제1주차 무역계약의 기초

-무역계약의 법률적 성격과 대상

유하상

제1장 무역계약의 기초지식

제1절 무역의 경제적 특성과 학문적 체계
제2절 무역의 개념
제3절 무역계약의 법률적 성격과 개념
제4장 계약 일반론

제3절 무역계약의 법률적 성격과 대상

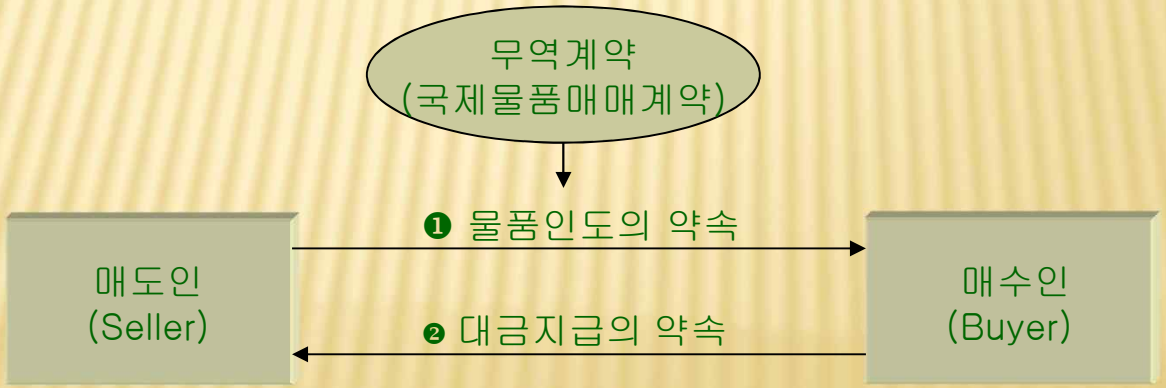
- 3-1 무역계약의 법률적 성격
- 3-2 무역계약의 대상

3-1 물품계약의 법률적 성격

■ 무역계약의 개념

무역계약
Trade Contract = 국제물품매매계약
(contracts for the International sale of goods)

서로 다른 국가영역 내에 영업소를 가진 매매당사자간에 체결되는 것으로서, 매도인은 물품을 인도(소유권 이전)하기로 약정하고, 매수인은 이를 수령하고 그 대금을 지급할 것을 약정하는 것



3-1 물품계약의 법률적 성격

1. 채권계약이다

- 매매계약의 정의
- 일정한 채권관계의 발생을 목적으로 하는 복수 당사자 간의 서로 대립하는 의사표시의 합치(합의)에 의하여 성립되는 법률행위
  (당사자 간에 채권과 채무를 창설하고 규정하는 법률행위)

① 대립하는 의사표시의 합치 : 매도인(소유한 재산권 양도/대가 취득 vs 매수인(대가지급/재산권 취득)
② 복수 당사자의 합의 : 대립하는 복수 당사자 개개의 의사표시와 합의
③ 채권 성립 목적 :
  - 광의의 계약 : 합의(agreement), 채권계약. 물권계약 및 신분법상의 계약 포함
  - 협의의 계약 : 채권계약만을 지칭.

3-1 물품계약의 법률적 성격

<표> 우리나라 민법상 계약의 분류(14가지 전형계약)

계약대상	계약목적			계약 종류
재산	재산권 이전	무상양도		증여
		유상양도	금전	**매매**
			비금전	교환
	물건의 이용	임차물품 자체 반환	무상	사용대차
			유상	임대차
		동종물품 반환		소비대차
노무	채권자가 타인의 노동력을 지배하여 이용			고용
	채권자의 지배에 복종하지 않는 노무의 제공	노무의 결과를 목적으로		도급
		광고에 정한 행위 완료 목적		현상광고
		일정한 사무처리 목적		위임
		물건의 보관 목적		임치

2. 물품매매계약의 성격

1. 낙성계약(consensual contract)

일방의 청약 vs 상대방의 승낙 = 계약의 성립(합의)

2. 쌍무계약(bilateral contract)

계약품의 인도 vs 대가의 지급

3. 유상계약(contract for consideration)

반대급부를 대가로 함(대가성)

4. 불요식계약

계약의 성립에 특별한 방식을 요하지 않음(부동산 등기시에는 특정 사항이 기재된 계약서 제출을 요하지만 이는 등기신청에 관한 것이고 매매의 성립과는 무관)

1. 무역계약의 의의와 이행

무역계약의 법적 성격

무역계약의 법적 성격

낙성계약(Consensual Contract)	⇔	요물계약(Contract)
일방의 당사자의 청약에 대해 상대방이 승낙함으로써 성립하는 계약(당사자의 합의만으로 성립하는 계약)		당사자의 합의 이외에 물품의 인도나 소유권의 이전 등과 같은 법률사실이 있어야만 성립하는 계약
유상계약(Remunerative Contract)	⇔	무상계약(Contract)
일방의 당사자가 의무를 이행(물품인도)하면, 상대방이 그 대가로서 의무를 이행(대금지급)하는 계약		일방의 당사자는 의무를 이행(물품인도)하지만, 상대방은 대가를 제공할 의무(대금지급)가 없는 계약
쌍무계약(Bilateral Contract)	⇔	편무계약(Contract)
계약당사자 쌍방이 의무를 부담하는 계약		계약당사자 중 일방의 당사자만이 의무를 부담하는 계약
불요식계약(Informal Contract)	⇔	요식계약(Contract)
계약체결방식에 있어 구두, 서면, 일부 구두, 일부 서면 중의 어느 것에 의해서도 성립하는 계약 (계약서 작성 등 특별한 형식이 필요 없는 계약)		요식행위를 필요로 하는 계약(서면합의에 의해서만 성립하는 계약)

3. 국제상거래 계약의 성격

- **무역계약의 성립과 이행 요건**

1. 청약과 승낙

목적물품에 대한 품질, 수량 가격 등에 대한 청약이 존재해야 하며, 이에 대한 상대방의 승낙이 있어야 계약성립(수정계약=거절, 새로운 청약)

2. 물품의 인도

매도인이 약정품을 인도하여야 계약이행이 완료됨(현실적 인도/상징적 인도)

3. 물품인도의 효과

- 소유권과 위험부담의 매수인 이전
- 매수인의 지급의무 발행

3-2 무역계약의 대상

1. 물품

- UNCISG 적용 대상

1. 물품(goods) : 유체물인 동산,
   -부동산, 권리(채권, 지적재산권)
2. 대상 제외
   - 개인용, 가정/가족용 물품
   - 경매품/강제집행품/주식, 지분, 증권, 통화
   - 선박, 소선, 부산, 항공기
   - 전기
3. 국제매매의 요건
   - 서로 다른 국가에 영업소(당사자) 사이의 계약일 것
   - 양 당사자 국가 모두 체약국 일 것(직접적용)
   - 두 국가 모두 비체약국이거나 한 국가만 체약국이지만 준거법 체약국의 법이 될 경우(간접적용)
   - 직접/간접 적용 대상인 경우 계약상에 CISG 적용배제 표시가 없는 한 CISG 적용

3-2 무역계약의 대상

2. 기타

1. 무형재 :저작권, 특허권 등
2. 형식재 : 채권, 어음
3. 부동산 : 토지 건물
4. 서비스 : 운송, 보험
5. 브랜드/기술/의장,/노하우

3. 상품학에서의 대상

생략

제4절 계약일반론

- 4-1 계약의 정의와 종류
- 4-2 약인(CONSIDERATION)
- 4-3 착오, 부실표시, 부당위압, 강박계약의 법률효력
- 4-4 위법계약의 효력

1. 계약의 정의

p.5~6 와 같음

➢계약의 구속력

✓ 계약이 성립 후에는 임의로 자기의 청약 또는 승낙의 의사를 철회하여 계약을 없었던 것으로 할 수 없음

✓당사자는 계약으로부터 계약상의 의무를 이행할 채무를 진다.

✓성립한 계약은 당사자의 합의에 의해서만 변경 할 수 있다.

