

보통 유럽매매법(CESL)에서의 의사표시 하자규정에 관한 비교법적 검토*

白慶一**

I. 서론

‘의사표시의 하자(瑕疵)’는 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 당사자가 의사를 표시함에 있어서 그 의사의 형성과정에 잘못된 인식 내지 부당한 간섭이 존재하거나 그 표시 및 전달이 내심적 효과의사와 다르게 이루어져서 의사표시가 진실과 다르게 된 것을 말하는 것이다. 그 대표적 예로서는 착오(錯誤)에 의한 의사표시와 사기(詐欺)·강박(強迫)에 의한 의사표시 등을 들 수가 있다¹⁾.

우리 민법은 제109조, 제110조, 제140조에서 그러한 하자 있는 의사표시를 한 자나 그 대리인 또는 승계인에게 그 하자 있는 의사표시를 취소할 수 있는 권리를 부여하고 있다²⁾. 다시 말해 우리 민법상 ‘의사표시의 하자’는 의사표시의 취소사유가 된다.

그런데 이러한 ‘의사표시의 하자’에 관해서는 여러 가지 이론적 난제가 존재하는 것이 사실이다. 예를 들어 동기의 착오를 어떻게 취급할 것인지에 관한 문제, 착오 또는 사기·강박과 의사표시 간의 인과관계문제, 상대방의 인식 및 예견가능성 내지 귀책사유 존부에 관한 문제, 사기·강박의 위법성 또는 직접성 요부에 관한 문제, 취소권의 제척기간문제, 타제도와 의 경합문제 등이 그것이다.

최근에 법안의 형태로 공표된 보통 유럽매매법(이하에서는 모두 ‘CESL’로 칭함)³⁾은 이러한

* 본 연구는 2013년도 숙명여자대학교 교내연구비 지원에 의하여 수행되었다.

** 숙명여자대학교 법과대학 부교수 (민법 전공)

1) 李英俊, 민법총칙, 박영사 2005, 639면; 大判 1998.2.10, 97다44737. 물론 ‘하자 있는 의사표시’란 사기·강박에 의한 의사표시만을 가리키는 것이고, 착오로 인한 의사표시는 여기에 포함되지 않는다는 견해도 존재한다(예를 들면 郭潤直, 민법총칙, 박영사 1989, 516면; 宋德洙, 민법총칙, 박영사 2011, 439-440면). 하지만 ‘하자 있는 의사표시’에서 ‘하자’라는 것이 꼭 사기·강박만을 가리키는 것이라고 볼 수는 없고, 우리 민법 제110조와 제140조의 범문인 역시 ‘하자’를 꼭 의사형성과정에서의 ‘하자’만으로 국한하지는 않고 있으므로, 본고는 ‘하자 있는 의사표시’에 착오로 인한 의사표시나 그 밖의 경우까지 모두 포함된다는 것을 전제로 서술하기로 하겠다. 독일민법학 역시 과거에는 의사표시의 ‘하자(Mängel)’를 표의자의 의사가 타인의 부당한 간섭으로 인해 진의와 다르게 형성된 것에 한하는 것으로 본 적이 있었으나, 지금은 더 이상 그렇지 아니하다. 이에 관해서는 Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, Vor § 116, Rn 20 ff.

2) ‘하자 있는 의사표시’에 착오로 인한 의사표시는 포함되지 않는다는 견해에 따르면, 민법 제140조가 취소권자로서 ‘하자 있는 의사표시를 한 자’ 이외에 ‘착오로 인한 의사표시를 한 자’를 언급하지 않은 것은 ‘입법상의 잘못’에 다른 아니게 된다. 이에 관해서는 郭潤直, 민법총칙, 516면; 宋德洙, 민법총칙, 440면 참조.

3) 보통 유럽매매법은 지난 2011년에 EU 집행위원회가 공포한 총 186개조의 물품매매관련 법안을 가리키는 것이다. 그 연혁과 특징, 그리고 적용문제에 관해서는 이미 지난번 논문(拙稿, 유럽공동매매법안에서의 계약체결규정에 관한 비교법적 검토, 비교사법 제20권 제2호, 2013.05, 433면 이하)에서 개괄적으로 소개한 바가 있으므로

‘의사표시의 하자’⁴⁾로 인한 취소와 관련하여 제48조부터 제57조까지 총 10개의 조문을 마련해두고 있다. 지난 십 수 년간 축적된 유럽민법학자들의 비교법적 연구성과가 고스란히 반영된 이 CESL의 규정들을 우리 민법 등과 자세히 비교·분석할 경우, 우리 민법상 ‘의사표시의 하자’에 관한 여러 난제들을 해결하는 데 새로운 관점들을 많이 얻을 수 있을 것이므로, 이하에서는 그 규정들(CESL Art. 48-57)에 관하여 크게 ‘의사표시 하자의 요건’과 ‘의사표시 하자의 효과’로 나누어 비교법적인 고찰을 해보도록 하겠다.

II. 의사표시 하자의 요건

1. 착오의 요건

제48조 [착오]

- 당사자 일방은 다음의 경우 계약체결 당시 존재한 사실 또는 법률의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다:
 - 그 당사자가 착오가 없었다면 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 계약규정으로만 체결하였을 때, 그리고 상대방이 이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을 때; 그리고
 - 상대방이
 - 착오를 야기하였을 때; 또는
 - 제2장 제1절 내지 제4절에 규정된 계약체결 전의 정보제공의무를 위반함으로써 계약이 착오로 체결되도록 하였을 때; 또는
 - 그 착오를 알았거나 알았을 것으로 기대되었고, 신의성실과 공정거래의 원칙⁵⁾에 따라 착오를 지적할 의무가 있음에도 불구하고 그 중요한 정보를 지적하지 않음으로써 계약이 착오로 체결되도록 하였을 때; 또는
 - 마찬가지로 동일한 착오를 하였을 때.
- 당사자 일방은 착오의 위험이 그에게로 인수되었거나 사정상 그에게 부담되어야 했을 경우 착오를 이유로 계약을 취소하지 못한다.
- 언명의 표시 또는 전달에 있어서의 오류는 그 언명을 표시하거나 발송한 자의 착오로 취급된다.

로, 이번 논문에서는 그에 관한 중복된 설명을 생략하기로 하겠다. 사실 지난번 논문에서는 ‘CESL (= Common European Sales Law)’을 ‘유럽공동매매법안’으로 번역하였으나, 이번 논문부터는 이를 ‘보통 유럽매매법’으로 고쳐서 번역하였는데, 이는 ‘Common European Sales Law’에서 ‘Common Law’라는 명칭이 갖고 있는 ‘보통법(普通法)’으로서의 연혁적 의미를 특별히 강조하기 위함이다.

4) 참고로 이에 관한 CESL 법문언은 ‘의사표시의 하자’라는 표현 대신에 ‘합의에 있어서의 하자(Defects in consent)’라는 표현을 사용하고 있다. 우리에게 익숙한 법률용어로 설명하기 위해, 본 논문에서는 그 관련규정을 ‘의사표시의 하자’에 관한 규정으로 의역(意譯)해서 설명하기로 하겠다.

