

유럽契約法原則(PECL)의 一般規定 및 契約의 成立에 관한 規定과

CISG, PICC 規定과의 比較研究

A Comparative Study on the Legal Differences between PECL and CISG, PICC
focused on the General Provisions and Formation of Contracts

심 중 석(Chong-Seok, Shim)

Abstract

The PECL have been prepared by the CECL('Lando Commission'). Also the PECL have been drawn up by an independent body of experts from each member state of the european union under a project supported by the european commission and many other organizations. The PECL are stated in the form of articles with a detailed commentary explaining the purpose and operation of each article. In the comments there are illustrations, ultra short cases which show how the rules are to operate in practice. Each article also has comparative notes surveying the national laws and other international provisions on the topic. The PECL start with an affirmation of freedom of contract, and do not make distinctions between general civil, commercial or consumer contracts. Salient features of the general provisions of the PECL, Firstly freedom of contract and pacta sunt servanda[Art. 1:102 (1), (2).], Secondly good faith and fair dealing, most of the PECL are non-mandatory. PECL provides that the parties may determine the contents of their contract "subject to the requirements of goods faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these principles[Art. 1:102 (1).]" and lays down that "the parties may exclude the application of any of the principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these principles.". Thirdly duty to co-operate that is "each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.". In the cases of the formation of contract, conditions for the conclusion of a contract(Art. 2:101), terms not individually negotiated(Art. 2:104), provision of offer and invitation to make offer[Art. 2:201 (3).], and in the case of revocation of an offer, PECL Art. 2:202 follows CISG Art. 16, however, with one important modification. furthermore contracts not concluded through offer and acceptance(Art. 2:211), especially in respect to liability for negotiations, negotiations contrary to good faith(Art. 2:301), breach of confidentiality(Art. 2:302). In the countries of the european union where the trade has increase many times since the common market was established, unification of the contract law will become more urgent the more the trade grows. The CECL has provided general principles of contract law which may be used by parties and arbitrators who wish to apply a non-national legal system. At the same time they have made a preparatory work for a code which will be needed when it is decided to unify the laws of contract in the european union. Altogether with the CISG and PICC, the PECL will serve as a guideline for countries wishing to legislate.

Ket-Words : PECL, CISG, PICC, Unification of the Contract Law

유럽契約法原則(PECL)의 一般規定 및 契約의 成立에 관한 規定과

CISG, PICC 規定과의 比較研究

A Comparative Study on the Legal Differences between PECL and CISG, PICC focused on the General Provisions and Formation of Contracts

목 차

I. 머 리 말

II. PECL의 立法趣旨와 構成體系

III. PECL의 適用範圍와 一般的 義務

IV. PECL에서 契約의 交渉과 成立段階에서의 法規制

V. 맺 음 말

I. 머 리 말

20세기 후반, 지역적 차원에서 유럽이 하나로 통합되었다는 것과(1994년), 경제적 차원에서 유럽 내 단일통화가 마련되어 단일경제권을 형성하였다는 것은(1999년) 국제경제관계에서 가장 주목할 만한 사실이다. 이와 같은 지역적·경제적 상황하에서 유럽 역내 통일법 형성을 위한 노력이 자연스럽게 주창되었는데 그 대표적 결실중의 하나가 유럽契約法委員會(Commission on European Contract Law : 이하 ‘CECL’이라 한다.)¹⁾에 의해 제정된 소위 유럽契約法原則(Principles of European Contract Law : 이하 ‘PECL’이라 한다.)이다.²⁾

물론 국제적으로도 계약법 분야에서 각국 국내법을 통일 또는 조화·조정하려는 법통일화 움직임이 활발하게 전개되었는데, 정부간 조직에 의한 대표적 입법성으로 國際貿易法委員會(UNCITRAL)가 제정한 ‘國際物品賣買契約에 관한 UN 協約(1980)’(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 ‘CISG’라 한다.)과 私法統一國際協會(UNIDROIT)³⁾가 공표한 ‘國際商事契約에 관한 原則(1994)’(Principles of International Commercial Contract : 이하 ‘PICC’라 한다.)을 들 수 있다.⁴⁾

이상의 국제적 통일법규범은 오랜 입법기간을 통해 심도있는 법리적 연구와 비교법적 연구결과를 바탕으로 제정된 까닭에, 각국간 널리 수용되어 국제상거래에 있어 당사자간의 법률효과 발생에 미치는 영향이 지대하다고 하는 법리적 示唆과, 상이한 법체계간 충돌로부터 비롯되는 당사자 利害를 적절히

1) 동 위원회는 위원장인 덴마크 Ole Lando 교수의 이름을 원용하여 소위 ‘Lando 위원회’(Lando Commission)로 약칭된다. 본래 Lando 위원회는 1980년 브뤼셀에서 개최된 사법통일심포지움을 계기로 구성되어 현재까지 EC 위원회로부터의 재정지원을 받아 정부간 조직으로써 활동하고 있다(www.ufsia.ac.be/~estorme/CECL.html; Riedl, R., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, Kluwer Law International, 2000, Issue 1.). 참고로 본 고에서 인용하는 URL은 본 고 제출시까지 웹상에 顯示(display)되고 있음을 참고로 한다. 편의상 프로토콜명(<http://>)은 생략하였다.

2) 유럽계약법원칙의 자세한 제정연혁에 관해서는 European Parliament Directorate General for Research, “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, *Working Paper, Legal Affairs Series*, JURI 103 EN, 1999, 6, Chapter III, pp.127~136. 참조.

3) UNIDROIT는 ‘International Institute for the Unification of Private Law ; Institut International pour l’unification du Droit Privé’의 약칭으로 2003년 현재 우리나라를 포함하여 59개국이 이에 참여하고 있다.

4) 비정부간 조직에 해당하는 국제기구로서 국제적 통일법규범의 제정에 참여하고 있는 주요 단체는 國際商業會議所(ICC), 國際海事委員會(CMI), 國際法協會(ILA) 등이 대표적이다.

均分하고 조정할 수 있다고 하는 상무적 實益을 구할 수 있다.

CISG는 국제적 계약법의 통일 또는 조화작업 중에서 가장 성공한 선도적 입법례로 평가되고 있는데, 동 협약이 주요 국가에서 비준을 통해 국내법으로 수용되어 효력을 가지게 된 것은 1988년부터이다.⁵⁾ 生來의으로 CISG는 영미법계와 대륙법계간 타협의 산물로서 양 법체계의 차이를 극복하고 조화시키는데 성공한 국제적 통일법이라는 것과, 구속력 있는 실정의 법률로서 가지는 법적 효력 및 비교법적 작업의 결과로 수용된 법리의 보편타당성 등을 입법적 의의로 부각할 수 있다.⁶⁾

PICC는 국제협약이나 초국가적 입법과 같은 구속력 있는 법규는 아니지만 법리적 일반원칙으로써의 입법취지를 전제하고, 제 규정내용의 법적 합리성에 근거하고 있다는 특징이 있다. 이로부터 동 원칙은 CISG 등에 補充法的機能(gap-filling role)을 감당하고 있을 뿐만 아니라 국제사법의 판결·판정시 기준과 지침을 제공하고 있다.⁷⁾

PECL은 유럽의 계약법상 일반원칙을 법전형식으로 구성하고 있으나 PICC와 마찬가지로 그 자체가 구속력 있는 법률은 아니고, 다만 유럽 역내 회원국간 상거래를 용이하게 하기 위한 법적 기반제공을 주된 목적으로 하고 있다. 이에 부차적으로 계약법의 법리적 기초와 통일적 해석, 각국간 법원 판결·판정시 지침, 역내 법체계간 타협을 구할 수 있는 역할, 향후 유럽통일계약법전의 입법적 기반 등을 결부하고 있다.⁸⁾

본 고는 우선 PECL의 일반규정 및 계약의 성립에 관한 주요 규정을 중심으로 CISG, PICC와의 비교 고찰을 통해 그 규정취지 및 특수성을 구하고자 한다. 특별히 양 법규범을 비교의 대상으로 한 이유는 현재까지 국제상거래를 규율하기 위한 통일법으로써 법적 지위를 견고히 하고 있다는 것과 실제로 PECL의 제반규정이 입법화되는 과정에서 양 규범의 법리 또는 규정이 표본으로 되었거나 또는 상당 부분 수용되고 있기 때문이다.

이를 배경으로 본 고에서는 ① PECL의 계약의 성립에 관한 규정취지 및 법적 의미를 분별할 수 있는 기초를 제공하고, ② CISG, PICC 등 국제적 통일법규범 및 일부 국제사법과의 비교 고찰을 통해 공통적 핵심규칙을 명확히 하여, ③ 이후 계약법리에 연관된 심도있는 연구에 일조할 수 있는 여지를 남기고, ④ 아울러 상거래계에서 동 원칙의 특·장점을 올바르게 이해하고 수용함에 있어 참고할 수 있는 틀을 제시하고자 한다.

II. PECL의 立法趣旨와 構成體系

1. 立法趣旨

유럽 내 단일경제권의 합의는 결국 단일통화(EURO)의 통합·발행으로 명실공히 세계 최대규모의 단

5) 본 고 제출 시까지 동 협약을 비준하여 국내법화하고 있는 계약국은 총 62개국이다. 계약국별 현황, 가입일, 효력발생일 등 자세한 사항에 관하여는 www.unilex.info에서 Hyperlink에 따라 CISG, Instrument, Contracting States 참조. 우리 나라는 2004년 2월 17일 UN에 동 협약에의 가입서를 기탁하였다. 따라서 CISG는 우리 나라에 대하여 2005년 3월 1일부터 발효된다.

6) 朴永龍, “現代 契約法の 推移”, 「외법논집」 제9집, 韓國外國語大學校, 2000, 196면. ; 양창수, “유럽契約法原則에서의 債務不履行法理”, 「國際·地域研究」 제10卷 第1號, 서울大學校 國際地域院, 2001, 107~108면. 등을 참조.

7) UNIDROIT, *Text of the Unidroit Principle of International Commercial Contracts : Black Letter Rules & Comments*, 'Introduction'. ; Bonell, M. J., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Review*, 1996, pp.229~246. ; 吳元爽, “國際商事契約에서 UNIDROIT 原則의 實務上 適用可能性에 관한 研究”, 「貿易學會誌」 제24卷 第1號, 韓國貿易學會, 1999, 166면. 등을 참조.

8) Lando, “The Principles of European Contract Law : Part I, Part II”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2002. 11, 'Introduction'.

일시장을 형성하고 완성을 보게 되었다. 이와 동시에 유럽 공동체 국가에 공통으로 적용되는 제정법을 정립하기 위한 법통일화 현상이 활발히 전개되었는데, 이는 그 과정에 있어 회원국간 직접적 구속력을 갖는 規則(regulation)과 指針(directive) 등의 공표로 더욱 촉진되었다.

