

토마스 아퀴나스와 매매에 있어 하자의 고지 의무*

— 로마법, 신학대전, 현행 민법의 연결 가능성을 중심으로 —

한승수**

목 차

- I. 序言
- II. 신학대전 개소 II-II q.77 a.3의 주요 내용
- III. 검토—“매도된 물건의 하자를 말하여야 할 의무가 있는지”의 문제
 - 1. 신학대전 개소(II-II q.77 a.3)의 내용
 - 2. 로마법의 영향
 - 3. 우리 현행 민법의 태도
- IV. 結語
- V. 신학대전 개소 II-II q.77 a.3의 대역 및 주석

[국문 요약]

토마스 아퀴나스의 신학대전에서 私法을 다루는 몇 개의 개소가 있는데, 그 중 제2부 제 2편 77문의 소문 3.에서는 “매도인이 매도된 물건의 하자를 말하여야 하는 의무가 있는지” 즉, 하자의 고지의무가 다루어진다. 여기서는 숨겨진 하자과 명백한 하자를 구별하여, 숨겨진 하자의 경우 매도인이 그 존재를 알고 있는 경우 고지의무를 인정하고, 명백한 하자의 경우 이를 부정한다. 토마스 아퀴나스는 매매의 등가성에서 “정당한 가격”(iustum pretium)을 도출하지만, 하자의 고지의무는 주로 윤리적 의무를 기초로 도출하고 있다. 또한 물건의 하자과 외부적 상황을 구별하여 고지하여야 할 대상을 특정하고 있다.

이와 같은 토마스 아퀴나스의 결론의 저변에는 로마법이 존재한다. 12세기 초반 로마법 대전이 발견되면서 그 연구가 가속되어 토마스 아퀴나스의 시대인 13세기에는 그 전성기를 맞이하였기 때문이다. 이와 같은 로마법 연구의 급속한 발전은 비록 나라에 따라 다르지만

* 이 글은 2016. 10. 15. 한국법사학회 제118회 정례학술발표회에서 발표한 발표문을 토론자 이회여 대 서울오 교수님과 여러 참가자들, 심사위원의 의견을 반영하여 수정·보완한 것이다. 고견을 주신 분들에게 감사 드린다.

** 중앙대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사(서울, 뉴욕); seungsoohan@cau.ac.kr

당대의 법문화 혹은 법인식에 엄청난 영향을 미쳤음이 분명하다. 이미 로마법에서는 명백한 하자과 숨은 하자를 구별하여 매수인 스스로 명백한 하자를 검수하고 그를 바탕으로 계약을 체결하도록 하고, 일정한 숨은 하자의 경우에는 매도인에게 고지의무를 지도록 했다. 이는 시장안찰관 고시에 의하여 마련된 제도로서, 현행 민법의 하자담보책임의 뿌리이다.

우리 현행 민법 체계도 하자의 고지의무에 있어 토마스 아퀴나스의 결론과 일치한다. 매수인 스스로가 매매 목적물을 확인할 의무는 당연히 전제되어 여러 법조문 및 판례에서 드러나거니와, 명백한 하자과 숨은 하자를 구별하여 처리하는 방식도 찾을 수 있다. 매매에 있어서는 '경험칙상' 고지의무를 인정한 경우도 있고, 매매의 부수적 의무로서 고지의무를 인정한 경우도 있다. 이와 관련하여, 경우에 따라서는 불법행위책임이 문제되고, 또 경우에 따라서는 채무불이행책임이 문제된다.

이 논문에서는, 신학대전의 사료와 로마법 사료를 검토하고 현재의 판례의 태도를 확인하는 데에 그친다. 그 세 점을 이어나가는 연구 및 로마법의 각 개소와 우리 판례 각각을 보다 심도 있게 분석하는 연구는, 향후의 과제로 남겨 두기로 한다.

[주제어] 토마스 아퀴나스, 신학대전, 하자의 고지의무, 숨은 하자, 로마법

I. 序言

중세에 대하여는 여러 평가가 있다. 보기에 따라서는 암흑과 같고, 또 어떨게 보면 신비롭기도 하다. 그러나 최소한 법학의 관점에서는 중세에도 법 발전에 지대한 영향을 미친 여러 요소들이 있다. 법의 변혁의 기초가 되는 혁명적인 상황을 포함하고 있었다고 설명되기도 한다.¹⁾ 이러한 중세의 법 발전의 한가운데에 토마스 아퀴나스가 있고, 그의 저작 신학대전(Summa Theologica)에 법에 관한 그의 생각이 드러나 있다. 토마스 아퀴나스의 신학과 철학에 대하여는 상당한 연구 성과가 존재하거니와 그의 법이론에 관하여도 관심이 많아지고 있다. 그러나 총론으로서의 법이론을 넘어 신학대전 등 그의 저작에서 드러난 개별 사례에 관한 논의는 많지 않아 보인다. 그러한 개별 사례에 대한 검토는 토마스 아퀴나스의 전체 이론을 이해하는 데에 도움을 줄 뿐만 아니라, 중세의 법관념과 그 바탕이 되는 사회상을 이해하는 데에도 의미가 있다고 생각한다.

1) Harold J. Berman, *LAW and REVOLUTION—The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: Havard University Press, 1983), p.86.

한편, 주지하는 바와 같이 법은 경각심을 가진 깨어있는 시민을 위한 것 (Ius vigilantibus scriptum)이라는 고전기 로마법의 자유주의·개인주의가²⁾ 독일 민법전과 같은 근대 민법의 기초가 되었고,³⁾ 그에 대한 극단적인 반작용으로 나치의 법이론까지도 있었으나,⁴⁾ 현대에서는 자유주의·개인주의를 바탕으로 하여 후견적인 역할을 어느 정도는 수용하는 법적 구성이 일반적이다.⁵⁾

토마스 아퀴나스의 법이론은 자연법론을 바탕으로 하되 당대에 재발견된 로마법 연구 성과의 영향과 기독교적 사상, 그에 바탕을 둔 윤리의식이 혼합되어 있다.⁶⁾ 즉, 자유주의에 기초한 로마법 논리를 수용하면서도 기독교적 공동체 의식으로 이를 수정, 보완한다. 이는 자유주의와 공동체주의 사이의 어딘가를 고민하는 우리의 현실에서도 시사점을 줄 수 있다고 생각한다.

이하에서는 그러한 노력의 일환으로 신학대전에 나타난 ‘매매에 있어 하자의 고지 의무’와 관련된 개소(신학대전 II-II q.77 a.3,⁷⁾ “매도인이 매도된 물건의 하자를 말하여야 하는 의무가 있는지”)에 대하여 살펴보고자 한다(아래 II 및 III.1).⁸⁾ 또한, 그와 관련하여 로마법, 그리고 현행 민법의 논의를

2) D.42.8.24.

3) 보통법에서 널리 인정되었던 *laesio enormis* 등이 포함되지 않는 등의 BGB의 입법 배경 및 그 내용에 관한 개관은 Franz Wieacker(translated Tony Weir), *A History of Private Law in Europe* (New York: Clarendon Press · Oxford, 1995), pp.381-383.

4) 이에 대한 간단한 설명으로, 김진우, 「독일의 채권자지체론-채권자지체의 법적 성질을 중심으로」, 『한독법학』 제15호(한독법률학회, 2004), 197-200면.

5) 예컨대, BGB §243, 우리 민법 제375조는 종류채권에서 따로 정해지지 않은 경우 중등품질의 물건으로 이행할 것을 언명하고 있으나, 로마법에서는 품질을 정하지 않은 경우 최저 품질의 것을 급부하는 것으로 족하다고 하였다. D. 17.1.52. 참조. {이 개소의 번역은, 대표저자 최병조, 『한국민법의 로마법적 배경과 기초-민법 제372조~제407조』(법무부, 2013), 77면 참조.}

6) 토마스 아퀴나스에 의하면, 물건의 소유권은 (그 권능 중 일부가 인간에게 위탁되었긴 하지만) 오직 하느님에게 속한다(II-II q.66 a.1). 토마스 아퀴나스의 소유권 사상의 기초를, 인격성과 공유, 공익으로 보아 공익성을 강조하여 보는 II-II q.66에 관한 연구로는, 윤철홍, 「토마스 아퀴나스의 소유권 사상」, 『법철학연구』 제10권 제2호(한국법철학회, 2007), 241-268면.

7) 이는, 신학대전 제2부 제2편 제77문 소문 3을 의미한다. 이 글에서는, 신학대전과 관련하여 본문에 제시한 형식으로 간략하게 인용하도록 한다.

8) 이 개소에 대한 번역 및 검토는 拙稿, 「신학대전 제2부 제2편 제77문(매매에 있어서의 사기) 연구」(서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2006)에 있는 것을 바탕으로 하여 수정, 보완하였다. 위 석사학위 논문에서는, 소문 1, 2에 나타난 *laesio enormis*와 *iustum pretium*에 관한 것이 보다 중점적으로 논의되었다.

더하여, 로마법, 신학대전, 현행 민법이라는 세 점을 다루어 보고자 한다(아래 III.2, III.3). 한편, V에는 개소 전체의 대역을 덧붙인다.

II. 신학대전 개소 II-II q.77 a.3의 주요 내용⁹⁾

[질문] 3. 매도인이 매도된 물건의 하자를 말하여야 할 의무가 있는지

[대답] 나는 다음과 같이 답한다. 타인에게 위험 또는 손해의 계기를 제공하는 것은 언제나 위법하다. 비록 타인에게 항상 그의 이익 증진에 관련된 도움이나 조언을 주어야 할 필요는 없지만, 이것은 정해진 다른 경우에 한하여 필요하다. 예컨대 일방이 타방의 돌봄에 종속적이거나 그가 타인에 의해 도움을 받을 수 없는 사람인 경우가 그렇다. 그래서 매매를 위하여 물건을 내놓은 매도인은, 그 물건의 하자로 위험 또는 손해가 발생할 수 있다면, 그가 매수인에게 하자 있는 물건을 제공하였다는 그 사실 자체에 의해 매수인에게 손해 또는 위험의 계기를 제공한 것이다. 실로 손해란, 이러한 하자 때문에 팔려고 내놓은 물건이 저가의 것이 되지만, 매수인 자신은 이러한 하자를 이유로 그 대금으로부터 아무것도 감액할 수 없는 경우에 인정된다. 반면 위험이란 이러한 하자 때문에 물건의 사용이 저해되거나 유해하게 되는 경우, 예컨대 일방이 타방에게 빠른 말 대신에 다리를 저는 말을 매도하거나, 견고한 것 대신에 쓰러질 것 같은 집, 건강한 것 대신에 썩었거나 유독한 음식을 매도하는 경우이다. 그러므로 그와 같은 하자가 숨겨져 있고 매도인 스스로 공개하지 않는다면, 매매는 불법적이고 사기적인 것이며 매도인은 손해배상을 하여야 할 책임이 있다.

한편, 그 하자가 명백하다면 예컨대 말이 외눈이거나, 또는 물건의 사용이 매도인에게는 적합하지 않으나 다른 사람에게 유용하고 매도인이 그러한 하자 때문에 마땅한 만큼을 대금에서 감하는 경우에는, 물건의 하자를 밝힐 책임이 없다. 왜냐하

9) 이는 II-II q.77 a.3의 질문과 그에 대한 토마스의 답변만을 발췌한 것이다. 개소 전체의 원문 및 대역은 본고 말미 참조.

면 아마도 이러한 하자로 인하여 매수인은 감액해야 할 것보다 더 많이 대금에서 감액하려 할 것이기 때문이다. 그러므로 매도인은 물건의 하자를 침묵함으로써 자신이 손해 보지 않도록 정당하게 살필 수 있다. (강조는 필자)

Ⅲ. 검토 - “매도된 물건의 하자를 말하여야 할 의무가 있는지”

1. 신학대전 개소(II-II q.77 a.3)의 내용

1) 토마스 아퀴나스¹⁰⁾의 대답

(1) 논의의 바탕

‘매매에 있어서의 사기’를 표제로 하는 II-II q.77은 제2부 제2편 정의의 덕에 포함되어 있다. 제1부가 신의 존재 즉, 신앙의 발원(emanatio)을 중심으로 한다면, 제2부는 인간의 행위, 즉 귀환(reditus)을 다루고 있다. 또한 그 안에 있어 기본이 되는 인간의 행복, 행위, 덕, 법 등의 추상론을 설명하고 있는 것이 제2부 제1편이라면, 보다 구체적인 ‘덕’ 각각을 다루는 것이 제2부 제2편이다.¹¹⁾¹²⁾ 이 곳에서 토마스 아퀴나스는 우선 세 가지 신앙의 덕(믿음, 희

10) 토마스 아퀴나스의 일생을 간략히 보면 아래와 같다. 1225년 초에 나폴리 근처의 로카세카 성에서 아퀴노 대가문의 7번째 아들로 태어났다. 5세가 되어 베네딕토 수도회에 보내졌다가 나폴리 대학으로 가서, 논리학과 아리스토텔레스의 철학을 공부했으며, 도미니코 수도회를 알게 되어 19살에 도미니코회에 입단한다. 이후 가족에 의한 감금상태를 거쳐 파리에서 성 알베르투스 마그누스(Albertus Magnus, “대 알베르투스”)를 만나 그의 제자가 된다. 이후 파리 등에서 활동하게 되는데, 그 무렵에 저술된 것이 바로 신학대전이다. 아퀴나스의 생애에 관하여 비교적 간략하게 정리된 내용은, 박경숙, 『토마스 아퀴나스 신학대전』, 『철학사상』 별책 제3권 제10호(서울대 철학사상연구소, 2004), 1-2면. 보다 자세히는 앤터니 케니 저/서병창 역, 『아퀴나스』(시공사, 2000), 14-56면 참조.

