법 학 석 사 학 위 논 문

서비스계약의 법리에 관한 연구

2002년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

최 현 숙

법 학 석 사 학 위 논 문

서비스계약의 법리에 관한 연구

지도교수 : 박 정 기

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2002년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

최 현 숙

최현숙의 법학석사 학위논문을 인준함

2001년 12월 26일

주 심 법학박사 고명식 인

부 심 법학박사 박정기 인

부 심 법학박사 김선복 인

- 目 次 -

第 1 章 序論 1

Ⅰ. 問題의 所在 1

Ⅱ. 本稿의 構成 4

第 2 章 서비스契約의 意義 및 特徵 6

Ⅰ. 서비스契約의 槪念 6

Ⅱ. 서비스契約의 種類 7

1. 商品과의 結合程度에 따른 區別 7

2. 서비스를 享有하는 者의 數에 따른 區別 8

3. 受給者의 努力 必要與否에 따른 區別 9

Ⅲ. 서비스契約의 特徵 9

1. 無形性 9

2. 서비스 提供者에 따른 個人差 10

3. 提供과 消費의 同時性 10

4. 復元返還의 困難性 10

5. 서비스의 複合性 11

6. 信用供與的性格 11

第 3 章 勞務提供型契約과 서비스契約 12

Ⅰ. 雇傭과 서비스契約 12

Ⅱ. 都給과 서비스契約 13

Ⅲ. 委任과 서비스契約 16

Ⅳ. 任置와 서비스契約 18

第 4 章 契約締結上의 問題點 - 情報提供義務 19

Ⅰ. 意義 19

Ⅱ. 情報提供義務의 根據 20

1. 實質的 根據 20

2. 法的 根據 22

Ⅲ. 情報提供義務의 法的 性質 24

Ⅳ. 情報提供義務의 成立要件 25
Ⅴ. 情報提供義務의 形態 26
1. 表示義務 27
2. 說明義務 27
3. 助言義務 28
Ⅵ. 情報의 範圍 28
1. 人的 範圍 28
2. 內容의 範圍 29
Ⅶ. 情報提供義務 違反에 따른 責任 30
1. 情報提供義務 違反의 種類 30
2. 지금까지의 法的 對應 32
3. 效果 33
第 5 章 서비스契約의 履行上 問題點 Ⅰ - 瑕疵 35
Ⅰ. 서비스의 瑕疵와 判斷基準 35
1. 瑕疵 35
2. 判斷基準 35
Ⅱ. 서비스契約에 있어 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任 36
1. 瑕疵擔保責任과 不完全履行의 關係 37
2. 瑕疵擔保責任(=物件의 瑕疵에 대한 賣渡人의 擔保責任) 38
3. 不完全履行責任 43
4. 서비스契約에 있어 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任 46
Ⅲ. 强制履行 48
第 6 章 서비스契約의 履行上 問題點 Ⅱ - 解除 49
Ⅰ. 繼續的 契約과 그 特徵 49
1. 意義 49
2. 特徵 49
Ⅱ. 서비스契約에 있어서 繼續性의 意味 50
1. 廣義의 繼續性 50
2. 狹義의 繼續性 50
3. 兩者의 區別 51
Ⅲ. 서비스契約의 問題點 51

1. 存續中의 問題 51
2. 終了時의 問題 54
Ⅳ. 解決方案 55
1. 契約 內容의 修正 56
2. 解止權 57
3. Cooling Off 58
第 7 章 立法提案 59
Ⅰ. 서비스契約 59
1. 서비스契約 節의 新設 59
2. 서비스契約의 成立要件 60
3. 다른 勞務給付型 契約에의 準用 60
4. 情報·無體物에 關한 去來 62
5. 專門家 서비스의 擔當 62
Ⅱ. 서비스 品質과 瑕疵·不履行 63
1. 서비스 內容의 表示義務 63
2. 서비스의 內容·品質標準 64
Ⅲ. 繼續的 서비스契約의 解止 65
1. 契約終了權 65
2. 中途解止權 66
3. 卽時解止權 67
4. 契約改訂權 68
5. 更新의 拒絶과 「繼續性의 原理」 69
Ⅳ. 서비스受領者의 協力義務 70
Ⅴ. 그 外 71
1. 善管注意義務 71
2. 서비스提供者의 報告義務 72
3. 報酬·料金 그 外의 費用 73
4. 個別 서비스契約 75
5. 附隨的인 서비스 75
第 8 章 結論 77
◆참고문헌◆ 78

The research about a principle of law of Service Contract

Hyun-sook Choi

Department of law, Graduate School.

Pukyoung National University

Abstract

As the society develope, new contracts have continually occurred. These contracts have many distinctions, so many problems occur. Therefore, the object of this thesis is to ascertain the department of new contracts were not handled by the representative contract. Second, for a consumer who was often received damage in the contract, this thesis will try to grope a new principle of law. First of all, for distinguishing new contracts from the typical contract will be prescribed. After to find the service in the new contract, I will ascertain many distinctions of these contract. And I will ascertain an unreasonable point which is not solved by the typical contract.

The new contracts are getting difficult and complex, therefore it is no easy that a consumer understand the contents of these contracts. Also the object of the contract is an immaterial thing and a prepayment type, so the consumer receive damage easily. For not only to protect a consumer, but also to conclude the proper contract, a service offerer will offer a service recipient enough information. This will be named an obligation for offering the information.

By reason of an immaterial which is a distinction of the service contract, it is no easy to decide a case which the service to be pertinent or not for the object of the contract. This problem get restored as a responsibility for a warranty and a responsibility of default.

And the service contract is the contract which offer the object continually, so on the way to perform the contract, if someone have to cancel a contract, it is too difficult to solve the problem.

Lastly, I will grope the new law for the consumer through to propose a new legislation. So I will propose some new legislation here.

The service is that a service offerer offers a fixed labor or a convenience for a service recipient who pay a fixed sum. The service contract is the contract for such a dealing. Therefore this contract is a contract made for a consideration and a contract received a

labor and a contract is not concluded in the undertaking , a contract of employment, or a mandate. And as the service contract is a continuing contract, it has a right of a termination. Also it has a right of a midway termination and a right of a immediately termination. And it has a right of a contract is reformed, so as owing to unavoidable circumstances, if the contract can't continue, the person concerned can insist on their right of a reform. Lastly an important thing is a service recipient has a responsibility of conjunction. So to speak a service recipient have to help a service offerer offering things. The service offerer offer service, on the other hand, as the service recipient don't perform his responsibility, although the object of contract don't get accomplished, the service recipient must give a price. But if the service recipient receive profit through get rid of obligation, the service recipient can't request as the sum as the profit.

第 1 章 序論

Ⅰ. 問題의 所在

시대가 점차 빠른 속도로 發展해가고 있다. 수십 년에 걸쳐서 이루어지던 것이 점차 그 기간을 줄여가고 있는 것이다. 이러한 發達은 우리의 생활에도 많은 變化를 가져오게 되는데, 가장 큰 변화로 專門化를 들 수 있다. 예전 우리네 가정이 衣食住 모두를 가정 내에서 해결해오던 것에 비해, 현대는 의식주의 여러 부분을 다른 機關에서 專門的으로 부담하게 되었다. 이 중에서 가장 대표적이고 오래된 것이 敎育이다. 특히 우리나라처럼 교육열이 높은 나라에서 교육의 문제는 매우 민감한 부분이 아닐 수 없다. 이러한 주변 狀況은 갖가지 형태의 교육서비스를 排出하게 되었다. 과거 敎育提供者에 의해 교육서비스만 주어진다든지, 일정 기간동안 일정 횟수에 맞게 교재가 提供된다든지 하는 수준이던 것이 교재와 교육서비스가 세트로 제공되는 형태에까지 이르게 되었다. 이러한 교육서비스는 많은 問題點을 발생시키는데, 그 중에서 현재에 주로 문제가 되고 있는 것이 외국어교육학원이라든지 운전면허학원[1] 등이다. 이들 학원들은 수개월의 契約 기간을 두는 契約을 하면서 또한 그 비용을 先拂하도록 하는 형태로 契約을 맺기 때문에 서비스提供者 측에 문제가 있어서 서비스를 제대로 제공하지 못하는 경우 서비스受給者는 상당히 불안한 地位

1) 운전면허 학원에서 제공되어지는 서비스의 경우 서비스提供者는 일정한 자격증을 소지한 자로 구성되기 때문에 제공되어지는 서비스의 질에 대해서는 어느 정도 객관적인 평가가 가능하다 할 수 있으나 繼續的 供給契約이라는 측면에서 본다면 개인의 이수 능력은 고려하지 않기 때문에 정해진 시간보다 짧은 기간에 기술을 익히더라도 규정된 시간(장내교육 20 25시간, 도로주행교육 10시간)의 교육을 반드시 받아야 하고, 못하는 경우는 추가 비용을 더 부담해야하는 불리한 지위에 놓이게 된다.

에 놓이게 된다. 또한 제공되어지는 교육서비스가 계약의 目的에 적절한가를 判斷하기가 쉽지 않다. 이는 교육의 특성상 교육을 받는 受給者의 態度에 따라서 그 成果는 많은 차이를 가져오며 또한 제공되는 서비스가 無形의 것이기에 判斷의 基準을 정하기가 힘들고 基準이 있더라도 개인에 따라서 目的物을 判定하는데 차이가 나기 때문이다. 이는 일의 完成을 목적으로 하는 都給의 유형에 포함시키기 어려운 점이 있는가 하면, 개인의 사무처리를 목적으로 하는 委任으로 보기에도 부적절한 면이 있다.

또한 사회의 발전은 가정에서 부담하던 일을 專門化 시켜서 가정에서 이루어지던 일을 分擔함으로써 개인에게 충분히 餘暇를 즐길 시간과 경제적 여유를 안겨다 주었다. 이로 인해 개인은 여가시간을 즐기기 위해서 旅行을 하는 횟수가 많아지게 되었는데 이러한 旅行도 시대가 지남에 따라 점차 변화하고 있다. 과거의 여행은 主體인 여행자에게 여행업자가 여행자에게 필요한 기반여건을 斡旋해 주던 것에 그쳤으나, 현재는 여행자를 끌어내기 위해 旅行主催者 측에서 적극적으로 패키지 상품을 선보이게 된 것이 그것이다. 패키지 상품은 교통(運送), 숙박(賃貸), 가이드(都給), 식사(賣買) 등의 여러 가지 複合的인 계약이 하나의 상품으로 되어 여행자에게 주어지는 것이다. 旅行契約의 이러한 複合的 성격은 문제가 발생하면 해결하기가 비교적 복잡할 뿐만 아니라 가이드의 경우는 無形的인 것으로 계약의 목적에 타당한가를 판단하기가 쉽지 않다. 또한 여행에 대한 전문적인 정보를 많이 가지고 있는 旅行主催者와 상대적으로 정보를 갖추지 못한 旅行者間의 계약이므로 제공되는 서비스가 無形일 뿐만 아니라 天災地變으로 인한 可變的인 성격이 짙기 때문에 여행자로써는 계약에서 상당히 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 이러한 불리한 위치에 처한 여행자를 두터이 保護할 필요가 있다. 그러기 위해서는 계약체결시 旅行主催者 측에서 제공하는 情報提供義務는

賣買에 있어 제공되는 情報提供義務가 手段債務인 것에 비해 그 가치가 더 중요하다 할 것이므로 手段債務 이상의 위치를 차지해야 할 것이다.

醫療契約의 경우 제공되어지는 의료서비스를 典型契約 중 勞務提供型契約인 委任이나 都給의 영역에 포함시키기에는 타당하지 못한 부분이 있다. 또한 제공되어지는 의료서비스가 매우 높은 專門知識을 필요로 하는 것일 뿐만 아니라, 입원하여 의료서비스를 제공받는 경우는 입원(賃貸借), 음식(賣買), 진료(都給) 등을 복합적으로 제공받게 된다. 또 이 경우 가장 문제가 되는 것이 의료서비스이다. 의료서비스는 無形일 뿐만 아니라 매우 專門的인 분야이고, 일단 서비스를 받아 보지 않고서는 계약내용이 제대로 이행되었는지를 判斷을 하기가 곤란하다. 따라서 의료서비스提供者는 제공하는 의료서비스에 대해서 서비스受給者에게 충분히 설명해 줄 의무가 주어진다 할 것이다.

이처럼 사회의 發展은 새로운 形式의 契約類型을 계속해서 생산해 내고 있다[2]. 이는 종래에 없던 새로운 문제를 발생시키는 원인이기도 하다. 과거 이러한 문제들은 어떻게 해결되어왔는가를 살펴보면 個別事業法에 의해 규제되거나 민법에 의해 해결하고 있는 것을 볼 수 있다. 醫療法, 消費者保護法, 割賦去來에 關한 法律 등이 그것이다. 이들 법규정은 民事法的 규정이 아니기 때문에 위반시 사업자에게 罰則을 부과하는 정도의 效果가 발생하는데 그치며, 모든 종류의 사업에 대하여 個別事業法이 존재할 수는 없다. 따라서 사업법이 制定되지 않은 사업에 대하여는 아무런 規制가 없게 된다. 민법에 의해 規制할 경우 意思表示·法律行爲制度에 의해 의사표시에 관계된 詐欺·强迫의 取消, 錯誤에 의한 取消規定을 이용하고 있다. 하지만 適用要件이 엄격하여 소비자 救濟가 힘들다. 또

2) 中小企業廳, サービス業振興室監修·ニューサービス業白書, 日刊工業新聞社, 1996, 참조.

한 說明義務違反에 따른 損害賠償請求에 의한 규제가 있지만 소비자가 勝訴하는 事例는 많지 않다[3].

따라서 提供되는 서비스가 無形的이고 또한 繼續的 供給契約 성격을 지니며 여러 가지 계약의 複合的인 特徵으로 인하여 旣存의 勞務提供型契約이나 個別事業法으로는 規制하기 어려운 부분이 많이 있다. 이로 인해 상대적 약자가 되는 소비자를 두터이 보호하기 위해서는 새로운 典型契約類型이 필요하다[4].

Ⅱ. 本稿의 構成

本稿는 급속한 사회발전과 함께 새롭게 발생하는 複雜한 契約에 대해서 現行規定으로는 처리하기 힘든 부분을 밝히고 또한 이런 複合性으로 인해 상대적 약자인 소비자가 손해를 입게 되는 것을 최대한 防止하기 위해서 새로운 법규정을 모색하는데 그 목적이 있다할 것이다.

---

3) 의사가 說明義務를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 自己決定權을 행사할 수 없게 된 데 대하여 慰藉料만이 아닌 全損害의 賠償을 구하는 경우에는, 그 說明義務의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 注意義務의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 因果關係가 존재함이 입증되어야 한다(대판 1996. 4. 12. 95다56095). 이처럼 說明義務 위반으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 하더라도 일반인으로써 說明義務와 說明義務의 欠缺로 인한 결과 발생사이의 因果關係를 입증하기란 힘들다.

4) 독일에서는 오랜 시간에 걸쳐 旅行契約을 준비하고 철저한 검토과정을 거쳐서 旅行契約을 만들어 典型契約의 한 유형으로 두고 있다. 이 방법도 좋기는 하지만 새로운 典型契約을 창설하면서 특히, 성문법 체계를 갖추고 있는 법상황을 고려한다면 旅行契約에만 적용되는 규정을 두는 것은 매우 편협하며, 다른 유사한 서비스를 제공하는 계약에는 적용하기 곤란한 不合理性이 있다고 할 수 있다. 따라서 서비스를 제공하는 계약에 적용할 수 있는 좀 더 包括的 규정을 두는 것이 타당할 것이다.

本稿는 크게 다섯 부분으로 區分할 수 있다. 첫째 문제를 제기하는 서론 부분(Ⅰ), 둘째 서비스계약에 대한 전체적인 내용에 관한 부분(Ⅱ,Ⅲ), 셋째 契約 締結時 발생할 문제에 관한 부분(Ⅳ), 넷째 계약 체결 후 발생하는 문제에 관한 부분(Ⅴ, Ⅵ), 마지막으로 새로운 法規定을 提案하는 것(Ⅶ)이다.

제일 먼저 새롭게 발생하는 서비스계약과 旣存의 典型契約을 구별할 수 있도록 Ⅱ에서 서비스계약의 정의를 규정한다. 그리고 새로이 發生하는 계약의 類型을 살펴서 提供되는 契約의 目的物에 서비스가 있는 경우, 어떤 종류가 있는 지를 알아보고, 그러한 계약 유형들이 갖는 特性을 우선 분석해 낸다. 그 뒤 Ⅲ에서 이런 特性이 기존의 典型契約과 얼마나 다르며, 이에 따라 발생하는 問題點들을 알아보고 이러한 문제점을 기존의 典型契約에 의해 해결하려 할 때의 불합리한 점을 파악한다.

새롭게 발생하는 계약은 그 내용이 더욱 복잡해지고 專門化되어지고 있다. 이러한 계약에 있어서 一方當事者인 소비자가 그 내용을 완전히 이해하기란 쉽지 않다. 또한 提供되어지는 목적물이 無形인 경우가 많고 先拂式 契約인 경우가 많기 때문에 소비자는 상당히 불리한 위치에 있게 된다. 따라서 소비자를 보호할 뿐만 아니라 적정한 계약을 체결하기 위해서는 서비스提供者는 消費者에게 충분한 情報를 제공해야 할 것이다. 이를 서비스계약에 있어서 情報提供義務라 하고 Ⅳ에서 살펴보기로 한다.

다음으로 서비스계약의 가장 큰 특징인 無形性으로 인해 제공되는 서비스가 채권의 목적에 타당한지를 판단하기란 쉽지 않다. 이는 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任의 문제로 還元하는데, 이 때 서비스계약의 문제를 어떤 관점에서 해결할지를 Ⅴ에서 알아본다.

그리고 서비스계약은 繼續的 供給契約이다. 따라서 서비스가 계속해서 제공되는 중에 계약을 解消해야할 일이 발생한다면 어떻게 해결할 것인가를 VI에서 살펴보고자 한다. 마지막으로 새로운 立法提案을 통해서 소비자를 더욱 두터이 보호하는 方案을 모색하고자 한다.

第 2 章 서비스契約의 意義 및 特徵

Ⅰ. 서비스契約의 槪念

서비스란 당사자 一方(서비스受給者)이 支拂한 것에 대해서 商品 대신에 相對方(서비스提供者)으로부터 일정한 勞務나 便益을 제공받는 것이다. 이러한 去來에 따른 契約을 서비스계약이라고 한다.

어원상으로 볼 때 servitude, 즉 노예 상태를 의미한다. 따라서 최초에 노예들이 주인이나 權力者의 利益을 위해 자기 자신을 犧牲하는 자기 희생의 의미로 사용되었다. 그러나 시간이 흐르면서 희생이라는 개념은 사라지고, 勞動에 대한 대가를 받는 것으로 일정한 形態를 잡아나가기 시작했다.

고대에는 일부계층의 사람에게만 주어지던 서비스가 현대에 폭발적으로 增加하는 이유로는 다음과 같은 것이 있다. 우선 核家族化, 高齡化를 그 이유로 들 수 있다. 과거 대가족 시대에는 가족의 노동력만으로도 필요한 것을 自給할 수 있었지만 핵가족화된 현대에서는 自給을 할 수 없는 일이 많아지면서 필요한 부분을 사회적으로 補助받게 되었다. 교육 서비스가 가장 좋은 例이다. 교육서비스의 경우 학교에서 교육받고 부족한 부분은 가정에서 보충이 이루어졌으나 현대는 學院 등과 같은 사교육기관에 의해서 보충이 되고 있으며, 또한 急進하는 높은 수준의 교육을 가정에서나 학교에서 다 감당해 낼 수 없게 되면서 학원의 역할은 더욱 增幅하게 되었다. 또한 핵가족화와 高齡化 문제가 相衝되면서 고령의 노인을 扶養하기가 쉽지 않게 됨에 따라 有料로 고령의 노인의 생활을 돌봐주는 서비스도 등장하게 되었다. 다음으로 여성의 사회진출, 여가

시간의 증대, 고학력화, 생활패턴의 변화 등이 있고 都市化, 國際化, 情報化의 進展 등과 같은 이유도 있다.

이러한 社會現象은 많은 종류의 서비스를 발생시켰고 그 유형만도 여러 가지이며 그 유형에 따른 業種은 수백 가지가 넘는다[5]. 이렇게 빠른 經濟發展은 또한 많은 문제점을 발생시켰고 앞으로도 계속 발생시키겠지만 현재 민법은 經濟水準과 발맞추지 못하고 기존의 典型契約만으로 이러한 문제를 해결하고 있다. 이에 따라 경제적 弱者인 소비자는 피해를 제대로 補償받지도 못하고 있다. 따라서 소비자 보호 立場에서뿐만 아니라 경제사회의 서비스화의 반영이라는 측면에서 서비스契約의 법리가 制度化되어야 할 것이다.

