

‘목시적 의사표시’를 근거지우는 구체적 사실이 주요사실인지(주요사실설), 아니면 개개의 구체적 사실을 종합하여 추인되는 의사표시가 주요사실이고 근거사실은 간접사실에 불과한지(간접사실설)에 대하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 후자의 입장이다.⁴⁰⁴⁾ 채권의 포기나 채무의 면제, 목시적 화해계약, 무권대표행위나 무효행위의 추인, 면책적 채무인수에 대한 채권자의 승낙, 계약 내용의 중요한 변경에 대한 상대방의 동의 등에 관한 목시적 의사표시의 인정은 엄격하고도 신중하게 하여야 한다.⁴⁰⁵⁾

5) 의사표시의 도달과 효력발생

상대방이 있는 의사표시(채권양도 통지·승인, 시효중단사유로서의 채무승인과 같은 관념의 통지 등 준법률행위에도 유추적용된다)의 효력을 주장하는 자는 ① ‘(표의자의 상대방에 대한) 의사표시의 존재’ 및 ② ‘의사표시의 (상대방에 대한) 도달’ 사실을 주장·증명하여야 한다(①은

404) 92다39334, 39341(“원심 인정의 간접사실만으로는 … 목시적으로 해지되었다고 추단하기에는 경험칙상 부족하다”), 98다17930(“원심이 … 간접사실들을 종합하여 … 목시적으로 합의해제되었 … 다고 본 … 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고”), 2001다7865(“계약인수에 대한 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 인정한 근거로 삼은 간접사실들을 살펴보건대, … 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 추단할 사정은 되지 못하고”) 등. [☞] 의사의 명시적 표시와 목시적 표시는 표시가치의 대소에 의한 구별에 지나지 않으므로 둘을 굳이 달리 취급할 이유가 없다(민법주해 총칙 (2), 1992, 143면(송덕수 집필))는 점에서 판례의 견해가 옳다.

405) ○ 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016다203933 판결: “화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기 위하여 의사의 합치가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다를 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 목시적으로 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정하기 위해서는 그 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 목시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다.” [☞] [동일 취지] ① 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결: “채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 당해 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다.” ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결: “임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 목시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.” ○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다88543, 88550 판결: “계약 체결 후에 한쪽 당사자가 계약의 내용을 변경하고자 계약 내용과는 다른 사항이 포함된 문서를 상대방에게 송부하고 상대방이 이를 수령하고도 이의를 제기하지 않은 경우에 계약의 내용이 변경되었다고 보려면, 거래의 종류와 성질, 거래관행, 발송한 문서의 내용과 형식, 상대방의 태도 등에 비추어 상대방이 그 변경에 목시적으로 동의하였다고 볼 수 있어야 한다. 이때 변경되는 사항이 이미 체결된 계약의 내용을 중요하게 변경하는 결과를 초래하는 경우에는 위와 같은 목시적 동의를 쉽사리 인정해서는 안 된다.” [☞] [동일 취지] ① 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결: “당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 이러한 이치는 거동에 의한 목시적 법률행위에 있어서도 다르지 않다.” ② 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다37718 판결: “무권대표행위나 무효행위의 추인은 무권대표행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이든 목시적이든 묻지 않는다 할 것이지만, 목시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다.”

상대방이 있는 의사표시의 '성립요건'으로서 '발송·발신'을 말하고, ②는 그 '효력발생요건'에 해당한다.⁴⁰⁶⁾

여기서 '도달'이라 함은 '사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우'를 말한다.⁴⁰⁷⁾ 상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부한 경우에는 '수취 거부 시'에 의사표시의 효력이 생기고, 수취 거부의 '정당한 사유'에 관해서는 수취 거부한 상대방이 증명할 책임이 있다.⁴⁰⁸⁾

판례 중에는 내용증명·배달증명⁴⁰⁹⁾ 등의 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송에 그

406) 민법 제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력이 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

407) ㉔ 의사표시나 관념의 통지의 '도달'

○ 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19973 판결: "계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고(민법 제111조 제1항), 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다."

