

社會定型的行爲論의 研究 (其一)

李 好 珽*

<目 次>	
I. 序 論 1. 序 言 2. Haupt의 事實的契約關係論 3. 問題의 限定 4. 方法論	II. 法律行爲論 1. 序 論 2. 法律行爲와 意思表示의 概念의 歷史 3. 法律行爲의 概念 4. 意思表示(以下次號掲載)

I. 序 論

1. 序 言

事實的契約關係論은 Günther Haupt에 의하여 1941年 그의 라이프찌히大學教授 就任講演에서 처음으로 主張되었으며, 이 講演은 그 後 補完되어 “Über die Faktischen Vertragsverhältnisse”라는 論文으로 Heinrich Siber教授 記念論文集 “Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber”에 發表되었다. (1) Haupt의 이 約 30餘面의 小論文처럼 어떤 法學論文이 法學界에 強力한 충격을 주고 또한 多樣한 反響을 불러일으킨 例는 매우 드물 것이다.

Haupt의 「事實的契約關係論」은 타협없는 全面的 拒否에서부터 欣然한 贊成에 이르는 여러가지의 反應을 惹起하였다. Haupt의 主張은 Tasche의 贊同을 發見하였으며 (2), Bärmann은 現代의 大量去來의 諸現象에 대하여 적절한 評價를 행함으로써 「合意主義的인 狹谷으로부터의 契約概念의 解放」(Befreiung des Vertragsbegriffs aus seiner konsensualistischen Enge)을 이룩하였다고 높이 그 功績을 評價하였다. (3) 그러나 同時에 Haupt의 理論은 많은 民法理論家에게 深大한 쇼크를 주었다. Haupt의 論文이 發表된 후 곧 당시 존경을

*本研究所 研究員, 서울大學校商科大學 副教授

(1) *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber Bd. II* (1943), SS. 1-37.

(2) Tasche, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß*, Jherings Jb, Bd. 90, S. 101ff.

(3) Bärmann, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorge* (1948), S. 86.

받고 있었던 民法學의 元老 Heinrich Lehmann은 이를 「市民權을 획득한지 오래인 契約範疇에 대한 襲撃」(Ansturm auf die alteingebürgerte Kategorie des Vertrags)이며 「우리 法秩序의 基本的構造違反」(Verstoß gegen den grundsätzlichen Aufbau unserer Rechtsordnung)이라고 신랄하게 批難하였다. (4) 또한 1957년에는 Lehmann은 事實的契約關係論은 세워지지 아니하였다더라면 더 좋았을 것이며, 이 理論은 「法律에 忠實한 法的思考의 파괴를 위한 原子彈」(Atombombe zur Zerstörung gesetzestreuen juristischen Denkens)이라고 極言하였다. (5) 또한 事實的契約關係論은 名望높은 私法學者인 Nipperdey에게서도 全面的 拒否에 直面하고 있다. 즉 그는 Haupt의 理論은 現行法과 맞지 않으며 生活觀念과도 一致하지 않으며 또한 實際의으로도 不必要하다고 말하고 있다. (6) Küchenhoff도 로마법에 까지 소급되는 千餘年間の 私法の 傳統, 洞察, 지혜의 終末을 意味할 수 있다는 우려를 表明함과 아울러 「事實의 힘」(Macht der Tatbestände)을 強調하는 새로운 法神話(Rechtsmythos)라고 야유섞인 批難을 퍼부었다. (7)

1957年 Bad Mergentheim에서 열렸던 독일의 私法教授大會(Tagung der Zivilrechtslehrer)에서는 독일뿐만 아니라 오스트리아, 스위스의 私法教授들이 大學 參加하여 「事實的契約關係」를 主題로 열띤 討論을 展開한 바 있다. (8) 또한 「事實的契約關係論」은 郭潤直·崔鍾吉 兩教授에 의하여 우리나라에도 紹介 導入되었다. (9)

2. Haupt의 事實的契約關係論⁽¹⁰⁾

Haupt의 前掲論文의 內容을 간단하게 살펴 보기로 한다.

독일의 去來法(Verkehrsrecht)에 있어서의 典型的이고 가장 중요한 法律關係의 形成手段은 契約이며 그 基礎는 契約自由이지만, 現代의 法的去來의 實際에 있어서는 契約關係의 成立이 BGB가 생각하고 있는 것과는 다르게 이루어지는 넓은 領域이 存在한다고 한다. 즉 現代의 共同生活組織에 있어서는 個人은 그 契約相對方을 選擇하거나 그와 契約內

(4) Lehmann, Das "faktische" Vertragsverhältnis, Jherings Jb. 90, S. 132f.

(5) Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, S. 1ff. (S. 5).

(6) Nipperdey, Faktische Vertragsverhältnisse?, Monatsschrift für Deutsches Recht(MDR) 1957, S. 129f; Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Halbband* 15. *neubearbeitete Aufl.* (1960), §163 VII.

(7) Küchenhoff, Faktische Vertragsverhältnisse und faktische Arbeitsverhältnisse?, Recht der Arbeit (RdA) 1958, S. 121ff (S. 122).

(8) Habscheid, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 157, S. 100ff 참조.

(9) 崔鍾吉, 事實的契約關係에 관한 若干의 考察, 法學 卷5권 1·2호(1963) 40面以下; 郭潤直, 訂版民法總則(1973) [50] III2, 債權各論(上)(1967) [29]-[31], 債權各論(下)(1971)[151]I, [179].

(10) Haupt, S. 5ff.

容을 個別的으로 決定할 可能性이 없이 給付를 提供하거나 給付를 受領하는데 그 生活을 依存하고 있으며, 締約強制(Kontrahierungszwang)와 一般去來約款(Allgemeine Geschäftsbedingungen)은 그 가장 顯저한 徵表라고 한다. 이러한 경우에 있어서는 이른바 契約自由는 存在하지 않으며 當事者들의 意思表示의 合致는 BGB가 그에 인정하고 있는 權利創設의意味(konstituierende Bedeutung)를 상실한다고 한다. 電車乘車(Straßenbahnfahrt)는 그 例이며 여기서는 實제에 있어서는 合致의意味에 의한 本來의 契約締結은 전혀 일어나지 않는다고 한다. 그러나 民法의 規定에 의하면 契約關係의 成立은 오로지 請約(Angebot)과 承諾(Annahme)에 의해서만 可能한 것처럼 보이므로 學說과 判例는 意思表示의 內容平板化(Verflachung)와 擬制(Fiktion)에 의하여 意思表示의 合致를 그 속에서 發見하려고 試圖하고 있다고 한다. 그러나 Haupt는 契約關係成立에 관한 우리의 觀念은 根本的인 檢討를 필요로 하며 BGB의 意味에 있어서의 契約締結이 契約關係成立을 위한 不可缺의 要素라고 하는 생각은 再檢討를 要한다고 한다. 現代의 法的去來에 있어서는 請約과 承諾에 의하지 않고도 成立하는 契約關係가 存在한다고 한다. 請約과 承諾에 의한 契約締結에 의하지 않고 事實的過程(tatsächliche Vorgänge)에 의하여 成立하는 契約關係가 있으며, 그는 이것을 「事實的契約關係」(Faktische Vertragsverhältnisse)라고 부르고 있다. 事實的契約關係에 있어서는 當事者들의 意思表示가 아니라, 「現實이 事案(Sachverhalt), 生活, 그들(當事者들)의 職業, 그들의 活動을 통하여 當事者들을 여러가지로——그들이 「원하든」 「않든」간에——서로 關係짓는다, 「生活自體가 關係를 發生시킨다」(Das Leben ordnet zu.)고 말하고 있다. 事實的契約關係는 그 成立의 點에서 民法上의 契約과 다르지만, 그 存續(내지 內容)에 있어서는 原則的으로 契約과 전혀 같으며, 따라서 契約法은 事實的契約關係에 대하여 直接 適用되어야 한다고 한다.

Haupt는 事實的契約關係의 例로서 세가지의 類型을 들고 있다. 즉,

- (a) 社會的接觸에 의한 事實的契約關係(Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts)
- (b) 共同體關係에의 編入(들어감)에 의한 事實的契約關係(Faktische Vertragsverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis)
- (c) 社會的給付義務에 의한 事實的契約關係(Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Leistungsverpflichtung)
- (1) 社會的接觸에 의한 事實的契約關係^(10a)

(10a) Haupt, S. 9ff.

Haupt는 이 類型의 事實的契約關係의 例로서 契約締結上的 過失(Verschulden beim Vertragsschluß), 好意同乘(Gefälligkeitsfahrt)의 경우 (例컨대 Hits · 하이킹등의 경우)에 있어서의 運轉者의 責任의 排除를 들고 있다. 前者 경우에 있어서는 法律關係는 契約締結(즉 意思表示의 合致)에 의하여서가 아니라, 當事者들을 서로 보다 밀접하게 關係짓고 任意의 기타의 다른 사람들에 대한 것보다 더 큰 配慮義務를 發生시키는 社會的接觸(sozialer Kontakt)이라는 事實的過程에 의하여 成立한다고 한다. 또한 後者의 경우 즉 運轉者가 好意로 어떤 사람을 無料로 그의 車에 同乘시켰으나 運轉者의 不注意로 車事故가 일어나 同乘者에게 損害를 입힌 경우, 運轉者의 責任의 輕減 내지는 排除의 效果를 運轉者와 同乘者사이의 默示的 責任排除契約을 擬制함으로써 根據지우려 하는 學說과 判例가 있지만, 이것은 잘못이며 運轉者나 同乘者間의 密接한 社會的接觸이라는 事實에 基하여 이러한 效果가 發生한다고 한다.

(2) 共同體關係에 들어감에 의한 事實的契約關係⁽¹¹⁾

事實的組合(faktische Gesellschaft)과 事實的勞務(雇傭)關係(faktisches Arbeitsverhältnis)가 이에 속한다.

(A) 事實的組合⁽¹²⁾

여기서는 組合契約(Gesellschaftsvertrag)이 처음부터 (von Anfang an) 無效(nichtig)임이 後에 밝혀진 경우의 組合員들(Gesellschafter)사이의 法律關係가 문제된다.

BGB에 의하면 이러한 法律關係의 解消에 대해서도 不當利得에 관한 規定이 適用되어야 할 터이지만, 이 規定들은 문제를 만족스럽게 解決할 수 없다고 한다. 當事者들이 數年間 계속하여 組合上의 協同(gesellschaftliches Zusammenwirken)을 행한 경우에 있어서는, 그들이 第三者에게 주거나 또는 第三者로부터 受領한 給付들은 서로 分離할 수 없을 정도의 經濟的統一體(wirtschaftliche Einheit)로 뒤엉켜져 있기 때문에 不當利得法에 의한 解決은 不可能한 경우가 많다고 한다. 無效인 契約에 기한 組合에 있어서는 目的財產(Zweckvermögen), 團體的行爲(organschaftliches Handeln), 出資義務, 競業避止義務, 沈默義務, 기타의 誠實義務(Treupflichten)등이 存在하였으므로 組合法上의 原則에 따라 복잡한 財產關係를 清算하는 것이 필요하다고 한다. 遡及의 無效效果를 인정하고 不當利得法에 의하여 解決하는 것은 錯綜된 事案에 不適合하며 실제로도 實現不可能하다고 한다. 따라서 組合契約의 瑕疵에도 不拘하고 一旦 團體法上의 結合이 이루어지고 특히 商事會社에 있어서 企業이 當事者들의 協同에 의하여 事實上 營爲된 경우에는 組合은 事實上(faktisch)

(11) Haupt, S. 16ff.

(12) Haupt, S. 16ff.

存在하였다고 보아야 한다고 한다. 이러한 事實의 組合의 存在는 否認할 수 없으며 오로지 將來에 대해서만(ex nunc) 終了될 수 있다고 한다. 瑕疵의 發見時까지의 組合法的의 目的共同體의 事實的實現(die tatsächliche Verwirklichung der gesellschaftlichen Zweckgemeinschaft)은 일단 이러한 結合(Vereinigung)을 成立시키며, 그 外部關係와 內部關係에 대한 組合法的의 規定의 適用을 正當化하기에 充分하다고 한다. 그리고 瑕疵가 發見된 경우에는 當事者들은 契約의 無效를 主張하고 將來的으로 組合의 解散을 請求할 수 있다고 한다. 組合員들이 意思表示의 一般規定에 의하여 組合契約을 取消할 수 있는 權利를 가지고 있는 경우에도 溯及效를 가진 無效(ex tunc wirkende Nichtigkeit)는 인정될 수 없고 取消權은 오로지 「重要한 事由에 기한 解止」(Kündigung aus wichtigem Grund)(獨民 第749條 第2項 第1文)로서만 主張될 수 있다고 한다.

Haupt는 無效인 組合契約에 기하여 組合員들이 組合上의 協同行爲에 의하여 組合關係를 事實的으로 實現한 경우에는 이러한 協同行爲(즉 共同關係에의 들어감)에 의하여 事實的組合이 成立하며 이에 대하여는 組合法的의 規定이 適用되고 組合員들은 오로지 將來를 향해서만 이 組合關係를 解消시킬 수 있다고 한다. 無效인 組合契約에 기하여 組合關係가 事實上 實現된 경우에는 不當利得法에 의하여 關係를 組合契約以前의 狀態(status quo ante)로 復歸시키는 것은 不可能하다고 한다.

(B) 事實的勞務(雇傭)關係⁽¹³⁾

契約的으로 有效하게 成立하지 아니한 雇傭契約에 基하여 勞務가 給付된 경우에 「報酬」支給의 請求를 받은 使用者가 BGB 第818條 第3項에 의하여 利得의 脫落(不存在)(Wegfall der Bereicherung)을 主張하여 報酬의 支給을 拒絕할 수 있다고 하면 매우 不公平하므로, 不當利得法에 의한 解決은 滿足스러운 것이 못된다고 한다. 따라서 無效인 雇傭契約에 기하여 勞務(給付)가 事實上 提供된 경우에는 勞務(雇傭)關係가 成立한다고 생각하여야 한다고 한다. 즉 勞務關係라는 共同體에의 事實的編入의 權利發生力(die rechtsbegründende Kraft der faktischen Eingliederung in eine Gemeinschaft)에 基하여 雇傭關係(契約關係)가 成立한다고 한다. 위에서 말한 바와 같이 Haupt는 組合關係・勞務關係 등의 共同體에의 編入(들어감)의 事實에 基하여 契約關係가 成立한다고 主張한다.

(3) 社會的給付義務에 의한 事實的契約關係⁽¹⁴⁾

Haupt는 現代의 大量去來(Massenverkehr)에 있어서, 個人은 그의 契約相對方을 選擇

(13) Haupt, S. 19ff.

(14) Haupt, S. 21ff.

하고 그와 契約內容을 個別的으로 恠정할 수 있는 상태에 있지 못하다고 하는 그의 觀察에 기하여, 이러한 領域에 있어서는 意思表示의 合致에 의한 本來的인 契約締結은 存在하지 않으며, 契約關係는 오로지 事實的行爲(tatsächliches Verhalten)에 의하여 成立한다고 하는 結論을 導出하였다. 電車, 버스와 같은 大衆交通機關의 利用, 전기·가스·물의 供給, 駐車場의 利用과 같은 生活必需的인 生存配慮(Daseinsvorsorge)의 領域의 大量的의 去來에 있어서는, 給付의 對價, 기타의 給付의 利用關係의 內容은 給付提供者인 企業에 의하여 미리 一律的으로 一般去來約款의 形式으로 確定되어 있으므로 利用關係의 內容을 當事자들이 商談을 통하여 決定할 수 있는 可能性은 存在하지 않는다. 따라서 當事자들이 意思表示에 의하여 合意할 對象이 存在하지 않는다고 한다. 給付利用者인 個人들은 그의 生存에 필요한 給付를 얻기 위해서는 企業이 一方的으로 決定한 契約條件에 服從(Unterwerfung)하는 義務에 없으며, 그들의 契約自由는 크게 制限받고 있다고 한다. 또한 給付提供者인 企業의 契約自由도 締約強制에 의하여 制限당하고 있다고 한다. 이러한 事情때문에, 手工業者나 小商人과 的 去來에 있어서 그의 契約關係를 個別的으로 그리고 自由롭게 商談한다고 하는 自由主義的인 市民階級의 思想으로부터 出發하고 있는 BGB의 第145條以下의 規定은 그대로 適用될 수 없다고 한다. 즉 生活必需的인 生存配慮의 給付를 提供하는 大企業들은 그들의 給付를 그들이 一方的으로 정한 契約條件(Vertragsbedingungen)에 따라 提供하며 給付를 利用하는 雇客들은 오로지 利用의 與否 즉 契約締結의 與否(Ob)만을 決定할 수 있을 뿐이며, 이러한 自由도 給付의 生活必需性때문에 事實上 크게 制限받는다 고 한다. 生活配慮의 給付關係에 있어서는 그 內容은 미리 定하여져 있으므로 當事자들이 合意할 對象이 存在하지 않기 때문에, 生存配慮의 給付의 利用關係는 生存配慮의 給付提供者인 企業의 給付의 事實上的 提供(tatsächliches Angebot)과 給付利用者의 事實上的 利用(tatsächliche Inanspruchnahme)이라는 事實的過程에 의하여 成立한다고 하여야 하며, 意思表示의 合致 즉 契約의 請約과 承諾에 의한 契約締結에 의하여 成立한다고 말하는 것은 非現實的이라고 하는 것이 Haupt의 主張이다.

Haupt의 세가지 類型의 事實的契約關係中에서 가장 큰 興奮과 열면 論爭을 불러일으킨 것은 이 第3類型의 事實的契約關係이며, 理論的으로 實務的으로 困難한 問題點을 던져 주고 있는 것도 바로 이 第3類型의 事實的契約關係이다.

3. 問題의 限定

2에서 살펴 본 바와 같이 Haupt는 일정한 경우에 있어서는 契約締結에 의하지 않고 事實的過程에 의하여 契約關係가 成立하는 것을 인정하고 있다.

Haupt의 事實의契約關係論은 열띤 論議를 惹起시켰으며 贊反論이 화려하게 展開되었다. 第1類型的의 社會的接觸에 의한 事實의契約關係는 단 한사람의 共鳴도 얻지 못하였다.

Simitis는 Haupt의 第2類型(事實의組合과 事實의勞務關係)과 第3類型(生活配慮의 領域에 있어서의 事實的契約關係)의 事實的契約關係를 모두 인정하고 있다.⁽¹⁵⁾ 그러나 Siebert⁽¹⁶⁾와 Nikisch⁽¹⁷⁾는 第2類型的의 事實的契約關係만 認定하며 第3類型的의 事實的契約關係는 인정하지 않고 있다. 그러나 Larenz는 오로지 第3類型的의 事實的契約關係를 繼承하여 그의 有名한 「社會定型的의 行爲에 기한 債權關係의 成立」(Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten)의 理論을 發展시켰다.⁽¹⁸⁾ 독일의 聯邦最高法院(Bundesgerichtshof, BGH)와 Bremen地方法院이 그 判決에서 Larenz에 의하여 發展된 社會定型的의 行爲論에 加擔하였다.

本論文에서는 考察의 範圍를 Larenz에 의하여 繼承發展된 第3類型 즉 「社會定型的의 行爲論」(즉 社會定型的의 行爲에 의한 事實的契約關係論)에 限定하기로 한다. 本稿에서는 便宜上 Haupt의 第3類型的의 事實的契約關係論도 社會定型的의 行爲論(Lehre vom sozialtypischen Verhalten)이라는 用語로 統一的으로 부르기로 한다.

社會定型的의 行爲論은 종래의 私法體系와 私法理論 특히 法律行爲理論으로 과연 現代의 生存配慮의 大量去來現象이라는 이른바 大衆社會(Massengesellschaft)의 現象을 適切히 把握할 수 있는나를 둘러 싸고 展開된 것이다. 社會定型的의 行爲에 관한 論議는 法律行爲理論의 中心의 問題와 깊은 관계가 있다.^(18a) 따라서 社會定型的의 行爲論은 法律行爲論(意思表示理論)과의 關聯下에 考察해 볼 필요가 있다.

私法學史上 意思表示와 契約이라는 法律要件을 둘러싼 論議처럼 치열하게 그리고 계속적으로 展開된 論爭은 거의 없다고 하여도 過言은 아닐 것이다. 法學의 一級頭腦들의 끊임없는 努力에도 不拘하고 아직 見解의 對立의 解消를 보지 못하고 있음은 周知의 事實이다. 이 問題領域에 관한 論爭은 실로 百花齊放, 百家爭鳴의 壯觀을 보여 주고 있다. 事實

(15) Simitis, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts* (1957).

(16) Siebert, *Faktische Vertragsverhältnisse* (1958).

(17) Nikisch, Über "Faktische Vertragsverhältnisse," in: *Vom deutschen Recht zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle Bd.I* (1963) S. 79ff.

(18) Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, S. 1897ff, Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1958, S. 245ff., *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1. Aufl.* (1967) (Larenz로 引用한다) S. 515ff.

(18a) Diederichsen, Wandlung der Rechtsgeschäfte, Juristische Analysen 1969, Zivilrecht I, S. 77.

的契約關係論 내지는 社會定型的行爲論도 이러한 意思表示 理論 또는 契約理論이 안고 있는 여러 문제중의 하나로서 登場한 것이며, 社會定型的行爲論이 「一般契約理論의 永遠한 危機感染性」(die permanente Krisenanfälligkeit der allgemeinen Vertragslehre)의 하나의 徵表⁽¹⁹⁾로 불리우는 所以도 바로 여기에 있다. 그러므로 本論文에서는 社會定型的行爲論을 독일의 法律行爲理論의 文脈(Kontext)속에서 考察하며, 社會定型的行爲論을 把握하는데 필요한 範圍안에서 독일의 法律行爲理論 특히 意思表示理論을 一瞥한 다음 社會定型的行爲論의 考察에 들어 가기로 하였다.

4. 方法論

(1) 本研究는 方法論的으로는 法教義學의 研究(rechtsdogmatische Arbeit)에 속한다. Max Weber가 말한 바와 같이 法教義學의 考察(rechtsdogmatische Betrachtung)은 일정한 範圍의 사람들의 行動의 基準으로 되어야 하는 秩序(Ordnung)로서 나타나는 命題(Sätze)의 正確한 意味(richtiger Sinn)를 探究하는 것을 그 任務로 한다.⁽²⁰⁾ 즉 「法教義學(Rechtsdogmatik)은 일정한 法秩序안에서 妥當하는 法命題(法規)에 立脚하여 행하여지는 法命題(法規)의 主張의 科學的檢討이다.」(“Rechtsdogmatik” ist die wissenschaftliche Überprüfung von Rechtssatzbehauptung innerhalb einer Rechtsordnung auf der Grundlage geltender Rechtssätze).⁽²¹⁾ 法教義學은 일정한 法命題를 基礎로 하고 있는 점에서 그 「教義學的」性格(“dogmatischen” Charakter)을 가지고 있다.⁽²²⁾ 그리고 法命題의 主張이라 함은 「그 命題가 法命題(法規)로서 効力(拘束力)이 있다고 하는 言明(Aussage, daß der Satz als Rechtssatz gelte) 즉 効力要求(또는 拘束力의 主張)(Geltungsanspruch)를 의미한다.⁽²³⁾ 本研究는 이러한 意味에서 法教義學的이며, 독일의 私法體系를 「그것이 어떠하냐」(wie es ist)라는 法教義學的觀點에서 考察하며, 「그것이 어떠해야 하느냐」(wie es sein soll)라는 法政策의 觀點에서 探究하는 것이 아니다. 또한 本研究는 法社會學의 研究가 아니다. 法社會學은 하나의 社會的現實(gesellschaftliche Wirklichkeit)로서의 法現象의 探究를 目的으로 한다.⁽²⁴⁾ 즉 Manfred Rehbinder가 말한 바와 같이 法社會學은 法과 社會生活과의 相互依存關係(Interdependenz von Recht und Sozialleben)를 對象으로 하며, 社會生活로부터의

(19) Kramer, *Grundfragen der vertraglichen Einigung*(1972), S. 14.

