

Chapter 9 Declaration of Intention

제3관 의사표시

제1항 서설

I. 의사표시의 개념

1) 의사표시란 당사자가 일정한 법률효과를 의욕하고 그 의사를 외부에 표시하는 행위를 말한다. 의사표시는 법률행위의 본질적 요소를 이루는 불가결의 구성요소이다. 즉 법률행위는 의사표시를 필요 불가결의 요소로 하는 법률요건이다.

2) 계약은 2개의 대립하는 의사표시(청약, 승낙)와 그 합치에 의해 성립하나, 단독행위는 1개의 의사표시만으로 성립한다.

3) 의사표시는 표의자가 원하는 바대로 효과를 발생시킨다는 면에서 준법률행위와 구별된다.

II. 의사표시의 구성요소

1. 서설

1) 의사표시는 일정한 법률효과의 발생을 원하는 내심의 의사와 이를 외부에 표시하는 행위로 나누어 볼 수 있다. 대체로 내심의 의사와 표시가 일치하지만, 그렇지 않은 경우에 의사표시의 효과를 어떻게 정할 것인가 하는 것이 의사표시의 본질적인 부분이다. 특히 착오와 관련하여 살펴 보아야 한다.

2. 의사표시를 구성하는 3요소

1) 효과의사

효과지사란 私法上의 일정한 법률효과의 발생을 의욕하는 의사를 말한다. 이러한 의사는 표의자의 심리적인 것이기 때문에 외부에서는 알 수 없다. 따라서 상대방측에서는 표시행위에 대응하는 효과의사는 표의자의 내심에 존재하는 것으로 추단하게 된다. 표시주의적 절충설을 따르는 다수설은 표시행위로부터 추단되는 효과의사를 '표시상의 효과의사'라 하고, 표의자의 진의 또는 내심의 의사를 '내심적 효과의사'라고 한다. 다수설 및 판례는 의사표시의 요소가 되는 것을 표시상의 효과의사라고 한다(대판 2002.6.28. 2002다23482).

2) 표시의사

표시의사란 내심의 효과의사를 외부에 표시하려는 의사를 말한다. 즉 효과의사와 표시행위를 심리적으로 매개하는 의사가 표시의사이다. 거래의 안전을 해치게 되는 것을 고려하여 통설은 표시의사는 의사표시의 성립요소는 아니라고 한다.

3) 행위의사

의사표시가 되기 위해서는 의식 있는 거동이 있어야 한다는 의미에서 행위의사를 의사표시의 요건으로 하는 견해도 있다. 통설은 행위의사를 별개의 구성요소로 인정하지 않고 표시행위에 관한 것으로 이해한다.

4) 표시행위

표시행위란 내심의 효과의사를 외부적으로 표현하는 행위를 말한다. 표시행위는 언어·문자·전자적 의사표시 등에 한하지 않고 거동에 의하는 경우도 있으며 묵시적인 것도 이에 해

당한다. 그러나 표시행위는 표의자의 의사에 의하여 의식적으로 규제된 행위라야 한다.

III. 의사표시의 본질

1. 의의

의사주의는 시민계급을 보호하기 위하여 독일에서 19세기부터 주장되면서 표의자의 진의가 존중되었다. 그 후 자본주의의 발달에 따라 거래의 안전을 보호하기 위하여 표시주의가 중시되어 왔다. 의사표시의 성립요소인 효과의사, 표시의사, 표시행위의 3요소 중에 의사표시의 본체를 어느 것으로 볼 것인가에 따라 의사주의 이론과 표시주의 이론으로 나누어진다.

2. 의사주의

의사주의 이론은 법률효과의 근원이 표의자의 의사에 있다고 본다. 즉 의사표시의 본질적 요소는 표의자의 내심적 효과의사이다. 의사표시는 당사자가 원하는 바대로 법률효과를 인정함으로써 사적자치를 실현하는 법률제도이므로 외부적으로 표시행위가 있더라도 내심적 효과의사가 없거나 일치하지 않으면 의사표시는 불성립 또는 무효라는 입장이다.

3. 표시주의

표시주의는 의사표시의 본체를 표시행위로부터 추단되는 의사(표시상의 효과의사)에 있다고 본다. 표의자의 내심적 의사는 외부적으로 표시되지 않는 한 법률적 의미가 없고 표의자의 의사는 표시행위로부터 추단될 수 밖에 없다. 표시행위에 상응하는 내심적 효과의사가 없더라도 표시행위로부터 추단되는 의사에 따라 법률효과가 부여된다.

4. 절충주의

절충주의는 표의자를 보호할 필요성이 큰 경우에는 의사주의를, 그 상대방을 보호할 필요성이 큰 경우에는 표시주의를 취하는 태도이다. 대부분 국가는 정도의 차이는 있으나 절충주의를 취하는 것으로 평가된다. 민법도 절충주의를 취하고 있다.

가) 상거래 및 재산법관계는 거래 안전과 상대방의 신뢰보호를 고려하여 표시주의를 기본으로 하는 절충주의를 취하고 있다.

나) 가족법관계는 당사자의 진의가 절대적으로 존중되므로 의사주의가 적용된다.

IV. 의사표시의 방법

1. 명시적 의사표시

명시적 의사표시는 표의자의 효과의사가 언어, 서면, 전자적 의사표시, 거동 등으로 명확하게 표현된 의사표시를 말한다.

2. 묵시적 의사표시

가. 거동에 의한 의사표시

표의자가 자기의 의사를 거동에 의하여 표시하는 경우이다. 즉 승낙의 뜻으로 고개를 끄덕이는 경우처럼 자기의 의사를 거동에 의하여 표시할 수도 있다.

나. 침묵

침묵은 그 자체만으로 의사표시가 될 수 없다. 따라서 침묵은 원칙적으로 승낙도 아니고

거절도 아니다. 그러나 침묵이 의사표시로 되게 하는 일정한 정황이 있다면 의사표시가 될 수 있다. 예를 들어 무권대리의 상대방의 최고에 대한 상대방의 침묵은 추인을 거절한 것으로 된다(제131조).

다. 추단적 의사표시(포함적 의사표시)

1) 추단적 의사표시는 표의자의 일정한 행위에 의하여 일정한 의사표시가 추단되는 경우이다. 즉 행위자의 실행행위나 이행행위 또는 이행의 수령행위를 하면서 일정한 법률관계가 발생된다. 예를 들어 민법상 임대차의 묵시적 갱신(제639조), 취소할 수 있는 법률행위의 추인(제145조), 매도인이 청약과 함께 보낸 상품을 뜯어서 사용하는 경우 등이 이에 속한다. 이는 간접적 의사표시로 직접적 의사표시인 명시적 의사표시와 구별된다.

2) 이의의 보류

추단적 의사표시는 행위가 있기 전에 이의를 보류한 경우에는 성립하지 않는다. 그러나 모순된 이의의 보류는 인정되지 않는다. 예를 들어 고객이 유료주차장에 주차하면서 주차료를 내지 않겠다고 하더라도 주차계약은 성립한다.

제2항 의사와 표시의 불일치

I. 서설

1. 의의

표의자가 법률행위를 하여 그 법률효과를 얻으려면 적어도 법률행위를 구성하고 있는 의사표시는 의사와 표시가 일치하여야 한다. 그러나 거래의 실제에 있어서는 의사와 표시가 일치하지 않는 경우가 있게 된다. 이와 같이 의사와 표시 즉 내심적 효과의사와 표시상의 효과의사가 일치하지 않은 경우를 통틀어서 ‘의사와 표시의 불일치’ 또는 ‘의사의 흠결’이라고 한다.

