「국제법무」 제4집 제2호, 2012. 11. 30.
제주대학교 법과정책연구소

프랑스 민법에서의 유치권제도에 관한 소고

A Study on the Lien System in the French Civil Code

정 두 진*
Jung, Doo-Jin

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 프랑스 민법에서의 유치권의 법적 성질
Ⅲ. 유치권의 대항력 문제에 관한 학설·판례 검토
Ⅳ. 결론

국문초록

현재의 유치권은 그 기원을 로마법의 악의의 항변에서 유래하는데, 이러한 로마법상의 악의의 항변 또는 인도거절권은 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법, 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다. 이글에서는 유치권제도에 관한한 로마법적인 전통에 가장 가깝다고 할 수 있는 프랑스의 유치권 규정과 성질 그리고 학설의 전개과정을 고찰하기로 한다. 이를 통하여 우리민법상 유치권은 이와 어떻게 다른지를 검토하였다.

프랑스의 경우, 민법이 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 학설 및 판례는 동시이행의 항변권으로 보는 경우와 유치권이 배상청구권의 발생과 물건의 유

논문접수일 : 2012.09.30
심사완료일 : 2012.10.25
게재확정일 : 2012.10.30
* 법학박사·제주대학교 법학부 시간강사

치와의 긴밀한 관계를 근거로 한 경우가 나뉘어져서 전자는 동시이행의 항변권, 후자는 유치권에 의해 포섭되고 있다. 유치권은 추급권 및 우선변제권을 인정하지 않고 있어 선취특권은 아니지만 지극히 유리한 조건을 부여받는 것으로 되어 선취특권과 유사한 권능이 있는 것으로 파악되기도 한다. 따라서 프랑스의 유치권은 물권으로서의 독립성을 가진 유치권과 채권으로서 동시이행의 항변권을 규정하고 있는 우리나라 민법과는 엄연한 차이를 가지고 있으며, 오히려 동시이행의 항변권과 법적 견련을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

주제어 : 물권적 유치권, 채권적 급부거절권, 동시이행항변권, 견련관계, 유치권의 대항력

Ⅰ. 서론

현재의 유치권은 그 기원을 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)에서 유래하는데, 악의의 항변은 일반적 악의의 항변(exceptio doli praesentis)과 특수한 악의의 항변(exceptio doli praeteriti)으로 나누어진다.[1] 우선 특수한 악의의 항변은 원고가 소의 원인이 되는 법률관계의 발생에 있어 악의로 행동하였다면 피고는 악의의 항변을 주장할 수 있는 것으로 사기에 대한 항변을 예로 들 수 있다[2], [3] 이에 반하여 일반적 악의의 항변은 법률행위가 적법하게 성립하였으나 그 이행청구가 부당하다고 판단될 경우, 법무관이 신의칙과 형평의 고려하여 피고에게 부여한 방어방법을 말한다[4]. 이렇듯, '악의의 항변권'은 인도거절권(rerentio)이지 담보물권적 성격은 지닌 것은 아니었다.[5] 로마법에서는

1) Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1987, S. 372.

2) Kaser, Römisches Recht, 1987, S. 158.

3) 특수한 악의의 항변을 제출할 때에는 형식적으로 「본건에 관하여 악의로 인하여 행해진 것이 아닌 경우에는(si in ea re nihil dolo malo AiAi factum sit)」이라는 문구를 사용하였다.

4) Webel, *Die Einrede des nichterfullten Vertrages des §320 Abs. I Satz I BGB. und das Zuruckbehaltungsrecht des §273 Abs. I BGB*(Univ. Breslau. 1933. S. 3.

5) 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2002. 518면.

인도거절권이 인정되는 경우에 대한 통일적 규정은 없었고, 선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 비용을 상환받을 때까지 물건을 유치할 수 있다는 식으로 개별적 규정을 두고 있었을 뿐이다.[6] 이러한 로마법상의 악의의 항변 또는 인도거절권은 근대법에서 각국은 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법[7] 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.[8] 독일 민법은 유치권을 통일적인 제도로 파악하여 조문화하는 데에는 성공하였고(독민 제273조, 제274조), 프랑스 민법은 로마법의 수준을 넘지 못하고 있고, 스위스 민법은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하고 있다(스위스민법 제895조, 제898조)[9] 우리 민법은 스위스 민법과 같이 유치권을 독립된 담보물권으로 구성하고 있으나, 여러 가지 점에서 물권 및 담보물권으로서는 예외적인 내용을 가진 존재라 할 수 있다.[10]

이하에서는 유치권제도에 관한한 로마법적인 전통에 가장 가깝다고 할 수 있는 프랑스의 유치권 규정과 성질 그리고 학설의 전개과정을 고찰하기로 한

6) 로마법에서는 선의의 점유자가 직접 비용상환을 청구할 수 없었기 때문에 유치는 상환을 위한 유일한 수단이었다고 하면서, 그 외에도 상속재산에 대하여 상속재산에 대한 필요비 또는 유익비를 지출한 선의의 점유자는 그 비용의 상환을 받을 때까지 그것을 유치할 수 있었고 (Paul.u.Gai.D.5.3. 38: 39), 처의 재산에 기한 소권에 기한 가자반환청구에 대하여 남편이 가자에 대하여 비용을 지출한 경우에도 유치권능이 인정되었다고 한다(양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계", 「법률학의 제문제(유기천박사고희기념논문집)」, 1988, 398면).

7) 프로이센일반란트법은 유치권에 관한 통일적인 규정을 최초로 둔 법으로 제1편 제20장 제536조 이하에서 '유치권에 관하여'라는 표제로 유치권을 규정하면서 유치권을 "타인 물건의 보유자가 자신의 반대채권이 만족될 때까지 그 물권을 소지할 수 있는 권능"이라고 정의하고(법 제536조), 유치권이 인정되는 채권은 물건 그 자체와 관련하여 성립한 것이거나, 점유자의 점유의 근거가 된 행위로부터 성립한 것이어야 한다고 규정하고 있다(법 제539조). 그러나 이 유치권은 물권적 권능을 갖는 것이 아니어서 점유의 인도를 청구할 수 있는 제3자에 대하여는 원칙적으로 유치권을 주장할 수 없었다(법 제546조)고 한다(양창수, 상게논문, 401면).

8) 황태효, "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성", 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2. 277면.

9) 박용석, "유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여", 「법학연구」, 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2. 221면.

10) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 702면.

다. 이를 통하여 오늘날의 유치권제도의 개념 정립과 그 범위의 해석은 어떻게 해야 하는지를 검토한다.

II. 프랑스 민법에서의 유치권의 법적 성질

1. 유치권의 규정과 성질

1804년 성립한 프랑스민법전은[11]은 유치권(droit de rétention)에 관하여 통일적인 규정을 두고 있지 않으며[12] 법전에서 유치권(droit de rétention)이라는 표현을 사용하고 있지 않으며, 또한 '유치(rétention)'에 관한 정의도 존재하지 않는다.[13] 이런 측면에서 프랑스 민법상의 유치권 제도를 가장 로마법적인 전통에 가깝다고 한다.[14] 다만 개별적인 경우에 채무의 변제를 받을 때까지 물건의 인도를 거절하는 점유자의 권리 및 그와 같은 권리의 존재를 추인시키는 단편적인 규정을 가지고 있었으나 상사유치권의 개념은 규정하지 않았다.[15] 즉 프랑스 유치권은 매매에 있어서 매수인이 대금을 지급하지 않는

11) 프랑스 민법전 제정 이전의 고법시대의 사적 발전에 대해서는 Brissaud, Manuel d'histoire dudroit priivé, 1908, p. 542 ets : Lepointe et Monier, Les obligstions en droit ramain et dans l'ancien droit francais, 1954, p. 247 et s : Cassin, infra, p. 34 et s. 로마법에 있어서 retentio에 관한 근래의 상세한 연구로서 Bürge, Retentio im romischen Sachen-und Obligationsrecht, 1979가 있다.

12) 이에 관하여 신국미, "유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계", 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004, 137면에서는 유치권에 관한 통일적 규정을 두지 않았던 이유로 Bobes는 Code Civil의 기초자가 실제적이고 추상적 이론을 구축하기 보다는 구체적인 해결을 발견하고자 한 것에 있다고 하였으며(Bobes Le cas d'application droit de rétention. 1913. p.67). Marty et Raynaud는 고법학자들이 이 제도에 대한 일반적 이론을 연구하지 않았다는 사정을 들고 있다(Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ. 3, 1971. p. 13, n° 17)고 한다.

13) 통일적인 규정을 두지 않았던 이유로서, Bobes는 Code Civil의 입법자가 실제적이고 추상적 이론을 구축하기 보다는 구체적인 해결을 발견하고자 한 것에 구하고 있다. (Bobes, Le casd' application 여 droit de rétention, 1913, p. 67). 또한 Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ, 3, 1971, p. 13, n° 17)

14) 프랑스 민법상의 유치권 제도에 관하여는 신국미, "유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 145~183면.

경우에는 매도인은 매수인에게 기한을 유예해 주지 않은 이상 목적물을 인도할 필요가 없다(제1612조)는 등으로 개별 법률조항[16]에서 급부거절권만을 인정하고 있다. 즉 학자들은 프랑스민법전상의 곳곳에 산재해 있는 이러한 물건점유자의 유치권능에 관한 규정을 다음과 같이 분류하였다. 첫째, 약정유치권으로서 동산질(제2082조)과 부동산질(제2087조)에 있어서의 부동산의 유치가 그것이다. 둘째, 법정유치권으로서 계약의 효과로서 인정된 것이 대부분 여기에 속하는데 가령 매수인의 대금지급까지의 매도인의 유치권(제1612조, 제

15) 최근(2006년 3월) 프랑스민법의 개정에 의하여 담보편이 신설되었는데, 유치권에 관한 규정을 독립된 장으로 하지 않고 그 모두의 총론 규정 중 제2286조에 유치권(droit de retention)에 관한 명문규정 하나를 신설하고 있을 뿐이다. 그동안 판례 · 학설이 인정해 온 법적 또는 실질적인 견련성(connexite)에 관한 기준을 제시하고 있지는 않으며, 단지 3가지의 유치권이 인정되는 채권자만을 규정하고 있다. 즉, ①채권의 변제기까지 라는 약속하에서 담보물을 넘겨받고 있는 채권자, ②물건의 인도의무를 생기게 하는 계약으로부터 채권이 발생되고 있는 경우의 채권자, ③물건을 보관할 때에 발생한 채권의 채권자를 유치권이 인정되는 자로 명기하였다(동조 제1항). 이어서 유치권은 임의로 점유를 상실함으로써 소멸한다고 규정하고 있다(동조 제2항). 유치권이 담보권인가 또는 물권인가 라고 하는 학리적 논의에 종지부를 찍으려는 의도가 전혀 없었으며, 유치권의 개념이나 법적 성실에 관한 이론적인 논의나 그 요건 및 효과에 관하여는 여전히 학설 · 판례에 맡겨 두는 취지라 할 수 있다(Philippe Simler, Commentarie de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete. Dispositions genele livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006, p. 55).

16) 그 규정의 내용을 보면 다음과 같다. 프랑스 민법 제1612조 : 매도인은 매수인이 대금을 지불하지 아니하고, 매수인에 대하여 지불기한을 허여하지 아니한 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다. 제1613조 : 매도인은 매수인에 대하여 지불기한을 허여한 경우에도 매매 후 매수인이 파산하거나 지불불능상태에 있어서 대금을 상실할 급박한 위험이 있는 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다. 단 매수인이 매도인에 대하여 기한내의 대금지불의 보증을 한 때에는 그러하지 아니하다. 제1673조 ① 환매특약을 행사하고자 하는 매도인은 주된 대금 이외에 매매비용과 정당하게 지출된 경비, 필요한 수선비 및 토지가액을 증가시킨 경우에는 그 증가액의 범위 안에서 그 증가비용을 반환하여야 한다. 매도인은 이러한 모든 의무를 이행한 후에야만 목적물을 취득할 수 있다. ② 매도인은 환매특약의 효력에 의하여 그 부동산을 환매한 때에는 매수인이 목적물에 부착시킨 모든 부담 및 저당권을 면탈하고 이를 취득한다. 단 환매특약이 정당한 절차에 따라 이러한 부담 및 저당권이 공고되기 전에 저당권등기소에 공고되어야 한다. 매도인은 매수인의 승낙없이 체결한 임대차계약을 이행하여야 한다. 제1749조 : 임차인은 임대인으로부터 이상에서 규정된 손해배상을 지급받거나 임대인으로부터 지급받지 못한 경우에는 새로운 매수인으로부터 이를 지급받은 때에만 명도청구를 받을 수 있다. 제1948조 : 수치인은 임치로 인하여 지급받을 수 있는 모든 변제가 있을 때까지 임치물을 유치할 수 있다.(이하 공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004, 8. 10면, 주21) 재인용)

1613조)과 환매권행사시의 매수인의 유치권(제1673조), 수치인의 유치권(제1948조), 공용징수된 토지소유자의 유치권(제545조) 등이 그것이다. 셋째, 유치권자와 소유자사이에 계약관계는 없으나 채권과 물건사이에 견련관계가 있는 경우이다(이 경우에도 법정유치권이라고 불린다). 타인의 재료를 가공한 자의 유치권(제597조), 도품 · 유실물의 매수인의 유치권(제2280조)등이 그것이다.[17]

이처럼 프랑스민법이 유치권을 통일적으로 규정하지 않고 개별적으로 규정한 결과 구체적인 경우에 유치권을 크게 두 분류로 대별하면 동시이행의 항변권의 일종으로 보아야 하는 경우(동법 제545조·제1612조·제1613조·제1673조·제1948조)와 채권과 물건이 견련관계가 인정될 경우 유치권을 독립된 권리로 보아야 하는 경우(동법 제570조·제867조·제2280조)로 나누어진다는 것이 프랑스 학설 몇 판례의 일반적 견해이다.

프랑스의 학설 및 판례는 유치권을 단순한 급부거절권으로 보지 않고 담보물권으로 파악하고 있으며, 이러한 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유에 견련하여 생긴 채권[18]으로 구분하고 있다.

이러한 견련성 개념은 준별이론을 정립시킨 르네카신(Rene Cassin)이라는 학자에 의해 법적 견련과 물적 견련으로 이원화 되어져 전자는 동시이행항변권으로 후자는 유치권으로 포섭되어 진다.[19] 전자를 물적 견련관계가 있는 유치권, 후자를 법적 견련 관계가 있는 유치권이라고 한다. 물적 견련관계가 있는 채권은 필요비 또는 유익비의 상환청구권과 물건에서 생긴 손해의 배상청구권 등을 말하며, 법적 견련관계가 있는 채권은 계약 혹은 준계약이 있는 물건의 인도청구권과 공통하는 원인에서 생긴 채권으로서 예컨대 도급계약에서 생긴 보수청구권, 사무관리자의 배상청구권 등을 말한다.[20] 그런데 물적 견련과 법적 견련

17) Colin/Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953, no. 1478.

18) 關武志, "留置權を對抗しうる第3者の範圍", 「私法」, 日本私法學會, 有斐閣, 1990, 129面.

19) 강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 대학원 박사학위 논문, 2010, 133면.

20) 염규석, "유치권의 견련관계", 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000, 85면.

의 범위에 대해서는 프랑스 민법학에서도 학설이 나누어져 있다.[21]

이러한 프랑스민법에서의 유치권의 특징 즉 물권으로서 통일적 개념이 아닌, 개별적이고 구체적인 제도에서 나타나는 항변권으로서 그 속에 동시이행항변권이 내포되어 있다는 점에서 독립적이고 통일적인 유치권을 가지면서 동시이행항변권의 제도를 갖춘 우리민법 구조와는 분명한 차이를 보여주고 있다. 그러나 유치권을 물권으로 규정하고 있는 점 등에 착안, 우리 민법과 일본민법의 규정은 독일·스위스민법과 직접 관련이 있다기보다는 오히려 프랑스의 판례·학설을 본받은 것이라는 견해[22]도 있다.[23]

2. 유치권 개념에 관한 학설의 전개과정

가. 준별론[24] 등장이전의 학설의 상황

(1) 제한설

프랑스는 민법전이 성립과 함께 실정법규정의 이론적 해석을 목적으로 하였던 주석학파가 형성되었고, 그 엄격한 해석이론을 배경으로 하여 유치권은 법규에 의해 명시적으로 규정된 이외에는 부정하여야 한다는 입장이 등장하였다. 이 설의 대표자인 로랑(Laurent)에 따르면 유치권의 물권성은 당연히 부정되고, 제3자에 대한 대항력도 인정되지 않으며, 대인적인 권리로서 구성되었다.[25] 즉 공동상속인의 반환의무에 관한 민법 제867조는 상속인간에서만 문

21) 한편에서는 유치권을 물적 견련관계에 한정하기 위해 동시이행항변권의 영역이 확대되어 계약의 무효·취소의 경우 뿐 만 아니라, 불완전 쌍무계약에 있어서도 더욱이 복수의 계약에 걸쳐서도 존재하는 것으로 되는 반면, 다른 한편에서는 동시이행의 항변권의 영역을 엄격하게 각급부의 대가적 견련에 한정하여 유치권의 영역을 확대 시킨다(공순진, 전게논문, 11면).

