

무역학석사 학위논문

국제상사계약에서 계약체결전 과실책임의
법적 기준에 관한 연구

무역학과

김 두 수

지도교수 심 중 석

2015년 12월

대구대학교 대학원

국제상사계약에서 계약체결전 과실책임의
법적 기준에 관한 연구

이 논문을 무역학석사 학위논문으로 제출함.

무역학과

김 두 수

지도교수 심 중 석

김두수의 무역학석사 학위논문을 인준함.

2015년 12월

심사위원장 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

대구대학교 대학원

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 내용과 방법	3
제2장 계약체결전 과실책임에 관한 법적 기준	6
제1절 계약체결전 과실책임의 의의	6
1. 법리적 고찰	6
2. 채무불이행책임	8
3. 불법행위책임	10
4. 소결	11
제2절 법계의 처지	13
1. 영미법계	13
2. 대륙법계	14
3. 소결	16
제3절 주요 국가의 처지	18
1. 중국의 경우	18
2. 미국의 경우	21
3. 일본의 경우	23
4. 독일의 경우	24
5. 우리나라의 경우	27
6. 소결	28

제3장 국제상사계약법규범하에서 계약체결전 과실책임 30

제1절 국제물품매매계약에 관한 일반원칙(CISG) 30

1. CISG의 의의 30
2. 기본원칙 32
3. 협약의 해석원칙 33
4. 학설의 태도 34
5. 소결 35

제2절 국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC) 36

1. PICC의 의의 36
2. 불성실한 교섭 37
3. 신의성실 및 공정거래 37
4. 현저한 불균형 38
5. 소결 39

제3절 유럽계약법원칙(PECL) 40

1. PECL의 의의 40
2. 신의성실에 반하는 교섭 41
3. 계약상 채무를 발생시키는 언명 42
4. 그 밖의 기준 43
5. 소결 45

제4장 계약체결전 과실책임에 관한 판결례 47

제1절 신의칙 위반 47

1. 합의서에 기한 신의칙 위반 47
2. 표준약관에 기한 신의칙의 준수 48

제2절	기회상실과 허위표시	50
1.	기회상실에 관한 손해배상	50
2.	허위표시	51
제3절	불성실한 교섭과 현저한 불균형	54
1.	불성실한 교섭의 조각사유	54
2.	현저한 불균형에 따른 손해배상의 산정	56
제5장	요약 및 결론	58
참고문헌		61
Abstract		67

국제상사계약에서 계약체결전 과실책임의 법적 기준에 관한 연구

김 두 수

대구대학교 대학원
석사과정 무역학과
지도교수 심 중 석

(초 록)

본 연구는 국제상사계약에 임한 계약당사자가 계약체결을 위한 교섭단계에서 상호협력의무와 주의의무 위반에 따른 과실책임을 다룰 수 있는 법적 기준과, 계약체결전 과실책임에 관한 적용법적 근거에 주안점을 두고 국제통일계약법규범의 규정례 및 이에 참고할 수 있는 판결례를 결부하여 그 법적 기준 및 시사점을 추론한 논문이다. 곧 본 연구는 법계 및 주요 국가 그리고 국제통일계약법규범 등을 토대로 계약체결전 과실책임에 관한 법리와 기본원칙의 차이를 요약·분설하고 이에 제반 판결례를 결부하여 그 법적 기준과 의의 및 시사점 제시에 주안점을 둔 논문이다. 그 결과를 요약하면 다음과 같다.

우선 법계의 시각으로 영미법계에서는 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 교섭의 자유를 폭넓게 인정하고 있을 뿐만 아니라 계약체결의 자유와 계약을 체결하지 않을 자유를 동시에 보장하고 있다. 곧 영미법적 시각에서 계약체결을 위한 교섭은 일종의 사행행위에 준하는 것으로 보아 계약체결을 위한 교섭단계에서 지출되는 비용은 단지 장래에 예상되는 기대이익을 보전하기 위한 목

적에서 계약당사자가 그 자신의 위험과 계산하에서 투자되는 대가로 취급하고 있다. 요컨대 영미법의 시각은 만약 계약체결을 위한 교섭단계에서 별단의 의무를 부과하지 않고 있는데, 그 배경은 계약당사자간 교섭의 자유를 최대한 보장하고자 함에 있다. 이를테면 계약당사자간 당해 교섭과정에서 기대하지 않았던 장애를 사전에 방지하여 능동적이고 원활한 상거래 활동을 지원하고자 하는 것에서 그 법적 의의를 구할 수 있다. 다만 계약체결전 과실책임이 마땅히 인정되는 경우는 계약체결을 위한 교섭단계에서 부당이득반환책임, 불신표시책임, 특정약속이행책임, 계약교섭상 합의에 따른 책임 등이다. 결국 영미법의 처지에서는 이상의 요건이 배제된 경우 계약체결전 과실에 대한 별단의 책임 또는 의무가 발생하지 않음이 원칙이다. 가사 당해 요건이 교섭과정에 결부되어 있다고 하더라도 이후에 계약이 유효하게 체결되었다면 상기 요건으로부터의 법률효과는 문제되지 않는다.

한편 대륙법에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 신의칙에 기한 공정거래의 도모, 합리적기준의 준수, 공정한 교섭상의 의무 등을 부과하고 있다. 따라서 대륙법계에서는 계약체결을 의도하고 계약교섭에 임한 경우 정당한 사유 없이 상기 요건을 위반한 경우 이에 상당한 계약체결전 과실책임이 인정된다. 결국 영미법에 비하여 계약체결전 과실책임을 보다 엄격하게 준용하고 있는 특징이 있다.

그러나 양 법계 공히 계약체결전 과실책임이 인정되는 경우는 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 고의·과실에 기하여 상대방에게 손해를 발생시킨 경우, 교섭단계에서 획득한 상대방에 대한 상거래 정보를 부당하게 악용하여 그 결과 비밀유지의무위반으로부터 손해를 발생케 한 경우, 이로부터 일정한 이익을 편취하거나 달리 향유한 경우 등이다. 이 경우 구제수단은 발생한 손해 배상 및 상대방으로부터 얻은 이익의 반환을 포함한다.

다른 한편 국제통일계약법규범의 경우 계약체결전 과실책임의 법적 기준 및 입법적 시사점을 구분하여 요약·분설하면 다음과 같다. 우선 CISG는 법계 간 타협을 통하여 법리적 보편타당성을 지향하고 구속력 있는 실정법규로써의 입법취지를 전제하고 있는 까닭에, PICC 및 PECL에 견주어 CISG의 해석원칙에 기한 법리적 일반원칙만을 제시하고 있을 따름이다. 이 경우 당해 논점에 관

하여 PICC와 PECL은 국제상사계약상 준거법으로서 보편적으로 널리 적용할 수 있느냐 아니면 제한적으로 유럽 역내 회원국에 한하여 적용되느냐의 차이에 따라 그 적용범위가 구분된다.

CISG의 일반적 의무로서 신의칙은 CISG의 국제적인 성격과 그 적용상의 통일성의 증진을 위한 필요성을 고려하여 CISG가 채용한 규칙 및 조항해석에만 적용되는 것으로 두고 있으나, PICC는 신의칙 및 공정거래에 관한 규정과 계약교섭단계에 있어 현저한 불균형에 대한 계약책임을 인정하여 CISG에 비할 경우 진일보한 법적 시각을 내재하고 있는 특성이 있다.

PECL은 이보다 한 걸음 더 나아가 유효한 계약을 전제로 신의칙 및 공정거래에 관한 규정을 강행규정으로 두고 있을 뿐만 아니라 상호협력의무와 주의의무 및 합리성에 관한 규정까지도 존치해 두어 CISG 및 PICC에 비하여 보다 구체적이고도 충실한 규정을 보유하고 있다.

요컨대 CISG는 계약체결전 과실책임을 규율할 수 있는 명시적인 규정을 보유하고 있지는 않으나, 신의칙에 상당한 유사개념, 곧 합리성과 같은 유사개념을 통해 우회적으로 이를 해결할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. PICC는 계약체결을 위한 교섭상 비밀유지의무와 불성실한 교섭으로부터의 책임귀속을 명시적으로 규정하여 CISG를 보충하고 있고, PECL은 PICC의 규정을 그대로 계수하고는 있으나, 신의칙에 반하는 교섭에 대한 손해배상책임 뿐만 아니라 교섭과정에서 계약상 채무를 발생시킬 수 있는 보다 구체적인 규정을 두고 있어 PICC에 비해 더 진전된 내용을 담고 있다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

일반적으로 계약체결과정은 계약주체별 일련의 법률관계가 없는 타인관계에서 저마다의 이해에 따라 특정한 계약을 향한 접촉개시에 임하게 되고, 이후 계약내용에 관한 일련의 합의를 통해 당해 의사표시의 합치를 전제로 계약체결에 이르게 됨이 통상인데, 이는 양당사자를 구속할 수 있는 법률행위로서 그 의의를 지니게 된다.¹⁾

이 경우 당해 계약의 체결과정에서 당사자 일방의 과실로 타방이 손해를 입게 되면 불법행위책임의 문제가 발생하고, 달리 계약의 체결 이후 그 이행과정에서 당사자 일방의 과실로 타방이 손해를 입게 되면 채무불이행책임, 소위 계약책임이 발생한다. 여기서 양자, 곧 불법행위책임과 채무불이행책임은 공히 손해배상책임의 기수요건으로서 기능한다.

그런데 계약체결을 위한 계약당사자의 접촉개시로부터 계약체결 시까지, 곧 계약체결을 위한 준비 또는 합의기간 동안 양당사자의 관계는, 구속력 있는 법률관계를 형성하지 않은 차제에 있다고 볼 수 있는데, 이를테면 양당사자는 전혀 타인도 아니며 그렇다고 계약이 체결되어 계약에 의한 법적 구속관계에 있지도 않은 지위를 점하고 있다고 볼 수 있다(김상용, 2003).

그러나 당해 계약체결을 위한 준비 내지 합의기간 동안은 ‘신의성실의 원칙’(the principle of good faith, ‘신의칙’²⁾)으로부터 저마다가 상대방을 보호하고

-
- 1) 용어의 사용에 있어 ‘계약의 체결’을 ‘계약의 성립’과 구별하고 있는 견해가 있다. 이는 곧 행위(conduct) 또는 규제(enforcement)로서의 법률행위로 각기 구별하고 있는 시각으로써 전자는 ‘자치적 규율의 준비’로, 후자는 이러한 완비된 준비상태에서 ‘법적 효력이 부여되고 있는 단계’로 구분하여야 한다는 것이 그것이다(이영준, 1998). 본 연구에서는 논제에 기하여 이상의 구분이 그 실익이 미미하다고 보아 이하 혼용하고자 함을 참고한다.
 - 2) 참고로, ‘신의칙’(信義則)이란, “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 원칙이다. 이는 사회공동생활의 일원으로서, 서로 상대방의 신뢰를 배반하지 않고, 성의를 가지고 행동하여야 한다는 원칙으로 ‘신의성실(信義誠實)의 원칙’ 또는 축약하여 ‘신의칙’이라 한다. ‘신의칙’의 파생원칙으로, 통설은 ‘권리남용금지(權利濫用禁止)의 원칙’, ‘사정변경(事情變更)의 원칙’, ‘금반언(禁反言)의 원칙’, ‘실효(失效)의 원칙’ 등을 들고 있다. i) ‘권리남용금지의 원칙’

타방의 이해에 충실하여야 하며, 계약체결에 필요한 사항을 충실히 설명·주장하여, 이로부터 상대방에게 손해가 전보되지 아니하도록 하여야 할 특단의 주의의무가 발생하게 된다. 여기서 계약당사자가 계약의 체결을 의도하여 접촉한 시점으로부터 일방이 이러한 의무를 성실히 이행하지 않아 발생하는 타방의 손해에 대해, 과실 있는 당사자는 그 손해를 배상하여야 하는데, 이러한 배상책임을 소위 ‘계약체결전 과실책임’이라 일컫는다.

요컨대 계약체결전 과실책임은 복잡다단하게 전개되고 있는 현대계약법의 추이에 편승하여 국제상사계약에 있어 빈번하게 발생되고 있다. 이 같은 배경에는 서로 다른 문화와 환경의 상이는 차치하고서라도, 신속·민활한 계약의 이행을 견인하고자 하는 국제통일계약법규범의 적용법적 시각에서 상당한 장애를 초래하고 있음을 시사한다.³⁾

현재에는 다양한 계약체결전 과실책임의 유형이 발생되어 기존의 특정한 손해배상책임과 같이 일반화하기는 힘든 상황으로 전개되어 가고 있는 차제에, 각양의 유형별 계약체결전 과실책임에 관한 적용법적 시각에서 상당한 혼선이 예상되고 있고 또한 그 해결방안에 관해서도 특단의 주의가 요구되고 있는 상

은, 외견상으로는 권리행사이나, 실질적으로는 권리의 공공성·사회성에 반하는, 권리 본래의 사회적 목적을 벗어난 것이다. 이 경우 정당한 권리의 행사로 인정할 수 없는 행위를, ‘권리남용’이라고 한다. ‘권리남용’이 되기 위해서는, 객관적 요건으로 권리행사라고 볼 수 있는 행위가 있어야 하며, 그 권리의 행사가 사회적 목적에 반하는 행위이어야 한다. ii) ‘사정변경의 원칙’은, 법률행위 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되어, 법률행위의 효과를 그대로 강제하는 것이 당사자 일방에게 부당한 결과를 가져오는 경우에 그 내용을 변경된 사정에 맞게 변경하거나, 계약을 해제·해지할 수 있도록 하는 원칙이다. iii) ‘금반언의 원칙’은, 어떤 권리자의 권리행사가 선행하는 행위와 모순되는 것이어서, 그 후행행위의 효력을 제한하는 원칙이다. iv) ‘실효의 원칙’은, 권리자가 장기간 권리를 행사하지 않음에 따라, 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지는 경우에 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 ‘신의칙’에 위반되어 허용되지 않는다는 것을 의미한다(심종석, 2013).

- 3) ① 이하 본 연구에서 사용하는 ‘국제통일계약법규범’이라고 함은 논제에 비추어 국제무역법위원회(UNCITRAL)의 ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(이하 ‘CISG’), 사법통일국제협회(UNIDROIT)가 공표한 ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(이하 ‘PICC’), 유럽계약법위원회(CECL)에 의해 제정된 이른바 ‘유럽계약법원칙’(이하 ‘PECL’) 등을 말한다. 이 경우 PICC는 최종 공표본으로서 PICC(2010)를 그 대상으로 한다.

② 또한 이상의 국제통일계약법규범의 국문해석은 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석과 적용」, 서울: 삼성사, 2013의 부록에 의하고, 그 밖의 국내법은 「<http://world.moleg.go.kr>」에 의한다. 기술편의상 본 연구에서 인용하는 모든 웹사이트는 본 연구 제출시점 기준이고 (2015. 10) 이하 프로토콜명(<http://>)은 생략한다.

황이다.

본 연구에서는 그렇다면 위에서 언급한 바에 준하여 어떠한 경우 계약체결 전 과실책임이 인정될 수 있는지, 나아가 이에 대한 계약체결 전 과실책임에 대한 법적 근거는 무엇이고, 그 내용은 개별 국제통일계약법규범의 차원에서 어떠한 취지를 전제하고 있는지에 관한 법적 기준을 다루어 보고자 한다.

특별히 본 연구에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 상호협력의무와 주의의무 위반에 따른 과실책임을 다룰 수 있는 법리적 차원에서의 기준과 특별히 국제상사계약에 임한 계약당사자에게 있어 적용법적 시각에서 계약체결 전 과실책임을 법적 근거에 주안점을 두고 당해 국제통일계약법규범의 규정례 및 이에 참고할 수 있는 판결례⁴⁾를 결부하여 그 법적 기준 및 시사점을 추론해 보고자 한다.

요컨대 본 연구는 법계 및 주요 국가 그리고 국제통일계약법규범하에서 계약체결을 위한 교섭상의 일반원칙과 적용범위의 차이를 구하고, 국제상사계약에 있어 계약체결 전 과실책임에 관한 국제통일계약법규에서의 규정 및 판결례를 통하여 실무계를 향하여 개별 법규의 법적 기준과 이에 따른 의의 및 시사점 제시에 목적을 두었다.

제2절 연구의 내용과 방법

매매의 경우를 포함하여 계약이 당사자 간 법률사실로서 청약(offer)과 법률요건으로서 승낙(acceptance)이라는 의사표시의 합치에 의하여 성립된다는 것은 통상의 계약법에서 널리 인정되고 있는 기본원칙이다.

그런데 전술한 바와 같이 계약체결 전 교섭단계에서 계약당사자 일방이 계약체결을 위한 당사자 간의 합의에 성실히 임하지 않은 결과, 곧 상호협력의무와 주의의무 등의 위반으로부터 상대방에게 특단의 손해를 야기한 경우 이를 어떠한 법적 근거에 기하여 그 책임을 물을 수 있을 것인가에 관한 논점이 부각될 수 있다.

4) 본 연구에서 판결례라고 함은 달리 언급한 바 없는 경우 ‘법원에 의한 판결례’와 ‘중재판정부에 의한 판정례’를 합체한 의미로 새긴다.

당해 문제의 핵심은 계약체결을 위한 교섭단계에서 계약당사자 모두는 계약의 성립으로부터 특단의 법적 구속력을 확보하고 있지 못한 차제에 법률관계를 형성하고 있지 않은 처지에 놓여 있음에도 불구하고, 만약 당해 교섭과정에서 당사자 일방에게 기대하지 않았던 손해가 발생한 경우 이로부터 타방당사자의 과실을 손해배상청구의 원인으로서는 계약상 채무불이행 또는 불법행위 책임으로 물을 수 있을 것인지, 만약 그렇지 못하다면 어떠한 귀책사유로 그 책임을 특정하여야 할 것인지에 두고 있다. 다만 이 경우 문제라고 함은 법계 또는 국제통일계약법규범의 적용상 법통일화 및 합목적성 차원에서의 시각차를 의미한다.

본 연구는 이상의 논점을 배경에 두고 문헌연구에 기하여 당해 계약체결전 과실책임에 관한 법적 기준을 앞선 연구의 목적에 기하여 명료히 추론해보고자 한다. 이를 위한 본 연구의 구성체계는 다음과 같다.

우선 제1장은 연구의 목적 내지 연구의 내용과 방법을 기술한 본장으로 같음하고, 제2장에서는 계약체결전 과실책임의 법적 기준에 주안점을 두고 차례로 채무불이행책임과 불법행위책임에 관한 법리를 중심으로 고찰하고자 한다. 나아가 법계 간의 처지를 위시하여 계약체결전 과실책임에 관한 주요 국가의 실정법 처지를 구분하여 살펴보고자 한다. 이는 본 연구에서 다루고자 하는 계약체결전 과실책임에 관한 기본적 법리를 그 배경에 두고자 의도한 구성체계라 할 수 있다.

제3장에서는 국제상사계약법규범에서의 처지를 살펴보고자 한다. 전술한 바와 같이 이 경우 당해 계약법규범은 CISG, PICC, PECL을 그 대상에 두고 있고 그 내용은 당해 계약법규범의 조문체계에 비추어 차례로 CISG의 경우 기본원칙 및 협약의 해석원칙 그리고 학설의 태도, PICC의 경우 불성실한 교섭, 신의성실 및 공정거래 그리고 현저한 불균형에 관한 조문을 통해 당해 계약책임에 관한 법적 기준에 접근하고자 한다. 나아가 PECL의 경우에는 마찬가지로 신의성실에 반하는 교섭, 계약상 채무를 발생시키는 언명 그리고 그 밖의 규정을 통해 당해 법적 기준을 추론해 보고자 한다.

제4장에서는 이상의 국제상사계약법규범이 적용된 제반 판결례를 앞서 고찰한 연구내용 및 결과에 결부하여 실무적용상 본 연구의 논제에 기한 그 이해

를 제고함에 있어 참고가 될 수 있도록 당해 법적 기준에 관한 시사점을 명료히 제시하고자 한다. 당해 판결례는 사안별로 구분하여 분설함과 동시에 개별 판결례의 적정성을 평가하여 국제상사계약에 임한 계약당사자로 하여금 적의 참조할 수 있는 유의점으로 제시하고자 한다. 마지막 제5장에서는 본 연구를 요약하여 본 연구의 결론으로 삼고자 한다.

본 연구를 수행하기 위한 연구의 방법으로서, 현재까지 발표된 국내·외 선행논문과 단행본, 학술연구자료, 국제기구 및 연구기관 등에 의해 발표된 기관지 등을 통한 문헌중심의 연구방법을 취하고자 한다. 아울러 국제상사법규범에 연관되는 각양의 제반 법규범, 모델법, 부속서, 의견서 그 밖의 지침서 등의 상호 비교·고찰에 따른 분석내용을 최대한 본 연구에 수용·반영하여 연구의 목적을 달성하고자 한다.