✓당사자 사이에 성립된 계약관계는 법관 또는 입법자에 의해서 변경될 수 없음(법률불소급 원칙)

➢영미법상 계약

✓당사자 간의 작위/부작위 의무를 강제하는 법률적 약인(consideration)

- 법규상 매매계약의 정의

(1) SGA(Sales of Goods Act)상의 정의

매도인이 대금이라는 금전의 대가를 받고 매수인에게 물품의 소유권을 이전하기로 합의하거나 이전하는 계약 (SGA 2-2(1)) 영국 물품매매법

(2) UCC(Uniform Commercial Code)상의 정의

대가를 받고 매도인으로부터 매수인에게 권리를 이전하는 것 (UCC 2-106(1)) 미국통일상법전

(3) 비엔나협약상의 정의

상이한 국가영역 내에 영업소를 가지고 있는 계약당사자간에 물품의 매매를 위하여 체결되는 법률적 구속력을 가지는 합의 (CISG Art. 1)

(4) 민법상의 정의

당사자의 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정(민법 제563조)

2. 합의(agreement)와 계약(contract)의 관계

1. 유사점

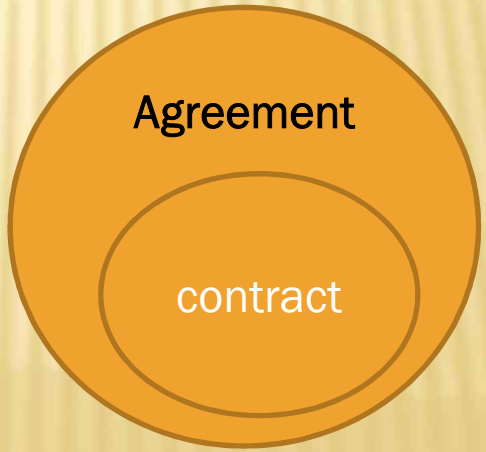
일방이 작위 부작위 의사를 통지하는 청약에 대해 상대방이 승낙하는 것을 의미

2. 상이점

합의 : 법적 구속력 여부를 구분하지 않고 있다는 점

계약 : 법적 구속력이 있음

모든 계약=합의
모든 합의≠계약



3. 계약의 종류

➢ 국제물품 매매계약의 범위

•현물매매와 선물매매를 포함

•계약체결에 의하여 이행되는 현재의 매매를 '**이행계약**' 또는 '**기이행계약**'이라 하고 매매합의에 의하여 장래의 선물에 관련된 매매계약을 '**미이행계약**'이라고 하는데 국제물품매매계약은 미이행계약이 일반적

※ 국제물품매매계약의 부수적 계약

① 환계약
② 대금결제방식에 대한 계약(신용장/추심/상계계약)
③ 보증장 관련계약
④ 운송계약(항공/해상/복합)
⑤ 보험계약(수출/적하/제조물책임)

3. 계약의 종류

1. 전형 (典刑)계약과 비전형 (非典刑)계약

- 전형계약 : 민법상 빈번하게 이루어 지는 것을 묶어서 규정한 14가지 계약(유명계약 : 계약명칭 유)
- 비전형계약 : 무명계약, 예시(여행계약, 중개계약, 할부매매계약 등)

2. 쌍무(雙務)계약(Bilateral contract)과 편무(片務)계약(unilateral contract)

- **쌍무계약** : 계약당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 계약 (반드시 객관적/경제적으로 동일한 가치일 필요는 없음, 매매, 교환, 임대차, 고용, 도급, 조합, 화해 등)
- **편무계약** : 당사자 일방만 채무를 지거나(예 : 증여) 또는 쌍방이 채무를 부담하더라도 그 채무가 서로 대가적 의미를 갖지 않는 계약(사용대차, 소비대차, 위임, 임치)
  - **사용대차** : 대주는 무상으로 목적물의 사용/수익을 허용해야 하는 채무를 지고 차주는 목적물을 반환해야 할 의무를 부담하지만 상호 의존관계에 있지 않음)
  - **소비대차** : 일방이 금전 및 대상물(쌀/보리 등)의 소유권을 상대방에게 이전하고 상대방이 동 물품을 처분(소비)하고 같은 종류, 품질 수량으로 반환하는 것을 내용으로 하는 계약(주로 금전)

3. 계약의 종류

3. 유상(有償,onerous)과 무상(無償, gratuitous) 계약(contract)

- **유상(유상)계약** : 계약당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 출연을 하는 계약(매매: 재산권이전vs금전지급, 임대차 :목적물 사용수익vs차임지급)
- **무상계약** : 일방만이 급부하거나, 쌍방 당사자가 급부를 하더라도 그 급부가 서로 대가적 의존관계에 있지 않는 계약(사용대차, 소비대차, 위임, 임치, 단 소비대차에서 이자의 약정이 있으면 유상계약)

4. 낙성(諾成)계약과 요물(要物)계약

- **낙성계약** : 당사자의 합의만으로 계약이 성립
- **요물계약** : 합의 이외에 당사자의 일방이 물건 등의 급부를 하여야 성립(현상광고)
  - 현상광고 : 광고자가 일정 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 것을 청약한 데 대해 응모자가 그 정한 행위를 완료함으로써 계약 성립

3. 계약의 종류

5. 유효 및 무효계약, 취소가능 및 불가능 계약, 강행가능 및 불능계약

- **유효계약**(valid contract) : 약속이 쌍방 당사자를 구속
- **무효계약**(void contract) : 당사자간에 아무런 법적 권리 의무를 발생시키지 않는 계약(위법행위를 목적으로 하는 계약 등)
- **취소가능계약**(voidable) 당사자 일방의 선택에 의해 취소가능
- **강제불능계약**(unenforceable contract) : 유효한 계약이지만 소송에 의해 구제를 구하는 것이 불가능한 계약(예컨대 법에서 서면에 날인을 요구했는데도 구두로 계약한 경우에는 계약으로는 유효하지만 강제화할 수는 없음, 단 이에 의해 이미 행한 지급은 회복불가)

6. 요식(formal)계약과 불요식(informal)계약

- **요식계약** : 법령이나 계약으로 일정요식을 요구하는 계약(서면날인계약, 재판소에 정식 기록해야만 하는 판결승인장 등의 기록계약)
- **불요식계약** : 일정요식이 필요 없는 단순계약

3. 계약의 종류

7. 명시(express)계약과 묵시(implied)계약

- **명시계약** : 계약체결시에 계약의 모든 조건을 구도 또는 서명으로 명확히 표시한 계약
- **묵시계약** : 당사자가 의사를 명확히 표시하지 않았지만 당사자의 행위 등으로 계약체결의 조건의 의속의사가 추정되는 계약(택시 승차)

8. 미이행(executory)계약과 이행(executed)계약

- **미이행계약** : 계약당사자가 계약조건 모두를 아직 완전하게 이행하지 않은 계약(대부분의 무역계약)
- **이행계약** : 계약당사자가 완전하게 이행한 계약(점포매매계약)

3. 계약의 종류

9. 생전계약과 사인계약

- **생전계약** : 사망을 조건으로 하지 않는 대부분의 계약
- **사인계약** : 당사자 일방의 사망을 조건으로 하여 효력이 발생하는 계약(상속)

10. 유인계약과 무인계약

- **유인계약** : 계약에 의해서 발생한 채무가 그것을 발생시킨 원인이 된 사실과 결부되어, 그 사실이 없으면 채무도 발생하지 않는 관계에 놓여 있는 계약

  예컨대 매도인의 목적물 인도채무와 매수인의 대금지급 채무는 서로 원인관계에 있으며 매도인의 채무가 원시적 불능으로 무효가 되었을 때에는 매수인의 채무도 발생하지 않으며, 결국 매매계약 자체가 무효로 된다.

- **무인계약** : 법률에 의해서 사실과 채무가 무관계(無關係)로 되어 발생함으로써 원인인 사실이 없어도 채무만은 존립하는 계약

3. 계약의 종류

11. 부제소계약 :

- 채무자가 불이행 하더라도 소로써 그 이행을 청구하지 않기로 하는 합의를 말함.
  - 일반적으로 채무자가 불이행하는 때에는 채권자는 소송으로 그 이행을 청구하고(訴求力), 그 이행판결에 터잡아 강제이행을 할 할 수 있음(執行力) 그런데 예외적으로 소구력과 집행력이 모두 없는 채권이 있고(자연채무), 또 집행력만 없는 채권(책임 없는 채무)가 있다. 이 양자를 포괄하여 <불완전채무>라고 부름

12. 계속적 계약 일시적 계약

- **계속적 계약** : 급부의 실현(즉 이행)이 일정 기간 동안 계속적으로 행해져야 하는 계약(매매 등)
- **일시적 계약** : 일정 시점에서 행하여지는 것으로 끝나는 계약(소비대차, 사용대차, 임대차, 고용, 위임, 임치 등)

3. 계약의 종류

13. 예약과 본계약

- **예약** : 장래 일정한 계약을 체결할 것을 미리 약정하는 계약
  - 예약을 맺은 경우 당사자는 서로 본계약을 맺을 의무를 가지므로 채권계약에 속하며, 위반시에는 손해배상을 청구하거나 예약을 해제할 수 있음
- **본계약** : 예약에 의하여 장차 맺어질 계약

4-2 약인(CONSIDERATION)

1. 약인의 정의

- 전통적인 영미계약법이론의 기본개념으로 계약의 강제집행이 가능하기 위해서는 계약내용상 무엇인가가 상호간에 거래(대가의 상호교환, bargained-for exchange) 되어야 하고 (약인의 거래적 요소), 그 무엇인가라는 것은 충분한 법적 가치(약인의 가치적 요소)가 있어야한다는 것
- 계약의 채무 대가로서 제공되는 작위, 부작위, 법률관계의 설정, 변경 또는 약속을 가리킴
- 날인증서에 의하지 않은 단순계약은 이 약인이 있음으로써 비로소 유효하게 됨
- 미국 통일상법전 : 날인증서라도 약인이 없으면 구속력 불인정

2. 약인의 충분성과 상당성
3. 제3자의 약인과 과거의 약인

- 약인은 법으로 인정할 만한 약인으로서의 충분성(sufficient)만 갖추면 되며, 반드시 적합성(adequate)을 요구하는 것은 아님
  - 적합성 : 교환가치의 균형성을 의미, 상호 불이익의 차이는 중요하지 않음

