

계약 체결 또는 갱신 방해의 불법행위 성부*

- 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결-

The Tort of Interference with Contract Relations

강 혜 림(Kang, Hye Lim)**

ABSTRACT

Recently, it seems that the Supreme Court has adopted slightly different approaches from those applied to the general tort cases when a contract relations existing between two persons was interfered with by a third party. Inducement, it was held, would lie in specific situations, in all of which not only the intervener must know of the existence of a contract between A and B and must act with the object of procuring its breach by A to the damage of B, but also the intervener must know the action in itself is unlawful, which the Supreme Court called "malicious intention," which is not required under the general tort cases. However, there is no justification that the actionable infringement with contract relations by a third party should be taken care of under the different rules unlike in the general tort cases. It is not clear from where the Supreme Court drew the concept of "malicious intention" under laws, either. Therefore, in my opinion, the tort of interference with contract relations should be classified into one form of the general tort cases. It is right that when a breach was caused by inducing one of the parties to a contract to break his contract by a third party the plaintiff may bring a general tort claim establishing the general requirements for the tort under the Article 750 under Civil Law, that is, the defendant (the intervener) had disturbed plaintiff's affairs on purpose or negligence and the act in itself is unlawful and there is damage as a result of the defendant's act.

Key words: Obligation infringement by third party, Interference of contract relations, general affairs disturbance, inducement, Types of Obligation infringement, malicious intention

I. 서

A는 B에게 a라는 제품을 계속적으로 공급하기 위하여 B와 계약조건 등을 논의하고 있었다. 그런데 C가 B에게 “a라는 제품은 C가 생산하는 c라는 제품의 특허권을 침해하는 제품이므로, 만약 B가 A로부터 a라는 제품을 매수한다면 A와 B를 특허권 침해로 고소하겠다”는 내용증명을 보냈다. 이에 B는 A가 아닌 C와 계약을 체결하였다. 그런데 사실은 a라는 제품은 c라는 제품의 특허권을 침해하지 않는다. 이 경우 A는 C에게 어떠한 책임을 물을 수 있는가?

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 동아대학교 법학전문대학원 조교수

D는 해당 지역에서 d라는 제품을 공급할 독점권을 가지고 있고, d라는 제품을 E에게 공급하고 있으며, 공급계약을 연장하기 위하여 E와 교섭중이다. 그런데 F가 E에게 “나도 d라는 제품을 공급할 권리가 있는데, D가 공급하는 가격보다 낮은 금액으로 d를 공급하겠다”고 제안하여, E는 D와 공급계약 연장을 하지 않고 F와 새로운 공급계약을 체결하였다. 이 경우 D는 F에게 어떠한 책임을 물을 수 있는가?

계약이 체결되기 이전의 교섭단계에서 제3자가 개입하여 계약 체결을 방해하여 마침내 계약이 체결되지 아니한 경우에 교섭을 하던 일방당사자가 제3자에게 불법행위책임을 물을 수 있는지, 만약 책임을 물을 수 있다면 어떠한 요건 하에 가능하고, 해당 요건은 일반적인 불법행위의 성립요건과 어떠한 차이가 있는지가 각 문제된다. 위와 같은 경우에 관하여 우리 대법원은 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결에서 이른바 제3자에 의한 채권침해론을 적용하여, 제3자의 해의 등 일정한 요건을 충족하는 경우 제3자의 불법행위책임을 성립한다고 판시하였다. 그런데 위와 같은 경우에 제3자의 방해행위로 인하여 침해된 것이 과연 계약 체결을 위한 교섭을 하던 자의 문언적인 의미에서의 ‘채권’인지에 관하여 의문이 있는 바, 위 대법원 판결의 하급심에서는 제3자에 의한 채권침해론에 대한 언급이 전혀 없고, 또한 우리 학설도 위와 같은 경우를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 볼 것인지 여부에 관하여 견해가 일치하지 않는 것으로 보인다.

이하에서는 위 대법원 판례의 사실관계, 하급심 판결, 대법원 판결의 내용을 살핀 이후, 과연 계약 체결 또는 갱신을 방해하는 행위를 제3자에 의한 채권침해의 범주에 넣어 불법행위 성립여부를 판단한 대법원의 입장이 옳은 것인지를 기존의 제3자에 의한 채권침해의 유형론에 관한 학계 논의와의 비교를 통하여 고찰하도록 한다.

II. 대법원 판례사안과 판시내용(2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결)

1. 사실관계

(1) 원고는 2000. 4. 1.부터 2003. 3. 31.까지 3년간 창원시, 진해시, 경남 함안군, 의령군 지역을 방송구역으로 하여 종합유선방송사업의 허가를 받은 종합유선방송사업자인 동시에 2000. 5. 23.부터 2003. 5. 22.까지 3년간 창원시 전역을 방송구역으로 하여 중계유선방송사업의 허가를 받은 중계유선방송사업자이고(창원시 지역에서 종합유선방송사업 및 중계유선방송사업허가를 받은 방송사업자는 원고뿐이다). 피고는 위성방송사업 및 방송프로그램 제작을 목적으로 하는 회사이다.

(2) 원고는 1999. 7. 12. 창원시내의 아파트 1,395세대의 입주자대표회의와 사이에 기간 2000. 7. 11.까지 세대별 수신료는 월 1,500원으로 정하여 유선방송위탁계약을 체결하고 유선방송을 공급하여 오다가 2000. 6. 중순경 위 아파트 관리사무소에 월 수신료

를 2,000원으로 인상한다고 통보하였다.

(3) 이에 아파트 입주자대표회의는 원고의 인상요구를 들어주지 않은 채 원고와 재계약 조건을 협상하다가 2001. 2.경 수신료를 2,000원으로 인상하되 이를 소급적용하지 않기로 결의하여 그달부터 월 수신료 2,000원에 유선방송공급계약이 체결된 것으로 하자는 협상안을 제시하였으나 원고는 2001. 2.부터 인상된 수신료를 적용하되 계약은 2000. 8. 체결된 것으로 하자는 주장을 계속하여 재계약이 이루어지지 아니하였다.

(4) 그 무렵 피고는 아파트 관리소장에게 세대당 월 관리비 1,500원에 32개 채널을 시청할 수 있는 텔레비전 공청시설을 설치하고 관리를 대행하여 위성방송을 수신하도록 하겠다는 사업제안을 하였고, 피고의 제안이 원고의 재계약 조건보다 유리하다고 판단한 입주자대표회의는 원고의 재계약조건을 수용할 수 없다며 원고에게 유선방송의 원상회복을 요청하였고, 원고는 2001. 4. 25. 유선방송공급을 중단하였다.

(5) 입주자대표회의는 입주자들을 상대로 텔레비전 시청방식을 놓고 설문조사를 한 결과 대다수의 입주자가 월 수신료 1,500원에 피고가 송신하는 위성방송을 시청하는 방식에 찬성하여, 입주자대표회의는 피고의 위성방송을 수신하기로 하여 2001. 5. 28.경 피고와 사이에 공청안테나와 헤드엔드 등을 설치하고 3년간 위 시설을 관리하여 아파트 주민들에게 위성공청방송을 시청할 수 있도록 하며, 입주민들은 피고에게 위 시설의 설치비를 각 세대당 월 1,500원씩 3년간 분할하여 상환한다는 내용의 위성방송 공청시설계약을 체결하였다.

