

[논 문]

민법상 하자개념의 확장 논의*

- 이른바 심리적 하자개념의 법리검토를 중심으로 -

송 영 민**

《차 례》

- | | |
|-----------------------|--------------------------------------|
| I. 서 설 | V. 개정 일본민법상의 계약부적합 개념과 심리적 하자의 평가 문제 |
| II. 민법상의 「瑕疵」 개념 | VI. 결 론 |
| III. 심리적 하자에 관한 일본 판례 | |
| IV. 심리적 하자개념의 구축 | |

I. 서 론

민법 제580조는 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 매도인은 담보책임을 진다고 규정하며, 매수인은 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있으며, 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다고 한다. 제580상의 하자담보책임이 인정되기 위해서는 매매목적물에 「하자」가 있어야 하는바, 목적물의 하자라 함은 물건 그 자체의 물리적인 결함이 전형적인 경우이다. 그러나 매매나 임대차 계약에서 매매 당시에 목적물인 주택에서 과거에 자살이나 살인사건이 있었다거나 주택이 오랫동안 성매매 장

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

소로 이용되었다는 등의 심리적·정서적인 부분에 문제가 있는 경우에는 매수인이나 임차인은 매도인이나 임대인에 대하여 어떠한 책임을 물을 수 있을까 하는 문제가 생길 수 있다. 이처럼 목적물 자체의 물리적 결함은 아니지만 목적물로부터의 심리적인 결함이 있는 경우에 이를 하자담보책임법상의 하자로서 보고 매도인에게 담보책임을 물을 수 있는가 하는 문제가 최근 일본의 하급심판례나 학설을 중심으로 논의되고 있다.

사회의 발달과 더불어 거래관계에서 목적물에 대한 다양한 성질이나 품질과 성능을 요구하고 있으며, 특히 주택의 경우에는 쾌적하고 편안한 주거공간을 요구하는 수요의 증가와 더불어 거주공간 자체의 심리적·환경적 요소를 법적으로 보호해야 할 필요가 생겼다. 이러한 현실적 요구에 따라 일본의 학설과 판례는 심리적 하자를 “목적물에 관한 정보(예컨대, 자살)에 의해 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응(혐오감, 불안감 등)을 물건 자체의 하자로서 투명한 개념”으로 정의하고 있다.¹⁾

최근 독일과 일본에서는 민법상의 하자 개념에 대한 규정 개정과 더불어 개념의 재정립을 위한 논의가 활발하다. 독일 민법은 2002년 시행된 개정 도급계약에서 하자개념을 수정하였으며²⁾, 일본 민법은 현재 진행 중인 재산법 개정작업의 한 내용으로서 물건의 하자개념을 다시 정의하거나³⁾, 판례와 학설상으로 이른바 하자개념의 법리확장에 대한 논의가 활발하다.⁴⁾

그러므로 이하에서는 특히 일본에서 이른바 심리적 하자 개념을 어떻게 이론적으로 구축하고 있는가 하는 문제를 일본의 판례와 학설을 중심으로 검토하면서 우리 법에서의 하자 개념을 재검토하는 단서로 삼고자 한다.

1) 潮見佳男, 『契約各論 I』, 信山社, 2002, 218~219頁; 石松勉, 『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 福岡大學法學論叢 58卷 3号, 2013, 31頁. 또한 山本敬三, 『民法講義IV-1 契約』, 有斐閣, 2005, 281頁은 심리적 하자에 관한 문제를 환경하자의 한 유형으로 소개하고 있다.

2) 김형배 외 5시 공저, 『독일 채권법의 현대화』, 법문사, 2003, 108~113면.

3) 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『債權法改正の基本方針』, 商事法務, 2009, 92頁. 하자담보책임법상의 하자 개념에 대한 일반적인 정의를 두는 입법적 작업이 필요하다. 일본의 「채권법개정 기본방침」에서는 물건의 하자에 대하여 “물건이 갖추어야 할 성능, 품질, 수량을 갖추지 못하는 등 당사자의 합의, 계약의 취지 및 성질(유상, 무상 등)에 비추어 급부된 물건이 계약에 적합하지 않는 것”으로 정의하고 있다(3.1.1.05).

4) 野口大作, 『眺望・景觀の利益と瑕疵擔保責任(1)』, 札幌法學 25卷 2号, 2014, 81頁 이하.

II. 민법상의 「瑕疵」 개념

현행민법상으로 「하자」라는 용어는 자주 사용되고 있지만 하자의 개념에 대한 정의는 없고 개별적인 규정의 취지에 좇아 해석되고 있다.⁵⁾

민법상의 하자담보책임법상 권리의 하자는 채무자가 이전해야 할 권리의 전부 또는 일부를 이전하지 않은 경우에 문제되며 이는 채무불이행의 문제에 불과하므로 특별히 하자개념을 정의할 필요는 없다.

이에 대하여 물건의 하자에 대한 문제는 채무자가 어떠한 물건을 급부할 의무를 부담하는가 하는 문제와 관련된다. 즉 일반적으로 물건으로서 통상적인 사용에 장애가 없는 경우라도 급부된 물건의 속성으로는 충분하지 않은 경우가 있거나, 반대로 통상적인 사용에는 장애가 있더라도 계약당사자에게는 그러한 물건이 급부되었더라도 채무불이행이 아닌 경우가 있다. 예를 들면 작동이 되지 않는 특정한 TV를 매도인과 매수인 사이에 작동이 불능인 점을 전제로 매매계약의 목적물로 한 경우에는 작동불능인 그 물건을 급부함으로써 충분하고 매도인의 채무내용이 되므로, 그러한 의미에서 목적물에 하자가 있다고 할 수 없다.⁶⁾

대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다30554,30561 판결은 “매도인이 매수인에게 공급한 기계가 통상의 품질이나 성능을 갖추고 있는 경우, 그 기계에 작업환경이나 상황이 요구하는 품질이나 성능을 갖추고 있지 못하다 하여 하자가 있다고 인정할 수 있기 위하여는, 매수인이 매도인에게 제품이 사용될 작업환경이나 상황을 설명하면서 그 환경이나 상황에 충분히 견딜 수 있는 제품의

5) 특히 각종의 전형계약(예컨대 증여 제559조, 매매에서의 담보책임 제580조, 제581조 등, 소비대차 제602조, 도급 제667조, 제668조 등, 여행계약 제674조의6, 제674조의7, 임차 제697조), 기타 유증 제1082조, 불법행위 제758조, 민법총칙 편 제116조, 물권편 제199조, 제334조, 채권편 제428조의2 등에서 하자개념을 사용하고 있다.

6) 일본민법 개정작업에서도 “물건의 하자가 이처럼 개개의 계약의 당사자의 구체적 합의나 계약의 취지, 계약유형의 성질(특히 유상계약인가 무상계약인가)에 좇아 판단되어야 하며, 계약을 떠나 일반적·추상적으로 하자의 유무를 판단해서는 안 된다. 또한 그러한 취지는 개별계약 유형의 차이를 넘어 일반적으로 타당하므로 하자의 정의 규정을 개별적인 계약유형 속에서 정의할 수는 없고 계약의 일반적인 규정형태로 두는 것이라고 한다”. 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『詳解 債權法改正の基本方針Ⅱ, 契約および債權一般(1)』, 商事法務, 2009, 18-19頁.

공급을 요구한 데 대하여, 매도인이 그러한 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 명시적으로나 묵시적으로 보증하고 공급하였다는 사실이 인정되어야만 할 것임은 물론이나, 매도인이 매수인에게 기계를 공급하면서 당해 기계의 카탈로그와 검사성적서를 제시하였다면, 매도인은 그 기계가 카탈로그와 검사 성적서에 기재된 바와 같은 정도의 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 보증하였다고 할 것이므로, 매도인이 공급한 기계가 매도인이 카탈로그와 검사 성적서에 의하여 보증한 일정한 품질과 성능을 갖추지 못한 경우에는 그 기계에 하자가 있다고 보아야 한다”고 한다.

대법원 2001. 4. 10. 선고 99다70945 판결은 “중요업자가 생산한 종자가 현재의 기술수준과 경제성에 비추어 합리적으로 예견할 수 있는 재배조건에서 재배될 경우 소비자인 농민이 정상적인 생육과정을 통하여 적정한 수확량을 거둘 수 있는 품질을 갖추고 있는 경우라면, 특수한 품질을 그 품종특성으로 등록하거나 설명하는 등 이를 보증하고 공급하지 아니한 이상 종자에 하자가 있다고 할 수 없다”고 한다.

