

全 珖 伯 教 授 指 導  
碩 士 學 位 請 求 論 文

계약체결상의 과실책임

2005

誠 信 女 子 大 學 校 大 學 院

法 學 科

柳 妍 旭

# 계약체결상의 과실책임

全 珧 伯 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 提出함

2005年 5月

誠信女子大學校 大學院

法 學 科

柳 妍 旭

# 認 准 書

柳妍旭의 碩士學位論文으로 認准함.

審査委員 \_\_\_\_\_ 印

審査委員 \_\_\_\_\_ 印

審査委員 \_\_\_\_\_ 印

誠信女子大學校 大學院

# 論 文 概 要

계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)이라 함은 계약체결을 위한 당사자간의 접촉개시시부터 계약체결시까지의 계약성립을 위한 협의과정상의 당사자의 과실을 말한다. 그리고 이러한 계약체결을 위한 협의과정중에 일방의 과실로 인해 타인이 손해를 입게 되면 과실있는 당사자는 손해를 입은 상대방에게 그 손해를 배상하여야 하며, 이러한 손해배상책임을 계약체결상의 과실책임이라 한다. 종전에는 이러한 “계약체결상”의 과실책임을 원시적 불능이나 착오 등으로 계약이 무효·취소된 경우에만 한정하려는 견해, 계약체결에 있어서 계약체결의 前段階를 의미하고 계약체결단계는 제외하는 견해(즉 원시적 불능의 경우에는 계약체결이후의 문제이므로 민법 제535조는 계약체결과는 아무런 관계가 없다는 견해)도 있었으나 현재 계약체결상의 과실은 이를 모두 합하여 이해하고 있는 것이 다수설의 입장인 것이다.

우리나라의 경우 학설은 신의성실의 원칙위배를 이유로 하여 계약체결상의 과실이 있는 자에게 손해배상책임을 부담시키는데 거의 일치하고 있다고 하면서 이에 관하여 불법행위책임을 인정할 수 있으나, 계약상의 책임으로 하여 그 거증책임, 이행보조자의 책임에 관해 무거운 책임을 지울 수 있어 적절하고, 또 독일민법에서도 같은 조문을 두고 있다는 등의 이유로 민법 제535조를 신설 이와 관련하여 많은 논의가 이루어지고 있다.

II장에서는 각국에서의 계약체결상의 과실책임에 대한 태도를 살펴보고 III장에서는 우리 민법에서의 태도를 고찰하고자 하였다. 우선 그 법적 근거에 관하여 불법행위책임설, 계약책임설, 법정책임설, 법정채권관계설 등의 견해가 있어 이를 살펴보고 민법 제535조 규정 이외의 계약체결상의 과실의 여러 유

형들을 얼마나 어떻게 인정하여야 할 것인가 그 인정범위에 관하여는 많은 논란이 있는 바 이를 유형별로 정리하여 고찰하기로 한다. 그 유형은 크게 세가지로 나뉘어지는데 첫째, 계약교섭중 부당하게 파기된 경우(즉 체결의 준비단계에 있어서의 과실), 둘째로 계약이 무효·취소된 경우, 셋째, 계약이 유효한 경우이다.

계약교섭 중 부당하게 파기된 경우 즉 체결준비단계에 있어서의 과실은 다시 협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립하지 않은 경우와 계약교섭중의 부당한 중도파기 두가지로 나누어 검토하여보았다. 계약교섭의 당사자간에 계약준비교섭이 종료되어 계약이 체결되었다고 하더라도 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 계약이 무효 또는 불성립 되었을 때에는 무효·불성립의 원인을 유책하게 야기한 자에게 계약체결상의 과실책임이 있다고 볼 수 있을 것인데 이 역시도 민법 제535조에서 규정하고 있는 원시적 불능인 계약의 체결 이외에 강행규정위반의 경우, 행위무능력자인 경우, 착오로 인한 경우, 기타의 경우로 나누어 살펴보았다. 계약이 유효한 경우에도 목적물의 하자로 인하여 손해가 발생한 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 검토하고 이 장의 마지막에는 우리 판례의 태도를 소개하였다.

IV장에서는 제535조와 관련한 계약체결상 과실책임에 관한 문제점 등을 짚어보고 그 해결방안을 나름대로 찾고자 하였다.

이와 같은 구성에 의해 마지막 장에서 본고의 결론을 내리고자 한다.

# 目 次

## 論文概要

제 I 장 서 론 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 방법 및 범위 .....	4
제 II 장 비교법적 고찰 .....	5
제1절 독일의 계약체결상 과실책임 .....	5
1. 학설 .....	5
(1) 초기의 이론 .....	5
(2) 불법행위책임설 .....	7
(3) 채권관계설 .....	8
(4) 신뢰관계설 (신뢰보장설) .....	9
(5) 사회적 접촉설 .....	10
(6) 신뢰책임설 .....	12
2. 독일 판례의 검토 .....	14
(1) 계약협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립되지 않은 경우 .....	15
(2) 계약이 무효인 경우 .....	25
(3) 계약이 유효한 경우 .....	26
제2절 프랑스에서의 계약체결상 과실책임 .....	29

제3절 영미에서의 계약체결상 과실책임 .....	31
제4절 일본에서의 계약체결상 과실책임 .....	33
1. 학설 .....	33
2. 일본 판례의 태도 .....	35
제Ⅲ장 우리 민법상의 계약체결상 과실책임 .....	37
제1절 개설 .....	37
제2절 학설 .....	40
1. 불법행위책임설 .....	41
2. 계약책임설 .....	44
3. 법정책임설 .....	47
4. 검토 .....	50
제3절 계약체결상 과실책임의 유형 .....	52
1. 개설 .....	52
2. 계약체결을 위한 준비단계에 있어서의 계약체결상의 과실 .....	53
(1) 계약협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립되지 않은 경우 .....	53
(2) 계약교섭의 부당한 중도과기 .....	56
3. 계약이 무효·취소된 경우 .....	61
(1) 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실 .....	62
(2) 강행법규위반인 경우 .....	66
(3) 행위무능력자인 경우 .....	68
(4) 착오로 인한 경우 .....	70
(5) 기타의 사유 .....	74
4. 계약이 유효한 경우 .....	75

(1) 목적물의 하자로 인한 손해가 발생한 경우 .....	75
(2) 목적물의 하자에 의하지 않은 경우 .....	76
제IV장 우리 민법 제535조와 관련한 계약체결상 과실책임 .....	82
제1절 제 535조에 대한 비판 .....	82
1. 개설 .....	82
2. 제535조의 계약체결상 과실책임에 대한 비판 .....	84
(1) 제535조의 확대해석 .....	84
(2) 제535조의 삭제론 .....	85
3. 제535조의 원시적 불능론에 대한 비판 .....	86
제2절 검토 .....	87
1. 통설의 계약체결상 과실책임 .....	87
2. 통설의 원시적 불능론 .....	89
3. 검토 .....	90
제V장 결론 .....	91

참고문헌

ABSTRACT

# 제 I 장 서 론

## 제1절 연구의 목적

계약은 일반적으로 당사자간의 접촉과 의사교환으로부터 시작하여 계약준비교섭을 거쳐서 최종적인 합의에 도달하게 된다. 계약의 체결이란 두 개 이상의 의사의 합치로서 단순히 순간적으로 합의로 돌입하는 우연한 사실이 아니라 계약체결을 원하는 당사자들 간의 거래의 완성이다. 특히 현대의 거래관계는 계약체결과정이 복잡하여 계약요소들을 일일이 확인하고 필요한 사항들을 준비하는 데 장시간과 고비용이 소비되는 경우가 적지 않다. 따라서 계약체결이전 단계에서의 중요성이 커지고 있는 추세이다.

계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)이라 함은 계약체결을 위한 당사자간의 접촉개시시부터 계약체결시까지의 계약성립을 위한 협의과정상의 당사자의 과실을 말한다.<sup>1)</sup> 그리고 이러한 계약체결을 위한 협의과정중에 일방의 과실로 인해 타인이 손해를 입게 되면 과실있는 당사자는 손해를 입은 상대방에게 그 손해를 배상하여야 하며, 이러한 손해배상책임을 계약체결상의 과실책임이라 한다.<sup>2)</sup> 종래에는 계약체결상의 과실의 의의에 대하여도 여러 견해가 대립하였으나<sup>3)</sup> 현재는 이같은 견해가 지배적인 의견이다.

1) 김상용, 채권각론, 법문사, 2003, 63면.

2) 김상용, 위의 책 (주 1), 63면.

3) “계약체결상 과실”의 의의를 살펴볼 때 특히 “계약체결상”의 범위를 원시적 불능이나 착오 등으로 계약이 무효·취소된 경우에만 한정하려는 견해, 계약체결에 있어서 계약체결의 준비단계를 의미하고 계약체결단계는 제외하는 견해(즉 원시적 불능의 경우에는 계약체결이후의 문제이므로 민법 제535조는 계약체결과는 아무런 관계가 없다는 견해)도 있었으나 현재 계약체결상의 과실은 이를 모두 합하여 이해하고 있는 것이 다수설의 입장이다. 조중현, 계약체결상의 과실책임에 관한 연구, 조선대학교 박사학

종래의 불법행위책임과 계약책임만을 인정하는 민법체계에서는 계약체결 전 단계에 계약이 결렬되는 경우 계약의 부존재로 인한 손해배상책임을 인정할 수 없어 불법행위책임으로 해결하려하였다. 그러나 불법행위책임으로 이 법리를 해결하기에는 피해자의 구제가 실질적으로 쉽지 않아 계약체결상의 과실법리가 발전되어 왔다.

과실있는 당사자의 행위로 인하여 상대방에게 손해가 발생한 경우에 그 책임을 어떻게 취급할 것인가의 문제는 독일의 Jhering이 “착오·무효인 경우에 손해배상의무의 근거에 관한 문제”를 제기한 이래 학설과 판례의 많은 발전이 있어 왔고 현재는 계약의 유효·무효를 묻지 않고서 이 책임을 인정하고 있다<sup>4)</sup>.

우리 나라에서도 구민법시대부터 계약체결상의 과실책임을 학설이 인정하였고, 이에 대한 논의가 현재까지도 활발한 실정이다. 또 현재 우리 민법은 제 535조에서 「계약체결상의 과실」이라는 제목 아래에서 “목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 자는 그 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익을 넘지 못한다(제1항). 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용되지 않는다(제2항).”는 규정을 두고 있어 법적으로도 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다. 이 규정은 독일민법 제 307조<sup>5)</sup>를 거의 그대로 모방한 것으로 계약체결상의 과실책임을 직접적으로 규정한 유일한 규정이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

---

위논문, 1979. 17~18면.

4) 박윤직, 채권법각론, 박영사, 2003, 53면.

5) § 307 (1) 급부가 불능인 계약을 체결할 때에 급부의 불능을 알았거나 알았어야 하는 자는 상대방이 계약의 유효를 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상할 의무가 있다. 그러나 상대방이 계약의 유효함에 있어 가지는 신뢰이익을 넘지 못한다. 상대방이 불능을 알았거나 알 수 있었을 때에는 배상의 의무는 발생하지 않는다.

(2) 전항의 규정은 급부의 일부만이 불능하여 계약이 나머지 부분에 대하여 유효한 경우 또는 선택적으로 약정한 수개의 급부 중의 하나가 불능인 경우에 이를 준용한다.

민법 제535조의 취지는 계약체결 당사자 일방의 고의·과실에 의거하여 선의의 상대방이 불측의 손해를 받지 않도록 하려는 장치인데 독일민법과는 다른 구조를 가지고 있는 우리 민법에서 이 규정이 타당한지에 관하여도 많은 논의가 있어왔다.

정리하자면 우리 민법에서는 계약체결상 또는 그 준비단계에 있어서 당사자 일방의 과실로 상대방이 손해를 입은 모든 경우에 있어서 계약의 유효·무효를 묻지않고 이 책임을 인정할 것인가에 관하여서도 이론적 논란이 제기되고 있고, 또 제535조와 관련하여 계약체결상의 과실문제에 관한 일반규정으로 해석할 수 있을 것인가에 관하여도 검토가 요청된다. 제535조를 이해하는 견해는 계약체결상의 과실책임의 법적 근거를 어디서 찾을 것인가에 따라 달라지므로 이에 대한 연구도 필요할 것이다.

따라서 본고에서는 첫째, 계약체결상 과실책임의 의의를 그 연혁을 통하여 비교법적으로 고찰하여 보고, 이에 관하여 그 법적 근거를 어디서 찾을 수 있을것인지에 관한 학설의 대립을 검토하여 보고자 한다. 둘째로, 우리 민법상에서 대립하고 있는 계약체결상 과실책임의 법적 성질과 관련한 견해를 연구하고 여러 사례들을 유형별로 분류하여 계약체결상의 과실책임과 관련하여 검토하여보고, 이와 함께 관련 판례도 연구하여 볼 것이다. 셋째로 이러한 계약체결상 과실책임의 문제를 원시적 불능에 관해서만 규정하고 있는 우리 민법 제535조와 관련하여 그 타당성과 함께 학설에서 인정하고 있는 계약체결상의 과실책임을 비교하여 연구하여 보고자 한다.

---

6) 김용호, “계약체결상의 과실책임”, 단국대학교 법학논집 27집, 2003, 235면.

## 제2절 연구의 방법 및 범위

이 글은 계약체결상의 과실책임에 관하여 국내외의 논문과 판례를 조사·분석하는 방법으로 고찰하였다. 특히 우리나라의 계약체결상의 과실책임을 연구하기 이전에 계약체결상의 과실책임을 둘러싼 여러 문제가 독일민법을 중심으로 발전한 바 있으므로 이를 먼저 살펴본 각국에서의 학설과 법규를 검토하고 이와 비교하여 우리민법상의 계약체결상 과실책임을 검토하였다. 또 계약체결상 과실책임을 유형별로 세분화하여 분석해보고자 한다.

제1장 서론에서는 문제의 제기 및 연구의 목적을 제시하고, 제2장에서는 먼저 계약체결상의 과실책임의 개념이 나오게 된 역사적 배경을 독일민법을 중심으로 고찰하여보고 외에도 각국에서 논의되고 있는 계약체결상의 과실문제에 관하여 간략하게 소개하고자 한다. 제3장에서는 우리 민법상 계약체결상 과실책임의 법적 성질을 연구하고 유형을 세분화하여 각 유형별로 개별 검토하고 이와 관련한 판례의 태도를 검토하여 볼 것이다. 제4장에서는 제535조와 관련한 계약체결상 과실책임에 관한 문제점 등을 짚어보고 그 해결방안을 나름대로 찾고자 하였다. 이와 같은 구성에 의해 마지막 장에서 이 논문의 결론을 맺고자한다.

## 제 II 장 비교법적 고찰

### 제1절 독일의 계약체결상 과실책임

#### 1. 학설

##### (1) 초기의 이론

계약체결상의 과실은 19세기초 독일 관례법에 의하여 기존의 민법법리(특히 불법행위법)의 불충분성을 보충하기 위하여 형성되고 발전되어 왔다고 할 수 있다. 1861년 Jhering이 「계약체결상의 과실책임 또는 무효의 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 배상책임」이라는 논문을 발표한 이후에 본격적으로 계약체결상의 과실책임에 대한 논의가 이루어졌다고 한다.<sup>7)8)</sup>

Jhering은 이 논문에서 계약책임과 불법행위책임 사이의 공백을 메우기 위해서 “계약상의 과실” 이외에 “계약체결상의 과실”도 인정하여야 한다고 주장하였다. Jhering은 계약책임의 기초를 계약이 유효한 경우와 무효인 경우로 나누어 계약이 유효한 경우에는 이행에 의하여 그 내용이 실현되고, 무효 내지 불성립의 경우에는 일반적으로 원상회복이 행해지지만, 일방 당사자의 과실로 회복불가능한 손해가 있는 한 그 이익을 보상해야한다고 주장하였다. 그

7) Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz beinchtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jharbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Bd., 4, 1861.

8) 계약체결상의 과실이라는 개념은 엄격히 말하면 Jhering으로부터 비롯된 것이 아니면, 그 논의도 반드시 독일 민법상의 법 기술적 불비를 보완하기 위해 만들어진 이론이라고 할 수 없다고 주장하는 학자들도 있다. 김형배, 채권각론, 박영사, 2002, 144면.

리고 이러한 경우 책임의 근거는 계약의 무효 그 자체에 있는 것이 아니고 그 사실을 알았어야 했음에도 불구하고 어떤 자가 다른 자와 계약을 체결하여 간접적으로 그 자에게 손실을 입혔다는 점에 있다 하였다. 즉 계약을 체결하려고 하는 자는 “계약 외적 교섭의 소극적 의무영역”으로부터 “적극적인 계약영역”으로 진입하게 되고 이미 존재하는 계약관계뿐만 아니라 생성중인 계약관계에서도 과실 있는 해태행위는 손해배상의무를 발생시키고 모든 계약교섭자는 스스로 상대방의 손해없음을 묵시적으로 보증한다는 데에서 계약체결상의 과실책임을 찾았다. 부연하자면 Jhering은 계약체결상의 과실책임을 계약책임도 아니고 불법행위책임도 아닌 양책임의 중간에 위치한다고 보았다.<sup>9)</sup>

이러한 Jhering의 주장은 독일의 민법학계 통설로 받아들여지게 되었고 나아가 대륙법계 및 영미법계국가에도 강한 영향을 미쳐 일반적인 법제도로 인식되었다.

초기의 학설과 판례는 개별적인 계약체결상의 과실책임의 범유형과 신의성실의 원칙에 의하여, 일반적으로 계약체결상의 과실이 있으면 그로 인한 손해를 배상하여야 한다는 이론을 발전시켰다. 즉 계약협상단계에 들어가면, 이미 당사자는 높은 주의의무를 지게되며, 당사자간에는 특별구속관계가 형성되고 이러한 특별구속관계에 있어서 주의의무를 위반하면 손해배상책임이 발생한다는 것을 일반화하였다.<sup>10)</sup>

독일민법제정시에 Jhering의 이론은 개별적인 규정으로 수용되었는데 독일민법에서 이러한 개별규정으로 제122조(비진의 혹은 취소된 의사표시에 대한 신뢰), 제179조(무권대리에 대한 신뢰), 제307조와 제309조(급부의 원시적 가능에 대한 신뢰), 제663조(무통지에 대한 신뢰) 등을 찾아볼 수 있었다.<sup>11)</sup>

9) 전병익 외, “계약체결상의 과실책임의 비교법적 연구”. 재산법연구 제8권 제1호, 1991, 3~4면.

10) 김상용, “계약체결상의 과실책임에 관한 비교고찰”, 법조 559호, 2003, 9면.

그러나 개별적 규정 이외에 2002년 개정된 독일민법이 시행됨에 따라 관습법에서 발전된 계약체결상의 과실책임을 일반조항<sup>12)</sup>으로 두고, 이를 명문화하기에 이르렀다.

2001년 독일에서 채권법이 개정되어 계약체결상의 과실책임을 제정법으로 규정되기 전까지는, 관습법에 의하여 계약체결상의 과실책임을 인정되어 불법행위책임을 보충하는 손해배상제도로 활용되는 정도였으나 2001년 채권법 개정시 채권계약상 과실책임을 계약체결상 과실책임을 제3의 유형의 법정책임에서 계약책임으로 바꾸었다.

그렇지만 개정된 독일채권법 제311조는 계약체결상의 과실책임을 모두 규정한 것은 아니며, 계약체결상의 과실책임을 유형화한 것은 아니고 다만 계약체결상의 과실책임을 발생사유를 규정하고, 계약체결상 제3자에 대한 과실책임과 제3자의 계약체결상의 과실책임을 규정하였다고 생각된다.

## (2) 불법행위책임설

초기 Jhering의 이론에 대한 비판으로 Ude, Windmüller, Mommsen 등은 불법행위책임을 주장하였다.<sup>13)</sup> Jhering의 이론은 계약관계의 존재가 없는 법적 타자간의 법률관계이므로 이는 종래의 불법행위법으로 해결할 수 있다는 것이 불법행위책임설의 요지이다. 즉 계약체결을 위한 협의단계시 요구되는

11) 이충훈, “계약체결상의 과실책임“, 인천법학논집 제5집, 인천대학교 법과대학 법학연구소, 2002. 96면.

12) 제311조 2항은 “제241조 제2항에 따른 의무를 수반하는 채권관계는 다음 각 호의 경우에도 성립한다.”고 하여 “계약교섭(1호)”, “당사자의 일방이 발생 가능한 법률행위의 관계를 고려하여 상대방에게 자신의 권리·법익과 이익에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 부여하거나, 또는 이를 위탁하는 계약교섭의 준비(2호)”, “이와 유사한 거래적 접촉의 경우(3호)”라고 하여 1~3호의 규정은 계약체결 전단계의 계약체결상의 과실책임을 명문화하였고, 이 과정에서 채권관계가 성립한다고 하였다. 또 동조 제3항은 “제241조 제2항에서 따른 내용의 의무를 수반하는 채권관계는 스스로 계약당사자가 되지 않는 자에게도 발생할 수 있다. 이러한 채권관계는 특히 제3자가 자신에게 특별한 신뢰를 가지도록 하고 이로 인해서 계약의 교섭 또는 계약체결에 상당한 영향을 미치는 경우에 발생한다.”고 한다.

13) 전하은, 계약체결상 과실책임에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1985, 22면.

보호의무의 위반은 불법행위 즉 위법한 행위이고, 따라서 위법한 행위라는 구성요건에 해당되는 경우에 한하여 손해배상책임이 발생된다고 한다.

독일의 불법행위책임설은 계약체결상의 과실을 위법성으로 파악하여 그 책임을 불법행위책임으로 보았으나 이 견해는 불법행위는 일반적 의무의 위반이고 계약체결상의 과실책임은 특별진밀관계에 있는 계약당사자에 대한 의무위반이라는 점을 간과하고 있다고 한다.<sup>14)</sup>

### (3) 채권관계설

Leonhard는 계약체결상 과실책임을 계약책임으로 인정하면서도 계약이 무효이거나 불성립된 경우에는 계약의 효력이 그 체결전단계까지 전사될 수 없음을 의식하고 Jhering이 보증책임론을 전개하여 과실을 의제함에 반대하여 솔직히 과실주의를 취하면서 계약체결상 과실책임은 법정의 사례외에는 계약이 유효하게 성립된 경우에만 인정된다고 하였다.<sup>15)</sup>

반면에 Heinrich Stoll은 Jhering과 Leonhard의 이론이 상처됨을 극복하고 또한 계약이 성립되지 않은 계약준비단계에 있어서도 계약체결상 과실책임이 인정되는 것을 통일적으로 파악하려고 시도하였다. 그는 종래의 고전적 이론이 계약체결상 과실책임의 근거를 주로 계약의 효력과의 관련하에서만 찾아 이를 계약교섭자체의 성질로부터 책임의 근거를 도출하였다.

이러한 배경 아래에서 나오게 된 채권관계설의 내용은 계약체결을 위하여 계약체결의 당사자가 준비단계에 들어서게 되면 당사자는 특별협력관계 내지 계약유사의 관계가 되므로 법률관계가 형성되고 이 법률관계에 의하여 채권·채무관계가 형성되며, 이 채권·채무관계에서 보호의무가 유출되고 이러한 보호

---

14) 공순진, 계약체결상 과실책임의 유형적 연구, 부산대학교 박사학위논문, 1990, 12면.

15) 전하은, 앞의 논문(주 13), 23면.

의무의 위반이 계약체결상의 과실이며, 이러한 보호의무위반으로 손해가 발행하였을 경우 부담하는 손해배상책임이 계약체결상의 과실책임이라고 한다.<sup>16)</sup>

Steinberg는 당시 독일에서 이미 학설과 판례상 계약체결상 과실책임이 일반적으로 승인되어 있으므로 이러한 책임은 관습법의 효력을 가지는 것이고 신의칙상 신뢰관계라는 것은 당사자간의 우호관계에 그칠 뿐 그 자체가 이러한 책임의 법적 근거를 제공하는 것은 아니라고 보았다. 즉 계약 교섭의 법률관계는 관습법에 의한 법정채권관계이나 다만 그 특질은 계약적인 것이고 그로부터 나오는 의무도 계약과 유사한 성질의 것이라 하였다.<sup>17)</sup>

#### (4) 신뢰관계설 (신뢰보장설)

신뢰관계설은 계약준비단계에서 발생하는 행위의 유효성과 생명·재산의 안전성에 대한 신뢰에서 특별한 채무발생원인을 인정하는 것이다. 즉 계약의 준비·협약·상담의 개시에 의하여 계약유사의 신뢰관계가 기초로 되어 당사자간에 일정한 주의의무와 설명의무 그리고 보전의무가 발생하고, 이러한 의무위반이 있을 때 계약체결상의 과실로 인한 손해배상책임을 진다고 한다.<sup>18)</sup>

Ballerstedt는 계약체결상 과실책임은 계약교섭자체의 개시에 의한 특별한 채무관계라는 Stoll의 의견에 찬동하면서도 계약교섭은 그 준비기간 및 목적에 의하여 일정하게 한정된 채무관계를 성립시킨다고 하여 Stoll의 이론은 전 계약적 영역과 계약영역의 구분에 도움이 되지 못하는 점을 비판하였다. 그는 법률행위체계를 구속력 있는 의사표시에 의한 법률행위와 요구된 신뢰의 대여에 의한 의무로 나누었고, 계약교섭관계의 특성을 분간하여 계약체결상 과실

---

16) 공순진, 앞의 논문(주 14), 14면.