(6) 이에 피고는 입주자들이 텔레비전방송을 공동으로 시청하기 위하여 설치하는 공청안테나를 설치한 데서 더 나아가 중계유선방송을 송출할 수 있는 장비인 헤드엔드와 안내방송을 할 수 있는 컴퓨터 등까지 설치하여 2001. 6. 6.부터 2003. 2. 28.까지 위 아파트 1,395세대에 30여 개의 채널을 이용하여 각종 국내외의 위성방송 또는 프로그램 사업자가 제공하는 방송 등을 중계송신함으로써 입주민들로 하여금 유선방송을 시청하게 하고, 입주자들로부터 사실상 월 수신료에 해당하는 일정액을 징수하여 중계유선방송사업을 하였다.

2. 당사자의 주장

(1) 원고의 주장

원고는 방송법에 의하여 창원시 전역을 방송구역으로 중계유선방송사업허가를 받아 중계방송사업을 하고 있는데, 피고가 허가 없이 중계유선방송사업을 함으로써 원고의 중계유선방송사업상의 이익을 침해하는 불법행위를 하였으므로 피고는 원고가 그 기간 동안 입주자들과 유선방송공급계약을 체결하지 못함으로 인하여 상실한 수신료 수입에서 비용을 공제한 수익을 배상할 책임이 있다.

(2) 피고의 주장

1) 피고는 텔레비전 공시청공사 및 대행관리를 하였을 뿐 중계유선방송영업을 한 것이 아니므로 원고의 사업상 이익을 침해하지 아니하였다.

2) 중계유선방송사업 허가에 따른 원고의 사업상 이익은 방송법에서 중계유선방송사업자를 제한함으로써 얻게 되는 반사적 이익에 불과할 뿐 법률상 보호되는 이익이 아니므로 이를 침해하더라도 불법행위가 되지 않는다.

3) 위 입주자들은 기간 만료로 원고와의 공급계약이 종료된 후에 수신료 인상 문제로 재계약을 체결하지 아니한 상태여서 여러 가지 텔레비전 수신방식 중 위성방송을 자유롭게 선택한 점 등에 비추어 피고와 계약을 체결하지 아니하였다고 하더라도 그들이 반드시 원고와 재계약을 체결하였으리라고 단정할 수 없으므로 원고의 손해와 피고의 행위 사이에 상당인과관계가 없다.

3. 제1심 법원의 판단

제1심 법원은 “원고가 주장하는 중계유선방송사업상 이익은 그 허가권자가 일정한 지역 내에 동일한 허가를 더 하지 않거나 소수의 사업자에게만 그 허가를 하고, 허가 없이 중계유선방송사업을 하는 자를 처벌함에 따라 누리게 되는 반사적 이익에 불과하고, 원고와 같은 중계유선방송사업자가 일정한 지역을 방송구역으로 하여 사업허가를 받은 유일한 사업자로서 독점적 지위를 가진다거나 방송법 제12조에 따라 지역사업권을 부여받은 사업자라고 하더라도 다르게 볼 것은 아니므로 원고가 피고의 행위로 침해받았다고 주장하는 사업상 이익은 불법행위 법리상 피침해이익인 권리나 보호법익이 될 수는 없다”는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

4. 원심의 판단

(1) 방송법의 각 규정들은 중계유선방송사업의 합리적인 관리를 통하여 중계유선방송의 건전한 발전과 이용의 효율화를 기함으로써 공공복리를 증진함과 동시에 한편으로는 무허가업자의 경업이나 허가를 받은 업자 간의 과당경쟁으로 인한 유선방송사업 경영의 불합리를 방지하자는 데에도 그 목적이 있다고 할 것이므로 허가를 받은 중계유선방송사업자의 사업상 이익은 방송법에 의하여 보호되는 이익이라고 보아야 할 것이다.

(2) 피고는 방송법상 중계유선방송사업 허가규정을 잠탈할 목적으로 공동주택의 입주자들이 텔레비전방송을 공동으로 시청하기 위하여 설치하는 텔레비전공동시청안테나 시설의 설치 및 운영 등을 빙자하여 중계유선방송사업자가 수행하는 중계유선방송행위를 하고 시설 등의 설치비 명목으로 그 비용을 훨씬 상회하는 돈을 3년간 분납받는 형

식으로 각 세대별로 월 일정액을 징수하는 방법을 통하여 고의적으로 무허가 중계유선 방송사업을 하였을 뿐 아니라 허가받은 중계유선방송사업자와 유선방송공급 재계약을 협상하는 과정에 있는 수신자들에게 위성공청시설을 설치하여 저렴한 가격으로 양질의 위성방송을 공급하겠다고 제안하는 등 적법한 방송사업자인 것처럼 가장함으로써 원고와 아파트입주자대표회의의 재계약 체결을 방해하였으므로 그 행위의 불법성도 상당히 강하다.

(3) 따라서 방송법이 보호하는 법적 이익인 중계유선방송사업상의 이익을 그 보호범인 방송법 위반을 통하여 침해한 피고의 위와 같은 행위는 중계유선방송사업상 이익의 성질 및 침해행위의 태양 등을 비추어 볼 때 원고의 영업상 손해에 대하여 민법상 불법행위를 구성할 정도로 위법하다.

(4) 한편 원고가 창원시 지역에서 중계유선방송사업 허가를 받은 유일한 사업자인 점, 텔레비전 수신방식 결정을 위한 설문조사결과 등 원고와 아파트 입주자들과 사이에 유선방송공급 재계약의 무산과 피고와의 위성방송위탁계약 체결에 이르는 일련을 경과 과정에 비추어 볼 때, 피고가 원고와 유선방송공급재계약협상 중이던 아파트 입주자들에게 적법하게 방송사업을 하는 것처럼 위장하여 방송공급계약을 체결하고 나아가 허가 없이 불법으로 중계유선방송을 방영하지 아니하였더라면 아파트 입주자들은 원고와 다시 중계유선방송공급계약을 체결하였을 것으로 보이므로 피고의 무허가 중계유선방송행위와 원고의 수신료 수입 상실로 인한 손해 사이에는 상당인과관계도 있다.

5. 대법원의 판단

(1) 일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립하고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 하는바, 이러한 법리는 제3자가 위법한 행위를 함으로써 다른 사람 사이의 계약체결을 방해하거나 유효하게 존속하던 계약의 갱신을 하지 못하게 하여 그 다른 사람의 정당한 법률상 이익이 침해되기에 이른 경우에도 적용된다.

(2) 방송법은 중계유선방송사업의 허가요건, 기준, 절차에 관하여 엄격하게 규정함으로써 중계유선방송사업의 합리적인 관리를 통하여 중계유선방송사업의 건전한 발전과

이용의 효율화를 기함으로써 공공복리를 증진하려는 목적과 함께 엄격한 요건을 통과한 사업자에 대하여는 사실상 독점적 지위에서 영업할 수 있는 지역사업권을 부여하여 무허가업자의 경업이나 허가를 받은 업자간 과당경쟁으로 인한 유선방송사업 경영의 불합리를 방지함으로써 사익을 보호하려는 목적도 있다고 할 것이므로, 허가를 받은 중계유선방송사업자의 사업상 이익은 단순한 반사적 이익에 그치는 것이 아니라 방송법에 의하여 보호되는 법률상 이익이라고 보아야 한다.

(3) 방송법에 의한 중계유선방송사업 허가를 받지 아니한 갑이 적법한 중계유선방송사업자인 을과 아파트 입주자대표회의 사이의 계약갱신을 방해하고, 적법한 방송사업자인 것처럼 가장하여 위 아파트 입주자와 계약을 체결함으로써 을의 재계약 체결이 무산된 사안에서, 을의 법률상 이익이 침해된 이상 갑은 불법행위로 인한 손해배상책임이 있고, 갑의 위 재계약 방해행위와 을의 수신료 수입상실로 인한 손해 사이에 상당인과 관계가 있다.

