일감법학 | 제32호
2015년 10월 121-146쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.32, Oct., 2015. pp.121-146
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

의사표시에서 표시의 적격성에 관한 연구

Ein Studium über Qualifikation Der Erklärung in Der Willenserklärung

임 형 택*
Lim, Hyung-Taek

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 의사표시에서 표시의 기능
Ⅲ. 의사표시에서 표시의 효력
Ⅳ. 결 론

우리 민법 제111조 제1항은 "상대방 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다."고 규정하고 있다. 이는 상대방 있는 의사표시의 효력을 시간의 관점에서 접근하여 의사표시에서의 표시가 상대방에게 도달한 시점에 그 의사표시의 효력을 인정하고자 하는 규정으로 이해된다. 본래 이 규정의 모법인 구민법 제97조 제1항(일본 민법 제97조 제1항)은 격지자 사이의 의사표시에 한해 도달주의를 적용하고 있었지만, 우리 민법은 제정 당시부터 도달주의의 포섭범위를 격지자 사이의 의사표시뿐만 아니라 대화자 사이의 의사표시에도 확대하고자 하였으며, 최근의 민법 개정을 통해 이를 보다 명확히 하였다. 그러나 이 과정에서 의사표시의 효력과 관련해서 표시의 시점이 문제되는 근본적인 원인이나 격지자 사이의 표시와 대화자 사이의 표시의 본질적 차이를 충분히 고려했는지에 대해서는 의심스러운 부분이 있다.

이에 따라 본고에서는 우선 의사표시의 효력과 관련하여 표시의 시점이 문제되는 원인을 살펴보기 위해 의사표시에서 표시의 기능을 의사전달기능, 공포기능과 사회적 소통기능을 중심으로 고찰하였다. 이러한 고찰을 통해 표시의 중심적 기능은 의사전달기능이며, 표시의 의사전달기능이 충족되기 위해서는 표의자가 가능한 한 상대방이 이해할 수 있는 표시수단을 선택하여야 한다는 결론을 도출하였다.

상대방이 이해 가능한 표시수단이었는지의 관점에서 문제를 접근하면 격지자 사이의 표시와 대화자 사이의 표시 -보다 유용한 구분으로는 유체적 표시와 무체적 표시-에서는

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.
* 한국국토정보공사 공간정보연구원 책임연구원, 법학박사
Principal Researche in Spatial Information Research Instituter, Dr. Jur.

서로 다른 고려요소가 존재한다. 즉, 주로 유체적 표시를 활용하는 격지자 사이의 표시에서는 상대방이 이해 가능한 내용의 표시가 상대방의 영역에 도달하기만 하면 상대방이 이를 이해할 수 있었는지의 여부는 전적으로 상대방의 책임으로 남게 된다. 유체적 표시는 반복적 검토가 가능하며, 상대방은 언제든지 유체적 표시의 검토를 통해 표의자의 의사를 인식할 수 있는 가능성이 열려져 있기 때문이다. 따라서 유체적 표시에서 상대방의 이해가능성 여부는 그 표시의 도달시점 자체가 중요한 문제로 부각된다. 이에 비해 주로 무체적 표시를 활용하는 대화자 사이의 표시에 있어서는 그 표시의 순간에 상대방이 이를 이해할 수 있었는지의 여부가 중요하다. 무체적 표시는 반복적 검토가 불가능하기 때문에 비록 상대방이 이해 가능한 내용의 표시가 상대방에게 도달하였다 할지라도 상대방이 이를 올바로 인식할 수 없었던 상황이라면 그 책임을 상대방에게 묻기 어려운 경우도 발생할 수 있다. 즉, 무체적 표시에서 상대방의 이해가능성 여부는 그 표시의 도달 순간의 구체적 상황이 주요한 문제로 부각하는 것이다.

독일민법 제130조가 격지자 사이의 의사표시에 한정하여 도달주의를 적용하는 근본적인 이유는 이러한 유체적 표시와 무체적 표시의 차이를 고려한 결과이다. 즉, 독일의 입법자들은 무체적 표시에 대한 상대방의 이해가능성 여부는 개별적 사건에서 그 표시 시점의 구체적 상황(사정)을 고려하여 법관이 법적 양심에 따라 개별적으로 판단할 문제로 보았으며, 구체적 상황(사정)의 복잡 다양성을 고려할 때 이를 유형화하여 일률적으로 입법화하는 것은 불가능하고 입법의 임무에서도 벗어나는 것으로 보았다. 이러한 독일민법 제130조의 입법 이유는 우리에게 적지 않은 시사점을 준다고 생각하며, 향후 우리 민법 제111조 제1항 역시 격지자 사이의 의사표시 -보다 정확하게는 유체적 의사표시-에 한해 도달주의를 적용하는 방향으로 재개정할 필요가 있다고 생각된다.

[주제어] 대화자에 대한 의사표시, 격지자에 대한 의사표시, 유체적 의사표시, 무체적 의사표시, 도달주의

Ⅰ. 서 론

필자가 의사표시에 대한 관심을 갖게 된 계기는 대학원 석사과정에서 은사이신 이상태 교수님의 민사판례세미나 수업에 참석하면서 대법원 1994년 3월 25일 선고 93다32668 판결을 분석하면서 부터이다. 당시의 다수설이었던 효과의사를 표시상의 효과의사로 주장하던 견해나 당시 유력하게 주장되던 -지금은 통설이라고 할 수 있는- 소위 자연적 해석과 규범적 해석 등을 해당 판례에 접목하던 중 필자는 몇 가지 의문에 도달하였다. 우선 효과의사를 표시상의 효과의사로 주장하던 견해에 의하면 표시를 객관적으로 해석하고 효과의사 마저 표시상의 효과의사로 해석하게 되면 민법 제107조 이하에서 규정하고 있는 의사와 표시의 불일치가 과연 발생할 수 있는지가 의문이었다. 또한 소위 자연적

해석과 규범적 해석을 주장하는 견해에 따르면 방법론상 표의자의 진의부터 해석해야 하는데(소위 자연적 해석론), 인간으로서의 법관이 과연 표의자의 진의를 우선적으로 해석하는 것이 가능한지는 깊은 의문이 들었다. 즉, 자연적 해석론이 우선되어야 한다는 것은 실무상으로 공허하다는 의문이었다. 또한 -방법론상으로만 자연적 해석론 이후의 문제일 뿐 상대방 없는 의사표시나 오표시무해의 원칙 등이 적용되는 경우를 제외한 거의 모든 계약이나 상대방 있는 단독행위에 적용되는- 규범적 해석론에 의하면 표시만을 객관적으로 해석하여야 하는데, 이에 의하면 효과의사를 표시상의 효과의사로 해석하는 견해와 대동소이한 문제가 발생할 수 있다는 생각이 들었다.

이에 따라 필자는 세미나 수업과 그 이후의 이론적 보충을 통해서 표시를 우선 객관적으로 해석한 후 그 표시를 진정한 의사표시로 추정하여야 하지만, 이를 부정하는 당사자가 표시의 객관적 해석 내용과는 다른 효과의사를 가졌다는 것을 입증하거나 또는 표시의 객관적 해석 내용과는 다른 양 당사자의 공통된 진의가 있다는 것을 입증한다면 각각 의사표시가 무효 내지 취소될 수 있거나 또는 공통된 진의에 따른 법률행위가 효력을 가져야 한다(이 경우에는 여러 가지 다른 사정이 있지만 기본적으로 허위표시의 은닉행위와 유사한 상황으로 이론구성)는 것을 골자로 하는 내용의 주장을 은사님 앞에서 피력하였었다.

"칭찬은 고래도 춤추게 한다."는 말이 있다. 당시 은사님은 첫 번째로 세미나 발표를 한 필자에게 "이후의 발표자들에게 너무 큰 부담을 주는 것 아니냐?"는 말씀으로 필자를 크게 칭찬하였었다. 이에 고무되어 필자는 향후 의사표시를 주된 연구 주제로 삼을 결심을 하였었다. 이후 독일에서 의사표시에 관한 여러 문헌을 탐독하면서 그 발생 배경은 다르지만 필자의 평소 생각이 독일의 의사주의와 근본적인 맥을 같이 한다는 것을 알 수 있게 되었고, 이에 필자는 "의사표시의 법리에 관한 연구 -독일 법제사를 중심으로-"라는 제목으로 2006년 박사학위를 취득하였다.

