

정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구

The study of execution of a contract obligation to provide information

김 상 찬* · 정 영 진**
Kim, Sang-Chan · Jung, Young-Jin

목 차

- I. 서 론
- II. 정보제공의무에 관한 외국법의 동향
- III. 정보제공의무의 인정근거와 체계적 지위
- IV. 정보제공의무 위반의 효과
- V. 결 론

국문초록

우리나라 민법전에는 계약체결과정에서의 정보제공의무에 관한 명시적 규정이 존재하지 않는다. 다만, 판례와 학설은 구체적 사정에 따라 제한적으로나마 신의칙에 의한 해결이나, 민법 제104조 불공정한 법률행위, 제109조 착오취소 또는 제110조의 사기취소를 통해 그 해결을 도모하고 있다. 하지만 구체적으로 어떤 경우에 계약교섭단계에 있는 당사자에게 정보제공의무가 인정되는지, 그 의무위반에 대한 책임의 성격과 내용이 무엇인지 그리고 의사표시에 관한 규정과는 어떤 관계가 있는지 명확하지 않다. 더구나 현대의 정보화 사

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.07.27

게재확정일 : 2011.07.28

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

** 제주대학교 대학원 박사과정 · 제주산업정보대학 복지행정과 초빙교수

회에 있어서 정보는 단순히 기술이나 지식의 우월적 지위 이상의 의미를 지닌다. 당사자 간의 계약관계에 있어서도 정보는 계약체결을 좌우할 만한 중요한 위치에 서있으면서 동시에 계약의 유효성 여부를 결정할만한 관건적 사실에 해당하기도 한다. 정보의 불균형 내지 비대칭성의 현실여건 속에서 기술이나 지식을 보유한 전문가와 비전문가인 소비자 간의 계약은 많은 경우에 구조적인 불공평·불공정한 결과를 야기한다. 더욱이 계약의 일방당사자가 타방 당사자보다 정보의 격차로 인한 불리한 계약을 체결하는 경우가 증가하고 있다는 점을 감안할 때, 위와 같은 부당하고 불합리한 계약으로부터 당사자를 보호하는 법리의 연구가 중요한 과제가 아닐 수 없다.

본고에서는 계약체결과정에서의 정보제공의무에 관하여 외국법의 동향을 살펴보고, 정보제공의무에 인정근거와 체계적 지위에 대하여 고찰하며, 정보제공의무와 민법상 규정과의 관계 등을 중심으로, 정보제공의무 위반의 효과로서 계약해소와 손해배상의 근거에 대하여 살펴보고 있다.

주제어 : 계약체결, 정보제공의무, 착오, 사기, 설명의무, 손해배상, 소비자계약, 계약체결상 과실책임

1. 서론

계약은 전통적으로 청약과 승낙의 의사표시의 합치에 의하여 성립한다고 이해되어 왔다. 이 경우에 계약의 주체는 능력 면에서 대등한 당사자이고, 계약당사자간의 경제력이나 사회적인 영향력, 정보를 수집하는 능력의 유무·정도 등은 문제가 되지 않는다.¹⁾ 또 계약의 구속력이 계약자유원칙이나 사적자치의 원칙에 의하여 정당화되기 위해서는 각 당사자가 계약내용이나 거래의 조건을 결정하는 것을 전제로 의사표시를 할 것이 요구된다. 이에 따라 계약체결의 의사형성을 위한 정보를 수집하고 보유하며 분석하는 책임은 각 당사

1) 野星英一, “私法における人間 - 民法財産法を中心として” 『民法論集』 第6卷, 有斐閣, 1986, 16面.

자에게 있고, 그로 인한 불이익은 전적으로 정보의 수집이나 분석에 실패한 당사자가 부담하는 것이 종래의 전통적 계약관계에 따른 귀결이다. 이처럼 전통적 계약법은 자기결정의 메커니즘 속에서 계약자유가 실현되고 이를 통해 계약 정의 또한 이를 수 있다는 이상적인 관념에 기초하고 있다. 우리의 대법원 판례도 이러한 전통적인 계약관에 입각하여 당사자 간의 법률관계를 규율하고 있다.²⁾

그러나 오늘날 거래사회에서는 경제의 고도한 발전에 따라 상품 및 거래내용이 복잡하고 다양한 것이 되어 일방 당사자가 타방의 당사자와 비교하여 지식이나 정보수집의 면에서 꽤 뒤떨어진 입장에 있는 사례가 많이 발생한다.³⁾ 예컨대, 소비자와 사업자와의 관계를 생각해 보면 양자 간에는 일반적으로 지식이나 정보수집능력의 점에서 큰 격차가 존재한다. 이 때문에 소비자가 거래내용을 충분히 이해하지 못한 채 사업자가 제시한 내용으로 계약을 체결하는 경우가 대부분이다. 그 결과, 소비자가 잘못된 정보의 제공을 받고 또는 거래의 성공 여부와 관계되는 중요한 정보가 제공되지 않은 채 계약을 체결하여 손해를 발생하게 되는 사례가 빈번히 발생한다. 다시 말하면, 소비자가 사업자와 계약을 체결함에 있어서 사업자로부터 확실한 정보제공이 결정적인 의미를 가지는 경우가 적지 않다고 할 수 있다. 이러한 관계는 사업자와 소비자와의 관계에 한정되는 것이 아니다. 사업자 간의 거래에서도 예컨대, 프렌차이즈 계약과 같이 쌍방의 당사자의 정보수집능력 및 교섭능력에 큰 격차가 존재하기 때문에 그러한 능력 등이 뒤떨어지는 당사자가 충분한 정보를 얻지 못하고 손해가 발생하는 케이스도 볼 수 있다.⁴⁾ 이상과 같이 능력적으로 대등하다고 할 수 없는 당사자 간에 계약이 체결되는 경우에는 정보수집능력 및 교섭능력이 뛰어난 당사자로부터 그러한 능력에 뒤떨어지는 당사자에게 대하여는 정보제공이 극히 중요하게 된다고 할 수 있을 것이다.

2) 대판 2001.7.13. 99다38583(교환계약에서 당사자가 목적물의 시가를 묵비하거나 허위로 높은 가액을 시가라고 고지한 경우 불법행위의 성립을 부정한 판례)

3) 竹内昭夫, "消費者保護", 竹内昭夫ほか, 「現代の經濟構造と法(現代法學全集52)」, 筑摩書房, 1975, 8面 이하; 大村敦志, "消費者・消費者契約の特性", 「消費者・家族と法(生活民法研究Ⅱ)」, 東京大學出版會, 1999, 21面 이하.

4) 宮下修一, 「消費者保護と私法理論」, 信山社, 2006, 2面.

계약체결단계에 있어서의 사업자의 설명 등에 문제가 있었다고 하여도 종래의 생각에 의하면 민법상 혹은 특별법상의 규정만으로 해결할 수 있는 범위는 한정되어 있다. 그래서 사업자와 같이 어느 거래에 관해 지식 내지 정보 수집능력을 가지는 당사자에게 대하여 계약의 성공여부와 관계되는 중요한 정보를 미리 제공할 의무, 즉 '정보제공의무'를 사법상으로도 부과하여 이를 위반했을 경우에는 일련의 책임을 지게 해야 한다고 하는 견해가 등장하게 되었다.

정보제공의무의 개념을 둘러싸고 다양한 연구가 되고 있지만, 정보제공의무라고 하는 생각자체가 매우 광범위한 것이어서 내용은 반드시 분명하지 않다. 능력적으로 우위에 서는 당사자의 한편에, 정보제공의무가 부과되는 근거는 무엇인가, 만일 부과된다고 한다면 어느 범위 또는 어느 정도까지 의무가 부과되는지 다양한 견해가 있을 수 있다. 따라서 본고에서는 소비자계약 체결과정에서의 정보제공의무에 대한 독일, 프랑스, 영미 등의 법리를 살펴면서 정보제공의무의 인정근거와 그 체계적 지위에 대하여 살펴보고자 한다. 나아가 정보제공의무의 효과로서, 계약해소와 손해배상의 근거에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 정보제공의무에 관한 외국법의 동향

1. 독일

독일 민법은 정보제공의무에 관한 일반규정을 두지 않은 채, 특히 사기취소에 관한 독일민법 제123조와 판례법에 의한 계약교섭상의 과실책임(culpa in contrahendo)이 정보제공의무에 관한 가장 중요한 제도로 활용되고 있다.⁵⁾ 물론 독일 민법의 경우에도 착오취소의 규정(§119 BGB)이 있으나, 이 규정은 제2항의 요건인 '물건의 성상(Eigenschaft einer Sache)'의 좁은 개념 폭에 따라 가령 계약목적물인 물건에 내재하지 않은 외적 사정에 관하여 더 이상 적

5) 박인환, "독일법상 정보제공의무 위반을 이유로 하는 계약해소청구권", 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005, 137~148면.

