

## 국제상사계약의 유효성에 관한 주요국가의 입법례 검토

류 창 원\*

- 
- I. 서 론
  - II. UNIDROIT의 도입과 계약 유효성의 개념
  - III. 각국의 당사자의 권리능력 및 행위능력 비교
  - IV. 각국의 계약의 위법성
  - V. 각국의 의사표시의 하자 비교
  - VI. 결 론
- 

주제어 : UNIDROIT, CISG, 유효성, 권리능력, 행위능력, 착오, 사기, 위법성

### I. 서 론

계약은 법률효과를 발생시키기 위한 법률행위로서 당사자들의 합의에 의해 성립한다. 즉 계약은 법률행위로서 법률사실에 의해 구성되며 법률효과를 목적으로 한다. 이러한 법리적 구조가 구성되지만 이를 구체적으로 구분하자면 계약의 성립과 효력발생으로 나눌 수 있다. 계약의 성립요건과 효력발생요건은 별개의 것이다. 이를 일치하도록 하는 것이 계약의 유효성 문제이다. 계약이 유효성을 갖는다는 것은 계약이 성립한다는 기본적인 전제로 구성되지만, 계약이 무효성을 갖게 되면

---

\* 한생컨설팅 책임전문위원, 용인송담대학교 겸임교수, E-Mail : rcwrcw9@hanmail.net

원칙적으로 계약은 무효가 된다. 이를 판단하는 기준이 계약의 유효성인 것이다.

국제물품매매계약의 통일화를 목적으로 제정된 ‘국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods)은 계약의 유효성에 대해서는 다루고 있지 않다. 즉 국제물품매매계약에 관한 UN협약 제 4조에서는 법계간 특별히 통일의 어려움이 있는 계약의 유효성, 소유권 이전 등에 대해서는 적용범위에서 제외함을 명시하고 있다. 따라서 양 당사자는 계약의 유효성에 관련하여 계약체결시 당사자가 합의하거나 또는 국제물품매매계약에 관한 UN협약 제 7조에 따라 일반원칙과 국제사법에 따라 지정된 국내법으로써 해결하여야 한다.

UNIDROIT 원칙<sup>1)</sup>은 국제물품매매계약에 관한 UN협약과 함께 당사자간의 계약에 준거되어 적용되기도 한다. 그러나 국제물품매매계약에 관한 UN협약은 계약의 유효성에 대하여 규정하고 있지 않지만, UNIDROIT 원칙은 제 3장에서 「유효성」에 관하여 규정하고 있다. 이 경우 UNIDROIT 원칙의 계약의 유효성이 적용될 수 있다.<sup>2)</sup> 즉, UNIDROIT 원칙은 제한적이기는 하지만 계약의 유효성 문제를 다루고 있고 국제물품매매계약에 관한 UN협약이 포괄하고 있지 않는 부분을 내재하고 있다.

따라서 UNIDROIT은 유효성 문제에 있어서 “계약당사자”의 자격이나 권한 등에 관하여는 다루고 있지 않고 “의사의 합치”에 관해서만 규정하고 있기 때문에 당사자의 능력 등에 관한 문제는 개별국가의 국내법에 따라 규율되어야 한다.

계약의 유효성은 계약을 적법하게 할 수 있는 당사자(권리능력자 및 행위능력자)가 법률행위의 목적에 관한 요건을 갖추어서(매매를 할 수 있는 요건을 갖추어서), 정당한 의사표시를 통하여 계약을 하는 것(사기 및 착오, 강박에 의한 의사표시가 아닌 정당한 의사표시를 통하여)을 의미한다.

이것을 대륙법체계인 우리나라 민법에 비교하여 구분하자면, 계약의 유효성은 크게 3가지로 구분하고 있다. ① 당사자에 관한 요건(권리능력 및 행위능력에 관한 요건), ② 법률행위의 목적에 관한 요건, ③ 법률행위의 요소인 의사표시에 관한 요건(사기, 착오, 강박에 의한 의사표시 요건)으로 크게 구분할 수 있다.<sup>3)</sup>

국제물품매매계약에 관한 UN협약은 원칙적으로 계약이나 그 조항 또는 관행의

1) UNIDROIT는 “The International Institute for the Unification of Private Law”(국제사법통일협회의 불어)명칭약어이다. UNIDROIT는 1926년 국제연맹의 부속기구로서 탄생되었으나 1940년 이래 독립된 정부간 기구로서 각국의 국내법인사법의 조화·조정사법의 국제적 통일을 목적으로 하는 각종의 활동을 매우 광범위하게 수행하고 있다.

2) 오원석, “국제물품매매계약에서 계약의 유효성(validity) 문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점”, 무역학회지 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003. p. 159.

3)곽윤직, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 2010, p. 200.

유효성 문제에 대하여 관여하지 않는다는 규정<sup>4)</sup>을 두고 있다. 따라서 착오, 사기 또는 강박에 의한 의사표시의 하자, 공서양속위반과 강행법규위반 등에 관하여 국제물품매매계약에 관한 UN협약이 관여하지 않는다.<sup>5)</sup>

국제물품매매계약에 관한 UN협약이 유효성문제를 배제한 이유는 입법 작업이 너무 확대되어 시간이 지체되리라는 데 있다. 다만 유효성문제가 국제물품매매계약에 관한 UN협약의 규율대상이 된다고 해도 그것은 국제물품매매계약에 관한 UN협약에 달리 명시적인 규정이 없는 경우에 한한다. 그리고 국제물품매매계약에 관한 UN협약이 관여하지 않는 매매계약의 유효성은 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법에 따른다.<sup>6)</sup>

본고에서는 UNIDROIT상 계약 유효성의 개념과 도입과정을 알아보고, 계약의 유효성 구성인 ① 당사자에 관한 요건, ② 법률행위의 목적에 관한 요건, ③ 법률행위의 요소인 의사표시에 관한 요건에 대하여 각 국의 법률 및 법해석에 어떠한 차이가 있는지 검토하고자 한다.

계약의 유효성에 관한 연구는 정희진의 국제물품계약의 유효성에 관한 연구(석사학위논문), 오원석의 국제물품매매계약에서 계약의 유효성 문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점(무역학회지), 이시환의 국제상사계약원칙상 계약의 유효성에 관한 연구등이 있다. 선행연구들의 경우 국제물품매매계약의 유효성에 대한 법조문상의 내용을 비교함으로써 실제 국내법상에서 규정하고 있는 유효성에 대한 내용은 다루고 있지 못하다는 한계가 있다. 이에 본 연구에서는 선행연구들이 제시하지 못한 주요 국가의 민법상 계약의 유효성에 대한 비교검토를 시도하고자 한다. 선행연구들이 계약의 유효성에 관한 CISG와 UNIDROIT 입장비교 및 UNIDROIT상 계약의 유효성에 관한 개괄적인 연구를 함에 반하여, 이 연구는 계약의 유효성 문제가 국내법으로 위임되었을 경우 각 국의 입장에 따라 다른 판단을 한다고 가정하였을 때, 무역실무자 입장에서 유의해야 할 점들을 고찰해보고자 한다.

국제상사계약에 있어서 계약의 유효성에 관한 각국의 입장과 견해차이를 비교하여 분석함으로써, 계약에 유효성에 관한 문제가 국내법으로 위임될 경우에 각국의 차이에 따른 대처방안에 도움이 될 것으로 기대된다.

4) 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(The United Nations Convention on the International Sale of Goods) 제4조 a항.

5) 이시환, “국제상사계약원칙상 계약의 유효성에 관한 연구”, 국제상학 제27권 제2호, 한국국제상학회, 2012, p. 2.

6) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, p. 50.

## II. UNIDROIT의 도입과 계약 유효성의 개념

### 1. UNIDROIT의 도입

UNIDROIT<sup>7)</sup>은 1929년 독일의 비교법학자 Ernst Rabel의 제의에 따라 국제매매계약에 관한 통일법 제정을 위한 준비작업을 시작하기로 결정한 후, 1964년 헤이그에서 개최된 외교회의에서 2개의 협약<sup>8)</sup>이 채택되었다.

UNCITRAL은 ULIS 및 ULF를 결합하여 결국 1978년에 협약초안을 확정하였는데, 이것이 국제물품매매법에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)이다.

