

계약체결상의 과실책임에 관한 연구

김 상 찬 (Kim, Sang-chan) *

(E-mail : schkim@jejunu.ac.kr)

이 충 은 (Lee, Choong-eun)**

(E-mail : casper1127@jejunu.ac.kr)

논문접수일 : 2008년 7월 15일

논문심사일 : 2008년 8월 6일

게재확정일 : 2008년 8월 17일

* 학위취득대학 : 건국대학교

현직: 제주대학교 법학전문대학원 교수

** 학위취득대학 : 제주대학교

현직: 제주대학교 법과정 책연구소 전임연구원

계약체결상의 과실책임에 관한 연구

<국문요약>

계약체결상의 과실책임이라 함은 계약체결을 위한 당사자간의 접촉개시 시부터 계약체결 시까지 계약을 성립하기 위한 협의과정에서 계약당사자 일방의 과실로 인하여 상대방이 손해를 입게 된 경우 그 손해의 배상을 인정하는 것을 말한다. 우리 민법은 제535조에서 계약체결상의 과실이라는 표제를 사용함으로써 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하고 있다. 계약체결상의 과실책임은 독일 민법에서 인정되어 온 제도로써, 독일 민법은 우리 민법과 달리 계약책임과 불법행위 책임에 관한 일반규정이 없어 계약체결상의 과실책임을 인정할 실익이 있었다. 반면 우리 민법은 계약책임과 불법행위 책임에 관한 일반규정이 있어 계약체결상의 과실책임을 인정할 실익이 없는데도 불구하고 독일 민법을 그대로 받아들임으로써 많은 비판을 받고 있다. 이처럼 민법 제535조는 제정 당시부터 인정실익에 관한 논란이 있었고, 최근에는 계약체결상의 과실책임을 독자적인 책임유형으로 인정할 수 있는지에 관한 문제가 제기되기도 한다. 특히 독일에서는 우리나라와 달리 학설과 판례에서 ①계약체결의 준비단계에서의 계약체결상의 과실책임, ②계약이 유효한 경우의 계약체결상의 과실책임, ③계약이 체결되었으나 그 계약이 무효이거나 또는 취소된 경우의 계약체결상의 과실책임에 대해서까지 인정하고 있다. 이에 독일의 민법을 그대로 받아들인 우리 민법의 경우에도 위의 유형에 대해 확대해석하여 유추 적용할 수 있는지가 문제된다. 그러나 우리 민법 제535조는 위의 유형에 대해 계약체결상의 과실책임 범리가 아닌 채무불이행 책임 내지 불법행위책임으로 해결하고 있다. 따라서 민법 제535조는 존재의 의미를 잃은 규정으로 삭제되어야 함이 마땅할 것이다.

[주제어] 계약체결상의 과실책임, 계약책임, 채무불이행 책임, 불법행위책임, 원시적 불능론, 민법 제535조

I. 머리말

우리 민법은 제535조에서 ‘계약체결상의 과실책임’이라는 표제하에 “①목적의 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. ②전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.”고 규정한다. 이는 당초 민법초안에도 없던 것이 추가된 신설조문으로 계약의 내용이 원시적 불능인 경우 신의칙을 이유로 손해배상의무를 부담하는 것은 당연한 것인데, 불법행위 요건을 갖추지 못해 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 없는 경우에 계약상의 책임을 인정하여 그 증명책임 및 이행보조자의 책임을 무겁게 지는 것이 적절하다는 이유에서 신설되었다(오시영 2006, 1308 참조). 그러나 우리 민법에서 계약체결상의 과실책임은 제정 당시부터 이를 인정할 실익이 있는가에 관한 논의가 있었고, 특히 최근에는 계약체결상의 과실책임을 독자적인 책임유형으로 인정할 수 있는가에 관해 문제가 제기되고 있다(이충훈 2007, 2). 계약체결상의 과실책임은 독일민법에서의 규정을 우리민법이 받아들인 규정이다. 그러나 독일민법은 우리 민법과 달리 계약책임, 불법행위 책임에 관한 일반적인 규정(민법 제390조, 제750조)을 두고 있지 않다. 독일민법은 이러한 규정이 없음으로 인해 피해구제의 공백이 생기게 되었고, 이러한 피해자 구제의 공백을 메우기 위해 주장되었던 것이다. 다시 말해 독일민법과 우리민법 간의 명백한 차이가 있음에도 불구하고 이를 그대로 받아들인 것은 매우 불합리하다. 이러한 이유에서 우리 민법 체계상 불필요한 제도라는 견해가 강력하게 제기되기도 하였다(김대정 1999, 85 이하).

따라서 본 논문은 우리 민법상 계약체결상의 과실책임의 법적성질의 해석론을 살펴보고, 독일을 중심으로 한 주요 국가의 입법례를 살

펴봄으로써 과연 계약체결상의 과실책임을 인정할 실익이 있는지를 살펴보려 한다.

II. 주요국가의 입법례

1. 독일

독일민법에서는 하자 있는 물건을 급부한 매도인은 그에 관하여 사기적 악의가 있거나 보증위반의 경우가 아니면 손해배상의무를 부담하지 않는다(독일민법 제463조). 따라서 매도인이 부수의무 또는 주의의무를 위반하여 하자있는 물건을 급부한 경우에 손해배상책임을 부담시키기 위한 별도의 이론이 보충적으로 전개되어 왔다. 그 중 하나는 1902년에 독일의 변호사 Hermann Staub에 의하여 제창된 적극계약침해론(positive Vertragsverletzung: pVV)¹⁾이고, 다른 하나는 1861년에 Rudolf von Jhering에 의하여 제창되어 온 계약체결상의 과실책임(culpa in contrahendo: cic)²⁾이다(김상찬 2006, 42). 이처럼 독일에서는 일찍부터 학설에 의하여 계약체결상의 과실책임을 인정되었고, 이 학설은 판례로부터 받아들여졌으며, 관습법으로까지 발전하게 이르렀다. 그러던 중 2002년 채권법 개정 시에 제정법으로 규율하여 명문 규정을 두게 되었다. 그러나, 독일민법은 계약체결 전 단계에서 당사자 사이에 어느 시점에 양자간의 보호의무를 중심으로 하는 배려의무가 발생하는가에 관해서만 규정되어 있을 뿐이다. 배려의무의 주된 내용은 쌍방 상호간의 보호의무 및 충실의무라며,³⁾ 이러한

1) Hermann Staub, Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in der Festschrift für den 26. deutschen Juristentag, 1902.

