

UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016의 주요 내용 및 국내법과의 비교 검토
 [2024.2.29. 제1발표] “PICC 제1장 총칙 제1.6~제1.12조”

성 덕 근(한국법학원 학술연구부 연구위원)

I. 원칙의 해석과 보충

ARTICLE 1.6
(Interpretation and supplementation of the Principles)

(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

(2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

제1.6조(본 원칙의 해석과 보충)

(1) 본 원칙의 해석에는 그 국제적 성격 및 그 적용상의 통일을 증진할 필요성을 포함하여 본 원칙의 목적이 고려되어야 한다.

(2) 본 원칙의 적용범위 내에 속하는 사항으로서 본 원칙에서 명시적으로 해결되지 않는 사항은 가능한 한 본원이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 한다.

1. 해석에 있어서 현대적 기준 제시

본조는 국제상사계약원칙(이하 ‘PICC’) 2016의 해석과 보충에 관한 내용을 밝히고 있다. 본조는 PICC 자체의 해석방법에 관한 것이고, 개별 ‘계약’의 해석에 있어서는 본조가 아닌 제4장 제4.1조, 제4.3조 내지 제4.7조 등에 의한다. 본조는 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’)¹⁾의 제7조²⁾에서 영감을 받은 것으로 보이고, 유럽계약법원칙(Principles of European

- 1) CISG는 국제상거래에서 적용되는 가장 대표적인 협약으로서 세계의 여러 국가간 공동의 지침을 제공하여 각 당사자간의 계약이행 중 해결하지 못하는 국제물품매매계약에 관한 분쟁의 해결을 돕는다는 점에서 성공적인 국제협약으로 평가된다. CISG는 1980년 UN에서 채택되어 2005년 3월 1일부터 발효되었고, 현재 우리나라에서도 적용되고 있다.
- 2) CISG Art.7 (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.
 (譯) CISG 제7조 (1) 이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의준수를 증진할 필요성을 고려해야 한다.

Contract Law, 이하 ‘PECL’)³⁾ 제1:106조⁴⁾와도 유사하다.

2. 국제적 성격 및 적용상의 통일 증진

제1.6조 (1)에서는 본 원칙을 해석함에 고려되어야 요소로서 ‘국제적 성격’ 및 ‘적용상의 통일’을 제시하고 있다. 본 원칙은 ‘국제’계약에 통일적으로 적용되기 위해 마련된 것이기 때문에, 초안작성에 참여했던 각국의 법전문가들이 국제적으로 같은 의미로 이해할 수 있는 중립적인 법률용어를 사용하여 작성되어야 했다.⁵⁾ 그러므로 본 원칙에서 사용된 용어와 개념은 그러한 맥락을 고려하여 해석되어야 하는데, 이러한 점에서 본 원칙의 해석은 (어느 한 국가 또는 여러 국가의 국내법에서의 용어와 개념에 의하지 않고) PICC 내에서의 ‘자율적인 해석 (autonomous interpretation)’에 의한다고 표현될 수 있다.

3. 본 원칙의 목적

본조 (1)은 국제상사계약원칙 2016을 해석함에 있어 ‘목적’이 고려되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 본 원칙의 목적은 내용과 적용범위, 적용목적 등을 규정하고 있는 전문에 소개되어 있지만, 원칙들을 해석함에 있어서는 그 외에 ‘자구(字句, wording)’, 제1.7조⁶⁾에서 언급된 ‘공정거래를 증진시키기 위한 공공정책(the public policy)’, ‘맥락(context)’과 ‘초안작성과정 (drafting history)’도 함께 고려되어야 할 것이고, 해석자료로서는 ‘국제기구(international instruments)’, ‘비교법제(comparative legislation)’, ‘비교법학(comparative jurisprudence)’과 ‘중재판정(arbitral awards)’ 등이 해석의 자료로서 이용될 수 있다는 견해가 있다.⁷⁾

