

[수록 p.54]

동양의 전통적인 역사 편찬 관행은 한 왕조가 멸망하면 다음에 세워진 왕조가 이전 왕조의 역사를 편찬하는 것이었다. 중국에서는 이런 관행이 일찍부터 이루어졌으며, 우리나라에서도 고려 제4대 왕인 광종 대에 이러한 역사 편찬 관행에 따라 고구려, 백제, 신라 삼국의 역사서가 편찬되었다. 이 역사서를 김부식의 『삼국사기』와 구별하기 위해 『구삼국사』라고 부른다. 『삼국사기』는 고려 제17대 왕이었던 인종이 김부식에게 삼국 시대의 역사를 다시 편찬하게 해서 만들어진 역사서이다. 김부식은 『구삼국사』를 기본 자료로 삼고, 중국 측 자료와 국내의 새로운 자료로 내용을 보완하여 『삼국사기』를 편찬하였다. 김부식이 기존의 역사서가 있는 상황에서 새로운 역사서를 편찬한 것은 고려의 대내외적 상황과 연관 지어 이해해 볼 수 있다.

대외적 상황으로는 중국 송나라에서 『신당서(新唐書)』가 편찬된 것이다. 이 역사서는 역사 편찬 관행에 따라 편찬된 역사서인 『구당서(舊唐書)』를 새로 편찬한 것이었는데, 이것이 하나의 선례가 되어 『삼국사기』 편찬이 이루어질 수 있었다. 특히 『신당서』는 고문(古文)체로 서술되어, 사료변려문체로 서술되었던 기존의 역사서와는 차이가 있었다. 공자와 맹자가 쓴 문체인 고문체는 비슷한 의미를 가지는 글자의 중복 사용을 엄격히 피하기 때문에 논리적으로 내용을 서술하기에 적합하며 문장이 간결했고, 사료 변려문체는 문장이 장중하고 화려했다. 김부식은 당, 송대에 일어난 고문체 부활 운동의 풍조에 따라 고문체의 수용을 주장했고, 역사의 기록도 고문체의 문장으로 서술되어야 한다는 생각을 했던 것으로 보인다. 이는 김부식이 『삼국사기』를 인종에게 바치면서 올린 『진삼국사기표』에서 확인할 수 있다. 여기서 그는 『구삼국사』로 추정되는 『고기』의 기록이 거칠고 졸렬하다고 하여 『고기』의 문체가 가지는 문제점을 지적했는데, 『삼국사기』가 고문체로 서술된 것은 문체에 대한 그의 생각과 지적이 반영된 것으로 볼 수 있다.

대내적 상황으로는 고려의 정치 체제와 정치적 상황이다. 고려는 유교 사상을 바탕으로 왕을 정점으로 하는 통치 체제를 구축하고 유지했었다. 하지만 인종 재위 기간에 왕위를 찬탈하려는 이자겸의 난으로 정치 기강은 어지러워졌고, 풍수지리설에 의거하여 서경 천도를 주장했던 묘청 세력과 이에 반대하는 정치 세력 간의 다툼으로 묘청의 난까지 일어나면서 고려의 정치 체제가 흔들렸다. 이 두 개의 정변을 경험한 김부식은 합리적이면서 도덕성을 추구하는 유교적 역사관에 바탕을 두고 『삼국사기』를 편찬하였다. 유교적 역사관의 합리적 성격은 증거 문헌에 의거하여 사실적으로 역사적 사건을 기록하며 신화적 요소들을 배제하는 탈신화성을 추구하는 것이고, 도덕적 성격은 역사적 사실을 통해 인의예지와 같은 유교적 윤리와 교훈을 얻는 것이었다. 결국 『삼국사기』의 편찬은 고려의 정치 체제를 유교 사상에 따라 다시 정비하여 당대의 정치 체제가 유지되기를 의도한 것이었다.

『삼국사기』 편찬에 대한 그의 의도는 사론(史論)과, 자연에서 일어나는 기이한 현상이나 가뭄과 같은 재이*에 대한 기록에서 엿볼 수 있다. 사론은 특정 사실에 대한 편찬자의 적극적인 가치 평가가 담겨 있는 글로, 『삼국사기』에는 왕에 관한 정치 일반을 다루는 기록인 본기(本

紀)와 삼국의 왕을 제외한 인물들에 대한 기록인 열전(列傳) 속에 있다. 『삼국사기』의 사론은 유교 경전에 준거하여 실천적 의미를 지니고 있다는 점에서 권계*의 의미가 담겨 있다고 볼 수 있다. 한편 재이에 대한 기록은 천문 지나 오행지에 별도로 정리한 중국의 경우와 달리 『삼국사기』에는 본기(本紀)에 담겨 있다. 본기에 재이가 기록된 것은 김부식이 유교 사상의 여러 입장 중 천인감응설(天人感應說)을 적극적으로 반영한 결과이다. 천인감응설은 기후 등 자연 현상을 포함한 하늘과 인간 사회의 일은 불가분의 관계에 있고, 이러한 점에서 군주의 올바르지 않은 행위에 따라 하늘은 재이를 통해 경고한다고 본다. 따라서 『삼국사기』 편찬의 정치적 의도를 고려하면 김부식에게 재이는 중요할 수밖에 없었다.

김부식은 『진삼국사기표』에서 인종 대의 지식인 계층이 중국 역사에는 해박하나 삼국의 역사에 대해서는 그 전말을 알지 못한다고 지적하였다. 따라서 『삼국사기』 편찬은 이런 당대 지식인들에게 삼국의 역사를 읽도록 만들었다. 『삼국사기』를 읽은 지식인 중에는 『삼국사기』의 사료 수집이 주로 관청이나 정부의 자료를 중심으로 했기 때문에 사료 수집이 부족하다는 인식을 가진 사람도 있었고, 이 규모와 같이 삼국의 역사를 재인식하는 사람도 생겨났다. 이로 인해 『삼국사기』 이후에 편찬된 역사서는 『삼국사기』가 마련한 역사 인식의 바탕 위에서 그것을 보완하거나 극복하려는 내용으로 기술되었다.

- * 재이(災異): 재앙이 되는 괴이한 일.
- * 권계(勸戒): 잘못함이 없도록 타일러 주의시킴.

[수록 p.71]

서구는 르네상스를 거치며 자연과 신적 권위로부터의 인간 해방을 추구하였다. 인간 해방을 목표로 자연에 대한 탐구를 통해 삶에 필요한 자원과 재화를 생산하게 된 과학 혁명과 산업 혁명을 거치면서 ‘근대 문명’을 만들어 나갔다. 그리고 값싸고 풍부한 원료 공급과 안정적인 시장을 확보하기 위해 비서구 지역에 대한 침략을 자행하였다. 근대 문명은 이양선을 타고 철도나 방적기 등과 함께 조선으로 유입되었고, 조선의 일부 지식인들은 자연을 정복하고 기계를 만들 수 있는 과학 기술이 근대 문명을 가능하게 한다는 것을 알아차렸으나 모두가 서구 과학 기술을 환영한 것은 아니다.