하자란 매매목적물에 존재하는 물질적인 결점(품질, 성능, 내력, 안전성 등 물건의 교환가치나 사용가치를 하락시키는 일체의 불완전성), 즉 실제 「있는」 상태와 「있어야 할」 상태의 불일치를 말한다.⁷⁾ 결점이 있는지 여부는 거래관념에 비추어 일반적으로 그 종류의 물건으로서 통상 지니고 있어야 할 품질·성능·안전성 등을 갖추지 못하여 그 가치나 적합성이 일정한 기준에 미달하는지 여부를 표준으로 판단하여야 한다는 객관설⁸⁾과 매매당사자에 의한 목적을 기준으로 하여 하자를 판단하여야 한다는 주관설⁹⁾이 있다.

물건의 하자개념에 대해서는 우리 학설에서는 이미 설명한 바와 같이 객관적 하자개념과 주관적이 있으며 현재는 어느 쪽이 우세한지 그리고 두 개의 하자개념의 관계, 즉 양립하는 관계인가, 그렇지 않으면 보완적 관계인가 하는 것은 분명하지 않다. 그리고 주관적 하자라고 하더라도 어떠한 성질을 구체적으로 하자로 볼 것인가 하는 점도 분명하지 않다.¹⁰⁾

7) 지원립, 『민법강의』, 제11판(홍문사, 2013), 1412면.

8) 권운직, 『채권각론』, 박영사, 1995, 179면.

9) 이은영, 『채권각론』, 박영사, 1993, 219면.

하자개념은 불변의 고정된 개념이 아니라 시대와 상황에 따라 변할 수 있는 유동적 개념이다. 독일이나 일본의 초기 하자개념은 객관적 하자개념에서 현재 주관적 개념으로 발전하고 있으며, 계약당사자의 의사인 계약적합성에 초점을 맞추고 있는 것도 이러한 상황을 반영하는 것이다.

우리나라의 매매계약상의 하자의 개념에 대해서는 객관설과 주관설로 나누어지고 있으나 판례는 당사자가 보증한 품질이나 성능을 기본원칙으로 하면서 그러한 보증이 없는 경우에는 통상적인 품질이나 성능을 갖추면 된다고 한다.¹¹⁾ 사회적 생활관계에는 사적 자치가 원칙이므로, 당사자의 의사(명시적 또는 묵시적인 매도인과 매수인 사이의 합의 또는 매도인의 일방적 성상보증 행위 등)를 1차적 판단기준으로 하고, 이것이 불분명하거나 결여된 경우에는 거래관행 내지 사회통념을 보충적 판단기준으로 하는 것이 타당하다.¹²⁾

한편 심리적 하자 개념은 아니지만 이를 포함하는 환경적 하자를 인정함으로써 하자개념을 확장한다는 의미에서 보면, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다 9139 판결은 분양계약을 체결하는 과정에서 일조나 조망, 사생활의 노출 차단

10) 이에 대하여 일본 채권법개정논의 과정에서는 현재의 「하자」개념에 대신하는 「계약부적합」개념에 대한 논의가 있다. 독일민법은 채무법 개정 전에는 목적물의 하자에 대하여 객관설과 주관설의 대립이 있었지만, 현재는 물건의 하자에 관한 상세한 정의 규정(독일민법 제434조)을 두어 「주관적-객관적 하자」개념이 명시되었다. 「계약부적합」과 「하자」와의 관계에 대해서도 독일법은 EC지침(소비용 동산매매지침, 소비용 동산매매 및 이에 부수하는 보증에 관한 1999년 5월 25일의 유럽의회 및 이사회지침(Directive 1999/44/EC)의 「계약부적합」 개념의 취지를 도입하여 새로운 하자개념을 정의하였다. 물건의 「하자」개념에 관하여 독일민법 제434조는 먼저 주관적 하자개념을 기초로 한다. 즉 인도된 목적물에 하자가 있는가 하는 판단은 먼저 당사자에 의한 「성상의 합의」를 기초로 하고(제434조 1항 1문), 다음으로 당사자가 목적물의 사용방법을 계약상 전제하고 있었는가를 검토한다(제434조 1항 2문 1호). 당사자의 명시 또는 묵시적 합의가 없는 경우에 비로소 객관적 기준에 따라 하자의 유무를 판단한다(제434조 1항 2문). 여기서는 물건이 「통상적인 사용」에 적합한가 또는 「통상적인 성상」을 지니고 있는가가 문제된다. 더 나아가 제434조 1항 3문에 의해 제2문의 객관적 기준에 적합한가의 문제는 매도인 또는 제조업자의 광고표시도 고려하여 판단한다. 제434조 2항에 의하면 매도인 또는 그의 보조자에 의한 목적물의 부적절한 조립이나 조립설명서에 하자가 있는 경우에도 구입물건에 하자가 있는 것으로 간주한다. 또한 434조 제3항에 의하면 異種物給付나 過少給付도 동일하게 물건의 하자로 취급한다.

11) 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다70945 판결은 “중요업자가 생산한 중자가 현재의 기술수준과 경제성에 비추어 합리적으로 예견할 수 있는 제배조건에서 제배될 경우 소비자인 농민이 정상적인 생육 과정을 통하여 적절한 수확량을 거둘 수 있는 품질을 갖추고 있는 경우라면, 특수한 품질을 그 품종특성으로 등록하거나 설명하는 등 이를 보증하고 공급하지 아니한 이상 중자에 하자가 있다고 할 수 없다”고 하여 이러한 취지이다. 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다30654,30661 판결도 같은 취지라고 생각한다.

12) 김형배·김규완·김명숙 공저, 『민법학강의』, -이론·판례·사례-, 신조사, 2009, 1281면.

등에 관한 상황에 대하여 일정한 기준에 이르도록 하기로 약정이 이루어졌다거나, 수분양자가 일조나 조망, 사생활의 노출 차단 등이 일정한 기준에 이를 것이라는 신뢰를 부여하였다고 인정한 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 수분양자는 분양자에 대하여 하자담보책임을 물을 수 있다고 한다. 이 판례는 아파트 분양계약에서 일조권 침해, 조망권 침해, 사생활 침해로 인한 매도인의 하자담보책임을 인정하기 위해서는 조망 사항에 대하여 당사자 사이에 특약이 있거나 주택법상 주택건설 기준 등 거래상으로 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우여야 한다는 것이다. 그러므로 조망권 침해, 일조침해, 사생활 침해도 하자담보책임법상의 하자로 인정할 수 있다는 판례이다.

하자개념의 확장문제와 관련하여 어떠한 요건 하에 심리적 하자를 인정할 것인가 하는 부분에 대한 구체적인 논의가 필요하다.

Ⅲ. 심리적 하자에 관한 일본 판례

일본의 판례상으로 심리적 하자 개념이 문제된 대표적인 경우가 이른바 화장실 鬼門¹³⁾ 사례【판결(1)】¹⁴⁾이다. 화장실 귀문사례는 귀문에 대한 일본인의 혐오감은 건물의 구조, 성상에 대한 결함이 아니라 이는 심리적, 정신적인 것이며, 입주자에게 불행이나 질병을 옮길 수도 있다는 불안감으로 인한 심리적 압박감도 일본 민법 제634조의 하자에 해당한다고 한다.¹⁵⁾ 화장실의 귀문은 목적물 자체의 물리적 또는 물질적 하자는 아니지만 심리적, 정신적인 압박감을 초래하는 심리적 하자로 볼 수 있다. 이는 목적물에 대한 부정적 정보

13) 일본 풍수에서는 귀문은 동북방위를 의미하는 것으로 풍수상으로 가장 불길한 방위로 보고 이 방향으로서는 불결한 시설(화장실, 욕실 등)을 하지 않는다면, 귀문방에 창을 내지 않는다면, 귀문방에 창이 있을 경우 화분 등을 둔다면 하는 다양하고 진전된 귀문 회피 방식들이 적용되고 있다. 천인호, 『일본 풍수에서의 귀문회피(鬼門回避)에 관한 연구』, 동아시아문화연구 제56집, 2014, 182면.