- (2) 이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법규정에 의하여 적용가능한 법에 따라 해결되어야 한다.
- 3) PECL은 유럽연합(EU) 내에서 적용되는 통일유럽민법전을 제정하기 위해 유럽 각국을 대표하는 여러 학자와 실무가들에 의해 마련되었다. 유럽계약법위원회는 1995년에 유럽계약법원칙 제1부(이행, 불이행과 구제수단)와 제2부(계약의 성립, 대리, 계약의 유효성, 해석, 내용과 효력)을 발표하였고, 2000년에 제1부와 제2부를 하나로 묶어 출간하였다. 그 후 2003년에 출간된 제3부는 수인의 채권자 및 채무자, 채권양도, 채무인수 및 계약인수, 상계, 소멸시효, 법률 위반, 조건, 복리이자 등을 다루고 있다.
- 4) PECL Art. 1:106: Interpretation and Supplementation
 (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.
 (2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles. Failing this, the legal system applicable by virtue of the rules of private international law is to be applied.
 (譯) 유럽계약법원칙 제1:106조(해석과 보충)
 (1) 이 원칙은 그 목적이 상응하여 해석되고 전개되어야 한다. 특히 신의성실과 공정거래, 계약관계의 확실성 및 적용상의 통일을 촉진할 필요를 고려하여야 한다.
 (2) 이 원칙의 범위에 포함되나 이 원칙이 명시적으로 해결하지 않는 문제는 가능한 한 이 원칙의 바탕을 이루는 이념에 상응하여 해결되어야 한다. 이러한 해결을 할 수 없는 경우에는, 국제사법규정에 의하여 적용가능한 법체계가 적용된다.
- 5) 오원석·최준선·석광현·허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼영사, 2018, 15면.
- 6) ‘신의성실과 공정거래’에 관한 제1.7조는 본래 국제계약의 당사자들을 구속하는 규정이지만, 계약관계에서 신의성실과 공정거래의 준수를 증진하고자 하는 본 원칙의 기본적 목적을 표현하는 것으로 볼 수 있다(Official Comments, Art. 1.6 no.3, p.16(오원석 외 3인, 전거서, 15~16면)).

4. 본 원칙의 보충

제1.6조 제2항은 본 원칙에 의해 명시적으로 해결되지 않지만 '본 원칙의 적용범위에 속하는' 사항에 대해 어떻게 해결해야 하는지 규정하고 있다.

먼저 '본 원칙의 적용범위에 속하는지 여부'는 해당 조항의 본문이나 주석에서 정하고 있는 바를 통해 판단할 수 있다. 예를 들어 제3.1.1조, 제9.1.2조, 제9.2.2조, 제9.3.2조에서는 해당 조문 내지 해당 절이 문제되는 경우에 적용되지 아니한다는 점을 밝히고 있다. 그리고 만약 해당 조항의 본문이나 주석을 통해 이를 판단할 수 없는 경우, 당해규정의 유추적용(application by analogy)을 통해 문제의 해결을 시도할 수 있다.

하지만 그럼에도 불구하고 문제가 해결되지 않는다면, 그 규정이 기초하는 일반원칙으로부터 해법을 찾아야 한다. 이와 관련하여 PICC에 내재하고 있는 일반원칙으로는 계약의 자유에 관한 제1.1조, 계약의 구속력(*pacta sunt servanda*)에 관한 제1.3조, 당사자 자치(*party autonomy*)에 관한 제1.5조, 신의성실과 공정거래에 관한 제1.7조⁸⁾, 모순행위를 금지하는 제1.8조, 협력의무에 관한 제5.1.3조, 방식의 자유와 약식(略式, informality)에 관한 제1.2조와 제3.1.2조, 관행과 관례에 관한 제1.9조가 명시적으로 규정되어 있고, 그 밖의 일반원칙들은 관련 규정으로부터 추출되어야 한다.⁹⁾

5. 우리법과의 비교검토

우리법, 특히 민법에서는 법 자체를 어떻게 해석해야 한다는 방법에 대해 규정하고 있는 조항은 없다. 하지만 법률과 법률행위를 해석함에 있어서 그 내용을 보다 명확하게 하기 위해 '신의칙'이 이용될 수 있는데, 이때 신의칙은 해석의 표준이 되고 법과 법률행위의 합리적인 의미를 밝혀줄 수 있다.¹⁰⁾ 한편 신의칙은 법률이나 법률행위에 있어서 규율되지 않은 틈이 있다면 그 틈을 보충할 수 있고¹¹⁾, 이미 명백하게 확정되어 있는 법률이나 법률행위의 내용을 수정할 수도 있다.¹²⁾

7) Eckart Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-An Article-by-Article Commentary, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2023, p.86-87.
8) 참고로 신의성실과 공정거래에 관한 제1.7조가 다른 조문에 구체적으로 구현된 예로는 약의(惡意)에 의한 협상에 관한 제2.1.15조, 불이행에 있어 면책조항에 관한 제7.1.6조가 있다.
9) 물론 당사자는 본 원칙을 보충하는데 적용할 수 있는 특정한 국내법을 합의에 의해 자유롭게 정할 수 있다.
10) 이른바 신의칙의 '법해석 기능'(송덕수, 민법총칙, 박영사, 2021, 99면).
11) 신의칙의 '보충적 기능'. 법률에 틈이 존재하면 법규의 정신 내지 취지에 의해 보충되는데 이때 신의칙이 중요한 기준이 되고, 법률행위에 틈이 존재하면 보충적 해석이 이루어지는데 관심과 임의법규로도 보충될 수 없다면 신의칙에 의해 보충될 수 있다.
12) '신의칙의 수정기능'. 예를 들어, 극도로 사소한 채무불이행을 이유로 계약전체를 해제하려는 것은 인정되지 않고 있다.