2. 의사와 표시의 불일치

통설은 비정상적인 의사표시를 의사와 표시의 불일치와 하자 있는 의사표시로 구분하고 있다. 의사와 표시가 일치하지 않은 의사표시란 표의자의 내심적 효과의사와 표시행위로부터 추단되는 표시상의 효과의사가 일치하지 않는 것을 말하며 비진의표시, 통정허위표시, 착오에 의한 의사표시가 있다. 하자있는 의사표시란 의사와 표시는 일치하나 타인의 부당한 간섭에 의하여 방해된 상태에서 이루어진 것으로 사기·강박에 의한 의사표시를 말한다. 독일의 통설인 소수설은 동기, 효과의사, 표시의사 및 표시행위가 일치하는 의사표시인 정상적 의사표시와 그렇지 않은 비정상적 의사표시로 구분하기도 하며, 통설의 분류는 실익없다는 견해도 있다.

* 의사주의와 표시주의에 관한 민법의 입장

구 분		원칙	예 외
의사와 표시의	진의아닌 의사표시	유효(제107조 본문): 표시주의	상대방이 악의, 과실이 있는 경우에는 무효 : 표시주의의 제한
	통정한	무효(제108조 제1)	무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못함

불일치	허위표시	항): 의사주의	(제108조 제2항) : 의사주의의 제한
	착오	취소(제109조제1항): 의사주의	중과실있는 표의자는 취소하지 못함 : 의사주의의 제한
하자있는 의사표시	사기, 강박	취소(제110조제1항): 의사주의	상대방있는 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못함(제110조제3항): 의사주의의 제한

II. 진의아닌 의사표시

1. 의의(민법 107조)

가) 진의아닌 의사표시(비진의표시, 심리유보)란 표의자 스스로 한 표시행위가 내심의 진의(내심적 효과의사)와 다르다는 것을 자신이 알면서 행한 단독의 의사표시를 말한다. 즉 표의자가 상대방 또는 제3자가 진의 아닌 것으로 이해하리라는 기대를 가지고 한 의사표시이다. 예를 들어 여자의 환심을 사기 위해 다액의 증여계약이나 물건을 팔 생각이 없으면서 팔겠다고 계약서에 서명하는 경우이다. 이는 단독허위표시로 상대방과의 통정이 없다는 점에서 허위표시와 다르다.

나) 진의아닌 의사표시는 근로계약관계에서 문제가 된다.

구조조정 등으로 재입사 절차를 취하는 경우에 사직의 의사표시가 근로자의 자의에 의한 것이 아니고 사용자측의 일방적인 결정에 의한 것이라면 비진의표시 또는 통정허위표시로서 무효이다(대판 1999.6.11. 98다18353). 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출 받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출케 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다(대판 2003.4.11. 2002다60528).

다) 임대인이 차임을 인상을 의도로 명도를 청구하는 경우 명도청구로서의 효과 발생한다.

라) 공법상의 의사표시 내지 법률행위(공무원의 사직원, 군인의 전역지원 등)에는 적용되지 않는다.

2. 요건

가. 의사표시의 존재

객관적으로 일정한 의사표시를 추단할 만한 가치있는 행위가 있어야 한다. 사교적인 명백한 농담, 배우의 대사 등은 의사표시라 할 수 없어 진의아닌 의사표시에 해당되지 않는다. 사립학교법 제58조의 취지에 비추어 본인의 의사에 반하는 면직, 즉 직권면직만을 의미한다 할 것이므로, 의원면직의 경우에는 위와 같은 절차를 거치지 아니하였다고 하여 무효라고 할 수 없다(대판 2006.1.26. 2005다62891).

나. 표시와 진의의 불일치

진의에 대하여 사실적 효과설과 법률효과설의 대립이 있으나, 표시행위로부터 추단되는 표시상의 효과의사에 상응하는 내심의 효과의사가 존재하지 않을 것을 요한다.

다. 표의자가 스스로 표시와 진의의 불일치를 알고 있어야 한다. 이 점에서 착오와 구별된다. 진의아닌 의사표시에 대한 표의자의 이유나 동기는 불문한다. 즉 상대방을 속이려고 하였거나, 상대방이나 제3자가 진의를 이해하리라는 기대를 가지고 하였는지는 묻지 않는다.

3. 효과

가. 원칙

진의아닌 의사표시는 표의자의 진의와 관계없이 원칙적으로 표시된 내용에 따라 법률효과가 발생한다(제107조 본문). 이는 표의자를 보호하기 보다는 오히려 상대방 기타 제3자를 보호하고 거래의 안전을 도모하기 위하여 표시주의의 입장을 취한다.

나. 예외

1) 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을(과실) 경우에는 진의아닌 의사표시를 무효로 한다(제107조 단서). 통설은 상대방의 악의 또는 과실의 유무는 행위 당시를 기준으로 이를 주장하는 자가 입증책임을 부담한다(대판 1992.5.22. 92다2295)고 한다.

2) 상대방이 진의아닌 의사표시를 알았는지의 여부나 과실의 유무를 판단하는 시기는 상대방이 그러한 표시를 了知한 때이다. 대리행위에서는 진의아닌 의사표시인지 여부 등은 대리인을 표준으로 정한다(제116조).

3) 진의아닌 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제107조 제2항).

4. 적용범위

가. 적용되는 경우

1) 제107조가 계약 및 단독행위에도 적용되며 상대방 있는 단독행위(제107조 본문의 경우)는 다름이 없다. 그러나 유언이나 재단법인설립행위, 권리의 포기 등 상대방없는 단독행위의 경우에 대하여 다수설은 제107조 제1항 단서 및 제2항이 적용될 여지가 없으므로 진의 아닌 의사표시가 언제나 유효하다고 한다.

2) 대리권 남용의 경우에는 제107조를 준용하여 대리행위가 성립하지 않는다. “진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고, 그 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다(대판 2001.1.19. 2000다20694).

나. 제107조가 적용되지 않는 경우

가족법상의 법률행위와 공법상의 의사표시 및 거래의 안전이 중시되는 주식청약의 인수

등에 대하여는 제107조가 적용되지 않고 언제나 무효이다.

Ⅲ. 허위표시

1. 의의

가. 개념

허위표시란 표시자가 상대방과 통정(통모)해서 하는 진의 아닌 거짓의 의사표시를 말한다. 이를 통정허위표시 또는 가장행위라고도 한다. “주택임대차계약의 형식을 빌려 기존 채권을 임대차보증금으로 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니 한 계약은 주택임대차계약으로서는 통정허위표시에 해당되어 무효라고 한다(대판 2002.3.12. 2000다24184, 24191).

나. 구별되는 개념

가. 은닉행위

당사자가 어떤 내용을 은폐하기 위하여 가장행위 등 허위표시를 하는 경우가 있다. 즉 진실로 다른 법률행위를 할 의사가 감추어져 있는 경우가 있는데 그 감추어진 행위(진실한 행위)를 은닉행위라 한다. 예를 들어 세금을 면탈하기 위하여 증여의 의사를 감추고 매매를 가장하는 경우에 진실(증여)과 다른 부분(매매)이 허위표시가 된다. 이 경우에 매매가 무효이더라도 은닉행위인 증여는 유효일 수 있다.

나. 신탁행위

신탁행위란 상대방에게 일정한 경제적 목적을 넘는 권리를 이전하고 상대방은 그 목적범위내에서만 권리를 행사할 의무를 지우는 법률행위이다. 따라서 권리이전의 진의는 존재하므로 허위표시는 아니다. 예를 들어 채권추심을 위한 채권양도, 담보 목적으로 소유권을 이전하는 양도담보가 이에 속한다. 명의신탁에서도 권리를 대외적으로 이전하려는 신탁자의 진의가 존재하므로 명의신탁행위는 허위표시는 아니다.

다. 허수아비행위

허수아비행위란 계약당사자가 표면에 직접 나서고 싶지 않은 경우에 타인(허수아비)을 내세워 법률행위를 하는 것을 말한다. 이는 일종의 간접대리로 허수아비가 법률상 당사자로서 그 의사에 따라 대외적으로 권리를 취득하나, 대내적으로는 권리·의무를 본인에게 귀속시키게 되어 법률행위의 3면관계에 따라 각각의 독립된 법률효과를 의욕하므로 허위표시가 아니다.