19세기 조선은 대내적으로 주자학의 사상 체계를 기반으로 하는 도덕 국가 이념이, 대외적으로는 중국 중심의 문화 의식에 의거하여 서구의 음침하고 해로운 기운으로부터 조선을 지켜야 한다는 위정척사 사상에 입각한 쇄국 정책이 중심을 이루고 있었다. 주자학에 입각한 당시 유림들이 중심이 된 위정척사론자들은 중화를 높이고 이적을 배척한다는 존화양이 운동을 일으켜 서구의 과학 기술 수용을 비판하였다. 척사론자들의 사상적 기반을 제시하였던 이항로(1792~1868)는 과학 기술 수용에 대해 강경하게 비판하였다. 그는 성리학적 세계관을 토대로 한 이기론을 바탕으로 강상 윤리*를 모르는 사학*을 배척할 것을 주장하였다. 그는 리(理)를 중시하는 입장을 견지하여 리가 기(氣)에 대해 명령하는 상명하복의 위계적 질서가 잘 유지되어야 선을 실현할 수 있다고 보았다. 이런 관점에서 본다면 서구의 과학 기술은 리를 중시하는 것이 아니라 기에 해당하는 현상에 천착하는 것에 불과한 것이었고, 이는 제거해야 할 대상인 인육을 충족시키는 것으로 흐를 위험이 다분했다. 이에 따라 이항로는 이들과 더불어 화친(和親)을 논할 수 없다고 생각하였다.

한편 조선의 현실 문제와 인류가 지향해야 할 올바른 방향을 모색하였던 박은식(1859~1925)은 러시아와 일본을 비롯한 주위 열강들의 한반도 쟁탈전이 더욱 노골화되던 20세기를, 세력이 우월한 나라가 열등한 나라에 대포와 거함을 선봉으로 삼아 밀어닥치는 시기로 인식하였다. 그리고 이로 인해 세력이 열세인 나라는 자신의 나라를 식민지로 바칠 수밖에 없다고 인식하여 과학 기술의 중요성을 제기하고 청년이라면 마땅히 과학 기술에 힘을 써야 한다고 강조하였다. 박은식은 근대는 과학적 실용을 요구하는 시대로 물질문명이 삶을 추동하는 핵심이 되었기 때문에 과학 기술이 학문의 중심에 있어야 하며 과학 기술에 대한 연구가 가장 시급한 공부임을 인정하였다. 그는 과학 기술을 풍요와 발전의 원천으로 이해하였으며, 문명진화의 핵심이 과학 기술의 진화에서 단적으로 드러난다고 보았다. 따라서 객관적 사물에 대한 초경험적이고 추상적인 연구보다는 경험과 실증을 진리 탐구의 방법으로 제시하여 감각 작용과 실험 실습의 중요성을 강조하였다.

그러면서도 박은식은 과학 기술이 제국주의의 침략과 직결된다는 점을 분명하게 인식해야 하고 맹목적인 서구화는 주체성을 잃어버리는 위험을 초래한다고 지적하였다. 그리고 이를 위해 인격을 수양할 철학이 필요하며 이는 과학 기술처럼 서구의 것을 가져와 수용할 것이 아니라 우리에게 있는 것을 중심으로 주체적으로 만들어야 한다고 강조하였다. 박은식은 그 답을 우리 스스로에게서

찾고자 하였다. 그가 선택한 것은 주자학이 아닌 양명학이었다. 그는 밀려 들어오는 서구의 문명에 대응하기 위해서는 누구나 쉽게 받아들일 수 있는 민중적인 이론 체계가 필요하며 그것이 양명학이라고 주장하였다. 그는 주자학은 사람들이 쉽게 받아들이고 행동할 수 있는 ‘간이 직절(簡易直截)’함을 결여했다고 비판하며, 누구나 쉽게 실천할 수 있기 위해서는 어렵고 복잡하지 않아야 함을 강조했다. 그가 주목한 것은 누구나 가지고 있는 ‘양지’였다. 그는 ‘양지’를, 끊임없이 흐르면서 현실의 문제와 조우하고 그러한 문제 속에서 항상 막히지 않는 앎이라고 생각했다. 즉 양지는 고정된 앎이 아니라 그때그때마다 무엇이 옳고 그른지를 판단하여 현실과 현상에 따라 옳은 일을 추구하는 능력이다. 따라서 과학 기술에 대한 수용 역시 양지를 중심으로 한 기준에서 벗어나지 않아야 한다고 주장했다.

박은식은 양지를 실현하여 대인(大人)이 되면 자신의 마음과 모든 사물 및 타자를 하나로 여기는 만물일체의 단계로 이행할 수 있다고 설명했다. 이것은 궁극적으로 자신의 양지가 타인에게까지 미침으로써, 도덕성이 타자에게까지 발현되는 것이다. 박은식은 이를 바탕으로 국가와 민족은 물론 인류 전체를 아우를 수 있는 대동(大同) 사회를 실현할 수 있다고 보았다. 이는 양명학을 중심으로 당대의 문제를 해결하려 했던 시도로 평가할 수 있다.

* 강상 윤리(綱常倫理): 유교 문화에서 사람이 마땅히 행하거나 지켜야 할 도리.

* 사학(邪學): 조선 시대에, 주자학에 반대되거나 위배되는 학문을 이르던 말.

[수록 p.101]

성리학의 중심 이론 중 하나는 이기론(理氣論)이다. 이기론에서 리(理)는 모든 사물의 존재와 생성과 관련된 법칙·원리를 가리키는 것이라 모든 사물이 마땅히 따라야 할 기준 또는 표준을 의미한다. 그리고 기(氣)는 모든 사물을 이루는 질료, 즉 현상적 요소를 가리킨다. 이러한 리와 기에 대한 개념 이해에 근거하여 성리학에서는 현상 세계에서 드러나는 모든 현상과 존재는 리와 기의 합에 의한 것이라고 본다. 그리고 이때 리는 형체도 없고 움직이지도 않는 불변의 원리이고, 기는 리에 근거하여 운동 변화하며 현상과 존재를 드러내는 것으로 파악한다. 이처럼 리와 기는 원리적으로 구분되는 것이지만 현상 세계에서 함께 존재하는 관계이다. 이에 대해 울곡 이이는 현상 세계에서 리와 기가 함께 존재하는 점에 주목하여 구체적으로 움직이지 않는 리의 무형과 현실에서 움직이는 기의 유형에 대한 자신의 견해를 제시하였다.