5) 독일어판은 이를 ‘Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs(신의성실과 공정거래의 요구)’라고 표현하지만, 영어판은 이를 ‘good faith and fair dealing(신의와 공정거래)’라 하고, 불어판은 이를

CESL 제48조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제109조가 규율하고 있는 의사표시의 착오에 관하여 우리 민법 제109조보다 훨씬 더 자세한 규정을 두고 있다. 착오의 유형으로서는 ‘사실의 착오(mistake of fact)’와 ‘법률의 착오(mistake of law)’를 예시하고 있고, 그 착오가 ‘법률행위의 내용의 중요부분’에 관한 것이어야 함에 대해서는 ‘착오가 없었다면 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 계약규정으로만 체결하였을 것(if the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different contract terms)’을 요구하고 있다. 그리고 표의자의 착오에 대한 상대방의 인식가능성 등에 관해 자세히 규율하고 있고, ‘표의자의 중과실’에 관해서는 ‘위험의 인수 내지 이전’이라는 더 포괄적인 개념으로 규율을 하고 있다.

(1) 법률행위 내용의 중요부분

CESL 제48조는 우리 민법 제109조가 “의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다”고 규정하고 있는 것처럼, ‘그 당사자가 착오가 없었다면 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 계약규정으로만 체결하였을 때’에 한해 착오로 인한 계약을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이는 독일민법 제119조 제1항이 ‘그 사안을 알았고 합리적으로 판단하였더라면 그러한 표시를 하지 아니하였으리라고 인정되는 때(wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde)’에 한해 착오로 인한 의사표시를 취소할 수 있게 하는 것보다 더 요건을 엄격히 정한 것이며, 이러한 점에서 CESL은 독일민법보다 착오로 인한 취소사유를 더 좁게 인정하는 반면, 우리 민법이 정한 착오의 요건에 더 접근한 것이라고 볼 수 있다. CESL이 왜 이렇게 착오로 인한 취소사유를 좁게 인정했는지에 관해서는, 유럽의 역대거래에 있어서 계약유지(契約維持)에 관한 일반적 이해가 존재하였기 때문이라는 견해⁷⁾에 귀를 기울여볼 수가 있다. 그리고 여기서 ‘본질적으로 다른 계약규정(fundamentally different contract terms)’을 판단하는 기준은 CESL 제38조 제2항이 예시하는 가격, 지불방법, 목적물의 품질·수량, 배송의 장소·시기, 책임범위, 조정·중재에 관한 사항 등을 생각해볼 수가 있다. 그리고 이러한 사항들은 그 취소사유의 증명책임을 감경할지 여부에 관한 결정요소로서 역할을 한다고 볼 수가 있을 것이다⁸⁾.

(2) 표의자의 착오를 상대방이 야기했을 것

CESL 제48조는 표의자의 착오가 ‘법률행위의 내용의 중요부분’에 관한 것임을 요구하는 데

⁷⁾ ‘principe de bonne foi et de loyauté(신의성실의 원칙)’라고 표현한다. 독어판과 불어판을 섞어서 ‘신의성실과 공정거래의 원칙’으로 번역하기로 한다.

6) 이에 관해서는 Looschelders, Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law, AcP 212(2012), S. 581(619).

7) 이에 관해서는 Grigoleit, Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den PECL und in den UP, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003, S. 201(203 ff.); Grigoleit, Sanktionsmechanismen bei Willenstörungen Sachgesetzhkeiten und ihre Berücksichtigung in den PECL, in: Zimmermann (hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163(179).

8) 이에 관해서는 Faust, Generalklauselartige Aufklärungspflicht, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis, 2011, 201(216 f.).

그치지 않고, 그 상대방이 ‘이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을 때(if the other party knew or could be expected to have known this)’에 한하여 착오로 인한 계약을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 우리 민법이 기본적으로 의사주의적 입장을 취하여 표의자의 중과실이나 선의 제3자의 보호 이외에 거래의 안전이나 상대방 보호를 위한 별도의 장치를 마련해놓지 않은 것과는 대조적으로⁹⁾, 표의자의 착오에 관하여 상대방에게 주관적 인식가능성을 요구함으로써 상대방의 보호를 매우 두텁게 하고 있는 것이다. 거기에 더하여 상대방은 표의자의 착오를 야기했어야 하고, 그게 아니면 상대방은 표의자에 대하여 정보제공의무를 위반하였거나, 착오가 인식가능했음에도 불구하고 신의칙상의 설명의무를 위반하였거나, 아니면 표의자와 동일한 착오를 하였어야 하는데, 이러한 요건은 우리 민법 제109조에 비해 훨씬 더 엄격한 요건을 규정한 것이라고 말할 수가 있을 것이다.

여기서 물론 주의하여야 할 것은 상대방이 표의자의 착오를 적극적으로 야기한 경우, 그에 관하여 상대방의 과책(過責)까지 요하지는 않는 것으로 해석한다는 점이다¹⁰⁾. 그러한 적극적 착오야기의 경우 상대방은 표의자의 착오에 관해 ‘이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을’ 것만을 CESL 제48조 제1항 (a)호가 요구하고 있기 때문이다. 사실은 이 경우 상대방이 표의자의 착오에 관해 ‘이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을’ 것까지 요구하는 것 자체도 대단히 엄격한 요건이라고 할 수 있는데, 이는 착오의 유형 가운데 ‘표시상의 착오’와 같은 경우 상대방이 이에 관해 인식가능했는지 여부와 상관없이 표의자에게 취소권을 인정할 필요가 있는 것이기 때문이기도 하다¹¹⁾.

실제로 CESL 제48조 제1항 (a)호의 ‘상대방이 이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을 때’라는 문언은 2013년 3월 6일 유럽의회의 수정제안에서 삭제되었다. 물론 그 이유는 그 문언이 제48조 제1항 (b)호 iii)와 중복되는 데다, 여기서 ‘상대방의 인식가능성’ 역시 함께 요구됨으로써 당사자 일방이 사소한 필기상의 착오에 대해서까지 구속되는 것은 부당하다는 Pfeiffer 교수의 비판¹²⁾ 등이 유럽의회에 수용된 데 있었다. 참고로 유럽계약법원칙(이하에서는 ‘PECL’로 칭함) 제4:103조 제1항 (a)호 (i)은 착오의 야기가 상대방의 언명에 의한 것까지 요구하고 있었는데, 이는 CESL 제48조 제1항 (a)호보다도 그 엄격성이 더 강한 것이었다고 할 수가 있을 것이다. 물론 상대방의 옳은 언명이 표의자의 착오를 야기하였을 경우, 상대방의 보호를 위해서 ‘상대방의 인식가능성’이라는 요건이 유용할 수도 있을 것이나, 이 경우의 상대방 보호 문제는 ‘착오위험의 이전’에 관한 CESL 제48조 제2항 규정으로 해결할 수도 있을 것이라고 본다¹³⁾.

9) 이에 관해서는 金上中, 동기의 착오에 관한 개정예고안 제109조 2항의 특색과 그 운용에 관한 제언, 민사법학 제27호, 2005.03, 433(450)면 이하.

10) 이에 관해서는 Grigoleit, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201(210 ff.).

11) 예를 들어 소비자자 인터넷쇼핑몰에 들어가 일정한 물품을 매수하면서 실수로 키보드를 잘못 두드렸을 때, 이에 관해서 사업자가 ‘이를 알았거나 알았을 것으로 기대할 수 있었을’ 것 여부와 상관없이 소비자에게는 취소권을 인정해야 마땅할 것이다. 이에 관해서는 Fehrenbach, Diskussionsbericht zu Dirk Looschelders, in: AcP 212(2012), S. 694(697).

12) 이에 관해서는 Fehrenbach, AcP 212(2012), S. 694(697).