제2장 계약체결전 과실책임에 관한 법적 기준

제1절 계약체결전 과실책임의 의의

1. 법리적 고찰

강학상 ‘계약체결전 과실’(culpa in contrahendo; fault in negotiating)이라 함은 ‘계약체결을 위한 당사자 간의 접촉개시 시점으로부터 계약체결시까지 합의의 과정에서 발생하는 당사자의 책임’을 말한다. 이 경우 당해 계약체결을 위한 합의과정에서 계약당사자 일방의 과실로 타방이 손해를 입게 되는 경우 과실 있는 일방은 손해를 입은 타방에게 그 손해를 배상하여야 하는데, 이러한 손해배상책임을 ‘계약체결전 과실책임’이라 한다.

연혁에 비추어 계약체결전 과실책임은 독일 민법의 제정 이전에 예링(Rudolf von Jhering)에 의해 주창된 법리상의 쟁점으로서, 당초 예링은 “무효인 계약 또는 완성될 수 없는 계약에서의 손해배상”이라는 논고에서 당해 문제를 처음으로 제기하였다. 이후 예링의 주장은 독일 민법에 계수되어 입법화되었다(최홍섭, 2012).

예링에 의해 주창된 계약체결전 과실책임의 내용으로서, 그는 원시적 불능, 강행법규 위반으로 인한 무효인 계약과 관련하여 계약체결전 과실이론을 전개하였는데, 곧 이러한 경우 계약당사자 일방이 계약의 담보요건을 충족하지 못한 상태에서, 타방과 계약을 체결하는 것은 타방을 오도하는 것으로 보아 마땅히 과실을 인정할 수 있다고 주장하였다(김상용, 2003).

따라서 일방은 계약을 체결함에 있어 그 스스로 계약의 담보조건을 상세하고도 명확하게 밝히고 이에 상당한 주의를 다하여야 할 뿐만 아니라 만약 이러한 주의의무를 다하지 못하여 타방이 손해를 입게 되면 이를 여하히 배상하여야 한다고 하였다.

이러한 법리에 기초하여 예링은 계약의 체결과정에 있어서 일방의 과실로 인한 손해배상책임은 채무불이행책임, 곧 계약책임도 아니며 그렇다고 불법행

위책임도 아닌 일련의 양자의 중간에 위치하는 제3의 유책유형이라 하였고, 이는 독일법을 통해 대륙법계 계통의 우리나라 민법 제750조에서도 이를 수용하고 있는 상황이다.⁵⁾ 이러한 예링의 계약체결전 과실책임에 관한 법이론은 독일민법 제정 시에 수용되었으나, 다만 계약체결전 과실에 관한 일반규정을 존치해 두지는 아니하고 다만 개별규정에 한정하여 다루고 있는 특징을 엿보이고 있다.⁶⁾

그러나 학설과 판례는 초기에 개별적인 계약체결전 과실책임의 법리적 유추와 신의칙에 의하여 일반적으로 계약체결전 과실이 있으면 그로 인한 손해를 배상하여야 한다는 이론으로 전개되었다. 즉 계약당사자가 양당사자의 자치에 따라 계약협상단계에 진입하게 되면, 이때 당사자는 이미 높은 주의의무를 부담하게 되고, 그 결과 양당사자 간에는 특별한 법적 구속관계가 형성되어 이로부터 특단의 주의의무를 위반하게 되는 경우 상당한 손해배상책임이 발생한다는 것으로 일반화되었다(백승흠, 2013). 이후 계약체결전 과실 책임을 인정한 학설과 판례는 관습법으로 발전되기에 이르러 이윽고 독일연방대법원은 당해 계약체결전 과실 책임을 실정법상의 불법행위 책임을 보충하는 손해배상제도로 적의 활용하였다.

이와 같이 예링에 의해 최초로 주창된 계약체결전 과실 책임은 독일의 경우 학설과 판례에 지지되어 관습법으로 발전되었고, 채권법에 수용하면서 당해 법리가 체계화되어 결국 독일 민법에 명문화되는 수순으로 전개되어 계약체결전 과실 책임을 제3의 유책성 법정 책임에서 채무불이행 책임[계약 책임]으로 그 모습이 바뀌어 적용된 연혁을 보유했다(김상용, 2003).

요컨대 계약체결을 위한 준비 내지 합의과정에 임한 계약당사자 간의 관계는 법적 구속력에 기한 특단의 법률관계를 형성하고 있지는 않지만 일련의 계약의 성립에 준한 유사적 관계로 취급되어, 이를테면 급부의무 없는 부수적 의무로서 그 법적 책임이 인정되고 있다. 나아가 계약체결전의 과실과 이에

5) 민법, 제750조 : “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”.

6) 현재 독일법에서 ‘계약체결전 과실’은 독일 민법제정 후 당해 입법이 갖고 있는 문제점, 곧 피해자의 구체책으로서 손해배상청구권의 부재에 관한 문제점을 보완하기 위하여 그간의 판례와 학설에 의해 형성되어온 일련의 법적 문제점 내지 사실을 말한다(최홍섭, 2012).

부수하는 손해배상책임의 인정은 계약체결을 위한 합의과정에 있어 계약당사자의 신의칙을 부담하게 하는 특단의 법적 수단으로서 기능하게 된다.

한편 계약상 이러한 일방의 부수적 의무의 위반은 그 결과 타방에 끼친 손해의 유형으로서 계약체결이 좌절된 경우는 물론이고, 계약이 유효하게 체결된 경우를 포함하여 실령 무효·취소가 된 경우에도 다름없이 배상하여야 한다. 따라서 계약체결전 과실책임을 불법행위책임이나 채무불이행책임과 같이 통상의 법적 요건으로 확정하기에는 법리상 문제점이 다분하다고 할 것이다(서종희, 2012).

그러나 다른 한편 학설의 태도로서 일설은 계약체결전 과실책임에 관한 일반적 기수요건의 정립을 모색하고도 있음을 엿볼 수 있는데, 이를테면 상대방에 대한 주의의무·배려의무·충실의무·설명 의무 등의 의무위반이 있어야 하고, 시간적으로 거래상의 접촉개시 시점으로부터 계약체결전 이러한 의무위반이 발생하여야 하며, 이러한 의무위반자에게 고의 또는 과실의 유책사유가 있어야 한다는 것이 그것이다(김상용, 2003).

2. 채무불이행책임

채무불이행책임에 있어 계약상 의무는 주된 급부의무를 포함하여 그 밖에 신의칙상 이에 부수하는 여러 가지 의무를 포함하고 있음이 상례이기에, 계약체결전 과실책임은 주된 급부의무의 위반이 아닌 부수적 의무위반에까지 그 외연이 확장되어 있다고 볼 수 있고, 이 경우 그 본질을 채무불이행책임으로 일괄할 수 있다. 여기서 부수적 의무의 근거는, 일례로 우리 민법의 경우 제2조에 연유하고 있음을 엿볼 수 있다.⁷⁾ 또한 제374조,⁸⁾ 400조,⁹⁾ 제535조¹⁰⁾에

7) 민법, 제2조 : “① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다.”.

8) 민법, 제374조 : “특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 그 물건을 인도하기까지 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다.”.

9) 민법, 제400조 : “채권자가 이행을 받을 수 없거나 받지 아니한 때에는 이행의 제공 있는 때로부터 지체책임이 있다.”.

10) 민법, 제535조 : “① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액

비추어 계약체결전 단계에서 부수적 의무의 위반에 관한 책임소재를 유추할 수 있다.

그러나 이 경우 계약체결 이후 계약이행을 위한 당사자의 부수적 의무와 계약체결전 계약당사자의 보호·주의의무를 동일시할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 곧 계약의 성립 후에는 계약목적의 달성을 위하여 당사자가 협력하여야 할 계약관계로부터 특단의 부수의무가 발생하게 되나, 계약체결전 단계에서는 당사자 간에 계약관계가 존재하지 아니하기 때문에, 이 경우 계약관계로부터 부수적 의무가 발생한다고는 볼 수 없고, 다만 신의칙에 기하여 주의의무·보호의무 등이 발생하는 것으로 볼 수 있다(박근배, 2014).

한편 독일에서는 계약체결전 계약당사자의 관계는 소위 상호 보호관계로 파악하고 있는데, 채권법을 개정하기까지 당해 보호관계는 관습법에 의한 법정 채권·채무관계로 파악하였다(김상용, 2003).

다른 한편 우리의 경우 계약체결전 과실책임을 폭넓게 인정하는 설에 의할 경우 당해 법적 근거는 민법 제535조의 유추해석과 민법 제2조에 기초하고 있다. 그렇지만 양자 모두 그 결과에 있어서는 계약체결전 계약당사자의 법적 지위 내지 관계는 동일하게 파악할 수 있다고 본다(김상용, 2003). 따라서 계약체결 전·후를 불문하고 계약당사자 간에는 상호 보호·주의의무 등 부수적 의무가 발생하지만, 명확히는 그 발생근거가 동일하지 않다고 볼 수 있고 또한 그 내용도 반드시 동일하다고 할 수는 없을 것이다(김상찬·이충은, 2008).

개정 독일 채권법은 입법상 계약체결전 과실책임을 계약책임으로 규정하고 있다. 독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch, 'BGB') 제311조 제2항에 의하여¹¹⁾ 계약의 체결을 위하여 특단의 행위가 개시되면 부수적 의무인 보호의무를 주된 내용으로 하는 소위 배려의무가 발생하고, 당해 배려의무를 내용으로 하는 양자의 관계는 BGB 제241조 제2항에 의하여¹²⁾ 넓은 의미의 채권관계, 즉 계약

은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.”.

11) BGB, Sec. 311(Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions) : “(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by 1. the commencement of contract negotiations, 2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or 3. similar business contacts.”

[법률]관계가 성립된다. 그리고 당해 계약관계에서 일방의 과실로 인하여 타방이 손해를 입으면, BGB 제280조 제1항에 의하여¹³⁾ 계약상의 의무위반으로 인한 손해배상책임이 발생한다. 따라서 현재 독일에서는 계약체결전 과실책임을 채무불이행책임(계약책임)으로 다루고 있다(김상용, 2002).

3. 불법행위책임

불법행위책임은 계약체결전 단계의 책임문제는 모두 불법행위책임으로 다루어야 한다는 전제를 그 배경에 두고 있는데, 일설은 우리 민법상 불법행위책임에 관한 민법 제750조는 독일민법상 3가지로 구분되어 있는 불법행위책임의 기본적 구성요건과 달리, 계약체결전 단계에서의 과실 있는 당사자의 책임을 충분히 다룰 수 있기 때문에 독일민법상 불법행위책임규정의 불충분성을 극복하기 위한 계약체결전 과실책임을 법리를 독일에서와 동일하게 다룰 필요가 없다고 한다(윤형렬, 2001).

요컨대 이 설은 계약체결전 과실책임을 어느 계약과 모종의 관련을 갖고 있으면서, 당해 계약 이전에 존재하는 과실에 의해 계약교섭에 임한 당사자 일방이 손해를 입은 경우 그에게 손해배상의 법적 근거를 부여하는 제도이지만, 이러한 계약체결전 과실책임을 불법행위책임에 의해 충분히 해결할 수 있기 때문에 그 근거를 불법행위책임으로 보아야 한다는 것이다. 즉 이 설은 계약체결전 과실책임을 불법행위책임으로 해결할 수 있다는 취지에서, 계약체결전 과실책임을 불법행위책임으로 취급하여야 한다는 견해로 요약할 수 있다. 다만 이 설은 계약당사자가 전혀 유사한 계약관계도 없는 상황에서 순수한 불법행위책임과의 본질적 차이를 경시하고 있다는 비판을 받고 있다.

우리 판례에서는 일방이 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 상대방이 손해를 입은 사안에 관하여 이를 불법행위로 인정하고 있다.¹⁴⁾ 곧 우리 판

12) BGB, Sec. 241(Duties arising from an obligation) : “(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.”

13) BGB, Sec. 280(Damages for breach of duty) : “(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.”

례는 계약체결전 과실책임에 속하는 사안을 일괄하여 불법행위책임으로 다루고 있다. 이는 계약체결전 과실책임을 채무불이행책임으로 다룰 경우 피해자는 신뢰손해의 배상만을 청구할 수 있으나, 불법행위로 취급하게 될 경우 이행이익의 손해까지 배상받을 수 있기 때문인 것으로 이해된다(김상용, 2009).

4. 소결

앞서 본 바와 같이 계약체결전 과실책임의 책임유형에 관해서는 법리상 의견이 분분한 상황으로 어느 주장의 우위도 점할 수 없는 상황이다. 채무불이행책임과 불법행위책임은 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 책임발생에 관한 요건이 상이하다. 곧 채무불이행책임은 계약당사자가 계약의 체결과정에서 형성된 일정하고도 특별한 구속적 법률관계에 준하는 상태에서 발생되지만, 달리 불법행위책임은 위법한 불법행위에 의해 발생되고 계약당사자 간 그 어떠한 관계의 존재를 필요로 하지 않는다.

둘째, 위반한 의무의 성질이 다르다. 이를테면 채무불이행책임은 신의칙에 따라 발생한 부수적 의무를 위반한 것이고, 달리 불법행위는 타인의 재산과 신변을 침해한 일반적 불법행위로 취급할 수 있다.

셋째, 손해배상의 범위가 다르다. 계약체결전 과실책임의 손해배상범위는 계약의 유효성을 신뢰한 범위에서 발생한 신뢰이익의 배상으로 볼 수 있고, 달리 불법행위책임의 배상범위는 재산권과 인격권·신분권을 침해하여 발생한 물질적 손해와 정신적 손해를 포함하고 있다(이충훈, 2012).

생각건대 계약체결전 과실책임은 채무불이행책임으로 취급하여야 보다 타당성이 있을 것으로 본다. 과거에는 계약체결전 과실책임을 계약체결전 단계인 계약교섭과정에서 당사자의 기대이익의 보호와 상호협력의무에 주안점을 둔 제도로서 기존의 채무불이행책임과 불법행위책임과는 별도로 일련의 계약책임

14) 대법원 「2010다65757」 판결(2013.6.13) : “일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다.”[유사한 판례로서 대법원 「2001다53059」(2003.4.11), 대법원 「2002다32301」(2004.5.28) 등을 참조].

에 가까운 제3의 유형의 법적책임으로 보았으나, BGB, PICC 및 PECL에서는 이를 채무불이해책임으로 다루고 있음을 주목할 수 있다. 따라서 계약체결전 과실책임은 주된 급부의무와 부수의무로 구성되어 있는, 예컨대 좁은 의미의 채무불이행책임은 아니며, 단지 부수의무만으로 구성되어 있는 넓은 의미의 계약책임으로 취급할 수 있을 것으로 본다. 결국 계약체결전 과실책임에 관하여는 특별규정이 없는 경우 계약책임에 관한 규정을 적용할 수 있을 것으로 생각된다(김상용, 2002)

제2절 법계의 처지

1. 영미법계

전통적으로 영미법에서는 계약의 교섭단계에 있어 교섭의 자유를 폭넓게 인정하고 있다. 곧 ‘계약체결의 자유’와 ‘계약을 체결하지 않을 자유’를 동시에 보장하고 있는데, 그 배경은 계약교섭단계에서 협상은 다분히 사행적(aleatory)이라고 보고 있기 때문이다.

이는 계약체결에 임한 교섭의 당사자가 당해 계약의 체결로부터 예상되는 이익을 기대하고 있다면, 동시에 상대방과의 계약체결을 위한 교섭의 중단으로부터 발생될 수 있는 손해에 대해서도 당연히 그 위험을 감수하여야 한다는 형평의 논리가 반영된 결과이다(엄동섭, 2007).

이 경우 기대이익에 반하여 감수하여야 할 상당한 위험에는 계약체결을 위한 교섭단계에서의 비용지출과 교섭의 장기진행에 따른 손실비용 및 교섭의 파기로부터 상실된 기대이익(expectation interest)등이 포함된다. 이를테면 ‘계약체결을 위한 준비로 지출된 비용’, ‘전도자금의 차용’, ‘운송수단의 수배에 소요된 비용’, ‘당해 교섭을 위하여 또 다른 교섭제의를 거절한 경우의 기회비용’, ‘일정한 대금을 선지급(advanced payment)한 경우’ 등을 예시할 수 있다.

결국 영미법적 시각에서 계약체결을 위한 교섭은 일종의 도박이라고 취급하고 있는데, 이는 곧 계약체결을 위한 교섭단계에서 지출되는 비용은 단지 장래에 예상되는 기대이익을 보전하기 위한 목적에서 계약당사자가 그 자신의 위험과 계산 하에서 투자되는 대가로 볼 수 있다고 하는 전통적인 시각으로부터 비롯된 결과라 할 수 있다.

이와 같이 영미법의 전통적인 시각은 만약 계약체결을 위한 교섭단계에서 이를테면 ‘공정한 교섭’(fair dealing), ‘신의칙’(good faith), ‘계약상 공정’(honesty in fact) 등에 관련한 별단의 의무를 부과하는 경우에는 계약당사자 간 교섭의 자유를 제한하는 뜻밖의 결과를 초래할 수 있다고 하는 점에서 그 중요성을 강조하고 있다.

이 경우 뜻밖의 결과에 해당될 수 있는 사안에는 계약당사자가 교섭에 임하

는 것을 처음부터 주저하게 되거나, 그 결과 계약자유 원칙에 따른 목적에 반하여 자유롭고 능동적인 상거래 활동을 위축시킬 수 있는 개연성이 충분하고, 교섭단계에 있어 계약당사자간 권리의 행사와 의무의 이행에 결부된 사소한 이해마저도 침해하게 대립시킬 수 있는 여지를 남겨두어, 이로부터 계약체결전 기대하지 않았던 장애를 발생시킬 수 있다는 시각 등이다.

그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 계약의 교섭단계에 있어서도 계약당사자가 성실하게 교섭에 임하여야 한다는 현대계약법의 기본적인 시각은, 예컨대 미국 판례법을 통해 소위 ‘계약체결전 책임’(pre-contractual liability)으로 인정되고 있는 추세에 있는데, 이는 신의칙에 기한 교섭의무를 점차 강화하는 방향으로 진전되고 있음을 시사한다. 그럼에도 불구하고 계약체결전 과실책임이 다름없이 인정되는 경우는, 이를테면 계약교섭과정에 있어 일방이 타방으로부터 부당이득을 취하게 된 경우, 계약 전 책임으로서 부당이득반환책임(liability for unjust enrichment), 사기적 불실표시를 하였을 경우 불실표시책임(liability of misrepresentation), 계약교섭에 임한 일방이 타방에게 특정약속을 한 경우 특정약속이행책임(liability of specific promise), 계약교섭상 합의(agreement to negotiate)가 전제된 경우 법적 책임 등을 예시할 수 있다(이혜리, 2014).

요컨대 영미법은 계약당사자가 그들의 자치에 따라 계약교섭과정에 임하고 있다고 하더라도 이상의 각 요건 어느 하나에 해당하지 않은 경우라면 계약체결전 과실에 대한 별단의 책임 또는 의무가 발생하지 않음이 원칙이며, 설령 이 같은 요건이 계약체결전 교섭과정에 결부되어 있는 상황이라고 하더라도 이후 계약이 유효하게 체결되었다면 당해 교섭과정에 결부된 위 요건으로부터의 법률효과는 문제되지 아니한다(심종석, 2004).

2. 대륙법계

한편 대륙법계에서는 역사적으로 계약 혹은 불법행위 책임에 기하여 신의칙상의 의무 하에 계약체결전 단계의 책임을 공히 인정하고 있다. 대륙법계에 속한 국가에서 다름없이 수용하고 있는 계약체결전 과실책임은 계약당사자가 교섭 중에 신의칙에 따라 행동해야 할 의무를 부담하고 있음이 통상인 까닭에,

그 과정에서 합의에 이르는 것을 방해하는 부적절한 행위를 한 당사자는 상대방이 입은 손실에 대하여 여하히 책임을 부담하게 된다. 이러한 계약체결전 과실책임은 설령 계약이 무효로 취급된다고 하더라도 피해당사자의 구제책을 인정한 로마법(*ius gentium*)에 그 연원을 두고 있다. 곧 독일법에 내재되어 있는 미비점의 해결을 위한 것이라고 지적할 수 있는 이러한 시각은 상당한 주의를 결한 일방당사자가 계약체결을 방해하였음에도 이에 대하여 책임을 지지 않는 상황을 구제하기 위한 것에 그 취지를 두고 있다고 보아 책임없는 계약 당사자가 당해 계약이 유효하다고 신뢰한 범위에서 입은 손해는 당해 상황을 야기한 당사자가 배상하여야 한다는 법리에 그 기초를 두고 있음을 살필 수 있다(Kottentnagen, 2006).