- **약인의 효력 발생 요건**
- **거래적 요소** : 당사자가 진정으로 계약을 체결하여 법적인 권리 의무를 부담할 의사가 계약상 반드시 구현되어야 함
- **과거의 약인**(past consideration) : 이미 행하여 졌거나 완료되어 버린 약인은 교환적 대가가 없어 거래적 요소가 결하고 있어 강제집행이 불가능하므로 약인이 성립될 수 없음
- **특정성/적법성** : 그 내용이 일정하며, 가능. 적법한 것일 것
- 단순한 동기(motive) 또는 도덕상의 의무(moral obligation)에 의한 급부가 아닐 것
- **제3자 약인** : 제3자가 제공한 약인은 소송에서 불리하므로 반드시 수익자가 직접 제공한 약인일 것

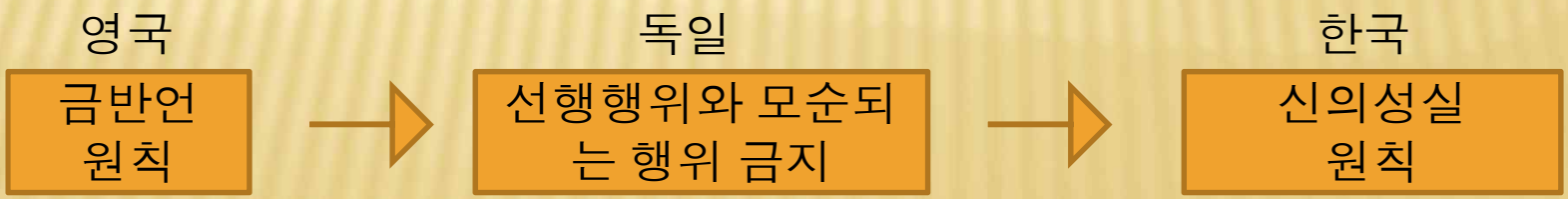
4. 소송의 억제

- 승소확신이 있는 건에 대해 제소하지 않기로 약속하였다면 충분한 약인이 됨(지불기한 경과 부채에 대해 제소하지 않고 높은 이자율로 약속한 경우)

5. 약속에 의한 금반언(禁反言) 이론

- 금반원 원칙(principle of estoppel) : 행위자가 일단 특정한 표시(언동)를 한 이상 나중에 자신의 표시를 부정하거나 모순되는 행위를 하여서는 안 된다는 원칙. (약속을 신뢰한 자를 보호하지 못하면 형평성에 위배되므로)
- 예컨대 사실에 반하는 외관(外觀)을 제3자에게 표시한 자는 그 외관을 믿고 행위를 한 선의(善意)의 제3자에 대하여 외관이 사실에 반한다는 것을 주장할 수 없다고 하는 법리(法理)로서 결국 모순된 선행행위(先行行爲)를 한 자는 그에 대한 책임을 부담하여야 한다는 의미이다.

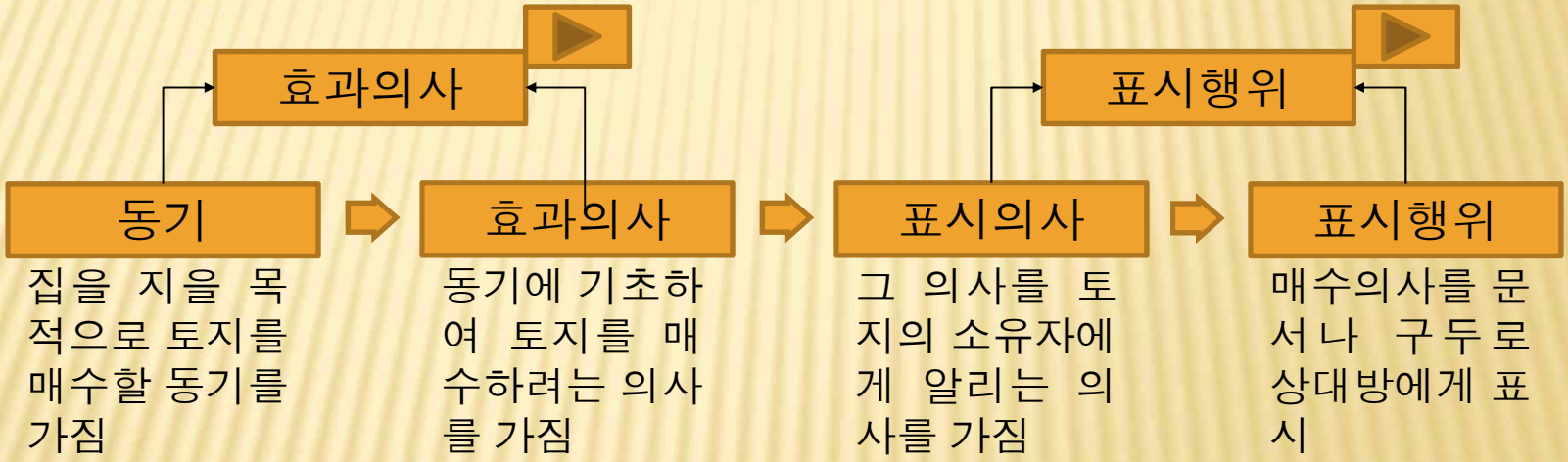
<발전과정> : 자본주의경제의 발전에 따라서 거래안전의 요청상 먼저 영미법의 법리'로 발전



◎ 의사표시

- 표의자가 의도하는 내심의 의사를 외부에 나타내는 행위

- 의사표시의 구성요소



- 동기는 효과의사에, 표시의사는 표시행위로 포함시키는 것이 통설

효과의사와 표시행위

4-2-28

- 효과의사 : 일정한 효과의 발생을 원하는 의사.
  - **사실적 효과설** : 토지를 매수하고자 의욕하는 것으로 충분하다는 설(통설)
  - **법률적 효과설** : 매매에 따른 법률효과까지 의욕하였어야 한다는 설(소수설)

- 표시행위 : 효과의사를 외부에 표명하는 행위.
  - **명시적 의사표시** : 표의자의 효과의사가 언어나 문자 등에 의해 분명히 표현되는 의사표시
  - **묵시적 의사표시** : 법률행위의 제반 사정에 비추어 의사표시가 있었다고 인정되는 경우로서 명시적 표시에 비해 표시의 존부와 그 내용을 확정하게 되는 의사표시
    - **거동에 의한 표시** : 표의자가 자가의 의사를 거동에 의해 표시하는 경우(고개를 끄덕이는 행위 등)
    - **추단된 의사표시(포함적 의사표시)** : 표의자의 일정한 행위에 의하여 일정한 의사표시가 추단되는 경우(매도인이 청약과 함께 보내온 상품을 뜯어 사용하는 경우에는 매수의 승낙이 있는 것으로 추단할 수 있음, 버스에 승차하는 행위)

◎ 비정상적 의사표시

1. 의사와 표시의 불일치(의사의 흠결)	의식적 흠결	진의 아닌 의사표시 (비진의표시)	원칙 : 유효 예외 : 무효
		통정 허위표시	무효
	무의식적 흠결	착오	취소가능
2. 하자 있는 의사표시		사기에 의한 의사표시	취소가능
		강박에 의한 의사표시	취소가능

의사와 표시의 불일치

4-3-30

1. 진의가 아닌 의사표시(비진의표시)

✓ 표의자가 표시행위가 자신의 진의와는 다르다는 사실을 알면서 한 의사표시를 말함(효력이 있음)

✓ (사직할 의사가 없으면서 고용주에 대한 자신의 신임의 정도를 알아보기 위해 사직서 제출, 임대인이 차임을 인상할 의도로 명도를 청구하는 경우에는 사직으로서 또는 양도청구로서의 효과 발생)

✓ 비진의 표시라도 상대방이 표의자의 진의가 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 간주(사교적인 명백한 농담, 배우의 무대 위에서의 대사)

의사와 표시의 불일치

2) 허위표시

- 상대방과 통정하여 하는 진의 아닌 의사표시
- 비진의 의사표시임을 표의자뿐만 아니라 그 상대방도 안다는 점에서 비진의표시와는 다름(세금을 적게 내기 위해 매매계예약상의 매매대금을 실제보다 적게 기입, 은행이 실제의 예금주가 甲인 것을 알면서도 편의상 乙의 명의로 해 두는 경우)
- 허위표시는 당사자간에는 언제나 무효임, 단 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못함

3) 착오(mistake)

- 착오 : 진의와 표시가 일치하지 않아 진의의 합의가 방해 받는 것
- 중요사실에 대한 착오(mistake of fact)가 있는 때에는 취소할 수 있음. 단 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못하며, 또한 그 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못함
- 법률의 착오(mistake of law) : 법률의 일반원칙의 오인 또는 무지는 계약을 무효로 하지 않음

하자 있는 의사표시

4-3-32

- 사기에 의한 의사표시

  표의자가 타인의 기망행위로 인해 착오에 빠진 상태에서 한 의사표시

  - ✓ **사기자의 고의** : 사기자가 표의자를 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의가 있어야 함
  - ✓ **기망행위(사기)** : 표의자가 그릇된 관념을 갖게 하거나, 그러한 관념을 강화 또는 유지하게 하는 것이어야 함
  - ✓ **위법성/인과성** : 기망행위가 위법한 것이어야 하며, 그로 인한 기망상태에서 의사표시를 했어야 함