이이의 리와 기에 대한 견해는 도덕 실천과 결부하여 리의 역할이 제한적이라고 비칠 가능성이 큰 것이었다. 이이는 리가 현상 세계에서 운동 변화하는 기의 근거라는 점을 간과하지 않았다. 그러나 그의 견해는 움직일 수 없는 리의 역할은 제한적이고, 상대적으로 스스로 움직이는 기의 역할은 강화된다고 이해될 수 있었다. 이러한 리와 기에 대한 이이의 논의는 도덕 실천과 관련하여, 선한 본성인 리의 실현이 현실에서 운동 변화하는 가치 중립적이고 악으로 흐를 가능성이 있는 기에 의해 주도되는 것으로 이어질 수 있다는 점에서 성리학에서 추구하는 도덕의 실현을 제한하는 것으로 해석되기도 하였다. 이러한 한계를 극복하고자 이이의 계승자들은 이기론적 이해를 심화하며 선의 실현을 근거 짓는 논의를 거듭하였고, 19세기에 이르러 기정진은 이이의 이기론에 대해 비판적인 논의를 전개하며 도덕 실천의 근거로서 리의 적극적인 역할을 강조하는 견해를 제시하였다. 기정진의 이기론은 도덕적 세계를 이상으로 삼고 이를 구현하기 위한 내용과 관련된 이론으로서, 도덕적 가치를 리에서 찾아야 한다는 것이었다.

조선 성리학 육대가(六大家) 중 한 사람으로 평가받는 기정진은 이이의 리와 기에 대한 견해가 자칫 기의 능동적인 운동 변화를 인정하는 것으로 오해되는 것에 관심을 기울였다. 그는 리를 현상 세계를 관통하는 원리로 파악하고 기의 운동 변화는 모두 리에 근거하여 이루어지는 것임을 전제하면서 리가 모든 현상 세계에서 드러나는 운동 변화의 원인임을 강조하였다. 특히 그는 기의 능동적인 운동 변화에 대한 인정이 현상 세계의 원인이라 현상 세계를 관통하는 도덕 원리인 리를 부정하는 것으로 이어진다고 파악하였다. 이러한 점에서 그는 기의 운동 변화를 철저하게 리의 명령에 따라 이루어진 것으로 규정하고, 기의 자발적인 운동 변화를 부정하였다. 그에게 있어 리와 기의 관계는 명령하는 자와 명령을 받는 자의 관계였고, 기는 철저하게 리의 주관하에 놓이는 것이었다. 그는 “귀인이 나가는데 수레·말과 종이 없지 않지만, 그것을 보는 자는 다만 귀인이 나간다고 할 뿐 수레·말과 종이 나간다고 말하지 않는다.”라고 말하며, 리와 기의 관계에 대한 생각을 드러내었다. 그가 보기에 리와 기는 대등한 관계가 될 수 없는 것이었고, 둘을 대등한 개념으로 보는 것은 리를 천지 만물의 근원이라고 본 성인들의 말과도

맞지 않는 것이었다.

나아가 기정진은 근원적인 동일성의 원리인 리와 현상 세계의 다양성의 원리인 분(分)의 관계에 대해서도 리를 중심으로 한 견해를 제시하며, 리 안에 분이 포함되는 일원적 구조를 확립하고자 하였다. 그는 보편 원리인 리 안에 현상 세계에서 다양하게 변할 수 있는 원리인 분이 포함되어 있고, 현상 세계에서 드러나는 다양한 분의 원리에는 보편적인 리가 갖추어져 있다고 보았다. 그는 리와 분이 나누어지면 보편 원리와 현상 세계가 유기적 연관성을 잃게 되는 문제가 발생한다고 지적하며 리와 분이 분리될 수 없는 것임을 강조하였다. 그는 현상 세계에서 다양한 존재와 현상이 드러나는 원인이 기가 아니라 리에 의한 것임을 강조하여, 현상 세계가 리의 구현임을 원리적으로 확인하고 도덕 실천의 근거가 현상 세계에 갖추어져 있음을 확인하고자 하였다.

현상 세계가 리의 체계에 따른 것이고, 도덕 실천의 근거가 현상 세계에 있을 뿐 아니라 실현될 수 있음을 강조한 기정진의 논의는 그의 사후에 비판을 받기도 하였다. 특히 이이의 학문을 철저하게 계승하고자 한 전우(田愚)는 “신하가 군주의 명령을 행할 때 그 행위는 군주로부터 나온 것이지만, 결국 신하의 행위요 군주의 행위가 아니다.”라고 말하며, 리와 기의 관계에 대한 기정진의 주장을 반박하였다. 그는 기정진의 리에 대한 견해가 리에 대한 성리학의 원칙, 즉 리는 구체적으로 움직이는 것이 아니라는 것을 부정했다고 지적하는 등 비판의 강도를 높였고, 기정진의 제자들은 이에 맞서 스승의 학설을 옹호하였다. 이이의 계승자들 간에 전개된 이 논쟁은 비록 확실한 결론에 도달하지는 못했지만, 현상 세계의 이해에 그치지 않고 이면에 감추어진 근원적 체계를 직시하려 한 기정진의 사상은 위정척사 운동 등을 주도한 19세기 후반 이후의 실천적인 유림들에게 적지 않은 영향을 끼쳤다.

[수특 p.232]

(가)

조선의 재정은 양입위출(量入爲出), 즉 세입을 헤아려 세출을 정하는 것을 원칙으로 하였다. 이는 국가가 백성으로부터 거둘 수 있는 세금을 예측한 뒤 그것에 맞게 지출을 계획하고 실행해야 한다는 원칙으로, 세출을 헤아려 세입을 정하는 양출위입과 반대된다. 이에 따라 조선은 거둔 세금이 부족하다고 해서 백성에게 세금을 더 거두는 것을 원칙적으로 금하였다. 조선은 전세(田稅), 역(役), 공납(貢納)의 세 가지 세목으로 백성에게 세금을 거두었다. 전세는 토지 면적을 기준으로 세금을 부과하는 것이고, 역은 백성의 노동력을 징발하는 것으로 요역과 균역으로 나뉘었다. 공납은 각 지방의 특산물을 현물 그대로 중앙에서 직접 수취하는 것으로, 이렇게 수취되는 현물을 공물(貢物)이라 불렀다.

공납은 보통 군현(郡縣) 단위로 세액을 부과하였는데, 한 고을에 수십여 종의 공물이 배정되었다. 공물은 해당 지역의 특산물로 구성되는 경우도 있었지만 극히 생산량이 적은 물품, 해당 지역에서 생산되지 않는 물품이 배정되는 경우도 흔했다. 또한 공물의 종류와 가격이 지역별로 달라 납세자가 부담해야 할 세액이 정확히 얼마인지 불명확하였다. 각각의 백성에게 얼마만큼의 공물을 배정해야 하는지 일정한 법규가 없어서 지방의 여건에 따라 공물을 가호(家戶)별로 배정하기도 하고 소유 토지의 면적에 따라 배정하기도 하였다. 이 때문에 공물을 마련하여 납부하는 과정에서 백성들에게 많은 피해가 발생하였고, 관리들의 부정과 농간이 개입하는 일이 잦았다. 특히 공물을 대납하여 주는 행위인 방납의 과정에서 관가와 결탁한 상인들이 백성이 바칠 공물을 대신 바치고 뒤에 그 대가를 백성들에게 훨씬 더 받아 내는 폐단이 지속되었다.