14) 名古屋 地判 昭和54年 6月 22日, 判例タイムズ 397号 102頁.

15) 石松勉, 『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 福岡大學法學論叢 58卷 3号, 2013, 442頁.

로 인해 계약의 일방당사자가 목적물에 대하여 갖는 불안감, 혐오감과 같은 심리적·정신적·심정적·정서적인 요인에 관한 사항을 목적물 자체에 투영한 결과라고 평가할 수 있다. 즉 계약당사자인 권리주체 측의 개인적, 주관적인 심리적 반응을 목적물이라는 객체자체에 투영한 점이 특징이라고 한다.¹⁶⁾

또한 이러한 특징은 자살·살인사건 사례 중에서 자동차 매매사례【판결(2)】¹⁷⁾에서도 목적물 자체(자동차)는 물리적 또는 물질적 하자는 없음에도 사망사고라는 혐오의 대상이 되는 과거사가 있는 자동차라는 감정적·정서적인 성질이라는 면에서 화장실 귀문사례와 공통된다.

그러나 위의 2건의 판례는 모두 심리적 하자개념의 정의나 그 판단기준을 명시하지 않고 단순히 물리적 또는 물질적 하자와는 차이가 있을 수 있다는 점을 판시한 것에 불과하다고 한다.¹⁸⁾ 그러한 사정이 있었던 건물에서의 거주를 좋아하지 않는다는 점에만 있는 것이 아니라 통상인이 그러한 상황에 있었다라면 주거용으로 적합하지 않을 것으로 느낄 정도의 충분한 합리성이

16) 笠井修, 判例評論, 法律時報別冊 『私法判例リマックス 45号 <2012[下] 平成23年度判例評論>, 2012, 28-29頁.

17) 판례의 사실관계는 아래와 같다. 매수인은 매도인으로부터 신차인 화물자동차를 180만엔에 구입하였다. 그러나 본건 자동차는 매수인에게 인도되기 전에 사망사고가 있었던 차량이었으나 차량의 외형에 손상은 없었다. 그 후 약 반년 후에 이러한 사실을 알게 된 매수인은 매도인에 대하여 차량의 잔대금 지급을 거절하였다. 이에 매도인은 잔금지급을 구하는 소를 제기하였고 이에 매수인은 반소로서 민법상의 하자담보책임으로서 손해배상을 청구한 사례이다. 이에 대하여 법원은 원고의 청구를 인용하였다. 즉 「...민법 제570조의 이른바 매매목적물의 숨겨진 하자란 물건이 거래의 관념 또는 당사자의 의사에 따라 통상적으로 갖추어야 할 성질상의 결점이 있어 가치를 해하는 것인바, 이러한 성질에는 단순히 물리적 법률적 성질만이 아니라 널리 사상적 정서적 성질도 포함하는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 다만 일반적 거래에서는 위의 각 성질이 물건의 가치, 특히 교환가치를 형성하는 것이다. 본건의 경우에 매수인이 매수한 자동차는 일반적으로 말하는 신차이므로 이른바 신품의 자동차를 지칭하는 것이므로 위의 자동차에 앞에서 인정한 타인의 혐오할 만한 과거사가 있었던 때에는 그러한 사상적 감정적 성질에 현저한 결함이 있어 교환가치의 감소를 초래하는 점에서 신품이라고 하기 어려운 하자가 있다고 하는 것이 상당하다.」(이하 생략) 이 판결은 먼저 사망사고와 같은 혐오의 대상이 되는 과거사실이 있는 자동차는 思想的·感情的 次元에서 현저한 결함이 있어 교환가치의 감소를 초래하므로 新品이라고 할 수 없는 하자가 있다. 그러므로 교환가치의 감소를 손해로 보아 하자담보책임으로서의 손해배상청구를 인정하고 있다. 본 판결은 목적물인 자동차에 물리적 손상이 없음에도 사상적 감정적 성질에 현저한 결함이 있으므로 매매계약 당시의 객관적 거래가치(교환가치)가 신차로서의 실제의 매매대금보다 현저히 감소했다고 해석하였다. 그렇다면 자동차의 사상적 감정적 성질로부터 대가적 불균형이 생긴 부분(재산적 가치(거래가격)의 감소)을 하자의 내용으로 본 것(石松勉, 『心理的瑕疵』 概念の一考察(一)』, 福岡大學法學論叢 58卷 1号, 2013, 8~9頁.)이다. 松山地判 昭和35年 8月 5日(下民集 11卷 8号 1641頁, 判例タイムズ 107号 102頁.

18) 石松勉, 前掲 『心理的瑕疵』 概念の一考察(二)』, 442頁.

있다고 판단될 정도가 되어야 한다고 해석하고 있다.¹⁹⁾

한편 자살·살인 등의 혐오의 대상이 되는 심리적 결함이 있었던 건물이 이미 철거되고 없었던 사례에서는 그 토지상에 건물이 신축된 경우에는 신축된 건물은 심리적 하자는 소멸되었다고 판단하고 있다.²⁰⁾ 그리하여 부동산매매에서의 심리적 하자는 일반통상인이 느끼는 정도의 객관성과 합리성이 있다고 할 수 있을 정도의 쾌적한(양호한) 주거공간의 상실을 말하는 것으로 평가할 수 있다. 이처럼 심리적 하자 개념은 부동산경매 사례에서도 기본적으로는 부동산매매사례와 유사하게 해결하고 있다. 즉 부동산경매에서는 매각허가결정의 취소나 불허가 시에 일본 민사집행법 제75조 제1항의 「천재지변 기타 자기의 귀책사유없는 사유에 의해 부동산이 손상된 경우」에 대하여 직접적으로 지진이나 화재, 인위적 파괴 등의 물리적 손상이 없는 경우에도 부동산의 교환가치가 현저히 손상된 때 혹은 손상되고 있는 때에는 유추적용이 가능하며,²¹⁾ 주거용 건물의 교환가치가 감소되었다고 하기 위해서는 매수인 본인이 주거에 대한 쾌적성을 상실했다고 느끼는 경우뿐만 아니라 일반통상인도 주거의 쾌적성을 상실했다고 느낄 정도가 되어야 한다고 하여 부동산매매의 사례와 동일하게 객관적이고 합리적이라고 느낄 정도의 쾌적성의 결여되어야 한다. 그렇다면 위의 사례에 한정하면 심리적 하자는 객관적이며 합리적인 정도의 쾌적한 주거공간의 결여가 핵심적인 요소가 된다고 할 것이다.

그러나 위와 같은 사례들에 대하여 부동산임대차에서는 다른 모습을 보이고 있다. 즉 임대물건의 쾌적한 주거공간의 확보와 유지라는 관점도 문제되지만, 이 경우에는 임대물건의 임대인인 소유자의 주거공간에 대한 쾌적성이 문제되는 것이 아니라 오히려 임대목적 부동산의 그 후의 물리적 이용가능성의 관점, 특히 또 다른 임차인에 대한 임대가능성의 관점에서 임대물건에 대한

19) 名古屋地判 昭和54年 6月 22日, 判例タイムズ 397号 102頁; 大阪高判 昭和37年 6月 21日, 判例時報 309号 15頁; 横浜地判 平成元年 9月 7日, 判例時報 1352号 126頁, 判例タイムズ 729号 174頁; 大阪地判 平成11年 2月 18日, 判例タイムズ 1003号 218頁; 大阪高判 平成18年 12月 19日, 判例時報 1971号 130頁, 判例タイムズ 1246号 203頁.

20) 大阪高判 昭和37年 6月 21日, 判例時報 309号 15頁; 大阪地判 平成11年 2月 18日, 判例タイムズ 1003号 218頁.

21) 仙台地決 昭和61年 8月 11日, 判例時報 1207号 107頁; 札幌地決 平成10年 8月 27日, 判例タイムズ 1009号 272頁.

