

契約相對方의 被用者의 詐欺로 인한 意思表示의 取消*

— 대법원 1998. 1. 23. 선고 96다41496 판결** —

尹 眞 秀***

I. 事實의 概要

이 사건의 사실관계에 관하여 제1, 2심 법원이 다같이 인정한 사실관계는 다음과 같다.

1. 소외 A, B는 1994. 5. 2. 원고인 X 회사의 대표이사인 C로부터 X 회사의 주식 전부(X 회사는 주식 전부를 C가 소유하고 있는 1인 회사이다)를 대금 5억 5천 만원에 양수하되, 그 중 계약금 5천만원은 계약 당일 현금으로 지급하고, 중도금 3 억원은 X 회사 소유의 부동산을 A, B가 정하는 상호신용금고에 담보로 제공한 후 대출을 받아 그 현금으로, 잔금 2억원은 발행일이 계약일로부터 90일 이내인 선일 자 당좌수표로 각 지급하기로 약정하였다.

2. 그러나 계약 당시 A 등은 노래방기계 제조업을 하다가 1994. 3.경 부도를 내 어 원고 회사를 인수할 능력이 없었고, 다만 원고 회사 소유의 위 부동산을 담보로 상호신용금고인 피고 Y 회사에서 돈을 대출받아 이를 편취할 의사였음에도 불구하고, C에게 위 부동산을 금융기관에 담보로 제공하는 데 협조하여 주변 대출을 받아 중도금으로 금 3억원을 현금으로 지급하겠다고 속여 위와 같은 주식 양도·양수계 약을 체결한 것이었다.

3. 한편 Y 회사의 기획감사실 과장으로 근무하고 있던 소외 D는 A 등으로부터 대출 등과 관련하여 향응을 제공받거나 금품을 교부받아 왔을 뿐 아니라, 한편으로 자신의 소유인 아파트를 담보로 제공하는 등 밀접한 관계를 맺어온 사이인데, A 등이 1994. 3.경 부도를 내어 신용에 문제가 생기자, Y 회사의 여신 담당 직원인

* 이 사건 관련 자료를 제공하여 주신 대법원 임한흠 재판연구관님과 하종선 변호사님께 감사의 뜻을 표한다.

** 판례공보 1998상, 578면.

*** 서울대학교 法科大學 助教授

소의 E에게 A 등이 경영하던 회사의 상무인 소의 F를 자신의 친척이라고 속여 대출을 부탁하는 등 A 등의 X에 대한 사기행위에 적극 가담하였다.

4. 그 후 A 등은 위 부동산을 담보로 하여 F 명의로 피고로부터 금 4억 5천만원을 대출받기 위한 절차를 밟게 되었는데, C가 그 대출금 중 중도금으로 약속한 금 3억원을 확실히 지급받는다라는 보장이 없이는 이 사건 부동산을 담보로 제공할 수 없다고 고집하자, D는 같은 해 5. 9. C에게 위 부동산을 담보로 피고 회사에서 대출이 되면 그 대출금 중 금 3억원을 같은 달 25일까지 원고에게 지급할 것을 보증한다는 취지의 지급보증서를 작성하여 교부하였다.

5. 이에 C는 이 지급보증서를 받고 1994. 5. 9. X를 대표하여 Y와의 사이에, 위 부동산에 관하여 채권최고액 금 6억 3천만원, 채무자 F로 된 근저당권설정계약을 체결하고, 그에 따라 같은 달 10일 위 부동산에 관하여 피고 명의의 근저당권설정등기가 경료됨과 아울러 F는 피고로부터 금 4억 5천만원을 대출받았다.

6. 그런데 C는 근저당권설정등기가 경료된 후 수차에 걸쳐 D에게 대출 사실을 확인하였으나, 그 때마다 D는 이미 대출이 이루어졌음에도 대출이 안 된 것처럼 C를 속이고, 나아가 1994. 5. 20.경에는 C를 직접 만나 대출시 만든 부금통장을 보여주면서 대출금이 아직 이 안에 그대로 있다는 취지로 거짓말을 하여 그 사이에 A 등이 대출금을 타에 유용하도록 하였다.

7. 한편 피고 회사는 사장, 상무, 감사 및 이사 2인을 포함하여 직원 총수가 50명에 못 미치는 작은 규모의 금융기관으로서 D는 대출 당시 기획감사실 과장으로 재직하면서 대출 업무를 포함한 피고 회사의 업무 전반에 관하여 일일감사를 할 권한을 갖고 있었던 자로서 기획감사실 과장이 되기 전에는 여신 업무를 담당할 적도 있었으며, 사무실 내의 그의 자리는 여신 담당 직원인 F의 바로 뒷자리였다.

II. 訴訟의 經過

1. X는, X가 Y와 체결한 위 근저당권설정계약은 Y의 직원인 D의 사기에 의하여 체결된 것으로서, D의 위와 같은 사기행위는 위 근저당권 설정계약의 당사자인 Y 회사의 기망 행위에 준하는 것으로 보아야 할 것이므로 위 근저당권 설정계약을 취소한다고 주장하면서 위 주위적으로 근저당권설정등기의 말소를 청구하고, 예비적으로는 손해배상을 청구하였다.¹⁾ 이에 대하여 Y는, D는 위 근저당권설정계약에

1) 이 사건 소송은 최초에는 X 회사 아닌 C가 1994. 11. 18. 원고로서 X 소유의 위 부동산에 대하여 Y에 대하여 Y 명의로 경료된 위 근저당권설정등기의 말소를 청구하였다가, 제1차 변론기일 전인 같은 해 12. 26. 원고 회사를 원고로 추가하는 당사자추가신청을 하여 1995. 1. 13. 그 제1차 변론기일에 원고 소송대리인이 소장 및 당사자추가신청

있어서 어디까지나 제3자에 불과하고, Y로서는 D가 위와 같은 사기행위를 하였는지를 알지 못하였을 뿐만 아니라 알 수도 없었으므로 위 근저당권설정계약은 유효하다고 주장하였다.

2. 제1심 판결

제1심 판결은 대체로 제2심 판결과 같은 이유로 X의 취소 주장을 받아들여 X의 주위적 청구를 인용하였다.

3. 제2심 판결

제2심 판결은 다음과 같은 이유로 Y의 항소를 기각하였다.

본래 의사표시의 상대방 이외의 자가 한 사기에 의하여 의사표시가 이루어진 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 기망행위를 한 자와 상대방 사이의 관계가 상대방이 그 기망행위에 대하여 자신의 행위와 마찬가지로 책임을 져야 할 정도로 밀접한 경우에는 기망행위를 한 자를 민법 제110조 제2항 소정의 제3자로는 볼 수 없고, 이와 같은 경우에는 상대방이 사기 사실을 과실 없이 알지 못하였다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 보아야 할 것인바, 이 사건 근저당권설정계약은 Y 회사의 기획감사실 과장으로 근무하던 D가 A 등과 공모하여 X를 적극적으로 기망함으로써 체결된 것이고, 더구나 D는 여신 담당 직원인 E에게 그 대출을 부탁하였을 뿐만 아니라 Y 회사의 대출 업무 전반에 관한 감사권한을 가진 자로서, 또한 E의 상급자로서 대출 업무에 관하여 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있었던 점을 종합하여 볼 때, D의 X에 대한 기망행위를 Y와의 관계에서 제3자의 기망행위로 볼 수 없다 할 것이다. 또한 Y는 D를 피고 회사의 기획감사실 과장으로서 대출 업무를 포함한 피고 회사의 업무 전반에 관한 감사 업무에 종사하게 하여 그의 업무로 인하여 이익을 얻고 있을 뿐만 아니라 D의 업무 집행을 감독하여야 할 의무를 부담하고 있다고 할 것이므로, D로서는 신의칙상으로도 D의 위와 같은 기망행위가 Y에 대한 관계에서 제3자의 기망행위로서 그 기망행위를 과실 없이 알지 못하였다고 주장할 수 없다고 봄이 상당하므로, X로서는 이 사건 부동산에 관하여 Y

청서를 진술한 후 C의 소를 취하하였고, 이에 피고 소송대리인은 당사자추가신청 및 소취하에 동의하였으며, 그 후 X 회사와 Y 사이에 변론을 거쳐 제1심판결이 선고되었다. Y는 제2심에서, 위와 같이 X가 당사자로 추가된 것은 부적법하다는 본안전항변을 제기하였으나, 제2심 판결은 Y가 위 추가신청에 동의한 후 본안에 관하여 변론하여 제1심판결까지 선고된 이상 소송경제의 면에서나 금반언의 원칙 내지 신의칙상 항소심에 이르러 새삼스럽게 이를 다룰 수 없다고 하여 이를 배척하였고, 대법원도 이와 같은 제2심 판결을 시인하였다. 이하에서는 X 회사만을 원고라고 부르기로 한다.

와 1994. 5. 9. 체결한 위 근저당권설정계약을 취소할 수 있다.

4. Y의 상고이유 제3점(제3자의 기망으로 인한 의사표시의 취소에 관한 법리 오해)

민법 제110조 제2항의 제3자의 범위에서 제한되는 제3자란 정말로 본인과 같이 평가될 정도의 사람이라는 점을 전제로 한 것이지 단순히 본인과 친밀한 관계에 있다든가 본인의 사용자이라는 사유만으로는 부족하다.

어떤 사람의 피용인이 마치 본인이 어떤 행위를 하는 것처럼 행세할 때에는 항상 기망의 문제가 따르나, 그런 경우 모두를 제3자가 아닌 본인의 기망행위라고 취급하여 버린다면 상대방을 지나치게 가혹하게 취급하는 것이고 사기행위에 대하여 일부의 책임이 있는 표의자를 지나치게 보호하는 셈이 된다. 이 경우 민법은 일정한 범위 내에서 사용자의 불법행위 책임에 의하여 사용자에게 거의 무과실의 손해배상책임을 지게 하고 과실상계로 이해관계를 조절하는 태도를 취하고 있다.

다만 일정한 업무에 관하여 대리권 있다고 보이는 상업사용인이나 그 직책상 상대방의 의사를 결정하는 과정에 영향력을 행사하는 지위에 있는 사람, 그 업무에 관하여 상대방을 항상 보조하는 위치의 보조기관이라고 할 사람 같은 피용인이 기망행위를 하였을 때에는 표의자로서는 상대방의 의사표시라고 해석하는 것이 사회통념상 합당하므로 상대방 본인의 기망행위라고 인정하여 바로 그 의사표시의 구속력을 없애 버리는 것이 손해배상으로 이해관계를 조절하는 것보다 합당할 것이다.

결국 원심은 민법 제110조 제2항의 제3자의 범위를 축소하자는 이론을 오해하여 사용자책임에서의 피용자의 범위와 혼동함으로써 민법 제110조 제2항을 정면으로 부인하는 엄청나게 확대된 이론을 세웠다고 할 것이며 이 점에서 법리오해의 위법이 있다는 비난을 면치 못한다.