공납으로 인한 폐단이 극심해지자 이를 시정하자는 주장이 16세기에 이미 조광조, 이이 등에 의해서 제기되었다. 17세기 초에는 이원익, 한백겸의 적극적인 주장으로 경기도에서 여러 공물을 쌀로 통일하여 바치게 했는데 대동미라는 이름으로 토지 1결당 16두씩을 징수하였다. 이러한 세제를 대동법(大同法)이라고 불렀다. 조선의 재정 부족이 심화됨에 따라 세입을 확충해야 한다는 논의가 활발해지면서 대동법의 실시 지역은 강원도로 확대되었고, 17세기 중엽에는 충청도, 전라도에서도 실시되었다. 18세기 초에는 평안도를 제외한 전 지역에서 실시되었다.

대동법의 실시로 과세 대상과 납부 세액이 명확해짐으로써 공납의 폐단을 어느 정도 줄이고 백성들의 세금 부담도 경감할 수 있었다. 처음에는 1결당 16두씩 징수하던 것을 12두로 줄였고, 이는 조선 왕조의 최고 법전인 『대전』에도 반영되었다. 하지만 각 지방에서 잡다한 일을 처리하기 위한 잡역을 별도로 걷고 관청 운영비를 마련하기 위해 둔 민고를 운영하는 과정에서 큰 폐단이 나타났다. 강화된 지방관의 권한을 바탕으로 삼정의 폐단이 극심해져 백성들의 세금 부담은 오히려 늘어났다. 더욱이 조선 후기에 소작인들은 소작지를 얻기 위해 토지 소유주에게 부과되는 전세를 포함한 각종 세금을 떠안는 경우가 많았다. 대동법의 시행으로 재정의 공공성은 강화되었으나, 다른 영역으로까지 확대되지 않는 상황에서 또 다른 폐단이 나타난 것이다.

(나)

조세란 국가가 국가 경비의 재원을 조달할 목적으로 국민에게 거두어들이는 세금이다. 우리나라는 조세를 부과하거나 징수할 때에 조세 목적을 효율적이고 합목적적으로 달성하기 위하여 일정한 원칙을 따르도록 하고 있는데, 이를 조세의 원칙이라고 한다. 조세의 원칙 가운데 가장 기본적인 두 원칙은 조세법률주의와 조세 공평주의이다.

조세 법률주의는 국가는 법률의 근거 없이 조세를 부과하거나 징수할 수 없고 모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 납세 의무를 진다는 원칙이다. 이 원칙은 국민의 재산권 보장과 법률생활의 안정을 기하려는 데 근본 목적이 있으며, 과세 요건 법정주의, 과세 요건 명확주의, 소급 과세 금지 원칙 등을 그 하부 원칙으로 한다. 과세 요건 법정주의는 조세의 종목과 세율은 물론이고 납세 의무자, 세액 산정의 기준, 과세 기간 등의 과세 요건, 조세의 부과와 징수 절차는 헌법에 위배되지 않는 법률로써 정하여야 한다는 원칙이다. 과세 요건 명확주의는 과세 요건과 부과 및 징수 절차를 규정한 법률이나 명령, 규칙은 그 내용이 명확하여야 하며 확정되지 않은 개념이나 개괄적인 조항을 사용하여서는 안 된다는 원칙이다. 소급 과세 금지 원칙은 법규 불소급의 원칙을 세법에 적용한 것으로서, 법규 불소급의 원칙이란 행정 법규는 그 법규의 효력이 발생하기 전에 완결된 사실에 관하여는 당해 법규를 적용하지 않는다는 것이다.

조세 공평주의는 조세 부담을 소득이나 소비, 자산에 따라 공평하게 배분하여야 한다는 원칙이다. 조세 공평주의는 입법상의 공평주의와 해석 적용상의 공평주의로 구분할 수 있는데, 입법상의 공평주의는 세금의 부담이 국민에게 공평하게 배분되도록 세법을 제정하여야 한다는 것을 의미하며, 해석 적용상의 공평주의는 국민은 세법의 해석 및 적용에 있어서 평등하게 취급되어야 한다는 것으로, 실질 과세의 원칙으로 대표된다. 과세에 있어 형식과 실질이 일치하지 않는 경우에는 실질을 중시하여 과세하고, 납세 의무자의 담세 능력에 상응하여 세금이 부과되어야 한다는 실질 과세의 원칙은 해석 적용상의 공평주의에 입각한 것이다.

조세를 부담할 수 있는 능력, 즉 담세 능력을 나타내는 지표에는 소득, 소비, 자산이 있으며, 세금은 이를 기준으로 하여 부과된다. 소득에 부과되는 세금인 소득세는 가계가 획득한 소득에 부과되는 세금이다. 우리나라의 소득 과세에 있어서 중요한 특징의 하나는 원천 징수제로, 소득을 지급하는 자에게 일정한 규칙에 의하여 소득 지급 시에 먼저 세금을 징수하여 납부하는 의무를 부여함으로써 징수를 편리하게 하고 있다. 소비세는 가계의 지출 또는 기업의 판매에 부과하는 세금이다. 소비세는 사람이 재화 또는 용역을 구입·소비하는 사실에 착안하여 부과하는 조세로서, 그중에는 소비 행위 그 자체를 직접 대상으로 하는 직접 소비세와 제조업자나 판매상에 의하여 납부된 조세가 제품의 가격에 포함되어 소비자에게 전가될 것이 예정되어 있는 간접 소비세로 나뉜다. 자산세는 부의 구체적 보유 수단인 자산에 대해 부과되는 세금으로, 자산 보유에 대한 세금인 재산세가 대표적이다.

[수록 p.38]

사람은 타인의 됴됨이를 자신이 기억하는 그 사람의 인상에 기대어 판단하며 그에 따라 그 사람과의 관계의 깊이를 결정한다. 따라서 누구나 자신의 인상이 남에게 호의적으로 보이기를 바란다. 인상은 그 사람을 나타내는 자아의 총체라기보다 부분적으로 또는 상황에 따라 다르게 보일 수 있지만 사회적 상호 작용 속에서 대인 관계를 형성하고 발전시킬 수 있는 단서가 된다. 고프먼은 일상생활에서 우리가 타인과 여러 형태의 사회적 상호 작용을 하고 있는 데 주목하여 그 속에서 다양한 모습의 자아를 표현하고 있다는 관점을 제시하면서 일상생활에서의 대면 커뮤니케이션 과정을 무대 위에서의 연극에 비유하였다. 그는 행위자를 연극의 공연자로 상징함으로써 행위자가 행하는 모든 것을 공연으로 정의하고, 공연의 대상이 되는 상대방을 관객으로 설정한다. 즉 현실 세계에서도 연극에서와 마찬가지로 무대가 적절히 설치되며, 각 개인은 일상생활의 무대 위에서 자신의 역할을 연기하는 공연자가 된다는 것이다.