○ 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010다57 판결: "도달은 보다 탄력적인 개념으로서 송달장소나 수송달자 등의 면에서 (민사소송법상) 송달에서와 같은 엄격함은 요구되지 아니하며, 이에 송달장소 등에 관한 민사소송법의 규정을 유추적용할 것이 아니다. 따라서 채권양도의 통지는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다고 할 것이다."

ex 1. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결: 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지 빌딩 4층으로 배달되고, 국내등기 우편조회에 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 기재되어 있으며, 소외 1은 피고 조합에 배달되는 우편물을 수령하는 업무를 담당하였는데, 소외 1 부재 시에는 같은 장소에서 근무하는 피고 회사 직원인 소외 2가 대신 우편물을 수령하였다가 소외 1에게 전달한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 보이고, 설령 피고 조합이 채권양도 통지서를 현실적으로 수령하지 않았다고 하더라도 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지로 배달되었고, 피고 조합에게 전달되었을 가능성이 높은 점 등을 고려하면, 채권양도통지서는 사회통념상 채무자인 피고 조합이 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써, 피고 조합에게 도달하였다고 봄이 상당하다고 판시.

ex 2. 대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결: 채권양도의 통지서가 들어 있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있는 통지인인 채권자가 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 우편물의 내용이 무엇인지를 그 가정부가 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없었던 이상 그 채권양도의 통지는 사회통념상 채무자가 그 통지 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 것이라고 볼 수 없으므로 그 통지는 피고에게 도달되었다고 볼 수 없다고 한 예.

ex 3. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2009두14965 판결: ① 금융기관이 고객의 예금계좌에 이자를 입금하면 예금주는 인터넷 뱅킹 등에 의한 잔액조회를 함으로써 그 사실을 확인할 수 있고 그에 대한 처분권도 취득하게 되므로 그로 인한 채무승인의 통지는 이자 입금 시점에 예금주에게 도달하게 되어 그 예금에 대한 소멸시효는 중단되었고, ② 금융기관이 시효기간이 지난 공제금 찾아주기 운동을 실시하여 각 영업장에 홍보용 포스터·안내문을 게시하고 인터넷 홈페이지에 홍보하며 언론에 보도되도록 하고, 공제계약자·수익자에 대하여 공제금을 찾아가라는 내용의 개별 안내서를 일괄하여 발송함으로써 공제계약자·수익자는 공제금에 대하여 금융기관이 시효이익을 포기하였음을 객관적으로 알 수 있는 상태에 놓였다고 한 사례.

408) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019두34630 판결: "상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부함으로써 그 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태의 형성을 방해한 경우 그러한 상태가 형성되지 아니하였다는 사정만으로 발송인의 의사표시의 효력을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 부당한 수취 거부가 없었더라면 상대방이 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다. ... 우편물의 수취를 거부한 것에 정당한 사유가 있는지에 관해서는 수취 거부를 한 상대방이 이를 증명할 책임이 있다."

도달의 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다.”고 한 것도 있는데, 등기취급우편에 의한 발송 사실만으로 그 도달을 인정할 것이 아니라 송달장소, 수령인 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다⁴¹⁰⁾(등기취급우편으로 ‘상대방의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에’ 발송한 사실이 인정되면, 우편법령 규정과 경험칙에 비추어 그 무렵 상대방에게 도달되었다고 사실상 추정할 수 있다고 봄이 옳다).⁴¹¹⁾

409) 내용증명은, ‘등기취급을 전제로 우체국창구 또는 정보통신망을 통하여 발송인이 수취인에게 어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명하는 우편물의 특수취급제도’이고, 배달증명은 ‘등기취급을 전제로 우편물의 배달일자 및 수취인을 배달우체국에서 증명하여 발송인에게 통지하는 특수취급제도’이다(우편법 시행규칙 제25조 제1항 제4호, 제1호).

