

## 法律行爲의 要件\*

박 찬 주

조선대학교 법과대학 교수

### < 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 要件의 區別에 관한 學說과 區別基準
- III. 法律行爲의 成立要件
- IV. 法律行爲의 效力要件
- V. 效果歸屬要件과 效力發生要件
- VI. 私見
- VII. 法律行爲의 方式
- VIII. 맺는 말

### I. 問題의 提起

법률행위에는 법에서 요구하는 법률행위에 고유한 법률요건이 존재하고 있다. 법률행위가 법률효과를 발휘하기 위해서는 법률행위로서 성립하고 유효하여야 한다. 그 중 법률행위로서 성립에 관계되는 요건을 성립요건, 효력과 관계되는 요건은 효력요건이라고 부른다. 그러나 법률행위의 성립요건·효력요건이라고 하더라도 모든 법률행위에 공통하는 요건과 개개의 법률행위에 특히 필요한 요건으로 나누어, 전자를 일반요건, 후자를 특별요건으로 부르고 있다. 그리고 효력요건을 다시 효력귀속요건과 효력발생요건을 구별하는 학자도 있다.

\* 심사위원 : 배병일, 배성호, 양천수

투고일자 : 2008. 7. 16, 심사일자 : 2008. 8. 25, 게재확정일자 : 2008. 8. 27.

그러면 법률행위의 요건을 이와 같이 성립요건과 효력요건으로 구별할 필요성은 무엇인가. 그리고 양자를 구별할 필요성을 인정하는 경우에도 전통적 설명을 그대로 유지할 필요성이 있는가. 本稿는 먼저 양자의 구별필요성에 관한 학자들의 입장과 구별기준에 대해 살펴보고, 나아가, 법률행위의 성립요건과 효력요건으로 분류하는 요건들을 먼저 살펴본 다음, 필자가 제기한 문제를 고찰하기로 한다.

## II. 要件의 區別에 관한 學說과 區別基準

### 1. 要件의 區別에 관한 學說

#### 1) 區別否認說

이 설에서는 법률행위를 하나의 요건으로 볼 때에는 그 법률효과를 발생시키는 데 충분한 모든 요건을 갖추었을 때 비로소 법률행위로 존재하게 된다고 본다. 풀어 말하면 어떤 법률행위가 법률요건으로 존재한다는 것은 그 특정법률행위(예컨대, 매매, 유언 등)로서의 법률효과가 발생하는 상태로 존재한다는 것을 말하기 때문에 효력없는 법률행위의 성립이란 있을 수 없다. 따라서, 어느 것이 일반요건이고 어느 것이 특별요건이며, 어느 것이 성립요건이고 어느 것이 효력요건인가를 구별하는 것은 무의미하다고 결론짓고 있다.<sup>1)</sup>

#### 2) 區別肯定說

이 설에서는 법률행위가 법률효과를 발생시키려면 먼저 법률행위로서 성립하

1) 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981, 213-217쪽; 강태성, 민법총칙, 신판, 대명출판사, 2006, 402쪽

\* 이태재, 상거서, 217쪽에서는 성립요건과 효력요건을 구별하고, 또 각각의 요건에 대해 일반적 요건과 특별요건으로 분류하는데 대해, 이러한 구별은 이론을 떠난 강학상의 기교에 불과하며 그 실익이 없다고 하면서, 이 기교를 합리화하려고 노력하기보다는 오히려 하나로 묶어 법률행위의 요건으로 삼고, 모든 법률행위에 공통한 것을 일반요건, 개개의 법률행위에 특히 필요한 것은 특별요건으로 구분하는 것이 편리하다고 본다.

여 존재하여야 하며, 법률행위로서 존재하지 아니하는 경우에는 그 유효·무효를 논할 수 없기 때문에 논리적으로 성립요건과 효력요건은 구별되어야 할 뿐 아니라, 법률요건에 관한 증명책임의 분배를 위하여 구별되어야 한다고 주장한다. 다수설이다.<sup>2)</sup>

구별긍정설 중에는 법률행위를 規範的 意思로서의 측면, 즉 規律(Regelung)의 측면과 이 규율에 도달하기 위한 과정으로서의 측면, 즉 行爲(Handlung)의 측면으로 나누고, 『행위로서의 법률행위』에 관한 요건이 성립요건이고, 『規律로서의 법률행위』에 관한 요건이 효력요건이라고 설명하는 입장이 있다.<sup>3)</sup> 예를 들어 매매계약이라는 법률행위는 매매계약의 체결이라는 측면과 그로 인하여 매도인·매수인이 부담하는 권리·의무라는 측면으로 나눌 수 있는데, 매매계약의 체결은 행위로서의 측면이고, 매도인·매수인이 부담하는 권리·의무는規律로서의 측면에 해당한다. 이 경우에 매매계약의 체결과 관련된 요건은 성립요건, 매도인·매수인으로서의 권리·의무와 관련된 요건은 효력요건이라고 할 수 있다는 것이다. 학자에 따라서는 후자의 입장은 다수설과 구별되는 별개의 구별 긍정설로 보고 있다.<sup>4)</sup>

## 2. 區別基準

법률행위의 성립요건과 효력요건을 구별하는 입장에 의하는 한, 성립요건과 효력요건을 구별하는 기준이 있어야 하는데, 일반적으로는 양자에 대해 특별한 정의를 하지 아니한 채 각 요건들에 포함되는 요건들을 열거하고 있다. 이러한 태도는 양자를 구별하여야 하는 필요성은 증명책임의 분배와 관련하고 이는 민사소송법에서 논의하여야 할 부분이라고 본 때문이 아닌가 추측된다.<sup>5)</sup>

2) 박윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사, 2002, 199쪽; 김상용, 민법총칙, 전정판 보정, 법문사, 2003, 351-352쪽; 박용진, 판례로 보는 민법총칙, 부연사, 2006, 236쪽; 박영복, 민법총칙, 개정증보판, 이컴비즈넷, 2005, 167-168쪽

\* 법률행위의 성립요건과 효력요건을 구별하지 아니하는 이태재, 상계서, 216-217쪽에서는 증명책임의 분배에 대해서는 전혀 언급하지 아니하고 있다.

3) 이영준, 민법총칙 (한국민법론 I), 박영사, 2005, 148-149쪽; 윤형렬, 민법총칙, 제2판, 법영사, 2006, 309쪽

4) 강태성, 전개서, 402쪽

5) 한때 어느 사항이 법률행위의 성립요건인가 또는 효력요건인가는 法律行為의 解釋에 의해 정한다는 학설이 있었다(김기선, 한국민법총칙, 제3전정판, 법문사, 1991, 224쪽). 법

그와 같이 법률행위의 성립요건과 효력요건의 구별과 관련하여 언급하는 학자들은 소수에 불과하다. 이와 같이 양자의 관계를 언급하는 학설을 보면, 일설에서는 성립요건이란 법률행위의 실질적 유효 여부를 묻지 아니하고, 법률행위라고 할 수 있을 만한 최소한의 외형적·형식적인 요건을 말하고, 효력요건이란 이미 성립한 법률행위가 법률상 효력을 발생하는 데에 필요한 요건을 말한다고 있으며,<sup>6)</sup> 다른 일설은 민사소송법상의 증명책임과 관련시켜 설명하고 있다. 민사소송법에서의 증명책임 분배의 일반기준은 法律要件分類說(Tatbestandsteilung)이다. 다만 근래에는 危險領域說, 蓋然性說, 證據距離說 등이 등장하고 있지만,<sup>7)</sup> 이러한 설들이 법률요건분류설이 가지는 客觀性·明確性 등을 허무는 것이 되기 때문에, 법률요건분류설로 일관하는 경우에 문제가 생기는 공해소송·제조물책임소송·의료과오소송 등의 한정된 영역에서만 법률요건분류설의 입장을 보정하는 기능을 수행할 뿐이다. 어쨌든 전통적인 법률요건분류설에 대한 수정을 피하는 민사소송법학자들의 논의를 고려하여 이 입장에서는 『실체법에서는 성립요건과 효력요건을 처음부터 구별하기보다는, 양자를 종합하여 '법률행위의 요건'으로서 고찰하고 입증책임의 법리에 의해 구체적 타당성 있는 입증책임의 분배를 피하는 것이 바람직하다』고 하면서, 종래에 성립요건과 효력요건으로 나누고 각 요건에 포함시키던 요건들이 『입증책임에서 결정적인 역할을 하는 것은 아니다』고 설명하고 있다.<sup>8)</sup>

### III. 法律行爲의 成立要件

#### 1. 一般的 成立要件

률의 적용을 위해서는 먼저 법률행위의 해석에 의해 법률행위의 내용을 명백히 할 필요가 있겠지만, 그렇다고 법률행위의 해석만으로는 어떠한 방법에 의해 증명책임의 분배가 이루어져야 할 것인가가 불분명하기 때문에, 해석된 법률행위를 법률요건에 의해 성립요건과 효력요건으로 분류하는 작업은 생략할 수는 없다.

6) 김현태, 민법총칙, 교문사, 1973, 252쪽; 홍성재, 민법총칙(개정판), 대영문화사, 2005, 148쪽; 박용진, 전거서, 236-237쪽; 박영복, 전거서, 167-168쪽; 나현태, 민법총칙, 전남대학교출판부, 2004, 142쪽; 지원립, 민법강의, 제5판, 홍문사, 2006, 155쪽

7) 이에 관하여는 정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2005, 499-505쪽 참조

8) 이은영, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2005, 354-355쪽

### 1) 當事者의 存在 및 特定可能性

법률행위가 성립하기 위해서는 당사자가 존재하여야 한다. 그리고 객관적으로 특정되어 있어야 한다.<sup>9)</sup> 당사자를 특정할 수 있는 한 반드시 假名去來가 허용되지 아니한다거나 상대방이 面前하여야 하는 것이 요구되지 않는다. 따라서 자동판매기에 의한 매매에 있어서 매도인은 자동판매기가 아니라 자동판매기를 이용하여 물건을 판매하는 자에 해당한다.

