

다. 법률행위

1) 반사회질서 법률행위와 불공정한 법률행위

가) 반사회질서 법률행위

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효인데(민법 제103조), 무효로 되는 반사회질서 행위는 ① 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ② 그 내용 자체는 반사회질

서적인 것이 아니라고 하여도 ㉠ 법률적으로 이를 강제하거나 ㉡ 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우³¹⁴⁾ 및 ㉢ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우 등을 포함하고, 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단한다.³¹⁵⁾ ‘단체협약’도 민법 제103조의 적용대상이지만, 법원의 후견적 개입에는 보다 신중할 필요가 있다.³¹⁶⁾

판례는 종래에 기본적으로 통설³¹⁷⁾과 마찬가지로, 직권조사사항이 아니고 당사자의 주

- 314) ㉠ 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취환하는 것을 조건으로 ‘거액의 급부’를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우에 해당한다(99다56833). ㉡ 수사기관에서 참고인으로 진술하면서 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 ‘허위의 진술’을 하는 경우에 그 허위진술 행위가 범죄행위를 구성하지 않는다고 하여도 국가사회의 일반적인 도덕관념이나 공공질서이익에 반하는 행위라고 볼 것이므로, 그 대가에 관한 약정은 ‘급부의 상당성 여부를 판단할 필요 없이’ 반사회질서적행위로서 무효다(2000다71999). ㉢ 타인의 소송에서 사실을 증언하는 증인이 그 증언을 조건으로 그 소송의 일방 당사자 등으로부터 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 정도)을 넘어서는 대가를 제공받기로 하는 약정은 국민의 사법참여행위가 대가와 결부됨으로써 사법작용의 불가대수성 내지 대가무관성이 본질적으로 침해되는 경우로서 반사회적 법률행위에 해당하여 무효이고, 이는 증언거부권이 있는 증인이 그 증언거부권을 포기하고 증언을 하는 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다56283; “원고는 원고가 보관하고 있는 공사도급계약 관련자료를 제출하고, 피고가 제기하는 형사고소사건 및 이 사건 명도소송에서 증인으로 출석하여 유치권신고 시 제출한 공사도급계약서가 조작된 경우 등 일체의 진실을 밝히며, 피고는 원고의 유치권을 부인하는 1심판결이 선고되는 경우에 원고에게 2억 원을 지급한다”는 내용의 약정을 한 사안). ㉣ 소송사건에 증인으로 출석하여 증언하는 것과 연계하여 어떤 급부를 하기로 약정한 경우 그 급부의 내용에 기존 채무의 변제를 위한 부분이 포함되어 있다고 하더라도, 전체적으로 통상 용인될 수 있는 수준을 넘는 급부를 하기로 한 것이라면, 그 약정은 민법 제103조가 규정한 반사회질서행위에 해당하여 전부가 무효라고 보아야 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다25140 판결).
- 315) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결: 형사사건에 관한 성공보수약정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다고 한 예.
- 316) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결의 다수의견: “사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약(산재 유족 특별채용 조항)을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다.”
- 317) 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 법률행위로서 무효인 점은 권리발생의 장애사유이므로 그로 인하여 이익을 받는 자가 주장·증명하여야 한다는 것이 통설(민법주해 총칙 (2), 1992, 225면(민일영 집필); 주석 신민사소송법 (V), 2004, 61면(손용근 집필); 이시윤, 앞의 책, 477면 등)이나, 변론에 공서양속 위반의 원인사실이 현출된 이상 당사자가 명시적으로 공서양속 위반을 주장하지 않더라도 변론 전체의 취지에 의해 이를 원용한 것으로 보는 것이 타당하다는 견해(오석락, 앞의 책 378면; 일본 최고재판소 소화 27, 11, 20, 판결(“본건 기록에 비추어 변론의 전취지에 의하여 피상고인은 본건 대물변제의 예약은 공서양속에 반하는 무효인 것이라는 취지의 주장을 한 것이라고 인정할 수 있다. 그러므로 그 무효에 관하여 당사자가 신청하지 않은 사항에 관하여 판단을 한 것이라고 할 수 없다”)의 취지와 동일하다)도 있다.
- 일본의 경우 공서양속 규정, 신의칙 규정 등과 같은 법체계 전반을 지배하는 일반조항이 증거조사에 의하여 판명되었을 때 당사자의 주장이 없어도 법원이 이를 판단할 수 있는가에 관하여, ① 법원의 직책상 당연하다는 적극적 견해와 ② 변론주의를 채택하는 소송절차에서는 법원이 직권으로 판단할 수 없다는 소극적 견해, ③ 법률행위의 내용 그 자체로서가 아니라 법률행위에 불합한 목적이 가해짐으로써 일반조항 위반으로 되는 경우, 예컨대 도박채무 변제 자금으로 하기 위하여 체결된 소비대차의 경우는 그 무효 주장을 요하나, 일반조항 위반이 법률행위의 내용 자체에 있는 경우, 예컨대 매음행위에 의하여 취득한 금원을 분배함을 목적으로 하는 계약의 경우는 계약 자체 내에 사회질서 위반의 취지가 나타나 있으므로 피고의 답변에 관계없이 법원이 판단할 사항이라고 하는 견해가 있다(김선석, “일반조항의 증명책임”, 사법론집 제14집, 법원행정처, 270면).

장을 요한다고 하였다.³¹⁹⁾ 그런데 판례 중에는 반사회질서 법률행위로서 무효라는 점에 대하여 적극적인 석명권 행사를 요구한 것이 있고,³¹⁹⁾ 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라 해석할 여지가 있는 것도 있다.^{320) 321)}

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 그 등기의 법률상 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 데 대하여, 피고가 그에 대한 '항변'으로서 '원고 명의 등기의 원인무효 사유'(원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정을 복멸시킬 수 있는 실체적·절차적 원인무효 사유)로 사회질서 위반을 주장하는 경우에는, 그 주장·증명책임을 부담한다.³²²⁾

318) 즉, 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다815 판결은 "공서양속에 위반되는 사항에 대하여는 ... 직권조사사항이 된다 할 수 없다"고 명시적으로 판시한 바 있고, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52483 판결은 "피고는, 원상에서 위 증여약정이 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 취지의 주장을 한 바 있음이 명백하므로 ... 원심이 피고의 항변에도 반하는 판단을 하였다고 할 수 없고"라고 판시하여 직권조사사항이 아님을 밝히고 있으며, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 한 유형으로 보는 [통설, 판례이다(민법주해 총칙 (2), 1992, 243면(민일영 집필) 등; 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다821 판결, 대법원 1965. 11. 23. 선고 65사28 판결).] 불공정한 법률행위에 관하여도 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다19770 판결은, "매도인 측에서 매매계약이 불공정한 법률행위로서 무효라고 하려면 객관적으로 매매가격이 실제가격에 비하여 현저하게 헐값이고 주관적으로 매도인이 궁박, 경솔, 무경험 등의 상태에 있었으며 매수인 측에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었다는 점을 주장·입증하여야 할 것이다"고 하고, 대법원 1962. 11. 8. 선고 62다599 판결은, "피고 정OO은 그저 원고와 같은 피고의 대물변제 예약이 무효라고만 주장하였을 뿐 아무런 주장을 하지 않았음에도 불구하고 불공정한 법률행위라고 인정한 것은 당사자가 주장하지 않은 사실을 기초로 하여 판단한 위법이 있다"고 하여, 불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 그 각 요건들을 주장·증명하여야 하고 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다는 입장이다(이는 통설이기도 하다. 민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); 주석민법 총칙 (2), 2001, 494면(윤진수 집필)).

319) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다78508 판결: "원심이 인정한 사실관계와 기록 중의 증거들에 의하니, ... 증여는 이도O의 원고들에 대한 소유권이전등기의무를 회피하기 위한 배임행위에 피고 이영O이 적극 가담한 반사회적 법률행위로서 무효라고 볼 여지가 있다. ... 청구원인을 그와 같이 명확하게 구성, 주장하지는 못하였으나, ... 위와 같은 사유로 무효이므로 ... 구하려는 취지라고 해석될 수도 있으나, 원심으로서서는 석명권을 행사하여 원고들로 하여금 청구원인 주장과 청구취지를 정리하도록 한 후 이에 관하여 더욱 자세히 심리하여 보았어야 옳았다."

320) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다74322 판결: "신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다"고 하면서 "원고는 이 사건 토지에 관하여 아무런 권리가 없는데도 그 명의의 등기만을 내세워, 이 사건 소로서 오랫동안 주민들의 도로로 이용되어 온 이 사건 토지의 인도 내지 부당이득반환을 구하고 있는 것이라고 할 것이므로, 이는 신의성실의 원칙에 위배되거나 선량한 풍속 기타 사회질서위반에 해당되어 허용될 수 없다"고 판시하였는데, 이는 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라고 해석할 여지가 있다.