이러한 연유로 필자는 존경하는 은사님의 정년퇴직을 기념하는 영광된 기회를 맞아 의사표시를 주제로 한 논문을 작성하고자 하였다. 의사표시에 관한 내용 중 필자가 선택한 주제는 "의사표시에서 표시의 적격성"이다. 이 주제를 선택한 직접적인 동기는 기본적으로 우리 민법 제111조 제1항에 대한 의문으로부터 촉발하였다. 본래 우리 민법 제111조 제1항의 모법이라 할 수 있는 구민법 제97조 제1항(일본 민법 제97조 제1항)은 의사표시의 효력시기를 '격지자' 사이에 한해 도달주의로 정하고 있었다. 이후 현행 민법이 제정되면서 '격지자'라는 표현이 '상대방'으로 대체됨으로써, 일견 '격지자'뿐만 아니라

‘대화자’ 역시 도달주의에 따라 의사표시의 효력을 정하는 것으로 해석되는 입법의 전환이 이루어졌다. 그러나 이에 대해서도 격지자와 대화자를 구분하여 해석하는 이견이 존재하자 2011년의 민법 개정을 통해 우리 민법 제111조 제1항은 보다 명확하게 격지자와 대화자 모두를 도달주의로 정하는 법률 개정을 단행하였다.

그러나 격지자 사이에서는 의사표시의 효력 발생 ‘시기’가 매우 중요하지만, 순간적으로 의사표시의 표백, 발송, 도달과 요지가 이루어지는 대화자 사이에서 과연 시기의 문제를 논하는 것 자체가 타당한지는 의문이다. 즉, 격지자와 대화자를 구분하지 않고 이들 모두를 도달주의로 정하는 우리 민법 제111조 제1항의 입법 변화에 대해서는 재검토가 필요하다가 생각된다.

이러한 의문에 대한 고찰을 위한 필자는 우선 “의사표시의 효력발생 시기에 관한 연구”라는 논제를 떠 올렸다. 그러나 대화자 사이의 의사표시에 있어서 의사표시의 효력발생 ‘시기’는 문제될 여지가 거의 없다고 생각하였기 때문에, 해당 논제는 본고에 부적합하다고 생각되었다. 즉, 의사표시의 효력과 관련하여 대화자 사이의 의사표시에 관해서는 시기의 문제보다는 어떤 다른 문제(상황의 문제)가 중요한 의미를 가질 것으로 생각되며, 이에 따라 격지자와 대화자를 포함하는 의사표시의 효력에 관한 상위 개념으로 본고에서는 ‘의사표시에서 표시의 적격성’이란 표제를 선택하였다.

의사표시에서의 표시는 일상적 용어로서의 표시와는 그 의미가 다소 다른 법률사실이다. 즉, 일상적 용어로서의 표시는 겉으로 드러나 보인다는 뜻으로 일정한 주체의 외부로 표현되는 일체의 행위(작위와 부작위를 포함)를 의미한다. 따라서 일정한 주체의 단순한 울부짖음도 우리는 표시라고 표현할 수 있으며, 친구를 집으로 초대하는 행위 역시 표시라고 표현할 수 있다. 그러나 우리는 이러한 모든 행위를 의사표시에서의 표시라고 하지는 않는다. 모든 일체의 외부적 행위 중 오직 법률효과의 변동을 목적으로 하고 있다고 해석될 수 있는 행위만을 의사표시에서의 표시라고 표현할 수 있다. 이것이 의사표시에서의 표시의 적격성을 위한 최소한의 요건이다. 격지자 사이의 의사표시에서 표시를 표백, 발송, 도달과 요지로 구분하여 그 어느 시기에 의사표시의 효력을 인정할 것인지는 논하는 것 역시 의사표시에서 표시의 적격성에 관한 문제이다. 그러나 이러한 시기에 관한 문제를 답하기 위해서는 의사표시에서 표시가 왜 필요한가에 대한 문제가 선행되어야 한다. 이는 의사표시에서 표시의 기능에 관한 문제로서 이를 통해 비로소 대화자와 격지자를 동일하게 취급할 것인지 또는 다르게 취급할 것인지에 대한 논의의 단초가 제공될 수 있을 것으로 생각된다.

본고는 이러한 의사표시에서의 표시의 적격성을 논하기 위해 우선 의사표시에서의 표시의 기능에 관한 여러 학설의 주장을 살펴보고자 한다. 이러한 고찰을 기초로 이후 대화자와 격지자를 구별하여 각각의 표시의 적격성에 관한 중심문제로서 의사표시에서 표시의 효력에 대해서 검토하고자 한다. 다만 본고에서는 상대방이 있는 의사표시로 그 고찰의 범위를 한정하고자 한다. 비록 법률상에 규정이 없지만, 상대방이 없는 의사표시의 경우에는 표의자의 의사가 표백된 경우에 의사표시의 효력이 발생한다는 것이 우리 민법의 일치된 학설이다.[1] 이에 찬동하므로 본고에서는 이를 논의의 대상에서 제외하고자 한다.

Ⅱ. 의사표시에서 표시의 기능

1. 표시의 의사전달기능

의사표시에서 표시가 표의자의 의사를 전달하는 기능을 한다는 주장은 의사주의에서 주장되는 표시의 주된 기능이다. 즉, 의사주의에 따르면 법률관계의 변동을 목적으로 하는 의사표시에 있어서는 이를 의지하는 표의자의 내심적 의사가 의사표시의 본체를 형성한다. 그러나 이러한 의사는 표의자의 내심에 머물러 있기 때문에 표의자의 의사를 외부세계에 전달(연결)하여 외부세계에서 표의자의 의사를 인식할 수 있도록 하는 수단이 필요하게 되는데, 이것이 의사표시에서의 표시인 것이다. 이러한 표시의 의사전달기능은 Savigny의 다음과 같이 주장으로부터 출발한다.

> 왜냐하면 본래 의사 자체가 유일하게 중요하고 효력이 있는 것으로 생각되어야만 한다. 그러나 의사 자체는 내부적이고 비가시적인 사건이기 때문에, 우리는 타인에 의해 인식될 수 있고, 그 의사를 표명하는 징표(Zeichen)를 필요로 한다. 이것이 다름 아닌 표시이다.[2]

1) 곽윤직/ 김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2015, 327쪽; 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 451쪽; 김상용, 민법총칙, 제3판, 화산미디어, 2014, 512쪽; 김증한/ 김학동, 민법총칙, 제10판, 박영사, 2013, 476쪽; 박영식/ 곽윤직(대표편집), 민법주해(Ⅱ), 초판, 박영사, 2010, 605쪽; 송덕수, 민법총칙, 제3판, 박영사, 2015, 330쪽; 이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사, 2007, 475쪽; 지원림, 민법강의, 제13판, 홍문사, 2015, 278쪽.

Windscheid는 이러한 표시의 의사전달기능을 다음과 같은 글로서 보다 명확히 밝히고 있다.

> (의사)표시[3]는 명백히 의사의 전달(Willensmitteilung)이라는 의미가 있다. 즉, (의사)표시는, 표시의 배후에 있지만 그 표시와는 분리된, 의사의 전달이다. 따라서 효력이 있는 것은 의사다. 그러나 의사는 내부적인 영혼 상태(ein innerer Seelenzustand)이므로, 타인으로서는 그 자체를 직접적으로 지각(Wahrnehmung)할 수 없다. 그 의사는 단지 내부적인 영혼 상태의 존재에 대한 추론을 허용하는 지각할 수 있는 것의 정함을 통해 타인의 지각에 도달될 수 있다. 이것이 (의사)표시의 임무이다. (의사)표시는 의사를 위한 인식수단과 증명수단에 다름 아닌 것이다.[4]

이러한 표시의 의사전달기능으로부터 추출될 수 있는 중요한 명제는 표의자가 그의 의사를 외부에 표명함에 있어서 가능한 한 외부에서 표의자의 의사를 인식할 수 있는 표시수단을 사용하여야 한다는 점이다. 즉, 상대방이 있는 의사표시의 경우에 표의자는 상대방이 인식 가능한 표시수단을 선택하여야 한다.

그러나 상대방이 있는 의사표시의 경우에 표의자가 상대방이 인식 가능한 표시수단을 선택해야 한다는 점이 곧 의사표시에서의 표시를 상대방이 인식 가능한 의미로 해석해야 한다는 것과 동일시 할 수 있는지는 검토가 필요한 문제이다. 이는 소위 규범적 해석론에서 주장하는 상대방 지평설(Empfängerhorizontstheorie)과 관련한 문제이다. 여기서 상대방 지평설은 상대방이 인식 가능한 의미로, 즉 상대방이 속한 사회의 일반인이 인식하는 의미로 표시를 해석하여야 한다는 주장을 의미하는데, 이는 Jhering의 다음과 같은 주장으로부터 출발한다.[5]

> 계약의 해석은 엄격하게 확정해야 한다. 즉, 법관은 표의자의 사실상의 의사는 의심의 여지가 없지만 상대방이 이를 알지 못하였거나 알 필요도 없었던 사실과 사정을 고려해

---

2) Savigny, *System des heutigen R mischen Rechts Bd.Ⅲ*, 1840, Veit u. Comp., S. 258.

