務가 相互他債務의 原因이 된다고 하는 것은 論理的으로 不可能한 說明이다. 왜냐하면 效果와 原因(l'effet et la cause)이 同時的인 것이 될 수 없는데 만약 兩債務가

註 16) Domat의 理論은 Domat의 Les lois civiles dans leur ordre naturel. Liv. I, T.1, sect. 1, § 5. 그리고 Domat의 理論說明과 論評은 Capitant: *op. cit.*, N° 79; Mazeaud: *op. cit.*, p. 219. Lectures; Marty et Raynaud: *op. cit.*, N° 173; Ripert et Boulanger: *op. cit.*, N° 285. 等 참조.

17) Domat: *op. cit.*, loc. cit.

18) Mazeaud: *op. cit.*, N° 261.

19) 1826年 벨기에 Liège 大學教授 Ernst에 依해서(그의 著書 La cause j'est-elle [une] condition essentielle pour la validité des conventions?에서) 이 反原因論이 처음으로 주장되고 그후 그의 弟子 Laurent에 依해서(특히 Laurent의 Principe de droit civil français, T. XVI, N° 111에서) 더욱 發展시켰으나, 특히 佛蘭西의 G. Planiol이 이 反原因論者의 代表者로 알려지고 있다. 現代學者로서는 J. Dabin 教授가 역시 이 學說을 취하고 있다.

20) Capitant: *op. cit.*, N° 12.

21) G. Planiol: Traité élémentaire de droit civil. 1950. T. II. N° 1037. et sv.

相互의으로 原因이 된다고 하면 아무런 債務도 發生하지 못하게 될 것이기 때문이다. 2° 要物契約에 있어서 債務의 原因이 取得한 物件의 交付(la remise de la chose)에 있다고 하지만 그 物件의 交付는 債務의 創設의 行爲(le fait générateur de l'obligation)로서 그것은 事實에 있어서는 契約成立의 一般要件에 不過한 것이다. 3° 無償契約에 있어서의 原因은 贈與意思(Animus donandi)라고 하지만 贈與意思 그것은 바로 同意(le consentement) 以外の 다른 아무것도 아니라고 하고, 둘째 傳統的 理論이 不必要하다고 하는 論據로서 그는 民法上 債務의 原因의 必要性은 그 債務의 有效如否를 決定하기 위한 것이라고 前提하면서, 1° 雙務契約에 있어서의 原因은 契約當事者의 相互의인 債務의 負擔이라고 한다면 原因의 缺如 즉 債務負擔의 缺如는 곧 契約의 目的(l'objet de contrat)의 缺如로서 그 契約은 無效가 될 것이고, 2° 要物契約에 있어서는 物件의 交付가 그 契約의 成立要件이기 때문에 만약 物件의 交付가 없다면 그 契約은 無效가 될 것이며, 3° 無償契約에 있어서 贈與意思가 同意 혹은 合意라고 한다면 그것 없는 契約은 역시 無效가 될 것이라고 한다.

以上과 같이 論據하면서 Planiol은 原因論 以外の 다른 法技術에 依해서도 마찬가지로의 結果에 到達할 수 있다고 하면서 原因概念 自體를 否定하고 原因論의 無用性을 主張했던 것이다.

이와같은 Planiol을 비롯한 反原因論者들의 理論은 17~19世紀에 있어서 債務의 反對給付(Contre-prestation) 自體만을 생각하고 意思와 反對給付와의 關係를 無視한 Domat를 그 代表者로 하는 傳統的 理論의 너무나도 客觀主義의인 態度에 對한 '反動으로 일어난 것일 것이다. 그러나 反原因論者들 역시 原因을 단순한 效果의 原因(Causa efficiens)으로만 理解함으로써 近代民法이 그 基本理念으로 하고 있는 意思自治의 原則에 있어서 意思決定의 目的論的 要素인 原因 즉 目的的 原因(Causa finalis)을 無視한 短點을 가질 뿐만 아니라, 佛實證民法條文의 解釋과 適用에 있어서 特히 不法性이나 不道德性에 基한 契約의 無效를 充分히 說明하지 못했던 것이다. ② 如何든 이 反原因論은 지나치게 客觀主義의인 態度에 立脚했던 傳統的 理論의 短點을 指摘할 수 있는 契機를 제공해 주었고 그후 原因論者들에게 再反省의 기회를 주어 20世紀 學者들로 하여금 새로운 길에서 原因論을 發展케 했던 것이다.