321) [사견] 소송에서 당사자가 굳이 사회질서 위반의 행위라는 표현으로 주장할 필요는 없고 단지 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실을 주요사실로서 주장하면 족하다 할 것이므로, 그러한 사실의 주장이 있으면 법원은 그에 관하여 판단하지 않으면 아니 된다(김선석, 앞의 글, 270면). 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반이 있는 경우에는 청구원인 단계에서 이미 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 주장되어 있는 것이므로 피고의 항변 유무에 관계없이 법원으로서에는 그에 관하여 법률적 판단을 할 수 있고, 원고 주장의 법률행위가 사회질서 위반으로 무효여서 그 주장 자체로 이유 없음을 이유로 원고의 청구를 배척할 수 있다고 보아야 한다. 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 없는 경우에도, 변론에 현출된 증거들에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법원으로서에는 적극적인 석명권 행사를 통해 공익적 요청과 구체적 타당성을 도모함이 옳다 하겠다(민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); '당사자의 주장이 없더라도 어느 법률행위가 제출된 증거에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법원이 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자의 주장을 촉구하는 것이 바람직하다.').

계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규(‘의무규정’이나 ‘금지규정’)에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그 규정을 위반한 법률행위는 무효이나, 이와 달리 그 규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단해야 한다.³²³⁾ 어떤 규정이 효력규정 또는 강행규정인지는 그 규정을 위반한 행위가 그 행위의 사법상 효력까지 부정하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것인지를 고려하여 판단한다(형사처벌 대상인지는 하나의

322) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결; “거래 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에는 그 실행행위자와 체결한 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위의 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다. 따라서 반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 불권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다.”

323) ○ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결; “계약 등 법률행위의 당사자들에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다.”
○ 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결; 【다수의견에 대한 보충의견】 “일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법률 규정에 위반하여 법률행위가 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인지 여부는 해당 규정이 가지는 넓은 의미의 법률효과에 관한 문제로서 그 규정의 해석에 따라 정해진다. 그 법률행위의 무효 여부에 관하여 명문의 규정이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이나, 명문의 규정이 없다면 그 의무규정 또는 금지규정의 목적과 의미를 고려하여 그 무효 여부를 판단하여야 한다. 이와 같이 그 법률행위의 유·무효에 관한 명문의 규정이 없는 경우 그 법률행위의 무효 여부는 해당 법률의 해석 문제로서 법원의 판단에 맡겨져 있다. 법원이 그 법률행위를 유효하다고 판단하더라도, 이는 법질서 내에서 법원에 주어진 법률 해석 권한에 기초하여 판단한 것으로서, 그러한 판단이 법질서의 모순을 초래한다고 볼 것은 아니다. 대법원은 종래 의무규정 또는 금지규정에 위반되는 법률행위의 사법상 효력을 일률적으로 부정하지는 않는 태도를 유지하여 왔다.” ⇨ 【반대의견】 “금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다. 특히 법률행위의 양쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반하여 법률행위를 한 경우에는 특별히 예외적인 사정이 없는 한 그 법률행위를 무효로 보아야 한다. 한쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반한 경우에는 거래의 안전과 상대방의 보호를 고려하여 그 법률행위의 효력을 판단하여야 하는데, 그 법령의 주된 목적이 상대방을 보호하기 위한 것이라면 이를 위반하는 법률행위는 원칙적으로 무효로 보아야 한다. 법질서는 모순이 없어야 한다. 한쪽에서는 금지하고 다른 쪽에서는 허용한다면 수법자로서는 어느 법률을 따라야 할지 알 수 없다. 법률에서 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 법률행위를 유효하다고 한다면 이는 법질서의 자기모순이라고 할 수 있다. 이러한 현상은 특별히 인정해야 할 다른 이유가 없는 한 억제되어야 한다. 따라서 법률을 위반한 법률행위의 효력을 판단하는 과정에서 위에서 본 여러 사정을 고려해서도 판단하기 어려운 사안에서는 원칙적으로 그 효력을 부정함으로써 법질서의 통일성과 일관성을 확보하는 것이 법치주의의 최후 보루로서 사법부가 해야 할 일이다.”

고려 요소일 뿐이다).³²⁴⁾ 주주평등의 원칙에 반하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이나,³²⁵⁾ 지입계약의 경우 그 자체가 무효인 것은 아니다.^{326) 327)}

강행법규에서 직접 금지한 것은 아니라 하더라도 그 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위(직접 강행법규를 위반한 것은 아니지만, 강행법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위) 역시 무효이다.³²⁸⁾ 같은 취지에서 강행법규 위반으로 무효인 계약

324) 대법원 2024. 4. 25. 선고 2023다310471 판결: “유사수신행위를 형사처벌 대상으로 삼는다는 사정은 유사수신행위의 반사회성, 반도덕성 판단에 관한 하나의 고려 요소가 될 수는 있다. 그런데 유사수신행위에 대한 형사처벌은 자금 조달과 원금 보장 등 유사수신행위로 체결된 계약의 내용 자체보다는 그 계약의 일반 당사자가 관계 법령에 따른 인가·허가 등을 받지 않고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으로 한다는 계약 외부적 사정에 초점을 맞춘 것이다. 또한 계약 자체의 사법상 효력을 인정할 것인가와 그 계약을 매개로 한 행위를 형사처벌 대상으로 삼을 것인가는 다소 다른 차원의 문제이기도 하다. 그러므로 유사수신행위가 형사처벌 대상이라는 사정 때문에 유사수신행위로 체결된 계약의 효력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다. 아울러 유사수신행위 위법 위반행위는 사기 범행과 더불어 행해지는 경우가 많은데, 사기 범행 역시 형사처벌 대상으로서 유사수신행위 위법 위반행위보다 법정형(징역형 부분)이 더 높은데도 사기 범행으로 체결된 계약은 무효가 아닌 취소 대상일 뿐이라는 점도 고려해야 한다.”

325) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결.

326) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다274758 판결.

327) 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 금지한 의료법 제33조 제2항은 강행법규로서 이에 위반한 약정은 무효이지만(2019다299423), 의료법인 등이 ‘다른 의료인’에게 명의를 대여하는 것은 의료법인 등이 ‘다른 자’에게 그 법인의 명의를 빌려주는 것을 금지하는 의료법 제33조 제10항에 위반되기는 하나, 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없다(2021다235132).

328) ❶ 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결: 원심이, 피고가 근로기준법 제44조의2의 직상 수급인으로서 하수급인 소외인과 연대하여 근로자인 원고에게 임금 지급할 의무가 있다고 한 다음, ‘근로자인 원고가 소외인에게 직상 수급인인 피고로부터 임금을 수령할 권한을 위임하였으므로 피고가 소외인에게 원고의 임금을 포함한 하도급 대금을 모두 지급함으로써 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다.’는 피고의 주장에 대해, 이를 허용하는 것은 강행규정인 위 규정을 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예. ❷ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: 농업협동조합이 그 ‘차입’ 상대방을 엄격하게 제한한 농업협동조합법의 강행법규에 ‘실질적으로’ 위반하여, 다른 사람의 채무를 ‘보증’하는 등으로 위 법의 차입 상대방이 아닌 제3자에 대하여 차입에 준하여 채무를 부담하는 행위는 무효라고 한 예. ❸ 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결의 다수 의견: 2008. 3. 21. 개정 최저임금법 제6조 제5항의 특례조항 시행에 따라 정액사납금제하에서 사용자가 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 근로자들 과반수의 동의를 얻어 실제 근무형태나 운행시간의 변경이 없음에도 소정근로시간만을 단축하는 내용으로 개정된 취업규칙 조항이 강행법규인 위 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ❹ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결: 국유재산 사무 종사 직원이 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산사무 종사 직원의 국유재산 양수 금지 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ❺ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792, 24808 판결: “구 대부업법 제8조 제2항의 취지는 대부업자가 사례금·할인금·수수료·공제금·연체이자·선이자 등의 명목으로 채무자로부터 금전을 징수하여 위 법을 잠탈하기 위한 수단으로 사용되는 탈법행위를 방지하는 데 있으므로, 명목 여부를 불문하고 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 것으로서 금전대차의 대가로 볼 수 있는 것이라면 이자로 간주되고” ❻ 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011다106778 판결: “채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적부동산을 타에 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다.”(가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위라고 볼 수 없다 하여 채권자에 대한 처분권한 부여 약정이 유효하다고 한 예) ❼ 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결: 공공임대주택 임차인이 대출채권자에게 각서를 교부하여 대출금 상환이 지체될 경우 임대차계약을 중도 해지하고 임차주택을 인도하기로 한 약정은 공공주택사업자의 임대차계약 해제·해지 사유를 제한적 열거사유로 엄격하게 규제하는 강행규정의 적용을 배제하거나 잠탈하는 것이어서

의 불이행에 대하여 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수는 없다.³²⁹⁾

당사자가 통정한 단속규정 위반의 법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이고, 무효를 주장하는 자가 '통정 사실'에 대한 증명책임을 진다.³³⁰⁾

강행법규를 위반한 자가 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것은 아니다.³³¹⁾

부동산의 이중매매에서, 판례는, 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우 제2매매계약은 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 절대적으로 무효이므로, 선의의 전득자도 보호되지 않으며, 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인과 전득자 명의 각 등기의 말소를 구할 수 있다고 판시해 왔는데,³³²⁾ 여기에는

무효라 한 예.