3) Windscheid는 여기서 의사표시(Willenserklärung)라는 표현을 사용하고 있지만, 이는 의사표시에 있어서의 표시(Erklärung)라는 의미로 이해하는 것이 보다 적합하다고 생각되기 때문에, '의사표시'라는 표현을 '(의사)표시'로 번역하였다. 본 단락의 이후에서 번역된 동일한 표현 역시 같은 의미로 사용되었다.

4) Windscheid, "Wille und Willenserklärung", *AcP 63,* 1880, S. 76.

5) 다만 Jhering은 상대방지평설이라는 표현을 사용하지는 않았으며, 그 표현은 Heck, "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *AcP 112*, 1912, S. 43f.로부터 유래한다.

서는 안 된다. 다시 말하자면, 법관은 표의자의 표시의 사실적인 의미가 무엇이었는가의 문제를 결정해서는 안 되며, 단지 상대방이 그에게 존재하는 사정 아래서 표의자의 표시를 어떻게 이해해야만 했는가를 결정해야 한다.[6]

표의자는 상대방이 인식 가능한 표시수단을 선택해야 한다는 명제는 일견 상대방이 인식 가능한 의미로 표시를 해석해야 한다는 주장과 일치되는 것으로 보일지도 모른다. 그리고 표시를 상대방이 인식(이해)할 수 있었던 의미로 해석해야 한다는 Jhering의 주장은 앞서 Savigny가 주장하였던 "우리는 타인에 의해 인식될 수 있고, 그 의사를 표명하는 징표(Zeichen)를 필요로 한다."는 문장에 기초하는 것으로 추론된다.

그러나 표의자는 상대방이 인식 가능한 표시수단을 선택해야 한다는 의미는 표의자의 관점에서 고찰되어야 할 문제이다. 즉, 표의자가 그가 속한 사회의 일반인이 이해할 수 있었던 의미로 그의 의사를 표명하였다면 표의자는 상대방 역시 자신의 의사를 인식할 수 있을 것으로 기대하는 것이 통상이다. 이를 넘어 동일한 표시가 표의자가 속한 사회와 상대방이 속한 사회에서 서로 다른 의미로 이해되고 있을 때, 표의자로서는 알 수 없는 상대방이 속한 사회에서의 표시의미를 표시의 해석기준으로 삼는 것은 표의자에게 매우 가혹한 결과이다. 따라서 일정한 표시가 표의자가 속한 사회와 상대방이 속한 사회에서 서로 다른 의미로 이해되고 있다는 것을 표의자가 알고 있었다는 특별한 사정이 없는 한, 표시의 의미는 -표의자가 이해하는 의미도 상대방이 이해 가능한 의미도 아닌- 표의자가 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 의미로 해석되어야 할 것이다(Erklärendenhorizont).[7] 만약 표의자가 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 표시의미와 상대방이 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 표시의미가 서로 다르다면, 이는 계약의 불합치의 문제가 발생할 뿐이다. 이러한 관점에서 독일민법 제1초안 제73조의 입법이유서는 다음과 같은 내용으로 오늘날 통설이라고 할 수 있는 상대방 지평설을 분명히 거부하였다.

계약의 경우에 일방 당사자의 표현의 사실상의 의미가 아니라, 타방 당사자가 그에게

6) Jhering, "Culpa in contrahendo", *Jher. Jb. 4*, 1861, S. 72(Fn. 78).

7) Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgesch ft*, Alfred Metzner, 1930, S. 75. 역시 표의자의 이해가능성(표의자가 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 표시의 의미)과 상대방의 이해가능성(상대방이 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 표시의 의미)이 충돌하는 경우에는 결국 표의자의 이해가능성에 따라 해석되어야 한다고 주장하였다.

주어진 사정 아래서 일방 당사자의 표현을 어떻게 이해해야만 했는지가 중요하다는 보통법에서의 주장은 유지될 수 없다.[8)]

현재 독일에서는 표시의 규범적 해석에 있어서 외형적으로는 상대방 지평설로 귀일되어 있는 것처럼 보인다. 그러나 보다 자세히 살펴보면 표의자의 이해가능성과 상대방의 이해가능성이 충돌하는 경우에 상대방의 이해가능성에 따라 표시를 해석해야 한다는 견해[9)]보다는 상대방의 이해가능성에 따른 표시내용을 표의자에게 귀책시킬 수 없다는 견해[10)]가 오히려 다수설이다.

이와 같이 의사표시에서의 표시는 의사를 전달하는 기능을 수행하며, 이를 위해 표의자는 가능한 한 상대방이 이해가능한 표시수단을 선택하여야 한다. 이때 표의자가 가능한 한 상대방이 이해가능한 표시수단을 선택하였는지를 판단하는 기준은 그 표시수단이 표의자가 속한 사회에서 일반적으로 통용되는 표시인지의 여부가 결정적이라고 할 수 있다. 이러한 기준의 부합 여부 역시 의사표시에서 표시의 적격성에 관한 문제이다.

2. 표시의 공포기능

의사표시에서 표시의 공포기능은 표시는 단순히 의사의 전달수단일 뿐만 아니라 표시를 통해 비로소 의사표시가 완성되는 점을 강조하면서, 의사와 표시의 관계를 법률의

8) Motive 1, S. 155=Mugdan 1, S. 437f. 이러한 입법이유서의 내용은 Windscheid, a.a.O., S. 106f.에 기초한다.

9) 이러한 견해로는 Craushaar, “Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht”, *AcP 174*, 1974, S. 9; Kellmann, “Grundprobleme der Willenserklärung”, *JuS 1971*, S. 614ff; Larenz/ Wolf, *Allgemeiner Teil des B rgerlichen Rechts*, 9.Aufl., C. H. Beck, 2004, S. 525(이는 Wolf의 견해임).; Wieser, “Zurechenbarkeit des Rechtsgeschäfts?”, *AcP 184*, 1984, S. 43f.

10) 이러한 견해로는 Bickel, *Die Methoden der Auslegung rechtsgesch ftlicher Erkl rung*, N. G. Elwert, 1976, S. 149; Bydlinski, “Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft”, *JZ 1975*, S. 159ff; Canaris, *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht*, C. H. Beck, 1971, S. 344(Fn. 43); Flume, *Allgemeiner Teil des B rgerlichen Rechts II-das Rechtsgesch ft*, Springer, 4.Aufl. 1992, S. 311f; Gudian, “Fehlen des Erklärungsbewußtsein”, *AcP 169,* 1969, S. 232-236, S. 234f; Hübner, “Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung”, in: *FS. f r Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag*, C. H. Beck, 1965, S. 388; Kramer, *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, Wilhelm Fink, 1972, 152ff; Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, 8.Aufl. 2002, S. 126; Stathopoulos, “Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung”, in: *FS. f r Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, 1973, S. 366, u. 370.

제정과 공포(公布)의 관계로 비유하면서 사용된 표시의 기능이다. 이에 의하면 표시는 단순히 의사의 수단적 요소가 아니라 의사와 함께 의사표시를 구성하는 구성적 요소(kostitutives Element)로 된다.

즉, 의사주의자인 Enneccerus는 표의자가 그의 의사를 아직 상대방에게 표시하지는 않았지만 상대방이 표의자의 가까운 친구 등으로부터 표의자의 의사를 우연히 알게 된 경우, 표시를 의사의 인식수단으로 이해하는 한, 그 의사표시의 효력을 인정해야 하는데 이는 타당하지 않다고 비판하였다.[11] 이에 따라 그는 표시는 단순히 의사의 인식수단일 뿐만 아니라 의사표시의 구성요소(kostitutives Element)이며, 의사표시는, 법률의 제정과 공포의 관계와 같이, 표시를 통해 완성된다고 주장하였다.

Enneccerus에 의해 주장된 표시의 공포기능은 우리나라에서 효력주의의 주된 특징으로 소개되고도 있지만,[12] 이는 효력주의와 무관하며,[13] 종래의 표시의 전달기능이 갖는 문제점을 보충하기 위한 의사주의 내부의 논쟁 결과이다. 즉, Savigny나 Windscheid 역시 표시를 객관적으로 해석한 후 그에 상응하는 의사의 존재 여부에 따라 의사표시의 효력(보다 정확하게는 존부[14])을 정하고자 하는 의사도그마를 주창하거나 수용하였기 때문에, 표시 역시 의사표시의 구성요소이며 표시를 통해 의사가 완성된다는 Enneccerus의 주장과 배치되는 것은 아니다. 다만 Savigny나 Windscheid가 표시를 의사의 전달수단으로 파악한 것은 법률관계의 변동을 목적으로 하는 의사표시의 구성요소 중 의사가 그 본체를 이루며 표시는 그 수단적 관계라는 점을 강조하기 위한 것으로 이해된다. 이에

11) Enneccerus, *Rechtsgesch ft, Bedingung und Anfangstermin*, N. G. Elwert, 1889, S. 57f.

12) 이에 관해서는 이영준, 앞의 민법총칙, 149쪽 참조.