(20) Weber, *Rechtssoziologie hrsg. von Johannes Winckelmann* (Luchterhand, 1967) S. 69.

(21) Günther Jahr, *Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in Rechtstheorie hrsg. von Günther Jahr und Werner Maihofer* (1971), S. 303.

(22) Günther Jahr, a.a.O.

(23) Günther Jahr, S. 304.

(24) Günther Jahr, S. 310.

法の成立을 探究하며 法을 社會的過程의 結果(Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse)로서 把握하며, 社會生活에 있어서의 法의 作用(Wirkung des Rechts im Sozialleben)을 探究하며 따라서 法을 社會的行動의 規制者(Regulator gesellschaftlichen Handelns)로서 把握한다.⁽²⁵⁾ 그러나 本研究은 Günther Jahr가 말한 바와 같이 「法命題의 主張」 즉 「効力(拘束力)의 要求」를 對象으로 하는 점에서 法社會學의 研究은 아니다. 本論文에서는 社會定型的의 行爲論이 그에 의해서만 適切히 說明될 수 있다고 主張하는 結果가 종래의 正統的인 BGB의 理論(Dogmatik)에 의하여도 充分히 뒷받침될 수 있으나, 또는 독일의 종래의 私法體系와 私法(教義)學은 그것을 위해 不充分하며 따라서 종래의 契約締結이라는 契約關係의 成立要件 이외에 이른바 「社會定型的의 行爲」를 또 하나의 契約關係成立要件으로 인정하여야 하느냐의 문제를 法教義學의 觀點에서 分析 檢討한다.

이러한 過程을 통하여 우리는 특히 독일에 있어서의 社會定型的의 行爲論에 대한 批判의 展開속에서, 부질없이 新奇한 理論의 定立에 급급함이 없이, 傳統的理論의 發展의 展開를 통하여 새로운 現象에 適應하면서 새로이 發生하는 문제들을 彈力性있게 解決하려고 努力하는 독일 私法學의 健實한 溫故知新의 지혜를 배울 수 있을 것이다. 「새 술은 새 부대에」식의 一見 그럴듯한 觀念이 法學에 있어서는 매우 위험한 것임을 배울 수 있다. 私法理論이 새로운 社會現象과의 끊임없는 對話를 통하여 이에 고려를 베풀어야 함은 再言을 要하지 않지만, 새로운 社會現象의 出現이 언제나 반드시 傳統的의 法體系와 法理論의 無思慮한 急進의 拋棄를 正當化해 주는 것은 아니다. 傳統的의 法體系와 法理論이 그 發展의 形成(Fortbildung)을 통하여 새로운 法現象을 充分히 克服할 수 있느냐를 우선 진지하게 檢討해 보아야 하며 이것이 可能하다고 證明될 수 있는 경우에는 부질없는 새로운 制度나 理論의 定立은 절대 피하여야 한다. 一見 獨創的인 듯한 새로운 理論의 主張에의 유혹은 學問하는 者에게 있어서는 뿌리치기 어려운 것이긴 하다. 그러나 이러한 유혹은 體系思想의 立場에서 볼 때 극력 克服되어야 한다. 부질없는 新奇의 追求는 體系破壞를 結果할 뿐이기 때문이다. Sauer의 「오로지 體系만이 認識을 保障하며 文化를 保障한다. 오직 體系속에서만 참된 眞(wahres Wissen)이 可能하다」⁽²⁶⁾는 말이 좀 과장된 表現이라는 느낌이 없지 않지만 適切한 말임을 수긍하지 않을 수 없다. 물론 이 경우 그 體系가 閉鎖的(geschlossen)인 것이어서는 안되며 開放的(offen)인 것이어야 함은 두말할 나위도 없다. 우리는 종래의 法體系와 法理論속에 포함되어 있는 모든 可能性을 끝까지 생각해 보아야 한다.

(25) Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtssoziologie* (1971) S.1.

(26) Sauer, *Juristische Methodenlehre* (1940) S.171.

Radbruch의 적절한 表現을 빌리면 目的論的으로 法律속에 「생각되어 있는 바를 끝까지 생각」(Zuendedenken eines Gedachten)⁽²⁷⁾ 하여야 한다. 그런 然後에 비로소 새로운 制度나 理論을 세워야 한다.

우리는 社會定型的의 行爲에 관한 批判論속에서 독일私法學의 이러한 「體系尊重」의 思想을 얻을 수 있는 바, 우리는 이것을 크게 他山之石으로 삼아야 할 것이다.

(2) 本研究는 넓은 意味에서 比較法의 研究(rechtsvergleichende Arbeit)에 속한다. 그러나 複數法體系間의 比較研究가 아니라 오로지 考察을 독일의 民法體系와 民法理論에 限定하고 있으므로, 嚴格하게는 外國法 여기서는 독일法에 관한 研究이다. 周知하는 바와 같이 우리 民法은 독일法을 繼受한 것으로서 독일民法은 比較法學上 우리 民法의 母法에 해당한다. 따라서 우리 民法의 깊은 理解를 위해서는 독일民法과 民法理論의 研究는 必要不可缺하다. 물론 韓國의 民法學의 定立은 우리 民法學에 부과된 가장 중요한 課題이며 이를 위하여 끊임없는 努力이 傾注되어야 한다. 그러나 이러한 目標의 達成을 위해서는 開放의 姿勢로써 外國의 法體系와 法理論의 研究・導入을 또한 게을리해서는 안된다. 이 길만이 우리 民法學이 邊鄙의 褊狹한 「시골머기法學」으로 轉落하는 것을 防止하는 길이며 特色있는 韓國民法學樹立에의 捷徑이라고 確信한다.

II. 法律行爲論

1. 序 論

近代民法은 自由主義의 基本思想으로부터 出發하고 있다. 個人에게 可能한 限 最大限의 自由를 부여하려 하며 個人에 대한 警察國家의 後見을 拒否한다. 그러므로 個人들의 法律關係의 가장 本質的인 形成手段은 個人의 意思이며 法秩序는 이러한 個人의 意思를 實現시켜 주기 위하여 努力을 기울이고 있다. 따라서 近代民法을 밑받침하고 있는 基柱중의 하나가 바로 「意思支配의 原則」(Grundsatz der Willensherrschaft)⁽²⁸⁾ 또는 私的自治(Privatautonomie)⁽²⁹⁾ 라고 할 수 있다.

私的自治라 함은 「個人의 그 意思에 의한 法律關係의 自己形成의 原則」(Prinzip der

(27) Radbruch, *Rechtsphilosophie* 5. Aufl. hrsg. von Erik Wolff (1956), S. 211.

(28) Lange, Heinrich, *BGB Allgemeiner Teil* 13 Aufl. (1970), S. 219.

(29) 私的自治에 관한 戰後 最高의 業績으로 Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentagung Bd. I* (1960), S. 135ff, 및 그의 *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft* (1965) (以下 Flume로 引用한다) S. 1ff를 들 수 있다.

Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen)⁽³⁰⁾ 즉 개인이 그意思에 따라 그의 法律關係를 스스로 形成할 수 있는 原則을 말한다. 그런데 法律行爲는 私法上의 法律效果 즉 個人들의 法律關係의 變動(形成)을 일으키는 것을 目的으로 하는 行爲이다. 法律行爲에 의하여 個人들은 他人과의 그들의 法律關係를 自律적으로 形成한다. 그러므로 法律行爲는 近代民法이 基本的前題로 삼고 있는 私的自治의 實現을 위한 手段이라고 할 수 있다.⁽³¹⁾

私的自治의 實現手段으로서의 이러한 法律行爲制度는 私的自治를 根幹으로 삼고 있는 近代民法의 核心部分을 이루는 것이며 私法秩序의 諸基礎를 포함하고 있는 民法總則의 中心部分을 이루는 것이다.⁽³²⁾ 그래서 法律行爲理論을 제대로 터득하지 못한 者는 쓸모있는 法律家로는 될 수 없다고 말하여지고 있기도 하다.⁽³³⁾

近代民法에서 法律行爲制度가 차지하는 位置의 이러한 重要性때문에, 法律行爲는 Savigny以來 現今에 이르기까지 독일의 最高水準의 法學者들의 무한한 精力과 叡智가 그 研究에 바쳐진 問題領域이며, 그에 관한 文獻과 判例는 실로 汗牛充棟이라는 말이 無色할 정도로 많다. 그러므로 民法總則의 이 核心部分에 대하여 새로운 理論을 제시한다는 것은 매우 어려운 일이며, 새로운 研究는 無價値한 蛇足이라는 評을 自招할 위험마저 수반한다. 그러나 우리나라에서는 아직 독일의 法律行爲論 내지는 意思表示理論의 歷史的 體系的紹介가 未哈한 감이 없지 않으므로, 독일 法律行爲理論을 살펴 보는 것은 매우 意義있는 일로 생각된다. 그러나 法律行爲에 관한 문제점은 헤아릴 길이 없을 정도로 많고 複雜多樣하다. 그러므로 여기서는 이러한 모든 문제점들을 다루지 못함을 미리 밝힌다. 여기서는 다만 法律行爲(및 意思表示)의 概念의 歷史, 法律行爲(및 意思表示)의 概念, 그리고 특히 本論文의 테마인 社會定型的行爲와 관련이 있다고 생각되는 문제점들에 관하여만 살펴보기로 한다.

2. 法律行爲와 意思表示의 概念의 歷史

「法律行爲」(Rechtsgeschäft)와 「意思表示」(Willenserklärung)의 概念은 18世紀에 비로소 登場한 것이다.⁽³⁴⁾ 로마法은 「法律行爲」라는 一般概念을 알지 못하였다.⁽³⁵⁾ 로마人들은 法

(30) Flume, §1, 1.

(31) Flume, §1, 2; Larenz, §24 I 참조.

(32) Brox, Hans, Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Juristenzeitung(JZ) 1966, S. 761.

(33) Diederichsen, *Der Allgemeiner Teil des BGB für Studienanfänger* (1969) (以下 Diederichsen으로 引用한다) S. 80.

(34) Flume, §23, 4

(35) Flume, §2, 4; Boehmer, *Einführung in das Bürgerliche Recht 2. Aufl.* (1965) S. 75; Zweigert, "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute, in: *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag Bd. II (1969) S. 493ff, S. 495.

律問題를 kasuistisch하게 處理하는 아프로우치를 취하였으므로 法律行爲의 一般理論을 세우지는 아니하였다. 로마法은 個個의 法律行爲의 類型(例컨대 賣買, 賃貸借 등)들만을 알았을 뿐이며 債權契約이라는 一般概念조차도 갖고 있지 않았으며 오로지 賣買契約, 賃貸借契約 등과 같은 個別的인 債權契約類型만을 알았을 뿐이다.⁽³⁶⁾ 로마法源에서는 물론 “actus”와 “negotium”이라는 表現이 使用되긴 하였지만, 法的인 專門用語로 쓰이지는 아니하였다. 로마法에서는 “negotium”이라는 表現은 “contractus”와 마찬가지로 經濟去來上의 去來行爲를 의미하였을 뿐이다.⁽³⁷⁾ 로마法の “negotium”은 「法律行爲」보다 넓은 概念으로 쓰이기도 하였다. 즉 모든 「事務」(Angelegenheit)의 意味로 쓰이기도 하였다(例컨대 “negotium gestio”(事務管理)의 경우).⁽³⁸⁾ 또한 法律行爲보다 좁은 뜻으로 즉 契約의 意味로 쓰이기도 하였다.⁽³⁹⁾ 라틴語로 된 Codex iuris cononici(教會法典)는 第103條와 第104條에서 “actus”와 錯誤·強迫 및 詐欺가 “actus”에 미치는 影響에 關하여 規定하고 있는데, 여기서 “actus”는 넓은 意味에서의 法的으로 意味있는 行爲를 말한다.⁽⁴⁰⁾ 로마法과 教會法에서는 意思表示를 要素로 하는 法律行爲라는 概念은 알려져 있지 않았다. “actus iuridicus”와 “declaratio voluntatis”라는 概念은 啓蒙的인 自然法思想의 創造物이며 그 始源은 Nettelbladt에 소급할 수 있다.⁽⁴¹⁾ “actus iuridicus”와 “negotium iuridicum”이라는 用語를 法學文獻에 최초로 導入한 것은 Nettelbladt이며 그는 그의 著書 “Nova Introductio in Jurisprudentiam Positivam Germanorum Communem”(1772)(新 독일 實定普通私法學入門) S. 495에서 “actus iuridicus seu negotium”을 “ein rechtliches Geschäft”(「法的行爲」)로 번역하였다.⁽⁴²⁾

Dabelow는 “System des gesamten heutigen Zivilrechts”(1. Aufl. 1794) I, S. 329, (2. Aufl.) I, S. 366에서 “von rechtlichen Geschäften”이라는 表題下에 다음과 같이 쓰고 있다. 「人間的 行爲중에는 法的行爲(rechtliche Handlungen 또는 rechtliche Geschäfte(actus iuridici, negotia iuridica)라고 불리우는 중요한 종류가 있다. 우리는 이러한 概念을, 相互間的 權利와 義務를 對象으로 하는 許容된 人間的 行爲로 理解하고 있다」.⁽⁴³⁾ 그의 見解는 18世紀 後半의 理論을 代表하는 것이었다.

(36) Flume, a.a.O.

(37) Boehmer, a.a.O.

(38) Zweigert, a.a.O.

(39) Zweigert, a.a.O.

(40) Zweigert, a.a.O.

(41) Zweigert, a.a.O.; Flume, a.a.O.

(42) Flume, a.a.O.

(43) 이 部分 Flume의 a.a.O.에서 再引用.

法律行爲概念의 歷史는 Pandektensystem(판덱텐體系)의 成立과 밀접한 관련을 갖고 있다. (44) 판덱텐體系의 基本的 特徵은 「總則」의 前置이며, 판덱텐體系의 總則의 核心部分은 法律行爲理論이다. 판덱텐體系는 18世紀末에 成立하였다. 판덱텐體系의 完成者는 Göttingen 大學教授였던 Georg Arnold Heise였으며 그의 著書 “Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen(1. Aufl., 1807)”은 19世紀 독일 판덱텐法學(Pandektenwissenschaft)에 결정적 影響을 주었다. 이 著書에 대하여 Heise의 스승인 Hugo는 法學史를 통틀어 이에 필적할 만한 것은 없다고 극찬하였다. (45)

Heise의 이 著書는 私法의 內容을 說明한 것이 아니라 매우 상세하고도 細分된 內容目次(Inhaltsverzeichnis)이다. 第1編「總論」(Allgemeine Lehren)에서는 「諸權利」(Rechte) 다음에 「行爲들」(Handlungen)이 오며, “Handlungen”이라는 章에 “Von der Willenserklärungen”(「意思表示」)의 項이 있으며, 이 項 다음에 “Von Rechtsgeschäften insbesondere”(「특히 法律行爲에 관하여」)의 項이 뒤따르고 있다. 그리고 “Willenserklärung”과 “unerlaubte Handlungen”(不法行爲)을 對立시키고 있다.

法律行爲를 表現하는 用語는 18世紀에 있어서는 아직 統一的인 것은 아니었다. 18世紀末頃에 비로소 「Rechtsgeschäft」라는 用語가 成立하였다. 이 用語는 A.D. Weber에 의하여 그의 著書 “Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten (1. Aufl., 1784)에서, 그리고 Hugo에 의하여 그의 著書 “Institutionen des heutigen Römischen Rechts(1. Aufl., 1789)에서 쓰여 졌으며, “Rechtsgeschäft”라는 用語를 독일法律用語로 導入한 공적은 특히 Hugo에게 있다고 한다. (46) 그러나 18世紀에 있어서는 이 用語는 學者들에 의하여 중요한 概念으로 생각되지는 아니하였다. 上述한 Heise의 著書에 의하여 “Rechtsgeschäft”라는 用語는 독일法律文獻의 自明한 共同財産으로 되었다. (47) 19世紀에 들어 와서 비로소 法律行爲는 독일普通法의 總則의 中心테마로 되었으며 現今에 이르기까지 總則論의 주된 테마의 位置를 堅持하고 있다.

오늘날 우리가 익히 알고 있는 法律行爲理論은 19世紀 Savigny에 의하여 그의 “System des heutigen Römischen Rechts Bd. III (1840)”에서 그 古典的 모습을 얻게 되었으며, Savigny의 法律行爲理論은 現在에 이르기까지도 독일法律行爲理論에 決定的 影響을 미치

(44) Schwarz, Andreas B., Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 42(1921), S.578ff. 참조.

(45) Hugo, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis Bd. I*, S.518 N.1.

(46) Zweigert, S. 495.

(47) Flume, a.a.O.

고 있으며 아직도 큰 比重과 價値를 維持하고 있다. Savigny를 論함이 없이 法律行爲論을 云謂할 수는 없다. Savigny의 前掲書는 法律行爲에 관한 永久不朽의 古典의 名著이며 아직도 必讀의 文獻으로 되어 있다.

Savigny는 특히 法律行爲에 있어서의 意思의 要素(Willensmoment)를 다루었으며, 그 때문에 그는 이른바 意思主義(Willenstheorie)의 創始者로 불리우고 있다. Savigny는 法律行爲와 意思表示의 用語를 同意語로 쓰고 있다. 즉 「意思表示 또는 法律行爲라 함은 自由로운 行爲로서, 同時에 行爲者의 意思가 직접 어떤 法律關係의 成立 또는 消滅에 향해진 法律事實로 理解할 수 있다」고 말하고 있다.⁽⁴⁸⁾ 그리고 그는 意思의 要素를 중요시하고 있기 때문에, 주로 「意思表示」(Willenserklärung)라는 用語를 즐겨 쓰고 있다.

法律行爲理論은 처음으로 1794년의 「프로이센一般란트法典」(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 略語 ALR)에서 立法化되었다. 反面에 대체로 同時代의 다른 2大法典인 1804년의 「프랑스」民法典(Code civil 略語 C.c.)과 1811년의 「오스트리아一般民法典」(Österreiches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 略語 ABGB)은 法律行爲理論을 받아 들여 法制化하지는 않았다. ALR은 “Rechtsgeschäft”라는 말을 쓰지 않고 “Willenserklärung”이라는 用語를 쓰고 있다. 그 第1編 第4章에는 「意思表示」에 관한 169個條를 포함한 節이 들어 있다. 그의 「意思表示」의 概念規定은 아직도 매우 明確한 것이었으며 嚴密性을 缺하고 있었다. 즉 「意思表示라 함은 무엇이 일어나야 하느냐 또는 일어나서는 안되느냐에 관한 表示者의 意圖의 表現이다」(“Die Willenserklärung ist eine Äußerung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen oder nicht geschehen soll”, I, 4, §. 1 ALR)라고 規定하고 있다. §. 5(第5條)는 意思表示의 內容에 관하여, 「그에 관한 權利가 取得되거나 또는 他人에게 移轉될 수 있는 모든 物件과 行爲는 意思表示의 對象으로 될 수 있다」(“Alle Sachen und Handlungen, auf welche ein Recht erworben oder anderen übertragen werden kann, können Gegenstände der Willenserklärung sein”)고 규정하고 있다.

法律行爲理論이 Savigny등에 의하여 일응 完成된 後 制定된 1863년의 「작센王國民法典」(Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)은 法律行爲에 관한 몇개의 規定을 두고 있다(第88條以下). 그 第88條는 「어떤 行爲에 있어서 意思가 法律들과의 一致下에, 法律關係를 成立, 消滅 또는 變更시키는 것을 目的으로 하는 경우에는, 그 行爲는 法律行爲이다」(“Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Übereinstimmung mit den

(48) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts Bd. III* (1840) §104(S.5), §114(S. 98f.).

Gesetzen ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft)라고 法律行爲의 概念規定을 法律的으로 내리고 있다.

1896년에 制定된 「독일민법典」(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)은 法律行爲에 관하여 매우 상세하게 規定하고 있다. 그러나 BGB는 法律行爲의 概念規定을 하지 않고 있다. 立法者들은 意識的으로 그러한 概念規定을 하지 아니하였다.⁽⁴⁹⁾ 그러나 독일民法 第1草案의 起草者들은 대체로 「작센王國民法典」에서와 같은 概念規定으로부터 출발하고 있다. 즉 “Motive zum ersten Entwurf”(「第1草案理由書」)는 法律行爲의 概念을 다음과 같이 說明하고 있다. 즉 「草案의 意味에 있어서의 法律行爲는 法律效果가 意欲되었기 때문에 法秩序에 의하여 發生하는 法律效果의 發生을 目的으로 하는 私(法)的意思想示(Privatwillenserklärung)이다. 法律行爲의 本質은, 法律效果의 發生에 向해진 意思가 作用하였다는 것과 또한 法秩序의 決定이 이러한 意思를 승인하고 意欲된 法的形成(引用者註, 法律關係의 形成)을 法世界에서 實現시켜 주고 있다는 데에 存在한다」.⁽⁵⁰⁾

이와 같이 하여 19世紀 독일私法學에서 法律行爲의 概念이 確立되게 되었으며, 이러한 概念은 19世紀의 여러 立法, 특히 BGB에도 採擇되기에 이르렀다. 이와 같이 法律行爲理論은 독일法學에 의하여 發展된 것이며 19世紀 독일法學의 주된 테마였다. 19世紀의 독일法學이 획득한 世界的인 名聲은 바로 이 法律行爲理論에 연유하는 것이라고도 할 수 있다.⁽⁵¹⁾ BGB의 法律行爲部分은 그 明瞭性和 짜임새 있는 概念性的 훌륭한 調和때문에 아직까지도 많은 칭송을 받고 있다. BGB전체와 함께 특히 이 部分은 外國에서도 크게 評價받고 있다. 특히 Saleilles는 그의 독일法律行爲理論의 研究를 통하여 프랑스의 理論을 풍성히 해 준 바 있으며,⁽⁵²⁾ 英國의 有名한 法學者 Maitland는 「그처럼의 一級의 두뇌가 立法行爲에 投入된 일은 없었다고 생각한다」⁽⁵³⁾라고 하는 말을 남기고 있다. 독일法學이 法律行爲 概念의 形成을 통하여 이룩한 學問的 業績은 높이 評價받고 있으며, Baumann은 法律行爲의 概念을 「독일普通法學의 열매」(Frucht der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft)⁽⁵⁴⁾라고 말하고 있다. 물론 Zweigert와 같이 法律行爲와 같은 高度로 抽象的인 概念이 가

(49) Flume, §2, 1.

(50) Motive, Bd. I, S. 126: Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I* (1899), S. 421.

(51) Flume, §2, 4.

(52) Saleilles, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand* (1929).

(53) Zweigert, S. 496.

(54) Baumann, *Einführung in die Rechtswissenschaft* 3, Aufl. (1972), S. 202.

지는 實際的價値에 대하여 회의적인 學者도 있지만,⁽⁵⁵⁾ 독일普通法學이 創造해 낸 포괄적인 法律行爲概念은 高度의 法的認識價値를 지닌 精神的抽象의 結果로 높이 評價되어야 할 것이다. Flume가 적절히 말하고 있는 바와 같이, 法律行爲概念의 發見은 法에 있어서의 抽象(Abstraktion)이 지니는 危險性에도 不拘하고 法學의 大業績중의 하나라고 할 수 있을 것이며, 法律行爲概念의 發見이 없었다면 독일法學에 의하여 發展된 法律行爲理論이 독일法秩序의 境界를 넘어서 外國에 영향을 줄 수는 없었을 것이다.⁽⁵⁶⁾ 독일法律行爲理論이 우리나라와 日本에 얼마나 큰 영향을 주었느냐에 관해서는 言及할 필요조차 없을 것이다.