Ⅲ. 大法院 判決의 要旨

대법원은 다음과 같이 판시하여 상고를 기각하였다.

1. 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다고 보아야 할 것이다.

그런데 원심이 확정된 사실관계에 의하더라도, D는 X와 Y 사이의 근저당권설정

계약과 관련하여서 Y의 대리인이라고는 할 수 없고 단순한 Y의 피용자의 지위에 있을 뿐이어서 Y와 동일시할 수 있는 자라고 보기는 어렵고, 따라서 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자로 볼 수밖에 없으므로, 이와 달리 원심이 Y를 이 규정에서 정한 제3자에 해당하지 않는다고 본 것은 잘못이라 할 것이다.

2. 그러나 한편 원심이 확정한 바와 같이, 이 사건에서 D는 대출금 일부를 C에게 지급할 것을 직접 보증한다고 하면서 근저당권설정계약을 체결하도록 Y를 기망하는 데 적극 가담하였고, 그 기망의 목적을 달성하기 위하여 여신 담당 직원인 E에게 이 사건 대출을 부탁하기까지 하였으며, 또한 Y 회사의 기획감사실 과장으로서는 대출 업무를 포함한 회사 업무 전반에 관하여 일일감사를 할 권한을 갖고 있었던 자인데, Y 회사는 사장, 상무, 감사 및 이사를 포함하여 직원 총수가 50명에 못 미치는 작은 규모의 금융기관이라는 것인바, 위와 같은 D의 기망행위의 태양, 그의 Y 회사에서의 지위나 영향력, Y 회사의 규모 등에 비추어 보면, Y로서는 자신의 영역 내에서 일어난 D의 위와 같은 기망행위에 관하여 그 감독에 상당한 주의를 다하지 아니한 사용자로서의 책임을 져야 할 지위에 있을 뿐만 아니라, 나아가 그러한 사정을 이용한 D 등의 사기 사실을 알지 못한 데에 과실이 있었다고 봄이 상당하고, 따라서 X로서는 이처럼 과실로 위와 같은 사기 사실을 알지 못한 피고에 대하여 D 등의 기망으로 인하여 이루어진 이 사건 근저당권설정계약을 취소할 수 있다고 보아야 할 것이다.

결국 D를 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자에 속하지 않는다고 한 원심의 잘못은 판결 결과에 영향이 있다고 할 수 없다.

IV. 研 究

1. 序 論

이 사건 판결은 우선 제한된 범위 내에서나마 任意的 當事者의 변경을 인정한 점에서²⁾ 소송법적으로 중요한 의미를 가지며, 이 점만으로도 연구의 대상이 될 가치가 있다. 그러나 여기서는 實體法上의 쟁점, 즉 계약 당사자의 의사표시가 그 계약 상대방의 피용자의 사기행위로 인한 것인 경우에, 당사자가 어떤 요건 하에서 사기를 이유로 취소할 수 있는가 하는 점을 주로 다루어 보고자 한다.

민법 제110조 제2항은, “相對方 있는 意思表示에 관하여 第三者가 詐欺나 強迫을 행한 경우에는 相對方이 그 事實을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 意思表示를 取消할 수 있다”고 규정하고 있는데, 학설상으로는 사기를 한 자가 의사표

2) 註 1 참조.

시의 상대방 아닌 第三者라 하여도 해석상 위 조항에 해당하지 않는 자가 있고, 따라서 의사표시의 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었는지에 관계없이 의사표시를 한 자가 이를 취소할 수 있는지 여부가 논의되고 있는데, 이 사건 판결은 이 점을 정면에서 다루고 있는 최초의 판결로서 중요한 의미가 있다고 생각된다.

논의의 순서로서는 우선 이 사건 대법원 판결이 어떠한 의미를 가지는 것인지를 명백히 하고, 그 문제점을 확인한다. 이어서 이 문제에 관한 우리나라의 종래의 학설과 판례는 어떠한지를 살피고, 이에 관한 우리나라의 학설에 영향을 주었다고 생각되는 독일의 학설과 판례를 살펴 본 다음 사건을 밝혀 보고자 한다.

2. 대법원 판결의 검토 필요성

이 사건 대법원 판결의 이론은 원심판결의 그것과 구체적으로 어떠한 차이가 있는가?

원심 판결은, 기망행위를 한 자와 상대방 사이의 관계가 상대방이 그 기망행위에 대하여 자신의 행위와 마찬가지로 책임을 져야 할 정도로 밀접한 경우에는 기망행위를 한 자를 민법 제110조 제2항 소정의 제3자로는 볼 수 없다고 한 반면, 대법원은, 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다고 하였다.

그러므로 원심판결에 의할 때에는 의사표시의 상대방이 사기행위를 한 자에 대하여 책임을 져야 하는 경우에는 그 상대방이 사기행위를 몰랐고 또 모른 데 과실이 없었다 하여도 의사표시를 한 자가 사기를 이유로 취소를 할 수 있게 되는 데 반하여, 대법원 판결에 의하면 기망행위를 한 자가 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 경우가 아니면 취소를 할 수 없고, 다만 상대방이 사기행위를 알았거나 또는 알지 못한 데 과실이 있었던 경우에만 취소를 할 수 있게 된다. 다만 대법원 판결을 구체적으로 어떻게 이해하여야 할 것인지에 관하여는 뒤에서 다시 살펴본다.

이러한 원심의 견해와 대법원의 견해는 결과에 있어서 어떠한 차이가 있는가? 양자의 차이가 생기는 부분은, 주로 의사표시의 상대방의 피용자가 사기행위를 하였고, 그에 대하여 상대방이 사용자책임을 부담하는 경우이다. 이때에는 대법원 판결에 따르면 취소를 주장하는 자가 상대방의 과실을 입증하여야 하는 반면, 원심판결에 의하면 상대방의 과실을 입증하지 않고도 바로 취소가 가능하다.

그러나 두 견해의 실제적 차이는 그다지 크지 않다고 말할 수도 있을 것이다. 즉

이 사건 대법원 판결도, D가 제110조 제2항 소정의 제3자에 해당한다고 하면서도, 결과에 있어서는 D의 사기행위를 Y가 알지 못한 데 과실이 있다고 하여 X의 취소를 인정하였기 때문이다. 즉 과실의 인정에 있어서 의사표시의 상대방의 과실을 쉽게 인정하면, 결과에 있어서는 제110조 제2항 소정의 제3자의 범위를 넓게 인정하더라도 이를 제한적으로 인정하는 견해와는 별다른 차이가 없게 된다. 그러나 이론적으로는 양자의 차이를 부정할 수 없고, 또 그로 말미암아 실제에 있어서 차이가 생길 수 있는 경우가 없다고 단정할 수도 없다.

그리고 구체적으로 이 사건에 있어서는 대법원이 이처럼 Y의 과실을 인정함으로써 문제를 해결한 데에는 다음과 같은 문제점이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 우선 절차적인 면에서 본다면, 원심판결에 이르기까지는 제110조 제2항의 제3자의 범위를 어떻게 파악할 것인가 하는 법률문제가 주된 쟁점이 되었고, Y에게 과실이 있었는가 하는 점에 대하여는 판단이 없었는데, 대법원이 제3자의 범위에 대하여 원심과 다른 견해를 취하면서도, Y에게 과실이 있었다고 판단하여 상고를 기각할 수 있는가 하는 점이다. Y의 과실 유무에 대하여 원심에 이르기까지 변론에서 다 투여졌는지는 명확하지 않은데, 만일 이 점에 대하여 당사자들의 주장이 없었다고 한다면, 사실심 법원이 아닌 대법원이 위와 같이 판단한 것은 특히 Y의 처지에서는 이른바 奇襲的인 판결이 될 수도 있을 것이다. 그러므로 대법원의 견지에서는 Y에게 과실이 있었다고 보이더라도, 원심판결을 파기환송하여 이 점을 더 심리하도록 하였어야 하는 것이 아닌가 생각된다.

그리고 실제법적으로 보더라도 과연 대법원이 들고 있는 사정만으로 Y에게 과실이 있었다고 할 수 있을지 의문이다. 대법원이 들고 있는 사정, 즉 D가 사기의 목적을 달성하기 위하여 여신 담당 직원인 E에게 이 사건 대출을 부탁하였고, 또한 Y 회사의 기획감사실 과장으로서 대출 업무를 포함한 회사 업무 전반에 관하여 일일감사를 할 권한을 갖고 있었으며, Y 회사는 사장, 상무, 감사 및 이사를 포함하여 직원 총수가 50명에 못 미치는 작은 규모의 금융기관이라는 점은, 뒤에서 보는 것처럼 Y 회사에게 D의 X에 대한 사기행위에 대하여 사용자책임을 지울 수 있는 사정은 될 수 있을 것이나, 그것만으로 곧바로 Y에게 과실이 있었다고 하기에는 불충분하다고 보인다.

이 점은 종래의 대법원 판례와 비교하여 보아도 어느 정도 드러난다. 이전에 대법원이 제3자의 사기행위를 의사표시의 상대방이 알았다고 하여 취소를 인정한 사례로는 大判 1996. 7. 30, 95다6861³⁾ 및 大判 1997. 9. 9, 96다15183⁴⁾ 정도가 눈에 띈다.

3) 公 1996하, 2620.

4) 公 1997하, 3028.

우선 위 大判 1996. 7. 30, 95다6861의 내용은, 소의 甲이 상호신용금고인 피고에게 위조어음을 할인받으면서 그 채무의 담보를 위하여 원고를 기망하여 원고가 위 甲의 연대보증인이 되었고, 원고가 위 갑의 기망을 이유로 위 연대보증(약속어음의 발행)을 취소한다고 주장한 사인이었는데, 대법원은 다음과 같은 이유로 피고가 甲의 원고에 대한 기망사실을 알지 못한 데 과실이 있다고 하였다.

즉 甲이 할인받은 위조어음은 다른 은행도어음과 비교할 때 그 규격이 가로·세로가 각 3mm씩 큰 것이어서 정규의 어음용지를 사용하지 아니하였다는 것이 외관상 명백할 뿐만 아니라 그 색상에 있어서도 자세히 보면 육안으로 알아볼 수 있을 정도로 옅으며, 더구나 피고는 통상적으로 은행도어음을 할인하여 온 금융기관으로서 위 위조어음을 할인하여 주기 전에도 위 甲으로부터 2회에 걸쳐 어음할인을 요청받았으나 위 이기운이 제시하는 어음에 이상이 있다는 이유로 할인을 거부한 일이 있었으므로 피고로서는 위 위조어음을 할인할 당시 그 어음이 위조되었다는 것과 원고가 甲에게 기망을 당하여 어음할인 거래 채무자의 채무에 대하여 연대보증하여 약속어음을 피고에게 발행·교부하기에 이른 것임을 알 수 있었던 것으로 보는 것이 상당하다는 것이다.