가명거래를 포함하여 타인명의로 거래가 이루어진 경우에 누구를 당사자로 할 것인가. 판례<sup>10)</sup>는 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고,<sup>11)</sup> 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로, 상대방이 합리적인 사람 이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다고 보고 있다. 株金納入과 관련하여서는 주식을 인수함에 있어 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인이 실질상의 주식인수인

9) 김상용, 전거서, 352쪽; 이영준, 전거서, 149쪽에서는 당사자의 특징은 당사자가 實存하여야 한다는 것을 의미하지 않는다고 설명하는데, 그 취지가 불명하다. 面前에 존재할 필요가 없다는 취지라면 당연하지만, 계약에서 당사자로 지칭되는 자가 실존인물이 아니어도 좋다, 즉 死者나 虛無人이어도 좋다는 취지라면 문제가 있다. 실존인물이 아닌 자는 권리능력이 부정된다. 권리능력의 부존재를 효력요건으로 보는 입장에서는 성립단계에서는 굳이 실존을 요구할 필요가 없다는 주장이 있을 수도 있다. 그리고 이 입장을 따른다고 하더라도, 법률행위의 당사자로 표시된 자가 虛無人인 경우에 法律行爲解釋이라는 작업을 거쳐 허무인으로 假裝하는 자를 당사자로 취급한다면 굳이 『실존이 요구되지 않는다』는 설명을 할 필요가 없다. 그러나 법률행위해석에 의해 법률행위의 당사자는 가장하는 자가 아니라 虛無人이라고 보는 경우에는 당사자의 실존은 효력요건이 아니라 성립요건을 구비하지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 이은영, 전거서, 355쪽에서는 매매계약에 있어서 매도인과 매수인은 실제로 존재해야 하며 특정할 수 있어야 한다고 설명하고 있다.

10) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다22089 판결 (다만 지입차주가 지입회사의 승낙 하에 지입회사 명의로 지입차량의 할부구입계약 및 그 할부대금의 지급보증을 위한 할부판매보증보험계약을 체결하면서 그 할부대금을 완전히 자신이 부담하기로 하였다면 그 내심의 의사는 자신이 계약 당사자가 될 의사였을지 모르지만, 상대방인 자동차회사 및 보험회사에 대하여는 지입회사의 승낙 하에 그 명의를 사용하였을 뿐만 아니라 그 상대방 회사로서도 지입관계를 알면서 보증보험계약을 체결하였다고 볼 만한 아무런 사정이 없는 이상, 그 보증보험계약의 당사자는 지입회사라고 보고 있다)

11) 誤表示無害의 原則(*falsa demonstratio non nocet*)의 적용이다.

으로서 주주가 되며 단순한 명의대여인은 주주가 되지 못한다고 보고 있다.<sup>12)</sup>

법에서 특히 假名去來 내지 借名去來를 제한하는 경우가 있다. 금융실명거래 및비밀보장에관한법률 제3조 제1항에서는 金融實名制에 따른 거래를 원칙으로 하고 있기 때문에 금융실명제가 실시된 이후의 예금에 대해서는 예금명의자를 예금주로 보아야 하고, 다만 예금의 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 약정 또는 묵시적 약정이 있다고 인정되는 경우에는 출연자를 예금주로 하는 금융거래계약이 성립된 것으로 볼 수 있다고 보고 있다.

## 2) 意思表示의 存在

법률행위가 있게 되면 의사표시에 의한 법률효과가 발생하므로, 의사표시가 존재하여야 하고, 그 내용이 확정가능하여야 한다. 그러나 의사표시가 존재하여야 한다는 것은 의사표시가 법률행위의 不可缺한 要素라는 의미이지, 모든 경우에 의사표시가 존재한다 하여 그것만으로 법률행위가 성립하는 것은 아니다. 법률행위가 하나의 의사표시만으로 성립하는 단독행위가 있기도 하지만, 두 개의 의사표시의 합치에 의해 계약이라는 법률행위가 성립하기도 하기 때문이다.

의사표시는 상대방이 그 존재를 알고 있어야 성립된다. 따라서 表意者는 상대방이 알 수 있도록 의사를 발송하고 상대방에게 도달하여야 한다(민법 제111조, 이하에서 단순히 조문만 언급하는 경우는 민법조문을 말한다). 의사표시가 도달하지 아니한 경우에는 의사표시로서 효력이 발생하지 않는 것은 당연하지만, 엄밀하게는 의사표시의 도달은 법률행위의 성립요건으로 보아야 할 것이다.<sup>13)</sup>

## 3) 目的의 存在

법률행위의 목적이란 법률행위의 내용을 의미한다. 재산적 법률행위의 목적은 법인설립·대리권수여·채권발생·물권발생 등이고, 가족적 법률행위의 목적은 혼인·입양·재산분할·후견·상속 등이다. 다만 법률행위의 성립요건으로 의사

12) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결

13) 최문기, 민법총칙강의, 세종출판사, 2007, 305쪽. 박종두, 민법총칙, 삼영사, 2005, 316쪽에서는 특별요건으로 보고 있다. 그러나 상대방이 의사표시의 존재를 알 수 있지 못한 상태에서 법률행위가 성립하였다고 보는 것은 부당하다.

표시의 존재와는 별도로 법률행위의 목적의 존재를 드는 것이 타당한지는 의문이 있다. 의사표시가 존재하면 의사표시의 내용에 의한 법률효과가 발생하므로 법률행위의 목적은 確定可能하다는데 근거한다.<sup>14)</sup> 그러나 여기서 요구하는 『목적의 존재』란 단순한 『동기』를 의미하는 것이 아니라, 의사표시가 있었다고 하기에 충분한 내용이 존재하느냐를 의미한다는 점에 주의해야 한다. 그러한 내용이 존재하지 않는다면 법률행위로부터 기대되는 법률효과가 발생할 여지가 없고, 법률행위는 성립하지 않는다는데 『목적의 존재』를 요구하는 취지가 있다.

## 2. 特別成立要件

개별적 법률행위에 있어서 법률의 규정 또는 당사자의 합의에 의해 부가적으로 요구되는 성립요건을 말한다. 要式行爲에 있어서의 일정한 방식(遺言의 방식(제1000조), 어음발행에 있어서의 어음용지상의 서명날인(어음법 제1조)), 要物契約에서의 일정한 給付(權利金契約에서의 권리금의 교부, 대물변제에서의 對物的 제공)는 법이 규정하는 특별성립요건이다. 土地去來許可에서의 許可도 성립요건에 해당한다.<sup>15)</sup> 판례가 허가가 있기 전의 법률행위는 流動的으로 無效이며 허가를 얻지 못한 상태에서는 채권계약으로서도 효력이 없다고 보기 때문이다(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제118조 제6항).<sup>16)</sup> 당사자의 의사표시에 의하여 성립요건을 부가하는 예로는 諾成契約인 소비대차(제598조)에서 금전 기타 대체

14) 강태성, 전게서, 403쪽

15) 김상용, 전게서, 353쪽

\* 백태승, 민법총칙, 제2판, 법문사, 2006, 324쪽 註 34)에서는 유동적 무효상태라는 이유로 특별효력요건이라고 주장한다. 그러나 판례가 채권계약으로서의 효력을 부인하면서 효력이 발생하지 아니한 상태에서 어떠한 이행청구도 할 수 없다는 것은 채권계약의 존재에 대한 확인청구도 불가능하다는 취지를 포함하고 있다. 왜냐하면 판례는 규제구역 내의 토지에 대하여 매매계약을 체결하고 공동허가신청절차에 협력하지 아니하는 상대방에게 토지거래허가신청절차의 이행 및 허가가 있을 것을 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 명한 원심판결 중 허가를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 명한 부분까지 법리오해가 있음을 파기하고 있기 때문이다.

16) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체판결 : 『허가받을 것을 전제로 한 거래계약은 허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않으므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없으나 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효화되므로 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다』



물을 수취하여야 소비대차가 성립하는 것으로 약정하는 경우에는 대체물의 수취가 있어야 소비대차가 성립하는 것으로 보는 것이 그러한 예일 것이다. 非典型契約에서는 민법이 정하는 요건 이외의 요건을 성립요건으로 부가할 수 있다.

## IV. 法律行爲의 效力要件

### 1. 一般的 效力要件

#### 1) 當事者の 能力의 存在

당사자의 능력으로 논의되는 것은 권리능력·의사능력·행위능력이 있는데, 이 세 가지를 모두 효력요건으로 보는 입장,<sup>17)</sup> 권리능력은 법률행위의 성립요건이고 의사능력·행위능력만 효력요건이라는 입장,<sup>18)</sup> 권리능력·행위능력만 효력요건으로 언급하는 입장,<sup>19)</sup> 행위능력만 언급하는 입장<sup>20)</sup>이 대립한다. 생각건대, 胎兒·死者의 경우에는 의사표시 자체가 있을 수 없기 때문에 태아·사자에 해당하지 않아야 한다는 것이 성립요건일 수밖에 없다고 보아야 한다. 다만 胎兒의 지위에 대해 停止條件說을 취하는 경우에는 반드시 타당한 논거라고 할 수 없으나, 權利障礙的 事由에 대해서는 법률행위의 성립요건과 효력요건을 구분할 필요가 없다는 필자의 입장에서선 권리능력·의사능력은 성립요건으로, 행위능력은 효력요건으로 본다(후술).