계약체결전 과실책임에 관한 법리상의 연혁을 참고할 경우 독일 민법 시행 후 학설과 판례는 상호 간에 밀접한 영향을 미치면서 당해 책임체계를 발전·정착시켜 왔다. 그 해석 또한 계약체결전 과실책임의 인정범위를 점차 확장하는 추세로 진전되었는데, 그 결과로서 계약체결전 과실책임은 “계약전의 책임 또는 불법책임을 더욱 구체화하고 또한 보충하기 위하여 특단의 경우에 원용할 수 있는 일반규정”이라고 취급되기에 이르렀다(김상용, 2003).

판례도 계약체결전 과실책임은 실정법을 보충하기 위하여 창안된 법정 채권관계에서의 책임이며, 이러한 관계는 계약교섭을 시작함으로써 발생되고 거래 상대방에 대하여 일반적으로 거래상 요구되는 주의의무를 부과시킨다고 보았다. 즉 판례는 법정 채권관계의 근거를 신뢰이익의 보호에서 구하고, 모든 잠재적 계약당사자는 상대방을 고려하여야 할 계약상 의무가 있다는 전제를 그 기치에 두고 있다. 이러한 계약상 의무를 위반하고 이로 인하여 계약당사자에게 예견할 수 있었던 손해를 끼친 당사자는 계약체결전 과실을 이유로 당해 손해배상책임을 지을 수 있게 된다(박영복, 2001).

요컨대 대륙법계에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 신의칙에 기한 ‘공정 거래(fair dealing)의 도모’, ‘합리적 기준(reasonable standards)의 준수’, ‘공정한 교섭(fair negotiating)의 의무’ 등을 인정하고 있는데, 이는 법사학적으로 로마법으로부터 확립되어 있는 신의(*bona fides*)의 개념에 기초하고 있다. 이 경우 ‘신의’는 ‘법률관계에서 약속을 정직하게 준수하고 합의에 의한 의무를 성실하

는 이행하는 것'으로 타인의 행위, 곧 채무의 이행에 관한 계약법상 신의에 의
제된다. 따라서 대륙법계에서는 계약체결을 의도하고 계약교섭에 임하였음에
도 불구하고 정당한 사유 없이 또는 이상의 요건을 위반하여 계약체결을 위한
당해 교섭을 파기한 경우 '신의칙 위반'(breach of good faith)으로 취급되어 이
에 상당한 계약체결전 과실책임이 인정되고 있다. 결국 영미법계와 비교하여
대륙법계에서는 신의칙 의무를 폭넓게 적용하고 있는 까닭에, 계약체결전 과
실책임을 보다 엄격하게 준용하고 있는 차이점이 있다(심중석, 2004).

3. 소결

법계간 계약체결전 과실책임에 관한 법적 기준은 외견상 신의칙의 의무가
교섭단계에서 당연히 준수되어야 하는지의 여부와, 당사자 임의로 아무런 책
임 없이 계약체결을 위한 교섭단계에서 당해 교섭을 파기할 수 있는지의 여부
가 그 구분의 핵심이라고 할 수 있다.

이에 대한 법계의 공통한 시각은 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 고의·
과실에 기하여 상대방에게 손해를 발생시킨 경우, 교섭단계에서 획득한 상대
방에 대한 상거래 정보를 부당하게 악용하여 그 결과 비밀유지위반(breach of
confidentiality)으로부터 손해를 발생케 한 경우,¹⁵⁾ 이로부터 일정한 이익을 편
취하거나 향유한 경우에는 계약체결전 과실책임을 공히 인정하고 있다는 점이
다. 이 경우 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방으로부터 얻은 이익의
반환을 포함한다(심중석, 2007).

다른 한편 영미법계에서 계약체결전 과실책임을 인정되는 경우는 계약교섭

15) 이 경우 참고할 수 있는 국제상사계약법규범의 처지로서 PICC에서는 '비밀유지의무'(duty of confidentiality) 규정을 두고 있는데(제2.1.16조), 그 내용은 계약교섭중 당사자 일방에 의하여 그 정보가 비밀로 제공된 경우에는 상대방은 향후 계약체결여부를 불문하고 그 정보를 공개하거나 또는 자신의 목적을 위하여 이를 부당하게 사용하지 아니할 의무를 가진다. 적절한 경우 당해 의무의 위반에 대한 구제에는 상대방이 얻은 이익을 기초로 한 배상액이 인정될 수 있는 것으로 규정하고 있다. 또한 PECL에서도 '비밀성 침해'(breach of confidentiality) 규정을 두고 있는데(제 2:302조), 곧 계약교섭과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 제공되었다면 계약체결 여부에 관계없이 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위해 그 정보를 이용하지 아니할 의무를 부담하여야 한다. 만약 이 의무를 위반한 경우의 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방이 얻은 이익의 반환을 포함한다.

과정에 있어 일방이 타방으로부터 부당이득을 얻은 경우 계약체결전 책임으로 부당이득반환책임, 사기적 불실포시를 하였을 경우 불실포시책임, 계약교섭에 임한 일방이 타방에게 특정의 약속을 한 경우 특정약속이행책임, 그 밖에 계약교섭상 합의가 전제된 경우 등이다. 따라서 영미법계에서는 계약교섭이 시작되었다고 하더라도 이상의 요건에 해당하지 않은 경우 계약체결전 과실책임에 관한 별단의 책임 또는 의무가 발생하지 않음이 원칙이며, 가사 이 같은 요건이 계약체결전 교섭과정에 결부되어 있는 상황이라고 하더라도 이후 계약이 유효하게 체결되었다면 당해 교섭과정에 결부된 이상의 요건으로부터의 법률효과는 문제되지 아니한다.

달리 대륙법계에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 신의칙에 기한 공정거래의 도모, 합리적 기준의 준수, 공정한 교섭의무 등을 인정하고 있는 까닭에, 계약체결을 의도하고 계약교섭에 임하였음에도 정당한 사유 없이 또는 이상의 요건을 위반하여 계약체결을 위한 당해 교섭을 파기한 경우에는 신의칙 위반으로 취급되어 이에 상당한 계약책임이 인정된다.

결국 영미법계와 비교하여 대륙법계에서는 신의칙 의무를 폭넓게 적용하고 있어 계약체결전 과실책임을 보다 엄격히 적용하고 있는 차이점이 있다. 요컨대 법계 간 계약체결전 과실책임에 대한 법적 기준은 신의칙의 준수와 계약체결을 위한 교섭의 자유를 법익으로 하여 그 적용범위와 효과에 따라 구별되는 차이점이 존재하지만, 대륙법계에 있어서 계약당사자 간 신의칙에 기한 당연의무 및 협력의무의 준수와 영미법계에 있어서 계약체결전 과실책임에 관한 제한요건을 참고할 때 서로 다른 법적 시각에서나마 공통한 법적 기준과 목적을 견지하고 있다고 판단된다(심종석, 2006).

제3절 주요 국가의 처지

1. 중국의 경우

중국은 대륙법계 국가로서 ‘중국통일계약법’(Contract Law of the People's Republic of China, 이하 ‘CLPRC’)을 제정할 당시 BGB 및 CISG를 위시하여 PICC, PECL를 적의 참조하여 성안하였다고 알려져 있다. 이 경우 CLPRC상 계약체결 전 과실책임에 관한 규정은 제42조에서 다루고 있는데,¹⁶⁾ 본조에서는 계약체결과정, 곧 계약의 교섭단계에서 일방이 범한 과실로부터 타방이 손해를 입었을 경우 이에 상당한 손해배상책임을 부가할 수 있는 법적 기반을 마련해 두고 있다. 본조에서 계약체결 전 과실이 문제되는 유형은 3가지로 대별할 수 있는데 분설하면 다음과 같다.

첫째, 계약체결을 구실로 악의적으로 협상을 진행하는 경우이다(제1호). 이는 계약당사자 일방이 계약을 체결할 의사를 가지고 있지 않는 상태에서 악의적으로 협상을 진행하여 타방의 상업적 기회를 상실하게 한 경우를 가리킨다. 예컨대 자신의 계열사를 지원할 목적으로 당해 계열사와 경쟁관계에 있는 상대방에게 당초 계약을 체결할 것 같은 신뢰를 주었으나 그럼에도 불구하고 이후 악의적으로 계약을 체결하지 않는 경우를 예시할 수 있다. 이는 통상 불공정경쟁의 수단으로 활용되는 경우가 대부분이다.

둘째, 계약체결과 관련 있는 중요한 사실을 고의로 은폐하거나 또는 허위정보를 제공한 경우이다(제2호). 이는 곧 불실표시로 인한 계약 전 책임으로 취급된다. 앞서 본 바와 같이 영미법에서는 계약협상에 있어서 계약파기의 자유가 넓게 인정되어 신의칙에 기한 계약체결 전 책임을 인정하지 않고 있다. 다만 예외적으로 사기적 불실표시, 일방이 타방에 대하여 특정한 약속을 한 경우 그 약속에 대한 특정책임, 협상을 하기로 합의를 한 경우 계약체결 전 책임을 인정하여 왔다. CLPRC에서는 사기적 불실표시를 계약체결 전 과실책임으로

16) CLPRC, 제42조 : “당사자가 계약을 체결하는 과정 중에 다음의 정황 중 하나가 있어 상대방에게 손실을 조성한 경우 마땅히 손해배상책임을 부담하여야 한다. (一) 거짓으로 계약을 체결하고 악의적으로 협상을 진행한 경우 (二) 고의로 계약체결과 관련된 중요한 사실을 은폐하거나 또는 허위정황을 제공한 경우 (三) 기타 성실신용원칙에 위배되는 행위가 있는 경우.”.

수용하고 있다. 다만 본조에서는 사기적 불실표시를 중요한 사실에 대한 고의적 은폐, 허위정보 제공 등으로 한정하고 있어 과실에 의한 사실에 대한 불고지, 착오에 의한 사실과 다른 정보 제공 등은 포함하고 있지 않고 있는 특징이 있다. 생각건대 이는 동조 제3호를 적용하여 계약체결전 과실책임을 물을 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것으로 보인다.

셋째, 그 밖에 신의칙에 위배되는 행위이다(제3호). 본조 제3호는 제1호 내지 제2호 이외의 경우에도 계약체결의 과정에서 신의칙을 위반하여 계약교섭 당사자 일방이 타방에 손해를 주는 경우에는 계약체결전 과실책임을 인정하고 있다고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 따라서 본조 제1호 내지 제2호는 신의칙에 위반하는 사례를 예시적으로 열거하였다고 보아야 한다. 결국 중국 학설과 판례는 계약체결전 과실책임을 법적 성질에 대한 논의와는 별개로 계약교섭 당사자가 준수하여야 할 신의칙으로부터 구현되는 법적 책임으로 취급하고 있다.

CLPRC 제43조에서는 계약체결과정에 있어서 양당사자의 상업비밀유지의무를 부과하고 있다.¹⁸⁾ 즉 당사자는 계약체결과정에서 알고 있었던 상업적 비밀은 계약의 성립여부와 관계없이 누설하거나 부당하게 사용하여서는 안 되고 이를 위반하여 상대방에게 손해를 준 경우에는 손해배상책임을 지우도록 하고 있다(윤상윤 외, 2014).

PICC와 PECL에서도 양당사자의 비밀유지의무를 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 PICC 제2.1.16조에서는 협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다고 규정하고 있고, PECL 제2:301조에서도 마찬가지로 계약의 교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 주어졌다면, 계약체결 여부와 상관없이 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아

17) CLPRC, 제4조 : “당사자는 법에 의거하여 자발적으로 계약을 체결할 권리가 있으며 어떠한 기관과 개인도 불법적으로 간섭하여서는 아니 된다.”, 제5조 : “당사자는 마땅히 공평원칙을 준수하여 각 방의 권리와 의무를 확정하여야 한다.”, 제6조 : “당사자의 권리의 행사와 의무의 이행은 마땅히 성실신용의 원칙을 준수하여야 한다.”.

18) CLPRC, 제43조 : “당사자가 계약을 체결하는 과정 중 알게 된 상업기밀은 계약의 성립여부를 막론하고 누설하거나 부당하게 사용하여서는 아니 된다. 당해 상업기밀을 누설하거나 부당하게 사용하여 상대방에게 손실을 조성한 경우 마땅히 손해배상책임을 부담하여야 한다.”.

니할 의무가 있음을 밝히고 있다.¹⁹⁾

요컨대 PICC와 PECL은 원칙적으로 계약을 위한 협의는 자유이며 계약이 체결에 이르지 못한 것에 책임을 지우고 않고 있다. 곧 대륙법에서와 같이 계약 체결전 과실책임을 다루고 있지는 않지만, 신의칙 또는 공정거래의 원칙에 비추어 계약의 교섭과정에서 양당사자에 상당한 의무를 부담케 하고 있고, 나아가 비밀유지의무 규정도 신의칙 또는 공정거래의 원칙에서는 파생된 법적 의무로 수용하고 있음을 살필 수 있다.

한편 CLPRC 제43조도 본질적으로 PICC와 PECL의 비밀유지의무에 관한 규정취지와 그 궤를 같이 한다. 즉 계약교섭단계에 있는 양당사자는 신의칙에 기한 비밀유지의무가 있고 당해 의무를 위반한 당사자는 교섭상대방에게 이로 부터 야기된 상당한 손해를 배상하여야 한다.

그러나 CLPRC에서 수용하고 있는 상업비밀은 일반인들에게는 알려져 있지 않은, 이를테면 권리자에게 경제적 이익이 될 수 있는 사항으로서 비밀조치를 행하고 있는 기술정보와 경영정보 등을 포함하고 있는 특징이 있다. 이 경우 기술정보란 설계·공정·물품의 원재료·제조방법 등의 정보 등을 의미하고, 경영정보는 관리노하우·경영정책·고객명단·원재료 구매처 등의 정보가 이에 해당한다. 따라서 PICC, PECL과 비교할 경우 상업비밀은 비밀정보에 견주어 그 범위가 상대적으로 좁다는 점에서 CLPRC와 PICC 및 PECL의 관련규정이 엄격히 일치하지는 않는다고 본다.

CLPRC 제58조에서는 계약이 무효 또는 취소된 경우 계약체결전 과실책임을 규정하고 있다.²⁰⁾ 본조에 따르면 계약이 무효 또는 취소된 후 당해 계약으로부터 취득한 재산은 반환하여야 하고, 달리 반환할 수 없거나 또는 반환할 필요가 없는 때에는 그 가액을 배상하여야 한다. 이때 과실이 있는 일방은 상대

19) PECL, 제2:301조(신의성실에 반하는 교섭) : “(1) 당사자들은 교섭의 자유를 가지며, 합의에 이르지 못한 것에 대해 책임을 지지 아니한다. (2) 그러나 신의성실 및 공정거래에 반하여 교섭하거나 교섭을 중단한 당사자는 상대방이 입은 손해에 관하여 책임을 진다. (3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 이를 진정한 의도 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 것은 신의성실 및 공정거래에 반한다.”.

20) PECL, 제58조 : “계약이 무효하거나 또는 취소된 후 당해 계약으로 취득한 재산은 마땅히 반환하여야 한다. 반환할 수 없거나 또는 반환할 필요가 없는 경우 마땅히 현금으로 환산하여 보상하여야 한다. 과실이 있는 일방은 마땅히 상대방이 이로 인하여 입은 손실을 배상하여야 하며 쌍방이 모두 과실이 있는 경우 마땅히 각자가 상응하는 책임을 부담하여야 한다.”.

방이 받은 손해를 배상하여야 하며, 달리 양당사자가 모두 과실이 있는 경우에는 각자 과실비율에 따라 그에 상응하는 책임을 부담하여야 한다.

본조에서는 계약이 무효 또는 취소되는 경우 양당사자의 과실여부를 불문하고 계약이 무효 또는 취소되기 전에 취득한 재산이 있다면 반환의무를 부여하고 있다. 더불어 이미 전매[재매각]되었다는 등의 사정으로 반환할 수 없거나 또는 반환이 불필요하다면 그 취득한 재산에 상응하는 가액에 대해 배상하여야 한다. 만약 계약의 무효 또는 취소에 있어서 일방당사자에게만 과실이 있는 경우 손해배상을 하여야 한다. 또한 과실이 양당사자에게 모두에게 있는 경우 과실상계의 법리에 따라 처리된다.

2. 미국의 경우

전통적으로 미국을 포함한 영미법 국가에 있어서 교섭의 자유는 원칙으로서 인정되고 있는 기본원칙이다. 실제로 합의에 이르지 않은 경우 계약당사자는 책임을 지는 그 어떠한 위험도 부담하지 않고 자유로이 교섭할 수 있고, 또 교섭을 중단할 수도 있다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 계약의 교섭단계에서의 협상은 사행적(aleatory)이라는 것이 계약체결전 단계의 책임에 대한 전통적인 보통법 관점이기 때문이다.

이러한 시각에 의하면 교섭을 시작한 당사자는 협상파기로 인해 야기되는 손해로부터 보호되지 않는다. 따라서 타방당사자의 적절하지 못한 행위로 인하여 손실을 입은 타방은 계약이 실제로 합의된 것이 아니라면 어떠한 구제도 청구할 수가 없다.

일례로 미국 ‘통일상법전’(Uniform Commercial Code, ‘UCC’)와 제2차 계약법 Restatement가 ‘신의칙상의 공정거래 의무’(a duty of good faith and fair dealing)를 계약당사자에게 부과하고 있지만,²¹⁾ 단지 교섭단계에 있는 당사자에게 이러한 의무가 부과되는 것은 아니다. 신의칙에 따라 교섭하여야 할 의무를 부과하지 않는 주요인은 완전한 자유의 결여로 인해 당사자가 협상에 들어가는

21) UCC, §2-103, 1 : “(b) Good faith in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.”

것조차 꺼리게 되지 않을까 하는 우려의 결과라고 볼 수 있다. 또한 보통법 체계는 계약관계의 경제적 결과를 아주 중시하는 경향이 있어서, 그 결과 보통법 국가의 법원은 계약의 이행이 강제되기 위해서는 엄격한 요건을 충족하여야 한다는 점을 강조하고 있다(Summers, 1981).

이러한 역사적 배경에도 불구하고 미국 법원은 일정한 경우에 계약체결전 단계의 책임을 인정하기에 이르렀다. 비록 계약체결전 단계의 책임이 계약체결을 위한 교섭상 일반적 의무나 신의칙상의 의무에 기하여 발생하는 것은 아니지만, 미국 법원은 3가지 주요한 이론을 근거로 책임을 부과하고 있는 상황이다. 차례로 살펴보면, 계약교섭단계에서 일방당사자의 부당이득에 관한 원상회복(restitution), 계약교섭중 잘못된 정보제공에 관한 불실표시(misrepresentation), 일방당사자의 약속에 의하여 타방당사자가 계약의 교섭단계에 들어서게 되었고 이로 인하여 타방당사자가 손해를 입게 되는 것과 관련한 ‘계약적 금반언’(promissory estoppel) 등이다.

법원은 이러한 상황 하에서 계약체결전 단계의 책임을 부과함에 있어 당해 구제수단을 인정하고 있는데, 다만 일방당사자가 부당하게 취한 이익이 어떠한 피해당사자에게 반환하는 원상회복이익(restitution interest)이나 약속 혹은 불실표시를 신뢰하지 않았다면 있었을 상태로 피해 당사자를 회복시키는 신뢰이익(reliance interest)으로 제한하고 있다. 이 경우 기대이익(expectation interest)은 실제로 상호합의에 이른 당사자들에게만 인정되므로 당연히 이에 상당한 이익의 배상은 인정되지 않는다.

또한 미국법원은 당사자들이 실제로 계약을 완전히 체결하지 않았지만, 정황에 비추어 최종적 합의에 이를 것이라는 기대에 준한 일련의 ‘예비적 합의’(preliminary agreements)를 한 경우에도 그 책임을 인정하고 있다. 예컨대 계약당사자가 협상을 요하는 모든 쟁점에 대하여 완전히 합의에 이르거나 혹은 중요사항에 상호 합의하였지만 그 밖의 사항에 대해서는 여전히 합의를 하지 않는 경우 법원은 이러한 예비적 합의에 당사자의 구속력을 인정하고 있다. 여기서 전자의 경우 법원은 예비적 합의를 구속력 있는 계약으로 취급하고 있는 까닭에, 피해당사자는 신뢰이익 뿐만 아니라 기대이익의 배상과 특정이행 청구(specific performance)도 인정된다. 후자의 경우 법원은 합의한 사항을 완전

한 계약으로 다루지는 않지만, 당사자에게 교섭하는데 있어서 신의칙상의 의무를 부과하고 있다(Schwartz, 1979).