그러나 공표된 규칙과 지침 등이 단순히 각국의 국내법에 수용되어 조화되는 것보다는 하나의 실정법으로 통일하는 것이 보다 바람직하고, 이를 위하여 유럽 각국의 사법에 대한 법리론적, 비교법적, 법체계적 공동작업을 통해 새로운 유럽의 법문화 창출을 우선하여야 한다는 인식이 제고되었는데, 결국 1982년 CECL의 발족은 그 구심점을 마련하게 된 계기가 되었다.

CECL은 개인자격으로 참가한 학자와 법률가 및 옵서버를 중심으로 구성되었다. 다만 인적구성면에서 UNIDROIT와 같이 전세계적이 아니라 현재 유럽 역내 회원국에 한정하고 있다는 차이점이 있다.⁹⁾ 따라서 PECL은 역내 계약법의 일반원칙이라는 법적 지위를 통하여 각국 국내법을 초월하는 통일규칙으로써 의의를 내재하고 있다.

앞서 살핀 바와 같이 PECL은 비입법기구[CECL]에 의해 제정된 原則(principles)이라는 특성상 국제협약 또는 조약 및 국내 실정법과 같은 구속력 있는 법규는 아닌데,¹⁰⁾ 이 같은 관점에서는 오히려 사적단체인 國際商業會議所(ICC)에 의하여 마련된 INCOTERMS, UCP 등과 유사하다고 할 수 있다.¹¹⁾ 또한 PECL의 입법작업시 참조된 주요 법원은 각 회원국의 실정법, 미국의 계약법 및 統一商法典(Uniform Commercial Code : 이하 'UCC'라 한다.), CISG¹²⁾ 등을 들 수 있다.

유럽공동체 역내에는 다수의 법체계가 병존한다. 따라서 각국 계약법의 공통적·핵심적 규칙을 도출하여 규범화하고, 실제로 적용가능한 통일법체계를 구현하는 것은 유럽공동체의 정체성을 확보할 수 있는 매우 중요한 일이 아닐 수 없다.

이에 대응하여 PECL은 ① 유럽사법상의 일반원칙을 집약하고 법전형식으로 제정하여 통일된 계약법 원칙으로써 위상을 제고하고, ② 나아가 역내 상거래를 직접적으로 규율할 수 있는 향후 통일계약법전의 기반을 제공하고 있다. 이는 PECL의 분명한 입법취지이기도 하다.¹³⁾

2. 構成體系

CECL에 의한 PECL은 2차에 걸쳐 각각 제1부(Part I.: 1995)와 제2부(Part II.: 1998)로 나뉘어 공표[發刊¹⁴⁾]되었다.¹⁵⁾ 우선 전자의 주된 내용은 일반원칙을 포함하여 급부의 이행방법과 장애에 관한 것

9) 참고로 Bonell, Lando 교수 등은 PICC 및 PECL의 實務作業반團(working group)에 모두 참여하고 있다.

10) PICC와 PECL은 구속력이 없는 통일법적 일반원칙이다. 다만 양 원칙은 오랜 기간 법의 비교를 통한 국제적 또는 유럽계약법의 리스테이트먼트(restatements)라 할 수 있다. 물론 양 원칙은 각기 상이한 목적을 추구하고 있음에도 불구하고 많은 부분이 일치하고 있다. 일치성 여부에 관한 세부내용에 관해서는 宋陽鎬, “유럽契約法原則과 韓國法”, 「商事法研究」第21卷 第2號, 韓國商事法學會, 2002, 141면을 참조.

11) 박정기, “유럽契約法原則에 있어서 契約責任”, 「國際地域研究」第3卷 第2號, 國際地域學會, 1999, 166면.

12) 여기에는 CISG의 전신으로써 ‘國際物品賣買에 관한 統一法’(Uniform Law on the International Sales of Goods : ULIS)과 ‘國際物品賣買契約의 成立에 관한 統一法’(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods : ULF)을 공히 포함하고 있다.

13) Lando, *op. cit.* ; 朴永龍, 前揭論文, 14~15면.

14) PECL은 1998년에 발표된 후에 공식적 출간서적으로 *Principles of European Contract Law, Part I and Part II, prepared by the Commission of European Contract Law*, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, 2000. 으로 발간되었다[이하 ‘Lando and Hugh, (2000)’이라 한다.].

15) 이후 2003년에 추가로 Part III가 발표되었는데 그 내용은 제10장 當事者들의 複數性, 제11장 瑕疵讓渡, 제12장 새로운 債務者의 代替와 契約의 移轉, 제13장 相計處理, 제14장 時效, 제15장 不法行爲, 제16장 條件, 제17장 利子支給 등으로 구성되어 있다. 세부 규정내용은 www.storme.be/PECL3fr.html 참조.

[표Ⅱ-1] PECL 제1장과 제2장의 규정내용¹⁶⁾

제1장 일반규정(general provisions)			제2장 계약의 성립(formation)		
제1절 원칙의 적용범위	제1:101조	원칙의 적용	제1절 일반규정	제2:101조	계약성립의 요건
	제1:102조	계약의 자유		제2:102조	의도
	제1:103조	강행법		제2:103조	충분한 합의
	제1:104조	합의유무 문제에 대한 적용		제2:104조	개별적 합의하지 않은 조건
	제1:105조	관습과 관행		제2:105조	완결조항
	제1:106조	해석과 보충		제2:106조	서면에 의한 수정
	제1:106조	유추에 의한 원칙의 적용		제2:107조	승낙없는 구속력의 약속
제2절 일반의무	제1:201조	신의성실 및 공정거래	제2절 청약과 승낙	제2:201조	청약
	제1:202조	협력의무		제2:202조	청약의 철회
제3절 용어 및 기타규정	제1:301조	용어의 의미		제2:203조	청약의 실효
	제1:302조	합리성		제2:204조	승낙
	제1:303조	통지		제2:205조	계약의 성립시점
	제1:304조	기간의 계산		제2:206조	승낙의 기간제한
	제1:305조	인식과 의도의 간주		제2:207조	지연된 승낙
				제2:208조	변경된 승낙
				제2:209조	일반약관의 충돌
				제2:210조	직업적 서면확인
				제2:211조	청약과 승낙없는 계약체결
	제3절 교섭책임			제2:301조	신의성실에 반하는 교섭
			제2:302조	비밀성 침해	

으로 총 4장 59조로 되어 있는데, 순서에 따라 제1장 總則, 제2장 ‘契約의 條件과 履行’, 제3장 ‘不履行과 一般的救濟’, 제4장 ‘不履行에 대한 特殊한 救濟’ 등으로 구성되어 있다.

후자는 총 9장 131개 조문으로 이루어진 確定本(completed and revised version : 1998)¹⁷⁾으로 곧 PECL의 완성본이다. 이행과 불이행 책임에 관하여는 제1부(1995)의 것을 그대로 수용하고 있으나, 다만 편제를 재구성하고 규정내용을 평이하게 재기술하여 객관적 이해를 도모하고 있다. 제1장 一般規定(general provisions), 제2장 ‘契約의 成立’(formation), 제3장 代理權(authority agents), 제4장 有效性(validity), 제5장 解釋(interpretation), 제6장 ‘內容과 效力’(contents and effects), 제7장 履行(performance), 제8장 ‘不履行과 救濟에 관한 總則’(non-performance and remedies in general), 제9장 ‘不履行에 관한 特別한 救濟’(particular remedies for non-performance) 등으로 구성되어 있다. 참고로 본 고의 범위에 해당하는 제1장과 제2장의 개별규정 제목은 위의 [표Ⅱ-1]과 같다.

PECL의 각 규정에는 이유, 목적, 적용방법 및 여타의 법규범과의 관계를 설명하고 있는 解題(comment)와 회원국간 해당 규정이 어떻게 적용되고 있는지를 기술한 註解(note)의 부분이 조합되어

16) 全文은 www.lexmercatoria.org에서 ‘The Principles of European Contract Law’(completed and revised version : 1998) 참조.

17) *ibid*

있다. 아울러 경우에 따라 규정적용의 구체적인 내용을 설명하고 있는 例示(illustration)가 결부되어 있는데, 이 같은 구성체계는 실정법규의 재기술을 주목적으로 하고 있는 美國法律協會(american law institute)의 ‘法律의 리스테이트먼트’(restatement of the law)와 유사성을 가지고 있다.

III. PECL의 適用範圍와 一般的 義務

1. 適用範圍

앞서 살핀 바와 같이 PECL은 유럽 역내에서 회원국간 공통적으로 적용될 수 있는 계약법 원칙을 통일하여 제시한 것으로, 그 범위는 순수한 국내계약이나 상인과 소비자간 계약 등을 포함한 모든 계약에 공히 적용된다. 따라서 계약관계에서의 급부장에 또는 불이행책임을 포괄하는 PICC와 유사한 체계를 구성하고 있으나,¹⁸⁾ 달리 국제물품매매에 한정하고 있는 CISG와는 근본적인 차이점이 있다.

다만 PICC는 적용범위를 國際商事契約(international commercial contracts)에 한정하고 있다. 즉 ‘國際商事契約을 위한 一般的規範의 提示’를 목적으로 두고 있음에 반하여, PECL은 회원국간 ‘域內契約法의 一般規則’(general rules of contract law in the EC)으로써 적용되는 것을 의도하고 있다(제1:101조).

또한 이와 같은 차이점은 관습과 관행의 구속력에 있어서도 동일한데, 이를테면 PICC는 “당사자는 해당되는 국제무역의 당사자에게 널리 알려져 있고, 또한 국제무역에서 그 당사자에 의해 통상적으로 준수되고 있는 관습에 의하여 구속된다[제1.8조 (2)].”고 규정하여 지역적 또는 국내적 관습을 원칙적으로 배제하고 있으나, PECL은 “당사자들은 당사자들과 같은 상황에서 일반적으로 적용되었을 것으로 보여지는 관습에 의하여 구속된다[제1:105조 (2)].”고 명시하여 이를 수용하고 있는 차이가 있다. 즉 적용범위의 차이에 있어 PICC는 普遍的이고 PECL은 地域的이라고 할 수 있다.