2) Rudolf von Jhering, culpa in contrahendo-Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen mit einem Nachwort von Eike Schmidt, 1969.

배려의무 위반으로 인한 손해배상책임을 계약체결상의 과실책임이라 한다. 특히 독일 민법 제311조 제2항에서는 계약체결상의 과실책임을 발생사유를 규정하고 있다. 즉, 협의의 착수 및 일방이 어떤 법률행위 적인 관계와 관련하여 상대방에게 그의 권리, 법익 및 이익을 침해할 가능성을 제공하거나 믿게 하는 계약을 향한 행위의 개시, 그리고 이와 유사한 업무상의 접촉에 의해 양자간에 배려의무가 발생하고 일방의 과실있는 배려의무의 위반으로 상대방이 손해를 입으면 계약체결상의 과실책임을 발생하는 것으로 규정하고 있다(김상용 2003, 14-15). 이와 같이 입법적으로 규정되지 않은 사항에 대해서는 여전히 학설과 판례에 의해서 규율된다고 할 것이다.⁴⁾

2. 일본

일본은 계약체결상 과실책임에 관한 규정은 없었지만, 독일의 학설을 받아들여 일반적인 해석론으로 계약체결상의 과실책임을 인정하여 왔다. 처음에는 계약체결상의 과실책임을 인정할 실익이 있는가에 대해 소극적인 태도를 보였으나, 점차적으로 위법성이 있는 경우에만 불법행위로 인한 계약체결상의 과실책임을 인정하게 되었다. 즉, 계약체결상의 과실책임은 충분히 불법행위의 규정에서 구제할 수 있다고 하는 것이다. 이는 명문규정이 없다는 하나의 사실만 가지고 계약상의 과실책임을 부정하는 것은 정당한 법률해석이라고 할 수 없고, 따

3) Kommentar zum §311 BGB, in: Schuldrecht: Erläuterung der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht(Anwalkkommentar), hrsg. von Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Manfred Lepa, Gerhard Ring(Deutscher Anwaltverlag, 2001), Rn. 23.

4) Horst Ehemann, Holger Sutsch, Thomas Finkenauer, Wolfgang Hau, *Modernisiertes Schuldrecht*, 2001, S. 152 ; Peter Huber, Florian Faust, *Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht*, 2001, S. 70.

라서 과실 있는 당사자에 계약의 불성립, 무효에 의한 신뢰이익의 배상을 하여야 한다는 것이다(未引嚴太郎 1996, 47). 그 후 학설은 계약책임설로 발전하였다. 즉, 계약체결상의 과실책임은 계약책임이고 그 법적효과는 신뢰이익의 배상이라는 것이다. 이는 원시적 불능에 대해 사실상 계약에 의해 결합된 관계는 아무런 특별관계가 없는 자의 책임 이외의 책임이 신의칙의 요소라고 하여 계약책임을 구성하고, 또한 원시적 불능에서 과실있는 당사자는 선의·무과실의 상대방에게 신의칙을 이유로 한 계약상의 책임으로서 신뢰이익의 배상을 부담하고 이 책임은 이행보조자의 책임 등에 대해서도 일반 불법행위보다 중한 책임을 부과하는 것이 적절하다고 판단한 것이다(我妻榮 1978, 38-40). 그러나 독일의 경우처럼 담보법이나 불법행위법과 같은 구조적 문제점⁵⁾이 없어 활발한 논의는 이루어지지 않았다(최낙균 2005, 214). 최근에서야 방문판매와 같은 소비자 거래의 영역에서 전문지식이나 정보량이 적은 소비자가 거래에 익숙한 세일즈맨의 위법한 상담으로 인해 불필요한 물품을 구입하는 경우 등 거래에 경험이 부족한 소비자를 보호해야 할 필요성에 따라 이 부분에 있어서 계약체결상의 과실책임론이 인정되어 왔다. 일본은 계약체결상의 과실책임을 적용범위를 원시적 불능에 의한 계약의 불성립·무효의 경우뿐만 아니라 계약이 유효하게 성립한 경우, 준비교섭에만 그친 경우, 준비 교섭에서 상대방의 신체 재산을 해한 경우에까지 확장하고 있다. 그러나 공서양속위반, 사기, 강박, 착오, 무능력에 대한 무효·취소의 원인만 규정되어 있을 뿐 계약체결상의 과실책임에 관한 명문규정은 없다.⁶⁾

5) 독일의 하자담보법은 보증 또는 하자의 약의 목시의 경우에만 손해배상을 규정하고(독일민법 제463조) 독일 불법행위법 제823조는 열거된 절대권침해의 경우에만 손해배상을 인정하기 때문에 포괄적이 아닌 단편적인 경우만으로 규정하여 구조적인 문제점을 가지고 있었다. 따라서 독일에서는 이를 보완하기 위하여 계약체결상의 과실이론이 학설과 판례에 의하여 발전하게 된 것이다.

6) 다만, 무권대리인의 손해배상책임에 대해서는 명문규정이 있다(최낙균 2005, 214-215 참조).

3. 프랑스⁷⁾

프랑스 민법은 독일과는 달리 불법행위에 관한 일반조항(프랑스민법 제1384조 제1항)⁸⁾을 두고 있으며 착오자의 손해배상 책임과 이행 보조자의 불법행위에 관한 사용자의 면책규정을 두고 있지 않으므로 계약체결상의 과실책임을 인정할 실익이 없어 이를 인정하지 않는다.⁹⁾ 따라서 계약이 무효가 되거나 사기·사술을 사용하든가 호의동승에 의한 의사표시의 합치에도 계약체결상의 과실을 인정하지 않는다.¹⁰⁾ 청약자가 의사표시를 철회함으로써 발생하는 상대방의 신뢰의 침해에 대해서는 불법행위를 이유로 하는 손해배상의무가 발생한다는 것이었으나 최근에는 불법행위책임을 인정하는 견해가 후퇴하고 있다.¹¹⁾ 그러나 타인의 물건의 매매(프랑스 민법 제1599조)에 있어서 매수인이 사정을 몰랐을 경우에는 매도인이 불법행위로 인한 손해배상의무가 있다고 하는 것이 통설이었으나, 최근에는 이와 같은 책임은 계약적 성질을 가진 것이라고 보는 견해가 있다(김형배 1993, 8; 최낙균 2005, 215).