예비적 합의의 구속력 인정여부를 결정하는데 있어서 법원은 특단의 요소, 이를테면 예비적 합의에 사용한 어구, 교섭의 전·후 관계, 미결정사항의 존재 여부, 일부이행, 최종적 합의를 위한 명시적 요구 등에 의하여 입증되는 당사자의 의도를 중시하고 있다. 다만 당해 예비적 합의가 구속력이 있는지 여부를 결정함에 있어 당사자의 의도를 중시하고 있다고 하더라도 그 명백한 기준을 공식화하고 있는 것은 아니고 나아가 이를 다룰 수 있는 구체적인 규칙이 있는 것도 아니다. 따라서 법원이 예비적 합의에 있어서 계약체결전단계의 책임을 인정하는데 있어서 매우 신중하고 따라서 그 결과를 예측하기가 쉽지 않다는 점은 유의하여야 할 사항이다(박영복, 2001).

3. 일본의 경우

일본은 계약체결전 과실책임에 관한 규정은 보유하고 있지 않지만, 독일의 학설을 받아들여 일반적인 해석론으로 계약체결전 과실책임을 인정하여 왔다. 당초 계약체결전 과실책임을 인정할 실익에 관하여 소극적 태도를 보였으나, 점차 위법성이 있는 경우에만 불법행위로 취급하여 계약체결전 과실책임을 인정하는 추세로 진전되었다. 곧 계약체결전 과실책임은 충분히 불법행위의 규정에서 구제할 수 있다는 것을 그 취지로 부각할 수 있다. 이는 명문규정이 없다는 사실을 통해 계약체결전 과실책임을 부정하는 것은 정당한 법률해석이라고 할 수 없고, 따라서 과실 있는 당사자에 계약의 불성립, 무효에 의한 신뢰이익의 배상을 하여야 한다는 것에 그 법리적 배경을 두고 있다.

이후 학설은 계약책임설로 발전하였는데, 곧 계약체결전 과실책임은 계약책임이고 그 법적효과는 신뢰이익의 배상이라는 점이 중요시 되었다. 이는 원시적 불능에 대해 사실상 계약에 의해 결합된 관계는 아무런 특별관계가 없는 자의 그 밖의 책임을 신의칙의 요소로 보아 계약책임을 구성하고 또한 원시적 불능에서 과실 있는 당사자는 선의·무과실의 상대방에게 신의칙을 이유로 한 계약전 책임으로서 신뢰이익의 배상을 부담하고 당해 책임은 이행보조자의 책

임 등에 대해서도 일반 불법행위보다 중한 책임을 부과하는 것이 적절하다고 판단한 것에 그 배경을 두고 있다.

그러나 독일의 경우에서와 같이 담보법이나 불법행위법과 같은 구조적 문제점이 없어 활발한 논의는 이루어지지 않았는데,²²⁾ 이는 최근에서야 방문판매와 같은 소비자 거래의 영역에서 전문지식이나 정보량이 적은 소비자가 거래에 익숙한 영업사원의 위법한 상담으로 인해 불필요한 물품을 구입하는 경우 등 거래에 경험이 부족한 소비자를 보호해야 할 필요성에 따라 계약체결전 과실책임론이 인정되어 왔다.

일본은 계약체결전 과실책임의 적용범위를 원시적 불능에 의한 계약의 불성립 및 무효의 경우뿐만 아니라 계약이 유효하게 성립한 경우, 예비적 교섭에만 그친 경우, 예비적 교섭에서 상대방의 신체·재산 등을 해한 경우에까지 확장하고 있다. 그러나 공서양속위반·사기·강박·착오·무능력 등에 대한 무효·취소의 원인만 규정하고 있을 뿐, 무권대리인의 손해배상책임을 제외하고(최낙균, 2005) 계약체결전 과실책임에 관한 명문의 규정은 보유하고 있지 않은 상황이다(김상찬·이충은, 2008).

4. 독일의 경우

앞서 본 바와 같이 독일에서는 일찍부터 학설에 의하여 널리 계약체결전 과실책임이 인정되어 왔다. 곧 계약체결을 위한 협상을 위하여 계약당사자가 접촉을 하게 되면, 양당사자 간에는 특별한 구속관계가 성립하고, 그 결과 신의칙이 당해 과정에 적용되게 되고, 이로부터 급부의무는 없고 보호의무를 중심으로 하는 부수의무가 발생하며, 이러한 일방의 보호의무의 위반으로 타방이 손해를 입었을 때는 다름없이 계약체결전 과실책임을 인정하여 왔다. 이 같은 학설은 판례에 의하여 수용되어 이후 관습법으로 발전되었다. 그리하여 독일

22) 독일의 하자담보법은 보증 또는 하자의 악의의 묵시의 경우에만 손해배상을 규정하고(BGB, 제 463조) 독일 불법행위법 제823조는 열거된 절대권침해의 경우에만 손해배상을 인정하고 있기 때문에 포괄적이 아닌 단편적인 경우만으로 규정하여 구조적인 문제점을 내재하고 있었다. 따라서 독일에서는 이를 보완하기 위해서 계약체결전 과실이론이 학설과 판례에 의하여 발전하게 된 것이다.

에서는 계약체결전 과실책임이 관습법에 의한 손해배상책임으로 인정되어 보편적으로 수용되었다.

한편 2001년 독일은 채권법을 개정하면서, 관습법으로 존재하던 계약체결전 과실책임을 제정법으로 규정하게 되어 비로소 계약체결전 과실책임이 법체계 내에서 명문화되기에 이르렀다. 다만 당해 입법상 계약체결전 과실책임을 모두 규정한 것은 아니고, 계약체결전 단계에서 당사자 간의 특정시점에 한하여 양당사자 간의 보호의무를 중심으로 어느 때에 배려의무가 발생하는가에 관해서만 규정하고 있는 특징이 있다. 여기서 계약체결을 위한 협의과정상 배려의무를 중심으로 한 양당사자의 관계는 넓은 의미의 계약관계로 취급하고 있으며, 그러한 넓은 의미의 계약관계는 앞서 살핀 BGB 제311조 제2항에서 규정하고 있는 사유의 발생으로 성립하게 된다.

결국 이러한 넓은 의미의 계약관계에서 일방의 과실로 인하여 타방에게 발생한 손해는 계약책임으로 배상하여야 한다. 따라서 독일에서 계약체결전 과실책임의 법적 성질은 계약책임으로 입법에 의하여 해결하고 있다. 그리고 계약체결전 과실책임은 양당사자 상호 배려의무의 위반으로 인한 손해배상책임으로 취급되고 있다. 그러한 배려의무로서 주된 내용은 양당사자 상호 간의 보호의무 및 충실의무임은 앞서 본 바와 같다.

BGB 본조항에서는 계약체결전 과실책임의 발생사유를 3가지로 나누어 규정하고 있다. 곧 협의의 착수, 일방이 어떤 법률행위적인 관계와 관련하여 타방에게 주장할 수 있는 권리, 법익 내지 이익을 침해할 가능성을 제공하거나 믿게 하는 계약을 향한 행위의 개시, 그 밖에 이와 유사한 업무상의 접촉에 의하여 양당사자 간에 배려의무가 발생하고 일방의 과실 있는 배려의무의 위반에 의하여 타방이 손해를 입으면 계약체결전 과실책임이 발생하는 것으로 규정하고 있는 것 등이 그것이다.

이 같이 배려의무가 발생하는 사유 중에서 가장 중요한 사유는 본조 제2호에 의한 포괄적인 계약을 향한 준비의 개시이며, 제1호의 협의의 착수는 제2호의 계약을 향한 행위의 개시의 한 예로서 취급할 수 있다. 물론 계약을 향한 행위의 개시는 계약체결전 단계에서의 배려의무 발생의 경우이다.

계약을 향한 행위가 개시되었다고 볼 수 있는 구체적인 사례를 예시하면,

셀프서비스 상점에서 고객이 야채조각에 미끄러져 다친 사건²³⁾, 아마롤이 넘어져 고객이 다친 사건²⁴⁾ 등을 그 예로 들 수 있다.

이러한 사안에서는 구체적인 계약체결을 위한 협의를 개시하지는 않았으나, 그 이전에 계약을 향한 행위의 개시만이 있어도 양당사자 간에는 배려의무가 발생하는 것으로 보고 있다. 그래서 어떤 사람이 비를 피하기 위하여 술집에 들어가면, 그때 이미 계약을 향한 행위의 개시가 있고 술집 주인은 그 사람에 대하여 보호의무가 발생한다(김상용, 2003).

이 같은 계약을 향한 행위의 개시에 의한 일방의 손해는 불법행위책임에 의해서도 해결될 수 있지만, 개정 독일 채권법은 이를 수용하여 계약체결전 과실책임이 성립할 수 있음을 규정하고 있다. 곧 이러한 계약을 향한 행위의 개시를 폭넓게 해석하고 있음을 엿볼 수 있다. 나아가 업무상 접촉에 의해서도 배려의무가 발생하게 되나, 단순한 사교상의 접촉에 의해서는 그 사유가 조각된다. 이러한 계약체결전 단계에서의 배려의무, 특히 보호의무의 대상은 상대방의 권리만이 아닌, 법익 및 기대이익을 포함하고 있다.

요컨대 독일 개정 채권법에서는 계약체결전 과실책임을 일일이 규정하고 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 계약체결전 과실책임을 유형화하고 있지도 않은 특징이 있다. 다만 보호의무가 발생하는 경우와 그 시점 그리고 보호의 대상에 관해서만 규정하고 있을 따름이다. 따라서 입법적으로 규정되지 않은 사항은 여전히 학설과 판례에 의해 규율되고 있다고 보아야 할 것이다.

한편 계약체결전 과실책임은 계약당사자 간에만 발생하는 것이 아니라, 제3자에 대해서도 발생할 수 있고, 이 경우 제3자가 계약당사자에게 당해 책임을 부담할 경우도 있다. 이와 관련하여 개정 독일채권법은 계약체결전 제3자에 대한 과실책임을 명문화하고 있는데, 이는 독일의 학설과 판례에 의하여 인정된 제3자 보호를 위한 법익을 계약체결전 단계에서까지 확대하여 규정한 것으로 새길 수 있다. 예컨대 기업매매의 과정에서 양당사자의 합의에 의하여 전문 감정인에게 당해 기업을 감정·평가해주도록 위임한 경우 감정을 위임한 양당사자 또는 일방의 과실로 제3자인 감정인이 손해를 입었거나, 감정인의

23) BGHZ 66, 51.

24) RGZ 78, 239.

과실로 인해 양당사자 또는 일방이 손해를 입었을 때, 제3자에 대한 또는 제3자의 계약체결전 과실책임이 인정되게 된다. 이 경우 계약체결전 과실책임에 의한 손해배상은 신뢰이익의 배상 또는 비용의 상환에 한 한다(김상용, 2003).

5. 우리나라의 경우

우리 민법 제535조는 급부의 목적이 원시적 불능이어서 계약이 무효로 되는 경우 선의로 계약을 체결한 상대방이 입은 손해에 대해 일방당사자에게 배상 책임을 인정하고 있는데, 이를 소위 계약체결전 과실로 명문화하고 있다.

그런데 학설은 본조가 정하고 있는 것 외에도, 예컨대 계약체결의 준비단계에서 상대방에게 손해를 준 경우에도 계약체결전 과실을 인정하려는 경향을 보이고 있는데, 이것이 현재 계약체결전 과실론의 주류를 이루고 있다. 이는 기본적으로 독일에서 형성된 계약체결전 과실론의 영향을 받은 것으로서 학설 간에 또 판례와도 견해의 차이가 상당한 부분이다. 나아가 현대계약법의 추이에 비추어 원시적·객관적 불능을 목적으로 하는 계약은 무효가 아니라 유효로 파악하는 상황에서 우리 민법이 인정하는 원시적·객관적 불능을 목적으로 하는 계약에서만 계약체결전 과실책임을 다룰 수 있다고 본다.

결국 학설은 원시적·객관적 불능을 목적으로 하는 계약만을 계약체결전 과실책임으로 인정하는 견해가 있고, 그 밖에도 계약의 준비단계에서의 일방의 과실로 인하여 타방이 손해를 입은 경우에도 계약체결전 과실책임을 인정하고 있기도 하다. 나아가 계약이 체결되었으나 그 계약이 무효 또는 취소된 경우 일방의 과실로 타방이 손해를 입은 때에도 계약체결전 과실책임을 성립을 인정하는 견해도 있다. 그리고 계약이 유효하게 성립된 경우 계약체결전 단계에서의 일방의 과실로 타방이 손해를 입은 때는 당해 손해를 계약체결전 과실책임으로 배상을 인정하고자 하는 견해도 있다.

우리 민법 제535조에서 정하고 있는 계약체결전 과실책임은 계약의 목적이 원시적 불능이어서 무효가 되는 것을 요건으로 하는 것이므로, 곧 당해 책임이 유효한 계약을 전제로 하는 계약책임에 속한다고 보기는 어렵다고 본다.

한편 계약의 체결과정에서 문제가 된 사안에 비추어 이를 제750조와는 별개

로 제535조에서만 그 책임을 정하고 있다는 점에서 이를 불법행위책임에 포함시키는 것도 옳지 않다고 본다. 따라서 통설은 그 성질을 ‘계약유사의 책임’으로 파악하고 있기도 하다. 이를 통해 입증책임, 이행보조자의 책임, 손해배상 청구권의 소멸시효기간 등에 대해 계약책임에 관한 규정을 유추적용 할 수 있는 것으로 해석하고 있다. 생각건대 이러한 통설은 또 다른 설로부터 일련의 의문이 제기되고 있는데, 곧 계약체결전 과실책임은 민법 제535조에 의해 인정되고 있는, 곧 법률의 규정에 의한 별개의 책임으로 파악하여야 할 것이라는 것이 그것이다(김준호, 2015).

6. 소결

학설과 판례에 의하여 지지되고 관습법으로 인정되어 온 계약체결전 과실책임은 근래 제정법으로 규정되고 있는 것이 현대계약법의 추이라 할 수 있다. 예컨대 앞서 본 중국, 독일 등의 유관법률에서와 같이 계약체결전 과실책임을 명문의 규정으로 폭넓게 수용하고 있기도 하고, 영미법 국가에서도 이를 부분적으로 인정하고 있으며, 명시적인 규정을 보유하고 있지 않은 우리나라와 일본에서도 명문의 규정으로 존치해 두고 있지는 않지만 학설과 판례에 따라 일부 계약체결전 과실책임을 인정하고 있는 상황을 그 예로 들 수 있다.

나아가 계약체결을 위한 협의의 과정상 계약당사자 간의 배려의무 내지 보호의무도 폭넓게 인정하는 방향으로 입법이 이루어지고 있는 상황도 이에 결부할 수 있다. 또한 이러한 배려의무 내지 보호의무도 계약을 향한 행위의 개시가 있으면, 즉시 계약당사자 간에 일련의 법률관계를 형성한 것으로 보는 시각에서 입법이 이루어지고 있다(김상용, 2003).

결국 계약체결을 위한 합의의 과정에서 일련의 행위의 개시만 있으면 양당사자 간에는 넓은 의미에서 계약관계가 성립하는 것으로 인정하고, 그 넓은 의미의 계약관계는 급부의무는 존재하지 아니하고 부수의무만으로 성립하는 법률관계로 인정되거나 정착되어 가고 있음을 엿볼 수 있다. 따라서 계약체결전 과실로 인한 손해배상책임의 법적 성질도 계약책임, 곧 채무불이행책임으로 폭넓게 파악하는 방향으로 법이론이 정립되고 있다. 이에 부수하여 계약체

결전 단계, 즉 계약의 협상과정에 일방의 과실로 인하여 타방이 입은 손해는, 당해 법이론에 따라 계약이 성립되지 아니한 때에는 물론, 계약이 유효하게 성립된 때에도 공히 배상토록 하는 방향으로 전개되어 가고 있는 실정임을 살필 수 있다.

제3장 국제상사계약법규범하에서 계약체결전 과실책임

제1절 국제물품매매계약에 관한 일반원칙(CISG)

1. CISG의 의의

UN 국제무역법위원회(United Nations Commission on International Trade Law : ‘UNCITRAL’)에서 제정한 ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods : ‘CISG’)은 복잡다단한 국제무역의 준거법(applicable law)²⁵⁾으로서의 역할과 법적 기능을 확보하기 위한 것에 목적을 둔 입법적 산물로서, 1930년대부터 반세기에 걸친 제정노력을 통해 1980년에 이르러 그 결실을 보게 되었고, 협약(convention)²⁶⁾으로서 발효요건을 갖춘 1988년 1월 1일부터 효력을 발생하고 있다(Gordon, 1998).

CISG는 국제상거래에 있어 ‘국제물품매매계약’(Contract for the International Sale of Goods)에 관한 한, 가장 성공한 선도적 입법례로서 평가되고 있음과 동시에, 이에 합당한 위상을 표방하고 있다.

이러한 평가는 CISG가 그간 국제상거래에서 국제물품매매를 규율하는 ‘국제적 통일법’(international uniform law)으로서의 위상에 걸맞은 역할을 여실히 감당하고 있음과 동시에, 이후로도 국제적 통일법으로서 위상을 다름없이 보전해 갈 수 있으리라는 법적 확신을 그 배경에 두고 있다(Amato, 1993).

우리나라는 CISG의 가입에 다소 소극적인 입장을 견지하고 있던 차제에, 상

25) ‘준거법’(準據法)이라 함은, ‘간접법’(間接法)인 국제사법(國際私法)의 규정에 따라 문제가 될 수 있는涉外적(涉外的) 사법관계에 적용되는 실질법(實質法)으로서, 곧 ‘내외사법’(內外私法)을 말한다. 주관적으로는, ‘당사자가 적용하기로 합의한 법’이며, 객관적으로는, ‘涉外적 생활관계와 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법’으로 정의된다. 이러한 실질법의 적용에 의해,涉外적 생활관계의 법률효과가 발생한다는 뜻에서 ‘준거법’을, 달리 ‘효과법’(效果法)이라고도 한다.

26) ‘협약’(協約)은 당사자의 일방 또는 쌍방이 단체[사적 단체·공공단체·국가 등]인 경우의 계약에 관하여 사용된다. 또한, ‘협약’은 국제법상 조약의 한 명칭으로 사용되는 점에서 ‘협정’(協定)과 동의어이다. 광의의 조약에는, 협약(協約)·규약(規約)·헌장(憲章)·규정(規定)·협정(協定) 등이 있다. 이 경우 ‘협정’은, 주로 정부가 행정권에 속하는 사항에 관하여 단독으로, 즉 입법부의 동의 없이 외국정부와 체결하는 ‘협정’에 사용된다. 이를테면, ‘한·미 행정협정’, ‘한·일 협정’ 등이 그 예이다.

대적으로 때늦은 시기이나마, 2004년 2월 17일 UN에 CISG에의 가입서를 기탁(deposit)하여, 발효요건을 갖춘 2005년 3월 1일부터 비로소 국내법(municipal law)²⁷⁾으로 수용하게 되었다. 이후 CISG는 국내 실정법(positive law)²⁸⁾ 곧, 민·상법에 우선한 특별법(special law, particular law)²⁹⁾의 지위를 점하게 되었다

CISG는 우리나라의 주요한 무역상대국인 미국[1988.01.01], 중국[1988.01.01], 프랑스[1988.01.01], 독일[1991.01.01], 캐나다[1992.05.01], 일본[2009.08.01 : 이상 발효일 기준] 등 전 세계 83개국이 이에 가입하고 있다. 이러한 추세는 CISG가 명실공히 국제무역에 있어 국제물품매매에 적용될 준거법으로서 그 지위를 견고히 확립하고 있음을 시사한다.

무엇보다도 CISG가 발효 이후 현재까지 국제상거래에서 법적 분쟁과 다툼을 예방하고, 그 장애를 제거함과 동시에, 신속·민활한 국제상거래의 활성화에 그 순기능적 역할을 제고하고 있다는 사실은, 이 같은 추세와 배경의 실질적 요체로 취급할 수 있다.

요컨대 CISG는 국제상거래에 참여하고 있거나 또는 참여가 예상되는 계약 당사자 상호 간 각양의 이해를 담보할 수 있는 첩경으로서 그 선도적 지위를 점하고 있다는 시각에서 그 의의를 구할 수 있다(심중석, 2013).

27) ‘국내법’(國內法)은, ‘국가의 법제정권에 의해 국내의 사항에 관하여 제정한 법’을 말한다. ‘국제법’(國際法)에 대응하는 말이다. 근대국가는 그 권위를 스스로의 권력에 의하여 확립하고, 타국에 관하여 독립을 주장하며, 영역 내에서는 최고의 지배권을 가진다. ‘국내법’은 내국민은 물론이거니와, 국내에 체류하는 외국인에 대해서도 그 지배권을 가진다. 통상적으로, 국가의 공권력의 발동·태양기관 등에 관하여 규정한 것을 ‘공법’(公法)이라 하고, 달리 국민 사이의 관계를 규율한 것을 ‘사법’(私法)이라 한다.

28) ‘실정법’(實定法)은, ‘국가에 의하여 제정된 법으로서, 과거 또는 현재에 시행된 법’을 말한다. ‘자연법’(自然法)과 대립하는 개념이다. 이 경우 ‘자연법’이란, ‘모든 시대와 장소를 초월하여 적용될 수 있는 영구불변의 법’을 의미한다. ‘자연법’은 때로는 ‘실정법’을 보충하기도 하고, ‘실정법’의 지침이 되기도 한다.