13) 효력주의는 1930년 Larenz의 교수자격 청구논문인 "Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäft"로부터 기원한다. 이에 비해 표시의 공포기능은 효력주의가 주장되기 시작한 1930년으로부터 약 40여년 전인 1889년 Enneccerus가 발표한 "Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin"에서 유래하므로, 표시의 공포기능을 효력주의의 특징으로 보는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

14) 의사도그마는 객관적으로 해석된 표시내용에 상응하는 의사가 존재하지 않는 경우에는 의사표시가 "자동적으로 무효(ipso jure)"로 된다는 이론으로, 이는 의사표시의 효력 이전에 의사표시의 존재 자체를 부정하는 이론이다. 즉, 효력이란 존재하는 것을 전제로 논할 수도 있고(이 경우에는 존재하는 것의 효력이 있을 수도 있고 없을 수도 있으며, 효력이 강할 수도 있고 약할 수도 있다는 구분이 가능함), 존재하지 않는 것을 전제로 논할 수도 있다(이 경우에는 존재하는 것이 없기 때문에 언제나 당연히 효력이 없음). 이중 의사도그마는 의사와 표시가 불일치하는 경우에는 의사표시 자체가 존재하지 않기 때문에(의사주의는 의사표시의 구성요소를 의사의 존재, 표시의 존재 및 의사와 표시의 일치로 보고 있음), 그 효력 여부를 논할 필요도 없이 당연히 효력이 없다는 논리에 기반하고 있다. 오늘날 널리 인정되는 무효의 절대적 효력(누구의 주장을 기다릴 필요 없이 당연히 무효)은 비록 넓은 의미에서는 모두 효력의 문제이지만 존재의 문제(존재하지 않기 때문에 당연히 효력이 없는 경우)와 (좁은 의미의) 효력의 문제(존재는 하지만 효력 여부를 판단한 결과 효력이 없는 경우)의 구분을 전제로 전자에 부여된 법률효과인 것이다.

비해 Enneccerus는 표시가 의사의 수단적 요소일지라도 표시가 없다면 의사표시가 완성될 수 없다는 것을 강조한 것으로 이해될 수 있다. 이와 같이 표시의 의사전달기능이나 공포기능에 관한 논쟁은 표시의 다양한 속성 중 서로 다른 관점에서의 속성을 부각한 차이일 뿐, 표시의 기능에 대한 본질적인 차이는 아닌 것으로 생각된다.

3. 효력표시의 사회적 소통기능

효력표시의 사회적 소통행위로서의 기능(die Funktion als ein Akt sozialer Kommunikation)은 법현상학자인 Reinach의 주장으로부터 기원한다.[15] 이후 Reinach의 영향을 받은 Larenz가[16] 효력주의 이론을 주장하기 위한 기본전제로서 표시의 사회적 소통행위 기능을 강조하면서 이는 효력주의에서 주장하는 특유한 표시의 기능으로 인식되고 있다.[17] 즉, 효력주의는 우선 의사주의와 표시주의 양자 모두를 의사와 표시의 이분법적 사고(Dualismus)에 기초한 이론이라고 비판하면서,[18] 의사와 표시는 일체로서 외부세계(사회)에 일정한 약속(효력표시)을 한 것이며 표의자는 그러한 약속을 통해 효력표시의 객관적 의미(사회적 의미)에 당연히 구속되어야 한다고 주장한다.[19] 이러한 주장을 위해 Larenz는 효력표시의 사회적 소통기능을 강조하고 있는 것이다.

그러나 "사회적 소통" 기능이란 표현 자체는 효력주의의 독특한 특징이라고 할 수 있지만, 그 본질적 내용 역시 효력주의의 주된 특징으로 보기는 어렵다고 생각된다. 우선 효력주의에서 말하는 효력표시의 "사회적 소통"은 "상대방과의 소통"이란 의미로 한정 해석해야지만 그 타당성을 유지할 수 있다. 예컨대 계약 당사자가 '오토바이 100대'를 매매의 대상으로 합의하고 그 매매계약을 체결하면서 양 당사자가 의도적으로 계약서

15) Reinach, "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts", *Jahrb. f. Philosophie, u. ph nomenologische Forschung, Bd. 1*, 1922, S. 685ff.=Reinach, *Zur Ph nomenologie des Rechts*, Kösel, 1953, S. 37ff.

16) Larenz, a.a.O., Nachwort에서 Larenz는 그 스스로 법현상학자인 Reinach로부터 많은 영향을 받았다고 밝히고 있다.

17) Larenz, *Allgemeiner Teil des B rgerlichen Rechts, 1.Aufl.*, C. H. Beck, 1967, S. 338; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des B rgerlichen Rechts, 9.Aufl.*, C. H. Beck, 2004, S. 443.

18) Larenz, a.a.O., S. 32f. 다만 효력주의를 비판적으로 수용한 Flume는 "의사와 표시의 이원론은 엄연한 사실이므로 이는 배제될 수 없다."고 하거나 "의사흠결의 경우에 의사와 표시가 불일치하는 문제는 여전히 존재한다."고 함으로써, 효력주의가 의사와 표시의 이원론을 부정하는 것에 대해 비판적 입장을 취한다. 이에 관해서는 Flume, a.a.O., S. 59.

19) Larenz, a.a.O., S. 44.

에 이를 '관 100개'라고 기재하였다 할지라도, 이행되어야 할 대상은 오토바이 100대이지 관 100개가 될 수는 없다. 즉, '관 100개'라는 사회에서의 일반적 의미는 여기에서 적용되지 않으며, 양 당사자가 부여한 의미인 '오토바이 100대'가 유효한 의미로 인정될 수 있는 것이다. 효력주의를 주장한 Larenz 역시 양 당사자 모두가 소규모의 사회와 보다 대규모인 사회에 함께 소속되어 있고 각각의 사회에서 표시의미가 다르게 해석되는 경우에는 소규모의 사회에서의 객관적 표시의미가 효력표시의 해석기준이 될 수 있다고 함으로써,[20] 효력주의에서의 사회적 소통이 궁극적으로는 양 당사자의 소통이라는 의미로 사용되었다는 것을 간접적으로 밝히고 있다.

이와 같이 효력주의에서의 사회적 소통을 상대방과의 소통이라는 의미로 이해하는 한, 이는 의사주의나 표시주의에서도 모두 인정될 수 있는 내용이다. 예컨대 의사주의에서의 표시의 의사전달기능 역시 효력주의에서의 사회적 소통이라는 의미와 동일시 할 수 있으며, 표의자의 표시에 대한 상대방의 신뢰를 보다 강조하는 표시주의 역시 표시는 상대방과의 소통의 의미를 갖게 된다.[21]

이와 같이 표시가 사회적 소통행위로 기능한다는 것 자체는 효력주의의 독자적 특징이 될 수 없지만, 이를 기초로 한 이후의 이론 전개는 의사주의와 크게 다르며 표시주의와도 다소 다른 점이 있다. 즉, 사회적 소통행위인 표시행위와 표의자의 의사가 다른 경우 이에 대해 어떤 법률효과를 인정할 것인지에 대해 효력주의는 효력표시가 사회에서 통용되는 의미내용으로 그리고 표시주의는 상대방이 이해할 수 있었던 표시의 의미내용으로 의사표시의 효력이 인정되어야 한다고 주장함으로써 큰 틀에서는 동일한 주장을 한다. 이에 비해 의사주의는 원칙적으로 그 표시행위의 효력을 부정하지만(무효나 취소), Jhering이 주장한 계약체결상의 과실책임 이론을 받아들여,[22] 표시를 신뢰한 상대방에게 소극적 이익(신뢰손해)을 인정함으로써, 표시행위의 사회적 소통행위로서의 기능을 유지하거나 상대방의 신뢰를 보호하는 방법을 채택하였다. 이와 같이 표시행위의 객관적 의미 내용과 표의자의 의사가 다른 경우, 효력주의나 표시주의는 표시의 객관적 의미에 따른 의사표시의 효력을 인정하는데 비해, 의사주의는 의사표시의 효력을 부정하고 신

20) Larenz, a.a.O., S. 71f.

21) 표시주의가 표의자의 표시에 대한 상대방의 신뢰를 강조하며 표시의 상대방과의 소통 기능을 주장한 예로는 Röver, *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserkl rung*, Hermann Koch, 1874, S. 17ff; Bähr, "Über Irrungen beim Contrahieren", *Jher. Jb. 14*, 1875, S. 401.

22) Jhering의 계약체결상의 과실책임 이론이 의사주의를 보완하는 이론이라는 점에 대해서는 Choe, Byoung-Jo, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Otto Schwartz, 1988, S. 198f; Zitelmann, "Die jhristische Willenserklärung", *Jher. Jb. 16*, 1878, S. 418. 참조.

