

대만민법의 계약체결상의 과실책임에 관한 연구*

Culpa in Contrahendo in Taiwan Civil Law

김 성 수**
Kim, Seong-Soo

목 차

- | | |
|---------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | III. 우리 민법과의 비교와 시사점 |
| II. 대만의 계약체결상의 과실책임 | IV. 나가며 |

본 논문은 대만의 계약체결상의 과실책임에 관하여 살펴보고 우리 법에 대한 시사점을 검토한 것이다.

원래 계약체결상의 과실책임은 독일의 예링에 의하여 주장되어 일부가 독일민법전에 규정되고 학설, 판례가 적용범위를 확대하여 오늘에 이른 것이다. 대만민법은 독일민법의 이러한 체계와 내용을 계수하면서 독자적인 내용의 신설 등으로 발전을 해오고 있다.

원래의 대만민법전에서는 원시적 불능인 계약의 무효와 체결상의 과실책임을 명문으로 인정한다(제246조와 제247조 제1항). 다음으로 착오에 의한 의사표시의 취소(제91조), 무권대리인의 손해배상(제110조)을 규정한다. 이외에 독일민법과는 달리 법률행위의 무효, 취소와 손해배상(제113조, 제114조 제2항), 현상광고의 취소(제165조 제1항), 운송물 위

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2016. 2. 3. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 본 논문은 이번에 정년을 맞이하시는 건국대 정기웅 교수님을 위하여 작성된 것이다. 필자는 정교수님이 건국대로 가시기 전 경찰대학에서 약10여년 같이 근무한 경험이 있다. 당시 정교수님과는 여러 면에서 많은 교류가 있었고 그 인연이 지금까지 계속되고 있다. 특히 정교수님은 일본에 연구년을 다녀오신 후에 필자와 함께 민사법학회 산하의 메이지민법에서도 같이 열심히 활동을 같이 하고 있다. 의뢰를 늦게 받아 시간적으로 부족한 가운데서 정교수님의 정년을 축하하기 위하여 이 논문을 정년논문 기념호에 제출한다. 늘 강조하시는 ‘일신우일신(日新又日新)’하시고 무엇보다 정교수님과 그 가족의 건강을 간절히 빌어본다. 추후에 대만의 관련사항의 세부사항을 좀 더 보완하고 이를 통한 우리 민법의 입법론에 시사점을 얻으려고 한다. 익명의 심사위원, 특히 여러 유익한 수정의견 및 본문 전체의 오자와 비문(非文)을 일일이 잡아주신 분에게 이 자리를 빌어 감사드린다.

** 경찰대학 법학과 교수·법학박사

Professor, Korean National Police University, Department of Law

협의 고지의무(제631조)에 관하여도 계약체결상의 과실책임과 관련된 조문을 규정하고 있다. 또한 1999년의 민법(채권법) 개정으로 종래의 계약체결상의 과실책임을 일반화하여 규정을 신설하였다(제245조의1). 이에 의하면 계약이 성립되지 아니한 때에 당사자가 계약체결의 준비 또는 협상에 대하여 계약체결에 관한 중요한 사항을 상대방의 자문에 대하여 악의로 은닉하거나 부실한 설명하거나 상대방의 비밀을 지득하거나 소지하고 상대방이 명시적으로 비밀을 유지하여야 한다고 하였음에도 고의 또는 중대한 과실로 누설하거나 또는 기타 명백하게 신의성실의 방법을 위반한 사유가 있는 경우에는 과실 없이 계약이 성립할 수 있을 것을 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임을 부담하여야 한다. 이러한 민법개정으로 종래의 계약체결상의 과실책임의 개별적 법정 유형과 함께 계약체결 할 때의 통지·보호·설명 등의 신의성실의 원칙에 의한 의무(계약 전 의무)위반으로 타인에게 발생된 손해에 대한 명문규정이 마련되었다.

이러한 대만의 계약체결상의 과실책임은 독일에서 계수된 것이지만 대만에서는 이를 기초로 새로운 유형을 인정하고 최근에는 계약체결 전의 신의성실의 원칙에 의한 부수의무를 적극적으로 신설하고 있다.

우리 민법은 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실책임(제535조)만을 규정하고 기타의 유형에 대하여는 학설, 판례의 논의가 있다. 다만 최근의 개정작업(2013년)에서는 원시적 불능의 무효의 재검토와 유효로의 전환(개정시안 제535조)이나 정보제공의무(개정시안 제535조의2)가 적극적으로 도입이 검토되고 있고 기타 개별유형에서도 개정논의가 있었다. 이러한 변화를 고려하면 대만의 계약체결상의 과실책임의 체계와 내용의 최근의 개정은 우리 현행법의 체계의 해석론과 입법론 모두에 여러 모로 시사점을 준다.

[주제어] 계약체결상의 과실, 원시적 불능, 신뢰이익, 계약 전 책임, 제245조의1(대만민법), 신의성실의 원칙, 중화민국민법전(대만민법전)

I. 들어가며

계약체결상의 과실책임은 계약의 체결과정, 즉, 계약의 성립과정이나 계약체결의 준비단계에서 당사자 일방의 과실로 상대방에게 손해를 입힌 경우에 그 일방이 부담하는 배상책임을 말한다.¹⁾ 이러한 계약체결상의 과실이라는 것은 계약 당사자가 스스로 계약이 체결이 성립되었다고 생각하였지만 실제로는 아직 계약이 체결이나 성립되지 않았거나 무효나 취소가 된 경우 또는 장래 계약이 체결이나 성립될 것이라는 신뢰가 형성된 단계에서 이러한 신뢰를 깨뜨리고 이러한 것에 인정된 당사자의 과실을 말한다. 이러한

1) 계약체결상의 과실책임에 관한 일반론은 우선 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2003, 53쪽 이하; 송덕수, 채권법각론 제2판, 박영사, 2016.1, 60쪽 이하; 김성수, “계약체결상의 과실책임: 동아시아에서 유럽민사법의 계수와 토착화”, 민사법학 제71호, 민사법학회, 2015.6, 149쪽 이하 등 참조.

과실로 인하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에 그 책임을 인정하여 그 손해를 배상하게 하는 제도가 바로 계약체결상의 과실책임이다.

이러한 계약체결상의 과실책임은 이미 로마법 이후 개별적인 경우에 인정되던 것을 독일의 예링이 1861년 당시의 독일민법전의 체계상의 흠결을 보완하기 위하여 다양한 사례유형을 인정한 것을 주장한 이래 독일 민법전이 일부에 대하여 명문규정을 둔 것을 독일의 학설, 판례가 적용범위를 확대시킨 것이다. 이러한 독일의 계약체결상의 과실책임을 그 후 각국의 입법례에 정도의 차이는 있지만 계승되었다.²⁾ 우리 민법도 이러한 영향을 받아 원시적 불능인 계약의 체결상의 과실책임을 명문으로 인정하고 있다(제535조).³⁾⁴⁾ 판례도 이러한 계약체결상의 과실책임을 개별유형에서 인정하고 있는데⁵⁾ 학설

- 2) 법제사로 보면 로마법의 계약체결상의 악의(*dolus in contrahendo*), 프로이센 일반 란트법 (ALR)(1794년)(제1편 제5장 제284조와 제285조), 오스트리아 일반민법전(ABGB)(1811년)(제878조 제3문, 제879조, 제871조, 제874조, 제866조)에서도 이미 계약체결상의 과실책임의 유형으로서의 여러 제도가 규정되어 있었다. 또한 독일보통법에서도 원시적 불능, 착오, 무권대리와 청약의 철회 등으로 계약이 무효나 불성립이 된 경우에 과실자의 책임도 이러한 유형으로 논의되었다. 처음에는 이러한 책임이 부정되던 것을 1861년 예링이 계약상의 과실책임 이외에 계약체결상의 과실책임도 인정하여야 한다는 것을 주장하면서 과실자의 배상이 인정되었고 특히 2002년 개정전의 독일 민법전에도 일정한 경우를 규정하게 된 것이다. 가령 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약(제306조와 제307조), 금지위반 계약(제308조) 등 참조. 또한 이후에 독일의 학설과 판례는 그 적용범위를 확대하여 계약체결상의 과실로 인한 손해배상책임의 인정은 관습법으로까지 인정되게 이르렀다. 이러한 점의 논의는 우선 박윤직, 앞의 책, 53쪽; 김형배, 채권각론, 계약법, 신정판, 박영사, 2001, 118쪽 이하; 김상용, 채권각론(상), 계약법, 법문사, 1999, 74쪽 등 참조; 이와 달리 프랑스민법이나 스위스민법에서는 이러한 계약체결상의 과실책임에 관한 규정이 없다. 다만 프랑스에서는 학설상 계약 전 책임(*responsabilité précontractuelle*)을 인정하고 있고 스위스에서도 불능한 물건을 목적으로 하는 계약의 무효(스위스채무법 제20조 제1항 : 불능, 불법이나 양속에 반하는 내용을 목적으로 하는 계약은 무효이다)를 정하는 규정이 있고 학설과 판례는 계약체결상의 과실책임을 인정한다. 이러한 입법례는 우선 Friedrich Kessler, Edith Fine, *Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith, and freedom of contract : A comparative study*, 1964, 77 Harvard Law Review 401 ff.
- 3) 동 조에 대하여는 민법전은 ‘계약체결상의 과실책임’이라는 공식표제를 붙이고 있다.
- 4) 이 조문은 민법안편찬요강(채권총칙 18. 소위 계약체결상의 과실의 책임에 관한 규정을 둘 것)에도 불구하고 민법전초안에는 규정이 없던 것을 민법전 심의과정의 수정안(현석호 수정안)의 내용을 받아들여 현행 민법이 된 것이다. 참고한 입법례로는 제안이유에서 제시된 것으로는 독일민법 제306조와 제307조가 있고 학설은 중화민국 민법(대만민법) 제246조와 제247조, 만주민법 제522조가 있다. 이러한 점은 김성수, 앞의 논문, 155쪽 주11 참조. 거기에 다음 사항을 추가 한다. 만주민법은 ‘계약의 목적인 급부가 처음부터 불능인 계약’이라고 하고 대만민법도 ‘계약이 불능한 급부를 목적으로 하여 무효인 경우’라고 하는 점에서도 우리 민법조문의 문언과 차이가 있다(밑줄은 필자의 것).
- 5) 판례는 계약체결상의 과실이라는 용어는 사용하지 아니하고 원시적 불능이나 계약교섭의 부당한 파기에 대하여 불법행위에 의한 책임을 인정한다. 전자의 것으로는 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다1213, 1210; 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다584 참조(원시적 이행불능이 있으면 계약은 유효하게 성립할 수 없다); 후자의 것으로는 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다40418; 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53509; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301; 창원지방법원 충무지원 1993. 10. 21. 선고 92가합1625(신뢰책임의 배상 인정); 서울민사지방법원 1990. 8. 23. 선고 89가합20656 등 참조.

은 이를 확대 적용하여 원시적 불능뿐만 아니라 계약이 불성립, 무효 또는 취소된 경우, 유효하게 성립한 경우와 계약의 체결준비(교섭)단계에서의 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다.⁶⁾

이러한 계약체결상의 과실책임은 독일에서 시작되어 우리나라에 계수된 것이지만 최근의 입법례는 원시적 불능의 무효에 대한 비판론과 계약 체결 전의 부수적 의무에 대한 재평가를 통하여 종래의 논의가 새로운 차원에서 재검토되고 있다. 무엇보다도 이러한 논의의 시발점인 독일 민법이 2002년 채권법 개정을 통하여 원시적 불능을 목적으로 한 계약의 유효(제311조의 a 제1항)를 인정하고 계약체결상의 과실책임이 문제되는 계약 성립 전이나 계약체결 전의 행위에도 당사자의 의무를 인정하여 그 태도를 바꾸고 있다(제311조 제2항).⁷⁾⁸⁾ 우리 민법 개정작업(2009년-2014년)에서도 원시적 불능의 무효의 유효로의 재검토와 계약 전 책임(개정시안 제535조)이나 정보제공의무(개정시안 제535조의 2)의 도입이 적극적으로 검토되었다. 이러한 변화를 고려하면 독일민법전의 계약체결상의 과실책임의 체계와 내용을 오늘날 우리 법에서 어떻게 파악해야 할 것인가가 우리 민법전의 현재의 과제라고 할 수 있다.

이러한 문제의 해결을 위하여 본고는 독일민법전의 계약체결상의 과실책임의 규정과 학설상의 논의를 충실하게 계수하면서도 새로운 규정을 추가하고 또한 1999년의 민법(채권법) 개정을 통하여 신의성실에 의한 계약체결의무를 신설하여 계약체결상의 과실책임의 일반규정을 도입한 중화민국민법(대만민법)에서의 계약체결상의 과실책임을 살펴보고 이를 통하여 우리 민법의 시사점을 얻고자 한다.⁹⁾

이하에서는 이를 위하여 우선 대만민법의 계약체결상의 과실책임을 의의, 유형, 성립

6) 기타 강행법규 위반의 계약체결을 드는 경우도 있다. 이에 관하여는 개정 전 독일민법 제309조(계약이 법률의 금지에 위반한 경우에는 제307조와 제308조의 규정을 이에 준용한다) 참조. 독일보통법에서는 청약의 철회도 청약의 구속력이 인정되지 아니하여 논의가 있었다. 이외에 우리 나라의 특수한 논의로는 관청의 인허가, 제3자의 동의, 추인을 얻기 위한 협력의무 불이행, 행위무능력자의 계약체결상의 과실책임이 논의되기도 한다. 이러한 유형에 관한 국내의 학설에 대하여는 김성수, 앞의 논문, 167쪽 참조.

7) 이에 관하여는 현행 독일민법 제311조 제2항, 제241조 제2항, 제280조 제1항 등 참조.

8) 기타 원시적 불능의 유효를 인정한 최근의 입법례로는 네덜란드민법 제6:228조, PICC 제3.3조, PECL 제4:102조, DCFR 제II.-7:102조 등 참조. 또한 일본의 민법개정시안(内田案) 제3.1.1.108조도 참조. 또한 계약교섭이나 정보제공의무에 관한 입법례로는 PECL 제4:106조, DCFR 제II.-3:301조가 있다. 일본의 민법개정시안으로는 内田案 제3.1.1.108조, 加藤案 제458조도 참조.

9) 대만민법전은 우리 민법의 제정과정에도 참고되었던 입법례 중의 하나이기도 하고 특히 계약체결상의 과실책임에 관하여는 독일민법전의 편별체계와 내용을 대다수 그대로 계수하면서도 대만이 독자적으로 신설한 규정도 있어 외국법의 계수와 우리 사회의 발전에 따른 개정논의에도 유익할 것으로 생각된다.

요건과 법률효과의 차례로 살펴보고자 한다. 이러한 대만의 논의를 살피면서 계약체결상의 과실책임에 관한 체계와 내용(II)을 독일법과 관련 참고 입법례도 아울러 살펴보고 마지막으로 대만의 논의가 우리 법에 줄 수 있는 시사점(III)도 검토하고자 한다.

II. 대만의 계약체결상의 과실책임¹⁰⁾

1. 계약체결상의 과실책임의 의의

1.1 계약체결상의 과실책임의 개념

계약체결상의 과실책임은 계약체결과정에 당사자 중 일방이 과실이나 신의성실의 위반으로 계약의 불성립, 무효, 취소 또는 통지나 보호의무를 다하지 못하여 상대방에게 손해를 준 때에 계약법 원칙에 의하여 부담하는 손해배상책임을 말한다.¹¹⁾

계약책임은 계약의 유효한 성립을 전제로 하는데 계약체결 전의 준비나 상의단계에서 당사자 일방이 상대방의 고의나 과실로 침해를 받은 때에는 원칙적으로 불법행위에 관한 규정에 의하여 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다. 하지만 대만의 불법행위 규정은 우리 민법과 같이 일반규정이 아니라 독일의 것과 같이 이를 유형화하여 규정하고 있

10) 대만민법의 계약체결상의 과실책임에 관하여는 다음 문헌을 주로 참조하였다 : 劉春堂, 民法債編總則(1), 契約法總論, 自版, 2011.12; 胡長清, 中國民法債編總論, 商務印書館, 1964; 史尚寬, 債法總論, 自版, 1954; 王伯琦, 民法債篇總論, 國立編譯館, 1962; 鄭玉波, 民法債編總論, 三民書局, 1962; 孫森焱, 民法債編總論, 自版, 1979; 曾隆興, 民法債編總論, 自版, 1988; 黃立, 民法債編總論, 自版, 1996, 第2版, 2000, 修正3版, 2006; 王澤鑑, 債法原理(一), 基本理論, 債之發生, 自版, 1999; 孫森焱, 民法債編總論, 上冊, 修訂新版, 1999; 黃茂榮, 債法總論, 第二冊, 增訂版, 自版, 2004; 林誠二, 債法總論新解, 體系化解讀(上下) 瑞興, 2010; 李淑明, 債法總論, 元祖出版, 第2版, 2006.5; 鄭冠宇, 民法債編總論, 新學林, 2015.9, 256쪽 이하; 邱聰智, 民法債編總則, 自版, 1987; 邱聰智著, 姚志明修訂, 新訂民法債編總則(下), 新訂2版, 承法數位文化, 2014, 127쪽 이하; 劉春堂, 判解民法債編總則, 修訂六版, 三民書局, 2010; 馬維麟, 民法債編註釋書(一), 五南圖書出版公司, 1995; 梅仲協, 民法要義, 自版, 1963; 陳自強, 契約之成立與生效, 學林文化事業公司, 2002; 陳猷龍, 民法債編總論, 第5版, 五南圖書出版公司, 2011 등; 간체자(중국의 것)으로는 王澤鑑, 債法原理, 最新版, 北京大学出版社, 2009.12, 179쪽 이하; 같은 저자, 民法學說與判例研究, 第1冊, 北京大学出版社, 2009.12; 黃立, 民法債編總論, 中国政法大学出版社, 2001; 이 학위논문으로는 劉春堂, 締約上過失之研究, 臺灣大學法律學研究所 法學博士論文, 1983(民國72).5(未見); 기타 대만민법전 개정 일반에 관하여는 필자, “대만민법전의 재산편 개정에 관한 연구”, 비교사법 제14권 제2호, 한국비교사법학회, 2004, 36쪽 이하; 중화민국 민법전의 한글번역에 대하여는 김성수, 중화민국민법전 (대만민법전), 민속원, 2012 참조. 다만 필요한 경우에는 그 조문을 재구성하기도 하였다.

11) 이러한 개념정의는 陳猷龍, 앞의 책, 207쪽 등 참조.