2. 요건

1) 의사표시의 존재

의사표시의 외관이 있어야 한다. 허위의 의사표시는 상대방있는 의사표시여야 한다. 그리고 그 증서의 작성이나 등기·등록 등 외관이나 외형을 갖추는 경우가 대부분이다.

2) 표시와 진의의 일치하지 않아야 한다. “실체채무액보다 더 많은 액수의 어음을 발행하여 공증을 하였다고 하더라도 그 공정증서에 표시되어 있는 채권자와 채무자의 촉탁에 의하여 그 공정증서가 작성된 것이 확실하다면 그 공정증서에 의한 강제집행인 전부명령을 무효라고 하기 어렵고 제3채무자로서는 채무자에 대하여 부담하고 있는 채무액의 한도에서 그

것을 전부채권자에게 변제하면 완전히 면책된다”(대판 1989.9.12. 88다카34117)고 한다.

3) 진의아닌 의사표시에 대하여 상대방과의 통정(합의)이 있어야 한다. 통정이란 상대방과 짜고 함을 의미하고, 상대방이 이를 단순히 인식하고 있는 것만으로는 부족하다. 즉 상대방과의 합의 또는 양해가 있는 것을 의미한다(대판 2008.6.12. 2008다7772, 7789).

4) 표시가 진의와 불일치함을 표의자가 알고 있어야 한다.

5) 허위표시의 동기나 목적은 묻지 않는다.

3. 입증책임

허위표시는 당사자간에는 무효이기 때문에 요건사실은 외형적 표시행위의 무효를 자기에 유리한 법률효과로서 주장하는 자에게 주장, 입증책임이 있다. 증명해야 할 요건사실의 범위는 일반적으로 허위표시의 요건으로 되는 사실에 한한다. 그러나 이를 증명하기가 어렵기 때문에 간접사실이나 보조사실에 의하여 추정되는 것이 일반적이다.

4. 효과

허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 당사자 사이에 무효가 되지만 제3자에 대한 관계에서는 그 무효를 주장할 수 없고 유효하다.

가. 당사자간의 효과

1) 허위표시는 당사자 사이에서는 무효이다(제108조 제1항). 따라서 누구든지 원칙적으로 그 무효를 주장할 수 있다. 다만, 당사자들의 진의가 일치되고 그 표시가 진의와 다른 경우에는 진의에 따른 법률효과가 발생한다. 그리고 허위표시로 법률행위가 무효이더라도 은닉 행위로서는 유효일 수 있다. 가장행위에 의하여 의무를 부담한 경우에 그 이행 전에는 이행할 필요가 없으며, 이미 그에 기하여 외형적 표시행위와 함께 등기가 되어 권리변동의 요건이 갖추어졌더라도 그 권리변동은 무효가 되어 소유권이전의 효과는 생기지 않는다.

2) 가장행위에 의하여 급부한 당사자는 부당이득 또는 소유권에 기하여 그 반환을 청구할 수 있다. 통설은 허위표시 자체가 불법은 아니기 때문에 불법원인급여에 관한 제746조가 적용되지 않는다고 한다.

3) 채권자취소권(제406조)의 요건을 갖춘 경우에 허위표시를 한 자의 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 있다(대판 1998.2.27. 97다50895). 다수설은 제406조의 요건을 갖춘 경우에 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한다.

4) 허위표시는 당사자의 합의에 의하여 철회될 수 있다. 그러나 철회를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

나. 제3자에 대한 효력

1) 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(제108조 제2항). 이는 거래의 안전을 위하여 외형적 표시행위를 신뢰한 제3자의 이익을 보호하도록 한 것이다. 등기의 공신력을 부인하는 우리나라 법제하에서 특히 부동산 거래에 있어서 사실상의 공신의 원칙에 갈음하여 거래의 안전을 보호하는 기능을 하는데 중요한 의미가 있다.

2) 제3자

가) 통설 및 판례는 제108조 제2항에서의 제3자는 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 기초로 새로운 이해관계를 실질적으로 맺게 된 자를 말한다고 한다(대판

1996.4.26. 94다12074). 즉 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시를 토대로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다(대판 2000.7.6. 99다51258). 제108조 제2항에서의 제3자라는 사실은 제3자 자신이 주장하고 증명하여야 한다.

나) 가장양수인으로부터 목적물을 양수하거나 저당권을 설정받은 자, 가장매매에 기한 대금채권의 양수인 기타 가장채권의 양수인, 가장소비대차에 기한 대여금채권의 양수인, 가장행위에 기한 근저당권부 채권을 가압류한 자 등이 제3자에 해당한다는 것이 판례의 입장이다.

3) 제3자의 선의

가) 제108조 제2항에서의 선의는 당해 의사표시가 허위표시임을 모르는 것을 말한다. 통설은 제3자가 보호되기 위하여 선의이면 족하고 무과실까지 요구되지 않는다고 한다. 즉 통정허위표시에서 제3자는 그 선의 여부가 문제이지 이에 관한 과실 유무를 따질 것이 아니다(2004.5.28. 2003다70041).

나) 선의를 판정하는 시기는 외형적 표시행위에 대하여 새로운 법률상 이해관계가 발생했을 때이다. 예를 들어 가장채권의 양도에서는 양도계약시이고, 가장소비대차에서 대주의 채권자가 그 소비대차의 금액채권을 압류한 때에는 그 채권압류명령을 받은 시점이 선의를 결정하는 시기가 된다.

다) 선의의 증명책임에 대하여 다수설과 판례는 제3자의 선의가 추정되므로 무효를 주장하는 자가 제3자의 악의를 증명하여야 한다고 한다. 즉 허위표시를 한 부동산 양도인이 제3자에 대하여 그 소유권을 주장하려면 제3자의 악의를 입증하여야 한다(대판 1970.9.29. 70다486).

4) 대항하지 못한다

가) 제108조 제2항에서 대항하지 못한다는 것은 허위표시의 무효를 선의의 제3자에게 주장할 수 없다는 의미이다. 따라서 허위표시는 당사자간에는 무효이지만 선의의 제3자에 대한 관계에서는 표시된 대로의 효력이 생기게 된다. 즉 상대적 무효이다. 결국 허위표시의 무효에 따른 처분권한의 결여나 대리권의 흠결 등의 하자가 제2항에 의하여 치유되고 그로부터 전득한 자는 선의·악의를 불문하고 보호된다.

나) 선의의 제3자가 무효를 주장할 수 있는지에 대하여 다수설과 판례는 제3자가 대항불능을 원용할 수도 있고, 그렇지 않고 자기의 계약상대방에 대하여 계약상의 책임(특히 담보책임)을 물을 수 있다고도 하여 긍정적인 입장이다.

4. 적용범위

가. 계약, 단독행위, 합동행위

1) 허위표시는 상대방과 통정하여 이루어진 것이므로 제108조는 계약 그리고 해제, 채무면제 등 상대방있는 단독행위에 적용된다.

2) 유언, 정관 작성 등 상대방 없는 단독행위나 합동행위에는 적용되지 않는다.

나. 신분행위 등

1) 혼인, 입양과 같이 본인의 진의를 존중하는 가족법상의 신분행위에 대하여 허위표시는 언제나 무효이다. 따라서 제108조가 적용되지 않는다. 당사자간에 합의가 없는 혼인신고나 입양신고는 제815조 제1호와 제883조 제1호에 의하여 각각 무효로 된다.

2) 소송행위나 공법행위에 대하여도 제108조가 적용되지 않는다.

IV. 착오에 의한 의사표시

1. 서설

가. 착오의 의의

1) 착오란 다수설 및 판례에 따르면 표의자의 표시행위로부터 추단되는 표시상의 효과의사와 내심적 효과의사(진의)가 일치하지 않고, 그 불일치를 표의자 자신이 모르고 하는 의사표시를 말한다. 표의자가 그러한 불일치를 알지 못하는 점에서 진의 아닌 의사표시나 허위표시와 다르다.