그리고 위 大判 1997. 9. 9, 96다15183의 내용은, 피고인 보험회사로부터 금 4억 원을 대출받으려는 사람이 원고로 하여금 자신을 위하여 피고를 위한 근저당권을 설정하여 물상보증인이 되게 함에 있어서, 원고에게는 자신이 1억 원만을 대출받겠다고 기망하였고, 원고가 이를 이유로 피고에 대하여 위 근저당권 설정계약을 취소하고 근저당권의 말소를 청구한 사건인데 대법원은 다음과 같은 점을 이유로 피고에게 과실이 있다고 판단하였다. 즉 금융기관의 대출담당자가 대출금 채무자의 물상보증인이 되고자 하는 자로 하여금 차용금액이 백지로 된 차입신청서의 연대보증인란, 액면금액이 백지로 된 약속어음의 연대보증인란, 채권최고액이 백지로 된 담보제공승낙서와 근저당권설정계약서에 각 서명날인하게 함에 있어서, 백지로 된 금액란이 얼마로 보충될 것인지를 확인하거나 알려주지 아니하였다면, 나중에 그 금액란이 원래 물상보증인이 대출금 채무자와 합의한 금액 이상으로 기재되었을 경우에는, 그 금융기관의 대출담당자에게는 원래의 합의 금액이 실제 기재된 금액보다 적은 금액이었다는 점을 모른 데 대하여 과실이 있다고 보아야 한다는 것이다.

이처럼 의사표시의 상대방이 제3자의 기망 사실을 알지 못한 데 과실이 있다고 본 종래의 선례들에서는 그 과실의 내용이 구체적임에 반하여, 이 사건의 경우에는 대법원이 들고 있는 사정은 단순히 D가 기망을 할 당시의 상황에 불과하여, 이것만으로는 과연 Y가 D의 사기 사실을 알 수 있었는지 여부를 판단하기 어렵다.

결국 이 사건에서 대법원이 Y의 과실을 인정한 것은, X 승소라는 결론을 내리기 위한 일종의 擬制에 불과한 것이 아니었나 하는 의심이 든다. 따라서 이 사건에서

Y의 과실이 인정되지 않는다고 할 때에는 대법원의 법률론이 중요한 의미를 가지게 된다.

3. 우리나라의 判例와 學說

(1) 學說

이러한 문제는 1980년대 후반까지는 우리나라의 학설상은 별로 논의되지 않았던 것으로 보인다. 당시에는 제3자가 사기 또는 강박을 행한 경우에 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다고 하는 민법 제110조 제2항의 해석론으로서, 의사표시의 상대방의 대리인 또는 수령기관이 사기 또는 강박을 하였거나 악의·과실이 있는 때에는 상대방 본인이 사기·강박을 하였거나 또는 악의·과실이 있는 것과 동일하게 취급하여도 좋을 것이라고 하는 정도의 설명이 있을 뿐,⁵⁾ 상대방의 대리인이나 수령기관 이외의 제3자가 사기나 강박을 하였을 경우에도 이를 상대방이 사기나 강박을 한 경우와 마찬가지로 취급할 수 있는가 하는 점에 대하여는 별달리 다루어지지 않고 있었다.⁶⁾

그러던 중 1987년에 출간된 한 교과서⁷⁾가 이 점에 관하여 처음으로 언급하고 있다. 여기서의 의사표시의 상대방이 제3자의 사기·강박행위를 알지 못하였고, 알지 못한 데 관하여 과실이 없다 하더라도 제3자가 표의자보다는 상대방과 밀접한 관계에 있어서 제3자의 행위에 대하여 상대방이 책임지도록 하는 것이 형평에 부합되는 경우에는 상대방의 사기·강박에 준하여 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 하면서, 예컨대 토지 매도인 甲의 중개인 丙이 買受人 乙에 대하여 그 토지에 건축허가가 나온다고 속여 매매계약을 체결하게 한 경우에는 갑이 그 사기행위를 몰랐고 모른 데 관하여 과실이 없더라도 乙은 그 매매계약을 취소할 수 있다고 한다.⁸⁾

이 이후에 나온 문헌 중에는 이러한 견해를 따르는 것이 여러 개 보인다.⁹⁾ 이 중 가장 상세한 설명¹⁰⁾을 보면 다음과 같다. 여기서의 주로 독일에서의 논의를 참조하

5) 金曾漢·朱幸瑛(편집대표), 註釋民法總則(下), 1979, 272면(金承鎭 집필부분).

6) 예컨대 郭潤直, 民法總則, 再全訂版, 1985, 407면; 張庚鶴, 民法總則, 제2판, 1988, 506-507면; 高翔龍, 民法總則, 1990, 496-497면 등.

7) 李英俊, 民法總則, 1987, 418-9면.

8) 李英俊, 民法總則, 全訂版, 1995, 414면의 설명도 동일하다.

9) 金曉洙, 民法總則, 제2판, 1988, 328면; 金相容, 民法總則, 改訂版, 1994, 571면; 民法注解 III(總則 3), 589면(宋德洙 集필부분); 朴慶亮, 詐欺에 의한 意思表示, 金亨培教授華甲記念論文集 債權法에 있어서 自由와 責任, 1994, 161면 이하. 나중 두 개의 문헌은, 민법 제110조 제2항의 제3자는 행위에 가담하지 않은 자, 즉 그의 행위에 대하여 상대방에게 책임을 지을 수 없는 자만을 의미한다고 엄격하게 새겨야 한다고 표현하고 있다.

10) 宋德洙(註 9), 589면 이하.

여, 기망행위나 강박행위를 행한 자와 상대방 사이의 관계가 상대방이 그들의 기망행위나 강박행위에 대하여 자신의 것에 대하여서처럼 책임을 져야 할 정도로 밀접한 경우에 그러한 자의 기망행위나 강박행위를 상대방에게 책임지울 수 있다고 한다. 이를 유형별로 살펴본다면, 상대방의 대리인은 제3자가 아니고, 간접대리의 경우의 본인과 허수아비행위¹¹⁾에 있어서의 배후자도 여기의 제3자가 아니며, 代理商도 제3자가 아니라고 한다. 그리고 상대방으로부터 위임을 받아 상의를 행하는 자나 상의를 도와주는 자도 마찬가지이고, 중개인도 당사자 일방만을 위하여 활동하는 경우에는 그 당사자에 대하여는 제3자가 아니라고 한다.

반면 담보제공자에 대하여 사기나 강박을 행한 채무자는 민법 제110조 제2항의 제3자에 해당한다고 한다. 그리고 의사표시의 상대방 아닌 자가 의사표시로부터 직접 권리를 취득하는 경우, 특히 제3자를 위한 계약에 있어서 수익자가 表意者(諾約者)에 대하여 사기나 강박을 행한 때에는 취소를 인정하는 것이 실질적으로 타당하지만, 명문규정이 없는 상태에서 그러한 해석이 가능할지는 의문이라고 하여 그러한 경우에는 취소할 수 없다고 한다.¹²⁾

이러한 견해에 따르더라도 이 사건처럼 직접 계약과 관련되는 업무를 담당하는 자가 아닌 상대방의 피용자가 사기를 한 경우에 그가 제110조 제2항의 제3자에 해당하는가가 반드시 명백한 것은 아니다. 그렇지만 이 사건 원심판결은 그 사용하고 있는 표현에 비추어 볼 때 아마도 이러한 견해의 영향을 받은 것으로 생각된다.

반면 이러한 견해에 대하여 비판적인 설도 있다. 즉 제3자와 상대방의 관계의 밀접성을 기초로 하여 의사표시의 취소를 인정하는 것은 자칫 남용의 우려가 있으므로, 이러한 경우에는 상대방이 알 수 있었느냐 하는 점을 적절히 판단하여 처리하면 족하다는 것이다.¹³⁾ 이 견해는 이 사건 대상판결의 태도와 서로 상통하는 점이 있다.

(2) 判例

이 사건 대상판결 이전에는 이 문제를 직접 다룬 것은 찾아볼 수 없다. 다만 이에 관하여 참고가 될 수 있는 판례는 몇 개 있다.

우선 大判 1959. 6. 18, 4291민상101¹⁴⁾은, 대리인의 사기에 의하여 상대방이 의사표시를 하였을 경우에 상대방이 기망에 인한 의사표시를 취소할 수 있음은 재론의

11) 독일에서 말하는 Strohmanggeschäft를 의미한다.

12) 이러한 경우에 취소를 인정하지 않는 것이 국내의 다수설이지만(宋德洙, 民法注解 XIII, 1997, 165면이 들고 있는 문헌들 참조), 취소를 인정하는 설도 있다. 李英俊(註 8), 414면; 金相容(註 9), 572면; 李銀榮, 民法總則, 1996, 549면 등.

13) 金曾漢·金學東, 民法總則, 제9판, 1995, 368면 註 99).

14) 民判集 32-573.

여지가 없다고 한다. 이는 우리나라의 학설상으로도 다툼이 없는 것으로서 이 사건 대상판결의 사안과는 다소 거리가 있다.

그리고 大判 1967. 12. 5, 67다1875¹⁵⁾은, 신원보증계약의 취소에 관한 것이다. 이 사건에서는, 신원보증계약의 피보증인인 피용자가 그 보증계약 기간 만료 후에 사고를 내어 사용자인 원고에 대하여 손해배상책임을 지게 되자, 사용자측에서 이를 비밀로 하고 수습책을 강구하던 중, 그 사고 발생을 알지 못하는 신원보증관계사무 담당직원이 신원보증인인 피고에게 위 보증계약 만료일부터 2년간 계속하여 신원보증을 할 것을 승낙한다는 내용의 서면을 보내어 그 사고발생 사실을 모르고 있던 피고로 하여금 그 서면에 날인하여 제출하게 하였는데, 피고가 사기를 이유로 위 새로운 신원보증계약을 취소한다고 주장하였다. 원심은, 신원보증 담당직원이 사고 발생사실을 몰랐다는 이유로 피고의 주장을 배척하였으나, 대법원은 사고 발생후에 그 사고 발생전에 이미 기간이 만료된 종전의 신원보증계약에 관하여 그 계약의 기간만료일을 始期로 하는 계약기간 경신의 승낙을 받는 원고로서는 피고에게 그 사고 발생사실을 고지할 의무가 있었다 할 것인 만큼 피고가 그 사실을 알았더라도 그 계약기간 경신에 승낙하였을 것이라는 특별사정이 없는 한 그 경신계약은 비록 그것이 위 판시와 같이 사고발생 사실을 모르는 직원의 종용에 의하여 이루어진 것이었다 할지라도 이를 원고의 사기로 인한 것이었다고 하지 않을 수 없다고 하여 원심판결을 파기환송하였다.