29) ‘일반법’(一般法)은, 달리 ‘보통법’(普通法)이라고도 하는데, ‘특별법’(特別法)에 비해 보다 광범위한 사람·장소 또는 사항에 적용되는 법을 의미하고, ‘특별법’은, ‘일반법’보다 좁은 범위의 사람·장소 또는 사항에 적용되는 법을 말한다. 일례로, 일상생활에 적용되는 민법은 ‘일반법’이지만, 상거래에만 적용되는 상법은 ‘특별법’이다. ‘특별법’은 ‘일반법’에 우선하며, ‘특별법’의 규정이 없을 때에는 ‘일반법’이 보충적으로 적용된다(한편, 영국법의 근간을 이루는 코먼로를 통상 보통법이라고도 하는데, 여기서 보통법은 상기한 ‘보통법’과는 전혀 다른 의미임을 주의해야 한다).

2. 기본원칙

CISG에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 발생할 수 있는 특단의 문제를 해결할 수 있는 명시적인 규정을 보유하고 있지 않다. 그 이유는 CISG의 제정 당시 계약체결전 과실책임에 관한 입법논의가 있었음에도 동 사안은 국제상사 계약에 법통일화를 지향하고 있는 국제협약으로서 CISG의 적용상 장애가 될 수 있을 뿐만 아니라 계약체결을 위한 교섭과정에 있어 법계 간 또는 국제사법상의 시각차로부터 예상치 못한 문제를 초래할 수 있다고 하는 이유로 지지를 얻지 못했기 때문이었다.

요컨대 계약체결전 과실책임의 성립을 위한 교섭단계에서 신의의 준수와 관련하여 CISG는 신의칙에 관한 명시규정을 보유하지 않고 있는 까닭에, 신의칙의 유효한 해석 및 적용기준을 제시하고 있지 못한 한계를 내재하고 있는데, 이 경우 신의칙은 CISG를 해석함에 있어 고려되어야 할 협의적 원칙으로서만 기능하고 있을 따름이다(제7조).³⁰⁾ 결국 CISG상 신의칙은 해석의 도구로써 그 목적이 오직 CISG의 통일성을 증진하는데 있고, 달리 순수하게 지역적인 정의나 개념의 사용은 배제되어 있다(이진기, 2010).

한편 본조에서 신의의 준수를 증진할 수 있도록 CISG를 해석한다는 의미는 CISG가 기초하고 있는 일반원칙의 적용과 관련된다. 따라서 CISG상의 신의칙은 CISG가 채용한 규칙 및 조항의 해석에 있어서만 기능하여야 하는 것으로, 달리 CISG의 대상으로 되는 국제물품매매계약의 본질을 해석하는데 있어서 적용되는 원칙은 아니다. 왜냐하면 CISG는 계약내용의 확정, 계약조항의 해석, 채무내용의 확정 등에 있어 신의칙은 기능하지 않는다는 기본원칙을 수용하고 있기 때문이다.

30) CISG, 제7조 : “(1) 본 협약의 해석에 있어서는 협약의 국제적 성격과, 적용상의 통일성 및 국제상거래에서 신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다. (2) 본 협약에 의해 규율되는 사항에 관한 문제로서, 본 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는, 본 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 하며, 만약, 그러한 원칙이 없는 경우에는 국제사법의 규칙에 의해 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다.”.

3. 협약의 해석원칙

CISG 제7조 (1)은 CISG를 해석함에 있어서는 협약의 국제적 성격과, 적용상의 통일성 및 국제상거래에서 신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다고 규정하고 있으며, 본조 (2)에서는 CISG에 의하여 규율되는 사항에 관한 문제로서, CISG에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는, CISG가 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 하며, 만약 그러한 원칙이 없는 경우에는 국제사법의 규칙에 의해 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다고 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 CISG에서는 계약체결전 과실책임에 관한 명시적 규정이 존재하지 않는다.

다만 CISG상 신의칙은 그 밖의 규정의 입법적 기초가 되었거나 CISG 내 적의 반영되어 당해 규정의 의 또는 취지를 보충하는 일반원칙으로서 기능하고 있음을 눈여겨 볼 수 있는데,³¹⁾ 이를테면 합리성(reasonableness), 공정거래(fair dealing) 등과 같이 동일시 할 수 있는 개념을 통해 반영되고 있다. 특별히 합리성은 여러 규정에서 다양하게 언급되는 가운데 CISG내에 수용되어 있음을 살필 수 있다(Gillette, 2004).³²⁾

요컨대 CISG에서는 CISG의 해석에 있어서 CISG의 국제적 성격과 또한 그 적용상의 통일성 및 국제상거래에 있어 신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다는 명시규정에 따라 신의칙은 CISG의 해석에 관한 일반원칙으로서 뿐만 아니라 계약체결전 과실책임을 규율할 수 있는 보충규정으로 기능하고 있다고 볼 수 있다(심종석, 2004).

31) CISG 제7조를 위시하여 제16조 (2)의 (b); 제21조 (2); 제29조 (2); 제30조; 제37조; 제38조; 제49조 (2); 제64조 (2); 제82조; 제85조; 제88조 등.

32) 합리성을 포함한 규정 및 유사 규정례는 CISG 제8조 (2)를 위시하여 제16조 (2)의 (b); 제18조 (2); 제25조; 제33조 (c); 제34조; 제35조 (2)의 (b); 제37조; 제38조 (3); 제39조 (1); 제43조 (1); 제44조; 제46조 (2), (3); 제47조 (1); 제48조 (1), (2); 제49조 (2); 제63조 (1); 제64조 (2)의 (b); 제65조 (1), (2); 제72조; 제73조 (2); 제75조; 제76조 (2); 제77조; 제79조 (1), (4); 제85조; 제86조 (1), (2); 제87조; 제88조 (1) 내지 (3) 등이다.

4. 학설의 태도

앞서 본 바와 같이 CISG에서는 계약체결전 과실책임에 관한 명시적인 규정을 보유하고 있지는 않다. 그러나 CISG 제7조에서 언급하고 있는 신의칙은 CISG의 해석원칙을 규정하고 있는 제7조에서만 언급되고 있지만, CISG의 여타 조항에 깊숙이 개입되어 있는 기본원칙이라고 할 수 있다.

이러한 신의칙의 개념을 요약·분설하면 다음과 같다. 국제사법에서의 신의칙을 일괄하면 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 것으로 새길 수 있는데, 이 경우 신의칙은 계약당사자 간의 상호 신뢰를 저버리지 않도록 성의를 가지고 행동해야 함을 의미한다. 이는 ‘권리남용 금지의 원칙’³³⁾, ‘계약자유’의 원칙³⁴⁾과 더불어 근대 사법을 지배하는 기본적인 원칙으로서 그 지위를 보유하고 있다.

연혁에 비추어 신의칙은 로마법상 확립된 ‘신의’(fides)의 개념으로부터 발현하여 현재 ‘신의칙’은 근세 대륙법체계에 계승되어 성문화되는 과정을 거쳐, 널리 ‘상호협력과 관용’(co-operation and tolerance)이라는 인식을 통해 근대 사법의 전반을 지배하는 최고원리로 자리매김 되고 있다(Mitchell, 2006).

이러한 신의칙은 CISG 내에 적절히 반영되어 CISG의 의의 또는 취지를 보충하고 있는데, 예컨대 앞서 본 바와 같이 합리성(reasonableness), 공정거래(fare dealing) 등과 같이 신의칙에 의제될 수 있는 개념을 통해 구현되고 있다.

특히 신의칙에 준한 합리성은 앞서 본 바와 같이 CISG의 여러 규정에서 명시적으로 다양하게 언급되고 있는데, 학설에 따라 그 개념을 살펴보면 다음과

33) 권리는 사회공동생활의 향상 발전을 위하여 인정되는 것이므로 그 행사는 신의성실에 좇아서 행하여져야 하고 그렇지 않을 경우에는 불법한 것으로서 금지되어야 한다는 원칙이다. 권리자유 원칙을 근본적으로 수정하는 진정한 권리남용금지가 확립된 것은 권리의 공공성·사회성이 인정되면서부터이다. 즉 권리자의 주관적 의사(방해의 의사나 목적)를 표준으로 하는 시카아네(Schikane)금지의 법리와는 달리 객관적 입장에서 권리가 본래의 사회적 목적을 벗어난 행사가 있었는지에 여부를 표준으로 권리남용을 인정할 수 있게 되었기 때문이다.

34) 개인이 자기의 의사에 따라 계약의 내용이나 형식 및 계약체결을 자유로이 할 수 있는 원칙이다. 소유권의 절대 과실책임의 원칙과 함께 근대민법의 3대 원칙을 이루고 있다. 계약자유는 내용으로서는 체결의 자유·상대방선택의 자유·내용결정의 자유·방식의 자유 등 4가지를 드는 것이 보통이다. 이 원칙은 자본주의의 초기에 특히 강조되고 있었지만 오늘날에는 제한을 받고 있다.

같다. 우선 신의칙에 의제되고 있는 합리성은 CISG의 일반원칙에 부수하여 계약당사자 스스로가 합리적인 자의 기준에 따라 행동하는 상호 간의 규칙,分別력 있고 공정하게 행동하는 당사자의 윤리적 기준으로서 기능하는데, 이 경우 합리성의 적용기준은 ‘상당한 주의의무’(due diligence)에 따라 행동하여야 하는 것으로, 곧 CISG 내에 기초를 두고 있거나 적어도 현재 적용되는 그 밖의 실정법체계하에서의 기준, 국제상거래에서 통상적이고도 수용 가능한 것을 결정함에 있어서의 판단기준, 당사자 간 확립한 관행(practice)과 관습(usage)의 구속력을 명시하고 있는 CISG 제9조의 접근방식에 기초한 계약적 의무의 기준 등으로 설명되고 있다.³⁵⁾

5. 소결

CISG는 계약체결전 과실책임에 대한 명문의 규정을 존치해 두고 있지는 않다. 그러나 CISG 해석에 관한 일반원칙(제7조)을 통해 우회적으로 CISG가 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 한다고 명시하여 국제상거래에 있어 신의성실과 공정거래를 수용하여 PICC 및 PECL 등으로부터 보충되고 있음과 동시에 이를 통해 계약체결전 과실책임을 해결할 수 있는 여지를 남겨두고 있다고 볼 수 있다.

더불어 CISG 내의 여러 규정에서 다양하게 나타나고 있는, 예컨대 신의칙에 상당한 합리성과 공정거래와 같은 유사개념을 통해 실질적으로 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 책임귀속의 문제를 해결 할 수 있는 우회적 방안을 제시하고 있다고 본다.

35) CISG, 제9조 : “(1) 당사자는 합의한 관행과 당사자 간에 확립된 관습에 구속된다. (2) 별도의 합의가 없는 경우에 당사자가 알았거나, 알 수 있었던 관행으로서 국제상거래에서 당해 상거래에 관련된 종류의 계약을 하는 자에게 널리 알려져 있고, 통상적으로 준수되고 있는 관행은 당사자가 이를 계약 또는 계약의 성립에 묵시적으로 적용하는 것으로 본다.”. 본조는 ‘관습’(usage)과 ‘관행’(practice)에 대한 법적 구속력을 다루고 있는 규정이다. 곧 당사자 간에 합의된 관행과 확립된 관습은 당사자들을 구속하며, 이 경우 합의된 관행이 부재한 경우에는 비교적 엄격한 요건을 충족하고 있는 일반적 관행이 당사자 간에 묵시적으로 적용된다. 이는 계약뿐만 아니라 계약의 성립 시에도 공히 적용된다.

제2절 국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)

1. PICC의 의의

‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(Principles of International Commercial Contract, ‘PICC’)은 갈수록 복잡다단해 지고 있는 국제상사계약 당사자의 이해를 적절히 균분·조정하기 위한 법적용상의 필요에 부응하고, 계약당사자 간 계약상 의무의 성실한 이행을 담보하여 신속·민활한 국제상거래를 촉진하기 위한 법기능상의 역할을 수행하기 위함에 목적을 두고, 이른바 사법통일국제협회(International Institute for the Unification of Private Law, ‘UNIDROIT’)에 의해 최초 1994년 성안되었다.

주지하듯 PICC는 그 자체가 CISG와 같이 구속력 있는 협약이 아니라, 단지 국제상사계약의 일반원칙(general principles)을 집적한 법적 기준으로서 소위 국제적 리스테이트먼트(restatement)로서 기능한다(Michaels, 2009).

PICC는 실질적으로 국제상사계약에 관한 각국의 국내법이나 국제법규를 해석함에 있어서 ‘보충적 역할’(gap-filling role) 내지 일반원칙으로서 법계 간 타협의 결과로서 CISG에 내재된 생래적 한계를 극복 및 보충하기 위해, 예컨대 더욱 포괄적 통일법을 기초하여 CISG의 보충역할을 감당하기 위해 새롭게 시도된 입법적 결과라 할 수 있다.

요컨대 PICC는 국제상사계약에 임한 계약당사자에게 계약서 작성의 지침으로서, 또한 각국 법원이나 중재기관에는 국제상사계약에서 야기되는 분쟁해결의 법적 기준으로서 적용 및 원용할 수 있는 법적 실익을 표창하고 있다.

1994년 공표된 이후 국제상사계약에 관한 중추적 법원으로 자리매김하였던 PICC는 그간의 추가·개정작업을 통해 차례로 PICC(2004)를 거쳐 PICC(2010)으로 새롭게 공표되어 현재에 이르고 있다.

PICC의 기능과 목적을 일괄하면, 국제상사계약의 준거법으로서 적용할 수 있다는 점, 국제통일법 및 국내법의 해석 및 보충수단으로서 역할을 감당할 수 있다는 점, 계약법이나 특수한 상거래에 관한 입법 시 일련의 모델법(model law)으로서 기능할 수 있다는 점 등으로 요약할 수 있고 전세계적 차원에서

국제상사계약을 대상으로 초국가적 입법이나 국제협약과 같은 구속력 있는 법 적용으로부터, 이를테면 국제적 법통일화의 보완적 차원에서의 입법적 지위를 구가하고 있다. 곧 PICC는 국제적 통일법규범의 불완전 내지 흠결 등의 법적 문제를 해결하기 위한 방편에서 비입법적 수단에 의한 법의 통일 내지 일치에 대한 시의적 요청에 부응하기 위한 취지에서 국제적 통일계약법규범적 성격을 지닌 입법적 산물이라는 점에서 그 의의를 구할 수 있다.

2. 불성실한 교섭

논제에 기하여 PICC는 CISG와 달리 계약체결전 과실책임에 관한 명문의 규정을 존치해 두고 있다. 이를테면 PICC는 ‘불성실한 교섭’(negotiations in bad faith)에 관한 규정에서, 계약체결을 위하여 당사자는 자유로이 교섭할 수 있고 합의에 이르지 못한 것에 대해 책임지지 않는다고 하고 이에 불성실하게 교섭을 행하거나 교섭을 파기한 당사자는 상대방이 입은 손실에 대하여 책임을 부담해야 한다고 규정하고 있음이 그것이다(제2.1.15조).³⁶⁾ 여기서 불성실(bad faith)은 상대방과 합의하지 아니할 의사를 가지고 교섭을 시작하거나 교섭을 계속하는 것을 말한다(Vogenauer & Kleinheisterkamp, 2009; 이충훈, 2007).

3. 신의성실 및 공정거래

PICC는 계약체결을 위한 교섭단계를 포함하여, 계약의 전 단계에서 계약당사자가 준수하여야 할 기본원칙으로서, ‘신의성실 및 공정거래’(good faith and fair dealing)에 관한 규정을 명시하고 있다(제1.7조).³⁷⁾ 나아가 본조에 연관되어 있거나, 이를 보충하고 있는 규정은 PICC의 제반 규정에 산재되어 있는데, 예컨대, 계약의 당사자는 국제상거래에서 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라

36) PICC, 제2.1.15조(악의의 협상) : “(1) 당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의의 부도달에 관해 책임지지 아니한다. (2) 그러나 악의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대해 책임을 진다. (3) 특히 당사자가 상대방과의 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의이다.”.

37) PICC, 제1.7조(신의와 공정거래) : “(1) 각 당사자는 국제거래에서의 신의와 공정거래에 좇아 행하여야 한다. (2) 당사자들은 당해 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.”.

행동하여야 하고, 각 당사자는 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다는 규정 등을 예시할 수 있다(Hartkamp, 1994).³⁸⁾

이러한 PICC의 신의성실 및 공정거래는 계약당사자 간의 협상과정에서 뿐만 아니라 계약의 모든 단계에 적용하도록 함으로써 이를 PICC의 가장 기본적인 이념으로 표창하고 있다. 결국 PICC는 계약체결전 과실책임에 관하여 산재된 유관조문을 통하여 합리성과 공평성을 담보로 당해 책임을 다룰 수 있는 명문의 규정을 존치해 두고 있음에 따라 해석원칙에만 한정된 CISG와 결정적인 차이를 보이고 있다.

4. 현저한 불균형

PICC는 계약체결을 위한 교섭과정에서, ‘현저한 불균형’(gross disparity)이 개입된 경우 원칙적으로 당해 계약이나 계약의 개별조항을 취소할 수 있도록 규정하고 있다(제3.2.7조).³⁹⁾ 다만 가급적 계약을 원만히 유지·이행할 수 있도록 배려하고자 하는 취지에서, 취소권이 있는 당사자의 요청에 의하여 법원은 공정거래에 관한 합리적인 상거래 기준에 부합되도록 계약 또는 계약의 개별조항을 개정할 수 있는 부가규정을 추보하여 두고 있는 특징이 있다(Vogenauer & Kleinheisterkamp, 2009).

38) 이에 상당한 PICC의 규정은 제1.7조(신의와 공정거래)를 위시하여 제3.10조(현저한 불균형), 제4.8조(계약공백의 보충) 등이다.

39) PICC, 제3.2.7조(현저한 불균형) : “(1) 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우 당사자는 계약의 전부를 해제하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일부를 해제할 수 있다. 무엇보다도 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다. (a) 당사자의 종속상태, 경제적 궁핍이나 긴박한 결핍 또는 그의 경솔·무지·무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 이용한 사실 그리고 (b) 당해 계약의 성격과 목적. (2) 해제권을 가진 당사자의 요청이 있는 때, 법원은 합리적인 공정거래의 기준에 부합되도록 당해 계약이나 계약조건을 변경시킬 수 있다. (3) 또한 법원은 계약해제의 통지를 받은 당사자의 요청이 있는 때에도 당해 계약이나 계약조건을 변경시킬 수 있다. 다만 당사자가 그러한 통지를 수령한 후 신속하게 또한 상대방이 그러한 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 자신은 그러한 요청을 할 것임을 상대방에게 알렸어야 한다. 이 경우 제3.2.10조 (2)의 규정이 적절히 준용된다.”.

5. 소결

PICC는 앞서 본 바와 같이 CISG의 규정이나 그 법적 효과에 대한 ‘보충적 역할’(gap-filling role)을 감당하기 위한 역할에서 뿐만 아니라 국제사법의 판결·판정기준과 지침을 제공하기 위한 것에 목적을 둔 입법산물이라고 할 수 있는데, 이에 걸맞게 PICC는 계약체결전 과실책임에 관한 명시적인 규정을 두고 있다(Veneziano, 2010).

나아가 계약과정에서 생략된 조항을 보충할 수 있는 근거도 마련해 두고 있는데, 이를테면 계약당사자가 쌍방의 권리의무의 확정과 관련하여, 중요한 조항에 대해 합의하지 아니한 경우에는 그 상황 아래서 적절한 조항이 보충되어야 한다고 규정하고 있고(제4.8조),⁴⁰⁾ 아울러 적절한 조항인지를 결정할 수 있는 고려사항으로서, ‘계약당사자의 의사’(intention of the parties), ‘계약의 성질과 목적’(nature and purpose of the contract), ‘신의성실과 공정거래’(good faith and fair dealing), ‘합리성’(reasonableness) 등을 제시하고 있기도 하다.

요컨대 PICC는 CISG 제정 당시 법계 간 이해관계의 대립으로 인하여 누락되었던 신의성실과 공정거래에 관한 적용범위와 기준을 명확히 규정하고 있어 CISG를 보충하고 있다. 곧 계약체결을 위한 교섭단계에서 뿐만 아니라 계약체결의 전 과정을 통하여 이러한 일반원칙이 적용될 수 있도록 PICC의 제정취지에 걸맞게 보다 구체적인 규정을 보유하고 있는 특징이 있다(심종석, 2004).

40) PICC, 제4.8조(계약공백의 보충) : “(1) 당사자들이 그들의 권리·의무의 확정과 중요한 계약조건을 합의하지 않은 때는, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로써 당해 공백을 보충한다. (2) 무엇이 적절한 계약조건인가를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소를 고려하여야 한다. (a) 당사자들의 의사 (b) 계약의 성격과 목적 (c) 신의와 공정거래 (d) 합리성.”.

