

# 民法(財産編) 改正案의 錯誤 조항에 대한 比較法的- 論想論的 검토\* - 독일에서의 입법과정을 참작하여 -

최병조\*\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 개정안의 해당 조문
- III. 조목별 고찰
- IV. 맺음말

## [국문요약]

이 글은 현재 논의 중인 민법 개정안 제109조 및 제109조의2 착오 조문을 독일 민법에서의 관련 규정 입법과정을 참작한 가운데 비교법적- 論想論的으로 검토한 것이다. 개정안에 반영된 법리적인 여러 관점들을 역사적-비교법적으로 고려하면서 살펴본 후에, 결론적으로 法敎義學的인 기본 입장을 개선하고, 이를 기초로 다음과 같은 조문의 입법을 제안하였다.

### 제109조 (착오로 인한 의사표시)

\* 이 논문은 서울대학교 법과대학 교내연구비(2003학년도)의 지원을 받은 것임.

이 글의 내용을 2004년 2월 서울대학교 BK21 학술발표회에서 처음 구두로 발표할 당시에는 원래 선호하는 방향과는 달리 의도적으로 도발적인 착오자 위주의 주장을 폈었는데, 토론에서 여러 가지 이유로 특별히 논란이 되지는 않았다. 여기서는 원래의 소견으로 수정하였다.

\*\* 서울대학교 법과대학 교수.

① 의사표시는 법률행위의 내용 또는 그 동기의 중요부분에 착오가 있는 표의자가 그 사실을 알았고 또 사정을 합리적으로 판단하였다면 의사표시를 하지 않았으리라고 인정되고, 또 그 착오가 거래관념상 중대한 것인 때에 한하여 다음 중 어느 하나에 해당할 때에는 취소할 수 있다.

1. 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었을 때
2. 착오가 상대방에 대하여도 중요한 의미가 있을 때
3. 상대방이 착오의 원인을 제공한 때

② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

제109조의2 (착오자의 손해배상의무)

① 제109조에 의하여 의사표시를 취소한 사람은 상대방이 그 의사표시가 유효하다고 믿어서 입은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 의사표시가 유효하다면 생길 이익액을 넘지 못한다.

② 제1항의 규정은 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 그 원인을 제공한 경우에는 적용하지 아니한다.

논문의 말미에는 부록으로 종래 학설사적으로 중요한 역할을 하였던 로마법상의 착오 관련 사료를 선별하여 원문과 번역문을 함께 게재하였다.

[주제어] 착오, 민법 제109조, 민법개정안 제109조의2, 취소, 손해배상, 독일민법 제119조 이하, 로마법

## I. 머리말

이 글은 1999년 2월 이래 현재도 진행 중인 민법(재산권) 개정작업의 잠정적 성과 중 하나인 개정안 제109조 2항과 제109조의 2의 착오에 관한 규정을 재점검해 보려는 것이다. 이미 알려진 바와 같이 개정안의 착오 조항은 거의 전적으로 독일민법의 해당규정을 수용하는 형태로 마련된 것이므로,<sup>1)</sup> 이곳에서도

[약호] 이 논문에서 사용하는 약어는 다음과 같다.

ABGB= 오스트리아 민법(1811); ALR= 프로이센 一般國法(1794); BGB= 독일 민법; C.c. fr.= 프랑스 민법(1804); C.c. it.= 이탈리아 민법(1942); CMBC= 바이어른公國 막시밀리안 민법(1756); E1= 독일민법 제1초안(1887); E2= 독일민법 제2초안(1895); NBW= 네덜란드 新民法(1992); OR

독일민법 제정 당시의 해당조문들에 관한 논의를 중심으로 살펴보면, 프로이센 일반국법(ALR)의 입법논의과정도 아울러 참고하였다. 다소 생소한 표현인 論想論이란 어휘를 글 제목에 사용한 것은 이 문제를 다룸에 있어서 — 전통적인 용어로는 topos(그리스어 τόπος) 또는 locus(라틴어)라고 지칭해온 것으로, 論想이라고 번역하는 것이 꽤나 적절하다고 생각되는<sup>2)</sup> — 가능한 다양한 논점들을 드러내고자 하는 것이 그 목적이기 때문이다. 論想論(Topik)이란 topoi/loci를 활용하는 방법론적 접근을 의미한다.<sup>3)</sup> 그러나 드러난 論想들이 어떠한 위상을 차지하는 것인지, 어떤 논상은 채택하고, 어떤 논상은 배척할 것인지, 논상들끼리의 상호 연관관계는 어떠한 것인지, 채택된 논상의 설득력은 과연 얼마나 강한 것인지 등등, 법적 결정의 근거가 되는 論想의 역할에 관한 분명한 답은 論想論 자체로부터가 아니라 체계적인 法敎義學(Rechtsdogmatik)이 비로소 제공할 수 있다는 점에서 논상론의 주된 기능은 발견술(Heuristik)에 있다는 사실을 잊지 말아야 할 것이다.<sup>4)</sup> 체계구성의 단초들은 맺음말에서 제시하였다.

## II. 개정안의 해당 조문

먼저 개정안의 해당 규정을 소개하고, 조목별로 나누어(A~I) 살펴보기로 한다. 굵은 글꼴로 표시된 부분이 신설될 내용이다.

=스위스 채무법(1884); PECL= 유럽契約律典(1998); UNIDROIT-PICC= UNIDROIT 國際商事契約律典(1994).

- 1) 尹眞秀, “民法上 錯誤規定의 立法論的 考察—民法改正委員會에서의 少數意見—”, 心堂 宋相現先生花甲紀念論文集: 二十一世紀 韓國民事法學的 課題와 展望 (2002), 36ff., 36f.
- 2) Carl F. Gethmann은 이를 독일어로 Argumentationsschema라고 옮기고 있다. *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie* 4 (hrsg. v. Jürgen Mittelstraß, 1996), s.v. Topik, p.319ff.; cf. s.v. Topos, p.322f.
- 3) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (5. Auflage, 1974).
- 4) Cf. *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie* 2 (hrsg. v. Jürgen Mittelstraß, 1995), s.v. Heuristik (Kuno Lorenz), p.99f.

개정안 제109조 (착오로 인한 의사표시)

- ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는(A) 취소할 수 있다 (B). 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(C).
- ② 당사자, 물건의 성상(D) 그 밖의 법률행위의 동기에(E) 착오가 있는 때에도 그 착오가 표의자의 의사표시에 거래상 본질적인 사정에 관한 것인 경우에는(F) 제1항을 준용한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(G).

개정안 제109조의 2 (취소자의 손해배상 의무)

- ① 제109조에 의하여 의사표시를 취소한 사람은 그 착오를 알 수 있었던 경우에는(H) 상대방이 그 의사표시의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를(I) 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 의사표시가 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다(J).
- ② 제1항의 규정은 상대방이 표의자의 착오를 알았거나(K) 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다(L).

## 1. 착오의 구성요건: 개정안 제109조

개정안 제109조를 살펴보면, 이것은 독일민법 제119조를 대폭 수용한 것으로 보이는데, 동기착오의 부분은 OR Art.24 I Ziff.4를 참고하였다고 한다.<sup>5)</sup>

BGB § 119 (Anfechtbarkeit wegen Irrtums)

(1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

5) 梁彰洙, “最近의 韓國民法典改正作業”, 서울대학교 法學 제43권 제3호 (2002. 9.), 47ff., 64 = 民法研究 第7卷 (2003), 1ff., 21.

(2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

[1] 의사표시를 함에 있어서 내용에 관하여 착오가 있었거나 그러한 내용의 의사표시 자체를 할 의사가 없었던 사람은, 그가 그 사실을 알고 또 사정을 합리적으로 판단하였다면, 의사표시를 하지 않았으리라고 인정되는 때에는, 의사표시를 취소할 수 있다.

[2] 사람이나 물건의 性狀에 관한 착오도, 그 성상이 거래상 본질적이라고 여겨지는 경우에는, 의사표시의 내용에 대한 착오로 본다.)<sup>6)</sup>

OR Art.24 I Ziff.4:

(Der Irrtum ist ... ein wesentlicher.) wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.

([착오는 ...] 그 착오가 착오자에 의하여 신의칙에 따라 거래상 계약의 필수적인 기초라고 생각되었던 특별한 사정에 대한 것이었던 때에는 [본질적인 착오이다].)

제109조 1항 본문은 BGB § 119 I과 같은 취지이지만, 몇 가지 점에서 차이가 난다.

우선, 문장형식이 인칭 주어를 요구하는 서구어의 경우와 달리 우리 민법의 경우에는 의미상의 인칭 주어가 생략되어 있다. 이 조문의 이해에 지장은 없으나 경우에 따라서는 주어를 확정하는 것이 법적으로 중요할 수도 있으므로 입법론의 관점에서는 법조문의 문장구조에 대한 신중한 고려가 필요하다고 하겠다.

다음으로, “의사표시는 법률행위의 내용” 운운한 부분은 BGB의 “bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt”에 해당하는데, 독일민법과 달리 착오의 직접 대상인 의사표시 대신에 법률행위라고 함으로써 미묘한 차이점을 노정하고 있다.<sup>7)</sup>

6) 梁彰洙 譯, 『2002년판 독일민법전:총칙·채권·물권』(2002), 47~49쪽.

7) 同旨 法務部, 民法(財産編) 改正 公聽會: 2001. 12. 13(목)~14(금), 68 주 55 (안법영). 우리

셋째로, “법률행위의 내용의 중요부분” 운운한 것은 BGB에서는 다소 번잡하게 규정된 대목에 해당하는데, 핵심은 “bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles” 기준에 따라 그러한 의사표시를 하지 않았을 정도의 중대한 것임을 요한다는 것인데, 곧 살펴보겠지만 BGB 입법 시 이 대목에 대한 논란도 단순하지 않았던 점을 고려할 때 우리 민법의 조문은 간명한 대신에 해석상 논란의 여지가 더 많다고 하겠다. 표현방식에 불과할 수도 있겠으나 이해를 용이하게 하기 위해서는 의사표시나 법률행위의 내용에 관련시켜 그 중대성을 간접적으로 표현하기보다는 차라리 스위스 채무법(Art.23 OR)처럼 착오 자체를 그 중대성에 따라 수식함으로써 “중대한 착오”(ein wesentlicher Irrtum)에 한하여 취소할 수 있다는 식으로 규정하는 것이 더 나을 듯하다.<sup>8)</sup>

넷째로, BGB에는 규정된 이른바 표시행위 상의 착오(§ 119 I Fall 2-전형적인 예: 誤記, 誤打)를 BGB § 120의 誤傳達를 포함하여 우리 민법에서는 규정하

---

민법과 독일민법의 합작인 듯한 표현을 쓴 입법례도 발견된다. 즉 ALR I 4 § 75는 “Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts, oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.”라고 규정한다. 이러한 측면에서 이미 프랑스의 인문주의자 Franciscus Connanus(1508~1551)도 착오를 판단하는 기준을 착오가 *substantia rei*(의사표시의 내용인 객체의 중요부분)에 관한 것인가에서 구할 것이 아니라, *substantia emptionis*(의사표시가 그 구성요소인 법률행위의 중요부분)에 관한 것인가에서 구해야 한다고 주장하여 당사자의 주관적·구체적 의사를 증시한 바 있다. Martin Josef Schermaier, “Europäisches Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1/1998, 60ff., 64 n.24. 프랑스민법은 Pothier의 영향 하에 코나누스와는 반대로 로마법의 범주인 *substantia rei* = “la substance même de la chose”(C.c. fr. Art.1110 I: L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. 착오는 목적물의 본질 자체에 관한 것인 경우에 한하여 합의의 무효원인이 된다)로 복귀하였다.

물론 우리 민법의 규정은 의식적으로 의사표시의 착오시 계약 자체를 무효라고 선언한 Carmet/Svarez 수정안 (1785) § 93 (“Ein Irrthum im Hauptgegenstand der Unterhandlung macht den Vertrag allemal nichtig.”)와는 다르다. Martin Löhnig, “Die Entstehung des Irrtumsrechts im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.* 120 (2003), 200ff., 204.

8) 同旨 C.c. it. Art.1428 (Rilevanza dell'errore): “L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed …”; Art.1429 (Errore essenziale); UNIDROIT-PICC Art. 3.5 (Relevant mistake).

