

무역학박사 학위논문

국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서
계약의 유효성에 관한 연구

무역학과 무역상무전공

윤 상 윤

지도교수 심 종 석

2015년 12월

대구대학교 대학원

국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서
계약의 유효성에 관한 연구

이 논문을 무역학박사 학위논문으로 제출함.

무역학과

윤 상 윤

지도교수 심 중 석

윤상윤의 무역학박사 학위논문을 인준함.

2015년 6월

심사위원장 _____(인)

심사위원 _____(인)

심사위원 _____(인)

심사위원 _____(인)

심사위원 _____(인)

대구대학교 대학원

목 차

제1장 서 론	
제1절 연구의 목적	
제2절 연구의 범위와 방법	
제2장 PICC의 의의와 법적 기능	
제1절 PICC의 의의	
1. 제정취지	
2. 구성체계와 주요 골자	
3. 계약의 유효성에 관한 조문체계	
제2절 PICC의 법적 기능	
1. 일반원칙 또는 상인법으로서의 기능	
2. 계약당사자 합의에 의한 적용법으로서의 기능	
3. 그 밖의 기능	
제3장 계약의 유효성에 관한 법적 기준	
제1절 적용배제의 사유와 요건	
1. 무능력	
2. 부도덕 또는 불법행위	
제2절 유효한 계약과 원시적 불능	
1. 단순한 합의의 효력	

2. 원시적 불능
3. 판결례 검토

제3절 강행규정성

1. 강행규정의 성격
2. PECL 및 CESL과의 비교

제4장 계약취소의 요건과 효과

제1절 취소권의 발생원인

1. 취소사유
2. 착오
3. 사기 및 강박
4. 현저한 불균형
5. 판결례 검토

제2절 취소권의 행사

1. 취소의 통지
2. 소급효와 원상회복
3. 손해배상
4. 계약 일부의 취소
5. 판결례 검토

제3절 취소권의 상실

1. 착오에 의한 취소권 상실
2. 취소기간의 경과
3. 취소할 수 있는 계약의 추인

4. 판결례 검토	
-----------------	--

제5장 위법성

제1절 강행법규의 침해

1. 강행법규의 의의
2. 강행법규의 범위
3. 강행법규 침해의 효과
4. PECL과의 비교

제2절 강행법규의 침해와 원상회복

1. 원상회복의 요건
2. 원상회복의 인정기준
3. 원상회복의 효과

제6장 요약 및 결론

참고문헌

Abstract

국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약의 유효성에 관한 연구

윤 상 윤

대구대학교 대학원
박사과정 무역학과
지도교수 심 중 석

(초 록)

본 연구는 국제무역에서 준거법 내지 적용법으로서 그 위상을 돋보이고 있는 PICC상 계약의 유효성에 관한 제반 규정을 연구범위에 두고 당해 규정의 규정체계에 따라 당해 법적 기준을 분석한 논문이다. 본 연구결과로부터 의도하고 있는 파급효는 국제상사계약에 관한 실무적용상 PICC를 중심으로 PECL, CESL 등의 국제상사계약법규범에서 계약의 유효성에 대한 올바른 이해를 제고하고 나아가 그 결과로부터 계약의 유효성에 관한 일련의 문제에 직면하였을 때, PICC의 적용으로부터 부각될 수 있는 법적 사안에 관한 안정성과 예견가능성의 제고에 있다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, PICC는 1994년 공포된 이래 국제상사계약에서 계약서 작성의 지침으로서 그리고 당사자 합의에 의한 적용법적 기능, 법의 일반원칙과 상인법으로서의 기능, 국제통일법규범 및 국내법의 보충적 기능, 입법모델로서의 기능 등을 수행하여 왔다. 제정 당시 PICC는 경성법의 지위를 배제하였기 때문에 법원보다는 중재판정부에게 더욱 유용한 국제상사계약법규범으로 인식되고 있으나, 무엇보다도 국제상사계약은 특단의 중재조항을 두고 있다는 점을 고려할 때 국제상거래계에서 PICC의 법적·상무적 지위와 역할은 매우 중요하다고

볼 수 있다. 이는 각국 법원이나 중재기구는 국제상사계약에서 야기되거나 야기될 수 있는 분쟁해결의 법적 기준으로서 PICC를 적절히 적용 및/또는 원용할 수 있는 법적 실익이 있음을 시사한다.

둘째, PICC상 적용배제의 사안은 무능력의 문제이다. 당해 문제는 PICC에서도 각국의 상이한 입법태도로 인해 합리적 해결책을 제시할 수 없다는 현실적 고려에 의해 배제되었다.

셋째, 총칙규정으로서는 단순한 합의의 효력과 원시적 불능의 효과이다. PICC상 계약의 체결·변경·종료는 단순한 합의만으로도 가능하고, 계약의 구속력에 관한 근거로서 이를 통상 당사자의 의사에서 구하고 있는 국제상사계약법 규범의 태도를 연속성 있게 유지하고 있다. 따라서 영미법계의 약인이론과 전통적 프랑스법의 꼬즈이론은 배제된다. 그리고 PICC는 종래의 원시적 불능 무효론을 배척하고 원시적 불능의 유효를 명시적으로 인정하고 있는 특징이 있다. 여기서 PICC는 원시적 불능의 해결책으로 유효를 전제로 불이행의 일반원칙에 따라 해결할 수 있도록 명시적인 규정을 존치해 두고 있다.

넷째, PICC는 계약의 취소사유에 관하여, 각종의 취소사유, 즉 착오·사기 및 강박·현저한 불균형 등을 다루고 있다. PICC상 모든 취소사유에 공히 적용되는 조항으로는 제3자에 의해 취소사유가 발생한 경우 추인·취소권의 상실·계약취소의 통지·취소권의 행사기간·일부취소에 관한 규정 등이 있다. 또한 취소의 효과로서 소급효, 손해배상에 관한 규정도 존치해 두고 있다. PICC상 취소사유의 구성체계를 요약하면, 각종의 취소사유에 기한 취소사유의 정의 및 요건 등을 차례로 열거하고 있고, 취소권의 행사와 관련된 문제로서 취소할 수 있는 계약의 추인·취소권의 상실·취소권의 통지 등을 명시하고 있고, 나아가 취소권의 효과로서 취소권의 소급효와 취소와 관련된 손해배상에 관한 규정을 존치해 둠으로써 취소권의 발생·행사·효과 등을 논리적·시간적 순서에 따라 규정하고 있다. 이로부터 PICC상 구성체계의 합리성·연계성을 강화하고 있고 이로부터 계약취소권자와 상대방의 이익의 균형을 도모하고 있다는 시각에서 그 순기능성을 돋보이고 있다. PICC는 구체적 취소사유로서 착오를 규율하고 있는데, 당해 착오를 계약이 체결된 때에 존재하는 사실 또는 법에 관한 오인이라고 정의한 후에 취소의 요건으로 착오당사자와 착오

상대방이 어떠한 상태에 있었고 그 착오가 어떤 정도에 이르렀는지를 평가하여 착오에 의한 취소여부를 판단하고 있다. 이러한 PICC상의 착오에 대한 관점은 PECL, CESL에서도 그 궤를 같이 하고 있다. PICC를 위시하여 PECL 및 CESL 등은 현대계약법의 추이를 적의 반영하여, 그 결과로서 착오에 대한 영미법의 유형별 접근법과 독일법과 프랑스법의 의사주의적 접근법에서 탈피하여 착오당사자와 착오상대방의 신뢰 또는 보호가치를 형량하여 그러한 형량의 결과 착오당사자의 취소권을 부여하여야 하는지 여부를 결정하는 접근법을 취하고 있는 특징이 있음을 엿볼 수 있었다. PICC에서는 사기 및 강박을 심각한 취소사유로 규정하고 있다. 곧 착오에 비해 사기 및 강박의 조건은 완화되어 있다고 볼 수 있는데, 이 경우 사기는 착오를 과실로 유발한 것을 넘어서 고의적 또는 의도적으로 착오를 유발시킨 기망행위를 한 자가 비난가능성이 훨씬 크다는 시각에서 착오취소에 비하여 사기취소의 경우 이를 쉽게 인정될 수 있도록 하고 있다. PICC는 제반 상황에 비추어 특단의 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 심각한, 이를테면 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있고, 특히 작위 또는 부작위에 기한 강박행위 자체가 위법하거나 그러한 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우 강박은 부당하다고 하여 이러한 부당성을 중심으로 이를 명료히 규정하였고, 더불어 강박의 부당성이 충족되는 경우 강박으로 인한 취소를 폭넓게 허용하고 있는 특징이 있다. 한편 현저한 불균형에 기하여 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우 당사자는 계약의 전부를 취소하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일부를 취소할 수 있도록 하고 있다. 여기서 일방이 과도한 이익을 부당하게 받는지의 여부를 판단할 수 있는 법적 기준으로의 고려요소를 명문화하여 PICC 적용상의 임의성을 매우고 있다.

다섯째, 취소권의 행사와 관련된 취소의 통지, 일부취소, 취소의 효과, 손해배상 문제 등을 고찰하였다. 계약취소권을 가진 당사자는 상대방에 대한 통지에 기하여 취소권 행사가 보장된다. 또한 취소의 소급효를 규정하고 있는데, 이 경우 소급효가 있다는 것은 계약이 취소되면 계약은 처음부터 존재하지 않게 된다는 것을 의미하기 때문에 양당사자는 계약이 취소되어 무효가 되고,

이에 따라 이행되지 않은 의무는 이행할 필요가 없고, 설령 이미 이행된 것이 있다면 원상회복을 하여야 할 의무를 지게 된다. 본 연구에서는 이상의 논제에 따라 소급효에 따른 원상회복의 성질·요건·효과 등을 분설하였다. 그 내용은, 우선 계약이 취소되면 원상회복이 되지만 원상회복이 있었다고 하여 손해배상의 문제가 해소되는 것은 아니다. PICC는 계약이 취소되는지 여부와 관계없이 취소사유에 관한 악의 또는 과실이 있는 당사자에게 손해배상책임을 지우고 있다. 즉 착오·사기·강박·현저한 불균형에 의해 취소권을 가진 당사자는 취소권을 행사하고 상대방에게 원상회복을 청구할 권리를 보유하지만, 원상회복만으로 당사자의 지위가 계약이 없었던 상태로 돌아가지 않을 수도 있고, 취소권을 행사하지 않고 계약을 유지하더라도 손해는 남아있을 수 있기 때문에 이와 같은 상황에 대비하고 있음을 파악하였다. 또한 계약 중에 일부에 취소원인이 있고 계약체결 시 계약의 취소사유가 존재한다는 사실을 알았더라도 잔존 계약만으로 계약을 유지하려고 하는 가정적 의사가 있었다면 계약의 일부취소도 가능하도록 하고 있다.

여섯째, 취소권이 상실되는 경우에 관하여, 우선 착오의 경우에만 특유한 취소권 상실사유가 있다. 곧 착오당사자의 상대방이 착오당사자가 이해한 바에 따라 상대방이 계약을 이행할 의사가 있을 경우 상대방이 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행함으로써 착오당사자의 취소권이 상실된다. 이미 착오에 의한 취소통지를 한 경우에도 착오당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하지 않은 한, 이미 행한 취소의 통지는 그 효력이 상실된다. 한편 취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지를 함으로써 취소권을 행사할 수 있으나, 취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지기간의 제한을 받는다. 다른 한편 통지기간의 제한이 없다면 취소권을 가진 당사자의 상대방은 장래 계약이 취소될 수 있는 불안정한 지위에 놓이게 되므로 이러한 기간을 일정기간으로 제한할 필요가 있다. 또한 취소권을 가진 당사자가 취소할 수 있는 계약을 추인하는 경우에도 취소권은 상실된다.

일곱째, 위법성과 관련하여, 위법성의 대표적인 예는 강행법규의 침해로 특정된다. PICC는 강행법규에 대하여 정의하지는 않고 있으나, 다만 국제사법의 규칙에 따라 적용될 수 있는 국가적·국제적 또는 초국가적 기원의 강행법규

는 PICC의 어떠한 규정에 의해서도 그 적용을 제한받지 않는다고 규정하고 있다. 예컨대 강행법규를 침해하는 경우 그 위반의 계약에 대한 법적 효력은 당해 강행법규가 명시적으로 정하고 있는 경우 그에 따른다고 규정하여 당해 강행법규에서 침해의 효력을 정하고 있는 경우 그에 따라 효력이 결정된다. 또한 PICC는 강행법규 침해의 효력이 명정하지 않은 경우를 대비하여 강행법규의 효력에 대한 판단을 보류하고 단지 계약상 구제권을 부여할 때 고려하여야 할 요소를 정하고 있다. 곧 강행법규의 효력에 대한 개입에 우선하여 단지 강행법규의 효력에 따른 구제권만을 다루고 있는 특징이 있다. 따라서 강행법규의 침해에도 불구하고 일방 또는 양당사자 모두는 당해 개별사안의 상황에 따라 유효한 계약을 전제로 이행청구를 포함하는 계약위반에 대한 통상의 구제권을 주장할 수 있고 또한 계약의 효력이 없는 것으로 처리하거나 계약조건의 변경 또는 일부해제를 주장할 수 있도록 하고 있다. 강행법규 침해의 효과에 관하여, 이미 급부를 이행한 당사자의 원상회복을 허용하여야 하는지의 여부도 강행법규에 규정하고 있는 경우 당해 규정을 따르면 되고, 달리 강행법규에서 명시적으로 정하지 않은 경우에는 당해 상황에 비추어 합리적인 경우에 한하여 원상회복을 인정하고 있다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

국제상사계약에서 계약당사자 자치에 의한 ‘적용법’(applicable law)의 결정은 계약체결과 계약의 이행 및 분쟁해결의 각 단계에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 특히 분쟁해결 단계에서 소송 내지 중재에 의한 적용법의 결정은 계약당사자 저마다에게 ‘법적 안정성’(legal stability)과 ‘예견가능성’(foreseeability)을 담보할 수 있는 가장 기본적인 요건으로 기능한다.

그간 국제사회는 ‘국제상거래’(international commercial transactions)에 임한 계약당사자로 하여금 적용법에 기한 법적 불확실성을 제거할 수 있도록 다양한 시각에서 특단의 노력을 기울여 왔는데, 그 흐름은 크게 ‘국제통일법규범의 제정’과 ‘상관습의 통일화’라는 두 가지의 방편으로 전개되었다.

살피기에 전자의 방편으로서 ‘국제물품매매계약’(contract for the international sale of goods)에 관한 통일법규범을 제정하기 위한 노력은 1930년대 이른바 ‘사법통일국제협회’(International Institute for the Unification of Private Law, ‘UNIDROIT’)의 주도 아래 전개되었는데, 주지하듯 소위 ‘헤이그 협약’(hague conventions)이라고 일컫고 있는 ‘국제물품매매에 관한 통일법’(Uniform Law for the International Sale of Goods, ‘ULIS’)과 ‘국제물품매매 계약의 성립에 관한 통일법’(Uniform Law on the Formation of Goods, ‘ULF’) 등은 그 대표적 입법 성과라고 할 수 있다. 그렇지만 이상의 헤이그협약은 적용범위가 매우 넓고 또한 당시 이에 참여하지 않은 제3세계 국가와 사회주의 국가의 이익이 제대로 반영되지 않았다는 비판에 직면하여 당초 의도와는 달리 그 실효성을 거둘 수가 없었다.

이후 ‘국제무역법위원회’(United Nations Commission on International Trade Law, ‘UNCITRAL’)의 주도아래 명실공히 국제물품매매계약에 관한 협약의 초안이 마련되어 그 결과로서 1980년 4월 비엔나 외교회의에서 이른바 ‘국제물품매매계약에 관한 UN협약’(United Nations Convention on Contracts for the

International Sale of Goods, ‘CISG’)이 채택되기에 이르렀고 CISG 제99조(협약의 발효와 경과규정)에 따라, 1988년 1월 1일부 공식적으로 발효되었다.

본 연구 제출시점 기준 CISG는 우리나라의 주요 무역상대국인 미국·중국·프랑스·독일·일본 등 전 세계 83개국이 체약국으로서의 지위를 보유하고 있는 상황인데,¹⁾ 특별히 우리나라의 경우 2004년 2월 17일 UN에 CISG 가입서를 기탁하여 2005년 3월 1일 그 효력을 발생하고 있다. 이 경우 CISG는 국제물품매매계약에 관한 한 민·상법에 우선한 특별법의 지위를 점하고 있다.²⁾

그러나 다른 한편으로 국제적 통일법으로서 가장 성공한 선도적 입법례로서의 지위를 점하고 있는 CISG는 생래적으로 법계 간 타협의 산물이라는 시각에서 특단의 장애를 극복하고 있지 못하다는 한계를 내재하고 있다. 이를테면 국제물품매매계약에 적용되는 CISG 적용범위의 한계는 차치하고라도 CISG는 당초 입법과정에서 법계 내지 상이한 법체제의 공통분모를 엮어 도출한 타협의 산물이었기에 그 결과 대부분의 국가가 동의할 수 있는 법리적 기초수준에 머무를 수밖에 없었고, 이로부터 특단의 법적 사안에 관해서 CISG는 이를 명료히 다룰 수 없는 입법적 한계를 내재하고 있기도 하다.

환언하면 CISG에서는 모든 ‘체약국’(contracting states)에서 공히 통일법의 기능을 담보하기 위한 취지에서 국제물품매매계약에 관한 계약의 성립, 당사자의 권리와 의무에 관한 사항만을 규정하고 있음에 따라,³⁾ 달리 그 밖의 법적 쟁점을 야기할 수 있는 사안으로서, 예컨대 계약의 유효성, 계약체결상의 과실

1) 「www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html」. 이하 본 연구에서 인용하고 있는 웹사이트는 본 연구 제출시점 기준(2015.12.10) 웹상에 현시(display)되어 있음을 참고한다. 기술편의상 프로코콜명(<http://>)은 생략한다.

2) CISG에 대한 입법적 상세 내지 전체 조문에 대한 해제와 이하 개별조문에 대한 국문인용은 심종석(2013)에 의함을 참고한다.

3) CISG, 제4조(적용사항과 비적용사항) : “This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.”[본 협약은 매매계약의 성립과 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리와 의무만을 규율한다. 특히 본 협약에 별도의 명시적인 규정이 있는 경우를 제외하고, 본 협약은 다음의 사항과는 관련이 없다. (a) 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성 (b) 계약이 매각된 물품의 소유권에 미치는 효과].

책임, 채권양도, 채무이전, 계약의 이전, 다수당사자 채권채무관계 등에 대해서는 일절 간여하지 않고 있는 특징이 있다.

이러한 법적 공백을 메우기 위해 CISG는 우회적으로 당해 유관조문을 통하여 해석원칙 및 흠결보충규정을 존치하여 이를 극복하고자 의도하고 있는데, 이를테면 CISG에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는 CISG가 기초하고 있는 ‘일반원칙’(general principles)에 따라 해결되어야 하며, 달리 이 같은 원칙이 부재한 경우 ‘국제사법’(international private law)의 규칙에 의해 적용되는 법에 따라 해결할 수 있도록 당해 흠결을 보충하고 있기도 하다(제7조).⁴⁾ 이는 CISG가 법제 간 타협에 의한 고육책으로서 체계적·완결적인 해법을 제시하지 못한 채, 그나마 당초 국내사법으로의 도피를 의도하였다는 비판과 함께, 이로부터 국내법에 우선하여 적용되는, 곧 CISG가 기초하고 있는 일반원칙의 법원이 무엇이나는 본원적 의문에 직면케 하는 동인으로 기능하였다.⁵⁾

이 같은 CISG의 한계를 인식하고 계약의 일반원칙 제정을 위해 UNIDROIT는 1980년 입법 작업반(working group, ‘WG’)을 구성하여 그 결과로서 1994년 ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(Principles of International Commercial Contract, ‘PICC’)을 공표하기에 이르렀다. 여기서 PICC는 계약국에 ‘법적 구속력’(legal

4) CISG, 제7조(협약의 해석원칙) : “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.” [(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.].

5) 예컨대, CISG는 대표적인 사법상의 일반원칙으로서의 신의성실의 원칙을 전면적으로 수용하지 못하고 있다. CISG 제7조 (1)에서 국제거래에 있어서 “신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다”는 문언은 신의칙을 권리의 행사와 의무의 이행에 준수되어야 할 도덕적·윤리적 규범으로서 법해석 및 적용상의 대원칙으로 확고한 지위를 부여한 것이 아니라 협약의 해석원칙일 뿐이고 당사자의 권리와 의무에 관한 일반원칙은 아니다. 이에 비해 PICC 제1.7조 (1)에는 “당사자는 국제거래에 있어서 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 행동하여야 한다”고 규정하여 당사자들은 계약체결을 위한 교섭단계를 포함하는 전 과정에서 신의칙 준수 의무를 부과하고 있다.

enforcement)을 담보할 수 있는 소위 협약이 아니라, 다만 국제상사계약의 일반 원칙으로서, 이른바 미국법상의 용어로 표현하기에 리스테이트먼트(restatement)의 성격을 지닌다. 이는 PICC 제정작업부터 미국법의 리스테이트먼트를 염두에 두고 그와 유사한 기능을 감당할 수 있는 의도가 다분하였음을 시사한다. 나아가 PICC 적용상의 법률효과에 있어서는 법원 또는 계약당사자에게 ‘설득력 있는 가치’(persuasive value)를 지니는 일반원칙으로서 기능할 것을 예정하고 있었음을 함의한다(Bonell, 1994; Veneziano, 2013). 또한 PICC는 실질적으로 국제상사계약에 관한 각국의 국내법이나 국제법규를 해석함에 있어서 법의 일반원칙으로서 뿐만 아니라 CISG의 ‘보충적 역할’(gap-filling role) 내지 계약당사자에게는 계약서 작성의 지침으로서 또한 각국의 법원이나 중재기관에는 국제상사계약에서 야기되는 분쟁해결의 법적 기준으로서 적용 및 보충할 수 있는 법적 실익을 가진다.⁶⁾

한편 PICC는 ‘연성법’(soft law)⁷⁾의 성격을 지니고 있는데(Veneziano, 2013), 이러한 연성법에 의한 접근방법은 ‘경성법’(hard law)이 가지는 법규범적 구속력은 달성할 수 없다는 단점이 있지만, 달리 국제조약의 협상과 비준과정의 어려움을 피할 수 있고 국가의 이익에 따른 손익을 계산할 필요 없이 계약당사자의 공평무사한 규범의 제정이라는 본질적 목적에 충실한 내용을 수용할 수 있다는 장점이 있다. 나아가 상사분쟁에서 발생할 수 있는 특단의 문제를 해결하는데 중립적인 규범으로서 계약당사자의 자치에 따라 계약내용에 이를 적절히 편입할 수 있는 가능성을 개진할 수 있다는 시각에서 그 장점을 부각

6) ① 최근의 실증연구에 의하면, PICC는 준거법으로서 지정되거나 또는 계약서의 초안을 작성하는 데 유용한 안내서로서 기능하고 있다. 자세한 내용은 Lake, 2011을 참조. 이 논문에 의하면 영국을 제외하고 국제상사계약에서 PICC를 사용하는 비율은 31%에 달하고 있다. 당사자에 의해 명시적으로 준거법으로 지정된 경우는 58%, 준거법의 부재에 의해 적용되는 경우는 23%, 법의 일반원칙 또는 ‘상인법’(Lex Mercatoria) 또는 그와 유사한 경로 적용되는 경우는 19%로 조사되었다. 중재사례에서는 앞서 언급한 PICC 적용 경로 순으로 각각 20%, 41%, 39%로 확인되었다. 계약서를 작성하는데 유용한 지침서로서 PICC가 사용되는지에 대해서는 30%가 긍정적인 답변을 하였다.

② 참고로 2014년 기준 UNCITRAL 공식기관지로서 Unilex D/B에서 검색할 수 있는 PICC 적용사례는 394건에 달한다. 「www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=1」.

7) 이 경우 ‘연성법’이란 ‘국제법상 법적구속력이 없이 행위기준으로 행위규범, 지침, 방침의 선언’이라 정의된다. 상세는 Bonell(2006).

할 수 있다.

본 연구의 논제에 기하여 계약의 유효성에 한정할 경우 실제 당해 사안은 각 국가 또는 법계 상의 상이한 법체계, 법적 기준 내지 접근방식으로 인해 어떠한 법률이 적용법으로 지정되는가에 따라 당사자의 이해가 극명하게 갈릴 수 있고 또한 무효 또는 취소된 이후의 처리방법에 있어서도 서로 다른 법적 견해차를 보이고 있는 현실을 적시할 수 있을 것인데, 이는 PICC의 법적 기능에 대한 유효성 내지 적정성을 시사한다.

요컨대 이상의 논점을 극복할 수 있는 대안으로 PICC는 연성법적 기능을 수용하여 이로부터 계약의 유효성과 관련 법계 간 공히 수용할 수 있는 통합적 법적 기준, 계약당사자가 합리적으로 계약내용에 편입할 수 있는 합리성, 공정거래를 실현할 수 있는 법적 기준을 제시하고 있다는 시각에서 그 정체성을 구할 수 있다.

연혁에 비추어 PICC는 1994년 최초로 공표된 이후, 그간의 두 차례의 개정 작업을 통해 각각 PICC(2004)를 거쳐 현재 PICC(2010)에 이르고 있다. 계약의 유효성에 대해서도 2010년에 2004년 PICC를 개정하여 강행법규 위반에 대한 관련규정까지 후보하여 그 적용범위를 확대하고 있기도 하다.

본 연구에서는 CISG에서 배제하고 있고 또한 다루지 않고 있는 ‘계약의 유효성’(contractual validity)에 관하여 PICC(2010)의 유관규정을 연구범위에 두고, 이로부터 비롯될 수 있는 국제상사계약 분쟁과 장애를 미연에 방지할 수 있는 법적 유의점 내지 시사점을 추론해 보고자 한다.⁸⁾

본 연구는 이 같은 논제의 범위 내에서 PICC가 지니고 있는 주요한 특징들을 명료히 함으로써 실무적용상 PICC에 대한 명확한 이해를 도모하고, 나아가 PICC의 적용상 발생할 수 있는 제반 법적 문제점들에 관한 안정성과 예견가능성 제고에 주안점을 두고자 한다. 요컨대 본 연구는 논제의 범위 내에서 PICC의 유관규정과 이에 부합하는 판결례의 평가에 기하여 법적 시사점과 유의점을 추론하고, 그 결과를 통해 국제상사계약에 임한 실무계를 향하여 그 적정한 이해를 담보할 수 있도록, 나아가 이에 부합하는 법리적·상무적 실익을 보전할 수 있는 일련의 단초 제공에 본연의 목적을 두었다.

8) 이하 기술편의상 PICC는 특별한 언급이 없는 경우 PICC(2010)을 의미한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 연구에서는 PICC 구성체계에 있어 제3절 계약의 유효성(validity)의 유관 조문을 해제하고 PICC 공식기관지로서 UNILEX 데이터베이스에 수록된 계약의 유효성과 관련된 판결례⁹⁾를 통해 계약의 유효성에 관한 해석과 적용사례 검토에 주안점을 두고자 한다. 이로부터 국제상사계약에 임한 계약당사자로서 하여금 PICC의 상무적 활용에 적의 기어코자 한다.

본 연구는 문헌연구방법에 기하여 국내·외 선행연구와 문헌 그리고 필요한 범위 내에서 PICC 이외의 국제상사계약법규범으로서, 예컨대 ‘유럽계약법원칙’(Principle of European Contract Law, ‘PECL’), ‘유럽공동매매법초안’(Common European Sales Law, ‘CESL’) 등과의 비교법적 분석을 통해 계약의 유효성에 관한 유관규정의 의의, 요건, 효과 등에 관한 기준을 명료히 제시하고자 한다.

본 연구의 구성체계는 다음과 같다. 우선 제1장은 서론으로서 연구의 목적과 범위 및 방법을 기술한 본장으로 갈음하고, 제2장에서는 국제상사계약에서 PICC 의의와 법적 지위에 관하여 다루고자 한다. 본장 제1절에서는 PICC의 의의에 대하여, 제2절에서는 PICC의 법적 지위에 대하여 논하고자 한다.

제3장에서는 계약의 유효성에 관한 일반원칙을 고찰하고자 한다. 본장 제1절에서는 PICC 적용배제의 사유와 그 요건에 대하여, 제2절에서는 유효한 계약과 원시적 불능에 대하여, 제3절에서는 PICC 제3장의 강행규정성에 관하여 살피고자 한다.

제4장에서는 PICC에서 규율하고 있는 계약취소의 요건과 효과를 고찰하고자 한다. 곧 PICC에서는 취소권의 발생원인으로 착오 및 사기·강박 그리고 현저한 불균형에 대해 규정하고 있는데, 본장 제1절에서는 이에 대한 법적 기준을 명료히 제시하고자 한다. 제2절에서는 취소권의 행사 및 효과를 고찰하고 제3절에서는 취소권의 상실에 대하여 논하고자 한다.

제5장에서는 PICC(2010)에 신설된 강행법규의 침해와 이에 따른 효과로서 원상회복의 법리를 고찰하고자 한다. 주요 골자로서 우선 제1절에서는 강행법

9) 본 논문에서 ‘판결례’라 함은 법원의 ‘판례’와 중재판정부의 ‘판정례’를 통칭한다.

규의 침해에 대하여 강행법규의 의의, 범위, 위반의 효과를 살피고, 제2절에서는 원상회복의 요건과 효과를 고찰하고자 한다. 특별히 제2장 내지 제5장에서는 개별주제와 연관된 최신 판결례를 평가하여 계약의 유효성에 관한 법원과 중재판정부의 해석과 적용상의 쟁점 및 이에 상당한 시사점을 도출하여 국제상사계약에 입한 계약당사자로 하여금 법적 실익과 상무적 유의점을 명료히 분별할 수 있는 일말의 단초를 제시하고자 한다.

제2장 PICC의 의의와 법적 기능

제1절 PICC의 의의

1. 제정취지

UNIDROIT는 1926년 UN 산하의 부속입법기구로 설립된 이후 1940년에 이르러 독립적인 국제기구로 재탄생하였다. 본 기구는 국제상사계약에 관한 각국 국내법의 조화·조정 및 국제적 통일에 그 목적을 두고 있다.

UNIDROIT는 당해 설립목적에 기하여 그간 상당한 입법성과를 개진하였는데, 앞서 본 바와 같이 국제상사계약법규로서 ULIS와 ULF는 이를 대표할 수 있는 입법산물로 취급할 수 있다. 이들 협약은 국제적 통일법규로서 그 법적 지위를 확보할 수 없었음에도 불구하고 무엇보다도 CISG가 탄생할 수 있는 입법기반을 제공했다는 시각에서 그 의의를 구할 수 있다(Vogenauer, 2014).

주지하듯 CISG는 계약국(contracting state)에 한하여 구속력을 갖는 통일적 입법방식을 채택하여 국제물품매매계약에 한정되어 있다는 한계를 내재하고 있음에도 불구하고 현존하는 국제적 통일법으로서 가장 성공한 입법례로 평가받고 있다. 그러나 국제적 통일법으로서 CISG가 법계 간 타협의 산물이라는 점에서는 선천적 장애가 존재하고 있기도 하다. 곧 CISG가 국제물품매매계약에 한하여 적용된다는 한계는 CISG 성안과정에 비추어 법계 내지 주요 국가의 실정법과 충돌에 따른 참여하고도 복잡한 법적 문제에 기하여 국제사법 또는 법계 간 타협의 결과로서 피할 수 없는 결과였던 까닭에, CISG는 이에 해결책으로서 우회적으로 CISG가 기초하고 있는 일반원칙에 위임해 두고 있다.

UNIDROIT는 CISG가 기초하고 있는 일반원칙으로서 1994년 PICC를 제정·공표하였는데, 전술한 바와 같이 PICC는 ‘경성법’(hard law)이 아닌 ‘연성법’(soft law)의 실체적 형식을 취하여, 구속력 있는 법규 대신에 비구속적 규범의 형태로서 계약당사자 합의에 의한 적용, 이른바 ‘모델법’(model laws) 내지 ‘입법지침’(legislative guides)로서 기능한다. 또한 상인법적 시각에서 재기술

의 형태로 설계하여 법적용상 PICC를 일반원칙으로 수용할 수 있는 경로를 개방해 두고 있다. 환언하면 UNIDROIT는 PICC가 ‘상인법’(lex mercatoria)으로 국제상사계약에 적용될 수 있도록 하여 국제상사계약에 임한 계약당사자에 있어 상인법의 지위로서 적용될 수 있도록 하여 이에 상당한 법원으로서 기능하고 있다.

요컨대 PICC는 CISG 한계를 극복할 수 있는, 소위 ‘보충적 역할’(gap-filling role)을 수행함과 동시에, 국제적으로 법의 일반원칙 또는 상인법적 규범으로 기능하기 위해 연성법이라는 유연한 방법을 채택하여 법기능상 국제상사계약 법규범으로의 적용을 의도하고 있다.

PICC의 채용은 저변에 기존의 국제사법의 질서에 따른 계약의 규율을 상징하고 있지는 않지만, 계약이 준거하는 규범을 자국법도 상대국의 법도 아닌, 국제상사계약에 있어 실제적으로 적용 가능한 범세계적·초국가적 규범으로서, 이를테면 국제상사계약에 있어 자율성이 높은 이를테면 국제적 통일계약법과 같은 일련의 방식을 취하고 있다. 결국 PICC는 상인법적 시각에서 국제적으로 집약된 통일법규범이라는 시각에서 그 의의를 구할 수 있다.

연혁에 비추어 UNIDROIT는 각국 국내법인 사법의 조화·조정 내지 국제적인 통일을 목적으로 1926년 로마에서 창설된 독립적 정부 간 기구로서, 당초 PICC는 이탈리아 로마대학의 Bonell 교수를 의장으로 한 WG에 의하여 순차적으로 총 7개장 119개 조항으로 구성된 예비초안이 작성되고, 1994년 2월 최종 검토 이후 미국 콜롬비아 대학의 Farnsworth 교수를 위원장으로 한 편집위원회의 감수를 거쳐, 비로소 UNIDROIT 운영위원회의 공식적 출판허가를 득함으로써 1994년 PICC로 탄생되었다.

법기능상 PICC는 그 자체가 구속력을 갖는 국제적 조약 또는 협약은 아니고, 소위 재기술의 형식을 취한 국제상사계약에 관한 일반원칙으로서 기능한다. 곧 PICC는 법적용상 국제상사계약에 관한 각국의 국내법이나 국제상사계약법규범의 해석에 있어 보충적 기준, 당사자가 합의한 적용법, 당사자에게는 계약서 작성의 가이드라인, 각국 법원이나 중재판정부에게는 국제상사계약에서 발생하는 분쟁의 해결책 등으로서 이를 유연하게 적용할 수 있다는 것에서 그 법적 실익을 표방하고 있다.

공표된 이후, 국제상사계약의 법원으로 자리매김하였던 PICC는 그간의 추가·개정작업을 거쳐 현재 PICC(2010)에 이르고 있는데, PICC(2010)는 종전의 PICC(1994) 및 PICC(2004)의 입법상 미비점에 대한 개정이라기보다는 급속히 변모하는 국제상거래의 시의성에 발맞추어 이에 상당한 새로운 조문내용을 대폭적으로 추가한 것이라는 그 특징이 있다.

요컨대 PICC의 기능 내지 목적은 국제상사계약의 준거법으로서 적용할 수 있다는 점, 국제적 통일법 및 국내법의 해석 및 보충수단으로서 그 역할을 감당할 수 있다는 점, 계약법이나 특수한 거래에 관한 입법의 모델법으로서의 기능을 할 수 있다는 점 등으로부터 그 의의를 구할 수 있다.

2. 구성체계와 주요 골자

PICC(2010)는 전통적인 계약법에서 직접적으로 다루지 않았던, 이를테면 ‘전자적 계약체결’(electronic contracting), ‘대리인의 권한’(authority of agents), ‘제3자의 권리’(third party rights), ‘상계’(set-off), ‘채권양도’(assignment of rights), ‘채무이전’(transfer of obligation), ‘계약의 이전’(assignment of contract) 및 ‘제소기간’(limitation period) 등의 내용들을 추가하였고 ‘계약유효성’(validity)에서는 ‘위법성’(illegality)을 새롭게 추가하였다. PICC의 입법경과 및 본 연구의 범위를 도해하면 이하 표와 같다.

<표> PICC 입법경과

PICC(2010)		PICC(2004)	PICC(1994)
조문구분	조문내용	조문구분	
전문		전문 *	전문
제1장 일반규정			
제1.1조	계약의 자유	1.1	1.1
제1.2조	형식의 자유	1.2 *	1.2
제1.3조	계약의 구속력	1.3 **	1.3
제1.4조 **	강행규칙	1.4	1.4

제1.5조	당사자들에 의한 배제 또는 변경	1.5	1.5
제1.6조	PICC의 해석과 보충	1.6	1.6
제1.7조	** 신의와 공정거래	1.7	** 1.7
제1.8조	불일치한 행위	1.8	-
제1.9조	관습과 관행	1.9	1.8
제1.10조	통지	1.10	** 1.9
제1.11조	용어의 정의	1.11	1.10
제1.12조	당사자들이 정한 기간의 계산	1.12	* 2.8 (2)
제2장 계약의 성립과 대리인의 권한			
제1절 계약의 성립			
제2.1.1조	계약체결의 방법	2.1.1	** 2.1
제2.1.2조	청약의 정의	2.1.2	2.2
제2.1.3조	청약의 철회	2.1.3	2.3
제2.1.4조	청약의 취소	2.1.4	2.4
제2.1.5조	청약의 거절	2.1.5	2.5
제2.1.6조	승낙의 요건	2.1.6	2.6
제2.1.7조	승낙의 기간	2.1.7	** 2.7
제2.1.8조	지정된 기간 내의 승낙	2.1.8	* 2.8 (1)
제2.1.9조	연착된 승낙 및 전달중의 지연	2.1.9	2.9
제2.1.10조	승낙의 철회	2.1.10	2.10
제2.1.11조	변경된 승낙	2.1.11	2.11
제2.1.12조	서면요건	2.1.12	2.12
제2.1.13조	특정사항 또는 형식에 의한 합의조건	2.1.13	2.13
제2.1.14조	계약조건이 의도적으로 미정인 계약	2.1.14	2.14
제2.1.15조	악의의 협상	2.1.15	** 2.15
제2.1.16조	비밀유지의무	2.1.16	2.16.
제2.1.17조	통합조항	2.1.17	2.17
제2.1.18조	특정형식에 의한 변경	2.1.18	* 2.18
제2.1.19조	표준약관에 의한 계약체결	2.1.19	2.19
제2.1.20조	의외의 조건	2.1.20	2.20
제2.1.21조	표준약관조건과 비표준약관조건의 충돌	2.1.21	2.21
제2.1.22조	서식의 교전	2.1.22	2.22

제2절 대리인의 권한			
제2.2.1조	본절의 적용범위	2.2.1	-
제2.2.2조	대리권의 발생과 범위	2.2.2	-
제2.2.3조	현명대리	2.2.3	-
제2.2.4조	익명대리	2.2.4	-
제2.2.5조	무권대리 또는 월권대리	2.2.5	-
제2.2.6조	무권대리인 또는 월권대리인의 책임	2.2.6	-
제2.2.7조	이익상반	2.2.7	-
제2.2.8조	복대리	2.2.8	-
제2.2.9조	추인	2.2.9	-
제2.2.10조	대리권의 종료	2.2.10	-
제3장 계약의 유효성			
제1절 일반규정			
제3.1.1조	* 적용배제	3.1	3.1
제3.1.2조	단순한 합의의 효력	3.2	3.2
제3.1.3조	원시적 불능	3.3	3.3
제3.1.4조	* 강행성격의 규정	3.19	3.19
제2절 계약취소의 사유			
제3.2.1조	착오의 정의	3.4	3.4
제3.2.2조	관련된 착오	3.5	3.5
제3.2.3조	표시 또는 전달상의 오류	3.6	3.6
제3.2.4조	불이행에 기한 구제권	3.7	3.7
제3.2.5조	사기	3.8	3.8
제3.2.6조	강박	3.9	3.9
제3.2.7조	현저한 불균형	3.10	3.10
제3.2.8조	제3자	3.11	3.11
제3.2.9조	추인	3.12	3.12
제3.2.10조	취소권의 상실	3.13	3.13
제3.2.11조	계약취소의 통지	3.14	3.14
제3.2.12조	기간제한	3.15	3.15
제3.2.13조	일부취소	3.16	3.16
제3.2.14조	취소의 소급효	3.17 (1)	3.17 (1)

제3.2.15조	*	원상회복	3.17 (2)	3.17 (2)
제3.2.16조		손해배상	3.18	3.18
제3.2.17조		일방적인 선언	3.20	3.20
제3절 위법성				
제3.3.1조		강행법규를 침해하는 계약	-	-
제3.3.2조		원상회복	-	-
제4장 계약내용의 해석				
제4.1조		당사자들의 의사	4.1	4.1
제4.2조		진술 그 밖의 행위의 해석	4.2	4.2
제4.3조		모든 사정의 고려	4.3	4.3
제4.4조		계약이나 진술의 전반에 비춘 해석	4.4	4.4
제4.5조		해석의 원칙	4.5	4.5
제4.6조		문서작성자 불이익의 원칙	4.6	4.6
제4.7조		언어 간의 불일치	4.7	4.7
제4.8조		계약공백의 보충	4.8	4.8
제5장 계약의 내용과 제3자의 권리 및 조건				
제1절 계약의 내용				
제5.1.1조		명시적 · 묵시적 의무	5.1.1	5.1
제5.1.2조		묵시적 의무	5.1.2	5.2
제5.1.3조		당사자 간의 협력	5.1.3	5.3
제5.1.4조		특정이행 의무와 최대 노력을 다할 의무	5.1.4	5.4
제5.1.5조		의무의 종류의 결정	5.1.5	5.5
제5.1.6조		이행의 질의 결정	5.1.6	5.6
제5.1.7조		가격의 결정	5.1.7	5.7
제5.1.8조		불확정기간의 계약	5.1.8	5.8
제5.1.9조		합의에 의한 채무면제	5.1.9	-
제2절 제3자의 권리				
제5.2.1조		제3자를 위한 계약	5.2.1	-
제5.2.2조		제3자의 확정	5.2.2	-
제5.2.3조		수익자 의무나 책임을 배제 · 제한	5.2.3	-
제5.2.4조		항변사유	5.2.4	-
제5.2.5조		권리부여의 취소	5.2.5	-

제5.2.6조	수익자의 권리포기	5.2.6	-
제3절 조건			
제5.3.1조	조건의 유형	-	-
제5.3.2조	조건의 효과	-	-
제5.3.3조	조건의 충돌	-	-
제5.3.4조	권리보전의 의무	-	-
제5.3.5조	해제조건의 이행 시 반환	-	-
제6장 이행			
제1절 이행의 일반			
제6.1.1조	이행기	6.1.1	6.1.1
제6.1.2조	일시이행 또는 분할이행	6.1.2	6.1.2
제6.1.3조	일부이행	6.1.3	6.1.3
제6.1.4조	이행의 순서	6.1.4	6.1.4
제6.1.5조	조기이행	6.1.5	6.1.5
제6.1.6조	이행의 장소	6.1.6	6.1.6
제6.1.7조	수표 그 밖의 지급수단에 의한 금전지급	6.1.7	6.1.7
제6.1.8조	자금이체에 의한 지급	6.1.8	6.1.8
제6.1.9조	지급통화	6.1.9	6.1.9
제6.1.10조	통화가 지정되지 않는 경우	6.1.10	6.1.10
제6.1.11조	이행비용	6.1.11	6.1.11
제6.1.12조	금전변제의 충당	6.1.12	6.1.12
제6.1.13조	비금전채무의 충당	6.1.13	6.1.13
제6.1.14조	공적 인·허가 신청	6.1.14	6.1.14
제6.1.15조	인·허가 신청 시의 절차	6.1.15	6.1.15
제6.1.16조	인·허가의 취득 및 거절	6.1.16	6.1.16
제6.1.17조	인·허가가 거절된 경우	6.1.17	6.1.17
제2절 장애			
제6.2.1조	계약준수의 원칙	6.2.1	6.2.1
제6.2.2조	장애의 정의	6.2.2	** 6.2.2
제6.2.3조	장애의 효과	6.2.3	6.2.3
제7장 불이행			
제1절 불이행 일반			

제7.1.1조	불이행의 정의	7.1.1	7.1.1
제7.1.2조	상대방의 방해	7.1.2	7.1.2
제7.1.3조	이행보류	7.1.3	7.1.3
제7.1.4조	불이행당사자에 의한 치유	7.1.4	7.1.4
제7.1.5조	이행을 위한 추가기간	7.1.5	7.1.5
제7.1.6조	면책조항	7.1.6	7.1.6
제7.1.7조	불가항력	7.1.7	7.1.7
제2절 이행청구권			
제7.2.1조	금전채무의 이행	7.2.1	7.2.1
제7.2.2조	비금전채무의 이행	7.2.2	7.2.2
제7.2.3조	불완전한 이행의 추완 또는 대체	7.2.3	7.2.3
제7.2.4조	사법적 벌금	7.2.4	7.2.4
제7.2.5조	구제권의 변경	7.2.5	7.2.5
제3절 계약해제			
제7.3.1조	계약해제권	7.3.1	7.3.1
제7.3.2조	계약해제의 통지	7.3.2	7.3.2
제7.3.3조	불이행의 예견	7.3.3	7.3.3
제7.3.4조	적절한 이행보장	7.3.4	7.3.4
제7.3.5조	계약해제의 효과 일반	7.3.5	7.3.5
제7.3.6조	* 일시이행 이행되어야 할 계약의 구상권	7.3.6 (1)	7.3.6 (1)
제7.3.7조	* 일정기간에 이행되어야 할 계약의 반환권	7.3.6 (2)	7.3.6 (2)
제4절 손해배상			
제7.4.1조	손해배상청구권	7.4.1	7.4.1
제7.4.2조	완전배상	7.4.2	7.4.2
제7.4.3조	손해의 확실성	7.4.3	7.4.3
제7.4.4조	예견가능한 손해	7.4.4	7.4.4
제7.4.5조	대체거래의 경우 손해의 증명	7.4.5	7.4.5
제7.4.6조	시가에 의한 손해의 증명	7.4.6	7.4.6
제7.4.7조	피해당사자에 일부 기인한 손해	7.4.7	7.4.7
제7.4.8조	손해의 경감	7.4.8	7.4.8
제7.4.9조	금전부지급에 기한 이자	7.4.9	7.4.9
제7.4.10조	손해배상금을 원본으로 하는 이자	7.4.10	7.4.10

제7.4.11조	금전배상의 방법	7.4.11	7.4.11
제7.4.12조	손해배상액산정의 기준통화	7.4.12	7.4.12
제7.4.13조	손해배상액의 예정	7.4.13	7.4.13
제8장 상계			
제8.1조	상계의 요건	8.1	-
제8.2조	외화채무의 상계	8.2	-
제8.3조	상계의 통지	8.3	-
제8.4조	통지의 내용	8.4	-
제8.5조	상계의 효과	8.5	-
제9장 채권양도, 채무이전, 계약양도			
제1절 채권양도			
제9.1.1조	정의	9.1.1	-
제9.1.2조	적용배제	9.1.2	-
제9.1.3조	비금전채권의 양도	9.1.3	-
제9.1.4조	일부양도	9.1.4	-
제9.1.5조	장래의 채권	9.1.5	-
제9.1.6조	일괄양도	9.1.6	-
제9.1.7조	양도인과 양수인 간의 합의에 의한 양도	9.1.7	-
제9.1.8조	채무자의 추가비용	9.1.8	-
제9.1.9조	양도금지특약	9.1.9	-
제9.1.10조	채무자에게의 통지	9.1.10	-
제9.1.11조	이중양도	9.1.11	-
제9.1.12조	양도의 적절한 증거	9.1.12	-
제9.1.13조	항변사유와 상계권	9.1.13	-
제9.1.14조	양도되는 채권에 부종하는 권리	9.1.14	-
제9.1.15조	양도인의 보장	9.1.15	-
제2절 채무이전			
제9.2.1조	채무이전의 방법	9.2.1	-
제9.2.2조	적용배제	9.2.2	-
제9.2.3조	채무이전에 대한 채권자의 동의의 요건	9.2.3	-
제9.2.4조	채권자의 사전 동의	9.2.4	-
제9.2.5조	원채무자의 채무면제	9.2.5	-

제9.2.6조	제3자에 의한 이행	9.2.6	-
제9.2.7조	항변사유와 상계권	9.2.7	-
제9.2.8조	이전되는 채무에 부종하는 권리	9.2.8	-
제3절 계약양도			
제9.3.1조	정의	9.3.1	-
제9.3.2조	적용배제	9.3.2	-
제9.3.3조	동의의 요건	9.3.3	-
제9.3.4조	원계약의 상대방 사전 동의	9.3.4	-
제9.3.5조	양도인의 채무면제	9.3.5	-
제9.3.6조	항변사유와 상계권	9.3.6	-
제9.3.7조	계약과 함께 이전되는 권리	9.3.7	-
제10장 제소기한			
제10.1조	본장의 적용범위	10.1	-
제10.2조	제소기한	10.2	-
제10.3조	당사자들에 의한 제소기한의 변경	10.3	-
제10.4조	권리시인에 의한 제소기한의 갱신	10.4	-
제10.5조	사법절차에 의한 기간의 진행정지	10.5	-
제10.6조	중재절차에 의한 기간의 진행정지	10.6	-
제10.7조	소송 외 분쟁해결	10.7	-
제10.8조	그 밖의 기간의 진행 정지	10.8	-
제10.9조	제소기한 만료의 효과	10.9	-
제10.10조	상계권	10.10	-
제10.11조	반환	10.11	-
제11장 다수의 채권자와 채무자			
제1절 다수의 채무자			
제11.1.1조	정의	-	-
제11.1.2조	연대 및 개별의무의 추정	-	-
제11.1.3조	채권자의 권리	-	-
제11.1.4조	항변권과 상계권의 이용가능성	-	-
제11.1.5조	이행 또는 상계의 효과	-	-
제11.1.6조	채무해제 또는 청산의 효과	-	-
제11.1.7조	제척기간의 소멸 또는 정지의 효과	-	-

제11.1.8조	판결의 효과	-	-
제11.1.9조	개별 및 연대채무자 간의 배분	-	-
제11.1.10조	분담금 청구의 정도	-	-
제11.1.11조	채권자의 권리	-	-
제11.1.12조	분담금 청구에 대한 항변	-	-
제11.1.13조	변상불능	-	-
제2절 다수의 채권자			
제11.2.1조	정의	-	-
제11.2.2조	개별 및 연대청구의 효과	-	-
제11.2.3조	개별 및 연대채권자에 대한 항변	-	-
제11.2.4조	개별 및 연대채권자 간의 배분	-	- 10)

3. 계약의 유효성에 관한 조문체계

PICC 제3장에서는 계약의 유효성을 규정하고 있는데, 구성체계는 차례로, 제1절에서는 계약의 유효성에 관한 일반규정을 총 4개 조문으로, 제2절에서는 계약취소사유를 중심으로 총 17개 조문으로 구성하고 있다. 이 경우 제2절에서 취소사유는 크게 착오·사기·강박·현저한 불균형으로 구분할 수 있고 이에 부수하여 취소권의 행사와 관련된 규정 및 그 효과에 관한 규정 등을 존치해 두고 있다. 2010년 개정된 PICC에서는 새롭게 위법성에 관한 2개 조문을 제3절에서 추가하고 있다.