국제물품매매법에 관한 UN협약 제정과정에서 참여국간 법적 전통 및 관습이나 사회 및 경제적 구조의 차이로 인하여 각 국가간의 논쟁이 있어왔고 어떤 주제는 처음부터 논의의 대상이 되지 않았다. 또한 어떤 주제는 적절히 타협을 하여 절충적인 입장을 취하기도 하였다. 또한 어떤 주제는 불명료하거나 미해결의 상태로 남겨둠으로 인하여 결국은 법적 공백이 생기고 애매모호하거나 명료하지 않은 조항을 지닌 상태로 제정될 수 밖에 없었다.<sup>9)</sup>

따라서 국제물품매매법에 관한 UN협약의 특징 및 장점은 사회·경제·문화가 다른 각 국의 국제거래를 활성화하기 위하여 국제적인 통일법을 제정하여 국제무역 및 국제거래를 발전시킬 수 있도록 초석을 마련하였다는 점이다. 하지만 국제물품매매법에 관한 UN협약이 가지고 있는 본래의 단점은 각 국의 다른 법률체계를 일괄적으로 기준을 둘 수 없는 사항들에 대해서는 명료하게 제정할 수 없었으며 해결이 안 된 부분은 미해결로 남길 수 밖에 없었던 국제물품매매법에 관한 UN협약의 태생적인 단점도 존재하게 된다.

국제물품매매법에 관한 UN협약의 이러한 문제점을 해결하고자 UNIDROIT으로

---

7) 사법통일국제협회(The International Institute for the Unification of Private Law; UNIDROIT)는 1926년 이탈리아 정부가 중심이 되어 설립된 국제기구로 사법의 국제적 통일을 목적으로 하고 있다. 대표적인 것으로는 환어음 및 약속어음에 관한 통일법, ULIS, ULF가 있다.

8) 2개의 협약은 국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods; ULIS)과 국제물품매매의 성립에 관한 통일법(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods; ULF)이다.

9) 오원석, “CISG에 대한 UNIDROIT Principles의 특징과 유용성”, 국제지역연구 제9권, 국제지역학회, 2006, p. 2.

하여금 새로운 프로젝트를 시행하게 하였다. 또한 국제물품매매법에 관한 UN협약은 법적차원에서 해결할 수 있는 최고의 한계점이 왔다고 판단이 되어, 법적인 공백을 커버하기 위한 법적 구속력이 없는 「계약법에 관한 Restatement인 일반원칙(General Principles)」 형태로 제정하게 되었다.<sup>10)</sup> 구조체계는 미국의 계약법의 Restatement인 「Restatement(Second) of Contract」와 같이 조문(Black Letter Rules), 주석(Comment) 및 예설(Illustration)로 구성되었다.

## 2. 계약유효성의 개념

일반적으로 계약의 유효성이란 계약체결당시에 양 당사자가 계약을 이행할 것을 약속하였다면 양 당사자 즉, 계약의 주체도 계약을 이행할 수 있는 자이어야 하고, 그런 계약행위를 하는 것 또한 유효한 행위이어야 한다. 그리고 계약의 객체인 물품도 적법한 것이어야 한다는 것을 말한다.

우리나라 민법은 법률행위가 유효하게 성립하기 위한 일반적인 요건으로서 ① 당사자에 관한 요건(권리능력과 행위능력), ② 법률행위의 목적에 관한 요건, ③ 법률행위의 요소인 의사표시에 관한 요건을 필요충분조건으로 하고 있다.<sup>11)</sup> 계약이 효력을 발생하려면 일반적 요건으로서 당사자가 권리능력 및 행위능력을 가지고 있어야 한다. 또한 의사표시의 의사와 표시가 일치하고 하자가 없어야 하며, 또한 그 내용이 확정·기능·적법하고 사회적 타당성이 있어야 한다.<sup>12)</sup> 이렇게 우리나라는 계약의 유효성을 계약의 일반법이라고 할 수 있는 민법에 규정 또는 민법해석을 통하여 계약의 유효성에 대하여 정의하고 있다.

그러나 국제물품매매법에 관한 UN협약은 계약의 유효성에 관하여 배제를 하고 있지만, UNIDROIT은 계약의 유효성에 관하여 제 3장에서 다루고 있다. UNIDROIT 제 3장은 세 개의 절로 구성하여 우리나라 민법보다 자세하게 유효성에 대하여 규정하고 있다.

제 1절은 일반적인 총칙(general provisions)에 대한 기본적인 조항을 구성하고 있다. 또한 제 2절은 계약의 취소원인(grounds for avoidance)으로서 착오·사기·강박·과대한 불균형 등에 대하여 17개 조문으로 규정하고 있고, 또한 제 3절은 위법

10) 과거를 반영한 법제화로는 현재의 지배적인 법리를 반영하기 어렵고, 법률은 불확실하고 복잡하며 생활의 필요를 반영하기 어렵다고 판단하여, 법을 실제로 적용하기 쉽게 분석적이고 해석적인 방법으로 기술하는 방식을 택하였는데, 이를 Restatement라 한다.

11) 박윤직, 전게서, p. 200.

12) 박윤직, 상게서, p. 201.

성에 대하여 규정하고 있다.<sup>13)</sup> UNIDROIT상 계약의 유효성에 대한 각 조문에 대한 분석보다는 일반적인 총칙에 대한 부분을 살펴보면서 UNIDROIT상 계약의 유효성에 대한 특성을 알아보도록 한다.

### 1) 규율하지 않은 사항(제 3.1.1조)

UNIDROIT은 행위능력의 결여에 대하여는 다루지 않는다고 규정하고 있다. 능력의 결여를 제외하는 이유는 각 국에서 이들 문제를 받아들이는 방향성이 너무 차이가 난다. 따라서 규율을 통일하여 해결을 하는 것은 어려움이 있었다. 따라서 능력외(*ultra vires*)의 문제에 관하여는 준거법에 따라 규율된다.

일반적으로 성인은 우리나라는 민법상 20세를 기준으로 하지만, 유럽 및 미국 등의 산업사회 문화를 많이 가지고 있는 국가는 성년의 기간이 빠르다. 유럽국가들은 만 18세 혹은 만 19세를 성년기준으로 보고 있다. 이러한 구체적인 부분들은 후술하기로 한다.

### 2) 단순합의의 유효성(제 3.1.2조)

계약의 체결이나 변경 및 종료는 당사자의 합의만으로 할 수 있다고 규정하고 있다. 이것은 약인(*consideration*)이나 소송원인을 필요없게 한다는 것이다. 또한 요물계약도 부정한다는 취지이다.

계약의 체결·변경·종료를 당사자의 합의만으로 할 수 있다고 하는 것은 매우 제한적인 방식으로 접근하였다고 볼 수 있다.

### 3) 원시적 불능(제 3.1.3조)

원시적 불능 또는 처분권의 결여도 계약의 무효원인이 되지 않는다고 규정하고 있다. 즉, 원시적 불능이라고 하여서 계약자체가 무효가 되는 것이 아니라고 본 것이다. 이것은 일반적인 채무불이행으로 취급하여 해결하고자 한 것이다. 예를 들자면, 물품매매가 이루어질 당시에 그 물품이 부패하였거나 또는 원래 존재하지 않는 물품이라고 할 지라도 일단 계약은 유효하다고 본 것이다. 이 경우에 이행불능으로 인하여 발생하는 양 당사자의 권리와 의무는 불이행에 따른 규정에 따라 결정된다. 이러한 규정은 국제물품매매법에 관한 UN협약에서도 같은 입장을 취한다.<sup>14)</sup>

13) 계약의 위법성(*illegality*)에 대한 규정은 2010년 UNIDROIT에서 신설된 것이다. 2004년에 내용이 미비했던 부분들을 보완하였는데, 그 중에서 계약의 위법성이 포함된다. 또한 2010년 개정의 중요한 부분으로 자리잡고 있다.

14) CISG에서도 원시적 불능의 경우 계약은 유효하게 성립한다. 그러나 의무를 이행하지 못한

또한 재산의 이전 또는 인도를 약속하는 계약을 체결하였다고 가정하자. 당사자가 계약 체결시에 법적인 처분권의 결여로 인하여 재산을 처분할 수 없게 되었다면 이것 또한 우선 계약은 유효한 것으로 보아야 한다.

#### 4) 강행규정성(제 3.1.4조)

UNIDROIT 제 3장에서 규정하는 사기·강박·과대한 불균형 및 위법성에 관한 규정은 임의규정이 아닌 강행규정이다. 따라서 계약을 하는 당사자들은 계약을 체결할 경우 이러한 강행규정을 배제할 수도 없고 또한 변경하여 계약에 적용할 수 없다.