III. 법적성질 및 유형별 검토

7) 이하에서는 주로 최낙균 2005, 215 참조.

8) 누구든지 자기의 행위에 의하여 발생한 손해뿐만 아니라 그 책임 하에 있는 자의 행위 또는 그 보관물에 의하여 생긴 손해에 대하여 책임이 있다.

9) Hübner/Constantinesco, *Einführung in des französische Recht*, 2. Aufl 1988, S. 128 ; Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, Bd. 1/1, S. 45 3ff.

10) Anes/Malaurie는 Jhering의 계약체결상의 과실론은 인위적이라 비판한다(Anes/Malaurie, *cours de droit civil les obligations* 2 ed, 1990 N 875.).

11) Hübner/Constantinesco, a. a O., S. 128.

1. 법적성질

계약체결상의 과실책임은 계약체결을 위한 준비과정, 계약의 성립 과정에서 당사자 일방이 유책적으로 상대방에게 손해를 발생시킨 경우에 이를 배상하여야 하는 제도이다. 계약체결과정상의 당사자간에는 계약관계가 존재하지는 않지만, 상호보호와 주의의무를 내용으로 하는 계약유사적 관계가 존재한다(김상용 2003, 24). 따라서 계약체결상의 과실책임을 계약책임에 속하는 것으로 볼 수도 있고, 불법행위 책임에 속한다고 볼 수도 있을 것이다. 이에 관해 우리 학설은 계약책임으로 보는 견해, 불법행위책임으로 보는 견해, 계약책임도 불법행위책임도 아닌 제3자의 책임으로 보는 견해로 나누어진다.

1) 계약책임설

계약책임설은 계약상의 의무는 주된 이행의무 외에도 계약체결시 신의칙상의 여러 의무를 포함하고, 이에 대한 위반은 계약체결상의 책임을 구성한다고 하는 견해이다(곽윤직 대표집필 1997, 272). 이 견해에 의하면 민법 제2조의 신의칙상 여러 의무에는 주의의무, 보호의무, 성실의무 등을 포함하고, 이는 계약을 체결하기 위한 준비단계에서 뿐만 아니라 계약의 성립과정에서도 존재할 수 있다고 한다(김용호 2003, 238). 특히 오늘날의 계약에 있어서 계약상의 의무는 주된 이행의무에 그치는 것이 아니라, 신의칙상의 모든 의무를 포함하고, 이러한 의무는 계약의 성립과정에서 이미 존재하고 있다. 이처럼 계약체결 이후에는 계약의 목적을 달성하기 위한 당사자간의 협력의무 등 여러 가지 부수의무가 발생하고, 계약체결 이전에는 당사자간에 계약관계가 존재하지 않으므로 계약관계로부터의 부수적 의무가 아닌 신의칙에 기한 주의의무 및 보호의무 등이 발생한다. 이러한 계약책임설은 계약상 의무를 주된 의무와 부수적 주의의무로 분리하여

과약하는 기본전제는 타당하나, 불법행위법이 적용되어야 할 사안의 경우, 예를 들면, 계약체결과정에서 상대방의 생명 및 신체 등을 침해한 경우에 대해서도 계약책임을 적용시켜야 한다는 불합리한 결과가 발생한다(김형배 2008, 1161). 또한 계약체결의 전단계에서 여러 가지의 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 하더라도 이는 계약협의행위나 거래관계의 개시 또는 법률행위를 목적으로 하는 사회적 접촉에 의하여 발생하는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 특별한 행위의무로 파악한다. 이는 계약이 성립한 단계에 있어서의 행위의무와 대단히 유사하기는 하지만 그것과는 본질을 달리하는 것이므로 계약이 성립한 후에 있어서의 행위의무가 계약의무라고 하여 계약성립 전단계에 있어서의 행위의무도 계약의무라고 하는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니라고 한다(김용호 2003, 238-239). 즉, 계약체결 전이든 후이든 부수적 의무가 발생한다는 점에서는 동일하지만, 그 발생근거가 다르고, 따라서 그 내용도 반드시 동일하지 아니할 수 있기 때문에 이를 동일하게 취급하는 것은 타당하지 않다(김상용 2003, 25-26).

2) 불법행위책임설

불법행위책임설¹²⁾은 계약을 체결함에 있어서 주의의무는 누구에게나 요구되는 신의칙상의 주의의무로서 이에 위반하여 과실에 의하여 계약을 체결함으로써 상대방에게 손해를 준 자는 일종의 불법행위책임을 진다고 하는 견해이다(김증한·김학동 2006, 61; 박준서 대표집필 1999, 242; 최홍섭 1991, 585).

이 견해에 따르면 독일민법과 달리 우리 민법 제750조는 일반조항으로서 재산상의 침해에 대해서도 불법행위책임이 성립될 수 있고, 사용자책임에 대한 규정을 적용함에 있어서도 판례는 사용자의 면책가능성을 거의 인정하고 있지 않으며, 입증책임에 있어서도 불법행위

12) 독일에서는 Ude, Windmüller, Mommsen 등에 의하여 주장되어 왔다(北川善太郎, 1976, “契約締結上の過失論”, 「契約責任の研究」, 有斐閣, 216-217面).

법상 표현증명 및 간접증명 등을 통해 가해자가 이를 부담하는 경우가 많을 뿐만 아니라, 양 책임의 소멸시효기간이 독일민법과 달리 큰 차이가 없다는 논거를 들고 있다(김대정 1999, 91 이하 참조). 그러나 이 견해는 당사자간에 아무런 인적 관계가 없는 타인간의 관계를 규율하는 순수한 불법행위책임과 아직 계약관계는 형성되지 않았다고 하더라도 계약관계와 유사한 신뢰관계를 발생한 당사자 사이를 규율하는 계약체결상의 과실책임과의 본질적 차이를 경시한 견해라는 비판이 있다(김상용 2003, 25; 윤달원 1997, 170).