그러나 위 판결 또한 이 사건에 직접적인 선행으로 되기는 어렵다. 위 판결에서 대법원이 강조하고 있는 점은, 원고가 피고와 신원보증 갱신계약을 체결하기 위하여는 사고가 발생하였다는 사실을 피고에게 알려 주어야 할 고지의무가 있다는 점이다. 그리하여 대법원은, 원고가 이러한 고지의무를 이행하지 아니한 이상 직접 계약 체결 업무를 담당하는 자가 사고 발생 사실을 몰랐어도 전체적으로 보아 원고가 사기를 저지른 것과 마찬가지로 본 것으로 여겨지고, 이 점에서 민법 제110조 제2항의 제3자의 범위가 문제되는 대상판결의 경우와는 다르다고 할 수 있다.

그리고 大判 1990. 2. 27, 88다카6549¹⁶⁾은 대상판결의 사안과 유사한 다음과 같은 사안에 관한 것이다. 즉 원고는 피고 회사의 대리점을 경영하는 소외 甲의 피고 회사에 대한 채무를 보증하기 위하여 자신의 부동산에 2차례에 걸쳐서 채무자 위 甲, 근저당권자 피고 회사로 된 근저당권설정등기를 경료하여 주었다가 위 각 근저당권이 실행되어 피고 회사가 경락을 받았다. 원고는, 원고가 위 각 근저당권설정등기를 경료하여 준 것은 제1차 근저당권설정등기에 관하여는 甲과 피고 회사의 영업부장인 소외 乙이 공모하여 원고를 기망하였기 때문이고, 제2차 근저당권설정등기에 관

15) 集15권 3집 民347면.

16) 公 1990, 739.

하여는 위 乙과 피고회사의 영업과장인 소외 丙이 원고가 근저당권을 설정하여 주면 피고 회사가 위 부동산에 관하여 경료된 가동기를 피고회사 비용으로 말소한 후 이를 은행에 저당설정하여 용자를 받아 이를 이용하는 대신 원고에게는 금 300,000,000원 상당의 물품을 공급하여 주겠다고 거짓말을 하여 기망한 때문이라고 하여 위 각 근저당권설정계약을 취소한다고 주장하면서 주위적으로는 위 각 근저당권설정등기의 말소를 청구하고 예비적으로는 위 부동산의 경락으로 인한 손해배상 내지 부당이득 반환을 청구하였다. 이에 대하여 원심은 위 甲이 원고를 기망한 사실은 인정하면서도, 乙, 丙이 甲과 공모하여 원고를 기망하였다거나 피고회사가 위 甲의 기망행위를 알았다거나 알 수 있었다고 볼 만한 증거가 없다고 하여 원고의 위 주장을 배척하였다. 그러나 대법원은, 위 제1차 근저당권 설정등기에 관하여는 원고의 주장을 배척하면서도, 제2차 근저당권설정등기에 관하여는 위 乙, 丙이 원고의 주장과 같이 원고를 기망하여 제2차 근저당권설정계약을 체결하였다는 이유로 유죄판결을 받은 점을 들어서 원심판결에는 채증법칙 위반이 있고, 이러한 경우에도 피고 회사가 경락으로 인하여 위 부동산의 소유권을 취득하는 데에는 아무런 장애가 되지 아니하므로 이는 주위적 청구인 소유권이전등기말소청구를 배척한 부분에는 판결결과에는 영향이 없으나,¹⁷⁾ 예비적 청구인 손해배상청구와 부당이득반환청구를 배척한 부분에 한하여는 판결결과에 영향을 미친다고 하여 이 부분 원심판결을 파기환송하였다.

위 판결은, 피고 회사의 영업부장인 乙, 영업과장인 丙의 원고에 대한 기망 사실이 인정되면 원고가 바로 피고 회사와 체결한 위 근저당권설정계약을 취소할 수 있음은 당연한 것으로 보아 그에 대하여는 따로 언급하지 않고 있다.¹⁸⁾ 그러나 위 판결에서는 乙, 丙에게 피고 회사의 대리권이 있었다고 볼 여지도 있을 뿐만 아니라, 아니더라도 그들이 담당하는 업무와 관련하여 원고를 기망한 것이라는 점에서 대상 판결과는 다소 차이가 있다. 뒤에서 살펴보는 것처럼 이러한 점은 결론에 차이를 가져올 수 있는 사정에 해당한다.

4. 獨逸에서의 論議

위에서 살펴본, 민법 제110조 제2항의 제3자의 범위를 제한하여야 한다는 논의는, 독일에서의 논의에 영향을 받은 것이다. 그러므로 독일에서의 논의를 살펴볼 필

17) 이 점에 대하여는 尹眞秀, 假執行宣告의 失效와 競落人인 假執行債權者의 不當利得返還義務, **民事裁判의 諸問題** 6, 1991, 181-183면; 張潤基, 任意競賣의 競落人이 그 代金支給債務를 過多 計上한 申請債權으로 相計한 경우의 法律關係, **대법원판례해설** 통권 제 13호, 7면 이하 참조.

18) 이 사건 판결에 대한 대법원 재판연구관의 해설인 張潤基(註 17)도 이 점에 대하여는 아무런 언급이 없다.

요가 있다.¹⁹⁾ 독일 민법 제123조는 제1항에서, “ 惡意의 詐欺에 의하여 또는 위법하게 強迫에 의하여 의사표시를 하게 된 자는 그 의사표시를 취소할 수 있다”고 규정하고, 제2항에서 “제3자가 사기를 한 때에는, 상대방에 대하여 하여야 하였던 의사표시는 그 상대방이 사기를 알았거나 알았어야 하는 때에 한하여 취소할 수 있다. 그 의사표시의 상대방 이외의 다른 사람이 그 의사표시로부터 직접 권리를 취득하였을 경우에는 그 의사표시는 그 사람이 사기를 알았거나 알았어야 하는 때에는 그 사람에 대하여 취소할 수 있다”고 규정한다.²⁰⁾

(1) 判例

독일의 판례는 초기에는, 독일민법 제123조 제2항의 “제3자(Dritter)”의 개념을 넓게 해석하여, 의사표시의 상대방이 아닌 제3자는 원칙적으로 제3자이고, 다만 상대방의 대리인이나 그와 동일시할 수 있는 사람, 즉 계약이 바로 체결될 수 있도록 완전하게 준비하고 교섭하는 그러한 계약 체결의 위임을 받은 사람만이 제3자에서 제외된다고 하였다.²¹⁾ 따라서 단순히 위임관계에 따라 계약 체결의 授權 없이 거래의 성립에 관여하기만 한 자는 위 조항에서 말하는 제3자에 해당된다고 보았다.²²⁾

그러나 이처럼 제3자의 범위를 넓게 해석하는 판례는 학설의 비판을 받았고,²³⁾ 그에 따라 판례도 위 제3자의 범위를 점차 좁혀 왔다. 그렇지만 판례는 어느 경우에 이러한 제3자에 해당하지 않는가에 관하여 명확한 기준을 제시하지 않고,²⁴⁾ 다만 공평의 관점에서(nach Billigkeitsgesichtspunkten) 이익상황을 고려하여 특별한

19) 필자가 조사한 범위 내에서는 우리 민법 제110조 제2항에 상당하는 일본 민법 제96조 제2항(다만 이 조항은 우리 민법과는 달리 사기의 경우에만 적용된다)의 해석에 관하여 일본에서 이와 같은 논의가 있다는 자료를 찾지 못하였다.

20) BGB §123[Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung]

(1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

(2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte.

21) RGZ 61, 207, 212; 72, 133, 135ff. 등. MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 19; W. Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsschluß, AcP 168(1968), S. 472 참조.

22) RGZ 101, 97. Schubert(註 21), S. 473f. 참조.

23) MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 19 Fn. 55의 문헌 참조.

24) BGH NJW 1962, 2195; BGHZ 47, 224, 229 등은, 실제적인 형성가능성의 다양성에 비추어 독일민법 제123조 제2항 제1문의 제3자의 개념을 보편타당하게 공식화하는 것이 바람직하거나 또는 가능한지는 의문이라고 한다.

사정에 따라 그 제3자로서의 속성을 부정하여야 할지 여부를 판단하여야 하는데, 이는 궁극적으로는 의사표시의 상대방이 그 기망을 자신의 것과 같이 책임져야 하고 따라서 피기망자를 계약에 구속시킬 수 없을 정도로 기망자와 의사표시의 상대방이 밀접한 관계에 있는가가 중요하다고 하고,²⁵⁾ 또는 기망을 한 자가 그 의사표시의 상대방이 신뢰하는 사람(Vertrauensperson) 내지 代行者(Repräsentant)라고 행동하는 것을 그 상대방이 알고 또 의욕하였으면 이 자는 제3자가 아니라고 한다.²⁶⁾

판례상 이러한 제3자에 해당하는가 여부가 문제된 것으로는 이른바 融資附 賣買(finanzierter Kauf)에 관한 사례가 많다. 이러한 용자부 매매에 있어서는, 매수인이 매도인에게 지급하여야 할 매매대금을 제3의 금융기관으로부터 용자를 받아 지급한 다음 금융기관에 대하여 그 용자받은 돈을 상환하는 것인데, 대체로 그러한 용자는 매도인이 알선하고, 매수인은 매도인이 제공하는 용자신청서에 의하여 용자 신청을 하면 매도인이 금융기관에 이 신청서를 전달하여 금융기관이 용자를 승낙함으로써 용자가 이루어지게 된다. 이 과정에서 매도인이 매수인을 기망하면 매수인이 그를 이유로 하여 금융기관과의 용자계약을 취소할 수 있는가 하는 점이 쟁점이 되는 것이다.

독일 연방대법원(Bundesgerichtshof, BGH)의 판례는, 이러한 경우에 대체로 매도인은 위 제123조 제2항 제1문에서 말하는 제3자가 아니라고 하여, 매수인의 취소주장을 받아들이고 있다.²⁷⁾ 이러한 일련의 판결례들에서 독일연방대법원은 그 이유로, 금융기관이 매도인에 대하여 신뢰를 부여하였다거나 또는 용자계약의 체결에 있어서 그들의 행동에 대하여 책임을 질 것이라는 인상을 불러일으키게 하였다든지, 금융기관이 매도인으로 하여금 매수인에 대하여 금융기관이 신뢰하는 사람(Vertrauensperson)으로 등장하게 하는 기회를 제공하였고, 그로 말미암아 매수인에게 매도인의 부정한 행동에 노출되게 하여 위협을 초래하게 한 반면, 스스로는 이러한 매도인의 작업에 의하여 이익을 받았다는 점 등을 들고 있다. 초기의 판례는 금융기관이 매도인과 계속적인 거래관계에 있다는 점을 중시하였으나²⁸⁾, 나중에는 금융기관과 매도인의 관계가 단 1회적이라도 무방하고, 매도인이 금융기관을 위하여 계약의 교섭을 수행하였고, 그로 인하여 매도인을 貸主인 금융기관이 신뢰하는 사람으로 보는 계기를 주었으면 그로써 충분하다고 한다.²⁹⁾

나아가 리스 계약에 있어서 리스 물건의 供給者(Lieferantin)가 리스 이용자(Lea-

25) BGH NJW 1962, 2196 등.