용되지 않으며, 따라서 우리의 판례의 착오취소 활용과 견주어(잘못된 관념에 따른) 동기착오의 영역에서 큰 의미를 갖지는 못하고 있다. 그 대신 대체로 학설의 지지를 받으면서 포괄적 구성요건인 계약교섭상의 과실책임의 한 유형을 계약교섭과정의 정보제공의무로 형성시킴과 동시에 손해배상책임의 원상회복(Naturalrestitution)적 방법과 결합하여 결국 정보제공의무 위반에 따라 원치 않게 체결한 계약관계로부터 벗어날 수 있는 법리를 발전시켜 왔다.⁶⁾

이 과정에서 계약교섭과정의 정보제공의무에 관한 이들 두 구성요건(독일 민법 제123조의 사기행위와 계약교섭상의 과실책임)은 판례와 학설에서 상당 부분 동일한 방향과 내용으로 형성·발전하였다.⁷⁾ 구체적으로 말해, 이들 구성요건은 의무자의 주관적 요건을 달리하고 있지만 교섭 상대방이 사실과 다른 내용을 진술한 경우뿐만 아니라 알려줄 것이라고 정당하게 기대할 수 있었음에도 계약관련 사정을 고지하지 않았던 경우에 의해서도 충족하게 된다. 특히 후자의 부작위를 위법한 행위로 평가하기 위한 적극적 고지의무의 판단 표지는 양 구성요건 모두에서 기본적으로 동일하게 정립하고 있다. 즉 한편으로는 계약교섭 당사자의 자기결정·자기책임의 관점과 다른 한편으로는 상대방의 이익배려라는 서로 충돌하는 원칙을 번갈아 강조하면서, 의무성립의 판단기준으로서 계약의 성질, 신뢰관계 또는 직업적 지위 등 당사자 사이의 관계, 정보의 중요성과 취득가능성 등을 도출하고 있다.⁸⁾

물론 이러한 일반적 정보제공의무는 2002년 민법개정 시기에 개별 제안이 있었으나 성문규정으로 입안되지는 못하였다.⁹⁾ 그러나 계약교섭 내지 그 준비행위만으로도 각 당사자의 성실행태 내지 보호의무의 발생을 명시해 둠으로써(독일민법 제311조, 241조 2항), 비록 계약교섭 중의 일반적 정보제공의무의 범위와 내용에 대하여는 입법자의 명시적 결단을 드러내지 않았지만 종전과 같은 판례와 학설의 발전 여지를 열어두고 있다. 더불어 독일의 현행 민법

6) 박인환, 상계논문, 137~148면.

7) Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S.250ff., S.277ff., S.449f., S.567ff; Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S.117ff.

8) Fleischer, a.a.O., S.567ff; Busch, a.a.O., S.126ff.

9) 김상중, "계약체결 이전 단계의 정보제공의무"(외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로), 「고려법학」 제56호, 고려대학교법학연구원, 2010, 8면.

전은 2002년 개정 당시까지 만해도 개별 특별법으로 산재하고 있었던 일련의 민사특별법상의 정보제공의무를 통합하였다.

이들 특별한 정보제공의무는 일정한 계약유형 또는 판매방식에서 성문화되어 있는데, 예컨대 소비자신용계약의 정보제공의무(제492조 1항), 할부계약과 기타 신용지원(제502조 1항), 신용증개계약(제655조의 b), 그리고 일시주거권 계약(제482조), 여행계약(제651조의 a 제3항), 자금이체계약(제675조의 a 제1항)이 전자의 형태에 속하며, 후자의 특수한 판매형식에 따른 정보제공의무를 정한 예로는 방문판매(제312조의 c 제1항), 전자거래(제312조의 e 제1항)를 들 수 있다.¹⁰⁾ 이들 규정은 통상계약의 투명성을 보장함으로써 계약당사자의 계약체결에 있어서의 의사결정을 보호하는 규정이라 할 수 있다. 소비자신용에 관한 제492조와 할부계약에 관한 제502조 등을 제외하고는 정보제공의무의 범위와 내용에 대해 스스로 규율하지 않고 별도의 시행령(Verordnung über Informationspflichten im Bürgerlichen Recht)에서 정해 두고 있으며, 또한 그 위반에 대해서도 철회권 행사기간의 개시 연장 이외에 별도의 제재수단에 대해 따로 정하지 않고 있다.¹¹⁾ 이런 측면에서 이들 특별한 정보제공의무의 민법전으로의 통합을 통하여 종전의 입법형태와는 달리 계약체결과정에서 계약당사자의 잘못된 정보제공에 대한 책임을 포섭할 수 있는 다양한 규정들로 활용하게 된다.

2. 프랑스

프랑스에서는 '계약 전의 정보제공의무'가 사기·착오의 적용 영역을 확장하여 표의자의 보호를 도모하기 위해 중요한 역할을 담당하고 있다.¹²⁾ 우선 정보제공의무란 지식이나 정보에 있어서 열위에 있는 B가 계약에 대해 명확한 인식을 가지고 난 후에 계약체결의 의사결정을 하는 것을 확보하기 위해 보다 많은 지식·정보를 갖고 있는 A가 B에 대해 계약의 중요한 사항에 대해

10) 김형배외 5인 공저, 「독일채권법의 현대화」, 2002, 239면 이하 참조.

11) Busch, a.a.O., S.111f.

12) 後藤卷則, 「消費者契約の法理論」, 成文堂, 2002, 2면 이하.

정보를 제공하는 의무이다. 그리고 이는 지식이나 정보에 있어서 우위한 자가 허위의 정보를 주거나 중요한 정보를 주지 않는다는 불성실한 행위 양태를 파악해, 종래의 개념에 의하면 사기에서도 착오에 대해서도 해당하지 않은 영역에 대해 사기·착오의 쌍방을 확장하여 피해자의 구제를 도모한 결과로서 생겨난 개념이라고 말할 수 있다.¹³⁾

이미 정보제공의무라는 개념을 사용하는 것에 따라 당사자 간의 지식이나 정보에 격차가 있는 거래에 있어서 사기의 적용요건이 완화 된다. 구체적으로는 정보제공의무 위반이 있으면 사기적 침묵에 의한 사기가 성립하고, 사기에 대한 고의의 입증이 없어도 정보제공의무 위반이 있으면 사기가 성립한다. 또한 지식·정보의 측면에서 우위에 선 계약의 일방 당사자에게 불성실한 행동이 있으면 상대 당사자의 착오 주장을 용이하게 인정하게 된다.

이처럼 '계약전 정보제공의무'의 인정근거로서 판례는 프랑스민법 제1116조¹⁴⁾의 사기조항을 근거로 하여 침묵으로 감춰진 사실을 상대방이 알았더라면, 계약을 체결하지 않았을 것이 분명한 경우 사기에 해당하게 되는데, 이에 근거하여 계약 전 정보제공의무 위반을 규제하기 위해서는, 소비자는 사업자의 침묵이 의도적이었으며, 또 이 침묵이 당사자의 합의를 이루는데 결정적 역할을 하였다는 입증책임을 부담하게 된다. 일부의 판례는 착오에 의하여, 또한 프랑스민법 제1641조 이하의 '숨은 하자의 담보책임'규정에 의하여 상인의 '계약전 정보제공의무' 위반의 책임을 묻기도 하였다. 즉 하자의 존재를 알고 있는 상인이 매매 전에 이를 매수인에게 밝히지 않은 경우, 이를 숨은 하자로 인정하였다. 이 경우 매수인이 악의에 대한 입증책임을 상인이 부담하였기 때문에, 입증책임의 면에서 소비자에게 훨씬 유리하였다. 그러나 이 경우에도 '정보의 결핍'이 '매매목적물의 숨은 하자'와의 관련성이 있어야 하고, 이를 기초로 매매계약을 해제하고자 할 경우에도 단기간의 제소기간의 제약 때문에 매수인의 입장에서는 제한적이었다.¹⁵⁾

13) 後藤卷則, 前掲書, 5面.