11) 토마스는 제1부 제2문 서문에서, 제1부에서는 하느님의 존재와 그로부터 만물이 발생, 특히 이성적 피조물이 유래되어 옴을 말하고 제2부에서는 이성적 피조물인 인간의 하느님께로의 귀환을 논한다고 밝히고 있다(토마스 아퀴나스 저/정의채 역, 『신학대전 XVI』(바오로딸, 2000), 53면 각주). 제1부에서는 ‘발원’을, 제2부에서는 ‘귀환(또는 그를 위한 활동)’을, 그리고 제3부에서는 ‘이 귀환에 대한 기독교적 조건’들을 다룬다고 할 수 있다. 제1부에서 신은 능동인(能動因)이고 제3부에서 신

망, 사랑)을 세부적으로 분석한 다음, 지혜, 정의, 용기, 절제라는 네 가지 윤리적 덕을 상술한다. 여기에서 정의의 덕이 논의되게 되고, 그 정의의 덕과 관련된 논의 중에 제77문이 포함된다.¹³⁾ 매매에 관한 문제는 인간이 그 목적을 위한 행동으로서 지켜야 하는 덕목에 관한 것이다. 매매에서 정의를 지키는 것은 신에 대한 귀환의 방법이자, 인간 행복의 토대를 구성한다.

정의의 덕에 관한 부분에서는 형사적 논의 외에도 우리가 아래에서 살펴볼 바와 같이 민사적, 절차적 논의도 다루어지고 있다.

II-II q.77의 제1, 2문에서는 가격 면에서의 부당한 매매와 관련하여, 물건을 그 가치 이상으로 파는 것이 허용되는지(“제1문”), 매도된 물건의 면에서의 부당한 매매와 관련하여, 매도된 물건의 하자 때문에 매매가 부당하거나 불법하게 되는지(“제2문”)를 다루고 있고, 제4문에서는 상거래에서 물건을 매수한 가격 이상으로 파는 것이 허용되는지를 다루고 있다. 즉, 제3문은 제2문에서 설명된 하자 및 하자에 관한 매도인의 책임을 바탕으로 그 고지의무를 다루는 것이므로, 그 이전의 논의 내용도 고려할 필요가 있다.¹⁴⁾

(2) 토마스 아퀴나스의 결론

II-II q.77 제3문에서 토마스 아퀴나스는, 위험이나 손해를 발생시킬 수 있는 하자가 숨겨져 있는 경우 매도인 스스로 그 하자를 공개하지 않는다면, 이 때의 매매는 불법적인 것이고 사기적인 것으로 매도인은 손해배상 책임을 진다고 본다. 그러나 그 하자가 명백한 경우에는 매도인은 그 하자를 밝힐 필요가 없다.

신학대전의 일반적인 구성 방식에 따라¹⁵⁾ 제3문에 있어서도 토마스 아퀴

은 목적인(目的因)이 된다.

12) 신학대전의 구성 및 “summa”라는 형식의 의미에 대하여는, M.-D.Chenu, O.P 저/ 이재룡 역, 『성토마스 아퀴나스 입문』, 『성토마스 아퀴나스의 신학대전 요약』(가톨릭대학출판부, 2001), 582면 이하; 박경숙, 앞의 논문, 3-9면 참조.

13) 이는 제2부 제1편의 악습과 법에 관한 논의(I-II q.71-105)의 각칙의 성격도 가진다.

14) 그 주요 내용은 간단히 보면, 토마스 아퀴나스는 물건의 하자를 세 가지로 나누어 설명하며 매도된 물건의 하자가 있는 경우 원칙적으로 매매는 불법한 것이 된다고 한다. 제1문과 제2문의 번역은 줄고, 앞의 논문, 7-13면 및 39-45면 참조.

15) 신학대전의 각 개소는, ‘논거-반대논거-자신의 견해-논거에 대한 반론’의 순서로 진행된다.

나스의 의견과 상치되는 총 네 개의 논거 즉, 매도인이 매매목적물의 하자를 밝힐 필요가 없다는 네 가지 주장이 앞서 제시되는데, 토마스 아퀴나스는 그 각각에 대하여 반박한다.

먼저, 그 첫 번째는 매매에 있어 물건에 대한 판단은 매수인의 몫이라는 것이다. 이는 소위 “caveat emptor”¹⁶⁾ 원칙을 떠올리게 한다. 이는, 어느 범위에서 매수인이 그 책임을 부담하느냐의 문제로 이어진다. 이와 관련하여, 토마스 아퀴나스는 위 주장은 하자가 명백한 경우에만 해당하는 것으로, 그렇지 않은 경우에는 매도인의 고지의무가 존재한다고 본다(II-II q.77 a.3 ad 1).

두 번째는 선전자를 통해 매매 목적물의 하자를 광고하는 것은 스스로 자신의 매도를 방해하는 어리석은 짓이라는 주장이다. 이에 토마스 아퀴나스는 하자의 고지의무가 선전자를 통한 광고를 의미하는 것이 아니므로, ‘각각’의 매수 희망자에게 개별적으로 말하여지면 된다고 본다(II-II q.77 a.3 ad 2).

세 번째는, 덕과 하자를 빗대어, 하자보다 중한 덕에 있어서도 말할 의무가 없는데, 하자를 말할 의무가 있을 수 없다는 것이다. 토마스 아퀴나스는 모든 사람에게 덕을 말할 의무는 없지만, 자신의 행위로 인하여 손해를 입을 가능성이 있는 매수인에 대하여는 하자를 말할 의무가 있다고 한다. 여기서 ‘손해의 가능성’이 고려요소가 될 수 있다(II-II q.77 a.3 ad 3).

마지막으로 네 번째는 밀이 높은 가격으로 팔리는 곳에 가장 먼저 온 사람이 뒤에 오는 다른 사람들에 대하여 이야기할 필요가 없는 것처럼(공급이 늘어날 것이 알려지면 결국 가격이 떨어질 것이기 때문이다), 하자의 경우에도 고지할 필요가 없다는 주장이다. 토마스 아퀴나스는 물건의 현재의 하자과 장래의 외부적 상황을 구별하여, 후자의 경우에는 고지 의무가 없다고 보면서, 다만 그것을 말하는 경우 덕이 풍성해진다고 한다(II-II q.77 a.3 ad 4).

한편, 토마스 아퀴나스는 위 네 개와 반대주장으로서 하자의 고지의무를 인정하는 암브로시우스의 견해를 인용하는데, 그것이 토마스 아퀴나스의 주

16) 뒤에서 보듯이 이는 이미 로마법에서부터 인정된 관념이지만 그 용어는 로마법상의 것은 아니고 영미의 common law와 관련이 있다. 한편, 통상 caveat emptor를 매수인 위험부담주의, 매수자 위험부담주의라고 부르나, 이는 민법상의 위험부담제도와 혼동의 우려가 있으므로 적절한 표현은 아니라고 생각한다.

장과 완전히 같은 맥락에 있는 것인지는 다소 의문이 있다. 아래에서 간단히 언급하는 것과 같이 포괄적인 선언에 그치고 하자의 종류 등에 대하여 토마스 아퀴나스와 같은 구별을 한 것으로는 보이지 않기 때문이다.

2) 개소 내용의 분석

(1) 고지의무의 발생

매매¹⁷⁾의 대상인 물건에 (숨은) 하자가 있는 경우 그 고지의무의 존재에 대하여 토마스 아퀴나스가 긍정함은 위에서 본 바와 같다. 그렇다면 그 의무는 어디에서 발생하는가?

그는 매매는 법이 인정하는 사회 유지제도로서¹⁸⁾ 만민법의 문제로 보고 있다.¹⁹⁾ 계약의 본질에 있어 의사의 합치를 중시한 점을 고려할 때, 매매 계약의 핵심 요소는 합의와 교환적 정의이다.²⁰⁾

그런데 그는 하자의 고지의무는 매매의 부수적 의무로 보지 않고 윤리적 의무로부터 도출하는 것으로 보인다. ‘타인의 위험 또는 손해의 계기를 제공’하는 것은 언제나 위법하여 그러한 계기를 제공하여서는 안 된다는 의무가 생긴다고 보기 때문이다. 매매에 한정된 것이 아니라 타인에게 손해와 위험의 계기를 제공하지 않을 ‘일반적’인 의무가 매매에 있어 하자의 고지의무로 구체화하는 것이다. 토마스 아퀴나스는 이와 같은 특정한 윤리적 의무를 법적인 의무로도 파악하여 접근하고 있다.

17) 토마스의 매매법에 대하여는 줄고, 앞의 논문, 99-110면 참조. 이에 따르면 토마스의 매매법 역시 로마법의 영향을 상당히 많이 받고 있다.

18) I-II q.105 a.2(“법은 물건의 소유에 있어서 세 가지를 보장하는데 그 세 번째가 매매 등 물건의 이전의 보장이다.”)

19) I-II q.95 a.4 ad 1: Et secundum hoc dividitur ius positivum in ius gentium et ius civile, secundum duos modos quibus aliquid derivatur a lege naturae, ut supra dictum est. Nam ad ius gentium pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis, ut iustae emptiones, venditiones, et alia huiusmodi, sine quibus homines ad invicem convivere non possent.

20) 토마스가 제1문, 제2문에서 정당한 가격을 강조하는 이러한 교환적 정의로부터 나오는 것으로 볼 수 있다.

물론, 여기서 고지의무는 매매의 등가성을 유지하기 위한 수단으로서도 의미가 있다. 토마스 아퀴나스는 “정당한 가격”(iustum pretium)과 관련하여서는, ① 매매에 있어 물건의 가치 이상으로 파는 것을 사기로써 불법적인 것으로 보면서,²¹⁾ ② 다른 한편 매매의 등가성을 강조하고 있는데²²⁾ 본 개소에서 “손해란, 이러한 하자 때문에 팔려고 내놓은 물건이 저가의 것이 되지만, 매수인 자신은 이러한 하자를 이유로 그 대금으로부터 아무 것도 감액할 수 없는 경우”에 인정하는 이상, 이와 같은 손해의 계기를 제공하는 것은 매매에서의 등가성을 해하는 것이고 그를 시정하기 위하여 고지의무를 인정하는 것으로도 볼 수 있기 때문이다. 다만, 토마스 아퀴나스는 윤리적 의무를 보다 앞에 내세운 것으로 볼 수 있다.

(고양된) 윤리적 의무가 법적인 의무로 인정되는 것은 이미 다른 개소에서 많이 나타날 뿐만 아니라, 그가 사용하는 전거 등에서도 자주 등장한다.²³⁾²⁴⁾ 이는 아퀴나스가 윤리신학적 사고를 바탕으로 하여, 자신의 법체계 내에서 신법을 이미 하나의 실정법으로 보고 있는 것과도 관련된 것으로 보인다.²⁵⁾

토마스 아퀴나스가 윤리적 의무로부터 법적인 하자고지의무를 끌어왔다는 것은 그가 인용한 지지논거, 즉 암브로시우스와도 관련되어 있다. 그가 인용한 내용의 다음 부분을 보면, 단순히 매매에 한정되지 않는 포괄적, 일반적 행위 의무를 인정하여 악의가 제거되어야 한다고 선언하고 있기 때문이다.²⁶⁾

21) II-II q.77 a.1 co.

22) II-II q.77 a.1 ad 1 및 ad 3.

23) 아리스토텔레스의 윤리학이나 암브로시우스의 윤리학 등의 논의가 자주 활용되는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

24) 토마스는 II부 자체가 도덕적인 논의를 다루는 것이라고 밝히고 있다(I. q. 84. 서문).

25) I-II q.91 a.4 co.

26) Ambrose, *De officiis v.I* (Edited with an Introduction, Translation and Commentary by Ivor J. Davison), 1 (London: Oxford University Press, 2001), pp. 394-395 (III. 65-75). “따라서 계약에서 매도되는 물건의 하자는 고지되어야 하는바, 매도인이 그것을 고지하지 않았다면 비록 이미 그 물건이 매수인의 권리로 이전되었더라도, 그 계약이 사기 행위를 이유로 무효가 되는 계약에서만 아니라 모든 행위에서 악의(사기)는 제거되어야 한다. 솔직함이 나타나야 하고, 진실이 선언되어야 한다.”(강조는 필자)

그러나 토마스 아퀴나스는 고지의무가 발생하는 상황에 관하여는 어느 정도 제한을 가하고 있다. 즉, 거래상대방이 아닌 모든 사람에게 일반적으로 알릴 필요는 없다는 것이다.

