

第3者を 위한 契約에 관한 判例의 動向

최문기*

- I. 序言
- II. 成立要件
- III. 3者間の 法律關係
- IV. 代表的인 判例 分析
- V. 結語

I. 序言

채권은 상대권으로서 특정의 계약 당사자 사이에서만 발생하는 것이 원칙이다. 그러나 사회·경제적 거래관계가 복잡해짐에 따라 계약 당사자가 아닌 제3자로 하여금 계약 당사자의 일방에 대하여 직접¹⁾적으로 채권을 취득케 하여야 할 필요성이 증대되었다.²⁾ 예컨대, 제3자를 위한 운송계약, 제3자를 위한 생명보험계약, 제3자를 위한 공탁계약, 제3자를 위한 신탁계약 등의 체결을 그 예로 들 수 있다.

제3자를 위한 계약이란 계약 당사자가 아닌 제3자로 하여금 계약의 일방 당사자에

* 경성대학교 법학과 교수, 법학연구소장, 법학박사

- 1) 제3자를 위한 계약에 있어서 직접이란 2중의 의미를 갖고 있다 즉 그 하나는 수익자인 제3자는 요약자와 낙약자간의 계약체결에 참여함이 없이 채권을 취득한다는 의미이며, 다른 하나는 수익자인 제3자는 요약자의 승계인으로서 채권을 취득하는 것이 아니라 원시적으로 채권을 취득한다는 의미이다.(Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, Allgemeiner Teil, 14 Aufl., 1987, S.218, Protokolle, S. 754)
- 2) 근대 민법은 모두가 제3자를 위한 계약을 입법적으로 규정하고 있다 그러나 프랑스 민법은 예외적으로만 제3자를 위한 계약을 인정하고 있으나(§1121 C.c.), 판례는 넓게 인정하고 있다. 그러나 독일 민법(§328 BGB) 및 스위스 채무법(§112 OR)은 일반적으로 제3자를 위한 계약을 인정하고 있다. 영미 계약법에서는 계약 당사자 구속의 법리(privacy of contract)에 의하여 제3자를 위한 계약이 극히 제한적으로 인정되었으나, 지금은 이 법리가 더 이상 인정되지 않아 제3자를 위한 계약이 일반적으로 인정되고 있다. 우리의 구민법에서도 일반적으로 제3자를 위한 계약을 인정하였다(구민법 제537조)

대하여 직접적으로 채권을 취득하게 하는 것을 내용으로 하는 계약을 말한다. 따라서 제3자를 위한 계약에 있어서 수익자인 제3자는 계약의 당사자가 아니지만, 직접적으로 그 계약의 일방 당사자인 낙약자에 대하여 직접적으로 그 계약상의 급부청구권을 행사할 수 있게 된다. 예컨대, 남편A가 보험회사B와 생명보험계약을 체결하면서 남편A의 사망시에 보험금은 A의 부인C가 직접 보험회사B에 대하여 청구할 수 있도록 A와 B가 약정한 경우가 바로 대표적인 제3자를 위한 계약에 속한다. 이를 진정한 제3자를 위한 계약이라 하는 반면에 제3자가 직접 채권을 취득하지 못하고 급부청구권은 오로지 요약자가 행사하며, 제3자는 급부를 수령할 권한만을 갖는 것을 부진정한 제3자를 위한 계약이라 한다.³⁾ 우리 민법이 규정하고 있는 제3자를 위한 계약은 진정한 제3자를 위한 계약이다.

제3자를 위한 계약의 의의에 관한 판례에 의하면 “제3자를 위한 계약이라 함은 통상의 계약이 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되는 것과는 달리 계약 당사자가 자기 명의로 체결한 계약에 의하여 제3자로 하여금 직접 계약 당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약인 바 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서 이는 계약체결의 목적, 계약에 있어서의 당사자의 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래관행, 제3자를 위한 계약체도가 갖는 사회적 기능 등 제반 사정을 종합하여 계약 당사자의 합리적 의사를 해석함으로써 판별할 수 있다”(대법원 1996. 1. 26선고, 94다54481판결)고 한다.⁴⁾

이 논문에서는 제3자를 위한 계약의 본질을 이해하기 위하여 법제사적·비교법적 개관을 하지 않기로 하며, 제3자를 위한 계약에 관한 판례의 동향과 대표적인 판례를 살펴보고자 한다

II. 成立要件

3) Staudinger / Kaduk, Vorbem. 1:2 zu §328, Münchener-Gottwald, 1 zu §328

4) 실제로 있어서 진정한 제3자를 위한 계약인지 부진정한 제3자를 위한 계약인지는 언제나 확연히 구별되는 것은 아니다. 따라서 양자의 구별은 계약의 해석에 의하여 결정되며, 특히 계약의 전체적인 상황, 그 중에서도 계약목적(Vertragszweck)에 의하여 정하여 진다 (§328 Abs. 2 BGB)(Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht, 21. Aufl., 1993, Rn 365) 독일에서는 의심스러운 때에는 진정한 제3자를 위한 계약으로 인정한다 (Karl. Larenz, S. 220)

제3자를 위한 계약의 성립요건은 제3자에게 직접적으로 채권을 취득시킨다는 약정, 즉 제3자약관이 있는 것을 제외하고는 보통의 계약과 전혀 동일하다. 그러나 제3자를 위한 계약의 성립요건을 정리해 보면 다음과 같다.

1. 有效한 契約의 成立

제3자를 위한 계약이 유효하게 성립하기 위하여서는 요약자와 낙약자간에 유효한 계약의 성립요건과 효력발생요건을 모두 갖추어야 한다. 따라서 요약자와 낙약자간의 계약에 방식을 요하는 경우에는 방식도 갖추어야 한다.

2. 第3者約款의 存在

요약자와 낙약자간의 계약의 내용으로 제3자에게 직접적으로 채권을 취득시키려는 약정이 있어야 한다. 즉 제3자약관이 요약자와 낙약자간의 계약에 포함되어 있어야 한다. 이 제3자약관이 제3자를 위한 계약의 본질적인 내용이다.

제3자에게 채권을 직접적으로 취득케 하는 당사자의 약정이 있는지 여부는 계약의 목적을 고려한 계약의 해석에 의하여 결정된다. 제3자에게 채권을 직접적으로 취득케 하는 약정이 있는 것으로 해석될 수 있는 예는 여러 가지가 있을 수 있다. 첫째, 법률의 규정으로부터 제3자에게 직접 채권을 취득케 하는 계약으로 볼 수 있는 경우이다. 타인을 위한 보험계약(상법 제639조), 제3자를 수익자로 하는 신탁(신탁법 제51조), 변제를 위한 공탁(제487조), 제3자를 수하인으로 하는 운송계약(상법 제140조) 등을 그 예로 들 수 있다. 둘째, 계약의 성질이나 거래관행에 비추어 제3자를 위한 계약으로 볼 수 있는 경우이다. 예컨대, 병존적 채무인수, 제3자에게 반환할 것을 내용으로 하는 소비대차계약 또는 임차계약, 제3자에게 일정한 급부를 하는 것을 내용으로 하는 부담부 증여, 은행지로계약 등을 그 예로 들 수 있다.

판례에 의하면 “…… 부동산을 매매하면서 매도인과 매수인 사이에 중도금 및 잔금은 매도인의 채권자에게 직접 지급하기로 약정한 경우에 그 약정은 매도인의 채권자로 하여금 매수인에 대하여 그 중도금 및 잔금에 대한 직접청구권을 행사할 권리를 취득케 하는 제3자를 위한 계약에 해당하고 동시에 매수인이 매도인의 그 제3자에 대한 채무를 인수하는 병존적 채무인수에도 해당한다”(대법원 1997. 10. 24선고, 97다 28698판결)고 한다.

