

대법원 2014. 1. 29 선고 2011다107627 판결 [소유권말소등기] [미간행]

판 시 사 항

- [1] 상품의 허위·과장 광고가 기망행위에 해당하기 위한 요건
- [2] 민법 제760조 제3항에서 정한 ‘방조’의 의미 및 민법상 과실에 의한 불법행위의 방조가 가능한지 여부(적극) / 이 경우 과실의 내용과 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위한 요건

참 조 조 문

- [1] 민법 제110조 [2] 민법 제760조 제3항

재 판 경 과

- 서울고등법원 2014. 8. 28 선고 2014나9832 판결
- 대법원 2014. 1. 29 선고 2011다107627 판결
- 서울고등법원 2011. 10. 12 선고 2010나21971 판결
- 의정부지방법원 고양지원 2010. 1. 13 선고 2009가합921 판결

참 조 판 례

[1] 대법원 2009. 3. 16. 선고 2008다1842 판결(공2009상, 552), 대법원 2014. 1. 23. 선고 2012다84417, 84424, 84431 판결(공2014상, 470) [2] 대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결(공1999상, 222), 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결(공2007하, 1045)

전 문

【원고, 피상고인】 별지 원고 목록 기재와 같다.

(소송대리인 법무법인(♂한) 정♂ 담당변호사 황♂화)

【피고, 상고인】 케@비부동산신탁 주식회사 외 3인

(소송대리인 법무법인(유♂) 태♂양 외 1인)

【원심판결】 서울고법 2011. 10. 12. 선고 2010나21971 판결

주 문

원심판결 중 피고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는

범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고 주식회사 흥익인간디앤씨, 주식회사 광●●앤씨, 주식회사 피◇이이앤□이알의 상고이유에 대하여

가. 상품의 선전 광고에서 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당하지만, 그 선전 광고에 다소의 과장 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다(대법원 2009. 3. 16. 선고 2008다1842 판결 등 참조).

나. 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, ① 민△▽×개발 주식회사(이하 ‘민△▽×개발’이라고 한다)가 2007. 5. 29.과 2007. 6. 15.에, 피고 주식회사 광●●앤씨(이하 ‘피고 광●●앤씨’라고 한다)가 2007. 10. 3.에, 피고 주식회사 피◇이이앤□이알(이하 ‘피고 피◇이이앤□이알’이라고 한다)이 2007. 5. 30.에 각 제작·배포한 분양광고물에는 이 사건 건물과 일산호수공원 사이에 교량이 설치되어 있는 조감도가 실려 있고, ‘이 사건 건물은 전용 연결로를 통해 일산호수공원의 중심으로 바로 접근이 가능하다’, ‘연 200만 명이 찾는 호수공원의 중심과 구름다리로 직접 연결된 구조 자체로 이미 일산 100만 인구의 대표적 관광명소가 되고 있다’라는 문구가 기재되어 있으나, 실제로 설치된 육교는 이 사건 건물 밖 인도와 일산호수공원 담장 밖 인도 사이를 연결하고 있을 뿐인 사실, ② 민△▽×개발이 2007. 6. 7.과 2007. 11. 8. 각 제작·배포한 분양광고물에는 ‘이 사건 건물 3층에 씨푸드레스토랑 입점 확정’이라는 문구가 기재되어 있으나, 실제 이 사건 건물 3층에 씨푸드레스토랑의 입점이 확정된 적은 없는 사실, ③ 피고 피◇이이앤□이알이 2007. 5. 30.과 2007. 6. 28. 각 제작·배포한 분양광고물에는 ‘이벤트형 푸드코트 특별분양, 낮엔 이벤트형 푸드코트, 저녁에는 호프스퀘어로 2중 수익경영, 패밀리레스토랑급 고급 인테리어 및 최신 조리시설 완비’, ‘이벤트형 푸드코트는 밤엔 낮과 전혀 다른 조명인테리어까지 설비된 초대형 호프스퀘어로 전환, 하루 2번의 알짜 수익을 만들어 드립니다’라는 문구가 기재되어 있고, 그 가운데 부분에 무대가 설치된 ‘호프스퀘어’의 사진이 실려 있으나, 실제 이 사건 건물 지하 1층의 푸드코트 중앙에는 무대를

설치할 공간이 없는 사실 등을 인정한 다음, 민△▽×개발 등이 위와 같은 내용으로 광고한 것은 이 사건 각 분양계약의 체결 여부를 결정해야 하는 원고들에게 거래에 있어서 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우로서 기망행위에 해당한다고 판단하였다.

