

영미계약법상 부실표시에 대한 연구
-우리법과의 비교와 우리법에의 시사점을 중심으로-

A Study on Misrepresentation in the Anglo-American
Contract Law
:Comparison with our legal system and Implications for Us

정 성 현*
Jeong, Seong-Heon

목 차

- I. 서론
- II. 영미계약법상 부실표시
- III. 우리법과의 비교와 우리법에의 시사점
- IV. 결론

국문초록

본 논문에서는 영미법상 부실표시제도를 특히 계약법적 관점에서 소개하고, 이를 우리법의 제도와 비교한 후 영미법상 체계를 바탕으로 우리법이론에서의 발견되는 문제의 해결을 시도해 보았다.

먼저 영미법상 부실표시의 개념과 관련하여 그 대상으로서 사실에 국한하는지 여부와 부작위에 의한 부실표시가 인정될 수 있는지를 살펴보았는데, 전자와 관련하여서는 원칙적으로 사실에 한정할 것이지만 최근 그 경계가 모호

논문접수일 : 2015. 02. 08.

심사완료일 : 2015. 03. 08.

게재확정일 : 2015. 03. 11.

* 법학박사 · 고려대학교 법학연구원 전임연구원

해짐에 따라 설령 의견이라고 할지라도 사실이 포함되었다고 볼 경우에는 이에 대해 부실표시를 인정하고, 부작위의 경우에도 일정한 작위의무를 전제로 부실표시와 마찬가지로 규율하는 것이 최근의 경향이라고 할 것이다. 다음으로 계약법상 부실표시를 근거로 이미 성립된 계약의 효력을 부정하고자 하는 경우, 어떠한 요건 하에 어떠한 효과가 인정되는지를 특히 '사기 부실표시', '과실 부실표시', '선의 부실표시'의 유형을 중심으로 살펴보았는데, 현재는 모든 경우에 있어 계약의 효력을 다룰 수 있고, 그 효과로서는 계약의 취소가 인정하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 그리고 결국 착오의 문제인 부실표시는 상대방이 유발하였다는 점에서 순수한 착오의 경우와 구별되어 규율된다는 점도 살펴보았다.

다음으로 영미법상 부실표시를 특히 계약법적 관점에서 볼 때는 우리법상 민법 제110조의 사기취소제도와 판례에 의해 형성된 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리와 유사하다고 보아 이를 비교하였는데, 대체적으로 같은 문제에 대해서 유사한 대응을 하고 있지만, 접근방식의 차이에 착안하여 우리법상 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리를 운용함에 있어서 발견되는 문제점을 지적하고, 위 법리를 민법 제109조의 착오취소제도가 아닌 사기취소제도와 관련지어 이해하는 것이 이 법리 자체를 이해하는 것뿐만 아니라 이와 관련된 기존의 논의에서의 문제점을 해소하는데 도움이 된다는 점을 역설하면서 논문을 마무리하였다.

주제어 : 부실표시, 착오, 사기, 유발된 착오, 계약의 취소

Ⅰ. 서론

우리법과 같은 대륙법계와는 전통을 달리하는 영미법계에 대한 제도에 대한 관심이 최근 커지고 있다. 이에 따라 비교법 연구도 기존의 대륙법계를 중심으로 한 연구에서 영미법계에 대한 연구로 그 영역이 확대되고 있는 실정이다. 비교법 연구의 목적이라면 무엇보다도 이를 통해 우리법의 문제점을 해

소하고 보다 나은 법으로 개선하는 것을 들 수 있을 것인데,¹⁾ 영미법계의 생소한 제도들은 -같은 문제를 해결하고자 하는 취지와 결국 결론에서는 동일한 모습을 보여주는 경우가 대부분임에도- 쉽게 이해할 수 없는 부분이 많은 것도 사실이다.

본 논문에서는 그 중 특히 영미계약법상 부실표시(misrepresentation)제도²⁾에 대한 논의를 하고자 하는데, 이 제도는 우리법과 같은 대륙법계에서는 생소한 개념임에도 아직 이에 대한 제대로 된 소개가 이루어지지 않았고 우리법과의 비교연구도 이루어진 바가 없는 것으로 보이기 때문이다.³⁾

따라서 본 논문에서는 부실표시제도에 대해 소개하여 이에 대한 이해를 돕고, 이를 우리법에서의 관련제도와 비교한 후 더 나아가 우리법에 어떤 시사점을 줄 수 있는지에 대해서 살펴봄으로써 우리법의 이해에 대한 새로운 시각을 제공하고자 한다. 다만 한정된 지면으로 인하여 부실표시제도의 세세한 내용까지 모두 살펴보기보다는 특히 우리법과의 비교를 염두에 두어 개략적으로만 살펴보고자 하며 논의의 대상도 영국법과 미국법에 한정하고, 비교법 논의도 문제점을 지적하고 해결의 실마리를 찾는 것에 그치도록 한다.

II. 영미계약법상 부실표시

원래 영미에서는 부실표시는 계약법에서만 한정된 용어가 아니라 불법행위법에서도 동시에 문제된다.⁴⁾ 통상적으로 부실표시를 근거로 성립된 계약의

- 1) 최근에는 국제적 혹은 지역적으로 통일사법연구가 활발히 이루어지고 있어 비교법 연구의 중요성은 다른 차원으로 접어들었다고도 할 수 있겠지만, 본 논문에서는 우리법의 개선차원에서만 논의하도록 한다.
- 2) 부실표시라고 하는 문헌(엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 『민사법학』 제35호, 한국민사법학회, 2007, 77-114면)도 있지만, 부실표시가 더 널리 사용되는 듯해서 이 용어를 사용하고, 인용되는 문헌 중 부실표시라는 표현을 사용하는 경우에도 부실표시로 변경하였음을 미리 밝혀둔다.
- 3) 부실표시에 대한 독자적인 문헌은 거의 없고, 대부분 영미법 혹은 영미계약법에 대한 개론서나 특정 영역, 특히 계약교섭결렬의 문제를 논함에 있어서 함께 소개될 뿐이다. 특히 후자와 관련하여서는 예컨대, 엄동섭, 전제논문(각주 2); 이혜리, “계약교섭결렬책임에 관한 영미법상의 논의”, 『민사법학』 제61호, 한국민사법학회, 2012, 201-246면 등.

효력에 대해서는 계약법에서 논의하고, 이와는 별도로 부실표시로 인해 발생한 손해배상의 문제에 대해서는 불법행위법에서 논의하는 것이 일반적이다.⁵⁾

하지만 본 논문에서는 -제목 및 서론에서도 밝힌 바와 같이- 계약법에만 한정하여 성립된 계약의 효력을 중심으로 논의하고,⁶⁾ 우리법과의 비교도 이에 따라 진행하도록 한다.⁷⁾ 다만 부실표시의 이해를 위해 필요한 경우에는 영미 불법행위법에서의 내용도 함께 소개할 것이다. 또한 부실표시제도와 밀접한 관련을 가지는 착오(mistake)제도에 대해서도 부실표시에 대한 이해를 위한 범위 내에서 소개하고자 한다.

1. 부실표시의 개념과 내용

부실표시는 ‘잘못된 정보의 전달(the communication of false information)’⁸⁾ 혹은 ‘사실과 일치하지 않는 언급(assertion that is not in accord with the facts)’⁹⁾이라고 정의된다.¹⁰⁾

- 4) 이러한 측면에서 부실표시의 개념을 계약법에 한정하여 이해하는 입장(최명구, “미국계약법상 부실표시 -부실표시의 유형을 중심으로-”, 「민사법이론과 실무」 제12권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2008, 64면에서는 부실표시를 전적으로 계약법상 용어라고 한다. 다만 이 문헌에서도 부실표시는 불법행위의 경우에도 문제된다고 한다)은 타당하지 못하다. 이해리, 전게논문(각주 3), 221면에서도 부실표시법은 계약법과 불법행위에 걸쳐서 기능한다고 서술한다.
- 5) 즉 부실표시를 근거로 발생하는 손해배상책임은 불법행위책임(tortious liability)라고 파악하는 것이 일반적이다. 예컨대, Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*: Hart Publishing, 2007, pp.162-164 참조.
- 6) 부실표시의 계약법적 효과로서 계약의 수정(reformation)을 가져오는 경우도 있지만(예컨대, Restatement(Second) of Contracts, §166 참조), 이에 대해서는 본 논문에서는 자세히 논의하지 않고, 그 주된 효과로서 계약의 효력을 다투는 경우만을 중점적으로 다루기로 한다.
- 7) 이에 따라 차후 서술상 단순히 ‘영미법’ 혹은 ‘우리법’이라고 칭하는 경우에도 주로 계약법(우리법의 경우에는 민법 중 관련내용)을 염두에 둔 것임을 미리 밝혀둔다.
- 8) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.159.
- 9) Restatement(Second) of Contracts, §159. “A misrepresentation is an assertion that is not in accord with the facts.”
- 10) 다만 부실표시를 소개하는 국내의 문헌에서는 계약교섭과정에서 당사자의 일방이 사실에 관한 허위의 진술을 하여 상대방을 계약체결로 유도한 경우라고 하거나(엄동섭, 전게논문(각주 2), 94면), 계약당사자 일방이 상대방에게 사실의 거짓진술을 통하여 계약을 체결하도록 하는 것이라고 하여(최명구, 전게논문(각주 4), 64면), 계약체결과 관련지어 소개하기

부실표시가 되기 위해서는 부실(falsity) 여부가 판단되어야 함은 당연하다고 할 것인데, 이는 전체적인 관점에서 판단하여야 하고, 표시 자체가 사실에 대해서만 이루어진 경우에도 부실하다고 판단되는 경우도 있을 수 있다.¹¹⁾

하지만 부실표시의 개념과 관련해서 더 중점적으로 논의되는 부분은 대상의 문제, 즉 그 대상이 사실에 국한하는지 여부와, 행위와 관련하여서 말(word)이나 행동(conduct) 이외에도 침묵(silence)도 부실표시가 될 수 있는 지라고 할 수 있다. 순서대로 보면 다음과 같다.