한편, 토마스 아퀴나스는 매매에 있어 고지의무가 발생하는 상황, 즉 타인의 손해와 위험이 발생하는 상황과 관련하여, 손해와 위험의 정의를 내린 후에 몇 가지 예를 들고 있다. 먼저, 손해란, 하자 때문에 목적물의 가격이 낮아져야 함에도 불구하고 하지를 이유로 감액할 수 없는 경우에 발생하고, 위험은 이러한 하자 때문에 물건의 사용이 저해되거나 유해하게 되는 경우, 예컨대 일방이 타방에게 빠른 말 대신에 다리를 저는 말을 매도하거나, 튼튼한 것 대신에 쓰러질 것 같은 집, 싱싱한 것 대신에 썩었거나 유독한 음식을 매도하는 경우에 발생한다.²⁷⁾ 즉, 손해는 매매 대금에 비추어 물건이 그 값을 못하는 정도를 말하고, 위험은 하자로 인하여 매매의 목적이 달성되지 못하거나, 나아가 기타의 손실이 발생할 가능성을 말하는 것이다. 이러한 개념 정의 및 예시에 비추어 그는 위험을 생각함에 있어서, ‘불완전이행에 의한 확대손해’ 즉 하자가 유발하는 확대손해에 대하여도 인식하고 있는 것으로 보인다.

(2) 고지의 대상

(가) 물건의 하자

먼저, 물건의 하자가 존재하여야 한다. 토마스 아퀴나스가 하자에 대하여 따로 정의를 하지는 않지만, 일반적인 그의 정의 방법에 따라 추론할 수는 있을 것이다. 그는 어떤 행위의 본질은 그것을 수행하는 목적으로 정의된다고 보고, 아리스토텔레스의 목적론적 고찰을 통해 목적으로부터 정의를 이끌어내는데,²⁸⁾²⁹⁾ 이를 통하여 하자의 개념도 이끌어낼 수 있을 것이다

27) 물론 여기서의 위험은 라틴어로는 같이 *periculum*이지만, 소위 ‘위험부담’이나 ‘위험의 이전’ 등에서 사용되는 위험이 아니라 사실상의 위험을 의미한다.

28) James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (New York: Clarendon press · Oxford, 1991), p.15.

토마스 아퀴나스는 “매도인이나 매수인이 매도된 물건의 숨겨진 특질들을 인식하는 것은 필요가 없고, 오히려 그로써 물건이 인간의 사용에 합당하게 되는 그러한 품질만을, 예를 들어 말이 강하고 잘 달리는가와 같은 것만을 인식하여야 한다.”라고 설명하고 있는바,³⁰⁾ 인간의 사용에 합당하게 되어야 하는 물건이 그에 미치지 못하게 되는 경우 그 흠이 바로 하자라고 이해할 수 있다. 즉, 그가 말하는 하자는 객관적인 용도적합성에 초점이 맞추어진 것으로 이해할 수 있다.

(나) 덕의 설명의무와 하자의 고지의무의 구별

덕이라는 것이 하자보다 더 중요한 윤리적 요소이고, 인격(신앙)의 고양에 더 중요한 것이기는 하지만, 그러한 점이 그를 언급할 의무와 직접적인 관련이 되는 것은 아니다. 덕은 현상태를 기준으로 보다 고양된 위치로 올라가기 위한 것이고(“플러스” 효과), 하자는 현상태보다 못한 상태로 내려갈 위험을 안고 있는 것이다(“마이너스” 효과). 아퀴나스의 교환적 정의는 등가성을 요구하는데, 하자가 있는 상태 그리고 그 하자를 모르는 상태는 그러한 등가성을 해할 수 있고 이는 정의, 도덕법에 반한다. 따라서 이는 단순한 덕의 문제와는 차이가 있는 것이다.

토마스 아퀴나스는 누구나 ‘타인에게 위험 또는 손해의 계기를 제공’하지 않을 의무를 부담한다고 본다. 플러스 효과를 내는 것은 선한 행동으로 권장되기는 하나, 법적인 의무에 이르지 못한다. (물론, 아퀴나스에 의하여도 ‘일방이 타방의 돌봄에 종속적이거나 그가 타인에 의해 도움을 받을 수 없는 사람인 경우’와 같이 ‘정해진 일정한 경우’에는 그러하지 아니하다.) 이러한 구별은 질서를 수호하는 법의 보수적인 역할을 고려할 때, 합리적인 근거가 된다고 생각한다. 그는 내부에서 이끄는 ‘덕’과 외부에서 이끄는 ‘법’을 구별하고 있다.³¹⁾

29) 이와 같이 목적론적으로 정의하는 것은 초기 자연법론의 특징이기도 하다. John Finnis, “Natural Law: The classical tradition”, *The Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*(Oxford University Press, 2002), p.8.

30) II-II q.77 a. 2 ad 3.

(다) 물건의 하자과 외부적 상황의 구별

II-II q.77 a.2에서 논의되는 상황은, 키케로의 <의무론>에 나타나는 사례를 염두에 둔 것 같다. 곡물부족으로 곡가가 폭등한 로도스에 곡물을 싣고 가는 상인이 다른 상인들이 자신의 뒤에 도착할 것이라고 말하여야 할 의무가 있는가?³²⁾ 이에 대하여 의견 대립이 있지만, 아퀴나스는 의무가 없다는 입장을 취한다. 거래 관계에서 매도인의 고지의무는 어디까지 미치는가?

토마스 아퀴나스는 이러한 범위 판단에 시간적인 요소를 하나의 기준으로 삼고 있다.³³⁾ 즉, 물건의 하지는 ‘현재의 것’이나 다른 매도인들이 올 것이라는 점은 ‘장래의 것’인바, 거래를 하는 매도인으로서는 현재 자신의 물건에 존재하는 하자만을 말하면 된다고 본다. 장래의 상황에 대하여 알릴 필요는 없다.³⁴⁾ 이는 합리적인 구별이라고 볼 수 있다. 매도인으로서 매매 시점에서 매매 목적물에 대하여만 책임이 있기 때문이다.

이러한 결론과 관련하여 한 가지 기준을 더 생각할 수도 있다. 물건의 하자과 외부적 상황이 그것이다. 물건의 하지는 매매의 목적물에 관한 것이나, 다른 상인들이 몰려오는 것은 매매의 목적물과 무관한 외부적 상황이다. 물건 자체는 매도인의 책임 범위 안에 있는 것이지만, 그 외부적 상황은 매도인과 특별한 관련이 없다.

(라) 명백한 하자과 숨은 하자의 구별

토마스 아퀴나스는 하자를 몇 가지 기준으로 구별한다. 그 첫 번째가 하자의 성질에 의한 것이고, 다른 한 가지가 하자의 명백성에 의한 것이다.

먼저, 그는 하자를 ① 물건의 형질에 관한 하자, ② 물건의 양에 관한 하자, ③ 물건의 품질에 관한 하자로 나눈다. 첫 번째는 목적물이 아닌 다른 종류가 섞여 형질상 하자가 있는 것이고, 두 번째는 고의로 도량형을 조작하여 그 양에 차이가 있는 것이며, 마지막은 갖추어야 할 상태에 못 미치는 경

31) Armand A. Maurer, *Medieval Philosophy* (New York: Random House, 1968), p170.

32) 키케로 저/ 허승일 역, 『키케로의 의무론』(서광사, 1989), 206면 (III, 12, 50).

33) 토마스가 법적 판단에 공간적 요소를 고려한 내용은, II-II q.77 a. 2 ad 2.

34) II-II q.77 a. 3 ad 4

우이다.³⁵⁾ 그런데, 이러한 구분은 효과 면에서 특별한 차이가 없다.³⁶⁾

본건 개소에서는 명백한 하자와 숨은 하자가 구별된다. 토마스 아퀴나스는 하자가 숨겨진 경우에는 그 하자를 매도인 스스로 공개하여야 하지만, 명백한 하자의 경우에는 그러한 고지의무를 부정한다.

(3) 고지의무 위반의 효과

토마스 아퀴나스는 고지의무가 인정되는 경우 하자를 스스로 공개하지 않는 경우에는 손해배상을 할 책임을 인정한다. 명시적으로 형사책임을 인정하지 않지만, 그 매도를 불법적이고 사기적인 것으로 보는 이상(illicitat et dolosus), 경우에 따라 형사책임을 인정될 수 있을 것이다.

여기서의 손해배상을 그가 채무불이행 책임으로 보고 있는 것인지, 아니면 불법행위책임으로 보고 있는 것인지 분명하지 않다. 다만, 고지의무가 매매계약에 부수하는 것이라기보다는 고양된 윤리적 의무라고 보고 그 위반을 “사기적”인 것으로 보는 이상 불법행위책임에 가깝지 않은가 추측할 수 있다.

2. 로마법의 영향

1) 토마스 아퀴나스의 시대와 로마법

토마스 아퀴나스가 위와 같은 결론에 이른 데에 있어서는 다음의 몇 가지 요소가 고려되어야 한다.

먼저, 당대의 사회 경제 구조이다. 그가 살아간 13세기는 십자군 전쟁의 시기이고, 그 무렵 교황권과 왕권의 투쟁이 계속되었다. 신앙뿐만 아니라 학문과 생활에서도 사제들의 역할이 커지고, 교회법도 점차 틀을 갖추어 간다. 대학과 더불어 스콜라 철학도 정점을 향해 발전해 갔다. 한편, 농업 및 상업도 폭발적으로 성장하게 되었는데, 금전 교역이 공고해지고 도시의 발전도

35) II-II q.77 a. 2 co.

36) II-II q.77 a. 2 co. (“이 모든 사례들에서 그 행위자는 부정한 매매를 행함으로써 죄책이 있을 뿐만 아니라 더욱이 원상회복의 책임도 있다. 만약 위에서 말한 매매 목적물의 하자에 대하여 알지 못하는 상태에서 하자가 있다면, 그는 죄가 없다.”)

두드러졌다.

학문적인 측면에서는 다음 두 가지를 빼놓아서는 안 된다. 그 첫번째가, 아리스토텔레스의 영향이다. 토마스 아퀴나스는 ‘세례 받은 아리스토텔레스’라고 불릴 정도로 아리스토텔레스의 철학으로부터 많은 영향을 받았다. 토마스 아퀴나스는 그의 니코마코스 윤리학에 주석을 다는 등 연구에도 매진하였다. 다만, 그렇다고 하여 그 영향을 과대평가하여서도 안 되는데, 그것은 토마스 철학의 독창성을 해할 수 있기 때문이다.

한편, 무엇보다 로마법의 영향을 빼놓아서는 안 되는데, 중세라고 하더라도 로마법의 역할이 무의미했던 것은 아니었지만, 12세기 초반 로마법 대전이 발견되면서 그 연구가 가속되어 13세기에는 그 전성기를 맞이하였기 때문이다. 이와 같은 로마법 연구의 급속한 발전은 비록 나라에 따라 다르지만 법문화 혹은 법인식에 엄청난 영향을 미쳤음이 분명하다.³⁷⁾ 이러한 로마법 연구는 다시 교회법에 상당한 영향을 미쳤고, 교회의 사법관할권이 세속의 법률사건에도 미치게 되면서 로마법과 교회법은 교호작용을 하게 되었다.³⁸⁾

로마법의 영향은 토마스 아퀴나스에게도 찾아볼 수 있는데,³⁹⁾ 이하에서 본건 개소와 관련하여 보다 구체적으로 살펴보도록 하자.

2) 토마스 아퀴나스에 대한 로마법의 영향: 로마법의 내용

본 개소의 질문을 로마법에 따라 설명한다면 어떻게 될까? 토마스 아퀴나스가 로마법의 영향을 받은 이상 그 결론에 있어서는 큰 차이는 없을 것으로 보인다. 이하에서 로마법대전(학설회찬)의 관련 개소를 간단히 살펴보고자 한다.

37) 마르크 블로크 저/한정숙 역, 『봉건사회 I』(한길그레이트북스, 2002), 301-308면; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), S. 44. ff.; Peter Stein, “The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law”, *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays* (edited by David L. Carey Miller and Reinhard Zimmermann) (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), pp.75-86 등 참조.

38) 정병호, 「로마법의 유럽 傳承과 유럽 統合」, 『서양고전학연구』 16(2001. 9.), 117-120면.

39) 토마스에 대한 로마법의 영향에 관하여는 James Gordley, *op. cit.*, p.3.

(1) Caveat emptor의 원칙

먼저, 매매에 있어서 매수인의 책임을 의미하는 common law의 원칙인 caveat emptor에 대하여 본다. 이 용어는 고전기 로마의 것은 아니지만, 그 취지 자체는 받아들여졌다.

실제 이는 모든 초기 법제도에서 찾아볼 수 있는 물품매매에 관한 원칙이다. 고대 게르만법에서도 같은 법원칙을 선언한 격언들이 있고(“지갑을 여는 자가 눈을 열어! Wer den Beutel auf tut, tue die Augen auf!”), 로마에 있어서도 법은 깨어있는 시민을 위한 것(*Ius vigilantibus scriptum*)이라는 전제에서 매수하는 家父(家長, *paterfamilias*)가 그 목적물을 확인하도록 했다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 현실 매매에서 눈 앞에서 거래가 이루어지는 이상 매수인이 매수하기로 결정하기 전에 스스로 확인하는 것이 기대되었기 때문이다.⁴²⁾ 이로 인하여 이후에 하자가 발견되더라도 계약 시에는 존재하지 않았던 것으로 인정되어 법률 관계를 명확하게 할 수 있었던 것이다.