- 329) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: “계약당사자 사이에서 일방이 상대방에 대해 계약의 체결이 관련 법령 등에 위반되지 않는다는 점과 함께 그 계약의 이행을 진술·보장하였는데도 계약을 이행하지 못하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에는 계약상 의무를 이행하지 않은 것에 해당하므로 일종의 채무불이행 책임이 성립한다. 그러나 당사자 사이에 체결된 계약이 강행법규 위반으로 무효인 경우에 그 계약 불이행을 이유로 진술·보장 약정에 따른 손해배상채무를 이행하는 것이 강행법규가 금지하는 것과 동일한 결과를 가져온다면 이는 강행법규를 잠탈하는 결과가 되고, 이러한 경우에는 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다.”
- 330) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다281999, 282008 판결: “지역주택조합의 조합원 자격에 관한 구 주택법이나 그 시행령의 규정은 단순한 단속규정에 불과할 뿐 효력규정이라고 할 수 없어 당사자 사이에 이를 위반한 약정을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효라고 할 수는 없다. 다만 당사자가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에 비로소 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하게 된다. … 피고가 이 사건 조합가입계약을 체결할 당시 본인과 세대원인 배우자 명의로 각 1채씩 주택을 소유하고 있어 조합원 자격 요건을 충족하지 못하였지만, 추가로 원고와 피고가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하여 이 사건 조합가입계약을 체결하였다는 사정에 관한 아무런 증거가 제출되지 아니하였다. 따라서 그와 같은 사정만으로는 피고가 원고와 사이에 체결한 이 사건 조합가입계약이 당연히 무효라고 볼 수는 없다.”
- 331) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결(강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되기 때문이다).
- 332) ㉠ 반사회적 이중매매에 관한 판례이론: ① 부동산의 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우[제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677)]에는, ② 매매계약은 절대적으로 무효이므로, ③ 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다(선의)고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없으며, ④ 제1매수인은 매도인을 '대위'하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기(80다565, 83다카57)와 전득자 명의의 소유권이전등기의 각 말소등기를 청구할 수 있다(96다29151). ⑤ 매도인과 제2매수인 사이의 확정판결이나 제소전화해조서, 가사조정조서 등에 기하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기를 마친 경우에는, 매도인이 제2매수인에게 제2매수인 명의 등기의 말소를 구하는 것은 확정판결 등의 기판력에 저촉되어 허용되지 아니하고, 따라서 제1매수인도 매도인을 대위하여 위와 같은 청구를 하지 못한다(96다8666, 2000다11584, 2019다214071). 이 경우 매도인의 제1매수인에 대한 소유권이전등기무효는 이행불능이 되었으니 제1매수인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니하고, 결국 제1매수인의 대위 청구는 피보전권리 부존재에 따른 당사자적격 흠결로 부적법하다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결). ⑥ 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으나, 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는

민법 제103조와 제746조(불법원인급여)³³³⁾의 관계에서 의문이 있었다.³³⁴⁾

민법 제103조와 제746조의 관계에 관하여, 제746조 소정의 ‘불법’을 제103조 소정의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 ‘동일’한 개념으로 본 종래 판례³³⁵⁾와 달리, 근자의 판례는 제746조 소정의 ‘불법’을 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 ‘다른’ 개념으로

자’에 해당하고, 부동산을 제3자에게 처분하고 등기를 마쳐 주는 행위는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다(2017도4027).

그런데, 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결에 따르면, 민법 제746조에 의해 매도인은 이중매매가 민법 제103조 위반으로 무효이기 때문에 부동산 소유권이 여전히 자기에게 있다고 주장하여 소유권에 기한 방해배제청구로서 제2매수인 명의 등기의 말소등기청구를 할 수 없고, 그 반사적 효과로서 소유권은 제2매수인에게 귀속하게 되었다고 보아야 하므로, 제1매수인의 매도인을 대위한 제2매수인 등기의 말소 청구는 인용될 수 없는 것이다. 이는 위 ④의 판례이론과는 모순이다. 위 ⑤의 판례이론에서 보듯이, 매도인이나 제2매수인이 조금만 법을 악용할 줄 아는 자라면 제1매수인 보호를 위한 판례의 대위말소청구 이론은 무용지물이 된다. 매도인이나 제2매수인이 이렇듯 법을 악용하느냐 여부에 따라 제1매수인 보호 여부가 결정된다는 것은 매우 부당함은 두말할 나위가 없다.

333) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

334) 종전에 필자는 ‘제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론’(최진수, “반사회적 이중양도에 있어서 주관적요건의 요부 및 전독자 보호 여부”, 서울지방법원 실무논단(1998), 6면 이하)을 주장한 바 있어 이를 전재(轉載)한다. “판례이론의 문제점을 해결하기 위하여 다양한 견해가 제시되어 왔으나, 반사회적 이중양도의 경우만을 다른 반사회적 법률행위와 구별하여 예외로 취급한다든지, 또는 해석론의 법적 근거가 불명료하고, 기존의 통설이나 판례와 배치되는 등 모두 나름대로의 난점이 존재하여 선뜻 어느 한 견해를 취하기가 곤란한 점이 있었다. 판례나 제 견해처럼 법이론상의 난점에도 불구하고, 등기를 갖춘 물권자도 아니고 아직까지 엄연히 채권자의 지위에 머물러 있음에 지나지 않는 제1양수인을 무리하게 보호하여야만 하는 것인지 의문이 들기도 한다. 더구나 제1양수인은 부동산을 양수하고 대금을 완납하고도 등기를 게을리하여 양도인 명의로 오랫동안 등기를 방치해 둔 외관을 만들어 냄으로써 반사회적 이중양도의 기회를 제공한 잘못이 있다. 제1양수인은 양도인에 대하여는 채무불이행 내지 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권, 또는 제2양수인으로부터 지급받은 매매대금에 대한 대상청구권을 행사함으로써, 제2양수인에 대하여는 채권침해라는 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권(양도인과 제2양수인은 공동불법행위자로서 부진정연대채무를 지게 된다)을 행사함으로써 부동산의 소유권을 취득하지 못한 손해를 전보받을 길이 열려 있기도 하다. 법이론상 무리가 없다면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 제2양수인에게 부동산의 소유권을 귀속시키기보다는 제1양수인이 소유권을 취득하도록 물권적인 보호를 하는 것이 타당할 것이나, 법이론상 무리가 있다면 제1양수인에 대한 보호는 위와 같은 손해배상청구권, 대상청구권 등의 채권적인 보호로 만족해야 하지 않을까 생각한다. 더구나, 제2양수인으로부터의 전독자들이 있는 경우에는 … 제1양수인보다는 전독자들의 보호가 우선하여야 할 것이기 때문에 제1양수인의 물권적 보호에 너무 집착할 필요는 없다고 생각한다. 즉, 제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론인 셈이다. … 반사회적 부동산 이중양도와 관련된 여러 논점에 관하여 기존의 통설과 판례를 충실히 밟아 가지만 하면, 전독자 보호 문제는 등기의 공신력에 관계없이 불법원인급여에 있어서의 목적물에 대한 소유권 귀속이 여하하냐에 따라서 저절로 해결됨을 우리는 다음에서 알 수 있다. … 제2양수인은 민법 제746조에 의한 물권변동으로 양도인으로부터 소유권을 취득하게 되고, 반사회적 이중양도계약에 기하여 경료된 제2양수인 명의의 등기는 일단은 무효였다가 위 물권변동으로 말미암아 실제관계에 부합하는 유효한 등기가 된다. … 반사회적 이중양도라는 당해 무효의 하지는 양도인과 제2양수인 사이의 법률관계에서 단절되고 전독자에게로 승계되지 않는다. … 제2양수인은 그 무효의 하지와는 별도로 유효히 소유권을 취득하고, 그 소유권을 전독자는 이전받기 때문이다. 따라서 전독자는 반사회적 이중양도의 절대적 무효와 관계 없이 유효하게 목적물의 소유권을 취득하게 된다. 전독자의 선, 악의는 상관이 없다.”

335) 종래 판례(대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등)는 “부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.”라고 하여, 민법 제746조 소정의 ‘불법’을 민법 제103조 소정의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 표리(79다483)를 이루는 ‘동일’한 개념으로 보고, ‘강행법규 위반’ 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하지 않는 것은 제외하였다.

보면서 좀 더 제한적으로 보고 있다.³³⁶⁾ 이에 따라 배임적인 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조의 사회질서에 반하여 무효이지만 제746조의 불법원인에는 해당하지 않는다고 볼 여지가 생겼다.

나) 불공정한 법률행위

민법 제104조의 불공정한 법률행위가 성립하기 위해서는 ① 법률행위의 당사자 일방이 궁박(급박한 곤궁³³⁷⁾), 경솔 또는 무경험³³⁸⁾의 상태에 있고, ② 상대방이 이러한 사정을 알고서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 있어야 하며, ③ 나아가 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형³³⁹⁾이 있어야 하는바, 위 당사자 일방의 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비하여야 하는 요건이 아니고 그 중 어느 하나만 갖추어져도 충분하다.³⁴⁰⁾ 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 ‘법률행위 시’를 기준으로 판단하여야 한다.³⁴¹⁾

336) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결: “민법 제746조는 … 불법원인급여에 해당하면 부당이득 반환청구를 할 수 없도록 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘불법’이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다.” ─ 상세한 내용은 ‘채권각칙’의 ‘불법원인급여’ 부분 참조.

337) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결: “‘궁박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박한 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다. 한편 당사자가 계약을 지키지 않는 경우 얻은 이익이 이로 인해 입을 불이익보다 크다고 판단하여, 그 불이익의 발생을 예측하면서도 이를 감수할 생각으로 계약에 반하는 행위를 함으로써 계약 상대방과의 관계에서 그가 주장하는 급박한 곤궁 상태에 이르렀다면, 이와 같이 그가 자초한 상태를 민법 제104조의 궁박이라고 인정하는 것은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”

338) ‘무경험’이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거레일반에 대한 경험부족을 뜻한다.

339) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결: “객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하는지를 판단하려면 우선 해당 법률행위의 급부와 반대급부가 무엇인지를 확정된 뒤 그 각각의 객관적 가치를 비교·평가해야 한다. 또한 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있는지는 단순히 시가와의 차액 또는 시가와의 비율로 판단할 수 있는 것은 아니고, 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 한다. 여기에서 급부와 반대급부는 해당 법률행위에서 정한 급부와 반대급부를 의미하므로, 궁박 때문에 법률행위를 하였다고 주장하는 당사자가 그 법률행위의 결과 제3자와의 계약관계에서 입었을 불이익을 면하게 되었더라도, 특별한 사정이 없는 한 이러한 불이익의 면제를 곧바로 해당 법률행위에서 정한 상대방의 급부로 평가해서는 안 된다. 이를 상대방의 급부로 평가한다면, 당사자가 그 불이익을 입는 것보다 해당 법률행위에서 정한 반대급부를 이행하는 것이 경제적으로 유리하다고 보아 그 법률행위를 한 대부분의 경우에 그 불이익을 포함한 급부의 객관적 가치가 반대급부의 객관적 가치를 초과하여, 그 이유만으로 당사자의 궁박 여부와 관계없이 법률행위의 불공정성이 부정되는 부당한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 불이익은 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치 차이가 사회통념상 현저하게 균형을 잃은 정도에 이르렀는지, 또는 당사자가 궁박한 상태에 있었는지를 판단할 때 고려할 수 있을 뿐이다.”

340) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다38927 판결 등. ─ 대리인에 의한 법률행위의 경우 경솔과 무경험은 대리인, 궁박은 본인을 기준으로 하여 판단한다. 주인에 의하여 무효인 불공정한 법률행위가 유효로 될 수는 없으나(94다10900), 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용되어 가정적 의사에 기한 매매계약이 유효하게 성립할 수 있다. 매매계약 등 쌍무계약이 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우, 그 계약에 관한 부채소합의 역시 무효이다.

불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 위 각 요건들을 주장·증명하여야 하고, 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다.³⁴²⁾

2) 의사와 표시의 불일치로 인한 무효

가) 비진의표시

진의 아닌 의사표시의 무효³⁴³⁾ 주장은 법률행위의 효과 발생에 대한 장애사유로서, ① ‘표의자’가 진의³⁴⁴⁾ 아님을 ‘알고’ 의사표시를 한 사실(표의자의 비진의표시³⁴⁵⁾), ② ‘상대방’이 표의자의 진의 아님을 ‘알았거나 이를 알 수 있었던’ 사실(상대방의 악의 또는 과실³⁴⁶⁾)을 주장·증명하여야 한다. ‘제3자가 악의’라는 사실에 관한 주장·증명책임도 무효를 주장하는 자에게 있다.³⁴⁷⁾

나) 통정허위표시

(1) 통정허위표시에 대한 증명책임

통정허위표시가 성립하기 위해서는 ① 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 ② 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다.³⁴⁸⁾ 통정허위표시에

341) 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용에 따른 권리의무관계를 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결).

불공정 법률행위에 해당하는지 여부는 ‘법률행위가 이루어진 시점’을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 할 문제이고, 당초의 약정대로 계약이 이행되지 아니할 경우에 발생할 수 있는 문제는 달리 특별한 사정이 없는 한 채무의 불이행에 따른 효과로서 다루어지는 것이 원칙이다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2010다42075 판결).

342) 90다19770, 62다599. 한편, 96다47951은, 불공정한 법률행위로서 무효라는 주장 안에 반사회적 법률행위로서 무효라는 주장이 포함되어 있는지의 여부를 선명하지 않았다 하여 석명의무를 위반한 위법이 있다고 볼 수는 없다고 한다.

343) 민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

344) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결: “비진의의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니라고 할 것이므로, 비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하더라도 표의자가 강박에 의하여서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다.”

345) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2295 판결: “어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다고 할 것”

346) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2001다3726 판결: “원고가 알았거나 또는 알 수 있었다고 볼 증거가 없는바, 그렇다면 피고는 자신을 대리하여 업OO가 발행한 이 사건 어음에 대하여 본인으로서의 책임을 져야 마땅한데, 원심은 이와는 달리 이 사건 어음은 위조된 어음으로서 원고가 과실 없이 선의로 이를 취득하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 원고의 어음금청구를 배척하고 말았으니, ... 상대방의 악의, 과실의 점에 대한 입증책임 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있고”

347) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결.

348) 제3자가 금전소비대차약정서 등 대출 관련 서류에 주채부자로 직접 서명·날인하였다면, 자신이 그 소비대차계약

대한 증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다.³⁴⁹⁾ 당사자들이 외면적으로 표시된 법률행위 속에 실제로는 다른 행위를 할 의사를 감추고 그에 관하여 상호 합의가 있는 경우, 외형행위는 통정허위표시로서 무효라고 하더라도 내면적으로 의욕한 법률행위는 유효하다고 볼 수 있다.³⁵⁰⁾

(2) '선의의 제3자'에 대한 증명책임

통정허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제108조 제2항). 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것인데, 허위표시를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것으로서, 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 '실질적으로 파악'하여야 한다.³⁵¹⁾ 부동산 매수인, 허위채권의 양수인·가압류권자·압류추심권자,

의 주채무자임을 금융기관 등 채권자에 대하여 표시한 셈이므로, 제3자가 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의사가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과한 것이어서 원칙적으로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다. 그러나 제3자가 소비대차계약에 따른 경제적 효과뿐만 아니라 그 법률상의 효과까지 타인에게 귀속시키려는 의사로 대출 관련 서류에 서명·날인한 것이고, 금융기관 등 채권자도 제3자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 제3자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음을 추단할 수 있는 특별한 사정이 있다면 그 의사표시는 통정허위표시로서 무효이다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다253413 판결; '특별한 사정'을 긍정한 예). 2015다246346, 2008다7772.7789, 2003다7357, 98다17909 등 '특별한 사정'을 부정한 예가 일반적이다.

349) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결: "어음발행행위 등 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다." [동일 취지] 제3자 명의로 되어 있는 대출 약정이 통정허위표시에 해당한다고 볼 '특별한 사정'이 있다는 점에 관해서는 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있고(2005다51259), 금융기관이 명의대여자와 사이에 당해 대출에 따르는 법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 명의대여자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음이 적극적으로 증명되어야 한다(2008다7772.7789).

350) 대법원 2021. 12. 10. 선고 2019다239988 판결: 원·피고가 2010. 1. 18. 매매계약을 체결하고, 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 순위 보전을 위한 가등기를 하기로 하면서, 가등기 경료에 매매예약서가 필요한 것으로 오인하여 매매예약서를 별도로 작성한 후 이를 등기서류로 첨부하여 2010. 1. 19. 가등기권자 원고, 등기원인 2010. 1. 18.자 매매계약으로 한 소유권이전등기청구권가등기를 마친 사안에서, 원·피고는 매매예약서 작성을 통하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 순위를 보전하기 위한 가등기의 합의를 하였다고 보아야 하므로, 위 매매예약은 적어도 숨은 합의인 가등기에 관한 합의로서 효력이 있고, 그 범위 내에서 원·피고의 표시된 의사와 진의가 일치하므로 이를 통정허위표시라고 볼 수 없다고 한 예.

351) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다280375 판결: 소외 2 명의의 소유권이전등기, 소외 1 명의의 가등기 및 그 본등기로부터 순차로 전등하여 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 자신이 소유권이전등기를 적법하게 마친 소유자로서 피고 명의 근저당권의 피담보채무에 대하여 시효완성을 원용할 수 있는 지위에 있음을 전제로 피고에게 공탁금출급청구권의 양도 및 그 통지를 구하였고, 피고는 원고 명의의 소유권이전등기는

파산관재인, 허위 주채무의 보증인, 허위표시인 근저당권설정계약에 따른 근저당권의 피담보채권을 가압류한 자 등은 '제3자'에 해당한다.³⁵²⁾

제3자는 선의이면 족하고 '무과실'은 요건이 아니다.³⁵³⁾

제3자의 선의·악의³⁵⁴⁾에 관한 주장·증명책임에 관하여 판례는, "제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은

소외 1 명의의 가등기 및 그에 기한 본등기에 기초한 것인데 위 가등기는 소외 1, 2 사이의 통정허위표시에 기한 것으로 원인무효이므로 원고는 적법하게 소유권을 취득하거나 시효완성을 원용할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다는 취지로 주장한 사안에서, ① 소외 1 명의의 본등기는 소외 1, 2 사이의 허위 가등기 설정이라는 통정허위표시 자체에 기한 것이 아니라, 그러한 통정허위표시가 철회된 이후에 소외 2의 추완합소에 의한 항소 심판결에 의해 취소 확정되어 소급적으로 무효가 된 제1심의 공시송달 판결에 기초하여 소외 1이 일방적으로 마친 원인무효의 등기이므로, 그 후 원고에 이르기까지 순차적으로 마쳐진 각 소유권이전등기는 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 하에서는 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없고, ② 소외 1 명의의 본등기를 기초로 마쳐진 그 후의 소유권이전등기는 소외 1 명의의 가등기와는 서로 단절된 것으로서 그 각 등기 명의자들에게 신뢰의 대상이 될 수 있는 '외관'은 소외 1 명의의 가등기가 아니라 단지 소외 1 명의의 본등기일 뿐이라는 점에서도 그들은 소외 1 명의의 허위 가등기 자체를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자의 지위에 있다고 볼 수 없다고 판단한 예.