2) 의사표시를 하는 경우에 착오 때문에 표시가 표의자의 진의와 일치하지 않더라도 일단 표의자는 그 의사표시에 구속된다. 즉 잠정적 유효 상태에 있게 된다.

3) 민법 제109조는 의사표시가 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다고 규정하여 착오자를 보호하고 있다.

나. 착오의 개념

1) 학설

동기의 착오를 포함할 것인지 여부에 따라 학설이 나누어진다. 민법상 가장 난해한 착오에 관한 문제는 어떤 경우에 착오를 이유로 한 취소권이 발생하여 표의자가 표시와 다른 자기의 진의를 주장할 수 있느냐 하는 것이다.

가) 다수설(이원설)은 표시행위로부터 추단되는 표시상의 효과의사와 내심적 효과의사가 일치하지 않고, 그 불일치를 표의자 자신이 알지 못하는 의사표시를 말하며, 동기의 착오는 제109조에서 고려되는 착오에서 제외하여 동기의 착오를 포함시키지 않는다는 입장이다.

나) 소수설(일원설)은 동기의 착오를 제109조에서 고려되는 착오에 포함시키는데 긍정적인 입장이다. 착오란 '진의와 표시의 불일치'라는 견해(곽윤직), '표의자의 인식 또는 판단과 실제의 사정이 일치하지 않는 의사표시'라는 견해(고상룡, 김용한, 장경학, 황적인), 내심적 효과의사와 표시행위의 불일치라는 견해(이영준, 백태승) 등이 있다.

2) 판례

판례는 일반적으로 착오를 의사표시의 내용과 내심의 의사가 일치하지 않는 것을 표의자가 모르는 것이라고 한다.

다. 착오의 종류

1) 표시상의 착오

가) 표의자 자신이 표시행위 자체를 그릇친 경우를 말한다. 1만원이라고 표시할 것을 10만원으로 잘못 표시한 경우처럼 오기, 오담, 오수 등이 그 예이다.

나) 표시기관의 착오

표의자가 보조자 또는 기계장치 등을 통하여 의사표시를 하였는데 그 표시기관이 잘못하여 표의자의 진의와 다른 의사표시를 한 경우를 말하며 사자의 착오라고도 한다. 여기서 완성된 의사표시가 잘못 전달된 경우(서신의 오달)는 의사표시의 부도달의 문제이지 착오의 문제는 아니다.

2) 내용의 착오

표시행위 자체에는 착오가 없으나 표시행위가 가지는 의미를 잘못 이해하여 의사표시를 한 경우이다. 표시의 의미를 오해한 경우로 의미의 착오라고도 한다. 예를 들어 1 다스를 10개로 잘못 알거나 미국 달러와 홍콩달러(호주달러)를 동가치로 오해하고 의사표시를 한 경우이다.

3) 동기의 착오

가) 개념

동기의 착오란 표시에 대응하는 내심의 의사는 존재하지만, 그 내심의 의사를 결정할 때의 동기 또는 내심의 의사를 결정하는 과정에 착오가 있는 경우를 말한다. 즉 의사표시를 하게 된 동기에 착오가 있는 경우이다. 예를 들어 신용보증대상 여부에 대한 심사기준(대판 1992.2.25. 91다38419), 공법상의 허가를 받기 위한 기부채납(대판 1995.6.13. 94다56833), 사고로 인한 입원치료비채무에 대한 연대보증에서 사고경위(대판 1979.3.27. 78다2493), 양돈단지조성을 위한 임야매매계약이 구 국토이용관리법상 불가능하게 된 경우(대판 1996.11.8. 96다35309), 고속도로 개설(잘못된 개발계획)을 믿고 토지를 비싸게 매수한 경우, 수태한 암말이라고 생각하여 샀으나 수태하지 않은 불량한 말인 경우 등 착오를 일으킨 것을 말하며 통상 이를 일괄하여 동기의 착오(연유의 착오)라고 한다.

나) 동기의 착오의 유형

동기의 착오를 제109조의 착오로 인정할 것인가에 대하여 판례는 일관된 태도를 취하고 있지 않다. 동기의 착오를 이유로 의사표시를 취소할 수 있는가에 대하여 학설의 대립이 있다.

(1) 학설

중래의 통설 및 판례는 동기가 표시되어 상대방이 동기를 알고 있는 경우에, 그 동기는 의사표시의 내용이 되므로 그러한 경우에 동기의 착오는 고려될 수 있는 착오라는 견해이다(동기표시형). 제109조 적용설은 동기가 표시되었는지 여부와 관계없이 법률행위의 중요 부분에 관한 동기의 착오는 제109조에 의하여 취소할 수 있다는 견해이다(고상룡, 김상용, 이은영). 동기의 착오에 대하여 제109조 유추적용설(이영준, 백태승)과 동기의 착오는 취소원인이 될 수 없다는 견해(김증한·김학동) 등이 있다.

(2) 판례의 태도.

동기를 계약내용으로 하는 의사를 표시하지 아니한 이상 그 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다(97다44737). 그러나 동기가 상대방의 부정한 방법에 의하여 유발된 경우(85다카2339, 97다26210)나 동기가 상대방으로부터 제공된 경우(90다카27440, 78다719)에는 동기가 표시되지 않았다고 하더라도 동기의 착오에 의한 의사표시는 취소될 수 있다.

4) 기타의 착오

가) 법률의 착오

법률의 착오란 법률규정의 유무 또는 그 의미에 관하여 잘못 인식하는 것을 말한다. 의사표시의 내용을 이루는 법률효과에 관한 착오인 법률효과의 착오와 구별된다. 표의자가 그 의사표시의 법률효과에 관하여 착오를 일으킨 경우 법률의 착오는 단순한 동기의 착오인 경우도 있고 내용의 착오인 경우도 있으나, 법률의 착오라도 그것이 법률행위 내용의 중요 부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다는 것이 통설 및 판례의 입장이다. 즉 양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니한 것으로 오인하는 경우 즉 법률의 착오의 경우에도 취소할 수 있다(대판 1981.11.10. 80다2475).

나) 계산의 착오

계산의 착오라 함은 표의자가 계산 내지 산출의 기초가 되는 사항이나 사정에 관하여 착오한 경우를 말한다. 공사대금을 계산하면서 원자재의 무게, 인건비 등에 대한 표의자의 착오가 그 예이다. 계산착오가 중대하여 법률행위의 균형을 잃을 때에는 착오가 인정되어야 한다(김형배)

다) 기명날인의 착오

기명날인의 착오는 자기의사와 다른 내용이 담겨있는 법률문서를 읽지 않거나, 부주의로 잘못 읽고 그 문서에 인장을 찍거나 서명하는 경우를 말한다. 기명날인의 착오는 여러 경우를 나누어 살펴보아야 한다. 특히 상대방이 약정에 따라 기재하기로 하고 백지문서에 기명날인하는 경우가 있다. 이 때 상대방이 백지표시에 대한 약정을 위반하여 백지문서를 보충한 후 직접 표의자에 대하여 권리를 행사한다면 상대방을 굳이 보호할 필요가 없다.

라. 착오의 한계

1) 법률행위의 해석

법률행위의 해석은 착오에 선행한다. 즉 의사표시의 내용이 해석을 통하여 확정되어야 하므로 표의자에게 착오를 이유로 취소권을 인정하기 전에 법률행위의 해석을 선행하여야 한다.

2) 착오와 사기의 경합

착오에 의한 의사표시와 사기에 의한 의사표시는 모두 표의자가 착오에 빠지는 점과 요건이 충족되면 취소의 효과가 생기는 점에서는 공통된다. 그러나 양자는 그 제도의 취지나 요건에서 차이가 있다. 통설은 법률행위의 중요부분의 착오가 상대방의 고의의 기망행위에 의하여 유발된 경우에 표의자는 사기를 이유로 하는 취소와 착오를 이유로 하는 취소를 선택하여 주장할 수 있다(대판 1969.6.24. 68다1749)고 한다.