#### 2) 法律行爲 目的의 可能·適法·社會的 妥當性

17) 이영준, 전게서, 150쪽; 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 314쪽; 윤형렬, 전게서, 311쪽; 박영복, 전게서, 168쪽; 나현태, 전게서, 142쪽; 노종두, 전게서, 247쪽; 지원람, 전게서, 154쪽

18) 김상용, 전게서, 353쪽; 백태승, 전게서, 322쪽; 명순구, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 331쪽; 김준호, 민법총칙, 전정판, 법문사, 2007, 219쪽; 홍성재, 전게서, 274쪽; 이준성, 민법총칙, 삼영사, 2007, 337-338쪽; 서광민, 민법총칙, 신론사, 2007, 287쪽; 송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004, 88쪽

19) 이은영, 전게서, 356쪽; 김현태, 전게서, 252쪽; 최문기, 전게서, 305쪽; 곽용진, 전게서, 237쪽

20) 김중환·김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 1995, 271쪽; 박종두, 전게서, 316쪽



법률행위는 행위 당시에 達成이 可能하여야 한다. 법률행위 후의 불능, 즉 後發的不能은 위험부담과 손해배상 문제가 되며, 行為의 基礎가 현저히 변경됨으로써 법률행위 당초에 의도하던 법률효과의 발생을 강제하는 것이 신의성실의 원칙에 비추어 타당하지 아니한 경우에는 事情變更의 原則에 의하여 계약내용이 수정되기도 하고, 일정한 효과가 발생하지 않기도 한다. 강행법규에 반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위 등은 적법·사회적 타당성을 결여한 것이 되어 무효이다(제103조, 제104조). 학자에 따라서는 법률행위 목적의 확정가능성을 효력요건으로 언급하고 있으나,<sup>21)</sup> 법률행위의 목적을 확정할 수 없는 경우에는 법률행위가 성립되지 아니하였다고 보는 것이 타당하다. 즉 법률행위 내용의 확정가능성은 법률행위의 성립요건의 하나인 『目的의 存在』에 해당한다.<sup>22)</sup>

### 3) 意思와 表示가 一致하고, 意思表示에 瑕疵가 없을 것

의사와 표시가 불일치할 때에는 그 의사표시는 무효로 되거나(제107조 제1항, 제108조), 취소할 수 있으며(제109조), 하자 있는 의사표시도 취소의 대상이 된다(제110조). 따라서 법률행위가 유효하려면 이와 같은 흠이 없어야 한다는 점에서 소극적 효력요건이라 할 수 있다. 다만 權利障礙의 事由에 대해서는 법률행위의 성립요건과 효력요건을 구분할 필요가 없다는 것이 필자의 입장이다.

## 2. 特別效力要件

일정한 법률행위에 특별한 효력요건으로 법률의 규정 또는 당사자 간의 합의에 의해 부가되는 효력요건을 말한다. 일반적으로 법률이 규정하는 특별효력요건으로, 대리행위에서의 대리권의 수여, 미성년자·한정재산자의 법률행위에서의 법정대리인의 동의, 유언에 있어서의 유언자의 사망(제1073조), 停止條件附加

21) 김상용, 전게서, 352쪽; 이영준, 전게서, 150쪽; 백태승, 전게서, 323쪽; 명순구, 전게서, 332쪽; 박종두, 전게서, 316쪽

22) 김증한·김학동, 전게서, 271쪽; 이은영, 전게서, 356쪽; 강태성, 전게서, 404쪽에서는 효력요건으로 언급하지 않는다.

律行爲에서의 條件의 成就(제147조 제2항), 始期附法律行爲에서의 始期の 도래(제152조 제1항), 농지매매에서의 농지취득자격의 증명(농지법 제8조), 사립학교 법인의 기본재산처분에 있어서의 관할청의 허가(사립학교법 제28조) 등이 이에 속한다.

일부 학자들은 성립요건으로 보는 요식행위에서의 일정한 방식의 준수, 物權變動에 있어서의 登記·引渡 등의 공시방법 등을 들기도 한다. 그러나 학자에 따라서는 일반적 효력요건과 특별효력요건 중 대리권의 존재·방식의 준수 등은 법률행위의 구성부분을 이룬다고 주장하는 입장도 존재하기 때문에 일반적 인 입장을 정립하기는 어렵다. 다만 특별효력요건이라는 것도 權利障礙의 事由에 대해서는 법률행위의 성립요건과 효력요건을 구분할 필요가 없다는 것이 필자의 입장이다.

## V. 效果歸屬要件과 效力發生要件

### 1. 效力要件을 細分하는 根據

일반적으로는 효과귀속요건이라는 개념을 설정하는 경우에 이를 설정하지 아니한 입장에 비해 효과상 어떤 차이가 존재하는 것은 아니라는 점에서, 설정의 실익이 없기 때문에, 그러한 세분된 분류는 취하지 않고 있다.<sup>23)</sup>

그러나 일부학자는 特別效力要件을 效果歸屬要件과 效力發生要件으로 나누고 있다.<sup>24)</sup> 이 견해에서는 효력귀속요건과 효력발생요건을 다음과 같이 정의하고 있다.

效果歸屬要件은 법률행위자와 행위효과의 귀속자가 다른 경우에 제기되는 요건으로, 타인이 행한 법률행위의 효과가 본인에게 귀속하기 위한 代理權, 자기 또는 타인의 물건에 대한 처분행위의 효과가 그 물건이나 타인에게 미치기 위한 處分權이 있다.

23) 강태성, 전게서, 402-403쪽 참조

24) 고상룡, 전게서, 315-316쪽; 김주수, 민법총칙, 제5판, 삼영사, 2000, 322쪽(교수는 권리능력도 효과귀속요건이라고 보고 있다); 김용한, 민법총칙론, 제12판, 박영사, 1981, 250쪽; 홍성재, 전게서, 275쪽

效力發生要件이란 법률행위가 성립하였으면서도 성립과 동시에 효력이 발생하지 않는 경우와 관련하는 요건으로, 法定條件과 條件・期限이 속한다. 법정조건에는 유언자의 사망, 농지의 소유권이전에 대한 농지소제지관서의 증명(농지법 제8조 제1항 본문), 사립학교법의 기본재산의 처분을 위한 주무관청의 허가(사립학교법 제28조), 재단법인의 기본재산의 처분을 위한 주무관청의 허가 등이 있다.

그러면 특별효력요건을 효력귀속요건과 효력발생요건으로 구별하는 이유는 어디에 있는가. 효력귀속요건이라는 개념을 설정하는 학자에 따라서는, 『이러한 요건은 후에 補充(追認・追完) 될 가능성이 있으며, 행위자 자신으로서는 오히려 補充의 의무를 지는 것으로 볼 수 있는 점에 특색이 있다』고 설명한다.

## 2. 處分權賦與

### 1) 處分權賦與의 包攝範圍

處分權賦與(Ermächtigung)를 어떻게 정의할 것인가에 대해서는 학설의 대립이 있다. ① 일반적으로는 處分權賦與이란 권리자가 타인에 대하여 권리 그 자체를 이전하는 처분만을 부여하는 것을 말하나,<sup>25)</sup> ② 학자에 따라서는 법정대리인이 무능력자에게 단독으로 법률행위를 할 수 있도록 동의하는 경우까지 포함한다.<sup>26)</sup> 후자의 입장(위 ②)에 의하는 경우에 법정대리인의 동의에서는 무능력자인 본인이 법률행위를 하는 경우에 그 효과는 행위자인 본인에게 귀속하기 때문에, 법률행위자와 행위효과의 귀속자가 다른 경우에 제기되는 요건인 效果歸屬要件이라는 개념에는 포섭되지 아니하므로, 여기서는 전자의 입장에서만 사용하기로 한다.

### 2) 顯名

전자의 입장(위 ①)에 의하면 권한을 부여받은 授權者가 부여된 처분권을 행사하는 경우에 수권자의 처분행위의 효과는 직접적으로 권리자에게 귀속한다고

25) 김상용, 전게서, 549쪽; 윤형렬, 전게서, 578쪽

26) 이은영, 전게서, 332쪽

설명하면서, 이 점을 間接代理와 구별되는 특징으로 지적한다. 그러면 이 경우에 수권자가 본인의 이름을 현명해야 하는가. 이에 대해서는 (a) 수권자가 반드시 본인의 이름을 顯名할 필요는 없다는 입장,<sup>27)</sup> (b) 처분권부여와 대리권부여를 구별하는 기준을 顯名으로 봄으로써, 처분권행사는 수권자가 자신의 이름으로 하는 이루어져야 한다는 입장<sup>28)</sup>이 대립한다. 후자의 입장(위 (b))에 의하는 경우에는 수권자의 처분권행사가 본인의 이름으로 이루어지는 것은 대리행위이지 처분권행사에는 해당하지 아니하는 것이 된다.

처분권부여를 위와 같이 정의하는 경우에 처분권부여는 처분 전에 이루어질 수도 있고, 처분 이후에 이루어질 수도 있는데, 처분행위 후에 이루어지는 경우에는 권한없는 처분행위에 대한 追認을 하는 것이 된다. 민법에서는 이러한 처분권부여에 대한 명문의 규정을 두지 아니하고 있다. 그러나 처분권을 부여받지 아니한 자의 처분권행사의 효력을 부정하는 것이 일반적이다.<sup>29)</sup>

### 3) 處分權賦與와 代理

학자들의 일반적 설명에 의하면 처분권행사에 현명이 요구되는냐의 점 외에도, 대리권은 본인과 人的(persönliche) 관계인데 대하여, 권한부여는 권리와 物的(sachliche) 관계에 있다고 설명한다.<sup>30)</sup> 그리고 처분권부여와 대리가 외관상 구별이 쉽지 않고 혼용하여 사용되는 경우에 양자를 구별하는 기준에 관하여, 거래상대방과의 관계를 고려한 객관적 관점에서 양자를 구별하여야 한다고 한다고 본다. 즉 수권자가 법률행위로 인하여 대상과 관련하여 발생한 효력을 자기가 아닌 타인에게 발생시킨다는 표시를 한 경우에는 타인을 위한 법률행위를 한 것으로서 대리가 성립하고, 처분하는 자가 자기 자신은 처분권한이 없다는 점을 밝힌 경우에는 대리도 되지 않고 권한부여의 문제로 된다. 즉, 처분하는 자가 자신이 아니라, 법률행위의 대상에 대한 처분권자가 따로 있어 그가 거래 당사자가 되어야 한다는 점이 외부로 드러나는 경우에는 권한부여가 된다는 것이다.<sup>31)</sup>

27) 김상용, 전게서, 549-550쪽

28) 이영준, 전게서, 448쪽; 윤형렬, 전게서, 580쪽

29) 김상용, 전게서, 550쪽; 이영준, 전게서, 448쪽

30) 이영준, 전게서, 448쪽; 윤형렬, 전게서, 580쪽

\* 이 점은 뒤의 註 55) 참조

## VI. 私見

### 1. 成立要件과 效力要件의 區別必要性

법률행위의 요건을 성립요건과 효력요건으로 구별하는 것은 法律行爲論의 이론체계 구축이라는 측면을 전혀 무시할 수는 없지만, 그보다는 실질적 기능에 착안한 것이다.

