

프랑스에서의 契約上 情報提供義務

李相旭*

I. 序言

現代 契約法の 最大課題는 「消費者保護」에 관한 問題이다. 특히 오늘날의 契約 모습은 「神이 죽었듯이 契約은 죽었다(Contract, like God, is dead)」¹⁾ 고 일컬으릴 만큼 크게 변모하고 있다. 즉, 근래에 성행하고 있는 여러가지 형태의 契約 모습(約款去來, 訪問販賣, 割賦賣買等の 繼續的 去來等)은 그 契約的 關係가 매우 多樣하여 從來의 契約法 一般原則을 適用하여 解決하는 것이 適切하지 않게 되었으며 더구나 當事者間에 紛爭이 발생한 경우는 더욱 더 從來의 理論만으로는 解決하기가 어렵게 되었다. 이러한 점을 감안할 때, 종래 契約法の 基本原理로서 私的自治(Privatautonomie)나 意思自治(autonomie de la volonté)의 原理는 批判을 받지 않을 수 없게 되었으며, 이러한 현상을 두고 契約의 「衰退」, 「崩壞」, 「危機」 등으로 표현하고 있는 것이다.

그러나 아이러니컬하게도 契約의 死亡을 宣告한 미국에서는 그 死亡宣告 때문에 오히려 法學界에 일대 論爭을 惹起시킴으로서 契約法の 르네상스를 招來하게 되었다. 이와 같은 契約法の 復興을 招來하게 된 原因의 하나로서 契約은 死亡하였으나 契約法教授는 死亡하지 않았기 때문이라는 아이러니를指摘한 學者도

* 嶺南大學校 法科大學 副教授

1) G. Gilmore, The Death Of Contract, Ohio State University Press, Columbus, 1974, p.3 : 森達/三和一博/今上益雄 譯, 契約法の死, 文久書林, 1979, 1면.

있다.²⁾ 近來 日本에서도 「古典的 契約法」 또는 「古典的 契約法理論」이라는 概念을 克服하여 今後の 契約法이 나아갈 方向을 摸索하고자 法經濟學을 導入하려는 試圖도 나타나고 있다.³⁾

이처럼 多樣해진 契約의 모습과 더불어 問題가 되는 것은 바로 消費者 保護問題일 것이다. 특히 現代社會에서는 技術(technique)이나 知識이 「一定한 當事者間에 一方 當事者를 支配하기 위한 支配 要因(un facteur de domination)으로서 作用할 可能性」이 현저하다고 할 것이며⁴⁾, 이러한 知識이나 技術을 가진 專門家와 非專門家인 消費者間的 契約은 必然的으로 不平等·不公正할 수 밖에 없는 것이다. 現代社會의 多樣하고 專門化된 情報속에서 契約의 一方 當事者(消費者)가 他方 當事者보다 知識이나 情報量이 현저하게 부족한 점을 利用하여 一方的으로 불리한 契約을 締結하는 事例가 증가하고 있는 점을 감안한다면, 이와 같은 不當한 契約으로 부터 當事者(消費者)를 保護하는 法理의 研究가 重要な 課題로 된다는 것은 當然하다고 하겠다. 이제는 契約自由의 原則보다 契約公正의 原則이 강조되어야 한다. 따라서 各種 情報에 精通한 大企業 等の 專門家와 非專門家인 消費者의 去來에서 「弱者의 正當한 利益擁護」를 基本的 解釋原理로 하지 않을 수 없는 것이다.⁵⁾

물론 이 問題는 現行法上 公序良俗違反(民法 第103條)이나 不公正한 法律行爲(民法 第104조)등의 法理를 適用하거나 契約締結上的 過失法理, 約款規制에 관한 法律 등의 規定을 活用할 수도있겠으나 消費者保護에 充分하다고 볼 수 없다. 이에 消費者去來에 適合한 不法行爲責任의 研究도 提起되고 있는 터이다.⁶⁾ 또한 錯誤(民法 第109조)나 詐欺 強迫(民法 第110조)등의 法理도 援用할 수 있겠으나 우리나라의 경우 詐欺의 欺罔行爲에 대한 解釋上 問題點과 錯誤의 表意者의 重

2) L.A.Kornhauser, Resurrection of Contract-Review of Contract as Promise and the New Social Contract, 1982, Columbia L.R., 184, n.4.

3) 예컨대 內田 貴, 契約의 再生-Resurrection of Contract, 弘文堂, 1990.

4) Ivainer, De L'ordre technique à l'ordre public technique, J.C.P., 1972, I, 2495, n° 8.

5) 長尾治助, 民法의 弱者保護,ジュリスト, 875號, 1987, 47면.

6) 今西康人, 「契約의 不當勸誘의 私法的效果について-國內公設商品先物取引被害を中心として-」, 中川淳先生還曆祝賀論集, 民事責任의 現代的課題, 1988, 217면~243면.

대한 過失에 의한 制限 등을 이유로 그 活用을 期待하기란 쉽지 않다고 하겠다.

이러한 현실을 감안하여 아래에서는 프랑스에서 論議되고 있는 契約前의 情報提供義務(obligation précontractuelle de renseignements)를 紹介하고자 한다. 특히 프랑스에서는 被害者救濟라는 政策的 目的을 達成하는데 이 情報提供義務의 概念을 活用하고 있다. 즉 이 情報提供義務의 概念으로서 詐欺의 要件을 緩和함과 더불어 契約締結時 一方 當事者が 不誠實하게 行動한 경우에는 他方當事者の 錯誤 主張을 쉽게 認定해 주고 있는 등 詐欺와 錯誤 兩面으로 부터 適用領域을 擴大해 나감으로서 消費者保護에 중요한 役割을 하고 있는 것이다. 그러나 이 情報提供義務와 詐欺나 錯誤와의 관련성은 다음 기회로 미루고 本 論文에서는 判例나 學說을 중심으로 프랑스에서 論議되고 있는 情報提供義務의 內容을 概略적으로 소개하고자 한다.

- 7) 情報提供義務에 관한 프랑스의 重要文헌으로는 V.M.De Juglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*(이하 *Rev.trim.dr.civ.*로 略함), 1945, pp.1~22; J.Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris, 1975; Y.Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, thèse Aix, 1977, préf.Y.Lobin.; Lucas de Leyssac, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, sous la direction de Y.Loussouarn et P.Lagarde, pp.305~341; Bonjean, *Le droit à l'information du consommateur*, in *L'information en droit privé*, 1978; Herzfelder, *L'obligation de renseigner et de rendre compte*, *Revue international de droit comparé*, 1972, 563; Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D.1983.chron.p.139; G.Venandet, *La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale*, thèse Nancy, 1976, p.105; J.Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 3^{ed}.1992, n° 30; B.Rudden, *le juste l'inefficace pour un non-devoir de renseignements*, *Rev. trim. dr. civ.* 1985, 91; Le Tourneau, *De la nature de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D.1987, chron.101; Lamberterie, *Les relations précontractuelles entre utilisateurs et fournisseur informatiques*, *Rev.jud.Ouest* 1985, 265.; M.N.Capogne-Charles, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat*, thèse, Toulouse, 1988; J.Gestin, *Le Contrat*, Formation, 2^{ed}.1988, n° 455 et s.; A.Aboukorin, *L'obligation de renseignements et de conseil dans l'exécution des contrats*, thèse Dijon, 1989; Y.Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préf.G.Couturier; Christian Larroumet, *Droit Civil tome III. Les obligations*, Le contrat, Economica, 2^{ed}.1990, n° 374; Philippe Malinvaud, *Droit des obligations-les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6^{ed} d.Litec, 1992, n° 78; Garcin et Moreteau, *Le dol et l'obligation de renseignements dans la formation des contrats*, *Annales Fac.dr.Lyon* 1982, p.101; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Cours de Droit civil-Les obligations*, 3^{ed}.Cujas, 1992, n° 634 et s.; Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préf.Ghestin; Boris Starck/Henri Roland/Laurent Boyer, *Obligations.2.Contrat*, 4^{ed}.Litec, 1993, pp.115~127.

Ⅱ.情報提供義務의 意義

1.情報提供義務의 意義

情報提供義務⁷⁾란 情報量の 隔差가 있는 去來關係에서 보다 많은 情報를 보유하고 있는 一方 當事者가 相對方에게 모든 事情을 충분히 알고 나서 契約締結을 위한 意思決定을 할 수 있도록 契約締結의 意思決定을 左右할 수 있는 중요한 사항에 대하여 一定한 情報를 提供하는 義務를 말한다. 즉 情報提供義務란 契約締結段階에 있는 當事者에게 일정한 사항에 대한 明示義務를 부과하는 것이다. 이는 債權者와 債務者를 相互對立하는 關係로 보는 傳統的인 契約觀으로 부터 根本的인 轉換을 試圖하여 契約關係를 債權者와 債務者가 共通 利益을 追求하는 協力關係로 포착함으로써 대두된 理論이다. 이러한 契約當事者의 協力關係는 法思想的으로 19세기의 個人主義思想으로 부터 20세기 連帶精神으로의 移行을 기초로 하여 오늘날 世界各國 契約法의 特徵을 이루고 있는 契約 當事者 間의 「協力義務(obligation de coopération, obligation de collaboration)」로 부터 派生된 것이라고 볼 수 있다.⁸⁾

그런데 프랑스의 情報提供義務는 契約締結段階에서 當事者에게 일정한 사항에 대한 明示義務를 부과한다는 점에서 英美法上の 「最高信義의 契約(contracts uberrimae fidei)」概念과 類似하다고 할 수 있다. 이를 테면 保險契約이나 土地賣買契約, 株式引受契約이나 特別한 信賴關係(fiduciary relationship)가 要求되는 契約(辯護士와 依頼人, 本人과 代理人, 受託者와 受益者등) 및 家族協定(family arrangement) 등과 같은 일정한 類型的 契約에서는 最高의 信義(the utmost good

8) Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDL, 1989, n° 85. 이러한 프랑스 民法上 契約 當事者間의 協力義務(obligation de collaboration)에 대하여는 다음 기회에 별도의 연구를 통하여 소개하기로 한다.