(3) 정보제공의무의 위반

위에서 살펴본 것처럼, 상대방이 표의자의 착오를 적극적으로 야기한 경우, 그 상대방은 착오야기의 과책 여부와 상관없이 표의자의 계약취소를 감수하여야 한다. 하지만 상대방이 소극적 부작위를 통하여 표의자의 착오로 인한 의사표시를 방치한 경우, 그 상대방에게는 일정한 과책이 있어야만 할 것이다. 예를 들면 정보제공의무의 위반 같은 것이 상대방에게 전제가 되어야 하는데, CESL 제48조 제1항 (b)호 (ii)(iii)은 이 경우에 구체적으로 ‘제2장 제1절 내지 제4절에 규정된 계약체결 전의 정보제공의무를 위반함으로써 계약이 착오로 체결되도록 하였’거나 ‘그 착오를 알았거나 알았을 것으로 기대되었고, 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 착오를 지적할 의무가 있음에도 불구하고 그 중요한 정보를 지적하지 않음으로써 계약이 착오로 체결되도록 하였을’ 것을 요구하고 있다.

주의할 것은, 아무리 소극적 부작위로 표의자의 착오를 야기하였다 하더라도 그것이 표의자의 착오 이전에만 행해진 것이라면, 그것은 취소사유가 되지 않는다고 하는 점이다¹⁴⁾. 상대방의 소극적 부작위가 계약의 취소를 불러올 만한 것이 되려면, 표의자가 이미 착오에 빠진 상태에서 상대방이 이를 방치하는 것이 되어야 하기 때문이다. 다시 말해, 표의자가 앞으로 착오에 빠질지 아니면 착오에 빠지지 않을지 알 수 없는 상태에서 상대방이 정보제공의무를 위반했다고 하여 그것만으로 표의자가 착오로 인한 의사표시를 이유로 계약을 취소할 수 있게 되는 것은 아니다. 표의자가 아직 착오에 빠지지 않은 경우 상대방이 정보제공의무를 위반했다는 것은, 상대방에게 손해배상책임을 부담시키는 것과 별도로, 계약의 취소를 정당화시킬 만큼 비난가능성이 높은 것은 아니기 때문이다. 물론 표의자가 앞으로 착오에 빠질지 아니면 착오에 빠지지 않을지 알 수 없는 상태에서 상대방이 적극적으로 착오야기행위를 했다면, 이 경우 표의자는 착오로 인한 의사표시를 이유로 계약을 취소할 수 있게 된다. 표의자의 착오와 관련하여 상대방의 소극적 부작위가 사후적일 때에 비로소 의미를 가질 수 있는 것과는 다르게, 상대방의 적극적 작위는 오히려 사전적인 것일 때에 의미를 가질 수 있는 것이기 때문이다.

(4) 상대방의 동일한 착오

CESL 제48조 제1항 (b)호 (iv)는 상대방이 정보제공의무를 위반하였는지 여부와 상관없이, ‘상대방이 마찬가지로 동일한 착오를 하였을 때(if the other party made the same mistake)’에도 표의자는 계약을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 다시 말해 표의자만 그 의사표시에 관하여 착오를 한 것이 아니라, 그 의사표시에 관하여 상대방 역시 착오를 하였을 경우 그 계약은 취소할 수 있도록 하고 있는 것이다.

그런데 표의자와 상대방이 동일한 착오를 하는 경우는 거의 상상하기가 힘들고¹⁵⁾, 만약 쌍방 공통의 동기착오라면 계약해석이나 사정변경으로 문제를 해결할 수 있을 것이므로¹⁶⁾, 제48조 제1항 (b)호 (iv)가 상대방의 동일한 착오를 취소사유로 규정한 것은 제고의 여지가 있

다고도 볼 수 있다. 실제로 제48조 제1항 (b)호 (iv)는 2013년 3월 6일 유럽의회의 수정제안에서 삭제되었는데, 삭제의 이유는 상호착오의 경우 계약해석의 방법 또는 사정변경에 기한 계약변경·해소의 방법 등에 의해서 문제를 해결할 수 있는 것으로 생각되었기 때문이었다.

(5) 착오위험의 인수

CESL 제48조 제2항은 착오위험을 인수한 자 또는 여러 가지 사정상 착오위험을 부담해야 하는 자가 착오를 이유로 계약을 취소하지는 못한다고 규정하고 있다. 이는 우리 민법 제109조 제1항 단서가 ‘표의자의 중대한 과실로 인한’ 착오의 경우 그 의사표시를 취소할 수 없는 것으로 규정한 것에 부분적으로 상응하는데, 예를 들어 일정한 계약적 사정이 결코 존재할 수 없음에도 불구하고 표의자가 일방적으로 그것이 존재할 것으로 믿고 계약을 체결한 것에 따른 위험은 일단 표의자가 부담해야 하는 것이라고 봐야 할 것이다. 그 밖에 ‘동기의 착오’와 같은 경우도 마찬가지로, 예를 들어 그 매매목적물이 특정한 목적에 사용될 수 있는 것인지의 문제는 전적으로 매수인이 책임져야 하는 문제라고 봐야 할 것이다¹⁷⁾.

한편 이러한 착오위험은 당사자 간의 자유로운 합의에 의해 일방에게만 부담될 수도 있다. 예를 들어 종류채무에 있어서 매매목적물의 성상에 관한 착오위험을 매수인이 부담하기로 당사자 간에 특약하는 것은 얼마든지 허용된다¹⁸⁾. 물론 ‘의사표시의 하자’에 관한 CESL의 모든 규정은 편면적 강행규정이지만, 이러한 착오위험의 인수에 관한 합의는 설령 소비자와 사업자 간에 이루어진다 하더라도 유효한 것으로 봐야 한다. 그 이유는 그러한 합의가 CESL 제48조 규정을 우회하는 것이라기보다 착오취소의 구성요건과 관련된 계약내용의 자유로운 형성을 의미하는 것이라고 봐야 하기 때문이다¹⁹⁾. 다만 착오위험의 인수가 불특정적 이거나 방대한 목록의 설정을 통해서 행해지는 경우, 이는 CESL 제48조를 우회하는 행위이므로 허용되지 않는다고 봐야 할 것이다²⁰⁾.

한편 ‘여러 가지 사정상 착오위험이 착오자에게 부담되어야 하는 경우’란 법문언은 지나치게 광범하고 모호한 것이므로, 이는 법적 안정성을 해친다고 볼 수도 있을 것이다²¹⁾. 그리고

16) 예를 들어 계약 당사자 모두 매매계약서에 기재한 세금 이외에 추가세액이 없을 것이라는 공통의 착오에 빠졌으나 추가세액이 발생한 경우가 그와 같다. 우리 판례는 이 경우 법률행위의 보충적 해석론으로 계약내용을 수정할 수 없다면 계약을 취소할 수 있게 해야 한다는 입장이다(大判 1994.6.10, 93다24810). 이에 관해서는 池元林, 착오에 관한 약간의 문제제기, 제산법연구 제22권 제2호, 2005, 22면 참조. 그리고 만약 상대방의 동일한 착오가 잘못된 표시(falsa demonstratio)에 해당하는 것이라면, 오히려 당사자가 동일하게 착오한 대로 계약의 효력을 인정해야 할 것이다. 이에 관해서는 Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 119, Rn 59.