지 않고 있다.

한편, 1항 단서에서 우리 민법이 착오로 인한 취소를 표의자가 중대한 과실인 때에 배제하는 것은 BGB와 다른 점인데, BGB 입법 시에도 이런 논의가 있었으나, 결국에는 BGB § 122로 낙착되었던 것이다.

개정안에서 신설된 2항은 BGB § 119 II을 그대로 답습한 위에, 동기의 착오에 관한 내용을 덧붙인 것이다. 개정안의 문언상 분명치 않으나 “당사자, 물건의 성상”이라고 한 것은 “solche Eigenschaften der Person oder der Sache”와 같은 의미인 “당사자의 성상, 물건의 성상”을 표현하는 것으로 새겨야 한다.<sup>9)</sup> 이것은 당사자의 동일성 자체를 혼동한 이른바 동일성의 착오(Identitätsirrtum, *error in persona*)를 포함한다. 어쨌든 사람의 동일성의 착오만을 표현하는 듯한 오해의 소지가 있는 개정안의 표현은 좀더 명확히 하는 것이 좋을 듯싶다.

다음으로, 개정안에서 들고 있는 “표의자의 의사표시에 거래상 본질적인 사정”은 BGB의 “die im Verkehr als wesentlich angesehen werden”을 그대로 수용한 것인데, 이에 대하여 법률문장의 순화 차원에서 “거래상 의사표시의 본질적인 사정”으로 고치자는 의견이 있으나,<sup>10)</sup> “거래상”이 “본질적인”을 꾸민다는 점을 오해의 소지 없이 드러내기 위해서는 일견 다소 어색하게 느껴진다 하더라도 개정안의 문언을 고수하는 것이 나을 것이다.<sup>11)</sup>

셋째, 제1항과 제2항의 관계, “제1항을 준용한다”는 부분 등에 대하여도 그

9) 이것은 프로이센의 입법경과를 보더라도 그러하다.

Klein 초안(1782) § 85 : Ist blos in den Eigenschaften oder Namen des Objekts oder der Person geirret worden, ... (Löhnig (주 7), 201)

Carmer/Svarez 수정안 (1785) § 94 : Betrifft der Irrthum wesentliche oder solche Eigenschaften der Person oder Sache, ... (Löhnig (주 7), 204)

ALR I 4 § 77 : Auch Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung.

10) 柳昌昊, 『민법 개정안의 법률용어와 문장의 순화방안』(한국법제연구원 : 현안분석 2003.8, 2003), 150쪽.

11) 法務部 (주 7), 69 (안법영)처럼 “표의자의 의사표시에”를 필요한 것으로 삭제하자는 의견도 있다.

것이 의미하는 바가 불분명하다는 지적이 있다.<sup>12)</sup>

## 2. 착오의 법률효과: 개정안 제109조의 2

착오로 인한 의사표시에 대한 법률효과로서 취소를 규정한 것은 현행민법과 개정안, 그리고 BGB가 같은데, BGB 입법 시 이 문제도 논의되었던 것 중 하나였다.

개정안에서 신설된 착오취소자의 손해배상의무 규정은 BGB § 122와 OR Art.26 I을 혼성적으로 수용한 것으로 보인다. BGB 입법시에도 착오의 효과면에서 이 문제가 논란거리였다.

OR Art.26 I(Fahrlässiger Irrtum):

Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt haber oder hätte kennen sollen.

(착오자가 그 착오가 그의 귀책사유에 기인하는데도 계약의 효력을 상실케 할 때에는 상대방이 그 계약의 효력상실로 입은 손해를 배상하여야 한다. 다만 그 상대방이 착오를 알았거나 알 수 있었던 경우에는 그러하지 아니하다.)<sup>13)</sup>

BGB § 122 (Schadensersatzpflicht des Anfechtenden)

(1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem,

---

12) 法務部 (주 7), 67f. (안법영); 民法改正案研究會(編輯: 宋德洙, 執筆: 黃迪仁 外 29人), 民法改正案意見書 (2002), 40 (송덕수); 43 (안춘수).

13) 法務部 (주 7), 28 (백태승).

andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

(2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).

([1] 의사표시가 제118조에 의하여 무효이거나 제119조, 제120조에 의하여 취소된 때에는, 표의자는 상대방 있는 의사표시의 경우에는 상대방에 대하여, 기타의 경우에는 제3자에 대하여, 상대방이나 제3자가 의사표시의 유효를 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 배상액은 상대방이나 제3자가 의사표시의 유효에 대하여 가지는 이익의 액을 넘지 못한다.

[2] 피해자가 무효나 취소의 원인을 알았거나 또는 과실로 인하여 알지 못한(“알아야 했던”) 경우에는 손해배상의무가 발생하지 아니한다.)<sup>14)</sup>

민법 개정작업의 우선적인 목표가 아니기 때문에 기왕의 언어적 표현에 대한 수정이나 새로 규정된 부분의 언어적 표현에 대한 문제는 거의 관심거리가 아니었던 것 같다. 그렇다고 해도 가령 (I) 부분의 “그 의사표시의 유효를 믿음으로 인하여 받은 손해”와 같은 구절은 더 자연스럽게 표현할 수는 없었는지 아쉬움이 남는다.<sup>15)</sup>

14) 梁彰洙 譯 (주 6), 49.

15) 法務部 (주 7), 39 (강용헌)는 이를 “그 의사표시를 유효한 것으로 믿음에 따라 입은 손해”로 바꾸자고 제안한다. 또 民法改正案研究會 (주 12), 46 (박경량)은 “그 의사표시를 유효하다고 믿은 결과 생긴 손해”로 바꾸자고 한다. 더 자연스럽게기는 “그 의사표시가 유효하다고 믿어서 입은 손해”가 아닐까.

### III. 조목별 고찰

그러면 이제 조목별로 독일에서의 입법과정에서 등장하였던 論想들을 살펴 보기로 한다.

#### 1. 착오의 구성요건

##### (1) 착오 규정 입법에 대한 태도

로마법 이래 착오에 대한 법학과 법실무의 태도는 로마법 자체의 불명료한 점들, 중세의 법학에서 초래된 변화, 근세자연법론의 이론에 의한 변모 등을 거치면서 여전히 착종된 모습을 보이다가, 사비니에 이르러 의사를 중심으로 한 의사표시 이론이 자리를 잡으면서 급기야는 의사설과 표시설이 대립하는 양상으로 발전하였으며, 그 결과 대체로 착오를 관념과 현실의 괴리로 보는 입장과 관념된 의사와 표시된 의사의 괴리로 보는 입장이 대변되었는데, 독일에서의 입법과정을 보면 표시설의 지지자는 입법을 하지 말자는 주장을 폈던 반면에 독일민법 제1초안을 둘러싼 논란을 겪으면서 이론적 純血主義를 떠난 실용적인 해결을 강조한 Zitelmann의 영향 하에 심리적 서술을 회피한 가운데 보다 합리적인 규율방안을 모색하게 되었다. 논의의 출발점은 독일민법 제1초안 제98조와 제99조였다.

§ 98 E 1 :<sup>16)</sup>

Beruhet der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf

---

16) Tilman Repgen, "Die Kritik Zitelmans an der Rechtsgeschäftslehre des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.* 114 (1997), 73ff., 92.

einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde.

(실체의 의사와 표시된 의사의 합치상의 하자가 표시자의 착오에 기인하는 때에는, 표시자가 사정을 알았다면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 인정되는 경우에는, 그 의사표시는 무효이다. 반대의 경우에는 그 의사표시는 유효하다. 의심스러운 때에는 다른 종류의 법률행위가 의도되었거나, 법률행위의 다른 목적물 관련이 의도되었거나, 또는 법률행위의 유효가 다른 사람들 사이에서 의도된 경우 그 의사표시는 행해지지 않았을 것이라고 인정한다.)

§ 99 1 E 1:<sup>17)</sup>

Die nach den Vorschriften des §. 98 für nichtig zu erachtende Willenserklärung ist gültig, wenn dem Urheber derselben grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

(§ 98의 규정들에 의하여 무효로 볼 의사표시는 그 표시자에게 중대한 과실이 있는 때에는 유효하다.)

독일민법 제119조가 제정되기까지의 경과를 요약하자면, 각 단계별로 E 1의 안을 고수하자는 설(Planck, Gebhard, Wilke), 내용착오와 표시행위착오를 구별해야 한다는 설(Börner, Struckmann), 내용착오만 인정해야 한다는 설(Achilles, Jacubezky) 등이 주장되었으나, 제2차 심의위원회(1890)의 다수설(Börner, von Mandry)을 Planck가 정리하여 제2초안 제94조를 거쳐서 현행 § 119 BGB로 귀착되었다.<sup>18)</sup>

17) Reppen (주 16), 94 n.84.

18) Reppen (주 16), 92ff.

## (2) 착오의 중대성: “내용의 중요부분”, “거래상 본질적인 사정”

의사표시에 있어서 착오가 발생한 모든 경우에 그 착오를 고려해야만 하는가? 이 문제에 대한 법의 태도는 이미 로마법에서부터 경미한 경우까지 이를 고려할 필요는 없다는 쪽이었고, 유형화까지는 아니더라도 일정한 범주를 구성하기에 이르렀는데<sup>19)</sup>(말미의 <참고자료> 참조), 12세기의 교회법학에서 살았던 *error personae*, *error fortunae*, *error conditionis*, *error qualitatis*나<sup>20)</sup> 보통법에 수용되었던 *error in persona*, *in corpore vel objecto*, *in substantia*, *in negotio*는 이를 위한 것이었다.<sup>21)</sup>

19) 로마법을 필두로 한 이러한 결의론적 해결책(스위스, 이탈리아, 영국)에 관해서는 Ernst A. Kramer, *Der Irrtum beim Vertragschluss: Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*(1998), Rn 14-15. 참고로 Kramer Rn 16-18은 이러한 구체화 없이 본질성을 추상적으로 규정하는 방식의 입법례를 일반조항적 해결책이라고 하는데, 그리스민법이 대표적이다. 그리고 Kramer Rn 19-23은 개념적-심리학적 접근방식을 취하는 입법례로서 독일법, 프랑스법 및 그 法系를 포함시킨다. 그밖에 Kramer Rn 24-25는 직접적으로 실질평가를 하는 법질서로서 네덜란드, 오스트리아, UNICROIT-PICC를 들고 있는데, 여기서는 객관적인 본질성의 기준은 역할을 하지 못하고, 착오위험이 계약상대방의 착오에 대한 공동책임, 보호가치 있는 신뢰의 결여, 공통의 착오 때문에 신의칙에 따라 계약상대방에 의해 함께 부담되는 사안들로 국한된다고 본다. 크게 보자면 민법개정위원회의 다수의견과 소수의견의 차이는 비교법적 차원에서의 모델선택의 차이라고도 할 수 있다.

20) Petrus Lombardus (ca. 1095-1160), *Sententiae in IV libris distinctae*, tom. II (editio tertia, Grottaferrata: Romae, 1981), Lib. IV, dist. XXX, cap. I, p. 437ff.

21) 물론 이러한 시도는 중세와 근세 早期의 법학에서 번잡한 양상으로 전개되었다. Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§ 1-240* (2003), §§ 116-124 (Martin Josef Schermaier), Rn. 54 n. 340. 이러한 전통을 추수한 입법례로서는

C.c. it. art. 1429 (Errore essenziale). L'errore è essenziale:

- 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto;
- 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;
- 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;
- 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto.

중세의 법학은 아리스토텔레스의 이론에 기초한 토마스 아퀴나스(1224~1274)의 인간행위론에서 보이는 *error in essentialia - error in accidentalia*의 구별 내지는 *qualitas substantialis - qualitas simplex*의 구별로까지 거슬러 올라가는데, 이를 수용한 것이 발두스(Baldus, ca. 1327~1400)의 *error in qualitate accidentali - error in substantiali qualitate*였다.<sup>22)</sup> 윤리신학자들도 추종했던<sup>23)</sup> 이러한 전통의 맥 속에서 그로티우스도 *error circa substantiam rei*와 *error qui non circa substantiam*을 구별하였다(Grotius, 2.11.6.1).<sup>24)</sup> 그리고 주변적인 것이기는 했지만 이미 Klein 초안 §§ 83-84 ;

(착오가 다름 각 호에 해당하는 경우에는 본질적인 것으로 한다. 1) 착오가 계약의 성질 또는 목적에 관한 것인 경우, 2) 착오가 이행의 목적의 동일성 또는 통상적 판단이나 주위사정과의 관계에 있어서, 동의를 결정요인으로 볼 수 있는 목적물의 질에 관한 경우, 3) 착오가 동의를 결정적 요인인 다른 계약당사자의 인적 동일성 또는 성질에 관한 경우, 4) 착오가 법률의 착오에 관한 것으로서, 계약을 체결하게 된 유일한 또는 주된 이유인 경우) 法制處, 『이탈리아 民法典』(法制資料 第141輯)(1986), 325쪽.