실체법적으로 법률행위의 효력요건은 법률행위의 성립요건이 구비된 경우에 비로소 그 구비 여부를 문제삼을 수 있다는데 있다. 따라서 이러한 입장을 철저히 하는 경우에는 법률행위의 성립요건을 구비하지 못한 경우에는 법률행위의 무효에 대해 적용하는 一部無效의 法理(제137조)·무효행위의 전환(제138조)·무효행위의 추인(제139조) 규정이 적용될 여지가 없다고 보아야 할 것이지만, 이 점을 명백히 하는 입장은 드물다.<sup>32)</sup>

절차법적으로는 證明責任의 分配과 관계되는데, 학자들은 양자의 구별필요성을 이 점과 관련하여 설명하고 있다. 법률행위를 통하여 일정한 법률효과의 발생을 의욕하는 자는 법률효과의 발생을 의도하는 시점에서 법률행위가 유효하게 존재하고 있다는 점을 증명해야 하는 것은 당연하지만, 그와 반대로 법률행위를 통해 발생을 의욕하였던 효과가 무효라고 주장하는 경우에 누가 주장하여야 하는 책임을 부담하는가. 이러한 증명책임 문제는 단순한 구별필요성만으로는 어떠한 기준도 제시하지 못한다.<sup>33)</sup>

### 2. 實體法上 抗辯權과 訴訟法上 抗辯

#### 1) 兩者의 區別에 대한 學說

31) 윤형렬, 전거서, 580쪽

32) 김준호, 전거서, 218쪽에서는 이 점을 명백히 한다.

33) 이은영, 전거서, 354쪽에서 종래부터 민사소송에서 입증책임의 분배방법으로 취하여오던 法律要件分類說이 쇠퇴하고, 대신 危險領域說과 證據距離說 등이 등장하게 되었음을 설명하고, 나아가 실체법에서는 성립요건과 효력요건을 처음부터 구별하기보다는 양자를 『법률행위의 요건』으로서 고찰하고, 입증책임의 법리에 의해 구체적 타당성 있는 입증책임의 분배를 피하는 것이 바람직하다고 주장하는 것은 이를 잘 설명한다. 다수설이 설명하는 효력요건에 대해 어느 쪽에서 입증책임을 부담하여야 하는가.

證明責任의 分配은 본래 민사소송에서의 증거법과 관련되는 문제이기 때문에 민법 獨自의인 입장에서 해결될 수 없다. 그러나 민법학자들이 이 점을 크게 유의하지 않고 있는 것은 문제이다. 민사소송에서는 『주장』과 『항변』을 준별하고 있는데, 민사소송법 학자들은 일반적으로 이들 개념을 민법상의 법률행위 성립요건과 효력요건에 대응하는 개념으로 보고 있다. 그러나 민법학자들은 반드시 민사소송법학자들과 입장을 같이 하는 것은 아니다.

민법학자들은 권리의 종류로서의 실체법상의 抗辯權은 소송법상의 항변과 다른 개념으로 보고 있다. 민법학자들은 항변권을 청구권자의 청구권 행사를 일시적으로 저지시키는데 그치느냐, 영구적으로 저지시키느냐의 여부에 따라 延期的 抗辯權과 永久的 抗辯權으로 나누고, 同時履行 抗辯權(제536조), 保證人의 催告·檢索 抗辯權(제437조)은 전자의 예로, 상속인의 限定承認의 抗辯權(제1028조)은 후자의 예로 들고 있다. 소멸시효의 효과에 대해서는 학설의 대립이 있으나, 絶對的消滅說에 의하는 한, 일종의 영구적항변권을 발생시킨다고 할 수도 있으며,<sup>34)</sup> 失效의 原則에 의해 권리가 실효되는 효과를 항변권의 발생으로 보는 입장에서는 일종의 영구적항변권을 발생시키는 것이 된다.<sup>35)</sup>

소송법학자들은 소송법상의 항변을 權利障礙的 抗辯, 權利消滅的 抗辯, 權利沮止的 抗辯으로 분류하고 있다. 이렇게 분류하는 경우에 민법학자들이 주장하는 延期的 抗辯權은 소송법에서의 權利沮止的 抗辯에 해당한다. 그리고 민법학자들이 영구적항변권의 일종으로 보고 있는 限定承認 주장은 『責任없는 債務』 주장에 불과하기 때문에 소송법상으로는 항변사항에 해당하지 않으며, 판결 주문에서는 한정승인 한 범위 내에서 변제책임을 질뿐이라는 판결을 하는 것으로 족하다.<sup>36)</sup>

34) 이은영, 전거서, 116쪽. 다만 이교수는 絶對的消滅說을 취하고 있다. 전거서, 778-779쪽

35) 김증환·김학동, 전거서, 57, 74쪽

36) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결 : 『채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않으므로 그에 관하여 기판력이 미치지 않는다. 그러므로 채무자가 한정승인을 하고도 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 그 사실을 주장하지 아니하여 책임의 범위에 관한 유보가 없는 판결이 선고되어 확정되었다고 하더라도, 채무자는 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기할 수 있다.』

## 2) Einwendung과 Einrede

그렇다면 소송상 항변의 일종인 權利障碍의抗辯, 權利消滅의抗辯은 민법상의 항변권과는 동일하지 않다는 것이 분명한데, 민사소송법학자들이 항변으로 부르는 權利障碍의抗辯, 權利消滅의抗辯을 어떻게 보아야 하는가. 독일에서는 權利阻止의抗辯을 포함하여 Einwendung과 Einrede라는 용어를 통해 설명하고 있다. 그런데 이 용어는 실체법과 절차법에서 별개로 사용되고 있고, 학설·판례도 이러한 用例法에 다양한 차이가 있어서 통일적으로 이해하기 어렵다.<sup>37)</sup> 그런데 민법학자 중에는 權利障碍의抗辯, 權利消滅의抗辯을 Einwendung에 속하는 것으로 보고 『異議』로 부르고 있는데,<sup>38)</sup> 이 입장에서는 『異議』를 權利否定の抗辯(rechtsverneinende Einwendung)<sup>39)</sup>이라고 부르고 있기 때문에 Einwendung은 민법상의 항변권에는 속하지 않지만, 소송법상의 항변으로 보고 있는 것으로 추측된다. 그리고 학자에 따라서는 Einwendung을 『職權判斷』으로 부르는 입장도 있다.<sup>40)</sup> 이 입장에서는 抗辯權은 로마법에서 연혁적으로 形成權과는 별개의 발전과정을 거쳐왔으며 본래 소송법적 개념임을 지적하고 있다. 그리고 이 항변권에는 당사자가 신청하여야 法務官(Prätor)이 판단하는 항변(예를 들어, exceptio rei venditae et traditae)과 이러한 신청을 기다리지 않고 판단하여야 하는 항변(예를 들어, exceptio doli)이 있었는데, 이러한 소송상의 개념은 독일 민법에 이르러 실체법적 개념으로 바뀌었으나, 전자는 엄격한 의미의 抗辯, 후자는 직권판단(Einwendung)으로 발전하였던 것이라고 설명하고 있다. 이 입장에서는 Einwendung은 항변을 기다리지 아니하고 법원의 직권판단의 대상으로 보고 있다고 할 수 있다.

## 3) 『職權判斷』이란 무엇을 意味하는가

필자는 독일에서조차 실체법과 소송법, 또는 같은 法領域에서조차 용례법에

37) 이 점은, 김상일, 「항변(Einwendung)과 항변권(Einrede)」, 비교사법, 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001, 121-174쪽, 특히 137-139쪽 참조

38) 김증한·김학동, 전게서, 57쪽

39) 김상용, 전게서, 105쪽에서는 權利否認이라고 부른다.

40) 이영준, 전게서, 47쪽



통일을 기하지 못하는 Einwendung과 Einrede를 억지로 번역하여 민법해석학에 도입하려고 하는 학자들의 衡學的 態度에 대해 이해할 수 없으며, 이러한 분류가 법률요건에 대한 증명책임의 분배에 장애가 되고 있다고 본다.

### (1) 民法學者들의 理解

Einwendung을 『직권판단』으로 부르는 경우에 직권판단의 의미가 무엇인가. 이 점은 소멸시효의 효과와 관련하여 상대적소멸설을 주장하는 학자들의 태도에서 간접적으로 파악할 수 있다.