17) 설령 매도인이 그 목적에 관해 알고 있었다 하더라도 마찬가지이다. 이에 관해서는 M. Wolf, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Basedow (hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85(88 ff.). 그 밖에, 수익성이 기대에 미치지 못한 경우, 목적물의 시가사정을 표의자가 잘못한 경우, 목적물 취득을 위한 자금조달이 계획대로 이루어지지 않은 경우도 계약 자체에 내재한 위험이라고 봐야 할 것이다. 이에 관해서는 金上中, 민사법학 제27호, 2005.03, 433(456)면.

18) 이에 관해서는 Vogenauer/Kleinheisterkamp/P.Huber, PICC, 2009, Art. 3.5, Rn. 1 f.

19) 이에 관해서는 Martens, Die Regelung der Willensmängel im Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, AcP 211 (2011), S. 845(858).

20) 이에 관해서는 Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 7. Aufl., 2012, Rn. 266.

13) 이에 관해서는 Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(620).

14) 이에 관해서는 Jansen/Zimmermann, Vertragsabschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht - Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210(2010), S. 196(245).

15) 이에 관해서는 Vogenauer/Kleinheisterkamp/P.Huber, PICC, 2009, Art. 3.6, Rn. 10.

계약의 실효에 있어서 위험인수(Assumption of Risk)라는 개념은 행위기초이론에 관한 독일 현행민법 제313조 제1항에나 ‘Risikoverteilung’이라는 법문언으로 규정되어 있을 뿐, 대부분의 EU 회원국 민법규정에는 그러한 개념을 찾아볼 수 없으므로, 과연 이러한 위험인수의 개념이 독일 이외의 EU 회원국 법학자들에게 친숙하게 받아들여질 수 있을지에 대해서도 고민을 해볼 필요가 있다고 할 것이다²²⁾.

(6) 표시 또는 전달의 착오

CESL 제48조 제3항은 ‘언명의 표시 또는 전달에 있어서의 오류’에 관해 규정하고 있다. 이러한 오류는 ‘그 언명을 표시하거나 발송한 자의 착오로 취급된다’는 것이다²³⁾. 이러한 규정은 표시기관의 착오뿐만 아니라 내용상의 착오²⁴⁾까지 포괄하는 것처럼 보이는데, 표시기관의 착오가 있을 경우 계약을 취소할 수 있음은 당연하지만, 내용상 착오가 있을 경우 이를 표의자의 착오로 취급한다 하여 표의자가 실제로 그 계약을 취소할 수 있는 것으로 생각되지는 않는다²⁵⁾. 이 경우는 차라리 CESL 제12조 제2항이나 제58조 제2항에 따라 상대방의 인식가능성을 전제로 표의자의 의도한 바에 맞게 계약해석을 하는 것이 계약유지의 목적 등을 감안한건데 더 합당할 것으로 생각되기 때문이다²⁶⁾. 다시 말해 표의자가 아닌 상대방이 착오에 빠졌다는 이유로 표의자에게 계약취소권까지 부여할 필요가 있는지는 의문이며, 이 경우 표의자의 의사대로 계약을 해석함으로써 계약을 가급적 유지시키고, 단지 상대방에게 과실이 있었을 경우, 표의자가 상대방에 대하여 손해배상을 청구하도록 하면 충분하지 않을까 하는 의견이 제시되고 있다²⁷⁾.

2. 사기의 요건

21) 이에 관해서는 Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(624).

22) 이에 관해서는 Martens, AcP 211 (2011), S. 845(859); ders., Einigungsmängel im EU-Kaufrecht, in: Schmidt-Kessel (hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179(184).

23) 이는 PECL 제4:104조와 DCFR 제II-7:202조의 법문을 그대로 따른 것이기도 하다.

24) 표의자의 착오가 아니라, 상대방이 표시행위의 의미에 관해 잘못 이해하는 경우를 말하는 것이다.

25) 이에 관해서는 Harke, Irrtum und culpa in contrahendo in den Grundregeln des europäischen Vertragsrechts: eine Kritik, ZEuP 2006, S. 326(328); Ernst, Irrtum: Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte, in: Zimmermann (hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1(31 f.).

26) 이에 관해서는 Jansen/Zimmermann, Vertragsabschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht – Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210(2010), S. 196(234); Harke, ZEuP 2006, S. 326(327 f.); Grigoleit, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201(217 f.).

27) 이에 관해서는 Jansen, Irrtumsanfechtung im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 169(197); Harke, ZEuP 2006, S. 326(328); Ernst, in: Zimmermann (hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1(31 f.).

28) 독일어판은 이를 ‘bestimmt’라고 표현하지만, 영어판은 이를 ‘induced(이끈, 유도한)’이라 하고, 불어판은 이를 ‘incitée(부추긴)’라고 표현한다. 영어판을 따라서 번역하기로 한다.

제49조 [사 기]

1. 상대방이 언어에 의해서든 행동에 의해서든, 기망적 허위표시를 함으로써, 또는 신의성실과 공정거래의 원칙 또는 계약체결 전의 정보제공의무에 따라 그가 공개하여야만 하는 정보를 악의적으로 공개하지 않음으로써, 당사자 일방을 계약체결로 이끈²⁸⁾ 경우, 그 당사자는 계약을 취소할 수 있다.
2. 허위표시(misrepresentation)는 그것이 거짓이라는 인식 또는 거짓일 것이라는 믿음을 하에서 행해졌거나 그 진부(眞否)와 상관없이 태만하게 행해졌을 경우, 그리고 상대방을 착오에 빠트릴 의도로 행해졌을 경우, 기망적이다. 정보를 받지 못한 자를 착오에 빠트리려는 의도로 그 정보가 공개되지 않았을 경우에 그 비공개는 기망적이다.
3. 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 당사자 일방에게 특정한 정보의 공개가 요구되는지 여부를 결정함에 있어서는 다음을 포함한 전체의 사정이 고려되어야 한다:
 - (a) 그 당사자가 특별한 전문지식(expertise)을 갖고 있었는지 여부;
 - (b) 그 당사자가 관련된 정보를 취득하기 위해 치러야 하는 비용;
 - (c) 상대방이 그 정보를 다른 방법에 의하여 취득할 수 있었을 용이성;
 - (d) 정보의 성질;
 - (e) 상대방에 대해 그 정보가 갖는 명백한 중요성; 그리고
 - (f) 사업자(기업인) 간의 계약이라면 관련된 상황에서의 선량한 상관행²⁹⁾.

CESL 제49조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제110조가 ‘강박에 의한 의사표시’와 함께 규율하고 있는 ‘사기에 의한 의사표시’에 관하여 독립적으로 매우 상세한 규정을 두고 있다. 적극적 작위에 의한 사기뿐 아니라 소극적 부작위에 의한 사기에 관해서도 자세한 규정을 두고 있으며, 사기자의 주관적 요건에 관해서도 별도의 규정을 두고 있다. 그리고 무엇보다 특기할 만한 것은 정보공개의무의 인정기준에 관한 조항인데, 이로써 사기의 위법성에 관해 CESL은 좀 더 구체적인 판단기준을 제시한 셈이 되었다.