프랑스의 학설도 같다. 가령 François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, *Droit civil : Les obligations* (8<sup>e</sup> édition, 2002), 211ff.

22) 이것은 로마법에 대한 오해에 기인한다고 한다. James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991/reprinted 1992, p.39.

23) 예컨대 A. Reiffenstuel, *Theologia Moralis* (editio nona Veneta : Venetiis, 1722), tract. VIII, dist. I, quaest. II, nn. 14-15, p.289 : *error circa substantiam rei - error circa qualitatem accidentalem* ; V. Heylen, *Tractatus de Jure et Justitia* (editio quinta, 1901), p.243f.

이러한 전통은 교회법에도 그대로 적용된다.

Codex Iuris Canonici (1918) can.104≡Codex Iuris Canonici (1983) can.126 : Actus positus ex ignorantia aut ex errore, qui versetur circa id quod eius substantiam constituit, aut qui recidit in condicionem *sine qua non*, irritus est ; secus valet, nisi aliud iure caveatur, sed actus ex ignorantia aut ex errore initus locum dare potest actioni rescissoriae ad normam iuris.

(부지나 착오 때문에 행한 행위는 그것이 행위의 본질을 구성하는 요소에 관한 것이거나 또는 필수 조건에 해당되는 것이면 무효다. 그러하지 아니한 것은 법으로 달리 규정하지 아니하는 한 유효하다. 그러나 부지나 착오 때문에 행한 행위는 범규범에 따라 취소 소송이 제기될 수 있다.)

한국 주교회의의 교회법위원회 번역, 『교회법전 라틴어—한국어 대역판』(한국천주교중앙협의회, 1989), 131쪽.

24) Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, 2.11.6.1 :

De pacto errantis perplexa satis tractatio est. Nam distingui solet inter errorem circa substantiam rei, et qui non circa substantiam : an dolus causam dederit contractui, an non : fueritne alter quicum actum

Carmer/Svarecz 수정안 § 93 “Hauptgegenstand”; §§ 94-95 등에 보였던 명칭에 대한 착오의 이론도 보통법에서의 *error in nomine proprio-error in nomine appellativo*의 구별을 배경으로 한 것이었다.<sup>25)</sup> 이처럼 일단 “중요한, 본질적인 착오”만이 고려의 대상이 된다는 점은 말하자면 보편적인 法理性이었다. 민법개정안도 이 점에서 상례를 벗어나지 않고 있다(A, D+F, E+F).

문제는 이 “중요성”, “본질성”을 어떻게 식별할 것인가 하는 것인데, 이에 두 가지 관점이 대변되었다.

#### a) 주관설

독일민법의 제정과정에서 주관설의 대변자는 쾰만(Ernst Zitelmann)이었다. 그는 레온하르트(Leonhard)와 한가지로 보통법의 유형론을 배격하면서, 착오자가 주관적으로 중요한 것으로, 본질적인 것으로 생각한 것이 “중요 부분”이고 “본질적인 부분”이라고 보았으며, 주관설에 의할 때 드러나는 난점은 착오자가 입증책임을 지는 것으로 함으로써 보완할 수 있다고 보았다. 그가 객관설을 반대하는 이유는 객관설에 의하면 비본질적인 착오 시에는 의사표시가 유효하다고 봄으로써 과실책임의 원칙을 무시한다는 데 있었다. 그는 나중에 절충설로 기울었을 때에도 어디까지나 주관설이 우위를 차지하는 주장을 견지하였다. 객관

---

est doli particeps : sitne actus stricti iuris, an bonae fidei. Nam pro harum rerum varietate alios actus irritos pronuntiant scriptores, alios validos quidem, sed ut arbitrio eius qui laesus est rescindi possint aut reformari. Sed harum distinctionum pleraeque veniunt ex iure Romano, tum civili vetere, tum praetorio : quaedam etiam non satis verae aut accuratae sunt.

(착오자의 약정에 관하여는 논의가 충분히 번잡하다. 객체의 基質에 관한 착오와 基質에 관한 것이 아닌 착오가 구별되곤 하며; 고의가 계약에 원인을 제공했는가 아닌가가 구별되고; 계약 상대방이 고의가 있었는가 여부가 구별되고; 법률행위가 엄격법상의 것인가 誠意上的 것인가가 구별되기 때문이다. 이런 것들의 다양성으로 해서 저술가들은 어떤 법률행위들은 무효라고 선언하고, 다른 법률행위들은 유효이지만 손해를 입은 자의 裁定에 의하여 취소되거나 재형성될 수 있다고 선언하기 때문이다. 그런데 이들 구별들의 다수는 로마법에서 기원하는데, 어떤 때는 옛 시민법에서, 어떤 때는 범무관법에서. 어떤 것들은 또한 충분히 옳거나 정확하지 않다.)

25) Löhnig (주 7), 212f.

적 기준을 적용한 다음에 다시 주관적 기준을 적용했기 때문이다.<sup>26)</sup>

주관설을 근거지우는 가장 대표적인 방식 중의 하나가 플랑크(Planck), 겐하르트(Gebhard), 빌케(Wilke) 등에 의하여 취해졌던 인과관계설이다. 이 견해에 따르면 무엇이 “중요하고”, 무엇이 “본질적인가” 하는 것은 착오자가 “사정을 알았을 때 그 의사표시를 했을까 안 했을까”가 결정적이라고 본다.<sup>27)</sup> 착오자의 주관적 평가가 기준이 된다는 것이다. 이 인과관계설도 이미 인문주의자, 스콜라학자, 자연법론자들에 의하여 두루 대변되었는데,<sup>28)</sup> 전형적인 것이 그로티우스<sup>29)</sup>였다.<sup>30)</sup> 우리 민법 개정안에 대하여 “거래본질성” 대신에 “목적관련성”으로 대체해야 한다는 지적<sup>31)</sup>도 주관설적 접근방법이다.

#### b) 객관설

객관설의 대표는 에넬체루스(Enneccerus)였으며 “본질적인 내용”에 관한 착오인가 아닌가는 객관적인 기준인 거래의 관행을 따라서 식별한다는 설이다.<sup>32)</sup> 객관설을 취했던 레온하르트(Leonhard)는 법관이 알아내기 어려운 주관적 기준에 의해 판단하는 것은 피해야 한다는 것을 이유로 삼았다.<sup>33)</sup> 자연법론에서 말

26) Repgen (주 16), 103.

27) Repgen (주 16), 104.

28) HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn.54

29) Grotius 2.11.6.2 :

Similiter ergo dicemus, si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter nullam eius esse vim : quia omnino promissor non consensit in promissum, nisi sub quadam conditione quae reipsa non existit.

(그러므로 [법률과] 유사하게, 약속이 실제와 다른 사실의 추정에 기초한 경우에는 자연적으로 그 효력이 없다고 우리는 말해야 할 것이다. 왜냐하면 실제로 존재하지 않는 어떤 조건 하에서가 아니라면 도대체 약속자는 약속에 합의한 것이 아니기 때문이다.)

同旨 ALR I 4 § 76.

30) Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Das Römisch-Holländische Recht*, 1992, p.236.

31) 民法改正案研究會 (주 12), 44f. (윤형렬).

32) 同旨 Klein 초안 (1782) § 85+§ 86 (Löhnig [주 7], 201); ALR I 4 § 81; 프랑스 학자들 Colmet de Santerre, Demolombe, Aubry/Rau (Gordley [주 22], 187f.); Savigny (Gordley [주 22], 196).

33) Repgen (주 16), 103f.

하는 “법률행위의 성질”(natura negotii) 이론은 객관적 기준을 제시하고자 한 선구적인 작업이었다.<sup>34)</sup> 이러한 객관설의 진영에 속하는 입법례와 학설도 구체적인 모습은 차이를 보였다.<sup>35)</sup>

다른 한편으로 독일민법 제정을 위한 예비위원회(Vorkommission : 1890. 5. 1-1893. 4. 7)와 제2차심의위원회(2. Kommission : 1891. 4. 1-1896. 2. 8), 그리고 마침내 BGB는 주관적·객관적 기준을 결합한 절충설을 택하였는데,<sup>36)</sup> 결과적으로 주관적 기준을 검토한 후 객관적 기준에 의하므로 후자가 우세한 형태였다.<sup>37)</sup> 이러한 발전추세 속에서 인과관계설의 기준이 객관화하였음도 지적해 두어야 할 것이나, 현실적인 의미는 별로 없다고 볼 것인데, 왜냐하면 기준 자체가 이미 객관화하였기 때문이다.<sup>38)</sup> 이러한 모습은 그러나 역사적으로는 이미 토마스

34) Samuel Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, 1.12.19 :

...Quod si vero quis negligens fuerit in re exploranda, & errore ejusmodi, quem evitare poterat discutiendo, tenetur alteri damnum irritum ejusmodi promisso aut pacto datum sarcire. Enimvero ejusmodi errores frequentius in promissis, rarius in contractibus contingere possunt ; quia haec res, de qua convenitur, una cum qualitatibus, quas contrahens ob oculos habet exprimi sigilatim debent, aut ex ipsa negotii natura, aliisve circumstantiis suppositae intelliguntur. His enim incognitis sane in rem ipsam consentire contrahentes nequeunt. ...

(그런데 어떤 자가 사안을 살피에 있어서, 그리고 피할 수 있었던 이런 류의 착오를 떨쳐버림에 있어서 부주의했던 경우에는 상대방에게 그런 류의 약속이나 약정이 무효로 됨으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 확실히 이런 류의 착오들은 약속의 경우에는 더 자주, 계약의 경우에는 더 드물게 일어날 수 있다. 왜냐하면 합의의 대상인 이 객체는 계약자가 염두에 둔 性狀과 함께 각각 표현되어야만 하고, 법률행위의 성질 자체나 다른 주위사정들에 의하여 전제된 것으로 생각되기 때문이다. 이것들이 인식되지 않은 때에는 정녕 사안 자체에 대하여 계약자들이 합의할 수 없는 것이다.)

Löhnig (주 7), 202f.

35) Carnet/Svzrez 수정안 § 94 (Löhnig [주 7], 204) ; Svarez 수정안 § 55 (Löhnig [주 7], 206. “명시약정원” 추가함) ; ALR I 4 § 77 ; Svarez 초안인쇄안 § 77 (Löhnig [주 7], 208) ; 통상 전제되는 성상= 무과실時만 무효, 명시약정한 성상= 유책시 손해배상 ; 기타 성상= 유효(同답 ALR I 4 § 83).

36) Struckmann, Achilles, E 2, BGB § 119 I. Reppgen (주 16), 104f.

37) HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn.81f.

38) HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn.54 ; Kramer (주 19), Rn 12.

아퀴나스에게서도 발견되고, 프랑스와 독일의 학설도 이를 지지하는 견해가 있었다.<sup>39)</sup>

민법개정안은 일단 “거래상”이라는 표현을 통하여 “거래관행” 내지 “거래관념”을 지시하고, 그렇게 함으로써 객관적 판단기준을 추종한 것으로 보이지만, “거래상”이라는 우리 말 표현은 독일어의 “die im Verkehr als wesentlich angesehen werden”(BGB § 119 II)과는 달리 “당사자간의 거래에서”라는 주관적 의미로 해석될 수 있는 소지가 있고,<sup>40)</sup> 또 우리 민법 제109조 1항 역시 착오의 “중대성”을 가늠할 수 있는 주관적(“bei Kenntnis der Sachlage”),<sup>41)</sup> 객관적(“bei verständiger Würdigung<sup>42)</sup> des Falles<sup>43)</sup>”) 기준을 모두<sup>44)</sup> 명시하고 있는 BGB § 119 I과는 달리 착오의 “중대성”을 판단할 기준에 대하여 침묵하고 있으므로, 이 점에서 “거래상”을 — 적어도 문면상으로 보자면 — 반드시 객관설적인 의미로 이해해야만

39) Thomas Aquinas, *Summa Theologica*. I-II qu.6, art.3; suppl. III, qu.51, art.2. ad 1 et ad 4; “error in matrimonio” ad 5; 프랑스학자 Laurent (Gordley [주 22], 188), 독일학자 Regelsberger (Gordley [주 22], 191).