다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 먼저 ‘일산호수공원의 중심과 구름다리로 직접 연결’이라는 내용의 광고에 관하여 본다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 부분 광고에는 이 사건 건물 앞 광장과 일산호수공원 사이에 육교가 설치된 모습의 조감도가 실려 있으나, 이에 대하여는 ‘본 조감도 및 사진은 소비자의 이해를 돕기 위한 이미지 컷으로 실제와 다를 수 있습니다’라는 내용이 기재되어 있는 사실, 실제로 이 사건 건물 앞 광장과 일산호수공원 사이에는 육교가 설치되어 있고, 보행자가 그 육교를 통해 이 사건 건물 건너편 일산호수공원 쪽 인도에 내려서면 불과 몇 미터의 거리에 일산호수공원으로 들어가는 주차장 출입구가 있어, 이를 통해 일산호수공원의 중심부인 주제광장, 꽃전시관 등으로 진입할 수 있는 사실, 위와 같은 육교의 위치 및 육교와 일산호수공원과의 거리는 늦어도 육교에 대한 골조공사가 마무리된 2007. 7.경부터는 이를 쉽게 확인할 수 있었던 사실 등을 알 수 있고, 여기에 위 광고에 기재된 ‘전용 연결로를 통해 일산호수공원의 중심으로 바로 접근 가능’, ‘일산호수공원의 중심과 구름다리로 직접 연결’ 등의 문구가 반드시 육교의 건너편 지점이 일산호수공원의 중심 또는 내부에 있는 경우만을 의미한다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 이 부분 광고는 이 사건 건물과 일산호수공원과의 접근성을 다소 과장한 것으로서 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 정도를 넘었다고 할 수 없으므로, 기망행위에 해당한다고 보기 어렵다.

2) 다음으로 ‘3층 씨푸드레스토랑 입점 확정’이라는 내용의 광고에 관하여 본다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 부분 광고 중 ‘3층 씨푸드레스토랑 입점 확정’이라는 문구가

기재된 곳은 광고 오른쪽 아래에 있는 층별 업종구성 및 권장업종표 부분인 사실, 층별 업종구성 및 권장업종표는 전체 광고에서 차지하는 비중이 그리 크지 않을 뿐만 아니라 그 왼쪽에 있는 광고문구들과도 확연히 구분되어 있으며, 달리 씨푸드레스토랑의 입점 사실이 광고의 다른 부분에서 별도의 광고문구 등에 의하여 강조되어 있지도 않은 사실, 2007. 11. 8.자 광고는 원고들과 같은 수분양자를 모집하는 분양광고가 아니라 임차인을 모집하는 임대광고인 사실 등을 알 수 있고, 여기에 층별 업종구성 및 권장업종표는 원래 분양대상인 상가의 범위, 상가의 전체적인 업종구성 및 점포 배치에 관한 분양자의 권장사항을 알려주기 위한 부분인 점, 지하 1층과 지상 2층은 일반음식점, 미용실, 성형외과, 판매시설 용도 부분으로서 씨푸드레스토랑과 직접적인 관계가 없거나 오히려 경쟁관계에 있는 점포의 입점이 예정된 부분이어서 이를 각 분양받은 원고들에게 있어서 3층에 씨푸드레스토랑이 입점한다는 사실이 특별히 분양계약을 체결하게 할 만큼 직접적이고 중요한 사항이라고는 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 부분 광고가 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