뢰손해를 통해 상대방을 보호하려 하였다는 점에서 명확히 구분될 수 있다.

한편 효력주의와 표시주의는 표시의 객관적 의미에 따라 의사표시의 효력을 인정한다는 점에서는 공통적이지만, 효력주의의 초기이론에 한정해 볼 때, 표시의 객관적 의미를 판단하는 기준에서 표시주의와 적지 않은 차이가 있었다. 즉, 표시주의는 표시의 객관적 의미를 상대방의 이해가능성에 따라 해석하였던 데 비해, 초기의 효력주의는 표시의 객관적 의미를 표의자의 이해가능성에 따라 해석하였던 것이다. 이는 Larenz의 다음과 같은 주장에서 비롯되었다. 즉, 그는 의사주의의 경우에는 의사만이 효력이 있으며,[23] 표시주의는 상대방의 이해가능성에 따른 표시의미만이 효력이 있는 것으로 이해하였다. 이러한 이해를 기초로 그는 의사주의는 표의자를 너무 두텁게 보호하는데 비해, 표시주의는 상대방을 너무 두텁게 보호한다고 비판하였다. 이에 따라 그는 표의자와 상대방의 이익관계를 조절하고 의사주의와 표시주의를 변증법적으로 발전시키는 방법으로써 표의자의 이해가능성에 따라 효력표시를 해석하여야 한다고 주장하였다.[24]

그러나 Larenz는 나치시대인 1938년 Rhode의 다소 정치적 관점에서의 비판[25]을 받자 그 스스로 표의자의 이해가능성설을 포기하고 상대방의 이행가능성설을 채택함으로써,[26] 효력주의와 표시주의는 대동소이하게 되었다. 이후 다시 Larenz는 원칙적으로는 상대방의 이해가능성에 따라 효력표시를 해석해야 하지만, 상대방의 이해가능성과 표의자의 이해가능성이 다른 경우에는 상대방의 이해가능성에 따른 표시내용을 표의자에게 귀책시킬 수 없다는 변형된 이론을 주장하였다.[27] 이러한 변형된 이론은 큰 틀에서 볼 때, 표의자의 이해가능성에 따른 표시의 객관적 해석방법으로의 회귀를 의미한다. 표의자의 이해가능성과 상대방의 이해가능성이 일치하는 경우에는 양자의 구분이 무의미하며, 양자가 불일치하는 경우에 비로소 구별의 실익이 있는데, Larenz는 후자의 경우에 있어서 상대방의 이해가능성에 따른 해석의 적용을 부정하고 있기 때문이다. 그리고

23) 의사주의는 표시의 객관적 해석을 전제로 그 상응하는 의사의 존부에 따라 의사표시의 효력을 정하고자 하는 이론이므로, 이는 의사와 표시 양자의 결합을 통해 의사표시의 효력을 인정한 학설로 이해하여야 한다. 따라서 의사주의가 의사만으로 의사표시의 효력을 인정하였다고 생각한 Larenz의 이해는 타당하다고 할 수 없다. 이러한 Larenz의 의사주의에 대한 잘못된 이해는 Flume, a.a.O., S. 58f.를 통해 비판되었고, 이후 Larenz는 Larenz, *AT*, 1.Aufl., S. 336(Fn. 3)과 Larenz, a.a.O., Nachwort.를 통해 의사주의에 대한 그의 인식에 잘못된 있었음을 간접적으로 밝히고 있다.

24) Larenz, a.a.O., S. 71ff.

25) Rhode, *Die Willenserl rung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr*, Junker u. Dünnhaupt, 1938, S. 90f.

26) Larenz, "Bespr. von Rohde, Willenserklärung und Pflichtgedanke", *DR 1939*, S. 1847.

27) Larenz, *AT*, 1.Aufl., S. 344f.

이러한 표시의 객관적 해석방법에 대한 효력주의와 표시주의의 차이가 양자를 구분하는 결정적 기준이라고 할 수 있다.[28]

4. 검토

의사표시에서 표시의 기능과 관련하여 표시의 의사전달기능, 공포기능 및 사회적 소통기능을 살펴보았다. 이중 표시의 의사전달기능은 법률관계의 변동을 목적으로 하는 의사가 의사표시의 본체이며 이를 외부세계에 전달하기 위한 수단으로 표시가 필요하다는 것을 요체로 한다. 그리고 이러한 표시의 의사전달기능으로부터 표의자는 가능한 한 외부에서 표의자의 의사를 인식할 수 있는 표시수단을 선택하여야 한다는 명제가 도출된다. 이는 -이후에서 살펴보는 바와 같이- 의사표시에서의 표시의 적격성 내지 효력을 정하는 데 있어 결정적 기준으로 작용할 수 있다.

이에 비해 표시의 공포기능은 표시 역시 의사표시를 구성하는 요소라는 것을 강조하기 위해 주장되었지만, 표시의 의사전달기능 역시 표시를 의사표시의 구성요소에서 제외하는 것은 아니라는 점에서 볼 때, 표시의 의사전달기능과 공포기능이 서로 배치되는 것은 아니라고 할 수 있다.

또한 (효력)표시의 사회적 소통기능 역시 “사회적”이라는 표현을 “상대방”이라는 표현으로 대체해서 이해하는 한에서 타당하다는 점을 볼 때, 그 자체는 표시의 의사전달기능과 유사한 것으로 이해될 수 있다. 다만 (효력)표시의 사회적 소통기능은 (효력)표시의 기능 자체의 문제가 아닌, 이를 기초로 한 효력주의의 독특한 이론 전개를 통해 의사주의나 표시주의와 다른 특색을 보인다고 할 수 있다.

결국 의사표시에서 표시의 기능과 관련해서는 표시의 의사전달기능이 가장 중심적 역할을 수행한다고 할 수 있다. 그리고 이를 위해서 가능한 한 표의자는 상대방이 이해가능한 표시수단을 선택하여야 하는데, 이러한 표시의 이해가능성의 문제가 의사표시에서 표시의 적격성에 관한 중심문제라고 할 수 있다.

---

28) 이에 관한 독일에서의 학설 동향에 관해서는 본고 각주 9)와 10) 참조.

Ⅲ. 의사표시에서 표시의 효력

1. 문제의 소재

의사표시에서의 표시는 의사전달기능을 수행하기 때문에 가능한 한 상대방이 이해할 수 있는 표시수단을 선택하여야 한다. 즉, 의사표시에서의 표시는 표의자가 상대방에게 이해가능한 표시를 제공함으로써 의사표시에서의 표시의 적격성을 충족할 수 있다. 우리민법 제111조 제1항이 상대방이 있는 의사표시의 효력시기를 도달주의에 따라 정하고 있는 것도 이러한 상대방의 이해가능성을 고려한 결과이다. 즉, 의사표시에서 표시가 상대방에게 인식되는 과정을 시간적으로 분석하면, 표시는 표의자의 내면적인 의사가 외부로 표백되는 시점, 표백된 의사를 발송하는 시점, 그 발송된 표시가 상대방에게 도달하는 시점 및 상대방이 도달된 표시의 내용을 요지(인식)하는 시점으로 구별될 수 있다. 이와 같은 의사표시를 상대방에게 교부하는 여러 시점 중, 어느 시점이 표의자의 표시에 대한 상대방의 이해가능성을 충족할 수 있는지와 관련하여 우리 민법은 표시가 도달하는 시점을 그 기준으로 잡고 있는 것이다.

그러나 표의자의 표시에 대한 상대방의 이해가능성을 시점의 관점에서 접근하는 것은 유체적 표시(verkörperte Erklärung)를 주로 사용하는 격지자 사이에서는 유용한 접근 방법이지만 무체적 표시(unverkörperte Erklärung)를 주로 사용하는 대화자 사이에서도 유용한지에 대해서는 의문이 있다. 유체적 표시와 무체적 표시는 그 반복 검토 가능성의 측면에서 매우 다른 차이가 있기 때문이다.

이하에서는 이러한 유체적 표시와 무체적 표시의 차이를 중심으로 격지자 사이의 의사표시와 대화자 사이의 의사표시의 효력발생 문제에 대해 살펴보고자 한다.

2. 격지자 사이의 의사표시

우리 민법 제111조 제1항은 "상대방 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다."고 규정하고 있다.[29] 상대방 있는 의사표시의 효력시기를 원칙적으로

29) 종래 우리 민법 제111조 제1항은 "상대방이 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다."고 규정하고 있었지만, 2011년 3월 17일의 법률개정을 통해 '그 통지가'라는 표현이 삭제되었으며, 그 개정 내용이 2013년 7월 1일부터 시행되고 있다.

도달주의에 기초하여 정하고 있다. 의사표시가 상대방에게 전달되는 여러 시점 중 상대방 있는 의사표시에 관하여 도달주의를 채택한 이유는 의사표시의 도달 시점이 표의자의 표시를 상대방이 이해가능한 시점이라고 보기 때문이다.