다.¹²⁾ 이에 따라 그 요건이 상당히 엄격하고 충족되기가 쉽지 아니한데 당사자가 계약체결을 위하여 접촉·상담·담판이나 계약을 체결하는 때에는 상호간의 신뢰관계가 형성되어 이를 별도로 보호할 필요가 있고 이를 위하여 계약책임과 불법행위책임 사이에 일종의 특별한 민사책임의 발생¹³⁾을 인정하는 것이 대만의 계약체결상의 과실책임이다. 이러한 계약체결상의 과실에 대하여 대만민법은 이미 독일민법과 동일한 개별규정을 두기는 하였으나 일반규정이 없었던 것을 1999년 민법(채권법) 개정에서 당사자의 계약체결의 준비나 협상을 할 때에 준수하여야 할 의무로 계약전책임(先契約責任)으로 인정하는 규정을 신설하여 거래의 안전을 보장하게 하였다(제245조의1).¹⁴⁾¹⁵⁾

1.2 계약체결상의 과실책임의 이론적 기초

현행법상 계약이 규율하는 범위는 계약이 유효하게 성립된 것을 그 한계점으로 하고 계약이 무효이거나 불성립한 경우에는 당사자의 접촉이 있더라도 그 계약의 무효나 불성립으로 인한 특별규정이 있는 경우를 제외하고는 계약의 책임범위로 인정되지 아니한다. 계약체결과정에 당사자에게 손해가 있어도 상대방이 고의나 과실이 있는 때에는 계약이 아닌 불법행위법에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 체계는 계약을 체결하려는 당사자의 보호에 완전하지 못한 것이고 계약 전 책임을 인정하지 아니하면 충분히 이를 보호하지 못한다. 계약체결상의 과실책임이론은 주로 이러한 계약책임의 흠결을 보완하기 위한 것이다.¹⁶⁾

계약체결상의 과실의 이론적 기초는 주로 당사자가 계약성립 과정에 쌍방이 정식으로 접촉할 때에 서로 사이에 충실관계나 신뢰관계가 발생하는데 계약체결의 어느 일방은 상대방에게 충실하게 통지, 보고와 주의를 하여야 할 의무가 있게 되고 거래의 안전을 보호하기 위하여 그 기준은 계약 성립된 후보다는 낮은 것이기는 하지만 당사자 일방이

12) 가령 권리의 침해(제814조 제1항 전문), 이익의 침해(제184조 제1항 후문)와 타인을 보호하는 법률위반의 침해(제184조 제2항)의 3개 유형을 인정한다. 이는 독일민법의 제823조 제1항과 제2항에 해당한다.

13) 계약체결상의 과실책임이 인정되는 법정된 유형의 경우에 당사자가 체결한 계약은 무효·취소로 그 계약이 성립되지 아니하므로 그로 인한 손해배상채권은 법률행위로 발생된 것이 아니라 법정채권관계에 근거하며 이를 계약체결상의 채권관계라고 하기도 한다. 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책, 180쪽 참조.

14) 이하에는 특별한 언급이 없는 한 대만민법전의 조문을 말한다.

15) 또한 시효와 관련하여 계약이 성립되지 아니한 계약체결상의 과실책임과 그 손해배상청구권의 소멸시효를 2년으로 하였다. 이는 신설된 제247조의2 참조.

16) 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 84-86쪽; 邱聰智, 앞의 책, 129쪽; 劉春堂, 앞의 책, 15쪽 등 참조.

이 의무를 위반하여 상대방에 손해를 가한 경우에, 타인에게 배상책임을 부담하게 하여야 한다. 이에 대하여 전통적 계약이론은 그 일반원칙을 명시하지 아니하였지만 현대에 와서 거래의 빈번을 고려하여 채권자의 이익을 보장하고 거래의 안전을 유지하고 경제활동을 촉진하기 위하여 이 이론을 인정할 필요가 실제로 있고 이에 1999년 민법(채권법)을 개정할 때에 이에 관한 일반규정(제245조의1)을 신설하여 그 주된 근거로 한 것이다.¹⁷⁾

1.3 계약체결상의 과실책임의 유형¹⁸⁾

계약체결상의 과실책임의 유형은 계약의 불성립, 계약의 무효, 계약의 취소, 통지의무의 위반과 보호의무의 위반 등이 있을 수 있다.¹⁹⁾

우선 계약이 불성립하는 경우로는 가령 갑이 이미 을의 동의를 얻어 자기의 자전거를 을의 집에 맡기기로 약정하였는데 그 후 을이 자전거를 인도받을 것을 잊어버리고 외출하여 갑이 부득불 자전거를 임시로 을이 사는 곳 문 앞에 세워두어 절취를 당한 경우로 이 경우 을은 갑에게 배상책임을 부담하여야 한다. 계약이 무효가 되는 경우로는 가령 무권대리행위와 같이 본인이 추인하지 아니하여 상대방이 손해를 입은 때에 무권대리인은 선의의 상대방에게 손해배상책임을 부담하거나(제110조) 계약이 불능인 급부를 목적으로 하여 무효인 경우에 당사자가 신뢰이익을 부담하는 경우(제247조 제1항)가 이에 해당한다. 계약이 취소되는 경우로는 가령 착오나 전달의 잘못으로 인하여 의사표시가 취소된 경우에 표의자가 부담하는 배상책임을 말한다(제91조). 다음으로 통지의무를 다하지 못한 경우는 가령 갑과 을이 을의 주택의 매각을 상담하고 다음에 주택을 살펴보기로 약정하였는데 후에 을이 고가로 병에게 매각하게 되어 을과 살펴보기로 한 며칠 전에 이미 그 주택을 매각하였는데 즉시 갑에게 취소를 통지하지 아니하여 갑이 무익하게 왕복하여 여비의 손해를 입은 경우로 을은 갑에게 이를 배상하여야 한다. 마지막으로 보호의무를 위반한 경우로는 가령 고객이 백화점에 들어올 때 승강기의 속도가 너무 빨라 넘어져 상해를 입은 경우로 백화점은 배상책임을 부담하여야 한다.²⁰⁾

17) 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 84쪽 이하; 劉春堂, 앞의 책, 170쪽 이하; 邱聰智, 앞의 책, 129쪽 등 참조.

18) 이에 대하여는 陳猷龍, 앞의 책, 207쪽; 劉春堂, 앞의 책, 173쪽 이하 참조.

19) 기타 유효하지만 불리한 내용의 계약체결에 대한 것(계약의 유효)을 유형으로 추가하기도 한다. 가령 劉春堂, 위의 책, 177쪽.

20) 심사의견으로는 승강기가 빨라서 넘어졌다면 백화점은 배상책임을 무조건 부담하여야 하는지와 고객의 과실 유무 판단이 있어야 한다는 지적이 있었다. 이러한 책임이 인정되려면 백화점 측의 승강기의 속도에 대한

2. 대만민법 개정 전의 계약체결상의 과실책임²¹⁾

2.1 서설

계약체결상의 과실책임은 계약 전 의무와 신의성실에 기초하여 인정된 법원칙으로 불법행위와 계약 사이에서 존재하는 책임형태로 원래의 독일 민법에서는 예링의 계약체결상의 과실 이론을 받아들여 법률에 개별규정을 두고 있었다. 독일 민법 제정 전에 학설과 판례상 많은 논의가 있었지만 최종적으로 독일민법에는 그에 관한 일반원칙을 두지는 아니하였고 단지 몇 가지 경우에 개별규정을 통하여 그 배상책임의 요건을 규정하고 경우에 따라서는 그 효과로서 신뢰책임을 규정하였다.²²⁾ 대만민법도 독일민법의 입법례를 취하면서 계약체결상의 과실도 독일민법을 모범으로 하여 그대로 계수하였고 이에 따라 1999년 대만 민법개정 전에도 계약체결상의 과실책임에 관한 개별규정을 두고 있었다. 특히 실무에서 가장 중요한 것으로는 일반적으로 원시적 불능인 계약의 배상책임(제247조)이 인정되었다. 하지만 대만민법에는 이외에도 독일민법에는 없는 대만민법 독자적 규정도 있다.

이하에서는 민법 개정 전에 민법전이 인정한 계약체결상의 과실책임의 유형을 차례로 살펴본다.

과실(부주의)이 있어야 할 것이고 고객의 과실도 있었다면 과실상계 등이 문제될 것이다. 본문은 대만에서 일반적으로 설명되는 것을 소개한 것이다.

- 21) 王澤鑑, 앞의 책, 227쪽 이하; 같은 저자, 앞의 책(제1권), 77쪽 이하; 黃茂榮, 앞의 책, 178쪽 이하; 비교법적 문헌으로는 우선 Hondius (ed.), *Precontractual liability, Reports to the XIII the Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24, August 1990*. 참조. 이하에서는 대만의 학설에서 주로 소개되는 독일(특히 예링)의 논의는 생략하고 대만민법의 개정 전후의 논의에 한정하여 살펴보는 것으로 한다.
- 22) 독일의 예링에 의한 발견과 학설과 판례에 대한 대만에서의 자세한 논의는 劉春堂, 앞의 책, 160쪽 이하 참조. 독일민법 제1초안(1887년)의 입법이유서는 명백하게 법정된 경우를 제외하고는 계약을 체결할 때 또는 협상준비단계에서 과실로 불법하게 타인의 권익을 침해한 경우에 이것이 불법행위인지 아니면 일종의 법률 행위상의 의무위반인지는 해석의 문제이고 이는 학설과 판례에 맡기는 것으로 하였다. 이러한 점은 Mugdan, *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I, 1888, S. 195, Bd. II, 1888, S. 745. 이러한 계약체결상의 과실책임은 민법 제정 후에 학설, 판례의 적극적 확대적용으로 이미 일반 법의식으로 받아들여졌고 2002년 민법 개정 전에도 이미 관습법의 효력을 가지고 있다고까지 평가되었다. 가령 K. Larenz, *Schuldrecht I*, 12. Aufl., C.H. Beck, 1979, S. 94; 같은 저자, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer Verlag, 1975, S. 412 ff.; 또한 王澤鑑, 앞의 책(1), 82쪽 이하도 참조.

2.2 민법전의 계약체결상의 과실책임의 유형²³⁾

2.2.1 원시적 객관적 불능인 급부로 인한 손해배상(제247조 제1항)

계약이 불능한 급부를 목적으로 하여 무효인 경우(제246조 제1항 본문)에 당사자가 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에 과실 없이 계약의 유효로 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임을 부담한다(제247조 제1항).²⁴⁾ 학설과 판례는 이를 계약체결상의 과실책임의 가장 중요한 유형으로 인정하였다.

여기서 불능이라는 것은 명시적인 규정은 없지만 학설에 의하면 이는 원시적이고 객관적²⁵⁾이며 영구적이고 전부불능²⁶⁾만을 말한다.²⁷⁾ 대만민법에서는 채무불이행의 유형 중의 하나²⁸⁾로 급부불능을 규정하는데(제225조와 제226조), 여기서 말하는 불능은 원시적 주관적 불능과 후발적 영구적 불능을 말하고 원시적 객관적 급부불능은 채권의

23) 1999년 민법(채권법) 개정 전에 대만민법이 계약체결상의 과실책임으로 인정한 유형이 무엇인가에 대하여는 학설은 일치하지 아니하였다. 이러한 책임을 인정한 개별규정으로 제91조, 제110조, 제247조 제1항만을 인정하는 것으로는 王澤鑑, 앞의 책, 196쪽; 견해에 따라서는 여기에 제113조, 제114조 제2항을 추가하기도 한다. 가령 陳猷龍, 앞의 책, 208; 邱聰智, 앞의 책, 126쪽; 제631조를 추가하는 것으로는 邱聰智, 같은 책, 126쪽; 여기에 제165조 제1항을 추가하는 것으로는 鄭冠宇, 앞의 책, 256쪽; 본 논문에서는 이러한 것을 모두 유형으로 소개한다; 다만 이러한 학설대립에도 불구하고 공통원칙을 정한 일반조항은 없었다는 점과 일반적으로 제247조가 가장 중요한 규정이라는 것에는 일치한다; 1999년 민법(채권법) 개정 전의 대만의 학설에 의하면 민법 제91조, 제110조, 제113조, 제114조 제2항, 제247조가 모두 계약체결상의 과실책임의 ‘개별’ 규정에 속하고 일반적으로 제247조가 가장 중요한 규정이라고 하는 것으로는 陳猷龍, 같은 책, 208쪽; 또한 대만민법의 계약체결상의 과실책임의 규율이 제247조에 의하여 되는 것은 인정하지만 법체계에서 보면 오히려 제113조가 더 타당하다고 하기도 한다. 가령 鄭玉波, 앞의 책, 332쪽; 邱聰智著, 姚志明修訂, 앞의 책, 127-128쪽 참조. 이에 대하여는 제113조를 바로 계약체결상의 과실의 유형으로 인정할 것인가는 여전히 의문이라고 하는 견해도 있다. 가령 王澤鑑, 앞의 책(1), 83쪽 주16.

24) 본 조는 2002년 개정 전의 독일민법 제307조에 해당한다. 제217조의 적용의 기본문제에 대하여는 史尚寬, 앞의 책, 490쪽 이하 참조.

25) 법조문은 불능이라고만 하고 ‘객관적 불능’이라고 하지는 아니한다. 다만 학설은 이를 객관적 불능이라고 하는데 일치한다. 가령 王澤鑑, 앞의 책, 79쪽; 邱聰智著, 姚志明修訂, 앞의 책, 122쪽 등.

26) 일부불능인 경우에는 별도의 규정을 두고 있다(제247조 제2항). 즉, 급부의 일부가 불능이고 계약이 다른 부분을 여전히 유효한 것으로 하는 경우 또는 선택으로 정한 수개의 급부 중 어느 하나의 급부가 불능인 경우에 전항의 규정(전부불능을 말한다. 필자 주)을 준용한다.

27) 불능의 분류에 대하여는 鄭冠宇, 앞의 책, 157쪽 이하; 黃立, 앞의 책, 441쪽 이하 참조.

28) 민법은 급부불능과 급부불완전(제227조, 제227조의 1)의 2가지를 채무자의 급부책임으로 하여 채권통칙, 채권의 효력(제3절) 중 급부(제1관)에서 이를 규정한다. 이외에 급부지체(제229조 내지 제233조)는 채권자의 수령지체와 합병하여 지체(제2관)에서 규정한다. 이외에 이행거절(급부거절)을 독립된 채무불이행의 유형으로 학설은 인정한다. 채무불이행의 유형에 관한 학설의 대립에 대하여는 우선 陳猷龍, 앞의 책, 164-165쪽 참조.

목적의 불능한 것이고 이는 무효인 법률행위가 되어 유효를 전제로 하는 채무불이행이 되지 아니한다.²⁹⁾

우선 원시적 불능은 채권관계(계약)가 성립할 때에 이행할 수 없는 것으로 가령 매매계약을 체결할 때 매매목적물이 이미 멸실된 경우가 그러하다. 후발적 불능은 채권관계가 존재한 후에 비로소 불능이 된 것으로 가령 매매계약을 체결한 후에 매매목적물이 비로소 멸실된 경우가 그러하다. 현행 민법은 원시적 불능과 후발적 불능에 관한 명문규정을 두고 있다(제211조).³⁰⁾ 통설은 이러한 분류는 그 적용되는 법률규정과 법률효과가 모두 차이가 있어 현행법에서도 필요한 것으로 인정한다.³¹⁾ 다음으로 객관적 불능은 누구도 모두 실현할 수 없는 것으로 가령 급부할 특정물이 이미 멸실한 경우로 주관적 불능에 대응한다.³²⁾ 주관적 불능은 채무자는 실현할 수 없지만 제3자는 실현할 수 있는 불능을 말한다. 가령 급부할 특정된 목적물이 도난을 당한 경우를 말한다. 마지막으로 영구적 불능이라는 것은 불능의 사정이 영구히 계속적이고 제거될 때가 없는 것을 말한다.³³⁾

계약을 체결할 때에 그 불능을 안 경우라는 것은 실제로는 고의를 말하는 것으로 가령 자기의 경주마가 이미 전날 병이 들었는데 오늘 타인과 매매계약을 체결하는 것을 말한다. 그 불능을 알 수 있었던 것은 과실에 해당하는 것으로 그 책임기준도 과실의 것으로 판단한다. 가령 어느 자가 서울에 살면서 경주마를 제주에서 기르는데 제주에 대홍수가 나서 신문보도에 의하면 제주도의 경주마가 모두 몰살되었다고 하였음에도

29) 이러한 점은 鄭冠宇, 앞의 책, 160쪽; 견해에 따라서는 그 채권이 무효가 되고 이에는 급부불능이 문제되지 아니한다고 하기도 한다. 가령 陳猷龍, 앞의 책, 166쪽 참조.

30) 조문은 선택채무에 관한 규정이다. 조문내용은 다음과 같다 : 제211조 수개의 급부 중 급부가 원시적으로 불능하거나 후발적으로 이행이 불능한 경우에 채권관계는 존속된 급부에만 존재한다. 다만 그 불능사유가 선택권이 없는 당사자에게 책임이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(밑줄은 필자의 것).

31) 가령 鄭冠宇, 앞의 책, 158쪽; 陳猷龍, 앞의 책, 216; 邱聰智著, 姚志明修訂, 앞의 책, 129쪽 이하 : 계약불능은 계약무효를 원칙으로 하고 이러한 계약무효는 계약체결상의 과실책임이 문제되고 계약유효의 특칙이 인정된다. 또한 계약의 불능은 객관설을 취하여 원시적 객관적 불능만이 계약의 불능이 되고 원시적 주관적 불능은 계약이 유효하고 급부불능의 관련규정(제225조, 제226조)로 처리된다. 실무도 같다. 가령 大理院6上字1075號判決, 最高法院70台上字1688號判決, 100台上字1766號判決 참조. 급부불능이 유효한 경우가 바로 채무불이행의 효력이고 이에는 채무자에게 귀책할 수 있는 사유의 유무에 따라 각각 그 효력이 인정된다. 이에 대하여는 鄭冠宇, 앞의 책, 160쪽 이하 참조.

32) 이 분류기준에 대하여는 학설에서는 여전히 많은 논란이 있다. 가령 鄭冠宇, 위의 책, 158쪽 주50 참조.

33) 다만 민법은 2가지 경우에는 영구적 불능이 아니고 그 계약은 무효가 아니고 유효로 한다. 우선 민법은 그 불능인 사정을 제거할 수 있고 당사자가 계약을 체결할 때에 불능한 사정을 제거한 후에 급부할 것을 예견한 경우에는 그 계약은 유효한 것으로 한다(제246조 제1항 단서). 다음으로 정지조건이나 시기가 있는 계약이 조건의 성취 또는 기한이 도래하기 전에 불능인 사정이 이미 제거된 경우에 그 계약은 유효한 것으로 한다(제246조 제2항).

경주마 주인이 타인과 매매계약을 체결한 것을 말한다. 이에 따라 학설은 이를 계약체결상의 과실책임의 하나를 구체적으로 규정한 것으로 인정한다.³⁴⁾ 과실 없이 계약이 유효한 것으로 신뢰하였다는 것은 상대방이 목적물의 가능의 신뢰에 과실이 없는 것을 말한다. 과실이 있으면 본 항은 적용이 없다. 과실이 있는 경우라는 것은 가령 이미 그 계약체결 전에 홍수로 몰살된 경주마의 특징, 이름과 주인이 성명이 신문에 대서특필되었는데 상대방이 뜻밖에도 소홀히 하여 주의하지 못한 것을 말한다. 배상권리자는 무과실이어야 하고 무과실이 청구권의 성립요건이므로 과실상계의 원칙(제217조)은 이 경우에는 적용이 없다.

계약의 급부가 원시적 객관적 불능인 경우에는 그 계약목적은 원시적으로 도달하지 못하고 실현할 수 없는 것이고 무효로 한다(제246조 제1항).³⁵⁾³⁶⁾ 가령 합유(公同共有) 관계가 존속하던 중에 각 공동상속인이 개별 상속재산의 권리를 제3자에게 양도한 경우에 그 계약은 원시적 객관적 불능이다.³⁷⁾ 계약의 급부가 원시적 주관적 불능인 경우에는 그 계약은 여전히 유효하고 채무불이행이 적용된다.

이러한 경우에 채무자가 과실 없이 그 계약이 유효한 것으로 믿어 손해를 입은 자에 대하여 신뢰이익의 손해배상을 하여야 한다(제247조 제1항).³⁸⁾ 학설은 이를 계약체결상의 과실의 하나로 인정한다.³⁹⁾ 손해를 입은 것은 상대방이 계약의 유효를 신뢰하여 입은 손해로 이를 ‘신뢰손해’라고도 하고 입은 손해와 상실한 이익을 포함한다(제216조). 입은

34) 이에 대하여는 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 87쪽.