14) 프랑스민법 제1116조는 "사기는 당사자 일방이 행한 기망행위가 없었더라면 다른 일방이 계약을 체결하지는 않았을 것이 분명한 경우에 합의의 무효원인이 된다. 사기는 추정되지 않으면 증명되어야 한다"고 규정되어 있다.

또한 계약교섭 중의 정보제공의무는 사기규정 이외에 프랑스민법 제1110조의 착오규정에서도 활용되고 있다. 즉, 프랑스 판례는 원래 계약목적물의 '물질'이라는 의미로 좁게 이해되던 '본질'이라는 착오요건을 당사자들이 정한 성상으로 확대하여 해석하고, 이로써 상대방이 목적물의 진위 여부, 출처나 기원, 사용가능성 등에 관한 정보를 제공하지 않음으로써 일방이 계약목적물에 대한 착오에 빠진 경우 계약의 무효를 인정하고 있다.¹⁶⁾ 더 나아가 이렇게 상대방의 정보제공의무 위반에 따른 사기 또는 착오를 이유로 계약이 무효가 되는 경우 일방은 그에 따른 재산상 손해에 대하여 프랑스민법 제1382조의 불법행위책임에 따라 별도로 배상할 것을 청구할 수도 있다.¹⁷⁾

이와 같이 일반 민법규정의 해석에 근거한 계약 전 정보제공의무 위반에 대한 법원의 규제의 한계성 때문에 특별법의 제정을 통하여 해결을 시도하였는데, 현재 이들 특별법들은 모두 1993년의 소비자보호법전에 통합되어 규정되어 있다. 그러나 계약체결 이전의 정보제공의무에 관한 이런 프랑스 입법자의 개방적 태도는 마침내 민법전에도 환류하여, 비록 유럽차원의 법 발전에 따라 촉발된 측면도 있지만, 계약 성립을 위한 의사표시의 유효성 부분에서 계약교섭 중의 설명의무의 신설 제안을 이끌고 있다.¹⁸⁾

3. 영미법

영국과 미국에서는 계약교섭의 결렬 등 계약 전단계의 책임에 관해 손해발생의 원인에 초점을 맞추어 각 유형별로 기존의 법제도를 이용하거나, 기존의 법원칙을 수정 또는 확대하는 방식으로 문제를 해결하고 있다. 이에는 ① 부당이득(Unjust Enrichment) ② 부실표시(Misrepresentation) ③ 계약교섭 중에

15) 송오식, "소비자계약에서 정보제공의무", 「법학논총」 제29집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 91면.

16) Fleischer, a.a.O., S.717 f.

17) A.a.O., S.734 f.

18) 남효순, "프랑스민법전의 채권(제3권 제3편) 및 시효의 개정시안", 「민사법학」 제40호, 한국민사법학회, 2008, 3, 41~42면; 백경일, "프랑스민법전 개정시안과 독일개정민법의 비교고찰", 「유럽법학」 제4호, 2008, 131, 135, 142면.

이루어진 특별한 약속(Specific Promise-약속적 금반언) 등이 해당한다. 영미법은 이러한 개별적 해결 이외에 일반적 의무로서 신의성실과 공정거래의 의무(general obligation of good faith & fair dealing)를 계약교섭단계에 인정하는데 신중한 태도를 유지하고 있으며, 그 이유는 다음과 같다.¹⁹⁾

첫째, 계약교섭을 사행적인 것으로 보는 영미법의 입장에서는 단체협상을 제외한 통상적인 계약의 교섭에 있어서 당사자들이 자유를 가질 수 있는 영역을 제공하는 데 관심을 갖지만, 특정한 교섭의 결과는 관심사가 아니다. 둘째, 계약교섭 과정에서 구체적으로 어느 시점에 그러한 의무가 발생하는지 결정하는 것이 어렵기 때문에 신의성실이라는 일반적 의무의 인정은 결과적으로 불확실성을 만들어 낸다. 셋째, 이러한 일반적인 의무를 부과하면 계약교섭이 성공할 가능성이 빈약한 경우 당사자들로 하여금 교섭에 들어가는 것을 망설이게 하며 바람직하지 못한 위축효과를 수반하며, 또한 당사자들로 하여금 비록 성급한 결론이라 할지라도 교섭을 빨리 끝내 버리게 하는 가속효과를 가져온다. 그러나 영미의 경우 우선 거래거절이 자유롭지 않은 경제활동영역이 존재한다. 즉 공적편의시설사업의 경우에는 서비스를 요청하는 모든 사람들에게 차별 없이 봉사할 의무가 있기 때문에 이에 위반하여 계약체결을 거부하면 불법행위책임이 성립한다.

미국에서는 정보제공에 관한 법률로는 금융, 신용, 품질보증에 관한 연방법에 의하여 규율되며, common law²⁰⁾상의 사기와 과실부실표시, 비양심성,²¹⁾ 신인의무이론에 의하고 그 밖에 불공정한 거래방법, 허위광고에 의한 연방법이 있고, 이 법률들에 있어서는 정보제공의무위반의 효과로 계약의 해제 및 손해배상청구권을 인정하고 있다.²²⁾ 또한 불법행위법 제2차 리스트이트먼트에

19) Farnsworth, "Comparative Contract law" in Reimann & Zimmermann(ed). The Oxford Handbook of comparative Law, 2006, p.205.

20) Hugh Collins, The Law of Contract, Butterworths, 1997, p.313.

21) 비양심성의 개념은 common law와 equity 양자에 뿌리를 두고 있지만, 우선적으로 equity law에서 발전되었다. 특히 비양심성이론의 적용은 mortgage, trusts, 손해배상(penalty)에서 많이 적용되었다(John D., Calamari · Joseph M. Penillo, The Law of Contracts, West Group, §9.38, p.366.

22) 이에 대하여 자세히는, 송오식, 전제논문, 96면.

서 원칙적으로 사기적 부실표시의 경우에 손해배상책임을 인정하고 있고(불법행위법 제525조), 예외적인 경우에만 과실의 부실표시(동 제552조), 선의 또는 무과실의 부실표시의 경우에도 손해배상책임을 인정하고 있다.

영국의 경우에는 부실표시를 원인으로 손해배상과 관련하여 사기를 원인으로 하는 손해배상, Common Law상 과실을 원인으로 한 손해배상, 1967년의 부실표시법(Misrepresentation Act)에 의한 손해배상, 계약위반을 이유로 한 손해배상, 취소에 갈음하는 손해배상 등이 각기 일정한 요건 하에 인정된다.

영미법상 논의되고 있는 부실표시의 유형으로는 ① 사기적 부실표시, ② 과실적 부실표시, ③ 선의의 부실표시를 들 수 있으며, Common Law 전통에 따를 때, 표시자가 의도적으로 진실이 아닌 사실을 표시한 경우나 표시자 자신이 그 표시내용을 믿고 있지 않은 경우에, 불법행위의 한 유형인 부실표시의 책임이 발생한다(사기적 부실표시). 단순한 과실로 인한 부실표시에 있어서는 부실표시에 기한 소송이 인정되지 않았다.

III. 정보제공의무의 인정근거와 체계적 지위

1. 이론적 근거

정보제공의무를 정당화하는 이론적 근거로서 사회적 약자보호를 위한 사회국가원리와 그 구체화로서 소비자보호의 원리, 사업가 또는 전문가의 사회적 역할의 인수와 그에 대한 사회적 역할기대에 따른 직업책임, 거래에 소요되는 정보비용의 최소화를 위한 최소비용회피자 이론으로 대표되는 법경제학적 분석 등이 제시되고 있다.²³⁾

이하에서는 신의성실의 원칙을 매개로 한 근대적 계약이론의 수정 내지 계약책임의 확대에 관한 이론 중 대표적인 이론을 간단히 살펴보려 한다.²⁴⁾

23) 법경제학적 관점에서 정보의 비대칭과 협상력의 불균형 현상을 심층적으로 조명하고 조명 자체를 세분하여 설명하고 있는 국내문헌으로는, 가정준, "정보의 비대칭과 협상력의 불균형 완화를 위한 연구", 「외법논집」 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008, 8, 375~411면.