가. 부실표시의 대상

우선 대상의 문제에 대해서 보면, 원래 부실표시는 사실(fact)의 표시(representation)에 관해서만 적용되는 것이 원칙이라고 한다.¹²⁾ 즉, 사실 이외의 것에 대해서는 부실표시가 인정하지 않는데, 어떠한 것들이 문제되는지는 논자에 따라 진술(statement), 의견(opinion)이나 약속(promise)을 들거나,¹³⁾ 규범(law), 의견(opinion), 의도나 미래 사실의 진술(statement of intention or of future fact)을 든다.¹⁴⁾ 앞에서 소개한 국내문헌의 정의를 따를 경우에도 사실에만 국한하여 이해하는 것으로 보이는데,¹⁵⁾ 특히 의견에 대해서는, 의견은 전적으로 개인에 의존하고 그 의견의 진술이 개인적 신뢰를 근거하는 진정성이 존재하는 만큼 모든 의견을 똑같은 상황에서 동일하게 취급하는 것은

도 하는데, 앞에서 언급한 바와 같이 부실표시가 계약법에 한정된 개념은 아니기 때문에 이렇게 파악하는 것은 옳지 못하다. 물론 계약체결이 이루어지지 않은 경우 계약법상으로는 부실표시가 의미를 가지지 못하기 때문에 본 논문에서도 계약체결이 이루어진 상태를 전제로 논의를 할 것이기는 하지만 계약이 체결되지 않은 경우에도 부실표시가 불법행위법상 의미를 가질 수 있기 때문이다. 참고로 미국 불법행위법 리스테이트먼트에서는 부실표시를 'assertion not in accordance with the truth'라고 정의한다(Restatement(Second) of Torts, §525, comment b).

11) 예컨대, '일부만이 진실인 경우(Half-truths)'가 그렇다. 이에 대해서는 Restatement(Second) of Contracts, §159, comment b. 참조.

12) Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract(5th Edition)*: Oxford, 1995, p.257.

13) Atiyah, *op. cit.*(fn.12), p.257.

14) Cartwright, *op. cit.*(fn 5), p.160.

15) 각주 10 참조.

불합리하다고 한다.¹⁶⁾

그러나 최근에는 오히려 사실 이외의 것들에 대해서도 부실표시가 인정될 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 규범과 사실의 구별이 어려워 현재는 단지 이 요건에 의해서 부실표시의 인정여부가 결정되지 않는다고 하거나,¹⁷⁾ 양자의 구별의 실익이 없어지고 있다고 한다.¹⁸⁾ 의견에 대해서도 그것이 사기적 (fraudulent)이거나 의견임에도 잘못된 사실을 동시에 전달한다고 볼 수 있는 경우에는 부실표시가 될 수 있다고 한다.¹⁹⁾

특히 미국 계약법 리스테인먼트는 앞에서 소개한 대로 부실표시에 대해 정의하면서 사실만을 언급하였지만,²⁰⁾ 미래에 대한 약속이나 예측(promise or prediction of future events)이라도 현재의 사실과 관련될 수 있다면 부실표시가 될 수 있고, 마음상태(state of mind)도 사실이라고 하였다.²¹⁾ 이어서 의견이 부실표시가 될 수 있는 경우를 소개하면서, 의견일지라도 그 의견의 바탕이 된 사실이 중요한 의미를 가질 때에는 부실표시가 될 수 있다고 하고,²²⁾ 의견에 대한 신뢰가 정당화될 수 있는 경우로 (a) 표시자와 상대방 사이에 신뢰관계가 있는 경우, (b) 상대방이 표시자의 전문성이나 객관성을 신뢰할 수 있는 경우, (c) 상대방에게 그 외 표시자를 신뢰할 특수한 사정이 있는 경우를 나열하고 있다.²³⁾ 규범의 경우도 사실과 마찬가지로 다를 수 있다고 하고,²⁴⁾ 의도의 경우에도 그것을 약속(promise)이라고 합리적으로 볼 수 있을 경우에는 부실표시가 될 수 있다고 한다.²⁵⁾

요컨대 원칙적으로 부실표시는 사실에 대해서만 인정되지만 그 외의 경우

16) 최명구, 전제논문(각주 4), 65-66면.

17) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.160.

18) 최명구, 전제논문(각주 4), 65면에서는 이와 같이 서술하면서 Lord Denning이 “법의 진술과 사실의 진술의 구분은 매우 가상적인 것이다.”라고 한 것을 인용하고 있다.

19) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.160.

20) 각주 9 참조.

21) Restatement(Second) of Contracts, §159, comment c./d.

22) Restatement(Second) of Contracts, §168.

23) Restatement(Second) of Contracts, §169.

24) Restatement(Second) of Contracts, §170.

25) Restatement(Second) of Contracts, §171.

에도 사실과 마찬가지로 볼 수 있는 경우에는 이에 대해서 부실표시가 인정될 수 있다고 할 것이다.²⁶⁾

참고로 미국 불법행위법 리스테이트먼트에서는 사기에 의한 부실표시를 정의함에 있어 사실 이외에 의견, 의도, 규범을 병렬적으로 나열하고 있는데,²⁷⁾ 과실에 의한 경우나 선의(혹은 무과실)의 경우에는 주로 사실의 경우만을 대상으로 인정하고 있다.²⁸⁾

나. 침묵 혹은 부작위에 의한 부실표시

다음으로 침묵 혹은 부작위의 경우도 부실표시가 인정될 수 있는지에 대해서 보겠는데, 원래 침묵만으로는 부실표시가 인정되지 않는다고 보았지만,²⁹⁾ 최근에는 이를 정보제공의무위반(non-disclosure)³⁰⁾로 파악하여 부실표시에 포함시키거나 혹은 부실표시와는 별도로 그럼에도 유사하게 다루는 것이 일반적이다.

영국에서의 논의를 살펴보면, 부실표시와 정보제공의무위반은 본질적으로 다르다고 하기도 하지만,³¹⁾ 영국법원은 정보제공의무위반의 문제를 부실표시와 관련지어서 이해하고 있고,³²⁾ 정보제공의무위반의 구제책으로 계약의 취소

26) 다만 위와 같은 사항들이 부실표시가 된다고 해서 동일하게 취급되는 것이 아니라, 부실표시를 근거로 계약의 효력을 다투기 위한 요건 중 신뢰의 정당성에 영향을 줌에 있어 구별될 수 있음을 주의해야 한다. 신뢰의 정당성과의 관련성에 대해서는 Restatement(Second) of Contracts, §164, comment d. 참조.

27) Restatement(Second) of Torts, §525.

28) Restatement(Second) of Torts, §552/§552C 참조.

29) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.160.

30) 국내에서 이 경우에 문제되는 의무를 어떻게 지칭할지에 대한 용어가 통일된 것은 아니다. 정보제공의무 이외에도 고지의무, 설명의무라고 칭하기도 하는데, 본 논문에서는 정보제공의무라는 용어를 사용하기로 한다(마찬가지의 용어를 사용한 문헌으로는 예컨대, 김상찬·정영진, “정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구”, 「법과 정책」 제17집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011, 127-156면).

31) Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure(2nd Edition)*: Sweet & Maxwell, 2006, p.3.

32) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), p.3.

가 문제될 수 있는데 이는 부실표시의 경우와 마찬가지로 할 것이다.³³⁾ 다만 정보제공의무위반은 그것이 사기적(fraudulent)인 경우라고 할지라도 그 자체로는 취소권(rescission)을 주지 못하고, 이를 주장하는 사람은 상대방이 그에 대해 부담하고 있는 정보를 제공해야 할 의무(duty)를 지고 있고, 이를 위반(breach)하였음을 입증하여야 한다.³⁴⁾

이에 반해 미국의 경우에는 이를 부실표시의 한 예로서 파악하는 것이 일반적인 듯하다. 특히 미국 계약법 리스테이트먼트³⁵⁾에서는 정보제공의무위반이 부실표시에 해당할 수 있는 경우를 세부적으로 정하고 있고, 불법행위법 리스테이트먼트³⁶⁾에서도 마찬가지이다. 그리고 논의는 어떤 경우에 이러한 의무를 인정할 수 있을지에 집중되어 있다.³⁷⁾

영미 양국에서 동일하게 지적한 바와 같이 정보제공의무위반이 독자적으로 혹은 부실표시가 되어 법적으로 의미를 가질 수 있기 위해서는 일정한 작위 의무를 반드시 필요로 한다고 할 것이다. 이에 대해 부작위에 의한 부실표시와 관련하여 미국법은 영국법과 달리 거래 당사자에게 공개의무를 비교적 넓게 인정하고 있다고 평가하는 견해³⁸⁾가 있다. 영국의 논의에서도 영국법은 정보제공의무(duties of disclosure)를 부과하는데 매우 소극적(reluctant)이라고

33) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), pp.166-167. 참고로 불법행위법상 손해배상이 문제되는 경우에는 차이가 있는 것으로 파악하는 듯하다. 영국에서는 사기적(fraudulent)으로 일정한 정보를 공개하지 않은 경우에 불법행위법상 사기(deceit)를 근거로 손해배상책임을 인정한 판결이 있지만, 이에 대한 반대 판결도 있기 때문에 이를 일반적으로 받아들일 수는 없다고 하고(*ibid.*, p.168), 불법행위법상 과실(negligence)에 의해 손해배상책임을 인정될 수 있으나, 정보제공의무를 부담하는 경우에도 항상 주의의무(duty of care)를 부담하는 것은 아님을 주의해야 하며(Cartwright, *op. cit.*(fn.31), pp.567-569), Misrepresentation Act 1967의 section 2는 적극적인(active) 부실표시만을 대상으로 하기 때문에 정보제공의무위반의 경우에는 적용되지 않는다고 본다(*ibid.*, p.544/p.572). Atiyah, *op. cit.*(fn.12), p.254에서는 정보제공의무가 형평법상 의무(equitable duty)이기 때문에 이를 위반한 경우 손해배상은 문제되지 않는다고 설명하면서도, 이는 결과적으로는 부당한 결론에 도달하게 되었다고 비판한다.

34) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), p.544.

35) Restatement(Second) of Contracts, §161.

36) Restatement(Second) of Torts, §551

37) 예컨대, Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts(7th Edition)*: Foundation Press, 2013, pp.88-93 참조.

38) 이혜리, 전제논문(각주 3), 222면.

하면서, 보험계약이나 파트너쉽계약 등 특별히 인정되는 경우에는 이러한 의무를 인정할 수 없다는 원칙에 대한 예외로 파악하여야 한다고 한다.³⁹⁾ 다만 본 논문에서는 부작위를 부실표시의 대상으로 볼 수 있는지에 대한 영미의 입장을 소개하는 것만을 지적하고 어떤 경우에 이러한 의무를 인정할 수 있을지에 대해서는 더 이상 논의하지 않기로 한다.