3) 끝으로 ‘낮엔 이벤트형 푸드코트, 저녁엔 호프스퀘어로 2중 수익경영’이라는 내용의 광고에 관하여 본다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 부분 광고는 ‘아이스링크와 한층을 이루는 이벤트형 푸드코트 특별분양’이라는 제목 아래 ‘낮엔 이벤트형 푸드코트, 저녁엔 호프스퀘어로 2중 수익경영’ 등의 문구가 있고, 그 아래에는 왼쪽과 오른쪽을 각각 낮과 밤으로 대비시켜, 왼쪽에는 아이스링크에서 사람들이 스케이트를 타고 있는 모습의 사진과 함께 ‘방송제작센터 1만 상주인구와 2만여 평 오피스 인구 및 일산 최초 아이스링크 이용고객 모두를 흡수하는 이벤트형 푸드코트 최적의 성공입지입니다’라는 문구가, 오른쪽에는 가운데 부분에 무대가 있고 그 주위에서 사람들이 테이블에 앉아 맥주를 마시고 있는 모습의 호프스퀘어 사진과 함께 ‘드라마와 영화가 있는 이벤트형 푸드코트는 밤엔 낮과 전혀 다른 조명인테리어까지 설치된 초대형 호프스퀘어로 전환! 하루 2번의 알짜수익을 만들어 드립니다’라는 문구가 각 기재되어 있는 사실, 위 광고에는 푸드코트 중앙에 무대가 설치된다는

내용의 광고문구는 없고, 오히려 위 호프스퀘어 사진에 대하여는 ‘본 조감도 및 사진은 소비자의 이해를 돕기 위한 이미지 컷으로 실제와 다를 수 있습니다’라는 내용이 기재되어 있는 사실 등을 알 수 있고, 여기에 이벤트형 푸드코트가 반드시 무대가 설치된 푸드코트를 의미한다고 보기는 어려운 점, 위와 같이 낮과 밤을 대비시켜 대칭구조를 이루고 있는 광고의 형태와 그 의도 등을 종합하여 보면, 이 부분 광고는 낮에는 푸드코트로, 저녁에는 호프스퀘어로 운영하면서 높은 수익을 올릴 수 있다는 점을 강조한 것일 뿐 이를 통해 푸드코트 중앙에 무대가 설치된다는 등으로 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우로서 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

라. 그럼에도 이와 달리 원심은 위 각 광고가 모두 기망행위에 해당한다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 상품의 선전·광고에 있어서 기망행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고 케@비부동산신탁 주식회사의 상고이유에 대하여

가. 민법 제760조 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자로서 책임을 부담시키고 있는바, 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하는 것이고, 이러한 불법행위의 방조는 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하고, 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위하여는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다(대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결 등 참조).

나. 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, ① 민△▽×개발이 이 사건 건물의 분양사업과 관련하여 2007. 1. 8.경 자금관리사인 피고 케@비부동산신탁 주식회사(이하 ‘피고 케@비부동산신탁’이라고 한다)와 자금관리 대리사무계약을 체결한 사실, ② 자금관리 대리사무계약 제11조 제6항은 ‘본 사업과 관련하여 민△▽×개발은 피고 케@비부동산신탁의 상호 및 로고를 사용함에 있어 분양과 관련한 홍보물의 제작, 광고의 내용, 분양계약서 작성 등의 일체의 행위에 대하여 피고 케@비부동산신탁의 사전 동의를 얻어야 하며, 피고 케@비부동산신탁의 명칭은 자금관리사로 표기하여야 한다’라고 규정하고, 제12조는 ‘이 사건 건물의 신규 분양계약서는 피고 케@비부동산신탁이 관리·보관하되, 민△▽×개발이 그 교부를 요청하면 피고 케@비부동산신탁이 관리번호를 부여한 후 이를 교부한다. 분양대금은 피고 케@비부동산신탁 명의의 분양수입금관리계좌로만 수납하여야 하며, 분양계약서에 위 관리계좌를 명시한다’라고 규정하고 있는 사실, ③ 이 사건 건물이 일산호수공원과 구름다리를 통해 직접 연결된다는 민△▽×개발의 2007. 5. 29.자 및 2007. 6. 15.자 각 분양광고물, 이 사건 건물 3층에 씨푸드레스토랑의 입점이 확정되었다는 민△▽×개발의 2007. 6. 7.자 및 2007. 11. 8.자 각 분양광고물에는 피고 케@비부동산신탁이 자금관리사로 표기되어 있는 사실, ④ 민△▽×개발은 이 사건 건물의 일부 점포를 분양하면서 분양대금 납부계좌란에 민△▽×개발 명의의 예금계좌가 기재된 분양계약서를 사용하기도 한 사실 등을 인정한 다음, 피고 케@비부동산신탁은 자신이 자금관리사로 표기된 허위의 분양광고가 반복적으로 배포되고, 민△▽×개발이 그 명의의 예금계좌가 기재된 분양계약서를 이용하여 이 사건 건물의 일부 점포를 분양하고 있음에도, 이를 제대로 관리하지 않고 방치한 잘못이 있고, 피고 케@비부동산신탁의 이러한 과실은 원고들이 자금관리사의 신용도를 고려해 위 분양광고를 사실로 믿게 하는 한 원인이 되었으므로, 피고 케@비부동산신탁은 민△▽×개발, 피고 주식회사 흥익인간디앤씨, 광●●앤씨, 피◇이이앤□이알 등과 공동불법행위자의 관계에 있다고 판단하였다.