3) 착오와 하자담보책임의 경합

다수설은 담보책임이 성립하는 범위에서는 제109조의 착오를 이유로 하는 취소를 주장할 수 없다고 한다. 소수설은 표의자를 두텁게 보호하기 위하여 표의자가 양자 중 선택해서 주장할 수 있으나 착오주장은 담보책임의 행사기간의 제한을 받는다고 해석한다.

4) 착오와 화해 계약

화해계약은 착오를 이유로 취소하지 못한다(제733조). 그러나 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있을 때에는 취소가 가능하다(제733조 단서).

5) 반사회질서

강행규정 또는 사회질서에 반하는 행위는 무효이기 때문에 그에 대하여 제109조가 적용될 수 없다. 다만, 유동적 무효인 경우에 착오를 주장하는 것은 거래허가신청 협력에 대한 명백한 거절의사를 표하는 의미를 가질 수 있다(대판 1996.12.6. 95다24982·24999).

2. 착오의 성립요건

가. 의사표시에 있어서 착오의 존재

1) 먼저 의사표시가 존재하고 그 의사표시를 함에 있어서 표의자의 착오가 존재하여야 한다. 착오가 존재하는지 여부에 대한 판단시점은 의사표시 당시이다.

2) 착오의 대상에는 현재의 사실뿐만 아니라 장래의 불확실한 사실도 포함된다(대판 1994.6.10. 93다24810). 대리인에 의한 경우 착오의 유무는 대리인을 표준으로 판단한다.

나. 법률행위 내용의 중요 부분에 관한 착오

1) 법률행위의 내용의 중요 부분이 무엇인가에 대하여는 법률행위의 구성요소 내지 의사표시의 성립과정으로부터 획일적·형식적으로 결정할 것이 아니고 구체적인 행위에 대해서 실질적으로 판단하여야 한다(대판 1985.4.23. 84다카890).

2) 법률행위의 내용

법률행위의 내용이란 당사자가 그 법률행위를 통하여 발생시키려고 하는 법률효과를 의미한다. 그러나 법률행위를 하게 된 동기나 연유는 원칙적으로 법률행위의 내용으로 되지 않으며, 그에 대하여 착오가 있더라도 제109조에 의하여 취소할 수 없다.

3) 중요부분에 관한 개념 및 판단기준

가) 학설

다수설(사실적 효과설)에 의하면 중요 부분의 착오란 주관적 요건으로 표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고, 객관적 요건으로 일반인도 표의자의 입장에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않으리라고 생각되는 정도의 중요한 사항에 대한 착오가 있는 경우를 말한다고 한다. 소수설(법률적 효과설)에 의하면 법률행위의 중요 부분에 대한 착오는 의사표시에 대한 법률적 효과의 중요 부분에 착오가 있다는 것을 의미한다는 입장이다.

나) 판례의 태도

(1) 법률행위 내용의 중요 부분에 대한 착오가 있기 위하여 표의자의 주관적 의도와 일반인의 객관적 기준이라는 두 기준이 충족되어야 한다(대판 1999.4.23. 98다45546).

(2) 먼저 주관적으로 ‘착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 그 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점 즉 그 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 증명’(대판 2008.1.17.. 2007다74188)하여야 한다.

(3) 객관적으로는 ‘표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저’(대판 2003.4.11. 2002다70884)하여야 한다.

다) 중요부분의 유형

중요부분의 모습은 개별로 구체적으로 판단하여야 한다.

(1) 법률행위의 주체에 관한 착오

(a) 사람의 동일성에 관한 착오

사람의 동일성에 관한 착오는 당사자를 증시하는 법률행위(증여, 신용매매, 임대차, 위임, 고용)에 있어서는 중요부분의 착오이다. 그러나 현실매매에 있어서는 중요부분의 착오가 아니다. 사람의 동일성에 관한 착오는 의사표시의 상대방뿐만 아니라 제3자를 위한 계약에서 제3자, 보증계약에서 주채무자와 관련하여 문제될 수 있다. 상대방의 동일성, 속성에 대한 착오가 109조의 중요 부분에 해당한다(대판 1993.10.22. 93다14912)고 한다.

(b) 사람의 성질에 관한 착오

사람의 성질에 관한 착오(직업, 신분, 경력, 자산상태 등)는 그것이 중요한 의미를 가지는 법률행위에서는 중요부분의 착오가 되나 동기의 착오에 그치는 경우가 많다. 실무상으로는 보증계약에서 주채무자의 신용상태에 관한 착오가 문제된다. 그러나 보증인이 주채무자의 변제자력 또는 담보가치에 관하여 착오를 하였더라도 보증의 의사표시를 취소할 수 없다고

하여야 할 것이다(대판 1998.7.24. 97다35276). 건축사 등 일정한 자격을 가지고 있었는지 여부도 중요부분의 착오로 될 수 있다(대판 2003.4.11. 2002다70884).

(2) 법률행위의 객체에 관한 착오

(a) 물건의 동일성에 관한 착오

특정물을 목적물로 하는 법률행위는 물건의 개성을 중요시하는 것이므로, 이런 경우에 물건의 동일성은 일반적으로 중요부분의 착오가 된다. 판례는 매매의 목적물에 관한 착오가 제109조의 중요 부분에 해당(대판 19993.10.22. 93다14912)하며, 매매목적물인 점포를 다른 점포로 오인한 것은 목적물의 동일성에 관한 중요부분의 착오에 해당한다고(대판 1997.11.28. 97다32722·32789) 한다.

(b) 물건의 성질에 관한 착오

(가) 다수설은 물건의 성상·내력에 관한 착오는 일반적으로 동기의 착오이나 거래상 중요한 의미를 가지는 것으로 표시된 경우에는 중요부분의 착오가 된다고 한다.

(나) 법령상의 제한으로 인하여 토지를 의도대로 사용할 수 없게 된 경우에, 매수인의 착오는 동기의 착오라고 한다(대판 1990.5.22. 90다카7026).

(다) 토지의 현황 및 경계에 관한 착오가 매매계약의 중요부분의 착오로 되는 경우가 있다. 즉 농지로 알고 매매하였으나 하천이 대부분인 경우(대판 1968.3.26. 67다2160)이거나 하천을 이루고 있는 경우(대판 1974.4.23. 74다54) 등이다.

(라) 물건의 수량이나 가격의 착오는 동기의 착오로서 일반적으로 중요부분의 착오가 되지 못한다. 부동산 시가에 대한 착오가 제109조의 중요 부분에 해당하지 않으며(1991.2.12. 90다17927), 지적의 부족이 다소 있는 경우에도 원칙적으로 인정되지 않는다(대판 1969.5.13. 69다196; 1984.4.10. 83다카1328·1329).

(3) 법률행위의 성질에 관한 착오

임대차계약을 사용대차로 알거나 연대보증을 보통의 보증으로 잘못 안 경우에는 중요부분의 착오가 될 수 있다.

다. 표의자에게 중대한 과실이 없을 것

1) 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있더라도 표의자 자신에게 중대한 과실이 있는 경우에는 취소하지 못한다(제109조 단서). 이는 소극요건에 해당한다. 중대한 과실이란 통상의 과실(경과실)에 비하여 주의의 결여의 정도가 현저한 것을 말한다(대판 2000.5.12. 2000다12259).

2) 중대한 과실의 유무는 구체적 사실관계에서 보통인이 베풀어야 할 주의를 표준으로 객관적으로 판단하여야 한다. 표의자에게 중대한 과실이 있다고 하여도 언제나 취소권이 배제되는 것은 아니다.

3) 중대한 과실에 대한 주장 및 입증책임은 착오자의 상대방이 부담한다.