2. 부실표시의 요건 및 효과

위에서 살펴본 바와 같이 부실표시는 원칙적으로 사실, 그리고 사실이 아님에도 사실과 마찬가지로 볼 수 있는 경우에 인정될 수 있고, 말이나 행동과 같은 적극적인 경우뿐만 아니라 일정한 경우에는 침묵과 같은 부작위의 경우에도 부실표시가 문제될 수 있다. 아래에서는 부실표시가 인정되는 경우 어떠한 요건 하에 어떠한 효과가 인정되는지에 대해서 논의하고자 한다. 우선 전반적인 내용을 개관한 후 특히 주관적인 요건표지를 기준으로 구별되는 유형별로 나누어 살펴보도록 한다.

가. 개관

부실표시가 문제된 경우에는 당사자의 자유로운 의사결정으로 계약을 체결한 것이 아니기 때문에 그 계약의 효력을 유지할 것인지가 계약법에서 주로 문제가 된다.⁴⁰⁾ 즉 계약은 당사자의 자유에 의해 성립된 경우에만 당사자를 구속될 수 있다 할 것인데, 이러한 자유가 침해되었다고 볼 경우 효력을 부정하여 당사자를 계약의 구속력으로부터 해방시키는 것이 타당할 것이다.⁴¹⁾

부실표시가 존재한다고 하여 항상 계약의 효력에 영향을 미치는 것은 아니

39) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), pp.166-167.

40) 이러한 설명으로는 Chirelstein, *op. cit.*(fn.37), p.82 참조.

41) 이러한 요인으로는 영미법상 부실표시(misrepresentation), 강박(duress), 부당위압(undue influence)이 주로 논의된다. 물론 그 외에도 계약의 효력에 영향을 주는 경우로 착오(mistake), 행위능력(capacity) 등이 있을 수 있지만 자유를 '침해'당한 경우가 아니라는 점에서 앞의 경우와 구별된다.

다. 우선 문제되는 계약의 체결이 상대방이 부실표시를 정당하게 신뢰한 결과 여야 한다. 즉 부실표시가 상대방으로 하여금 계약을 체결하도록 유도(induce) 하였어야 한다.⁴²⁾ 당연하게도 계약이 부실표시와 무관하게 체결된 경우에는 그 계약의 효력은 부실표시를 근거로 다룰 수가 없다. 이러한 점은 상대방이 증명하여야 하는 것인데, 통상적으로 계약을 체결하는 당사자는 많은 사항들에 의해 영향을 받기 때문에 증명하기가 쉽지 않다고 할 수 있지만, 합리적인(reasonable) 사람이 영향을 받았다고 볼 수 있는 경우 이를 추정할 수 있다고 할 것이어서 오히려 표시자가 상대방이 부실표시를 신뢰하지 않았다는 증거를 제출해야 될 수도 있다.⁴³⁾

부실표시가 상대방으로 하여금 계약을 체결하도록 유도(induce)하여야 한다는 점과 상대방의 신뢰가 정당(justificable)하여야 한다는 점은 미국 계약법 리스테인먼트에서도 확인될 수 있는 내용이다.⁴⁴⁾

그리고 이러한 부실표시를 근거로 계약의 효력을 다투기 위해 고의, 과실이 필요한지가 검토되어야 하는데, 이러한 주관적 표지에 따라 부실표시의 유형을 나누어서 살펴보는 것이 더욱 의미가 있을 것이다. 이에 대해서는 목차를 달리하여 논의하도록 한다.

나. 주관적 표지에 따른 유형별 고찰

부실표시는 통상 그 주관적인 표지에 따라 사기에 의한 경우(이하 '사기 부실표시', 'fraudulent misrepresentation'), 과실에 의한 경우(이하 '과실 부실표시', 'negligent misrepresentation'), 그리고 선의인 경우(이하 '선의 부실표시', 'innocent misrepresentation')의 세 가지로 나누어진다.

사기 부실표시는 말 그대로 표시자가 사기의 의도를 가지고 그 사실이 거짓이라는 것을 알고 하는 부실표시를 말한다.⁴⁵⁾ 달리 말하자면 표시자(representor)

42) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.160.

43) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.160.

44) 전자의 요건에 대해서는 Restatement(Second) of Contracts, §167, 후자의 요건에 대해서는 Restatement(Second) of Contracts, §169/§171/§172 참조. 특히 §172에서는 신뢰를 정당화하지 못하는 잘못(fault)에 대하여 규정하고 있다.

가 표시가 사실이라고 믿지 않는 경우를 말한다고 할 수 있다.⁴⁶⁾

과실 부실표시는 사실로 믿을 합리적 근거없이 부주의하게 표시가 이루어질 때 발생한다.⁴⁷⁾ 표시자(representor)가 표시를 함에 있어 충분한 주의를 기울이지 않은 경우 혹은 그것이 사실이라고 믿을 정당한 근거가 없는 경우를 말한다.⁴⁸⁾

이에 반해 선의 부실표시는 고의는 물론 과실도 없는 경우를 말한다.⁴⁹⁾ 즉 선의 부실표시는 표시를 진정한 것으로 믿을 합리적 근거가 있는 경우에 존재할 수 있다.⁵⁰⁾

위와 같이 유형을 구분하는 것은 종래 부실표시는 사기의 경우에만 계약의 효력에 영향을 미치는 것으로 보다가 점차적으로 확대되었기 때문인 것으로 보인다. 영국 보통법(common law)상 원래 사기에 의한 경우만 계약취소가 가능했지만 형평법원(the courts of equity)은 사기에 의한 경우뿐만 아니라 모든 부실표시에 있어 계약취소가 가능하다고 보았다고 한다.⁵¹⁾ 부실표시와 관련하여 가장 주의할 점은 부실표시란 제도는 사기 부실표시, 과실 부실표시, 선의 부실표시의 집합이지, 단일한 의미의 부실표시란 것은 존재하지 않는다고 지적⁵²⁾하기도 한다.

하지만 미국 계약법 리스테이트먼트의 경우에는 부실표시가 계약의 효력에 영향을 미치기 위해서는 사기적(fraudulent)이거나 중대(material)하여야 한다고 하는데,⁵³⁾ 이에 따르면 사기적인 경우 중대할 필요가 없으며, 반대로 중대한 경우에는 사기적일 필요도 없다고 한다.⁵⁴⁾ 어떤 경우에 사기적이고 중대할지에 대해서는, 표시자가 사실이 아니라는 것을 알고 있거나, 사실이 아닐 수

45) 최명구, 전계논문(각주 4), 68면.

46) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.163.

47) 최명구, 전계논문(각주 4), 68면.

48) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.161/p.163.

49) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.159.

50) 최명구, 전계논문(각주 4), 69면.

51) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.161.

52) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), p.10.

53) Restatement(Second) of Contracts, §164.

54) Restatement(Second) of Contracts, §164, comment b.

있다는 점을 확신하지 못하거나, 근거없음을 알고 있는 경우를 사기적이라고 하여 보다 세분화하여 정하고 있고,⁵⁵⁾ 합리적인(reasonable) 사람에게 잘못된 판단을 내리게 하거나 특히 해당 상대방으로 하여금 잘못된 판단을 내릴 수 있게 하는 경우를 중대하다고 한다.⁵⁶⁾

위와 같이 미국 계약법 리스테인먼트의 경우는 별도로 과실 부실표시와 선의 부실표시에 대해서 언급하고 있지 않지만, 미국 불법행위법 리스테인먼트에서는 앞서 언급한 유형에 충실한 태도를 보이고 있다. 특히 계약법 리스테인먼트와는 달리 사기적일 경우에도 중대할 것을 요구하고 있는 점에서 차이가 있다.⁵⁷⁾ 미국 불법행위법 리스테인먼트에 따른 경우에는 정보를 얻거나 교환함에 있어 상당한 주의(reasonable care)와 노력(competence)을 기울이지 않은 경우를 과실이라고 하고,⁵⁸⁾ 사기나 과실이 아닌 경우를 선의로 파악하는데,⁵⁹⁾ 앞서 살펴본 내용과 마찬가지로 할 것이다.

따라서 부실표시의 유형에 대한 미국법의 태도에 대해서는 쉽게 결론내릴 수 없지만, 생각건대 미국 계약법의 경우에도 사기와 그 외의 경우로 나누어 볼 수 있고, 그 외의 경우 즉 과실과 선의의 경우에는 사기에서 요구되지 않은 중대성을 근거로 효과를 인정하고 있다고 보아도 무방할 것이다.

다. 효과

종래 부실표시를 근거로 계약의 효력을 다투는 것은 사기 부실표시에만 가능하다고 보는 시기도 있었지만, 현재는 위 세 경우 모두에 있어 계약의 효력을 다투 수 있다.⁶⁰⁾ 유형별로 판단에 차이가 있는 것은 당연하겠지만,⁶¹⁾ 구체

55) Restatement(Second) of Contracts, §162(1).

56) Restatement(Second) of Contracts, §162(2).

57) Restatement(Second) of Torts, §538. 참고로 이에 대해서 계약법 리스테인먼트의 부실표시에 대한 서문(introductory note)에서는 계약법의 요건이 불법행위법의 경우보다 덜 엄격(less stringent)하다고 소개한다.

58) Restatement(Second) of Torts, §552.

59) Restatement(Second) of Torts, §552C.

60) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.161에서는 부실표시가 사기, 과실 심지어는 선의로 이루어진 경우에 모두 계약취소가 가능하다고 한다. 최명구, 전제논문(각주 4), 72면에서도 부실표시

적인 사안마다 달라진다고 할 것이어서 이를 일반화하기는 쉽지 않다.

부실표시가 위에서 언급한 요건을 모두 충족시킨 경우에는 성립된 계약을 - 우리법상 개념에 비추어 보면- '취소(rescission)'할 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 즉 부실표시가 계약의 효력에 영향을 미칠 수 있을 정도가 되면 그 계약은 '무효화할 수 있는(voidable)'한 상태로⁶²⁾ '무효(void)'인 경우와 구별되고, 상대방의 행사여부에 따라 계약의 효력이 결정되게 된다. 또한 법원의 결정(court order)이 필요한 것이 아니라 상대방에게 통지(notice)함으로써 행사할 수 있고, 계약이 소급적(retrospective)으로 효력이 없어진다.⁶³⁾

앞에서 언급한 대로 취소와는 별도로 불법행위를 근거로 손해배상을 청구할 수 있는데,⁶⁴⁾ 각 유형에 따라 손해배상의 내용이 달라질 수 있지만,⁶⁵⁾ 여기서는 자세히 다루지 않는다.