3. 第3者の 存在時期 문제

제3자는 계약체결 당시에 현존하지 않아도 제3자를 위한 계약은 성립된다. 예컨대, 제3자가 태어나 설립 중의 법인(대법원 1960. 7. 21선고, 4292민상773판결) 이라도 제3자를 위한 계약은 유효하게 성립될 수 있다. 판례에 의하면 “재단법인의 설립준비 중 제3자가 기 설립자에 대하여 장차 설립될 동 법인의 설립을 조건으로 하고 동 법인에 무상으로 재산을 출연할 것을 약정하였다가 동법인을 수익자로 하는 제3자를 위한 재산출연에 관한 계약을 하였을 경우에는 기 각 재산이 동 법인의 기부행위에 기재되지 아니하였다 할지라도 동 법인은 전자에 있어서는 그 설립과 동시에 당연히 후자에 있어서는 설립후의 수익의 의사표시에 의하여 동 재산상의 권리를 취득하게 되는 것이라고 해석……”(대법원 1960. 7. 21선고, 4292민상773판결)하고 있다. 계약성립 당시에 특정되어 있을 필요는 없지만, 특정할 수는 있어야 하며, 제3자가 수익의 의사표시를 할 때에는 특정되고 현존하여 권리능력이 있어야 한다.

4. 第3者が 取得할 수 있는 權利는 債權에 限定되는지 與否

제3자가 취득하는 권리는 채권이다. 제3자에게 물권이나 준물권을 취득케 하는 제3자를 위한 처분계약에는 제3자를 위한 계약에 관한 규정이 유추적용 될 수 있을 뿐이다. 왜냐하면 제3자를 위한 계약을 규정하고 있는 제539조 제1항은 제3자는 채무자(낙약자)에 대하여 직접 그 이행을 청구할 수 있다고 규정하여 제3자가 취득하는 권리는 채권임을 분명히 규정하고 있기 때문이다.⁵⁾

제3자를 위한 채무면제계약에 관한 판례에 의하면 “낙약자가 제3자에 대한 채권에 관하여 채무의 면제(처분행위)를 하는 계약도 제3자를 위한 계약에 준하는 것으로 유효하다”(대법원 1980. 9. 24선고, 78다709판결)고 한다.

Ⅲ. 3者間の 法律關係

1. 3者間の 法律關係의 意味

제3자를 위한 계약의 당사자는 요약자와 낙약자이다. 제3자는 수익자일 뿐 계약 당사자는 아니다. 수익자인 제3자는 낙약자에 대하여 직접적으로 급부청구권을 취득하고

5) 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 1997, 180면

행사한다 이러한 제3자를 위한 계약이 있어서 낙약자가 계약 상대방인 요약자에 대하여 급부를 이행하지 아니하고 제3자에게 급부하는 것은 요약자로부터 보상을 받기 때문에 요약자와 낙약자간의 법률관계를 기본관계, 보상관계라 한다.

그리고 요약자가 낙약자로부터 급부청구권을 행사하지 아니하고 제3자가 직접적으로 급부청구권을 행사하는 것은 요약자와 제3자간에 일정한 원인이 있기 때문에 요약자와 제3자간의 법률관계를 대가관계, 출연관계, 또는 제3자수익의 원인관계라 한다. 또한 낙약자와 수익자 사이의 관계로 수익자가 낙약자에 대하여 급부청구권을 가지게 되는 것을 급부관계, 실행관계라 한다. 이 청구권은 보상관계에 기한 것이므로 그에 의존하게 된다.

대가관계의 의미에 관한 판례에 의하면 “제3자를 위한 계약의 체결원인이 된 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 제3자를 위한 계약 자체는 물론 그에 기한 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니하므로 낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고, 요약자도 대가관계의 부존재나 효력의 상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다”(대법원 2003. 12. 11선고, 2003다49771판결)고 한다.

2. 受益者の 法的 地位

(1) 受益者の 意思表示 後の 第3者の 法的 地位

1) 第3者の 債權取得

제3자는 계약 당사자가 아니지만, 요약자와 낙약자간의 계약으로부터 직접 낙약자에 대하여 채권을 취득하고 급부청구권을 행사할 수 있다. 그러나 구체적인 채권취득 시기에 관해서는 입법례⁶⁾가 나누어져 있다.

2) 第3者の 債權取得時期

6) 독일 민법(§333 BGB)은 요약자와 낙약자간의 계약성립에 의하여 곧바로 제3자가 채권을 취득하는 데 반하여 우리 민법은 제3자가 낙약자(채무자)에 대하여 수익의 의사표시를 함으로써 비로소 채권을 취득하는 것으로 규정하고 있다.(제539조 2항) 따라서 제3자의 수익의 의사표시는 제3자의 채권취득의 요건이다.

제3자를 위한 계약에 있어서 제3자의 채권취득시기는 제3자가 낙약자에 대하여 수익의 의사표시를 한 때이다.(제539조 2항) 이는 사적 자치의 원칙에 의하여 제3자의 의사를 존중하기 위한 규정으로 해석된다.⁷⁾

제3자의 수익의 의사표시를 제3자의 채권취득의 요건으로 이해함이 다수의 견해⁸⁾이며, 판례(대법원 1955. 7. 28선고, 4288민상165판결)도 같은 입장이다. 그러나 다수설과 판례의 견해에 의하면 요약자와 낙약자간의 제3자를 위한 계약 후 제3자의 수익의 의사표시가 있기까지의 사이에 제3자를 보호할 수 없는 문제점이 있다.⁹⁾ 예컨대, 제3자의 수익의 의사표시 전 낙약자의 귀책사유로 급부가 불능으로 되었거나, 타인에 의한 채권침해의 불법행위가 있더라도 제3자는 손해배상을 청구할 수 없게 된다. 생각건대 제3자의 수익의 의사표시를 제3자의 채권취득의 요건으로 해석함이 타당하지만, 수익의 의사표시 전에 제3자를 보호할 수 있는 방안이 마련되어야 한다. 독일 민법과 같이 제3자를 위한 계약에 의하여 제3자에게 채권을 취득케 하고 그에게 급부거절권을 인정한다면 이와 같은 제3자보호의 공백상태는 발생하지 아니할 것이다.¹⁰⁾

3) 제3者を 위한 契約 후 第3者の 受益의 意思表示가 있기까지의 第3者 保護方法

요약자와 낙약자간의 제3자를 위한 계약 후 제3자가 수익의 의사표시를 하기까지의 기간동안 제3자를 보호하는 방법이 없을까? 이에 관하여는 2가지의 방법론이 제시되고 있다. 그 하나는 독일 민법에서와 같이 요약자와 낙약자간의 제3자를 위한 계약에 의하여 제3자가 바로 채권을 취득함을 인정하고 제3자에게 급부거절권을 인정하는 방법이며, 다른 하나는 민법 제539조 제2항의 규정을 가능한 한 축소해석하여 제한적으로 적용하는 방법이다. 즉 민법 제539조 제2항을 임의규정으로 이해하여¹¹⁾ 제3자의 수익의 의사표시를 제3자의 채권취득의 절대적 요건이 아니라 때로는 제3자의 수익의 의사표시가 없이도 그 제3자에게 채권을 취득할 수 있게 허용하는 방법이다. 제3자의 수익의 의사표시를 요하는 민법 제539조 제2항을 강행규정으로 이해하고, 제3자의 수익의 의사표시가 없이도 제3자에게 채권을 발생케 하는 것은 제539조에 반하여 특약

7) 제3자의 채권취득을 위해서 제3자의 수익의 의사표시를 요하는 것은 제3자의 의사에 반하여 그에게 채권을 취득케 할 수 없다는 사적 자치의 원칙에 기해서가 아니라 결과에 있어서는 사적 자치를 인정한 것과 동일하지만, 우리 민법 제539조 제2항의 법률규정에 그 근거가 있다고 하는 견해가 있다.(민법주해 XⅢ 채권(7) 박영사, 1997, 125면)

8) 박윤직, 앞의 책, 121면, 이은영, 채권각론, 박영사, 2004, 155면

9) 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 1997, 183면

10) 김상용, 채권각론(상)(계약법), 법문사, 1999, 118면

11) 박윤직, 앞의 책, 127면; 김형배, 앞의 책, 183면; 이은영, 앞의 책, 156면

은 무효라는 견해가 있다.¹²⁾ 그렇지만 법률의 규정에 의하여 제3자의 수익의 의사표시를 요구하지 아니하거나, 법률상 명문의 규정은 없지만, 변제를 위한 공탁의 경우와 같이 해석상 수익의 의사표시가 요구되지 않음이 명백한 경우에는 수익의 의사표시가 없이도 제3자가 직접 채권을 취득할 수 있다고 한다.