要約으로 말하면 “Rechtsgeschäft”라는 用語의 起源은 Nettelblatt의 “actus iuridicus”, “negotia iuridica”의 譯語인 “rechtliche Handlungen” 또는 “rechtliche Geschäfte”에 溯及되며, “Rechtsgeschäft”라는 法律用語는 A.D. Weber와 Hugo에 의하여 法律文獻에 導入되었으며, 판데텐體系의 完成者 Georg Arnold Heise에 의하여 독일 法律文獻의 共同財産으로 되었다. “Rechtsgeschäft”라는 法律用語의 發展過程은 대체로 이러하다. 그러나 오늘날의 法律行爲理論의 基礎를 이루고 있는 法律行爲概念의 最初의 定立者는 近代法學史上 가장 뛰어난 私法學者로 부를 수 있는 Savigny였다. Savigny에 의하여 整理된 法律行爲概念은 그 후 Windscheid 등 19世紀 독일私法學의 巨木들에 의하여 계승 발전되었으며, 이것은 BGB에 크게 採擇되었다.

以上에서 法律行爲=Rechtsgeschäft라는 用語의 起源과 概念의 成立을 살펴 보았다. 法律行爲의 概念의 詳細에 관해서는 下段에서 살펴 보기로 한다.

3. 法律行爲의 概念

BGB는 明文으로 法律行爲의 概念을 規定하고 있지 않다. BGB의 第1草案의 起草者들은 意識的으로 概念規定을 하지 않았으며, 概念規定의 문제를 學說에 맡기기로 하였다. 일찍부터 法律行爲의 概念을 둘러 싸고 많은 論爭이 있었으며, 19世紀와 20世紀初에 있어서는 이 概念의 문제는 學者들의 가장 큰 關心을 모았던 테마였다.

Savigny와 Windscheid는 法律行爲와 意思表示를 同意語로 파악하였으며 「第1草案理由書」도 兩者를 같은 概念들로 理解하고 있다. Savigny는 前述한 바와 같이 「意思表示 또는 法律行爲는 自由로운 行爲이며 동시에 行爲者의 意思가 직접 어떤 法律關係의 成立 또

(55) Zweigert, S. 498f. 참조.

(56) Flume, §2, 5.

는 消滅에 향해진 法律事實로 理解할 수 있다」⁽⁵⁷⁾고 하였으며, Windscheid도 이에 따라 「法律行爲라 함은 일정한 法律效果의 發生에 향해진(發生을 目的으로 하는) 私法上的 意思表示(eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung)이다」⁽⁵⁸⁾라고 하며 「法律行爲는 意思表示이다」⁽⁵⁹⁾라고 定義짓고 있다. 「第1草案理由書」에 表現된 第1草案의 起草者들의 見解도 이러한 Savigny와 Windscheid의 見解에 충실히 따르고 있다. 특히 Windscheid가 第1草案起草에 參與하여 많은 影響을 주었던 事情에 비추어 보아, 이러한 「第1草案理由書」의 定義도 Windscheid의 意見이 많이 反映된 것으로 생각된다. 즉 「理由書」는 「草案의 意味에 있어서의 法律行爲는 法律效果가 意欲되었기 때문에 法秩序에 의하여 發生하는 法律效果의 發生에 향해진 私法上的 意思表示이다. 法律行爲의 本質은 法律效果의 發生에 향해진 意思가 作用하였다는 것과 또한 法秩序의 決定이 이러한 意思를 承認하고 意欲된 法的形成을 法世界에서 實現시켜 준다고 하는 데에 存在한다」⁽⁶⁰⁾, 「意思表示라 함은 法律行爲의 意思表示(rechtsgeschäftliche Willenserklärung)로 理解된다. 意思表示와 法律行爲라는 表現은 通常 같은 意味로 使用된다. 즉 前者의 表現은 意思의 表現 자체가 前面에 나타나는 경우 또는 意思表示가 오직 法律行爲의 要件의 하나의 構成部分으로 문제되는 경우에 사용된다」⁽⁶¹⁾고 함으로써 兩概念을 同意語로 理解하고 있으며, Windscheid의 생각에 충실히 따르고 있다.

그런데 法律行爲는 단 하나의 意思表示로 이루어질 수도 있다(單獨行爲의 경우). 이러한 경우에는 意思表示는 그것만으로 意欲된 法律效果를 發生시킨다. 그 例로서 取消할 수 있는 行爲의 追認, 取消, 契約의 解除·解止 등을 들 수 있다. 이 경우에는 法律行爲와 意思表示의 概念은 서로 一致한다. 그러나 이러한 경우는 드물다. 대부분의 경우에 있어서는 法律行爲로 되려면 다른 法的主體의 意思表示(例컨대 契約의 경우) 또는 기타의 附加的要件이 필요하다. 이 경우에는 이러한 附加的要件도 갖추어졌을 때에 意欲된 法律效果가 發生한다. 이러한 法律行爲의 附加的要件으로서는 例컨대 書面 또는 文書(例컨대 獨民第313條), 引渡(獨民第929條) 또는 不動產登記簿에서 登記(獨民第873條) 등을 들 수 있다. 이 경우는 法律行爲는 意思表示와 기타의 要件으로써 이루어진다. 따라서 法律行爲와 意思表示는 언제나 一致하는 것은 아니며, 兩概念이 同意語가 될 수 없음을 알 수 있다.

(57) Savigny, *System Bd. III* §114.

(58) Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I* (1906), §69.

(59) Windscheid-Kipp, a.a.O.

(60) Motive, Bd. I, S. 126; Mugdan, Bd. I. S. 421.

(61) Motive, a.a.O; Mugdan, a.a.O.

그러나 한편 意思表示는 法律行爲의 核心部分 또는 本質的部分이며, 意思表示 없이는 法律行爲는 成立할 수 없다. 法律行爲는, 單獨으로 또는 다른 意思表示 기타의 要件과 結合하여 法律效果를——그 法律效果가 意欲되었기 때문에——發生시키는, 어떤 法律效果에 향해진 意思表示로써 成立한다. (62)

法律行爲에 관한 몇 개의 定義들을 例示해 본다.

Enneccerus-Nipperdey의 定義(63): 「法律行爲는, 한개의 意思表示 또는 여러개의 意思表示들을 포함하며 法秩序에 의하여 意欲된 것으로 指示된 法律效果의 發生을 위한 根據로서 인정된 (法律)要件이다.」

Flume의 定義(64): 「法律行爲」라는 抽象概念으로 파악되는 行爲類型들의 共通點은 그것들이 어떤 規律의 設定(das Setzen einer Regelung)에 의하여 目的적으로(final) 法律關係의 發生·變更 또는 消滅에 향해져 있다는 점에 있다」고 하며 「法律行爲들은 法秩序에 의하여 個人들이 그들 자신의 意思에 따라 法律關係들을 創造적으로(schöpferisch) 形成하는 意味를 가지는 行爲類型들」이라고 함으로써 法律行爲의 本質的徵表로서 「形成된 法律關係의 目的적으로 設定된 規律」(die finale gesetzte Regelung des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses)을 특히 強調한다.

Larenz의 定義(65): 「法律行爲라 함은 私法上の 效果 즉 個人들의 法律關係의 變動을 일으키는 것을 目的으로 하는 하나의 行爲——또는 1人 또는 數人의 數個의 關聯된 行爲들——이다」라고 하며 法律行爲를 手段으로 하여 個人들은 他人과의 法律關係를 自律적으로 形成한다고 한다. 그리고 法律行爲는 通常 일정한 法律效果에 目的적으로 향해진 行爲로 파악한다. (66)

Lehmann-Hübner의 定義(67): 「法律行爲는, 한개 또는 數個의 意思表示를 그 本質的構成部分으로 하며, 그 效果가 이러한 表示의 內容에 따라 決定되는 法律要件이다.」. 特異한 점은 法律行爲의 效力要件까지 합친 것을 法律行爲로 파악하고 있는 점이다.

以上과 같은 독일의 代表的 民法學者들의 法律行爲의 概念規定을 토대로 하여, 우리는 法律行爲가 한개 또는 여러개의 意思表示를 本質的要素로 하는 法律要件이라는 것을 알 수

(62) Wolf, Manfred, *Rechtsgeschäftslehre*, in: *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts hrsg. von Emmerich u.a.* (1972), S.63.

(63) Enneccerus-Nipperdey, § 145 II.

(64) Flume, §2, 2.

(65) Larenz, § 24 I.

(66) 이 점에서 Larenz는 上述한 Flume와 立場을 같이 한다.

(67) Lehmann-Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 16. Aufl. (1966) §24 III.

있다. 法律行爲의 意思表示는 同一한 概念은 아니며, 意思表示는 단독으로 또는 다른 意思表示와 結合하여 또는 경우에 따라 引渡·登記와 같은 意思表示이외의 要素와 結合하여 法律行爲를 成立시킨다. 그러나 일정한 法律效果에 향해진 目的的行爲로서의 意思表示 (Willenserklärung als ein finales Verhalten, das auf den bestimmten Rechtserfolg gerichtet ist)는 모든 法律行爲의 本質的 內容에 속하며⁽⁶⁸⁾, 意思表示없이 法律行爲는 成立할 수 없다.

以下에서는 法律行爲의 不可缺의 本質的 要素라고 할 수 있는 意思表示의 概念과 本論文과 특히 關聯이 있다고 생각되는 문제들에 관하여 一瞥한다.⁽⁶⁹⁾

4. 意思表示

(1) 意思表示가 法律行爲의 不可缺의 核心的要素라는 점에 관해서는 前述하였다. 意思表示는 실로 全法律行爲理論의 中心概念이다. 여기서는 意思表示의 概念에 대해서 살펴본다.

BGB는 ABGB(第861條와 第863條), 스위스債務法(Obligationenrecht, OR)(第1條)과는 달리 意思表示의 概念規定을 내리고 있지 않다. BGB의 第1草案에는 意思表示는 明示的으로(ausdrücklich) 또는 默示的으로(stillschweigend) 행하여질 수 있다는 規定(第72條)이 있었다. 그러나 明示的 또는 默示的의 意思表示가 무엇을 의미하느냐에 관하여는 言及이 없었다. 그런데 이 第1草案의 規定은 最終案에서는 받아들여지지 못하고 삭제되었다. 따라서 意思表示의 概念規定은 立法者들에 의하여 學說에 맡겨지게 되었다. 立法者들은 學問이 이 문제를 어렵지 않게 解決할 수 있으리라고 樂觀하였다. 그러나 독일民法學에 있어서의 이 概念을 둘러싼 熾烈한 論爭을 想起한다면 이러한 信賴가 너무나도 樂觀적이었음을 알 수 있다. 특히 意思主義(Willenstheorie)와 表示主義(Erklärungstheorie) 사이의 妥協없는 角逐과 默示的의 意思表示를 에워싼 現代의 論爭에의 一瞥은 이를 證明해 주기도 남음이 있다.

(2) 意思表示의 概念과 性格의 문제는 Savigny以來 수많은 學者들에 의하여 다루어져 왔으며, 그 學說은 실로 百家爭鳴의 壯觀을 보여 주고 있다. 意思表示의 概念에 관한 學說의 展開는 뒤에 특히 意思主義·表示主義와 效力主義(Geltungstheorie)의 論爭을 다루는 곳에서 살펴 보기로 하고, 여기서는 우선 暫定的으로 Enneccerus-Nipperdey에 따라 意

(68) Wolf, S. 63; Larenz, §24I.

(69) 意思表示는 19世紀以來 現在에 이르기까지 독일私法學界의 一級의 두뇌들이 온갖 精力과 지혜를 기울여 穿鑿한 問題領領이며, 수많은 문제점들을 안고 있는 테마이다. 問題도 매우 複雜多岐하며 헤아릴 수 없이 많은 理論들이 競合하고 있는 領域이다. 그러나 本稿에서는 本論文의 主題와 관련이 있는 範圍로 考察의 對象을 限定하였음을 밝힌다.

思表示를 「어떤 法律效果에 향하여진 私의意思表現」(die auf eine Rechtswirkung gerichtete Willensäußerung)⁽⁷⁰⁾으로 定義짓고 論述을 進行하기로 한다. 意思表示는 個人인 法主體가 그의 私的自治의決斷(privatautonome Entscheidung)을 法的으로 效力있게 하는 手段이다. 法律效果發生을 위한 前提로서 意思表示를 요구하는 것은, 行爲者의 意思에 權利形成力(rechtsgestaltende Kraft)을 부여하는 精神的基本方向의 表現이다.⁽⁷¹⁾ 民法의 根柢에 놓여 있는 이러한 個人主義原理(Individualprinzip)는 로마法으로부터 淵源하는 것이다. 이러한 原則의 對立原則으로서는, 行爲者의 意思에 效力을 부여하지 않고 當事者들의 行動에 의하여 또는 기타의 方法으로 成立한 關係를 現行의 法秩序 또는 經濟社會秩序의 틀 안에서 이러한 關係의 特性에 맞도록 規律하는 原理를 들 수 있다. 이러한 경우 中心은 個人의 意思에 있는 것이 아니라 現存하는 社會關係이며 社會가 法的으로 把握한 關係이다. 여기서는 法律效果는 當事者들이 意欲하였기 때문에 發生하는 것이 아니라 客觀的 法이 成立한 關係에 그러한 效果를 부여하였기 때문에 發生한다. 이러한 原理에 反하여 독일私法 내지는 近代私法의 中心의 目標은 當事者들의 法律行爲의 意思(rechtsgeschäftlicher Wille)에 效力을 부여하고 이러한 意思의 實現을 可能케 하는 데에 있다. 個人의 私의 意思가 權利形成力을 가지는 根據가 무어나에 관해서는 여러 가지의 理由가 提示되고 있다. 人間의 존엄성(Menschenwürde)의 존중은 그의 意思의 존중을 요구한다고 하기도 하며⁽⁷²⁾, 人間의 本質은 人格展開의 自由(Freiheit der persönlichen Entfaltung)(독일基本法 第2條참조)속에 있다고도 하고⁽⁷³⁾, 또는 當事者들에 의하여 意欲된 바는 一般的으로 그들 자신의 關係의 形成에 대하여 有意味(sinnvoll) 할 것이기 때문에 立法者가 法律이나 良俗에 違反하는 경우를 除外하고(獨民 第134條, 第138條) 當事者들에게 그들의 關係의 自主的規律을 可能케 해 주는 秩序를 정하였다고 하기도 한다.⁽⁷⁴⁾ 어쨌든 私的自治의 原則의 適用은 「法律關係의 創造의 形成에 있어서의 個人의 「自主性」의 承認」(Anerkennung der "Selbstherrlichkeit" des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse)을 意味하며 私的自治의 範圍안에서는 이른바 "stat pro ratione voluntas"(「意思가 理性에 대신 한다」)의 命題가 適用된다.⁽⁷⁵⁾ 그리고 人間은 하나의 自由로운 人格으로서 그

(70) Enneccerus-Nipperdey, §137 IV 1.

(71) Soergel-Hefermehl, Soergel-Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1*(1967), Vorbem. vor §116 2.

(72) Erman-Westermann, Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1.* (1962), Einl. vor §104. 2.

(73) Nipperdey, Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Würde des Menschen, Grundrechte Bd. II.* S. 1 참조.

(74) Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor §104 2.

(75) Flume §1, 5.

意思에 기하여 스스로를 道德的 法的으로 拘束할 수 있는 能力을 가지고 있으며 이러한 能力은 人間의 倫理的自由(sittliche Freiheit des Menschen)의 一部라고 할 수 있다.⁽⁷⁶⁾ Nicolai Hartmann 은 이러한 能力을 「人格의 倫理的基本能力」(ethisches Grundkönnen der Person)으로 파악하며 「약속을 하고, 義務를 부담하고, 契約을 締結하고 또한 자신의 人格으로써 어떠한 것에 責任을 지겠다는 保證을 할 수 있는 人間의 能力」을 이러한 人格의 基本能力에 속하는 것으로 보고 있다.⁽⁷⁷⁾

(3) 意思表示는 이미 그 概念자체가 밝혀 주는 바와 같이 意思(Wille)와 表示(Erklärung)의 두 要素로써 이루어져 있다.⁽⁷⁸⁾ 意思是 私的自治의 決定의 直接的表現이다. 이러한 意思是 外部에서 認識할 수 없는 內部的事情이므로 法秩序는 이에 대하여 어떠한 法律效果도 結付시킬 수 없다. 그러므로 意思是 外部로 表現되지 않으면 안된다. 이것은 意思를 外部에 대하여 認識할 수 있도록 만들고 法秩序로 하여금 認識할 수 있는 意思에 따라 法律效果가 發生하도록 하는 것을 可能하게 해 주는 表示(Erklärung)에 의하여 이루어진다. Savigny가 말한 바와 같이, 「元來 意思자체가 唯一하게 重要하고도 效力있는 것으로 생각되어야 하기 때문에 또 意思是 內心的이고 不可視의事件이기 때문에만, 우리는 意思가 他人에 의하여 認識될 수 있는 徵表를 필요로 한다. 意思가 그에 의하여 表現되는 이 徵表가 바로 表示이다」(Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, wodurch er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung).⁽⁷⁹⁾

表示는 法主體인 個人에 대하여 그의 私的自治의 意思에 法的效力을 부여하기 위한 手段으로 奉仕하는 것일 뿐만 아니라, 이는 또한 法的去來界의 利益에도 이바지한다. 內心的이고 認識할 수 없는 意思是 法律效果를 낼 수는 없으며 오로지 外部에 대하여 認識可能하게 된 意思만이 이를 發生시킬 수 있다. 意思表示에 있어서의 意思的要素(Willenselement)는 私的自治의 行使를 可能하게 해 준다. 表示는 法的去來界의 利益 내지는 安全에도 이바지 한다. 法的去來를 위해서는 意思是 表示에 의하여 認識할 수 있게 되어야 한다.

(76) Larenz, §7, I.

(77) Nicolai Hartmann, *Ethik 2. Aufl.* (1935) S. 666.

(78) 意思表示는 言語上으로 意思와 表示라는 두 개의 部分으로 나뉘어진다. 그러나 兩者의 區分은 意思表示의 本質을 파악하기 위하여 편의적으로 한 것이며, 意思表示는 이러한 서로 分離된 두 개의 要素의 結合이 아니라 하나의 統一體(eine Einheit)이다. 意思表示를 이러한 두 개의 要素로 쪼개어 고찰하는 것은 어디까지나 意思表示의 本質的構成部分의 파악을 위해서이다. Heinrich Lange, §37 1 참조.

(79) Savigny, *System Bd. III*, §134 (S. 258).

그래야만 사람들은 이 意思를 相對로 去來를 맺을 수 있기 때문이다.

「意思」와 「表示」라는 意思表示의 兩要素에 관하여 아래에서 상세히 살펴 보기로 한다.

[A] 意思

(a) 19世紀末의 法律行爲理論의 代表的學者들은, 經驗的·心理學的 觀察方法에 基하여 意思의 個個의 構成部分을 밝혀내고 이를 細分하는 것을 그들의 第一次的 課題로 생각 하였다.⁽⁸⁰⁾ 이러한 觀察方法과 그 結果는 BGB에 대해서도 영향을 주었으며, 現在까지도 法律行爲理論의 중요한 構成部分으로 되어 있다. 이러한 經驗的·心理學的 觀察方法에 基하여 사람들은 意思의 要素를 「行爲意思」(Handlungswille), 「表示意思 또는 表示意識」(Erklärungswille od. Erklärungsbewußtsein)과 「效果意思」(Geschäftswille, Rechtsfolge-wille)로 나누고 있다. Lehmann-Hübner는 아직도 이 區別을 固守하고 있다.⁽⁸¹⁾

(aa) 行爲意思(Handlungswille)

行爲意思라 함은 他人이 認識할 수 있는 行爲를——그 內容如何와는 관계없이——어떻든 행하는데 향하여진 意思의 要素이다. 意思表示가 成立하려면 우선 行爲가 행하여져야 하며 이러한 行爲는 行爲者에 의하여 行爲로서 意欲되어야 한다. 外部의인 行動에 意識의 으로 향하여진 意思行爲(der bewußt auf das äußere Verhalten gerichtete Willensakt)⁽⁸²⁾를 行爲意思라 한다. 즉 行爲者가 어떠한 行爲를 하겠다고 意欲하는 意思의 要素를 말한다. 意識的으로 行動하는 사람들은 모두 이러한 行爲意思를 가지고 있다. 그러나 例컨대 意識不明狀態下에서 또는 睡眠상태에서 表示行爲를 한 경우, 잠꼬대를 한 경우라든가 또는 身體的으로 강제되어 契約書에 署名하였다든가 하는 경우에는 行爲意思는 存在하지 않는다. 왜냐 하면 行爲者는 그의 行爲를 意識하지 못하였기 때문이다. 行爲意思가 없으면 行爲가 있었다고 할 수 없으며 따라서 意思表示도 存在하지 않는다.

(bb) 表示意思 또는 表示意識(Erklärungswille od. Erklärungsbewußtsein)

表示意思 또는 表示意識이라 함은, 行爲者가 그의 行爲에 의하여 外部에 대하여 法律行爲的으로(rechtsgeschäftlich) 行爲를 한다고 하는 意識을 말한다. 즉 法律行爲的表示(rechtsgeschäftliche Erklärung)를 한다고 하는 것을 알고 있는 것을 말한다. 表示意識이 있다고 할 수 있기 위해서는 表意者가 어떠한 法律行爲的으로 行動하고 있다고 하는 知識만으로 充分하다. 그러므로 具體的인 法律效果에 향하여진 意思는 表示意識의 內容이 아니다.

(80) 특히 Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879); Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos* (1971), S.22f. 참조.

(81) Lehmann-Hübner, §24 IV 1b.

(82) Diederichsen, S. 87.

이러한 意思는 뒤에 말하는 效果意思이다. 表示意識이 缺如된 경우의 例로서는 독일 民法教科書에 자주 引用되는 「트리어의 포도주競賣事件」(Trierer Weinversteigerung)을 들 수 있다. 이 例는 Isay에 의하여 처음으로 소개된 것이다.⁽⁸³⁾ Trier의 포도주競賣에 있어서 손을 드는 行爲는 100DM 더 비싸게 사겠다고 하는 請約을 의미하였다. 그런데 이러한 慣行을 모르는 다른 地方사람이 競賣가 행하여 지고 있는 食堂에 들어와 거기에 있는 친구에게 인사하기 위하여 손을 들었기 때문에 이 者에게 競落의 決定이 내렸다. 이 경우 擧手者에게는 行爲意思는 있었지만, 表示意識은 없었다. 왜냐 하면 그는 인사를 하려고 손을 들었을 뿐이며 法律行爲를 한다고 하는 意識은 전혀 가지고 있지 않았기 때문이다.

(cc) 效果意思(Geschäftswille)

效果意思라 함은 具體的인 法律效果의 發生에 향하여진 意思를 말한다. 즉 일정한 法律效果의 發生을 意欲하는 意思이다. 表示意識은 오로지 一般的으로 어떠한 法律行爲의 行爲한다고 하는 意識만을 前提로 하는데 反하여, 效果意思是 具體的으로 發生하여야 할 法律效果를 內容으로 한다.

例컨대 A는 B에게 그의 自動車를 210萬원에 팔겠다고 하는 請約을 함에 즈음해서 錯誤로 120萬원에 팔겠다고 하는 편지를 B에게 보냈다. 이 경우 A는 表示意識 즉 法律行爲意味를 가진 表示를 행한다고 하는 意識은 가지고 있었다. 그러나 B에게 도달한 바와 같은 內容의 表示 즉 그의 自動車를 120萬원에 팔겠다고 하는 表示는 A에 의하여 意欲된 바가 없다. 表示意識은 있었지만 120萬원이라는 表示된 法律效果를 發生시키려는 效果意思是 없었다.