20世紀에 들어와서 原因의 概念定義에 對한 學者들의 態度를 보면各自 그 Nuance가 조금씩 다르기는 하지만, 純粹主觀主義的 立場을 취하는 者, 客觀主義的 立場을 취하는 者, 그리고 이 兩者의 折衷의 中間立場을 취하는 者로 대충 나눌 수 있겠다.

純粹主觀主義的 立場을 취하는 學者로서는 Colin, Ionsco 및 Dubreuil 等이다. ③ 그들에 依하면

註 ② Ripert et Boulanger: *op. cit.*, N° 288 et 289; Marty et Raynaud: *op. cit.*, N° 175; F. Terre: L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications. 1957. N° 255; Capitant: *op. cit.*, N° 13 et sv.; Mazeaud: *op. cit.*, N° 266. Ripert, Planiol et Esmein: *op. cit.*, N° 260. 等 참조. 1

③ Colin: Théorie de la cause des obligations conventionnelles. 1896; Ionsco: L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux. 1923; Dubreuil: Les mobiles dans les contrats. 1909.

原因은 純粹한 心理的 要素로서 “意思活動의 動機(le mobile de l'acte de volonté)”²⁴이라고 한다. 一般的으로 民法學者들은 原因과 純粹動機는 區別하는 것이 보통인데, 만약 그것을 區別하지 않는다면 法的 去來關係가 무한히 複雜하게 되고 또 不確實하게 될 것이기 때문이다. J. Maury 教授는 이 主觀主義的 理論의 모순을 지적하면서 말하기를 “만약 原因이 純粹한 動機라고 한다면 精神이 건전한 사람에게 있어서 錯誤의 경우 외에는 原因의 缺如란 있을 수 없는 것이 아닌가?”라고 했다.²⁵ 이와같은 諸理由로 因하여 이 主觀主義的 理論은 法學者들의 支持를 받지 못하게 되었던 것이다.

主觀主義的 理論에 正反對의 立場에 서는 物質的·客觀主義的 立場을 취하는 學者로서는 Gaudemet, Gounot 및 Louis-Lucas 등을 들 수 있겠다.²⁶ 그들에 依하면 原因이란 意思(Volonté)와는 아무런 關係가 없는 것이며 “債務를 負擔하는 者의 債務에 均衡을 이루게 되는 物質的·經濟的·客觀的 要素”²⁷이라고 한다. 이 客觀主義的 立場을 취하는 者들은 心理的 諸要素를 完全히 無視하고 純粹한 物質的·經濟的 均衡에서만 原因의 概念을 把握하고 있는데 만약 그들의 理論에 따른다면 無償契約(贈與)에 있어서는 原因 없는 出損行爲가 있게 된다는 모순에 빠지게 된다. 그리고 또 그들의 理論은 佛實證民法의 두 條文의 解釋과 適用을 不可能하게 하는 모순에 빠지게 된다. 즉 佛民法 第1118條²⁸는 去來行爲에 있어서 不均衡을 이루는 損害(la lésion)를 例外的인 경우에만 認定하고 있는데 만약 原因概念을 物質的·經濟的 要素로만 把握한다면 本1118條의 存在理由를 어떻게 說明할 수 있을 것인가? 그리고 또 佛民法 第1133條에서는 原因의 不道德性이나 不法性에 依한 契約의 無效를 規定하고 있는데, Maury²⁹ 教授가 지적하는 것처럼 原因으로 認定하려고 하는 物質的·經濟的 均衡 그것은 多少間 正確하게 이루어졌다고 말할 수 있겠지만 原因이 多少間 道德的이라고는 말할 수 없을 것이다. 特히 意思自治의 原則이 認定되는 法制下에서는 모든 契約 내지 法律行爲는 自意的 活動(l'acte volontaire)에 基하는 것이기 때문에 願意된 것(ce qui a été voulu)을 考慮치 않고는 原因의 概念을 把握할 수 없게 될 것이다.