제3자의 권리보호에 관한 판례에 의하면 “..... 제3자를 위한 계약임이 분명하므로 (매도인이 자신의 부동산을 매수인에게 넘겨주고 그 대금을 매수인이 매도인의 채권자에게 지급하기로 하였으나, 매도인과 매수인이 합의해제를 한 사례), 민법의 규정에 의하여 계약 당사자는 제3자의 권리가 발생한 후에는 합의해제를 할 수 없고, 설사 합의해제를 하더라도 이미 제3자가 취득하는 경우에는 아무 영향을 미치지 못한다”(대법원 1997. 10. 24선고, 97다28698판결)고 한다. 즉 매도인과 매수인간에 합의해제가 있는 후 매수인이 매도인의 채권자에게 중도금지급을 부당이득이라 하여 반환청구한 것을 받아들이지 않았다.

4) 受益의 意思表示

수익자인 제3자의 수익의 의사표시는 낙약자에 대하여 하여야 한다.(제539조 제2항) 수익의 의사표시는 명시적으로도 할 수 있고, 묵시적으로도 할 수 있다. 수익자가 낙약자에 대하여 급부이행청구권을 행사하거나, 이행의 소를 제기하면 수익의 의사표시를 한 것으로 볼 수 있다. 그리고 제3자의 수익의 의사표시에는 의사표시에 관한 법규정이 그대로 적용된다.¹³⁾

5) 受益의 意思表示 後の 契約의 變更 또는 消滅 不許

제3자가 낙약자에 대하여 수익의 의사표시를 하여 제3자가 채권을 취득한 후에는 계약 당사자는 그 계약을 변경 또는 소멸시키지 못한다.¹⁴⁾(제541조)

판례에 의하면 “제3자를 위한 계약에 있어서 제3자가 민법 제539조 제2항에 따라 수익의 의사표시를 함으로써 제3자에게 권리가 확정적으로 귀속된 경우에는 요약자와 낙약자의 합의에 의하여 제3자의 권리를 변경, 소멸시킬 수 있음을 미리 유보하였거

12) 민법주해 XIII, 160면

13) 낙약자는 제3자에 대하여 상당한 기간을 정하여 수익의 확정 여부를 최고할 수 있고, 그 기간 내에 확답을 받지 못하였을 때에는 제3자가 수익을 거절한 것으로 본다.(제540조) 이 규정은 구 민법에는 없던 것으로서 현행 민법에서 신설하였다.

14) 그러나 계약 당사자가 미리 제3자가 채권을 취득한 후에도 계약을 변경·소멸시킬 수 있음을 유보한 때에는 그러한 제한을 받지 않는다고 할 것이다.

나, 제3자의 동의가 있는 경우가 아니면 계약의 당사자인 요약자와 낙약자는 제3자의 권리를 변경, 소멸시키지 못하고, 만일 계약의 당사자가 제3자의 권리를 임의로 변경, 소멸시키는 행위를 한 경우 이는 제3자에 대하여 효력이 없다”(대법원 2002. 1. 25선고, 2001다30285판결)고 한다.

6) 第3者の 諾約者에 대한 債務不履行으로 인한 損害賠償請求 가능

낙약자의 귀책사유에 의하여 채무불이행이 발생한 경우에 제3자는 그 낙약자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁵⁾ 왜냐하면 손해배상은 본래의 제1차적 급부에 대하여 제2차적 급부이기 때문이다.¹⁶⁾ 그리고 낙약자의 이행지체로 인한 제3자의 현실적 이행의 강제는 채권의 효력으로서 당연히 인정된다. 이 때 요약자는 자기가 계약 당사자임을 이유로 낙약자에 대하여 자기에게 손해배상을 이행할 것을 청구할 수 없고, 제3자에게 손해배상할 것을 청구할 수 있을 뿐이다.

판례에 의하면 “……제3자를 위한 계약의 당사자가 아닌 수익자는 계약의 해제권이 나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권이 있다고 볼 수 없으며, 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있는 것이므로 수익자가 완성된 목적물의 하자로 인하여 손해를 입었다면 수급인은 그 손해를 배상할 의무가 있다”(대법원 1994. 8. 12선고, 92다41559판결)고 한다.

7) 第3者の 契約 當事者 地位에 기한 權利의 行使 不可能

제3자는 계약 당사자가 아니다. 따라서 계약 당사자의 지위에 기하여 인정되는 계약의 해제권, 해지권, 취소권 등은 계약 당사자인 요약자와 낙약자만이 행사할 수 있고, 제3자는 행사할 수 없다.¹⁷⁾

판례에 의하면 “제3자를 위한 유상쌍무계약의 경우 요약자는 낙약자의 채무불이행을 이유로 제3자의 동의없이도 그 계약을 해제할 수 있다”(대법원 1970. 2. 24선고, 69다1410·1411판결)고 하며, “제3자를 위한 계약은 그 사실상 낙약자의 행위 자체가 불

15) Dieter Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1992, S 351

16) 김형배, 앞의 책, 186면

17) 계약 당사자의 선의·악의, 과실·무과실이 문제될 때에도 계약 당사자에 관하여서만 문제되고, 제3자에 관하여서는 문제가 되지 않는다 그리고 의사의 흠결이나 사기, 강박의 유무도 계약 당사자인 요약자와 낙약자에게만 문제된다.

법행위가 되거나 계약이 무효인 경우에는 제3자는 특별한 사정이 없는 한 위 불법행위나 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구는 할 수 없다”(대법원 1966. 6. 21선고, 66다674판결)고 한다.

독일에서는 제3자가 수익의 의사표시를 한 후 요약자가 계약을 해제하기 위하여서는 수익자인 제3자의 동의가 있어야 한다는 주장이 있으며, 우리 나라에서도 이와 동일하게 법리구성을 하는 견해가 있다.¹⁸⁾ 그러나 Karl. Larenz는 제3자의 동의는 요약자와 제3자간의 내부적인 문제에 불과하고, 낙약자에 대해서는 요약자가 단독으로 해제할 수 있다¹⁹⁾고 한다. 우리의 판례도 제3자의 동의없이 요약자가 단독으로 해제할 수 있다(대법원 1970. 2. 24선고, 69다1410·1411판결)고 한다.