라. 착오취소의 배제사유가 없을 것

1) 당사자들이 착오를 이유로 한 취소권을 배제할 것을 약정한 경우에는 제109조의 적용이 배제된다. 다만 약관 조항이 고객의 권리를 상당한 이유없이 배제 또는 제한하는 조항에 해당하는 경우에는 무효로 될 수 있다.

2) 구체적인 사안에 따라 취소권의 행사가 신의칙에 반하는 경우 제2조에 의하여 취소권이 배제될 수 있다(대판 1995.3.24. 94다44620).

3) 상대방이 사후에 표의자의 진의에 따른 법률효과를 양해한 경우에도 취소권이 배제된다.

4) 착오의 주장·입증책임

가) 제109조 본문의 적극적인 요건인 착오의 존재 및 그 착오가 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 사실 등은 증명책임은 표의자가 진다.

나) 제109조의 단서의 소극요건인 표의자에게 중대한 과실이 있다는 사실에 대한 증명책임은 착오를 이유로 의사표시를 취소하고자 하는 착오자의 상대방에게 있다.

5) 상대방의 인식가능성

소수설은 동기의 착오를 다른 착오와 마찬가지로 제109조에 의해 취소할 수 있는 착오로 다루면서 모든 착오를 이유로 하는 취소에서 상대방이 표의자의 착오를 알았거나 알 수 있었음을 착오의 취소 요건에 부가하여야 한다는 입장이다(김용한, 장경학). 이는 동기의 착오를 포함해서 착오를 이유로 하는 취소의 범위를 확대하는 대신 상대방의 귀책적 요소를 고려함으로써 거래안전을 해하게 되는 문제를 완화하고자 한다. 다수설은 법의 규정에 없는 요건을 추가한다는 점에서 부당하고, 착오에 의한 취소를 사실상 봉쇄하기 때문에 부정적인 입장이다. 판례의 입장도 부정적이다.

4. 착오의 효과

가. 법률행위의 소급적 무효

1) 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 원칙적으로 이를 취소할 수 있다(제109조 제1항). 착오를 이유로 의사표시가 적법하게 취소되면 그 의사표시를 요소로 하는 법률행위가 처음부터 무효인 것으로 간주된다(제141조).

2) 하나의 법률행위의 일부에만 취소사유가 있는 경우에 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있고, 나머지 부분만이라도 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되면 그 일부만의 취소도 가능하고 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다(대판 1998.2.10. 97다44737).

나. 선의의 제3자

1) 착오에 의한 의사표시는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제109조 제2항). 제2항은 의용민법에 없었던 규정으로 거래의 안전을 보호하기 위한 조항이다. 동기의 공신력을 인정하지 않는 우리 법제에서는 대단히 중요한 규정이며, 동기의 공신력을 인정하는 독일 민법은 이에 해당하는 규정이 없다.

2) 선의란 착오에 의한 의사표시임을 알지 못하는 것을 말하며 착오에 기한 외관을 신뢰하였어야 한다. 선의의 증명책임에 대하여 통설은 제3자가 악의임을 주장하는 자(취소로 제3자로부터 물건을 반환받으려는 취소권자)가 증명책임을 진다고 한다.

3) 제3자란 착오에 기한 의사표시의 당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자로서 착오에 의한 의사표시로 인하여 생긴 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상의 이해관계를 가지게 된 자를 말한다(대판 2003.11.13. 2001다33000).

다. 표의자의 신뢰이익배상책임

1) 제109조에 의하여 착오를 이유로 자신의 의사표시를 취소함으로써 상대방에게 손해를 가한 경우에 상대방의 손해에 대하여 신뢰이익의 배상책임이 발생하는가에 대하여 관례는 민법이 규정하고 있는 취소권을 행사하는 것은 위법하지 않음을 근거로 착오취소에서 착오자의 손해배상의무를 부정하였다(대판 1997.8.22. 97다130230).

2) 독일 민법은 착오로 인한 의사표시를 취소할 수 있는 것으로 하면서 표의자와 상대방 간에 대립되는 이해를 조정하기 위하여, 착오자에게 신뢰이익의 배상의무 즉 완전히 유효한 의사표시라고 믿었기 때문에 상대방이 입은 손해를 배상할 의무를 지도록 하고 있다.

3) 착오를 일으킨데 대하여 표의자에게 경과실이 있음에도 불구하고 표의자가 의사표시를 취소하여 그 법률행위가 효력을 잃게 되는 경우에, 상대방이 신뢰이익배상을 청구할 수 있으나에 관하여 이를 긍정하는 제535조 유추적용설(곽윤직)과 부정설(고상룡)이 대립한다.

5. 착오의 적용범위

가. 착오에 관한 제109조는 원칙적으로 모든 의사표시에 적용되지만 법률행위의 성질상 그 적용이 제한되는 경우가 있다. 그리고 준법률행위 중 표현행위에 대해서도 원칙적으로 유추적용되지만, 사실행위에는 적용되지 않는다.

나. 가족법상의 법률행위는 당사자의 의사가 절대적으로 존중되어야 하기 때문에 혼인·입양 등 신분행위는 무효이고 제109조가 적용되지 않는다는 것이 통설의 입장이다. 따라서 제816조 제2호 및 제884조 제2호의 특칙이 적용된다고 한다.

다. 화해의 경우에도 제733조의 특칙이 존재한다.

라. 행위의 외형을 신뢰하여 행해지는 사회정형적 행위 등에 있어서는 거래의 안전을 보호하기 위하여 착오를 이유로 한 취소가 제한된다.

마. 공법상의 행위에 대하여는 원칙적으로 제109조가 적용되지 않는다(대판 1956.3.29. 4288민상448; 1962.11.22. 62다655). 소송행위에 대하여도 마찬가지이다. 즉 착오에 의한 소취하(대판 1971.7.27. 71다841), 항소취하(대판 1970.6.30. 70누7), 처분금지가처분신청의 취소(대판 1984.5.29. 82다카963)를 하여도 제109조에 의하여 취소할 수 없다.

V. 사기·강박에 의한 의사표시

1. 의의

가. 개념

1) 의사표시가 유효하기 위하여는 표의자의 자유로운 의사에 의하여 결정된 것이어야 한다. 그와 달리 표의자의 의사결정과정에서 타인의 부당한 간섭이나 개입으로 인하여 표의자의 자유스러운 의사결정이 방해된 상태에서 행하여진 의사표시를 통상 ‘하자있는 의사표시’라고 한다. 이러한 하자있는 의사표시는 의사표시를 한 자가 이를 취소할 수 있도록 하여(제110조 제1항) 표의자를 보호하고 있다.

2) 의용민법은 사기와 강박을 구별하였으나 현행 민법은 양자를 동일하게 다루고 있다.

3) 사기행위나 강박행위는 형법상 사기죄(형법 제347조), 공갈죄(형법 제350조), 협박죄(형법 제283조)를 구성하는 것이지만 이와 병행하여 민법에서도 불법행위를 구성한다(제750조).

나. 한계

1) 불법행위와의 관계

사기나 강박에 의한 의사표시가 불법행위의 성립요건을 충족하면 표의자의 취소권과 손해배상청구권이 경합한다. 사기나 강박을 당한 자가 취소와 손해배상청구를 모두 행사할 수 있으나 취소에 따른 부당이득반환청구권과 사기·강박에 따른 손해배상청구권을 중첩적으로 사용할 수는 없다. 부당이득을 반환받은 한도에서 손해배상의 범위가 감축된다(대판 1993.4.27. 92다56087).

2) 착오취소와의 관계

다수설과 판례는 착오와 사기는 그 인정근거 및 요건이 서로 다른 제도이므로 표의자는 어느 쪽이든 그 요건을 증명하여 의사표시를 취소할 수 있다고 한다(대판 1985.4.9. 85도 167).

3) 담보책임과의 관계

매매목적물에 하자가 있음에도 이를 일부러 속이고 매도한 경우에는 사기에 의한 의사표시와 매도인의 하자담보책임이 경합하는데 이 경우 매수인 겸 피기망자는 양자를 자유롭게 행사할 수 있다(대판 1973.10.23. 73다268). 다만 피기망자가 의사표시를 취소한 경우에는 담보책임을 물을 수는 없다.

