
국제무역상 계약의 위법성에 관한 UNIDROIT원칙과 한국민법 비교연구 - 한국민법의 개선방안을 제시하며 -

류창원

광주대학교 국제물류무역학과 조교수

Comparative Study on UNIDROIT Principles and Korean Civil Law about Illegality of Contract in International Trade

Chang-Won Ryu^a

^aDepartment of International Logistics & Trade, Gwangju University, South Korea

Received 11 February 2020, Revised 21 February 2020, Accepted 26 February 2020

Abstract

Among various export contracts, the contents of contracts are very important. Various companies make use of this method. [Which method are you talking about?] However, the Korean law system has an insufficient understanding of the international legal system.

This paper looks into the conditions related to contracts in relation to the legal system. This paper analyzes not only the Korean civil law system about illegality of contracts but also makes a comparison with other international systems, such as the UNIDROIT Principles. Especially, the Korean civil law system about the illegality of contracts is comparable with the UNIDROIT Principles system about illegality of contracts.

The purpose of this paper is to examine the revitalization of Illegality of Contract. This paper also deals with improvement of International Commercial Activation.

Thus, this paper will offer directions to International Trade Practitioners. There is disagreement regarding methods of action related to international trade practice. Especially, this study is good for commercial parties, especially overseas sales people.

Keywords: Contract, Illegality of Contract, Korean Civil Law, UNIDROIT

JEL Classifications: F10, F13

^a First Author, E-mail : cwryu@gwangju.ac.kr

I. 서론

국제무역의 발전은 국가경제에 중요한 역할을 한다. 또한 세계경제의 글로벌화 속도가 높아짐에 따라 자본의 이동뿐만 아니라 무역환경의 변화에 따른 계약방식의 변화가 증가하고 있는 추세이다.¹⁾ 계약은 법률효과를 발생시키고 당사자들의 합의에 의해 성립되는 것이다. 즉 계약은 법률행위로서 법률사실에 의해 구성되며 법률효과를 목적으로 한다.²⁾ 국제무역상 거래를 하고자 한다면 계약을 체결하고 이행을 해야 하는데,³⁾ 일반적으로 계약은 위법성이 없어야 함을 원칙으로 한다. 국제무역상 계약에 위법성이 있느냐 없느냐 하는 기준은 일반적으로 UNIDROIT 원칙⁴⁾을 기준으로 한다.⁵⁾ UNIDROIT 원칙에서 계약의 위법성이란 강행규정⁶⁾에 반하는 계약인지를 의미한다. 그리고 우리나라 민법에서 계약의 위법성이란 반사회적 법률행위⁷⁾ 및 불공정한 법률행위⁸⁾를 의미

한다. 국제무역상 거래를 하기 위해서 계약을 하고 이행하게 되는데, 그 계약이 위법성을 갖느냐 갖지 않느냐 하는 문제는 계약 그 자체가 유효한 계약인가 아니면 유효하지 않은 계약인가를 구분하는 중요한 기준이 된다. 강행규정에 반하는 계약은 법률효과를 무효화시킬 수 있는 원인이 될 수 있으므로, 구체적인 경우에 어떠한 상황이 강행규정에 반하는가는 중요한 해석의 문제가 된다. 이와 관련하여 「UNIDROIT 원칙」과 「한국민법」은 계약의 위법성에 관한 합리적인 기준을 정하고 있다.

과거에는 전통적인 방식으로 기존의 사실관계에 기초한 계약관계에 의존하였고 이는 국제거래의 한계를 가져왔다.⁹⁾ 이러한 과거 계약방식의 한계 및 단점을 보완하기 위하여 현대무역에서는 계약의 유효성을 중요하게 보고 있다.

국제거래는 국내법의 적용을 받는 국내계약과는 달리 국외적 요소를 포함하므로 국제적인 시각에서 접근하는 것이 적절하다고 볼 수 있다.¹⁰⁾ 이에 본 논문에서는 국제무역상 계약의 위법성이 존재할 경우에 발생할 수 있는 문제에 관하여 고찰하고자 한다. 또한 본고에서는 UNIDROIT 원칙상 계약의 위법성에 관한 개념과 도입과정을 알아보고, 한국민법상 계약의 위법성에 관한 법률 및 법해석이 어떠한 차이가 있는지 검토하고자 한다.

계약의 유효성에 관한 연구는 윤상윤의 「국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약의 유효성에 관한 연구」, 오원석의 「국제물품매매계약에서 계약의 “유효성”문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점」 등이 있다. 기존 연구는 “UNIDROIT 원칙에 관한 계약의 유효성” 주제를 선택하여 연구를 하였으나, 계약의 위법성에 관한 내용을 직접적으로 다루지 못한 한계가 있다.

이에 본 연구에서는 선행연구들이 제시하지

- 1) 류창원, “금전채권의 국제적 양도에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제71권, 한국무역상무학회, 2016, p. 1.
- 2) 류창원, “「UNIDROIT 원칙」상의 조건에 관한 비교연구”, 「무역상무연구」 제80권, 한국무역상무학회, 2018, p. 1; 오원석, “국제물품매매계약에서 계약의 “유효성”(validity)문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점”, 「무역학회지」 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003, p. 2.
- 3) 박윤지·김재형, 「민법총칙(민법강의 I)」 제9판, 박영사, 2012, p. 389.; 오원석, “국제물품매매계약에서 계약의 “유효성”(validity)문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점”, 「무역학회지」 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003, p. 2.
- 4) UNIDROIT 원칙 2016년 개정판에서 제3.3.1조 위법성에 관한 규정이 삽입되었다.
- 5) “국제물품매매계약에 관한 UN협약”에서는 계약의 위법성에 관한 규정이 없다. 국제거래를 하는 일반적인 경우에 이에 관해서는 UNIDROIT 원칙을 준거하고 있는 바, 국제무역에서 계약의 위법성에 관하여는 UNIDROIT 원칙의 내용이 국제거래의 표준으로 추정하여도 무방할 것으로 보인다.
- 6) UNIDROIT 원칙에서 “강행규정”은 “mandatory rule”을 번역한 것이다. 따라서 “mandatory rule”이 불문(不文)의 원칙으로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다. 다만 “infringing rule”(침해된 규칙)과 같이 “rule”만이 단독으로 쓰인 경우에 “규칙”으로 번역되어 있다.
- 7) 한국민법 제103조 [반사회질서의 법률행위] 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

8) 한국민법 제104조 [불공정한 법률행위] 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

9) 류창원, “국제무역상 장래금전채권의 양도에 관한 연구”, 「무역보험연구」 제17권 제3호, 한국무역보험학회, 2016, p. 1.

10) 유창원, 무역학원론, 한울, 2018, p. 22.

못한 「UNIDROIT 원칙상의 계약의 위법성에 관한 비교연구」를 시도하고자 한다. 이를 위하여 본고에서는 UNIDROIT 원칙 및 한국민법을 비교고찰 하고자 하는 바, 계약의 위법성에 따른 제도적 개선방안에 관하여 고찰해 보고자 한다. 이에 이하에서는 먼저 계약의 위법성에 관한 한국민법에 관하여 개괄적으로 고찰하고, 이에 구체적으로 제3장에서 UNIDROIT 원칙상 계약의 위법성에 관한 규정에 관하여 비교고찰을 한 후 제4장에서 계약의 위법성에 관한 다른 제도적 개선방안 및 실무상 대처방안을 제시하고자 한다.

II. 계약의 위법성에 관한 한국민법의 규정

법률행위는 사적 자치를 위하여 인정되는 법률상의 수단이다. 그러므로 법률행위는 그것이 사적 자치가 허용되는 사항에 관한 것이고, 또한 그 범위에 속하는 것이어야만 법률상의 효력을 가질 수 있다. 따라서 법률행위의 목적도 법에 의하여 승인되고 보호되는 것이어야만 한다.¹¹⁾ 이것을 법률행위의 목적이라고 한다. 여기서 법률행위의 목적은 가능하고 확정될 수 있는 것이어야 하며, 그 목적이 오늘날의 계약에 비추어 판단할 때 허용될 수 있는 것이어야 한다. 법률행위의 목적에 관하여는, 확정성·실현가능성·적법성·사회적 타당성이라는 여러 요건이 요청된다. 계약의 위법성이란 이 중에서 「사회적 타당성」¹²⁾을 의미하는데, 사회으로 타당한 계약인가 아니면 그러하지 아니한가

하는 기준을 정해주는 역할을 한다. 계약의 위법성에 해당하는 규정은 한국민법 제103조와 제104조가 있는데, 이 두 조항이 매매 등의 당사자간의 계약에 있어서 위법한가 아니면 적법한가를 구분하는 규정이 되고 있다.¹³⁾

1. 반사회적 법률행위

1) 반사회적 법률행위의 의의

법률행위를 규제할 강행규정이 없더라도 그것이 사회질서에 위반하는 경우에는 한국민법 제103조¹⁴⁾에 의하여 무효가 된다. 강행규정도 사회질서에 속하는 것이지만, 모든 법률행위의 적법성 여부에 관하여 빠짐없이 강행규정을 마련한다는 것은 입법기술상 어렵고 그 흠결이 있게 마련이다. 한국민법은 그러한 흠결을 배우기 위해 제103조를 두어, 법률행위의 내용을 「사회질서」라는 기준을 가지고 일반적·포괄적으로 규제할 수 있도록 한 것이다.

한국민법 제103조가 정하는 「선량한 풍속」이란 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한의 도덕률을 말하고, 「사회질서」란 국가·사회의 공공적 질서 내지 일반적 이익을 가리키는 말이다. 그런데 제103조는 선량한 풍속을 사회질서의 일종으로 들고 있으므로 사회질서가 중심개념이 된다고 할 수 있다. 사회질서는 시대에 따라 변천하는 불확정 개념이며 추상적 개념으로서, 이는 전체법질서에 내재하는 윤리적 가치이며 그 시대의 지배적인 윤리관이다. 이러한 부분에서 제103조는 일반조항으로서의 성격을 지닌다.

11) 바꾸어 말하며, 법률은 모든 법률행위를 옳다고 인정하여 그 목적의 달성을 돕는 것은 아니며, 일정한 이상을 가지고 그것이 타당하다고 인정되는 것에 대해서만 행위자가 원하는 대로의 효과가 확실하게 발생하도록 힘을 써서 도와준다.