심리적 결함이 문제되는 것에 불과하다. 그 결과 예컨대 대도시이며 독신자 거주 원룸과 같은 임대물건에 대한 장소적 요인 내지 특질²²⁾은 부동산매매 사례에서의 장소적 요인, 목적물의 현상과 공통성·유사성을 갖지만, 주거공간의 쾌적성 정도의 판단에서는 오히려 그 영향도는 명확히 낮게 평가되고 있다는 점이 특색이다. 이러한 현상의 주된 원인은 심리적 결함을 가지는 임대물건이 통상적인 임대료로 임대될 때까지의 기간을 판단하기 위한 고려요인의 하나로 판단되는 것에 불과하기 때문이다.²³⁾ 그리하여 부동산임대차 사례에서는 이러한 특색에 비추어 심리적·정신적·정서적 요인에 대한 심리적 요인의 인정은 매우 한정적 내지 부정적으로 해석하고 있다고 판단된다. 이들 사례에 대한 심리적 하자의 판단에서는 다른 사례와 유사한 공통요인 중 시간적 요인이나 장소적 요인, 목적물의 현상과 이용상황과 같은 고려요인 보다는 오히려 혐오의 대상이 되는 임대물건에 대한 지역성이나 주변주민의 평판(소문)이 고려요인으로서의 역할이 크다. 이는 결국 심리적 하자개념은 심리적·정신적·정서적 요인에 관한 문제이지만, 개별 부동산임대차 사례에서는 지역성, 주변주민의 평판과 같은 요인이 특히 시간의 경과와 더불어 희석화, 더 나아가 소멸하는 특질과 깊은 관련을 갖는 점을 알 수 있다. 이는 심리적 하자를 인정하기 위해서는 일정기간의 계속성(때로는 영속가능성)이 필요하다는 점을 알 수 있다. 목적물에 간헐적으로 볼 수 있는 사정이 있다면 심리적 하자도 희석화, 더 나아가 소멸될 수 있다할 것이다. 하자의 계속성은 심리적 하자개념 외에도 하자개념 일반에서도 중요한 요소로 평가할 수 있다.

다음으로 조직폭력배 집합장소·거주장소 사례²⁴⁾에서는 일본 민법 제570 조상의 하자는 객관적으로 목적물이 통상적으로 갖추어야 할 설비를 갖추지 못했다는 물리적 또는 물질적 결함이 존재하는 경우뿐만 아니라 목적물의 통상의 용도에 비추어 목적물 사용당시에 심리적으로 충분한 사용을 방해하는

22) 이 특질은 교통이 편리한 점과 임대물건으로서의 유통성이 높은 점과 비교적 단기간 내에 심리적 인 혐오감이 희석되고 소멸될 수 있다는 점도 있다. 그렇다면 임대물건이 통상의 임대료로서 임대할 수 있을 때까지의 기간을 판단하기 위한 고려요소의 하나에 불과하다고도 할 수 있다([東京地判 平成13年 11月 29日], [東京地判 平成19年 8月 10日], [東京地判 平成22年 9月 2日, 判例時報 2093号 87頁] 등 참고).

23) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(一)』, 75頁.

24) 대표적인 사례로는 東京地判 平成7年 8月 判例時報 1560号 107頁, 判例タイムズ 926頁.

결함(심리적 하자)도 포함된다. 따라서 건물은 계속적인 생활공간이므로 그러한 주거공간으로서 통상인의 평온한 생활을 해치는 환경이 매매계약 시에 해당 목적물에 일정기간 이상 존속하는 경우에는 하자에 해당한다고 한다.²⁵⁾ 여기서도 쾌적한 주거공간의 유지·확보라는 관점에서 심리적 하자가 문제되며, 부동산매매·부동산경매 사례와 기본적으로 공통된다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 조직폭력배 집합장소의 철거나 폭력배의 퇴거는 현실적으로 기대가능하다는 점에서 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 주거환경을 침해하는 것은 아니라고 보아 계약해제는 인정하지 않는다.²⁶⁾ 심리적 하자의 존재는 부동산매매·부동산경매 사례의 경우와 동일하지만 그 정도의 면에서는 계약해제가 인정되기 위해서는 매수인이 주거환경에 대해 일정 정도 조사할 의무가 있다고 본다면 계약해제가 인정되려면 목적물의 통상적인 용도에 비추어 건물의 충분한 사용이 심리적인 면에서 방해된다고 생각될 정도의 결함이 있어야 할 것이다.

조직폭력배 사례와 유사한 것으로 이웃주민의 협박사례²⁷⁾가 있다. 이 사례에서도 매매의 목적물에 일본 민법 제570조상의 하자가 있다고 하기 위해서는 목적물이 통상적으로 갖추어야 할 품질이나 성능이 결여된 것을 말하며, 목적물의 물리적 결함뿐만 아니라 목적물의 통상적인 용도에 비추어 일반인이라면 누구라도 심리적으로 물건의 충분한 사용이 방해되는 결함, 즉 일반인에게 공통되는 중대한 심리적 결함이 있는 경우도 포함된다²⁸⁾고 해석하고 있

25) 東京地判 平成9年 7月 7日, 判例時報 1605号 71頁, 判例タイムズ 946号 282頁.

26) 이 점에 대해서 더 많은 지적이 있을 수 있다. 즉 목적물에 자살이나 살인사건이 있어 혐오의 대상인 과거사로 인하여 심리적 결함이 있는 경우에는 하자담보책임으로서의 손해배상청구가 인정된다고 하더라도 그것에 의해 이러한 혐오의 대상이 되는 역사적 배경에 기인하는 심리적 결함 그 자체가 법적으로는 논외로 하더라도 실제적으로는 불식되는 것은 아니라 계속하여 존속되고 있다는 것에 대하여 폭력단 관련인 사안에서의 심리적 하자의 경우에는 하자담보책임으로서의 손해배상청구가 인정되는 경우 그 후 폭력단사무자의 철거나 폭력단원의 퇴거, 이웃에 의한 협박적인 행동의 억지 등에 대한 실제적 혹은 현실적인 기대가능성의 여지가 있는 이상, 물리적 또는 물결적인 하자의 경우와 동일하게 그러한 유형의 과거사가 없는 목적물을 입수한 것과 동일한 상황에 이를 가능성이 여전히 남아 있다고 보이는 점이 이러한 결론에 영향을 미친 것은 아닌가 하는 점을 서술하고 있다. 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 447頁; 東京地判 平成7年 8月 29日, 判例時報 1560号 107頁, 判例タイムズ 926号 200頁; 東京地判 平成9年 7月 7日, 判例時報 1605号 71頁, 判例タイムズ 946号 282頁; 東京地判 平成11年 6月 15日.

27) 대표적인 사례로는 東京高判 平成 20年 5月 29日, 判例時報 2033号 15頁.

28) 東京高判 平成20年 5月 29日, 判例時報 2033号 15頁.

다.²⁹⁾ 또한 여기서는 자살이나 살인사건 사례, 성매매장소 사례에서의 심리적 하자 개념처럼 매수인이 목적부동산을 점유사용하는 경우에 공통적으로 문제 되는 부정적인 심리적 반응을 목적물 자체의 하자로 투영하고 있는 점이 특징이며, 조직폭력배 사례나 이웃주민의 험박 사례에서는 그러한 부정적인 심리적 반응의 원인이 목적부동산 그 자체가 아니라 목적부동산의 주위주거환경에 있다는 점이 특징이다. 환경하자의 한 모습이라고 할 수도 있다.

마지막으로 성매매장소 사례³⁰⁾를 살펴본다. 여기서의 심리적 하자는 건물 매수인이 건물을 사용함에 있어 통상인의 수인한도를 넘는 정도의 심리적 부담을 갖는 사정이 있는 경우로 해석하지만, 해당 주택이 상당기간에 걸쳐 성매매장소로 사용되었다는 점이 특색이다. 「상당기간」이라는 요건은 자살이나 살인사건 사례, 조직폭력배 사례에서도 기본적인 모습이라 할 것이다. 그리고 요건의 평가도 개인적, 주관적인 혐오감, 불안감, 공포심이 아니라 합리적 객관적인 법개념으로 평가할 필요가 있다.

결론적으로 판례의 분석에 의하면 심리적 하자개념은 통상인의 수인한도를 넘는 정도의 심리적 부담을 주는 사정이 있는가, 즉 하자의 판단에 객관적, 합리적인 면에서 쾌적한 주거공간의 결여라는 요소가 있어야 한다.