40) Cf. ABGB § 871 I: War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, *worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde*, ...

41) 同旨 대만 민법 제88조 1항 (或表意人若知其事情 “표의자가 그와 같은 사정을 알았더라면” 卽不爲意思表示者); NBW. 6: 228 I (“bij een juiste voorstelling van zaken”).

42) = “als vernünftiger Mensch” (Jauernig/Jauernig, BGB § 119 Rn.18; 同旨 UNIDROIT-PICC 3.5 (1) : “a reasonable person.”)

43) 구체적인 경우에 착오의 결정력을 측정하는 것으로 이해되는 C.c. it. Art. 1429 (secondo il comune apprezzamento)도 같은 취지이다. Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile* (4a edizione, 1992), Art.1429, V 2: “Il criterio del comune apprezzamento è dettato non per la ricerca delle qualità obiettivamente essenziali della cosa, ma per misurare, in concreto, l'efficacia determinante dell'errore.”

44) Jauernig/Jauernig, BGB, § 119 Rn.18. 오스트리아에서도 ABGB § 873 (in so fern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre.)에 근거하여 인과관계론의 입장에서 “중대성”을 판단하는데, 주관적-객관적 기준을 모두 동원한다. Michael Schwimann (Hg.), *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, IV/1 (1988), § 871 Rz 10 (Apathy). 스위스도 마찬가지이다. Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (8. Auflage, 1991), 137f.

하는 것은 아닌 것으로 보인다. 그렇다면 입법의 취지를 더욱 명확하게 드러내는 조문화가 필요하다고 할 것이다.<sup>45)</sup> 고치는 김에 민법 제109조 1항을 BGB식으로 손질하든가, 아니면 신의성실의 원칙에 의할 것을 규정한 OR Art.24 I Ziff.4와 유사하게 개정하는 것을 생각해 봄직하다.

c) 영미법

참고로 영미법에서의 상황을 개관해 보면 다음과 같이 다양하였는데, 유럽대륙에서 보이는 論想의 주요한 것들이 고스란히 나타나고 있음을 알 수 있다.<sup>46)</sup>

1. 쌍방착오 요구설 : Joseph Story, Leake, Leonard
2. 동일성 착오설 : Netcalf, Leonard
3. 객관적 성질 착오설 : Pollock
4. 주관적 중요성설/인과관계설 : Joseph and William Story, Bishop, Ashley
5. 표시설 : Oliver Wendell Holmes

d) “사람의 성상”에 관한 착오

“사람의 性狀”에 관한 착오(D)는 보통법에서 이미 다투어졌는데, 흥미로운 사실은 error virginitatis(처녀성의 착오)를 중요한 착오로 인정하지 않던 카톨릭과 그 영향을 받은 법전(I. VI. § 8 CMBO)과 달리 혼인을 더 이상 聖事가 아니라 민사계약으로 파악했던 루터파의 신학과 밀접한 관련 하에서 논의가 진행되었다는 사실이다. Klein 초안 (1782) § 85은 이러한 개혁파의 새로운 견해를 채택한 결과였다.<sup>47)</sup> 서양법의 발전 과정에서 종교의 역할을 점검해 보아야만 하는 이유가 드러나는 대목의 하나라고 하겠다.

45) NBW 6 : 228 II도 착오자의 책임 여부를 가리기 위한 기준이기는 하지만 “거래에서 통용되는 관념(de in het verkeer geldende opvattingen)”을 지시하고 있다.

46) Gordley (주 22), 197ff. 또한 이호정, 영국 계약법 (2003), 173ff.

47) Löhnig (주 7), 211f. ; HKK/Schermaier (주 17), §§ 116-124, Rn.54.

e) 동기의 착오

독일민법의 제정과정에서 동기의 착오(E)에 관한 § 102 E 1은 제2차심의위원회에 의하여 삭제됨으로써 의식적으로 입법에서 제외되었고, 통설에 의하면 착오로서 배려되지 않는다.<sup>48)</sup> 의사표시의 “동기”가 무엇이었는가 하는 것은 법적인 판단을 함에 있어서는 중요하지 않다는 점에서 이를 “배려할 수 없는 착오”(unbeachtlicher Irrtum)라는 개념으로 대체해야 한다는 주장<sup>49)</sup>이 나오고 있는 배경이다. 그러나 민법개정안은 이와 달리 다른 착오의 경우와 마찬가지로 동기 착오도 “거래상 본질적인 사정”에 관한 경우에는 이를 배려할 수 있는 것으로 규정한다(E+F). 주지하다시피 동기가 표시된 경우에 한하여 이를 고려한다고 해 온 종래의 판례와 다수설<sup>50)</sup>과는 다른 결정이고, 그런 만큼 가장 비판론이 쏟아진 것도 이 부분이다.

개정안에 대하여 (D)와 (E)의 관계에서 “당사자, 물건의 성상 등은 동기의 착오를 하게 된 대상”이라고 파악하여 (D) 부분을 삭제하지는 견해가 있는데,<sup>51)</sup> 독일법에서 동기착오에 속하면서 예외적으로 고려되는 것으로 규정한 (D) 부분<sup>52)</sup>을 명시적으로 열거하지 않고 동기착오를 일반적으로 규정하는 것에 부담감을 느꼈던 것으로 보인다.

(3) 可納할 수 있는 착오

착오를 일으킨 데 과실이 있는 경우에도 고려되어야 하는가?

결론부터 말하자면, 19세기까지는<sup>53)</sup> 대체로 착오자에게 중과실이 있었던 경

48) 同旨 OR Art.24 II.

49) HKK/Schermairer (주 21), §§ 116-124, Rn.79.

50) 郭潤直, 民法總則 (제7판, 2002), 238f.; 상세는 編輯代表 郭潤直, 民法注解 [II] (1992), 427ff. (宋德洙).

51) 民法改正案研究會 (주 12), 39 (박경량); 41 (송덕수).

52) Hk-BGB (3. Auflage, 2003)/Dörner, § 119 Rn 15.

53) 특히 보통법은 착오의 비난가능성을 기준으로 삼았다: Error justus est ille qui caret latissima et

우에는 착오를 원용하는 것을 인정하지 않았고(대표적 § 99 I E 1), 이 법리는 현재까지도 상당히 확고한 부분에 속한다고 할 수 있다.<sup>54)</sup> 우리 민법도 같은 취지이다(C). 예외로는 의사설에 기초했던 그로티우스를 들 수 있는데, 이 문제는 착오의 법률효과와 관련하여 후술하기로 한다(후술 2).

#### (4) 상대방의 知 不知 여부

착오로 인한 취소를 인정하기 위해서는 상대방의 知 不知 여부를 고려해야만 하는가?

독일민법 제정과정에서 보르너(Börner), 야쿠베츠키(Jacubezky), 폰 만드리(von Mandry) 등이 상대방의 知 또는 當知 여부를 요건으로 삼아야 한다는 설을 주장하였으나, 반대설이 득세하였다.<sup>55)</sup> 민법개정안(K, I)은 이 요건을 착오를 받아줄 것인지 아닌지의 여부와 관련하여 착오 자체와 결부(물적-대상적 접근)시키지 않고, 오히려 착오를 받아주었을 때 손해배상을 배제할 수 있는 소극적인 요건으로 삼고 있는(인적-의무론적 접근) BGB § 122 II을 그대로 수용하였다.<sup>56)</sup>

물적-대상적인 의미에서 상대방에 의한 인식가능성에 초점을 둬으로써 이를 요건화한 입법례로는 ABGB,<sup>57)</sup> C.c. it.<sup>58)</sup> 등이 있다.<sup>59)</sup> 상대방이 통상적 주의

*lata culpa*(정당한 착오란 最重過失과 重過失이 없는 착오이다). Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht* I, 1985, p.417.

54) UNIDROIT-PICC 3.5 (2) (a); PECL 4: 103 (2) (a). 그밖에 프랑스와 스페인의 판례, 남아프리카 공화국의 보통법적 *iustus/iniustus error* 이론, 일본, 미국, 뉴질랜드. Kramer (주 19), Rn 37-40.

55) Reppen (주 16), 105f.

56) 同旨 OR Art. 26 I. cit.

57) ABGB § 871 I: War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder *diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte* oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde. (Schwimmann/Apathy [주 44], ABGB IV/1, § 871 Rz 12).

58) Codice civile it. Art.1428 (Rilevanza dell'errore). L'errore è causa di annullamento del contratto quando

를 다했더라도 전혀 알아챌 수 없는 경우까지 착오 주장을 인정하는 것은 상대방으로서는 불의의 사태이고, 따라서 지나치다고 본 결정일 것이다.<sup>60)</sup>

## 2. 착오의 법률효과

### (1) 법률행위에 대한 효과: 취소

중대한 착오여서 고려될 수 있다고 판명된 경우에 그 효과를 어떻게 규율할 것인가?

역사적으로 살펴보면 착오의 효과를 둘러싼 논의는 다른 경우들과 마찬가지로 로마법에 의탁한 형식으로 비롯하였는데, 이른바 誠意계약(contractus bonae fidei)의 경우에는 법률상 당연한(ipsa iure) “무효”가, 엄격법상 계약(contractus stricti iuris)의 경우에는 “항변”에 의한(ope exceptionis) 무력화, 즉 “취소”가 그 기

---

è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente.

(착오는 본질적이고, 다른 계약당사자가 인식할 수 있는 것인 때에는 계약의 취소원인이 된다.)

Art.1431 (Errore riconoscibile). L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.

(착오는 계약의 내용, 주위의 사정 또는 계약당사자의 성질에 관하여 통상적 주의력을 가진 자이면 지적할 수 있었을 때에는 인식할 수 있는 것으로 본다.)

法制處, 『이탈리아 民法典』(法制資料 第141輯)(1986), 325쪽.

59) 기타 비교법적 자료는 Kramer (주 19), Rn 30.

60) 접근의 관점을 명료히 하는 것이 얼마나 필요한가는 이탈리아 민법학자조차도 C.c. it.의 규정취지를 오해하고 있다는 데서 잘 드러난다. 가령 Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato* (undicesima edizione, 1996), n.134 (p.204)는 법이 계약당사자들에게 상대방의 의사나 표시에 있을지도 모르는 하자의 존재에 관하여 “주시할 부담”(onere di attenzione)을 지운 것이라고 인적-의무론적 해석을 펴는데, 이는 물론 잘못이다. 왜냐하면 동 조문은 주시하지 않은 경우에 대하여 불이익의 효과를 정한 것이 아님은 말할 것도 없고, 이런 식의 주시의무라는 것도 말이 안 되는 것이기 때문이다.

본이었다.<sup>61)</sup>

### a) 무효론

그러나 이미 도넬루스(Donellus)와 그로티우스는 “묵시조건”(conditio tacita)의 구성 하에 무효를 주장하였고, 또한 모든 계약은 성의계약이라고 파악했던 로마홀란드법학자들도 법률효과로서 무효를 고려하였다.<sup>62)</sup> 로마법이 계수된 후에는 원상회복(restitutio in integrum)이 착오에 적용되었다.<sup>63)</sup> 그러나 그로티우스의 경우에도 무효와 취소 사이에서 불명한 태도가 간취되며,<sup>64)</sup> 시몬 반 레우번(Simon van Leeuwen) 같은 경우에는 중대한 착오에 한하여 무효라고 보는 등 로마홀란드법 학자들은 미결정 상태였으며, 대체로 19세기까지도 부동상태였다. 독일의 경우에도 19세기 이전에는 Klein 초안 § 84 ; Carmer/Svarez 수정안 § 93 ; Svarez 수정안 § 53 (“unkräftig”), Svarez 초안인쇄안 § 72 (“unkräftig”; “unverbindlich”) 등<sup>65)</sup>은 물론이고 § 98 E 1도 무효를 규정하였다.<sup>66)</sup> E 1의 경우

61) Feenstra/Zimmermann (주 30) 229f.