-
- 10) ① 위 표에서 *는 이전 판을 기준 부분 개정된 조문, **는 일체 개정된 조문을 표시한다.
 ② 음영부분은 본 연구의 범위에 해당한다.
 ③ 김태운 (2015). “국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약체결상의 법적 기준에 관한 연구”, 대구대학교 박사학위논문, 10-17면에서 재인용.

제2절 PICC의 법적 기능

1. 일반원칙 또는 상인법으로서의 기능

PICC는 국제상사계약의 ‘일반원칙’(general principles)으로 기능한다. 여기서 ‘일반원칙’이라 함은 통상 ‘특정국가 또는 특정지역에 한정되지 않는 법규범’을 의미한다. 이러한 시각에서 PICC는 본질적으로 PECL 및 미국 통일상법전(UCC) 등과는 다른 일반적 성격을 갖는다. 따라서 PICC는 일반원칙이라는 지위를 통해 어떠한 유형의 계약에서도 일반적으로 적용될 수 있다. 곧 PICC는 소비자계약이 아닌 한, 재화의 매매를 위한 무역계약 뿐만 아니라 투자계약·서비스계약 등 어떠한 계약에서도 일반원칙으로 기능할 수 있다.

PICC는 전문(preamble)에서 본 원칙은 당사자들이 그들의 계약이 ‘법의 일반원칙’(general principle of law)이나 ‘상인법’(lex mercatoria) 등의 적용을 받는다고 합의한 경우에 적용될 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘법의 일반원칙’이란 국제상사계약에 임한 모든 국가 또는 대부분의 국가가 법에 관한 일반적인 원칙을 의미한다. 또한 ‘상인법’이란 특정국가의 법체계를 의미하는 것이 아니라 국제상거래의 법질서를 위해 마련되어 계약당사자가 자발적으로 적용할 수 있는 일반원칙이나 일련의 상관습에 의제된다(Goldman, 1987). 이 경우 상인법은 다소 모호한 개념이지만, 통상적으로 국가에 의해 제정된 특단의 규칙이 아닌 비국가적·초국가적으로 통용될 수 있는 법규범으로 이해할 수 있다.

PICC 전문에서는 법의 일반원칙과 상인법을 동격으로 취급하고 있으나, 살피기에 전자는 후자의 일부분으로, 곧 후자가 전자를 포함하는 것으로 보고 있음이 통상이다(오원석, 1999). 한편 상인법은 국내법원 보다는 중재에서 보다 많이 적용될 수 있는 여지가 크다. 왜냐하면 국내법에서 상인법이 개념이 상관습 또는 상관습법으로 적용될 가능성이 없다고 하더라도 상관습 또는 상관습법은 법원이 독자적으로 그 존재를 인정하는 것과 상인법으로서 PICC가 적용을 긍정하는 것은 별개의 문제라 할 수 있고 또한 상인법으로서 PICC의 적용에 관한 개별국가의 법원은 통일적이지 못하기 때문이다. 따라서 개별국가의 ‘저촉법’(conflict of laws) 체계 내에서는 통상 PICC가 상인법으로서 채택

되는 것은 허용하지 않을 것이다.

그러나 중재의 경우는 이와는 사정이 다르다. 왜냐하면 적어도 국제상사계약에 관한 한 대부분의 판례에서 상인법으로서 PICC의 적용을 긍정하고 있을 뿐만 아니라 가사 때로 국내법이 적용된다고 하더라도 상인법으로서 PICC의 적용가능성·정당성이 공히 인정되고 있기 때문이다.¹¹⁾

한편 계약당사자가 단순히 법의 일반원칙 또는 상인법을 당해 계약에 적용할 것을 합의한 경우 이에 따라 PICC가 적용될 수 있는지의 여부가 문제시된다. 왜냐하면 법의 일반원칙 또는 상인법이라는 문언이 다름없이 PICC를 의미하는 것은 아닌 까닭에, 이는 적용법에 대한 문제로 귀결되어 계약당사자가 중재에서 특별히 PICC의 적용에 합의하지 않는 한, PICC가 적용법으로 기능하기가 어려울 수 있기 때문이다.

그러나 중재판정부는 법의 일반원칙 또는 상인법이라는 문언에서 계약당사자가 PICC를 적용하기로 합의하였다는 의사를 확인 또는 유추할 수 있다면, 응당 PICC의 적용에는 특단의 장애가 없을 것이고 최소한 당해 중재에서의 준거법에 관한 PICC의 보충적 적용은 긍정되어질 수 있다고 본다. 이는 picc의 일반원칙으로서의 법적 기능 내지 지위를 함의한다.

2. 계약당사자 합의에 의한 적용법으로서의 기능

PICC 전문에서는 본 원칙의 목적을 명료히 하고 있다. 곧 본 원칙은 국제상사계약에 적용될 일반적 규칙들을 규정한다고 정하고 있는데, 이 경우 국제상사계약이라는 문언이 시사하고 있는 바는 문면과 다름없이 PICC가 국제계약에 적용될 수 있음을 뜻한다. 그러나 PICC는 CISG(제1조)와는 달리 ‘국제성’(internationality) 충족여부를 결정할 수 있는 특단의 규정을 존치해 두고 있지 않은 특징이 있다.¹²⁾ 이는 PICC가 CISG와 같은 경성법이 아니라는 것에서

11) 유관판례로 「ICC Award No. 8261」; 「ICC Award No. 8502」; 「ICC Award No. 7365」 등. 상세는 Bonell(2000), pp.199-218.

12) CISG, 제1조(적용상의 기본원칙) : “(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of

그 이유를 찾을 수도 있지만, 무엇보다도 PICC가 어떤 계약에서도 계약당사자의 합의가 전제된 경우 여하히 준거법으로 지정될 수 있으며, 전술한 바 일반 원칙과 상인법으로서 PICC가 개입할 수 있는 여지를 남겨두려는데 그 본원적 이유가 있다고 본다.

요컨대 PICC는 당해 계약이 전혀 ‘국제적 성격’(international character)을 체화하고 있지 않다고 하더라도 계약당사자가 국내계약의 계약적 지침으로써 PICC를 활용하는 것을 금하고 있지 않다. 나아가 국내법상 강행법규에 저촉된다는 것을 사유로 단순한 국내계약에 PICC를 준거법으로 적용하는 것 또한 제한하고 있지 않은 특징이 있다(UNIDROIT, 2010).

PICC는 제정취지에 기하여 국제계약에 적용될 것을 예정하고 있는 까닭에, 사실상 국제계약에만 적용될 수 있는 조문도 다수 존재한다. 예컨대 기간의 계산에서의 시기의 기준[제1.12조 (3)], 동등한 효력을 갖는 복수의 계약서상 언어의 불일치를 해결할 수 있는 기준(제4.7조), 시가가 결정되는 장소의 기준[제7.4.6조 (2)] 등을 예시할 수 있다. 그러나 PICC 대부분의 조문은 국제계약과 국내계약에 공히 적용 내지 활용할 수 있다. 따라서 개별국가의 법원과 중재판정부는 PICC 전문에 구속되지 않는다는 점에서도 PICC의 기능적 특성을 부각할 수 있다.

PICC는 국제상사계약에 적용될 수 있는 일반원칙으로서 당해 계약내용은 모름지기 ‘상사계약’(commercial contract)의 성격을 내재하고 있어야 한다. 이 경우 상사계약은 상사와 민사를 구분하는 법체계를 답습한 것이 아니라 단지 ‘소비자거래’(consumer transaction)를 배제하기 위함에 본연의 취지를 두고 있

the law of a Contracting State. (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.” [(1) 본 협약은 다음과 같은 경우에 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자 간의 물품매매계약에 적용된다. (a) 당해 국가가 모두 계약 국인 경우 (b) 국제사법의 규칙에 의한 계약국의 법이 적용되는 경우 (2) 당사자가 서로 다른 국가에 영업소를 가지고 있다는 사실은 계약으로부터 또는 계약체결 전이나, 계약체결 시에 당사자 간의 거래나 당사자에 의해 밝혀진 정보로부터 드러나지 아니한 경우에는 고려되지 아니한다. (3) 당사자의 국적 또는 당사자나 계약의 민사적·상사적 성격은 본 협약의 적용여부를 결정하는데 고려되지 아니한다.].

음은 유의하여야 할 사항이다(UNIDROIT, 2010). 여기서 PICC가 소비자거래를 배제하고 있는 이유는 대부분의 국가에서 소비자를 강력히 보호하기 위한 이른바 소비자보호에 관한 법체계를 두고 있을 뿐만 아니라 소비자를 보호하는 법률 또한 각 국가의 문화적 차이와 소비자 보호의 정책적 차이에서 비롯된 매우 다양하고도 강력한 모습을 갖추고 있기 때문이다.

다른 한편 PECL의 경우에는 PICC와는 달리 소비자거래를 배제하지 않고 있는데, 그 이유는 유럽이라는 특수한 지역적·문화적 동질성이 존재하고 있을 뿐만 아니라 역내[EU] PECL을 통한 소비자거래의 조정에도 특단의 장애가 없기 때문이라고 본다. 그러나 PICC는 국제계약에 있어 어떤 특정한 지역적 범위에 국한하고 있지 않고 국제상사계약에 관한 한 법계 간 조화를 목표로 하고 있어 소비자거래를 포함하거나 이를 명시적으로 선언할 수 없었다고 본다. 다만 고용계약의 경우 최종 개정된 PICC(2010)에 따라 이를 적용할 수 있는 가능성을 남겨두고 있는 특징이 있다.

살피기에 PICC는 국제적인 통일법의 지위를 얻지 못하고 있기 때문에 법원이 PICC를 준거법으로 당연히 지정하여야 할 의무는 없다고 봄이 타당하나, 그럼에도 불구하고 PICC는 경우에 따라 다종다양한 경로로 적용될 가능성이 있음을 특별히 유의하여야 한다.

PICC의 적용에 기하여, 계약당사자가 당해 계약의 ‘적용법’(applicable law)으로서 PICC를 선택하기로 합의한 경우 PICC가 적용될 수 있다. 이는 PICC 전문에서 명시하고 있는 바와 같이 본 원칙은 당사자들이 그들의 계약이 본 원칙의 적용을 받는다고 합의한 경우 적용된다는 원칙에 의거한다. 또한 PICC가 준거법으로 지정되지 않았다고 하더라도 계약당사자가 계약상 PICC의 전부 또는 일부를 추가하거나 편입시킴으로써 PICC를 적용할 수 있다(Vogenauer, *et al.*, 2009). 따라서 계약당사자는 계약의 준거법이 법정지의 국제사법이 정하는 규칙에 따라 결정되는 것을 막을 수는 없지만, 준거법의 체계 내에서 PICC가 당해 계약의 실질적인 적용법이 됨을 명시할 수 있다. 결국 PICC는 계약당사자가 변경할 수 없는 준거법의 규칙이 적용되지 않는 경우에만 계약당사자를 구속함은 유의하여야 할 사항이다.

다른 한편 계약당사자가 당해 계약으로부터 발생된 분쟁을 중재로 해결하고

자 합의한 경우 PICC의 적용가능성은 더욱 커질 것이다. 왜냐하면 중재판정부는 반드시 특정한 국내법에 의하여 구속될 필요 없이 PICC를 적용하거나 고려할 것을 재량으로 결정할 수 있을 것이기 때문이다. 이 경우 국내법의 적용 수준은 단지 당해 계약을 규율하는 국내법의 강행법규에 한정된다.¹³⁾

3. 그 밖의 기능

1) 국제통일법규범 및 국내법의 보충적 기능

PICC 전문에서는 본 원칙은 국제적인 통일법규범을 해석 또는 보충하는데 사용될 수 있다고 규정하고 있고 동시에 국내법을 해석하거나 보충하는데 사용될 수 있다고 선언하고 있다.

국제통일법규범은 그 특성상 입법취지, 제정배경, 적용범위 등에 있어 계약 내용의 해석상 법적 흠결 또는 공백이 발생할 수 있는데 이 경우 특단의 국내법을 적용할 경우 당해 국내법은 대부분 국제적 성격을 고려하여 제정되지 않았다고 보아 그 결과 국제사법의 통일과 조화를 견인함에 있어 법리적으로 상당한 장애가 내재되어 있을 것으로 본다. 이러한 장애에 대응하여 CISG는 제7조 (2)에서 CISG의 해석원칙으로서, 우선 CISG에 명시한 조항에 따르고, 명시조항이 없을 경우 CISG가 기초한 일반원칙에 따르며, 그러한 원칙도 없을 경우에는 국제사법규칙에 따라 적용되는 법에 따른다고 규정하고 있다. 이 경우 CISG가 기초한 일반원칙이 반드시 PICC를 지칭한다고 해석할 수 없다고 하더라도 전술한 바와 같이 PICC는 국제상사계약의 일반원칙을 규정하기 위해 성안되었다는 측면에서 일반원칙으로 보편적 해석기준을 제공하고 있음은 부인할 수 없다고 본다(Bridge, 2014).

결국 PICC는 CISG 제7조 (2)에 기하여 그 본연의 기능에 후보된 일련의 부

13) PICC, 제1.4조(강행규칙) : “Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.” [본 국제상사계약원칙의 어떠한 규정도 국제사법의 관련 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규칙의 적용을 제한하지 않는다.]. PICC 이하 개별조문에 대한 국문인용은 심중석(2013)에 의한다.

가적 기능을 할 수 있는 임무를 부여받고 있다고 볼 수 있다. 따라서 CISG가 명시적으로 규정하고 있지 않은 사항이나 또는 해석상 보충이 필요한 경우 PICC는 특단의 국내법이 적용됨으로써 발생할 수 있는 당해 계약에서 비롯된 국제적 성격의 문제를 극복할 수 있는 유용성이 있다. 이는 국제사법의 통일과 조화라는 대의에 비추어 법적용상 PICC의 유용성 내지 국제통일법규범의 해석 및 보충을 위한 일반원칙으로서 기능을 함의한다.

한편 PICC는 국내법의 해석 및 보충을 위한 법적 수단으로서 기능할 수 있다. 다만 PICC 전문에서 의도하고 있는 바와 같이 PICC가 국내법을 해석하거나 보충하기 위해서 사용될 수 있는 여지는 특히 법원의 경우 부인되고 있음이 다반사라고 볼 수 있다. 왜냐하면 국내법은 하나의 완성된 체계로서 작동하고 또한 자체적 법적 시스템 내에서 해석되고 보충되어질 가능성이 매우 높아 PICC가 개입할 여지가 크지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 법원과 중재판정부가 특정 국내법을 적용함에 있어서 당해 국내법이 국제상사계약에 적용되는 것이 합리적인 해결책이 되는지의 여부에 의문이 있는 경우 또는 어떠한 법적 논점에 있어서 의심할 바 없는 합리적 결론에 이르렀다는 확신이 부족할 경우 이 같은 문제를 해소할 수 있는 차원에서 PICC는 그 본연의 기능을 수행할 수 있을 것으로 본다(Bonell, 2005).

2) 입법모델로서의 기능

당초 PICC는 일련의 모델법(model law)으로 성안된 것은 아니지만, 그럼에도 입법모델로서 PICC가 기능할 수 있음을 전문에서 밝히고 있다. 곧 PICC는 국제상사계약에 관한 일반원칙이라는 법기능상 국제적 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라 통상의 계약법 분야의 국내입법에 있어서 모델법으로서 기능함에 따른 특단의 문제 내지 장애는 없다고 할 것이다. 이는 PICC가 반드시 모델법으로 기능하여야 할 필요는 없다고 하더라도 특정한 장(chapter) 또는 개별조항으로부터 모델법적 기능을 수행할 수 있다. 또한 특정국가의 자국법이 국제상사규범과의 충돌을 해소하여야 할 필요성이 크고 자국법과 국제상사규범의 조화가 당면한 과제로 부각되어 있는 경우 PICC는 국제적 수준의 입법모델로서 유용하게 사용될 수 있고 또 현재 그렇게 사용되고 있기도 하다.

제3장 계약의 유효성에 관한 법적 기준

제1절 적용배제의 사유와 요건

1. 무능력

1) 자연인의 무능력

PICC 제3.1.1조에서는 무능력으로 인해 발생하는 계약의 유효성 문제에 대해 그 적용을 배제하고 있다.¹⁴⁾ 여기서 ‘무능력’(lack of capacity)이란 대륙법계의 시각에서 법이론상 자연인의 의사무능력, 행위무능력, 책임무능력 등이 모두 포함될 수 있을 것이나,¹⁵⁾ 행위능력의 결여를 의미하고 있는 책임무능력의 경우에는 계약의 일반원칙이라는 PICC의 속성상 본조의 무능력에는 포함될 수 없을 것으로 본다.

살피기에 우리나라 민법의 해석론에 의하면 ‘의사능력’이란 통상 자신이 행하는 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단하고 자신의 의사를 결정할 수 있는 정신적 능력으로 설명된다(지원림, 2013). 그리고 ‘행위능력’이란 독자적으로 유효하게 법률행위를 할 수 있는 능력 또는 지위를 말하는데, 이 경우 의사능력은 개별적인 사건에서 법률행위자의 사실적 상태로부터 개별적으로 정하고 있음에 반하여 행위능력은 연령, 법원의 제한능력자 선고에 의해 획일적으로 결정되는 특징이 있다. 따라서 행위무능력이란 계약의 당사자가 계약을 체결하기 위한 행위능력이 결여된 법률적 상태를 의미하며 이러한 행위능력이 결여된 행위무능력자는 자연인으로서 미성년자, 제한능력자¹⁶⁾ 등이 포함된다.

14) PICC, 제3.1.1조(적용배제) : “This Chapter does not deal with lack of capacity” (본장은 무능력을 다루지 아니한다.).

15) 영미법계에서는 의사무능력과 행위무능력을 엄격히 구별하지 않고, 이를 장애가 있는 정신능력(impaired mental capacity)이라 통칭한다. 여기에는 알코올, 약물 등에 의한 일시적인 장애, 선천적인 정신장애 등을 포함한다. 상세는 Schwenzer, I. et al., 2012, pp.205-206.

16) 예컨대 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인 등.

PICC에서 이 같은 무능력을 제3장 계약의 유효성에서 배제하고 있는 이유는 무능력이 가진 ‘태생적 복잡성’(inherent complexity)과 무능력에 대한 각국의 국내법이 서로 다른 입법태도를 보이고 있어 PICC에서도 이에 대한 통일적 해법을 제시하기 어려웠기 때문이다(UNIDROIT, 2010).

한편 각국의 국내법에서는 무능력자의 법률행위에 기한 법률효과 면에서 큰 차이점을 보이고 있다. 차례로 분설하면 다음과 같다. 첫째, 특정조건을 만족하는 경우 유효로 취급하고 있는 경우이다. 예컨대 스코틀랜드의 법률능력연령법(Age of Legal Capacity Act)에서는 16세 이하 미성년자의 계약은 그 계약이 비합리적이지 않다는 조건을 만족시킨다면 미성년자는 그 연령과 환경에 맞는 일반적인[전형적인] 계약을 체결할 능력이 있다고 본다.¹⁷⁾ 또한 영국의 물품매매법(Sale of Goods Act) 제3조 (2)에서는 미성년자, 정신적 무능력 또는 음주에 의한 무능력으로 인해 계약을 체결할 능력이 없는 자에게 매도되고 인도된 ‘필요물품’(necessaries)은 합리적인 가격을 지불하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁸⁾

둘째, 취소할 수 있는 계약으로 보는 경우이다. 우리나라와 일본이 이러한 입법태도를 보이고 있다. 그러나 유의할 점은 의사무능력의 경우에는 행위무능력과 달리 무효가 된다. 우리 민법에서는 의사무능력에 대한 명문의 규정은 없지만 다수설은 의사무능력의 행위는 무효로 보고 있고 판례도 같은 견해를 취하여 의사무능력을 무효로 보고 있다.¹⁹⁾

셋째, 특정계약에 있어서는 무효라고 보는 경우이다. 이 경우 무효는 유관조

17) Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991, Art. 2 : “Exceptions to general rule. (1) A person under the age of 16 years shall have legal capacity to enter into a transaction; (a) of a kind commonly entered into by persons of his age and circumstances, and (b) on terms which are not unreasonable.”

18) Sale of Goods Act 1979, Art. 3 : “Capacity to buy and sell. (1) Capacity to buy and sell is regulated by the general law concerning capacity to contract and to transfer and acquire property. (2) Where necessities are sold and delivered to a minor or to a person who by reason of mental incapacity or drunkenness is incompetent to contract, he must pay a reasonable price for them. (3) In subsection (2) above ‘necessaries’ means goods suitable to the condition in life of the minor or other person concerned and to his actual requirements at the time of the sale and delivery.”

19) 「대법원(2001다10113), 2002.10.11.」 판결 참조.

문의 추인에 의해 유효로 취급될 수 없다. 예컨대 호주의 대법원규칙(Supreme Court Act) 제49조에서는 일부계약의 경우 미성년자에 의한 계약을 무효로 규정하고 있다.²⁰⁾ 그 밖에 추인이 있을 경우에는 유효인 경우, 강제할 수 없는 계약으로 보는 경우 등이 있다.

2) 법인의 무능력

법인의 의사능력과 행위능력은 법인의 본질적 속성상 문제될 여지는 없다고 본다. 다만 법인의 대표이사와 같이 법인을 대표하여 행위하는 자연인의 의사능력과 행위능력이 문제될 수 있다고 생각되나, 이는 대리인의 무능력의 문제로 처리하여야 할 것이다. 다만 법인 자체의 능력과 관련하여 정관목적을 벗어난 행위의 유효성이 대표적인 법인의 무능력에 대한 문제로 인식되어 왔다.

법인의 정관에 의해 능력을 부여받고 정관에서 정한 목적범위 내에서 행위하여야 하고 이를 벗어나 법률행위를 한 경우에는 능력 외의 행위로 무효가 되어야 한다는 ‘능력 외 이론’(ultra vires doctrine)에 의해 무효로 인정하고 있는 법계가 있기도 하나 현재 당해 능력 외 이론은 완화되거나 폐지되어가는 추세에 있다(박정국, 2012).

요컨대 능력 외 이론에 의해 법인의 무능력이 문제가 될 수 있으나 이 또한 무능력의 문제로서 PICC에서는 이에 대한 적용을 배제하고 있기 때문에 일반적으로는 법정지의 국제사법에 의해 결정되는 준거법에 따라 해결되어야 할 것이다.

2. 부도덕 또는 불법행위

PICC(2004)에서는 계약의 유효성과 관련하여 ‘부도덕’(immorality) 또는 ‘불법행위’(illegality)를 적용에서 배제하였다. 그러나 PICC(2004)에서도 모든 부도덕

20) Supreme Court Act 6, Sect 49 : “Certain contracts by minors to be void The following contracts entered into by a minor are void; (a) contracts for the repayment of money lent or to be lent; (b) contracts for payment for goods supplied or to be supplied, other than necessities; (c) accounts stated.”

또는 불법행위가 배제되지는 않았다. 예컨대 부도덕의 대표적인 예로서 계약상의 ‘현저한 불균형’(gross disparity)은 제3.10조[PICC(2010) 제3.2.7조]에서 규율되었다(Huber, 2009).

PICC(2010)에서는 제3장 제3절에 강행법규의 위반에 대한 2개 조문을 신설하면서 적용배제조항 제3.1조 (b)를 삭제하였다. 따라서 계약의 내용이 부도덕 또는 불법행위에 해당되어, 당해 계약이 계약의 유효성을 부인하게 되는 효력 규정으로서 강행법규를 침해할 경우 그 적용이 배제되는 것이 아니라 제3.3.1조와 제3.3.2조에 의해 해결될 것이다. 이에 관한 사항은 후술한다.

제2절 유효한 계약과 원시적 불능

1. 단순한 합의의 효력

계약의 ‘법적 구속력’(legal enforcement)에 관한 법리적 근거와 관련하여 법계의 처지는 매우 이질적인 태도를 취하고 있다. 이를테면 대륙법계에서는 계약자유 원칙에 기하여 ‘청약’(offer)과 ‘승낙’(acceptance)이라는 당사자의 의사를 법적 구속력의 근거로 취급하고 있다. 다만 대륙법계에 속하는 프랑스는 당사자 의사의 합치와 더불어 ‘원인’ 또는 소위 ‘꼬즈’(cause)를 요구하고 있기도 하다. 이에 반하여 영미법계에서는 청약과 승낙의 합치에 따른 합의 이외에도 ‘약인’(consideration)이 요구된다.

PICC 제3.1.2조에서는 계약은 당사자 간의 단순한 합의에 의해 체결, 변경 또는 종료되며, 더 이상의 요건은 요구되지 아니한다고 규정하고 있다.²¹⁾ 본조는 계약의 체결·변경·종료는 ‘단순한 합의’(mere agreement)만으로도 가능한데, 이는 계약의 법적 구속력의 근거를 당사자 의사에서 구하는 대륙법적 처지를 그대로 수용하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 영미법계의 ‘약인이론’과 전통적 프랑스법의 ‘꼬즈[원인]이론’을 배척하고 있다.

약인은 ‘보통법’(common law) 체계에서 인정되는 매우 독특한 법리이다. 영미법계에서는 보통법의 전통인 약인이론에 따라 원칙적으로 약인이 존재하여야만 법적 구속력을 인정하고 있다. 즉 계약의 성립요건으로서 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시의 합치와 더불어 약인이라는 특수한 요건을 요구하고 있다(엄동섭, 2010). 약인이론에 의하면 이른바 거래된 교환을 위한 약속만이 법적 보호가치가 있다고 한다(이덕환, 2006).

프랑스 민법 제1108조상 약정이 유효하기 위해서는 4가지 조건이 필수불가결하다. 곧 의무를 부담하는 당사자의 승낙, 행위능력, 의무부담의 실체를 이루는 확정된 내용, 채무의 적법한 꼬즈 등이 그것이다.²²⁾ 더불어 동법 제1131

21) PICC, 제3.1.2조(단순한 합의의 효력) : “A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.” (계약은 당사자 간의 단순한 합의에 의해 체결·변경 또는 종료되며, 더 이상의 요건은 요구되지 아니한다.).

조에서는 꼬즈가 없는 채무 또는 허위의 꼬즈 혹은 불법적인 꼬즈에 기인하는 채무는 아무런 효과도 가질 수 없다고 명시하고,²³⁾ 나아가 동법 제1133조에서는 꼬즈는 그것이 법률에 의하여 금지되거나, 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우 불법적인 것으로 취급한다고 규정하고 있다(정태윤, 2013).²⁴⁾

환언하면 프랑스 민법에서는 계약의 유효요건으로서 꼬즈를 요구하고 있다 (Schwenzer *et al.*, 1994).²⁵⁾ 꼬즈이론에서는 꼬즈를 채무의 꼬즈와 계약의 꼬즈로 이원화하여 그 적용영역과 기능을 달리하고 있다. 채무의 꼬즈는 채무가 유효하게 성립하기 위해서는 존재하고 있는 꼬즈가 있어야 하고 당해 꼬즈가 계약당사자가 채무를 부담하는 이유, 즉 구속력의 근거라고 보고 있다. 쌍무계약에서 계약당사자의 채무의 꼬즈는 각 당사자의 상대방이 부담하는 채무[반대급부]이고 만약 어느 일방당사자가 부담하는 채무가 ‘환상’(illusoire)에 지나지 않거나 하찮은 것에 불과할 경우에는 꼬즈의 존재를 부정하여 계약의 유효요건을 갖추지 않은 것으로 취급한다.

반면 계약의 꼬즈는 계약을 체결한 결정적인 동기 또는 이유를 의미하는바 당해 계약의 적법성을 심사하는 기준으로 활용된다. 따라서 계약의 유효요건의 관점에서는 채무의 꼬즈의 존재를 평가하고 당해 꼬즈가 존재하는지에 따라 당사자의 의사, 곧 청약에 대응하는 승낙과 더불어 채무의 꼬즈가 요구되고 꼬즈가 부존재한 계약은 계약의 성질에 따라 계약전체 또는 상대방 채무를 정한 계약조항의 일부가 무효로 취급된다.

요컨대 PICC에서 계약은 다른 요건이 없이 당사자의 단순한 합의에 의해 체결되고 변경되며 해제된다는 규정에 의해 영미법상의 약인, 프랑스법상의

22) France Civil Code, Art. 1108 : “Four requisites are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who binds himself; His capacity to contract; A definite object which forms the subject-matter of the undertaking; A lawful cause in the obligation.”

23) France Civil Code, Art. 1131 : “An obligation without cause or with a false cause, or with an unlawful cause, may not have any effect.”

24) France Civil Code, Art. 1133 : “A cause is unlawful where it is prohibited by legislation, where it is contrary to public morals or to public policy.”

25) 프랑스법의 전통을 이어받은 유럽의 일부국가(벨기에 · 스페인 · 이탈리아 등)와 라틴 아메리카 국가(볼리비아 · 브라질 · 페루 · 우루과이 등), 아랍계 국가(아프가니스탄 · 이집트 · 이란 · 요르단 · 쿠웨이트 등), 미국 루이지아나주, 캐나다 퀘벡주, 아시아의 필리핀 등에서는 꼬즈이론을 수용하고 있다. 상세는 Schwenzer, *et al.*(2012), pp.205-206.

꼬즈이론 모두를 배척하고 계약의 법적 구속력의 근거를 청약과 승낙의 합치에서 찾고 있다. 이러한 태도는 보편적 국제상사계약의 원칙, CISG와의 동일성 및 연계성 유지라는 입장에서는 매우 합리적인 태도라고 본다.

2. 원시적 불능

1) 원시적 불능의 법리

대륙법계에서는 채무불이행을 불이행의 유형에 따라 이행지체, 이행불능, 불완전이행, 이행거절로 구별하여 상이한 법적 효과를 부여하고 있다. 이행불능의 경우에도 학설상으로는 원시적 불능과 후발적 불능, 객관적 불능과 주관적 불능, 전부불능과 일부불능, 영속적 불능과 일시적 불능, 사실적 불능과 법률적 불능 등으로 구별하고 있기도 하다(신국미, 2009).

그러나 CISG에서는 이상의 불이행의 유형에 따른 법적 요건과 효과를 구분하지 아니하고 이를 오로지 ‘계약위반’(breach of contract)이라는 통합적·일원적 개념으로 특정하여 그것이 ‘중대한 계약위반’(fundamental breach of contract)인지 중대하지 않은 계약위반인지에 따라 계약을 위반한 일방이 타방에게 구제권을, 당해 일방이 매도인인지 매수인지에 따라 그 처지를 달리하여 규율하고 있을 따름이다(김상용, 2002).²⁶⁾ 따라서 CISG에서 이행불능 또는 불능이라는 개념은 최소한 법문상에서는 드러나지 아니하며, 이 경우 불능은 응당 계약위반에 해당되고 또한 불능에 이르게 된 사실에 당사자의 귀책사유를 묻지 않으며 그 계약위반이 중대한지의 여부가 중요한 쟁점이 될 뿐이다.

국제물품매매는 그 특성상 통상 종류물 매매로 취급할 수 있기 때문에 이행지체, 불완전이행[계약부적합]에 따른 계약위반이 문제된다는 점을 고려하면 이행불능이 문제되는 경우는 그다지 많지 않을 것으로 본다. 다만 불능이 CISG 제79조에서 정한 불가항력의 사유에 의해 발생할 경우는 손해배상이 면책된다.

PICC에서는 ‘불이행’(non-performance)을 제7.1.1조에서 정의하고 있는데, 이

26) 참고로, CISG에서 ‘채무불이행’(non-performance)을 ‘계약위반’(breach of contract) 하나로 통일한 것은 영미계약법의 영향을 받은 것으로 평가된다.

경우 ‘불이행’은 당해 계약 하에서 당사자에 의한 그의 어떠한 의무의 이행이 없는 것을 말하며, 이는 불완전한 이행이나 지체된 이행을 포함한다.²⁷⁾ 따라서 불이행은 불완전이행, 이행지체를 포함하고 여기에 이행불능이 포함됨은 재론의 여지가 없다.

PICC에서는 이행불능에 대해서 정의하고 있지 않지만 제7.2.2조에서는 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우, 즉 이행불능의 경우에는 비금전채무의 이행청구권을 행사할 수 없도록 하고 있다.²⁸⁾ 나아가 PICC 제7.3.3조에서는 당사자 일방이 이행이 있어야 할 기한이 도래하기 전에도 그의 중대한 불이행이 행사될 것임이 명백한 경우 상대방의 계약해제권을 인정하여 이행거절 개념을 포섭하고 있기도 하다.²⁹⁾

요컨대 PICC에서는 이행지체, 이행불능, 이행지체, 이행거절의 개념을 인정하고 있고 당해 개별유형에 따라 불이행 당사자의 상대방에게 구제권을 인정하고 있다. 그러나 PICC에서도 CISG의 체계와 유사하게 ‘중대한 불이행’(fundamental non-performance)에 해당되는지 여부가 불이행에 따른 상대방의

27) PICC, 제7.1.1조(불이행의 정의) : “Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.” (불이행은 당해 계약하에서 당사자에 의한 그의 어떠한 의무의 이행이 없는 것을 말하며, 이는 불완전한 이행이나 이행지체를 포함한다.).

28) PICC, 제7.2.2조(비금전채무의 이행) : “Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact; (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive; (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; (d) performance is of an exclusively personal character; or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.” [금전지급 외의 의무를 지는 당사자가 이행을 하지 않는 때, 상대방은 다음의 경우를 제외하고는 그 이행을 청구할 수 있다. (a) 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우 (b) 이행이나, 적절한 경우, 그 강제가 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우 (c) 이행청구당사자가 합리적으로 타처에서 이행을 득할 수 있는 경우 (d) 이행이 일신 전속적 성격을 갖는 경우 또는 (e) 이행청구당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 상당한 기간 내에 이행청구를 하지 않은 경우].

29) PICC, 제7.3.3조(불이행의 예견) : “Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.” (당사자 일방의 이행이 있어야 할 일자가 도래하기 전에 그의 중대한 불이행이 있을 것임이 명백한 경우 상대방은 계약을 해제할 수 있다.).

구제권 인정에 있어 핵심적인 기준으로 기능하며, 당해 불이행이 이행지체, 이행불능, 불완전이행 및 이행거절 중 어느 유형에 해당되는지에 대한 평가는 제7.2.2조에서와 같이 각 구제권의 행사가능성을 판단함에 있어 소극적으로 규율되고 있다. 예컨대 제7.2.2조에서는 비금전채무에 대한 이행청구권의 특성을 감안하여 이행불능의 경우에는 이행청구권을 행사할 수 없도록 하고 있다.

결국 PICC에서는 이행지체, 이행불능, 불완전이행, 이행거절을 포함하여 담보책임, 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약의 일체를 포괄하여 불이행이라는 체계에서 이를 다루고 있고 불이행의 유형에 따른 법적 효과를 부여하고 있는 대륙법적 체계와는 달리, 이행불능을 불이행이라는 일체의 채무이행의 실패라는 관점에서 다름없이 처리하고 있음을 엿볼 수 있다(심종석, 2013).

2) 원시적 불능의 의의

강학상 ‘원시적 불능’(initial impossibility of performance)이란 계약의 체결 시 이미 계약의 목적이 이행될 수 없는 급부장애 또는 당사자가 계약의 목적물의 처분권을 가지지 못하여 계약을 이행할 수 없는 급부장애가 있는 것으로 설명된다. 이 경우 전자를 통상 ‘원시적·객관적 불능’이라 하고 후자를 ‘원시적·주관적 불능’이라 한다.

원시적 불능은 후발적 불능과 대비되어 계약체결 시를 기준으로 계약체결 시 이미 불능의 상태에 있었다면 원시적 불능이라 하여, 이를 계약이 체결된 이후에 일정한 사유, 예컨대 계약의 목적물의 멸실, 제3자 양도 등에 의해 후발적으로 불능이 된 경우와 구별하고 있다.

원시적 불능과 후발적 불능은 계약의 목적이 불능이 되었다는 사실은 동일하나, 불능이 발생한 시점 상의 차이가 있고 이러한 차이가 불능사실에 대한 평가를 달리하여야 하는 중요한 이유가 될 것인지 여부가 원시적 불능론의 출발점이 된다.

후술하는 바와 같이 원시적 불능을 후발적 불능과 달리 평가하는 법계에서는 원시적 불능을 계약이 유효하기 위한 조건으로서 계약의 실현가능성을 결하였고 따라서 계약은 무효로 취급하고 있다.

한편 원시적 불능의 법체계상 지위와 관련하여, 원시적 불능의 문제를 어떠

한 영역에서 처리하는 것인지에 대한 문제가 제기된다. 당해 논점은 원시적 불능의 효과와 직접적인 관련성이 있다. 환언하면 PICC에서는 착오, 계약체결상의 과실책임, 불이행[계약위반]의 체계 중에서 원시적 불능을 어떤 법적 책임체제로 규율하고 있는지, 이에 따라 채권의 목적이 원시적 불능인 계약의 효과에 관한 문제는 당해 논점의 핵심이라고 할 수 있다. 차례로 분설하면 다음과 같다.

3) 원시적 불능을 목적으로 하는 계약의 유효성

(1) 원시적 불능론

PICC에서는 제3.1.3조 (1)에서 의무의 이행이 계약체결 시에 이미 불가능하였다는 사실과, (2)에서는 계약체결 시에 당사자 계약의 목적이 된 재산의 처분권이 없었다는 사실을 공히 원시적 불능의 범위에 포섭하여 계약체결 시 원시적 불능이 존재하고 있었다고 하더라도 계약의 효력은 부인되지 않는다고 규정하고 있다.³⁰⁾ 이 경우 본조 (1)는 원시적·객관적 불능을 의미하고, (2)는 원시적·주관적 불능 중에서 계약당시에 채무자가 계약의 목적이 되는 재산에 대한 처분권 또는 법적 권원이 부재한 경우를 의미한다.

결론적으로 PICC에서는 원시적 불능 무효론을 부정하고 하고 있다. PICC 제3.1.3조는 입법목적상 독일법계로 대표되는 대륙법적 전통에 따른 원시적 불능 무효론을 배제하기 위해서였고³¹⁾ 원시적 불능과 후발적 불능의 구별을 부

30) PICC, 제3.1.3조(원시적 불능) : “(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract. (2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.” [(1) 단지 의무이행이 계약체결 시에 이미 불가능하였다는 사실에 의해서는 계약의 효력이 부인되지 아니한다. (2) 단지 계약체결 시에 당사자가 계약의 목적이 된 재산의 처분권이 없었다는 사실에 의해서는 계약의 효력이 부인되지 아니한다.]

31) 2002년 개정 전 독일 민법(BGB) 제306조에서는 원시적 불능에 대해서 원시적 불능 무효론을 취하고 있었다. 독일법계에 속하는 스위스 민법 제20조에서도 ‘불능이거나 위법한 내용을 포함하거나 또는 선량한 풍속에 반하는 계약은 무효’로 규정하고 있고 오스트리아 민법도 제878조에서 절대적으로 불능인 것은 유효한 계약의 목적이 될 수 없다고 하여 독일의 원시적 불능 무효론을 입법화하고 있다. 그러나 BGB상 원시적 불능 무효론은 계약체결 시를 기점으로 하여 불능이 원시적 아니면 후발적이라는 우연적 사실에 의해 평가가

인하고 있다(Huber, 2009).

PICC는 계약체결 당시의 원시적·객관적 불능은 본조 (1)에서 원시적·주관적 불능을 본조 (2)에서 규정하고 있으나 결론에 있어서는 달리 취급하지 않고,³²⁾ 원시적 불능을 계약의 성립 이후 후발적 불능과 동등하게 ‘불이행’(non-performance) 또는 ‘착오’(mistake)의 문제로 다루고 있다. 따라서 원시적 불능의 경우에도 당사자의 권리·의무는 불이행 또는 착오에 관한 규정에 따라 결정되어야 한다(UNIDROIT, 2010).