일단 소극적 부작위에 의한 사기에 관해서 보면, CESL 제49조 제1항은 ‘기망적 허위표시(fraudulent misrepresentation)’만이 아니라 ‘악의적 침묵(fraudulent non-disclosure)’ 역시 정보제공의무의 위반을 전제로 할 경우 기망행위에 해당할 수 있는 것으로 규정하였음을 볼 수 있다. 그러나 ‘기망적 허위표시’의 경우 ‘recklessly’라는 표현에서 볼 수 있듯이 그 주관적 구성요건이 ‘고의’가 아니라 ‘인식 있는 과실’로 족한 것처럼 규정되어 있는 부분은, ‘악의적 침묵’의 경우 ‘악의적’일 것을 요구하는 것이나 회원국 대부분의 민법전이 사기의 요건에 있어서 사기자의 ‘고의’를 요구하고 있는 것과 비교해보건대, 작위적 사기와 부작위적 사기의 구분필요성을 감안하더라도 규범구조상의 체계적 균형을 결여한 것처럼 보이는 것도 사실이다³⁰⁾.

29) 독일어판은 이를 ‘gute Handelspraxis(선량한 상사실무)’라고 표현하지만, 영어판은 이를 ‘good commercial practice’라 하고, 불어판은 이를 ‘les bonnes pratiques commerciales’라고 표현한다. 실무에서 ‘good commercial practice’를 ‘우수상업관행’으로 번역하는 게 일반적이긴 하나, ‘선량한 상관행’으로 번역하기로 한다.

그리고 CESL 제49조 제1항은 기망행위에 관해서 위법성의 요건을 명시하지 않고 있는데, 이는 독일민법 제123조가 기망행위에 관해서 위법성의 요건을 추가적으로 명시하지 않은 것을 그대로 따른 것으로 보인다³¹⁾. 하지만 자본주의 시장경제에서 일정범위의 거짓광고 내지 정보은폐는 워낙 광범위하게 행해지고, 많은 노력과 비용으로 얻은 정보의 경우 비공개에 관한 이익을 부정할 수 없다는 점을 감안하건대³²⁾, 제49조 제1항은 기망행위의 범위를 지나치게 넓게 잡고 있는 듯한 감을 주고도 있다³³⁾.

한편 CESL 제49조 제3항은 당사자의 전문지식 등, 정보공개의무의 준부를 결정하는 사정들을 열거하고 있다. 물론 이렇게 정보제공의무에 관해 CESL이 구체적인 판단기준을 열거하고 있는 것은 법적 명확성이라는 측면에서 일응 환영할만한 일인 것으로 생각된다³⁴⁾. 문제는 그 사정들이 CESL 제23조 제2항의 목록들과 거의 일치하면서도 유독 (e)호의 ‘명백한 중요성(apparent importance)’만이 제23조 제2항의 ‘개연적 중요성(likely importance)’과 문언상의 차이를 갖는다는 점에 있다. 이에 관해서는 이미 많은 비판이 가해졌기 때문에, 2013년 3월 6일 유럽의회의 수정제안에서 CESL 제49조 제3항 (e)호의 ‘명백한 중요성(apparent importance)’은 ‘개연적 중요성(likely importance)’이라는 단어로 전격 교체되었다. 물론 수정의 이유는 그 문언이 제23조 제2항의 문언과 상응해야 한다는 데 있었다.

그리고 제49조 제3항에서 열거된 사정들은, 상대방의 소극적 부작위가 설명의무를 위반한 것으로서 표의자의 착오를 방지한 것인지 여부를 판단하는 기준으로서도 유용하다고 할 것이다³⁵⁾. 예를 들어 전문지식을 갖고 있고 표의자에 대해 정보적 우위에 서있는 상대방은 침묵으로 상대방을 기망해서도 안 되고 상대방이 착오에 빠졌을 경우 이를 지적해줄 의무 역시 부담한다는 것이다. 물론 제49조는 사기에 의한 의사표시를 규율하고 있고, 제48조는 착오로 인한 의사표시를 규율하고 있긴 하나, 제48조 제1항 (b)호 (ii)(iii)의 구성요건표지를 해석함에 있어서 제49조 제3항의 표지가 참조되는 것은 얼마든지 가능하다고 봐야 할 것이다³⁶⁾.

30) 이에 관해서는 Martens, AcP 211(2011), S. 845(862).

31) 독일민법의 입법자가 기망행위의 위법성을 법조문에 명시적으로 요구하지 않은 것은, 역설적으로 기망행위가 그 자체로 위법한 것일 수밖에 없다는 이유에서 그렇게 한 것이라고 한다. 이에 관해서는 Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 123, Rn 18, 41.

32) 우리 판례(光州高判 1993.1.26, 92나3754)는 이에 관하여 비록 허위의 표현을 담고 있다 하더라도 그 표현이 거래질서관념 및 신의성실의 원칙 등에 비추어 용인될 수 있는 정도라면 그 행위의 위법성이 인정되지 않아 사기를 이유로 한 취소권이 부여되지 않는다고 한다. 이에 관해서는 金上中, 상품의 표시광고와 계약의 내용, 서강법학 제8권, 2006, 1(17)면 참조.

33) 이에 관해서는 Martens, AcP 211(2011), S. 845(861); Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(625).

34) 이에 관해서는 Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(625).

35) 이에 관해서는 Jansen, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 169(192); Martens, AcP 211(2011), S. 845(856).

36) 이에 관해서는 Grigoleit, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201(213).

3. 강박의 요건

제50조 [강 박]

당사자 일방은 상대방이 위법하고, 임박했으며 중대한 위해의 협박 또는 부당한 행동의 협박으로써 계약체결로 유도하였을 때, 그 계약을 취소할 수 있다.

CESL 제50조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제110조가 ‘사기에 의한 의사표시’와 함께 규율하고 있는 ‘강박에 의한 의사표시’에 관하여 별도로 규율을 하고 있다. 강박의 위법성, 임박성 등에 관해 추가적 요건을 제시하였으며, 그 협박의 수단은 ‘중대한 위해(serious harm)’ 또는 ‘부당한 행동(wrongful act)’이어야 함을 규정하고 있다.

사기에 관한 CESL 제49조의 제1항에서 이미 본 것처럼 CESL은 기망행위의 경우 위법성을 요구하지 않고 있다. 그런데 그 반면에 강박행위의 경우 CESL 제50조는 위법성을 요구하고 있다는 점이 특기할 만하다. 그리고 또 하나 주목할 것은 강박행위에 임박성(imminence)을 요구하고 있다는 점이다. 물론 이러한 임박성의 요건은 시간적으로 임박하지 않은 강박행위 역시 충분히 의사형성의 자유를 방해할 수 있다는 점을 감안하건대 그 필요성이 의문스러운 것으로 생각되고 있다³⁷⁾. 그리고 협박의 수단으로서 예시되고 있는 ‘부당한 행동’의 경우, 그것이 대체 무엇을 의미하는지 심히 불분명한 것도 사실이다³⁸⁾.

한편 2013년 3월 6일 유럽의회의 수정제안에서는 본조 뒤에 다음의 조항이 추가되었다:

제50조a [제3자]

- 당사자 일방이 일정한 제3자의 행위에 대해 책임을 부담하거나 그 일방의 동의에 의해 일정한 제3자가 계약체결에 관여하였는데,
 - 그 제3자가 착오를 야기하였거나 그 착오를 알았거나 알아야 했을 때, 또는
 - 착오, 사기, 강박 또는 불공정착취에 대해서 그 제3자가 책임이 있었을 때, 본장의 구제수단은 그 책임 있는 자 또는 관여에 동의한 자에 대해서 적용되는 것과 같이 적용될 수 있다.
- 당사자 일방이 제3자의 행위에 대해 책임을 부담하지 않거나 그 관여에 대해 동의한 적이 없었음에도 불구하고 그 제3자가 사기 또는 강박에 대하여 책임을 부담한다면, 본장의 구제수단은 그 일방이 관련된 사실들을 알았거나 합리적인 방식으로 알아야 했을 때, 또는 취소의 시점에 계약에 대한 신뢰를 바탕으로 행동하지 않았을 때에 적용된다.