IV. 심리적 하자개념의 구축

주택에 대한 심리적 하자를 이유로 민법 제580조의 하자담보책임을 인정하기 위해서는 「쾌적한 주거공간의 유지·확보」가 훼손되었는가 하는 점이 심리적 하자 판단의 대상이 된다. 그리고 이를 판단함에 있어 ① 시간적 요인, ② 장소적 요인, ③ 목적물의 현상, ④ 지역성 혹은 주민의 평판(소문) 등의 네 가지 고려요소가 중요한 역할을 한다. 이하에서는 기능적 측면에서 심리적 하자 개념을 구축하고자 한다.

29) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 448頁.

30) 대표적인 사례로는 福岡高判 平成23年 3月 8日, 判例時報 2126号 70頁, 判例タイムズ 1365号 119頁.

1. 하자의 계속성

심리적 하자 개념의 대상이 되는 목적물은 계속적인 생활공간이어야 한다. 일본의 판례에서는 먼저 계속성이 없는 거주를 전제로 하는 부동산임대차의 경우에는 심리적 하자의 존부는 다른 유형에 비하여 한정적이거나 부정적인 경향이 있다.³¹⁾ 계속적인 생활공간이라는 관점에서 심리적 하자를 판단하는 경우에는 임대인인 목적물의 소유자 자신의 쾌적한 주거환경의 유지·확보라는 관점보다는 목적물의 교환가치 내지 이용가치의 등가불균형 상황을 시정하는 것으로 보기 때문이다. 물론 하자담보의 문제이므로 형평의 관점에서 등가불균형을 시정하는 기능이 있는 것은 당연하지만³²⁾, 부동산임대차에서는 이 점이 보다 상징적으로 나타난다. 즉 여기서는 목적물에 대한 거주자의 적합성 유무, 정도를 계산하는 전제로서 계속적인 생활공간이라는 요소가 필수불가결한 것이다.³³⁾ 즉 심리적 하자의 계속적 존재(계속성)는 기본적으로 모든 유형의 공통적 요소이다.³⁴⁾

그러나 다른 한편으로 부동산경매 사례에서의 심리적 하자는 부동산경매 물건의 교환가치와의 등가불균형의 시정이라는 측면이 문제될 뿐이다. 즉 매각허가결정의 취소신청이 가능한 경우로써 부동산경매물건의 교환가치가 현저히 손상되거나 혹은 해당 부동산이 경미하지 않은 손상을 입은 경우로서 천재지변 기타의 사유에 의한 물리적 손상으로 볼 수 있는 사정(일본 민사집행법 제75조 1항, 188조)과 같이 규정의 취지에서 이와 같은 물리적 손상 이외에 해당 부동산의 교환가치가 현저히 손상되었다고 평가할 수 있는 경우를 그것에서 제외해야 할 합리적인 이유는 보이지 않으므로 심리적 하자의 문제도 그것에 해당한다고 할 수 있다.³⁵⁾ 요컨대 부동산매매에서 나타나는 현저한 등가불균형 상태의 시정이라는 취지에서 정해진 조문의 사정이 확장된 것에 불과하고, 당해 조문이 예정한 전형적인 경우에 직접적으로 해당되지는 않

31) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 450頁.

32) 松山地判 昭和35年 8月 5日(下民集 11卷 8号 1641頁, 判例タイムズ 107号 102頁).

33) 横浜地判 平成元年 9月 7日 判例時報 1352号 126頁, 判例タイムズ 729号 174頁 등의 다수 판결.

34) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 41頁.

35) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 42頁.

더라도 동 조항의 취지를 유추하여 「심리적 하자」의 경우에도 그 적용대상에 포함시킬 수 있다고 판단된다.³⁶⁾

다른 한편 주위에 폭력집단이 주거하는 건물 사례³⁷⁾나 이웃의 협박행동 사례³⁸⁾에서는 심리적 하자의 존부를 비교적 엄격하게 해석하고 있다. 이는 목적물이 계속적으로 생활하는 장소이지만 쾌적한 주거공간의 훼손이 영속적인 것은 아니라는 점에 근거를 두고 있다. 예컨대 계속적 생활공간이라 하더라도 폭력집단의 거주장소를 폐쇄하거나 퇴거시킬 수 있고, 이웃의 폭언도 억제시킬 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 심리적 하자는 일정한 시간의 경과에 의해 희석되고, 소멸될 가능성이 있는 자연사, 병사나 자살, 살인 사건의 경우와 같은 심리적·정서적·심정적인 요인과 같은 사정과는 명확히 구별되어야 할 심리적 결함이며 이러한 차이가 그 판단에 영향을 미친다는 것은 타당하지 않다. 즉 하자담보책임으로서의 손해배상청구가 인정되더라도 이것에 의하여 자살이나 살인사건과 같은 과거사에 기인하는 심리적인 경우에 계속적인 생활공간으로서의 목적 물건은 법적으로 다양한 요인에 의하여 희석되거나 소멸되어 이용의 적합성도 회복되는 경우도 있다. 그러나 폭력집단이 거주하는 장소나 이웃의 폭언과 같은 사안에서의 심리적 하자는 그 후에도 계속하여 쾌적한 주거공간의 결여상태가 계속할 가능성이 있는 점에서 다른 관점, 다른 고려요인도 함께 검토하여야 한다고 생각되기 때문이다. 그렇지만 계속적인 생활공간인 목적 물건 그 자체에 직접관계되는 사정은 아닌 점에서 자살이나 살인사건과 같은 과거사에 기인하는 심리적 결함과는 유사하다고 할 것이다. 더 나아가 하자담보책임으로서 손해배상청구가 인정되더라도 자살이나 살인사건과 같은 과거사가 있는 심리적 결함의 경우와는 달리, 폭력배 거주지나 이웃의 폭력적 언동으로 받은 강한 스트레스와 같은 심리적 결함의 경우에는 그것이 없는 주택의 입주라는 관점에서는 물리적 또는 물질적인 하자의 경우와는 동일하게 보아 실제로 그런 과거사가 없는 완전한 목적물건을 입수할 가능성이 법적으로 여전히 가능하다는 이유때문일 것이다.³⁹⁾

36) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵』概念の一考察(二), 452頁.

37) 東京地判 平成7年 8月 判例時報 1560号 107頁, 判例タイムズ 926頁.

38) 東京高判 平成 20年 5月 29日, 判例時報 2033号 15頁.

결론적으로 심리적 하자의 경우에는 먼저 계속적 생활공간이라는 요소가 거주에 대한 적합성의 유무, 정도를 판단함에 있어 통상인의 합리성·객관성을 판단하기 위해서나 더 나아가 계약당사자간에 위험의 분배, 고통의 분담기능을 갖는 대전제가 된다.

2. 혐오의 대상이 되는 과거사의 종류·태양

심리적 하자가 문제되는 혐오의 대상이 되는 과거사의 대표적인 것이 사람의 사망과 관련된 것이다. 사람이 거주공간인 목적물에서 생활하는 과정에서 부동산거래가 이루어지기 전까지 자연사, 사고사, 병사 등이나, 자살이나 살인 사건이 발생하지 않는다고 보장할 수는 없다. 사망사고의 종류도 인간이 자연스럽게 받아들일 수 있는 것이 있는가 하면 혐오스럽거나 잔인한 경우도 많다. 그러므로 각각의 사망사고에 대하여 기계적·형식적으로 판단해서는 안 되며 사망의 종류나 모습(잔혹성의 정도, 매수인 측에서 느끼는 정도)을 포함한 다양한 고려요소를 상관적 종합적으로 검토하여 심리적 하자의 존부를 판단해야 한다.

그리고 이때에는 하자담보책임에 관한 문제이므로 등가불균형의 시정이라는 관점에서 물리적 또는 물질적인 하자와 유사한 정도의 하자인가 하는 점이 중요하다.⁴⁰⁾ 즉 그것에 필적할 정도로 계약의 일방당사자가 목적물에 대하여 가지는 혐오감과 같은 심리적 요인에 관계되는 사정이어야 한다. 이는 2가지의 중요한 의미를 갖는다.⁴¹⁾ 하나는 심리적 하자가 문제되는 경우에는 물리적 또는 물질적 하자가 문제되는 경우와는 명확히 다르며, 하자담보책임이 인정되더라도 그러한 혐오의 대상이 되는 심리적 결함이 없는 목적 물건과 동일한 것을 취득하였다고는 법적으로 평가할 수 없는 특징을 가진다는 점, 그러므로 다른 하나는 그러한 심리적 하자의 존부에 대한 문제는 형평의

39) 그러므로 한편으로 혐오의 대상인 과거사에 기인하는 심리적 결함이 있는 주택이 거래 당시에 이미 없어져 버린 경우에는 쾌적한 주거공간이 결여된 상태를 벗어났으므로 목적 주택에 심리적 하자가 있다고 할 수 없다. 栗田哲男, 民法判例レビュー31 『不動産取引と心理的瑕疵』, 判例タイムズ 743号, 1991, 29頁.