III. 제3자에 의한 채권침해의 유형론

1. 총설

제3자에 의한 채권침해란 채무자 이외의 자의 행위에 의하여 채권의 목적의 실현이 불가능하게 되거나 방해되는 것을 말한다¹⁾. 우리 민법은 물권과 채권을 엄격히 구분하고 있고, 대세권으로서 모든 사람에 의하여 침해될 수 있음이 개념적으로 분명한 물권과 달리 상대권인 채권은 채무자가 아닌 제3자에 의한 침해가 가능한 것인지, 가능하다면 그 경우 불법행위가 성립하는지, 방해배제청구권을 인정할 것인지가 문제된다. 즉 제3자에 의한 채권침해에 관한 논의는 채권은 상대권으로서 원칙적으로 채무자에 의해서만 침해될 수 있으며 이는 채무불이행이라는 형태를 띠게 되는데, 채권의 실현이 제3자의 행위에 의하여 방해당하더라도 그 제3자는 당해 채권에 대한 의무자가 아니어서 과연 그에 대하여 어떠한 책임을 물을 수 있는가 하는 데에서 출발하였다고 볼 수 있다.²⁾

채권도 제3자에 의하여 침해될 수 있고, 이 경우 불법행위가 성립할 수 있다는 점에 대해서 학설은 대부분 일치하고 있다.³⁾ 다만 그 논거에 관하여는 모든 권리는 누구든

1) 서광민, “제3자에 의한 채권침해”

2) 민법주해IX 채권(2), 제51페이지

3) 현재 학설은 대부분 불법행위의 성립을 인정하고 있지만, 그러한 학설의 일치를 보기까지에는 적지 않은 변천을 겪었다고 한다. 즉 ‘구민법은 불법행위의 요건으로서 권리침해를 요구하고 있었는데, 초기의 학설과 판례는 여기서 말하는 권리는 생명, 자유, 소유권 등과 같은 이른바 절대권을 의미하는 것으로 해석하였고, 따라서 상대적인 채권의 침해로 불법행위가 성립하지는 않는다고 하였다. 그러나 채권의 재산권성, 양도성이 점차로 커짐에 따라서 제3자에

지 이를 침해해서는 안 된다는 대세적 불가침의 효력이 있기 때문이라는 권리불가침설⁴⁾, 채권침해가 있다고 하더라도 모든 경우에 불법행위가 되는 것이 아니라 위법성이 있는 채권침해, 즉 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우만이 불법행위가 된다고 하는 위법성설⁵⁾⁶⁾, 제3자에 의한 채권침해가 불법행위가 되기 위해서는 위법성이 있어야 한다는 점에서 위법성설과 일치하지만 법률상 보호할 가치 유무라는 일관된 기준이 아니라 채권의 성질 또는 법적 구조에 따라 개별적, 구체적으로 위법성을 판단하여야 한다는 채권상대권설⁷⁾ 등으로 견해가 대립되어 있다.

우리 학계에서는 제3자에 의한 채권침해로 인하여 성립되는 불법행위의 성립요건 일반론에 관한 논의 외에 제3자에 의한 채권침해의 유형에는 어떠한 것이 있는지에 관하여도 논의가 이루어지고 있고⁸⁾, 적어도 현재까지는 전자보다는 후자에 관한 논의가 훨씬 활발하였던 것으로 보인다. 이하에서는 위와 같은 유형론에 관하여 살펴보도록 한다.

2. 제3자에 의한 채권침해의 유형의 분류에 관한 학설의 개관

(1) 전통적인 견해

전통적인 견해는 제3자에 의한 채권침해 중 불법행위가 성립하는 유형으로는 크게 3가지, 즉 채권의 귀속을 침해한 경우, 채권의 목적인 급부를 침해한 경우, 채무자의 책임재산을 감소하게 하는 경우로 분류하고, 그 외에 불법행위가 성립하지 않는 유형을 설명하고 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 구체적으로는 다음과 같다.

채권의 귀속을 침해한 경우로는 타인의 무기명채권증서를 횡탈하거나 이를 횡령하여 선의의 제3자에게 취득케 한 경우, 채권의 양도를 받은 양수인이 대항요건을 갖추기 전

의한 채권침해를 긍정하는 견해가 유력하게 주장되고, 또한 판례가 그러한 견해를 따르게 되자, 마침내 통설로 되었다' 고 한다. 박윤직, 채권총론, 제114페이지; 다만, 박영규, “제3자의 채권침해 이론 비판”에서는 “채권은 채무자에 대해서만 효력을 가지는 권리이기 때문에 설사 제3자의 행위로 채권 실현에 방해가 받았더라도, 당초 채권자에게 채무를 지지 않았던 제3자에게 채권침해를 이유로 한 책임이 생길 수는 없고, 제3자가 채권의 실현을 방해하였더라도, 이로써 채권자와 채무자와의 법률관계가 영향을 받을 수 있을 뿐, 제3자가 직접 채권자이—채권을 침해한 것으로는 볼 수 없다. 그렇다면 제3자의 행위가 채권자에 대한 관계에서 위법성을 띠어 불법행위책임을 발생시키는 것은 불가능한 일이 된다” 고 한다.

4) 현승중, 채권총론, 97페이지

5) 박윤직, 채권총론, 70페이지

6) 김형배, “제3자에 의한 채권침해”

7) 김용한, 채권법총론, 111페이지

8) 민법주해IX 채권(2), 제56페이지

9) 김상용, “제3자에 의한 채권침해”, 김형배, 채권총론(1), 제369페이지 이하, 정기웅, 채권총론, 제216페이지 이하

10) 전통적인 견해 중 일부 견해는 채무자의 책임재산을 감소하게 하는 경우는 제3자 채권침해의 유형에 포함시키지 않고 있다(박종두, 박세일, 채권법총론, 제175페이지 이하).

에 양도인이 다시 이중으로 양도하여 제2의 양수인으로 하여금 대항요건을 갖추게 한 경우, 표현대리인으로서 채권을 처분한 경우가 있고, 위와 같은 경우 불법행위가 성립한다고 한다.¹¹⁾¹²⁾

다음으로 채권의 목적인 급부를 침해한 경우로는, 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권에 있어서 제3자가 목적물을 멸실하게 하는 경우, 채무자의 행위를 목적으로 하는 채권에 대하여 제3자가 위법한 수단으로 채무자를 구금하는 경우가 있고, 위와 같은 경우 침해행위의 주체인 제3자가 채권의 존재를 인식하고 있었음을 요건으로 하여 불법행위가 성립한다고 한다.

그리고 채무자의 책임재산을 감소시킨 경우에도 채권의 존재 자체는 소멸되지 않지만 책임재산이 없어지므로 채권의 실질적 가치가 손상되므로 채권의 침해가 있는 것으로 보아, 이러한 경우에도 불법행위가 성립한다고 한다. 예를 들어 제3자가 채무자와 공모하여 허위의 채권증서를 작성하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 진정한 채권자의 집행을 어렵게 하거나, 채무자의 유일한 재산을 은닉토록 함으로써 채권자가 채무자로부터 현실적으로 변제를 받을 수 없게 하는 경우 등이 있다.¹³⁾

한편 불법행위가 성립하지 않는 경우로서, 제3자가 고의 또는 과실로 채권을 직접 침해하지 아니하고 채무자가 스스로 자유로운 의사결정을 하는데 영향을 준 것에 지나지 않는 경우 예를 들어 채무자의 배신행위에 적극적으로 가담하지 않은 중복거래의 경우에는 자유시장 경쟁사회에서 위와 같은 경우까지 위법성을 인정하는 것은 부당하므로 불법행위가 성립하지 않는다고 한다.¹⁴⁾

(2) 새로운 견해

새로운 견해는 전통적인 견해에서 구분한 유형을 보다 더 세분화함으로써 전통적인 견해에서 설명되지 않던 침해 태양, 예를 들어 계약파기형, 부정경쟁형 등을 추가하였으며, 전통적인 견해와 달리 각 유형별 불법행위의 성립요건을 과실로 충분한 경우, 고의가 요구되는 경우, 해의까지 요구되는 경우 등으로 나누어 제시하고 있다.¹⁵⁾ 구체적으로는 다음과 같다.