Ⅱ. 서비스契約의 種類

서비스契約은 다음과 같이 여러 가지 종류로 나눌 수 있다.

1. 商品과의 結合程度에 따른 區別

상품과의 結合程度에 따라 勞務만 제공하는 서비스와 勞務와 商品을 같이 제공하는 서비스로 구분하고, 勞務만 제공하는 서비스는 순수한 勞務만 제공하는 서비스와 施設을 이용해서 서비스를 提供하는 것으로 나눌 수 있다[6].

純粹勞務만 제공하는 서비스란 말 그대로 勞動을 주고 그에

---

5) 상표법시행규칙 별표 2 참조.

6) 松本恒雄교수는 서비스를 純粹勞務, 施設 등을 利用하는 노무 商品과 勞務가 함께 주어지는 勞務의 3種으로 구분하며 앞의 두 개를 狹義의 서비스라 하고 3種을 모두 합하여 廣義의 서비스라고 한다(松本恒雄, “サービス契約”, 債權法改正の課題と展望, 별책 NBL No. 51, 1998).

대한 대가를 받는 서비스로 예를 들면, 청소계약이라든지 경비계약, 교육서비스제공계약 등을 들 수 있다.

서비스를 제공받음에 있어 動産인 상품을 받아서 소비하는 것과는 달리 施設物을 이용함으로써 서비스를 提供받는 것이 있다. 예를 들어 스포츠 센터에서 운동을 하는 경우가 그것이다. 이 경우는 시설을 단지 이용만 할 뿐이고 所有하지는 않는다. 또한 시설이용만을 서비스의 목적으로 제공받는 것이 아니라 수영강습과 같이 일정한 勞務提供도 받게 된다. 시설을 이용해서 서비스를 提供하는 것으로는 실버타운과 같은 有料 老人對象 서비스契約 같은 것도 들 수 있다.

勞務와 商品이 같이 提供되는 것으로 대표적인 것에 학습지가 있다. 이 경우 일 주에 한 번 등과 같이 정해진 일정한 시기에 교재(商品)와 교육지도(勞務)가 같이 제공된다[7].

2. 서비스를 享有하는 者의 數에 따른 區別

서비스受給者가 多數인가 아니면 單獨인가에 따라 團體的 서비스와 一對一 서비스로 나눌 수 있다.

대부분의 교육 서비스는 多數人을 對象으로 이루어지고, 운전교습이나 체형관리 서비스 같은 경우는 一對一로 이루어진다. 서비스를 서비스受給者의 數에 따라 구분하는 實益으로 다음과 같은 이유를 들 수 있다. 서비스 受給者가 다수인 경우 서비스를 제공받는 도중에 예상치 못한 사정으로 서비스를 中斷해야 할 때 서비스提供者에게 危險負擔이 많이 발생하지 않지만 일대일인 경우는 서비스提供者에게 危險負擔이 커지므

7) 施設을 利用하는 서비스와 상품과 함께 서비스가 주어지는 서비스를 구별하는 이유는 상품은 受給者에게 所有權을 가져오지만 施設은 단지 이용권만을 가져오기 때문이다.

로 계약의 解止時 발생하게 될 危險負擔部分에 차이를 줄 수 있어야 하기 때문이다. 즉 損害賠償의 범위를 다르게 적용해야 한다.

3. 受給者의 努力 必要與否에 따른 區別

受給者의 노력을 요하는 서비스와 受給者의 노력을 요하지 않는 서비스로 나눌 수 있다. 이는 서비스契約의 특성상 중요한 부분이다. 교육서비스와 같은 경우 受給者의 노력에 따라서 그 成果는 判異하게 달라지기 때문에 그 효과에 있어서도 많은 차이점을 가져온다. 受給者의 노력이 없는 경우라도 提供者가 계약에 맞도록 이행을 하였을 때와 受給者의 노력이 있는 경우 提供者가 계약을 이행한 때, 受給者의 노력이 있는 경우 提供者가 이행을 충실히 하지 않는 때 또는 受給者도 노력하지 않고 提供者도 이행을 충실히 하지 않는 때의 네 가지 형태를 볼 수 있다. 이 때 提供者의 책임 범위는 각 상황에 따라 달라진다 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 서비스契約의 特徵

1. 無形性

서비스契約의 給付目的物은 受給者에게 제공되는 便益으로 이는 눈으로 볼 수 없기 때문에 內容의 特定, 品質表示, 事前評價가 힘든 傾向이 있다. 특히 서비스가 표준화, 규격화된 경우에는 품질의 객관적 평가 기준에 미달할 때 瑕疵·欠缺을 인정할 수 있지만 그것도 쉽지는 않다. 따라서 이러한 특징은 契約 解止時 특히 問題가 된다. 즉, 서비스契約에서는 급부 목적물의 품질표시가 어려울 뿐만 아니라 서비스의 평가는 受給

者의 주관적 만족도에 의해 좌우되기 때문에 급부 목적물에 대한 不完全履行으로 계약을 解止하기가 容易하지 않다.

2. 서비스 提供者에 따른 個人差

서비스는 제공되는 便益에 따라서 素材와 機械·器具·施設의 이용을 수반하는 것도 본질적으로는 사람에 의해 수행되는 노무를 중심으로 하고 있기 때문에, 수행자의 知識·技能·經驗 등에 따라서 제공되는 서비스의 質이 변화할 가능성이 높고, 「종류물」이라 하더라도 均質性을 확보할 수 없다.

작업내용을 매뉴얼화 하거나 資格制度를 두어서 일정한 수준을 유지하도록 하는 것이 可能하기도 하지만 提供者의 개인적 차이도 있고, 또한 敎育·美容의 경우 서비스 受給者의 資質·努力에 따라서 그 성과가 달라질 가능성도 있다. 채무의 「履行」의 適否를 검사하는 경우에도 一般的 기준을 導出하기 어렵기 때문에, 專門的인 노무에 있었어도 특수한 요인이 더해져서 책임을 묻기가 곤란한 경우가 있다. 그런데 불완전한 서비스제공에 대해서 고객의 구제가 不法行爲法의 領域으로 전개되기도 하고, 立證責任의 문제가 발생하기도 한다.

3. 提供과 消費의 同時性

서비스 계약에서 제공되는 서비스는 生産과 消費가 同時에 행해져서 貯藏이 어렵기 때문에, 시장이 작고 전국으로 전개하고자 하는 경우에는 프랜차이즈로 되는 것이 많다. 이러한 特性으로 서비스가 繼續的으로 제공되는 중에 사정이 생겨서 계약을 解消해야 하는 경우에 解除는 할 수 없고 解止만 가능하게 한다. 또한 解止하더라도 先拂金에 대한 문제는 남게 된다.

4. 復元返還의 困難性

계약이 無效·取消·解止되는 경우에 이미 제공받은 서비스를 返還하기가 어렵다. 이는 提供과 消費의 同時性과 關聯있는 특징으로 이미 제공받은 서비스는 없어졌기 때문이다. 서비스 履行으로 서비스受給者의 身體와 財産이 變形·加工되어지는 경우에는 復舊의 부담이 受給者 측에 생기게 된다. 또한 復舊한다고 하더라도 이전의 상태로 완전히 복구하기는 힘들다.

5. 서비스의 複合性

서비스 거래시 法律問題가 되는 유형에는 실제로는 복합적인 것이 많다. 예를 들면 有料老人施設契約은 財産權利用型(賃貸)契約과 勞務提供型(서비스)契約, 財産權移轉型(식사)契約 등이 복합적으로 결합되어 있고, 프랜차이즈契約은 財産權移轉型(상품의 공급)契約과 勞務給付型(경험지도)契約에다가 라이센스契約이 복합된 것이라고 말할 수 있다. 이후에도 그러한 複合的 契約을 하는 서비스 去來는 점점 增加할 것으로 생각된다. 이러한 복합성은 새로운 입법을 필요로 하는 중요한 원인이 되는 특성이다.

6. 信用供與的性格

서비스契約의 이행시에는 서비스의 提供과 貸金의 지출을 同時履行의 關係로 하는 것이 어렵기 때문에 前者의 것이 먼저 履行되면, 그에 대해서 信用을 供與하는 것으로 된다. 즉, 서비스契約의 대부분은 계속적 계약인 경우가 대부분일 뿐만 아니라 先拂納入을 요구하는 경우가 많다. 이 경우 先拂金을 納入하고 長期間에 걸친 계약을 한다는 것은 서비스 제공에 대한 信用에 符應하기 위해서 提供者가 제공하게 되는 것이라

할 수 있다. 先拂式 계속적 서비스契約에 관한 紛爭이 현재 많이 발생하기 때문에 이 문제에 대한 깊은 연구가 필요하다. 또한 서비스契約에 대한 古典的 特徵과 現代的 特徵이 결합된 性質을 가지고 있다[8].

8) 中田裕康, "現代における役務提供契約の特徵(上)", NBL 579號, 1995, 34면.

第 3 章 勞務提供型契約과 서비스契約

서비스란 소비자의 요구를 滿足시키기 위하여 주어지는 勞務, 便益을 말한다. 따라서 本質的으로 無形이며 所有權에 歸着되지 않아 財産權移轉型契約과 구분되고 行爲를 하는 것이기 때문에 勞務提供型契約으로 보는 것이 타당하다. 따라서 典型契約으로 되어있는 雇傭·都給·委任·任置의 개념을 정리하고 서비스와의 差異點을 指摘하고자 한다.

Ⅰ. 雇傭과 서비스契約

雇傭은 당사자 일방이 상대방에 대하여 勞務 내지 勞動力을 제공할 것을 約定하고 상대방이 이에 대하여 報酬를 支給할 것을 約定함으로써 성립하는 계약이다[9]. 그것은 노무자의 처지에서 본다면 報酬를 받고서 사용자를 위하여 勞務를 공급하는 것이고, 이를 사용자의 처지에서 報酬를 주고서 他人의 노무 내지 노동력을 사용하는 것을 목적으로 하는 계약이라고 말할 수 있다.

雇傭은 어디까지나 노무자 자신에 의한 勞務의 공급 그 자체를 목적으로 하는 계약이며, 제공되는 勞務에 의한 어떤 일의 완성이나 또는 어떤 통일적인 事務의 處理와 같은 일정한 결과는 전혀 고려되지 않는다. 노무자가 제공하는 勞務를 어떻게 이용해서 어떤 목적을 達成하느냐는, 전적으로 사용자의 권한에 속한다. 따라서 사용자는 노무자를 指揮·監督할 권한을 가지며, 이점은 雇傭의 중요한 特色이다.

---

9) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 2001.

雇傭은 勞務提供義務가 一身專屬性을 가진다. 즉, 노무자자신에 대해서 한 계약이므로 他人을 대체할 수 없다. 그러나 서비스의 경우 계속적인 契約이기는 하나 一身專屬일 필요는 없다. 예를 들어 교육서비스를 받기 위해 학원과 계약을 하는 경우 서비스를 제공받는 도중에 서비스提供者 즉, 강사가 交替되더라도 계약의 목적에 불합리하게 作用하는 것은 아니다. 단 단과학원에서 특정강사가 주최하는 강의를 수강한 경우는 다르다 할 것이다.

Ⅱ. 都給과 서비스契約

都給은 勞務 내지 勞動으로 이루어지는 어떤 결과, 즉 일정한 일의 完成을 目的으로 하는 契約이다. 일은 有形的인 것이든 또는 無形的인 것이든 상관없으나, 어느 경우에 있어서나 그 일이 完成되는 것을 계약의 내용으로 한다. 이러한 일의 완성을 위하여 노무자는 일정한 勞動을 供給하게 되나, 그 일을 완성하는 과정에 있어서의 勞務提供은 전혀 고려되지 않는다. 그리하여 受給人이 약속한 일의 완성을 위하여 어떠한 勞務를 어떻게 사용하느냐는 原則的으로 그의 自由이며, 또한 일을 완성할 때까지의 사이에 생기는 위험도 역시 노무자, 즉 受給人이 負擔하는 것이 원칙이다.

都給의 경우 民法 제664조에서 제674조까지의 11개조만으로 이루어져 있어, 오늘날 多樣하게 변화하는 노무제공에 따르는 法律關係의 해결에 적절한 기준을 提示하지 못하는 경우가 많다[10].

---

10) 「산업구조가 고도화되고 서비스산업 등의 비중이 높아짐에 따라 勞務供給契約의 비중이 높아지고 그 중에서도 都給契約의 중요성을 더하고

특히 都給의 경우 서비스契約으로 분류하고자 하는 대상이 현재 대부분 都給으로 해결되고 있기 때문에 都給과 서비스契約을 구별짓는 일은 매우 중요하다 할 것이다[11].

우선 역사적으로 볼 때 都給契約이 발생하게 된 것은 로마법에서도 이미 인정되어 있었지만[12] 역사적으로 보아 그것이

있다. 都給契約에서도 급부의 목적물이나 작업의 내용 등이 다양해지고 都給人과 수급인의 관계성도 여러 모습을 띠게 되어 이른바 '특수한 都給契約(출판계약·연예인 출연계약·과학적인 연구의뢰에 관한 계약·旅行契約 등, 郭潤直, 前揭書)'이라 불리는 여러 다양한 모습의 契約形態가 거래계에 나타나고 있다. 반면에 우리 민법상의 都給契約法은 주로 주문 생산시대의 단순한 물품의 제작·공급에 따르는 문제와 건물이나 공작물 등의 건축 등에 관한 약간의 특칙 들을 기본으로 하고 있어 오늘날 다양하게 변화하는 노무제공에 따르는 법률관계의 해결에 적절한 해결기준을 제시해주지 못하는 경우가 많게 되었다」金東勳, 高凰法學 2권, 1997, 185면.

11) 旅行契約은 현재 우리나라에서는 都給으로 분류하고 있다. 旅行契約의 법적 성질에 관하여는 여러 가지 학설이 대립되어 있는데, 이러한 대립은 旅行契約의 개념파악과도 직결되어 있다. 독일에서는 旅行契約이 민법에 규정되기 전에는 통설과 판례가 旅行契約을 都給契約으로 보았으며, 민법개정 후에는 都給契約으로 보는 견해와 독자적인 계약유형이라고 보는 견해가 나뉘어 있다. 일본에서는 旅行契約을 주최여행계약과 수배여행계약으로 나누고, 主催旅行契約의 성질에 관하여는 委任(準委任)으로 보는 견해와 독립된 계약유형이라고 보는 견해가 나뉘어 있다.
「旅行契約은 여행이라는 무형적 결과의 실현을 그 내용으로 하므로 얼핏 보면 일의 완성을 목적으로 하는 都給契約의 한 모습이라고 생각될 수 있다. 그러나 旅行契約의 급부내용은 다수의 서로 다른 급부로 이루어져 있고, 일의 결과인 이들 상이한 부분급부의 실현이 시간적·장소적·기능적으로 계속성을 가지므로 都給과는 다르다」라고 하여 서비스契約을 독립된 유형으로 보는 견해가 많다(徐敏, 司法行政, 419호, 1995, 20면).

12) 로마법에서는 오늘날 都給契約이라고 하는 것이 '貸約(locatio conductio)'의 일종으로 파악되고 있었다. '貸約'은 오늘날 賃貸借·雇傭·都給의 세 가지 가운데 어느 하나에 속하는 경우를 총괄적으로 포함하는 契約이었다.(Max Kaser, Romisches Privatrecht(ein Studienbuch), 9. Aufl 174). 그런데 로마법에서는 '貸約'의 일종인 都給(locatio conductio operis)과 매매를 구별함에 있어서 재료를 공급하는 경우에는 都給으로 보았다(李太載, 債權各論新講, 進明文化社, 1978, 297면).

가장 큰 의의를 가졌던 시기는 手工業에 의한 주문생산이 지배적이었던 서양의 중세사회이었다. 즉, 당시의 수공업자는 일정한 일터와 간단한 도구만을 가지고 都給인이 공급하는 재료에 대하여 여러 가지의 수공업적 기술을 발휘하여 주문받은 물건을 만들거나 수선하는 것이 보통이었다.

여기서 서비스契約과 구별하기 위해서 물건의 引渡가 있다는데 주목해야한다. 또한 都給이 勞務提供型契約이라는 측면에서 볼 때 都給契約을 이행하기 위한 노무는 물건에 포함되었다는 점을 간과해서는 안 된다. 즉, 제공된 노무는 引渡되는 物件에 스며들었기 때문에 제공되는 목적물에 대해서 瑕疵 판단을 할 뿐, 목적물의 瑕疵를 노무의 瑕疵로 보지는 않는다. 그러나 서비스契約의 경우 목적물의 引渡가 있더라도 목적물과 노무의 관계는 별개라 할 수 있다[13].

都給은 일정한 일의 완성을 목적으로 하는 계약이라 정의하면서 「일의 완성」에는 有形的인 것이든 無形的인 것이든 상관하지 않는다라고 하여 無形的인 것의 예로 原稿의 出版·運送·病의 治療·訴訟事件의 處理·音樂의 演奏를 들고 있다[14]. 그러나 예시된 병의 치료는 현재 委任으로 처리되고 있는 경우가 대부분이다[15]. 즉 都給의 형태로 분류되어 있으나

---

13) 物件과 勞務가 세트로 주어지는 서비스契約의 경우, 예를 들어 학습지와 교습서비스가 세트로 제공되는 경우, 제공되는 목적물 즉 학습지에 서비스 提供者의 노무가 포함되어 있지 않다. 즉 물건과 노무는 별개의 것이라 할 수 있다.

14) 郭潤直, 前揭書, 440면.

15) 「병의 치료를 목적으로 하는 의사 또는 의원과의 契約에 있어서, 병을 고치는 것을 목적으로 하면 都給이 되나(병이 고쳐지지 않았다면 報酬는 물론이고 지출한 비용의 償還도 청구하지 못함), 병의 치료라는 일내지 사무의 처리를 목적으로 하면 委任이 된다(병을 고치지 못하여도 비용과 보수를 청구할 수 있음). 변호사에게 소송사건을 맡기는 契約도, 마찬가지로 都給이 되는 수가 있는가 하면, 委任이 되기도 한다. 그러나 우리나라에서 행하여지는 것은, 양자 모두 委任으로 되는 것이 보통이며, 변호사와의 이른바 成功報酬의 약속도, 委任에 있어서의 보수의 특수한 約定方法으로 보는 것 같다」(郭潤直, 前揭書, 441면).

委任으로 해결되는 모순이 있는 것이다. 따라서 제공되는 목적물이 無形 즉, 서비스인 경우는 雇傭에서 分離하여 서비스契約으로 분류한다면 법률관계가 명확해질 뿐만 아니라 受給者가 두터이 보호받을 수 있을 것이다.

서비스契約과 都給契約을 구별하는 다른 방법으로 「일의 완성」을 들 수 있다. 서비스契約의 경우는 서비스를 받는 자의 태도에 따라 그 성과에 있어 많은 차이가 나기 때문에 그 결과를 豫測하기란 힘들다. 따라서 어떤 결과가 발생하더라도 어느 정도까지를 일의 완성으로 보아야 하는가에 대해서는 계약 당사자의 의견에 따라 차이가 날 수 있기 때문에 일의 완성을 목적으로 하는 都給과는 차이가 있다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 委任과 서비스契約

委任은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 委託하고 상대방이 이를 承諾함으로써 그 효력이 생긴다(民法 제680조). 委任은 특정의 소송사건의 처리·특정의 병의 치료·특정재산의 관리와 같은, 일정한 사무를 처리하기 위한 통일적인 노무를 목적으로 하는 계약이다. 그것은 어디까지나 신임을 기초로 하여 부탁된 사무를 처리한다는 데에 중점을 두기 때문에, 그 사무관리를 위하여 제공되는 노무 자체는 사무집행 가운데에 묻혀 버리고 만다. 노무자는 雇傭에 있어서처럼 사용자의 지휘 명령 하에 노무를 공급하는 것이 아니고, 자기의 지식·경험 등을 동원하여 委任事務의 목적에 따라 자기의 재량으로써 이를 자주적으로 적절히 처리할 수 있다. 여기서 아울러 지적해 둘 것은, 雇傭은 언제나 有償契約(民法 제655조에 고용은 당사자의 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것

을 약정함으로써 그 효력이 생긴다라고 명시되어 있다)이지만, 민법의 委任은 無償임을 원칙(民法 제686조에서 授任人은 특별한 약정이 없으면 委任人에 대하여 보수를 청구하지 못한다라고 하여 無償의 원칙을 시사하고 있다)으로 한다는 점이다. 그러나 이점은, 양자를 구별하는 중요한 지표가 되지는 않는다. 사회적으로 중요한 委任은 실제에 있어서 모두 有償이기 때문이다.