제3절 유럽계약법원칙(PECL)

1. PECL의 의의

국제물품매매 내지 국제상사계약에 관한 일련의 계약법규범(CISG, PICC 등)은 유럽경제구조의 재편, 곧 통합된 유럽연합(EU)⁴¹⁾의 통일입법과정을 통하여 보다 구체화되었는데, 이러한 시각에서 그 대표적 입법례로 취급할 수 있는 것이, 이른바 ‘유럽계약법위원회’(Commission on European Contract Law : ‘CECL’)⁴²⁾에 의해 공표된 ‘유럽계약법원칙’(Principles of European Contract Law : ‘PECL’)이다.

한편 PECL은 성안 초기부터 UNIDROIT와 상호 밀접한 연관성을 갖고 수행된 입법연혁을 보유하고 있는데, 이를테면 양 기구(CESL, UNIDROIT)에 공히 다수의 공통한 입법구성원[WG members]참여하고 있다는 사실, 그 결과 양 원칙의 규정체계 및 조문내용이 실질적으로 동일하거나 유사한 경우가 상당하다고 하는 사실 등이 이를 증한다(Király, 2000).

다른 한편 PECL은 그 태생이 유럽계약법의 통일화를 모색하기 위한 차원에서 자연발생적으로 수행된 입법적 결실이었던 까닭에, 자연히 계약법리의 보편타당성에 기반을 두고 법계 및 회원국 간 법리를 종합하여 도출된 계약법의 합리적 표준으로서의 지위를 점한다. 그 결과 PECL은 PICC의 기능과도 같이 일반원칙으로서 CISG를 보충할 수 있는 여지를 다분히 내재하고 있을 뿐만 아니라 그 실체에 있어서도 PICC에 견주어 보다 세밀하고 구체적인 규정내용을 보유하고 있기도 하다는 점에서 그 의의를 구할 수 있다(심종석, 2006).

41) 이 같이 통합·단일화된 유럽경제체제는 모름지기 경제사학적으로 한 세기를 통틀어 가장 주목할 수 있는 경제현상으로 자리매김 되었을 뿐만 아니라, 현재 또한 이후로도 세계경제질서 재편의 시각에서 다방면에 걸쳐 지대한 파급효과를 양산하는 방향으로 진전되고 있다.

42) CECL은 위원장인 덴마크 Ole Lando 교수의 이름을 따서 소위 ‘Lando 위원회’(Lando Commission)로 약칭된다. 본래 Lando 위원회는 1980년 브뤼셀에서 개최된 사법통일 심포지움을 계기로 구성되어 현재까지 EC 위원회로부터의 재정지원을 받아 정부 간 조직으로써 활동하고 있다. 동위원회는 개인자격으로 참가한 학자와 법률가 및 옵서버를 중심으로 구성되어 있다. 다만 인적구성면에서 UNIDROIT와 같이 전 세계적이 아니라 유럽 역내 회원국에 한정하고 있다는 차이점이 있다.

그렇지만 PECL은 역내 회원국에게 직접적으로 적용되는 구속력 있는 강행법규는 아니고, 다만 유럽의 민사법상 일반원칙을 단지 법전의 형식을 빌려 정형화하고 있는 비구속적 입법표준으로서의 법적 지위를 점한다.⁴³⁾ 따라서 PECL은 유럽 역내 회원국을 향하여 상거래의 장애를 극복하기 위한 법리적 기초제공에 그 고유한 입법취지를 두고 있어, 이로부터 장차 역내 국제상거래를 직접적으로 규율할 수 있는 통일법 제정을 촉구하는 또 다른 원인이 되고 있다.

2. 신의성실에 반하는 교섭

PECL에서는 계약체결전 교섭단계에서의 법규제가 CISG 및 PICC와 비교할 경우 보다 구체적이고 충실하다. 곧 PECL은 계약체결전 교섭상의 자유에 관한 규정으로 ‘신의성실에 반하는 교섭’에 대한 규정을 두고 있는데, 이는 앞서 살핀 바 있는 PICC의 불공정한 교섭에 관한 규정과 유사하다. 곧 법이 당사자에게 어떠한 계약을 체결할 의무를 부과하고 있는 경우를 제외하고, 당사자는 계약을 체결할지 여부를 결정할 자유가 있다는 것이 그것이다(제2:301조).⁴⁴⁾

결국 계약당사자는 중국적으로 계약을 체결할 것인지 확신이 없을 경우에도 교섭을 시작할 수 있을 뿐만 아니라 달리 교섭을 중단할 수도 있으며, 이 경우 중단의 이유를 밝힐 필요 또한 요구되지 않는다. 그러나 당사자, 특히 직업적 종사자인 당사자가 계약을 절대 체결하지 않을 것을 알고서 교섭에 들어갔다면 상대방이 헛된 교섭으로 적지 않는 비용이 투입될 경우 본조에 기하여 그 상대방에 대한 책임이 부과된다. 또한 당사자가 계약을 체결하지 않기로 결정한 후에 교섭을 계속하는 것 또한 신의성실에 반하는 것으로 보아 그 결과는 마찬가지로 할 것이다(김재형, 2013).

43) 그럼에도 불구하고 PECL은 통합된 유럽경제체제하에서 법계 간 법리적 원칙을 종합하여 제정된 연혁을 보유하고 있어, 유럽연합을 향하여 현재까지 법리적 표준으로서 보편타당성의 제시 및 역내법통일화를 위한 해석의 기초, 역내 법원에 법리적 기준과 시사점의 제공 등의 고유한 법적 기능을 수행하고 있다.

44) PECL, 제2:301조(신의성실에 반하는 교섭) : “(1) 당사자들은 교섭의 자유를 가지며, 합의에 이르지 못한 것에 대해 책임을 지지 아니한다. (2) 그러나 신의성실 및 공정거래에 반하여 교섭하거나 교섭을 중단한 당사자는 상대방이 입은 손해에 관하여 책임을 진다. (3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 이를 진정한 의도 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 것은 신의성실 및 공정거래에 반한다.”.

3. 계약상 채무를 발생시키는 언명

PECL은 계약체결전 교섭단계에서 계약상 채무를 발생시키는 보다 구체적인 내용으로서, 교섭단계에서 당사자 일방에 의해 행하여진 진술은 상대방이 당해 사정하에서 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적(reasonable)으로 이해한 경우 계약상 의무가 발생한 것으로 본다고 명시하고 있다(제6:101조).⁴⁵⁾

이 경우 ‘상대방에 대해 당해 진술의 현저한 중요성’(the apparent importance of the statement to the other party), ‘그 당사자가 진술을 상거래 과정에서 행하였는지의 여부’(whether the party was making the statement in the course of business), ‘양당사자의 상대적인 전문지식’(the relative expertise of the parties) 등에 대한 사정이 포함되어 있는지의 여부를 고려하여야 함을 그 조건에 두고 있다. 즉 불이행을 당한 당사자가 본조를 원용하려면, 정보나 확약이 계약을 체결하려는 그 자신의 결정에 영향을 주었어야 한다. 단지 판촉용 표현에 불과한 진술이나 약속은 본조의 적용을 받지 않는다. 이는 단순한 거래제의성 의견표명은 정보로 볼 수 없음을 의미한다. 따라서 상대방이 관련성이 없다고 보는 정보나 약속 역시 계약의 일부가 될 수 없다(Storme, 2004).

한편 착오는 원용할 수 있다. 예컨대 당사자 일방이 불실표시를 했다면, 상대방에게는 제4:103조에 따라 착오를 이유로 한 취소권이 발생할 수도 있고,⁴⁶⁾

45) PECL, 제6:101조(계약상의 채무를 발생시키는 언명) : “(1) 계약의 체결 전 또는 계약체결 시에 일방당사자에 의해 행하여진 언명은, 상대방이 당해 사정하에서 다음과 같은 사정을 포함을 고려할 때 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우에는 계약상 의무의 발생으로 본다. (a) 상대방에 대해 당해 언명의 현저한 중요성 (b) 그 당사자가 그 언명을 거래의 과정에서 행하였는지 여부 (c) 양당사자의 상대적인 전문지식 (2) 당사자 일방이 전문적 공급자로서 용역이나 물품 그 밖의 재산의 질이나 이용에 관한 정보를 그것의 판매활동이나 선전을 하는 과정에서 또는 다른 방식으로 계약을 체결하기 전에 제공하는 경우에는 그 언명은 계약상 의무를 발생시키는 것으로 본다. 다만 상대방이 그 언명이 정확하지 않다는 것을 알았거나 모를 수 없었음이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다. (3) 전문적 공급자를 위하여 용역, 물품 그 밖의 재산을 판매 또는 선전하는 자 또는 거래상 연결관계에서 선행 위치에 있는 자에 의해 제공된 그러한 정보나 보장은 전문적 공급자 측에 계약상 의무를 발생시키는 것으로 본다. 다만 그가 그 정보나 보장을 알지 못하였고 또 그것을 알 이유가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”.

46) PECL, 제4:103조(사실 또는 법에 관한 착오) : “(1) 당사자는 계약체결 시에 존재한 사실 또는 법률에 관한 착오를 이유로 하여 다음의 경우 계약을 취소할 수 있다. (a) i) 착오가 상대방이 제공한 정보에 의하여 야기되었거나; 또는 ii) 상대방이 그 착오를 알았거나 알았음이 분명하며, 또 착오상태에 놓아두는 것이 신의성실 및 공정거래에 반하거나; 또는 iii) 상대방도 동일한 착오에 빠져 있고, 또한 (b) 착오 당사자가 진실된 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않았을 것이거

제4:106조에 따라 부정확한 정보 제공에 대한 손해배상청구권이 발생할 수도 있다.⁴⁷⁾ 그러나 만일 계약체결 전에 공급자 또는 공급자가 책임을 지는 다른 사람이 물품의 품질이나 용법에 관한 부정확한 정보를 제공했다면, 이 정보는 항상 계약의 일부를 구성하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 상대방은 자신의 취할 수 있는 구제수단을 임의로 선택을 할 수 있다(김재형, 2013).

아울러 계약당사자 일방이 ‘직업적 공급자’(professional supplier)로서 용역, 물품 그 밖의 재산의 질이나 이용에 관한 정보를 판매활동이나 선전을 행하는 과정에서, 또는 다른 방식으로 계약을 체결하기 전에 제공하는 경우 그 진술은 계약상 의무를 발생시키는 것이 된다고 하고, 그렇지만 상대방이 그 진술이 정확하지 않다는 것을 “알았거나 모를 수 없었다”(knew or could not have been unaware)는 사실이 증명된 경우에는 그러하지 않다고 규정하고 있다(Schulze, 2005).

4. 그 밖의 기준

계약체결전 과실책임을 다룰 수 있는 그 밖의 규정으로서 PECL에서는 신의성실 및 공정거래의 준수(제1:201조), 협력의무(제1:202조), 합리성(제1:302조), 비밀성 침해(제2:302조) 등의 조문을 존치해 두고 있다.⁴⁸⁾

나 본질적으로 다른 내용으로 계약을 체결하였을 것이라는 것을 상대방이 알았거나 알았음이 분명한 경우. (2) 그러나 당사자는 (a) 그 상황에서 당사자 일방의 착오가 면책될 수 없거나 또는 (b) 그가 착오의 위험을 인수하였거나 그러한 상황에서 그 위험을 감수해야 하는 경우에는 계약을 취소할 수 없다.”.

47) PECL, 제4:106조(부정확한 정보) : “상대방이 제공한 부정확한 정보를 신뢰하여 계약을 체결한 당사자는, 그 정보가 제4:103조하의 착오를 이유로 계약을 취소할 권리를 발생시키지 아니하는 경우에도 제4:117조 (2)항 및 (3)항에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 정보를 제공한 당사자가 그 정보의 정확성을 믿을 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.”.

48) PECL, 제1:201조(신의성실 및 공정거래) : “(1) 권리의 행사나 의무의 이행 시 각 당사자는 신의와 공정의 원칙에 따라야 한다. (2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.”; 제1:202조(협력의무) : “각 당사자는 상대방에 관하여 계약의 완전한 실현을 위한 상호 협력의무를 진다.”; 제1:302조(합리성) : “이 원칙하에서 합리성은 신의를 가지고 행위하는 자가 동일한 상황에서 합리적이라고 볼 수 있는 바에 의하여 판단된다. 특히 무엇이 합리적인가를 평가함에 있어서 계약의 성질과 목적, 구체적 제반 사정 그리고 거래나 해당 직업의 관행과 관례가 고려되어야 한다.”; 제2:302조(비밀성 침해) : “교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 주어졌다면, 계약체결 여부에 상관없이 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아니할 의무를 진다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단은 발생한 손해의 배상 및

우선 신의칙 및 공정거래의 준수에 관하여 신의칙은 그 목적에 상응하여 해석되고 전개되어야 한다고 하고, 특히 신의성실 및 공정거래, 계약관계의 명확성과 적용에 있어서 통일성 제고의 필요성을 고려하여야 한다고 명시하고 있다. 아울러 당해 신의칙의 준수를 계약당사자 간의 강행규정으로 명시하고 있는데, 이 경우 ‘신의성실 및 공정거래’(good faith and fair dealing)의 법적 기준으로서 권리의 행사나 의무의 이행에 있어 각 당사자는 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 행동하여야 한다고 규정하고 있다. 이 경우 계약당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다는 제한요건이 부가된다(Lando, 2007).

요컨대 신의칙은 PECL 규정체계 전반의 일반원칙으로써 기능하고 있는데, 곧 계약의 성립, 이행 및 종료단계를 포괄한 계약관계 전반에서 요구되어지는 계약당사자 간 기본적 의무라는 점을 명확히 하고 있다. 다만 당해 조항은 유효한 계약의 존재를 전제하고 있어, 가령 계약자체가 불공정하여 무효가 되는 경우에는 그 사유가 조각된다.

PECL에서 신의칙의 의미는 주관적 개념으로써 ‘의식에 있어서 정직과 공정성’을 의미하는데, 예컨대 구체책을 행사함에 있어 자신에게 아무런 이익이 주어지지 않은 상황에서, 다만 상대방을 해할 목적인 경우에는 그 행사가 허용되지 않는다. 이 경우 공정거래는 객관적으로 판단하는 사실상 공정성의 준수를 의미한다(박영복, 2003).

더불어 PECL에서 계약당사자는 계약을 완전히 실현하기 위하여 상대방에게 협력할 의무를 진다고 하여 협력의무를 명시하고 있기도 하다. 따라서 각 당사자는 계약의 완전한 이행을 확보하기 위하여 상대방과 협력할 의무를 진다. 이는 상대방이 그의 의무를 이행하는 것을 가능하게 하고, 그것에 의하여 계약에서 약속한 이행의 결과를 수취할 의무를 포함한다(김재형, 2013).

그리고 PECL은 신의칙의 유사개념으로 합리성(reasonableness)에 관한 명시적인 규정을 보유하고 있다. 즉 PECL하에서 합리성은 신의를 가지고 행위하는 자가 동일한 상황에서 합리적이라고 볼 수 있는 바를 기준으로 판단하여야 한다고 하고, 특히 무엇이 합리적인가를 평가함에 있어서는 계약의 성질과 목적, 구체적 제반 사정, 그리고 거래나 해당 직업의 관행과 관습 등이 적의 고

상대방이 얻은 이익의 반환을 포함한다.”.

려되어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 개별규정에서 언급되고 있는 합리성과 관련된 개념을 해석함에 있어 명확한 법적 기준을 제시하고 있다(Storme, 2003 ;김재형, 2013).

비밀성 침해와 관련, 계약교섭 과정에서 당사자 일방이 비밀정보를 제공한 경우 상대방은 나중에 계약이 체결되었는지 여부를 불문하고 그 정보를 공개하지 않고 자신을 위한 목적으로 사용하지 않을 의무를 진다. 이 의무의 위반에 대한 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방이 얻은 이익의 반환이 포함된다.

일반적으로 계약의 체결을 위한 교섭에 임한 당사자는 당해 교섭기간 동안 얻은 정보들을 비밀로 다루어야 할 의무가 없다. 계약이 성사되지 않더라도 정보를 받은 자는 그 정보를 다른 이에게 공개해도 되며, 그 자신의 목적을 위해 사용해도 된다. 그러나 당사자가 비밀유지에 관한 이해관계가 있을 수 있다. 그는 자신이 제공하는 정보가 비밀로 지켜져야 하고 상대방에 의해 사용되어서는 안 된다고 명시할 수 있다. 나아가 이러한 표명이 없었더라도 정보를 받은 당사자는 일정한 정보를 비밀로서 다루어야 할 묵시적인 의무를 부담할 수 있다. 이러한 묵시적인 의무는 정보의 특별한 성질과 당사자들의 전문적 지위로부터 생길 것이다. 상대방은 이 정보가 비밀성이 있음을 알고 있거나 알아야 한다. 계약이 체결되지 않은 경우에 정보를 공개하거나 정보를 받은 자 자신의 목적을 위해 정보를 이용하는 것은 신의성실과 공정거래에 반할 것이다(김상찬·정영진, 2011).

이러한 비밀유지의무를 위반한 자는 손해를 배상할 책임이 있으며, 피해를 입은 당사자는 어떠한 손해도 입지 않았더라도 위반한 자가 그 정보를 공개함으로써 또는 자신의 목적을 위해 사용함으로써 받은 이익을 반환받을 권리를 보유한다(김재형, 2013).

5. 소결

PECL에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서의 법규제가 여타 국제통일계약규범에 견주어 보다 구체적이고 충실하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 계약체결을

위한 교섭책임으로써 신의성실에 반하는 교섭에 대한 명시적인 규정을 보유하고 있기 때문이다. 이를테면 계약체결을 위한 교섭단계에서 당사자 일방에 의하여 행하여진 진술은 상대방이 당해 사정하에서 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우에는 계약상 의무가 발생한 것으로 취급하고 있는데, 다만 이 경우 일부 제한요건을 부가하여 상대방에 대해 당해 진술의 현저한 중요성, 그 당사자가 진술을 상거래과정에서 행사하였는지의 여부, 양 당사자의 상대적인 전문지식 등에 대한 사정이 포함되어 있는지의 여부를 고려하여야 함을 조건으로 두고 있음을 이에 결부할 수 있다.

제4장 계약체결전 과실책임에 관한 판결례

제1절 신의칙 위반

1. 합의서에 기한 신의칙 위반⁴⁹⁾

1) 사실관계와 판결내용

A(벨기에 소재 매도인)와 B(프랑스 소재 매수인)는 C(계약의 목적물)를 제조하는 협상을 진행하였다. 협상의 결과로서, 양당사자 간에 의해 서명된 합의서가 작성되었다. 당해 합의서 작성 이후 시장상황의 급변으로 B는 본건 합의를 취소하였고, 이에 A는 계약위반을 이유로 B를 상대로 소를 제기하였다.

제1심법원은 본 사건의 관할권(벨기에)을 부정하였으나 상고법원은 그 결정을 번복하고 벨기에 법원의 관할권을 인정하였다. 이는 관련 상업상의 문제를 고려하고 아울러 ‘민사 및 상사에 관한 재판관할과 판결의 집행에 관한 EU 협약’(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, ‘Brussels Convention’) 제5조 (1)에 따른 결정이었다.⁵⁰⁾ 아울러 양당사자가 합의한 적용법은 프랑스법으로서, CISG 제57조에 따라 프랑스는 CISG의 계약국으로서 CISG를 적용하였다.⁵¹⁾

본건과 관련하여 법원은 당해 계약을 유효한 계약으로 인정하였다. 법원은 CISG에서의 계약체결과 관련하여 항상 명확한 청약과 승낙에 관해서만 가능

49) Hof van Beroep, Gent(Belgium), 「www.unilex.info/case.cfm?id=940」, 2002.05.15.

50) Brussels Convention, Article 5 : “A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued: 1. in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; in matters relating to individual contracts of employment, this place is that where the employee habitually carries out his work, or if the employee does not habitually carry out his work in any one country, the employer may also be sued in the courts for the place where the business which engaged the employee was or is now situated...”

51) CISG, 제57조(대금지급의 장소) : “(1) 매수인이 다른 특정한 장소에서 대금을 지급하여야 할 의무가 없는 경우에 매수인은 다음과 같은 장소에서 매도인에게 이를 지급하여야 한다. (a) 매도인의 영업소 (b) 대금이 물품 또는 서류의 인도와 상환으로 지급되어야 하는 경우 그 인도가 행하여지는 장소 (2) 매도인은 계약체결 후에 자신의 영업소를 변경함으로써 발생하는 대금지급에 대한 부수비용의 증가액을 부담하여야 한다.”.

하지 않다는 것을 지적하고, 당해 취지로서 계약당사자가 비록 합의서를 작성했지만 그 밖의 제반 상황과 신의칙에 의거하여 유효한 계약으로 인정하였다.