37) 이에 관해서는 Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(626).

38) 이에 관해서는 Martens, AcP 211(2011), S. 845(866).

이러한 규정을 새롭게 추가한 이유는, 실제로 의사표시의 하자가 제3자에 의해 야기되는 경우가 매우 많을 뿐만 아니라, 제3자에 의해 야기된 착오와 사기, 강박 또는 불공정한 착취에 관한 규정이 실행가능성연구(Feasibility Study) 제49조에 이미 규정되어 있었던 반면, CESL에는 그것이 아무 이유 없이 누락되었다는 데 있었다³⁹⁾.

4. 불공정한 행위의 요건

제51조 [불공정한 행위]

당사자 일방은 계약체결 당시에 다음의 경우 계약을 취소할 수 있다:

- (a) 그 당사자가 상대방에게 의존하거나 상대방과 신뢰의 관계를 가졌거나 경제적 궁박상태에 있었거나 긴급한 필요를 가졌거나 경솔, 무지 또는 무경험이었을 때; 그리고
- (b) 상대방이 이러한 사정을 알았거나 알았을 것으로 기대되었으며 그 사정과 계약의 목적을 고려하여 일방의 지위를 이용하여 과도한 이익 또는 불공정한 우위를 얻었을 때.

CESL 제51조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제104조가 무효사유로서 규율하고 있는 ‘불공정한 행위(Unfair exploitation)’에 관하여 이를 취소사유의 하나로서 규정을 하고 있다. 우리 민법과 같이 표의자의 궁박(distress), 경솔(improvident), 무경험(inexperienced) 등을 객관적 요건으로서 제시하고 있으며, 거기에 더해서 표의자의 궁박 등에 대한 상대방의 인식이 능성 및 이를 이용하려는 의사 등을 요건으로 제시하고 있다.

물론 ‘불공정한 행위’가 무효사유가 아닌 취소사유로서 과연 적합한지는 의문이 아닐 수 없다. ‘불공정한 행위’는 일방에게 과도한 이익을 주는 행위인 만큼, 다른 일방에게는 과도한 불이익을 주는 행위일 수밖에 없는데, 그 명백한 불이익과 불공정함에도 불구하고 그로 인해 불이익을 입는 상대방에게 ‘불공정한 행위’의 취소 여부에 관한 선택권을 부여하고, 일정한 제척기간이 지날 경우 그 선택권을 박탈하여 그 법률행위를 유효로 확정한다는 것이 옳을 수는 없다고 생각되기 때문이다⁴⁰⁾. 그 밖에도 불공정한 행위에 관해서는 여러 가지 언급

39) 이러한 비판으로는 Ackermann, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?, in: Remien/Herrler/Limmer (hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 62 f. Rn. 28.

40) 이에 관해서는 Martens, in: Schmidt-Kessel (hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179(190); Gutmann, Zwang und Ausbeutung beim Vertragsschluss, in: Schulze (hrsg.), New Features in Contract Law, 2007, S. 49(66); Jansen, in: Zimmermann (hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 125(147); Grigoleit, in: Zimmermann (hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 163(171 f.); Eidennüller, Privatautonomie, Verteilungsgerechtigkeit und das Recht des Vertragsschlusses im DCFR., in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, S. 103(121 f.); M. Wolf, in: Basedow (hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85(88 f.). 물론 CESL은 어차피 계약의 무효사유에 관한 규정을 담고 있지 않으므로, 각 회원국의 민법이 만약 불공정한 행위를 무효로 규정하고 있다면, 이를 무효로 본다 하더라도 무방하다고 할 것이다. 이에 관해서는 Vogenauer/Kleinheisterkamp/Du Plessis, PICC, 2009, Art. 3.10, Rn. 6.

할 만한 것들이 있지만, 이에 관한 부분은 CESL 제79조 이하의 규정들과 관련하여 더 본격적으로 연구되어야 할 것이라 생각되기 때문에, 여기서는 더 이상의 언급을 생략하기로 하겠다.

III. 의사표시 하자의 효과

1. 취소권의 행사

제52조 [취소의 통지]

1. 취소는 상대방에 대한 통지로써 효력이 생긴다⁴¹⁾.
2. 취소의 통지는 취소할 당사자가 관련 사정을 알았거나 자유롭게 행위할 수 있게 된 후 다음의 기간 내에 행해졌을 때에 한하여 유효하다:
 - (a) 착오의 경우 6개월; 그리고
 - (b) 사기, 강박과 불공정한 행위의 경우 1년.

CESL 제52조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제142조가 규율하고 있는 ‘취소의 방법’에 관하여 상대방에 대한 ‘통지(notice)’로써 취소권을 행사해야 하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 우리 민법 제146조가 규율하고 있는 ‘취소권의 제척기간’에 관하여 CESL 제52조는 상당히 단기의 기간을 규정하고 있다. 우리 민법 제146조가 “취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다”는 장기의 제척기간을 규정하고 있고, 독일민법도 취소권에 대해 10년⁴²⁾, 프랑스민법도 5년⁴³⁾의 제척기간을 규정하

41) 독일어판은 이를 ‘ausgeübt(행사된다)’라고 표현하지만, 이와 달리 영어판은 이를 ‘effected’라 하고, 불어판은 이를 ‘effectuée’라고 표현한다. 영어판과 불어판을 따르기로 한다.

42) 독일민법 제121조 제2항에 따르면, “의사표시 이후 10년이 경과한 때에 취소는 배제된다(Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind)”. 그런데 독일민법 제121조 제1항은 의사표시의 착오나 잘못된 전달의 경우 그 의사표시는 ‘지체 없이(unverzüglich)’ 취소되어야 한다고 규정하고 있고, 제124조는 사기·강박의 경우 사기를 발견한 후 또는 강박상태로부터 벗어난 후로부터 기산하여 1년 내에 취소하거나, 의사표시 이후 10년 내에 취소해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 특히 제124조 제2항 제2문은 사기·강박에 의한 취소권의 경우 그 제척기간에 소멸시효의 중단·정지규정이 준용된다고 규정하고 있는 것을 볼 수 있다.

43) 프랑스민법 제1304조는 제1항에서 “특별법에 의하여 가장 단기로 제한하지 아니한 합의의 무효나 취소에 관한 소권의 모든 경우에 있어서, 이 소권은 5년간 존속한다(Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans)”고 규정하고, 제2항에서는 “그 기간은 강박의 경우에 있어서 그 중단된 날로부터 기산하고, 착오 또는 사기의 경우 그 발견된 날로부터 기산한다(Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts)”고 규정하고 있다. 그 밖에 프랑스민법 제1676조 제1항은 매매계약의 취소(la rescision de la vente)에 관하여 “그 청구는 매매의 날로부터 2년이 경과한 후 더 이상 수령가능하지 않다(La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente)”고 규정하고 있다. 한편 프랑스민법 제2279조 2항(현행민법 제2276조)은 유실물 또는 도품의 반환청구권에 관하여 3년의 권리행사기간을 인정하고 있는데, 이는 비록 편제상 ‘특정시효(De quelques prescriptions particulières)’의 절에 규정되어 있었지만, 이러한 권리행사기간에 관해서도 프랑스 판례는 이를 제척기간이라고 보고 있었다. 참고로 프랑스민법에서는 제척기간을 ‘délai préfix’ 또는 ‘délai de forclusion’이라고 부른다. 이에

고 있는 데 반해, CESL 제52조는 착오의 경우 ‘당사자가 관련 사정을 알았거나 자유롭게 행위할 수 있게 된 후(after the avoiding party becomes aware of the relevant circumstances or becomes capable of acting freely)’로부터 6개월, 그리고 사기·강박과 불공정한 행위의 경우 그로부터 1년의 제척기간만을 인정하고 있기 때문이다. 그리고 독일민법 제124조 제2항 제2문이 그 제척기간의 중단·정지에 관해 규정하고 있는 반면, CESL 제52조는 그 제척기간의 중단·정지에 관한 규정도 전혀 두지 않고 있어, 특히 사기·강박과 불공정한 행위의 경우 취소권자에게 다소 가혹한 태도를 취하고 있는 것이 사실이다.