9) 자세히는 Ansons Law of contract, ed. A. G. Guest, 20th ed. Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 231~239; G. E. Treitel, The law of contract, 6th ed. London, Stevens & Sons, 1983, pp. 304~306; H. G. Beale/W. D. Bishop/M. P. Furmston, Contract-Cases and Materials, 1985, London, Butterworths, p. 332.

faith)로서,契約締結 與否를 決定하는데 영향을 미치는 모든 事情을 告知하여야 할 義務(duty of disclosure)를 부담하는 것을 말한다.⁹⁾ 그러나 最高信義의 契約은 原則적으로 虛偽表示인 경우를 問題로 삼아 英國 不實表示法(The Misrepresentation Act 1967)의 例外로서,위에서 언급한 것처럼 保險契約 等 比較的 限定된 契約類型에 認定되고 있는데 비하여,프랑스의 情報提供義務는 情報提供의 不作爲를 原則의 形態로 하고,契約締結前에 存在하는 一般的인 義務로서 構成되어 있으므로 最高信義의 契約보다도 더욱 廣範圍하게 適用된다는 점에서 양자는 차이가 있다.더구나 情報提供義務는 처음에는 事業者와 같은 專門家(professionnel)에게만 適用되었으나,이제는 非專門家에 대해서도 適用되고 있으며¹⁰⁾,當事者の 判斷能力이 낮거나 나이가 高齡인 경우 등으로 인하여 情報量の 隔差가 있는 경우에도 適用되고 있다.¹¹⁾

한편 情報란 information,¹²⁾renseignement과 conseil로 分類할 수 있다. information과 renseignement은¹³⁾ 評價를 가하지 않은 事實에 관한 情報를 意味하며,conseil는 事實에 評價를 加하여(un jugement de valeur)行動이나 意思決定의 方向을 左右할 수 있는 要所를 포함하는 情報이다.¹⁴⁾ 이를 실제 契約을 締結하기 까

10) Ghestin, op. cit., n° 432.

11) 프랑스의 判例는 表意者の 判斷能力이 현저하게 낮거나 너무 高齡이기 때문에 相對方과의 情報量에 격차가 생기는 경우에는 종래부터 詐欺法理를 적용하였다. Alise, op. cit., n° 150. 예를 들면 ①破産院 豫審部 1862년 3월 11일 判決(S.1863.1.136)은, 賣買契約 당시 賣渡人이 心神喪失 상태에 있었던 경우에 (그 얼마후에 禁治産宣告를 받음) 「이 賣買는 賣渡人의 判斷力이 열악한 정신상태에서 이루어진 詐欺의 術策(manoeuvre fraudeuses)의 결과」로서 詐欺成立을 인정하였다. 또한 ②破産院 豫審部 1875년 12월 13일 判決(D.1876.1.176)은 95세가 된 婦人을 자택으로 유인하여 미리 작성된 賣渡證書에 署名을 하도록 하였으나 그 婦人은 契約 內容을 이해하지 못한 경우에 署名을 강요한 점과 婦人의 연령을 고려하여 詐欺의 성립을 인정하였다.

12) information에는 세가지 종류가 있다는 주장도 있다. 즉 소비자(le consommateur)의 구매충동을 유도하기 위한 상업광고(la publicité commerciale)와, 제조업자나 전문상인에게 부과되는 제품에 대한 정보(l'information sur le produit), 및 정보제공의무나 조언의무, 경고의무를 내포하는 개인적인 정보(l'information personnalisée)로 분류한다. Ph. Malaurie/Laynes, op. cit., n° 422.

13) information과 renseignement을 혼용하고 있으나 information은 입법상의 용어로서 l'obligation d'information은 법률에 의하여 부과되는 의무(un devoir imposé la loi)이고, renseignement은 판례상의 용어로서 l'obligation de renseignement은 판례를 통하여 명시된 의무(un devoir découvert par la jurisprudence)라는 지적도 있다. Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. L.G.D.J., 1992, n° 9.

14) Starck, op. cit., n° 285; Lucas de Leyssac, op. cit., n° 7; Ghestin, op. cit., n° 458.

지의 心理狀態에 비추어 본다면 다음과 같이 설명할 수 있다. 즉, ①먼저 어떤 물건을 購入하고 싶다는 欲求가 발생하고, ②그 欲求를 충족시키기 위한 하나 또는 複數의 契約을 計劃하고, ③그 가운데 어느 契約이 自身의 欲求를 가장 滿足시킬 수 있는가를 評價하여 契約을 締結하게 되는 것으로 분석된다. 이와 같은 3段階를 거치면서 필요한 情報란, ②段階에서는 締結可能性이 있는 契約의 內容에 관한 情報가 ③段階에서는 그와 같은 契約이 어느 정도 欲求를 滿足시킬 수 있는가 하는 評價에 관한 情報라고 하겠다. 이렇게 볼 때, ②段階에서 필요한 情報는 information, renseignement이고, ③段階에서 필요한 情報는 conseil이라는 것¹⁵⁾이다. 즉 義務의 對象(l'objet de l'obligation)에 따라 區別되는 것으로서 情報提供義務의 對象인 情報란 評價를 포함하지 않는 事實에 관한 情報이다.¹⁶⁾ 즉, 情報提供義務는 단순한 事實을 客觀的으로 指摘하거나 또는 說明하는 義務이고, 그 事實을 아는 것이 容易하였다거나 또는 目的物的 性質로부터 당연히 알 수 있는 것과 같은 事實에 대하여는 情報提供義務는 存在하지 않는다. 그러한 意味에서 情報提供義務는 가장 一般的이고, 가장 낮은 段階에 있는 義務라고 하겠다.

2. 類似概念과의 區別

(1) 警告義務(obligation de mise en garde)

警告義務는 履行의 目的物이 危險性を 내포하고 있는 경우에 그 危險에 대하여 警告하는 義務를 말한다. 예를 들면 危險한 物件을 生産한 者は 그 使用方法에 관한 情報를 提供하는 것 만으로는 不足하고, 發生할 수 있는 危險에 관하여 警告할 義務가 있는 것이다.

(2) 助言義務(obligation de conseil)

助言義務는 한 걸음 더 나아가서 專門家로서의 意見を 開陳하여 表意者の 意思決定 方向에 영향을 줄 目的으로 履行되는 義務이다. 처음에는 助言義務란 助言

15) Lucas de Leyssac, loc. cit.

16) Lucas de Leyssac, loc. cit.; Ghestin, op. cit., n° 456; Starck, op. cit., n° 285.

의 提供을 目的으로 하는 契約, 즉 助言契約(contrat de conseil)에 의하여 발생한다고 하였으나, 이제 프랑스 法院은 公證人, 辯護士, 醫師 등 一定한 去來의 「專門的 優越性(supériorité technique)」에 기하여, 助言契約을 問題삼지 않고 助言義務의 存在를 認定하고 있다.¹⁷⁾

(3) 情報提供義務와 警告義務 助言義務의 關係

情報提供義務와 警告義務, 助言義務 중에서 어떠한 義務를 부담하는가는 그 契約의 履行 內容의 複雜性, 目的物의 性質 등에 의하여 區分된다고 한다. 예를 들면 中古自動車의 賣渡人이 買受人에게 賣買의 目的物인 自動車가 抵當잡혀 있다는 事實을 알리지 않은 경우에는 情報提供義務의 違反으로 되지만, 自動車 修理業者가 目的物인 自動車의 市勢보다 비싼 部品으로 수리를 하여 이후 標準規格의 部品만 交換하면 된다는 事實을 알리지 않은 경우에는 助言義務의 違反이라고 한다.¹⁸⁾ 그러나 情報提供이 助言한 內容과 같은 結果를 발생시킬 수도 있고, 助言이 그 전제로서 情報의 提供도 包含하고 있는 경우가 많으므로 情報提供義務와 助言義務를 區別하기 곤란한 경우가 많다. 또한 兩 義務의 中間에 위치하는 것으로 생각되고 있는 警告義務의 區別도 問題가 되므로 이와 같은 세가지 義務의 區別이 반드시 絶對的인 것은 아니라고 한다.¹⁹⁾ 대체적으로 判例나 學說도 이 세가지의 義務를 일응 區別은 하지만 廣義의 情報提供義務로서 일괄하여 논하고 있는 경우가 많다.²⁰⁾

그렇지만 적어도 情報提供義務가 契約締結段階에서 當事者의 一般的 信義誠實내지 協力關係의 要請으로 부터 발생된 것인데 비하여, 警告義務 및 助言義務는 契約上 義務와 보다 밀접하게 결부되어 있는 점은 확실하므로 警告義務와 助言義務는 契約上の 附隨義務(obligation accessoire)로 規定하고(예를 들면 醫師는

17) Lucas de Leyssac, op.cit., n° 2. 자세한 내용은 V.R.Savatier, Les contrats de conseil: en droit privé D.1972, Chr.p.137 et s.

18) B.Starck/H.Roland/L.Boyer, op.cit., n° 285.

19) B.Starck/H.Roland/L.Boyer, ibid.

20) Lucas de Leyssac, op.cit., n° 3: Ph.Malaurie/Aynès, op.cit., n° 422: Alise, op.cit., n° 1: B.Starck/H.Roland/L.Boyer, ibid. et s.

醫療契約에 附隨하는 義務로서 助言義務를 負擔하며, 危險한 目的物의 賣渡人은 賣買契約上の 附隨義務로서 그 危險性を 警告할 義務가 있다), 그 違反行爲는 契約責任을 發生하게 한다고 說明하는 見解도 있다.²¹⁾

(4) 契約後의 情報提供義務

이처럼 契約前의 情報提供義務란 契約을 締結하려는 者가 諸般事情을 充分히 알고 나서 契約締結與否의 意思를 決定할 수 있도록 그 者에게 必要한 情報을 提供하는 義務로서, 이러한 情報提供을 통하여 適切한 契約交渉關係를 保障하려는 概念인 것이다. 따라서 情報提供義務는 合意을 形成하는 段階에 位置하는 概念이므로, 그 違反行爲는 合意의 瑕疵에 대한 問題로 된다는 것이 프랑스의 通說 및 判例의 立場인 듯하다.²²⁾ 즉 프랑스 民法上 「合意의 瑕疵(vices du consentement)」란 우리 民法에서의 意思의 欠缺과 瑕疵있는 意思表示를 포함하는 概念으로서, 프랑스 民法 제1109조는 合意의 瑕疵로서 錯誤(erreur), 強迫(violence), 詐欺(dol)를 들고, 또한 同 第1118條는 特定한 契約 또는 特定한 사람에 대하여는 過剩損害(lésion)도 合意의 瑕疵가 되는 것으로 規定하고 있다. 그 중에서 情報提供義務와 관련되어 問題視 되는 것은 詐欺와 錯誤이지만, 최근 프랑스에서는 消費者保護 問題를 強迫概念과 결부시키려는 學說도 주장되고 있다.²³⁾

그런데 學者에 따라서는 契約前의 情報提供義務 이외에 契約後의 情報提供義務, 즉 契約上の 債務로서의 情報提供義務를 認定하는 見解도 있다.²⁴⁾ 契約後의 情報提供義務로서 代表的인 例는 興信所가 依頼者에 대하여 負擔하는 義務를 들 수 있다.²⁵⁾

이 경우에는 情報提供義務가 契約上の 主된 債務(obligation principale)로 되고

21) Boyer, op.cit., n°14. 자세한 내용은 cf. M. Fabre-Magnan, op.cit., n°13 et s.