- 강박에 의한 의사표시

  표의자가 타인의 강박행위에 의하여 공포심을 가지게 되고, 그 해약을 피하기 위해 마음에 없이 한 진의 아닌 의사 표시

  - ✓ **강박자의 고의** : 표의자에게 공포심을 일으키려는 고의와 그 공포심에 기해 의사표시를 하게 하려는 고의가 있어야 함
  - ✓ **강박행위** : 공포심을 일으키게 하는 것이라면 제한이 없음
  - ✓ **위법성/인과성** : 강박행위가 위법한 것이야 하며. 그로 인해 비진의의 의사표시를 했어야 함

4-3 착오, 부실표시, 부당위압, 강박계약

1. 착오

(1) 쌍방 착오

- ✓ **목적물의 존재에 대한 착오(mistake as to existence of subject matter)**
  말(hose)의 매매에서 계약 전일 말이 죽은 것을 모르고 계약을 체결한 경우에는 계약 이행이 불가능하므로 무효임
- ✓ **목적물의 동일성 관련 착오(mistake as to identity of subject matter)**
  계약의 문언이 애매모호하여 상대방이 오도(mislead)하도록 하지 않았음에도 서로 다른 다른 이해를 한 경우 어떠한 이해라도 일방의 이해에 대해 타방에게 자신의 이해를 우선 채택하도록 할 근거는 없음
- ✓ **목적물의 품질관련 착오(mistake as to quality of subject matter)**
  품질이 일반적으로 신뢰할 수 있는 것과 본질적으로 다른 경우가 아니면 착오는 계약에 영향을 미치지 않음
- ✓ **계약조건관련 착오(mistake at to the terms of contract)**
  큰 문제가 되지 않으면 계약에 영향을 미치지 않음

(2) 일방착오

- ✓ 당사자 일방이 착오를 한 의사표시에 의해 계약을 한 경우에는 상대방이 착오를 알고 있었거나 상당한 주의를 기울임으로써 착오를 알 수 있는 때는 계약에 영향을 미치지 않음
- ✓ 일방의 착오를 알고 있으면서도 상대방이 이를 숨긴 채 그 착오로 인해 이익을 보았다면 계약의 무효가 가능함

2. 부실표시(misrepresentation)

✓ 생략

3. 강압, 부당위압

✓ 생략

4-4 위법계약의 효력

위법 계약의 효력

- 공공의 이익을 저해하거나 범죄, 위법행위의 추구, 선량한 풍속과 공익에 반하는 계약은 효력이 없음

1. 위법 계약의 종류

- 계약 내용 자체가 위법인 경우/이행과정에서 위법이 되는 경우

① 범죄(crime), 불법행위(tort), 사기(fraud) 계약
② 우호적 외교관계에 해를 끼치는 계약
③ 국가 안전에 해를 끼치는 계약
④ 사법권에 간섭하는 계약
⑤ 공무원 생화를 부패시키는 계약
⑥ 탈세계약(contract to defraud the revenue)
⑦ 성적 부도덕(sexual immorality)을 조장하는 계약

2. 법률효력

- 위법계약인 경우에는 계약 전부가 무효
- 특정조항이 단순무효인 경우에는 해당 조항만 무효

보충1. 국제계약 환경

4-3-36

- 국제계약은 상이한 국가영역에 영업소를 둔 당사자 간의 계약이기 때문에 국내에서 체결되는 일반적인 계약과는 다름

① 상이한 언어, 문화, 상관습
② 거리와 시간의 원격성
③ 상이한 법률제도
④ 상이한 화폐와 외환관리제도
⑤ 상이한 주권국가
⑥ 상이한 관세제도 등 특수한 경제 환경에서 이루어지므로 일반계약과는 다른 특성을 가진다.

보충2. 국제계약의 특성

4-3-37

① 법적용의 불확실성 : 어느 나라의 법률을 적용하여야 할지의 불확실성이 있음. 따라서 준거법 조항을 삽입할 필요가 있음

② 당사자 자치의 원칙과 산관습의 존중 : 법적용의 불확실성에 기함

③ 관련국가간의 경제적 이해관계로 인하여 주권적 간섭의 문제가 자주 일어난다. 예컨대 무역거래를 규율하는 통상관계법에서의 규제완화, 자유화요구 등이 예에 속한다.

④ 국제계약분쟁해결의 특성으로서 소송경제 및 판결의 강제집행 등을 고려하여 법원에 의한 국제분쟁 해결보다는 당사자가 합의한 제3자의 공정한 처리, 즉 중재(Arbitration)에 의하여 분쟁을 해결함이 특징이다.

⑤ 국제계약을 체결함에 있어서 영어로 계약서를 작성하는 것이 일반적이고 실제로 국제거래는 영미법계 국가들이 주도하고 있기 때문에 영미법 원칙이 우세하다.

⑥ 신용장 통일 규칙(UCP), 무역조건해석통일규칙(INCOTERMS) 및 국제물품매매계약에 관한 UN협약 (CISG, Vienna Convention)등의 생성. 발전에서 보는 바와 같이 국제계약의 당사자 자치내용이 정형화. 부합계약화 되고 나아가 보통거래약관이 널리 이용되는 추세에 있다.

보충3. 계약 자유의 원칙

- **사적자치권(私的自治權)**

  개인이 자기 결정에 의하여 자기의사에 따라 법률관계를 형성 할 수 있는 권리, 즉 법률행위를 행사할 수 있는 권리를 말한다.

- **계약자유의 원칙**

  19세기 이후 제정된 민법전은 공동체 보다는 각 개인을 우선시키는 자유민주적 이념하에 마련된 것임, 모든 국민은 인간의 존엄과 가치를 가지는 것으로 규정, 법 질서가 허용하는 한도에서 각자가 자신의 법률관계를 자신의 의사에 따라 스스로 결정, 형성하고 그 결과에 대해 칙임을 지는 것을 말함. 계약자유에는 '체결의 자유', '상대방 선택의 자유' '내용결정의 자유', '방식의 자유'를 포함한다.

- **계약자유원칙의 두 가지 법적 의미**

  ① 법은 일정한 범위에서는 사인(私人)간의 법률관계에 개입하는 것을 포기한다는 것

  ② 당사자간의 계약을 법이 법적 구속력 있는 것으로 인정하여 계약당사자가 계약을 이행하지 않는 경우, 국가가 강제력을 동원하여 계약내용의 실현을 돕는다는 점

보충4. 계약 자유원칙의 제한

- 사적자치권에 의해 계약자유가 보장되지만 무제한적으로 인정되는 것이 아니다. 당사자가 맺은 계약내용이 강행법규에 위반하거나, 공서양속에 위반하거나 또는 당사자의 궁박, 경솔, 무경험으로 인하여 현저하게 공평을 잃은 경우에는 그 계약은 무효이다.

계약자유의 원칙은 개인의 경제활동의 자유를 최대한 보장하기 위해 국가의 법적 간섭을 가급적 억제하려는 자유방임주의의 소산이다. 그러나 자본주의가 심화되면서 계약자유의 모순이 노정 됨에 따라 각국은 사적 계약관계에 대한 규제를 강화하여 왔다. 특히 실질적 정의를 달성하기 위해, 경제법 분야에 많은 강행 입법이 제정되면서 계약자유의 원칙은 크게 수정되었으며 그 결과 일정한 한계를 갖게 되었다.

우리나라의 국제계약상 계약자유의 원칙을 공서양속 또는 중대한 공익보호의 관점에서 제약하고 있는 법률 예로는 외국환거래법, 대외무역법, 관세법 등 (한국통상법), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 노동관계법, 상법, 외국인 토지법 등이 있고 미국의 무역관계법 (the U. S. Trade regulation Laws), 독점금지법(Anti trust laws), 증권거래법(Securities laws) 등이 그 대표적인 예에 속한다.

보충5. 준거법 적용의 일반 원칙

- 국제계약은 계약당사자의 국적, 계약체결지, 계약목적물의 소재지, 계약이행지 등과 같은 계약관계를 구성하는 요소가 여러 나라에 걸쳐 있다. 그리하여 국제계약으로부터 발생하는 분쟁을 어느 국가법에 준거하여 해결할 것인가 하는 문제가 자주 발생하게 되는데 이것이 곧 국제계약의 준거법 문제이다.
- 계약에서는 당사자 자치의 원칙(즉 계약자유의 원칙)이 적용되므로 계약서 당사자가 합의한 법에 의해 분쟁을 해결하게 된다. 그러나 계약에 준거법이 명시되지 아니한 경우에는 다음의 원칙이 적용됨
- ① 소송지법 [訴訟地法, lex fori] 법정지법(法廷地法)
  소송이 개시된 법원이 있는 나라의 법을 적용한다는 원칙,
  속지주의, 소송지법주의
- ② 소재지법 [所在地法, lex rei sitae]
  물건이 있는 곳의 법률을 적용한다는 원칙(특히 부동산과 같이)
- ③ 행위지법 [行爲地法, lex loci actus]
  법률행위가 행하여진 장소의 법률을 적용한다는 원칙
  다만 계약당사자간의 약정에 특정 국제상관습 및 상관습법 또는 준거법이 지정되어 있다 할지라도 관련 국가의 국내법상의 강행 법규, 특히 공서양속(公序良俗) 또는 중대한 공익보호의 관점에서 비롯된 제한 규정이 있는 경우에는 국제계약은 그 범위 내에서 당사자가 원하든 원하지 않든 이러한 강행법규의 규율을 받는다.