12) 사회적 타당성을 표현하는 용어는, 입법례에 따라서 일정하지 않다. 프랑스민법은 「선량한 풍속 또는 공공질서」라고 하고 있고(동법 제1133조), 독일민법(제138조)과 스위스채무법(제20조)은 「선량한 풍속」이라고 하고 있다. 이와 같이 그 표현이나 용어에 차이는 있어도, 어느 것이나 모두 같은 표준을 보여 주는 것으로 보아도 무방하다.

13) 매매 등의 거래에 있어서 쌍방의 당사자가 계약을 체결하는데, 우선적으로 민법보다 특별법적인 지위에 있는 상법이 우선 적용되나, 상법에는 계약의 유효성에 관한 규정이 없다. 따라서 상법을 준거하는 법률인 민법이 적용되고, 민법에 계약의 위법성에 관한 조항이 제103조와 제104조이기 때문에 이 두 조항이 이에 적용된다.

14) 한국민법 제103조 [반사회질서의 법률행위] 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

2) 요건

(1) 주관적 인식

법률행위가 사회질서에 위반하는 경우, 당사자가 이를 인식하는 것이 필요한지에 관하여 여러 견해가 있다. 제1설은, 자신의 행위가 반사회적인 것임을 모르는 자에 대하여 그 행위의 결과를 부인하는 것은 타당하지 않다는 이유로 그 인식이 필요하다고 보는 견해이다.¹⁵⁾ 제2설은, 당사자는 법률행위가 사회질서에 위반한다는 것까지 인식할 필요는 없으나, 적어도 그 점을 판단할 만한 기초사정의 존재는 인식하여야 한다고 보는 견해이다.¹⁶⁾ 그 이유로, 사회질서 위반의 법률행위가 사적자치의 한계를 넘어 무효가 되는 데에는 결국 그러한 행위에 대한 법적 비난가능성에서 연유하는 것이고, 불공정 법률행위의 주관적 요건으로 판례가 폭리자의 악의를 요구하는 점에서 반사회적 법률행위의 경우에도 그 취지를 같이하여야 한다는 것을 근거로 하고 있다. 제3설은, 반사회적 법률행위를 무효로 하는 것은 행위자의 비난가능성이 아닌 전체법질서에 기초하는 것이고, 또 사회질서는 국민이 지켜야 할 일반규범으로서 모두가 이미 알고 있다는 이유로 인식은 요건이 아니라고 보는 견해이다.¹⁷⁾ 학계에는 여러 견해가 있으나 절충적인 입장인 중도적인 입장에서 해석하는 경우가 많고, 많은 판례들이 제2설에 가까운 해석을 하고 있다.

(2) 동기의 반사회성

예를 들어, 도박을 하기 위해 금전을 차용하거나, 풍기문란의 행위를 하기 위해 주택을 임차하는 것처럼, 행위 자체는 반사회적인 것이 아니지만 그 동기에 반사회성이 있는 경우에 법률행위의 효력 여하가 문제가 된다. 학계의 견해는 해석에 따라 나뉜다. 제1설은 거래의 안전상 동기가 표시된 경우에 한해 무효라고 본

다.¹⁸⁾ 판례는 표시되거나 상대방에게 알려진 동기가 반사회적 행위에 해당한다고 하여 대체로 제1설의 견해를 취하고 있다.¹⁹⁾ 제2설은 동기가 표시되지 않았더라도 상대방이 그 동기를 알거나 알 수 있을 경우에는 무효라고 하는 견해이다.²⁰⁾ 학계에서는 제2설이 다수의 견해이다. 동기는 의사표시의 요소가 아니므로 이를 고려할 것이 아니지만, 의사표시의 해석상 그 동기가 법률행위의 내용을 이루는 것으로 볼 경우에는 그 법률행위는 반사회성을 갖게 되어 무효로 보는 것이 일반적이다. 한편, 위와 같은 이론은 계약의 경우에 타당한 것이며, 단독행위의 경우에는 달리 파악을 해야 한다. 단독행위에서는 상대방보호의 필요성이 크지 않기 때문에, 그 동기가 사회질서에 반하는 때에는 상대방의 인식 여부를 묻지 않고 이를 무효로 보아야 한다는 것이 통설이다.²¹⁾

(3) 반사회성의 판단시기

어느 법률행위가 사회질서에 반하는지 여부는 원칙적으로 법률행위 당시를 기준으로 판단한다.²²⁾ 따라서 법률행위시에 반사회성을 갖게 되어 무효로 된 법률행위는 그 후 사회질서의 개념이 바뀌더라도 유효로 되는 것은 아니다. 반면, 일단 유효하게 성립한 법률행위가 아직 이행되지 않고 있던 중 그 법률행위가 그 후의 사정에 의해 사회질서에 반하는 것으로 된 때에는 그 채무의 이행을 청구할 수 없다고 할 것이다.²³⁾

3) 사회질서에 위반하는 법률행위

(1) 사회질서 위반

사회질서 위반은 그 공통점에 따라 몇 가지 모습으로 나눌 수 있는데, 판례는 그러한 것으로 다음의 기준을 든다.²⁴⁾ 즉, 법률행위의 내용

15) 김증한·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 311p.

16) 김상용·전경운, 민법총칙 제4판, 화산미디어, 2018, 408p.; 이영준, 민법총칙 제5판, 박영사, 2007, 220p.

17) 이은영, 민법총칙 제5판, 박영사, 2002, 364p.

18) 박윤직·김재형, 민법총칙 제8판, 박영사, 274p.

19) 대법원 판례 1984. 12. 11, 84다카1402

20) 김증한·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 312p.

21) 단독행위에 대해서는 판례도 통설과 같은 입장을 취한다.

22) 법률행위 당시를 기준으로 보는 것이 학계의 통설이다.

23) 이영준, 민법총칙 제5판, 박영사, 2007, 224p.

자체가 사회질서에 위반되는 경우, 법률행위의 내용 자체는 반사회성이 없지만 다른 사정이 결부됨으로써 반사회성을 띠는 경우인데, 이것은 다음 4가지로 구분된다. ① 자유로워야 할 법률행위를 법률적으로 강제하는 것, ② 법률행위에 반사회적 조건이 결부된 것, ③ 법률행위에 금전적 대가가 결부된 것, ④ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회적인 것이 그러하다.

판례는 한국민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위에 포함되기 위해서는 위와 같은 각 요건에 해당하여야 한다고 하여, 위 유형을 제한적으로 운용하려는 태도를 보인다. 그러면서 단지 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는, 그 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사흠결을 이유로 그 효력을 논의할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다고 한다.²⁵⁾²⁶⁾²⁷⁾

(2) 판례에 나타난 사회질서위반

판례에 나타는 사회질서위반은 매우 많으나, 이를 모두 설명하기에는 다소 무리가 있으므로 몇 가지 중요한 판례들을 구분하여 정리하였다.

24) 대법원 판례 1984. 12. 11, 84다카1402

25) 대법원 판례 1996. 4. 26, 94다34432; 대법원 판례 1996. 10. 11, 95다1460; 대법원 판례 2002. 9. 10, 2002다21509

26) 또한 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 종교법인이 주지로 임명하였다고 하더라도, 그 임명행위 자체가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 할 수는 없고, 법률적으로 이를 강제하거나, 법률행위에 반사회질서적인 조건이나 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적인 성질을 띠게 되는 경우 또는 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우에도 해당한다고 보기 어렵다고 한다(대법원 판례 2001. 2. 9, 99다38613)

27) 반면, 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 원고가 피고를 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 것을 조건으로 거액의 금부를 제공받기로 한 약정은, 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적인 성질을 띠어 한국민법 제103조 소정의 반사회적 법률행위에 해당한다고 한다(대법원 판례 2000. 2. 11, 99다56833).

- ① 인륜에 반하는 행위²⁸⁾
- ② 정의관념에 반하는 행위²⁹⁾
- ③ 개인의 자유를 극도로 제한하는 행위³⁰⁾
- ④ 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위³¹⁾
- ⑤ 도박 등 사해행위³²⁾

4) 효과

사회질서에 위반한 사항을 내용을 하는 법률행위는 무효이다(한국민법 제103조). 그런데 이것은 그에 기초하여 이행 전이나 또는 이행 후이냐에 따라 효과에서 차이가 있다.

(1) 이행 전

사회질서에 위반된 법률행위는 무효이므로, 아직 그 이행이 안 된 상태에서는 이행할 필요가 없고 또 상대방도 그 이행을 청구할 수 없다.

(2) 이행 후

반사회적 법률행위에 따른 이행이 이루어진 경우에는 무효의 일반원칙에 따라 부당이득의 반환을 청구할 수 있을 것이지만, 이를 용인하게 되면 스스로 법률의 이상에 반하는 행위를 한 자에 대하여 결과적으로 법률에 의한 보호를 해 주는 셈이 되어 명백히 모순이 된다. 따라서 한국민법은 위 경우 제746조(불법원인급여)³³⁾를 마련하여 부당이득반환청구를 불허함

28) 대법원 판례 1967. 10. 6, 67다1134; 대법원 판례 1955. 7. 14, 4288민상156; 대법원 판례 1967. 10. 6, 67다1134; 대법원 판례 1963. 11. 7, 63다587; 대법원 판례 1980. 6. 24, 80다458

29) 대법원 판례 1956. 5. 10, 4289민상115; 대법원 판례 1956. 1. 26, 4288민상96; 대법원 판례 1971. 10. 11, 71다1645; 대법원 판례 1994. 3. 11, 93다40522; 대법원 판례 2001. 4. 24, 2000다71999; 대법원 판례 2010. 7. 29, 2009다56283; 대법원 판례 2000. 2. 11, 99다49064; 대법원 판례 2005. 7. 28, 2005다23858; 대법원 판례 2015. 7. 23, 2015다200111

30) 대법원 판례 1969. 8. 19, 69므18; 대법원 판례 1982. 6. 22, 82다카90; 대법원 판례 1992. 10. 27, 92므204

31) 대법원 판례 1970. 3. 31, 69다2293

32) 대법원 판례 1959. 7. 16, 4291민상260; 대법원 판례 1959. 10. 15, 4291민상262

으로써 소극적으로 제103조의 취지를 실현하려고 한다. 즉 양 규정은 표리의 관계에 있다고 보는 것이 통설 및 판례이다. 따라서 이행이 된 경우 반드시 무효가 되는 것은 아니다.