35) 이는 로마법의 법인(불능은 채무를 무효로 한다, *Impossibilium nulla obligatio est*)에서 유래한 것이다. 목적물의 불능은 계약자재를 무효로 하고 법률효과가 전혀 없는 것은 아니다. 특히 법률행위의 무효의 기본원칙은 민법 제113조에 의거하여 규율된다. 이러한 점은 邱聰智, 앞의 책, 124쪽.

36) 이와 관련하여 1986年台上字第1355號判決은 농지매매에서 당사자의 농지매매는 농업발전조례(农业发展条例)로 인하여 분할이 불가능한 것이고 제246조 제1항 본문의 경우라고 판시한다. 이에 대한 비판은 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 217쪽. 또한 1983年台上字第3349號判決도 참조. 이처럼 법률에 의해 물권행위가 강제로 금지되고 채권행위(매매, 증여, 교환)가 급부불능으로 인한 무효가 되게 하는 경우로는 토지법 제30조도 있다(私有农地所有权之移转, 其承受人以能自耕者为限, 并不得移转为共有, 但因继承而移转者, 得为共有. 违反前项规定者, 其所有权之移转无效). 이는 王澤鑑, 民法总则(增订版), 中国政法大学出版社, 2001, 239쪽; 叶赛莺, 给付不能之理论与实务, 1985(未見)(王澤鑑, 民法学说与判例研究(最新版), 第5册, 北京大学出版社, 2009, 218쪽에서 재인용)도 참조.

37) 가령 最高法院89年度台上字第1216判決, 最高法院89年度大再字第81號判決 참조.

38) 조문상으로도 이를 명시한다. 신뢰이익의 손해배상이라고 하는 것으로는 邱聰智, 앞의 책, 125쪽; 陳猷龍, 앞의 책, 217쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 159쪽 참조. 따라서 그 성질은 제226조, 제227조, 제231조, 제232조, 제260조와 제360조 등의 이행이익의 손해배상과 다르다.

39) 계약의 급부가 후발적 불능인 경우에는 이때에는 채무자에게 귀책 할 수 있는가가 문제되고 주관적 불능과 객관적 불능을 구별할 필요는 없다. 가령 鄭冠宇, 위의 책, 159쪽 참조.

손해라는 것은 가령 변호사비나 공증비와 같이 계약을 체결할 때에 지출한 비용, 이행준비에 지출한 비용이나 입은 손해(가령 포장비, 대금지급준비로 인하여 대출에 지출한 이자나 재산처분으로 입은 손해), 계약이행에 지출한 비용이나 입은 손해(가령 운송비, 보험료, 목적물의 손해) 등을 말한다. 상실한 이익이라는 것은 가령 다른 계약체결 기회의 상실로 취득하지 못한 이득을 말한다. 배상범위는 계약의 무효를 알았다면 계약체결을 원하지 아니하여 면할 수 있는 손해만을 한도로 한다. 하지만 계약의 이행으로 취득할 수 있었던 이익(이행이익)을 취득하지 못한 것은 여기서 말하는 손해가 아니다. 가령 이미 죽은 경주마의 매매대금이 500만원이었는데 전매가가 700만원이었다면 취득할 수 있었던 것으로 예상할 수 있는 이득은 200만원이다.⁴⁰⁾ 이행이익은 계약의 유효를 전제로 한 것이고 계약이 이미 불능인 급부를 목적으로 하여 무효인 경우에 이행이익은 발생될 수 없고 당사자는 이에 배상을 청구할 수 없다.⁴¹⁾

계약의 목적물의 불능으로 인한 무효로 발생한 손해배상청구권은 단기소멸시효를 규정하고 이에 의하면 2년 동안 불행사하면 소멸한다(제247조 제3항).⁴²⁾ 특별규정이 없으면 손해배상청구권은 15년의 시효에 걸린다(제125조).

2.2.2 착오에 의한 의사표시의 취소(제91조)

표의자가 의사표시의 착오(제88조) 또는 전달의 착오(失實)(제90조)로 표의자 자신의 과실에 의한 것이 아닌 경우에 그 의사표시를 취소할 수 있다(제91조). 다만 그 의사표시가 유효한 것으로 신뢰하여 손해를 입은 상대방이나 제3자에 대하여 배상책임を負担하여야 한다. 이에 따라 그 취소 원인을 피해자가 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다. 이는 계약체결상의 과실에 의한 것이다.⁴³⁾

40) 원시적 급부불능으로 인한 배상책임에 대한 판결로는 最高法院51台上字2101號判決 참조.

41) 이러한 점은 陳猷龍, 앞의 책, 217쪽.

42) 원래 없던 것을 민법채권권의 개정으로 논란을 막기 위하여 명시한 것이다. 입법취지는 조속히 권리상태를 확정하고 사회질서를 안정시키고 사회의 진보에 도움을 주기 위한 것이다.

43) 견해에 따라서는 이러한 규정은 그 성질상 담보책임에 속하는 것이고 표의자의 과실을 책임의 요건으로 하지 아니한다. 물건의 성상에 착오가 있고 물건의 하자에 담보책임이 인정되어 경합이 인정되는 경우에 대하여는 매매의 담보책임이 우선한다는 학설과 경합을 인정하는 학설이 대립한다. 전자의 견해로는 鄭冠宇, 앞의 책, 308쪽; 후자의 견해로는 林城二, 民法總則新解－體系化解説(下冊), 第3版, 瑞興圖書, 2007.3, 105쪽 이하; 王澤鑑, 民法總則, 自版, 2001, 增訂版, 405쪽; 黃陽壽, 民法總則, 新學林, 2013, 297쪽; 陳彥希, 錯誤與物之瑕疵, 楊與齡主編, 民法總則爭議問題研究, 1998.10, 五南出版公司, 279쪽 이하; 따라서 계약체결상의 과실책임의 유형으로 인정하여야 하는가에 대하여 의문이 있기는 하지만 그 이론의 연혁으로 보면 기본적으로 여전히 계약체결상의 과실의 관념에 기초한 것이다. 다만 표의자의 책임을 가중한 것이고 과실을 책임요건으로

손해배상의 범위와 관련하여 명문규정은 없지만 학설은 신뢰이익의 손해배상(소극적 이익 또는 적극적 손해)을 인정하고 이행이익의 청구는 인정하지 아니한다.⁴⁴⁾ 예약비용, 계약의 이행의 준비에 지출한비용 또는 다른 계약체결의 기회 사실로 인한 손해 등이 그러하다.⁴⁵⁾ 가령 제빙시설의 판매를 유효한 것으로 신뢰하여 설치할 장소의 준비에 지출한 비용이나 대금을 지급하기 위하여 은행에 지출한 이자가 그러하다.

상대방이 취소원인을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 착오는 상대방에게 명백한 것이므로 상대방이 계약의 유효성립을 신뢰한 이익은 보호할 필요가 없고 착오가 표의자의 과실로 없는 경우에 그 의사표시를 취소할 수 있고 이 경우 배상책임을 부담할 필요가 없다.⁴⁶⁾

2.2.3 무권대리인의 손해배상(제110조)

무권대리인은 본인의 명의로 한 법률행위에 대하여 선의의 상대방에 대하여 손해배상 책임이 있다(제110조). 이에 따라 어느 자가 대리인의 명의로 계약을 체결하였지만 실제로는 본인의 수권도 추인도 받지 못한 경우에 무권대리인은 상대방에 대하여 배상책임이 있다.

이는 계약체결상의 과실책임에 기초하여 규정된 개별 제도의 하나이고⁴⁷⁾ 무권대리인이 부담하는 배상책임에 대하여 견해는 대립하지만 판례는 신뢰이익의 손해배상책임을 인정한다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾⁵⁰⁾⁵¹⁾ 그러므로 무권대리인은 그 법률행위가 상대방과의 사이에 효력이

하지 아니한다. 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 79쪽 참조.

44) 가령 王澤鑑, 앞의 책, 219쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 314쪽; 黃陽壽, 앞의 책, 295쪽; 신임손해, 소극적 이익이라고 하기도 한다; 또한 제113조와의 관계에 대하여는 最高法院84年台上字844號判決도 참조.

45) 손해배상의 소멸시효는 민법 제245조의1 제2항, 제247조 제3항을 유추적용하여 2년의 단기소멸시효를 적용한다. 이러한 견해로는 王澤鑑, 民法總則, 自版, 2011.8, 567-568쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 314쪽.

46) 제91조의 규정은 원시적 불능으로 인한 책임(제247조)과 달리 그 요건에서 착오의 표의자가 무과실책임을 부담한다. 또한 피해자도 과실이 있어 과실상계를 할 수 있는 때에는 이미 배상의 감경이나 면제를 하는 규정(제217조)이 있으므로 본조는 표의자가 손해배상책임을 지지 아니한다는 것을 적극적으로 규정한 것이다. 이러한 점은 施啓揚, 民法總則, 三民書局, 제8판, 2014.8, 296쪽.

47) 이에 대하여는 王澤鑑, 앞의 책(제1권), 79쪽.

48) 학설로는 梅仲協, 民法要義, 中国政法大学出版社, 2004, 106쪽.

49) 신뢰이익이 통설이라고 하는 것으로는 鄭冠宇, 앞의 책, 314쪽; 이행이익이 통설이라는 것으로는 王澤鑑, 앞의 책(제1권); 謝瑞智, 民法概論, 增修2版, 臺灣商務印書館, 2011, 145쪽; 손해배상의 범위에 대하여는 민법은 명문규정이 없지만 현재 3가지 설이 있고 이행이익설이 통설이다. 우선 신뢰이익설은 무권대리인이 상대방이 그 대리권이 있는 것을 신뢰하여 상실한 실제이익(소극적 이익)의 손해를 배상하는 견해이다. 가령 王澤鑑, 앞의 책(민법총칙), 223쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 506쪽; 이행이익설은 무권대리인은 상대방이 대리행위가

발생하여 그 법률행위에 의하여 그 의무의 이행을 하여야 하고 그 채무불이행으로 손해 배상책임을 부담하여야 한다고 주장할 수 없다.

본 조의 규정에 의한 무권대리인의 책임은 무권대리인의 과실의 유무를 묻지 아니하는 무과실책임이고⁵²⁾ 직접 민법규정에 의하여 발생하는 특별책임이다.⁵³⁾ 다만 상대방이 이미 그 의사표시를 철회한 경우(제171조)에는 다시 손해배상을 청구할 수 없고 본조의 적용은 본인의 승인거절을 전제로 하는 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

2.2.4 법률행위의 무효, 취소와 손해배상(제113조, 제114조 제2항)

무효인 법률행위의 당사자가 행위 시에 그 무효를 알았거나 알 수 있었을 경우에는 원상회복이나 손해배상의 책임을 부담하여야 한다(제113조). 또한 취소할 수 있는 법률 행위에서도 당사자가 그 취소할 수 있는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에 그 법률행위 가 취소된 때에는 제113조의 규정을 준용한다(제114조 제2항).⁵⁶⁾⁵⁷⁾

효력을 발생한 때에 취득할 수 있는 이익(적극적 이익)을 배상하는 것이다. 마지막으로 절충설은 무권대리인은 행위 시에 그 무권대리를 알지 못한 경우에만 신뢰이익을 배상하여야 하고 그렇지 않으면 이행이익을 배상하여야 한다는 견해이다. 이러한 설로는 洪遜欣, 中國民法總則, 三民書局, 1992.10, 506쪽.

50) 最高法院85年度台上字第2972判決: 무권대리인의 책임은 민법 제110조의 규정에 기초하여 발생하는 특별책임이고 상대방은 그 조항의 규정에 의하여 손해배상을 청구하지만 상대방이 계약이 유효하게 취득하는 이익의 정도를 넘을 수 없다.

51) 가령 鄭冠宇, 民法總則, 제2판, 瑞興圖書, 2014.8, 397쪽.

52) 판례(1967年台上字第305號判例)도 이와 같다: ‘무권대리인의 책임의 법률상 근거가 무엇인가는 견해가 통일 되지 못하였지만 통설에 의하면 무권대리인의 책임은 직접 ‘민법’의 규정에 의하여 발생하는 특별책임이고 무권대리인의 공의나 과실을 그 요건으로 하는 것이 아니므로 이른바 원인책임(原因責任), 결과책임 또는 무과실책임의 일종에 속하고 불법행위의 손해배상에 기초한 것은 아니다. 그러므로 무권대리인이 그 고의나 과실 없음을 증명하더라도 이에 의하여 면책되지 아니하고 …’; 무과실책임이고 법정담보책임이라고 하는 견해로는 鄭冠宇, 위의 책(총칙), 397쪽 참조.

53) 무권대리인의 책임의 법률적 근거에 대한 견해로는 계약책임, 담보책임, 불법행위, 과실행위와 특별책임이 주장되기도 한다. 현재의 통설은 특별책임이다. 각 견해에 대하여는 謝瑞智, 앞의 책, 144-145쪽 참조.

54) 가령 王澤鑑, 앞의 책(제6권), 3쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 397쪽; 다만 邱聰智, 民法總則(下), 三民書局, 2011.6, 212쪽에서는 이에 반대한다.

55) 이외에 조문에 규정은 없지만 본 조의 책임이 상당히 중대한 것으로 공평의 관점에서 일본민법 제117조 제2항이 규정을 참조하여 무권대리인은 행위능력자이어야 이러한 배상책임을 부담한다고 하기도 한다. 가령 史尚寬, 民法總論, 自版, 1990.8, 503쪽; 洪遜欣, 앞의 책, 510쪽, 주2; 鄭冠宇, 앞의 책, 397쪽 이하; 施啓揚, 앞의 책, 350쪽.

56) 취소할 수 있는 법률행위에 취소가 있고 악의인 당사자의 책임은 무효인 법률행위에서 악의인 당사자의 책임과 같다. 이러한 점은 鄭冠宇, 앞의 책, 418쪽.

57) 본조는 대청민률초안에는 없던 것을 신설한 것으로 그 입법취지는 다음과 같다: ‘삼가 살피건대 무효인 법률행위는 당사자가 행위 시에 이미 그 무효를 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 원상회복이나 손해배상

본조의 입법취지는 당사자 사이에서 합리적이고 공평한 처리를 하여 상대방이 불이익을 받지 않도록 하기 위한 것이다.⁵⁸⁾ 이는 무효인 법률행위 당사자가 계약체결상의 과실 책임을 부담하여야 한다는 개별규정의 하나이다.⁵⁹⁾ 또한 규정은 없지만 학설은 채권자가 취득한 손해배상청구는 신뢰이익의 손해이고 이행이익의 손해는 아니라고 한다.⁶⁰⁾ 손해배상책임의 부담은 행위 시에 악의이거나 선의이지만 과실이 있는 경우에 한한다.

무효인 법률행위의 당사자는 먼저 원상회복을 하여야 하고 이러한 원상회복을 할 수 없을 때에 비로소 금전으로 배상할 수 있다(제213조, 제214조). 가령 갑이 자기가 소장한 고서화가 이미 유실될 것을 알면서도 을의 고서화와 교환하여 이미 고서화를 취득한 경우에 갑은 그 고서화를 반환하여야 하고 멸실이나 훼손된 경우에는 금전배상하여야 한다.

본조의 적용은 종래 많은 논란이 있었지만 실무에서는 법률상 기타 무효인 법률행위의 책임에 관한 규정이 있다고 하더라도 본조의 규정의 적용을 배제하지는 아니한다. 가령 제247조 제1항이 정한 계약목적의 원시적 불능으로 인한 무효의 책임의 효과로 당사자는 제247조 제2항의 계약체결상의 과실책임을 주장하는 외에 민법 제113조가 정하는 손해배상을 청구할 수도 있다.⁶¹⁾ 학설은 이를 계약이 무효나 불성립한 경우의 계약체결상의 과실책임의 일반규정으로 인정하여 그 의의를 적극적으로 인정하는 견해⁶²⁾와 이 조문의 입법취지가 명확하지 아니하고 손해배상의 원칙과 부합하지 아니하여 존재의의에 의문이 있는 무용한 조문이라고 하기도 한다.⁶³⁾

의 책임을 부담하여 상대방의 이익을 보호하여야 할 것이다’.

58) 가령 施啓揚, 앞의 책, 360쪽.

59) 이러한 점은 黃陽壽, 民法總則, 修訂3版, 新學林, 2013.9, 369쪽.

60) 가령 黃陽壽, 위의 책, 369쪽(무효의 경우), 373쪽(취소의 경우); 하지만 신뢰손해를 인정하는 것에 의문을 보이는 것으로는 王澤鑑, 앞의 책, 219쪽 참조.

61) 가령 最高法院87年度台上字第1386號判決.

62) 민법은 본래 구체적 유형(제88조, 제90조, 제91조, 제110조, 제247조)만을 규정하지만 효력의 측면에서 일반규정도 있다(제113조, 제1143조 제2항). 그러므로 이들 규정에 의하여 이를 손해배상의 일반원칙의 하나로 해석하여도 문제가 없다. 이에 관하여 학자들은 그 규율을 제247조(원시적 불능인 계약)로 인정하지만 법률체계로 보면 오히려 제113조가 더 타당하다. 당사자가 거래에 참여하고 예견한 법률관계가 불성립하거나 무효로 인하여 신뢰에 손해를 입은 경우로는 계약에 한정되지 않고 단독행위, 합동행위에도 유사한 문제가 있다. 즉, 계약의 무효나 불성립도 목적이 불능인 경우에 한하는 것은 아니다. 제113조는 민법의 총칙이므로 그 규율범위가 각종 법률행위를 포섭(涵攝)할 수 있고 계약체결에서 모든 경우를 더욱 아울러 포괄(兼括)할 수 있어 이를 (계약을 포함한) 법률행위에 관한 계약체결상의 과실의 규범의 근거로 하는 것이 더 타당하다고 생각된다. 이러한 점은 邱聰智著, 姚志明修訂, 앞의 책, 130쪽 참조.

63) 가령 王澤鑑, ‘民法’第113條規範功能之再檢討, 民法學說與判例研究(4), 最新版, 北京大學出版社, 2009.12, 55

2.2.5 현상광고(懸賞廣告)의 취소(제165조 제1항)

현상광고는 철회하면 그 효력을 상실하고 그 후 지정행위가 있더라도 광고자는 보수를 지급할 의무가 없고 행위자가 현상광고의 철회를 알지 못하여도 그러하다. 하지만 철회 전에 지정행위의 준비나 실행에 비용, 시간, 노력을 지출하여 손해를 입은 경우에 광고자가 배상할 책임이 문제된다. 각국의 입법례의 규정은 통일되지 아니하여 독일민법은 이를 현상광고는 자유롭게 철회할 수 있는 것을 원칙으로 하여 행위자가 스스로 그 위험을 부담하는 것으로 하여 이를 부정한다. 이와 달리 스위스채무법(제8조)은 이를 인정하고 대만민법(제165조 제1항)은 이를 받아들인 것이다.⁶⁴⁾

이에 따라 보수를 예정한 광고를 행위가 완료하기 전에 철회⁶⁵⁾한 때에 광고자가 행위자가 그 행위를 완료할 수 없다는 것을 광고자가 증명한 경우 외에는 행위자는 그 광고의 선의로 입은 손해에 대하여 배상책임이 있다. 다만 예정된 보수액을 넘지 않을 것을 한도로 한다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

학설은 ‘행위자가 그 광고의 선의로 인하여 입은 손해’도 신뢰이익의 손해라고 인정한다.⁶⁸⁾ 배상액은 예정된 보수를 넘지 못하고 광고자가 철회하지 아니하더라도 행위자는 예정된 보수액만을 취득할 수 있다. 행위자가 정해진 행위를 완성하면 그 수가 다수라도 광고자는 일정한 행위를 완성한 전체 행위자에 대하여 1회의 보수만을 급부한다.