22) Ghestin, op.cit., n°458; Lucas de Leyssac, op.cit., n°5; Alisse, op.cit., n°190; Boyer, op.cit., n°271 et c.

23) Ghestin, op.cit., n°443. lésion의 개념등 자세한 내용은 별도의 기외로 미루기로 한다.

24) Ghestin, op.cit., n°457.

25) Lucas de Leyssac, op.cit., n°2.

있으나,主된 債務에 附隨하는 義務로서 情報提供義務도 존재하게 되는 것이다.²⁶⁾

이는 契約의 履行에 관한 信義誠實 또는 契約 當事者の 協力義務(devoir de collaboration)의 要請으로 부터 發生되는 것이라고 하겠다. 이와 같은 義務로서는 受任者가 委任者에게 委任事務의 履行이 곤란하게 되었음을 告知할 義務²⁷⁾, 建物の 賃借人이 賃貸人에게 建物에 缺陷이 發生한 事實을 告知할 義務²⁸⁾ 등이 거론되고 있다.

그러나 契約後의 情報提供義務에 대하여 通說 立場에서는 다음과 같이 批判하고 있다. 즉 그 경우에는 契約上의 債務問題로서 把握하면 充分하고, 특별히 情報提供義務라는 觀念을 介入시킬 필요가 없다는 것이다. 다시 말해서, 契約後의 情報提供義務란 契約의 履行에 관한 問題로서 처리하면 되고, 별도로 情報提供義務를 인정할 必要가 있는 것은 契約前의 段階로서, 특히 合意의 瑕疵(vices du consentment)와 관계되는 概念이라고 한다.²⁹⁾

한편 契約前의 情報提供義務와 契約後의 情報提供義務의 區別이 곤란하다거나 또는 그 區別이 별로 重要하지 않다고 指摘하여 契約前의 情報提供義務를 오히려 契約上의 債務로서 構成하려는 主張도 제기되고 있다.³⁰⁾ 이 견해에 따르면 契約前의 情報提供義務의 違反에 대한 效果도 履行의 問題로 처리하게 되며, 이러한 解決方向은 최근 프랑스의 判例에서도 나타나고 있다.³¹⁾ 다만 그러한 判例中에는 責任의 性質을 契約責任으로 構成하는 것이 있는가 하면, 契約責任인지 不法行爲 責任인지 명백하게 밝히지 않은 것도 있다.³²⁾

그런데 Ghestin은 情報提供義務를 契約上의 義務에 흡수시키려는 이와 같은 見解는 현재 프랑스에서 빈번하게 認定되고 있는 「詐欺的 沈默(manoeuvre delosive)」의 概念을 活用함으로써 파생되는 여러가지의 成果를 排除하는 것이라

26) Alise, op. cit., n° 259.

27) Tr. Civ. Seine, 18 Mars 1930, Gaz. Pal., 1930, I, 820.

28) Paris, 28 mars 1939, D. H. 1939, 231; Cass. civ. 5 janvier 1938, D. H. 1938, 97.

29) Lucas de Leyssac, op. cit., nos 4-5.

30) Ph. Malaurie/L. Aynès, op. cit., n° 422.

31) Alise, op. cit., n° 214; J. Schmidt, Négotiation et conclusion de contracts, 1982, n° 347 et s.

는 批判을 免할 수 없다고 한다.³³⁾ 이러한 論議에 대하여는 項을 바꾸어 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 情報提供義務에 관한 論議

1. 學說

프랑스에서 情報提供義務에 대한 體系的인 研究가 시작된 것은 20世紀 初의 일이다. 종래 民法典은 모든 면에서 平等하고 對等한 當事者를 前提하고 있다는 命題下에, 當事者는 자신이 스스로 調査를 하여 充分한 情報를 가진 뒤에 契約을 締結하여야 하는 것으로 이해되었으므로 情報提供義務라는 관념은 생각할 수 없었다. 즉, 自身の 利益은 자기 스스로 지키지 않으면 안된다는 것이 하나의 命題로서 認定되어 왔던 것이다.³⁴⁾ 이 命題에 따른다면 각 當事者는 事前에 알아야 할 내용을 스스로 調査하여 알려고 하지 않으면 안되므로 相對方이 그 內容을 알리지 않았다고 하더라도 그에 대한 規制(sanction)는 原則적으로 法律上으로는 問題가 되지 않는 것이었다. 즉, 「良心의 審判(for intérieur)」에 따를 뿐이었고, 「人間에 의한 裁判(for extérieur)」에 悞하는 것은 風俗(moeurs)에 反하는 것으로 생각되었다.³⁵⁾ 그렇지만 相對方이 一定한 事實을 告知하지 않았다는 점이 전혀 고려

32) 契約責任으로 構成한 判例로서는 ①破毀院(Cour de cassation) 第1民事部 1975년 4月16日 判決(D.1976.514, note A.Chirez, Rev. trim. de civ., 1976, p.139, obs., G.Durry: 自動車 rally의 主催者가 副操縱士에게는 保險이 適用되지 않는다는 事實을 알리지 않았던 事例), ②破毀院 第1民事部 1985년 4月23일 判決(D.1985.558, note S.Dion: 그림돌감의 製造會社 및 販賣業者가 買受人에게 使用上의 注意를 일러주지 않았기 때문에 그림돌감이 캔버스로부터 벗겨지고 떨어져나가 損害가 發生한 事例)을 들 수 있고, 반면에 契約責任인지 不法行爲責任인지 明確하지 않은 事例은 ①破毀院 第1民事部 1977년 10月 4日 判決(Gaz. Pal., 1.262 note A.Planquel: 산간지방에서 기와를 賣買하는데, 주문에 따라 賣渡人이 기와를 給付하였으나, 그 기와의 균열된 상태를 알리지 않은 사례), ②Brest大法院(Tribunal de grande instance) 1974년 11月 5日 判決(D.1975.295, note J.Schmidt: 住宅을 建築하기 위하여 融資을 받은 자에게 貸付擔當者가 그 貸付에는 保險會社의 死亡 廢疾保險이 適用되지 않는다는 사실을 알리지 않은 事例) 등이 있다. 어떠한 경우는 情報提供義務 違反에 의한 損害賠償이 問題가 되고 있는 事例이다. 더구나 判例가 情報提供義務의 違反을 契約責任으로 構成한 것은 契約上 義務와 그 관계가 보다 밀접한 助言義務가 문제로 되었던 事例였다는 점을 指摘하는 者도 있다. Lucas de Leyssac, op. cit., n°3.

33) Ghestin, op. cit., n°458.

34) Lucas de Leyssac, op. cit., n°6.

35) Pothier, Traité des obligations de Pothier, Nouv. édit., n°28 et s.

되지 않은 것은 아니었다. 당시에도 相對方의 沈默(réticence)이 詐術에 해당하는 경우나 當事者間の 特約으로서 情報提供義務가 約定된 경우에는 合意의 瑕疵(vices du consentement)로서 規制(sanction)의 對象이 되었던 것이다. 그러나 어디까지나 相對方의 行爲가 問題되는 것은 위와 같은 制限된 限度內에서의 일이고 一般的으로 情報提供義務가 존재하는 것은 아니었다. 즉 당시의 多數說은 막연하게 「契約 當事者 一方이 알려져 할 內容을 故意로 알리지 않은 경우에는 詐欺가 成立한다」는 정도의 것이었다.³⁶⁾

이러한 상황에서 Ripert가 「當事者間の 相互信賴를 前提로 하는 契約에서는 그 契約의 相對方에게 正確한 情報을 提供하여야 하는 義務는 法的인 義務가 되며 沈默은 契約의 無效原因이 된다」라고 主張하므로서 情報提供義務에 관한 問題를 提起하였던 것이다.³⁷⁾ 이 問題提起에 대하여 1954년 Juglart는 「契約에서의 情報提供義務에 관하여(L'obligation des renseignements dans les contrats)」³⁸⁾ 라는 論文을 발표하였던 것이다. Juglart는 法律의 規定이나 當事者間の 特約으로 一方 當事者가 相對方에게 情報을 提供할 義務를 부담하게 되는 경우를 綜合的으로 檢討하여 理論的인 體系化를 試圖하였던 것이다. 그 결과 情報提供義務를 부담하는 자로 부터 情報가 提供되었다면 相對方의 錯誤를 피할 수 있었던 경우에는 詐欺가 成立하고, 그 경우에 故意의 沈默(réticence)에 대한 規制(sanction)의 根據를 情報提供義務로 부터 구하고자 하였다.³⁹⁾ 즉, Juglart는 契約 當事者에게 情報을 提供할 義務를 부과하고 있는 여러가지의 法條文과 그 法條文을 補完하는 判例를 중심으로 다음과 같은 特別한 경우에 한하여 情報提供義務가 存在하는 경우를 說明하였던 것이다.

그 첫번째가 合意(consentment)의 瑕疵를 構成하는 情報提供義務에 대한 檢討이다.⁴⁰⁾ 이는 그 違反이 積極的인 경우와 消極的인 경우로 나누어 지는데, 前者는 詐欺를 구성하는 경우가 된다.⁴¹⁾ 따라서 規制(sanction)의 對象이 되는 이유가

36) Ghestin, La notion de erreur dans le droit positif actuel, 1963, n° 92.