그리하여 오늘날 大部分의 學者들은 主觀主義的 理論과 客觀主義的 理論의 中間의 立場에서

註 24 Colin: *op. cit.*, p. 7.

25 J. Maury: Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence. Rev. intern. de droit comparé. 1951 p. 429.

26 E. Gaudemet: Théorie des obligations 1965; E. Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté, 1912; Louis-Lucas: Volonté et cause. 1918.

27 Gaudemet: *op. cit.*, p. 117.

28 佛民法 第1118條는 “損害(lésion)는 本節에서 說明되는 것과 같이 或種의 契約 또는 或者에 對한 境遇外에는 契約을 瑕疵있는 것으로 하지 아니한다”고 規定함으로써 相互給付로 因한 損害가 例外的인 境遇에만 契約에 影響을 미친다는 것을 선언하고 있다. 佛民法上 損害가 認定되어 契約에 影響을 미치는 境遇로는 第1674條에서 規定한 不動產 賣買에 있어서 損害가 그 目的物價格의 $\frac{1}{12}$ 以上인 境遇, 第 887 條에서 規定한 分割(Le partage)에 있어서 損害가 $\frac{1}{4}$ 以上인 境遇와 第1305條에서 規定한 未成年者가 當한 損害의 境遇等 뿐이다.

29 J. Maury: *op. cit.*, p. 491.

原因의 概念을 把握하고 있는데, 이와같은 折衷主義의 理論을 취하는 者들은 Maury, Capitant, Esmein, Mazeaud, Carbonnier, Ripert, Hamel 等이다.⁹⁰ 이 折衷主義學者들 중에서 現在 가장 많은 支持를 받고 있는 者는 Maury와 Capitant이라고 하겠다. 그런데 Maury와 Capitant은 그들의 理論展開에 있어서 약간 길을 달리하고 있으므로 以下 그들의 理論을 나누어서 檢討해 보기로 한다.

우선 Maury 學長의 理論을 要約해 보면 다음과 같다.⁹¹ Maury 學長은 原因의 概念은 原因이 갖고 있는 두가지 役割을 통해서만 明確히 把握될 수 있다고 前提하면서 첫째로 原因은 債務의 存在를 爲해서 必要한 것인데 여기서 原因은 個人的 保護의 役割(le rôle de la protection individuelle)을 하게 되고, 둘째로 原因은 法律行爲의 適法性 및 道德性 如何의 鑑定方法으로 利用되는데 여기서 原因은 社會的 保護의 役割(le rôle de la protection sociale)을 한다고 한다. 이어서 그는 債務의 存在條件으로서의 原因에 대해서 從來의 純粹主觀主義와 客觀主義의 理論을 批判하면서⁹² 結局 이 두 理論을 結合해서 考慮함으로써 原因의 概念을 把握할 수 있다고 한다. 즉 客觀的 要素의 考慮에 基해서 主觀的 要素인 意思나 意圖(la volonté ou l'intention)의 探究를 限界 지어야 한다고 한다. 그래서 有償契約에 있어서 債務의 原因은 그 契約이 成立하는 순간에 存在하거나 存在해야 할 “願意된 均衡(l'équivalent voulu)”이라고 하고, 契約成立 以前의 動機들이나 當事者들에게 特別한 動機들은 그것이 契約의 成立時에 當事者들에 의해 豫見의 對象이 되었을 뿐만 아니라 均衡의 決定을 위해서 어떤 役割을 했던 것이면 原因의 概念으로써 捕捉될 수 있다고 한다. 그리고 贈與와 같은 無償契約에 있어서 債務의 原因은 “經濟的 均衡의 願意된 缺如(l'absence voulue de l'équivalent économique)”라고 한다.