쪽 이하; 같은 저자, 信賴利益之損害賠償, 民法學說與判例研究(5), 自版, 1996, 233-234쪽; 제113조가 해석으로 계약체결상의 과실의 기본규정으로 할 수 있는지는 유보적이고 특히 법원이 계약체결상의 기본원칙을 창설할 수 있는가가 문제라고 한다. 또한 詹森林, 民法第一一三條與其他規定之競合關係, 本土法學 제1기, 1999.4, 37쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 414쪽.

64) 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책(채법총론), 207쪽.

65) 원래의 조문에서는 ‘취소’(撤銷)이었으나 1999년 개정에서 ‘철회’(撤回)로 개정되었다.

66) 第165條 ① 預定報酬之廣告, 如於行為完成前撤銷時, 除廣告人證明行為人不能完成其行為外, 對於行為人因該廣告善意所受之損害應負賠償之責, 但以不超過預定報酬額為限.

67) 다만 행위자의 손해배상청구권은 보수가 예정된 광고와 철회 전의 현상광고에 대한 선의에 한정되므로 보수가 예정되지 아니한 광고나 광고자가 철회 전에 현상광고를 알지 못하고 지정행위에 착수하여 지출한 비용인 경우에는 적용되지 아니하고 행위자가 스스로 그 위험을 부담한다. 王澤鑑, 앞의 책(債法原理), 299쪽; 이와 달리 선의의 존재 시기는 철회 후에 한정되고 공고가 철회 전에 유효한 의사표시가 있고 행위자가 선의라도 이는 자기의 위험으로 한 행위이고 자기가 손해를 부담하고 철회 후에 행위자의 손해가 비로소 선의와 악의의 구별 필요가 있다는 견해로는 鄭冠宇, 앞의 책, 59쪽; 孫森焱, 앞의 책, 79쪽 참조.

68) 가령 史尚寬, 앞의 책(債法總論), 37쪽, 王澤鑑, 앞의 책, 207쪽은 통설이라고 한다. 다만 이것이 계약체결상의 과실책임의 한 유형인가에 대하여는 명확하게 언급하지 아니 한다; 광고인이 부담하는 책임은 과실책임이 아니고 계약체결상의 과실도 없다고도 할 수 있고 따라서 광고철회의 배상책임도 예정된 보수를 넘을 수 없다고 하는 것으로는 鄭冠宇, 앞의 책, 59쪽.

2.2.6 운송물 위험의 고지의무(제631조)

민법은 운송계약을 전형계약의 하나로 정하는데(제2편 제16장) 특히 물건의 송하인은 운송물의 위험에 대하여 운송인에게 고지할 의무가 있다(제631조). 물건운송에서 운송물이 그 성질에 의하여 또는 재산에 대하여 손해를 가할 염려가 있을 경우에 송하인은 계약체결 전에 그 성질을 운송인에게 고지하여야 하고 고지를 해태한 경우에는 이로 인하여 가한 손해에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다(제631조). 이러한 물건운송에서의 손해배상청구권에 대하여는 1년의 단기소멸시효가 인정된다(제623조 제1항⁶⁹⁾).

3. 대만민법 개정 후의 유형(제245조의1의 신설)⁷⁰⁾

3.1 서설

종래의 계약체결상의 과실책임에 대하여 책임을 일반화할 필요가 있어 1999년 민법 채권편 개정으로 제245조의1이 신설되었다.⁷¹⁾ 이러한 민법개정으로 종래의 계약체결상의 과실책임의 법정 유형은 여전히 그대로 존속하였고 다만 계약체결할 때를 고려하여 통지·보호·설명 등의 의무 위반으로 타인에게 발생된 손해에 대하여 일반규정이 없던 것을 규정을 신설하여 명문규정을 둔 것이다.

신설된 조문의 내용은 다음과 같다.

제245조의1 ① 계약이 성립되지 아니한(未成立) 때에 당사자가 계약체결의 준비 또는 협상에 대하여 다음의 각 호에 정하는 사유가 있는 경우에는 과실 없이 계약이 성립할 수 있을 것을 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임을 부담하여야 한다.

1. 계약체결에 관한 중요한 사항을 상대방의 자문에 대하여 악의로 은닉하거나 부실한 설명을 한 경우
2. 상대방의 비밀을 지득하거나 소지하고 상대방이 명시적으로 비밀을 유지하여야 한다고 하였음에도 고의 또는 중대한 과실로 누설한 경우
3. 기타 명백하게 신의성실의 방법을 위반한 경우

69) 조문내용은 다음과 같다: 물건의 운송에 관하여 상실, 훼손 또는 지체로 인하여 발생한 배상청구권은 운송의 종료 또는 종료하여야 할 때로부터 1년 동안 행사하지 않으면 소멸한다.

70) 이하의 서술은 王澤鑑, 앞의 책(債法原理), 236쪽, 같은 저자, 앞의 책(民法學說與判例研究 제1권), 82-97쪽을 참조한 것이다.

71) 이러한 점은 邱聰智著, 姚志明修訂, 앞의 책, 131쪽.

② 전 항의 손해배상청구권은 2년간의 불행사로 소멸된다.

이 조문의 그 입법취지에 의하면 오늘날 상공업이 발달하고 교통이 빨라져 당사자가 계약체결 전에 접촉 또는 협의의 기회가 아주 증가하였고 당사자가 계약체결의 준비와 상의를 하면서 상호신뢰의 특수관계 가운데 있는데 가령 일방이 성실하게 정보를 제공하고 엄중하게 비밀유지 할 의무위반이나 체결시의 준수하여야 할 신의성실을 위반하여 상대방에게 손해를 입히면 불법행위가 되지 아니하고 채무불이행의 범주도 아니다. 현행법이 이에 대하여 배상책임의 규정을 두지 아니하여 만전을 기하지 못하고 있다. 외국의 입법례는 계약체결 전에 당사자 쌍방의 준비와 상의로 계약체결이 이미 성립한 특수한 신뢰관계를 보장하고 거래의 안전을 유지하기 위하여 참으로 규정을 둘 필요가 있고 따라서 제1항을 규정하고 권리상태를 조기에 확정하고 사회질서를 유지하기 위하여 제2항을 명문화하였다고 한다. 따라서 신설된 제245조의1은 신의성실로 인한 계약 전 의무를 근거로 한 것으로 계약의 협상단계에서도 신의성실의 원칙이 규율된다는 점을 명문으로 정하고 있다.

3.2 신설규정의 의의⁷²⁾

3.2.1 법적 성질

제245조의1의 규정의 신설은 계약체결의 준비나 상의를 위한 단계에서도 신의성실의 원칙을 규율을 받도록 하기 위한 것이다. 그 기능은 우선 신의성실의 원칙의 시간적 적용범위를 확대하여 계약의 준비와 상의단계로 연장한 것이다. 다음으로 신의성실의 원칙으로 권리행사와 의무이행의 방법(제148조 제2항)이 계약전 의무의 발생으로서 근거가 되게 하여 이는 계약관계의 부수적 의무의 설정에 대하여 채무불이행제도를 완성하는 것으로 의미가 깊다. 특히 계약체결상의 과실책임은 주채권의 급부의무 이외의 보호의무와 신의성실의무의 규율로서 채권법의 개정으로 비로소 정식으로 민법전에 편입된 것이다.

제245조 제1항의 계약체결상의 과실책임이 계약책임에 속하는가 불법행위책임에 속하는가는 각국의 입법례에 따라 다르다.

72) 이에 대하여는 王澤鑑, 앞의 책, 186쪽; 심사의견 중에는 계약체결상의 과실책임에 관한 새로운 입법 후의 기대효과에 대한 구체적인 접근도 필요하다는 지적이 있었다. 다만 이러한 신설규정에 대한 대만에서의 평가는 아직 활발하게 나오지는 아니하고 있다. 추후에 대만의 본 조의 운용에 대한 실무나 학설을 좀 더 보충하고자 한다.

프랑스법계는 불법행위법으로 계약체결의 준비나 상의단계를 처리하고 일방이 과실로 타인의 권리를 침해한 것의 배상책임을 하는 것이므로 계약체결상의 과실책임은 기본적으로 불법행위에 속한다. 대만에서는 계약체결상의 과실책임에 대하여는 독일의 학설이 소개되기도 하지만 대체로 이를 계약과 불법행위 외의 독립된 제3종의 민사책임으로 법정채권관계에 속하는 것으로 인정한다.⁷³⁾ 즉, 본 조의 계약체결상의 과실책임은 그 법적성질에서 계약책임과 불법행위와는 다른 제3의 민사책임으로 법정채권관계에 속한다고 한다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

당사자가 계약체결의 준비나 상의를 하면서 발생하여 신의성실의 원칙에 기초하여 발생한 계약 전 의무를 그 내용으로 한다. 이러한 ‘법정채권관계’ 내용의 형성과 법률의 적용은 법률에 규정이 있는 경우를 제외하고는(가령 소멸시효) 그 규정의 기능에 따라 이를 정한다. 가령 대리인이나 사용자가 계약체결준비나 상의를 하는데 고의나 과실에는 제224조⁷⁶⁾의 규정을 적용하여야 한다.

3.2.2 참고 입법례

제245조의1의 입법자는 본 조의 신설에 그리스민법(제197조와 제198조)과 이탈리아 민법(제1337조와 제1338조)을 참조한 것이다.⁷⁷⁾ 비교법상으로는 다양한 규율방식이 있지만 이러한 최신의 입법례를 통하여 대만법의 특징을 더 명백하게 할 수도 있다.⁷⁸⁾

73) 가령 王澤鑑, 위의 책, 187쪽.

74) 이 점은 王澤鑑, 위의 책, 238쪽 참조. 또한 謝台大, 締約上過失責任之理論與實務-以民法債編修正條文為中心, <<http://www.license.com.tw/lawyer>> 참조. 다만 후자는 그 계약체결과과정에서 발생하였으므로 책임의 성질은 더 계약책임에 편향된 것이고 신의성실의 원칙을 그 기초로 한다고 한다.

75) 이러한 계약체결상의 과실책임은 중국의 계약법(合同法)에도 규정되어 있는데(제42조, 제43조 및 민법통칙 제61조 제1항도 참조) 학설은 이를 근거로 대만에서와 같이 독립적인 법정채권관계로 보고 있다. 가령 韓世遠, 合同法總論, 法律出版社, 2004, 149쪽(‘일종의 독립된 책임에 속한다고 하여야 하고 위약책임과 불법행위책임 모두와도 다르다’); 王家福主編, 中國民法學：民法債權, 法律出版社 1998, 38쪽(‘단독으로 채권발생원인의 하나라고 하여야 할 것이다’).

76) 이행보조자의 책임에 관한 규정이다. 제224조 채무자의 대리인 또는 피용자가 채권의 이행에 관하여 고의 또는 과실이 있는 때에는 채무자는 자기의 고의 또는 과실과 동일한 책임을 부담하여야 한다. 다만 당사자에게 다른 정함이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

77) 이외에 대만의 학설에서는 계약체결상의 과실책임의 일반조항과 관련하여 이스라엘계약법(1973조)(제12조)과 독일민법전(2002년)이 비교법적으로 논의되기도 한다. 이스라엘 계약법은 계약전책임에 관하여 예링의 계약체결상의 과실책임 이론을 일반화하여 1973년 계약법 총론편(Contracts (General Part) Law, 1973)(제12조) 제1장(계약의 성립)에 이를 규정한다. 조문내용은 다음과 같다 : 제12조 (신의칙에 의한 교섭[12. מוסר אשמוּת]) ① 당사자는 계약의 교섭을 함에 관행에 의한 방법과 신의성실로 이를 하여야 한다.

78) 이하는 王澤鑑, 앞의 책, 184쪽 이하; 劉春堂, 앞의 책, 166쪽을 참조하여 일부 내용을 필자가 수정한 것이다.

3.2.2.1 그리스민법

그리스민법은 1940년 제정되어 기본적으로 독일민법의 체계를 취하고 있다. 일찍이 20세기 초에 그리스는 로마 비잔틴법 기간에 예링의 계약체결상의 과실이론을 계수하였다. 1940년의 그리스민법은 제145조, 제149조에서 의사표시의 취소의 손해배상, 제231조는 무권대리, 제362조, 제363조, 제365조는 급부불능이나 법률규정의 위반에 개별규정을 둔 것 외에 또한 계약체결상의 과실책임을 일반법원칙으로 인정하여 제197조와 제198조의 2개 조문으로 나누어 규정한다. 우선 제197조는 계약체결을 위하여 협상을 할 때에 당사자는 서로 신의성실과 거래의 관행에 따라 요구되는 행위를 할 의무를 부담한다. 다음으로 제198조는 제1항에서 ‘계약체결을 위하여 협상할 때에 과실로 상대방에게 손해를 가한 경우에 손해배상책임을 부담하여야 한다. 계약이 성립할 수 없는 경우에도 같다’라고 규정하고 제2항에서 ‘이러한 청구권의 소멸시효는 불법행위 청구권의 소멸시효의 규정을 준용한다.’고 규정한다.⁷⁹⁾

3.2.2.2 이탈리아민법

이탈리아민법도 예링의 계약체결상의 과실책임 이론의 영향을 받아 법개념상 계약선 책임(responsabilit  precontrattuale)이 개념을 많이 사용한다. 이탈리아 민법전은 계약체결상의 과실책임과 관련하여 제1337조,⁸⁰⁾ 제1338조⁸¹⁾와 제1398조⁸²⁾의 3개의 조문을 두고 있다. 실무상 자주 보이는 사례유형은 설명의무의 위반을 포함하여 정당한 이유 없이 계약체결의 중단 등의 경우이다.⁸³⁾

79) 상세한 설명은 특히 이러한 일반조항의 유형화는 Athanassios K. Pouliadis, *Culpa in contrahendo und Schutz Dritter: Betrachtungen zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts*, Duncker & Humblot, 1982. 또한 예링의 계약체결상의 과실의 논문은 일찍이 1920년에 그리스어로 번역되어 ‘법학잡지’(To Dikation) 제2권(1920년)에 게재되기도 하였다. 또한 아래의 주123도 참조.

80) 제1337조 당사자가 계약의 상의행위와 계약체결은 신의성실에 의하여 이를 하여야 한다.

81) 제1338조 일방 당사자가 계약에 무효원인의 존재를 알았거나 알 수 있었고 상대방에 통지하지 아니한 경우에 과실 없이 그 계약이 유효한 것으로 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임이 있다.

82) 제1339조 무권대리인이나 월권대리인은 과실 없이 그 계약이 유효한 것으로 신뢰하여 손해를 입은 제3자에 대하여 배상책임이 있다.

83) 이탈리아 민법의 계약체결상의 과실책임에 대하여는 E. Hondius (ed.), *Precontractual Liability : Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law*, Deventer, 1991, pp.195-204; Alfredo Mordechai Rabello, *Culpa in contrahendo : Precontractual Liability in the Italian Legal System*, Aequitas and Equity : Equity in civil Law and Mixed Jurisdictions, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1997, pp.463-509 참조.

3.2.2.3 소결

신설된 제245조의1은 여러 입법례와 독일의 학설, 판례와 2002년 개정된 독일의 조문과 비교하면 모두 신의성실을 계약전 의무의 근거로 하고 있어 계약체결의 협상도 신의성실의 규율을 받게 하고 있다는 점에서 공통된다.

하지만 그 내용에서 2가지 중대한 차이가 있다.⁸⁴⁾

우선 각국 입법례는 모두 ‘계약이 성립하지 아니한 때’라는 요건을 규정하지 아니한다.⁸⁵⁾ 그리스민법 제198조는 계약이 성립하지 아니한 대에도 이를 적용하는 것을 명시한다. 이탈리아, 이스라엘과 독일의 판례, 학설도 모두 계약체결상의 과실책임을 계약이 성립하지 아니한 때의 경우로 제한하지 아니한다. 다음으로 계약체결상의 과실책임에 관한 각국의 입법례는 모두 일반규정을 두고 과실을 귀책원칙으로 하고 있다. 제245조의1의 열거와 일반의 입법방식을 취하여 설명의무, 비밀유지의무와 기타의 경우를 구별하고 그 성립요건, 특히 유책사유에 다른 규정을 두고 ‘과실책임’을 취하지 아니하고 이를 칭하여 ‘계약체결상의 과실로’ 칭하고 있다.

3.2.3 일반규정으로서의 계약체결상의 과실책임⁸⁶⁾

신설된 민법 제245조의1이 계약체결상의 과실의 일반규정인가 아니면 계약불성립의 유형만의 계약체결상의 과실책임의 유형일 뿐인가?

이에 대하여는 학설이 나뉘고 있다.

일반규정을 인정한 견해는 쌍방 당사자 사이에 계약의 준비나 상의로 특수한 신뢰관계가 형성되고 거래안전의 보호를 위하여 민법 제245조의1이 말하는 ‘계약이 불성립된 때’는 당사자 일방이 신의성실이 원칙을 위반한 사정이 계약성립 전(계약체결의 준비상의 단계)에 발생한 것으로 해석되어야 하고 단지 ‘계약이 불성립에 도달한 때’만을 가리키는 것은 아니라고 한다. 따라서 그 적용범위는 ‘계약이 불성립하게 된 때’ 이외의 경우를 포함하여 이를 대만민법의 특유한 계약체결상의 과실제도로 인정하여야 한다고 한다.⁸⁷⁾

또 다른 견해는 신설된 조문(제1항 제3호)에 의하면 계약이 불성립한 때에 당사자가

84) 이러한 점은 王澤鑑, 앞의 책, 186쪽 참조.

85) 입법자가 이러한 요건을 추가한 이유는 대만의 문헌에서도 명확히 설명하지 않고 있다.

86) 이에 대한 논의로는 陳猷龍, 앞의 책, 187쪽; 王澤鑑, 앞의 책, 187쪽 등 참조.

87) 따라서 제245조의1 제1항의 ‘계약 불성립한 때’라는 규정은 무의하게 곤란을 가중하므로 삭제되어야 한다고 한다. 王澤鑑, 위의 책, 263-284쪽; 이외에 개정이유설명은 일반원칙의 규정이라고 보인다는 견해는 陳猷龍, 앞의 책, 208쪽.

계약체결의 준비나 상의를 하고 현저하게 신의성실을 위반한 방법을 위반한 경우에 과실 없이 계약이 성립한 할 수 있는 것으로 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임이 있다고 규정한다. 이 호의 규정에서 알 수 있는 것은 그 조는 보호의무와 신의성실의무를 포함하는 계약체결상의 과실의 일반규정으로 논의될 수 있어야 한다.⁸⁸⁾

이와 달리 본 조의 신설의 규율기능은 계약체결상의 과실책임의 일반원칙을 정한 것이 아니고 계약의 불성립 유형의 계약체결상의 과실책임만을 정한 것이라고 한다.