그러나 단순한 합의의 구속력·원시적 불능·착오에 관한 제3장의 규정은 강행규정이 아니라 임의규정이다. 따라서 이러한 임의규정은 계약 체결시에 양 당사자의 합의에 의하여 배제할 수도 있고 또한 변경하여 계약에 적용할 수도 있다.<sup>15)</sup>

#### 5) UNIDROIT 유효성에 관한 사건

UNIDROIT은 이렇게 계약의 유효성에 대한 규정을 두어 국제거래의 기준이 되고자 한 것으로 생각된다. 우선 약인(consideration)은 영미법에서만 존재하고 대륙법에서는 존재하지 않는 개념인데, 이러한 부분들 즉 정리할 부분은 정리하여 국제거래 지향점 및 기준점을 마련하였다고 보여진다. 또한 대륙법 체계에서 존재하는 원시적 불능 및 후발적 불능 등을 정리하여 추상적이고 관점적인 개념을 탈피하여 국제거래의 효율화 및 법적 안정성을 추구하고자 국제물품매매법에 관한 UN협약에서 다루지 않는 계약의 유효성을 UNIDROIT을 통하여 기준점을 제시하였다고 보여진다.

### III. 각국의 당사자의 권리능력 및 행위능력 비교

대륙법체계인 우리나라 민법을 기준으로 보면, 전술한 바와 같이 계약의 유효성은 3가지로 구분할 수 있다. 그 중 첫 번째 요건인 당사자에 관한 요건에 대하여 검토해 보고자 한다. 우선 당사자에 대한 요건은 권리능력 및 행위능력으로 구분할 수 있다.

당사자는 계약위반에 따른 책임이 부과된다. 따라서 매매계약이 원시적 불능인 경우에, 당사자는 국내법을 원용하여 계약이 무효라고 주장하는 것은 적합하지 않다(CISG 제68조 제3항 및 제79조 제1항).

- 15) 다시 말하면, 당사자의 합의에 의해 약인 또는 원인을 필요하게 하는 것, 원시적 불능에 의한 무효를 인정하는 것, 착오가 계약의 유효성에 영향을 미치지 않는 것으로 할 수 있다는 의미이다.

## 1. 권리능력 및 행위능력의 정의

권리능력은 단순히 권리·의무의 주체가 될 수 있다는 일반적·추상적인 자격에 지나지 않으며, 권리능력자가 그의 행위를 통해서 구체적인 권리나 의무를 취득 또는 부담할 수 있는지는 별개의 문제로 본다. 자기의 권리·의무에 변동이 일어나게 하는 행위를 스스로 하기 위해서는 따로 의사능력이나 행위능력을 필요로 한다.

즉, 민법은 누가 권리·의무의 귀속주체인가라는 것과 그 주체가 어떤 지능적 단계에 이르렀을 때에 실제로 혼자서 유효하게 권리를 취득·행사하거나 의무를 부담·이행할 수 있는가라는 현실적 행위의 능력을 분리해서 다루고 있다. 전자는 「권리능력」의 문제이고, 후자는 권리주체의 「의사능력」 또는 「행위능력」의 문제이다.

권리능력에 대한 규정은 강행규정이며, 개인의 의사로서 그 적용을 배제하는 것(권리능력의 제한이나 포기의 특약 등)은 인정되지 않는다. 우리나라 민법은 그러한 규정을 따로 두고 있지는 않으나, 권리능력에 관한 규정이 강행규정이라는 데에는 이견이 없다.<sup>16)</sup> 각 국은 일반적으로 이러한 권리능력에 대한 부분은 강행규정으로 보는데 이를 통일하는 것은 매우 복잡한 토론과정과 각 국의 차이가 나는 관습에 하는 경우 진행하는데 어려움이 있었기에 UNIDROIT은 계약의 유효성에 대한 규정은 의사의 합치에 관한 부분만 규정한 것으로 보여진다.

### 1) 권리능력

권리능력이란 권리가 귀속하는 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격을 말하며 이를 법적 인격이라고도 부른다.<sup>17)</sup> 권리능력에 대응하여 의무가 귀속되는 주체를 의무능력이라고 한다. 현대법에서 있어서는 권리능력을 갖는 자는 모두 의무능력을 갖는 자이므로 권리의무능력이라고 표현하는 것이 타당할지도 모르겠으나, 이를 권리능력으로 부르는 것이 통례로 되어 있다. 따라서 권리능력에는 의무능력도 포함되어 있다고 볼 수 있다.

우리나라 민법 제 3조는 「사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다」고 규정하고 있다. 따라서 사람으로서 생존하기 시작하는 때, 즉 출생한 때로부터 모든 사람은 권리능력을 취득한다.<sup>18)</sup> 하지만 출생시기에 관해서도 이에 따른 학설이 대립된다.

학설은 일반적으로 진통설·일부노출설·전부노출설·독립호흡설로 구분된다.<sup>19)</sup>

16) 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 2015, p. 96.

17) 이재후, 주석민법 제3판, 한국사법행정학회, 2002, p. 293.

18) 곽윤직·김재형, 전거서, p. 97.

우리나라 민법은 전부노출설이 통설이어서 태아가 모(母)로부터 몸체가 전부나오면 권리능력이 생긴다고 본 반면에, 우리나라 형법은 진통설이 통설이어서 산모가 느끼는 주기적인 복통이 있을 때부터 태아가 권리능력이 있다고 본다. 이러한 경우에 어떠한 법이 적용되느냐에 따라 권리의 주체로 볼 것인지 권리의 객체로 볼 것인지가 달라진다. 법적인 결과 및 효과는 완전 다른 결과를 가져올 수도 있다. 또한 동일한 국가에서도 이렇게 다른데 유럽 및 미국 등은 규정이 달라서 일괄적으로 규정을 통일시키기에 어려움이 있었다고 보여진다.

독일(독일민법 제 1조)과 스위스(스위스민법 제 3조)는 출생의 완료로 권리능력은 시작한다고 규정함으로써 완전노출설의 입장을 취하고 있다. 더욱이 우려되는 것은 시대흐름에 따라 학설이 바뀌기 때문에 국내법에서도 학설로 기준을 마련하였다. 하물며 국제적인 법적 기준을 마련한다는 것은 더더욱 어려울 수 밖에 없는 것이다.

또한 권리능력이 생기는 시점뿐만 아니라 권리능력의 종기를 결정할 때 사망시기를 어떠한 기준으로 할 것이냐에 따른 학설대립 및 각 국의 다른 법 적용·법률 해석까지 통합하기란 쉽지 않았을 것으로 보여진다.

## 2) 의사능력

모든 사람은 평등하게 권리능력을 가지고 있다. 그렇지만 모든 권리능력자가 자기의 행위에 의하여 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있는 것은 아니다. 권리능력자가 권리를 얻고 의무를 부담하기 위해서는 일정한 지능수준을 갖추고 있어야 한다는 것인 우리나라 민법이 취하고 있는 기본입장이다.<sup>20)</sup> 이러한 구성은 사적자치의 원칙과 관련이 있다. 민법은 개인의 자유를 최대한으로 보장하려고 하며, 개인의 자유를 존중하는 것을 원칙으로 한다. 따라서 사인(私人)간의 법률관계 형성의 기본수단이 되는 것은 개인의 의사이므로, 개인의 자유를 최대한 보장하려면 그러한 개인의사의 실현을 추구하여야 한다고 본 것이다. 여기서 민법은 자기의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력으로 합리적으로 판단할 수 있는

19) ① 진통설 : 산모가 분만에 앞서서 느끼는 주기적인 복통이 있을 때를 출생으로 보는 견해이다. 진통은 태아가 모체로부터 분리하려고 하는 것이라는 것을 그 이유로 한다. 우리나라 형법에서는 통설이다. ② 일부노출설 : 태아의 일부가 모체로부터 밖으로 드러난 때에 출생의 시기라고 보는 견해이다. 우리나라 구형법에서의 통설이다. ③ 전부노출설 : 태아가 모체로부터 밖으로 전부 드러난 때에 출생의 시기라고 보는 견해이다. 현재 우리나라 민법의 통설이다. ④ 태아가 모체로부터 완전히 분리된 후, 자기의 폐로 독립하여 호흡하게 된 때를 출생의 시기로 보는 견해이다. 구민법이 시행될 때 초반에 적용되었다.

20) 박윤직·김재형, 전거서, p. 109.