17) 전하은, 앞의 논문(주 13), 26면.

18) 공순진, 앞의 논문(주 14), 16면.

책임의 근거가 되는 요인을 교섭당사자간에 있어서 요구받은 신뢰의 보장 (Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauen)에서 찾았다. 따라서 그는 계약체결상의 과실책임의 근거를 관습법에서 구할 필요가 없다 하였다. 그는 신뢰구성요건을 첫째, 일방당사자에 있어 신뢰성실의 원칙 및 그 요건의 사회적 발생형식에 맞는 용태에 대한 신뢰, 둘째 타방에 있어 이러한 용태에 대한 신뢰보장의 2가지로 구분함으로써 위 책임이 신뢰책임체계 위에 있음을 시사하였다. 즉 계약교섭에 있어서의 자의무는 보장된 신뢰에 기한 것임을 지적하였으며 계약체결상의 과실책임을 체계상으로도 계약관계자체로부터 완전히 분리하여 독자적인 위치를 확립한 것이라 하겠다.

Frotz는 신뢰는 불법행위영역에서도 인정되며 신뢰의 보장보다는 먼저 신뢰할 수 있는 가치가 더 중요하다고 하여 Ballerstedtd의 신뢰책임설을 비판하면서 이러한 책임의 근거를 좀 더 객관적인 기준에서 찾으려 하고 이를 교섭당사자의 사적 자치적 형성가능성의 상관개념(Korellat privatautonomsche Gestaltungsmöglichkeit)에 포섭하려 하였다.<sup>19)</sup>

##### (5) 사회적 접촉설

사회적 접촉설은 Dölle에 의해서 주장되었는데 계약체결상의 과실책임을 사회적 접촉에서 찾는 것이다. 그는 책임의 근거를 계약교섭의 개시에서 찾지 않고 쌍방 혹은 적어도 일방이 그 목적달성을 위하여 그 고유의 법익을 의식적으로 타방의 환경영역과 그 배려와 주의에 내맡기게 되는 사회적 접촉에서 초월하여 그러한 객관적 사실자체가 책임의 근거라 주장하였다.<sup>20)</sup> 즉 계약체결상의 과실책임에 있어서 결정적인 것은 준비행위의 개시가 아니고 계약체결

---

19) 전하은, 앞의 논문(주 13), 28면.

20) 전하은, 위의 논문(주 13), 28면.

의 준비와 별로 관계없는 사실상의 사회적 접촉이 행해진 경우에도 이미 보호 의무, 배려의무와 보전의무를 인정하고 이러한 의무위반이 있는 경우에는 손해배상책임이 있다고 한다. 일정한 사회적 접촉이 있게되면 당사자 일방이 특정한 목적달성을 위하여 자기의 재화를 상대방의 영향권 내에 있게 되고, 상대방의 주의와 감시에 맡기게 되는 경우에는 언제나 의무가 발생하게 된다는 것이다.<sup>21)</sup>

K.Larenz는 계약체결상의 과실책임의 적용범위 속에 전형적인 불법행위의 규율대상까지 포함시켜 그 적용범위를 확대함을 비판하면서, 적어도 계약교섭을 위한 준비 또는 그를 위한 거래접 접촉의 개시를 필요로 한다고 주장하였다. 여기서 말하는 사회적 접촉이란 우호적 또는 사교적인 거래의 성격을 초월하여, 그 보호 및 주의에 신뢰하는 요인이 확실히 존재하는 경우, 즉 “상적 거래 영역에 있어서의 접촉”이 있어야 한다는 것이다. 즉 계약의 교섭의 시작을 흥정과 같은 좁은 의미가 아닌 거래관련관계의 개시를 포함한 넓은 의미로 이해하였다.<sup>22)</sup>

종래의 사회적 접촉설은 거래적 접촉이 있었던 경우 아니라 거래의 접촉이 개시되지 않아서 전형적인 불법행위법의 규율대상에 불과한 경우까지 계약체결상의 과실책임에 의하여 규율하게 된다는 단점이 있었으나 Larenz의 견해는 거래관계와 관련이 있는 사회적 접촉만이 계약체결상의 과실책임의 근거가 된다고 하였다는 점에서 그 의의가 있다. 하지만 반면에 계약체결을 위한 준비행위, 거래교섭의 관련관계개시만을 가지고 법적 효과를 인정할 수 있는지의 여부와 거래관련관계개시의 기준이 명확하지 않다는 비판이 있다.<sup>23)</sup>

---

21) 이영준, “계약체결상의 과실책임에 관한 연구”, 법사상과 민사법 (현승중박사 화갑기념논문집), 국민서관, 1979, 307면.

22) 공순진, 앞의 논문 (주 14), 19면.

23) 공순진, 위의 논문 (주 14), 20면.

## (6) 신뢰책임설

### 1) Canaris의 일반적 신뢰책임설

Canaris는 계약체결상의 과실책임을 법률행위로 인한 책임이 아니라 일반적 신뢰책임의 한 형태라고 하였다.<sup>24)</sup> 그는 법률행위책임이 당사자의 의사에 기한것이고 사적 자치의 원칙이 지배함에 반하여 신뢰책임은 실정법, 관습법, 판례법 등 객관적 법에 의한 법정책임이라고 하여 법률행위이론에 대응한 신뢰책임론의 이론적 독자성을 연구하고 종래 개별적으로 논의된 신뢰책임을 법률행위적 이론으로 구성하려하였다. 그에 의하면 법률행위에 하자가 없는 경우에는 사적 자치의 원리가 그대로 적용되므로 신뢰책임이 개입할 여지가 없지만 의사의 하자에 영향을 받은 법률행위의 효력을 논함에 있어서 사적 자치의 원칙보다는 신뢰법적 이론이 효용을 발휘한다고 한다.<sup>25)</sup> 그러나 이와 같이 신뢰책임을 법률행위책임과 구별하여 법정규율로 인한 법률관계를 설정하면서도 그것은 사적자치의 원칙과 성질상 모순될 수 없고 그 독자성에도 불구하고 법률행위이론을 보완하는 기능, 즉 법률행위적 관계의 발생에 결합된 특별한 영향 가능성으로부터 나오는 위험을 법에 의하여 전보하는 작용을 한다고 한다.

Canaris에 의하면 신뢰책임은 신뢰보호를 목적으로 하지만, 일차적으로 거래보호의 원리에 기한 권리의관책임을 중심으로 하는 신뢰합치의 청구권과 이차적으로 보호의무위반에 의한 손해배상청구권이라고 하는 복선성적 구성을 가지고 있고, 계약체결상의 과실책임을 후자에 속하게 된다고 하였다.

그는 계약체결상의 과실책임을 법률행위적 거래의 착수, 상담의 개시에 따라 초래되는 특수위험에 관한 것이고, 거기에서 발생하는 부수의무, 특히 보호

---

24) 전하은, 앞의 논문(주 13), 32면 이하.

25) 전하은, 위의 논문(주 13), 32면~34면.

의무위반에 의한 책임이라고 한다. 그리하여 Canaris는 보호의무는 통일적인 법률상의 “보호관계”에 의거한다고 하며 “급부관계”와는 달리 그 법적 기초를 법률행위가 아닌 신뢰의 요구 및 승인에서 찾아내었다.

Canaris는 이와 같은 견지에서 계약체결상 과실책임을 다음과 같이 나누어서 이론구성을 하려고 한다. 우선 계약체결상의 과실책임의 기본적 존재구조를 표시책임으로 인정한다. 또한 Canaris는 계약체결상의 과실책임에 대하여 Hildebrandt와 같이 “표시책임”만을 생각한 것은 아니고, 판례를 중심으로 인정되어 온 이른 바 “바나나껍질사건”<sup>26)</sup>과 같은 계약준비단계의 용태에 관한 책임에 대해서도 계약체결상의 과실책임내로 받아들이려고 한다. 즉 이 경우도 피해자가 법률행위적 거래의 영역에서 자신의 법익을 타인의 영양하에 두고 있다는 데서 “신뢰”의 관계가 있다는 것이다. 그 한도에서 신뢰사상은 결정적인 역할을 하고 있고, 불법행위와 비교하여 본질적으로 보다 엄격한 책임을 부여하는 요인이 된다고 한다. 그리하여 Canaris는 이 경우의 책임을 특히 신용책임이라고 한다.

이와 같이 Canaris는 계약체결상 과실책임을 법률행위에 의한 책임과는 다른 책임, 즉 사적 자치의 원칙이 행해지지 않는 상황에서의 “신뢰”를 기초로 하는 신뢰책임 중의 구성부분으로 본다. 여기서 Canaris는 계약체결상의 과실책임과 신뢰책임의 접점을 사회적 접촉에 의한 통일적인 신뢰·보호관계에서 구하고 계약체결상의 과실책임에 대해서는 이른 바 사회적 접촉설을 지지하였다.

## 2) Hans Stoll의 일방적 급부구속에 의한 신뢰책임설

---

26) BGH 1961.9.26. 판결, NJW 1962, 31~32, 자세한 내용은 독일에서의 주요판례(이 논문 17면) 참조.

Hans Stoll은 영미법, 특히 미국법상의 이른바 구속에 의한 금반언의 불법 행위책임을 비교법적으로 연구하고 이를 독일민법에도 접합시키려고 시도하였다.<sup>27)</sup> 그는 법률행위에 의한 책임과 법적으로 의미있는 용태에 의한 책임을 구별하고 후자는 당사자의 의사로부터 독립한 책임으로 본래적으로 신뢰라기 보다는 신뢰를 기초지우는 용태의 구성사실을 필요로 하는데 그러한 구성사실이 바로 일방적 급부약속이라고 하였다. 즉 일방적 급부약속관계 및 그에 따른 상대방의 급부기시가 특별한 신뢰책임을 발생시킨다고 하여 적어도 이러한 경우에만 계약유사의 책임이 인정되고 계약체결상 과실책임은 그 한 유형이라는 것이다. 그는 신뢰책임의 유형으로 계약체결의 확약에 의한 책임, 정보 및 조언의 공여로 인한 책임, 친교적 또는 공동체적 영역에서의 급부확약책임으로 나누고 이를 계약체결상의 과실책임으로 인정하기 위해서는 신뢰의 요구에 환원될 수 있는 법률상의 채무관계가 필요하다고 하고 그 성립요건으로 계약교섭의 개시와 그 외에 추가적으로 일방적 급부약속이 필요하다고 하였다. 따라서 급부약속이 없는 단순한 계약교섭의 개시만으로는 불법행위책임만이 성립한다고 하였다.

## 2. 독일 판례의 검토

독일 채권법이 개정되기 이전의 판례들은 이를 명문화한 규정이 없었으므로 이를 “계약의 교섭이 개시됨으로써 당사자는 상당한 주의의무를 지고, 따라서 특별관계를 만든다. 이러한 의무에 대한 과실있는 위반이 있을 때에는 손해배상책임이 주어진다.”는 법칙으로 일반화하여 적용하였다.<sup>28)</sup> 따라서 중

---

27) 전하은, 앞의 논문(주 13), 36면 이하.

28) 김상용, 앞의논문(주 11), 13면.; 김준호, “독일의 계약체결상 과실제도”, 매지논집 제9집, 연세대학

래의 판례는 민법전에서 계약체결상 과실과 관련하여 개별적으로 규정된 조항들만 이를 적용하고, 그 외의 것에는 불법행위에 관한 규정을 적용하여 이를 해결하였다. 그러나 독일 불법행위법은 순수재산손해에 대한 배상이 곤란한 점과 사용자책임에서 사용자의 면책가능성이 존재한다는 점에서 문제가 제기되어 법원은 이 문제를 해결하기 위하여 계약체결상의 과실이론을 확대하여 적용하기 시작하였다.<sup>29)</sup> 이하의 판례는 계약교섭중의 부당한 권리침해로 인하여 계약이 체결되지 않은 경우를 -이러한 계약체결상의 과실을 최초로 인정할 사례부터, 재산상의 손해를 인정한 사례, 제3자의 계약체결상의 과실책임을 인정한 사례 모두 3가지 경우이다.<sup>30)</sup> 소개한다. 특히 이 사례들은 위에서 설명한 불법행위책임을 법리보다는 계약책임을 법리로 해결하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있겠다. 또 그 이후에 계약이 유효하더라도 그 계약체결과정상 문제가 있었던 경우 이를 인정한 사례를 그 판결요지를 들어 간략하게 소개하고자 한다.

## (1) 계약협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립되지 않은 경우

### 1) 리놀륨용단사건<sup>31)</sup>.

#### (가) 사실 관계

원고(녀)가 피고 백화점에서 다른 물건을 산 후 리놀륨용단을 사기 위해 리놀륨 매장으로 갔다. 원고는 그 곳에서 일하는 점원 W에게 리놀륨을 사러 왔다고 말하였고, W는 진열된 것 중 원고가 사고 싶어 할 것을 찾기 시작했

교 매지학술연구소, 1998, 453면.

29) 최홍섭, “계약이전단계에서의 책임(소위 계약체결상의 과실책임)과 민법 제535조의 의미”, 한국민사법학의 현대적 전개(연람배경숙교수화갑기념논문집), 박영사, 1991, 563면 이하.

30) 이하에서는 김준호 교수의 논문에 소개된 사례들을 참고하였다. 김준호, 앞의 논문(주 28), 454~467면.

31) 1911. 12. 7. 판결, RGZ 78, 239ff.

다. 원고가 지목한 용단을 빼려고 W는 다른 두 개의 용단을 약간 옆으로 세워 놓았다. 그 두개의 용단이 넘어지면서 가까이 있던 원고와 그 아이가 다치게 되었다. 이에 원고는 피고 백화점을 상대로 손해배상을 청구하였다.

(나) 판결이유

원심법원은 원고의 사고에 대하여 W의 과실을 인정하였는데, W가 용단을 질서있게 옆에 세워놓았다면 넘어지지 않았을 것이라는 단순한 추론으로 옳다고 보여진다.

피고가 W의 과실에 대하여 민법 제278조<sup>32)</sup>에 따른 책임을 진다는 원심의 견해는 법적으로 아무 문제가 없고 또 본 민사부의 판결과 일치한다.

W는 피고를 대리하여 원고와 매매에 관하여 교섭중이었다. 원고는 리놀륨 용단을 꺼내 봐 줄 것을 부탁하였고 W는 매매를 성사시키기 위하여 그 부탁에 응한 것이었다. 용단을 꺼내봐 달라는 청약과 그에 대한 승낙은 매매, 즉 법률행위의 성립을 목적으로 한 것이었다. 이것은 순수한 호의행위에서처럼 단순한 사실상의 일이 아니라, 당사자간에 매매를 준비하는 법률관계, 즉 계약과 유사한 성격을 갖고 그리고 그 한도에 있어서는 법률행위적인 구속, 예컨대 물건을 꺼내보임에 있어서 상대방의 신체와 소유권을 위해 필요한 주의를 기울일 의무를 발생시킨다.

이미 라이히법원은 민사판결집 65권 17면, 66권 402면에 있는 본 민사부의 판결이 유사한 원칙을 취하였었고, 라이히법원의 판결에 있어서 수많은 판결이 계약관계 혹은 채무관계로부터 상대방의 생명 및 소유권에 대한 주의의무가 발생할 수 있음을 인정하고 있다. (위 판결 이외에 라이히법원 민사판결집 55권 335면, 73권 148면과 Jur.Wochenschr. 1904 358면 Nr.10, 484면

---

32) 제278조(이행보조자의 유책) 채무자는 자기의 법적대리인 및 자기의 의무를 이행하는데 사용하는 자의 유책에 관하여 자기의 유책과 동일한 범위에서 책임을 져야 한다. 이 경우에는 제 276조 제2항의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

Nr.6 및 Rep.VI.113/06, VI.215/07,VI 17/10 참조.)

피고는 구매고객에 대한 상술한 의무의 이행을 위해 W를 고용한 것이기 때문에 W의 과실에 대해 책임을 진다. 제278조의 법 취지는 필요한 주의를 갖고 실현해야 할 급부에 대해 직접 의무를 지는 자는 그가 그에 관하여 보조자를 쓴 경우 보조자의 주의깊은 급부에 대해 책임을 져야하고, 마찬가지로 급부를 받는 상대방은 그 당사자가 급부를 직접 이행하지 않고 보조자에게 그 것을 맡겼기 때문에 더 불리한 지위를 가져서는 안된다는 점에 있다.

거래를 성사시키기 위해 피용자가 물건을 꺼내 보여 주다가 부주의로 고객에게 손해를 입힌 경우 사용자 - 고객은 이 사람과 매매계약을 체결할 것을 원한다. - 가 오직 민법 제831조<sup>33)</sup>의 규정에 따라 무조건 책임을 지지 않고 피용자가 사용자의 면책입증이 성공함에 따라 대부분 재력이 없는 종업원에게 청구를 하여야 한다는 것은 일반적인 법감정에 위배된다고 할 것이다.

(다) 검토

이 판결은 피해자가 현실적으로 손해의 배상을 받도록 하기 위해, 즉 사용자의 면책가능을 배제하기 위해 제278조라는 계약책임규정을 차용하였다. 또 그 근거로는 계약에 기한 채무의 내용에는 상대방의 신체 및 소유권에 대한 보호의무도 포함된다는 점, 계약교섭중의 법률관계는 계약과 유사한 성격을 갖는다는 점을 들었다. 이 사례는 최초로 피해자의 구제를 인정하기 위하여 계약책임규정을 차용하여 계약체결상 과실책임으로 사용자의 손해배상책임을 인정하였다는 데 그 의미가 크다고 할 것이다.

---

33) 제831조 : ① 어느 사무에 관하여 타인을 사용하는 자는 그 타인이 사무의 집행에 관하여 위법으로 제3자에게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 사용자가 피용자를 선입함에 있어서 또 사용자가 기계 또는 기구를 조달하거나 사무의 집행을 안내하여야 할 경우에 그 조달 또는 안내에 있어서 거래상 요구되는 주의를 다 하거나 또는 주의를 다하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의무는 발생하지 아니한다.

## 2) 바나나껍질 사건<sup>34)</sup>

### (가) 사실관계

1958년 10월 21일 9시 20분 경, 백화점 문을 연지 20분 후에 그 당시 58세의 원고(여)가, 800-900평방미터 크기의 별로 혼잡스럽지 않은 피고 백화점의 섬유류매장의 통로에서 그 바닥에 떨어져 있던 바나나 껍질 때문에 미끄러져서 윗 목뼈가 부스러지게 되었고 그리하여 여러 달 병원에 입원하고 두 번의 수술을 받게 되었다. 이에 원고는 피고 백화점을 상대로 손해배상청구를 하였다. 원심에서는 비록 피고 백화점의 식료품매장에서 과일을 팔지 않았더라도 피고가 모든 매장의 쓰레기통 및 경고표지를 세우지 않았다는 점에 과실이 있었다는 점을 이유로 원고의 청구를 인용하였다. 이에 피고가 불복하여 상고한 사건이다.

### (나) 판결이유

1. 원심판결은 그 이유설시에서 유지될 수 없다. 즉 그 곳에 쓰레기통을 설치하지 않았기 때문에 섬유류매장 바닥에 떨어진 바나나껍질에 원고가 미끄러졌다는 논증으로써 원심은 일견 곧 그러한 예방 조치는 사고위험을 현저히 줄이는데 적절한 것이라고 판단하였다.

그러나 그러한 결론은 사고법칙을 위반한 것이고, 또 동시에 일응의 증명(Anscheinsbeweis)의 실체를 오해한 것이다. 즉, 쓰레기통의 설치가 사고위험을 현저히 줄이는데 매우 적절한 경우에 아마도 사고위험의 상당부분이 그러한 예방조치로 제거되지 않는 가증성이 존재한다는 점이다. 또 원고가 미끄러진 바로 그 바나나 껍질의 위험이 쓰레기통을 설치하였다면 줄어들 수 있는 사고 위험의 한 부분인지, 혹은 쓰레기통을 설치하였다라도 제거할 수 없었을 부분이었는지 여부에 대한 각가의 구별표지가 빠져 있다. 그러나 손해가 작위

---

34) BGH 1961. 9. 26. 판결, NJW 1962, 31~32ff.

또는 부작위를 통해 ‘혹시’ 또는 ‘아마’ 초래되어졌다는 가정은 인과관계의 확정에 있어서 충분치 않다.

그 밖에 피고가 섬유류매장에 쓰레기통을 설치하지 않았다는 점에서 교통안전의무 (Pflicht zur Verkehrssicherung)의 위반을 인정하는 것은 지나친 과장이다.

2. 피고에 대한 판결이 원심이 취한 이유로 유지될 수 없는 경우에도 본건 소송이 완전히 기각될 것은 아니다. 판례는 계약상이 보호 및 배려의무의 위반의 경우 과실의 문제에 있어서 피해자를 위해 입증책임의 전환하는 것을 계속 인정하고 있다...물론 지금까지 판례는 적극적 계약침해에 있어서의 입증책임의 전환에 관해 BGH 제282조<sup>35)</sup>에 의거 일반적으로 규율하지 않고 항상 계약관계의 성질 및 손해원인의 성질을 고려하여 왔다.

백화점에서 빈번한 공중교통은 그 기업의 특별한 주의로써 자주 드나드는 방문객이 바닥의 미끄러움 때문에 혹은 바닥에 떨어진 것으로 인해 넘어지지 않도록 예방조치를 취할 것을 요구한다. 매장 바닥에 방문객이 쉽사리 그 위에 넘어질 수 있는 바나나껍질이 떨어져 있는 경우 그러한 위험원은, 여관 객실의 바닥에 떨어진 음식찌꺼기에 손님이 미끄러진 경우에 여관주인이 입증책임을 지는 것으로 하는 것과 똑같이, 우선적으로 백화점의 위험 및 조직영역으로 돌려야 한다. 이 경우 고객이 아직 계약을 체결하지 않고 계약체결의 목적으로 그곳에 들어선 경우에 있어서도 입증책임이 정당화된다. 계약체결의 목적으로 백화점의 지배영역으로 들어선 고객은 백화점에 들어선 순간부터 신체의 안전에 대한 계약상의 보호청구권을 갖는다. 이에 따라서 피고는 그러한 사고를 피하는데 필요한 조직 및 감독상의 조치를 그 자신이 취하였다는 것을

---

35) 제282조 : 급부불능이 채무자가 책임져야 할 사정의 결과인지 여부에 관하여 다툼이 있는 경우 그 입증책임은 채무자에게 있는 것으로 한다.

입증해야 한다.

불법행위를 법적 기초로 청구함에 있어서는 원고는 위와는 반대로 오직 일응의 증명의 원칙에 의해서만 입증책임을 줄일 수 있다. 여기서는 입증책임의 전환의 이익은 원고에게 주어지지 않는다. 사실심의 법관이 사고가 피고의 사무보조자의 위법한 부작위에 기인하는 것이라고 판단하는 경우, 제823조 1항<sup>36)</sup>에 의한 면책입증의 방법이 피고에게 주어질 것이다.

(다) 검토

이 사례 이후 사용인의 책임에 관하여 제278<sup>37)</sup>조를 통한 해결은 나타나지 않게 되었다고 한다.<sup>38)</sup> 그 이유는 백화점처럼 통행이 공중에게 제공된 경우에 있어, 그 이후의 판례는 교통의무(Verkehrspflichten)의 개념을 중심으로 직접 제831조 1항을 적용하여 해결하고 있기 때문이다.

교통의무(Verkehrspflichten)의 내용의 요지는 다음과 같다.

특별한 위험원을 창출하거나 갖고 있는 자는 타인이 손해를 입지 않도록 특별한 예방수단을 강구하여야 한다는 점을 그 기본적 사고로 삼고, 백화점처럼 토지 또는 건물에 공공의 교통을 개통하거나 허용한 자에게 교통의무(Verkehrspflichten)이 허용된다. 즉 제3자에게 줄 위험을 저지하거나 제거하기 위해 그에게 가능하고 기대되는 모든 조치를 행할 의무를 지게 된다. 또 위험영역에 따른 입증분배의 원칙상 교통의무(Verkehrspflichten)가 문제가 되는 영역에서는 위험원을 지배·관리하고 있는 자에서 자신에게 과실이 없다

---

36) 제 831조 ① 어느 사무에 관하여 타인을 사용하는 자는, 그 타인이 사무의 집행에 관하여 위법으로 제3자에게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 사용자가 피용자를 선임함에 있어, 또 사용자가 기계 또는 기구를 조달하거나 사무의 집행을 안내하여야 할 경우에 그 조달 또는 그 안내에 있어, 거래상 요구되는 주의를 다 하거나 또는 주의를 다 하여도 손해가 있을 경우에는 배상 의무는 발생하지 아니한다.

37) 제 278조 : 채무자의 법정대리인 및 채무자가 그의 의무를 이행하기 위해 사용한 자의 고의·과실에 관해 채무자는 자신의 고의·과실로서 책임을 진다. 제276조 제2항의 규정은 적용하지 아니한다.

38) 김준호, 앞의 논문(주 28), 459면.

는 입증할 책임이 있다.<sup>39)</sup>

### 3) 채소껍질 사건 (Gemüseblatt)<sup>40)</sup>

#### (가) 사실관계

1963년 11월 2일 당시 14세인 원고(여)가 어머니와 함께 피고의 지점인 슈퍼마켓으로 들어갔다. 어머니가 물건을 담는 것을 돕기 위해 계산대를 돌아서 물건을 올려놓는 곳으로 갔다. 그 때 원고는 바닥에 떨어진 채소껍질 위에 미끄러졌고 그 결과 오른쪽 무릎에 고통이 심해 관절출혈이 생겨 오랜 기간 정기적으로 의사의 치료와 수술을 요하게 되었다.