2. 불공정한 법률행위

1) 불공정한 법률행위의 의의

법률행위의 공정성은 두 가지 측면에서 접근할 수 있다. 하나는 법률행위의 내용이 공정한지 여부이다. 이를 내용상의 공정성이라고 할 수 있다. 다른 하나는 법률행위가 절차적으로 공정하게 성립하였는지 여부이다. 이를 절차상의 공정성이라고 할 수 있다.

사적 자치의 원칙은 절차상의 정당성만을 문제삼고 내용상의 정당성은 문제삼지 않는다.³⁴⁾ 당사자들이 자유로운 의사에 기하여 계약을 체결하였다면, 그 내용과 상관없이 계약은 유효하다. 그러나 제104조³⁵⁾는 법률행위의 내용과 절차 두 측면에서 불공정한 경우에 한하여 불공정 법률행위로 무효화한 것으로, 내용에 관해서는 현저한 불균형을 요구하고, 절차에 관하여는 공박, 경솔 또는 무경험을 요구하고 있다. 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 상대방에게 하게 함으로써 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 「불공정한 법률행위」 또는 「폭리행위」로 규율하고 있다.

2) 제103조와의 관계

한국민법 제104조는 「당사자의 공박·경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있는데, 이 규정은 제103조와 어떠한 관계가 있는지 문

제가 된다. 한국민법은 불공정한 법률행위를 제103조와는 따로 제104조에서 독립적으로 규정하고 있다. 따라서 제104조의 불공정한 법률행위는 제103조의 사회질서 위반의 법률행위의 예시인지 여부가 문제된다. 불공정한 법률행위는 그 성질상 반사회질서의 법률행위의 하나이며, 또한 그렇게 해석하는 것이 통설 및 판례³⁶⁾의 태도이다. 이와 같이 불공정한 행위는 반사회질서의 행위이므로, 제104조의 요건을 완전히 갖추지 못한 경우에도, 그 행위는 제103조에 위반하는 반사회적 행위가 되는 경우도 있다고 보아야 한다.³⁷⁾

3) 요건

(1) 객관적 요건

급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있어야 한다. 그 판단은 구체적인 사안에 따라 사회질서의 기준에 의해 정할 수밖에 없다. 경우에 따라서는 시가의 반값으로 매각한 사안에서도 폭리를 인정할 것이 있다.³⁸⁾ 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 법률행위 시를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 통설 및 판례 입장이다. 판례³⁹⁾는, 계약체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용에 따른 권리의무관계를 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정 계약에 해당하는 것은 아니라고 하였다. 제104조에서 「현저하게 공정을 잃은 법률행위」는, 자기의 급부에 비해 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 말하는 것이므로, “증여”와 같이 아무런 대가없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위에

33) 한국민법 제746조 [불법원인급여]
불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

34) 김중환·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 318p.

35) 한국민법 제104조 [불공정한 법률행위]
당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

36) 대법원 판례 1964. 5. 19, 63다821

37) 대법원 판례 2007. 2. 15, 2004다50426

38) 대법원 판례 1964. 12. 29, 64다1188

39) “갑”주식회사가 “을”은행 등과 체결한 키코(KIKO) 통화옵션계약이 불공정한 행위인지 문제된 사안에서; 대법원 판례 2013. 9. 26, 2011다53683

서는 불공정성이 발생할 여지가 없다.⁴⁰⁾ 한편 불공정행위는 계약에서만 생기는 것은 아니고 「단독행위」에서도 발생한다.

(2) 주관적 요건

급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있다고 하더라도 그것이 당사자가 원하는 경우에는,⁴¹⁾ 이것만으로는 불공정 법률행위로 되지 않는다. 그러기 위해서는 따로 폭리자가 피해자의 궁박·경솔 또는 무경험을 이용하였어야 한다. 이럴 때 비로소 불공정 법률행위가 되어 반사회성을 띠게 되는 것이다. 「궁박」이란 벗어날 길이 없는 어려운 상태를 말하며, 반드시 경제적인 것에 한정되지 않는다.⁴²⁾ 「경솔」이란 의사를 결정할 때에 그 행위의 결과나 장래에 관하여 보통 일반인이 갖는 판단력이 부족한 것을 말한다. 「무경험」은 일반적인 생활경험이 불충분한 것을 말한다. 이러한 궁박·경솔·무경험은 모두 있어야 하는 것은 아니고, 이 중 어느 하나만 있으면 된다.⁴³⁾ 판례의 입장은, 부채자 재산관리인이 부채자의 재산을 매도한 경우에 매도인의 궁박상태 여부는 부채자 본인의 입장에서 판단하여야 하고,⁴⁴⁾ 매도인의 대리인이 매도한 경우에 경솔·무경험은 그 대리인을 기준으로 판단하여야 하지만, 궁박상태 여부는 본인의 입장에서 판단하여야 한다고 한다.⁴⁵⁾

문제는 폭리자측의 주관적 요건으로서, 폭리

자가 피해자측의 궁박 등의 사정을 알고 이를 이용하려는 「악의」가 필요한 것인지 여부이다. 독일민법(제138조 제2항)은 상대방이 이용하는 것을 요건으로 정하고 있지만, 현행 민법은 법문상 “...로 인하여”라고만 표현하고 있어 그 의미가 명확하지 않다. 학설은 나뉜다. 제1설은, 폭리자가 피해자에게 그러한 사정이 있음을 알고서 이를 이용하려는 의사, 즉 악의가 필요하다고 본다. 제1설이 다수설이다. 제2설은 그러한 악의까지는 필요하지 않고 인식만 있으면 충분하다고 한다.⁴⁶⁾ 제3설은 제104조의 법문상 폭리자의 주관적 요건을 요구하는 것은 법적 근거가 없다고 한다.⁴⁷⁾ 판례는, 제104조에 규정된 불공정 법률행위는 약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데 그 목적이 있다고 하면서, 일관되게 제1설의 견해를 취하고 있다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 폭리자의 악의를 요건으로 하면 피해자가 이를 입증하여야 하는 어려움이 있지만, 판례는 간접사실 등을 통해 이를 추인할 수 있다는 입장을 보이고 있다.

4) 입증책임

어느 법률행위가 불공정 법률행위에 해당하여 무효라고 주장하는 자는, 그가 궁박·경솔 또는 무경험의 상태에 있었다는 사실, 상대방이 이 사실을 알고 있었다는 사실, 그리고 급부와 반대급부간에 현저한 불균형이 있음을 모두 입증하여야 한다는 것이 통설 및 판례이다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

40) 대법원 판례 1993. 3. 23, 92다52238; 대법원 판례 1993. 7. 16, 92다41528

41) 긴급한 사정으로 물건을 시중가격보다 저렴하게 내 놓은 경우 등을 말한다.

42) 원고가 건물과 부지를 경락받았는데, 그 전에 이미 그 건물은 종전 소유자가 공장을 경영하면서 전기요금을 체납하였기 때문에 피고(한전)가 전기공급을 중단한 상태에 있었다. 원고는 위 건물에 공장시설을 마치고 개업을 하기 위해 동력 가설을 신청하였으나, 피고가 전 수용가의 전기요금 채우는 신 수용가에게 승계된다고 피고의 전기공급규정을 내세워 이를 거절하므로, 원고가 할 수 없이 체납된 전기요금을 납부하였다. 이 사안에서 대법원은, 이는 원고의 궁박을 이용하여서 한 현저하게 공정을 잃은 법률행위로서 무효라고 보았다(대법원 판례 1987. 2. 10, 86다카2094).

43) 대법원 판례 1993. 10. 12, 93다19924

44) 대법원 판례 1970. 1. 27, 69다719

45) 대법원 판례 1972. 4. 25, 71다2255

46) 이영준, 민법총칙 제5판, 박영사, 2007, 241p.

47) 김증환·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 322p.

48) 대법원 판례 1992. 2. 25, 91다40351; 대법원 판례 1999. 5. 28, 98다58825; 대법원 판례 2002. 9. 4, 2000다54406

49) 판례는, 구미시가 사유지를 일반인에게 매도하기 위해 공개입찰을 받으면서 공무원이 상가지역과 상업지역을 혼용하여 사용한 관계로 매수인이 상가지역이 상업지역인 줄 알고 시가보다 비싸게 매수신청을 하여 낙찰을 받은 사안에서, 공무원에게 매수인이 경솔 또는 무경험으로 상가지역과 상업지역의 차이를 모르고 있음을 알면서 이를 이용하여 폭리를 취하려는 의사가 있다고 보기는 어렵다고 하여, 불공정 법률행위의 성립을 배척하였다(대법원 판례 1988. 9. 13, 86다카563).

급부와 반대급부가 현저히 균형을 잃었다 하여 법률행위가 곧 공박·경술 또는 무경험으로 인해 이루어진 것으로 추정되지는 않으며,⁵²⁾ 생활곤란으로 목적물을 염가에 매각하였다 하더라도 그것만으로 위 매매가 매도인의 공박·경술 또는 무경험에 편승하여 이루어진 것이라고 추정할 것은 아니다.⁵³⁾

5) 효과

불공정한 법률행위는 무효이다.⁵⁴⁾ 따라서 아직 급부를 하지 않은 때에는 쌍방 모두 이행할 필요가 없다. 이미 이행한 경우에는, 불공정 법률행위 또는 반사회적 법률행위의 일종이므로 한국민법 제746조(불법원인급여)가 적용된다. 다만 불법의 원인이 폭리행위자에만 있으므로 상대방, 즉 피해자는 제746조 단서에 의해 이행한 것의 반환을 청구할 수 있는데 반해, 폭리행위자는 제746조 본문에 의해 자기가 이행한 것의 반환을 청구할 수 없다. 이 무효는 절대적 무효로서, 목적부동산이 제3자에게 이전된 경우에 제3자가 선의라 하여도 그 소유권을 취득하지 못한다.⁵⁵⁾ 불공정 법률행위는 반사회적 법률행위로서 무효이기 때문에, 당사자가 이를 추인하여 유효한 것으로 할 수 없다.⁵⁶⁾ 판례는, 불공정한 계약으로 인하여 불이익을 겪은 당사자로 하여금 불공정성을 소송 등 사법적 구제수단을 통하여 주장하지 못하도록 하는 부제소합의 역시 무효라고 한다.⁵⁷⁾

50) 대법원 판례 1970. 11. 24, 70다2065

51) 따라서 대물변제계약이 단순히 무효라고만 주장하였을 뿐 다른 아무런 주장을 하지 않았는데도, 그 대물변제계약이 불공정 법률행위에 해당하여 무효라고 인정하는 것은, 당사자가 주장하지 않은 사실을 기초로 하여 판단한 것이 되어 위법한 것이 된다(대법원 판례 1962. 11. 8, 62다599).