정신적 능력 또는 지능을 「의사능력」이라고 하고, 그것은 「통상인이 가지는 정상적인 판단능력」을 의미하며, 이 표준에 이르지 않는 정신상태를 「의사무능력」이라 하여, 법률행위의 효력을 결정하는 기준으로 삼는다.

### 3) 행위능력

행위능력이란 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 지위 또는 자격을 말한다. 따라서 행위능력자란 단독으로 유효하게 법률행위를 할 수 있는 자연인 또는 법인을 의미한다.

전술한 의사능력은 외부에서는 확실하게 알기 어려운 내적인 심리적 정신능력일 뿐만 아니라, 표의자의 정신적 발달의 정도, 행위 당시의 정신상태, 대상이 되는 행위의 어려움과 쉬움 등에 따라서 의사능력의 유무가 상대적으로 달라진다. 이러한 의사무능력자가 법률행위가 빈번하게 반복해서 행해진다면 예측할 수 없는 혼란을 가져오게 된다. 따라서 이러한 단점을 극복하고 법적인 안정성을 추구하고자 의사표시자가 법률행위를 할 때에 의사능력을 가지고 있었는지 여부를 문제삼지 않는 제도를 마련해 두었다. 이러한 의사표시자가 법률행위를 할 때에 의사능력을 가지고 있었는지 여부를 문제삼지 않고 획일적 기준에 관하여 외부에서 인식할 수 있는 일정한 표지를 갖추게 함으로써 이를 객관화하여 상대방이나 제 3자가 미리 알아차리고 손해를 막을 수 있는 제도를 두고 있다. 이것이 행위능력제도 또는 제한능력제도이다. 일반적으로 법정대리인의 동의없이 독단적으로 법률행위를 할 수 없는 자들이 존재하는데, 여기에 해당하는 자로서는 미성년자·피한정후견인·성년후견인 등이 여기에 해당한다. 이러한 제한능력자에 해당하지 않을 만한 자격을 행위능력이라고 한다.

## 2. 각국의 권리능력 및 행위능력 비교

### 1) 미성년자

#### (1) 우리나라 미성년자 기준

우리나라 민법은 20세에 달하면 획일적으로 성년으로 하여 성년자에게는 독립하여 완전한 법률행위를 할 수 있는 행위능력을 부여하는 반면 성년이 되지 못한 자, 즉 미성년자가 법정대리인의 동의없이 한 법률행위는 취소할 수 있도록 하고 있다.<sup>21)</sup>

우리나라 민법상 연령의 계산 기간계산에 관한 원칙을 규정한 민법 제 157조에 의하지 않고, 민법 제 158조에 따라 초일인 출산일을 산입하여 역에 따라 계산한다 (한국 민법 제 160조).<sup>22)</sup>

(2) 각국의 미성년자 기준 입법례

각 국에서 미성년자의 기준을 두는 것은 각 국의 법률로 정한 국가들이 있다. 또한 일정한 숫자로 기준을 두지 않고 적절하고 합리적인 연령이 되면 성년자로 두는 국가들도 있다. 우선적으로 유럽 및 선진국들은 일반적으로 성년자의 연령을 낮게 두고 있다. 교육적·사회적·문화적으로 합리적인 판단을 할 수 있다고 보기 때문이다. 또한 최근에 법률이 개정된 국가도 유럽선진국 입법체계의 영향을 받아 성년자의 기준을 낮게 두고 있는 경우도 있다.

국내외 관련 미성년자 기준 입법례<sup>23)</sup>

연 령	국 가	비 교
만 18세	독일, 덴마크, 프랑스, 스페인, 스웨덴, 이탈리아, 중국	
만 20세	일본, 네덜란드, 스위스, 오스트리아, 한국	
만 21세	벨기에	

우리나라는 일본에 영향을 받아 만 20세로 일본과 동일하게 규정을 두었다. 무능력자제도의 목적상 획일적 표준에 의하여 능력의 유무를 결정하는 것이 타당하다고 할지라도 특수한 사정이 있는 한 경우에는 성년기를 완화하는 제도가 필요하다.

외국의 민법에는 미성년자에게 일정한 조건과 절차하에 성년자와 동일한 능력을 부여하는 성년선고제도(스위스 민법 제 15조)<sup>24)</sup>와 자치산제도(프랑스 민법 제 477조)<sup>25)</sup>가 있다. 그러나 우리나라에서는 이러한 제도는 없고 대신에 혼인성년제도(한국 민법 제826조)와 영업허락제도(민법 제 8조)만 존재한다.

이렇게 각 국들이 성년자에 대한 기준이 각기 다르다. 또한 이를 보완하려는 각

21) 이재후, 전계서, p. 307.

22) 예를 들어, 1980년 6월 1일 출생한 자는 2000년 5월 30일의 만료로서 성년이 된다. 즉 2000년 6월 1일부터 성년이 되는 것이다.

23) 이재후, 전계서, p. 309.

24) 스위스는 우리나라와는 다르게 성년선고제도라는 것을 두고 있다. 성년선고제도는 18세 이상의 미성년자에게 법원의 선고를 통하여 성년으로 하는 제도이다.

25) 자치산제도란 15세 이상의 미성년자에게 일정한 조건하에 일정한 범위의 능력을 주는 제도이다.

국의 노력들도 각 국가의 경제적·사회적·문화적 배경에 따라 다를 수 밖에 없다. 따라서 국제물품매매법에 관한 UN협약에서도 이를 배제하였을 뿐만 아니라 UNIDROIT에서도 권리능력 및 행위능력에 대한 규정을 정하는 것을 배제하였으리라고 생각된다.

## 2) 피한정후견인<sup>26)</sup>

### (1) 우리나라 피한정후견인 제도

심신이 박약한 자, 또는 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자에 대하여는, 가정법원은 일정한 절차에 따라 피한정후견인의 선고를 하여야 한다(한국 민법 제 9조). 이 한정재산의 선고를 받은 자를 「피한정후견인」이라고 한다.

피한정후견인 제도는 성년후견인<sup>27)</sup>의 경우와 같이 행위능력을 전면적으로 박탈할 필요는 없지만 완전한 행위능력을 인정하는 것도 적당하지 않다고 판단되는 사람의 행위능력을 제한하는 제도이다. 정신능력 등의 부족으로 근대법의 기초를 이룬 사법 자치의 원칙이 상정하는 자유, 독립, 평등한 인격체로서 행위할 만한 능력이 없고 통상인에 비해 경제적 자위능력이 떨어지는 사람을 보호하기 위하여 민법이 채택한 무능력제도의 일종이다.

우리 민법은 이에 해당하는 자로서, 심신박약자 및 낭비자의 두 가지를 규정하고 있다.

### (2) 각국의 피한정후견인 기준

현재 규정되어 있는 피한정후견인 제도라는 용어는 원래 구민법에는 없는 제도였다. 구민법(구민법 제 11조 및 제 13조)에는 개정 전 민법의 한정재산제도에 해당하는 제도로써 「준금치산제도」를 두고 있었는데, 이것이 전 민법개정으로 인하여 「한정재산제도」라고 명칭이 변경되었고, 현행 민법개정으로 피한정후견인으로 되었다.<sup>28)</sup> 또한 내용이 많이 바뀌었는데 선고의 요건·행위능력의 범위 등에 있어서 상당한 차이가 있다.<sup>29)</sup>

26) 2013년 7월부터 시행된 개정 민법에서 도입한 성년후견제도의 한 가지이다. 피한정후견인은 가정법원으로부터 한정후견개시의 심판을 받은 사람으로서 중전 민법의 한정재산자에 해당한다.

27) 2013년 7월부터 시행된 개정 민법에서 도입한 성년후견제도의 한 가지이다. 성년후견인은 가정법원으로부터 후견개시의 심판을 받은 사람으로서 중전 민법의 금치산자에 해당한다.

28) 이재후, 전게서, p. 329.

29) 우선 구민법상의 준금치산자는 심신박약자·농자·아자·맹자·낭비자 중 어느 하나에 해

한편 현행민법상의 피한정후견인은 미성년자와 같은 능력을 갖는 것으로 되어 있는데 비하여, 준금치산자는 중요한 일정의 재산상의 행위에 관하여서만 보호기관인 보좌인의 동의를 요하는 것으로 되어 있어서, 미성년자보다 넓은 능력을 가지고 있다고 보아야 할 것이다(현행 민법 제 12조).