매수인으로서의 매매 목적물에 특정한 하자가 없거나 특정한 성질을 가진다는 것을 보장 받기 위하여, 매도인에게 그 내용을 담은 문답계약을 요청할 수 있었다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 한편, 로마인들은 노예에 관하여, 일정한 요소를 고지하

40) 영미의 보통법에서 (특히 부동산 거래에 있어서) caveat emptor는 매우 자주 언급되는 원칙이다. 영미의 경우 18세기에 판례에 의해 인정되었다(James Gordley, *op. cit.*, p. 159). 다만, 영미에 있어서도 19세기에 ‘묵시적’ 계약조건을 인정하여 당초의 원칙은 어느 정도 후퇴하였다. P.S.Atiyah/John N. Adams/Hector MacQueen, *Atiyah’s Sale of Goods 12th edition*(London: Pearson Education Limited, 2010), p.139.

최근에는, 부동산 중개인의 책임과 관련하여서도 문제되고 있다. Dawn K. McGee, “Potential Liability for Misrepresentations in Residential Real Estate Transactions: Let the Broker Beware”, *Fordham Urban Law Journal*(1987)에서의 논의 참조. 우리나라의 경우에도 부동산 중개인의 수입인으로서의 선관주의의무와 관련한 고지의무를 인정할 예가 있다. 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009다83629 판결 참조.

41) D.15.3.3.9. 참조.

42) Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* (München: C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1993), p.307.

43) Reinhard Zimmermann, *ibid.*, p.310.

44) D.21.2.31 pr Ulp. 42 ad Sab.

Si ita quis stipulanti spondeat “sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse” et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem “furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse” utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid

도록 판을 만들어 입고 있도록 하기도 하였다.⁴⁵⁾ 이러한 문답계약에도 불구하고 물건에 하자가 존재하는 경우 그에 대하여는 약정책임으로서 매도인은 책임을 지게 되는 것이다.

(2) 명백한 하자과 숨은 하자의 구별⁴⁶⁾

어떻게 보면, 명백한 하자과 숨은 하자의 구별은 매수인의 확인의무를 의미하는 *caveat emptor*의 논리적인 귀결이다. 노예와 役畜의 경우 시장감독관 청인 고등안찰관의 고시법이 적용되었는데(이는 점차 전체 매매로 그 범위가 확대되었다),⁴⁷⁾ 실제 로마법상 *caveat emptor*은 고등안찰관의 하자담보에 관한 고시에 의하여 그 영향력이 증대되었다.⁴⁸⁾

숨은 하자과 명백한 하자를 다루는 대표적인 로마법 개소로 다음의 예가 있다.⁴⁹⁾

D.21.1.14.10 Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.

Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus

esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum “praestari”, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.

[어떤 자가 매수인에게 “그가 건강하고, 도둑이나 상여꾼이 아니”라고 문답 요약한 경우, 매도된 노예가 그러한 성질을 가진 때에는 불능이 되고 그가 그러한 성질을 가지지 않은 때에는 무의미하므로 그 문답계약은 효력이 없다고 여기는 몇몇이 있다. 그에 반하여, 나는 “그가 도둑이 아니고, 상여꾼이 아니며, 건강하다”라는 문답계약이 유효하다는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 이러한 문답계약은 그러한 성질이 존재하거나 존재하지 않는다는 데에 그 의미가 있기 때문이다. 그러나 이러한 성질의 노예에게 “보증한다”는 말이 부가되면, 그 문답계약은 훨씬 더 가치가 있을 것이다. 그렇지 않으면 안찰관에 의하여 제시된 문답계약이 효력이 없어, 이성적인 사람들에 의해 전혀 받아들여지지 않을 것이기 때문이다.]

45) Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, p311.

46) 이 글에서는 토마스 아퀴나스가 제시한 예들에 따라 물건의 하자에 한정하여 살핀다. 로마법상 권리의 하자에 있어서는 追奪擔保責任이 문제되었다.

47) 최병조, 『로마법강의』(박영사, 2004), 469면.

48) Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, p311.

49) 키케로의 의무론에도 이와 관련된 사례가 나온다. 건물 철거의 명령을 받은 자가 그 사실을 숨긴 채 건물을 매도한 경우, 매도인이 매수인에게 끼친 손해를 배상해주어야 한다고 하며, 다만 상대방이 그 하자를 이미 알고 있던 경우에는 그러하지 아니하다는 것이 로마법의 내용이라고 소개된다 (키케로 저/허승일 역, 앞의 책, 216-219면(Ⅲ. 6. 65 - Ⅲ. 17. 68))

potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit.

[질병에 관한 책임이 명시적으로 배제되지 아니한 경우라도,⁵⁰⁾ 그것이 (예컨대, 장님이 매수되었거나 머리카락이나 신체의 다른 부분에 흉터가 있는 경우와 같이) 누구나 인식할 수 있는 것이라면, 카일리우스 사비누스 Caelius Sabinus가 말한 바와 같이, 질병이 명시적으로 배제된 것과 마찬가지로 책임이 없다. 왜냐하면 안찰관의 고시는 오직 알지 못하였거나 알 수 없었던 질병과 하자에 관한 것이라고 인정되기 때문이다.]

토마스 아퀴나스의 숨은 하자과 명백한 하자 사이의 구별이 합리적 통찰의 결과일 뿐, 로마법과 무관한 것은 아닌지 의문이 들 여지도 있다. 그러나, 그는 교환적 정의를 기초로 한 덕을 설명하면서, 즉 매매에 있어서의 기망과 정당한 가격을 논함에 있어서, 수치레 로마법상 익숙하게 등장한 개념 및 예를 사용하였다. 즉, 정당한 가격에 관한 논의에 있어서(II-II q.77 a.1 ad 1) 그 가치의 절반의 가격으로 토지를 판 사람들에게 구제수단을 부여한 로마 사료를 인용하였고⁵¹⁾ 물건의 하자과 관련하여서도 병든 동물에 관한 로마의 예들을 인용하였다(II-II q.77 a. 3.).⁵²⁾ 한편, 이자부 소비대차와 관련해서 그것을 금지시키는 태도를 취하면서도, 어째서 로마법은 그것을 용인하려고 하는지를 설명하고자 하였다(II-II q.78 a.1.)⁵³⁾. 이러한 점에 비추어 명백한

50) D. 21. 1. 14. 9. 이 개소에서는 매도인과 매수인이 명시적으로 노예의 질병에 대한 하자담보책임을 배제한 경우를 설명하고 있다. 그러한 경우에는, 매도인이 알면서도 숨긴 경우에만 매수인은 약의 의 항변을 할 수 있다.

51) Codex 4. 44. 15. (이 개소에 대한 국문 번역은, 줄고, 앞의 논문, 22면 참조.)

52) D. 21. 1. 14. 10.

53) 이 개소는 우리가 다루고 있는 77문과 더불어 민사적인 내용을 직접 다루는 몇 안 되는 각론에 해당한다. 여기에서 토마스 아퀴나스는 기독교적인 바탕으로 고리대금업을 죄악시키는 기본 태도를 취한다.

하자와 숨은 하자의 구별 역시 (물론 아퀴나스가 가진 시각에 비추어서도 합리적이라고 인정되어 신학대전의 내용에 포함되었겠지만) 로마법상 나타나는 구별에 따른 것으로 볼 수 있으리라 생각한다.⁵⁴⁾

(3) 고지의무와 그 위반의 법적 효과

로마법에 있어서도 하자의 고지의무가 인정되었다. 위에서 설명한 안찰관 고시에 따르면, 매도인은 노예 매매시에 장애, 질병, 도벽 등 모든 하자를 매수인에게 고지할 의무가 있었고, 고지하지 않은 하자가 있는 경우 매도인의 선의·과실 여부를 불문하고 해제나 감액 청구를 할 수 있었다.⁵⁵⁾

D. 21, 1, 1, 1 Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.

Aiunt aediles: “Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis

54) 토마스 아퀴나스가 내린 여러 종류의 계약에 관한 정의들도 로마법에 기초한 것으로 생각된다. II-II q.100, q.117, q.61 a 3. 등.

55) 부동산의 면적에 대한 잘못된 고지에 관하여 부족분의 두 배에 관하여 배상책임을 지는 *actio de modo agri*가 가장 오래된 형태이나, 이는 유스티니아누스帝.법에서는 사라졌다. Jörs/Kunkel/Wegner, *Römisches Recht* (Berlin Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1949), S.233

iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus”.

[고등안찰관이 말하기를, “노예를 매도하고자 하는 자들은 매수인에게, 각 노예가 질병 또는 하자가 있는지, 도주 성향이 있는지 방랑벽이 있는지, 불법행위책임으로부터 벗어나지 못했는지를 밝혀야 한다. 또한 매도인은 그 노예가 매매에 이르렀을 때 이 점을 명백히 진실하게 알려야 한다. 그러나 이러한 명령에 반하여 혹은 매매 당시의 시민법에 따라 그에 대하여 보장된다고 설명, 약정된 바와 다르게 노예가 매도되는 경우, 매도인 및 그와 관련된 모든 자에게 그 노예가 반환되도록 소권을 부여한다. 반면, 노예(의 상태)가 매매 및 인도 후에 매수인이나 그의 노예, 관리인들에 의해 악화되거나 매매 이후에 노예의 자식이 태어나거나 무엇인가 취득되는 경우 그리고 매매에 있어 무엇인가 부속물이 그 노예에 부가되는 경우 혹은 매수인이 이로부터 과실을 수취한 경우에는, 매수인은 이 모든 것을 보상하여야 한다. 나아가, 매수인이 무엇인가를 부가적으로 이행한 경우 그에 관하여 상환 받아야 한다. 덧붙여, 노예가 중죄를 범하거나, 자신을 죽게 할 행위를 하거나 혹은 동물과의 투기장에 보내진 경우에는, 이 모든 것을 매도인은 매수인에게 알려야 한다. 왜냐하면 이 모든 경우에 소권이 인정되기 때문이다. 그 외에도 알면서도 이 명령에 반하여 악의로 매도되었다고 진술되는 경우 소권을 부여한다.]

따라서, 일반적으로 매도인은 매매 목적인 노예 등의 性狀에 대하여 일정한 言質, 言明을 하고 그에 반하는 점이 있는 경우에는 책임을 지게 된다. 그런데, 그와 같은 언질이나 언명이 없는 경우에도 책임을 인정한 사례도 있다. 다만, 그 기간은 일반적으로 6개월 내의 해제, 1년 내에 매매대금의 감액을 구할 수 있는 경우에 비하여 짧다.

D. 21, 1, 28, pr. Gai. 1 ad ed. aedil. curul.

Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses.

[매도인이 안찰관의 고시에 포함된 것에 대하여 아무런 보증도 하지 않는 경우, 안찰관은 그에 대하여 2개월 내에 해제할 수 있는 소권 또는 6개월 내에 매수인의 이익을 구할 수 있는 소권을 제공한다.] 56)57)

한편, 하자의 고지의무 위반에 있어 안찰관의 고시에 따라 책임을 지는 경우 외에, 매도인이 하자 없음을 보증하거나 증명하는 경우 혹은 하자를 은폐한 경우 매도인은 매수인 소권에 의해(actio empti) 매수인에게 발생한 손해를 배상하여야 했다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 이는 일종의 기망행위에 대한 책임으로 볼 수 있다.⁶⁰⁾

D. 19, 1, 4, pr. Paul. 5 ad Sab.

Si servum mihi ignorantem, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset.

56) D.21,1,19,6 참조.

57) 이 개소에 대한 최근 석의로는, Kazunoru Uemura, Zur Normstruktur des *Edictum aedilium curulium*. Exegese von D.21,1,14,9 und D.21,1,28., *Aus der Werkstatt römischer Juristen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2016), SS. 463-476. 이 석의에서는 안찰관의 고시의 성격, 그에 따르는 경우와 그에 따르지 않은 경우 등을 논리적인 순서에 따라 잘 정리하고 있다. 이에 따르면, “매도인의 기망행위로부터 매수인을 보호하고자 하는 안찰관 고시의 목적은 그에 합당하도록 당사자의 이익에 따라 단계단계로 구성되었다.”(S.476).

58) D.19,1,13 pr.: Jörs/Kunkel/Wegner, *a.a.O.*, S.233.

59) 키케로의 의무론에서도 “부동산매매에 대한 법을 고찰해 보건대, 우리 로마 시민법에는 어떤 거래가 이루어진 경우, 그 판매한 부동산의 하자는 판매자가 알고 있는 것은 다 털어 놓아야 한다고 규정하고 있다. 12표법에 의하면, 일일이 거명하면서 언급된 하자들은 충분히 변상되어야 하며, 하자가 없다고 이야기되었지만 후에 지적되어 하자가 문제된 경우에는 두 배의 벌금을 물어야 된다는 것이며, 심지어 하자를 숨기기 위해 침묵을 지킨 데 대한 벌금도 법률로써 우리 로마 법률가들에 의해 규정되었다.”라고 설명되고 있다(키케로 저/허승일 역, 앞의 책, 216면(III. 16. 65)). 그러나 원문에서는, 12표법과 관련하여 직접 ‘하자가 언급되지는 않아, 이 부분은 의역으로 보인다(“Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere”). 12표법 내용에 한정된 번역으로는 “12표법에 의하면 구술로 언명한 바를 급부하는 것으로 족하고 이를 부인한 자는 2배액의 벌금을 배상해야 하였던 반면에 법률가들에 의하여 또한 묵비에 대한 벌금이 정하여졌다.” 참조, 이 번역은, 최병조, 『十二表法(對譯)』, 『서울대학교 법학』 제32권(서울대학교 법학연구소, 1991), 165면.

60) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 [XIV](남효순 집필부분)』(박영사, 2002), 191면.

[만일 그대는 그 노예가 도둑이거나 범죄자임을 알고 있지만 나는 그 사실을 모르는 채 그대가 그 노예를 나에게 판다면, 비록 그대가 나에게 문답계약으로 두 배의 매매 대금을 약속하였더라도, 그대는 나에게 매수인 소권에 기해 내가 그러한 사실을 알았다면 얻을 수 있었던 이익에 대해 책임을 지는데, 왜냐하면 나에게 무엇인가 부족한 경우에 비로소 나는 그대를 상대로 문답계약을 근거로 소구할 수 있기 때문이다.]

3) 토마스 아퀴나스의 태도와 비교

전체적인 결론의 측면에서는 로마법의 태도와 토마스 아퀴나스의 태도는 큰 차이가 없다. 다만, 의무 도출의 방법에 다소 차이가 있다는 점을 지적할 수 있다. 그가 생각하는 정의에는 교환적 정의가 포함되는데, 매매에서는 이러한 교환적 정의가 주된 고려사항일 수 있다. 실제로 II-II 77 제1문에서 논의되는 정당한 가격론은 이러한 교환적 정의, 매매의 등가성이 크게 고려되었다. 그러나 토마스 아퀴나스는 하자의 고지의무에 있어서는 보다 원칙적이고 포괄적인 윤리 사상으로부터 이끌어낸다. 이는 그가 약속 준수 의무를 자연법에서 이끌어 내는 것과 같다.⁶¹⁾ 위에서 나타나는 바와 같이 로마법에서는 그와 같은 추상적인 논의를 바탕으로 고지의무를 끌어오지는 않는다.

3. 우리 현행 민법의 태도

1) Caveat emptor 원칙 관련

우리 민법에 명문으로 caveat emptor 원칙과 관련한 내용이 포함되어 있는 않지만, 그를 기초로 한 조항을 두고 있고(예컨대, 민법 제580조 제1항 단서⁶²⁾), 거래에 있어 매수인의 일정한 확인의무는 전제되어 있다. 판례를

61) II-II q. 88 a. 3 ad 1 “Ad primum ergo dicendum quod secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur, et haec est obligatio iuris naturalis.”

62) 민법 제580조 제1항은 “매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 명시하고 있는데, 이는 매수인에게 목적물을 확인할 의무가 있다는 것을 전제로 하여 그

보면, 예컨대 부동산을 매수하려는 당사자는 직접 현장을 확인해 보거나, 등기부, 지적도면 등에 의하여 부동산의 위치와 부근 토지의 상황 등을 점검하여 보는 것이 경험칙상 당연하다는 전제하에⁶³⁾ 매매 대상 건물 부지의 면적이 등기부상의 면적을 상당히 초과하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하여 이러한 경우 초과 부분의 경우에는 권원의 성질상 타주점유로 본다.⁶⁴⁾

이는 채권양도의 경우에도 마찬가지여서, 채권의 내용이나 양수인의 권리 확보에 위험을 초래할 사정을 조사, 확인할 책임은 원칙적으로 양수인 자신에게 있을 뿐이다. 따라서 채무자로서는 양수인이 채권의 내용 등을 실제와 다르게 인식하고 있는지까지 확인하여 위험을 경고할 의무가 없고 채권의 성립이나 소멸에 영향을 미치는 사정에 관하여 양수인에게 알려야 할 신의칙상 주의의무도 없어, 특별한 사정이 없는 한 불법행위가 문제되지 않는다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

물론 숨은 하자의 경우에는 매매 당시에 매수인이 찾아내는 것이 어려우므로 그 하자를 알게 된 이후에 이의를 제기하는 것이 가능할 것인데, 이의 제기의 방법에 정해져있는 경우 그를 포기한 이상 더 이상 하자를 다룰 수 없게 된다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 우리 상법 제69조 제1항은 “상인간의 매매에 있어서 매수인

를 다하지 못한 과실(주의의무위반)이 있는 경우를 상정한 것이다. 통상적으로는 물건에 대한 ‘검사의무’, ‘조사의무’가 있다고 설명된다. 집필대표 박윤직, 앞의 책, 516면.

63) 대법원 1994.10.14. 선고 94다22231 판결, 대법원 1995.3.17. 선고 94다48721 판결 등.

64) 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다5866,5873 판결 등 다수.

65) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2014다49241 판결.

66) 보증과 관련해서도 같은 법리가 적용된다. 즉, “보증제도는 본질적으로 주채무자의 무자력으로 인한 채권자의 위험을 인수하는 것이므로 보증인이 주채무자의 자력에 대하여 조사한 후 보증계약을 체결할 것인지의 여부를 스스로 결정해야 하는 것이고, 채권자가 보증인에게 채무자의 신용상태를 고지할 신의칙상 의무는 존재하지 아니한다”(대법원 2002. 7. 12. 선고 99다68652 판결). 다만, 최근 민법 개정으로 채권자가 보증계약의 체결 여부 또는 그 내용에 영향을 미칠 수 있는 신용정보를 보유하고 있거나 알고 있는 경우에는 그 정보를 보증에게 알려야 할 의무가 생겼다(민법 제436조의2).

67) 대법원 2001. 1. 16. 선고 98다58511 판결(“수용채결이 있는 후에 수용 대상 토지에 숨은 하자가 발견되는 때에는 불복기간이 경과되지 아니한 경우라면 공평의 견지에서 기업자는 그 하자를 이유로 재결에 대한 이의를 거쳐 손실보상금의 감액을 내세워 행정소송을 제기할 수 있다고 보는 것이 상당하나, 이러한 불복절차를 취하지 않음으로써 그 재결에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에는 기업자는 그 재결이 당연무효이거나 취소되지 않는 한 재결에서 정한 손실보상금의 산정에 있어서 위 하자가 반영되지 않았다는 이유로 민사소송절차로 토지소유자에게 부당이득의 반환을 구할 수는 없다.”).

이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견한 때에도 같다.”라고 규정하여 이런 취지를 명시하고 있다(강조는 필자).⁶⁹⁾ 검사를 하였어도 이 기간 내에 하자를 발견하지 못하였기 때문에 수령 후 6월 내에 통지를 못한 경우에도 매수인은 위 조항에 따른 불이익을 받는다.⁷⁰⁾

반면, 약관의 규제에 관한 법률 제3조 제3항의 설명의무(“사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.”)는 고객의 보호를 위하여 이러한 원칙을 일부 포기한 것이라고 볼 수 있겠다.⁷¹⁾

68) 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률이라는 특별법과 관련된 것으로서 직접 위 원칙이 적용되었다고 보기는 어렵지만, 실질상 위 원칙이 반영되었다고 볼 만한 사례도 있다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다14970 판결). 이 판결에서는 거래의 신속한 결제를 위하여 매수인이 목적물인 수산물을 수령한 때에는 현장에서 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우(하자 또는 수량의 부족 정도는 육안으로 식별할 수 없었던 불량품 또는 저질품이 다량혼입되어 현저한 손해를 끼칠 경우여야 한다)에는 매매현장에서 매도인에게 그 통지(이의신청)를 하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상청구를 하지 못하도록 되어 있는 조합과 중매인간의 수산물매매 거래에서, 다년간 새우젓의 경매에 관여하여 온 중매인으로서 위 경매당일 3드럼의 새우젓에서 석유냄새가 나는 것이 발견되기도 했던 점에 비추어 경매시에 석유냄새가 나는 새우젓을 다 가려 내지 못했더라도 위 경매 후에라도 지체없이 위 새우젓들을 검사하였더라면 석유냄새가 나는 새우젓을 감별해낼 수 있었을 것이고 위 인정의 공판규정에 따라 육안으로 식별할 수 없었던 불량품임을 주장하여 현장에서 즉시 이의하고 그 인수를 거부할 수 있었을 터인데 위에서 인정된 바와 같이 위 경매 후 아무런 검사도 하지 아니하고 바로 소매상들에게 위 매수한 새우젓들을 판매해 버렸기 때문에 위 경매 후 여러날이 지나서 소매상들로부터 반품이 있고서야 뒤늦게 위 하자를 알게 되어 피고에게 이의함으로써 원고가 준수하여야 할 위 공판규정상의 즉시이의신청규정을 위배한 것이어서 원고는 피고에게 위 하자로 인한 손해배상을 청구할 수 없게 되었다고 보았다.

69) 집필대표 정동윤, 『주식 상법-총칙상행위(1)(김연미 집필 부분)』 제4판(한국사법행정학회, 2015), 448-449면.

70) 집필대표 정동윤, 상계서, 551면. 한편, 대법원의 태도도 같다. 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다1584 판결(“상법 제69조는 상거래의 신속한 처리와 매도인의 보호를 위한 규정인 점에 비추어 볼 때, 상인간의 매매에 있어서 매수인은 목적물을 수령한 때부터 지체 없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야만 그 하자로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 있고, 설령 매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6월 내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 과실의 유무를 불문하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다고 해석함이 상당하다.”).

71) 일본의 소비자계약법 제3조에는 중요정보의 제공에 있어서 사업자의 노력의무가 규정되어 있다.

2) 숨은 하자과 명백한 하자의 구별 관련

(1) 민법 조문 및 해석론

우리 민법은 민법 제580조 등에서 ‘하자’를 언급하고 무과실책임으로 하자 담보책임을 인정하고는 있지만 명시적으로 숨은 하자과 명백한 하자를 구별하고 있지는 않다. 독일의 경우에도 명시되어 있지 않으나, 프랑스의 경우에는 민법 내에 명문의 규정이 있다.⁷²⁾⁷³⁾ 영미의 경우에도 Representative 책임이나 부동산 계약과 관련하여 로마법상의 구별이 그대로 적용된다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

그러나 실제 판례에서는 그 구별을 바탕으로 한 논의를 쉽게 찾을 수 있다. 대표적인 예가 다음의 것이다.

제작자의 재료에 의하여 주문자가 제시한 견본에 따른 제품을 제작·공급하기로 한 계약에 있어서는 제작자는 당연히 계약 내용에 따른 하자 없는 완전한 제품을 제작·공급할 의무가 있는 것이므로, 제작과정에서의 하자에 대하여 기술상의 이유 등 특수한 사정으로 주문자가 하자 발견 의무를 부담하는 특약을 하지 않은 이상 하자를 발견하지 못한 데 대하여 주문자에게 과실이 있다고 말할 수는 없고,

72) 독일 민법도 우리와 마찬가지로 명문의 구별은 없지만, 그 바탕이 되는 로마법의 이론은 그대로 수용되었다. 그러나 숨은 하자의 이론은 자연법론에 따라 법이 시정해야 하는 불평등한 경우의 하나의 예로서 이해되었다. Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, pp.305-306.

73) 프랑스 민법의 경우에는 명문으로 숨은 하자과 명백한 하자의 개념을 구별하고 있다. 즉, 제1641조에서는 “매매목적물의 숨은 하자과 인하여 그 목적물로부터 기대되는 용도로 사용하는 것이 부적절하거나, 매수인이 그 하자를 알았더라면 매매계약을 체결하지 않았거나 또는 원래의 매매대금보다 적은 액수로 매수하였을 정도로 물건의 용도를 감소시킨 때에는 매도인은 그 하자를 담보할 의무를 부담한다.”고 명시하고 있고, 제1642조에서는 “매도인은 명백한 하자 및 매수인 자신이 확인할 수 있었던 하자에 대하여는 담보책임을 지지 않는다.”라고 하고 있다. 번역은, 명순구, 『프랑스민법전』(법문사, 2004)를 따랐다.

74) *Halsbury's Laws of England* 3rd ed.(Toronto: Butterworth, 1954), p.211(“Patent defects are those that can be discovered by inspection and ordinary vigilance on the part of the purchaser. With respect to these, the ordinary rule is caveat emptor. Latent defects are those which would not be revealed by any inquiry which a purchaser is in a position to make before entering the contract.”)

75) 구체적인 사례를 보면, 예컨대, Supreme Court of British Columbia의 Don Trakalo and Mary Trakalo(원고)와 Robert Hodges and AND Shirley Hodges(피고) 사이의 사건(1995. 10. 25. 선고, New Westminster Registry No. S011976). 이 사건에서는 매매목적물인 부동산의 악취와 관련하여 숨은 하자를 이유로 계약위반의 책임을 물어 그를 제거하기 위하여 사용된 금액의 배상을 명하였다.