한편 원시적 불능에 해당되지는 않지만 이행의 강제가 채무자에게 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우 원시적 불능에 관한 규정을 준용할 수 있는지 문제된다. 이른바 원시적 ‘장애’(hardship)³³⁾의 문제이다. 제6.2.2조³⁴⁾에서는 장

달라지는, 이른바 평가모순이 있다는 지적이 줄곧 제기되었다. 예컨대 매도인이 매수인에게 운송중인 물품을 매도하였고 매수인이 물품을 수령하였는데 물품이 운송도중 멸실된 것이 밝혀졌다면 계약체결 당시에 당해 물품이 이미 멸실되었는지 아니면 계약체결 후에 멸실되었는지가 중요하게 되는데 어느 때에 멸실되었는가는 우연적 사실에 따라 법률적 평가 달라진다는 점에서 평가모순이 극적으로 드러난다. 이에 따라 원시적 불능 무효론을 축소하여 해석하여 왔다. 즉 원시적 불능 중에서도 원시적·객관적 불능만을 무효로 해석하였고 원시적·주관적 불능은 배제하는 해석, 채무자의 구체적인 사정에 의한 불능을 제외하는 해석, 특별규정의 우선적용 등을 통해 원시적 불능론의 불완전성을 극복하고자 하였다. 상세는 박영복(1996), 이충훈(2007) 등을 참조.

32) PECL, 제4:102조(원시적 불능) : “A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.” (계약체결 시 채무이행이 불능이라는 이유 또는 당사자 일방이 계약의 목적물에 대한 처분할 권한이 없다는 이유만으로는 계약이 무효로 되지 아니한다.). 본조에서는 원시적 불능을 PICC와 유사하게 정의하고 있으나 계약체결의 객관적 불능과 주관적 불능을 같은 항에서 병렬적으로 규율하고 있다.

33) 이하 본고에서는 ‘장애’와 ‘이행가혹’에 관한 용어를 PICC의 경우에는 ‘장애’로 국내법의 경우에는 ‘이행가혹’으로 달리 구분하여 사용하고자 한다.

34) PICC, 제6.2.2조(장애의 정의): “There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.” [당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수령하는 이행의 가치가 감소함으로 인하여 당해 계약의 균형을 근본적으로 와해시키는 사정(이하 ‘장애사유’)이 발생하고 또한 다음 각 호를 모두 만족하는 경우 장애가 성립한다. (a) 장애사유가 계약체결 후에 발생하거나 장애당사자가 장애를 계약체결 후에 알게 되었을

애를 정의하고 있으나 본조에서의 장애는 계약체결 후의 장애를 의미하는 바, 계약체결 당시에 이미 장애사유가 존재하였으나 채무자가 이를 알지 못했다면³⁵⁾ 후발적으로 장애사유가 발생한 것과 마찬가지로 채권자가 채무자에게 이행을 강제하는 것이 지극히 비합리적이고 신의와 공정거래의 원칙(PICC 제1.7조³⁶⁾)에 반하게 되는 경우 이를 이행불능에 준하는 것으로서 PICC 제3.1.3조를 준용하여야 하는지가 문제될 것이다.

PICC와 국내법의 관계에서 보면, 국내법이 이른바 원시적 이행가혹[장애]을 무효로 규정하거나 또는 그렇게 해석하고 있는 경우 이행가혹을 이행불능의 유효성을 규정한 제3.1.3조를 준용할 수 있는지 여부에 따라 당해 계약의 유효·무효가 결정되게 된다.

생각건대 PICC 제6.2.2조에서 이행불능과 장애를 공히 비금전채무의 특징이 행청구권을 행사할 수 없는 사유로 규정하고 있음을 고려할 때, 원시적 이행불능의 유효성을 긍정하는 PICC의 처지에서는 원시적 이행불능에 준하는 계약체결 시 장애의 유효성을 인정하지 못할 이유가 없으며 계약체결 시에 장애사유가 존재하였다고 하여 당해 장애를 이유로 계약을 무효화하는 것은 계약유지의 원칙에 기한 현대계약법과 그 궤를 달리하게 되는 처지에 놓이게 된다. 따라서 특단의 사정이 없는 한, 계약체결 시의 장애사유가 존재하는 경우 당해 계약은 유효하며 후발적으로 발생한 장애와 동일하게 PICC상의 장애에 관한 규정이 적용되어야 한다고 본다.

‘불가항력’(force majeure)의 경우에도 장애와 같은 맥락에서, 이를테면 가사 당해 사건이 원시적 불능에 해당된다 하더라도 이에 앞서 불가항력에 포함되는지 여부를 검토하여야 하고 만약 불가항력에 해당되는 경우에는 제7.1.7조³⁷⁾

것; (b) 장애당사자가 계약체결 시에 장애사유를 합리적으로 고려할 수 없었을 것; (c) 장애사유가 장애당사자의 통제를 벗어난 것일 것; 그리고 (d) 장애당사자가 장애사유가 위험을 인수하지 않았을 것].

35) 장애는 장애사유가 계약체결 후에 발생하는 것이 통상적일 것이지만 장애당사자가 장애사유의 존재를 계약체결 후에야 알게 된 경우도 있을 수 있다. 따라서 장애사유가 후발적으로 발생하여야만 하는 것은 아니다(UNIDROIT, 2009).

36) PICC, 제1.7조(신의와 공정거래): “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.” [(1) 각 당사자는 국제거래에서의 신의와 공정거래 좇아 행위하여야 한다. (2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.].

를 적용하여야 한다고 본다. 왜냐하면 동일한 사유로 장애와 불가항력이 경합할 수 있고 그 때는 당사자가 장애와 불가항력 중에서 어느 하나를 선택적으로 원용할 수 있기 때문에 장애와 불가항력은 원시적 불능과의 관계에 비추어 동일한 결론에 도달하여야 하기 때문이다(UNIDROIT, 2009).

다른 한편 원시적 불능이 일방당사자가 소재한 국가의 ‘법률적 금지’(legal prohibition)에 의해 초래된 경우 당해 계약이 유효한지의 여부가 문제시 된다. 이는 원시적·법률적 불능도 다른 원시적 불능의 경우와 동일하게 취급할 수 있는지의 여부에 귀결된다. 생각건대 만약 법률적 금지에 이르게 된 원인이 강행법규의 위반에 따른 것이었다면 당해 강행법규가 계약의 유효·무효를 다루는 효력규정일 경우에는 원시적 불능의 문제가 아닌 강행법규의 위반의 문제이고 이는 제3.3.1조에 의해 유효·무효가 결정되어야 할 것이다.

PICC 제3.1.3조에서는 원시적 이행불능이라는 ‘단순한’(mere) 사실은 계약의 유효성에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있는데 여기서 ‘단순한’이라는 용어가 원시적 불능과 ‘위법성’(illegality)과의 구별을 의도하고 있다는 견해가 있다(Aksoy, 2013). 만약 일방당사자가 소재한 국가의 국내법에 의한 법률적 금

37) PICC, 제7.1.7조(불가항력): “(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt. (4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.” [(1) 당사자가 그의 의무의 불이행이 그의 통제를 벗어난 장애에 기인하였다는 점과 계약체결 시에 그러한 장애를 고려하거나 그러한 장애 또는 그러한 장애의 결과를 회피 또는 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 점을 입증하는 경우에는 그는 그의 불이행에 대한 책임을 면한다. (2) 장애가 단지 일시적인 경우에는 면책은 동 장애가 당해 계약의 이행에 미친 효과를 고려한 합리적인 기간 동안 그 효력이 있다. (3) 불이행당사자는 상대방에게 그러한 장애 및 동 장애가 그의 이행능력에 미치는 효과를 통지하여야 한다. 불이행당사자가 그러한 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 그러한 통지가 상대방에게 도달하지 아니하는 경우에는 불이행 당사자는 그러한 부도달에 기인하는 손해에 대하여 책임을 진다.]

지가 원시적 불능을 초래하였다면 위법성과 원시적 불능에 모두 해당될 수 있을 것인데 이 경우는 단순한 원시적 불능으로 취급할 수 없고 달리 위법성의 성질에 따라 결정되어야 한다는 것이다.

이에 비하여 법률적 금지가 단순한 이행의 금지에 그치고 있고 계약의 유효·무효에는 영향을 미치지 않는다고 해석할 수 있는 경우 당해 채무의 목적이 그 법률적 금지에 의해 원시적 불능에 빠졌다고 하더라도 당해 계약은 유효하며 제3.1.3조를 적용하여 불이행 또는 착오의 문제로 처리하여야 한다고 본다 (UNIDROIT, 2010).

(2) 원시적 불능의 체계

종래 대륙법계에서는 원시적 불능을 어떠한 체계 내지 지위로 인정하여야 하는지에 관하여 줄곧 논쟁이 있어 왔다. 대표적인 견해로는 원시적 불능을 계약체결상의 과실책임, 채무불이행책임, 그 밖에 착오법 체계에서 다루어야 한다는 법이론 등으로 구분할 수 있다.

계약당사자 간 형식적으로 계약이 체결되었다고 하더라도 원시적 불능에 기하여 계약이 무효로 취급된다면 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있다. 그렇지만 PICC에서는 원시적 불능의 무효를 부정하고 있기 때문에 계약체결상의 과실책임은 별단의 사정이 없는 한 논의될 여지가 없다고 본다. 따라서 이 경우 문제시 되는 논점은 PICC 하에서 계약의 목적이 원시적 불능에 도달한 경우 착오에 기한 취소할 수 있는 계약으로 보고 PICC 제3.2.1조 이하의 착오에 관한 제 규정을 적용할 것인지 아니면 불이행의 일반론에 따라 처리할 것 인지의 여부라 할 수 있다.

원시적 불능은 계약체결 시에 일방당사자[채무자]가 이미 계약의 목적이 원시적 불능에 빠졌다는 사실을 알지 못하였고 그 사실을 알지 못한 것에 기인한 착오에서 비롯된다. 따라서 원시적 이행불능은 착오와 본질적으로 동일한 유형의 문제라고 취급할 수 있는 여지가 있다. 만약 채권자와 채무자가 공히 당해 계약이 체결되고 체결된 이후에 이행할 수 있다고 믿었다면 쌍방의 동일한 착오에 해당되고 이는 의무의 불이행에 앞선 착오의 문제로 보아 PICC 제 3.2.1조와 제3.2.2조를 적용하여야 한다는 견해가 있다(Huber, 2009).

당해 견해는 원시적 불능과 착오가 동일하게 제3장에 규정되어 있고 착오에 관한 규정 앞에 위치하고 있다는 점과 PECL도 동일하게 원시적 불능과 착오에 관한 규정을 나란히 두고 있다고 점에서 원시적 불능을 착오의 한 유형으로 보고 있다(김동훈, 2014). 이 경우 채무자는 착오에 의한 취소권을 행사하여야만 계약적 구속에서 해방될 수 있게 된다(Aksoy, 2013). 다만 이 견해에서도 계약의 취소는 가능하지 않고 원시적 불능은 대개 불이행을 구성하며 PICC 제3.2.4조에 의해 착오에 관한 조항보다 불이행에 관한 조항을 우선 적용하여야 한다고 보고 있다.³⁸⁾ 즉 원시적 불능은 본질적으로 착오에 해당되나 본조에 의해 불이행에 관한 조항이 우선 적용되는 결과 원시적 불능은 착오적용 부정설과 결론이 동일하게 된다.

원시적 불능이 착오의 한 유형이라는 주장에 반대하고 있는 견해의 주요 골자는 곧 의무의 이행이 원시적 불능에 빠졌다는 사실이 계약의 유효성에 영향을 미치지 않는다는 PICC 제3.1.3조에 기하여 원시적 불능이 더 이상 유효성의 문제가 아닌 것으로 해석하여야 하며 따라서 본조의 의도는 오히려 원시적 불능을 착오에 관한 제 규정의 적용을 배제하고자 하는 것이라고 보고 있다(Leyens, 2003).³⁹⁾ 이 견해에 의하면 당사자는 원시적 불능을 이유로 착오에 의한 취소권을 행사할 수 없고 후발적 불능과 동일하게 불이행의 문제로 다루어지게 된다.

절충적인 견해는 착오에 의한 취소권과 불이행에 따른 구제권의 관계에서 취소권이 우선하지만 불이행에 따른 구제권의 행사를 부정하지 않는다고 보고 있다(Drobnig, 1992). 곧 특단의 사정이 없는 한 원시적 불능의 경우 착오에 관한 유관규정이 적용될 것이고 취소권이 행사될 수 있지만 착오에 의한 취소권이 행사하지 않았거나 취소권을 행사하지 못하는 경우에는 채권자가 불이행에 따른 구제권을 행사할 수 있다고 보고 있다.

38) PICC, 제3.2.4조(불이행에 기한 구제권) : “A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.” (착오당사자는 그가 의존하고 있는 대로 그 사실이 불이행에 기한 구제권을 부여하는 때 또는 부여할 수 있었던 때는, 당해 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다.)

39) 「www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leyens.html.」.

생각건대 원시적 불능은 착오의 법리와 상당한 유사성을 가지고 있음은 부인할 수 없다. 일반적인 경우 계약체결 시 당사자는 자신의 급부능력, 이행가능성 대한 착오가 있었다는 점에서 원시적 이행불능과 착오를 동일한 체계에서 논의할 수 있다. 또한 원시적 불능을 착오와 동일한 장에서 다루면서 착오의 규정을 적용하려는 입법체계를 가지고 있다고 평가할 여지도 충분하다.

PICC는 착오에 의한 취소의 효과로서 원상회복, 취소권 행사여부와 무관한 손해배상을 인정하여 착오에 의한 취소권 행사시의 책임조정에 있어서도 부족함이 없다고 본다.⁴⁰⁾ 다만 원시적 불능을 착오의 법리로 해결하지 못하거나 또는 착오에 의한 취소권을 행사하지 않는 경우 불이행에 따른 채권자의 구제권을 행사하는 것을 배척할 이유는 없다고 보아 이 경우 불이행의 구제권의 경합될 수도 있을 것이다. 그렇지만 제3.2.4조에서 착오당사자는 그가 의존하고 있는 사실이 불이행에 기한 구제권을 부여하는 때, 또는 부여할 수 있었던 때는 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다고 규정하고 있다. 본조는 불이행에 의한 구제권과 착오에 의한 취소권이 충돌 또는 경합하는 경우 취소권을 배제하고 불이행에 의한 구제권을 우선시키고 있는 규정으로서 원시적 불능에 의한 취소권과 불이행에 의한 구제권, 그 중에서도 중요하게는 취소권과 해제권이 충돌 또는 경합하는 경우 불이행에 의한 해제권을 우선하고 있다고 볼 수 있다.⁴¹⁾ 따라서 원시적 불능에 의한 취소권이 발생한다고 하더라도 이는 불이행에 의한 구제권이 우선하는 결과 취소권을 행사할 수 없다.

그리고 PICC(2004)와 PICC(2010)는 원시적 불능과 착오를 동일한 장에서 다루고 있으나 PICC(2010)에서는 제3장 유효성(validity)의 제1절을 2개의 절로 구분하여 제1절 일반조항(general provisions)과 제2절 취소사유(grounds for

40) 우리나라는 원시적 불능을 계약체결상의 과실책임에서 다루고 있고 이에 대한 비판적 입법론으로 원시적 불능을 착오의 법리로 해결하여야 한다는 주장이 있다. 그러나 착오에 의한 취소권 행사 이후의 책임조정에 관한 규정이 없다는 점에서 원시적 불능을 착오의 법리로 포섭하고자 하는 주장은 설득력을 얻지 못하고 있다. 상세는 김동훈(2014).

41) PECL의 경우 취소권과 불이행의 구제권이 충돌 또는 경합하는 경우에는 양 권리를 선택적으로 행사할 수 있다. PECL 제4:119조에서는 당사자가 그에게 불이행에 대한 구제수단을 발생시키는 상황에서 본장(제4장 유효성)에 의한 구제수단을 가지는 경우에 당사자는 어느 구제수단이라도 주장할 수 있다고 규정하고 있어 원시적 불능에 의한 취소권과 불이행의 구제권을 모두 행사할 수 있는 경우에 양 구제권을 선택할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 접근법은 오스트리아, 스위스, 스페인, 미국도 동일하다. 상세는 Huber(2009).

avoidance)로 편제하여 원시적 불능을 제1절 일반조항 하에 두고 제2절 취소사유에 원시적 불능을 포함시키지 않고 있음은 원시적 불능을 이유로 취소권을 행사하는 것을 배제하고자 하는 의도를 엿볼 수 있고 이에 따라 원시적 불능과 취소권의 관계를 약화시키고 있다고 본다.

원시적 불능에 의한 취소권을 행사하고자 하는 당사자가 불이행에 의한 구제권을 원용할 수 있음에도 불구하고 특단의 사정에 의해 구제권을 행사할 수 없는 경우⁴²⁾ 착오에 의한 취소권이 배제되는지의 여부가 문제되지만 PICC 제 3.2.4조의 취지에 비추어 이러한 경우에도 착오에 의한 계약취소권은 배제된다고 해석하여야 한다(UNIDROIT, 2010, p.105).

(3) 원시적 불능의 효과

PICC 제3.1.3조에 의해 원시적 불능은 유효이고 제3.2.4조에 의해 취소권이 배제되는 결과 채권자는 원시적 불능과 후발적 불능을 구별하지 않고 불이행에 관한 구제권을 행사할 수밖에 없다. 요컨대 원시적 불능의 경우 이행불능이라는 사유에 의해 불이행에 의한 구제권, 즉 해제권과 손해배상청구권 등이 발생하고 해제권을 행사하여 계약을 해제시키고 별도로 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

4) PECL 및 CESL과의 비교

(1) PECL과의 비교

국제상사계약에 관한 법규범에서는 일반적으로 원시적 불능이 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다는 입장을 취하고 있다. 예컨대 PECL 제4:102조에서는 계약체결 시 채무이행이 불능이라는 이유 또는 당사자 일방이 계약의 목적물에 대한 처분할 권한이 없다는 이유만으로 계약이 무효로 되지 아니한다고 규정하여 원시적 불능에 따른 무효를 배척하고 원시적 불능의 유효를 명시적으로 인정하고 있다. 이러한 원시적 불능의 효과에 대해서 PECL에서는 착오

42) 예컨대 해제권의 권리행사기간이 경과된 경우를 말한다. 경우에 따라서는 이와 같이 해제권을 행사할 수 없으나 취소권은 상실되지 않았을 수 있다.

규정을 적용하여 취소할 수 있는 원인으로 보고 있다(Lando & Beale, 2013, p.344).

한편 PECL 제4:119조⁴³⁾에서는 원시적 불능이 위치한 제4장 유효성에 의한 구제수단을 가짐과 동시에 불이행에 대한 구제수단을 발생시키는 경우 당사자는 어느 구제수단이라도 주장할 수 있기 때문에 원시적 불능의 효과로 착오에 관한 규정을 원용하여 취소권을 행사할 수도 있고 불이행에 대한 구제권을 행사할 수도 있다.

(2) CESL과의 비교

유럽공동참고안(Draft Common Frame of Reference, ‘DCFR’) 제7:102에서도 원시적 불능을 유효로 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 DCFR의 일부를 선택하여 이를 재구성하고 나아가 수정·보완하여 성안된 CESL에서는 원시적 불능을 다루고 있는 조항은 존재하지 않는다. 따라서 CESL의 원시적 불능에 대한 명확한 입장을 파악하기는 어려우나 원시적 불능을 유효로 규정하지 않았다고 하여 무효로 해석할 수는 없고 착오에 의한 취소 또는 불이행에 대한 구제권 관련 조항을 적용할 가능성은 여전히 남겨져 있다고 생각된다(Cartwright & Schmidt-Kessel, 2013, p.416).⁴⁵⁾

43) PECL, 제4:119조(불이행에 대한 구제수단) : “A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.” (당사자가 그에게 불이행에 대한 구제수단을 발생시키는 상황에서 본장에 의한 구제수단을 가지는 경우에 당사자는 어느 구제수단이라도 주장할 수 있다).

44) DCFR II-7:102: “Initial impossibility or lack of right or authority to dispose A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates.”

45) Cartwright, J. & Schmidt-Kessel, M. (2013). Defects in Consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation. In Dannemann, G. & Vogenauer, S. (ed. al.), *The Common European Sales Law in Context* (pp.377-422). Oxford University Press. p.416.

3. 판결례 검토

1) 사실관계와 판결요지⁴⁶⁾

현재까지 PICC 제3.1.3조를 적용한 판례는 그다지 집적되어 있지 않다. 그 이유는 국제상사계약은 대부분 종류물 매매에 해당되고 당해 종류물 매매에서 원시적 불능이 문제가 되는 경우는 찾아보기 힘들기 때문이다.

본 판례의 사실관계는 다음과 같다. 본건 판례는 주법원(*Audiencia Provincial de Lleida*)의 판례로 국제상사계약에 관한 사안은 아니지만, 원시적 불능이 문제되는 사건에서 PICC와 PECL의 원시적 불능 유효론을 참고하여 원시적 불능을 유효로 해석하고 있다는 취지에서 그 의의를 부각할 수 있다.

A(스페인, 매도인)과 B(매수인)는 건축허가 없이 건축되어 등기되지 않은 아파트를 계약의 목적으로 본건 매매계약을 체결하였다. 계약내용에는 B가 매수자금을 마련하는 과정에서 은행으로부터 대출을 받기 위해 A는 B에게 은행대출을 위한 관련 서류를 제공하기로 하였다. 이후 B가 등기되지 않은 아파트의 구매를 위한 대출이 불가능하여 B는 A에게 아파트를 등기할 것을 요구하였으나 A는 등기에 실패하였다. 이에 B는 계약을 해제하고자 하였다.

A는 B가 본건 아파트가 등기될 수 없었다는 것을 처음부터 알고 있었기 때문에 B가 계약의 해제를 주장할 수 없다는 이의를 제기하였다. 1심법원은 A의 주장을 수용하였으나 2심법원은 1심법원의 결정을 파기 환송하였다. 항소법원은 설령 아파트를 등기할 A의 의무가 이행불능이라고 하더라도 당해 이행의 원시적 불능을 이유로 계약이 무효로 취급되지는 않는다고 판시하였다. 곧 법원은 최근의 원시적 불능에 대한 법률적 접근은 원시적 불능의 효과를 불이행의 문제로 다루는, 예컨대 후발적 이행불능과 같이 동일한 경로로 처리하고 있다는 점을 지적하였다. 이러한 측면에서 법원은 당해 흐름을 가장 명확하게 표현하고 있는 규정으로서 PECL 제4:102조와 PICC 제3.1.3조를 제시하였다. 본건에서 법원은 A가 아파트를 등기하지 못한 사실이 B가 계약을 해제할 수 있는 중대한 계약위반에 해당되는지의 결정이 중요하다고 실시하였다.

46) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1215&step=Abstract」.

2) 평가

본건에서 법원은 원시적 불능의 유효론을 인정하고 있고 원시적 불능의 효과로서 후발적 불능과 동일하게 불이행에 의한 구제권을 인정하고 있음을 엿볼 수 있다. 다만 계약해제권이 발생하기 위해서는 불이행의 일반론으로서 중대한 불이행에 해당되는지 여부를 판단하여야 한다고 설시하고 있다.

법원은 원시적 불능이 유효인 이상 원시적 불능을 이유로 취소 또는 무효를 주장할 수 없고 불이행의 일반론에 따라 해결하여야 한다고 보았다. 따라서 계약체결 시에 원시적 불능에 빠져있는 경우에는 당해 불이행이 중대한 불이행인지 여부에 따라 구제권을 검토하여야 할 것이다. 이 같은 법원의 해석론은 PICC의 원시적 불능에 관한 해석론과 동일한 것으로 평가할 수 있다.

제3절 강행규정성

1. 강행규정의 성격

PICC 제3.1.4조에서는 제3장에서 ‘사기’, ‘강박’, ‘현저한 불균형’ 및 ‘위법성’에 관한 조항은 강행적이라고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 본조는 심각한 취소사유에 해당되는 제3장의 조항에 대한 계약상의 배제를 허용하지 않으려는 목적으로 규정되었다. PICC 제1.5조에서는 본 국제상사계약원칙 내에서 달리 규정되지 않는 한, 당사자들은 본 국제상사계약원칙의 적용을 배제하거나 그 규정의 효력을 감퇴 또는 변경할 수 있도록 하여 국제상사계약원칙은 비강행적 성격을 밝히고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 PICC 제3.1.4조는 PECL 제1.5조에서 명시하고 있는바 ‘달리 규정되어 있는’ 경우에 해당한다.

PICC(2004) 제3.19조에서는 제3장의 규정들은 강행규정이나, 예외적으로 단순한 합의의 구속력이나 원시적 불능 또는 착오에 관한 한 그러하지 아니하다고 보고 있으나, PICC(2010)에서는 위법성 조항을 삽입하면서 보다 명확하게 강행규정적 성격을 갖는 조항을 열거하는 방식으로 개정하였다.

사기·강박·현저한 불균형 및 위법성에 관한 조항에 강행규정적 성격을 부여한 이유는 상기 유형의 행위들은 일련의 신의성실 및 공정거래 원칙의 위반의 형태로 볼 수 있고, 공공정책적 입장에서 당사자 간의 임의적 배제 또는 제한은 정당화되기 어렵기 때문으로 볼 수 있다.

사기·강박·현저한 불균형 및 위법성에 관한 조항에서 계약의 취소권과 같이 당사자에게 부여된 구제권에 관한 조항은 강행규정이기 때문에 당사자가 계약에서 그 적용을 배제하거나 효력을 감퇴 또는 변경할 수는 없다. 그러나 구제권, 그 자체에 대한 조항이 아닌 취소권 행사기간 또는 절차에 대한 조항

47) PICC, 제3.1.4조(강행성격의 규정) : “The provisions on fraud, threat, gross disparity and illegality contained in this Chapter are mandatory.” (본장에서 사기·강박·중대한 불일치 및 위법성에 관한 규정은 강행적이다.).

48) PICC, 제1.5조(당사자들에 의한 배제 또는 변경) : “The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.” (PICC에서 달리 규정하고 있지 않은 한, 당사자들은 PICC의 적용을 배제하거나 그 효력을 감퇴 또는 변경할 수 있다.).

과 같은 ‘부수적 조항’(ancillary provisions)도 강행규정성을 갖는지에 관련해서는 명백하지 않으나, 본조가 어떠한 구제권을 배제하거나 효력을 감퇴 또는 변경하는 것을 금하기 위한 조항임에 비추어 계약당사자의 이의가 없는 한, 그러한 부수적 조항에 특별한 요건을 추가하는 방식의 합의는 가능하다고 본다. 예컨대 취소의 통지에 당사자의 사정을 고려하여 특별한 방식을 요구하는 합의는 가능할 것이다.

사기·강박·현저한 불균형 및 위법성에 관한 조항에서 부여된 구제권이 발생한 후에 당해 구제권을 포기하는 것은 아무런 제한이 없다. 특히 중재의 경우 당해 구제권을 포기하는 것은 자유롭게 인정되며 합의에 의한 구제권의 포기도 가능하다.

한편 사기·강박·현저한 불균형 및 위법성에 관한 조항만을 강행규정이라고 명시하고 있음을 참고할 때, 제3.1.2조의 단순한 합의의 효력은 응당 배제, 효력감퇴 또는 변경할 수 있으므로 당사자 합의에 의해 약인, 꼬즈 등 추가적인 요건을 부과할 수 있다고 본다. 다른 한편 착오에 관한 규정은 강행규정이 아니므로 착오에 의한 취소권을 배제하는 조항을 삽입할 수 있다.

사기적 불실표시에 기하여 착오가 발생한 경우 사기에 관한 조항이 적용되는 내에서 강행적 성격을 갖기 때문에 이를 배제할 수는 없을 것이나, 다만 과실, 특히 ‘중대한 과실에 의한 불실표시’(grossly negligent misrepresentation)에 의한 착오의 경우 당해 구제권 또한 배제하는 것이 가능한지 여부는 당해 규정이 없는 바, 이는 해석 또는 판례에 의해 기준이 정해질 수밖에 없을 것이다. 다만 상거래에서 중대한 과실은 고의에 준하여 평가하여야 하고 고의의 입증이 곤란한 경우 착오당사자의 입증책임을 경감시켜 주어야 할 현실적 필요성도 있다는 점에서 중대한 과실에 의한 불실표시에 의한 착오의 구제권이 계약상 배제 또는 제한이 가능하도록 하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

2. PECL 및 CESL과의 비교

1) PECL과의 비교

PECL 제4:118조 (1)에 따르면 사기, 강박 또는 과도한 이익이나 불공정 이익

의 취득에 대한 구제수단 및 개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항을 취소할 권리는 배제되거나 제한될 수 없고 본조 (2)에서는 착오와 부정확한 정보에 대한 구제수단은 신의성실과 공정거래에 반하지 않는 한 배제되거나 제한될 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

PECL에서는 사기·강박, 과도한 이익과 불공정한 이익의 취득 및 개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항에 대한 구제수단을 배제하거나 제한하지 못하게 하여 강행규정임을 명확히 하고 있다. PECL에서는 ‘구제수단’이라고 명정하고 있기 때문에 구제수단과 관계없는 조항에 대해서는 배제 또는 제한이 가능할 수 있다고 본다. 또한 PECL에서는 PICC에서는 규정되지 않은 개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항(제4:110조)도 강행적 성격을 지닌다.⁵⁰⁾

PECL에서도 착오(제4:103조⁵¹⁾)와 부정확한 정보(제4:106조⁵²⁾)에 관한 구제수

-
- 49) PECL, 제4:118조(구제수단의 배제 또는 제한): “ (1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage(taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted. (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing.” [(1) 사기, 강박 또는 과도한 이익이나 불공정 이익에 대한 구제수단 및 개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항을 취소할 권리는 배제되거나 제한될 수 없다. (2) 착오와 부정확한 정보에 대한 구제수단은 신의성실과 공정거래에 반하지 않는 한 배제되거나 제한될 수 있다.].
- 50) PECL, 제4:110조(개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항): “(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded. (2) This Art. does not apply to: (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party.” [(1) 계약에 따라 제공될 이행의 성질, 계약의 모든 다른 조항 및 계약 체결 시의 제반 사정을 고려할 때, 개별적으로 교섭되지 않은 계약조항이 신의성실과 공정거래의 요구에 반하여 그 계약으로부터 발생하는 당사자들의 권리와 의무에 관하여 당사자 일방에 불리하게 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 당사자는 그 조항을 취소할 수 있다. (2) 이 조는 다음에는 적용되지 않는다. (a) 계약의 주된 내용을 정하는 조항. 다만 평범하게 이해할 수 있는 용어로 서술된 경우에 한한다. 또는 (b) 일방 당사자의 채무의 가치가 타방 당사자의 채무의 가치와 비교하여 볼 때의 상당성.].
- 51) PECL, 제4:103조(사실 또는 법에 관한 착오) : “(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a), (i) the mistake was caused by information given by the other party; or (ii) the other party knew or ought to have

단은 원칙적으로 계약에서 배제 또는 제한될 수 있다. 그렇지만 신의성실과 공정거래의 원칙에 반하는 경우에는 배제 또는 제한될 수 없다고 하고 있다. 이는 PICC에서도 신의성실과 공정거래의 원칙에 반하는 경우까지 배제 또는 제한된다고는 해석할 수 없으므로 신의성실과 공정거래의 원칙에 대한 제1.7조의 규정을 적용하면 동일한 결론에 이를 것으로 생각된다.

2) CESL과의 비교

CESL 제56조 (1)에서는 사기, 강박 및 부당한 착취에 대한 구제수단은 직접 또는 간접적으로 배제되거나 제한될 수 없다고 규정하고 있다. 나아가 본조 (2)에서는 B2C 관계에서 당사자는 소비자에게 피해가 되도록 직접 또는 간접적으로 착오에 대한 구제수단을 배제하거나 또는 제한할 수 없다고 규정하여 소비자의 착오에 대한 구제수단은 배제할 수 없도록 명시하고 있다.⁵³⁾ 이 경

known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or (iii) the other party made the same mistake, and (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms. (2) However a party may not avoid the contract if: (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.” [(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 것이거나 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.].

- 52) PECL, 제4:106조(부정확한 정보) : “A party who has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Art. 4:117(2) and (3) even if the information does not give rise to a right to avoid the contract on the ground of mistake under Art. 4:103, unless the party who gave the information had reason to believe that the information was correct.” [상대방이 제공한 부정확한 정보를 신뢰하여 계약을 체결한 당사자는 그 정보가 제4:103조의 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 때는 그러하지 아니하다.].

우 소비자에게 피해가 되도록 하는 착오에 대한 구제수단은 배제 또는 제한될 수 없지만 소비자에게 피해가 없는, 예컨대 소비자와 거래하는 상대방의 착오에 대한 구제수단을 배제 또는 제한하는 것은 가능하다. 또한 B2B 관계, 즉 기업 간 상사계약 관계에서는 착오에 대한 구제수단은 배제될 수 있을 것이나, 그럼에도 해석상 신의성실과 공정거래 원칙에 반하는 경우까지는 확대될 수 없다고 본다.

53) CESL, 제56조(구제수단의 배제 또는 제한) : “Remedies for fraud, threats and unfair exploitation cannot be directly or indirectly excluded or restricted. In relations between a trader and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, directly or indirectly exclude or restrict remedies for mistake.” (사기, 위협 및 부당한 착취에 대한 구제수단은 직접 또는 간접적으로 배제되거나 제한될 수 없다. B2C 관계에서 당사자는 소비자에게 피해가 되도록 직접 또는 간접적으로 착오에 대한 구제수단을 배제하거나 또는 제한할 수 없다.). CESL에 대한 이하 개별조문에 대한 국문인용은 심갑영(2015)에 의한다. CESL의 원문은 「eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011PC0635」.

제4장 계약취소의 요건과 효과

제1절 취소권의 발생원인

1. 취소사유

PICC 제3장 제2절 ‘취소사유’(grounds for avoidance)에서는 일련의 취소사유, 즉 ‘착오’(mistake), ‘사기’(fraud), ‘강박’(threat), ‘현저한 불균형’(gross disparity)을 다루고 있다. 여기서 착오와 직접적 관련이 있는 유관조문은 ‘착오의 정의’(제3.2.1조), ‘관련된 착오’(제3.2.2조), ‘표시 또는 전달상의 오류’(제3.2.3조)이고, ‘사기’에 대해서는 제3.2.5조에서, ‘강박’에 대해서는 제3.2.6조에서, ‘현저한 불균형’의 문제는 제3.2.7조에서 각각 규정하고 있다. 취소사유에 공히 적용되는 조문은 ‘제3자에 의해 취소사유가 발생한 경우’(제3.2.8조), ‘추인’(제3.2.9), ‘취소권의 상실’(제3.2.10), ‘계약취소의 통지’(제3.2.11조), ‘기간제한’(제3.2.12조), ‘일부취소’(제3.2.13조) 등이다. 또한 취소의 효과로서 ‘취소의 소급효’(제3.2.14조), ‘손해배상’(제3.2.16조)에 관한 규정도 존치해 두고 있다.

PICC 취소사유의 구성체계를 요약하면, 각종의 취소사유를 제3장 제2절 앞부분에 취소사유의 정의, 요건을 차례로 열거하고 있고 이어서 취소권의 행사와 관련된 문제로 취소할 수 있는 계약의 추인, 취소권의 상실, 취소권의 통지 등을, 마지막으로 취소권의 효과로서 취소권의 소급효와 취소와 관련된 손해배상에 관한 규정을 둬으로써 취소권의 발생, 행사, 효과를 논리적·시간적 순서에 따라 규정함으로써 PICC의 구성체계의 합리성·연계성을 강화하고 있고 이로부터 계약취소권자와 상대방의 이익의 균형을 도모하고 있다.

2. 착오

1) 착오의 일반론

착오는 계약법에서 전통적으로 가장 오래된 쟁점으로서 그 복잡성으로 인해

각국 국내법은 제각각 상이한 입장에서 착오의 문제를 다루고 있기도 하고 국제상사계약의 경우 이러한 복잡성과 상이성으로 인해 상당한 혼선을 야기하고 있기도 하다(UNIDROIT, 2010, p.99). 예컨대 대륙법계 국가 내에서조차 입장이 서로 상이하며, 영미법계에서는 착오를 대륙법계와는 다른 관점에서 접근하고 있다. 이는 삼분하여 요약할 수 있는데 차례로 살펴보면 다음과 같다(Kramer, 1999, pp.276-279).

첫째, 유형적 접근법이다. 이는 로마법의 전통에 따라 착오를 다양한 유형으로 구분하고 또한 당해 유형에 따라 취소할 수 있는 착오를 선별하는 접근법이라고 요약할 수 있다. 영국법 내지 미국법도 이러한 착오의 다양한 유형을 분류하여 각 유형별로 취소권이 발생할 것인지 여부에 중점을 두어 착오론을 전개하고 있다.

둘째, 독일과 프랑스법을 중심으로 하는 의사주의에 기한 접근법이다. 일례로 우리나라도 독일의 착오론의 영향을 받아 의사주의적 관점에 착오를 이해하고 있다. 이 경우 의사주의의 입장에서 착오란 사기·강박과 같이 표의자의 의사표시의 흠결 또는 하자가 발생한 경우의 하나로 보아 표의자의 온전한 의사표시를 보호하기 위해 착오의 의사표시를 한 표의자의 취소권을 인정하는 법리로 이해되고 있다. 환언하면 이 같은 입장에서는 착오는 표시와 진의[내심의 효과의사]가 불일치되어 발생한 의사표시의 하자 또는 흠결로 보아 표의자의 처지에서 당해 착오가 취소할 수 있는 의사표시의 하자 또는 흠결인지 여부를 판단하고 있다. 이 같은 접근법은 상대적으로 표의자의 상대방에 대한 보호수준의 설정에 상당한 논쟁이 있을 수밖에 없다고 본다.

셋째, 착오당사자와 착오상대방의 보호가치를 형량(balancing test)하여 그 균형을 도모하는 접근법이다. 당해 관점에서는 착오를 한 일방이 본인의 착오를 이유로 취소하기 위해서는 착오상대방에게도 그 착오에 의한 취소를 정당화시킬 수 있는 사유가 존재하여야 하고 착오상대방의 신뢰를 보호해줄 필요성이 있을 때는 취소를 인정하지 않는다. 즉 계약당사자 중 일방의 보호가치가 있는지를 형량하여 착오당사자의 보호가치가 상대방의 보호가치보다 더 클 때에만 착오에 의한 취소권을 인정한다.

PICC는 상술한 관점 중에서 세 번째 관점을 취하고 있다고 볼 수 있다. 곧

PICC 제3.2.1조에서는 착오를 계약이 체결된 때에 존재하는 사실 또는 법에 관한 ‘오인’(erroneous assumption)이라고 정의하고 있고, 제3.2.2조에서는 취소요건으로 착오당사자 일방과 타방이 어떠한 상태에 있었고 그 착오가 어떤 정도에 이르렀는지를 평가하여 착오에 의한 취소여부를 판단하고 있다. 이러한 PICC의 착오에 대한 관점은 PECL, CESL에서도 그 궤를 같이 하고 있다.

결국 PICC를 비롯한 국제상사계약법규범은 착오에 관한 영미법의 유형별 접근법과 독일법과 프랑스법의 의사주의적 접근법에서 탈피하여 착오당사자와 착오상대방의 신뢰 또는 보호가치를 형량하여 그 결과로부터 착오당사자의 취소권을 부여하여야 하는지 여부를 결정하는 접근법을 취하고 있다.

2) 착오의 정의

PICC 제3.2.1조에서 착오라 함은 계약체결 시에 존재한 사실이나 법에 관한 오인을 말한다고 정의하고 있다.⁵⁴⁾ 본조에서 착오는 계약체결 시 사실의 착오와 법률의 착오를 포함한다. 이 경우 사실의 착오는 법률의 착오와 대비되는 개념으로서 법률을 착오를 배제한 물리적 사실의 착오로 이해되고 있다. 또한 사실의 착오는 계약목적물의 품질과 같은 성질이나 상태 또는 당사자가 당해 서비스를 이행할 능력에 대한 오인 등을 포함한다. 더불어 경우에 따라 계약목적물의 가치에 대한 오인도 포함될 수 있다.

다른 한편 법률의 착오는 당해 국제상사계약에 적용되지만 계약체결 당시 알지 못한 법률에 대한 오인을 가리킨다. 법률의 착오는 국제상사계약의 특성과 법률체계의 복잡성 등을 고려하여서 그 여부를 결정하여야 할 것이다.

착오의 결정시기는 계약체결 시가 기준이 된다. 이러한 판단시기를 규정한 이유는 착오의 경우 취소권 등의 특별한 구제가 허용되므로 착오에 의한 취소권이 적용되는 사건과 불이행에 대한 구제권이 적용되는 사건을 구별하기 위한 것에 두고 있다(UNIDROIT, 2010, p.99).

54) PICC, 제3.2.1조(착오의 정의) : “Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.” (착오는 계약체결 시에 존재한 사실이나 법에 관한 오인을 말한다.).

3) 착오취소의 요건

(1) 착오의 중대성

가. 중대성의 판단기준

PICC 제3.2.2조 (1)에서는 당사자는 그와 동일한 입장에 있는 합리적인 자가 만약 진실한 실재의 상태를 알았다더라면 계약을 실질적으로 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 전혀 체결하지 않았을 정도로 중대한 계약체결 시의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 착오가 사실의 착오와 법률의 착오에 어떤 유형에 해당되는지 관계없이 ‘중대한’(important, serious) 착오에 해당되어야 취소할 수 있다.

이 경우 중대한 착오인지 여부를 판단하는 기준은 ‘착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 자’가 착오가 없었다면 계약을 실질적으로 다른 조건으로 체결하였거나 계약을 체결하지 않았을 정도에 이르러야 한다. 이를 ‘중대성 요건’(seriousness requirement)이라 하고 중대한 착오인지 여부에 대한 판단을 ‘중대성 심사’(seriousness test)라고 한다.

55) PICC, 제3.2.2조(관련된 착오) : “(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract. (2) However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.” [(1) 당사자는 다음의 경우 그와 동일한 입장에 있는 합리적인 자가 만약 진실한 실재 상태를 알았다더라면 다른 내용으로 계약을 체결하였거나 계약을 전혀 체결하지 않았을 정도로 중대한 계약체결 시의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다. (a) 상대방도 동일한 착오를 하였거나, 상대방이 착오를 유발시켰거나 또는 상대방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 했고 또한 착오당사자를 착오상태에 놓아둔 것이 합리적인 공정거래의 기준에 반하는 경우 또는 (b) 취소 시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 아니한 경우. (2) 그러나 당사자는 다음의 경우에는 계약을 취소할 수 없다. (a) 그가 착오를 범하게 된 것이 그의 중대한 과실에 기인한 경우 또는 (b) 당해 착오가 착오당사자가 그러한 착오의 위험을 인수하였거나, 제반 상황으로 보아 그러한 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우.].

착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 자라는 문언은 착오당사자의 주관적 의사를 배제하고 착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 제3자의 객관적·추상적 의사라고 해석할 여지가 있다. 그러나 착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 자는 착오당사자를 포함하여야 할 것이다. 왜냐하면 착오취소를 인정하는 본질적 이유는 착오당사자가 계약체결 시에 일정한 사실 또는 법률을 오인하였고 오인을 한 당사자에게 보호가치가 있는 경우에 계약취소권을 부여하여 보호하고자 하는 것에 있기 때문에 착오당사자의 주관적 상태를 배제한다면 착오취소제도의 본질적 취지에 어긋날 것이기 때문이다. 따라서 착오당사자를 포함하여 착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 자를 기준으로 계약체결 시 진실한 실재를 알았다면 어떠한 행동을 하였을 지를 판단하여야 한다고 본다.

결국 중대성 판단기준에 있어서 ‘착오당사자와 동일한 입장에 있는 합리적인 자’란 착오당사자 및 그와 동일한 입장에 있는 합리적인 자를 기준으로 하고 있고 이는 객관적·주관적 기준을 병합하고 있다고 본다(UNIDROIT, 2010, p.100; Huber, 2009, p.416).

객관적·주관적 기준이 병합된 기준으로 중대성 판단을 하기 위해서는 당사자들의 의사, 당해 상거래계의 관행 또는 관습을 기준으로 할 수밖에 없고 따라서 당사자들의 의사와 당해 계약과 관련된 제반상황을 고려하여야 하며 (UNIDROIT, 2010, p.101.), 이러한 해석에 있어서는 PICC 제4장의 해석원칙들의 유관조문이 적용되어야 할 것이다.

한편 PICC에서는 계약의 중대성 심사에 요건을 열거하지 않고 있어 계약의 어떤 조건에 착오가 있었을 때 중대성 요건을 충족하는지 문제시 될 수 있다. 이 경우 계약의 어떤 부분에 착오가 있었다면 중대한 착오에 해당될 것인지에 대해서는 CISG 제19조 (3)이 중요한 지침이 될 것이라는 견해가 있다(Huber, 2009, p.416). 곧 본조항은 변경을 가한 승낙에서 그 변경조건이 대금, 대금지급, 물품의 품질과 수량, 인도의 장소와 시기, 당사자 일방의 상대방에 대한 책임범위 또는 분쟁해결에 관한 부가적 조건 또는 상이한 조건인 때는 청약조건을 ‘실질적으로’(materially) 변경하는 것으로 본다고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 계약

56) CISG, 제19조(청약을 변경하는 승낙) : “(1) A reply to an offer which purports to be an

조건 중에서 상술한 조건에 착오가 있었다면 대체적으로 계약의 중요부분에 착오가 인정될 것이고 중대성 요건을 충족할 수 있을 것이다.