3. 착오제도와와의 관계

위에서 논의한 바와 같이 부실표시도 이로 인해 잘못된 판단 하에 계약을 체결한 경우로, 결국 착오(mistake)의 문제라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 영미법에서도 착오를 별도로 규율하고 있기 때문에 양자의 관계에 대해서 살펴보는 것이

의 유형과 관계없이 효력면에서 차이가 없다고 서술하고 있다. 다만 영국의 경우에는 선의 부실표시에 있어서는 취소를 제한하고 대신해서 법원의 직권으로 손해배상을 명할 수 있다 (Misrepresentation Act 1967, section 2 참조).

61) 특히 미국 계약법 리스테인먼트의 경우를 살펴보면 유형을 달리 나누지는 않았지만, 표시자의 사기, 과실, 선의가 상대방의 신뢰가 정당인지 여부에 영향을 준다고 볼 수 있을 것이다.

62) Restatement(Second) of Contracts, §164에서도 마찬가지로 정하고 있다.

63) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), pp.161-162.

64) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.166에서는 각 구체책끼리는 서로 독립되어 있어 취소를 한 경우에도 여전히 손해가 있는 경우에는 이를 불법행위 등을 근거로 청구할 수 있다고 한다.

65) 특히 미국 불법행위법 리스테인먼트에서는 각 유형별로 손해배상의 내용에 제한을 가하고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Restatement(Second) of Torts, §549(사기 부실표시에서의 손해배상), §552B(과실 부실표시에서의 손해배상), §552C(2)(선의 부실표시에서의 손해배상) 참조.

66) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), p.2에서도 부실표시는 유발된 착오(induced mistake)로 착오의 일종이라고 서술하고 있다.

필요하다. 다만 본 논문에서는 부실표시를 논의하는 목적에서 필요한 범위 내에서만 간략히 소개하고자 한다.

가. 영미법상 착오제도

부실표시로 인해 착오가 유발된 경우는 부실표시에 규율하고 있기 때문에 영미법상의 착오제도는 그 외의 경우만을 다루는 것이 보통이다.⁶⁷⁾

영국법은 착오를 근거로 구제책을 인정하는 것에 대해서는 매우 신중한 태도를 취하고 있는데, 이는 거래의 안정(security of contract)과 상대방의 신뢰(expectation of contract party)를 보호하기 위해서라고 한다.⁶⁸⁾ 또한 일반적으로 말하면 계약당사자는 계약을 할 것인지 여부를 스스로 조사하고 결정하여야 하며 이에 대해 착오가 발생한 경우에는 그것이 상대방의 언급이나 행위에 의해 유발된 것이 아닌 한 스스로를 비난할 수 있을 뿐이고, 이렇게 성립한 계약의 효력을 사후적으로 부정하는 것을 꺼리는 것이 법의 전통적인 입장이라고 한다.⁶⁹⁾ 그리고 이에 대해 대륙법계에서 계약당사자(contracting party)의 합의(consent)에 더 중점을 두면서 상대적으로 착오취소를 넓게 인정하는 것에 반하여, 영국법은 착오 자체로 계약의 효력을 부정하는 것에 대해서는 매우 신중하고, 대신에 그러한 착오에 대해 상대방이 책임을 지는지에 더 관심을 기울인다고 분석하기도 한다.⁷⁰⁾

67) 착오의 경우는 계약의 무효가 착오를 주장하는 자 자신의 착오에 따른 것인지 상대방이 어떤 잘못(wrong)을 하였다는 것에 근거하는 것이 아니므로 부실표시가 종종 불법행위법상의 손해배상청구권을 발생시키는 것과는 달리 통상적으로 손해배상의 문제는 발생시키지 않는다(Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.147).

68) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), pp.404-407.

69) Atiyah, *op. cit.*(fn.12), p.80. 이 문헌 p.86/p.88에 따르면, 영국법에서 서로의 객관적인(objective) 의사가 불일치하여 합의가 없다고 볼 수 있는 경우나 의사의 내용이 지나치게 모호하여 계약이 갖추어야 할 확정성(certainty)를 갖추지 못한 경우가 아닌 한, 착오가 유효하게 성립된 계약의 효력을 부정하는 것은 극히 드문 일이라고 하고, 더욱이 물건의 품질(quality)에 대한 착오가 있는 경우에는 많은 경우 품질에 대한 묵시적 보증(implied warranty)가 있는 것으로 보아 매수인이 의도했던 물건을 받지 못한 경우 계약위반의 문제로 해결하기 때문에 착오의 영역은 더욱 좁아진다고 한다.

70) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), p.538.

다만 영국법에서 착오의 경우에도 계약의 효력을 부정하는 경우가 있는데, 이는 공통의 착오(common/shared mistake)의 경우⁷¹⁾이다. 그러나 이 경우에도 엄격한 요건 하에 예외적으로만 허용되는데, 그 착오가 매우 중대하여(fundamental) 계약의 목적(subject-matter)을 본질적으로 변경시키고, 계획되었던 이행이 불가능한 것에 이르렀을 때에만 당사자 모두에게 공통된 착오가 있음을 이유로 계약을 무효로 할 수 있다고 한다.⁷²⁾

미국 계약법 리스테이트먼트에서도 위와 같이 상대방의 부실표시 등으로 영향을 받지 않은 순수한 형태의 착오를 규정하고 있는데, 착오를 쌍방 당사자의 착오(mistake of both parties)⁷³⁾와 일방 당사자의 착오(mistake of one party)⁷⁴⁾로 나누되, 후자의 경우가 훨씬 더 제한적으로 그 효과가 인정될 수 있다고 한다.⁷⁵⁾

나. 부실표시제도와와의 관계

착오도 부실표시의 경우와 마찬가지로 계약의 효력을 부정할 수 있다.⁷⁶⁾ 양

71) 당사자 일방의 착오(unilateral mistake)만으로는 그 착오가 계약체결의사 결정에 있어 아무리 중요한 역할을 한다고 하더라도 그것만으로는 계약의 효력을 부정할 수 없다고 한다 (Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.155). 착오의 유형은 학자에 따라 착오를 일방적인 착오(unilateral mistake)와 공통된 착오(common or shared mistake)로 나누는 경우, 계약에 미치는 영향에 따라 당사자의 합의(consent)를 성립시키지 않는 착오(a mistake “negatives”)와 효력을 부정하는 착오(a mistake “nullifies”)로 나누는 경우, 착오가 어떻게 만들어졌는지에 따라 상대방 혹은 제3자에 의한 착오와 착오자 자신에 의한 착오로 나누는 경우도 있다. 자세한 내용은 Cartwright, *op. cit.*(fn.31), pp.400-403 참조.

72) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.159.

73) Restatement(Second) of Contracts, §152.

74) Restatement(Second) of Contracts, §153.

75) Restatement(Second) of Contracts, 착오(mistake)에 대한 서문(introductory note) 참조.

76) 영국법에서의 착오의 효과를 무효(void)로 본다. 착오로 인해 무효가 될 경우에는 선의의 전득자에 대해서도 대항할 수 있다는 점에서 취소(rescission)의 경우와 구별된다(영국법상 무효와 취소의 차이점에 대해서는 Cartwright, *op. cit.*(fn.5), pp.145-147 참조). 다만 미국 계약법 리스테이트먼트에서는 착오의 효과를 '무효화할 수 있는(voidable) 것'으로 파악하고 있다.

참고로 착오의 효과로서 계약내용의 수정(Rectification)이 인정되기도 하는데, 이는 계약이 문서로 되어 있을 경우 계약을 무효화시키는 것이 아니라 자신이 이해했던 내용대로

자의 차이로는 착오를 근거로 한 계약 효력의 부정은 매우 엄격하게 인정됨에 반하여 부실표시가 문제된 경우에는 비교적 손쉽게 계약을 취소할 수 있다는 점이다. 이러한 차이는 착오를 이유로 한 취소는 거래의 안정을 어지럽히지만, 부실표시의 경우에는 자신에게 잘못(fault)이 없는 경우에도 표의자의 착오를 유발하였기 때문에 스스로가 거래를 신뢰할 수 있는 기반을 박탈하였기 때문이다.⁷⁷⁾

이러한 실제에 있어서는 착오가 존재하는 경우 우선적으로 부실표시에 의해 해결하고자 하고, 부실표시에 의해 구제되지 못할 경우에 착오를 문제삼는다.⁷⁸⁾ 이러한 사항은 미국의 계약법 리스테이트먼트에서도 그대로 인정하고 있다.⁷⁹⁾ 물론 이와 같은 서술이 부실표시의 경우에도 착오를 근거로 계약의 효력을 다투는 것도 당연함을 부정하는 것은 아니다.

III. 우리법과의 비교와 우리법에의 시사점

이상에서 영미계약법상 부실표시에 대한 내용을 개념과 내용, 요건과 효과를 중심으로 살펴보았고 관련되는 범위 내에서 영미계약법상의 착오제도에 대해서도 소개하였다. 본 논문에서는 이상의 내용을 우리법과 비교하고 더 나아가 우리법의 논의에 시사할 수 있는 점은 무엇인지에 대해서 논의하고자 한다. 이와 같은 비교법적 연구는 자칫 우리법제도와 충분히 비교되지 못하는 상태에서 맹목적으로 받아들여질 수 있으므로 본 논문에서는 우선 우리법제도와 비교를 시도한 후 이를 바탕으로 새로운 사고의 기회를 모색한다는

수정하는 방식으로 이루어지며, 형평법상의 구체적이고 오직 서면계약(written contract)의 경우에만 적용된다. 이에 대해서는 Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.409 참조. 다만 본 논문에서는 더 이상의 자세한 논의는 하지 않는다.

77) Cartwright, *op. cit.*(fn.5), p.159.

78) Cartwright, *op. cit.*(fn.31), pp.1-2.

79) Restatement(Second) of Contracts, 부실표시(misrepresentation)에 대한 서문(introductory note)에서도 부실표시의 경우 착오가 문제된다고 하면서도 착오에 빠진 자가 부실표시를 주장하는 것이 더 선호된다는 점을 지적하고 있다.

차원에서 접근하고자 한다.

1. 우리법과의 비교

부실표시와 같은 제도는 우리법과 같은 대륙법계에서는 찾아볼 수 없는 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 문제의 상황에 대해 우리법이 어떻게 대처하고 있는지를 통해 관련제도를 살펴보는 것이 필요하다. 그리고 난 후 영미법상 부실표시제도와 우리법의 관련제도를 비교하도록 한다.