8) 受益者인 第3者가 第3者 保護規定에 의하여 保護받을 수 있는지 與否

수익자인 제3자는 민법상 제3자 보호 규정(제107조 2항, 제108조 2항, 제109조 2항, 제110조 3항, 제548조 1항 단서)에 의하여 보호받을 수 있는 제3자에 속할 수 있는가? 생각건대 수익자인 제3자는 요약자와 낙약자간의 계약으로부터 직접 채권을 취득하므로 간접적으로 권리를 취득하여 보호받는 제3자의 범주에는 속하지 아니한다 그러므로 수익자인 제3자는 제3자 보호규정에 의하여 보호받을 수 있는 제3자에는 속하지 아니한다. 따라서 수익자인 제3자는 계약 당사자와 동일하게 다루어진다.²⁰⁾

용역경비계약의 수익자에 관한 판례에 의하면 “용역경비계약의 약관에 나타난 계약의 목적 및 경비대상물의 정의규정과 손해배상규정상 경비회사의 용역경비의무의 불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 위 약관상의 사용자는 계약 당사자 외의 다른 제3자를 의미하고, 따라서 위 계약은 최소한 그 범위 내에서 제3자를 위한 계약으로서 여기서 제3자라 함은 계약상 용역경비업무의 성질, 손해배상책임의 대인배상 한도액, 용역경비대상물의 소유 및 사용관계, 계약 당사자가 위 계약을 체결한 동기 내지 경위 등에 비추어 보면 경비대상물인 건물을 일상적으로 사용하는 건물소유자 및 그의 처를 포함한 동거가족을 말한다고 봄이 상당하고, 위 건물에 일시 방문한 자들은 위 제3자의 범위에 속하지 아니한다”(대법원 1993. 8. 27.선고, 92다23339판결)고 한다.

(2) 受益의 意思表示 전의 第3者의 地位

18) 김형배, 앞의 책, 189면; 이은영, 앞의 책, 159면

19) Karl. Larenz, a.a.O., S 223

20) 동지 · 박윤직, 앞의 책, 129면, 김상용, 앞의 책, 122면

1) 受益의 意思表示를 할 形成權의 取得

제3자를 위한 계약에 있어서 제3자가 낙약자에 대하여 수익의 의사표시를 하느냐 않느냐는 제3자의 자유의사에 맡겨져 있다. 수익의 의사표시를 하면 직접적으로 채권을 취득하지만, 수익의 의사표시 전에 제3자는 형성권을 가지고 있다고 할 것이다. 왜냐하면 제3자의 일방적인 수익의 의사표시에 의하여 낙약자에 대한 채권취득의 효과를 발생케 할 수 있기 때문이다.

이와 같은 제3자의 형성권은 일신전속권이나 아니냐에 관하여는 다투어지고 있다. 이 형성권은 제3자의 의사가 존중되어야 하므로 일신전속권이라는 소수의 견해²¹⁾가 있으나, 다수의 견해는 이 형성권이 재산적 색체가 강하므로 상속·양도는 물론 채권자대위권의 목적이 될 수 있다고 한다.²²⁾

2) 形成權의 除斥期間

제3자의 수익의 의사표시를 하여야 할 기간에 관하여 요약자와 낙약자간에 다른 특약을 한 경우에는 그 특약기간 내에 행사되어야 한다. 그러나 수익의 의사표시의 행사기간에 관하여 특약을 하지 않은 경우에는 10년의 제척기간에 걸리며, 다수설이 이 견해를 취하고 있다. 그러나 10년의 소멸시효기간에 걸린다는 견해²³⁾도 있고, 어느 견해를 취하는 마찬가지라는 견해²⁴⁾도 있지만, 10년의 제척기간에 걸린다고 생각된다.²⁵⁾

3. 要約者의 法的 地位

(1) 要約者의 給付履行請求權

제3자가 낙약자에 대하여 직접 급부의 이행을 청구할 수 있으나, 요약자도 낙약자에 대하여 제3자에게 급부를 이행할 것을 청구할 수 있다. 그것은 제3자의 급부이행청구권은 독점적·배타적인 권리가 아니기 때문이다. 이와 같이 제3자도 요약자도 낙약자에 대하여 급부이행청구권이 인정되지만, 양자의 급부이행청구권의 관계는 연대채권이 아니다.

판례에 의하면 요약자와 낙약자간의 제3자를 위한 계약이 쌍무계약인 경우에는 낙

21) 김기선, 앞의 책, 75면 이하

22) 박윤적, 앞의 책, 128면; 김형배, 앞의 책, 184면 이하; 이은영, 앞의 책, 157면

23) 김기선, 앞의 책, 76면 이하

24) 민법주해(1), 363면

25) 김상용, 앞의 책, 123면

약자의 제3자에 대한 급부의무와 요약자의 제3자에 대한 급부의무는 동시이행의 관계에 있다(대법원 1962. 11. 15선고, 1962다638판결)고 한다.

(2) 第3者の 受益拒絶의 경우의 要約者の 給付受領權 認定 與否

제3자가 수익을 거절할 경우에 낙약자는 요약자에게 급부를 이행할 수 있는가? 이러한 때에는 2가지의 경우로 나누어 살펴보아야 할 것이다. 즉 계약의 목적에 비추어 제3자에게로의 급부가 절대적이 아닌 경우에는 낙약자는 요약자에게 급부함으로써 채무불이행을 면할 수 있다고 할 것이다. 그러나 계약의 목적에 비추어 제3자에게로의 급부이행이 절대적으로 요구되어 요약자에게의 급부이행이 적절치 못한 경우에는 제3자의 수익거절로 당사자 쌍방에게 책임없는 후발적 불능으로 다루어야 한다.²⁶⁾ 그러므로 요약자와 낙약자간의 계약이 쌍무계약인 경우에는 낙약자는 채무를 면하고, 또한 요약자로부터의 반대급부도 상실한다고 할 것이다.

4. 諾約者の 法的 地位

낙약자는 요약자와의 제3자를 위한 계약에 기하여 제3자에 대하여 직접 채무를 부담하고, 제3자에 대하여 직접 급부를 이행하여야 한다. 이와 같은 낙약자의 제3자에 대한 급부이행의무는 제3자약관에 기한 것이다. 이와 같이 낙약자는 제3자에 대하여 직접 급부이행의무를 부담함과 동시에 요약자와의 제3자를 위한 계약에 기한 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다.(제542조) 여기서 항변이란 채무의 존재는 인정하면서 그 이행을 거절할 수 있는 고유한 의미의 항변권에 한정하지 아니하고, 채권의 불발생, 채권의 소멸 등 권리의 존재를 부인할 수 있는 권리도 포함하는 의미라고 하여야 한다.²⁷⁾

5. 第3者を 위한 處分契約의 有效性 與否

민법이 규정하고 있는 제3자를 위한 계약은 제3자에게 직접 채권을 취득케 하는 계약이다. 왜냐하면 우리 민법 제539조 제1항은 “제3자는 채무자에 대하여 직접 그 이행을 청구할 수 있다”고 규정하여 제3자에게 급부청구권을 취득케 하고 있기 때문이다.

그러면 제3자를 위한 처분계약의 유효성을 인정할 수 있는지 문제된다. 이에 관하

26) 이은영, 앞의 책, 158면

27) 김상용, 앞의 책, 124면

여 제3자를 위한 처분계약도 유효하다는 데 학설은 일치되어 있다.

제3자를 위한 처분계약은 사적 자치의 원칙에 의하여 그 유효성을 인정할 수 있다. 따라서 제3자를 위한 처분계약에 의하여 제3자를 위하여 물권적 합의를 하거나, 낙약자로부터 제3자에게 직접적으로 채권을 양도할 수 있다.²⁸⁾

이와 같은 제3자를 위한 처분계약은 부동산물권변동에 있어서 명의신탁 또는 중간생략등기의 탈법적 방법으로 행하여질 가능성이 없지 않다. 진실한 제3자를 위한 부동산물권적 합의는 그 유효성이 인정되지만, 명의신탁을 위한 탈법적 방법으로 이루어진 제3자를 위한 처분계약은 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률 제4조 제1항에 의하여 중간생략등기를 위한 탈법적 방법으로 이루어진 것은 부동산등기특별조치법 제8조 2호에 의하여 무효이다. 그러나 판례는 중간생략등기 금지규정인 부동산등기특별조치법 제8조 2호를 단속규정으로 해석하고 있다.(대법원 1993. 1. 26선고, 92다39112판결)

6. 第3者에게 負擔을 주는 契約의 有效性 與否

제3자에게 채권을 발생케 하는 계약이 아니라 제3자에게 채무를 발생케 하는 계약은 제3자의 자기결정의 원칙에 반하므로 무효이다. 그러나 제3자의 동의가 있는 때에는 제3자에게 채무를 발생케 하는 계약도 유효하다고 할 것이다. 그리고 제3자에게 채권을 발생케 하면서 동시에 채무도 부담케 하는 계약이 유효인가에 관하여는 언제나 유효하다는 견해²⁹⁾와 제3자의 동의가 없는 한 무효라는 견해³⁰⁾가 대립되고 있다. 판례는 제3자에게 채권을 발생케 하면서 동시에 제3자의 동의없이 채무를 부담케 하는 계약도 유효하다(대법원 1957. 3. 16선고, 4289민상536판결 ; 대법원 1965. 11. 9선고, 65다1620판결)고 한다.