상대적 소멸설에서는 절대적 소멸설에 대해 다음과 같이 비판한다.<sup>41)</sup> : 『① 변론주의는 주요사실의 존부 및 그 증거자료를 사실문제에 관한 것일 뿐이고 법규의 인식 및 적용, 즉 법률문제에 관한 것은 아니다. 그런데 권리가 이미 소멸시효에 걸렸는가 여부는 법률문제인 것이다. 따라서 구민법 제145조와 같은 규정이 없는 한, 절대적 소멸설에서는 이를 직권으로 고려해야 하는 것이다. 뿐만 아니라 원용이 없으면 법원이 시효를 고려할 수 없다는 점의 근거를 변론주의에서 구한다면, 시효완성사실이 반드시 그로 인하여 이익을 받을 당사자에 의해 주장될 필요는 없으며, 어느 당사자에 의하든지 간에 일단 주장되기만 하면 이를 고려해야만 한다고 해야 한다. 그러나 그러한 결과는 부당하다. ② 널리 '抗辯'이라고 부르는 것은 權利否定의 抗辯(rechtsverneinende Einwendung)과 狹義의 抗辯(Einrede)으로 나뉘는바, 양자의 차이는 전자는 당사자가 이를 주장하지 않더라도 법원이 직권으로써 고려해야 함에 반하여, 후자는 抗辯權者가 이를 주장하지 않으면 이를 고려하지 못한다는 점에 있다. 만약 시효로 권리가 '소멸'한다면 권리소멸의 주장은 權利否定의 항변임에 틀림없고, 따라서 법원은 이를 직권으로써 고려해야 할 것이다. 그러므로 절대적 소멸설과 원용없이 직권으로 시효를 고려하지 못한다는 것과는 도저히 양립할 수 없는 모순이라고 아니할 수 없다.』

### (2) 『主張』의 必要性

41) 김증한·김학동, 전게서, 541-542쪽; 명순구, 전게서, 605-606쪽; 서광민, 전게서, 553-554쪽

이러한 설명은, 辯論主義란 증거자료의 제출이라는 점을 제외하면 주요사실의 존부와 관련된 것이기 때문에, 당사자가 변론에서 주요사실을 뒷받침하는 사실만 주장하면 법원은 알아서 법률규정에 따라 법률요건을 구성하여 일정한 법률효과를 발생시켜야 한다는 것으로 이해하는 것으로 보인다. 그러나 우리 판례는 단순한 사실만 주장하여서는 그러한 사실에 법률요건을 짜맞추고 법률이 요구하는 법률요건의 충족을 인정하여 법률 또는 법률행위에서 본래 발생시키고자 하는 법률효과의 발생을 인정하지 아니한다. 법률효과의 발생을 위해서는 법이 요구하는 법률요건의 충족에 대한 당사자의 명시적인 주장은 하지는 않고 있다고 하더라도, 묵시적 주장이 요구된다고 보고 있는 것이다.<sup>42)</sup>

그런데다가 법률요건에 해당하는 사실이 변론에 현출되고 있다는 것과 그 사실을 더잡아 일정한 법률요건을 구성하고 그 법률요건에 의해 발생하는 법률효과를 주장하는 것 사이에는 큰 차이가 있다. 후자의 경우에는 상대방은 경우에 따라서는 법률효과가 주장과 항변의 어느 것에 해당되느냐에 따라 항변·재항변을 주장할 수 있고, 또 현출된 사실의 전부 또는 일부를 조합하여 구성될 수 있는 법률요건이 두 개 이상인 경우에는 법원은 법률요건의 전부 또는 일부를 모두 주장한 것으로 보아야 하느냐, 아니면 특정한 일부를 선택해서 주장한 것으로 처리할 수 있느냐의 문제가 발생한다. 그렇다면 당사자의 주장의 의사해석상 일정한 법률효과를 주장하는 취지로 볼 수 없는 경우라면 이에 대한 주장이

42) 예를 들어, 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카15359 판결에서는 『주장은 반드시 명시적이어야 하는 것은 아닐뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 소송에서 쌍방 당사자간에 제출된 소송재료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장이 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다』고 판시하고 있다. 따라서 요건사실을 구성할 수 있는 사실이라고 하더라도 반드시 默示的으로라도 주장하였다고 볼 수 있는 사정이 전제되어야 법원이 판단의 대상으로 삼을 수 있다고 보기 때문에, 단순한 사실관계의 현출만으로 법원이 일정한 법률효과에 대한 판단을 할 수 있는 여지가 없다. 그리고 법원이 직권으로 판단하는 것은 『상대방에게 불의의 타격을 줄 위험이 없다』는 것이 전제가 되어야 한다. 따라서 법률요건을 구성할 수 있는 사실관계가 묵시적 주장이라는 형식으로 직권판단을 하는 경우에 상대방이 항변·재항변 또는 적극적 부인을 할 가능성이 있다면 이를 허용할 수 없다. 다만 위 판례가 『반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니다』라고 한 부분은, 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술할 의무를 지지 않는다는 것을 의미하지도 않는다. 이는 主張共通의 原則이라고 부르는 것이기는 하지만, 상대방의 이에 대한 진술은 일종의 先行自白에 해당하고 主張責任을 지는 자가 원용하는 경우에는 자백이 성립한다는 것을 전제로 하는 것이다. 이는 선행자백에 대한 援用에 의해 바로 주장을 한 것이라고 할 수 있다.

있었다고 보아서는 아니 된다.

그렇다면 『당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 고려한다』는 직권 판단사항이란 당사자의 주장이나 항변과 관계없이 법원이 스스로 판단해야 할 사항으로, 사실문제가 아닌 법률의 해석이나 적용에 관한 사항에 국한하여야 한다. 따라서 당사자의 주장, 증명으로 확인한 사실관계에 대하여 법원이 어떠한 법규정을 적용할 것인지, 그 사건에 적용할 구체적인 법규정을 어떻게 해석할 것인지, 당사자의 주장이나 법적으로 어떻게 평가할 것인지는 법원이 직권으로 판단하며, 변론주의가 적용되지 아니한다.<sup>43)</sup> 직권판단사항을 이와 같이 본다면 권리부정의 항변이라는 것은 직권판단사항에 해당할 성질의 것은 아니다.

#### 4) 權利障礙의抗辯의 地位

(1) 판례는 현행민법이 시행된 지 얼마 되지 아니하여 『채권법상의 신의성실의 원칙, 해제권의 남용은 권리남용과 더불어 일찍이 판례로서 강행법규정인 성질을 가진 것으로서 민법 제2조에 이를 명문화한 바 있어 이는 당사자가 주장하지 않는 경우에 있어서도 이를 직권으로 판단할 수 있다』고 하였다가,<sup>44)</sup> 거의 30년이 흐른 다음에 다시 『원고의 이 사건 청구에 대하여 피고가 신의성실의 원칙에 위반된다는 주장을 한 사실이 없음은 소론과 같으나, 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행법규에 위반되는 것이므로 당사자의 주장이 없다고 하더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있는 것이니(당원 1961. 12. 7. 선고 4294민상174 판결 참조) 원심이 이에 관하여 판단하였다고 하여 변론주의에 위반된다고 할 수 없다』고 판시하였다.<sup>45)</sup>

#### (1) 權利障礙事實의 特性

그러나 이 문제는 과거에 이를 權利障礙의抗辯으로 분류한 민사소송법 학자

43) 호문혁, 민사소송법, 제6판, 법문사, 2008, 367쪽

44) 대법원 1961. 12. 17. 선고 4294민상174 판결

45) 대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결

\* 그러나 공간된 판례집에서는 『신의성실원칙위배와 권리남용이 직권조사사항인지 여부(적극)』으로 표현하고 있어서, 직권조사사항과 직권판단사항을 동일한 것으로 보는 것 같으나, 이는 잘못이다. 호문혁, 전게서, 같은 쪽; 김상일, 상게 논문, 161쪽

들의 주장을 답습한데서 기인하는, 權利障礙事實의 성격에 대한 불충분한 이해에서 비롯한 것이다.

權利障礙事實이 존재하는 경우에는 애초부터 법률행위로서의 효력을 가지지 못하기 때문에, 실체법적으로는 무효의 주장을 기다리지 아니하고 본래부터 무효이다. 법률행위는 일단 성립하면 특별한 사정이 없으면 성립한 당시부터 효력이 발생하는 것이 원칙이기 때문에, 법률행위가 성립하고 있는데도 불구하고 바로 효력이 발생하지 못하게 하는 사정은 원칙에 대한 예외에 해당한다 할 수 있다.

權利障礙의 事由는 하나의 반드시 법률행위에 국한하는 것이 아니고, 독자적인 법률행위로 성립하기 위해 특별한 약정이나 의사표시가 요구되는 것도 아니다. 그러나 權利消滅의 事由가 존재하는 경우에는 권리가 소멸됨으로서 이익을 향유하는 자가 권리를 소멸시키기 위해 필요한 의사표시를 하여야 하기 때문에, 성립요건과는 별개의 독립한 요건이다. 따라서 권리소멸을 주장하는 자는 성립요건과 구별되는 별개의 요건에 대한 의사표시가 있었다는 점에 대한 입증책임을 주장하여야 하며, 이는 권리소멸에 필요한 법률행위에 대한 성립요건을 주장하는 것에 지나지 아니한다. 이 점에서 權利障礙의抗辯과 權利消滅의抗辯 사이에는 큰 차이가 있다.

이렇게 본다면 지금까지의 민사소송의 실무의 태도와는 달리 권리장애적 사유에 해당하는 요건은 굳이 성립요건과 효력요건을 구별할 필요가 없다. 그리고 의사표시에서 의욕하는 본래적인 법률효과를 주장하는 자는 권리장애적 사유의 부존재에 대한 입증책임, 즉 법률행위가 성립함으로서 본래부터 유효하게 존재하고 있었다는 점에 대한 입증책임을 부담한다고 보아야 한다. 법률행위가 성립하면 특별한 사정이 존재하지 않는 한 즉시 효력이 발생하는 것이 원칙인데도 만일 어떠한 사정으로 즉시 법률행위의 효력이 발생하지 않았다고 다투어지는 경우에, 원칙대로 효과가 발생하였다고 주장하는 자가 증명해야 하는가, 아니면 이를 다투는 자가 증명해야 하는가. 왜 원칙대로 효력이 발생하지 않은 경우에 상대방이 증명책임을 부담하여야 하는가.