62) Feenstra/Zimmermann (주 30) 229

63) 로마홀란드법의 경우 그러나 그전에 이미 Relief가 인정되었다. Feenstra/Zimmermann (주 30) 230f.

64) 무효를 주장한 Grotius 2.11.6.2 : At viam nobis repertiendae naturali veritati pandit quod de legum vi atque efficacia omnium ferme consensu receptum est, ut si lex fundetur in praesumptione aliqua facti, quod factum revera ita se non habeat, tunc ea lex non obliget, quia veritate facti deficiente deficit totum legis fundamentum. Quando autem lex in tali praesumptione sit fundata, ex legis materia, verbis et circumstantiis colligendum (그러나 법률의 힘과 효력에 관하여 만인의 동의로써 수용된 바는 우리가 자연적 진리에 이르는 길을 발견하도록 열어주는바, 법률이 실재는 그렇지 않은 어떤 사실의 추정에 기초한 경우에는 그 법률은 구속하지 않는데, 왜냐하면 사실의 참됨이 결하면 법률의 기초 전체가 결하기 때문이다. 그런데 언제 법률이 그러한 추정에 기초한 것 인지는 법률의 소재, 문언과 주위사정들로부터 판단해야 한다)에 대하여 취소를 옹호한 Grotius 3.23.4 : Et de errore alibi diximus, ita ius dare a contractu recedendi si quid per errorem creditum fuit, in mente agentis vim habuerit conditionis (그리고 착오에 관하여 다른 곳에서, 어떤 것이 착오로 믿어졌는데, 행위자의 정신 속에서 조건의 힘을 가졌던 경우 계약해소권을 부여한다고 既述하였다). Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geeordtheid*, 3.1.19 (3.14.4 : 3.17)도 불명한 입장을 밝히고 있지 못하다. HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn.95.

65) Löhnig (주 7), 201 ; 204 ; 206 ; 208.

에는 예외가 인정되어 표의자 중과실 시 유효라고 규정했으나(§ 99 I) 이것은 의사이론과는 부합하지 않는 바였다.<sup>67)</sup>

### b) 취소론

그러나 이처럼 제1차심의위원회가 무효를 택했음에도 불구하고 취소 쪽 단초들 역시 존재하였다.<sup>68)</sup> 1881년 12월 5일에는 빈트샤이트(Windscheid)의 신청에 따라 E 1의 해당 무효조항이 삭제되었다. 단 포함이 유익하다는 의견이 있어서 편집위원회에 맡기는 것으로 귀결되었다. 취소를 대변했던 대표적인 인물은 쟈텔만(Zitelmann)이었다. 그가 든 취소론의 근거는 ① 사소한 착오시 무효는 과도하다. ② 단기행사기간과 취소를 결합하면 큰 효용이 있다(특히 시간이 얼마간 지난 후 사태가 확정된다). ③ 상대방에게 의사의 하자를 원용하는 것을 허용할 이유가 없다. ④ 무효는 표의자만 보호한다. ⑤ 사후에 의사를 만회할 시에는 무효가 아니어도 상대방에게 손해가 없다. ⑥ 거래의 안전은 취소권의 단기행사기간으로써 도모할 수 있다. ⑦ 표의자의 이익은 오직 그만이 취소권 자라는 사실로써 보호된다는 점들이었다. 이러한 논거들은 설득력이 있었으므로 이후 기어케(Gierke), 하헨부르크(Hachenburg), 홀더(Hölder), 미하엘리스(Michaelis), 미타이스(Mitteis), 쉐링(Schilling), 옹거(Unger) 등이 찬동하였다. 하인스하이머(Heinsheimer)에 의해 사물의 본성상 착오자만이 원용이 허용되므로 큰

66) 비교법적 판도는 Kramer (주 19), Rn 89-94 (영국 보통법, 스코틀랜드, 남아프리카공화국, 프랑스[*erreur obstacle*의 경우], 일본[착오자만 원용가능한 편면적 무효], 포르투갈). 이에 반하여 현재 세계 대부분의 경우는 취소가 기본효과이다. Kramer (주 19), Rn 95-98 (유럽대륙 諸國 및 그 法系의 나라들, 영국 형평법, 미국, 이스라엘, 중국, UNIDROIT-PICC).

67) 착오의 기본적 효과를 무효가 아니라 취소라고 규정한 점을 제외한다면 우리 민법 제109조 1항 단서(O)는 이런 점에서 E 1과 동일하다. § 97 III E 1이 경과실 시 손해배상의무를 규정한 것까지 감안하면 개정안의 해당 부분은 독일민법 제1조안과 가장 가까운 모습이 되는 셈이다.

68) 사기, 강박의 경우 취소 규정; 혼인 취소; 중의처분 취소는 물론이고, 제1차심의위원회의 논의과정에서 드러난 무효설 이외의 의사표시 부존재 의제처리설; Gebhard 부분초안 § 105 등이 그것이었다. Repgen (주 16), 109.

의미가 없다는 의견이 개진되었으나 착오설을 배척하는 것은 아니었다. 이에 반대했던 것은 착오규정의 입법 자체를 반대한 인물들을 제외하고는 입법찬성론자 중 절대적 무효설을 추종했던 에넬체루스(Enneccerus)만을 들 수 있다. BGB 심의에서는 취소론이 관철되었다(플랑크(Planck), 겐하르트(Gebhard)를 포함한 대다수 찬성). 다른 의견은 빌케(Wilke)에 의해 개진되었는데, 그는 착오의 효과로 “unverbindlich”를 제안하였다.<sup>69)</sup> 1891년 2월 3일 취소에 대해 이견이 없었고, 제2차심의위원회도 취소론을 만장일치로 채택하였다(E 1의 무효 대신).<sup>70)</sup>

현재 비교법적 지평에는 이렇듯 취소를 허용하되<sup>71)</sup> 손해배상(후술 (2)을 하도록 하는 방안을 마련한 입법례와 수령자가 의사표시를 신뢰한 경우에는 착오의 취소를 배제하는 내용을 규정한 입법례의 두 가지 모델이 발견되는데,<sup>72)</sup> 최근의 법통일 움직임은 후자 쪽을 선호하는 경향인 것 같다.<sup>73)</sup>

## (2) 상대방에 대한 효과: 손해배상

표의자가 의사표시의 상대방에게 일정한 손해배상 책임을 진다는 효과를 영항력 있게 주창한 인물은 그로티우스였다.<sup>74)</sup> 착오자의 과실을 기초로 그에게

69) 그의 주장은 § 871 ABGB (“keine Verbindlichkeit”)에 연계한 것이었는데, 오스트리아도 종국에는 취소론으로 귀착하였다. “Unverbindlich”라는 표현은 Carner/Svarez 수정안 § 94에서도 사용되었는데, 그러나 § 93의 “nichtig”로 미루어 볼 때 무효의 뜻이었다.

70) Reppen (주 16), 109ff.

71) 취소의 방법으로 재판상 행사(訴 또는 항변)가 요구되는 나라로는 오스트리아(Schwimann/Apathy [주 44], ABGB IV/1, § 871 Rz 15), 프랑스, 러시아가 있다. Kramer (주 19), Rn 95.

72) HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn.92. 전자의 예: BGB § 122, OR Art.261 실무, 이스라엘 계약법 sec. 14 b=Grotius. 후자의 예: ABGB § 871, C.c. it. Artt.1428, 1431: 일정한 방식으로 또한 NBW 6: 228=Pufendorf, Thomasius (*error nocet erranti*).

73) PECL 4: 103, UNIDROIT-PICC 3.5.

74) Grotius 2.11.6.3:

Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato. ... Si vero adfuerit quidem error, sed in quo fundata non fuerit promissio, ratus erit actus, utpote non

일정한 책임을 묻는 형식의 이론들은 대체로 과실단계별로 책임의 양태를 달리하였다.

### a) 과실책임론

#### ① 과실단계별 취급론

표의자에게 중과실이 있을 시에는 표시대로 책임을 진다는 표시설적 입장은 Klein 초안 (1782) § 877<sup>5)</sup>; § 99 I E 1에서 발견되는데, 이미 Donellus<sup>76)</sup>와 Gail도 이러한 견해였다. 그 로마법적 배경은 *supina, crassa ignorantia*에 관한 로마법 이론이었다.<sup>77)</sup> E 1은 경과실의 경우에는 § 99 II E 1: § 97 III E 1에 따라 손해배상(소극이익)을 정하였다.<sup>78)</sup> 이와 달리 중과실-경과실 시 공허 의사표시의 유효를 규정한 예로는 Svarez 초안인쇄안 § 78; ALR I 4 § 82가 있었다. 이 이론에 의하면 무과실일 때에는 책임도 없었다.<sup>79)</sup> 이처럼 과실에 따른 다른 취급은 이미 ALR의 편집위원회에 의해 채택되었던 개념쌍 *error vincibilis - error invincibilis*에서도 전제되었던 것이고, 더 멀리서는 늦어도 토마스 아퀴나스까지 거슬러 올라

*deficiente vero consensu : sed hoc quoque casu si is cui promittitur dolo errori causam dederit, quicquid ex eo errore damni promissor fecit, resarcire tenebitur. ... Si pro parte fundata erit errore promissio, valebit pro reliqua parte.*

(諾約者가 사안을 살피에 있어서나 또는 자신의 생각을 표현함에 있어서 부주의했고, 그로 인해 상대방이 손해를 입은 경우에는 손해배상의 책임을 낙약자는 질 것인데, 약속의 힘에 의해서가 아니라, 過失로 주어진 손해에 기해서이다. ... 그런데 착오가 있었지만 약속이 그것에 기초한 것이 아니었던 경우에는 법률행위는 유효할 것인데, 진정한 합의가 결여된 것이 아니기 때문이다. 그러나 이 경우에도 要約者가 악의로 착오에 원인을 제공한 때에는 그 착오로 인하여 낙약자가 입은 손해를 배상할 책임을 질 것이다. ... 약속이 일부만 착오에 기초한 경우에는 약속은 나머지 부분에 대하여 유효할 것이다.)

Cf. 출처(Byoung Jo Choe), *Culpa in contrabando bei Rudolph von Jhering*, 1988, 219 m.w.N.

75) Löhnig (주 7), 201.

76) Hugo Donellus, *Opera omnia*, I (Florentiae, 1846), De jure civili 1.20.4: Quia haec (sc. supina) ignorantia pro ignorantia habenda non est, magisque in doli suspicionem cadit.

77) Schermaier (주 7), 65; 同旨 UNIDROIT-PICC 3.5 (2) (a).

78) Repgen (주 16), 113ff.

79) Löhnig (주 7), 208.

간다.<sup>80)</sup> 또 그로티우스의 *error inevitabilis*에도 반영되어 있다. 한편 손해배상을 위해서 상대방의 선의를 요구하는 프로이센일반국법과 같은 입법례<sup>81)</sup>에서도 쌍방 과실의 착오 시에는 손해배상을 부인한다(ALR I 4 § 80).

## ② 과실단계 불구별론

BGB의 입법논의에서 유일하게 Planck만이 過失主義를 유지할 것을 요구했으나, 그럼에도 불구하고 과실단계로 책임을 구분하고자 하지는 않았다.<sup>82)</sup>

### b) 신뢰책임론

이미 Carmer/Svarez 수정안; Svarez 초안인쇄안 § 75에서도 채택된 바와 같은 과책독립적 책임을 본격적으로 주장하여 신뢰책임론을 대변한 것은 쾰만(Zitelmann)이었다. 그가 근거로 든 것들은 ① 과실단계는 구별이 어렵다. ② 과실단계별로 효과를 달리하는 경우 효과의 극심한 차이로 판단에 어려움이 존재한다(판사에게). ③ 모든 잘못은 과실로 평가 가능하기도 하다. ④ 모든 과실 단계에 동일한 효과를 연결해야 하며 그것은 손해배상이다. ⑤ 더 나아가, 책임 근거로서 과실주의 자체에 반대한다. 그리하여 쾰만은 착오자 책임의 내적 근거는 상대방의 신뢰를 실망시켰다는 데 있다고 보았다.<sup>83)</sup> 이후 E 1의 입장을 옹호하는 인물은 없었다. 다만 과실주의를 주장한 플랑크(전술 a)와 부당이득법으로 해결하려던 야쿠베쯔키(후술 c)가 있었을 뿐이었다. 폰 뤼거(von Rügger)는 과실책임-신뢰책임의 절충설을 취하여 착오자는 원칙적으로 항상 책임을 지지

80) Thomas Aquinas, *Summa Theologica*. I-II.6.8 resp; I-II.76.2-3 (*ignorantia consequens, voluntaria, vincibilis*); I-II. 6. 8 resp. (*ignorantia antecedens - concomitans*). Schermaier (주 7), 66. ABGB §§ 871-872의 wesentlicher - unwesentlicher Irrtum의 구별은 사상사적으로 이에까지 소급한다.