2) 평가

본건 판결의 의미로서 계약체결전 교섭의 과정에서 신의의 준수에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 CISG 제7조 (1)항은 충분히 고려되어야 한다는 사실을 알 수 있다. 곧 양당사자가 계약의 성립에 기한 법적 구속력을 확보하고 있지 못하다고 하더라도 당해 합의서는 계약의 체결을 의도하고 있음과 동시에 이로부터 상당한 계약책임을 부담하겠다는 의사표시로 보기에 충분하다고 보아, 이로부터 피해를 입은 당사자의 법적 구제의 측면에서도 법원의 판결은 정당하였다고 본다.

B의 처지에서는 양당사자 의사표시의 합치가 전제되지 않은 상황에서 다만 본건 합의서가 계약체결을 위한 일련의 부속적 합의의 내용으로 취급하여야 하고 또한 계약체결을 위한 과정에 불과했다고 주장할 수 있다고 보여지나, 그럼에도 불구하고 현대계약법의 추이에 비추어 계약체결전 과실책임은 엄연한 채무불이행책임으로 의제되고 있음을 고려할 때, 본건 법원의 판결은 정당하였다고 본다.

결국 양당사자는 신의칙에 의거 성실한 자세로 교섭에 임해야 하며, 불성실한 자세로 교섭에 임하여 일방당사자의 손해를 야기할 경우 이에 상당한 책임을 다름없이 부담하여야 한다는 취지에서 본건 판결례의 의의를 새길 수 있을 것으로 본다.

2. 표준약관에 기한 신의칙의 준수⁵²⁾

1) 사실관계와 판결내용

B(스페인 소재 매수인)과 A(독일 소재 매도인)은 C(계약의 목적물로서 중고기계설비)에 대한 매매계약을 체결하였다. 당해 매매계약서에는 계약의 이행에 관한 조건으로서 A가 B의 영업소에 C를 최종 설치하여야 한다는 내용이 삽입

52) 'Bundesgerichtshof'(Germany), 「www.unilex.info/case.cfm?id=736」, 2001.10.31.

되어 있었다. 다만 A의 기본조건에는 C의 하자에 대한 그 어떠한 책임으로부터 면책된다는 조건을 포함하고 있었다. 이는 계약당사자간 최종 확정발주서에 명시된 사항이었다.

그런데 계약의 목적물로서 C는 그 설치과정에서 일련의 문제점이 노출되었고, 그 결과 설치기간도 당초 예상 밖으로 길어지게 되었다. 이 과정에서 A를 대신한 설치자로서 소외 D는 C의 하자에 기인하여 결국 C의 설치를 포기하였다. 당해 C를 당초 기대한 대로 설치하기 위해서는 상당한 비용의 투입이 불가피하였다. 이에 B는 이상의 조건을 명시하여 당해 C의 설치에 필요한 비용을 명세하여 이를 A에게 청구하게 되었다.

A는 B의 이러한 청구사실을 부당히 여겨 결국 B를 상대로 소송을 제기하였는데, 그럼에도 불구하고 A는 당해 계약에 포함되어 있는 표준조건과 면책조항을 원용하여 B의 주장을 일축하였다. 하급법원에서는 C의 부적합에 대한 A의 책임, 곧 표준조건에서의 면책요건에 관한 규정은 본 소송에서의 사안대비 유효하지 않다고 판결하였으나 상급심 판결에서는 원심판결을 파기하고 이를 반송하였다.

상급심은 하급심으로 하여금 당해 C에 결함이 존재하는지 여부는 B의 계산과 위험하에서 행사되어야 함을 분명히 하였을 뿐만 아니라 A의 표준조건과 면책조항이 유효함을 인정하였는데, 이는 사실상 원심파기의 판결이었다. 상급심은 본건 판결의 법적 근거로써 계약서에 포함되어 있는 표준조건은 계약의 성립과 해석에 관한 CISG 규정에 의한 일반원칙으로서 양당사자를 구속하기 충분하고, 달리 국제사법에 의한 별단의 적용이 고려될 수 없다고 하였다.

2) 평가

본건 판결은, 청약서에 언급된 표준조건은 계약당사자를 공히 구속하기에 마땅하고 이 경우 국제상거래에서 신의의 준수에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 CISG 제7조는 반드시 고려되어야 한다는 원칙을 재차 확인했다는데서 그 법적 의의를 구할 수 있다. 곧 A의 면책조건은 B의 계산과 위험 하에서 수용된 계약내용으로 보기에 충분하고 이는 금반언의 원칙에 기하여 다름없이 인정할 수 있는 사실로 보아 본건 법원의 판결은 타당하였다고 본다.

제2절 기회상실과 허위표시

1. 기회상실에 관한 손해배상⁵³⁾

1) 사실관계와 판결내용

A(프랑스)와 B(코스타리카)는 코스타리카에서 독점적으로 차량기술개발센터를 건설하고 10년간 운영하는 공개입찰절차에 참여하기로 합의하였다. 본건 계약은 제3자에게 낙찰되었다. 이후 B는 제3자에게로의 낙찰결정은 적절하지 않다고 주장하였으나 A는 이러한 B의 주장을 일축하였다. 이에 따라 B는 A에 대하여 당해 합작투자 계약위반과 10년 사업기간 동안 기대할 수 있었던 이익의 손실을 포함하여 손해배상을 청구하는 중재절차를 개시하였다.

양당사자는 자신들의 계약서에 어떠한 분쟁도 신의 및 공정한 상거래 관습에 기초하여 그리고 우호적으로 해결되어야 한다고 합의한 계약내용을 편입해 두고 있었다. 중재판정부는 본건 계약내용이 국제계약상의 의무를 규율하고 널리 계약당사자의 자치에 기반을 둔 국제적인 합의를 지지하고 있는 일반원칙에 기초하고 있다고 보아, PICC의 적용이 타당하다고 실시하였다.

이에 중재판정부는 본 사건의 쟁점과 관련하여 A가 공매입찰기관의 결정에 대하여 이의를 신청한 것에 대하여 B와 연대하여 협조하지 않은 것은 합작투자계약에서 발생하는 자신의 의무를 위반하였다고 판정하였다. 이러한 취지로 본건 중재판정부는 PICC 제1.7조, 제1.8조, 제4.1조, 제5.1.3조 및 제5.1.4조를 인용하였다.⁵⁴⁾

53) 'Ad hoc arbitration'(San José, Costa Rica), 「www.unilex.info/case.cfm?id=1100」, 2001.04.30.

54) PICC, 제1.8조(불일치한 행위) : “당사자는 자신으로 인하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되었고 또한 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위 한 때에는 상대방의 그러한 이해에 반하여 그에게 피해가 되는 행위를 할 수 없다.”; 제4.1조(당사자들의 의사) : “(1) 계약은 당사자 간의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다. (2) 그러한 의사를 확정할 수 없는 경우 계약은 당사자들과 동일한 부류의 합리적인 사람들이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.”; 제5.1.3조(당사자 간의 협력) : “당사자는 상대방이 그 의무를 이행하는데 협력할 것이 합리적으로 기대되는 때는 그와 협력해야 한다.”; 제5.1.4조(특정한 결과를 이행할 의무와 최선의 노력을 다할 의무) : “(1) 당사자의 의무가 특정한 결과를 이룰 것을 그 내용으로 하는 범위에서 당사자는 그러한 결과를 이행하여야 한다. (2) 당사자의 의무가 어떤 일을 수행함에 있어 최선의 노력을 다할 것을 내용으로 하는 범위에서, 당사자는 그와 같은 부류의 합리적인 자가 동일한

한편 중재판정부는 선행행위와 모순되는 행위의 금지원칙을 인용하였으나, PICC 유관규정의 인용은 언급하지 않았다. 왜냐하면 당시 PICC(1994)의 규정은 존치되어 있지 않았기 때문이다. 다른 한편 B의 이익 상실에 관한 손해배상청구에 대하여, 중재판정부는 당해 기대이익은 그 전체로 배상하기에는 이에 상당한 입증사실이 매우 불확실하다고 하여 이를 배척하고 PICC 제7.4.3조의 인용을 통해 본건 기회상실에 관한 일부 손해배상만을 인정하였다.⁵⁵⁾

2) 평가

‘선행행위 모순금지의 원칙’은 영미법상 ‘금반언(*estoppel*)의 법리’와 유사한 원칙으로서 권리자의 권리행사가 그것에 선행하는 행위와 모순된 것이어서 그러한 후행행위대로 법률효과를 인정하게 되면 선행행위로 야기된 상대방의 신뢰를 해치는 경우에 권리자의 그와 같은 권리행사를 제한하는 원칙이다. 당해 원칙은 ‘권리남용금지의 원칙’의 한 형태로 이해되기도 한다.

계약당사자는 본건 계약으로부터 상호 신뢰의무와 협력의무를 부담한다고 할 때, 제3자에게 입찰을 허여한 경우 양당사의 의무 또한 이에 준하여야 한다고 볼 것이다. 따라서 B의 동의 또는 협조 없이 A의 의사대로 본건을 처리한 경우 B의 주장은 무리가 없다고 본다. 본건 계약을 통하여 양당사자는 공동의 기대이익을 추구하고 있다고 보아, 중재판정부의 이 같은 결정은 마땅하다고 본다.

2. 허위표시⁵⁶⁾

1) 사실관계와 판결내용

A(독일 소재 원고)는 B(인도 소재 피고)와 복수의 계약을 체결하였다. 본건 계약내용은 C(기계설비)의 인도 및 설치에 관한 것이었다. 본건 계약의 이행과

상황하에서 행하는 정도의 노력을 하여야 한다.”. 제1.7조의 경우 전제각주 참조.

55) PICC, 제7.4.3조(손해의 확실성) : “(1) 배상되어야 할 손해는 장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해에 한 한다. (2) 기회상실의 손해는 그 발생확률에 비례하여 배상되어야 한다. (3) 충분한 정도로 확실하게 손해액을 결정할 수 없는 때, 산정은 법원의 재량에 의한다.”.

56) ‘ICC International Court of Arbitration’(9651), 「www.unilex.info/case.cfm?id=692」, 2000.08.

정에서 A는 C를 인도하였으나 B는 인도 당시 검수를 통하여 C의 하자를 적시하였다. B가 C를 반환하겠다는 의사를 A에게 표시하자 이에 A는 중재판정부에 본건 중재를 신청하였다.

B는 무엇보다도 협상기간 동안에 A가 불성실한 교섭으로서 허위표시를 하였기에 당해 계약은 무효로 취급하여야 하고 또한 A는 C의 인도를 지연하였으며, 그것도 하자있는 것이었다고 주장하였다.

중재판정부는 우선 본 사건의 적용법에 관하여, 본건 계약내용으로서 당해 계약에는 제3국의 법으로서 스위스법이 적용되고 본건 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 중재판정부의 관정에 의한다는 내용을 명확히 하였다.

이에 중재판정부는 A의 주장으로서 본건 적용법은 스위스법이어야 한다는 것과, B의 주장으로서 본건 중재합의의 내용으로서 스위스법은 본건 계약에만 한정되고 교섭기간 중의 허위표시에 관한 문제는 당해 교섭이 일어난 곳의 법인 인도법에 따라 나아가 정의와 형평 및 신의칙에 기하여 해결되어야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 B의 주장을 배척하고 본 사건에는 계약내용과 다름 없이 스위스법이 적용법임을 판시하였다.

한편 계약내용에 기한 조건을 해석함에 있어서 양당사자는 PICC 제4.1조 내지 제4.2조를 명시적으로 언급하고 있음에 따라,⁵⁷⁾ 이는 양당사자 간에 합의된 의사가 없는 경우 계약내용은 거래당사자와 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에 있을 때 부여하는 의미에 따라 해석되어야 한다고 규정하고 있음을 지적하였다.

중재판정부는 당해 부류의 합리적인 자의 판단기준으로서 본 조건을 해석함에 있어 계약체결 이후 계약에 관련된 사안과 계약의 성립과정에서의 그것이 상호 구별 없이 당해 계약으로부터 발생하는 모든 종류의 분쟁을 포함하는 것으로 이해할 것이라고 판단하였다.

본건 사안의 쟁점과 관련하여, 중재판정부는 사기 및 허위표시의 문제는 인도법으로 해결하는 것은 적절치 않음을 지적하였다. 그러나 다른 한편으로 약

57) PICC, 제4.2조(진술 그 밖의 행위의 해석) : “(1) 당사자의 진술 그 밖의 행위는 상대방이 당사자의 의사를 알았거나 모를 수 없었던 때에는 당사자의 의사에 따라 해석되어야 한다. (2) 전항이 적용될 수 없는 경우 그러한 진술 그 밖의 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황하에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.”. 제4.2조는 전제각주 참조.

의적인 사기를 이유로 한 계약해제와 이에 상당한 손해배상청구는 가사 인도법을 적용한다고 하더라도 그 결과는 다르지 않을 것임을 후보하였다. 이러한 맥락에서 중재재판소는 PICC 제2.1.15조 및 제3.1.8조 내지 제3.1.9조를 언급하면서 B의 주장을 일부 인정하였다.⁵⁸⁾

2) 평가

본 사건의 사실관계를 고려할 때, 적용법을 제외한 허위표시에 관한 다툼의 쟁점을 살필 수는 없으나, 생각건대 본건 중재판정부의 인용조문으로서 PICC의 당해 조문을 참고할 때(제2.1.15조, 제3.1.8조, 제3.1.9조 등), 허위표시에 기한 A의 책임은 다툼없이 인정되었다고 본다. 이는 신의칙에 기한 취지에서도 그 결과는 마찬가지일 뿐만 아니라 공서양속에 비추어 그 내용은 달리 재론의 여지가 없을 것으로 본다.

58) PICC, 제3.2.8조(제3자) : “(1) 사기나 강박, 현저한 불균형 또는 당사자의 착오가 제3자에 의하여 발생하였거나 사기나 강박, 현저한 불균형 또는 당사자의 착오의 사실을 제3자가 알았거나 알았어야 했던 경우로서 그러한 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방에게 귀속되는 경우 그러한 제3자의 행위 또는 인지를 동 상대방 자신의 행위 또는 인지로 다루어 계약은 해제될 수 있다. (2) 사기나 강박 또는 현저한 불균형이 제3자에 의하여 발생한 경우로서 그러한 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방에게 귀속되지 않는 경우 상대방이 사기나 강박 또는 불균형의 사실을 알았거나 알았어야 했거나 또는 계약해제가 있기 전에 이미 당해 계약을 신뢰하여 행위하지 않은 경우에 한하여 계약이 해제될 수 있다.”; 제3.2.9조(추인) : “계약을 해제할 수 있는 당사자가 해제의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인하는 경우 계약은 해제하지 못한다.”.

제3절 불성실한 교섭과 현저한 불균형

1. 불성실한 교섭의 조각사유⁵⁹⁾

1) 사실관계와 판결내용

A(중부 유럽 소재 피고)는 B(서부 유럽 소재 원고)로부터 C(A의 지역 생산품을 분배할 권리)를 수권하였다. 이에 B는 제3자와 C에 기하여 제후계약을 체결하였는데, 당시 B는 C에 기한 물품의 제조를 중단하기로 결정하였다. A는 B가 그의 이해에 따른 유통을 위하여 본건 물품을 인도할 수 없다는 사실을 적시하고 A는 자신의 계약이행을 중단하였고 이에 B는 A에게 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

당해 유통계약은 적용법이 프랑스법이었고 이에 양당사자와 중재판정부는 프랑스법에서 정하는 해결책을 뒷받침하기 위하여 PICC를 참조하였다. 중재판정부는 우선 B가 A의 우호적인 해결을 위한 제안을 거절함으로써 프랑스민법 제1134조 및 제1135조⁶⁰⁾ 그리고 PICC 제1.7조에 의한 신의칙 의무를 위반하였다는 A의 주장을 배척하였다. 중재판정부는 양당사자가 신의로 협상할 의무가 엄연함에도 B가 A의 당해 제안을 수락하지 않았다는 단순한 사실은 그러한 의무의 위반에 해당되지 않는다고 판단하였다. 동시에 A가 유통계약을 위반하였다는 B의 주장도 아울러 기각하였다.

한편 B는 합의된 최소 수량을 계약내용에 비추어 당해 연도에 주문하지 못했다는 A의 주장을 인정하였으나, 전년도 A는 연간 주문수량을 충족하였을 뿐만 아니라 동년 말에 추가로 상당한 수량의 주문을 하였기 때문에, 당해 연도 주문량 부족을 B가 원용하고 전년도 말에 상당한 수량을 추가로 주문한 것을 고려하지 않는 것은 신의칙에 위배되는 것이라 보았다. 나아가 B는 당해

59) 'Ad hoc Arbitration'(Place unknown), 「www.unilex.info/case.cfm?id=973」, 2004.03.04.

60) France Civil Code, Art. 1134 : "Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them. They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law. They must be performed in good faith."; Art. 1135 : "Agreements are binding not only as to what is therein expressed, but also as to all the consequences which equity, usage or statute give to the obligation according to its nature."

물품을 수개월 후에 인도하였고 A가 다른 제조자로부터 구입한 경쟁물품을 팔지 않기로 합의한 계약내용의 의무위반에 대하여, 중재판정부는 당해 사실을 인정하였으나, B는 자신의 행위에 의하여 A의 소제기를 금지하였음을 아울러 확인하였다. 또한 A가 이미 계약체결시점에 경쟁물품을 유통시켰고 그 이후에도 계속한 사실과 B의 경우 당해 상황을 이미 알고 있었음에도 불구하고 이의를 제기하지 않았음을 지적하였다.

결국 중재판정부는 때늦은 상황에서 B가 A의 의무위반을 원용하는 것은 불일치한 행위의 경우에 해당된다고 보아 이러한 행위는 PICC 제1.8조를 위반하는 것이라고 최종 판결하였다.

2) 평가

본건 판정에 비추어 유통업자가 구매하여야 할 연간 최소수량을 규정하고 있는 유통계약에서 유통업자는 연간 할당된 수량충족을 사유로 이를 신의에 반하는 것으로 보아 당해 계약위반에 대한 손해배상을 청구하였다. 반면에 유통업자는 전년도 말에 연간 의무수량을 초과하여 상당한 물량을 구입하였지만 그 다음해에 물품을 구매하지 못한 것이 제조자와의 분쟁대상이 된 것을 인정하였으나 이것이 신의에 따른 계약위반은 아닌 것으로 주장하였다.

나아가 본건 계약내용에 비추어 유통업자가 타 공급업체로부터 유사물품을 판매하지 못하도록 금지하고 있음에도 불구하고 유통업자는 경쟁물품을 판매하였고 제조자는 이 사실을 알고 있었음에도 불구하고 별단의 이의를 제기하지 않고 있다가 상당한 기간이 도과한 후에야 비로소 유통업자의 계약위반을 원용하였다.

요컨대 본건의 취지는 분쟁을 해결할 목적으로 협상에 임한 당사자는 우호적인 해결책을 모색하기 위하여 신의로 행동할 의무가 있으나, 타방이 제안한 분쟁해결의 조건을 단순히 거절하는 것은 신의칙에 반하는 것은 아니라는 것에 있다고 본다. 곧 본 판정에 기하여 협상과정에서 신의에 반하지 않는 정당한 거절은 문제되지 않음을 엿볼 수 있다.

2. 현저한 불균형에 따른 손해배상의 산정⁶¹⁾

1) 사실관계와 판결내용

A(벨기에 소재 원고)와 B(스페인 소재 피고)는 신상품에 대한 A의 아이디어와 경험을 제공하는 것을 계약의 목적으로 본건 계약을 체결하였다. B는 당해 계약을 해제하고 A를 상대로 손해배상을 청구하였다. 본건 계약내용에 편입되어 있는 중재조항은 ‘외국중재판단의 승인 및 집행에 관한 협약’(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)을 언급하고 있었고, 중재장소는 스위스라고 규정하고 있었다.

그러나 본건 계약서에는 명확한 법의 선택조항이 부재하였다. A는 중재법으로 스위스 법의 적용을 주장하였으나 당해 계약서에는 ‘국제상사계약에 적용될 수 있는 법의 일반원칙’에 대한 언급이 있었다. 따라서 A는 PICC의 적용을 수용하였다. B 역시나 PICC의 적용에 동의하였기에 중재판정부는 PICC의 서문(제2항)을 인용하면서, 양당사자가 선택한 분쟁의 적용법으로서 PICC의 적용을 결정하였다. 중재판정부는 스위스 또는 벨기에 및 스페인도 PICC의 적용을 배제하지 않고 있음에 유의하였다. 나아가 중재판정부는 본건 계약내용에 비추어 신상품이 유럽 역내 다수의 국가에서 마케팅이 이루어져야 한다는 사실을 고려할 때, 나아가 PICC가 용역, 물품매매 또는 그 밖의 계약에도 공히 적용할 수 있기 때문에 특정 국내법보다는 PICC를 적용하는 것이 합리적이라고 판단하였다.