委任과 서비스契約의 관계를 구별하기란 쉽지 않다. 委任의 경우 예를 들면, 변호사에게 소송수행을 부탁한다든지 은행으로 하여금 대금이나 기타 채무의 결제를 委託하는 것이라든지 의사에게 병의 치료를 부탁하는 것, 전문가에게 계약체결을 위한 협상을 맡기는 것 등이 대표적인 委任契約이라 할 수 있다. 이러한 수임사무의 내용은 委任인의 對外的 信用·財産·人身·生命과 관련되는 경우가 적지 않다. 다시 말해서 보통의 사회인의 상식으로는 해결하기 힘든 전문적인 지식을 필요로 하는 사무에 대해서 委任契約이 이루어진다 할 수 있다.

하지만 서비스契約은 서비스提供者로부터 勞務나 便益을 제공받는 것이기 때문에 高度의 專門的인 지식을 필요로 하지 않는 경우가 많다. 예를 들어, 청소계약이라든지 파출부계약 같은 경우는 서비스受給者에게 전문적 지식을 이용해서 便益을 제공한다기 보다는 단순 노무를 통해서 便益을 제공한다 할 수 있다.

따라서 전문적인 지식을 이용하지 않고 타인에게 便益을 제공하는 경우를 서비스契約이라 할 수 있을 것이다.

이 논리에 따르면 판례에서 인정하는 「부동산 중개업」을 委任의 일종으로 보아야 한다는 견해[16]에 비판을 가할 수 있다. 즉, 不動産 仲介業의 경우 고도의 專門的 지식을 이용한

사무의 처리라기 보다는 시간이 부족한 현대인을 위해서 便益을 제공하는 것이라 볼 수 있기 때문이다.

이 경우 전문적인 지식을 통해서 제공되는 편익 즉, 의료계약 같은 서비스契約은 서비스契約의 범위에 포함하기 어렵다고 판단 될 수도 있으나 의료계약을 위임계약으로 하기에는 위임의 원칙인 무상을 원칙을 근본적으로 따르고 있지 못할 뿐만 아니라 새로운 계약유형으로 만든다는 것은 실속이 없는 일이라 할 수 있기 때문에 의료계약과 같은 경우 전문지식을 이용하여 편익을 제공한다고 하더라도 서비스계약으로 보는 것이 타당할 것이다.

또한 委任의 경우 변호사가 소송수행을 마치는 것이 임무이다. 즉, 소송수행을 하는데 시간이 걸리지만 그렇다고 해서 委任契約을 계속적 계약이라고 하지는 않는다. 다시 말하면 서비스契約시 서비스提供者가 受給者에게 제공하는 繼續的·回歸的 급부와는 당연한 차이가 있다. 따라서 委任契約에는 동시이행의 항변권이 주어지지만 서비스契約에서는 同時履行의 抗辯權을 논할 여지가 없다.

Ⅳ. 任置와 서비스契約

任置는 타인의 물건을 보관한다는 한정된 특수한 勞務를 목적으로 하는 계약이다. 이 특성으로 말미암아, 任置와 다른 노무공급계약과의 구별은 비교적 뚜렷하다. 그러나 명확하지 않은 경우도 있다. 예를 들면, 변호사의 소송사건처리나 의사에

16) 부동산 중개업자와 중개 의뢰인과의 법률관계는 민법상의 委任關係라고 한다. 대판 1992. 2. 11, 91 다 36239, 대판 1993. 5. 11, 92 다 55350 참조.

의한 病者의 치료와 같은 것은, 보통은 委任이겠지만, 경우에 따라서는, 都給일 수도 있고, 또는 雇傭契約에 의하는 경우도 있을 수 있는 것이다[17].

17) 醫療契約은 환자측이 의료행위라는 사무의 처리를 위탁하고 의사측이 이를 승낙함으로써 성립하는 것으로서, 일종의 委任이라고 할 수 있다. 그러나 醫療契約에 민법의 委任에 관한 규정을 전면적으로 적용하기는 어렵다. 이를테면, 수임인은 스스로 사무를 처리하여야 하나(제682조 제1항), 의사의 경우에는 상황에 따라 담당의사가 바뀔 수 있다. 또 委任에 있어서는 委任事務의 처리상황을 보고하여야 하나(제683조), 의료행위에 있어서는 치료목적을 위하여 보고하지 않는 것이 바람직할 때도 있다. 나아가 의사는 醫療契約을 해지하지는 못한다고 하여야 하며(제689조 제1항 참조), 환자가 파산하더라도 醫療契約이 종료하지는 않는다고 할 것이다(제690조).

의사의 과오로 환자에게 피해를 준 때에는 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있지만, 환자 측은 거의 대부분 불법행위를 이유로 손해배상책임을 묻는 것이 보통이다. 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 물건의 급부와 같은 일정한 결과를 이루는 결과채무가 아니라 환자의 치료를 위하여 적절한 조치를 다하면 되는 수단채무에 그치므로, 환자의 입장에서는 수단채무의 불이행을 입증하는 것이 불법행위에 있어서의 의사측의 과실을 입증하는 것과 별반 차이가 없고, 한편 불법행위를 청구원인으로 하는 경우에는 慰藉料에 관한 명문의 규정(제751조·제752조)을 근거로 그 적용이 용이하다는 이유 때문에 그러하다」金俊鎬, 民法講義, 2000, 1134면.

第 4 章 契約締結上의 問題點 - 情報提供義務

Ⅰ. 意義

情報提供義務란 계약 체결시의 문제로써, 계약 목적물을 명확히 하거나 계약 내용을 파악하기 위해서 당해 계약 목적물이나 내용에 대해서 지식을 갖춘 一方當事者가 그렇지 못한 他方當事者에게 情報를 제공하는 것이다.

우리나라에서는 아직 생소한 개념인 계약전의 情報提供義務(obligation precontractuelle de renseignements)는 근대 초기의 개인주의적 법사상으로서 債權者와 債務者를 상호대립하는 관계로 보는 전통적인 계약관으로부터 전환되어서, 契約關係를 債權者와 債務者가 공동의 이익을 추구하는 協力關係로 이해하는 근대계약법의 특징인 계약당사자 사이의 協力義務로부터 派生된 것이라 할 것이다[18]. 이것에 대하여는 프랑스에서 많이 논의되고 있는 바, 情報提供義務란 계약을 체결하는 당사자간에 정보량의 격차가 있는 거래관계에서 보다 많은 정보를 가지고 있는 일방당사자가 상대방에게 모든 정보를 충분히 알고 나서 계약체결을 위한 意思決定을 할 수 있도록 계약체결의 의사결정을 좌우할 수 있는 중요한 사항에 대하여 일정한 情報를 提供하는 의무를 말한다[19].

이처럼 계약당시 정보제공이 필요한 이유는 제공되는 목적물의 無形性, 계약 당사자의 지식정보의 격차, 알권리의 보호, 신의성실의 측면에 있다고 할 수 있다. 이에 대해서는 아래에서 자세히 논하기로 한다.

---

18) BGHZ 11, 80; MünchKomm-Emmerich, vor §275 RdNr. 250ff.
19) 李相旭, 法學論集, 한터 李喆源敎授華甲紀念論文集, 1993, 581면.

Ⅱ. 情報提供義務의 根據

1. 實質的 根據

(1) 無形性

서비스契約에서 情報提供義務가 필요한 가장 큰 이유는 제공되는 목적물의 無形性에 있다. 다시 말하면, 서비스는 無形이기 때문에 서비스를 제공받기 전에는 그 품질이나 상태를 알 수 없는 경우가 대부분이다. 이 경우 서비스의 無形性으로 인하여 소비자는 불안한 지위에 놓이게 된다. 예를 들어, 피부관리를 받는 경우 피부관리를 받기 전에는 그 서비스의 형태라든지 품질에 대해서는 알 수가 없다. 그래서 계약체결시에 無形인 서비스에 대해서 서비스 受給者가 충분히 이해할 수 있도록 서비스 提供者는 서비스에 대한 충분한 설명을 해야하는 의무를 가지게 된다.

(2) 知識情報의 隔差

민법은 개인의 자유를 최대한으로 보장하고, 개인에 대한 국가적 後見을 가능한 한 排除한다는 자유의 관념을 그 출발점으로 하고 있으며, 개인이 자기의 法律關係를 그의 자유로운 의사에 기하여 形成할 수 있는 것을 인정하는 私的自治의 원칙을 기본원칙으로 삼고 있다. 이는 각개인의 법률관계의 형성을 각 개인의 自己決定에 맡겨두면, 각 개인의 私的인 이익이 최대로 실현될 뿐만 아니라, 社會全體의 이익도 가장 잘 실현될 수 있다는 생각을 바탕으로 하고 있다. 따라서 私的自治의 원칙은 자기 일을 자기결정에 의하여 자기책임으로 自己支配한다는 당위를 말하는 것으로 인간의 행동의 한 부분이

다[20]. 그런데 契約法에 있어서 사적자치의 원칙은 특히 계약당사자의 主體性·自主性의 강조로 나타나는 바, 契約交涉의 단계에 있어서 양당사자는 대등한 힘을 바탕으로 하여 서로의 利益의 滿足을 실현하기 위하여 契約條件의 확정시에 면밀한 교섭이 행해지는 것을 예정하고 있다. 즉 계약의 當事者는 자신이 스스로 계약에 관한 여러 사실들을 조사하여 충분한 情報를 가진 뒤에 계약을 체결하여 자신의 이익은 자기 스스로 지키지 않으면 안되기 때문에 상대방이 그 내용을 알리지 않았다고 하더라도 그에 대한 規制는 원칙적으로 법률상 문제가 되지 않는다. 그러나 현실적으로 양당사자는 契約締結에 필요한 知識이나 情報量에 있어서 엄청난 차이가 나는 경우가 많으며, 따라서 그것이 부족한 당사자는 일방적으로 불리한 계약의 체결을 강제당하는 결과가 된다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 이때에는 상대방의 調査義務를 부정하는 편이 타당할 것이다. 이것은 私的自治의 원칙이 예정하고 있는 양당사자의 대등한 힘을 바탕으로 한 交涉이라고 하는 순수한 전제가 다양하고 專門化된 현대사회에 잘 맞지 않는다는 것을 말해준다. 여기서 私的自治의 원칙을 바탕으로 한 契約自由의 원칙은 契約公正 내지 契約正義에 의하여 修正을 받아야 하며, 계약당사자가 꾀한 自己決定이 契約公正과 일치하는 경우에 한해서 법은 그의 正當性을 인정하고, 그 합의에 法的 拘束力을 부여하게 된다[21].

우리 민법이나 독일민법, 프랑스민법은 契約準備段階에 관하여 집중적으로 폭넓게 다루지 못하고 있는 바, 이는 自由·平等한 시민상, 需要·供給에 따라 自律的으로 규제되는 시장모델 그리고 평등한 관계에서 자율적으로 이해가 조정되는 계약당사자들간의 합의계약모델에서 立法者들이 출발하였으므로 무엇보다도 계약체결에 있어서 自由·平等한 계약당사자들이 請約과 承諾의 합치과정에 관한 규정에만 관심을 가진데서

---

20) 張庚鶴, 民法總則, 法文社, 1995, 85면.
21) 李銀榮, 債權各論, 1999.

기인한다고 한 것이다[22].

2. 法的 根據

(1) 信義誠實

우리 민법 제2조나 프랑스민법 제1134조 제3항에서 말하는 信義誠實의 개념은 원래 계약의 이행에 관하여 요구되어 있는 개념이다. 契約前의 信義誠實에 관하여는 우리 판례나 학설은 아직 구체적인 논의를 하고 있지 않지만, 프랑스의 다수의 학설과 판례는 계약체결단계에 있어서도 信義誠實을 요구하고 있다. 예컨대 계약당사자의 일방이 그 優越的 지위를 濫用하여 타방의 미경험이나 지식의 부족을 이용하여 이익을 얻으려고 하는 경우에는 그와 같은 不誠實에 대하여 법이 介入하여야 한다거나[23], 買受人의 합의가 의존하고 있는 사항이지만 그로서는 알 수 없거나 혹은 자신으로서는 조사할 수단을 가지지 않는 사항을 買受人에게 알리도록 하는 것에 賣渡人의 信義가 존재한다고 한다[24].

우리 민법에 있어서도 信義誠實의 원칙을 단순히 계약상의 의무를 이행하는 단계에서만 인정되는 것으로 국한시킬 것이 아니라, 계약체결을 목적으로 하여 準備·交涉段階에 들어갈 때부터 계약관계종료후의 단계에까지 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다[25]. 따라서 契約交涉段階에 있어서의 情報提供

---

22) 李鍾馥, "契約準備段階와 民法-契約前 行態에 관한 民法上 規範化의 추세", 「私法關係와 自律」,李鍾馥敎授論文集, 1993, 193면.
23) 崔相鎬, "契約上의 情報提供義務에 관한 硏究-詐欺와 錯誤法理의 適用關係를 중심으로", 경북대학교 法學論攷 9輯, 1993, 63면.
24) 崔相鎬, 前揭論文, 6면.
25) 金亨培교수님은 보호의무에 관하여 이와 같은 시간적 범위가 확대되는 것을 인정하면서, 이러한 보호의무의 승인의 근거를 信義誠實의 원칙에서 구하고 계신다(金亨培, 債權總論, 41면 이하).

義務도 그 시간적 범위의 확대가 인정되는 信義誠實의 원칙으로부터 나오는 의무라고 근거지울 수 있을 것이다. 즉 당사자간의 相互信賴를 전제로 하는 계약에서는 그 계약의 상대방에게 正確한 情報를 제공하여야 하는 의무는 信義則에 바탕을 둔 법적 의무라 할 것이다. 생각건대 계약당사자의 일방은 상대방에게 대하여 어떤 사실을 알릴 자유와 그것을 沈默할 자유도 있지만, 자기의 自由만이 아니라 상대방의 자유도 보장하기 위하여 信義誠實의 관점으로부터 상대방에 대하여 일정한 사실을 알릴 義務를 진다. 계약당사자의 자유는 일방당사자의 獨占物이 아니라, 양당사자에게 共有되어야 하는 것이며, 특히 계약당사자로서의 社會的·經濟的 강자에게는 의무를 附過하고 약자에게는 이익을 주는 것에 의하여 양당사자는 지위의 균형을 이루게 되며 이렇게 함으로써 보다 민법의 정신에 充實하게 될 것이다[26]. 이것을 통하여 계약정의가 실현될 수 있는 하나의 根據가 마련된다. 계약정의는 상호간에 존재한 均衡이 契約에 의하여 파괴되지 않도록 하는 교환적 정의 내지 교정적 정의에 의하여 실현되는 것이다. 情報提供義務를 승인하는 것은 바로 이러한 계약정의를 실현하기 위한 많은 노력 중의 하나라고 할 수 있다.

이와 같이 情報提供義務는 계약당사자간에 있어서 情報量의 격차를 시정하기 위하여 信義誠實의 원칙, 나아가 契約正義의 실현이라는 이상으로부터 합의의 형성단계에 있어서 양당사자에게 인정되는 의무로서, 이 개념의 등장은 계약당사자의 의무를 확장하는 傾向과 관련하여 계약자유의 원칙을 修正하는 기능을 가지고 있다. 즉 契約自由 내지 의사의 자유라는 이름하에 경제적으로나 사회적으로 약자의 위치에 있는 계약상대방을 지배하여 착취하는 것은 許容되지 않으며, 이러한 의미에서 情報提供義務는 契約自由 내지 意思의 자율에 대한 제한

26) 崔相鎬, 前揭論文, 7면.

이라고 할 수 있다. 따라서 이 의무는 객관적인 법질서의 관점에서 생기는 것으로서 계약당사자의 의사에 기하지 않은 구속이라 할 것이다[27]. 이는 계약의 구속력을 정당화하는 것은 意思自律의 원리에 기하여 인정되고 있는 인간의 의사가 아니라 契約의 有用性과 정의적합성(I'utile et le juste)이라고 할 수 있기 때문이다. 이 의무의 위반에 대하여는 損害賠償의 문제와 함께 契約의 구속력의 부정이라고 하는 측면에서 考察해 볼 수 있을 것이다.

(2) 알權利

서비스契約時 서비스受給者는 자신이 제공받게될 서비스의 내용에 대해서 알권리가 있다. 예를 들어 醫療契約과 같이 專門的인 지식을 요구할 뿐만 아니라 생명과 관련되어 그 중요성이 깊은 부분에 대해서는 診療 및 治療方法과 관련하여 자기의 건강상태에 대한 완전한 진실을 알권리를 가진다. 그러므로 醫師는 患者의 질문에 대하여 不明確하거나 責任回避的 대답을 해서는 안되며, 意識的으로 거짓설명을 하거나 사실을 隱蔽해서도 안된다. 만약 그러한 설명을 기초로 하여 환자의 동의를 받았다면 그 동의는 無效가 될 것이다[28].

Ⅲ. 情報提供義務의 法的 性質

27) 還買權讓渡締結當時 국가가 목적부동산을 원소유자에게 환매하기로 결정하여 환매수속상 갑중에 있다는 사실을 讓受人이 알고 있었다 하더라도 양수인이 그 사실을 讓渡人인 매매권자에게 고지하여 주었어야만 할 의무는 없다 할 것이므로 이를 고지하지 않았다 하여 欺罔行爲가 있었다고 볼 수 없다고 한다(대법원 1984. 4. 10, 선고, 81 다 239, 大判集 32.2 민 61).

28) BGH 23. 10. 1979, NJW 1980, 633, 635.

表示와 說明은 상품과 서비스의 제공을 받는 소비자가 적절한 선택을 하는데 있어 필요한 것이다. 물건의 경우에는 情報提供義務가 附隨的 義務인 것으로 생각되고 있다. 하지만 서비스契約에 있어서 表示·說明義務가 부수적인 것이라고 하기에는 미흡한 점이 발생한다. 즉, 本來義務라고 보아야 할 것이다[29]. 앞서 언급한 것과 마찬가지로 서비스 거래에 있어서는 그 목적물이 무형이기 때문에 소비자 측에서는 그 목적물을 정확히 알 수가 없다. 따라서 무엇을 契約하는 가를 밝히는 의미에서 서비스契約에 있어 情報提供義務는 本來的 義務라고 하는 것이 타당할 것이다[30]. 예를 들어 旅行契約[31]을 체결하는 경우, 그 필요성은 더 커진다. 패키지 상품의 경우와 같이 전문적인 지식을 가진 旅行者가 제공하는 서비스 제공물을 일반인이 쉽게 이해하기는 힘들다. 또한 旅行契約의 경우 旅行을

---

29) 松本恒雄, "サービス契約の法理について研究", 220면.

30) 의사의 설명의무에 대해서 판례는 (대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결「이는 회귀후두신경초종을 철필형쇄골유돌부 근육종으로 誤診하고 역으로 전자의 수술을 하여 환자가 發聲機能을 상실한 사건이다」; 同 1987.4.28. 선고, 86다카1136 판결「이는 頭部毛髮缺乏部分에 대한 피부이식 수술의 결과 피부제공처에 好轉困難의 색소이상·피부반흔 등의 후유증이 남은 사건으로서, 판결문에서 說明義務를『業務上 注意義務』라고 하고 있다」) 본래 설명의무를 불법행위법상의 의무로만 이해하였으나, 근래에 와서 醫療契約상의의무라는 인식도 함께 하고 있다. 즉, 판례(대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결)는 「…일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 侵襲을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그밖의 특단의 사정이 없는 한 診療契約上의 의무 내지 위 侵襲 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다 할 것이다.…」라고 하여 說明義務를 계약상의 의무와 불법행위법상의 의무의 양면으로 포착하고 있다.

31) 金亨培교수는 「旅行業者는 이미 계약체결 전에 여행계획과 그 수행에 필요한 정보와 목적지 입국과 관련된 제반규정 등에 관한 준수사항을 旅行者에게 제공해야할 부수적 의무를 부담한다」라고 하여 說明義務를 부수적 의무로 파악하는 견해를 보인다(金亨培, 債權各論, 2001).

해보고 난 후에 계약체결을 결정하는 것이 아니기 때문에 더욱 그러하다.