37) Ripert, La règle morale dans les obligations, 4^{éd.}, n° 48.

38) Juglart, op. cit., p. 1.

39) Juglart, op. cit., p. 1 et c.

40) Juglart, op. cit., n° 9.

情報提供義務의 違反으로서가 아니라 相對方의 虛偽의 陳述(mensonge)이기 때문에 情報提供義務의 定義로서의 의미에는 適切하지 않은 것이 된다. 결국 情報提供義務의 概念에 適合한 것은 後者の 경우가 된다. 後者の 경우(消極적인 違反)를 檢討한 결과 Juglart는 ①債權者의 事情으로 부터 발생하는 情報提供義務, ②債務者의 事情으로 부터 발생하는 情報提供義務, ③債權者 및 債務者의 事情으로 부터 발생하는 情報提供義務로 分類하였다.⁴²⁾

①의 情報提供義務는 債權者 자신이 스스로 調査하는 것이 主觀적으로나 客觀적으로 不可能한 경우에 발생한다. 프랑스 民法 第1626條에서 第1640條에 걸쳐 規定하고 있는 「物件의 追奪로 인한 擔保責任(追奪擔保責任: garantie en cas d'éviction)」이나, 第1641條 부터 第1649條 까지의 「物件의 숨은 瑕疵로 인한 擔保責任(瑕疵擔保責任: garantie des défauts de la chose vendue)」에 관한 內容은 이러한 一般原則의 特別한 適用이라고 본다.⁴³⁾ ②의 情報提供義務는 債務者가 債權者의 代理人이나 委任者로서 行動하는 경우 또는 債務者의 職業上 資質로 말미암아 債權者가 信賴할 수 있는 경우에 발생한다.⁴⁴⁾ ③의 情報提供義務는 射倖契約에서 발생한다.

두번째는 그 違反行爲가 民事罰(peine civil)과 1382條⁴⁵⁾의 對象인 情報提供義務를 檢討한 것이다. 이와 같은 두가지 類型을 檢討한 結果 Juglart는 當時의 段階로서는 情報提供義務에 대하여 비관적인 관측을 하지 않을 수 없다고 하고는, 다만 「情熱적으로 모든 情報提供義務의 違反行爲를 sanction하기 위하여는 詐欺概念이 점차적으로 확장되는것을 認定하는데 法院이 주저하지 않을 것을 희망하지 않을 수 없다」는 結論을 내리고 있다.⁴⁶⁾

41) ibid.

42) Juglart, op. cit., n° 11 et s.

43) Juglart, op. cit., n° 15 et s. 프랑스 民法上의 擔保責任에 대하여, 南孝淳, 프랑스 民法에서의 賣渡人의 擔保責任 (I) · (II), 法學, 제 34권 1호(1993), 166-197면, 2호(1993), 266-294면

44) Juglart, op. cit., n° 24 et s.

45) 프랑스 민법 제 1382조: 타인의 손해를 야기시킨 자의 모든 행위에 대하여 그 발생의 원인인 過責(faute) 있는 자는 그 손해를 배상할 의무가 있다.

46) Juglart, op. cit., n° 49 et s.

이러한 Juglart의主張은 情報提供義務가 約定되거나 法律上 認定되는 경우만을 檢討의 對象으로 하였으므로 아직 一般原則으로서 情報提供義務의 存在를 유도할 수는 없었다. 오히려 Ghestin은 實定法에 一般的인 情報提供義務가 存在한다고 믿는 것은 誤謬라고 批判하였다.⁴⁷⁾ 즉, 「一般的인 原則에 의하면, 法律의 規定이나 當事者間的 約定에 따라 情報提供義務가 부과되거나 또는 沈默(réticence)이 詐欺나 錯誤를 成立시킬 可能性이 없는 한, 어느 누구라도 相對方에게 情報를 提供할 義務를 부담하는 것은 아니다」라고 하였다. 또한 프랑스 民法 第1116條⁴⁸⁾와 情報提供義務의 關係에 대하여도 「그 沈默이 詐欺를 構成하는가의 與否는 알 수 없는 것이고, 반대로 沈默이 詐欺에 該當하는가의 與否를 檢討함으로써 相對方에게 그 誤謬를 告知할 義務가 있었는가의 與否를 알 수 있는 것」이라고 하여 沈默이 詐欺에 該當하는가의 與否는 1116조의 適用에 따라 判斷되는 것이므로 既存의 法制度에는 어느 누구에 대하여도 情報提供義務를 부과하고 있지 않다고 하였다. 따라서 이러한 경우 이외에 情報提供義務를 상정한다고 해도 그것은 法的인 義務가 아니라 道德上の 問題에 不過하다고 보았다.⁴⁹⁾ 현재는 情報提供義務를 積極적으로 認定하고 있는 Ghestin도 1963년 당시에는 이와 같은 批判적인 姿勢를 취하였다.

一般的인 義務로서 情報提供義務가 承認된 것은 후술하는 바와 같이 1960년 경부터 沈默에 의한 詐欺를 廣範圍하게 認定한 判例가 잇달아 내려지면서 學說上으로도 情報提供義務의 概念을 認定하는 立場이 증가하게 되면서이다.

예를 들면 1978년 Lucas de Leyssac은 詐欺나 錯誤에 관한 일정한 判決은 情報提供義務의 概念에 따르지 않는다면 說明할 수 없다고 하여 다음과 같이 說明하고 있다. 즉 詐欺의 成立에는 「術策(manoeuvre)」이 要件으로 되어 있는 점(프랑스 民法 第1116條1項)에서 故意의 沈默(réticence)이 詐欺를 成立시키는가의 여부에 관한 問題는, 이전에는 「術策」의 概念을 擴張하는 方向에서 說明되어

47) Ghestin, La notion de erreur dans le droit positif actuel, 1963, n°93.

48) 프랑스 민법 제 1116조 1항: 詐欺는 당사자의 일방에 의하여 자행된 술책(manoeuvres)이, 그 술책이 없었던 타방 당사자가 계약을 체결하지 않았을 것이라는 점이 명백한 경우에는 합의의 무효원인이 된다.

49) ibid.

왔다고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 그러나 그 후 많은 判例가, 「詐欺는 契約 相對方이 그 內容을 알았다면 契約을 締結하지 않았을 것이라는 事實을 그 相對方에게 숨기는 沈黙에 의하여 構成될 수 있다」고 하여 「術策」이라는 要件을 言及하지 않고 詐欺의 成立을 認定하게 되었고, 더구나 情報提供義務란 法律의 規定이나 當事者間의 約定을 根據로 成立되는 경우도 있지만, 그러한 것이 存在하지 않는 경우에도 判例는 情報提供義務의 違反을 問題視하고 있기 때문에 이와 같은 判決에서는 情報提供義務의 違反이라는 점이 詐欺의 成立을 認定하는 根據로 되어 있다는 것이다.⁵¹⁾ 또한 錯誤에 관하여 프랑스破毀院은 1968년 이래, 錯誤者의 相對方에게 *faute*⁵²⁾가 있는 경우에는 錯誤者의 相對方에 대한 損害賠償請求를 認定하지만, 그 경우 相對方의 *faute*란 錯誤者를 錯誤狀態에 放置한데 따른 *faute*, 즉 情報提供義務違反에 의한 *faute*라고 한다.⁵³⁾ 이처럼 Lucas de Leyssac는 詐欺나 錯誤의 解釋을 통하여 法律의 規定이나 當事者間의 約定에 따르지 않는 一般의인 義務로서 情報提供義務의 存在를 認定하고 있다. 또한 1963년에는 一般의인 義務로서 情報提供義務의 存在에 대하여 批判적인 立場을 취하였던 Ghestin도 1980년의 「契約法(Traité de droit civil, Le contrat: Formation)」에서는 一般의인 義務로서의 情報提供義務를 認定하기에 이르렀다. 즉 1963년 당시에는 앞에서 언급하였듯이 契約當事者의 一方에게 情報提供義務가 있느냐의 與否를 探究하는 것으로는 일방 當事者의 沈黙이 詐欺의 인가 아닌가의 여부를 알 수는 없다고 하였으나, 그 후 프랑스 判例가, 詐欺가 성립하느냐의 성부는 契約 當事者의 一方에게 情報提供義務가 있느냐의 與否에 따른다는 새로운 유형의 詐欺를 認定하는 쪽으로 展開되었기 때문에, 이러한 判例의 變遷을 수용하여 Ghestin도 一般의인 情報提供義務의 存在를 認定하게 된 것이다. 특히 Ghestin은 契約締結時에 惹起되는 問題로서 인접한 制度인 錯誤, 詐欺, 瑕疵擔保, 損害賠償(契約締結上の 過失責

50) Lucas de Leyssac, op. cit., n° 16.

51) Lucas de Leyssac, loc. cit., n° 17-18.

52) 프랑스법에서의 *faute*란 우리 민법상의 단순한 과실만을 의미하는 것은 아니다. 이는 과실과 위법성을 내포한 개념이라고 볼 수 있다. 자세한 내용은 별도의 기회를 통하여 살펴보기로 한다.

53) Lucas de Leyssac, op. cit., n° 19.

54) Ghestin, op. cit. (Le contrat), 1^{er} éd. 1980, n° 435, n° 460.

任:responsabilité précontractuelle)등의 適用要件에는 큰 差異가 發生하지 않도록 解釋할 必要가 있음을 강조한다.⁵⁴⁾

2. 判例

이상에서 살펴보았듯이 프랑스에서 情報提供義務가 다시금 활발하게 論議될 수 있었던 것은 判例의 태도가 변하였기 때문이다. 즉 沈黙에 의한 詐欺의 成立 與否와 錯誤의 成立에 관한 問題,民事責任에 관한 問題등과 관련된 프랑스 判例의 變遷이 그 중요한 계기가 되었던 것이다.간략하게나마 判例의 內容을 살펴 보기로 한다.