352) ○ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다59753 판결: "임대차보증금반환채권이 양도된 후 그 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았는데 그 임대차보증금반환채권 양도계약이 허위표시로서 무효인 경우 그 채권자는 그로 인해 외형상 형성된 법률관계를 기초로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자에 해당한다고 보아야 한다."

○ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2013다1952 판결: "파산채무자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 ... 파산관재인은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당하고, 그 선의·악의도 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고, 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 선의의 제3자라고 할 수밖에 없다." ■ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96083 판결(사기에 의한 의사표시), 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결(이사회 결의 없는 거래행위), 대법원 2024. 5. 30. 선고 2019다47387 판결(상계금지특약)의 경우에도 동일하다.

○ 대법원 2009. 7. 23. 선고 2006다45855 판결: "종합건설업자로 등록되어 있지 아니한 수급인이 도급인과 건축도급계약을 체결하면서, 당사자의 합의에 계약상의 수급인 명의를 종합건설업자로 등록된 사업자로 표시하여 도급계약서를 작성한 후 공사를 시행하였다면, 위 사업자와 도급인 사이에 작성된 계약서에 의한 도급계약은 통정허위표시로서 무효라 할 것이다. 그러나 제3자가 선의로 위 통정허위표시에 의한 도급계약의 공사대금채권을 가압류한 경우 그 가압류권자는 허위표시에 기초하여 가압류 후에 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 선의의 제3자에 해당하여 민법 제108조 제2항에 의해, 도급인은 가압류권자에게 그 통정허위표시에 의한 도급계약이 무효임을 주장할 수 없으므로, 수급인이 실제 공사를 이행하였다면 그 공사를 계약명의자인 위 사업자가 이행한 것이 아니라 하여도 도급인은 그 공사대금채권에 대한 가압류의 효력을 부정할 수 없다 할 것이다. 이때 수급인 명의를 허위로 표시하면서 동시에 공사대금을 실제보다 줄여서 도급계약서를 작성하였다면 그 가압류 전에 수급인이나 위 사업자에게 지급되어 소멸된 부분을 공제한 나머지 공사대금 중 위 도급계약서에 기재된 공사대금액의 한도 안에서 가압류의 효력이 미친다고 봄이 상당하다."

○ 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결: 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자에 대한 구상권 취득에 관하여 법률상의 이해관계를 가지게 되었고 그 구상권 취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무가 유효하게 존재할 것을 필요로 한다는 이유로 결국 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 보아 민법 제108조 제2항 소정의 '제3자'에 해당한다고 한 사례.

353) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결, 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결.

354) '악의'는 '일정한 사실에 관한 인식 상태'로서 '아는 것'을 말하고, '고의'는 '(객관적으로 위법이라고 평가되는) 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태'(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결)를 말하는 것으로서 서로 구별되는 개념이다(즉, '악의'는 '인식'이고, '고의'는 '인식+의지'의 개념이다).

그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다.”고 한다.³⁵⁵⁾

통정허위표시로 인한 무효 외에 다른 무효사유가 병존하는 경우, 다른 무효사유의 적용으로 통정허위표시에 대한 선의의 제3자가 보호되지 않을 수도 있다.³⁵⁶⁾

(3) 제3자로부터 전득한 자에 대한 대항요건의 증명책임

통정허위표시에 대하여 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률상 이해관계는, 통정허위표시의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우(제1 전득자) 외에도 그 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우(제2 전득자)도 포함되는바,³⁵⁷⁾ 통정허위표시에 대한 선의의 제1 전득자가 일단 그 권리를 유효하게 취득하였다면 제2 전득자는 그가 악의인 경우에도 역시 유효하게 권리를 취득하고,³⁵⁸⁾ 비록 제1 전득자가 악의라 하더라도 제2 전득자가 선의이면 그 역시 유효하게 권리를 취득하므로,³⁵⁹⁾ 허위표시의 무효를 주장하는 당사자가 제2 전득자에게 대항하기 위해서는 제1 전득자의 악의와 제2 전득자의 악의 모두를 주장·증명하여야 한다.³⁶⁰⁾

355) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결 등. 학설 및 판례의 상세한 진행 경과는 제11판 71면 각주 267~269 참조.

한편, 판례(2007다53013) 중에, ‘피고들이 원고가 통정허위표시로부터 보호되는 제3자에 해당하지 아니한다는 주장만 하였을 뿐 악의라는 주장을 한 바 없는 경우, 원심이 피고들에 대하여 원고가 악의인지 여부에 관한 주장·증명을 촉구하지 않았다고 하여 석명의무를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.’고 한 것이 있으나, 이는 그대로 받아들일 것이 아니다(제11판 70면 각주 265 참조).

356) ○ 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다203229 판결: “상법 제644조에 의하면, 보험계약 당시에 보험사고가 발생할 수 없는 때에는 보험계약의 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 경우가 아닌 한 그 보험계약은 무효이다. 보증보험계약은 보험계약으로서의 본질을 가지고 있으므로, 적어도 계약이 유효하게 성립하기 위해서는 계약 당시에 보험사고의 발생 여부가 확정되어 있지 않아야 한다는 우연성과 선의성의 요건을 갖추어야 한다. 만약 보증보험계약의 주계약이 통정허위표시로서 무효인 때에는 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 그 보증보험계약은 무효이다. 이때 보증보험계약이 무효인 이유는 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못하였기 때문이므로, 보증보험계약의 보험자는 주계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못한 제3자에 대하여도 보증보험계약의 무효를 주장할 수 있다.”

○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결: “피고는 원고와 소외인 간 통정허위표시인 근저당권설정계약이 유효하다고 믿고 그 근저당권의 피담보채권에 대하여 가압류함으로써 허위표시 무효로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당하지만, 원고와 소외인은 근저당권설정계약만 체결하였을 뿐, 피담보채권을 성립시키는 의사표시가 있었다고 볼 만한 자료가 없으므로 위 근저당권은 피담보채권의 부존재로 무효이고 위 가압류도 무효라고 볼 여지가 있다고 한 예.

357) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결.

358) 즉, 허위표시의 무효를 주장하는 당사자는 선의의 제3자로부터 권리를 전득한 자에 대하여는, 그가 전득 시에 악의였다 하더라도 허위표시의 무효로 대항하지 못한다. ‘채권양도금지 특약’의 제3자에 대한 대항 여부에 관한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결도 같은 취지이다.

359) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결: “甲이 乙의 임차보증금반환채권을 담보하기 위하여 통정허위표시로 乙에게 전세권설정등기를 마친 후 丙이 이러한 사정을 알면서도 乙에 대한 채권을 담보하기 위하여 위 전세권에 대하여 전세권근저당권설정등기를 마쳤는데, 그 후 丁이 丙의 전세권근저당권부 채권을 가압류하고 압류명령을 받은 사안에서, 丁이 통정허위표시에 관하여 선의라면 비록 丙이 악의라 하더라도 허위표시자는 그에 대하여 전세권이 통정허위표시에 의한 것이라는 이유로 대항할 수 없음에도, 이와 달리 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례.

3) 취소할 수 있는 의사표시

가) 취소권의 발생과 그 행사 및 취소의 소급효

착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인(민법 제140조)은 상대방에 대한 의사표시로(제142조) 착오로 인하거나 사기·강박에 의한 의사표시를 취소할 수 있고(제109조·제110조 제1항, 취소권의 발생과 그 행사), 취소 의사표시³⁶¹⁾가 상대방에게 도달함으로써 취소된(제111조 제1항) 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다(제141조, 소급효가 원칙이나 고용·조합 계약 등의 경우에는 예외이다).³⁶²⁾ 제한능력자의 의사표시도 마찬가지이다.

취소할 수 있는 법률행위에 대한 '추인'(제143조, 제144조)이나 (추인할 수 있는 날로부터) 3년 또는 (법률행위를 한 날로부터) 10년의 '제척기간'(제146조) 도과'(직권조사사항) 주장은 취

360) 대고등법원 2008. 7. 3. 선고 2006나10263 판결: "일단 선의의 제3자가 통정허위표시의 목적물을 취득하였다면, 선의의 제3자로부터 다시 권리를 전득한 사람이 전득 시에 악의인 경우에도 그 전득자는 유효하게 권리를 취득한다 할 것이므로, 이 사건에 있어서 원고가 인수참가인에 대하여 이 사건 전세권설정계약이 통정허위표시만을 이유로 이 사건 전세권설정등기의 말소를 구하기 위하여는 인수참가인뿐만 아니라 소외 1, 피고 2, 3도 각 그 전세권이전의 부기등기를 마칠 당시 악의였다는 점을 입증하여야 한다."