보충7. 강행법규(强行法規, IUS COGENS, ZWINGEDES RECHT)

- 법률행위 당사자의 의사와는 관계없이 강행되는 법규를 말하며, 주로 선량한 풍속 및 사회 질서에 관한 사항을 정한 법규이다. 이에 비해 당사자자 자치가 허용되는 법규를 임의법규라고 한다.
- 한국 민법에 따르면 강행법규위반의 법률행위는 무효이다.

➢강행법규 위반의 모습

① 반사회적 행위
- -도박을 하기위한 금전 차용약정
- -풍기문란행위를 하기 위한 주택의 임차약정

② 인륜에 반하는 행위
- -일부일처제에 반하는 법률행위(첩계약 등)
- -부부, 친자 등 동거하는 것이 당연한 관계에 있는 자가 동거하지 않을 것을 약정하는 것

③ 정의관념에 반하는 행위
- -사장이 노동조합 간부에게 조합원의 임금인상 등의 요구를 적당히 무마해 주면 일정한 보수를 지급하겠다고 약정하는 것
- -담합입찰
- -밀수입을 하기 위한 출자행위
- -공무원에게 청탁하고 그에 대한 일정한 보수를 지급하기로 한 약정-증언을 부탁하고 그 보수를 지급하기로 한 약정

④ 개인의 자유를 극도로 제한하는 행위
-어떠한 일이 있더라도 이혼하지 않기로 한 약정
-해외파견 직원이 귀국일로부터 3년 간 다른 회사로 전업할 경우 해외경비를 반환하겠다는 약정
-정당한 범위를 벗어난 겸업금지행위
⑤ 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위
-자가기 취득한 모든 재산을 양도한다는 약정(생존불능)
⑥ 도박 등 사행행위
-도박자금을 대여하는 행위, 도박으로 인한 채무 변제로 토지를 양도하는 계약
⑦ 불공정한 법률행위
-급부와 반대급부의 현저한 불균형이 있는 계약
※ 이에는 피해자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하였을 경우, 즉 악의가 있을 경우에 적용됨
* 궁박 : 벗어날 길이 없는 어려운 상태(정신적 또는 경제적으로 급박한 곤궁을 의미)
* 경박(판단력 부족)
* 무경험 : 일반적인 생활경험이 불충분한 상태

- 사례 1:

  매도인의 부동산 매도 당시 가친의 병이 깊어 그 치료비 등 비용관계로 할 수 없이 처분하게 된 궁박한 사정을 매수인이 알고 있었고, 매도인이 팔기를 꺼려하는 부분까지 매수인의 요구에 의하여 팔지 않을 수 없었으며, 매매 목적물의 경계확정측량도 매수인이 일방적으로 하고 그 부동산 가격도 토지20,000평을 겨우 1만원 이라는 지극히 저렴한 것이었다고 하면 위 매매행위는 불공정한 법률행위이다.

- 사례 2 :

  농촌에서 농사만을 짓고 사고를 처음 당하는 무경험한 유족이 가장을 잃어 경제적으로나 정신적으로 경황이 없는 궁박한 상태에서 본건 사고로 인한 손해배상금으로 얼마를 받을 수 있을 것인지도 잘 모르면서 사고 후 1 주일만에 정당하게 받을 수 있는 배상금의 1/8밖에 안 되는 합의금을 받고 민형사상 더 이상 문제를 삼지 않겠다고 한 합의는 현저하게 공정을 잃은 법률행위로서 무효이다.

- 사례 3:

  A가 자신의 소유의 가옥에 B의 장남 C가 침입한 사실을 들어 C를 주거침입죄로 고소하겠다고 협박하는 한편, B 소유의 임야 등 시가 255만원 상당의 재산을 시가 90만원 상당의 A의 소유의 가옥과 교환해 주면 고소하지 않겠다고 공갈하자, A는 고령으로 섬에 살면서 사회적 경험이 부족한데다 자식에게 어떤 변이 일어날지도 모른다는 궁박한 상태에서 경솔하게 위의 제의를 받아들여 교환계약을 체결하였다면 이는 무효이다.

보충8, 무효와 취소의 차이

- 법률행위의 효력
  - 무효 : 누구의 주장을 기다릴 필요 없이 처음부터 당연히 효력이 발생하지 않음
  - 취소 : 일정한 취소권자가 취소를 한 때에 한해 소급하여 무효인 것으로 되는 것이며, 그 취소를 하지 않은 때에는 그 법률행위는 계속 유효하게 됨
- 추인의 가부
  - 무효인 법률행위 : 추인하여도 그 효력이 생기지 않음
  - 취소할 수 있는 법률행위 : 추인하면 그 이후에는 더 이상 취소할 수 없고 유효한 법률행위로 확정됨
- 권리행사기간
  - 무효 : 아무리 시간이 경과하더라도 무효일 뿐 유효인 것으로 치유되지 못함
  - 취소 : 일정한 기간 내에 취소권자가 취소권을 행사하지 않으면 취소권이 소멸하여 그 이유에는 유효한 법률행위로 확정됨
  - 위소한 때에는 그 결과에서 무효와 같게 됨. 따라서 그 법률행위로 인해 급부가 있은 때에는 부당이익반환의무가 발생하게 됨

무효와 취소

- 법률행위의 무효사유
  - 의사무능력자의 법률행위
  - 반 사회적 법률행위
  - 불공정한 법률행위
  - 상대방이 안 비진의표시
  - 허위표시
- 법률행위의 취소사유
  - 무능력자의 법률행위
  - 착오로 인한 의사표시,
  - 기 또는 강박에 의한 의사표시

보충9. 무역계약의 종류

(1) 합의에 의한 소멸
당사자들의 합의에 의하여 소멸
(2) 이행에 의한 소멸
당사자들이 자신의 권리와 의무를 완전히 이행함으로써 발생
민법상의 채권소멸 사유
-목적달성에 의한 소멸사유(변제, 대물변제, 공탁, 상계)
-채권의 목적인 급부가 실현(이행)되어 채권이 소멸되는 것
1) 변제 : 채무의 내용인 급부가 실현됨으로써 채권이 만족을 얻어 소멸하는 것
2) 대물변제 : 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 급부에 갈음하여 다른 급부를 하는 것(금전채무에 갈음하여 그의 토지소유권을 채권자 앞으로 이전하는 것)
3) 공탁(변제공탁) : 채무자가 채권자의 협력 없이 채무를 면하기 위한 제도. 채권자가 채권의 수령을 거절하거나 수령할 수 없는 경우(수령지체), 혹은 채권자를 알 수 없을 때, 채무불이행책임을 면하기는 하지만 채무는 여전히 존속하게 된다. 이 때에 변제의 목적물을 공탁함으로써 채무를 면하는 제도가 변제공탁임
* 공탁 : 금전, 유가증권 기타의 물품을 공탁소에 임치하는 일을 말함

4) 상계 : 채권자가 채무자가 서로 동종의 채권과 채무를 가지는 경우에 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 그 채권, 채무를 대등액에서 소멸시키는 것, 서로 청구하고 이행하는 번거로움을 덜고, 어느 일방이 파산 등 의 경우 다른 일방이 불이익을 입는 불공평한 결과를 방지하기 위함
* A가 B에 대하여 1천만 원의 금전채권을 가지는데 한편 B도 A에 대하여 8백만원의 금전채권을 가지는 경우 B(또는 A)의 A(또는 B)에 대한 상계의 의사표시에 의하여 A의 금전채권 1천만원 중 대등액 8백만원을 소멸시키는 것이다.

보충9. 무역계약의 종료

- 그 밖의 소멸사유

* 경개, 면제, 혼동

1) 경개 : 구 채무를 소멸시키고 새로운 채무를 성립시키려는 당사자의 의사표시

* 채무내용의 변경 : 원래의 채권자와 채무자가 그 계약 당사자가 됨
* 채무자의 변경 : 갑의 A에 대한 채무를 소멸시키고, 을의 A에 대한 채무를 성립시키는 경우(A와 을의 계약으로 이를 할 수 있음, 다만 갑의 의사에 반해서는 하지 못함)
- 채권자의 변경 : 갑의 A(구채권자)에 대한 채무를 소멸시키는 대신 갑의 B(신채권자)에 대한 채무를 성립시키는 경우로서 갑은 B에 대해 새로운 채무를 부담하고 한편 A는 채권을 상실함, 갑, A, B의 3면 계약에 의해서만 성립함

2) 면제 : 채권의 포기라는 채권자의 일방적인 의사표시에 의함, 채무자 의사를 무시한 것이라는 견해도 있음,

3) 혼동 : 채권과 채무가 동일인에게 귀속하여 채권을 존속시킬 필요가 없는 경우, 즉 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속하는 것을 말함.