II. 신의성실과 공정거래

ARTICLE 1.7
(Good faith and fair dealing)

(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.

제1.7조(신의와 공정거래)

(1) 각 당사자는 국제거래에 있어 신의와 공정거래에 따라 행위해야 한다.
(2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

(私見: 번역제안)

제1.7조(신의성실과 공정거래)

(1) 각 당사자는 국제거래에 있어 신의성실과 공정거래에 따라 행위해야 한다.

1. '국제거래상' 기본원리로서의 '신의성실과 공정거래'

대륙법계 국가들이나 영미법 국가들은 대부분 신의칙에 관한 내용을 법조문과 판례를 통해 인정하고 있다. 예를 들어 우리 민법 제2조, 프랑스민법 제1104조¹³⁾, 독일민법 제242조¹⁴⁾와 미국 계약법상 Good Faith 원칙이 그러하다.¹⁵⁾ PICC 제1.7조는 '신의성실(good faith)'에 대한 유럽 대륙법계의 주관적·객관적 접근 방식과 특히 '신의성실(good faith)과 공정거래(fair dealing)'를 구분하는 영미법상의 특징을 모두 수용하는 타협안을 반영한 것이라고 한다.¹⁶⁾ 그리고 이것은 주관적인 심리상태가 아닌 '객관적으로 결정된 행위기준'을 의미하기 때문에, 이 조문은 신의칙을 (해석의 일종이라기보다) 실질적인 원칙으로 명확하게 정하고 있는 것이라고 한다.

13) C.civ. Art.1104 Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.
(譯) 프랑스민법 제1104조 ① 계약은 신의성실하게 교섭되고, 성립되고 이행되어야 한다.
② 이 조항은 공적 질서에 속한다.
14) BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben
Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.
(譯) 독일민법 제242조(신의성실에 좇은 급부)
채무자는 신의성실이 거래관행을 고려하여 요구하는 대로 급부를 이행할 의무를 부담한다.
15) 미국에서 Good Faith 원칙이 완전히 자리잡게 된 것은 통일상법전(Uniform Commercial Code, UCC)에 의한 것이라고 한다. 이에 대한 구체적인 내용은 '윤진수, 『美國 契約法上 Good Faith 原則』, 서울대학교 법학, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.12., 41면 이하'를 참조.
16) Eckart Brödermann, op.cit., p.89. 참고로 '신의성실(good faith)'는 주관적 개념으로서 '내심에 있어서' 공정과 공평성을 의미하고, '공정거래(fair dealing)'는 객관적 기준으로서 '사실상' 공정성 준수를 의미한다. 그리고 이 두 개념을 포함하는 개념으로 프랑스민법은 '선의(bonne foi)', 독일민법은 '신의성실(Treu und Glauben)'라는 용어를 사용하고 있다(최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리민법의 시사점, 재산법연구, 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.6., 67면).

앞서 제1.6조에서 살펴본 바와 같이 본조는 PICC에 내재하고 있는 일반원칙 중 하나라는 의미를 가지고, 계약관계에 있어 계약체결 전의 협상단계부터 이행에 대한 해석¹⁷⁾ 등 계약의 모든 단계와 관련되어 있다.¹⁸⁾ PICC 내의 여러 조문들에는 '신의성실과 공정거래'의 원칙이 직·간접적으로 적용되고 있고¹⁹⁾, 신의성실과 관련된 '합리성(reasonableness)'이라는 단어는 PICC 내에서 최소 80번 사용되고 있다. 참고로 학문적인 관점에서 '합리성'의 요건은 '신의성실(good faith)' 개념보다 뚜렷하고 보다 덜 광범위하지만,

실제적인 관점에서는 당사자와 동일한 상황에 있는 사람들이 계약의 성격과 목적 및 기타 관련 상황²⁰⁾에 있어서 합리적이라고 생각하는 객관화된 관점에서 평가된 '합리적인 행동(reasonable action)'은 일반적으로 '신의성실과 공정거래'를 평가하는 기준을 충족한다고 평가된다.²¹⁾ 이처럼 역사적으로 영미법에 뿌리를 두고 있는 '합리성(reasonableness)'의 개념은 신의성실(good faith)에 따른 행위를 전제로 하는 '상호작용상 공정한 조건에 관한 생각(idea of fair terms of interaction)'을 요약한 것이라고 표현된다.²²⁾

한편 '신의성실'에 관해 언급하고 있는 CISG 제7조 (1)은 '이 협약의 해석에는'이라는 문구가 전제되어 있다는 점이 PICC 제1.7조 (1)과 다르다. 한편 유사한 내용을 담고 있는 PECL 제 1:201조 (1)은 PICC 제1.7조 (1)과 달리 그 적용범위에 관하여 '국제거래에 있어(in international trade)'이라는 문구가 존재하지 않는다.²³⁾

2. 권리남용

'신의성실과 공정거래' 원칙에 반하는 전형적인 행위로는 '권리남용(abuse of right)'가 있다.