法律效果는 원칙적으로 效果意思가 表現된 경우에만 發生한다. 效果意思是 法律效果를 낳는 基本이 되는 意思이다. 그러므로 效果意思를 法律效果意思(Rechtsfolgewille)라고도 한다. 效果意思가 存在하는 경우에는 行爲意思나 表示意識도 당연히 存在한다. 效果意思是 일정한 法律效果의 產出에 향하여진 意圖(Absicht)를 포함하고 있다. 그러나 表示者가 意欲된 法律效果를 法律的으로 正確하게 파악하고 表示와 結付된 모든 法律效果를 그의 意思속에 受容하고 있을 필요는 없다. 通常的으로 일정한 經濟的 또는 社會的 效果를 目的으로 하고 이러한 效果를 法的으로 拘束力있게(rechtlich bindend)實現하려고 하는 非法律家的인 觀念만으로 충분하다. 그 實現을 위한 正確한 法的方法을 具體的으로 알고 있을 필요는 없다.⁽⁸⁴⁾

(83) Isay, Hermann, *Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts* (1899) S. 25.

(84) Enneccerus-Nipperdey, §145 II A1; Flume, §4,5 참조.

意思表示는 그 內容上 法律關係의 發生・變更・消滅을 目的으로 하며, 이러한 內容의 意思를 效果意思라고 부르므로, 意思表示는 결국 效果意思表示(Geschäftswillenserklärung)을 의미한다.⁽⁸⁵⁾ 意思表示 내지는 法律行爲는 이러한 法律效果意思에 의하여 단순한 好意關係(Gefälligkeitsverhältnisse)와 區別된다. 好意關係에 있어서는 給付는 社會的=社交的 領域에서 法的拘束力없이 提供된다. 表示의 內容에 비추어 볼때 意圖된 經濟的 또는 社會的 效果가 法的으로 達成되어서는 안되는 것인 때에는, 法律效果意思는 存在하지 않으며 따라서 法的인 意味에 있어서는 意思表示도 存在하지 않는다. 例컨대 파티에의 초대라든가 友情에 기한 忠告 등은 法的拘束을 받겠다는 意思가 수반되지 않는 순수한 好意에서 나온 것이다. 단순한 好意의 行爲는 항상 無償의이다. 그러나 모든 無償의 行爲가 언제나 단순한 好意의 行爲는 아니다. 例컨대 贈與, 使用貸借, 無償任置, 無償委任 등과 같은 無償的法律行爲도 存在한다. 단순한 好意關係나 또는 法律行爲나 法律效果意思에 의하여, 契約의 경우에는 兩當事者의 意思에 의하여 決定된다.⁽⁸⁶⁾ 그러나 明示의으로 表示된 意思에 의하여 이를 確認할 수 없는 경우도 많은데 이때에는 法律行爲나 好意關係이나에 관한 判斷은 典型的인 狀況에 기하여 행하여져야 한다.⁽⁸⁷⁾ 이러한 경우에 있어서는 好意의 行爲의 理由・目的과 好意의 行爲가 當事者들에 대하여 가지는 經濟的 또는 法的意味가 중요한 역할을 한다.⁽⁸⁸⁾ 헛치・하이킹을 시켜 준다든가, 친구의 편지를 우체통에 넣어 주는 行爲라든가, 이웃 사람의 장바구니를 들어다 주는 行爲와 같은 것은 단순한 好意關係라고 할 수 있다. 法律效果意思 내지는 이러한 意思의 本質的要素인 法的拘束意思(rechtlicher Bindungswille)의 存否의 문제는 결국 法律行爲의 解釋의 문제로 歸着한다.

이른바 「紳士協定」(gentleman's agreement)의 경우도 이러한 法的拘束意思가 缺如되어 있다. 이 경우에 있어서는 當事者들은 法的拘束을 받지 않기로 하고 일정한 行動을 할 것을 약속한다. 當事者들은 그들의 約定이 法秩序에 의하여 規制받는 것을 원하지 않기 때문에 法律效果意思없는 表示를 하는 경우가 많다. 그들은 意圖하는 結果를 相對方의 信義나 禮儀의 拘束力에 의하여 達成하기 위하여 紳士協定을 맺는다.⁽⁸⁹⁾ 當事者들에게는 法的拘束意思가 없으므로 協定의 履行을 訴求할 수 없으며, 協定違反의 경우 契約上의 損害賠償責任같은 것도 發生하지 않는다. 紳士協定은 法秩序의 規制를 받지 않는 것이 原

(85) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

(86) Enneccerus-Nipperdey, §145IIA1b; Wolf, S. 68.

(87) Wolf, a.a.O.

(88) Wolf, a.a.O.

(89) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

則이지만, 그것이 競爭制限을 目的으로 하는 경우에는 競爭制限防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)의 規制를 받는다.

(b) 이러한 個個의 意思의要素들이 意味를 가지는 것은 그들이 缺如되어 있는 경우에 發生하는 效果때문이다.

(aa) 行爲意思가 缺如되어 있는 경우에는 行爲라고 부를 수 있는 것이 도대체 存在하지 않으며 따라서 意思表示도 存在하지 않는다. 그러므로 어떠한 法律效果도 發生하지 않는다. 行爲意思없이 행하여진 表示는 法的으로 전혀 無意味하다. 意思의 表現은 人間의 行爲이며 外部의 行爲의 遂行에 向하여진 行爲意思를 요구한다.⁽⁹⁰⁾ 意思表示가 成立하려면 表示者에게 行爲意思가 있어야 한다는 점에 관해서는 모든 學者들의 意見이 一致하고 있다.⁽⁹¹⁾

(bb) 表示意識의 缺如와 效果意思의 缺如가 意思表示의 效力에 어떠한 영향을 미치는냐의 문제에 관해서는, 意思와 表示에 어떠한 意味를 부여하느냐에 따라 見解가 갈라진다

(i) 普通法時代에 支配의이었던 意思主義(이에 관하여는 後述)의 觀念에 의하면 表示意識과 效果意思是 意思表示의 本質的要素에 속한다. 그러므로 그 缺如是 原則적으로 意思表示의 無效(Nichtigkeit)를 結果한다.⁽⁹²⁾ 이러한 見解는 私의自治의 基本思想에서 출발하여 表示者의 利益의 優位를 인정하며, 表示者의 表示가 그의 眞意(wirklicher Wille)와 一致하는 경우에만 表示者는 그의 表示에 拘束된다고 한다. 表示受領人의 利益은 無視된다. 따라서 그는 表示를 信賴할 수 없게 된다. 왜냐 하면 表示는 그와 다른 內心的意思가 存在하는 경우에는 效力을 상실하기 때문이다.

(ii) 表示主義(이에 관하여는 後述)는, 表示受領人의 信賴를 보호하기 위하여 表示者를 表示의 外的意味(äußerer Sinn der Erklärung)에 拘束받도록 함으로써, 이러한 弊端을 是正하려 하였다.⁽⁹³⁾ 이 理論에 의하면 表示受領人이 外部的表示에 기하여 表示意識과 效果意思를 推測(推斷)할 수 있는 경우에는 意思表示의 法律效果가 發生한다. 表示意識과 效果意思의 實在는 문제되지 않는다. 이 見解는 法律行爲의 去來에 있어서의 信賴保護를 強調한다.

(iii) BGB는 效果意思의 缺如의 경우의 意思表示의 效力에 관하여만 規定을 두고 있다. 즉 BGB에 의하면 어떤 경우에는 效果意思의 缺如是 無效를 招來하며(例, 獨民 第116條 第2文—第118條), 또 다른 경우에는 效果意思가 現實적으로 存在하지 않더라도 法律效果는 일단 發生한다. 특히 錯誤의 경우가 그러하다(獨民 第119條). 물론 이 경우에도 表示

(90) Enneccerus-Nipperdey, §145 IIA2a.

(91) Flume, §4,3.

(92) Lehmann-Hübner, §24 IV 1 참조.

(93) Lehmann-Hübner, a.a.O. 참조.

者는 錯誤를 理由로 表示를 取消함으로써 表示에 기하여 일단 發生한 法律效果를 排除할 수 있다. 이 경우 그는 表示受領人에게 信賴利益의 賠償을 해 주어야 한다(獨民 第122條). 또한 效果意思가 存在하지 않더라도 表示가 完全히 有效한 경우도 있다(心理留保, 獨民 第116條 第1文). 有效한 意思表示가 成立하기 위해서는 原則적으로 效果意思가 存在하여야 한다는 것이 支配的인 見解이다.⁽⁹⁴⁾

表示意識이 意思表示의 要素이나와 그 缺如의 경우의 法律效果에 關하여는 見解의 對立이 있다. 독일의 多數의 見解는 表示意識을 意思表示의 要素로 보며 그의 缺如는 意思表示의 無效를 초래한다고 한다.⁽⁹⁵⁾ Enneccerus-Nipperdey는 效果意思를 推測케 하는 外形의 行爲(äußeres Verhalten)는 이로부터 效果意思가 推斷될 것이라고 함을 表示者가 意識하고 있는 경우에만 意思表示로 된다고 한다.⁽⁹⁶⁾

一部分의 學說(특히 Hefermehl)은 行爲意思만 있으면 表示意識이 없더라도 意思表示는 成立한다고 한다.⁽⁹⁷⁾ 이 見解는 意思表示의 最少限度의 要件(Minimaltatbestand)으로 行爲意思만을 요구하며 表示意識과 效果意思를 意思表示의 要件으로 인정하지 않는다. 이 見解에 의하면 「트리어의 포도주競賣事件」에 있어서는 意思表示는 存在하는 것으로 될 것이다.

또 表示意識은 그 性質上 效果意思와 거의 區別될 수 없다고 함을 理由로 表示意識을 따로 論議할 필요가 없다고 하는 學說이 있다. Bartholomeycik은 表示意識을 效果意思의 一部分으로 보며, 意思表示의 內心的要素인 意思를 行爲意識(Handlungsbewußtsein)(즉 行爲意思)과 效果意思의 2個의 意思의 要素로 나누고 있다.⁽⁹⁸⁾

表示意識이 意思表示의 要素이나에 關해서는 上述한 바와 같이 多數說은 이를 肯定한다. 따라서 이에 의하면 表示意識이 缺如된 경우에는 意思表示는 成立하지 않는다. 「트리어의 포도주競賣事件」에 있어서 舉手는 意思表示로 볼 수 없게 된다.

Hefermehl은 行爲意思만 있으면 意思表示가 成立한다고 보는 한편, 表示意識이 缺如된

(94) Enneccerus-Nipperdey, §145 II A; Flume, §4, 2.3; Lehmann-Hübner, a.a.O.; Lange, §37II 등 참조.

(95) Enneccerus-Nipperdey, §145 II A4; Lehmann-Hübner, § 34 III 1 b; Lange, §37 II 4 등 참조.

(96) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

(97) Siebert-Hefermehl, Vorbem. vor § 116, 4: 그러나 한편 Hefermehl은, Vorbem. vor §116, 6에서는 「일정한 法律效果에 향해진 表示者의 意圖가 法律行爲의 意思表示의 存在를 위하여 本質的인 것」이라고 말하고 있으며, Vorbem. vor S. 116 18에서는 表示意識이 缺如되어 있는 경우에는 意思表示는 存在하지만, 이 意思表示는 第118條의 類推에 의하여 無效로 되며 表示者는 第122條에 따라 責任을 진다고 하고 있다. 따라서 一貫性의 缺如를 보여 주고 있다.

(98) Bartholomeycik, *Die subjektive Merkmale der Willenserklärung*, in: *Festschrift für Hans G. Ficker Zum 70. Geburtstag* (1967), S. 51ff., S. 76.

경우에는 意思表示는 BGB 第118條의 類推에 의하여 無效로 되고 表示者는 BGB 第122條에 따라 信賴利益의 賠償責任을 진다고 한다(註(97) 참조).

Bartholomeyczik는 表示意識을 效果意思에 포함된 것으로 보며, 따라서 그 缺如의 경우는 效果意思의 缺如의 경우와 같이 取扱한다. Martin Wolf는 效果意思是 具體的法律效果意思(konkreter Rechtsfolgewille)를 內容으로 하는데 대하여, 表示意識은 그의 行爲에 의하여 어떠한 法律行爲의法律效果를 發生시키려는 意識 즉 一般的 抽象的法律效果意識(allgemeines, abstraktes Rechtsfolgenbewußtsein)을 포함하며, 具體的法律效果意思와 抽象的法律效果意識은 權利創設에 향하여진 意思의 兩構成要素이므로, 表示意識의 缺如는 效果意思의 缺如의 경우에 準하여 取扱하여야 한다고 한다.⁽⁹⁹⁾ 따라서 Bartholomeyczik와 Wolf에 의하면 「트리어의 포도주競賣事件」에 있어서는 擧手의 意味에 관한 錯誤에도 不拘하고 우선 그의 表示(擧手)의 意味에 拘束되며 이 表示는 BGB 第119條에 따라 取消할 수 있게 될 뿐이다.

(iv) 어떠한 독일의 多數說은 아직도 意思를 上述한 3개의 要素로 分析하고 이 要素가 缺如된 경우의 法律效果를 區別하고 있다. 그러나 이러한 意思의 分解에 대하여 反對하는 主張도 있다. 그 代表的인 學者로서 Flume를 들 수 있다. Flume에 의하면⁽¹⁰⁰⁾, 이러한 意思의 分解는 어떠한 意思의 要素가 意思表示의 「本質」에 속하느냐, 다시 말하면 「意思表示」가 存在하기 위해서는 어떠한 意思의 要素가 表示要件의 實現에 즈음하여 事實上 存在하여야 하느냐를 確認하기 위한 것이라고 한다. 그리하여 叙上和 같이 通說은 行爲意思와 表示意識을 意思表示의 「本質」에 속하는 것으로 보고, 이것이 缺如된 경우에는 意思表示는 存在하지 않는 것으로 보고 있다. 그러나 Flume는 어떠한 意思의 要素가 意思表示의 本質에 속하느냐를 確認하기 위한 意思의 分解는 실제로 아무런 意味가 없다고 한다. 그에 의하면 이러한 分解의 경우에 문제삼는 것은, 「흠있는 意思表示」(fehlerhafte Willenserklärung) 즉, 效果意思만이 表示의 內容과 一致하지 않는 경우, 또는 表示者가 法律行爲의인 表示를 한다고 하는 것 조차 意識하지 못한 경우(例컨대 「트리어 포도주競賣事件」), 또는 行爲意思조차도 가지고 있지 않았던 경우에, 어떠한 法律效果가 發生하느냐라고 한다. 그렇다면 이러한 分解에 動機를 부여한 것은, 「흠없는(完全한) 意思表示」(fehlerfreie Willenserklärung)가 아니라 意思欠缺때문에 그 正常的의機能을 박탈당하는 「흠있는 意思表示」라고 한다. Flume는 이러한 「흠있는 내지는 無效인 意思表示」에 기하여는

(99) Wolf, a.a.O. S.71.

(100) Flume, §4, 3.

意思表示의 本質은 究明될 수 없다고 하며, 그 本質은 오히려 「完全히 有效한 意思表示」라는 正常的인 경우에서 出發하여 파악되어야 한다고 말하고 있다. 절대로 「흠있는 意思表示」라는 「病理的인 케이스」(Pathologischer Fall)가 基準이 되어서는 안된다고 하며, 그는 意思表示의 本質은 「自己決定에 의한 法的인 規律(決定)의 效力附與를 통한 法律關係의 創造의 形成속」(in der schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen in Selbstbestimmung durch das In-Geltung-Setzen einer rechtlichen Regelung)存在한다고 한다. 즉 Flume는 「흠있는 意思表示」라는 病理的인 케이스를 基準으로 意思를 分解함으로써 意思表示의 本質을 파악하려는 試圖에 강력히 반대하고 있다.

(cc) 當事者의 意思(Parteiwille)와 法律效果

意思表示에 있어서의 意思는 「法律效果」에 향해진 것이나, 또는 例컨대 Lenel이 主張하는 바와 같이 「事實上의 效果」(tatsächlicher Erfolg)에 향해진 것이나에 관하여 見解의 對立이 있다.

(i) 法律效果說(Rechtsfolgentheorie)

意思表示에 있어서의 表示者의 意思는 「法律效果」에 향해진 것이라고 보는 見解, 즉 「法律效果」의 發生을 目的으로 하는 것이라고 하는 見解가 通說・判例이며, 이를 法律效果說이라고 부른다.⁽¹⁰¹⁾

Enneccerus-Nipperdey는 意思는 法律效果에 향해진 것이라고 한다.⁽¹⁰²⁾ 그리고 이러한 法律效果意思是 「明確한 法的인 觀念으로 表示될 필요는 없으며 實際的全體觀念속」에 表示되지만」하면 된다고 한다.⁽¹⁰³⁾ Larenz는 이른바 效力主義(Geltungstheorie)(이에 관하여는 後述)에 立脚하여 意思表示를 「效力表示」(Geltungserklärung), 「法律效果指定」(Rechtsfolgenanordnung) 또는 「私權形成的인 表示」(privatrechtsgestaltende Erklärung)로 부르는 것이 보다 正確한 表現이라고 하며⁽¹⁰⁴⁾, 意思表示를 「그 客觀的인 그리고 表示者에게 歸責되는 意味가 法律效果의 效力을 發生시키는데 있는 行爲」(ein Verhalten, dessen objektiver und dem Erklärenden auch zurechenbarer Sinn es ist, eine Rechtsfolge in Geltung zu setzen)로 定義함으로써⁽¹⁰⁵⁾, 意思가 法律效果에 관련된 것이라고 말하고 있다. Flume도 意思表

(101) Windscheid-Kipp, §69, 1; Enneccerus-Nipperdey, §145 II A N. 4참조.

(102) Enneccerus-Nipperdey, S. 145 II A 1; Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor S. 116 9; Staudinger-Coing, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I Allgemeiner Teil*, Einl. vor §. 104. 16; Fabricius, Stillschweigende Willenserklärung, Juristische Schulung (JuS) 1966, S. 6 f.도 同旨.

(103) Enneccerus-Nipperdey, §. 145 II A 1b.

(104) Larenz, §25 I.

(105) Larenz, a.a.O.

示를 效力表示로 파악하고 있으며, 意思表示는 「目的的인 權利形成行爲」(eine finale rechtsgestaltende Handlung, ein actus juridicus)이며 表示者의 意思는 權利形成(또는 法的形成, Rechtsgestaltung)에 향해진 것이어야 한다고 말하고 있다. 즉 意思는 「法的當爲」(rechtliches Sollen) 즉 「法秩序에 의하여 效力이 부여되는 當爲」(durch Rechtsordnung sanktioniertes Sollen)에 향해진 것이라고 한다.⁽¹⁰⁶⁾ Larenz와 대체로 같은 結論에 도달하고 있다.

(ii) 基本的效果說(Grundfolgentheorie)

그러나 法律效果說은 19世紀末 특히 Lenel에 의하여 공격받았다.⁽¹⁰⁷⁾ 그는 權利形成意思 또는 法律效果意思(Rechtsgestaltungswille od. Rechtsfolgswille)라고 하는 것은 하나의 擬制(Fiktion)에 不過하다고 한다. Lenel은 法律行爲에 있어서의 當事者의 意圖(Parteiabsicht)는 法律效果에 향하여진 것이 아니라 오로지 「일정한 經濟的結果」(bestimmte wirtschaftliche Ergebnisse)에 향해진 것이라고 한다. 例컨대 所有權移轉에 있어서는 事實的所有(das tatsächliche Haben)에 향해진 것이며 法律的所有權(das juristische Eigentum)에 향해진 것이 아니라고 한다. 따라서 當事者의 目的(Parteizweck)은 「순수한 經濟的性質」(rein wirtschaftliche Natur)의 것이라고 한다.⁽¹⁰⁸⁾ 法律效果는 그것이 意欲되었기 때문에 發生하는 것이 아니며, 法秩序는 法律效果를 客觀的으로 規律함에 있어서 오로지 當事者의 經濟的인 目的(wirtschaftlicher Parteizweck)만을 고려한다고 한다. 그러므로 「法律效果는 當事者意思의 實行(Ausführung des Parteiwillens)이 아니라, …法에 의한 當事者目的의 引受(Übernahme des Parteiwillens von seiten des Rechts)」라고 하며, 「法律行爲는 모든 法的으로 의미있는 私의 意思表示이며, 그 法律效果는 表示된 當事者의 意圖의 實現에 이바지 하는 것을 目的」으로 한다고 한다.⁽¹⁰⁹⁾ 이리하여 Lenel은 事實的側面에 있어서는 法律效果意思의 存在를, 法的側面에 있어서는 이러한 意思가 法律效果에 대하여 가지는 意味를 否認하고 있다.

基本的效果說에 加擔하는 代表的學者로서는 Bechmann, Danz, Ehrlich 등을 들 수 있다. Bechmann은 意思表示에 있어서의 當事者의 意思를 「經驗的意圖」(empirische Absicht)라고 하며⁽¹¹⁰⁾, Danz는 이를 「經濟的效果 (ein wirtschaftlicher Erfolg)에 향해진 意思」라고

(106) Flume, §. 4, 5, §. 5, 7.

(107) Lenel, Parteiwille und Rechtserfolg, Jherings Jb. 19 (1881), 154f.

(108) Lenel, S. 198.

(109) Lenel, S. 250.

(110) Bechmann, *System des gemeinen Kaufs nach gemeinem Recht*, Bd. II, S. 1f. 9f.

하며⁽¹¹¹⁾, Ehrlich는 意思表示를 위해서는 「自然的拘束意思」(ein natürlicher Bindungswille) 즉 「表示된 바를 無條件(절대로) 지키겠다고 하는 모든 순수한 約束에 필요한 用意」(die zu jedem echten Versprechen erforderliche Bereitschaft, sich an dem Erklärten unbedingt festhalten zu lassen)가 필요하다고 한다.⁽¹¹²⁾ 近來 基本的效果說에 同調하는 學者로서는 Kellmann이 있다.⁽¹¹³⁾

(iii) Lehmann-Hübner는 法律行爲의 意思是 「法的으로 保障된 일정한 經濟的效果에 향해진 意圖」(die auf einen bestimmten wirtschaftlichen, rechtlich gesicherten Erfolg gerichtete Absicht)⁽¹¹⁴⁾라고 함으로써 結論적 立場을 취하고 있다. Flume는 이러한 Lehmann-Hübner의 見解에 대하여, 經濟的效果에 향해진 것이 아닌 法律行爲(例, 入養)도 있으므로 不正確한 것이라고 批判하고 「法的으로 保障된 事實的效果」에 향해진 것이라고 하는 것이 좀 더 正確했을 것이라고 말하고 있다.⁽¹¹⁵⁾

Lenel이 主張하는 바와 같이, 非法律家인 當事者들은 그들의 法律行爲에 適用되는 法規를 상세히 모르는 것이 一般의 現象이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 當事者들의 意思是 一應 經濟的效果에 향해진 것이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 Larenz가 적절히 말한 바와 같이 「當事者들은…法的으로 盲目인 存在(rechtsblinde Figuren)가 아니라 法을 支配하는 理性的精神에 참여하며 그들의 法律關係에 관계된 意識을 가지고 活動하는 法主體」⁽¹¹⁶⁾이다. 따라서 어떤 사람이, 買受人은 物件을, 賣渡人은 代金を 受領하여야 하며 (bekommen soll), 또한 이러한 當爲(Sollen)를 法的當爲(rechtliches Sollen)라고 하는 賣買의 本質的 法律效果를 意識함이 없이 賣買契約을 締結한다고는 생각할 수 없다. 따라서 意思表示가 法秩序안에서 가지고 있는 意味에 따라 表示者의 意思是 法律效果에 향해진 것이어야 한다고 하여야 할 것이다.⁽¹¹⁷⁾ 물론 當事者들이 아주 복잡하고 어려운 法制度에 관하여 잘 알고 있을 필요는 없다. 그들이 행한 行爲가 法的으로 어떤 類型의 法律行爲에 속하느냐를 判斷하는 일은 法律家의 任務이다. Enneccerus-Nipperdey가 말한 바와 같이 法律效果意思是 「明確한 法的觀念속에서 表示될 필요는 없으며 實際的全體觀念속에서

(111) Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* (1897), S.33.