22) 장경학, "유치권의 성립 및 그 효력", 민법학의 현대적과제, 박영사, 1987, 277면: 김용규, "유치권과 이행거절항변권", 「법정」 제20권 제10호(184호), 법정사, 1965, 41면 이하.

23) 한편 부동산집행절차에서 선취특권은 신청채권자보다 선순위 또는 후순위인가에 관계없이 매각으로 인하여 모두 소멸하는 삭제주의를 채택하고 있고, 잉여주의가 채택되어 있지 않으며, 용익물권 중 신청채권자에게 대항할 수 있는 것은 매수인에게 인수되나 그 밖의 것은 소멸하도록 하고 있다(법원행정처, 「민사집행법 해설(Ⅰ)」, 2002, 113면).

24) 프랑스민법학설상의 유치권과 동시이행항변권을 구별하는 이론이다.

제로 되며, 임차인의 신소유자에 대한 유치권(제1747조)에 대해서도 후자는 임대인의 채무를 대위하고 있다고 설명하고, 더욱이 매도인의 유치권(제1612조)도 전매수인에게 대항하는 것은 가능하지 않으며, 유치권은 상대방의 채무와 서로 관련 있는 채무를 각자 부담하는 계약당사자를 전제로 하여 공평에 기초하여 인정된 것이라고 한다. 따라서 제3취득자는 매도인에 대한 의무를 부담하는 것은 아니며 매도인은 제3취득자에 대하여 공평을 주장할 수 없으며, 소유자의 권리는 공평보다 뛰어나며 공평은 문제밖에 있다고 한다. 이와 같이 법규외의 규정을 부정하는 제한설은 예외적으로 법문상 계약당사자 이외의 자에 대하여 유치권의 효력이 미치는 경우가 있다는 것을 인정하고 있고, 선취특권에 의해 채권이 담보되는 경우에는 유치권을 인정하고 있다. 그러나 이러한 제한설도 그 단점[26]이 드러나자 학설은 점점 유치권의 적용영역을 확대시키는 방향으로 전개되었다. 라롱비에르(Larombiere)는 쌍무계약에 있어서 묵시적 해제조건(제284조)의 경우 유치권을 도입하고 해제와 다른 지체효과를 수반하는 것에 불과한 유치권의 일반화를 시사하고 있고, 이것을 받아들여 오브리와 로(Aubry et Rau)의 민법 교과서는 유치권 확장에로의 일보를

25) 다만 Laurent은 법문상 계약당사자이외의 자에 대하여서 유치권의 효력이 미치는 경우가 있다는 것을 인정하고 있다. 첫째로 매수인의 파산의 경우에 있어서, 매도인의 유치권이 매수인의 채권자에 대항하는 경우(제1613조)이고, 둘째로 매매계약의 해제약관부 매수인은 유치권으로 매도인의 저당권자에 대항하는 것이 가능하다(제1673조). 그러나 이 경우에도 유치권이 제3자에 대항할 수 있는 물권이라는 것이 아니라, 제1613조에 있어서는 대금을 지불하지 않는 한 매수인의 소유권은 해제되는 것이고 그 의미에서 매도인은 조건부소유권을 보유하는 것이다. 또한 제1673조에 있어서도 법규가 매도인에게 요구하는 채무의 이행이 없는 한 해제는 조건부이고 그 때문에 매수인은 조건부소유권을 가지고 있다는 데서 이 조건부소유권(=물권)이 제3자에 대항하는 것으로 설명한다. 이와 같이 제한설은 엄격한 태도를 관철하고 있으며, 그 유치권 개념은 단일한 것으로서 개개의 권리의 차이를 고려하지 않았다.

26) 제한설의 이러한 엄격주의(법규에의 한정)는 다음의 점에서 비판받았다. 즉 민법전 제1244조는 일정한 상황에 있어서(채무자의 사정을 참작하여), 채무의 변제의 유예기한을 부여하는 것이 재판관에게 인정되고, 이것을 근거로 하여 회복청구를 받는 점유자가 변제를 받을 때까지 판결의 집행을 연기하는 것이 정당화된다는 것이다. 둘째로 제한설의 다수가 선취특권에 의해 채권이 담보되는 경우에 유치권을 인정하고 있는데, 여기에서 유치권은 이미 우선원인으로 파악되며, 유치권은 선취특권의 부종물(accessoire)에 불과하다는 것이다(신국미, 전게논문("유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로"), 149면).

내디뎠다.[27]

(2) 오브리와 로(Aubry et Rau)의 확장론(견련성)

유치권의 확장론을 주장한 오브리와 로(Aubry et Rau)에 따르면 유치권자가 가지는 채권과 물건의 반환채무는 공통의 원인이 있으며, 이 공통의 원인은 동시이행의 항변권의 존재를 기초지우기 위한 것이고, 유치권이란 쌍무계약에 있어서 동시이행의 항변권의 일 적용에 지나지 않는다고 한다.[28] 이러한 공통의 원인은 견련성(Connexité)으로 표현되며 Aubry et Rau에 있어서 견련성은 쌍무계약상의 견련성이었고, 유치권은 쌍무계약 일반에 기초를 두는 것으로 되어 거기에 확장의 단서가 주어졌다.[29]

이와 같은 Aubry et Rau에 의한 유치권 확장은 이후의 이론에 중요한 영향력을 미쳤다. 상환이행의 원칙은 오래 전부터 인정되었던 것이지만, 유치권에 있어서 명확한 법적 표현이 주어지게 되었던 것이다. 그러나 Aubry et Rau에 의한 유치권 확장기준으로서의 견련성에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다.

즉 견련성이 계약(준계약)과의 관련을 의미하면서 한편으로 물건과 채권과의 관련을 의미하는 것은 두 종류의 다른 성격의 것을 무매개로 연결함으로써 법률과의 불일치가 발생되고, 그것이 주장하는 확장의 예[30]에 있어서는 물건과 채권이 견련하고 있는 것이 아니라, 물건의 점유와 채권이 견련하고 있

27) 신국미, 상게논문, 150면.

28) Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, 6e éd, 1938, t. Ⅲ, par Bartin, §256 bis. p. 156et s.

29) Aubry et Rau는 유치권의 확장의 기준으로서의 견련성을 다음과 같이 규정한다. 즉 채권이 물건에 관련하고, 동시에 물건의 점유가 합의 또는 준계약과 결합하여 점유물에 관련한 채무가 이 합의 또는 준계약에 관하여 생기지 않으면 안 된다ㅣ는 것이다. 이렇게 하여 수치인의 유치권(제1948조)을 유추하여, 사용차주, 수임인, 사무관리인에 대하여 그가 점유하는 물건에 관하여 생긴 비용상환을 위해 또는 노동자, 가공자에 대하여 수리, 가공을 위해 그에게 인도된 물건에 관하여, 부에 대하여 가자재산인 부동산에 대해 지출하였던 필요비 상환을 위해 유치권을 긍정한다. 그러나 타면으로 Aubry et Rau는 준계약이 개재하지 않는 경우에 관해서는 유치권의 확장을 일절 부정하고, 점유자의 물건에 가한 비용의 상환청구권을 위한 유치권을 인정하지 않았다. (Aubry et Rau, op. cit., p. 161.)

30) 예를 들면 수임인의 서류의 유치 등.

는 것에 불과하다[31]는 것이다. 또한 채권이 계약에서 발생하는 경우에 물건과의 견련성을 반드시 필요로 하는 근거가 분명하지 않으며, 더구나 민법전 자체가 계약과도 연결되어 있지 않는 경우에 유치권(제2280조)을 인정하고 있음을 설명할 수 없었다. 효과면에서도 Aubry et Rau는 유치권이 추급권을 가지지 않는다는 것을 이유로 진정한 의미에 있어서 물권은 아니라고 하면서, 제한설과는 대조적으로 제3자에의 대항력을 일정한도에서 승인하고 있다.[32]

(3) 기유아르(Guillouard)의 확장론(물건과 채권과의 견련성)

계약관계가 없는 물건 점유자의 유치권을 부정한 것은 프랑스 전통과는 대립하는 것이었기 때문에, 견련성 개념의 정밀화에 대한 학설이론이 전개되었다.

Aubry et Rau가 유치권에 있어서 동시이행항변권적 기능을 강조한 반면 견련성을 물건과 채권과의 견련으로서 정식화한 것은 기유아르(Guillouard)이다.[33] Guillouard는 민법전 그 자체에 유치권을 계약 또는 준계약에 한정하는 것이 아니라는 것을 증명하는 규정이 있으며, 그것은 가공에 관한 제570조, 공동상속인의 반환에 관한 제867조라고 한다. 여기에서는 물건의 반환청구권자와 점유자간에 계약관계가 반드시 존재하지 않아도, 채권과 물건이 견련하고 있는 것에 한한다[34]면서 이 '물건과의 견련'(debitum cum re junctum)이 유치권의 유일한 요건이며, 유치권은 이 견련성을 요건으로서 확장시키는 것이 가능하다고 하였다.[35]

---

31) H. L. et J. Mazeaud et Chabas, Lecon de droit civil, t. II, 1966, n° 113. 여기에서 물건과 채권과의 견련은 전통적인 물적 견련과는 일치하지 않는다. 일j한 물건은 점유자의 창작물이고 타인의 물건위에로의 출연은 아니다.

32) Aubry et Rau, *op. cit*, p. 163.

33) Guillouard, Traité de rétention, 1985, n° 54 et s.

34) Guillouard, *op. cit.*, n° 53.

35) Guillouard는 견련성을 광의로 파악하여 물건과의 견련을 채권과 물건과의 직접적인 연관이 아니라 채 권이 물건에 관하여 생긴 것으로 충분하다고 하여 민법전상의 모든 유치권의 경우를 포섭한다.(Guillouard, *op. cit.*, n° 55.) 따라서 가공·공동상속 뿐만 아니라 물건이 손해를 야기하였던 경우에 있어서와(Guillouard, *op. cit.*, n° 35 I.) 토지수용에 있어서, (Guillouard, *op. cit.*, n° 57.) 임차인의 손해배상청구권에 관하여도(Guillouard, *op. cit.*, n° 64.) 견련성이 인정되는 것으로 하였다. 그러나 이와 같은 견련성 개념의 확장은 전통적인 물적 견련과 조화되지 않고 (Guillouard, *op. cit.*, n° 87.) 여러 종류의 상이한 제도가 획일

(4) 드몰롱브(Demolombe)의 무제한설

드몰롱브(Demolombe)에 의해 주장된 무제한설은 당사자간에 계약관계가 존재하지 않는 경우 유치권의 가부의 판단은 재판관의 자유재량에 위임되어진다.[36]고 한다. 즉 Demolombe에 의하면 법률상의(재판관을 구속하는) 유치권과 재판상의(재량적인) 유치권을 구별하여 재판관에게 일반적으로 인정되었던 재량권한에 의하여 유치권을 파악함으로서 무제한설에 수용된 것이다. 무제한설은 이와 같이 재판상의 유치권을 출발점으로 하여 유치권의 확장을 긍정하고, 유치권의 성립요건으로서는 점유자가 채권자이면서 물건을 점유하는 것만으로 충분하다[37]고 하였으나 그 기초는 공평이 원리에서 출발한 것이다.

이와 같은 무제한설에 대하여 Derrida는 유치권의 행사는 유치권을 가지는 채권자와 타 채권자와의 평등을 파괴하는 것이다. 유치권은 어떠한 사람에 대하여서도 목적물의 인도를 거절하는 것에서 사실상 제1순위를 가진 우선권일 수밖에 없다. 따라서 무제한의 확대는 남용과 부정을 발생시키며 오히려 공평에 반하는 결과로 된다.[38]고 주장하면서 비판했다. 이러한 무제한설은 제1749조, 제2082조 제2항을 가리키면서 이것에 있어서는 견련성(connexite)이 충족되지 않다는 것을 강조한다.[39] 그러나 이것에 대하여서 전자는 임차인의 명도와 임대인의 상금지불과의 상환이행관계를 가리키면서 동시이행항변권을 표명하는 것이고, 또한 후자도 고유한 의미에서의 유치권이라고 말할 수 없다고 반론하였다.[40]

마지막으로, 무제한설을 부당이득원리에 환원하는 것에 대하여서는 형평, 재화의 균형은 그 자체로서는 존중할 만하지만, 진정한 법률상의 균형을 보지하지 않으면 안된다고 고려하게 된다면, 채권자 평등의 원칙에서 출발하여 유치

적으로 처리되었다. 당사자 사이에 자유로이 설정 가능한 유치권도 긍정하였고 법정의 물적 견련을 요건으로 하는 유치권과 병행하여 양자 모두 물권성을 승인하고(Guillouard, *op. cit.*, n° 22.) 추급효와(Guillouard, *op. cit.*, n° 100 et s.) 대항력(Guillouard, *op. cit.*, n° 111 et s.) 을 인정하고 있다.

36) Demolombe, Cours de code Napoléon, t. IX, 1866, n° 682.

37) Barry, Le droit de rétention en driot civil francaise, 1900, p. 117 et s.

38) R. Derrida, Recherches sur le fondement du droit de rétention, 1940, p. 164 et s.

39) Point, *op. cit.*, p. 275.

40) R. Derrida, *op. cit*, n° 144 et s.

권이 우선권(droit de preference)과 같은 상태의 것을 부여하고 있다는 것을 망각하면 안 된다고 비판하였다.[41]

나. 유치권과 동시이행항변권의 준별이론의 등장

Aubry et Rau의 동시이행항변권적 기능과 Guillouard의 물건과의 견련에 의한 유치권영역의 확장을 이어받아 학설은 유치권개념을 이원화하였다. 1861년에 라뻬(Labbe)는 판례비평 중에서 유치권에 있어 2종의 경우를 구별할 것을 말하고 있고, 페론(Ferron)의 판례비평에서 채무를 동시에 이행하여야 하는 것이 당사자의 의사, 공평, 신의에 합치하는 것으로서 민법 제1612조 및 제1749조를 예시하여 유치권은 공통의 원인에서 생긴 양 채무간의 견련성을 요건으로 하는 것이지만, 다른 한편으로 점유자가 반환의무를 부담하는 물건에 가치를 부가시키는 때에도 유치권이 존재하는 것이고 그것은 부당이득원리에서가 아니라 보다 엄격한 공평성에 의한 것이기 때문이며 물건과의 견련이 유일한 요건이라고 하면서 유치권을 2개의 범주로 파악하고 있었다.

이와 같이 유치권의 이원화를 권장하여 유치권과 동시이행의 항변권과의 준별론을 상세하게 전개하였던 것이 르네카신(Rene Cassin)이었다. Rene Cassin은 준별이론을 정립시키면서 유치권과 동시이행항변권의 법적 성격·요건 및 효과에 있어서의 차이를 다음과 같이 지적하였다. 즉 유치권은 물권이지만 동시이행의 항변권은 그것 자체로서는 물권이 아니라 인적 성질을 가지고 있다. 유치권의 물성을 부정하는 근거로 유치권이 추급권을 갖지 않는다고 하나, 추급권은 물권의 특성이지만 본질적인 것은 아니다. 동산선취특권 및 부동산질권도 추급권이 없다. 따라서 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 발생하여 원칙적으로 당사자간에 있어서만 행사할 수 있는 권리로 추급권을 가지지 않고, 물권성의 문제는 물적 견련에 의한 유치권에만 인정된다.

다. 계약원인이론

41) R. Derrida, *op. cit.*, n° 162. et s.