3) 법정책임설

이 견해는 계약체결상의 과실책임은 계약체결 전 단계에 있어서의 협의행위나 거래관계의 개시 또는 법률행위를 목적으로 하는 사회적 접촉을 시작한 당사자에게 요구되는 일정한 행위의무(충실의무·보호의무)위반의 효과이며, 그 책임의 법적 성질은 계약책임도 불법행위책임도 아니라 민법 제535조 및 제559조 제1항 단서, 제634조의 유추 적용에 의한 법정책임이라고 한다(이은영 2005, 121). 또한 계약체결상의 과실책임은 계약에 유사한 성질을 가지는 법정책임으로서 고유한 책임이라고 하는 견해도 있다(김형배 2008, 1161). 법정책임설에 의하면 계약체결 전단계에서부터 신의칙상 주의의무는 이미 발생되어 있고, 이는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 특별한 행위의무로 보고 있다. 그러나 계약이 성립한 후에 있어서 당사자 사이에 발생하는 주된 채무 이외의 부수적인 주의의무는 급부의무의 한 부분에 불과하다고 한다. 따라서 그 본질을 달리한다고 볼 수 있다(김용호 2003, 240-241). 그러나 이를 엄격하게 구별할 수 있는지가 문제되고, 계약체결상의 과실책임의 법적성질을 구별하지 않고 단지 이를 통일적으로만 설명함으로써 무리한 결론을 내린다는 비판이 있다(윤달원 1997, 172).

2. 유형별 검토

1) 서설

우리 민법은 제535조에서 계약체결상의 과실이라는 표제를 사용함으로써 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하고 있다. 그러나 독일민법의 규정 또는 독일의 학설 및 판례가 인정하고 있는 다른 유형의 계약체결상의 과실책임에 관한 내용이 우리 민법의 해석상 인정될 수 있는지가 문제된다. 이에 우리 다수설은 독일의 학설과 판례를 그대로 우리 민법의 해석론으로 도입하여 원시적 불능에 의한 신뢰이익의 배상 이외에 ① 계약체결의 준비단계에서의 계약체결상의 과실책임, ② 계약이 유효한 경우의 계약체결상의 과실책임, ③ 계약이 체결되었으나 그 계약이 무효이거나 또는 취소된 경우의 계약체결상의 과실책임으로 나누어, 이 경우 위 세 가지의 계약체결상의 과실책임 모두를 인정해야 한다는 견해와 세 가지 모두 인정할 수는 없지만 적어도 계약체결상의 과실책임을 인정하여야 한다는 견해의 대립이 있다. 이하에서는 계약체결상의 과실책임의 인정여부를 각 유형별로 살펴보려 한다.

2) 계약체결의 준비단계

계약체결을 위한 교섭에 착수하면 그 때부터 당사자간에는 신뢰관계가 성립된다. 즉, 계약체결을 위해 양 당사자간에 서로 협력하여야 할 의무와 이로 인해 상대방에게 손해를 입혀서는 안 될 의무, 상대방의 의사결정에 있어서 중요한 사실의 통지의무 등 신의칙상의 의무를 부담하게 된다. 특히 계약체결을 위한 준비단계에서는 계약체결을 위한 준비단계에서 권리침해를 입은 경우와 계약교섭중에 부당한 파기가 있을 경우로 나누어 어떻게 해결할 것인지가 문제된다(류연욱 2005, 53).

(가) 계약체결 준비단계에서 권리침해를 입은 경우

계약체결의 준비단계에서 상대방에게 생명·신체·재산권 등의 계약 외적의 법익을 침해 당한 경우 피해자가 가해 상대방에게 계약체결상의 과실책임을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 보는 것이 다수설이다(김상용 2003, 37; 김주수 1997, 93 등). 즉, 독일민법의 해석론을 그대로 받아들여 채무자는 계약상의 의무로서 상대방의 신체나 재산을 침해하지 않을 이른바, 보호의무가 발생하게 되고, 이 보호의무는 계약체결의 준비단계까지도 확대되어 피해자는 가해자에 대하여 계약상의 책임을 물을 수 있다는 것이다(이충훈 2007, 5). 이에 대해 계약체결상의 과실책임을 아닌 불법행위책임을 일종으로 파악해야 한다는 견해가 유력하게 제기되고 있다(김중환·김학동 2006, 61; 김형배 2008, 1162). 우리 민법은 독일민법과 달리 불법행위의 성립에 관하여 포괄적인 일반조항을 가지고 있으므로 계약준비단계에서 상대방에게 생명·신체·재산권 등의 계약 외적의 법익을 침해당한 경우 당연히 불법행위가 성립될 수 있기 때문에 그 본질을 불법행위책임으로 파악하는 것이 타당하다 할 것이다.

(나) 계약교섭의 부당한 중도파기의 경우

우리나라의 학설은 계약자유 원칙상 계약의 교섭은 언제든지 중단될 수 있는 것이고, 이러한 경우 체결의 전단계에서 계약의 성립을 기대하고 비용을 지출하였다 하더라도 자기의 위험부담 하에서 비용을 부담하는 것이 원칙이라며 계약교섭중에 중도파기로 인한 손해배상은 인정할 수 없다는 견해(김주수 1997, 94)와 상대방이 계약체결을 신뢰할 합리적인 사정이 인정되는 경우에는 그 신뢰이익에 대한 손해는 배상되어야 한다는 견해¹³⁾가 대립한다. 계약교섭중의 부당한 파

13) 일방이 계약교섭을 부당하게 파기하였다 하더라도, 상대방은 계약체결 자체를 청구할 수는 없고 계약성립을 신뢰하고 지출한 비용의 배상을 계약체결상의 과실책임으로 배상을 청구할 수 있을 뿐이라고 한다(김상용 2003, 33).