피한정후견인 제도는 준금치산자를 개정하면서 국내법상 한정치산자라는 용어를 사용하고 있는 것으로서, 각 국에서는 피한정후견인 제도를 두고 있는 국가도 있지만 성년후견인 제도만을 두고 있고 피한정후견인 제도를 가지고 있지 않은 국가도 있다. 또한 피한정인의 능력은 각 국의 규정과 법률 해석론에 따라 범위의 폭이 넓기 때문에 UNIDROIT상에서 일괄적으로 정하여 피한정인의 기준을 규정하기에는 어려움이 따랐을 것으로 보여진다.

각 국은 미성년자 외에 정신능력이 불충분한 사람에 대하여 그 행위능력을 제한하는 것에는 의견이 일치한다. 하지만 우리나라처럼 그 불충분의 정도에 따라 성년후견인과 피한정후견인을 구분하여 규정을 두고 있는 국가가 있다. 예를 들자면, 프랑스 민법 또는 1990년 9월 12일 개정 전의 독일 민법에서 찾아볼 수 있고, 그 개정 후의 독일민법이나 스위스 민법에서는 그러한 구별을 하지 않고 있다.<sup>30)</sup>

우리나라 민법은 정신장애를 이유로 하는 무능력자제도로써 성년후견인 제도와 피한정후견인 제도를 두고 있는 것은 일본의 민법이 구민법을 통하여 권리능력에 관한 규정은 프랑스 민법에 영향을 많이 받았는데, 이것이 구민법을 통하여 자연스럽게 계수한 것으로 보여진다.

### 3) 성년후견인

#### (1) 우리나라 성년후견인 제도

우리나라 민법 제 12조는 「심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 법원은 제 9조에 규정한 자의 청구에 의하여 성년후견을 선고하여야 한다」고 규정하고 있다. 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 법원은 일정한 절차에 따라 금치산의 선고를 하여야 한다. 이러한 성년후견인 선고를 받은 자를 「성년후견인」이라고 한다.

성년후견인 제도는 행위능력을 전면적으로 박탈할 필요가 있는 경우에 성년후견인 선고를 하여 행위능력을 완전하게 제한하는 제도이다.

---

당할 때에 이를 신고할 수 있었는데 반하여, 현행민법에서는 그 중 농자·아자·맹자를 그 대상에서 제외하고 심신박약자와 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 낭비자에 한하여 한정치산선고를 할 수 있도록 하고 있다.

30) 이재후, 전계서, p. 330; 양창수, 고시연구, 고시연구사, 1994. 12, pp. 63-67. ; 문홍안, 김형배 기념논문집, 한국노동연구원, 한국노동연구원, 1994, pp. 141~147.

한정후견인 제도는 각 국의 특성에 따라 존재하지 않을 수도 있으나 정신능력이 불충분한 사람을 무능력자로 취급하는 데에는 각 국의 입법례가 거의 일치하고 있다.<sup>31)</sup>

## (2) 각국의 성년후견인 기준

현재 규정되어 있는 성년후견인 제도는 각 국의 입법례가 거의 일치하고 있다. 행위능력을 제한함으로써 거래의 안정성을 도모하고자 하는 사적자치의 원칙을 반영하려는 민법상의 대원칙을 적용한 것으로 보면 될 것이다.

성년후견인 제도는 각 국의 입법례가 거의 일치하고 있으나,<sup>32)</sup> 이러한 제도는 피한정후견인 제도와 맞물려 있으며 어떻게 구별하고 어떻게 취급할 것이냐는 전술한 바와 같다.

# IV. 각국의 계약의 위법성

## 1. 반사회질서의 법률행위

### 1) 우리나라의 반사회질서의 법률행위

우리나라 민법은 반사회질서의 법률행위를 「선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다」고 함으로써 반사회질서의 법률행위를 규정하고 있다(민법 제 103조). 이는 강행규정으로서, 선량한 풍속 기타 사회질서, 즉 공서양속에 위반한 법률행위에 관한 규정이다. 하지만 선량한 풍속 기타 사회질서가 어떠한 것인가에 대하여는 구체적으로 규정하지 않고 있다. 따라서 이러한 개념들은 사회적·경제적·문화적 상황에 따라 다르게 해석할 수 있는 부분이다.

민법 제 103조는 법률행위의 효력의 판단기준으로서 「선량한 풍속」과 「사회질서」의 두 가지를 제시한다. 이러한 양자의 의미와 양자 사이의 관계가 어떠한지 명확한 것은 아니나, 일반적으로 「선량한 풍속」은 사회의 일반적인 도덕개념, 즉 모든 국민이 지켜야 할 최소한의 도덕률을 의미하고, 「사회질서」는 국가·사회의 공공적 질서 내지 일반적 이익을 가리키는 것이라고 이해되고 있다.<sup>33)</sup>

31) 이재후, 전게서, p. 347.

32) 이재후, 전게서, p. 348.

33) 박윤직·김재형, 전게서, p. 302.; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2004, p. 341.

양자의 관계에 대하여 사회질서가 상위개념이라는 견해·선량한 풍속은 윤리개념인데 반하여 사회질서는 공익개념으로서 양자는 병존 또는 대비개념이라는 견해·양자는 법의 근본이념을 표현하는 형식이기 때문에 양자를 구별할 실익이 없다는 견해 등으로 학설의 차이가 있다. 하지만 이러한 규정형식에 어떤 중요한 의미가 있는 것이 아니라 사회질서를 위반하는 행위는 강행규정으로서 무효의 효력을 갖는다는 취지이다.

## 2) 각국의 반사회질서의 법률행위 비교

우리나라는 전술한 바와 같이 「선량한 풍속」과 「사회질서」를 위반한 행위는 무효로 하고 있다.

반면에 프랑스 민법 제 1133조는 급부의 원인이 「선량한 풍속 또는 공공의 질서(bonnes moeurs ou l'ordre public)」에 반하는 때에는 그 원인을 불법으로 본다. 그러나 독일민법은 제 138조는 선량한 풍속(die guten Sitten)에 위반하는 법률행위만을 무효로 하고 있다.<sup>34)</sup>

「선량한 풍속」과 「사회질서」의 구별실익은 크지 않다. 차이점이 있다면, 독일민법은 선량한 풍속위반만을 무효로 하고 있고, 선량한 풍속에 공공의 질서가 포함되고 있는 것으로 보고 있다.<sup>35)</sup> 프랑스에서는 공서양속을 정치적 공서(ordre public politique)와 경제적 공서(ordre public économique)로 분류하는데 선량한 풍속은 이 중에서 정치적 공서의 일종으로 보고 있다.<sup>36)</sup>

그러나 구체적인 사안과 법적 개념을 접근하는데 미세한 차이가 존재할 수도 있고, 또한 이러한 각 국의 개념정립도 UNIDORIT에서 한다는 것은 너무나도 복잡하고 해결하기 어려운 일이 아닐 수 없다. 따라서 논쟁이 해결이 되지 않을 부분과 관련하여서는 국제물품매매계약에 관한 UN협약 뿐만 아니라 UNIDROIT에서도 구체적인 규정을 하지 않은 것으로 보인다.

독일에서 별다른 재산이 없는 사람이 자신의 친족을 위하여 많은 액수의 채무를 보증하는 것이 공서양속에 위반되는가에 대한 판례에서 공서양속에 위반될 수 있다고 판결하였다.<sup>37)</sup> 한편 일본에서는 주점의 접대부가 자기 고객의 음식대금채무

34) 이재후, 전계서, p. 420.

35) 독일의 일반적인 견해이다(Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Teil, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 367).

36) Flour et Aubert; *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 16 ed. 1992, n 285; Ghestin, *Traite de droit civil Les obligations La formation du contrat*, 3 ed. 1993, n 112.

37) 독일 연방헌법재판소의 판례는, 21세 된 빈약한 수입만을 올리고 있는 보증인이, 자신의 아버지를 위하여 10만 DM의 채무를 보증한 것이 공서양속에 위반되는가가 문제된 사안에서,

에 관하여 주점 주인에게 보증을 한 것이 공서양속에 위반되는가가 문제되었는데, 이 경우에는 공서양속에 반하지 않는다고 하였다.<sup>38)</sup> 이와 같이 각 사안에 따라 공서양속에 해당되는 경우와 해당하지 않는 경우가 국가마다 다르게 적용될 수 있을 뿐만 아니라 경제적·문화적 차이에 따른 규정 적용유무에 따라 효과가 달라지기도 한다. 따라서 공서양속은 국가마다 문화 및 사회분위기에 따라 다르기 때문에 일괄적으로 정할 수 없다고 보여진다.