⇒ 그 상고심인 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결: "원심은 ... 피고(탈퇴) 2, 3이 2005. 5. 24. 소외 2로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마치고, 소외 1이 2006. 7. 14. 피고(탈퇴) 2, 3으로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마칠 당시, 이들은 모두 소외 2와 OO교역의 실질적 경영자이던 소외 3 사이에 체결된 이 사건 전세권설정계약이 통정허위표시에 의한 법률행위에 해당하여 무효라는 사실을 알면서 각 전세권을 이전 받은 것이라고 봄이 상당하다는 취지로 판단하였다. ... 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, ... 민법 제108조 제2항의 해석·적용에 관한 법리나 증명책임의 소재를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

361) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결: "취소의 의사표시란 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이므로, ... 신원보증서류에 서명날인하는 것으로 잘못 알고 위 이행보증보험약정서를 읽어보지 않은 채 서명날인한 것일 뿐 연대보증약정을 한 사실이 없다는 주장은 위 연대보증약정을 착오를 이유로 취소한다는 취지로 보지 못할 바 아니다." ⇨ 취소 항변의 주장책임 완화

362) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2013다25194, 25200 판결: "근로계약은 ... 법적 성질이 사법상 계약이므로 ... 근로계약의 무효 또는 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과와 발생을 부정하거나 소멸시킬 수 있다. 다만 그와 같이 근로계약의 무효 또는 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다." ⇨ 원심이, 원고의 기망으로 체결된 근로계약이 피고 회사의 취소 의사표시로 취소됨에 따라 장래에 관하여만 그 효력이 소멸할 뿐이라고 하면서도, 이는 근로자가 현실적으로 노무를 제공한 경우에 한하는 것이고 현실적으로 노무를 제공하지 않은 기간에 대하여는 소급적으로 계약의 효력이 소멸한다는 전제에서, 원고에 대한 해고 통지 이후로서 위 취소 의사표시 이전의 부당하고 기간 동안에는 현실적인 노무의 제공이 없었으므로 소급적으로 계약의 효력이 소멸하였다 하여, 근로관계의 존속을 전제로 한 임금 지급을 구할 수 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 근로계약 취소의 소급효가 제한되어 취소의 의사표시가 담긴 반소장 부분 송달 이후의 장래에 관하여만 그 효력이 소멸할 뿐 그 이전의 법률관계는 여전히 유효하다고 하여, 원심을 파기환송한 예. cf. 고용, 조합(71다1833 판결) 등 급부가 계속 제공되는 법률관계의 경우 해지의 법리를 유추적용하여 취소의 소급효가 제한된다는 해석론이 일반적이다. ⇨ 대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결은, 피고들이 사전에 시험문제와 답을 제공받아 승진시험에 합격하고 그 대가로 금전을 제공한 사실이 밝혀져 승진발령이 취소된 사안에서, "승진이 중대한 하자로 취소되어 소급적으로 효력을 상실"하였고 "단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분은 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다."고 하였다. 즉, 중대한 하자로 인한 무효, 취소의 경우 근로계약의 비소급적 실효의 예외가 인정된다.

소권 소멸 사유로서 계약 취소 항변에 대한 재항변 사유에 해당한다.³⁶³⁾

나) 착오에 의한 의사표시의 취소

착오에 의한 의사표시³⁶⁴⁾ 취소의 요건사실은, ① “법률행위의 내용”의 ‘착오’³⁶⁵⁾가 있을 것, ② “중요부분”의 착오일 것(= 착오의 주관적 및 객관적 현저성),³⁶⁶⁾ ③ 취소의 의사 표시 및 그 도달이다.

동기의 착오를 이유로 한 취소의 경우, 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 ‘표시’하고 의사표시의 해석상 ‘법률행위의 내용’으로 되었음을 표의자가 추가로 주장·증명하여야 한다(동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 ‘합의’까지 이루어질 필요는

363) 위 취소권은 형성권의 일종으로서 그 행사기간을 제척기간으로 보아야 하고, 그 기간 내에 소를 제기하는 방법으로 권리를 재판상 행사하여야만 되는 것은 아니며, 재판 외에서 의사표시를 하는 방법으로도 권리를 행사할 수 있지만(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다52795 판결), 취소의 의사표시가 제척기간 내에 도달되어야 하며(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27301, 27318 판결), 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25371 판결).

364) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결; “민법 제109조의 법리는 그 적용을 배제하는 취지의 별도의 규정이 있거나 당사자의 합의로 그 적용을 배제하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 모든 사법상의 의사표시에 적용된다고 보아야 한다. 따라서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 거래소가 개설한 금융투자상품시장에서 이루어지는 증권이나 파생상품 거래의 경우 그 거래의 안전과 상대방의 신뢰를 보호할 필요성이 크다고 하더라도 거래소의 업무규정에서 민법 제109조의 적용을 배제하거나 제한하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 거래에 대하여 민법 제109조가 적용되고, 거래의 안전과 상대방의 신뢰에 대한 보호도 민법 제109조의 적용을 통해 도모되어야 한다.” ● 소취하합의의 의사표시 역시 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결).

365) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결; “의사표시에 착오가 있다고 하려면 법률행위를 할 당시에 실제로 없는 사실을 있는 사실로 잘못 깨닫거나 아니면 실제로 있는 사실을 없는 것으로 잘못 생각하듯이 의사표시자의 인식과 그러한 사실이 어긋나는 경우라야 한다. 의사표시자가 행위를 할 당시 장래에 있을 어떤 사상의 발생을 예측한 데 지나지 않는 경우는 의사표시자의 심리상태에 인식과 대조사실의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수 없다. 장래에 발생할 막연한 사정을 예측하거나 기대하고 법률행위를 한 경우 그러한 예측이나 기대와 다른 사정이 발생하였다고 하더라도 그로 인한 위험은 원칙적으로 법률행위를 한 사람이 스스로 감수하여야 하고 상대방에게 전가해서는 안 되므로 착오를 이유로 취소를 구할 수 없다.” ● 석유 광구의 중산 가능성이 나 경제성이라는 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 것에 불과할 뿐 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 것으로 볼 수는 없다고 한 예.

366) ① 표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고 (착오의 주관적 현저성), ② 보통 일반인도 표의자의 입장에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다(착오의 객관적 현저성). 예컨대, 토지의 현황과 경계에 착오가 있어 계약을 체결하기 전에 이를 알았다면 계약의 목적을 달성할 수 없음이 명백하여 계약을 체결하지 않았을 것으로 평가할 수 있을 경우에 계약의 중요부분에 관한 착오가 인정되고, 토지매매에서 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 측량을 하거나 지적도와 대조하는 등의 방법으로 매매목적물이 지적도상의 그것과 정확히 일치하는지 여부를 미리 확인하여야 할 주의의무는 없다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다288232 판결).

○ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다239345 판결; “착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만일 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 증명하여야 한다.”

○ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다40353, 40360 판결; “원고가 ... 지상권설정계약서 내용대로 피고 회사에 무상으로 30년간 지상권을 설정해 주는 것을 알았더라면 ... 날인을 하지는 않았을 것이 명백하다고 볼 정도로 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하며, 잘 알지 못하는 피고 회사에 무상으로 30년의 지상권을 설정해 줌으로써 원고로서는 중대한 경제적인 불이익을 입게 되는데 일반인이 원고의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 보인다.”

없다).³⁶⁷⁾ 동기가 상대방에 의하여 '유발'되거나 '제공'된 경우에는 동기의 '표시 여부와 무관하게' 착오를 이유로 취소할 수 있다.³⁶⁸⁾

허위표시에 관한 앞서 본 판례의 입장 및 사기 취소에 관한 판례에 따르면, 착오에 의한 의사표시의 취소의 경우에도 취소의 효과를 주장하는 표의자가 제3자의 '악의'에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.

'화해계약'은 착오를 이유로 한 취소가 예외적으로 허용되는데,³⁶⁹⁾ 계약에 기한 이행청구에 대하여 피고가 착오 취소의 항변을 한 경우, 그 계약이 화해계약인지 여부는 법률적 판단에 해당하므로, 그 계약이 화해계약인 경우, 피고로서는 착오 취소의 일반적인 요건