나. 동기의 착오

착오가 중대한 착오인지 여부는 통상 당해 계약의 중요부분(substance)에 착오가 있었다면 착오의 중대성을 인정할 수 있겠지만 착오당사자의 미래의 기대 또는 동기의 착오가 PICC하에서 취소가 인정되는 사실 또는 법률의 착오에 해당되는지, 해당된다면 중대한 착오요건을 충족할 수 있는지가 문제시 될 수 있다. 일례로 독일 위시하여 대륙법계 국가에서 동기의 착오는 매우 첨예한 학설대립이 있는 쟁점이고 착오론이 동기의 착오를 중심으로 발전해왔다고 해도 과언이 아니다.

PICC 하에서 동기의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는지에 대해서 동기의 착오를 이유로 취소권을 행사할 수 없다고 보는 견해가 있다(UNIDROIT, 2010, p.100; Huber, 2009, p.416). 동기의 착오가 PICC에서의 착오에 의한 취소 사유에서 배제되는 경우는 다음과 같다.

첫째, 계약체결 시에 존재하는 사실 또는 법률의 오인에 해당되지 않는 경우이다. 살피기에 동기의 착오는 대체로 사실의 착오에 해당되지 않을 것이다.

acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counteroffer. (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance. (3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.” [(1) 승낙을 의도하고는 있으나 추가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약에 대한 거절이고 또한 대응청약이 된다. (2) 그러나 승낙을 의도하고 있고 또한 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만, 청약자가 부당한 지체 없이 그 상이한 조건에 관하여 구두로 이의를 제기하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 한, 청약의 조건과 함께 승낙에 포함되어 있는 변경사항이 추가되어 계약조건이 된다. (3) 특히, 대금, 대금의 지급, 물품의 품질과 수량, 인도의 장소와 시기, 당사자 일방의 상대방에 대한 책임범위 또는 분쟁의 해결에 관한 추가적 또는 상이한 조건은 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본다.].

따라서 계약의 합의에 동기가 표현되지 않았거나 계약의 내용에 포함되지 않을 때는 동기의 착오는 당사자 사이에 존재하는 사실 자체에 착오가 없었기 때문에 취소권이 인정되지 않는다고 본다.

둘째, 동기의 착오가 중대한 착오에 해당되지 않는 경우이다. 동기의 착오가 설령 상대방에게 표현되었다고 하더라도 계약을 체결하지 않았거나 실질적으로 다른 내용으로 계약을 체결할 정도의 중대성 판단기준에 부합하지 않을 수 있다. 착오당사자가 동기의 착오에 빠졌고 상대방이 착오당사자의 계약체결 동기를 단순히 알았다는 사실만으로 당해 착오가 반드시 중대한 착오에 해당되는 것은 아니다.

요컨대 국제상사계약의 계약체결과정, 계약체결 시에 동기가 상대방에게 표현되는 경우를 배제할 수 없다고 하더라도 무엇보다도 착오당사자의 동기의 착오 그 자체가 중대성 요건을 충족하였는 여부에 대한 중대성 심사가 선행되어야 하며, 이를 위해서는 당사자 의사와 당해 계약과 관련된 제반 상황을 고려하여야 하여 판단하여야 할 것으로 본다.

(2) 착오상대방의 보호가치의 부존재

착오당사자가 사실의 착오 또는 법률의 착오로 취소를 주장하기 위해서는 당해 착오의 중대성 요건을 충족하고 있다고 하더라도 착오상대방에 보호가치가 존재하지 않아야 한다. PICC 제3.2.2조 (1), (a)와 (b)에서는 착오상대방의 보호가치 부존재 사유로 4가지를 열거하고 있다. 곧 (a)에서는 착오당사자 일방의 착오에 타방이 개입되어 있어 타방의 보호가치가 부인되는 경우이고 (b)에서는 타방이 착오에 개입되어 있지는 않지만 타방을 보호할 필요성이 없는 경우이다.

가. 양당사자의 동일한 착오

착오당사자 일방이 사실 또는 법에 관한 오인을 하였고 당해 오인이 중대하고 또한 타방도 ‘동일한 착오’(same mistake, common mistake)에 빠져있는 경우에는 타방을 보호할 가치가 부인되기 때문에 일방은 PICC 제3.2.2조 (2)가 적용되지 않는 한 계약을 취소할 수 있다[PICC 제3.2.2조 (1) (a)]. 예컨대 매도인

과 매수인이 계약체결 당시 이미 계약의 목적물이 멸실되었다는 사실을 공히 알지 못하였고 알 수도 없었던 때는 양당사자 모두 사실에 대한 착오에 빠져 있었다고 할 수 있다. 이 경우에는 상술한 원시적 불능에 관한 조항의 적용을 고려하여야 하지만 원시적 불능이 아닌 목적물의 품질, 계약의 중요조건 등의 사실에 대한 중대한 착오가 있었고 양당사자 모두 동일한 착오에 빠져있는 때는 본조항이 적용될 수 있을 것이다.

한편 양당사자가 모두 착오에 빠져있었지만 착오의 사실이 다를 경우, 환언하면 쌍방의 착오이기는 하나 동일한 착오는 아닌 경우가 문제시 된다.⁵⁷⁾ 예컨대 매도인은 A를 계약의 목적물로 생각하였으나 매수인은 목적물을 B로 생각하였거나, 매도인이 매수인에게 운송 중의 물품을 매매한 경우 그 물품이 매도인은 C의 배에 실린 것으로 오인하였고 매수인은 D의 배에 실린 것으로 오인하였을 경우를 예시할 수 있다. 이 경우에는 ‘쌍방의 동일한 착오’에 해당하지 않기 때문에 계약의 해석원칙에 따라 계약의 목적물을 확정하여야 할 것이고 해석에 의해서도 계약의 목적물을 확정하지 못할 때는 계약의 처음부터 합의에 이르지 못한 불합의로 보아야 할 것이다.

나. 상대방에 의해 초래된 착오

착오당사자 ‘일방의 착오가 타방에 의해 초래된 경우’(mistake caused by the other party)에는 착오상대방의 보호가치가 부인된다. 즉 이때는 착오당사자의 취소가 정당화되어지고 취소권을 행사할 수 있다.

착오가 타방에 의해 초래되었다는 것은 일방이 타방의 ‘표시’(representation)로 인해 착오에 빠졌다는 것을 의미한다. 이 경우 표시는 명시적 표시, 묵시적 표시를 불문하며 묵시적 표시도 아닌 당사자의 착오에 대한 ‘침묵’(silence)도 해당될 수 있다(UNIDROIT, 2010, p.102). 그러나 당사자 착오에 대한 단순한 침묵이 착오를 유발한 표시에 해당되기 위해서는 상대방에게 착오당사자가 착오하고 있는 사실을 고지하여야 할 의무(duty to inform)가 있어야 하며, 당해 의무를 위반한 것이 타방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 했고 또한 일방

57) 영국에서는 이러한 경우를 ‘mutual mistake’라고 하여 ‘common mistake’와 구별하고 있다(윤진수, 2010, p.9).

의 착오를 착오상태에 놓아둔 것이 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 반하는 경우이어야만 한다는 견해가 있다(Huber, 2009, p.419).

계약체결을 포함하여 계약체결과정 전반의 협상에서 양당사자는 상대방의 착오를 때때로 그대로 두기도 하며 이를 이용하기도 한다. 국제상사계약에서 침묵에 의한 착오는 매우 빈번히 일어나며 때때로 자신의 이익을 위해 상대방은 상대방의 착오를 방치하기도 한다. 따라서 침묵에 의한 착오에 모두 일률적으로 취소권을 인정한다면 착오취소를 지나치게 확대하게 되어 상거래의 안전을 해치기 때문에 상대방의 침묵은 매우 소극적으로 해석하여야 하며 당해 침묵이 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 위반하는 경우에만 침묵에 의한 착오취소를 인정할 수 있다고 보아야 한다.

한편 적극적인 사실표시에 의한 착오의 초래는 그 사실표시가 실제 사실에 부합하지 않아야 한다. 착오상대방의 사실표시가 실제 사실에 부합하였음에 불구하고 착오당사자가 착오에 빠진 때는 착오상대방에게 여전히 보호가치가 있고 착오당사자의 착오가 있었다는 것만으로는 착오취소를 인정할 수 없다.

유의할 점은 본조항에서 착오상대방의 사실에 부적합한 표시에 착오상대방의 ‘고의’(intention) 또는 ‘과실’(negligence)을 요구하지 않는다는 것이다. 착오상대방이 고의를 가지고 상대방에게 착오를 야기하였다면 이는 기망행위에 해당되고 사기에 관한 조항이 적용되어야 할 것이다. 또한 가사 사실부적합 표시에 있어서 과실 또는 부주의가 없었다고 하더라도 사실에 부적합한 정보는 착오상대방으로부터 비롯되었다고 보아 착오상대방의 보호가치보다 착오당사자의 보호가치가 우선하여야 할 정당성이 있고 따라서 착오당사자의 취소를 인정할 수 있다고 본다.

다. 통지의무 의무위반에 기한 착오

국제상사계약에서 계약당사자는 자신이 보유한 정보에 기해 협상을 진행하고 통상의 경우 서로가 보유하고 있는 정보가 다르기 때문에 상대방이 얻은 정보가 자신이 가진 정보와 다르거나 상대방이 중요한 정보를 가지고 있지 못함을 지적하거나 알려야 할 의무는 없을 것이다.

자신에게 유리한 계약을 하기 위해 더 사실에 부합하거나 더 중요한 정보를

얻기 위해 노력하는 행위는 비난 받아서는 안 되며, 오히려 그러한 정보를 얻기 위해 많은 시간과 비용을 투자한 당사자에게 유리한 계약이 체결되는 것은 공정거래기준에 어긋나지 않다고 보아 당해 정보를 협상의 상대방에 알리거나 노출할 의무를 지우도록 강제할 수는 없다고 할 것이다. 어느 정도 투기성이 존재하여 상대방 이익증가가 본인의 이익감소로 연결되는 계약을 포함하여 상대방의 오인을 이용하는 것 또한 일정한도 내에서 용인되어야 할 것이다.

그러나 계약당사자 중 일방이 얻은 정보가 계약에서 중대하고 결정적인 정보임과 동시에 이를 타방에게 알리지 않았기 때문에 타방이 착오에 빠졌다는 사실을 알고 있었거나 알았어야 했고 이것이 ‘신의성실의 원칙’(principle of good faith)에 반하는 경우라면 착오당사자를 보호하여야 할 필요성이 있다. 이를 위해 PICC 제3.2.2조 (a)에서는 상대방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 했고 또한 착오당사자를 착오상태에 놓아둔 것이 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 반하는 경우에는 착오상대방의 보호가치를 인정하지 않고 있다.

본조항에 기하여, 우선 상대방은 착오당사자가 착오에 빠졌다는 사실을 ‘알았거나 알았어야’(knew or ought to have known of the mistake) 한다. 이 경우 상대방이 알았어야 했는지 여부는 본조 (1)에서의 기준, 즉 동일한 입장에 있는 합리적인 자를 기준으로 하여야 한다(UNIDROIT, 2010, p.102). 상대방이 착오당사자가 착오의 상태에 있음을 알았어야 했음에도 그 사실을 알지 못한 경우 상대방이 과실을 인정할 수 있고 당해 과실에 의해 상대방의 보호가치는 부인된다. 여기서 과실은 반드시 ‘중대한 과실’(gross negligence)이어야 할 필요는 없고 상대방에게 알지 못하는데 과실이 있음은 착오당사자가 증명하여야 함은 유의하여야 할 사항이다.

다른 한편 상대방은 착오당사자가 착오상태에 있다는 사실을 알려야 할 의무가 있어야 한다. 반대로 상대방에게 그러한 의무가 없어 착오당사자를 착오상태에 놓아둔 것은 합리적인 상업적 공정거래 기준에 반하지 않을 것이다. 왜냐하면 상업적 거래에서 상대방의 오인을 단순히 이용하였다거나 달리 반사이익을 누렸다는 사실만으로 착오당사자의 취소를 모두 인정한다면 상거래의 안전은 위해를 받을 것이기 때문이다. 문제는 착오상태에 놓아둔 것이 합리적인 상업적 공정거래 기준에 반하는지 여부를 판단하는 기준이다. 이에 대해서

PICC는 침묵하고 있고 사건의 상황에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 다만 일반적으로 계약의 특성상 착오당사자가 관련사실 또는 정보를 알기 어려웠고 상대방은 관련사실 또는 정보를 매우 쉽게 얻을 수 있었다거나 또는 계약체결 전 과정에서 착오당사자가 상대방이 가진 정보에 절대적으로 의존하는 경우에는 상대방이 착오당사자의 착오를 방지하는 것이 신의칙과 공정거래의 기준에 부합하지 않는다고 볼 여지가 크다.

그렇지만 시장에 이미 널리 알려진 사실 또는 정보, 착오당사자도 쉽게 접근이 가능한 정보는 이를 상대방이 알려야 할 의무를 부과하기는 어려울 것이고 비용이 지출되어야 지득가능한 정보라고 하더라도 계약체결과정에서 합리적인 자라면 적절한 비용을 지출하더라도 그 정보를 얻는 것이 상업적 관행 또는 관습에 부합한다면 착오당사자가 관련정보를 지득하지 못하여 착오상태에 있다고 하더라도 상대방이 이를 알려야 할 의무는 없다고 본다. 나아가 설령 계약당사자 간에 정보의 불균형이 있다고 하더라도 당해 정보가 일방의 영업상의 비밀 또는 개인정보에 해당될 경우에는 상대방에게 이를 알려야 할 의무를 지을 수는 없기 때문에 당해 정보를 알리지 않았다고 하더라도 합리적인 상업적 공정거래 기준에 반한다고 볼 수 없을 것이다(Huber, 2009, p.420).

라. 계약을 신뢰하여 행동하지 않은 경우

전술한 바와 같이 PICC는 착오당사자 일방과 타방 중에서 어떤 자의 보호가치가 더 큰지를 형량하여 이를 토대로 착오 취소여부를 결정하는 접근방법을 취하고 있다. 일방이 중대한 착오에 빠졌다고 하더라도 일방에 우선하여 타방을 보호할 가치가 있다면, 곧 상대방의 보호가치를 부인할 정당화사유가 없다면, 착오당사자는 그 중대한 착오를 이유로 취소권을 행사할 수 없다.

그러나 PICC 제3.2.2조 (1), (b)에 따르면 상대방이 착오당사자가 계약을 취소하기 전에 이미 계약을 신뢰하여 행동하지 않았다면, 일방이 타방에 우선하여 보호가치가 더 있다는 입장을 취하여 당해 착오 취소는 허용될 수 있다.⁵⁸⁾

본조항에서는 타방이 계약을 신뢰하여 행위하지 않았다는 것을 판단하기 위

58) PECL에서는 취소 시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 않은 경우에도 착오당사자의 취소권을 인정하지 않고 있다(PECL, 제4:103조).

한 기준은 명시되어 있지 않다. 따라서 본조항의 문언은 상당한 모호하고 이로 인하여 상대방이 계약을 신뢰하여 행위하지 않는 경우라고 하더라도 착오 당사자에게 취소권을 부여하는 것에 반대하는 견해도 존재한다(Huber, 2009, pp.420-430).

상대방이 어떠한 적극적인 행위를 하였고 그 적극적인 행위가 상대방이 당해 계약을 신뢰하지 않았다는 것을 나타내는 것이라면 PICC 제3.2.2조 (1), (b)에 해당될 수 있고 착오당사자의 취소권을 인정할 여지가 있다. 그러나 상대방이 계약체결 후에 일반적으로 기대되어지는 어떠한 행위를 소극적으로 하지 않았다고 하여 이것이 본조항에 해당되는지 여부는 명확하지 않다.

결국 계약체결 후에 상대방이 계약의 이행을 위한 준비하지 않았고 이로부터 이행을 하지 않을 것이 명백히 예상된다고 하더라도 이는 불이행 또는 이행기전 해제사유가 되는 것은 별론으로 하더라도 착오에 의한 취소권을 부여할 정당화 사유에는 해당되지 않는다고 소극적으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

요컨대 취소 시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하였고 착오가 착오 당사자의 일방적 착오에 불과하다면 상대방의 보호가치는 존중되어야 하며 착오의 취소권은 저지된다고 본다.

(3) 착오당사자 보호가치의 존재

가. 착오당사자의 과실

착오당사자 일방이 착오를 취소를 하기 위해서는 당해 착오에 ‘중대한 과실’(gross negligence)이 없어야 한다. 곧 일방에게 중과실이 있는 경우까지 착오를 인정한다는 것은 타방에게 너무도 가혹하기 때문이다. 따라서 일방의 단순 경과실이 있다면 착오의 취소는 허용될 수 있을 것으로 본다.⁵⁹⁾

59) PECL 제4:103조 (2), (a)에서는 당해 상황에서 그의 착오가 면책될 수 없는 경우에는 착오당사가 취소를 할 수 없다고 하고 있다. 본조항은 PICC 제3.2.2조 (2), (a)와 비교할 때 착오당사자의 중과실에만 착오취소를 부인하는 것이 아니라 착오당사자가 면책될 수 없는 경우로 확대하고 있다. 따라서 PECL 하에서는 당해 사건에 따라서 착오당사자의 경과실이라고 하더라도 취소권이 부정될 수 있음에 유의하여야 한다.

나. 착오 위험을 인수하지 않은 경우

PICC 제3.2.2조 (2), (b)에서는 착오당사자 일방이 착오의 위험을 인수하였거나, 제반 상황에 비추어 그러한 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우에는 취소할 수 없도록 하고 있다. 본조항에서는 일방이 착오의 위험을 인수하는 경우와 제반 상황으로 보아 그러한 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우를 명정하고 있다. 분설하면 다음과 같다.

첫째, 일방이 착오의 ‘위험을 인수’(assumption of risk)하는 경우이다. 예컨대 특단의 계약에서는 위험을 인수하는 것을 계약의 목적으로 두고 있는 경우도 있는데, 대표적인 것으로 보증계약을 예시할 수 있다. 곧 보증계약에서는 제3자의 대금지급의무 등의 주된 채무가 이행되지 않았을 경우 주채무자의 의무를 보증하고 있는 보증채무자가 이행하여야 한다. 여기서 보증채무자가 계약당시 주채무자의 대금지급능력 등 채무변제능력에 착오가 있었다고 하더라도 이를 이유로 계약을 취소할 수 없다. 왜냐하면 당사자가 보증계약의 특성, 위험의 인수를 목적으로 한다는 계약의 특성을 고려할 때, 착오의 위험을 계약체결 시에 이미 인수하였다고 평가할 수 있기 때문이다.

한편 투기적 계약이 대표적인 착오의 위험을 인수하는 계약에 해당된다는 견해가 있다(UNIDROIT, 2010, pp.102-103). 그렇지만 이 경우에도 투기적 계약이 모두 착오의 위험을 인수하는 계약에 해당되는 것은 아닐 것이다. 예컨대 계약체결 시에 계약의 목적물의 가치가 계약에서 정해진 가격보다 현저히 높을 것이라는 단순한 예견에 기해 매수인이 매수를 하였는데, 후에 그러한 당초 예견사실이 달랐다고 하더라도 매수인은 착오의 위험을 묵시적으로 인수한 것으로 볼 수 있고 따라서 매수인은 그 밖의 요건을 충족하고 있다는 전제하에서 계약을 취소할 수 있다.

그렇지만 계약이 계약체결 이후 시장가격의 상승 또는 하락, 환율의 변동을 기대하여 체결된 계약은 그 특성상 투기적 성격이 있어 착오의 위험을 인수하였기 때문에 취소할 수 없는 것이 아니라 이는 계약체결 시에 존재하는 사실에 관한 착오가 아니라고 보아 착오 그 자체가 성립될 수 없고, 달리 단순한 동기의 착오에 해당되어 계약을 취소할 수 없다고 본다. 곧 착오가 계약체결 시의 사실에 관한 착오가 아니라 계약체결 이후 장래의 기대 또는 동기의 착

오, 이를테면 계약체결 후의 가격 또는 환율의 변동에 대한 오인으로 보아 무리가 없을 것으로 보아 이는 여하히 계약체결 시의 사실에 대한 착오에 해당되지 않는다.

여기서 계약내용에 일방당사자의 책임을 면책하는 조항, 예컨대 물품의 하자에 대한 매도인의 책임을 면제하는 면책조항이 있는 경우 매수인이 그 물품에 대한 하자가 없을 것이라는 오인에 기해 면책조항에 동의에 하였다면 매수인은 당해 사실의 오인을 이유로 그 조항의 일부취소 또는 계약 전체에 대한 착오취소를 할 수 있는지 문제될 수 있다.

생각건대 면책조항에 합의하였다는 것이 착오 위험의 인수로 볼 여지도 없지 않지만, 착오취소와 불이행이 충돌하는 경우 PICC 제3.2.4조에 기하여 불이행에 기한 구제권을 우선하고 있음에 주목하여야 한다. 면책조항에 대해 PICC 제7.1.6조에서 당사자의 일방의 불이행책임을 제한 또는 배제하는 계약조항이나 일방이 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다른 내용으로 이행할 수 있도록 허용하는 계약조항이 당해 계약의 목적으로 보아 현저히 불공정한 때는 원용될 수 없다고 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 따라서 착오취소에 관한 조항보다 불이행에 기한 구제권을 우선하고 있는 PICC 규정에 따라 착오취소가 아닌 제7.1.6조가 우선 적용되어야 하고 면책조항이 현저히 불공정한 때가 아닌 한 면책조항은 원칙적으로 유효하며 착오에 의한 취소권은 배제된다고 본다.

둘째, 제반 상황으로 보아 그러한 위험을 부담하여야 하는 경우이다. PICC 제3.2.2조 (2), (b)에서는 이에 대해 특별한 언급이 없어 일반적으로 본조항이 적용될 수 있는 경우는 해석과 판례로 구체화될 수밖에 없을 것으로 본다.

한편 계약에서 합의된 가격과 수치상의 착오는 착오당사자가 부담하여야 할 위험에 해당될 것이다. 또한 제3자에 의해 유발된 착오는 착오당사자가 부담하여야 할 위험에 해당된다. 여기서 제3자란 착오당사자가 계약을 위한 또는

60) PICC, 제7.1.6조(면책조항) : “A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.” (당사자의 일방의 불이행책임을 제한 또는 배제하는 계약조항이나 일방이 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다른 내용으로 이행할 수 있도록 허용하는 계약조항은 그 원용을 하는 것이 당해 계약의 목적으로 보아 현저히 불공정한 때에는 원용할 수 없다.).

관련된 정보를 취득하는 과정에서 개입된 계약당사자 이외의 자로서, 예컨대 수출입에 대한 법률자문을 행한 자, 관련 정부기구의 자문을 행한 자 등이 될 수 있다. 제3자가 사실에 부합하지 않는 정보를 제공하였고 이로부터 착오가 발생하였다고 하여도 이는 착오당사자가 그러한 위험을 부담하여야 한다.

(4) 착오에 의한 취소의 배제

착오에 의한 취소권은 PICC 제3.2.4조에 의해 배제될 수 있다. 본조에서 착오당사자는 그가 의존하고 있었던 사실이 불이행에 기한 구제권을 부여하는 때 또는 부여할 수 있었던 때는, 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다고 하여 착오에 의한 취소권이 불이행에 기한 구제권과 경합하는 경우 착오에 기한 구제권보다 불이행에 기한 구제권을 우선하고 있다. 따라서 불이행에 기한 구제권, 통상 ‘중대한 불이행’(fundamental non-performance)에 기한 해제권과 착오에 의한 취소권이 모두 가능한 경우에는 중대한 불이행에 기한 해제권이 우선되는 결과, 착오에 의한 취소권은 배제된다.

일례로 A(매도인)와 B(매수인)는 X(목적물)를 매도하는 계약을 체결하고 X의 성상에 대해 계약에서 합의하였다. 그런데 A와 B는 공히 X의 성상에 대해 착오에 빠져있었고 A는 계약에 합의한 바와 같은 성상을 가진 목적물을 인도할 수 없었다. 이에 B는 A를 상대로 하여 착오에 기해 계약을 취소할 수도 있고 계약에 합의한 바의 목적물을 인도받지 못했다는 중대한 불이행을 이유로 계약을 해제할 수도 있다면 B는 착오에 의한 계약취소권은 행사할 수 없고, 다만 계약해제권만을 행사할 수 있다. 여기서 유의할 점은 착오에 의한 취소권보다 PICC 제7장(불이행)의 모든 구제권이 우선하기 때문에 해제권이 발생하지 않는 정도의 불이행이라고 하더라도 그 밖의 구제권이 부여되는 경우에는 착오에 의한 취소는 배제되기 때문에 불이행에 기한 구제권 중에 해제권만이 우선하는 것은 아니라는 점이다. 다만 취소권과 구제권이 경합하는 통상의 경우에는 착오의 기한 취소가 가능하다면 중대한 불이행에 기한 해제권도 발생할 것으로 생각된다.

4) 표시 또는 전달 상의 오류

PICC 제3.2.3조에서는 ‘의사나 사실’(declaration)⁶¹⁾의 ‘표시’(expression) 또는 전달(transmission) 중에 발생한 오류를 그러한 의사나 사실을 표시한 자의 착오로 본다고 규정하고 있다.⁶²⁾ 본조의 일차적 목적은 표시 또는 전달 중에 발생한 오류를 의사나 사실을 표시한 자의 착오로 취급하기 위함에 두고 있다. 따라서 의사나 사실의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류가 전달자에 의해 발생하였다고 하더라도 이를 사자가 아닌 의사나 사실을 표시 또는 전달하고자 하였던 당사자에게 발생한 착오가 된다.

본조에 의해 당사자의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류는 착오에 해당된다. 본조의 이차적 의미는 표시 또는 전달 상의 오류가 해석에 의해 해결되지 않는 경우 착오에 의한 취소권을 행사할 가능성이 발생한다는 것이다. 즉 착오취소가 가능한 상황은 PICC 제4장(해석)의 제반 규정을 우선 적용하여 당사자 의사를 해석할 수 없는 경우에만 제한적으로 인정될 것이다(Huber, 2009, p.427).

예컨대, A가 청약을 하면서 물품가격을 단위당 100,000달러에 청약하고자 하였으나 표시 또는 전달 중의 오류로 인해 단위당 10,000달러의 가격으로 표시한 채 B에 도달하였고 그결과 B가 이를 승낙하였다면 계약의 유효성이 유지될 수 있을 것인지가 문제시 될 수 있다.

첫째, A와 B가 ‘공통된 의사’(common intention)⁶³⁾가 없다면, B는 A의 외견상

61) UNIDROIT에서 발간한 ‘공식주해서’(official commentary)에서는 ‘declaration’을 ‘의사’나 ‘사실’로 번역하고 있어 여기서도 이에 준한다(UNIDROIT, 2006, p.111).

62) PICC, 제3.2.3조(표시 또는 전달상의 오류) : “An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.” (의사나 사실의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류는 당해 의사나 사실을 표시하는 자의 착오로 본다.).

63) PICC 제4.1조(당사자들의 의사) : “(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties. (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.” [(1) 계약은 당사자 간의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다. (2) 그러한 의사를 확정할 수 없는 경우 계약은 당사자들과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.]

의 의사, 곧 단위당 10,000달러에 매도한다는 의사를 있는 그대로 받아들이는 것을 비난할 수 없고 이에 양당사자는 A가 표시 또는 전달한 의사 그대로 구속될 수밖에 없다.

둘째, B가 A가 의도한 바, 즉 단위당 100,000달러에 매도한다는 의사로 받아들였고, 이에 특단의 이의를 제기하지 않고 승낙을 수용하였다면 계약은 당사자 간의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다는 PICC 제4.1조 (1)에 의해 A와 B는 모두 단위당 100,000달러에 매매하겠다는 의사로 해석하여야 하며, 따라서 당해 계약은 유효하게 체결되었을 뿐 아니라 양당사자는 표시 또는 전달상의 오류가 있었다는 사실로부터 당해 계약의 착오취소를 주장할 수 없다.

셋째, B가 A의 의도한 바를 알고 있었지만 단위당 100,000달러에 매매계약을 체결할 의사가 없는 상태에서 그 오류를 알리지 않은 채 승낙한 경우 매매가격이 단위당 10,000달러에 체결되었다고 B가 주장할 수 없다.

PICC 제4.2조 (1)에서는 당사자의 진술 그 밖의 행위는 상대방이 동 당사자의 의사를 알았거나 모를 수 없었던 때는 동 당사자의 의사에 따라 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 본조항에 따르면, B는 A가 단위당 100,000달러의 가격에 계약을 체결하려는 의사를 알았고, 최소한 모를 수 없었기 때문에 당해 계약의 매매가격은 A의 의사에 따라 해석되어야 한다.

넷째, B가 표시 또는 전달 상의 오류가 있음을 알았거나 알았어야 했고 그럼에도 불구하고 그 오류를 A에게 알리지 않았으며 B는 A가 의도한 것을 알지 못한 상태에서 B가 단위당 10,000달러 가격에 의한 매도의 의사로서 A의 청약을 승낙한 경우 당해 유효성에 문제가 제기된다. 이 경우에는 우선 PICC 제4.2조 (2)에 의해 본조 (1)을 적용할 수 없는 경우이고 그러한 진술 그 밖의

64) PICC, 제4.2조(진술 그 밖의 행위의 해석) : “(1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention. (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.” [(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 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.]

행위는 상대방과 같은 부류의 합리적인 자가 동일한 상황 하에서 부여하였을 의미에 따라 해석하여야 할 것이다. 그러나 본조항에 의해서도 당사자의 진술 그 밖의 행위에 의해 당사자의 의사를 해석할 수 없을 때, 비로소 A의 표시 또는 전달 상의 오류는 PICC 제3.2.3조가 적용되어 A의 착오로 취급될 것이다. 요컨대 A가 청약 시에 단위당 100,000달러에 매매하려고 의욕하였으나 표시 또는 전달 상에 오류로 인해 10,000달러로 표시하였고 이를 PICC 제4장에 기한 의사표시의 해석을 통해서도 해결하지 못한 경우에는 A는 착오를 이유로 당해 계약의 취소를 주장할 수 있게 된다. 따라서 본 사안의 경우에 한하여 A의 착오가 상술한 착오의 요건을 충족시킨다는 것을 전제로 A는 착오에 의한 취소권을 행사할 수 있다.

5) PECL 및 CESL과의 비교

(1) PECL과의 비교

가. 착오취소의 요건

PICC와 PECL은 착오취소의 접근방법에서는 같은 태도를 취하고 있지만 착오취소의 요건에 있어서는 차이를 보이고 있다. 차례로 분설하면 다음과 같다.

첫째, PICC는 그와 동일한 입장에 있는 합리적인 자가 만약 진실한 실재의 상태를 알았더라면 계약을 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 전혀 체결하지 않았을 정도로 계약체결 시의 착오가 중대한 경우 취소할 수 있도록 하고 있다. 반면에 PECL은 착오당사자가 진실을 알았더라면 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 내용으로만 계약을 체결하였을 것이라는 점을 상대방이 알았거나 알았어야 하는 경우 계약을 취소할 수 있도록 하고 있다.

한편 중대한 착오의 요건에서도 PECL은 ‘중대한’(fundamental)이라는 용어를 사용하여 ‘실질적’(material)인 착오와 구별하고 있다(Lando & Beale, 2013, p.347). 양자의 구별에 따른 실익은 ‘중대한 착오’가 아닌 ‘실질적 착오’에 그치는 경우 착오에 의한 취소권을 행사할 수 없다는 점이다. 여기서 계약내용의 일부에 착오가 영향을 미칠 수 있었다면 이는 실질적인 착오에 해당하지만, 당해 착오가 계약내용에 일부에 영향을 미치는 수준에 그치고 본질적으로

그 밖의 계약을 체결할 정도에 이르지 못했다면 이는 중대한 착오에 해당되지 않는다.

이 경우 PICC상 착오의 본질적 요건과 중대한 착오 간의 차이점은 명확하지는 않다. 다만 PICC 제3.2.2조 (1)에서는 계약을 ‘실질적으로’(materially) 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 전혀 체결하지 않았을 정도의 중대한 착오라고 하여 당해 착오가 본질적으로 다른 내용으로 체결하였어야 할 정도라고 명시하고 있지 않은 점에서 그 적용상 PECL의 착오요건이 PICC에 보다 엄격하다고 볼 수 있다. 곧 PECL이 실질적 착오와 중대한 착오를 구별하고 있는 이유는 취소가능한 착오의 다양화에 기하여 이를 세분화하여 구분할 필요가 있고 나아가 법원의 해석에 있어서도 확장성 있게 그 적용을 가능할 수 있게 하기 위한 법적 기준을 제공하는데 있다고 생각된다.

PICC와 PECL은 공히 중대한 착오만을 취소할 수 있도록 이를 규정체계 내에 수용하고 있으나, PECL은 중대한 착오를 상대방이 알았거나 알았어야 하는 경우로 제한하고 있는 특징이 있다. 곧 PECL은 중대한 착오가 있다는 사실을 상대방이 알았거나 알았어야 하는 요건을 추가하고 있어 PICC에 비해 상대방을 두텁게 보호하고 있다.

둘째, PICC에서는 착오당사자의 중대한 과실이 있을 경우 착오에 의한 취소를 제한하고 있다. 반면에 PECL에서는[제4:103조, (2), (a)] 당해 상황에서 그의 착오가 면책될 수 없는 경우 착오당사자가 계약을 취소할 수 없도록 하고 있다. 여기서 면책될 수 없는 경우에는 착오당사자의 중과실이 존재하는 경우도 포함될 것이지만, 한편으로 중과실 이외의 경과실을 배제하고 있지는 않다고 보아 착오당사자의 경과실이 존재하는 때에도 경우에 따라 착오취소가 제한될 수 있다고 본다.

나. 계약의 수정여부

양자 공히 계약당사자가 모두 동일한 착오에 빠진 경우 양당사자는 취소요건을 구비하고 있다는 사실을 전제로 어느 일방 또는 양당사자 공히 취소권을 행사할 수 있다. 다만 PICC에서는 취소권을 행사하던지 아니면 취소권을 유보하고 계약의 이행을 하던지 선택할 수 있을 뿐 법원의 개입에 따른 계약변경

권을 인정하지 않고 있다. 반면에 PECL에서는[제4:105조, (3)] 양당사자 모두 동일한 착오에 빠진 경우 각 당사자의 청구에 의하여 착오가 없었다면 합리적으로 합의하였을 바대로 법원이 계약을 변경할 수 있도록 하고 있다.⁶⁵⁾

한편 양당사자는 모두 취소권을 행사하기보다는 계약을 변경[개정]하여 계약을 유지시키는 의도를 가질 수도 있다. 예컨대 매도인과 매수인이 모두 착오 취소보다 계약을 유지하는 것이 이익이 되거나, 달리 계약이 취소되어도 이익이 증가한다는 확신이 없을 때는 법원에 요구하여 계약을 수정하여 유지시키는 것을 선택할 수 있다. 이러한 논점에 기하여 PECL에서는 PICC와는 달리 법원의 개입에 따라 계약의 수정을 요구할 수 있다는 점에서 계약유지의 원칙을 보다 적극적으로 실현하려고 있다. 또한 계약이 수정된 후에도 여전히 손해를 입은 일방은 PECL 제4:117조에 의해 손해배상을 청구할 수 있음은 물론이다(Lando & Beale, 2013, p.373).⁶⁶⁾

65) PECL, 제4:105조(계약의 개정) : “(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance. (2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective. (3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred.” [(1) 당사자 일방이 착오를 이유로 계약을 취소할 권한이 있으나 상대방이 계약을 취소할 권한이 있는 당사자가 이해한 바와 같은 내용으로 계약을 이행할 의사가 있음을 표시하거나 실제로 그와 같이 이행하였다면, 계약은 착오자가 이해한 바와 같은 내용으로 체결된 것으로 본다. 상대방은 취소할 권한이 있는 당사자가 이해한 계약의 내용을 고지된 후 즉시, 또 그 당사자가 취소의 통지를 신뢰하고 행위하기 전에 이행의 의사를 전달하거나 그 이행을 하여야 한다. (2) 그러한 표시나 계약의 이행 후에는 취소권은 소멸하고, 그 전에 행하여진 취소의 통지는 효력이 없다. (3) 당사자 쌍방이 동일한 착오에 빠진 경우에는 각 당사자의 청구에 의하여 법원은 착오가 없었다면 합리적으로 합의하였을 바대로 계약을 변경할 수 있다.]

66) PECL, 제4:117조(손해배상) : “(1) A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Arts 4:113 or 4:114, it may

다. 착오취소의 배제

PICC에서는 착오에 의한 취소권과 불이행에 기한 구제권이 경합하는 경우 불이행에 기한 구제권을 우선하고 있다. 이에 반해 PECL의 경우 당사자는 양자 중 어느 하나를 선택하여 행사할 수 있다. 곧 PECL에서는(제4:119조) 당사자가 불이행에 대한 구제수단을 행사할 수 있는 상황에서 본장에 의한 구제수단이 인정되는 경우 당사자는 어느 구제수단이라도 행사할 수 있다고 규정하고 있다.⁶⁷⁾ 따라서 당사자는 착오에 기한 취소권과 불이행에 기한 구제권이 경합하는 경우 자신에게 유리하다고 판단되는 권리를 선택하여 행사할 수 있다는 측면에서 PECL의 규정이 착오당사자 또는 불이행의 상대방을 보다 두텁게 보호하고 있다고 볼 수 있다. 다만 불이행에 기한 구제권이 착오에 의한 취소권보다는 권리회복의 측면에서, 곧 손해배상범위에서 차이가 있고 PICC가 적용되어 불이행에 기한 구제권만 인정된다고 하더라도 착오당사자 또는 불이행의 상대방이 법률상 불이익에 처하는 경우는 없을 것으로 생각된다.

(2) CESL과의 비교

CESL 제48조에서는 착오당사자가 착오가 없었다면 당해 계약을 체결하지 않았거나 또는 본질적으로 다른 계약내용으로 체결하였을 것임을 상대방은 이

recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Art. 4:106. (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations.” [(1) 본장의 규정에 따라 계약을 취소하는 당사자는 상대방이 착오·사기·강박 또는 과도한 이익편취나 불공정한 지위이용을 알았거나 알았어야 했던 경우에는 계약이 체결되지 않았다면 있었을 지위에 상응하는 손해의 배상을 청구할 수 있다. (2) 본장의 규정에 따라 계약을 취소할 권리를 가지지만 그 권리를 행사하지 아니하거나 제4:113조 또는 제4:114조에 의하여 그 권리를 상실한 당사자는 착오·사기·강박 또는 과도한 이익편취나 불공정한 지위이용에 의하여 그에게 야기된 손실에 한하여 제1항에 따라 그 배상을 청구할 수 있다. 당사자가 제4:106조의 의미에서의 부정확한 정보에 의하여 오도된 경우에도 동일한 배상의 산정이 적용된다. (3) 그 밖의 사항에 있어서 손해배상은 제9장 제5절의 관련규정이 적절하게 변경되어 행하여진다.]

- 67) PECL, 제4:119조(불이행에 대한 구제수단) : “A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.” (불이행에 대한 구제수단이 주어지는 사정 아래서 본장에서 정하는 구제수단을 행사할 수 있는 당사자는 양자 어느 구제수단이라도 행사할 수 있다.).

사실을 알고 있었거나 알고 있었다고 기대되는 경우 당사자는 계약이 체결될 때 존재하고 있는 사실 또는 법의 착오로 인하여 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있어 PECL와 유사한 규정을 두고 있다.⁶⁸⁾ CESL에서도 착오당사자의 상대방이 착오가 없었다면 당해 계약을 체결하지 않았거나 또는 본질적으로 다른 계약내용으로 체결할 것임을 알았거나 알았어야 하는 경우에 계약을 취소할 수 있도록 하고 있다.

CESL 제48조 b)에서는 유발된 착오, 계약 전 정보제공의무(CESL 제2장, 제1절 내지 제4절)를 준수하지 않음으로 인해 착오하여 계약을 체결하게 하였거나, 신의 및 공정거래가 일방에게 착오 지적을 요구하는 경우에 한하여 착오를 알았거나 착오를 아는 것으로 기대될 수 있음에도 관련 정보를 언급하지 않음으로서 착오로 계약을 체결하게 한 경우에는 착오취소를 인정하고 있다. 쌍방의 동일한 착오를 한 경우에도 착오취소는 허용된다. 다만 일방이 착오의 위험을 부담하거나 또는 그 상황에서 부담되어야 한다면 착오를 이유로 계약을 해제할 수 없다.

그러나 CESL에서는 착오당사자의 과실이 존재하는 경우에 착오취소가 가능한지 여부에 대해서는 명시적인 규정이 없다. CESL에서 PICC와 같이 착오당

68) CESL, 제48조(착오) : “1. A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different contract terms and the other party knew or could be expected to have known this; and b) the other party: (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with any pre-contractual information duty under Chapter 2, Sections 1 to 4. (iii) knew or could be expected to have known of the mistake and caused the contract to be concluded in mistake by not pointing out the relevant information, provided that good faith and fair dealing would have required a party aware of the mistake to point it out; or iv) made the same mistake.” [1. 당사자는 계약이 체결될 때 존재하고 있는 사실 또는 법의 착오로 인하여 계약을 취소할 수 있다. a) 일방은 착오가 없었다면 당해 계약을 체결하지 않았을 것이고 또는 다른 계약내용으로 체결하였을 것임에도 상대방은 이러한 사실을 알고 있었거나 알고 있음에 틀림이 없었다면 b) 상대방은 (i) 실수를 유발하였거나 (ii) 제2장 제1절에서 제4절까지 계약 전 정보제공의무를 준수하지 않음으로써 착오하여 계약을 체결하게 하였거나 (iii) 착오를 알았거나 착오를 아는 것으로 기대될 수 있어서 관련 정보를 언급하지 않음으로서 착오로 계약을 체결하게 한 경우. 다만 신의 및 공정거래가 일방에게 착오 지적을 요구하는 경우에 한 한다. 또는 (iv) 동일한 착오를 한 경우 2. 일방이 착오의 위험을 떠안거나 또는 그 상황에서 부담되어야 한다면 착오를 이유로 계약을 해제할 수 없다. 3. 진술의 표현이나 전달 시 부정확한 것은 그러한 진술을 하거나 보낸 자의 착오로 본다.].

사자의 중대한 과실에 의한 착오와 같이 ‘용인될 수 없는 착오’(inexcusable mistake)의 경우에는 취소권을 배제하는지 여부는 명확하지 않다.

DCFR II-7:201조 (2), (b)에서는 당해 상황에서 착오가 용인될 수 없는 착오의 경우 착오취소를 배제하고 있는데,⁶⁹⁾ 곧 착오당사자의 중과실이 이에 해당된다. CESL에서는 이러한 규정을 두고 있지 않다. 이에 대해서는 용인될 수 없는 착오는 착오당사자가 위험을 부담하여야 하는 상황의 하나로 해석될 수 있다는 견해가 있다(Cartwright & Schmidt-Kessel, 2013, p.416). 이 견해에 따르면 착오당사자에게 중과실이 있는 경우에는 착오당사자가 위험을 부담하여야 하는 상황의 하나로서 착오취소는 인정되지 않을 것이다.

3. 사기 및 강박

1) 사기의 개념과 요건

‘사기’(fraud)는 일반적으로 ‘언명’(language) 또는 ‘행위’(practices)를 포함하는 사기적인 ‘표시’(representations), ‘사기적인 불고지’(fraudulent non-disclosure)에 의해 상대방에게 착오를 유발시키는 것을 말한다.⁷⁰⁾ 사기는 상대방이 착오가

69) DCFR, II-7:201(Mistake) : “(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake. (2) However a party may not avoid the contract for mistake if: (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.”

70) PICC 제3.2.5조(사기) : “A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.” (언어 그 밖의 행태를 포함한 상대방의 사기적 표시나, 합리적인 공정거래기준에 의할 때, 상대방이 고지하였어야 할 사실의 사기적인 불실고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다.)

발생하였다는 점에서 착오와 유사하지만, 착오의 발생원인이 기망행위를 행한 당사자에게 있다는 점에서 착오와 구별된다.

요컨대 착오에 있어서도 상대방이 착오를 유발할 수 있지만 사기는 착오를 과실로 유발한 것을 넘어 고의적 또는 의도적으로 착오를 유발시킨 기망행위를 한 자에게 비난가능성이 훨씬 크다는 점에서 착오취소보다 사기취소는 쉽게 인정되어야 할 필요성이 있다. 이러한 필요성은 다름없이 PICC에도 적의 반영되어 있다.

사기의 취급되기 위한 요건으로서 상대방에게 반드시 착오가 발생하여야 하는지 아니면 당해 사기로 족하고 상대방에게 반드시 착오가 발생하였어야 할 필요는 없는지의 여부가 문제된다. 이 같은 논점은 기망행위[사기행위]와 착오 사이의 인과관계가 필요한지 여부에 귀결된다.