또 하나 특기할 것은 프랑스민법이 착오, 사기·강박에 관하여 이를 모두 무효사유(cause de nullité)로 보고 있는 데 반해, CESL은 이에 아랑곳하지 않고 착오, 사기·강박 모두를 취소 사유로 규정하였다고 하는 점이다. 프랑스법에서는 착오, 사기·강박에 의해 의사표시를 한 자의 경우 취소의 소권이 아니라 무효의 소권(l'action en nullité)을 행사할 수 있는 것으로 오래 받아들여져 왔기 때문에, ‘의사표시의 하자’에 관하여 그 효과를 모두 취소권 발생으로 명시한 CESL 제52조 이하의 규정에 관해서는 프랑스법권에서의 강한 반발이 예상되고 있다.

2. 취소할 수 있는 행위의 주인

제53조 [추인]

본장에 따라서 계약취소권을 갖는 당사자 일방이 관련된 사정을 알았거나 다시 자유롭게 행위할 수 있게 된 후, 그 계약을 명시적 또는 묵시적으로 추인한 경우, 그는 그 계약을 더 이상 취소할 수 없다.

CESL 제53조는 위에서 보는 바와 같이, ‘추인의 요건’에 관하여 ‘관련된 사정을 알았거나 다시 자유롭게 행위할 수 있게 된 후(after becoming aware of the relevant circumstances, or becoming capable of acting freely)’에 추인할 수 있다고 함으로써, 우리 민법 제144조가 정하고 있는 것처럼 ‘취소의 원인이 종료한 후’ 추인하여야 함을 명언하고 있다. 그리고 우리 민법 제145조가 ‘법정추인’에 관해 규정하고 있는 것처럼 그 추인을 ‘묵시적(impliedly)’으로도 할 수 있음에 관하여 간단히 규정하고 있다.

그리고 우리 민법 제143조가 규율하고 있는 ‘추인의 효과’에 관하여 ‘추인 후에는 취소하지 못한다’는 점에 관해서도, ‘그는 그 계약을 더 이상 취소할 수 없다(that party may no longer avoid the contract)’고 함으로써 이를 간단히 규정하고 있다. 크게 보아, CESL이 추인에 관해서는 우리 민법보다 오히려 더 간략히 규정하였다는 것을 알 수 있다.

3. 소급적 무효 및 일부취소

관해서는 金濟完/白慶一/白泰雄, 권리행사기간에 관한 쟁점과 민법개정 방안, 민사법학 제50호, 2010.09, 94면 참조.

제54조 [취소의 효과]

1. 취소할 수 있는 계약은 취소할 때까지 유효하지만, 한번 취소하면, 소급적으로 무효가 된다.
2. 취소의 사유가 단지 특정의 계약내용에만 관련된 경우, 취소의 효력은 그 내용들에 제한된다; 다만 그 계약의 나머지 부분을 유지하는 것이 비합리적인 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 당사자 일방에게 그 취소된 계약 하에서 이전되거나 제공된 것의 반환에 관하여 또는 동일한 금전가치의 반환에 관하여 권리가 있는지의 문제는 제17장의 원상회복에 관한 규정에 따라 규율하도록 한다.

CESL 제54조는 위에서 보는 바와 같이, 우리 민법 제141조가 규율하고 있는 ‘취소의 효과’에 관하여 ‘소급적으로 무효(retrospectively invalid)’임을 명시하고 있고, 거기에 더하여 ‘일부 취소44)도 가능하다는 점을 명확히 하고 있다. 그리고 제3항에서는 반환관계에 관하여 취소와 해제의 구분 없이 제17장의 원상회복에 관한 규정이 적용됨을 명언하고 있다.

4. 타제도와와의 경합

손해배상청구권 등 다른 구제수단과의 경합문제에 관해서는 CESL 제55조와 제56조, 그리고 제57조가 자세히 규율하고 있다. 우리 민법이 이에 관해 별도의 규정을 두지 않고 있는 것과 대조적이라고 할 수 있다.

(1) 손해배상청구권과의 경합

제55조 [손해배상]

본장에 따라서 계약취소권을 갖는 당사자 또는 기간의 경과나 추인에 의해서 그 권리를 잃기 전까지 그 권리를 가졌던 당사자 일방은, 상대방이 관련된 사정을 알았거나 알았을 것으로 기대되었던 한, 그 계약의 취소 여부와 상관없이, 상대방에 대하여 착오, 사기, 강박 또는 불공정한 착취로 인한 손해의 배상45)청구권을 갖는다.

CESL 제55조는 위에서 보는 바와 같이, 취소권을 갖는 당사자에게 손해배상청구권도 함께 부여하고 있다. 이러한 손해배상청구권은 계약의 유효성을 전제로 하는 것이 아니기 때문에 취소권의 행사 여부와 상관없이 부여된다. 이렇게 착오 등을 이유로 취소할 수 있는 계약인

44) 의사표시의 일부취소에 관한 상세한 법리는 金天秀, 의사표시의 일부취소, 저스티스 제31권 제4호, 1998.12, 23면 이하; 金天秀, 가격의 착오와 일부취소, 민사법학 제17호, 1999.04, 305면 이하 참조.

45) 독일어판은 이를 ‘Schadensersatz für Verluste(손실에 대한 손해배상)’이라 표현하고, 영어판도 이를 ‘damages [...] for loss(손실에 대한 손해배상금)’이라 표현하지만, 불어판은 이를 간략하게 ‘réparation du préjudice(손해의 배상)’이라고 표현한다. 불어판을 따르기로 한다.

에도 불구하고 취소권자에게 취소 없이 손해배상청구만 할 수 있게끔 허용한 이유는 거래비용의 절약 및 계약유지에 이해관계를 갖고 있는 취소권자에게 손해배상만 간단히 받을 가능성을 부여하려는 데 있었다⁴⁶⁾. 이러한 손해배상청구권은 취소권이 제척기간의 경과 또는 주인으로 인하여 소멸한 경우에도 여전히 행사될 수 있다. 만약 취소권자가 계약취소에 따른 원상회복청구권과 손해배상청구권을 동시에 행사한다면, 손해배상액의 산정에 있어서 적절할 고려가 뒤따라야 할 것이다⁴⁷⁾.