귀속침해형(채권자 이외의 제3자에게 채권을 귀속시켜 급부를 얻게 함으로써 채권자

11) 이러한 유형의 침해의 경우는 절대권침해와 비슷하고, 고의의 경우뿐만 아니라 과실에 의한 채권 귀속 침해도 불법행위가 된다고 한다(정기웅, 채권총론, 제216페이지 이하).

12) 반면 제3자가 지명채권의 채권증서를 훼손하거나 채무자에게 반환한 경우에는 그것만으로도 채권은 소멸하지 않으므로 불법행위가 되지 않으며, 이중매매, 기타의 이중계약 역시 부정경쟁행위가 되거나 사기, 강박 등의 수단에 의하지 않은 한 원칙적으로 불법행위가 되지 않는다고 한다(서광민, “제3자에 의한 채권침해”)

13) 김준호, 채권법, 제195페이지

14) 김상용, “제3자에 의한 채권침해”

15) 김현신, “과실에 의한 제3자의 채권침해와 불법행위의 성립 여부” 이하 새로운 견해 부분에서는 동 논문의 내용을 요약 정리하였다.

를 해하는 경우, 예로는 채권의 처분행위, 제3자의 변제수령, 증서의 훼손·선의취득, 전문가의 주의의무위반)의 경우 과실만 있으면 불법행위의 성립이 인정된다고 한다.¹⁶⁾

급부침해형은 이중거래형, 부당스카우트형, 부정경쟁형, 장래의 계약관계에 대한 침해, 계약파기형, 채권의 실현방해형, 간접손해형, 임차권침해형 등으로 세분화된다. 먼저 이중거래형은 부동산 이중양도의 경우로서, 이행에 착수된 사실을 알면서 계약을 체결한 경우는 제2매수인의 고의 내지 배신적 악의로 평가되는 해의까지 요구할 것이 아니라 과실로도 충분하다고 한다.¹⁷⁾ 부당스카우트형은 이중의 고용계약이 이루어지는 경우, 적법하게 퇴직하고 경쟁관계에 있는 회사가 고용하는 경우 등으로서, 원칙적으로 과실만으로는 불법행위가 되지 않고 고의와 해의 또는 그 외 특별한 사정(계획적인 행위 등)이 필요하다고 한다. 그 외 부정경쟁형에 대해서는 원칙적으로 고의 및 해의가, 장래의 계약관계에 대한 침해(형)에 대해서는 원칙적으로 고의, 해의 및 부정행위(공모, 사기, 강박 등)가, 계약파기형 중 정의행위로서의 불매운동은 고의 및 해의가, 제3자를 대상으로 행해진 불매운동은 과실이 각 불법행위의 성립요건이 된다고 한다.

마지막으로 책임재산감소형은 고의, 해의 및 부정행위까지 요한다고 한다.¹⁸⁾

(3) 미국판례의 검토

미국 불법행위법에 따르면, 일정한 요건 하에 사업적 또는 경제적 이익에 대한 불법적인 방해를 하는 경우 불법행위책임을 인정하고 있는데, 이와 같은 불법방해는 두 가지로 구분된다. 즉, 불법적인 계약방해와 불법적인 사업방해가 그것이다. 이 두 가지 방해에 대하여 불법행위책임을 묻기 위한 요건은 동일한데, 원고는 아래 네 가지 요소에 관하여 입증할 책임을 부담한다. (i) 원고는 영업 또는 계약 관계를 맺고 있었고(the plaintiff was engaged in business or a contract), (ii) 피고는 그 영업 또는 계약에 대해 알고 있었으며(the defendant knew of the business or contract), (iii) 피고는 의도적으로 원고의 영업 또는 계약을 방해하였고(the defendant intentionally interfered with the plaintiff's business or contract), (iv) 피고의 방해로 인한 영업상 손해 또는 계약 위반의 결과로 원고가 경제적 손실을 입어야 한다(the defendant's interference caused damage to the business or a breach of contract that resulted in economic

16) 김주수, 채권총론(민법강의III), 제92페이지

17) 김현선, “제3자에 의한 채권침해의 유형적 고찰”

18) 일본에서는 제3자에 의한 채권침해의 유형 분류에 대하여 우리 나라보다 훨씬 다양한 견해가 제시되고 있다고 한다. 즉 ‘자유경쟁 범위 외에서의 채권침해, 자유경쟁 범위 내에서의 채권침해’로 분류하는 견해, ‘사실상의 기대로서의 거래관계의 침해, 계약침해, 비경쟁자에 의한 거래관계의 침해’로 분류하는 견해, ‘부동산·동산 이중거래형, 조건부거래위반유치형, 스카우트형, 노동쟁의형, 간접손해형, 특수거래의무위반형, 책임재산감소형, 임차권침해형’으로 분류하는 견해, ‘제3자에 대한 변제가 특히 유효하여 그로 인해 채권이 소멸한 경우, 채권의 목적인 급부를 침해한 경우, 채무자의 일반재산을 감소한 경우’로 분류하는 견해 등이 있다고 소개되고 있다(김현선, “일본 민법상의 제3자에 의한 채권침해”)

damage to the plaintiff).¹⁹⁾ 불법적인 방해행위의 의미에 관하여 미국 판례법은 계약위반을 유도하는 행위뿐만 아니라 계약상 의무자 또는 목적물을 해하거나 훼손하여 계약상 의무 이행을 지체시키거나 어렵게 하거나 의무 이행의 가치를 떨어뜨리는 모든 형태의 행위를 포함한다고 한다.