Rene Cassin에 의한 동시이행항변권과 유치권의 준별이론은 그 후의 판례·학설에 많은 영향을 미쳤으며, 현대의 프랑스 학설도 기본적으로는 카신의 이론을 계승하고 있다. 그러나 동시이행 항변권과 유치권과의 구별을 근거로 한 양자의 한계에 관하여서는 역시 논쟁은 끝나지 않았다. Cassin에 기초를 제공한 동시이행의 항변권의 개념은, 법적 견련에 있어서 파악되기 때문에 넓은 사정을 포함시키는 반면, 유치권은 물적 견련, 즉 물건 위에, 동시에 물건 위에 들인 비용에 한하기 때문에 이 권리가 제한적으로 인정되는 것과는 대조적이다. 헨리 카피탕(Henri Capitant)은 준별이론이 인위적으로 항변의 기준이 확대된다는 이론을 제시하여 그 개념을 정밀화 하면서, 동시이행항변권은 동일한 완전쌍무계약에서 생긴 주된 채무상호간에 한하고,[42] 나머지 편무계약·무효인 계약의 결과로서 생긴 반환채무상호간·준계약에서 생긴 유치는 모두 유치권으로 성립하여야 한다[43]는 이론을 제시하였다.

오늘날 계약원인이론에 근거하면서도 카피탕(Henri Capitant)을 승계 발전시켰던 니콜 카탈라(Nicole Catala-Franjou)는 유치권과 동시이행항변권과를 구별하여 다음과 같이 논하고 있다.[44] 계약원인은 완전쌍무계약에 있어서, 한편으로는 동시이행의 항변권으로, 다른 한편으로는 유치권으로, 명확한 영역을 주고 있다. 타인의 동의하에 또는 사실상 물건을 점유하고 있는 계약당사자가 있다고 하자. 거기에서는, 유치하려는 자는 인도채무의 채무자로서 나타난다. 게다가 계약당사자에 의해 이 채무는 본질적인 것, 즉 채무의 대가이든, 그렇지 않으면 주된 목적이 서비스 급부 즉 채무자의 일정한 행위인 계약에 있어서는 이차적·부차적인 채무이든, 그 어느 것이다. 유치권의 역할 및 성질은 이 두 개의 경우에 있어서 동일하지는 않다. 재화의 이전을 목적으로 하는 완전쌍무계약(매매, 교환, 임대차)에서는 물건의 인도거절의 항변이 이행거절을 구성하여 종종 유치권으로 혼동하기 쉽다. 그러나 이 인도거절은 계약원인에 의한 것이고, 채무의 쌍무성의 직접적인 효력으로서 파악되고 있다.[45]

---

42) Capitant, De la cause des obligations, 1927, n° 128.

43) Capitant, *op. cit.*, n° 161.

44) N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ., 1967, p. 9 et s.

45) N. Catala-Franjou, *op. cit.*, n° 6.

Ⅲ. 유치권의 대항력 문제에 관한 학설 · 판례 검토

1. 학설

가. 종래의 학설

유치권의 대항력 문제는 유치권의 성립범위 및 그 성질(즉, 채권인가 물권인가)과도 관련이 깊다. 유치권에 관한 일반적 규정의 부존재로 인하여, 유치권의 외연 그 자체가 명확하지 않기 때문에, 프랑스민법 제정 당초부터 성질 · 요건 · 효과를 둘러싸고 판례 · 학설이 혼란스럽게 다투어지고 있었다. 그 중 하나의 논점으로서 민법전에 규정된 경우 이외에도 유치권이 인정되는가의 여부가 논의되는 과정에서, 특히 법전상에서는 모습을 찾을 수 없고 오로지 판례를 통하여 확인되어 온 이른바 계약불이행의 항변과의 혼동이 지적되었고, 이 항변과 유치권과의 준별을 둘러싸고 논의가 진행되었다. 결국 상당한 지지를 받게 된 것은 유치권에는 고유한 의미의 유치권과 계약불이행의 항변이 혼합되어 있으므로 양자를 준별하여야 한다는 주장이었다. 즉, 양자는 모두 견련성(connnexite)을 요구하지만 그 내용이 다르다는 것이다. 고유한 의미의 유치권의 발생에 필요한 견련성은 물건과 채무 사이에 존재하는 객관적 · 물적 견련성(connexite objective ou materielle)이고, 계약불이행의 항변을 주장하는 때에 필요한 견련성은 채무 간에 있어서의 상호 주관적 · 법적인 견련성(connexite subjective ou juridique)이 라는 것이다.[46]

---

46) 물적 견련이란 물건에 가하여진 비용 혹은 물건이 야기한 손해를 원인으로 점유자에 채권을 부여하는 것이라는 데서, 물건의 인도를 청구하는 자는, 물이기 때문에(propter rem) 의무를 부담하고, 따라서 회복자는 늘 채무자와 일치한다고 하는 의미에 있어서 대세적이지만, 이것에 반하여 법적 견련 즉 쌍무계약관계에 있어서 물건의 반환 · 인도의 거절이 정당화되는 경우에 소유물반환 청구권자와 채무자는 반드시 일치하지 않는다. 이러한 준별론을 구체화한 사람은 Rene Cassin이다. 그에 의하면 물적 견련이란 물건에 비용을 가한 경우의 비용상환청구권 및 물건이 손해를 야기한 경우의 손해배상청구권과 같이 쌍무계약으로부터 독립하여 존재하고 채권과 물건이 견련하는 것을 말한다. 주관적 견련이란 쌍무계약에 기초를 두는 채무원인의 공통성을 말한다(清水 元, 「留置權概念の再構成」, 信由社,

이러한 준별론에 의하면, 물적 견련이 있는 경우에는 물건에 가한 비용 혹은 물건이 야기한 손해를 원인으로 하여 점유자에게 채권을 부여하는 것이기 때문에, 물건의 인도를 청구하는 자는 물건 때문에 그 의무를 지며, 따라서 목적물의 회복자는 항상 채무자와 일치한다는 의미에서 유치권의 효력은 제3자에 대하여 대세적이지만, 이에 반하여 법적 견련, 즉 쌍무계약관계에 있어서 물건의 반환 · 인도의 거절이 정당화되는 경우에는 반환청구자와 채무자는 반드시 일치하지 않으므로 제3자에 대해서는 대항할 수 없게 된다.[47] 그러나 준별론에 있어서도 계약당사자이외의 자에 대한 동시이행의 항변권의 효력이 반드시 부정되는 것은 아니다. Cassin에 의하면 동시이행의 항변권이 제3자에 대항하지 않는 것은 그 제3자의 권리가 전권리자와 타인과의 쌍무관계를 '기초로 하지 않는' '완전히 독립한' '고유의 것인' 경우이다. 예를 들면 전매의 경우 전매수인에 대하여 매도인이 대금부불을 이유로서, 인도를 거절하는 것은 유치권의 대항력에 의해서가 아니라, 전매수인의 인도청구가, 매도인과 전매도인과의 매매계약을 '필요적 기초(support necessaire)'로, 전매수인이 전매도인에 대한 인도청구권을 주장하는 것을 통하여서만 물건의 인도를 청구하기 때문에 동시이행의 항변권을 대항시키는 것이다.[48]

2001, 2面).

47) 다만, 이러한 준별론에 있어서도 계약당사자 이외의 자에 대한 계약불이행의 항변의 효력이 반드시 부정되는 것은 아니었다. Cassin에 의하면, 계약불이행의 항변을 가지고 제3자에게 대항할 수 없는 것은, 그 제3자의 권리가 자기 앞의 권리자와 타인과의 쌍무관계를 '기초로 하지 않고', '오로지 독립한', '고유한 것인' 경우라고 한다. 그 예로, 무권리자에 의한 타인 물건의 매매의 경우에 있어서 권리자의 회복청구에 대하여 매수인은 이 항변을 주장할 수 없는 경우를 든다. 이에 대하여, 제3자의 권리가 자기 앞의 권리자와 타인과의 쌍무계약관계에 기초를 두고 있는 경우에는 계약불이행의 항변을 가지고 이 '제3자'에게는 대항할 수가 있다고 한다. 예컨대 순차매매에 있어서 전매수인에 대하여 매도인이 대금미지급을 이유로 하여 인도를 거절할 수 있는 것은 유치권의 대항력 때문은 아니고, 전매수인의 인도청구가 매도인과 전매수인과의 매매계약을 '필요적 기초'로 하고, 전매수인은 전매도인에게 속하는 반환 · 인도청구권을 주장하는 것을 통하여서만 물건의 인도를 청구할 수 있기 때문에 계약불이행의 항변의 대항을 받는다고 한다(清水元, 上揭書, 47面).

48) 그러나 Cassin의 정식에 대하여 Elekes는 이러한 기준이 부정확하면서 비법률적이라고 한다. 그는 청구자의 소권이 쌍무관계를 기초로 하는가 아닌가의 평가는 주관적이므로, 실제적인 사정에 대한 법원칙의 기초로서는 유용하지 않다고 비판하였다. (Elekes, De quelques differences dans l'aplication du droit de retention d'apres la jurisprudence francaise et allemennde, 1929, p. 140 et s.) 그에 따르면 프랑스법이 동산과 부동산을 특히 구별하여

이와 같은 종래의 구성에 대하여, 유치권의 대항력을 비채무자인 소유자에 대한 효력으로서 파악한 것은 Catala이다. Catala는 유치권의 물권성을 부정하고, 이 권리를 채무의 일양식(une modalite d'obligation)으로 이해하여 대항력을 기초지우는 것을 시도하고 있다. 즉 유치권의 절대적 대항력은 그 성질 자체에서 유래한다고 보았다.[49]

나. 최근 학설의 동향

최근의 학설의 추이를 살펴보면, 현대 프랑스에 있어서 학설의 다수는, 항변권의 기초로서의 견련성 정도를 묻지않고, 대외적 효력을 인정한다.

준별론에 있어서도 대 제3자관계에 있어서는 유치권을 확대함으로써 저당권 및 선취특권과 같이 물적 부담(charges reels)에 접근하며, 동시이행항변권의 대인적 제약을 보충하도록 하는 고려가 간주된다. 그러나 다른 한편으로 부동산에 있어서 공시제도에의 배려라고 하는 실제적 견지가 점점 우세로 되어 공시제도에 종속하는 경향을 보여주고 있다.[50] 플라뇰과 리페르(Planiol et Ripert)도 부동산유치권은 등기에 의한 공시를, 동산유치권은 동산질에 관한 민법 제2074조의 요건(정당하게 등록된 공적 증서 혹은 사서증서를 필요로 하는 뜻의 규정)을 필요로 하지 않는다는 것은 제3자 보호를 위하여 이용된 물적 담보제도로서는 적절함을 결하는 것은 아닌가 라고 지적하고, 다시 견련성을 계약상 무한하게 확장하는 것은 적법하다고 하면서도, 대항력의 승인은 제3자에게는 중대한 위험이 있으므로 제3자가 유치권을 공시에 의해 예견할 것

처리하는 것을 인정하는 것은 아니며, 입법자가 부동산의 매수인에 대하여 목적부동산에 대한 매도인의 과거의 합의의 전부를 고려하여야 하는 것을 명한 것인가는 의심스러운 것이다. 또한 매매에 있어서는 단지 의사의 합치라고 하는 사실에 의해서만 소유권이전의 효력이 생기는 것이라는 데서, 전득자의 소권은 '필요적기초'로서의 쌍무관계를 가지지만, 그것에도 불구하고, 개별 · 독립의 소권이다. 그리고 일반채권자가 강제집행을 실행하는 경우에도 그것은 채권자대위권(제1166조)에 의해서 채무자의 권리를 행사하는 것이 아니라, 일반적 담보권(제2093조 제2094조)에 의해서 고유의 소권을 행사하는 것이다. 따라서 이와 같은 소권에 대하여서 동시이행의 항변권을 가지고 대항할 수 없을 것이라고 한다. (Eleks, *op. cit.*, p. 142.)

49) N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ., 1967, p. 9 et s.

50) Colin et Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953, no. 1478. p. 931.

이 필요하다고 한다.

2. 판례

가. 1860년 이전의 판례

민법전 제정후 판례에 있어서 유치권의 확장문제가 나타난 것은 1819년 이후이다. 제한설에 입각하여 해석하는 경우를 제외하고, 판례의 입장은 특정한 학설에 주어진 것은 아니며 학설과는 대조적으로 유치권을 확장하였다. 그 동향은 1860년을 경계로 하여 1860년 이전에 판례는 물건위에 비용을 지출하거나 또는 물건을 수리 · 개량한 자를 위해 유치권을 인정하고 있지만, 그것은 채권이 계약에 관하여 발생한 것인가의 여부를 묻지 않고, 법문에 직접 근거를 구하여 확장하는 것을 목표로 하였다.[51]

나. 1860년 이후의 판례

1860년 이후에 판례는 물건과 채권과의 물리적인 결합에 한정하고 있던 엄격한 입장에서 원인상의 견련으로 비중을 변경하게 되었는데, 이에 영향을 준 것은 오브리와 로(Aubry et Rau)의 이론이었다. 이 설은 유치권 확장의 기준을 계약의 존재 및 물건과 채권과의 견련성의 존재에서 구하였다.

판례는 당초 매수인의 유치권을 정하였던 제1612조를 재료 등을 공급하는

51) 즉 우선 공동상속인의 현물반환의 규정의 적용확대에 의해서, 다음으로 저당부동산의 제3취득자가 비용을 지출하였던 경우에 관한 민법 제2175조를 근거로서 유치권을 인정하였다.(Cassin, *op. cit.*, p. 154.) 세째는 첨부규정이다. 그러나 민법 제555조는 반드시 유치권을 규정하였던 것이라고 말할 수 없다. 추탈을 받은 부동산점유자가 지상에 식재, 건축, 공작을 한 경우에 악의인 때에는 회복자가 수거를 원하지 않는 한해서, 선의인 때에는 무조건 회복자에 대한 비용상환청구권을 부여하고 있는 것에 불과하다. 재판소는 선의점유자에 한하여, 이 권리를 위한 유치권을 인정하였던 것이다. 그래서 권원을 상실한 소유자 및 임차인과 같이 점유자에도 이것을 확대하고 있다(Cassin, *op. cit.*, p. 154.). 다만 표현적 상속인에 대하여는 유치권을 인정하지 않고(1875년 2월 8일 샹제리재판소판결(S.1876.2.23), 용익권자에 대하여서는 학설과 대조적으로 상환의 권리 그 자체를 부정한다.(Cassin, *op. cit.*, p. 155, note 1.)

도급인에 대해서도 적용하고 이에 대해 임치의 규정인 제1748조를 유추 적용하여 '모든 위임은 묵시적으로 임치를 포함한다'라고 하고, 위임사무수행을 위하여 인도된 고객의 소유물위로 수임인의 유치권을 인정하여 판례는 전적으로 견련성 개념을 확대하여 왔으며, 물적 견련과 법적 견련에 있어서도 유치권은 승인되었다. 판례에 있어서 '견련성'의 확대현상은 소위 Girard판결[52]에 의해서 새로운 단계를 맞이하게 되었다. 본 판결은 당지의 학설에 충격을 준 것으로서 Ferron은 유치권이 인정되기 위해서는 쌍무적인 합의 또는 점유자가 물건 위에 비용을 지출할 것이 필요하지만, 본건에 있어서는 증권반환채무와 금전반환채무는 대차계약에서 발생하였던 것도, 질계약에서 발생하였던 것도 아니며, 채권과 물건과의 견련성도 채권과 물건반환채무와의 견련성이 있는 것도 아니고, 즉 본 사례에 있어서 유치권은 인정될만한 것이 아니라고 비평하였다. Bonnecase에 이르러서는 본 판결을 가지고 판례가 무제한설에 입각한 것이라고 까지 극언하였던 것이다.[53]

---

52) Cass. civ. 26 avril 1900, S. 1900. I, 193, note Ferron. 이 판결의 사안은 처가 은행과 대차계약을 체결하고 담보로서 채권을 인도하였지만, 이 거래가 무능력을 이유로 무효로 되었다. 거기에서 원고(처)가 인도한 증권의 반환을 요구하였지만, 은행측은 원고가 수령하였던 금전을 부당이득으로서 반환할 때까지 유치권을 행사하였다. 파기원은 '유치권이 채무자에 속한 물건을 점유하는 채권자를 위해 존재하기 위해서는 점유가 계약 또는 준계약과 결합하고 있는 것으로 족하다'고 판시하여 유치권을 인정하였다.