26) BGH NJW 1989, 287, 288.

27) BGHZ 20, 36ff.; 33, 303ff.; 47, 224ff.; BGH NJW 1978, 2144f. 등.

28) BGHZ 20, 36ff.; 33, 303ff.

29) BGHZ 47, 224, 228ff.

singnehmer)를 기망한 경우에도, 그 공급자가 리스 계약의 체결을 위한 사전 교섭을 행하였고, 또 리스 요금을 계산하는 등의 행동을 하였으며, 이를 리스 회사(Leasinggeber)가 인식하고 또 의욕하였다면, 이 공급자는 리스 회사의 이행보조자로서, 리스 회사의 신뢰를 받는 사람 내지 대행자이므로 제3자가 아니라고 한다.³⁰⁾

그러나 독일의 판례는, 단순한 仲介人(Makler)은, 그가 계약 체결을 위한 교섭을 수행한 경우에도, 제3자에 해당한다고 하고,³¹⁾ 또 주채무자가 자기를 위하여 보증인이 되는 자를 기망한 경우에도 이러한 보증인 등은 채권자에 대하여 원칙적으로 주채무자의 기망을 이유로 보증계약을 취소할 수는 없다고 한다.³²⁾

(2) 독일의 학설

독일의 학설은 대체로 위와 같은 판례를 지지하고 있으며,³³⁾ 별다른 반대설은 없는 것 같다. 다만 이러한 결과를 어떻게 이론적으로 설명하는가에 관하여는 대체로 다음과 같은 두 가지의 주장이 있다.

Schubert는, 이러한 사기로 인한 의사표시의 취소가 손해배상의 성질(Schadensersatzcharakter)을 가진 것으로 보고, 그에 따라 이에 관한 규정을 契約締結上의 過失(culpa in contrahendo)에 대한 특별규정으로 본다. 즉 계약 교섭단계에서도 당사자 사이에는 이미 채무관계가 성립하며, 따라서 이러한 단계에서도 履行補助者(Erfüllungsgehilfe)의 귀책사유에 대한 채무자의 책임을 규정한 독일민법 제278조의 규정³⁴⁾이 적용될 수 있다는 것이다.³⁵⁾ 그러므로 의사표시의 상대방이 계약 체결에 관하여 보조자를 이용하였으면, 그 보조자가 사기를 한 때에는 위 제278조의 규정에 따라, 그 사기에 관하여 상대방이 이를 알 수 없었던 때에도 의사표시를 한

30) BGH NJW 1989, 287, 288.

31) BGHZ 20, 36, 39 및 그 곳에서 인용하고 있는 판례 참조.

32) BGH NJW 1968, 986, 987.

33) MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 19f.; Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 20. Aufl., 1996, Rdnr. 408; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl., 1979, S. 543ff.; Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Aufl., 1996, Rdnr. 830; Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, 21. Aufl., 1991, S. 143f.; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., 1997, §37 Rn. 15f.(S. 698f.); Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 6. Aufl., Rdnr. 801ff.; Rütters, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., 1997, Rdnr. 364 등.

34) 우리 민법 제391조에 상당하는 규정이다. 원문은 다음과 같다.

§278 [Verschulden des Erfüllungsgehilfen]

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des §279 Abs. 2 findet keine Anwendung.

35) Schubert(註 21), S. 476ff.

자는 의사표시를 취소할 수 있다고 한다.³⁶⁾

반면 Köhler는, 이 문제는 代理法(Recht der Stellvertretung)의 평가에 소급하여야 한다고 주장한다. 즉 (1) 행위자가 의사표시의 상대방의 이익의 유지자로서 행동한다는 사실을 인식할 수 있을 때, (2) 의사표시의 상대방으로부터 이러한 임무를 부여받았을 때, (3) 의사표시의 상대방이 사후에 행위자의 교섭의 결과를 받아들였을 때에는, 의사표시의 상대방에게 그 欺罔行爲가 귀속될 수 있다는 것이다.³⁷⁾

5. 契約 締結 補助者의 地位에 있는 피용자가 기망을 한 경우의 취소 가부
일반적으로 의사표시의 상대방의 피용자가 사기행위를 한 경우에, 이를 이유로 의사표시를 취소할 수 있는가를 판단하기 위하여는, 우선 그 피용자가 당해 의사표시 내지 계약의 체결에 관하여 상대방의 이행보조자적 지위에 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 편의상 전자를 契約 締結 補助者型, 후자를 單純被用者型이라고 부르기로 한다.

契約 締結 補助者型의 경우에는 상대방이 그러한 사기의 사실을 알지 못하였고 또 알지 못한다 과실이 없었다고 하더라도 의사표시를 한 자로서는 의사표시의 취소를 할 수 있다고 봄이 타당할 것이다. 즉 그 피용자가 그러한 계약 체결에 관하여 대리권을 가진 적법한 대리인이 아니고 다만 당해 계약의 체결 내지 그에 이르는 사전교섭 과정에 관여할 수 있는 권한만을 가진 자라고 하여도, 그러한 자의 사기행위에 대하여는, 이행보조자의 고의·과실을 채무자 본인의 고의·과실로 본다고 규정하고 있는 민법 제391조의 정신을 유추하여, 그러한 피용자의 사기행위는 상대방 본인에게 바로 귀속된다고 보아야 하는 것이다.

원래 제3자의 사기가 있는 경우에, 민법이 그 의사표시의 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었을 때에만 취소할 수 있도록 하고, 그렇지 않으면 취소를 허용하지 않고 있는 것은, 表意者는 그 기망자가 의사표시의 상대방이 아니라는 것을 알고 있으므로, 의사표시의 상대방과 직접 교섭하여 위 제3자의 주장사실을 확인하여 볼 수 있기 때문이라고 할 수 있다.³⁸⁾ 그러나 위 제3자가 상대방의 계약 체결에 관하여 이행보조자적 지위에 있을 때에는 표의자에게 상대방과 직접 교섭하여 확인할 것을 요구하는 것은 기대하기 어려운 뿐만 아니라 무의미하기도 하다. 이처럼 계약 체결의 보조자와 교섭한 결과를 다시 상대방 본인에게 확인하여 보아야 한다면, 그

36) 이를 지지하는 것으로는 MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 19가 있다. 독일연방대법원의 판례 가운데에도 이러한 이행보조자의 관점에서 취소가능성을 판단하는 것이 있다. 예컨대 BGH NJW 1962, 2195, 2196; BGHZ 47, 224, 228f.

37) Köhler(註 33), S. 144.

38) Schubert(註 21), S. 477 참조.

러한 보조자를 개입시킴으로써 이익을 얻을 수 있는 것이 없기 때문이다.

물론 위 제391조의 규정은 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 것이므로, 이를 곧바로 사기로 인한 의사표시의 취소에 끌어들이 수 없다고 하는 반론이 있을 수 있다. 앞에서 본 Schubert의 견해는, 손해배상에 관하여 원상회복을 원칙으로 하고 있고, 또 이른바 契約締結上의 過失 理論이 확립되어 있는 독일의 상황을 전제로 한 것이나, 우리나라의 상황은 반드시 이와 같지 않다.³⁹⁾

그럼에도 불구하고 민법 제391조의 규정은 의사표시의 사기로 인한 취소의 경우에도 원용할 수 있다고 생각된다. 민법 제391조가 채무자의 이행보조자의 고의·과실을 채무자 본인의 고의·과실로 간주하는 주된 근거는, 채무자가 이행보조자를 사용하여 이익을 얻는 만큼 그로 인한 불이익 내지 위험도 채무자에게 귀속되어야 한다고 하는 점에 있다고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 그렇다면, 계약의 상대방이 계약 체결의 준비 단계에서 이행보조자를 씌으로써 그로 인한 이익을 얻는 것과 마찬가지로, 그러한 계약 체결의 준비단계에서 이행보조자가 저지른 사기 행위로 인한 불이익도 그 본인에게 귀속되어야 하고 따라서 그러한 이행보조자가 기망행위를 하였다면 이는 본인이 기망행위를 저지른 것과 마찬가지로 취급하는 것이 균형에 맞을 것이다. 이러한 補償責任의 사고가 책임의 근거가 되는 점은 뒤에서 언급할 사용자책임에 있어서도 마찬가지이지만, 사용자책임에 있어서는 이러한 補償責任 이외에도 위험 책임적인 사상이 포함되어 있다는 점에서 이행보조자책임과는 차이가 있다.⁴¹⁾

앞에서 살펴본 大判 1990. 2. 27, 88다카6549(註 16)도 그와 같은 취지라고 이해할 수 있다. 뿐만 아니라 表見代理의 성립 여부에 관한 최근의 大判 1998. 4. 10, 97다55478⁴²⁾도 이 점에 관하여 참고가 될 수 있다. 이 판결에서는, 자동차 판매회사의 영업사원이, 그 회사로부터 자동차를 매수하는 사람을 위하여 자동차 매매계약서를 작성하는 이외에, 매수인이 자동차 대금 지급을 연체하는 경우에 대비하여 원고인 보증보험회사와 체결하는 보증보험계약의 청약서를 작성하고 구매자 및 그를 위하여 보험회사에 대하여 연대보증을 하는 사람의 인감증명서를 첨부하여 보증보험회사에 제출하여 보증보험증권이 발급되면 자동차가 출고되게 하는 역할을 하고 있었는데, 이를 위하여 어떤 한 구매자를 위하여 연대보증을 하겠다는 사람으로부터 교부받은 인감도장과 인감증명서 등을, 위 연대보증인이 지정한 피보증인 아

39) 다만 필사의 私見으로는 우리 민법의 해석론으로서도 손해배상의 방법으로서 제한된 범위 안에서는 예외적으로 원상회복을 인정할 수 있다고 보며, 이와 같이 볼 때에는 사기로 인한 법률행위의 취소 규정을 일종의 손해배상에 관한 것으로 이해할 여지도 있다고 생각하나, 이 점에 관하여는 더 이상 다루지 않는다.

40) 梁彰洙, 民法注解 IX, 1995, 395면 이하 및 그 곳에서 인용하고 있는 문헌 참조.

41) 후술 註 45의 본문 참조.

42) 公 1998상, 1297면.