1970년 3월 5일 제기된 소송에서 원고는 피고에 대해 위자료로 10,000DM을 청구하고 그 밖의 재산상의 손해에 대한 배상을 청구하였다. 이에 대하여 피고는 원고가 채소껍질 위에 미끄러졌다는 사실에 대하여 다투면서 보조적으로 그 사고에 대하여 자신의 과실 없음을 주장하고 그 밖의 시효 소멸을 주장하였다.

원심은 위자료청구에 대하여 시효소멸을 인정하였으나 재산상의 손해에 관하여는 원고의 과실을 참작하여 그 일부의 배상을 명하였다. 피고가 이에 불복하여 상소한 사건이다.

#### (나) 판결이유

1. 원심은 피고가 그 가게에서의 교통안전성에 관하여 그에게 기대되는 주의를 준수하였다는 점과 그 사고가 다른 고객이 조금 전에 채소껍질을 바닥에 버린 데에 기인하였다는 점을 입증하지 못하였다고 판단하였다.

2. 원심이 근거로 삼은 것, 즉 백화점 소유자의 교통안전의무

39) Verkehrspflichten에 관한 자세한 내용은 윤용석, “서독 불법행위법상의 이른바 Verkehrspflicht에 관하여”, 재산법연구 제2권 1호, 1985 참조.

40) BGH 1976. 1. 26 판결, NJW 1976, 712면.

(Verkehrssicherungspflicht)와 그 경우 계약체결상의 과실에 기한 손해배상 청구에 있어 BGH 제282조에 의한 입증책임의 전환을 인정한 것은, 연방최고법원의 확고한 판례와 일치한다. (NJW 1962. 31; RGZ 78, 269 참조)

3. 원심은 계속해서 다음과 같이 판단하고 있다. 즉, 피고는 원고에 대하여 불법행위를 이유로 해서만이 아니라 계약체결상의 과실을 이유로 해서도 책임을 진다. 왜냐하면 슈퍼마켓을 개장함으로써 원고에게 지는 계약상의 보호 및 배려의무(vertragliche Schutz und Fursorgepflicht)를 위반했기 때문이다. 더구나 제3자 보호효를 갖는 계약 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)의 관점에서 원고에게 손해배상청구권이 주어진다. 왜냐하면 사고 당시 원고의 어머니는 피고와 계약중에 있었고 원고는 보조자로서 이러한 계약유사의 채무관계의 보호범위 내에 있었기 때문이다.

계약체결상의 과실을 이유로 한 청구의 경우 30년 소멸시효기간이 적용되었고, 그 결과 그 한도에서 소멸시효는 소의 제기로써 적시에 중단되었다고 판시하였다.

4. 원심의 주된 판단, 즉 제3자 보호효를 갖는 계약의 이론을 동원하지 않고서 피고가 원고에게 계약체결상의 과실을 이유로 직접 책임을 진다는 구상은 검토를 요한다.

교통안전의무 위반에 있어 일반적인 불법행위책임과 비교되는 경우, 예컨대 엄격한 보조자책임 · 장기의 소멸시효기간 · 입증책임의 전환에 있어서 피해자에게 근본적으로 유리한 계약체결상의 과실책임은 실정법을 보충하는 법적 채권관계에서 연유되는데, 이것은 계약교섭의 개시로부터 발생하며 계약의 성립 및 그 효력발생과는 전적으로 무관하다.

본 건과 같은 경우들에 있어서 보호 및 주의의무의 위반에 대해 그러한 채무관계에서 연유되는 책임을 지는 이유는 피해자가 계약교섭의 목적으로 상대

방의 영향권 내에 있었고 그로써 교섭상대방의 상당한 배려를 신뢰한다는 점에 있다. 본 건의 경우 즉, 원고의 어머니가 매매계약체결의 목적으로 피고의 매장에 들어서고 그로써 경험적으로 특히 슈퍼마켓 계산대 주변에의 빈번한 공중의 왕래에 필연적으로 따르는 위험에 내맡겨진 경우가 바로 그러한 것이다. 그러한 매매계약에 있어서 계약체결상의 과실책임은 피해자가 계약체결의 목적으로 혹은 “거래상 접촉”의 개시를 위해 - 따라서 확고히 살 의향이 없더라도 적어도 가능한 고객으로서 - 매장 안으로 들어선 것을 향산 전제로 한다. 따라서 슈퍼마켓에 들어선 사람이 처음부터 전혀 살 마음이 없었던 경우, 예컨대 가게도둑의 경우, 날씨 때문에 들어온 경우, 다른 길로 통행하기 위하여 혹은 다른 사람은 만나기 위한 장소로써 들어온 경우 불법행위책임 이외에 계약체결상의 과실책임을 이유로 한 계약책임을 묻는 것은 그 정당성이 박약하다.

본 건의 경우에 있어서 원고가 처음부터 스스로 피고와 매매계약을 체결한 의도가 없었고 단지 어머니를 따라와서 물건 사는 것을 도우려 했다는 점에 대하여는 다툼이 없다. 따라서 계약체결에 있어서 피고의 과실에 따른 책임을 원고에 대해 직접 적용시키는 것은 허용되지 않는다.

5. 그러나 원고의 보조판단이 판결을 주도했기 때문에 원심판결은 결과에 있어서는 정당함을 보여 주었다.

① 피고와 사고자 하는 물건을 이미 골랐던 원고의 어머니와의 사이에는 그 사고지점에 이미 계약체결상의 과실책임을 정당화시키는 법정채권관계가 존재한다.

② 원고도 그 자신의 계약상의 손해배상청구를 정당화하기 위해 그러한 법정채권관계를 끌어낼 수 있다. 즉 특별한 요건 하에 계약체결에 직접 관여하지 않은 제3자도 계약의 보호범위 내에 포함되는데, 그 효과로는 본래의 계약

채결상의 의무에 대한 이행청구권은 제3자에게 주어지지 않지만 계약에 있어 요구되는 보호와 배려는 주어지고, 따라서 이러한 계약상의 종된 의무에 대한 위반의 경우, 제3자가 그 자신의 이름으로 손해배상청구를 할 수 있다는 것을 본 민사부의 오래 전부터의 확고한 판례이다.

③ 물론 계약의 보호범위에 제3자를 포함시키는 것은 - 입법자에 의해 행하여진 계약책임과 불법행위책임의 체계가 포기 혹은 말소될 수 없다면 - 매우 한정된 경우로 제한할 것이 요구된다.

본 건의 경우 원고의 어머니는 내부관계에서 딸은 안녕에 대해 책임을 지고 그로써 - 피고도 인식할 수 있는 - 어머니를 따라왔던 딸이 어머니와 같은 정도의 보호를 받아야 할 것이 허용된다. 그러한 좁은 가족법상의 범위에 있어서, 판례는 그 전부터 계약상의 보호효의 확장을 정당한 것으로 인정하여 왔다.

#### (다) 검토

독일 민법은 법률에 규정된 경우에 인하여 과태료청구권을 인정하고, 법률로 규정된 경우에는 신체·건강·자유의 침해와 위법수단에 의한 혼외동서·약혼녀에 대한 정조침해 등 불법행위로 인한 인격권의 침해에 한정하고 있다.

위 사례에서는 원고의 위자료청구는 불법행위를 이유로 해서만 가능하고 이는 이미 시효가 소멸한 것인데 이를 제852조의 적용을 피하고 제195조를 유추적용하여 소멸시효기간이 더 늘어나게 된 것이다.

이처럼 독일의 판례들은 계약책임규정과 불법행위책임규정에 있어서 엄격한 보조자의 책임과 입증책임의 전환, 장기의 소멸시효에 있어서의 차이를 염두에 두고서, 계약책임쪽이 피해자에게 근본적으로 유리하다는 정책적 고려에서 출발하고 있다.

독일은 계약책임의 예외를 넓히기 위하여 여러 조문들을 유추적용하여 피해자를 구제하고자 하였고 그 취지를 위의 사례들이 잘 보여주고 있다고 생각한다. 결국 2001년 독일민법이 개정되어 입법적으로 계약체결상의 과실책임을 해결하게 되었다고 보여진다.

## (2) 계약이 무효인 경우<sup>41)</sup>

### 1) 합의의 불일치<sup>42)</sup>

#### (가) 사실관계

X와 Y는 다같이 전보의 교환으로 주식산의 판매를 희망하였음에도 불구하고 청약의 글귀 때문에 매매계약이 성립된 것으로 알았다. 그러다가 계약문서의 작성때에 비로소 숨은 불일치를 알게 되었다. X는 Y의 1,000Kg의 주식산의 수령거절로 인하여 그것을 경매하여 약정대금과 경매대금의 차액을 배상청구하였다. 원심은 X(매도인)와 Y사이의 계약이 성립한 것으로 보고 X의 청구를 인용하였고 이에 상고한 사건이다.

#### (나) 판결이유

제국법원은 합의의 불일치가 존재하는 것이 쌍방의 오해에 그 책임이 있지만 Y의 과실이 더 크다고 하면서, “계약이 성립되었을 때 계약상의 과실에 대한 손해가 요구되어지는 것은 일반적으로 승인되었다. 계약이 성립하지 않는 경우에도 법률은 많은 경우 소극적 계약이익에 대한 배상을 허용하고 있다. 예를 들면 독일 민법 제122조, 제179조, 제307조, 제309조가 그것이다. …… 이러한 원칙이 다른 유사한 경우에도 확대적용될 수 있느냐에는 다툼이 있다. 그러나 판례와 학설은 유사한 경우에도 확대적용을 하고 있다. 동일한 근거·형

41) 이하 판례는 정기용, “계약체결상 과실책임”, 警察大學校 論文集 제20호, 2000, 123면 이하 주요 사례들을 인용한 것이다.

42) RG 1922.4.5 판결, RGZ 104, 265.

평·거래안전의 고려는 소위 숨은 불합의의 경우에도 적용되는 것이 정당하다. ……형평이 요구하는 것은 X에 대한 계약이 유효하게 성립되었을 경우의 이익을 배상하게 하는 것이 아니라, 단지 X가 선의로 상대방에게 표현했기 때문에 Y가 구입하려고 했던 것에 의해 생긴 손해를 X에게 배상하여야 할 것이다.”

(다) 검토

독일제국법원은 이 판결에서 계약의 성립과 관계없이 계약체결단계에서 과실, 즉 의무위반이 있다면 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있다고 하였고 계약체결상의 과실을 계약의 유효한 성립과는 상관없는 독자적인 제도로 인식하였다.

### (3) 계약이 유효한 경우<sup>43)</sup>

#### 1) 목적물에 하자가 있는 경우<sup>44)</sup>

(가) 사실관계

피고 X는 원고 Y에게 제조판매에 관하여 영업양도를 하였다(그 중에는 Luisinlicht이라는 상품도 포함되어 있다). 당사자의 의사에 의하면 Luisinlicht라는 상품이 주된계약에 해당된다. 그런데 계약시에 이미 소외의 특허권자로부터 X에게 그 영업에 관하여 경고를 하였는데(Y는 이 사실을 몰랐다), 특허권에 의하여 경업피지의무가 있었기 때문에 Y의 위 약품의 영업은 마비되었다.

(나) 판결이유

법원은 X의 영업양도의 대가에 대한 Y의 손해배상청구권에 의한 상계를

---

43) 이하 판례는 정기웅, “계약체결상 과실책임”, 警察大學校 論文集 제20호, 2000, 121면 이하의 주요 사례들을 인용하였다.

44) RG 1912.4.26 판결, JW 1912. 743.

인용하여 판결하였는데 이는 다음과 같다. “이 사안은 무효인 계약과 관계되어 채권관계를 결정하는 책임의 문제가 아니다. 여기서 문제가 되는 것은 유효하게 성립된 계약의 체결시의 책임에 대한 손해배상의무에 관하여 민법전은 특별한 규정을 하고 있지 않지만 거부하고 있는 것은 아니다. 문제의 사실의 통지의무는 계약체결의 전후에 같이 있는 것이다. 계약체결로 이끄는 준비행위와 계약의 체결은 통일적 전체(einheitliche Ganze)를 이룬다. 이 점은 준비행위에 대한 일정한 기준의 의무는 계약의무에 넣는 것이 정당하게 된다. 양자를 달리 취급할 충분한 내부적 이유는 없다. 신의칙이나 공정한 거래의 요청과 함께 계약당사자는 타방당사자의 의사결정에 관하여 의의를 갖고 있는 사실을 알려줄 의무가 있기 때문에 이를 말하지 않은 것에 대하여 책임이 있다.”

#### (다) 검토

이 판결은 Leonhard의 이론에 따라서 계약이 유효하게 성립된 경우에 있어서 계약체결시의 통지의무를 위반하면 계약체결상의 과실을 인정하여 손해배상을 인정하였다고 보여진다. 특히 이는 목적물이 흠이 있음에 관하여 사실을 알려주지 않은 당사자에게 있어 계약체결이전의 과실책임을 인정하였다는 데에 그 의의가 있다고 보여진다.

## 2) 부수의무의 위반<sup>45)</sup>

### (가) 사실관계

피고는 화약의 잔여분이 묻어있던 마분지들을 철도화물로 탁송하면서 운송요금은 물건의 위험성이 고려되지 않은 가격으로 책정하였다. 운송물은 운송중에 불에 점화되어 철도차량을 소실시켰고 이에 철도청은 차량에 대한 손해

---

45) RGZ 108, 408.

배상의 소를 제기하였다.

(나) 판결이유

제국법원은 피고가 운송물에 대한 적절한 설명을 하지 않았다는 이유로 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

여기서 손해의 대상은 소실된 철도차량으로서 불법행위법상의 물적 침해에 대한 보호문제이다. 물론 제국법원은 손해배상책임을 피고의 운송물에 대한 설명의무의 위반으로 이해하였다.

(다) 검토

이 판결 이전에는 이러한 설명의무위반의 문제를 계약체결상의 과실책임문제로 보지 않았다. 위의 사례의 경우 불법행위법상의 보호법익도 계약체결상의 과실책임을 하나로 다루어질 수 있음을 인정하였다는 데에 그 의의가 있다.

### 3) 설명의무의 위반과 제3자의 손해배상책임<sup>46)</sup>

(가) 사실관계

독일에 유학중인 터키학생인 원고는 앙카라로 여행할 승용차를 구입하고 은행용자를 받았는데, 은행은 또한 피고 보험회사의 계약대리인으로서 피고의 보험청약을 제시하자 원고는 터키의 전지역에서의 사고가 모두 보험보호를 받으리라는 기대하에 서명하였으나, 그 보통거래약관에 의하면 보험은 유럽지역에서만 효력이 있는 것으로 규정되어 있었다. 그 후 원고는 터키의 아시아지역에서 보험사고가 발생하였음을 이유로 보험금지급을 청구하였다.

(나) 판결이유

독일연방대법원은 그 보험약관에 의하여 유럽 이외의 지역에서의 보험사고

---

46) BGHZ 40, 22.

는 보호되지 않으나, 다만 피고의 대리인인 은행이 유럽 외에서의 보험 제의를 설명하였더라면 원고가 그에 대한 추가적인 보험보호를 요구하여 그러한 상태로 계약이 체결되었으리라는 점에서 설명의무의 위반이 있다고 하여 계약 체결상의 과실책임을 인정하였다. 그리고 원고에게도 그에 대한 의문을 제기하지 아니한 과실이 있단 이유로 보험에 의한 손해전보액의 2분의 1을 감액하여 손해배상책임을 인정하였다.

(다) 검토

설명 의무의 위반을 이유로 하여 제3자의 손해배상책임까지 인정하였다는 점에서 그 의의가 크다고 보아 위 사례를 소개하였다.

## 제2절 프랑스에서의 계약체결상 과실책임

Jhering이 제기한 계약체결상의 과실책임 문제가 프랑스에서 논의된 것은 1907년 Saleilles의 논문에서 비롯되었다고 할 수 있다.

학자들에 의하여 이해된 Jhering 의 “계약체결상의 과실”론은 계약의 교섭을 개시함으로써 양 당사자는 서로 성실히 교섭에 노력할 것은 묵시적으로 합의한 것이고 교섭을 정당한 이유없이 일방적으로 중단하거나 무효인 계약을 체결하도록 한 경우에는, 이 합의위반으로 계약책임을 성립한다고 한다. 그러나 이러한 계약책임설은 프랑스에서는 논의되고 있지 않다.

프랑스에서는 계약체결상의 과실문제를 계약체결 전 책임(responsabilite precontractuelle)이라고 하여 계약체결 전 책임문제를 사안별로 모색하는 방향으로 전개하였다.<sup>47)</sup>

---

47) 임병현, “계약체결상의 과실책임”, 중앙대학교 법학논문집 23권 1호, 1998, 156면.

현재 프랑스민법은 독일민법과 달리 불법행위에 관한 일반규정(제1382조)<sup>48)</sup>을 두고 있고, 이행보조자의 불법행위에 대한 사용자의 면책증명에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에(제1384조)<sup>49)</sup> 법기술적으로 계약체결상의 과실 책임을 인정할 필요가 없기 때문이다. 또한 계약이 무효로 되거나 계약체결시에 한 약정이 없는 경우에도 계약체결상 과실 책임을 인정하지 않고 판례의 태도 또한 그렇다.<sup>50)</sup>

또 프랑스법에서는 계약상의 채무불이행 책임에 관해서는 1147조와 1148조에서 규정하여 채무불이행 책임의 성립에 채무자의 고의나 과실을 요구하지 않는다.<sup>51)</sup>

요약하자면 프랑스민법은 계약체결상의 과실 책임을 독일과는 달리 불법행위 책임으로 구성하고, 피해자 보호를 위하여 개별적으로 적용한다. 또 프랑스민법은 채무불이행 책임에 대해 결과채무와 수단채무의 구별이론이 인정되어 입증책임면에서도 불법행위 책임 구성이 계약책임 구성에 비해 오히려 피해자 구제에 관하여 용이하게 활용될 수 있는 측면이 있다. 프랑스 민법상 계약전 책임에 관하여 불법행위법의 해석론이 발달하지 않았던 시기에 계약책임적 이론 구성의 시도가 없었던 바는 아니지만 그 후 불법행위 책임 구성이 확립하게 되어 사안별로 피해자 보호에 만전을 기할 수 있는 장점이 있다고 생각되어진다.<sup>52)</sup>

---

48) 프랑스민법 제1382조는 “타인에게 손해를 주는 모든 인간의 행위는 그 과실로 인하여 손해를 발생하게 한 자로 하여금 그 손해를 배상할 의무를 지운다.”고 하여 불법행위에 관한 일반조항을 두고 있다.

49) 프랑스민법 제1384조 제1항은 “누구든지 자기의 행위에 의하여 발생한 손해뿐만 아니라, 그 책임하에 있는 자의 행위 또는 그 보관물에 의하여 생긴 손해에 대하여도 책임이 있다”고 규정한다.

50) 김상용, 앞의 논문(주 11), 17면.

51) 1147조는 채무불이행의 ‘외적 원인’에 의한 것임을 입증하지 못하는 한 손해배상 책임을 저야한다고 정하고 1148조는 채무자는 ‘불가항력’ 또는 ‘우연한 일’이 있는 때에만 불이행의 책임이 없음을 규정하였다. 김동훈 “계약법에서 과실책임주의의 의의” 비교사법 제6권2호, (1999), 256면

52) 임병현, 앞의 논문(주 47), 162면.

### 제3절 영미에서의 계약체결상 과실책임

영미법에서는 원칙적으로 계약체결을 위한 협의상의 자유를 보장하기 위하여 독일과 같이 일반적인 계약체결상의 과실책임은 인정하지 않고 있다. 계약협상의 자유를 중요시하기 때문에 원칙적으로 계약협의 당사자는 아무런 책임을 지지 않고 협의를 파기할 수 있는 것이다.<sup>53)</sup> 이같은 영미계약법상의 특성상 협의개시를 하여도 양자사이에 신의칙에 기한 공정거래의무를 부과하지 않으며, 계약이 체결될 경우 그 과정상의 부실표시, 강박, 부당한 영향력의 행사, 비양심적인 행위 등은 아무런 문제가 되지 않고 또 협의를 거쳤으나 계약이 체결되지 않더라도 이러한 과정상의 문제들에는 아무런 책임을 지지 않는 것이다.

그러나 예외적으로 영미법상에서는 다음의 4가지 경우에는 계약체결상의 과실책임, 즉 계약전 책임을 인정하고 있다. 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 계약협의 과정상 일방이 타방으로부터 이득을 얻은 경우 그 이득은 부당이득으로 반환책임을 진다. 둘째로는 부실표시로 인하여 계약전 책임이 성립될 수 있다. 사기적인 부실표시를 하였을 때에는 그 부실표시에 대한 책임으로서 계약전 책임이 인정된다. 셋째, 계약협상에 임한 일방이 타방에 대하여 특정한 약속을 한 경우 그 약속에 대한 책임으로서 계약전 책임이 발생할 수 있다. 마지막으로 협상을 하기로 합의를 한 경우에는 계약전 책임이 인정된다. 당사자들이 실제로 계약을 완전히 체결하지는 않았지만, 모든 점에 있어서 최종적 합의에 이를 것을 기대하는 일련의 예비적인 합의(Preliminary agreement)를 한 경우도 책임이 인정된다. 예를 들어 계약의 협의를 하기로 하는 의향서(letter of intent), 양해각서(memorandum of understanding) 등

53) E.Allen Farnsworth, Farnsworth on Contracts, 2nd Ed. (1998), p. 346.

을 작성하여 교부하기로 한 경우 그 계약의 협의는 신의칙에 기한 공정거래의 원칙에 따라야하며 이를 위반하였을 시 계약전 책임이 발생한다. 여기서 첫째의 경우에는 원상회복의 이익, 나머지의 경우에는 신뢰이익의 배상이 주로 문제가 된다고 한다.<sup>54)</sup>

이와 같이 계약전 책임이 인정되는 경우 그 인정범위도 문제가 되는데 원칙적으로 계약전 책임은 기대이익의 손해 배상, 즉 이행이익의 손해 배상을 인정하지 않는다. 즉 신뢰이익의 손해 배상에 한정되는 것이다.<sup>55)</sup>

영미계약법에서는 공정거래의 의무가 무엇인가가 매우 중요한데 적극적으로는 신의성실의 원칙에 충실한 것이 그것이고 소극적으로는 계약체결을 위한 협의상의 불공정거래의 유형을 7가지 들고 있다. 협의 내지 협상의 신의에 반하는 거절(refusal to negotiate), 사기, 강박 등의 부적절한 수단(improper tactics)의 사용, 비합리적인 제안(unreasonable proposals), 필요한 사실의 불공개(nondisclosure), 배타적인 협상에 있어서 타인과의 협상(negotiation with others), 협상의 부당한 파기(bacaking off negotiations), 협의과정상에 이미 합의한 사항에 대하여 다른 조건을 제시하는 것(reneing) 등이 그것이다.<sup>56)</sup>

---

54) E,Allen, ibid. pp.349~399.

55) Ibid., pp. 363~366.

56) Ibid., pp. 376~394.

## 제4절 일본에서의 계약체결상 과실책임

### 1. 학설

일본민법은 계약체결상 과실책임과 관련한 규정은 없지만 독일의 학설을 수용하여 학설상 일반적인 해석론으로써 계약체결상 과실책임을 인정하여왔다.

당초 일본의 학설은 계약체결상의 과실책임을 인정할 것인가 부정할 것인가에 관하여 지극히 소극적인 태도를 취하였으나 점차적으로 위법성이 있는 경우에만 불법행위로 인한 계약체결상의 과실책임을 인정하게 되었다. 계약체결상의 과실책임은 충분히 불법행위의 규정에서 구제할 수 있다는 주장이 나왔다.<sup>57)</sup> 이 설은 규정에 없다는 이유로 계약체결상 과실책임을 부정하는 것은 정당한 법률해석이 아니며, 일본민법의 해석으로도 매도인의 담보책임규정을 유추하면서 일반불법행위의 규정에 의하여 원시적 불능의 경우에 신뢰이익의 배상을 인정해야 한다는 것이다.

그 후 계약의 무효·불성립의 경우에는 불법행위책임설로, 계약이 유효한 경우에는 계약체결전에도 당사자에게 신의칙상의 주의의무를 과하여 그 위반에 대해서는 계약책임을 묻는다는 이원론을 배척하고 계약책임설이 등장하였다.

이 견해를 요약하면 계약체결상의 과실에 의한 책임은 계약책임이고 그 법적 효과는 신뢰이익의 배상이다. 이는 원시적 불능에 대하여 사실상 계약에 의해 결합된 관계는 하등 특별관계가 없는 자의 책임 이외의 책임을 발생한다고 하는 것이 신의칙의 요소라고 하여 계약책임을 구성하고 또 원시적 불능에

---

57) 未引嚴太郎, “一雙務契約と履行不能”法學協會雜誌 第34卷 第4號, 1906, 47면.