한편, 위 (ii), (iii) 요건이 정립되는 과정에서 피고가 원고의 계약상 이익에 대한 고의 이외에 소위 해의라고 칭해지는 추가적인 내심의 작용이 필요한가에 대하여 개별 판례별로 다르게 판단되어 왔다. 즉, 과거의 많은 판례들은 계약방해를 이유로 불법행위책임을 묻기 위해서는 해의(malicious motive)가 있어야 한다고 판시하기도 하고 다른 요건들이 적법한 경우 해의가 행위를 위법하게 만들 수 없다고 판시한 바도 있다.²⁰⁾ 그런데, 위 판례들이 사용하고 있는 ‘해의(malice)’라는 단어는 악의(malevolence 또는 ill will)이나 앙심(spice)의 의미로 사용되었다기 보다는 그와 같은 고의적인 계약방해를 정당화시킬 수 있는 사유가 없을 정도에 이르는 사정이 존재한다는 의미로 사용되어 왔다는 의견이 다수인 듯 하다.²¹⁾²²⁾ 미국 법원은 malice가 가지는 개념의 애매모호함 때문에 해의는 더 이상 불법행위책임을 성립요건으로 보지 않고 있다.²³⁾ 계약방해를 정당화시킬 수 있는 사유로 미국 판례법상 인정되고 있는 것들은 다음과 같다. 첫째, 피고가 자기의 계약상 또는 재산상 권리를 보호하기 위하여 계약방해를 하는 경우는 위법하지 않다고 한다. 즉, 제3가 동일한 아이টে에 관하여 원고와 피고에게 이중으로 매매한 경우 피고가 제3자에 대하여 자신의 계약상 권리를 주장하며 자기에게 의무를 이행하라고 요구하는 경우(그로 인하여 원고의 제3자에 대한 계약상 권리가 침해되는 결과가 초래되는 경우)는 불법행위책임을 부담하지 않는다고 한다.²⁴⁾ 둘째, 피고가 선의로 합리적인 범위 내에서 자신의 생명, 명성 또는 건강을 해하는 계약을 제3자로 하여금 파기하도록 하는 행위는 위법하지 않다고 한다. 즉, 학부모가 자신의 아이가 다니는 학교에 전염병에 걸린 다른 아이가 다니는 것을 알고 학교 교장에게 알려서 학교 교장이 그 전염병에 걸린 아이의 학부모와 계약을 파기하도록 하였다고 하여 계약방해에 기한 불법행위책임을 성립할 수 없다고 판시한 바 있다.²⁵⁾ 셋째, 정당한 방법으로 경쟁하는 과정에서 원고의 기존 계약을 방해하는 경우 위법하지 않다고 한다. 다만, 계약방해가 순전히 원고를 해하려는 악의적인 동기에 의하여 이루어진 경우 또는 피고가 원고의 계약상 권리를 자신이 빼앗을 의도로 계약방해를 하는 경우에는 피고가 원고와

19) Second Restatement of Torts, 제766조

20) Parkinson Co. v. Building Trades Council, 154 Cal. 581, 98 Pac. 1027(1908); Standard Oil Co. v. Doyle, 118 Ky. 662, 82 S.W. 271 (1904); Brown v. Hall, 6 Q. B. D. 333, 344 (1881)

21) Charles E. Carpenter, "Interference with Contract Relations" Harvard Law Review Vol. 41, No 6(Apri., 1928) Harv. L. Rev. 728 1927-1928

22) Carnes v. St. Paul Union Stockyards Co., 164 Minn. 457, 462, 205 N.W. 630, 631 (1925); Brennan v. United Hatters, 73 N. J. L. 729, 65 Atl. 165 (1906)

23) South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Co., A. C. 239, 255. (1905)

24) Read v. Friendly Society, K. B. 88, 95 (1902)

25) Legis v. Marcotte, 129 Ill. App. 67 (1906)

경쟁하는 과정에서 그와 같은 계약방해가 이루어졌다고 주장해도 정당화될 수 없다고 한다.²⁶⁾ 즉, 법원은 지역에서 유일하게 호텔을 경영하고 있는 호텔협회가 원고와 에이전시 계약을 체결하고 원고가 호텔에 고객을 유치할 때마다 한명 당 하루에 25센트씩 지급하기로 약정하였는데, 원고와 경쟁관계에 있는 피고가 호텔협회와의 에이전시 계약을 자기가 체결하기 위하여 호텔협회에 대하여 원고는 호텔협회의 에이전시를 하기에 너무 규모가 작다는 등 원고와의 에이전시 계약을 파기하도록 유도한 행위는 불법행위에 해당한다고 하면서 이 경우 '경쟁(competition)' 계약방해의 정당화 사유가 될 수 없다고 판시한 바 있다.²⁷⁾ 그 밖에, 계약 방해에 있어 사회적 공익이 매우 큰 경우,²⁸⁾ 충고가 필요하거나 간섭을 정당화할 만한 관계에 있는 경우²⁹⁾ 등도 계약방해에 정당화 사유에 해당한다.

마지막으로 제3자가 원고와의 계약을 자신의 의지대로 자유롭게 종료시킬 수 있는 경우라 할지라도(contracts terminable at will), 피고가 제3자로 하여금 원고와의 기존 계약관계를 종료시키고 피고 자신과 계약을 체결하도록 하는 경우에도 위와 같은 정당화 사유가 없는 한 계약 방해에 해당한다는 것이 판례의 원칙적인 입장이다.³⁰⁾ 다만, 피고가 정당한 방법으로(사기나 허위사실 유포 등 불법적인 방법 없이) 원고와 경쟁하는 과정에서 제3자로 하여금 불가피하게 원고와의 계약을 종료하도록 하였다면 이와 같은 경우 정당화 사유가 있는 경우로 판단된 바도 있다.³¹⁾

또한, 기존의 계약관계의 침해뿐만 아니라 계약 체결을 방해하는 것도 계약관계의 침해에 준하여 불법행위가 될 수 있고³²⁾, 아직 체결된 계약관계는 아니지만 그 체결이 기대되는 잠재적인 경제적 이익을 방해하는 행위도 불법행위가 될 수 있다.³³⁾ 1987년에 있었던 Pennzoil Co. v. Texaco, Inc. 사건에서는, 원고인 Pennzoil사가 Getty Oil사의 주식을 매수하기로 계약을 체결하였는데, Texaco사가 Getty Oil사로 하여금 위 계약을 파기하도록 유도를 하고 자신과 계약을 체결하도록 한 행위에 대하여 불법행위책임을 인정하면서 이와 같은 행위는 Texaco사가 Pennzoil사의 권리를 악의적으로 무시한 것이라고 하면서 75억3천만 달러를 배상하라는 판시를 한 바 있다.³⁴⁾

(4) 검토

26) Hogue v. Sparks, 146 A가. 174, 225 S. W. 291 (1920)

27) Beekman v. Masters, 195 Mass. 205, 80 N. E. 817 (1907)

28) Brimelow v. Casson, 1 Ch, 302 (1924)

29) Glamnorgan Coal Co. v. South Wales Miners' Federation, 1 K. B. 118 (1903)

30) Johnston Harvester Co. v. Meinhardt, 9 Abb. N. C. 393, 397 (N. Y. 1880)

31) Rosenwasser Bros. v. Pepper, 104 Misc. 457, 172 N. Y. Supp. 310 (1918)

32) 윤진수, “제삼자의 채권침해와 부동산의 이중양도”

33) 박홍대, “제3자의 계약침해와 불법행위”

34) Pennzoil Co. v. Texaco, Inc, 107 S.Ct. 1519. (1987)

전통적인 견해는 제3자에 의한 채권침해의 세 가지 유형만을 제시하고 있을 뿐, 각 유형별로 고의에 의한 경우만이 불법행위가 성립하는 것인지 아니면 과실에 의한 경우도 불법행위가 성립하는 것인지에 대한 답, 그리고 각 유형별로 어떠한 침해가 위법성을 가지는지에 관한 답을 제시하지 않고 있어, 결국 전통적인 견해에 의할 경우 모든 경우의 제3자에 의한 채권침해의 불법행위 성립여부를 판단함에 있어서는 case by case로 판단할 수밖에 없다는 문제점이 있어 보인다.

새로운 견해는 전통적인 견해를 부정하기 보다는 그 내용을 발전시켜, 세부적인 유형별로 불법행위의 성립요건을 구체화한 점에서 그 의의가 있다고 할 것이지만, 일본의 학설에서 제기된 새로운 유형을 기존의 급부침해형에 포괄시키는 것이 어색하다는 문제점이 있다. 즉 일본의 새로운 학설들에서 제기된 계약침해형, 부당스카우트형, 부정경쟁형 등을 기존의 급부침해형의 세부 유형으로 보고 있으나, 위 각 세부유형에 해당하는 행위가 문언적 의미에서 급부를 침해한 행위로 평가하기는 어렵고(예를 들어 계약의 체결을 방해하여 계약이 체결되지 아니하도록 한 행위는 급부가 발생한 사실이 없으므로, 그리고 퇴직 후 경쟁관계에 있는 회사가 고용하는 경우에는 이미 급부가 소멸하였으므로, 각 침해될 급부 자체가 존재하지 아니한다), 그 외에 위 각 세부유형을 급부침해형으로 분류할 납득할 만한 이유도 없어 보인다.