(1) 관계적 계약론

최근 일본의 内田貴교수가 새롭게 주장하는 관계적 계약론은 당사자의 의사를 중시하는 근대법 내지 고전적 계약 패러다임의 한계를 지적하고, 그 상대화를 시도하는 이론이다.²⁵⁾ 그 유형은 여섯 가지로 분류되는데, ①계약체결 교섭의 부당파기에 대한 손해배상책임을 인정하는 것, ②계약체결 시에 설명의무나 조건의무를 과하는 것, ③계약조건의 개정을 위한 재교섭의무를 과하는 것, ④계약관계에 들어간 상대방의 손해발생이나 확대를 방지하기 위해 일정한 작위의무를 과하는 것, ⑤일정한 계약관계에서 계속성의 원리(계약의 갱신거절이나 해지·해제 시, 계약의 계속을 존중하고, 정당한 이유 없이는 계약의 해소를 인정하지 않으려는 생각)을 승인하는 것, ⑥보수나 빌린 돈의 반환 등, 즉 금전의 지급이 문제되는 경우에, 이를 감액함으로써 당사자의 이해를 조정하는 중간적 해결을 주는 것 등이다.²⁶⁾

内田貴교수는 실정법화된 내재적 규범을 파악하기 위한 새로운 계약관으로 맥닐에 의해 창시된 관계적계약론을 원용하고 있는데, 관계적계약론은 현대화와 단발성이 특징인 근대적 계약상과는 대조적으로 계약조건은 계약관계의 진행과 더불어 형성되고 수정되며, 당사자는 계약적 연대를 유지하기 위해 당해 계약이 놓여있는 사회관계에서 요구되는 갖가지 의무를 진다. 새롭게 등장하고 있는 계약규범은 이 같은 계약모델을 상정함으로써 비로소 원칙에 대한 단순한 예외가 아니라, 일정한 질서를 갖는 계약규범으로서 이해할 수 있게 된다.²⁷⁾ 예컨대, 관계적 계약이론은 계약관계의 배후에 있는 사회관계를 중시하여 그 사회관계 속에 있는 규범에 법적인 근거를 부여하는 것이다.

(2) 교섭촉진규범론

24) 일본에서 최근 현대적 계약관의 등장과 고전적 계약관에 입각한 반론에 대한 개략적 소개를 한 국내문헌으로는, 정종휴, "계약의 구속력의 근거-일본에서의 논의를 중심으로", 「민사법학」 제37호, 한국민사법학회, 2007. 6. 421면 이하.

25) 内田貴, 「契約の時代」, 岩波書店, 2000. 43面.

26) 内田貴, 上掲書, 74~78面.

27) 内田貴, 上掲書, 31面.

일본의 山本顯治교수는 근대계약법의 사적자치의 위태에 대처하려면 근대적 계약법의 기초원리인 '자기결정의 원리', 즉 사적자치에 현대적 의미를 부여해야 한다고 주장한다. 이어서, 그는 "그렇게 하려면 자기결정의 원리를 '법률효과형성의사'로부터 해방하여 타자와의 관계 속에서 스스로의 삶을 스스로의 의사에 의해 형성할 것을 승인하는 원리로 이해해야 한다. 계약을 둘러싼 분쟁해결에서 양당사자의 주체성·자율성 존중을 말하려면 자기결정의 원리는 어떻게 작용해야 하는가? 우선 소송이라는 한정된 법적 공간이 아니라 소송의 전 과정을 통해 계속적으로 행해지는 당사자 간의 교섭관계도 시야에 넣을 필요가 있다. 사적자치라는 것도 통상 이해되는 근대적인 주체성의 자기결정을 넘는 것으로 이해해야 한다. 그리하여 그곳에서의 양당사자의 콘센서스의 형성과정을 존중하여, 그것이 적절히 기능하게 하는 법적인 틀을 허용해야 한다"고 주장하고 있다.²⁸⁾

또한, 그는 "계약교섭관계에서 양당사자는 기존의 각종규범에 입각하면서 동시에 당해관계에 특유한 계약규범을 자율적으로 형성한다. 계약교섭관계 속에서 각 당사자는 계약의무를 구사하여 스스로 규범적 주장을 뒷받침 하고 각각의 주장을 펴면서 서로 조정을 꾀한다. 계약의무를 계약체결 시에 그 내용이 확정되는 것이 아니라, 계속적인 교섭 속에서 늘 개변되고 창설되어 가는 것이며, 이처럼 계약의무는 당사자 간의 토의의 주제가 됨으로써 그 정당성을 획득한다. 그리고 계약교섭관계에서의 이상적 대화상황을 가장 가깝게 실현시키기 위해, 양당사자의 교섭주체로서의 절차적 평등성을 보장하는 계약의무가 존재한다"고 설명하고 있다.²⁹⁾

2. 실질적 근거

정보제공의무의 실질적 근거는 계약당사자간의 정보의 불균형 내지 정보의

28) 山本顯治, "再交渉義務論について—交渉理論と契約法理論の交着1", 「法政研究」第63卷 第1號, 1996, 2~13面.

29) 山本顯治, "契約交渉關係の法的構造についての一考察—私的自治の再生に向(1)", 「民商法雜誌」第100卷 第2號, 1989, 46面.

비대칭성에서 구할 수 있다. 현대 계약의 특징으로서 나타나는 것이 경제적 강자 대 약자, 전문가 대 비전문가, 생산자 및 판매자 대 소비자라는 계약당사자간의 사회적·경제적 지위의 불균형과 통신판매·방문판매·할부판매·리스계약·팩토링 등 복잡한 계약유형이 등장이다.³⁰⁾ 이러한 상황으로부터 계약의 내용이나 효력에 대한 정보제공의무의 필요성이 대두하게 될 것이다. 즉, 사업자와 소비자 사이의 정보력의 격차 및 소비자는 사업자의 정보제공을 신뢰하면서 계약을 체결하는 점, 그리고 그 신뢰는 보호가치가 있다는 점에서 모든 경우에 있어서 각 당사자가 자기의 책임으로 계약체결에 관한 정보를 수집하여야 한다는 법리는 타당하지 않다. 오히려 사업자인 당사자는 소비자인 상대방에 대하여 계약체결의 의사를 좌우할 만한 사실에 관하여 정보제공의무를 부담하고, 그 의무위반에 대해서는 고의뿐만 아니라 과실에 의한 경우에도 위법하다고 평가되어야 한다. 다만 일방당사자를 사업자로 하는 계약인가 여부에 따라 계약체결과정에서 정보취득에 관한 책임분배의 원칙은 다르게 되지만, 아울러 계약체결의 태양도 각각의 경우에 당사자에게 과해지는 정보제공의무의 내용과 그 정도에 영향을 줄 수 있다.

예컨대, 약관에 의한 거래에서는 약관작성자와 그 상대방 사이에 약관조항에 관한 정보량에는 상당한 차이가 있고, 그러한 격차는 약관작성자에 의해 초래된 것이므로 약관작성자는 당사자 간의 정보에 있어서의 평등을 회복해야 하고 고도의 정보제공의무를 부담하여야 한다. 또한 계약의 실현이 상대방의 생명·신체·재산 등에 손해를 입힐 가능성이 있는 때에는, 그 위험성 및 정도에 관한 정보는 계약체결의 의사형성을 좌우할 뿐만 아니라 보호되어야 할 이익도 중대하므로 적극적으로 상대방에게 정보를 제공해야 한다.

3. 실정법적 근거 및 체계적 지위

(1) 특별법에 의한 규율

30) 가정준, 전제논문, 379~380면.