410) ◎ 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정 여부

판례 중에는, “내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 이를 입증하여야 한다.”(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20140 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다25002 판결; 보통우편의 발송으로는 도달의 추정 부정)고 하고, “의사표시가 기재된 내용증명 우편물이 발송되고 달리 반송되지 아니하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 그 무렵에 송달되었다고 봄이 상당하다.”(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다20052 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다38322 판결; ‘내용증명 우편의 발송 + 미반송’ 사실로 부터 송달 추정)거나, “(우편법 등 관계 규정의 취지에 비추어 볼 때) 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야” 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결, 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누13127 판결, 대법원 1992. 3. 27. 선고 91누3819 판결; ‘등기취급 우편의 발송’으로부터 배달 추정, 반송은 추정 배제의 특별한 사정에 포함)고 하여, ‘내용증명우편이나 등기우편’의 발송에 그 도달에 대한 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다31281 판결은, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 오히려 위와 같은 우편집배원의 진술이나 우편법 등의 규정을 들어 우편물의 수령인을 본인의 사무원 또는 고용인으로 추정할 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 우편물이 피고의 주소나 사무소 아닌 동업자의 사무소에서 그 신원이 분명치 않은 자에게 송달되었다는 사정만으로는 사회관념상 피고가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정할 수 없다”고 하였고, 대법원 1993. 11. 26. 선고 93누17478 판결은, “우편법 제31조, 제34조, 같은법 시행령 제42조, 제43조의 규정취지는 우편사업을 독점하고 있는 국가가 배달위탁을 받은 우편물의 배달방법을 구체적으로 명시하여 그 수탁업무의 한계를 명백히 한 것으로서 위 규정에 따라 우편물이 배달되면 우편물이 정당하게 교부된 것으로 인정하여 국가의 배달업무를 다하였다는 것일 뿐이지 우편물의 송달로써 달성하려고 하는 법률효과까지 발생하게 하는 것은 아니므로 위 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것인바, … 집배원으로부터 우편물을 수령한 빌딩건물경비원이 원고나 그 동거인 또는 고용인에게 위 청문서를 전달하였다고 볼 수 없는 이상 청문서가 원고에게 적법하게 송달되었다고 볼 수 없다”고 하였으며, 근자의 2010다57 판결, 2010다77477 판결도 내용증명 우편이나 등기우편에 의한 채권양도 통지 사실만으로 그 도달을 인정한 것이 아니라 제반 사정을 종합하여 도달 사실을 인정하였다. 등기취급우편에 의한 발송에 그 도달의 사실상 추정력을 인정한 91누3819 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송한 이상 특단의 사정이 없는 한 위 서류는 그로부터 수일 내 원고나 원고의 가족 등에게 송달되었다고 봄이 상당하다’고 한 사례, 92누13127 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송되었고, 그것이 반송되지 아니한 사안에서, 적법하게 원고에게 송달되었다’ 한 사례, 96다38322 판결은 ‘내용증명으로 최고서를 상대방의 영업소로 발송한 사안에서 그 무렵 도달되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다’고 한 사례이다.

411) ◎ 등기취급우편의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정에 따른 공방구조

납세고지서 송달에 관한 아래 판결을 준칙으로 삼아 구체적으로 살펴보면, ① 표의자가 ‘등기취급우편으로 상대방의 주민등록지(법인등기부·사업자등록지·계약상 거주소)로 발송’한 사실(간접사실)을 증명하면, ‘상대방에게 도달’된 사실(요증사실)이 사실상 추정되고, ② 이에 대하여 상대방은 ‘주민등록지 등에서 실제로 거주하거나 영업하지 아니’한 사실(가출, 승선, 해외유학 등의 장기간 부재 사실 포함, 전체사실에 대한 반대사실) 또는 ‘반송’ 사실(요증사실에 대한 반대사실)에 대하여 반증으로 사실상 추정을 저지하면 되며, ③ 이에 표의자는 원래

의사표시에 관하여 상반된 이해관계가 있는 사무원·피용자·동거인 등은 본인을 위한 의사표시 수령권한이 부정된다.⁴¹²⁾

아파트 경비원이 우편물을 수취인 가구의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 수취인이 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수 없으나(우편함의 구조를 비롯하여 수취인이 우편물을 수취하였음을 추인할 만한 다른 특별한 사정이 더해져야 한다),⁴¹³⁾ 아파트의 주민들이 등기우편물

증명책임의 부담자로서 다시 돌아와 요증사실인 ‘적법한 도달’ 사실(상대방이나 그 수령대행인이 직접 수령한 사실 또는 제3자 수령의 경우 그에게 송달수령의 권한이 위임된 사실)을 증명하여야 하는 공방구조가 되는 것으로 봄이 옳다.