53) Bonnecase, Precis de droit civil, t. II, 1938,n° 272. 그러나 그 후의 판례의 전개는 무제한설을 명확하게 부정하는 것이었다. ① 1923년 2월 13일 파기원민사부판결(D. P. 1926. I. 32)
수탁자는 위탁자의 양육비용의 지불을 담보하기 위하여 임치물에 관한 유치권을 가지지 않는다. 왜냐하면 채권과 물건의 점유는 다른 원인에서 발생하고 있기 때문이다. 민법 제1948조에 의해서 인정되는 유치권은 기탁에 의해서 그에게 지불되어야 하는 비용의 지불을 담보하는 것에 불과하다.
② 1950년 7월 25일 파기원민사부판결(D. 1951. som. 14)
횡령행위가 영업재산의 특정한 부분에 대한 것 만이고, 전부에 대하여 행해진 것이 아닌 경우에는, 피해자는 자기의 장소에 가지고 들어온 상품에 대해서 손해의 배상이 있을 때까지 유치권을 가지지 않는다. 법률의 규정에 의해 명시적으로 인정되는 경우이외에는, 유치권은 채권이 유치물에 관하여 생기는 한에서 인정된다.
③ 1969년 7월 16일 파기원민사부판결(Bull. Civ. III, n°591. : J. C. P. 1969. IV. 238)
가옥내에 가지고 들어온 가구의 매수인으로 부터 건물의 종신정기금부 매도인의 포괄승계인으로 된 자가 정원에 식재된 수목의 전정료의 지불을 건물 양수인에 대하여 소구하여 인용판결을 얻었다. 그러나 이 자는 승계후, 매수인에게서 열쇠의 인도청구에 대하여 상기 금액을 지불받기 위하여 가옥의 열쇠에 대해 유치권을 행사할 수 없다고 하였다. 항소원이 부동산의 열쇠의 점유원인과 유치권을 원용하는 채권과의 사이에는 견련관계가 없다고 한

이러한 위 Girard판결을 준별적 구성의 입장에서 적극적으로 평가하였던 것은 Cassin이다. Cassin은 본건 사안에 있어서는 처와 대주의 각자의 채무는 공통의 원인을 가지고 있고 계약무효 또는 해제의 경우에 있어서도 거래의 지적 통일(l'unie intellectuelle)은 그것에 의해서 방해되지 않는 것이고 반환은 동시에 행해져야 할 것이라고 말하고 있다.[54]

다. 최근 판례의 동향

현시점에 있어서 판례는, 유치권은, 채무자의 물건의 점유가 채권을 발생시켰던 합의와 결합되어 있거나 또는 채권과 물건과의 점유가 동일한 법률관계에 원인을 두고 있거나 혹은 채권이 물건에 관하여 생긴 경우에 인정된다고 하고, 법적 견연과 물적 견련을 특히 구별하지는 않는다.[55]

것은 정당하다.

④ 1974년 1월 29일 파기원상사부판결(D. 1974. 245.: G. P. 1974. I. som. 106.)
선철가공을 청부받아 완성한 후 인도하였지만, 지불받지 못한 회사가 후에 동일한 상대방에게서 다른 선철가공용 재료를 받은 경우, 이 물건과 채권과의 사이에는 견련관계가 없고, 동일한 합의에서 발생한 것은 아니라는 데서 ,이전의 채권을 위하여 제2의 인도에 의해 점유한 물건에 대해서는 유치권을 주장할 수 없다.

54) Cassin, *op. cit.*, p. 165 et s.

55) 근래의 판례로서 다음과 같은 것이 있다.

① 1944년 5월 9일 파기원민사부판결(S. 1945. I. 22)
이 사안은 고객으로부터 상품의 운송 및 인도의 의무를 부담하고 있는 운송취급인이 이 계약에서 생긴 수수료등 채권을 위하여 점유하고 있는 상품에 대해 유치권을 주장, 운송료를 제공하고 인도를 구하는 고객의 파산관재인과 대립하였다. 원심은 취급인의 채권이 운송에 관련한 것이 아니라는 것을 이유로 유치권을 거절하였지만, 파기원은 이것을 파기하여 채무자에게 속한 상품의 점유가 채권을 발생시킨 합의와 결부되어있는 때에는 유치권은 정당하다고 판시하였다.

② 1958년 1월 9일 파기원민사부판결(D. 1958. 270)
기성복제작을 위해 주문자로 부터 대여된 기계를 사용하여 일을 하는 수급인이 이 일의 보수지불을 위하여 기계에 대해서 유치권을 주장하였다. 원심은 수급인의 일이 기계에 대해서는 아니라는 것을 이유로 이것을 거절하였지만 파기원은 유치권의 행사는 채무자에게 속하는 물건의 점유가 그의 점유를 발생시킨 합의와 결합하고 있다면 이유 있다고 하여 이것을 파기하였다.

③ 1965년 3월 15일 파기원상사부판결(Bull. Civ. III, p. 171. n° 200)
A는 B의 자동차구입자금으로서 금전을 대부하고, 묵시의 합의에 의해서 질권설정을 포기하였다. 대신에 A는 자동차에 관한 서류(통관증명서등)의 인도를 받았다. B는 재판상정리

Ⅳ. 결론

그 기원을 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)에서 유래하고 있는 유치권 제도는 근대법에서 채권 혹은 물권으로 각 나라에 따라 다른 제도로 도입되고 발전되어 왔다.

유치권은 채권자가 채무자에 대해 채무를 부담하면서도 채권을 청구할 때 채무자가 악의의 항변권에 기하여 채무의 이행을 거절하는 것인데, 로마법 당시 이는 인적항변권이었으나 독립된 물권은 아니었다. 이러한 로마법상의 항변권이 근대민법에서 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.

프랑스의 경우, 민법이 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 학설 및 판례는 동시이행의 항변권으로 보는 경우와 유치권이 배상청구권의 발생과 물건의 유치와의 긴밀한 관계를 근거로 한 경우가 나뉘어져서 전자는 동시이행의 항변권, 후자는 유치권에 의해 포섭되고 있다. 유치권은 추급권 및 우선변제권을 인정하지 않고 있어 선취특권은 아니지만 지극히 유리한 조건을 부여받는 것으로 되어 선취특권과 유사한 권능이 있는 것으로 파악되기도 한다. 따라서 프랑스의 유치권은 물권으로서의 독립성을 가진 유치권과 채권으로서 동시이행의 항변권을 규정하고 있는 우리나라 민법과는 엄연한 차이를 가지고 있으며, 오히려 동시이행의 항변권과 법적 견련을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

이상의 연구 결과를 현재의 우리 민법상의 유치권 제도에 이를 반추하여 보

(reglement judiciare)의 상황에 빠지고, A는 관재인, B에게 청구하여 서류상의 유치권을 주장하였다. 원심은 이것을 기각하였지만 파기원은 서류의 점유와 채권은 그의 원인이 동일한 법률관계 중에 있다고 판시하였다.

④ 1970년 10월 27일 파기원민사부판결(D. 1971. Som. 28. : Bull. civ. I, n° 282)
회계사가 의뢰회사에 대한 보수지불을 받기 위하여, 일의 수행을 위해 예치해 두었던 문서 위로의 유치권을 주장하였다. 원심은 회계사에 의한 문서의 보지는 주문자인 회사와의 사이의 계약에 따르는 것에 불과하다고 하여 이것을 기각하였지만 파기원은 이것을 파기하여 서류의 점유와 회계사의 채권과는 그 원인이 동일한 법률관계에 의한다고 판시하였다.

면 현행 우리민법이 일본의 제도를 모방하여 도입하면서 가장 심각하게 오류를 범하고 있는 문제는 위에서 살펴본바와 같이 유치권 제도의 발상지인 프랑스에서도 유치권을 채권적 급부거절권으로 취급하는데, 우리는 유치권을 담보물권으로 체계화하면서도 우선변제권을 부여하지 않고 있을 뿐 아니라, 그 공시방법으로 동산의 공시방법인 점유를 성립 및 존속요건으로 하고 있는 점에서 제도적 기형아를 만들었다는 것이다. 이러한 점은 현행 민사집행법 제95조 제5항의 유치권 인수주의와 맞물리면서 특히 경매절차에서의 유치권의 문제가 심각하게 대두된 상황이다.

요즘 이와 같은 유치권의 난맥상에 대한 상황인식은 학계를 중심으로 심지어는 유치권제도의 폐지를 논의하게 이르렀다. 그러나 아직 그 어떠한 방향으로도 정리가 되지는 않고 있다. 이에 대한 체계적인 제도연구가 더 필요한 이유이다.

참고문헌

고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.

법원행정처, 「민사집행법 해설(Ⅰ)」, 법원도서관, 2002.

이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004.

강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 대학원 박사학위 논문, 2010.

공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004. 8.

김용규, "유치권과 이행거절항변권", 「법정」 20권 제10호(184호), 법정사, 1965.

박용석, "유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여", 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2.

신국미, "유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2003.

_____, "유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계", 「재산법연구」

제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.
염규석, "유치권의 견련관계", 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000.
양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계", 「법률학의 제문제(유기천박사고희기념논문집)」, 1988.
장경학, "유치권의 성립 및 그 효력", 「민법학의 현대적과제」, 박영사, 1987.
황태효, "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성", 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2.
關武志, "留置權を對抗しうる第3者の範圍", 「私法」, 日本私法學會, 有斐閣, 1990.
淸水元, 「留置權槪念の再構成」, 信由社, 2001.
Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, 6e éd, 1938.
Barry, Le droit de rétention en driot civil francaise, 1900.
Bobes, Le casd' application du droit de rétention, 1913.
Capitant, De la cause des obligations, 1927.
Colin/Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953.
Demolombe, Cours de code Napoléon, t. IX, 1866.
Elekes, De quelques differences dans l'aplication du droit de retention d'apres la jurisprudence francaise et allemennde, 1929.
Guillouard, Traité de rétention, 1985.
H. L. et J. Mazeaud et Chabas, Lecon de droit civil, t. II, 1966.
Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1987.
Kaser, Römisches Recht, 1987.
Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ, 3, 1971.
N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ. 1967.
R. Derrida, Recherches sur le fondement du droit de rétention, 1940.
Philippe Simler, Commentarie de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete. Dispositions genele livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006.
Webel, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. I Satz I BGB und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. I BGB(Univ.

Breslau. 1933, 3.

[Abstract]

A Study on the Lien System in the French Civil Code

Jung, Doo-Jin
Juris Doctor, Adjunct Instructor in the Law Department of Jeju National University

A current lien was originated from the exception doli according to Roman Law. In the modern civil law, each country has developed this exception doli according to Roman Law or a right to refuse delivery at two directions such as the bond-like right of payment denial and the property interest-like lien. French civil code and Germany civil code adopted the former case. Allgemeines Landrecht civil code, Japanese civil code, Swiss civil code and Korean civil code adopted the latter case. In this article, we will study the provision and characteristics of a lien and the development of its theory in France of which lien system seems to be the closest to the tradition of Roman Law. Further, we will review through this study how Korean lien is different from such system.

In case of France, its civil code has no uniform provision but provides a right of defense which acknowledges concretely and individually a debtor's right of refusal performance. Theories and legal cases are divided into two cases, one case is that which the lien is regarded as the defense right of simultaneous performance, and the other is based on which the lien has close relationship with both the generation of a right to request indemnification

and the retention of an object. The former is included by the defense right of simultaneous performance and the latter by the lien. Since the overtaking right and the preferential payment right are not acknowledged, the lien is not the right of priority. However, since it seems to be granted the extremely advantageous conditions, it is understood to have any authority similar to the right of priority. Accordingly, French lien is clearly different from Korean civil code in which the lien provides the independence as a property interest and the defense right of simultaneous performance as a bond. It seems that French civil code has a legal connection with the defense right of simultaneous performance.

Key Words : property interest-like lien, bond-like right to refuse performance, a defense right to simultaneous performance connection relation, opposing power of a lien

「국제법무」 제4집 제2호, 2012. 11. 30.
제주대학교 법과정책연구소

신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구

A Research on the Subordinate Negligence Clause of the Principle of Faith and Loyalty

정 영 진*
Jung, Young-Jin

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 부수적 주의의무의 개관
Ⅲ. 부수적 주의의무의 인정근거
Ⅳ. 부수적 주의의무의 종류
Ⅴ. 계약체결과 부수적 주의의무와의 관계
Ⅵ. 결론

국문초록

부수적 주의의무란 민법의 대전제인 신의성실의 원칙에서 파생된 것으로서 신의칙을 구체화시키는 역할을 한다.

일반적인 법률관계에서는 권리의 내용이 확정되면 이에 따라 이행하여야 할 의무의 내용이 결정되지만, 부수의무는 반대로 손해배상의 결과를 파악한 후 이에 대한 배상책임을 구성하기 위해 어떠한 내용의 부수의무가 위반되었는가를 결정짓게 된다.

부수적 주의의무는 채권자와 채무자의 주된 의무로부터 도출되고 계약을

논문접수일 : 2012.09.30
심사완료일 : 2012.10.25
게재확정일 : 2012.10.30
* 법학박사 · 제주대학교

구체화시키는 갖가지 기능을 가지며, 그 의무가 소홀해지면 주된 급부의무의 순조로운 달성도 어렵게 된다. 신의칙의 파생원칙 중의 하나인 부수적 주의의무는 권리와 의무로 이루어지는 당사자관계에서 급부라는 목적이 나오게 되는데, 급부란 채권의 목적으로서 채무자의 행위가 되며, 이러한 급부가 행해짐으로 인해 권리가 만족된다. 따라서 급부의무와 함께 계약관계가 진행되지만 이것만으로 계약관계가 해결되는 것은 아니다. 급부의무가 당사자의 약정 및 법률의 규정에 의해서 표현된 의무적인 의무라 한다면 그것을 채워주고 보충해 주는 드러나지 않은 내부적 의무가 부수적 주의의무이며, 오늘날 계약관계가 점차 복잡해지고 다양해질수록 부수적 주의의무의 중요성은 점점 높아지고 있다. 그러나 부수적 주의의무는 약정이나 법률규정이 없는 까닭에 의무의 명확성이나 범위의 기준도 모호한 것이 사실이다.

따라서 이 논문에서는 민법상의 일반원칙인 신의칙에 기하여 부수적 주의의무의 정당화근거를 찾고자 채무자의 의무구조의 기본 취지를 전제로 하여, 특징과 기능을 개관한 뒤, 부수적 주의의무의 법률상 인정근거와 여러 종류의 부수적 주의의무의 내용을 관련된 학설과 판례의 태도에 대하여 살펴봄으로써, 계약체결상의 과실책임과의 관계를 통하여 부수적 주의의무의 체계와 정의를 명확히 하는데 연구의 목적이 있다.

주제어 : 부수적 주의의무, 급부의무, 배려의무, 선관의무, 협력의무, 설명의무, 보호의무, 정보제공의무

Ⅰ. 서론

신의성실의 원칙(이하 신의칙이라 한다)은 급부의무 또는 명시적으로 규정된 종된 의무에 작용하여 이를 확장함으로써 부수적 의무와 이에 상응하는 권리를 발생시킨다. 또한 신의칙상의 부수적 의무는 계약체결과정의 단계에서 발생하는 수도 있기 때문에, 계약체결자가 계약체결단계에서 이러한 의무에 위반하여 과실로 상대방에게 손해를 가한 때에는 손해배상책임도 사안에 따라서 부담한다.

이렇듯 신의칙은 민법의 근본이념이라 할 정도로 기본적이고 중요한 원칙이며, 로마법의 예에 따라 구체화 기능, 규제 및 보충기능, 보정기능으로 나누어 볼 수 있는데 부수적 주의의무는 이 중에서 구체화기능에 속한다. 이것은 채권자와 채무자의 주된 의무로부터 도출되고 계약을 구체화시키는 갖가지 부수적 의무들인 것이다. 따라서, 부수적 주의의무가 소홀해지면 주된 급부의무의 순조로운 달성도 어렵게 된다. 신의칙의 파생원칙 중의 하나인 부수적 주의의무는 권리와 의무로 이루어지는 당사자관계에서 급부라는 목적이 나오게 되는데, 급부란 채권의 목적으로서 채무자의 행위가 되며, 이러한 급부가 행해짐으로 인해 권리가 만족된다. 따라서 급부의무와 함께 계약관계가 진행되지만 이것만으로 계약관계가 해결되는 것은 아니다. 급부의무가 당사자의 약정 및 법률의 규정에 의해서 표현된 의무적인 의무라 한다면 그것을 채워주고 보충해 주는 드러나지 않은 내부적 의무도 있게 마련이기 때문이다. 이것을 부수적 주의의무라 하는데 오늘날 계약관계가 점차 복잡해지고 다양해질수록 부수적 주의의무의 중요성은 점점 높아지고 있다. 그러나 부수적 주의의무는 약정이나 법률규정이 없는 까닭에 의무의 명확성이나 범위의 기준도 모호한 것이 사실이다.