한편 CISG, PICC에서는 상거래의 의미를 명확히 규정하지는 않고 있으나, 다만 그 적용범위를 규정 내에서 한정하고 있다.¹⁹⁾ 우선 CISG에서는 “개인용, 가족용, 또는 가사용으로 구입되는 물품매매에 대하여는 동 협약이 적용되지 아니한다[제2조 (a)].”고 규정하고 있다. 이는 CISG가 국제사법상 소비자 보호를 위한 법규를 침해해서는 안된다고 하는 합의로부터, 강행적 국내법규나 공공정책을 집행하는 법규에 우선하지 않는다는 취지에서 소비용의 거래를 적용범위에서 배제하고 있음을 전제한 입법적 결과이다.²⁰⁾

PICC에서는 前文(preamble)에서 동 원칙은 국제상사계약에만 적용되며 제반 국제사법상의 강행규정 등을 포함한 소비자보호를 위한 소비자거래와 구별되는 영역을 적용범위로 다루고 있다. 곧 ‘소비를 위한 목적에서의 소비자거래, 즉 상거래 또는 직업적으로 활동하지 않는 일방 당사자를 포함하는 거래’를 적용범위에서 제외하고 있는데, 결국 CISG의 규정취지를 계수하여 국제상거래에 대한 적용범위를 특정하고 있다. 참고로 미국 UCC에서는 商人(merchant)이라는 개념을 특별히 도입하여²¹⁾ 상인간

18) PICC 전체 119개 조항 중 약 70여 개의 조문이 PECL과 공통한 조항이다. 해당 조문의 세부내용은 Bonell, *An International Restatement of Contract Law : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, 2nd ed., 1997. pp.89~91. 참조.

19) 국제상거래에 있어 商去來(commerce)와 去來(transaction : 法律行爲)의 개념구분에 따른 법적 실익과 적정성에 관하여는 沈鍾石, “國際商去來에 있어 電子契約의 成立에 관한 研究”, 成均館大學教 博士學位論文, 2002, 7~11면을 참조.

20) 沈鍾石, 上揭學位論文, 9~10면. 참조.

21) 이 경우 商人(merchant)은 UCC, §2-104, (1)에서 “동종의 물품을 취급하거나 그 밖의 그의 직업에 의하여 그 자신이 그 거래에

계약과 상인과 소비자간의 계약에 다른 법원칙을 적용하고 있다.²²⁾

그러나 PECL은 당사계약 뿐만 아니라 상인과 소비자간의 일반계약에도 적용됨을 규정하고 있다. 따라서 당사자간 준거법에 의한 법체계나 또한 합의에 따라 별단의 규정을 정하지 않음으로써 발생하는 문제에 대한 해결책을 제시하고 있다.

결국 국제사법통일에 있어 PICC와 PECL은 비입법기구에 의해 제정된 통일계약규범으로써의 공통점이 있으나, 그 기원과 적용범위가 다른 까닭에 양자가 실제로 국제상거래에 있어 경합하는 일은 없을 것으로 보여진다. 왜냐하면 PECL은 주로 유럽 역내 회원국간 이용될 목적으로 제정된 지역적 범위에 국한하여 적용되고, 반면에 PICC는 당사자간 국제상거래에 있어 적어도 일방의 당사자가 역외 비회원국인 경우 적용법규가 될 것이기 때문이다.²³⁾ 이는 EU의 입법기관 내지 사법기관이 공동체법을 기초 하거나 해석할 경우에는 PICC가 아닌 PECL을 기준으로 선택할 것이 자명하고, 각 회원국의 의회와 유럽 각국간의 분쟁해결을 위한 법원에 있어서도 동일할 것임을 의미한다.²⁴⁾

2. 一般的義務

CISG에서信義則(good faith)은 동 협약이 채용한 규칙 및 조항의 해석에 있어서만 기능하여야 하는 것으로, 달리 CISG의 대상으로 되는 국제물품매매계약의 본질을 해석하는데 있어서 적용되는 원칙은 아니다.²⁵⁾ CISG는 계약내용의 확정, 계약조항의 해석, 채무내용의 확정에서 신의칙은 기능하지 않는다는 원칙을 수용하고 있기 때문이다. 이것은 신의칙의 적용이라는 명분하에 동 협약의 정신에 반하는 국제사법이 개입하는 것을 방지하기 위한 취지로부터 비롯된 결과이다.²⁶⁾

반면에 PECL은 제1:201조 (1)에서 ‘信義誠實 및 公正去來’(good faith and fair dealing)²⁷⁾를 규정함에 있어 “권리의 행사나 의무의 이행시 각 당사자는 신의성실과 공정한 거래의 원칙에 따라 행동하여야 한다.”라고 명시하고, 동 조 (2)에서 강행규정으로 “당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.”고 규정하고 있다. 다만 이들 조항은 유효한 계약의 존재를 전제로 하고 있어 계약자체가 불공정하여 무효로 평가되어야 할 경우는 대상이 되지 않는다.²⁸⁾

관한 관행이나 물품에 특유한 지식이나 기술을 갖추고 있는 것으로 표시한 자 또는 직업에 의하여 그러한 지식이나 기술을 갖추고 있는 것으로 표시한 대리인, 중개인 기타 매개자를 고용함으로써 그러한 지식이나 기술을 갖춘 것으로 볼 수 있는 자’로 정의하고 있다.

22) UCC, §2-104, (3). ; UCC, §2-207, (1), (2). 참조.

23) Bonell, *op. cit.*, IV, 2. 참조.

24) 朴永龍, 前掲論文, 55면.

25) Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, p.95. ; 吳元爽 譯, 「UN 統一賣買法」, 三英社, 1998, 115면.

26) UCC에서 규정하고 있는信義則(good faith)의 입법례를 살펴보면 우선 대부분에서 ‘實際로 관련된 行爲 또는 去來에서의 正直’이라는 제한된 의미를 가진다[UCC, §1-201, (19)]. 그러나 매매에서 상인에게 적용되는 신의칙은 “사실상의 정직과 나아가 공정한 거래라는 합리적인 상거래상의 기준의 준수를 의미한다[UCC, §2-103, (1), (b)].”고 규정하고 있다. 또한 §1-102에서는 “당사자는 본 법에 별도의 규정이 없는 한 본 법의 제 규정의 취지를 합의에 의하여 변경할 수 있으나 본 법이 규정하는信義則(good faith), 誠實(diligence), 合理性(reasonableness) 및 注意(care)의 의무는 합의를 통해서도 배제하여서는 아니된다. 다만 당사자의 합의에 의하여 이들 의무의 이행기준을 구체적으로 정할 수 있으나, 그러한 기준이 명백하게 불합리한 것이어서는 아니된다.”고 규정함으로써 매매계약의 이행에 있어 신의칙의 준수를 강조하고 있다(吳元爽, 上掲書, 114면.).

27)信義則(good faith)은 주관적 개념으로써 ‘意識에 있어서 正直과 公平性’을 의미한다. 예컨대 구체책을 행사하는데 있어서 이로 인하여 자신에게 아무런 이익이 주어지지 않고 다만 상대방을 해할 목적인 경우에는 그 행사가 허용되지 않는다. 公正去來(fair dealing)는 객관적으로 판단하는 사실상 공정성의 준수를 의미한다[Lando, ·Beale, *The principles of European Contract Law : Part I. : Performance, Non-performance and Remedies*, 1995, p.55(Art. 1.106 Comment D.)].

28) Lando, ·Beale, *ibid.*, (Art. 1.106 Comment E.).

한편 協力義務(duty to co-operate)와 관련, PECL은 제1:202조에서 “각 당사자는 상대방에 대하여 계약의 완전한 실현을 위한 협력의무를 진다.”고 규정하고 있다. 이는 상대방에 의한 의무의 이행을 수용하고, 계약에서 약속된 이행의 수익을 상대방에게 취득하게 하는 동시이행의 對價的義務를 포함한다. 이 의무는 법리적으로도 EU 각 회원국의 국내법상으로 거의 일치하고 있고 또한 공히 인정되고 있는 사실이다.²⁹⁾

3. 用語의 意味

PECL 제1:301조에서는 동 원칙내에서 문맥상 달리 해석되지 않는 한, 각 용어를 다음과 같은 의미로 규정하고 있다.

- ① 行爲(act)는 不作爲(omission)를 포함한다[제1:301조 (1)].
- ② 法院(court)은 仲裁判定所(arbitral tribunal)를 포함한다[동 조 (2)].
- ③ 故意的(intentional) 행위는 無謀하게(recklessly) 이루어진 행위를 포함한다[동 조 (3)]. 이 경우 ‘intentional’한 행위는 ‘행위의 결과를 일으키기 위한 목적을 가지고 이를 의식적으로 행한 경우’를 의미하고, ‘recklessly’한 행위는 ‘그 결과의 가능성을 알지만 그것이 결과로 일어날 지의 여부는 개의치 않고 행한 경우’를 의미하는데 경우에 따라서는 이를 未畢的故意(dolus eventualis)라고도 칭한다. 반면에 ‘자신의 행위 결과를 전혀 고려하지 못한 경우’를 過失있는(carelessly) 행위라 칭하고 이를 故意的(intentional) 행위와 구분한다.³⁰⁾
- ④ 不履行(non-performance)은 계약상 채무의 이행을 하지 못한 경우를 의미한다. 이는 면책여부와 관계가 없으며 이행지체 및 하자있는 이행이나 계약의 완전한 실현을 위하여 협력하지 않은 경우를 포함한다[동 조 (4)].
- ⑤ 實質的(material)이라는 의미는 어떠한 사항이 동일한 처지에 있는 ‘合理的인 者’(a reasonable person)가 제의된 내용대로 계약을 체결할 것인지 또는 계약체결 자체를 결정함에 있어서 상대방에게 영향을 줄 것임을 알았어야 했을 경우로 정의한다[동 조 (5)].
- ⑥ 書面(written)에 의한 陳述(statements)은 전보, 텔렉스, 팩스, 전자우편 및 기타 당사자 간 진술로부터 입증가능한 기록을 제공할 수 있는 의사전달수단에 의한 의사소통을 포함한다[동 조 (6)]. 규정례로 CISG에서는 계약의 형식에 있어 “매매계약은 서면에 의하여 체결 또는 입증될 필요가 없으며 또한 형식에 관한 어떠한 다른 요건에도 구속되지 아니한다. 매매계약은 증인을 포함하여 여하한 방법에 의해서도 입증될 수 있다(제11조).”고 규정하고 있으나, 제13조에서 서면을 전보와 텔렉스를 포함하는 것으로만 정의하고 있다. 한편 PICC에서는 CISG와 동일하게 계약의 불요식성을 규정하고 있는데 즉 “서면이라 함은 이에 포함되어 있는 정보의 기록을 보존하고 유형의 형식으로 재생할 수 있는 모든 방식의 통신을 의미한다(제1.10조).”고 명시하고 있다. 결국 PECL은 양 규정과 비교할 경우 그 수단 및 방법의 다양성 면에서 보다 구체적이고도 진일보한 정의규정을 두고 있다.³¹⁾
- ⑦ PECL 제1:302조에서는 合理性(reasonableness)을 별도로 규정하고 있는데, 즉 “신의를 가지고 행위하는 자가 동일한 상황하에서 합리적이라고 볼 수 있는 바에 의하여 판단된다. 특히 무엇이 합리적인가를 평가함에 있어서 계약의 성질과 목적, 구체적 제반 사정, 그리고 거래나 해당 직업의 관습과

29) Lando, · Beale, *ibid.*, (Art. 1.107. Notes 1, 2.).