제품의 선적시 주문자측 직원의 검사가 이루어졌으나 이 검사는 대금지급을 위한 신용장상의 지급조건으로 명시되어 있어 이에 따라 이루어진 것으로서 신용장상의 이런 지급조건은 주문자로서 일단 검사해 보고 인수할 수 있다는 권한 유보의 규정이라고 해석될 뿐 아니라, 그 제품의 하자는 육안으로도 쉽게 확인될 수 있는 정도의 간단한 것도 아니고 제품을 해체하여 보지 않으면 발견하기 어려운 성질의 것이어서 그와 같은 숨은 하자를 발견하지 못한 점에 과실이 있다고 할 수도 없으므로, 주문자측이 하자의 발생이나 확대에 영향을 미쳤다고 볼 수 없어 이를 과실상계의 사유로 삼을 수 없다고 한 사례. (출처 : 대법원 1995.06.30. 선고 94다23920 판결 손해배상(기) [공1995.8.1.(997),2544])

이 관례에서 살펴봐야 할 주된 포인트는 두 가지인데, 그 첫 번째는 하자 담보책임의 경우 과실상계 가능성이고, 두 번째로 숨은 하자의 경우 매수인에게 어떠한 책임이 있는지의 문제이다.⁷⁶⁾ 우리가 주목하는 것은 두 번째의 점이다. 즉, 숨은 하자의 경우에는 그 하자를 발견하지 못한 데 대하여 주문자에게 과실이 있다고 볼 수 없다는 것이다. 매수인은 명백한 하자를 발견하지 못한 경우에는 그로 인해 발생한 손해를 감수하게 되나, 숨은 하자의 경우 그 대상이 아니다.

한편, 대법원은 담보책임의 본질론과 관련하여 “양도목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행책임으로서 본계약내용의 이행과 직접 관련된 책임인바”⁷⁷⁾라고 설시한 바 있고, 불법행위 책임과 관련해서도 숨은 하자가

76) 다만, 도급인이 그 하자에 대하여 알게 된 이후에는 수급인의 손해배상책임액 산정에 참작할 수 있다. 대법원 1990. 3. 9. 선고 88다카31866 판결(이 사건에서 대법원은, “제품 인수시의 검사 의무에 관하여 보더라도 이 사건 하자가 육안으로 쉽게 확인될 수 있는 정도의 간단한 것도 아니고 엑스선을 투시하거나, 제품을 해체하여 보지 않으면 발견하기 어려운 성질의 것이라는 점에 비추어 볼 때 원고가 제품인수시 어떤 수단을 써서라도 제품의 하자를 발견할 의무가 있다는 특약이 없는 한 위와 같은 숨은 하자를 발견하지 못한 점에 과실이 있다고 할 수도 없을 것이다.”라고 보면서, 그렇다고 하더라도 제작물공급계약에 따라 제품을 공급받아 외국의 수입상에게 수출한 도급인이 수입상으로부터 하자를 이유로 선적중지 및 품질검사통지를 받고서도 하자의 존재 여부를 좀더 확인해 보는 일이 없이 선적한 점에 관하여서는 적어도 선적 이후의 손해확대에 관한 한 과실이 있다고 하여 수급인의 손해배상액을 산정함에 있어 이를 참작하였다).

문제되는 경우가 있는데, 액화석유가스통에 숨은 하자가 있어 가스통 교체작업 중에 화재가 발생한 경우 실화책임의 법률과 관련하여 교체작업자의 중과실이 없다고 본 경우가 그 예이다.⁷⁸⁾

명백한 하자과 숨은 하자의 구별은 우리 민법상 하자담보책임의 기산점과 관련하여서도 큰 의미를 가진다. 민법상 매매 목적물에 하자가 있는 경우 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6개월의 제척기간이 있는데(민법 제582조), 이와 같은 매도인의 담보책임의 경우, 숨은 하자가 문제되는 경우에는 그 숨은 하자가 발견되는 시점이 제척기간의 기산점이 되고, 숨은 하자 이외의 하자가 문제되는 경우에는 그 인도시가 기준이 된다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

(2) 상법의 규정

우리 상법 제796조는 “운송인은 다음 각 호의 사실이 있었다는 것과 운송물에 관한 손해가 그 사실로 인하여 보통 생길 수 있는 것임을 증명한 때에는 이를 배상할 책임을 면한다.”라고 운송인의 면책 사유를 규정하고 있는데, 그 사유 중 하나로 “운송물의 특수한 성질 또는 숨은 하자”(제10호)를 명시하고 있다. ‘숨은 하자’의 개념이 명시적으로 사용되고 있는 중요한 예라고 하겠다.

상법상 해상운송과 관련하여 숨은 하자의 경우 운송인의 면책이 규정되어 있는 만큼, 이와 관련된 대법원 및 하급심의 판결은 상당수 존재한다.⁸¹⁾

3) 고지의무(설명의무)와의 연계

이하에서는 하자의 고지의무 혹은 그와 유사한 특정 상품에 대한 설명의무와 관련된 몇 개의 판례를 제시하고자 한다.⁸²⁾ 우리의 판례들은 사안에

77) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 91다17153(반소) 판결.

78) 대법원 1990. 2. 27. 자 89다카18792 결정.

79) 도급에 있어서는 ‘목적물의 인도를 받은 날로부터 1년’이 명시되어 있으므로, 하자의 성격에 따라 구별되지 않는다(민법 제670조 제1항).

80) 장준혁, 「동산의 제작물공급계약의 성질 결정」, 『民事判例研究 XXXV』(박영사, 2013), 458면.

81) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다21593 판결; 서울지방법원 1998. 6. 12. 선고 96나49925 판결 등.

82) 우리 민법 제559조 제1항(“증여자는 증여의 목적인 물건 또는 권리의 하자나 흠결에 대하여 책임을 지지 아니한다. 그러나 증여자가 그 하자나 흠결을 알고 수증자에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.”)에서 증여에 있어 하자의 고지의무를 예외적으로 인정한다.

따라서 불법행위책임과 채무불이행 책임을 문제 삼았다.⁸³⁾⁸⁴⁾⁸⁵⁾

먼저, 매매에서 ‘시가를 고지할 의무가 있는지에 관하여 우리 판례는 부정한다. 대법원은 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다54997 판결에서, “일반적으로 매매거래에서 매수인은 목적물을 염가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상 의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 목적물의 시가를 묵비하여 매도인에게 고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 낮은 가격을 시가라고 고지하였다 하더라도, 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없으므로 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.”라고 판시하고 있는바, 이 내용은 ‘정당한 가격(iustum pretium)’을 긍정하는 아퀴나스의 입장에서는 수용할 수 없을지 모르지만,⁸⁶⁾ 경제적 자유주의를 핵심 특성으로 한 로마법에서 이미 선언된 내용과 동일하다.⁸⁷⁾

그러나, “재산적 거래관계에 있어서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 구체적인 사정을 고지하였다면 상대방이 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것임이 경험

83) 변론주의에 따라 당사자가 어떤 주장을 하였는지도 영향을 미쳤을 것이다.

84) 참고로, 독일에서는 BGB §242의 신의칙을 매개로 하여, 매수인의 계약 체결에 있어 명백히 중요하고 거래 관념상 기대되는 사정에 관하여는 매도인은 그것을 명시할 의무가 있다고 보고 있다 (BGHZ 132, 34 등).

85) 일본의 경우 일본 민법 제572조(“매도인은 제560조부터 전조까지의 규정에 의한 담보책임을 부담하지 아니한다는 취지의 특약을 할 경우에도 알고도 고지하지 않은 사실 또는 스스로 제3자를 위하여 설정하거나 제3자에게 양도한 권리에 관하여는 그 책임을 면할 수 없다.”) 등을 고려하여 일반적으로 채무불이행 또는 하자담보책임 관련하여 논의된다. 위 조문과 동일 취지의 우리 민법 조문은 제584조.

86) II-II q. 77 a. 1. co.

87) D. 19, 2, 22, 3 Paul. 34 ad ed.

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. (“매매에서 더 비싼 물건을 싸게 사거나, 더 싼 물건을 더 비싸게 파는 것 또한 그래서 상호이익을 취하는 것이 자연히 허용되는 것처럼, 賃約에 관한 법에서도 그러하다.”)

칙상 명백한 경우 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 그러나 이 때에도 상대방이 고지의무의 대상이 되는 사실을 이미 알고 있거나 스스로 이를 확인할 의무가 있는 경우 또는 거래 관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 경우 등에는 상대방에게 위와 같은 사정을 알리지 아니하였다고 하여 고지의무를 위반하였다고 볼 수 없다.”라고 판단한 판례도 있다.⁸⁸⁾⁸⁹⁾ 여기서는 상대방에게 위험과 손해가 발생할 가능성이 고려되고, 그 의무를 매매계약 혹은 그에 의해 생성된 관계로부터 곧바로 도출하는 것이 아니라 신의칙상 원칙을 언급하고 불법행위 책임을 문제 삼고 있다는 점에서 토마스 아퀴나스의 견해와 같은 맥락이라고 볼 여지도 있다.

한편, 매매 목적물에 존재하는 하자과 관련하여서는, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다79742 판결은 이를 고지할 의무가 있다는 전제에서, 매도인인 주식회사가 매매목적물에 존재하는 하자를 고지하지 아니하여 채무불이행책임의 존부가 문제되는 경우⁹⁰⁾ 채무자인 주식회사가 그 하자의 존재를 미리 알았는지 또는 알 수 있었는지에 관하여는 원칙적으로 주식회사를 대외적으로 대표할 권한이 있는 대표이사의 인식을 기준으로 하여야 한다고 보고 있다.

최근 ‘토지 소유자가 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 처리하지 않은 상태에서 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 한 경우’에 관한 사안에서 그 행위자의 불법행위책

88) 대법원 2014.7.24. 선고 2013다97076 판결 이 판결은 의사표시와 관련하여 고지의무 위반을 이유로 기망으로 인한 취소가 가능한지에 관한 것이다. 유사한 취지의 것으로 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812 판결이 있다(아파트 분양 광고에 있어서 공동묘지의 존재를 고지할 의무에 관한 것).

89) 이러한 고지의무의 발생 근거가 지나치게 포괄적이라고 비판하는 견해로는, 김재형, 『민법판례분석』(박영사, 2016), 173면. 한편, 상대방이 알았거나 알 수 있는 경우에는 그 의무를 면한다는 점은 약관의 규제에 관한 법률상 설명의무에 관한 판례의 법리와 상통한다. 대법원 2010.5.27. 선고 2007다8044판결 등 참조.

90) 다만 이 사안에서는 어떠한 근거로 채무불이행책임이 문제되었는지가 명확하지 아니하다. 당사자 간의 계약 내용 중에 고지의무가 명시된 것인지 아니면 매매의 부수적인 의무로서 하자의 고지의무가 포함된다고 본 것인지는 드러나지 않았다.

임 준부가 문제되었는데, 주목할 만한 논거가 제시되었다.⁹¹⁾

이는 반대의견에서 나타나는데,⁹²⁾ 불법행위 책임을 인정한 다수의견과 달리 반대의견⁹³⁾에서는 ① 토지의 매수인이 토양오염 사실을 충분히 알고 있었고 매수 목적 달성에 전혀 영향이 없음을 확인한 다음 그런 토대위에서 매매가격을 결정하여 매수하였다면 매수인에게는 손해가 발생하였다고 볼 수 없으나, 반면 ② 토양오염이 매수 목적의 달성에 중대한 영향이 있음에도 토지의 매수인이 오염 사실을 충분히 알지 못한 채 매매가격을 결정하여 매수하였다면 매수인에게 손해가 발생할 수 있고, 이 경우 매매과정에서 매도인의 기망 등 위법행위가 있었던 것으로 평가될 수 있는 사정이 있고, 매도인의 고의 또는 과실이 인정된다면 매도인은 매수인에게 불법행위 책임을 부담할 수 있다고 보고 있다. 또한 이와 같은 논의는 매도인과 매수인이라는 거래 당사자간의 문제이지, 그 이전의 매도인이나 오염유발자와 사이에 논의될 수 있는 성질의 것은 아니라고 한다.

이 반대의견에서 주목할 점은, 숨은 하자과 알려진 하자를 구별하여 판단하였다는 것, 그 숨은 하자를 알리지 않은 데에 책임이 있다는 것과, 그 책임을 (당사자 사이에서만 문제된다고 하면서도) 불법행위 책임으로 구성하였다는 것이다.

참고로, 이와 유사한 시안에서 불완전이행이 문제된 경우도 있는데, 여기서 상법 제69조 제1항의 적용이 배척되고 채무불이행책임이 인정되었다. 즉, 상인 간의 매매에서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체 없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시, 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6개월 내에 매수인이 매도인에게 그 통지를 발송

91) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결; 이 판결에 대한 간단한 평석으로는 권영준, 「2016년 민법 판례 동향」, 『民事法學』 78호(한국민사법학회, 2017), 516-527면 참조.

92) 다수의견은, 피고는 “자신의 귀책사유 있는 행위로 이 사건 부지에 토양오염물질을 누출·유출하거나 방치함으로써 토양오염을 유발하고 또한 폐기물이 불법으로 매립되게 한 자로서, 그 상태에서 이 사건 매매부지를 매도하여 유통시킴으로써 그 사실을 모른 채 이를 전전 매수하여 그 소유권을 취득한 원고로 하여금 이 사건 사업을 위하여 이 사건 오염토양 등을 정화 및 처리하는 데에 비용을 지출하였거나 지출해야 하는 손해를 입게 하였으므로, 원고가 입은 이러한 손해에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.”라고 하여 불법행위 책임을 긍정하였다.