40) 平野裕之, 『民法總論5 契約法』, 信山社, 2008, 352頁.

41) 石松勉, 前掲 『心理的瑕疵』 概念の一考察(二), 45頁.

관점에서 등가불균형의 시정이라는 물적 하자에 비하여 매우 규범적, 실천적인 판단이 요구된다는 점이다.

그리하여 부동산매매 사례에서 매수인이 통상인으로서 그러한 사실을 알고 있었다면 처음부터 그러한 복잡한 사정이 있는 물건은 구입하지 않았을 정도로 거주에 대한 적합성이 손상될 필요가 있을 것이다. 그리하여 거주에 대한 적합성의 결여나 그 정도에 따라 계약해제가 인정되는 경우와 손해배상만이 인정되는 경우, 그리고 손해배상조차 인정되지 않는 경우로 나눌 수 있다.⁴²⁾

그리하여 역으로 조직폭력배 관련사례나 윤락업 사례⁴³⁾ 등의 심리적 하자의 내용 내지 범위, 그 정도의 판단에서는 위에서 언급한 사람의 사망관련 경우와는 명백히 다른 취급, 즉 엄격하게 평가를 하는 것도 나름대로의 합리성이 있다고 생각한다. 이러한 경우에는 매수인이 통상인으로서도 그러한 사실을 알고 있었다면 처음부터 그러한 복잡한 사정이 있는 물건을 구입하지 않았을 정도로 거주에 대한 적합성이 손상되었는가하는 점, 그러한 정도를 판단할 때에는 물론 다른 고려요소도 관련되지만, 여기서의 심리적 하자가 목적물 그 자체에 내재적으로 포섭되고 있는 것이 아니라 외부로부터 목적물 위에 투영되는 특징이 있고 이것에 따라 평가도 엄격하게 이루어져야 하기 때문이다.⁴⁴⁾

위에서 살펴본 바와 같이 조직폭력배 관련사례나 윤락업 사례 등에서는 대체로 사람의 사망과 관련된 사안과 비교하여 심리적 하자의 내용이나 범위, 정도는 혐오의 대상이라는 점에서 엄격하게 취급되고 있다. 그러나 다른 한편으로는 이와 같이 혐오의 대상이 되는 과거사의 종류나 모습은 목적물건에는 일반 통상인이 쾌적(양호)한 주거공간의 유지확보가 불가능하여 사실상 주거라는 본질적인 목적이 불가능한 것이라는 점에서 기본적으로는 물질적 또는 물리적인 하자와는 구별해야 할 필요는 없다.

42) 石松勉, 前掲『心理的瑕疵』概念の一考察(二), 45頁.

43) 福岡高判 平成23年 3月 8日, 判例時報 2126号 70頁, 判例タイムズ 1365号 119頁.

44) 하자 개념의 확장현장을 장소적으로 한정하는 것에는 소극적인 입장도 있다. 栗田哲男, 前掲論文, 31頁.

3. 교환가치 내지 이용가치와의 등가불균형의 시정기능(매수인의 신뢰보호기능)

하자담보책입의 하나의 모습으로 심리적 하자를 보는 경우에 당연히 형평의 관점에서 목적물건의 교환가치 내지 이용가치와의 등가불균형을 시정하는 기능, 즉 해당 목적물에는 하자가 존재하지 않는다는 점을 신뢰한 매수인을 보호해야 하는 기능이 있는 것은 명확하다. 심리적 하자 개념을 고려하는 경우에도 하자담보책입의 그러한 기능은 고려되어야 한다. 여기서 문제되는 것은 이러한 기능의 정도를 심리적 하자의 종류·모습에 따라 각각 달리 판단해야 하는가 그렇지 않으면 심리적 하자도 하자담보의 한 유형이므로 기본적으로 동일하게 취급해야 하는 가 하는 문제이다.

심리적 하자의 경우 목적물의 교환가치 내지 이용가치와의 등가성이 상실되었다고 할 때에 그것은 목적물 자체에 등가불균형의 원인이 이미 내재되어 있거나 혹은 부착되어 있었기 때문이 아니라, 목적물에 대한 혐오의 대상이 되는 과거사에 기인한 사정(심리적 결함)이 존재하여 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응(혐오감, 불안감, 공포심 등)을 목적물 자체에 하자로서 투영시킨 결과에 의해 발생한 것이므로 거래주체 측의 심리적 반응이 목적물 자체의 성질 속에서 내포되어 있으므로 물적 하자와는 명확히 다르다.⁴⁵⁾ 그러나 목적물의 교환가치 내지 이용가치와의 등가불균형의 시정이라는 담보책입 본래의 기능을 목적물에 내재적, 부수적인 물리적 또는 물질적 하자가 아니라, 심리적·정서적 요인에 관한 심리적 하자의 경우에 배제해야 할 합리적인 이유는 없다.⁴⁶⁾ 그렇다면 심리적 하자의 경우에도 목적물의 교환가치 내지 이용가치와의 등가불균형을 시정하는 기능이 있다는 점에서 공통적이며, 그러한 평가과정에서 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응을 목적물 자체에 하자로서 투영시켜 거래주체 측의 심리적 반응을 목적물 자체의 성질에서 나타나도록 한 점에서 명확한 차이가 있다.

45) 笠井修 『判例評論』 法律時報 別冊 『私法判例リマックス 45号(2012 [下] 平成23年度 判例評論』 2012, 26頁 이하.

46) 石松勉, 前掲 『心理的瑕疵』 概念の一考察(二), 457頁.

즉 이러한 평가과정을 거치지 않으면 하자가 있다고 판정이 될 수 없다는 점에서 심리적 하자는 물적 하자과 다른 모습을 보인다.⁴⁷⁾

그리하여 심리적 하자 개념은 목적물을 통상적인 용도(주로 거주목적)에 따라 사용하는 경우에 일반인이라면 누구라고 그러한 용도에 따라 사용하는 경우에 심리적으로 충분한 사용이 현저히 방해되거나 일반인이 참기 어려운 정도의 심리적 부담을 느끼는 것을 말한다.

이는 부동산매매 사례에서 매매 목적물에 하자담보책임법상의 하자가 있다는 것은 목적물이 통상적으로 보유하는 성질을 흠결한 것을 말하며, 목적물에 물리적 결함이 있는 경우뿐만 아니라 목적물에 대한 심리적 결함이 있는 경우도 포함된다고 보아야 한다. 또한 매수인이 그러한 사유(목적물에 대한 혐오대상이 되는 과거사에 기인하는 심리적 결함)가 있는 부동산에 거주하는 것을 좋아하지 않는다는 사실만으로는 충분하지 않고, 일반인이라면 매수인의 입장에서 주거의 용도로 적합하지 않다고 느낄 정도의 합리성이 있다고 판단되는 정도가 되어야 한다.

4. 위험의 분배 및 고통의 분담 기능

위에서 설명한 바와 같이 심리적 하자의 경우에도 물질적 하자의 경우와 같이 교환가치 내지 이용가치와의 등가불균형의 시정이라는 기능이 적용된다.⁴⁸⁾ 한편 더 나아가 불법행위로 인한 손해배상에서의 과실상계의 기능과 같은 위험분배·고통분담과 같은 기능도 있다고 본다.⁴⁹⁾ 이는 심리적 하자가 갖는 주된 기능은 아니지만 일본의 판례 중에 일정한 사례(부동산임대차 사

47) 본 논문에서는 언급하지 않았지만 환경하자 속에 이와 유사한 것(조망이익·일조이익 등)이 있다. 주이들은 주관적 하자 개념 혹은 객관적 하자개념을 매개로 하여 민법 제580조의 하자에 포함될 수 있기 때문이다.