우리민법에서는 직접적으로는 정보량의 격차가 있는 계약당사자들 간에 열위에 있는 일방당사자를 배려하는 규정은 두고 있지 않다.³¹⁾ 대등한 당사자들 간의 합의에 의한 계약을 상정하고 있는 민법에서는 계약당사자 간의 정보제공의무를 적극적으로 인정하고 있지 않은 것이다. 계약체결상의 고지의무나 설명의무와 관련하여 당사자들은 계약의 성립과 실현에 관하여 중요한 의미를 가지는 사실을 상대방에게 알려야 할 의무를 부담하지만, 이와 같은 고지·설명 의무는 계약체결과 연관될 수 있는 위험이나 결과를 알려주어야 하는 의미는 아니라고 보고 있다.³²⁾ 정보제공의무는 사업자와 소비자 간의 소비자계약과 전문가와 비전문가 사이의 계약에서 그 의의를 갖는다고 할 수 있고, 소비자계약을 규율하는 특별법에서 규율해야 하는 것으로 이해되어 왔다.

이러한 특별법에는 약관의 규제에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 전자상거래 등 소비자보호에 관한 법률, 공인중개사의 업무 및 부동산의 신고거래에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 여신전문금융업법, 보험업법 등이 있다. 예컨대, 약관의 규제에 관한 법률 제3조는 계약체결 시 고객에 대한 약관의 명시·설명 의무를 부과하는 규정을 두고 있고, 방문판매 등에 관한 법률 제8조 및 제33조는 방문판매 및 다단계판매에 있어서 계약체결시의 계약내용에 관한 서면을 교부할 의무를 규정하고 있다. 할부거래에 관한 법률 제3조 및 제4조에서는 할부계약의 내용을 이해할 수 있도록 하기 위해 할부거래를 표시하고, 서면으로 계약을 체결하도록 하고 있다. 전자상거래 등 소비자보호에 관한 법률 제10조 및 제13조에서는 전자상거래와 통신판매의 계약체결 전후에 사이버몰 운영자의 광범위한 정보제공의무를 규정하고 있다.³³⁾ 또한 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 제25조는 중개대상물에 관한 설명에 대하여, 중개대상물에 관한 사항을 확인하여 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실·정확하게 설명하여야 한다고 규

31) 송오식, 전제논문, 99면. 일본소비자계약법에서는 설명의무에 관한 규정으로 제3조에 정보제공노력의무를 규정하고 있고, 제4조 2항에 불이익사실의 불고지에 대한 규정을 두고 있다.

32) 김형배, 채권각론, 신정판, 박영사, 2001, 128면; 송오식, 상계논문, 99면.

33) 전자상거래 등 소비자보호법상의 정보제공의무에 관하여는, 이병준, 전자상거래소비자보호법상의 정보제공의무와 명확성의 원칙, 「정보화정책」 제11권 제3호, 2004, 가을호, 30면 이하 참조.

정하고 있다. 그리고 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제7조는 프랜차이즈 계약 체결시에 정보공개서를 제공할 의무를 규정하고 있으며, 여신금융업법 제18조는 신용카드업자는 신용카드회원 등과 신용카드가맹점에게 거래조건을 알려야 할 의무를 규정하고 있고, 보험업법 제156조는 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약자 또는 피보험자에 대하여 사실과 다르게 알리거나 계약조항의 일부에 대하여 비교한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 하지 못한다고 규정하고 있다.

그러나 이러한 조항을 위반하더라도 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다는 약관의 명시·설명 의무에 관한 규정과 이른바 Cooling off로서의 철회권에 관한 규정 등을 두는 것을 제외하고 형사벌이 과해지거나 행정처분이 과해지는 경우는 있어도, 직접적으로 사법상의 효력을 발생하게 하는 것은 아니다. 또한 계약을 체결하는 경우에 서면의 교부의무, 중요사실에 대한 부실고지 내지 불고지의 금지 등을 포함하는 법률은 그 적용범위가 한정적이다. 따라서 당사자 간에 정보격차가 있는 경우에 그 격차를 시정하기 위한 각종의 특별법이 제정되었지만, 어느 것이나 그 적용범위가 한정적이어서 특별법에 정보제공의무에 관한 규정을 두더라도 거래유형에 따라서는 보호범위가 제한적이었다고 할 수 있다.

(2) 민법상 정보제공의무의 체계적 지위

앞에서 살펴본 마와 같이, 현행민법에 계약체결과정에서의 정보제공의무에 관한 명시적 규정은 존재하지 않는다. 그러나 계약교섭의 당사자에게 정보제공의무를 부과하는 이론적·실질적 근거가 계약관계의 형평성확보 또는 정보의 균형성이라는 측면에서 민법 제2조의 신의칙이 간접적인 법적근거로 설명될 수 있다.

신의칙은 계약관계를 성립·유지시키는 계약정의의 실현기능을 담당한다. 그에 따라 각종 계약의 해석기준 또는 불공정한 계약의 규제기능과 계약의 변경은 물론 계약관계에서의 의무창설도 가능하게 한다. 신의칙은 채권관계에 작용하여 급부의무를 확장시키는데 예컨대, 매매계약에 있어서 매도인은 목적

물의 소유권이전의무(1차적 급부의무)를 부담하는 이외에 목적물의 사용방법 및 위험요소를 알려 줄 의무를 신의칙에 의해 부담한다(2차적 급부의무).³⁴⁾

신의칙은 채권자와 채무자가 계약에서 합의되지 않은 것이라도 신의성실에 비추어 이행이 요구되는 행위를 할 의무를 창설한다. 계약에서 발생하는 의무는 합의에 의한 채무부담, 법률의 규정에 의한 채무부담, 신의칙에 의한 채무부담으로 나눌 수 있다. 예컨대, 기계를 팔면서 사용방법을 알려 줄 의무(사용설명 의무), 상품에 대한 위험사항을 경고해 줄 의무(경고의무), 상대방의 이익에 관한 사항을 알려 줄 의무(통지의무) 등은 신의칙에 의해 발생하는 의무이다. 이중에서 채무불이행에 의해 처리되는 채무에 포함되는 것도 있고, 불법행위책임에서 과실인정의 기초가 되는 것도 있으나, 어느 경우든 그 의무위반으로 발생한 손해에 대해 배상책임이 발생한다는 점에서는 공통된다.³⁵⁾ 계약체결과정에서의 정보제공의무의 민법상 근거가 신의칙이라면 그것이 계약상의 급부인가 급부의무 이외의 부수의무인가가 문제된다. 계약상 급부라면 그 체계적 지위에 관해 계약상 주된 급부인가 종된 급부인가 구별이 곤란한 경우가 발생할 수 있다. 특히 계약상 종된 급부인가 부수적 급부인가의 문제는 학설대립이 있는 것에서 알 수 있듯이 그 구별에 관한 명확한 기준을 찾기 어렵다.³⁶⁾

판례도 명확한 구별 없이 사안별로 구체적 판단을 하고 있는 실정이다. 판례는 임대차보증금반환 사건에서, “임차인의 임대인의 승낙을 받아 임대차보증금반환채권을 담보로 금전을 차용한 사안에서, 임대인이 금전을 대여하는 사람에게 다른 공동임차인의 존재, 차임 등의 연체 사실 등을 고지할 신의칙상의 의무가 있다”³⁷⁾고 하고 있으며, 손해배상책임 사건에서는, “사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적·환경을 정비하

34) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009, 84면.

35) 이은영, 상계서, 92~93면.

36) 이에 관한 문헌으로는, 윤형렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제14호, 한국민사법학회, 1994, 12; 김상용, “채무자의 보호의무위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」, 1994, 7; 임형택, “보호의무에 관한 연구”, 「재산법연구」, 하계학술발표자료집, 재산법학회, 2009.

37) 대판 2009.2.26. 2006다45688.

는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 부담함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다”고 하고,³⁸⁾ 또한 “보호의무위반을 이유로 사용자에게 손해배상책임을 인정하기 위하여는 특별한 사정이 없는 한 그 사고가 피용자의 업무와 관련성을 가지고 있을 뿐 아니라 또한 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측할 수 있는 경우라야 할 것이고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다.”³⁹⁾고 판시하고 있다. 다른 판례에서는, “당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한정하여 정보제공의무를 인정한다”고 판시함으로써⁴⁰⁾ 계약교섭 과정의 정보제공의무에 대한 성립 기준의 형성에서 반드시 고려되어야만 한다는 것을 강조하고 있다.