## 2. 불공정한 법률행위

### 1) 우리나라의 불공정한 법률행위

우리나라 민법은 「당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다」고 하여 불공정한 법률행위를 규정하고 있다(민법 제 104조).

민법 제 104조는 이른바 불공정한 법률행위 내지 폭리행위(Wucherisches Geschäft)는 무효임을 선언하고 있다. 이는 경제적으로 우월한 지위에 있는 자가 자기보다 열등한 지위에 있는 자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 부당한 이익을 얻는 것을 방리하려고 하는 취지이다.

일반적으로 제 104조는 제 103조의 특별규정으로 보고 있다. 따라서 제 104조에 해당되면 따로 제 103조의 요건을 갖추었는지를 묻지 않고 무효가 된다. 반대로 제 104조의 요건을 갖추지 못하였더라도 별도로 제 103조에 해당될 때에는 법률행위가 무효로 될 수 있다고 본다.

---

계약의 내용이 일방당사자에게 특별히 불리하고, 이익형량으로서 명백히 부당한 때에는 법원으로서도 그러한 규율이 구조적으로 대등하지 않은 교량능력의 결과인가를 심사하고, 필요한 경우에는 현재의 민사법의 일반조항의 범위 내에서 계약을 교정하여야 한다고 하여, 이러한 계약은 공서양속에 위반될 수 있다고 판시하였다(BverfG 89, 214 ff. = NJW 1994, 36ff. = JZ 1994, 408 ff.; 이재후, 전게서, p. 465).

38) 일본의 하급심 판결례 가운데에는 경영자라고 하는 우월적 지위를 이용하여 미수대금 회수에 반하는 위험을 회피한다고 하는 점과, 점대부가 부담하는 채무액이 점대부의 의사에 관계없이 무제한으로 늘어날 위험이 있고, 또 점대부로서는 고객의 신용이나 지급능력을 판단하기 어려우며, 사실상 점대부의 전직이나 퇴직의 자유를 제한한다는 등의 이유로 그러한 보증계약이 공서양속에 위반된다고 하는 것이 많았다. 그러나 최고재판소는, 점대부가 자기 독자적 고객으로서의 당해 고객과의 관계를 유지·계속함으로써 주인으로부터 지급되는 보수 이외의 특별한 이익을 얻는 것을 목적으로 하여 임의로 보증계약을 체결한다는 등의 사정이 있으므로 공서양속에 반하지 않는다고 하였다(日最判 昭 61(1986). 11. 20. (判)時 1220, 61), 이재후, 전게서, p. 466).

## 2) 각국의 불공정한 법률행위 비교

로마 후기에는 이른바 *laesio enormis*<sup>39)</sup>라고 하여, 매매가격이 시가의 반액 이하 일 때에는 매도인은 매매대금을 반환하고 목적물의 반환을 청구할 수 있고, 반면 매도인은 시가 상당을 지급함으로써 취소를 막을 수 있는 제도가 있었다.<sup>40)</sup> 이 제도는 유럽의 보통법 시대에도 인정되었다.

프랑스 민법은 이 제도를 받아들여, 계약당사자 상호간의 급부가 불균형함으로 인하여 생기는 손해를 *lesion*이라고 부르고 있으나 그 적용범위가 제한되어 있다.<sup>41)</sup> 즉, 프랑스 민법 제 1118조는, *lesion*은 특정한 계약에 있어서 또는 특정한 사람에 대하여서가 아니면 합의를 하자있는 것으로 하지 못한다고 규정하고, 그에 따라 제 1305조는 *lesion*이 친권으로부터 해방되지 않는 미성년자를 위하여 계약의 취소원인이 되는 것으로 규정하고 있으며, 제 887조는 상속재산분할에 있어서 동산이나 부동산을 불문하고, 정당하게 취득할 수 있는 상속재산 가치의 1/4를 초과하는 손해를 입게되면 그 상속재산의 분할을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

독일 민법은 제 1초안에서 과거의 *laesio enormis* 제도를 채택하지 않고 폭리행위에 대한 규정도 따로 두지 않았으며, 제2초안도 이러한 태도를 유지하고 있다. 우리나라의 제 103조에 해당하는 규정을 제 138조에 두고 있다.

스위스 민법은 제 21조 제 1항, 제 2항은 독일민법 제 138조 제 2항과 유사하나, 그 효과로서 계약체결시로부터 1년 이내에 계약을 준수하지 않겠다고 하는 의사표시를 할 수 있는 것으로 규정하였다.

오스트리아 민법은 제 934조에서 쌍무계약의 일방당사자가 자신의 급부의 가치의 절반 미만을 받지 못하였을 때에는 계약의 해제와 원상회복을 청구할 수 있는 것으로 규정하여 *laesio enormis*를 받아들이는 한편, 이와는 별도로 제 879조 제 2항 제 3호는 독일민법과 같은 폭리행위를 규정하고 있다.

일본 민법은 폭리행위에 관한 규정을 따로 두지 않았으나, 학설 및 판례를 우리 민법 제 103조에 해당하는 제 90조의 공서양속 위반행위의 하나로서 독일민법과 같은 폭리행위를 인정하고 있다.<sup>42)</sup>

## 3) 불공정한 법률행위에 관한 사건

불공정한 법률행위는 로마법에서 유례를 찾아볼 수 있다. 이러한 로마법에서부

39) 중대한 손해라는 의미이다.

40) 이재후, 전게서, p. 470.

41) 고상룡, 전게서, p. 359.

42) 박윤직·김재형, 전게서, p. 318.

터 시작하여 프랑스·독일·스위스 및 유럽국가 등등 영향을 미쳐 각 국가간의 사회적 특성을 반영하여 다양하게 규정을 두고 있으며, 또한 각 국가마다 개별적으로 규정을 두고 적용하고 있다는 것을 알 수 있다.

이와 같이 반사회질서의 법률행위 규정은 「선량한 풍속」과 「사회질서」의 개념으로 구분을 하고, 법률적 개념을 구조화하여 적용되는데 반하여, 불공정한 법률행위는 법리적 개념이 아닌 로마법에서 시작되어 유럽으로 전파되었고, 이에 일본과 한국까지 영향을 미친 규정이라고 할 수 있다.

따라서 이러한 불공정한 법률행위는 각 국의 다른 입장을 반영하여 규정하기에 많은 어려움이 있었을 뿐만 아니라 규정하였다 할 지라도 적용하는데 있어서 많은 어려움이 있었을 것으로 보여진다. 이에 UNIDORIT은 이에 대하여 직접적인 규정을 두지 않은 것으로 생각된다.

## V. 각국의 의사표시의 하자 비교

일반적으로 의사표시가 적법하게 이루어져야 계약이 유효성을 갖는다. 하지만 이에 대한 예외적인 사항들에 대하여는 우리나라 민법에서 규정을 두어 계약관계 및 거래관계의 안정성을 유지하도록 하고 있다. 일단 이에 관한 규정은 비진의 의사표시(민법 제 107조), 통정 허위표시(민법 제 108조), 착오로 인한 의사표시(제 109조) 등이 대표적인 의사표시에 관한 규정이다.

### 1. 비진의 의사표시

#### 1) 비진의 의사표시 개념

진의 아닌 의사표시는 “표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다”고 규정하고 있다(민법 제 107조 1항). 또한 의사표시의 무효는 선의의 제 3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다(민법 제 107조 2항). 따라서 비진의 의사표시는 그 자체로 효력을 갖는다. 하지만 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. 또한 선의의 3자는 보호하고자 하는 취지를 갖는다.

## 2) 타국과의 비진의 의사표시 비교

비진의 의사표시의 예로 허언이 존재한다. 허언, 즉 상대방 또는 제 3자가 표의자의 진의가 아니라는 것을 이해하리라는 기대하에 하는 의사표시는 우리 민법의 체계상 진의 아닌 의사표시가 된다는 데에 견해가 일치하고 있다.<sup>43)</sup> 이러한 허언은 그 동기를 불문하고 표의자가 상대방을 속일 의도 없이 행한 표시 모두를 포함하게 된다.