따라서 이하에서는 민법상의 일반원칙인 신의칙에 기하여 부수적 주의의무의 정당화근거를 찾고자 채무자의 의무구조의 기본 취지를 전제로 하여, 특징과 기능을 개관한 뒤, 부수적 주의의무의 법률상 인정근거와 여러 종류의 부수적 주의의무의 내용을 관련된 학설과 판례의 입장에서 살펴보고, 계약체결상의 과실책임과의 관계를 통하여 부수적 주의의무의 체계와 정의를 명확히 하고자 한다.

II. 부수적 주의의무의 개관

1. 개념

부수적 주의의무는 급부내용과는 직접 관련이 없지만 이행과정의 구체적

상황에서 급부결과를 실현하기 위하여 필요한 주의를 다하여야 할 구체적인 행위의무로서 급부의무의 발생, 이행, 소멸의 전 과정을 통하여 계약목적을 유지하고 보호하는 것을 목적으로 하는 의무이다. 즉, 신의칙에 의하여 부수의무가 성립하는데 이것은 신의칙이 급부의무 또는 명시적으로 규정되어 있는 종된 의무에 작용하여 이를 확장함으로써 나타나는 것이다.[1]

부수적 주의의무는 채무자가 부담하는 당사자의 계약, 예컨대 민법 제563조의 매매계약 또는 법률의 규정 민법 제750조의 불법행위에 의하여 정하여지는[2] 급부의무와는 밀접한 관련을 맺으면서도 상대적인 개념이 강하다. 즉, 급부의무가 드러나 있는 의무라면 부수적 주의의무는 외부로 표시되지 않은 숨겨진 의무라 할 수 있다. 그러나 이것은 급부의무 이외의 공백을 메워줌으로써 계약을 완성시키는 한편, 규정되지 않은 크고 작은 의무들을 총칭함으로써 신의에 좇은 의무이행을 할 수 있는 지침의 역할을 해 주는 것이며 이행청구가능성의 여부에 따라 독립적 부수의무와 비독립적 부수의무로 나뉘어 진다.

(1) 독립적 부수의무

독립적 부수의무는 그 자체로서 독자적인 목적이 있는 것을 뜻한다. 따라서 채무자가 이 의무를 위반하면 채권자는 이에 대한 이행청구를 할 수 있으며, 여기에 속하는 것으로는 보고, 안내, 설명의무 등을 들 수 있다. 예컨대, 기계를 팔면서 사용방법을 알려 줄 의무(사용설명의무), 상품에 대한 위험사항을 경고해 줄 의무(경고의무), 상대방의 이익에 관한 사항을 알려 줄 의무(통지의무) 등은 신의칙에 의해 발생되는 독립적 부수의무이다.[3] 특히 보험계약자 등의 고지의무는 최대선의의 원칙을 전제로 하고 있다. 왜냐하면, 고지의무는 보험계약에서 보험의 목적에 우연한 보험사고가 발생할 경우 보험으로부터 보호를 받기로 하는 사행계약적 성질을 가지고 있으므로 당사자의 선의성이 다른 계약보다 요구되고, 이를 보험법에 반영하여 규정하고 있기 때문이다.[4]

1) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 73면.
2) 백태승, 「민법총칙」, 법문사, 2006, 159면.
3) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009, 92-93면.

(2) 비독립적 부수의무

비독립적 부수의무는 그 의무 자체로는 독자적인 목적이 존재하지 않는 것을 뜻한다. 따라서 그 의무위반에 대하여 채권자가 그 의무이행청구를 할 수 없고 단지 손해배상청구만 할 수 있을 뿐이며, 이에는 보호의무, 배려의무 등이 있다. 예컨대, 오늘날 서구에서도 안전배려의무 자체는 더 이상 계약분야만 머물지 않고 계약책임과 불법행위책임의 구별을 초월하는 경향이 나타나고 있으며,[5] 특히 교통사고에 관한 법률과 제조물책임과 관련한 법률에 있어서 피해자를 위하여 적용되고 있다.

2. 특징

부수의무의 특징에는 여러 가지가 있는데 일반적인 법률관계에서는 권리의 내용이 확정되면 이에 따라 이행하여야 할 의무의 내용이 결정되지만, 부수의무는 반대로 손해배상의 결과를 파악한 후 이에 대한 배상책임을 구성하기 위해 어떠한 내용의 부수의무가 위반되었는가를 결정짓게 된다. 예컨대, 계약체결을 준비하는 과정에서 계약교섭의 상대방에게 설명을 하지 않아 이로부터 손해를 입었다면, 이에 대해서 설명을 청구할 수 있는 권리가 선행적으로 성립되어 설명의무를 발생시키는 것이 아니라, 반대로 일정한 손해를 입었는데 그 손해는 의무자가 설명 등의 부수의무를 제대로 하였다면 발생하지 않았을 것이라는 인과관계의 규명을 통해서 설명의무가 성립되는 것이다. 따라서 결과 적응적 의무이고, 사전적으로 청구의 대상인 의무로 발생하는 것이 아니라 사후적으로 발생된 손해를 배상하기 위한 유책주의에 입각한 의무위반의 근거로서 성립된다고 한다.[6] 특징에 있어서 부수의무와 급부의무와의 구체적 차이를 보면 다음과 같다.

---

4) John Bir, "Modern Insurance Law, 4th ed.", Sweet & Maxwell, 1997, p. 99.

5) Y. Lambert, "Fondement et régime de l' obligation de sécunite", *Dalloz Chronique*, 1994, p. 81 이하.

6) 윤형렬, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 293면.

첫째, 급부의무는 채무자만이 부담하는 것에 비해, 부수의무는 채권자, 채무자 모두가 부담한다.

둘째, 급부의무는 계약의 유형을 나타내어 유형에 따른 급부의무가 사전에 확정되어 있지만, 부수의무는 사후적 발생이다. 따라서 전자는 처음부터 발생하여 확정되지만(부동적), 후자는 계약의 진행 및 상황에 따라 변한다.

셋째, 소구가능성의 유무이다. 급부의무는 내용이 특정되어 있으므로 소구가능한데 비하여, 부수의무는 불특정되어 있어 사전적으로 소의 대상이 될 수 없다.

넷째, 급부의무는 급부결과와 동일하여 급부결과가 없으면 채무의 불이행으로 되는데 대하여, 부수의무는 급부의 결과를 요하지 아니한다. 예컨대, 매도인이 주의의무를 다하였는데도 목적물이 멸실되었다면 부수의무를 이행한 것으로 되므로 손해배상의무가 발생하지 않는다. 이 경우에 매도인에게 과실이 없기 때문이 아니라 매도인이 부수의무를 완전히 이행하였기 때문에 손해배상의무가 발생하지 않는 것이다.[7]

3. 기능

(1) 급부의 구체화기능

부수적 주의의무는 주된 의무인 급부의무의 내용을 명확히 해 주는 기능을 한다. 특히 당사자의 약정이 없거나 법률에 특별한 규정이 없을 때 채무자가 언제, 어디에서, 어떻게 채무를 이행하여야 하는가에 관하여는 신의칙이 중요한 규준이 된다. 즉, 신의칙은 부수의무의 근거가 되고 부수의무는 신의칙을 구체화시킨다.[8]

예컨대, 갑과 을이 부동산매매계약을 체결할 경우, 급부의무는 매도인 갑은 소유권이전의무, 매수인 을은 대금지급의무라 할 수 있다. 그러나 이외에 갑은

7) 이영준, 전게서, 74면.

8) 윤형렬, 전게서, 293면.

자신의 부동산을 을에게 완전히 이전할 때까지 선량한 관리자의 주의로 보존해야 할 선관의무, 소유권이전등기에 협력해야 할 협력의무 등을 부담한다. 을도 역시 대금지급 뿐만 아니라 계약체결의 원만한 수행을 위해 필요한 갑의 요청에 협력해야 한다. 계약에 기한 의무에는 주된 급부의무뿐만 아니라 신의칙상의 여러 의무(부수적 주의의무, 성실의무, 보호의무, 설명의무 등)를 포함하고 있고, 이러한 의무는 계약체결의 준비과정에서도 인정할 수 있다는 전제 아래, 계약체결상의 과실책임은 이러한 의무를 위반한 것에 대한 손해배상책임으로서 계약책임의 성질을 갖는다고 할 것이다.[9]

(2) 권리창설적 기능

신의성실의 원칙은 법률행위를 해석하여 그 내용을 확정하는 기능을 갖는 외에 권리의 발생, 변경, 소멸의 기능을 갖는다. 즉, 신의칙은 첫째, 급부의무를 확장하거나 특별한 결속관계에 기하여 부수의무 내지는 행위의무를 성립하게 하는 효과인 권리창설적 기능을 가지고, 둘째, 이미 발생한 권리를 사정의 변경을 이유로 하여 수정하는 효과인 권리변경적 기능을 가지며, 셋째, 이미 발생한 권리를 권리남용이라 하여 그 행사를 허용치 않는 효과인 권리소멸적 기능을 가지고 있다.[10]

여기에서 부수의무는 권리창설적 기능에 속하게 되며 다양한 종류의 의무들을 발생시킴으로써 계약의 기틀을 잡고 앞으로 전개될 계약내용을 제시해 주는데, 이런 의무의 발생은 상대방에게는 권리의 창설이 되는 것이다. 부수의무의 발생은 당사자의 정당한 권리를 발생하여 행사하게 하는 역할을 하게 된다.

---

9) 개정된 독일민법(2002년)은 계약체결상의 과실책임의 본질을 계약책임으로 파악한다. 즉, 계약을 위한 행위가 개시되면, 보호의무를 주된 내용으로 하는 배려의무가 발생하고(제311조 제2항), 동시에 당사자 사이의 관계는 그 배려의무를 내용으로 하는 넓은 의미의 채권관계, 즉 계약관계가 성립하는데(제241조 제2항), 이러한 계약관계에서 일방의 과실로 타방이 손해를 입은 경우, 계약상의 의무위반으로 손해배상책임이 발생하게 된다(제280조 제1항).

10) 이영준, 전게서, 73면.

Ⅲ. 부수적 주의의무의 인정근거

1. 헌법상 근거

우선 헌법 제10조에서 그 근거를 찾을 수 있다. 제10조 상단에 규정된 인간존엄성을 계약관계에도 그대로 적용되어 사적자치의 원칙의 근간을 이루며 행복추구권은 채권자에게 급부의무를 비롯한 부수의무를 요구할 수 있는 이론적 근거가 되는 것이다. 즉, 더욱 향상된 인간다운 삶을 위해, 그리고 자신에게 더 좋은 조건으로 계약을 체결하기 위해 여러 부수의무들을 요구할 수 있는 것이다.

또한 헌법 제32조에서는 근로의 권리와 의무에 대해서 규정함으로써 근로계약에 대한 지침을 알리고 있다. 즉, 제1항에서 국가는 사회적, 경제적 방법으로 근로자의 이익증진에 노력해야 하며, 제3항에서는 근로조건을 인간의 존엄성에 알맞게 정해야 한다고 하고 있다. 여기서 국가의 개념에는 사용자도 포함될 것이다. 왜냐하면, 국가는 근로자를 보호해야 할 사용자에게 이러한 조항에서 규정하고 있는 의무를 위임한 것이라고 할 수 있기 때문이다. 따라서 이것은 사용자의 배려의무, 적정자금지급의무 등의 근거가 된다. 뿐만 아니라 제2항에서는 근로자의 의무를 밝힘으로써 부수의무의 하나인 근로자의 성실의무에 대한 이론적 모체가 된다.

제34조 제1항에서는 인간다운 생활을 할 권리를 명시하고 있고, 이것은 제10조와도 상통한다. 제37조 제2항에서는 기본권의 한계 및 기본권의 본질적 내용의 침해금지에 대해서 규정하고 있는데, 이것은 부수의무의 근간이 되는 신의칙이 나아가야 할 방향을 제시하고 있다. 신의칙은 권리를 창설하고 구체화하여 권리의 본질적 내용을 명백히 하면서도 신의에 좇은 권리행사를 위해 권리남용을 엄격히 금지하여 기본권의 한계를 규정하고 있는 것이다.

2. 민법상 근거

민법에 있어서는 제2조의 신의칙을 들 수 있다. 이는 권리의 행사와 이행을

신의 있고 성실히 해야 한다는 것으로 이러한 신의칙에서 여러 부수의무가 파생되어 나오는 것이다.

제374조는 특정물 인도채무자의 선관의무로서 부수의무 중의 하나인 선관의무를 직접 규정하고 있다. 이 외에 채권자 지체(민법 제400조)에서 협력의무를 도출할 수 있고, 계약체결상의 과실책임(민법 제535조)에서는 계약체결의 전 단계에서 부수적 의무의 위반으로 책임을 지는 경우를 생각해 볼 수 있는 것이다.

부수적 주의의무는 그 특질상 당사자의 약정이나 법률의 규정에 잘 드러나지 않으므로 법률상의 근거를 찾기는 힘들다. 그러나 민법의 대전제이면서 의무구조의 중요한 부분을 차지하고 있는 신의칙이 부수의무의 근간을 이루고 있으므로, 민법의 구석구석에 부수의무의 성격이 담겨 있다고 할 수 있는 것이다. 판례에 의하면 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수가 없으며, 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 할 것이라고 하여 부수의무에 대해서 점차 광범위하게 인정하고 있다.[11] 그만큼 계약이 복잡해지고 주된 의무만으로는 더 이상 법률관계를 규율할 수 없게 됨에 따라 부수의무의 역할이 증대되게 되었고 판례도 이런 현상을 도외시 할 수 없다는 것을 반영한 것이라 생각된다.

11) 대판 2005.11.25, 2005다53705, 53712.

Ⅳ. 부수적 주의의무의 종류

1. 종류

(1) 배려의무

신의칙상의 고려의무로부터 도출되는 배려의무는 어의 그대로 상대방의 입장에서 존중해주는 의무로 상대방의 손실을 없게 하거나 최소한도로 줄여 주어 의무의 이행을 용이하게 해 주는 것이다. 판례는 은행이 인감변경신고를 수리함에 있어서 신고자가 예금주인 사단법인의 경리계장으로서 당해 인감을 사용하는 예금거래의 담당책임자임을 확인한 것만으로는 인감변경시의 예금주 본인 확인의무를 다하였다고 볼 수 없다고 판시하고 있어[12] 은행의 면책을 인정하는 근거가 될 수 없다고 하였다. 따라서 예금주의 의사에 의하지 아니한 인감의 변경으로 인한 부정행위의 발생을 방지할 주의의무인 배려의무가 있다할 것이다.

그러나 망인이 스키장 내 슬로프에서 스키를 타고 내려오던 중 넘어지면서 안전망에 부딪쳐 사망한 사안에서, 위 안전망이 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못하고 있다거나 그 관리자가 위 안전망을 설치·관리함에 있어 이용자에 대한 안전배려의무를 다하지 못한 과실이 있다고 볼 수 없다[13]고 판시함으로써, 민법 제758조 제1항에 규정된 공작물의 설치·보존상의 하자라 함은 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 이와 같은 안전성의 구비여부를 판단함에 있어서는 당해 공작물의 설치·보존자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 삼아야 할 것이므로, 공작물에서 발생한 사고라도 그것이 공작물의 통상의 용법에 따르지 아니한 이례적인 행동의 결과로 발생한 사고라면, 특별한 사정이

12) 대판 2001.1.5, 2000다35597.

13) 대판 2006.1.26, 2004다21053.

없는 한 공작물의 설치·보존자에게 그러한 사고에까지 대비하여야 할 방호조치의무가 있다고 할 수는 없다는 배려의무를 부정하는 사례도 있다.