Ⅳ. 情報提供義務의 成立要件

情報提供義務가 성립하기 위해서는 먼저 계약당사자의 일방이 계약에 필요한 情報를 알고 있거나 알 수 있어야 한다. 이때 당사자의 일방이 그 分野의 專門家인 경우에는 惡意로 추정되어 그 정보를 알고 있었던 것으로 인정되는 경우가 많다고 할 것이다[32]. 그러나 情報를 알고 있는 것만이 아니라 그 情報가 상대방의 意思決定에 결정적인 역할을 하는 것을 알고 있거나 또는 알 수 있어야 한다. 그리고 계약의 상대방은 그 정보에 대하여 알지 못하며 그 無知가 정당하여야 情報提供義務가 성립할 수 있다. 전통적으로는 계약의 내용이나 효과 등에 관하여 상대방 측에서 調査해야 하고 그 調査를 태만히 함으로써 나타나는 불리함은 자신의 책임으로 돌리고 있지만, 계약당사자 사이의 情報量의 격차의 증대에 따라 상대방의 調査義務(devoir de se rensigner)를 부정해야 할 경우가 증가하고, 이처럼 상대방의 調査義務가 존재하지 않은 범위 내에서 당사자의 일방에게 情報提供義務가 존재하게 되며, 상대방의 無知는 정당한 것으로 인정되는 것이다. 구체적으로 상대방의 無知가 정당한 것으로 볼 수 있는 경우는 객관적인 측면에서 賣買·賃貸借 등과 같은 계약에서 情報提供義務를 부담하는 당사자가 목적물을 所持하고 있기 때문에 그 목적물의 법적 사실적 상태를 조사할 수 없는 경우라든지, 主觀的인 측면에

32) 프랑스판례는 이러한 경우에 전문가에게 결과채무로서의 확인의무(obligation de verification, obligation de s'informer)를 부과시키면서 이 확인의무를 이행했다는 반증을 용이하게 인정하지 않고 있다고 한다(崔相鎬, 前揭論文, 5면).

서 情報提供을 받게 될 자의 개인적인 능력 때문에 조사가 불가능한 경우를 들 수 있다[33]. 그 외에 契約의 性質이나 당사자 일방의 지위에 의하여 상대방의 그에 대한 信賴가 정당하다고 볼 수 있는 경우도 이에 포함될 수 있을 것이다.

Ⅴ.情報提供義務의 形態

情報提供義務는 表示義務와 說明義務, 그리고 助言義務로 구별할 수 있을 것이다. 예를 들어 병원에 입원하여 診療를 받는 경우, 제공되는 서비스에는 병실(賃貸), 음식제공(賣買), 진료(都給) 등의 複合的인 상품이 제공된다. 병실사용이나 음식제공과 같은 有形物에 대해서는 表示義務만으로 가능하지만 無形의 진료행위에 대해서는 환자에게 侵襲이 있으므로 표시만으로는 부족하고 충분한 설명으로 환자의 自己決定權을 최대한 존중해야 할 것이다.

1. 表示義務

表示義務란 契約내용의 확정에 이해를 돕기 위한 것으로 書面으로도 可能한 것이며 일반인의 상식만으로도 충분히 이해할 수 있는 內容에 대한 것이어야 한다.

2. 說明義務

說明義務[34]란 契約의 특질을 지적하는 것으로 일반인의 상

33) 李相旭, 前揭論文, 581면

34) 診療契約의 경우 의사에게 주어지는 주의의무와 說明義務는 그 의미가 다른 것이다. 주의의무란 환자의 병에 대해서 현대의 의술로 행할 수 있는 여러 가지 방법 중 가장 타당하다고 여겨지는 방법을 주의를 다해서 선택하여 진료해야 하는 것으로 환자의 상태와 그 병을 고치기 위해서 시술되는 진료

식으로는 알 수 없을 뿐만 아니라 서비스를 제공을 받는 자의 利益에 상당한 영향을 미치는 것일 때 구두로 전해지는 것이라 할 수 있다. 旅行契約에서 現地와 自國 내의 기준 사이에 현저한 차이가 있는 때에는 旅行業者에게 事前 說明義務가 부과되어야 할 것이다. 代價와 균형이 이루어지지 않음에도 불구하고 약관조항의 존재만으로 旅行業者가 免責된다는 것은 信義則上 인정될 수 없다.

3. 助言義務

전문적인 지식을 가진 서비스提供者가 契約當時에 당해 계약의 상대방에게 유리한 助言을 하는 것이다. 따라서 契約內容의 확정에 이해를 돕기 위한 表示義務와 계약의 특질을 지적하는 說明義務와는 다르다. 專門家와 非專門家가 去來하는 경우 전문가로서의 의견을 제시하여 표의자의 의사결정을 방향 지우는 것을 목적으로 하는 의무(이른바 助言義務)까지도 인정하는 것이 바람직하다고 한다[35].

Ⅵ. 情報의 範圍

정보제공의무의 성립요건이 충족되었다면, 정보제공의무자는 위에서 언급한 형태의 의무를 이행하여야 할 것이다. 이때 계약 前 情報提供義務는 어느 정도까지 이행되어야하는가가 문제된다. 이 경우 어떤 사람에게 어느 정도의 情報를 提供하는가하는 範圍를 정해야 할 것이다.

행위가 어떤 것이며 시술 후 어떤 경과를 나타내는 것인가를 설명하는 說明義務와는 다르다 할 수 있을 것이다.

35) 崔相鎬, 前揭論文, 63면.

1. 人的 範圍

전통적으로는 契約의 內容이나 效果에 관하여는 표의자 자신이 調査하여야 하며, 그 調査를 태만히 하였기 때문에 불리한 계약을 체결한 경우에는 그 비난을 자신이 감당할 수밖에 없었다. 그러나 현대의 계약은 내용이 복잡하거나 목적물이 전문적인 것, 예컨대 通信販賣, 訪問販賣, 割賦販賣, 리스契約, 팩토링 등이 많이 出現하여, 거래당사자의 일방인 專門家 내지 生産者·販賣者 등은 그 內容이나 效力을 알고 있거나 알 수 있는 위치에 있지만, 他方當事者 예컨대 일반적으로 非專門家인 소비자의 경우에는 그것들을 알 수 없어서 契約交涉過程에 있어 후자가 상당히 불리한 상태에 놓이는 경우가 많이 增加하고 있는 실정이다. 그렇기 때문에 契約의 내용이나 효력에 관하여 前者가 後者에게 계약체결에 필요한 정보를 알리도록 하는 의무가 있다고 하여야 할 것이다. 前者에 이러한 의무를 부과하여야만 兩者 사이에 힘의 균형이 회복되며, 이것이 곧 성실한 契約交涉의 전제가 된다. 그러므로 情報提供義務의 유무를 판단하는 데는 당사자의 지위에 부가하여 정보의 격차 정도나 계약내용의 複雜性 등을 구체적으로 考慮하여야 한다[36]. 점차적으로 계약당사자 사이의 정보량의 격차는 증대되고 있으며, 이에 따라 後者에게 調査義務를 부정하고 前者에게 情報提供義務를 부과해야할 범위도 점차 증대되고 있다. 그러나 언제나 前者에게 情報提供義務가 부과되는 것은 아니며, 後者가 그 정보를 모르는 것이 정당한 경우에 한하여 인정되어야 할 것이다.

情報提供義務는 처음에는 소비자거래에 있어서 事業者와 같은 專門家에게만 適用되었지만 현재에는 非專門家에 대하여도 적용되고 있으며, 당사자의 判斷能力이 낮다든가 혹은 高齡

36) 李相旭, 前揭論文, 581면.

등으로 인하여 情報量의 격차가 생겨 있는 경우에도 그 適用이 인정되고 있다.

2. 內容의 範圍

契約을 締結하는 당사자간에 情報量의 隔差가 있는 거래관계에서 보다 많은 情報를 가지고 있는 일방당사자가 상대방에게 모든 情報를 충분히 알고 나서 契約締結을 위한 意思決定을 할 수 있도록 계약체결의 意思決定을 좌우할 수 있는 중요한 사항에 대하여 일정한 情報를 提供해야 할 것이다[37]. 즉 知識이나 情報量에 있어서 불리한 계약의 일방당사자에게 계약의 내용이나 효과를 알고난 후에 계약체결의 意思決定을 하는 것을 보장하기 위하여 보다 많은 情報量을 가지고 있는 계약의 상대방이 타방 당사자에 대하여 계약의 중요한 要素에 관하여 情報를 제공하는 것이다[38]. 이러한 情報提供義務는 계약체결단계에 있는 당사자에게 단순한 사실의 객관적인 指摘내지 說明을 할 의무이며, 그 사실을 아는 것이 容易하다든가 혹은 목적물의 性質로부터 당연히 알 수 있는 것과 같은 사실에 관하여는 이 義務가 존재하지 않는다. 또한 어느 정도의 說明을 해주어야 충분한 說明이 있었다고 할 수 있는가에 대해서는, 一律的으로 판단할 수 없고 구체적인 事案에 따라 個別的으로 판단해야 할 것이다[39].

情報提供義務의 내용은 專門家가 알고 있는 것만을 대상으로 하는 것에 한정되지 않으며, 專門家와 非專門家가 去來하는 경우에 있어서는 專門家의 의무인 情報의 提供을 가능하게 하기 위하여 確認할 義務도 포함하는 것이라고 보는 것이 非專門家인 消費者들을 폭넓게 보호하는 결과가 될 것이다. 더

37) 李相旭, 前揭論文, 581면.
38) 崔相鎬, 前揭論文, 4면.
39) BGH 22. 4. 1980, VersR, 1981, 456, 457.

나아가 專門家로서의 의견을 제시하여 表意者의 의사결정을 방향 지우는 것을 목적으로 하는 의무(助言義務)까지도 인정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 그러나 모든 계약에서 이러한 의무내용이 一律的으로 認定되어야 할 것은 아니며, 그 계약의 履行內容의 複雜性이라든지 목적물의 性質 등을 고려하여 그때그때 구체적인 의무의 內容을 정하여야 할 것이다.

Ⅶ. 情報提供義務 違反에 따른 責任

1. 情報提供義務 違反의 種類

서비스契約의 特殊性에 맞추어 서비스提供者는 서비스에 대한 충분한 정보를 서비스受給者에게 서비스契約時 提供하면 된다. 하지만 問題가 되는 것은 어떤 경우에 情報가 충분히 제공되었다 볼 수 있으며, 또한 어떤 경우에 情報提供이 불충분한가를 판단하는 것이다.

여기서는 어떤 경우가 情報提供이 불충분한가에 대해서 종류별로 구별하며 살펴보기로 한다.

(1) 不實告知

不實告知가 되려면 다음의 要件을 充足해야 한다. ① 사실과 다른 表示가 있어야 한다. ② 그 표시가 중대한 사항에 관한 것이어야 한다. ③ 당사자가 契約에 동의할 때 그 표시를 信賴했어야 한다. ④ 표시의 신뢰가 타당한 것이어야 한다. 전형적인 유형으로 목적물에 瑕疵가 있음을 알면서 說明하지 않거나, 일부의 진실을 전체에 있는 것으로 說明하는 것이 그것이다.

(2) 斷定的인 判斷의 提供

계약의 목적물이 되는 것에 관해 장래에 그 價額, 받게 될 금액 기타 장래에 變動이 불확실한 사항에 대해 '斷定的 判斷의 提供'을 한 것으로, 소비자가 제공된 斷定的 判斷의 내용이 확실하다는 誤認을 하고 그 誤認에 의하여 '請約 또는 承諾의 意思表示'를 한 경우, 이를 取消할 수 있다.

(3) 不利益 事實의 不告知

사업자가 소비자계약 체결을 勸誘할 때 '중요사항 또는 중요사항에 관련한 사항에 대하여' 利益이 된다는 趣旨를 알리고' 또 '그 소비자의 불이익으로 되는 사실(그 告知에 의해 당해 사실이 존재하지 않는다고 일반적으로 소비자가 생각할 만한 것에 限한다)을 故意로 알리지 않았기 때문에 誤認하고, '請約 또는 承諾의 意思表示'를 한 경우, 그것을 取消할 수 있다. 적극적으로 不實의 정보를 준 것은 아니지만, 利益이 된다는 취지를 알리면서 반대로 불이익한 사실을 故意로 알리지 않은 경우가 문제된다.

(4) 過大表示

사업자는 다른 사업자와 競爭을 의식한 나머지 제조한 상품을 安全度의 시험을 거치지 아니하고 出荷하거나 소비자가 필요로 하는 정보로서 표시는 當該 商品·用役의 長點뿐만 아니라 短點까지도 포함하고 있지만 사업자는 자기의 商品·用役을 販賣하기 위하여 長點만을 표시하고 短點은 가능하면 표시하지 않는다.

2. 지금까지의 法的 對應

(1) 個別事業法에 의한 對應

割賦去來에 관한 법률, 訪問販賣 등에 관한 법률 등에서 규율해 왔다. 예를 들면 할부판매업자에게 할부판매조건의 表示義務를 부과하고 있다든지, 訪問販賣에 관련된 계약 체결시 不實告知 등의 禁止條項을 두어 각 事件에 대해서 개별적으로 대응해왔다. 하지만 이들 법규정은 民事法的 규정이 아니기 때문에 위반시 사업자에게 罰則을 부과하는 효과가 생기는데 그치며, 모든 종류의 사업에 대하여 個別事業法이 존재할 수 없다. 따라서 사업법이 제정되지 않은 사업에 대하여는 아무런 규제가 없게 된다.

(2) 民法에 의한 對應

① 意思表示·法律行爲制度

우리 민법이나 독일민법, 프랑스민법은 契約準備段階에 관하여 集中的으로 폭넓게 다루지 못하고 있는 바, 이는 自由·平等한 시민상, 수요·공급에 따라 自律的으로 규제되는 시장모델 그리고 平等한 관계에서 자율적으로 利害가 조정되는 계약당사자들간의 합의계약 모델에서 입법자들이 출발하였으므로 무엇보다도 계약체결에 있어서 自由·平等한 계약당사들의 請約과 承諾의 합치과정에 관한 규정에만 관심을 가진데서 기인한다고 할 것이다[40]. 그렇다면 우리 민법상 어떠한 法理를 동원하여 계약에 필요한 지식이나 情報量에 있어 불리한 위치에 있는 경제적 약자인 일반소비자들의 이익을 保護할 수 있을 것인가. 이에 관하여는 反社會秩序의 法律行爲(민법 제103조), 不公正한 法律行爲(민법 제104조), 錯誤로 인한 意思表示(민법 제109조), 詐欺·强迫에 의한 意思表示(민법 제110조),

40) 李鍾馥, 契約準備段階와 民法 - 契約前 行態에 관한 民法上 規範化의 추세, 「私法關係와 自律」(李鍾馥敎授論文集), 1993, 193면.

契約締結상의 過失(민법 제535조)의 法理 등의 활용이 기대될 수 있을 것이다.

의사표시에 관계된 詐欺·强迫의 경우 取消할 수 있도록 하고 있고 錯誤의 경우 無效로 한다는 규정을 두고 있다. 그러나 적용요건이 嚴格하여 소비자 구제가 힘들다.

② 說明義務 違反에 따른 損害賠償 請求

債務不履行 내지 不法行爲制度에 기한 損害賠償에 의해서 救濟할 수 있도록 하고 있다. 그러나 소비자 勝訴 사례가 많지 않다.

3. 效果

(1) 不實告知의 效果

不實告知인 경우 취소할 수 있다고 해야할 것이다[41].

(2) 斷定的 判斷의 提供의 效果

斷定的 判斷을 提供하여 소비자가 중요한 부분에 誤認을 일으킨 경우 取消할 수 있다.

(3) 不利益事實의 不告知의 效果

不利益事實을 告知하지 않아 소비자가 그 사실을 存在하지 않았다고 誤認한 경우 取消할 수 있다.

---

41) 「환자는 진료 및 치료방법과 관련하여 자기의 건강상태에 대한 완전한 진실을 알 권리를 가진다. 그러므로 의사는 환자의 질문에 대하여 불명확하거나 책임회피적 대답을 해서는 안되며, 의식적으로 거짓설명을 하거나 사실을 은폐해서도 안된다. 만약 그러한 설명을 기초로 하여 환자의 동의를 받았다면 그 동의는 무효가 될 것이다」韓三寅, "說明義務論과 自己決定權의 법적 평가", 비교사법 2권 1호(통권2호), 1995, 247면.

(4) 過大表示의 效果

長點만의 過大表示는 소비자가 經驗 등에 의하여 쉽게 발견할 수 있을 때에는 소비자에 대한 誘引效果 보다도 오히려 사업자의 信用을 떨어트리게 되나, 사업자와 소비자와의 사이에 情報隔差가 심한 경우에는 商品·用役의 과장된 표시는 소비자에게 사실 誤認을 誘發시키는 결과 그 不當表示에 誘引되기가 쉽다고 할 것이다. 따라서 過大表示한 경우 취소할 수 있다.

第 5 章 서비스契約의 履行上 問題點 Ⅰ - 瑕疵

Ⅰ. 서비스의 瑕疵와 判斷基準

1. 瑕疵

서비스 거래의 특징은 서비스의 품질을 객관적으로 평가하기가 곤란하다는데 있다. 이러한 특성은 현행 법률로 해결하기 힘든 많은 문제점을 야기 시킨다. 즉, 서비스의 품질을 객관적으로 평가하기가 곤란하기 때문에 서비스의 瑕疵를 판단하기 어렵고 이로 인해서 債務不履行과 瑕疵擔保責任의 판단을 용이하게 할 수 없게 된다. 여기에서의 瑕疵의 개념은 주관적인 개념으로 이해된다. 그러나 瑕疵의 개념이 주관적이라고 하여 旅行者의 감정을 기준으로 해서는 안 될 것이다[42]. 예를 들면, 교육서비스의 경우 서비스의 제공방법은 提供者에 따라 각기 다를 뿐만 아니라 受給者의 노력에 따라서 얼마든지 결과가 바뀔 수 있기 때문에 瑕疵라고 판단하기가 어려운 부분이 발생하게 된다[43]. 또한, 민법 제375조에 따르면 債權의 목적을 종류로만 지정한 경우에 법률행위의 성질이나 당사자의 의사에 의하여 品質을 정할 수 없는 때에는 債務者는 중등품질의 물건으로 履行하여야 한다고 명시되어 있는데, 이를 서비스契約에 유추해보면 중등품질의 서비스를 제공해야 하는가가 명확하지 않다.

---

42) 旅行契約의 경우 旅行者의 평소 우월감에서 오는 역겨움, 일반인 이상의 예민성에서 오는 불만감, 단순히 기분이 좋지 않음, 旅行 목적지에 대한 부정적 의식 등은 고려되지 아니한다. 旅行周旋者는 旅行者의 감정의 희비를 책임지는 것은 아니기 때문이다.

43) 加藤永一, 教育契約の特質について,「學校教育契約」, 現代契約法大系 7卷, 1984, 263면, 참조.

2. 判斷基準

(1) Test 方式

서비스의 瑕疵를 판단하기 위해서 상품Test와 마찬가지로 서비스의 Test 방법도 발전시킬 필요가 있다. 서비스를 비교 가능 하게 하여 작은 瑕疵를 판정하는데 기본이 되는 방책으로서, 서비스 거래의 標準化가 있지만, 새롭게 발생하는 목적의 新서비스의 경우에, 강제로 標準化를 도입하는 것은 사업자의 創意를 제거하거나, 경쟁을 제한하는 경우도 있게 된다. 이미 국제표준화기구(ISO)에서도 서비스의 표준화, 서비스 내용의 정의를 포함하는 용어의 標準化의 논의가 시작됨에 따라, 契約締結 전에 서비스 提供者가 고객에게 提示하는 情報 등의 표준화도 검사되어지고 있다.

(2) Manual 方式

흔히, 서비스제공업자는 사업자 내부의 담당자가 바뀌어도 사무처리 내용이 劃一性을 가지는 사무처리 매뉴얼이 작성되어 있는 점에 착안해서 그 매뉴얼을 瑕疵의 판단 素材로 하는 제안도 한다. 提供者 측의 우수한 매뉴얼에 있는 가능성은 부정할 수 없지만, 그 수준에 만족하는 경우에는 瑕疵를 인정하는 유력한 증거가 된다.

여기에서는 앞에서 분류한 서비스의 종류에 따른 瑕疵의 판단과 그 責任을 이전까지는 어떻게 해결해 왔는가를 살펴서 문제점을 指摘해보고자 한다. 또한 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任의 관계를 알아보고 서비스契約에 어떻게 적용할 것인지 알아보고, 서비스契約을 不履行責任으로 볼 것인지 瑕疵擔保責任으로 볼 것인지를 알아보도록 한다.

Ⅱ. 서비스契約에 있어 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任

1. 瑕疵擔保責任과 不完全履行의 關係

不完全履行과 瑕疵擔保責任의 관계를 어떻게 해석할 것인가에 관하여 종래에 많은 논의[44]가 있으나 문제의 핵심은 瑕疵擔保責任의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가 즉, 不完全履行과 瑕疵擔保責任의 관계로 歸着된다할 것이다. 瑕疵擔保責任의 법적 성질을 파악하는 문제는 特定物賣買에 있어 보수청구권을 인정할 것인가와 擴大損害의 賠償範圍 등의 實質的인 法理的 차이를 나타나게 한다.