서 과실있는 당사자는 선의·무과실의 상대방에게 신의칙을 이유로 한 계약상의 책임으로서 신뢰이익의 배상을 부담하고 이 책임은 이행보조자 책임 등에 대해서도 일반 불법행위보다 중한 책임을 부과하는 것이 적절하다고 파악하였다.<sup>58)</sup>

그 이후 계약체결상의 과실책임의 법리를 보호의무에 의해 구성한다고 하는 주장이 제기되었다. 이 견해는 계약이 상담이 개시되면 신뢰관계로서의 채무관계가 성립하고 계약체결상의 과실책임은 이러한 채무관계로부터 생기는 보호의무위반에 대한 책임이라고 하며 보호의무는 계약상 급부의무와는 관계가 없다고 보아, 계약의 성립과는 관계없이 보호의무를 위반하여 손해를 가한 자는 손해배상의 책임이 있다고 하였다.<sup>59)</sup>

최근의 이론으로 北川善太郎은 과실책임의 법적 근거를 채권관계에서 찾았다. 그는 계약체결상의 과실의 유형을 급부의무위반과 광의의 부수의무위반으로 분류하고 광의의 부수의무 위반은 다시 협의의 부수의무위반과 주의의무위반으로 나뉘어 유형별로 그 근거를 달리하였다.<sup>60)</sup>

정리하면 일본에서는 계약이 무효로 되는 경우의 체결상의 과실에 관한 문제에 대하여 규정하지 않아서 이를 불법행위의 문제로 해결하였으나 독일의 학설을 받아들여 계약책임설로 해결하려는 경향이 유력해졌다. 계약이 유효한 경우의 계약체결상의 과실은 초기에 하자담보이론과 같이 계승하였고 그 뒤로는 계약체결시의 부수의무의 문제로 해결하려 했다. 계약준비단계의 계약체결상의 과실은 불법행위책임으로 보고 보충적으로 체결상의 과실을 인정하였으나 그 뒤에는 계약의 성립여부와는 상관없이 계약준비단계에서도 신의칙에 의

---

58) 我妻榮, 債權各論(上), 東京, 岩波書店, 1978, 38~40면.

59) 松坂佐, 契約の成立と責任, 一粒社, 1988, 24면.

60) 北川善太郎, “契約締結上の過失論”, 契約責任の研究, 有斐閣, 1991, 231면이하.

하여 채무관계가 생긴다는 견해가 유력해졌다.<sup>61)</sup>

## 2. 일본 판례의 태도

일본에서는 아직 계약체결상의 과실을 논한 최고법원의 판례는 거의 없고, 이와 관련된 하급심판례들이 있을 뿐이다.

그 내용은 대부분 계약체결준비에 들어간 당사자간에 발생한 신의칙상의 주의의무위반을 그 책임근거로 하고 있고, 특히 몇몇 판례들은 배상권리자에게 과실이 있어도 “계약체결상의 과실” 책임을 인정하고 과실상계에 의해 배상액의 타당한 조정을 하고 있으며, 배상권리자의 무과실을 요구하지는 않는다.

예를 들면 분양맨션의 매매계약에서 매수 후 1년이 지나서 남쪽에 맨션이 건축되어 일조권 등이 침해되어 매수인이 매도인의 계약체결상 과실을 이유로 손해배상을 청구한 사안에서, 계약체결 준비단계에서 계약당사자 일방이 상대방의 의사결정에 중요한 의의를 갖는 사안에 대하여, 신의칙에 반하는 위법한 청약을 한다던가, 계약당사자 일방이 신의칙 및 공정거래이 요청상 조사, 고지 의무를 부담하게 된 경우에 그 자가 고의 또는 과실로 태만했다던가 하는 사정이 있어씩 때문에 상대방을 계약관계에 들어오게 하여 손해를 입힌 때에는 계약이 비록 유효하게 성립된 경우라 하더라도 손해배상책임이 이싼는 취지의 일반론을 설시한 판례가 있다<sup>62)</sup>. 이 사건의 실제에서는 인지에 대한 조사나 고지의무가 일반적으로 존재하는 것은 아니라고 하여 배상청구권을 인정하지 않았으나 매도인이 인지의 건축계획을 알고 환경의 악화를 예측하면서도 이것

61) 北川善太郎, 위의 책 (주 60), 346~348면.

62) 東京地判, 1974.1.25, 判例時報 제746호, 52면.

을 묵비한 경우 신의칙상의 배상의무를 인정하는 것이 타당하다고 한 사례도 있다.<sup>63)</sup>

또한 손해배상의 범위에 관하여 상대방이 계약의 효력이 발생하리라 믿고 행한 이행준비 등에 소요된 손해의 배상 이익이외의 언명을 신뢰하였기 때문에 상대방이 입은 손해의 배상, 주의의무위반으로 상대방에게 발생한 손해의 배상을 그 범위로 하고 있다.<sup>64)</sup>

---

63) 本田純一, 『契約締結上の過失』에 있어, 『現代契約法大系』 第1卷, 有斐閣, 1983, 201면.

64) 전병익 외, 앞의 논문 (주 9), 16~17면.

# 제 III 장 우리 민법상의 계약체결상 과실책임

## 제1절 개설

구민법에서는 계약체결상의 과실책임에 관한 규정이 존재하지 않았다. 그러나 현행민법은 제535조에서 「계약체결상의 과실」이란 표제로 원시적 불능을 규정하고 있다. 이것을 주장한 현승중 교수는 그 이유를 “...계약의 내용이 원시적으로 불능인 경우에 관한 규정이다. 현행민법에는 규정이 없지만, 학설은 신의성실의 원칙을 이유로 계약체결상의 과실이 있는 자에게 손해배상의무를 부담시키는데 거의 일치하고 있다...불법행위의 요건으로 위법성을 들고 있으니, 불법행위의 성립을 인정할 수 있을 것이나, 계약상의 책임으로 하여 그 거증책임, 이행보조자의 책임에 관해 무거운 책임을 지우는 것이 적절하다. ...독일민법 제307조에서도 이상과 같은 조문을 두고 있으므로, 형평의 원리의 실현·일치된 학설과 선진입법례를 따른다는 의미에서 계약체결상의 과실채 관한 규정을 신설함이 옳을 것이다..”<sup>65)</sup>라고 하였다. 이는 아무런 이의제기 없이 통과되었는데 요약하자면 이 조문의 신설이유를 신의성실의 원칙위배를 이유로 하여 계약체결상의 과실이 있는 자에게 손해배상책임을 부담시키는데 거의 일치하고 있다고 하였다. 따라서 이는 불법행위책임을 인정할 수 있으나, 계약상의 책임으로 하여 그 거증책임, 이행보조자의 책임에 관해 무거운 책임

---

65) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 161~162면.

을 지을 수 있어 적절하고, 또 독일민법에서도 같은 조문을 두고 있다고 하였다.

그러나 민법 제535조의 원시적 불능의 경우는 계약체결상의 과실책임의 한 예시에 불과하고 이 규정은 독일의 민법 명시적으로 제307조를 계수하였을 뿐만 아니라 제306조 (목적이 불능한 계약은 무효)를 전제로 하였다고 볼 수 있다. 즉 이 규정은 독일민법 제306조를 묵시적으로, 독일민법 제307조를 명시적으로 계수하고 있다고 볼 수 있는 것이다.<sup>66)</sup> 종래의 독일민법의 태도는 계약체결상의 과실을 규정적으로 제122조, 제179조, 제307조, 제309조 등에서 인정하여왔고, 제도 이외에도 판례에 의하여 계약체결상의 과실문제를 해결하는 이원적인 태도를 취하고 있었으나 이에 비하여 우리 민법은 계약체결상의 과실을 학설에서는 포괄적으로 인정하고, 규정적으로는 제535조에 한정하여서만 해석하는 것이 일반적인 태도였다. 이는 독일법에서의 계약체결상의 과실에 관련한 이원적인 태도, 즉 적용될 사안을 달리 하고, 법적 효과마저 다르게 취급<sup>67)</sup>하는 데에 비하여 우리 민법은 이를 일원적으로 동일하게 취급하고 있어 문제가 되고 있다고 보여진다. 이러한 태도 때문에 일부 학자들은 독일의 계약체결상의 과실과 우리 민법상의 계약체결상의 과실을 비교하기 위해서 민법 제535조의 경우를 그 표의어에 맞추어 “규정상의 계약체결상의 과실”과 그 이외의 학설적용대상을 “규정외의 계약체결상의 과실”이라고 구분하기도 한다.<sup>68)</sup>

---

66) 박윤직, 민법주해Ⅶ, 박영사, 1997. 232면.

67) 부연하자면 규정상 계약체결상의 과실책임은 신뢰이익의 배상을 전제로 하여 그 한도는 이행이익에 제한되고 있는 데에 반하여, 판례에 의하여 형성되어온 포괄적인 계약체결상 과실책임은 이행이익의 배상분 아니라 그 제한이 없다고 본다. 또 그 법적 효과면에서도 후자는 전자의 규정을 적용하거나 유추적용하는 것이 아니라 손해배상제도의 일반원칙인 제249조(원상회복에 의한 손해배상)와 제254조(과실상계)가 적용되는 데에 그 차이가 현저하다. 박윤직, 위의 책(주 66), 231면.

68) 최홍섭, “계약체결상의 과실책임의 문제점과 재구성”, 민사법학 11·12호, 1995, 253면 이하.

어쨌거나 우리 민법 제535조가 취하고 있는 계약체결상 과실의 인정범위와 학설에서 인정하고 있는 계약체결상의 과실의 포괄적인 의미를 해결하기 위하여 많은 논의가 있어온 바 이를 몇가지 문제로 축약할 수 있을 것 같다. 우선 첫째로, 구독일민법에서는 원시적불능은 당연무효라는 규정이 존재하였지만 우리 민법은 이러한 규정이 없음에도 불구하고 제535조에서 이를 묵시적으로 원시적불능은 당연무효라고 하는 전제를 하고 있는 것이 옳은 것인가에 관한 논의, 둘째로 계약체결상의 과실과 원시적불능을 동일시한 것으로 파악하여 계약체결상의 과실을 규정상으로 원시적 불능에만 한정시켰다는 점에서 학계에서 인정하고 있는 기타 여러 경우의 계약체결상의 과실의 범위와 상당한 차이가 있고, 학계에서 인정하고 있는 계약체결상의 과실을 어떻게 해석하여 할 것인지에 관한 논의도 있다고 보여진다. 이러한 해석에 있어서 특히 계약체결상 과실책임의 법적 근거를 어디서 찾는가에 따라서 민법 제535조 이외의 인정범위자체가 달라지고, 그 손해배상의 범위도 달라질 것이므로 이에 관한 구체적인 검토가 필요하리라 생각한다. 요약하자면 현행민법에서의 535조를 계약체결상의 과실책임에 관한 규정으로 이해하는 데에는 이견이 없지만 그러나 이 규정은 목적이 불능인 계약만을 규율하고 있을 뿐이므로 이를 계약체결상 과실책임이 인정되는 모든 경우에 적용되는 일반규정이라고 볼 수 있을지는 의문이며, 또한 이 조항은 많은 입법례에서는 유효한 법률행위로 인정하고 있는 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약을 계약체결상의 과실책임이 성립하는 대표적인 경우로 규정하고 있어 해석상 많은 논란이 일고있는 것이다. 학설은 계약체결상의 과실의 범위를 민법 제535조보다 더 넓게 인정하고 있으며, 다만 법적 효과면에 있어서 민법 제 535조로 한정하여 계약체결상의 과실책임원칙을 논하고 있다<sup>69)</sup>고 보여지는 바 이하에서는 우리 민법

---

69) 박윤직, 앞의 책 (주 66). 230면.

상의 계약체결상의 과실문제와 관련하여 이를 인정할 근거를 어디서 찾아야 할지 학설을 고찰하고, 학설의 태도에 따라 인정하는 계약체결상 과실책임이 달라질 것이므로 이 범위를 고찰하기 위하여 민법 제535조에서 규정하고 있는 일시적 불능을 포함하여 유형화하여 개별적으로 다시 검토하고 판례에서는 민법 제535조에서만 규정하고 있는 계약체결상의 과실을 어떻게 해결하고 있는지 살펴볼 것이다.

## 제2절 학설

계약체결상의 과실책임은 계약체결을 위한 협의의 착수시부터 계약체결 또는 계약을 체결하지 않기로 하기까지의 기간 동안, 일방 당사자의 과실로 인하여 타방이 입은 손해를 배상하는 제도인데 계약이 비록 존재하지는 않는다고 하더라도 당사자간에는 계약체결을 목적으로 상호보호와 주의의무를 내용으로 하는 계약유사적 관계가 존재한다.<sup>70)</sup> 그러나 여전히 계약당사자들의 관계는 타인간의 관계이므로 불법행위책임이라 할 수도 있을 것이다. 또 한편으로는 순수한 불법행위책임도 아니고, 계약책임도 아닌 독자적인 책임으로 이해할 수도 있다고 본다.

계약체결상 과실책임의 법적 성질에 관한 학설의 대립은 학계에서 인정하고 있는 계약체결상 과실책임의 유형의 인정범위를 달리 할 수 있으므로 이하에서는 이에 관하여 검토한다.

---

70) 김상용, 앞의 논문(주 11), 24면.

## 1. 불법행위책임설

이 학설은 계약체결상의 과실책임을 불법행위책임의 문제라고 본다.

이러한 견해를 주장하는 종래의 근거로는 계약을 체결함에 있어서는 특별한 주의를 해서 계약의 무효로 인하여 상대방에게 불측의 손해를 주지 않게 하는 것이 기본이고 누구에게나 요구되는 신의칙상의 주의의무라고 한다. 이 주의의무에 위반하여 과실에 의하여 계약을 체결하여 상대방에게 위법적 손해를 준 자는 일종의 불법행위책임을 지는 것으로 그 손해를 배상하여야 한다<sup>71)</sup>고 하였다.

최근의 불법행위책임설을 주장하는 견해는 또 다른 논거를 들고 있다.

우선 독일민법의 특수한 채무불이행관계와 불법행위규정의 불완전성에 그 근본적인 기초를 두고 있는 독일의 계약체결상의 과실책임을 법리는, 채무불이행과 불법행위에 관해 일반조항을 가지는 우리 민법의 구조와는 다르기 때문에 계약체결의 준비단계의 경우에 상대방의 생명이나 신체를 침해한 경우에는 우리 민법의 제750조에서 규정한 “불법행위”로 해결할 수 있고, 또 계약교섭을 부당하게 파기한 때에는 제750조에서의 “위법행위”에 해당한다고 볼 수 있다고 한다. 또 계약이 유효한 경우에도 제390조로 해결이 가능하며 계약이 무효·취소된 경우에는 그 규범의 목적을 어디에 두느냐 하는 것은 입법자의 판단에 달린 것으로 우리 민법 제535조가 특히 원시적 불능급부를 목적으로 하는 계약의 경우에만 계약체결상 과실책임을 인정하는 것은 오히려 기타의 경우에는 이를 인정하지 않는다고 봐야한다고 한다. 따라서 종래 계약체결상의 과실책임이라는 개념 아래에 논하여져 온 여러 책임유형은 우리민법상의 채무불이행규정이나 불법행위규정의 유연성으로 규율이 가능하다고 한다.<sup>72)</sup>

---

71) 최석, 신채권법각론, 박영사, 1963, 52면.

또 같은 의미에서 우리 민법 제 750조의 유연성을 그 근거로 하여 사법 책임체계가 불법행위책임과 계약책임으로 양분할 수 밖에 없다면 계약체결 이전단계는 모두 불법행위책임으로 다루어야한다는 전제하에서 우리 민법상의 제750조는 독일의 불법행위책임의 기본적 구성요건과는 달리 계약체결이전단계에서 과실있는 당사자의 책임을 충분히 근거지울 수 있기 때문에 독일민법상의 불법행위책임규정의 불충분성을 극복하기 위하여 정립된 계약체결상의 과실책임의 법리를 독일에서와 동일하게 다룰 필요가 없다고 한다는 견해도 있다. 또 불법행위책임설은 계약책임설에서 주장하고 있는 “타인관계”에 대하여서도 이는 독일불법행위법상의 특수한 배경<sup>73)</sup>으로 인하여 생긴 것이며 우리 민법은 독일법과 같은 독자적인 책임유형으로 파악할 필요가 없고 우리 법은 불법행위법에서 “타인관계”라고만 파악하는 것은 아니라고 하였다. 또 민법 제535조는 입법상의 오류로서 구체적인 책임내용을 정당하게 제시해주지 못한다고 한다.<sup>74)</sup>

이러한 민법 제535조를 입법상의 흠결로 이해하고, 이러한 규정은 불필요하며 역시 포괄적인 불법행위책임을 규정한 제750조만으로도 학설이 인정하고 있는 모든 계약체결상의 과실책임의 유형의 해결이 가능하고 다만 제535조는 원시적 불능일 경우에만 한정하여 해석하면 된다고 하는 견해도 있다.<sup>75)</sup>

72) 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1991, 386~394면.; 양창수, “계약체결상의 과실” 고시계, 1986.1, 52~53면.

73) 로마법적 기초위에 있는 독일불법행위법은 순수재산손해문제를 불법행위법에서 인정하지 않고, 거기서 규범되는 손해는 유형적 손해 즉 신체, 소유권 등의 침해에만 한정시켰던 것이므로 불법행위책임은 사전에 아무 관계도 없는 타인과의 관계에서 발생되며 이에 반하여 계약책임은 이미 존재하는 특별결합관계에서 발생한다는 양분법적 도식위에 입각하고 있다고 한다. 즉 계약책임과 불법행위책임을 엄격하게 양분하고 있어서 계약체결상의 과실책임을 양자 어느 쪽에도 해당하지 않는다고 보았었던 것이라고 한다. 최홍섭, “신뢰이익개념에 대한 재검토 소고-계약체결상의 과실책임에 대한 민법 제535조를 중심으로-”, 사법의 제문제, (김홍규박사회갑기념논문집Ⅱ), 1992, 361면.

74) 김준호, 민법강의, 법문사, 2003. 1211~1215면.; 최홍섭, 앞의 논문 (주 29), 585면.

75) 김대정, “신뢰이익개념에 대한 재검토 소고”-계약체결상의 과실책임에 대한 민법 제535조를 중심으로- 사법의 제문제, (김홍규박사회갑기념논문집Ⅱ), 삼영사, 1992, 361~363면.

계약체결상의 과실책임을 불법행위로 보는 견해는 우리 민법의 유연한 채무불이행과 불법행위체계를 근거로 하여 계약체결을 위한 협의과정에 있어서 요구되는 고지의무와 주의의무위반은 불법행위에 연결되는 것이며 계약이 성립되지 않는 경우에는 계약책임이 아니라 불법행위책임이며, 민법 제535조의 원시적 불능만을 계약체결상의 과실로 한정하여 인정하면 되고 이외의 경우에는 민법 제750조 혹은 민법 제390조로 해결이 가능하다고 한다.

이러한 견해에 대한 비판으로는 당사자간의 전혀 계약유사적 관계도 없는 순수한 불법행위책임과의 본질적인 차이를 경시하고<sup>76)</sup> 계약체결상의 과실책임을 계약체결의 과정이나 준비단계에 있어서 손해배상책임에 관한 고의·과실의 입증책임이나 이행보조자의 책임에 관한 계약책임의 원리를 준용하려는 것인데 불법행위책임으로 이해하는 것은 계약체결상의 과실책임을 독자적인 의의를 부정한다<sup>77)</sup>는 견해가 있다. 또 불법행위법에서 계약체결상 과실책임의 문제를 해결할 수 있는 법기술적 가능성이 있다고 해서 그 자체가 계약체결상 과실책임론이 제기하고자 하는 문제인식론과는 거리가 있다고도 비판한다.<sup>78)</sup> 즉 계약체결상의 과실책임론은 계약체결의 과정이나 준비단계에 있어서의 손해배상책임에 관하여 입증책임, 이행보조자의 책임에 관한 계약책임원리를 준용하려는 것인데 불법행위책임으로는 설명이 불가능하다는 것이다. 그리고 불법행위책임설은 과실책임의 내용이 신뢰이익이나 이행이익으로 제한하고 있는 규정내용을 설명할 수 없다고 한다.<sup>79)</sup>

---

76) 김상용, 앞의논문(주 11), 25면.

77) 임정평, 채권각론, 법지사, 1995, 111면.

78) 김형배, 앞의 책 (주 8), 120면.

79) 서민, “계약체결상의 과실에 관한 연구”, 사법행정, 1994.10, 18면.; 이영준, 앞의 논문 (주 21), 319면.

## 2. 계약책임설

이 설은 손해배상책임을 불법행위책임과 채무불이행책임으로 양분하고 계약체결상의 과실책임은 부수적인 의무위반으로 인한 손해배상책임이므로 계약책임을 범주에 속한다고 한다.<sup>80)</sup>

오늘날의 계약이론에 있어서는 계약상의 의무는 주된이행의무(급부의무) 뿐만 아니라 조사의무·보호의무·성실의무·통지의무·설명의무 등과 같은 여러 가지 신의칙상의 주의의무를 포함하는 책임이다. 즉 계약을 향한 행위가 개시되면, 양자간에는 특별한 신뢰관계인 법적특별구속관계가 성립하고 그 특별구속관계에 의하여 양자간에 손해가 발생하지 않도록 할 배려의무가 존재하며, 계약체결이 이루어지도록 성실히 이를 조사하고, 상대방이 가지는 이익을 적극적으로 배려하고 주의하여야 할 보호의무가 발생한다. 또 계약체결뿐 아니라 계약의 효력발생을 위해 제3자의 동의나 추인을 필요로 하거나 관청의 인·허가 등을 필요로 할 때 이에 협력하고 성실히 수행할 의무, 또 계약교섭 당사자는 상대방에게 계약과 관련된 모든 사정을 설명할 의무는 없지만 신의칙상 상대방의 의사결정에 중대하다고 인정되는 사항에 관해서는 올바른 설명을 하여 상대방이 오도되지 않도록 성실히 알려주어야 할 통지의무와 설명의무를 지닌다. 계약을 향한 행위가 개시되면 체결계약과는 무관하게 상대방의 생명이나 신체·재산·기타의 법익을 해하지 아니할 보호의무 또한 발생한다. 이러한 의무들은 계약의 성립과정에서 이미 존재한다고 할 수 있고, 계약체결상의 과실책임은 바로 이러한 신의칙상의 부수적 의무에 위반한 데 대한 책임이므로 이를 계약책임으로 구성할 수 있다고 한다. 즉 계약체결의 준비단계에 진입함으로써 신의칙관계에 있게 되고 당사자는 신의칙에서 발생하는 제반의무

---

80) 김상용, 앞의 논문(주 11), 25면.

인 급부의무 뿐 아니라 부수의무를 지게되고, 이 의무위반에 대한 책임을 져야 한다는 것이다. 계약체결상의 과실책임은 신의칙에서 인정되어야 하고, 계약체결상 책임을 확장하여 계약체결전에 있어서도 계약당사자에게 주의의무를 인정하고 이러한 의무위반이 있는 경우에는 손해배상책임을 인정하여야 한다는 것이다.<sup>81)</sup>

또 사실상 계약에 의하여 결합된 당사자 간의 관계는 하등 특별한 관계가 없는 자 사이의 책임에서 불법행위책임 이상의 책임이 생긴다고 하는 신의칙이 요구하는 점이라고 하면서, 각 당사자는 계약을 체결함에 있어서 무효인 계약을 체결함으로써 상대방에게 불의의 손해를 입히지 않을 책임이 있다고 하였다. 즉 계약체결의 당사자들이 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에 들어가게 되면 당사자간에는 계약관계와 유사한 신뢰관계가 형성되기 때문에 이와 같은 신뢰관계에 기하여 당사자들은 서로 상대방의 생명·신체의 안전이나 경제상의 이익을 보호해야 할 보호의무, 상대방의 의사결정에 중요한 결정을 미칠 가능성이 있는 사실의 통지의무 등과 같은 여러 가지 신의칙상의 주의의무를 부담하게 되는 특수한 관계가 된다는 것이다.<sup>82)</sup> 계약체결을 목적으로 하는 사회적 접촉과 그밖의 사회적 접촉을 구별하여 전자의 경우에는 계약체결상의 과실을 인정하고, 반면에 후자의 경우에는 불법행위책임만을 인정하는데 이러한 이유는 당사자 간의 특별한 신뢰관계가 형성되어있기 때문이라고 하며, 실정법상으로 민법 제2조와 제535조의 유추적용을 들기도 한다.<sup>83)</sup> 따라서 이 견해에 의하면 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성

---

81) 박윤직, 앞의 책 (주 4), 53면.; 권오승, “계약체결상의 과실책임”, 월간고시, 1993.9, 55면.; 김상용, 앞의 책 (주 1), 70면.; 윤형렬, “계약체결상 과실책임의 체계에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1997, 192면 이하.

82) 권용우, 민법총칙, 법문사, 1994. 84면.; 김주수, 채권각론, 삼영사, 1999. 343면.

83) 김주수, 위의 책 (주 82), 344면.

립과정에서 일방당사자의 행위로 인하여 손해를 입은 당사자는 상대방의 고의·과실을 입증함이 없이 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그리고 특히 사용자 책임과 관련하여 타인이 행위자로서 간여하고 있는 경우에는 그 타인의 고의과실은 이행보조자의 고의·과실이 되기 때문에 당사자 본인에게 책임을 지을 수 있다고 한다.<sup>84)</sup>

독일의 경우 계약체결이전의 당사자관계는 상호보호관계로 파악하고 있으며 2001년 채권법을 개정하기까지 그 보호관계는 관습법에 의한 법정의 채권채무관계로 파악하였으나 채권법이 개정되면서 입법적으로 이를 계약책임으로 규정하여 계약체결상의 과실책임을 계약책임으로 파악하고 있는 입장인데, 계약체결상의 과실책임을 급부의무와 부수의무로 구성되어 있는 좁은 의미의 계약책임이 아니라 부수의무만으로 구성되어 있는 넓은 의미에서의 계약책임이라고 하여 특별규정이 없는 경우 계약책임에 관한 규정이 적용된다고 주장하는 견해<sup>85)</sup>도 있다.