예컨대 채권자가 채무자를 상속하거나(그 반대의 경우) 합병하는 경우에 발생, 자기가 자기에 대해 채권을 보유하고 자기에게 이행을 청구한다는 것은 무의미하기 때문에 채권, 채무의 소멸을 인정함으로써 그 후의 권리의무관계를 간소화하려는 데 목적이 있음

4) 기간경과에 의한 소멸

5) 계약위반에 의한 소멸

보충10. 계약위반

1. 계약위반의 개념
   - 매매당사자가 자신에게 귀착되는 사유로 매매계약의 내용에 일치된 이행을 하지 않는 것
   -계약 내용의 불이행

2. 계약불이행의 유형

(1) 이행지체

(가) 이행지체의 의의

- 채무자가 이행이 가능함에도 이행기가 도래해도 채무를 이행하지 않고 지연하는 것
-전부 이행 지체 vs 일부 이행 지체

(나) 이행지체의 효과

-채권자가 채권의 강제력(소구력)을 발동하여 급부를 강제적으로 실현 가능
-담보가 있는 경우 담보권 행사
-계약해제권 발동
-계약을 해제할 때 이행에 갈음하는 손해배상청구권 행사
-이행지체 후 발생한 경과실에 대해서도 책임부담

•경과실 : 거래상 주의의무를 조금이라도 결여 하는 일
• (vs 중과실 주의의무를 현저하게 결하는 경우)

보충10. 계약위반

(2) 이행불능

(가) 의의

- 채권 성립 후 이행이 불능으로 되었을 것
- 채무자에게 책임이 있는 사유일 것
- 이행불능이 위법한 것일 것

(나) 이행불능의 효과

- 손해배상 청구권 발동 가능
- 계약해지권 발동 가능
- 대상청구권 발동 가능

•대상청구권 : 채무자에게 이행불능이 발생한 것과 동일한 원인에 의하여 채무자가 이행의 목적물에 갈음하는 이익을 얻었을 경우에 채권자가 채무자에 대하여 그 이익의 상환을 청구할 수 있는 권리

예를 들어 갑이 을에게 골동품을 팔기로 약정한 뒤에 그 골동품을 도난 당하여 이행불능이 되었다. 이에 갑에게 골동품에 대한 보험금이 지급된다면, 을은 약정의 목적물인 골동품에 갈음하는 이익, 즉 보험금을 채무자인 갑에게 청구할 수 있는 것임

보충10. 계약위반

(3) 불완전 이행

(가) 불완전 이행의 의의

이행은 이루어졌지만, 그 이행이 완전하지 않아 채권자에게 손해가 발생하는 일

이행을 하였다는 점에서 이행지체나 이행불능과는 다르다.

(나) 불완전 이행의 모습

① 채무의 이행이 불완전한 경우

- 사과 100상자 인도채무를 지는 자가 90상자만을 인도하거나, 인도한 100상자 중의 일부에 흠이 있을 때, 또는 광산의 조사를 위탁 받은 자가 불완전한 보고서를 교부한 경우 등)

② 불완전한 이행으로 인해 부가적 피해를 준 경우

불완전한 이행을 한 결과로 채권자에게 그 불완전이행 자체로 인한 손해 이외에 다른 부가적 손해를 준 경우

1) 급부의무의 위반 : 급부된 목적물에 하자가 있는 경우

상한 음식/ 배탈, 병든 가축 인도/다른 가축에 전염, 불량자재 인도/건물 붕괴, 독성 포함된 약/고객 사망, 의료과실/환자 사망. 불완전한 보고서/광산이 아닌 산을 매수

2) 부수의무의 위반

부작용을 수반하는 약을 설명 없이 팔아 사람이 사망, 물건의 특별한 용법 내지 성질을 알려주지 않아 피해 발생(급부와 관계되는 계약상의 부수의무를 위한 한 것임)

3) 보호의무의 위반

판매한 가구를 집안에 들여놓다가 매수인의 다른 가구를 훼손한 경우이다.(급부와는 직접 관계없는, 즉 채권자의 신체 혹은 재산에 피해를 주는 것)

(다) 불완전 이행의 효과

- 추가적 완전이행이 가능한 경우 : 완전한 이행 청구(부족량의 추가인도 요구, 결제 부족액 요구)

- 추가적 완전이행을 할 수 없는 경우 : 계약해지/ 그로 인한 손해배상 가능

보충11. 불가항력

Force Majuere(불가항력)

- 프랑스어로 superior force임
- 불가항력에 기인한 계약의 불이행/지연은 면책됨
- 자연적 불가항력(폭풍우, 낙뢰, 지진, 태풍, 홍수 등)
- 통제불능 비상위험(기계고장, 동맹파업, 공장폐쇄, 원자재 부족, 화재, 선박의 징발, 운송기관의 우발적 사고, 내란, 전쟁, 정부의 간섭

•Act of God(불가항력)

- 운송인의 면책을 논하는 경우에 많이 사용
- 인간의 힘으로 저항할 수 없는 자연의 폭력(폭풍우, 낙뢰, 지진, 태풍, 홍수 등)
- 저항할 수 없는 물리적 원인
- 인간의 힘이 개재되지 않은 물리적 원인 만에 의해 발생한 자연적 필연
- Force Majuer와 동의어로 사용되고 있으나, 엄밀히 논하자면 Force Majuer보다는 좁은 개념

보충 12. 이행불능

계약의 이행불능

- 계약의 이행불능 (impossibility of contract)
  - 원시적 이행불능 (initial or existing impossibility)
    - 계약의 성립시에 이미 실질적 또는 법률적으로 계약이행이 불가능하게 되어 계약의 성립자체가 무효로 되는 것
  - 후발적 이행불능 (subsequent or supervening impossibility)
    - 계약의 성립시에는 이행가능한 것이었으나 어떤 후발적 사태에 의하여 계약이행이 불가능하게 되는 것
    - 어느 한 당사자의 귀책사유에 의하여 이행불능이 되는 경우
    - 어느 당사자에게도 귀책사유가 없이 이행불능이 되는 경우 → 계약목적달성불능 (Frustration)

보충 12. 이행불능

Frustration(좌절)

- 계약불이행에 대한 면책의 범위가 확대되면서 나온 개념
- Force Majuer의 경우에는 계약 자체를 소멸시키지만, Frustraion의 경우는 계약 불이행에 대한 면책만 됨
  1) 당사자의 사망
  2) 목적물의 멸실
  3) 후발적 위법(전쟁, 법률변경, 정부의 조치-금소, 할당, 허가)
  4) 사정의 본질적 변화 : 선박의 나포, 당사자의 파산
- 단, 스스로 불이행을 초래하였거나 계약상에 명시조항이 있거나, 단기간의 이행불능, 이행상의 비용증가, 다른 대안의 존재 등은 프러스트레이션을 성립시키지 않음

•Impractibility(실제성의 결여, 상적 실행곤란)

- Frustration과 유사함
- 미국 통일상법전에 의하면 상적 실행곤란(impractibility)으로 된 경우에도 계약의 소멸을 규정
- 엄격한 불능 뿐만 아니라 불합리한 곤란, 비용, 손해 또는 손실을 이유로 하는 실행곤란을 의미

보충13. 국제무역계약의 성립요건

- 민법상 계약성립의 모습
  - 청약에 대한 승낙
  - 교차청약 : 당사자 사이에 같은 내용의 청약을 서로 한 경우
    - A가 B에게 그 소유의 토지를 2천만원에 팔겠다고 청약을 한 데 대하여, B가 그 사실을 모르고 그 토지를 2천만원에 사겠다고 청약하는 경우, 이것은 청약에 대응하는 승낙의 형식을 갖추지는 않았지만, 실질적으로 양 당사자의 청약이 매도와 매수라는 점에서 매매에 관한 합의가 이루어진 것으로 볼 수 있기 때문에 계약이 성립된 것으로 본다.
  - 의사실현
    - 승낙은 청약자에게 도달한 때에 효력이 발생되는 것이 원칙
    - 청약자의 의사표시나 관습에 의해 승낙의 통지가 필요하지 않을 경우에는 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 계약이 성립하는 것으로 함, 예컨대 배송되어 온 신간서적에 이름을 적는 행위, 청약한 목적물의 제작을 시작하는 행위, 소비하거나 사용하는 것 등

합의의 요건

- 모든 계약은 합의를 성약의 요건으로 한다. 특히 채권계약에서는 현상광고를 제외하고는 낙성계약으로 되어 있으므로, 합의만 있으면 성약된다. 그러나 합의가 성립하기 위해서는 객관적 일치와 주관적 일치가 있어야 한다.
- **객관적 일치**
  - 당사자의 의사표시가 내용적으로 일치하는 것을 말함
  - A가 그의 시계를 10만원에 팔되 당장 현찰로 받기를 원할 때에는, B가 청약의 내용대로 즉 그 시계를 10만원의 현찰로 즉시 지급하겠다고 할 때, 이들 의사표시는 객관적으로 일치하는 내용의 것이 됨
- **주관적 일치**
  - 당사자의 의사표시가 서로 상대방에 대한 것으로 상대방이 누구냐에 관해 잘못이 없는 것을 말함
  - 위 예에서 A의 B에 대한 청약에 대해 C가 A에게 승낙을 하여도 A-C간에 계약은 성립하지 않는다. C의 승낙의 의사표시는 A에 대한 청약의 의미를 가질 뿐이다.