통설은 이 논의는 전제가 되는 不完全履行을 債務不履行의 한 유형으로 인정하고 있다. 현행민법의 규정은 履行遲滯(제387조, 제544조, 제545조)와 履行不能(제546조)만을 인정하고 있지만, 목적물의 瑕疵로 인하여 매수인의 생명·신체·재산에 손해가 발생된 경우에 그 손해는 履行不能이나 履行遲滯의 문제로 해결할 수 없다. 또한 有償契約의 경우라 할지라도 瑕疵擔保責任으로는 擴大損害賠償을 請求할 수 없다는 난점이 있다.

瑕疵있는 目的物을 讓渡한 경우에도 일단 목적물은 引渡하였으므로 履行不能의 문제가 되지 아니하고 이행기에 이행된 경우에는 履行遲滯가 되지 않는다. 有償契約의 경우에도 대금감액이나 完全物 給付請求權이 발생될 뿐이고[45] 이로 인하여 발생한 擴大損害(結果損害, 附加的 損害)에 대한 賠償을 청구할 수 없다. 따라서 不完全履行을 인정함으로써 이러한 擴大損害의 문제를 해결하고자 하였다.

---

44) 高橋弘, "不完全履行·積極的債權侵害について", 民法の爭點, 1978, 175면 ; 奧田昌道, 債權總論, 1982, 164면.

45) 下森定, "不完全履行과 瑕疵擔保責任의 關係를 둘러싼 一局面", 東亞法學15輯, 1993, 260면.

擴大損害를 인정하기 위한 不完全履行의 승인은 瑕疵擔保責任을 債務不履行의 責任으로 인정하는 경우 損害賠償의 範圍(擴大損害의 認定與否)에 차이를 나타내게 된다. 이러한 점 때문에 瑕疵擔保責任의 法的 性質을 파악하는 문제는 중요한 의의를 갖는다고 할 것이다.

2. 瑕疵擔保責任(=物件의 瑕疵에 대한 賣渡人의 擔保責任)

(1) 意義

賣買의 목적인 「財産權」에 瑕疵가 있어서 이로 말미암아 그 財産權의 전부 또는 일부를 이전할 수 없거나, 또는 그 「재산권의 객체인 물건」에 瑕疵가 있는 것을 급부한 경우에, 민법은 제570조 내지 제584조에서 매도인에게 일정한 책임을 부과하는 규정을 두는데, 이를 매도인의 擔保責任이라고 한다. 이 책임은 매매 이외의 有償契約에도 準用되는 중요한 契約責任으로서(동법 제567조)(無償契約의 경우에는 원칙적으로 擔保責任이 없다) (동법 제559조 제1항), 債務不履行責任과 더불어 契約責任의 두 개의 중요한 責任體系를 구성한다.

이중에서도 특히 賣買의 목적물이 물건인 경우를 瑕疵擔保責任이라고 한다. 이 경우 勞務만 제공되는 서비스契約의 경우는 재산권이 이전되는 경우가 없기 때문에 제외된다 볼 수 있지만, 雇傭에서도 勞務를 하나의 商品으로 보듯이 서비스契約에서 주어지는 노무도 상품으로 본다면 서비스契約에서 제공되는 勞務는 財産權이 아니라 물건, 그 중에서도 無形의 물건이라 볼 수 있을 것이다. 즉, 서비스契約에서는 財産權이 이전되는 경우가 없기 때문에 물건의 瑕疵에 대한 매도인의 擔保責任 즉, 瑕疵擔保責任만을 살펴보기로 한다.

雇傭 또한 勞務라는 상품의 특성으로 말미암아 賣買에서 분리해서 새로운 계약의 類型으로 규정하고 있다. 이 瑕疵에 대해서는 瑕疵擔保責任의 문제는 거의 論議되지 않고 단지 解除·解止의 규정을 두고 노무자의 過失로 인한 손해발생에 대해서는 손해배상을 請求할 수 있도록 되어 있다. 이처럼 雇傭에서 보여지는 바와 마찬가지로 서비스契約에서도 노무만 제공되는 경우는 瑕疵擔保責任을 묻기가 용이하지 않다. 이는 상품의 無形性에서 오는 가장 해결이 곤란한 부분이다.

(2) 法的 性質

① 法定責任說

法定責任說은 賣渡人에게는 瑕疵없는 물건의 給付義務는 없고, 瑕疵있는 급부를 하면 된다는 것을 전제로하여 매매의 등가적 균형의 유지를 위해 법이 특별히 損害賠償 및 契約解除를 인정한다. 이 견해에 의하면 특정물 매매에 있어서 매도인의 의무는 이행기의 현상대로 목적물을 引渡하면 되고(민법 제462조) 그 목적물에 瑕疵가 있는 경우에도 매도인은 瑕疵없는 物件으로 급부할 의무는 없다고 본다(특정물도그마). 瑕疵擔保責任을 法定責任으로 보는 근거에 관하여는 로마법상의 연혁에 의하여, 또는 有償契約에서 對價關係의 유지를 위한 법정책적 목적에서 인정된 것이라고 본다[46].

목적물의 瑕疵는 계약체결시에 존재하는 瑕疵, 즉 원시적 불능의 경우에 대해서만 인정함으로써 後發的 履行障碍를 문제삼는 債務不履行과 구별하고 있다. 따라서 損害賠償은 원시적 瑕疵에 대한 信賴利益의 범위로 한정된다고 본다.

이 설에 의하면 擴大損害에 관하여는 賣渡人에게 歸責性이

46) 金曾漢, 債權各論, 1996, 146면; 郭潤直, 前揭書, 207면.

있는 경우에 한하여 제393조를 類推適用하여 買受人이 賣渡人의 豫見可能性을 증명한 경우에(제393조 제2항 참조) 信賴利益의 배상을 인정하게 된다. 法定責任說에 근거하여 損害賠償의 범위를 瑕疵있는 물건으로서 실제상의 가격과 매수인이 지불할 대금과의 차액에 한정하는 對價的 제한설도 매도인에게 過失이 있는 경우에 瑕疵擔保와는 별도로 계약체결상의 過失理論에 근거하여 신뢰이익의 배상을 인정하고 있다. 다만 여기에 擴大損害가 포함되는가의 여부는 분명치 않다.

② 契約責任說

契約責任說은 현재 독일의 지배적 견해[47]로 1960년대 국제매매통일법의 입법과정 중 Rabel의 영향으로 성립된 견해이며, 우리 나라의 경우 種類賣買에 대하여도 瑕疵擔保責任을 인정하므로 特定物賣買와 種類賣買를 통일적으로 설명할 수 있는 이론을 제시하여야 한다는 認識에서 제기되어지고 있다[48]. 이 설은 특정물매매에 있어서도 瑕疵없는 상태에서의 給付義務의 성립을 인정하고 목적물에 瑕疵가 있는 경우에 급부의무의 不完全履行이라고 하며 要件效果의 특수성(無過失責任, 期間制限)에 따라서 이것을 特別不完全履行으로 이해한다[49].

契約責任說은 특히 法定責任說의 특정물도그마를 부정하고 특정물매매에서도 賣渡人에게 瑕疵없는 물건의 給付義務를 인정한다. 賣渡人의 책임은 無過失責任이지만 損害賠償의 범위는 특칙이 존재하지 않으므로 제416조에 의하여 결정된다. 따라서 확대손해에 대하여는 그것이 瑕疵있는 물건의 급부와 相

47) 李銀榮, 前揭書, 209면.
48) 曺圭昌, "物件의 瑕疵擔保責任", 高麗大學校 法學論輯 第2輯, 1983, 236면 ; 金大貞, "賣渡人의 擔保責任에 관한 硏究", 成均館大學敎 博士學位論文, 1990, 20면
49) 金亨培, 前揭書, 179면

當因果關係에서는 손해라면 歸責性없는 매도인에 대해서도 배상청구가 인정된다.

손해배상의 범위는 履行利益이며 특정물의 瑕疵는 原始的 瑕疵나 後發的 瑕疵를 묻지 않고 이행시 또는 위험 이전시에 목적물에 존재하는 瑕疵를 가르킨다고 본다. 瑕疵擔保責任의 법적 성질에 관하여 契約責任說의 입장을 취하면서도 損害賠償의 범위에 관하여는 信賴利益에 한정된다고 보는 견해도 있다[50].

(3) 近來의 見解

계약책임설은 瑕疵擔保責任을 債務不履行책임의 特則으로 이해하기 때문에 賣渡人에게 歸責性이 없는 경우에도 제393조에 의해 이행이익이나 擴大損害의 배상까지도 인정하게 된다. 이 입장에서는 瑕疵있는 물건의 급부는 不可抗力의 경우를 제외하면 책임이 인정된다 할 것이다. 그러나 이 경우 중고주택의 매매의 경우에 있어서처럼 瑕疵있는 주택의 급부에 관하여 賣渡人에게 귀책성이 없는 경우에도 책임을 인정할 것인가 하는 문제가 발생된다.

그러므로 근래의 학설은 法定責任說과 契約責任說을 부분적으로 修正하여 瑕疵擔保責任은 매매의 등가적 균형유지를 위해 규정되어 있는 것이므로 無過失責任으로 해석하고 이 경우에 있어 손해배상은 貸金減額이라고 보고 있다[51]. 그리고 매도인에게 귀책성이 있는 경우에만 소위 履行利益·擴大損害의 배상이 인정된다고 한다. 다만 이 경우에 瑕疵擔保의 범위내에서 擴大損害의 賠償이 인정되는가, 나아가 不完全履行의 문제로서 瑕疵擔保의 범위 외에서 처리되는가의 다툼이 있다.

---

50) 柳時東, "不完全履行의 根據와 本質에 관한 硏究", 세명논총 제4집, 1996, 34면

51) 下森定, 前揭論文, 260면

(4) 判例

판례[52]는 瑕疵담보책임의 본질에 관하여 양도 목적물의 숨은 瑕疵로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 瑕疵擔保責任은 그 본질이 不完全履行責任으로서 본 契約內容의 이행과 직접 관련된 책임인 바, 동일한 사실관계에 기하여 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任이 競合하는 경우에 그 不完全履行責任의 存否에 관한 분쟁은 본 계약내용의 이행과 밀접하게 관련된 분쟁이라고 하여 契約責任說의 입장에 서있다.

(5) 結

서비스契約에는 法定責任說인 債務不履行責任과 區別되는 서비스의 瑕疵擔保責任이 존재하는 지에 대해서 서비스의 瑕疵는 不完全履行의 문제로 보아 契約責任說이 妥當하다고 한다[53]. 그 이유는 다음과 같다. 주는채무의 경우는, 기계의 매매에서처럼, 給付義務, 部首義務, 保護義務의 구별이 쉽다. 하지만 서비스契約과 같이 하는채무의 경우는 그렇지 않다. 예를 들어 「調査報告 債務」에 따르면 정확한 조사를 하는 급부의무와 債權者의 재산에 손해를 가하지 않도록 주의하는 주의의무의 식별이 곤란하다. 일반적으로 하는 債務의 서비스契約의 경우에는 債權者의 완전성 이익(生命·身體·他人財産의 이익)이 주의하는 給付義務에 따라 그 밀접불가분의 관계에 있는 경우가 많고, 서비스의 欠缺·瑕疵가 서비스受領者의 신체와 재산의 확대손해를 주는 것이 많다. 오히려, 부수의무·보호의무와 주된 급부의무의 구별이 곤란한 것이 서비스契約의 특징이다.

---

52) 대판1992. 4. 14. 91다17146.
53) 松本恒雄, “サービス契約の法理と課題”, 法學教室, No. 181, 1995.

위와 같이 擔保責任과 債務不履行責任이 경합되는 경우는 特則인 擔保責任만을 물어야 하는 것으로 解釋하고 있는 것이 다수설의 입장이다[54]. 또한 서비스의 경우에도 多數說이 적합하다고 생각된다.

따라서 서비스契約의 경우도 마찬가지로 목적물의 引渡를 수반하는 서비스인가 勞務만 제공하는 서비스인가에 따라 그 책임을 달리 하는 것이 타당할 것이다.

한편, 뜨거운 내용물이 들어있는 용기에 그 주의의무 혹은 표시의무를 이행하지 않아서 신체에 附加的 손해를 발생시킨 경우는 통설은 債務不履行을 이유로 損害賠償을 청구할 수 있다고 한다(민법 제396조). 다만 損害賠償의 범위에서, 이 때의 그 부가적 손해는 보통 특별한 사정에 의한 損害에 해당하므로 따라서 債務者가 그 特別事情에 대한 예견 가능성이 있는 것을 전제로 해서 그 賠償責任을 진다고 한다(민법 제393조 제2항). 한편, 不法行爲의 요건을 충족하는 경우에는, 不法行爲를 이유로 損害賠償을 청구할 수도 있다고 한다.

3. 不完全履行責任

(1) 債務不履行責任으로서 不完全履行責任

54) 李銀榮 교수는 어떤 사실이 擔保責任으로 전보되지는 않았으나 債務不履行 책임으로 전보되는 경우에는 예외적으로 그 부분에 한정하여 債務不履行 책임을 물을 수 있다는 견해를 보인다(李銀榮, 前揭書, 212면). 판례도 양자의 경합을 인정하고 있다. 「타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 있어서, 극 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 履行不能이 되었다면, 매수인이 매도인의 擔保責任에 관한 민법 제570조 단서의 규정에 의해 損害賠償을 청구할 수 없다하더라도, 債務不履行 일반의 규정(동법 제546조·제390조)에 좇아서 契約을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다」(대판 1993. 11. 23. 93 다 37328, 동지의 판례로, 대판 1970. 12. 29. 70 다 2449)

민법은 債務不履行의 모습으로 「履行遲滯」와 「履行不能」 두 가지만을 예정하고 있고, 그 중에서도 履行遲滯를 중심으로 하여 그 규정을 두고 있다. 즉 債權總則에서 債務不履行의 유형으로 明示的으로 들고 있는 것은 履行遲滯뿐이다(민법 제387조에서 履行遲滯의 요건을 규정하면서, 그 效果로 强制履行(동법 제389조)과 損害賠償(동법 제390조・제392조・제395조・제397조)에 관해 규정한다. 한편 債權各則에서는 계약을 해제할 수 있는 원인으로 履行遲滯와 履行不能의 두 가지만을 들고 있을 뿐이다(동법 제544조 제546조). 履行遲滯는 이행이 가능함에도 불구하고 이행기가 지났는데 아직 이행하지 않는 것이고, 履行不能은 債權의 성립 후에 이행할 수 없게 된 것이다.

여기서 債務不履行의 類型을 민법이 예정하고 있는 履行遲滯와 履行不能 두 가지에만 한정할 것인지가 문제된다. 그런데 통설은 제390조가 債務不履行에 관한 일반규정으로서의 성격을 가지고 있는 만큼, 즉 "債務者가 債務의 내용에 좇은 履行을 하지 아니한 때"에 해당하는 경우라면 그 밖의 경우에도 本條를 근거로 債務不履行의 類型을 설정할 수 있는 것으로 해석한다. 그리고 현재 그러한 독립된 類型으로 일반적으로 인정되는 것이 「不完全履行」이다. 이것은 債務의 이행으로서 어떤 給付를 하긴 하였으나 그것이 債務의 내용에 좇지 않은 不完全한 경우이다.

서비스契約에 있어 履行遲滯, 이행불능의 경우는 다른 계약과 마찬가지로 해결하더라도 문제가 되지는 않는다. 하지만 不完全履行의 경우는 따로 살펴볼 필요가 있다. 예를 들어 학원강의를 수강한 학생에게 교육서비스를 제공한 경우, 교육서비스는 提供者에 따라 裁量의 범위가 넓을 뿐만 아니라 서비스를 제공받는 사람의 태도에 따라 그 성과에 현저한 차이가

발생하는 특성이 있다. 이 때 교육서비스의 提供은 있었으나 학원 수강생의 성적의 향상이 低調한 경우, 서비스의 제공이 있었기 때문에 履行遲滯나 履行不能으로 책임을 물을 수는 없다. 이러한 경우 不完全履行責任을 물을 수밖에 없을 것이다. 하지만 不完全履行責任을 지우기에도 서비스契約의 특징-서비스提供者의 넓은 재량, 서비스受給者의 노력 등-으로 말미암아 서비스의 제공이 不完全履行이라고 규정하기가 힘든 부분이 있다.

(2) 不完全履行責任

不完全履行(Schlechterfullung)이라 함은 債務者가 채무의 이행으로서 일정한 급부를 하였으나 그것이 채무의 내용에 좇은 완전한 급부가 아니라 瑕疵있는 不完全給付이거나, 혹은 債務履行과 관련된 注意義務·說明義務 등 부수적 의무를 위반하여 債權者에게 손해를 발생케 하였거나, 또는 保護義務에 위반하여 債權者의 生命·身體·健康 기타 財産上의 손해를 발생케 한 경우를 말한다. 다시 말하면 債務者가 給付를 조심성없이 履行하여 債權者에게 손해를 준 경우를 말한다.

이러한 조심성없는 급부의 이행에는 주된 給付義務를 불완전하게 履行한 경우에도, 債權關係로부터 발생하는 부수적 의무를 불이행하거나, 債權者에게 人身 또는 財産에 손해가 발생하지 아니하도록 하여야 할 保護義務를 불이행하거나, 債權者에게 인신 또는 재산에 損害가 발생하지 아니하도록 하여야 할 보호의무에 위반한 경우도 모두가 포함된다.

누구나 계약관계를 맺게 되면 兩當事者는 계약목적 실현에 충실하여야 할 行爲義務를 지게 된다. 不完全履行은 채무자가 외관상으로는 履行行爲를 하였으나 이러한 계약목적에의 충실의무를 위반하여 채권자가 손해를 입은 경우이다. 그래서

Larenz는 不完全給付는 주의깊은 給付履行義務의 위반에 의해서가 아니라 채권관계로부터 발생하는 넓은 容態義務(weitere Verhaltenspflichten) 위반으로 인한 債務不履行이라고 하였다. 이러한 넓은 容態義務에는 보호의무, 고려의무, 계약에의 충실의무 등이 이에 속한다고 하였다[55].

不完全履行을 적극적 債權侵害(positive Forderungsverletzung)라고도 한다. 그러나 적극적 채권침해는 채무자가 적극적이고 작위에 의하여 債權者에게 손해를 끼친 경우를 말하나, 실제에 있어서는 說明義務의 不履行 등 不作爲에 의해서도 債權者에게 손해가 발생할 수 있으므로 적극적 채권침해보다는 불완전이행이라 함이 더욱더 적절하며, 독일에서는 不完全履行이란 표현대신에 不完全給付(Schlechtleistung)이라고도 한다[56]. 또한 不完全履行은 급부의 質的一部履行이라 할 수도 있다. 즉, 채무자가 이행을 하긴 하였으나 質的으로 완전치 못한 이행을 하여 채권자에게 損害가 발생한 경우이기 때문이다[57].

4. 서비스契約에 있어 瑕疵擔保責任과 不完全履行責任

서비스契約을 瑕疵擔保責任으로 볼 것인가 不完全 履行책임으로 볼 것인가에 대해서는 어느 한 편으로 서비스契約의 책임을 다 지우는 것은 힘들다. 즉, 瑕疵擔保責任에서 瑕疵(흠, 결점, 흠결, defects, Mangel, vices)란 목적물이 보통 가진다고 기대되는 성질 또는 특히 賣渡人이 목적물에 관하여 보증한 성질을 결하기 때문에 목적물의 消費價値 또는 交換價値를 감소하게 하는 것을 말한다. 즉, 瑕疵擔保責任을 물을 수 있으

55) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I:Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, SS.364-365.

56) Larenz, a.a.O., S. 363ff. :Dieter Medicus, Schuldrecht:Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1992, S. 189

57) Medicus, a. a. O., S. 188.

려면 목적물의 引渡가 수반되어야 하는데 이는 有形的인 것이어야 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 서비스의 종류에는 목적물의 提供을 수반하는 것과 목적물의 提供을 수반하지 않는 것이 있고, 後者의 경우는 다시 施設을 이용하는 것과 純粹勞務만 제공하는 것으로 나눌 수 있다. 목적물의 제공이 수반되는 서비스契約의 경우 목적물에 瑕疵가 있을 때는 瑕疵擔保責任을 물을 수 있으나, 後者와 같이 순수노무만 제공되어지는 경우, 또는 목적물이 提供되는 경우라 하더라도 그에 따른 노무에 缺陷이 있는 경우[58], 예를 들어, 교육서비스와 같은 경우는 純粹勞務만 제공되어지기 때문에 이 경우는 瑕疵擔保責任은 물을 수 없고 債務不履行責任만 지울 수 있을 것이다. 그러나 債務不履行責任을 지운다 하더라도 예를 든 것처럼 교육 서비스는 提供者에 따라서 서비스의 수준이 엄청난 차이가 날 뿐만 아니라 서비스를 提供받는 자의 노력여하에 따라서도 그 結果는 현저한 차이가 나기 때문에 債務의 이행이 다 이루어졌는지 判斷하기 어렵고 그로 인해서 債務不履行責任을 지우는 것도 그리 명확하지는 않다.