대법원 1998. 2. 13. 선고 97누8977 판결: “우편법 제31조, 같은법시행령 제42조 제12항에 의하면, 우편물은 그 표면에 기재된 곳에 배달하는 것이고, 우편법시행령 제42조 제3항에 의하면 등기로 취급하는 우편물은 수취인·동거인(동일 직장에서 근무하는 자를 포함한다) 또는 제43조 제1호(동일 건축물 또는 동일 구내의 수취인에게 배달할 우편물로서 그 건축물 또는 구내의 관리사무소, 접수처 또는 관리인) 및 제5호(수취인이 동일집배구에 거주하는 자를 대리수령인으로 지정하여 배달우체국에 신고한 경우에는 그 대리수령인)의 규정에 의한 수령인으로 부터 그 수령사실을 확인받고 배달하여야 하도록 규정하고 있으므로, 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아도 좋을 것이다. 그러나 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 둔 경우에는 그 사실만으로써 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기는 어려울 뿐 아니라 수취인이 주민등록지에 실제로 거주하지 아니하는 경우에도 우편물이 수취인에게 도달하였다고 추정할 수는 없고, 따라서 이러한 경우에는 우편물의 도달사실을 과세관청이 입증해야 할 것이다. … 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 두었고, 그 밖에 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기 어려운 사정이 인정된다면, 등기우편으로 발송된 납세고지서가 반송된 사실이 인정되지 아니한다 하여 납세의무자에게 송달된 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다.”

412) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결: “보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과의 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 그 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다고 보아야 한다.” ■ 이는 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우에도 마찬가지여서, 그러한 보충송달은 무효이다 (대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도11658 판결; 원·피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정 정본을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받은 사안).

413) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다66411 판결: “아파트의 우편함에 우편물을 넣어 두었다고 하더라도 그 우편물이 분실되는 경우가 흔히 있고 통상 우편함에는 비단 보통의 우편물뿐만 아니라 광고전단 등도 아울러 투입되는 일이 많으며 우편함에 광고전단 등이 많이 쌓여 넘치게 되면 아파트의 청소를 담당하는 사람이 치워 버리기도 하는 현실에 비추어 볼 때, 우편물이 수취인 가구의 우편함에 투입되었다고 하더라도 그 우편물이 수취인의 수중에 들어가지 않을 가능성이 적지 않게 존재한다고 보아야 하고, 더욱이 이 사건의 경우 78세가량으로서 단독 세대주인 피고에게 우편물이 오는 일 자체가 흔치 않았기 때문에 아침 일찍 출근하였다가 밤늦게 퇴근하는 피고가 우편함을 수시로 살펴 우편물이 있는지 여부를 확인하였을 것으로는 보이지 않는데다가, 경비원 김○○도 피고에게 상속채무발생통보서를 우편함에 넣어둔 사실을 따로 말하여 주지 아니하였던 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 특별히 피고의 아파트의 우편함에 자물쇠가 있어 우편물을 그 우편함에 투입하면 다른 사람이 쉽게 이를 꺼내 갈 수 없는 구조라거나, 그 우편함의 자물쇠가 설치되어 제대로 작동하고 있었으며 경비원 김○○이 위 상속채무발생통보서를 다른 사람이 꺼낼 수 없도록 완전하게 넣었다는 등의 특별한 사정이 밝혀지지 아니하는 한, 경비원 김○○이 상속채무발생통보서를 피고의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 피고가 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수는 없을 것이다.” ☞ 원심이, 피고 거주 아파트 경비원이 원고 발송의 내용증명 통보서를 집배원으로부터 수령한 후 이를 피고의 우편함에 넣어 둔 경우, 피고가 자신의 아파트 우편함에 투입된 위 통보서를 받아 보지 못할 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 위 통보서는 피고에게 도달하여 피고가 그 내용을 지득하였다고 봄이 상당하다고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기한 예.

등의 수령권한을 아파트 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 수 있는 경우에는 아파트의 경비원이 수령한 때에 송달되었다고 볼 수 있다.⁴¹⁴⁾

민법 제111조는 ‘임의규정’에 해당⁴¹⁵⁾하므로, ‘특약’에 근거하여 의사표시의 효력발생시기를 ‘도달’이 아닌 다른 시점으로 주장하는 자는 그 특약의 존재에 대한 증명책임을 진다.