행위능력

- 의사능력
  - 권리의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격을 권리능력이라 한다. 그런데 모든 권리능력자가 자기의 행위에 의하여 권리를 취득하거나 의무를 부담할 수 있는 것은 아니다(예컨대 유아가 타인과 매매계약을 체결하는 경우) 그러기 위해서는 또 다른 능력을 구비해야 한다. 즉 당사자가 한 의사표시가 어떠한 효과를 가져오는지에 대해 이해 내지는 판단할 수 있는 능력(지능)을 가지고 있음을 전제로 하는 것이다. 이러한 능력을 의사능력이라고 한다.
  - 의사무능력자(유아, 정신병자, 만취자)가 한 의사표시에 대해서는 법적 효과를 부여할 수 없으며, 무효이다.
- 행위능력
  - 의사무능력자가 한 법률행위는 무효이다. 그런데 의사능력 유무의 판정과 관련하여 두가지 문제가 발생된다. 하나는 표의자가 행위 당시에 의사능력이 없었다는 것을 입증하는 것이 어렵고, 다음은 그 입증이 되었다고 할 경우, 의사능력의 구비여부를 알기 어려운 상대방에게 불측의 피해를 줄 수 있다는 점이다.
  - 이러한 문제를 해결하기 위해 '재산산의 법률행위'의 영역에 한해 행위무능력제도를 채택하고 있다.
  - 즉 일정한 행위무능력자를 정한 뒤, 그들이 한 행위에 대해서는 개별적으로 의사능력의 유무를 묻지 않고 그 행위를 취소할 수 있게 한 것이다.

행위무능력자

- 민법상의 행위무능력자로 미성년자, 한정치산자, 금치산자를 두고 있다.
- **미성년자**
- 만 19세 미만자, 그러나 혼인을 한 경우에는 성년자로 본다.

- 부부관계에 제3자가 관여하는 것을 막고, 부부 평등을 관철시키기 위함

- **한정치산자**
  - 심신이 박약한자, 또는 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자에 대하여는, 법원은 일정한 자의 청구에 의해 한정치산을 선고하게 되는데, 이 선고를 받은 자를 한정치산자라고 함
  - 청구권자 : 본인, 배우자, 4촌이내 친족, 후견인, 검사
- **금치산자**
  - 심신상실의 상태에 있는자에 대하여 법원은 일장한 자의 청구에 의해 금치산을 선고하는데, 그 선고를 받은 자를 말한다.
  - 이 상태란 계속적이로 심신상실이어야 하는 것은 아니고 때로는 의사능력을 가지더라도 거의 대부분 심신상실에 있는 경우를 말함

사례

- 평소 돈이 생기면 앞뒤 가리지 않고 자선단체 등에 기부하는 습성이 있어 한정치산선고를 받은 甲은 그의 통장에 들어 있는 돈을 인출하여 복권을 구입하였는데, 그 복권이 당첨되어 1억원을 받았다. 甲은 위 당첨금 중 5천만원으로 그의 후견인처 乙의 동의 없이 丙의 소유의 부동산을 매수하였고 나머지 5천만원은 사회복지법인에 기부하였다. 뒤늦게 이 사실을 안 乙은 위 부동산을 丁에게 전매한 후 丙과 합의하여 甲앞으로 소유권이전등기를 하는 것을 생략하고 직접 丁앞으로 소유권이전등기를 해주엇으며, 사회복지법인에 대하여는 甲의 증여를 취소한다는 통지를 하였다. 이 경우 전개되어질 수 있는 법률관계는?
- 甲이 그의 통장에서 돈을 인출하여 복권을 구입하는 행위는 처분을 허락한 재산의 처분행위로서 유효하다. 그러나 그 처분행위로 취득한 재산이 1억원이라는 고액인 점에서 이를 처분하기 위해서는 법정대리인의 동의가 있어야 한다고 해석된다. 따라서 부동산 매입행위나 기부행위를 취소할 수 있다.
- 다만 부동산 매입에 대하여 법정추인으로 볼 수 있는가에 문제가 있다. 그런데 후견인이 피후견인의 일정한 행위에 대해 동의를 할 때에는 단독으로 하지 못하며 친족회의 동의를 얻어야 하므로, 법정추인도기 어렵고,甲 또는 친족회가 위 매매계약과 전매계약을 취소할 수 있다.
- 매매계약과 전매계약이 취소된 경우 丙은 甲으로부터 받은 매매대금을 반환하여야 하고, 또 甲은 丁으로부터 받은 매매대금을 반환하여야 한다. 또한 증여를 취소한 경우, 사회복지법인은 받은 기부금을 반환하여야 한다.

합법적 거래

- 거래 목적물의 합법성
  - 밀수품, 장물, 사회공공질서 유해물품에 대한 매매계약은 무효이다.
- 거래 방법의 합법성
  - 밀수, 도박, 절도, 사기, 공모에 의한 매매계약은 무효이다.
- 선의의 피해자
  - 다만 이러한 사실을 모르는 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다.

청약의 의의

- offer(청약)란 offeror(청약자)가 offeree(피청약자)와 일정한 조건으로 계약을 체결하고 싶다는 의사표시로서 청약자가 승낙과 결합하여 특정한 내용을 가지는 계약을 성립시키려는 것을 목적으로 하는 일방적이고 확정적인 의사표시를 말한다.
- 청약은 원칙적으로 별도의 형식을 필요로 하지 않으므로 서면뿐만 아니라 구두로도 행할 수 있는데, 다만 요식계약의 경우에는 청약도 보통 그 형식을 필요로 한다.
- 청약이 확정적인 의사표시라는 점에서 청약의 준비행위에 지나지 않는 청약의 유인(invitation to offer)이나 계약체결의 예비교섭의 단계에 있는 표시와는 구별해야 한다.
- 청약이 법적으로 구속력을 가지고 상대방에게 보내는 확정적인 의사표시인 데 반해 청약의 유인(예컨대, 확인조건부 청약(sub-con offer))이란 청약을 위한 예비교섭으로서 상대방이 이를 수락하더라도 계약이 성립되는 것이 아니다.

청약의 효력발생시기와 유효기간

- 청약은 청약의 내용이 상대방에 전달되어야만 그 효력이 발생한다. 따라서 달하기 이전에 철회되면 그 청약은 무효가 된다.
- 청약의 조건으로 승낙기간을 정하고 있는 경우에는 그 기간 내에 승낙이 있어야만 효력이 발생한다. 승낙기간을 정하지 않았을 경우에는 상당한 기간(reasonable period of time)내에 승낙하면 계약을 성립시킬 수 있다.
- 다만 피청약자가 승낙의 의사표시를 발신하기 전에 청약 내용의 철회 또는 조건변경의 통지가 피청약자에게 도달할 경우에는 철회 또는 조건변경을 인정한다.
- 영미법과 우리 민법은 도달주의 원칙을 따르고 있으므로 청약은 상대방에게 전달되어야 하며, 상대방에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다. 따라서 그 도달 이전에 철회하면 그 청약은 무효가 된다.

청약의 효력 소멸

① 승낙

청약은 승낙에 의하여 합의가 성립하기 때문에 그 효력을 상실한다.

② 청약의 거절 또는 반대 청약(rejection of offer or counter offer)

피청약자가 청약을 거절하면 청약의 효력은 소멸하며 그 후에 그 청약을 승낙하여도 계약을 성립시킬 수 없다. 한편 청약의 내용에 조건을 붙여 그 일부만의 승낙하는 부분적 승낙(partial acceptance)은 반대 청약이 되어 최초의 청약에 대하여 거절하는 효과를 가지므로 최초의 청약의 효력은 상실된다. 그러나 피청약자가 청약자에 대하여 청약의 내용을 바꾸어 주기를 바라거나 문의하는 정도인 의뢰부 승낙(acceptance accompanied by request)은 반대청약이 아니기 때문에 청약의 효력에 영향을 미치지 않는다.

③ 청약의 철회(revocation of offer)

청약의 철회는 청약의 효력을 소멸시키는 의사표시이다. 이것은 반드시 상대방에게 통지되어야 하고, 그 통지는 상대방이 청약을 승낙하기 전에 상대방에게 도달해야 한다.

④ 당사자의 사망(death of parties)

피청약자나 청약자가 청약이나 반대 청약의 승낙 이전에 어느 일방이 사망했을 경우 청약이나 반대 청약은 그 효력을 상실한다.

⑤ 시간의 경과(lapse of time)

청약은 그 내용에 승낙기간이 정해져 있을 경우에는 그 기간이 경과하면, 그와 같은 기간이 정해져 있지 않을 경우에는 상당한 기간(reasonable time)이 경과하면 효력이 소멸한다.

청약의 종류

- 오퍼의 주체를 기준으로 수출업자의 물품판매조건을 제시하는 Selling Offer와 수입업자의 물품구매조건을 제시하는 Buying Offer로 구분되고,
- 오퍼의 발생지를 기준으로 해외에 있는 물품공급자를 대신해서 국내에서 발행하는 국내오퍼와 거래상대국의 물품공급자가 국외에서 발행한 국외오퍼로도 구분되며,
- 오퍼의 확정력을 기준으로 확정오퍼(Firm Offer)와 불확정오퍼(Free Offer) 등으로 구분된다. 실무상 많이 이용되는 오퍼의 종류는 다음과 같다.

- firm offer(확정청약)
  - 청약의 유효기간이 정해져 있는 청약을 말하며, 그 유효기간내에는 청약자에 대해 구속력(binding force)을 갖는다. 즉 firm offer의 유효기간내에 상대방이 승낙을 하면 당사자 쌍방을 법률적으로 구속하는 매매계약이 성립한다.
  - 일반적으로 청약자는 firm offer를 유효기간내에는 임의로 철회할 수 없다고 해석되고 있으나, 영미법계에서는 ㉠ offer가 날인증서(covenant)에 의해 행해진 경우와 ㉡ offer의 철회불가능에 대하여 대가를 지불한 경우 이외에는 철회가 가능하다.
  - offer의 유효기간은 청약자가 대개 임의로 정하는데, 당해 상품의 거래관습, 시세의 변동 등을 고려해서 적당한 유효기간을 정하여 offer에 명시할 필요가 있으며, 당사자간에 시차가 있는 경우에는 유효기간의 기준시를 명백히 해야 한다.
- free offer(불확정청약)
  - offer의 유효기간이 정해져 있지 않은 offer로서 보통 circular letter와 함께 보내지며, 피청약자가 승낙을 하여도 청약자의 재확인이 필요하다. 또한 청약자의 자유의사에 따라 언제든지 취소가 가능하다.