생각하건대, 제3자에 의한 채권침해를 유형화하는 것은, 유형화를 위한 유형화에 그쳐서는 아니 되고 각 유형별 불법행위 성립요건을 정립하여야만 그 유형화의 의미가 있다고 본다. 즉 각 유형별로 일반적인 불법행위의 성립요건인 과실에 의하여도 성립할 수 있는지 여부 등 각 유형별 불법행위 성립요건을 제시하지 아니하면 유형 분류는 결국 개별적인 제3자에 의한 채권침해 사안에 대하여 불법행위가 성립하는지 여부를 현실적으로 가려주지 못하므로 아무런 의미가 없는 것으로 보인다. 따라서 각 유형별 불법행위 성립요건을 제시하고 있는 새로운 견해가 기존의 전통적인 견해의 한계를 넘어서고, 사안 해결에 실질적인 도움이 될 수 있는 길을 제시하고 있다는 점에서 큰 의미가 있다고 보인다.

다만 본 평석에서 주안을 두는 부분은 계약 체결 또는 갱신을 방해한 행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 분류하여 그에 관한 논의를 적용할 것인지의 문제인바, 전통적인 견해는 위와 같은 행위에 관하여 아무런 언급이 없어³⁵⁾ 일응 위 행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 분류하고 있지 않은 것으로 보이고, 새로운 견해는 위 행위를 제3자에 의한 채권침해 중에서도 급부침해형의 한 유형으로 분류하고 있는 것으로 보이는 바, 후술할 바와 같이 이 부분에 한해서는 전통적인 견해가 타당한 것으로 보인다.

35) 더구나 전통적인 견해의 입장에서 서술된 민법주해, 주석민법에서는 제3자에 의한 채권침해와 항을 달리하여 영업권 침해를 논하고 있는 바, 이러한 점 역시 전통적인 견해는 계약 체결 또는 갱신을 방해함으로써 타인의 영업을 방해한 행위를 제3자에 의한 채권침해의 범주에 넣지 않고 있기 때문으로 생각된다(민법주해 X VIII, 채권(11), 제219페이지 이하, 주석민법, 채권 각칙(6), 제492페이지 이하).

3. 계약 체결 또는 갱신 방해행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 볼 것인지 여부

(1) 계약 체결 또는 갱신 방해행위의 본질-영업방해

대상 판결의 사안에서 어떠한 채권이 침해되었는지 의문이다. 대상 판결의 원고는 아파트 입주자대표회의와 계약 체결을 교섭하던 중 피고의 행위로 인하여 계약 체결 자체를 하지 못하였고, 계약 체결을 못하였으므로 어떠한 채권이 발생된 바도 없다. 즉 문언적인 의미에서 ‘제3자에 의한 채권침해’라고 볼 수 없다. 이러한 점은 비단 대상 판결의 사안에서 뿐만 아니라 새로운 견해에서 ‘금부침해형’의 한 유형으로 보고 있는 ‘장래의 계약관계에 대한 침해’에 해당할 수 있는 모든 사안에 대해서도 마찬가지이다.

위와 같은 문언상의 어색한 점에서 착안하여 대상 판결의 사안의 본질을 보다 더 자세히 들여다보면 다음과 같다. 즉 피고의 행위, 즉 피고가 자신도 방송법에 의하여 적법하게 중계유선방송을 할 자격이 있는 것처럼 아파트 입주자대표회의를 기망하여 아파트 입주자대표회의로 하여금 계약 파트너로 원고가 아닌 피고를 선택하게 한 행위는 원고의 이미 성립되어 있는 채권을 침해한 것이 아니라 원고의 채권을 발생시키기 위하여 거래를 성사시키려는 영업을 방해한 행위가 아닌가 하는 점이다.

타인의 영업을 방해하는 행위, 흔히 사례로 타인의 점포에 들어가 위력을 행사하는 행위는 형법상 업무방해죄로 처벌될 뿐 아니라 독일민법, 일본민법과 달리 권리의 침해를 불법행위의 성립요건으로 규정하고 있지 않은 우리민법의 해석상 불법행위가 성립함은 당연하다. 대법원 판례 사안 등 제3자의 채권침해의 한 유형으로 분류될 만한 모든 계약의 체결을 방해하는 행위는 유형력의 행사가 없고, 영업주에 대한 직접적인 접촉보다는 영업주의 거래 상대방에 대하여 어떠한 행위(예를 들어 기망 등)를 한다는 점에서 위 흔한 사례와는 차이가 있지만, 위 흔한 사례에서 점포주가 위력을 행사하는 자의 행위로 인해 고객에게 물건을 팔지 못하게 된 것(즉 매매계약이 체결되지 않은 것)과 대법원 판례 사안에서 원고가 피고의 행위로 인해 아파트 입주자대표회의와 계약을 체결하지 못하게 된 것 사이에는 그 본질에 있어서 차이가 없어 보인다.

한편 우리 대법원 판례 사안 중에서도 계약 방해 행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로서가 아니라 영업 방해행위로 보고 일반적인 불법행위 성립요건을 대입하여 판단한 사례³⁶⁾가 있어서 소개하기로 한다.

해당 사안에서 피고들은 원고가 제작한 자동여과기가 피고들의 특허권을 침해한다고 주장하면서 원고를 고소하였다. 그러나 피고들은 원고에 대하여 그 침해물의 제조나 판매를 금지시키는 가처분 신청 등의 법적 구제절차는 취하지 아니한 채, 사회단체나 언

36) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다53342 판결

론을 이용하여 불이익을 줄 수도 있음을 암시하고, 나아가 그 구매자인 소외 회사에 대해서도 법률적인 책임을 묻겠다는 취지의 경고와 함께 역시 사회단체와 언론을 통한 불이익을 암시하며, 형사고소에 대한 합의조건으로 원고와의 계약을 해제하고 설치되었던 원고의 자동여과기까지 철거되도록 하였다.

이에 대하여 원고가 피고들을 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구하였던 바, 대법원은 “피고들의 행위 중 원고를 특허법위반죄로 고소한 것까지는 자신의 권리행사로서 허용될 수 있는 행위라고 볼 수 있으나, 가처분신청 등 법적 구제절차는 취하지 않은 채, 사회단체와 언론을 이용하여 불이익을 줄 수도 있음을 암시하고, 그 구매자에 대하여도 법률적인 책임을 묻겠다는 취지의 경고와 함께 역시 사회단체와 언론을 통한 불이익을 암시하며, 형사고소에 대한 합의조건으로 원고와의 계약을 해제하고 자신과 다시 계약을 체결할 것을 지속적으로 강요하여 마침내 이에 견디다 못한 구매자로 하여금 원고와의 기존계약을 해제하고, 기왕 설치되어 있던 원고의 자동여과기까지 철거되도록 하는 등의 피고들의 일련의 행위는 정당한 권리행사의 범위를 벗어난 행위로서 위법행위라 아니할 수 없다”고 판단하였다.³⁷⁾

또한 대상 대법원 판결 선고일(2007. 5. 11.) 이후의 하급심 판결에서도 계약 방해 행위를 영업방해의 일종으로 보고 제3자에 의한 채권침해론과 전혀 무관한 논리의 판결을 선고한 사례로서, “특허권 침해를 주장하는 자가 특허심판원에 권리범위 확인의 청구를 하거나 법원에 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청을 하지도 않은 채 변리사의 판단에만 근거하여 마치 상대방 제품이 특허권을 침해한 것처럼 상대방의 거래처인 홈쇼핑회사에 판매 금지, 제품 폐기, 사과문 게재 등을 내용으로 하는 강력한 경고장을 발송하여 홈쇼핑회사로 하여금 예정된 홈쇼핑 방송을 취소하도록 한 행위는, 고의 또는 과실에 의해 상대방의 영업활동을 방해한 것으로 위법성이 인정되므로 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있다”고 판시한 사례가 있고,³⁸⁾ 위 판결의 전문에는 제3자에 의한 채권침해론의 내용이 포함되어 있지 아니하다.