367) ○ 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결: "동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 할 것이다." (매매대상 토지 중 20~30평만 도로에 편입될 것이라는 중개인의 말을 믿고 주택 신축을 위하여 토지를 매수하였고 그러한 사정이 계약 체결 과정에 현출되어 매도인도 이를 알고 있었는데 실제로는 전체 면적의 약 30%에 해당하는 197평이 도로에 편입된 경우, 동기의 착오를 이유로 매매계약의 취소를 인정하고, 그 착오가 중대한 과실에 기인한 것이라고 볼 수 없다고 한 예) [동기 착오 취소 긍정례] 건물에 대한 매매계약 체결 직후 건물이 건축선을 침범하여 건축된 사실을 알았으나, 매도인이 법률전문가의 자문에 의하면 준공검사가 난 건물이므로 행정소송을 통해 구청장의 철거 지시를 취소할 수 있다고 하여 매수인이 그 말을 믿고 매매계약을 해제하지 않고 대금지급의무를 이행한 경우라면, ① 매수인이 건물이 철거되지 않으리라고 믿은 것은 매매계약과 관련하여 동기의 착오라고 할 것이지만, 매수인과 매도인 사이에 매매계약의 내용으로 표시되었다고 볼 것이고, ② 나아가 매수인뿐만 아니라 일반인이면 누구라도 건물 중 건축선을 침범한 부분이 철거되는 것을 알았더라면 그 대지 및 건물을 매수하지 아니하였으리라는 사정이 엿보이므로, 결국 매수인이 매매계약을 체결함에 있어 그 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에 해당하고, ③ 매도인의 적극적인 행위에 의하여 매수인이 착오에 빠지게 된 점, 매수인이 그 건물의 일부가 철거되지 아니할 것이라고 믿게 된 경위 등 제반 사정에 비추어 보면 착오가 매수인의 중대한 과실에 기인한 것이라고 할 수 없다고 한 예(97다26210). ○ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결: "의사표시의 동기에 착오가 있는 경우에는 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼았을 때에 한하여 의사표시의 내용의 착오가 되어 취소할 수 있는 것이다." (원심이, 원고와 피고 사이에 갑사보고서상 소외회사의 재무제표가 실제 재무상태를 정확히 반영하고 있다는 신뢰를 바탕으로 한 원고의 동기를 계약의 내용으로 삼았다고 인정할 증거가 없다 하여 원고의 착오 취소주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예) [동기 착오 취소 부정례] ① 매수인이 부동산을 매수하면서 잔금지급 전에 그 부동산을 은행 등에 담보로 넣어 대출을 받아 잔금을 마련하기로 계획을 세우고 매도인들에게 그와 같은 자금마련 계획을 알려 잔금지급 전에 매수인이 대출을 받을 수 있도록 협조하여 주기로 약속하였다는 사실만으로 바로, 관계 규정상 대출을 받을 수 없어 매수인이 계획하였던 대출이 제대로 이루어질 수 없는 경우에는 그 부동산을 매수하지 아니하였을 것이라는 사정을 매도인들에게 표시하였거나 매도인들이 이러한 사정을 알고 있었다고 단정할 수는 없다 할 것이어서, 매수인이 대출을 받아 잔금을 지급하려 하였던 잔금지급 방법이나 계획이 매매계약의 내용의 중요한 부분으로 되었다고 할 수는 없다는 이유로, 그 취소를 부정한 예(93다55487). ② 부동산매매에 있어서 시가에 관한 착오는 그 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 그 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없다(92다29337).

368) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결: "보험회사 또는 보험모집종사자가 이러한 설명의무를 위반하여 고객이 보험계약의 중요사항에 관하여 제대로 이해하지 못한 채 착오에 빠져 보험계약을 체결한 경우, 그러한 착오가 동기의 착오에 불과하다고 하더라도 그러한 착오를 일으키지 않았더라면 보험계약을 체결하지 않았거나 아니면 적어도 동일한 내용으로 보험계약을 체결하지 않았을 것이 명백하다면, 위와 같은 착오는 보험계약의 내용의 중요부분에 관한 것에 해당하므로 이를 이유로 보험계약을 취소할 수 있다."

369) 민법 제733조(화해의 효력과 착오) 화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못한다. 그러나 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

사실에 추가하여 ‘착오가 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것’이라는 점(‘화해의 목적인 분쟁 이외의 사항’이라 함은, 분쟁의 대상이 아니라 ‘분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항’으로서, ‘쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항’을 말한다)³⁷⁰⁾까지 주장·증명하여야 하고,³⁷¹⁾ 피고 주장의 착오가 ‘화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁에 관한 것’인 때에는 그 주장 자체로 항변은 이유 없다고 보아야 한다(화해계약이 사기로 인하여 이루어진 경우에는 화해의 목적인 분쟁에 관한 사항에 착오가 있는 때에도 민법 제110조에 따라 이를 취소할 수 있다).³⁷²⁾

표의자의 착오 취소 항변에 대한 상대방의 ‘재항변’ 사유로는, (1) “착오한 표의자의 ‘중대한 과실’의 존재”(민법 제109조 제1항 단서),³⁷³⁾ (2) “민법 제109조의 적용을 배제하는

370) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결(분쟁의 대상에 관한 것이라 하여 착오 취소를 부정한 예).

○ 착오 취소 긍정례: ① 교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 700만 원만을 받고 일체의 손해 배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다툼이 없어 양보의 대상이 되지 않았던 사실로서 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로 피해자 측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다고 한 사례(95다48414). ② 의사의 치료행위 직후 환자가 사망하여 의사가 환자의 유족에게 거액의 손해배상금을 지급하기로 합의하였으나 그 후 환자의 사망이 의사의 치료행위와는 전혀 무관한 것으로 밝혀진 사안에서, 의사에게 치료행위상의 과실이 있다는 점은 위 합의의 전제이었지 분쟁의 대상은 아니었다고 보아 착오를 이유로 화해계약의 취소를 인정한 사례(2001다49326).

○ 착오 취소 부정례: ① 아파트분양 동업사업의 손익배분을 둘러싼 정산금 채권의 존재와 범위는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서 그에 관한 착오를 이유로 정산합의를 취소할 수 없다고 한 예(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결). ② “계약당사자 사이에 수술 후 발생한 새로운 증세에 관하여 그 책임소재와 손해의 진보를 둘러싸고 분쟁이 있어 오다가 이를 종결짓기 위하여 합의에 이른 것이라면, 피고의 수술행위와 원고의 수술 후의 증세 사이의 인과관계의 유무 및 그에 대한 피고의 귀책사유 유무는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서, 피고는 원고의 수술 후의 증세가 피고의 수술행위로 인한 것이 아니라거나 그에 대하여 피고에게 귀책사유가 없다는 등의 이유를 들어 위 합의를 취소할 수 없다.”라고 판시한 예(94다42846).

⇒ 불법행위로 인한 손해배상과 관련하여 당사자 사이에 피해자가 일정한 금액을 지급받고 나머지 청구를 포기하기로 하는 내용의 합의나 화해가 이루어진 경우, 그 목적이 된 사항에 관하여는 나중에 다시 배상을 청구할 수 없는 것이 원칙이므로, 합의나 화해 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다(2004다64272: 공동불법행위자 중 1인이 다른 공동불법행위자의 보험자로부터 자동차종합보험의 대물배상 한도액인 2,000만 원을 지급받으면서 그 보험자에 대한 ‘법률상의 배상액’을 포기하기로 합의하였더라도 이로써 위 한도액과는 무관한 손해방지비용의 상환청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단한 사례).

371) ○ 대법원 2004. 8. 20. 선고 2002다20353 판결: “화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한, 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되고 계약 당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것이므로, 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다 할 것이고, 화해계약의 의사표시에 있어 중요 부분에 관한 착오의 존재 및 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이라는 점은 착오를 이유로 화해계약의 취소를 주장하는 자가 입증하여야 할 것이다.”

○ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다11217 판결: “만약 원심이 위 합의를 화해계약으로 본 것이라면 원심에서는 피고가 소외인의 적법한 상속인인지의 여부가 화해의 목적인 분쟁의 대상으로 되었는지 아니면 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항인지의 여부를 가려 원고의 위 착오 주장의 당부를 판단하여야 할 것이다.”

372) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다15278 판결.

373) 대법원 2005. 5. 12. 선고 2005다6228 판결: “착오한 표의자의 중대한 과실 유무에 관한 주장과 입증책임은 착오자가 아니라 의사표시를 취소하게 하지 않으려는 상대방에게 있는 것인바, … 피고의 위 착오가 피고의

‘특약’의 존재”³⁷⁴⁾가 있고, (1)에 대한 표의자의 ‘재재항변’ 사유로는 “상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 ‘이용’한 사실”이 있다.³⁷⁵⁾

당사자들의 합치된 의사와 달리 계약서에 착오로 잘못 기재한 경우, 그 합치된 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 보아야 한다(오표시(誤表示) 무해(無害)의 원칙).³⁷⁶⁾ 착오를 이유로 의사표시를 취소한 자에게 경과실이 있더라도, 상대방에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지는 않는다.³⁷⁷⁾

다) 사기·강박에 의한 의사표시의 취소

사기·강박에 의한 의사표시 취소의 요건사실은, ① “(의사표시)상대방의 ‘사기·강박행위’에 의한(인과관계) 의사표시의 존재”, ② “취소의 의사표시 및 그 도달”이다. 취소의 효과를 주장하는 표의자는 제3자에 의한 사기·강박의 경우 의사표시 취소 요건으로서 ‘상대방의 악의 또는 과실’(민법 제110조 제2항; 제3자의 기망행위에 의한 ‘표시상의 착오’에는 이 규정이 적용되지 아니하고, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만 적용된다³⁷⁸⁾)까지 추가로 증명하여야

중대한 과실로 인한 것이라는 원고의 주장은 상고심에 이르러 비로소 주장하는 새로운 사실이고, 원심에서는 주장한 바 없었음이 명백하므로 이는 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 원심판결에 위와 같은 피고의 중대한 과실 유무에 대한 석명권 불행사로 인한 심리미진의 위법이 있다고 할 수도 없다.” [중과실 부정례] 고려청자로 알고 매수한 도자기가 진품이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 매수인이 도자기를 매수하면서 자신의 골동품 식별 능력과 매매를 소개한 자를 과신한 나머지 고려청자 진품이라고 믿고 소장자를 만나 그 출처를 물어 보지 아니하고 전문적 감정인의 감정을 거치지 아니한 채 그 도자기를 고가로 매수하고 만일 고려청자가 아닐 경우를 대비하여 필요한 조치를 강구하지 아니한 잘못이 있다고 하더라도, 그것만으로는 매수인이 매매계약 체결 시 요구되는 통상의 주의의무를 현저하게 결여하였다고 보기는 어렵다는 이유로 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다고 본 예(96다26657).