이 견해에 의하면 우선 민법 제245조의1 제1항이 문언을 보면 계약이 불성립하게 ‘이른’ 경우 만에 적용되는 것으로 해석되어야 하고 그렇지 않으면 그 조항이 말하는 ‘과실 없이 계약이 성립할 수 있는 것으로 신뢰하여 손해를 받은 상대방’의 요건과 서로 대응할 수 없기 때문이다. 다음으로 본 조에서 말하는 ‘당사자가 계약체결의 준비나 상의를 하고 다음 각 호의 하나가 있는 경우’가 이미 충분히 당사자 일방이 신의성실의 원칙을 위반한 사정이 계약성립 전(계약체결 준비 상의단계)에 발생한 것을 표시하고 그 조항의 말하는 ‘계약이 불성립한 때’는 별도로 그 의의나 기능을 하는 것이다. 즉, 그 조는 계약이 불성립한 유형의 계약체결상의 과실책임을 표시한 것이다. 셋째로 본 조는 열거와 일반적 입법방식(列舉概括的立法方式)을 취한다. 즉, 설명의무의 위반(제1호), 비밀유지의무의 위반(제2호)와 기타 현저하게 신의성실을 위반하는 방법(제3호)로 나누고 있고 각각 이에 대하여 서로 다른 유책사유를 두어 그 특별한 입법정책의 고려를 하여야 한다. 그 적용요건이 아주 엄격한데 몇몇 합리적이지 아니한 점도 있다. 그러므로 이를 계약 전 의무발생과 계약체결상의 과실책임을 일반규정으로 하면 계약체결상의 과실책임제도의 적용범위를 최소한도의 범위로 단축하게 되고 당사자 쌍방의 계약체결

88) 다만 그 조의 규정은 제정 시에 입법자는 주저하면서 그 제1호와 제2호의 기밀누설에 관한 규정을 두어 한편으로는 전혀 타당하지 못하고 다른 한편 기타의 보호의무를 적당하게 포괄하는 유형을 포함하지 못하고 있다. 그러므로 실제에서 말할 수 있는 것은 입법자는 계약체결상의 과실의 일반규정을 인정할 의사가 있었지만 그 제도의 전반적 사정에 대하여 충분히 처리하지는 못하였다는 것이다. 보호의무에 관한 관련규정을 모든 불법행위법의 규율로 양보하는 태도라면, 그 조에서 보호의무에 관한 규율의 생략은 흔적이 되지는 아니한다. 또한 그 조 제1항 제2호 명시하는 비밀누설의 경우는 명문규정으로 인하여 보호에 상당히 엄격한 ‘고의나 중과실’의 주관적 요건을 부여하고 있다. 하지만 여전히 고유한 이익에 관하여 지적되어야 할 것은 불법행위법의 외에 계약상의 과실의 관련규정의 보충을 필요로 하고, 그 부분적 이유는 민법 제184조 제1항 전문이 정하는 불법행위의 책임의 보호객체가 권리에 한정되어 있고 계약체결상의 과실에서 그 보호객체는 권리의 지위에 미치지 못하는 단순한 재산적 이익도 할 수 있다. 다음으로 제188조 제1항 단서가 정하는 면책요건은 계약체결상의 과실의 경우에 적합하지 아니하고 비교적 적합한 것은 제224조이다. 생각건대 계약체결상의 과실의 경우에 당사자 사이에 이미 업무접촉의 개시로 인하여 특별관계가 있으면 그 관계는 제224조가 정하는 규율의 사항의 존재특징을 갖추고 있다. 이러한 점은 黃茂榮, 總論上過失, 債法總論, 第3冊, 2010.9, 增訂3版, 2쪽 주3 참조.

의 준비나 상의로 인하여 형성된 특수한 신뢰관계를 도달할 수 없는 경우에 한정되지 않고, 거래안전의 보호의 입법목적, 심지어 계약체결상의 과실책임제도의 중대한 장해가 될 것이므로 그 적용범위와 규율기능을 확대해서는 안된다. 넷째로 본조의 입법방식은 제247조의 것과 유사한데 후자는 계약이 불능한 급부의 목적의 의 무효로 인하여(제246조)의 경우에 관한 것이고 계약체결상의 과실책임의 규정을 둔 것으로 그 기본구조는 ‘계약무효’, ‘일방당사자의 계약전의 부수의무의 위반’, ‘상대방의 계약을 유효한 것으로 신뢰’가 된다. 제245조의1을 보면 그 기본구조는 ‘계약이 불성립’, ‘일방당사자의 계약전의 부수의무의 위반’, ‘상대방의 계약의 성립할 수 있는 것으로의 신뢰’이고, 계약불성립의 경우에 대한 것이라고 하는 계약체결상의 과실책임규정을 둔 것이다.⁸⁹⁾

3.2.4 본조의 신설의 의의

본조의 신설로 적극적으로 계약체결상의 과실책임의 제도화와 거래안전의 유지를 할 수 있다는 의의가 있다.

이러한 신설에 대하여는 다음과 같은 비판도 있다.⁹⁰⁾

우선 계약체결상의 과실로 신뢰이익의 배상을 하여야 할 경우는 계약에 한정되는 것이 아니고 단독행위나 공동행위도 인정되어야 한다.⁹¹⁾ 다음으로 본조 신설 후에 계약체결상의 과실의 제도의 유형을 어떻게 분류할 것인가에 대하여 여전히 논란이 남아 있다.⁹²⁾ 가령 계약체결의 무효는 제245조의1을 유추적용 할 것인지 아니면 제247조 제1항을 유추적용 할 것인지가 문제되고 계약체결 이외의 계약의 불성립한 경우에 그 배상

89) 가령 劉春堂, 앞의 책, 186-187쪽; 陳猷龍, 앞의 책, 210-211쪽.

90) 가령 邱聰智, 앞의 책, 132쪽 이하 참조.

91) 이에 따라 계약체결상의 법률행위 과실이라고 하기도 한다. 그 내용상으로 독일이나 일본민법상의 계약체결상의 과실개념과 더 넓고 개념상으로 모든 법률행위의 계약체결상의 과실을 포함할 수 있는 것은 대만민법상 이미 제113조와 제114조의 규정이 있고 이는 대만민법의 독자적인 것으로 계약체결상의 과실문제의 검토에서 대만민법은 민법총칙의 이 규정으로 회귀하여 그 법률해석에 의하여 해결을 하는 것이 타당할 것이라고 한다.

92) 계약체결상의 과실책임의 체계를 재구성하는데 다음과 같은 여러 유형이 가능하다고 한다. 우선 2유형설(2원설)은 계약체결상의 과실을 계약무효(제247조 제1항)와 계약불성립(제245조의1)의 2유형으로 나누고 기타의 계약무효사유는 전자를 유추적용하고 기타의 법률행위의 무효의 경우는 후자를 유추적용 한다; 다음으로 3유형설(3원설)은 다시 계약체결상의 과실책임을 계약무효(제247조 제1항)(이에 기타 계약무효사유는 이를 유추적용함), 계약의 불성립(제245조의1)과 기타 법률행위의 무효와 불성립(제113조)로 나누는 유형과 목적물의 불능으로 인한 무효(제247조 제1항), 계약의 불성립(제245조의1), 기타 계약의 무효사유(제113조)와 기타 법률행위의 무효나 불성립(제113조)로 나눌 수 있다. 이러한 유형은 邱聰智, 앞의 논문, 133쪽 주28 참조.

청구의 법원은 제113조를 적용하는지 제245조의1을 유추적용 할 것인지도 문제될 수 있다. 특히 신설된 제245조의1이 ‘불성립’의 경우만 규정하고 제247조는 원시적 불능으로 인한 계약무효만을 규정하고 무효와 취소 일반에 대하여 규정하는 제113조와 기타 유형이 특히 문제된다. 셋째로 계약체결상의 목적물의 불능으로 무효이거나 계약의 불성립의 경우에 급부가 부당이득의 반환청구권이 발생하는 경우에 이를 제113조의 원상회복으로 할 것인지 제182조의 이익반환으로 할 것인지가 명확하지 아니하다.⁹³⁾ 넷째로 계약체결상의 과실은 기타 조문규정에 의하여 배상책임을 부담하는 경우에는 알았거나 알 수 있었으면 족한데 본 조는 명백히 신의성실을 위반하는 것에 한정하여 그 사이에 경중의 근거가 없다. 마지막으로 본조가 정하는 채권의 보전범위 내에서 그 근거는 무엇인가? 과연 신설의 필요가 있었으며 그 규정위치도 계약체결상의 과실제도의 유형을 병렬적으로 하여 두드리지게 하기 위하여 제247조의 뒤로 하여야 한다고 하기도 한다.

3.3 계약체결상의 과실책임의 적용범위

계약체결상의 과실책임의 적용과 관련해서는 ① 법률행위 불성립의 과실설 ② 법률행위의 무효의 과실설과 ③ 법률행위 체결의 과실설로 나누어 볼 수 있다.⁹⁴⁾

불성립의 과실설은 본 조의 ‘법률행위가 성립하지 아니한 때’라는 문언을 중시하는 것이고 체결의 과실설은 본 조의 내용의 적용범위를 계약체결상의 과실책임의 일반규정으로 확대해석하는 견해이다. 특히 계약체결상의 과실설에 의하면 일방 당사자가 법률행위의 체결에 과실이 있어 상대방이 손해를 입은 경우에 법률행위의 체결의 과실책임의 적용이 있고 특히 법률행위의 불성립을 필요로 하는 것에 제한되지 아니하고 법률행위의 무효에 한정되지도 아니한다.⁹⁵⁾ 이외에 법률행위 체결과 과실책임의 범위는 신뢰이익의 손해배상 외에 이행이익의 손해배상과 심지어는 계약이행의 강제도 모두 그 적용범위로

93) 이에 대하여 제113조의 원상회복을 삭제하자는 견해도 있고 제113조의 관련용어를 수정하여 이를 해결해야 한다고 하기도 한다. 가령 邱聰智, 위의 책, 133쪽, 주30: 전자에서는 법률행위의 불성립이나 무효이고 당사자 사이에 이미 선행급부를 한 경우에는 모두 원상회복의 적용이 있다. 개정안은 다음과 같다. 제113조 ① 무효인 법률행위의 당사자는 원상회복의무를 부담한다. 행위 할 때에 그 무효를 알았거나 알 수 있었을 경우에 과실 없이 계약의 유효를 신뢰하여 손해를 입은 상대방에 대하여 배상책임이 있다. ② 전항의 원상회복의무는 민법 제259조의 규정을 준용한다. ③ 제1항의 손해배상청구권은 2년 동안 불행사로 소멸한다.

94) 각 설의 내용에 대하여는 邱聰智, 回到民法第一—三條, 法學論叢(國立高雄大學) 제3권 제1기, 2007.12, 46-47쪽 참조.

95) 邱聰智, 앞의 책, 134쪽; 劉春堂, 앞의 책, 191쪽; 邱聰智, 앞의 논문, 47쪽 이하.

인정되어야 한다고 한다. 다시 말하면 완전성 이익⁹⁶⁾의 침해의 손해배상도 편입되어야 한다.⁹⁷⁾ 비교법적 관점에서 계약체결상의 과실책임의 최근성과인 독일2002년 민법채권 편 개정 시에 계약체결상의 과실책임의 일반규정을 신설하였다(제311조 제2항⁹⁸⁾과 제3항). 그에 의하여 신뢰이익의 손해배상과 완전성이익이 손해배상 외에도 확설은 개정법 이전의 법원의 견해⁹⁹⁾를 받아들여 계약체결상의 과실책임이 없는 행위의 발생에 계약이 성립하여 효력이 발생한 때에 손해배상의 범위는 이행이익이 배상까지 확대될 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이는 제245조의1의 규정이 손해배상만을 정하고 원시적 불능으로 인한 손해배상(제247조)와 같이 신뢰이익으로 제한하는 규정을 두지 않고 있기 때문이다.

3.4 계약체결상의 과실책임의 성립요건

이러한 제245조의1의 성립요건으로는 우선 ① 계약체결을 위한 준비 또는 협상이 있고 그 계약이 불성립할 것 ② 명백한 신의성실의 원칙의 위반이 있을 것¹⁰¹⁾ ③ 상대방이 손해를 입었을 것 ④ 상대방이 무과실 일 것을 들 수 있다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾

96) 대만에서는 이를 ‘고유이익’(固有利益)이라고 옮긴다.

97) 邱聰智, 앞의 논문, 134; 黃茂榮, 앞의 책, 363쪽, 180쪽 이하 참조. 고유이익(Intergritätsinteresse)이라는 것은 보호의무의 위반사건으로 발생 전에 피해자가 향유하는 이익을 말한다. 그 이익은 가해자와 피해자 사이에 진행되는 채권관계의 존재에 기초하는 것이 아니라 이행하여 취득, 사건발생 전에 이미 존재하는 것이다.

98) 제311조(법률행위에 의한 채권관계 또는 그와 유사한 채권관계) ① (생략) ② 제241조 제2항[채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익과 이익에 배려할 의무를 지을 수 있다]에서 정하는 의무를 내용으로 하는 채권관계는 다음 각 호에 의하여도 성립된다. 1. 계약교섭의 개시 2. 계약체결을 위한 접촉을 하면서 그에 있어서 당사자 일방이 상대방에게 장차 성립할 수도 있는 법률행위적 관계와 관련하여 자신의 권리, 법익과 이익에 영향을 미칠 가능성을 부여하거나 또는 이를 위탁하는 것 3. 이들과 유사한 거래상 접촉을 하는 것 ③ 제241조 제2항에서 정하는 의무를 내용으로 하는 채권관계는 계약 당사자가 될 것이 아닌 사람에게도 성립될 수 있다. 그러한 채권관계는 특히 그 제3자가 특별한 정도로 자신에 대한 신뢰를 불러일으키고 또 이를 통하여 계약교섭이나 계약의 체결에 현저하게 영향을 미친 경우에 성립한다.

99) 독일 2002년 채권법 개정 전에 독일연방법원은 계약체결 상의 과실책임이 손해배상은 예외적으로 성립하지 아니한 계약의 피해자의 이행(Erfüllung eines nicht zustande gekommenen Vertrags)이익의 배상을 배상할 수 있다. 계약당사자가 유책한 행위 없이 체결된 계약을 대신하여, 피해자에 대하여 더 유리한 다른 계약이 체결될 수 있었을 개별적인 경우에 확인되는 경우에. BGH NJW 1998, 2900; BGH, JNW 1988.

100) 黃茂榮, 앞의 책, 378쪽 이하는 이행이익이 계약체결상이 손해배상범위로 편입되어야 한다고 한다. 다만 邱聰智, 앞의 책, 135쪽도 이에 찬성하면서도 제245조의1의 손해배상은 신뢰이익의 손해배상을 말하고 이는 제247조의 규정에 의하는 것으로 하고 있다. 제132쪽, 다만 제247조에서는 이행이익의 한도에서 신뢰이익의 배상이라고 한다. 같은 저자, 앞의 책, 125쪽 참조.

101) 견해에 따라서는 이것에 유책사유가 있을 것을 추가하기도 한다. 가령 王澤鑑, 앞의 책, 193쪽.

3.4.1 신의성실의 원칙과 유책사유

계약체결상의 과실의 성립에는 신의성실의 원칙의 위반이 있어야 하고 귀책사유를 필요로 한다. 전자는 계약전 의무의 위반으로 위법성이 있는 것이다. 후자는 고의나 과실의 문제이다. 양자는 서로 다른 요건이다. 제245조의1은 각종의 계약전 의무의 위반(고지 설명의무, 비밀유지의무 등)에 대하여 서로 다른 유책사유를 정하는 것은 비교법적으로는 이례적이다.

3.4.1.1 고지의무와 설명의무(정보제공의무)의 위반(제245조의1 제1항 제1호)

계약체결에 중요한 관계가 있는 사항은 상대방의 문의에 대하여 악의로 은닉하거나 부실한 설명을 한 경우에 상대방에게 손해를 가한 경우에 배상책임을 부담하여야 한다(제1호). 본 호는 고지, 설명의무를 규정한 것으로 자료의 제공과 관련된 것으로 계약체결상의 과실책임의 핵심문제이다.

본 호는 계약체결의 준비나 상의의 일방당사자가 ‘적극적’으로 고지나 설명할 의무가 없는 것을 인정한다. 이에 대하여는 원칙적으로 찬성한다. 우선 자료의 취득은 비용을 요하기 때문이다. 다음으로 각 당사자는 스스로 필요한 정보를 취득하여야 하고 타인의 제공에 의존할 수 없다. 그렇지 않으면 쌍방은 필요한 정보를 획득하기 어렵고 계약체결은 그 효율성을 상실할 것이기 때문이다. 셋째로 계약체결의 상의는 당사자의 유보를 용인해야 하고 내부사정을 가능한 누설하여 완전투명하게 할 수는 없다. 하지만 당사자의 정보의 불평등으로 본래 모든 신의성실의 원칙은 일정한 요건에서 당사자 일방이 계약체결에 중요한 관련이 있는 사항은 또한 고지와 설명을 하여야 한다. 가령 자동차가 태풍으로 인한 침수, 산비탈 지역 건물의 안전성 등이 그러하다.¹⁰⁵⁾

102) 이외에도 가해자가 행위능력이 있을 것 ⑤ 침해행위와 손해 사이에 인과관계가 있을 것도 들기도 한다.

103) 劉春堂, 앞의 책, 179쪽은 이를 기초로 하여 계약체결상의 과실책임의 성립요건을 다음과 같이 일반화하기도 한다. 1. 부수의무 또는 기타 행위의무의 위반 2. 배상의무자의 고의나 과실 3. 배상청구권자의 선의.

104) 또한 ‘계약의 불성립’이라는 것이 성립요건이 되는가는 이 문언이 계약체결상의 과실책임의 일반조항인가와 관련하여 학설의 대립이 있다. 이러한 점은 陳聰富, 締約上過失責任, 月旦法學 제80기, 2002.2, 11쪽; 王澤鑑, 앞의 책(債法原理), 2012.3, 269-270쪽; 邱聰智, 앞의 책, 130쪽; 鄭冠宇, 앞의 책, 257쪽; 독일의 견해로는 MünchKommBGB, 6. Aufl., §311, Rn. 46, 53; 다만 孫森焱, 앞의 책, 679쪽 이하; 林城二, 앞의 책, 226-227쪽; 劉春堂, 앞의 책, 171쪽 이하는 이에 반대한다; 이 조문은 “계약이 성립하지 아니한 때”라는 요건을 규정하고 있으나 각국의 입법례는 이러한 규정을 두지 아니하고 있고 각국의 입법례는 모두 일반규정을 취한다. 견해에 따라서는 ‘계약이 성립되지 아니한 때에 … 과실에 의하지 아니하고 계약이 성립한 것으로 믿은 …에 대하여’라는 용어에 의거하여 이른바 ‘계약이 성립되지 아니한 때를 계약이 불성립에 ‘이른’ 때를 말하는 것으로 해석한다.

105) 본 호는 상대방의 질문과 악의로 은닉하거나 부실한 설명을 하였을 것이라는 2개의 요건을 규정한다. 다만

다음으로 상대방의 질문을 받은 것이라도 고지하지 아니하면 당연한 것으로 본 호가 적용되는 것은 아니다. 가령 갑의 을을 고용하고자 하는데 이전에 낙태 여부를 묻는 것이나 지금 피임약을 복용하고 있는지 동성애를 하는지 등은 개인의 사생활에 관련된 것으로 계약체결에 중요한 관련된 사항에 속하지 아니한다. 이를 고지하지 아니한 것을 인정되더라도 ‘악의’의 은익에 속하지 아니한다.

마지막으로 본 호가 규정한 것은 상대방의 질문을 전제로 하는 것으로 악의의 은닉이나 부실한 설명을 필요로 하고 그 요건의 조사는 실제로 제184조 제1항 후단의 ‘고의로 선량한 풍속에 위반하는 법률로 타인에게 손해를 가한 경우’(더욱 엄격하기도 하다)에 해당한다.¹⁰⁶⁾

3.4.1.2 비밀유지의무의 위반(제2호)

상대방의 비밀을 지득하거나 소지하고 상대방이 비밀을 유지해야 한다고 명시하였음에도 고의 또는 중대한 과실로 누설한 경우에는 손해배상책임이 있다(제245조의1 제1항 제2호). 이러한 비밀이 누설과 ‘계약의 성립하지 못하기에 이른 것’은 논리적으로나 필연적 인과관계가 존재하지는 아니한다. 준비나 상의과정 중에 비밀을 누설하고 그 후 계약이 ‘성립’한 경우에도 여전히 책임을 부담하는 것은 당연한 것이다. 또 본 호가 ‘비밀을 유지하여야 한다는 상대방의 명시’를 요건으로 하는 것도 엄격한 것이다. 비밀을 유지하여야 하는 것으로 명시하지 않은 ‘비밀’(가령 투자계획, 신상품의 제조방법)을 당사자 일방이 고의로 누설한 때에 이것이 신의성실의 원칙을 위반하지 않은 것이라고 하기 어렵고 그러한 사정에 의하여는 제245조 제1항 제3호의 규정을 적용하거나(명백하게 신의성실을 위반한 방법) 제184조 제1항 제2문이 정하는 불법행위가 성립될 수 있다.