제3자에게 부담을 주는 계약의 효력에 관한 판례에 의하면 “제3자를 위한 계약은 제3자에게 단순히 권리만을 부여하는 것을 필요로 하지 아니하고 제3자에게 일정한 대가의 지급 기타 일정한 부담하에 권리를 부여하는 것도 가능한 법리다”(대법원 1965. 11. 9.선고, 65다1620판결)고 한다.

그러나 사적 자치의 원칙, 그 중에서도 자기결정의 원칙에 의하여 제3자의 동의없이 제3자에게 부담을 지우는 계약의 유효성을 인정할 수 없다고 생각된다.³¹⁾ 이와

28) 김상용, 앞의 책, 124면

29) 박운직, 앞의 책, 123면

30) 김형배, 앞의 책, 180면, 이은영, 앞의 책, 155면

31) 김상용, 앞의 책, 126면

같은 결과는 제3자에게 의무만 지우든, 제3자에게 채권을 발생시키면서 부담을 지우든 마찬가지라고 할 것이다.

IV. 代表的인 判例 分析

1. 第3者を 위한 契約에서 對價關係와 基本關係(대법원 2003. 12. 11선고, 2003 다49771판결)

(1) 判示事項

제3자를 위한 계약에서 요약자와 제3자 사이의 법률관계의 효력이 요약자와 낙약자 사이의 법률관계에 영향을 미치는지 여부(소극)

(2) 判決要旨

제3자를 위한 계약의 체결 원인이 된 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 제3자를 위한 계약 자체는 물론 그에 기한 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니하므로 낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고, 요약자도 대가관계의 부존재나 효력의 상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다.

(3) 事實關係

피고Y는 자기 소유의 A염전을 원고X 소유의 B상가와 교환하기로 하는 계약을 체결하였다. 그리고 피고Y는 원고X와의 (1)교환계약에 따라 취득할 B상가를 제3자인 Z에게 양도하고 Z는 자기 소유의 C여관을 피고Y에게 양도하기로 하는 (2)교환계약을 체결하였다. 원고X는 피고Y의 요청에 의하여 B상가를 제3자Z에게 직접 분양하기로 약속하였고 제3자Z는 이에 따라 원고X와 B상가의 분양계약을 체결하고 원고X는 제3자인 Z에게 B상가의 소유권이전등기를 경료해 주었다. 그런데 C여관에 대하여 (2)교환계약 체결 이전에 설정된 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되어 제3자에게 낙찰되자 피고Y는 제3자인 Z에게 낙찰로 인하여 C여관에 관한 소유권이전등기절차의 이행이 불가

능하게 되었음을 이유로 (2)교환계약을 해제한다는 취지를 통고하였다. 그리고 원고X가 피고Y에게 A염전에 관하여 (1)교환계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하자 피고Y는 자신이 (1)교환계약에 따라 원고X로부터 B상가에 대한 소유권이전등기를 경료받기 전에는 원고X의 청구에 응할 수 없다고 항변하였지만, 이에 대해 재판부는 상고를 기각하였다.

(4) 解説

대상판결은 제3자를 위한 계약의 핵심적인 법리의 하나를 다루고 있다. 쌍무계약의 일방이 상대방에게 제3자에게 급부해 줄 것을 요청하고 상대방도 이를 받아들여 제3자에게 이행하였는데, 나중에 일방이 제3자에 대한 급부의 원인관계인 제3자와의 계약을 해제하였다며 상대방의 반대급부의 이행청구를 거절하고 있는 사안이다.

이의 분석을 위해서 먼저 (1) 제3자를 위한 계약의 삼면관계 즉 요약자-낙약자, 요약자-제3자, 낙약자-제3자 관계를 알아보고, (2) 이를 기초로 낙약자가 원인관계에 기한 항변을 가지고 수익자에게 대항할 수 있는가라는 문제, 즉 제3자를 위한 계약에서 기본관계와 대가관계의 관계성에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 第3者を 위한 契約의 三面關係

i) 基本關係 要約者와 諾約者 사이의 법률관계

사안에서는 요약자 피고Y는 낙약자 원고X와 (1)교환계약을 체결하면서 피고Y가 원고X에게 B상가의 소유권이전등기무를 제3자인 Z에게 직접 이행해줄 것을 요청하고 원고X가 이를 받아들임으로써 피고Y와 원고X 사이에 제3자Z를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약이 성립하였다.

ii) 對價關係 要約者와 第3者와의 관계

사안에서 요약자 피고Y는 제3자Z와의 (2)교환계약에 따라 Z로부터 C여관을 취득하는 것을 원인으로 하여 그 반대급부로서의 채무이행을 낙약자 원고X로 하여금 이행하도록 한 것이다. 즉 요약자 피고Y는 낙약자 원고X를 매개로 하여 간접적으로 제3자 Z에게 자신의 채무를 이행하는 것으로 볼 수 있다.

iii) 第3者 受益關係 : 諾約者와 第3者와의 관계

낙약자와 제3자와의 관계는 급부실행관계로서 양자 사이에는 계약이 존재하지 않는다. 제3자는 제3자 수익조항에 기하여 직접 낙약자에게 그 이행을 청구할 수 있으나(제539조 제1항), 제3자는 낙약자에게 ‘계약의 이익을 받을 의사’, 즉 수익의 의사표시를 하여야 하고 그 때부터 낙약자에 대하여 청구권을 가진다.(제539조 제2항) 수익의 의사표시는 명시적 또는 묵시적으로 행해질 수 있는데, 판례에 의하면 제3자가 낙약자에 대하여 직접이행을 청구하거나 이행의 소를 제기한 때에는 수익의 의사표시가 있는 것으로 추단된다(대법원 1972. 8. 29선고, 72다1208판결)고 한다.

낙약자는 요약자와 체결한 기본계약에서 발생하는 채무를 제3자에 대하여 부담하는데 지나지 않으므로 계약의 무효나 취소 또는 동시이행의 항변 등의 사유는 요약자와의 관계에서 발생하나 이를 가지고 제3자에 대하여 대항할 수 있다.(제542조) 또한 제3자는 계약의 당사자가 아니므로 기본계약을 취소하거나 낙약자의 채무불이행을 이유로 해제권을 행사할 수는 없다. 다만, 낙약자의 담보책임을 묻는 경우에 있어서 완전물급부청구나 손해배상청구는 제3자도 할 수 있다고 해석된다.

사안에서 Z는 피고Y와 원고X 사이의 제3자를 위한 계약에 따라 원고X와 B상가의 분양계약을 체결함으로써 수익의 의사표시를 하였고 이로써 원고X에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다. 낙약자인 원고X는 제3자Z에게 자신의 B상가 소유권이전등기의무를 이행함으로써 피고Y와의 사이의 기본관계에 있어 자신의 채무를 이행한 것이 된다.

2) 小結

사안에서 요약자인 피고Y는 수익자가 자신의 채무를 이행하지 못하게 되자 이를 근거로 하여 수익자와의 원인관계가 되는 (2)교환계약을 해제하고 이로써 수익자의 낙약자에 대한 권리는 당연히 소멸하였으며 이제 낙약자는 직접 요약자에서 채무의 이행을 하여야 한다고 주장하고 있다. 이러한 주장은 타당한가?