(1) 沈黙에 의한 詐欺에 관한 問題

① 破毀院 第3民事部 1960年 10月 27日 判決⁵⁵⁾

賣渡人은 行政廳의 通牒에 따라 讓渡가 許容되지 않는 營業財産을 그 事情을 알지 못하는 者에게 賣却하였다.買受人이 당시 모로코로 送還되고 있었다는 점을 감안하여 破毀院은 買受人은 그와 같은 상황에서 프랑스의 法規를 충분히 알지 못하였음을 인정하고 「만약 買受人이 그러한 事實을 알고 있었다면 瑕疵있는 賣買契約에 合意(consentment)를 하지 않았을 것이라는 現實의 狀況을 賣渡人이 숨긴 것은 詐欺를 구성한다」고 判示하였다.

② 破毀院 商事部 1965年 10月 27日 判決⁵⁶⁾

賣渡人은 行政府의 一時的 許可를 얻어 公有地인 車道위에 시설의 일부를 設置하여 주유소를 경영하고 있었는데,許可 期限이 終了되기 전에 그 事實을 숨긴

55) Bull. civ., 1965, II, n° 534, p. 479.

56) Cass. com., 27 octobre 1965, Bull. civ., II, n° 534, p. 479; Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 529, obs. J. Chevallier.

채 營業權을 買受人에게 讓渡하였다. 그 후 許可 期限이 만료되어 車道에 설치된 주유소 설비가 강제로 철거당하자, 買受人은 賣渡人을 상대로 詐欺 또는 本質에 관한 錯誤(*erreur sur la substance*)를 主張하였다. 原審은 賣渡人은 買受人으로 하여금 賣買 目的物의 本質에 관한 錯誤에 빠지게 하여 買受人이 알고 있었다면 瑕疵있는 賣買契約에 合意하지 않았을 것이라는 現實의 狀況을 故意로 隱蔽하였다고 하여 民法 第1116條를 適用하였으며, 破毀院도 이 原審을 確定하였다.

③ 破毀院 第1民事部 1967年 2月 3日 判決⁵⁷⁾

不動產 去來의 專門家로 부터 購入한 土地위에 建物を 建築하려고 했으나 都市計劃때문에 불가능하게 되었다. 賣渡人이 그 事實을 알고 있었음에도 불구하고 買受人에게 설명하지 않은 것은 詐欺를 구성한다는 買受人의 주장이 原審에서 인정되었다. 이에 대하여 賣渡人은 단순한 沈默(*simple silence*)은 術策에 해당되지 않으므로 詐欺는 성립하지 않는다고 주장하였다. 그러나 破毀院은 買受人이 그와 같은 事實을 알지 못하도록 은밀히 放置해 둔 賣渡人의 行爲는 詐欺가 成立한다고 하여 原審 判決을 確定하였다.

④ 破毀院 第3民事部 1974年 5月7日 判決⁵⁸⁾

買受人이 호텔을 건설할 목적으로 土地를 구입하려고 하는데, 賣渡人은 그와 같은 買受人의 구입의도를 알고서도 자신의 土地는 水源이 적어서 給水狀態가 불량하므로 일반적으로 호텔을 경영하기에는 적절하지 않다는 事實을 買受人에게 알리지 않고 土地를 賣却하였다. 이러한 賣渡人의 行爲에 대하여 破毀院은 賣渡人은 通常의인 호텔營業을 할 수 없다는 事實을 알려 줄 義務가 있다고 하여 詐欺가 成立한다고 判示하였다.

57) Bull.civ., 1967, I, n° 58, p. 43.

58) Cass.civ. 3^e mai 1974, Bull.civ. II, n° 186, p. 140; Gaz. Pal., 1974. 2. 184.

⑤ 破毀院 商事部 1974年 7月8日 判決⁵⁹⁾

營業權을 創設하기 위함이라는 取得 目的을 明示한 賃借人에게 賃貸人이 賃借權의 更新이 不可能하다는 事實을 알리지 않고 賃借權 讓渡契約을 締結한 경우에, 原審은 讓受人이 讓渡人의 詐欺的 術策(*manoeuvre dolosive*)을 主張하지 않았다는 이유로 原告(讓受人)의 請求를 排斥하였으나, 破毀院은 讓受人이 讓渡人의 詐欺的 沈默(*réticence dolosive*)의 被害者인가의 與否를 調査하여야 한다고 하여 이 경우 詐欺를 構成한다고 判定하였다.

⑥ 破毀院 第3民事部 1974年 10月 2日 判決⁶⁰⁾

賣買契約 締結 후 目的物인 家屋으로 부터 100미터 정도 떨어진 곳에 400마리의 돼지를 기르는 축사가 建立되었다. 이는 都市計劃에 의한 것으로서 賣渡人(非專門家)은 賣買契約 당시 돼지축사의 建築 計劃을 알고 있었다. 原審은 賣渡人의 沈默은 詐欺가 成立된다고 하였으며, 破毀院도 賣渡人의 沈默은 詐欺로서의 性質이 있으므로 그 賣買契約은 無效라고 判定하였다. 특히 破毀院은 「詐欺는 契約의 相對方이 그 事實을 알고 있었다면 契約을 締結하지 않았을 것이라고 判斷되는 事實을 相對方에게 숨김으로서도 成立될 수 있다」고 하여 相對方의 錯誤는 「事物의 本質에 관한 것이 아니더라도 考慮된다」고 한 것이다.

⑦ 破毀院 第1民事部 1977年 1月19日 判決⁶¹⁾

自動車整備業者로 부터 中古自動車を 購入한 買受人이 自動車を 運行하던 중에 사고가 발생하였다. 그 自動車の 주행계기판에는 34,836km를 走行한 것으로 表示되어 있었지만 실제 走行거리는 115,000km를 走行한 것으로 밝혀졌으며, 따라서 그 自動車는 이미 使用할 수 없는 상태였고, 그 점이 또한 事故의 原因이

59) Cass.com. 8 juillet 1974, Bull.civ. V.n°217.p.177.

60) Cass.civ.3°. 2 octobre 1974, Bull.civ. III.n°330.p.251:Gaz.pal..1974.2.184.

61) Cass.civ.1°. 19 janvier 1977, Bull.civ. I.no40.p.30.

었다.이에 買受人은 瑕疵擔保責任에 의한 契約의 解除를 請求하고,豫備的 申請으로 詐欺에 의한 契約의 無效를 主張하였다.原審은 주행계기반이 실제보다 현저하게 짧은 거리를 표시하고 있다는 事實을 賣渡人이 몰랐을 리가 없다고 하여 詐欺의 成立을 인정하였으며 破毀院도 이를 確定하였다.

⑧ 破毀院 商事部 1977年 3月 21日 判決⁶²⁾

營業權 讓渡契約을 締結하면서 讓渡人(非專門家)은 그 營業所 부근에 있는 건물목이 都市計劃에 따라 곧 廢止될 것이라는 事實을 알면서도 이를 讓受人에게 알리지 않았다.그 건물목이 廢止되면 손님 수가 현저하게 감소할 可能性이 있는 상황에서 讓渡人이 이를 알리지 않고 讓渡한 것은 詐欺가 성립한다는 原審判決을 破毀院도 正當하다고 判示하였다.

⑨ 破毀院 商事部 1980年 10月13日判決⁶³⁾

댄스홀을 讓渡하는 賣買契約을 締結하면서 賣渡人은 그 댄스홀이 行政當局으로부터 閉店命令을 받은 事實을 숨기고 있었다.原審은 賣渡人의 沈默이 詐欺를 구성는 것으로 認定하고, 買受人에 대한 損害賠償을 命하였으나 賣渡人은 損害賠償의 法的 根據가 明確하지 않다는 이유로 上告하였다.破毀院은 營業權을 讓渡할 때에 댄스홀의 經營에 필요한 許可를 얻지 않았다는 事實을 알려 줄 義務가 있음에도 불구하고 이를 알려주지 않았으며, 買受人이 알았다면 契約을 締結하지 않았을 事實을 意圖의으로 숨겼다고 하여 詐欺의 成立을 認定하고 上告를 棄却하였다.

⑩ 破毀院 第1民事部 1981年 1月 21日 判決⁶⁴⁾

62) Cass.com.21 mars 1977.J.C.P.1977.Ⅱ.p.135.

63) Cass.com.13 octobre 1980.D.1981.Ⅰ.R.p.309,obs.J.Ghestin.

64) Cass.civ.1^{re}.21 janvier 1981.Bull.civ.Ⅰ.n°25.p.23.

B銀行에 대한 A有限會社の 債務을 保證하고자 C가 保證契約을 締結할 때, B銀行은 A會社가 조만간 破産할 것이라는 事實이 피할 수 없는 事實임을 保證인이 될 C에게 알리지 않았다. 會社가 破産하여 銀行이 保證人에게 履行을 請求하자 保證人 C는 그 保證契約이 無效라고 주장하였다. 原審은 保證人の 주장을 인정하였으며, 破毀院도 B銀行은 保證人 C에게 A會社の 經濟狀態을 알려줄 義務를 怠慢히하여 誠實하게 契約을 締結할 義務를 違反하였다고 보아 B銀行의 詐欺를 認定한 原審을 確定하였다.⁶⁵⁾

⑪ 破毀院 第3民事部 1981年 2月 3日 判決⁶⁶⁾

不動産業者가 자신이 所有하는 土地에 建築이 可能하고 宅地整備作業(viability)도 充分히 되어있다는 都市計劃證明書(certificat urbanisme)를 發給받은 후, 그 土地를 3區劃으로 分割하여 그 중 1區劃을 거주할 目的으로 土地 購入을 희망하던 買受人에게 賣却하였다. 그런데 그 分割은 지사의 許可를 받지 않았고, 또한 買受人이 취득한 토지에는 水道나 電氣등의 整地作業이 되어 있지 않아 買受人이 建築許可를 받을 수 없는 狀況이었다. 買受人은 그 土地 賣買는 詐欺로서 無效라고 主張하였다. 이에 대하여 賣渡人은 그 土地에 대한 都市計劃證明書を 取得하였기 때문에 故意가 아니라고 抗辯하였다. 原審은 「不動産 去來의 專門家인 販賣會社 또는 그 業務執行者는 都市計劃에 대한 지식이 없는 一般人에게는 宅地整地作業과 관련하여 賣却되는 土地의 狀況을 確認할(vérifier)義務가 있으며, 賣渡人은 意圖의으로 이를 怠慢히 했다」고 하여 詐欺成立을 認定하였으며, 破毀院도 이를 正當하다고 하였다.