PICC 제3.2.5조의 문언에 비추어 피기망자[상대방]에게 반드시 착오가 발생하였어야 하는 것은 아닌 것으로 보인다. 따라서 피기망자가 진실한 사실을 알고 있었던 경우에도 사기에 의한 계약취소는 인정된다고 생각할 여지도 있지만, UNIDROIT의 공식주해서를 참고할 경우 사기는 당사자에 의해 유발된 특수한 착오라 하여 피기망자에게 착오가 발생하여야 한다는 입장을 취하고 있다(UNIDROIT, 2010, p.105). 당해 주해에 의하면 사기와 착오 간에는 일련의 인과관계가 형성되어 있어야 한다.

한편 사기와 착오 간의 인과관계와 더불어 착오와 의사표시 간의 인과관계, 곧 이중의 인과관계가 요구되는지에 관해서는 명확하지 않지만, 생각건대 만약 사기에 의해 유발된 착오가 없었더라도 동일한 의사표시를 하였을 것이라고 인정되는 경우라면 여하히 사기취소가 인정되기는 어렵다고 본다.

PICC 제3.2.5조에서는 상대방의 언명 또는 행위를 포함하는 사기적인 표시에 의해 또는 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 의할 때, 상대방이 고지하였어야 할 사실의 사기적인 불고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 본조에서 요구하는 요건은 크게 주관적 요건과 객관적 요건으로 나눌 수 있다. 이 경우 전자는 기망행위자의 사기의 고의를 가리키며 후자는 기망행위자의 사기적인 표시 또는 사기적인 불고지를 의미한다.

(1) 고의적 사기

사기의 주관적 요건은 기망행위자[상대방]의 고의적 사기이다. 대륙법계에서는 일반적으로 고의적 사기란 기망행위자의 상대방, 즉 표의자[피기망자]를 착오에 빠뜨리려는 고의(1단계 고의)와, 다시 그 착오에 의하여 표의자로 하여금 착오에 기한 의사표시를 하게 하려는 고의(2단계 고의)가 있어야 한다고 본다.

PICC에 관한 UNIDROIT 공식주해서에 의하면 당사자[피기망자]를 착오에 빠뜨리려는 의도와 상대방이 당사자의 손해로부터 이익을 취하려는 의도를 가리킨다고 보고 있다(UNIDROIT, 2010, p.106).

그러나 상대방이 당사자의 손해로부터 이익을 취하려는 의도가 반드시 필요한지에 대해서는 의문이 있다. 왜냐하면 PICC 제3.2.5조의 문언에서는 상대방이 이익을 취하려는 의도에 대한 언급이 없기 때문에 이러한 해석은 문리해석을 넘어선 해석론으로 취급할 수 있기 때문이다. 또한 상대방의 이익을 취하려는 의도는 사기취소를 주장하는 당사자에게 입증책임이 있다고 보아, 이 같은 책임은 현실적으로 어렵기 때문에 당사자[피기망자]를 보호하지 못하고 있다는 시각에서 본래 사기취소의 취지를 퇴색하게 하는 요인이 될 수 있기 때문이다.

다른 한편 언어 또는 행위에 의한 ‘표시’(representation)가 사실과 다르다는 것을 알고 있었고 상대방을 오인하도록 하게 할 목적이 있었다면 사기의 주관적 요건은 쉽게 충족 될 것이다. 이 경우 상대방의 언어 또는 행위에 의해 표시된 정보가 사실에 부합하는지 여부를 표시한 자가 알지 못한 점에서 ‘무모한’(reckless) 경우에 대한 기준이 문제시 된다. 여기서 “무모하다”는 것은 상대방이 자신의 표시가 사실인지 여부를 알지 못하였거나 알 수 있었음에도 주의를 다하지 못했다는 것을 의미한다. 그러나 상대방이 표시한 정보가 사실에 부합하는지 여부를 그 자신이 알지 못했던 것이 계약체결상황에 비추어 무모하였다면 사기의 고의를 가졌다고 판단할 수 있다고 본다. 이 같은 표시의 무모성에 의한 사기의 고의란 ‘실제적 고의’(actual fraudulent intention) 언어 또는 행위로부터 ‘추단되는 사기의 고의’(constructive fraudulent intention)라고 할 수 있다.

PECL 제4:107조 (1)⁷¹⁾에서는 PICC 제3.2.5조와 동일한 취지에서 사기의 개념

을 정의하고 있는데, 주류적 해석론에 의하면 본조에서 말하는 고의적 사기는 목적이 명확한 것뿐만 아니라 표시의 무모성으로부터 추단되는 것까지 포함시키고 있다(Lando & Beale, 2013, p.381). 한편 CESL 제49조 (2)⁷²⁾에서는 무모한

71) PECL, 제4:107조(사기) : “(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed. (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive. (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including: (a) whether the party had special expertise; (b) the cost to it of acquiring the relevant information; (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and (d) the apparent importance of the information to the other party.” [(1) 당사자는 언어에 의한 행태에 의하든지 불문하고, 상대방의 사기적 표시에 의하여 또는 신의성실 및 공정거래에 따라 개시되었어야 하는 정보의 사기적 불개시에 의하여 계약이 체결되기에 유도된 경우 계약을 취소할 수 있다. (2) 당사자의 표시 또는 불개시는 기망의 의도가 있는 때에는 사기적이다. (3) 신의성실 및 공정거래가 당사자가 특정 정보를 개시할 것이 요구되는 지의 판단에 있어서 다음을 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다. (a) 그 당사자가 특수한 전문지식을 가지고 있는지 여부, (b) 그 관련 정보를 얻기 위한 지출 비용, (c) 상대방이 합리적으로 그 정보를 얻을 수 있었는지 여부, 및 (d) 상대방에 대한 그 정보의 외견상의 중요성.]

72) CESL, 제49조(사기) : “1. A party may avoid a contract if the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose. 2. Misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false, or recklessly as to whether it is true or false, and is intended to induce the recipient to make a mistake. Non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake. 3. In determining whether good faith and fair dealing require a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including: (a) whether the party had special expertise; (b) the cost to the party of acquiring the relevant information; (c) the ease with which the other party could have acquired the information by other means; (d) the nature of the information; (e) the apparent importance of the information to the other party; and (f) in contracts between traders good commercial practice in the situation concerned”[1. 만약 상대방이 언어 또는 행위, 또는 신의성실과 공정거래 또는 계약 전 정보제공 의무에 의해 상대방이 공개할 것이 요구되는 정보의 사기적 비공개이든 관계없이 사기적 불실표시에 의해 계약을 체결하도록 유도하였다면 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 2. 불실표시가 그 표시가 허위라는 것을 알았거나 또는 믿었다면, 또는 그것이 진정한지 허위인지에 대하여 무모하게 이루어져서 그 수령자로 하여금 착오하도록 유도하는 의도라면, 사기적이다. 만약 비공개가 정보가 제공되지 않은 사람이 착오하도록 유도한 것이라면 사기적이다. 3. 신의 및 공정거래가 특정 정보를 공개하도록 당사자에게 요구하는 지를 결정함에 있어서는 다음 사항이 고려되어야 한다. (a) 당사자가 특별한 지식을 가지고 있는지 여부 (b) 관련 정보를 취득하는 자의 비용 (c) 상대방이 그 밖

불실표시에 대해서도 명시적으로 고의적 사기를 인정하고 있다는 점도 해석론에 참고가 될 수 있다고 본다.

유의할 것은 상대방의 표시가 사실에 부합되지 않음을 알지 못한 것에 중과실이 있었다고 하더라도, 그것이 표시가 무모한 정도에 이르지 않았다면 고의적 사기는 인정되지 않는다. 왜냐하면 PICC 제3.2.5조에서는 중과실을 사기의 고의와 동일시하지 않기 때문이다. 다만 소송과 중재에서 법원과 중재판정부는 표시상의 중과실과 무모성을 구분하기란 상당히 어려울 것이므로, 따라서 사기에 의한 취소를 주장하는 당사자는 표시의 무모성을 증명하여야 하며 나아가 법원은 이에 보다 엄격한 해석을 가할 것으로 본다.

(2) 사기의 표시 또는 사기적 불고지

가. 사기의 표시

사기에 기한 취소를 주장하기 위해서는 상대방의 언명과 행위를 포함하는 사기의 표시 또는 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 비추어 상대방이 고지하였어야 한 사실의 사기적인 불고지가 있어야 한다.

상대방의 언명과 행위를 포함하는 ‘사기적 표시’(fraudulent representation, fraudulent misrepresentation)란 상대방이 언어와 행위에 의해 사실과 다른 표시를 하였다는 것을 말한다. 계약에 대한 협상, 체결과정에서 통상적인 ‘과장’(puff)은 사기의 표시라고 하기 어렵다(UNIDROIT, 2010, p.106).

만약 상대방이 자신이 표시한 정보가 사실에 부합하지 않을 수 있음을 지적하여 추가적 정보의 확인이 필요함을 암시하는 경우에는 사기의 표시에 포함되지 않는다. 문제는 그러한 유보 없는 표시가 미래에 대한 확언, 자신의 의견이 사실과 부합하지 않는 허위인 것으로 밝혀진 경우 사기의 표시를 인정할 수 있는지 여부이다.

보통법과 독일법에서는 언어와 행위에 의한 표시가 전통적으로 증명 가능한 사실이어야 한다는 전통적 법리가 존재한다(Schwenzer, 2012, p.226). 그러나 PICC 제3.2.5조에서는 ‘허위 사실(facts)의 표시’라고 규정하지 않고 단순히 ‘사

의 수단에 의하여 정보를 획득할 수 있는 용이성 (d) 정보의 성격 (e) 상대방에 대한 정보의 명백한 중요성 그리고 (f) 거래자 간의 계약서에 해당 상황에서 선량한 상관습].

기의 표시'라고 명시하고 있기 때문에 당해 표시에는 계약체결 시에 증명 가능한 허위의 사실은 물론이고 허위의 '의견표명'(expressions of opinion)도 포함되어야 한다고 보는 견해가 있다(Huber, 2009, p.436).

그러나 계약체결 시의 의견표명이 후에 허위로 밝혀진 경우까지 사기의 표시로 인정한다면, 사실과 의견의 차이를 구분하기는 매우 어렵고 나아가 사기의 표시가 지나치게 확장되어 거래의 안정을 해치게 될 것이라 보아 대부분의 경우에는 상대방이 유발한 착오, 쌍방의 착오를 이유로 취소할 수 있다는 시각에서 당사자의 보호에 소홀함이 없을 것인바 계약체결 시의 의견표명은 사기의 표시에 포함될 수 없다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

이 경우 언명 또는 행위를 포함하는 사기적 표시란 언어적 표시가 포함됨은 당연하고 행위에 의한 사기적 표시도 포함된다는 것을 의미한다. 예컨대 하자 있는 계약의 목적물에 대해 하자가 없음을 언어적으로 표시한 경우는 물론이고 계약의 목적물의 하자를 물리적으로 은폐하는 행위도 사기적 표시가 될 수 있을 것이다.

나. 사기적 불고지

통상 계약의 협상 및 체결과정에서는 자신의 의사에 반하여 계약과 관련된 상대방의 정보를 알 수 있고 경우에 따라 자신의 정보를 상대방에게 고지하여야 할 경우도 있다. 곧 계약의 성립과 이행을 위한 정보교환은 계약의 교섭과 체결과정에서 피할 수 없음이 일반적이다.

PICC 제2.1.16조에서는 계약교섭과정에서 정보교환을 예정하여 당해 정보 중에서 비밀로 다루어져야 할 예외적인 상황이 예기되는 경우 계약체결여부에 관계없이 상대방의 비밀정보를 공개하거나 자신의 이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 당사자에게 부과할 수 있고 당해 비밀유지 및 부당사용금지의무를 위반한 일방의 상대방은 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.⁷³⁾

73) PICC, 제2.1.16조(비밀유지의무) : “Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.” (협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우 상대방은 추후 계약의 체결 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의

전술한 바와 같이 계약의 교섭 및 체결과정에서 정보가 교환되는 것이 통상이지만 계약당사자에게 특정정보에 대한 일반적 고지의무를 부과하는 것은 상관습에 부합되지 않으며 소비자·근로자·보험계약자·하도급기업 등과 같이 특정 일방을 보호하여야 할 필요성이 없는 국제상사계약에서는 어느 일방 또는 쌍방에게 고지의무를 부과하지 않는 것이 일반적이다.

그러나 ‘합리적이고 상업적인 공정거래기준’(reasonable commercial standards of fair dealing)에 비추어 상대방이 고지하였어야 한 사실의 사기적인 불고지를 행한 상대방까지 보호하여야 할 필요는 없을 것이다.

PICC 제3.2.5조 (3)에서도 이러한 사기적 불고지에 기하여 계약을 체결한 당사자의 취소권을 인정하고 있다. 환언하면 본조항은 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 의해 고지의무[작위의무]가 있는 일방이 타방에게 고지의무를 다하지 않았다면 그 불고지[부작위]는 사기의 표시와 동일한 법적 평가를 받아야한다는 취지의 규정이다.

불고지의 사기성을 인정하기 위해서는 상대방의 불고지가 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 부합하지 않았어야 한다. 이 경우 합리적인 상업적 공정거래 기준은 신의와 공정거래의 원칙, 당해 거래계의 상관습 등을 고려하여 당해 사건의 구체적 상황에 따라 판단하여야 한다. PICC 제1.7조에서는 신의와 공정거래의 원칙을 일반원칙으로 규정하고 있고, 제3.2.5조에도 신의와 공정거래의 원칙이 직·간접적으로 적용되고 있을 뿐만 아니라 합리적인 상업적 공정거래의 기준의 판단에 있어서도 신의와 공정거래의 원칙은 여하히 적용되어야 할 것으로 본다(UNIDROIT, 2010, p.19).

불고지의 사기성, 즉 당해 정보를 상대방이 고지하여야 할 의무가 있는지의 여부를 판단하는데 있어 신의와 공정거래의 원칙이 적용되어야 한다는 점에서는 이견이 없지만, 신의와 공정거래의 원칙이 기능하기에는 규정체계상 일련의 모호성이 존재하기 때문에 당해 사건의 구체적 상황에 따라 법원 내지 중

이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다. 적절한 경우 당해 의무위반에 대한 구제는 상대방이 수취한 이익에 기초한 배상을 포함한다. 협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우에, 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다. 적절한 한, 이 의무위반에 대한 구제는 상대방이 수취한 이익에 기초한 배상을 포함한다.).

재판정부는 합리적이고도 상업적인 공정거래기준을 구체화하여야 할 것이다. 예컨대 계약당사자 간의 상거래관계의 지속성 및 신뢰관계의 정도, 계약당사자 또는 동일한 입장에 있는 합리적인 자가 당해 정보를 비밀정보로 인식하였는지 또는 인식할 가능성이 있는지 여부, 동일 물품 또는 서비스의 매매에 있어 상거래계의 관습 내지 관행 등이 구체적 판단기준으로 고려될 수 있어야 할 것으로 본다.

(3) 사기에 의한 계약체결

사기표시 또는 사기적 불고지에 기하여 당사자가 착오에 빠졌다고 하더라도 당해 착오로 인해 계약이 체결되었어야 사기에 의한 취소를 할 수 있다. PICC에서는 법리적으로 대륙법계의 전통적 의사표시의 하자 또는 흠결로서 사기에 접근하고 있지 않기 때문에 사기행위가 의사표시의 하자를 야기한 경우 의사표시를 취소하는 접근법을 취하지 않고 있다. 따라서 이 경우 사기와 계약체결과의 관련성이 문제가 될 것이다. 이는 사기가 있었으나 계약의 체결되지 않았다면 취소의 여지가 없음은 물론이나 가사 사기의 표시 또는 사기적 불고지가 ‘결정적 사기’(determinant fraud)가 아닌 ‘부수적 사기’(incidental fraud)에 그치고 사기가 계약을 체결하는데 있어서 결정적인 사항이 아닌 경우를 의미한다. 환언하면 이는 사기가 계약이 체결에 어느 정도의 영향이 있을 때 또는 효과가 있을 때 사기취소가 가능할 것인가에 대한 문제로 귀결된다.

한편 일부 국가의 국내법에서는 사기가 부수적 사기에 그치고 있을 경우, 예컨대 사기표시 또는 사기적 불고지가 없었더라도 계약은 체결되었을 것이라 보아 사기로 인해 사기가 없을 때보다 당사자에게 계약조건이 다소 불이익하게 체결되는 경우라도 계약을 취소할 수는 없고 손해배상만을 청구할 수 있도록 법제도화하고 있음이 통레이다(Schwenzer *et al.*, 2012, pp.230-231).

다른 한편 보통법에서는 사기의 경우, 사기의 표시자가 당해 사기표시가 없었다고 하더라도 타방이 계약을 체결하였을 것이라 보아 타방의 사기에 의한 취소를 제한하여야 한다는 항변을 인정하고 있지 않음이 통레이다(Beale, 2012, para. 6-038). 곧 사기의 ‘중대성’(materiality)이 사기취소의 요건은 아니라고 보아 사기와 계약체결과의 강한 연계가 필요하지 않다고 보고 있다.

PICC에서는 이상의 보통법 입장을 취하고 있는 것으로 보인다(Schwenzer *et al.*, 2012, p.231). 곧 제3.2.5조의 문언상 사기에 의해 계약이 체결되었을 경우라고만 하고 있어 결정적 사기 또는 사기의 중대성 요건이 필요할지 명확하지는 않다. 그렇지만 통설은 사기가 계약을 체결하게 된 ‘유일한 유인’(sole inducement)일 필요는 없고, 부수적 사기에 해당된다고 하더라도 계약을 체결하는데 영향을 미치게 되었다면, 그 밖의 유인과 함께 계약을 체결하게 되는 효과를 가지고 있음을 조건으로 당해 부수적 사기를 이유로 계약을 취소할 수 있다고 본다(Huber, 2009, p.440; Schwenzer *et al.*, 2012, p.231).

(4) PECL 및 CESL과의 비교

가. PECL과의 비교

PECL 제4:107조 (1)에서 당사자는 언어나 행태에 의하든지 불문하고 상대방의 사기적 표시로 인하여 또는 신의성실과 공정거래에 따라 상대방이 공개하여야 할 정보를 사기적으로 공개하지 않음으로 인하여 계약체결이 유도된 경우 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 본조 (2)에서는 당사자의 표시 또는 비공개는 그것이 속이려는 의도인 경우 사기적이라 명시하고 있다.

결국 PECL은 PICC와 마찬가지로 사기적 표시 또는 고지하였어야 할 사기적 불고지는 사기에 해당됨을 명정하고 있다. 그러나 PICC 공식주해서에 의하면 사기는 당사자(피기망자)를 착오에 빠뜨리려는 의도와 상대방이 당사자의 손해로부터 이익을 취하려는 의도라고 하여, PECL 본조 (2)상 기망행위자의 표시 또는 불고지는 그것이 속이려는 의도만으로 사기에 해당되며 기망행위자가 피기망자의 손해로부터 이익을 취하려는 의도까지는 요구하고 있지 않은 차이점이 있다. 따라서 PECL에서는 기망행위자가 사기적 표시 또는 비공개를 통해 속이고자 하는 단순한 의도만으로도 설령 손해로부터 이익을 취하려는 의도가 없었다고 하더라도 사기의 주관적 요건은 충족하게 된다.

PECL 본조 (3)에서는 당사자가 특정한 정보를 공개하는 것이 신의성실 및 공정거래에 의하여 요구되는지의 여부를 판단함에 있어 4가지의 판단기준을 예시하고 있다(Lando, Beale, 2013, p.384). 차례로 분설하면 다음과 같다.

첫째, 상대방이 특별한 전문지식을 갖고 있었는지 여부이다. 특정정보를 고

지하지 않은 상대방이 특별한 전문지식을 가진 직업적 종사자라면 고지의무를 인정하기 용이할 것이다.

둘째, 관련 정보를 획득하는데 상대방이 지출한 비용이다. 상대방이 관련 정보를 획득하기 위해 상당한 비용을 지출하였다면 상대방의 고지의무를 인정하기 어려울 것이다.

셋째, 당사자가 합리적으로 스스로 그 정보를 획득할 수 있었는지 여부이다. 국제상사계약의 협상 및 체결과정에서 당사자는 상대방의 정보제공에 의존하지 않고 스스로 정보를 획득하여 협상에 그 정보를 활용할 것이 기대된다. 또한 계약당사자 일방은 자신의 이행과 관련된 정보를 타방이 이미 알고 있었고 또한 당해 정보를 획득하려 할 것이라는 사실을 기대하고 있다고 본다. 만약 당사자가 당해 정보의 접근 및 획득이 용이한 상황, 예컨대 이미 널리 공개되어 있는 무상 또는 유상의 정보나 획득비용이 과다하지 않은 정보 나아가 획득비용이 상당하지만 합리적인 계약당사자라면 상당한 비용을 지출하더라도 정보획득을 하였어야 했을 경우와 같이 합리적으로 정보를 획득하였을 가능성과 필요성이 존재하고 있는 경우 일방은 타방이 정보를 획득할 것이라고 예상하는 것이 합리적이므로 일방의 고지의무를 인정하기 어렵다고 본다.

넷째, 정보의 명백한 중요성이다. 일방에게 정보가 ‘명백하게’(apparently) 중요한 가치가 있었고 타방도 이를 인식하고 있었다면 앞선 세 번째 경우와 같이 타방이 비용을 지출하더라도 정보를 획득할 것을 예상할 수 있고 일방에게 중요한 가치가 있는 정보를 타방은 이미 획득하였거나 당해 정보를 획득함에 있어 많은 비용이 들지 않았다면 타방은 일방의 중요한 정보를 공개하여야 할 의무를 인정하기에 보다 용이할 것이다.

요컨대 PECL 본조 (3), (a) 내지 (d)에서 규정한 신의와 공정거래기준을 판단할 때 유의하여야 할 논점은 본조항은 예시규정이므로 이에 한정되지 않고 개별사건의 구체적 정황에 따라 법원이 다른 요소를 고려할 수 있다는 점이다.

나. CESL과의 비교

CESL 제49조 (1)에서는 일방이 상대방의 신의 및 공정거래의무 또는 계약 전 정보제공의무를 구두 및 행위나 사기적인 정보의 비제공에 의하든 허위표

시에 의하여 계약을 체결하도록 유도하였다면, 당해 계약을 취소할 수 있다고 명시하고, (2)의 제1문에서 불실표시는 그 표시가 허위라는 것을 알았거나 또는 믿었다면 또는 그것이 진정한지 허위인지에 대하여 무모하게 이루어져 그 수령자로 하여금 착오하도록 유도하였다면 이는 사기에 해당된다고 규정하고 있다. 나아가 제2문에서는 만약 비공개에 기하여 당해 정보가 제공되지 않은 자가 착오하도록 유도한 것이라면 사기에 해당된다고 명정하고 있다.

불실표시 또는 사기적 표시는 그 표시자가 허위임을 알고 있었다는 악의의 경우뿐만 아니라 당해 표시가 진정한지 허위인지에 관하여 악의는 아니지만 무모하게 표시되었고, 무모한 표시를 통해 표시의 수령자가 착오에 이르게 하려는 의도가 있었다면 사기에 해당된다고 하여 표시의 무모성도 사기에 해당될 수 있음을 밝히고 있다. 이는 PICC에 견주어 구별되는 차이점이라고 볼 수 있다. 다만 앞서 본 바와 같이 PICC도 해석론을 통해 무모성이 있는 표시도 사기에 포섭될 수 있다고 보고 있다.

CESL 본조 (3)에서는 PECL 제4:107조 (3)의 4가지 고려요소에 더하여 정보의 속성, 계약당사자 간에 존재하는 관련 정황에서의 선량한 상관습을 추가로 결부하고 있고 이와는 별도로 법원은 당해 계약의 특성, 계약의 목적 등에 의해 그 밖의 요소를 고려할 수 있음을 명정하고 있다. 이상의 PECL, CESL에서 제시한 고려요소는 PICC에서도 상대방의 고지의무가 있는지 여부를 판단할 때, 해석 상 유용한 고려사항이 될 수 있을 것으로 생각된다.

4) 강박

(1) 강박의 개념

PICC에서는 ‘강박’(threat)⁷⁴⁾에 대해 정의하고 있지 않지만, 통상 강박은 어느 일방이 타방으로 하여금 계약을 체결하도록 하는 ‘부당한 또는 위법적인 압박’(wrongful or illegitimate pressure)이라고 정의된다(Schwenzer *et al.*, 2012, p.231).⁷⁵⁾

74) 보통법계에서는 ‘threat’와 함께 ‘duress’라는 용어도 사용되지만 PICC에서는 전자의 용어를 사용하고 있음을 참고한다.

75) PICC, 제3.2.6조(강박) : “A party may avoid the contract when it has been led to conclude

보통법 체계에서 강박에 의한 계약은 ‘의사이론’(will theory)의 시각에서 당사자의 ‘억압되었거나’(overborne) 또는 ‘파괴된’(destroyed) 의사에 의해 체결되었기 때문에 취소할 수 있는 계약으로 취급하고 있다. 달리 대륙법 체계에서는 당사자 의사의 억압보다는 ‘부당한 압력’(illegitimate pressure) 그 자체에 초점을 맞추어 강박의 부당성이 취소의 중요한 근거라고 보고 있다.

PICC에서는 보통법과 대륙법적 체계를 조화적인 관점에서 통합하고 있다. 곧 PICC 제3.2.6조에 의하면 제반 상황에 비추어 다른 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 심각한 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있고, 특히 작위 또는 부작위에 기한 강박행위 자체가 위법하거나 그러한 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우 강박은 부당하다고 하여 이러한 강박의 부당성이 충족된다면 강박으로 인한 취소를 폭넓게 허용하고 있다. 이 경우 PICC상 강박은 경제적 강박을 포함하고 있음은 유의하여야 할 사항이다.

요컨대 PICC 본조는 피강박자의 심리적 반응, 예컨대 공포심을 기수요건에 두고 있지 않다. 왜냐하면 강박이 공포심을 불러일으키지 않는다고 하더라도 이는 여하히 취소할 수 있기 때문에 피강박자가 공포심을 느꼈는지 여부는 중요하지 않고 나아가 강박을 무시하였다고 하더라도 강박과 계약의 체결사이의 연결에는 지장을 주지 않는다는 이유 때문이다.

(2) 강박의 부당성

강박은 부당한 것이어야 한다. 부당한 강박에 관하여 PICC 제3.2.6조에서는 이를 두 가지로 명시하고 있다. 그 하나는 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법한 경우와 다른 하나는 그러한 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으

the contract by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract.” (제반 상황으로 보아 다른 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 심각한 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 특히 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법하거나 그러한 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우에 강박은 부당하다.).

로 사용하는 것이 위법한 경우이다.

여기서 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법한 경우란 강박자가 상대방을 강박하는 수단으로서 작위 또는 부작위 자체가 ‘위법’(wrongful)한 경우를 의미한다. 또한 작위 또는 부작위 자체가 위법하였다는 것은 ‘불법’(unlawful)과는 구별되는 것으로서, 이를테면 사회적으로 용인되어질 수 없는 행위를 의미하며 단순히 법률적으로 금지되어 있는 행위를 포함한 포괄적인 개념으로 이해하여야 한다. 다만 PICC에서는 어떠한 작위 또는 부작위가 위법적인지에 관한 특단의 기준을 제시하지는 못하고 있어 각 사례별로 당해 기준을 확립할 수밖에 없다는 흠결이 있다.

통상 강박의 전형적인 사례인 개인적·물리적 위해를 가하는 것이 위법함은 쉽게 인정이 될 수 있다고 본다. 또한 ‘개인의 이익’(person's property) 또는 ‘평판’(reputation)에 영향을 주는 강박은 위법하다고 보고 있다(UNIDROIT, 2010, p.116). 이 경우 국제상사계약에서는 경제적 이익 또는 재정적 평판에 영향을 주는 강박이 중요한 의미를 갖는데(Kramer, 1999, p.281), 여기서 어느 일방이 타방에게 향후 계약을 위반할 것이라는 고지가 있는 경우 이것이 강박에 해당될 것인지 여부가 문제시 된다. 예컨대 어느 일방이 타방에게 기존의 계약을 변경 또는 재협상하지 않으면 계약을 위반할 것이라고 고지하였을 경우 그러한 계약위반이 상대방의 경제적 이익 또는 평판에 영향을 주는 경우이다(UNIDROIT, 2010, p.116). 그렇지만 다른 한편 계약을 위반할 것이라고 고지하는 것이 반드시 위법한 강박에 해당하지는 않을 것이다. 특히 사정변경의 사유가 있어 PICC 제6.2.2조의 장애에 해당될 경우 제6.2.3조에 의해 장애의 당사자는 계약의 재협상을 청구할 수 있고 당해 재협상에 의해 체결된 계약은 강박에 의한 취소권을 행사할 수 없을 것이다.

한편 장애 이외의 사유가 있는 경우 계약을 위반할 것이라고 고지하였다면 계약의 변경 또는 재협상을 거부하고 PICC 제7.3.3조에 의해 계약해제권, 손해배상청구권 등의 구제권을 행사할 수 있으므로 피강박자에게 강박에 대응하는 구제수단이 없는 것이 아니지만, 피강박자가 자신의 재산적 이익 또는 평판에 대한 심각한 위협으로 인해 강박자의 의도대로 계약을 변경하거나 새로운 계약을 체결하는 경우가 있을 수 있기 때문에 계약해제권 등의 불이행에 대한

구제권만으로는 피강박자를 보호하기 어렵다고 본다.

다른 한편 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우란 어느 일방의 작위 또는 부작위 자체가 위법하지는 않지만 계약을 체결하려는 수단으로서 사용하는 것이 위법한 경우이다. 예컨대 어느 일방이 계약의 해제, 소송의 제기 등 적법한 권리를 행사할 때, 이러한 권리행사의 목적이 자신에게 유리한 내용으로 계약을 변경하고자 하거나 그 밖의 계약체결을 하기 위한 것이었을 때는 위법한 강박이 될 수 있다. 환언하면 어떠한 작위 또는 부작위가 외견상 적법한 권리의 행사로 보이기는 하지만 본질적으로는 권리남용에 해당될 정도로 다른 목적을 위한 수단으로 사용된다면 당해 권리행사는 신의칙에 비추어 용인될 수 없고 정당성을 상실한 위법하고도 부당한 강박에 해당된다.

(3) 강박의 급박성과 심각성

강박은 제반 상황에 비추어 다른 합리적인 ‘대안’(alternative)이 없을 정도로 ‘급박하고’(imminent) ‘심각하여야’(serious) 한다. 혹여 강박이 있었다고 하더라도 그 강박이 급박하지 않고 심각하지 않아 피강박자가 다른 대안을 선택하는 것이 가능했다면 PICC 제3.2.6조에서 정한바 강박에는 해당되지 않는다.

전통적 대륙법체계 하에서 강박에 해당되려면 해악이 초래될 것을 고지하여 공포심이 유발되었어야 한다고 보고 있으나, PICC에서는 공포심의 유발 대신에 급박성과 심각성을 강박의 요건으로 두고 있다. 즉 강박이 급박하고 심각해서 피강박자가 계약을 체결하는 것 이외에 그 밖의 합리적인 대안이 없다고 판단할 수 있는 정도에 이르러야 한다. 곧 공포심의 유발이라는 주관적인 기준이 아닌 제반 상황에 비추어 그 밖의 합리적인 대안이 없을 정도라는 객관적 기준을 채택하고 있다. 만약 그 밖의 합리적인 대안이 있었다면 강박이 피강박자가 계약을 체결하게 된 본질적인 원인이 아니었다고 평가될 것이다. 여기서 합리적인 대안이 없을 정도의 법적 기준은 제반 상황에 비추어 결정되도록 하고 있는데, 이 또한 특단의 기준 또는 고려요소를 정하지는 않고 있다. 따라서 제반 상황에 비추어 피강박자의 주관적 사정이 고려될 수 있는지에 관한 의문이 제기된다.

피강박자에게 강박에 특히 민감할 수밖에 없는 사정이 있어 그 밖의 합리적인 대안이 없다고 볼 여지가 있는 경우 이 같은 사정이 고려될 수 있는지는 명확하지 않다. 생각건대 당사자의 주관적 사정까지 고려한다면 상대방이 그러한 사정을 인식하지 못한 경우 당해 강박의 범위가 지나치게 확장된다는 점과, 국제상사계약에서는 당사자의 주관적 사정까지 고려한다는 것은 매우 어렵다는 점에 비추어 당사자에게 특수한 주관적 사정은 고려하기가 어렵다고 본다.

(4) 강박에 의한 계약체결

강박이 피강박자가 계약을 체결하도록 유인하였어야 한다. 따라서 강박이 피강박자의 의사를 결정하는데 영향을 미쳤다고 평가될 수 있어야 한다. 그렇지만 이 경우 피강박자가 계약을 체결하게 된 유일한 원인이었어야 할 필요는 없다(Huber, 2009, p.446).

강박이 계약의 체결에 영향을 미쳤다면 강박이 없었던 상황에서도 계약을 체결할 의사가 있었다고 하더라도 강박이 부당성, 급박성과 심각성의 요건을 갖추고 있는 경우 강박에 의한 취소권은 인정될 수 있다.

(5) PECL 및 CESL과의 비교

가. PECL과의 비교

PECL 제4:108조상 당사자는 상대방 행위의 급박하고 심각한 강박에 의하여 계약을 체결하도록 유도된 경우 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 상대방의 행위는 그 자체로 위법한 행위, 계약을 체결하기 위한 수단으로 이용하는 것이 위법한 행위를 열거하고 있고, 다만 당사자가 그 상황에 합리적인 대안을 가졌던 경우에는 그러하지 아니하다고 명시하고 있다.⁷⁶⁾

76) PECL, 제4:108조(강박) : “A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's imminent and serious threat of an act: (a) which is wrongful in itself, or (b) which it is wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract, unless in the circumstances the first party had a reasonable alternative.” [다음과 같은 타방의 급박하고 심각한 위협에 의해 계약을 체결하도록 유도된 일방은 계약을 취소할 수 있다. (a) 그 자체가 위법한 행위 또는 (b) 계약을 체결하도록 하기 위한 수단으로서 사용하는 것이 위법한 행위. 다만 당사자가 그 상황 아래서 합리적 대안을 가졌던 경우 그러하지 아니하다.

요컨대 PECL의 강박에 관한 규정은 PICC와 비교하였을 때 전체적으로 매우 유사하다. 곧 강박의 요건과 효과면에서 큰 차이를 발견하기 어렵다고 본다.

나. CESL과의 비교

CESL 제50조에서는 일방은 상대방이 위법하고 급박하며 심각한 위해의 강박으로써 당해 계약체결을 유도하였다면 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 곧 강박의 위법성, 급박성, 심각성을 요건으로 규정하고 있다. 그러나 상대방 행위에 유형에 대해 구체적으로 규정하고 있지는 않고 있으며, 합리적 대안이 존재하는 경우 강박이 성립되지 않는지 여부에 대해서도 특다스이 규정을 두고 있지 않은 특징이 있다.

4. 현저한 불균형

1) 현저한 불균형의 개념

PICC 제3.2.7조 (1)에서는 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우 당사자는 계약의 전부를 취소하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일부를 취소할 수 있다고 규정하고 있다.⁷⁸⁾

77) CESL, 제50조(강박): “A party may avoid a contract if the other party has induced the conclusion of the contract by the threat of wrongful, imminent and serious harm, or of a wrongful act.” (일방은 상대방이 위법하고 급박하며 심각한 위해의 강박으로써 당해 계약체결을 유도하였다면 계약을 취소할 수 있다.).

78) PICC, 제3.2.7조(현저한 불균형) : “(1) 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. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.2.10 (2) apply accordingly.” [(1) 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우 당사자는 계약의 전부를 취소하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일

대륙법계에서는 전통적인 로마법상의 개념인 ‘막대한 손해’(laesio enormis), 즉 ‘현저한 불균형’(gross disparity)이 발생하여 일방당사자에게 막대한 손해가 발생하는 경우 그 일방당사자를 보호하도록 하고 있다. 여기서 ‘현저한 불균형’이란 계약당사자 간 의무이행 또는 급부 사이의 현저한 가치적 불균형에 초점을 맞추어 있기 때문에 그 불균형은 객관적 시각에서 판단하게 된다.

로마법적 개념에서 출발한 현저한 불균형이란 개념은 주관적 요건으로서 ‘비난가능한 행위’(blameworthy behaviour), 즉 상대방이 당사자의 상황을 이용하여 이익을 취하는 행위라는 요건을 추가하여 당해 법리를 형성하게 된다 (Schwenzer *et al.*, 2012, p.254). 여기서 당사자의 상황은 일반적으로 당사자의 경제적 궁핍·경솔·무지·무경험·교섭기술의 결여 등을 의미하며 이러한 당사자의 상황을 이용하여 과도한 이익을 취하는 행위는 비난가능성이 있다.

보통법계에서 ‘비양심적 거래’(unconscionable transaction)의 개념은 현저한 불균형의 개념에 상응하여 당해 법리를 체계화하여 왔다. 곧 비양심 개념은 계약의 본질 또는 내용에 초점을 맞추어 계약당사자 간 상호 의무 간의 비양심적인 불균형 또는 계약적 균형을 파괴하는 조항이 존재하는 경우 불이익을 받는 당사자를 보호하여야 한다는 원칙이다.

통상 국제상사계약에서는 대부분 서로 양립하는 상거래관계를 형성하고 있고 상대적으로 ‘약자’(weaker party)를 보호하려는 조항은 상당히 불필요해 보일 수도 있다. 그러나 예컨대 소규모 거래상 또는 개발도상국 또는 체제전환 국가의 상인들은 상대적으로 교섭기술·자금력·정보력에서 약자의 지위에 있을 수 있고, 이 같은 약자의 지위에 놓여있는 당사자는 계약상 현저한 불균형으로 인해 불이익을 받게 될 것인바 이러한 당사자를 보호할 필요성은 클 것이라 본다(Kramer, 1999, p.282).

부를 취소할 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) 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.].

2) 현저한 불균형의 요건

(1) 과도한 이익

현저한 불균형에 해당하려면 계약내용에 특정한 조건으로서 상대방에게 ‘과도한 이익’(excessive advantage)이 결부되어 있어야 한다. UNIDROIT 공식주해서에 의하면 이 경우 ‘과도한 이익’이란 가치, 가격 또는 급부(일방의 이행)와 반대급부(타방의 이행)가 제반 상황으로 보아 합리적인 자의 양심에 충격을 줄 정도의 불균형을 의미하며, ‘상당한 불균형’(considerable disparity)으로는 부족하다고 본다(UNIDROIT, 2010, pp.108-109).

이러한 해석은 과도한 이익의 개념을 상당히 제한하고 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 급부와 반대급부 사이의 이익의 불균형이 당해 사건의 여러 사정으로 보았을 때 합리적인 자의 양심에 충격을 줄 정도로 막대한 정도에 이르러야 한다. 당해 해석은 앞서 본 로마법상의 ‘막대한 손해’라는 개념에 연원을 두고 있다(Kramer, 1999, p.283). 그러나 어떠한 정도가 현저한 불균형에 해당되는지에 관한 명확한 법적 기준은 엿볼 수 없다.

1994년 UNIDROIT 공식주해서에서는 PICC 제6.2.2조상 ‘장애’(hardship)는 계약체결 이후 물품가격 또는 가치가 50% 이상 변화한 경우로 명시하고 있으나(UNIDROIT, 1994, p.147.), 2004년 UNIDROIT 공식주해서에서는 이를 삭제하고 계약의 균형변화가 ‘중대한’(fundamental)인 경우라고 변경하고 있다. 장애가 계약체결 이후 가격 또는 가치의 변화에 의한 계약의 불균형이 초래된 경우 현저한 불균형은 계약체결 당시에 이미 계약의 불균형이 존재하고 있었다고 보아 현저한 불균형에 기한 과도한 이익을 1994년 UNIDROIT 공식주해서의 장애에 관한 해석과 같이 일률적 수치에 의해 기준을 정할 수는 없다고 본다.

요컨대 과도한 이익이란 계약 또는 계약조건에서 당해 상황에 비추어 어느 일방이 과도한 이익을 향유한 결과, 계약 또는 계약조건이 중대하고도 심각하게 불균형을 넘어서는 실질적 불균형 또는 불공정을 야기하는 것을 의미한다.

(2) 부당성

‘부당성’의 저촉요건은 일방이 과도한 이익을 향유하고 또한 ‘부당하

계’(unjustifiably) 당해 이익을 취하였어야 한다. 여기서 ‘부당성’이란 과도한 이익을 편취하게 된 절차적 부당성을 의미하는 것으로 이 경우 상대방의 주관적 사정, 즉 ‘취약성’(weakness)을 이용하였거나 또는 당해 계약의 성격과 목적에 비추어 과도한 이익을 얻는 것이 부당한 경우를 총칭한다. 여기서 부당성 판단기준이 논점으로 부각될 수 있는데, PICC 제3.2.7조에서는 당해 기준을 특정하지 않고 고려요소만을 예시하고 있을 뿐이다. 본조상 고려요소를 유형별로 구분하면 다음과 같다.

첫째, 당사자 사이의 협상력의 불균형에 영향을 주는 요소이다. 곧 계약체결 시 당사자 간 협상력이 균형적이지 않아 어느 일방이 부당하게 과도한 이익을 향유하였어야 한다. PICC에서는 이러한 불균형적 상황을 일방의 타방에 대한 ‘종속상태’(dependence), ‘경제적 궁박’(economic distress), ‘긴박한 수요’(urgent needs) 또는 ‘경솔’(improvidence), ‘무지’(ignorance), ‘무경험’(inexperience), ‘교섭기술의 결여’(lack of bargaining skill) 등을 예시하고 있다. 종속상태, 경제적 궁핍, 긴박한 결핍은 계약체결 당시 어느 일방의 불리한 상황으로 인해 발생한 일련의 ‘취약성’(weakness)이라고 볼 수 있고, 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여는 어느 일방의 개인적 능력의 부족으로 인해 발생한 취약성이라고 볼 수 있다.

국제상사계약에서 어느 일방이 타방에게 종속되어 있는 상태[의존도]에 의해 상대방이 과도한 이익을 부당하게 얻는 경우를 예시하면, 본·지사 간의 관계, 금융기관과 고객사이 간의 관계에서 발생할 수 있을 것이다(Huber, 2009, p.453). 그러나 시장지배력이 있는 기업과 그 기업에 물품을 공급하는 기업 사이의 관계에서와 같이 오직 시장의 상황에 의해 발생하는 협상력의 차이 그 자체만으로 이를 종속상태라고는 볼 수 없다(심중석, 2015, 15면).

경제적 궁박과 긴박한 수요는 모두 경제적 곤경에 처한 상태라고 할 수 있다. 경제적 궁박은 경제적으로 벗어날 방법이 없는 어려운 상태를 의미하는 것으로 새겨야 할 것이나, 명예가 침해되는 것과 같은 정신적 궁박은 강박에 해당되는 것은 별론으로 하더라도 경제적 궁박에서는 제외된다고 본다. 긴박한 수요는 당사자의 주관적 사정에 기해 계약목적물에 대한 긴급한 필요가 있어 그 당사자의 긴급한 수요로 인해 협상력이 불균형하게 된 경우를 말한다.

경솔·무지·무경험·교섭기술의 부족은 당사자 개인의 능력부족으로 상대방이 과도한 이익을 얻게 된다는 사실을 간과하였거나, 경험이 부족, 교섭기술이 상대방에 비해 취약하여 상거래의 불공정성 또는 부당성을 인식하지 못하는 것을 말한다. 다만 당사자의 무지를 이용하였다는 사실에 기하여 당해 계약을 취소할 수 있을 것인지에 관해서는 의문이 있다. 생각건대 불이익을 받는 당사자가 어떤 사실에 무지하였을 경우 당사자는 합리적으로 어떤 사실의 진실한 상태를 알아낼 것이 기대된다면 당사자가 자신의 무지를 이유로 취소할 수는 없다고 본다. 따라서 불이익을 받는 당사자가 주관적으로 어떤 사실에 무지했던 것이 중요한 것이 아니라 객관적으로 알 수 있었던 상태에 있었는지가 중요한 논점으로 부각된다.⁷⁹⁾ 이는 단순한 사실에 대한 무지를 의미하는 것이 아니라 경솔·무경험·교섭기술의 부족과 마찬가지로 불이익을 받는 당사자의 능력의 부족상태로서의 무지를 의미한다.

한편 과도한 이익을 받는 상대방이 불이익을 받는 당사자의 주관적 상태를 알았거나 알았어야 하는지가 문제시 된다. PICC에서는 명시적으로 이를 요구하지는 않고 있지만, 생각건대 과도한 이익의 부당성이 있다는 것은 상대방이 당사자의 주관적 상태를 알았음을 증명하여야 한다고 보는 것이 합리적일 것으로 본다. 만약 당해 요건을 요구하지 않는다면 상대방이 단순히 과도한 이익을 받았고 당사자가 일정한 주관적 상태에 있었다는 사실에 의해 취소된다면 상대방은 뜻밖의 피해를 입을 가능성이 없지 않기 때문이다.

둘째, 계약의 성격과 목적도 고려되어야 한다. 불이익 당사자의 낮은 협상력을 이용하지 않더라도 당해 계약의 성격과 목적에 비추어 이익을 향유한 자가 과도한 이익을 받았다면 부당성이 인정될 수 있다. 여기서 계약의 성격과 목적은 개별계약에 따라 상이할 수밖에 없으므로 일률적 기준을 정하기가 매우 어렵기 때문에 독립적인 고려요소로 인정될 수 있을지는 의문의 여지가 있다.