닌 다른 구매자가 이행보증보험회사와 보험계약을 체결하는데 연대보증용으로 사용한 경우에, 보험회사와의 사이에서 연대보증계약이 유효하게 성립하였는가 하는 점이 문제로 되었다.

원심은 표현대리에 의한 연대보증계약의 성립을 인정하였으나, 대법원은 “보험회사가 아닌 자동차 판매회사의 영업소 직원이 자동차 구매자나 그의 연대보증인으로 하여금 할부판매보증보험청약서를 작성하게 하고 이를 보험회사에 제출하는 등의 역할을 담당하는 것은 단순히 자동차 구매자의 편의만을 위한 것이 아니고 원고 보험회사와 자동차 판매회사인 원고 보조참가인과 사이에 어떠한 계약관계가 있어 자동차 판매회사의 직원이 원고를 대리하여 계약 체결을 하는 것이거나 원고의 보험계약 체결을 보조하는 것으로 볼 여지가 충분히 있고, 만약 원고를 대리하거나 원고의 보험계약 체결을 보조하는 지위에 있는 자동차 판매회사의 영업소 직원이 연대보증인으로부터 교부받은 보증용 인감증명서와 인감도장을 소지하고 있음을 기화로 아무런 권한 없이 그 연대보증인이 지정한 피보증인이 아닌 사람을 위하여 보증을 한 것처럼 보증보험 청약서를 작성한 후 관계 서류를 보험회사에 제출하였다면, 자동차 구매자 겸 보험계약자의 연대보증인에게 할부판매보증보험계약에 따른 구상금 채무에 관하여 표현대리의 법리에 의한 책임을 부담시킬 수는 없다”고 판시하여 원심판결을 파기환송하였다.

이 판결은 보험회사의 직원 아닌 자동차 판매회사의 직원을 보험회사의 대리인 이거나 아니더라도 그 계약 체결 보조자로 보아서, 그의 행위로 인하여는 보험회사를 위한 표현대리가 성립할 수 없다고 본 것이다. 이 점에서 이 판결은 앞에서 살펴본 독일의 용자부 매매에 관한 판례와 일맥 상통한다고 하겠고, 이러한 이치는 사기로 인한 취소의 경우에도 적용될 수 있을 것이다.

문제는, 이러한 契約締結補助者의 경우에 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법 제391조를 유추적용한다면, 왜 피기망자의 과실로 인한 과실상계는 문제되지 않는가 하는 점이다. 다시 말하여, 이러한 경우에 본인이 직접 사기를 한 경우와 마찬가지로 보아 의사표시의 취소를 인정한다면, 표의자에게 과실이 있더라도 이는 고려되지 않는 것인데, 이는 손해배상책임의 경우와는 달라서 불균형이 있지 않는가 하는 점이다. 그러나 이 경우에 민법 제391조가 유추적용된다면 契約締結補助者의 사기는 상대방 본인이 직접 기망을 한 경우와 마찬가지로 취급되므로, 이 경우에는 과실상계가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁴³⁾ 이러한 경우에는 앞에서 설명한 것처럼 피기망자가 직접 상대방 본인에게 보조자의 주장이 사실인지 여부를 확인하여 보도록 요구한다는 것이 기대할 수 없을 뿐만 아니라 무의미하기 때문이다.

43) 後述 註 49의 본문 참조.

물론 경우에 따라서는 과연 사기를 한 자가 契約 締結 補助者인가 하는 판단이 반드시 쉽지 않을 수도 있고, 이는 여러 가지 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없을 것이나, 이러한 思考가 사기로 인한 취소 여부에 관하여 중요한 문제의 해결에 있어서 중요한 판단기준을 제공할 수 있을 것이다.

이 사건 대법원 판결은, “의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그의 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다고 보아야 할 것이다”고 하고 있어, 이처럼 契約 締結 補助者的 지위에 있는 자가 기망행위를 한 경우에 관하여도 마찬가지로 인지는 명확하지 않으나, 이 사건에서는 기망행위를 한 D가 契約 締結 補助者的 지위에 있었던 것은 아니므로 그러한 경우에까지 대상판결의 이론이 적용될 것으로 이해할 필요는 없을 것이다.

6. 單純被用者가 기망행위를 한 경우

(1) Y의 사용자책임 성립 여부

이 사건 대상 판결은, 주로 기망을 한 의사표시의 상대방의 피용자가 계약 체결에 관하여는 이행보조자적 지위에 있지 않은 경우를 염두에 둔 것이라고 생각된다. 그리하여 이러한 경우에는, 비록 그로 인하여 상대방이 사용자책임을 져야 하는 관계에 있다 하더라도 그러한 이유만으로는 그것만으로는 바로 의사표시를 취소할 수 없다고 한 것이다. 대법원은 이 사건에서 Y가 D의 기망 사실을 모른 데 과실이 없었다면 사용자책임을 부담하는 것인가에 대하여 명시적인 판단을 하고 있지는 않으나, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 위 조항에서 말하는 제3자에 해당한다고 보아야 한다고 표현하고 있어, 암묵적으로는 이 사건에서 D의 기망행위에 대하여 X가 취소를 할 수 없다면 Y가 적어도 사용자책임을 부담하여야 하는 지위에 있다고 본 것으로 여겨진다. 만일 D의 행위에 대하여 Y가 사용자책임조차 지지 않는 관계에 있다고 한다면, D가 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자인가 하는 점은 처음부터 문제가 되지 않을 것이다.

그러나 이 사건에서 Y의 사용자책임을 성립하는가가 반드시 명백한 것은 아니다. 왜냐하면 D의 기망 내용은, 주로 Y의 A 등에 대한 대출과 관련된 것인데, D는 직접적으로는 Y의 대출업무를 담당하고 있지 않기 때문이다. 다시 말하여 D의 기망행위가 제756조 제1항에서 말하는 “事務執行”에 관한 것인가가 문제된다. 이 점

에 관하여는 주지하는 것처럼 판례가 이른바 外形理論이라는 것을 발전시켜 왔다. 이에 따르면 피용자의 행위가 직무의 집행행위 그 자체에는 속하지 아니한다 할지라도 그 사무집행행위를 외형적으로 관찰할 때 피용자의 사무집행행위와 유사하여 그 범위 내의 행위에 속하는 것으로 보여지는 경우도 사무집행에 관한 것이라고 한다.⁴⁴⁾ 판례는 이처럼 외형이론을 따르는 이유로서, 민법 제756조의 피용자가 그 사업의 집행에 관하여라는 뜻을 이 규정의 입법근거인 보상관계에 따라 해석한다면 원칙적으로는 그것이 피용자의 직무범위에 속하는 행위이어야 할 것이나, 이와 같이 극단적으로 좁게 해석하면 사용자의 책임을 정한 민법의 규정을 그 존립의의마저 부정하고 거래의 안전을 도모하려는 입법취지마저 도외시하는 결과를 초래하게 될 것이므로 이 사업의 범위는 피용자의 직무집행행위 그 자체는 아니나 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위 내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함하는 것이라고 새겨야 한다고 설명한다.⁴⁵⁾

이는 결국 거래 상대방의 신뢰를 보호하려는 취지라고 할 것인데, 이 사건에서는 아마도 X의 대표이사인 C가, D가 Y 회사에서 어떠한 업무를 담당하고 있었는지를 알았다고 보이므로, 이러한 경우에는 D의 기망행위가 Y 회사의 업무에 관한 것이 아니라고 볼 여지도 있다.⁴⁶⁾ 가령 大判 1993. 1. 15, 92다8514⁴⁷⁾에서는 국가배상법 제2조 제1항의 “직무를 집행함에 당하여”의 해석과 관련하여, 구청 공무원이 무허가 건물 철거민에 대한 시영아파트 분양업무를 담당하는 주택정비계장으로 있으면서 철거민 중 세입자에게는 시영아파트 입주권이 부여되지 않음에도 불구하고 부여된다고 기망하여 그 입주권을 판 경우에는 국가배상책임이 인정되지만, 위 주택정비계장으로 부임하기 전에 구청 세무1과에 근무할 당시에 그와 같은 행위를 한 데 대하여는 이는 세무1과에서 수행하던 지방세 부과, 징수 등 본래의 직무와 관련이 없는 행위로서 외형상으로도 그 직무범위 내에 속하는 행위라고 할 수 없다는 이유로 국가배상책임을 부정하였다.⁴⁸⁾

만일 이러한 판례가 이 사건에 그대로 적용될 수 있다면 Y의 사용자책임은 부정될 것이다. 그러나 이 사건에서 원심 및 대법원이 들고 있는 사정에 비추어 보면

44) 大判 1966. 9. 20, 66다1166 (集 14권 3집 민49면) 등 다수.

45) 大判 1985. 8. 13, 84다카979(公 1985, 1232). 평석: 李宙興, 使用者責任에서의 業務執行 關聯性과 外形理論, 民事判例研究 VII, 140면 이하 참조.

46) 金載亨, 使用者責任에서의 事務執行關聯性 (2), 法曹 1995. 7, 18면 이하에서는 이른바 거래행위적 불법행위로 인한 사용자책임에 있어서의 사무집행 관련성에 관한 대법원의 판례들을 분석한 결과, 대법원 판결이 외형이론에 의하여 사무집행관련성을 판단한다고 하면서도 실제로는 피용자의 직무권한을 구체적으로 인정한 후 직무와 행위의 밀접한 관련성을 탐구하여 사무집행관련성을 판단하고 있다고 한다.

47) 公 1993, 696.

48) 같은 취지, 大判 1994. 9. 30, 94다11767(公 1994하, 2842).

Y의 사용자책임을 인정할 여지도 있다고 생각된다. 즉 D가 Y 회사의 기획감사실 과장으로서 대출 업무를 포함한 회사 업무 전반에 관하여 일일감사를 한 권한을 갖고 있었고, 여신 담당 직원인 E에게 이 사건 대출을 부탁한 바 있으며, 또한 Y 회사는 직원 총수가 50명에 못 미치는 작은 규모의 금융기관이라는 점에 비추어 보면, D가 Y의 대출 업무에 관하여 전혀 영향력을 미칠 수 없다고 단정하기는 어려울 것이다. 원심이나 대법원도 이와 같은 견지에 선 것으로 추측된다.