기에 관한 과실책임을 인정하는 것이 다수설이다(곽윤직 2003, 55). 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 계약책임으로 이해하는 것이 바람직하다는 것이다. 이에 대해 소수설은 민법 제750조에 의한 불법행위에 해당된다고 볼 수 있으므로 민법 제535조의 책임을 인정할 필요가 없다는 입장이다. 즉, 일정한 단계의 정당한 신뢰에 대한 배반은 민법 제750조가 정하는 위법성에 해당한다고 보아, 이 경우 위법성을 확대 해석하여 보호범규에 직접 위반되지 않더라도 사회적으로 허용되지 않는 행위도 포함된다고 한다면 자신의 형태에 의하여 야기된 신뢰를 정당한 이유 없이 배반하는 것이 되어 민법 제750조의 책임이 성립된다고 하는 것이다(김용호 2003, 249). 판례 14)는 “어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다”고 판시하여 불법행위책임을 묻고 있다.

계약교섭의 부당파기의 경우 발생하는 손해는 재산적 손해이다. 독일과 달리 우리 민법은 재산적 손해에 대해서도 불법행위가 성립할 수 있다. 따라서 계약자유원칙상 계약체결의 자유는 보장되어야 하므로 계약교섭의 파기에 대해 판례와 마찬가지로 불법행위 책임을 묻는 것이 타당하다 할 것이다.

14) 대법원 2001.6.15. 선고 99다40418 판결; 동지 대법원 2006.9.8. 선고 2004다18859 판결; 대법원 2004.5.28. 선고 2002다32301 판결; 대법원 2003.4.11. 선고 2001다53059 판결 등.

3) 계약이 무효 또는 취소된 경우

우리 민법 제535조는 원시적 불능을 목적으로 하는 계약을 체결한 경우 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 자에게 신뢰이익의 배상을 규정하고 있다. 다만, 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 배상책임이 면제된다고 한다. 이는 원시적 불능에 대한 독일민법을 그대로 받아들인 규정이다. 그러나 우리나라 다수설은 원시적 불능 이외에도 무능력을 이유로 취소한 경우, 강행법규를 위반한 경우, 착오로 인하여 의사표시를 취소한 경우 등의 경우에도 민법 제535조가 인정된다고 한다.

(가) 무능력을 이유로 취소한 경우

민법상 행위무능력자가 법정대리인의 동의 없이 단독으로 법률행위를 한 경우 그 법률행위를 취소할 수 있다. 이 경우 상대방은 무능력자를 상대로 민법 제535조를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해 행위무능력자제도는 무능력자를 보호하기 위한 제도이므로 행위무능력자에게 손해배상책임을 부과하는 것은 행위무능력자 보호 취지에 반하므로 부정하여야 한다고 한다. 특히 처분이 허락된 재산과 허락된 영업에 대해 성년자와 동일한 능력을 인정하고, 상대방에게 최고권, 철회권, 거절권을 부여하는 한편, 무능력자가 사술을 쓴 경우 그 취소권을 박탈함으로써 무능력자와 거래한 상대방을 보호하고 있기 때문에 손해배상을 인정할 실익이 없다. 문제는 일시적인 심신상실자 또는 금치산선고를 받지 않은 정신병자의 경우에 법률행위 당시 의사무능력 상태였음을 증명하면 그 법률행위가 무효로 되기 때문에 그 상대방을 어떻게 보호할 것인가가 문제된다(오시영 2006, 1317). 이 경우 계약체결상의 과실책임을 부과하여 신뢰이익의 배상을 부과해야 한다는 견해(곽윤직 2003, 68)가 있지만, 책임무능력자인 의사무능력자에게 손해배상책임을 부과하는 것은 부당하고, 무능력자의 보호제도가 강행규정임에 비추어 이는 타당하지 않다.

(나) 강행법규 위반이 있는 경우

독일 구민법 제309조는 “계약이 법률상의 금지에 위반하는 경우에는 제307조, 제308조의 규정을 준용한다”고 규정하여 계약이 강행규정에 위반하여 무효인 경우에도 고의·과실로 무효인 계약을 체결한 자에게 신뢰이익의 배상의무를 부과하였다. 이러한 명문규정이 없는 우리민법에서도 강행법규에 위반하여 무효인 경우에 있어서 민법 제535조를 유추적용하여 그와 같이 고의·과실로 무효인 계약을 체결한 자는 선의·무과실의 상대방에 대하여 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다고 하는 견해(김상용 2003, 34-35)가 있다.¹⁵⁾ 이 견해는 강행법규 위반의 계약은 그 이행이 법적으로 금지되어 있기 때문에 목적이 불능인 원시적 불능의 한 사례라고 인정될 수 있으므로 민법 제535조를 적용하거나 유추적용하여 계약체결상의 과실책임을 부과하는 것이 타당하다고 주장한다(이은영 2005, 125). 반면, 강행법규를 위반하여 체결된 계약에 있어서는 상대방의 신뢰를 보호할 필요가 없다고 하는 것이 입법취지에 부합하는 해석이라고 보는 견해(김대정 1999, 100)가 있다.

이 견해는 상대방의 신뢰이익을 보호할 필요가 있는 경우라 할지라도 강행법규 위반의 계약체결이 불법행위를 구성하는 경우에 한하여 손해배상책임을 인정하는 것이 타당하다고 한다. 이에 판례¹⁶⁾는 “증권회사의 임직원이 강행규정에 위반된 이익보장으로 투자를 권유하였으나 투자결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임을 성립되기 위하여는, 이익보장 여부에 대한 적극적 기망행위의 존재까지 요구되는 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 수반되

15) 단, 일방당사자에게는 고의·과실이 있고 상대방은 선의·무과실임을 전제로 한다고 한다(류연욱 2005, 67).

16) 대법원 1994.1.11. 선고 93다26205 판결.

는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자 상황에 비추어 과도한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여, 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우라야 한다”고 판시하여 일단 계약체결상의 과실책임이 아닌 불법행위책임으로 이론구성을 하고 있다. 그 후에도 대법원은 강행법규에 위반한 경우 불법행위에 기한 손해배상청구권이 가능하다고 판시¹⁷⁾하고 있다.