法律行爲의 適法性 및 道德性 如何의 鑑定方法으로서의 原因에 대해서 그는 心理的 要素를 보다 더 많이 考慮할 必要가 있다고 하면서, 有償契約에 있어서는 經濟的 均衡決定에 영향을 준 動機 뿐만 아니라 意慾行爲 속에서의 諸動機까지도 原因으로 把握해야 하고, 無償契約에 있어서의 原因은 항상 贈與者의 決定的 動機(le motif déterminant)이기에 債務의 存在條件으로서의 原因과 마찬가지로 한다. 이와 같이 Maury 學長은 主觀的 要素와 客觀的 要素를 巧妙하게 結合해서 “願意된 均衡(l'équivalent voulu)”라고 說明하고 있으나 그의 理論展開의 特徵은 原因의 役割로부터 出發하여 原因의 概念을 찾고 있는데 있다고 할 수 있겠다. Maury의 이와 같은 二重의 原因概念의 理論은 오늘날 多數 學者들의 支持를 받고 있기도 하다.⁹³

註 90 Maury: Essai sur le rôle de la notion d'équivalence. 1920; Capitant: *op. cit.*, 1927; Esmein: *op. cit.*, N° 252 et sv; Mazeaud: *op. cit.*, N° 263 et sv.; Carbonnier: Droit civil. T. II; Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, 1949. N° 21 et sv; Hamel: La notion de cause dans les libéralités. 1920.

91 Maury의 理論을 위해서는 Essai sur le rôle.....*op. cit.*, Le concept et le rôle de la cause *op. cit.*, Dalloz Encyclopédie V° Cause, 그리고 F. Terré: *op. cit.*, N° 258 et sv.; Marty et Raynaud: *op. cit.*, N°182. 等 참조.

92 Maury: Le concept et le rôle.....*op. cit.*, p. 485 et sv.

93 Planiol, Ripert et Esmein: *op. cit.*, N° 252 et sv; Josserand: Les mobiles dans les actes juridiques, 1928. N° 108 et sv; Mazeaud: *op. cit.*, N° 263.

Maury의 理論展開와는 달리 主觀主義와 客觀主義를 折衷하면서 原因의 單一概念을 說明하고 있는 者는 H. Capitant인데 그의 理論을 要約해 보면 다음과 같다.^④

Capitant은 아무도 어떤 目的(le but)의 達成을 考慮하지 않고서는 債務를 負擔하지는 아니한다고 전제하면서 이 目的達成에의 意思(la volonté)가 바로 原因이라고 한다. 그런데 여기서 말하는 目的이라는 것은 法律的으로는 바로 原因(la cause)이라고 불러워질 수 있다는 것이다. 債務(l'obligation)를 債務者가 追求한 目的으로부터 分離하는 것은 恣意的인 것이며 또 그 債務를 變形하는 것이 될 뿐만 아니라 債務者의 意圖를 無視하는 것이 되기에 原因은 무엇보다도 主觀的·心理的 概念이라고 한다. 그러나 法律行爲가 追求한 目的(le but)은 어떤 物質的 結果의 實現에 있는 것이므로 그것은 同時に 客觀的이기도 하다는 것이다. 이와 같은 客觀的 性格으로서의 原因은 反對價格(la contre-valeur)으로서가 아니고 反對給付(la contre-prestation)로서 나타나기 때문에 그것은 契約의 客體 혹은 對象(l'objet)과는 區別된다는 것이다. 例컨대 雙務契約에 있어서 當事者가 追求한 目的 혹은 原因은 他方 當事者의 債務가 아니고 他方 當事者에 依해서 約束된 給付履行의 取得(d'obtenir l'exécution de la prestation promise)이라고 한다. 그리고 또 原因은 動機(les motifs)와도 區別되는 것이기 때문에 原因이 主觀的 概念이라고 하더라도 그것은 조금도 外向化하지 아니한 純粹한 意圖(l'intention pure)와는 혼동해서는 아니된다. 즉 어떤 契約에 있어서 한 契約當事자에게 그 契約을 締結케한 動機는 無數하며, 또 特別하고 個別的인 것인데 그것들은 그 契約의 契約的 範圍內(dans le champ contractuel)에 들어가지 않기 때문에 一般的으로 原因으로써 考慮할 수가 없다는 것이다. 그러나 만약에 그 動機들이 契約的 範圍內에 들어간다면 그것은 原因으로 될 수 있다는 것이다.

그리하여 一般的으로 雙務契約에 있어서의 原因은 他方 當事者에 의해서 約束된 給付履行의 取得이고, 片務契約에 있어서는 때로는 어떤 Service의 提供이나 또 때로는 어떤 흥미로운 目的의 追求가 그 原因이 될 것이라고 한다.