원래 정보제공의무는 보호이익을 기준으로 한 분류체계의 문제가 아니라, 채무자가 하여야 할 행위에 착안한 의무의 분류이므로 어떠한 이익이 침해되었는가 하는 것은 문제되지 않는다. 따라서 정보제공의무위반에 의하여 급부이익이 침해되는 경우도 있고 또한 현상이익 내지 완전성이익이 침해되는 경우도 있을 수 있다. 정보제공의무는 부수의무의 일부를 구성하는 동시에 보호의무의 일부를 구성하는 것이라고 생각할 수 있다.⁴¹⁾

N. 정보제공의무 위반의 효과

정보제공의무를 위반한 경우 어떠한 법적 책임을 물을 수 있는가를 일률적으로 말하는 것은 어렵다. 그러나 정보제공의무의 위반의 효과로서, 계약의 해소와 손해배상 등의 책임을 물을 수 있다고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 각 특

38) 대판 2005.5.16. 99다47129; 대판 1999.2.23. 97다12082.

39) 대판 2001.7.27. 99다56734.

40) 대판 2002.9.4. 200다54406, 54413; 대판 2006.11.23. 2004다62955.

41) 박정기, “계약채결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 『토지법학』 제18호, 한국토지법학회, 2002.12. 75면.

별법 상에서 이러한 계약의 해소나 하자담보책임, 손해배상, 과태료나 벌금 등에 대하여 규정하고 있는 경우에는 각각 그러한 특별법 상의 규정에 의하여 정보제공의무 위반의 책임을 물으면 될 것이지만, 우리 민법상의 규정에 의해서도 계약의 해소나 손해배상책임을 묻는 것이 가능하다. 예컨대, 계약의 해소에 대하여는 선량한 풍속 및 사회질서 위반(제103조), 불공정한 거래행위(제104조), 착오(제109조), 사기·강박(제110조), 채무불이행책임(제390조), 불법행위책임(제750조), 계약체결상의 과실(제535조), 특정물매매(제580조)와 종류물매매(제581조)의 하자담보책임을 법리에 의하여 그 책임을 물을 수 있고, 손해배상에 관하여는 앞의 하자담보책임을 법리와 채무불이행(제390조)와 불법행위책임(제750조, 제763조)의 법리에 의하여 그 책임을 묻는 것이 가능하다.⁴²⁾

여기에서 이들 법리의 적용범위에 대하여 일일이 설명하는 것은 어려우므로, 정보제공의무 위반의 효과를 계약의 해소와 손해배상으로 나누어, 개괄적으로 검토하고자 한다.

1. 계약의 해소

(1) 민법 제109조의 착오법리 적용

민법은 제109조 1항에서 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다”라고 규정하고 있다. 착오로 인한 의사표시를 취소하기 위해서는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 존재해야 하며, 또한 표의자에게 중대한 과실이 없어야 한다. 민법 제109조가 착오가 있는 경우에 의사흠결이 있다고 하여 그 의사표시가 항상 취소될 수 있는 것이 아니고 중요부분의 착오에 관한 것에 한하여 취소를 인정하고 있는 것은 표의자의 이익과 상대방 또는 거래의 안전을 조화시키려는 것으로 볼 수 있다. 이렇듯 착오로 인한 취소를 인정하기 위해서는 그 내용의 중요 부분인가의 여부와 표의자에

42) 자세한 최상호, “계약상 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 「채권법에서의 자유와 책임(김형배교수 화갑기념논문집)」, 1994 참조.

게 증대한 과실이 있는가의 여부가 결정적인 작용을 한다.⁴³⁾ 여기에서 증과실이란 일반인이 통상 기울이는 주의를 기울리했을 뿐만 아니라 그 기울리한 정도가 심각한 상태를 말한다. 증과실의 판단은 구체적인 사실관계에 있어서 통상인이 배풀어야 할 주의를 심하게 결한 것인가에 의하여 행하여야 하며, 표의자의 주의 능력을 표준으로 하는 것이 아니다. 즉 구체적인 과실이 아니고 추상적인 과실, 그리하여 추상적인 증과실이 문제 된다.⁴⁴⁾

정보제공의무와 착오와의 관계에서 중요한 것은 상대방이 착오자의 착오상태를 이용하는 불성실한 행동을 한 경우에 이것이 착오로 인한 의사표시의 성립에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제이다.⁴⁵⁾ 중요부분의 착오와 증과실 판단의 두 문제와 정보제공의무의 관계를 살펴보면, 착오자의 상대방에게 정보제공의무가 부과되어 있음에도 불구하고 그 위반이 있는 경우에는, 착오자에게 중요부분의 착오가 있다는 것을 용이하게 인정할 수 있다고 할 것이며, 또한 상대방이 정보제공의무를 지고 있으면 그것만으로 착오자의 착오가 허용되기 어려운 것이 아니라는 것이 증명된다고 할 수 있다. 아울러 상대방이 정보제공의무를 위반하면 표의자에게 증대한 과실이 있다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 하는 것이 타당하다. 이처럼 해석하는 것은 계약의 내용이나 목적물이 전문적이기 때문에 전문가에게 정보제공의무를 부과하는 것이며, 그렇게 함으로써 계약당사자간의 정보의 균형을 회복하는 것이 성실한 계약교섭의 전제가 되기 때문이다.⁴⁶⁾

요컨대, 계약체결과정에서의 정보제공의무를 고려한다면 민법 제109조 1항 단서의 '증대한 과실'에 대한 법리는 달리 해석되어야 할 것이다. 즉 계약당사자의 지식이나 정보량에 현저한 차이가 있는 거래에서는 표의자가 착오를 하

43) 대판 1996.7.2. 94다25964; 대판 1997.8.26. 97다6063; 대판 2005.5.12. 2000다12259.

44) 송덕수, 「민법강의 I」, 박영사, 2004. 169면. 판례는 신용보증기금이 보증대상기업의 실제 경영주가 신청명의인이 아니고 금융부실거래자로 규제되고 있는 자라는 사실을 알았더라면 위 신용보증을 체결하지 않았을 것이 분명하고, 신용보증기금은 위 기업의 경영주가 금융기관대출에 있어서 신용 있는 자로 착각하고 위 신용보증을 하게 된 것으로서 이는 법률행위의 중요 부분에 착오가 있는 경우에 해당한다고 한다(대판 2005.5.12. 2005다6228).

45) 송오식, 전제논문, 113면.

46) 최상호, 전제논문, 183면.

지 않도록 하기 위해서 그 상대방은 설명의무 내지 정보제공의무가 부과되고 할 때 표의자의 증과실에 대한 평가는 한층 완화될 것이다. 물론 상대방이 표의자의 착오를 알고 있는 악의인 경우에는 이미 그 상대방은 보호할 가치가 없는 것으로서 표의자의 증과실은 문제가 되지 않겠지만, 이와 같은 악의의 침묵뿐만 아니라, 계약교섭단계에서 적극적으로 일정한 정보나 지식을 알려야 한다는 계약체결전의 정보제공의무의 이행 여부도 더불어 평가되어야 한다. 또한, '표의자의 증대한 과실'을 평가함에 있어서는 그 상대방의 직업, 또는 행위태양 등을 고려하여 계약체결과정에서 정보제공의무를 충실히 이행하였는지 여부도 함께 검토되어야 한다. 다만, 전자상거래와 같이 온라인상에서 전자문서에 의하여 정형적으로 거래가 이루어지는 경우에는 표시된 대로 법률효과를 인정할 필요성 때문에 착오법리를 적용할 가능성이 줄어든다고 해야 한다.⁴⁷⁾

(2) 민법 제110조의 사기법리 적용

민법 제110조 제1항은 “사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다”고 규정하고 있다. 정보제공의무와 관련하여서는 적극적인 기망행위에 의한 사기의 경우는 별 문제가 되지 않는다. 즉 적극적인 기망행위가 있는 경우에는 그것이 민법 제110조의 사기에 해당한다는 사실을 쉽게 인정할 수 있기 때문에, 굳이 정보제공의무의 개념을 도입하여야 할 필요가 없다고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 그러나 현대의 계약은 그 내용의 복잡성·전문성 등으로 인하여 비전문가인 일반소비자들은 계약에 관한 정보의 부족으로 상당히 불리한 입장에 놓이게 되므로, 요구되는 정보에 대한 정보제공의무의 불이행은 사기에 의한 의사표시에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 즉 계약 상대방에 대한 적극적인 잘못된 정보의 제공 뿐만 아니라 계약 상대방이 그 내용을 알았다면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사실을 그 상대방에게 숨기는 침묵에 대하여는 사기를 인정하는 방향으로 사기법리를 확장하여야 할 것이다. 침묵은 고지의무의 위반 등 일정한 상황이 갖추어 졌을 때 사기로 된다. 어떤 상황을 고지할 법적

47) 동지 : 송오식, 전제논문, 114면.