대상판결은 “제3자를 위한 계약의 체결원인이 된 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 제3자를 위한 계약 자체는 물론 그에 기한 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 한다. 즉 대가관계와 기본관계는 전적으로 독립적이라는 것이다. 제3자를 위한 계약은 낙약자와 관련된 2개의 법률관계, 즉 낙약자와 요약자 간의 기본관계와 아울러 낙약자와 제3자간의 관계를 만들어내는 반면에 요약자의 제3자간의 어떠한 법률관계도 만들

어 내지 못한다. 민법은 양 관계를 분리시켜 다루고 있으며 기본관계의 성립이나 효력에 있어 어떠한 것도 대가관계에 영향을 미치지 않으며 그 반대도 마찬가지다. 즉 양자의 관계는 단순한 복수의 채권관계일 뿐이다. 당사자들이 제3자를 위한 계약의 효력을 요약자의 제3자에 대한 채무의 존속과 결부시키는 약정을 별도로 두지 않는 한 대가관계의 성립이나 효력에 있어 어떠한 장애가 발생하여도 이것이 기본관계에 영향을 주지 못한다.

이러한 양 채권관계의 독립성에서 판례가 말하는 것처럼 "낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없는" 것이다.

어떤 근거에서 요약자가 제3자에게 급부를 출연하는가는 낙약자와는 아무런 관계가 없고 기본관계와도 마찬가지다. 즉 제3자에 대한 청구권의 부여는 無因의이다. 따라서 대가관계에서의 급부장애는 기본관계에 아무런 영향이 없다. 즉 낙약자는 자신의 급부 의무에 대하여 대가관계로부터 아무런 항변을 끌어낼 수 없고, 제3자가 대가관계에 있어 권한이 없다는 이유로 급부의 이행을 거절할 수 없다. 다만, 대가관계는 제3자에 대한 급부의 법적 원인이 되므로 유효한 대가관계가 결여된 경우에는 요약자는 제3자로부터 부당이득법에 의거하여 이미 이행된 것의 반환이나 급부청구권의 양도를 구할 수 있다.

사안에서 보면 이미 제3자 Z가 낙약자인 원고X에게 수익의 의사표시를 하였다면 비록 요약자인 피고Y가 제3자의 채무불이행을 이유로 대가관계를 이루는 (2)교환계약을 해제하였다 하더라도 제3자는 여전히 원고X에게 분양계약상의 권리를 행사할 수 있다는 것이 된다. 이에 따라 낙약자인 원고X가 제3자에게 소유권이전등기절차를 이행한 이상 낙약자는 기본관계에서 자신의 채무를 먼저 이행한 것이 된다. 따라서 요약자 피고Y는 기본계약상의 자신의 반대급부인 A염전의 소유권을 넘길 수 없다는 동시이행의 항변은 근거없는 것이 된다. 피고Y는 원고X에게 자신의 반대급부로서 A염전의 소유권이전등기를 하여주고 제3자인 Z를 상대로 부당이득반환으로서 원고X로부터 넘겨받은 B상가의 소유권을 이전해 줄 것을 청구하여야 할 것이다.

제3자를 위한 계약에서는 자발적으로 자신이 급부를 받을 권리를 제3자에게 부여한 요약자보다는 낙약자와 제3자의 보호가 문제된다. 낙약자는 요약자가 아니라 제3자에 게의 이행으로 더 불리한 위치에 처해져서는 안 되는 것이고 이것은 낙약자의 제3자에 대한 항변권을 보장한 제542조에 잘 나타나 있다. 한편 제3자는 일단 수익의 의사표시를 통해 권리를 취득한 이상 민법 제541조가 말하듯이 제3자와 낙약자와의 사이

에는 무인적(無因的)인 채무이행관계만 남게된다.

결국 사안에서 보듯이 제3자를 위한 계약체결시 부가적인 조건을 달지 않은 이상 대가관계에서 장애가 있어 실질적인 근거가 없어진 경우에도 낙약자는 제3자에게 대항 할 수 없어 채무를 이행하여야 한다. 이것은 낙약자로서는 자신의 급부를 정상적으로 이행한 것이므로 요약자는 낙약자에게 자신의 반대급부를 하여야 한다. 결국 요약자는 실질적인 근거없이 이행을 받은 제3자를 상대로 부당이득반환청구를 행사할 수 밖에 없다는 것이고 그에 따른 모든 위험을 부담하게 되는 것이다.³²⁾

2 第3者を 위한 契約으로서 並存的 債務引受(대법원 1997. 10. 24선고, 97다 28698판결)

(1) 判示事項

제3자를 위한 계약의 의의 및 그 판별기준

(2) 判決要旨

제3자를 위한 계약이라 함은 통상의 계약이 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되는 경우와는 달리 계약 당사자가 자기의 명의로 체결한 계약에 의하여 제3자로 하여금 직접 계약 당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약인 바, 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서 이는 계약체결의 목적, 계약에 있어서의 당사자의 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 제반사정을 종합하여 계약 당사자의 합리적 의사를 해석함으로써 판별할 수 있다.

(3) 事實關係

토지의 소유자A는 그가 경영하던 인쇄회사가 자금난을 겪자, 그 소유의 토지를 B에게 8억 9천만원에 파는 매매계약을 체결하였다. 계약금이 교부된 후 매도인A는 그 채

32) 동지 : 김동훈, 제3자를 위한 계약에서 대가관계와 기본관계, 고시연구(2004. 3), 330면 이하

권자인 C의 요청으로 B와의 사이에 중도금 및 잔금을 B가 A에게 직접 지급하기로 약정하였다. 그리고 A와 B는 이 약정내용을 분명히 하기 위하여 A가 C에게 중도금 및 잔금에 대한 수령권을 위임한다는 취지의 지불위임장을 작성하고 'C귀하'라고 표시하여 공증까지 마쳤다. 그 후 A의 요구에 의하여 B는 그 기일을 앞당겨서 C의 예금계좌에 중도금을 입금하였는데, C가 B로부터 중도금(2억 2천 7백만원)을 수령하여 제3자인 C의 권리가 생긴 이후에 B는 대금지급을 게을리하였다. 한편 A는 토지를 다른 사람에게 파는데 대하여 B의 동의를 받아 B와의 매매계약을 합의해제하고, 토지를 D에게 이 중매매하여 버렸다. B는 C를 상대로 A와의 매매계약을 해제하였으므로 자신이 매매대금의 일부로 지급한 돈이 부당이득이라고 하는 이유로 그 반환을 청구하였다.

(4) 解説

우선 A가 그 채권자인 C의 요청으로 B와의 사이에 중도금 및 잔금을 B가 A에게 직접 지급하기로 한 약정의 성질이 문제된다. 채무자와 인수인의 계약으로 체결되는 병존적 채무인수는 채권자로 하여금 인수인에 대하여 새로운 권리를 취득하게 하는 경우로서 제3자를 위한 계약의 하나로 볼 수 있다. 그러나 이행인수는 채무자와 인수인 사이의 계약으로 인수인이 변제 등에 의하여 채무를 소멸케 하여 채무자의 책임을 면하게 한다고 하는 약정으로서 인수인이 채무자에 대한 관계에서 채무자를 면책케 하는 채무를 부담하게 될 뿐 채권자로 하여금 직접 인수인에 대한 채권을 취득케 하지는 아니하므로 결국 제3자를 위한 계약에 해당하지는 아니한다.