그러나 독일 민법은 이러한 허언을 통상의 비진의표시와 구별하여, 상대방 모르게 유보하는 것을 심리유보(독일민법 제 116조; Willensvorbehalt)라 하고, 상대방이 알 것이라고 기대하고 있는 비진의표시를 허언표시(독일 민법 제 118조, Scherzzerklärung)라고 한다. 예컨대, 독일 민법상 심리유보는 예컨대 상대방으로부터 이익을 얻거나 환자를 진정시키기 위하여 의사표시의 상대방을 속인다고 하는 기망의 의사를 요건으로 하는데에 반하여, 허언은 이를 요건으로 하지 아니하며, 그 효과에 있어서도 심리유보는 원칙적으로 표시된 대로 효력이 발생하고 상대방이 안 경우에만 무효로 됨에 반하여, 허언은 상대방이 안 여부를 묻지 아니하고 언제나 무효로 된다.<sup>44)</sup>

우리 민법은 이 양자를 구별하고 있지 아니하므로 독일 민법상의 심리유보나 허언표시 모두 비진의표시로 규율된다. 따라서 허언표시에 대하여 우리 민법은 상대방이 표의자의 진의 아님을 알지 못하였거나 또는 알 수 없었던 경우에 이를 유효한 의사표시로 봄으로써 상대방을 보호하고 있는 데에 반하여 독일 민법은 이러한 상대방에 대하여 손해배상의 방법으로써 보호하고 있다.

이와 같이 비진의 의사표시 또한 규정의 여부를 떠나서 허언 같은 예를 각 국의 규정에 일괄적으로 적용할 수 없다는 점을 유념해야 할 것이다.

## 2. 통정허위표시

### 1) 통정 허위표시 개념

우리나라 민법 제 108조는 허위표시에 대하여 규정하고 있다. 허위표시란 상대방과 통정하여서 하는 진의 아닌 의사표시, 즉 표의자가 진의와 일치하지 않는 의사표시를 하면서 그에 관하여 상대방과 합의를 하는 것을 의미한다. 우리나라 민법

43) 고상룡, 전거서, p. 439.

44) 다만 이 경우 표의자에게 과실이 없더라도 선의, 무과실의 피해자에게 신뢰이익을 배상하도록 하고 있다(독일 민법 제 122조).

제 108조는 「상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다」고 하여 법률적 효력이 없음을 명백히 하고 있다. 또한 「의사표시의 무효는 선의의 제 3자에게 대항하지 못한다」고 함으로써 제 3자를 보호하고 있다.

## 2) 타국과의 통정 허위표시 비교

독일 민법 제 117조 제 1항은 「상대방에 대한 의사표시가 상대방과의 합의에 의하여 단지 가장을 위하여서만 행하여진 경우에는 무효이다」라고 하고, 제 2항은 「가장행위에 의하여 다른 법률행위가 숨겨져 있는 경우에는 그 숨겨진 법률행위에 대하여 적용되는 규정이 적용된다」고 규정하고 있다.

독일 민법은 가장행위를 신뢰한 제 3자를 보호하는 일반적인 규정을 두고 있지 않고, 그 대신에 동산·부동산의 선의취득에 관한 규정(독일 민법 제 932조, 제 892조, 제 893조), 가장채권의 양도에 관한 규정(독일 민법 제 405조, 제 413조), 대리권 증서에 관한 규정(독일 민법 제 171조, 제 172조) 등 개별적인 규정에 의하여 가장행위를 신뢰한 선의의 제 3자를 보호하고 있다.<sup>45)</sup>

프랑스 민법은 허위표시(simulation)에 관한 일반적인 규정을 두고 있지 않고, 허위표시의 법기술적 처리를 허위표시 뒤에 감추어진 실제로 의욕된 다른 행위 이른바 은닉행위(contre-lettre)의 효력문제로 취급하고 있다. 은닉행위에 관한 유일한 규정인 프랑스 민법 제 1321조는 「은닉행위는 계약당사자 사이가 아니면 효력이 없다. 은닉행위는 제 3자에 대해서는 효력이 없다」고 규정하고 있는데, 이 규정은 문 의가 불명료하고 부정확하기 때문에 학설·판례에 의하여 은닉행위의 효력에 관한 체계적인 이론이 구축되어 오늘에 이른다.<sup>46)</sup>

오스트리아 민법 제 916조 제 1항은 「상대방과의 합의로 가장을 위하여 상대방에게 행하여진 의사표시는 무효이다. 위 의사표시에 다른 행위가 숨겨져 있는 경우에는 그 행위의 본래의 성질에 의하여 판단하여야 한다」고 규정하고 있다. 또한 제 2항은 “가장행위의 항변권은 표시를 신뢰하여 권리를 취득한 제 3자에게는 주장될 수 없다”고 각 규정하고 있다.

일본 민법 제 94조 제 1항은 “상대방과 통정하여 한 허위의 의사표시는 무효로 한다”고 규정하고, 제 2항은 “전항의 의사표시의 무효는 이로써 선의의 제 3자에게 대항할 수 없다”고 규정하고 있다.

우리나라 민법은 일본 민법 제 94조와 동일하고 은닉행위에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 것도 일본 민법과 동일하므로, 본조는 일본 민법 제 94조의 직접적

45) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, p. 342.

46) 이재후, 전게서, p. 571.

인 영향을 받은 것으로 보여진다.<sup>47)</sup>

이와 같이 통정허위표시는 일반적으로 각국이 큰 맥락은 비슷하게 외형을 갖추고 있다. 하지만 통정 허위표시는 각국에서 규정을 통하여 두는 경우도 있고, 예외적으로 규정을 두고 있지 않은 국가도 있다. 또한 규정을 두고 있지만 법리적 해석론에 따라서 각국의 입장 및 견해가 달라지는 차이점도 내포하고 있다.

### 3. 착오로 인한 의사표시

우리나라 민법은 착오로 인한 의사표시에 대하여 「의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다」고 하여 규정을 두고 있다(민법 제 109조 제 1항). 또한 “의사표시의 취소는 선의의 제 3자에게 대항하지 못한다”고 하여 제 3자를 보호하고 있다(민법 제 109조 제 2항).

법리적 구조는 일정한 요건 하에 표의자가 취소라는 일방적 의사표시를 통하여 착오에 기한 의사표시를 소급적으로 무효화할 수 있게 함으로써, 의사표시의 구속으로부터 해방될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 결국 사법의 가장 어려운 문제인 착오론의 핵심문제는, 어떤 경우에 착오를 이유로 한 취소권이 발생하여, 표의자가 표시와 다른 자기의 진의를 주장할 수 있느냐 하는 것이다.<sup>48)</sup>

그러나 고려되는 착오의 유형을 독일 민법 제 119조, 제 120조 또는 채무법 제 24조 등의 구조와는 다르게, 한국 민법은 “착오에 의한 의사표시”라고만 규정함으로써 거의 백지규정에 가깝다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 착오에 대한 해석은 결국 학설 및 판례에 따라 간접적으로 법리적 해석이 필요한 부분이다.

따라서 이와 같이 착오에 대한 규정 또한 각 국가마다 다른 법적 구조를 갖고 있고, 어떤 국가는 규정으로 유형이 정리되어 있으나 포괄적인 규정만이 있는 우리나라는 법리적 해석을 통하여 간접적으로 유형을 분류하여야 한다.

### 4. 의사의 합치에 대한 사건

국제물품매매법에 관한 UN협약은 계약의 유효성에 대한 언급을 하지 않았고, 처음부터 배제하였다. 하지만 UNIDROIT은 국제물품매매법에 관한 UN협약의 공

47) 이영준, 전게서, p. 343.

48) 양창수, 민법연구 제2권, 박영사, 2015, p. 25.

백을 커버하기 위하여 마련되었던 만큼 계약의 유효성에 대한 부분을 기술하려고 하였으나 의사의 합치에 관한 부분만 기술하였다.

UNIDROIT은 앞에서 전술한 바와 같이 ① 당사자에 관한 요건(권리능력, 행위능력) ② 법률행위의 위법성(반사회질서의 법률행위, 불공정한 법률행위)에 대한 부분을 배제하였다. 이는 당사자에 관한 요건인 권리능력 및 행위능력이 각 국가마다 매우 다르기 때문에 일괄적으로 규정할 수 없었던 것으로 보여진다. 또한 법률행위의 위법성에 대한 부분도 각 국가마다 사회적·문화적 특성을 감안하여 다루지 않았던 것으로 보여진다.

하지만 의사표시에 관한 부분은 각 국가마다 의사표시에 관한 규정을 두고 있고, 이러한 기준점을 바탕으로 해석론상 미세한 견해의 차이가 있다는 특징을 들 수 있다. 따라서 각 국이 다양한 규정을 두고 있기는 하지만, UNIDROIT에서 기준점을 마련한다면 의사표시에 관한 한 국제적으로 표준적인 모델이 될 수 있다는 취지에서 의사표시에 관한 부분을 제정한 것이 아닌가 생각된다.