30) Lando, · Beale, *ibid.*, (Art. 1.105. Comment C.).

31) Schlechtriem, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, 1998, Art. 11, Note 4. 참조.

판행이 고려되어야 한다.”고 명시하고 있다. CISG의 경우에는 합리성에 관하여 특별히 규정하고 있지 않은데, 다만 이에 상당하는 규정을 협약의 해석원칙을 통하여 유추할 수 있다[제7조 (2)]. 즉 CISG가 기초하고 있는 일반원칙에 따른 해결, CISG에 의한 원칙이 없는 경우 국제사법의 규칙에 의하여 적용되는 법에 따른 해결 등을 PECL에서 규정한 합리성에 연관하여 비교할 수 있다. 이는 CISG의 해석에 있어서 “CISG의 국제적인 성격과 또한 그 적용상의 통일성 및 국제무역에 있어 신의칙의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다[제7조 (1)].”는 포괄적인 해석원칙에 귀결되는 사항이다.³²⁾

IV. PECL에 있어 契約의 交渉과 成立段階에서의 法規制

1. 契約의 交渉段階에서의 責任

영미법에서는 원칙적으로 신의칙에 기하여 계약체결을 위한 교섭상의 자유를 보장하고 있으나, 일부 제한된 범위내에서 ‘契約締結上の 過失責任’³³⁾으로 계약 전 책임을 인정하고 있다.³⁴⁾ 즉 영미법에서는 원칙적으로 계약자유 원칙 및 신의칙에 기하여 계약체결을 위한 교섭상의 자유와, 달리 계약교섭과정에 있어 당사자 임의로 아무런 법적 책임을 지지 않고 당해 교섭을 破棄할 수도 있는 자유를 동시에 보장하고 있다. 그 결과 교섭 후 계약이 체결되면 교섭과정에 있어 不實表示(misrepresentation), 非良心의行爲(unconscionability), ‘不當한 影響力’(undue influence), 強迫(duress)으로부터의 효과는 문제가 되지 아니한다.³⁵⁾

반면에 제한적으로 계약 전 책임이 인정되는 경우는 ① 계약교섭과정상 일방이 타방으로부터 이득을 얻은 경우 계약 전 책임으로 ‘不當利得에 대한 返還責任’(liability for unjust enrichment), ② 사기적 불실표시를 하였을 경우 그 ‘不實表示에 대한 責任’(liability of misrepresentation), ③ 계약교섭에 임한 일방이 타방에게 특정한 약속을 한 경우 그 ‘特定한 約束에 대한 責任’(liability of specific promise), ④ ‘契約交渉의 合意’(agreement to negotiate)가 전제된 경우에 있어서의 책임 등이다.³⁶⁾ 따라서 영미법은 계약교섭이 시작되었다고 하더라도 이상의 요건에 해당하지 않은 경우 별단의 의무 또는 책임이 발생하지 않음이 원칙이다.

그러나 PECL은 계약교섭단계에서의 법규제가 보다 구체적이고 충실하다고 볼 수 있는데 규정례를 검토하면 다음과 같다. ① “당사자들은 교섭의 자유를 가지나 합의에 이르지 못한 것에 대해 책임을 지지 아니한다[제2:301조 (1)].”고 규정하고 있음과 동시에 “신의성실 및 공정거래에 반하여 교섭하거나 교섭을 중단한 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다[제2:301조 (2)].”는 제한요건을

32) Bonell in Bianca and Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, 66ff., 84ff. ; Kritzer, A. H., “Reasonableness”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2001. 1. 참고로 Schlechtriem, Velden, Maskow, Bonell, Honnold 등은 개별적으로 合理性(reasonableness)에 관하여 정의하거나 언급하고 있다. 각기 자세한 내용에 관해서는 위 Kritzer 논문의 마지막 주제로 다루어지고 있다.

33) ‘契約締結上の 過失責任’이란 계약체결을 위한 준비단계 또는 계약의 성립과정에 있어서 당사자의 일방이 자기의 책임있는 사유로 인하여 상대방에게 손해를 준 경우 상대방에 대하여 부담하여야 하는 손해배상책임을 포괄적으로 지칭하는 용어로, 1861년 독일의 Jhering이 발표한 “계약체결상의 과실책임 또는 무효 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 손해배상”이라는 논문으로부터 비롯된 바를 그 嚆矢로 두고 있다.

34) Lando and Beale, (2000)', p.192.

35) Farnsworth, E. A., *Farnsworth on Contracts*, 2nd ed., 1998, pp.345~394 ; Lando O. · Beale H., *Principles of European Contract Law, Part I, Part II, prepared by the Commission of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, [Lando and Hugh(2000)]. p.192. ; 金相容, 「比較契約法」, 法英社, 2002. 98~100면.

36) Farnsworth, *ibid*.

부가하고 있다. 이 경우 신의성실 및 공정거래에 반하는 경우를 ‘당사자가 상대방과 합의에 이를 진정한 의도없이 교섭을 개시하거나 계속하는 경우[제2:301조 (3)]’로 명시하고 있다.

② 계약의 체결 전 일방에 의하여 행하여진 陳述(statement)은 상대방이 그 당시 사정하에서 (a) 상대방에 대해 진술의 현저한 중요성, (b) 당사자가 그 진술을 거래의 과정에서 행하였는지의 여부, (c) 양 당사자의 상대적인 전문지식 등을 고려할 때 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우 이는 계약조항으로 인정됨과 동시에 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주하고 있다[제6:101조 (1)]. 또한 “당사자 일방이 職業的供給者(professional supplier)로써 용역이나 물품 기타 재산의 이용에 관한 정보를 그것의 판매활동이나 선전을 꾀하는 과정에서, 또는 다른 방식으로 계약을 체결하기 전에 제공하는 경우에는 그 진술은 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주된다. 다만 상대방이 그 진술이 정확하지 않다는 것을 알았거나 모를 수 없었던 사실이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다[제6:101조 (2)].”고 규정하고 있다.

③ 계약교섭단계에서 상대방으로부터 제공된 비밀유지의 의무를 아울러 부과하고 있는데, 즉 “계약교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 제공되었다면 계약체결 여부에 관계없이 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아니할 의무를 진다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방이 얻은 이익의 반환을 포함한다(제2:302조).”고 규정하고 있다. 다만 秘密維持違反(breach of confidentiality)은 계약교섭의 결과로써 계약체결에 이르렀는지의 여부에 관계가 없고, 또한 손해배상의 범위는 신뢰이익의 손해를 그 범위로 하며 이행이익의 손해³⁷⁾를 초과하지 못하는 제한이 있다.³⁸⁾

PICC에서는 PECL과 동일한 규정취지로 秘密維持義務(duty of confidentiality)를 두고 있는데 “계약교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 정보가 비밀로 제공된 경우에는, 상대방은 이후 계약의 체결 여부를 불문하고 그 정보를 공개하거나 또는 자신의 목적을 위하여 이를 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다. 적절한 경우에는 그 의무의 위반에 대한 구제에는 상대방이 얻은 이익을 기초로 한 배상액이 인정될 수 있다(제2.16조).”고 규정하고 있다.

한편 CISG에서는 계약교섭단계에서 발생할 수 있는 여러 가지 문제를 해결하는 명시적 규정이 존재하지 않는다. 연혁적으로 CISG 제정시 계약체결상 과실책임에 관한 입법논의가 있었으나, 동 사안은 CISG가 규율하는 영역 외에 속하는 문제와 관련된다는 이유로 지지를 얻지 못하였다.³⁹⁾ 따라서 현실적으로 CISG하에서 국제상거래에 있어 계약체결상 과실책임이 문제가 되는 경우에는 국내법에 의한 별단의 규율문제가 중요시 된다.

다른 한편 PICC에서는 계약교섭의 자유를 명시하고 합의에 도달하지 못한 것에 대하여 책임을 지지 않는다는 규정을 보유하여[제2.15조 (1)], PECL과 동일한 규정취지를 명시하고 있다. 다만 이에 결부하여 “당사자가 불성실하게 협상에 임하거나 또는 협상을 결렬시킨 경우 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다[제2.15조 (3)].”는 제한규정을 두고 있다. 이 경우 不誠實(bad faith)한 교섭은 ‘당사자

37) 積極的利益(positives interest)으로써 履行利益은 이미 유효하게 성립된 채권의 존재를 전제로 하여 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않은 이유로 채권자가 입은 손해를 말한다. 즉 이행이익의 손해는 이행이 있었다면 존재하였을 채권자의 상태와 현재의 상태의 차이를 말한다. 이에 반하여 消極的利益(negatives interest)으로써 信賴利益은 계약이 유효하다고 믿었기 때문에 입은 손해를 말하는데, 예컨대 계약의 이행을 위한 준비로 지출된 조사비용, 대금의 차용, 운송수단의 준비 및 다른 사람의 보다 유리한 매수제의를 거절한 경우 뿐만 아니라 매매목적물에 하자가 없다고 믿고 일정한 대금을 지급하기로 약정한 경우 등이 이에 해당한다.

38) 한편 PECL은 기대이익의 상실로 인한 손해배상을 인정하고 나아가 계약해제 후에도 중재조항 등이 효력을 유지하도록 하기 위하여 해제의 소급효를 부정하고 있다[Lando and Beale, (2000)', p.191., p.420.].

39) Hornold, *op. cit.*, pp.62~70. ; 吳元夔, 前揭書, 85~92면. ; Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, 1981, S.45. ; 朴永馥, “契約締結前段階의 法規範化”, 「외법논집」 제10집, 韓國外國語大學校, 2001, 25면. 등을 참조.

가 상대방과 합의에 도달하지 아니할 의도로 교섭을 개시하거나 계속하는 것[제2:15조 (3).]’으로 정의되어 있는데, 이는 근본적으로 PECL의 해당 규정취지에 부합한다.

요약하면 PICC와 PECL은 계약교섭단계에 있어 ① 신의칙에 의하여 교섭에 임하였거나 또는 신의칙에 반하여 교섭한 경우, ② 계약교섭의 의사없이 교섭에 임하거나 또는 교섭을 계속한 경우, ③ 신의칙에 반하여 교섭을 파기한 경우, ④ 계약교섭 과정에서 상대방으로부터 제공된 비밀을 침해한 경우에 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있는데, 결국 신의성실 및 공정거래의 원칙을 폭 넓게 원용하고 있는 공통점이 있다.