가. 우리법상의 관련제도

앞에서 소개한 바와 같이 영미계약법상 부실표시가 당사자가 자신의 자유로운 의사결정에 의하지 않고 체결한 계약에 구속되는 것을 방지하기 위한 기능을 한다는 것에 중점을 둔다면, 먼저 우리 민법 제110조에 규정된 사기취소제도가 이와 관련된다고 할 수 있다.⁸¹⁾

민법 제110조는 “사기에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 법문의 지나치게 간단한 표현으로 인해 대부분이 해석론에 맡겨져 있다고 할 것인데, 상대방의 기망행위에 의해 착오에 빠져 의사표시를 한 자는 사기취소를 주장함으로써 자신의 의사표시를 취소할 수 있다고 일반적으로 받아들여지고 있다. 이러한 사기취소가 인정되는 취지는 민법의 최고원리인 ‘사적자치’를 실천하는 법률적 수단인 법률행위의 구성요소인 의사표시는 표의자의 자유로운 의사결정에 기한 것이어야 하고, 그러므로 타인의 사기와 같은 위법한 간섭 내지 참견에 의하여 자유로운 의사결정이 방해된 상태에서 행하여진

80) 다만 최근 일본 채권법 개정 논의와 관련하여 의사표시와 관련하여 별도로 계약해소를 인정하는 규정을 두자는 제안이 있었다. 각각 개정안을 준비한 대표학자의 이름을 따서 우치다안(案)과 가토안(案)이라고 불리는데(그 자세한 내용에 대해서는 서희석, “일본 민법개정시안에 있어서 소비자법의 위치”, 『재산법연구』 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 349-410면 참조), 이후 일본 법무성에서 진행된 개정논의에서는 제외된 것으로 보인다.

81) 최명구, 전제논문(각주 4), 64면에서도 마찬가지로의 점을 지적하고 있다. 다만 이 견해에서는 우리민법상 사기와는 명백히 구별될 수 있다고 덧붙이고 있기도 하다.

의사표시에 대하여는 완전한 효력을 인정할 수 없음은 '사적 자치의 원칙'상 당연한 것이라고 하면서, 이러한 이유에서 민법은 사기와 같은 타인의 부당한 간섭에 의하여 자유롭지 못한 상태에서 의사결정을 하고, 이에 기한 의사표시를 한 경우에는 그 의사표시를 취소할 수 있도록 규정하고 있다고 한다.⁸²⁾

민법 제110조에 의해 계약을 취소할 수 있기 위해서는 고의가 있어야만 한다.⁸³⁾ 즉 고의 없이 과실에 의하여 표의자를 착오에 빠뜨린 경우에는 제110조는 적용되지 않는다.⁸⁴⁾ 이러한 고의는 표의자를 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의와 착오에 기하여 의사표시를 하게 하려는 고의, 즉 2단계의 고의가 있어야 하는데, 이 둘 중 어느 한쪽에 고의가 아니라 과실이 개재되었다면, 사기에 의한 의사표시가 성립하지 않는다는 것이 다수견해의 입장이다.⁸⁵⁾

이에 따르면 우리 민법 제110조의 사기취소제도는 영미법상 부실표시 중 특히 '사기 부실표시'에 해당한다고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 그렇다면 그 외의 부실표시, 즉 '과실 부실표시'와 '선의 부실표시'의 경우에는 우리법에서 규율하고 있지 않다고 볼 것인가? 다시 말해, 부실표시와 같이 잘못된 사실을 상대방에게 표시함으로써 상대방이 착오에 빠져 계약을 체결하게 된 경우에 그러한 표시행위가 고의에 의한 것이 아니라면 우리법에서는 계약의 효력을 다룰 수 없는

82) 김대정, 「민법총칙」, 피데스, 2012, 919면.

83) 예컨대 송덕수, 「신민법강의(제4판)」, 박영사, 2011, 201면; 지원림, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011, 273면. 그러나 이에 대해 민법상의 사기는 형법상의 사기죄와는 달리 과실 있는 경우에도 피사기자를 구제해야 할 필요성이 클 뿐만 아니라, 민법은 채무불이행책임·불법행위책임 등 전반에 걸쳐 고의와 과실을 동등하게 취급하고 있으므로 특히 사기행위의 취소에 관해서만 과실을 배제할 이유가 없고, 사기로 인한 취소제도는 거래당사자의 진실표시의무·고지의무·경고의무·진실광고의무를 준수하도록 유도되어야 하며 사기자의 고의에 대하여 응징하는 제도로서 편협하게 운영되어서는 안 될 것이며, 고의필수설을 취하면서 침묵에 의한 사기행위를 인정하는 것은 이론구성상 무리가 생기고, 소비자가 사업자의 고의를 입증하는 것은 매우 어려우며 사업자의 주의의무위반이 있으면 취소를 인정함으로써 피사기자를 보호해야 한다는 견해(이은영, 「민법총칙(제5판)」, 박영사, 2009, 544면 참조)도 있다.

84) 김대정, 전계서(각주 82), 2012, 925면.

85) 예컨대 지원림, 전계서(각주 83), 273면.

86) 물론 어떠한 경우에 고의(scienter)를 인정할 수 있을지에 대해서는 차이가 있는 것으로 볼 수 있다. 어떠한 경우에 부실표시가 사기적일 수 있는지에 대해서는 Restatement(Second) of Contracts, §162(1) 참조.

것인가? 물론 위와 같은 경우에 착오가 존재하고, 우리법도 민법 제109조에서 착오취소제도를 규정하고 있기 때문에 이를 근거로 성립된 계약의 효력을 다룰 수 있게 된다. 하지만, 민법 제109조는 상대방이 잘못된 사실을 표시하였는지와 같은 사항은 고려하지 않은 채 취소여부를 결정하게 된다.⁸⁷⁾ 즉 민법 제109조는 ‘착오로 인한 의사표시’라는 표제 아래 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.”고 규정하고 있는데,⁸⁸⁾ 이와 같이 민법 제109조가 표의자의 사정만을 고려하는 것을 보면,⁸⁹⁾ 영미계약법상의 부실표시와 관련이 있다고 보기는 어렵다.⁹⁰⁾

하지만 우리법의 경우에도 영미법상의 ‘과실 부실표시’와 ‘선의 부실표시’에 해당되는 이론이 존재하는데, 판례에 의해서 생성·발전된 ‘상대방에 의해 유발된 착오’의 법리가 바로 그것이다. 즉 착오를 근거로 계약의 효력을 다투는 경우에 대법원은 상대방이 유발하였다는 사정에 기초하여 착오취소를 인정하는데 이 경우 민법 제109조의 법문상의 요건은 크게 의미를 가지지 않는다.⁹¹⁾

87) 이러한 측면에서 우리법상 착오취소제도도 영미법상의 착오제도와 유사하다고 볼 점 있다고 하겠다.

88) 이러한 법의 규정내용에 대해, 우리 민법은 ‘법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있을 것’과 ‘표의자에게 중대한 과실이 없을 것’이라는 요건을 통해 착오취소를 제한함으로써 상대방을 보호하여 표의자와 상대방 사이의 이해관계를 조절하는 것으로 일반적으로 이해되고 있다(예컨대 지원림, 전거서(각주 83), 247-248면/261면 참조). 이들 요건 가운데 중과실 표시는 동 조항의 구성이 보여 주듯이 단지 취소배제사유로서 비교적 소극적인 요건으로만 활용되고 있을 뿐인 반면, ‘법률행위의 내용’이라는 수식어에 의한 제한을 받는 중요부분이란 판단요소는 표의자가 본질적이지 않은 사정에 관한 착오를 이유로 하여 법률행위의 구속으로부터 벗어나고자 하는 것을 방지함으로써 착오위험의 적절한 분담에 관하여 중요한 역할을 담당하고 있다고 보다 세분화하여 설명하는 견해(김상중, “동기의 착오에 관한 판례법리의 재구성을 위한 시론적 모색”, 『사법질서의 변동과 현대화(김형배교수고회기념논문집)』, 김형배교수고회기념논문집간행위원회, 2004, 4면)도 있다.

89) 지원림, “타인의 기망행위에 의하여 유발된 착오의 취소 -대상판결: 대법원 2005.5.27. 선고 2004다43824 판결(판례공보 229호, 1025면)-”, 『민사법학』 제32호, 한국민사법학회, 2006, 93면에서는 착오취소의 요건으로 상대방 측의 사정은 원칙적으로 고려되지 않는다고 한다. 하지만 실제 운용에 있어 이미 상대방의 보호가치가 고려되고 있다는 지적(양창수·김재형, 『계약법』, 박영사, 2010, 669면)이 제시된 바 있다.

90) 특히 우리의 착오취소제도는 동기의 착오를 원칙적으로 배제하는데(다만 일정한 요건, 예컨대 ‘동기의 표시’, 하에 동기의 착오도 포섭하는 것이 일반적이다), 부실표시에서는 동기의 착오가 주로 문제된다는 점에서도 양자의 관련성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

학설들도 일반적으로 대법원의 이러한 태도에 대해서 긍정적인 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.⁹²⁾ 그런데 이 법리에 의할 경우에 착오취소를 인정하기 위한 요건은 ‘착오를 상대방이 유발하였을 것’ 밖에 없는데, 어떠한 경우가 이에 해당할 지에 대해서는 정확한 내용을 파악하기가 어렵다. 특히 주관적인 요건표지에 대해서는 상대방이 잘못된 정보를 제공함으로써 착오의 원인을 제공하였음에도 불구하고 그에게 과실이 없다는 이유만으로 위협을 착오자에게 전가하는 것은 부당하기 때문에 상대방의 과실 여부는 취소의 요건이 아니라고 하는 견해⁹³⁾와 착오가 상대방에 의하여 -고의에 기하여든, 과실에 기하여든 아니면 상대방에게 전혀 과책이 없든 따지지 않고 또한 적극적인 기망행위에 의하든 아니면 침묵에 의하든 관계없이- 유발된 경우에 상대방의 신뢰가 보호가치 없는 것이어서 원칙적으로 취소가 허용된다는 견해⁹⁴⁾에서

91) 예컨대, 대법원 1997.8.26. 선고 97다6063 판결. 또한, 위 판결에 따르면 상대방이 유발한 착오의 경우 별다른 근거의 제시없이 동기의 착오를 법률행위의 내용의 착오로 파악하여 민법 제 109조의 적용범위를 확장하고 있다. 하지만 판시사항을 면밀히 살펴보면, 여전히 기존의 요건표지를 언급하고는 있음을 주의할 필요가 있다. 다만 착오가 상대방에 의해 유발되었다고 보는 경우에 이러한 표지의 인정여부를 근거로 착오취소를 부정하지는 않는 것으로 보인다.