⑫ 破毀院 第3民事部 1984年 11月 7日 判決⁶⁷⁾

65) 類似한 事件으로 破毀院 商事部 1983년 11월 8일 判決을 들 수 있다. B 은행에 대한 A의 債務을 保證하고자 保證契約을 締結한 保證人 C는 얼마후 A가 破産하게 되자 그 保證契約은 詐欺에 의한 것으로 無效라고 주장하였다. 原審은 保證契約을 締結할 때, B은행이 保證人 C를 기망한 증거는 없다고 하여 保證人 C의 請求를 배척하였다. 그러나 破毀院은 原審이 保證契約을 체결할 때에 결정적으로 위험한 상태는 아니었는지, 또한 B은행이 詐欺의인 沈黙으로 保證人 C에게 債務者 A의 경제상태를 알리는 것을 懈怠하여 誠實하게 契約을 체결할 의무를 위반한 것은 아닌지 조사를 하여야 한다고 하여 原審을 破棄하였다. Cass.com.8 novembre 1983, Bull.civ. I. n°298, p.260.

66) Cass.civ.3°, 9 février 1981, D.1984,457, note J.Ghestin.

67) Cass.civ.3°, 7 novembre 1984, J.C.P.1985, IV, p.27.

買受人이 土地를 구입하고 보니 이웃토지를 더 구입하여 확장하지 않으면 建築許可를 받을 수 없는 土地였다.原審은 賣渡人(非專門家)의 沈默과 애매한 태도가 買受人으로 하여금 目的物의 本質에 관한 錯誤에 빠지게 하였다고 하여 그 契約을 無效로 하였고, 破毀院도 이를 確定하였다.

⑬ 破毀院 第1民事部 1985年 6月 19日 判決⁶⁸⁾

자동차수리업자에게서 중고 자동차를 구입하였는데 그 자동차의 휘발류 소비량이 비정상적이므로 專門家에게 조사를 의뢰하였더니,엔진이 자동차 본체보다도 낡아서 사용할 수 없는 것이었다.이에 買受人은 그 賣買契約은 賣渡人의 詐欺에 의한 것으로 無效라고 주장하였다.原審은 엔진이 자동차 본체보다도 낡은 것은 인정했으나 엔진의 상태나 그 자동차의 賣買代金 등을 고려하여 買受人의 請求를 배척하였다.이에 대하여 破毀院은 專門家인 賣渡人이 詐欺의인 沈默으로 엔진이 노후된 것을 알리지 않아 非專門家인 買受人으로 하여금 契約締結意思를 決定하도록 하였는지의 여부를 조사했어야 한다고 하여 原審을 破棄하였다.

⑭ 破毀院 第1民事部 1987年 6月 23日 判決⁶⁹⁾

別居하고 있는 夫婦가 共同財産을 分割하는데,夫가 자기소유에 속하게 되는 재산의 가액이 실제로 분할할 때 평가된 금액보다 약 2배의 가치가 있다는 事實을 알고 있으면서 이를 妻에게 알리지 않았다.原審은 夫가 妻에게 그 事實을 詐欺의으로 은폐하였다고 하여 詐欺 成立을 인정하고,그 分割은 無效라고 판시하였으며 破毀院도 이를 確定하였다.

(2) 錯誤에 관한 問題

68) Cass.civ.1^{re} juin 1985.Bull.civ. I .n°201.p.181.

69) Cass.civ.1^{re}.23 juin 1987.D.1987. I .R.p.168.

70) Cass.civ.3^e.29 novembre 1968,Gaz.Pal..1969. I .63.

① 破毀院 第3民事部 1968年 11月 29日 判決⁷⁰⁾

별장에 관한 賃貸借 契約을 締結하였는데, 그 별장의 상태를 보니, 침구가 형편없이 낡았고 문짝도 허술하며 벽이 벗겨지는 등 당초 賃貸人의 설명과 판이하게 달랐다. 또한 인근에 있는 건축공사장 때문에 소음이 심한 등, 高額의 賃貸料로부터 기대했던 것과 도저히 균형이 맞지 않았다. 이에 賃借人은 賃貸人에게 本質에 관한 錯誤(*erreur sur la substance*)를 이유로 契約의 無效를 주장하고 損害賠償을 청구하였다. 破毀院은 賃貸人은 별장의 상태가 노후한 점 및 주변의 건축 공사 때문에 소음이 있다는 事實 등, 그 별장의 상태에 관한 正確한 情報을 提供하여야 함에도 불구하고 賃借人에게 이를 알리지 않았다면 賃借人의 錯誤가 성립하고 契約이 無效라고 하였다. 또한 賃貸人이 賃借人에게 그릇된 이미지를 부여하여 賃借人으로 하여금 錯誤하게 한 것은 *faute*가 있는 것으로서 賃貸人의 *faute*와 賃借人의 錯誤 사이에는 因果關係가 존재한다고 하여 錯誤無效와 동시에 損害賠償을 命하였다.

② Argentan 大審院 1970년 10월 15일 판결⁷¹⁾

자동차수리업자로 부터 중고자동차를 매수하였는데, 그 자동차는 動產質權의 목적으로 되어 있었으므로 買受人은 자동차등록증을 이전받을 수 없었고, 통상 사용할 수도 없었다. 이에 買受人은 그와 같은 사정을 알았다면 契約을 締結하지 않았을 것이라고 하여 本質에 관한 錯誤를 이유로 그 契約의 無效를 주장하고 損害賠償을 請求하였다. 法院은, 자동차 판매에 관한 專門家인 賣渡人이 그 자동차에 설정된 動產質權에 관한 조사를 하여 어떠한 조건으로 契約이 締結되는지 買受人에게 알려줄 義務를 다하지 않아 買受人이 錯誤한 것은 *faute*가 있다고 하여 賣渡人에게 損害賠償을 명하였다.

(3) 民事責任에 관한 問題

71) T.G.I. Argentan, 15 octobre 1970, D. 1971, 718, note J. Ghestin.

72) J.C.P., 1985, IV, 238, cf. Bull. civ., 1985, IV, n° 188, p. 157.

앞에서 소개한 (2)錯誤에 관한 判例의 ①과 ②의에

① 破毀院 第1民事部 1985年 4月 23日 判決⁷³⁾

유명한 화가가 "blanc relief"라는 이름의 물감으로 작품을 완성하였는데, 물감이 캔버스에서 벗겨 떨어져 나가게 되어 그 그림을 구입한 자와 작품을 전시한 화랑이 클레임을 요구하였다. 이에 화가는 그 물감에 대한 사용상의 주의를 하지 않은 것을 이유로 製造業者와 販賣業者에게 損害賠償을 請求하였다. 破毀院은 ①그 제품의 복잡한 성분을 알지 못하였다고 해서 被告가 責任을 면할 수는 없다. ②화가는 專門家로서의 능력은 없기 때문에 제품에 대하여 조사하거나 시험용으로 사용해 볼 義務는 없다. ③그 제품의 성질에 대한 情報提供義務는 製造者 및 販賣業者가 부담한다. ④情報提供義務는 手段債務라고 判定하였다.

그 밖에도 判例는 不動産仲介業者(l'argent immobilier)⁷³⁾, 銀行家(le banquier)⁷⁴⁾, 執達吏(l'huissier)⁷⁵⁾, 獸醫師(le vétérinaire)⁷⁶⁾, 프랜차이즈의 設定者(le franchiseur)⁷⁷⁾, 辯護士(l'avocat)⁷⁸⁾ 등에게도 일련의 情報提供義務를 부과하고 있다.⁷⁹⁾

IV. 情報提供義務의 根據

1. 情報의 不平等

情報提供義務의 實質의인 根據는 契約當事者間의 情報量의 격차, 즉 情報의 不平等에서 구할 수 있다.⁸⁰⁾ 전통적으로는 프랑스법에서도 契約의 내용이나 효력

73) Paris, 5 juill. 1990. JCP 90, IV, 425.

74) Cass. civ. I, 30 juin 1987. D. 1988, somm. comm. 158.

75) Paris, 20 janvier 1987. D. 1987, 28.

76) Cass. civ. I, 7 juin 1989. JCP. 89, IV, 294.

77) Colmar, 9 mars 1990. D. 1990, 232, note J-J. Burst.

78) Cass. civ. I, 5 février 1991. Bull. civ. I, n° 46, p. 29.

79) 자세한 것은 cf. Stark/Roland/Boyer, op. cit., n° 295, pp. 124-125.

80) Lucas de Leyssac, op. cit., n° 31; Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 487.

은 表意者 자신이 조사를 하여야 하는 것으로 되어 있었다. 그러나 現代 契約의 특징으로서 드러나는 「經濟的 强者 對 經濟的 弱者」, 「專門家 對 非專門家」, 「生産者 및 販賣者 對 消費者」라는 契約 當事者間의 社會的 經濟的 地位의 不均衡과,⁸¹⁾ 通信販賣, 訪問販賣, 割賦賣買, 리스契約, factoring契約 등 그 내용이 복잡한 契約類型이 등장하였으며 또한 附合契約이 날로 증가하고 있다. 이러한 상황에서 부터 契約의 내용이나 효력에 대한 情報提供義務의 필요성이 대두하게 된 것이다. 프랑스에서는 契約關係에 있는 當事者에게 情報提供義務를 부과하는 法律이 증가하고 있으며,⁸²⁾ 明文規定이 없는 경우에도 앞에서 살펴보았듯이 判例에 의하여 情報提供義務가 부과되는 사례가 증가하고 있다.