2. 契約締結을 위한 條件

영미법상 계약이란 채권채무관계를 창설하는 당사자간의 合意(agreement)를 말한다.⁴⁰⁾ 즉 미국 UCC, §1-201. (3)에서는 “합의는 당사자 간의 진술 중에 또는 계약교섭과정 또는 거래의 관행 내지는 이행과정⁴¹⁾을 포함한 일련의 사정하에서 묵시적으로 사실상 제시된 당사자의 상호거래를 의미한다.”고 규정하고 있고, 영국 物物賣買法(Sale of Goods Act : SGA)에서는 ‘물품의 소유권 이전이 장래에 이행되거나 또는 계약이후에 충족되어야 할 일정한 조건을 전제로 한 경우[제2조 (5)]’를 ‘賣買의 合意’(agreement to sell)라고 칭하고, 이 경우 매매의 합의에 대한 부가조건으로 “물품의 소유권이 이전되는데 필요한 시간이 경과되거나 또는 그 조건이 충족된 당시에 매매로 된다[제2조 (6)].”고 규정하고 있다.

그러나 이들 규정하에서 당사자간의 합의, 즉 의사의 합치가 전제되었다고 하더라도 契約의 成立(formation of contract)⁴²⁾에 따른 법률효과는 발생하지 않는다. 왜냐하면 영미법상 합의가 법에 의하여 강제될 수 있기 위해서는 그 합의가 約因(consideration)⁴³⁾을 수반한 것이거나 또는 書面(writing)에 의한 것이어야 하기 때문이다.

PECL에서는 계약체결의 요건으로써 “계약은 당사자들이 법적으로 구속되는 의도로 충분한 합의에 도달한 경우에는 다른 요건을 충족할 필요없이 체결된다[제2:101 (1)].”고 규정하고, 형식적 요건으로써 “계약은 서면으로 체결 또는 입증될 필요가 없고, 또한 형식에 관한 다른 요건에 종속되지도 않는다.

40) 계약은 당사자간의 합의를 기초로 하는 것이지만 일정한 경우에는 당사자간의 합의와 관계없이 법에 의하여 계약상의 유사한 채권채무관계가 성립된다. 이를 총칭하여 準契約(quasi-contract) 또는 ‘법에 의하여 默示(또는 擬制)된 契約’(contract implied in law)이라고 한다. 이는 대체적으로 우리 나라에서 통칭하는 不當利得에 해당되는 것이나 미국에서는 준계약을 不當利得(unjust enrichment)의 원상회복이라 보고 준계약 이외에 원상회복을 실현하기 위한 많은 법칙들을 집약하는 일련의 법제도로써 原狀回復(restitution)에 관한 법을 확립하고 있다(Emanuel, S., et al., CONTRACTS, emanuel law outline, inc., 1993, pp.263~269. ; 朴英植, “契約法”, 『商事法研究』 第2輯, 韓國商事法學會, 137면. 등을 참조.).

41) UCC, §1-205, §2-208, §2A-207. 등을 참조.

42) 일설에 의하면 계약체결을 계약성립과 구별하는 견해가 있다. 즉 行爲(Conduct)로서의 법률행위와 規制(Enforcement)로서의 법률행위에 의한 구별이 그것인데 전자는 행위에 의한, 후자는 규율로서의 법률행위로써 각기 법리적 시각을 대별하고 있다. 일괄하면 계약의 체결이란 ‘私的인 規律로서의 契約에 效力을 附與하려는 目的을 가진 行爲’로 계약을 체결하는 행위는 법적 구속력을 달리 하는 두 가지의 단계적 행위로 구성되어 있다. 이를 구별하면 미래에 효력이 부여되어야만 할 사적 규율의 형태를 갖추는 것으로서 ‘契約締結의 準備完了狀態’를 갖추는 행위와 이에 대하여 법적으로 의미있는 계약을 체결하는 ‘法律로서의 效力附與行爲’가 순차적으로 행하여진다. 따라서 계약은 계약체결을 준비하는 과정에서 ‘私的인 自治的規律의 準備’와 이러한 준비된 법률에 ‘效力을 附與하는 行爲’로 단계적으로 구분된다는 시각으로 요약할 수 있다(이영준, 『民法總則』, 博英社, 1998, 145면.).

43) 約因(consideration)이라 함은 약속에 관하여 約束者(promisor)에게 발생하는 이익 또는 受約者(promisee)가 부담하는 損失(detriment)을 의미한다. 약인은 ① 약속과 동등한 가치를 지닐 필요성은 없으나 법률상으로 보아 가치가 있는 것, 즉 실제적인 것이어야 하고, ② 계약성립시를 기준으로 하여 볼 때 현재의 作爲(act) 또는 不作爲(forbearance)이든 장래의 작위 또는 부작위이든 무관하나 과거의 것은 약인이 될 수 없다. ③ 약인은 적법하여야 한다. 따라서 불법적 약인에 의해서 이루어진 약속은 무효이다. ④ 약인은 수약자에 의해 제공되어야 한다는 요건을 갖추어야 한다(Schaber. A. D., ·Rohwer, C. D., Contract, 3rd, West Wadsworth, 1999, pp.2~4.). 현재에는 일반적으로 약속에 대한 對價(price)라고 통칭된다(朴英植, 前揭論文, 146면.).

계약은 증인을 포함하여 어떠한 수단에 의해서건 증명될 수 있다[제2:101 (2)].”고 하는 불요식성을 명시하고 있다. PICC의 경우와 비교할 경우 그 형식의 불요식에 관한 규정내용(제1.2조)은 일치하고 있으나, 다만 PICC의 경우 제2.1조 및 제2.2조에서 請約(offer)과 承諾(acceptance)에 의한 합의의 구속력을 부가적으로 규정하고 있다는 차이점이 있다.

또한 PECL에서는 ‘充分한 合意’(sufficient agreement)에 대한 요건을 보다 세부적으로 규정하고 있는데, 즉 계약에 의도된 내용이 ‘당사자 간 충분히 확정되어 계약이 실행될 수 있거나, 이 원칙에 의하여 정해질 수 있는 때’로 두고 있다[제2:103조 (1)]. 다만 ‘당사자 일방이 당사자 간 특정한 사항에 관하여 합의하지 아니하고 계약을 체결하기를 거절하는 경우’ 결국 그 사항에 관하여 합의에 이르지 못한 때에는 계약은 성립하지 아니한다고 규정하고 있다[제2:103조 (2)].

한편 PICC는 標準約款(standard terms)의 계약편입을 ‘意外的 條件’(surprising terms : 제2.20조), ‘約款의 衝突’(battle of forms : 제2.22조)의 경우를 제외하고 계약의 성립에 관한 일반규정에 위임하고 있다(제2.19조). 따라서 표준약관에 대한 단순한 언급만으로도 그것을 계약에 포함시키는 것이 통상 충분한 것이 된다.

반면에 PECL에서는 一般約款(general conditions)을 편입시키고자 의도한 당사자가 “계약체결 전에 또는 체결 당시에 상대방이 이에 주의하도록 하기 위한 合理的措置(reasonable steps)를 취한 경우에만 상대방이 이를 알지 못한 경우에도 이를 그에 대해 원용할 수 있다[제2:104조 (1)].”고 규정하고 있다. 다만 “계약서에 단순히 계약내용을 지적하는 것만으로는, 비록 상대방이 이에 서명하였어도 그로 하여금 이에 주의하도록 하기 위한 합리적 조치가 취하여졌다고 할 수 없다[제2:104조 (2)].”는 단서를 부가하고 있는 특징이 있다.⁴⁴⁾

3. 契約의 成立要件에 관한 法規制⁴⁵⁾

(1) 請約의 要件과 方法

CISG에서는 유효한 청약의 기준으로써 ① 그 의사표시가 ‘1人 또는 그 以上の 特定人’(one or more specific persons)을 대상으로 하여야 하고, ② 상거래 제의가 ‘充分히 確定的’(sufficiently definite)이어야 하며, ③ 승낙이 있는 경우에 이에 구속된다는 ‘拘束意思를 表示’(indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance)하고 있어야 함을 명시적으로 규정하고 있다[제14조 (1)].

이 경우 구속의 의사표시가 없는 청약은 단지 ‘請約의 誘引’(invitation to make offer)으로 간주된다. 따라서 승낙과 함께 법적 효력이 있는 청약은 승낙이 존재하여도 계약을 성립시킬 수 없는 청약의 유인과 구별된다.

PICC에서는 CISG에서와 같이 청약의 기준에 관하여 규정하고는 있으나, 다만 ① 상거래 제의의 대상, 즉 1인 또는 그 이상의 특정인이라는 요건을 규정하고 있지 않은 점과, ② 또한 충분히 확정적이라고 하는 여부를 판단할 수 있는 요건의 제한이 없다고 하는 관점에서 CISG와 차이를 보이고 있다(제2.2조). 즉 CISG에서는 충분히 확정적이라는 요건을 만족하기 위해서는 물품을 표시하고 또한 그 수량과 대금을 정하고 있거나 이를 정하고 있는 규정을 두고 있는 경우로 규정하고 있고[제14조 (1)], PICC는 “청약은 충분히 확정적이어야 한다.”라고만 규정하고 있다(제2.2

44) 용어의 사용에 있어 PICC는 標準約款(standard terms : 제2.19조)으로, PECL은 一般約款[general conditions : 제2.209조 (3)]으로 달리 표현하고 있으나 규정내용은 용어의 차이를 불문하고 동일하다. 이는 현대계약에 있어 附合契約의 보편성을 수용한 것으로 볼 수 있다. 다만 PECL의 경우 一般約款과 ‘個別的으로 交渉하지 아니한 契約內容’을 구분하고 있는데 그 차이는 계약내용의 확정성에 있어 개별적 합의의 存否를 기준으로 하고 있다.

45) 沈鍾石, “國際商去來에 있어 電子文書에 의한 請約과 承諾의 基準”, 「經營法律」第14輯 1號, 韓國經營法律學會, 2003, 232~249면.

조). 결국 PICC는 계약당사자들의 당해 처지와 환경에 비추어 청약의 기준으로써 그 확정성 요건을 정할 수 있는 여지를 남기고 있어 CISG에 비하여 보다 신축적이고 포괄적이라 할 수 있다.⁴⁶⁾

PECL은 제2:201조에서 청약에 관하여 “(1) 제안은 (a) 타방의 당사자가 이를 승낙하면 계약이 성립될 것으로 의도되고, (b) 계약을 구성하기에 ‘充分히 確定的’(sufficiently definite)인 내용을 포함하는 경우 청약이 된다.”고 규정하고, CISG에서의 불특정 다수인에 대한 제한요건을 “(2) 청약은 1인 또는 다수의 특정인 또는 불특정 다수인에 대하여 행하여 질 수 있다.”고 수용하고 있다. 아울러 “(3) 광고나 카탈로그에 의하여 직업적 공급자가 행하는 물품의 진열을 통해 제시된 가격으로 물품이나 용역을 제공한다는 제안은 물품의 재고 또는 공급자의 용역공급능력이 소진되는 때까지는 그 가격으로 매도하거나 공급한다는 청약으로 추정된다.”고 하여 CISG 및 PICC에 견주어 청약자 입장에서 보다 적극적이고도 구체적인 규정내용을 두고 있다.