92) 지원림, 전거서(각주 83), 252-264면에서는 동기가 상대방에 의하여 제공되었거나 유발된 경우에 ‘상대방의 보호가치가 부정되므로’ 동기의 표시여부와 무관하게 취소가 인정되어야 하고, 착오의 중대성이 인정되지 않는 경우에도 상대방이 착오를 유발하였다면 취소가 허용된다고 하며, 상대방에 의하여 착오가 유발된 경우에는 중대한 과실이 없음을 추단할 수 있다고 하는데, 이에 따라 판례의 태도를 표의자의 (동기)착오가 상대방에 의하여 유발되었다는 점은 원칙적으로 동기의 표시라는 요건, 법률행위의 중요부분이라는 요건 및 중대한 과실이라는 요건 전부에 일정한 영향을 미친다고 평가하면서, 앞의 요건들이 표의자와 상대방 사이의 이해관계를 조절하기 위한 기준으로 기능하는데, 표의자의 (동기)착오를 유발한 상대방의 보호가치가 부정된다는 점에서 이러한 판례의 태도는 충분히 수용될 수 있을 것이라고 한다. 그리고 김상중, 전거논문(각주 88), 15면에서도 표의자의 잘못된 관념이 표의자가 아니라 상대방에 의하여 유발된 경우에는 그로 인한 불이익 역시 표의자가 아니라 그 착오의 위협을 생성 또는 실현케 한 상대방에게 부담하도록 하는 것에 대해서는 아무런 의문이 들지 않는다고 하여 표의자의 착오가 상대방으로부터 유발된 경우에 그에 따른 불이익을 상대방에게 부담시키고 있는 대법원의 판결태도는 정당하다고 지지한다.

93) 윤진수, “민법상 착오규정의 입법론적 고찰 -민법개정위원회에서의 소수의견-”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당송상현선생화갑기념논문집), 심당송상현선생화갑기념논문집간행위원회, 2002, 59-60면.

94) 지원림, 전거논문(각주 89), 109-110면. 이 견해는 표시상대방에게 기망의 고의가 없었더라도 표의자의 착오를 유발하였다는 점에서 이미 상대방의 보호가치 있는 신뢰가 부정되기 때문이라고 한다. 그러나 지원림, “착오에 관한 약간의 문제제기”, 『재산법연구』 제22권 제2호, 한국재산법학회, 2005, 14-15면에서는 상대방이 과실로 또는 전혀 과책없이 표의자의

과실은 물론 무과실의 경우에도 취소가 인정될 수 있다고 한다. 우리법에서 과실이나 심지어는 무과실의 경우에도 상대방이 착오를 유발한 것을 근거로 이미 성립한 계약의 효력을 부정할 수 있는지에 대해서는 추가적인 논의가 필요하겠지만,⁹⁵⁾ ‘상대방에 의해 유발된 착오’는 영미법상의 부실표시 중, ‘과실 부실표시’, ‘무과실 부실표시’와 관련된 제도라고 할 수 있을 것이다.

나. 비교법적 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 영미법상의 부실표시제도가 규율하는 바는, 우리법에서는 민법 제110조의 사기취소제도와 민법 제109조를 수정한 ‘상대방에 의해 유발된 착오’의 법리가 규율하고 있다고 할 수 있다.

그리고 이미 살펴본 바와 같이 행위의 대상으로서 원칙적으로 사실에 제한하는 태도나, 적극적인 작위 이외에 부작위의 경우도 포함하는 태도는 기본적으로 우리법의 논의와도 일치한다고 볼 수 있다. 전자에 대한 논의는 명확히 확인하기 어려우나 우리법에서도 달리 볼 것은 아니고, 후자의 경우에 대해서는 사기의 원칙적인 모습은 상대방의 적극적인 행위에 의한 경우인데, 일정한 사실을 알려주지 않고 침묵한 경우, 즉 부작위에 의한 사기도 인정하는 것이 일반적⁹⁶⁾이라는 점에서 확인할 수 있고, 상대방이 유발한 착오의 경우에는 문제된 대부분의 경우도 적극적인 작위에 의해 유발된 경우이고 관련논의도 명확하게 이루어진 것은 아니지만 마찬가지로 볼 수 있다고 하겠다. 즉 결과적으로는 같은 문제에 대해 유사한 대응을 하고 있다고 할 것이다.

다만 그 구체적인 내용에 있어서는 세세한 차이도 있다. 특히 미국 계약법

착오를 유발한 경우에도 표의자의 취소권이 인정되어야 하는지에 대하여 의문이 있을 수 있다고 한 후, 상대방이 과실에 기하여 표의자의 착오를 유발하였다면 보호가치의 측면에서 표의자보다 열위에 놓이기 때문에 표의자의 취소가 허용되어야 하는 반면 상대방이 과책없이 표의자의 착오를 유발한 경우에는 대체로 공통의 착오에 해당한다고 한다.

95) 이미 성립한 계약의 효력을 유지할 것인지는 결국 이를 둘러싼 양당사자의 이익을 비교衡量하여 결정하여야 하기 때문이다.

96) 예컨대, 송덕수, 전게서(각주 83), 201면; 지원립, 전게서(각주 83), 273면. 대법원도 “고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당(대법원 2006.10.12. 선고 2004다48515 판결)” 한다고 판시한 바 있어 마찬가지로 입장을 취하고 있다.

리스트레이트먼트에서의 내용을 참조하면 사기의 경우에 요구되는 고의의 수준에 대해서 우리법의 엄격한 태도에 비추어 볼 때 영미법과 우리법이 정확히 일치하는지는 검토를 요한다고 할 것이고, '사기 부실표시'에 있어 중대성이 요구되지 않는다는 것도 -미국 불법행위법 리스트레이트먼트에서는 사기의 경우에도 중대성을 요구하지만- 기망행위의 위법성을 토대로 사기를 인정하는 우리법⁹⁷⁾에 있어서 그대로 받아들일 수 있을지 의문이다. 또한, 영미의 경우는 우리의 경우보다 세분화하여 그 내용에 차이를 둔 것도 차이점이라고 할 수 있다.⁹⁸⁾

하지만 무엇보다 본 논문에서는 착오가 문제되는 경우를 상대방의 잘못된 행위(wrong)에 의해 유도(induce)된 경우와 순수한 착오의 경우와 구별하여 부실표시로 파악하여 보다 손쉬운 구제책을 인정하고, 다시 이를 '사기 부실표시', '과실 부실표시', '선의 부실표시'로 나누어 규율한 것에 주목하고자 한다. 자세한 사항은 목차를 달리하여 논의한다.

2. 우리법에의 시사점

앞서 언급한 바와 같이 영미법상 부실표시제도가 규율하는 영역은 우리법

97) 왜냐하면 이 경우의 위법성을 판단함에 있어 중대성, 즉 의사결정에 영향을 줄 수 있는지 여부가 매우 중요하기 때문이다. 그리고 이러한 행위의 위법성은 사기의 경우뿐만 아니라 상대방이 착오를 유발한 경우에도 그대로 적용된다. 대법원 2001.5.29. 선고 99다55601,55618 판결을 보면 다소의 과장 허위가 수반되는 경우에도 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 경우에는 사기취소(민법 제110조)가 되지 않음은 물론 착오를 유발한 것으로도 볼 수 없다고 판시한 바 있고, 마찬가지로의 판결로 대법원 2009.3.16. 선고 2008다1842 판결에서도 상품의 허위·과장 광고가 문제되었지만, 기망성이 결여된 경우에 있어 이 사건 동기의 착오가 피고들이 부정한 방법으로 유발된 것이라고 보기 어렵다고 하여 수분양자의 착오취소도 인정되지 않았다.

98) 이러한 관점에서 영미의 경우는 보다 합리적인 규율을 해 나가고 있다고 볼 수도 있는데, 이러한 부분은 앞으로 우리법에 대한 논의를 진행함에 있어 참고하여야 할 부분이다. 의견, 약속 등 부실표시의 대상에 대한 부분도 그렇고, 본 논문에서는 상세히 논의하지 않았지만 부실표시를 근거로 손해배상을 청구하는 경우의 유형별 차이는 비교법적으로 가치가 크다고 할 것이다. 특히 미국 불법행위법 리스트레이트먼트의 유형별 차이에 대해서는 Restatement (Second) of Torts, §549(사기 부실표시에서의 손해배상), §552B(과실 부실표시에서의 손해배상), §552C(2)(선의 부실표시에서의 손해배상) 참조.

에서는 민법 제110조와 민법 제109조를 수정한 '상대방에 의해 유발한 착오'의 법리가 규율하고 있고, -세세한 차이에 대해서는 논외로 하고- 결과적인 측면에서는 크게 다르지 않은 규율을 하고 있다고 할 수 있지만, 그 접근방식에 있어서는 차이를 보인다는 점을 확인했다. 즉, 영미에서는 이를 부실표시라는 하나의 통일된 관점에서 문제의 상황들을 규율하지만, 우리법의 경우에는 민법 제110조의 사기취소제도와 민법 제109조를 중심으로 한 착오취소제도가 각각 적용된다. 물론 어차피 사기의 경우에도 착오가 문제되기 때문에 마찬가지로 볼 수도 있겠지만, 민법 제110조와 제109조는 그 구조와 요건에서 많은 차이를 보인다. 아래에서는 이러한 관점에서 우리법이론의 문제점을 진단하고 영미법의 접근방식의 토대로 이를 해결하고자 시도해 볼 것이다.