(112) Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung* (1893), S.3f.

(113) Kellmann, *Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten*, NJW 1971, S.266f.

(114) Lehmann-Hübner, §.24 IV 1b.

(115) Flume, §.4, 5.

(116) Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (Fotoautomatischer Nachdruck der 1. Aufl. von 1930, (1966), S.45.

(117) Flume, §.4,5; Staudinger-Coing, Einl. vor §.104, 16 참조.

表示되기]만 하면 充分하다고 생각한다. 通說인 法律效果說이 妥當하다고 본다.

[B] 表示(Erklärung)

(a) 表示는 意思를 外部에서 認識할 수 있도록 表現한다. 表示는 效果意思의 表現이다. 表示에 부여되는 意味는 法律效果의 發生과 관련하여 여러 가지로 評價되고 있다. 意思表示의 效力의 根據(Geltungsgrund)를 오로지 意思속에서만 찾는 意思主義에게는 表示는 오로지 內心的意思의 表現을 위한 手段으로서의 意味만을 가질 뿐이다. 그러나 表示主義에 의하면 表示에 의하여 成立한 信賴要件(Vertrauenstatbestand)이 法律效果의 根據이다. 따라서 表示主義에 의하면 表示는 意思의 表現手段(Offenbarungsmittel)에 不過한 것이 아니라 法律效果의 本來의 根據이다. 또 效力主義는 「意思와 表示의 一體性」(Einheit von Willen und Erklärung)을 강조한다. 效力主義에 의하면 表示는 그와 分離된 內心的意思(innerer Wille)의 表現手段에 不過한 것이 아니며, 오히려 意思는 表示속에 實現된다(verwirklicht). 表示는 「意思實行」(Willensvollzug)이다. 意思는 表示속에 實現되고, 表示에 의하여 表示된 바가 意圖의으로 效力下에 놓여지게 되(willentlich in Geltung gesetzt wird)므로, 法律效果의 根據는 意思와 表示속에 다 같이 存在한다고 效力主義는 말한다.

(b) 明示의 意思表示와 默示의 意思表示

(aa) 概念

(i) 19世紀 독일法學에 있어서는 方式自由(Formfreiheit)가 인정되는 限, 意思表示는 明示的 또는 默示的으로(ausdrücklich od. stillschweigend) 행하여질 수 있다고 하는 見解가 支配的이었다.⁽¹¹⁸⁾ BGB의 起草者들도 이러한 見解에 따라 第1草案 第72條에서 「意思表示는 明示的 또는 默示的으로 행하여질 수 있다」(“Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.”)라고 하는 明文의 規定을 두었다. 또한 BGB를 위한 Gebhard의 豫備草案(Vorentwurf) 第90條는 「特別한 規定이 있는 경우를 제외하고는, 意思表示는, 意思表示를 직접 포함하고 있는 言語나 記號에 의하여 明示的으로, 또는 意思表示를 確實히 推斷케 하는 行動에 의하여 默示的으로 행하여질 수 있다」라고 좀 더 상세히 規定하고 있었다. 스위스債務法은 이러한 趣旨의 明文의 規定을 실제로 두고 있다. 즉 「① 契約의 締結을 위해서는 當事者들의 合致하는 相互間의 意思表現이 필요하다. ② 意思表現은 明示的 또는 默示的인 것일 수 있다」(① Zum Abschluß eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenteilige Willensäußerung der Parteien erforderlich. ② Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.)라고 規定하고 있다(스위스債務法 第1條).

(118) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §.116, 3b.

그러나 독일에서는 BGB起草를 위한 第2委員會(die zweite Kommission)는 第1草案 第72條를 그것이 너무 教科書의性格을 지닌 것이라 하여 삭제하였다. 그러므로 BGB에는 意思表示는 明示의 또는 默示의으로 행하여질 수 있다는 明文의 規定은 없다. 그렇다고 해서 明示의意思表示와 默示의意思表示의 概念自體를 否認한 것은 아니다. 독일의 學說·判例는 계속 意思表示가 明示의 또는 默示의으로 행하여질 수 있음을 인정하고 있다. 明示의意思表示와 默示의意思表示를 概念的으로 구별하고 있다. 例外的으로 Coing은 默示의意思表示를 意思表示로 보지 않고 있다.⁽¹¹⁹⁾

(ii) 明示의意思表示와 默示의意思表示의 概念에 관한 學說

明示의意思表示와 默示의意思表示의 概念規定을 둘러 싸고 이른바 主觀說(subjektive Theorie)과 客觀說(objektive Theorie)이 對立하고 있다.

① 主觀說

그 代表的의學者로서는 Savigny와 Enneccerus-Nipperdey를 들 수 있다.

Savigny는 明示의意思表示와 默示의意思表示를 다음과 같이 區別하고 있다. 즉「表示는 明示의 또는 默示의 表示일 수 있다. 하나의 內部的의要件으로서의 意思자체는 感覺의으로 感知할 수 있는 事實(eine sinnlich wahrnehmbare Tatsache)을 통하여 間接的으로 認識될 수 있다. 이러한 認識手段으로는 두 가지가 있을 수 있다. 보통은 이 認識手段은 意思의 記號로 봉사하는 目的만을 가진 것이다. 그러나 第1次的으로는 다른(引用註: 意思의 表示이외의) 獨立的인 目的을 가지고 있지만, 이 目的의외에 意思의 表現도 그속에 포함하는 것이 있다. 前者의 경우 意思表示를「明示的」이라 부르고, 後者の 경우 이를「默示的」이라고 부른다.」⁽¹²⁰⁾

이러한 主觀說은 現在 Enneccerus-Nipperdey에 의하여 계속 主張되고 있다. 즉 Enneccerus Nipperdey는 다음과 같이 말하고 있다.「效果意思의 表現은 반드시 直接 이러한 意思의 表現에 향하여진 行爲, 즉 이러한 意思의 表示를 第一次의目的으로 하는 行爲(言語, 行動)에 의하여 행하여질 필요는 없다. 效果意思是 오히려 第一次的으로는 다른 目的을 追求하지만, 그로부터 이러한 意思가 推斷될 수 있는 言語나 行爲에 의하여 間接的으로 表示될 수도 있다(推斷의行爲(schlüssiges Verhalten, facta concludentia, konkludente Handlung)). 우리는 이에 따라 直接의意思表示와 間接的의意思表示를 區別한다.」⁽¹²¹⁾ 그리고 Enneccerus-Nipperdey는「直接의意思表示」(direkte od. unmittelbare Willenserklärung)와

(119) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §.116 3ff 참조.

(120) Savigny, *System Bd. III* §.131.

(121) Enneccerus-Nipperdey, §153 II.

「間接的意思表示」(indirekte od. mittelbare Willenserklärung)이라는用語가 兩概念의 區別을 위해서는 「明示的意思表示」와 「默示的意思表示」라는 表現보다 더 적절하다고 한다.⁽¹²²⁾ Lange도 「直接的意思表示」와 「間接的 또는 推斷的意思表示」(mittelbare od. schlüssige Willenserklärung)라는 表現을 使用한다. 즉 「意欲된 바」(das Gewollte)가 表示속에 직접 表現된 경우 즉 表示가 意欲된 바를 直接的인 方法으로 實現하는 경우를 直接的意思表示라고 하고, 意欲된 바가 직접 表現되지 않고 다른 表示, 行爲 또는 事情으로부터 推測되는 (gefolgert) 경우 즉 意思가 迂路를 통하여 表現되는 경우를 間接的 또는 推斷的意思表示라고 한다.⁽¹²³⁾

② 客觀說

客觀說은 Zitelmann에 의하여 主張되었으며 現在 Lehmann-Hübner에 의하여 支持되고 있다.

Zitelmann는 「客觀的表示手段에 의한 모든 表示」(alle Erklärung durch objektive Erklärungsmittel) 즉 어떤 行爲의 意味가 去來慣行에 의하여든, 法律 또는 特別한 當事者의 約定에 의하여든, 個個의 경우 이전에 이미 表示手段(Erklärungsmittel)으로서 確定되어 있는 行爲에 의한 表示를 明示的이라고 하고, 그러한 確定된 表示手段에 의하여서가 아니라, 個個의 경우의 事情과 結合하여 推測的으로(schlüssig) 되는 기타의 行爲에 의하여 행하여지는 表示를 默示的이라고 한다.⁽¹²⁴⁾

Lehmann-Hübner는 主觀說은 言語의 明瞭性에 대한 過大評價에 基因한 것이며, 現代의 研究는 言語가 個個의 경우의 特別한 事情의 고려없이는 명료한 意味를 가지는 경우가 얼마나 드무냐를 가르쳐 주고 있기 때문에 이러한 認識은 존중되어야 하며, 原則的으로 客觀的表示手段에 의하여 행하여지는 명료한 表示(unzweideutige Erklärung)가 明示的인 意思表示라고 한다.⁽¹²⁵⁾

③ 兩概念區別의 意義

어떻게 즉 어떠한 手段에 의하여 어떤 法律效果의 發生에 향하여진 意思가 表現되느냐는, 法律行爲의 意思表示(rechtsgeschäftliche Willenserklärung)의 存在를 위하여 本質的인 것은 아니다.⁽¹²⁶⁾ 意思表示는 明示的(直接的)으로도 默示的(間接的 내지는 推斷的)으로도

(122) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O.

(123) Lange, §37 III 2.

(124) Zitelmann, *Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1889/1890) I. S. 93.

(125) Lehmann-Hübner, §30 II.

(126) Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor §116, 10.

행하여질 수 있다. 法律上 意思表示에 대하여 일정한 形式이 요구되고 있지 아니한 경우와 法律이 明示의 意思表示를 요구하지 않는 경우에는, 原則적으로 默示의 意思表示가 許容된다. 明示의 意思表示와 默示의 意思表示는 그 法律效果에 있어서는 아무런 差異도 없다. 다만 兩概念의 區別은 法生活에 있어서의 諸現象의 理解를 위하여 價値가 있다.⁽¹²⁷⁾

(c) 默示의 意思表示

明示의 意思表示에 관해서는 特別히 문제될 것이 없으므로, 여기서는 특히 默示의 意思表示에 관하여 詳論하기로 한다.

法律行爲의 意思는 明示의 表示에 의하여 表示될 수 있을 뿐만 아니라, 머리를 끄덕인다가 머리를 옆으로 흔든다든가, 손을 든다든가, 셀프·서비스商店에서 商品을 바구니에 담는다든가 하는 行爲와 같은 이른바 推斷의 行爲(schlüssiges od. konkludentes Verhalten, facta concludentia), 즉 第一次으로는 다른 目的을 追求하지만 그로부터 어떤 意思를 推測케 하는 行爲에 의하여도 表現될 수 있다. 즉 어떤 사람이 일정한 狀況下에서 明示의 表示를 하는 대신 他人 특히 行爲相對方이 이로부터 行爲者는 일정한 效果意思를 가지고 있다고 하는 推測(Schluß)을 틀림없이 할 수 있도록 行爲를 하는 경우가 있다. 이러한 推測(推斷)을 可能케 하는 行爲를 推斷의 行爲라고 하며, 이러한 推斷의 行爲에 의하여 意思가 表示되는 경우가 默示의 意思表示(推斷의 行爲에 의한 意思表示, Willenserklärung durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten)이다.

以下에서는 默示의 意思表示를 積極의 行爲(positives Verhalten)에 의한 것과 단순한 不作爲(bloßes Nichtstun) (즉 沈默, Schweigen)에 의한 것으로 나누어 살펴 보기로 한다.

(aa) 沈默(Schweigen od. Stillschweigen)

沈默도 경우에 따라서는 表示手段(또는 表示記號)으로 될 수 있다. 特別한 事情이 있는 경우에는 「沈默」속에 意思表示를 發見할 수 있다. 그러나 沈默을 意思表示로 認定함에 있어서는 沈默을 기해야 한다. 즉 去來慣行上 沈默이 일정한 意思의 表現으로, 즉 일정한 意思表示의 構成要件으로 評價될 수 있는 경우에만 沈默은 表示記號로 될 수 있다. 沈默이 意思의 表示記號로 될 수 있기 위하여는 沈默에 대하여 表示記號로서의 意味를 부여하는 特別한 事情이 있어야 하며, 이러한 特別한 事情이 있는 경우에는, 沈默은 말(Reden)과 같이 表示記號일 수 있다. 「沈默에 의한 表示」(Erklärung durch Schweigen) 즉 「無言에 의한 表示」(Erklärung ohne Worte)는 「말에 의한 表示」(Erklärung durch Worte)와 마

(127) Enneccerus-Nipperdey, §153 II 1.

한가지로 된다.⁽¹²⁸⁾ 다만 「말」(Worte)은 그 자체만으로 表示記號로 될 수 있는데 反하여 沈黙은 이에 表示記號로서의 意味를 부여하는 特別한 事情이 있어야 한다. 이러한 特別한 事情이 없는 限 沈黙은 表示記號는 아니다. 法律行爲의 去來에 있어서는 누구도 他人에게 沈黙을 表示記號로 강제할 수는 없다. 例컨대 請約者는 請約의 相對方에게 請約에 대한 그 相對方의 沈黙을 承諾의 意思表示로 보겠다고 하는 식으로 他人의 表示를 강제할 수는 없다. 原則적으로 請約을 받은 者는 이에 대하여 대답할 필요가 없으며 그의 沈黙은 承諾의 表示로 解釋될 수 없다.⁽¹²⁹⁾ 다만 去來의 當事者間에 沈黙을 表示로 본다고 하는 約定이 있다든가 또는 去來慣行(Verkehrssitte)과 信義誠實(Treu und Glauben)에 따라 혹은 商去來에 適用되는 慣習과 慣行에 따라(獨商 第346條) 그의 反對意思를 表示하기 위해서는 積極적으로 말을 했어야 하는 경우에만 沈黙은 表示로 될 수 있는 것이다.⁽¹³⁰⁾ 例컨대 商人인 當事者들이 繼續의 去來關係를 맺고 있는 경우에, 一方의 請約에 대한 相對方의 沈黙은 承諾의 意思表示로 解釋될 수 있다.

沈黙에 의한 表示는 法律이 일정한 形式을 요구하고 있는 경우와 明示의 意思表示를 요구하고 있는 경우를 제외하고는 언제나 可能하며, 그 法律效果는 明示의 意思表示의 그것과 같다.

沈黙이 意思表示로 되는 경우, 原則적으로 그것은 「同意」(Zustimmung)의 意思表示이나 또는 「拒絶」(Ablehnung)의 意思表示이나에 관하여 見解의 對立이 있다.

教會法은 原則적으로 沈黙은 同意로 보고 있다(즉 「沈黙하는 者는 同意하는 것으로 본다」 “Qui tacet, consentire videtur”). 그러나 多數說은 疑心스러운 경우에는 沈黙을 拒絶로 보아야 한다고 한다.⁽¹³¹⁾

Enneccerus-Nipperdey⁽¹³²⁾는 沈黙은 의심스러운 경우에는(im Zweifel) 拒絶을 의미한다고 한다. 즉 “Qui tacet, consentire non videtur”(「沈黙하는 者는 同意하는 것으로 보아지지 않는다」)가 原則이며, 이것은 民事去來뿐만 아니라 商事去來에도 適用된다고 한다. Lehmann-Hübner⁽¹³³⁾도 民事·商事去來에 있어서 沈黙은 原則적으로 「否」(“Nein”)로 보아야 하며 沈黙을 一般的으로 同意 또는 承認(Zustimmung od. Genehmigung)으로 보는

(128) Flume, §5, 2a.

(129) Flume, a.a.O.; Larenz, §25 a.

(130) Enneccerus-Nipperdey, §153 III, Flume, a.a.O.; Larenz, a.a.O.; Lehmann-Hübner, §30III 1.

(131) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; Lange, §37 III 5; Lehmann-Hübner, a.a.O.; Wolf, S. 73 usw.

(132) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

(133) Lehmann-Hübner, a.a.O.

商慣行(Handelsgebrauch)은 存在하지 않는다고 한다. 沈黙은 다만 例外的으로 同意로 보아야 한다고 한다. Lange⁽¹³⁴⁾도 沈黙은 同意로 보는 것 보다는 拒絶로 보는 것이 덜 위험하다고 한다. 왜냐 하면 拒絶의 경우에는 沈黙者의 法的狀態는 變化하지 않지만 同意의 경우에는 그것은 決定的으로 달라지기 때문이다. 그러므로 私人的 沈黙은 契約의 成立이 바람직스럽고 또한 이로 인한 負擔을 沈黙者에게 지우는 것을 正當化해주는 特別한 事情이 있는 경우에만 同意로 評價하여야 한다고 한다. 즉 信義誠實이 沈黙者가 反對의 意思를 가지고 있는 경우에는 明示的 拒絶을 할 것을 기대하고 있는 경우에만 沈黙은 同意로 된다고 말하고 있다.

그러나 Flume⁽¹³⁵⁾는 沈黙은 原則적으로 「不表示」(Nicht erklären)이며 同意도 拒絶도 아니라고 한다. 그러나 沈黙이 特別한 事情에 기하여 表示記號로 되는 경우에는 沈黙은 原則적으로 同意의 記號(表識)(Zeichen der Zustimmung)이라고 한다. 따라서 “Qui tacet, consentire non videtur”의 命題에는 贊成할 수 없으며 沈黙이 表示記號로 되는 例外的인 경우에 대해서는 “Qui tacet, consentire videtur”의 原則이 適用된다고 한다. 즉 “Qui tacet consentire videtur”의 原則은 “ubi loqui potuit ac debuit”(「말을 할 수 있었고 또한 했어야 하는 경우」)의 경우에는 同意로 된다고 한다(즉 “Qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit” 「말을 할 수 있었고 또한 했었어야 하는 경우에는, 沈黙하는 者는 同意하는 것으로 본다」). Soergel-Hefermehl도 대체로 Flume와 생각을 같이 하고 있다.⁽¹³⁶⁾

沈黙이 意思表示로서의 性格을 取得하려면 沈黙으로부터 沈黙者의 效果意思를 推斷케 하는 特別한 事情이 存在하는 것만으로는 不充分하며, 沈黙은 意思表示의 內部的要件(innerer Tatbestand)도 갖추고 있어야 한다고 하는 것이 壓倒的通說이다. 즉 Enneccerus-Nipperdey는⁽¹³⁷⁾ 沈黙은 意思表示의 外部的要件(äußerer Tatbestand)뿐만 아니라 內部的要件도 갖추고 있어야 하며, 일정한 效果意思의 推斷的表現(schlüssiger Ausdruck)으로 評價될 수 있는 沈黙은 沈黙者가 效果意思를 가지고 있었고 그의 沈黙이 일정한 內容의 意思表示로서 즉 拒絶 또는 同意로 把握될 것이라고 함을 意識하고 있는 경우(表示意識의 存在)에만 意思表示로서 沈黙者에게 歸責된다고 한다. 이러한 內部的要件이 缺如된 경우에는 「진정한 意思表示」(echte Willenserklärung)은 存在하지 않는다고 한다. Lehmann-

(134) Lange, a.a.O.

(135) Flume, a.a.O.

(136) Soergel-Hefermehl, Vorbem. vor §116, 10.

(137) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

Hübner⁽¹³⁸⁾도 沈黙者가 그로 하여금 말하도록(reden하도록)하는 特別한 事情을 알고 있었던 경우에는 效果意思를 肯定할 수 있으며, 또한 그가 그의 沈黙이 他人에 의하여 일정한 종류의 效果意思의 表現으로 理解될 것이라고 함을 意識하고 있었던 경우에는 表示意識도 存在하였다고 한다. 效果意思와 表示意識이 缺如된 경우를 意思表示로 보지 않고 있다. Lange⁽¹³⁹⁾도 行爲意思, 약화된 通知意思(reduzierter kundmachungswille)와 法律效果意思(Rechtsgeltungswille)의 存在를 要求하고 있다. Larenz⁽¹⁴⁰⁾는 沈黙者가 일정한 意思表示로서의 그의 沈黙의 解釋에 不服하지 않는 경우, 그의 不同意를 말할 것이 去來慣行과 信義誠實에 의하여 기대될 수 있는 狀況이 存在할 뿐만 아니라 沈黙者가 그의 沈黙이 그렇게 解釋될 수 있다고 함을 意識하고 있을 때에만, 그의 沈黙은 法律行爲의 表示로 그에게 歸責될(zurechenbar)수 있다고 한다. Flume⁽¹⁴¹⁾도 沈黙者가 同意의 表示記號로서의 그의 沈黙의 意味를 意識하고 있는 경우에만 그의 沈黙은 「法律關係의 目的的形成으로서의 意思表示」(Willenserklärung als eine finale Gestaltung eines Rechtsverhältnisses)의 表示記號로 된다고 말하고 있다. Soergel-Hefermehl은 內部的要件으로 行爲意思를 要求하고 있다.⁽¹⁴²⁾

以上の 概觀을 통하여 독일의 通說이 일정한 沈黙을 일정한 法律行爲의 意思의 表現으로 보는 特別한 事情이 있을 뿐만 아니라 意思表示의 內部的要件도 갖추고 있는 경우에만, 沈黙을 「진정한 意思表示」로 보고 있다고 함을 살펴 보았다. Larenz는 「沈黙에 의한 意思表示」(Willenserklärung durch Schweigen)만을 「진정한 默示의 意思表示」(echte stillschweigende Willenserklärung)로 부르고 있다.⁽¹⁴³⁾ Coing⁽¹⁴⁴⁾은 沈黙에 의한 意思表示뿐만 아니라 뒤에 說明하는 推斷的行爲에 의한 意思表示(Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten)를 순수한 意思表示로 보지 않는다. 즉 Coing은 위의 두 경우 즉 이른바 默示의 意思表示에 있어서는 表示者가 效果意思를 가지고 있었으며, 이러한 意思가 沈黙 또는 기타의 推斷的行爲에 의하여 表現되었고 또한 이와 같이 表現된 意思에 기하여 法律效果가 發生하긴 하지만, 嚴密히 말한다면 이러한 效果意思의 表現은 「表示」(Erklärung)에 의한 것이 아니기 때문에 순수한 의미에 있어서의 意思表示(Willens=Erklärung)로 볼 수는 없다고 한다. 默示의 意思表示를 意思의 「表示」로 보는 것은 「表示」(Erklärung)라고 하는 用語

(138) Lehmann-Hübner, a.a.O.

(139) Lange, §37 III 5 a.

(140) Larenz, a.a.O.

(141) Flume, a.a.O.

(143) Larenz, a.a.O.

(144) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116 3 e, f.

의 通常의用法에 反한다고 한다. 그리하여 Coing은 默示의意思表示라는 表現대신 「推斷의行爲에 의한 意思表現」(Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten)이라는 말을 쓰고 있다. 다만 여기에 있어서는 表示者가 效果意思를 가지고 行爲하였다는 점에 있어서는 이를 私的自治의 表現으로 볼 수 있고 순수한 意思表示(즉 明示의意思表示)와 같으므로 意思表示와 같은 法律效果가 發生한다고 한다. 그러나 法律行爲의意思의 明示의表示行爲만을 意思表示로 보는 것은 妥當치 않으므로 독일의 通說은 默示의意思表示도 진정한 意思表示로 생각하고 있다.

위에서 본 바와 같이 沈黙은 意思表示의 內部的要件도 갖추고 있는 경우에만 「沈黙에 의한 意思表示」로 된다. 그러나 이러한 意思表示의 內部的要件을 갖추고 있지 않은 沈黙에 대하여도 法律의 規定에 의하여 意思表示와 同一한 法律效果가 부여되는 경우가 있다. 또한 去來慣行과 信義誠實에 의하여 沈黙者가 그의 反對意思를 表示할 것이 요구되는 경우에 그의 沈黙에 대하여 意思表示와 同一한 法律效果가 부여되는 경우도 있다.