(2) 對象判決의 실제적 의의

이 사건에서 Y가 D의 기망 사실을 알지 못하였고 또 알 수도 없었다고 가정한다면, 대법원의 판시에 따를 때에는, X로서는 위 근저당권 설정계약을 취소할 수는 없고, 그 대신 Y에 대하여 D의 행위로 인한 사용자책임만을 물을 수 있게 될 것이다. 따라서 X로서는 Y가 X 소유의 부동산 위에 설정된 근저당권을 실행하는 것을 저지할 수는 없고, Y가 근저당권을 실행하여 X가 그 소유권을 상실하게 되면, 그로 인하여 손해를 입었다고 하여 Y를 상대로 손해배상을 청구하게 되는데, 이때에는 X가 D 등으로부터 기망을 당한 데 과실이 있다고 하여 과실상계를 당하게 될 것이다. 판례는, 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없지만,⁴⁹⁾ 고의의 불법행위로 인한 피해자가 그 피해자의 사용자에 대하여 사용자책임을 묻는 것은 허용된다고 보고 있다.⁵⁰⁾ 이 사건에 있어서도, X로서는 D의 주장이 사실인지를 Y의 담당직원인 F에게 직접 확인하여 보지 않은 과실이 있다고 여겨지므로 과실상계의 사유는 인정될 수 있을 것이다.

판례가 위와 같이 기망행위를 한 자가 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자라는 이유만으로는 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자에 해당한다고 하는 실질적인 이유도 바로 여기에 있다고 생각된다. 즉 이러한 경우에도 원심 판결과 같이 제3자가 아니라고 하여 취소를 인정하게 되면, Y로서는 X의 담보 제공을 믿고 F 명의로 A 등에게 대출한 돈을 전혀 회수하지 못하게 되는 손해를 입는 반면, 취소를 허용하지 않으면 Y로서는 일단 X의 부동산에 설정한 근저당권을

49) 大判 1970. 4. 28, 70다298(集 18권 1집 민385면); 1976. 5. 11, 75다11(公 1976, 9181); 1987. 7. 21, 87다카637(公 1987, 1388); 1995. 11. 14, 95다30352(公 1996상, 21) 등.

50) 大判 1987. 11. 24, 86다카1834(公 1988, 166면) 등. 따라서 이러한 경우에는 피용자의 손해배상 의무와 사용자의 손해배상 의무의 범위가 과실상계의 결과 각기 달라질 수 있다. 大判 1994. 2. 22, 93다53696(公 1994, 1078) 등 참조. 그러나 金相容, 共同不法行爲, 저스티스 제29권 1호, 1996, 162면 이하; 同, 不法行爲法, 1997, 224면 이하는 이러한 경우의 피용자와 사용자의 손해배상책임은 공동불법행위로 인한 채무이고, 이때에는 피해자의 과실은 피용자의 불법행위 성립은 물론 사용자의 불법행위의 성립에도 공통적으로 인정되어 양자의 손해배상책임에 모두 과실상계를 하여야 한다고 주장한다.

실행하여 위 대출금을 회수할 수 있고, 다만 그에 대하여 X가 Y에 대하여 사용자 책임을 묻게 되므로, 결과적으로는 과실상계의 법리에 의하여 X와 Y가 손해를 분담하게 되어 공평한 결과를 가져올 수 있게 된다는 것이다.

(3) 對象判決의 理論的 妥當性

앞에서 살펴본 독일의 이론에 의하더라도 이러한 경우에는 취소가 허용되지 않는다고 보게 될 것이다. 즉 제3자 제한의 근거를 代理法에서 구하는 설은 물론이고, 이를 이행보조자의 귀책사유에 대한 채무자의 책임을 규정한 독일민법 제278조에서 찾는 설에서도, 위와 같이 계약 체결에 직접 관여하지 않는 피용자를 이행보조자로 볼 수는 없으므로 이러한 자는 독일민법 제123조 제2항 제1문의 제3자에 해당한다는 결론이 나오게 된다.

Schubert는, 법률행위의 체결을 목적으로 하여 계약의 상대방을 위한 교섭을 할 권한을 가진 자가 아니면 모두 위의 제3자라고 하면서,⁵¹⁾ 기망자가 의사표시의 상대방과 이행보조자 관계에 있지 않다는 위험은 원칙적으로 피기망자가 부담하여야 하는데, 왜냐하면 이행보조자라고 믿은 데 선의라 하여도 이는 보호를 받지 못하기 때문이라고 한다. 다만 默認授權(Duldungsvollmacht)⁵²⁾의 경우에는 예외적으로 피기망자가 보호를 받을 수 있지만, 外觀授權(Anscheinsvollmacht)⁵³⁾의 경우에는 피기망자가 보호를 받을 수 없다고 한다.⁵⁴⁾ 그리고 계약 체결 보조자가 명백히 그에게 부여된 교섭 권한을 逾越하였거나 남용한 경우에는, 그 보조자는 상대방의 보조자의 지위에서 활동한 것이 아니고, 그에게 위임된 교섭을 기회로 하여(bei Gelegenheit) 기망을 한 것이기 때문에 취소는 허용되지 않는다고 한다.⁵⁵⁾

Kramer도, 위와 같은 Schubert의 견해를 따르고 있다.⁵⁶⁾ 57)

51) Schubert(註 21), 492f.

52) 이는 본인이 대리인이라고 칭하는 자의 행동을 알고도 묵인한 경우에 그 대리인에게 대리인이 없더라도 그 대리행위의 효과가 본인에게 미치는 것을 말한다. 閱日榮, 獨逸民法에 있어 外觀代理의 展開와 現在, 法律行爲論의 史的展開와 課題(李好珽教授 華甲記念論文集), 1998, 322면 참조. 위 글에서는 이를 묵인대리라고 번역하고 있다.

53) 이는 본인이 무권대리인의 행동을 알지 못하였으나 정당한 주의를 기울였다면 알 수 있었고 나아가 그것을 저지할 수 있었던 경우에 대리인의 행위의 효과가 본인에게 귀속되는 것을 말한다. 閱日榮(前註), 322면 참조. 위 글에서는 이를 외관대리라고 번역하고 있다.

54) Schubert(註 21), S. 483. 다만 Schubert는, 계약 체결을 위한 교섭 권한을 가지지 않는 사람이 그 의사표시의 상대방의 기업이나 조직영역에 속하였고, 그 기업에서의 지위에 의하여 계약 보조자로서 고려될 수 있을 때에는 다르다고 하면서, 이때에는 상대방이 기망자의 행동을 인식하고 또 저지할 수 있었을 때에는, 기망자의 기망의 결과가 의사표시의 상대방에게 귀속되어야 한다고 주장한다. 위 같은 면 참조.

55) Schubert(註 21), S. 502f.

56) MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 19a.

이를 다른 관점에서 살펴본다. 만일 단순피용자형의 경우에도 상대방이 사용자 책임을 부담하여야 한다는 이유로 의사표시의 취소를 허용하게 된다면, 이는 실질에 있어서 상대방에게 그 피용자의 사기행위에 대하여 위험책임을 부담시키는 반면,⁵⁸⁾ 표의자에게는 과실이 있더라도 과실상계를 부정하는 것이 된다. 그런데 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 피해자의 과실 여부를 고려하여야 할 것인가 하는 점에 관한 法經濟學的인 분석에 의하면, 가해자가 과실이 있는 경우에만 책임을 지는 過失責任 원칙 하에서는, 피해자의 과실을 고려하지 않더라도, 피해자로서는 가해자에게 과실이 없을 때에는 전혀 배상을 받지 못하므로, 피해자는 항상 주의를 기울여야 할 誘因을 가지게 된다. 반면 가해자에게 과실이 없더라도 가해자가 책임을 져야 하는 위험책임의 원칙 하에서는 피해자는 사고가 일어나더라도 언제나 보상을 받을 수 있기 때문에 특별히 주의를 기울일 誘因이 없거나 아니면 약화된다.⁵⁹⁾

이러한 논의를 사기로 인한 의사표시의 취소에 관하여 원용한다면, 의사표시의 상대방 본인이 單純被用者의 사기 사실을 모른 데 과실이 없는 경우에도 그 상대방이 사용자 책임을 져야 한다는 이유만으로 의사표시의 취소를 허용하는 것은, 표의자에게 그 피용자의 사기 사실을 확인하여 보아야 하는 誘因을 약화시켜, 사회 전체적으로 볼 때에는 비효율적인 결과를 초래하게 되는 것이다.

7. 몇 가지 檢討事項

(1) 이른바 評價矛盾의 문제에 대하여

그러나 이러한 결론에 대하여는 우선 이른바 評價矛盾(Wertungswiderspruch)이라는 비판이 있을 수 있다. 다시 말하여 한편으로는 계약의 성립을 긍정하여 상대방으로 하여금 그 계약의 이행을 강제할 수 있게 하게 하면서, 다른 한편으로는 그 계약 성립 당시의 사정을 이유로 하여 그 상대방에게 불법행위를 이유로 하는 손해배상을 명하는 것은, 계약이 유효하게 성립한다고 하는 것과는 모순된 것이라는

57) 나만 독일민법의 경우에는 사용자책임이 인정되는 범위가 우리나라보다는 좁다는 점에 유의하여야 한다. 李宙興(註 45), 150-151면 참조. Schubert(註 21), S. 471은, 피용자의 사기에 대하여 사용자의 사용자책임을 추궁하는 것은, 사용자의 면책증명이 대체로 성공할 뿐만 아니라 순수한 재산적 손해에 대한 불법행위책임이 인정되는 범위가 제한되어 있어서 별로 가망이 없다고 한다.

58) 엄밀히 말하자면 민법상 사용자책임은 전형적인 위험책임은 아니고, 입증책임이 가해자에게로 전환된 과실책임 내지 중간책임이지만, 현재 우리나라의 판례의 사용자책임 운용 결과에 있어서는 위험책임과 같다고 하여도 크게 틀리지 않을 것이다.

59) 尹眞秀, 好意同乘의 經濟的 分析, 損害賠償法의 諸問題(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 1990, 320면 이하 및 같은 곳 319면 註 41에서 인용하고 있는 문헌 외에도, S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, pp. 5ff. 특히 p. 10; Cooter/Ulen, *Law and Economics*, 1988, pp. 340ff. 특히 pp. 362ff. 참조.

것이다.

일본에서는, 하급심 판결례 가운데, 어느 계약이 유효하게 성립하였다고 하면서도, 다른 한편으로 계약을 성립시키기 위한 권유행위 등을 불법행위라고 평가하여 손해배상청구를 받아들이는 것이 있어서,⁶⁰⁾ 이를 둘러싸고 평가모순이 아닌가 하는 논의가 있다.⁶¹⁾

그러나 일단 유효한 계약의 성립을 인정한다는 것과, 그 계약 성립 과정에서의 위법한 행위를 이유로 하여 손해배상책임을 인정하는 것이 반드시 모순되는 것이라고 단정할 수는 없다. 만일 유효한 계약의 성립을 인정하면서도 그로 인한 급부가 부당이득이라 하여 반환을 명한다면, 이는 분명히 이른바 給付保有力이라고 하는 채권의 효력에 어긋나므로 모순이라고 할 수 있으나, 불법행위를 이유로 하여 손해배상을 명하는 것은 이와는 다르다. 이때에는 직접적으로 채권의 효력을 부정하는 것이라고는 할 수 없기 때문이다.