당사자 일방이 그 지득하거나 소지한 상대방의 비밀(가령 신개발한 제조기술)을 ‘사용’하는 것이 더욱 일반적으로 보는 것이다. 본 호는 이에 대하여 규정을 두지 아니하고 해석상 제3호의 규정을 적용할 수 있다. 또 상대방이 그 비밀을 사용할 수 없다는 것을

이러한 요건은 너무 엄격한 것이고 적어도 부실하게 설명으로 말하면 타인의 질문을 받은 것을 전제로 하는 것은 의문이 있다. 갑이 악의로 을에게 ‘산비탈 지역은 정부검사에 합격하여 안전에 염려가 없다’고 부실고지하면 신의성실의 원칙에 위반한 것이고 상대방의 질문 여부와 무관해야 한다. 상대방의 질문을 받지 아니하고 ‘적극적으로’ 악의로 부실하게 고지한 경우에는 본 호의 유추적용이나 제3호의 규정을 적용해야 한다.

106) 대만에서는 이에 관하여 아직 체계적 연구는 없고 앞으로 계약체결상의 고지설명 의무(정보제공의무)는 비교법상 심화연구를 할 가치가 있는 문제라고 한다. 독일법에 관하여는 S. Breidenbach, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, C.H.Beck, 1996.1.

명시하였는가를 묻지 아니하고 모두 불법행위나 부당이득이 성립될 수 있다.

3.4.1.3 기타 명백한 신의성실을 위반하는 방법

제245조의1 제1항 제3항은 ‘기타 명백하게 신의성실을 위반하는 방법’으로 상대방에게 손해를 가한 경우에는 손해배상책임을 부담한다. 이는 일반조항으로 개별안전에서 해당 사례를 유형화하여야 한다.¹⁰⁷⁾

본 조에서는 특히 ‘명백하게’(显然)를 요구하는데 본조가 규정하는 바는 법정채권관계이고 신의성실의 원칙에 기한 계약 전 의무를 위반하여 유책사유를 요건으로 하고 그 신의성실의 위반여부가 ‘명백’한 것인지는 이 2가지에 의하여 개별사안에서 판단되어야 한다.

이른바 기타 명백하게 신의성실을 위반하는 방법이라는 것은 가령 당사자 일방이 적극적으로 악의로 부실한 설명을 하거나 그가 알고 있거나 지득한 상대방의 비밀을 사용하여 처음부터 계약체결 할 의사 없이 계약체결의 상의를 하는 등을 말한다.

이러한 유형으로는 우선 계약의 불성립에 이르거나 무효인 경우가 이에 해당한다. 가령 제247조는 계약목적의 불능으로 무효이고 계약체결상의 과실규정을 두는데 기타 계약의 무효나 불성립의 경우에는 명문이 없다. 계약체결상의 과실이론을 취하는 국가는 모두 목적의 불능 등에 관한 규정을 유추적용 하여 이것이 과실이 있는 일방이 손해배상책임을 부담하여야 하는 것을 긍정한다. 대만은 제247조의 규정을 유추적용 외에 제245조의1 제1항 제3호의 규정을 적용할 수 있다. 가령 건축업자 갑과 을이 건물매매의 상의를 하고 갑이 새롭게 개정된 내용에 의하여 제166조의1이 규정하는 부동산매매를 공증인을 통하여 공증을 해야 하는 것을 알고 고의로 을에게 서면으로 계약성립을 고지하면 바로 그 행위는 명백하게 신의성실의 원칙을 위반하는 것이다. 또 일반거래약관에 의한 계약조항이 법원의 선고로 무효로 선고된 후에 기업경영자가 여전히 계속 사용하는 때에도 본 호의 적용이 있다.

다음으로 계약체결의 중단이 이에 속한다.

당사자가 계약체결의 준비나 상의(협의)를 개시한 후에 계약 성립 전에 수시로 계약체결이 중단할 수 있고 이는 계약자유 원칙(계약자유)에 속하고 민법상으로도 요약이나 승낙은 철회할 수 있다는 규정을 정하고 그렇지 않으면 ‘체약의 강제’의 결과를 초래할 것이다. 하지만 예외적인 경우에 계약체결의 중단도 명백한 신의성실의 위반을 구성할

107) 일반조항의 구체화와 유형화에 대하여는 王泽鑑, 民法思维:请求权基础理论体系, 北京大学出版社, 2009 참조.

수도 있다. 이는 개별적 안전을 계약의 유형, 협의의 진전정도, 상대방의 신뢰와 거래관행 등을 참작하여 인정해야 한다.

마지막으로 보호의무위반으로 상대방의 인신이나 소유권의 침해에 이른 경우도 이에 속한다.

이는 ‘계약체결상의 과실책임 중 가장 논쟁이 있는 유형이다. 갑이 을의 백화점에 가서 물건을 구입하고 엘리베이터 위의 바나나 껍질을 밟고 넘어져 다쳤다. 병 점원이 전기스토브를 전시하고 신중하지 못하여 떨어뜨려 곁에서 보던 정을 다치게 하였다. 고객이 차량시승하고 회사직원의 과실로 차사고로 다쳤다. 이들 경우에 독일의 실무에서 일관하여 계약체결상의 과실책임이 성립한 것으로 인정하여야 한다고 그 이유는 당사자 일방이 계약체결 상 접촉으로 인하여 타인의 지배범위에 진입하여 보호를 받아야 하고 사용자는 독일민법 제831조의 규정에 의하여 피용자의 가해행위에 대하여 면책을 입증해야 하고 독일민법 제278조(대만 민법 제224조에 상당)규정을 적용한다.

3.4.2 상대방에게 손해를 가하기에 이를 것

계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구권의 성립은 당사자 일방이 손해를 입을 것을 요건으로 하는 것은 당연한 것이다. 이러한 손해는 통상 비용의 지출, 계약체결 기회의 상실 등이 이에 해당한다. 이들 소위 순수 재산적 손해(순수경제적 손해)에 관하여는 가해자는 고의로 선량한 풍속을 위반하는 방법으로 타인에게 손해를 가한 경우¹⁰⁸⁾에 피해자는 비로소 민법 제184조 제1항 후단의 규정에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다. 제245조의 1이 신설은 순수한 재산상이 이익의 보호에 도움을 준다.

3.5 계약체결상의 과실책임의 법률효과

3.5.1 신뢰이익의 손해배상

계약체결상의 과실책임의 법률효과로는 손해배상이 인정된다.¹⁰⁹⁾

제245조의 1 제1항의 규정에 의하면 계약체결상의 과실이 인정되면 그 법률효과로서 배상책임을 부담하게 되고 손해배상청구권이 인정된다.

108) 대만민법은 불법행위의 성립에 일반조항을 두지 아니하고 독일민법과 같이 개별유형을 규정한다.

109) 계약체결상의 과실책임에 학설판례는 모두 계약책임의 성질을 인정하여 계약법의 책임원칙(채무불이행)을 적용하여 처리하는 것이 당사자 사이의 이익상태에 부합하다고 한다.

이 손해배상청구권은 계약이 성립되지 아니한 때에 계약이 성립될 것을 믿어서 입은 손해를 배상하는 신뢰이익의 배상이다.¹¹⁰⁾ 이러한 신뢰이익의 손해배상은 계약체결비용·이행준비에 소요된 비용(적극적 손해) 또는 계약체결의 기회상실의 손해(소극적 손해)를 포함한다.¹¹¹⁾ 계약의 이행으로 인하여 취득할 이익은 배상을 청구할 수 있는 항목에 있지 아니하다.¹¹²⁾

또한 민법 제91조, 제110조와 제247조 제1항의 규정은 신뢰손해의 배상청구권을 인정한다. 이는 소극적 이익의 손해배상청구권의 근거규정이다. 이들 규정은 모두 법률행위의 무효와 관련된 것이고 그러므로 (민법 채권편 개정 전에는) 신뢰손해의 배상청구권의 발생은 반드시 모두 법률행위의 무효를 요건으로 하였다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾

학설의 대립은 있지만 민법 제245조의1의 규정은 문언에 의하면 계약체결상의 과실이론 중의 한 가지 유형으로 모든 유형을 포함하지는 아니하고, 특히 계약당사자 일방이 계약 전 보호의무를 위반하여 타인에게 완전한 이익을 손해를 받은 유형을 포함하지

110) 이행이익(적극적 이익)과 신뢰이익(소극적 이익)의 개념에 관하여는 梅仲協, 앞의 책, 158쪽; 史尚寬, 앞의 책(債法總論), 278쪽; 鄭玉波, 앞의 책, 333쪽; 孫森焱, 앞의 책, 316쪽 등 참조; 독일 자료로는 Thomas Ackermann, *Der Schutz des negativen Interesses: zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2007; Helge Dedek, *Negative Haftung aus Vertrag*, Mohr Siebeck, 2007; H. Lange, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Bd. 1, Mohr Siebeck, 1979, S. 44; M. Keller, *Das Negative Interesse in Verhältnis zum Positiven Interesse*, Buchdruckerei J. Weiss, 1948 등 참조.

111) 원시적 급부불능에 관한 계약체결상의 과실을 정하는 제247조에 관하여 내린 판결인 1962년 台上字 제2101호 참조. 그 판시내용은 다음과 같다 : ‘매도인의 불능한 급부를 목적으로 인하여 계약이 무효로 귀속된 경우에 매수인이 배상을 청구할 수 있는 범위는 제247조 제1항에 의하여 그 자체 계약이 유효한 것으로 신뢰하여 받은 손해를 한도로 하고 이는 바로 이른바 소극적 계약이익이고 이를 신뢰이익이라고도 부른다. 가령 계약체결비용, 이행준비에 필요한 비용이나 계약체결의 기회상실의 손해 등이 그러하다. 적극적 계약 이익에서는 계약의 이행으로 인하여 취득한 이익은 배상청구 할 수 있는 항목에 있지 아니 한다.’; 다만 이러한 판결은 원시적 불능으로 인한 계약체결상의 과실책임에 관한 규정의 판결이지만 학설은 이를 제245조의2이 법률효과로 인정한다. 가령 王澤鑑, 앞의 책, 194쪽 참조.

112) 이러한 점은 또한 王澤鑑, 앞의 논문(信賴利益之損害賠償), 앞의 책(제5책), 215쪽 참조. 신뢰이익의 손해배상에 관하여는 林誠二, 民法上信賴利益賠償之研究(一)(二)(三)(四), 法學叢刊, 第69期, 1973.6; 같은 저자, 民法上信賴利益賠償之研究, 民法理論與問題研究, 中國政法大學出版社, 2000 참조.

113) 가령 史尚寬, 앞의 책, 278쪽; 林誠二, 앞의 책(民法總則), 121쪽; 같은 저자, 民法理論與問題研究, 修訂版, 瑞興圖書出版, 1991, 271, 302쪽; 梅仲協, 앞의 책, 158쪽; 馬維麟, 앞의 책, 92쪽; 游進發, 信賴損害賠償請求權理論的建構, 中研院法學季刊 제13기, 2013.9, 40쪽 등 참조.

114) 最高法院79年台上字2292號判決도 이렇게 판시하였다. : 소위 신뢰이익이나 신임이익의 손해는 ‘무효’인 법률행위를 신뢰하여 유효한 것으로 잘못하여 받은 손해를 말하고 이는 법률행위가 원래 유효에 속하였지만 채무자가 그 법률행위를 이행한 후에 채권자가 수취할 수 있는 이익으로 채무불이행으로 인하여 받은 손해로 채무자가 채권자에게 그 받은 ‘이행이익’의 손해를 배상하여야 하는 것은 명백히 차이가 있는 것에 속한다.

아니한다.

이에 따라 이 조문이 규정이 말하는 손해배상이 신뢰손해의 배상의 성질에 속하는가에 관하여 통설은 민법 제245조의1의 규정은 신뢰손해배상청구권을 정한 것으로 인정한다.¹¹⁵⁾

다음으로 민법 제245조의1의 규정은 계약불성립의 경우에만 적용되는가에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하고 있다.¹¹⁶⁾

계약 성립 시 이 조항의 규정이 적용될 여지가 없다고 인정하면 법률행위의 무효는 신뢰손해배상청구권의 성립요건이 아니고¹¹⁷⁾ 법률행위의 무효나 불성립의 존재가 비로소 그 성립요건이 될 것이다. 이를 인정한다면 계약 성립 시에도 민법 제245조의1 제1항의 규정을 적용해야만 한다는 것을 인정하면 문제가 되는 것은 신뢰손해배상청구권이 발생하는가 하는 것이다.

대만민법은 독일민법을 계수한 것이다. 2002년에 독일채권법 현대화법의 시행되었고 독일민법(제284조)의 비용배상에 관한 규정은 신뢰손해배상청구권의 규정의 성질에 속한다. 이러한 손해배상청구권의 그중 하나의 성립요건은 채권자가 손해배상청구권의 대상급부청구권을 가진다. 따라서 채무자의 채무불이행이 이 청구권의 성립요건이다.

채권법 현대화법 시행 전이나 시행 후에 독일연방대법원은 모두 인정하기를, 계약이 유효하게 성립한다고 하더라도 신뢰손해배상청구권은 성립될 수 있다고 판시한다. 이러하더라도 채권법현대화법 시행 전이나 시행 후에 모두 계약무효가 신뢰손해배상청구권의 성립요건이라는 것을 인정하는 것이다. 통설은 인정하기를 독일민법 제3112조 제2항과 제3항의 계약체결상의 과실에 관한 규정은 법률행위의 무효나 불성립의 경우에만 적용되는 것이 아니라 법률해위가 성립하고 효력이 발생한 경우에도 적용된다고 인정한다.

문제되는 것은 신뢰이익의 배상액은 이행이익을 한도로 하여야 하는가?

신뢰이익의 배상범위에 대하여 독일민법 제122조와 제307조는 모두 의사표시의 유효나 계약의 성립시에 상대방이 취득할 수 있는 이익으로 한다고 규정한다. 대만민법은 이에 대하여 유사한 규정이 없지만 학자들은 개정 전 민법에서 동일하게 해석한다.¹¹⁸⁾

115) 黃茂榮, 앞의 책, 361쪽; 孫森焱, 앞의 책, 701; 邱聰智, 앞의 책, 130쪽; 王澤鑑, 앞의 책, 194쪽은 이는 신뢰이익의 손해배상이고 계약이행으로 취득한 이익은 배상청구 할 수 있는 항목에 들어가지 아니한다고 하고 이 신뢰이익은 이행이익의 제한을 받지 아니한다고 한다.

116) 부정하는 견해로는 王澤鑑, 앞의 책(債法原理, 增訂版), 2005, 269-270쪽; 陳聰富, 앞의 논문, 11쪽; 林美惠, 締約上過失及其諸類型之探討-附論民法增訂第二四五條之一, 月旦法學雜誌 제87기, 2002.8, 156쪽 등 참조; 긍정하는 견해로는 孫森焱, 앞의 책, 693, 696쪽 주5; 黃立, 앞의 책, 51쪽; 劉春堂, 앞의 책, 186쪽.

117) 孫森焱, 앞의 책, 442쪽; 劉春堂, 앞의 책, 189-190쪽, 주6; 黃立, 앞의 책, 366쪽.

이와 달리 신설된 제245조의1의 신뢰이익의 배상범위에 대하여 학설은 나뉘고 있다.

신뢰손해, 그 배상액은 이행이익의 손해액을 초과할 수 있는가?

대만민법은 신뢰손해에 이행이익의 손해액을 초과할 수 없다는 제한을 두지 아니한다.¹¹⁹⁾ 학설은 이러한 규정이 없으므로 해석상 신뢰손해배상액은 이행이익의 손해액을 초과할 수 있다고 한다.¹²⁰⁾ 이에 대하여 견해에 따라서는 신뢰이익의 배상은 이행이익의 손해액을 한도로 하여야 한다고 한다.¹²¹⁾

제245조의1이 정하는 손해배상청구권의 발생은 반드시 상대방이 과실 없이 계약의 성립을 믿을 것을 요건으로 한다. 손해배상청구권은 상대방의 과실로 인한 것이면 배제된다. 이러한 과실은 각각의 사례유형에서 계약체결의 상의과정, 쌍방의 정보, 전문능력과 합리적 기대성 등의 요소를 참작하여 인정하여야 한다. 당사자 일방이 비밀보호의무를 위반한 경우에 과실로 인하여 발생한 것이 아니고 계약이 성립될 수 있는 것을 믿은 문제는 그 손해의 발생이나 확대, 피해자와 과실이 있는 경우에 제217조의 규정을 적용하여야 하고 법원은 배상금액의 감경이나 면제할 수 있다.

3.5.2 소멸시효

제245조의1에서 정한 유형의 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구권은 2년 동안의 불행사로 소멸한다(제2항).

이러한 손해배상청구권에 단기소멸시효를 인정한 입법취지는 조기에 권리상태를 확정하여 사회질서를 유지하기 위한 것이다. 이러한 명문규정이 없으면 그 소멸시효기간은 일반규정에 의하면 15년이다(제125조¹²²⁾). 이러한 단기소멸시효는 입법례로는 1946

118) 가령 梅仲協, 앞의 책, 81, 158쪽; 史尚寬, 民法總論, 自版, 1970, 371쪽; 王伯琦, 民法總則, 正中書局, 1994, 163쪽; 洪遜欣, 民法總則, 自版, 1990, 387쪽; 鄭玉波著, 黃宗樂修訂, 民法總則, 修訂十版, 三民書局, 2007, 250쪽; 王澤鑑, 앞의 책, 81쪽에 의하면 이러한 견해가 독일이 통설이지만 여전히 논란은 있다고 한다.

119) 독일민법 제122조 제1항 단서, 제307조, 제309조는 제307조를 준용하여 신뢰손해는 이행이익의 손해를 넘을 수 없다는 제한규정을 둔다.

120) 가령 劉春堂, 계약법총론, 196, 201쪽; 王澤鑑, 앞의 책, 194쪽도 이러한 경우의 신뢰이익의 손해배상범위는 이행이익의 제한을 받지 아니한다고 한다.

121) 이에 대하여는 陳猷龍, 앞의 책, 215쪽.

122) 제125조 청구권은 15년 동안 행사하지 아니하면 소멸한다. 다만 법률에 정한 기간이 더 단기간인 경우에는 그 규정에 의한다; 이는 계약체결상의 과실책임의 법적 성질을 계약책임이나 법정책임으로 보는 경우에 그러하다. 계약체결상의 과실책임의 법적 성질을 불법행위로 본다면 그에 의한 특별한 시효기간이 적용될 수도 있다 : 제197조 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권자가 손해와 배상의무자를 안 때로부터 2년 동안 행사하지 아니하면 소멸한다. 불법행위가 있는 때로부터 10년을 경과한 때도 같다.