고프먼은 특정한 커뮤니케이션 상황에 처했을 때 그 상황에 대한 정의와 함께 ‘공연’이 이루어진다고 보았으며, 이때 공연은 일상생활에서 행위자가 다른 사람들에게 자신을 표현하고 자신의 인상을 관리하는 방식을 일컫는다. 그는 행위자들은 주어진 상황에서 개인적 목표를 달성하기 위해 자신의 이미지를 관리하고, 사회적 상호 작용 과정에서 자신의 상황이나 대화 상대에 따라 다른 특성을 보이는 공연자가 된다고 가정하였다. 고프먼에 따르면 사람들의 일상생활은 무대에 서기 전 모습인 후면 영역의 모습과, 무대 위의 모습인 전면 영역의 모습이 같지 않은데, 이는 전면 영역의 관리를 통해 타인에게 보여 주고 싶은 모습만을 보여 주기 때문이다. 따라서 공연자가 관객들에게 일관된 공연을 하고 있음을 신뢰받기 위해서는 지속적인 노력이 필요하다. 예를 들어 우리는 일상생활에서 얼굴에 어떤 잡티는 없는지 틴틈이 거울을 살핀다. 이는 타인에게 자신이 표현하고자 하는 이미지를 형성하기 위해, 이미지 형성에 혼란을 가져오는 결함들을 틴틈이 찾아내고 개선하려는 지속적인 노력으로 볼 수 있다.

고프먼의 관점을 이어받은 리프킨은 인터넷 커뮤니케이션 환경에서 연극적 자아가 더욱 확연히 드러난다고 보았다. 그는 커뮤니케이션 기술 혁명이 연극적 의식을 심화하고 있으며, 그 속에서 우리는 서로를 위한 역할 연기를 하고 있다고 강조하였다. 리프킨에 따르면 사회적 상호 작용에서 자아의 표현은 본질적으로 연극적이라 할지라도 진정성 있는 자아를 연기하는 표현 행위가 이루어질 수 있다. 그는 자아의 표현을 ‘표면 연기’와 ‘심층 연기’로 나누어 제시하였다. 표면 연기는 내면의 자연스러운 감정보다는 형식에 집중하는 것으로 자신의 진정한 면모를 드러내기보다는 다양한 형식과 기술을 통해 연기하고자 하는 역할을 수행하는 것인 반면, 심층 연기는 연극자가 자신의 내면에서 솔직한 느낌을 불러냄으로써 정서의 진정성을 보여 주는 것이다.

실제로 우리는 인터넷상에서 자기표현에 용이한 기술들을 이용해 자신이 추구하는 이상적인 자아 이미지를 선별적으로 표현한다. 타인을 존중하거나 예의를 지키는 의례적 표현을 통해 자신의 도덕적 이미지를 드러낸다거나, 타인의 좋은 일에 대해 축하하거나 안부를 물으며 관심과

친근한 이미지를 표현한다거나, 호응 또는 동의하는 글을 써서 타인의 생각을 존중하는 이미지를 나타내는 것은 표면 연기에 해당할 수 있다. 또 자신에게 불리한 내용이나 정보를 올리는 것을 피하는 것 역시 표면 연기에 해당할 수 있다. 한편으로 자신이 느끼는 감정을 있는 그대로 기록하거나 자신이 생각하는 바를 솔직하게 드러낸다거나, 자신을 돌아보고 반성하는 등으로 자기표현을 하는 것은 심층 연기에 해당할 수 있다.

[수록 p.120]

사람이 살아가는 데 필요한 자원은 물건과 타인의 행위로 나눌 수 있다. 이러한 자원은 민법상 권리의 대상이 되는데, 물건을 대상으로 하는 권리를 물권, 타인의 행위를 요구할 수 있는 권리를 채권이라고 한다. 민법에서 권리의 발생, 소멸, 이전 등과 같은 권리의 변동이 일어나려면 그 영향을 받는 당사자들의 합의인 계약이 필요한 것이 원칙이다. 예컨대 채권이 발생하려면 채권자와 채무자 사이의 계약이 필요하고, 물권인 소유권이 이전하려면 소유권자인 양도인과 소유권을 취득하고자 하는 양수인 사이의 계약이 필요하다.

그런데 채권의 변동이 계약만 있으면 발생하는 것과는 달리, 물권 변동이 일어나려면 계약뿐 아니라 공시 방법도 갖춰져야 한다. 공시 방법이란 어떤 물건에 대해 누가 어떤 권리를 가지고 있는지를 누구나 쉽게 알 수 있게 해주는 방법을 뜻한다. 공시 방법은 물건의 종류에 따라 정해진다. 예컨대 토지나 건물과 같은 물건인 부동산에 대한 물권은 국가가 관리하는 공적 기록인 '등기'로 공시된다. 공시 방법의 역할은 물권 변동의 당사자가 아닌 사람에게도 어떤 물건에 대해 누가 어떤 내용의 물권을 가지고 있는지를 알려 주는 것이다. 채무자에게만 주장할 수 있는 권리인 채권과는 달리 물권은 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리가기 때문이다.

민법상의 권리 변동은 계약 없이 이루어질 수도 있는데 이때는 법률에 규정된 요건이 충족되면 당사자의 의사와 무관하게 권리 변동이 일어난다. 또한 법률에 의한 물권 변동은 계약에 의한 물권 변동과는 달리 공시 방법을 갖추지 않아도 일어난다. 예컨대 빚을 갚지 못한 채무자의 재산을 법원에서 경매하는 경우, 법원의 매각 허가 결정을 받은 매수인이 매각 대금을 납부하면 등기를 하지 않아도 곧바로 소유권을 취득한다. 또한 부동산 소유자가 사망한 경우 망인의 배우자나 자녀 등의 상속인은 등기 없이 부동산을 상속한다. 이처럼 법률에 의한 물권 변동은 공시 방법 없이 발생하지만 나중에 공시 방법을 갖출 수 있다. 예컨대 상속인은 상속받은 재산인 부동산에 대해 자신이 상속받은 몫인 상속분을 등기할 수 있다.

물권에는 여러 종류가 있는데 그중 담보 물권은 물건의 사용이 아니라 금전 채권자의 채권액 회수를 목적으로 한다는 점에서 물건의 사용을 목적으로 하는 소유권 등의 물권과 다르다. 담보 물권은 '금전 지급'이라는 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리인 금전 채권의 실현을 위해 필요하다. 그 이유는 무엇일까? 채무자가 금전을 지급할 채무를 이행하지 못하면 채권자는 채무자가 가진 물건을 법원 경매로 팔고 매수인이 납부한 매각 대금을 받을 수 있다. 이때 동일한 채무자에 대한 금전 채권자가 여러 명이면 경매 대금을 각자의 채권액에 비례하여 나눠 가지는 것이 원칙이므로 특정한 채권자가 자신의 채권액 전액을 먼저 받을 수 있는 권리인 우선 변제권은 예외적으로만 인정된다. 담보 물권은 이러한 우선 변제권을 내용으로 하는데, 우선 변제권은 채무자뿐 아니라 동일한 채무자에 대한 다른 채권자들에게도 주장할 수 있어야 한다. 이를 위해 물권의 성질을 갖추어야 하는 것이다.