81) Svarez 초안인쇄안 § 76 (착오=Versehen, 선의상대방에 손해배상); ALR I 4 § 79 (중과실-경과실+타방 선의 시 손해배상); OR Art.26 (Schermaier [주 7], 66f.는 “스위스의 특수성”을 논하나 잘못이다).

82) Repgen (주 16), 115.

83) Repgen (주 16), 113f. (일종의 “Abstandsgeld”. 단 1890년에는 반복 아니 함).

만, 무과실 시에는 배상책임이 재산손실로 국한되어야 한다는 견해였다. 돌이켜보면 이미 예비위원회의 다수설이 신뢰책임론이었고, 결국 § 122 I BGB로 귀착하였다.<sup>84)</sup> “수령자 신뢰의 상대적 보호가치”가 기준이 된 것이다.<sup>85)</sup> 이것은 외관상으로는 이미 그로티우스에 의하여 공유된 것처럼 보이지만, 그로티우스의 경우에는 그러나 의사=귀속의 기준이라는 점에서,<sup>86)</sup> 이미 토마지우스(Thomasius)에 의한 의사도그마의 이탈(error nocet erranti)을 거친 후<sup>87)</sup> 객관적 표시의미를 기준으로 삼았던 짜일러(Zeiller)나 ABGB와도 달랐고, BGB의 신뢰책임론과도 차이가 있었다.<sup>88)</sup>

### c) 부당이득론

BGB 제정과정의 논의에서 야쿠베쯔키(Jacubezky)는 의사표시 수령자는 착오자를 상대로 부당이득원칙에 따라 책임져야 한다고 보는 소수설을 주장하였다.<sup>89)</sup>

84) 同旨 Börner, Struckmann, Achilles, Wilke, 편집위원회, § 97 I E 2. Repgen (주 16), 115f. 비교법  
은 Kramer (주 19), Rn 32-36.

85) HKK/Schermaier (주 21), §§ 116-124, Rn. 97-99.

86) Grotius 2.4.3 :

Iuris effectus qui ab animo pendet, non possunt tamen ad solum animi actum consequi, nisi is actus, signis quibusdam indicatus sit. quia nudis animi actibus efficientiam juris tribuere non fuerat congruum naturae humanae, quae nisi ex signis actus cognoscere non potest : qua de causa etiam interni actus meri legibus humanis non subjacent. Signa autem nulla de animi actibus certitudinem habent mathematicam, sed probabilem tantum : nam et verbis eloqui aliud possunt homines quam quod volunt et sentiunt, et factis simulare. Neque tamen patitur natura humanae societatis, ut actibus animi sufficienter indicatis nulla sit efficacia. ideo quod sufficienter indicatum est, pro vero habetur adversus eum qui indicavit.

Grotius 2.16.1.1.1. :

Ipsum qui promisit solum si spectamus, sponte id praestare obligatur in quod obligari voluit. Sed quia interni actus per se spectabiles non sunt, et certi aliquid statuendum est, ne nulla sit obligatio si quisque sensum quem vellet sibi affingendo liberare se posset, ipsa dictante naturali ratione jus est ei, cui quid promissum est, promissorem cogere ad id, quod recta interpretatio suggerit.

87) Schermaier (주 7), 76ff. ; Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, II (1989), 448f.

88) Schermaier (주 7), 73ff.

89) Repgen (주 16), 115.

### (3) 제3자에 대한 효과: 선의의 제3자 보호

이 문제의 기원은 토마지우스에서 찾아볼 수 있는데, 그 또한 토마스 홉스(Thomas Hobbes), 푸펜도르프(Pufendorf) 및 자신의 언어이론에 의하여 영향을 받았다. 토마지우스의 이론은 그로티우스의 영향을 강하게 받은 자연법론의 전통에 입각한 것이었으나, 그 기저에 있어서는 의사이론으로부터 신뢰이론으로의 선회와 더불어 그로티우스와 차이가 나는 것이었다.<sup>90)</sup>

## IV. 맺음말

이상으로 민법 개정안의 배경이 되었던 독일민법의 해당 착오규정의 입법과정을 중심으로 어떠한 논의들이 있었는지, 그리고 그러한 논의의 法思想史의 배경은 어떠한 것이었는지를 소략하게나마 살펴보았다. 독일민법의 입법경과는 선불리 개정안을 마련하기 전에 이미 논란된 사항 하나하나에 대하여 개진되었던 다양한 論想들을 충분히 검토하여 반면교사로 삼을 필요성이 있음을 새삼 상기시켜 준다고 할 것이다. 그런 의미에서 구체적인 조문화 작업에 앞서서 다시 한 번 構想의 원칙을 분명히 하는 것이 필요하다고 하겠다. 몇 가지 요점을 들어본다.

(1) 착오는 누구에게든 언제 어디서나 발생할 수 있는 인간세상의 사태이다 (*Quam facile erramus homines! 얼마나 쉽게 착오하는가 우리 인간들은!*)<sup>91)</sup> 따라서 이

90) 상세는 Schermaier (주 7), 76ff.

특히 Christian Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 1.1.72:

Error tertii sive vincibilis sit, sive invincibilis, non poterit alteri, qui non est culpa, cur tertius aberraverit, imputari, sed in ejusmodi concursu aequius est, ut imputetur erranti.

(제3자의 착오는 극복가능한 것이든 극복불가능한 것이든 過失이 없는 타인에게, 제3자가 착오했다는 이유로, 귀책될 수 없고, 이러한 류의 이익경합사태에 있어서는 착오자에게 귀책되는 것이 보다 더 공평하다.) Schermaier (주 7), 76 n.118.

91) Seneca (rhetor), *Controversiae* 7.1.5.

를 배려하는 것이 필요하다. 표시설의 도그마에 따르면, 상대방 보호의 논리에 입각하든 착오를 전면 부인하는 것은 비인간적이고(*Errare humanum est!*이므로), 따라서 법의 존재이유에 반한다(*Hominum causa omne ius constitutum est*. 모든 법은 인간을 위하여 정립된 것이다<sup>92)</sup>).

문제는 과연 어느 정도로 착오를 배려할 것인가 하는 것인데, 법의식과 법정책의 측면에서 착오자를 널리 보호하고자 하는 입장과 상대방의 이행이익을 두루 보호하고자 하는 입장<sup>93)</sup> 사이에서 합리적인 지점을 발견하는 작업이 될 것이다. 착오를 배려해야 한다는 상당성 있는 다른 논거로서는 이를 교정하지 않는다면 가치의 공정한 교환관계가 교란되어 착오자의 불이익으로 상대방이 이득하는 일이 빈번히 발생할 수 있다는 점이 지적된다. 반대의 입장은 계약업무의 원칙(*pacta sunt servanda*)이나 계약의 聖性(*sanctity of contracts*), 신뢰보호(*principle of reliance*)를 주는거로, 착오자의 자기영역위험 부담책임, 신중한 행동을 촉구하는 교육적 효과 등을 보조논거로 삼는다.<sup>94)</sup> 법에 있어서 거의 모든 경우에 그렇듯이 이것은 단순논리의 문제가 아니라, 어쩌면 영원히 평행선을 그을 수밖에 없을지도 모르는 가치 경합의 문제이다. 그런 만큼 기술적인 차원을 뛰어넘는 보다 깊이 있는 논의가 지속적으로 요구된다고 할 것이다.

(2) 착오를 배려하는 경우에도 그러나 모든 착오를 항상 배려해야 하는 것은 아닐 것이다. 법질서가 고려할 의미가 있는 착오에 한정하는 것이 필요하다. 법의 역사는 중대한 착오만을 고려하는 것이 사리에 맞는 처사임을 보여준다(*De minimis non curat lex!* 법률은 사소한 것들은 돌보지 않는다)(A, F).

(3) 착오를 배려하는 방법은 (의사설의 도그마를 고집하여) 무효로 선언하는 것보다는 사적 자치의 여지를 충분히 인정하는<sup>95)</sup> 취소의 방법이 합리적이다.<sup>96)</sup> 이 점은 더 이상 의문의 여지가 없다(B). 취소 자체의 방식을 어떻게 정할 것인가

92) Hermogenianus, *libro primo iuris epitomarum*, D.1.5.2.

93) Kramer (주 19), Rn 28.

94) Kramer (주 19), Rn 3-4.

95) Cf. Kramer (주 19), Rn 120-123.

96) 또한 이미 살펴본 쟁점의 논거를 참조할 것(III.2.(1).b).

가는 또 다른 입법정책의 문제이다.

(4) 일정한 착오(위 2)를 배려하는 경우(위 3) 그 요건의 존부를 판단함에 있어서는 우선 당사자들의 의사를 기준으로 삼는 것이 타당하다. 이것이 착오 배려의 취지(위 1)에 부합하기 때문이다. 그러나 당사자간의 거래의 안정과 제3자 관계에서의 거래의 안전을 위하여 객관적 기준에 의한 점검이 반드시 필요하다.<sup>97)</sup> 그 객관적 기준은 결국 *vir bonus* (법적 표준인)의 관점이거나 신의칙과 같은 규범적 표준이거나 거래관행(F)과 같은 초개인적 준거의 틀일 것이다.

(5) 착오를 배려하는 경우 착오자의 잘못을 따지는 것<sup>98)</sup>은 착오를 배려하는 취지(위 1)에 맞지 않는다(←C). 착오는 잘못을 저지르는 원인이긴 하지만 착오하지 말 것을 명한다고 해서 피할 수 있는 것이 아니므로<sup>99)</sup> 착오자를 “처벌” 하는 것이 아니라 그를 돕는 것이 착오 배려의 목적이어야 하기 때문이다. 따라서 착오를 배려할 것인가 말 것인가는 오직 착오 자체에 착안하여(위 2) 결정할 일이다. 이러한 정신을 관철한다면 동기의 착오라 하더라도 중대한 것인 때에는 배려해 줄 수 있을 것이고, 우리 민법 개정안은 종래의 이론을 벗어나서 이러한 방향으로 선회한 것이라고 평가된다(E).<sup>100)</sup> 여기서 다시 한 번 확인되는 것은 어떤 사태를 판단하는 기준의 문제에 있어서 물적-대상적 측면에 착안하는 사고방식과 인간의 행태에 주목하여 의무론적-주관적 측면에 착안하는 사고

97) 이미 우리나라 판례도 주관적 기준과 객관적 기준을 모두 적용하고 있다. 大判 2003. 4. 11, 2002다70884 [공2003.6.1.(179),1169] : “법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있다고 하기 위하여는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하는바, 원심이 판시한 바와 같이 이 사건 설계용역에서 건축사 자격이 가지는 중요성에 비추어 볼 때, 피고가 원고에게 건축사 자격이 없다는 것을 알았더라면 피고만이 아니라 객관적으로 볼 때 일반인으로서도 이 사건과 같은 설계용역계약을 체결하지 않았을 것으로 보이므로, 이 사건에서 피고측의 착오는 중요 부분의 착오에 해당한다고 할 것이다.”

98) 이러한 행태의 배후에는 착오 자체를 부정적으로 평가하는 일반적인 심리가 놓여있다. Cf. Cicero, *De officiis* 1.18 : *errare, nescire, decipi et malum et turpe dicimus* (착오하고, 無知하고, 속아 넘어가는 것을 우리는 나쁘고 수치스런 것이라고 부른다).

99) Cf. Seneca, *Epistulae morales* 94.21 : *Error est causa peccandi : hunc nobis praecepta non detrahunt.*

100) 원칙적인 찬성의견 : 民法改正案研究會 (주 12), 44 (엄동섭).