(2) 설명의무

설명의무란 계약과 관련하여 상대방에게 알려주어야 할 중요한 사안을 성심껏 설명해 주어야 하는 의무를 말한다. 이를테면 의사는 환자에게 환자의 상태와 치료 등에 대해서, 변호사는 의뢰인에게 현 법률상황을, 약사는 고객에게 약에 대한 주의사항 등을 설명해 주어야 하는 것이다. 다시 말해서 계약의 유형에 따른 급부의 이행을 위해 급부와 관련된 중요사항은 성실히 이해하기 쉽게 설명해 주어야 한다는 것이다. 설명의무에서 특히 살펴보아야 할 것은 의사에게 주어진 설명의무로서 가장 많이 다루어지는데,[14] 의사의 설명의무란 의사가 의료행위를 함에 있어 환자에게 질병의 증상, 진료의 필요성, 진료방법, 진료에 따르는 위험, 예후 등을 설명하여야 할 의무이다. 즉, 환자가 신체의 완전성이라는 처분할 수 있는 법익의 소지자로서 치료행위와 관련하여 자유롭게 결정하기 위해서 예견되는 치료와 그에 따르는 위험에 대한 인식을 가져야 한다는 것이다. 또한 의사도 치료행위를 할 때 환자가 자기결정권을 충분히 행사할 수 있도록 치료행위 전반에 대한 설명을 해 줄 의무가 있는 것이다.[15]

이론적 근거로 우리 헌법 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며" 또한 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다" 하여 자신의 신체에 대한 가치와 권리를 갖는다고 하였다. 의료행위는 고도의 전문적 지식과 기술을 필요로 하므로 의사에게 설명의무를 부담시켜 환자의 승낙권과 자기결정권의 행사를 보장하고자 하는 것이다.[16] 의사의 설명의무의 법적 근거에 대하여는 자기결정권에서도 구하기도하고, 계약상의 의무, 직무상

14) 설명의무는 의료인이 직접 환자에게 이행하여야 한다. 환자의 동의는 의사표시가 아니고, 진료행위상 환자의 신체에 대한 의료인의 침해행위를 승낙하는 의사적 표현이다.

15) 김선중, 「의료과오소송법」, 박영사, 2005, 75면.

16) 김현철·최경석, 「임상시험의 법과 윤리」, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2007, 92~95면.

의 의무에서 찾기도 하는데 계약상의 부수의무로 보아야 할 것이다. 계약체결 과정이나 계약성립 후 전문가나 사업자가 계약체결 전 혹은 계약성립 후 비전문가나 소비자에게 계약의 중요한 내용이나 사항 등에 대하여 설명해 주어야 하는 소비자의 자기결정권을 위하여 인정되는 의무이기 때문이다.[17]

판례의 태도는, 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다. 환자측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사측에 설명의무를 이행한데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 타당하다고 판시하고 있다.[18] 반면, 설명의무를 부정한 판례에서 윌슨(Wilson)씨 병을 앓는 환자의 병세가 악화된 것은 그 치료약제의 부작용 때문이 아니고 환자가 의사의 처방을 무시하고 약을 복용하지 아니하고 지정된 날짜에 진료도 받지 아니하는 등 효과적으로 치료가 이루어지지 아니하였기 때문이므로, 의사가 환자에게 그 병의 치료과정과 치료약제의 투약에 관하여 상세한 설명을 하지 아니한 것을 잘못이라고 볼 수 없다고 한 사례도 있다.[19]

또 다른 설명의무로서 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제3항에서는 사업자는 고객에게 계약체결에 있어서 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명을 해주도록 하고 있으며, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제47조가 금융투자업자가 일반투자자에게 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명할 의무를 부과하고 있다.[20]

그 밖에 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고

17) 판례나 문헌에서는 일방의 계약 당사자는 신의칙이나 거래관행에 따라서 타방 당사자에게 상당하게 설명을 하여야 한다고 하고 있다. 위계찬, "계약체결과정에서의 설명의무의 근거", 「원광법학」 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소 2007.9, 169면.

18) 대판 2007.5.31, 2005다5867.

19) 대판 2002.5.28, 200다46511.

20) 정영진, "소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구", 제주대학교 박사학위논문, 2012, 74면.

상세하게 설명하여야 할 의무[21]가 있고, 만약 가입자에게 설명하지 않았다면, 보험회사는 보험계약 무효로 지급받지 못하는 보험금 상당액의 손해를 가입자에게 배상할 의무가 있다. 이것은 보험업법 제102조 제1항에 기한 손해배상할 책임을 진다는 것이고, 부동산 중개인이 중개 의뢰인의 요구에 따라 잔금 지급일에 거래계약서를 재작성함에 있어 중개 의뢰인의 확인 요청에 따라 그 시점에서의 제한물건 상황을 다시 기재하게 되었으면 중개 대상물의 권리관계를 다시 확인하여 보거나 적어도 중개 의뢰인에게 이를 확인하여 본 후 잔금을 지급하라고 주의를 환기시킬 의무가 있다고 한 사례[22]도 있다. 이러한 설명의무는 부수적 주의의무로서 계약과 관련하여 중요한 사안임을 강조하고 있는 것이다.

(3) 통지의무

통지의무는 계약 자체로부터 발생하는 수가 많다. 통지는 계약과정 중에 위험이 발생하거나 위험이 현저히 변경, 증가되었을 경우에 상대방에게 불이익이 가하지 않도록 통지하는 의무이다. 신의칙상의 고려의무로부터 해제, 해지, 환매권, 보증채무금청구, 구상금청구 등의 행사를 위하여 일정한 사항을 통지할 의무가 발생한다.[23]

판례의 태도를 보면, 구 보험업법(2003.5.29, 법률 제6891호로 전문 개정되기 전의 것)상의 보험모집인은 특정 보험자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자일 뿐 보험자를 대리하여 보험계약을 체결할 권한이 없고 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에 대하여 하는 고지나 통지를 수령할 권한도 없으므로, 보험모집인이 통지의무의 대상인 '보험사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 알았다고 하더라도 이로써 곧 보험자가 위와 같은 사실을 알았다고 볼 수는 없다.[24] 이 사안은 보험목적건물에서 영위하고 있는 업

21) 대판 2007.9.6, 2007다30263.
22) 대판 2002.8.27, 2000다44904.
23) 이영준, 전게서 78면.
24) 대판 2006.6.30, 2006다19672.

종이 변경된 사실을 보험모집인이 알았다고 하더라도, 그것만으로는 보험자인 원고가 이러한 사실을 알았다거나 보험계약자인 피고가 보험자인 원고에게 업종변경사실을 통지한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 보험모집인은 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에 대하여 하는 고지나 통지를 수령할 권한이 없는 채무부존재상태라 볼 수 있는 것이다. 또한 상법 제652조 제1항 소정의 통지의무의 대상으로 규정된 '사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이라 함은 그 변경 또는 증가된 위험이 보험계약의 체결당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 아니하였을 것으로 인정되는 사실을 말하는 것으로서, 상해보험계약 체결 후 다른 상해보험에 다수 가입하였다는 사정만으로 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에 해당한다고 할 수 없다[25]고 판시하고 있다.

(4) 선관의무

선관의무는 선관주의보호의무로서 민법 제374조에서 규정하고 있다. 부수의무를 법률에서 규정하고 있는 경우는 흔치 않다. 선관의무에는 당연히 그 대상이 존재하여야 하며 특정물이라 할 수 있게 특정되어 있어서 다른 물건으로 대체되지 못하는 목적물을 말한다. 즉, 선관주의라 함은 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 정도의 주의를 말하고 행위자가 종사하는 직업, 그가 속하는 사회적 지위 등에 따라서 일반적으로 요구되는 정도의 주의로서 주의의 정도가 채무자의 구체적 능력에 따라 정해지는 것이 아니고 일반적, 객관적 기준에 따라 정해진다 할 것이다.

예컨대, 채무자는 물건을 인도하기까지 선량한 관리자로서의 의무를 진다. 인도시란 원칙적으로 채권자에게 실제로 물건을 이전하는 시기를 말하며, 이행기를 넘겨서 인도할 때는 이유가 무엇인가에 따라 보존의 주의 정도가 달라진다. 이행지체 중에는 과실이 없는 경우에도 손해배상의무를 지게 될 수

25) 대판 2004.6.11, 2003다18494.

있으나, 채권자지체 중에는 고의, 중과실이 없으면 책임이 없다. 그러나 임대차나 사용대차의 채무자는 무조건 목적물을 인도받은 때부터 반환시까지 보존의무를 진다.[26]

판례의 태도를 살펴보면, 대표이사에 의해 이미 실행된 대출에 대한 이사회의 추인 결의에 찬성한 이사들의 행위와 대출금의 회수 곤란으로 인한 손해 사이의 인과관계는 이사 개개인이 선관의무를 다하였는지 여부에 의해 판단하여야지, 다른 이사들이 선관의무를 위반하여 이사회의 추인 결의에 찬성하였는지 여부를 전제로 판단할 것은 아니다. 이사회의 결의는 법률이나 정관 등에서 다른 규정을 두고 있지 않는 한 출석한 이사들의 과반수 찬성에 의해 이루어지는 바, 만일 다른 이사들의 선관의무 위반을 전제로 인과관계를 판단하여야 한다면 이사회의 결의를 얻은 사항에 관하여 이사 개개인에게 손해배상책임을 묻는 경우, 당해 이사 개개인은 누구나 자신이 반대하였다고 해도 어차피 이사회 결의를 통과하였을 것이라는 주장을 내세워 손해배상책임을 면하게 될 것[27]이라 판시하고 있다.

다른 판례는 임대차 종료 후 임차인의 임차목적물 명도의무와 임대인의 연체차임, 기타 명도시까지 발생한 손해배상금 등을 공제하고 남은 임대보증금 반환 채무와는 동시이행의 관계에 있는 것이어서 임차인은 이를 지급받을 때까지 동시이행의 항변권에 기하여 목적물을 유치하면서 명도를 거절할 권리가 있는 것이나, 임차인은 임차목적물을 명도 할 때까지는 선량한 관리자의 주의로 이를 보존할 의무가 있어, 이러한 주의의무를 위반하여 임대목적물이 멸실·훼손된 경우에는 그에 대한 손해를 배상할 채무가 발생하며, 임대목적물이 멸실, 훼손된 경우 임차인이 그 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 입증하여야 한다[28]고 하는 것은 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수도 있다(민법 제390조)는 동시이행의 중요성을 강조하고 있는 것이다.

---

26) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009, 34면.

27) 대판 2007.5.31, 2005다56995.

28) 대판 1991.10.25, 91다22605,22612.

따라서 선관의무를 위반하였을 경우에는 배상책임을 지게 되며, 선관의무를 다 하였는지의 입증책임은 채무자에게 있다 할 것이다.

(5) 협력의무

협력의무는 계약당사자간에 계약의 수행 및 실현을 위하여 서로 협동해야 하는 의무이다. 특히 계약을 유효로 하기 위해서 행정관청의 동의 또는 인가를 필요로 할 때 당사자는 그 동의 또는 인가를 받을 수 있도록 서로 협력할 의무가 있으며,[29] 토지거래허가제와 같은 사안에서 부수의무로서 자주 나타나고 채권자지체의 문제와도 밀접한 관련이 있다. 채무자가 급부를 이행하였어도 채권자가 이를 수령하지 않거나 협력하지 않았을 경우에 채권자지체의 문제가 생기며 이는 곧 채권자가 자신의 협력의무를 게을리 한 경우에 해당하기 때문이다.

판례는 토지거래규제구역 내의 토지에 대하여 갑과 을 사이에 권리이전 약정을 포함한 토지매수 위임계약이 이루어지고 그 수임인인 을과 토지 소유자 병 사이에 매수인을 을로 한 토지 매매계약이 체결된 경우, 갑은 을에 대하여 그 위임계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 토지거래허가 신청절차에 협력할 것을 청구할 권리가 있고 그와 같은 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 보전하기 위하여 을을 대위하여 그에게 토지를 매도한 병을 상대로 을과 병 사이의 토지 매매에 대한 토지거래허가 신청절차에 협력할 것을 청구할 수 있다[30]고 판시하고 있으며, 이것은 유동적 무효상태에 있는 토지거래계약에 있어서 매매계약의 당사자는 허가신청에 협력하지 아니하는 상대방 당사자에 대하여 협력의무의 이행을 청구할 수 있으므로, 이러한 이행 청구권은 채권자대위권의 행사에 의하여 보전될 수 있는 채권에 해당한다 할 것이다. 또한 어느 일방이 허가신청 협력의무의 이행거절 의사를 분명히 하였다 하더라도 그 상대방은 소로써 허가신청 절차에 협력해 줄 것을 청구할 수 있음은 당연하고, 다만 당사자 쌍방이 허가신청을 하지 아니하기로

29) 백태승, 전게서, 165면.

30) 대판 1996.10.25, 96다23825.

의사표시를 명백히 한 경우에는 유동적 무효 상태의 계약은 확정적으로 무효가 된다. 따라서 협력의무를 소로써 청구하는 것은 가능하다.[31] 그러나 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자는 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수는 없다[32] 할 것이다.

(6) 보호의무

보호의무를 처음으로 주장한 학자는 독일의 Heinrich Stoll이다. 그는 계약상의 채무자는 급부의무 이외에 신의칙상 보호의무도 부담한다고 주장하였다. 그에 의하면 보호의무는 급부의무와는 달리 급부결과 내지 급부이익과는 직접적으로 상관이 없고, 계약의 준비과정 또는 수행과정에서 발생할 지도 모르는 상대방에 대한 가해를 방지할 의무라고 했다.[33] 이것은 채무자에게만 인정되는 것이 아니고 채권자에게도 인정되고, 보호의무 위반이 있으면 급부결과가 아닌 상대방의 그 밖의 법익을 침해하게 되어 계약의 효력에 상관없이 존재한다.[34]

판례는 환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실에의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제고하는 등으로 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임

31) 대판 1995.12.12, 95다28236.

32) 대판 1999.6.17, 98다40459.

33) Stoll, "Die Lehre von den Leistungsstörungen", 1936, p. 26, 서광민, 「민법의 기본문제」, 서강대학교 출판부, 2006에서 재인용.

34) 서광민, 상게서, 159면.

을 면하지 못한다[35]고 판시하고 있다. 그러나 보호의무위반을 이유로 사용자에게 손해배상책임을 인정하기 위하여는 특별한 사정이 없는 한 그 사고가 피용자의 업무와 관련성을 가지고 있을 뿐 아니라 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측할 수 있는 경우라야 할 것이고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 가해자의 분별능력, 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 야간에 회사 기숙사 내에서 발생한 입사자들 사이의 구타행위에 대하여 회사의 보호의무위반이나 불법행위상의 과실책임을 인정할 수 없다.[36]

따라서 보호의무도 역시 신의칙에 의해서 도출된 의무라고 할 수 있다. 그러나 보호의무는 계약의 성립여부에 자유로우며, 사회적 접촉으로 인한 신뢰관계에 기인하여 발생되는 급부 이외의 모든 법익을 관장한다 할 것이다.

(7) 정보제공의무

정보제공의무의 인정근거에 관하여 다양한 관점으로부터 논의가 행해지고 있지만, 학설의 대부분은 당사자간에 정보력의 격차가 있는 경우에 신의칙상 일방당사자가 상대방에 대하여 정보제공의무를 부담한다는 것을 긍정한다.[37] 정보제공의무에 대하여 특별법상 또는 민법상의 규정만으로 이를 해결할 수 있는 범위는 한정되어 있으므로, 민법상의 일반원칙인 신의칙에 기하여 정보제공의무의 정당화근거를 찾고자 하는 것이다.[38]

정보제공의무는 계약체결단계에 있는 당사자에게 단순한 사실의 객관적인 지적 내지 설명을 할 의무이며, 그 사실을 아는 것이 용이한다든가 혹은 목적물의 성질로부터 당연히 알 수 있는 것과 같은 사실에 관하여는 이 의무가 존재하지 않는다. 여기서 말하는 정보제공의무는 계약을 체결하려고 하는 자가

35) 대판 2003.4.11, 2002다63275.

36) 대판 2001.7.27, 99다56734.

37) 박정기, "계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구", 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002.12, 71면.

38) 정영진, 전게논문, 118면.