독일에서 이 유형에 대하여 계약체결상의 과실책임을 인정한 이유는 구민법 제309조의 규정 때문이었다. 그러나 동 규정은 이미 삭제되었다. 따라서 이는 더 이상 근거규정이 될 수 없다. 뿐만 아니라 원시적 불능의 경우도 계약은 유효라고 보는 것이 타당하므로, 계약체결상의 과실책임으로 다루는 것은 타당하지 않다고 할 것이다(이충훈 2007, 20-21).

(다) 착오로 인하여 의사표시를 취소한 경우

허위표시는 계약당사자가 통정한 것이기 때문에 상대방을 보호할 필요가 없고 계약당사자부터 손해배상책임도 없다. 이 경우 무효는 선의의 제3자에게도 대항 할 수 없기 때문에 제3자와의 문제도 발생하지 않는다. 그러나 문제는 착오로 인하여 계약을 취소한 경우이다.

독일 민법 제122조는 착오를 이유로 의사표시를 취소한 표의자는 상대방에 대하여 신뢰이익을 배상하여야 한다고 규정한다. 반면, 우리나라는 이에 대한 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 다수설(곽윤직 2003, 68; 김증한·김학동 2006, 60; 이은영 2005, 125)은 계약체결상의 과실책임이 발생할 수 있으며, 민법 제535조를 유추적용하

17) 대법원 2006.6.29. 선고 2005다49799 판결; 대법원 2003.1.10. 선고 2000다50312 판결; 대법원 2001.10.12. 선고 2000다28537·28544 판결; 대법원 1999.12.24. 선고 99다44588 판결; 대법원 1999.6.11. 선고 97다58477 판결; 대법원 1996.8.23. 선고 94다38199 판결; 대법원 1994.1.28. 선고 93다49703 판결.

172 『인문사회과학연구』 제24집

여 표의자에게 신뢰이익의 배상의무가 있다고 한다. 이에 대해 우리 민법 제109조는 독일 민법 제122조와 같이 신뢰이익의 배상의무 규정을 두고 있지 않고, 단지, 착오로 인한 의사표시의 취소가능성만을 규정하고 있으므로 신뢰이익의 배상의무를 부과하는 것은 타당하지 않는다는 주장이 있다(김대정 1999, 101; 김준호 2006, 267). 또한 입법론적으로는 가능하지만 해석론으로는 인정하기 어렵다는 견해도 있다(박준서 대표집필 1999, 233). 이 반대견해의 경우는 불법행위책임에 의하여 보호되어야 한다고 한다. 생각건대, 착오를 이유로 취소한 경우에는 계약체결상의 과실책임이 적용될 것이 아니라, 다만, 표의자의 행위가 불법행위에 해당하는 경우에 한해서 불법행위책임으로 이 론구성하는 것이 타당하다 할 것이다.

4) 계약이 유효한 경우

다수설은 계약이 유효하게 성립한 경우에도 계약체결상의 과실책임이 인정될 수 있다고 한다. 즉, 계약이 유효하게 성립한 경우에도 계약교섭시에 당사자 일방이 상대방의 의사결정이 중요하다고 인정되는 사정에 관하여 적시에 정확한 설명을 하여야 할 신의칙상의 통지의무가 존재하고, 이러한 통지의무를 위반하여 상대방이 불리한 계약을 체결하게 되어 손해를 입게 되었다면 계약체결상의 과실책임을 부과해야 한다는 것이다(곽윤직 2003, 66; 김주수 1997, 93). 다만 상대방의 의사결정에 중요한 의미가 있는 경우가 아닌 사소한 설명의 무 위반이 있는 경우에는 계약체결상의 과실책임이 문제되지 않고, 약의의 경우에는 민법 제110조에 의해 취소할 수 있으므로 계약체결상의 과실책임은 '과실에 의한 설명의무위반'의 경우에 한정된다고 한다(박준서 대표집필 1999, 234). 이와 같이 다수설은 계약체결을 위한 준비단계에서부터 당사자들은 설명의무나 통지의무를 지며, 이러한 의무는 계약체결과정에서 지는 의무이므로 이를 위반한 책임은 계약체결상의 과실책임이 된다고 한다. 그러나 설명의무나 통지의무는 비록 계약체결과정에서 생기는 하지만 이를 완전한 급부의 실현을

위하여 부과되는 의무로 파악하는 것이 타당하다 할 것이다(김중환·김학동 2006, 62). 따라서 계약체결상의 과실책임에 따른 신뢰이익의 배상을 인정하기 보다는 계약이 유효하지만 채무불이행책임을 인정하여 이행이익의 배상을 인정하는 것이 타당하다 할 것이다(이충훈 2007, 18).

IV. 계약체결상의 과실책임의 비판론

1. 서설

민법 제535조의 규정은 목적이 원시적으로 불능인 계약을 체결한 경우에 있어서 그 계약의 유효를 믿은 상대방이 입은 손해에 대하여 배상을 하도록 규정한다. 이 규정은 문언상 세 가지의 의미를 이끌어 낼 수 있다. 첫째는 계약책임도 불법행위책임도 아닌 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하고 있다는 점이고, 둘째는 계약의 목적이 원시적 불능인 경우에 그 계약이 무효가 된다는 점을 명문으로 규정하였다는 점이며, 셋째는 계약이 무효인 경우에 있어서 손해배상을 청구할 수 있는데, 이 경우 신뢰이익의 손해를 배상할 수 있다고 규정하여 명문으로 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해를 구별하고 있다는 점이다(김준호 1993, 104-105). 다수설은 민법 제535조의 존재를 그대로 긍정한다. 다시 말해 위에서 도출된 세 가지 의미를 인정하고, 그 법적 근거로써 민법 제535조를 들고 있다는 것이다. 또한 다수설은 민법 제535조의 목적이 불능인 계약을 체결한 경우에만 그 대상으로 해야 함에도 불구하고, 계약체결상의 과실책임을 확대해석하고 있다.

이하에서는 계약체결상의 과실책임과 관련한 다수설의 견해에 대한 비판론을 검토하려 한다.