(2) 請約의 撤回 또는 取消

撤回(withdrawal)는 일방적 의사표시에 의하여 효력이 발생하는 形成權의 행사로서 일반적으로 의사표시에 의하여 당사자 간의 권리의무가 발생한 후에는 허용되지 않는 것이 원칙이다. 즉 철회는 아직 종국적 법률효과가 발생하지 않은 의사표시를 임의로 저지하여 장래의 효과가 발생하지 않게 하거나, 일단 발생한 의사표시의 효력을 소급하여 소멸시키는 표의자의 일방적 의사표시를 의미한다. 따라서 일정한 원인에 따라 의사표시의 효과를 소급적으로 소멸시키는 것이 아니라, 다만 장래에 한해서 그 효과를 잃게 한다는 점에서 取消(revocation)와 구별된다.

그러나 법계간 청약의 철회를 구분하고 있는 법리적 접근시각은 상이한데 구분하면 다음과 같다. 우선 대륙법계에서는 승낙기간이 정해져 있는 確定請約(firm offer)에 있어서는 상당기간 청약을 철회할 수 없는 것이 원칙이다.⁴⁷⁾ 이는 확정청약의 기간은 곧 承諾適格의 유효기간으로써 이 기간 내에는 철회가 인정되지 않는다고 하는 취지로, 설령 그 기간 내에 청약자가 철회의 의사표시를 하였다 하더라도 피청약자가 이를 무시하고 승낙의 의사표시를 하게 되면 즉시 계약이 성립함을 의미한다. 반면에 승낙기간이 명시되어 있지 않은 청약은 상당기간이 경과되면 철회할 수 있음이 원칙이다. 이 경우에 청약의 철회는 상대방에게 이러한 사실의 통지가 도달한 때에 효력이 발생하므로 이를 위해서는 승낙의 의사표시의 발신 전에 피청약자에게 도달하여야 하는 조건이 부가된다.

영미법계에서는 청약은 청약자가 승낙기간을 정한 확정청약이라고 하더라도 원칙상 자유롭게 철회할 수 있다. 그 이유는 승낙자의 입장에서 승낙여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 반하여 청약자의 경우 철회할 수 없다는 것은 형평의 원칙에 어긋난다는 법리에 기인한다. 다만 청약이 捺印證書로 된 경우와 청약의 철회불능에 대한 약인이 제공된 경우에는 일반적으로 청약은 상당기간 내에는 철회할 수 없다.⁴⁸⁾

CISG와 PECL은 청약의 철회와 취소를 구별하고 있다. 우선 CISG의 경우 제15조 (2)에서 의사표시의 도달주의에 따라 “청약자의 청약이 상대방에게 도달 전 또는 도달과 동시에 청약의 철회의 의사를 표시한 경우 청약의 효력은 발생하지 않는다.”고 명시적으로 도달 전 청약의 철회에

46) 또한 PICC는 청약의 유인에 대하여 언급하지 않고 있다. 결국 불특정 다수를 상대로 하는 公開請約(public offer)이라고 하더라도 동 원칙에서의 확정성 및 구속의사를 충족시킬 수 있다면 청약으로 인정될 수 있는 가능성을 남기고 있다(吳元爽, “UN 통일매매법 하에서 請約과 請約의 誘引의 차이”, 『國際商學』 第18卷 第1號, 韓國國際商學會, 2003, 6~7면.). 그 취지는 곧 서로 다른 국가에 영업소를 둔 당사자들에게 계약의 성립을 보다 용이하게 도모할 수 있게 배려하기 위한 입법적 의도로 파악된다(裴俊逸, “國際買賣契約 成立에 관한 比較法的 研究”, 『貿易商務研究』 第12卷, 韓國貿易商務學會, 1999, 92~93면.).

47) 예컨대, 독일 민법 제145조, 우리 나라 민법 제527조 내지 제528조, 제531조 등.

48) 그러나 이 같이 폭 넓은 청약의 취소에 제한을 가하고 있는 영미법상의 원칙이 있는데 이를 소위 郵便函規則(post-box rule 또는 mail-box rule)이라고 한다. 승낙의 발송시 이를테면 승낙서를 우편함에 투입하는 시점에서 청약자는 청약의 取消權을 상실하고 피청약자 또한 승낙의 撤回權을 상실한다는 원칙이다.

대해서 규정하고 있고, 제16조에서 청약의 취소는 이미 청약의 효력이 발생된 후에 인정되는 것으로 명시하고 있다[PECL의 경우 제1:303조 (2), (5), (6)].⁴⁹⁾

PICC에서는 “청약은 피청약자에게 도달시 효력을 발생하나, 다만 청약이 取消不能(irrevocable)한 것으로 되어 있더라도 철회가 청약의 도달 전 또는 그와 동시에 피청약자에게 도달하는 경우에는 철회할 수 있다(제2.3조).”고 규정하고 있다. 또한 청약의 취소규정(제2.4조)에서는 “계약이 체결되기까지는 청약은 취소될 수 있으나, 다만 취소의 의사표시가 피청약자가 승낙을 발송하기 전에 피청약자에게 도달하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 동 규정에서 “청약이 승낙을 위한 지정된 기간을 명시하거나, 여하의 방법으로 그것이 취소불능임을 표시하고 있는 경우, 피청약자가 청약을 취소불능이라고 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우에 청약은 취소될 수 없다.”고 규정하고 있다. 동 규정은 위 CISG 제16조의 규정과 동일하다.

결국 PECL은 PICC의 규정취지를 계수하고 있는데, 즉 “청약은 피청약자가 그 승낙을 발송하기 전까지 또는 行態(conduct)에 의한 승낙의 경우에는 계약이 체결되기 전까지 철회될 수 있다.”⁵⁰⁾ 및 “불특정 다수인에 대한 청약은 청약이 행하여진 것과 같은 방법으로 철회될 수 있다.”고 규정하고 있음을 참조할 수 있다[제2:202조 (1), (2)].

다만 PECL에 있어 청약의 철회는 ① 청약에서 그것이 철회될 수 없음을 지시한 경우, ② 승낙을 위한 확정기간을 정한 경우, ③ 피청약자가 청약이 철회할 수 없는 것이라고 믿는 것이 합리적이고 또한 그가 청약을 신뢰하고 행위한 경우에는 효력이 없음을 규정하고 있는 특징이 있다 [제2:202조 (3)].

(3) 承諾의 要件과 方法

승낙이란 피청약자가 청약자의 청약을 그대로 수용하여 합의를 성립시키려는 의도가 그 목적이므로 청약의 내용과 다름이 없이 일치하여 無條件(unconditional), 絶對的(unqualified)으로 행하여져야 한다.⁵¹⁾ 영미법에서는 이를 ‘鏡像의 法則’(mirror image rule, 또는 ‘完全一致의 法則’)이라 한다. 이와 반대로 청약과 승낙으로 계약이 성립하였으나 추후에 청약자와 피청약자간 계약조건의 불일치가 발견되는 경우를 ‘約款의 衝突’(battle of forms)이라 하며, 또한 청약에 附加的條件(additional terms)이 결부된 승낙이라든가 청약의 내용을 변경시킨 승낙 등은 유효한 승낙으로써의 효력을 상실한다. 이 경우는 對應請約(counter-offer)으로 간주된다.⁵²⁾

CISG 제19조 제1항 및 PICC 제2.11조 (1)에서는 이와 같은 상황에 대하여 “승낙을 의도하고는 있으나 추가·제한 또는 기타의 변경을 담고 있는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이자 또한 대용청약이 된다.”고 규정하고 있다.⁵³⁾ 다만 엄격한 완전일치의 요건을 완화하여 계약의 성립을 보다 용이하게 하고, 또한 迅速·敏活한 상거래를 지향하기 원하는 상거래계에 부합하는 취지에서, 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 것이 아닌 사소한 변경의 경우에는 계약의 성립으로 간주하

49) CISG, 제16조 : “(1) 계약이 체결되기까지는 청약은 취소될 수 있다. 다만 취소의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다. (2) 그러나 다음의 경우 청약은 취소될 수 없다. (a) 청약에서 승낙을 위한 지정된 기간을 명시하거나 또는 기타의 방법으로 그것이 취소불능임을 표시하고 있는 경우 또는 (b) 피청약자가 청약을 취소불능이라고 신뢰하는 것이 합리적이고 또한 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우”

50) 이 경우 단서조항으로 제2:205조 (2), (3)을 부가하고 있다. 즉 (2) 行態(conduct)에 의한 승낙의 경우에는 그 행태가 청약자에게 도달한 때, (3) 청약에 의하여 당사자간 성립된 관행에 의하여 또는 관습에 의하여 피청약자가 청약자에게의 통지없이 일정한 行爲(act)의 실행에 의하여 청약을 승낙하는 경우에는 그 행위의 실행이 시작한 때에 계약이 체결된다고 규정하고 있다.

51) Schmitthoff, C. M., *Export Trade*, 10th ed., London Sweet & Maxwell, 2000, p.54.

52) Whincup, M. H., *Contact Law and Practice : the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996, paras. 2.13~2.14.

53) 한편 경상의 법칙은 경우에 따라 수 많은 상거래들을 좌절시킬 수 있는 여지를 남기고 있다. 즉 피청약자가 청약의 내용에 대하여 실질적인 변경을 가하지 않고 있음에도 불구하고 무조건, 절대적 동의로 계약의 체결을 이룰 수 없는 상황을 초래할 수 있다고 하는 시각에서이다(윤남순, “美國統一商法典上 請約과 다른 承諾에 관한 法理 考察”, 『商事法研究』 第19卷 第2號, 韓國商事法學會, 2000, 647면.).

는 것이 보다 효율적일 수 있다는 상무적 취지를 반영하여 CISG 제19조 (2) 및 PICC 제2.11조 (2)에서 “승낙을 의도하고 있고 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다.”고 규정하여 이에 부합하고 있다.

PECL에서는 변경된 승낙의 효과를 보다 구체화하여 청약의 내용을 실질적으로 변경하는, 즉 추가된 또는 다른 내용을 명시적으로 또는 묵시적으로 포함하는 피청약자의 응답은 거절이고 또 새로운 청약이라고 규정하고 있다[제2:208조 (1)]. 아울러 청약에 대하여 확정적으로 동의하는 응답은 추가된 또는 다른 내용을 명시적으로 또는 묵시적으로 포함하는 경우에도 그 내용이 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니하는 때에는 승낙으로 된다고 규정하고 이때 추가된 또는 다른 내용 또한 계약의 일부로 수용하고 있다[제2:208조 (2)].