이 설은 통설적인 위치에 있기는 하지만 우리 사법책임체계에 중대한 예외를 인정하게 된다는 점에서, 부연하자면 우리 사법체계는 계약성립전후로 구분하여 계약성립전에는 불법행위책임으로 하고 계약성립후에는 계약책임으로 구분하여 책임을 다루고 있고 계약이 성립한 단계에 있어서의 행위의무와 계약체결상의 과실책임을 대단히 유사하기는 하지만 본질은 달리 하기 때문에 이에 맞지 않고, 또 신의칙상의 행위의무는 계약성립 전후가 본질적으로 다른데 이것을 동일하게 보게 된다는 점에서 비판을 받고 있다. 또 계약체결상의 과실책임을 계약책임이라고 하면서도 그 내용은 신뢰이익이라고 하는 논리적인 모순을 안고 있다고 한다.<sup>86)</sup> 또한 계약책임설은 주된 의무와 부수적 주의

---

84) 권오승, 앞의 논문 (주 81), 55면.

85) 김상용, 앞의 논문 (주 11), 28면.

의무로 분리하여 파악하는 기본전제는 타당하지만, 불법행위법이 적용되어야 할 유형(특히 계약체결과정에서의 상대방의 생명 및 신체 등에 관한 침해)에 대해서까지 계약책임을 적용하는 것은 타당하지 않다고 한다.<sup>87)</sup>

### 3. 법정책임설

이 설은 계약체결을 위한 협의의 개시로서 당사자간에 접촉이 이루어지면, 그 때부터 당사자간에는 이미 법적 특별구속관계가 발생하나 그 과실책임을 불법행위도 아니고 계약책임도 아닌 독자적 책임이라고 인정하는 견해이다. 학자들간의 명칭에는 다소 차이가 있겠지만 이 견해를 법정책임으로 이해하여도 크게 무리는 없을 것 같다.

이 견해는 계약체결상 과실책임이론은 계약교섭관계의 성질 중 주로 계약적인 관점에서 치중하여 설명하고 그와 비슷한 법적처리를 함으로써 당사자간의 이익조정을 하는 것이라고 할 수 있으며 따라서 계약교섭의 법률관계를 계약책임적 원리로 규율할 것인가 또는 불법행위책임적 원리로 규율할 것인가의 문제는 선형적으로 정하여 진 것이 아니라 오히려 입법정책 또는 법해석의 문제라고 파악한다.

이는 계약체결상의 과실책임을 계약체결 전단계에 있어서 협의행위나 거래관계의 개시 또는 법률행위를 목적으로 하는 사회적 접촉에 바탕을 둔 행위의 무(충실·보호의무)의 효과로서, 그 책임의 법적 성질을 불법행위책임도 아니고 계약책임도 아닌 민법 제535조(계약체결상의 과실), 제559조 1항(증여자의

---

86) 김용호, 앞의 논문(주 6), 240면.; 남운봉, “계약체결상의 과실”, 한양대학교 법학논집 12집, 1995. 146면.

87) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2003, 937면.

담보책임), 제634조(임대인의 통지의무)의 유추적용에 기한 법정책임이라는 견해<sup>88)</sup>와 계약에 유사한 성질을 가지는 법정책임으로서 불법행위책임과 계약책임을 중간영역에 위치한 고유한 책임이라는 견해<sup>89)</sup>이다.

이 학설은 본래 불법행위책임지만 이를 적용하여 생기는 문제점을 해결하기 위하여 책임의 내용을 계약책임에 의존하여 구성하는 것이 주내용이다. 즉, 계약체결상의 과실책임의 기본적 성질이 계약관계가 없는 자들 사이의 관계를 다룬다는 점에서 불법행위책임에 가깝고, 계약관계를 매개로 접촉한 당사자들 사이에서 문제된다는 점에서 계약책임에 가까울 뿐이다. 따라서 그 요건 및 효과는 제535조 등의 유추적용에 의하여 독자적으로 정해진다고 주장한다.<sup>90)</sup> 이 설은 독일의 사회적 접촉설, 거래관련관계개시설, 법률행위를 목적으로 하는 사회적 접촉설의 영향에 의하여 이들을 모두 결합한 내용을 보이고 있다고 한다.<sup>91)</sup>

계약체결의 준비·협의·상담의 개시에 의하여 법률관계가 발생하고 이 법률관계에서 채권채무관계가 형성되고, 이 법정채무관계에서 보호의무가 유출되고, 이러한 보호의무의 위반이 계약체결상의 과실이라 할 수 있고 또한 이러한 보호의무위반으로 손해가 발생하였을 경우에 부담하는 손해배상책임을 계약체결상의 과실책임이라고 하여 즉 계약유사관계에 있기는 하지만 채무관계적인 성격을 갖고 그 효과가 당사자의 의사와 관계없이 법률과 관습법에 의하여 발생하므로 법정채무관계로 해석하는 것이 타당하다고 한다는 점에서 학자

88) 서민, 앞의 논문 (주 79) 18면 ; 이영준, “계약체결상 과실책임의 법적 성질에 관한 연구” 민사판례연구 제2권, 경문사, 1980, ;이은영, 채권각론, 박영사, 2004, 121면.

89) 공순진, 앞의 논문 (주 14), 30면 이하.; 공순진, “계약체결상 과실책임의 이론적 기초”, 동의법정 제 5집, 동의대학교 법학연구소, 1989. 63면.; 김형배, 앞의 책 (주 87), 937면.; 이은영, 앞의 책 (주 88), 121면.

90) 윤형렬, “불법행위법상 보호법익의 협소성과 계약체결상의 과실책임”, 민사법학, 한국사법행정학회, 2001, 16면.

91) 남윤봉, 앞의 논문 (주 86), 147면.

들간에는 법정책임설과 구분하여 법정채권관계설을 주장하고 있기도 하다.<sup>92)</sup> 이 학설은 권리주체가 계약체결을 목적으로 사회적 접촉을 시작한 경우에는 계약이 성립되기 전에도 계약당사자 사이에는 그 순간에 이미 인적 신뢰관계를 기초로 보호의무·배려의무·충실의무·설명·통지의무·경계의무 등이 발생하는데 이 의무는 당사자 사이의 효과의사가 법률행위에 의한 것이 아니고 법률의 규정에 의하여 발생한다는 것이고, 그 규정은 민법 제535조·제559조 1항·제612조·제634조·제2조 1항 등이라 설명한다는 점에서 법정책임설과 그 이유를 같이 한다. 다만, 이 경우의 채권관계의 내용은 적극적 의무가 아니고 이를 위반하였을 경우 그 상대방에 대하여 손해배상책임을 부담하는 소극적 의무라고 한다.<sup>93)</sup> 따라서 이 학설은 현행 우리 민법 제535조를 긍정적으로 인정하고 그 취지를 살리려는 해석론에서 사법책임체계의 책임체계의 2大界에 어느 하나도 온전히 부합하지 못하는 점을 중요시하고 제3의 책임체계를 인정하려는 노력의 일환으로써 의미가 있다.

그러나 이는 제3의 책임체계를 중요시한다는 점에서, 또 그 근거법률로 민법 제535조외에 제559조 1항·제612조·제634조·제2조 1항 등을 이유로 한다는 점에서 굳이 독자적 책임설에서의 법정책임설과 굳이 구분할 필요가 있을까 생각하여 이번 장에서 구분하여 놓지않았다.

그러나 이러한 견해는 계약체결 전단계에서 이미 발생되고 있는 신의칙상의 주의의무는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 특별한 행위의무인데 반하여, 계약이 성립한 후에 있어서 당사자 사이에 발생하는 주된 채무 이행의 부수적인 주의의무는 급부의무이기 때문에 양자는 그 본질을 달리하는 바 이를 엄격히 구별할 수 있는지는 의문이라는 점에서, 별다른 근거없이 이를 엄격히 구

---

92) 조종현, 앞의 논문 (주 2), 92면이하.

93) 서민, 앞의 논문 (주 79), 19면.

별하려는 것은 계약책임과 법정책임을 엄격히 준별하고 있던 전통적인 법사상의 영향을 벗어나지 못한 것에 기인한 것으로 보인다고 한다.<sup>94)</sup> 또한 이 학설은 책임의 근거와 성질을 구분하지 못한 단점이 있다는 비판도 있다.<sup>95)</sup>

#### 4. 검토

지금까지 불법행위책임설, 계약책임설, 법정책임설 등 계약체결상 과실책임과 관련한 법적성질에 관한 학설을 살펴보았다.

입법과정을 개설에서 잠깐 언급하였지만 우리 민법 제535조 원시적 불능은 계약의 성립편에서 이를 규정하고 있다. 즉 입법정책적으로는 이를 계약책임으로 이해한다. 그리고 현재에도 계약책임설이 다수설의 입장이다.

계약의 체결을 준비하는 양 당사자들의 책임을 크게 우리 민사법에서는 불법행위책임과 계약책임으로 양분하여 설명하고 있으나 양 책임 모두 계약체결상의 과실책임의 내용을 적절하게 구성하기에는 무리가 있다고 본다.

우리민법 제750조의 포괄적인 불법행위책임 규정으로 인하여 굳이 계약체결상의 과실책임을 인정하지 않더라도 충분히 그 손해배상책임을 인정할 여지는 있어 계약체결상의 과실책임을 해결하기에는 무리가 없지만 당사자간의 준계약적 관계인 특수성을 무시하고 동일하게 취급하여 계약체결상의 과실책임의 본질을 부정한다는 점에서 무리가 있다.

또 계약체결상의 과실책임이 부수적 의무에 위반하는 행위 또는 부작위를 신의칙에 근거하지만 이는 계약이 성립되었음을 전제한 의무체계의 귀결이라는 점에서 계약책임으로 보는 견해는 피해자 구제의 실익이 있기는 하나 계약

---

94) 김용호, 앞의 논문 (주 6), 241면.

95) 권오승, 앞의 논문 (주 81), 57면.

에 의한 채무불이행책임과 계약체결상의 과실책임은 본질이 다르므로 계약책임으로 보기에다 무리가 있다고 본다.

이러한 의미에서 법정책임설의 등장은 계약책임과 불법행위책임이 아닌 제3의 유형에서 그 의미를 찾았다는 점에 의의가 있다고 생각한다. 법정책임설의 경우 의견이 크게 두 가지로 나뉜다고 생각하는데 하나는 우리 민법에서는 계약체결상의 과실책임을 불법행위책임으로 보나 우리 민법에서는 특칙이 있기 때문에 민법 제535조의 책임을 계약적 성격을 갖는 법정책임으로 이해한다. 또 다른 견해는 계약체결상의 과실책임을 계약적 성질을 가지고 있지만 민법 제535조의 책임을 계약책임과 불법행위책임과는 구별되는 고유한 책임으로 보는 견해이다.

민법 제535조에서는 책임의 요건과 효과를 규정하고 있다. 그 요건과 효과를 정한 법에 의한 책임이란 의미에서 법정채권관계책임이라는 것으로 이해하여 계약체결에 관하여 법이 정한 요건을 충족시켰기 때문에 계약체결상 법정책임으로 해석하는 것은 설득력이 있다고 보여진다. 다만 우리 민법 제535조는 원시적 불능만을 그 대상으로 삼고 있어서 학설에서 말하고 있는 모든 계약체결상의 과실책임을 법정책임이라고 보기에다 무리가 있는 바 이를 유추적용하고 있는데 이에 관하여는 아직까지도 많은 논의가 있어 이를 유형화하여 단일된 논리로 이해할 것이 아니라 개별적인 유형에 따라 불법행위책임으로, 계약책임으로 이해하기도 하는 바 이하에서는 이를 유형화하여 살펴보고 특히 우리 민법 제535조와 관련하여서는 이하 “우리 민법 제535조와 관련한 계약체결상 과실책임”이라는 장을 따로 구성하여 문제를 제기하고 이를 다시 검토하여 볼 것이다.

### 제3절 계약체결상 과실책임의 유형

#### 1. 개설

민법은 계약체결상의 과실책임에 관하여 문제되는 여러 경우 중에서 일단 계약이 성립하였으나 목적이 원시적 불능으로 무효인 경우만을 규정하고 있지만 민법의 해석론에 있어서 다수설은 그 밖의 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다. 계약체결상의 과실책임은 채무불이행책임이나 불법행위책임 혹은 법정책임같이 하나의 유형으로 포섭하여 단일 구성요건을 정립하기가 곤란하다는 난점이 있어 이를 유형별로 나누어 설명하기도 하는데 이는 또한 계약체결상의 과실책임의 인정범위라고도 볼 수 있다. 계약체결상의 과실책임은 성문법규의 흠결을 보충하여야 할 사실상 필요에 의하여 인정되어 온 것으로 개별사례마다 각각 다른 의의와 효과를 가지고 있기도 하다.<sup>96)</sup>

계약체결상의 과실책임이 인정되는 경우에 있어서도 다음과 같이 크게 세 가지 유형으로 나누어 설명하고 있다. 그 유형은 첫째, 계약교섭중 부당하게 파기된 경우(즉 체결의 준비단계에 있어서의 과실), 둘째로 계약이 무효·취소된 경우, 셋째, 계약이 유효한 경우이다.

대체적으로 불법행위설의 입장에서는 계약이 유효한 경우에는 채무불이행책임으로, 나머지의 경우에는 불법행위책임으로 보고 있고, 계약책임설의 입장에서는 모두 계약체결상의 과실책임을 인정하며, 독자적 책임설의 견해의 유형인정여부는 학자들마다 저마다의 견해를 달리 하여 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다고 보여진다.

---

96) 전병익 외, 앞의 논문(주 9). 4면.

## 2. 계약체결을 위한 준비단계에 있어서의 계약체결상의 과실

계약체결을 위한 교섭에 착수하면 그 순간부터 당사자간에는 신뢰관계가 성립되고 계약체결이라는 공동의 목적을 위하여 서로 협력하여야 할 긴밀한 결합관계가 이루어지기 때문에 상대방에게 손해를 주어서는 안 될 의무가 있으며, 상대방의 의사결정에 중대한 의의가 있는 사실을 해명·통지할 의무 등 신의칙상의 의무를 부담하게 된다. 설령 계약에 이르지 못하여 계약이 성립하지 못하였다고 하더라도 당사자 일방의 과실로 인하여 상대방에게 손해를 입힌 경우 이를 어떻게 해결하여야 할 것인가는 계약체결상 과실책임을 인정할 것인지 말것인지에 관하여 학설이 엇갈리고 있다고 보여진다.

계약체결을 위한 준비단계에 있어서의 계약체결상의 과실책임의 문제는 크게 두가지로 나뉘어지는데 첫째로 계약체결을 위한 준비단계 중의 상대방의 권리침해<sup>97)</sup>와 계약교섭중의 부당한 과기로 나누어 살펴볼 수 있을 것이다.

### (1) 계약협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립되지 않은 경우(상대방의 생명·신체·재산 등의 계약외적 법익을 침해한 경우)

계약체결의 준비단계에서 계약외적인 법익, 즉 당사자의 한쪽이 상대방의 생명, 신체, 재산권과 같은 권리를 침해함으로써 계약협의를 중단되고 계약이 성립되지 않은 경우 이를 어떻게 해결할 것인가.

계약협의를 개시한 당사자간에는 특별구속관계가 성립하고 당사자 쌍방이 서로의 이익을 침해하지 않을 보호의무 내지는 보전의무를 부담하여, 이 거래

---

97) 학자들간에는 그 명칭에 따라서 완전성이익에 관한 침해 혹은 보호의무를 위반하였다는 등의 차이가 있으나 크게 보아 이를 모두 권리침해라고 볼 수 있을 것이다.

안전의무를 다하지 못하여 상대방의 생명, 신체, 건강 기타 재산상의 손해를 발생케 하면 그 손해를 배상하여야 한다고 보는 것이 다수설의 입장이다.<sup>98)</sup> 종래의 다수설이 계약상의 신의칙을 이유로 배상책임을 인정하는데 반하여 최근에는 이러한 인정근거를 불법행위책임으로 보려는 견해도 있다. 불법행위 책임으로도 이를 인정하여 손해배상책임을 인정하고 있다.<sup>99)</sup> 그 이유로는 “계약체결상의 과실책임은 체결하고자 하는 계약의 교섭단계에서의 일방의 과실로 상대방이 입은 손해를 배상하는 제도이므로 계약외적 법익에 대한 보호의 무위반은 불법행위책임으로 해결함이 타당하다고 할 것이다.”<sup>100)</sup>는 의견과 “우리나라의 불법행위법은 독일의 불법행위규정과는 달리 포괄적인 적용을 가능케 하는 일반규정으로 되어 있어 피해자의 구제에 유리하다는 이유만으로 계약체결상의 과실책임을 인정할 필요가 없다.”<sup>101)</sup>는 의견, 그리고 “이러한 경우 불법행위책임을 인정하는 경우 제756조 제1항 단서의 면책주장을 통해서 그 책임을 면할 수가 있지만 판례가 그 면책주장을 거의 인정하지 않음에 비추어 일반적인 불법행위이외의 법리를 적용함을 인정하는 것은 타당하지 않다.”<sup>102)</sup>는 의견도 있다.

생각건데 계약교섭단계에 있어서의 생명·신체·재산 등 계약외적 법익이 침해되는 경우는 권리침해가 계약상담을 계기로 하여 이루어진 것이기는 하지만

98) 김상용, “계약체결상의 과실”, 사법학의 재조명(송촌박영우교수화갑기념논문집), 한림원, 1994, 470면.

99) 김상용, 위의 논문(주 98), 470면.; 김준호, “계약체결상 과실론과 그에 대한 비판”, 고시계, 1993.9, 115면.; 양창수, 앞의 논문(주 72), 54~56면; 서광민, “계약체결의 준비단계에서 발생한 사고에 대한 책임”, 고시연구, 1995.7, 172~175면.

100) 김상용, 앞의논문(주 98), 470면.

101) 김대정, “계약체결상 과실책임”, 성균관법학 제11호, 성균관대학교 법학연구소, 1999, 92면; 서민, “계약체결상 과실책입의 체계와 범위”, 채권법에 있어서의 자유와 책임,(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994, 425면

102) 양창수, 앞의 논문(주 72), 56면.

실질관계에 있어서 상당 중인 계약자체에 관한 것이 아니므로<sup>103)</sup> 본질상 불법행위에 해당한다고 보여지고 우리 민법은 불법행위의 성립에 대한 포괄적인 일반조항(제750조)으로 해결이 가능하므로 이에 대한 손해배상책임은 불법행위책임으로 이해하는 것이 바람직하다고 보여진다. 다만 이 경우 계약과의 관련성을 인정하는 것이 어렵다고 하여 계약책임구성의 시도를 회피되어야 하는 것은 아니라고 보여진다. 예컨대 우리 민법학에서는 일반적으로 사용자책임의 경우 사용자의 면책가능성이 판례에 의해 배제되어 있는 것처럼 인식하는 경향이 있으나<sup>104)</sup>, 현행 법규정이 명시하고 있는 면책 요건이 지금까지의 판례 태도에 의하여 사문화되어버리고 문제가 해결되었다고 보기는 어려울 것이다. 즉 사용자책임 규정에 의한 면책으로 계약상의 과시로 인한 피해자에 대하여 구제가 곤란할 경우 독일에서의 경우와 같이 계약책임의 구성의 시도도 필요할 것으로 생각된다.

당사자의 계약체결상의 과실책임은 민법 제390조에 의거한 당사자 본인의 고의, 과실 또는 민법 제391조에 의한 이행보조자의 고의, 과실에 대해서만 책임을 지는 것이 바람직하며 그 손해배상의 범위는 당사자들이 기도했던 계약의 이행이익의 범위에 제한되고, 당사자가 그 이상의 손해를 입은 경우에는 계약체결상의 과실책임과는 별도로 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수 밖에 없다고 하는 견해<sup>105)</sup>도 있지만 독일의 판례에서 보았듯이 계약체결상의 과실책임으로 인한 손해배상을 인정하고 보호의무 위반으로 인한 산 손해배상은 신뢰손해뿐 아니라 발생한 손해 전부를 하여야 한다고 보여진다.

판례의 태도는 이를 불법행위책임으로 해결하려한다.

---

103) 임병현, 앞의 논문 (주 47), 172면.

104) 최홍섭, 앞의 논문 (주 29), 569면.

105) 권오승, 앞의 논문 (주 81), 58면.

## (2) 계약교섭의 부당한 중도파기

### 1) 학설

계약자유 원칙상 계약의 교섭은 언제든지 중단될 수 있을 것이고 이러한 경우 체결의 전단계에서 계약의 성립을 기대하고 비용을 지출하였다고 하더라도 자기의 위험부담 하에서 비용을 부담하는 것이 원칙이다.<sup>106)</sup> 즉 계약교섭 중의 중도파기로 인한 손해배상은 인정할 수가 없다.

하지만 상대방이 계약체결을 신뢰할 합리적인 사정이 인정되는 경우에는 그 신뢰이익에 대한 손해는 배상되는 것이 마땅하다<sup>107)</sup>는 견해가 있다.

독일의 통설과 판례에 있어서도 교섭단계에서 당사자 일방이 그의 全態度에 비추어 상대방이 계약의 체결을 신뢰할만한 합리적인 사정이 있는 때에는 상대방의 신뢰를 부당하게 배반하지 말아야 할 신뢰구속의 책임을 져야하므로, 계약교섭을 부당하게 파기한 자는 상대방의 신뢰이익, 즉 상대방의 계약의 성립을 확신하여 지출한 비용을 배상할 책임(Haftung für das Vertragsverhandlungen)이 있다고 한다.<sup>108)</sup>

우리나라에서도 계약교섭중의 부당한 파기에 관한 과실책임을 인정하는 것이 다수설이다.<sup>109)</sup> 이는 당사자 사이에 계약체결을 신뢰할 합리적인 사정이 인정되는 경우 일방에 의하여 계약교섭의 부당파기가 된다면 중대한 신의칙의 위반이고 이러한 부당파기를 한 자에게 상대방에 대한 손해배상책임을 인정하는 것이 적절하다는 것은 그와 같은 책임을 발생시킨 사안은 당사자 사이의 특별한 합치관계를 중심으로 이루어진 것이기 때문에 그로부터 발생된 책임도

106) 김대정, 앞의 논문(주 101), 93면.

107) 김상용, 앞의 논문(주 98), 466면.

108) 김대정, 앞의 논문(주 101), 93면.

109) 박윤직, 앞의 책(주 4), 55면.; 서민, 앞의 논문(주 101), 425~426면.; 이은영, 앞의 책(주 88), 127~128면.

계약책임으로 이해하는 것이 바람직하다는 것이다. 즉 이러한 경우 그 배상책임을 불법행위책임으로 구성하는 것은 부적절하고, 계약체결상의 과실책임에 포함시키는 것이 바람직하다고 한다.<sup>110)</sup>

이에 대하여 소수설<sup>111)</sup>은 민법 제750조에 의한 불법행위에 해당된다고 볼 수 있으므로 제535조의 책임을 인정할 필요가 없다는 입장이다. 즉 일정한 단계의 정당한 신뢰에 대한 배반은 제750조가 정하는 위법성에 해당한다고 보는데 이 경우 위법성을 확대해석하여 보호법규에 직접 위반되지 않더라도 사회적으로 허용되지 않는 행위도 포함된다고 보면, 자신의 형태에 의하여 야기된 신뢰를 정당한 이유 없이 배반하는 것이 되어 제750조의 책임이 성립된다고 보는 입장이다.

이러한 계약교섭중의 중도과기에 대한 손해배상책임을 어디까지 인정할 것인가도 문제가 되고 있다.

독일에서는 일방이 계약교섭을 부당하게 과기하였다고 하더라도 상대방은 계약체결자체를 청구할 수는 없고 다만 계약성립을 신뢰하고 지출한 비용의 배상을 계약체결상의 과실책임으로 배상청구할 수 있다고 한다. 또 이러한 요건으로 독일의 판례에서는 첫째 상대방에 대하여 계약이 확실하게 성립되리라는 점에 대한 정당한 기시 또는 신뢰를 유발하거나 조장할 것, 둘째로 그럼에도 불구하고 종국적으로 타당한 근거없이 계약교섭을 중단할 것을 들고 있다.

계약자유 원칙에 의하여 계약의 체결 여부는 당사자의 자유의사이기 때문에 부당과기로 인한 신뢰이익의 손해배상청구는 엄격하게 해석되고, 가능한 좁게 인정되어야 할 것이다.<sup>112)</sup>

---

110) 서민, 앞의 논문 (주 101), 426면.

111) 김대정, 앞의 논문 (주 101), 94면.

112) 김용호, 앞의 논문 (주 6), 248면.

생각건데 사안에 따라서 계약교섭중 사용된 교섭비용 뿐만 아니라 계약이 무산됨으로써 받은 손해까지 포함하여야 할 것이라고 본다.