이와 같이 Capitant은 原因은 當事者가 追求한 目的에의 願意라고 전제하고 그것을 단순한 動機나 契約의 客體와 區別함으로써 原因의 主觀的 客觀的 性格을 折衷하여 原因의 單一概念의 定義에 이르고 있다.

Capitant의 單一概念論과 Maury의 二重概念論을 比較해 보면 첫째 그들의 理論展開의 出發點에서 差異가 있고, 둘째 動機가 原因으로 되기 위해서는 Capitant의 理論에 依하면 動機가 外形化되어 契約的 範圍 안에(dans le champ contractuel) 들어가면 充分하지만, Maury의 理論에 依하면 動機가 契約當事者들에 의해서 豫見되어야 하고 또 그것이 經濟的 均衡決定의 役割을 했어야 한다는 條件이 必要하다고 하는데 差異가 있다고 하겠다. 原因의 役割이 二重的인

註 ④ Capitant의 理論을 위해서는 De la cause des obligations; Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil¹ français, T. II. 그리고 Marty et Raynaud: *op. cit.*, N° 178; F. Terré: *op. cit.*, p.256 et sv. 等 참조.

라고 해서 그 概念自體도 二重의이라고 하는 것은 그 理論展開에 있어서 方法上의 錯誤가 아닌가 생각된다. 왜냐하면 法律行爲(契約) 當事者들이 追求한 目的으로 把握되는 하나의 原因 概念이 경우에 따라서는 그 모습을 달리할 수 있을 것이기 때문이다. 즉 債務關係의 存在如否의 鑑定이 問題되는 경우에는 原因은 如斯한 類型의 法律行爲에 있어서 當事者가 追求한 一般的 抽象的 意味로 把握되는 目的으로 나타날 것이며, 法律行爲의 適法性이나 道德性 如否의 鑑定이 問題된 경우에는 原因은 行爲當事者가 追求한 具體的 特別目的으로 나타날 것이다.

II. 獨國學說上 原因의 概念

獨民法이 中世末期에 Roma法 註釋者들(Glossateurs; Glossatoren)을 매개로 하여 廣範圍하게 Roma法을 繼受(Reception; Rezeption)하고 教會法(Droit canonique; Kanonisches Recht)의 影響을 많이 받은 것은 周知의 事實이다.⁵⁵ 그러면 이와같은 두개의 淵源을 가진 German 普通法上 原因의 概念은 어떻게 把握되었던 것인가? 17, 8世紀에 있어서 아무런 獨逸學者도 佛蘭西에 있어서의 J. Domat처럼 原因論을 體系의으로 說明한 者가 없기 때문에 그 當時의 原因의 概念은 어떻게 把握되었는지 明確히 못하다. 16世紀부터 要式契約이 줄어들고 私的 自治와 契約自由의 原則이 契約法上의 一般原則으로 導入되었으나 獨逸學者들이 原因을 契約의 有效要件으로 삼았다고 一般的으로 말할 수는 없을 것 같다. 當時의 地方法規들을 보면 Roma法的 그리고 Canon法的 概念의 混和를 찾아 볼 수 있는 것이다. 例컨대 1520年の Freiburg의 地方法이나 1555年の Württemberg의 州法이 一方 當事者가 다른 當事者에게 한 債務의 約束에 對해서 規律하고 있는데, 約束을 한 債務者가 그의 債務를 履行한 後에라도 自己의 債務履行이 正當한 原因없이 (ohne rechtlichen Grund) 行해졌다는 것을 알게 되면 그 返還을 請求할 수가 있었던 것이다. 여기서 原因의 概念은 法律行爲의 有效要件으로서가 아니고 그 實效성을 막기 위한 手段으로서 나타난다고 볼 수가 있겠는데 그것은 바로 Roma法的 思想의 導入이라고 하겠다. 그리고 이 地方法規들은 同時에 債務者(約束者)의 意思를 決定케 한 熟考된 目的(Bedacht, Bedächtigkeit)이란 表現을 쓰고 있는데 여기서 그들은 原因의 概念을 法律行爲의 客觀的 與件에서 찾은 Roma法과는 달리 債務者의 意思 안에서 그것을 把握한 Canon法 學者들의 主觀主義的 思想을 導入했다는 것을 알 수 있겠다.⁵⁶ 要컨대 그들은 Roma法的 思想에 따라서 原因으로 하여금 債務의 有效要件으로는 삼지 않았으나 Canon 法的 思想에 따라서 原因의 概念을 主觀主義的으로 把握했던 것이다.