담보 물권은 소유권 등의 다른 물권들이 가지는 일반적인 성질과는 구별되는 고유한 특성을 가진다. 이러한 특

성은 담보 물권의 목적은 물건의 사용이 아니라 채권자의 금전 채권 회수라는 것을 반영한다. 첫째, 담보 물권은 채무자가 채무 전액을 갚으면 자동으로 소멸하는데 이것은 법률에 의한 물권 변동에 해당한다. 둘째, 채무자가 채무 전액을 갚기 전까지는 담보물 전체에 대해 담보 물권이 유지된다. 셋째, 담보 물권의 대상은 물건 자체가 아니라 그 물건의 가치이므로 물건이 사라져도 그 물건을 대체하는 이익이 발생하면 그 이익이 담보 물권의 대상이 된다. 예컨대 담보물인 주택이 불타 없어지더라도 그 주택의 소유자인 채무자가 화재 보험금 청구권을 취득하면 담보 물권자는 원래의 담보물 대신 화재 보험금에 대해 담보 물권을 행사할 수 있다.

[수특 p.134]

특허법에서는 발명을 한 자 또는 그 승계인에게 독점적·배타적 권리인 특허권을 주고 특허권의 대가로 해당 기술을 공개하도록 하고 있다. 특허 출원한 날부터 1년 6개월이 되는 날에 출원 내용은 대중에 공개되어 누구든지 특허 정보 검색 서비스에 접속하여 특허 출원된 기술 내용을 열람할 수 있다. 그리고 누구든지 열람한 기술 내용을 개량하여 발명을 할 수 있고 개량된 발명에 대해 특허권을 취득할 수 있다.

그런데 발명을 한 모든 사람에게 특허권이 주어지는 것은 아니다. 특허권은 이전의 발명에 비해 새롭고 기술적인 면에서 발전이 있는 발명을 대상으로 하며, 특허 신청, 즉 특허 출원을 한 뒤 특허 등록이 완료 되었을 때 주어진다. 특허 출원은 발명자와 발명에 대한 권리를 승계받은 사람이 할 수 있으며, 특허 출원의 대상에는 물건의 발명뿐만 아니라 영업 방식과 같은 방법의 발명까지 포함된다. 특허청이 특허 출원에 대한 판정을 통해 특허를 등록하면 특허 출원자는 특허를 받은 발명을 독점적으로 이용할 수 있는 권한을 갖게 된다. 이때의 이용은 산업적 또는 상업적으로 이용하는 것으로만 한정되는데 이러한 이용을 '실시'라고 표현한다. 특허권자는 실시에 대한 권한을 양도할 수도 있는데, 특허권자가 실시권을 특정인에게만 양도하면 이는 독점적 실시권의 양도이며 독점적 권한을 배제하고 여럿에게 실시권을 양도하면 통상적 실시권의 양도이다. 독점적 실시권이든 통상적 실시권이든 실시권을 양도한 특허권자는 실시권 양도의 대가로 소정의 사용료를 받을 수 있는데, 이것을 실시료라고 한다.

특허권에 대한 정당한 권한이 없는 자가 타인이 특허권을 가진 발명을 실시하는 것을 특허권 침해라고 한다. 특허권 침해 행위는 민법상 재산권 침해 행위에 해당하는 불법 행위이므로 특허권자는 "고의 또는 과실로 인한 위법 행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 규정한 민법 제750조에 근거하여 침해자에 대하여 손해 배상을 청구할 수 있다. 이때 타인의 고의나 과실 여부, 손해액 등에 대한 입증 책임은 피해자에게 있다. 그런데 특허권 침해 행위는 침해 사실, 손해액 등을 특허권자가 입증하기 어려운 경우가 많기 때문에 민법을 적용할 경우 특허권자는 자신의 권리를 제대로 보호받기 어렵다. 이에 특허법에는 특허권자의 입증 책임을 경감해 주기 위한 규정들이 있는데, 생산 방법의 추정 규정이 대표적이다. 이 규정에 따르면, 물건을 생산하는 방법의 발명에 관련하여 그 물건과 동일한 물건은 특허 등록된 방법에 의하여 생산된 것으로 추정한다.

특허법에서는 손해액 산정과 관련하여 일실 이익 추정에 관한 규정을 두고 있다. 일실 이익이란 특허권 침해가 없었다면 얻을 수 있었던 특허권자의 이익액, 즉 특허권자가 실제로 입은 손해액이다. 이때 일실 이익을 특허권 침해가 없었을 때 특허권자가 더 판매할 수 있었던 물건의 수량에 단위 수량당 이익액을 곱하여 산출하는 것으로 오해하기 쉽다. 그러나 이 규정에서는 일실 이익을 특허권자가 실제 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에, 단위 수량당 이익액을 곱한 금액으로 한다. 특허권자 A가 제품 100개를 생산할 수 있는 설비를 갖추고 제품을 판매하고 있었으나 B가 A의 특허권을 침해하여 B가 제품 50개를 판매하고 A가 제

품 60개를 판매하였다고 가정해 보자. A가 B를 상대로 특허권 침해로 인한 손해 배상을 요구하며 제품 50개에 대한 일실 이익을 주장한다면 이는 그대로 받아들여질 수 없다. A가 실제 생산할 수 있었던 물건의 수량은 100개이기 때문에 일실 이익은 제품 40개에 대해서만 인정된다.

한편 침해자가 침해 행위를 통해 얻은 이익액을 손해액으로 추정하는 규정도 있는데, 침해자가 침해 행위를 통해 얻은 이익액을 특허권자가 입증하면 그 이익액을 손해액으로 추정할 수 있다. 특허권자가 침해자의 이익액을 입증하면 입증 책임이 전환되어 침해자가 자신의 이익액이 특허권자의 손해액에 영향을 미치지 않았음을 입증하여야 한다. 통상적 실시권의 양도에 따른 실시료인 통상 실시료를 통해 손해액을 추정할 수 있도록 하는 규정도 있다. 이 규정에 따르면, 특허권자가 실제로 입은 손해, 즉 일실 이익과 관계 없이 특허권 침해에 대한 최소 배상액은 특허를 사용하기 위해 지불해야 하는 통상 실시료로 정한다. 통상 실시료는 일반적으로 판매액에 합리적 수준의 실시료율을 곱해 산출한다.

특허법은 특허권자의 권리를 보장하는 데 기여하지만 특허법에서 보호 대상으로 삼는 것이 유형의 발명품이 아니라 무형의 지적 창작인 발명이기 때문에 특허권 침해에 대한 손해 배상에서 손해액을 산정하고 입증하는 것은 매우 어렵다. 더욱이 특허권 침해 행위에 대한 손해 배상에 있어서 배상액이 너무 적다면 기업은 손해 배상을 감수하고 특허권을 침해하여 이윤을 취하려고 할 수 있고 배상액이 너무 많다면 특허권자가 발명 기술을 이용하지 않고 침해 행위가 일어나기를 기다리는 상황이 벌어질 수 있다. 특허법에서 특허권 침해 행위에 대한 손해액 산정에 관한 규정이 중요한 것은 이와 관련된다.