## 2) 판례의 태도

### ① 공사대금과 관련한 판례<sup>113)</sup>

#### (가) 사실관계

이 사건에서 근 1년동안 피고는 원고는 계약교섭을 하여 공사비용의 증액에 찬성하여 기존 공사대금과 관련한 계약을 수정하였다. 피고는 잔여 공사의 완성을 적극적으로 요구하는 한편, 잔여 공사의 완성을 위하여 원고가 추가로 지출할 수밖에 없게 된 공사비용을 지급해 줄 것이라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 원고로 하여금 추가 공사비용의 지출 부담하에 잔여 공사를 완성하게 하였음에도 불구하고 상당한 이유 없이 추가비용 지급을 위한 계약교섭을 파기하였다.

#### (나) 판결요지

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 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다.

계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우, 상대방에게 배상책임을 지는 것은 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해이고, 한편 계약교섭 단계에서는 아직 계약이 성립된 것이 아니므로 당사자 중 일방이 계약의 이행행위를 준비하거나 이를 착수하는 것은 이례적이라고 할 것이므로 설령 이행에 착수하였다고 하더라도 이는 자기의 위험 판단과

---

113) 2004.5.28 선고, 2002다32301 판결.

책임에 의한 것이라고 평가할 수 있지만 만일 이행의 착수가 상대방의 적극적인 요구에 따른 것이고, 바로 위와 같은 이행에 들인 비용의 지급에 관하여 이미 계약교섭이 진행되고 있었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 중 일방이 계약의 성립을 기대하고 이행을 위하여 지출한 비용 상당의 손해가 상당인과관계 있는 손해에 해당한다.

(다) 검토

정리하면 판례의 태도는 소수설의 입장에 따라 계약체결상의 과실책임을 인정하지 않고 제750조의 불법행위책임을 묻고 있다. 따라서 계약교섭의 부당파기경우에는 극히 제한된 범위 내에서만 그 책임이 문제될 수 있다는 점을 고려하면, 제750조의 고의 또는 과실로 인한 위법한 행위라는 성립요건을 충족시키는 경우로 본다.

② 조형물과 관련한 손해배상<sup>114)</sup>

(가) 사실관계

피고가 무역센터 부지 내에 수출 1,000억 \$ 달성을 기념하는 영구조형물을 건립하기로 하고 그 건립방법에 관하여 분야별로 5인 가량의 작가를 선정하여 조형물의 시안(試案) 제작을 의뢰한 후 그 중에서 최종적으로 1개의 시안을 선정한 다음 그 선정된 작가와 이 사건 조형물의 제작·납품 및 설치계약을 체결하기로 하였다. 피고는 원고 등 조각가 4인에게 시안(試案)의 작성을 의뢰하면서 시안이 선정된 작가와 조형물 제작·납품 및 설치계약을 체결할 것이라는 사실을 알렸으나 당시 이 사건 조형물의 제작비, 제작시기, 설치장소를 구체적으로 통보하지 않고 작가들이 제출한 시안 중 원고가 제출한 시안을 당선작으로 선정하고 원고에게 그 사실을 통보하였다. 그 후 피고는 여러 가지

---

114) 2003.4.11. 선고. 2001다53059 판결.

피고 협회의 내부적 사정과 외부의 경제여건 등으로 원고와 사이에 그 제작비, 설치기간, 설치장소 및 그에 따른 제반사항을 정한 구체적인 이 사건 계약을 체결하지 아니하고 있다가 당선사실 통지시로부터 약 3년이 경과한 시점에 원고에게 이 사건 조형물의 설치를 취소하기로 하였다고 통보한 사실을 알렸다.

(나) 판결요지

1. 계약이 성립하기 위하여는 당사자의 서로 대립하는 수개의 의사표시의 객관적 합치가 필요하고 객관적 합치가 있다고 하기 위하여는 당사자의 의사표시에 나타나 있는 사항에 관하여는 모두 일치하고 있어야 하는 한편, 계약내용의 '중요한 점' 및 계약의 객관적 요소는 아니더라도 특히 당사자가 그것에 중대한 의의를 두고 계약성립의 요건으로 할 의사를 표시한 때에는 이에 관하여 합치가 있어야 계약이 적법·유효하게 성립한다.

2. 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요하다.

3. 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 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다.

4. 계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우 그러한 불법행위로 인한 손해는 일방이 신의에 반하여 상당한 이유 없이 계약교섭을 파기함으로써 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해로서 계약이 유효하게 체결된다고 믿었던 것에 의하여 입었던 손해 즉 신뢰손해에 한정된다고 할 것이고, 이러한 신뢰손해란 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고

지출한 계약준비비용과 같이 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해라고 할 것이며, 아직 계약체결에 관한 확고한 신뢰가 부여되기 이전 상태에서 계약교섭의 당사자가 계약체결이 좌절되더라도 어쩔 수 없다고 생각하고 지출한 비용, 예컨대 경쟁입찰에 참가하기 위하여 지출한 제안서, 견적서 작성비용 등은 여기에 포함되지 아니한다.

5. 침해행위와 피해법익의 유형에 따라서는 계약교섭의 파기로 인한 불법행위가 인격적 법익을 침해함으로써 상대방에게 정신적 고통을 초래하였다고 인정되는 경우라면 그러한 정신적 고통에 대한 손해에 대하여는 별도로 배상을 구할 수 있다.

#### (다) 검토

이 사례는 계약교섭중의 부당한 파기에 관한 법원의 태도를 여실히 보여주는 전형적인 경우이다. 판례는 계약교섭중의 부당한 파기에 관하여 위와 같이 판시하여 계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우 그러한 불법행위로 인한 손해는 신뢰손해에 한정된다고 할 것이고, 이러한 신뢰손해란 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용과 같이 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해라고 할 것인 즉 위 같은 계약교섭중의 비용 등은 이에 해당하지 않으므로 손해라고 볼 수 없다고 하였다.

### 3. 계약이 무효·취소된 경우

계약교섭의 당사자간에 계약준비교섭이 종료되어 계약이 체결되었다고 하더라도 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 계약이 무효 또는 불성립 되었을 때

에는 무효·불성립의 원인을 유책하게 야기한 자에게 계약체결상의 과실책임이 있다고 볼 수 있을 것이다. 그리고 이러한 유형은 계약교섭의 중도파기의 유형과는 달리 당사자의 의사와는 무관한 객관적 귀책사유가 문제되는 것이고, 따라서 상대방의 신뢰는 계약의 체결을 전제로 하여 계약의 유효성까지 미치고 있다는 점에 그 특징이 있다. 그러므로 이 경우 형식적으로 계약체결에 도달했지만 실제적으로는 계약이 무효·취소된 경우가 문제가 된다고 할 수 있을 것이다.

아래에서는 이를 민법 제535조에서 규정하고 있는 원시적 불능인 계약의 체결 이외에 강행규정위반의 경우, 행위무능력자인 경우, 착오로 인한 경우, 기타의 경우에도 인정할 수 있을것인지를 유형별로 나누어 개별적으로 연구하기로 하였다.

## (1) 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실

### 1) 학설

계약체결상의 과실책임과 관련하여 제일 먼저 의문이 제기되었던 원시적 불능과 관련하여 “목적달성이 불능한 계약은 무효로 된다”는 법리가 전제되고 있다.<sup>115)</sup> 독일의 경우 원시적 불능으로 계약은 무효가 되며 이러한 원시적 불능을 목적으로 계약을 체결할 때, 그 급부의 불능을 알았거나 알았어야 하는 당사자는 상대방이 계약이 유효를 믿음으로써 생긴 손해를 배상할 의무를 부담한다. 학설상으로 독일보통법학은 자비니(Savigny)와 몸젠(Mommsen)에 의해 완성되었는데 특히 몸젠은 채무해방효과를 인정할 수 있는 불능을 진정한 불능이라고 파악하고 “원시적으로 불능인 급부를 목적으로 하는 계약은 무효이다.”라는 법리를 정립하였다. 그는 원시적 불능에 관해서는 원칙적으로 객관적

---

115) 이은영, “원시적 불능과 계약체결상 과실책임”, 외법논집 제9집, 1999.12.108면.

불능만을 진정한 불능으로 인정하고 후발적 불능에서는 유책성이라는 요소를 추가함으로써 객관적 불능 이외에 주관적 불능도 진정한 불능으로 인정하였다.

그런데 우리 민법은 제535조에서 이러한 원시적 불능에 관하여 채무자가 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 상대방에게 그 계약의 유효를 신뢰하였음으로 인하여 받은 손해인 신뢰이익을 배상하여야 한다고 하여 이러한 법리를 당연한 것으로 받아들이고 이를 다시 원시적 불능을 계약체결상의 한 유형으로 이해하는 견해<sup>116)</sup>, 그리고 더 나아가 계약체결상의 과실책임은 목적으로 했던 계약의 성립의 여부와 상관없이 이를 인정할 수 있다는 견해<sup>117)</sup>와 이를 원시적불능의 예외적 효과를 규정하는 것으로 이해하여, 계약이 원시적 불능임에도 불구하고 신뢰이익의 배상 의무가 있다고 하는 범위 내에서 예외적으로 유효한 것이 아니고 계약은 완전히 무효이고 따라서 신뢰이익의 배상 의무는 그 계약의 목적이 원시적 불능이어서 무효라는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 상대방으로 하여금 계약유효를 야기하였다고 하는 비난가능한 행위 자체에서 발생하는 것이라는 견해로 그 이해를 달리하였다.<sup>118)</sup> 이러한 견해는 원칙적으로 원시적 불능을 목적으로 하는 계약은 무효라는 전제를 하고 있다.

이에 반하여 원시적 불능을 목적으로 하는 계약이 무효라는 법리에 의문을 가지고 제535조는 “절대적 불능”이라고 한정해석하여 계약체결상의 과실을 제535조에 한정하는 견해와<sup>119)</sup> 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하고 원시적 불능인 경우 무효라는 전제로 만들어진 제535조의 타당성을 의심하는 견해<sup>120)</sup>도 있다. 후자의 경우 하자담보책임의 본질과 관련하여 채무불이행책임

116) 박윤직, 앞의 책 (주 4), 73면.

117) 서민, 앞의 논문 (주 101), 424면.

118) 이영준, 앞의 논문(주 88), 24면 이하.

119) 양창수, 앞의 논문 (주 72), 56면.

설이 주장되면서 원시적 불능이 당연무효라는 법리는 비판받게 되었다. 원시적 불능인 급부의 실현에 법률이 조력하는 것은 무의미하기 때문에 원시적 불능의 법리가 타당하다는 종래의 긍정설에 대하여 “이러한 주장은 왜 원시적 불능의 경우에만 그 계약을 무효로 하는가를 충분히 설명할 수 없다”고 주장하였다.<sup>121)</sup>

생각하건데 우리 민법은 제535조에서 이러한 원시적 불능에 관하여 채무자가 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 상대방에게 그 계약의 유효를 신뢰하였으므로 인하여 받은 손해인 신뢰이익을 배상하여야 한다고 규정하고 있는 바 원시적 불능의 경우 이에 대한 예외를 인정하여 이 법리를 탄력적으로 운용하는 것은 가능하지만 문언적 의미로도 그 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있는데 이를 부정하는 것은 바람직하지 않다고 본다.

## 2) 판례의 태도

판례는 원시적 불능의 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다. 아래의 판례들은 원시적 불능의 경우에 한하여 계약체결상의 과실책임을 인정한 초기의 사례들로 원시적 불능의 경우 계약체결상의 과실책임을 인정하고 후발적 불능의 경우에는 이행에 갈음하는 전보배상으로 손해배상책임을 인정하려는 태도를 취한다고 보여진다.

### ① 입목소유권 확인<sup>122)</sup>

피고 갑으로 부터 입목을 매수하였다가 피고 갑과 피고 을간의 확정판결에 의하여 그 입목매매가 당초부터 이행불능의 목물에 대한 무효의 것이었으므로

120) 김용호, 앞의 논문 (주 6), 249면. 김학동, 계약체결상의 과실, 고시연구, 1997.6, 107면.

121) 양창수, 앞의 논문 (주 72), 56면.

122) 대법원 1971.6.22. 선고, 71다792판결,

그 입목의 소유권을 취득하지 못하게 되었음을 청구의 원인으로하는 경우에는 계약체결상의 과실을 이유로 하는 손해배상을 청구할 수 있을지언정 그 계약이 유효하게 성립되었던 것임을 전제로 하는 이행이익에 관한 손해배상청구는 할 수 없다.

## ②공사대금에 관한 판결<sup>123)</sup>

### (가) 사실관계

원고(건설업자)는 피고(서울시)와 1968년 12월 11일 도로공사계약을 체결하고 공사비는 원고가 부담하고, 피고는 공사대금 약 7백만원(전보배상액)에 갈음하여 임야사용권을 부여하기로 약정하였다. 또 장차 이 임야를 불하할 때에는 원고에게 우선 불하해 주기로 약정을 맺어 원고는 공사를 완료하여 피고에게 인도하였는데 피고는 위 임야에 대한 사용권을 부여하지 못하였다. 그 임야의 소유가 피고의 것이 아닌 국가 소유의 것으로 밝혀져 원고는 1973년 피고를 상대로 위 임야의 사용권 부여를 이행하거나, 그것이 불가능하면 피고 소유의 별도의 토지에 대해 사용권을 부여해 주고, 만일 그것도 불가능할 때에는 위 총공사비를 전보배상으로 지급하라고 청구하였고, 이에 대해 피고는 위 임야는 계약체결당시부터 소유권이 피고에게 없었으므로 사용권 부여는 계약체결시부터 이행불능이어서 원고가 투입한 공사비만큼의 전보배상을 할 의무는 없고, 설령 후발적으로 이행불능이었다고 하더라도 그 손해배상으로서 위 공사비의 청구는 부당하다고 항변하였다.

원심은 이에 “이 건 임야가 공사계약 체결 당초부터 국가의 소유임으로 인하여 공사보수금 지급에 갈음한 사용권 부여채무는 처음부터 이행불능의 상태에 놓여있으므로, 달리 피고가 국가로부터 이 건 임야에 대한 원고의 사용권

---

123) 대법원 1975.2.10. 선고, 74다584 판결.

을 얻어서 부여한다든가 또는 피고 소유의 별도의 토지에 대한 사용권을 부여한다는 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 이 건에 있어서, 피고는 원고에게 이로 인한 전보배상으로서 적어도 위 총공사비 및 이에 대한 민사지연손해금을 지급할 의무가 있다.”고 판시하여 원고의 청구를 인용하였고 피고가 이에 불복·상고한 사건이다.

#### (나) 판결요지

피고가 공사비의 지급에 갈음하여 임야의 사용권을 부여기로 약정한 것이 그 임야가 국가의 소유여서 그 사용권 부여가 원시적으로 이행불능이라면 이 사건 공사계약은 유효하게 성립할 수 없다 할 것이니, 그 계약체결에 있어서의 과실을 이유로 하는 신뢰이익의 손해배상을 구할 수 있을지언정 그 계약이 유효하게 성립되었던 것을 전제로 그 계약의 이행불능을 이유로 이행에 대신하는 전보배상을 구할 수 없다 할 것이며, 또 후발적 이행불능의 경우에 이행에 대신하는 전보배상을 명하려면 이행불능이 된 시기를 확정하고 그 시점을 기준하여 위 임야사용의 시가를 산정하고 이를 표준하여 그 손해액을 결정하여야 한다.

### (2) 강행법규위반인 경우

#### 1) 학설

독일민법 제309조는 금지법규위반의 계약체결에 관해서는 원시적 불능급부를 목적으로 하는 계약에 관한 규정을 준용하여 금지법규위반으로 인한 계약을 체결한 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다.

이러한 명문규정이 없는 우리민법에서도 강행법규에 위반하여 무효인 경우에 있어서 민법 제535조를 유추적용하여 그와 같이 고의·과실로 무효인 계약

을 체결한 자는 선의·무과실의 상대방에 대하여 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다고 해석하는 견해<sup>124)</sup>가 있다. 단 일방당 사자에게는 고의·과실이 있고 상대방은 선의·무과실임을 전제로 한다고 한다. 이 견해는 민법 제535조를 유추적용하여 손해배상을 사도록 하되 무효로 된 계약이 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반하였거나, 제746조의 불법원인급여에 해당되거나, 범죄를 목적으로 하는 계약인 경우 등에 대해서는 배제하는 것이 타당하다고 한다. 반면 강행법규를 위반하여 체결된 계약에 있어서는 상대방의 신뢰를 보호할 필요가 없다고 하는 것이 입법취지에 부합하는 해석이라고 보는 견해<sup>125)</sup>와 함께 판례<sup>126)</sup>는 이를 인정하고 있지 않다.

생각건데 무효인 계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 내용이거나 범죄를 목적으로 하는 경우, 계약체결상의 과실책임을 인정하기는 어렵고 이를 불법행위의 법리로 해결하여야 할 것이며,<sup>127)</sup> 명문규정이 없는 경우까지도 계약체결상의 과실책임 규정을 유추적용하는 것은 지나친 확대해석이 아닌가 한다.

## 2) 판례의 태도

### ① 위탁증거금 반환<sup>128)</sup>

원고들이 증권회사에 증권매매 위탁증거금의 예수금조로 금원을 예치하고 증권매매 위탁계약을 맺은 후 동 회사의 영업부장에게 매매증권의 종류, 수량, 가격등 일체의 사항을 위임하고 동인이 위 금원으로 증권거래를 하여 얻은 이

124) 김대정, 앞의 논문(주 101), 99면.

125) 김대정, 위의논문(주 101), 100면.

126) 대법원 1994.1.11 선고, 93다26205 판결.

127) 김상용, 앞의책(주 1), 75면. 김상용, 앞의 논문(주 11), 35면.

128) 대법원 1980.12.23.선고, 79다2156 판결.

익중 매월 각 예탁금의 4분상당의 이익금을 지급하기로 약정하였는데 위 영업부장이 원고들의 예탁금을 불법인출 횡령하여 그 일부로써 약정이익금을 지급하여 왔다면 위 이익금에 관한 약정은 강행법규인 증권거래법 제52조 제1호에 위반되어 무효이고 이 무효인 약정에 기하여 원고들이 받은 이익은 증권회사의 손실에 기한 법률상 원인없는 부당이득이다.

## ② 투자금 관련 판례<sup>129)</sup>

증권회사의 임직원이 강행규정에 위반된 이익보장으로 투자를 권유하였으나 투자결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립되기 위하여는, 이익보장 여부에 대한 적극적 기망행위의 존재까지 요구하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황(재산상태, 연령, 사회적 경험 정도 등), 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후, 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여, 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우라야 한다.

## (3) 행위무능력자인 경우

### 1)학설

법정대리인의 동의 또는 허락없이 무능력자가 단독으로 한 법률행위는 취소할 수 있는데 (민법 제5조, 제0조, 제13조), 이 경우 법률행위를 취소한 무능력자에게 계약체결상의 과실책임을 인정하여 상대방의 신뢰이익을 배상하도

---

129) 대법원 1994.1.11.선고, 93다26205 판결.

록 하여야 할 것인가.

행위무능력자제도는 무능력자를 보호하기 위한 제도이므로 상대방보호의 문제는 무능력자에게 손해배상책임을 인정하는 방법 아닌 개별의 법리에 의하도록 하는 것이 타당하다고 하는 주장<sup>130)</sup>이 다수설의 입장이다. 이러한 주장의 근거는 우리 민법은 미성년자와 한정치산자며 경우 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분행위와 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여 완전한 행위능력을 인정하고 있으며, 상대방에게 최고권, 철회권, 거절권을 부여하는 한편 일정한 경우에는 무능력자의 취소권을 박탈하는 제도를 두고 있기 때문이라고 한다. 따라서 행위무능력을 이유로 법률행위가 취소된 경우 무능력자에게 계약체결상의 과실책임이 인정될 여지가 없다고 한다. 반면에 행위무능력자가 계약체결을 위한 접촉을 개시하면, 스스로 행위무능력자임을 설명하고 법정대리인의 동의를 얻었음을 밝혀야 하는데 이를 위반하여 상대방으로 하여금 행위능력자인 것으로 오신케 하여 상대방에게 손해를 발생케 한 경우에는 계약체결상의 과실책임을 부담하여야 한다는 견해<sup>131)</sup>도 있다.

또 법의 행위무능력자를 두텁게 보호하는 규정의 취지에 비추어 볼때 행위무능력자의 상대방은 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 입은 손해를 무능력자로 하여금 배상하게는 할 수 없지만, 의사무능력으로 인하여 계약이 무효인 경우 신의칙상 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있을 것이라고 주장하는 의견도 있다.<sup>132)</sup>

그러나 행위무능력자인 의사무능력자만을 달리 취급하여 손해배상책임을

---

130) 김대정, 앞의 논문 (주 101), 99면.; 윤의섭, “계약체결상 과실책임”, 서경대학교 논문집 24집, 1996, 288면.

131) 김상용, 앞의 책 (주 1), 77면.

132) 박윤직, 앞의 책 (주 4), 57면.; 서민, 앞의 논문 (주 101), 427면.

인정하는 것은 부당하다고 생각하며 다수설의 입장에 동의한다.

## 2) 판례의 태도 - 건물소유권 이전 등기에 관한 판례<sup>133)</sup>

이 사례에서의 판결요지를 살펴보면, “1. 호주아닌 가족이 사망한 때에 그 유산은 동일호적내에 있는 직계비속이 평등하게 상속함이 우리나라의 관습이다. 2. 민법 제20조에 소위 "무능력자가 능력자인 것을 믿게 하기 위하여 사술을 쓴 때"라 함은 무능력자가 상대방으로 하여금 그 능력자임을 믿게 하기 위하여 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것으로서 단순히 자기가 능력자라 칭한 것만으로는 동조에 소위 사술을 쓴 것이라 할 수 없다. 3. 법률행위 취소 당시의 목적물 가격이 행위무능력자의 행위시의 그것에 비하여 현저히 양등하였을 지라도 그 취소행위가 공서양속에 위반하는 무효의 것이라 할 수 없다.“고 하여 비록 행위무능력자가 자신을 능력자로 칭한것만으로는 사술을 쓴 것이 아니므로 이에 관하여 계약의 취소행위가 무효가 될 수는 없다고 판시하였다.

## (4) 착오로 인한 경우

### 1) 학설

독일민법 제 122조는 착오를 이유로 의사표시를 취소한 표의자는 상대방에 대하여 무과실의 신뢰이익의 손해배상책임이 있음을 규정하고 있다.

우리 민법의 제정과정에서도 상대방에 대한 착오자의 배상 의무를 인정하는 수정안이 제출되었으나 국회에서 부결되었다고 한다.<sup>134)</sup> 따라서 이와 관련한 명문의 규정이 없고 제109조에서 “착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에

133) 대법원 1955.3.31 선고. 4287민사77판결.

134) 최종길, “법률행위의 착오와 몇가지 문제”, Fides,(서울대 제28권 1호), 서울대학교 법학연구소, 4면.

는 취소하지 못한다” 고 하여 예외규정만을 두고 있는 우리민법도 착오를 이유로 손해배상책임을 인정할 것인가에 관하여 문제가 되고 있다.

중과실이 있는 표의자의 경우 취소권이 인정되지 않으므로 아무런 의문이 없으나 기타의 경우에는 문제가 될 것이다.

독일민법과는 달리 우리민법은 착오자를 보호하기 위하여 착오자의 손해배상책임을 배제하고 있다고 해석하여, 계약체결상의 과실책임을 부정하고 있다.<sup>135)</sup>

그러나 이와는 반대로 민법 제535조를 유추적용하여 착오로 인한 손해배상책임을 인정하여야 한다는 의견도 있다.<sup>136)</sup> 그러한 근거로는 착오로 인한 취소로 상대방이 예측치 못한 손해를 입은 경우, 그 착오가 전적으로 착오표의자에 의해 야기된 것일때 손해배상책임을 부담하는 것이 합리적이고, 착오로 인한 취소행위 자체는 적법행위이기는 하나 계약체결에 있어서 주의의무를 위반한 과실이 인정될 수 있다. 또 착오로 인한 계약취소는 물능계약으로 인한 계약좌절과 유사하므로 이를 민법 제535조를 유추적용하는 것도 무방하다고 한다.

생각건데 민법 제109조의 규범목적, 즉 착오자보호의 목적을 해칠 우려가 있으므로 입법론적으로 해결하는 것이 바람직하고 민법 제535조를 유추적용하여 손해배상책임을 인정하여야 한다는 것은 무리한 의견같다.

그런데 동기의 착오에 관한 개정 예고안을 살펴보면 우선 제109조 1항은 현행과 같고 제2항에서는 “당사자, 물건의 성질 그밖의 법률행위의 동기에 착오가 있는 경우에도 그 착오가 거래의 본질적인 사정에 관한 것인 때에는 제1항을 준용한다.”고 되어있고 제109조 2를 살펴보면 이는 취소자의 손해배상

135) 박윤직, 앞의 책 (주 4); 양창수, 앞의 논문(주 72), 50면.

136) 김대정, 앞의논문(주 101), 101면.; 김상용, 앞의 논문(주 98 469면.); 이은영, 앞의 논문 (주 114), 129면.

의무를 규정하여 제1항에서는 “제109조에 의하여 의사표시를 취소한 자는 그 착오를 알 수 있었던 경우에는 상대방이 그 의사표시의 유효함을 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 의사표시가 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다”고 하고 제2항에서는 “제1항의 규정은 상대방의 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다”고 규정하여<sup>137)</sup> 이러한 논의는 당분간만 지속될 것 같다.