이와같은 思想은 19世紀까지 그대로 흘러내려 왔기 때문에 그 동안 特別한 發展을 찾아 볼 수가 없으나, 19世紀에 들어오면서부터 原因의 概念에 있어서 主觀主義的 性格을 重視하는 學說이 擡頭되었는데 Savigny를 그 始初로 한다.

註 55 特히 P. Koschaker: Europa und das Römische Recht: 1953. p. 124 et sv; F. Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952. p. 63 et sv. 참조.

56 Ch. A. Hesse: Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, 1968. § 27.

Savigny는 그의 著書 “System des heutigen römischen Rechts(現代 로마法 體系)”^{⑤7}에서 錯誤 중 動機의 錯誤(irriger Beweggrund)를 認定하고 있는데 그가 말하는 動機의 錯誤의 假想중의 하나는 바로 原因의 錯誤인 것이다. 즉 그는 原因의 錯誤를 動機의 錯誤중의 하나로 認定하여 法律行爲者의 意思와 原因과의 密接한 關係를 認定함으로써 原因의 概念을 主觀主義的으로 把握하게 되었던 것이다. 그리고 그 當時의 有名한 Roma 法學者였던 Hesse도^{⑤8} “法律行爲者의 意思를 決定하게 된 衝擊이나 必要의 만족에 關한 어떤 目的의 表象 혹은 豫見을 原因이라고 부른다”라고 했던 것이다.

그러나 原因의 概念을 主觀主義的으로 體系化하고 또 獨逸民法(B.G.B)의 立法當時에 論爭의 무대를 提供한 者는 바로 Bernhard Windscheid이다. B. Windscheid는 1850年 그의 著書 “Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung(豫見에 關한 로마法 理論)”에서 처음으로 그의 法律行爲에 있어서의 豫見論(Voraussetzungstheorie)을 發表했었는데 그의 理論을 要約해 보면 다음과 같다.^{⑤9}

즉 그는 法律行爲를 함에 있어 明示的으로 約定된 諸條件과 單純한 動機外에 그 明示的 條件과 動機의 中間的 地位(Mittelsituation)인 豫見(Voraussetzung)이 存在한다고 前提한다. 各 契約當事者들은 어떤 特別한 目的(Zweck)이나 豫見(Voraussetzung)을 가질 것인데, 그들이 때로는 그것을 契約의 內容(Inhalt)에 包含시켜 그것으로 하여금 그 契約의 條件으로 삼아서 그 契約의 運命을 그 條件의 實現如何에 맡길 수도 있으나 大部分의 境遇에 있어서는 契約當事者들이 特別目的이나 豫見을 條件으로 삼지 않는다고 한다. 그런데 이 境遇에 만약 그들의 豫見이 虛偽의이거나 不存在的이라고 하더라도 *Condictio*는 適用될 수가 없어 그들은 아무런 返還을 請求할 수도 없는 좋지 못한 結果에 이르게 될 것이기에 이 不當한 結果를 피하기 위해서 條件과 動機의 中間的 地位인 豫見의 概念을 把握할 必要가 있다고 主張한다. 그리하여 一方 當事者의 目的이나 豫見이 法律行爲의 內容으로 되어 條件으로써 規定되지 않는 않지만 그의 內心上 그 豫見의 實現如何에 그 法律行爲의 効力を 結付시켰다는 것을 他方 當事者에게 表現한 境遇 즉 一方 當事者의 目的이나 豫見이 明示的으로나 默示的으로 他方 當事者에게 表現된 以上에는 그 豫見은 法律上의 効力を 가져야 하고, 또 豫見이 虛偽의이거나 不存在的일 때에는 바로 原因의 不存在가 된다는 것이다.