본 사건에서 중재재판소는 우선 A가 특정결과를 이룰 의무가 없음을 결정함에 있어 PICC 제5.1.4조 (2)를 원용하였다.⁶²⁾ 곧 A는 자신의 경험공유 및 마케팅에 관련한 일련의 노력을 기울임에 있어 성실히 임하여야 하는 의무만 부담한다고 보았다. 이에 PICC 제4.4조에 기하여 이는 구속력이 없으며, 제4.1조 (2)에 비추어 당해 사실은 단순히 계약을 해석하기 위한 지침으로만 언급했다.

61) ‘International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation’, 「www.unilex.info/case.cfm?id=673」, 2002.01.25.

62) 참고로 본 사건에서 중재판정부가 인용한 PICC의 규정은 제1.1조, 제1.3조, 제1.6조, 제1.7조, 제1.8조(일반원칙), 제4.1조 내지 제4.8조(계약의 해석), 제5.1.3조 내지 제5.1.4조(협력의무 등), 제6.1.4조(일방계약자의 이행 우선순위), 제7.1.1조 내지 제7.4.12조(불이행, 해제, 손해배상 등)이다.

나아가 B는 제1.7조에 기하여 신의칙 위반으로 볼 수 있으며, 이에 본건 계약을 위반한 것으로 보아 중재판정부는 B가 자신의 행위에 의하여 그러한 행위를 유발하였다고 보아 B의 A에 의한 불이행의 주장에 대하여 제7.1.2조를 적용하였다. 더불어 제6.1.15조 (1)에 기하여 B가 본건 물품의 마케팅에 있어 필요한 공식적인 허가를 요청한 적이 없고 또한 이러한 점에서 상대방에게 알리지 않았음을 적시하였다[본조 (2)].

계약해제의 통지에 서명한 B의 종업원 위임장과 그 내용에 대하여, 중재판정부는 제4.2조 (2) 및 제4.3조 (c)가 적용되고 또한 ‘문서작성자 불이익의 원칙’에 기한 제4.5조를 언급하였다. 당해 규정을 참조하여 중재판정부는 본건 계약의 해제는 정당하지 않다고 최종 판정하였다.

2) 평가

본 사건에 기하여 공시된 내용을 일일이 살필 수는 없지만 무엇보다도 특정 결과를 이루어야 한다는 계약내용은 통상 이해당사자의 주관적인 기준이 내재되어있다고 보아 이를 객관적으로 계량화 할 수는 없다고 본다. 다만 신의칙에 기한 상호 협력의무를 명시하고 있는 PICC 규정내용을 참고할 때, 당해 이해에 저촉되거나 달리 반하는 행위는 하지 않아야 한다는 최소요건이 문제시될 수 있을 것으로 생각된다. 나아가 본 사건은 당해 계약내용을 명확하고도 세세히 명시하지 않거나 모호한 내용을 편입한 경우의 귀책사유는 소위 ‘문서작성자 불이익의 원칙’(contra proferentem)에 기하여 응당 작성자에게 귀속된다는 전통의 법리를 재확인한 전형적인 판결례로 취급할 수 있다.

제5장 요약 및 결론

본 연구는 법계 및 국제통일계약법규범(CISG, PICC 및 PECL) 등을 위시하여 영미법 및 대륙법과 주요 국가의 실정법의 처지를 중심으로 계약체결전 과실책임에 관한 법리와 기본원칙의 차이를 요약·분설하고 이에 제반 판결례를 결부하여 그 법적 기준과 의의 및 시사점 제시에 주안점을 둔 논문이다. 그 결과를 요약하면 다음과 같다.

우선 법계의 시각으로 영미법계에서는 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 교섭의 자유를 폭넓게 인정하고 있을 뿐만 아니라 계약체결의 자유와 계약을 체결하지 않을 자유를 동시에 보장하고 있다. 곧 영미법적 시각에서 계약체결을 위한 교섭은 일종의 도박에 준하는 것으로 보아 계약체결을 위한 교섭단계에서 지출되는 비용은 단지 장래에 예상되는 기대이익을 보전하기 위한 목적에서 계약당사자가 그 자신의 위험과 계산에서 투자되는 대가로 취급하고 있다.

요컨대 영미법의 시각은 만약 계약체결을 위한 교섭단계에서 별단의 의무를 부과하지 않고 있는데, 그 배경은 계약당사자간 교섭의 자유를 최대한 보장하고자 함에 있다. 곧 계약당사자간 당해 교섭과정에서 기대하지 않았던 장애를 사전에 방지하여 능동적이고 원활한 상거래 활동을 지원하고자 하는 것에서 그 법적 의의를 구할 수 있다. 다만 계약체결전 과실책임이 마땅히 인정되는 경우는 당해 교섭과정에 있어 부당이득반환책임, 불신표시책임, 특정약속이행책임, 계약교섭상 합의에 따른 책임 등이다. 결국 영미법의 처지에서는 이상의 요건이 배제된 경우 계약체결전 과실에 대한 별단의 책임 또는 의무가 발생하지 않고 있을 뿐만 아니라 설령 당해 요건이 교섭과정에 결부되어 있다고 하더라도 이후에 계약이 유효하게 체결되었다면 상기 요건으로부터의 법률효과는 문제되지 않는다.

한편 대륙법에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 신의칙에 기한 공정거래의 도모, 합리적기준의 준수, 공정한 교섭상의 의무 등을 부과하고 있다. 따라서 대륙법계에서는 계약체결을 의도하고 계약교섭에 임한 경우 정당한 사유 없이 상기 요건을 위반한 경우 이에 상당한 계약체결전 과실책임이 인정된다.

결국 영미법에 비하여 계약체결전 과실책임을 보다 엄격하게 준용하고 있는 특징이 있다.

그러나 한편으로 법제 공히 계약체결전 과실책임을 인정되는 경우는 계약체결을 위한 교섭단계에 있어 고의·과실에 기하여 상대방에게 손해를 발생시킨 경우, 교섭단계에서 획득한 상대방에 대한 상거래 정보를 부당하게 악용하여 그 결과 비밀유지의무위반으로부터 손해를 발생케 한 경우, 이로부터 일정한 이익을 편취하거나 달리 향유한 경우 등이다. 이 경우 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방으로부터 얻은 이익의 반환을 포함한다.

다른 한편 국제통일계약법규범의 경우 계약체결전 과실책임의 법적 기준 및 입법적 시사점을 구분하여 요약·분설하면 다음과 같다. 우선 CISG는 법제 간 타협을 통하여 법리적 보편타당성을 지향하고 구속력 있는 실정법규로써의 입법취지를 전제하고 있는 까닭에, PICC 및 PECL에 견주어 CISG의 해석원칙에 기한 법리적 일반원칙만을 제시하고 있을 따름이다. 이 경우 당해 논점에 관하여 PICC와 PECL은 국제상사계약상 준거법으로서 보편적으로 널리 적용할 수 있느냐 아니면 제한적으로 유럽 역내 회원국에 한하여 적용되느냐의 차이에 따라 그 적용범위가 구분된다.

CISG의 일반적 의무로서 신의칙은 CISG의 국제적인 성격과 그 적용상의 통일성의 증진을 위한 필요성을 고려하여 CISG가 채용한 규칙 및 조항해석에만 적용되는 것으로 두고 있으나, PICC는 신의칙 및 공정거래에 관한 규정과 계약교섭단계에 있어 현저한 불균형에 대한 계약책임을 인정하여 CISG에 비할 경우 진일보한 법적 시각을 내재하고 있는 특성이 있다.

PECL은 이보다 한 걸음 더 나아가 유효한 계약을 전제로 신의칙 및 공정거래에 관한 규정을 강행규정으로 두고 있을 뿐만 아니라 상호협력의무와 주의의무 및 합리성에 관한 규정까지도 존치해 두어 CISG 및 PICC에 비하여 보다 구체적이고도 충실한 규정을 보유하고 있다.

요컨대 CISG는 계약체결전 과실책임을 규율할 수 있는 명시적인 규정을 보유하고 있지는 않으나, 신의칙에 상당한 유사개념, 곧 합리성과 같은 유사개념을 통해 우회적으로 이를 해결할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. PICC는 계약체결을 위한 교섭상 비밀유지의무와 불성실한 교섭으로부터의 책임귀속을 명

시적으로 규정하여 CISG를 보충하고 있고, PECL은 PICC의 규정을 그대로 계수하고는 있으나, 신의칙에 반하는 교섭에 대한 손해배상책임 뿐만 아니라 교섭과정에서 계약상 채무를 발생시킬 수 있는 보다 구체적인 규정을 두고 있어 PICC에 비해 더 진전된 내용을 담고 있다.

참고문헌

■ 국내문헌

- 김상용 (2003). “계약체결상의 과실책임에 관한 비교고찰”, 「법조」, 52(4), 법조협회. 5-31면.
- 김상용 (2009). 「채권각론」, 화산미디어. 60-75면.
- 김상중 (2010). “계약체결 이전 단계의 정보제공의무”, 「고려법학」, 56, 고려대학교 법학연구원. 1-29면.
- (2003). “비교문학에 비친 계약법의 기본법리의 변화 모습”, 「고시연구」, 355, 고시연구사. 35-42면.
- 김상찬·이충은 (2008). “계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 「인문사회과학연구」, 24, 인문사회과학연구소. 158-176면.
- 김상찬·정영진 (2011). “정보제공의무의 체계적 지위에 관한 연구”, 「법과정책」, 17(2), 제주대학교 법과정책연구소. 127-155면.
- 김재형 (2013). 「유럽계약법원칙」, 박영사. 166-460면.
- 김준호 (2015). 「민법강의」, 법문사. 430-720면.
- 김진우 (2012). “공동참조기준초안(DCFR)에 따른 계약내용의 통제”, 「법학논고」, 38, 경북대학교 법학연구원. 209-250면.
- 박근배 (2014). “계약교섭의 부당과기에 따른 책임과 계약의 예약”, 「한양법학」, 45, 한양법학회. 99-125면.
- 박상기 (1998). “국제물품매매계약성립에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 비교 연구”, 「무역학회지」, 23(3), 한국무역학회. 1-24면.
- 박영복 (2001). “계약체결전단계의 법규범화”, 「외법논집」, 10, 한국외국어대학교 법학연구소. 95-119면.
- (2003). “유럽통일계약법과 한국매매법”, 「민사법학」, 24, 한국민사법학회. 127-172면.
- 백승흠 (2013). “계약체결상의 과실책임”, 「고시계」, 58(4), 고시계사. 85-92면.

- 서종희 (2012). “신뢰이익손해배상과 원상회복적 손해배상”, 「강원대학교 강원 법학」, 36, 강원대학교 비교법학연구소. 159-204면.
- 성준호 (2014). “유럽공동매매법의 불공정한 계약조항”, 「민사법학」, 66, 한국민사법학회. 405-446면.
- 신동현 (2014). “유럽공동매매법(CESL)안에서의 약관의 충돌 문제”, 「민사법학」, 66, 한국민사법학회. 447-473면.
- 심종석 (2013). 「국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석과 적용」, 서울: 삼성사. 45-67면.
- _____ (2007). “국제상사계약에 있어 계약당사자의 책임체계와 적용사례에 관한 연구” 한국외국어대학교 박사학위청구논문. 73-86면.
- _____ (2004). “국제상사계약에 있어 계약체결전 과실책임에 관한 비교 연구”, 「국제상학」, 19(4), 한국국제상학회. 6-14면.
- _____ (2004). “국제상사계약에 있어 신의칙의 적용기준과 법적규제에 관한 비교 연구”, 「통상법률」, 56, 법무부. 56-73면.
- _____ (2006). “국제상사계약에 있어 유럽계약법원칙의 보충법리 및 그 상무적 적용가능성에 관한 연구”, 「경영법률학회 경영법률」, 17(2), 한국경영법률학회. 273-296면.
- 엄동섭 (2010). 「미국계약법 I」, 법영사. 187-199면.
- _____ (2007). “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 「민사법학」, 35, 한국민사법학회. 77-114면.
- 윤상윤 외 (2014). “중국통일계약법(CLPRC)의 계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」, 63, 한국무역상무학회. 63-85면.
- 윤형렬 (2001). “불법행위법상 보호이익의 협소성과 계약체결상의 과실책임-독일 불법행위법과의 비교법적 관점에서-”, 「민사법학」, 20, 한국민사법학회. 13-90면.
- 이상욱 (2010). “중국 계약법상 계약의 성립에 관한 법리”, 「영남법학」, 30, 영남대학교 법학연구소. 129-136면.
- 이진기 (2010). “1980 국제물품매매계약에 관한 UN 협약 (CISG) 의 해석과 적용”, 「비교사법」, 17(2), 한국비교사법학회. 211-246면.

- 이충훈 (2012). “중국민법상의 계약체결상의 과실책임”, 「법학논고」, 38, 경북대학교 법학연구원. 132-153면.
- (2007). “계약체결상의 과실책임의 재검토”, 「비교사법」, 14(4), 한국비교사법학회. 10-18면.
- 이혜리 (2012). “계약교섭결렬책임에 관한 영미법상의 논의”, 「민사법학」, 61, 한국민사법학회. 204-230면.
- (2014). “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출 책임”, 「비교사법」, 21(2), 한국비교사법학회. 673-704면.
- 장병일 (2014). “유럽공동매매법 제안(CESL(p))과 우리 민법”, 「법학연구」, 54, 한국법학회. 215-239면.
- 정영진 (2012). “신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구”, 「국제법무」, 4(2), 제주대학교 법과정책연구소. 92-121면.
- 최홍섭 (2012). “국제사법에서 계약체결상 과실의 준거법”, 「법학연구」, 150(3), 한국법학회. 530-551면.

■ 국외문헌

- European Commission. (2015). “Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions”, *Commission Work Programme*, 12.
- Farnsworth, E. A. (1988). “Pre-contractual Liability and Preliminary Agreements Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Colum. L. Rev.*, 87, pp.280-286.
- Gillette, C. P. (2004). Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages under the CISG, *The Chi. J. Int'l L.*, 5, p.157.
- Gordon, M. W. (1998). Some Thoughts on the Receptiveness of Contract Rules in the CISG and UNIDROIT Principles as Reflected in One State's Experience of Law School Faculty Members of the Bar with an

- International Practice and Judges. *Am. J. Comp. L. Supp.*, 46, p.361.
- Hartkamp, A. (1994). "The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", *European Review of Private Law*, 2(3), pp.341-357.
- Illescas, O. R. & Viscasillas, P. (2012). "The Scope of the Common European Sales Law: B2B, Goods, Digital Content and Services", *Journal of International Trade Law and Policy*, 11(3), 241-258.
- Király, M. O. & Lando, O., Beale, H. (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by the Commission of European Contract Law*, Kluwer Law International, pp.561; ISBN 「9041113053」, *Uniform Law Review-Revue de droit uniforme*, 5(3), pp.624-626.
- Kottenthausen, R. J. P. (2006). "Freedom of Contract to Forcing Parties into Agreement: The Consequences of Breaking Negotiations in Different Legal Systems", *Ius Gentium*, 12, pp.58-194.
- Lando, O. (2007). "Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?", *European Review of Private Law*, 15(6), pp.841-853.
- Loos, M. (2012). "Standard Contract Terms Regulation in the Proposal for a Common European Sales Law", *Amsterdam Law School Research Paper*, 2012-65, pp.776-796.
- Mitchell, A. D. (2006). "Good Faith in WTO Dispute Settlement", *Melb. J. Int'l L.*, 7, p.339.
- Nicole K. (2012). "The CESL and the CISG, Complicating or Simplifying the Legal Environment?", *Maastricht University Maastricht European private Law*, 10, pp.16-18, p.20.
- Piltz, B. (2012). "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law and More Particular Its Provisions on Remedies", *Internationales Handelsrecht*, 12(4), 133-136.
- Piers, M. (2012). "Pre-Contractual Information Duties and Remedies in the CESL",

- Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, pp.867-897.
- Rainald, M. K. (2012). *The Proposed Regulation on a Common European Sales Law(CESL) as an Alternative to the Convention on the International Sale of Goods(CISG) in Transnational Business-to-Business Transactions?*. Lund University, pp.123-140.
- Rodríguez, A. S. (2015). *Restitution. In European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing. pp.263-286
- Storme, M. E. (2004). “Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law”, *Revista Catalana de Dret Privat Societat Catalana d’Estudis Jurídics*, 4, pp.93-104.
- Schulze, R. (2005). “Pre-Contractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, *European Review of Private Law*, 13(6), pp.841-866.
- Schwartz, A. (1979). “The Case for Specific Performance”, *Yale Law Journal*, pp.271-306.
- Summers, R. S. (1981). “General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell L. Rev.*, 67, p.810.
- Veneziano, A. (2010). “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate According to the Belgian Supreme Court”, *Unif. L. Rev.*, 15, p.137.
- Vogenauer, S., & Kleinheisterkamp, J. (2009). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press. p.15.

■ 그 밖의 자료

「en.euabc.com/word/2077」 .

「ec.europa.eu/justice/contract」 .

「ec.europa.eu/justice/contract/cesl/background/index_en.htm」 .

「ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_en.htm」 .

「ec.europa.eu/legislation/index_en.htm」 .

「eur-lex.europa.eu/hompage.html」 .

「eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123&from=EN」 .

「www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/CESL.pdf」 .

「www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries」 .

「www.epln.law.ed.ac.uk/2015/01/07/proposal-for-a-commerce-european-sales-law-withdrawn」 .

「www.ois.go.kr」 .

「www.unilex.info」 .

A Comparative Study on the Pre-Contractual Liability in International Commercial Contracts

Kim, Doo-Soo

Department of Foreign Trade
Graduate School, Daegu University
Gyeongbuk, Korea

Supervised by Prof. Chong-Seok, Shim (Ph.D., J.S.D.)

(Abstract)

This study focuses on legal standards of the pre-contractual liability resulted from a breach of duty to co-operation and duty of care by the parties in the negotiation stage for conclusion of a contract and on its legal basis of the application of the law. It also aims to give implications through provisions under international commercial contracts and its related-cases. On the basis of looking through law systems and international commercial contracts, it intends not only to examine differences between legal principles in the pre-contractual liability and its ground rule, but also to come up with legal standards and its significance in several cases. The results of this study can be summarized as follows:

In Anglo-American law system, a party is free not only to negotiate in the negotiation stage for conclusion of a contract, but also to conclude a contract or not. Therefore, in order to guarantee a freedom to negotiate between the contracting parties, it doesn't impose any duties in the negotiation stage for conclusion of a contract. By preventing unexpected impediments in the process of

negotiation between the contracting parties, it helps commercial dealings to be more active and easygoing. But when it come to certain matters like liability for unjust enrichment, liability of misrepresentation, liability of specific promise, agreement to negotiate, these could surely be recognized as pre-contractual liability. So except these matters, it is a cardinal principle that there aren't any certain liabilities or duty in Anglo-American law system.

In the Continental law system, on the other hand, there are several rules that require promotions of fair dealing based on good faith, observances of law with reasonable standards, and duties upon fair negotiation in the negotiation stage for conclusion of a contract. So when the parties intend to conclude a contract and enter into the negotiation stage, and if one of the parties commits a breach of the above requirements without any reasonable reason, this could be recognized as reasonable pre-contractual liability. In other words, the Continental law system has a stricter application of pre-contractual liability than the Anglo-American law system.

But in both of law systems, if one party was damaged by the other party due to his intention or the mistake in the negotiation stage for conclusion of a contract, or if one of the parties commits a breach of duty of confidentiality by abusing information of the other parties in business transactions acquired from the negotiation stage, or from which one party takes and enjoys certain benefits, all these examples could be recognized as pre-contractual liability.

With regard to the fault in negotiation stage under international commercial contracts, the CISG only mentions the good faith principle in Art. 7(1) which rules on the interpretation of the convention as a uniform international law text. According to that provision, the CISG is to be interpreted and applied in a way that the observance of good faith in international trade is promoted. The CISG, however, dose not contain a certain provision that the individual contract has to obey the maxim of good faith as well.

PICC has not only good faith provision (Art. 1.7), but also negotiations in bad

faith provision(Art 2.1.15). Even more specifically, Art. 3.10 of the principles refers to gross disparity that is a party may avoid the contract or an individual term of it, if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. PICC further mentions the fault in negotiation stage. For example, Art. 2.16 refers to duty of confidentiality, Art. 4.8 refers to supplying an omitted term, Art. 5.1.2 refers to implied obligations and so on. Actually these provisions are related to the fault in negotiation stage.

PECL defines that each party must act in accordance with good faith and fair dealing and the parties may not exclude or limit this duty(Art 1:201). This provision refers to good faith as a basic principle, and also provisions of fault in negotiating expressly states the liability for negotiations and negotiations contrary to good faith. PECL confirms that statements made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account : the apparent importance of the statement to the other party, whether the party was making the statement in the course of business, and the relative expertise of the parties.