52) 대법원 판례 1969. 12. 30, 69다1873

53) 대법원 판례 1955. 7. 7, 4288민상66

54) 한국민법 제104조 [불공정한 법률행위] 당사자의 공박, 경술 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

55) 대법원 판례 196. 11. 7, 63다479

56) 한국민법 제139조 [무효행위의 추인] 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다.

Ⅲ. 계약의 위법성에 관한 UNIDROIT 원칙의 규정

계약의 위법성이란 양당사자의 계약이 강행규정에 반하는 계약을 의미한다. UNIDROIT 원칙은 제1.4조⁵⁸⁾에서 강행규정에 대한 규정을 두고 있다. 계약이 위법한가 또는 위법하지 아니한가에 대한 문제는 UNIDROIT 원칙 제1.4조⁵⁹⁾에 해당되는지 해당되지 않은지 기준이 된다. 즉 강행규정에 저촉되면 위법성이 있는 것이고, 이에 저촉되지 않으면 위법성이 없다는 것을 의미한다.

1. 「UNIDROIT 원칙」 상의 강행규정

1) 강행규정의 우선

입법적 문서가 아니라 본 원칙의 특수성 때문에, 본 원칙 자체와 본 원칙에 따라 체결된 개별계약은 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원을 갖는 국내법의 강행규정에 우선하는 것으로 기대될 수 없다.⁶⁰⁾ 국가적 기원의 강행규정은 각국이 독자적으로 입법한 것이고,⁶¹⁾ 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정은 국제협약이나 일반 국제공법에서 비롯하거나⁶²⁾ 국제기구에 의하

57) 대법원 판례 2010. 7. 15, 2009다50308

58) UNIDROIT 원칙 제1.4조 [강행규정]

본 원칙의 어떠한 규정도 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정의 적용을 제한하지 아니한다.

59) UNIDROIT Article 1.4 [Mandatory Rules]

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

60) Michael Joachim Bonell, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts -International Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT)-*, Rome, 2016, p. 11.

61) 예를 들어, 일정한 유형의 계약에 대한 특정한 방식 요건, 위약벌조항의 유효성, 자격요건, 환경규제법규 등을 말한다.

62) 예를 들어, 헤이그-비즈비규칙, 도난 또는 불법 반출

여 채택된다.

2) “강행규정”의 광의의 개념

UNIDROIT 원칙 제1.4조에서 말하는 강행규정은 주로 입법에 의하여 규정되고 그 강행적 성격은 법문에 명시되거나 해석에 의하여 도출된다.⁶³⁾ 그러나 다양한 국내법제에서 계약의 자유에 대한 제한은 국가적, 국제적 또는 초국가적 공서의 일반원칙에서도 도출된다.⁶⁴⁾ 제1.4조의 적용상 “강행규정”의 개념은 넓게 이해되어야 하고 그에 따라 이는 특정한 제정법의 규정과 공서의 일반원칙을 모두 포함한다.

3) 강행규정 원칙이 계약조건으로 편입됨에 따른 강행규정의 적용

연성규범⁶⁵⁾에 관하여 전통적으로 그러하였고 여전히 국내법원에서 지배적 접근법으로 채택되고 있듯이, 당사자의 본 원칙에 관한 언급이 강행규정 원칙을 계약에 편입하는 합의에 불과한 것으로 다루어지는 경우, 강행규정 원칙 자체와 강행규정 원칙에 따라 체결되는 개별계약은 무엇보다도 강행적 성격을 갖는 준거법인 국내법상의 원칙과 규칙의 제한을 받는다.⁶⁶⁾ 또한 법정지국의 강행규정과 아마도 제3국의 강행규정도 그것이 계약의 준거법이 어느 법이건 간에 적용되는 강행규정이요 특히 제3국의 강행규정의 경우에는 그 국가와 당해 계약 사이에 충분히 밀접한 관련이 있는 때에 적용된다.⁶⁷⁾

4) 각 사안에서 관련 국제사법 규칙의 적용

국내법원과 중재관정부 사이에 국제상사계

된 문화제의 반환에 관한 UNIDROIT 협약, UN 부패방지계약, UN 세계인권선언 등을 말한다.

63) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 11.

64) 예를 들어, 범죄의 보수 또는 유인의 금지, 부패와 담합입찰의 금지, 인권보호, 성별·인종·종교에 기초한 차별금지, 부당한 거래제한 금지 등을 말한다.

65) 이는 soft law instrument를 의미한다.

66) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 12.

67) 이른바 “최우선 강행규정” 또는 “국제적 강행규정”을 말한다.

약에 적용할 강행규정을 결정하는 방법이 다른 것을 고려하여 UNIDROIT 원칙 제1.4조는 어떤 강행규정이 적용되는지를 의도적으로 규정하지 않고 오히려 관련 국제사법 규칙에 따르도록 함으로써 각 사안을 해결하도록 하고 있다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

2. 「UNIDROIT 원칙」 상의 위법성이 존재하는 계약

1) 제3.3.1조⁷⁰⁾⁷¹⁾의 적용범위

68) 예를 들어, EU규정 제593/2008호 (로마 I) 제9조 (이는 1980년 「계약상 채무의 준거법에 관한 로마 협약」 제7조를 대체한다), 1994년 「국제계약의 준거법에 관한 미주간협약」 제11조, 헤이그국제사법회의의 2015년 「국제상사계약준거법원칙」 제11조, 헤이그국제사법회의의 2015년 「국제상사계약준거법원칙」 제11조, 「국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법」 제28조, 제34조, 제36조, 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약」 제5조 참조.

69) 오원석, “국제물품매매계약에서 계약의 ‘유효성’(validity) 문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점”, 「무역학회지」 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003, p. 3.

70) UNIDROIT 원칙 제3.3.1조 [강행규정에 반하는 계약]

(1) 계약이 본 원칙 제1.4조에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 강행규정에 반하는 경우에 그 위반이 계약의 효력에 영향을 미치는 때에는 계약의 효력은 그 강행규정에 명시적으로 규정된 바에 따른다.

(2) 강행규정이 계약에 대한 그러한 위반의 효력을 명시적으로 규정하지 않는 때에는 당사자는 상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단을 행사할 권리를 갖는다.

(3) 무엇이 합리적인지를 결정할 때에는 특히 다음 각호를 모두 고려하여야 한다.

가. 위반된 당해 규칙의 목적

나. 당해 규정이 보호하고자 하는 사람의 범주다. 당해 규정의 위반에 의하여 부과되는 제재라. 위반의 심각성

마. 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부

바. 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피하였는지 여부

사. 당사자들의 합리적 기대

71) UNIDROIT Article 3.3.1 [Contracts infringing mandatory rules]

(1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these

계약은 당사자의 합의가 중요함에도 불구하고,⁷²⁾⁷³⁾ 제3.3.1조 원칙상 계약의 자유에는 제한이 없지 않다. 당사자는 계약을 실수없이 그리고 무리없이 체결하여야 할 뿐만 아니라 그 계약도 적용가능한 강행규정⁷⁴⁾을 위반하지 않아야 한다.⁷⁵⁾ 제3.3.1조는 계약의 조건, 이행, 목적 또는 그 밖의 어떤 것에 의하여 강행규정을 위반하는 계약에 관련된다. 보다 정확히 말하자면 제3.3.1조는 그러한 위반에도 불구하고 당사자가 여전히 구제수단을 갖는지 만약 그렇다면 계약상의 구제수단(제3.3.1조) 또는 반환(제3.3.2조)이 부여되는지 여부를 결정할 때 적용되는 기준을 규정함으로써 그러한 위반이 계약에 미치는 효력을 다룬다.

2) 제1.4조에 따른 관련 강행규정의 제한성

제3.3.1조의 적용상, 제1.4조에 따라 적용되는 강행규정만이 관련되고 그 강행규정이 국가적, 국제적 또는 초국가적인 것인지 가리지 않는다. 즉 제3.3.1조는 오직 강행규정에 반하는 계약에만 관련되고, 여기의 강행규정은 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 성문의 법률규정이나 불문의 일반적 공서원칙⁷⁶⁾을 말한다.⁷⁷⁾ 당해 사안에서 어떤 강행규정이 적용되는지는 기본적으로 분쟁이 소송 또는 중재에 회부되었는지 여부 그리고 당사자의 의사가 단지 제3.3.1조 원칙을 계약에 편입하는 합의에 불과한지 아니면 제3.3.1조 원칙이 계약의 준거법으로 적용되는지 여부에 달려있다.

3) 위반의 태양⁷⁸⁾

계약은 무엇보다도 그 개별조건이 강행규정을 위반할 수 있다. 부패와 입찰담합에 관한 사례를 보면,⁷⁹⁾⁸⁰⁾⁸¹⁾⁸²⁾ 강행규정은 특정한 성문

Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.

(2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable.

(3) In determining what is reasonable regard is to be had in particular to :

- (a) the purpose of the rule which has been infringed ;
- (b) the category of persons for whose protection the rule exists ;
- (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed ;
- (d) the seriousness of the infringement ;
- (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement ;
- (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement ; and
- (g) the parties' reasonable expectations.

72) UNIDROIT 원칙 제1.1조 [계약의 자유] 당사자는 자유로이 계약을 체결하고 그 내용을 정할 수 있다.

73) UNIDROIT Article 1.1 [Freedom of Contract] The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

74) “강행규정”은 “mandatory rule”을 말한다. 따라서 “mandatory rule”이 불문의 원칙으로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다. 다만 “infringed rule”과 같이 “rule”만이 단독으로 쓰인 경우에 “규칙”으로 보아야 한다.

75) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 125.

76) 즉, general principles of public policy를 말한다.

77) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 126.

78) 계약의 태양이란 계약은 어떻게 강행규정을 위반하는가를 의미한다.

79) X국의 시공자 A는 에이전트 B와 커미션계약을 체결하고 계약상 B는 미화 1,000,000 달러의 보수를 받고서 C에게 미화 10,000,000 달러를 지급하기로 한다. C는 Y국의 결제개발부 장관인 D의 고위직 조달자문이다. 이러한 계약을 체결한 이유는 D를 회유함으로써 Y국에 신규 발전소를 건설하는 계약을 A가 수주하도록 하기 위함이다. X국 및 Y국에서 공무원에게 뇌물을 주는 것은 법률로 금지되어 있다. 이 커미션계약은 그 조건이 법률상의 금지를 위반하고 있다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 126.

80) X국의 시공자 A는 C에게 100,000 유로를 지급하기 위하여 에이전트 B와 계약을 체결한다. C는 Y국에 있는 D 회사의 고위임원이다. 이러한 계약을 체결한 이유는 D를 회유함으로써 정교한 IT 시스템을 설치하는 계약을 A가 수주하도록 하기 위함이다. X국 및 Y국에서 민간부문에서 뇌물을 주는 것은 법률로 금지되어 있지 않으나 공서에 반하는 것으로 취급된다. 커미션계약은 그 조건이 공서의 원칙을 위반하고 있다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 127.

81) 각각 X국과 Y국에 있는 입찰자 A와 B는 계약(입찰담합계약)을 체결하여 Z국에서 발주하는 일련의 건

의 법률규정일 수도 있고 불문의 일반적 공서 원칙일 수도 있다.

계약은 그 이행이 강행규정을 위반하기도 한다.⁸³⁾⁸⁴⁾

더욱이 계약은 그 밖의 방법으로 강행규정을 위반할 수 있는데, 예를 들어 계약체결방법이나 계약의 목적이 강행규정에 반할 수 있다.⁸⁵⁾

4) 침해된 강행규정이 침해의 효과를 명시적으로 규정하는 경우

때로는 강행규정 자체에서 그 위반이 있는 경우에 어떠한 계약상의 구제수단 또는 반환청구의 구제수단이 부여되는지를 명시적으로 규

설계약의 공공입찰절차에서 담합하여 일부의 계약은 A가 수주하고 나머지는 B가 수주하기로 한다. Z국의 제정법률은 공공입찰절차에서 입찰담합을 금지한다. 입찰담합계약은 그 조건이 법률상의 금지를 위반하고 있다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 127.

82) 각각 X국과 Y국에 있는 입찰자 A와 B는 계약(입찰담합계약)을 체결하여 Z국에서 발주하는 일련의 건설계약의 공공입찰절차에서 담합하여 일부의 계약은 A가 수주하고 나머지는 B가 수주하기로 한다. Z국의 제정법률은 공공입찰절차에서 입찰담합을 금지하는 법률은 없으나 입찰담합은 공서에 반하는 것으로 취급된다. 입찰담합계약은 그 조건이 공서의 원칙을 위반하고 있다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 127.

83) X국에 있는 대규모 소매상 A는 Y국에 있는 제조자 B와 A의 사양에 따라 B가 장난감을 제조하는 계약(제조계약)을 체결한다. A는 자신이 주문하는 장난감을 어린이 노동자가 만든다는 것을 알았거나 알았어야 한다. X국 및 Y국에서 어린이의 노동은 공서에 반하는 것으로 취급된다. 제조계약은 그 이행이 공서의 원칙에 반한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 127.

84) X국의 수입자 A는 Y국의 수출자 B와 장비공급계약을 체결한다. 계약체결 후 국제연합은 X국으로 수입되는 장비에 관하여 수입금지를 부과한다. 그럼에도 B는 수입금지를 위반하여 장비를 인도한다. A와 B 사이의 계약은 그 이행이 수입금지를 위반한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 127.

85) X국에 있는 플라스틱폭탄 제조자 A는 Y국에 있는 무역회사 B와 평화적 용도로도 쓰이고 폭탄제조용으로도 쓰이는 재료인 설텍스의 일정 수량을 공급하는 계약(공급계약)을 체결한다. A는 B가 그 물품을 테러단체에 궁극적으로 송부할 것을 알았거나 알았어야 했다. 이 공급계약은 그 목적이 테러단체의 지원을 금지하는 기본적 공서의 원칙에 반한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 128.

정한다.⁸⁶⁾ 따라서 예를 들어, 「유럽연합조약」 제101조 제2항은 유럽연합 회원국 사이의 무역에 영향을 주는 기업간 반경쟁적 합의로서 제101조 제1항에 의하여 금지되는 합의는 “자동적으로 무효이다”라고 명시적으로 규정한다. 마찬가지로 「도난 또는 불법 반출된 문화재의 반환에 관한 UNIDROIT 협약」은 “계약국은 ... 청구국의 영토로부터 ... 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 청구할 수 있다”고 규정(제5조)하고 있어, “... 불법적으로 반출된 문화재를 취득한 문화재 점유자는 그 취득시에 ... 문화재가 불법적으로 반출된 것을 몰랐고 합리적으로 알았어야 하지도 않은 때에는 청구국에 대하여 공정하고 합리적인 보상을 청구할 권리가 있다”고 규정(제6조)한다.

5) 침해의 효과를 결정하는 요소⁸⁷⁾

강행규정이 계약에 대한 그 위반의 효과를 명시적으로 규정하지 않는 경우에, 제3.3.1조 제2항에 의하여 당사자는 “상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단”을 행사할 수 있다. 이러한 넓은 범문은 최대의 유연성을 제공한다. 따라서 강행규정 위반에도 불구하고 당사자의 일방 또는 쌍방은 사안에 따라 유효한 계약상의 통상적인 구제수단을 가질 수도 있고, 계약을 무효로 다룰 권리나 계약의 조정이나 향후 정하여질 계약조건에 따른 계약의 종료와 같은 그 밖의 구제수단을 가질 수도 있다. 후자와 같은 부류의 구제수단은 위반의 결과로 계약의 일부만이 무효로 되는 경우에 특히 적절하다.

6) 무엇이 사정에 따라 합리적인지를 결정하는 기준

제3.3.1조에서 관련되는 강행규정은 단순한 기술적 성격의 법률규정부터 중대한 사회적 해악을 방지할 목적으로 금지하는 것까지 매우 다양하므로 제3.3.1조 제3항에서는 상황에 따라 이용가능한 계약적 구제수단을 결정하는 기준을 열거한다. 이는 망라적 열거가 아니다. 많

86) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 128.

87) 사정에 따른 합리성을 의미한다.

은 경우에 두 가지 이상의 기준이 적용되고 그러한 기준들의 비교형량을 통하여 결정이 이루어진다.⁸⁸⁾

(1) 침해된 당해 규칙의 목적

가장 중요한 고려요소 중 하나는 강행규정의 목적과 적어도 당사자 일방에게 계약상 구제수단을 부여하는 것이 그러한 목적의 성취에 영향을 주는지 여부이다.⁸⁹⁾

(2) 침해된 당해 규칙이 보호하고자 하는 사람의 범주

다른 중요한 고려요소는 침해된 강행규정이 일반대중의 이익을 보호하고자 하는가 아니면 일정한 범주의 사람의 이익만을 보호하고자 하는가이다. 일정한 자격요건은 후자에 해당되며 고객이나 의뢰인의 보호를 위하여 일정한 활동을 하는 사람들에게 법률로 부과된다. 자격증이 없는 자가 계약을 체결한다면 고객이나 의뢰인에게 최소한 손해배상과 같은 계약상의 어떤 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.⁹⁰⁾

(3) 당해 규칙의 위반에 대하여 부과되는 제재

일정한 활동을 금지하거나 제한하는 법률은 흔히 형사적 또는 행정적 제재를 규정한다. 당해 법률에서 그러한 위반이 계약상의 권리나 구제수단에 대하여 어떠한 효력을 갖는지를 명시적으로 규정하는 때에는 그러한 규정에 따른다. 그러나 법률에서 그러한 효력에 관하여 침묵하는 경우에는 형사적 또는 행정적 제재의 존재나 성격이 당해 규칙이 추구하는 목적, 당해 규칙이 보호하는 사람의 범주, 위반의 심각성에 관한 중요한 통찰을 제공할 수 있다. 따라서 당해 법률의 위반이 계약상의 권리와 구제수단에 어떠한 효력을 갖는지를 결정할 때에는 그러한 제재의 존재와 내용이 고려되어야 한다.⁹¹⁾

(4) 위반의 심각성

다른 고려요소는 위반의 심각성이다. 따라서 당해 강행규정이 순수하게 기술적 성격을 갖고 그 위반이 상대방에게 아무런 영향을 주지 않는 경우에는 계약상 구제수단이 부여될 수 있다.⁹²⁾⁹³⁾

88) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 129.

89) X국에 있는 항공기제조회사 A는 Y국의 국방부장관 C가 다수의 군용항공기를 구매하고자 한다는 것을 알고서 Y국에 있는 컨설팅회사 B와 계약(에이전시 계약)을 체결하고, 그에 따라 B는 A가 제작하는 항공기를 C가 구매하도록 협상하여야 한다. Y국의 법률은 정부기관이 협상하거나 체결하는 계약의 중개인을 고용하는 것을 금지한다. 중개인 고용을 금지하는 법률의 목적은 부패를 막기 위함이므로 A와 B는 에이전시계약상 어떠한 구제수단도 갖지 못한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 129.

90) X국에 있는 A회사는 Y국에 있는 엔지니어 B와 A의 공장을 개조하는 계약을 세우기 위하여 계약을 체결(엔지니어계약)한다. X국의 법률에 의하면 자격증을 가진 엔지니어만이 그러한 활동을 할 수 있다. B는 필요한 자격증이 없음에도 계획서를 제출하고 그 계획서는 일부 계산상의 오류에 기초하고 있어서 개조작업의 지연이 초래된다. A가 그러한 지연으로 인한 손해배상을 청구하자 B는 자신이 자격증이 없으므로 그 엔지니어계약이 무효라는 이유를 대면서 손해배상을 거절한다. 자격요건의 목적은 의뢰인을 보호하는데 있으므로 A는 손해배상청구권을 갖는다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 130.