AB 사이의 약정이 제3자를 위한 계약에 해당하는 병존적 채무인수인지 이행인수인지가 문제되나, B는 중도금과 잔금을 지급하는 대신 토지를 취득하고, B의 A에 대한 중도금 및 잔금은 C에게 그 대금 상당의 금원을 지급하여 그 지급에 갈음하기로 하며, A의 C에 대한 채무는 B가 C에게 금원을 지급하여 일용 소멸시키기로 한 경우이므로 AB 사이의 매매계약은 A를 요약자, B를 낙약자, C를 제3자로 하여 C로 하여금 B에 대하여 중도금 및 잔금에 대하여 직접 청구권을 행사할 권리를 취득케 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다. 그리고 AB 사이의 매매계약은 제3자를 위한 계약임이 분명하므로 민법 제541조에 의하여 양 당사자는 제3자의 권리가 발생한 후에는 합의해제할 수 없고, 설사 합의해제를 하더라도 그로 인하여 이미 제3자가 취득한 권리에는 아무런 영향을 미치지 못한다. 결국 B는 C에 대하여 이미 지급한 중도금에 대한 부당이득반환청구를 할 수 없다.

3. 第3者を 위한 契約에서 第3者の 地位(대법원 1994. 8. 12선고, 92다41559판결)

(1) 判示事項

- 1) 제3자를 위한 계약에서 수익자의 계약해제권 또는 해제를 원인으로 한 원상회복청구권 유무
- 2) 제3자를 위한 계약이 해제된 경우에 수익자의 손해배상청구권의 유무

(2) 判決要旨

- 1) 제3자를 위한 계약의 당사자가 아닌 수익자는 계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권이 있다고 볼 수 없다.
- 2) 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있으므로 수익자가 완성된 목적물의 하자로 인하여 손해를 입었다면 낙약자는 그 손해를 배상할 의무가 있다.

(3) 事實關係

서울특별시는 각종 산업활동 및 경제활동, 시민의 의식주활동의 결과로 배출되는 막대한 양의 도시고형폐기물을 처리하기 위하여 난지도에 쓰레기처리장을 건설하기로 하고, 대한민국이 그 비용을 지원하기로 하였다. 난지도 쓰레기처리장의 건설은 본래 서울특별시의 사업으로서 그 기본계획의 입안, 부지의 선정 및 제공, 입찰안내서의 작성, 공사비의 지출, 관리비의 지출 등이 실질적으로 서울특별시에 의하여 이루어졌을 뿐만 아니라 완성된 난지도 쓰레기처리시설도 또한 서울특별시에 귀속되었으나, 대한민국이 서울특별시를 위하여 현대건설과의 사이에서 난지도 쓰레기처리장에 대한 건설공사계약을 체결하였다. 그 후 현대건설은 마침내 난지도 쓰레기처리장을 완공하였는데, 난지도 쓰레기처리시설은 기계설비의 설계 및 시공상의 하자로 인하여 계약상의 본래의 목적을 달성할 수 없게 되었다. 특히 완성된 난지도 쓰레기처리시설의 하자로 인하여 서울특별시는 그 동안 보수비용으로 13억원 정도를 지출하여야 하였다. 서울특별시는 현대건설과의 건설공사계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권을 주장하면서 현대건설에 대하여 보수비용의 지출로 인한 손해배상을 청구하였다.

(4) 解説

대한민국이 서울특별시를 위하여 현대건설과의 사이에 난지도 쓰레기처리장 건설공사계약을 체결한 이상 그 계약의 당사자는 대한민국과 현대건설이고, 서울특별시는 계약상의 수익자에 불과하다. 비록 난지도 쓰레기처리시설의 건설이 서울특별시의 사업으로서 그 기본계획의 입안, 부지의 선정 및 제공, 입찰안내서의 작성, 공사비의 지출, 관리비의 지출 등 계약체결을 제외한 모든 사항이 실질적으로 서울특별시에 의하여 이루어지고, 역시 완성된 쓰레기처리시설이 서울특별시에 귀속된다고 하여 서울특별시가 쓰레기처리장 건설공사계약의 당사자가 되지는 아니한다. 그리고 서울특별시가 쓰레기처리장 건설공사계약의 당사자가 아니라면 서울특별시는 건설공사계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권을 가질 수 없다.

제3자를 위한 계약에서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러므로 대한민국이 현대건설과의 도급계약을 해제한 경우에 서울특별시는 완성된 난지도 쓰레기처리장의 하자로 인하여 입은 손해(13억원)에 대한 배상을 현대건설에 대하여 청구할 수 있다.

4. 第3者를 위한 契約에서 基本契約의 解除와 原狀回復(대법원 2003. 12. 26선고, 2001다46730판결)

(1) 判示事項

계약의 일방 당사자가 계약 상대방의 지시 등으로 계약 상대방과 또 다른 계약관계에 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 위 제3자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(소극)

(2) 判決要旨

계약의 일방 당사자가 계약 상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약 상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부으로써 급부를 한 계약 당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부로도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.

(3) 事實關係

A는 X상가를 신축한 후 이를 B와의 사이에 230억원에 매도하는 매매계약을 체결하였고, B는 이 상가의 일부를 C에게 재분양하는 계약을 체결하였다. 그리고 C는 B의 지시에 따라 분양대금의 일부를 A에게 송금하였다. B가 A에게 중도금과 잔금을 지급하지 못하자 결국 C는 상가를 분양받지 못하게 되었고, C는 B와의 재분양계약을 해제하였다고 주장하며 A는 매매대금을 수령할 권한이 없음에도 법률상 원인없이 수령한 금액 상당의 이득을 얻었으므로 A를 상대로 그 지급받은 대금을 부당이득으로 반환할 것을 청구하였다.

(4) 解説

이 사안은 제3자를 위한 계약에서 기본관계를 이루는 계약, 즉 요약자와 낙약자 사이의 계약이 해제된 경우이다. 이 판결은 A를 수익자로 하여 B와 C 사이에 분양계약이 체결되었다고 볼 수 있는데, C가 B와의 기본관계를 이루는 계약을 B의 채무불이행을 이유로 해제하고 수익자를 상대로 이미 이행한 부분을 부당이득으로 반환할 것을 청구하는 사안이다. 이처럼 기본계약이 무효·취소·해제되는 경우에 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있으면 그 반환을 청구할 수 있는가는 어려운 문제이다.

기본관계를 이루는 계약이 해제된 경우에 청산, 즉 원상회복의 문제의 처리에 있어서 대상판결은 낙약자가 요약자의 계약을 적법하게 해제하였다고 하더라도 그 계약관계의 청산은 계약의 상대방인 요약자와의 사이에 이루어져야 하고, 수익자를 상대로 기지급한 것을 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구할 수는 없다고 한다.

그런데 대법원은 제3자에 대한 부당이득의 반환청구를 부정하는 근거로서 색다른 근거를 제시하고 있다. 첫째, 자기책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래하게 되고, 둘째, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하다는 것이다.

첫째, 제3자에 대한 부당이득반환청구의 인정이 계약상의 위험부담을 제3자에게 전가한다는 것은 무슨 뜻일까? 계약상의 위험부담이란 낙약자편에서 보면 낙약자가 자신의 채무를 이행했음에도 요약자의 반대급부를 얻지 못할 위험을 말할 것이다. 낙약자는 제3자에게 급부함으로써 보상관계에서 자신의 채무를 이행하였으나 요약자가 자신의 채무를 불이행하는 경우 그로 인한 위험부담은 채무자인 낙약자가 부담해야 하는데, 제3자에게 청구한다는 것은 이러한 위험을 제3자에게 전가한다는 뜻일 것이다.

둘째, 대법원은 제3자가 계약상대방, 즉 요약자에 대하여 가지는 항변권 등을 부당하게 침해한다는 것을 지적하고 있다. 예컨대, 제3자와 요약자 사이의 원인관계인 계약이 해제되어 원상회복하는 경우 제3자는 동시이행의 항변권을 행사할 수 있을 것인데, 낙약자가 부당이득반환청구권을 행사한다면 제3자의 항변권이 침해받는 경우가 있을 수 있다.