## VI. 결 론

우선 계약의 유효성 문제를 해결하기 위해서는 유효성 문제에 관한 국내외 법상의 차이에 대하여 분석해보았다.

국제적으로 통일된 계약법인 국제물품매매법에 관한 UN협약은 계약의 유효한 성립을 전제로 하여 당사자의 권리·의무만을 규율하고 법계간 타협이 어려웠던 계약의 유효성 문제를 배제시켰다. 또한 국제물품매매법에 관한 UN협약은 계약의 유효성에 대한 언급을 피하였다. 따라서 각 국 간에 조정과 타협이 어려운 계약의 유효성 문제를 국내법에 위임함으로써 해결하려고 하였다.

이러한 국제물품매매법에 관한 UN협약이 내포하고 있는 이러한 한계를 극복하기 위하여 국제상사계약의 일반원칙(*general principles*)을 제공하고 국제물품매매법에 관한 UN협약을 보충하고자 또는 국내·국제 입법자들의 입법모델로 활용하기 위하여 1994년 UNIDROIT에서 정한『UNIDROIT 국제상사계약원칙』(*UNIDROIT Principles of International Commercial Contract ; UNIDROIT 원칙*)은 제한적이기는 하지만 제3장에 계약의 유효성을 규정하였다.

그러나 UNIDROIT 원칙은 유효성 문제에 있어서 “계약당사자”의 자격이나 권한 등에 관하여는 다루지 않고 오로지 “의사의 합치”에 관해서만 규정하고 있기 때문

에 당사자의 능력 등에 관한 문제는 개별국가의 국내법에 따르도록 하고 있다. 하지만 각 국간의 입장차이가 있어 이를 유의하고 있어야 한다.

UNIDROIT에서 규정하고 있지 않은 각 국의 권리능력 및 행위능력의 규정들을 비교하여 차이점을 알아보고자 하였다. 또한 UNIDROIT에서 규정하고 있지 않은 원인에 대하여 고찰해 보았다. 사회적·경제적·문화적 차이점을 일괄적으로 규정할 수 없었던 실질적인 이유와 기준을 제시하여 합의점을 도출해내는데 소모되는 시간적 이유도 있을 것으로 보여진다.

또한 UNIDROIT에서 계약의 위법성 즉, 반사회질서의 위반행위 및 불공정한 법률행위의 우리나라의 법리적 구조를 타 국의 법과 비교하여 고찰해 보았다. 이는 반사회질서 위반행위 및 불공정한 법률행위는 유사한 행위일지라도 각 국의 법원이 다르게 판단할 수도 있음으로써 일괄적으로 규정함으로써 기준을 제시하여 합의점을 도출하는데 많은 어려움이 있음으로 인하여 배제한 것으로 보여진다.

의사표시에 관하여는 각 국의 다양한 입법례를 비교하여 검토하였다. UNIDROIT은 오로지 “의사의 합치”에 관해서만 규정한 것은 의사의 합치는 법리적 개념을 기준으로 함으로써 일괄적인 해석이 가능하기 때문으로 생각된다. 기준을 마련하면 해석을 하는 부분에서 미세한 차이가 있을 수 있지만, 큰 맥락에서 해석을 달리 할 수 없는 구조를 갖기 때문이다.

이 논문은 UNIDROIT상 계약의 유효성에 관한 선행연구에서 접근하지 않았던 각 국의 입장차이를 분석하여 살펴보았다. 또한 이 논문은 이에 관한 선행연구가 많지 않았지만, 계약의 유효성 문제가 국내법으로 위임되었을 경우 각 국의 입장을 비교하여 실무자들이 차이점을 인지하면 유익할 것으로 보인다. 앞으로 계약의 유효성에 관한 구체적인 연구가 있기를 기대해본다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 2010.
- 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 2015.
- 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2004.
- 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 2005.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 양창수, 민법연구 제 2권, 박영사, 2015.
- 양창수, 고시연구, 고시연구사, 1994.
- 오원석 역, 국제물품매매계약법, 삼영사, 2001.
- \_\_\_\_\_. 최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006.
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007.
- 이재후, 주식민법 제3판, 한국사법행정학회, 2002.
- 문홍안, 김형배 기념논문집, 한국노동연구, 한국노동연구원, 1994.
- 김영주, “미국 통일상법전상 신의성실의 원칙”, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014.
- 오석용, “國際物品賣買契約에 관한 UN協約과 UNIDROIT原則 2004의 比較研究: 契約의 成立과 關聯하여”, 법학연구 제25권, 한국법학회, 2007.
- 오원석, “국제상사계약에서 UNIDROIT 원칙의 실무상 적용가능성에 관한 연구”, 무역학회지 제24권 제1호, 한국무역학회, 1999.
- \_\_\_\_\_, “국제물품매매계약에서 계약의 유효성(validity) 문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장 비교와 적용상의 시사점”, 무역학회지 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “CISG에 대한 UNIDROIT Principles의 특징과 유용성”, 국제지역연구 제9권, 국제지역학회, 2006.
- \_\_\_\_\_. 심윤수, “「UNIDROIT Principles 2004」의 變更 · 新設內容의 概觀”, 무역상무연구 제25권, 한국무역상무학회, 2005.
- 이시환, “UNIDROIT Principles 2010에 관한 소고”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “국제상사계약원칙상 계약의 유효성에 관한 연구”, 국제상학연구 제27권 제2호, 한국국제상학회, 2012.

- 최준선, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙의 의의”, 무역상무연구 제12권, 한국무역상무학회, 1999.
- 홍성규, “Lex Mercatoria로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙의 역할”, 무역학회지 제29권 제4호, 한국무역학회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “무역계약의 준거법으로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙의 적용가능성”, 무역학회지 제10권 제2호, 한국무역학회, 2004.
- \_\_\_\_\_. 김용일, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙에 있어서 이행곤란(Hardship)의 법리”, 무역상무연구 제57권, 한국무역상무학회, 2013.
- Beraudo, J. P., *Les principes d Unidroit relatifs au droit du commerce international*, in La Sermaine Juridique, 1995.
- Bonell, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, 2nd Enlarge ed., Transnational Pub. Inc. 1997.
- Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Teil, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979.
- Gaymer, V., *The UNIDROIT Principles as a Guide for the Drafting of Contracts : A View from an International Commercial Layer*, in *Institute of International Business Law and Practice* (ed), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts : A New Mercatoria ICC Pub. No. 490/1, 1995.
- Ghestin, *Traite de droit civil Les obligations La formation du contract*, 3 ed. 1993.
- Lee DaeJin & You ByoungYook & Oh HyonSok, “The Applicability of the UNIDROIT Principles as the ‘Lex Mercatoria’ in International Commercial Arbitration”, *The International Commerce & Law Review*, Vol. 21, The Korea Research Institute of International Commerce & Law, 2003.
- Shim ChongSeok, “A Comparative Legal Study on the Non-Performance and Remedies under International Commercial Contract”, *The International Commerce & Law Review*, Vol. 44, The Korea Research Institute of International Commerce & Law, 2009.

## ABSTRACT

### Review of Legislation Case in Main Country about the Validity of International Commercial Contract

Chang-Won RYU

The United Nations Convention on the International Sale of Goods(CISG) leaves a number of aspects concerning commercial sales untouched. In particular, it is not concerned with the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage. And UNIDROIT don't deal with all-round validity in International Commercial Contract. Especially, UNIDROIT includes declaration of intention department.

The UNIDROIT contains the chapter 3 on the "validity" in terms of the defects of consent such as mistake, fraud, and threat as well as "gross disparity".

Notwithstanding these provisions, the Principles did not deal with invalidity arising from the lack of capacity or authority, or immorality or illegality.

On the other hand, there are arguments that the corresponding provisions of the Principles of International Commercial Contracts(UNIDROIT Principles; PICC).

Therefore, Validity in International Commercial Contract is delegate by Each Country Law. So Trade practicer should know full well about Each Country Law Position.

People(human, corporation, company) of position Trade practice classify each country civil law relation to validity of commercial contract.

This paper is to examine the Validity of UNIDROIT Principles. Also this paper analyses comparison on each country position relation to capacity of right, capacity to act, illegality of contract, declaration of intention.

In conclusion, This paper expect that people of trade practice makes use of analysis knowledge.

Keywords : UNIDROIT, PICC, CISG, Validity on Contract