계약체결에 필요한 제반사정을 잘 알고 난후에 계약체결 여부의 의사결정을 할 수 있도록 하는 것과 같이 상대방에 대하여 필요한 정보를 제공하는 의무 즉, 계약체결단계에 있는 당사자에게 일정한 사항을 제시할 의무이며, 정보제공을 통하여 적절한 계약교섭관계를 보장하려고 하는 개념이다.[39]

우리 판례는 대체로 정보제공의무의 근거를 신의칙에 두고 있다고 할 수 있다. 대법원은 임대차보증금반환 사건에서, "임차인이 임대인의 승낙을 받아 임대차보증금반환채권을 담보로 금전을 차용한 사실관계에서 임대인이 금전을 대여하는 사람에게 다른 공동임차인의 존재, 차임 등의 연체 사실 등을 고지할 신의칙상의 의무가 있다"[40]고 하여 고지의무의 근거를 신의칙에 두고 있으며, 또 다른 판례에서도 "당사자 일방이 알고 있는 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에 한정하여 정보제공의무를 인정한다"고 판시하고 있어[41] 신의칙을 정보제공의무의 근거로 삼고 있음이 확실하다는 것을 보여주고 있다.

대법원은 보증인 보호에 관련한 판례에서, 보증인의 부담으로 돌아갈 주채무의 액수가 보증 당시 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 범위를 훨씬 상회하고 그 같은 주채무 과다발생의 원인이 채권자의 신의칙에 반하는 행동에서 비롯된 경우와,[42] 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는,[43] 보증인의 책임을 합리적인 범위 내로 제한할 수 있다고 판시하고 있어, 보증인보호와 관련한 정보제공의무에서도 신의칙을 근거로 하고 있음을 알 수 있다.

---

39) 이러한 계약전의 정보제공의무는 계약후의 정보제공의무와는 다르다. 후자는 계약상의 채무로서 계약상의 주된 채무(예컨대, 흥신소가 의뢰자에 대하여지는 의무) 내지 주된 채무에 부수하는 의무(예컨대, 수임자가 위탁자에 대하여 위임사무의 이행이 곤란하게 된 사실을 알릴 의무)로서 존재한다.

40) 대판 2009.2.26, 2006다45688.

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

42) 대판 2005.10.27, 2005다35554, 35561.

43) 대판 2004.1.27, 2003다45410.

2. 소결

배려의무란 상대방의 입장에서 배려해 주는 의무를 말하며 통지의무와 설명의무는 중요한 사항을 알리는 것에 있어서는 양자가 동일하나, 설명의무는 계약대상의 실현을 위해 설명하는 것에 비해 통지의무는 계약을 수행하면서 발생하는 중대한 변동사항에 대해 설명하는 의무라는 데서 차이가 있다.

선관의무는 부수의무 중에서 민법에서 명문으로 규정하고 있는 것으로 선량한 관리자의 주의로 특정물을 보호할 의무를 규정한 것이다. 협력의무는 채권자와 채무자간에 계약의 수행 및 실현을 위해서 협동해야 하는 의무로 채무자가 부담하는 급부라도 그것의 원활한 이행을 위해서 채권자의 도움이 필요하다는 신의칙상의 부수의무이다.

보호의무는 급부의무와 상관없이 존재하여 부수의무의 일반적 성격과 차이가 있지만 급부의무 이외의 모든 법익을 보호하고 신의칙을 구체화하여 계약관계의 공백을 메워 준다는 점에서 부수의무의 특수한 유형이라고 할 수 있다.

끝으로 여기서 말하는 정보제공의무는 계약을 체결하려고 하는 자가 계약체결에 필요한 제반사정을 잘 알고 난후에 계약체결 여부의 의사결정을 할 수 있도록 하는 것과 같이 상대방에 대하여 필요한 정보를 제공하는 의무이다.

이처럼 부수의무는 급부의무 이외의 의무로서 단순히 의무의 이원구조를 이루는 듯이 보이지만, 부수의무 내부에는 상이한 의무들이 융합되어 있는 모습으로 각기 자기의 역할을 충실히 하고 있다 할 것이다.

V. 계약체결과 부수적 주의의무와의 관계

1. 서설

부수적 주의의무는 그 자체에 모호성과 추상성이 있기 때문에 그것을 분류하여 구별함으로써 명확성을 높이고 더욱 구체화 시킬 수 있는 것이다.

부수의무는 계약의 전단계에 걸쳐 고루 발생하기 때문에 계약의 성립이라

할 수 있는 체결 전에도 이루어지는 것이며, 계약체결상의 과실책임은 바로 이 부분에 대한 부수의무에 대해서 생각해 보는 것이다.

즉, 계약교섭과정에 있는 당사자에게 일정한 사항에 대한 배려, 통지, 설명, 선관, 협력, 보호, 정보제공 등에 관한 의무를 부과하는 것이다. 이는 채권자와 채무자를 상호 대립하던 관계로 보던 전통적인 계약관에서 탈피하여 계약관계를 채권자와 채무자가 공통의 이익을 추구하는데 있다고 하겠다.

이하에서는 계약체결상의 과실책임에 대한 이론적 근거를 살펴보고, 그 유형에 있어서 계약준비단계에서의 과실과 계약이 무효 또는 취소된 경우, 계약이 유효하게 체결된 경우를 분석함으로서 판례의 동향을 파악하고자 한다.

2. 계약체결상의 과실책임

체약상의 과실책임은 1861년 R. Jhering이 그의 논문을 통해 처음으로 주창한 이론이다.[44]

우리 민법은 원시적·객관적 급부불능의 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임을 규정하고 있다(제535조). 체약상의 과실책임의 경우, 그 적용문제 등에 관하여 학설은 다툼이 있다.[45] 체약상의 과실책임은 계약체결의 준비단계에서부터 당사자에게 신의칙상의 부수적 의무를 부과하는 기능을 하고 있다는 점에서 계약이 유효하게 성립한 경우 등 이를 폭넓게 인정하여야 한다.[46]

독일에서는 계약체결과정에서 정보제공의무를 이행하지 않은 경우 이를 이행하였더라면 체결하였을 계약보다 불리한 계약을 체결한 경우에도 계약체결

44) 즉, "계약체결상의 과실책임 또는 무효인 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 손해배상(Cuipa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen)'이라는 논문을 통하여, 원시적 불능, 금지법규위반으로 계약이 무효가 됨으로써 상대방이 손해를 입은 경우, 계약의 유효요건을 다 밝히고 필요한 주의를 다하지 못한 과실 있는 당사자는 그 손해배상책임을 져야 한다고 주장하였다.

45) 제535조를 일종의 예시적 규정으로 보고, 계약이 유효하게 성립하는 경우에까지 확대적용할 필요가 있다는 견해(곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005, 54-58면)가 있는가 하면, 불법행위법리로 그 해결이 가능하다는 점에서 제535조가 필요하지 않다는 무용론(김형배, 전게서, 1005면 등).

46) 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 61면.

상의 과실책임을 인정하고 있다.[47] 물론 사소한 정보제공의무의 위반이 있음에 불과한 때에는 계약체결상의 과실책임은 인정되지 아니한다. 우리나라의 학설도 독일과 마찬가지로 계약체결과정에서 정보제공의무위반으로 인하여 '원치 않은 계약'을 체결함으로써 급부기대가 좌절된 경우에, 계약체결상의 과실책임을 인정하는 견해가 있다.[48] 반면에 정보제공의무 위반에 기한 손해배상책임의 문제는 우리 민법상으로는 제390조에 의하여 처리될 수 있으므로, 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리를 끌어들일 필요는 없다고 하거나,[49] 상대방의 의사결정에 중대한 의의를 가지는 사항에 대한 설명의무위반이 있는 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있을 뿐인데, 계약교섭시의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임의 근거를 굳이 계약체결상의 과실책임의 법리에 의존할 필요는 없다는 견해가 있다.[50]

하지만 우리의 판례는 계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수도 있다고 한다.[51] 또한 과실로 인하여 고지의무 내지 설명의무를 위반하여 의사결정의 자유를 침해한 경우에는 계약관계가 유효하게 성립하고 있다고 하더라도, 급부이익의 실현을 목적으로 하는 행위의무로서 부수적 의무를 위반한 것이 아니라, 계약체결상 의사결정의 자유를 보호목적으로 하는 행위의무로서 정보제공의무를 위반한 것이므로 계약체결상의 과실을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 계약체결 이후에 계약의 목적인 급부의 이행에 있어서의 부수적 의무 기타 정보제공의무 위반이 있는 경우에는 적극적 채권침해(불완전이행)에 대

47) BGH NJW 1989, 1793: 소방용사다리 사건과 BGH NJW 1991, 1673: 야간방해사건을 들 수 있다. 이들 판결에 대한 자세한 소개로는, 김상중, "매매계약 교섭 당사자의 잘못된 정보제공에 관한 상대방의 보호 - 대판 1995.3.28, 93다62645 등을 계기로한 체계적 논의의 발전을 위한 일반적 고찰 -", 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005.9, 163면 이하.

48) 곽윤직, 전게서, 93~94면: 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1992, 78~79면.

49) 양창수, "계약체결상의 과실", 「민법연구」 제1권, 박영사, 387면.

50) 김대정, 「계약법(상)」, Fides, 2007, 141면.

51) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

한 문제에 대하여, 판례는 "증권회사의 임·직원이 강행법규에 위반한 투자수익보장 투자를 권유하여 이에 따른 결과 손실을 본 경우에, 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가된다면 이는 불법행위를 구성한다"고 판시하고 있다.[52] 이것은 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에서 당사자의 일방이 정보제공의무 등 행위의무를 그에게 책임 있는 사유로 위반하여 상대방에게 손해를 준 때에는, 오히려 행위의 자유를 제한하는 불법행위법상의 거래안전의무의 위반을 들어 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻기 보다는 계약법상의 의무로서 행위의무 위반을 들어 '계약체결상의 과실책임'을 인정하는 것이 손해의 공평한 분담을 위해서도 타당다고 생각한다.

3. 계약체결상의 과실책임의 유형

(1) 계약준비단계에서의 과실

1) 권리침해의 경우

계약체결의 준비단계에서 계약외적 법익, 즉 당사자의 한쪽이 상대방의 생명, 신체, 재산권과 같은 권리를 침해함으로써 계약협의가 중단되고 계약이 성립되지 아니한 경우를 말한다.

이 유형은 독일민법의 특수성에 기인한 것으로 우리 민법의 해석상 무비판적으로 받아들일 필요는 없다고 본다. 계약체결의 준비단계에서 상대방에게 생명, 신체, 재산권 등 권리외적 법익이 침해된 경우에는 그 본질을 불법행위 책임으로 파악하는 것이 타당하다 할 것이다. 우리 민법은 독일민법과 달리 불법행위의 성립에 관하여 포괄적인 일반조항을 가지고 있는 상황에서 우리 민법상 다수설이 상정하고 있는 상황이 발생하면 당연히 불법행위가 성립될 수 있기 때문이다. 더욱이 우리 판례는 사용자책임에 있어서 사용자의 면책을

52) 대판 1999.12.24, 99다44588: 대판 1998.10.27, 97다47989.

거의 허용하지 않기 때문에 독일과 같이 기교적인 방법을 사용자면책을 이유로 이행보조자의 책임으로 이론 구성하는 사용할 이유도 전혀 없다고 할 것이다. 아직까지 이러한 유형에 해당하는 사례가 우리 대법원판례에 등장하지 않는다는 점도 이 유형을 계약체결상의 과실책임에서 배제해야 한다는 점에 대한 반증이라 할 수 있을 것이다.

더욱이 다른 유형의 계약체결상의 과실책임을 인정해야 한다는 견해 중에서도 불법행위책임으로 이론 구성하는 것이 타당하다는 견해[53]가 많다는 점도 그 부당성을 입증하는 것이라 할 수 있을 것이다.

2) 계약교섭의 결렬의 경우

다수설의 논거에 의하면 계약교섭단계에 있어서 당사자 일방이 그의 전태도에 비추어 일방 당사자가 계약이 틀림없이 성립할 것이라는 신뢰를 상대방에게 일으켜놓고 적절한 이유 없이 교섭을 파기함으로써 상대방에게 손해를 야기한 경우에는 손해배상책임이 발생한다고 설명한다.[54] 반면, 유력설의 논거는 계약교섭 당사자가 계약교섭을 시작하였다고 해도 반드시 계약을 체결해야 할 의무를 부담하는 것은 아니며, 교섭 중에 당사자 일방이 계약체결의 가능성을 시사하거나 암시하여 상대방이 이를 신뢰하고 비용을 지출했다거나 다른 계약의 체결기회를 상실하였다고 해도 당사자에게 손해배상의무가 발생한다고 결론지을 수는 없다할 것이다.[55]

판례의 태도도 "어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 판시하고 있다.[56] 정리하면 계약교섭의 파기는 계약자유의 원칙상 원칙적으로 허용되지만 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되

53) 김형배, 「채권각론(신정판)」,박영사, 2001, 127면.

54) 곽윤직, 「채권각론(신정수정판)」, 박영사, 2000, 64면.

55) 김대정, "계약체결상의 과실책임", 「성균관 법학」 제11권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 1999, 94면.

56) 대판 2001.6.15, 99다40418.

리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것이며, 손해배상의 범위는 원칙적으로 신뢰이익의 배상이라고 정리할 수 있을 것이다.

(2) 계약이 유효하게 체결된 경우

1) 목적물의 하자로 손해가 발생한 경우

우리 민법하에서 매매목적물의 하자로 인하여 매수인에게 손해가 발생한 경우에, 하자담보책임과는 별개로 계약체결상의 과실책임을 인정할 필요가 있느냐의 물음에, 학설은 물건의 하자담보책임, 즉 매도인의 담보책임(제571조 이하), 증여자의 담보책임(제559조), 소비대주의 담보책임(제602조), 임치인의 담보책임(제697조) 등의 본질을 원시적 일부불능에 대한 계약체결상의 과실책임이라고 파악하면서 개별적인 규정에 의하여 규율되고 있으므로 제535조의 유추적용이 인정될 여지가 없다는 견해[57]와 하자담보책임과는 별도로 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있다는 견해의 대립이 있다.[58] 또한 계약성립 과정에서의 설명의무·고지의무 등 이른바 '신의칙에 기한 부수적 주의의무 위반에 기한 책임'인 계약체결상의 과실책임과는 전혀 근거와 성질을 달리하는 것이라고 보는 견해도 있다.[59]

물론 매도인이 하자 있는 물건을 급부한 경우에 그 하자에 관하여 매도인이 알지 못한 경우에는, 매수인은 매도인에게 하자담보책임을 추급할 수밖에 없고 계약체결상의 과실책임을 물을 수는 없다. 그러나 계약체결과정에서 하자 있는 것을 알면서 이를 매수인에게 고지하지 않았거나 과실로 하자가 있는 것을 알지 못한 경우에는 매도인의 신의칙상 부수적 주의의무로서의 고지의무를 불이행한 채무불이행책임과 아울러 계약체결상 정보제공의무 위반에 따

57) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2005, 93면.
58) 전하은, "§535 계약체결상의 과실", 주석 채권각칙(Ⅰ), 1985, 218면.
59) 김대정, 「계약법(상)」, fides, 2007, 139면.

른 계약체결상의 과실책임의 경합을 인정함으로써 피해자를 두텁게 보호할 수 있다고 할 것이다.

2) 원치 않는 계약을 체결하여 손해를 입은 경우

계약의 당사자는 그 교섭의 단계부터 급부 대상 또는 거래접촉으로부터 발생할 수 있는 위험에 대하여 배려해야 할 일정한 행위의무를 부담한다고 할 것이다. 행위의무는 우선 급부의무의 부수적 의무로서 계약상의 급부이익의 실현을 목적으로 한다. 가령, 매도인은 매수인에게 매매목적물의 적절한 사용방법에 대하여 가르쳐 주거나 급부이행과 관련하여 적절한 조언을 하여야 한다. 즉, 계약체결의 의사결정에 영향을 미치는 정보제공 등 행위의무는 계약체결과정에서 당사자의 의사결정의 자유를 보호한다 할 것이다. 문제는 계약이 유효하게 성립하였지만, 계약의 체결과정에서 당사자 일방이 상대방의 의사결정에 영향을 미치는 사항, 즉 불이익 사실을 고지하지 않거나 허위의 사실을 고지하여, 상대방이 올바른 고지가 이루어졌다면 체결하였을 계약보다 불리한 계약, 즉 '원치 않는 계약'을 체결하여 급부기대가 좌절된 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있는가에 있다.