가. 우리법이론의 문제점 진단

문제점은 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리를 실제 운용함에 있어서 발견된다. 앞서 언급한 바와 같이 우리 법원은 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리를 통해 영미법상의 '과실 부실표시'와 '선의 부실표시'의 경우를 규율하고 있다고 볼 수 있다. 이미 소개한 바와 같이 이러한 법리는 학설에서도 일반적으로 지지하고 있고, 결과적 타당성면에서, 그리고 특히 이러한 법리를 통해 기존의 착오취소제도가 가지는 상대방의 신뢰를 보호하지 못하는 문제점을 해결할 수 있다는 점에서도 타당하다고 할 것이다.⁹⁹⁾

하지만 위 법리는 기존의 법문을 형해화했다는 점에서 해석론상의 한계를 뛰어넘었다는 문제점이 있다. 즉 이러한 법리는 기형적이고 파괴적인 관습법의 형성이라고 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 물론 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리에 대한 대법원 판결을 보면, 그것이 결정적인 기준이 되지 못함에도 불구하고 여전히 기존의 요건들을 실시하고 있는 것을 확인할 수 있다. 예컨대, 이미 앞서

99) 뿐만 아니라 우리민법 제109조의 착오취소제도의 규정상 협소함으로 인한 문제(특히, 동기 착오의 포섭 문제)를 이 법리를 통해서 해결하고 있다고 볼 수 있다.

100) 김상중, 전제논문(각주 88), 31면에서도 (물론 이 견해는 이 법리에 대해서 지지하지만: 저자 주)판례가 제109조 제1항에 관한 입법자의 협소한 규율의도를 뛰어넘어 고유한 착오법리를 불문의 형태로 형성·발전시켜 왔다고 평가하고 있다.

소개한 대법원 1997.8.26. 선고 97다6063 판결에서는 “위 진정한 경계선에 관한 착오는 원고가 위 금원지급약정을 하게 된 동기의 착오라 할 것임은 상고 이유에서 논하는 바와 같으나, 원심이 인정한 사실에 따르면 그와 같은 동기의 착오는 피고측의 강력한 주장에 의하여 생긴 것으로서 이 사건 약정의 체결에 있어서 원고는 그 동기를 의사표시의 내용으로 표시하였다고 보아야 하고, 또한 원고로서는 그와 같은 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 아니하였으리라고 생각될 정도로 중요한 것이고, 보통 일반인도 원고의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 아니하였으리라고 생각될 정도로 중요한 것이라고 볼 수 있으므로 원고의 위 금원지급의사표시는 그 내용의 중요 부분에 착오가 있는 것이 되어 원고는 이를 취소할 수 있다 할 것이다.”라고 판시하였다. 이에 대해, 판례가 상대방이 유발한 착오의 경우에는 법률행위의 내용의 중요부분이라는 요건도 문제삼지 않는다고 지적한 견해¹⁰¹⁾도 있지만, 대법원은 형식적으로나마 법률행위의 내용에 대한 착오의 중대성 요건을 문제삼은 것으로 보인다. 대법원의 이와 같은 고집은 민법 제109조에 대한 해석론으로서 너무나 당연하다고 하겠지만, 그것이 판단의 기준으로 작용하지 못하는 한 오히려 그 기준을 알 수가 없게 함으로써 더 부정적일 수 있고, 또한 불필요한 사고를 유발함으로써 소모적이라고도 할 수 있을 것이다.

나. 문제해결을 위한 시론

앞서 소개한 바와 같이 영미법에서는 부실표시를 상대방이 유발한 착오로 파악하여 순수한 착오의 경우와 구별하고, 부실표시를 근거로 할 경우에는 보다 손쉽게 계약의 효력을 부정할 수 있지만 착오를 근거로 할 경우에는 매우 엄격한 요건 하에 예외적으로만 계약의 효력을 다룰 수 있도록 하고 있다.

위와 같은 태도는 우리법에도 적용한다면, ‘상대방에 의해 유발된 착오’의 경우를 착오취소제도가 아닌 사기취소제도의 확장으로 파악하여 사기취소제도와 마찬가지로 규율하는 것이 가능하게 된다. 어차피 사기의 경우에도 착오

101) 지원립, 전계서(각주 83), 261면.

가 문제되기 때문에 이렇게 구성하는 것이 논리적으로 불가능하지도 않다.¹⁰²⁾ 그리고 이러한 사고의 전환은 '상대방에 의해 유발된 착오'가 구조적으로 착오의 경우보다 사기의 경우와 더 유사하다는 점에서 타당성을 가진다. 즉 '상대방에 의해 유발된 착오'도 사기와 마찬가지로 사실과 다른 잘못된 표시를 문제삼아¹⁰³⁾ 그러한 표시가 계약의 성립에 영향을 미쳤을 경우 계약을 무효화시키는 구조이다. 단지 주관적인 표시로서 표시자의 고의가 존재하는지에 따라 구별될 수 있을 뿐이다.

이와 같이 파악한다면 이와 관련하여 기존에 논의되던 문제점으로 지적된 몇가지를 한꺼번에 해결할 수 있게 된다. 우선 기존에 사기취소제도의 엄격성을 지적하면서 고의 요건을 완화하여야 한다고 한 견해¹⁰⁴⁾는 위와 같은 구조 속에서는 더 이상 의미를 갖지 못한다. 그리고 '상대방에 의해 유발된 착오'의 법리가 현재의 착오취소규정과 부합하지 못하는 것도 위 법리를 착오취소제도와 구별하여 이해함으로써 더 이상 문제가 되지 않는다. 이에 따라 대법원도 상대방이 유발한 정황이 있는 경우 더 이상 법문의 요건을 불필요하게 언급할 필요없이 어떠한 경우에 상대방이 유발하였다고 볼 수 있는지에 집중할 수 있게 된다.¹⁰⁵⁾ 지금까지는 오히려 상대방이 유발한 정황으로 기존의 요건이 충족된다는 식으로 접근하고 있었는데, 논리의 비약이 있을 뿐만 아니라 정작 필요한 논의 자체에 집중하지 못했다고도 할 수 있다.

102) 이런 입장에서 사기도 결국은 고의로 착오를 유발한 경우에 불과하다고 할 것이다.

103) 앞서 소개한 바와 같이 '상대방에 의해 유발된 착오'의 경우에도 사기에서와 마찬가지로 위법성이 요구된다는 점에서도 동일하다. 각주 97 참조.

104) 이은영, 전거서(각주 83), 544면.

105) 앞에서 지적한 바와 같이 우리법의 경우 이에 대한 논의가 아직 부족하기 때문에 앞으로 많은 연구를 통해 보충되어야 할 것이다. 사기의 경우와 같이 표시자의 보호가치를 확실히 부정할 수 있는 경우와는 달리 과실과 선의의 경우에는 표시의 상대방의 이익과 비교형량하는 것이 반드시 필요하다고 할 것인데, 이 경우 상대방의 과실 유무도 중요한 기준이 될 수 있다. 특히 이와 관련하여서 미국 계약법 리스태이트먼트를 참고할 수 있을 것인데, 이에 따르면 정당한 신뢰에 대한 요건을 통해 계약의 효력을 부정하는 것에 대한 당사자 간의 비교형량을 하는 부분이 주목할 만하다. 특히, 앞에서 소개한 대로 Restatement (Second) of Contracts §172에서는 신뢰를 정당화하지 못하는 잘못(fault)에 대하여 규정하고 있다. 다만 서론에서도 언급한 바와 같이 관련된 상세한 논의는 차후로 미루고 본 논문에서는 문제점을 지적하는 것에 그치도록 한다.

그리고 '상대방에 의해 유발된 착오'를 착오취소와 분리하는 것은 착오취소 제도의 이해를 위해서도 도움이 된다. 주지하다시피 착오취소에 대한 민법 제 109조는 2000년 이후에 진행된 두차례의 민법 재산편 전면개정 시도에서 매번 문제되었을만큼 이 규정의 문제점에 대해서는 전반적인 공감대가 형성되어 있는 듯하다. 현행 착오취소제도의 문제점으로 지적되는 내용은 동기의 착오를 포섭하지 못하는 문제, 표의자 중심의 요건으로 인해 선의인 상대방의 신뢰를 보호하지 못하는 문제 등이 지적된다.¹⁰⁶⁾

그런데 위와 같이 '상대방에 의해 유발된 착오'의 경우를 사기취소제도와 관련시켜 이해하게 되면, 착오취소에 대한 민법 제109조는 법문 그대로 운용해도 크게 문제가 되지 않는다. 오히려 상대방이 유발하지 않는 한 착오를 근거로 하여 계약의 효력을 부정하는 것은 -영미법의 경우와 마찬가지로- 매우 엄격하게 인정하는 것이 타당할 것이다. 동기의 착오를 취소가능한 착오의 대상에서 제외하는 것은 동기의 착오의 본래적인 의미를 고려할 때 오히려 당연하다고 할 것인데, 동기의 착오는 의사형성과과정에서의 착오로 의사표시과정에서 발생한 법률행위의 내용의 착오와는 근본부터 다르고, 동기의 착오의 문제는 오직 그러한 동기를 가진 당사자만의 문제라고 할 수 있고, 따라서 동기에 착오가 있음을 이유로 하는 취소는 설령 그러한 동기가 거래상 매우 중요한 것이라고 할지라도 부정하는 것이 타당하기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 다만 표시상의 착오

106) 그 외에도 운용상의 문제점에 대해서는 지원림, 전거서(각주 83), 2011, 250면 참조.

107) 김상중, 전거논문(각주 88), 5-7면에서도 착오의 문제를 의사와 표시의 불일치 내지 의사의 결여로 취급되고 있었던 Savigny는 착오에 의하여 의사와 표시가 불일치하는 경우와 의사 자체가 착오로 인하여 형성된 경우, 즉 의사형성단계에서 착오가 발생한 경우를 엄격히 구별했고, 이러한 의사형성단계에서의 착오를 원칙적으로 고려되지 않는, 이로써 의사표시의 효력에 영향을 미치지 않는 착오형태로 파악하였는데, Savigny 이래의 의사주의 및 이에 기초한 착오이론, 특히 착오의 법적 고려의 근거를 의사와 표시의 불일치, 즉 단지 표의자측의 사정에서만 찾고자 했던 접근방법은 필연적으로 상대방의 보호필요성에 대하여 고려할 수 있는 여지를 제공해 주지 못한다는 점에서 비판받았고 이러한 비판은 이후 독일 민법의 제정과정에서도 반영되었지만, 그럼에도 Savigny가 동기의 착오를 법적 고려로부터 원칙적으로 배제하고자 했던 것은 착오에 따른 불이익 부담이라는 측면에 비추어 아직껏 타당한 내용을 갖고 있다고 평가된다고 하는데, 이는 만약 잘못된 기대나 관념에 따라 의사가 결정되었음을 이유로 표의자에게 해당 의사표시 및 이에 따른 법률행위의 구속으로부터 벗어날 수 있도록 한다면 이는 거래안전에 대한 심대한 침해로 작용하게 될 것이기 때문이라고 소개하고 있다.

