

다. 법률행위

1) 반사회질서 법률행위와 불공정한 법률행위

가) 반사회질서 법률행위

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효인 데(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 ㉔ 법률적으로 이를 강제하거나 ㉕ 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우³¹⁴⁾ 및 ㉖ 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) ㉔ 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하려는 것을 조건으로 '거액의 급부'를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우에 해당한다(99다56833). ㉕ 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' 반사회질서행위로서 무효다(2000다71999). ㉖ 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 불가매수성 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). ㉗ 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(송용근 집필); 이시윤, 앞의 책, 477면 등)이다. 변론에 공서양속 위반의 원인이 사실이 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 소하 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 불법한 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.³¹⁸⁾ 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 사함에 대하여는 ... 직권조사사항이 된다 할 수 없다"고 명시적으로 판시한 바 있고, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52483 판결은 "피고는, 원심에서 위 중여약정이 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, ... 중여는 이도O의 원고들에 대한 소유권이전등기의무를 회피하기 위한 배임행위에 피고 이윤O이 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) [사건] 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 물권적 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 당해 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 수범자로서는 어느 법률을 따라야 할지 알 수 없다. 법률에서 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 법률행위를 유효라고 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 일방 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 위반행위는 사기 범행과 더불어 행해지는 경우가 많은데, 사기 범행 역시 형사처벌 대상으로서 유사수신행위 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) ① 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결: 원심이, 피고가 근로기준법 제44조의2의 직상 수급인으로서 하수급인 소외인과 연대하여 근로자인 원고에게 임금을 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 형제화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예. ② 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: 농업협동조합이 그 ‘차입’ 상대방을 엄격하게 제한한 농업협동조합법의 강행법규에 ‘실질적’으로 위반하여, 다른 사람의 채무를 ‘보증’하는 등으로 위 법의 차입 상대방이 아닌 제3자에 대하여 차입에 준하여 채무를 부담하는 행위는 무효라고 한 예. ③ 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결의 다수의견: 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 개정한 취업규칙 조항이 강행법규인 위 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ④ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결: 국유재산 사무 중사 직원이 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산사무 중사 직원의 국유재산 양수 금지 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ⑤ 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 여하를 불문하고 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 것으로서 금전대차의 대가로 볼 수 있는 것이라면 이자로 간주되고” ⑥ 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) ⑦ 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결: 공공임대주택 임차인이 대출채권자에게 자서를 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 전득자 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 섣뜻 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 채권철폐라는 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권(양도인과 제2양수인은 공동불법행위자로서 부진정연대책무를 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 전득자들이 있는 경우에는 … 제1양수인보다는 전득자들의 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 알아 가기만 하면, 전득자 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 전득자에게로 승계되지 않는다. … 제2양수인은 그 무효의 하자와는 별도로 유효히 소유권을 취득하고, 그 소유권을 전득자는 이전받기 때문이다. 따라서 전득자는 반사회적 이중양도의 절대적 무효와 관계 없이 유효하게 목적물의 소유권을 취득하게 된다. 전득자의 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 공박(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 공박, 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: “‘공박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 공박한 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 얻을 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 공박이라고 인정하는 것은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”

338) ‘무경험’이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 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 시가와와 차액 또는 시가와와 배율로 판단할 수 있는 것은 아니고, 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 한다. 여기에서 급부와 반대급부는 해당 법률행위에서 정한 급부와 반대급부를 의미하므로, 공박 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 공박 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 공박한 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, 공박은 본인을 기준으로 하여 판단한다. 추인에 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 선평하지 않았다 하여 선평의무를 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 하여도 표의자가 강박에 의해서거나 중여를 하기로 하고 그에 따른 중여의 의사표시를 한 이상 중여의 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 주채무자로 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 대출약정이 통정허위표시에 해당한다고 볼 '특별한 사정'이 있다는 점에 관해서는 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있고(2005다51259), 금융기관이 명의대여자와의 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 경로에 매매예약서가 필요한 것으로 오인하여 매매예약서를 별도로 작성한 후 이를 등기서류로 첨부하여 2010. 1. 19. 가등기권자 원고, 등기원인 2010. 1. 18.자 매매예약으로 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: 소의 2 명의의 소유권이전등기, 소의 1 명의의 가등기 및 그 본등기로부터 순차로 전등하여 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 자신이 소유권이전등기를 적법하게 마친 소유자로서 피고 명의의 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 합소 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 공신폭이 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 합의하에 계약상의 수급인 명의를 종합건설업자로 등록된 사업자로 표시하여 도급계약을 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 도급계약을 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 기만행위에 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 적병의무를 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 소의인 간 통정허위표시인 근저당권설정계약이 유효하다고 믿고 그 근저당권의 피담보채권에 대하여 가압류함으로써 허위표시 무효로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당하지만, 원고와 소의인은 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’(지권조사사항) 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 통정허위표시임을 이유로 이 사건 전세권설정등기의 말소를 구하기 위하여는 인수참가인뿐만 아니라 소의 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. 소의 2로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마치고, 소의 1이 2006. 7. 14. 피고(탈퇴) 2, 3으로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마치고, 피고(탈퇴) 2, 3의 인수참가인이 2006. 7. 20. 소의 1로부터 전세권을 이전받아 그 부기등기를 마칠 당시, 이들은 모두 소의 2와 OO교역의 실질적 경영자이던 소의 3 사이에 체결된 이 사건 전세권설정계약이 통정허위표시에 의한 법률행위에 해당하여 무효라는 사실을 알면서 각 전세권을 이전받은 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 효력을 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 부당해고 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 “당시 직급의 상술만을 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 2020나227523, 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 사항의 발생을 예측한 때 지나지 않는 경우는 의사표시자의 심리상태에 인식과 대조사실의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수 없다. 장래에 발생할 막대한 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 경제에 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 경제적 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 건축을 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 감사보고서상 소외회사의 재무제표가 실제 재무상태를 정확히 반영하고 있다는 신뢰를 바탕으로 한 원고의 동기를 계약의 내용으로 삼았다고 인정할 증거가 없다 하여 원고의 착오 취소소장을 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 것이라는 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 다름이 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 손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다름이 없고 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 전보를 둘러싸고 분쟁이 있어 오다가 이를 종결짓기 위하여 합의에 이른 것이라면, 피고의 수술행위와 원고의 수술 후의 증세 사이의 인과관계의 유무 및 그에 대한 피고의 귀책사유의 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 원심으로서 는 피고가 소외인의 적법한 상속인지의 여부가 화해의 목적인 분쟁의 대상으로 되었는지 아니면 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다름이 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 투자증개업자나 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 고지함으로써 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 데에 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 추진할 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 선의이었다는 입증이 미흡하다는 전제 아래 사기에 의한 의사표시의 취소의 효과를 주장하는 원고의 위 악의의 점에 관한 입증능을 기다리지 않고 피고 이OO에 대하여 취소의 효력을 대항할 수 있다고 단정한 원심조치는 위에 실시한 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.