그러나 여기서의 도달주의는 표의자의 표시에 대한 상대방의 이해가능성을 시점의 관점에서 충족하기 위한 수단이라는 점에서 단순한 상대방에 대한 표시의 장소적 도달만으로 언제나 도달주의를 충족하는 것인지에 대해서 학설의 대립이 있다. 즉, 여기서의 도달의 의미와 관련해서 단지 의사표시가 상대방의 영역에 진입하는 것을 도달이라고 할 수 있는지, 또는 그 진입 외에 상대방이 의사표시를 인식할 수 있는 가능성이 있는 경우를 도달이라고 할 수 있는지에 대한 견해가 나누어지고 있는 것이다. 이와 관련하여 전자의 견해는 단지 장소적인 진입만으로 도달이 있다고 보는 반면,[30] 후자의 견해는 장소적 진입 외에 상대방의 인식가능성이 있는 경우를 도달로 보고 있다.[31] 양자의 차이는 주로 상대방으로의 장소적 진입의 시점과 상대방의 인식가능성의 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에 문제된다. 예컨대, 토요일에 영업을 하지 않는 회사에 의사표시의 내용을 담은 우편물이 도착하였던 경우, 전자의 견해에 의하면 토요일에 의사표시는 도달한 것으로 되지만, 후자의 견해에 의하면 영업이 개시되는 월요일 오전에 비로소 도달이 있었던 것으로 보게 된다.

생각건대, 본래 도달주의는 표의자의 의사표시에 대한 상대방의 인식가능성을 보장하기 위하여 주장되었던 견해라는 점을 생각할 때,[32] 도달의 시점은 후자의 견해에 따라서 정하는 것이 타당할 것이다.

3. 대화자 사이의 의사표시

3.1 입법의 변천과정과 주요 내용

2011년 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항은 “상대방이 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에 도달한 때에 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있었다. 이러한 우리 민법 제111조 제1항은 본래 구민법 제97조 제1항(일본 민법 제97조 제1항)의 “격지자에 대한 의사표시

30) 이영준, 앞의 책, 426쪽; 이은영, 앞의 책, 557쪽.

31) 곽윤직, 앞의 책, 329쪽; 고상룡, 앞의 책, 453쪽.

32) Motive 1, S. 156f. = Mugdan 1, S. 438f.

는 그 통지가 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다."는 규정으로부터 유래한다. 즉, 구민법 제97조 제1항은 도달주의를 격지자 사이의 의사표시에 한정하여 적용하였으며, 대화자 사이의 의사표시에 대해서는 규정하지 않았었다. 이후 민법이 제정되면서 종래의 우리 민법 제111조 제1항은 "상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다."는 규정을 통해 격지자와 대화자를 포괄하는 상대방 있는 의사표시의 효력을 도달주의에 따라 규정하고자 하였다. 그러나 '그 통지가'라는 문구의 해석론을 통해 대화자 사이의 의사표시에 대해서는 도달주의를 배제하는 이설이 존재하자, 2011년의 법률 개정을 통해 '그 통지가'라는 문구를 삭제함으로써 현행 우리 민법 제111조 제1항은 대화자에게도 도달주의가 적용된다는 점을 보다 명확히 하였다.

이와 관련하여 우선 현행 우리 민법 제111조 제1항이 발효되기 전인 종래의 우리 민법 제111조 제1항에서 '그 통지가'라는 문구의 해석을 둘러싼 논쟁은 다음과 같이 전개되었었다.

종래의 다수설은 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항이 의사표시의 효력발생시기에 관해서 도달주의를 원칙으로 정하고 있으며, 이러한 원칙에 대한 특별한 예외 규정이 없기 때문에, 대화자 사이의 의사표시와 격지자 사이의 의사표시를 모두 도달주의에 의해서 정하여야 한다고 주장하였다.[33]

이에 비해 종래의 소수설은 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항은 단지 격지자 사이의 의사표시에 적용될 수 있을 뿐이며, 대화자 사이의 의사표시에는 적용될 수 없다고 주장하였다.[34] 즉, 이 견해는 개전 전의 우리 민법 제111조 제1항이 "상대방 있는 의사표시는 그 '통지'가 상대방에 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다."고 규정하고 있는데, 여기서의 '통지'라는 표현은 격지자 사이의 경우에만 적용될 수 있는 표현이며, 표의자의 의사의 표백과 함께 그 표백된 내용이 요지될 수 있는 대화자의 경우에는 통지라는 표현이 사용될 수 없다고 하였다. 나아가 이 견해는 서면과 같은 격지자 사이의 의사표시를 유체적 의사표시(verkörperte Erklärung)라고 표현하고, 대화자 사이의 의사표시를 무체적 의사표시(unverkörperte Erklärung)라고 표현하면서, 무체적 의사표시의 경우에는 도달주의가 아니라 요지주의가 적용되어야 한다고 주장하였다.[35] 이 견해가 무체적 의사표시의 경우에는 요지주의가 적용되어야 한다고 주장하였던 이유는 다음과 같다. 즉, 서면과

33) 곽윤직, 앞의 책, 330쪽; 김증한/ 김학동, 앞의 책, 477쪽; 이은영, 앞의 책, 555쪽.

34) 김상용, 앞의 책, 514-515쪽; 이영준, 앞의 책, 471쪽; 이병준, "대화자 사이의 무체적 의사표시의 효력발생", 재산법 연구 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007, 8쪽 이하.

35) 이영준, 위의 책, 480쪽; 이병준, 위의 논문, 17쪽 이하.

같은 유체적 의사표시의 경우에는 상대방이 표의자의 표시 내용을 여러 번 검토할 수 있는 가능성이 있다. 이에 비해 구두 표시와 같은 무체적 의사표시의 경우에는 상대방이 표의자의 표시를 잘못 이해한 이후에는 이를 다시 시정할 수 없다는 문제점이 있다. 따라서 무체적 의사표시의 경우에는 요지주의가 적용되어야 한다고 주장하는 견해는 이를 통해 표의자에게 보다 정확하고 명확하게 자신의 의사를 표시할 의무를 부여하려는 데 그 목적이 있었다.

3.2 독일의 상황

독일민법 제130조 제1항은 "격지자에게 교부된 상대방 있는 의사표시는 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 효력이 발생한다."고 규정하고 있다. 이와 같이 독일민법 제130조는 격지자 사이의 의사표시에 한해 도달주의가 적용된다는 것을 명확히 하고 있기 때문에, 대화자 사이의 의사표시의 효력에 관해서는 다양한 학설이 주장되고 있다.

이러한 대화자 사이의 의사표시의 효력에 관한 다양한 학설 중에서 특히 주목되는 것은 요지주의(Vernehmungstheorie)와 약화된 요지주의(Abgeschwänte Vernehmungstheorie)의 대립이다. 또한 법률에서 사용되는 대화자와 격지자의 구분 보다는 유체적 표시와 무제적 표시의 구분 내지는 서면표시(schliftliche Erklärung)와 구두표시(mündliche Erklärung)가 널리 활용되고 있다.[36] 이중 유체적 표시(서면표시)와 무체적 표시(구두표시)는 표시의 무상성(無常性; Vergänglichkeit) 여부에 따른 구분이다. 이러한 구별은 유체적 표시는 반복적 검토가 가능한데 비해, 무체적 표시는 음성을 통해 그 교부 당시에만 상대방에게 전달되고 이를 다시 반복하여 검토하는 것이 불가능하다는 근본적 차이에 근거한다. 이러한 차이에 입각하여 무체적 표시에 대해 요지주의를 주장하는 견해는 비록 표의자의 표시가 상대방에게 도달하였다 할지라도 상대방이 표의자가 표시한 내용대로 요지한 경우에 한해 표시의 효력을 인정하여야 한다고 주장한다.[37] 무체적 표시는 반복 검토가 불가능하기 때문에 표의자가 상대방이 충분히 그의 표시를 요지할 수 있도록 주의하도록 하기 위해서이다. 이에 대해 약화된 요지주의는 표의자가 명확하게 그의 표시를 하였음에도 불구하고 상대방의 부주의로 표의자의 표시를 요지하지 못한 경우에까지 요지주의를 적용하는 것은 문제가 있다고 주장한다.[38] 이에 따라 약화된 요지주의는 구두표시의

36) Larenz/ Wolf, AT, 9. Aufl., S. 476ff.

37) Flume, a.a.O., S, 241.

특수성을 고려할 때 위험배분의 원리를 적용하여 표의자가 상대방의 인식가능성에 대해 의심할 여지가 있는지의 여부에 따라 의사표시의 효력을 정하고자 한다. 즉, 비록 상대방이 주의를 기울였다면 충분히 그 표시의 내용을 요지할 수 있을지라도 표의자가 상대방의 인식가능성에 대해 의심할 여지가 있다면 표시의 효력을 부정하여야 하지만, 표의자에게 그러한 의심의 여지가 없는 경우에는 비록 상대방이 표의자의 표시를 요지하지 못하였을지라도 그 표시의 효력을 인정하여야 한다는 것이다.