UNIDROIT 공식주해서에서는 물품 또는 서비스의 하자 통지기간이 극히 짧게 정한 계약조항과 대리인과 체결한 계약에서의 대리인의 기여도에 비해 과도한 보수를 책정하는 조항 등은 계약의 성격과 목적에 비추어 부당성이 있을 수 있다고 지적하고 있다(UNIDROIT, 2010, pp.109-110).

79) 유사판례로 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=FullText」.

요컨대 부당성을 판단할 수 있는 고려요소는 PICC 제3.2.7조 (1), (a), (b)에 한정되어 있지 않기 때문에 그 밖의 요소를 고려할 수 있음은 물론이다. 당해 상거래계의 관행 또는 상거래에 보편적인 ‘윤리’(ethics)도 고려요소가 될 수 있다고 본다(UNIDROIT, 2010, p.110).

3) 현저한 불균형의 효과

(1) 계약의 전부 또는 일부취소

현저한 불균형의 요건이 충족된 경우에는 그 밖의 취소원인과 동일하게 불이익자는 계약의 전부 또는 당해 계약조건에 한해 그 일부를 취소할 수 있다. 여기서 현저한 불균형에 의한 계약의 전부 또는 일부취소는 제3.2.11조 내지 제3.2.16조상 취소에 관한 일반조항이 적용될 수 있음은 유의하여야 한다.

(2) 계약의 변경

계약의 취소권이 있는 당사자는 경우에 따라 계약의 전부 또는 일부를 취소하는 것보다 계약 또는 계약조건을 ‘변경’(adaptation)하여 계약을 유지하는 것이 유리할 수도 있다. 이 경우를 대비하여 PICC 제3.2.7조 (2)에서는 당사자의 요청에 의해 법원이 합리적인 상업적 공정거래기준에 부합되도록 당해 계약이나 계약조건을 변경시킬 수 있도록 하고 있다.

나아가 본조 (2)에 따라 계약의 취소통지를 받은 상대방[이익자]는 법원에 당해 계약이나 계약조건을 변경하도록 요청할 수 있다. 이는 불이익자가 계약의 취소통지를 한 후에 즉시 취소의 효과를 발생시키기 보다는 이익자의 보호를 위해 법원이 계약의 변경을 통해 계약을 유지시킬 수 있는 경로를 열어두고 있음을 시사한다. 다만 이익자가 계약취소의 통지를 수령한 후에 지체 없이 또한 불이익자가 계약취소의 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 법원에 계약변경을 청구할 것임을 불이익자에게 통지하도록 그 요건에 두고 있다. 이러한 통지효과는 제3.2.10조 (2)을 준용하도록 하고 있다. 환언하면 취소권을 가지고 있는 불이익자가 이익자의 계약변경청구에 대한 통지를 받게 되면 불이익자의 계약취소권을 상실되며 이전에 행해진 계약취소의 통지는 효력을 잃게 된다.

4) PECL 및 CESL과의 비교

(1) PECL과의 비교

PECL 제4:109조에서는 ‘과도한 이익 또는 불공정한 우위’(excessive benefit or unfair advantage)라는 표제로 현저한 불균형을 다루고 있다.⁸⁰⁾ 다만 PICC에 비하여 차이점은 현저한 불균형을 이익자가 과도한 이익과 불공정한 이익을 얻는 경우로 세분화하고 있다는 점이다. 예컨대 불이익자가 이익자에게 의존하였거나 그와 신뢰관계가 있었던 경우, 경제적으로 궁박하거나 긴박한 곤궁상태에 있었던 경우, 경솔·무지·무경험이었거나 교섭기술이 부족했던 경우 등은[PECL, 제4:109조, (1), (a)]은 PICC와 동일하지만 이익자가 이러한 사정을 알았거나 알았어야 하고, 제반사정이나 계약목적에 비추어 당사자의 처지를 매우 불공정한 방법으로 이용하거나 과도한 이익을 얻은 경우 당사자가 취소할 수 있도록 하고 있음은 부각할 수 있는 차이점이다.

요컨대 PECL의 경우 이익자는 불이익자의 ‘취약성’(weakness) 내지 주관적

80) PECL, 제4:109조 : “(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.”[(1) 당사자는 계약의 체결 시에 다음과 같은 사유가 있었던 경우 계약을 취소할 수 있다. (a) 당사자가 상대방에 의존하거나 그와 신뢰관계에 있고 경제적 궁박상태 또는 긴박한 곤궁상태에 있고 경솔하거나 무지하거나 무경험이거나 또는 거래에 익숙하지 않았으며, 또한 (b) 상대방이 그 사실을 알았거나 알았어야 하고 그 상황과 계약의 목적에 비추어 심히 불공정하게 당사자의 상태를 이용하거나 과도한 이익을 얻은 경우. (2) 취소할 권한 있는 당사자의 청구에 의하여 법원은 그것이 적절한 경우에는 신의성실 및 공정거래의 요건에 따라 합의하였을 내용으로 계약을 변경할 수 있다. (3) 과도한 이익의 편취 및 불공정한 지위의 이용을 이유로 취소의 통지를 받은 당사자가 그 당사자가 취소의 통지를 받은 후 즉시로 그리고 그 통지를 한 당사자가 취소를 신뢰하고 행위하기 전에 이 사실을 고지한 경우, 법원은 그 통지를 받은 당사자의 청구에 의하여 계약을 변경할 수 있다.]

상태[사정]에 대해 악의 또는 알지 못한 것에 과실이 있어야 하고 또한 제반 사정과 계약목적에 비추어 불이익자의 주관적 상태를 매우 불공정한 방법으로 이용하였거나 과도한 이익을 향유하였어야 한다. 결국 상대방이 악의 또는 과실이 있어야 함을 조건에 두고 있다는 시각에서 이는 PICC와 상이한 점이다.

둘째, PECL은 과도한 이익 ‘또는’ 불공정한 우위라고 표현하여 과도한 이익과 불공정한 우위를 이익자가 모두 만족하여야 할 필요는 없고 이중 어느 하나에 해당하기만 하면 된다. 곧 불이익자의 주관적 상태를 매우 불공정한 방법으로 이용하였다면 이익자의 이익이 반드시 과도하였어야 할 필요는 없다고 하여 계약의 불공정성 그 자체로 계약의 취소요건은 충족된다. 한편 불공정성이 문제되지 않는 계약이라고 하더라도 상대방이 불이익자의 주관적 상태에 대해 악의 또는 과실이 있었다면 불이익자의 주관적 상태를 이용하였는지의 여부를 묻지 않고 과도한 이익을 얻었다는 그 사실 자체에 의해 불이익자는 계약을 취소할 수 있다. 이는 PICC에 비해 불이익자를 보다 두텁게 보호하고 있는 입법적 배려로 취급할 수 있다. 이 같은 배려는 이익자가 불이익자의 주관적 상태를 매우 불공정한 방법으로 이용하였다는 것을 증명하는 것은 사실상 매우 어려울 뿐만 아니라 불이익자에게 과중한 입증책임을 지우는 것이 때로는 너무 가혹하다는 시각에 기초하고 있다고 본다.

PECL에서는 개별적으로 교섭되지 않은 불공정조항으로 인해 어느 일방에게 불리하게 중대한 불균형을 초래하는 경우 취소를 허용하고 있다. 곧 제4:110조 (1)에서는 계약에 따라 제공될 이행의 성질, 계약의 모든 다른 조항 및 계약 체결 시의 제반 사정을 고려할 때, 개별적으로 교섭되지 않은 계약조항이 신의성실과 공정거래의 요구에 반하여 당해 계약으로부터 발생하는 당사자들의 권리와 의무에 관하여 일방에게 불리한 중대한 불균형을 초래하는 경우, 당사자는 당해 조항을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 본조 (2)에서는 (1)에 비추어 계약의 주된 사항을 정하고 있는 조항이 평범하고 이해될 수 있는 용어로 되어 있는 경우의 계약조항과 일방 의무로서 가액을 타방의 그것과 비교할 때 그 등가성에는 적용되지 않는다.

(2) CESL과의 비교

CESL 제51조에서는 ‘부당한 이용’(unfair exploitation)을 취소사유로 규정하고 있다.⁸¹⁾ 곧 PICC에서는 ‘현저한 불균형’이라는 용어를 사용하고 있음에 반하여 CESL에서는 ‘부당한 이용’이라는 용어를 사용하고 있는 차이점이 있다.

본조에서 말하는 부당한 이용에 해당하려면 첫째, 당사자가 어떠한 상태, 즉 ‘취약성’(weakness)을 가지고 있어야 한다. 그 취약한 상태란 본조 (a)에서 규정하고 있는 바와 같이 일방의 타방에 대한 의존, 당사자의 신뢰관계, 경제적 궁박 또는 긴급한 곤궁상태, 경솔·무지·무경험 등을 의미한다. 다만 PICC와는 달리 교섭기술의 결여는 포함되어 있지 않다. 일반적으로 경솔·무지·무경험의 원인 또는 결과로서 교섭기술의 결여가 고려될 수 있다는 점에 규정하고 있지 않은 것으로 보인다.

둘째, 상대방의 주관적 요건이 충족되어야 한다. 곧 상대방은 당사자의 상태를 알았거나 알았을 것으로 기대되어야 한다.

셋째, 상대방이 객관적으로 당사자의 상태를 이용하였어야 한다. 당사자의 상태를 상대방이 이용하였다는 것은 당해 계약의 상황 및 목적에 비추어 과도한 이익 또는 불공정한 우위를 취하였다는 것을 의미한다.

본조에서도 마찬가지로 상대방의 악의 또는 과실이라는 주관적 요건이 필요하고 상대방이 그러한 주관적 요건을 충족한 상태에서 당해 계약과 상황 및 목적에 비추어 과도한 이익 또는 불공정한 우위를 취하기만 하면 된다. 따라서 과도한 이익과 불공정성을 모두 갖추어야 할 필요는 없고 이중 어느 하나에 해당하면 불공정한 이용에 해당된다. 이는 PECL과 그 처지가 같으나 PICC와는 구별할 수 있는 점이다. 다만 CESL에서는 당사자 청구에 의한 법원의

81) CESL, 제51조(부당한 이용): “A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) that party was dependent on, or had a relationship of trust with, the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, or inexperienced; and (b) the other party knew or could be expected to have known this and, in the light of the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or unfair advantage.” [일방은 계약체결 시 다음과 같은 경우 계약을 취소할 수 있다. (a) 당사자가 상대방에게 의존하였거나 또는 상대방과 신뢰관계를 가졌거나 또는 경제적 궁박 또는 긴급한 곤궁상태에 있었거나, 경솔하였거나 무지하거나 또는 경험이 없다면, 그리고 (b) 상대방이 이것을 알았거나 알았을 것으로 기대되고 당해 계약의 상황 및 목적에서 과도한 이익 또는 불공정한 우위를 취함으로써 당사자의 상황을 이용한 경우].

계약변경권을 인정하지 않지 않고 단지 당사자의 취소권만을 허용하고 있는 차이점을 엿볼 수 있다.

5. 판결례 검토

1) 착오

(1) 사실관계와 판결요지⁸²⁾

본건은 중재사례로서 ‘스위스 취리히 소재 국제상사중재기구’(C)에서 중재합의조항의 유효성에 대해 판정한 사례이다. 본건의 쟁점은 B(피신청인)가 중재합의조항에서 중재기구를 특정하지 않은 상황에서 C의 관할권이 있는지의 여부에 관한 것이다. 중재의 과정에서 A(신청인)는 취리히에는 국제상사중재기구는 단 하나만 존재하기 때문에 B가 작성한 중재합의조항에서의 중재상사중재기구는 C로 정당하게 추정할 수 있다고 주장하였다.

중재판정부는 계약조항에서 부정확한 문언은 당사자의 진실한 의도를 고려하여 해석되어야 한다는 스위스 채무법 제18조 (1)과 신의칙에 관한 스위스 민법 제2조를 적용하였다. 중재판정부에 따르면 이상의 두 가지 구성요소의 조합, 곧 주관적 그리고 객관적 요소에 비추어 계약당사자는 평균적이고도 진실한 동시에 성실한 상인에 의해 이해되는 바로서 계약조항의 의미에 구속된다고 판정하였다. 이러한 해석원칙이 현대계약법적 시각에서 전 세계적인 공감을 얻고 있음을 증명하기 위해 PICC 제4.1조와 제4.2조를 언급하였다. 이에 중재판정부는 중재합의조항의 적합한 해석은 계약당사자가 중재판정부를 C로 지정한 것으로 해석하여야 한다고 보았다.

중재판정부는 B가 주장한 ‘실질적 착오’(material mistake)에 의해 중재합의조항이 취소되어질 수 있는지 여부에 대해서도 고려하였는데, 중재판정부는 당해 착오가 착오당사자와의 상사관계에서 신의칙에 기하여 계약의 필요적 기초로서 고려하였던 특단의 사실과 관련되어 있다면, 이를 중대한 착오로 본다는 스위스 채무법 제24조 (1)을 언급하였을 뿐만 아니라 PICC 제3.2.2조에서도 이

82) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=642&step=Abstract」.

와 유사한 규칙이 있존재하고 있음을 중요한 논거로 예시하였다.⁸³⁾ 또한 중재판정부는 스위스 채무법 제24조 (2)는 만약 착오가 특정한 계약을 체결한 동기에만 연관된 경우 또는 제24조 (1)의 문면상 중대한 것으로 생각될 수 없는 경우 계약취소를 할 수 없다는 규정과 PICC 본조를 참언하였다.

(2) 평가

본건의 핵심쟁점은 중재합의조항의 유효성 여부이다. 중재판정부는 중재조항에서 중재기구가 명시적으로 특정되지 않았다고 하더라도 신의칙에 따라 당사자 의사를 해석하여 중재기구를 특정할 수 있다면 당해 중재합의조항은 유효하다고 보았다.

중재판정문에서는 명확히 드러나 있지 않지만 B가 중재합의조항은 착오에 기하여 유효성이 없다는 주장에 대하여, 중재판정부는 스위스 민법 및 이에 부수하여 PICC의 유관조항을 참언하였다. 곧 중재판정부는 스위스 민법과 PICC 공히 착오는 중대한 착오일 것을 요구하고 있음을 실시하였다.

본건에서 사실관계가 명확히 드러나 있지 않아 양당사자의 착오가 어떠한 유형에 해당되는지 파악하기 어렵지만, 무엇보다도 중재판정부는 착오가 단순한 동기의 착오에 해당되었거나 또는 중대한 착오에 해당되기 어려운 경우 착오에 기한 계약취소를 할 수 없다는 점을 명백히 하였다.

본건에서 중재판정부의 판정이 PICC에서 취소할 수 있는 착오에 해당되기 위해서는 착오에 단순한 동기만이 개입되어 있어서는 곤란함을 밝히고 있다. 곧 동기의 착오가 완전히 배제되는 것은 아니지만 단순한 동기에 있어서 착오

83) Swiss Civil Code (Part 5 : The Code of Obligations) : “Art. 24 1. An error is fundamental in the following cases in particular: (1) where the party acting in error intended to conclude a contract different from that to which he consented; (2) where the party acting in error has concluded a contract relating to a subject matter other than the subject matter he intended or, where the contract relates to a specific person, to a person other than the one he intended; (3) where the party acting in error has promised to make a significantly greater performance or has accepted a promise of a significantly lesser consideration than he actually intended; (4) where the error relates to specific facts which the party acting in error considered in good faith to be a necessary basis for the contract. 2 However, where the error relates solely to the reason for concluding the contract, it is not fundamental. 3 Calculation errors do not render a contract any less binding, but must be corrected.”

가 있다면 착오에 의한 취소권은 발생하지 않는다고 보고 있다. 그러나 착오의 중대성이 없는 경우에는 취소할 수 없다는 점이 언급되어 있지 않고 있음은 매우 이례적이라고 볼 수 있다.

2) 사기

(1) 사실관계와 판결요지⁸⁴⁾

A(X국가의 은행, 신청인)는 B(피신청인)와 지폐인쇄를 계약의 목적으로 이에 관한 계약을 체결하였다. B는 지폐의 첫 번째 인도를 하였으나 당해 지폐는 계약에서 정한 품질수준에 부합하지 못했다. 이에 양당사자는 새로운 계약을 체결하였다.

당해 새로운 계약에서는 B는 자신의 비용으로 지폐를 재생산하고 이에 생산된 지폐가 계약상의 조건을 만족하는 경우 A는 당해 지폐로 새로운 주문을 할 것이라는 내용을 포함하고 있었다. 그러나 A는 B가 새로운 지폐로의 재생산에도 불구하고 만족스러운 지폐를 인도하지 못했다고 주장하였다. 이에 B는 두 번째 계약에서 정한 바와 같이 A는 다름없이 새로운 주문을 하여야 한다고 주장하였다.

본건에서 중재판정부는 두 번째 계약은 CISG상의 매매계약이 아니라고 보아(제2조) CISG를 적용할 수 없기 때문에 PICC와 PECL과 같은 국제상사계약법규범 또는 그 밖의 유관한 법규범을 적용하여야 한다고 보았다.

본 사건에서 사기와 관련된 논점은 다음과 같다. A의 주장에 의하면 두 번째 계약은 B가 당해 상황에서 고지하였어야 할 정보를 사기적으로 불고지하였기 때문에 무효 또는 취소될 수 있다고 주장하였다. 즉 A와 B사이의 계약을 추진하고 중개하였던 C[A의 이전 직원]가 실제로 B에 의해 고용되었다는 사실을 B가 응당 고지하였어야 함에도 사기적으로 고지하지 않았기 때문에 이는 사기적 불고지에 해당한다고 주장하였다.

그러나 중재판정부는 신청인 A의 주장을 배척하였다. 그 이유는 당시에 A

84) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=690&step=Abstract」.

의 직원이 더 이상 아니었던 C가 단지 계약을 중개하였다는 이유만으로 계약이 체결되었다는 것에 대해 이를 A가 충분히 증명되지 못하였다는 B의 주장을 수용하였기 때문이었다.

(2) 평가

본 사건에서는 계약을 중개했던 중개인으로서 C가 문제되었다. 정황에 비추어 이전에 A의 직원이었던 C가 두 번째 계약을 중개하였던 것으로 보이는데 두 번째 계약을 체결하는 과정에서 C가 당시 B에게 고용되었거나 또는 B의 이해를 대변하고 있다는 사실을 A가 알지 못했다고 본다. 곧 A는 당시 상황에서 B가 그와 같은 사실을 고지하였어야 함에도 이를 해태하였기 때문에 이것은 사기적 불고지에 해당된다고 주장하였다.

중재판정문을 통하여 그 낱낱을 살필 수는 없지만 동 관정부는 이 같은 사실은 합리적인 상업적 공정거래기준에 비추어 고지하였어야 할 사실이라는 것에는 찬동하는 것으로 보인다. 다만 B가 주장한 바와 같이 설령 고지하였어야 할 사실이라고 하더라도 당해 불고지를 사기적 불고지로 취급하기 위해서는 당초 사기적 불고지로 인하여 계약이 체결되었음을 계약의 취소를 주장하는 당사자가 입증하여야 한다. 따라서 C가 B에게 고용되었거나 또는 B의 이해를 대변하고 있다는 사실이 A와 B 간에 두 번째 계약을 체결하게 된 원인이라는 것이 증명되지 않는 한 계약은 취소될 수 없다고 본다.

물론 PICC에 의하면 결정적 사기가 아닌 부수적 사기로 인해 계약이 체결되는 경우에도 계약은 취소될 수 있을 여지가 있으나, 본건 중재판정의 요지는 사기적 표시 또는 사기적 불고지가 계약을 체결하게 된 최소한의 주된 원인에 해당되어야 하고, 동시에 계약을 체결함에 있어 사기적 표시 또는 사기적 불고지가 계약을 체결하게 된 주된 원인이라는 점을 주장하는 자가 충분히 입증하여야 한다는 견해를 취하고 있는데서 그 의의를 구할 수 있다고 본다.

3) 강박

(1) 사실관계와 판결요지⁸⁵⁾

A(리히텐슈타인 소재 매도인)와 B(스페인 소재 매수인)는 CFR 조건으로 매매계약을 체결하였다. A는 본건 물품의 운송 중에 이를 소외 C(스페인 회사로서 최종구매자)에게 매각하였다. 그런데 동일한 운송에 대해 각각 독립적인 무고장선하증권과 하자부선하증권에 기하여, 곧 상반되는 선하증권과 관련하여 분쟁이 발생하였다. 결과적으로 당사자들은 기존의 물품매매계약을 해제하기로 하는 화해계약을 체결하고 각각 소요된 비용에 대해 배상하기로 합의하였다. 이후 A는 당해 화해계약이 B의 ‘경제적 강박’(economic duress)하에서 체결되도록 강요받았다고 주장하면서 본건 중재판정부에 중재를 신청하였다.

본건 중재판정부는 경제적 강박하에서 화해계약이 체결되었는지 여부를 결정하기 위해 PICC를 적용하기로 결정하였다. 또한 이와 별도로 중재판정부는 사기에 관한 PICC 제3.8조(제3.2.5조)의 적용가능성에 대해서도 판단하였다.

중재판정부는 당해 물품이 스페인 항구에 도착되었을 때의 상태로 이미 인수되었음에도 B가 사기적인 선하증권이 제시되었다고 언급함으로써 기망행위를 하였다는 A의 주장은 사실과 다른 것으로 보았다. 왜냐하면 실제로 매도인이 물품 양하의 첫 번째 단계를 거친 후에 즉시 물품의 품질에 이의를 제기하였다는 명시적인 증거가 있었기 때문이었다.

한편 강박과 관련하여 중재판정부는 B는 A를 강박하기 위해 법원에 소를 제기하는 등의 권리를 남용하지는 않았다고 보았다. 그 이유로서 A는 C가 제기한 소송에서 제3자로 소환되었고 당해 소송 중에 A가 화해계약을 제시하였기 때문이었다.

(2) 평가

본건 중재판정의 쟁점은 강박행위로 작용할 수 있는 작위 또는 부작위 자체는 적법하지만 그러한 행위를 통해 달성하고자 하는 목적이 위법한 경우로 당사자의 일방의 소송을 제기하는 것이 강박에 해당될 수 있는지 여부이다. 즉 강박의 부당성 판단에 관한 문제이다.

본건 중재판정부는 그러한 적법한 소송행위가 목적이 위법한 경우라면 권리의 남용으로서 위법한 강박이 될 수 있음을 전제하고 있는 것으로 생각된다.

85) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1661&step=Abstract」.

곧 B가 A에게 불이익한 화해계약을 체결하기 위한 목적으로 소송을 제기하는 것이 만약 그 목적에 있어서 위법하다면 당해 소송행위가 부당한 강박이 될 수 있다는 논지이다. 그리고 그러한 부당한 강박의 위법성의 근거는 권리의 남용으로 해석될 수 있다.

그러나 중재판정부의 지적과도 같이 화해계약에 강박행위가 있었다고 주장하는 A가 자발적으로 B에게 화해계약의 체결을 제시하였다는 점, A가 소송에서 당사자가 아닌 제3자로 소송에 참가하였다는 점을 고려할 때, 부당한 강박이 있었다고 보기 어렵다고 본다.

본 중재판정은 소송행위 그 자체는 적법하다고 하더라도 권리의 남용으로 볼 수 있는 소송행위는 위법하며, 그 소송행위는 부당한 강박에 해당될 수 있음을 확인하였다는 점에서 의의가 있다고 본다.

4) 현저한 불균형

(1) 사실관계와 판결요지⁸⁶⁾

A(이탈리아 소재 회사)와 B(오스트리아 소재 회사)는 항공 프로젝트의 금융에 관한 주주계약을 체결하였다. 본건의 경과로서 A는 B가 대금지급을 하지 못하자 계약을 해제하였다.

B는 본건 계약은 이탈리아법을 준거법으로 한다는 내용이 포함되어 있음에 따라 이탈리아 민사소송법 제834조에 의거 국제중재에서 중재판정부는 무역관행을 고려하여야 하고, 이에 ‘상인법’(lex mercatoria)은 이탈리아법의 일부분이기 때문에 PICC는 ‘국제무역관행의 지식에 관한 권위 있는 법원’으로 고려되어야 한다고 주장하였다.

중재판정부는 PICC의 개별조항의 적용가능성에 대해 PICC의 적용은 국제적 ‘상관습’(commercial usage)과 같이 간단하게 그 적용을 긍정할 수는 없다고 보았고, 동시에 이탈리아 민사소송법 제834조에서 말하는 국제상관습은 그것이 국내규정과의 간극을 적의 보충할 수 있는 한도 내에서, 해석상 그리고 통합적 가치를 가질 때 의미가 있다고 실시하였다. 따라서 이탈리아법에 의한 계

86) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=Abstract」.

약취소의 실질적인 결과와는 다른 법률효과의 한계를 넘어서는 범위 내에서는 적용되어질 수 없다고 지적하였다. 그럼에도 불구하고 중재판정부는 PICC 제 3.2.7조와 제6.2.2조의 개별조항의 적용을 용인하였다.

PICC 제3.2.7조에 대하여 중재판정부는 B는 계약이 체결되기 전에 발생했던 사실에 대해 ‘무지’(ignorance)의 상태에 있었음을 주장할 수 있으나, 이 경우 무지라고 함은 자신이 그 당시에 알지 못했고 알 수 없었어야 하며, 무엇보다도 자신이 주관적으로 믿었던 바가 아니라 객관적으로 알 수 있었는지 여부라고 설시하였다.

중재판정부는 장애에 관한 PICC 제6.2.2조의 적용과 관련하여 당해 장애가 만약 계약적 균형이 와해된 것이 불이익당사자가 예측하지 않았던 위험의 발생 때문이었고 그러한 사건이 계약체결 이후에 발생하였다면 적용가능하다고 보았다. 여기서 계약적 균형이 와해되었다는 사실은 현저한 불균형과의 관계에서 독자적으로 원용되어질 것이라고 판정하였다.

(2) 평가

본 판정에서 중재판정부는 현저한 불균형과 장애에 관한 의미 있는 해석을 하고 있다고 본다. 곧 현저한 불균형의 요건으로서 상대방에게 과도한 이익이 있었는지의 여부를 판단할 때, 당해 고려요소로서 무지를 상대방이 이용하였는지 여부에 따라 현저한 불균형을 이유로 계약의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다는 것이 그것이다.

B는 계약체결 당시에 어떤 사실에 대한 무지상태에 있었고 이를 상대방이 이용하였다고 주장하였는데, 이에 중재판정부는 당사자는 무지상태에 있었어야 하고 이를 알지 못했고 알 수 없었어야 한다고 보았다. 또한 당사자의 무지란 무지의 상태, 그 자체가 중요한 것이 아니라 당사자가 계약체결 당시에 발생한 사실을 알 수 있었는지 여부라고 하여 어떤 사실에 대한 무지를 단순히 상대방이 이용하였다는 것을 이유로 취소할 수는 없다고 보았다. 환언하면 당사자가 어떤 사실의 무지가 객관적으로 충분히 알 수 있었던 상황에서의 무지까지 포함하는 것은 아니고 객관적으로 무지할 수밖에 없는 정황이 중요하고 이를 상대방이 이용하였을 때에야 비로소 현저한 불균형을 이유로 취소를

할 수 있음을 명백히 하였다.

또한 장애의 경우에는 어떤 사실의 발생으로 계약적 균형이 중대하게 와해되었다고 판단하기 위해서는 계약체결 이후에 예측할 수 없는 사실이 발생했어야 한다고 전제하고, 이 경우 계약적 균형의 와해는 현저한 불균형의 요건과는 별도로 독자적으로 해석되어야 한다고 하여 계약당시의 불균형과 계약체결 이후의 불균형은 달리 판단하여야 한다고 보았다.

제2절 취소권의 행사

1. 취소의 통지

계약취소권을 보유하고 있는 당사자는 상대방에 대한 ‘통지’(notice)로써 취소권을 행사할 수 있다.⁸⁷⁾ 여기서 계약취소권을 가진 당사자는 착오자·피기망자·피강박자·불이익자가 된다. 이 같은 계약취소권을 가진 당사자는 설령 취소권을 가졌다고 하더라도 당해 권리를 행사하기 위해서는 상대방에 통지하여야 한다. 통지에 의해 취소권을 행사한다는 것은 소송을 통해 행사하여야만 하는 것이 아니라 소외 상대방 있는 단독행위로 취소권을 행사할 수 있음을 의미하기도 한다.

취소의 의사를 통지하는 경우 PICC 제1.10조 통지에 관한 일반원칙이 적용된다. 본조에 의하면 통지는 ‘선언’(declaration), ‘요구’(demand), ‘청구’(request) 그 밖의 의사표시를 위한 통신을 포함한다.⁸⁸⁾ 통지가 요구되는 경우 이는 당해 상황에 적절한 방법으로 할 수 있고 이 경우 통지는 그것이 수신인에게 도달한 때에 효력이 발생한다. 통지의 방법은 불요식에 기하고 어떠한 방법이 당해 상황에 적절한 것인지는 개별사건에 따라 그 형태와 양상이 다른 까닭에, 획일적 기준을 정하기는 어렵지만 수신·발신인의 통신수단 이용가능여부, 신뢰가능여부, 통지의 중요성 또는 긴급성, 당사자 간에 확립된 관례, 적용가능한 관습 등이 고려되어야 한다.

취소권의 통지는 통지의 일반원칙에 따라 도달주의에 의한다. 여기서 도달

87) PICC, 제3.2.11조(계약해제의 통지) : “The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.” (당사자의 계약취소권은 상대방에 대한 통지로써 행사된다.).

88) PICC, 제1.10조(통지) : “(1) Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances. (2) A notice is effective when it reaches the person to whom it is given. (3) For the purpose of paragraph (2) a notice ‘reaches’ a person when given to that person orally or delivered at that person’s place of business or mailing address. (4) For the purpose of this article ‘notice’ includes a declaration, demand, request or any other communication of intention.” [(1) 통지가 요구되는 경우 이는 당해 상황에 적절한 방법으로 행할 수 있다. (2) 통지는 그것이 수신인에게 도달한 때에 효력이 발생한다. (3) 전항에서의 통지는 수신인에게 구두로 행하여지거나 그의 영업소나 우편주소지에 전달된 때에 도달로 본다. (4) 본조에서 말하는 통지는 선언·요구·청구 그 밖의 의사표시를 포함한다.]

이란 수신인에게 구두로 행하여지거나 그의 영업소나 우편주소지에 전달된 때를 가리킨다[PICC, 제1.10조, (3)]. 한편 대화자 간에는 도달이 큰 문제되지는 않으나, 격지자 간에는 수신인의 지배가능영역(영업소나 우편주소지 등)에 도달하였다면 그것으로 족하다. 다른 한편 전자적인 방법에 의할 경우에는 수신인의 서버(sever)에 진입한 때, 도달된 것으로 본다(UNIDROIT, 2010, p.30).

도달될 때까지 의사의 전달과정에서 멸실 또는 지연 등의 전달위험은 통지하는 자가 부담한다. 다만 계약당사자는 도달되었는지를 입증하기 어려움을 회피하기 위해 도달주의를 배제하고 발신주의를 취할 것을 약정할 수 있는데, 이 경우에는 PICC 제3.19조가 적용되지 않는다.

한편 계약취소의 통지에 취소이유가 포함되어야 할 필요는 없고 분명하고 명확하며 무조건적인 취소를 한다는 의사가 포함되어 있으면 그것으로 충분하다. 환언하면 취소의 통지를 하는 당사자가 당해 취소사유가 착오·사기·강박·현저한 불균형 중 어떠한 사유에 해당되는지를 밝혀야 할 필요는 없다.

2. 소급효와 원상회복

PICC 제3.2.14조에서는 취소의 소급효를 규정하고 있다. 소급효가 있다는 것은 계약이 취소되면 계약은 처음부터 존재하지 않게 된다는 것을 의미한다. 따라서 양당사자는 계약이 취소되어 무효화되었기 때문에 이행되지 않은 의무는 이행할 필요가 없고, 이미 이행된 것이 있다면 원상회복의 의무를 부담하게 된다.

1) 원상회복의 의의

PICC 제3.2.15조에서는 ‘원상회복’(restitution)에 관하여 규정하고 있다. 취소가 있으면 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약 하에서 급부된 것의 원상회복을 청구할 수 있으나, 다만 각 당사자는 계약의 전부 또는 일부 취소된 계약 하에서 수령한 것을 동시에 원상회복하여야 한다. 여기서 취소는 소급효가 있기 때문에 원상회복이란 계약이 없던 상태로의 회복을 의미한다. 이 경우 원상회복은 원물반환이 원칙이나, 경우에 따라 원물반환이 가능하지 않거

나 또는 부적합하다면, ‘합리적인 한’(whenever reasonable), 그 가액을 금전으로 반환하여야 한다[PICC, 제3.2.15조, (2)].

요컨대 취소권이 행사되어 계약이 취소되면 양당사자는 공히 원상회복의무를 부담하게 된다. 이와 같은 원상회복은 동시이행관계에 있다. 이 경우 취소된 이후 양당사자가 갖는 원상회복청구권의 성질에 관하여 PICC에서는 달리 정하고 있지 않다. 곧 취소된 이후 소유권으로 대표되는 물권이 곧바로 회복되는지 아니면 원상회복을 청구할 수 있는 채권만을 보유하게 될 것인지에 대한 명시적 규정은 존치해 두고 있지 않다.⁸⁹⁾

본조항에서 소유권이 자동적으로 복귀하는지 아니면 원상회복청구권만이 존재하는지는 물품을 점유하고 있는 당사자가 지급불능상태, 예컨대 파산한 경우에 문제의 소지가 있다. 곧 소유권이 자동적으로 복귀한다고 해석한다면 물권적 청구권 또는 이와 유사한 권리에 의하여 원물반환을 청구할 수 있는 반면에, 원상회복청구권이라는 채권만을 보유하고 있는 경우에 적용될 수 있는 파산법에 따라 원물반환이 아닌 그 밖의 채권자와 동일한 지위에서 그 가액반환만을 청구할 수 있게 될 수 있을 것이다. 이는 원물반환이 가능하지 않은 상황 또는 부적합한 상황에 해당된다고 본다.

PICC는 이러한 물권적 권리 또는 재산권 문제에 대해서는 다루지 않고 있다.⁹⁰⁾ 따라서 물권적 권리 또는 재산적 권리가 회복될 수 있는지 아니면 원상회복청구권이라는 채권만으로 존재하는지에 대해서는 적용되는 국내법에 의해서 해결될 수밖에 없을 것이다.

2) 원상회복의 내용

(1) 원물반환

89) 우리 민법의 해석론에 의하면 취소의 소급효에 의해 양당사자는 원상회복의무를 부담한다. 이때 채권행위와 물권행위의 무인성을 인정하는 학설에 의하면, 채권행위[계약]의 취소는 물권행위에 영향을 미치지 않으므로 취소권자는 부당이득반환청구권만을 가지게 되나, 달리 채권행위와 물권행위 유인성을 인정하는 학설에 의하면, 채권행위가 효력을 상실하면 곧바로 물권행위도 효력을 상실하며 따라서 취소권자는 소유권에 기한 반환청구권을 갖는다고 보고 있다.

90) PECL 제4:115조에서도 취소가 재산권을 복귀시키는지 여부에 대해서 다루지 않는다는 점에서는 PICC와 같은 태도를 취하고 있다(Lando, Beale, 2013, p.423).

원상회복은 원물반환을 원칙으로 한다. 원물반환 시에는 이미 이행된 원물을 반환하기만 하면 계약상 의무는 이행되며, 이 경우 선의·고의에 따른 반환범위는 구별하지 않고 있다.⁹¹⁾ 따라서 원상회복의무자로서 ‘급부를 수령한 자’(recipient)는 원물을 반환하기만 하면 되고, 다른 한편 원물로부터 발생하는 ‘이익’(benefits), ‘과실’(fruits), ‘이자’(interest) 등은 반환의무를 부담하지 않는다.⁹²⁾ 계약해제에서도 해제 후의 원물반환의무는 원물로부터 발생하는 이익·과실·이자 등의 반환의무를 두고 있지 않아 계약해제와 계약취소를 동일하게 취급하고 있음을 엿볼 수 있다.

(2) 가액반환

취소 후에 원물반환이 불가능하거나 또는 부적합한 경우에는 합리적인 한, 가액을 금전으로 반환하여야 한다. 이 경우 원물반환이 불가능한 상황에는, 예컨대 서비스 계약에서 이미 이행된 서비스가 원물반환의 대상이 되는 상황, 목적물이 이미 재판매되어 최종적으로 소유권이 제3자에게 귀속된 상황, 목적물이 이미 소비·멸실·분실되는 등의 사유로 원물반환이 불가능하게 된 상황

91) 우리나라 통설은 취소 후에 당사자들이 부담하는 의무의 내용은 부당이익이라고 보고 있다. 따라서 부당이득에 관한 제741조 이하의 규정이 적용되어 선의의 수익자는 그가 받은 이익이 현존하는 한도 내에서 반환하여야 하고, 악의의 수익자는 그가 받은 이익과 이자를 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

92) 이에 비해 CESL 제172조 (2)에서는 취소 후 반환의무는 수령한 것으로부터 나온 자연적·법적 과실을 포함한다고 명시하고 있다. CESL, 제172조(취소 또는 해제에 대한 원상회복) : “1. Where a contract is avoided or terminated by either party, each party is obliged to return what that party (‘the recipient’) has received from the other party. 2. The obligation to return what was received includes any natural and legal fruits derived from what was received. 3. On the termination of a contract for performance in instalments or parts, the return of what was received is not required in relation to any instalment or part where the obligations on both sides have been fully performed, or where the price for what has been done remains payable under Article 8 (2), unless the nature of the contract is such that part performance is of no value to one of the parties.” (1. 계약이 일방에 의하여 취소되거나 해제되는 경우 각 당사자는 상대방으로부터 받은 것을 반환할 의무가 있다. 2. 반환의무는 수령한 것으로부터 나온 자연적·법적 과실을 포함한다. 3. 분할 또는 일부이행을 위한 계약이 해제되는 경우 수령한 것에 대한 반환은 양당사자에 대한 의무가 완전히 이행된 경우 또는 이행된 것에 대한 대금이 제8조 2에 의하여 지급될 수 있는 경우 분할 또는 일부와 관련하여 요구되지 않는다. 다만 당해 계약의 성격이 그러한 일부 이행이 거래당사자 중 일방에게 가치가 없는 경우에는 예외로 한다.).

등을 예시할 수 있다. 또한 불가능의 판단기준은 객관적으로 원물반환이 불가능함을 의미키며, 달리 주관적인 불가능은 판단기준으로 기능할 수 없음이 원칙이다.

결국 원물반환이 원칙이기는 하지만 국제상사계약의 특성에 비추어 서비스 계약에서 반환할 수 없는 이미 이행된 서비스와 국제물품매매계약상 계약의 목적물이 재판매된 경우 등은 매우 빈번하게 발생하는 것이 통상이라고 보아 만약 일부의 이행이 있었다면 가액반환을 하여야 하는 경우가 오히려 보편적일 수도 있을 것이다.

원물반환이 ‘부적합한’(inappropriate) 상황이라는 문언에 대해서는 논쟁이 있을 수 있다. 예컨대 PICC(2004) 제3.17조 (2)에서 취소가 있으면 양당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약 하에서 급부된 것의 원상회복을 청구할 있으나, 전부 또는 일부 취소된 당해 계약 하에서 수령한 것을 동시에 원상회복하거나, 성질상 원물반환이 불가능한 경우 기 수령한 것의 가액을 반환하여야 한다고 하여 원물반환이 불가능한 경우만을 규정하고, 달리 부적합한 경우를 규정하지 않고 있었지만 PICC(2010) 제3.2.15조에서는 불가능한 경우와 부적합한 경우 모두에 가액반환을 할 수 있도록 후보하고 있는 특징이 있다.

한편 PICC(2010) 제7.3.6조에서는 계약에 기한 급부가 일회적으로 이행되는 ‘일시적 계약’(contracts to be performed at one time)에 있어 계약해제 후의 원상회복의무를 규정하고 있다. 본조 (1)에서는 한 번에 이행될 수 있는 계약이 해제되면 각 당사자는 자신이 급부한 모든 것에 대한 원상회복을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, (2)에서는 원물반환이 불가능하거나 또는 부적합한 경우 합리적인 한, 당해 가액을 금전으로 반환하여야 한다고 규정하고 있음을 살필 수 있다. 이 경우 (2)는 계약해제 후의 원상회복도 원물반환을 원칙으로 하고 있으나, 경우에 따라 원물반환이 불가능하거나 부적합한 경우에는 그 가액의 반환을 허용하고 있다.

PICC(2010) 개정에서는 계약취소의 원상회복과 계약해제의 원상회복의 범위 또는 그 방식에 있어서 계약취소와 계약해제를 일치시키고 있다. 그렇지만 계약해제는 소급효가 없고 장래의 효과만을 인정하고 있다는 점에서 계약취소의 그것과는 여전히 차이를 갖고 있다는 점은 유의하여야 할 사항이라 본다.

한편 부각할 수 있는 논점은 PICC 제7.3.6조에서 말하는 원물반환이 부적합한 경우와 제3.2.15조에서의 원물반환이 부적합한 경우에 대한 해석을 동일시킬 수 있느냐의 여부이다. 전자에 대해 PICC(2004) 공식주해서에는 이행의 일부만을 수령한 피해당사자가 당해 이행부분을 ‘보유’(retrain)하고자 하는 상황을 원물반환이 부적합한 경우라고 해석하고 있었다(UNIDROIT, 2004, p.230). 그러나 PICC(2010) 공식주해서에서는 이를 삭제하고 원물반환 시 비합리적인 노력 또는 비용을 유발시킬 수 있는 경우를 원물반환이 부적합한 경우로 특정하고 있다(UNIDROIT, 2010, pp.259-260). 후자에 대해서도 마찬가지로 원물반환 시 비합리적인 노력 또는 비용을 유발시킬 수 있는 상황을 원물반환이 부적합한 경우로 특정하여 계약해제에 따른 가액반환과 계약취소에 따른 가액반환의 해석론을 일치시키고 있음을 엿볼 수 있다.

PICC(2010) 제7.3.7조에서는 분할이행계약, 곧 일정기간동안 급부가 이행되는 계약에서의 원상회복의무를 규정하고 있는데, 분할이행계약에서 계약해제는 장래의 효과만을 인정하고 있어, 분할가능한 급부인 경우 이미 이행된 급부에 대해서는 계약해제의 효과가 미치지 않도록 하고 있다. 이 점은 계약해제와 계약취소의 원상회복에 있어서의 차이점으로 부각할 수 있다.

요컨대 계약해제에 의한 원상회복은 급부가 분할급부인 경우 이미 이행된 급부에 대해서는 해제의 효력이 미치지 않고 원상회복의무가 없다. 따라서 해제의 효력이 미치지 않는 범위에서는 원물반환 또는 가액반환의 문제가 발생하지 않는다.

결국 계약취소에 의한 원상회복은 급부가 분할급부인 경우 이미 이행된 급부에 대해서도 취소의 효력이 당연히 미치기 때문에 원상회복을 하여야 하고 이때는 이미 이행된 급부에 대해서도 원물반환이 불가능하고 부적합한 경우에만 하여 가액반환이 인정된다. 또한 가액반환 시에는 ‘합리적인 한’(whenever reasonable) 가액반환을 하여야 한다고 명시하고 있는데, 이 문언은 상당히 모호하며 그 의미를 이해하기 어렵다고 본다. 이에 대해 당해 공식주해서에서는 ‘합리적인 한’이란 수령자에게 이행된 급부로부터 이익이 된다면 그 한도 내에서만 가액을 반환한다는 의미로 해석하고 있다. 다만 이익이 되는 한도 내에서의 가액의 결정에 관한 기준에 관해서는 특별한 언급이 없다. 생각건대

이 경우 ‘시장가격 기준’(market-value-based approach)에 의해 객관적 기준을 채택하는 것이 일련의 방법이 될 수 있을 것으로 본다.⁹³⁾

그러나 이러한 접근법은 수령자의 주관적 기준에 의하게 되는 결과, 이익이 되는 한도에 대해 양당사자 간에 이견이 존재할 가능성이 매우 높게 되는 문제점이 예상된다. 따라서 수령자에게 전혀 무익한 경우를 제외하고 수령자의 이익수준은 자신이 수령한 급부에서 직접적으로 얻게 된 이익을 기준으로 하거나 또는 공개된 시장에서 얻을 수 있는 이익의 한도를 기준으로 하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

(3) 위험의 분배

계약이 취소되기 전에 목적물의 ‘멸실’(destruction) 또는 ‘손상’(deterioration)에 관한 위험은 누가 부담하여야 하는지와 관련하여, PICC 제3.2.15조 (2)에서는 원물반환이 불가능하거나 또는 부적합한 경우 ‘합리적인 한’, 가액반환을 하여야 한다고 명시하고 있는데, 본조항은 ‘수령자’(recipient)가 당해 위험을 부담하여야 한다고 본다. 왜냐하면 목적물이 멸실되었다면 원물반환이 불가능하고 이 경우 취소사유에 대해 선의·고의를 구분하지 않고 합리적인 한, 가액반환을 하여야 한다는 문언에 비추어 수령자가 원칙적으로 위험을 부담한다고 보아 무리가 없기 때문이다. 본조항은 수령자가 목적물을 지배하고 있다는 점을 고려려한 결과라고 본다.

생각건대 PICC의 이러한 위험분배원칙은 상당한 비판이 있을 수 있다고 본다. 첫째, 취소사유를 유발하지 아니한 당사자 또는 취소사유를 알지 못한 선의의 수령자도 모두 일률적으로 위험부담을 진다는 측면에서 당사자를 보호하지 못하고 있다. 특히 사기·강박에 의해 계약을 체결한 당사자는 기망행위·강박행위를 한 상대방에 비해 상대적으로 특단의 보호를 받고 있다고도 볼 수 있을 것이다.