48) 최상호, 전제논문, 177면.

의무가 있음에도 불구하고 고지하지 않음으로써 표의자에게 잘못된 판단을 야기하는 경우에 한해서 침묵이 기망행위가 된다. 고지의무의 대상은 법령의 규정뿐만 아니라 계약상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다. 법적 고지의무가 없더라도 일정한 사항을 고지할 것을 요구받고도 침묵을 지키는 것은 기망행위에 해당한다. 하지만 모든 경우의 침묵이 사기가 된다고 할 수 없으며, 일정한 범위로 제한되어야 하는 바 정보제공의무의 성립여부에 대한 이론적인 근거가 마련되어야 한다.

소비자계약에서는 정보력에서 우월한 사업자로서는 신의칙상 정보제공의무를 부담하며 이 의무의 위반은 사기에 해당한다고 보아야 한다.⁴⁹⁾ 전문가인 매도인과 비전문가인 매수인 사이의 관계에 있어서, 매수인이 목적물을 스스로 조사하는 것이 현실적으로 보아서 주관적이든 객관적이든 불가능한 경우가 많으며, 또한 매수인이 전문가인 매도인의 직업상 자질로 말미암아 그를 신뢰하는 경우가 많기 때문에 매도인에게 신의칙상 정보제공의무를 인정하고 이 의무의 위반은 사기에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이때에는 통설의 해석과 달리 전문가에게 상대방을 착오에 빠뜨리게 한다는 고의가 있는가의 여부는 문제되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾ 판례도, “상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당 한다”고 하고 있다.⁵¹⁾

상대방의 착오에 편승한 소극적 행위도 경고의무위반 등 일정한 요건 아래 사기에 해당하게 된다. 보통 사업자는 제품에 대해 정확한 정보를 갖고 있고 그 정보를 진실하게 소비자에게 전달해야 할 의무를 진다. 소비자의 비전문성을 악용해서 부당한 거래행위를 하는 사업자는 사기를 한 것으로 볼 수 있다.

(3) 제580조·제581조의 하자담보책임 법리 적용

49) 송오식, 전계논문, 112면.

50) 최상호, 전계논문, 178면.

51) 대판 2009.4.23. 2009다1313.

계약체결과정에서 정보제공의무가 계약의 목적인 물건의 성질에 관련된 경우, 정보제공의무위반을 이유로 민법 제580조(특정물매매)와 581조(종류물매매)에 규정되어 있는 물건의 성질에 대한 하자담보책임의 문제가 발생한다. 목적물의 하자에 관한 설명 내지 정보가 문제되는 경우 매도인이 무과실의 경우에도 피해자는 하자담보책임을 물을 수 있다.⁵²⁾ 매수인이 하자에 대하여 선의이고 무과실인 경우에는 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 담보책임으로서 계약해제권을 가지게 되며, 그 밖의 경우에는 손해배상청구권의 행사만이 가능하다.

(4) 정보제공의무 자체의 계약해제권 인정여부

정보제공의무 위반의 경우에 정보제공의무위반 자체의 효과로서 계약해제권을 인정할 수 있는가에 대하여는 정보제공의무를 어떻게 볼 것인가에 따라서 달라질 수 있다. 즉 정보제공의무를 계약상의 급부의무나 급부의무에 영향을 주는 것으로 평가되는 경우에는 계약해제권이 발생한다고 보는데 반하여, 정보제공의무를 부수의무로 보는 경우에는 계약해제권은 발생되지 않는다고 보게 된다. 우리나라의 학설은 대체로 계약체결단계에서의 정보제공의무 위반에 의하여 당사자의 신뢰관계가 파괴되어 계약관계의 지속을 더 이상 당사자에게 기대할 수 없다고 판단되는 경우에는 계약을 해제할 수 있다고 해석하고, 그렇지 않은 경우에는 해제권이 인정되지 않는다고 하고 있다.⁵³⁾

2. 손해배상

소비자계약과 같이 정보량의 격차가 있을 때 인정되는 정보제공의무의 위반에 대하여는 사업자에게 손해배상책임이 인정된다. 이 경우 계약책임(제390조)으로 이튼구성하든 불법행위책임(제750조)으로 이튼구성하든 손해배상책임

52) 박인환, "계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로 하여)", 서울대학교, 박사학위논문, 2004, 256면 이하.

53) 박정기, 전계논문, 78면; 송오식, 전계논문, 114면.

을 인정하는데 문제가 없다.⁵⁴⁾ 다만, 어느 쪽으로 이론구성 하는가에 따라서 입증책임이 달라진다. 즉 계약책임으로 이론구성 하는 경우에는 정보제공의무의 존재와 정보제공의무 위반사실에 대한 입증책임은 소비자에게 있으며, 사업자와 전문가측은 그에 대한 과실이 없음을 입증해야 하며, 불법행위책임으로 이론구성 하는 경우에는 소비자측이 과실에 의한 정보제공의무 위반사실, 법익의 침해, 정보제공의무위반과 손해발생 사이의 인과관계, 손해의 발생 등을 입증해야 한다.

손해배상의 범위는 계약체결에서 결정의 자유 보호를 목적으로 하는 정보제공의무를 위반한 위법행위로 인하여 발생하는 손해로서 정보제공의무위반과 상당한 인과관계 있는 손해이다. 그러나 정보제공의무 위반으로 인한 상당인과관계 있는 손해가 언제나 계약체결 자체의 불이익을 제거하는 것에 그치는 것은 아니다. 상대방의 의무위반행위가 없었더라면 부담하였을 가정적 반대급부의 차이가 상당인과관계 있는 손해로 배상되어야 한다.⁵⁵⁾ 판례는 정보제공의무 위반에 따른 손해배상을 다룬 사안에서, “불법행위로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 그 구체적인 손해액을 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반정황 등의 관련된 모든 간접사실 등을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다”고 판시하고 있다.⁵⁶⁾

손해배상은 일차적으로 실질적 결과에 있어서 원상회복을 목표로 하는 금전손해배상이 인정될 것이지만, 입증여하에 따라서는 통상손해 뿐만 아니라 특별손해의 배상도 가능할 것이다. 그리고 정보제공의무위반으로 인한 확대손해에 대하여는 정보제공의무가 물건의 정상 내지 성질과 관련하여 하자담

54) 판례는 금융거래와 관련한 계약체결단계에서 사업자는 정보제공의무 또는 설명의무를 부담하게 되며, 이를 위반한 경우에 사업자는 고객에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 진다고 하고 있다(대판 2006.5.11. 2003다51057).

55) 송오식, 전계논문, 115면.

56) 대판 2009.8.20. 2008다19355.