2. 원시적 불능론에 대한 비판

민법 제535조는 원시적 불능과 후발적 불능의 구별을 전제로 양자 간의 다른 법률효과를 인정하고 있다. 즉, 법률행위의 성립 당시 이미 그 목적이 불능인 것을 원시적 불능이라 하고, 법률행위 성립 후 그 이행 전에 불능으로 된 것을 후발적 불능이라고 하며, 원시적 불능의 경우에는 무효로, 후발적 불능의 경우에는 무효는 아니지만 채무자에게 귀책사유가 있는 경우에는 이행불능이 되어 손해배상책임 내지 계약해제를 할 수 있다고 한다. 특히 다수설은 원시적 불능과 관련하여 민법 제535조를 당연한 것으로 받아들이고 있다. 이에 대해 구 독일민법의 경우에는 원시적 불능에 대한 명문규정이 존재하였으나, 우리 민법은 이러한 명문규정이 없었고 따라서 원시적 불능을 굳이 후발적 불능과 구별할 실익이 있는지에 대해 비판하는 견해가 있다(최홍섭 1995, 254). 이 비판론에 의하면 목적물 멸실의 우연한 시점에 따라 계약의 유효·무효를 나누고 이에 따른 효과를 달리하는 것은 법·정책상 의문이라고 한다. 예를 들어 갑과 을이 건물에 대해 매매계약을 체결하였다고 가정할 경우, 그 건물이 계약 전에 멸실되면 원시적 불능으로 민법 제535조의 요건을 갖추지 못할 경우 신의의 손해의 배상을 인정하게 될 것이고, 그 건물이 계약체결 후 채무자의 귀책사유로 멸실된 경우에는 후발적 불능으로 이행이익의 손해배상을 인정하게 된다. 이처럼 단지 목적물이 멸실된 시점이 다르다는 이유로 양자를 구별하여 그 효과를 달리하는 것은 부당하다는 것이다. 뿐만 아니라 다수설이 원시적 불능이 당연무효라고 하는 이유는 본래의 급부를 실현하는 것이 불가능하기 때문인데, 이는 후발적 불능의 경우에도 마찬가지라고 한다. 이러한 이유에서 원시적 불능과 후발적 불능을 나눌 실익이 없다고 한다(김준호 1993, 108-109).

3. 민법 제535조의 확대해석에 대한 비판

학설에서 인정하는 계약체결상의 과실책임은 앞서 살펴본 바와 같이 매우 다양하다. 즉, 민법 제535조에서 규정하고 있는 원시적 불능의 경우 이외에도 계약체결의 준비단계, 계약이 무효 또는 취소된 경우, 계약이 유효한 경우에도 민법 제535조를 확대해석하여 이를 유추 적용한다는 것이다. 이는 우리 민법상 계약체결상의 과실책임에 관한 일반규정이 없기 때문에 부득이하게 선택한 방안이라고 생각되어진다(류연욱 2005, 84). 독일의 경우도 민법의 개정을 통하여 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하였다. 이는 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(곽윤직 대표집필 1997, 287). 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하고 있는 것이 세계적인 입법추이임에 비추어 보아도 우리 민법 제535조는 매우 낙후된 규정이라고 할 수 있다(김상용 2003, 42).

V. 맺음말

계약체결상의 과실책임이란 계약체결을 위한 준비과정, 계약의 성립과정에서 당사자 일방이 책임 있는 사유로 상대방에게 손해를 발생시킨 경우에 이를 배상하여야 하는 제도를 말한다. 그 유형으로는 원시적 불능인 경우에 있어서의 과실책임, 계약체결의 준비단계에 있어서의 계약체결상의 과실책임, 계약이 유효한 경우의 계약체결상의 과실책임, 계약이 체결되었으나, 그 후 계약이 무효 또는 취소된 경우에 있어서의 계약체결상의 과실책임으로 나누어진다. 우리 민법은 제 535조에서 원시적불능인 경우의 과실책임만을 규정하여, 이 경우 신

퇴이익의 배상을 청구할 수 있다고 한다. 이는 독일의 이론을 우리나라에 그대로 받아들인 규정이라 할 수 있다. 한편, 독일은 위의 4가지 유형에 대해 민법규정이 있거나, 학설 및 판례가 이를 인정하고 있다. 그러나 우리 민법 제535조는 계약체결의 준비단계에서의 계약체결상의 과실책임, 계약이 유효한 경우의 계약체결상의 과실책임, 계약이 체결되었으나, 그 후 계약이 무효 또는 취소된 경우의 계약체결상의 과실책임의 경우에 대해서는 규정을 하고 있지 않다. 따라서 이러한 유형에 대해서도 민법 제535조를 적용할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해 우리의 학설은 대체로 계약책임으로 해결하려 한다. 그 이유는 독일의 경우 불법행위에 관한 규정이 열거적이고 사용자 책임의 면책범위가 확대되어 있어 불법행위에 기한 손해배상청구를 하는 것이 용이하지 않으므로 계약책임으로 논리 구성을 하려는 경향이 있는데, 우리의 다수설이 이러한 독일의 입장을 그대로 받아들였기 때문이다. 그러나 우리 민법 제750조는 열거적 규정이 아닌, 포괄적으로 규정되어 있고, 사용자책임의 면책범위도 거의 인정되고 있지 않는 점 등을 보았을 때 민법 제750조의 논리구성이 용이하며, 이와 같은 계약체결의 준비단계에서의 과실책임 문제는 계약성립 시 이후의 문제가 아니기 때문에 불법행위적 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 따라서 불법행위적 논리구성이 되는 것이 타당하다 할 것이다. 또한 계약이 무효 또는 취소된 경우 예를 들어, 무능력을 이유로 취소한 경우, 강행법규를 위반한 경우, 착오로 인하여 의사표시를 취소한 경우에 있어서도 민법 제535조가 인정될 수 있다고 한다. 하지만, 무능력자제도는 무능력자를 보호하기 위한 제도이고 이는 강행규정이며, 민법규정으로 무능력자와 거래한 상대방을 보호하고 있으므로 민법 제535조를 인정하는 것은 타당하지 않고, 강행법규 위반의 경우도 민법 제750조가 적용된다는 것이 판례의 태도 18)이고, 계약체결상의 과실책임