3.3 검토

우리 구민법 제97조 제1항(일본 민법 제97조 제1항)에서는 "격지자에 대한 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다."고 규정하고 있었지만, 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항은 여기서의 '격지자에 대한 의사표시'를 '상대방에 대한 의사표시'로 수정하여 이를 입법하였다. 즉, 구민법에서는 상대방 있는 의사표시의 효력을 격지자의 경우에만 도달주의에 의해 정하고 대화자에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않았던데 비해, 개정 전의 민법은 격지자와 대화자를 구별하지 않고 도달주의에 의해 의사표시의 효력을 정하고자 하였던 것이다.

민법안심의록에 따르면, 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항은 '개념의 정확을 기하는 의미'에서 구민법에서의 '격지자'라는 표현대신 '상대방'이라는 표현을 사용하였다.[39] 이와 같이 개정 전의 우리 민법 제111조 제1항의 '상대방'이라는 표현은 의식적으로 사용된 개념이며, 이는 격지자뿐만 아니라 대화자의 의사표시 역시 도달주의에 의하려는 목적에서 사용된 것으로 해석될 수 있기 때문에, 적어도 법해석론으로는 대화자 사이의 의사표시 역시 도달주의에 의하여 한다고 보는 것이 타당할 것이다. 또한 현행 민법은 2011년의 법률 개정을 통해 "상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다."고 규정함으로써, 종래 소수설의 주장의 근거가 되었던 '그 통지가'라는 표현을 삭제하였다. 이로서 현행 민법이 대화자 사이의 의사표시의 효력을 도달주의에 따라 정하려고 하였다는 점은 보다 명확하게 나타난다.

그러나 법해석론적 관점이 아니라 입법론적 관점에서 볼 때, 과연 대화자에 대한 의사표시 역시 도달주의에 의해서 정하는 것이 타당한 것인지에 대해서 재검토할 필요가

38) Larenz/ Wolf, AT, 9. Aufl., S. 477.

39) 민법안심의록(상권), 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 1957, 76쪽.

있다. 특히 대화자 사이의 의사표시의 효력을 도달주의에 의하는 것은 비교법적으로 그 유래를 찾을 수 없기 때문에, 그 타당성 여부를 보다 신중히 검토해야 할 것이다. 이를 위해서는 우리 구민법 제97조 제1항이 단지 격지자에 대한 의사표시에 대해서만 도달주의를 취하고, 대화자에 대한 의사표시에 대해서는 어떠한 규정도 두지 않았던 근거를 살펴볼 필요가 있다. 그 근거에 대한 충분한 이해를 전제로 하는 경우에만 우리 민법 제111조 제1항의 포섭범위에 대화자의 의사표시를 포함한 입법적 결정이 과연 타당한 것인지를 비교 검토할 수 있기 때문이다.

본래 우리 구민법 제97조 제1항인 일본 민법 제97조 제1항은 "격지자에게 교부된 상대방 있는 의사표시는 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 효력이 발생한다."고 규정하고 있는 독일민법 제130조로부터 유래하였다. 이러한 독일민법 제130조의 해석과 관련하여 독일에서는 현재 크게 요지주의와 약화된 요지주의로 대립하고 있지만 그 각각에 대해서는 다음과 같은 문제가 있다. 우선 요지주의의 경우에는 언제나 표의자에게 상대방을 요지할 주의의무를 부과하는 것이 타당한지의 문제가 발생한다. 즉, 일정한 국가 내에서 내국인과 외국인의 거래가 있는 경우에 표의자가 내국인(A)이고 상대방이 외국인(B)이라면 내국인인 표의자는 외국인인 상대방에 비해 자국 언어(A국 언어)를 자유롭게 구사할 수 있기 때문에 요지주의를 적용하는 것이 타당할 수 있다. 그러나 반대로 표의자가 외국인(B)이고 상대방이 내국인(A)이며 표의자(B)가 A국 언어에 서툴다면 외국인인 표의자(B)에게 내국인(A)의 요지에 주의할 의무를 부여하는 것이 과도할 수도 있다. 한편 약화된 요지주의는 표의자가 상대방의 인식가능성에 대해 의심할 여지가 있는지의 여부에 따라 의사표시의 효력을 정하고자 하지만 이러한 기준만으로는 대화자 사이의 다양한 거래 사례들을 포섭하기 어렵다고 생각된다. 예컨대 표의자가 상대방이 충분히 인식할 수 있는 표시 내용을 교부하였지만 상대방이 그 표시의 청취를 고의로 회피한 경우, 약화된 요지주의에 따르면 표의자는 상대방의 인식가능성에 대해 의심할 여지가 있기 때문에 그 표시의 효력을 부정하여야 하지만 그러한 결론에 대해서는 동의하기 어렵다.

생각건대 요지주의든 약화된 요지주의든 무체적 표시의 효력 결정 기준을 미리 정하고자 한다는 점에 대해서는 동일하다. 그러나 무체적 표시는 시점이 아닌 표시 교부 당시의 상황의 관점에서 표의자의 표시에 대한 상대방의 이해가능성 여부에 대해 접근하여야 한다. 그리고 이러한 상황의 관점에서 접근한다면 무수히 다양한 사례들에 대해 미리 일정한 기준을 정하는 것 자체가 개별적 사건의 구체적 타당성에 부합할 수 없다고

생각된다. 즉, 위에서의 사례들 중 A국 언어에 대한 외국인 B의 언어 수준이 매우 높을 수도 있고 낮을 수도 있으며, 거래행위에 사용된 언어의 난이도가 매우 높을 수도 있고 약간의 언어능력만으로도 이해할 수 있을 정도로 그 난이도가 매우 낮을 수도 있다. 따라서 무체적 표시는 그 표시 시점의 다양한 상황을 고려하여 개별적으로 의사표시의 효력을 정할 문제이지 미리 이에 대한 결정 기준을 정하는 것은 무의미하다.

독일민법의 입법자들 역시 이러한 사고에 기초하여 대화자 사이의 의사표시에 대해서는 그 의사표시의 효력 기준을 정하는 것을 포기하였다. 즉, 현행 독일민법 제 130조의 모태가 되는 독일민법 제1초안 제74조와 독일민법 제2초안의 입법이유서나 회의록을 살펴보면, 대화자 사이의 의사표시의 효력 시기는 '사물의 본성으로부터의 법칙에 따라(der Regel nach aus der Natur der Sache)' 이를 정할 수 있을 뿐, "개별적인 특수한 종류(유형)의 사례들에 대해 의문의 해결의 실마리를 제공하는 것은 일반적으로 달성될 수 없을 뿐만 아니라 입법의 임무에도 벗어나는 것"으로 보았다.[40] 여기서 '사물의 본성으로부터의 법칙에 따라 이를 정할 수 있다'는 것은 대화자 사이의 의사표시에 대해서는 구체적 사건을 전제로 그 사건의 다양한 상황을 신의성실의 원칙(사물의 본성으로부터의 법칙)에 입각하여 개별적으로 판단해야 한다는 것을 의미한다. 또한 '개별적인 특수한 종류(유형)의 사례들에 대해 의문의 해결의 실마리를 제공하는 것'이란 다양한 사례를 유형화하여 그 각각의 유형에 대한 효력결정 기준을 정하는 것을 의미하며, 독일민법의 입법자들은 이러한 기준을 정하는 것을 '일반적으로 달성될 수 없을 뿐만 아니라(불가능할 뿐만 아니라) 입법의 임무에도 벗어난 것'으로 본 것이다.

이러한 독일민법 입법자의 의사에 동의하며, 우리 민법 제111조 제1항 역시 입법론적 관점에서는 격지자 사이의 의사표시에 한정하는 방향으로 재개정할 필요가 있다고 생각된다. 다만 우리 민법 제111조 제1항은 격지자와 대화자의 구분을 전제로 하고 있었지만, 양자의 구분보다는 유체적 표시와 무체적 표시의 구분이 보다 그 구별의 실익에 부합한다는 점을 생각할 때(예컨대 격지자 사이에서 전화 거래를 하는 경우 이를 격지에도 불구하고 대화자 사이의 의사표시로 구분하여야 하는 어려운 문제가 남지만, 이를 무체적 표시로 보는 경우에는 그러한 문제가 발생하지 않음), 입법론적으로는 상대방 있는 '유체적' 표시에 한해 이를 도달주의로 정하는 것이 보다 바람직할 것이다. 또한 민법 전체적으로 '의사표시'와 '표시'의 용어 구분을 보다 명확히 할 필요가 있으며 여기에서 문제되는 것은 '표시'라는 점을 생각할 때 이를 유체적 '표시'라고 표현하는 것이 타당하

40) Protokolle Ⅱ-1, S. 145 = Mugdan 1, 685.