많은 경우에 있어서는, 法律은 沈黙을 擬制(Fiktion)를 통하여 일정한 內容의 意思表示로 評價하고 있다. 例컨대 BGB 第108條 第2項 第2文, 第415條 第2項 第2文, 第458條 第1項 第2文은, 追認與否의 催告後 일정한 期間동안 確答이 없을 때에는 그 催告에 대한 沈黙을 追認의 「拒絶」로 보고 있다. 反對로 第416條 第2項 第2文, 第496條 第2文, 第516條 第1項 第2文, 第1943條, HGB(獨逸商法) 第362條 第1項, 第377條 第2項은 沈黙을 「承認」(Genehmigung)으로 보고 있다.

信義誠實과 去來慣行에 의하여 일정한 條件下의 沈黙에 意思表示의 意味 내지는 效果가 부여되는 경우의 중요한 例로서는 「商人의 確認書에 대한 沈黙」(Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben)이 있다. 商人間의 去來에 있어서 當事者의 一方이 雙方間에 이미 口頭로 合意된 契約內容을 確認書(Bestätigungsschreiben)로 文書化하여 이를 相對方에게 보낸 경우에, 이 書面의 內容이 口頭合意의 內容과 相違함이 發見된 경우에는 相對方 즉 Bestätigungsschreiben의 受領人은 異議를 말해야 하며 만일 이에 대하여 沈黙을 하면 契約內容은 Bestätigungsschreiben의 內容대로 確定된다. 독일의 學說과 判例는 이러한 Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben을 Bestätigungsschreiben에 대한 承認으로 보고 있다.

이와 같이 沈黙者에게 效果意思와 表示意識이 없었던 경우에도 法律의 規定이나 去來觀念이 沈黙을 意思表示와 같이 取扱하여 意思表示와 같은 效果를 인정하는 경우가 있다. 그러나 注意할 것은 沈黙에 대하여 意思表示의 效力만이 인정될 뿐이지 沈黙이 意思表示의

性格을 취득하게 되는 것은 아니라는 점이다. 이 경우의 沈默은 「진정한 意思表示」가 아니며 「擬制된 意思表示」(fingierte Willenserklärung)이다. 이 경우의 法律效果는 직접 法律規定 또는 去來慣行의 規範力(normierende Kraft der Verkehrssitte)에 기하여 發生하며, 法律效果意思의 表示인 行爲에 기하여 發生하는 것이 아니다. Larenz는 이러한 類型의 沈默을 「表示에 대신하는 沈默」(Schweigen an Erklärungsstatt) 또는 「規定된 沈默」(normiertes Schweigen)으로 부르고 있다.⁽¹⁴⁵⁾ Flume는 이것을 「法的으로 意味있는 行爲」(rechtlich relevantes Verhalten)의 一種으로 파악하고 있다.⁽¹⁴⁶⁾ 즉 Flume는 이 類型의 沈默은 “rechtlich relevantes Unterlassen einer Erklärung”(「法的으로 意味있는 表示의 不作爲)이며 法律效果는 「目的的 法律行爲의 形成」(finale rechtsgeschäftliche Gestaltung)에 기하여서가 아니라 「하나의 行爲으로서의 不作爲」(Unterlassen als ein Verhalten)에 대한 法律上의(von Rechts wegen) 評價에 기하여 發生한다고 한다. 어쨌든 이러한 類型의 沈默은 「沈默에 의한 意思表示」의 類型과 엄격히 區別하여야 한다. 前者의 경우에 문제되는 것은 當事者들의 「形成的 意思」(gestaltender Wille)가 아니라 「自己責任」(Selbstverantwortung) (Flume), 「歸責要素」(Zurechnungsfaktor) (Hübner)⁽¹⁴⁷⁾ 또는 「信賴責任」(Vertrauenshaftung)(Coing)⁽¹⁴⁸⁾이다. 이러한 類型의 沈默을 意思表示로 부르는 判例와 一部の 學說도 있음을 附記한다.

(bb) 沈默以外的 推斷의 行爲에 의한 表示(Erklärung durch sonstiges schlüssiges Verhalten)

Larenz는 前述한 바와 같이 「沈默에 의한 意思表示」만을 「진정한 默示의 意思表示」(echte stillschweigende Willenserklärung)로 부르며, 일정한 法律效果意思를 直接 表現하는 것은 아니지만, 직접 말하여진 바(das gesagte) 또는 행하여진 바로부터 그속에 表現되어 있는 法律效果意思에 대한 推測을 許容함으로써 間接的으로 일정한 法律效果意思를 表現하는 積極的(positiv)인 어떤 行爲 또는 言語의 表現을 默示의 意思表示라고 부르는 것은 誤解를 일으키기 쉽다고 하면서, 「기타의 「推斷的」行爲에 의한 表示」(Erklärung durch sonstiges “schlüssiges” Verhalten)라는 用語를 쓰고 있다.⁽¹⁴⁹⁾ 그러나 本稿에서는 단순한

(145) Larenz, §25C.

(146) “rechtlich relevantes Verhalten”에 관하여는 Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, S. 52ff와 Flume, §10 참조.

(147) Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum Geburtstag, Bd.I (1965), S. 373ff.

(148) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116, 3f..

(149) Larenz, §25b.

「不行爲」(Nichtstun) 즉 沈黙에 의한 表示뿐만 아니라 「積極의인 推斷的行爲」(positives schlüssiges Verhalten)에 의한 表示도 默示의意思表示의 範疇에 넣는 立場에 따르기로 한다.

(i) 推斷的行爲에 의한 意思表示(Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten (od. Handeln))⁽¹⁵⁰⁾

Savigny가 이미 말한 바와 같이, 效果意思 내지는 法律行爲의意思는 그것의 表現을 第一次의目的으로 하는 行爲나 言語의表現에 의하여 직접 表示될 수 있을 뿐만 아니라, 第一次의으로는 이러한 意思의 表現이외의 것을 目的으로 하지만 意思도 그 속에 表現되어 있다고 함을 推測케 하는 行爲 즉 推斷的行爲(schlüssiges(konkludentes) Verhalten, facta concludentia)에 의해서도 表現될 수 있다. 그 古典的例로서는 Florentinus의 教科書로부터 採用한 D.2. 14. 57을 들 수 있다. 즉 消費貸借期間滿了後에 貸主가 借主로 부터 장래의 일정 期間의 利子에 해당하는 金錢을 받은 경우에는, 이러한 利子の 支給과 受領에 의하여 그 利子에 해당하는 期間동안 消費貸借가 延長된 것으로 본다. 즉 利子の 支給과 受領이라는 行爲에 의하여 推斷의으로(schlüssig) 消費貸借期間의 延長의 合意가 이루어진다. 이러한 推斷的行爲에 의한 意思表示는 法生活에 있어서 매우 자주 행하여진다. Flume는 推斷的行爲에 의한 意思表示의 중요한 경우로서 다음과 같은 것을 들고 있다.⁽¹⁵¹⁾

① 有償의으로 提供된 給付의 利用(Inanspruchnahme einer entgeltlich angebotenen Leistung)

推斷的行爲에 의한 意思表示는 給付의 利用에 의한 有償의債權關係의 成立의 경우에 중요한 역할을 한다. 給付들이 先行된 表示에 의하여 給付에 관한 約定이 이루어짐이 없이 사람들이 그 給付를 直接 利用할 수 있도록 提供되어 있는 경우가 많다. 이러한 경우에 있어서는 提供(Angebot)에 合致하는 推斷的行爲(즉 給付의 利用行爲)에 의하여 有償의債權的給付關係가 成立한다. 例컨대 식당의 食卓위에 빵이 놓여 있는 경우 손님이 그 빵을 집어 먹음으로써 債權的契約關係가 成立하며, 이에 基하여 손님은 빵의 代金을 支給할 義務를 부담하게 된다. 셀프·서비스商店에서는 雇客이 規定에 따라 이를 利用함으로써 賣買契約이 成立한다. 어떤 사람이 電車에 타는 경우 또는 그의 車를 有料駐車場에 駐車시키는 경우에는 乘車行爲 또는 駐車行爲와 같은 推斷的行爲에 의하여 法律關係가 成立하며, 이에 基하여 그는 車賃 또는 駐車料의 支給義務를 부담하게 된다. Larenz는 電車乘車(StrapBnbnahrfahrt) 또는 駐車場利用(「駐車場事件」Parkplatzfall)의 경우 意思表示

(150) Flume(§5,3)는 Willenserklärung durch schlüssiges "Handeln"이라는 表現을 쓴다.

(151) Flume, §5,3 b.c.d.

에 의한 法律關係의 成立을 否認하며 「社會定型的行爲에 의한 債權關係(事實的契約關係)」(Schuldverhältnis (Faktisches Vertragsverhältnis) durch sozialtypisches Verhalten)의 成立을 論한다. 이러한 社會定型的行爲의 理論이 本研究의 테마임은 이미 밝힌 바 있다.

② 推斷的行爲에 의한 無效인 또는 取消할 수 있는 法律行爲의 追認과 承認을 필요로 하는 法律行爲의 承認(Betätigung nichtiger od. anfechtbarer Rechtsgeschäfte und die Genehmigung genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte durch schlüssiges Handeln)

無效인 法律行爲의 追認은 오로지 새로 法律行爲를 함으로써만 행하여질 수 있다(獨民 第141條). 法律行爲의 一般의 形態인 契約에 있어서는 契約當事者들이 서로 協力하여야 한다. 契約의 새로운 締結은 原則적으로 推斷的行爲에 의하여는 이루어질 수 없고 正常的인 契約締結에 의하여 이루어질 수 있다. 그러나 無效인 一方의 行爲는 一方的으로 推斷的行爲에 의하여 追認될 수 있으며, 取消할 수 있는 法律行爲도 이에 의하여 追認될 수 있다(獨民 第144條). 또한 承認이 필요한 法律行爲에 대해서도 推斷的行爲에 의하여 承認이 부여될 수 있다(獨民 第182條以下).

③ 訴提起에 의한 推斷的行爲(schlüssiges Handeln durch Klageerhebung)

訴에 의하여 主張된 請求權이 意思表示를 前提로 하고 訴에 의한 請求權의 主張이 이미 意思表示의 實行(Vollzug der Willenserklärung)으로 이루어지는 경우에는, 즉 訴에 의한 主張이 意思表示의 法律效果의 主張인 경우에는, 訴提起는 推斷的行爲에 의한 意思表示일 수 있다. 어떤 사람이 訴로써 어떤 契約의 法律效果를 否認하는 경우에는, 訴提起는 契約의 取消 또는 解除의 表示일 수 있다. B가 잃어버린 物件을 A가 他人에게 讓渡한 경우에는, B는 BGB 條816條 第1項에 의하여 A의 讓渡를 承認한 때에만 A에게 그가 받은 讓渡代金の 引渡를 請求할 수 있다. 그러므로 B가 訴에 의하여 A에게 讓渡代金引渡를 請求하였다면, 販賣代金の 引渡請求의 訴는 A의 讓渡行爲에 대하여 推斷的行爲에 의한 承認을 한 것으로 볼 수 있다.

推斷的行爲에 의하여 意思表示가 成立하기 위해서도, 沈黙에 의한 意思表示에서 說明한 바와 같이 表示意識·效果意思 등의 意思表示의 內部的要件을 갖추고 있어야 한다는 것이 通說이다. Enneccerus-Nipperdey는 「法秩序는 물론 表示意識이 없는 意思表現에 대하여도 特別한 理由가 있는 경우에는 意思表示의 效果를 부여할 수 있다. 그러나 이러한 意思表現은 그렇다고 해서 意思表示로 되지는 않는다」⁽¹⁵²⁾고 意思表示一般에 관하여 表示意識의 存在를 強調한다. 그리고 推斷的行爲에 관하여도 「推斷的行爲가 오로지 일정한 內

(152) Enneccerus-Nipperdey, §145 II A 4.

容의 意思表示로 생각되는 경우에, 效果意思와 表示意識이 실제로 存在하였던 경우에만 진정한 意思表示가 存在한다」⁽¹⁵³⁾고 말하고 있다. Flume⁽¹⁵⁴⁾도 「推斷的行爲를 하는 者가 그는 推斷的行爲를 통한 實行에 의하여 法律關係(Rechtsverhältnis durch Vollzug)를 形成한다고 하는 것을 意識하고 있는 경우에, 그 推斷的行爲는 法律關係의 目的的形成行爲(ein Akt finaler Gestaltung eines Rechtsverhältnisses) 따라서 진정한 意思表示로 되며 直接의 意思表示와 差름이 없다」, 「어떤 사람이 그의 行爲를 推斷的行爲에 의한 意思表示로 보이게 하는 事情을 몰랐기 때문에, 이를 意識하지 못하고 마치 그가 推斷的行爲에 의한 意思表示를 한 것과 같은 外觀을 그의 行爲에 의하여 惹起시킬 수」도 있지만, 이것은 순수한 意思表示가 아니라고 한다. 그리고 「推斷的行爲에 의한 意思表示는 意識의인 目的的權利形成行爲(bewußter Akt finaler Rechtsgestaltung)이며 어떤 行爲가 「他人」에 대하여 推斷的行爲에 의한 意思表示의 外觀을 보여 주지만 行爲者 자신은 그의 行爲의 推斷性(Schlüssigkeit seines Handelns)을 意識하지 못하고 있는 경우와 날카롭게 區別된다」고 말하고 있다. 그리고 이 경우를 推斷的行爲에 의한 意思表示와 區別하여 “konkludente Handeln”으로 부르고 있다. Larenz와 Lehmann-Hübner 등도 意思表示의 內部的要件을 갖춘 推斷的行爲만을 意思表示로 보고 있다.⁽¹⁵⁵⁾ Flume에 따라 위에 든 例, 즉 Florentinus의 例와 有償의으로 提供된 給付의 利用, 推斷的行爲에 의한 無效의 또는 取消할 수 있는 法律行爲의 追認, 承認이 필요한 法律行爲의 承認과 訴提起에 의한 推斷的行爲가, 推斷的行爲에 의한 意思表示로 되려면 意思表示의 內部的要件이 存在하여야 한다.

推斷的行爲에 의한 意思表示(또는 推斷的 意思表示)를 순수한 意思表示로 보는 것이 독일의 通說이다. 그러나 Coing은 이를 순수한 意思表示로 보지 않고 “Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten”으로 부르고 있다는데 관해서는 前述한 바 있다. 즉 Coing은 「人間의 去來에 있어서의 通常의 意思疎通手段(말, 文字와 몸짓)에 의한 效果意思의 通知(Kundgabe)」만을 意思表示로 理解하고 있다.⁽¹⁵⁶⁾ 즉 效果意思가 直接 表示된 경우 즉 直接의 意思表示만을 意思表示로 본다. 이른바 「默示的 意思表示」에 있어서는 行爲者가 效果意思를 가지고 行爲하지만 이러한 效果意思是 明示的으로 表示(erklärt)되지 않고 기타의 方法으로 表現되기 때문에 (明示的) 意思表示 즉 진정한 意思表示와 매우 가깝지만 效果意思의 明示的表示가 없으므로 이를 意思表示로 부를 수 없다고 한다.⁽¹⁵⁷⁾ 다만 “Willens-

(153) Enneccerus-Nipperdey, §153 IVB.

(154) Flume, §5, 4.

(155) Larenz, §25b; Lehmann-Hübner, §. 30IV.

(156) Staudinger-Coing, Vorbem vor §116 1.

(157) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116 3e.

äußerung durch schlüssiges Verhalten”은 行爲者가 效果意思를 가지고 行爲하였다는 점에서 明示的意思表示와 같으므로 意思表示와 같이 法的으로 取扱하여야 한다고 한다. 그러나 明示的意思表示나 推斷的行爲에 의한 意思表示나 모두 行爲者의 自己決定(Selbstbestimmung)에 기한 法律關係의 意識的 目的的 形成行爲라는 점에서 조금도 다를 바 없으므로 通說과 같이 推斷的行爲에 의한 意思表示를 진정한 意思表示로 보는 것이 妥當하다.

(cc) 意思表示가 아닌 推斷的行爲(konkludentes Verhalten)

위에 본 바와 같이 意思表示는 推斷的行爲에 의하여 행하여질 수 있다. 그러나 行爲者의 일정한 效果意思의 存在를 推斷케 하는 모든 推斷的行爲가 곧 意思表示인 것은 아니다. 어떤 사람이 他人으로 하여금 行爲者가 일정한 內容의 效果意思를 가지고 있었다고 推斷케 하는 行爲 즉 推斷的行爲를 하였지만, 실제로는 行爲者에게 效果意思와 表示意識이 없었던 경우도 있다. 이와 같이 「一方當事者が 法的去來에 있어서 일정한 第三者가 法的去來에 있어서의 善意를 前提로 하는 경우, 위 當事者가 일정한 法律行爲의 決斷을 하였고 또한 이를 表明하였다고 信賴할 수 있도록 行動하였고, 따라서 信義誠實의 고려가 이러한 當事者를 마치 그가 그러한 法律行爲의 意思를 表示한 것처럼 취급할 것을 요구하는 경우」⁽¹⁵⁸⁾가 存在한다. 그리하여 行爲者에게 실제로는 推斷的行爲에 對應하는 法律行爲의 意思가 없었더라도 去來慣行과 信義誠實의 고려에 기하여 第三者의 信賴를 보호하기 위하여 이러한 意思가 있었던 것처럼 취급하여 法律效果를 인정하는 경우가 많다. 즉 단순한 推斷的行爲를 意思表示처럼 취급하는 경우가 있다. 判例는 이러한 경우도 默示的意思表示의 概念으로 파악하고 있다. 그러나 이러한 경우에는 실제로 效果意思가 存在하지 않으며 다만 效果意思의 存在가 擬制될 뿐이다. 이러한 경우에는 行爲者側의 效果意思의 存在가 出發點이 아니라 그의 行動이 第三者에게 惹起시킨 印象 즉 第三者들이 그의 行動에 부여하는 意味가 出發點이다. 이러한 경우에 있어서는 第三者들의 信賴保護(Vertrauensschutz)가 문제이다. 실제로 行爲者가 그러한 意思를 가지고 있었느냐는 문제되지 않는다. Coing⁽¹⁵⁹⁾은 法律的效果發生의 基礎는 義務負擔하는 當事者의 效果意思가 아니라 信義誠實의 原則에 立脚한 第三者의 信賴保護이며 이러한 行爲는 意思表示가 아니며 다만 意思表示로 擬制될 뿐이라고 한다. 意思表示와는 效果면에 있어서만 같고 法律效果의 基礎는 전혀 다르다고 한다. 意思表示의 效果는 私的自治에 기한 것인데 反하여, 단순한 推斷的行爲의

(158) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116 3f.

(159) Staudinger-Coing, a.a.O.

效果는 「信賴의 原則」(Vertrauensprinzip)에 기한 것이라고 한다. 그리고 行爲者가 推斷의 行爲에 의하여 意思表示와 같은 效果의 歸屬을 받는 것을 「法的去來에 있어서의 推斷의 行爲에 의한 信賴責任」(Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr) 이라고 부르고 있다. 信賴責任은 意思表示와 상이한 基礎위에 立脚하고 있기 때문에, 法律行爲에 관한 規定이 全面的으로 適用될 수는 없다고 하며, 특히 錯誤에 기한 取消에 관한 規定의 適用은 크게 制限받는다고 한다.

Flume도 이 경우를 意思表示로 보지 않으며, 用語上 推斷의 行爲에 의한 意思表示(Willenserklärung durch schlüssiges Handeln)와 區別하여 “konkludentes Verhalten”이라고 부르고 있다.⁽¹⁶⁰⁾ 그리고 konkludentes Verhalten은 “rechtlich relevantes Verhalten”으로 될 수 있다고 한다. “rechtlich relevantes Verhalten”이라 함은 法律上(von Rechts wegen) 어떤 行爲(Verhalten)에 기하여 法律行爲에 의하여 發生될 수 있는 것과 같은 法律效果가 發生하는 경우를 말한다.⁽¹⁶¹⁾ 意思表示는 目的的으로(final) 法律關係形成에 향해진 것이고 그 法律效果는 私的自治의 原則에 기하여 發生하는데 反하여, “rechtlich relevantes Verhalten”은 目的的으로 法律關係의 形成에 향해진 것은 아니며 그 法律效果는 意思表示와 같이 當事者의 意思에 基하여 發生하는 것이 아니라고 한다. 行爲의 諸事情을 고려하여 행하여진 이러한 行爲에 대한 法的評價에 기하여 法律上(ex lege) 發生한다고 한다. 따라서 “rechtlich relevantes Verhalten”은 「目的的으로 權利形成에 향하여진 行爲」(ein final auf Rechtsgestaltung gerichteter Akt)가 아니라는 점에서 意思表示와 區別되어야 한다고 한다. 推斷의 行爲는 事情에 따라 rechtlich relevantes Verhalten일 수가 있으며 이 경우에는 意思表示와 같은 法律效果가 이에 歸責될 수 있다고 한다. Hübner⁽¹⁶²⁾는 信義誠實에 기하여 推斷의 行爲에 意思表示와 같은 法律效果가 부여되는 경우를 “Zurechnung”(歸責)의 概念으로 파악하고 있다. 그는 이 경우에는 「表示된 形成的意思」(erklärter, gestaltender Wille)가 문제되는 것이 아니라 客觀的評價에 따라 信賴要件(Vertrauenstatbestand)으로 생각되어야 하는 要件의 惹起에 대한 信賴責任이 문제된다고 한다. 그 信賴保護를 위한 歸責(Zurechnung)은 信賴要件을 필요로 한다. 信賴要件은 客觀的評價에 따라(nach objektiver Qualifizierung) 法律行爲의 意味에 있어서의 意思表現을 推斷케 하는 行爲 즉 表示要件(Erklärungstatbestand)이라고 한다. 相對方 또는 第三者로 하여금 行爲者의 일정

(160) Flume, a.a.O.

(161) Flume, §10.

(162) Hübner, a.a.O.

한 法律行爲의意思를 推斷케 하는 信賴要件이 發生된 경우에는 이러한 信賴保護를 위하여 法律行爲의意思가 存在하였던 것 처럼 이에 法律效果를 歸責시켜야 한다고 한다. 「歸責받을 者에게 관계되는 것은 法律行爲의 結果가 아니라 行爲樣式으로부터 나오는 反射效果(Reflexwirkung aus der Verhaltensweisen)이다. ……法官의 利益評價는……形成的意思(Gestaltungswille)에 더 이상 의거할 수 없으며 獨立的인 評價基礎를 利用하여야 한다」⁽¹⁶³⁾고 한다. 當事者의 形成的意思가 아니라 歸責要素(Zurechnungsfaktor)가 문제되며 이 領域에서는 私的自治의形成은 排除된다고 한다. 이러한 行爲를 默示의意思表示로 보는 것은 擬制에 不過하다고 한다.

이상의 觀察에서 본 바와 같이 독일의 通說은, 相對方 또는 第三者로 하여금 效果意思의 存在를 推斷케하는 行爲가 있었던 경우 相對方 또는 第三者의 信賴를 보호하기 위하여 信義誠實에 따라 마치 行爲者에게 그러한 意思가 存在하였던 것과 같은 法律效果를 歸責시키는 경우를 默示의意思表示로 보지 않는다. 通說은 意思表示에 의한 私的自治의形成의 領域(Bereich privatautonomer Gestaltung)과 推斷的의行爲에 의하여 그의 「意思와 一致하지 않는 信賴要件을 惹起시킨 者에게 歸責되는 責任 즉 「信賴要件의 設定에 대한 責任」(Haftung für die Setzung eines Vertrauensbestands)을 嚴格히 區別한다. 意思表示의 義務發生의 根據는 行爲者의 私的自治의自己決定(privatautonome Selbstbestimmung)인데 反하여 後者의 경우에 있어서의 그것은 信賴原則(Vertrauensprinzip)이며 그 責任은 私的自治의 相關原理인 自己責任(Selbstverantwortung)에 기한 것이다.