독일의 판례도, 사기로 인한 의사표시의 취소에 관한 규정이 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구권을 배제하는 것은 아니라고 하여, 주채무자가 보증인을 기망하여 보증을 하게 한 경우에 사기를 이유로 하는 보증계약의 취소는 인정되지 않지만, 보증인이 착오를 일으키게 된 것이 채권자의 과실에도 기인하는 경우에는, 보증인은 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구권을 행사하여, 보증채무로부터 면책될 수 있음을 주장할 수 있다고 한다.⁶²⁾

이와 유사한 문제가 확정판결을 편취한 경우에도 생긴다. 판례는 확정판결에 기하여 강제집행이 이루어진 때에는 그 확정판결에서 인정된 채권이 실제로는 존재하지 않는다고 하더라도, 그 강제집행에 의하여 얻은 이득을 부당이득이라고 하여 반환을 청구하는 것은 기판력에 저촉되기 때문에 허용되지 않는다고 하면서도,⁶³⁾ 그러한 확정판결을 취득한 것이 불법행위가 될 수 있음은 인정하고 있다.⁶⁴⁾ 물론 이 문제도 학설상으로는 논란이 많지만, 독일이나 일본의 판례도 대체로 같은 이러한 결론을 시인하고 있으므로 위와 같은 결과가 반드시 이론적으로 성립할 수 없는

60) 예컨대 大阪地判 1972(昭和 47). 9. 12(判例時報 689, 104) 등.

61) 이 점에 대하여는 예컨대 潮見佳男, 規範競合の視點から見た損害論の現状と課題, *ジュリスト* No. 1080, 1995, 86면 이하; 松岡久和, 原狀回復法と損害賠償法, *ジュリスト* No. 1085, 1996, 57면 이하; 道垣内弘人, 取引的不法行爲一評價矛盾との批判のある一局面に限定して一, *ジュリスト* No. 1090, 1996, 97면 이하 등 참조.

62) BGH NJW 1968, 986 f. 또한 Schubert(註 21), S. 504 ff. 참조.

63) 大判 1991. 2. 26, 90다6576(公 1991상, 1070); 1992. 6. 26, 92다10425(公 1992, 2273); 1995. 6. 29, 94다41430(公 1995하, 2526).

64) 大判 1977. 1. 11, 76다81(集 25권 1집 민7면); 1991. 2. 26, 90다6576(公 1991, 1070); 1995. 12. 5, 95다21808(公 1996상, 197) 등. 다만 뒤의 두 판결은 당해 사건에서는 불법행위의 성립을 부정하였다.

것이라고 단정할 수는 없다.

다른 한편으로 우리 판례 가운데에는, 사기에 의하여 부동산을 그 시가보다 훨씬 비싼 가격으로 매도한 것 자체를 불법행위로 보아, 매수가격과 매수당시의 시가의 차액 상당을 손해액으로 보고 그 배상을 명한 것도 있다.⁶⁵⁾ 물론 이 판결은 사기를 이유로 하는 취소 사유도 존재하는 경우로 보이지만, 그 매매계약의 취소를 전제하지 않고서도 손해배상을 명하였다는 점에서⁶⁶⁾ 판례가 계약의 효력을 인정하는 것과 그 계약 체결을 불법행위로 보는 것이 반드시 모순이라고 보지는 않고 있음을 알 수 있다.

(2) 다른 방법에 의한 해결책의 검토

다른 한편 이 사건에서 원고 X의 의사표시의 취소를 허용하더라도 그의 과실부분만큼은 손해를 분담하게 하는 다른 방법이 없는지를 검토하여 볼 필요가 있다. 만일 그러한 방법이 있다면 이 사건에서 구태여 X의 취소를 부정할 필요가 없을 것이다.

생각할 수 있는 방법의 한 가지는, X에게 의사표시의 취소를 허용하는 대신, Y가 A 등에게 대출하여 준 돈을 회수하지 못함으로써 입게 된 손해 일부를 X가 Y에게 배상하게 하는 방법이다. 독일에서는 기망을 당한 표의자에게도 과실이 있는 경우에는 그 상대방이 취소를 한 표의자에게 계약체결상의 과실에 근거한 청구권을 행사할 수 있다는 논의가 있다.⁶⁷⁾ 이러한 방법은 결과만을 놓고 본다면 합리적일 수 있을 것이다.

그러나 大判 1997. 8. 22, 97다13023⁶⁸⁾는, 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 표의자가 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다고 판시하여 이러한 경우에 불법행위를 이유로 하는 손해배상은 허용되지 않는다고 하였다.⁶⁹⁾ 이 판례에 비추어 보면 착오자보다

65) 大判 1980. 2. 26, 79다1746(公 1980, 12688).

66) 오히려 이 사건에서는 매수인이 그 부동산을 제3자에게 처분하였기 때문에 法定追認으로 인하여 취소권이 소멸하였을 가능성도 배제할 수 없다.

67) Schubert(註 21), S. 501. 그러나 기망자의 악의적인 행동에 대하여 피기망자의 과실은 대부분 의미를 가지지 않을 것이라고 한다. 다른 한편 독일민법에서는 제3자에 의한 강박으로 인한 의사표시는 그 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었는가 여부에 관계없이 항상 표의자가 취소할 수 있는데(제123조 제1항 및 제2항 참조), 이때에는 상대방이 선의였으면 취소를 한 표의자에 대하여 신뢰이익의 배상을 청구할 수 있어야 한다는 주장도 있다. MünchKomm/Kramer, §123 Rdnr. 41 참조.

68) 공 1997하, 2800.

69) 그러나 宋德洙, 錯誤者의 損害賠償責任, 損害賠償法の 諸問題(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 1990, 1면 이하는 민법 제535조를 유추하여 錯誤者에게 輕過失이 있는 때에는 신

더욱 보호받아야 할 피기망자의 손해배상책임을 인정하는 것은 어렵다고 생각된다.

다른 한 가지는, 사기를 이유로 하는 취소에 있어서도 과실상계의 법리를 유추하여 일부취소만을 허용하는 것이다. 이러한 과실상계 법리의 유추 문제는 주로 표현대리와 관련하여 논의되어 왔으나,⁷⁰⁾ 일본에서는 사기로 인한 의사표시의 취소에 있어서도 상대방의 과실을 고려하여 일부 취소만을 허용함으로써 실질상 과실상계와 같은 결과를 얻을 수 있다고 하는 주장이 있다.⁷¹⁾ 그러나 이 또한 해석론상으로는 어렵다고 생각된다. 사기로 인한 의사표시의 취소를 인정하는 것은, 사기가 없었더라면 표의자가 그러한 의사표시를 하지 않았을 것이므로 그러한 의사표시가 있기 이전의 상태로 회복시키는 데 목적이 있는 것인데, 표의자에게 과실이 있다고 하여 일부 취소를 인정하는 것은, 결과적으로 표의자에게 자신의 의사에 기하지 아니한 법률행위책임을 강요하는 것이 된다.⁷²⁾ 뿐만 아니라 당해 의사표시가 불가분급부를 내용으로 하는 것일 때에는 이러한 일부취소는 성질상 불가능하다.

(3) 相對方에게 過失 있는 경우와의 均衡

마지막으로 이러한 결론에 대하여, 의사표시의 상대방이 제3자의 사기 사실을 과실로 알지 못하였을 때에는 의사표시의 취소가 허용되는 반면, 상대방이 이를 알지 못한 데 과실은 없지만 사용자책임은 부담하는 경우에는 취소가 허용되지 않고 단지 손해배상책임만을 물을 수 있다는 것이 균형이 맞지 않는다는 비판이 있을 수 있다. 이러한 불균형은, 전자의 경우에 취소자인 피기망자가 상대방에 대하여 자신의 과실비율에 따른 손해배상책임을 부담한다고 하면 어느 정도 해소될 수 있으나, 이러한 결론이 받아들여지기 어려움은 앞에서 본 바와 같다.

8. 結論

이제까지 서술한 것을 요약한다면 다음과 같다. 즉 대상판결의 법률론, 즉 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한

퇴이익의 배상을 명할 수 있다고 주장한다.

70) 大判 1994. 12. 22, 94다24985(公 1995상, 626); 1996. 7. 12, 95다49554(公 1996하, 2470) 등은, 표현대리 행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리 행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추 적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다고 하였다.

71) 예컨대 潮見佳男(註 61), 92면 등.

72) Schubert도, 사기로 인한 취소에 있어서 일부의 취소만을 허용함으로써 피기망자의 과실을 고려하는 방법도 생각하여 볼 수 있으나, 의사형성과정의 장애로 인한 취소는 항상 전체 법률행위에 관련되어야 하므로, 의사표시의 취소에 있어서 과실상계를 고려하는 것은 법률적으로 배제되어 있고, 그 대신 상대방이 취소자에 대하여 손해배상을 청구하는 것은 가능할 수 있다고 한다. 註 21, S. 501 참조.

제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 위 조항에서 말하는 제3자에 해당한다고 하는 점은, 그 피용자가 상대방의 계약 체결 보조자가 아닌 경우에는 타당하지만, 그 피용자가 계약 체결 보조자인 경우에는 위 조항에서 말하는 제3자에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그리고 실제로 피용자의 기망이 문제되는 것은 대체로 그 피용자가 계약 체결 보조자인 경우가 대부분일 것이므로, 위와 같은 판례의 범률론이 액면 그대로 적용될 수 있는 경우는 그다지 많지 않을 것이라고 생각된다.

다른 한편 이 판결이 Y에게 과실이 있다고 하여 결과적으로 X의 취소 주장을 받아들인 것은 어떻게 보아야 할 것인가? 이는 이론적으로는 문제점이 있으나, 아마도 이에 관하여는 다음과 같은 현실적인 고려가 깔려 있는 것은 아닌지 모르겠다. 즉 이 사건과 같이 문제의 의사표시가 저당권의 설정을 내용으로 하는 것일 때에는, 그 저당권의 실행을 인정하고 대신 그로 인한 손해를 부분적으로 배상하게 한다고 하더라도, 그 손해액은 현실적으로 그 부동산의 감정가격에 의하여 판단할 수밖에 없는데, 많은 경우에 이는 실제의 시가에 미달하기 때문에 결과적으로 소유자에 대하여 손해배상을 인정하는 것만으로는 충분하지 못한 수가 많다. 더군다나 그 경매로 인한 비용 또한 불필요한 지출이 되기 때문에 이처럼 번거로운 방법에 의하는 것보다는 Y의 과실을 의제함으로써 X의 취소를 인정하는 것이 보다 간명한 방법이라는 것이다. 그러나 이러한 판단이 작용하였다 하더라도 이를 어느 정도로 일반화할 수 있는지는 의문이다.