나 내용의 착오에서의 자기결정의 자유는 법주체 사이의 평등을 전제로 하는 법질서에서 필수적인 요청이고 따라서 비교적 절대적인 보호를 받아야만 할 것이라고 지적하는 견해¹⁰⁸⁾에서처럼 동기의 착오에 비해 이 경우는 상대방의 신뢰도 보호받지 못한다고 이해할 수도 있을 것이다. 그 외 나머지 요건들(예컨대, 중대성)도 상대방이 유발하지 않은 한 착오의 위험은 스스로 부담하는 것이 타당하다는 기준 하에 엄격하게 해석한다면 보다 현실에 부합하는 제도로써 운영이 가능할 것이다.¹⁰⁹⁾ 다만 앞서 살펴본 바와 같이 영미법의 경우와 같이 공통의 착오에 있어 계약의 효력을 부정할 수 있는 여지를 인정할 수도 있을 것이다.¹¹⁰⁾

물론 위와 같은 내용이 우리법에 있어서 반드시 필요하다거나 현실적으로 어떤 차이를 가져오는 것은 아니다. 또한 굳이 영미법을 참고하지 않더라도 우리법의 자체적인 논리로도 위와 같은 결론에 다다를 수 있기 때문에 영미법의 논리가 더 타당하다는 식의 주장을 하는 것도 아니다. 하지만 영미법의 태도를 참고함으로써 사고를 전환할 수 있었고 이를 통해 우리법을 더 합리적으로 이해하는 또 하나의 가능성을 발견할 수 있었다는 점에서 위의 논의는 의미가 있다고 할 것이다.

다. 입법론적 제언

‘상대방에 의해 유발된 착오’를 사기제도와 관련하여 이해하는 것은 별다른 법개정없이도 가능하다고 볼 수 있다. 앞에서 언급한 대로 사기에 관한 규정은 지나치게 간소하여 그 구체화는 해석론에 맡겨져 있기 때문이다. 그리고 현행 규정을 그대로 두는 경우 제110조 제2항에서 규정한 제3자의 사기도 상

108) 김상중, “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 『민사법학』 제27호, 한국민사법학회, 2005, 443면.

109) 또한 이런 접근방식을 통해 착오제도의 개선과 관련된 어려운 논의, 특히 최근 문제되고 있는 착오취소제도에 대한 관점의 변경과 관련된 논의를 피해갈 수 있을지도 모른다.

110) 이를 민법 제109조의 문제로 해결할지에 대해서는 좀 더 논의가 필요하다고 할 것이나(국내에서는 이와 관련하여 이른바 주관적 행위기초론에 의하여야 한다는 주장과 보충적 계약해석에 의하여야 한다는 주장이 발견되고 있는데, 이에 대한 논의는 지원립, 전제논문(각주 94), 21-22면 참조), 본 논문에서는 자세한 논의는 하지 않기로 한다.

대방이 착오를 유발하는 경우에 그대로 적용하는 것이 타당한지가 문제되는데, 본 논문에서 자세히 다루지는 않았지만 사기에 규정이 있는 한 상대방이 착오를 유발한 경우에도 이를 달리볼 이유는 없다고 하겠다.

다만 우리와 같은 성문법국가에서는 보다 상세한 내용을 법전에 규정하여 두는 것도 의미가 있다. 이는 기존의 민법 제110조의 규정을 세분화하는 방식일 수도 있고, 별도로 부실표시와 관련된 규정을 신설하는 방식일 수도 있다.¹¹¹⁾ 그런데 위에서 언급한 바와 같이 본 논문에서는 특히 과실과 선의의 경우에 있어 어떠한 요건 하에 계약의 효력을 부정할 수 있는지에 대해 추가적인 논의를 통해 세밀한 조정이 필요하다고 보아,¹¹²⁾ 구체적인 입법안을 제시하는 것에 대해서는 훗날을 기약하기로 한다.

IV. 결론

본 논문에서는 영미법상 부실표시제도를 특히 계약법적 관점에서 소개하고, 이를 우리법의 제도와 비교한 후 영미법상 체계를 바탕으로 우리법이론에서의 발견되는 문제의 해결을 시도해 보았다.

먼저 영미법상 부실표시의 개념과 관련하여 그 대상으로서 사실에 국한하는지 여부와 부작위에 의한 부실표시가 인정될 수 있는지를 살펴보았는데, 전자와 관련하여서는 원칙적으로 사실에 한정할 것이지만 최근 그 경계가 모호해짐에 따라 설령 의견이라고 할지라도 사실이 포함되었다고 볼 경우에는 이에 대해 부실표시를 인정하고, 부작위의 경우에도 일정한 작위의무를 전제로 부실표시와 마찬가지로 규율하는 것이 최근의 경향이라고 할 것이다. 다음으로 계약법상 부실표시를 근거로 이미 성립된 계약의 효력을 부정하고자 하는 경우, 어떠한 요건 하에 어떠한 효과가 인정되는지를 특히 '사기 부실표시',

111) 물론, 이 경우 체계상의 혼란을 피하기 위해 사기에 관한 규정과의 관련성을 분명히 할 필요가 있다.

112) 각주 95, 각주 105 참조. 이를 위해서는 앞서 소개한 영미법상의 태도 이외에도 최근 활발히 이루어지고 있는 통일사법연구의 결과물을 참고할 수 있을 것이다.

‘과실 부실표시’, ‘선의 부실표시’의 유형을 중심으로 살펴보았는데, 현재는 모든 경우에 있어 계약의 효력을 다룰 수 있고, 그 효과로서는 계약의 취소가 인정하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 그리고 결국 착오의 문제인 부실표시는 상대방이 유발하였다는 점에서 순수한 착오의 경우와 구별되어 규율된다는 점도 살펴보았다.

다음으로 영미법상 부실표시를 특히 계약법적 관점에서 볼 때는 우리법상 민법 제110조의 사기취소제도와 판례에 의해 형성된 ‘상대방에 의해 유발된 착오’의 법리와 유사하다고 보아 이를 비교하였는데, 대체적으로 같은 문제에 대해서 유사한 대응을 하고 있지만, 접근방식의 차이에 착안하여 우리법상 ‘상대방에 의해 유발된 착오’의 법리를 운용함에 있어서 발견되는 문제점을 지적하고, 위 법리를 민법 제109조의 착오취소제도가 아닌 사기취소제도와 관련지어 이해하는 것이 이 법리 자체를 이해하는 것뿐만 아니라 이와 관련된 기존의 논의에서의 문제점을 해소하는데 도움이 된다는 점을 역설하였다.

참고문헌

- 김대정, 「민법총칙」, 피데스, 2012.
 송덕수, 「신민법강의(제4판)」, 박영사, 2011.
 양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2010.
 이은영, 「민법총칙(제5판)」, 박영사, 2009.
 지원림, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011.
 김상중, “동기의 착오에 관한 판례법리의 재구성을 위한 시론적 모색”, 「사법질서의 변동과 현대화(김형배교수고회기념논문집)」, 김형배교수고회기념논문집간행위원회, 2004, 3-31면.
 김상중, “동기의 착오에 관한 개정 예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언”, 「민사법학」 제27호, 한국민사법학회, 2005, 433-468면.
 김상찬·정영진, “정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구”, 「법과 정책」 제17집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011, 127-156면.

- 서희석, “일본 민법개정시안에 있어서 소비자법의 위치”, 『재산법연구』 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 349-410면.
- 엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 『민사법학』 제35호, 한국민사법학회, 2007, 77-114면.
- 윤진수, “민법상 착오규정의 입법론적 고찰 -민법개정위원회에서의 소수의견-”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당송상현선생화갑기념논문집), 심당송상현선생화갑기념논문집간행위원회, 2002, 36-75면.
- 이혜리, “계약교섭결렬책임에 관한 영미법상의 논의”, 『민사법학』 제61호, 한국민사법학회, 2012, 201-246면.
- 지원림, “착오에 관한 약간의 문제제기”, 『재산법연구』 제22권 제2호, 한국재산법학회, 2005, 21-22면.
- 지원림, “타인의 기망행위에 의하여 유발된 착오의 취소 -대상판결: 대법원 2005.5.27. 선고 2004다43824 판결(판례공보 229호, 1025면)-”, 『민사법학』 제32호, 한국민사법학회, 2006, 87-116면.
- 최명구, “미국계약법상 부실표시 -부실표시의 유형을 중심으로-”, 『민사법이론과 실무』 제12권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2008, 64-74면.
- Restatement(Second) of Contracts, American Law Institute, 1981.
- Restatement(Second) of Torts, American Law Institute, 1977.
- Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract(5th Edition)*: Oxford, 1995.
- Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*: Hart Publishing, 2007.
- Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure(2nd Edition)*: Sweet & Maxwell, 2006.
- Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts(7th Edition)*: Foundation Press, 2013.

<Abstract>

A Study on Misrepresentation in the Anglo-American Contract Law

:Comparison with our legal system and Implications for Us

Jeong, Seong-Heon

Ph.D. in Law, Korea University Legal Research Institute Senior Researcher

In this article, I pursued to introduce 'Misrepresentation' in the Anglo-American contract law, and analyze it with our related system, and then further find out a new lead to solve our problem with comparative perspective.

Firstly, I dealt with English and American 'Misrepresentation' itself, such as its concept, object, type. 'Misrepresentation' could be compatible with not only fact, but also opinion, intent, law etc nowadays, and even silence in case that an active duty is recognized. And I covered that avoiding a valid contract based on 'Misrepresentation' could be possible when a representer is fraudulent, negligent, and even innocent. When it is admitted that a representee make a contract by manifesting his assent based on justifiably relied on the misrepresentation, the representee might be entitled to rescind the contract. Further I pointed out that 'Misrepresentation' is an induced mistake and is separated from pure 'Mistake'.

In sequence, I analyzed English and American 'Misrepresentation' with our related system. In our system regulating a contract, Civil Code section 110(Fraud) and the theory of 'Induced Mistake' as judgemade law could have to do with 'Misrepresentation'. Although there is much similarity especially when it comes to the its effect, I found out a big difference in

approach. On the basis of this difference I argued that the theory of 'Induced Mistake' should be detached from its origin, that is Civil Code section 109(Mistake), and treated in relation with section 110 in interpreting and managing our related system. Through this shift of standpoint, we can understand the theory itself and solve problems detected in our legal system.

Key words : Misrepresentation, Mistake, Fraud, Induced Mistake, Rescission of Contract