생각건대, 법률행위의 성립요건에 대한 다툼이 있는 경우에 법원은 법률행위의 효력이 발생하는가의 점을 명백히 하기 위해 직권으로 판단하는 것은 당연하다. 이를 상대방에게 증명책임을 있다고 한 판례가 존재하지 않는 것은 이 때문이다. 판례가 강행법규위반으로 법률행위가 무효인 경우에 직권판단사항이라

고 본 것은 바로 법률행위가 일단 성립하면 당연히 효력을 발생하여야 한다는 원칙을 유지하기 위한 것으로 해석하는 것도 이러한 맥락이라고 이해할 수 있다. 그렇다면 권리장애적 사유의 존재에 대해 항변사항에 해당한다고 보는 종래의 실무태도는 단순히 법원의 심증형성을 방해하는 『證明의 必要』가 요구될 뿐이다. 이런 의미에서, 즉 법률행위의 성립과 동시에 효력이 발생하느냐의 점이 다투어지고 있는 상황에서는 법원은 법률행위의 성립과 동시에 효력이 발생하고 있다는 원칙을 그대로 유지하기 위하여 직권판단의 대상으로 삼아야 한다는 의미에서는(즉, 증명책임의 부담자가 법률행위의 성립을 주장하는 자가 부담하여야 한다는 측면에서) 직권판단의 대상이 된다고 본다.

## 5) 強行規定 이외의 權利障礙의抗辯이 問題되는 경우

### (1) 能力

능력에는 권리능력·의사능력과 행위능력이 있다. 자연인의 경우는 세 가지 능력이 모두 요구되는데 비해, 법인이나 법인 아닌 사단이나 법인의 경우는 권리능력과 행위능력만이 문제된다.

자연인의 경우에 권리능력·의사능력의 존재는 법률행위의 성립요건이며, 행위능력은 효력요건으로 보아야 한다. 무능력자의 법률행위는 취소에 의해 확정적으로 무효가 되고 취소가 있기까지는 유효한 상태인 유동적 유효상태(schwebende Wirksamkeit)에 있기는 하지만, 증명책임과 관련하여서는 취소는 권리소멸사실에 해당하기 때문이다. 그러나 권리능력이 존재하지 아니한 경우에는 법률행위의 효과를 귀속시킬 주체가 존재하지 않기 때문에 당사자의 부존재가 됨으로써 권리장애사유에 해당한다. 그리고 의사능력이 존재하지 아니하는 경우에는, 그 의사능력을 금치산자의 의사능력과 분리하여 생각하는 한, 법률행위의 목적이 존재하지 않는 것으로 보아야 하기 때문에, 법률행위의 성립 자체를 부정하여야 한다고 본다. 그러나 설사 그 성립을 인정한다고 하더라도 법률행위의 성립과 효력은 동시에 발생하는 것을 원칙으로 하므로, 법원은 법률행위 당시에 효력이 발생하였는지의 점에 대한 『職權判斷』을 하여야 하고, 따라서 권리장애사실로 보아야 할 것이다.

법인의 경우에 권리능력이 존재하지 아니할 여지가 없기 때문에 권리장애사

실은 문제되지 아니한다. 법인의 행위능력도 문제되지 아니한다. 그리고 파산법인 등과 같이 권리능력(학설에 따라서 행위능력)이 제한되는 경우에는 그 장애상태는 권리장애사실에 속하는 것이 아니라, 권리소멸사실과 유사하고 따라서 이를 항변사유로 하는 경우에는 권리소멸적항변으로 취급하여야 할 것이다.

법인 아닌 사단이나 재단의 경우에는 권리능력이 문제되지만, 권리능력을 부정하는 학설에 의한다고 하더라도 법인 아닌 사단이나 재단이 법률행위의 당사자로 되어 있더라도 法律行爲解釋을 통해 총체적인 社員이나 목적재산을 주체로 해석하는 이상, 권리장애사실이 문제될 여지가 없다. 그리고 행위능력은 사단법인·재단법인의 경우를 유추적용하면 되므로 권리소멸적항변도 이에 우추하면 된다.

## (2) 抗拒不能에 의한 強制

### ① 心理的 強制狀態와 抗拒不能한 強制狀態

의사의 자유가 제한되는 정도의 강박은 心理的 強制狀態(vis compulsiva)에 불과한 상태로, 의사표시의 취소사유이다. 이와 달리 의사의 자유가 완전히 박탈된 상태에서의 행위에는 의사표시 자체가 존재하지 아니하기 때문에 의사표시가 불성립한 것으로 취소사유가 아니라 무효로 된다. 이러한 강박상태를 抗拒不能한 強制(vis absoluta)라고 한다. 판례<sup>46)</sup>도 이를 구별하여 상대방 또는 제3자의 강박에 의하여 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태에서 이루어진 의사표시는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 결여된 것이므로 무효라고 볼 수밖에 없으나, 강박이 의사결정의 자유를 완전히 박탈하는 정도에 이르지 아니하고 이를 제한하는 정도에 그친 경우에는 그 의사표시는 취소할 수 있음에 그치고 무효라고까지 볼 수 없다고 판시하고 있다. 따라서 心理的 強制狀態와 抗拒不能한 強制의 구별기준이 문제인데, 판례<sup>47)</sup>는 항거불능한 강제가 되기 위해서는 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도로는 부족하고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 법률행위는 단지 외형만 존재하는데 불과한 정도일 것을 요구하고 있다.

46) 대법원 1984. 12. 11. 선고 84다카1402 판결

47) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다73708·73715 판결



학자에 따라서는 準抗拒不能狀態(quasi vis compusiva)라는 영역을 설정하고, 준항거불능상태에 대해서도 항거불능상태의 경우나 마찬가지로 무효가 된다고 주장한다.<sup>48)</sup> 이를 위해 논의되는 사안은 이러하다. 망 A는 춘천시로부터 1970년경 토지를 매수하였다가 1979년경 상당한 매매차익을 남기도 다시 춘천시에 매도하였는데 新軍部에 의해 선포된 비상계엄하에 있던 1980. 9. 중순경 강원도 지역의 사회정화조치 및 합동수사단의 업무를 주도적으로 담당하고 있던 보안부대에서 망 A의 상속인과 손자 및 상속인이 경영하던 회사의 직원 등을 적법 절차에 의하지 아니한 채 강제로 연행하여 그 부대의 지하조사실에 감금하고, 그 토지의 매매차익을 기부금의 형식으로 춘천시에게 자진납부할 것을 종용하면서, 이에 불응하면 계속 감금하고 공권력을 통하여 상속인 등의 사회적·경제적 활동에 대한 제재를 가하거나 신체적인 위해를 가할 듯한 태도를 보이자 망 A의 상속인들은 매매차익 중 세금으로 지출한 금액을 공제한 나머지를 피고에게 기부하겠다는 각서를 쓴 후에야 풀려나온 것으로, 위 설에서는 이러한 상태에서의 의사표시는 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도에 해당하지는 않는다고 보고 준항거불능의 상태라는 영역을 고안한 것이다.

## ② 判例

판례<sup>49)</sup>는 위 사안에 대해 심리적 강제상태에 있었음을 인정하고 있다. 판결이 유만으로는 抗拒不能의 強制狀態(vis absoluta)에서의 의사표시이었음을 다투어졌는지의 점은 알 수 없다. 그러나 상속인들의 금원기부행위가 강박에 의한 의사표시임을 이유로 하는 취소권의 행사가 가능한 시점을 제6공화국의 출범인 1988. 2. 25로 기산하는 상속인들의 청구원인과 『원고 등의 위 금원기부행위나 근저당권설정 행위가 국군보안사령부 예하 보안부대의 위법한 공권력의 행사에 의하여 강요된 것이어서, 그 행위를 전후한 무렵에는 원심이 실시한 사회적인 분위기 등에 비추어 원고 등에게 강박으로 인한 외포상태가 존속하고 있었다고 볼 여지도 있겠지만, 국군보안사령부가 제5공화국의 출범과 그 이후의 권력유지에 중추적인 역할을 담당하였다는 등의 원심이 판시한 바와 같은 사정만으로는,

48) 이영준, 전거서, 396-397쪽

49) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다18989 판결



원고 등이 그 예하 보안부대의 강박에 의한 의사표시를 취소하는 것이 기대할 수 없었다거나, 당초 위 보안부대의 강박으로 인하여 생긴 원고 등의 외포상태가 제6공화국이 출범한 1988. 2. 25. 경까지 그대로 지속되었다고 단정할 수는 없다』는 판례의 판시에 비추어 抗拒不能의 強制狀態라는 주장이 배척된 것으로 보인다. 신군부세력에 의한 국가나 지방자치단체에의 강요가 단순한 心理的 強制狀態(vis compulsiva)에 그친다는 판례의 입장은 그 후에도 되풀이되고 있지만<sup>50)</sup> 이는 부끄러운 사법부의 事實歪曲이고, 신군부에서의 강박상태는 충분히 抗拒不能의 強制狀態에 해당한다고 보기 충분하다. 이런 점에서 준항거불능상태라는 개념은 역사적 사실관계를 호도하는 것이므로 사실관계에서 바로잡아져야 하는 것이지, 준항거불능상태라는 영역을 설정하여 구제하여야 할 성질의 것은 아니다.

### ③ 結論

證明責任과 관련하여서는 이를 權利消滅的抗辯으로 보아서는 아니 된다. 심리적 강제상태가 인정되고 당사자가 단순히 강박에 의한 의사표시(제110조)가 아니라, 정상적인 의사결정이 불가능한 상태에서의 의사임을 주장하는 경우에는 강제를 한 자에게 항거불능인 강제상태에서의 의사표시에 해당하지 않았다는 점에 대한 증명책임을 부담하도록 하고, 그 증명이 이루어진 경우에만 강박에 의한 의사표시(제110조)에 해당한다고 보아야 하는 것이다. 항거불능의 강제상태를 권리소멸적항변으로 취급하는 경우에는 항거불능의 강제상태의 성질상 표의자의 진술 외에는 이를 증명할 길은 없다. 따라서 표의자를 보호하기 위해서는 이러한 강제상태에서의 의사표시는 법률행위의 목적이 부존제한 것으로 보아 권리소멸적 항변이 아니라, 권리장애적 항변으로 해석할 필요가 있다. 이렇게 보는 경우에는 법원은 법률행위의 성립과 동시에 효과가 발생하였다는 점에 대한 직권판단을 하여야 한다고 본다.