그러나 동의한 응답이 ① 청약이 명시적으로 청약의 내용에 대한 승낙만으로 제한하는 경우, ② 청약자가 추가된 또는 다른 내용에 지체없이 이의를 제기한 경우, ③ 피청약자가 추가된 또는 다른 내용에 대한 청약자의 동의를 조건부로 승낙하고 그 승낙이 합리적 기간내에 피청약자에게 도달하지 아니한 경우에는 ‘請約의 拒絶’(rejection of the offer)로 간주하고 있다[제2:208조 (3)].

CISG는 청약과 승낙체계에 의함이 없는 계약의 성립을 확정할 수 있는 규정을 명확히 제시하지 않고 있으나,⁵⁴⁾ PECL은 청약과 승낙에 의하지 아니하고 체결된 계약의 유효성을 인정하고 있는데, 즉 “계약체결의 과정이 청약과 승낙으로 분해되지 아니하는 경우에도 적절한 변경을 가하여 적용된다(제2:211조),”고 규정하고 있음을 참조할 수 있다. 예컨대 상거래 관행에 의하여 승낙의 의사표시가 없어도 유효한 계약의 성립으로 간주될 수 있는 경우가 있다. 즉 ① 당사자간의 합의를 전제로 혹은 상거래 관행이나 관습에 의해 침묵을 승낙으로 간주하는 경우, ② 별도의 통지 없이 목적물을 제공한 경우, ③ 매수요청 내용에 미결정사항이 포함되어 있음에도 불구하고 차후에 이를 충족하는 경우 등이 이에 해당한다. 이 경우 CISG에서는 “당사자간에 확립한 관습 또는 관행의 결과로 청약자에게 아무런 통지없이 피청약자가 물품의 발송이나 대금의 지급과 같은 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는 승낙은 그 행위가 수행되는 순간에 효력을 발생한다[제18조 (3)].”의 규정내용이 적용될 수 있다.

한편 CISG에서는 약관의 충돌에 관한 규정을 두고 있지 않다. 다만 이에 연관된 규정으로써 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있는 위 CISG 제18조 (3)과 완전일치를 규정하고 있는 제19조 (1)을 보유하고 있다.

PICC에서는 ‘約款의 衝突’(battle of forms)과 관련한 규정으로 당해 제2.22조를 포함하여 제2.19조 ‘標準約款에 따른 契約締結’(contracting under standard terms), 제2.20조 ‘意外의 條件’(surprising terms), 제2.21조 ‘標準約款과 非標準約款의 衝突’(conflict between standard terms and non-standard terms) 등을 두고 있다.

약관의 충돌에 따른 해결책으로써 제시될 수 있는 원칙으로 最後發砲理論(last shot theories)을 들 수 있다. 이는 서로 모순되는 약관 가운데 어느 하나를 선택하는 방법을 제시하고 있는 원칙으로 이 경우 교환된 서식들 중에서 ‘最後의 約款’(last form)에 그 효력이 부여된다.⁵⁵⁾

일반적으로 標準約款(standard terms)은 계약의 당사자간 지속적인 상거래를 위하여 사전에 마련하여 두고 상대방과의 협의없이 일방적으로 사용되는 것으로써 약관의 충돌 대부분은 당사자간 교환된 표준약관상 일부조항이 서로 다르기 때문에 발생한다.⁵⁶⁾

PICC에서는 “양 당사자가 표준약관을 사용하고 또한 그러한 약관을 제외하고 합의에 도달할 경우에는 계약은 합의된 약관과 실질적으로 공통된 모든 조항에 기초하여 체결되어진다. 다만 이는

54) 청약과 승낙체계에 의하지 않고 합의가 존재하게 된 경우 이를 다룰 수 있는 규정은 CISG 제7조 (1)에 명시된 즉 “협약의 국제적인 성격과 그 적용상의 통일성을 증진을 위한 필요성 및 국제무역상의 신의칙의 준수에 대한 고려가 있어야 한다.”는 일반원칙이 될 것이다.

55) Whincup, *op. cit.*, paras. 2.15.~2.26. ; Schmitthoff, *op. cit.*, p.64.

56) DiMatteo, L. A., *The Law of International Contracting*, Kluwer Law International, 2000, p.201.

당사자 일방이 상대방에게 그러한 계약에 구속받지 않겠다는 의도를 사전에 명확히 표시하거나 또는 사후에 부당한 지체없이 통지하지 아니한 경우에만 그러하다(제2:22조).”고 규정하고 있다. 따라서 PICC는 약관의 충돌에 따른 규정을 보유하여 CISG를 제정할 때 여하의 이해관계에 따라 누락된 해당 부분을 보충하는 역할을 담당하고 있다.

PECL에서는 ‘一般約款의 衝突’(conflicting general conditions) 규정을 두어 당사자간 청약과 승낙이 각각 상반된 계약의 일반약관을 지시하는 것을 제외하고 합의에 도달한 경우에도 계약은 성립한다고 하여 이들 일반약관이 실질적으로 상호 공통하는 한도내에서 계약의 일부로 수용될 수 있음을 규정하고 있다[제2:209조 (1)]. 그러나 당사자 일방이 ① 사전에 명시적으로 그리고 일반약관에 의하지 아니하고 계약에 구속될 의도가 없음을 나타낸 경우, ② 그러한 계약에 구속될 의도가 없음을 지체없이 상대방에게 고지한 경우에는 계약이 성립하지 않음을 규정하고 있다[제2:209조 (2)].

승낙은 청약과 마찬가지로 그 방식에 있어 별도의 약정이 없는 한 구두, 서면, 행위 등의 어느 것에 의할 경우라도 유효하게 합의할 수 있다. CISG에서는 “청약에 대한 동의를 표시하는 피청약자의 진술 또는 기타의 행위는 승낙이 되나 沈黙(silence) 또는 無爲(inactivity)는 그 자체로는 승낙이 되지 않는다(제18조).”고 규정하고 있다. 승낙의 방법에 관한 PICC의 규정[제2.6조 (1)]과 PECL의 규정(제2:204조) 또한 CISG의 당해 규정취지에 부합하고 있다.

(4) 承諾의 效力發生時期

승낙은 청약과 합치하여 계약을 성립시키는 효력을 갖는다.⁵⁷⁾ 승낙의 효력발생시기는 곧 계약의 성립시기이며 승낙의 도달장소는 계약의 성립장소가 된다. 이 경우 계약의 성립장소는 準據法(applicable law)의 적용이나 裁判管轄(jurisdiction) 결정에 기준이 될 수 있다.

CISG에서는 “청약에 대한 승낙은 그 승낙의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 효력을 발생한다(제18조).”고 규정한다. 아울러 청약과 승낙에 관한 CISG 여타의 관련 조문에서도 의사표시는 상대방에게 도달하는 때에 그 효력을 발생한다고 규정하여 일괄적으로 도달주의를 따르고 있다.

PICC의 규정내용(제2.6조) 또한 도달주의를 명시하여 CISG에서의 규정취지에 부합한다. 다만 PICC(제1.9조)와 PECL(제1:303조)의 通知(notice)에 관한 규정은 그 내용상 차이점이 있다. 즉 양 규정 공히 모든 통지에 대하여 到達主義(the receipt rule)를 천명하고 있으나, 예외적으로 PECL은 동조 (4)에서 일방 당사자의 불이행에 의거하여 요구되는 통지에 대해서는 發信主義(the dispatch rule)를 채용하고 있다. 즉 “일방의 당사자가 상대방의 불이행을 이유로 혹은 그러한 불이행이 합리적으로 그 당사자에 의하여 예견되었기 때문에 통지한 경우로 그 통지가 적절하게 발송되거나 교부되었다면 그 통지가 연착되거나 잘못 전달되거나 혹은 도달하지 않았다고 하더라도 그러한 사실은 통지의 효력 발생에 영향을 미치지 않는다.”고 규정하고 있는 차이점이 있다.”⁵⁸⁾

V. 맺 음 말

비구속적 범규범으로써 PECL은 유럽의 계약법상 일반원칙을 법전형식으로 구성하여, 역내 회원국 간 상거래를 촉진하고 보다 용이하게 하기 위한 법적 기반제공을 주된 목적으로 하고 있다. 통일유럽 내 그간 활발하게 전개되었던 법통일화 작업의 대표적 결실이라 할 수 있다. 그 결과 PECL은 회원국 내 국제사법에 지대한 영향을 미치는 가운데 각 회원국별 개정작업을 통한 통일적 법현대화 작업의

57) 소위 2段階公式(two-step formula)이라고도 한다(Honnold, *op. cit.*, p.144.).

58) 본 고찰의 범위내에서 이외에 도달주의를 원용하고 있는 규정에는 제1:303조를 포함하여 제1:304조 ‘期間의 計算’(computation of time), 제2:203조 ‘請約의 拒絕’(rejection), 제2:205조 ‘契約의 締結時期’(time of conclusion of the contract), 제2:206조 ‘承諾의 期間制限’(time limit for acceptance) 등이다.

양상을 띠고 있다. 국제상거래에 관한 상무적 시각에서 PECL을 분석도구로 비교·연구하는 것은 어느 분야에서나 국제화·세계화의 진전이 우선의 관심사가 되어 있는 현시점에서 의미가 있을 뿐 아니라, 그간 국제상거래의 법규범화에 있어 핵심적 역할을 담당해 온 CISG 및 PICC의 법리를 재조명하는데 있어서도 의미있는 일이라 생각된다.

본 고는 이와 같은 인식을 기반으로 PECL 제1장 一般規定(general provisions) 및 제2장 ‘契約의 成立’(formation)에 관한 주요 규정을 중심으로 CISG, PICC의 연관되는 규정과의 비교를 통해 각 규범의 규정취지 및 특수성·적정성 등을 고찰하였다. 이를 요약하면 다음 [표 V-1]과 같다.