독일의 판례는 계약체결과정에서 정보제공의무를 이행하지 아니함으로써 이를 이행하였더라면 체결하였을 계약보다 불리한 계약을 체결한 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있고,[60] 우리 학설도 독일과 마찬가지로 계약체결과정에서 정보제공의무 위반으로 인하여 '원치 않는 계약'을 체결함으로써 급부기대가 좌절된 경우에 계약체결상의 과실책임을 인정하는 견해가 있다.[61]

그리고 판례는 계약체결의 과정에서 당사자는 거래상 중요한 사항에 관하여 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 부담한다고 하면서 이를 위반하는 것은 기망행위에 해당하므로 당해 계약을 취소하거나 취소하지 않고 불법행위를 이유로 손해배상만을 청구할 수 있다[62]고 하나, 이 경우 고의로 고지의무

60) BGH NJW 1989, 1793: 소방용사다리 사건과 BGH NJW 1991, 1673: 야간방해사건을 들 수 있다. 이들 판결에 대한 자세한 소개는 김상중, 전게논문, 163면.

61) 곽윤직, 전게서, 93~94면; 전하은, 전게논문, 194~219면 참조.

62) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

내지 설명의무를 위반한 경우에는 사기를 이유로 계약을 취소하거나 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수도 있지만, 계약자유의 원칙을 지극히 제한하는 결과를 가져온다는 문제가 있다는 지적도 있다.[63]

이와 같이 '원치 않는 계약'은 설명의무의 위반이나 불이익 사실의 불고지 등 고지의무 위반에 의하여 체결 할 수 있지만, 허위사실을 고지한 경우라든가 부실한 고지 또는 단정적 판단의 제공 등 진실의무위반에 의해서도 체결될 수 있다. 하지만 계약체결상 의사결정의 자유를 보호목적으로 하는 행위의무로서 정보제공의무를 위반한 것이므로 계약체결상의 과실을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 하겠다.

(3) 계약이 무효 또는 취소된 경우

1) 무능력의 경우

무능력자가 법정대리인의 동의 없이 한 법률행위는 취소할 수 있는데(제5조, 제10조, 제13조), 무능력자에게 계약체결상의 과실책임을 인정하여 상대방의 신뢰이익을 배상하도록 할 것이냐가 문제되며, 행위무능력자제도는 의사능력이 없거나 불완전한 자를 보호하기 위한 제도이므로, 무능력자에게 과실이 있다고 하여 손해배상책임을 인정하는 것은 타당하지 않다. 또한 의사능력이 흠결된 상태에서 행한 법률행위는 무효인데, 의사능력이 없는 자에게는 계약체결상의 과실책임을 인정하여야 한다는 견해가 있다.[64] 그러나 이는 의사능력이 없는 자, 즉 책임무능력자에게 손해배상책임을 부담하게 하는 결과가 되므로 타당하지 않다.

2) 강행법규 위반의 경우

계약이 강행법규에 위반하여 무효인 경우에, 고의 또는 과실로 무효인 계약을 체결한 자는 선의·무과실의 상대방에 대하여 신뢰이익의 배상을 하여야 한다는 견해가 있다.[65] 그러나 우리 민법에서는 강행법규를 위반한 계약의 경

63) 김범철, "계약의 성립과 계약체결상의 과실책임", 「고시계」 제52권 8호, 2007.7, 17면.
64) 곽윤직, 전게서, 57면.

우에는 상대방의 신뢰를 보호할 필요가 없다고 하는 것이 강행법규를 둔 입법취지에 부합한다고 할 것이다.[66] 판례는 계약의 당사자가 강행법규를 위반하여 계약을 체결한 경우에 불법행위의 성립을 인정하고 있다.[67]

3) 착오의 경우

의사표시에 착오가 있는 경우에 표의자는 중대한 과실이 없는 한 그 의사표시를 취소할 수 있다(제109조 제1항).

학설에는 독일 민법 제122조가 신뢰이익의 배상을 인정하는 취지와 마찬가지로 우리 민법하에서도 계약체결상의 과실책임의 배상을 인정하는 내용으로서의 제535조를 유추적용하여 이를 인정하는 견해가 있다.[68] 즉, 취소권자 자신이 과실로 착오의 의사표시를 하고 온전히 체결된 계약을 사후에 취소한 경우, 그로 인하여 상대방이 손해를 입었음에도 취소권자에게 아무런 배상의무를 지우지 않는다는 것은 우리의 건전한 법감정에 반한다는 것이다. 그러나 민법 제535조의 입법론적 타당성에 의문이 제기되고 있기도 하여 이를 확대적용하는 것은 바람직스럽지 못하다는 견해도 있다.[69] 판례는 착오를 이유로 계약을 취소하는 것을 위법하다고 볼 수 없다[70]고 하여 착오취소자에게는 불법행위로 인한 손해배상책임도 발생하지 않는다고 한다.

4) 원시적 불능의 경우

민법은 유일하게 원시적 불능을 목적으로 하는 계약을 체결한 자에게 계약체결상의 과실책임, 즉 상대방에 대한 신뢰이익의 배상책임을 인정하는 명문의 규정을 두고 있다(제535조). 그러나 원시적 불능의 경우 계약을 유효로 보

65) 이영준, "계약체결상 과실책임의 법적 성질에 관한 연구", 「법사상과 민사법(춘제 현승종박사화갑기념논문집)」, 1979, 320면.

66) 김대정, 전게서, 145면.

67) 대판 1994.1.11, 93다26205; 대판 1999.12.24, 99다44588.

68) 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 242면.

69) 고상룡, 「민법총칙(제3판)」, 법문사, 2003, 436면; 김대정, 전게서, 146면; 임형택, "착오로 인한 의사표시에서의 신뢰손해와 계약체결상의 과실책임", 「외법논집」 제27집, 2007, 276면.

70) 대판 1997.8.22, 97다13023.

아야 하고, 계약위반에 따른 책임을 부과해야 한다는 것이 국제적인 협약의 태도이고,[71] 독일민법도 원시적 불능이 유효한 것으로 개정되었다.

우리의 판례는 부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우에는 그 매매가 수량지정매매에 해당할 때에 한하여 민법 제574조, 제572조에 의한 대금감액청구권을 행사함은 별론으로 하고, 그 매매계약이 그 미달 부분만큼 일부 무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조가 규정하는 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다고 한다.[72] 이를 통해 볼 때 다수설이 지지하는 원시적 불능의 법리는 더 이상 타당성이 없다고 할 것이다. 이에 따라 원시적 불능의 법리에 따라 규정된 우리 민법 제535조도 그 존재근거가 상실되었다고 평가할 수 있을 것이다.

따라서 원시적 불능을 목적으로 하는 계약은 더 이상 무효라고 볼 수 없고, 이에 따른 신뢰이익의 배상도 존재의미가 없다고 하는 것이 타당하다고 생각되며, 우리 민법의 해석상 계약체결상의 과실책임의 근거가 되는 제535조는 당연히 삭제되어야 한다는 주장도 있다.[73]

4. 소결

계약체결상의 과실책임이란 계약이 아직 체결되지 않았거나, 계약이 무효·취소가 된 경우 또는 장래에 계약이 체결될 것이라는 두터운 신뢰를 야기한 단계에서 당사자일방의 과실에 의하여 상대방에게 입힌 손해를 배상하는 책임제도이기 때문에, 계약체결상의 과실책임은, 계약성립 후 당사자에게 부과되어진 주된 급부의무와 신의칙에 기한 부수적 주의의무로 구성되어 있는 좁은 의미의 계약책임이 아니라, 계약체결을 위한 교섭단계에서부터 당사자에게 부과되어진 부수적 주의의무위반에 대한 손해배상책임, 즉 넓은 의미의 계약책

71) CISG에서는 원시적 불능에 관하여 명문의 규정은 없지만 계약위반이라는 개념은 이행지체, 이행불능, 불완전이행, 원시적 불능 등의 모든 채무불이행의 유형을 포함하는 것으로서 파악하고 있다.

72) 대판 2002.4.9, 99다47396.

73) 이충훈, "계약체결상의 과실책임의 재검토", 「비교사법」 제14권 제4호, 2007.12, 28면.

임에 속하는 것으로 보아야 할 것이다.

하지만 우리 민법은 채무불이행규정(제390조)과 불법행위규정(제750조)이 극히 유여한 구조를 가지고 있기 때문에 계약체결상의 과실책임이 반드시 필요한 법적 책임이라 단정하기 어렵다고 생각된다. 또한 독일 구민법의 해석상 필요한 고지의무, 설명의무, 배려의무라는 개념을 상정하지 않아도 신의칙상 고지의무, 설명의무, 배려의무 등은 채무자의 의무로 포함시킬 수 있다고 생각되며, 이를 위반한 경우 채무불이행책임을 물을 수 있으며 그로 인한 손해배상책임을 인정함에 있어서는 계약법상의 의무로서 행위의무 위반을 들어 계약체결상의 과실책임을 인정하는 것이 손해부분의 공평을 위한 분산을 위해서도 적용할 수도 있다할 것이다.

Ⅵ. 결론

지금까지 민법상의 의무구조의 하나인 부수적 주의의무에 대하여 알아보았다. 이것은 급부의무와 함께 중요한 의무의 한 축을 이뤄짐에도 불구하고 명확한 규정이 없고 급부의무의 보완기능의 역할을 담당한다는 까닭에 민법의 영역에서 도외시된 것이 사실이다.

그러나 신의칙은 민법의 대전제로 삼고 있는 이상, 신의칙을 구체화 하고 현실화 시키는 부수적 주의의무에 대한 이해는 필수적이다.

따라서 이 논문에서는 부수의무의 개념을 살피되 일반적인 부수의무를 구분하여 각각의 차이점을 뚜렷이 하고, 부수의무의 정의와 기준을 명확히 하기 위해 구체적인 계약관계에 각 부수의무를 접목시키는데 중점을 두었다. 부수의무는 급부의무 이외의 의무로서 단순히 의무의 이원구조를 이루는 듯이 보이지만, 그 중 대표적인 7개(배려의무, 설명의무, 통지의무, 선관의무, 협력의무, 보호의무, 정보제공의무 등)의 의무로 정리하여 살펴보았다.

계약체결상의 과실책임은 부수의무의 내용이라기보다는 시기에 대해 설명한 것으로 체결과 함께 성립되는 급부의무와는 달리 계약체결 전에도 존재하는 부수의무에 대해 설명한 것이다. 이것은 계약의 성립시기를 가리지 않음으

로써 계약준비단계에서 발생하는 의무의 공백을 메우는 역할을 하고, 계약체결과정에서 뿐만 아니라 계약종료 후에도 급부의무의 효력이 미치지 않는 부분을 보완하는 역할을 하는 것이다. 특히, 계약체결상의 과실책임이 문제되는 영역은 계약체결을 위한 교섭 내지 과정에서 신의칙에 의하여 서로 상대방에 대하여 요구되는 일정한 행위의무를 위반하여 상대방의 완전성 내지 현상이익을 침해한 경우는 물론이고 고지의무 등 정보제공의무를 위반하여 계약체결을 위한 자기결정권을 침해한 경우라든가 계약목적의 정당한 실현을 방해한 경우 등을 포괄하는 것으로 이해되어야 할 것이다

부수적 주의의무는 당사자간에 법률행위를 하면서 지켜야 할 신의칙상의 도리이다. 계약관계가 갈수록 복잡해지고 당사자의 법의식과 법에 대한 기대감이 높아지면서 급부의무 이외의 부수의무를 요구하게 되었고, 부수의무를 등한시 하였을 때 발생하는 여러 문제들도 경험하게 되었다.

따라서 신의칙을 기반으로 하는 부수의무는 과거에도 중요했지만 현재의 흐름에서 법의 공백을 막는 유효한 대안으로 나오게 된 것이다. 부수적 주의의무가 확실한 법의 적용요건으로 자리를 잡으려면 부수의무의 종류의 명칭을 통일화 하고, 기준과 정의를 더욱 명확히 하여야 할 것이다.

참고문헌

곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002.

_____, 「채권각론(신정수정판)」, 박영사, 2000.

_____, 「채권각론」, 박영사, 2005.

김대정, 「계약법(상)」, Fides, 2007.

김선중, 「의료과오소송법」, 박영사, 2005.

김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1992.

김증한 · 김학동, 「채권각론(제7판)」, 박영사, 2006.

김현철 · 최경석, 「임상시험의 법과 윤리」, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2007.

김형배, 「채권각론(신정판)」, 박영사, 2001.
박준서 집필대표, 「주석민법(제3판) 채권각칙(1)」, 한국사법행정학회, 1999.
백태승, 「민법총칙」, 법문사, 2006.
서광민, 「민법의 기본문제」, 서강대학교 출판부, 2006.
이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007.
이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2009.
윤형렬, 「민법총칙」, 법영사, 2005.
한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
고상룡, 「민법총칙(제3판)」, 법문사, 2003.
김대정, "계약체결상의 과실책임", 「성균관 법학」 제11권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 1999.
김범철, "계약의 성립과 계약체결상의 과실책임", 「고시계」 제52권 8호, 2007.7.
김상중, "매매계약 교섭 당사자의 잘못된 정보제공에 관한 상대방의 보호 - 대판 1995.3.28, 93다62645 등을 계기로한 체계적 논의의 발전을 위한 일반적 고찰 -", 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005.9.
박정기, "계약체결과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 연구", 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002.12.
양창수, "계약체결상의 과실", 「민법연구」 제1권, 박영사, 1995.
위계찬, "계약체결과정에서의 설명의무의 근거", 「원광법학」 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.9.
이영준, "계약체결상 과실책임의 법적 성질에 관한 연구", 「법사상과 민사법(춘제 현승종박사화갑기념논문집)」, 1979.
이충훈, "계약체결상의 과실책임의 재검토", 「비교사법」 제14권 제4호, 2007.12.
임형택, "착오로 인한 의사표시에서의 신뢰손해와 계약체결상의 과실책임", 「외법논집」 제27집, 2007.
전하은, "§535 계약체결상의 과실", 주석 채권각칙(Ⅰ), 1985.
정영진, "소비자계약상의 정보제공의무에 관한 연구", 제주대학교 박사학위논문, 2012.2.
John Bir, "Modern Insurance Law, 4th ed.", Sweet & Maxwell, 1997.

Stoll, "Die Lehre von den Leistungsstörungen", 1936.
Y. Lambert, "Fondement et régime de l' obligation de sécunite", *Dalloz Chronique*, 1994.

[Abstract]

A Research on the Subordinate Negligence Clause of the Principle of Faith and Loyalty

Jung, Young-Jin
Professor, Jeju National Univ

The definition of subordinate negligence clause originates from the principle of faith and loyalty which is the premise of the civil law and takes on the role of actualizing the principle of faith and loyalty.

In any general legal relationships, when the contents of the rights become confirmed, the contents of the responsibilities that need to be executed get decided but in the case of subordinate responsibilities, the results of the damage compensation is determined first then a decision is made as to see if any subordinate details have been violated to form the exact details of the damage compensation regarding them.

The subordinate negligence clause takes on various functions such as actualizing the contracts that have been derived from the main responsibilities of the creditor and the debtor. When there is negligence in executing the responsibilities, the smooth achievement of the main responsibilities in payment also becomes difficult. The subordinate negligence clause which is one of the principles that have been borne out of the principle of faith and

loyalty leads to another purpose of payment between involved parties who have a relationship of rights and obligation. Here, payment refers to the act of the debtor for the purpose of credit. By execution of such payment, rights are satisfied. Therefore, a contract relationship gets carried out along with the obligation of payment but this alone does not resolve the contract relationship. If the payment obligation can be said to be an expression of obligation according to stipulation and law of the parties involved, the underlying internal obligation which fulfills and supplements is the subordinate negligence clause.

The more the contract relationships become complicated and multifaceted these days, the more important the subordinate negligence clause becomes. However, the subordinate negligence clause does not have any stipulation or legal power, making it ambiguous in clarity of obligation and the standards of its scope. Therefore, this paper has the purpose of finding justifiable cause of subordinate negligence based on the general principle of faith and loyalty of civil law. By making the obligatory structure of the debtor as the basic premise and after over viewing its special characteristics and functions, various theories and case studies are looked into in terms of its contents regarding subordinate negligence clause along with acknowledged evidence under law of the subordinate negligence clause. The ultimate purpose of the research lies in clarifying the definition and structure of the subordinate negligence clause through the relationship between contract forming and fault liability.

Key Words : Subordinate negligence clause, payment obligation, consideration liability, general obligation, obligatory explanation, protection obligation, obligation to provide information