4) 의사표시의 존재와 그 해석

‘의사표시의 해석’은 사실인정과는 구별되는 ‘법률적 판단’의 영역에 속한다.³⁸⁷⁾

- 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 일하나, 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 매수인으로서의 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 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.
- 387) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결: “의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석으로서, 이는 사실인정과는 구별되는

‘계약의 당사자’가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다.³⁸⁸⁾ 실제 계약체결자의 이름에 ‘외 ○인’을 부가한 경우 그 불특정인을 계약당사자로 인정할 ‘특별한 사정’의 인정 여부는 신중하게 판단해야 한다.³⁸⁹⁾

‘처분문서’는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상, 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한, 기재된 ‘문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정’하여야 하고(이러한 점을 감안하여 처분문서의 진정성립을 인정함에는 ‘신중’하여야 한다³⁹⁰⁾), 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 내심의 의사보다는 ‘외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사’로 해석한다.³⁹¹⁾ ‘문언의 객관적인 의미와 다르게 해석’함으로써 당사자 사

법률적 판단의 영역에 속하는 것이다. 그리고 어떤 목적을 위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝히는 것 역시 의사표시의 해석에 속한다.”

388) 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다245129 판결: “계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다. 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자라고 할 것이다.”

389) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2022다247422 판결: “실제 계약을 체결한 행위자가 자신의 이름을 특정하여 기재된 불특정인을 추가하는 방식으로 계약서상 당사자를 표시한 경우(즉, 실제 계약체결자의 이름에 ‘외 ○인’을 부가하는 형태), 그 계약서 자체에서 당사자로 특정할 수 있거나 상대방의 입장에서 특정할 수 있는 특별한 사정이 인정될 수 있는 당사자만 계약당사자 지위를 인정할 수 있다. 계약당사자가 되면 계약으로 발생하는 권리·의무의 주체가 될 수 있다는 점에서 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 것이고, 때로는 강행규정 등 법률상 제한규정의 적용을 잠탈하려는 탈법적 의도에 따른 법률효과가 부여될 수도 있음을 고려하여, 위 특별한 사정의 인정 여부는 신중하게 판단하여야 한다.”

390) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다45317 판결(사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 하고, 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사건에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다).

391) ○ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결: “처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 하며, 만약 의사표시 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다.” [동일 취지] 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때에는 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석해서는 안 된다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다262193 판결).

○ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결: “계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자 내심에 있는 의사가 어떠한지와 관계없이 서면의 기재 내용에 따라 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 합리적으로 해석해야 한다. 이

이의 '법률관계에 중대한 영향'을 초래하는 경우에는 그 '문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석'해야 하고,³⁹²⁾ 계약서에 표현된 당사자의 의사가 명백한데도 합리적인 근거 없이 계약서에 명시되지 않은 내용을 추가하는 것은 의사해석의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없으며,³⁹³⁾ 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우에는 제반사정을 종합적으로 고려해서 '사회일반의 상식과 거래의 통념'에 따라 합리적으로 해석해야 한다.³⁹⁴⁾ 근로기준법상

경우 문언의 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다.”
○ 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다19776 판결: “당사자들이 공통적으로 의사표시를 명확하게 인식하고 있다면, 그것이 당사자가 표시한 문언과 다르더라도 당사자들의 공통적인 인식에 따라 의사표시를 해석하여야 하나, 의사표시를 한 사람이 생각한 의미가 상대방이 생각한 의미와 다른 경우에는 의사표시를 수령한 상대방이 합리적인 사람이라면 표시된 내용을 어떻게 이해하였다고 볼 수 있는지를 고려하여 의사표시를 객관적·규범적으로 해석하여야 한다.”

○ 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다275017 판결: “계약 내용이 명확하지 않은 경우 계약서의 문언이 계약 해석의 출발점이지만, 당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다. ... 계약서가 두 개의 언어본으로 작성된 경우 ... 두 언어본이 일치하는 않는 경우 당사자의 의사가 어느 한쪽을 따르기로 일치한 때에는 그에 따르고, 그렇지 않은 때에는 위에서 본 계약 해석 방법에 따라 그 내용을 확정해야 한다.”

- 392) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결: 피고 회사가 원고를 헬기조종사로 채용하면서 근로계약서에 근로계약기간을 1년으로 하되 ‘계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다.’는 조항을 두었는데, 피고가 계약기간 만료일 전 원고에게 근로계약기간이 만료될 예정이고 헬기조종사로서 필요한 직무상 역량미달로 근로계약 갱신이 불가능하다고 통보한 사안에서, 위 조항은 그 자체로 ‘근로계약기간이 만료하는 날까지 별도로 합의하지 않는 한 근로계약은 자동으로 연장된다.’는 의미임이 명확하고, 이와 달리 ‘원고가 근로계약기간 동안 항공종사자 자격을 유지함으로써 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제에서만 위 조항이 적용된다.’는 기재는 없는데, 근로계약서에 적혀 있지 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 근로계약서 문언의 객관적인 의미에 반하고, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로, 피고의 취업규칙 등을 근거로 위 조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안 되며, 근로계약기간 중 원고가 정상적으로 근로를 제공할 수 없는 상황이 되면 피고로서는 그러한 사정이 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도라고 인정되는 한 원고를 정당하게 해고할 수 있으므로, 위 조항을 위와 같은 의미라고 해석하더라도 근로계약 체결 당시의 당사자 의사에 부합하지 않는다고 단정할 수 없는데도, 위 갱신절차를 피고의 원고에 대한 해고의 의사표시로 볼 수 있는지 여부는 별도로 하고, 원심이 근로계약 기간 만료일 이후에 자동으로 연장되지 않았다고 판단한 것은 잘못이라고 한 사례.
- 393) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다264420 판결: 신탁계약서의 ‘신탁기간이 만료된 이후에도 수탁자의 반대 의사 표시가 있지 않는 한, 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 신탁계약은 종료하지 않고 유효하다.’라는 문구는 그 자체로 ‘신탁기간 만료 후 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 수탁자가 반대하는 의사표시를 하지 않는 경우에 한하여 신탁계약이 존속한다.’는 의미가 명확하고, 달리 ‘수탁자가 반대하는 의사표시가 신탁기간 만료일부터 상당한 기간 내에 있어야 한다.’는 기재가 없으므로, 신탁관계의 종료 시점을 판단하면서 계약서에 기재되지도 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 신탁계약서의 문언과 그로부터 알 수 있는 당사자의 명시적인 의사에 반한다고 한 예.
- 394) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다260299 판결: 원·피고 간 물품공급계약에서 원고가 OEM 방식으로 제품을 생산하여 소외회사가 공급하기로 하면서 ‘원고는 피고의 제품구매자 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 배상해야 하고, 이 경우 회수되는 제품량의 2배에 해당하는 피고의 판매단가를 기준으로 손해액을 산정한다.’고 정하였는데, 소외회사가 식중독 사고 및 제품 일부의 하자 발생을 이유로 재고 전량을 반품한 사안에서, 위 조항은 개별 제품의 하자 손부와 관계없이 제품구매자인 소외 회사의 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 원고가 배상하도록 정한 것으로 볼 수 있으나, 회수 등의 근거가 되는 정책은 사회통념상 합리성을 가진 것이어야 하고, 그러한 요건을 갖추지 않은 조치에 대해서는 원고가 배상책임을 부담하지 않는다고 해석함이 타당하다고 한 다음, 소외회사는 제품 제조과정 문제로 식중독 사고가 발생하였고 제품 일부에 하자가 발견되었다는 전제에서 제품이 대량으로 유통되는 식품이라는 특성을 고려한 정책적 판단을 거쳐 재고 전량에 관한 반품을 결정하였으나, 제반 사정에 비추어 제품 제조과정 문제로 인한 식중독 사고나 일부 제품의 하자 발생 사실을 인정할 수 없는 이상 소외회사의 정책에 따른 반품은 부정확한 사실관계를 전제로 한 것으로서 사회통념상 합리성을 갖추지 못한 자의적인 조치이므로, 원고는 위 계약 조항에 따른 배상책임을 부담하지 않는