이러한 해석은 다음과 같이 발상의 전환을 함으로써도 같은 결론에 도달할 수 있다. 그러기에 표의자가 심리적 강제에 대한 증명책임을 다하면서도 나아가 항거불능의 강제상태 하에서의 의사표시이었음을 주장하는 경우에는, 의사표시를 하게 된 당시의 정황에 대한 증거는 오로지 상대방의 영역에 있다고 봄으로써, 즉 法律要件分類說에 대한 수정을 위하여 주장되고 있는 危險領域說이나 證

50) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다56031 판결

據距離說을 고려하여 상대방에게 항거불능에 의한 강제상태에서 이루어진 것이 아니라는 점에 대한 증거를 제출하지 못하는 한, 항거불능에 의한 의사표시로 보아야 한다.

### 3. 行爲・規律 分離論의 問題點

성립요건과 효력요건의 관계에 대해 법률행위를 規範的 意思로서의 측면(規律(Regelung)의 측면)과 이 규율에 도달하기 위한 과정으로서의 측면(行爲(Handlung)의 측면)으로 나누어 고찰하는 입장은 원론적 측면에서는 구별궁정설의 전통적 입장과 특히 구별된다고 볼 수는 없다. 법률행위가 성립하면 우선 법률행위의 요소인 의사표시에 의해 당사자 사이에 권리·의무가 정해지기 때문에 그로 인한 권리·의무를 유효한 것으로 보아야 할 필요가 있느냐 하는 가치판단의 과정을 거쳐야 하는 것은 당연하기 때문이다.

이 입장의 문제점은 전통적 입장에서 효력요건으로 파악하는 요건을 그대로 수용할 것인가 하는 점에 대해서까지 명백한 기준을 제시하고 있지는 않다는 점이다. 예를 들어 당사자의 권리능력·행위능력이라는 요건, 비영리법인의 설립에 주무관청의 허가를 받아야 하는 것 등이 규율의 측면에 해당하는가, 행위의 측면에 해당하는가 하는 점은 제검토가 필요하기 때문이다.

### 4. 特別效力要件을 成立要件으로 하는 法律行爲

뒤에서 설명하듯 효력요건에는 일정한 법률행위에 특별한 효력요건으로 법률의 규정 또는 당사자간의 합의에 의해 부가되는 특별효력요건이 있다. 이러한 특별효력요건에는 대리행위에서의 대리권의 수여, 미성년자·한정재산자의 법률행위에서의 법정대리인의 동의, 法定條件과 條件・期限 등이 있다. 이러한 특별효력요건은 법률행위에 따라서는 성립요건이 되는 경우가 있다. 예를 들어 법률행위가 대리인에 의해 이루어졌음을 이유로 본래적 법률효과를 주장하는 경우이다. 이 경우에, 특별효력요건도 효력요건이기 때문에 이에 대한 입증책임이 문제되었을 때 그 부존재를 주장하는 사람이 그에 대한 입증책임을 져야한다고 보아야 하는가, 아니면 본인에 의한 법률행위와 대리인에 의한 법률행위는 법률요건을 달리하기 때문에 대리인에 의한 법률행위를 주장하는 경우에는 법률행

위에 의해 발생하는 본래적 효과를 주장하는 자가 입증책임을 져야 하는가, 후자의 입장이 타당하다고 보는 경우에 특별효력요건은 사정에 따라서는 이를 성립요건으로 하는 법률행위가 존재할 수 있음을 의미하는 것이다. 이러한 점을 염두에 두고 아래에서는 성립요건과 효력요건에 대한 다수설의 분류에 따라 설명한다.

## 5. 效力歸屬要件

### 1) 處分權賦與의 概念의 問題點

處分權의 행사에 의해 그 효과가 본인에게 직접 귀속한다는 것은 우리민법의 구조 하에서는 대리행위가 수반되지 아니한 이상을 불가능하다. 처분권행사에 현명을 하지 아니하는 것을 원칙으로 한다면 대리에 있어서도 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때가 아니라면 본인에게 효과가 귀속하지 아니하는데(제115조 단서), 代理意思도 존재하지 아니한 처분권행사에서 본인에게 효과가 직접 귀속시키는 것이 되기 때문이다. 그렇게 본다면 본인을 현명하지 아니한 처분권행사를 하면서 본인에게 효과귀속을 의도하는 경우에는 非顯名代理에 불과하다고 보아야 한다.

처분권한을 부여받지 아니한 상태에서 처분권을 행사하는 것은 어떻게 보아야 하는가.

이와 관련하여 주목을 끄는 것은 판례<sup>51)</sup>가 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분하는 것에 대해 무권대리의 일종으로 보고 본인의 추인으로 소급적으로 유효하다고 보는데 대해, 학설상으로 ① 판례와 동일하게 무권대리행위로 보고 무권대리행위에 대한 추인이라는 설,<sup>52)</sup> ② 무권리자의 처분행위를 무권대리인의 처분행위와 동일시하고 추인을 허용하는 것은 자신의 의사와 관계없이 권리자와 계약을 체결한 것과 같은 義務負擔授權을 허용하는 것이 되어 현행법체계에 배치된다는 설,<sup>53)</sup> ③ 무효행위의 추인이라는

51) 대법원 1981. 1. 13. 선고 79다2151 판결

52) 김중환·김학동, 전게서, 460쪽; 김상용, 전게서, 647쪽; 김용한, 전게서, 360쪽; 강대성, 전게서, 781쪽

53) 소제선, 「무권리자의 처분과 추인」, Jurist, 409號, 2006, 469쪽 : 이는 제3자를 위한 계약 등과 같이 법이 예외를 명문으로 인정하는 경우를 제외하고 법률 행위의 당사자 이

설<sup>54)</sup>과 함께, 이러한 학설과 병행하여, ④ 법률행위 요건을 효력발생요건과 효력귀속요건으로 나누고 효력귀속요건은 법률행위가 성립한 후에 충족될 수 있으며 본인의 追認은 효력귀속요건인 追完行爲에 해당한다고 보면서, 무권리자의 처분행위라고 하더라도 그 법률효과는 완전하게 발생한 것이며 단지 처분행위에 효력귀속요건이 구비되지 아니한 상태이므로 권리자의 추인에 의해 권리자에게 효력이 미칠 수 있다는 설<sup>55)</sup>이 대립한다는 점이다. 그런데 효력귀속요건의 개념을 정립하는 입장에서 위 판례를 無權代理의 追認의 문제로 다루고 있다는 점이다.<sup>56)</sup> 이는 처분권부여가 실질적으로는 대리권부여와 구별할 실익이 없다는 것을 의미한다.<sup>57)</sup>

외에게 그 법률효과를 귀속시키는 것이 되어 현행법의 체계에 반하며, 이를 인정하면 대리과 간접대리의 구별이 곤란하고, 채권행위의 주된 청구권 외에 부수적 채권관계를 성립시켜 법률관계의 명료성을 해친다는 것에 근거한다.

54) 박윤직, 전거서, 294쪽

55) 양창수, 「무권리자의 처분과 권리자에 의한 추인」, 민사판례연구, X 박영사, 1988 34-35쪽

\* 양창수 교수의 이와 관련한 주장으로는 다음과 같은 내용이 포함된다. : 「① 우리 민법은 타인의 권리의매매도 유효한 것으로 하므로(제569조) 적어도 매매계약 자체의 효력으로서서는 아무런 하자가 없다. 다만 무권리자가 맺은 '채권행위'를 추인할 수 있다고 하면 상대방에게 예정되지 않던 권리자와 채권·채무관계를 강요하는 것이 되어 상대방의 이익을 해치기 때문에 허용될 수 없다. 무권리자에 의해 '처분행위'가 이루어진 때, 즉 외형상 물건변동이 생긴 때에 한해 권리자의 추인이 허용될 뿐이다. ② 이때의 추인의 의미 내지 효과는 무권리자의 처분행위를 권리자가 동의함으로써 상대방이 유효하게 권리를 취득하는데 있고, 그 근거는 권리자의 의사, 즉 사적자치의 원리에 있다. ③ 무권리자가 그 처분으로 얻은 이익의 문제는 권리자의 추인과는 별개의 것으로서, 이것은 그가 이득을 보유하는 것이 정당한지의 관점에서 따로 검토해야 하는데, 선의취득에서 권리자는 무권리처분자가 얻은 대가의 반환을 구할 수 있는 것처럼, 그 이득은 원래의 귀속자에게 반환되어야 한다. 상개 논문, 22-29쪽」(김준호, 전거서, 367-368쪽에서는 본문 내용은 언급하지 아니한 채, 이 부분만 찬성하고 있다)

56) 김상용, 전거서, 647쪽; 이영준, 전거서, 679쪽; 윤형렬, 전거서, 581쪽

57) 독일민법 제185조에서는 Verfügung eines Nichtberechtigten이라고 하여 「(제1항) 무권리자가 어떤 목적물에 대하여 한 처분이 권리자와 사정승인 아래 행하여진 경우에는 그 처분은 효력이 있다. (제2항) 권리자가 이를 추인한 경우, 처분자가 목적물을 취득한 경우 또는 권리자가 처분자를 상속하고 또 권리자가 상속채무에 대하여 무한책임을 지는 경우에는 그 처분은 효력이 있게 된다. (단서 생략)」고 규정하고 있다. 대리권의 수여와 처분권부여의 성질을 人的인가(persönlich) 물적인가(sachlich)의 차이에서 구하는 학설은 이러한 규정형식의 영향을 받은 것으로 보인다. 그러나 처분권의 부여를 받은 경우에 처분권의 행사가 대리의 형식에 의하지 않는 한 본인에게 처분의 효력을 직접 귀속시킬 수 없는 이상은, 독일에서의 해석은 여하튼, 우리민법의 해석론에 의하는 한, 제1항이 반드시 처분권수여와 대리권 수여에 차이를 두려는 취지라고 해석하여서는 안 될 것이다. 그리고 제135조는 실제로는 처분권을 가지지 않는 자의 처분행위에 대한 추

## 2) 追認은 效果歸屬要件이 缺如된 경우의 固有한 問題인가

效果歸屬要件을 效力發生要件과 區別하는 입장에서는 追認은 效果歸屬要件에 한정하여 가능하다고 보고 있다. 그러나 법률행위의 일반적 효력요건 중에서 非正常的의 意思表示와 관련되는 요건의 경우에는 그것이 무효사유에 해당하는 취소사유에 해당하는 비정상적 상태가 제거된 경우에는 추인이 가능하다. 그렇다면 효력귀속요건에 해당하는 경우에만 추인이 가능하다는 것을 전제로 한 구별론은 그다지 쓸모가 없는 분류라고 할 수 있다.

