

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.