방식의 차이가 법학의 세계에는 엄존한다는 사실이다. 로마법에서도 이미 프로클루스의 법학 전통에 입각했던 율피아누스가 전자의 태도를 보였다면(D.18.1.9 ; 11 ; 14), 사비누스 학파의 법학 전통에서 활약했던 율리아누스는 후자의 태도를 취했던 것(D.18.1.41.1 ; 45)이 포착되며, 의무론적 관점에 친화적이었던 윤리신학은 물론이거니와, 이의 강한 영향을 받았던 자연법론에서 후자의 입장이 두드러지는 것 또한 하등 이상한 일이 아닐 것이다. 의무론적 시각을 전형적으로 반영하는 과실책임주의의 매력은 도덕적 가치와 무관할 수 없는 법의 본성상 의문의 여지가 없는 것이지만, 사태의 성질에 따라서는 물적-대상적인 냉정한 접근이 오히려 더 득책일 수 있는 것 또한 인생사의 한 단면이다. 이곳에서는 착오는 인간학적으로 볼 때 일정한 사건의 발생에 관하여 좌지우지할 수 없다는 의미에서 우연(Kontingenz)으로서 인간의 기본적 경험에 속한다<sup>101)</sup>는 전제에서 출발한다.

(6) 그러나 동기의 착오는 말할 것도 없고 일반적인 착오의 경우에도 착오는 어디까지나 표의자 측에만 존재하는 현상으로서 상대방으로서는 이를 인식하는 것이 원칙적으로 불가능하다. 따라서 착오를 이유로 취소를 허용하게 되면 상대방으로서는 의외의 사유로 계약을 통한 장래의 기획 가능성을 부당하게 박탈당하는 결과가 된다. 그러므로 착오로 인한 취소를 인정하려면 상대방으로서도 수긍할 수 있는 사유나 요건이 갖추어진 경우에 한하는 것이 쌍방이익의 조정이라는 측면에서 합리적이다. 특히 현대사회의 수많은 법률행위를 고려할 때, 그것이私人 대私人 간의 법률행위이든, 상인 간의 지속적·대규모적인 거래이든, 아니면 소비자 와 상인 간의 정형적인 거래행위이든, 법률행위에 관한 합리적이고 통일적인 규율이 바람직하다면 이러한 쌍방이익의 균형 잡힌 조정은 필수적인 것이다. 그러므로 이제 오히려 더 중요한 것은 착오를 배려함으로써 뜻밖의 불이익을 당할 수 있는 상대방과 제3자에 대한 고려이다. 그리고 이 고려에 있어서도 중요한 것은 그들이 의사표시를 신뢰했는가 하는 사정

101) *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie* 2 (hrsg. v. Jürgen Mittelstraß, 1995), s.v. Irrtum (Gereon Wolters), p.298f. ; s.v. kontingent/Kontingenz (Gereon Wolters), p.455.

이지, 그 신뢰에 있어서 과실이 있는가 아닌가 하는 점이 아니다. 그들을 처벌 하려는 것이 아니라 착오 배려 시 관계의 합리적인 정리를 도모하는 것이 관건 이기 때문이다.<sup>102)</sup> 그러나 다른 경우에 있어서도 그렇듯이 당사자들의 행태는 법적 규율의 세목을 결정하는 데 일정한 의미가 있을 수 있다. 악의는 어느 당 사자든지 보호받을 수 없다(K). 제3자도 선의의 경우에 한하여 보호하는 것이 합당하다(G). 문제는 과실의 경우인데, 착오를 일으킨 데 과실이 있는 착오자나, 착오를 알 수 있었던 상대방은 그들의 행태에 대하여 법이 판단하는 바에 따라 일정한 불이익을 감수해야만 할 수도 있다. 그러나 이것은 어디까지나 착오 배려 시의 법률효과에 관련될 수 있을 뿐, 착오 배려 자체(위 2)를 배제하는 것이 어서는 아니 된다. 상대방이 선의로 그 착오의 원인을 제공한 때(innocent misrepresentation)의 규율 문제는 굳이 조문화하지 않더라도 어려움이 따르지 않는다고 하겠다.<sup>103)</sup> 구체적으로는

① 착오자에게 과실이 있는 경우라도(중과실의 경우까지를 포함해서) 착오가 중대한 때(위 2)에는 착오를 배려해 주어야 한다(←C). 중대한 착오일 경우는 중 과실일 경우가 드물지 않을 것이라는 사정을 생각해 보면 더욱 그러하다.

② 상대방에게 인적·의무론적인 관점에서 착오를 인식할 수 있었으나 인식 하지 못한 데 과실이 있더라도(이 때에도 중과실의 경우까지를 포함해서) 그로 인하여 신뢰가 좌절된 데 대한 일정한 배려를 거부당해서는 아니 된다(←K). 착 오자가 착오를 일으킨 것 자체가 어떤 의미에서는 “과실”에 준하는 사태이고, 그러한 사태에 악의 없이 노출된 상대방으로서는 설사 과실이 있다 할지라도 어떤 의미에서는 “과실상계”에 준하는 상황에 처한 것이고, 따라서 착오가 배려되는 것에 상응하여 불이익을 벗어날 수 있도록 하지 않는다면 일방적으로 착오자에게만 유리한 결과가 되기 때문이다. 원래 거래의 상대방을 선택한 결과에 대한 우연적인 생활위험은 (무자력의 위험이 가장 핵심적이다) 상대방과 거래한 스스로가 적어도 일정 정도 감수하는 것이 원칙이고, 따라서 상대방이

102) 또한 이미 살펴본 쾨텔만의 논거를 참조할 것(III.2.(2).b)).

103) 비교법적 상제는 Kramer (주 19), Rn 31.

착오를 일으켰고 그래서 그 착오가 배려됨으로써 법률행위가 취소된다면 이 또한 스스로가 감수해야만 하는 우연적인 생활위험에 속하는 것이다. 상대방의 무자력에 대한 위험을 부담하는 자에게 무자력에 관한 인식가능성을 문제삼지 않듯이, 착오자의 상대가 된 자에게도 같은 부류의 우연적 생활위험에 속하는 착오에 관하여 인식가능성 등을 문제삼을 이유는 없다. 선의인 한(K), 인식하지 못한 데 과실이 있든 없든, 이러한 생활위험이 실현되었다면 그에 따르는 적절한 보호조치를 강구하면 되는 것이다.

착오의 인식가능성이 문제된다면 오히려 이탈리아민법처럼 물적 관점에서 착오가 상대방에 의하여 객관적으로 인식가능한 것일 때에 한하여 취소를 인정할 것인가를 살필 것이다. 그러나 착오자 보호의 취지를 고려하면 상대방의 시야는 부차적인 것일 뿐이다. 남이 알아볼 수 없다고 해서 착오가 착오 아닌 것으로 되는 것은 아니기 때문이다.

③ 또 표의자의 상대방의 입장에서 보자면 착오가 배려되는 경우 자신의 신뢰에 대한 배려는 착오가 과실에 기한 것인지 아닌지의 여부와는 상관이 없다. 따라서 착오자의 과실 여부에 따라 신뢰 배려의 내용을 달리하는 것 — 중과실의 경우에는 취소 불가(C); 경과실의 경우에는 신뢰이익배상(I); 무과실의 경우에는 손해배상 배제 — 은 착오자에 대한 배려 내지는 처벌의 의미는 가질 수 있을지 몰라도, 신뢰자의 이익과는 상관이 없다( $\leftarrow C+H$ ).<sup>104</sup> 과실단계론이 역사적으로 보자면 더 오래된 것에 속한다는 사실은 이미 살펴본 바와 같다.<sup>105</sup>

④ 상대방이 배상받아야 할 이익의 범위는 원칙적으로 취소되지 않았을 경우의 이익(이행이익)일 수는 없을 것이다(J). 그러나 이와 관련해서도 범위에 의한 조정이라든가,<sup>106</sup> 불이행에 대한 구제를 선호한다든가<sup>107</sup> 하는 다양한 방안들이 비교법적으로 확인되므로, 더 면밀한 검토가 필요할 것이다.

104) 이 한도에서 同旨: 民法改正案研究會(주 12), 46f. (송덕수). 그러나 송덕수는 상대방의 선의·무과실을 요구하는 점에서 필자와 다르다.

105) 위 III.2.(2).

106) OR Art.26 II. 상세는 Kramer(주 19), Rn 108-110.

107) UNIDROIT-PICC 3.7.

요컨대 증대한 착오에 한하여 취소할 수 있도록 하고, 착오자 측의 요건으로서 이러한 증대성만을 충족시키면 되는 것으로 하되(따라서 착오자에게 중과실이 있더라도 무방하다), 상대방의 이익을 아울러 고려하여 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하는 추가적인 요건이 필요할 것이다. 그렇다면 원칙적으로 상대방이 선의·무과실인 경우에는 취소가 배제될 것인데, 그렇더라도 그 착오가 상대방에 대하여도 중요한 의미가 있는 경우에는 취소를 인정하는 것이 오히려 쌍방의 이익을 도모하는 방안이 될 것이므로, 이런 경우에는 취소를 허용하는 규정을 두는 것이 합리적일 것이다.<sup>108)</sup> 취소 시에 취소자에게는 선의·무과실일지라도 상대방의 좌절된 신뢰에 대한 일정한 배상의 의무를 부과해야 하며 — 착오에 빠졌다는 것 자체가 남에게 전가시킬 수 없는 생활위험이다 — 상대방은 악의가 아닌 한 (중과실일지라도) 그 배상을 받을 수 있도록 하는 것<sup>109)</sup>이 착오자의 보호와 상대방의 보호를 모두 도모하는 합리적인 방안이라고 생각된다. 불법행위책임을 묻는 것이 아니라,<sup>110)</sup> 인간이기에 어쩔 수 없이 겪을 수밖에 없는 사태를 관련당사자들의 이익을 공정하게 조정함으로써 규율하기 위한 것이기 때문이다.<sup>111)</sup> 그리고 이러한 해결책에 따르는 그밖의 거래 안정의 문제는 착오 요건의 엄격한 운용, 입증책임,<sup>112)</sup> 취소권 행사기간의 단기화<sup>113)</sup> 등을 통하여 적절한 선에서 도모할 것이다. 이상의 결과를 조문화해 보자면 다음과 같이 될 것이다.

108) 同旨 尹眞秀 (주 1), 37.

109) 손해배상의 요건에 관한 한 同旨 : 民法改正案研究會 (주 12), 47 (임동섭).

110) 大判 97.8.22, 97다카13023(공보 1997하, 2800). 스위스판례도 착오취소자의 책임은 불법행위 책임이 아닌 독자적인 책임(eine Haftung sui generis)이고, 착오자의 행태는 엄격하게(mit einer gewissen Strenge) 판단해야 한다고 한다. Hans Altherr/Ernst Brem/Hubert Bühlmann, *Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes* (2. Auflage, 1994), N.1; N.3; Peter Gauch (Hg.), *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Art.1-183) : Rechtsprechung des Bundesgerichtes* (3. Auflage, 1992), 64.

111) 이 점에서는 尹眞秀 (주 1), 37도 개정안과 마찬가지로, 이곳의 견해와 다소 다르다.

112) Cf. Kramer (주 19), Rn 124-125.

113) 同旨 : 民法改正案研究會 (주 12), 47f. (임동섭). Cf. Kramer (주 19), Rn 114-119.

제109조 (착오로 인한 의사표시)

① 의사표시는 법률행위의 내용 또는 그 동기의 중요부분에 착오가 있는 표의자가 그 사실을 알았고 또 사정을 합리적으로 판단하였다면 의사표시를 하지 않았으리라고 인정되고, 또 그 착오가 거래관념상 증대한 것인 때에 한하여 다음 중 어느 하나에 해당할 때에는 취소할 수 있다.

1. 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었을 때
2. 착오가 상대방에 대하여도 중요한 의미가 있을 때
3. 상대방이 착오의 원인을 제공한 때

② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

제109조의2 (착오자의 손해배상 의무)

① 제109조에 의하여 의사표시를 취소한 사람은 상대방이 그 의사표시가 유효하다고 믿어서 입은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 의사표시가 유효하다면 생길 이익액을 넘지 못한다.

② 제1항의 규정은 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 그 원인을 제공한 경우에는 적용하지 아니한다.