발신주의를 취한 법규정⁴¹⁶⁾이 있는 경우,⁴¹⁷⁾ 그 적용을 위한 요건사실에 대한 주장·증명이 있어야 한다.⁴¹⁸⁾ 격지자 간의 계약은 승낙의 통지를 ‘발송’한 때에 성립한다(민법 제531조).

상대방 있는 의사표시가 상대방에게 도달하여 효력을 발생한 ‘후’에는⁴¹⁹⁾ 마음대로 이를 ‘철회’할 수 없음이 원칙이나(이미 행사되어 효력이 발생한 ‘형성권의 철회’는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않고,⁴²⁰⁾ 형성권의 소송상 행사 후 소취하나 부적법 각하, 실기한 공격방어방법으로서의 각하 등이 있는 경우 이미 발생한 사법상 효과에 아무런 영향을 미치지 않는다⁴²¹⁾), 예비적·가정적 성질을

414) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98두3679 판결; ‘납세의무자가 거주하던 아파트에서는 통상 일반 우편물은 집배원이 아파트 경비실 부근에 설치되어 있는 세대별 우편함에 넣으면 아파트 거주자들이 이를 위 우편함에서 수거하여 가고, 등기우편물 등 특수우편물의 경우에는 집배원이 아파트 경비원에게 주면 아파트 경비원이 이를 거주자에게 전달하여 왔으며, 아파트의 주민들은 이러한 우편물 배달방법에 관하여 별다른 이의를 제기하지 아니하여 왔다면, 위 납세의무자 및 아파트의 주민들은 등기우편물 등의 수령권한을 아파트의 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 것이므로, 아파트의 경비원이 납세고지서를 수령한 날, 납세고지서가 적법하게 납세의무자에게 송달되었다.’고 한 예.

415) 채권자가 채권양도의 통지를 하였으나 채무자가 변동된 주소의 신고의무를 게을리하는 등의 귀책사유로 인하여 위 통지를 수령하지 못할 경우 위 통지가 채무자에게 도달한 것으로 간주하기로 하는 합의는 유효하다(2006다41204).

416) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무), 제67조(매도인의 공탁·경매 통지), 제88조(대리상의 통지의무), 제363조(주주총회의 소집통지), 제390조 ③(주식회사 이사회 소집통지), 민법 제15조(제한능력이자 능력이자 된 후 주인 여부의 확정), 제71조(사단법인 총회의 소집통지), 제131조(무권대리 본인의 추인 여부 확정), 제531조(격지자 간의 계약 성립시기) 등이 있다.

417) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결; “상고이유의 주장은, 사립학교법 제17조 제3항의 이사회 소집통지 기간은 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회 등의 소집통지와 같이 발송한 날을 기준으로 그 준수 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 그런데 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회의 소집통지의 경우에는 법문에 명시적으로 통지를 발하거나 발송하도록 되어 있는 반면, 사립학교법 제17조 제3항의 경우에는 ‘통지하여야 한다’고 규정하고 있으므로, 민법 제111조 제1항이 정한 바에 따라 이사회 소집통지가 상대방에게 도달한 때를 기준으로 소집통지 기간의 준수 여부를 가려야 한다.”

418) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다4691 판결; “원심이 상법 제53조의 적용 여부에 관하여 명시적 판단은 하지 않았지만(피고들도 원심까지 상법 제53조가 적용되어야 한다는 주장을 한 바 없다)” ⇨ 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무) 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

419) 의사표시가 상대방에게 도달하기 ‘전’에는 그 철회가 가능하다(다만 철회의 의사표시가 먼저 도달하여야 한다).

420) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결; 사원의 지분을 압류한 채권자의 ‘사원 퇴사청구권’(= 상법 제224조 제1항 소정의 형성권) 행사로 퇴사의 효력이 발생한 후에는 사원 또는 채권자가 일방적으로 퇴사의 의사표시를 철회할 수 없고, 이는 퇴사의 효력이 발생한 후 사원이 그 채권자에게 채무를 변제한 경우에도 마찬가지라고 한 예.