93) 대법관 박보영, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 조희대의 반대의견.

하지 아니하면 그로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못하도록 규정하고 있는 상법 제69조 제1항은 민법상 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로서, 채무불이행에 해당하는 이른바 불완전이행으로 인한 손해배상을 묻는 청구에는 적용되지 않는다는 전제에서, 오염된 토지를 매도하였다는 이유로 하자담보책임 또는 불완전이행으로 인한 손해배상을 구하는 경우, 하자담보책임에 기한 청구는 배척하고 불완전이행으로 인한 손해배상책임은 인정한 원심이 유지되었다(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결).⁹⁴⁾

우리 판례 중에는 물건 자체의 하지는 아니지만, 금융상품의 숨은 위험성에 대한 설명의무를 인정한 경우도 상당히 있는데, 이는 고객에 대한 보호의 무로서 인정된다. 금융상품에 대한 설명의무 역시 금융상품 거래에 부수적인 것으로서 판단할 여지도 있으나, 이러한 의무를 해태한 경우 일반적으로 불법행위 책임을 묻고 있다.⁹⁵⁾

한편, 계약자나 대리인이 거래상의 주요 정보에 대한 내용을 충분히 알고 있을 때에는 그러한 사항(알려진 위험성)에 대하여까지 금융회사에게 설명의무가 인정된다고 할 수 없는바,⁹⁶⁾ 이러한 구별은 숨은 하자과 명백한 하자의

94) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결에서도 유사한 취지로 판시하고 있다. 이 사건에서는 불법행위 책임의 성립도 인정하였는데, 금액 산정에 있어서 큰 의미가 없다고 보았다. 청구권경합설을 취하는 우리 판례의 태도에 비추어 채무불이행책임과 불법행위책임을 동시에 검토하는 것은 특별하지 않다.

95) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다11802판결(“투자신탁회사의 임직원이 고객에게 투자신탁상품의 매입을 권유할 때에는 그 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 투자신탁의 특성과 주요내용을 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무를 위반한 결과 고객에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하는 것인바”); 대법원 1998. 10. 27. 선고 97다47989 판결, 1999. 3. 23. 선고 99다4405 판결 등도同様.

96) 대법원 2010.11.11. 선고 2010다55699판결 등. 최근의 판결로는 대법원2015.2.26.선고2014다17220판결(“구 간접투자자산 운용업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 따라 투자신탁의 수익증권을 판매하는 판매회사가 고객에게 수익증권의 매수를 권유할 때에는 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 수익증권의 특성과 주요내용을 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고 이러한 주의의무를 위반한 결과 고객에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하나, 수익증권 투자자가 내용을 충분히 잘 알고 있는 사항이거나 수익증권의 판매를 전문적으로 하는 판매회사로서도 투자권유 당시 합리적으로 예측할 수 있는 투자 위험이 아닌 경우에는 그러한 사항에 대하여까지 판매회사에게 설명의무가 인정된다고 할 수는 없다.”) 한편, 금융상품에 있어 고지의무와 설명의무의 한계에 관하여는, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146 전원합의체 판결(소위 “KIKO 판결”)도 참조.

구별과 비견될 수 있어 보인다.

IV. 결어

토마스 아퀴나스의 매매에 관한 이론에서 주목할 것 중의 하나는 로마법의 개소를 바탕으로, 로마법의 법리를 바탕으로 문제를 해결하지만, 그 기초가 되는 법적 의무는 윤리적 의무로부터 시작된다는 점이다. 이는 일반론을 떨리한 로마의 법률가들과 다소 거리가 있는 느낌이다. 오늘날 우리의 판례는 하자의 고지의무와 관련하여서는 신의칙에 기초하여 불법행위책임으로 해결하는 사안이 많은데, 토마스 아퀴나스의 판단에 가까운 경우도 있다는 것은 아주 놀랄 만한 일도 아닐 것이다.⁹⁷⁾

로마법과 아리스토텔레스주의 및 토마스주의 도덕철학이 종합에 이른 것은 16세기와 17세기 초반의 일이다. 삐에르 크록케르, 비토리아 등은 토마스 철학을 당시 타락하는 인간에 대한 해독제로 보고 연구하였으며, 토마스 아퀴나스가 준 계약 관계에 대한 시사점을 로마법 사료들과 맞추어 나갔다. 이러한 晩期 스콜라학의 교설은 그로티우스 등에게도 전수되었다.⁹⁸⁾ 이와 같은 로마법과 토마스주의의 만남, 그리고 그 우리 법까지 이어지는 그 영향 등에 대하여 보다 심층적인 연구가 필요할 것이겠지만, 그를 위한 단초로서 신학대전의 사료와 로마법 사료를 검토하고 현재의 판례의 태도를 확인하는 것도 어느 정도의 가치는 있다고 생각한다. 그 세 점을 이어나가는 연구 및 로마법의 각 개소와 우리 판례 각각을 보다 심도 있게 분석하는 연구는, 향후의 과제로 남겨 두기로 한다.

97) 논리적으로 반드시 불법행위로 구성되어야 하는 것은 아닐 수 있는데, 최근 불법행위책임의 활용 범위가 넓어지는 경향이라는 점도 그 이유 중 하나로 볼 수 있을 것이다.

98) James Gordley, *op.cit.*, pp.69-71.

V. 신학대전 개소 II-II q.77 a.3의 대역 및 주석⁹⁹⁾

3. Utrum venditor teneatur
dicere vitium rei venditae.

II-II q.77 a.3 arg.1
Ad tertium sic proceditur.
Videtur quod venditor non teneatur
dicere vitium rei venditae. Cum
enim venditor emptorem ad
emendum non cogat, videtur eius
iudicio rem quam vendit supponere.
Sed ad eundem pertinet iudicium et
cognitio rei. Non ergo videtur
imputandum venditori si emptor in
suo iudicio decipitur, praecipitanter
emendo, absque diligenti
inquisitione de conditionibus rei.

3. 매도인이 매도된 물건의 하자를 말
하여야 하는 의무가 있는지.

[논거 1]: 세 번째에 대해 이렇게 설명
한다. 매도인은 매도된 물건의 하자를 말
하여야 할 의무가 없는 것으로 보여 진다.
매도인은 물건을 사도록 매수인을 강제하
지 않았기 때문에, 매도되는 물건을 그의
판단에 맡긴 것으로 보이기 때문이다. 그
러니 (매매에서) 물건의 판단과 인식은 그
의 몫이다. 따라서 매수인이 물건의 상태
에 관하여 주의 깊은 조사 없이 성급히 물
건을 구입함으로써 자신의 판단에 있어
기망당한 경우에 매도인에게 책임을 돌릴
수 없는 것으로 보인다.

99) 토마스의 저작의 원문 및 관련 자료는 <http://www.corpusthomaticum.org/>에 방대한 양이 수록되어 있다.

이 번역에 바탕이 된 원전 및 번역본은 다음과 같다.

라틴어: Textum Leoninum Romae 1888 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit : <http://www.corpusthomaticum.org/sth3061.html> 에서 찾을 수 있다.

영 어: St. Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae(Complete english edition in five volumes)*, Literally translated by Fathers of the English Dominican Province, Second and Revised Edition, 1920.

독일어: *Die Deutsche-lateinische Ausgabe der Summa Theologica*. Salzburg-Heidelberg 1934.

II-II q.77 a.3 arg.2

Praeterea, stultum videtur quod aliquis id faciat unde eius operatio impediatur. Sed si aliquis vitia rei vendendae indicet, impedit suam venditionem, ut enim Tullius, in libro de Offic., inducit quendam dicentem, *quid tam absurdum quam si, domini iussu, ita praeco praediceret, domum pestilentem vendo?* Ergo venditor non tenetur dicere vitia rei venditae.

II-II q.77 a.3 arg.3

Praeterea, magis necessarium est homini ut cognoscat viam virtutis quam ut cognoscat vitia rerum quae venduntur. Sed homo non tenetur cuilibet consilium dare et veritatem dicere de his quae pertinent ad virtutem, quamvis nulli debeat dicere falsitatem. Ergo multo minus tenetur venditor vitia rei venditae dicere, quasi consilium dando emptori.

[논거 2]: 게다가, 어떤 이가 자신의 일에 방해가 되는 짓을 하는 것은 어리석게 보인다. 그러니, 어떤 이가 매도할 물건의 하자를 지적한다면, 그는 자신의 매도를 방해하는 것이다. 가령, 틀리우스가 De Offic iii, 13에서 어떤 이가 말하는 것을 소개했듯이, *주인의 명령으로 “病發的인 집을 팝니다.”라고 선전자¹⁰⁰⁾가 소리를 친다면 그것보다 무엇이 더 이치에 맞지 않을 것인가?* 따라서 매도인은 매도한 물건의 하자를 고지할 의무가 없다.

[논거 3]: 게다가, 매도된 물건의 하자를 아는 것보다 덕의 방법을 아는 것이 사람들에게는 더 필요하다. 그런데 사람은 덕에 속하는 것들에 관하여 어떠한 조언도 할 의무가 없고 진실을 말할 의무도 없다. 아무도 당사자가 허위를 말하여서는 안 되지만 말이다. 더더욱 마치 매수인에게 조언을 하듯이, 매도인은 매도된 물건의 하자를 고지할 의무가 없다.

100) *Praeco*는 *Praeco*의 복수이다) 선전자, 전달자. 그들은 비교적 고위의 정무관들의 보조자들에 속해서 그들의 명령을 공연히 알렸는데, 그 예로 민중 집회의 소집을 들 수 있다. 그들은 또한 주민들을 즐겁게 하는 공공 행사를 개최했으며 공적 경매를 도왔다. A.Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, American Philosophical Society, 1953), p.641.

II-II q.77 a.3 arg.4

Praeterea, si aliquis teneatur dicere defectum rei venditae, hoc non est nisi ut minuatur de pretio. Sed quandoque diminueretur de pretio etiam sine vitio rei venditae, propter aliquid aliud, puta si venditor deferens triticum ad locum ubi est caristia frumenti, sciat multos posse venire qui deferant; quod si sciretur ab eumentibus, minus pretium darent. Huiusmodi autem non oportet dicere venditorem, ut videtur. Ergo, pari ratione, nec vitia rei venditae.

II-II q.77 a.3 s. c.

Sed contra est quod Ambrosius dicit, in III de Offic., *in contractibus vitia eorum quae veneunt prodiiubentur, ac nisi intimaverit venditor, quamvis in ius emptoris transierint, doli actione vacuantur.*

[논거 4]: 게다가, 설령 누군가 매도된 물건의 하자를 말할 의무가 있다고 하더라도, 이는 단지 가격을 낮추기 위한 것이다. 그러나 때때로 오히려 매도된 물건의 하자 없이 다른 어떤 이유로 가격이 낮춰진다. 예컨대, 밀이 높은 가격으로 팔리는 장소로 밀을 가지고 가는 매도인이 많은 사람이 그를 따라 밀을 가지고 올 것을 아는 경우¹⁰¹⁾가 그러하다. 왜냐하면 만약 매수인들이 이를 알기라도 한다면, 그들은 더 낮은 가격을 줄 것이다. 그런데 이런 것은 매도인이 말해야만 하는 것은 아닌 것으로 보여진다. 따라서 같은 이유로 매도된 물건의 하자를 말해야만 하지는 않을 것이다.

[반론] 반대로, Ambrosius는 De Offic. iii, 10.에서 “계약에서 매도되는 물건의 하자는 고지되어야 하는바, 매도인이 그것을 고지하지 않았다면 비록 이미 그 물건이 매수인의 권리로 이전되었더라도, 그 계약은 사기 행위를 이유로 무효이다.”라고 말한다.

101) 이 예는 키케로의 <의무론>에도 나타난다. 키케로 저/허승일 역, 앞의 책, 206면(III, 12, 50).

II-II q.77 a.3 co.

Respondeo dicendum quod dare alicui occasionem periculi vel damni semper est illicitum, quamvis non sit necessarium quod homo alteri semper det auxilium vel consilium pertinens ad eius qualemcumque promotionem, sed hoc solum est necessarium in aliquo casu determinato, puta cum alius eius curae subdatur, vel cum non potest ei per alium subveniri. Venditor autem, qui rem vendendam proponit, ex hoc ipso dat emptori damni vel periculi occasionem quod rem vitiosam ei offert, si ex eius vitio damnum vel periculum incurrere possit, damnum quidem, si propter huiusmodi vitium res quae vendenda proponitur minoris sit pretii, ipse vero propter huiusmodi vitium nihil de pretio subtrahat; periculum autem, puta si propter huiusmodi vitium usus rei reddatur impeditus vel noxius, puta si aliquis alicui vendat equum claudicantem pro veloci, vel ruinosam domum pro firma, vel cibum corruptum sive venenosum pro bono.