## 2) 판례의 태도<sup>138)</sup>

### (가) 사실관계

소외 김용무(이하 소외인이라고 한다)가 1990. 10. 31. 원고로부터 금 200,000,000원을 대출받았는바, 피고는 같은 해 9. 26. 소외인의 원고에 대한 위 대출금채무에 대하여 신기술사업금융지원에관한법률(이하 법률이라고 한다)에 의한 일반신용보증(이하 이 사건 신용보증이라고 한다)을 하기로 약정하였고, 소외인이 위 대출금에 대한 할부상환원리금을 연체하여 1992. 5. 1. 그 기한의 이익을 상실한 사실을 인정한 후 원고의 주위적 청구에 대한 피고의 항변(착오로 인한 의사표시 취소의 항변)에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 피고의 업무수행은 법률 제29조에 의하여 피고가 작성하여 재무부장관의 승인을 얻은 '업무방법서'와 피고의 업무수행지침인 '신용보증규정' 및 '보증심사운용요령'에 의하여 이루어지는데, 업무방법서 제5조, 신용보증규정 제9조 제1항 제7호에 의하면 금융기관의 대출금을 빈번하게 연체하고 있는 기업에 대하여는 피고의 신규보증을 제한하고 있으며, 보증심사운용요령 제17조 제1항은 신규보증이 제한되는 연체의 범위를 원고 등 금융기관에 의뢰하여

137) 이와 관련한 문제는 김상중, “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 민사법학 제 24호, 2005. 참조.

138) 대법원 1996.7.26 선고, 94다25964판결.

작성하는 거래상황확인서 작성기준일로부터 3개월 이내에 1개월 이상 계속된 연체대출금을 보유한 사실이 있거나, 3개월 이내에 10일 이상 계속된 연체대출금을 4회 이상 보유한 사실이 있는 경우로 되어 있다. 피고는 이 사건 신용보증 당시 원고에게 소외인에 대한 거래상황확인서의 작성을 의뢰하였는바, 위 거래상황확인서 작성 기준일 현재 소외인의 원고에 대한 금 500,000,000원의 대출원리금 중 1990. 1. 1.부터 같은 해 7. 29.까지의 이자를 연체하고 있었는데도 원고는 같은 해 8. 14.경 소외인의 연체대출원리금이 없다고 기재한 거래상황확인서를 소외인을 통하여 피고에게 제출하였다. 피고는 위 거래상황확인서에 의하여 소외인이 원고와의 거래상 아무런 연체가 없다고 믿었고 또한 같은 해 9.경 원고 강진군지부의 담당자에게 소외인의 그간 대출금에 관하여 원금 및 이자의 연체 여부를 문의하였으나 없다고 하여 소외인을 피고가 정한 보증제한 대상 기업이 아닌 것으로 오신하여 이 사건 신용보증을 하게 되었다.

(나) 판결요지

1. 신기술사업금융지원에관한법률 제29조에 기하여 작성된 기술신용보증기금 업무방법서와 신용보증규정 및 보증심사운용요령 등이 신용보증의 대상 기업을 신용이 있는 기업으로 제한하고 있는 등 제 규정의 취지에 비추어 볼 때, 기술신용보증기금의 신용보증에 있어서 기업의 신용 유무는 그 절대적인 전제사유가 되며 그 보증 의사표시의 중요 부분을 구성하므로, 기술신용보증기금이 대출 은행이 잘못 작성한 거래상황확인서를 믿고 대상 기업에게 연체대출금이 없는 것으로 오신하여 행한 신용보증은 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우에 해당한다고 본 사례.

2. 민법 제109조 제1항단서에서 규정하고 있는 '중대한 과실'이라 함은 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결

여한 것을 말한다.

(다) 검토

위 사례는 중요부분의 착오로 인하여 계약이 취소된 경우 취소자의 계약체결상의 과실책임을 부정하였고 착오로 인하여 계약이 유효로 믿은 자에게의 손해배상책임에 관하여도 주의의무를 현저히 결여하여야만이 이를 인정할 수 있다고 하여 엄격한 태도를 취하였다. 착오로 인한 경우 이에 관한 규정이 이미 존재하고 있는만큼 굳이 제535조로 해결하여야 할 필요는 없다고 보여져 타당하다고 생각한다.

**(5) 기타의 사유**

**1) 학설**

관청의 인가, 허가, 제3조의 동의나 추인을 요하는 계약에 있어서 이러한 요건을 갖추도록 한 당사자는 서로 협력할 의무가 있으며, 따라서 이러한 협력의무를 위반하여 계약의 효력이 발생하지 못하게 되었을 때에는 귀책있는 당사자는 상대방에게 계약체결의 과실책임을 있다고 할 것이다.<sup>139)</sup>

당사자들이 유효하게 성립되었다고 믿고 있었던 계약이 이른바 숨은 불합의에 의하여 불성립으로 끝난 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정한다.

**2) 판례의 태도**

주무관청의 허가 없이 재단법인이 기본재산의 처분행위를 하여 무효가 된 경우 계약체결상의 과실책임을 문제가 되나, 원고가 이행불능으로 인한 전보손해만 청구하여 이를 기각한 사례<sup>140)</sup>가 있다.

---

139) 김상용, 앞의 논문(주 98), 477면.

140) 대법원 1974.6.11. 73다1975, 대법원 1975.2.10 선고 74다584판결.

## 4. 계약이 유효한 경우

### (1) 목적물의 하자로 인한 손해가 발생한 경우

계약이 유효하게 성립하였으나 그 계약에 흠이 있는 경우에는 하자담보책임과는 별개로 계약체결상의 과실책임이 생기는 수가 있다.

우리나라의 경우 이러한 문제를 인정하는 견해는 많지않지만 민법에 규정되어 있는 채무자의 담보책임인 제571조이하의 규정을 비롯하여 증여자의 담보책임을 규정한 제559조, 소비대차에 있어서 대주의 담보책임과 관련한 제602조, 사용대차에 있어서 증여자의 담보책임을 준용하고 있는 제612조, 임차인의 담보책임을 규정한 제697조 등 계약목적물의 하자담보책임에 관한 긍정설의 본질을 계약체결상의 과실책임으로 파악하고, 이에 대하여는 개별적으로 규율되고 있으므로 제535조의 규정을 유추적용할 여지가 없다는 견해<sup>141)</sup>가 있고, 이와는 별도로 계약체결상의 과실을 인정할 수 있다는 견해<sup>142)</sup>의 대립이 있다.

전자의 견해는 계약체결상의 과실책임을 일종의 계약책임이라 보고 하자담보책임을 본질을 제535조의 특칙으로 보아 계약책임으로 파악하는 입장으로 이해된다.<sup>143)</sup> 그러나 이를 독일의 1912년 판결<sup>144)</sup>에서의 이행이익의 배상과 1919년 판결<sup>145)</sup>에서의 신뢰이익의 배상을 들어 계약이 유효한 경우에 체결상의 과실이 문제되는 것은 민법상의 물건의 하자담보책임규정이 불충분하기 때

141) 박윤직, 앞의 책 (주 4), 56~57면, 김상용, 앞의책 (주 1), 76면.

142) 김대정, “계약체결상의 과실책임”, 95면.; 전하은, 앞의 논문 (주 13), 97면 이하.

143) 김대정, 위의논문, 95면.; 김상용, 앞의 논문 (주 98), 249면.; 서춘식, “계약체결상 과실책임의 적용 범위에 관한 연구”, 조선대학교 법학논집, 1996. 107면.

144) RG 1912.4.26 JW 1912, 743 Nr.2

145) RG 1919.10.21 (RGZ 103, 47)

문에 별도의 계약체결상 과실책임을 인정하여야 한다고 이해하는 입장도 있다.<sup>146)</sup> 또 후자의 견해는 하자담보책임의 일반은 유상계약의 특질을 고려하여 무과실책임으로 규정되어 있기는 하나, 그 법적 성질은 이행의무위반에 대한 제재로서 계약책임이라고 보고, 계약성립과정에서의 설명의무나 고지의무 등의 “신의칙에 기한 부수의무위반에 관한 책임”인 계약체결상의 과실책임과는 전혀 다른 별개의 책임이라고 이해한다.<sup>147)</sup>

생각건데 후자의 견해는 이를 계약책임의 입장에서 이해하고 있는 바 법정 책임설의 입장에서 본다면 이러한 하자담보책임을 비롯한 담보책임에 관한 규정은 민법 제535조를 확대 적용하지 않더라도 계약체결상의 과실책임의 법리를 해결할 수 있다고 보여진다.

## (2) 목적물의 하자에 의하지 않은 경우<sup>148)</sup>

### 1) 학설

독일의 판례에서 보았듯이 계약이 유효하게 성립하여도 계약교섭중 당사자 일방이 상대방의 의사결정에 중요하다고 인정되는 사정에 관하여 적시에 정확한 설명을 하여야 할 신의칙상의 용태의무인 설명의무를 이해하지 않음으로서 결과적으로 올바른 설명이 이루어졌다면 체결하였을 불리한 계약을 체결한 경우 즉 원치않는 계약을 체결한 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있는데 우리 민법에서도 이를 인정하고 있는가. 이는 체결의 전단계에 존재하는 사실은 본 계약과 일체를 이루고 있는 것이기 때문에 체결의 전단계에서 일방당사자가 신의칙상 의무를 위반하여 계약이 성립된 후에 상대방에게 손해

146) 황적인, 채권법각론, 한국방송대출판부, 1997, 80면.

147) 김대정, 앞의 논문 (주 101), 95면.

148) 자세한 내용은 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 서울대학교 박사학위논문, 2004. 118면이하 참조,

를 주게 된 경우로써 계약체결상의 과실책임을 지울 수 있는 것인가의 문제이다. 즉 계약이 유효하게 성립하기는 하였지만 계약교섭시에 당사자일방이 상대방이 중요하다고 인정되는 사정에 관하여 적기에 정확한 설명을 하여야 할 신의칙상의 설명의무를 이행하지 않음으로써 결과적으로 올바른 설명이 이루어졌다면 체결하였을 계약보다 불리한 계약을 체결한 경우<sup>149)</sup>, 즉 원치 않는 계약을 체결하였을 경우에도 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있을 것인가의 문제인 것이다.

체결상 중요사실을 알리지 않아 손해가 발생한 경우, 즉 당사자 일방이 신의칙상 통지·서명의무를 위반하여 타방당사자가 손해를 입은 경우 계약체결상의 과실책임을 발생한다는 입장이 다수설<sup>150)</sup>이다. 그러나 이 책임은 상대방의 의사결정에 중대한 설명의무위반인 경우에 문제이지 사소한 설명의무 위반인 경우에는 문제되지 않는다고 한다. 다수설의 학자들은 채무불이행책임의 제3의 유형으로서 “불완전이행”을 인정하고 있는 바 독일의 학설에 따라 설명의무위반이 계약교섭시에 있는 경우는 체결상 과실이 성립하지만, 계약체결이후에 계약의 목적인 급부의 이행에 있어서의 부수의무의 위반이 있는 경우에는 불완전이행이 문제된다고 한다.

소수설<sup>151)</sup>은 설명의무위반에 의한 손해배상책임이 민법 제390조에 의하여 처리될 수 있기 때문에 굳이 계약체결상 과실책임을 법리를 끌어들일 필요가 없다고 한다. 이는 체결의 전단계에서의 유책성과 본계약은 하나의 일체를 이

---

149) 이러한 예로서 매매의 목적물에 관하여 그 사용방법을 잘못 알린 경우, 고용계약에 있어서 당사자가 중대한 질병이 있는 것과 같은 계약체결상 중요한 사실을 알리지 않고 체결하였기 때문에 손해가 발생한 경우, 도급계약, 운송계약 등에서 각종의 통지나 일정한 사실을 잘못 통지 또는 고지한 경우 등을 예로 든다. 박윤직, 앞의 책 (주 4), 56면.

150) 박윤직, 앞의 책 (주 4), 56~57면.; 서민, 앞의 논문 (주 79), 26면.; 전하은, 앞의 논문 (주 13), 97면 이하.

151) 최홍섭, 앞의 논문(주 29), 52면.

루는 것으로 볼 수 있기 때문에 체결의 전단계에서 존재하는 유책적 사실은 채무불이행책임으로 처리될 수 있으며, 이 경우 계약체결상 과실책임은 인정될 여지가 없다는 입장이다.

그러나 소수설의 논거는 계약이 유효하게 성립된 경우임에도 불구하고 설명의무위반에 관하여 제390조에 의한 해결이 발생한다는 점과 제390조의 불완전이행의 일종인 부수적 의무의 위반으로 파악한다면 해제권이 인정되지 않는다<sup>152)</sup>는 것이 통설과 판례의 입장과 비교하여 볼때에 계약체결 전단계에서 부수적 의무인 설명의무위반에 대하여 해제권이 인정되는지 의문이다.

다수설 또는 소수설의 논거가 제535조 또는 제390조의 적용여부를 두고 있는 점에 관하여, 체결의 전단계에서 신의칙상 의무를 일정한 단계의 정당한 신뢰를 배반으로 파악하여 사회적으로 허용되지 않는 위법행위로 본다면 타당하다는 의견에 동의한다.<sup>153)</sup>

이 유형의 계약체결시 과실책임의 효과는 다른 유형의 계약체결상 과실책임과는 달리 이행이익의 배상 즉 설명의무의 위반이 없었더라면 체결할 수 있었던 더 유리한 계약의 기회를 상실하였으므로 인하여 입은 손해가 인정되며, 과실상계와 손해상계도 인정된다고 한다. 그 뿐만 아니라 계약의 해소도 인정된다고 한다.<sup>154)</sup>

---

152) 최홍섭, 앞의 논문(주 29), 52~54면.

153) 김대정, 앞의 논문(주 101), 97면.

154) 서민, 앞의 논문(주 79), 25~26면.

## 2) 판례의 태도

### ① 우석학원의 사례<sup>155)</sup>

#### (가) 사실관계

1989.4.초경 경력직 사무직원의 공채를 위하여 그 채용계획을 수립하고 4.10. 전북일보에 전주우석대학장 명의로 사무직원 모집공고를 낸 다음 4.20. 사무직원 채용을 위한 공개시험을 실시하여 원고를 포함한 39명이 응시하게 되었는바 5.1.경 원고를 포함한 9명의 응시자를 최종 합격자로 결정하고 그들에게 합격통지를 하면서 ‘1989.5.10.자로 발령하겠으니 이력서, 인사기록카드 등 구비서류를 5.8.까지 제출하여 달라.’는 통지를 하여, 원고로 하여금 위 통지에 따라 인사기록카드, 이력서, 졸업증명서, 학업성적표, 신원증명서, 경력증명원, 채용신체검사서 등을 제출하게 한 후, 약속대로 9명 전부를 5.10.자로 발령하지 못한 채 이를 지체하다가 그해 6.1.자로 2명, 8.1.자로 3명만 발령하고, 원고가 발령문제를 위 대학 총무처와 학장에게 문의하자 학교재정이 어려워 순차 발령하겠다고 하고, 또 그해 11월 말경에는 1990.1.1.자로 발령하겠다고 통지하는 등 여러 번 발령을 미루어 오다가 1990.5.28.경 학교 재정상 원고를 피고의 직원으로 채용할 수 없다고 최종 통지를 하였다.

#### (나) 판결요지

학교법인이 원고를 사무직원 채용시험의 최종합격자로 결정하고 그 통지와 아울러 ‘1989.5.10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 5.8.까지 제출하여 달라.’는 통지를 하여 원고로 하여금 위 통지에 따라 제반 구비서류를 제출하게 한 후, 원고의 발령을 지체하고 여러 번 발령을 미루었으며, 그 때문에 원고는 위 학교법인이 1990.5.28. 원고를 직원으로 채용할 수 없다고 통지할 때까지 임용만 기다리면서 다른 일에 종사하지 못한 경우 이러한 결과가 발생한 원인

---

155) 대법원 1993.9.10. 선고, 92다42897 판결.

이 위 학교법인이 자신이 경영하는 대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는데도 이를 게을리 하였기 때문이라면 위 학교법인은 불법행위자로서 원고가 위 최종합격자 통지와 계속된 발령 약속을 신뢰하여 직원으로 채용되기를 기대하면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

## ② 숙박업자의 투숙객에 대한 보호의무와 이를 위반한 경우의 책임<sup>156)</sup>

### (가) 사실관계

대구에 소재하고 있는 도매여인숙에서 투숙중이던 원고의 가족(이하 “망인”)은 옆방에서 실화로 추정되는 화재로 인하여 3도 화상을 입고 치료를 받다가 사망하였다. 이 여인숙은 목조건물로서 주로 장기투숙객들이 숙박비를 지불하고 투숙하고 있었으며 장기투숙객의 경우에도 여관측(피고)에서 숙박에 필요한 모든 비품을 제공하고 객실의 청소나 침구류 등의 세탁 등 관리를 하였다. 사건 당일 피고는 출타중이라 여인숙에 없었고 여인숙에는 경보장치와 소화기가 설치 또는 비치되어 있지 않아 망인은 사건 당시 방에서 잠을 자다가 불이 난 것을 알고 이불을 뒤집어 쓰고 나왔으나 위와 같이 사망하였다.

### (나) 판결요지

공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시 사용을 위한 임대차계약으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및

---

156) 대법원 1997.10.10 선고 96다47302 판결.

관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담하고, 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반 사실을 주장·입증하여야 하며 숙박업자로서는 통상의 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 그 채무불이행에 관하여 자기에게 과실이 없음을 주장·입증하지 못하는 한 그 책임을 면할 수는 없다고 할 것이고, 이와 같은 법리는 장기투숙의 경우에도 마찬가지이다.

(다) 검토

위의 사건 혹은 우석학원의 사례에서도 알 수 있듯이 계약이 유효한 경우 우리 법원은 계약체결상의 과실책임이나 불법행위책임으로 이를 해결하는 것이 아니라 채무불이행에 따른 손해배상책임을 인정하고 있다고 보여진다. 계약이 유효한 경우에는 이미 계약이 성립한 이후의 사실판단이 된다고 할 것이므로 채무불이행에 따른 계약책임을 묻는 것이 타당하다고 생각한다.

# 제 IV 장 우리 민법 제535조와 관련한 계약체결상 과실책임

## 제1절 제 535조에 대한 비판

### 1. 개설

민법 제535조 규정과 관련하여 문언상 그 의미를 보자면, 계약체결상의 과실책임을 불법행위책임이나 계약책임이 아니라 직접적인 규정으로 인정하고 있고, 특히 원시적 불능인 경우에 그 계약이 무효가 된다는 전제에서 이를 명문으로 규정하고 있으며, 계약이 무효인 경우에 있어 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해의 규별을 규정하고 있다고 보여진다.<sup>157)</sup>

판례는 위에서 살펴본 바와 같이 원시적 불능의 경우에만 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다.

그러나 학계의 통설적인 견해는 첫째, 판례의 태도와는 달리 크게 제535조의 존재를 그대로 인정하고, 이에서 도출되는 문언상의 의미들 모두 인정하고 있으며 둘째로 이를 유추적용하는 방법으로 계약체결상의 과실을 이해하여 그 밖의 경우에도 계약체결상의 과실책임 이론을 확대하고 있다. 다시 말하자면 제535조 규정의 원시적 불능을 계약체결상의 과실책임으로 보고, 또 이를 예시규정으로 해석하여 원시적 불능 이외의 경우에도 계약체결상의 과실책임

<sup>157)</sup> 김준호, “계약체결상 과실론과 그에 대한 비판”. 고시계, 1993.9, 104면~105면.

을 확대하여 오히려 확대된 계약체결상의 과실책임의 여러 유형들이 계약체결상의 과실책임 문제의 주류를 이루고 있는 것이다.

또 계약상의 의무에는 급부의무 이외에 신의칙상 여러 의무가 있는데 계약체결상의 과실책임은 바로 이러한 신의칙상의 부수의무를 위반한데 따른 책임으로 그 법적 성질을 계약책임으로 이해하고 있다.

그런데 학계에서 민법 제535조 원시적 불능과 관련한 계약체결상의 과실책임을 이렇게 확대해석하는 것은 입법론적으로 민법 제535조가 계약체결상의 과실책임을 완전하게 규정하고 있지 못한데 그 이유가 있다고 보여진다.

학설과 판례에 의하여 주장되고 인정되어 오던 계약체결상의 과실책임은 근래에 들어서 그 근거를 제정법으로 규정하고 있는 것이 세계적인 추세이다.<sup>158)</sup> 특히 계약준비교섭단계에 있어서의 법규제를 강화하여 계약체결상 과실도 또한 계약이 유효하게 성립되었을 때를 포함하여 계약이 성립되지 않은 경우까지 모두 배상토록 하는 것이 최근 입법례의 경향이다.<sup>159)</sup> 그리고 계약체결을 위한 당사자간의 보호의무도 폭넓게 인정하고 있어 계약협의를 향한 행위의 개시만 있으면 양자간에는 넓은 의미에서의 계약관계가 성립하고 그 넓은 의미의 계약관계로 인한 급부의무는 존재하지 않고, 부수의무만으로 그 법률관계가 성립한다고 한다.<sup>160)</sup> 즉 계약체결상의 과실을 이유로 일방이 타방에 대하여 손해배상책임을 지는 사고는 이를 불법행위책임으로 파악하거나 계약책임에 준하는 책임으로 파악하는지와는 무관하게 이를 인정하고 있다고 보여진다.

또 원시적 불능과 관련하여서도 원시적 불능과 후발적 불능의 구별을 전제

---

158) 김상용, 앞의 논문(주 98), 41면. 김상용 교수는 이러한 예로 Unidroit 국제상사계약법 총칙과 유럽계약법총칙, 독일민법 등을 대표적인 예로 들고 있다.

159) 자세한 내용은 박영복, “계약체결단계의 법규범화”, 외법논집 10호, 2001.8 참조.

160) 김상용, 앞의 논문(주 11), 41~42면.

로 하여 양자에게 상이한 법률효과를 인정하는 규정체제를 취하고 있는데 이 또한 세계적인 입법추이와 비교하여볼 때에 이러한 많은 검토가 필요하리라 생각된다.

따라서 이 장에서는 우리 민법 제535조에 대한 통설적 견해와 관련하여 계약체결상 과실책임과 원시적 불능논에 관한 비판 및 논의들을 소개하고 이를 어떻게 해결하는 것이 바람직할 것인지 구체적으로 검토하여 보기로 한다.

## 2. 제535조의 계약체결상 과실책임에 대한 비판

### (1) 제535조의 확대해석

학설에서 인정하는 계약체결상의 과실책임은 민법 제535조에서 규정하고 있는 원시적 불능의 경우 이외에도 위에서 살펴본 바와 같이 그 유형이 다양하다. 그리고 이러한 다양한 유형들을 인정하는 근거로 그 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라지겠지만 통설은 준계약적 관계로 인한 신의칙상의 의무로 보고 명문의 규정이 없더라도 민법 제535조를 확대해석하고 이를 유추적용하여 다른 유형의 경우까지 확대해석을 하고 있는 것이다.

계약체결상의 과실책임의 독자적 의의를 인정하기 위하여 통설 이외의 법적책임설이 주장하는 바와 같이 민법의 개별규정들을 유추적용하는 것도 바람직하지 못하고 확대해석으로 이를 인정하는 견해는 우리 민법상 계약체결상 과실책임에 관한 일반규정이 없기 때문에 어쩔 수 없이 선택한 방안이 아닌가 보여진다.

우리 민법 제535조의 모범이 되었던 독일의 경우에도 민법을 개정하면서 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정한 바 있고 그 이외에도 많은 선진

입법례에서 계약체결상의 과실책임을 명문으로 인정하여 그 독자적 의의를 긍정하는 것이 세계적인 추세이다. 이렇게 명문으로 규정하게 된 까닭은 그동안 법률규정의 불충분성과 미비성으로 오히려 과도하게 규정 외의 계약체결상 과실책임을 인정하게 되어 계약체결과 밀접한 관계만 있으면 이에 편입하여 잡다한 이익과 사안이 뒤섞여 오히려 많은 혼란을 야기하게 되었기 때문이다.<sup>161)</sup> 이런 세계적인 입법적 추이와 비교하여 보아 우리 민법 제 535조는 매우 낙후된 규정이라고 보여진다.<sup>162)</sup>

무조건적인 독일입법의 과정을 검토없이 수용하는 것은 바람직하지 않겠지만 민법 제535조를 확대해석한다는 것 자체가 우리 입법상의 흠결을 인정하고 있다고 생각된다. 통설의 경향을 좀 더 명확한 규정으로 개정하는 방안도 모색할 만하다고 보여지며 통설이 인정하는 바와 같이 많은 경우의 계약체결상의 과실책임을 일반규정으로 정할 필요까지는 없겠지만 좀 더 명확하고 분명한 규정으로 대체하는 것은 바람직할 것이다.

## (2) 제535의 삭제론

민법 제535조의 확대해석을 반대하고 오히려 민법 제535조 조항이 불필요하다고 주장하는 견해가 있다.<sup>163)</sup>

독일민법에서 계약체결상의 과실론이 활발히 진행되고 그 적용범위를 확대해왔던 이유는 독일 민법 제823조에 의한 불법행위의 성립이 생명·신체·건강·자유·소유권 등에 관한 침해의 경우에만 한정되어 재산상 침해에 대해서는 불법행위의 성립이 인정되지 않는점, 둘째 사용자 책임을 규정한 독일 민법 제

161) 박윤직, 앞의 책 (주 66), 287면.

162) 김상용, 앞의 논문 (주 11), 42면.

163) 이충훈, “계약체결상의 과실책임”, 인천법학논집 제5집, 인천대학교 법학연구소, 2002, 114면 이하.; 최홍섭, 앞의 논문 (주 29), 576면 이하.