다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 자금관리 대리사무계약 제1조는 ‘본 계약은 본 사업의 원활한 분양을 위하여 민△▽×개발이 분양수입금관리 등 자금관리 업무를 피고 케@비부동산신탁에 위임하고, 그에 필요한 민△▽×개발, 피고 케@비부동산신탁, 금융기관인 서울자산운용 주식회사, 주식회사 국민은행, 주식회사 우리은행 간의 역할, 업무 범위 및 책임을 명확히 규정하는 데 그 목적이 있다’라고 규정하고, 제3조 제2항은 피고 케@비부동산신탁의 역할과 업무로서 ‘자금관리계좌에 의한 분양수입금 및 잔존대출금의 수납, 관리, 집행 등 자금관리업무, 분양수입금 관리를 통한 사업비 등 집행’ 등을 규정하고 있는 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 비추어 보면, 자금관리 대리사무계약은 기본적으로 이 사건 분양사업과 관련하여 시행사인 민△▽×개발이 자금관리사인 피고 케@비부동산신탁에 분양수입금의 수납, 관리 및 사업자금의 집행을 위임하는 위임계약으로서, 수분양자들로부터 수납한 분양대금이 민△▽×개발에 의하여 자의적으로 인출되는 것을 방지하여 이 사건 분양사업이 원활하게 이루어지도록 하고, 대주단의 대출금채권을 안정적으로 확보하기 위한 것일 뿐이므로, 그로 인하여 피고 케@비부동산신탁이 그 위임사무인 자금관리업무와 무관한 분양홍보물이나 광고의 허위 여부에 관한 관리·감독의 주의의무를 부담하게 된다고는 볼 수 없다.

구체적으로 자금관리 대리사무계약 제11조 제6항을 보더라도, 이는 민△▽×개발이 피고 케@비부동산신탁의 상호 및 로고를 사용함에 있어 피고 케@비부동산신탁의 사전 동의를 얻도록 함으로써 피고 케@비부동산신탁의 상호 및 로고가 민△▽×개발에 의하여 함부로 사용되거나 자금관리사 아닌 다른 명칭으로 표기되는 것을 방지하기 위한 규정이지, 피고 케@비부동산신탁에 대하여 민△▽×개발의 허위 분양광고를 방지할 주의의무를 부과하는 규정이라고 볼 수는 없다. 또한, 자금관리 대리사무계약 제12조는 분양계약서의 관리방법 및 분양수입금의 수납방법을 정한 규정으로서 위 규정에 의하여 분양수입금의 수납방법 등이 그와 같이 제한되는 외에 피고 케@비부동산신탁이 민△▽×개발이 다른 계좌로 분양대금을 수납하는 것을 방지할 주의의무까지 부담하게 된다고 보기는 어려울 뿐만 아니라, 가사 케@비부동산신탁에 그러한 주의의무가 있고, 피고 케@비부동산신탁이 그 주의의무를 위반하여 민△▽×개발이 원고들 이외의 다른 수분양자들에게 일부 점포를 분양하면서 분양대금 납부계좌란에 자기 명의의 계좌가 기재된 분양계약서를

사용하였다고 하더라도, 그로 인해 민△▽×개발 등의 원고들에 대한 허위 분양광고를 통한 기망이 용이하게 되었다고 할 수 없으므로, 방조행위와 불법행위 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수도 없다.

라. 그럼에도 이와 달리 원심은 피고 케@비부동산신탁에 민△▽×개발의 허위 분양광고 및 분양수입금관리계좌 이외의 다른 계좌를 통한 분양대금 수납을 방지할 주의의무가 있음을 전제로, 피고 케@비부동산신탁도 민△▽×개발 등과 공동불법행위자의 관계에 있다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 방조에 의한 공동불법행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 피고들의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 박병대 고영한(주심) 김창석

[[별 지] 원고 목록: 생략]