(2) 우리 민법과 일본, 독일 민법의 불법행위 규정의 차이

우리 학계의 제3자에 의한 채권침해론은 일본, 독일의 학설의 영향이 큰 것으로 보인다. 그런데 일본, 독일의 불법행위 규정은 ‘권리침해’를 요건으로 규정하고 있는³⁹⁾⁴⁰⁾⁴¹⁾ 반면에 우리 민법 제750조는 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손

37) 해당 판례의 판결전문 중 ‘제3자에 의한 채권침해’와 관련된 논의는 전혀 찾을 수 없다.

38) 대전지방법원 2009. 12. 4. 선고 2008가합7844 판결

39) 일본 민법 제709조, 독일 민법 제823조 제1항

40) 현행 일본 민법 제709조(平成 17년 4월 1일 시행, 平成 16년 12월 1일 법률 제147호)는 “고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이것에 의하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다”라고 규정하고 있다.

41) 독일 민법은 일반불법행위의 성립요건과 관련하여 제823조 제1항, 제2항 그리고 제826조의

해를 가한 자는’ 이라고 규정하여, ‘권리침해’가 그 요건이 아니다.⁴²⁾

따라서 다양한 방법으로 영업을 방해한 행위에 관하여 불법행위 성부를 결정함에 있어서는 어떠한 권리가 침해되었는지를 따질 필요가 없이, -일반적인 불법행위의 성립 요건과 같이- 그러한 행위에 고의 또는 과실이 있는지, 위법한지, 손해가 발생하였고 인과관계가 있는지 등을 검토하면 될 것이다. 즉 영업을 방해한 행위에 대하여 반드시 제3자에 의한 채권침해론을 대입하여 그에 따른 논리를 구성할 민법 규정 또는 체계상의 필요는 없는 것으로 사료된다.

(3) 소결

기술한 제3자에 의한 채권침해의 유형에 관한 새로운 견해 및 대상 대법원 판결은 계약 체결 또는 갱신 방해행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 보고 있고, 전통적인 견해와 대상 원심 판결은 위 행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 보고 있지 아니하다.⁴³⁾

사건으로는 위 행위는 어떠한 채권을 침해하였다기 보다는 간접적인 방법으로 영업을 방해한 행위인 점, 우리 민법의 해석상 반드시 권리 침해가 아니어도 불법행위가 성립될 수 있는 점에 비추어 후자와 같이 해석함이 타당할 것으로 보인다.⁴⁴⁾

IV. 대상 대법원 판결의 평가

대상 대법원 판결은 계약체결 교섭단계에 있던 다른 사람들 사이의 계약 체결을 방해하고 스스로 일방당사자가 되어 계약을 체결한 사안에 대하여 다음과 같이 판단하였다. 즉 제3자에 의한 채권침해가 불법행위가 되기 위해서는 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알아야 되고, 위법성이 있어야 되는데 위법성이 있는지 여부를 결정함에 있어서

규정을 두고 있는데, 제823조 제1항은 “고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권, 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 자는 그로 인하여 타인에게 발생한 손해를 배상할 의무가 있다”고 규정하고 있고 동조 제2항은 타인의 보호를 목적으로 하는 법률을 위반한 경우를, 동법 제826조는 선량한 풍속에 반하는 방법으로 타인에게 손해를 가한 경우를 각 불법행위로 규정하고 있다.

42) 우리 민법이 불법행위의 성립요건으로서 구민법의 권리침해 대신 위법행위를 규정하게 된 것으로는 연혁적으로는 일본 민법 제709조에 대한 비판과 반성에서 나온 일본에서의 위법성 이론에 연유한다(서광민, “제3자에 의한 채권침해”).

43) 한편, 전통적인 견해에 있으면서도 “채권자의 정당한 법률상 이익이 침해된 경우”라고 하여 본 대상 판결에서 나타난 사례를 제4의 유형으로 들고 있는 듯한 서술도 있다(김준호, 채권법, 제195페이지).

44) 결론적으로 본 평석의 입장과 정반대인, “제3자의 채권침해이론은 그 대상을 채권에 한정할 것이 아니라 계약관계 나아가 장래의 경제적으로 유리한 계약체결의 기회까지 그 대상으로 파악하여 일관된 법리를 발전시켜 나갈 필요가 있다”는 견해도 있다(엄동섭, “영미법상 제3자의 계약침해”).

침해자의 고의 내지 해의가 있는지도 참작하며, 위와 같은 제3자에 의한 채권침해에 관한 일반론은 계약 체결 또는 갹신 방해행위에 대하여도 적용된다는 것이다.

그러나 위와 같은 대법원의 판단은 두 가지 점에서 납득하기 어려운 문제가 있고, 그러한 문제점은 결국 대법원이 원심 법원의 판단과 달리 계약 체결 또는 갹신 방해행위를 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 포함시켰기 때문에 발생한 것으로 보인다. 이를 구체적으로 논의하면 다음과 같다.

첫째, 해당 사안에 대하여 불법행위 성립요건으로서 해의를 포함시킨 점이다. 일반적인 불법행위의 성립요건으로서 해의가 요구되지 않고, 해의를 불법행위 성립요건으로 설치한 대법원 판례도 찾아보기 힘들 뿐 아니라 민법규정상 해의라는 개념도 도출되지 않는다. 해의 즉 상대방을 해한다는 사정을 안다는 것은 위법성의 인식을 의미하는 것으로 보이는데, 일반적인 불법행위 성립요건은 귀책사유, 위법성 등이 있을 뿐 위법성의 인식까지는 포함되지 않고 위법성의 인식이 없다고 하더라도 불법행위의 성립에는 아무런 지장이 없다. 그렇다면 일반적인 불법행위와 달리 유독 제3자에 의한 채권침해의 경우에만 해의가 요구된다고 보아야 하는 특별한 이유가 없다 할 것이다.⁴⁵⁾

둘째, 불법행위 성립요건으로서의 위법성의 유무를 판단함에 있어서 별개의 불법행위 성립요건인 고의의 유무를 참작한다는 것은 논리적으로 적절치 못하다는 점이다. 어떠한 행위가 위법한가를 따지는 문제와, 행위자가 그러한 행위를 함에 있어서 고의가 있었는지는 전혀 별개의 문제이고, 나아가 우리 민법은 각각을 별개의 불법행위 성립요건으로 규정하고 있다. 따라서 불법행위의 성립여부에 관하여 위법성을 검토함에 있어서는 행위의 객관적인 부분이 사회상규를 위반하는 것인지, 현행법 중 강행법규에 반하는 것인지 등을 가려서 판단할 것이지, 행위의 주관적인 부분을 고려대상으로 넣어서는 아니된다고 본다.