따라서 서비스契約에서 목적물의 提供을 隨伴하는 경우에 목적물에 瑕疵가 있으면 瑕疵擔保責任을 지우고, 순수노무의 경우는 債務不履行責任을 지우는 것이[59] 타당하다 할 수 있을

58) 이 경우는 製作物 供給契約과 비교해 볼 수 있다. 제작물 供給契約에서도 목적물의 引渡를 수반하는 勞務이기 때문이다. 이것은 서비스契約과는 다르다. 우선 제작물 공급계약에서 제작물에 瑕疵가 있다고 할 경우 이것을 목적물의 瑕疵로 볼 것인지 그런 瑕疵를 발생하게 한 노무에 瑕疵가 있다고 할 것인지를 구분하는 것은 實益이 없다고 할 수 있다. 왜냐하면 제작물 供給契約의 경우 제작물을 완성하기까지는 노무를 製作物에 포함되어진다고 볼 수 있다. 또한 서비스契約에 있어서 目的物의 제공을 수반하는 경우는 그 노무가 目的物에 포함되는 것이 아니라 제작물과는 별개의 勞務 제공이 되기 때문이다. 예를 들면, 학습지와 교육서비스를 세트로 판매하는 계약처럼 勞務는 학습지에 포함되어지는 것이 아니라 별개의 勞務가 제공되어지는 것이기 때문이다.

59) 醫療契約에서처럼 의사가 환자에게 의료행위라는 純粹勞務만 제공하는 경우, 의사의 過誤로 환자에게 피해를 준 때에는 債務不履行을 이유로 손해배

것이다.

EU에는 製造物 책임지령에 따라 欠缺있는 서비스를 제공하는 자의 人的損害와 物的損害에 대해서 책임에 관한 지령의 작성작업이 시행되고 있다 1990년의 최초의 案은 서비스 提供者는 無過失責任을 負擔한다는 내용이 있지만, 1991년에는 過失責任의 원칙에 따라 서비스 提供者에게 무과실의 立證責任을 부담시키는 안으로 변경되었다. 그 서비스 책임 지령안은, 일부의 서비스를 제공해서 廣範圍한 종류의 서비스에 적용시켜 不法行爲責任이 契約責任을 문제로 하지 않는 것도, 가맹국의 不法行爲法, 서비스契約에 있어서 契約責任, 債務不履行責任에 크게 영향을 주었다. 반대론이 강하며, EU위원회는, 1994년에 包括的인 서비스 책임지령의 작성을 中斷하는데 이르고 있다[60].

또한 서비스 내용에 재량의 확대, 각 서비스提供者에 일정의 資格이 요구되어지는 경우에는, 그에 따른 서비스提供者의 책임이 「전문가의 책임」이라는 觀點에서부터 논의되어 지고 있다. 그런데, 專門家로서 서비스提供者의 義務에 관해서, 專門家의 고도의 注意義務 외에, 고객에 대한 充實義務의 존재가 강조되어지고 있다.

상책임을 묻는 것이 보통이다. 의사가 환자에게 부담하는 診療債務는 물건의 급부와 같은 일정한 결과를 이루는 結果債務가 아니라 환자의 치료를 위하여 적절한 조치를 다하면 되는 手段債務에 그치므로, 환자의 입장에서는 手段債務의 不履行을 입증하는 것이 不法行爲에 있어서의 의사 측의 過失을 입증하는 것과 별반 차이가 없고, 한편 不法行爲를 청구원인으로 하는 경우에는 慰藉料에 관한 명문의 규정을 근거로 그 적용이 용이하다는 이유 때문이다.

60) 鹿野菜穗子, "不公正條項規制における問題點-EU加盟國の最近の動きを手掛かりに(1)(2)", 立命館法學, 256號, 1998, 200면・257號, 1998, 1면, 참조.

Ⅲ. 强制履行

물건 거래의 경우 債務의 任意履行이 없는 때에는 원칙적으로 직접강제가 가능하다. 이에 대해서, 서비스거래에는, 債務者의 自由意思 존중의 원칙에 따라, 直接强制는 이용되지 않고, 대체성 있는 서비스債務(修理債務 등)에는 대체집행이 가능하지만, 그렇지 않는 경우(肖像畵를 묘사하는 債務)는 間接强制에 따를 수밖에 없다.

第 6 章 서비스契約의 履行上 問題點 Ⅱ - 解除

서비스契約은 그 目的을 履行하는데 있어 일정한 시간을 필요로 하기 때문에 繼續的 契約이라 할 수 있다. 따라서 서비스契約을 解消하고자 하는 경우는 繼續的 契約의 特性을 반드시 고려해야 하기 때문에 우선 繼續的 契約에 관해서 살펴본 후 서비스契約에서 그 意味를 찾아본다.

Ⅰ. 繼續的 契約과 그 特徵

1. 意義

繼續的 契約이라고 하여 民法上 따로 규정되어 있지는 않다. 다만 繼續的 契約이 갖는 몇 가지 特徵으로 인하여 학자들은 繼續的 契約과 一時的 契約을 일반적으로 區別해오고 있다. 따라서 繼續的 契約을 一時的 契約과 구분하여 給付의 실현이 「時間的 繼續性」을 가지면 繼續的 契約이라고 하고 그렇지 않은 경우를 一時的 契約이라고 한다.

2. 特徵

대부분의 서비스는 길거나 짧거나 간에 履行 그 자체에 시간의 개념이 반드시 包含되기 때문에 서비스契約은 繼續的 契約이라 할 수 있다. 따라서 다음과 같은 特徵을 갖게 된다.

첫째, 서비스契約은 급부하는데 시간적 계속성이 요구되며, 채무의 보통의 消滅原因인 기간의 경과로 소멸하기도 한다. 둘째, 서비스契約은 解止權을 갖는데, 解止制度는 계속적 채권

관계의 특징을 이루는 標識이며 계속적 채권관계에서만 解止가 인정된다. 세번째로 서비스契約의 채권관계는 일시적 채권관계와 달라서 당사자의 相互信賴性이 특히 강하게 요구된다. 그 결과, 계약의 당사자가 누구이냐는 중요한 문제이며, 당사자에 관한 錯誤는 이른바 法律行爲의 「중요부분의 착오」로서 取消할 수 있게 된다. 네 번째로 서비스契約에서의 繼續的 債權關係는 상당히 긴 기간에 걸치기 때문에 契約期間 중 경제적 사정의 큰 변동과 같은 事態가 일어나는 경우에는, 처음의 계약내용을 그대로 이행케 하는 것이 不當하게 되는 수가 있게 된다. 그리하여 이른바 「事情變更의 原則」이 고려되게 된다. 특히 解止權의 發生이 문제가 된다. 다섯 번째로, 서비스契約은 그 存續期間의 長期·短期가 문제되고, 기간을 約定하지 않은 경우에는 解止의 자유와 그 제한이 문제된다.

Ⅱ. 서비스契約에 있어서 繼續性의 意味

1. 廣義의 繼續性

廣義의 繼續性이란 서비스를 제공하는데 조금이라도 시간의 개념이 包含되는 경우이다. 예를 들면, 대리운전과 같은 경우, 서비스가 제공되는데 목적지까지의 移動이라는 時間이 소요된다. 그렇다고 이 서비스가 계속해서 回歸的으로 제공되지는 않는다. 이에 대해서, 賣買의 경우 매매의 목적물을 引渡하기 위해서는 準備期間이 필요한 것 같지만 민법에서는 準備期間의 행위 자체를 매매의 債務 履行行爲와 한 시점에 있다고 본다.

2. 狹義의 繼續性

狹義의 繼續性은 특정된 단위서비스가 순서대로 제공되어지는 것과 서비스가 일정기간 계속해서 제공되어 지는 것으로 구분할 수 있는데 그 兩者를 합하여 狹義의 繼續性이라 한다.

狹義의 繼續性에 있어서 특정된 단위 서비스가 순서대로 제공되어지는 것에는 다음과 같은 것이 있다. 매일 저녁 아파트의 계단을 청소해주는 계약이라든지, 매주 1회 체형관리 시술을 받는 계약 등은 특정된 단위의 서비스가 순서대로 제공되어지는 것이다. 다음으로 서비스가 일정기간 繼續해서 제공되어지는 것으로 경비계약을 들 수 있다. 이는 특정된 단위서비스가 순차적으로 제공되어지는 것과는 달리 일정기간 계속되어지는 서비스 중에서 일정부분을 제공하는 것이다.

3. 兩者의 區別

「廣義의 繼續性」과 「狹義의 繼續性」을 嚴密하게 구별하기는 쉽지 않다. 兩者의 구별의 지표로 서비스 단위 개념을 생각해 볼 수 있다. 대리 운전의 경우, 출발지에서 목적지까지 고객을 이동시키는 한 단위의 서비스 제공으로 계약은 消滅한다. 즉 한 단위의 서비스로 繼續的 契約이 終了하는 것이다. 이와 같은 경우를 「廣義의 繼續性」이라 할 수 있다. 반면 청소계약과 같은 경우 여러 單位의 서비스가 順次的으로 제공되어 지고, 경비계약의 경우 계속되는 서비스를 적당한 시간 단위로 區別해서 한 단위가 된다. 이와 같이 單位 서비스가 계속해서 提供되어지는 경우를 「狹義의 繼續性」이라 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 서비스契約의 問題點

1. 存續中의 問題

(1) 受給者 狀態의 變化

① 受給者의 狀態變化가 豫定된 경우

受給者의 狀態變化가 예정된 경우는 제공되어지는 서비스도 변화될 것이 豫定되었다 할 것이므로, 서비스契約에서 提供者의 서비스 내용이 特定된 경우는 문제가 되지 않는다. 예를 들어, 임산부가 조산소를 찾아가 서비스를 提供받는 계약을 한 경우, 임산부의 상태는 此後의 출산으로 말미암아 그 상태가 변화될 것이 예정된 경우라 할 것이다. 즉 출산전후의 健康狀態의 차이에 따라 제공받아야 할 서비스가 달라질 뿐만 아니라 서비스 受給者의 狀態變化가 예정되어 있음에 따라 제공되어지는 서비스도 예정되어져 있다 볼 수 있으므로 種類物에 관한 문제가 발생하지 않는 한 크게 問題가 發生하지는 않는다.

② 受給者의 狀態變化가 段階的인 경우

受給者의 狀態變化가 段階的으로 발생하는 것이다. 예를 들면, 知能·知識 傳達을 목적으로 하는 계약(자동차 운전 교습, 피아노 교습 등)은 受給者의 성과에 따라 제공되어지는 서비스의 내용이 심화되어 진다. 자동차 운전 교습시, 실내 연습에서 실외 연습으로 옮겨진다든가, 피아노 교습시 체르니 30번에서 그 다음 단계인 체르니 40번으로 넘어가는 것이 그것이다. 前 단계에서 後 단계로 이전될 때 각 단계에 적합한 노무를 제공하는 경우는 각 段階에 제공되어 지는 서비스가 特定이 되어 있으면 문제가 되지 않는다.

서비스 受給者의 狀態變化가 단계적인 경우 문제가 되는 것

은 前 段階에서 後 段階로 이행할 때 受給者의 상황변화에 따라 타당한 서비스를 提供하고 있는가를 판정하는데서 문제가 발생한다. 즉, 前 段階에서 後 段階로의 履行이 타당한가의 판정은 提供者 자신의 利害에 영향을 준다는 것이다. 다시 말해서 피아노 교습의 경우 前 段階에서 後 段階로의 이행이 길어지면 提供者는 서비스의 提供이 길어지는 만큼 利益을 볼 수 있다할 것이다.

그런데 이런 種類의 계약에 관해서는 段階履行의 判定方法에 따라 判定基準을 명확히 할 것이 요구된다. 그러나 明示되지 않은 경우 契約 解釋 문제로 되지만 위에서 言及한 契約의 구조상 提供者는 원칙으로 受給者의 상황변화에 따른 적합한 이행을 제공해야 할 것이다.

③ 부득이한 狀況變化가 發生한 경우

서비스受給者에게 부득이한 狀況變化가 발생할 경우 가장 큰 문제점이 있는데, 서비스契約은 繼續的 契約이면서 先拂을 지급하는 경우가 많기 때문이다.

예를 들면 6개월의 외국어 敎習을 위해 先拂을 지급하는 계약을 체결하였으나 受給者의 疾病·轉勤 등의 부득이한 상황변화로 외국어 교습을 받을 수 없는 경우가 이에 해당한다. 이 경우 질병·전근 등의 사유는 당사자가 豫見할 수 없었던 것이며, 당사자의 責任으로 돌릴 수 없는 것일 뿐만 아니라 원래의 계약내용을 維持·强行하는 것이 不當하다 할 수 있는 바, 事情變更의 원칙을 適用하여 당사자의 피해를 줄이도록 해야 할 것이다. 事情變更의 원칙을 적용할 경우 그 效果로 계약내용의 修正이나 계약관계의 解除·解止 兩者를 다 인정할 것인지 후자 즉, 계약관계의 解除·解止만을 인정할 것인지에 대해서는 解決方案 부분에서 자세히 살펴보기로 한다.

(2) 주어지는 서비스의 品質이 다른 경우

서비스의 경우 그 特性상 한번 경험해보지 않으면 그 상태나 효과를 알기란 힘들다. 또한 長期的·繼續的 契約인 경우가 많다. 따라서 1회의 서비스를 받은 후 서비스契約을 체결하는 경우가 많다. 하지만 이 경우 문제가 되는 것은 계약 체결 전에 받은 1회의 서비스는 여러 가지 면에서 良好하였으나, 계약을 체결한 뒤 계속해서 提供되어지는 서비스의 상태가 처음 1회의 서비스 수준에 미치지 못하는 경우가 그것이다. 이는 給付目的物의 無形性으로 이해 그 判斷이 용이하지 않다는데 더 심각한 문제가 있다. 이 경우 契約의 修正 또는 解止 문제가 발생하고 이와 더불어 先拂返還의 문제도 달려있다.

(3) 受給者가 受領·協力하지 않는 경우

繼續的 勞務提供契約에 대해서는 履行이 비교적 장기간에 이르기 때문에 受給者의 受領協力의 필요성이 한 층 크게 作用한다. 이처럼 주로 債權者의 協力이 없는 경우, 債務者의 救濟를 연구하는 것도 필요하겠지만 서비스 受給者의 受領·協力이 부득이한 상황의 發生으로 이루어지지 않는 경우는 위에서 논한 부득이한 상황이 發生한 경우가 되므로 그에 따라서 解決하면 된다.

2. 終了時의 問題

(1) 先拂返還[61]

61) 선불금 반환 문제에 있어서 미국에서는 1970년부터 지능교육 등의 「장래의 서비스(future service)」를 내용으로 하는 소비자 契約에 대해 손해배상액의 예정을 이미 논해 오고 있고, 프랑스에서도 총액분할 공급식에 따라

長期間·先拂金을 納入하는 서비스契約이 중도에 解消될 경우 先拂金에 대한 문제가 남게 된다. 문제는 중도에 契約을 해소시켜야할 原因이 발생하였음에도 불구하고 提供되는 서비스를 하는 「行爲」를 强制한다는 것은 서비스 제공을 받는 個人의 인격적 자유에 손해를 가하는 것이므로 受領·協力을 거부하는 受給者에게 그것을 强制하기는 힘들다.

문제의 本質은 契約의 解消에 따른 金錢關係의 처리에 있다. 이 때는 期間과 總額을 산출하여 그 기간에 해당하는 만큼의 비용을 控除한 先拂金을 반환받는 것이 妥當할 것이다. 하지만 이 경우에도 문제는 남게 되는 데, 즉, 해당 서비스契約이 一對一契約이거나 契約을 맺는 時期가 정해져 있는 경우 서비스提供者에게 예상치 못한 不利益을 가져다 줄 수 있으므로 이러한 경우는 서비스提供者에게 違約金을 주는 것이 妥當할 것이다.

(2) 기간을 約定하지 않은 경우

기간을 약정하지 않은 경우 解止의 자유와 제한 서비스契約의 특성상 一時的 契約과는 달리 異質的인 특징을 가지게 된다. 계속적 債權關係의 존속기간이 끊임없이 이어진다면 계약당사자의 自由를 拘束할 우려가 있다. 따라서 기간의 정함이 없는 계속적 채권관계에서는 일정한 解止 통지기간을 遵守하면 언제든지 解止할 수 있는 契約解止의 자유가 기초로 되어 있다(제635조, 제660조, 제659조, 제689조). 그리고 기간의 約定이 있는 경우라도 부득이한 사유가 있는 때에는 契約關係를 解止할 수 있다고 해석해야 한다(제661조, 제689조 제2항, 제

契約(contract par abonnement)에 관한 受給者의 대금 지출에 관해서 검사하고 있다. 受給者가 중도에 그만두는 경우 금전관계의 처리에 관해서도 受給者에게 불리한 약정에 대한 효력이 논쟁이 된다.

698조). 이러한 繼續的 契約의 특징은 서비스契約에 類推適用하는 것이 妥當할 것이다. 다만 이 경우에도 先拂返還 문제가 남게 되는데, 이 때에는 앞서 논한 先拂返還의 一般原則에 따르면 될 것이다.

Ⅳ. 解決方案

앞서 살펴본 바와 마찬가지로 繼續的 勞務提供契約에서 가장 문제가 되는 것은 「부득이한 狀況이 發生한 경우」와 「주어지는 서비스의 品質이 다른 경우」, 「先拂返還」의 問題가 그것이다.

계속적 勞務提供契約인 서비스契約에서 중도에 문제가 발생한 경우 契約關係를 어떻게 해결할 것인가에 대해서 앞서 잠시 논한 것과 같이 强制履行은 不可能하다할 수 있다. 그렇다면 계약의 修正과 계약의 解止 문제만 남게 된다. 이에 대해서 李銀榮 교수는 계약의 解止 문제만 다루고 있는데 비해 金亨培 교수는 이 견해에 크게 반박하며 계약의 修正도 인정하고 있다[62]. 필자도 후자의 견해에 贊同한다. 계약을 변경할만한 사정이 발생한 때에는 당사자 사이에 조정에 관한 약정이 없더라도 일차적으로 변경된 상황에 合當하도록 계약관계를

62) 李銀榮 교수는 契約上의 채무이행을 요구하는 것이 객관적으로 부당하다고 판단될 정도의 사정변경이 생긴 경우에는 당사자의 주장·요구에 관계없이 契約拘束力을 부정하여 채무를 소멸시키는 것이 타당하다고 하여 契約의 修正을 인정하지 않고 있다(李銀榮, 前揭書, 172면). 이에 대해서 이러한 견해는 사정변경과 급부불능을 동일시하는 결과를 낳을 뿐만 아니라 契約關係의 修正 내지 調整을 인정하지 아니하고 契約의 구속력을 곧바로 부인하는 것은 원래의 사정변경의 취지에 부합하지 않는다고 金亨培 교수는 역설하고 있다(金亨培, 前揭書, 73면). 독일 채권법개정위원회의 초안에 의하면 사정변경에 관한 규정(제306조)은 급부불능에 관한 규정(제275조)에 대하여 특칙의 지위에 있기 때문에 변경의 효과가 우선적으로 적용되어야 한다고 한다.

修正할 수 있다고 본다.

先拂返還의 경우는 앞에서 살펴본 것과 마찬가지로 기간과 총액을 算出하여 공제된 금액을 返還받게 하고, 이것만으로 부적합한 경우는 違約金을 제공하여 解決하는 方案이 妥當할 것이다.

1. 契約 內容의 修正

계약 당사자가 豫見할 수 없었고 그러한 사정이 당사자의 책임으로 발생한 것이 아니어야 하며, 事情變更의 결과 당초의 계약의 내용을 그대로 維持·强制하는 것이, ① 衡平性에 반하거나 ② 給付實現이 현실적으로 매우 어렵거나, 또는 ③ 채무이행이 계약의 目的을 달성하는데 있어서 이미 實益이 없는 경우 일 때, 당사자 사이에 조정에 관한 約定이 없더라도 일차적으로 변경된 상황에 합당하게 契約關係를 修正할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이 경우에 契約 당사자들이 이러한 狀況을 제대로 인식했었더라면 그렇게 합의했을 것이라고 생각되는 假定的 당사자가 契約調整의 기준이 될 수 있다[63]. 여기서 變更의 효력은 당사자의 請求主張에 의해서 발생하는가 또는 法院의 職權에 의해서 고려될 수 있는가 하는 것이 문제된다. 실제에 있어서는 사정변경으로 말미암아 不利益을 입게 되는 당사자가 履行의 期待不可能性을 주장하며 계약내용의 修正에 관하여 교섭하게 될 것이다. 다시 말하면 事情變更이 발생한 때에 관계 당사자는 契約의 修正을 請求할 수 있다고 생각된다[64]. 학설 중에는 債務者인 당사자가 抗辯權을 가진다는 견해도 있다[65].