다고 생각된다.

Ⅳ. 결 론

본고에서는 의사표시의 적격성과 관련하여 의사표시에서의 표시의 기능에 관한 문제를 검토하고 이를 기초로 의사표시의 효력에 관한 문제를 살펴보았다.

이중 의사표시에서의 표시의 기능은 표시의 의사전달기능, 공포기능과 사회적 소통행위로서의 기능으로 구분하여 그 각각의 기능과 둘러싼 다양한 의사표시론을 검토하였다. 이를 통해 본고에서는 의사표시에서 표시의 주된 기능은 의사전달기능이라는 점을 밝히고, 이로부터 표의자는 가능한 한 상대방이 이해할 수 있는 표시수단을 선택하여야 한다는 결론을 도출하였다.

이러한 표시에 대한 상대방의 이해가능성은 의사표시의 효력을 결정하기 위한 중요한 기준이 된다. 우리 민법 제111조 제1항은 의사표시의 효력에 관하여 도달주의를 정하고 있지만, 이는 상대방이 표의자의 표시를 통해 표의자의 의사를 이해할 수 있었는지에 대한 검토를 통해 그 효력을 결정해야 하는 문제이다. 이러한 검토 기준에 따르면 격지자 사이의 표시는 표시의 도달이라는 시점을 통해 비로소 상대방의 이해가능성이 충족된다. 다만 여기서의 도달은 표시가 단순히 상대방의 영역으로 진입한 것만을 의미하는 것이 아니라, 상대방이 해당 표시를 이해할 수 있는 상황에서 도달한 경우를 의미하게 된다.

한편 의사표시의 표백, 발송, 도달과 요지가 순간적으로 이루어지는 대화자 사이의 의사표시에 있어서 표시의 시점이라는 문제는 상대방의 이해가능성이라는 요건을 충족하는데 있어 중요한 문제가 아니다. 오히려 무체적 표시를 사용하는 대화자 사이의 의사표시에 있어서는 의사표시의 순간 이후에 상대방이 해당 의사표시를 다시 확인할 수 없는 한계가 있기 때문에 의사표시의 상황에서 상대방이 해당 표시를 이해할 수 있었는지의 문제가 중요하게 부각된다. 즉, 대화자 사이의 의사표시에 있어서는 표시의 시점이 아니라 상황이 그 효력을 결정하는 기준이 되는 것이다. 그러나 의사표시의 상황이 어떠했는지는 구체적 사건에서 매우 다양한 형태로 나타날 수 있기 때문에, 구체적 사건에서 법관의 해석에 따라 이를 개별적으로 결정하는 것이 타당하며, 이에 대한 입법을 사전을 정하는 것은 불가능하다고 볼 수 있다. 구민법 제97조 제1항이 의사표시의 효력에 관한 도달주의를 격지자 사이에 한하여 정하는 것은 이러한 고려를 기초로 하고 있다. 이러한

관점에서 현행 우리 민법 제111조 제1항은 격지자 사이의 의사표시 -보다 정확하게는 유체적 표시-에 한정한 규정으로 재개정할 것을 입법론적으로 제안한다.

참고문헌

1. 단행본

고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003.

곽윤직/김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2015.

곽윤직(대표편집), 민법주해(Ⅱ), 초판, 박영사, 2010.

김상용, 민법총칙, 제3판, 화산미디어, 2014.

김증한/김학동, 민법총칙, 제10판, 박영사, 2013.

민법개정안연구회(황적인 외 29인), 민법개정안의견서, 삼지사, 2002.

민법안심의록(상권), 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 1957.

법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 2004.

송덕수, 민법총칙, 제3판, 박영사, 2015.

이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사, 2007.

이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009.

지원림, 민법강의, 제13판, 홍문사, 2015.

Bickel, *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärung*, N. G. Elwert, 1976.

Canaris, *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrech*t, C. H. Beck, 1971.

Choe, Byoung-Jo, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Otto Schwartz, 1988.

Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, N. G. Elwert, 1889.

Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II-das Rechtsgeschäft*, Springer, 4.Aufl. 1992.

Kramer, *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, Wilhelm Fink, 1972.

Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäft*, Alfred Metzner, 1930. (Nachdruck, Alfred Metzner, 1966).

Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1.Aufl., C. H. Beck, 1967.(zit. Larenz, *AT*, 1Aufl.)

Larenz/ Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 9.Aufl., C. H. Beck, 2004.(zit. Larenz/ Wolf, *AT,* 9Aufl.)

Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, 8.Aufl. 2002.

Mugdan(Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum des Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutschen*

Reich Bd. Ⅰ, R. v. Decker, 1899 (Nachdruck, Scientia, 1979).

Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts*, Kösel, 1953.

Rhode, *Die Willenserlärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr*, Junker u. Dünnhaupt, 1938.

Röver, *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*, Hermann Koch, 1874.

Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts Bd.Ⅲ*, Veit u. Comp., 1840.

2. 학술지

이병준, "대화자 사이의 무체적 의사표시의 효력발생", 재산법 연구 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007, 1-27쪽.

우광명, "전자계약 성립시기 결정을 위한 메일박스규칙 적용의 타당성", 국제상학 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007, 3-23쪽.

Bähr, Otto, "Über Irrungen beim Contrahieren", *Jher.Jb. 14*, 1875.

Bydlinski, "Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft", *JZ* 1975.

Craushaar, "Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht", *AcP 174*, 1974.

Gudian, "Fehlen des Erklärungsbewußtsein", *AcP 169*, 1969.

Heck, "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *AcP 112*, 1912.

Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: *FS. für Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag*, C. H. Beck, 1965.

Jhering, "Culpa in contrahendo", *Jher.Jb. 4*, 1861.

Kellmann, "Grundprobleme der Willenserklärung", *JuS* 1971.

Larenz, "Bespr. von Rohde, Willenserklärung und Pflichtgedanke", *DR,* 1939.

Reinach, "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts", *Jahrb. f. Philosophie, u. phänomenologische Forschung, Bd. 1*, 1922.

Stathopoulos, Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung, in: *FS. für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, 1973.

Wieser, "Zurechenbarkeit des Rechtsgeschäfts?", *AcP 184*, 1984.

Windscheid, "Wille und Willenserklärung", *AcP 63*, 1880.

Zitelmann, "Die jhristische Willenserklärung", *Jher.Jb. 16*, 1878.

[Abstract]

Ein Studium über Qualifikation Der Erklärung in Der Willenserklärung

Lim, Hyung-Taek*

§ 111 Ⅰ KBGB bestimmt, dass eine Willenserklärung gegenüber einem anderen in dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht. Dafür spricht man die Empfangstheorie. Anders als § 130 Ⅰ BGB ist es dabei gleichgültig, ob die Erklärung gegenüber einem Anwesenden oder einem Abwesenden abzugeben ist. Nach § 130 Ⅰ BGB wird die Empfangstheorie also nur auf die Erklärung gegenüber einem Abwesenden angewendet.

Die herrschende Meinung in Korea basiert auch ohne Unterscheidung zwieschen die Erklärung gegenüber einem Anwesenden und die Erklärung gegenüber einem Abwesenden auf Empfangstheorie. Es ist aber schon deswegen bedenklich, weil bei der Anwesenheit eine zeitgleiche Kommunikation mit sofortiger Kenntnisnahmemöglichkeit gewährleistet ist, so dass der Zeitpunkt des Zugangs ohne belang ist.

Die Erklärung in der Willenserklärung funktioniert eigentlich als Mittel für die Mitteilung des Willen. Bei der Erklärung in der Willenserklärung ist die Verständnismöglichkeit des Empfängers deswegen von Belang. Die unverkörperte Erklärung, die normalerweise in der Anwesenden abzugeben ist, unterscheidet von der verkörperten Erklärung regelmäßig durch ihre Vergänglichkeit. Die Verständnismöglichkeit des Empfängers in der unverkörperten Erklärung ist deshalb nicht auf den Zeitpunkt des Zugangs, sondern auf die Situation des Zugangs abzustellen. Die Verfassern des BGB haben es als Unmäglichkeit angesehen, dass man die einzelne besonders Fälle in einige Art gliedert. Es ist ja nicht Aufgabe des Gesetzes. Dies führt dazu, dass das Wirksamwerden der Erklärung bei der Anwesenheit nach der Natur der Sache(nach der ergänzliche Auslegung) bestimmt werden muss.

Von diesem Punkt ausgehend wird in diesem Aufsatz die vorgelegten Fragen noch

* Principal Researche in Spatial Information Research Instituter, Dr. Jur.

ausgehend untersucht.

[Key Words] Willenserklärung gegenüber Anwesenden, Willenserklärung gegenüber Abwesenden, Verkörperte Erklärung, Unverkörperte Erklärung, Empfangstheorie