831조의 적용에 있어서 법원은 사용자의 면책입증을 인정하는 경우가 적기 때문에 피해자 보호에 충실을 기할 수 없다는 점, 셋째 불법행위법에 있어서는 청구권의 소멸시효가 손해와 가해자에 대한 피해자의 인식이 있는 때부터 3년인데 반하여 계약상의 청구권의 소멸시효는 30년이기 때문에 계약상의 청구권을 가진 자에게 유리하다는 이유때문이라고 한다.

그러나 우리 민법의 경우 불법행위책임을 일반조항으로 두고 있어 순수 재산손해를 이를 통하여 다룰 수 있고, 법적 효과의 측면에서 계약책임을 법적 효과를 채용키 위해 계약체결상의 과실책임을 독자적인 법제도로 인정하지 않더라도 우리 민법상 판례는 독일과 달리 사용자책임에 관한 면책규정을 원용한 적이 없고, 시효문제에 있어서도 독일과는 달리 소멸시효기간의 차이가 계약법과 불법행위법의 적용을 구분할만한 실익이 있는 판례가 없고 그 차이가 그다지 많지 않으므로 아무런 문제가 되지 않는다고 한다.

또한 입증책임에 있어서도 불법행위법 역시 다양한 방법으로 입증의 전환과 완화를 시도하여왔고 계약법과 불법행위법상 그 실익이 없다고 보아 계약체결상의 과실책임을 독자적 의의 자체를 부정하고 있다.

### 3. 제535조의 원시적 불능론에 대한 비판

민법은 원시적 불능과 후발적 불능의 구별을 전제로 양자에 상이한 법률효과를 인정하는 규정체제를 취하고 있다. 즉 법률행위의 성립 당시에 이미 그 목적이 불능한 것이 원시적 불능이고, 법률행위 성립 후 그 이행 전에 불능으로 된 것이 후발적 불능이다. 우리 민법은 제535조에서 원시적 불능을 간접적으로 규정하였다고 보여지는데 후발적 불능의 경우에도 법률행위를 무효로 취

급하지는 않고 다만 채무자에게 귀책사유가 있는 경우에만 이행불능이 되어 손해배상책임이 발생하거나 계약해제를 할 수 있다고 한다.

즉 후발적 불능인 경우에만 계약이 유효하다고 보지만 많은 입법례에서는 원시적·객관적 불능을 유효로 인정하고 그로 인한 손해배상책임을 인정하고 있다.

구독일민법의 경우에는 원시적 불능에 관한 명문의 규정이 존재하였으나 우리 민법은 이런 명문의 규정을 두지는 않았고 원시적 불능을 굳이 후발적 불능과 구별할 필요가 있는지에 관한 비판<sup>164)</sup>이 있다.

이 견해는 원시적불능과 후발적 불능 양자 사이에 목적물의 멸실이 다르다는 이유로 이를 다르게 취급하여야 하는가에 관하여 부정적으로 보고 원시적 불능의 경우에도 후발적 불능과 마찬가지로 이를 유효로 보는 것이 바람직하다고 주장한다.

## 제2절 검토

### 1. 통설의 계약체결상 과실책임

통설의 계약체결상 과실책임과 관련하여 이에 관한 명문의 규정을 두어 계약체결상의 과실책임의 범위를 명확히 하자는 의견에는 찬성이다.

다만 우리 민법은 독일의 경우와 같이 포괄적인 채무불이행책임규정과 불법행위책임규정이 존재하고 있으므로 현실적으로 많은 사례에서 볼 수 있듯이 이러한 규정으로도 해결이 가능한 것이 사실이다.

---

164) 최홍섭, 앞의 논문 (주 68), 254면.

하지만 계약체결상의 과실책임은 계약책임과 불법행위책임과는 별도의 독자적인 의의를 인정함이 바람직하다고 위에서 이미 언급한 바가 있다. 따라서 그 독자적인 의의를 인정함이 바람직한 몇몇의 사례 - 예를 들어 이미 명문의 규정으로 존재하고 있는 원시적 불능의 경우나 계약교섭중의 부당한 파기 등의 경우- 등은 이에 관한 규정을 명확하고 분명하게 두는 것도 바람직할 것이라 여겨지는 바이다.

“제535조 (계약체결상의 과실) 계약교섭의 준비와 법률행위를 목적으로 밀접한 관련이 있는 행위를 한 경우 당사자 일방의 과실로 인하여 손해가 발생한 때에는 계약을 유효로 믿는데에 대한 손해를 배상하여야 한다. 그러나, 과실이 없음을 입증한 때에는 그러지 아니하다.”

개정안을 제시하는 이유로는 권오승 교수의 견해<sup>165)</sup>를 빌어 계약체결 및 이행과 관련된 당사자의 관계는 “타인 → 거래를 위한 접촉 → 협의행위 → 계약의 성립 → 이행의 준비 → 이행의 종료 ” 로 단계적으로 발전하는 바, 계약의 성립 이전까지의 단계에서 계약체결상의 과실이 문제가 되는 바를 지적하고 이러한 과정에서 논란이 되고 있는 학설상의 대립을 극복하기 위하여 “원시적 불능”을 삭제할 것은 제안하고 있다. 또한 직접 계약 이외의 절대권 침해사항은 불법행위책임으로도 해결이 가능하므로 계약체결상의 과실책임을 순수하게 계약체결을 준비하는 당사자가 기도하는 법률행위의 목적과 관련하여 발생된 손해로 한정할 것을 주장하고 있다.

---

165) 권오승, 앞의 논문(주 81), 417면.

## 2. 통설의 원시적 불능론

통설의 원시적 불능에 관하여 이를 비판하는 논의가 활발하게 진행되고 있는 바 이러한 비판은 원시적 불능에 관하여 비록 한국의 민법에 명문의 규정이 있음을 부정할 수는 없지만 후발적 불능과 달리 취급하는 것에 의문을 가지고 해석론적 작업을 통하여 이를 완화할 수 있다고 주장하였다. 이러한 논거로는 원시적불능의 경우에도 계약을 유효로 하고 급부청구권대신에 손해배상청구권을 발생시키면 된다고 한다.<sup>166)</sup> 또 계약체결이라는 준거점은 계약의 성립 유무에 대한 기준 또는 그에 따른 계약책임의 인정여부의 기준은 될 수 있을지언정, 계약의 유·무효를 가르는 기준은 아니라고 하였다.

그러나 원시적불능의 법리에 대한 예외를 인정하여 이를 탄력적으로 운용하는 것은 바람직하지만 이를 부정하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 그 근거로 원시적불능의 법리는 부분적으로 불합리한 부분이 있기는 하지만 그 자체로는 거부할 수 없는 채권법의 기본원리를 반영한 것이라고 볼 수 있다. 만약 계약당시에 객관적으로 명백하게 목적달성이 불가능한 급부를 이행할 것을 합의하였다면, 계약의 유효한 성립을 인정하여 급부청구권을 발생시키는 것은 무의미한 일이며, 이럴 경우 이행하지 못한 데 대한 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 발동시키는 것은 부당하기 때문이다. 또 원시적 불능은 실제로 불능계약체결을 억제하는 효과를 가진다. 또 민법의 하자담보책임규정은 원시적 불능에 관한 예외를 인정하고 있으므로 매매계약당시 알지 못했던 원시적인 하자가 있는 경우 매매계약은 하자담보책임으로 해결이 가능하다고 본다.

---

166) 최홍섭, 앞의 논문 (주 68), 254면.

### 3. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 통설의 계약체결상 과실책임과 원시적 불능에 관한 견해는 입법상 흠결로 인한 것이 아닌가 생각한다. 원시적 불능을 당연 무효로 보는 견해를 굳이 수정할 필요는 없겠지만 예외의 경우 좀 더 탄력적으로 대응하는 태도가 필요하다고 생각되어지며, 계약체결상 과실책임의 독자적 의의를 긍정하기 위하여 필요한 유형과 관련된 보다 명확하고 구체적인 명문의 규정을 제안하는 것도 필요한 일이 아닐까 한다.

## 제 V 장 결 론

위에서는 계약체결상의 과실책임문제와 관련하여 그 의의 및 연혁과 계약체결상 과실책임을 인정하는 법적 근거를 살펴보고 민법 제535조 이외에서도 학계에서 인정하고 있는 계약체결상의 과실책임의 유형들을 고찰하고 판례를 검토하여 보았다.

계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)이라 함은 계약체결을 위한 당사자간의 접촉개시시부터 계약체결시까지의 계약성립을 위한 협의과정상의 당사자의 과실을 말한다. 그리고 이러한 계약체결을 위한 협의과정중에 일방의 과실로 인해 타인이 손해를 입게 되면 과실있는 당사자는 손해를 입은 상대방에게 그 손해를 배상하여야 하며, 이러한 손해배상책임을 계약체결상의 과실책임이라 한다. 종전에는 이러한 “계약체결상”의 과실책임의 범위를 원시적 불능이나 착오 등으로 계약이 무효·취소된 경우에만 한정하려는 견해, 계약체결에 있어서 계약체결의 前段階를 의미하고 계약체결단계는 제외하는 견해(즉 원시적 불능의 경우에는 계약체결이후의 문제이므로 민법 제535조는 계약체결과는 아무런 관계가 없다는 견해)도 있었으나 현재 계약체결상의 과실은 이를 모두 합하여 이해하고 있는 것이 다수설의 입장인 것이다.

이러한 계약체결상의 과실책임의 법리는 독일의 Jhering이 「계약체결상의 과실책임 또는 무효의 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 배상책임」이라는 논문을 발표한 이후 본격적으로 논의가 진행되기 시작하였다. 학설은 그 법적 근거를 계약체결을 위한 협의단계시 요구되는 보호의무의 위반은 불법행위 즉 위법한 행위로서 위법한 행위라는 구성요건에 해당되는 경우에 한하여 손해배상책임을 인정하여야 한다는 견해에서 출발하여 계약체결을 위하

여 계약체결의 당사자가 준비단계에 들어서게 되면 당사자는 특별협력관계 내지 계약유사의 관계가 되므로 법률관계가 형성되고 이 법률관계에 의하여 채권·채무관계가 형성되며, 이 채권·채무관계에서 보호의무가 유출되고 이러한 보호의무의 위반이 계약체결상의 과실이며, 이러한 보호의무위반으로 손해가 발생하였을 경우 부담하는 손해배상책임이 계약체결상의 과실책임이라고 이해하는 견해, 계약의 준비·협의·상담의 개시에 의하여 계약유사의 신뢰관계가 기초로 되어 당사자간에 일정한 주의의무와 설명의무 그리고 보전의무가 발생하고, 이러한 의무위반이 있을 때 계약체결상의 과실로 인한 손해배상책임을 진다는 견해, 계약체결의 준비와 별로 관계없는 사실상의 사회적 접촉이 행해진 경우에도 이미 보호의무, 배려의무와 보전의무를 인정하고 이러한 의무위반이 있는 경우에는 손해배상책임이 있다는 견해, 계약체결상의 과실책임을 법률행위로 인한 책임이 아니라 일반적 신뢰책임의 한 형태로 이해하려는 견해 등으로 발전하였다. 이러한 독일의 학설은 독일의 입법과정과 판례에서 계약체결상의 과실책임을 인정하기에 이르렀고 우리 민법 제535조도 이러한 독일민법 제307조를 모방하여 입법화되었다고 한다.

프랑스에서는 계약체결상의 과실문제를 계약체결전 책임(responsabilite precontractuelle)이라고 하여 계약체결 전 책임문제를 사안별로 모색하는 방향으로 전개하였고, 일본도 종전에 계약체결상의 과실책임을 소극적으로 인정하다가 위의 독일의 견해를 수용하여 불법행위책임설, 계약책임설, 보호의무설, 부수의무설 등 여러 주장이 등장하게 되었고 대법원판례까지는 아니더라도 하급심 판례는 이러한 견해를 수용하여 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있는 추세이다. 반면에 영미법에서는 계약 자유의 원칙을 중요시 하여 독일과 같이 일반적인 계약체결상의 과실책임을 인정하지 않고 있다. 다만 예외적으로 이를 인정하고 있는데 첫째, 계약협의 과정상 일방이 타방으로부터 이득을 얻

은 경우 그 이득은 부당이득으로 반환책임을 진다고 하며 둘째로는 부실표시로 인하여 계약전 책임이 성립될수 있다고 한다. 셋째, 계약협상에 임한 일방이 타방에 대하여 특정한 약속을 한 경우 그 약속에 대한 책임으로서 계약전 책임이 발생할 수 있다. 마지막으로 협상을 하기로 합의를 한 경우에는 계약전 책임이 인정된다고 한다.

우리의 경우 학설은 신의성실의 원칙위배를 이유로 하여 계약체결상의 과실이 있는 자에게 손해배상책임을 부담시키는데 거의 일치하고 있다고 하면서 이에 관하여 불법행위책임을 인정할 수 있으나, 계약상의 책임으로 하여 그 거증책임, 이행보조자의 책임에 관해 무거운 책임을 지울 수 있어 적절하고, 또 독일민법에서도 같은 조문을 두고 있다는 등의 이유로 민법 제535조를 신설 이와 관련하여 많은 논의가 이루어지고 있다.

우선 그 법적 근거에 관하여 불법행위책임설, 계약책임설, 법정책임설, 법정채권관계설 등의 견해가 있는데 계약책임설이 다수설이기는 하나 계약유사관계에 있기는 하지만 채무관계적인 성격을 갖고 그 효과가 당사자의 의사와 관계없이 법률과 관습법에 의하여 발생하므로 법정채무관계로 해석하는 것이 타당하다는 점에서 법정채권관계설로 보는 것이 옳다고 생각한다.

민법 제535조 규정 이외의 계약체결상의 과실의 여러 유형들을 얼마나 어떻게 인정하여야 할 것인가 그 인정범위에 관하여는 많은 논란이 있는 바 이를 유형별로 정리하여 고찰하여 보았다. 그 유형은 크게 세가지로 나뉘어지는데 첫째, 계약교섭중 부당하게 파기된 경우(즉 체결의 준비단계에 있어서의 과실), 둘째로 계약이 무효·취소된 경우, 셋째, 계약이 유효한 경우이다.

계약교섭 중 부당하게 파기된 경우 즉 체결준비단계에 있어서의 과실은 다시 협의 중 권리침해를 이유로 계약이 성립하지 않은 경우와 계약교섭중의 부당한 중도파기 두가지로 나누어 검토하여보았다. 생각건대 계약교섭단계에 있

어서의 생명·신체·재산 등 계약외적 법익이 침해되는 경우는 본질상 불법행위에 해당할 뿐 아니라 우리 민법은 불법행위의 성립에 대한 포괄적인 일반조항(제750조)를 가지고 있으므로 불법행위책임으로 이해하는 것이 바람직하며 이를 계약체결상 과실책임으로 인정할 필요가 없다고 여겨지고, 교섭중의 부당한 파기의 경우에도 역시 불법행위책임으로 파악하는 판례의 의견에 동의한다.

계약교섭의 당사자간에 계약준비교섭이 종료되어 계약이 체결되었다고 하더라도 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 계약이 무효 또는 불성립 되었을 때에는 무효·불성립의 원인을 유책하게 야기한 자에게 계약체결상의 과실책임이 있다고 볼 수 있을 것인데 이 역시도 민법 제535조에서 규정하고 있는 원시적 불능인 계약의 체결 이외에 강행규정위반의 경우, 행위무능력자인 경우, 착오로 인한 경우, 기타의 경우로 나누어 살펴보았다.

계약이 유효한 경우에도 목적물의 하자로 인하여 손해가 발생한 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 검토하였다.

판례는 위에서 살펴본 바와 같이 원시적 불능의 경우에만 계약체결상의 과실책임을 인정하고 반면 학계의 통설적인 견해는 첫째, 판례의 태도와는 달리 크게 제535조의 존재를 그대로 인정하고, 이에서 도출되는 문언상의 의미들 모두 인정하고 있으며 둘째로 이를 유추적용하는 방법으로 계약체결상의 과실을 이해하여 그 밖의 경우에도 계약체결상의 과실책임 이론을 확대하고 있다.

이렇게 계약체결상의 과실책임이론을 확대적용하는 것은 우리 입법과정에서 독일의 민법 제307조를 아무런 검토없이 수용한 결과로 보여지며 입법적으로 기타 다른 계약체결상의 과실책임을 인정하지않는 하자가 있다고 보여진다. 학계에서는 이 조항을 아예 삭제하자는 견해와 수정하자는 견해가 있는데 이러한 견해가 나오게 된 배경 자체가 우리 민법 제535조의 불완전성때문이다.

라고 보여진다.

생각건데 원시적불능의 법리에 대한 예외를 인정하여 이를 탄력적으로 운용하는 것은 바람직하지만 이를 부정하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 또 굳이 원시적불능과 관련된 조항을 수정하는 것은 불필요한 일이라 보여진다. 다만 학계에서 인정하고 있는 독자적인 계약체결상 과실책임을 인정하기 위하여, 또 세계적인 입법 추세에 비추어보더라도 이를 포괄적인 규정으로 묶어 입법적으로 해결하는 방안은 고찰해봄직하다. 물론 이를 유추적용할 수 있는 조항이 있고 원칙적으로 우리 사법체계가 계약체결전 책임은 불법행위책임으로, 이후 책임은 계약책임으로 해결하는 태도를 취하고 있는 바, 해석론적으로 해결하는 방법도 있을 수 있겠지만 계약체결상 과실책임을 가지는 그 특성을 고려한다면 이는 우리 입법상의 흠결이 아닌가 생각하며 이를 보완하는 법안을 마련하는 것도 고려해봄직하다고 본다.

# 參考文獻

## 1. 國內文獻

### (1) 單行本

- 곽용진, 판례로 본 채권법, 법률서관, 2004.
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003.
- 곽윤직, 민법주해 VII, 박영사, 1997.
- 권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1990.
- 김상용, 채권각론 법문사, 2003.
- 김주수, 채권각론, 삼영사, 1999.
- 김준호, 민법강의. 법문사, 2003.
- 김증한, 안이용, 신채권각론(상), 박영사, 1970.
- 김형배, 민법학강의, 신조사, 2003.
- 김형배, 채권각론, 박영사, 2002.
- 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1991.
- 이은영, 채권각론, 박영사. 2004.
- 임정평, 채권각론, 법지사, 1995.
- 최식, 신고채권법각론, 박영사 ,1963.
- 현승중, 채권법, 박영사, 1973.
- 황적인, 채권법각론, 한국방송대출판부, 1997,
- 민사법연구회, 민법안의견사, 일조각, 1957.

## (2) 論文

공순진, “계약체결상 과실책임의 이론적 기초”, 동의법학 제5집, 동의대학교, 1989.

공순진, “부수의무위반으로 인한 불리한 내용의 계약체결”, 재산법연구 8권 1호, 한국재산법학회, 1991.

권오승, 계약체결상의 과실책임과 사용자책임, 고시계, 1989.5.

권오승, 계약체결상의 과실책임과 사용자책임, 민법의 쟁점, 법원사, 1997.

김대정, “신뢰이익개념에 대한 재검토 소고 -계약체결상의 과실책임에 대한 민법 제535조를 중심으로-”, 사법의 제문제, 김홍규박사회갑기념논문집 II, 삼영사, 1992

김대정, “계약체결상 과실책임”, 성균관법학 11호, 성균관대학교 법학연구소, 1999.

김동훈, “계약법에서 과실책임주의의 의의”, 비교사법 11호, 1999.12

김상용, “계약체결상의 과실”, 사법학의 재조명(송춘박영우교수화갑기념논문집), 한림원, 1994.

김상용 “계약체결상의 과실책임에 관한 비교고찰”, 법조 559호, 2003.

김상중, “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 민사법학, 2005.

김용호, “계약체결상의 과실책임”, 단국대학교 법학논집 27집, 2003,

김준호, “독일의 계약체결상 과실제도의 우리 민법학에의 수용 요부”, 사법의 제문제,( 김홍규박사 화갑기념논문집), 삼영사, 1992.

김준호, “계약체결상 과실론과 그에 대한 비판- 제535조를 중심으로” 고시계 1993.9.

김준호, “독일의 계약체결상 과실제도”, 매지논집 제9집, 1998.

김행남, “계약체결상의 과실”, 사회과학연구 논문집 10집, 한남대학교, 2000

남윤봉, “계약체결상의 과실”, 법학논집 12집, 한양대학교 법학연구소, 1995.

박영복, “계약체결전단계의 범규범화”, 외법논집 10집, 외국어대학교 법학연구소, 2001.8.

박영복, “「계약교섭과 교섭자의 책임」에 대한 미국법상의 논의”, 외법논집 12집, 외국어대학교 법학연구소, 2002.

서광민, “계약체결의 준비단계에서 발생한 사고에 대한 책임”, 고시연구, 1995.7.

서민, “계약체결상 과실책임의 체계와 범위”, 채권법에 있어서의 자유와 책임, 김형배교수화갑기념논문집, 1994.

서민, “계약체결상의 과실에 관한 연구”, 사법행정, 1994.10.

서춘식, “계약체결상 과실책임의 적용범리에 관한 연구”, 조선대학교 법학논집.1996.

양창수, “계약체결상의 과실” 고시계, 1986.1.

윤용석, 서독 불법행위법상의 이른바 Verkehrspflicht에 관하여, 재산법 연구 제2권 1호, 1985.

이영준, “계약체결상의 과실책임의 법적성질에 관한 연구”, 법사상과 민사법, 국민서관, 1979.

이은영, 원시적 불능과 계약체결상 과실책임, 외법논집 제7집, 1999.12.

이충훈, 계약체결상의 과실책임, 인천법학논집, 2002

정기웅, “계약체결상 과실책임”, 경찰대학교 논문집 제20호, 2000.

전병익외 3인, 계약체결상 과실책임의 비교법적 연구, 재산법 연구 제8권 제1호, 1991.

조종현, 계약체결상의 과실책임, 현대민법학의 제문제(김증환박사화갑기념 논문집), 박영사, 1981.

최홍섭, “계약준비단계와 민법”-계약전 행태에 관한 민법상 유형화 추세- 한국사법학의 현대적 전개, (연람배경숙교수화갑기념논문집), 박영사, 1981.

최홍섭, 원시적 불능론과 민법 제535조, 재산법연구 9권, 1992.

최홍섭, “우리 법에서 「계약체결상의 과실」 책임의 문제점과 재구성”, 민사법학, 11·12, 1995.

최홍섭, 학설이 인정하는 소위 「규정의의 계약체결상의 과실」에 대한 판례의 태도, 민사법학 13·14호, 1996.4.

### (3) 學位論文

공순진, 계약체결상의 과실책임의 유형적 연구, 박사학위논문, 부산대학교, 1990.

박인환, 계약체결과정에 있어서의 정보제공의무, 박사학위논문, 서울대학교, 2004.

윤형렬, 계약체결상 과실책임의 체계에 관한 연구. 박사학위논문, 연세대학교, 1997.

전하은, 계약체결상 과실책임에 관한 연구, 석사학위논문, 서울대학교, 1985.

조종현, 계약체결상 과실책임에 관한 연구, 박사학위논문, 조선대학교, 1979.

## 2. 外國文獻

Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Bd., 4, 1861.

E.Allen Farnsworth, Farnsworth on Contracts, 2nd Ed. 1998.

未引嚴太郎, “一雙務契約と履行不能”法學協會雜誌 第34卷 第4號,1906.

我妻榮, 債權各論(上), 東京, 岩波書店, 1978.

松坂佐一, 契約の成立と責任, 一粒社, 1988.

北川善太郎, “契約締結上の過失論”, 契約責任の研究, 有斐閣, 1991.

本田純一, -契約締結上の過失-にいて, 現代契約法大系 第1巻, 有斐閣, 1983.

# ABSTRACT

## A Study of Liability of Culpa in Contrahendo

**Ryu, Yeon Wook**  
**The Department of Law**  
**Sungshin Women's University**  
**Graduate School**

This Paper is an attempt to discuss legal nature and type of the Liability of Culpa in contrahendo which regulates preparatory activities for making a contract.

Liability of culpa in contrahendo means that a person who commits a negligence in the process of making a contract is liable for compensation for damages the other party suffers.

The doctrine of culpa in contrahendo goes back to a famous article by Jhering, published in 1861, entitled "Culpa in Contrahendo, oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen". In Jhering's view the German common law of his day, the so called German Recht, was seriously defective in not paying sufficient attention to the needs of minds requirement. Many instances where party by act of diligence had prevented the consummation of valid contract

persuade Jhering to raise in a systematic fashion the question whether the blameworthy party should not be held liable to the innocent party who had suffered damages relying on the validity of contract his answer was affirmative.

The provision of article 306 of former German civil laws adopted that the objective, initial impossibility is invalid and through the reverse interpretation, the article 307 gras the point that the subjective, existing impossibility is valid. In the mean time, on the base of article 306, Korean civil laws have the provision of article 535 on the subject of "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen."

By this article, if the contract is affirmatively impossible to realize initially, despite the parties contract's agreement, the contract could not bring any legal effect.

At these reasons, this theory had been criticized by the scholar. who study comparative law and most of parties agree that it is wrong nowadays.

So this paper make relation to theory of culpa in contrahendo, and investigated the peculiarity of contention.

In my opinion, The legal nature of the culpa in contrahendo is legal liability that is based on individual nature. Consideration to the liability of culpa in contrahendo in Korean civil law should be understood legal

liability neither a contra liability nor a liability for torts.

I think that the theory has to be reconsidered and hope the provision of article 535 of Korean civil laws has to be revised.