[수록 p.143]

금전을 빌려주고 상대방이 이를 갚기로 약속함으로써 성립하는 계약을 금전 소비 대차 계약이라고 하는데, 이 계약에 따라 채무자가 채권자에게 빌린 돈을 갚는 것을 변제라 한다. 채무자가 한 채권자에 대해 같은 목적의 여러 채무를 갖거나, 원금 외에 이자나 변제에 드는 비용을 지급해야 하거나, 갚는 행위로 채무 전부를 소멸하게 하는 데에 부족한 경우 어느 채무를 먼저 갚을지 정해야 한다. 만약 채무자가 채권자에게 여러 채무를 가진 상황에서 돈을 한꺼번에 다 갚을 수 없다면 어떻게 해야 할까? 채권자와 채무자의 합의가 있다면 이에 따라 돈을 특정 채무의 변제에 충당해야 할 것이다. 합의가 없고 채권자와 채무자 모두 의사를 표시하지 않을 경우, 법률 규정에 따라 변제를 충당할 채무가 결정된다.

법률 규정에 따르면 첫째, 이행기가 도래하지 않은 채무와 도래한 채무 중 도래한 채무의 변제에 돈을 충당한다. 예를 들어 갚기로 한 날이 도래하지 않은 채무와 갚아야 할 날이 지난 채무가 하나씩 있다면 후자에 돈을 먼저 충당하는 것이다. 둘째, 채무의 이행기 도래 여부에 차이가 없다면, 즉 모든 채무의 이행기가 도래했거나 도래하지 않았다면 채무자에게 이익이 큰 채무의 변제에 돈을 먼저 충당한다. 만약 채무자가 대출 금리가 다른 여러 채무를 갖고 있다면 대출 금리가 높은 채무를 먼저 갚는 것이다. 셋째, 대출 금리 등 변제로 인한 이익이 같은 상황에서, 채무의 이행기가 모두 도래했거나 도래하지 않은 경우 이행기가 먼저 도래했거나 도래할 채무의 변제에 돈을 먼저 충당한다. 만약 채무 두 개가 모두 갚을 날이 지났다면 갚아야 할 날이 더 오래된 채무를 갚는 것이다. 넷째, 이행기 및 이익과 관련한 사항이 같으면 채무액에 비례하여 각 채무의 변제에 돈을 충당한다. 한편 채무자가 원금뿐 아니라 비용 및 이자도 지급해야 하는 경우에는 총비용, 총이자, 각 채무의 원금 순서로 변제에 돈을 충당해야 한다. 비용은 특별히 다른 의사 표시가 없을 시 채무자가 부담하지만 주소 이전 등 채권자의 행위로 인하여 변제 비용이 증가했다면 그 증가액은 채권자가 부담해야 한다. 또한 금전에 대한 채무의 변제는 채권자의 현주소에서 해야 하고, 회사에 대한 물건 공급 등 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현 영업소에서 해야 한다.

변제는 채무자가 하는 것이 원칙이다. 그러나 채권자의 입장에서는 제삼자에게 변제받아도 상관없을 수 있다. 예컨대 채권자 갑의 입장에서는 빌려준 돈만 받을 수 있다면 돈을 갚는 사람이 채무자인 을이건 제삼자인 병이건 상관없다고 생각할 것이다. 제삼자가 대신 변제하면 제삼자가 채무자에게 채무의 상환을 요구 할 권리를 행사할 수 있게 되기 때문에 병이 을의 대출금을 대신 갚으면 을에게 채권자로서의 권리를 행사할 수 있게 된다. 하지만 을에게는 채권자가 병으로 바뀌는 것이 이전보다 좋지 않을 수도 있다. 변제 장소, 과정 등에서 갑보다 병에게 갚는 것이 더 불리하거나 불편할 수 있기 때문이다. 그래서 제삼자는 채무자가 반대하면 대신 변제할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 채무자와 제삼자가 법률상의 이해관계가 있어, 채무자 대신 변제하는 것이 제삼자 자신의 법률상 이익을 위해 필요하면 채무자의 동의 없이도 변제할 수 있다. 위의 예에서 을이 채무를 갚지 않을 경우 병이 대신 갚기로 세 명이 계약하였다면, 병의 입장에서는 을의

대출 채무 변제가 늦어져 발생하는 이자를 자신이 부담해야 한다. 이러한 상황에서는 을의 채무를 대신 갚는 것이 병에게 더 이익이므로 을의 의사와 관계없이 병이 대신 변제할 수 있다.

채권자가 아닌 사람을 채권자라고 오인하고 그에게 변제하는 경우가 생길 수도 있다. 채권자는 아니지만 채권을 사실상 행사하는 자로서, 채권자라고 믿게 할 만한 외관을 갖춘 자를 준점유자라고 하는데, 여기서 외관이란 권리자인 것처럼 보이게 하는 징표들로서 생김새, 신분증 등을 의미한다. 예를 들어 예금 채권자가 아닌 사람이 예금 채권자의 도장과 신분증을 갖고 예금을 인출하는 경우, 이 사람을 예금 채권의 준점유자라고 할 수 있다. 스스로 채권자라고 주장하며 채권을 행사하는 이뿐만 아니라, 채권자의 대리인이라고 하며 채권을 행사하는 이도 준점유자로 볼 수 있다. 채권의 준점유자에 대한 변제는 나쁜 의도가 없고 과실이 없는 경우에만 변제로 인정되어 채무가 소멸한다. 예를 들어 채무자가 준점유자에게 변제할 때 준점유자를 실제 채권자라고 믿고, 그렇게 믿는 과정에서 잘못이 없었다면 그에게 변제를 하더라도 채무가 소멸하는 것이다.

금전 소비 대차 계약은 기간을 정해 두고 그동안 이자를 받는 경우가 많다. 만약 이행기가 도래하기 전에 채무자가 미리 원금을 변제하려고 하면 어떻게 될까? 일반적으로 정해진 기한보다 빨리 갚더라도 남은 계약 기간 동안 내야 할 이자도 함께 갚아야 한다. 돈을 빌려줄 때는 대개 갚는 기한이 정해지는데, 이 기한이 도래하지 않아서 그동안 채권자와 채무자가 받는 이익을 기한의 이익이라고 한다. 채무자는 이행기 전까지 원금 상환에 대한 독촉을 받지 않고 원금을 사용하는 등의 이익을 얻고, 채권자는 이자 수익 보장 등의 이익을 받는다. 채무자는 본인의 기한 이익을 포기할 수 있지만, 채권자의 이익을 침해하여서는 안 된다. 법률에서는 변제 과정에서 채권자와 채무자의 권리와 이익을 보장하기 위해 여러 장치를 마련하고 있다.