다만 이러한 손해배상청구권이 부여되기 위해서는 상대방에게 관련된 사정의 인식가능성이 존재해야 한다. CESL 제55조의 손해배상청구권이 상대방에게 무과실책임까지 부과하는 것은 아니기 때문이다. 그리고 배상청구되는 손해액은 소극적 손해에 국한되고 적극적 손해까지 포함하지는 않는다⁴⁸⁾. CESL 제55조의 손해배상청구권 자체가 계약의 취소 이후에도 여전히 남는 계약체결비용 등의 신뢰이익을 전보하게끔 하는 것과 관련된 권리이기 때문에 그러한 것이다. 물론 상대방이 계약교섭과정에서 정보제공의무 등 일정한 주의의무의 위반을 범함으로 인해 표의자가 상실한 이행이익이 그 어떤 경우에도 전보될 수 없는 것은 아니다. 이에 대해서는 계약의 유효성을 전제로 표의자가 상대방에게 채무불이행책임을 물을 수도 있는 것이라고 생각한다⁴⁹⁾.

(2) 강행규정

제56조 [구제수단의 배제 또는 제한]

1. 사기, 강박 그리고 불공정한 행위를 위한 구제수단은 직접적 또는 간접적으로 배제되거나 제한되지 못한다.
2. 사업자(기업인)와 소비자 간의 관계에서 당사자들은 착오에 대한 구제수단을 직접적 또는 간접적으로 소비자에게 불리하게 배제하거나 제한하지 못한다.

CESL 제56조는 위에서 보는 바와 같이, 사기·강박 그리고 불공정한 행위를 위한 구제수단의 경우 당사자의 특약에 의해서 이를 함부로 배제하거나 제한할 수 없음을 규정하고 있다. 다시 말해 취소권과 손해배상청구권의 배제약정이 있었다 하더라도, 그리고 그것이 B2B 거래나 C2C 거래에서 이루어진 것이라 하더라도, 이러한 약정은 무효임을 선언하고 있는 것이다. 다만 착오에 대한 구제수단의 경우 B2B 거래나 C2C 거래에서는 반대약정으로 이를

46) 이에 관해서는 Hager, Die culpa in contrahendo in den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts, in: Basedow (hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 67(81); Looschelders, AcP 212(2012), S. 581(631).

47) 이에 관해서는 Looschelders, ZEuP 2009, 800(810).

48) 급부손해가 아닌 파생손해 가운데서 물건의 멸실이나 훼손 등 기준에 갖고 있던 이익의 상실이나 감소로 드러나는 손해를 ‘소극적 손해(消極的 損害)’라 하고, 장래에 예정되고 있던 이익의 획득이 방해됨으로써 받는 손해를 ‘적극적 손해(積極的 損害)’라 일컫는다. 적극적 손해를 다른 말로 일실이익(逸失利益)이라고도 한다. 이에 관해서는 von Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009, S. 529 f.

49) 이에 관해서는 金上中, 매매계약 교섭 당사자의 잘못된 정보제공에 관한 상대방의 보호, 민사법학 제29호, 2005.09, 149(159)면 이하.

배제하거나 제한하는 것이 허용된다. 그리고 B2C 거래라 하더라도 소비자의 취소권이나 손해배상청구권이 아닌, 사업자의 취소권이나 손해배상청구권을 배제·제한하는 것은 얼마든지 허용된다. 사기·강박 그리고 불공정한 행위의 경우와 착오의 경우, 그리고 소비자의 권리와 사업자의 권리를 차별화해서 취급하고 있는 것이다.

(3) 채무불이행에 기한 구제수단

제57조 [구제수단의 선택]

본장에 따라 채무불이행에 기한 구제수단을 사정에 따라 행사할 수 있는 당사자는 이러한 구제수단 가운데 어느 하나를 행사할 수 있다.

CESL 제57조는 위에서 보는 바와 같이, CESL 제48조 이하의 취소권이 상대방의 채무불이행에 기한 표의자의 구제수단, 특히 CESL 제159조 이하의 손해배상청구권을 배제하지 않는다는 점을 명시하고 있다. 물론 취소권을 행사하면서 채무불이행에 기한 손해배상청구권을 동시에 행사한다는 것은 불가능하다. 취소를 통해 계약의 효력을 부정하면서, 계약의 효력을 전제로 채무의 불이행에 기한 손해배상을 청구한다는 것은 서로 모순이 되기 때문이다. 하지만 제55조의 손해배상청구권을 행사하면서, 제159조 이하의 손해배상청구권을 행사하는 것은 얼마든지 허용된다. 제55조의 손해배상청구권은 계약의 취소 여부와 상관없이 행사할 수 있는 권리이기 때문이다. 물론 같은 손해를 중복해서 배상청구하는 것은 허용되지 않으며, 적극적 손해와 소극적 손해를 동시에 배상청구하는 것 역시 허용되지 않는다⁵⁰⁾. 이 밖에도 손해배상에 관해서는 더 언급할 쟁점들이 많이 있지만, 이에 관해서는 CESL 제159조 이하의 규정들과 관련하여 더 본격적으로 연구되어야 할 것이라 생각되기 때문에, 여기서는 더 이상의 언급을 생략하기로 하겠다.

IV. 결론

이상과 같이 살펴본 바에 따르면 CESL의 의사표시 하자규정은 대략 다음의 특색을 갖고 있는 것으로 정리를 해볼 수가 있다:

(1) CESL 제48조는 모든 착오에 대하여 취소권을 부여하지 않으며, ‘그 당사자가 착오가 없었던 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 계약규정으로만 체결하였을 때’에 한해 착오로 인한 계약을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 그리고 표의자의 착오를 상대방이 적극적으로 야기한 경우, 상대방의 과실 여부와 상관없이 취소권을 부여하지만, 표의자의 착오를 상대방이 소극적으로 방치한 경우, 상대방에게는 정보제공의무위반이나 신의칙상 설명의무위반 등의 요건이 추가적으로 갖춰져 있어야 한다고 보고 있다. 거기에 더해 표의자에게 중대한 과실이 있었던 경우뿐 아니라, 표의자가 착오위험을 인수하였거나, 표의자에게 착오위험이 이전된 경우에도 표의자에게 취소권은 부여되지 않는 것으로 규정하고 있다. 표

50) 이에 관해서는 von Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 529(534).

의자의 자유로운 의사만을 중시하는 것만이 아니라, 상대방의 보호나 거래의 안전 등을 감안하여 착오의 경우 취소권의 발생요건을 대단히 엄격하게 규율하고 있는 셈이다.

(2) CESL 제51조는 착오와 사기·강박 이외에 ‘불공정한 행위’ 역시 ‘의사표시의 하자’로 인한 취소사유의 하나로 예시하고 있다. 다만 이러한 사유가 무효사유가 아닌 취소사유로서 적합한지 여부는 사실 의문이라고 할 수 있겠다.

(3) CESL 제52조 제2항은 취소권의 제척기간에 관하여 대단히 짧은 기간을 규정해두었다. 그런데 의사표시에 단순히 착오가 있었던 경우라면 단 6개월의 제척기간을 수급할 수 있겠지만, 의사표시에 사기·강박이 있었거나 불공정한 행위가 있었던 경우까지 1년의 단기 제척기간을 둔 것은, 더구나 독일민법처럼 제척기간의 정지·중단이 인정되지도 않는 점을 감안할 때, 사기·강박 등의 피해를 당한 표의자에게 너무 가혹한 것이 아니었나 하는 생각이 들고 있다.

(4) CESL 제55조는 의사표시에 하자가 있었던 경우 취소권과 별도로 손해배상청구권 역시 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 물론 제55조에 규정된 손해배상청구권은 계약의 유효성을 전제로 하지 않는다는 점에서 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 다른 성질을 갖는다고 할 수 있으며, 양자는 병행해서 행사될 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.