보책임으로 묻거나, 정보제공의무가 계약의 중요한 요소로서 확대손해와 인과관계가 있음이 인정되는 경우에는 확대손해에 따른 배상책임을 인정할 수 있다.⁵⁷⁾

생각건대, 정보제공의무위반의 효과로서 사업자가 소비자에 대하여 손해배상책임을 부담하는 논거에 대하여는 보다 일반화·체계화해야 할 것이다. 예컨대 정보제공의무 위반의 효과에 대하여 민법 제109조나 제110조의 제2항으로 규정하거나 민법 제535조의 2로서 정보제공의무 및 그 위반에 따른 손해배상책임을 신설하거나 우리 민법 제750조의 불법행위의 내용에 있어서 제2항을 신설 규정하는 등 징벌적 손해배상제도를 도입하는 방안을 생각해 볼 필요가 있다.⁵⁸⁾

Ⅵ. 결 론

국제화시대에서 보편성을 특징으로 하는 계약법영역에서 세계 각국은 일치된 국제규범을 마련하였거나 입법화를 시도하고 있으며, 계약체결과정에서의 정보제공의무에 대해서도 예외가 아니다. 그러나 우리나라의 경우 이에 대하여 법률상 일반규정이 없고, 특별법에서 개별적으로 몇 개의 조문을 두거나 판례가 신의칙상 주의의무에 기하여 일정한 설명의무·통지의무 등을 인정하고 있는 정도에 그치고 있다. 이와 같은 상황 하에서, 본고에서는 정보제공의무에 관한 외국의 상황을 살펴본 후, 우리나라의 정보제공의무의 인정근거와 그 체계적 지위에 대하여 살펴보았다.

민법상의 전통적인 계약유형에서는 쌍방의 정보력이나 정보의 양이 비교적 평등할 것이라는 것을 전제로 하므로 일방당사자가 다른 당사자에 대한 보편적인 정보제공의무는 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그러나 계약의 일방 당사자인 사업자가 상대방(비전문가인 소비자)의 지식이나 정보량이 부족한 것

57) 송오식, 전제논문, 116면.

58) 징벌적 손해배상제도의 도입에 대하여는, 김상찬·이충은, “징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰”, 『법학연구』 제35집, 한국법학회, 2009.8. 163면 이하 참조.

을 이용하여 상대방에게 현저하게 불리한 계약을 체결하는 소비자계약의 경우에는, 비전문가인 그 상대방을 부당한 계약으로부터 보호하기 위하여 정보제공의무가 요구된다.

우리나라 소비자기본법은 사업자에게 소비자에 대하여 정보제공의무를 부과하고 있고, 소비자계약에 관한 일련의 특별법들, 즉 약관의 규제에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 공인중개사의 업무 및 부동산의 거래신고에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 등에서는 개별적으로 정보제공의무 내지 설명의무를 부과하고 있지만, 이렇게 개별 특별법에 개별적으로 규정하는 것만으로는 피해자 구제에 큰 도움이 되지 못한다.

그래서 우리나라의 경우에도 민법 제109조의 착오법리나 제110조의 사기법리를 확대적용하여 정보제공의무위반에 대한 책임을 물으려고 하고 있다. 그러나 실제로 민법 제109조나 제110조에 의거하여 소비자 거래계약이 취소된 예가 거의 없어 소비자보호의 관념이 제대로 반영되지 않고 있으므로, 프랜차이즈계약에서처럼 정보제공자에게 서면으로 구체적 명시를 하도록 하고 이를 위반할 경우 계약을 해소할 수 있도록 하는 등 보다 구체화된 정보제공의무를 규정할 필요가 있다. 아울러, 정보제공의무위반의 효과로서 사업자가 소비자에 대하여 손해배상책임을 부담하고 소비자는 사업자에 대하여 계약을 취소·해제할 수 있다는 논거를 보다 일반화·체계화해야 할 것이다. 이에 관한 입법론에 관해서는 향후의 과제로 남겨둔다.

참고문헌

[국내문헌]

- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
 김형배의 5인 공저, 「독일채권법의 현대화」, 2002.
 송덕수, 「민법강의 I」, 박영사, 2004.
 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009.

- 가정준, “정보의 비대칭과 협상력의 불균형 완화를 위한 연구”, 「외법논집」 제 31집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.
- 김상용, “채무자의 보호의무 위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」, 1994.
- 김상중, “계약체결 이전 단계의 정보제공의무”(외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로), 「고려법학」 제56호, 고려대학교법학연구원, 2010.
- 김상찬·이충은, “징벌적 손해배상제도의 도입을 위한 비교법적 고찰”, 「법학연구」제35집, 한국법학회, 2009. 8.
- 남효순, “프랑스민법전의 채권(제3권 제3편) 및 시효의 개정시안”, 「민사법학」 제40호, 한국민사법학회, 2008.
- 박인환, “독일민법상 정보제공의무 위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005.
- _____, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무(독일에서의 논의를 계기로 하여)”, 서울대학교 박사학위논문, 2004.
- 박정기, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구”, 「토지법학」 제 18호, 한국토지법학회, 2002. 12.
- 백경일, “프랑스민법전 개정시안과 독일개정민법의 비교고찰”, 「유럽법학」 제4호, 2008.
- 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 「법학논총」 제29집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2009.
- 양창수, “계약체결상의 과실”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998.
- 윤형렬, “채권법상 부수의무의 체계적 지위”, 「민사법학」 제14호, 한국민사법학회, 1994.
- 이병준, “전자상거래소비자보호법상의 정보제공의무와 명확성의 원칙”, 「정보화정책」 제11권 제3호, 2004. 가을호.
- 이점인, “징벌적 배상제 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- 임형택, “보호의무에 관한 연구”, 「재산법연구」 하계학술발표자료집, 한국재산법학회, 2009.
- 정종휴, “계약의 구속력의 근거-일본에서의 논의를 중심으로”, 「민사법학」 제

37호, 한국민사법학회, 2007.

최상호, “계약상 정보제공의무에 관한 연구-사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 『채권법에서의 자유와 책임-김형배교수 화갑기념논문집』, 1994.

[외국문헌]

宮下修一, 『消費者保護と私法理論』, 信山社, 2006.

內田貴, 『契約の時代』, 岩波書店, 2000.

大村敦志, “消費者・消費者契約の特性”, 『消費者・家族と法(生活民法研究Ⅱ)』, 東京大學出版會, 1999.

山本顯治, “契約交渉關係の法的構造についての一考察-私的自治の再生に向(1)”, 『民商法雜誌』, 第100卷 第2號, 1989.

_____, “再交渉義務論について一交渉理論と契約法理論の交着(1)”, 『法政研究』 第63卷 第1號, 1996.

野星英一, “私法にける人間-民法財産法を中心として”, 『民法論集』 第6卷, 有斐閣, 1986.

竹内昭夫, “消費者保護”, 竹内昭夫ほか, 『現代の經濟構造と法(現代法學全集52)』, 筑摩書房, 1975.

後藤卷則, 『消費者契約の法理論』, 成文堂, 2002.

_____, “情報提供義務”, 『民法の争點(ジュリスト増刊)』, 有斐閣, 2007.9.

Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs-und Vertragsrecht, 2008.

Farnsworth, “Comparative Contract law” in Reimann & Zimmermann(ed). The Oxford Hnndbook of Comparative Law, 2006.

Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001.

HugCollins, The Law of Contract, Butterworths, 1997.

[Abstract]

**The study of execution of a contract obligation to provide
information**

Kim, Sang-Chan

Professor, Jeju National University Law School

Jung, Young-Jin

Ph. D. Course, Dept of Law, Jeju National University

About the explicit rules has no regulations the execution of a contract obligation to provide information in the Civil Code in Korea. However, the Depending on the specific circumstances of the precedent and dogma faith regulation limited by resolution and, Civil Code Article 104 unfair legal practices, error cancellation, or Article 110 Article 109 Article fraud by clear and it can solve. But specifically, in some cases, the parties to the contract negotiations phase information is required to recognize its responsibility for breach of what the nature and content of the provisions on representation, and only if there is any relationship is unclear. Also in today's information society, information technology or knowledge simply is more than a superior position. Information even in the contractual relationship between the parties the contract worth a stay in an important position at the same time to determine the validity of contracts that may in fact be the case.

Imbalance or asymmetry of information in real conditions, with skills and knowledge of the agreement between experts and amateurs in many cases, produce unfair results the structural unfairness. Of the contract by either party more than the other party due to information gaps, if unfavorable contracts has increased, the point these unjust and unreasonable contract to protect the parties from the study of legal reasoning is an important challenge.

This paper are summarized provides information on the contract process to resolve issues related to duty on this look at the trends of foreign law, duty to provide information based on there cognition and systematic status, and duty to provide information and civilly, with a focus on the relationship between regulation, duty to provide information on the status of systematic analysis.

Key Words : contract, obligations to provide information, error, fraud, damages, describe obligations, consumer contracts, contractual liability negligence.