推斷的의行爲까지도 意思表示의 概念속에 포함시키는 少數說이 있다. 그리고 判例도 종종 이를 默示의意思表示로 보고 있다. Kramer⁽¹⁶⁴⁾는 단순한 推斷的의行爲도 意思表示로 파악하고 있다. 그는 이것을 「規範的으로 歸責된 意思表示」(normativ zugerechnete Willenserklärung)이라고 하며, 이것과 「目的的의意思表示」(finale Willenserklärung) 즉 「目的的으로 權利形成에 향하여진 行爲」(ein final auf Rechtsgestaltung gerichteter Akt) 즉 진정한 意思表示의 兩者를 意思表示라는 上位概念(Oberbegriff)에 포섭시키고 있다. 그러나 이러한 見解들에 대하여는 「어떤 概念內容의 要件極少化를 통하여 어떤 法規를 이 法規에 의하여는 파악되고 있지 않는 다른 事案에 適應시키는 일」은 「現代의 實質的觀察方法에 志向된 法意識에 맞지 않으며 따라서 拒否되어야 할 方向의 概念法學」이라고 Fabricius는 批判하고 있다.⁽¹⁶⁵⁾ 意思表示의 本質은 어디까지나 目的的權利形成에 있다고 보아야 하므로

(163) Hübner, S. 378.

(164) Kramer, S. 147.

(165) Fabricius, JuS 1966, S.50.

意思表示의 概念을 단순한 推斷的行爲에까지 擴張하는 것은 無理라고 생각한다. 비록 發生하는 法律效果面에서는 같이 取扱될 수 있지만, 法律效果의 同一評價(Gleichwertung)로부터 兩者의 本質의 同一性을 이끌어 내는 것은 無理라고 생각한다.

(dd) 異議(Protestation, Verwahrung)와 留保(Reservation, Vorbehalt)

行爲者는 去來觀念이 그의 行動으로부터 이끌어 낼 一定한 意思의 推測을 깨뜨릴 可能性을 가지고 있으며 또 그러는데 대하여 利益도 가지고 있다. 그 手段은 이러한 推測에 대한 異議이다. 이것이 이른바 독일에서 인정되고 있는 Verwahrung 또는 Protestation이다. 例컨대 부패에 직면한 相續物을 賣渡할 때 이것은 相續의 承認이 아니라 異議(protestieren, verwahren)할 수 있다. 또한 幼兒의 出生後 이 兒를 養育하는 者는 이 養育이 그 兒의 認知의 意思表示로 解釋되어서는 안된다고 verwahren할 수 있다. 이러한 경우에는 相續物의 賣渡行爲 또는 養育行爲로부터 推論될 수 있었을 相續承認의 意思 또는 認知의 意思의 推測은 깨어진다.

BGB의 第1草案을 위한 Gebhard의 豫備草案은 默示의 意思表示에 관한 規定과 함께, 이른바 「異議」(Verwahrung)에 관한 特別한 規定을 포함하고 있었다. 즉 第91條는 「行爲者가 그 行爲속에 默示의 意思表示를 發見하는데 대하여 明示的으로 異議한(verwahrt) 경우에는 默示의 意思表示가 存在한다는 推測은 排除된다」고 規定하고 있었다. 그러나 이 規定은 第1草案에서 받아 들여지지 아니하였다. 그러나 通說은 Verwahrung을 인정하고 있다.⁽¹⁶⁶⁾ Verwahrung에 의하여 사람들은 그들의 推斷的行爲의 推斷性(Schlüssigkeit)을 깨뜨릴 수 있다. 推斷的으로 行爲하는 者가 그의 行爲가 推斷의 意思表示로 理解되는 것을 意識하고 있었음에도 不拘하고 Verwahrung을 하지 아니한 者는 意思表示를 한 것으로 된다. 이 경우 內心으로 다른 意思를 가지고 있었더라도 이 意思는 心裡留保로 되며 존중되지 않는다.⁽¹⁶⁷⁾

그러나 Verwahrung의 效力에는 限界가 있다. 當事者의 意思와 관계없이 發生하는 意思表示의 法律效果에 대한 Verwahrung은 존중되지 않는다(unbeachtlich하다).⁽¹⁶⁸⁾ 例컨대 相續人이 支拂能力이 있는 相續財産의 相續을 承認한 경우에는 그는 被相續人의 債務에 대하여 責任을 져야 하며, 이에 反하는 Verwahrung은 할 수 없다. 質物의 所有者에게

(166) Enneccerus-Nipperdey, § 153 V; Flume, §5,5; Lange, §37 III 7; Lehmann-Hübner, §30 V; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 116 3 d; Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116, 9, usw.

(167) Flume, a.a.O.

(168) Staudinger-Coing, Vorbem, vor §116, 9.

質物을 返還한 質權者는 이로 인하여 質權이 消滅하는 것으로 보아서는 안된다고 *verwahren*할 수 없다.

또한 異議者의 事實的 行爲(*tatsächliches Verhalten*)가 信義誠實에 비추어 볼 때 그의 *Verwahrung*과 모순되는 경우에는 *Verwahrung*은 無意味하며 따라서 존중되지 않는다. *Verwahrung*은 異議者 자신의 行爲와 모순되어서는 안된다. 行爲의 內容이 그 內容이외의 다른 것을 의미할 수 없을 정도로 명백한 경우에는 이러한 行爲의 內容을 否認하려는 *Verwahrung*은 無意味하다. 이것이 바로 독일 普通法時代부터 인정되고 있는 “*Protestatio facto contraria non valet*” (「行爲에 모순되는 異議는 效力이 없다」)라고 하는 法原則이다. Erwin Riezler는 “*Protestatio facto contraria non valet*”의 法思想을 그의 有名한 論文 “*venire contra factum proprium*(1912)”에서 다음과 같이 要約하고 있다. 즉 「모든 사람은 그의 行爲에 대하여 善意者間의 去來가 一般的으로 부여하는 解釋이 주는 것을 甘受하여야 하며, 또 그렇게 解釋된 그 자신의 行爲에 異議(*verwahren*)할 수 없으며, 自己의 行爲와 모순되는 解釋의 主張은 이로써 失權(*verwirkt*)된다」⁽¹⁶⁹⁾고 한다. 즉 行爲의 內容이 이와 다른 解釋을 許容하지 않을 정도로 명백한 경우에는 이러한 行爲의 意味에 대한 *Verwahrung*은 이른바 *protestatio facto contraria*(行爲에 모순되는 異議)로서 無意味(*unbeachtlich*)하다.

例컨대 사지 않겠느냐고 送付된 책을 여러 조각으로 쪼개거나 또는 그 책에 자기의 註釋을 써 넣은 者는 이러한 行爲에 기하여 그 책을 사겠다고 하는 意思를 가지고 있었다고 하는 解釋을 甘受하여야 한다. 비록 그가 明示的으로 그의 行爲에 대한 이러한 解釋에 異議를 提起하여도 쓸데 없다. 그는 그 자신의 行爲에 의하여 다른 解釋의 主張을 失權(*verwirken*)시킨다. 또한 식당의 食탁위에 놓여 있는 빵을 집어 먹는 者가, 그는 어떤 契約도 締結하지 않았기 때문에 代金を 支給하지 않겠다고 하더라도 이러한 *Verwahrung*은 아무 效力도 없다. 이러한 *Verwahrung*을 「行爲에 모순되는 無價値한 異域」(*unbeachtliche protestatio facto contraria*)라고 한다.⁽¹⁷⁰⁾

*protestatio facto contraria*의 理論은 本論文의 主題인 社會定型的 行爲論과 밀접한 關係가 있으며, 社會定型的 行爲論의 批判論에 중요한 武器를 提供하고 있다. 後에 社會定型的 行爲論과의 關聯속에서 다시 한번 살펴 보기로 한다.

Reservation 또는 *Vorbehalt* 즉 留保라고 함은 行爲者가 그의 行爲가 權利의 포기 또는

(169) Riezler, *venire contra factum proprium* (1912), S. 117.

(170) (註)(164) 참조.

他人의 權利의 認定으로 解釋되는데 대하여 Verwahrung하는 것을 말한다.⁽¹⁷¹⁾

(4) 意思主義・表示主義와 效力主義(Willens-, Erklärungs- und Geltungstheorie)

[A] 意思와 表示의 不一致의 문제

(a) 意思表示에 있어서는 意思와 表示의 一致(Übereinstimmung von Willen und Erklärung)가 「그들의 自然的關係」(ihr naturgemäßes Verhältnis)⁽¹⁷²⁾ 이긴 하지만 兩者가 一致하지 않는 경우도 있다(즉 意思와 表示의 不一致 Divergenz von Willen und Erklärung). 그 代表的인 경우가 錯誤(Irrtum)이다. 이러한 경우에 表示者는 그럼에도 不拘하고 그의 表示에 拘束되느냐의 문제가 발생한다. 意思와 表示의 不一致의 경우 意思表示의 效力은 어떻게 되느냐의 문제는 이른바 意思表示의 效力根據(Geltungsgrund)의 問題와 直結되며 19世紀와 BGB施行初期의 法律行爲理論에서 가장 크게 論議된 問題중의 하나이다.

(b) 이 問題에 관하여 普通法에서는 理論이 多彩롭게 展開되었다. Savigny는 그의 「System Bd. III」에서 이른바 意思主義(Willenstheorie)를 主張하였으며 이 理論은 後世에 대하여 큰 影響을 주었다. 오늘날에 있어서도 특히 Flume에 의하여 높이 評價되고 있다. 이러한 意思主義에 대하여는 19世紀의 70年代에 成立한 이른바 「表示主義」(Erklärungstheorie)가 對立하고 있다. 兩說의 對立은 아직도 本質的인 點에 있어서는 完강하게 持續되고 있다고도 할 수 있다.⁽¹⁷³⁾

[B] 意思主義와 表示主義

(a) 意思主義

Savigny는 그의 “System Bd. III(1840)”에서 다음과 같은 綱領的文章으로써 意思主義의 기치를 들었다. 즉 「根本的으로 意思자체가 唯一하게 重要하고 效果的인 것으로 생각되어야 하기 때문에, 그리고 意思是 內心的이고 不可視的인 事件이기 때문에만, 우리는 意思가 他人에 의하여 認識될 수 있는 徵表를 필요로 한다. 意思가 그에 의하여 表現되는 이 徵表가 바로 表示이다.»⁽¹⁷⁴⁾ 이러한 提제는 모든 個個의 法律關係, 따라서 契約關係도 하나의 法原則에 의하여 定하여지는데 이 原則의 內容은 「個人意思에 대하여, 그것이 모든 他人의 意思와는 獨立하여 支配하는 領域이 부여된다고 하는 데에 存在한다」⁽¹⁷⁵⁾ 고 하는 Savigny의 基本觀念으로 부터 바로 結果한 것이다.

(171) (註)(164) 참조.

(172) Savigny, *System Bd. III*, §134

(173) Bydliniski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967), S. 1. 참조.

(174) Savigny, a.a.O.

(175) Savigny, *System Bd. I*, S. 333.

意思主義는 意思를 「唯一하게 중요하고 效果的인 것」(das einzig Wichtige und Wirksame) 즉 「決定的要素」로 보기 때문에 (이른바 Willensdogma), 表示와 合致하는 意思가 없는 表示는 無效(nichtig)라고 하는 結論을 내리고 있다(이른바 意思主義의 「無效도그마」 Nichtigkeitsdogma der Willenstheorie). 즉 意思主義는 意思를 意思表示의 效力根據로 본다. 따라서 意思와 表示의 不一致의 경우에는 表示는 당연히 無效로 된다고 한다.

意思主義에는 Windscheid⁽¹⁷⁶⁾, Enneccerus⁽¹⁷⁷⁾, Zitelmann⁽¹⁷⁸⁾, Henle⁽¹⁷⁹⁾ 등이 따르고 있다. 意思主義는 19世紀와 今世紀初에는 독일에 있어서의 壓倒的通說이며 普通法上の 實務도 壓倒的으로 意思主義를 支持하고 있었다. 즉 Reichsgericht(RG)는 단호하게 意思主義를 公言하였다(RGZ 28, 18). 意思主義는 法制史的으로는 古典로마法과 近代로마法에서 그 充分한 支柱를 發見하고 있다.⁽¹⁸⁰⁾

意思主義者들은 물론 “Willensdogma”의 例外를 몇 가지 인정하고 있다. 특히 心裡留保(Mentalreservation)(獨民 第116條 참조)가 그 例이다. 그러나 表示와 意思의 不一致의 경우에 대하여 그들은 原則的으로 表示의 無效가 Willensdogma의 必然的結果라는 基本思想은 堅持하였다.

(b) 表示主義

表示主義는 意思와 表示의 不一致의 경우 특히 錯誤의 경우를 意思主義와는 反對로 取扱하며 表示者를 그의 表示에 拘束시키고 있다. 錯誤에 의한 表示(irrtümliche Erklärung)도 原則으로 效力(Geltung) 내지는 拘束力이 있다고 한다.

表示主義의 成立에 크게 寄與한 先驅的存在는 Jhering이다. 1861年 그의 有名한 論文 “Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen” (Jherings Jb. 4, S. 1. ff)에서 「意思主義의 不當性和 實際的空虛性」(die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit der Willenstheorie)을 지적하고 그 改善策으로서 錯誤를 理由로 하는 取消(Irrtumsanfechtung)의 경우 取消者에게 信賴利益의 賠償責任을 지워야 한다는 見解를 강력이 主張한 後, 이에 영향받아 1870年代에 처음으로 意

(176) Windscheid-Kipp, §76.

(177) Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (1889).

(178) Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879).

(179) Henle, *Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung* (1910); Henle는 다른 意思主義者들이 效果意思가 필요하다고 하는데 대하여, 表示意思(Erklärungswille)로 充分하다고 말하고 있다. 따라서 Larenz는 Henle의 見解를 「表示意思說」(Erklärungswillentheorie)로 부르고 있다. Larenz, *Methode der Auslegung des Rechtsgeschäft*(以下 Methode der Auslegung으로 引用), S. 38.

(180) Enneccerus-Nipperdey, § 164 I 3.

思主義에 대한 단호한 反對가 일어났다.

Roever⁽¹⁸¹⁾는 「意思없이는 有效한 表示없다」(“ohne Wille keine wirksame Erklärung”)라는 意思主義의 公理가 잘못임을 「事物의 自然」(Natur der Sache)으로부터 導出하려고 試圖하였다. 그는 「오히려 對應하는 意思의 缺如는 生存者間의 表示의 無效를 結果하지 않는 것이 原則」이라고 主張하였다.

그 후 Bähr가 Roever에 同調하였다. Bähr는 表示主義를 최초로 理論的으로(dogmatisch) 整理한 代表者로 인정받고 있다.⁽¹⁸²⁾ 그러나 Flume는 Bähr가 아직 意思主義를 原則的으로 아주 포기한 것은 아니라고 말하고 있다.⁽¹⁸³⁾ 어떠한 Bähr는 그의 方向提示의인 「歸責思想」(Zurechnungsgedanke)에 기하여 다음과 같이 말하고 있다. 즉 「契約締結에 즈음하여 그에게 歸責될수 있는 方法으로(in einer ihm zuzurechenden Weise) 그의 意思의 外部的現象을 惹起시킴으로써 그의 相對方으로 하여금 善意로(bona fide) 權利를 取得하였다고 믿게 하였거나 또는 믿을 수 있게 한 者는, 그에게 실제로는 그러한 意思가 없었다는 主張을 할 수 없다. 그는 그의 意思의 外部的現象(外形)에 기하여, 마치 그가 실제로 意欲하였던 것처럼 責任을 진다.」⁽¹⁸⁴⁾

叙上の 言及에서 볼 수 있듯이 表示主義는 信賴保護의 思想위에서 있다고 할 수 있다.⁽¹⁸⁵⁾ 즉 表示主義는 表示受領人의 側(Empfängerhorizont)에 서서 表示受領人의 信賴 내지는 利益의 保護를 더 강조한다.

表示主義를 가장 明快하게 整理한 것은 Danz이다. 즉 그는 그의 古典的名著 “Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (1. Aufl.1897, 3. Aufl. 1911)에서 表示主義를 다음과 같이 宣言하고 있다. 「그러므로 法律行爲의 要素인 意思表示는 去來經驗에 따라 그리고 具體的케이스의 모든 事情의 評價에 따라 通常的으로 일정한 意思의 推測(Schluß)을 許容하는 어떤 사람의 行動으로 定義될 수 있으며, 이러한 推測이 個個의 경우에 맞느냐 즉 그러한 內心的意思가 그에게 있었느냐 없었느냐와는 관계없다.」⁽¹⁸⁶⁾

表示主義의 陳營에 속하는 學者로서는 Schlossmann⁽¹⁸⁷⁾, Hölder⁽¹⁸⁸⁾, Schall⁽¹⁸⁹⁾,

(181) Roever, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung* (1874), S.47.

(182) Kramer, S. 120.

(183) Flume, § 4, 6.

(184) Bähr, *Über Irrungen im Kontrahieren*, Jherings Jb. 14 (1875), S. 393ff, S. 401.

(185) Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116, 19a

(186) Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3. Aufl., (1911) S. 14.

(187) Schlossmann, *Der Vertrag* (1876) S. 85ff.

(188) Hölder, *Willenstheorie und Erklärungstheorie*, Jherings Jb 55, S. 413ff, 기타.

(189) Schall, *Der Partewille im Rechtsgeschäfte* (1877).

Kohler⁽¹⁹⁰⁾, Bekker⁽¹⁹¹⁾와 Hartmann⁽¹⁹²⁾ 등을 들 수 있다.

意思主義를 代表하는 Savigny는 「意思자체가 唯一하게 重要하고 效果的인 것」으로 생각되어야 한다고 하는데 反하여 表示主義者들은 表示가 바로 그러한 것이라고 한다. 意思主義者들은 意思를 意思表示의 效力根據로 보는데 대하여 表示主義者들은 表示를 效力根據로 생각한다. 따라서 後者에 의하면 錯誤의 경우에도 表示는 存在하기 때문에 表示의 效力이 發生한다고 한다.

(c) 意思主義者와 表示主義者間의 이러한 論爭은 熾烈度を 더해 갔으며 BGB의 編纂史에도 그대로 反映되었다.

1887年末 BGB의 第1草案이 完成되었으며 이것은 原則적으로 意思主義를 採擇하였다. 즉 「法秩序는 個人들에게, 일정한 보다 높은 考慮에 기한 限界안에서, 그들의 法律關係를 自由롭게 形成할 수 있는 可能性을 부여한다. 意圖된 法的形成은 그것이 意欲되었기 때문에 일어난다」⁽¹⁹³⁾고 하는 立場에서 있다. 第1草案 第98條는 「表示된 意思와 眞正한 意思의 一致의 欠缺이 表示者의 錯誤에 기한 것이고, 表示者가 그러한 事情을 알았더라면 意思表示를 하지 않았을 것이라고 인정될 수 있는 경우에는, 意思表示는 無效이다」라고 規定하고 있었다. 물론 이러한 Willensdogma에 대하여는 去來利益(Verkehrsinteresse)에 대한 考慮에 의하여 重要한 점에 있어서 制限이 加하여지기도 하였다. 특히 Jhering의 “Culpa in contrahendo”(契約締結上的 過失)의 思想이 받아들여졌다.

第1草案은 意思主義와 表示主義 兩陣營으로부터 심한 批判을 받았으며, 이 批判은 現行의 BGB의 基礎인 1895년의 第2草案에서 참작되었다. 第2草案은 第1草案과는 달리 原則적으로 兩理論중의 어느 하나에 대하여 信仰告白을 하지 아니하였다. 오히려 第2草案은 法律行爲의 效力에 대한 意思欠缺의 影響의 문제에 관하여는 어떤 理論에도 다르고 있지 않고 있음을 強調하고 있다. 즉 第2委員會(Zweite Kommission)의 審議錄 “Protokolle”는 「報告者들과 總括報告者의 基調報告에 따라 우선 명백해진 것은, Willensdogma도 이와 對立하는 信賴原則(Vertrauensmaxime)(表示主義)도 큰 修正없이는 貫徹될 수 없으며 따라서 一說 또는 他說을 積極적으로 취하지 않고 문제되는 個個의 경우를 分離하여 파악하여야 한다는 것이다」⁽¹⁹⁴⁾라고 말하고 있다. 去來利益과 信賴保護의 思想(Gedanke des

(190) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, Jherings Jb 16, S. 91ff., Über den Willen im Privatrecht, Jherings Jb 28, S. 166ff.

(191) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts (1889).

(192) Hartmann, Gustav, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jherings Jb 20, S. 1 ff.

(193) Mugdan, Bd I, S. 457.

(194) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I (1897), S. 90.

Verkehrszinteresse und des Vertrauensschutzes)도 강조하고 있다.⁽¹⁹⁵⁾ 이러한 思想은 具體的으로는 第1草案과 달리 錯誤의 경우에 意思表示를 原則적으로 無效로 보지 않고 오직 意思表示를 取消할 수 있도록 한 점에 나타나 있다. 또한 錯誤에 기하여 取消하는 者는 相對方이 錯誤를 알았거나 알 수 있었을 경우를 除外하고는 相對方에게 損害賠償을 해주어야 하게 되어 있다. 이러한 第2草案의 內容이 그 후 BGB의 錯誤에 관한 規定(第119條以下)의 기초로 되었다.

BGB는 實用的인 觀點에서 어느 하나의 理論에 加擔하지 않고 있다. BGB는 意思主義와 表示主義의 그 어느것에도 一貫性있게 따르지 않고 있기 때문에 BGB는 原則적으로 어느 편에서 있느냐에 관하여 論爭이 계속되었다. Rudolf Leonhard는 당시의 상황을 「學問의 領域」은 여기서는 友軍과 敵을 誤認하고 自己의 편에 종을 쓰는 誤解의 안개로 어둡게 덮혀진 戰場과 같다」⁽¹⁹⁶⁾고 表現하고 있다.

意思主義者들에게는 心裡留保의 경우를 有效로 인정하는 BGB 第116條의 規定이 곤란을 가져다 주었다. 물론 이 문제는 BGB立法以前에도 이미 論議된 바 있었다. 極端적으로 心理적으로 理解된 意思主義의 立場에서는 事實上 왜 表示者는 그가 內心으로 진혀 意欲한 바가 없는 法律效果에 拘束되어야 하느냐를 說明할 수 없었다. 물론 意思主義者들은 이러한 難點을 倫理的 또는 道德的見地에서 解決하려고 노력하였다.

意思主義의 立場에 대하여 더욱 곤란을 가져다 준 것은 意思主義의 「無效도그마」에 反對되는 立法者의 決斷이었다. 즉 第119條와 第122條는 錯誤의 경우에 意思表示를 無效로 規定하지 않고 다만 意思表示의 取消可能性만을 인정하고 있다. 그러나 다른 한편에 있어서는 BGB속에 意思主義의 「無效도그마」의 영향을 말견할 수도 있다. 즉 第118條는 「진지하지 않은 意思表示」(nichternstliche Willenserklärungen)를 無效로 規定하고 있다. 또한 意思主義者들은 第133條의 意思表示解釋原則속에 意思主義의 原則的承認을 發見하고 있다. 즉 第133條는 意思表示의 解釋에 있어서는 表示者의 「眞意」(der wirkliche Wille)를 探究하여야 한다고 規定하고 있다.

表示主義者들은 다시 第116條와 第119條 以外에 第157條의 契約解釋原則을 그들의 論據로 삼고 있다. 第157條는 「契約들은 去來慣行을 고려하여 信義와 誠實이 요구하는 바에 따라 解釋되어야 한다」고 規定하고 있다.

BGB 施行以後에 있어서의 代表的인 表示主義者로는 Danz와 Franz Leonhard⁽¹⁹⁷⁾를 들

(195) *Protokolle, Bd. I*, S. 102ff.

(196) Henle의 上揭書 S. 1로부터의 再引用.