---

63) Medicus, AT des BGB, Rn.879.
64) AbschluHbericht, jrsg.v. Bundesminister der Justiz, S.150.
65) Medicus, Burgerliches Rdcht, Rn. 168.

2. 解止權

서비스契約의 특성상 계속적이고 先拂을 지급해야하는 계속적 계약에서는 앞서 논한 此後에 제공되는 서비스의 質이 落後된 것인 경우 受給者의 피해를 줄이기 위해서 受給者에게 해지권을 인정하는 것이 妥當할 것이다. 이에 대해서 初期解約權과 중도해약권으로 나누어 說明할 수 있다[66]. 즉, 서비스 거래는 직접 실험해 보지 않으면 性質을 알 수 없는 경우가 있다. 따라서 장기간의 契約時 서비스 개시후 일정기간은 無條件 초기 해약권을 부여한다는 것이다. 다음으로 서비스 內容·效果에 불만족한 경우이거나 중도에 서비스를 받기가 곤란한 경우, 혹은 반대로 사업자측의 사정의 變化로 서비스의 제공이 곤란한 경우에 중도해약권을 認定해야한다는 견해이다. 이에 대해서는 批判하는 견해가 많다. 受給者에게 解止權만 인정되더라도 계속적 서비스契約의 문제는 해결될 수 있다. 즉 구태여 초기해약권, 중도해약권을 나눌 필요가 없는 것이다. 필자도 이 의견에 贊同한다.

3. Cooling Off

Cooling Off란 誇大廣告와 지나친 勸誘에 의해서 契約을 체결한 자에게 기회를 제공하는 제도이다. 소비자를 절대적으로 보호한다는 관점에서 매우 바람직하다 할 수 있다. 이 제도는 契約을 체결한 후 일정 기간내에는 受給者가 一方的으로 撤回할 수 있는 권리이다. 현재는 受給者를 더 두터이 保護하기 위하여 기간을 연장하고자하는 움직임이 있다. 이는 곧 實現될 전망이다.

---

66) 松本恒雄교수는 계속적 서비스契約의 경우 다음의 세 가지로 나누어서 설명하고 있는데, cooling off권리, 초기해약권과 중도해약권이 그것이다 (松本恒雄, 前揭論文).

第 7 章 立法提案

서비스契約은 그 複合性과 無形性으로 인하여 현재 민법전에 있는 典型契約 규정으로는 해결하기 부적합한 부분이 있다. 따라서 이 경우 적절한 解決을 위해서 서비스契約에 대한 임의규정을 두어 살펴보기로 한다.

Ⅰ. 서비스契約

1. 서비스契約 節의 新設

《제안 1-1》

有償의 서비스契約에 관한 節을 典型契約의 하나로 둔다. 그 대상은 都給, 委任, 雇傭의 어느 類型에도 해당되지 않는 勞務給付型의 契約으로 한다.

(1) 典型契約의 名稱

「서비스契約」이라는 名稱을 특별히 사용할 필요는 없으나, 여러 情況으로 보아 이 用語가 다른 것보다는 適當할 것이다.

(2) 서비스契約 規定의 法的 地位

서비스契約 규정에 관한 任意規定을 민법전에 두는 경우, 다음의 5개의 방법을 생각해 볼 수 있다.

最大서비스주의, 大서비스주의, 中서비스주의, 小서비스주의, 개별서비스契約주의가 그것이다. 이것을 간단히 설명하면 다

음과 같다. 최대서비스주의란 계약에서 모든 채무는 노무제공형계약을 기초로 해서 이루진다고 보아, 서비스를 債權總論의 수준으로 보자는 입장이다. 대서비스주의란 채권총칙 안에 서비스契約에 관한 공통규정을 두어 債權各論의 한 유형으로 두자는 입장이다. 중서비스주의란 민법전에 있는 기존의 전형계약 분류를 기본으로하여 그 범위를 변하게 한다는 입장이다. 소서비스주의란 위임으로 보기 어려운 형태의 서비스契約에 대해서 적절한 임의 규정을 정하자는 입장이다. 개별서비스계약주의란 旅行契約, 醫療契約, 敎育契約 등과 같이 개별서비스계약에 대한 임의규정을 두자는 입장이다.

(3) 서비스契約의 對象

본 제안은 소서비스주의에 따라 都給, 委任, 任置 어느 것에도 해당하지 않으며, 앞에서 논한 것처럼 서비스提供者가 提供하는 有償의 便益으로 物件과 함께 제공되는 것과 無形의 서비스만 提供되는 것을 그 對象으로 한다고 할 수 있다.

2. 서비스契約의 成立要件

《제안 1-2》

서비스契約은, 當事者의 一方이 相對方에 대해서, 서비스를 提供할 것을 約定하고, 상대방이 그것에 대해서 報酬를 支給할 것을 約束했을 때 效力이 발생한다.

서비스契約은 雙務·有償·諾成契約이다.

3. 다른 勞務給付型 契約에의 準用

《제안 1-3》

본절의 規定은, 서비스契約 이외의 契約에도 그 性質에 따라 準用한다.

서비스契約을 새로운 典型契約으로 두는 경우에 기존의 典型契約과 어떻게 구별하는 가가 문제된다. 委任의 경우는 無償을 원칙으로 하기 때문에 有償을 원칙으로 하는 서비스契約과는 구별이 명료하지만 都給이나 賃貸借와의 관계가 문제된다.

都給 가운데서도 建築都給은 特有의 문제로, 독립한 계약유형으로 존속시킬 필요가 있지만, 그 외의 都給契約은 서비스契約에 입각해서 共通의 規定에 따를 것을 생각해볼 수 있다. 서비스의 경우 객관적인 判斷基準이 있는 것을 제외하고는 일이 完成되었는가를 알기 위해서는 결국 結付되어진 서비스 質에 대한 평가 문제로 還元되어진다. 특히 물건과 관계되지 않는 都給의 경우가 그렇다. 예를 들어 美容契約은 통상은 都給이라고 생각되어지지만, 서비스契約이라고 생각하더라도 결코 문제되는 것은 없다.

施設·設備의 이용에 관한 契約에서, 賃貸借와의 관계가 문제된다. 예를 들어 전기통신서비스 등은 電氣通信 設備와 컴퓨터 설비의 이용에 관련하는 契約이라는 측면이 크지만, 그것을 設備·施設의 賃貸借라고 생각하지 않는다. 또는 通信으로 情報를 運送한다는 점에 着眼한다면, 운송계약과 유사한 都給이라고 할 수도 있을 것이다. 賃貸借는, 不動産·施設·設備·物品의 排他的 利用權의 設定에 따라 그러한 이용에 있어서도 排他的으로 이용하는 경우는 서비스契約에 포함되는 것이 適當하다. 배타적 이용에 있어서도 有料 사물함 등은 일반적 상식으로는 賃貸借라 할 수 있지만 서비스契約으로 두는

것이 더 나을 것이다.

이렇게 都給·賃貸借와 서비스契約의 구별을 엄격히 하더라도 결국은 어려운 문제가 발생하게 된다. 그래서 전형계약에 꼭 맞다고 말하기 곤란한 문제를 해결하기 위해서는 기존의 전형계약에 있는 賃貸借, 都給, 委任, 任置의 어느 것에도 포함되지 않는 계약을 서비스契約에 포함시킴으로써 성질이 비슷한 賃貸借와 都給, 委任이라 할 수 있는 형태의 계약에도 서비스契約의 規定을 準用하는 것이 適切하다고 생각된다.

情報契約에 대해서는, 物件去來·서비스去來와는 별개의 제3의 형태의 거래로서 「情報使用·利用」에 관한 새로운 節을 둔다.

4. 情報·無體物에 關한 去來

《제안 1-4》

멀티미디어 社會로 發展함에 따라, 情報와 無體物이 거래의 대상으로써 重要性을 띠게 되었다. 情報를 구성하는 서비스에 目的을 두든지, 서비스 結果인 無體物 引渡에 목적을 두든지, 혹은 설비의 이용계약으로 보는가에 따라서, 기존의 전형계약에 적용하는 시점이 달라지게 된다.

하지만, 經濟的 重要性으로 서비스거래나 물건의 거래와는 다른 새로운 形態의 거래로써 獨自的인 전형계약 유형을 둘 필요가 있다고 본다. 미국에서도 이에 대한 중요성을 인지하여 제정 방안을 摸索 중이다.

5. 專門家 서비스의 擔當

전문가 서비스를 서비스契約으로부터 특별히 排除할 필요성은 없다. 서비스 提供에 있어서 資格制度가 도입되면, 그것은 일종의 專門家 서비스라고 할 수 있을 것이다. 하지만 專門家 서비스 중에 특별한 유형, 예를 들어 醫療契約에 관해서 약간의 규정을 둘 필요성이 있을 것이다.

Ⅱ. 서비스 品質과 瑕疵·不履行

1. 서비스 內容의 表示義務

서비스는 事前에는 形態를 볼 수 없다. 일반인에게 널리 보급되어 있는 서비스의 경우는 서비스의 內容이나 名稱이 어느 정도 정형화되어 있지만, 新種의 서비스에 대해서 각 사업에 따라 서비스에 個別의 명칭을 덧붙여 말하는 경우에는 서비스를 제공하는 계약을 체결하더라도 提供者와 受領者 사이에 내용에 대한 이해가 달라서 분쟁이 발생하는 경우가 발생할 수 있다.

그런데 그러한 분쟁을 피하기 위해서는 계약체결 전에 구체적인 이미지에 대해 설명해줄 필요가 있다. 예를 들면, 「서비스提供者는 서비스契約의 체결 전에, 서비스의 내용을 표시해야만 한다」라고 해서, 서비스 내용의 表示義務를 정해둘 것을 고려해 볼 수 있다. 실제로, 個別事業法에는 그 종류에 대한 표시의무가 書面 交付義務의 형태로 정해져 있는 예가 많다.

그런데, 계약대상에 대한 表示義務·說明義務는 물건거래에서는 부수적 의무이지만, 서비스거래에는 계약 대상의 無形性으로 인하여 本質的 義務로 된다. 따라서 계약내용에 대한 설

명이 없어서 계약 대상이 確定되지 않은 경우는 契約不成立의 문제가 된다. 또한 錯誤가 문제되는 경우가 있다. 이런 경우는 서비스 提供者가 가능한한 債務不履行의 判斷基準, 品質評價

> 서비스의 種類·名稱을 정할 때, 그 內容·品質에 관해서 특정한 약정이 되어지지 않거나 법률행위의 성질에 의해 당사자의 의사에 따라 그 內容·品質을 정할 수 없는 경우에는 서비스제공자는 법령과 사업자단체의 자치기준에 등에 따라 채무를 이행해야 한다.

基準에 관해서 서비스受給者가 이들 내용을 파악하기에 불리한 정도로 적은 說明을 해서는 안 된다.

2. 서비스의 內容·品質標準

《제안 2-1》

결과채무적인 서비스의 경우는 약속되어진 결과가 실현되지 않는 것이 불이행으로 되지만 수단채무적인 서비스는, 품질에 관한 특약이 없는 경우에 서비스 품질의 판단, 하자의 판단이 곤란하다. 서비스가 이루어지는 것이 정형화된 경우는 사회적으로 일정한 판단기준이 형성되어 있는 것도 있지만, 신종 서비스 경우는 기준이 불명료하다.

그런데 그러한 判斷에 자료가 되는 것으로 行政法規에 基準이 정해져 있거나 개별 사업자단체의 自治規制에 기준이 정해져 있는 경우에 그 기준을 民事法上의 瑕疵의 판단에도 적용하는 방법을 덧붙이는 것이 本項의 役割이다.

이런 점에서 현재 중국에 제정작업 중인 계약법전 안에 「서비스업자의 의무」와 「서비스업자는 계약에서 약정한 기준에 기초해서 서비스를 提供해야한다. 하지만, 基準에 관계된 약정이 없는 경우에는, 국가가 공표한 관계 기준은 業界의 규

정에 기초해서 이행해야 한다」(제306조)라고 하는 것이 매우 흥미롭다.

또한 1998년 7월부터 오스트레일리아의 거래관행법(聯邦法)에 정부가 지정하는데 따라서, 업계에 따라 自主規制制度 법적구속력(해당 자주규제를 제정한 사업자 단체의 구성원을 구속하는 것과 외부인을 구속하는 것으로 양분된다)을 갖는다는 조항이 부가되어있다. 그래서, 정부지정에 따라 외부인도 구속하는 자치규제의 제1항으로 프랜차이즈계약의 自治規制가 정해져 있다. 더욱 흥미로운 것은, 그러한 정부의 지정을 받아서 法的拘束力을 취득한 自治規制인가 아닌가를 문제로 하여, 어느 기업의 행위가 非良心的인가 아닌가를 判斷하는데 있어서, 법원은 관계업계의 自治規制를 고려해보도록 하는 것이 좋다고 明示되어진 점이다(同法 51AC條).

Ⅲ. 繼續的 서비스契約의 解止

소비자 입장에서 先拂式 繼續的 서비스契約의 중도해약을 둘러싼 문제가 多樣하게 발생하기 때문에 繼續的 서비스契約에 관한 적절한 任意規定이 매우 필요하다. 하지만 잡지를 장기간 선불로하는 購讀契約을 한다면 계속적 賣買契約과 유사한 문제가 발생하기 때문에 계속적 계약에 관한 契約總則的 규정의 공동규정을 두게 된다면 이 규정에 따라서 兩者의 문제를 해결할 수 있을 것이다.

1. 契約終了權

《제안 3-1》

기간을 정하지 않은 繼續的契約에 관해서는 각 당사자는 어느 때든지 解止의 請求를 할 수 있다는 것이 일반적으로 인정되어 있다. 민법도 賃貸借, 雇傭, 委任에서 그것을 明確히 하고 있다. 따라서 기간이 정해지지 않은 서비스契約도 각 당사자는 任意로 그것을 終了하는 것이 인정되어 있다.

하지만, 상대방이 解止에 따른 不利益을 피하려 하기 때문에, 解止의 意思表示의 시기와 실제로 契約이 終了하는 시기와의 사이에 일정한 告知期間을 둘 필요가 있다. 그 점에서 賃貸借의 경우는, 目的物의 종류에 따라서, 土地에 관해서는 1年, 건물에 관해서는 3月, 동산에 관해서는 1月, 雇傭의 경우는 2週, 이지만 기간단위로 보수를 정하는 경우는 당해 기간 전에 둘 필요가 있다.

서비스契約의 경우에 그 告知期間을 어느 정도 기간으로 하는 가에 대해서는 서비스契約이 다양하기 때문에 일방적으로 결정하는 것은 좋지 않다. 따라서 「相當期間」을 두어야 한다. 이 경우 민법의 催告에 있는 「相當期間」과 같은 형태로, 解止을 요구하는 측에서 설정한 고지기간이 타당하더라도, 解止告知의 시점으로부터 상당기간 후에 契約이 終了한다고 解釋해야 한다.

계속적 서비스契約에서, 기간을 정한 경우에도. 서비스 受領者는 그 기간의 경과 後는 解止의 請約을 하는 것이 좋다. 解止의 효과는 解止 請約日로부터 그 기간이 經過한 후에 발생한다. 解止을 催告한 자는, 解止에 의해 상대방에게 발생하는 합리적인 額의 損害를 賠償하는 것이 妥當하다.

계속적 서비스契約에서, 당사자가 서비스契約의 기간을 정하지 않은 경우, 각 당사자는 상대방의 告知期間을 기준으로 해서 解止하는 것이 좋다.

2. 中途解止權

《제안 3-2》

(1) 相當期間 經過後의 中途解止

에스테틱 살롱과 외국어 회화교실 등은 先拂을 要하는 繼續的 契約으로 그 문제점이 많이 發生하기 때문에 中途解止權을 정해둘 필요성이 크다. 雇傭契約에 관해서 5년을 넘는 기간을 정하는 경우에는 5년을 경과한 후에는 당사자의 一方에 대해서도 3月의 豫告期間을 둔다면, 계약을 解止할 수 있도록 하는 것을 고려해볼 필요가 있다.

(2) 損害賠償

委任에서 中途解止의 경우, 일방 상대방에게 불리한 시기에 解止하는 경우에는 解止者에게 損害賠償義務를 부과한다. 이것은, 卽時解止의 效果가 발생하는 것을 전제로 한다. 서비스 契約의 中途解止의 경우는, 일정한 고지기간을 필요로 하기 때문에 확대된 손해에 대한 賠償義務도 고려되어져야 한다.

일정한 告知期間에 相當하는 기간동안 서비스를 받았다면 지출해야 하는 대가상당액을 손해액으로 해야하기 때문에 즉시해지를 인정하는 것도 고려해야 한다.

(3) 서비스 提供者側으로부터의 解止

서비스 提供者에게도 解止權이 주어지는 가가 問題다. 委任에 관한 민법 조항에서는 委任者와 受任者를 따로 구별하지는 않는다. 따라서 서비스提供者에게 中途解止權이 당연히 인정되어져야 한다. 서비스提供者側은 다음의 「契約을 계속하지 못하는 特別한 사유가 있는 경우의 解止權(卽時解止權)」을 가진다고 할 수 있다.

계속적인 서비스契約에 관해서, 契約締結時에는 豫見할 수 없었지만, 일방 당사자의 責任에 속하는 사유에 따라, 당초의 조건으로는 契約을 계속하지 못하는 事情이 발생한 경우는, 각 당사자는 상대방에 대해서 契約의 개정을 구하는 것이 좋다.

3. 卽時解止權

《제안 3-3》

(1) 특별한 사유가 있는 경우의 解止

기간을 정하지 않는 契約에서도 특별한 사유가 있다면 즉시 해지권을 인정해야 할 것이다. 雇傭 이외의 契約에도 유추적용할 수 있다. 그래서 서비스契約에도 특별한 사유가 있는 경우에는 卽時解止權을 인정한다.

(2) 債務不履行解止

賃貸借契約에 관해서는 債務不履行解止의 경우에 信賴關係의 파괴가 있게 되고, 또한 信賴關係破壞가 있는 경우에는 催告期間을 두어서 卽時解止할 수 있는 判例理論이 確立되어 있다. 사업자간의 繼續的 供給契約에서도, 債務不履行解止에 특별한 사유를 요구하는 견해가 있다. 그러한 경향으로부터 계속적 서비스契約의 경우에는 債務不履行解止의 경우에도 특별한 사유를 요구한다고 생각되어진다.

4. 契約改訂權

《제안 3-4》

(1) 事情變更의 原則

事情變更의 原則을 인정하면 그 효과로 契約解止인 契約改訂權이 論하여 진다. 契約改訂權을 구하는 요건은 앞에서 논한 특별한 사유가 있는 경우의 卽時解止權과 거의 일치하지만 卽時解止와 契約改正 중에서 어느 것을 選擇하는 것이 좋은지는 생각해 보아야 한다.

이점에서, 부동산매매에서 계약체결시부터 이행시까지가 장기간이기 때문에 그 사이에 事情이 변하는 경우와, 계속적 서비스契約에서 계속적으로 서비스급부가 행해지는 동안에 사정이 변경하는 경우는 狀況이 다르다. 이를테면, 매매계약에서 해제는 遡及效를 가지지만, 서비스契約의 경우는 遡及效가 없어서, 事情變更에 따라 解止를 인정하더라도 상대방에게 미치는 영향은 매매의 경우보다 크지 않다. 따라서 매매의 경우에도 또한 契約改訂의 交涉을 함으로써, 그러한 경우에 처음으로 解止가 된다는 논의는 合理的이다. 그에 대해서 계속적 서비스契約의 경우는, 契約改訂을 구하거나 解止하는 것도 인정된다고 생각되어진다.

(2) 旅行契約의 變更

예를 들어, 旅行契約에 있어 事業者의 여정·호텔 등의 변경에 대해서는 그것이 출발 전에 있다면 장래에 履行되는 채

계속적인 서비스契約에 관해서, 계약체결시에는 예견할 수 없었지만, 一方 當事者의 責任에 속하는 사유에 따라, 당초의 조건으로는 계약을 계속하지 못하는 事情이 발생한 경우는, 각 당사자는 상대방에 대해서 계약의 改訂을 구하는 것이 좋다.

무의 변경의 문제로 된다. 旅行 중에 있다면 繼續的 서비스契約의 變更에 類似한 면이 있지만 旅行契約은 狹義의 繼續性을 결하기 때문에 서비스契約에는 포함되지만 旅行主催者의 給付變更權에 대해서 抵觸된다면, 個別契約의 한 부분으로 두는 것이 된다.