근로자 해당 여부, 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인지는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 '실질'에 따라 판단해야 하고,³⁹⁵⁾ 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지 역시 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단해야 한다.³⁹⁶⁾

당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 '중대한 책임'을 지우거나 권리를 포기하는 것과 같은 '중대한 불이익'을 부과하는 경우에는 그 문언의 내용을 '더욱 엄격하게 해석'하여야 하고,³⁹⁷⁾ 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 '부제소합의', '불상소

다고 한 사례. ◀ [동일 취지] 원고(매수인)와 피고(매도인) 사이의 주식매매계약에서, 매수인이 매도인을 상대로 주식매수를 청구하였는데도 매도인이 이에 불응한 경우 위약벌의 제재를 가할 수 있고, 계약 자체를 해제할 수도 있으며, 위약벌의 제재를 가하는 경우 더는 추가 청구를 할 수 없다고 규정한 사안에서, 위약벌 제재를 가한 이후 추가 청구를 할 수 없도록 한 것은 매수인의 주식매수청구에 대하여 매도인이 거부하는 경우 매수인이 매도인에게 위약벌 제재를 가하는 것을 선택함으로써 그와 관련한 분쟁을 최종적으로 종결하고자 하는 데 기인하는 것이지, 매수인의 주식매수청구를 매도인이 거부하는 것에 대하여 매수인이 이를 계약상 의무 위반으로 주장하면서 계약을 해제할 수 있는 권리까지 배제하는 근거로 볼 수는 없다고 판단한 다음, 주식매매계약상으로는 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사나 계약해제 방식의 권리행사 방법 중 어느 한쪽에 우위를 두고 있다고 보기 어려우므로 그 권리를 부여받은 매수인이 그중 하나의 방법을 선택하여 이와 관련된 분쟁을 종결할 수 있도록 하는 것이 계약의 합리적인 해석 방법인데도, 매도인이 매수청구에 불응하는 경우 매수인은 우선적으로 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사를 하여야 하고 매도인이 이 역시 불응하는 경우에 한하여 계약해제 방식의 권리행사를 할 수 있다고 본 원심에는 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다 231598 판결).

395) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결: "근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인지를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 한다. 의료인이 아닌 사람이 월급을 지급하기로 하고 의료인을 고용해 그 명의를 이용하여 개설한 의료기관인 이른바 '사무장 병원'에 있어서 비록 의료인 명의로 근로자와 근로계약이 체결되었더라도 의료인 아닌 사람과 근로자 사이에 실질적인 근로관계가 성립할 경우에는 의료인 아닌 사람이 근로자에 대하여 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담한다고 보아야 한다. 이는 이른바 사무장 병원의 운영 및 손익 등의 의료인 아닌 사람에게 귀속되도록 하는 내용의 의료인과 의료인 아닌 사람 사이의 약정이 강행법규인 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효가 된다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

396) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결: "위탁매매라 함은 자기의 명의로 타인의 재산에 의하여 물품을 매수 또는 매도하고 보수를 받는 것으로서 명의와 재산의 분리를 본질로 한다. 그리고 어떠한 계약이 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지는 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단하여야 한다. 이는 자기 명의로써, 그러나 타인의 재산으로 매매 아닌 행위를 영업으로 하는 이른바 준위탁매매(상법 제113조)에 있어서도 마찬가지이다."

397) ① 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결(장신구 모델 촬영계약의 내용이 피고가 그의 의사결정에 따라 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 사진의 사용권을 갖는 것이라고 해석하는 것은 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하여 원고에게 중대한 불이익을 부과하는 경우에 해당하므로, 그 사용 기간에 대한 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정의 증명이 없는 한 제한 사정을 반영하여 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적이라고 한 예). ② 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다238540 판결(소외인이 원고로부터 자금을 조달하여 피고회사가 추진하는 사업에 투자하고 약 2년 후에 원고와 피고회사가 위 투자금의 반환에 관하여 '피고회사는 원고로부터 투자금 명목으로 지급받았던 돈에 대하여 피고회사가 투자를 받을 경우 원고에게 즉시 최우선적으로 반환하고, 이자는 반환 시까지 연 5%를 지급하며, 만약 이를 어길 경우 피고회사는 기한의 이익을 상실하고 연 20%의 지연이자를 지급한다.'는 반환약정서를 작성한 사안에서, 원심처럼 '원고가 피고회사에 투자금을 송금한 날부터 연 20%의 지연이자를 지급할 의무가 있다'고 인정하는 것은 금전채무의 이행지체에 관하여 무거운 책임을 부과한 것으로서 위 문언의 내용을 엄격하게 해석할 필요가 있다 하여 파기한 예). ③ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다226395 판결:

합의'의 경우, 표시된 문언의 내용이 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없으며,³⁹⁸⁾ 공사도급계약 종료에 따른 정산, 합명회사의 업무집행권한 상실에 관한 정관, 취업규칙, 채권가압류명령상 '가압류할 채권의 표시'처럼 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 경우에는 그들의 이해관계를 고려하여 신중하게 해석해야 한다.³⁹⁹⁾ '최대한 노력', '최대한 협조', '노력하여야 한다.'는 문구는, 법적인

'피고는 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 피고에게 손해가 발생하는 경우 피고는 계약이 종료하면 원고에게 반환하여야 할 예치금에서 손해액을 공제할 수 있다.'는 내용의 분양대행계약에 따라 원고가 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그 결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료율 위하여 신량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당하므로, 비록 원고가 계약기간 내에 목표분양률을 달성하지 못하였더라도 그러한 결과만으로 곧바로 채무를 불이행하였다고 추정할 수는 없고, 원고가 부담하는 구체적인 주의의무의 존재와 위반 사실을 피고가 추가로 주장·증명하여야 한다고 한 예. ④ 면책조항은 이미 성립한 채무의 부담을 면하게 함으로써 상대방의 권리의무관계에 중대한 영향을 초래하게 되므로 이를 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다272404 판결).

398) ○ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결: "부제소합의는 소송당사자에게 현법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것이다. 이와 같이 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사를 해석할 때는 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없다. 그리고 권리의무의 주체인 당사자 간에서의 부제소합이라도 그 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하게 된다. ... 재판청구권을 구체적인 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 포기한 것으로서 부제소합의 제도의 취지에 위반되어 무효라고 할 것이다."

○ 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결: "구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다고 할 것이다. ... 불상소 합의와 같은 소송행위의 해석은 일반 실체법상의 법률행위와는 달리 내용의 의사가 아닌 절차상 표시주의와 외관주의에 따라 그 표시를 기준으로 하여야 하고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되어서는 아니될 것이며, 다만 당해 소송제도의 목적과 당사자의 권리구제의 필요성 등을 고려할 때 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요는 있다고 할 것이다. 따라서 불상소의 합의처럼 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사해석에 있어서는, ... 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없는 것이다."

399) ① 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다218379 판결: "공사도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급하는 선금금의 반환에 관하여 수급인이 보증계약을 체결한 경우, 보증금 지급사유의 발생 및 범위는 당해 보증의 대상이 된 공사도급계약의 내용에 따라 판단하여야 한다. ... 공사도급계약의 종료에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선금금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로, 위와 같은 선금금의 정산방식에 관한 공사도급계약을 해석함에 있어 그들의 이해관계를 고려하여 신중을 기하여야 한다." ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결: "합명회사의 사원은 회사채권자에 대하여 직접·연대·무한책임을 진다. 만약 다른 사원 또는 업무집행사원이 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반하는 경우에는 그로 인하여 자신의 책임이 발생·중대될 우려가 있으므로, 그 다른 사원 또는 업무집행사원을 업무집행에서 배제할 수 있는지 여부는 각 사원의 이해관계에 큰 영향을 미친다. 합명회사의 사원은 업무집행권한 상실제도를 통하여 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반한 사원이나 업무집행사원을 업무집행에서 배제함으로써 자신의 책임이 부담하게 발생·중대되는 것으로부터 자신을 보호할 수 있다. 따라서 업무집행권한 상실에 관한 정관이나 관련 법률 규정을 해석할 때에는 위와 같은 사원의 권리가 합리적 근거 없이 제한되지 않도록 신중하게 해석하여야 한다." ③ "업무집행사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적합하거나 중대한 업무에 위반한 행위가 있는 때에는 총사원의 결의로써 업무집행권한을 상실하게 할 수 있다."는 합명회사의 정관 규정이 상법 제205조 제1항(업무집행사원의 권한상실신고)의 적용을 배제하는 규정이라고 본 원심을 파기

로는 의무를 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지이지만, ‘특별한 사정’이 인정되는 경우에는 법적으로 구속력이 있는 의무로 볼 수 있다.⁴⁰⁰⁾

하나의 계약에 포함되어 있는 개별 약정이 다수의 법률행위로 분리된 것으로 보아야 하는지는, ‘주관적’으로 다수의 법률행위로 분리할 수 있는 것으로 하겠다는 의사의 합치가 있는지, ‘객관적’으로 다수의 법률행위로 분리될 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 한다.⁴⁰¹⁾ 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우, 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다.⁴⁰²⁾

계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있다.⁴⁰³⁾

한 사례. ㉠ 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결: “취업규칙은 사용자가 그 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 정립하기 위하여 작성한 것으로서 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 가지는데, 이러한 취업규칙의 성격에 비추어 취업규칙은 원칙적으로 그 객관적인 의미에 따라 해석하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 벗어나는 해석은 신중하고 엄격하여야 한다.” ㉡ 채권가압류명령상의 ‘가압류할 채권의 표시’에 기재된 문언은 제3채무자 보호를 위해 객관적으로 엄격하게 해석해야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 가압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결).

400) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결: “어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 ‘최대한 노력하겠습니다.’, ‘최대한 협조한다.’ 또는 ‘노력하여야 한다.’고 기재되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 의미는 문면 그 자체로 볼 때 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 타당하다. 당사자가 그러한 표시행위에 의하여 나타내려고 한 의사는 그 문구를 포함한 전체의 문언을 고려하여 해석해야 하는데, 그러한 의무를 법률상 부담하겠다는 의사였다면 굳이 위와 같은 문구를 사용할 필요가 없고, 위와 같은 문구를 삽입하였다면 그 문구의 의미 없는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 다만 계약서의 전체적인 문구 내용, 계약의 체결 경위, 당사자가 계약을 체결함으로써 달성하려는 목적과 진정한 의사, 당사자에게 의무가 부과되었다고 볼 경우 이행가능성이 있는 것인지 여부 등을 종합적으로 고려하여 당사자가 그러한 의무를 법률상 부담할 의사였다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에는 위와 같은 문구에도 불구하고 법적으로 구속력이 있는 의무로 보아야 한다.” ㉢ “종속회사에 대한 지분비율을 현재와 같이 그대로 유지하도록 노력하여야 한다.”라는 ‘주주 간 계약’의 문언에도 불구하고, 지분을 유지할 의무를 부담한다고 해석할 수 있는 ‘특별한 사정’이 인정된다 하여, 위 의무 불이행에 대한 채무불이행책임을 긍정한 예.

401) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결: 원심이, 이 사건 계약이 조합계약을 구성하는 부분과 별도로 보상금의 지급에 관한 계약으로 구성되어 있다고 보고 보상금 지급 부분만의 취소를 인정한 데 대하여, 대법원은, 이 사건 계약의 조합계약 부분과 보상금 지급 부분은 별도의 법률행위로 구분될 수 없는 하나의 법률행위로 보아야 하고, 두 부분으로 나누어 보상금 지급 부분만의 해제나 취소를 할 수는 없다고 한 예.

402) 대법원 2020. 12. 30. 선고 2017다17603 판결: “하나의 법률관계를 둘러싸고 각기 다른 내용을 정한 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우 당사자가 그러한 계약서에 따른 법률관계나 우열관계를 명확하게 정하고 있다면 그와 같은 내용대로 효력이 발생한다. 그러나 여러 개의 계약서에 따른 법률관계 등이 명확히 정해져 있지 않다면 각각의 계약서에 정해져 있는 내용 중 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다.”

403) 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다200126 판결).

‘목시적 의사표시’를 근거지우는 구체적 사실이 주요사실인지(주요사실설), 아니면 개개의 구체적 사실을 종합하여 추인되는 의사표시가 주요사실이고 근거사실은 간접사실에 불과한지(간접사실설)에 대하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 후자의 입장이다.⁴⁰⁴⁾ 채권의 포기나 채무의 면제, 목시적 화해계약, 무권대표행위나 무효행위의 추인, 면책적 채무인수에 대한 채권자의 승낙, 계약 내용의 중요한 변경에 대한 상대방의 동의 등에 관한 목시적 의사표시의 인정은 엄격하고도 신중하게 하여야 한다.⁴⁰⁵⁾

5) 의사표시의 도달과 효력발생

상대방이 있는 의사표시(채권양도 통지·승인, 시효중단사유로서의 채무승인과 같은 관념의 통지 등 준법률행위에도 유추적용된다)의 효력을 주장하는 자는 ① ‘(표의자의 상대방에 대한) 의사표시의 존재’ 및 ② ‘의사표시의 (상대방에 대한) 도달’ 사실을 주장·증명하여야 한다(①은

404) 92다39334, 39341 (“원심 인정의 간접사실만으로는 … 목시적으로 해석되었다고 추단하기에는 경험칙상 부족하다”), 98다17930 (“원심이 … 간접사실들을 종합하여 … 목시적으로 합의해제되었 … 다고 본 … 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고”), 2001다7865 (“계약인수에 대한 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 인정한 근거로 삼은 간접사실들을 살펴보건대, … 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 추단할 사정은 되지 못하고”) 등. [☞] 의사의 명시적 표시와 목시적 표시는 표시가치의 대소에 의한 구별에 지나지 않으므로 둘을 굳이 달리 취급할 이유가 없다(민법주해 총칙 (2), 1992, 143면(송덕수 집필))는 점에서 판례의 견해가 옳다.

405) ○ 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016다203933 판결: “화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기로 하는 의사의 합치가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다를 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 목시적으로 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정하기 위해서는 그 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 목시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다.” [●] [동일 취지] ① 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결: “채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 당해 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다.” ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결: “임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 목시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.” ○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다88543, 88550 판결: “계약 체결 후에 한쪽 당사자가 계약의 내용을 변경하고자 계약 내용과는 다른 사항이 포함된 문서를 상대방에게 송부하고 상대방이 이를 수령하고도 이의를 제기하지 않은 경우에 계약의 내용이 변경되었다고 보려면, 거래의 종류와 성질, 거래관행, 발송한 문서의 내용과 형식, 상대방의 태도 등에 비추어 상대방이 그 변경에 목시적으로 동의하였다고 볼 수 있어야 한다. 이때 변경되는 사항이 이미 체결된 계약의 내용을 중요하게 변경하는 결과를 초래하는 경우에는 위와 같은 목시적 동의를 쉽사리 인정해서는 안 된다.” [●] [동일 취지] ① 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결: “당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 이러한 이치는 거동에 의한 목시적 법률행위에 있어서도 다르지 않다.” ② 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다37718 판결: “무권대표행위나 무효행위의 추인은 무권대표행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이든 목시적이든 묻지 않는다 할 것이지만, 목시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다.”

상대방이 있는 의사표시의 '성립요건'으로서 '발송·발신'을 말하고, ②는 그 '효력발생요건'에 해당한다.⁴⁰⁶⁾

여기서 '도달'이라 함은 '사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태'에 놓여 있는 경우'를 말한다.⁴⁰⁷⁾ 상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부한 경우에는 '수취 거부 시'에 의사표시의 효력이 생기고, 수취 거부의 '정당한 사유'에 관해서는 수취 거부한 상대방이 증명할 책임이 있다.⁴⁰⁸⁾

판례 중에는 내용증명·배달증명⁴⁰⁹⁾ 등의 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송에 그

406) 민법 제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력이 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

407) ㉔ 의사표시나 관념의 통지의 '도달'

○ 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19973 판결: "계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고(민법 제111조 제1항), 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다."

○ 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010다57 판결: "도달은 보다 탄력적인 개념으로서 송달장소나 수송달자 등의 면에서 (민사소송법상) 송달에서와 같은 엄격함은 요구되지 아니하며, 이에 송달장소 등에 관한 민사소송법의 규정을 유추적용할 것이 아니다. 따라서 채권양도의 통지는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다고 할 것이다."

ex 1. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결: 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지 빌딩 4층으로 배달되고, 국내등기 우편조회에 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 기재되어 있으며, 소외 1은 피고 조합에 배달되는 우편물을 수령하는 업무를 담당하였는데, 소외 1 부재 시에는 같은 장소에서 근무하는 피고 회사 직원인 소외 2가 대신 우편물을 수령하였다가 소외 1에게 전달한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 보이고, 설령 피고 조합이 채권양도 통지서를 현실적으로 수령하지 않았다고 하더라도 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지로 배달되었고, 피고 조합에게 전달되었을 가능성이 높은 점 등을 고려하면, 채권양도통지서는 사회통념상 채무자인 피고 조합이 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써, 피고 조합에게 도달하였다고 봄이 상당하다고 판시.

ex 2. 대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결: 채권양도의 통지서가 들어 있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있는 통지인인 채권자가 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 우편물의 내용이 무엇인지를 그 가정부가 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없었던 이상 그 채권양도의 통지는 사회관념상 채무자가 그 통지 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 것이라고 볼 수 없으므로 그 통지는 피고에게 도달되었다고 볼 수 없다고 한 예.

ex 3. 대법원 2012. 8. 20. 선고 2009두14965 판결: ① 금융기관이 고객의 예금계좌에 이자를 입금하면 예금주는 인터넷 뱅킹 등에 의한 잔액조회를 함으로써 그 사실을 확인할 수 있고 그에 대한 처분권도 취득하게 되므로 그로 인한 채무승인의 통지는 이자 입금 시점에 예금주에게 도달하게 되어 그 예금에 대한 소멸시효는 중단되었고, ② 금융기관이 시효기간이 지난 공제금 찾아주기 운동을 실시하여 각 영업장에 홍보용 포스터·안내문을 게시하고 인터넷 홈페이지에 홍보하며 언론에 보도되도록 하고, 공제계약자·수익자에 대하여 공제금을 찾아가라는 내용의 개별 안내서를 일괄하여 발송함으로써 공제계약자·수익자는 공제금에 대하여 금융기관이 시효이익을 포기하였음을 객관적으로 알 수 있는 상태에 놓였다고 한 사례.

408) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019두34630 판결: "상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부함으로써 그 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태의 형성을 방해한 경우 그러한 상태가 형성되지 아니하였다는 사정만으로 발송인의 의사표시의 효력을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 부당한 수취 거부 없었더라면 상대방이 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다. ... 우편물의 수취를 거부한 것에 정당한 사유가 있는지에 관해서는 수취 거부한 상대방이 이를 증명할 책임이 있다."

도달의 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다.”고 한 것도 있는데, 등기취급우편에 의한 발송 사실만으로 그 도달을 인정할 것이 아니라 송달장소, 수령인 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다⁴¹⁰⁾(등기취급우편으로 ‘상대방의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에’ 발송한 사실이 인정되면, 우편법령 규정과 경험칙에 비추어 그 무렵 상대방에게 도달되었다고 사실상 추정할 수 있다고 봄이 옳다).⁴¹¹⁾

409) 내용증명은, ‘등기취급을 전제로 우체국창구 또는 정보통신망을 통하여 발송인이 수취인에게 어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명하는 우편물의 특수취급제도’이고, 배달증명은 ‘등기취급을 전제로 우편물의 배달일자 및 수취인을 배달우체국에서 증명하여 발송인에게 통지하는 특수취급제도’이다(우편법 시행규칙 제25조 제1항 제4호, 제1호).

410) ◎ 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정 여부

판례 중에는, “내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 이를 입증하여야 한다.”(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20140 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다25002 판결; 보통우편의 발송으로는 도달의 추정 부정)고 하고, “의사표시가 기재된 내용증명 우편물이 발송되고 달리 반송되지 아니하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 그 무렵에 송달되었다고 봄이 상당하다.”(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다20052 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다38322 판결; ‘내용증명 우편의 발송 + 미반송’ 사실로부터 송달 추정)거나, “(우편법 등 관계 규정의 취지에 비추어 볼 때) 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야” 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결, 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누13127 판결, 대법원 1992. 3. 27. 선고 91누3819 판결; ‘등기취급 우편의 발송’으로부터 배달 추정, 반송은 추정 배제의 특별한 사정에 포함)고 하여, ‘내용증명우편이나 등기우편’의 발송에 그 도달에 대한 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다31281 판결은, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 오히려 위와 같은 우편집배원의 진술이나 우편법 등의 규정을 들어 우편물의 수령인을 본인의 사무원 또는 고용인으로 추정할 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 우편물이 피고의 주소나 사무소가 아닌 동업자의 사무소에서 그 신원이 분명치 않은 자에게 송달되었다는 사정만으로는 사회관념상 피고가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정할 수 없다”고 하였고, 대법원 1993. 11. 26. 선고 93누17478 판결은, “우편법 제31조, 제34조, 같은법 시행령 제42조, 제43조의 규정취지는 우편사업을 독점하고 있는 국가가 배달위탁을 받은 우편물의 배달방법을 구체적으로 명시하여 그 수탁업무의 한계를 명백히 한 것으로서 위 규정에 따라 우편물이 배달되면 우편물이 정당하게 교부된 것으로 인정하여 국가의 배달업무를 다하였다는 것일 뿐이지 우편물의 송달로써 달성하려고 하는 법률효과까지 발생하게 하는 것은 아니므로 위 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것인바, … 집배원으로부터 우편물을 수령한 빌딩건물경비원이 원고나 그 동거인 또는 고용인에게 위 청문서를 전달하였다고 볼 수 없는 이상 청문서가 원고에게 적법하게 송달되었다고 볼 수 없다”고 하였으며, 근자의 2010다57 판결, 2010다77477 판결도 내용증명우편이나 등기우편에 의한 채권양도 통지 사실만으로 그 도달을 인정한 것이 아니라 제반 사정을 종합하여 도달 사실을 인정하였다. 등기취급우편에 의한 발송에 그 도달의 사실상 추정력을 인정한 91누3819 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송한 이상 특단의 사정이 없는 한 위 서류는 그로부터 수일 내 원고나 원고의 가족 등에게 송달되었다고 봄이 상당하다’고 한 사례, 92누13127 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송되었고, 그것이 반송되지 아니한 사안에서, 적법하게 원고에게 송달되었다’ 한 사례, 96다38322 판결은 ‘내용증명으로 최고서를 상대방의 영업소로 발송한 사안에서 그 무렵 도달되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다’고 한 사례이다.

411) ◎ 등기취급우편의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정에 따른 공방구조

납세고지서 송달에 관한 아래 판결을 준칙으로 삼아 구체적으로 살펴보면, ① 표의자가 ‘등기취급우편으로 상대방의 주민등록지(법인등기부·사업자등록지·계약상 거주소)로 발송’한 사실(간접사실)을 증명하면, ‘상대방에게 도달’된 사실(요증사실)이 사실상 추정되고, ② 이에 대하여 상대방은 ‘주민등록지 등에서 실제로 거주하거나 영업하지 아니’한 사실(가증, 승선, 해외유학 등의 장기간 부재 사실 포함, 전체사실에 대한 반대사실) 또는 ‘반송’ 사실(요증사실에 대한 반대사실)에 대하여 반증으로 사실상 추정을 저지하면 되며, ③ 이에 표의자는 원래

의사표시에 관하여 상반된 이해관계가 있는 사무원·피용자·동거인 등은 본인을 위한 의사표시 수령권한이 부정된다.⁴¹²⁾

아파트 경비원이 우편물을 수취인 가구의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 수취인이 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수 없으나(우편함의 구조를 비롯하여 수취인이 우편물을 수취하였음을 추인할 만한 다른 특별한 사정이 더해져야 한다),⁴¹³⁾ 아파트의 주민들이 등기우편물

증명책임의 부담자로서 다시 돌아와 요증사실인 '적법한 도달' 사실(상대방이나 그 수령대행인이 직접 수령한 사실 또는 제3자 수령의 경우 그에게 송달수령의 권한이 위임된 사실)을 증명하여야 하는 공방구조가 되는 것으로 봄이 옳다.