- conditional offer(조건부청약)
  - offer without engagement(무확약 청약): 청약에 제시된 가격이 미확정적이어서 시세변동(market fluctuation)에 따라 변경될 수 있다는 조건을 붙인 청약(offer subject to market fluctuation)이다.
  - offer subject to being unsold(재고잔류 조건부 청약): 청약에 대한 승낙의 의사가 피청약자로부터 청약자에게 도달했다 하더라도 바로 계약이 성립되는 것이 아니라 그 시점에서 당해 물품의 재고가 남아 있는 경우에 한하여 계약이 성립되는 offer로서 선착순매매 조건부 청약(offer subject to prior sale)이라고도 한다.
  - offer on approval(점검매매 조건부 청약): 청약과 함께 물품을 송부하여 피청약자가 물품을 점검해 보고 구매의사가 있으면 그 대금을 지급하고 그렇지 않으면 반품해도 좋다는 조건의 청약이다.

- offer on sale or return(반품허용 조건부 청약): 청약과 함께 물품을 대량으로 송부하여 피청약자가 이를 판매하게 하고 팔리지 않은 잔품은 다시 반납하도록 하는 조건의 청약으로서 잡화류 등의 위탁판매에 주로 사용된다.
- sub-con offer(확인조건부 청약): 청약자가 청약을 할 때 단서로서 계약의 성립에는 청약자의 확인을 필요로 한다는 내용(offer subject to our final confirmation)이 명시된 조건부 청약이다. 형식적으로는 청약이지만, 상대방에 대한 청약의 유인(invitation to offer)에 지나지 않는다. 따라서 법적인 입장에서 볼 때 sub-con offer에 대한 acceptance가 offer의 성질을 지니며, 청약자의 최종확인이 acceptance가 된다.

- counter offer(반대청약)
  - 피청약자가 청약에 대해서 그 조건을 변경하거나 혹은 새로운 조항을 추가한 청약, 원청약의 거절임과 동시에 피청약자가 청약자에게 행하는 새로운 청약으로 간주. 따라서 승낙이 아니므로 계약을 성립시킬 수 없다. 무역실무상 매도인과 매수인간에는 몇 차례 반대오퍼를 거친 후 계약이 성립되는 것이 보통
- Cross offer(교차청약)
  - 매도인과 매수인 양 당사자가 서로 우연히 상대방에게 청약을 하며, 청약의 내용이 완전하게 일치하는 경우를 말함
  - 이 경우에는 청약에 대한 승낙이 존재하지 않더라도 계약이 성립한 것으로 인정됨

승낙의 의의(ACCEPTANCE)

- 피청약자가 청약자의 offer를 수락하여 계약을 성립시키고자 하는 의사표시. 즉, 피청약자가 청약자의 청약에 대하여 그 청약의 내용 또는 조건을 모두 수락하고 계약을 성립시키겠다는 의사표시
- **승낙의 유효조건**

승낙이 계약을 유효하게 성립시키기 위해서는

① 청약의 유효기간내에 행해져야 하며,

② 청약의 모든 내용에 대해 무조건 승낙(unconditional acceptance)하는 완전한 승낙(complete acceptance)이어야 한다.

③ 따라서 청약내용에 대하여 변경을 요구하거나 일정한 단서를 붙이는 경우에는 승락이라고 보지 않고 반대청약(counter offer)이라고 한다. 청약에 대한 반대청약이 있을 경우에는 계약은 성립되지 않는다. 즉 부분적 승낙, 조건부 승낙 등은 반대청약에 해당하는 것으로서 계약을 성립시키지 못한다.

- **사례 :** 아래와 같은 서신을 A. B의 거래당사자 사이에 주고받았다고 하자. 4번의 승낙으로 매매계약이 성립되었을까?

1. 2009. 10. 2 : **A;** "Offering until 21st here USD 159M/T FOB Pusan.... "
   (21일까지 회신하는 조건으로 M/T당 FOB PuSAN US$159로 오퍼함...)
2. 2009. 10. 3 : **B;** "Your price too high our best USD130/MT"
   (귀사의 가격은 비싸다. 폐사가 제시할 수 있는 최상의 가격은 130달러이다)
3. 2009. 10. 4: **A;** "Now price here suddenly increased to USD170 due manufacturer's accidents therefore regret have to give up this busin ess time being."
   (제조업자의 사고로 인하여 갑자기 가격이 170달러로 인상되었으므로 유감스럽지만 이번 거래를 취소하지 않을 수가 없다)
4. 2009. 10. 5: **B;** Accepted your original price USD150 please airmail contract sheet immediately.
   (귀사의 최초 가격인 150달러를 승낙한다. 계약서를 항공편으로 보내달라)

[해설]

1번에서 A가 발행한 firm offer의 유효기간은 10월 21일까지였고 B가 최후에 승낙한 일자는 10월 5일(4번) 이므로 청약서의 유효기간 내의 승낙이다. 이때 B가 이 계약의 성립을 주장하고 계약의 이행을 강요할 수가 있는지가 본 건의 문제이다.

결론부터 말하자면 B의 주장은 정당하지 못하다.

왜냐하면 B가 2번과 같이 새로운 가격을 제시하는 카운터 오퍼를 발행하였으므로 1번의 원오퍼의 효력은 상실되어 버린 것이며, B를 청약자로 하는 새로운 청약서가 되어 버린 것이다.

B가 발행한 새로운 청약서에 따라 원래 청약자였던 A는 피청약자가 되며, 그 새로운 청약에 대해서 3번으로 수락을 거절하였으므로 B의 새로운 청약 역시 무효가 되어 버린다.

따라서 B가 4번으로 최초의 오퍼의 가격으로 수락한다고 하였지만 이미 효력이 상실된 오퍼에 대한 승낙이었으므로 효력이 없는 것이다.

오퍼에 대한 수락은 무조건적이고 완전한 승낙만이 유효한 것이며 일부 조건의 변경을 요구한 승낙은 승낙으로서의 효력이 없는 것이다.

침묵

- 침묵도 경우에 따라서는 표시수단으로 될 수 있다. 그러나 침묵은 원칙적으로 “불표시”이므로 당사자의 약정이나 거개관행상 일정한 의사표시로 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 경우, 가령 타인에게 주문하지 않은 상품을 보내면서 반송하지 않으면 승낙한 것으로 간주하겠다고 하거나, 청약에대해 일정한 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 승낙한 것으로 간주한다는 뜻을 청약자에게 표시하더라도, 청약의 상대방에게 청약에 대해 회답할 의무가 있는 것은 아니므로 침묵은 승낙의 의사로 인정되지 않는다.

승낙의 효력발생시기

- 승낙의 효력발생 시기에 관하여 다음의 세 가지 이론이 있다.
  ① 발신주의 : 피청약자가 승낙의 의사표시를 발신했을 때 계약이 성립
  ② 도달주의 : 피청약자의 승낙의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 계약이 성립
  ③ 요지주의 : 단순히 물리적으로 승낙의 의사표시가 도달될 뿐만 아니라 현실적으로 청약자가 그 내용을 인지한 때에 계약이 성립
- 우리 민법, 일본 및 영미법은 대면, 전화, 텔렉스, 팩시밀리 및 EDI와 같이 거의 동시상황으로 이루어지는 대화자간에는 도달주의를 채택하고, 우편, 전보와 같이 시차가 있는 통신수단으로 이루어지는 격지자간에는 발신주의를 채택
- 그러나 국제물품 매매계약에 관한 UN협약은 도달주의를 채택
- 발신주의는 보통 피청약자에게 유리한 반며, 청약자에게는 불리하므로 무역실무상 offer를 할 때 다음과 같은 문구를 넣어 발신주의를 도달주의로 변경하는 것이 일반적
- "We are pleased to offer you the undermentioned goods, subject to reply received by us not later than September 20, 1996, Seoul time.

승낙의 철회

- 피청약자가 승낙의 의사표시를 소멸시키려는 일방적 의사표시
- 승낙은 청약자에게 도달되어야 효력이 발휘되므로 승낙이 도달하기 전에 승낙의 회수 의사표시가 먼저 도달하거나 동시에 도착한 경우 승낙은 회수되어 승낙의 효력을 잃게 됨
- 그러나 승낙의 철회는 인정되지 않음, 왜냐하면 승낙이 도달하여 승낙의 효력이 발생하면 계약이 성립되었으므로 더 이상 철회할 여지가 없기 때문
- 그러나 우리나라, 일본, 영미법에서 우편이나 전보에 의한 승낙은 서신을 우편함에 넣거나 전보가 전신전화국의 직원에게 제출되는 시점에 효력이 발생하는 발신주의를 채택하고 있어, 승낙이 발신되면 계약이 성립하므로 유의할 필요가 있으므로 영국이나 미국계 회사들과의 무역계약에서는 거래처와 상호 합의하여 승낙의 철회여부를 결정하는 것이 바람직하다.(문서증거 확보)