요컨대, 대법원은 비록 제3자가 수익자로서 독립적인 청구권을 갖는다고 하지만, 제3자는 어디까지나 부차적인 당사자이고 제3자는 계약 당사자간의 급부과정의 단축³³⁾이라는 목적달성을 위하여 반사적으로 효과를 받는 자에 불과하다는 것이다. 이런 시각에서 보면 부당이득반환청구 등 기본관계에서 발생하는 모든 문제는 계약 당사자간에서 해결되어야 하는 것이 원칙³⁴⁾이 될 것이다.

또한 이런 시각에서는 낙약자의 항변권을 규정한 민법 제542조의 의미도 축소된다. 즉 계약 상대방이 아니라 제3자에게 급부함으로써 낙약자가 더 불리한 위치에 처하여서는 안된다는 생각을 표현하고 있는 제542조는 소극적인 항변권의 행사에 그칠 뿐이고 급부를 수령한 제3자로부터 이를 원상회복 받을 수 있는 권리는 주어지지 아니하는 것이다. 제3자의 입장에서는 일단 정당하게 수령한 이상 적어도 낙약자와의 사이에서 반환관계와는 관련이 없게 되는 것이다.

V. 結語

지금까지 제3자를 위한 계약에 관한 판례의 동향을 살펴보았으며, 대표적인 판례의 내용을 정리하면 다음과 같다.

제3자를 위한 계약의 체결 원인이 된 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 제3자를 위한 계약 자체는 물론 그에 기한 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니하므로 낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고,

33) 학설도 제3자를 위한 계약의 사회적 작용으로서 급부과정의 단축기능을 들고 있다. 채무이행절차의 생략으로 법률관계를 간편하게 결제할 수 있으며, 계약의 청산을 단순화하고 요약자의 중간취득을 피하게 하여 제3자의 채권을 요약자의 채권자의 강제집행으로부터 보호할 수 있다고 한다. 송덕수, 제3자를 위한 계약의 보완적 연구, 이화여대 법학논집(1996), 50면

34) 동지 : 김동훈, 제3자를 위한 계약에서 기본계약의 해제와 원상회복, 고시연구(2004. 4), 191면 이하

요약자도 대가관계의 부존재나 효력의 상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다.

제3자를 위한 계약이라 함은 통상의 계약이 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되는 경우와는 달리 계약 당사자가 자기의 명의로 체결한 계약에 의하여 제3자로 하여금 직접 계약 당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약인 바, 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서 이는 계약체결의 목적, 계약에 있어서의 당사자의 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 제반사정을 종합하여 계약 당사자의 합리적 의사를 해석함으로써 판별할 수 있다.

제3자를 위한 계약의 당사자가 아닌 수익자는 계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권이 있다고 볼 수 없다. 또한 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있으므로 수익자가 완성된 목적물의 하자로 인하여 손해를 입었다면 낙약자는 그 손해를 배상할 의무가 있다.

계약의 일방 당사자가 계약 상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약 상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부으로써 급부한 계약 당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부로도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.



❶ 최문기

제3자를 위한 계약(Vertrag Zugunsten Dritter)

자기결정의 원칙(Prinzip der Selbstbestimmung)

요약자(Versprechensempfänger) 낙약자(Versprechender)

보상관계(Deckungsverhältnis) 대가관계(Zuwendungs-od. Valautverhältnis)

수익의 거절(Zurückweisung) 이의(Einwendung)

[Zusammenfassung]

Eine Richtung der Entscheidungen des Vertrags zugunsten Dritter

Choi, Moon-Ki

I. Bedeutung und Erscheinungsformen des Vertrags zugunsten Dritter

Am Schuldverhältnis sind normalerweise nur die unmittelbaren Vertragsparteien beteiligt. Dritte können für sich aus dem Schuldverhältnis weder Rechte herleiten, noch müssen sie befürchten, aus dem Schuldverhältnis, an dessen Entstehung sie nicht mitgewirkt haben, verpflichtet zu werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der Vertrag zugunsten Dritter (§§ 539 ff.), der es ermöglicht, einem Dritten, am Vertragsabschluß nicht Beteiligten, zum Gläubiger zu machen, der die Leistung unmittelbar vom Schuldner verlangen kann.

II. Eine Richtung der Entscheidungen des Vertrags zugunsten Dritter

Vom echten Vertrag zugunsten Dritter sind zwei benachbarte Vertragsformen zu unterscheiden, die zu anderen Rechtsfolgen führen. Zum einen handelt es sich dabei um den sog. unechten Vertrag zugunsten Dritter. Sein Charakteristikum besteht darin, daß ebenso wie beim Vertrag zugunsten Dritter zwei Parteien eines Vertrags vereinbaren, daß eine geschuldete Leistung nicht an die Partei, sondern an einen Dritten zu erbringen ist, daß dieser Dritte jedoch kein eigenes Forderungsrecht gegen den Schuldner erhält. Erbringt der Schuldner hier die Leistung nicht, so kann daraus nur der Vertragspartner und nicht auch der Dritte Konsequenzen herleiten. Entscheidendes Kriterium dafür, ob ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, ist der Wille der vertragschließenden Parteien. Jeder Vertrag, der als echter Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen werden kann, kann auch in der abgeschwächten Form des unechten Vertrags zugunsten Dritter vereinbart werden.

Die Rechtsstellung des Dritten beruht ganz auf dem Deckungsverhältnis. Nur wenn dieses wirksam besteht, hat der Dritte eine Forderung gegen den Versprechenden. Die Frage, ob das Deckungsverhältnis fehlerfrei gegeben ist, beantwortet sich ausschließlich nach den für den jeweiligen Vertragstyp geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen. Soll also etwa durch Vertrag zugunsten Dritter der Versprechende verpflichtet werden, dem Dritten ein Grundstück zu übereignen.

Wenn sich der Versprechensempfänger zum Abschluß eines Vertrags zugunsten des Dritten entschließt, so verfolgt er damit dem Dritten gegenüber in der Regel einen rechtlichen Zweck. Dieser Zweck kann sehr unterschiedlich geartet sein : häufig ist der Versprechensempfänger dem Dritten gegenüber – aus was für Gründen auch immer – zur Erbringung einer Leistung verpflichtet, die unmittelbar vom Versprechenden an den Dritten erbracht werden soll. In vielen Fällen will der Versprechensempfänger dem Dritten aber auch ohne dahingehende Verpflichtung unentgeltlich einen Vorteil zuwenden (Anlegung eines Sparbuchs für einen Dritten, Begünstigung der Ehefrau aus einem Lebensversicherungsvertrag). Die Wirksamkeit des zwischen Versprechensempfänger und Dritten bestehenden Valutaverhältnisses ist streng vom Deckungsverhältnis zu trennen ; sie bestimmt sich allein nach den im Valutaverhältnis jeweils einschlägigen Bestimmungen.

Äußerst schwierige Fragen ergeben sich, wenn eines der Rechtsverhältnisse (Deckungs - oder Valutaverhältnis) unwirksam ist, die Leistung jedoch bereits erbracht wurde, so daß eine bereicherungsrechtliche Abwicklung erforderlich ist. Es fragt sich, ob der Leistende hier die an den Dritten erbrachte Leistung unmittelbar von diesem zurückverlangen kann. Die dabei auftauchenden vielfältigen Probleme sind eng mit dem schwierigen Komplex des Bereicherungsausgleichs in sog. Dreiecksverhältnissen verwandt. Sie werden dort ausführlicher behandelt werden. Hier ist nur eine kurze Darstellung möglich. Dabei ist es notwendig, nicht von vornherein als selbstverständlich davon auszugehen, daß sämtliche Verträge zugunsten

Dritten einheitlich zu behandeln sind. Angesichts der Tatsache, daß das technische Mittel des Vertrags zugunsten Dritter heute bei recht unterschiedlich gelagerten Fallgruppen eingesetzt wird, erscheint es angebracht, die einzelnen Fallgruppen getrennt zu überprüfen.