취소 후의 원상회복에 있어서 취소권을 행사한 일방, 곧 피기망자 또는 피강박자도 타방에게 원상회복을 하여야 하는 수령자로서 원칙적으로 원물반환

93) PECL 제4:115조 (2)에서는 원물반환이 불가능한 경우에는 수령한 것에 대하여 합리적인 금액을 지급하여야 한다고 하여 PICC와 차이를 보이고 있다.

을 하여야 한다. 그렇지만 타방은 취소사유가 존재한다는 것을 대체로 인식하고 있는 악의의 수령자이고 취소를 행한 일방이 악의의 타방과 동일한 범위의 원물반환의무가 있다는 시각은 비판의 여지가 있다고 본다. 또한 당사자의 원물반환은 현존하는 범위에서의 원물반환이 아니기 때문에 원물의 가치가 감소 또는 멸실되었다면 합리적인 한, 가액반환을 하여야 한다는 점에서 취소를 행한 당사자 보호에 미흡하다고 하는 시각 또한 문제점으로 지적될 수 있을 것이다.⁹⁴⁾ 다만 제3.2.16조에서는 계약이 취소되는지 여부와는 관계없이, 당해 계약취소사유를 알았거나 알았어야 했던 당사자는 상대방이 체결하지 않았더라면 그가 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도의 손해배상을 하여야 한다고 하여 계약취소사유에 대해 악의 또는 과실이 있는 당사자의 손해배상의무를 규정하여 선의·무과실의 당사자를 보호하고 있으나, 이는 계약의 취소여부와는 관계없는 일련의 손해배상의무이고 계약이 취소된 후의 원상회복의 범위와는 관련이 없다고 본다. 따라서 원상회복에 대한 의무와는 별도로 당해 취소사유를 알았거나 알았어야 했던 일방, 곧 기망행위자, 강박자 등은 타방에게 손해배상을 하여야 할 것이다.

한편 원물반환이 불가능하여 가액반환을 하여야 하는 경우 원물반환이 불가능하게 된 원인을 급부를 이행받은 수령자의 상대방이 제공한 때는 가액반환을 하여야 할 의무가 없다[PICC, 제3.2.15조, (3)].

다른 한편 PICC(2010) 제3.2.15조는 취소 후의 위험분담에 관해서 또한 취소 후의 목적물의 멸실·손상에 관해서는 적용되지 않는다. PICC(2010) 공식주해서에 비추어 취소 후 급부의 수령자는 이행 받은 것의 반환의무를 부담한다. 만약 취소 후에 이미 급부된 것이 멸실·손상되었을 경우 수령자는 이행 받은 것에 대한 반환의무 불이행으로 취급되어 이 경우 ‘불이행’(non-performance)에

94) CESL 이 같은 보호의 불균형을 시정하기 하기 위해서 다음의 조문을 존치해 두고 있다. CESL, 제176조(공평한 수정) : “Any obligation to return or to pay under this Chapter may be modified to the extent that its performance would be grossly inequitable, taking into account in particular whether the party did not cause, or lacked knowledge of, the ground for avoidance or termination.” (본장에 의하여 반환하거나 지급하여야 할 의무는 그 당사자가 취소 또는 해제의 사유를 유발하지 않았거나 또는 인식이 결여되었는지를 고려하여 그것의 이행이 중대하게 불공평한 정도만큼 수정될 수 있다.). 본조문에 의거 취소사유를 유발하지 않았거나 또는 선·악 여부를 고려하여 원상회복이 공평하도록 수정할 수 있도록 하고 있다.

관해서는 제7.1.7조상의 ‘불가항력’(force majeure)에 해당하지 않는 한, 타방은 제7.4.1조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다(UNIDROIT, 2010, p.120). 따라서 계약취소 후의 위험분담은 제3.2.15조가 적용되지 않고 불이행에 관한 조문이 적용된다.

그렇다면 계약취소 전의 목적물 멸실·손상이 불가항력에 해당되는 경우 원상회복의무를 면할 수 있을지에 관하여, 공식주해서에서는 명확하게 밝히고 있지 않지만, 생각건대 계약취소 전 위험분담에 관한 제3.2.15조 (2)에 비추어 계약취소 전에 불가능하게 된 경우 불가항력이 제외된다는 명문의 규정이 없는 한, 가액반환을 하여야 할 것으로 본다. 그렇지만 계약취소 전의 불가항력과 계약취소 후의 불가항력을 구분하는 이유가 적절한지에 대해서는 의문의 여지가 상존한다.

3. 손해배상

PICC 제3.2.16조는 계약의 취소여부와 관계없이 당해 계약취소사유를 알았거나 알았어야 했던 타방에게 손해배상책임을 지우고 있다. 곧 착오·사기·강박·현저한 불균형에 의해 취소권을 보유한 당사자는 당해 취소권을 행사하고 상대방에게 원상회복을 청구할 권리를 갖는다. 그렇지만 경우에 따라 원상회복만으로 당사자의 지위가 계약이 없었던 상태로 회귀하지 않을 수도 있다. 또한 취소권이 있는 당사자가 취소를 원하지 않아 계약을 유지하고자 하더라도 당사자에 발생한 손해에 대한 다른 구제권이 필요할 것이다.

본조는 계약이 취소되는지 여부에 관계없이, 계약취소의 사유를 알았거나 알았어야 했던 타방은 상대방이 만약 계약을 체결하지 않았더라면 그가 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도로 손해배상을 하여야 한다고 규정하여 취소사유에 대한 악의 또는 과실이 있는 자에 대한 당사자의 손해배상청구권을 인정하고 있다.

한편 계약체결상의 과실책임을 인정하는 법계에서는 계약이 무효 또는 취소되었을 경우 발생한 손해에 대해 불법행위책임 또는 계약책임으로서 손해배상청구를 허용하여 계약이 무효 또는 취소되는 경우 과실 있는 일방을 보호하고

있다. 그렇지만 제3.2.16조상 손해배상책임은 계약이 취소되었는지 여부를 불문하고 손해배상책임을 주장할 수 있다는 점에서 차이가 있다.

본조에서는 계약이 취소되었는지 여부를 불문하고 손해배상을 청구할 수 있으므로 계약이 취소되는 경우와 계약이 취소되지 않는 경우 공히 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 계약을 취소하는 자만이 손해배상을 청구하도록 제한하지도 않고 있음은 유의하여야 할 사항이다.

1) 손해배상청구의 요건

PICC 제3.2.16조에 기한 손해배상청구를 주장하기 위해서는 첫째, 일방이 계약취소사유가 존재함을 알았거나 또는 알았어야 한다. 즉 일방의 악의 또는 과실이 있어야 한다. 둘째, 일방이 제7.4.1조에 의해 손해배상청구권이 배척되지 않아야 한다. 결국 제3.2.16조상의 손해배상책임은 불이행에 관한 손해배상의 일반원칙이 적용된다. 왜냐하면 본조상 손해배상책임은 불이행에 관한 제7장 제4절에서의 손해배상책임에 관한 규정적용이 배제된다는 제한요건이 없는 한 불이행에 관한 손해배상 관련 규정을 적용하지 못할 이유가 없고, 가사 불이행에 대한 손해배상 관련 규정이 적용되지 않는다면 제3.2.16조 조문만으로 손해배상과 관련된 모든 문제를 해결하여야 한다는 불합리가 발생하기 때문이다. 따라서 제7.4.1조⁹⁵⁾가 적용되어 불이행에 관한 면책이 긍정되는 경우 손해배상청구권이 배척되므로 제3.2.16조의 손해배상청구권도 동일하게 면책이 긍정되지 않아야 함이 법리적 형평에 맞다고 본다.

셋째, 제3.2.16조에서의 손해는 예견가능한 손해이어야 한다. 제7.4.4조에서 불이행당사자는 자신의 불이행으로 인하여 발생할 수 있음을 계약체결 시에 예견하였거나 합리적으로 예견할 수 있었다면, 당해 손해에 한하여 책임을 부담하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 제3.2.16조에서의 손해가 예견할 수 없었던 손해였다면 여하히 손해배상청구권은 배척된다.

95) PICC, 제7.4.1조(손해배상청구권) : "Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles." (불이행은 피해당사자에게 배타적이거나 또는 그 밖의 구제권과 연계되는 손해배상청구권을 부여한다. 그러나 본원칙하에서 당해 불이행에 관하여 면책이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.).

2) 손해배상책임의 범위

PICC 제3.2.16조에 의하면 손해배상의 범위는 손해를 입은 당사자가 계약을 체결하지 않았더라면 그가 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도의 손해로 특정하고 있다. 따라서 손해배상은 ‘소극적 이익’ 또는 ‘실회이익’에 한정되고 계약이 유효하게 성립되었다면 당사자가 얻었을 ‘적극적 이익’ 또는 ‘이행이익’은 여하히 청구할 수 없다. 결국 이러한 한도 내에서 제7.4.2조의 완전배상원칙은 제한되어 있다고 볼 수 있다.

계약의 취소원인이 착오에 기할 경우 계약을 취소하는 자에게 중대한 과실이 있다면 계약을 취소할 수 없고, 착오의 성질상 계약체결 시에 계약취소의 원인이 존재하고 있다는 사실을 알고 있었다고 볼 수 없으므로 계약을 취소하는 자에게 중대한 과실을 제외한 단순 과실에 한하여 계약을 취소할 수 있다.

사기·강박의 경우 피기망자와 피강박자만이 손해배상을 청구할 수 있다. PICC 제7.1.3조에 의해 당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위나 자신이 위험을 부담하는 사건에 기인하는 한도 내에서는 그러한 불이행을 원용할 수 없으므로 기망행위자와 강박행위자의 작위 또는 부작위에 의해 취소사유가 발생하였다고 보아 기망행위자와 강박행위자는 그러한 취소사유를 원용할 수 없을 뿐만 아니라 취소에 따른 손해배상도 청구할 수 없다.

현저한 불균형의 경우 계약을 취소한 당사자도 손해배상을 청구할 수 있음은 물론이다. 그러나 현저한 불균형에 의한 계약취소는 사기·강박의 경우와는 달리 ‘피해당사자’(aggrieved party)에게 손해가 발생하게 된 것에 일부 기여를 하였다고 평가될 수도 있다. 이 경우 제7.4.7조를 적용하여 손해의 범위를 산정하여야 한다. 본조에서는 손해가 피해당사자의 작위 또는 부작위에 따라 그가 위험을 부담하는 사유에 일부 기인하고 있는 경우 손해배상액은 각 당사자의 행위를 참작하여 당해 요인이 손해에 기여한 범위 내에서 감액된다고 규정하고 있다.

계약의 취소사유가 있음에도 불구하고 취소권을 가진 당사자가 취소하지 않는 경우, 곧 계약체결 시에 취소사유가 있음에도 계약취소를 하지 않았다면 취소권을 상실할 수 있다. 이 경우 당사자는 계약을 취소하지 않고 계약을 유

지시키는 것을 선택하였다고 하더라도 손해는 여전히 남아있을 수 있다.

요컨대 취소권을 행사하지 않았거나 또는 특단의 사유로 당해 권리를 상실하여 계약을 취소할 수 없는 경우 이미 발생한 손해에 관해서는 당사자가 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 계약이 체결되지 않은 상황에서 당사자의 지위가 보전될 수 있는 정도의 손해배상은 계약을 취소하지 않았거나 취소권을 상실한 경우에도 손해경감의무를 다하지 않아 발생한 손해, 예컨대 비용의 상승, 대체거래가격의 상승 등에까지는 허용되지 않는다. 그 이유는 계약의 취소사유에 의해 발생한 손해에 당해 원인과는 전혀 관련이 없는 별도의 또는 확대된 손해를 포함시키는 것을 방지하기 위함에 두고 있다.

4. 계약 일부의 취소

PICC 제3.2.13조에서는 계약일부의 취소를 허용하고 있다. 특정한 계약조건에 한하여 취소사유가 있는 경우 취소는 계약조건에 한하여 그 효력을 지닌다. 계약내용의 일부에 취소원인, 이를테면 ‘개별계약조건’(individual terms)이 있고 계약체결 시 계약의 취소사유가 개입되어 있다는 사실을 알고 있었다라도 당해 효과는 ‘잔존 계약’(remaining part of the contract)만으로 계약을 유지하려고 하는 가정적 의사가 있었는지 여부에 따라 달라진다.⁹⁶⁾

여기서 ‘개별계약조건’이란 달리 특정한 계약조건을 의미하기도 하지만 계약내용 중의 일부, 예컨대 목적물 X, Y를 매매하는 계약에서 X(또는 Y)를 목적물로 하는 매매계약을 취소하고 Y(또는 X)를 목적물로 하는 매매계약만을 유지시키는 일부의 취소도 포함된다(UNIDROIT, 2010, p.116).

계약일부의 취소는 그 소급효가 인정되지 않는다. 다만 특단의 사정이 없는 한 취소된 특정한 계약조건 외 그 밖의 계약조건은 그 유효성이 인정된다. 다

96) 이에 비해 우리 민법에서 일부취소는 ‘일부무효의 법리’에 준하여 이를 다루고 있다. 일부무효의 법리에 따라 그 목적 또는 목적물이 가분적인 하나의 법률행위 또는 일체로서 수개의 법률행위 중 일부에 취소원인이 있으며, 잔존 법률행위를 유지하려는 당사자의 가정적 의사를 긍정할 수 있다면 일부취소는 허용된다. PICC와의 차이점은 가정적 의사를 판단하는 시점에 있다. 요컨대 PICC에서는 ‘계약체결 시’를 기준으로 하지만 우리 민법의 다수설적 해석론으로는 ‘계약취소 시’를 기준으로 한다(김형배, 2013, 360면).

만 본조에 비추어 제반사정으로 보아 그 밖의 계약내용을 존속시키는 것이 불합리한 때는 그 사유가 제한된다.

여기서 계약일부를 취소시키는 것이 불합리한 때를 판단하는 기준을 정하기는 입법기술 상으로 어려울 것이라 생각되는데, 이는 개별사건의 제반사정에 따라 달라질 수밖에 없을 것으로 본다. 다만 계약내용 중에서 특정의 계약조건, 특히 CISG 제19조 (3)의 변경된 승낙에 관한 규정에 비추어 실질적 변경으로 취급할 수 있는 사항, 곧 대금·대금지급·물품의 품질 및 수량·인도의 장소 및 시기·당사자의 상대방에 대한 책임의 범위·분쟁의 해결에 관한 조건 등은 계약의 일부취소가 계약을 실질적으로 변경한다고 볼 수 있고 이 같은 경우에는 계약의 일부취소가 실질적으로 변경되어 나머지 부분만을 존속시키는 것이 불합리하다고 보아 계약의 일부취소를 허용하지 않고 계약전체가 취소될 수 있을 것이다. 그렇지만 이 경우에도 계약내용의 일부만이 취소될 수 있는 가능성을 배제할 수는 없다. 예컨대 계약의 목적물이 가분적인 경우 목적물의 일부에만 취소사유가 존재하고 그 일부가 이행되지 않았더라도 또는 취소되더라도 잔존하는 목적물의 일부만으로도 당사자가 계약을 체결하였을 것으로 볼 수 있는 경우 일부의 취소가 가능할 수 있다고 본다.

한편 제반사정을 고려할 경우 취소사유도 판단의 근거가 될 수 있다. 곧 취소사유 중에서 착오의 경우 일부취소가 인정될 수 있는 가능성이 크지만 사기·강박이 취소사유로 기능하는 경우 사기·강박이 특정의 계약조건 또는 목적물 일부에만 영향을 미치는 경우는 극히 드물 것이고 또한 일부취소를 인정하여 나머지 부분만을 존속시키게 되는 불합리한 상황을 초래할 개연성이 다분하여 통상 일부취소가 인정될 수 있는 가능성은 희박할 것으로 생각된다.

본조 제2문의 일부취소의 불합리성에 관한 입증책임은 계약의 전체를 주장하는 당사자가 입증하여야 한다. 여기서 당사자는 취소권을 가진 당사자에 한정되지 않고 상대방도 일부취소의 불합리성을 입증하여 계약전체의 취소를 주장할 수 있다.

5. 판결례 검토

1) 사실관계와 판결요지⁹⁷⁾

A[아르헨티나 회사(C)의 주주, 매도인]와 B(칠레 회사, 매수인)는 C의 주식의 85%를 양도하는 것을 목적으로 계약을 체결하였다. 계약체결 이후 B는 C의 알지 못했던 채무를 발견하고 나머지의 대금지급을 정지하였다. A는 중재절차에서 미지급된 대금의 전부에 대한 지급을 청구하였다. 반면 B는 계약의 취소와 동시에 손해배상 또는 그것에 대체하여 발견된 숨은 채무만큼 계약가격의 감액을 청구하였다.

중재판정부는 양당사자가 모두 아르헨티나법에 기하여 중재를 신청하였다는 사실에도 불구하고 ‘국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법’(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 제28조⁹⁸⁾ (4)에 따라 PICC를 적용하였다.⁹⁹⁾

본건에서 중재판정부는 착오로 인해 계약이 취소되었다는 B의 주장을 배척

97) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=646&step=Abstract」.

98) ‘국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법’, 제28조 : “(1) 중재판정부는 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하려고 선택한 법규에 따라 판정을 하여야 한다. 달리 명시하지 아니하는 한 일정한 국가의 법 또는 법률체계의 지정이 있을 때는 당해 국가의 실체법을 직접 지칭하는 것으로 해석하며, 그 국가의 국제사법원칙을 지칭하는 것으로 해석하지 아니한다. (2) 당사자들에 의한 준거법의 지정이 없는 경우에는 중재판정부는 중재판정부가 적용가능하다고 보는 국제사법 규정에 따라 결정되는 법을 적용한다. (3) 중재판정부는 당사자가 명시적으로 권한을 부여하는 경우에 한하여 형평과 선에 의하여 또는 우의적 중재인으로서 판정을 내려야 한다. (4) 전 각항의 모든 경우에 있어서 중재판정부는 계약조건에 따라 결정하여야 하며, 당해 거래에 적용가능한 상관습을 고려하여야 한다.”.

99) ‘UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,’ Article 28(Rules applicable to substance of dispute) : “(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or' as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

하였다. 또한 B가 숨겨진 채무의 발견에 관하여 A에게 보낸 통지는 계약을 취소하고자 하는 의도를 찾아볼 수 없다는 이유에서 PICC 제3.2.11조에 기한 취소의 통지로 볼 수 없다고 판정하였다.

(2) 평가

본 사건에서 중재판정부는 PICC 제3.2.11조상 계약취소의 통지의 방법과 내용에 관한 법적 기준을 제시하고 있다는 시각에서 그 의의를 구할 수 있다. 본조에서 계약취소권은 상대방에 대한 통지으로써 행사된다고 하여 계약취소 통지의 방법과 내용에 관한 어떠한 요건도 규정하지 않고 있으나, 중재판정부는 취소의 통지는 최소한 계약을 취소하고자 하는 의도가 중요한 요소라는 사실을 명확히 하고 있다. 따라서 계약을 취소하고자 하는 의도를 파악하기 어렵고, 달리 계약을 변경하고자 하는 의도 등과 같이 계약의 유효를 전제로 하는 내용만이 존재하는 경우 본조상의 계약취소의 통지로 인정할 수 있음을 명확히 하였다.

요컨대 본 판정은 계약취소의 통지는 반드시 특정사유를 명시할 필요는 없으나, 당해 의사가 상대방에 의해 확인될 정도에 이르러야 한다는 시각에서 유의할 수 있는 판례로 새길 수 있다.

제3절 취소권의 상실

1. 착오에 의한 취소권 상실

PICC 제3.2.10조 (1)의 제1문에서는 일방이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있음에도 타방이 일방이 이해하고 있는 바에 따라 계약을 이행할 의사가 있음을 밝히는 경우 일방이 이해한 대로 계약은 체결된 것으로 본다고 규정하고 있다. 또한 제2문에서는 타방이 일방의 계약을 이해한 바를 알고 난 이후 신속하게 또한 일방이 취소통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하기 전에 자신의 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행하여야 한다고 규정하고 있다.

본조의 목적은 착오당사자가 이해한 바에 따라 타방이 계약을 이행할 의사가 있을 경우 타방은 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행함으로써 계약이 계속 유지될 수 있도록 하기 위함에 두고 있다. 곧 본조는 타방이 계약을 취소하는 것을 저지하고 일방이 이해한 바대로 계약을 변경하여 이행한다고 하더라도 자신에게 이익이 될 수 있다는 점을 고려한 입법결과로 새길 수 있다.

착오당사자의 상대방은 착오당사자가 계약을 이해한 바를 알게 된 후에 ‘신속하게’(promptly) 착오당사자가 이해한 바대로 계약을 이행할 의사를 밝히거나 그렇게 행위하여야 한다. 여기서 ‘신속하게’라는 의미는 개별사건에 따라 달리 이해될 것이지만 통상적으로 상대방에게는 비교적 짧은 시간만이 허용될 것이다. 또한 그러한 시간적 허용은 착오당사자가 이미 행한 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하기 전까지로 제한된다. 이 경우 착오당사자가 이미 취소의 통지를 하였는지 여부는 무관할 것이나, 이미 취소의 통지를 받은 상대방은 착오당사자 자신이 행한 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하였을 가능성이 존재한다는 측면에서 착오당사자의 사정을 알기 어려운 상황에서 착오취소를 저지하지 못할 개연성이 높다고 본다.

요컨대 착오당사자의 상대방이 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 행위 한 경우 착오당사자의 취소권은 상실된다. 이미 착오에 의한 취소통지를 한 경우에도 착오당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위 하지 않은 한 이미 행한 취소의 통지는 그 효력이 상실된다. 이 경우에도 착오당사자에게 손해가

남아 있다면 제3.2.16조에 의해 손해배상을 청구할 수 있음은 물론이다.

한편 PECL 제4:105조에서는 PICC 제3.2.10조와 유사한 규정을 두고 있으나, PICC와는 달리 양당사자가 동일한 착오에 빠진 경우 각 당사자의 청구에 의하여 법원은 착오가 없었음을 조건으로 양당사자가 합리적으로 합의하였을 바대로 계약을 수정할 수 있다고 하여, 양당사자의 동일한 착오가 있는 경우 각 당사자 청구에 의해 법원으로 하여금 계약을 수정할 권한을 부여하고 있다.

2. 취소기간의 경과

취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지를 함으로써 취소권을 행사할 수 있으나, 취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지기간의 제한을 받는다.¹⁰⁰⁾ 통지기간의 제한이 없다면 취소권을 가진 당사자의 상대방은 장래 계약이 취소될 수 있는 불안정한 지위에 놓이게 되므로 이러한 기간을 일정기간으로 제한할 필요가 있다. 곧 당사자가 계약취소권을 보유하고 있다고 하더라도 계약취소기간이 경과된 이후에는 계약취소권이 상실되는데, 이는 상대방을 보호하고 당사자가 계약취소권을 일정기간 내에 행사할 수 있도록 강제함으로써 계약관계를 조기에 확정하여 양당사자의 이익의 균형을 도모하기 위함에 그 취지가 있다고 본다.

PICC 제3.2.12조 (1)에서 계약취소의 통지는 취소당사자가 관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때 또는 자유롭게 행위를 할 수 있게 된 때로부터 제반사정을 고려한 ‘상당한’(reasonable) 기간 내에 행하여져야 한다고 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 계약취소 행사기간은 착오·사기·현저한 불균형의 경우 취소당사자가

100) PICC, 제3.2.12조(기간제한) : “(1) Notice of avoidance shall be given within a reasonable time, having regard to the circumstances, after the avoiding party knew or could not have been unaware of the relevant facts or became capable of acting freely. (2) Where an individual term of the contract may be avoided by a party under Article 3.2.7, the period of time for giving notice of avoidance begins to run when that term is asserted by the other party.” [(1) 계약취소의 통지는 취소당사자가 관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때 또는 자유롭게 행위를 할 수 있게 된 때부터 제반사정을 고려한 상당한 기간 내에 행하여져야 한다. (2) 제3.2.7조 하에서 당사자가 계약조건에 한하여 계약의 일부를 취소할 수 있는 경우 당해 해제의 통지기간은 상대방이 당해 계약조건을 원용하는 때에 개시된다.]

101) 본 연구에서는 ‘reasonable’을 계약당사자의 용태·상태·태양 등을 의미하는 경우에는 ‘합

관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때부터 상당한 기간 내이다. 즉 취소당사자의 악의가 개입되어 있거나 관련 사실을 모르고 있었던 것에 대한 중대한 과실이 있었던 때부터 기산된다. 강박의 경우에는 피강박자가 강박의 상태에서 벗어나 자유롭게 행위를 할 수 있게 된 때부터 상당한 기간 내에 취소권을 행사하여야 한다는 점은 유의하여야 할 사항이다.

이 경우 ‘상당한 기간’(reasonable time)은 개별사안의 제반 사정을 고려하여 결정된다. 취소권 행사기간은 PECL과 같이 상당한 기간이라는 불확정기간으로 규정하는 방식과¹⁰²⁾ CESL과 같이 확정기간으로 규정하는 방식이 있다.¹⁰³⁾ PICC는 PECL과 동일하게 전자의 방식을 취하여 상당한 기간 내에 취소 통지를 하여야 한다고 규정하고 있다.

여기서 상당한 기간의 확정과 관련하여 PICC에서는 이에 대한 명시적 기준을 정하고 있지는 않고 개별사안의 제반 상황을 고려하여 정하도록 명시하고 있을 따름이다. 다만 상당한 기간은 취소권을 가진 당사자의 주관적 요소, 즉 악의 또는 중대한 과실을 기준에 두고 있다는 점에서 지나치게 장기의 기간을 상당한 기간으로 인정하여서는 안 된다고 본다. 나아가 상대방은 당사자의 악의 또는 중과실이 있었던 시점을 증명하여야 하고 상당한 기간이 경과되었다고 입증하여야만 취소권을 상실시킬 수 있는데, 이러한 입증책임이 모두 상대

리적’으로, 기간 또는 기한에 관해서는 ‘상당한’으로 구분하여 사용한다.

102) PECL, 제4:113조(기간의 제한): “(1) Notice of avoidance must be given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, after the avoiding party knew or ought to have known of the relevant facts or became capable of acting freely. (2) However, a party may avoid an individual term under Art. 4:110 if it gives notice of avoidance within a reasonable time after the other party has invoked the term.”[(1) 취소의 통지는 취소권을 행사하는 당사자가 취소의 원인된 사실을 알았거나 알았어야 하는 때 또는 자유로이 행위할 수 있게 된 때로부터 제반사정을 적절하게 고려하여 합리적 기간 내에 행하여져야 한다. (2) 그러나 제4:110조에서 정한 개별조항에 관하여는, 상대방이 그 조항을 원용하는 때로부터 합리적 기간 내에 당사자가 취소의 통지를 하는 경우에는 그 조항을 취소할 수 있다.]

103) CESL, 제52조(취소의 통지): “1. Avoidance is effected by notice to the other party. 2. A notice of avoidance is effective only if it is given within the following period after the avoiding party becomes aware of the relevant circumstances or becomes capable of acting freely: (a) six months in case of mistake; and (b) one year in case of fraud, threats and unfair exploitation.” [1. 취소는 상대방에게 통지로써 유효하다. 2. 취소통지는 당사자가 관련 상황을 알고 있거나 자유롭게 행동할 수 있고 난 후 다음의 기간 동안에 통지되는 경우에만 유효하다. (a) 착오의 경우 6개월 그리고 (b) 사기, 강박 및 부당한 착취의 경우에 1년].

방에 있다고 본다면, 취소통지의 기간을 지나치게 장기로 인정하는 것은 상대방에 대한 보호측면에서 합리적이지 않을 것이다.

요컨대 국제상사계약에서 취소권을 가진 당사자가 관련사실을 알았거나 모를 수 없었던 때로부터 취소여부를 숙고할 수 있는 정도의 충분한 기간과 그 밖의 취소권 행사를 하기 위해 관련 정보를 취득하는데 필요한 충분한 기간이 경과하기 전에 취소통지를 하지 않았다면 상당한 기간의 경과로 취소권은 상실되었다고 봄이 타당할 것이다(Huber, 2009, p.472). 한편 취소통지의 기간을 경과하였음에도 취소통지를 하지 않으면 PICC 제3.2.2조 내지 제3.2.8조에 기하여 당해 취소권은 상실된다.

3. 취소할 수 있는 계약의 추인

취소권을 가진 당사자가 취소할 수 있는 계약을 ‘추인’(confirmation)하는 경우에는 당해 취소권을 상실한다. 추인은 취소통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 행해질 수 있다.¹⁰⁴⁾ PICC, 제3.2.9조는 추인이 있는 후에는 계약을 취소할 수 없다고 하여 추인이라는 행위에 반하는 계약의 취소권 행사를 원천적으로 저지함으로써 신의칙에 기한 금반언의 원칙을 실현하고 있고 추인이라는 당사자 행위에 의해 취소사유가 치유될 수 있음을 표창하고 있는 조문으로 새길 수 있다.

앞서 본 바와 같이 추인은 명시적·묵시적 방법에 의해 행해질 수 있는데, 이 경우 명시적 추인은 제1.10조에 의거 다름없이 행해져야 한다. 달리 묵시적 추인은 취소권을 가진 당사자의 행위에 의해 행해지는 것이 통상이다. 예컨대 취소권을 가진 당사자가 자발적으로 당해 계약에 따라 이행을 계속한다는 것은 묵시적 추인에 해당된다. 다만 취소권을 가진 당사자가 취소권을 행사하지 않고 불이행을 이유로 클레임을 제기하는 것만으로는 묵시적 추인으로 인정되

104) PICC, 제3.2.9조(추인) : “If the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance of the contract is excluded.” (계약을 취소할 수 있는 당사자가 취소의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인하는 경우 계약은 취소하지 못한다.).

기에 충분치 않고 상대방이 그러한 클레임을 인정하거나 승소한 때에 비로소 묵시적 추인이 인정된다(UNIDROIT, 2010, p.112).

추인은 취소의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 행하여야 한다. 이를 테면 PICC에서는 추인은 취소사유가 존재한다는 사실을 알았던 때부터가 아니라 취소의 통지를 할 수 있는 기간, 즉 제3.2.12조의 기간이 개시된 시점이 후에야 가능하다고 함은 유의하여야 할 사항이다.

4. 판결례 검토

1) 계약의 추인

(1) 사실관계와 판결요지¹⁰⁵⁾

본 사건에서 중재판정부는 계약취소의 통지에 대해 검토한 후 계약추인이 있었는지의 여부에 관하여, B의 추후의 행위, 즉 합의에 의해 계약을 해제하는 제안, 대금분할지급, 계약을 변경하기 위해 협상에 임한 행위는 PICC 제 3.2.9조상의 계약의 추인에 해당한다고 보았다.

한편 본건 중재판정부는 계약가격의 감액에 대한 요구에 대하여 숨겨진 채무의 65%에 상당하는 금액의 감액만을 인정하였다. 그 이유는 당해 계약에서 숨겨진 채무에 대한 보증조항이 B에 의해 작성되었기 때문에 제4.6조¹⁰⁶⁾에 따라 매수인에게 유리하게 해석되어야 하기 때문이다.

(2) 평가

본건에서 B에게 취소권이 있다고 볼 수 있지만, 중재판정부는 취소권이 있는 당사자의 묵시적 추인에 의해 취소권은 상실될 수 있다는 점을 명확히 하였다. 본건 지적에서와 같이 계약의 묵시적 추인에 해당하는 행위는, 예컨대

105) 사실관계는 본장, 제2절, 5에서 제시한 판결례와 같다.

106) PICC, 제4.6조(문서작성자 불이익의 원칙) : “If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.” (일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우 당사자에게 불리한 해석을 우선한다. 일방이 제공한 계약조건이 불명한 경우에는 동 당사자에게 불리한 해석이 우선한다.).

합의에 의해 계약을 해제하는 제안하는 행위, 대금분할지급을 하는 행위, 계약을 변경하려는 협상에 들어가는 행위 등이 해당될 수 있다. 유의할 사항은 계약의 합의해제를 제안하는 행위도 묵시적 추인에 해당할 수 있다는 점이다. 곧 계약의 합의해제는 당해 계약이 유효한 계약임을 전제하고 있기 때문에 계약의 성립단계에서 발생한 취소권은 합의해제의 제안이라는 묵시적 추인으로 상실된다. 이 같은 시각에서 본건 중재판정부의 판정은 타당하다고 본다.

2) 취소권 행사의 기간

(1) 사실관계와 판결요지¹⁰⁷⁾

A(러시아 소재 매도인)와 B(스웨덴 소재 매수인)의 매매계약과 관련하여 B는 A가 물품의 최초 인도분(전체의 20%)만을 인도하였기 때문에 나머지 부분을 인도하거나 또는 그에 대체하여 불이행에 대한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 A는 계약에서 서명한 책임자의 권한이 없다는 이유에서 본건 계약의 유효성을 이유로 B의 주장을 배척하였다.

중재판정부는 PICC에 기하여 A의 항변을 배척하였다. 곧 제3.15조에 의거 취소권을 보유한 당사자는 관련사실을 알았거나 모를 수 없었던 때로부터 상당한 기간 내에 계약취소의 통지를 하여야 한다고 규정하고 있는데, 그럼에도 불구하고 A는 계약의 취소통지를 상당한 기간 내에 하지 못했으며, 또한 이행의 과정에서 책임자가 권한이 없다는 주장을 전혀 하지 않았음을 지적하였다.

(2) 평가

본 사건에서 중재판정부는 계약취소는 일정한 기간제한이 있다는 PICC 제 3.15조를 적용하여 취소권을 갖는 당사자의 취소권이 상실되었음을 명확히 하였다. 다만 본건에서 어떠한 취소사유를 근거로 A가 취소를 주장하였는지는 알 수는 없지만, 생각건대 단지 계약체결의 당사자의 무능력을 이유로 취소를 주장하는 것은 PICC의 제3.1.1조에 반하므로 당사자의 무능력이 아닌 그 밖의 취소사유를 주장했던 것으로 보인다.

107) 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=671&step=Abstract」.

제5장 위법성

제1절 강행법규의 침해

1. 강행법규의 의의

PICC에서는 ‘강행법규’(mandatory rule)¹⁰⁸⁾에 대하여 정의하지 않고 있다. 다만 제1.4조에서 국제사법의 규칙에 따라 적용될 국가적·국제적 또는 초국가적 기원의 강행법규는 PICC의 어떠한 규정에 의해서도 제한받지 않는다고 규정하고 있다. 본조에서는 어떠한 규칙 또는 규정이 강행법규에 해당되는지와 어떠한 행위가 그 강행법규에 위반되는지의 문제에 대해서는 명정하고 있지 않고, 다만 강행법규가 어떤 형태로 기원하는지를 묻지 않고 PICC에 앞서 우선적으로 적용된다는 원칙만을 정하고 있다.

당사자 간 PICC 적용합의가 단지 PICC를 계약에 편입시키는 합의에 불과한 경우 계약의 준거법상 강행법규의 제한을 받게 된다. 따라서 PICC는 당해 계약상 준거법으로서 강행법규를 위반하지 않는 범위 내에서 적용될 것이다. 특히 분쟁을 중재로 해결하기로 합의하고, 이에 PICC가 준거법으로 지정되는 경우 국제사법에 의해 지정된 법정지의 강행법규는 PICC가 준거법으로 지정되었음에도 불구하고 본조에 의해 그 적용가능하다.

2. 강행법규의 범위

PICC 제1.4조에서는 적용되어야 할 강행법규가 국가적 내지 국제적 강행법규 또는 초국가적 강행법규인지 여부를 묻지 않고 적용된다고 규정하고 있는데, 법정지의 국제사법에 의해 적용되는 강행법규는 통상 반사회적 행위와 관련된 법률, 공공의 이익에 직접적으로 연관된 법률, 약자의 보호와 관련된 법

108) ‘mandatory rule’은 강행법규로 번역되지만 문맥에 따라 강행규칙, 강행규범, 강행규정이라 칭할 수 있다. 본 논문에서는 달리 명시하지 않은 경우 강행법규로 통칭한다.

를 등에서 그 지위를 엿볼 수 있다. 또한 상사거래에 관한 법률에서도 강행법규가 있을 수 있는데, 이를테면 반독점법과 같은 시장의 공정거래질서와 관련된 법률 등이 그것이다.

3. 강행법규 침해의 효과

1) 강행법규 침해효과가 명시된 경우

PICC 제3.3.1조에서는 계약이 제1.4조에 따른 강행법규를 위반하는 경우 그 효과에 대해서 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이는 강행법규의 침해효과가 명시적으로 규정된 경우와 그렇지 않은 경우로 구분할 수 있다. 본조 (1)에서는 강행법규 침해효과가 명시적으로 규정되어 있는 경우에는 그 규정된 효과에 따르도록 하고 있다. 또한 당해 효과를 명시하고 있는 실정법이 있는 경우 그 실정법에 따르면 될 것이나, 문제는 실정법이 아닌 판례법에 의해 형성된 경우이다.

생각건대 판례법에 의해 형성된 법률효과라고 하더라도 실정법이 아닌 한 최종적인 법적 판단이 유보되어 있고 경우에 따라서는 그 효과를 예단하기 어

109) PICC, 제3.3.1조(강행규정을 침해하는 계약) : “(1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable. (3) In determining what is reasonable regard is to be had in particular to: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement; (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and (g) the parties’ reasonable expectations.” [(1) 계약이 PICC 제1.4조에 의하여 적용되는 국내·국제 또는 초국가적인 것인가에 상관없이 강행규칙을 침해하는 경우 당해 계약에 대한 그러한 침해의 효과는 그것이 존재하는 경우 그 강행규칙에 의하여 명시적으로 규정된 효과이다. (2) 강행규칙이 계약에 대한 침해효과를 명시적으로 규정하고 있지 않는 경우 거래당사자는 그 상황에서 합리적으로 당해 계약하에서 구체조치를 행사할 권리를 보유한다. (3) 무엇이 합리적인가를 결정함에 있어 특히 다음 사항을 고려하여야 한다. (a) 침해된 규칙의 목적 (b) 규칙이 존재하는 보호대상자의 범위 (c) 침해된 규칙에 의해 부과될 수 있는 여하한 제재 (d) 침해의 심각성 (e) 일방 또는 쌍방 당사자가 당해 침해를 알았거나 알 수밖에 없었는지 여부 (f) 당해 계약이행이 그러한 침해를 수반하는지 여부 (g) 당사자의 합리적 기대].

렵다는 사실에 비추어 판례법에 의해 형성된 강행법규 침해효과는 명시적으로 규정되어 있는 경우에 해당하지 않는다고 봄이 타당할 것으로 본다. 따라서 이 경우는 본조 (1)이 아닌 (2)가 적용되어야 한다고 본다.

2) 강행법규 침해효과가 명시되지 않은 경우

본조 (2)에서는 강행법규의 위반의 효과를 명시적으로 규정하지 않은 경우 당사자는 당해 상황에 합리적이라는 사실을 요건으로 계약상 구제권을 보유한다고 규정하고 있다. 이 경우 ‘계약상 구제권’(remedies under the contract)의 의미가 논점으로 부각된다.

‘계약상 구제권’이라는 문언적 의미는 ‘계약의 위반에 대한 구제권’(remedies of breach of contract)이라 보아, 본조항은 계약의 위반에 대한 구제권에 대한 법적 기준을 제시하는 것일 뿐 강행법규 위반으로부터 계약에 미치는 효과는 당해 강행법규가 유래하는 법에 의하여야 한다는 해석이 있을 수 있다.

달리 계약상의 구제권이란 통상의 계약위반에 대한 구제권을 포함하여 계약의 위법성으로 인해 발생하는 구제권, 예컨대 계약의 효력 없음을 구하는 권리와 그에 따른 손해배상을 구할 구제권까지 확대되어 해석되어야 한다고 볼 여지도 있다. 이 견해에 따르면 계약의 전부 또는 일부의 유효·무효, 효력 없음, 강제실현불가 등을 법원이 결정할 수 있도록 그 재량권을 부여하고 있는 규정으로 해석할 수 있다.

이에 대해 PICC 공식주해서는 후자의 견해를 취하고 있다. 곧 강행법규의 침해에도 불구하고 일방 또는 양당사자는 당해 개별사건의 상황에 따라 유효한 계약을 전제로 한 이행청구를 포함하는 계약위반에 관한 통상의 구제권을 주장할 수 있고 또한 계약의 효력이 없는 것으로 처리하거나 계약조건의 변경 또는 일부해제에 대한 구제권을 주장할 수 있다고 본다(UNIDROIT, 2010, p.128). 물론 강행법규의 침해의 효과로서 당해 계약의 유효·무효·효력 없음·강제실현불가 등에 관한 결정은 적용될 강행법규를 해석하는 법원의 재량에 맡겨져 있고 이에 관해서 PICC는 간여하지 않고 있음을 엿볼 수 있다.

그러나 당해 법원이 강행법규의 침해에도 불구하고 계약을 유효로 판단하는 경우에도 계약상의 구제권이 구체적으로 어떠한 양태로 인정되어야 할 것인

지, 나아가 계약위반에 대한 구제권을 인정할 수 있는 경우 어떤 상황에서 어떠한 구제권을 어느 범위에서 인정할 것인지에 관한 법적 기준에 대한 의문이 있다. 물론 PICC 공식주해서에서 언급하고 있는 바와 같이 이러한 상황에 대한 유연성을 극대화하고자 하는 의도에서 본조를 규정하였다고 언급하고 있지만 생각건대 보다 명확한 규정이 필요하다고 본다.

한편 강행법규 침해의 효과로 당사자의 구제권을 인정하는데 고려하여야 할 요소는 첫째, 위반된 규정의 목적이다[제3.3.1조, (3), (a)]. 당해 계약에서 위반된 규정의 목적 또는 목적을 달성하는데 영향을 미치는 구제권은 부정된다. 예컨대 특정물품의 정부조달계약에서는 중개인의 고용을 금지하는 강행법규가 존재하고 있는 경우 정부와 조달계약을 맺으려는 당사자가 체결한 중개인과 체결한 계약은 당해 강행법규의 목적, 즉 중개인을 통한 정부관료에 대한 뇌물의 제공, 정부조달계약에서 중개인의 불법적인 개입 등의 부패행위를 차단하려는 목적을 고려할 때, 양당사자가 체결한 중개계약상 그 어떠한 구제권을 인정하게 되면 이는 강행법규의 목적을 침탈하는 결과를 낳게 되므로 이를 인정하여서는 안 될 것이다(UNIDROIT, 2010, p.129).

둘째, 위반된 규정에 의해 보호되는 자의 유형이다[제3.3.1조, (3), (b)]. 강행법규의 목적이 특정한 범위에 있는 당사자의 보호에 있는 경우 그 당사자에게 계약위반에 대한 구제권을 인정할 수 있다. 특히 당해 강행법규가 일방이 면허를 받지 않은 타방과의 계약을 금지하고 있는 경우 그 강행법규가 보호하고자 하는 당사자는 타방이 아니라 일방이라는 점을 고려하여 면허를 받지 못한 타방의 계약위반에 대한 일방의 손해배상청구권 등의 구제권은 인정될 수 있을 것이다.

셋째, 위반된 규정에 의거 부과될 수 있는 법적 제재이다[제3.3.1조, (3), (c)]. 강행법규는 경우에 따라 그 위반에 대한 행정 또는 형사제재가 있을 수 있다. 그러나 당해 행정 또는 형사제재가 단순히 강행법규 위반을 억제하기 위한 수단으로 활용될 뿐, 계약의 유효·무효 또는 계약상의 구제권에는 영향을 미치지 않고 있다면, 일방이 자신의 계약위반에 대한 책임을 회피하기 위해 강행법규의 위반을 이유로 계약의 무효를 주장하는 것은 인정되지 않고, 타방은 계약상 구제권만을 행사할 수 있을 것이다. 이는 소위 단속법규의 위반의 경우 특

히 중요하게 고려될 수 있을 것이다.

넷째, 위반의 중대성 정도이다[제3.3.1조, (3), (d)]. 강행법규 위반의 정도가 경미하다면 당사자의 계약상 구제권은 인정될 수 있다. 일례로 강행법규에 상당한 기술적 사항이 포함되어 있거나 또는 행정적 절차에 관한 사항인 경우 등에서 고려될 수 있다.