[수록 p.254]

(가)

약속은 도덕적 의무를 낳는다. 따라서 약속을 어기면 옳지 않은 행동을 한 것이고, 이에 대해 도덕적 비난을 가하여 약속된 행위를 하도록 심리적인 강제를 가하는 방식으로 제재하는 것은 마땅한 일이다. 그렇다면 계약의 경우에는 어떨까? 계약이 체결된 경우에도 당사자들은 계약 내용대로 특정한 행위를 해야 할 의무를 진다. 이때 계약을 근거로 발생하는 의무를 채무라고 하고, 계약의 당사자들 중 채무를 부담하는 당사자를 채무자, 채무 이행을 요구할 권리를 가지는 당사자를 채권자라고 한다. 우리 민법에 의하면 채무자가 계약 내용대로 이행할 수 있는데도 이행을 거절하면 채권자는 국가 공권력의 힘을 빌려 강제로 채무를 이행시킬 수 있고 채무자가 손해 배상을 하더라도 강제 이행을 막을 수 없다.

이처럼 채무는 공권력에 의한 강제의 대상이 되는 법적 의무라는 점에서 도덕적인 의무와 다르다. 도덕적 의무 위반에 대한 제재는 도덕적인 비난에 의한 심리적 강제에 그치기 때문이다. 그러나 채무 이행 의무가 도덕적 의무가 아니라고 단정할 수는 없다. 만약 계약도 약속의 일종이라고 본다면 채무 불이행은 법적 의무를 위반한 것일 뿐 아니라 약속 준수라는 도덕적 의무도 위반한 것이라고 할 수 있기 때문이다.

우리 민법의 입법 태도와는 달리 채무자가 계약 내용대로 이행하지 않더라도 채권자가 입게 될 손해를 충분히 배상하면 '효율적 계약 파기'에 해당하고 이것은 도덕적으로 문제되지 않는다는 견해도 있다. 이 견해는 '목시적 합의 이론'을 근거로 하는데, 채무자가 계약 내용에 따른 이행 대신 손해 배상을 하는 것은 계약 위반이 아니라 계약 준수라고 본다. 채무자가 손해 배상만 하고 채무의 이행을 거절하는 것도 계약 이행에 해당하므로 법적으로나 도덕적으로나 문제되지 않는다는 것이다. 이러한 주장의 논거는 다음과 같이 요약할 수 있다. 계약의 내용은 계약서 기재와 같은 명시적인 방법뿐 아니라 묵시적인 방법으로도 정해질 수 있다. 이처럼 묵시적 합의도 계약 내용이 될 수 있다면 대부분의 계약에는 채무자에게 위와 같은 선택 가능성을 부여하는 내용이 포함된 것으로 해석할 수 있다. 채무자에게 선택 가능성이 보장된 경우가 그렇지 않은 경우에 비해 채무자에게 더 유리하므로 채무자는 더 낮은 대가를 요구하게 마련이고, 채권자가 가장 낮은 대가를 요구하는 채무자와 계약을 했다면 채무자가 효율적 계약 파기를 선택할 수 있다는 것에 대해 묵시적으로 합의했다고 볼 수 있다.

(나)

어떤 사람이 다른 사람에게 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리를 채권이라고 하고 이때 요구 대상인 특정한 행위를 급부라고 한다. 예컨대 금전 대출 계약에서는 채무자가 대출받았던 돈을 갚는 행위가 급부에 해당한다. 하나의 채무를 구성하는 급부에 해당하는 구체적인 행위는 여러 개일 수 있는데 이때 이들의 성질이 서로 다를 수 있다. '주된 급부'는 채권자가 채권을 행사하여 실현하고자 하는 이익 그 자체를 제공하는 것으로서 계약의 목

적에 해당한다. 이에 비해 '부수적 급부'는 주된 급부로부터 채권자가 이익을 얻기 위해 필요한 수단에 해당한다. 예컨대 전자 제품 매매 계약에서, 전자 제품의 배송은 주된 급부인 반면 사용 방법 설명은 부수적 급부에 해당한다. 모든 급부 의무는 계약서 기재와 같은 명시적 합의뿐 아니라 묵시적 합의에 의해서도 발생할 수 있는데, 특히 부수적 급부 의무는 사회 통념에 의해 인정될 수도 있다. 예컨대 계약서에는 판매자의 전자 제품 배송 의무만 기재되어 있었다고 사회 통념에 비추어 볼 때 사용 시 주의 사항을 설명해 줄 의무도 인정될 수 있다. 한편 주된 급부 의무와 부수적 급부 의무뿐 아니라 '보호 의무'도 채무를 구성하는 급부에 포함된다고 보는 견해도 있다. 이 견해는 채권자의 재산, 사생활, 건강 등의 이익 보호를 위해 필요한 행위도 급부에 포함된다고 주장한다.

급부 의무를 성질에 따라 분류하는 것은 채무자의 고의나 과실로 인해 급부가 실현되지 못하게 된 채무 불이행이 발생했을 때 의미가 있다. 채무 불이행이 발생하면 채권자에게는 구제 수단이 주어진다. 우선 채권자는 채무자의 급부 불이행으로 인해 자신이 입은 피해를 돈으로 산정하여 받을 수 있는 권리인 손해 배상 청구권을 행사할 수 있다. 그러나 손해 배상 청구권만으로는 채권자를 충분히 보호하기 어렵다. 채권자도 채무자에게 반대급부를 이행해야 하는 의무를 부담하는 경우가 있기 때문이다. 예컨대 갑이 을로부터 X 물건을 100만 원에 구입하기로 하는 매매 계약을 체결했는데 을이 X 물건을 넘겨줄 채무를 이행하지 않은 경우, 갑이 을에게 X 물건 대신 손해 배상금을 받으려면 반대급부인 100만 원을 을에게 지급해야 한다. 따라서 채무 불이행을 당한 채권자를 구제하려면 채권자에게는 계약을 파기함으로써 반대급부 의무를 벗어날 수 있는 권리인 해제권도 보장되어야 한다. 그런데 채무 불이행의 효과로서 채권자에게 주어지는 손해 배상 청구권과 계약 해제권 중 손해 배상 청구권은 채무자가 위반한 급부 의무의 성질이 무엇이건 인정되는 데 비해 해제권은 채무자가 주된 급부 의무를 위반했을 때만 인정된다.

급부 중에서는 채무자 스스로 이행을 마칠 수 있는 것도 있지만 그렇지 않은 것도 있다. 예를 들어 급부의 내용이 송금인 경우 채권자가 채무자에게 계좌 번호를 알려주지 않으면 채무자는 보낼 돈을 마련했다라고 급부를 이행할 수 없다. 이처럼 급부 실현을 위해 필요한 협력을 채권자가 제공하지 않아서 채무자가 급부를 이행하지 못하게 되는 경우를 채권자 지체라고 하고, 이로 인해 채권자에게 부과되는 제재는 법률로 정해져 있다. 채권자 지체가 성립한 경우에 채권자가 채무자에 대한 법적 의무를 위반한 것으로 볼 수도 있다. 그러나 이렇게 보더라도 채무자는 채권자의 협력 의무 위반만을 이유로 계약을 해제할 수는 없는 것이 원칙이다.