18) 대법원 2006.6.29. 선고 2005다49799 판결; 대법원 2003.1.10. 선고 2000다50312 판결; 대법원 2001.10.12. 선고 2000다28537·28544 판결; 대법원 1999.12.24. 선고 99다44588 판결; 대법원 1999.6.11. 선고 97다58477 판

이라는 견해의 근거규정인 독일의 구 민법 제309조는 이미 삭제되었으며, 원시적 불능인 경우도 계약은 유효한 것이라고 보아야 하므로 계약체결상의 과실책임으로 다루는 것은 타당하지 않다. 착오로 인하여 의사표시를 취소한 경우에도 다수설은 계약체결상의 과실책임으로 다루고 있으나, 이 경우도 표의자의 행위가 불법행위에 해당하는 경우에 한해서 불법행위책임으로 이론 구성하는 것이 타당하다 할 것이다. 한편, 계약이 유효한 경우에 있어서는 민법 제390조를 인정하면 될 것이다. 이처럼 각 유형에 대해서 계약체결상의 과실책임 범리가 아닌, 채무불이행 책임 내지 불법행위책임으로 물을 수가 있다. 독일의 경우는 재산적 손해만 발생한 경우에는 불법행위책임이 성립되지 않아, 계약책임으로 이론을 구성할 수밖에 없었지만, 우리 민법은 재산적 손해만 발생한 경우에도 불법행위책임으로 물을 수 있으므로 계약체결상의 과실책임 범리를 수용하는 것은 타당하지 않는다(이충훈 2007, 30). 우리 민법 제535조에서 규정한 원시적 불능의 경우도 후발적 불능과 구별실익이 없음은 앞서 살펴보았다. 따라서 민법 제535조는 존재의미를 잃은 규정으로 보아 조심스럽게 삭제되어야 한다는 견해 19)를 제시하여 본다.

결; 대법원 1996.8.23. 선고 94다38199 판결; 대법원 1994.1.28. 선고 93다49703 판결.

19) 삭제론을 주장하는 학자로는 인하대 최홍섭 교수와 인천대 이충훈 교수가 대표적이다.

< 참고문헌 >

- 곽윤직, 2003, 「채권법각론」, 박영사.
- 곽윤직 대표집필, 1997, 「민법주해Ⅷ 채권(5)」, 박영사.
- 김대정, 1999, “계약체결상의 과실책임”, 「성균관법학」, 제11권 제1호.
- 김상용, 2003, “계약체결상의 과실책임에 관한 비교고찰”, 「법조」, 제52권 제4호.
- 김상찬, 2006, “독일법상 하자있는 물건 급부시 계약체결상의 과실책임”, 「법학연구」, 제21집.
- 김용호, 2003, “계약체결상의 과실책임”, 「법학논총」, 제27집.
- 김주수, 1997, 「채권각론」, 삼영사.
- 김준호, 2006, 「민법강의」, 법문사.
- , 1993, “계약체결상 과실론과 그에 대한 비판”, 「고시계」, 통권 제439호.
- 김중환·김학동, 2006, 「채권각론」, 박영사.
- 김형배, 2008, 「민법학강의」, 신조사.
- , 1993, “계약체결상의 과실책임과 계약관계”, 「법학논총」, 제29집.
- 류연욱, 2005, “계약체결상의 과실책임”, 석사학위논문, 성신여자대학교 대학원.
- 박준서 대표집필, 1999, 「주석민법 채권각칙(Ⅰ)」, 한국사법행정학회.
- 오시영, 2006, 「민법강의」, 학현사.
- 윤달원, 1997, “계약체결상의 과실책임”, 「연세법학연구」, 제4호.
- 이은영, 2005, 「채권각론」, 박영사.
- 이충훈, 2007, “계약체결상의 과실책임의 재검토”, 「비교사법」, 제14권 제4호.
- 최낙균, 2005, “계약체결상의 과실책임에 관한 고찰”, 「대학원논문집」, 제30집.

- 최홍섭, 1991, “계약이전단계에서의 책임과 민법 제535조의 의미”, 「한국민사법학의 현대적 전개」(배경숙교수화갑기념논문집).
- , 1995, “우리 법에서 「계약체결상의 과실」 책임의 문제점과 재구성”, 「민사법학」, 제11호·제12호.
- 我妻榮, 1978, 「債權各論(上)」, 岩波書店.
- 未引嚴太郎, 1996, “雙務契約と履行不能(二)”, 「法學協會雜誌」, 第34卷 第4號.
- 北川善太郎, 1976, “契約締結上の過失論”, 「契約責任の研究」.

A Study on the Liability with a Fault on a Contract

Kim, Sang-chan

(Professor, Law School, Jeju National Univ.)
Lee, Choong-eun

(Researcher at Law and Policy Research Institute of Jeju
National Univ.)

Abstract

Liability based on fault in a contract means to admit compensation for damages in the case of suffering losses to the other party as a result of the contracting party's fault during the contract negotiation process between two parties. The civil law expressly stipulates liability based on fault in a contract by using section 535 of the law. Liability based on fault in a contract is the system used in German civil law, which, unlike our civil law, has the practical advantage of admitting liability based on fault in a contract with no general regulations about contractual obligations and tort liability. On the other hand, although the civil law doesn't have the practical advantage of admitting liability based on fault in a contract because of general regulations about contractual obligations and tort liability, it is criticized for accepting German civil law. Section 535 of the civil law was controversial concerning practical advantage at the time of enactment recently, questions were raised about admitting

liability based on fault in a contract as a type of independent responsibility. Precedence and theory in Germany admit: ① liability based on fault in a contract in the run-up to the conclusion of a contract, ② liability based on fault in a contract in the case of a valid contract, ③ liability based on fault in a contract in the case of a void or cancelled contract.

So, the civil law recognizes that German law has a problem about making a broad interpretation of these types of liability based on fault or applies them analogously. However, section 535 of the civil law solves these types of cases not as a principle of law but as a default on an obligation or a tort liability. Therefore, section 535 of the civil law should be deleted because the regulation is losing its reason to exist.

Keywords : Liability with a fault on a contract, Contractual obligation, Default on an obligation, Tort liability, Primitive inability theory, 535 of the civil law