2. 契約前의 信義誠實

대부분의 學說은 情報提供義務의 法的 根據를 契約締結段階에 있는 當事者間의 信義誠實에서 구하고 있다.⁸³⁾ 원래 프랑스 民法上 信義誠實의 概念은 契約의 履行에 대하여 요구되는 것이다. 즉 프랑스 民法 제1134조는 「合意(consentment)은 誠實하게(bonne foi)하게 履行하여야 한다」고 규정하고 있다. 그러나 프랑스의 대부분의 學說과 判例은 契約締結 段階에서도 信義誠實을 요구하고 있다. 즉, 法律行爲의 形成은 성실한 분위기(atmosphère de loyauté)에서 이루어 져야한다고 하거나,⁸⁴⁾ 判例도 買受人으로서는 알 수 없거나 스스로 조사할 수 있는 방법도 없는 내용을 買受人에게 알리는데 賣渡人의 信義가 있다고 한다.⁸⁵⁾

앞에서 살펴보았듯이 프랑스에서는 判例가 「本質에 관한 錯誤」나 「沈黙에 의한 詐欺」를 판단하는데 信義誠實의 概念을 적극적으로 활용함으로써 表意者를 보호하게 되는 결과, 信義誠實의 개념이 合意에 관한 一般理論(théorie générale du consentement)에서 중요한 지위를 차지하게 되었다. 그런데 프랑스에서 契約의

81) Alise, op. cit., n° 18. et 58.

82) 자세한 법률 내용은 Starck/Roland/Boyer, op. cit., n° 290, pp. 119-121.

83) Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 460 et 481; Alise, op. cit., n° 64; Malaurie/Aynès, op. cit., n° 423.

84) G. Lyon Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 75.

85) T. G. I. Avesnes 5 février 1964, Gaz. Pal. 1964. I. 421.

一方 當事者의 沈默에 대한 制裁(sanction)로서 民法 제1382조의 損害賠償責任 (不法行爲로 인한 損害賠償)의 問題로 추궁한 判例는 소수에 불과하다.⁸⁶⁾ 이는 情報를 제공하지 않은 契約前의 行爲에 대한 논의를 合意의 瑕疵 領域에 자리 잡게 하는 경향으로 이해할 수 있다.⁸⁷⁾ 즉, 프랑스의 判例가 일정한 경우에 「沈默에 의한 詐欺」라는 法技術을 이용하여 契約을 無效로 하는 것은, 이를 매개로 하여 契約前의 信義誠實 違反을 損害賠償의 問題로서가 아니라 契約의 拘束力을 否定한다는 측면에서 파악하려는 노력인 것이다. 따라서 프랑스에서는 法官이 「契約自由」라든가 「契約의 拘束力」이라는 이념을 현실적으로 실현하기 위하여 平等, 信義(loyauté), 信義誠實(bonne foi)이라는 개념에 의존하게 되는 것이다.⁸⁸⁾ 요컨대 契約締結 前의 信義誠實 요구를 契約自由, 契約의 拘束力 등의 問題와 同一한 평면에서 파악하여 信義에 반하는 契約은 拘束力을 부정하려고 하는 것이 프랑스법의 태도라고 하겠다. 다만 契約前의 信義誠實과 契約의 拘束力, 契約自由라는 개념이 동일 평면상의 問題라고 하나, 이들 상호간의 관계에 대하여는 논의의 여지가 있다. 대부분의 學說은 信義誠實 및 그 구체적인 발현 형태의 하나로서 情報提供義務의 概念은 契約自由의 原則을 수정하는 기능을 가지는 것으로 인정한다. 즉 情報提供義務나 安全保護義務(obligation de sécurité)와 같은 義務는 當事者의 意思에 따라 부여되는 것이 아니라 客觀的인 法秩序의 관점에서 발생한다고 하여 契約 當事者의 意思에 기초하지 않는 拘束으로 풀이하는 견해가 증가하고 있다.⁸⁹⁾ 이러한 입장에서는 情報提供義務를 意思의 自律(autonomie de la volonté)에 대체되어야 할 契約正義의 問題로서 논하고 있다.⁹⁰⁾ 프랑스의 전통적인 학설은 의사자율의 원칙을 강하게 고집하고 있으나, 그것은 인간의 의사만이 그 인간을 구속할 수 있다는 고전적인 견해이고, 이제 契約을 구속하는 것은 인간의 의사가 아니라 契約의 有用性和 正義適合性(l'utile et le juste)이라고 하

86) Lucas de Leyssac, op.cit., n° 24.

87) Lucas de Leyssac, op.cit., n° 25.

88) Alise, op.cit., n° 25.

89) V.G. Viney, op.cit., no 513; Malaurie/Aynès, op.cit., n° 400 et s.

90) Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, D.1982, Chr. p.3.

여 意思自律의 原則 대신에 이 두가지의 원리를 契約의 基本原理로 파악하려는 것이다. 이와 같은 正義 適合性으로서 問題가 되는 것은 交換的 正義의 實現, 즉 資産相互間에 存在하는 均衡이 契約에 의하여 파괴되지 않도록 하는 것이며, 이러한 의미의 교환적 정의를 실현하기 위하여 判例가 노력한 것은 合意의 瑕疵에 관한 이론 전개이며 그 맥락에서 情報提供義務를 승인하게 된 것으로 볼 수 있다.⁹¹⁾

V. 情報提供義務의 成立要件

위에서 살펴보았듯이 프랑스에서는 현재 法律의 規定이나 當事者の 特約에 의하지 않은 一般的 義務로서 情報提供義務가 인정되고 있으나, 이는 契約 當事者間에는 어떠한 경우에도 항상 情報提供義務가 존재한다는 의미는 아니다. 즉 情報提供義務는 契約 當事者間의 심한 情報量의 격차를 실질적 요건으로 하고, 契約締結前의 信義誠實이라는 관점에서 그 不平等을 법적으로 시정하고자 하는 개념인 것이다. 따라서 情報提供義務가 존재하기 위해서는 契約의 중요한 요소에 관하여, 첫째 一方 當事者가 그 事實을 알고 있을 것, 둘째 相對方은 그 事實을 알지 못하며 그 無知가 정당할 것 등을 기본적 요건으로 한다.⁹²⁾

1. 當事者 一方이 그 情報을 알고 있거나 알 수 있을 것.

情報提供者로 상정되는 當事者는 그 情報을 알고 있어야 한다. 情報提供 義務者의 惡意는 그 相對方에게 立證責任이 있다.⁹³⁾ 그러나 상황에 따라서, 이를테면 契約 當事者中 一方이 그 분야의 專門家인 경우에는 惡意가 推定되어 그 情報

91) 이에 대하여 전통적인 의사자율과 신의성실, 정보제공의무를 상호 대립적인 것으로 파악하지 않고 동렬의 것으로 이해하는 견해도 있다. Alise, op. cit., n° 64.

92) Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 486; Lucas de Le ssac, op. cit., n° 30; lise, op. cit., n° 66; Boyer, op. cit., n° 176; tarck/Roland/Boyer, op. cit., n° 277 et s.

93) Ghestin, op. cit., n° 489; ucas de Leyssac, op. cit., n° 31; Cass, com. 21 octobre 1974, J.C.P., 1974, I, 18176.

를 알고 있었던 것으로 인정되는 경우가 많다. 앞의 判例에서 소개되었듯이 때로는 「몰랐을 리가 없다」거나 「스스로 調査할 義務가 있다」고 判示한 것을 들 수 있다. 특히 賣渡人이 職業的인 專門家인 경우에는 確認義務(obligation de vérification, obligation de s'informer)를 부과하는 예도 있다.⁹⁴⁾

判例에 의하면 이 推定은 事實의 推定을 넘어 서고 있다. 예를 들면 중고자동차의 賣渡人(자동차수리업자)은 자동차의 사용년수에 대하여 자신도 虛偽情報을 취척한 경우라고 해도 실제 사용년수를 명확하게 하지 않은 점에 *faute*가 있다고 한 예도 있다.⁹⁵⁾

2. 그 情報가 相對方의 意思決定에 결정적인 역할을 하는 것을 알고 있거나, 또는 알 수 있어야 한다.⁹⁶⁾

3. 契約의 相對方은 그 情報에 대하여 알지 못하며, 그 無知가 정당할 것.⁹⁷⁾

傳統的으로 契約의 內容이나 效果 등에 대하여는 자신이 스스로 조사를 하여야 하고 그 조사를 해태하여 불리한 契約을 締結하게 된 경우에는 그 불이익은 자신이 부담하지 않을 수 없는 것이었다. 그러나 契約 當事者間에 情報의 不平等이 심화되면서 相對方의 調査義務(*devoir de se renseigner*)를 부정하여야 할 경우가 증가되었으며, 調査義務가 존재하지 않는 범위내에서 情報提供義務를 인정하게 된 것이다. 따라서 相對方에게 調査義務가 없을 것, 즉 相對方의 不知가 정당할 것이 情報提供義務의 성립요건으로 요구되는 것이다. 대체로 다음과 같은 경우에는 一方 當事者의 無知가 정당한 것으로 인정된다.

(1) 「스스로 調査할 義務」를 履行할 수 없는 경우

먼저 객관적인 측면에서 賣買, 貸貸借, 消費貸借과 같은 契約에서는 대부분 當事者 중 情報提供義務를 부담하게 될 者가 목적물을 소지하고 있기 때문에 그 목

94) 앞의 주 66)의 판례, Cass. civ. 3e, 3 février 1981, D. 1984, 457, note. J. Ghestin.

95) Boyer, op. cit., no 257. Aix-en-Provence 15 avril 1975: f. 앞의 주 61)의 판례, Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1977, Bull. civ. I, no 40, p. 30.

96) Lucas de Leyssac, op. cit., n° 33; Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 493; Starck, op. cit., n° 277.

97) Lucas de Leyssac, loc. cit., n° 35; Ghestin, loc. cit., n° 495; Starck, loc. cit., n° 279.

98) Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 498; Boyer, op. cit., n° 180.

적물의 法的·事實的 상태를 조사할 수 없는 경우를 들 수 있다.⁹⁸⁾

주관적인 측면에서는 情報提供을 받게 될 者の 개인적인 능력때문에 조사가 불가능한 경우를 들 수 있다. 즉 프랑스의 判例는 詐欺의 성립 여부를 판단할 때, 相對方의 판단능력이 낮거나 고령인 점을 고려하고 있으며,⁹⁹⁾ 錯誤에 관하여는 錯誤자의 *faute* 有無를 판단하는데 錯誤者의 年齡이나 職業, 經驗등을 고려하고 있다.¹⁰⁰⁾

이 경우 情報을 조사하는 것이 불가능한 경우란 절대적으로 불가능할 필요는 없고, 情報을 아는데 중대한 어려움이 있는 정도면 족하다.¹⁰¹⁾

(2) 相對方에 대한 信賴가 正當할 것

契約의 성질이나 當事者의 지위로 말미암아 情報提供義務를 부담하게 되는 者에 대한 相對方의 信賴가 정당하다고 인정되는 경우에는 他方 當事者는 그 情報을 아는 것이 불가능하다는 점을 立證하지 않아도 된다. 이를 테면 當事者間의 信賴關係를 기초로 하여 성립되는 契約에서는 當事者間의 情報提供義務가 契約으로 부터 발생하게 되며, 따라서 이 경우에는 一方 當事者가 제공한 情報을 신뢰하는 것이 정당하다고 평가되어 他方 當事者는 스스로 조사할 義務를 免하게 된다.