91) X국에 있는 수출자 A는 Y국에 있는 선박소유자 B와 X국에서 Y국까지 해상으로 물품을 운송하는 계약(운송계약)을 체결한다. X국의 법률은 선박의 화물적재량을 제한한다. 그 법률은 그 위반에 대하여 벌금을 부과하지만 위반에 의하여 개별계약이 어떠한 영향을 받는지에 관하여는 침묵한다. B는 선박에 과적하고 A는 물품이 안전하게 도착하였음에도 불구하고 운송계약의 무효를 주장하면서 운임의 지급을 거절한다. 그러한 법률의 목적은 선박 및 선원의 안전을 위하여 과적을 금지하고자 하는 것이지 계약 자체를 금지하고자 하는 것이 아니고 이러한 목적은 B에게 벌금을 부과함으로써 충분히 달성될 수 있으므로 B는 물품의 운송에 대하여 합의된 운임을 청구할 권리가 있다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 131.

92) X국에 있는 축우업자 A는 Y국에 있는 축우업자 B에게 소를 판매한다. Y국의 법률에 의하면 수입소는 적절히 태그가 부착되어야 하고 태그에 담긴 정보는 첨부서류에도 기재되어야 한다. 인도된 소에는 적절히 태그가 부착되었으나 첨부서류는 불완전하다. 그럼에도 A는 대금지급청구권을 갖는다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 131.

93) X국에 있는 수입자 A는 Y국의 운송인 B와 X국에서

(5) 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부

계약상 구제수단이 부여되는지 여부는 당사자의 일방 또는 쌍방이 강행규정의 존재나 그 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부에도 의존할 수 있다.⁹⁴⁾

(6) 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피한지 여부

다른 고려요소는 법률위반이 계약의 이행을 위하여 불가피한지 여부이다. 따라서 계약조건에서 법률위반 자체를 규정하는 경우나 계약에서 단지 법률위반을 암묵적으로 내포하는 경우에는 당사자에게 계약상 구제수단을 주지 않는 것이 합리적이다.⁹⁵⁾

(7) 당사자들의 합리적 기대

당사자 일방이 상이한 법적 또는 상업적 문화 때문에 위반사실을 합리적으로 알 수 없었거나, 보다 흔한 경우로 당사자 일방이 계약이나 개별 계약조항의 강제가능성에 관하여 적법한 기대를 불러 일으켰다가 나중에 그러한 기대를 무력화하기 위하여 자국법률상의 금지규정을 주장하는 경우에, 상대방에게 계약이나 개별 계약조항상 이용가능한 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.⁹⁶⁾

(8) 그 밖의 기준

제3.3.1조 제3항에 명시적으로 열거된 기준 외에도, 사안에 따라 이용가능한 구제수단을 결정할 때 고려되어야 하는 요소가 더 있을 수 있다. 그 중 하나는 계약이 어느 범위까지 강행규정을 위반하는가이다. 계약이 단지 일부만 강행규정을 위반하는 때에는 계약을 조정하여 당사자에게 그에 따른 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.

다른 요소는 부적절한 거래를 적시에 철회하는 것이다. 따라서 강행규정을 위반하는 계약의 당사자가 계약의 불법적인 목적을 달성하기 전에 자신의 행동을 후회하는 때에는 그 당사자는 자신이 이행한 것을 반환받을 권리가 있다고 하여야 한다.

Y국으로 위험한 물품을 운송하는 계약을 체결한다. X국의 법률에 의하면 이러한 종류의 물품은 특정한 안전요건을 갖춘 차량으로 운송하여야 한다. 그 법률은 그 위반에 대하여 형사적 제재를 부과하지만 그 위반이 개별 운송계약에 대하여 어떤 효력을 갖는지에 관하여는 침묵한다. B는 그러한 법정안전요건을 충족하지 못하는 차량으로 물품을 운송한다. A는 물품이 안전하게 도착하였음에도 계약의 무효를 주장하면서 운임지급을 거절한다. 그러한 법률의 목적은 제3자의 손해나 환경의 훼손을 막기 위함 이므로 B는 형사적 제재의 부과를 불문하고 합의된 운임의 지급을 청구하지 못한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 131-132.

94) X국의 시공자 A는 대규모 기반시설사업에 관한 계약을 체결하고자 Y국의 경제개발부 장관인 D와 협상에 들어간다. D는 계약체결을 위하여 계약대금의 7.5%의 커미션을 요구한다. A는 그에 따라 커미션을 지급하고 계약이 체결된다. A가 계약상 의무의 절반을 이행하였을 때 Y국에서 새로운 정부가 정권을 잡고 새로 임명된 경제개발부 장관은 커미션이 지급된 것을 이유로 그 사업 자체를 취소하고 이미 이행된 부분에 대한 대금지급을 거절한다. A는 계약상 어떠한 구제수단도 갖지 못한다. 그러나 그렇더라도 계약상 이행된 것이 있으면 그 반환을 청구하는 것은 허용된다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 132.

95) X국의 A회사는 Y국의 B회사와 Y국에 화학비료공장을 건설하는 계약을 체결한다. 계약에서 Y국의 환경보호법이 부과하는 안전장비의 설치에 관하여 약정하지 않고 당사자간 합의된 대금은 문제의 안전장비의 설치비용을 커버하기에 부족하다. A와 B는 계약상 어떠한 구제권도 갖지 못한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 133.

96) X국의 A회사는 Y국의 경제개발부 장관 B와 Y 국내 투자사업에 관한 계약을 체결한다. 이 계약에는 계약상 발생하는 모든 분쟁을 UNCITRAL 중재규칙에 따라 Z국에서 중재로 해결한다는 조항이 들어있다. 그 후 분쟁이 발생하여 A가 중재절차를 개시하는 경우에, Y국의 법률상 이 계약과 같은 유형의 계약에 관한 분쟁에 대하여 Y국 법원이 중재합의에 의하여 배제될 수 없는 전속관할을 갖도록 하는 강행규정이 있다고 할 때 B는 중재를 회피하기 위하여 그러한 Y국의 강행규정을 주장하지 못한다.; Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 133.

3. 위법성에 따른 효과⁹⁷⁾

1) 사정상 합리적인 경우 강행규정에 반하는 계약상 반환청구의 허용

강행규정 위반의 결과 당사자의 계약상 구제 수단이 부인되는 경우에도 최소한 계약상 이행한 것의 반환청구는 허용되어야 하는 것은 아닌지의 문제는 남는다. 제3.3.1조 제1항에 따라 그에 대한 대답은 무엇보다도 당해 강행규정 자체에서 이 문제를 명시적으로 규정하고 있는지 여부에 달려있다.

이 문제에 대하여 강행규정에서 침묵하는 경우에, 제3.3.2조⁹⁹⁾는 현대적 추세에 따라 유연한 접근법을 채택하여 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다고 규정한다. 전통적 견해에 의하면 최소한 당사자 쌍방이 강행규정 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우에 당사자들은 당시의 상태를 유지하는 것에 만족하여야 하고 상대방이 얻은 이익이 있더라도 그 반환청구가 허용되지 않는데, 이러한 전통적 견해에 반하여 반환원칙에서는 수령자가 수령한 것을 보유하도록 허용하는 것이 더 적절한지 아니면 이행자가 그것의 반환을 청구할 수 있도록 하는 것이 더 적절한지에

따라 반환청구의 허용여부가 결정된다.¹⁰⁰⁾

2) 반환청구를 허용하는 것이 합리적인지 여부의 결정기준

상황에 따라 어떠한 계약상의 구제수단이 이용가능한지를 결정하는 데 적용되는 제3.3.1조 제3항 소정의 일부 기준은 제3.3.2조 제1항에서 반환청구를 허용하는 것이 합리적인지 여부를 결정하는데 적용된다. 그러나 계약상의 구제수단과 반환청구라는 구제수단은 다르므로 동일한 기준이 동일한 사실관계 하에서 상이한 결과에 이를 수 있다.¹⁰¹⁾¹⁰²⁾

3) 반환청구에 적용되는 규칙

제3.3.2조에 따라 부여되는 반환청구에 대해서는 계약취소의 맥락에서 반환에 대하여 규정하는 제3.2.15조¹⁰³⁾의 규정이 적용된다. 제3.2.15조¹⁰⁴⁾ 제1항에서 말하는 취소는 강행규

97) 강행규정에 반하는 계약상 반환청구가 허용된다.

98) UNIDROIT 원칙 제3.3.2조 [반환]

- (1) 제3.3.1조에서 규정하는 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에, 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다.
- (2) 무엇이 합리적인지를 결정할 때 제4.4.1조 제3항의 기준이 적절히 고려되어야 한다.
- (3) 반환청구가 허용되는 경우에 그 반환에 대해서는 제3.2.15조의 규정을 준용한다.

99) UNIDROIT Article 3.3.2 [Restitution]

- (1) Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances.
- (2) In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1(3).
- (3) If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

100) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 135.

101) X국의 시공자 A는 대규모 기반시설사업에 관한 계약을 체결하고자 Y국의 경제개발부 장관 D와 협상에 들어간다. D는 계약의 체결을 위하여 계약대금의 7.5%의 커미션을 요구한다. A는 그에 따라 커미션을 지급하고 계약이 체결된다. A가 계약상 의무를 전부 이행하였을 때 Y국에서 새로운 정부가 정권을 잡고 새로 임명된 경제개발부 장관은 커미션이 지급된 것을 이유로 잔여 계약대금의 지급을 거절한다. A는 기반시설사업의 가치를 한도로 이미 수행된 작업에 대한 금전적 대가를 청구할 수 있다.

102) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 135.

103) UNIDROIT 원칙 제3.2.15조 [반환]

- (1) 취소시 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있고, 다만 그 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 자신이 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.
- (2) 원물의 반환이 불가능하거나 적절하지 않은 경우에는 합리적인 가액이 반환되어야 한다.
- (3) 이행수령자는 원물반환이 불가능한 것이 상대방에게 기인하는 경우에는 가액반환을 할 필요가 있다.
- (4) 이행으로 수령한 것을 보관하거나 관리하기 위하여 합리적으로 지출된 비용의 상환청구는 허용된다.