5. 更新의 拒絶과 「繼續性의 原理」

일본에서는 1년 안에 자동갱신되도록 정한 獨占的 판매 총대리점계약에 관해서 「債務不履行이 될 程度의 사유에는 해당하지 않지만 契約을 存續하는 것이 당사자에게 불리하거나, 契約을 종료할 만한 특별한 사유가 있는 경우에는 契約을 告知해서 정한다고 해석하는 것이 타당할 것이다」라고 해서 更新拒絶을 인정하기도 한다.

서비스契約에는 特性으로부터 필요한 경우에는 서비스受領者는, 契約의 목적을 達成하기 위해서 서비스提供者로부터 필요한 協力을 할 義務를 負擔한다.

서비스提供者의 協力義務의 不履行에 따라, 서비스 提供者의 債務의 履行이 있었지만, 契約의 목적이 달성되지 않는 경우, 서비스受領者는 報酬支給義務를 免하지 못한다. 그러나, 서비스提供者가 자기의 債務를 면함으로써 利益을 얻는 경우에는 그 한도에 대해서 보수액을 청구하는 것은 妥當하지 못하다.

Ⅳ. 서비스受領者의 協力義務

《제안 4》

서비스契約은 서비스受領者(서비스給付의 債權者)의 努力이

있어야 契約의 目的이 이루어지는 서비스가 있다. 예를 들어, 교육서비스契約과 의료서비스契約 등이 그렇다. 그것은 受領遲滯의 문제에 관해서 論해지고 있는 「債權者의 受領義務」를 論하는 것과 質的으로 다르다.

그런데, 債權者의 受領義務에 대해서 債權者도 또한 일정한 노력을 해야만 목적을 달성할 수 있는 경우의 「努力義務」도 합해서 「서비스受領者의 協力義務」에 관한 規定을 둔다.

이를테면, 여기서의 서비스受領者의 協力義務에는 다음의 2가지의 義務가 포함된다. 첫 번째는 서비스 給付의 客體로 債權者의 관리 하에 있는 물건과 서비스가 세트로 제공되는 경우에는 제공하는 것을 債權者의 歸責事由의 有無를 문제로 하여, 채무자(서비스提供者)는 反對給付(報酬 또는 料金)를 請求하도록 한다.

그러나 그러한 履行의 提供을 다른 債權者의 履行으로 충족한 경우는 損益相計에 의해서 다른 채권자의 이행에 의해 얻은 대가의 한도에서 報酬는 감액된다. 또한 容易한 다른 債權者와의 사이에는 밀접한 관계가 있다.

두 번째로는 교육서비스와 의료서비스에 관한 서비스受領者는 努力해야할 義務가 있다. 하지만, 그 의무를 서비스受領者가 이행하지 않는 경우에는 서비스提供者의 債務不履行이 문제가 되는 경우에 그것이 정해지지 않으면 債務不履行은 認定되어도 損害賠償의 算定에 있어서 過失相計의 대상이 된다. 따라서 서비스契約에 관해서는 이른바 「受領義務」의 유무는 한 번 고려되어져야 한다.

Ⅴ. 그 外

1. 善管注意義務

《제안 5-1》

제공되는 서비스의 내용, 품질이 서비스 提供者의 裁量에 따르는 경우에는 委任의 규정에 따라서, 서비스 提供者에게 선량한 관리자의 주의의무 規定을 둔다. 특히 專門家 서비스 경우는 재량이 확대되기 때문에 더욱 강조된다. 그에 비해서, 서비스가 정형화되어 있으면, 그 품질을 객관화시키는 것이 가능하기 때문에 이행되는 債務의 질을 평가하는 것이 쉽다. 따라서 선관주의의무라고 하는 抽象的인 기준에 맞출 필요는 없다.

하지만, 그러한 「善管注意義務」가 「자기의 물건에 대해 하는 의무」와 대비해서 「他人의 物件에 대한 義務」하는 의미로 사용되는 경우를 부정하는 것은 아니다. 예를 들면, 履行過程에 관한 附隨的 義務인 동시에 債權者의 生命, 身體, 財産的 損害를 주지 않는 注意·保護義務는 物件去來에도 서비스 거래에도 공통으로 存在한다.

2. 서비스提供者의 報告義務

《제안 5-2》

제공되어지는 서비스의 內容·品質이 서비스提供者의 裁量에 따르는 경우에는, 서비스提供者는 契約의 本質에 따라, 善良한 管理者의 注意를 다해서 서비스를 提供할 의무를 부담한다.

委任에서는 受任者에게 委任 사무처리에 관해서 委任者의

요구가 있을 때 그에 應해서 보고의무를 지고, 委任終了 후는 전체적인 보고의무를 두고 있다.

서비스契約에 관해서도, 提供者가 행하게 되는 내용에 대한 설명이 충분히 행해지지 않기 때문에 분쟁이 발생하는 예가 많다. 특히 서비스提供者에게 裁量이 주어진 경우가 더욱 그러하다. 최근에는 契約의 勸誘·締結段階의 說明義務가 중시되어지고 있지만, 분쟁방지라는 점에는, 經過와 結果에 대한 說明義務도 중요하다.

그래서 서비스契約에 관해서도 그런 종류의 說明義務를 정하고 있다. 하지만, 委任에서는 종료 후의 說明義務에 대해서 委任者의 청구가 있을 때 受任者에게 요구되어지는 것은 법률행위의 委任이라고 하는 특별성질에 기인한 것이라 해석된다. 서비스契約에 관해서는 서비스 內容은 다양하기 때문에 一律的인 방식을 의무 지우지는 않고, 서비스 終了 後에도 서비스 受領者의 요구가 있을 때 說明義務에 따르는 것이 좋다.

서비스 提供者는 서비스受領者로부터 請求가 있을 때는, 서비스의 狀況, 종료로 인한 결과발생을 설명해야 한다.

오히려 서비스의 終了 時期가 구별되어지지 않는 경우에 서비스 終了의 통지의무를 서비스 提供者에게 부과하는 것을 고려해야 할 것이다.

3. 報酬·料金 그 外의 費用

《제안 5-3》

(1) 報酬 또는 料金의 支給時期

민법전의 勞務提供型契約에서 노무에 대한 보수지급시기는 급부의 종료 후에 하는 것을 원칙으로 한다. 또한 기간으로 되어 있는 경우는 기간 종료 후에 支給한다. 賃貸借에 관해서도 각 기말에 주어진다. 그래서 서비스契約에 관해서도 보수 또는 요금의 지급은 後拂을 原則으로 한다.

(2) 先拂

계속적 서비스契約은, 장기간의 보수 또는 요금을 先拂하는 데서 많은 문제가 발생한다. 그것을 防止하기 위해서, 장기간의 先拂契約에 관해서 相當期間을 초과한 부분은 無效로 하는 것을 생각해볼 필요가 있다.

(3) 費用先拂請求權·費用償還請求權·代辨濟請求權

委任에 대해서 費用先拂請求權·費用償還請求權·대변제청구권의 규정을 두고 있다. 이것은 無償의 法律行爲의 경우에는 매우 중요하지만 有償의 서비스契約에도 부수 또는 요금과는 별도로 서비스의 給付를 이유로 필요한 비용을 徵收하는 것이 있다. 하지만 법률행위가 아닌 사무의 처리에 관한 유상의 契約인 서비스契約에 관해서는 서비스 급부로 인한 費用과 報酬 또는 料金은, 명확히 구별되어 진다. 費用은 報酬 또는 料金 중에서 조절해서 하는 경우도 많이 있다.

> 서비스 提供者는 약속한 서비스 제공을 종료한 후에 받는 보수 이외는 요금을 請求하는 것이 妥當하지 않다. 하지만, 보수 이외의 料金을 정한 때에는, 그 기간의 경과 후에 그것을 청구하는 것이 妥當하다.
>
> 보수 이외의 요금이 별도로 서비스의 이행을 위해서 필요한 경우는, 그 趣旨를 明示하지 않으면, 서비스提供者는 그 비용을 청구하지 못한다.

그래서 報酬 또는 料金과는 별도로 費用을 징수하는 경우에는, 사후적인 분쟁을 방지하는 관점에 따라, 그러한 취지를 서비스 提供者가 명시해야 한다면 費用을 청구하는 것을 인정해도 좋다. 하지만 事務管理와 不當利得의 適用을 妨害하는 것은 아니다.

費用과 報酬를 나누는 困難性의 문제는, 수령불능형·위험부담과 목적도달, 목적부도달형 不當利得의 경우에 報酬請求權은 消滅하지 않는다고 하지만, 그래도 費用請求이라는 점에서 큰 문제가 된다.

(4) 서비스 提供者의 損害賠償 請求權

민법은 委任에 관해서는 受任者가 過失로 입은 손해에 대해서는 受任者의 賠償請求規定을 둔다. 그러나 그것은 委任이 無償契約으로 된 경우의 특칙이므로, 有償契約인 서비스契約에는 그렇지 않다. 그러한 형태로 서비스提供者에게 특별하지 않는 위험은 獨立契約當事者인 서비스提供者가 豫測해서 分擔하는 경비이다. 그에 따른 경비가 정형적으로 예상되는 경우에는 앞서 말한 비용과는 별도의 請求를 하지만, 이러한 보수 중에 포함하기도 한다.

4. 個別 서비스契約

예를 들면, 旅行契約, 醫療契約 등 個別 서비스契約에 관해서 약간의 특별 규정을 두는 것도 생각해 보아야 한다. 또한 실버타운(有料老人施設)契約과 프랜차이즈契約에서처럼 서비스 給付를 포함하는 複合的 給付契約에 관해서도 약간의 特別規定을 두는 것도 생각해보아야 한다.

5. 附隨的인 서비스

소프트웨어 賣買에 관한 지원서비스와, 특약점, 대리점 계약 등에 관한 판매기술, 정보제공, 물건거래에 부수적인 서비스가 있는 거래의 경우는 당해 부수적 서비스의 不履行 判斷에 있어서는 본절의 規定이 적용된다. 더욱이 당해 부수적 서비스 불이행이 賣買契約의 解止 사유로 되는 것은 결국 서비스 給付債務를 포함하는 채무의 불이행이 있다면 契約의 目的達成 不能이라는 문제로 還元
된다.

第 8 章 結論

사회의 급속한 발전은 생활에 많은 영향을 가져다 주었다. 核家族化, 高齡化가 가장 큰 原因으로 대두되고 있고, 高學歷化, 생활패턴의 변화, 專門化 등으로 인해, 개인이 전담하던 일들을 사회가 負擔하는 부분이 커지기 시작했다. 이는 서비스의 형태로 나타나게 되는데, 사회의 急速한 발전이 서비스의 종류를 확대시켜나가고 있다. 有料老人施設을 통한 서비스, 체형관리 서비스, 교육서비스 등이 그것이다. 이러한 서비스를 提供받음으로써 생활이 便利해지기는 하였으나 그에 따른 문제점도 속출되고 있다. 하지만 기존의 典型契約으로 해결하기에는 不合理한 점이 있기 때문에 경제적 약자인 소비자가 피해를 입는 경우가 빈번하다. 이는 典型契約의 원칙으로는 해결할 수 없는 서비스契約만의 특징 때문이다. 즉, 서비스契約이 갖는 無形性, 同時消費性, 勞務依存性 등은 새로운 형태의 문제점을 야기해 왔다. 또한 私的自治의 原則에 따라 契約의 自由를 존중해 주기에는 그 내용이 매우 복잡하고 전문적인 것이어서 비전문가가 계약의 내용을 스스로 파악하기란 매우 곤란하다. 이러한 문제점은 계약체결 시에 해결되어져야 하는 문제로 계약의 내용에 대해서 지식이나 정보가 많은 일방당사자는 타방당사자에게 설명을 해주어야 하는 의무가 주어진다고 할 것이다. 여기서 문제되는 것은 서비스契約에서 派生된 문제점을 기존의 계약총칙적 규정으로 규율하기에는 부적합한 경우가 많다는 것이다. 따라서 경제적 약자인 消費者를 보호할 수 있는 규정을 만들어야 할 것이다. 그래서 다음과 같은 몇 가지 규정을 제시해 본다. 우선 유사의 서비스契約에 관한 절을 전형계약의 하나로 둔다. 그 대상은 都給, 雇傭, 委任, 任置의 어느 종류에도 해당되지 않는 노무급부형의 계약으로 한다. 이때 정보제공서비스는 물건거래·서비스거래와는 별개의 제3의 형태의 거래로서 새로운 절을 둔다. 서비스契約은 계속

적 계약이므로 解止權을 둔다. 이때 중도해지권, 즉시해지권도 주어진다 할 것이다. 또한 계약개정권을 두어서 계속적인 서비스契約에 관해서 계약 체결 시에는 예견할 수 없었지만, 일방 당사자의 책임에 속하는 사유에 따라, 당초의 조건으로는 계약을 계속하지 못하는 사정이 발생한 경우에는, 각 당사자는 상대방에 대해서 계약의 개정을 구하는 것이 좋다고 본다. 마지막으로 중요한 것이, 서비스수급자에게 協力義務를 지운다는 것이다. 즉, 서비스契約의 특성으로부터 필요한 경우에는 서비스수급자는, 계약의 목적을 달성하기 위해서 서비스제공자로부터 필요한 협력을 할 義務를 부담한다. 서비스제공자의 협력의무의 불이행에 따라, 서비스제공자의 채무의 이행이 있었지만, 계약의 목적이 달성되지 않는 경우, 서비스수령자는 보수지급의무를 면하지 못한다. 그러나, 서비스제공자가 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻는 경우에는 그 한도에 대해서 보수액을 청구하는 것은 타당하지 못하다고 할 것이다.

◆참고문헌◆

◆국내단행본

郭潤直, 債權各論, 博英社, 2001.
郭潤直, 債權總論, 博英社, 2000.
金亨培, 債權總論, 博英社, 1998.
金亨培, 債權各論, 博英社, 2001.
李銀榮, 債權總論, 博英社, 2000.
李銀榮, 債權各論, 博英社, 1999.
金俊鎬, 民法講義, 法文社, 2000.
權五乘, 消費者保護法, 法文社, 1997.
李太載, 債權各論新講, 進明文化社, 1978.
金曾漢, 債權各論, 1996.
李相旭, 法學論集, 한터 李喆源教授華甲紀念論文集, 1993.
張庚鶴, 民法總則, 法文社, 1995.

◆국내논문

金允求, "旅行契約의 研究" 「法學研究(충북대)」, 제4권
姜信雄, "旅行契約", 「司法行政」, 1995.
權五乘, "韓國에 있어서 消費者保護를 위한 法과 政策"「法學 40 券4號(113號)」, 2000, 서울대학교 법학연구소.
潮見佳男, 河潤秀 譯, "日本의 消費者契約法 立法의 움직임과 問題點", 「東亞法學26號」, 2000.
徐敏, "旅行契約法에 대한 立法意見" 「民事法學16號」, 1998.
權純姬, "旅行仲介契約에 관한 小考" 「연세대延世法學研究5輯 1 卷」 1998, 延世大學校 法科大學 法律問題研究所.
姜信雄, "旅行契約에 관한 研究 : 旅行給付의 瑕疵와 그 效果"

「民事法學15號」, 1997, 韓國司法行政學會.
崔光濬, "獨逸 旅行契約法의 構造와 問題點", 「부산대法學研究35 卷1號(43號)」, 1995.
鄭光洙, "主催旅行契約上의 瑕疵擔保責任",「安岩法學3輯」, 1995, 安岩法學會.
朴永馥, "獨逸에서의 旅行契約法의 發展", 「民事裁判의諸問題(上):松泉李時潤博士華甲紀念論文集」1995, 松泉李時 潤博士華甲紀念論文集刊行委員會.
姜信雄, "旅行契約 : 不可抗力으로 인한 解止를 중심으로", 「司 法行政420號」, 1995, 韓國司法行政學會.
徐敏, "旅行契約의 法的問題", 「司法行政419號」, 1995, 韓國司 法行政學會.
金允求, "旅行契約의 研究 : 團體海外旅行契約을 中心으로", 「충 북대法學研究4卷」, 1992, 忠北大學校.
金敏圭, "醫師의 說明義務와 그의 免除 / 民法의課題와現代法의 照明",「耕巖洪天龍博士華甲紀念」, 1997, 21세기 국제 정경연구원.
李德煥, "美國法과 獨逸法上 醫師의 說明義務", 「比較私法3권1호 (통권4호)」, 1996, 韓國比較私法學會.
韓三寅, "說明義務論과 自己決定權의 法的 評價", 「比較私法2권1 호(통권2호)」, 1995, 韓國比較私法學會.
崔相鎬, "契約상의 情報提供義務에 관한 연구 : 사기와 착오법리의 적용 관계를 중심으로", 「법학논고9집」, 1993, 경북대학교 출판부.
韓三寅, "說明義務論과 自己決定權의 法的 評價", 「비교사법2권1호(통 권2호)」, 1995, 韓國比較私法學會.
李鍾馥, "契約準備段階와 民法-契約前 行態에 관한 民法上 規範化의 추 세", 「私法關係와 自律」 (李鍾馥敎授論文集), 1993.
曺圭昌, "物件의 瑕疵擔保責任", 「高麗大學校 法學論輯 第2輯」, 1996.
金大貞, "賣渡人의 擔保責任에 관한 研究", 「成均館大學敎 博士學位論 文」, 1990.
柳時東, "不完全履行의 根據와 本質에 관한 研究", 「세명논총 제4

집」, 세명대학교, 1996.
下森定, "不完全履行과 瑕疵擔保責任의 關係를 둘러싼 一局面", 「東亞 法學15輯」, 東亞大學校, 1993.
◆국외단행본

安達三季生, 債權法重要論点研究, 酒井書店, 1993.
樋口範雄, アメリか契約法, 弘文堂, 1994.
奥田昌道, 債權總論, 1982, 164면.
經濟企劃廳國民生活局消費者行政 第1課, 消費者契約法の具體的內容について, 1994.
中小企業廳, サービス業振興室監修・ニューサービス業白書, 日刊工業新聞 社, 1996.
Medicus, AT des BGB, Rn.879.
AbschluBbericht, jrsg.v. Bundesminister der Justiz, S.150.
Medicus, Burgerliches Recht, Rn. 168.
Romisches Privatrecht(ein Studienbuch), 9.Aufl, Max Kaser,174
BGH 23. 10. 1979, NJW 1980, 633, 635.
Romisches Privatrecht(ein Studienbuch), 9.Aufl, Max Kaser, 174.
Lowe, in MunchKomm. 2. Aufl.§651 c Rz.5.
BGH 23. 10. 1979, NJW 1980, 633, 635.
BGH 22. 4. 1980 VersR 1981, 456, 457.
P. Jourdain, op. cit, p. 139.
Brox, Storungen durch geistig Behinderte als Reisemangel NJW 1980, 1939.
Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts BI:Allgemeiner Teil, 14. Aufl.(1987), SS.364-365.
Larenz, a.a.O.,S.363ff.:Dieter Medicus, Schuldrecht:Allgemeiner Teil, 6.Aufl.(1992), S.189.
Medicus,a.a.O.,S.188.
Medicus, AT des BGB, Rn.879.
AbschluBbericht, jrsg.v. Bundesminister der Justiz, S.150.
Medicus, Burgerliches Rdcht, Rn. 168.

◆국외논문

河上正二, “サービスと消費者”, ジュリスト, No.1139, 1998.
河上正二, “契約類型としての「役務提供契約」類型(上)(下)” NBL 583號, 1996, 6면・585號, 1996, 41면.
河上正二, “商品のサービス化と役務の欠陷・瑕疵(上)” NBL 593號, 1996, 9면 以下.
松本恒雄, “サービスと契約”, 債權法改正の課題と展望, 別冊 NBL No. 51, 1998.
松本恒雄, “サービス契約の法理と課題”, 法學教室 181號, 1995, 65 면.
中田裕康, “繼續的役務提供契約の問題點”, NBL No.601, 1996.
長尾治助, “サービス法と消費者問題”, 立命館大人文科學研究所紀要 60號, 1994, 105면.
加藤永一, “教育契約の特質について”,『學校教育契約』, 「現代契約法大系7卷」, 1984, 263면.
高橋弘, “不完全履行・積極的債權侵害について”, 民法の爭點, 1978.
鹿野菜穗子, “不公正條項規制における問題點-EU加盟國の最近の動きを手掛かりに(1)(2)”, 立命館法學 256號, 1998, 200면・257號, 1998, 1면.

◆ 판례

대판 1970. 12. 29. 70 다 2449.
대판 1979. 8. 14. 78 다 488.
대판 1984. 4. 10. 81 다 239.
대판 1992. 2. 11. 91 다 36239.
대판 1992. 4. 14. 91 다 17146.
대판 1993. 5. 11. 92 다 55350.
대판 1993. 11. 23. 93 다 37328.
대판 1995. 1. 20. 94 다 3421.
대판 1996. 4. 12. 95 다 56095.
대판 1998. 11. 24. 98 다 25061.