[대답] 나는 다음과 같이 답한다. 타인에게 위험 또는 손해의 계기를 제공하는 것은 언제나 위법하다. 비록 타인에게 항상, 그의 이익 증진에 관련된 도움이나 조언을 주어야 할 필요는 없지만, 이것은 정해진 다른 경우에 한하여 필요하다. 예컨대 일방이 타방의 돌봄에 종속적이거나 그가 타인에 의해 도움을 받을 수 없는 사람인 경우가 그렇다. 그래서 매매를 위하여 물건을 내놓은 매도인은, 그 물건의 하자로 위험 또는 손해가 발생할 수 있다면, 그가 매수인에게 하자 있는 물건을 제공하였다는 그 사실 자체에 의해 매수인에게 손해 또는 위험의 계기를 제공한 것이다. 실로 손해란 이러한 하자 때문에 팔려고 내놓은 물건이 저가의 것이 되지만, 매수인 자신은 이러한 하자를 이유로 그 대금으로부터 아무것도 감액할 수 없는 경우에 인정된다. 반면 위험이란 이러한 하자 때문에 물건의 사용이 저해되거나 유해하게 되는 경우, 예컨대 일방이 타방에게 빠른 말 대신에 다리를 저는 말을 매도하거나, 견고한 것 대신에 쓰러질 것 같은 집, 싱싱한 것 대신에 썩었거나 유독한 음식을 매도하는 경우이다. 그러므로 그와 같은 하자가 숨겨

Unde si huiusmodi vitia sint occulta et ipse non detegat, erit illicita et dolosa venditio, et tenetur venditor ad damni recompensationem.

Si vero vitium sit manifestum, puta cum equus est monocus; vel cum usus rei, etsi non competat venditori, potest tamen esse conveniens aliis; et si ipse propter huiusmodi vitium subtrahat quantum oportet de pretio, non tenetur ad manifestandum vitium rei. Quia forte propter huiusmodi vitium emptor vellet plus subtrahi de pretio quam esset subtrahendum. Unde potest licite venditor indemnitati suae consulere, vitium rei reticendo.

II-II q.77 a.3 ad 1

Ad primum ergo dicendum quod iudicium non potest fieri nisi de re manifesta, unusquisque enim iudicat quae cognoscit, ut dicitur in I Ethic. Unde si vitia rei quae vendenda proponitur sint occulta, nisi per venditorem manifestentur, non sufficienter committitur emptori iudicium. Secus autem esset si essent vitia manifesta.

저 있고 매도인 스스로 공개하지 않는다면, 매매는 불법적이고 사기적인 것이며 매도인은 손해배상을 하여야 할 책임이 있다.

한편, 그 하자가 명백하다면 예컨대 말이 외눈이거나, 또는 물건의 사용이 매도인에게는 적합하지 않으나 다른 사람에게 유용하고 매도인이 그러한 하자 때문에 미평한 만큼을 대금에서 감하는 경우에는, 물건의 하자를 밝힐 책임이 없다. 왜냐하면 아마도 이러한 하자로 인하여 매수인은 감액해야 할 것 보다 더 많이 대금에서 감액하려 할 것이기 때문이다. 그러므로 매도인은 물건의 하지를 침묵함으로써 자신이 손해 보지 않도록 정당하게 살필 수 있다.

[논거 1]에 대해 답변한다. 판단은 명백한 것에 관해서만 나타날 수 있다. 왜냐하면 Ethic. I, 3에서 언급되듯이 ‘사람은 저마다 자신이 아는 것만을 판단하기’ 때문이다. 따라서 매매에 제공된 물건의 하자가 숨어 있다면, 매도인에 의해서 명백하게 되지 않는 한 그에 대한 판단은 충분하게 매수인에게 맡겨지지 않는다. 그러나 하자가 명백한 경우는 다르다.

II-II q.77 a.3 ad 2

Ad secundum dicendum quod non oportet quod aliquis per praeconem vitium rei vendendae praenuntiet, quia si praediceret vitium, exterrerentur emptores ab emendo, dum ignorarent alias conditiones rei, secundum quas est bona et utilis. Sed singulariter est dicendum vitium ei qui ad emendum accedit, qui potest simul omnes conditiones ad invicem comparare, bonas et malas, nihil enim prohibet rem in aliquo vitiosam, in multis aliis utilem esse.

[논거 2]에 대해 답변한다. 누구도 선전자를 통해서 매도된 물건의 하자를 미리 알려야만 하는 것은 아니다. 왜냐하면, 만약 그가 하자를 예고한다면 매수인들이 그 물건을 좋고 유용하게 하는 그 물건의 다른 성질들을 모른 채, 매수하기를 꺼려하게 되기 때문이다. 그러나 그러한 하자는 물건을 사려고 하는 각각의 사람에게 말해져서, 그가 모든 성질들을 같이 서로서로 좋은 것과 나쁜 것을 서로 비교할 수 있어야 한다. 왜냐하면, 아무것도 물건이 어떤 점에서 하자가 있으나, 다른 많은 점에서 유용하다는 것을 방해할 수 없기 때문이다.

II-II q.77 a.3 ad 3

Ad tertium dicendum quod quamvis homo non teneatur simpliciter omni homini dicere veritatem de his quae pertinent ad virtutes, teneretur tamen in casu illo de his dicere veritatem quando ex eius facto alteri periculum immineret in detrimentum virtutis nisi diceret veritatem. Et sic est in proposito.

[논거 3]에 대해 답변한다. 비록 사람이 모든 사람에게 무조건적으로 덕에 관한 것들에 대하여 진실을 말할 의무는 없지만, 진실을 말하지 않으면 그의 행위로부터 다른 사람에게 덕의 손실에 관하여 위험이 임박하는 경우에는 그것들에 관하여 진실을 말하여야 한다. 또한 이는 本件에서 그러하다.

II-II q.77 a.3 ad 4

Ad quartum dicendum quod vitium rei facit rem in praesenti esse minoris valoris quam videatur, sed in casu praemisso, in futurum res expectatur esse minoris valoris per superventum negotiatorum, qui ab amentibus ignoratur. Unde venditor qui vendit rem secundum pretium quod invenit, non videtur contra iustitiam facere si quod futurum est non exponat. Si tamen exponeret, vel de pretio subtraheret, abundantioris esset virtutis, quamvis ad hoc non videatur teneri ex iustitiae debito.

[논거 4]에 대해 답변한다. 물건의 하자는 현재 물건을 보이는 것보다 낮은 가치인 것으로 만들지만, 주어진 사례에서는 장래에 그들에 관하여 매수인들은 모르는, 뜻밖의 상인들 때문에 물건이 낮은 가치로 될 것이 예상된다. 그러므로 그가 접한 대금에 따라 물건을 매도한 매도인은 장래에 생길 것을 설명하지 않는다 하더라도 정의에 반한다고 보이지 않는다. 그러나 비록 정의에 의해 이를 해야 할 의무가 있지는 않다고 하더라도 그가 말하거나 혹은 가격을 감한다면, 덕이 더 풍성할 것이다.

■ 참고문헌

[국내문헌]

- 권영준, 「2016년 민법 판례 동향」, 『民事法學』 78호, 한국민사법학회, 2017.
- 집필대표 곽윤직, 『민법주해 [XIV](남효순 집필부분)』, 박영사, 2002.
- 김재형, 『민법판례분석』, 박영사, 2016.
- 김진우, 「독일의 채권자지체론 - 채권자지체의 법적 성질을 중심으로」, 『한독법학』 제15호, 한독법률학회, 2004.
- 마르크 블로크 저/한정숙 역, 『봉건사회 I』, 한길그레이트북스, 2002.
- 명순구, 『프랑스민법전』, 법문사, 2004.
- 박경숙, 「토마스 아퀴나스 「신학대전」」, 『철학사상』 별책 제3권 제10호, 서울대 철학사상연구소, 2004.
- 앤터니 케니 저/서병창 역, 『아퀴나스』, 시공사, 2000.

- 윤철홍, 「토마스 아퀴나스의 소유권 사상」, 『법철학연구』 제10권 제2호, 한국법철학회, 2007.
- 장준혁, 「동산의 제작물공급계약의 성질 결정」, 『民事判例研究 XXXV』, 박영사, 2013.
- 집필대표 정동윤, 『주식 상법 - 총칙상행위(1)(김연미 집필 부분)』 제4판, 한국사법행정학회, 2015.
- 정병호, 「로마법의 유럽 傳承과 유럽 統合」, 『서양고전학연구』 16, 2001. 9.
- 최병조, 「十二表法 (對譯)」, 『서울대학교 법학』 제32권, 서울대학교 법학연구소, 1991.
- _____, 『로마법강의』, 박영사, 2004.
- _____(대표저자), 『한국민법의 로마법적 배경과 기초 - 민법 제372조~제407조』, 법무부, 2013.
- 토마스 아퀴나스 저/정의채 역, 『신학대전 XVI』, 바오로딸, 2000.
- 키케로 저/허승일 역, 『키케로의 의무론』, 서광사, 1989.
- 한승수, 「신학대전 제2부 제2편 제77문(매매에 있어서의 사기) 연구」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006.
- M.-D.Chenu.O.P 저/ 이재룡 역, 「성 토마스 아퀴나스 입문」, 『성토마스 아퀴나스의 신학대전 요약』, 가톨릭대학출판부, 2001.

[외국문헌]

- A.Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, American Philosophical Society, 1953)
- Ambrose, *De officiis v.I* (Edited with an Introduction, Translation and Commentary by Ivor J. Davison), 1 (London: Oxford University Press, 2001)
- Armand A. Mauer, *Medieval Philosophy* (New York: Random House, 1968).
- Dawn K. McGee, “Potential Liability for Misrepresentations in Residential Real Estate Transactions: Let the Broker Beware”, *Fordham Urban Law Journal*(1987)
- Franz Wieaker(translated Tony Weir), *A History of Private Law in Europe* (New York: Clarendon Press · Oxford, 1995)
- Franz Wieaker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967)
- Halsbury's Laws of England* 3rd ed.(Toronto: Butterworth, 1954)
- Harold J. Berman, *LAW and REVOLUTION- The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: Havard University Press, 1983)
- James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (New York: Clarendon press · Oxford, 1991)
- John Finnis, “Natural Law: The classical tradition”, *The Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*(Oxford University Press, 2002)
- Jörs/Kunkel/Wegner, *Römisches Recht*, (Berlin Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1949)
- Kazunoru Uemura, Zur Normstruktur des Edictum aedilium curulium. Exegese von D. 21,1,14,9 und D.21,1,28., *Aus der Werkstatt römischer Juristen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2016)
- Peter Stein, “The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law”, *The Civilian Tradition and*

Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays (edited by David L. Carey Miller and Reinhard Zimmermann) (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)

P. S. Atiyah/ John N. Adams/ Hector MacQueen, *Atiyah's Sale of Goods 12th edition*(London: Pearson Education Limited, 2010)

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, (München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993)

[신학대전]

라틴어: Textum Leoninum Romae 1888 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit : <http://www.corpusthomisticum.org/sth3061.html>

영 어: St. Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae*(*Complete english edition in five volumes*), Literally translated by Fathers of the English Dominican Province, Second and Revised Edition, 1920.

독일어: *Die Deutsche-lateinische Ausgabe der Summa Theologica*. Salzburg-Heidelberg 1934.

<Abstract>

Thomas Aquinas and the obligation to inform the defect in the object sold

– Focusing on the relation of Roman Law,
Summa Theologica and Civil Law in Korea –

Han, Seung Soo*

There are a few questions reviewing private law in Summa Theologica of Thomas Aquinas, among which II-II q.77 a.3 is dealing with the question of ‘the seller has the obligation to inform the defect in the object sold.’ St. Thomas discriminates between ‘latent defect’ and ‘patent defect’, and in the case of ‘latent defect’ it is said that the seller has to inform the defect when he knows the existence, but in the case of ‘patent defect’ to the contrary. According to St. Thomas, though the ‘iustum pretium’ is drawn from the equivalence of the sale, the obligation to inform the defect is deducted from ethical duty. And he differs the defect of the thing from the outer circumstances.

The base of the this conclusion must be Roman Law. In the early 12th century, discovering the ‘Corpus Iuris Civilis’ accelerated the study of Roman Law, so that it has heyday in the 13th century. It is said that Roman Law has influenced a lot on the legal culture and legal recognition of european

* Chung-Ang Univ. Law School

countries even though the extent would vary from country to country. In Roman Law, the distinction between patent defect and latent defect was accepted that the purchaser has to examine the object of the sale and buy it based on his scrutinization, and in the case of latent defect the seller knowing the existence of the defect has the obligation to inform. This responsibility system came from the *edictum of aediles*, which stays in our Civil Code as it was.

The conclusion of our civil law is very similar to that of St. Thomas. Many provisions and cases are based on the notion that the buyer has the obligation to examine the object by himself, and the distinction between latent and patent defect can be found easily. In the cases of sales, some conceded the obligation according to empirical rules, and the others as an ancillary obligation of sale. Therefore, in some the tort was at issue, but in the others non-performance of the contract.

This article ends up with grasp the meaning of the II-II q.77 a.3, the basic rule of Roman Law, and the conclusion of our civil law. The study to connect these three points and the exegese of the individual cases of the Roman Law and our precedents is left to the object of the following study.

[Key Words] Thomas Aquinas, Summa Theologica, the obligation to inform the defect, latent defect, Roman Law