以上과 같이 Windscheid는 單純한 動機는 債務의 原因이 될 수 없다고 하지만 그가 말하는 소위 豫見(Voraussetzung)은 바로 決定的 動機(le motif déterminant) 以外の 다른 아무것도 아닐 것이기에 그의 理論은 純粹主觀主義的 理論이라고 할 수 있겠다. 佛國의 主觀主義的 理論을 檢討하면서 본바와 같이 Windscheid의 主觀主義理論도 특히 그가 말하는 豫見이 默示的일

註 ⑤7 F. Carl von Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 1840. III. B. Beylage VIII. XI. (p.358 et sv.)

⑤8 Hesse: *op. cit.*, p. 22.

⑤9 B. Windscheid: Die Lehre...1850. 그리고 Die Voraussetzung, in Arch. Ziv. Prax. 1878. p. 161 et sv. 참조.

境遇에 있어서 去來의 安全에 큰 위험을 招來한다는 致命的인 短點을 가지게 될 것이다.

그리하여 많은 學者들은 Windscheid의 理論을 批判하게 되었고, 그중에서도 특히 Otto Lenel의 批判과 反對理論은 B.G.B.의 制定當時에 Windscheid 理論의 敵手가 되었던 것이다. Lenel의 批判과 理論을 要約해 보면 다음과 같다.^④

첫째 Windscheid는 豫見이 虛偽의이었던 境遇에 그 豫見이 相對方 當事者에게 알려진 때에만 *Condictio sine causa*의 適用을 許容하는데, *Condictio sine causa* 本來의 性質上으로 보나 法源的으로 보아도 그 豫見의 認識可能性(*Erkennbargewesensein*) 如何가 그 適用에 아무런 영향을 주지 않으며, 둘째 왜 그 決定的 動機(豫見)의 認識에 Windscheid는 그러한 重要性을 주는지 理解할 수 없다고 한다. 즉 한 當事者가 自己의 豫見을 表現했을 경우에는 그 豫見이 혹은 그 法律行爲의 條件으로 約定되거나 혹은 그것이 단순한 하나의 動機로 남거나 둘중의 하나일 것인바 만약 그것이 단순한 動機로 남았다면 어떻게 해서 거기에서 그와 같은 法的 價値를 賦與할 수 있을 것인가? 더구나 그것이 相對方 當事者에게 알려지고 안알려지고는 하나의 우연적인 것이지 않는가? 故로 Windscheid가 말하는 中間的인 것(*Mittelding*)은 法律的으로 存在하지 아니한다고 批判하고, Lenel은 그 自身의 理論을 展開한다. 즉 그는 Windscheid의 豫見(*Voraussetzung*)에 依한 虛偽의인 理論에 *Causa* 本來의 概念을 代置해야 한다고 하면서 *Causa*는 行爲의 目的(*Geschäftszweck*)이라고 定義될 수 있다고 했다. 그리하여 *Condictio*는 그 目的이 失敗한 경우(*Vereitelter Zweck*)에 適用되는 것이지 모든 豫見이 虛偽의인 경우에 適用되는 것은 아니라고 한다. 그런데 이 目的은 너무 廣義의으로 理解한다면 Windscheid의 理論에 있어서와 같이 法的 去來의 安全을 해치게 될 것이기에, 그는 “한 給付의 目的은 그것이 그 給付의 經濟的 性質自體를 위해서 決定的이었던 경우에만 法律的 重要性을 가진다(*Rechtserheblich ist stets nur derjenige Zweck einer Leistung, der für die Wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist*)”^④고 한다. 그래서 無償契約에 있어서의 原因은 贈與目的(*Causa donandi*; *Schenkungs-zweck*)에 의해서, 有償契約에 있어서의 原因은 항상 經濟的 目的(*Wirtschaftliche Zwecke*)에 의해서 形成된다는 것이다.

以上과 같이 Lenel이 Windscheid의 主觀主義的 理論을 批判攻擊한다고 해서 그의 理論이 純粹客觀主義的인 것이라고는 말할 수 없겠다. 왜냐하면 그는 原因을 當事者가 追求한 目的이라고 理解함으로써 그것을 心理的 要素인 當事者의 意思와 結付시킴과 同時에 그것을 또 經濟的 標準에 依해서 客觀化시키고 있기 때문이다. 故로 Lenel은 折衷主義的 立場을 取하고 있다고 하겠다.