48) 윤락녀들이 윤락업을 했던 장소관련 사례인 福岡高判 平成23年 3月 8日 判決(判例時報 2126号 70頁, 判例タイムズ 1365号 119頁)은 “통상인으로서 수인할 수 없는 정도의 심리적 부담”을 지는 사정 외에 더 나아가 “본건 가옥의 매매대금을 하락시키는 사정”을 심리적 하자의 판단 시에 고려하고 있다.

49) 부동산임대차 사안에서 자살한 임차인의 보증인이나 유족 등에 대한 손해배상청구 인정되는 사례에서 이러한 기능이 보인다. 能見善久, 『『痛み分け』社會の民法』落合誠一 編 論文から見る現代社會と法, 有斐閣, 1995, 103頁 이하.

안)에서 고유의 고려요인(임대물건으로 통상의 임대료로 임대할 수 있는가 하는 사정)이 이와 같은 기능을 한다고 본다. 또한 하자담보책임으로서 손해배상청구가 인정된 경우에는 특히 이러한 기능을 지적할 수 있다. 즉 부동산 임대 사례에서 손해배상청구가 인정되는 경우에는 임대물건을 통상적인 용도에 따라 임차하려는 경우 일반 임차인이라면 그러한 용도에 따라 임차하는 것에 방해되거나 일반 임차인으로 임차를 주저할 정도의 심리적 부담을 느끼는 심리적 결함이 있는 경우가 되어야 할 것이다. 이러한 경우에 손해배상액을 산정할 때에 법원은 참작하여야 할 것이다(제396조).

V. 개정 일본민법상의 계약부적합 개념과 심리적 하자의 평가 문제

1. 개정일본 민법상의 계약부적합 개념과의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이 심리적 하자란 목적물에 관한 정보에 의해서 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응을 물건 자체의 하자로서 투영한 개념이다. 이는 통상적인 거래관념에 비추어 목적물이 그러한 종류의 물건에서는 당연히 갖추어야 할 성질·품질·성능을 흠결하고 있다는 객관적 하자가 아니며, 특히 계약에서 예정한 성질·품질·성능을 흠결하고 있다는 주관적 하자도 아니다. 심리적 하자는 일정한 평가과정을 거쳐야 하는 점에서도 주관적 하자와 객관적 하자의 중간정도의 영역을 차지한다고 생각한다. 그러므로 심리적 하자개념은 현재의 이론구성에 의한 해결은 현실적으로 불가능하다.

2017년 6월 2일 공포된 「민법의 일부를 개정하는 법률」(평성 29년 법률 제 44호)은 계약책임법을 새롭게 전개한 점에서 주목을 받는다. 즉 특히 구일본 민법 제570조상의 「하자」개념을 사실상 폐기하고 「계약부적합」개념으로 대체하였다. 계약부적합 개념의 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 채권법개정

기본방침⁵⁰⁾에서 명확히 하고 있다. [3.1.1.05] (하자의 정의)에 의하면 「물건을 급부를 목적으로 하는 계약에서 물건의 하자란 그 물건의 갖추어야 할 성능, 품질, 수량을 갖추고 있지 않는 등 당사자의 합의, 계약의 취지 및 성질(유상, 무상등)에 비추어 급부된 물건이 계약에 적합하지 않는 것을 말한다」고 규정한다.

한편 매도인, 증여자, 임대인 등은 계약의 합의내용이나 계약의 취지 및 성질에 따라 상대방에 대하여 일정한 성능, 품질, 수량 등을 구비한 물건을 급부할 의무를 부담하며, 급부된 물건이 그러한 요건을 충족하지 못한 경우에는 계약에 적합한 물건을 급부하였다고 할 수 없다. 이러한 물건은 하자가 있다고 할 수 있으며 하자 있는 물건을 수령한 상대방은 이를 이유로 구제수단을 행사할 수 있다. 그렇다면 물건에 하자가 있다는 것은 당사자의 합의 외에 계약의 취지나 성질에 따라 판단할 수 있다.⁵¹⁾ 그렇다면 쾌적한 주거환경의 침해로 인하여 심리적 하자가 있다면 이러한 부분도 단순히 거주한다는 개념보다 쾌적한 주거환경의 쾌적성을 강조하는 관점에서 볼 경우 당사자 사이의 계약적합성 상실, 즉 하자가 있다고 해야 할 것이다.

2. 심리적 하자의 평가 문제

그렇다면 계약적합성의 상실 혹은 하자를 어떻게 판단할 것인가 하는 문제가 있다.

첫째, 하자개념의 한정에 대한 문제이다. 매도인에게 하자담보책임을 인정하기 위한 하자는 매도인이 그러한 하자에 대하여 지배영향력을 가지는 경우

50) 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『債權法改正の基本方針』, 商事法務, 2009, 92頁.

51) 예를 들면 매매계약에서는 목적물이 갖추어야 할 품질, 성능, 수량 등이 어떠한가를 판단함에 있어 매매대금이나 매매목적물의 성질 등이 중요한 요소가 된다. 이에 대하여 증여계약과 같은 무상계약에서는 증여자가 증여하는 목적물이 어떠한 속성을 갖추었는가를 판단함에는 특별한 합의가 있는 경우 외에는 무상이라는 계약의 성질이나 목적물의 성질(증여자가 현재 가지고 있는 물건인가, 증여할 물건을 새롭게 조달해야 하는가 등)이 특히 중요한 의미를 갖는다. 또한 매매나 증여가 상대방에게 재산권을 확정적으로 이전시키는 계약유형임에 대하여 임대차는 임대인이 일정한 기간, 물건을 사용수익하게 할 의무를 부담하며 이를 실현하기 위하여 물건을 임차인에게 급부할 의무를 부담하지만 이 경우에도 계약당사자간의 합의나 임대차계약의 취지 및 성질에 따라 임차목적물이 갖추어야 할 물건의 속성이 정해지고 임대인이 급부한 물건이 그러한 속성을 갖추지 못해 계약에 적합하지 않는 경우에는 목적물에 하자가 있다고 해야 할 것이다.

에 한정하여야 한다. 하자담보책임은 무과실책임이므로 변화하는 환경이나 사정변화를 무시한 채 매도인에게 책임을 물을 수는 없다. 지배영향력이 미치지 않는 하자에 대한 부분까지 책임을 부담시킬 수는 없다. 다만 주택 매매에서 계약 후 쾌적한 주거공간을 침해하는 사실이 발생한 경우에 매도인에게는 인접지에 대한 영향력이 없다는 이유로 하자를 부정할 수도 있지만, 예컨대 매매계약 당시에 이미 쾌적한 주거공간을 침해하는 사실이 확정되어 있었던 경우 그리고 이러한 사실을 매도인이 알거나 할 수 있었던 경우에는 하자담보책임을 인정해야 할 것이다.

둘째, 하자의 발생시점에 대한 문제이다. 하자가 현실화된 것은 위험이 이전한 이후라고 하더라도 원인이 이미 위험이전 전부터 존재했던 경우에는 하자로서 인정해야 한다. 다만 위험 이전 후에 법률의 개정에 의하여 목적물에 하자가 발생한 경우에는 매도인에게 하자담보책임을 부과할 수는 없다.

셋째, 하자의 명확성에 대한 문제이다. 쾌적성 침해의 위험이 있다는 의심만으로 하자가 있다고 평가할 수 있는가 하는 문제이다. 목적물 자체에 현재 하자가 부착되어 있지 않는 이상 하자가 있다는 근거는 없으므로 의심만으로는 하자담보책임을 인정할 수는 없다.

넷째, 感覺可能性의 평가문제이다. 감각가능성은 하자의 판단기준인 수인한도를 초과하였는지 여부의 평가에서 고려되어야 한다.

VI. 결 론

이상에서는 일본의 판례와 학설상의 심리적 하자에 관한 논의를 검토하였다. 심리적 하자란 목적물에 관한 정보에 의해서 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응을 물건 자체의 하자로서 투명한 개념이다.