421) © 소송상 형성권의 행사와 그 사법상 효과; 상계권 행사를 예외로 한 신병존설의 입장

떠는 소송상 상계 항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고,⁴²²⁾ 법인 이사 사임의 경우, 사임 의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 ‘특별한 사정’이 있거나, 정관에서 사임절차 등에 관하여 ‘특별한 규정’을 둔 경우에는, 사임 의사표시가 도달한 후라도 그 효력이 발생하기 전에 철회할 수 있다.⁴²³⁾

의사표시의 공시송달⁴²⁴⁾ 요건으로서 ‘과실 없이 … 알지 못하는’ 부분에 관한 증명책임의 소재에 대하여는 양론이 가능하다.⁴²⁵⁾

“상대방 ‘없는’ 단독행위”인 ‘보험수익자 변경’은 그 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않더라도 그 효과가 발생한다(다만, 보험자에게는 통지하지 않으면 대항할 수 없다(상법 제734조 ①)).⁴²⁶⁾

① 80다916; “원고가 피고에게 이 사건 매매계약의 존속과는 양립할 수 없는 위약금의 지급 청구를 하고, 그 소장이 피고에게 송달됨으로써 해제권을 행사하였다 할 것이고, 해제권은 형성권이므로 비록 그 후에 원고가 그 소송을 취하하였다 하여 위 해제권 행사의 효력에 아무런 영향도 미치지 않는다. … 원심이 원고의 전소 제기를 피고의 해약 주장을 가정하여 제기하였다가 이를 다시 취하하였다는 이유로 피고의 위 계약해제의 항변을 배척하였음은 … 위법이 있고” ② 2001다42080; 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 효력으로 매매가 성립하면 그 후 일방의 의사만으로 매수청구를 철회할 수 없으나, 1심에서 매수청구권을 행사하였다가 철회한 데 대하여 이를 상대방이 용인한 경우에는 2심에서 다시 행사할 수 있다고 한 예. ③ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결; “소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다.”

422) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 참조.

423) 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위이므로 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하고, 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, 정관에서 이사의 사임절차나 사임의 의사표시의 효력발생시기 등에 관하여 특별한 규정을 둔 경우에는 사임의 의사표시가 법인의 대표자에게 도달하였다고 하더라도 곧바로 사임의 효력이 발생하는 것은 아니고 정관에서 정한 바에 따라 사임의 효력이 발생하므로, 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 정관에 따라 사임의 효력이 발생하기 전에는 그 사임의사를 자유롭게 철회할 수 있다(2007다17109). 학교법인의 이사로 법인에 대한 일방적인 사임의 의사표시에 의하여 법률관계를 종료시킬 수 있고, 그 의사표시는 수령권한 있는 기관에 도달함으로써 바로 효력을 발생하며, 그 효력발생을 위하여 이사회 결의나 관할 관청의 승인이 있어야 하는 것은 아니나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성 일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2011두22334).

424) 민법 제113조(의사표시의 공시송달) 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

425) 의사표시 도달의 효력을 다루는 ‘상대방’이 ‘표의자의 악의 또는 과실’을 주장·증명하여야 한다는 견해가 다수이고[민법주해 총칙(2), 1992, 622면(박영식 집필); 주석민법 총칙(2), 2010, 834면(박해성 집필)], 이는 일본 판례(최고재 소화 37. 4. 26. 판결)의 입장이기도 하나, 법 규정 형식상 ‘표의자’가 자신의 ‘선의·무과실’을 적법한 공시송달에 의한 의사표시 도달의 요건으로서 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 일본 민법은 제98조 제3항 ‘단서’에서 ‘표의자가 상대방을 알지 못하거나 그 소재를 알지 못하는 것에 관하여 과실이 있는 때에는 도달의 효력이 생기지 아니 한다.’라고 규정하여 ‘유과실’을 요건으로 한 ‘효력발생 장애사유’의 형식을 취하고 있어, 우리 민법과는 법 규정 형식을 달리하므로, 그 주장·증명책임의 소재에 관하여 달리 봄이 옳다.

426) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다204869 판결; “보험계약자는 보험수익자를 변경할 권리가 있다(상법 제733조 제1항). 이러한 보험수익자 변경권은 형성권으로서 보험계약자가 보험자나 보험수익자의 동의를 받지 않고 자유로이 행사할 수 있고 그 행사에 의해 변경의 효력이 즉시 발생한다. 다만 보험계약자는 보험수익자를 변경한 후 보험자에 대하여 이를 통지하지 않으면 보험자에게 대항할 수 없다(상법 제734조 제1항). 이와 같은 보험수익