104) UNIDROIT Article 3.2.15 [Restitution]

- (1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the

정 위반의 결과로 계약이 무효로 되는 것을 가리키는 것으로 이해되어야 하고 계약의 일부취소는 강행규정 위반의 결과로 계약의 일부만이 무효로 되는 것을 가리키는 것으로 이해되어야 한다는 의미에서 그러한 반환규칙은 약간의 조정이 필요하다.¹⁰⁵⁾

IV. 계약의 위법성에 관한 한국민법의 제도적 개선방안

1. 위법성이라는 추상적 개념의 차이

계약의 위법성이 존재한다면 양당사자의 계약은 무효로 보는 것이 원칙이다. 하지만 여기에는 한국민법 그리고 UNIDROIT 원칙에는 기술되어 있지 않은 중요한 부분이 있다. 한국민법 그리고 UNIDROIT 원칙에서 「위법성」이라는 용어를 같이 사용하지만, 위법성에 포함하는 개념의 차이가 존재한다. 어떠한 사례에 관하여 판단하는 중재 및 소송 당사자 입장에서 또는 국제무역을 하는 실무자 입장에서 그 차이를 인지하고 있어야 한다.

우선 한국민법에서 「계약의 위법성」이란 한국민법 제103조(반사회적 법률행위) 및 제104조(불공정한 법률행위)로 구분된다. 법률을 문헌적으로 접근하자면, 이에는 「선량한 풍속」 또는 「기타 사회질서에 위반한 사항」을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다. 이에 선량한

풍속이라는 개념은 각 국가마다 다른 특징을 갖는다. 예를 들어, 한국에서 대마같은 환각성이 낮은 마약류를 거래했다고 가정하면, 한국에서는 이 대마거래는 불법이다. 이는 민법상의 거래뿐만 아니라 형법상의 공권력 입장에서 당사자들의 거래를 인정하지 않고, 불법으로써 높은 형량을 갖는다. 하지만 호주 또는 영국같은 국가에서는 대마거래는 우리나라에서 담배와 같은 거래개념이고, 개인이 직연을 하여도 국가에서 제약을 하지 않는다. 이와 같이 「선량한 풍속」이라는 개념은 국가마다 다른 개념으로 해석할 수 있다. 특히 문화가 많이 차이나는 이슬람 국가 그리고 아프리카 국가 같은 문화가 이질적인 경우에 많은 부분에서 「선량한 풍속」이라는 개념이 완전히 다른 해석의 차이로 인하여 국제무역을 하는데 있어서 엄청난 결과의 차이를 가져올 수 있다. 또한 「기타 사회질서에 위반한 사항」이라는 개념도 같은 맥락에서 차이가 존재한다. 사회질서에 위반한다는 개념은 이슬람 국가에서는 매우 엄격하게 적용되기도 한다. 특히 여성들에게 적용되기도 한다. 특정제품 또는 특정서비스를 여성들에게 판매할 수 없는 경우가 존재한다.¹⁰⁶⁾ 한국민법에서 「반사회적 법률행위」라고 하는 부분은 한국에서 판례를 기준으로 보는 것이 가장 일반적이다. 하지만 한국도 「반사회적 법률행위」라고 하는 부분이 시대적인 흐름에 따라 비슷한 사례임에도 불구하고, 다른 해석을 하고 또는 다른 결과를 초래하는 경우가 있다. 특히 실무자들은 기존의 판례를 너무 엄격하게 받아들여서 오판을 하여서는 안 될 것이다.

제104조(불공정한 법률행위)는 「공박」, 「경술」, 「무경험」으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 본다. 이 부분도 각 국가마다 다른 특징을 갖는다. 유럽 및 선진국에서는 우리나라와 조금은 다른 판단을 하고 있다. 아이들의 경제적·문화적·지적 수준은 예전보다 빠르게 성장하고 있는 것을 감안하여, 「공박」, 「경술」, 「무경험」의 범위를 좁게 보고 있

contact, or the part of it avoided, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.

- (2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.
- (3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.
- (4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

105) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 136.

106) 예를 들어, 사우디에서 여성들은 축구장에 들어갈 수 없다. 따라서 축구를 볼 수 있는 티켓을 여성에게는 판매하지 않는다. 이 뿐만 아니라 여성이라는 이유 하나만으로 거래에서 계약을 받는 경우가 있다.

다. 우리나라는 아직까지 거래가 발생하였다고 하더라도 경제적 약자 또는 사회적 약자를 보호하지는 취지로 법률행위를 무효화 하는 경우가 많지만, 유럽 및 선진국에서는 일반적으로 법률행위를 무효화 하는 것은 예외적인 상황으로 보는 분위기이다. 특히 우리나라는 만19세를 성인으로 판단하고 있지만, 영국은 만18세 그리고 오스트리아 및 스위스 등은 더 어린 나이에 성인이 된 것으로 판단하여 민법상·형법상 성인으로서 지위와 함께 책임을 다 하도록 유도하고 있다. 따라서 무역실무자 입장에서는 국내법상의 위법성에 대한 개념을 국제적인 개념으로 확대해석하여 거래를 진행함으로써 문제발생을 미연에 방지할 수 있도록 하여야 할 것이다.

제도적인 개선방향으로서 「계약의 위법성」 개념을 국제적인 수준과 동일하게 만드는 것이 중요하다고 본다. 동아시아 국가로서 그리고 유교국가로서 특수성을 감안하더라도 국제적으로 통용되는 「계약의 위법성」 개념을 국내에 도입함으로써 관념의 차이를 줄이도록 유도하는 것이 중장기적 무역발전을 위하여 필요한 부분이라고 사료된다.

2. 국내법과 국제규범의 해석론상 차이

「계약의 위법성」이 국내법(한국민법) 또는 국제규범(UNIDROIT 원칙)에 해당된다고 하였을 때, 이에 대한 해석을 어떻게 하느냐에 따라 효과가 나온다. 하지만 이에 따른 해석에 있어서 입장에 따른 차이가 존재한다. 반사회적 법률행위(민법 제103조)에 해당되려면, 「주관적 인식」과 「동기의 반사회성」이라는 요건이 필요하다. 「주관적 인식」에 대한 해석을 제1설은, 자신의 행위가 반사회적인 것임을 모르는 자에 대하여 그 행위의 결과를 부인하는 것은 타당하지 않다는 이유로 그 인식이 필요하다고 보는 견해이다. 제2설은 당사자는 법률행위가 사회질서에 위반한다는 것까지 인식할 필요는 없으나, 적어도 그 점을 판단할 만한 기초사정 존재는 인식하여야 한다는 견해이고, 판례는

제2설을 많이 근거로 한다. 제3설은 반사회적 법률행위를 무효로 하는 것은 전체법질서에 기초하는 것이고, 사회질서는 국민이 지켜야 할 일반규범으로서 인식은 요건이 아니라고 보는 견해이다. 판례는 제2설을 근거로 하고 있다고는 하나, 제1설과 제3설을 근거로 하는 판례도 존재하고 있고, 학자들의 견해도 시대적인 흐름에 따라 다수설과 소수설이 상황에 따라 바뀌기도 한다. 따라서 어떠한 상황을 해석하고 판단을 기초로 예측할 때, 미리 예단해서 큰 거래가 진행되는 무역시장에서 낭패를 볼 수도 있다. 특히 「동기의 반사회성」을 해석하는 부분에서, 제1설은 거래의 안전상 동기가 표시된 경우에 한해 무효라고 본다. 판례는 현재까지 입장을 견지하고 있다. 하지만 제2설은 동기가 표시되지 않았더라도 상대방이 그 동기를 알거나 알 수 있을 경우에는 무효라고 보는 견해이다. 제2설을 지지하는 학자들이 많다. 다수설이고, 앞으로 통설이 될 가능성도 있다. 특히 어떠한 시점에 판례도 제2설을 지지할 수도 있다. 따라서 이러한 부분은 추후에 해석할 때, 실무자 입장에서 조심히 접근해야 할 부분이다.

불공정한 법률행위(민법 제104조)에서 당사자의 궁박·경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 본다. 객관적 요건으로는 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있어야 한다. 주관적 요건으로는, 「궁박」은 경제적인 것에 한정되지 않고, 「경솔」은 일반인이 갖는 판단력이 불충분한 것을 말하고, 「무경험」은 일반적인 생활경험 부족을 말한다. 문제는 폭리자가 주관적 요건으로서 「악의」를 갖고 있었느냐 하는 부분에서 해석론의 차이가 있다. 제1설은, 폭리자가 피해자에게 그러한 사정이 있음을 알고서 이를 이용하려는 의사가 필요하다고 본다. 제2설은, 그러한 악의까지는 필요하지 않고 인식만 있으면 충분하다는 견해이다. 제3설은, 폭리자의 주관적 요건을 요구할 필요는 없다고 보는 견해이다. 제1설이 독일에서 다수설이고, 우리나라는 이를 따른다. 하지만 최근의 추세는 상황에 따른 그리고 선진국 수준에서 케이스 바이 케이스(case by case)로서 각기 다른 판단을 하고 있는 사례가 늘어나고 있는 상황이다. 따라서 상황에 따른

해석을 경직되고 고정적으로 해석을 하는 판단 실수를 하면 안 된다.

「계약의 위법성」 규정을 해석하는 방법에 있어서도 국제적인 관점과 동일하게 만들 필요가 있다. 특히 한국민법은 독일민법의 영향을 많이 받았으나, 최근 흐름은 영미법과 유럽의 대륙법의 중간적인 점점에서 해석하는 것이 국제적인 시각이다. 이러한 해석의 차이를 줄이도록 하는 것이 국제거래를 위하여 필요한 부분이라고 사료된다.