대법원이 일반적인 경우와 달리 해당 사안의 경우에 위 두 가지 문제점이 포함된 설시를 한 이유는 오로지 해당 사안을 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 평가하고 그에 관한 기존의 대법원 판례의 입장을 따랐기 때문인 바, 일반적인 불법행위 성립요건에 대한 예외를 인정하면서까지 해당 사안을 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 평가할 이유는 없는 것으로 보인다. 기술한 바와 같이 해당 사안은 문언적으로 제3자의 ‘채권’ 침해가 아니고 간접적인 방법에 의하여 영업을 방해한 행위라는 본질을 가지고 있으며, 우리 민법상 반드시 권리가 침해되어야 불법행위가 성립하지도 않기 때문이다.

결과적으로 대법원이 해당 사안에 대하여 내린 결론, 즉 고의와 해의를 가지고 타자들 사이의 계약 체결을 방해한 다음 자신이 계약을 체결한 행위에 대하여 불법행위가 성립한다고 함은 타당한 것으로 보인다. 그러나 위 대법원 판결의 논리는 위 대법원 판

45) 우리 대법원 판례에서 사용되는 해의라는 용어에 관하여, “우리 판례는 아직 해의라는 용어를 사용하고 있는데, 고의 외에 해의가 있어야 된다는 의미가 아니라 행위의 위법성을 강조하기 위한 것이다” 라고 하여, 해의가 위법성과 별개의 요건이 아니라고 보는 견해도 있다(박홍대, “제3자의 계약침해와 불법행위”)

결 이후에 계속될. 위 대법원 판결의 논리를 참고하여 결론이 내려질 수많은 소송사안에 대하여 반드시 적절한 결론을 도출하도록 할 수는 없을 것으로 보여 우려된다. 즉 만약 해의가 없는 계약 침해가 있는 사안에서 위 대법원 판례에 따라 불법행위 성립을 부정한다면 부당할 것이기 때문이다. 예를 들어 기술한 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다53342 판결 사안에서 계약 방해자가 자신의 특허권이 침해되고 있다고 믿었다면 해의가 없었다고 할 것이고, 해의가 없었다는 이유로 해당 사건의 피고들의 불법행위책임을 부정하는 것은 법감정에 맞지 않을 뿐 아니라, 일반적인 불법행위의 성립요건과도 균형이 맞지 않는 것이다.

따라서 제3자에 의한 계약 체결 또는 갱신 방해행위에 대하여 제3자에 의한 채권침해론을 적용하여 해결하기 보다는, 불법행위의 일반적인 성립요건, 즉 고의, 과실 등 귀책사유, 위법성, 인과관계 등이 있는지 여부를 가려 영업방해행위로서의 불법행위 성립 여부라는 관점에서 사안을 해결하는 것이 타당할 것이다.

참고문헌

- 김현선, “과실에 의한 제3자의 채권침해와 불법행위의 성립 여부”, 인하대학교 법학연구 제15집 제3호, 2012
- 김현선, “제3자에 의한 채권침해의 유형적 고찰”, 외법논집 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소 2011
- 김현선, “일본 민법상의 제3자에 의한 채권침해”, 동아법학 제52호, 2011
- 김형배, “제3자에 의한 채권침해”, 고려대학교 법학논집, 1984
- 김상용, “제3자에 의한 채권침해”, 고시연구, 1994
- 박홍대, “제3자의 계약침해와 불법행위”, 부산판례연구회 판례연구 제15집, 2004
- 구남수, “제3자의 채권침해로 인한 불법행위의 성립과 손해배상의 범위”, 부산판례연구회 판례연구 제7집, 1997
- 서광민, “제3자에 의한 채권침해”, 한봉회화갑기념논문집, 1994
- 엄동섭, “영미법상 제3자의 계약침해”, 민사법학 제27호, 2005
- 박영규, “제3자의 채권침해 이론 비판”, 법률행정논집 13권, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2006
- 윤진수, “제삼자의 채권침해와 부동산의 이중양도”, 사법논집 제16집, 대법원, 1985
- 박홍대, “제3자의 계약침해와 불법행위”, 판례연구 15집, 부산판례연구회, 2003
- 민법주해IX 채권(2), 박영사, 2000
- 민법주해XVIII, 채권(11), 박영사, 2005
- 주석민법, 채권각칙(6), 한국사법행정학회, 2004
- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2007
- 김형배, 채권총칙(1), 박영사, 1998
- 김준호, 채권법, 법문사, 2014
- 김주수, 채권총론(민법강의III), 삼영사, 2003
- 현승중, 채권총론, 일신사, 1975
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1988
- 정기웅, 채권총론, 법문사, 2014
- 박종두, 박세일, 채권법총론, 삼영사, 2014

대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다53342 판결

대전지방법원 2009. 12. 4. 선고 2008가합7844 판결

Second Restatement of Torts, 제766조

Charles E. Carpenter, "Interference with Contract Relations" Harvard Law Review Vol.

41, No 6(Apri., 1928)
Parkinson Co. v. Building Trades Council, 154 Cal. 581, 98 Pac. 1027(1908)
Standard Oil Co. v. Doyle, 118 Ky. 662, 82 S.W. 271 (1904)
Brown v. Hall, 6 Q. B. D. 333, 344 (1881)
Carnes v. St. Paul Union Stockyards Co., 164 Minn. 457, 462, 205 N.W. 630, 631 (1925)
Brennan v. United Hatters, 73 N. J. L. 729, 65 Atl. 165 (1906)
South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Co., A. C. 239, 255. (1905)
Read v. Friendly Society, K. B. 88, 95 (1902)
Legis v. Marcotte, 129 Ill. App. 67 (1906)
Hogue v. Sparks, 146 A가. 174, 225 S. W. 291 (1920)
Beekman v. Masters, 195 Mass. 205, 80 N. E. 817 (1907)
Brimelow v. Casson, 1 Ch, 302 (1924)
Glamnorgan Coal Co. v. South Wales Miners' Federation, 1 K. B. 118 (1903)
Johnston Harvester Co. v. Meinhardt, 9 Abb. N. C. 393, 397 (N. Y. 1880)
Rosenwasser Bros. v. Pepper, 104 Misc. 457, 172 N. Y. Supp. 310 (1918)
Pennzoil Co. v. Texaco, Inc, 107 S.Ct. 1519. (1987)

투고일자 : 2014. 12. 19

수정일자 : 2014. 12. 22

게재일자 : 2014. 12. 31

국문초록

계약 체결 또는 갱신 방해의 불법행위 성부

- 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결 -

강 혜 립(동아대학교)

우리 대법원은 제3자가 계약 체결을 방해한 행위를 제3자의 채권침해의 한 유형으로 평가하여, 제3자의 해의 등의 요건의 존재를 전제로 불법행위의 성립을 인정하였다. 그러나 제3자가 계약 체결 또는 갱신을 방해한 행위는 그 본질상 이미 성립되어 있는 채권을 침해한다기보다는 채권을 발생시키기 위하여 거래를 성사시키려는 업무를 방해하는 것이고, 우리 민법상 불법행위가 성립하기 위하여 반드시 어떠한 권리가 침해될 필요는 없다. 따라서 제3자가 계약 체결 또는 갱신을 방해한 행위를 기존의 제3자에 의한 채권침해의 한 유형으로 보고 그에 따른 법리구성을 하기보다는 업무방해에 의한 불법행위의 일종으로 보아, 일반적인 불법행위의 성립요건 즉 고의, 과실, 위법성, 인과관계, 손해발생 등을 충족하는지 여부로 손해배상책임의 성립요건 충족 여부를 판단함이 옳다.

주제어: 제3자에 의한 채권침해, 계약관계 방해, 업무방해, 제3자 채권침해 유형, 해의