



악의 · 고의 · 작위

■ 글 / 하태웅 변호사 법무법인 유·리

악의(惡意:ill intention)는 여러 가지의 의미가 있다. 일반적으로는 도덕적인 선악과는 관계없이 단순히 어떤 사항을 알고 있는 경우에 사용한다. 법률관계의 발생이나 소멸 효력에 영향을 미칠 수 있는 어떤 사정을 알고 있는 일로, 선의(善意)와 대비된다.

「악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며, 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다」고 민법에서 규정하고 있다.

또 「악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다」고 되어 있다. 이 두 예에 있어서 알고 있는 것의 내용이 상이(相異)하다는 것에 유의할 필요가 있다. 후자는 수익(受益:profit)의 원인이 없는 것을 알고 있는 경우를 말한다.

하지만, 전자는 점유(占有:possession)의 권리가 없음을 알고 있는 경우 뿐만 아니라 이 권리가 없을지도 모른다고 하는 의심을 갖고 있는 경우도 포함한다. 악의는 주로 중대한 과실과 더불어 사용된다. 「소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 환어음을 취득한 때에는 그러하지 아니하다」고 어음법에서 규정하고 있다.

또한 「소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때에는 그러하지 아니하다」고 규정하고 있다. 그리고 「소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 수표를 취득한 때에는 그러하지 아니하다」고 수표법에서 명시하고 있다. 「이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를懈怠(懈怠:negligence)한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.」라고 상법에서는 규정하고 있다. 도덕적으로 나쁘다고 하는 해악의 의도가 있는 경우에 사용되는 경우도 있다. 「배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때」와 같은 민법의 조항이다.

고의(故意:deliberation)는 남의 권리를 침해함을 알고도 행하는 의식을 말한다. 민사상 또는 형사상의 책임을 발생시키는 조건으로서 사용된다. 그 내용은 어떤 사항을 확정적으로 알고 있을 뿐만 아니라, 이른바 미필적 고의도 포함한다고 하며 기타 위법성의 의식이 포함되는가 안되는가의 논의가 있다. 이외에 특별한 의미내용을 갖는 것으로서 사용되는 경우가 있다.

「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 민법 제750조에 명시되어 있다. 그리고 국가배상

법에서 「국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다」고 규정하고 있다. 형법에서 「법률에 특별한 규정이 없는 한, 고의(범의라고도 한다)의 행위만을 벌한다」고 명시하고 있다.

이 밖에 해악의 의도를 포함하여 사용하는 경우가 있다. 해악(害惡:evil)의 의도의 내용은 규정의 취지 여하에 의하게 된다. 민법에서는 「고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 재산상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 한 자」라고 규정하고 있다.

또 「보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다」고 상법에서 규정하고 있다.

작위(作爲:commission)는 의지적인 의사에 의한 적극적인 행위를 말한다. 알고 있을 뿐만 아니라 일정한 행위가 수반되는 경우이다. 민법에서 「채무자의 일신에 전속(全屬)하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제3자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다」고 하는 예에서는 적극적 행위를 의미한다.

이와 관련하여 악의(惡意)의 항변(抗辯)과 일반악의(一般惡意)의 항변이 있다. 두 가지 모두 인적(人的)항변을 주장하여 어음이나 수표금의 지급을 거부하기 위한 항변을 말한다.

악의의 항변은 어음이나 수표 채무자가 어음 혹

은 수표소지인의 전자에 대하여 인적 항변의 주장(대항)할 수 있는 경우에 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음이나 수표를 취득하면 어음이나 수표 채무자는 위 전자에게 대항할 수 있었던 인적 항변이다. 이로써 이 소지인에 대해서도 대항할 수 있는 것이다라는 것이 어음법과 수표법의 단서에 각각 명시되어 있다.

그리고 일반 악의의 항변은 어음과 수표법에 있어서 정하여진 개념이 아니고, 신의성실의 원칙 또는 권리남용의 법리 가운데 나타난 것이다. 로마법에서 유래하여 이것이 어음과 수표법의 분야에서 어떻게 적용되었는가는 어음이론에 따라서 차이가 있다.

그러나 우리나라 민법에서는 일반악의의 항변은 인정되어 있지 않고 있다. 그 적용례로서는 개별적으로 동시이행의 항변이나 유치권의 주장 등이 규정되는데 불과하다고 해석하는 설이 있다.

신의성실(信義誠實)의 원칙(原則)은 권리의 행사가 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 근대 민법의 수정원리이다. 공공복리, 거래안전, 권리남용의 금지와 함께 우리 민법의 기본원리를 이루고 있다.

로마법에서 유래한 신의칙(信義則)은 프랑스 민법에서 근대사법으로는 처음으로 명문화되었고, 우리 민법과 같이 총칙편에서 일반원칙으로 작용하여 모든 사인관계를 포괄적으로 규율하게 된 것은 스위스 민법의 영향이다. 이러한 신의칙으로 인하여 사정변경의 원칙과 실효의 원칙이 파생되었다.