- 374) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결, 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결(원심이, 피고 회사 등과 원고는 소외 회사의 가치에 대한 착오, 무지, 우발채무 및 부외부채가 있음을 이유로 원고가 피고 회사 등에게 책임을 물을 수 없다고 계약서에 명시하였으므로 계약 체결 이후 부외부채의 발견 등으로 감사보고서상의 소외 회사의 재무제표가 실제 재무상태를 정확히 반영하지 못한 사정이 밝혀졌다고 하더라도 원고가 착오를 이유로 취소권을 주장할 수 없다는 이유로, 원고의 착오 취소 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예).
- 375) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다49794 판결; “민법 제109조 제1항 단서 … 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다.” ● 한국거래소 파생상품거래에서 단순히 표의자가 제출한 호가가 당시 시장가격에 비추어 이례적이라는 사정만으로 상대방 투자중개업자나 그 위탁자가 표의자의 착오를 알고 이용했다고 단정할 수 없다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2017다227264 판결).
- 376) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다242334 판결; “당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우에는 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다. 계약당사자 쌍방이 모두 동일한 물건을 계약 목적물로 삼았으나 계약서에는 착오로 다른 물건을 목적물로 기재한 경우 계약서에 기재된 물건이 아니라 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 물건에 관하여 계약이 성립한 것으로 보아야 한다. 이러한 법리는 계약서를 작성하면서 계약상 지위에 관하여 당사자들의 합치된 의사와 달리 착오로 잘못 기재하였는데 계약 당사자들이 오류를 인지하지 못한 채 계약상 지위가 잘못 기재된 계약서에 그대로 기명날인이나 서명을 한 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.”
- 377) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97다13023 판결; “불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구된다 할 것인바, 피고가 계약보증서를 발급하면서 소외 회사가 수급할 공사의 실제 도급금액을 확인하지 아니한 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 피고가 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다.”

한다.³⁷⁹⁾

‘의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈’할 정도의 강박에 의한 의사표시는 ‘무효’이다.³⁸⁰⁾

허위표시에 관한 앞서 본 판례의 입장, 사기 취소에 관한 판례³⁸¹⁾에 따르면, 사기·강박에 의한 의사표시의 취소의 경우에도 취소의 효과를 주장하는 표의자가 제3자의 ‘악의’에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.

378) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결: “사기에 의한 의사표시란 타인의 기망행위로 말미암아 착오에 빠지게 된 결과 어떠한 의사표시를 하게 되는 경우이므로 거기에는 의사와 표시의 불일치가 있을 수 없고, 단지 의사의 형성과정 즉 의사표시의 동기에 착오가 있는 것에 불과하며, 이 점에서 고유한 의미의 착오에 의한 의사표시와 구분되는데, ... 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 것으로서, 결국 위와 같은 행위는 강학상 기명날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기명날인을 하는 이른바 표시상의 착오에 해당하므로, 비록 위와 같은 착오가 제3자의 기망행위에 의하여 일어난 것이라 하더라도 그에 관하여는 사기에 의한 의사표시에 관한 법리, 특히 상대방이 그러한 제3자의 기망행위 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 의사표시자가 취소권을 행사할 수 없다는 민법 제110조 제2항의 규정을 적용할 것이 아니라, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만을 적용하여 취소권 행사의 가부를 가려야 할 것이다.”

379) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다34772 판결: “마OO이 피고를 기망하여 피고가 ... 연대보증을 하는 것을 오OO이 알았거나 알 수 있었을 것이므로 연대보증계약을 취소한다는 피고의 주장에 대하여, ... 오OO은 마OO의 기망행위를 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하고, 또 오OO은 ... 대출금에 관한 업무를 담당하던 자로서 위 추가연대보증행위에 관하여는 원고와 동일시할 수 있는 자이므로 결국 원고는 마OO의 기망행위를 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 판단하여 피고의 위 주장을 받아들였다. ... 기망에 의한 법률행위의 취소 및 그에 대한 입증책임에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

380) ○ 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다73708, 73715 판결: “강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 하고, 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 않고 나아가 무효로 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다.”

○ 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결: “단지 법률행위의 성립과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 때에 불과한 때에는 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 효력을 논할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다 할 것 ... 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다.”

381) ○ 대법원 1970. 11. 24. 선고 70다2155 판결: “사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산 위의 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추인할 것이므로 사기로 인한 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 해석함이 정당하다. 그럼에도 불구하고 원심이 본건에 있어 사기 의사표시로 인한 매수인으로부터 본건 부동산을 매수한 피고 이OO이 사기에 의한 법률행위의 점에 대하여 선의였다는 입증의 미흡하다는 전제 아래 사기에 의한 의사표시의 취소의 효과를 주장하는 원고의 위 악의의 점에 관한 입증을 기다리지 않고 피고 이OO에 대하여 취소의 효력을 대항할 수 있다고 단정한 원심조치는 위에 설한 입증의 필요를 전도한 위법이다.” ☞ 위 판시가 취소의 효과를 주장하는 자에게 제3자의 악의에 대한 증명책임을 지운 것으로 보는 견해가 많으나(민법주해 총칙 (2), 1992, 596면(송덕수 집필); 주석민법 총칙 (2), 2001, 771면(박해성 집필)), 판시 문언 상 ‘증명책임’에 관한 것이라기보다는 ‘증명의 필요’에 관한 것으로 볼 여지도 있다.

○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결: “피고 박OO이 이 사건 각 근저당권설정계약 및 지상권설정계약의 해지가 기망에 의하여 이루어진 것임을 알고 있었다는 증거가 없다는 이유로 등기상 이해관계 있는 제3자로서 그 각 말소회복등기에 대하여 승낙할 의무가 없다고 한 원심의 판단도 옳은 것으로 수긍이 가고”

라) 무효·취소·해제 등의 경합

무효, 취소, 해제·해지는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 병존적으로 인정되고, 이를 선택적으로 주장할 수 있다.³⁸²⁾ 하자담보책임의 성립 여부와 상관없이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.³⁸³⁾ 토지거래허가 전 유동적 무효 상태인 거래계약에 관하여 착오·사기·강박에 의한 계약의 취소를 주장할 수 있다.³⁸⁴⁾ 일방이 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제한 후라도, 상대방은 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.³⁸⁵⁾ 판례는,³⁸⁶⁾ 제3자의 기망행위에 의한 표시상 착오의 경우, 사기 취소가 아니라 착오 취소의 법리만을 적용하여야 한다고 한다.

382) ○ 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결; “보험계약을 체결하면서 중요한 사항에 관한 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 보험계약에서 정한 취소권 규정이나 민법의 일반원칙에 따라 보험계약을 취소할 수 있다. 따라서 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약이 체결된 경우에 민법 제103조 위반으로 인한 보험계약의 무효와 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지나 취소는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 위와 같은 구제수단이 병존적으로 인정되고, 이 경우 보험자는 보험계약의 무효, 해지 또는 취소를 선택적으로 주장할 수 있다.” ⇨ 80다2475 판결은 ‘반사회질서 행위’의 경우에는 의사표시의 착오의 이론을 적용할 수 없다는 취지로 읽히나, 이는 위 판결에 반하는 것으로서 이제는 의미를 상실한 것으로 보아야 한다. ○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다9045 판결; “생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에 준용되는 민법 제555조는 … 서면에 의한 증여(출연)의 해제를 제한하고 있으나, 그 해제는 민법 총칙상의 취소와는 요건과 효과가 다르므로 서면에 의한 출연이더라도 민법 총칙규정에 따라 출연자가 착오에 기한 의사표시라는 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있고, 상대방 없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연행위라고 하여 달리 볼 것은 아니다.”

383) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다78703 판결; “착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 그 취지가 서로 다르고, 그 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 그 매매계약을 취소할 수 있다.”

384) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다36118 판결; “국토이용관리법상 규제구역 내에 속하는 토지거래에 관하여 관할 도지사로부터 거래허가를 받지 아니한 거래계약은 처음부터 위 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 한 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있고 거래 당사자는 거래허가를 받기 위하여 서로 협력할 의무가 있는 것이나, 그 토지거래가 계약 당사자의 표시와 불일치한 의사(비진의표시, 허위표시 또는 착오) 또는 사기, 강박과 같은 하자 있는 의사에 의하여 이루어진 경우에 있어서는, 이들 사유에 의하여 그 거래의 무효 또는 취소를 주장할 수 있는 당사자는 그러한 거래허가를 신청하기 전 단계에서 이러한 사유를 주장하여 거래허가신청 협력에 거절 의사를 일방적으로 명백히 함으로써 그 계약을 확정적으로 무효화시키고 자신의 거래허가절차에 협력할 의무를 면할 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 매매계약이 토지거래허가를 받지 않았다고 하여 피고들이 사기에 의한 계약 취소의 주장을 제기할 수 없다는 원심의 판단에는 … 위법이 있다 할 것이다.”

385) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다24982 판결; “매도인이 매수인의 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소를 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다고 할 것” ⇨ 매도인의 해제 후 매수인의 착오 취소 주장 인정.

386) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다43824 판결.