2. 사기·강박에 의한 의사표시의 요건

가. 사기에 의한 의사표시

1) 사기에 의한 의사표시란 표의자가 타인(상대방 또는 제3자)의 고의의 기망행위에 의하여 착오에 빠지고 그 결과로서 한 의사표시를 말한다.

2) 사기자의 고의

사기가 성립하는 데에는 표의자를 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의와 그 착오에 기하여 표의자가 의사표시를 하도록 하려는 고의 즉 2단계의 고의가 있어야 한다. 고의가 있다고 하기 위해서는 의사능력은 필요하지만 행위능력이나 불법행위능력이 있음을 요하지 않는다.

3) 기망행위

기망행위란 진실이 아닌 사실을 진실이라고 표시하는 행위 즉 상대방에게 그릇된 표상 내지 판단을 일으키게 하는 행위를 말한다. 작위에 의한 적극적 기망행위 뿐만 아니라 부작위 특히 침묵도 기망행위가 될 수 있다. 그런데 어떤 사실을 고지하지 아니하였다는 것이 기망행위가 되는 것은 아니다(대판 1984.4.10. 81다239).

4) 위법성

기망행위는 사회통념상 위법성이 있다고 할 정도의 행위라야 한다. 즉 신의칙 및 거래관념에 비추어 허용될 수 있는 범위를 넘는 기망행위는 위법한 것이 된다. 기망행위의 위법성은 개별적이고도 구체적으로 결정되어야 한다.

5) 인과관계의 존재

인과관계는 기망행위가 없으면 착오가 없다고 하는 관계이다. 기망행위와 착오 사이에 그리고 착오와 의사표시 사이에 인과관계가 존재하여야 한다. 인과관계는 표의자에게 주관적 사정이 존재하면 충분하고, 보통 일반인이라도 기망을 당했을 것이라는 객관적 사정은 필요치 않다. 표의자의 과실도 불문한다.

나. 강박에 의한 의사표시

1) 강박에 의한 의사표시란 표의자가 상대방 또는 제3자의 강박행위에 의하여 공포심을 갖고 그 해악을 피하기 위하여 마음에 없이 한 진의아닌 의사표시를 말한다.

2) 강박자의 고의

강박이 성립하는 데에는 표의자를 강박하여 공포심을 일으키게 하는 고의와 그러한 공포심에 의하여 의사표시를 하게 하려는 고의 즉 2단의 고의가 있어야 한다.

3) 강박행위

강박행위란 장래 해악을 가할 것을 고지하여 표의자에게 공포심을 일으키는 행위를 말한다. 공포심을 일으키게 하는데 족한 것이면 방법과 종류를 묻지 않는다. 단, 강박으로 인한 공포심이 극심하여 의사표시의 임의성이 완전히 박탈되어 내심적 효과의사를 전혀 인정할 수 없는 경우에는 법률행위의 불성립 내지 무효가 된다(96다49453).

4) 강박행위의 위법성

강박의 수단이 위법하거나 강박행위에 의하여 추구하는 목적이 위법하면 강박행위의 위법성이 인정된다. 정당한 권리 행사는 표의자에게 공포심을 생기게 하더라도 강박이 되지 않으나, 불법행위를 한 자에 대하여 형사상 고소·고발하겠다는 고지 등으로 부정한 이득을 얻으려는 경우에는 강박이 된다.

5) 인과관계의 존재

공포와 인과관계는 공포가 없으면 의사표시가 없다고 하는 관계를 말한다. 강박행위와 공포 사이에 그리고 공포와 의사표시 사이에 인과관계가 존재하여야 한다. 강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로 인하여 공포를 느끼고 그 상태에서 의사표시를 한 것이어야 한다(대판 2003.5.13. 2002다73708 73715). 이러한 인과관계는 표의자의 주관에 존재하는 것으로 족하다.

3. 사기·강박에 의한 의사표시의 효과

가. 상대방의 사기·강박의 경우

의사표시의 상대방이 사기 또는 강박을 한 경우에 표의자는 자신의 의사표시를 취소할 수 있다(제110조 제1항). 따라서 표의자가 그 의사표시를 취소하지 않는 한 그대로 유효하다.

나. 제3자의 사기·강박의 경우

1) 민법은 제3자의 사기·강박에 의한 의사표시는 '상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다'(제110조 제2항)고 규정하고 있다. 여기서 '알았거나 알 수 있었을 경우'란 악의나 과실에 의한 부지를 뜻한다.

2) 상대방의 선의·악의나 과실의 유무는 의사표시의 당시를 표준으로 하여 결정하여야 한다. 그리고 상대방의 악의 또는 과실에 대한 증명책임은 취소를 주장하는 자가 당연히 부담한다. 제110조 제2항은 그 성질상 상대방없는 의사표시에는 적용되지 않는다.

3) 제3자는 원칙적으로 표의자와 상대방 이외의 자를 말한다. '상대방의 대리인처럼 상대방과 동일시 할 수 있는 자의 기망 또는 강박에 대하여 상대방이 선의·무과실이더라도 제110조 제2항이 아닌 제1항을 적용'(대판 1999.4.23. 98다60828·60835)하여야 한다. 그러나 단순히 상대방의 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시 할 수 없다(대판 1998.1.23. 96다41496).

4) 취소권이 배제되더라도 표의자가 입는 손해는 사기·강박을 한 자에 대하여 불법행위에 따른 손해배상청구권에 의하여 전보될 수 있다(대판 1998.3.10. 97다55829).

다. 취소의 효과

1) 사기·강박에 의한 의사표시가 취소되면 그 의사표시를 요소로 하는 법률행위는 소급하여 무효로 된다(제141조).

2) 제3자에 대한 관계

가) 사기·강박에 의한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제3항). 그러나 선의의 제3자측에서 취소의 효과를 할 수 포기할 수는 있다.

나) ‘제3자’라 함은 ‘사기에 의한 의사표시의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자를 의미한다’(대판 1997.12.26. 44860).

4. 적용범위

제110조의 사기·강박에 의한 의사표시는 사적자치에 지배하는 법분야에서 일반법칙으로서 적용된다. 다만 가족법상의 법률행위에는 별도의 특칙인 제816조, 제823조, 제838조, 제884조 등을 두고 있으므로 제110조는 적용되지 않는다. 또한 외형을 신뢰하여 대량적으로 행하여지는 법률행위에 대하여는 제110조의 적용이 제한되며(상법 제320조 제1항), 소송행위나 행정처분에도 적용되지 않는다(대판 1997.10.10. 96다35484).

제3항 의사표시의 효력발생

I. 의의

1) 의사표시는 그 성립요건을 갖추고 있는 경우 원칙적으로 성립과 동시에 의사표시로서의 효력이 발생한다. 의사표시란 하나의 전달과정이므로 상대방있는 의사표시는 일반적으로 ‘표의자가 의사를 표백하고(편지의 작성)’ 이어서 ‘발신하고(우체국에 의뢰)’, 그것이 상대방에게 ‘도달(편지의 수령)’되어 마침내 ‘상대방이 요지(편지를 읽음)’하는 4단계를 거친다.

2) 상대방 없는 의사표시는 특정의 상대방이 없으므로 표의자가 의사표시를 완성된 때 즉 표명한 때에 효력이 발생한다(표백주의). 다만, 유언의 경우에 방식을 준수하여야 하고(제1065조), 유언자가 사망한 때에 그 효력이 발생한다(제1073조).

3) 상대방 있는 의사표시의 경우에는 그것이 상대방에게 도달하고 상대방이 그 의사표시를 수령할 능력을 가지고 있지 않으면 안 된다. 그런데 상대방 있는 의사표시의 효력이 언제 발생하느냐 하는 것은 표의자와 상대방과의 양자의 이익을 비교·형량하여 결정하게 된다. 이것이 의사표시의 효력발생시기와 의사표시수령능력에 관한 것이다.