다섯째, 당사자의 일방 또는 양당사자가 당해 위반을 알았거나 또는 알았어야 했는지 여부이다[제3.3.1조, (3), (e)]. 당사자의 일방 또는 양당사자가 당해 계약이 어떤 국내법의 강행법규를 위반한다는 사실을 알았거나 알았어야 했다면, 구제권은 인정될 수 없을 것이다. 특히 악의 또는 알지 못한 것에 중대한 과실이 있는 당사자의 구제권은 여하히 배척될 것이다. 문제는 강행법규의 존재를 모르고 있는 선의의 당사자의 구제권까지 배척되어야 하는지 여부이다. 이러한 논점은 계약당사자는 당해 상거래에 적용되는 법규를 인지하여야 할 의무가 있지만, 과실 있는 당사자의 상대방이 악의이고 상대방 국가의 강행법규 위반을 이유로 상대방이 당사자의 구제권 없음을 주장하는 경우까지 당사자의 구제권을 배척하는 것은 악의의 당사자가 오히려 보호된다는 문제로 귀결된다. 따라서 과실을 판단함에 있어 당사자가 알기 어려운 강행법규에 대해서는 과실이 없다고 판단하여 그 범위를 축소하여 해석하여야 할 것으로 생각된다. PICC에서는 이러한 상황을 고려하여 본조 (3), (g)에서 당사자의 합리적인 기대를 고려하도록 하고 있다.¹¹⁰⁾

110) 이에 비하여 PECL 제15:102조, (2), (e)에서는 과실여부는 묻지 않고 위반이 고의적이었지 여부만을 고려하도록 하고 있다. PECL, 제15:102조(강행규정을 위반하는 계약) : “(1) Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Art. 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification. (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.” [(1) 계약이 제1:103조의 강행규정을 위반하는 경우 그 위반의 계약에 대한 효력은 그 강행규정이 명시적으로 정하고 있는 경

여섯째, 계약을 이행함에 있어 필연적으로 위반이 발생하는지 여부이다[제 3.3.1조, (3), (f)]. 계약내용 그 자체 의해서 또는 묵시적 합의에 의해 강행법규를 위반하게 하는 경우 계약상 구제권은 인정되지 않는 것이 보다 합리적이라 본다. 계약이행이 직접적으로 강행법규를 위반하는 경우 당사자의 계약상 구제권은 여하히 배척될 것이다. 그러나 계약이행이 간접적으로 강행법규를 위반하는 경우에는 다소 의문이 있을 수 있다. 예컨대 공무원에게 뇌물을 준 이후 별개의 계약이 체결되었고 당해 계약이행이 직·간접적으로 뇌물공여를 금지하는 규정을 위반하게 되는 경우 당사자의 구제권이 배척되는지의 여부에는 판단의 어려움이 있을 수 있다. 이때는 당해 개별사안에 따라 그 밖의 요소를 고려하여 종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이라 본다.

일곱째, 당사자의 합리적인 기대이다[제3.3.1조, (3), (g)]. 당사자의 일방이 합리적으로 강행법규의 침해가능성을 알았어야 했던 경우가 아니고, 당해 계약이행이 가능하다고 함에 합리적인 기대를 하고 있었다면, 상대방 국가의 실정법상 강행법규를 원용하여 당사자 구제권의 배척을 구하는 것은 인정되지 않을 것이다. 당사자가 상대방 실정법의 강행법규가 존재한다는 사실을 빠짐없이 확인하기를 요구하는 것은 국제상사계약상 현실에 비추어 이는 매우 어려운 일이라 본다. 특히 기존에 계약관계가 없었던 상인 간 상거래에서는 더욱 그러할 것이다. 따라서 당사자가 상대방 국가의 강행법규 존재를 알았어야 했던 경우라고 볼 수 없다면, 당사자의 기대는 보호되어야 할 것이다. 요컨대 당사자의 합리적 기대는 당사자 일방 또는 양당사자가 악의 또는 과실이 있었는지 여부와 밀접한 관련을 맺고 있다. 따라서 당사자의 과실이 있었다고 하더라도 당사자의 합리적 기대를 고려하여 그러한 기대를 보호할 가치가 있다면 당사자의 구제권은 인정되어야 할 것으로 생각된다.

우의 효력이다. (2) 강행규정이 계약에 대한 위반의 효력에 대해 명시적으로 정하고 있지 않은 경우 계약은 전체적 효력을 지닌다고, 부분적 효력을 지닌다고, 효력이 없다고 또는 수정을 조건으로 한다고 선언할 수 있다. (3) (2)의 결정은 다음과 같은 사항을 포함하여 모든 제반사정을 고려하여 그 위반의 정도에 적절하고 비례적이어야 한다. (a) 위반된 규정의 목적, (b) 규정이 보호하고자 하는 인적 범주, (c) 위반된 규정하에 부과된 제재, (d) 위반의 정도, (e) 위반이 고의였는지 여부 그리고 (f) 위반과 계약사이의 관련의 밀접성.

4. PECL과의 비교

PECL 제15:101조에서는 EU 역내 회원국의 법에서 기본적으로 인식하고 있는 일반원칙들에 반하는 계약은 효력이 없다고 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 여기서 기본원칙에 관한 정의는 찾아볼 수 없으나, ‘인권에 관한 유럽협약’(European Convention On Human Rights), ‘기본권에 관한 유럽협약’(European Union Charter On Fundamental Rights) 등에서 당해 기본원칙에 대한 지침을 유추할 수 있다(박현정, 2007, 209면).

연혁에 비추어 PICC에서도 전 세계 각국의 법체계에 기본적으로 수용된 원칙에 반하는 계약에 대해서는 계약위반에 대한 그 어떠한 구제권도 인정하지 않는다는 취지의 규정을 두려고 하였으나, PECL상의 당해 규정은 너무 모호하고 경우에 따라 해석상의 불일치가 발생할 수 있다는 시각에서 현실화되지는 못하였다(Huber, 2015, Art. 3.3.1, para. 8).

요컨대 PICC상 이러한 기본원칙에 반하는 계약에 관한 규정이 존재하지 않는 결과, 위법성의 범위가 PECL에 비해 상당히 좁아지게 되어 강행규범의 위반에 관한 조항만이 실질적인 의의를 지니게 되었다. 곧 PICC는 유럽이라는 지역적 한계를 두고 있지 않기 때문에 법계 간의 차이를 극복하는 기본원칙이라는 개념정의는 입법기술상 매우 곤란하며 PICC의 통일적 적용에 상당한 장애를 줄 수 있다는 점에서 이를 배제한 것으로 생각된다.

PECL 제15:102조는 강행법규의 침해의 효과에 대해서 명정하고 있다.¹¹²⁾ 본

111) PECL, 제15:101조(중대한 원칙에 반하는 계약) : “A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union.” [EU 회원국의 법률상 근본적인 것으로 인정되는 원칙에 반하는 계약은 그 범위에서 효력이 없다. EU 회원국의 법률상 근본적인 것으로 인정되는 원칙에 반하는 계약은 그 범위에서 효력이 없다.].

112) PECL, 제15:103조(일부 무효) : “(1) Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Art. 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification. (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons

조 (1)에서는 계약이 제1:103조¹¹³⁾의 강행법규를 위반하는 경우 당해 위반에 따른 계약에 대한 효력은 그 강행법규가 명시적으로 정하고 있는 경우 그에 따른다고 규정하고 있다. 이 같은 입법태도는 PICC의 입법형식 및 취지와 큰 차이가 없다고 본다.

본조 (2)는 강행법규의 침해의 효과가 명시적으로 규정되지 않은 경우 법원에게 당해 계약 하에서 발생하는 문제, 즉 계약이 유효한지, 일부 또는 전부 무효인지, 혹은 수정되어야 하는지 등에 관하여 개입할 수 있는 규정으로 해석된다(박현정, 2007, 214면).¹¹⁴⁾ 본조항은 법원이 계약의 유효·무효 여부, 유효인 경우에도 계약변경 여부, 무효인 경우에도 그 무효가 계약의 전부가 무효인지 아니면 일부는 무효이나 그 일부를 제외하고 계약은 유효한지 여부 등의 사안과 관련하여 법원이 당해 강행법규의 침해에 따른 제반 법률효과를 관할권이 있는 법원에 전적으로 위임하고, 다만 법원이 그러한 해석 또는 적용을

for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.” [(1) 계약이 제1:103조하의 강행법규를 위반하는 경우 그 위반의 계약에 대한 효력은 그 강행법규가 명시적으로 정하고 있는 경우 그 효력이다. (2) 강행법규가 계약에 대한 위반의 효력에 대해 명시적으로 정하고 있지 않은 경우 그 계약은 전체적 효력을 지닌다고, 부분적 효력을 지닌다고, 효력이 없다고 또는 주정을 조건으로 한다고 선언될 수 있다. (3) (2)에서의 결정은 다음과 같은 사항을 포함하여 모든 제반사정을 고려하여 위반의 정도에 적절하고 비례적이어야 한다. (a) 위반된 규정의 목적, (b) 규정이 보호하고자 하는 인적범주, (c) 위반된 규정하에 부과된 제재, (d) 위반의 정도, (e) 위반이 고의였는지 여부 그리고 (f) 위반과 계약사이의 관련의 밀접성.]

113) PECL, 제1:103조(강행법) : “(1) Where the otherwise applicable law so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable. (2) Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.” [(1) 다른 정함이 없으면, 적용되는 법이 이를 허용하는 한, 당사자들은 계약이 이 원칙에 의하여 규율되고 국가의 강행법규가 적용되지 아니함을 정할 수 있다. (2) 그러나, 국제사법의 관련 규정이 계약의 준거법에 불구하고 적용된다고 정하는 내국법·초국가법·국제법의 강행법규는 효력을 갖는다.]

114) PECL은 EU 역내 회원국에서 사용하는 개념으로서 ‘nullity’, ‘avoidness’, ‘voidability’, ‘unenforceability’를 사용하는 대신에 ‘no effect’라는 용어, 즉 ‘효력 없음’(ineffectiveness)이라는 중립적 개념으로서 사용하여 혼란을 방지하고 있다. PICC에서도 동일한 용어를 사용하고 있다.

함에 있어서의 법적 기준을 본조 (3)에서 제시하고 있다.

생각건대 본 사안에 기하여 PICC와 비교할 경우 PECL은 규정의 형식적 측면에서 보다 명확하고 진일보한 것으로 평가된다. 강행법규의 침해의 경우, 일차적으로 강행법규 침해의 효과로서 당해 계약의 유효·무효 등이 결정되어야 할 것이고 이를 관할권이 있는 법원에 재량권이 있다고 보고, 법원이 그 해석에 있어서 법적 기준을 제시하여 간접적으로 법원의 재량권을 추인하는 방식은 법원의 입장에서조차 채택하기 용이한 입법방식이라 생각된다. 물론 PICC도 PECL과 유사한 해석이 가능하다고 볼 수 있겠지만, 규정내용에 비추어 ‘계약상의 구제권’이라는 문언은 상당히 모호하여 해석상 논쟁이 있을 수 있을 뿐만 아니라 구제권에 앞서 강행법규의 침해에 대한 본질적 질문으로서, 강행법규의 침해의 효과가 당해 강행법규에서 명시적으로 정하지 않은 경우 그 침해의 효과를 어떻게 판단하여야 하는지에 대한 명확한 법적 기준을 제시하지는 못하고 있다고 평가할 수 있다.

PECL 본조 (3)에서는 PICC 제3.3.1조 (3)과 유사하게 당해 상황에서 합리적인 것을 결정함에 있어서 고려할 요소를 제시하고 있다. 이 같은 요소를 고려한 당해 강행법규의 침해의 효과에 관한 결정은 그 위반의 정도에 따라 ‘적절하고’(appropriate) 그리고 ‘비례적이어야’(proportional) 한다. 고려요소는 위반된 규정의 목적, 규정이 보호하고자 하는 인적 범위, 위반된 규정 하에서 부과된 제재, 위반의 정도, 위반이 고의였는지 여부 그리고 위반과 계약사이의 관련의 밀접성 등이다.

유의하여야 할 차이점은, PECL의 경우 위반의 고의만을 고려하고 있으나, PICC에서는 위반의 고의뿐만 아니라 알지 못한 것에 따른 과실이 있는지의 여부도 고려하고 있다는 점이다. 나아가 이상의 PECL에서 예시한 고려요소도 이에 제한되지 않고 그 밖의 요소를 고려할 수 있음은 물론이지만, 당해 고려요소는 제반 상황에서 비추어 선택적으로 그 요소를 판단할 수도 있음은 유의하여야 한다.

제2절 강행법규의 침해와 원상회복

1. 원상회복의 요건

강행법규를 침해하여 계약당사자가 구제를 받지 못한다면, 이미 이행한 급부에 대한 원상회복을 청구할 수 있는지가 문제시 된다. 여기서 원상회복을 청구할 수 있는지 여부는 강행법규 자체의 문제라 보아, PICC는 이에 간여하지 않고 있다. 즉 강행법규의 침해가 유효·무효인지를 결정하는 것은 국내법상 강행법규에서 결정하여야 할 문제이며, 또한 강행법규의 침해의 결과로서 원상회복을 인정하여야 하는지 여부도 이와 다르지 않다. 강행법규의 침해가 강행법규에서 명시적으로 또는 해석에 의해 사법상의 무효 또는 효력 없음으로 결정된다고 하더라도 원상회복청구를 허용하여야 하는 문제는 무효 또는 효력 없음의 당연한 결과로 원상회복청구권의 배척으로 판단할 수는 없다.¹¹⁵⁾

강행법규 침해의 효과로서, 이미 급부를 이행한 당사자의 원상회복을 허용하여야 하는지의 여부도 강행법규에서 규정하고 있는 경우 그 규정을 따르면 된다. 문제는 당해 강행법규에서 명시적으로 정하지 않은 경우라 할 것이다. 이에 대해 PICC 제3.3.2조 (1)에서는 강행법규가 이에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않은 경우 당해 제반 상황에 비추어 합리적인 경우라면 원상회복을 인정된다.¹¹⁶⁾

115) 우리나라의 민법에서는 당해 계약이 사법상으로 무효로 돌아간다면 민법 제741조에 의해 부당이득반환을 청구할 수 있다. 그러나 부당이득반환청구권은 불법원인급여에 관한 규정(민법 제746조)에 의해 제한받을 수 있다. 그렇지만 예외적으로 이른바 불법성비교론에 의해 불법원인급여자와 수익자의 관계에서 불법원인급여자의 불법성이 미약한 경우에는 반환청구를 허용하는 경우도 있다; 대법원 1997.10.24. 95다49530 참조.

116) PICC, 제3.3.2조(원상회복) : “(1) Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances. (2) In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1 (3). (3) If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.” [“(1) 제3.3.1조에 따라 강행법규를 침해한 계약에 의거하여 이행이 이루어진 경우 당해 상황에 따라 합리적인 경우 원상회복이 허용될 수 있다. (2) 무엇이 합리적인지를 결정함에 있어 제3.3.1조 (3)에 언급된 기준에 적절한 조정을 하여 고려되어야 한다. (3) 원상회복이 허용되는 경우 제3.2.15조에 있는 규칙이 준용된다.”]

2. 원상회복의 인정기준

PICC 제3.3.2조 (2)에서는 당해 상황이 합리적인가의 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있다. 그 기준은 본조항에서 독립적인 기준을 제시하고 있지는 않고, 제3.3.1조 (3)에서 제시한 기준을 준용하여 적용하도록 하고 있다.

따라서 강행법규의 침해에 따른 구제권을 결정하는 기준과 원상회복을 결정하는 기준 또는 고려요소는 동일하다고 볼 수 있다. 그렇지만 계약상 구제권과 원상회복청구권은 실제로 동일한 구제권이라고는 볼 수 없으므로 당해 개별사건에서 서로 다른 결론이 도출될 수 있는 개연성이 있고, 당해 고려요소도 달리 정할 수 있다고 본다(심중석, 2015, 23면).

3. 원상회복의 효과

원상회복청구권이 인정되는 경우 원상회복의 효과는 PICC 제3.2.15조가 준용된다. 곧 본조는 취소되는 경우 원상회복에 관한 규정이므로 직접 적용되지는 않고 이를 준용하도록 하고 있다. 원상회복의 효과에 대해서는 PICC 제3.2.15조의 해제에 준한다.

제6장 요약 및 결론

PICC는 1994년 공포된 이래 국제상사계약에서 계약서 작성의 지침으로서 그리고 당사자 합의에 의한 적용법적 기능, 법의 일반원칙과 상인법으로서의 기능, 국제통일법규범 및 국내법의 보충적 기능, 입법모델로서의 기능 등을 수행하여 왔다. 제정 당시 PICC는 경성법의 지위를 배제하였기 때문에 법원보다는 중재판정부에게 더욱 유용한 국제상사계약법규범으로 인식되고 있으나, 무엇보다도 국제상사계약은 특단의 중재조항을 두고 있다는 점을 고려할 때 국제상거래계에서 PICC의 법적·상무적 지위와 역할은 매우 중요하다고 볼 수 있다. 이는 각국 법원이나 중재기구는 국제상사계약에서 야기되거나 야기될 수 있는 분쟁해결의 법적 기준으로서 PICC를 적절히 적용 및/또는 원용할 수 있는 법적 실익이 있음을 시사한다.

본 연구는 국제물품매매계약에 관한 가장 성공한 선도적 입법례로서 CISG에서 배제하고 있는 유효성의 문제를 다룬 논문이다. 요컨대 PICC는 이러한 유효성을 다룰 수 있는 제반 규정을 존치해 둬으로써 계약체결과정에서 발생할 수 있는 법적 분쟁 중에서 가장 복잡 미묘하다고 볼 수 있고, 나아가 법계 간 차이 또한 극명하게 드러나고 있는 계약의 유효성 문제에 관한 일련의 의미 있는 해결책을 제시한 논문이다.

본 연구에서는 계약체결상 계약의 유효성 문제를 연구범위에 두고 이에 PICC를 분석대상으로 하여 당해 유효성과 관련된 제반 규정의 법적 기준을 명료히 제시하였다. 또한 PICC와 밀접한 관련성을 갖고 있을 뿐만 아니라 국제상사계약에서 중요한 법적 지위를 보유하고 있는 PECL 및 CESL을 비교법적 분석대상으로 삼아 이에 최신의 판결례를 접목하여 PICC상 계약의 유효성에 대한 조문해제 및 평가 그리고 입법상 유의점 내지 시사점을 제시하였다.

그 내용은 연구범위에 기한 PICC의 규정체계에 따라 총칙규정으로서 단순 합의의 효력, 원시적 불능, 강행규정성을 고찰하였고, 취소사유로서 착오, 사기 및 강박, 현저한 불균형 등에 관한 법적 기준 및 취소권 행사의 절차 및 요건 등을 분설하였고 취소권 상실사유도 이에 결부하였다. 또한 PICC(2010)에 새

롭게 편입된 위법성 관련조항을 이에 후보하였다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, PICC상 적용배제의 사안은 무능력의 문제이다. 당해 문제는 PICC에서도 각국의 상이한 입법태도로 인해 합리적 해결책을 제시할 수 없다는 현실적 고려에 의해 배제되었다.

둘째, 총칙규정으로서 단순한 합의의 효력과 원시적 불능의 효과이다. PICC상 계약의 체결·변경·종료는 단순한 합의만으로도 가능하고, 계약의 구속력에 관한 근거로서 이를 통상 당사자의 의사에서 구하고 있는 국제상사계약법 규범의 태도를 연속성 있게 유지하고 있다. 따라서 영미법계의 약인이론과 전통적 프랑스법의 꼬즈이론은 배제된다. 그리고 PICC는 종래의 원시적 불능 무효론을 배척하고 원시적 불능의 유효를 명시적으로 인정하고 있는 특징이 있다. 여기서 PICC는 원시적 불능의 해결책으로 유효를 전제로 불이행의 일반원칙에 따라 해결할 수 있도록 명시적인 규정을 존치해 두고 있다.

셋째, PICC는 계약의 취소사유에 관하여, 각종의 취소사유, 즉 착오·사기 및 강박·현저한 불균형 등을 다루고 있다. PICC상 모든 취소사유에 공히 적용되는 조항으로는 제3자에 의해 취소사유가 발생한 경우 추인·취소권의 상실·계약취소의 통지·취소권의 행사기간·일부취소에 관한 규정 등이 있다. 또한 취소의 효과로서 소급효, 손해배상에 관한 규정도 존치해 두고 있다. PICC상 취소사유의 구성체계를 요약하면, 각종의 취소사유에 기한 취소사유의 정의 및 요건 등을 차례로 열거하고 있고, 취소권의 행사와 관련된 문제로서 취소할 수 있는 계약의 추인·취소권의 상실·취소권의 통지 등을 명시하고 있고, 나아가 취소권의 효과로서 취소권의 소급효와 취소와 관련된 손해배상에 관한 규정을 존치해 둠으로써 취소권의 발생·행사·효과 등을 논리적·시간적 순서에 따라 규정하고 있다. 이로부터 PICC상 구성체계의 합리성·연계성을 강화하고 있고 이로부터 계약취소권자와 상대방의 이익의 균형을 도모하고 있다는 시각에서 그 순기능성을 돋보이고 있다. PICC는 구체적 취소사유로서 착오를 규율하고 있는데, 당해 착오를 계약이 체결된 때에 존재하는 사실 또는 법에 관한 오인이라고 정의한 후에 취소의 요건으로 착오당사자와 착오상대방이 어떠한 상태에 있었고 그 착오가 어떤 정도에 이르렀는지를 평가하

여 착오에 의한 취소여부를 판단하고 있다. 이러한 PICC상의 착오에 대한 관점은 PECL, CESL에서도 그 궤를 같이 하고 있다. PICC를 위시하여 PECL 및 CESL 등은 현대계약법의 추이를 적의 반영하여, 그 결과로서 착오에 대한 영미법의 유형별 접근법과 독일법과 프랑스법의 의사주의적 접근법에서 탈피하여 착오당사자와 착오상대방의 신뢰 또는 보호가치를 형량하여 그러한 형량의 결과 착오당사자의 취소권을 부여하여야 하는지 여부를 결정하는 접근법을 취하고 있는 특징이 있음을 엿볼 수 있었다. PICC에서는 사기 및 강박을 심각한 취소사유로 규정하고 있다. 곧 착오에 비해 사기 및 강박의 조건은 완화되어 있다고 볼 수 있는데, 이 경우 사기는 착오를 과실로 유발한 것을 넘어서 고의적 또는 의도적으로 착오를 유발시킨 기망행위를 한 자가 비난가능성이 훨씬 크다는 시각에서 착오취소에 비하여 사기취소의 경우 이를 쉽게 인정될 수 있도록 하고 있다. PICC는 제반 상황에 비추어 특단의 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 심각한, 이를테면 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있고, 특히 작위 또는 부작위에 기한 강박행위 자체가 위법하거나 그러한 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우 강박은 부당하다고 하여 이러한 부당성을 중심으로 이를 명료히 규정하였고, 더불어 강박의 부당성이 충족되는 경우 강박으로 인한 취소를 폭넓게 허용하고 있는 특징이 있다. 한편 현저한 불균형에 기하여 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우 당사자는 계약의 전부를 취소하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일부를 취소할 수 있도록 하고 있다. 여기서 일방이 과도한 이익을 부당하게 받는지의 여부를 판단할 수 있는 법적 기준으로의 고려요소를 명문화하여 PICC 적용상의 임의성을 매우고 있다.

넷째, 취소권의 행사와 관련된 취소의 통지, 일부취소, 취소의 효과, 손해배상 문제 등을 고찰하였다. 계약취소권을 가진 당사자는 상대방에 대한 통지에 기하여 취소권 행사가 보장된다. 또한 취소의 소급효를 규정하고 있는데, 이 경우 소급효가 있다는 것은 계약이 취소되면 계약은 처음부터 존재하지 않게 된다는 것을 의미하기 때문에 양당사자는 계약이 취소되어 무효가 되고, 이에 따라 이행되지 않은 의무는 이행할 필요가 없고, 설령 이미 이행된 것이 있다

면 원상회복을 하여야 할 의무를 지게 된다. 본 연구에서는 이상의 논제에 따라 소급효에 따른 원상회복의 성질·요건·효과 등을 분설하였다. 그 내용은, 우선 계약이 취소되면 원상회복이 되지만 원상회복이 있었다고 하여 손해배상의 문제가 해소되는 것은 아니다. PICC는 계약이 취소되는지 여부와 관계없이 취소사유에 관한 악의 또는 과실이 있는 당사자에게 손해배상책임을 지우고 있다. 즉 착오·사기·강박·현저한 불균형에 의해 취소권을 가진 당사자는 취소권을 행사하고 상대방에게 원상회복을 청구할 권리를 보유하지만, 원상회복만으로 당사자의 지위가 계약이 없었던 상태로 돌아가지 않을 수도 있고, 취소권을 행사하지 않고 계약을 유지하더라도 손해는 남아있을 수 있기 때문에 이와 같은 상황에 대비하고 있음을 파악하였다. 또한 계약 중에 일부에 취소원인이 있고 계약체결 시 계약의 취소사유가 존재한다는 사실을 알았더라도 잔존 계약만으로 계약을 유지하려고 하는 가정적 의사가 있었다면 계약의 일부취소도 가능하도록 하고 있다.

다섯째, 취소권이 상실되는 경우에 관하여, 우선 착오의 경우에만 특유한 취소권 상실사유가 있다. 곧 착오당사자의 상대방이 착오당사자가 이해한 바에 따라 상대방이 계약을 이행할 의사가 있을 경우 상대방이 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행함으로써 착오당사자의 취소권이 상실된다. 이미 착오에 의한 취소통지를 한 경우에도 착오당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하지 않은 한, 이미 행한 취소의 통지는 그 효력이 상실된다. 한편 취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지를 함으로써 취소권을 행사할 수 있으나, 취소권을 가진 당사자는 계약취소의 통지기간의 제한을 받는다. 다른 한편 통지기간의 제한이 없다면 취소권을 가진 당사자의 상대방은 장래 계약이 취소될 수 있는 불안정한 지위에 놓이게 되므로 이러한 기간을 일정기간으로 제한할 필요가 있다. 또한 취소권을 가진 당사자가 취소할 수 있는 계약을 추인하는 경우에도 취소권은 상실된다.

여섯째, 위법성과 관련하여, 위법성의 대표적인 예는 강행법규의 침해로 특정된다. PICC는 강행법규에 대하여 정의하지는 않고 있으나, 다만 국제사법의 규칙에 따라 적용될 수 있는 국가적·국제적 또는 초국가적 기원의 강행법규는 PICC의 어떠한 규정에 의해서도 그 적용을 제한받지 않는다고 규정하고

있다. 예컨대 강행법규를 침해하는 경우 그 위반의 계약에 대한 법적 효력은 당해 강행법규가 명시적으로 정하고 있는 경우 그에 따른다고 규정하여 당해 강행법규에서 침해의 효력을 정하고 있는 경우 그에 따라 효력이 결정된다. 또한 PICC는 강행법규 침해의 효력이 명정하지 않은 경우를 대비하여 강행법규의 효력에 대한 판단을 보류하고 단지 계약상 구제권을 부여할 때 고려하여야 할 요소를 정하고 있다. 곧 강행법규의 효력에 대한 개입에 우선하여 단지 강행법규의 효력에 따른 구제권만을 다루고 있는 특징이 있다. 따라서 강행법규의 침해에도 불구하고 일방 또는 양당사자 모두는 당해 개별사안의 상황에 따라 유효한 계약을 전제로 이행청구를 포함하는 계약위반에 대한 통상의 구제권을 주장할 수 있고 또한 계약의 효력이 없는 것으로 처리하거나 계약조건의 변경 또는 일부해제를 주장할 수 있도록 하고 있다. 강행법규 침해의 효과에 관하여, 이미 급부를 이행한 당사자의 원상회복을 허용하여야 하는지의 여부도 강행법규에 규정하고 있는 경우 당해 규정을 따르면 되고, 달리 강행법규에서 명시적으로 정하지 않은 경우에는 당해 상황에 비추어 합리적인 경우에 한하여 원상회복을 인정하고 있다.

참고문헌

■ 국내 단행본

- 김상용 (2002). **비교계약법**. 법영사.
- 김상용 (2002). **비교계약법**. 법영사.
- 김형배 (2013). **민법학강의**. 제12판. 신조사.
- 석광현 (2010). **국제물품매매계약의 법리**. 박영사.
- 심종석 (2008). **국제상사계약의 이론과 실제**. 대구대학교출판부.
- 심종석 (2013). **국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용**. 삼영사.
- 엄동섭 (2010). **미국계약법 I**. 법영사.
- 오원석, 하강현 (2013). **국제물품매매법의 이해**. 삼영사.
- 지원림 (2013). **민법강의**. 제11판, 홍문사.
- 한삼인 (2011). **계약법**. 화산미디어.
- Lando, O., & Beale, H. (2013). **유럽계약법원칙 제1·2부** (김재형 역). 법문사.
(원전은 1999년에 출판)
- UNIDROIT. (2006). **UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004**. (오원석, 최준선, 허해관 공역). 법문사. (원전은 2004에 출판).

■ 국내 연구논문

- 김동훈 (2014). “원시적 불능에 관한 민법개정시안에 대한 고찰”. 「법조」 제 695권, 5-32.
- 김상용 (2002). **비교계약법**, 법영사, 125.
- 김진우 (2012). “CISG에서의 의사표시의 해석”. 「국제거래법연구」 21권 2호, 23-46.
- 김현수 (2014). “미국 계약법의 현대적 이론에 관한 서론적 고찰”. 「비교사법」 제21권 2호, 743-780

- 박영규 (2014). “착오에 관한 새로운 이해”. 법학연구 22권 2호, 99-126.
- 박영복 (1996). “독일에서의 「原始的 不能制度」에 관한 論議”, 「사법행정」 37권 9호, 9-26.
- 박정국 (2012). “정관상 목적에 의한 회사의 권리능력제한에 관한 소고 : 영미 법상의 능력외 이론을 중심으로”, 「법학논총」 제32집 제1호, 335-363.
- 박현정 (2007). “유럽계약법원칙상 위법성”, 「외법논집」 제28집, 205-231.
- 송덕수 (2009). “공통의 동기의 착오에 관한 판례 연구 -대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다13288 판결-”, 「법조」 58권 11호, 334-383.
- 신국미 (2009). “민법개정과 「원시적 불능」의 법리”, 「법학논총」 제21집, 107-135.
- 심종석 (2014). “국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)상 계약해제의 사유에 관한 법적 기준”, 「경영법률」 25권 1호, 317-345.
- 심종석 (2015). “PICC(2010) 재·개정규정에 대한 법적 기준”, 「경영법률」 제25집 제4호, 317-358
- 심종석 외 (2008). “국제상사계약에 있어 계약불이행의 결정기준과 그 적용사례에 관한 연구”, 「무역학회지」 제33권 제5호, 253-274.
- 안건형 (2011). “UNIDROIT 원칙의 적용규칙에 관한 국제중재 판정사례 연구”. 「비교사법」 제18권 4호(통권55호), 1071-1120.
- 오석웅 (2007). “國際物品賣買契約에 관한 UN協約과 UNIDROIT原則 2004의 比較研究-契約의 成立과 關聯하여-”. 「법학연구」 제25집, 269-296.
- 오석웅, 주기중 (2005). “國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則 2004-국제중재에서의 적용가능성을 중심으로-”. 「법학연구」 제20집, 83-104.
- 오세창 (2003). “CISG와 UNIDROIT 원칙상의 해석원칙에 관한 연구”, 2003년도 제1차 정책토론회 및 학술발표대회 發表論文集, 337-367 .
- 오원석 (2003). “국제물품매매계약에서 계약의 “유효성”(validity) 문제에 관한 CISG와 UNIDROIT 원칙의 입장비교와 적용상의 시사점”. 「무역학회지」 제28권 3호, 157-180.
- 오원석. (1999). “국제상사계약에서 UNIDROIT 원칙의 실무상 적용가능성에 관

- 한 연구”. 「무역학회지」 제24권 1호, 165-180.
- 윤형렬 (2001). “일방적 동기의 착오”. 「법학연구」 7권, 71-124.
- 이덕환 (2006). “영미계약법상 약인이론의 고찰”. 「법학논총」 제23집 제3호 (하), 191-219.
- 이천수 (2013). “UNIDROIT Principles에서 면책규정에 관한 연구”. 「산업경제 연구」 제26권 제5호, 2191-2208.
- 이충훈 (2007). “원시적 불능론의 재검토”. 「법조」 제56권 제12호, 182-217
- 정성현 (2014). “착오취소제도의 개선방향에 관한 연구- 두 번의 민법개정논의에서 보여진 관점의 변경을 중심으로”. 「법학연구」 제17권 3호, 125-154.
- 정태운 (2013), “프랑스에서의 원인론에 관한 연구-파기원의 판례를 중심으로 -”, 재산법연구 제30권 제3호, 33.
- 정태운 (2013). “프랑스에서의 원인론에 관한 연구-파기원의 판례를 중심으로 -”. 「재산법연구」 제30권 제3호, 31-70.
- 주기동 (1997). “민법상 착오의 제문제 -프랑스 민법과의 비교연구-”. 「법조」 제46권 6호, 140-166.
- 홍성규 (2004). “Lex Mercatoria로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 역할”. 「무역학회지」 제29권 제3호, 189-210.
- 홍성규 (2006). “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙(2004)의 적용과 전망”. 중재연구 제16권 제2호, 151-182.
- 홍성규 (2011), “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석”, 중재연구 제21권 제1호, 131-155.

■ 국외 단행본

- Aksoy, H. C. (2013). *Impossibility in Modern Private Law*, Springer International Publishing.
- Beale, H. (2012), *Chitty on Contracts: Volume 1*, Sweet & Maxwell.
- Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S. (2010),

- Cases, Materials and Text on Contract Law*, Second Edition, Hart Publishing
- Bonell, M. J. (1998), *UNIDROIT Principles and the Lex Mercatoria*, In Carbonneau T. E. (Ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, : A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing Inc.
- Bonell, M. J., *The UNIDROIT Principles in Practice : Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Second Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Bonell, M. J. (2005), *An International Restatement of Contract Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers Inc.
- Bridge, M. (2007), *The International Sale of Goods : Law and Practice*, Oxford University Press.
- Cartwright, J. & Schmidt-Kessel, M. (2013). Defects in Consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation. In Dannemann, G. & Vogenauer, S. (Eds.), *The Common European Sales Law in Context* (pp. 377-422). Oxford University Press.
- Huber, P. (2009). Chapter 3: Validity. In Vogenauer, S & Kleinheisterkamp, J. (Eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press
- Goode, R., Kronke, H., McKendrick E., Wool, J. (2007), *Transnational Commercial Law - Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press.
- Holtzmann, H. M. & Neuhaus, J. E. (1995), *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International.
- Knapp, C. L., Crystal, N. M., Prince, H. G. (2012), *Rules of Contract Law*, Wolters Kluwer Law & Business.
- Morrissey, J. F. & Graves, J. M. (2008). *International Sales Law and Arbitration, Problems, Cases and Commentary*, Kluwer Law International.

- Schwenzer, I., Hachem P., Kee C. (2012). *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press.
- UNIDROIT (1994). *Official Commentary on UNIDROIT Principle of International Commercial Contract 1994*, UNIDROIT.
- UNIDROIT (2004). *Official Commentary on UNIDROIT Principle of International Commercial Contract 2004*, UNIDROIT.
- UNIDROIT (2010). *Official Commentary on UNIDROIT Principle of International Commercial Contract 2010*, UNIDROIT.
- Vogenauer, S & Kleinheisterkamp, J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(PICC)*, Oxford Univ. Press, 2009.

■ 국외 연구논문

- Berger, K. P. (2014). The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international contract practice: the UNIDROIT Model Clauses. *Uniform Law Review*, 19(4), 1-23.
- Bonell, M. J. (1994). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why What How. *Tulane Law Review*, 69, 1121-1148.
- Bonell, M. J. (1999). UNIDROIT Principles; A Significant Recognition by a United States District Court. *Uniform Law Review*, 4, 651-663.
- Bonell, M. J. (2000). The UNIDROIT Principles and transnational law. *Uniform Law Review*, 2, 199-218.
- Bonell, M. J. (2000). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-Alternatives or Complementary Instruments. *Business Law International*, 2000, 91-100.
- Bridge, M. (2014). The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Uniform Law Review*, 19(4), 623-642.
- Danhan, H. (2003). UNIDROIT Principles and Their Influence in the

- Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China. *Uniform Law Review*, 8, 107-117.
- Dessemondet, F. (2002). Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law. *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 39-50.
- Drobnig, U. (1992). Substantive Validity. *American Journal of Comparative Law*, 40, 635.
- Gabriel, H. D. (2012). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An American Perspective on the Principles and Their Use, The. *Uniform Law Review*, 17, 507-532.
- Gabriel, H. D. (2013). UNIDROIT Principles as a Source for Global Sales Law. *Villanova Law Review*, 58, 661-680.
- Goldman, B. (1987). The Applicable Law: General Principle of Law: the Lex Mercatoria. In Lew, J. (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (pp. 113-125). Brill Archive.
- Hartnell, H. E. (1993). Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Yale Journal of International Law*, 18(1), 1-93
- Jansen, N., & Zimmermann, R. (2011). Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 625-662.
- Kramer, E. A. (1999). Contractual Validity according to the UNIDROIT Principles. *European Journal of Law Reform*, 1, 269-288.
- Lake, S. (2011). Empirical Study of the UNIDROIT Principles-International and British Responses, *An. Unif. L. Rev.*, 16, 669-704.
- Leyens, P. C. (2003). CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole II. C., www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leyens.html.
- Lopez, M. B. (2009). Resurrecting the Public Good: Amending the Validity

- Exception in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods for the 21st Century. *Journal of Business and Securities Law*, 10, 133-171.
- Manjiao, C. (2010). Application of the UNIDROIT Principles in China: Successes, Shortcomings and Implications. *Uniform Law Review*, 15(1), 5-36.
- Mascareño, A., & Mereminskaya, E. (2013). The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, 18(3-4), 447-472.
- Michaels, R. (2014). The UNIDROIT Principles as global background law. *Uniform Law Review*, 19(4), 643-668.
- Oviedo-Albán, J. (2014). UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts: With regard to the Colombian Supreme Court of Justice's ruling on 21 February 2012. *Uniform Law Review*, 19(1), 106-113.
- Perillo, J. M. (1994). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review. *Fordham Law Review*, 63, 281-344.
- Ramberg, C. (2014). The UNIDROIT Principles as a means of interpreting domestic law. *Uniform Law Review*, 19(4), 669-675.
- Remien, O. (2013). Public law and public policy in international commercial contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010: a brief outline. *Uniform Law Review*, 18(2), 262-280.
- Souza Jr, L. D. G. E. (2002). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Their Applicability in the Mercosur Countries, *Revue Juridique Themis*, 36, 375.
- Steingruber, A. M. (2013). El Paso v Argentine Republic: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a reflection of 'general principles of law recognized by civilized nations' in the context of an investment treaty claim. *Uniform Law Review*, 18(3-4), 1-23.
- van Houtte, H. (2014). Contract negotiations and the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, 19(4), 550-560.

- Veneziano, A. (2010). UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, 15, 137.
- Veneziano, A. (2013). Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT's Experience, *The. Vill. L. Rev.*, 58, 521-528.
- Veneziano, A. (2013). Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT's Experience, *Villanova Law Review*, 58, 521.
- Vogenauer, S. (2014). The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts at twenty: experiences to date, the 2010 edition, and future prospects. *Uniform Law Review*, 19(4), 481-518.
- Zeller, B. (2006). UNIDROIT Principles of Contract Law; Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts, *Journal of Law and Commerce*, 26, 115-127.

■ 그 밖의 자료

- 「대법원(2001다10113), 2002.10.11.」
- 「ICC Award No. 7365」 .
- 「ICC Award No. 8261」 .
- 「ICC Award No. 8502」 .
- 「eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011PC0635」 .
- 「www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/leyens.html」 .
- 「www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral texts/sale goods/1980CISG status.html」 .
- 「www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=1」 .
- 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=642&step=Abstract」 .
- 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=646&step=Abstract」 .
- 「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=Abstract」 .

「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=FullText」

「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=671&step=Abstract」 .

「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=690&step=Abstract」 .

「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1215&step=Abstract」 .

「www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1661&step=Abstract」 .

A Study on the Validity of the Contract under Principles of International Commercial Contracts

Sang Youn, Youn

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

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

(Abstract)

UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts, hereinafter PICC, was published at 1994. PICC has been act its function of a guideline of International Commercial Contracts and a applicalble law to govern their contract by parties' agreement, took a place of general principles of law and lex mercatoria. In addition, PICC has a role of interpreting or supplementing international uniform law instruments as well as domestic laws, and has served as a model for national and international legislators.

PICC has accepted as a authoritative source of knowledge of international trade usages of international commercial contracts to the arbitral tribunal rather than domestic court because the characteristics of hard law which CISG has, was excluded from the stage of its draft. But considering that Arbitration clause in international commercial contract, in general, is inserted by parties, legal and practical role of PICC cannot be ignored.

In other words, PICC has legal and practical benefit that each country's court

or arbitral tribunal has legal basis to properly apply when there are any contractual dispute between parties in international commercial contracts.

UN Convention on Contract for the International Sale of Goods(CISG) has obtained a legal position of uniform law in international sales of goods. This study dealt with the rule on validity which fall outside the scope of CISG. The rules on validity of PICC helps to solve problem of validity , which are the most complex issue and controversial between domestic legal systems.

Restricted to the validity, rules of PICC related to validity were analyzed its legal standards. The rules on validity of PICC were also evaluated in comparison of other important international uniform law instruments, The Principles of European Contract Law(PECL) and Common European Sales Law(CESL). In addition, practical applicability, legal implication as well as attention points were presented by analyzing related arbitral awards and judicial precedents according to each part.

Main contents of this study, which follows each provision on chapter 3 of the PICC , were composed of the validity of mere agreement, initial impossibility, mandatory of the provisions in chapter 3, and mistake, fraud, threat, gross disparity as grounds of avoidance. furthermore, procedure and requirements of exercising the right to avoid the contract, loss of right to avoid the contract were evaluated. Illegality, which is newly included at 2010 into PICC, was analyzed.

First, Issues of lack of Capacity are not applicable in PICC. It is because of the realistic consideration, that rational solution is unavailable due to each country's different legal system.

Second, The validity of mere agreement and initial impossibility as a general provision. Making an agreement, amendment and termination is all possible by a mere agreement. In PICC, like other international uniform law instruments, binding force of the contract is based on intention of the parties. Therefore, consideration of common law and cause of french legal system are not considered in PICC. In addition, PICC stipulate that initial impossibility don't affect the validity of the

contract, in contrast to the traditional theory of initial impossibility”. As a solution of initial impossibility, PICC proposed to follow the general principles of non-performance

Third, In PICC, 'Grounds of Avoidance', includes mistake, fraud and threat, and gross disparity. Articles adjusted to all grounds of avoidances are; grounds of avoidance that is imputable to a third person, confirmation of the contract, loss of the right to avoid the contract, notice of avoidance, the time limit for exercising the right to avoid, and rules of partial avoidance. Rules of retroactive effect of avoidance and damages are also included as a part of rule on validity.

Definition of the ground of avoidance and its requirement, followed by execution of the right to avoid and its validity, are sequentially composed a common configuration of the grounds of avoidance. Confirmation of contract, loss of right to avoid and notice of avoidance are included in the part relate to exercise the right to avoid the contract. The effect of the right to avoid the contract includes retroactive effect of avoidance and rules of damages. That is, the rules of reservation, exercise, and effect of the right to avoid are arranged in a chronological way to ensure rationality and connectivity to the configuration of PICC and to pursuit balance in the Reciprocal Benefit between the parties.

One of the specific grounds for avoidance is mistake. In PICC, mistake is defined as an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded. To permit a party to avoid contract because of mistake, the status of each party and the degree of mistake is assessed as a requirement. The approach on mistake of PICC is in line with the trend of modern uniform law or instruments, like PECL and CESL.

Modern uniform law or instruments of international commercial contracts including PICC, balance each party's reliance and worth of protection to judge whether invest the party of mistake to have the right of avoidance. This type of approach is an advancement compared to casuistic approach or approach of German and French law.

Fraud and threat are serious grounds of avoidance in PICC. Requirements of fraud and threat are relaxed compared to mistake. That is, avoidance due to fraud is more easily accepted than the avoidance due to mistake, because a fraudulent practice is based on an intent to induce a mistake and more likely to be blameworthy. PICC primarily focuses on the injustice of treat. When there is an 'unjustified threat' that is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternatives having regard to the circumstances, PICC generally allows avoidance of the contract under the premise of injustice of the treat.

The last grounds for avoidance is 'gross disparity'. If the contract or a specific term is unjustifiably giving excessive advantage to the other party, the first party can avoid the entire contract or a individual term of the contract. There are legal requirements for gross disparity to assess disequilibrium of the contract to limit facultative application of the article.

Fourth, Notice, partial avoidance, the effect of avoidance and damages are included in relating to exercising right to avoid. The party entitled the right to avoid the contract is exercised by notice to the other party. Under the PICC, avoidance takes effect retroactively. This means that the contract is regarded as never having existed, and unfulfilled obligations fall away and performances made in fulfillment of obligations have to be returned. The nature, requirement and effect of restitution according to the retroactive effect were reviewed in this study.

Although all unfulfilled obligations terminate upon avoidance, there are still issues of damages. Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to be known of the ground for avoidance is liable for damages. The party who has the right to avoid the contract because of any case of mistake, fraud, treat, gross disparity is able to exercise the right of avoidance as well as claim restitution.

Fifth, Loss of right to avoid. This only applies to cases where one party is entitled to avoid the contract for mistake. If the other party declares willing to perform or performs the contract as is was understood by the party entitled to

avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. After such a declaration of performance the right to avoidance is lost. The loss of the right is irrelevant whether avoidance notice already given, unless the mistaken party's reasonable reliance on the avoidance of the contract led to perform the contract.

The right of the party to avoid the contract is exercised by the notice to the other party. Notice of avoidance shall be given within a reasonable time. If there is no time limit, the other party of avoidance could be left in an unstable status of a risk of avoidance for a long period. The avoidance right will be lost when the party confirms to contract to be able to avoid.

Sixth, PICC declares illegality. Infringement of mandatory rules is a typical example of illegality. Despite PICC does not specify mandatory rules, nothing in PICC restricts the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law. PICC distinguishes between those mandatory rules that expressly prescribe their effect upon a contract and those that do not. In other words, PICC dealt with the effects of that infringement on the contract by laying down several criteria in determining whether, in the case of infringing mandatory rule of, parties may still be granted remedies under the contract.