## VII. 法律行爲의 方式

로마법이든 게르만법이든 초기에는 법률행위에는 일정한 방식이 요구되고 있었고, 방식을 따르지 아니한 경우에는 법적 구속력이 인정되지 아니하였다. 그러나 방식의 요구는 점차 완화되기 시작하였고, 17세기에 대두된 自然法論에서 시작하여 독일보통법에 이르면서 方式強制로부터의 自由가 강화되기 시작하였으며, 그 결과 방식을 강제하는 要物契約은 차츰 諾成契約으로 바뀌게 되었다. 근대민법의 원칙의 하나인 계약자유 원칙에 방식의 자유가 포함되고 있는 것은 이러한 변천을 반영한 것이다.<sup>58)</sup>

우리 민법에는 方式의 自由를 천명한 규정이 없다. 그러나 방식이 요구되는 경우를 단편적으로 규정하는 것을, 반대로 계약 등 법률행위에는 일반적으로 방식이 요구되지 아니한다는 것을 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 법에서 법률행위에 특정의 방식을 요구하는 것은 법률행위자의 경솔로부터의 보호, 증거보전, 공익목적, 제3자의 이익보호 등 여러 가지가 있다.

민법상의 방식에 관한 규정으로는 사단법인·재단법인의 설립행위는 정관작성에 의하고(제40조, 제43조), 채권자취소권의 행사는 재판상으로만 행하여야 하며(제406조 제1항), 혼인·인지·입양 등은 반드시 신고하여야 하며(제812조, 제

인을 허용하기 위한 규정으로 보아야 할 것이다.

58) 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 제11조에서는 계약의 무방식을 선언하고, 계약의 성립은 증인의 증언을 포함하여 어떤 방법으로도 증명될 수 있다고 규정하고 있다.

859조, 제878조), 유언은 법정의 방식을 갖추었을 때에 한하여 유효한 것으로 보는 것(제1060조) 등을 들 수 있다.

그러나 법은 직접 방식을 법률행위의 요건으로 규정하지는 않으면서도, 방식에 의하지 아니한 경우에는 효력을 제한함으로써 간접적으로 방식에 따르도록 하는 경우가 있다. 서면에 의하지 아니한 증여에 대해서 증여자가 언제든지 증여계약을 해제할 수 있도록 하는 것(제555조), 주택임대차에 대해 임차인이 임대차계약서에 確定日字를 받은 경우에 보증금 전액에 대해 법률에 의한 우선변제를 받을 수 있다고 규정하는 것(주택임대차보호법 제3조의 2 제1항) 등이 그 예이다. 부동산에 대한 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 함에 있어서 요구되는 행정청(시장·군수·구청장)의 검인은 이를 따르지 아니하는 경우에는 소유권이전등기를 할 수 없다는 점에서 소유권이전등기에 필요한 방식으로 볼 수 있다.<sup>59)</sup>

법률의 규정<sup>60)</sup>이나 당사자의 약정<sup>61)</sup>에 의해 방식이 강제되는 경우에는 방식에 따르지 아니한 행위는 효력이 발생하지 아니한다. 그러나 법에서 방식을 강제하지 아니하고, 방식의 구비에 따라 효력을 달리하는 경우에는 방식을 따르지 아니한 경우에는 일정한 불이익이 주어질 뿐이다. 다만 방식이 요구되는 부분이 附隨內容에 그치는 경우에는 부수내용은 무효가 되는 것은 당연하지만, 법률행위 전체가 무효가 되는가 여부는 一部無效의 法理(제137조)에 의해 결정되어야 한다.<sup>62)</sup>

## VIII. 맺는 말

필자는 이 글을 통해 법률행위의 성립요건과 효력발생요건은 구별되어야 한

59) 김상용, 전거서, 357쪽

60) 대법원 1994. 12. 22. 선고 94다13695 판결 (유언장에 대하여 공증사무실에서 인증을 받았으나 그 유언장이 증인 2명의 참여가 없고 자서된 것도 아니라면 공정증서에 의한 유언이나 자필증서에 의한 유언으로서의 방식이 결여되어 있다는 이유로 유언으로서의 효력을 부정하고 있다)

61) 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다7183 판결 (당사자가 의사의 통지를 일정한 방식으로 하기로 약정한 경우에 방식에 의하지 아니한 의사의 통지는 아무런 효력이 없다)

62) 김민중, 민법총칙강의, 두성사, 2006, 283쪽



다는 입장에 서서 두 가지 점에 대해 집중적으로 살펴 살펴보았다.

첫째는 증명책임의 소재와 관련한 것으로, 권리장애사실에 대해서는, 그 증명책임은 권리장애사실을 주장하는 자에게 있다고 보는 통설과는 달리, 법률행위의 성립을 주장하는 자에게 있다고 보아야 한다는 것, 이는 직권판단의 대상이라는 점을 명백히 하였다.

둘째는 법률행위의 효력요건을 효과귀속요건과 효력발생요건으로 나누는 일부학설과 관련하여, 처분권부여와 관련한 문제는 대리권의 수여와 동일한 문제로 처리하여야 한다는 점, 그리고 법률행위의 주인은 반드시 무권대리의 경우에 만 허용되는 것은 아니고, 법률행위의 무효·취소에 널리 인정되기 때문에, 굳이 효력요건을 효과귀속요건과 효력발생요건으로 분류할 필요가 없다는 점을 지적하였다.

그리고 첫째의 점과 관련하여 항거불능의 강제상태 하에서의 의사표시는 법률행위의 불성립으로 보아야 하며, 설사 법률행위의 성립을 긍정한다고 하더라도, 법률행위의 성립과 동시에 효력이 발생하는 것이 원칙인 이상, 법원은 이 점에 대한 직권판단을 하여야 한다는 점을 명백히 하였다.

필자의 이러한 주장 중 특히 첫째의 점과 관련하여서는 논란의 여지가 많은 부분이라고 본다. 그러기에 앞으로 이 점에 대한 많은 비판을 기대하고 있다.

주제어 : 법률행위, 법률행위의 성립요건, 법률행위의 효력요건, 심리적 강제상태, 직권판단, 항거불능인 강제상태, 대리권, 처분권부여, 효과귀속요건, 권리장애적 항변, 권리소멸적 항변



## 참 고 문 헌

- 강태성, 민법총칙, 신판, 대명출판사, 2006
- 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003
- 곽용진, 판례로 보는 민법총칙, 부연사, 2006
- 곽윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사, 2002
- 김민중, 민법총칙강의, 두성사, 2006
- 김상용, 민법총칙, 전정판 보정, 법문사, 2003
- 김상일, 「항변(Einwendung)과 항변권(Einrede)」, 비교사법 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001
- 김용한, 민법총칙론, 제12판, 박영사, 1981
- 김주수, 민법총칙, 제5판, 삼영사, 2000
- 김준호, 민법총칙, 전정판, 법문사, 2007
- 김증한·김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 1995
- 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005
- 박영복, 민법총칙, 개정증보판, 이컴비즈넷, 2005
- 박종두, 민법총칙, 삼영사, 2005
- 백태승, 민법총칙, 제2판, 법문사, 2006
- 서광민, 민법총칙, 신론사, 2007
- 소재선, 「무권리자의 처분과 추인」, Jurist 409호, 청림출판, 2006
- 송덕수, 민법강의 (상), 박영사, 2004
- 양창수, 「무권리자의 처분과 권리자에 의한 추인」, 민사판례연구 X, 박영사, 1988
- 윤형렬, 민법총칙, 제2판, 법영사, 2006
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 2005
- 이은영, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2005
- 이준성, 민법총칙, 삼영사, 2007
- 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981
- 정동윤·유병현, 민사소송법, 법문사, 2005
- 최문기, 민법총칙강의, 세종출판사, 2007
- 호문혁, 민사소송법, 제5판, 법문사, 2006

[Abstract]

## Requisites of Legal Act

Park, Chan-Ju

Lawyer, Professor, Chosun University

Majority scholars distinguish formative requisites of legal act and validating requisites of legal act. The writer treats two subjects in this article on this basis.

One subject relates to who bears burden to prove the obstructive facts for effectiveness. Almost all the scholars allege a person who presents obstructive objection for effectiveness bears burden of proving the related facts. But the writer concludes a person who asserts the pending legal act is effective from the time of agreement. The reason to this conclusion bases whether the fact related to effectiveness is obstructive or extinctive belongs to the ex officio judgment. This conclusion draws collateral one that vis absoluta manifestation of will belongs to the ex officio judgment.

Second subject relates to whether validating requisites of legal act can be classified into attributing requisites and non attributing effective requisites. One of commonly referred attributing requisites is the power to dispose. The writer proposes to treat this requisite with agency and denies the necessity of classification. Some scholars assert ratification is allowed only to attributing requisites. But the writer does not agree this opinion, as Civil Act provide the ratification of null act(§139) and voidable act(§143) without restricting its application to attributing requisites..

Key Words : legal act, formative requisites of legal act, validating requisites of legal act, ex officio judgment, vis

compulsiva, vis absoluta, agency, authority to dispose,  
attributing requisite, obstructive objection for effectiveness,  
extinctive objection for effectiveness