B.G.B.의 立法草案을 통해서 보면 以上の Windscheid의 理論과 Lenel의 理論의 對立이 잘

註 ④ Lenel의 理論을 爲해서는, Otto Lenel; Die Lehre von der Voraussetzung, in Ach. Ziv. Prax. 74. p. 213 et sv. 그리고, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, in Ach. Ziv. Prax. 79 p. 45 et sv. 참조.

④ Arch. Ziv. Prax. 74—p. 230.

반영되고 있다. 즉 B.G.B 第 1 草案(Erste Entwurf) § 742에서 “發生하지 않는 狀況이나 法律效果의 到來나 不到來에 對한 明示的 혹은 默示的 豫見下에서 給付를 한 者는 그가 履行한 것을 返還받을 權利가 있다”라고 規定함으로써 Windscheid의 理論을 그대로 適用했었는가 하면, Lenel의 理論에 보다 더 同調적이었던 第 2 委員會(Zweite Kommission)는 第 1 草案을 變更하고 現行 § 812에서 “他人의 給付 또는 其他의 方法에 依한 他人의 費用으로써 法律上의 原因없이 利得을 取한 者는 이를 그 他人에게 返還할 義務를 진다. 法律上의 原因이 後에 消滅하거나 또는 法律行爲의 內容에 依하면 給付의 目的으로 한 結果가 發生하지 아니하는 때에도 이 義務를 진다”라고 規定한 것이다. 그런데 本 § 812에서 法律上의 原因을 當事者가 追求한 目的과 同一視함으로써 原因의 概念을 當事者의 意思에서 찾고, 그 追求한 目的은 法律行爲의 內容에 依해서 밝혀질 것을 要求함으로써 客觀的 標準을 提示하고 있다는 것을 알 수 있다.

佛蘭西에서와는 달리 獨逸에서는 B.G.B가 그 效力을 發한 以來(西紀 1900年 以來) 原因의 概念에 對해서 學說上의 論爭이 거의 없다. 大部分의 學者들은 Lenel의 折衷說을 取하여 原因은 法律行爲者가 追求한 目的이라고 定義하면서, 原因을 알기 위해서는 그 行爲者의 意思의 分析이 필요하나 그 意思의 分析은 客觀的 與件들에 依함으로써 너무 主觀主義的 傾向에로 치우치지 않아야 한다고 한다.^④ 例컨대 Lehmann에 依하면^⑤ 法律行爲者가 追求한 目的은 區區하여 어떤 것은 純粹個人的(persönliche)일 수가 있지만 모든 出損行爲에 있어서 特徵的인 去來目的(typische Verkehrszwecke)인 一般的 目的을 찾아 볼 수 있다는 것이다. 이 目的 혹은 原因(causa)은 法律行爲에 따라서 相異하지만 그 原則的 類型을 찾기는 쉬운데, 때로는 그것이 公平한 反對給付의 取得(Causa credendi; Aquirendi)이나 혹은 負債의 免除(Causa solendi)일 것이고 또 때로는 그것이 他人에게 贈與(Causa donandi)할려는데 存在할 것이라고 한다.

이와 같이 獨逸學者들은 原因을 當事者가 追求한 一般的 그리고 어떤 行爲에 있어서의 特徵的 目的으로 把握함으로써 그것은 行爲者의 個人的 利害나 狀況에 따라 變하는 單純한 動機(Motiv; Beweggrund)와 區別하고 있는 것이다. 그리하여 그들은 Roma法的 概念인 客觀主義도 Canon法的 概念인 主觀主義도 아닌 折衷主義的 立場을 취함으로써 現今 佛蘭西에 있어서의 通說인 折衷說과 그 길을 같이 하고 있다고 하겠다. (繼續)

註 ④ 例컨대 Lehmann: *op. cit.*, § 25—III; Staudinger-Riezler: *Kommentar zum gBürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil* § 104. N° 57; Enneccerus-Nipperdey: *op. cit.*, § 148—1 等.

⑤ Lehmann: *op. cit.*, loc. cit.