[표 V-1] CISG, PICC와 PECL의 규정내용의 차이

구 분	CISG	PICC	PECL
입법취지 및 의의	-국제적 통일법 -구속력 있는 실정법률 -법리적 보편타당성	-비구속적 법규범 -법리적 일반원칙 -법적 합리성 -국제사법의 판결기준	-비구속적 법규범 -유럽 계약법상 일반원칙 -유럽 역내 법적 기반 -유럽통일계약법전의 기초
적용범위	-국제물품매매계약	-국제상사계약	-순수한 국내계약 및 -상인과 소비자를 포함한 모든 계약 (유럽역내적용)
일반적 의무 (신의칙)	-CISG가 채용한 규칙 및 조항해석에만 적용 [제7조 (1)]	-신의칙 및 공정거래규정 [제1.7조 (1)] -현저한 불균형 [제4.8조 (1), (2)(C)]	-강행규정으로 신의칙 및 공정거래규정(제1:201조). 단 유효한 계약을 전제 -상호협력의무(제1:202조) -합리성에 관한 규정보유 (제1:302조) -협력의무 (제1:202조)
계약교섭상 과실책임	-명시적 규정내용 없음	-비밀유지의무(제2:16조) -불성실한 교섭 [제2.15조 (1)]	-신의칙에 반하는 교섭 (제2:301조), (제6:101조) -비밀유지의무(제2:302조)
합의의 구속력	-행위에 따른 동의 [제18조 (3)]	-합의의 구속력 (제2.1조, 제2.2조) -의외 조건, 약관의 충돌 (제20조, 제2.22조)	-충분한 합의의 세부요건 (제2:103조, 제2:104조)
계약의 성립요건에 관한 법규제	-청약의 기준 [제14조 (1)] -청약과 승낙없는 계약성 립규정의 제시가 없음	-CISG에 비하여 신축적 (제2.2조) -청약의 유인에 대한 언급 이 없음	-CISG 및 PICC에 비하여 적극적이고 구체적 규정 (제2:201조) -[제2:202조 (3)]
	-승낙의 사소한 변경 [제19조 (2)] -도달주의(제18조)	-도달주의(제2.6조) -통지에 대하여 도달주의 (제1.9조)	-청약, 승낙없는 계약유효 성(제2:201조, 제2:211조) -불이행에 의한 통지는 발신주의(제1:303조) 규정

이 장에서는 위 [표V-1]을 참고로 CISG, PICC와의 비교를 통해 특별히 PECL의 법리적 특수성으로 부각되었거나 새로운 입법례로 간주될 수 있었던 연구결과를 정리하고자 한다.

첫째, PECL은 구속력 있는 법률은 아니고, 다만 유럽 역내 회원국간 상거래를 용이하게 하기 위한 법적 기반제공을 주된 목적으로 이에 ① 계약법의 법리적 기초와 통일적 해석, ② 각국 법원의 판결·판정시 지침, ③ 역내 법체계간 타협을 구할 수 있는 역할, ④ 향후 유럽통일계약법전의 입법적 기반 등을 결부하고 있다. 따라서 PECL은 역내 계약법의 일반원칙이라는 법적 지위를 통하여 각국 국내법을 초월하는 통일규칙으로써 의의를 내재하고 있다.

둘째, 회원국간 ‘域內契約法の 一般的規則’(general rules of contract law in the EC)으로써 적용되는 것을 의도하고, 그 범위는 순수한 국내계약이나 상인과 소비자 간 계약 등을 포함한 모든 계약에 공히 적용됨을 원칙으로 하고 있다[제1:101조, 제1:105조 (2)].

셋째, ‘信義誠實 및 公正去來’(good faith and fair dealing)를 규정하고 있는데[제1:201 (1)], 동 조항은 유효한 계약의 존재를 전제로 하고 있어, 가사 계약 그 자체가 불공정하여 무효로 평가되어야 할 경우는 대상이 되지 않는다. 協力義務(duty to co-operate)와 관련한 규정은(제1:202조) 상대방에 의한 의무의 이행을 수용하고, 계약에서 약속된 이행의 수익을 상대방에게 취득하게 하는 동시이행의 對價的義務를 포함한다.

넷째, 계약교섭단계에서의 법규제가 구체적이고 충실하다. 즉 계약교섭의 자유[제2:301조 (1)].를 보장하고 신의칙에 기한 계약 전 책임을 인정하고 있다[제2:301조 (2), (3)]. 또한 계약체결 전 일방에 의하여 행하여진 陳述(statement)을 통해 계약상 의무를 발생시킬 수 있는 예외 또는 제한규정을 두고 있다[제6:101조 (1), (2)]. 계약교섭단계에서 秘密維持違反(breach of confidentiality) 규정은(제2:302조) 계약교섭의 결과로써 계약체결에 이르렀는지의 여부에 관계가 없고, 또한 손해배상의 범위는 신뢰이익의 손해를 그 범위로 하며 이행이익의 손해를 초과하지 못하는 제한이 있다.

다섯째, 계약체결의 요건을 법적 구속의 의사표시를 통한 ‘充分한 合意’(sufficient agreement)에 두고 [제2:101 (1)], 형식적 불요식성을 명시하고 있다[제2:101 (2)]. 충분한 합의에 대한 요건을 보다 세부적으로 규정하고 있으며[제2:103조 (1)], 아울러 이에 따른 제한요건도 부가하고 있다[제2:103조 (2)]. 一般約款(general conditions)의 계약내용에의 편입은 合理的措置(reasonable steps)를 취한 경우에만 원용할 수 있도록 규정하고 있다[제2:104조 (1), (2)].

여섯째, 청약을 타방의 당사자가 이를 승낙하면 계약이 성립될 것으로 의도되고, 계약을 구성하기에 ‘充分히 確定的’(sufficiently definite)인 내용을 포함하는 경우로 규정하고[제2:201조 (1)], 불특정 다수인에 대한 제한요건을 수용하고 있다[제2:201조 (1)]. 아울러 광고나 카탈로그에 의하여 직업적 공급자가 행하는 물품의 진열을 통해 제시된 가격으로 물품이나 용역을 제공한다는 제안은 물품의 재고 또는 공급자의 용역공급능력이 소진되는 때까지는 그 가격으로 매도하거나 공급한다는 청약으로 추정된다고 하는 규정내용을 통해 청약자 입장에서 보다 적극적이고도 구체적인 규정내용을 두고 있다[제2:201조 (3)]. 청약의 철회는 ① 청약에서 그것이 철회될 수 없음을 지시한 경우, ② 승낙을 위한 확정기간을 정한 경우, ③ 피청약자가 청약이 철회할 수 없는 것이라고 믿는 것이 합리적이고 또한 그가 청약을 신뢰하고 행위한 경우에는 효력이 없음을 규정하고 있다[제2:202조 (3)].

일곱째, ‘變更된 承諾’(modified acceptance)의 효과를 보다 구체화 하고 있다[제2:208조 (1)]. 또한 동의한 응답으로부터 추가된 또는 다른 내용 또한 계약의 일부로 수용할 수 있는 조건을 명시하고 있고[제2:208조 (2)], 달리 ‘請約의 拒絕’(rejection of the offer)에 관한 규정을 이에 결부

하여 두고 있다[제2:208조 (3)]. ‘一般約款의 衝突’(conflicting general conditions) 규정이 계약의 일부로 수용될 수 있는 조건 및 제한규정을 제시하고 있다[제2:209조 (1), (2)]. 到達主義(the receipt rule)를 천명하고 있으나(제1:303조, 제1:304조, 제2:203조, 제2:205조, 제2:206조 등.), 그 예외로 일방 당사자의 불이행에 의거하여 요구되는 통지에 대해서는 發信主義(the dispatch rule)를 채용하고 있다[제1:303 (4)].

PECL은 유럽 역내 법통일화 작업의 결과로 가장 주목할 만한 것이다. 각 회원국 및 법체계간 일반 원칙을 공통분모로 국제적 통일법규범과의 조화로운 竝存을 추구한 것으로 국제상거래에 있어 적용될 수 있는 법원칙을 제시하고 있다. 향후 국제적 통일 법규범화에 있어 가장 성공한 입법례로 평가되고 있는 CISG, PICC 등과의 심도있는 법리적·상무적 비교연구를 통해, 현대의 새로운 국제계약의 영역에서 새로운 문제점으로 부각되어지는 법적 사실들에 대해 시의적절한 법리적 원칙이 제시될 수 있기를 기대한다.

參 考 文 獻

- 김상용, 「比較契約法」, 法英社, 2002.
- 배준일, “國際賣買契約 成立에 관한 比較法的 研究”, 「貿易商務研究」第12卷, 韓國貿易商務學會, 1999.
- 박정기, “유럽契約法原則에 있어서 契約責任”, 「國際地域研究」第3卷 第2號, 國際地域學會, 1999.
- 박영복, “契約締結前段階의 法規範化”, 「외법논집」 제10집, 韓國外國語大學校, 2001.
- _____, “現代 契約法の 推移”, 「외법논집」 제9집, 韓國外國語大學校, 2000.
- 송양호, “유럽契約法原則과 韓國法”, 「商事法研究」第21卷 第2號, 韓國商事法學會, 2002.
- 심종석, “國際商去來에 있어 電子契約의 成立에 관한 研究”, 成均館大學教 博士學位論文, 2002.
- _____, “國際商去來에 있어 電子文書에 의한 請約과 承諾의 基準”, 「經營法律」第14輯 1號, 韓國經營法律學會, 2003.
- 양창수, “유럽契約法原則에서의 債務不履行 法理”, 「國際·地域研究」第10卷 第1號, 서울대학교國際地域院, 2001.
- 오원석, “國際商事契約에서 UNIDROIT 原則의 實務上 適用可能性에 관한 研究”, 「貿易學會誌」第24卷 第1號, 韓國貿易學會, 1999.
- _____, “UN 통일매매법하에서 請約과 請約의 誘引의 차이”, 「國際商學」第18卷 第1號, 韓國國際商學會, 2003.
- _____, 譯, 「UN 統一賣買法」, 三英社, 1998.
- 윤남순, “美國統一商法典上 請約과 다른 承諾에 관한 法理 考察”, 「商事法研究」第19卷 第2號, 韓國商事法學會, 2000.
- 이영준, 「民法總則」, 博英社, 1998.
- Bonell, M. J., *An International Restatement of Contract Law : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, 2nd ed., 1997.
- _____, in Bianca and Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987.
- _____, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes?”, *Uniform Law Review*, 1996.

- DiMatteo, L. A., *The Law of International Contracting*, Kluwer Law International, 2000.
- Emanuel, S., et al., *CONTRACTS*, emanuel law outline, inc., 1993.
- European Parliament Directorate General for Research, "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code", *Working Paper, Legal Affairs Series*, JURI 103 EN, 1999, 6.
- Farnsworth, E. A., *Farnsworth on Contracts*, 2nd ed., 1998.
- Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999.
- Kritzer, A. H., "Reasonableness", *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2001. 1.
- Lando, Ole., "The Principles of European Contract Law : Part I , Part II", *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2002. 11.
- Lando, · Beale, *The principles of European Contract Law : Part I. : Performance, Non-performance and Remedies*, 1995.
- , *Principles of European Contract Law, Part I and Part II, prepared by the Commission of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000.
- Riedl, R., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, Kluwer Law International, 2000.
- Schlechtriem, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, 1998.
- Schmitthoff, C. M., *Export Trade*, 10th ed., London Sweet & Maxwell, 2000.
- Whincup, M. H., *Contact Law and Practice : the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996.
- www.lexmercatoria.org
- www.storme.be/PECL3fr.html
- www.ufsia.ac.be/~estorme/CECL.html ;
- www.uncitral.org/en-index.htm