대법원 1998. 2. 13. 선고 97누8977 판결; "우편법 제31조, 같은법시행령 제42조 제12항에 의하면, 우편물은 그 표면에 기재된 곳에 배달하는 것이고, 우편법시행령 제42조 제3항에 의하면 등기로 취급하는 우편물은 수취인·동거인(동일 직장에서 근무하는 자를 포함한다) 또는 제43조 제1호(동일 건축물 또는 동일 구내의 수취인에게 배달할 우편물로서 그 건축물 또는 구내의 관리사무소, 접수처 또는 관리인) 및 제5호(수취인이 동일집배구에 거주하는 자를 대리수령인으로 지정하여 배달우체국에 신고한 경우에는 그 대리수령인)의 규정에 의한 수령인으로 부터 그 수령사실을 확인받고 배달하여야 하도록 규정하고 있으므로, 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아도 좋을 것이다. 그러나 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 둔 경우에는 그 사실만으로써 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기는 어려울 뿐 아니라 수취인이 주민등록지에 실제로 거주하지 아니하는 경우에도 우편물이 수취인에게 도달하였다고 추정할 수는 없고, 따라서 이러한 경우에는 우편물의 도달사실을 과세관청이 입증해야 할 것이다. ... 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 두었고, 그 밖에 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기 어려운 사정이 인정된다면, 등기우편으로 발송된 납세고지서가 발송된 사실이 인정되지 아니한다 하여 납세의무자에게 송달된 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다."

412) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결; "보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 그 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대립금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다고 보아야 한다." ◀ 이는 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우에도 마찬가지여서, 그러한 보충송달은 무효이다 (대법원 2021. 3. 11. 선고 2020트11658 판결; 원·피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정 청문을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받은 사건).

413) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다66411 판결; "아파트의 우편함에 우편물을 넣어 두었다고 하더라도 그 우편물이 분실되는 경우가 흔히 있고 통상 우편함에는 비단 보통의 우편물뿐만 아니라 광고전단 등도 아울러 투입되는 일이 많으며 우편함에 광고전단 등이 많이 쌓여 넘치게 되면 아파트의 청소를 담당하는 사람이 치워 버리기도 하는 현실이 비추어 볼 때, 우편물이 수취인 가구의 우편함에 투입되었다고 하더라도 그 우편물이 수취인의 수중에 들어가지 않을 가능성이 적지 않게 존재한다고 보아야 하고, 더욱이 이 사건의 경우 78세 가량으로서 단독 세대주인 피고에게 우편물이 오는 일 자체가 흔치 않았기 때문에 아침 일찍 출근하였다가 밤늦게 퇴근하는 피고가 우편함을 수시로 살펴 우편물이 있는지 여부를 확인하였을 것으로는 보이지 않는데다가, 경비원 김○○도 피고에게 상숙채무발생통보서를 우편함에 넣어둔 사실을 따로 말하여 주지 아니하였던 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 특별히 피고의 아파트의 우편함에 자물쇠가 있어 우편물을 그 우편함에 투입하면 다른 사람이 쉽게 이를 꺼내 갈 수 없는 구조라거나, 그 우편함의 자물쇠가 설치되어 제대로 작동하고 있었으며 경비원 김○○이 위 상숙채무발생통보서를 다른 사람이 꺼낼 수 없도록 완전하게 넣었다는 등의 특별한 사정이 밝혀지지 아니하는 한, 경비원 김○○이 상숙채무발생통보서를 피고의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 피고가 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수는 없을 것이다." ▶ 원심이, 피고 거주 아파트 경비원이 원고 발송의 내용증명 통보서를 집배원으로부터 수령한 후 이를 피고의 우편함에 넣어 둔 경우, 피고가 자신의 아파트 우편함에 투입된 위 통보서를 받아 보지 못할 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 위 통보서는 피고에게 도달하여 피고가 그 내용을 지득하였다고 봄이 상당하다고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기한 예.

등의 수령권한을 아파트 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 수 있는 경우에는 아파트의 경비원이 수령한 때에 송달되었다고 볼 수 있다.⁴¹⁴⁾

민법 제111조는 '임의규정'에 해당⁴¹⁵⁾하므로, '특약'에 근거하여 의사표시의 효력발생시기를 '도달'이 아닌 다른 시점으로 주장하는 자는 그 특약의 존재에 대한 증명책임을 진다.

발신주의를 취한 법규정⁴¹⁶⁾이 있는 경우,⁴¹⁷⁾ 그 적용을 위한 요건사실에 대한 주장·증명이 있어야 한다.⁴¹⁸⁾ 격지자 간의 계약은 승낙의 통지를 '발송'한 때에 성립한다(민법 제531조).

상대방 있는 의사표시가 상대방에게 도달하여 효력을 발생한 '후'에는⁴¹⁹⁾ 마음대로 이를 '철회'할 수 없음이 원칙이나(이미 행사되어 효력이 발생한 '형성권의 철회'는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않고,⁴²⁰⁾ 형성권의 소송상 행사 후 소취하나 부적법 각하, 실기한 공격방어방법으로서의 각하 등이 있는 경우 이미 발생한 사법상 효과에 아무런 영향을 미치지 않는다⁴²¹⁾), 예비적·가정적 성질을

414) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98두3679 판결: '납세의무자가 거주하던 아파트에서는 통상 일반 우편물은 집배원이 아파트 경비실 부근에 설치되어 있는 세대별 우편함에 넣으면 아파트 거주자들이 이를 위 우편함에서 수거하여 가고, 등기우편물 등 특수우편물의 경우에는 집배원이 아파트 경비원에게 주면 아파트 경비원이 이를 거주자에게 전달하여 왔으며, 아파트의 주민들은 이러한 우편물 배달방법에 관하여 별다른 이의를 제기하지 아니하여 왔다면, 위 납세의무자 및 아파트의 주민들은 등기우편물 등의 수령권한을 아파트의 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 것이므로, 아파트의 경비원이 납세고지서를 수령한 날, 납세고지서가 적법하게 납세의무자에게 송달되었다.'고 한 예.

415) 채권자가 채권양도의 통지를 하였으나 채무자가 변동된 주소의 신고의무를 게을리하는 등의 귀책사유로 인하여 위 통지를 수령하지 못할 경우 위 통지가 채무자에게 도달한 것으로 간주하기로 하는 합의는 유효하다(2006다 41204).

416) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무), 제67조(매도인의 공탁·경매 통지), 제88조(대리상의 통지의무), 제363조(주주총회의 소집통지), 제390조 ③(주식회사 이사회 소집통지), 민법 제15조(제한능력이자 능력이 된 후 추인 여부의 확정), 제71조(사단법인 총회의 소집통지), 제131조(무권대리 본인의 추인 여부 확정), 제531조(격지자 간의 계약 성립시기) 등이 있다.

417) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결: "상고이유의 주장은, 사립학교법 제17조 제3항의 이사회 소집통지 기간은 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회 등의 소집통지와 같이 발송한 날을 기준으로 그 준수 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 그런데 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회의 소집통지의 경우에는 법문에 명시적으로 통지를 발하거나 발송하도록 되어 있는 반면, 사립학교법 제17조 제3항의 경우에는 '통지하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 민법 제111조 제1항이 정한 바에 따라 이사회 소집통지가 상대방에게 도달한 때를 기준으로 소집통지 기간의 준수 여부를 가려야 한다."

418) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다4691 판결: "원심이 상법 제53조의 적용 여부에 관하여 명시적 판단은 하지 않았지만(피고들도 원심까지 상법 제53조가 적용되어야 한다는 주장을 한 바 없다)" ⇨ 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무) 상인이 상사 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

419) 의사표시가 상대방에게 도달하기 '전'에는 그 철회가 가능하다(다만 철회의 의사표시가 먼저 도달하여야 한다).

420) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결: 사원의 지분을 압류한 채권자의 '사원 퇴사청구권'(= 상법 제224조 제1항 소정의 형성권) 행사로 퇴사의 효력이 발생한 후에는 사원 또는 채권자가 일방적으로 퇴사의 의사표시를 철회할 수 없고, 이는 퇴사의 효력이 발생한 후 사원이 그 채권자에게 채무를 변제한 경우에도 마찬가지라고 한 예.

421) © 소송상 형성권의 행사와 그 사법상 효과: 상계권 행사를 예외로 한 신병존설의 입장

따는 소송상 상계 항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고,⁴²²⁾ 법인 이사 사임의 경우, 사임 의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 ‘특별한 사정’이 있거나, 정관에서 사임절차 등에 관하여 ‘특별한 규정’을 둔 경우에는, 사임 의사표시가 도달한 후라도 그 효력이 발생하기 전에 철회할 수 있다.⁴²³⁾

의사표시의 공시송달⁴²⁴⁾ 요건으로서 ‘과실 없이 … 알지 못하는’ 부분에 관한 증명책임의 소재에 대하여는 양론이 가능하다.⁴²⁵⁾

“상대방 ‘없는’ 단독행위”인 ‘보험수익자 변경’은 그 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않더라도 그 효과가 발생한다(다만, 보험자에게는 통지하지 않으면 대항할 수 없다(상법 제734조 ①)).⁴²⁶⁾

❶ 80다916: “원고가 피고에게 이 사건 매매계약의 존속과는 양립할 수 없는 위약금의 지급 청구를 하고, 그 소장이 피고에게 송달됨으로써 해제권을 행사하였다 할 것이고, 해제권은 형성권이므로 비록 그 후에 원고가 그 소장을 취하하였다 하여 위 해제권 행사의 효력에 아무런 영향도 미치지 않는다. … 원심이 원고의 전소 제기를 피고의 해약 주장을 가정하여 제기하였다가 이를 다시 취하하였다는 이유로 피고의 위 계약해제의 항변을 배척하였음은 … 위법이 있고” ❷ 2001다42080: 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 효력으로 매매가 성립하면 그 후 일방의 의사만으로 매수청구를 철회할 수 없으나, 1심에서 매수청구권을 행사하였다가 철회한 데 대하여 이를 상대방이 용인한 경우에는 2심에서 다시 행사할 수 있다고 한 예. ❸ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결: “소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다.”

422) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 참조.

423) 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위이므로 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하고, 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, 정관에서 이사의 사임절차나 사임의 의사표시의 효력발생시기 등에 관하여 특별한 규정을 둔 경우에는 사임의 의사표시가 법인의 대표자에게 도달하였다고 하더라도 곧바로 사임의 효력이 발생하는 것은 아니고 정관에서 정한 바에 따라 사임의 효력이 발생하므로, 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 정관에 따라 사임의 효력이 발생하기 전에는 그 사임의사를 자유롭게 철회할 수 있다(2007다17109). 학교법인의 이사로 법인에 대한 일방적인 사임의 의사표시에 의하여 법률관계를 종료시킬 수 있고, 그 의사표시는 수령권한 있는 기관에 도달됨으로써 바로 효력을 발생하며, 그 효력발생을 위하여 이사회 결의나 관할 관청의 승인이 있어야 하는 것은 아니나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성 일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2011두22334).

424) 민법 제113조(의사표시의 공시송달) 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

425) 의사표시 도달의 효력을 다루는 ‘상대방’이 ‘표의자의 악의 또는 과실’을 주장·증명하여야 한다는 견해가 다수이고[민법주해 총칙(2), 1992, 622면(박영식 집필); 주석민법 총칙(2), 2010, 834면(박세훈 집필)], 이는 일본 판례(최고재 소하 37. 4. 26. 판결)의 입장이기도 하나, 법 규정 형식상 ‘표의자’가 자신의 ‘선·무과실’을 적법한 공시송달에 의한 의사표시 도달의 요건으로서 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 일본 민법은 제98조 제3항 ‘단서’에서 ‘표의자가 상대방을 알지 못하거나 그 소재를 알지 못하는 것에 관하여 과실이 있는 때에는 도달의 효력이 생기지 아니 한다.’라고 규정하여 ‘유과실’을 요건으로 한 ‘효력발생 장애사유’의 형식을 취하고 있어, 우리 민법과는 법 규정 형식을 달리하므로, 그 주장·증명책임의 소재에 관하여 달리 봄이 옳다.

426) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다204869 판결: “보험계약자는 보험수익자를 변경할 권리가 있다(상법 제733조 제1항). 이러한 보험수익자 변경권은 형성권으로서 보험계약자가 보험자나 보험수익자의 동의를 받지 않고 자유로이 행사할 수 있고 그 행사에 의해 변경의 효력이 즉시 발생한다. 다만 보험계약자는 보험수익자를 변경한 후 보험자에 대하여 이를 통지하지 않으면 보험자에게 대항할 수 없다(상법 제734조 제1항). 이와 같은 보험수익