년의 그리스민법(제198조 제2항¹²³⁾)의 규정을 참조한 것이다. 대만은 그리스민법을 참고하여 소멸시효기간에 대하여 명문규정을 두었고 다만 그 불법행위가 손해배상청구권의 소멸시효를 준용하는 입법례를 취하지는 아니하였다.¹²⁴⁾ 2년의 소멸시효기간으로 정한 것이 합리적인가는 민법의 기타 규정을 고려할 때 학설은 의문을 제기하기도 한다.¹²⁵⁾

이 경우에는 명문규정을 둔 것에 비하여 민법은 기타의 계약체결상의 과실에 관하여는 구체적 규정을 두고 있다. 가령 제91조, 제110조, 제11조, 제114조 제2항, 제165조 제1항, 제247조, 제631조 등은 이것이 이미 소멸시효에 관한 규정이 있으면 가령 제247조와 제623조는 당연히 그 규정에 의하여야 한다. 규정이 없는 경우에는 청구권의 일반소멸시효기간을 적용하여야 한다(제125조). 다만 견해에 따라서는 신뢰이익이 손해배상이 소멸시효에 관하여 민법에는 일반규정이 없지만 그럼에도 민법 제245조의1 제2항, 제247조 제3항의 2년의 단기소멸시효기간을 유추적용해야 한다고 하기도 한다.¹²⁶⁾

123) 제198조 제2항의 조문내용은 다음과 같다 : ② 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 불법행위청구권의 소멸시효의 규정(제937조 : 필자 주)을 준용한다. 제937조의 조문내용은 다음과 같다 : 불법행위로 발생한 손해배상청구권은 청구권자가 손해와 배상의무자를 안 때로부터 5년 동안 행사하지 아니하면 소멸한다. 불법행위가 있는 때로부터 20년을 경과한 때에도 같다, 다만 이러한 준용규정에 대하여 그리스의 학설과 판례에서는 종래 계약체결상의 과실이 불법행위인가에 관한 논쟁이 야기되었고 통설은 이러한 준용이 취지는 피해자가 부대민사소송을 제기의 편리하게 하는데 있고 이로 인하여 계약체결상의 과실의 법적 성질을 불법행위로 할 수는 없다고 한다. 이러한 점은 Pouliadis, Athanassios K., 앞의 책, 190쪽, 앞의 주79도 참조; 그리스의 다수설은 계약체결상의 과실은 계약과 유사한 성질의 채권관계로 인정한다. 또한 Penelope Agalopoulou, *Basic concepts of Greek civil law*, Translated & Edited by Youlika Kotsovolou Masry, Ant. N. SAKKOULAS, 2006, 137쪽도 참조. [1] Οποιος κατά τις διαπραγματεύσεις για τη σύμβαση προξενήσει υπαίτια στον άλλο ζημία είναι υποχρεωμένος να την απορρώσει και αν ακόμη η σύμβαση δεν καταρτίστηκε. [2] Για την παραγραφή της αξίωσης αυτής εφαρμόζεται αναλόγως η διάταξη για την παραγραφή των απαιτήσεων από αδικοπραξία.

124) 물론 대만에서도 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 특별한 소멸시효를 정하는 규정은 있다(제197조). 조문내용은 다음과 같다 : 제197조 ① 불법행위로 인하여 발생된 손해배상청구권은 청구권자가 손해와 배상의무자를 안 때로부터 2년 동안 행사하지 아니하면 소멸한다. 불법행위가 있는 때로부터 10년이 경과한 때에도 같다.

125) 다만 불법행위법에 '2년'의 시효기간을 두고 있다(제197조 제1항 전문).

126) 가령 王澤鑑, 앞의 책(민법총칙), 567-568쪽; 같은 저자, 앞의 책(債法原理), 284쪽 참조. 이를 일반규정으로 본다; 이외에 민법 제245조의1 제2항은 계약체결상의 과실에 관한 단기소멸시효의 규정은 다만 앞에서 말한 구체적 규정 외의 일반적 계약체결상의 과실에만 비로소 적용된다고 하는 것으로는 鄭冠宇, 앞의 책, 260쪽 참조.

III. 우리 민법에서의 비교와 시사점

1. 우리 민법의 계약체결상의 과실책임¹²⁷⁾

현행 민법전은 계약체결상의 과실책임과 관련하여 원시적 불능에 관하여만 명문규정을 두고 있지만 민법전 제정과정에서는 착오로 인한 의사표시의 취소의 배상책임도 논의가 있었다.

우선 계약체결상의 과실책임에 관하여 원시적 불능에 관하여 명문규정을 두고 있다(제535조). 이 규정은 의용민법에는 규정이 없었지만 학설상 도입 필요성이 주장되었던 것으로 계약체결상의 과실책임의 한 유형으로 원시적 불능인 급부를 목적으로 한 계약의 신뢰이익의 배상을 명문으로 인정한 것이다. 이는 2001년 개정 전의 독일민법(제307조 제1항)을 계수한 것으로 원래 민법초안에는 없던 것을 민법안 심의과정에서 현석호 의원이 제안한 것을 받아들여 신설한 것이다. 다음으로 착오자의 상대방에 대한 신뢰이익의 배상책임을 인정하는 신설안도 민법초안에는 없었으나 본회의에서 수정안으로 제안되었지만 부결되어 채택되지 아니하였다(제109조 제3항).¹²⁸⁾

민법전 제정 후에 계약체결상의 과실과 관련하여 학설은 현행법이 규정하는 것에서 나아가 적용범위를 확대하는 견해와 이를 부정하고 불법행위로 처리하려는 견해가 대립하고 있고 판례는 후자의 태도를 취하고 있다.

우선 계약체결상의 과실책임의 법적 성질에 대하여는 학설은 계약책임설, 불법행위책임설과 법정책임설이 대립하고 있다.¹²⁹⁾ 또한 계약체결상의 과실책임이 인정되는 적용범위도 원시적 불능의 경우(제535조)뿐만 아니라 계약의 불성립,¹³⁰⁾ 계약의 무효, 취

127) 이에 관한 일반적 논의에 대하여는 김성수, 앞의 논문, 153쪽 이하 참조. 이하에서는 이를 기초로 하여 필요한 경우에는 내용을 수정 보완하였다.

128) 독일민법(제122조)에서는 명문으로 이를 인정하고 이를 계약체결상의 과실책임의 한 유형으로 인정한다. 대만민법은 독일민법과 같이 착오취소에 관하여 신뢰손해의 배상을 규정한다(제91조) : 제88조(착오취소에 관한 규정이다 : 필자 주)와 제89조의 규정에 의하여 의사표시를 취소한 때에는 표의자는 그 의사표시를 유효라고 신뢰하여 손해를 받은 상대방 제3자에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다. 다만 그 취소원인을 피해자가 명백하게 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다. 하지만 대만민법은 법률위반의 계약(독일민법 제309조)과 무권대리인의 책임(독일민법 제179조)에서는 독일민법과 같은 규정이 없다. 가령 대만민법 제71조(무권대리인이 타인의 대리인의 명의로 한 법률행위는 선의의 상대방에게 손해배상책임이 있다)와 제110조(법률행위가 강행규정이나 금지규정에 위반한 경우에 무효로 한다...) 참조.

129) 이에 관한 자세한 것은 김성수, 앞의 논문, 160쪽 이하 참조.

130) 종래에는 준비단계에서의 계약체결상의 과실책임 또는 계약교섭단계에서의 생명, 신체, 재산권 등이 침해된

소,¹³¹⁾ 계약의 유효한 성립과 기타의 경우¹³²⁾가 다양하게 인정되고 있다.

다음으로 2004년과 2009년-2014년의 민법전 개정에서도 계약체결상의 과실책임이 논의되어 개정안이 마련되기도 하였다.¹³³⁾

2004년 민법개정안에서는 계약체결상의 과실책임에 관한 일반규정의 논의는 없고 개별규정으로서 원시적 불능을 목적으로 한 계약과 착오로 인한 취소자의 손해배상의 2가지가 논의되었다. 2013년 민법개정시안¹³⁴⁾에서는 계약체결상의 과실책임과 관련하여 원시적 불능, 착오로 인한 취소자의 손해배상에 관한 것뿐만 아니라 계약 전 책임 또는 정보제공의무와 무권대리 등 최근 여러 입법례에서 문제되는 유형도 포함하여 그 논의범위가 확대되었다. 특히 원시적 불능의 무효조항(제535조)의 삭제와 계약교섭과 정보제공의무에 관한 책임에 관한 조문의 신설은 특히 최근의 입법례를 반영한 획기적인 변화라고 할 수 있다.¹³⁵⁾ 또한 계약자유의 원칙에 따라 계약체결을 위한 교섭을 진행하다가 중단하더라도 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만, 구체적인 경우에 신의성실의 원칙에 반하는 것이 될 수 있고, 이는 판례의 태도도 같다. 또한 계약당사자는 거래에 따른 위험을 스스로 부담하여야 함이 원칙이지만, 오늘날 계약체결 여부 및 그 내용을 결정함에 고도의 전문적인 지식이 필요한 경우가 적지 않을 뿐만 아니라 계약당사자의 지위의 비대등성 때문에 정보제공의무를 인정하는 것으로 하고 신설안(제535조의2)도 마련되었다.

경우 또는 상대방의 생명, 신체, 재산 등의 계약외적 법익이 침해된 경우와 계약의 불성립, 무효, 취소로 나눈다. 계약의 무단파기(중단)을 후자에 포함시키기도 하여 견해에 따라 다양하게 분류 한다; 계약체결 이전 단계에서의 이러한 의무위반에 대하여 계약체결상의 과실책임이 인정되고 이는 다시 ① 계약준비단계에서의 법익을 침해한 경우와 ② 계약교섭을 부당하게 파기한 경우로 나눌 수 있다.

131) 이에선 착오, 제한능력과 의사무능력이 이에 해당된다.

132) 이에선 계약이 반사회성으로 무효(제103조)인 경우 또는 강행법규 위반의 경우가 이에 해당한다.

133) 이에 관한 것은 김성수, 앞의 논문, 178쪽 이하 참조.

134) 이에 대하여는 우선 법무부 민법개정자료팀, 2013년 개정 민법 자료집(하)(민법개정총서 2), 법무부, 2012; 지원림, “계약 및 법률행위법 개정의 방향과 내용: 민법개정위원회 제1·2기 제1분과위원회의 결과보고”, 고려법학 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012.3, 1쪽 이하; 지원림, “계약 및 법률행위법의 개정방향 : 법무부 민법개정위원회 제1분과위원회의 개정작업을 중심으로”, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010.3, 3쪽 이하 등 참조.

135) 기타 착오로 인한 취소와 손해배상과 무권대리인의 책임에 관하여도 개정안이 마련되었다.

2. 대만법과의 비교와 시사점

현행 대만 민법전은 계약체결상의 과실의 논의와 우리 민법 및 민법개정안(2013년)을 비교해보면 다음과 같다.¹³⁶⁾¹³⁷⁾

우선 계약체결상의 과실책임의 개념은 양국이 유사하다. 이는 양국이 독일의 계약체결상의 과실책임의 학설과 판례를 계수하여 논의하기 때문이다. 이에 의하면 계약체결상의 과실책임은 계약체결 과정에 당사자 중 일방이 고의나 과실 또는 신의성실을 위반하여 계약의 불성립, 무효, 취소 또는 통지나 보호의무를 다하지 못하여 상대방에게 손해를 준 때에 부담하는 손해배상책임을 말한다. 다만 이러한 계약체결상의 과실책임은 대만이 독일과 같이 불법행위 규정의 유형화로 인한 부족한 점을 메꾸기 위하여 전개되는 것에 비하여 우리 민법은 불법행위에 일반규정(제750조)을 두어 이러한 문제가 없으므로 이러한 계약체결상의 과실책임이 반드시 필요한가에는 재검토를 요한다.¹³⁸⁾

다음으로 계약체결상의 과실의 법적 성질과 관련하여 우리 민법에서는 계약책임설, 불법행위책임설, 법정책임설이 대립하고 판례는 개별유형에서 불법행위를 인정하지만 대만에서는 주로 법정책임설을 취하고 있다.¹³⁹⁾

또한 계약체결상의 과실책임의 유형이나 적용범위와 관련해서 계약의 불성립, 계약의 무효, 취소, 계약의 유효한 성립의 논의는 독일의 논의를 그대로 받아들여 인정되고 있다.¹⁴⁰⁾ 그 외에 대만에서는 통지의무의 위반, 보호의무의 위반 등도 이를 규정하는데

136) 이 표는 王澤鑑, 앞의 책(債法原理 제1권), 250-251쪽을 참조하여 일부 수정한 것이다.

137) 대만에서는 계약체결상의 과실책임은 신설된 제245조의1을 포함하여 원시적 불능은 모두 채권편(제2편), 채권의 효력(제3절), 계약(제4편)에서 규정한다. 채권의 성립(제2편 채권편, 제1장 통칙, 제1절 채권의 발생, 제1관 계약)에서 다루지 않는다. 우리 법에서는 현행 계약체결상의 과실책임(제535조)에 규정하여 ‘채권의 발생’(성립)으로 이를 다룬다. 민법개정작업에서는 계약체결상의 과실책임에 관한 규정의 민법에서의 규정 위치에 대하여는 논의가 없었다. 우리 규정이 체계상 계약체결상의 과실이라는 개념이 계약의 ‘성립’과 관련되는 점에서 타당하다고 할 수 있지만 현행법이 계약의 성립에 청약과 승낙을 중심으로 규정하고 그 말미에 원시적 불능을 규정하고 있어 계약의 성립에 관한 규정 내에서의 위치는 타당한 것은 아니다. 향후 계약의 성립 이전의 단계를 불법행위로 볼 것인지 계약책임으로 볼 것인지의 이론적 논의보다도 이를 민법전의 어느 부분으로 편입할 것인가가 실제로 중요하다고 생각한다. 우리 현행 규정(제535조)은 원래의 초안에 없던 것을 수정안으로 국회심의과정에서 맨 뒤에 추가한 것으로 비교법적 검토를 통하여 체계적 재배치가 필요하다.

138) 다만 일반규정을 두는 프랑스법에서도 원시적 불능의 책임에 대한 논의는 없지만 계약 전 의무를 인정하고 있는 점에서 계약체결상의 과실책임 중 계약파기 등과 같은 것의 계약책임으로의 편입의 한도에서 계약책임의 확대는 불가피하다고 보인다. 최근의 프랑스민법전도 유럽의 통일작업의 결과를 반영하여 민법전(초안)에 적극적으로 이를 규정한다.

139) 이는 독일민법의 제정 후의 학설, 판례의 태도를 다시 적극적으로 반영한 것이다.

우리 민법도 계약체결의 부당파기 등과 관련하여 신의성실의 원칙에 의한 부수의무 위반으로 이를 인정한다.¹⁴¹⁾

구체적인 유형은 대만민법 개정 전의 경우에 독일에서와 같이 일반원칙을 두지는 아니하였고 단지 몇 가지 경우에 개별규정을 통하여 그 배상책임의 요건과 경우에 따라서는 그 효과로서의 신뢰책임을 규정하고 있다. 이러한 기본적 태도는 한국과 대만이 동일하다.

우선 원시적 객관적 불능인 급부로 인한 손해배상은 대만의 경우(제247조 제1항)에 계약이 불능한 급부를 목적으로 하여 무효인 경우(제246조 제1항 본문)에 당사자가 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에 과실 없이 계약의 유효로 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임을 부담한다(제247조 제1항). 학설과 판례는 이를 계약체결상의 과실책임의 가장 중요한 유형으로 인정하였다. 이러한 점은 특히 원시적 불능을 목적으로 하는 계약의 경우에 계약체결상의 과실책임을 인정하는 현행 우리민법과 유사한 것이다.¹⁴²⁾ 양국의 판례가 이를 무효로 하여 신뢰이익의 배상을 하는 것도 같다. 다만 대만민법은 손해배상청구권의 단기소멸시효를 규정하여 2년 동안 불행사하면 소멸한다(제247조 제3항)고 하는데 우리 민법에는 이러한 규정이 없다.¹⁴³⁾

다음으로 착오에 의한 의사표시의 취소와 관련하여 대만민법은 표의자가 의사표시의 착오(제88조) 또는 전달의 착오(失實)(제90조)로 표의자 자신의 과실에 의한 것이 아닌 경우에 그 의사표시를 취소할 수 있고(제91조) 그 의사표시가 유효한 것으로 신뢰하여 손해를 입은 상대방이나 제3자에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다. 다만 그 취소 원인을 피해자가 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하고 하여 계약체결상의 과실책임을 명시한다. 우리 민법에서는 이에 관하여 규정이 없고 학설은 대립하고 민법 개정과정에서도 이러한 책임을 인정하자는 논의가 있었다.

또한 무권대리인의 손해배상과 관련하여 대만민법은 무권대리인은 본인의 명의로 한 법률행위에 대하여 선의의 상대방에 대하여 손해배상책임이 있다(제110조). 우리

140) 다만 대만민법은 강행규정의 금지위반에 대한 독일민법은 이를 계수하지 않았고 학설도 이에 관한 언급은 전혀 하지 않고 있다. 우리 학설은 이를 인정하는 견해도 있다.

141) 이는 향후 부수의무와 관련하여 계약성립 후의 불완전이행과 계약성립 전의 계약체결상의 과실책임으로 하여 체계적인 연구가 필요하다.

142) 우리 개정안은 2002년의 독일민법전과 같이 이러한 원시적 불능의 무효규정을 삭제하고 이를 ‘유효’로 하고 있으나 대만민법에서는 아직까지 이에 대한 논의는 없다.

143) 손해배상청구권은 10년의 소멸시효에 걸린다. 다만 불법행위법의 소멸시효규정을 유추적용 할 수도 있다. 우리 학설은 이에 관하여 아직 논의가 없다.

민법도 이러한 무권대리인의 손해배상책임을 인정한다. 다만 그 손해배상을 대만민법은 규정이 없지만 판례는 신뢰이익을 인정한다. 우리 민법에서는 학설의 대립이 있다.¹⁴⁴⁾

다음으로 독일에는 없는 대만의 특수한 것으로 법률행위의 무효와 취소와 손해배상(제113조, 제114조 제2항)에 대한 것이 있다. 이는 무효나 취소인 법률행위의 당사자가 행위 시에 그 무효나 취소를 알았거나 알 수 있었을 경우에는 원상회복이나 손해배상의 책임을 부담하여야 한다(제113조, 제114조 제2항). 학설은 이를 무효나 취소한 법률행위 당사자가 계약체결상의 과실책임을 부담하여야 한다는 개별규정의 하나로 인정하고 신뢰이익의 손해를 인정한다. 우리 민법에는 이러한 논의가 없다.¹⁴⁵⁾

또한 현상광고의 취소와 관련하여 대만민법은 보수를 예정한 광고를 행위가 완료하기 전에 철회한 때에 광고자가 행위자가 그 행위를 완료할 수 없다는 것을 광고자가 증명한 경우 외에는 행위자는 그 광고의 선의로 입은 손해에 대하여 배상책임이 있고 이는 예정된 보수액을 넘지 않을 것을 한도로 한다(제165조). 학설은 이를 신뢰이익의 손해로 본다. 우리 민법에는 이러한 규정이 없고 학설도 이를 논하지는 아니한다.

마지막으로 운송계약에서 운송물 위험의 고지의무와 관련하여 대만민법은 물건운송에서 운송물이 그 성질에 의하여 또는 재산에 대하여 손해를 가할 염려가 있을 경우에 송하인은 계약체결 전에 그 성질을 운송인에게 고지하여야 하고 고지를 해태한 경우에는 이로 인하여 가한 손해에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다(제631조)고 규정한다. 우리 민법에는 이러한 규정이 없다.