II. 의사표시의 효력발생시기

1. 의의

상대방 있는 의사표시는 표의자로부터 상대방에게 의사가 전달됨으로써 행해지는데, 대화자 간에는 특별할 것이 없으나 멀리 떨어진 격지자 간에는 의사표시의 효력발생시기가 문제된다.

2. 입법주의

1) 표백주의란 표의자가 서면의 작성과 같은 방법으로 의사표시의 내용을 드러내 밝히는 시점 즉 외형적 존재를 가질 때에 효력이 생긴다는 원칙이다. 이는 서면 작성을 알지 못하는 상대방에게는 너무 가혹하고, 표의자에게 너무 기울어 있어 타당하지 못한 면이 있다.

2) 발신주의란 표의자가 서면을 우체통에 투입하는 것과 같이 의사표시를 상대방에게 발송하는 시점에 효력이 생긴다는 원칙이다. 다수에게 보내는 경우에 효력발생시기를 획일적으로 정할 수 있는 편리함이 있으나 표의자에게 치우친 단점이 있다. 상법은 발신주의를 취하고 있으며, 민법상으로는 제한능력자의 상대방의 촉구권(제15조), 대리권없는 자의 상대방의 최고권(제131조), 채무자와 계약에 의한 채무인수의 승낙여부에 대한 최고(제455조), 격지자간의 계약의 성립시기(제531조) 등에 채택되고 있다.

3) 도달주의(수신주의, 수령주의)란 표의자의 의사표시가 상대방에게 도달한 때, 즉 상대방의 지배권 내에 들어간 때 효력이 생긴다는 원칙이다. 이는 민법상의 일반원칙(111조)이다.

4) 요지주의란 상대방이 그 서면을 읽고 이해하는 시점 즉 알게 된 시점에 효력이 생긴다는 원칙이다. 민법상 규정에는 없다.

3. 민법의 도달주의

가. 도달주의 원칙

1) 우리 민법은 상대방있는 의사표시에 대하여 도달주의를 원칙으로 하고(제111조 제1항) 예외적으로 발신주의를 취하고 있다. 도달주의는 상대방에게 도달된 때에 그 의사표시가 효력을 발생한다.

2) 도달주의의 원칙은 대화자간이나 격지자간이나를 묻지 않는다. 통설은 격지자나 대화자 사이에 도달주의에 의한다고 한다. 다만 대화자는 표백, 발신, 도달, 요지가 모두 성립하는 것이 보통이다. 대화자간이나 격지자간이나의 구별은 거리적·장소적 개념이 아니라 시간적 개념이다.

3) 도달주의 원칙을 정하는 제111조는 임의규정이므로 당사자의 약정에 의하여 의사표시의 효력발생시기를 달리 정할 수 있다.

나. 도달의 의의

1) 도달이란 의사표시가 상대방의 지배영역에 들어가서 언제든지 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓이게 된 경우를 말한다. 예를 들어 의사표시가 상대방 우편함에 투입되거나 그 동거가족에게 전달된 경우 등이다. 수령거절의 경우에도 정당한 이유가 없는 한 도달은 있었던 것으로 된다. 그러나 수령자의 주머니 속에 슬그머니 넣는 경우, 서신을 상품속에 끼워 넣는 경우 등은 부도달이라고 할 것이다.

2) 채권양도의 통지와 같은 준법률행위에도 도달의 법리가 유추적용된다(대판 1983.8.23. 82다카439).

3) 전자문서에 의한 의사표시의 경우에 일반적으로 전자거래기본법 제6조에 정하여진 전자문서의 송·수신시기를 도달의 시기로 본다.

다. 도달주의의 효과

1) 의사표시는 상대방에게 도달하기 전에 철회할 수 있으며, 철회의 의사표시는 당초의 의

사표시와 적어도 동시에 도달하여야 한다.

2) 의사표시의不着 또는 延着은 표의자의 불이익으로 돌아간다. 따라서 표의자가 도달에 대한 주장·입증책임을 부담하고, 상대방이 의사표시의 수령을 거절한 경우에는 수령거절 사실을 증명하여야 한다.

3) 의사표시가 상대방에 도달하여 효력이 생기면 그 후에는 의사표시의 철회가 불가하다. 따라서 표의자는 그 의사표시에 구속된다(제527조).

4) 의사표시의 발신 후의 사정변경은 이미 효력 발생한 의사표시에 영향이 없다(제111조 제2항). 예를 들어 발신 후에 표의자가 사망하거나 또는 행위능력을 상실하여도 그 의사표시의 효력에는 영향을 미치지 않는다.

4. 예외적 발신주의

1) 격지자간의 계약에서 청약에 대한 승낙의 의사표시는 의사표시를 발송한 때에 그 효력이 발생하며 그 때에 계약이 성립한다. 그 밖에 최고의 효과도 일반적으로 발신주의에 의한다.

2) 상법은 거래의 신속과 안전을 위하여 발신주의를 많이 채택하고 있다(상법 제52조, 제53조, 제67조 등).

Ⅲ. 의사표시의 공시송달

1. 공시송달의 필요성

표의자가 과실없이 의사표시의 상대방을 알 수 없거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에 그 부도달을 이유로 의사표시가 효력을 발생할 수 없다면 부당하다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 민법은 공시송달에 의하여 의사표시의 효력을 발생시킬 수 있도록 하고 있다(제113조).

2. 요건

가. 표의자가 상대방이 누구인지 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하여야 한다. 그런데 상대방의 소재가 불명한 경우라도 상대방에게 친권자, 후견인, 부채자의 재산관리인이 있으면 이들에 대하여 의사표시를 하여야 하며, 공시송달은 인정되지 않는다.

나. 표의자가 상대방 또는 그의 소재를 알지 못하는 데 대하여 표의자에게 과실이 없어야 한다. 이에 대한 증명책임은 공시에 의한 의사표시 도달의 효과를 다투는 자가 부담한다.

3. 공시송달의 방법 및 효과

1) 공시송달은 법원사무관 등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원계시관에 게시하거나 관보·공보 또는 신문에 게재 또는 전자통신매체를 이용한 공시방법 등으로 그 사유를 공시하여야 한다(민사소송법 제195조).

2) 첫 공시송달은 게시한 날로부터 2주일이 경과한 때에 상대방에게 도달한 것이 되어 효력이 발생한다(민사소송법 제196조 제1항). 그러나 동일한 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 게시한 다음 날부터 효력이 생긴다(동항 단서).

Ⅳ. 의사표시의 수령능력

1. 의의

- 1) 의사표시의 수령능력이란 수령한 의사표시의 내용을 요지할 수 있는 능력을 말한다.
- 2) 민법은 의사표시의 수령에도 행위능력을 요구한다. 즉 제한능력자를 수령무능력자로 하고 있다(제112조). 그러나 예외적으로 제한능력자가 행위능력을 가지는 경우에는 수령능력도 인정된다.

2. 수령무능력자에 대한 의사표시의 효력

1) 표의자는 수령무능력자에 대하여 의사표시의 도달을 주장하지 못한다(제112조 본문). 통설은 제112조가 수령무능력자를 보호하기 위한 규정이기 때문에 무능력자측에서 의사표시의 도달을 주장하는 것은 무방하다고 한다.

2) 그러나 제한능력자의 법정대리인이 그 의사표시가 수령무능력자에의 도달을 안 이후에 표의자는 의사표시의 도달을 주장할 수 있다(제112조 단서).

3) 수령무능력자제도는 상대방 없는 의사표시, 발신주의에 의한 의사표시, 공시송달에 의한 의사표시에는 적용이 없다.

4) 의사무능력자에 대한 의사표시는 원칙적으로 의사표시의 내용을 알 수 있는 상태에 있지 않기 때문에 효력이 발생하지 않는다.