이상에서 펼친 構想은 아직 여러 모로 설익은 것이다. 어느 선택지가 가장 합리적이고, 어떤 대안이 가장 합당한 것인지는 인간이 착오할 수 있는 존재인 만큼 그 결정이 결코 가볍게 내려질 수 있는 문제가 아니다. 그런 의미에서 이 글에서 밝힌 필자의 외곡의 소견이 先哲 세네카의 경교<sup>114)</sup>에도 불구하고 착오에 빠진 것이 아니기만을 바랄 뿐이다. 더 나은 인식의 지평을 얻게 되면 당연히 소견을 수정할 것을 기약하면서.<sup>115)</sup> 先賢의 말대로 착오를 고수하는 자는

114) Seneca, *Epistulae morales* 16.9 : Via eunti extremum est : error immensus est (하나의 길을 가는 자에게는 극단적인 것이 있다. 착오가 그지없다).

115) Cf. Seneca, *De beneficiis* 4.38.1 : Non est levitas a cognito et damnato errore discedere ... Non est turpe cum re mutare consilium (잘못된 것으로 인식된 착오와 결별하는 것은 경솔이 아니다).

제 정신이 아니기 때문이다.<sup>116)</sup>

〈참고자료〉 착오 관련 로마법 사료선

착오론의 전개에 있어서 항상 기초적 자료로 활용된 것은 로마법의 관련사료였다. 이것들은 오랜 세월만큼이나 다양한 해석의 역사를 가지고 있고, 여전히 해석자에 따라서 다른 이해가 가능하다고 할 정도로 다각적인 면모를 보인다. 여기서는 지면관계도 있고 해서 우선 원문을 번역 소개하는 데 그치기로 한다.

로마법상 법률행위와 관련하여 착오가 논의된 것은 대체로 매매, 문답계약, 임대차 등이 문제되는 상황이었다. 고전기의 법률가들이 다루었던 착오가 관련된 사항을 예시해 보면 다음과 같다.

- 1) 객체의 착오(error in corpore) : D.18.1.9.pr, D.45.1.83.1, Inst.3.19.23
- 2) 대금의 착오(error in pretio) : D.18.1.9.pr, D.19.2.52
- 3) 법률행위 유형의 착오(error in negotio) : D.18.1.9.pr ; C.4.22.5
- 4) 재료의 착오(error in materia error in substantia) : D.18.1.9.2, D.18.1.10, D.18.1.14, D.19.1.21.2, D.18.1.45, D.18.1.41.1, D.45.1.22
- 5) 명칭의 착오(error in nomine) : D.18.1.9.1
- 6)性の 착오(error in sexu) : D.18.1.11.1
- 7) 處女性的의 착오(error in virginitate) : D.18.1.11.1

물론 이 중에서 재료의 착오가 가장 까다로운 문제였다.

D.18.1.9 Ulp. 28 ad Sab.

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est : ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus,

… 사실에 따라 결정을 바꾸는 것은 수치스런 일이 아니다).

116) Seneca, *De beneficiis* 4.36.2 : Demens est, qui fidem praestat errori.

emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti : nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.

1. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio : nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.

2. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scribit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit : ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

(매매에 있어서 합의가 개재되어야만 한다는 것은 명백하다. 그렇지 않아서 가령 매수 자체에 관하여 불합의하거나, 또는 대금에 관하여, 또는 다른 사항에 관하여 불합의하는 경우에는 매수는 불완전하다. 그러므로 나는 내가 코르넬리우스의 토지를 산다고 생각하고, 너는 나에게 내가 셴프로니우스의 토지를 판다고 생각한 경우 우리는 객체에 있어서 불합의한 것이므로 매수는 무효이다. 나는 내가 (노예) 스티쿠스를 (산다고), 너는 부제 중 인 팜필투스를 판다고 생각한 경우에도 마찬가지이다. 왜냐하면 객체에 관하여 불합의된 것이므로 매수가 무효임이 분명하기 때문이다.

1. 그러나 우리가 명칭에 있어서 불합의하였지만, 객체에 관하여는 확정된 경우에는 매매가 유효하다는 데 아무런 의심이 없다. 왜냐하면 객체에 관하여 확정되었으므로 명칭의 착오는 아무런 효과가 없기 때문이다.

2. 그러므로 객체 자체에 관하여는 착오가 없으나, 性狀(substantia)에 관하여 착오가 있는 경우, 예컨대 식초가 포도주로 매도되거나, 銅이 金으로 또는 납[鉛]이 銀이나 銀과 유사한 어떤 다른 것으로 매도되는 경우에 매매가 성립하는지 문제된다. 마르켈루스는 <학설집> 제6권에서 매매가 성립하는바, 왜냐하면 비록 질료(materia)에 있어서 착오가 있었지만 객체에 있어서는 합의되었기 때문이다라고 기술하고 있다. 私見으로는 포도주의 경우에는 동의하는데, 왜냐하면 포도주가 시어진 것이라면 거의 같은 실질(ούσία)이기

때문이다. 그러나 포도주가 시어진 것이 아니라, 처음부터 식초 같은 醋液이었다면, 한 물건이 다른 물건으로 팔린 것으로 생각된다. 그밖의 경우에는 그러나 질료에 있어서 착오가 있을 때에는 매도는 무효라는 것이 私見이다.)

D.18.1.10 Paul. 5 ad Sab.

[Si quis aes pro auro emerit, nulla venditio videtur.] Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret : tunc enim emptio valet.

([어떤 자가 銅을 金인 것으로 산 경우에는 매도는 무효로 생각된다.] 이것은 金이기는 했지만, 매수인이 생각했던 것보다 低質이었던 경우와 다른데, 이때에는 매수가 유효하기 때문이다.)

D.18.1.11 Ulp. 28 ad Sab.

Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur [vel in] <a Haloander> minus perito discernendarum materialium? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit?

1. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit : in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

(그밖에 우리는 매수인이 맹인이었거나 질료를 식별하는 데 미숙했던 자에 의하여 질료에 있어서 착오가 있는 경우에는 무슨 말을 해야 할 것인가? 객체에 있어서 그들은 합의했었던 것이라고 이야기해야 할 것인가? 보지 못한 자가 어떻게 합의했는가?)

1. 내가 처녀를 산다고 생각했으나 이미 부인인 경우에 매수는 유효할 것이다. 性에 있어서 착오가 없었기 때문이다. 그러나 나는 부인을 판다고, 너는 소년을 산다고 생각했던 경우에는 性에 있어서 착오가 있으므로 매수도 매도도 무효이다.)

D.18.1.14 Ulp. 28 ad Sab.

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si et ego me vendere

aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio : si autem aes pro auro veneat, non valet.

(그러면 질료와 성상(qualitas)에 있어서 쌍방이 착오한 경우에는 우리는 무슨 말을 해야 할 것인가? 예컨대 나는 내가, 銅인 데도 불구하고, 金을 판다고 생각하고, 너는 산다고 생각한 경우에는? 예컨대 공동상속인들이 金製라고 하는 팔찌를 高價로 한 상속인에게 팔았고 그것이 대부분 銅製로 판명된 경우는? 매도가 성립한다는 것이 정설인바, 왜냐하면 金을 일부 포함하였기 때문이다. 왜냐하면 어떤 것이 鍍金된 경우에는 비록 내가 純金이라고 생각할지라도 매도가 유효하기 때문이다. 그러나 銅이 金으로 팔린 경우에는 (매도는) 유효하지 않다.)

D.18.1.41.1 Iul. 3 ad Urs. Ferocem.

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens : nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

(銀으로 판금된 탁자를 이를 모르는 나에게 純銀인 것으로 네가 모르는 체로 매도하였다. 매수는 무효이고 그 명목으로 공여된 금전은 부당이득반환청구될 것이다.)

D.18.1.45 Marcian. 4 reg.

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit : quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.

(라베오는 <유고집>에서 수선된 옷을 어떤 자가 새 것으로 샀던 경우에 트레바티우스의 견해는 모르면서 수선된 것을 산 경우에는 매수인에게 그 이익을 배상해야 한다는 것이라고 기술하고 있다. 이 견해는 또한 폼포니우스도 찬동하고 있고, 또한 율리아누스도

同旨인데, 율리아누스는 말하기를 매도인이 정녕 몰랐다면 그 물건 자체의 명목으로 책임을 지고, 알았다면 그로 인하여 발생하는 손해 역시 책임지느니, 늦쇠그릇을 금그릇으로 모르면서 판 경우에 그가 판 금 상당액을 배상할 책임을 지는 것과 같다고 하였다.)

D.19.1.21.2 Paul. 33 ad ed. :

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet : veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

(우리가 앞에서 객체에 있어서 합의하였지만 性狀에 관하여 불합의한 경우에 매수가 성립한다고 이야기하였지만, 그럼에도 불구하고 매도인은, 비록 매도인 또한 알지 못하더라도, [매수인의] 속지 앎에 대한 이익 상당액을 책임져야만 한다. 가령 실은 그렇지 않은 탁자들을 삼나무 탁자로 사는 경우에.)

D.19.2.52 Pomp. 31 ad Q. Muc. :

Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur : sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

(나는 너에게 10금에 토지를 임대하지만, 너는 5금에 임차하는 것으로 생각하는 경우에는 계약이 성립하지 않는다. 그러나 나는 더 낮은 금액으로 임대하는 것으로 생각했고, 너는 더 높은 금액으로 임차하는 것으로 생각한 경우에는 어쨌든 내가 생각했던 금액 이상으로 임차가 이루어지지는 않을 것이다.)

D.45.1.22 Paul. 9 ad Sab. :

Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus : sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

(銅인데 金인 것으로 내가 생각했던 것을 내가 너로부터 문답계약으로 요약한 경우 너

는 이 銅의 명목으로 나에게 책임을 질 것인바, 왜냐하면 우리는 객체에 있어서 합의했기 때문이다. 그러나 네가 알면서 나를 속인 경우에는 나는 惡意 조항에 기하여 너를 상대로 訴求할 수 있다.)

D.45.1.83.1 Paul. 72 ad ed. :

Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit : sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur et ideo actori potius credendum est : alioquin semper negabit reus se consensisse.

([노예] 스틱쿠스를 요약한 내가 생각한 자와 [낙약한] 네가 생각한 자가 서로 다른 경우에 아무 계약도 성립하지 않을 것이다. 또한 소송에 관하여 아리스토토도 그런 견해였다. 그러나 이 경우는 오히려 原告가 생각한 자가 청구되는 것으로 생각된다. 왜냐하면 문답계약은 쌍방의 합의에 기하여 유효하지만, 소송은 또한 不願者를 상대로도 부여되며, 그래서 오히려 원고를 더 믿어야만 하기 때문이다. 그렇지 않다면 피고는 항상 그가 합의했음을 부인할 것이다.)

C.4.22.5 Diocl./ Maxim. (a.294)

Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutris consensu deficiente constitisse procul dubio est.

(그가 그릇된 매매문기를 작성하여 그대에게 그대가 작성을 의뢰했던 임대차 文記인 것처럼 서명하도록 권유하고, 그대가 다시 읽지 않은 채, 그러나 믿고서 서명하였다면, 둘 중 어느 쪽의 합의도 결여되었으므로 둘 중 어느 계약도 성립하지 않았음에 의문의 여지가 없다.)

# A Critical Note on the Amendment of the § 109 Korean Civil Code in the Perspective of Comparative Law and Legal Topoi

Choe, Byoung Jo\*

This article deals with the §§ 109 and 109a Reform draft of Korean Civil Code concerning mistakes in a declaration of intention. These provisions are analysed in a comparative perspective with special regard being paid to the German legislation history of the relevant provisions. After that, the author proposes, based on his own basic dogmatic position stated to the point, a new formulation of the provisions balancing the interests of the parties to the legal transactions. In the end, the author offers a selection of Roman legal sources concerning mistakes with the Korean translation. These materials are to be used to good account, because they have played a significant role in the history of legal science.

**[Key Words]** error, mistake, Irrtum, §109 Korean Civil Code, §109a Reform draft of Korean Civil Code, rescission, Anfechtung, indemnity (for loss suffered), Schadensersatz, §§119ff. BGB, §§119ff. German Civil Code. Roman Law

---

\* Professor, Seoul National University.