다음으로 대만민법 개정 후의 유형으로 대만민법은 제245조의1을 신설하여 계약체결할 때를 고려하여 통지·보호·설명 등의 의무 위반으로 타인에게 발생한 손해에 대하여 일반규정을 두고 있다. 특히 계약이 성립되지 아니한(未成立) 때에 당사자가 계약체결의 준비 또는 협상에 대하여 과실 없이 계약이 성립할 수 있을 것을 신뢰하여 손해를 입은 상대방에게 배상책임을 부담하여야 하고 이러한 경우로 ① 계약체결에 관한 중요한 사항을 상대방의 자문에 대하여 악의로 은닉하거나 부실한 설명을 한 경우 ② 상대방의 비밀을 지득하거나 소지하고 상대방이 명시적으로 비밀을 유지하여야 한다고 하였음에도 고의 또는 중대한 과실로 누설한 경우 ③ 기타 명백하게 신의성실의 방법을 위반한 경우를 규정한다. 우리 개정안도 당사자는 계약이 성립하지 않았더라도 신의성실에 반

144) 이행이익설과 신뢰이익설의 대립이 있다. 이행이익을 인정하는 것으로는 박윤직/김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013, 378쪽 참조

145) 다만 대만에서도 이 규정에는 적극적 의미를 인정하는 견해와 이를 부정하는 견해가 나누어져 있다.

하여 그 교섭을 행하였거나 또는 파기하였다면 그로 인하여 상대방에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다(안 제535조)고 규정한다. 특히 신의성실에 의한 위반과 교섭, 파기로 인한 손해를 인정한 것에 양자는 기본적 태도가 일치한다. 다만 대만민법과 같이 이를 유형화하여 예시할 것인가는 좀더 검토를 요한다.¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾ 특히 계약체결상의 과실책임은 주채권의 급부의무 이외의 보호의무와 신의성실의무의 규율로서 채권법의 개정으로 비로소 정식으로 민법전에 편입된 것이라는 점에서 이러한 태도는 적극적으로 검토되어야 할 것이고 대만의 논의-특히 손해배상의 범위 등과 신의칙의 위반의 구체적인 유형화는 많은 시사점을 준다고 생각된다.¹⁴⁸⁾ 또한 이 규정을 계약체결상의 과실책임의 일반규정으로 인정할 것인가의 논의도 우리 개정안의 향후 해석론에 많은 시사점을 주고 일반 규정으로서의 문언을 어떻게 규정해야 할 것 인지에도 도움을 줄 것이다. 또한 우리 개정안은 손해배상에 관하여 일반론에 맡기기도 ‘신뢰배상’을 명시하지는 아니하는데 같은 태도를 가진 대만민법의 규정의 해석론이 역시 유용한 도움을 줄 것이다. 기타 대만민법은 단기소멸시효를 규정하는데 이러한 경우에 단기소멸시효가 필요한 것인지도 향후 논의가 필요하다.

IV. 나가며

이상에서 대만의 계약체결상의 과실책임에 관한 현행법의 규정과 관련문제를 차례로 살펴보았다. 대만민법은 독일민법의 계약체결상의 과실책임을 충실하게 계수하면서도 이에 그치지 않고 적극적으로 무효와 취소의 효과로서의 배상책임의 규정이나 1999년의

146) 중국민법에서도 이를 유형화하고 있다(중국 합동법 제42조, 제43조); 기타 신설된 대만민법의 ‘계약의 불성립’으로만 한정되는 조문의 문구는 계약체결상의 과실책임의 일반화 또는 계약 전 채무와 관련해선 지나치게 좁은 적용범위를 대상으로 한 것으로 이는 참고 되어서는 안 될 것이다.

147) 심사의견에서는 우리 민법이 대만과 입법의 차이를 보이게 된 이유에 대한 접근이 있었으면 하는 아쉬움이 있다는 지적이 있었다. 이는 대만민법과 우리 민법이 독일민법을 계수한 정도에 의한 차이에서 유래하는 것이다. 대만민법은 그 체계와 내용에서 독일민법을 주로 기초로 하면서 일본민법이나 스위스민법 등을 참조하였다. 이러한 점은 梅仲協, 앞의 책, 서문 참조; 이에 반하여 우리 민법은 일본민법을 기초로 하면서 독일민법이나 스위스민법(채무법)의 것을 참조한 것이다. 이러한 지적은 박윤진/김재형, 앞의 책, 32쪽 이하 참조.

148) 기타 계약제공의무는 대만에서는 규정이 없다. 다만 제245조의1의 한 유형으로 고지의무와 설명의무(정보제공의무)의 위반(제245조의1 제1항 제1호)을 인정하고 있어 이러한 점은 우리 법의 정보제공의무의 입법론에 유용한 시사점을 제공한다.

민법개정으로 신의성실에 의한 의무위반 한 경우의 계약체결상의 과실책임의 규정을 신설하여 계약체결상의 과실책임을 계약 전 의무로서 일반화하고 있다.

우리 민법과 최근의 개정안의 논의가 원시적 불능의 무효와 신뢰이익의 배상이라는 문제를 제외하고는 모두 이에 관하여 독일법과 같이 여러 충실한 규정을 두고 있다. 최근의 개정안의 계약의 부당파기의 논의는 대만의 제245조의1이 유용한 시사점을 준다고 생각한다.¹⁴⁹⁾ 다만 대만에서는 계약체결상의 무효를 견지하고 있고 독일민법은 이를 삭제하고 이를 유효로 하는 방향으로 개정하였고 우리 개정안도 이를 반영하고 있다. 기타 우리 개정안에서 인정한 정보제공의무는 대만에서는 아직 논의가 없다.

세계화된 오늘날 각국의 민법은 입법례로서 서로 영향을 주고받는다. 최근의 동아시아 민법도 과거에 비하여 상호교류와 영향이 점점 증가하고 있다. 대만과 한국의 상호관계도 향후 한국과 중국, 한국과 일본의 관계와 함께 증가할 것이다. 특히 독일민법을 모델로 하여 마련된 대만민법전의 개정은 우리 민법의 독일법으로부터 계수된 독일법적 제도의 해석론이나 개정론에 많은 유익한 시사점을 제시해줄 것이다. 원시적 불능이나 계약체결상의 과실책임의 논의는 이런 점에서 우리 법의 개정이나 해석론에서 대만민법의 내용과 최근의 개정이 많은 시사점을 준다고 생각된다. 양국은 또한 최근의 원시적 불능에 관한 무효에 대한 2002년의 독일민법의 개정과 최근에 구체화되는 유럽민사법 통일(유효로 규율)을 참조하여야 할 것이고 이는 종래 무효로서의 독일민법전의 제도를 ‘그대로’ 계수한 우리 민법이나 대만민법전에서 특히 중요성이 클 것이다. 다만 외국법의 계수에서 특히 모법에서 제도 자체가 잘못된 것으로 인정되어 개정된 경우에 이를 계수한 국가에서도 이를 다시 계수(재계수)할 것인지 기존의 제도의 수정, 변형을 할 것인지에 대한 검토도 있어야 할 것이다. 특히 독일민법에서는 타당할 수 있지만 체계상 독일민법과 다른 요소가 있는 우리 민법에서는 타당하지 않을 수도 있는 것이다. 이런 점에서 우리의 불법행위법으로 계약체결상의 과실책임을 해결하려는 시도는 우리 민법의 독자성을 인식하는 중요한 요소라고 생각된다.¹⁵⁰⁾ 독일민법이나 유럽민법의 무분별한 계수보다는 현재로서는 불법행위책임과 채무불이행책임 규정의 일반조항(제390조와 제750조)이라는 우리 민법의 특수성(고유성)과 여러 입법례의 계수를 통한 조항의 신설(계약교섭과 정보제공의무에 관한 계약전책임)의 체계적이고 조화로운 해석론이

149) 이러한 점은 중국법에서는 CISG의 영향을 받아 1999년 계약법에 계약체결상의 과실책임에 관한 규정(제42조, 제43조)을 두고 계약 체결 전의 신의성실에 의한 계약체결의무, 고지의무 등을 규정한다. 일본의 개정안과 유럽의 여러 민사법 통일 작업의 성과물-PICC, PECL, CESL, DCFR-도 그러하다.

150) 대만민법은 불법행위에서도 독일민법을 그대로 계수하였지만 우리 민법을 이를 계수하지 아니하였다.

우리 민법의 나아갈 길이라고 생각된다. 계약체결상의 과실책임에서 외국법의 계수와 토착화의 과정은 여전히 지금도 진행되고 있다. 특히 본 논문에서 소개한 대만의 계약체결상의 과실책임의 논의가 최근의 다른 입법례와 함께 우리 민법의 현행의 해석론과 개정안에도 유용한 시사점을 주기를 기원한다.¹⁵¹⁾

151) 이러한 문제제기는 김성수, 앞의 논문, 188쪽을 참조한 것이다.

참고문헌

1. 단행본¹⁵²⁾

- 곽윤직/김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013.
- 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2003.
- 김성수, 중화민국민법전(대만민법전), 민속원, 2012.
- 김형배, 채권각론, 계약법, 신정판, 박영사, 2001.
- 김상용, 채권각론(상), 계약법, 법문사, 1999.
- 송덕수, 채권법각론 제2판, 박영사, 2016.1.
- 법무부 민법개정자료팀, 2013년 개정 민법 자료집(하)(민법개정총서 2), 법무부, 2012.
- 劉春堂, 民法債編通則(1), 契約法總論, 自版, 2011.12.
- _____, 判解民法債編通則, 修訂六版, 三民書局, 2010.
- 胡長清, 中國民法債編總論, 商務印書館, 1964.
- 史尚寬, 債法總論, 自版, 1954.
- _____, 民法總論, 自版, 1970, 1990.8.
- 王伯琦, 民法債篇總論, 國立編譯館, 1962.
- _____, 民法總則, 正中書局, 1994.
- 鄭玉波, 民法債編總論, 三民書局, 1962.
- 鄭玉波著, 黃宗樂修訂, 民法總則, 修訂十版, 三民書局, 2007.
- 孫森焱, 民法債編總論, 自版, 1979.
- 曾隆興, 民法債編總論, 自版, 1988.
- 黃立, 民法債編總論, 自版, 1996, 第2版, 2000, 修正3版, 2006.
- _____, 民法債編總論, 中国政法大学出版社, 2001.
- 王澤鑑, 債法原理, 最新版, 北京大学出版社, 2009.12.
- _____, 債法原理(一), 基本理論, 債之發生, 自版, 1999.
- _____, 民法学说与判例研究, 第1册, 第4册, 第5册, 最新版, 北京大学出版社, 2009.12.
- _____, 民法总则(增订版), 中国政法大学出版社, 2001.

152) 중국 문헌의 경우에는 대만의 번체자를 원칙으로 하지만 경우에 따라서는 간체자의 것도 같이 실었다.
기타 같은 저자에게 다른 판본이 있는 경우에는 대표적인 것을 중심으로 실었다.

- _____, 民法總則, 自版, 2001, 增訂版, 2011.8.
- 孫森焱, 民法債編總論, 上冊, 修訂新版, 1999.
- 黃茂榮, 債法總論, 第二冊, 增訂版, 自版, 2004.
- _____, 債法總論, 第3冊, 增訂3版, 植根法學叢書編輯室, 2010.9.
- 林誠二, 債法總論新解, 體系化解說(上下) 瑞興, 2010.
- _____, 民法總則新解－體系化解說(下冊), 第3版, 瑞興圖書, 2007.3
- _____, 民法理论与问题研究, 中国政法大学出版社, 2000.
- _____, 民法理論與問題研究, 修訂版, 瑞興圖書出版, 1991.
- 李淑明, 債法總論, 元祖出版, 第2版, 2006.5.
- 鄭冠宇, 民法債編總論, 新學林, 2015.9.
- _____, 民法總則, 제2판, 瑞興圖書, 2014.8.
- 邱聰智, 民法債編通則, 自版, 1987.
- _____, 民法總則(下), 三民書局, 2011.6.
- 邱聰智著, 姚志明修訂, 新訂民法債編通則(下), 新訂2版, 承法數位文化, 2014.
- 馬維麟, 民法債編註釋書(一), 五南圖書出版公司, 1995.
- 梅仲協, 民法要義, 自版, 1963.
- _____, 民法要义, 中国政法大学出版社, 2004.
- 陳自強, 契約之成立與生效, 學林文化事業公司, 2002.
- 陳猷龍, 民法債編總論, 第5版, 五南圖書出版公司, 2011.
- 黃陽壽, 民法總則, 修訂3版, 新學林, 2013.
- 施啓揚, 民法總則, 三民書局, 제8판, 2014.8.
- 謝瑞智, 民法概論, 增修2版, 臺灣商務印書館, 2011.
- 洪遜欣, 中國民法總則, 三民書局, 1992.10.
- _____, 民法總則, 自版, 1990.
- 楊與齡主編, 民法總則爭議問題研究, 五南出版公司, 1998.
- 韩世远, 合同法总论, 法律出版社, 2004.
- 王家福主編, 中国民法学：民法债权, 法律出版社 1998.
- S. Breidenbach, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, C.H.Beck, 1996.1.
- Thomas Ackermann, *Der Schutz des negativen Interesses: zur Verknüpfung von Selbstbindung*

- und Sanktion im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2007.
- Helge Dedek, *Negative Haftung aus Vertrag*, Mohr Siebeck, 2007.
- H. Lange, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Bd. 1, Mohr Siebeck, 1979.
- M. Keller, *Das Negative Interesse in Verhältnis zum Positiven Interesse*, Buchdruckerei J. Weiss, 1948.
- K. Larenz, *Schuldrecht I*, 12. Aufl., C.H. Beck, 1979.
- _____, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer Verlag, 1975.
- Athanassios K. Pouliadis, *Culpa in contrahendo und Schutz Dritter: Betrachtungen zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts*, Duncker & Humblot, 1982.
- Mugdan, *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I, 1888, Bd. II, 1888.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 : Schuldrecht · Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Aufl., C.H.Beck, 2012.

2. 학술지

- 김성수, “대만민법전의 재산편 개정에 관한 연구”, *비교사법 제14권 제2호*, 한국비교사법학회, 2004, 35-75쪽.
- _____, “계약체결상의 과실책임 : 동아시아에서 유럽민사법의 계수와 토착화”, *민사법학 제71호*, 민사법학회, 2015.6, 149-200쪽.
- 지원림, “계약 및 법률행위법 개정의 방향과 내용: 민법개정위원회 제1·2기 제1분과위원회의 결과보고”, *고려법학 제64호*, 고려대학교 법학연구원, 2012.3, 1-57쪽.
- _____, “계약 및 법률행위법의 개정방향 : 법무부 민법개정위원회 제1분과위원회의 개정작업을 중심으로”, *민사법학 제48호*, 한국민사법학회, 2010.3, 3-33쪽.
- 劉春堂, 締約上過失之研究, 臺灣大學法律學研究所 法學博士論文, 1983.5.
- 邱聰智, 回到民法第一一三條, *法學論叢(國立高雄大學)* 제3권 제1기, 2007.12.
- 林誠二, 民法上信賴利益賠償之研究(一)(二)(三)(四), *法學叢刊*, 第69期, 1973.6.
- 游進發, 信賴損害賠償請求權理論的建構, *中研院法學期刊* 제13기, 2013.9.
- 林美惠, 締約上過失及其諸類型之探討-附論民法增訂第二四五條之一, *月旦法學雜誌* 제

87기, 2002.8.

詹森林, 民法第一一三條與其他規定之競合關係, 本土法學 제1기, 1999.4.

陳聰富, 締約上過失責任, 月旦法學 제80기, 2002.2.

謝台大, 締約上過失責任之理論與實務-以民法債編修正條文為中心,

<<http://www.license.com.tw/lawyer>>.

Friedrich Kesseler, Edith Fine, *Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith, and freedom of contract : A comparative study*, (1964) 77 Harvard Law Review 401 ff.

Hondius, Precontractual liability, *Reports to the XIII the Congress*, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24, August 1990.

E. Hondius (ed.), *Precontractual Liability : Reports to the XIIIth Congress*, International Academy of Comparative Law, Deventer, 1991.

Alfredo Mordechai Rabello, *Culpa in contrahendo : Precontractual Liability in the Italian Legal System*, Aequitas and Equity : Equity in civil Law and Mixed Jurisdictions, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1997.

Penelope Agallopoulou, *Basic concepts of Greek civil law*, Translated & Edited by Youlika Kotsovolou Masry, Ant. N. SAKKOULAS, 2006.

[Abstract]

Culpa in Contrahendo in Taiwan Civil Law

Kim, Seong-Soo*

This paper is intended to serve as an introduction to the topic of *culpa in contrahendo* in Taiwan civil law and to get its suggestion to Korean civil law.

The doctrine of *culpa in contrahendo* was systematically advanced by R. von Jhering in 1861 for the first time. His basic ideas have strongly influenced the development of the German legal system. In some of the German civil code(BGB)'s provisions, we can clearly see the impact of his theories, although the framers of the civil code was not ready to adopt its general theory. For example, the provisions of the German civil code before the year 2002, such as the initial impossibility(article 307) and 122, 149, 179, 309, 463, 523, para. 1, 524, para. 1, 600, 663, 694 etc. are often referred to. In the decades after the enactment of the civil code, case law and the legal literature began to gradually expand its coverage up to this day. The Taiwan civil code, which has been received the system and the contents of the German civil code by default, has been also developed by adopting the new provisions.

To begin with, the Taiwan civil code before its reform expressly stipulates the initial impossibility and its nullity(articles 246 and 247, paragraph 1). If the prestation of a contract is impossible, it is void. When a contract is void on account of the impossibility of the performance, the party who at the time of constituting the contract knew or might know the impossibility is responsible for the injury caused to the other party who, without his own negligence, believed in the validity of the contract. Next rescission on the basis of mistake(article 91), liability of one who has no delegated power to make a juridical act as an agent of another person(article 110), are also adopted.

In addition, unlike the German civil code, the provisions on the voidness and revocation of the juridical act and the liability of compensation for any injury arising therefrom(articles 113, 114, paragraph 2), the withdrawal of a promise of reward made by a public notice(article

* Professor, Korean National Police University, Department of Law

165, paragraph 1) and the duty of notice on risk before making the contract of carriage(article. 631) was newly adopted as the related ones. Furthermore, under article 245-1, paragraph 1, the code has newly adopted the general provisions on precontractual liability or *culpa in contrahendo* by the reform of Taiwan civil code(the Law of Obligations) in 1999, providing that even though the contract is not constituted, one of the parties is responsible for the injury caused to the other party who without his own negligence believed in the constitution of the contract when he, in order to prepare or negotiate for the contract, has done either of the following: (1) Hidden in bad faith or dishonestly explained the gravely relevant matter of the contract when the other party inquired. (2) Intentionally or gross negligently spilt out the other party's secret known or held by himself which the other party has explicitly expressed to be kept in secret. (3) Any other matter obviously against good faith.

With this amendment of Taiwan civil code, it is admitted that the general scheme of culpa in contrahendo coexist its isolated provisions of the code. Above all, now contracting parties are under a duty to deal in good faith during the negotiation stage, i.e. the duties notice, protection and disclosure are expressly provided for the damages caused to the extent of the wronged party's reliance in case of the violation.

The Korean civil code provides only initial impossibility without any mention of the effect : nullity(article 535) with respect to the culpa in contrahendo. After the enactment of the civil code, scholars have been discussing the other types of this notion. Nonetheless the Korean civil code in 2009-2014 revision are positively reflecting the changes of our society and the recent legislation, in particular, the deletion of the effect of initial impossibility(draft article 535), amendment of damages by rescission on the basis of mistake, creation of precontractual liability and of the duty on provide information of contract(draft article 535-2) are remarkable. Considering this reforms between Korea and Taiwan, the comparative review of Taiwan case, in my view, gives us simultaneously some useful suggestions *de lege ferenda* and *de lege lata*.

[Key Words] *Culpa in Contrahendo*, Initial impossibility, Reliance Damage, Pre-contractual Liability, Article 245-1(Taiwan Civil Code), Principle of good faith and fair dealing, Taiwan Civil Code