契約의 성질상 신뢰가 정당하다고 인정되는 경우란 이를 테면 生命保險契約에서 被保險者가 保險會社에 자신의 건강상태를 알려 줄 義務를 부담하는 경우가 된다. 그 밖에도 委任契約, 雇傭契約, 組合契約 等 契約 當事者間의 特別한 信賴關係를 전제로 하는 契約等을 들 수 있다.¹⁰²⁾

當事者의 지위에 의한 경우로서는 家族間의 契約(*pacts de famille*)을 들 수 있으나,¹⁰³⁾ 現代사회에서 가장 問題가 되는 것은 그 분야의 專門家가 一般人(非專門家)과 契約하면서 그 契約의 내용이나 목적물에 대한 일정한 내용을 알려

99) 앞의 주 11).참조.

100) Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 389 et n° 499.

101) Boyer, op. cit., n° 208.

102) Ghestin, op. cit. (Le contrat), n° 502.

103) Ghestin, loc. cit., n° 503.

을 義務를 부담하게 되는 경우이다.그러한 專門家로서는 醫師,辯護士,公證人, 建築家,銀行家,保險業者,公認會計士,專門的인 機械의 賣渡人이나 賃貸人,不動產業者,運送業者,自動車修理業者,獸醫師 등을 들 수 있다.¹⁰⁴⁾

이 경우에 專門家에게 情報提供義務가 부과되는 것은,契約의 내용이나 목적이 전문적이기 때문에 情報提供義務를 부과함으로써 當事者間의 힘의 균형을 회복하는 것이 誠實한 契約交渉의 전제가 되기 때문이다.따라서 情報提供義務의 有無를 판단하는 데는 當事者의 지위에 부가하여 情報의 격차 정도나 契約 내용의 복잡성등을 구체적으로 고려하여야 한다. 예를 들면, 유명한 화가가 그린 繪畵를 1점 소장하고 있던 者가, 그 작품이 眞品이 아니라는 감정결과를 믿고 競賣에 붙였는데,國立美術館會議(Réunion de Musées Nationaux)는 이 작품을 진품으로 인정해서 루브르박물관에 소장하기 위하여 先買權(droit de préemption)을 취득하자, 賣渡人이 錯誤에 의한 無效를 주장한 사건을 들 수 있다.判例는 相對方에 비하여 賣渡人의 지위가 專門家의 劣位에 있음이 명백하다고 지적하여 無效를 인정한 것이다.¹⁰⁵⁾ 이 사건에서 判例는 情報提供義務를 직접적으로 거론하지는 않았으나 情報提供義務에서 契約 當事者間의 지위에 의한 情報量의 격차를 고려한 것과 동일한 정신에 입각한 것으로 풀이된다.

(3) 虛偽 또는 不正確한 情報가 提供된 경우

情報提供義務는 沈默에 의한 詐欺와 밀접하게 결부되어 論議되고 있으나, 동시에 正確한 情報를 提供할 義務를 포함하는 개념이다.따라서 情報提供義務를 위반하게 되는 態樣으로서는 情報提供의 不作爲 뿐만 아니라 作爲에 의한 虛偽 또는 不正確한 情報를 제공한 경우도 인정된다.¹⁰⁶⁾ 虛偽 또는 不正確한 情報가 제공된 경우에는 그 情報提供으로 말미암아 相對方은 內心的으로 情報를 조사

104) Ghestin, op.cit.(Le contrat) ..n° 504; Boyer, op.cit., n° 233; Stark/Roland/Boyer, op.cit., n° 295.

105) T.G.I.Paris, 13 décembre 1972, D.1973, p.410, note J.Ghestin, et Ph.Malinvaud, J.C.P.1973 I 17377, note R.London.

106) Alise, op.cit., n° 205.

107) Lucas de Leyssac, op.cit., n° 40.; Ghestin, op.cit.(Le contrat) ..n° 506.

하러던 필요성이 소멸하게 된다고 하여 그에 대한 相對方의 信賴를 정당하다고 보는 것이다.¹⁰⁷⁾ 그 결과 相對方이 스스로 조사할 義務를 다하지 않았다는 抗辯은 허용되지 않는다.判例에 의하면 자동차수리업자가 동업자에게 賣買 目的物인中古 트럭의 商標가 改造되지 않았다는 虛偽 保證을 해서 賣却한 경우,買受人의 信賴는 정당하다고 하였다.¹⁰⁸⁾ 이처럼 虛偽情報가 제공된 경우에는 相對方도 專門家이고 一般的으로 情報에 관해 조사할 義務가 있는 경우라 하더라도 相對方의 調査義務는 요구되지 않는다.

VI. 結語

이상으로서 프랑스에서 論議되고 있는 契約上の 情報提供義務를 살펴보았다. 1945년 Juglart가 制限된 範圍內에서나마 情報提供義務에 관한 論議를提起한 이래, 한 때는 그 존재 의의를 의문시하는등 부정적인 시각도 있었으나 1960년대 부터 情報提供義務를 인정하기 시작하여 그로부터 30여년이 지난 현재에는 하나의 一般的인 義務로서 자리를 잡아가고 있는 듯하다. 특히 이 情報提供義務는 프랑스의 判例에서 명백하게 드러나고 있듯이 契約締結前, 장래의 契約當事者(futur cocontractant), 契約 候補者(candidat au contrat)라고 할 수 있는 者の 責任, 즉 契約締結前의 責任(responsabilité précontractuell)을 규명하려고 하는 規範으로서 기능하고 있다. 즉 契約締結前에 當事者一方의 不誠實을 원인으로 하여 履行時에 명백하게 되는 問題에 대하여 他方 當事者를 구제하려는 法理인 것이다. 그 결과 情報提供義務에 위반한 행위에 대한 規制(sanction)는 合意(consentment)의 瑕疵로서 詐欺나 錯誤의 成立與否와 民事責任으로서 損害賠償責任이 問題視되고 있는 것이다. 이러한 法理는 앞에서 여러번 지적하였듯이 契約 當事者 間의 情報에 관한 不平等·不均衡을 교정하려는 시각에서 출발하고 있

108) Cass. civ. 1re, 27 juin 1973, Bull. civ. I. n° 221, p. 196, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 144, n° 3, obs. Y. Loussouarn

다.

우리나라의 詐欺나 錯誤의 法理는 프랑스의 法과 차이가 있으며, 契約觀도 동일하다고 할 수 없으나, 적어도 「契約成立」에 대한 法理와 「當事者の 意思」에 관한 問題를 다시 검토할 수 있는 계기는 될 수 있다고 생각된다. 특히 우리나라에서는 表意者の 調査義務를 강조하는 입장에서 表意者에게 重大한 過失이 있는 경우에는 錯誤로서 취소할 수 없게 되어 있으나(제109조1항 단서), 情報提供義務를 도입하게 된다면 相對方의 情報提供義務와 表意者の 調査義務間에 衡平을 고려한 새로운 解釋論이 기대된다고 하겠다. 또한 詐欺에 대하여도 欺罔行爲란 眞實이 아닌 事實을 眞實이라고 표시하는 행위라고 해석하여 단순히 어떤 事實을 告知하지 아니하였다는 것은 欺罔行爲가 되는 것이 아니라고 한다.¹⁰⁹⁾ 다만 信義誠實의 原則 및 去來觀念에 비추어 어떤 상황을 告知할 法律上的 義務가 있음에도 불구하고 이를 告知하지 않음으로써 表意者에게 실제와 다른 觀念을 惹起·強化·維持하게 하는 경우에 沈默은 不作爲에 의한 欺罔行爲로 된다고 한다.¹¹⁰⁾ 大法院 判例도 還買權讓渡締結手續上申 중에 있다는 事實을 讓受人이 알고 있었다고 하더라도 讓受人이 그 事實을 讓渡人인 還買權者에게 告知하여 주어야만 할 義務는 없다 할 것이므로 이를 告知하지 않았다 하여 欺罔行爲가 있었다고 볼 수 없다고 判示하고 있다.¹¹¹⁾ 그러나 詐欺와 錯誤의 法理를 폭넓게 확장할 수 있는 情報提供義務를 도입하게 된다면 결론은 달라지게 될 것이다. 詐欺와 錯誤의 法理에 情報提供義務를 도입함으로써 수반되는 問題點은 앞의 研究課題로 하기로 한다.

또한 契約締結上的 過失에 관하여도 새로운 해석이 가능하게 된다. 즉 情報提供義務 制度를 도입하게 되면, 契約締結 準備段階에서의 問題는 독일 民法下에서

109) 高爾龍, 民法總則, 1992, 法文社, 491면.

110) 李英俊, 民法總則, 博英社, 1987, 409면. 또한 1회적 賣買는 告知義務가 특별한 非難可能性이 있는 경우에만 존재한다고 하여 沈黙이 생기는 것을 모르고 賣渡人이 그 근처의 집을 싼 값에 賣渡하는 경우에 買受人이 이러한 事情을 알면서 그 사실을 告知하지 아니하고 싼 값에 買受하였다고 하더라도 詐欺에 의한 意思表示는 아니라고 한다.

111) 大判 1984.4.10. 宣告, 81다239判決.

112) 李銀榮, 債權各論, 博英社, 1993, 106~111면.

불가피하게 확장된 締約上 過失責任論을 무리하게 援用할 필요가 없게 되며, 또한 民法 제535조의 내용을 目的不能으로 인한 契約挫折의 경우로 한정한다고 하더라도¹¹²⁾, 契約交渉段階의 問題를 不法行爲責任이 아닌 契約責任으로 理論構成할 수 있게 되는 것이다. 그 자세한 研究은 앞으로의 課題로 남기기로 한다.