(197) Franz Leonhard, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, AcP 120 (1922), S. 14ff.

수 있다.

BGB 施行初期에 있어서는 意思主義의 支持者들이 壓倒的으로 우세하였다. 당시의 標準的教科書인 Enneccerus의 民法總則教科書는 그의 손에 의한 最後의 修正版에 이르기까지 意思主義를 고수하였다. Nipperdey에 의하여 修正・增補된 改正版에서는 後述하는 바와 같이 效力主義가 主張되고 있다.

BGB는 兩說의 折衷이라고 할 수 있다. 普通法時代에는 Dernburg와 Regelsberger에 의하여 折衷說이 主張된 바 있다. 現在에 있어서는 「信賴保護에 의하여 制限된 意思主義」(die durch den Vertrauensschutz eingeschränkten Willenstheorie)가 좀 더 有力한듯 하다.⁽¹⁹⁸⁾ Enneccerus-Nipperdey는 意思表示의 相對方의 信賴保護와 去來의 安全의 고려에 의하여 강력히 制限받고 있는 意思主義가 支配的이라고 말하고 있다.⁽¹⁹⁹⁾ 이러한 立場을 취하는 學者들은 法律行爲는 人間에게 그의 法律關係를 그의 必要와 方法에 따라 그 자신의 意思에 의하여 形成하는 手段(私法自治의 實現手段)으로서 인정되고 있다는 점을 그 論據로 삼고 있다.

[C] 效力主義

(a) 近來 독일에서는 意思主義와 表示主義이외에 이른바 效力主義(Geltungstheorie)가 主張되고 있다. 그 代表的的學者로서는 Larenz⁽²⁰⁰⁾, (Enneccerus-) Nipperdey⁽²⁰¹⁾, Dulckeit⁽²⁰²⁾, Wieacker⁽²⁰³⁾ 등을 들 수 있으며 近來 이에 同調하는 學者들이 늘어나고 있다. Flume는 效力主義가 「現在 一般的見解」(heute allgemeine Meinung)라고 말한다.⁽²⁰⁴⁾ 效力主義는 金曾漢教授에 의하여 우리나라에도 소개되었다.⁽²⁰⁵⁾ 여기서는 Larenz와 Enneccerus-Nipperdey의 所論을 中心으로 效力主義의 內容을 살펴 보기로 한다.

Larenz는 그의 “Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts”와 그의 “Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts”에서 意思主義와 表示主義 兩者를 모두 排斥하고 效力主義를 강력히 主張하고 있다. 以下에서 위의 兩著書에 의거하여 Larenz의 見解를 살펴본다. 그는 效力主義의 最初의 主張者를 Bülow(Bülow, Geständnisrecht (1899)

(198) Flume, §4, 5; Staudinger-Coing, Vorbem. vor §116, 19a,b; Lange, § 372b.

(199) Enneccerus-Nipperdey, §164 II 2 참조.

(200) Larenz §25 I; derselbe, *Methode der Auslegung*, S. 34ff.

(201) Enneccerus-Nipperdey, §145 II A2, §164 II3.

(202) Dulckeit, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäfts im Klassischen römischen Recht, Festschrift für Fritz Schulz Bd.I* (1951), S. 148ff.

(203) Wieacker, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, JZ 1967, 385ff.

(204) Flume, §4, 7.

(205) 金曾漢, 法律行爲論, 法學(서울大學校法學研究所), 第13卷 第2號, 5面以下.

S. 107ff.)라고 한다.⁽²⁰⁶⁾

意思主義와 表示主義는 모두 意思表示(Willenserklärung)는 2個의 서로 分離된 構成要素 즉 外部的의 要素인 「表示」(Erklärung)와 內部的의 要素인 「意思」(Wille)의 結合으로 이루어져 있다고 생각하고 있다. 즉 兩要素는 서로 分離된 獨立的存在로 파악하고 있다.⁽²⁰⁷⁾ 兩說 모두 意思表示를 「일정한 法律效果의 發生에 향해진 意思 즉 效果意思의 通告」(Kundgabe eines auf Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichteten Wollens, des Geschäftswillens od. Rechtsfolgewillens)로 理解한다고 한다. 즉 意思表示를 「完結된 精神的過程」(einen abgeschlossenen seelischen Vorgang) 즉 效果意思를 對象으로 하는 하나의 言明(Aussage)이라고 하고 있다고 한다. 실제로 von Tuhr는 「表示는 精神生活의 過程(Vorgang des Seelenlebens)을 사람들에게 알릴 目的으로 행하여지는 行爲이다」⁽²⁰⁸⁾라고 明白히 말하고 있다. 즉 意思是 「表示와 獨立의 存在하는 事實」(ein unabhängig von der Erklärung vorhandenes Faktum)로 理解하며 表示를 「意思의 實現」(Realisierung des Willens)으로서가 아니라 「意思에 外部的으로 附加되는 어떤 것」(etwas äußerlich zum Willen Hinzukommendes)으로 理解하고 있다. 즉 意思表示를 「現存하는 意思에 관한 通知」(eine mitteilung über ein vorhandenes Wollens)로 보고 있다. Larenz는 이 점에 있어서 意思主義와 表示主義는 생각을 같이하고 있다고 한다. 다만 意思主義는 「內心的意思」(der innere Wille)를 意思表示의 決定的의 要素로 보고 表示를 이러한 內心的意思의 標識 또는 認識標識(Erkennungszeichen)으로 보고 表示 자체는 獨立의 意味는 없다고 하고 表示 자체만으로는 法的으로 無意味하며 意思 자체가 權利創造力을 가지며 意思是 그 效力을 展開시키기 위하여 어떠한 外形的 認識表識를 필요로 할 뿐이라고 한다. 따라서 意思와 表示의 不一致의 경우에는 意思表示는 原則적으로 無效로 된다고 한다. 이에 反하여 表示主義는 表示에 의하여 創出된 信賴要件이 意思表示의 效力根據라고 하며 表示가 있으면 意思表示의 效果가 發生한다고 한다. 表示主義는 外部的의 要件의 存在로써 만족한다. Larenz는 兩主義는 이러한 점에서만 見解를 달리할 뿐이고 意思表示를 意思라고 하는 獨立의 存在의 表示로 보는 점에 있어서는 一致한다고 한다.

그러나 Larenz는 意思表示는 表示와 獨立하여 表示者의 意識속에 存在하는 「內心的意思」의 傳達에 不過한 것이 아니라 이러한 意思의 直接的實現(unmittelbarer Vollzug)이라고 한다. 意思表示는 「行爲로 化한 意思」(als Tat gewordener Wille)이며 本質적으로 意

(206) Larenz, *Methode der Auslegung*, S. 66ff.

(207) 例컨대 Lehmann-Hübner, §24 IV 1 참조.

(208) von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (1914), S. 400.

思의 實現行爲(Vollzugsakt)라고 한다. 意思是 表示속에 「實現되며」(sich verwirklicht) 그렇게 됨으로써 비로소 「現實적인 즉 法的으로 效力있는 意思」(wirklicher, d.h. rechtlich wirksamer Wille)로 된다고 한다. 意思表示는 두 개의 構成要素 즉 表示와 또한 이와 區別되는 內心的意思로 이루어지는 것은 아니며 「法律效果의 效力을 發生시키는 (法律效果의 拘束力을 發生시키는) 意味있는 統一의 行爲」(ein sinnhaft einheitlicher Akt, durch den die Rechtsfolge in Geltung gesetzt wird)라고 한다. 表示는 이러한 意味있는 行爲로서 法律效果의 直接의 效力根據라고 한다. Larenz에 의하면 意思表示는 意思의 通告(Mitteilung des Willens)가 아니라 「意思의 實現」(Realisation des Willens)이며 「效力(拘束)의 發生에 향해진 意思의 表明으로서의 意思表示」(Willenserklärung als eine volitive, auf den Eintritt eines Geltens gerichtete Äußerung)속에 意思가 客觀化(objektiviert)되며 따라서 意思表示는 「意思의 客觀化」(Willensobjektivierung)이며 「그 自體로」存在하고 效果있는 意欲의 通告」(mitteilung eines "ansich" vorhandenen und wirksamen Wollens)가 아니라 「效力이 發生하여야 하는 意思內容 자체의 直接의 表現」(der unmittelbare Ausdruck des Willensinhalts als eines solches, der gelten soll)이며, 效力表示(Geltungserklärung) 즉 일정한 法律效果를 內容으로 하고 이 法律效果를 效力이 발생되어야 할 것으로 記述하는 意思의 表明이라고 한다. 그리고 法은 이러한 Geltungserklärung에 대하여 表明된 法律效果를 부여 하며, 表示속에 實現되지 아니한 限 法의 視野에 전혀 들어서지 않는 意欲에는 法律效果를 부여하지 않는다고 한다. Geltungserklärung(效力表示)에 있어서의 效力(Geltung)이라 함은 「規範的 效力」(normative Wirksamkeit)을 말한다.

Larenz는 意思表示를 意思와 表示라는 獨立의인 두개의 要素의 結合으로 보지 않고 意思의 直接의 實現行爲, 즉 表示속에 實現된 意思로 보기 때문에, 그의 見解에 의하여 「意思와 表示의 二元論」(Dualismus zwischen Willen und Erklärung)은 克服된다고 한다. Larenz는 意思表示를 意思의 直接의 實現行爲이며, 效力表示 즉 일정한 法律效果를 實現되어야 할 것으로(Rechtserfolg als einen zu verwirklichenden) 또는 效力이 發生하여야 할 (gelten soll)것으로 言明하는 것, 즉 「法의 效力에 향해진 意思의 感情的 表明」(eine volitive, emotionale Äußerung, die auf eine rechtliche Geltung gerichtet ist)이라고 한다.

Ennecerus-Nipperdey⁽²⁰⁹⁾도 意思表示는 「心理學的인 基本的事實으로서의 意思行爲」(Willensakt als psychologische)와——이러한 內心的意思를 通告하는데 이바지하는——이와 分離된 「表示行爲」(Erklärungsakt)로 分解되어서는 안되며 意思表示는 오히려 「本質的單一

(209) Ennecerus-Nipperdey, §164 II 3.

體」(Wesenseinheit)라고 한다. 意思表示에 있어서의 本質의인 法律效果의 意欲은 그 意欲이 그 속에서 實現되는 行爲(즉 이른바 表示行爲)와 不可分的으로 一體化되어 있다고 한다. 法秩序는 內心的인——순수히 心理的인——事實로서의 意思에 依據할 수도 없고 해서도 안된다고 한다. Enneccerus-Nipperdey에 의하면 法律效果의 發生을 위하여 決定的인 것은 「表示行爲속에 實現된 意思」(der im Erklärungsakt vollzogene Wille)라고 한다. 그리고 이렇게 表示된 意思是 그 意思를 「in Geltung setzen」(效力發生하게)한다고 한다. 意思表示는 權利形成行爲이며 그 속에 들어 있는 意思是 形成的意思 또는 效力意思(Gestaltungs- od. Geltungswille)이며, 「表示要件속에 實現된 意思」(der in Erklärungsstatbestand verwirklichte Wille)는 表示者에게 歸責된다고 한다.

法秩序는 內心的의 意思가 表示속에 實現된 意思 즉 「歸責의 表示意味」(zurechenbare Erklärungsbedeutung)와 一致하지 않는 경우에는 表示者에게 일정한 경우 意思實現(Willensvollzug)을 없었던 것으로 만들 수 있는 可能性 즉 그의 效力指示(Geltungsanordnung)를 철회할(widerrufen) 수 있는 可能性을 부여한다(例: 獨民 第119條, 第120條, 第123條, 第2078條). Enneccerus-Nipperdey는 그러나 이에 대한 根據는, 法律이 正常的인 경우에는 內心的의 意思로부터 出發하고 있다는 데에 있지 않고, 表示者의 利益과 相對方의 그것의 較量이 表示者의 利益의 보다 높은 評價와 그의 內心的의 意思의 고려를 필요로 하게 한다는 立法者의 評價에 기한 것이라고 한다. Enneccerus-Nipperdey는 BGB는 效力主義에 立脚하고 있다고 말하고 있다.

要件대 Larenz와 Enneccerus-Nipperdey의 效力主義는 意思表示를 「內心的의 意思의 단순한 表明」(bloße Verlautbarung des inneren Willens)으로 보지 않고 이를 「意思實現行爲」로 보고 일정한 法的效力(rechtliche Geltung)에 향해진 「效力表示」 또는 「效力指示」(Geltungserklärung od. Geltungsanordnung)로 봄으로써 하나의 統一的存在로서의 意思表示의 本質의 理解에 크게 공헌하였다.

Flume⁽²¹⁰⁾도 意思表示를 Geltungserklärung으로 보는 점에서는 效力主義와 見解를 같이 한다. 그러나 그는 效力主義가 意思主義와 對立되는 것으로 생각하는 것은 잘못이며 이른바 效力主義는 正確히 理解된 意思主義(richtige verstandene Willentheorie)에 不過하다고 한다. 즉 Savigny는 이미 意思表示는 內容의으로 어떤 法律關係의 發生·變更·消滅에 향해진 것이라고 말한 바 있으며⁽²¹¹⁾, 이로부터 意思表示는 Geltungserklärung이라는

(210) Flume, a.a.O.

(211) Savigny, *System Bd. III*, §114.

結論이 自明하게 나온다고 한다. Flume는 意思表示가 內容上 Geltungserklärung이라 한은 이미 意思主義에 의하여 그렇게 理解된 마이코, Larenz가 말한 바 같이 Bülow의 最初의 發見은 아니라고 한다. 意思表示의 本質的單一性(Wesenseinheit der Willenserklärung)은 이미 Savigny도 「意思와 表示는 이미 그 本質上 結合되어 있는 것으로 생각되어야 한다」⁽²¹²⁾고 強調한 바 있다고 한다. 또한 意思表示가 「內心的意思의 단순한 表明이 아니라 意思實現(Willensvollzug)」이라 함은 이미 意思主義의 뛰어난 主張者인 Windscheid와 Enneccerus에 의하여도 強調된 바 있다고 한다.

現代의 가장 著名한 意思主義者인 Flume는 意思表示의 本質은 「어떤 法的規律의 效力發生케 함을 통한 自己決定에 기한 法律關係의 創造的形成속에」(in der schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen im Selbstbestimmung durch das In-Geltung-Setzen einer rechtlichen Regelung)⁽²¹³⁾, 다시 말하면 表示者가 그의 自己決定에 基하여 (in Selbstbestimmung) 일정한 法的規律의 效力을 發生케 함으로써 (durch das In-Geltung-Setzen) 法律關係를 創造的으로 形成하는 데에 있다고 한다. 意思表示는 「하나의 目的的인 法律行爲의 行爲」(eine finale rechtsgeschäftliche Handlung, ein actus juridicus)이며 그것은 「일정한 法的規律의 效力發生케 함」(또는 「일정한 法的規律의 效力이 發生하여야 한다는 指示」) (In-Geltung-Setzen einer rechtlichen Regelung)이므로 意思表示라는 用語보다 Geltungserklärung(效力表示)라고 부르는 것이 더 適當할 것이라고 말한다.⁽²¹⁴⁾

Flume에 의하면 效力主義는 意思와 一致하지 않는 表示(例컨대 錯誤에 의한 表示)는 原則的으로 無効이어야 한다는 意思主義의 「無効도그마」(Nichtigkeitsdogma)에 反對하고 있는 점에서만 古典的 意思主義와 다르다. Flume는 이른바 效力主義者들의 關心事는 錯誤의 경우에 意思主義의 「無効도그마」로부터 意思表示의 存在를 구제하는 것이었다고 한다. 效力主義者들은 錯誤에 의한 意思表示에 있어서도 「意圖的인 效力發生케 함」(ein willentliches In-Geltung-Setzen) 「意圖的인 效力指示」는 存在하며 따라서 일단은 우선 「有效한 法的形成」(eine gültige Rechtsgestaltung)이 이루어졌으며 다만 이러한 法的形成은 取消에 의하여 排除될 수 있다고 한다. 위와 같은 錯誤에 의한 表示 또는 意思欠缺에 의한 意思表示에 기한 法的形成을 有效로 取扱하느냐 無効 또는 取消할 수 있는 것으로 다루느냐는 實定法이 決定할 문제라고 한다.⁽²¹⁵⁾ 이렇게 함으로써 意思와 表示의 二元論은 克服된다고

(212) Savigny, *System Bd. III*, §134.

(213) Flume, §4, 4, §5, 7.

(214) Flume, §5, 7.

(215) Larenz, *Methode der Auslegung*, S. 52f, 68f.

한다.⁽²¹⁶⁾ 그러나 Flume는 意思와 表示의 二元論은 세상에서 없앨 수는 없다고 한다. 왜냐하면 그 不一致는 하나의 엄연한 事實(Faktum)이기 때문이라 한다. 그리고 Flume는 이러한 不一致의 문제의 해결을 위하여 매우 흥미있는 見解를 제시하고 있다.⁽²¹⁷⁾

즉 그는 意思表示의 本質을 그것이 「自己決定에 의한 法的形成」(Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung)이라는 데서 찾고 있다. 따라서 意思欠缺의 경우 특히 錯誤에 관한 意思主義의 「無效도그마」를 단순한 「論理的推論」이라고 비웃고 그것을 方法論적으로 잘못된 概念法學的 結果로 보는 것은 잘못이라고 한다. 意思主義의 「無效도그마」는 「自己決定行爲로서의 意思表示」(Willenserklärung als Akt der Selbstbestimmung)의 理解와 그 實質의인 評價위에 立脚하고 있으며, 이러한 「無效도그마」는 비록 無效(Nichtigkeit)가 取消(Anfechtung)로 弱화된 狀이지만 아직 意思欠缺에 관한 BGB의 規定, 특히 錯誤의 規定의 기초를 이루고 있다고 한다. 現行法의 規定은 自己決定行爲로서의 意思表示의 本質 및 意思主義의 「無效도그마」와 관련이 있다고 한다. 意思欠缺의 경우 法律行爲의인 法的形成은 自己決定이라는 正當性의 根據가 缺如되어 있다고 보는 점에서는 意思主義는 옳다고 한다. 다만 贊成할 수 없는 점은 이로부터의 「無效도그마」의 導出이라고 한다. Flume는 意思表示는 法律關係의 形成行爲로서 表示者뿐만 아니라 他人에게도 관계되는 社會的行爲(Sozialakt)이기 때문에, 누가 自己決定의 缺如에 대한 위험(Risiko)을 부담하여야 하느냐, 즉 自己決定을 行使한 者나 相對方이냐의 문제가 發生한다고 한다. 自己決定에는 自己責任(Selbstverantwortung)이 속하는데, 實定法이 意思欠缺의 문제를 規律함에 있어서 문제되는 것은 自己決定의 一部로서의 自己責任에 어느 정도로 고려를 배풀어야 하느냐이라고 한다. 즉 어느 정도로 表示者는 自己決定의 相關原理인 自己責任에 기하여 自己決定의 過誤의 위험을 부담하여야 하느냐 특히 어느 정도로 錯誤에 의한 表示의 效力을 인정하느냐라고 한다. 意思欠缺이 부착된 表示行爲의 效力을 正當化하기 위하여는 表示主義처럼 「表示의 絶對化」(Verabsolutung der Erklärung)를 할 필요는 없으며 또한 錯誤의 경우에도 意思와 表示의 不一致를 승인하려 하지 않는 效力主義도 필요하지 않다고 한다. 反對로 意思表示의 本質에 따라 意思欠缺을 알고 있는 意思表示는 自己決定에 의한 內容의 正當化를 缺如하고 있기 때문에 흠이 있다고 하고 이로부터 「自動적으로」(per se) 意思表示의 「無效도그마」를 導出하는 것은 잘못이라고 한다. 경우에 따라 自己責任에, 自己決定에 의한 表示의 內容의 正當化에 대한 優位를 인정할 수도 있다고 한다. 물론 그 어느 것에 優位를 인정할

(216) Larenz, *Methode der Auslegung* S. 69.

(217) Flume, §4, 8.

것이냐에 관해서는 一律的인 基準은 존재하지 않는다고 한다.

以上에서 본 바와 같이, Flume는 이른바 效力主義에 따르지는 않지만, 意思表示를 效力表示(Geltungserklärung)로 보는 점에서는 效力主義와 見解를 같이 한다. 그는 意思表示를 效力表示로 보는 것은 「正確하게 理解된 意思主義」에 不過하다고 한다. Flume의 見解가 效力主義와 다른 점은, Flume가 意思와 表示의 不一致는 하나의 엄연한 事實로서 인정하지 않으면 안된다고 하고 意思欠缺 특히 錯誤의 경우의 表示의 效力을 效力主義처럼 意思와 表示의 不一致를 否認함으로써가 아니라, 自己決定的 相關原理인 自己責任의 思想에 의하여 뒷받침하고 있는 데에 있다. 또한 古典의 意思主義와 다른 점은 古典의 意思主義가 意思의 欠缺의 경우 自己決定的 原理만을 강조하고 언제나 意思表示의 「無效도그마」를 自動的으로 導出하는 데 反하여, Flume는 경우에 따라(例컨대 錯誤의 경우) 自己決定的 相關原理인 自己責任에 기하여 意思表示의 效力을 인정하고 있는 데에 있다. Flume의 理論은 새로운 意思主義라고 할 수 있을 것이다.

(b) 效力主義에 대한 評價

效力主義는 意思表示가 意思와 表示의 두개의 獨立的要素의 結合으로 이루어진 것, 즉 意欲이라는 事實의 表明이 아니라, 意思實現(Willensvollzug) 즉 表示속에 實現된 意思(in der Erklärung verwirklichter Wille)로 파악함으로써 意思와 表示의 二元論(Dualismus von Willen und Erklärung)을 克服하려 하고 意思表示를 本質的單一體로 理解한 점에서는 意思表示의 本質把握에 기여한 공로는 크다고 생각된다. 그리고 意思表示를 發生하여야 할 效力의 表示(Geltungserklärung) 즉 일정한 法律效果 또는 法的規律의 效力이 發生하여야 한다고 하는 表示(즉 發生하여야 할 效力의 指示 Geltungsanordnung od -anweisung)로 파악하고 있는 것은 옳다. 그러나 效力主義는 意思와 表示의 不一致(意思欠缺)의 문제의 解決에 실제로 크게 공헌한 바는 없다고 評價되고 있다.⁽²¹⁸⁾ Larenz는 錯誤를 意思와 表示의 不一致(Divergenz von Willen und Erklärung)에 기한 것이 아니라 「생각된(主觀的) 表示意味와 法的으로 기준이 되는(歸責的인) 表示意味의 不一致」(Divergenz von der gemeinten(subjektiven) und der rechtsmaßgeblichen(zurechenbaren) Erklärungsbedeutung)에 기한 것이며 錯誤의 表示는 眞實로는 存在하지 않는 意思에 관한 거짓 言明(falsche Aussage)이 아니라 「意圖的인 效力發生指示」이므로 效力表示이며, 이러한 錯誤에 기한 意思表示나 기타의 意思欠缺에 기한 意思表示를 어느 정도로 有效한 것으로 取扱할 것이냐는 實定法이 決定할 문제라고 한다.⁽²¹⁹⁾ 그러나 이것은 結果的으로는 意思와 表示의 不

(218) Bydlinski, S. 3; Wolf, S. 72; Flume, a.a.O.

(219) Larenz, *Methode der Auslegung*, S. 68.

一致를 다른 말로 表明한데 不過하며 不一致의 문제에 대하여 하등 새로운 解決策을 제시해 주지는 못한다. 이 문제에 관한 Larenz의 解決策은 結果的인 面에서는 表示主義와 같아진다.⁽²²⁰⁾ 오히려 Flume의 試圖처럼 錯誤의 경우에 있어서의 表示의 效力을 自己決定의 相關概念인 自己責任의 思想에 立脚하여 正當化하는 것이 적절하다고 본다.

(220) Wolf, a.a.O.