3. 위법성 효과에 따른 차이

반사회적 법률행위는 한국민법 제103조에 따라 무효가 된다. 그런데 이것은 그에 기초하여 법률행위를 통하여 이행전 또는 이행후에 따라 효과에서 차이가 존재한다. 이행 전이라면, 사회질서에 위반된 법률행위는 무효이므로 아직 그 이행이 안 된 상태에서 이행할 필요가 없고 또 상대방도 그 이행을 청구할 수 없다. 반사회적 법률행위에 따른 이행이 이루어진 경우에는 무효의 일반원칙에 따라 무효로 본다. 부당이득의 반환을 청구할 수 있고, 상황에 따라 법률의 이상에 반하는 행위를 한 자에 대하여 보호가 되기도 한다. 이를 방지하기 위하여 불법원인급여(제746조) 규정을 두어, 부당이득 반환청구를 불허하기도 한다. 따라서 만약 반사회적 법률행위가 이행된 경우에는 이를 무효로 볼 수도 있고, 무효가 되지 않을 수도 있다. 이 부분이 국내법상 국내거래가 발생하였을 경우, 실무자 입장에서 매우 해석하기 매우 어려운 부분이다. 이행이 된 경우 반드시 무효가 되는 것이 아니기 때문에 거래의 당사자들은 유념해야 할 부분이다.

불공정한 법률행위는 한국민법 제104조에 따라 무효가 된다. 제104조가 적용되면, 이는 절대적인 무효가 된다. 이 부분이 제103조가 적용되었을 경우와 다른 부분이다. 불공정한 법률행위는 무효이다. 따라서 아직 급부를 이행하지 않은 때에는 양당사자 모두 이행할 필요가 없다. 이미 이행한 경우에는, 불공정 법률행위이므로 불법원인급여(한국민법 제746조)가 적용된다. 실무자 입장에서 국내거래에서 제

103조가 적용되었을 경우와 제104조가 적용되었을 경우가 결과적으로 유사하다고 생각할 수 있으나, 상황에 따라 효과가 상이할 수 있으므로 유연하게 대처하는 능력을 보완하여야 할 것이다.

UNIDROIT 원칙은 한국민법과 다른 실질적인 특성이 있다. 국제거래를 활성화시키기 위한 취지에 따라 해석을 포괄적이고 상황에 따라 법문을 유연하게 해석한다. 한국민법은 우선 위법성 규정에 저촉되면, 그 거래를 무효화 함으로써 사회적 약자를 보호하고 사회의 안정성을 유지하고자 하는 성향이 크다. 하지만 UNIDROIT 원칙에서는, 강행규정이 계약에 대한 위반의 효과를 명시적으로 규정하지 않은 경우에, 제3.3.1조 제2항에 의하여 당사자는 상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단을 행사할 수 있다. 이러한 넓은 법문을 활용함으로써, 거래 당사자들간에 최대의 유연성을 제공한다. 따라서 강행규정 위반에도 불구하고 당사자의 일방 또는 쌍방은 상황에 따라 유효한 계약상의 통상적인 구제수단을 가질 수도 있고, 당사자들간에 문제가 없다면 이를 통하여 거래를 진행할 수도 있다. UNIDROIT 원칙상의 해석이 훨씬 포괄적이고 거래를 진행하는데 유리한 규범이다.

계약의 위법성에 따른 UNIDROIT 원칙상 효과는, 반환청구를 원칙으로 한다. 제3.3.2조(반환)가 적용되어, 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다. 반환청구를 허용하는 것이 합리적이라면, 반환청구라는 구제수단을 사용하면 된다. 하지만 반환청구를 허용하지 않는 것이 합리적이라면, 상황에 따라 계약상의 구제수단을 사용하여야 한다. 국제거래에서 계약의 위법성에 저촉된다면, 원칙적으로 반환청구를 할 수 있고 당사자는 반환을 하여야 한다. 한국민법에서는 원칙적으로 무효가 되고, 어떠한 규정이 적용되느냐에 따라 절대적인 무효가 되는지(제104조) 아니면 상황에 따른 무효가 되는지(제103조) 상황에 따른 판단을 해야 하는 국내거래 상황과는 많은 차이가 있다. 또한 한국민법은 불법원인급여(제746조)가 적용되기도 하여, 여러 가지 규

정이 복합적으로 적용된다. 하지만 UNIDROIT 원칙은 반환규정을 일괄적으로 적용한다. UNIDROIT 원칙은 이처럼 단순한 규정을 돕으로써 국제거래를 활성화하고자 하는 특성을 갖는다. 국제거래에서 다양한 규정이 적용되거나 여러 가지 효력을 두지 않는 것은 양당사자들 간의 복합한 이해관계를 간결하게 해결하려는 취지로서, 실무자입장에서는 이러한 상황을 인지하고 유연하게 대처하여야 할 것이다.

Ⅶ. 요약 및 결론

세계는 현대에 들어서 글로벌화가 가속되고 있고, 이에 따른 거래의 활성화가 이루어지고 있다. 국제거래에 따른 계약방식이 다양화 되는 것은 중요하고, 또한 국제거래에서 특히 계약은 실무적인 거래를 이행시키므로 매우 중요하다. 그러나 계약이 위법성을 포함한다면 계약의 이행이 이루어질 수 없다. 또한 국제규범과 국내규범은 많은 차이가 존재한다.

본고는 우선 계약의 위법성에 관한 한국민법에 관한 개괄적 고찰을 함으로써, 한국민법에서 계약에 위법성이 존재하면 발생할 수 있는 사항들을 분석하였다. 계약의 위법성에 관한 규정을 구분하여, 두 규정이 적용될 수 있는 여러 가지 요건들과 두 규정이 적용되었을 경우에 어떠한 법리적 효력을 갖는지 분석하였다.

이에 대한 비교연구 및 검토를 통하여 우리나라 반사회적 법률행위 및 불공정한 법률행위에 관한 규정을 검토하고 고찰해 보았다.

또한 UNIDROIT 원칙상 계약의 위법성에 관한 규정이 적용될 경우 발생하는 효과에 따른 규정들을 고찰함으로써 차이점을 분석하였다. 이러한 차이점으로 인하여 위법성에 관한 우리나라 제도와 UNIDROIT 원칙에서의 차이에 따른 유의점들을 인지하고자 하였다. 또한 우리나라 제도와 국제규범들의 비교검토를 통하여 차이점들을 도출하고, 이러한 상이함을 바탕으로 실무자 입장에서 국제거래시 또는 국내거래시 이 규정들이 적용될 경우 주의해야 할 점들을 제시하였다.

따라서 기존연구들은 UNIDROIT 원칙에 대한 개괄적인 설명에 의존하였음에 반하여, 본 연구는 이러한 국내제도 및 국제규범들의 제도상의 특성을 분석하여 현재 우리나라가 실행하는 제도방식의 한계점을 제시하고 이에 따른 국제무역상 실무자들이 제도상의 차이에 따른 유의점들을 제안하고자 하였다.

우리나라가 국제적인 수준에 맞는 제도를 운영하려면 시간이 많이 소요되므로, 실무자 입장에서 제도상의 차이를 인지하고 대응을 잘 해야 할 것이다. 또한 제도를 운용하는 입장에서 국제적인 흐름에 맞추어 국내제도를 개선시키기를 기대한다.

References

- 곽윤직 · 김재형, 민법총칙(민법강의 I) 제8판, 박영사, 2012.
 _____ · 김재형, 민법총칙(민법강의 I) 제9판, 박영사, 2015.
 김상용 · 전경운, 민법총칙 제4판, 화산미디어, 2018.
 김준호, 민법총칙 제10판, 법문사, 2016.
 김용택, 민법주해Ⅲ [민법총칙(3)], 박영사, 2002.
 김중환 · 김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013.
 김재형, 민법론 I, 박영사, 2004.
 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
 양창수, 민법연구 제7권, 박영사, 2005.

- 오원석 역, 국제물품매매계약법, 삼성사, 2001.
- 오원석 · 최준선 · 허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006.
- 오원석 · 최준선 · 석광현 · 허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼성사, 2018.
- 유창원, 무역학원론, 한울, 2018.
- 이상훈, 민법주해(X), 박영사, 1990.
- 이영준, 민법총칙 제5판, 박영사, 2007.
- 이은영, 채권총론, 박영사, 2002.
- 지원림, 민법강의 제13판 홍문사, 2015.
- 김태운, "국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약체결상의 법적기준에 관한 연구", 대구대학교 대학원 박사학위청구논문, 2015.
- 류창원, "금전채권의 국제적 양도에 관한 연구", 「무역상무연구」 제71권, 한국무역상무학회, 2016.
- 류창원, "국제무역상 장래금전채권의 양도에 관한 연구", 「무역보험연구」 제17권 제3호, 한국무역보험학회, 2016.
- 류창원, "국제무역상 채권양도의 대항력에 관한 일고찰", 「무역상무연구」 제74권, 한국무역상무학회, 2017.
- 류창원, "UNIDROIT 원칙상의 조건에 관한 비교연구", 「무역상무연구」 제80권, 한국무역상무학회, 2018.
- 오원석, "국제물품매매계약에서 계약의 유효성"문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점", 「무역연구」 제28권 제3호, 한국무역학회, 2003.
- 오원석 · 심운수, "[UNIDROIT Principles 2004]의 변경 · 신설내용의 개관", 「무역상무연구」 제25권, 한국무역상무학회, 2005.
- 오원석 · 한기문, "수출금융에 있어서 채권양도계약의 준거법에 대한 소고", 「무역상무연구」 제49권, 한국무역상무학회, 2011.
- 윤상윤, "국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약의 유효성에 관한 연구", 대구대학교 대학원 박사학위청구논문, 2015.
- Bazinas(2002), "Multi-Jurisdictional Receivables Financing : UNCITRAL's Impact on Securitization and Cross-Border Perfection", Duke J. Comp. & Int'l L., Vol. 12.
- Michael Joachim Bonell(2004), 「An International Restatement of Contract Law - The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Third Edition Incorporating the Unidroit Principles 2004-」, Transnational Publishers Inc.
- Michael Joachim Bonell(2002), 「The Unidroit Principles in Practice -Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts-」, Transnational Publishers Inc.
- Michael Joachim Bonell(2004), 「The Unidroit Principles in Practice -2nd Edition Incorporation the Unidroit Principles 2004-」, Transnational Publishers Inc.
- Michael Joachim Bonell(2010), 「Unidroit Principles of International Commercial Contracts -International Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT)-」, Rome.
- Michael Joachim Bonell(2016), 「Unidroit Principles of International Commercial Contracts -International Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT)-」, Rome.