심리적 하자도 하자담보책임의 한 모습으로 본다면 계약해제나 손해배상의 요건과 효과는 어떻게 되는가 하는 문제가 있다. 그리고 이러한 하자는 주관적 하자인가 객관적 하자인가 하는 문제도 발생한다. 심리적 하자의 특징은

물적 하자와는 달리 목적물의 교환가치·이용가치의 감소라는 손해가 구체적 인 형태로 나타나는 것이 아니라 법적 평가를 통해 나타난다는 점이다. 또한 이들 문제는 심리적 하자 개념의 재구축에 의해 연역적으로 결론을 도출할 수 있는 것이 아니라 구체적인 사안에 따라 개별적으로 검토하고 판단해야 한다.

그리고 하자담보책임은 매도인에게 무과실책임을 묻는다는 점, 목적물의 등가불균형의 방지라는 관점에서 본다면, 심리적 하자를 하자개념의 확장현 상에 따른 새로운 영역이라고 하더라도 물적 하자에 필적할 정도로 거주적합 성이 결여된 경우에만 담보책임을 인정할 수 있을 것이다. 즉 부동산매매 사 례에서 매수인이 통상인으로서도 그러한 사실을 알고 있었다면 처음부터 그 러한 복잡한 사정(심리적 하자)이 있는 물건은 구입하지 않았을 정도로 거주 에 대한 효용이 손상되어야 할 것이다. 그리하여 하자담보책임의 효과는 거주 에 대한 효용의 결여나 그 정도에 따라 계약해제가 인정되는 경우, 손해배상 에 한정되는 경우, 그리고 손해배상조치 인정되지 않는 경우로 판단할 수 있 을 것이다.

우리 민법에서는 기본적으로 하자개념에 대한 명문의 규정이 없다. 이러한 이유 때문에 물건에 대한 하자담보책임에 관한 민법 제580조와 제581조의 적 용에는 일정한 한계가 있다. 삶의 질적인 향상 욕구가 증가함에 따라 매매나 임대차의 목적물 자체에 대한 물질적 하자 문제만큼이나 목적물로부터의 심 리적 하자에 대한 부분이 분쟁의 대상이 되는 경우가 많을 것이다. 더 나아가 거래에서 해당 목적물을 중개하는 중개업자에 대하여 목적물상의 심리적 하 자에 대하여 설명의무를 인정해야 할 것인가 하는 문제도 앞으로 검토해야 할 과제이다.

투고일 : 2018. 7. 9.	심사일 : 2018. 8. 20.	계재확정일 : 2018. 8. 20.
-------------------	--------------------	----------------------

참고문헌

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 1995
- 김형배 외 5시 공저, 『독일 채권법의 현대화』, 법문사, 2003
- 김형배·김규완·김명숙 공저, 『민법학강의』 -이론·판례·사례-, 신조사, 2009
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 1993
- 지원림, 『민법강의』제11판(홍문사, 2013)
- 천인호, 『일본 풍수에서의 귀문회피(鬼門回避)에 관한 연구』, 동아시아문화연구 제56집, 2014
- 能見善久, 『『痛み分け』 社會の民法』, 落合誠一 編 論文から見る現代社會と法, 有斐閣, 1995
- 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『債權法改正の基本方針』, 商事法務, 2009
- 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『詳解 債權法改正の基本方針II, 契約および債權一般(1)』, 商事法務, 2009
- 山本敬三, 『民法講義IV-1 契約』, 有斐閣, 2005
- 石松勉, 『心理的瑕疵 概念の一考察(一)』, 福岡大學法學論叢 58卷 1号, 2013
- 石松勉, 『心理的瑕疵 概念の一考察(二)』, 福岡大學法學論叢 58卷 3号, 2013
- 栗田哲男, 民法判例レビュー31 『不動産取引と心理的瑕疵』, 判例タイムズ 743号, 1991
- 笠井修, 判例評論, 法律時報 別冊 『私法判例リマックス 45号 〈2012[下] 平成23年度判例評論〉』, 2012
- 野口大作, 『眺望・景觀の利益と瑕疵擔保責任(1)』, 札幌法學 25卷 2号, 2014
- 潮見佳男, 『契約各論 I』, 信山社, 2002
- 平野裕之, 民法總合5 『契約法』, 信山社, 2008

<국문초록>

민법상 하자개념의 확장 논의 - 이른바 심리적 하자개념의 법리검토를 중심으로 -

송 영 민

본 논문은 일본의 판례와 학설에서 논의되고 있는 이른바 심리적 하자 개념을 검토한 것이다. 심리적 하자란 목적물에 관한 정보에 의해서 거래주체가 목적물에 대하여 가지는 부정적인 심리적 반응을 물건 자체의 하자로서 투영한 개념이다.

심리적 하자도 하자담보책임의 한 모습으로 본다면 계약해제나 손해배상의 요건과 효과는 어떻게 되는가 하는 문제가 있다. 그리고 이러한 하자는 주관적 하자인가 객관적 하자인가 하는 문제도 발생한다. 심리적 하자의 특징은 물적 하자와는 달리 목적물의 교환가치·이용가치의 감소라는 손해가 구체적 인 형태로 나타나는 것이 아니라 법적 평가를 통해 나타난다는 점이다. 또한 이들 문제는 심리적 하자 개념의 재구축에 의해 연역적으로 결론을 도출할 수 있는 것이 아니라 구체적인 사안에 따라 개별적으로 검토하고 판단해야 한다.

그리고 하자담보책임은 매도인에게 무과실책임을 묻는다는 점, 목적물의 등가불균형의 방지라는 관점에서 본다면, 심리적 하자를 하자개념의 확장현상에 따른 새로운 영역이라고 하더라도 물적 하자에 필적할 정도로 거주적합성이 결여된 경우에만 담보책임을 인정할 수 있을 것이다. 하자담보책임의 효과는 거주에 대한 효용의 결여나 그 정도에 따라 계약해제가 인정되는 경우, 손해배상에 한정되는 경우, 그리고 손해배상조차 인정되지 않는 경우로 판단할 수 있을 것이다.

우리 민법에서는 기본적으로 하자개념에 대한 명문의 규정이 없다. 이러한 이유 때문에 물건에 대한 하자담보책임에 관한 민법 제580조와 제581조의 적용에는 일정한 한계가 있다. 삶의 질적인 향상 욕구가 증가함에 따라 매매나 임대차의 목적물 자체에 대한 물질적 하자 문제만큼이나 목적물로부터의 심리적 하자에 대한 부분이 분쟁의 대상이 되는 경우가 많을 것이다. 더 나아가 거래에서 해당 목적물을 중개하는 중개업자에 대하여 목적물상의 심리적 하자에 대하여 설명의무를 인정해야 할 것인가 하는 문제도 앞으로 검토해야 할 과제이다.

주제어: 하자담보책임, 하자, 심리적 하자, 일본민법, 하자개념의 확장

<Abstract>

The Expanded Debate on Defect Concept in Civil Law
- Focusing on legal principles examination of so-called
psychological defect concept -

Song, Young-Min

This thesis examines so-called psychological defect concept that is being debated in Japanese precedents and theories. Psychological defect is the concept that reflects the negative psychological reaction to the object as itself defect by the information about the object.

Psychological defect, if considering as defect warranty obligation, also has the problem about the requirement and effect of contract cancellation and damage compensation, and this kind of defect causes the problem whether subjective defect or objective defect. The characteristic of psychological defect, different from physical defect, would appear by legal assessment, and its damage would not appear as concrete form such as decrease of exchange value and utility value. In addition, these problems should be examined and judged individually by concrete issues, and the conclusion cannot be drawn deductively by rebuilding the psychological defect concept.

Defect warranty obligation, if it is viewed as liability of default for the seller and prevention of equivalence imbalance for the object, would be admitted in case that the residence suitability lacks so much as equal to physical defect, nevertheless psychological defect considered as new scope

by expansion phenomenon of defect concept. The effect of defect warranty obligation would be judged as the case of admitting contract cancellation by lack of residence utility or its extent, the case of limiting as damage compensation and the case of not admitting even damage compensation.

Korean Civil Law has no substantive enactment about defect concept, and it caused a limit to apply Civil Law Clause 580, 581 on defect warranty obligation for the object. The conflict on psychological defect for the object would increase as much as physical defect for the object due to the demand for improving the quality of life. Furthermore, the issue whether the agent has the explanation obligation for the psychological defect of the object or not should be the task to be examined.

Key Word: Defect Warranty Obligation, Defect, Psychological Defect,
Japanese Civil Law, Expansion of Defect Concept