17) 예를 들어 제7.1.3조의 이행유보(withholding performance)나 계약상의 정지권(contractual suspension right) 등이 있다.

18) Official Comments, Art. 1.7 no.1, p.18(오원석 외 3인, 전게서, 17~18면); Eckart Brödermann, op.cit., p.91.

19) 구체적으로 적용된 조문들에 대해서는 Official Comments, Art. 1.7 no.1, p.18(오원석 외 3인, 전게서, 17면)을 참조.

20) 이에 대한 관련사정으로는 PICC 제4.3조가 참고될 수 있다.

21) Eckart Brödermann, op.cit., p.92-93. 참고로 합리성을 이해하는데 있어서는 유럽계약법원칙 제 1:302조가 참고될 수 있는데, 해당 조문에서는 합리성에 대해 다음과 같이 정의하고 있다.

PECL Art. 1:302: Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in **good faith** and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.

(譯) 유럽계약법원칙 제1:302조(합리성)

이 원칙에서 합리성은 당사자들과 같은 상황에 있는 신의성실하게 행위를 하는 사람들이 합리적이거나 여기는 것을 기준으로 판단한다. 특히 무엇이 합리적인지를 평가할 때에는 계약의 성질과 목적, 사안의 상황, 거래 또는 직업의 관행과 거래관계가 고려되어야 한다.

22) Eckart Brödermann, op.cit., p.90.

23) PECL Art. 1:201: Good Faith and Fair Dealing

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

(譯) 유럽계약법원칙 제2:201조(신의성실과 공정거래)

(1) 각 당사자는 신의성실과 공정거래에 따라 행위해야 한다.

(2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

권리남용은 i) 단지 상대방에게 손해를 입히기 위해 권리를 행사하거나 ii) 당해 권리가 부여된 목적과 다른 목적으로 권리를 행사하는 경우, 또는 iii) 권리의 행사가 본래 의도된 결과와 균형이 맞지 않는 결과를 발생시키는 경우와 같이 당사자의 어떤 악의적인 행위(malicious behaviour)에 의해 발생한다는 특징이 있다.²⁴⁾

3. 본조의 강행규정성

본조 제2항에서는 "당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다"고 하여 신의성실과 공정거래에 관한 원리는 강행적 성격이 있음을 밝히고 있다. 따라서 당사자간에 이에 반하는 합의의 하는 것은 일반적으로 금지된다. 그리고 본조의 이러한 내용이 PICC 내에 구현된 조문으로는 제3.1.4조(강행규정성), 제7.1.6조(면책조항), 제7.4.13조(불이행 위약금)가 있다.

4. 우리법과의 비교검토

우리 민법은 제2조 제1항에서 "권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다"고 규정하고 있다. 민법의 기본원리인 신의칙은 다른 민법규정과 마찬가지로 법관을 구속하는 '재판규범'이면서 일반인에 대한 '행위규범'으로 기능하고 있고, 판례에 따르면 신의칙에 관한 제2조 제1항은 강행규정으로 파악된다.²⁵⁾

우리나라에서 '신의칙'은 상대방에 대한 신뢰의 이익은 보호되어야 한다는 뜻으로서, 주로 자기가 행한 말과 표시에 의하여 이를 믿고 행한 상대방에 대하여 이와 다른 말을 함으로써 상대방을 해할 수 없다는 뜻으로 이해된다. 이는 신의칙의 파생원리 중 하나인 '모순행위금지의 원칙'과 관련된다.

'공정거래'와 관련하여, 우리민법은 제104조에서 "당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다"고 하여 사회질서와 관련하여 불공정한 법률행위를 무효라고 규정하였다.²⁶⁾ 우리나라에서는 '공정'의 의미를 '사회질서'위반을 판단하는 기준으로서 접근하는데 반해, 영미법에서는 공정거래가 계약에 편입되어 공정성과 관련된 때에는 '신의성실'의 의미로 보고 있다는 점에서 차이가 있다.²⁷⁾

'권리남용'의 경우, 우리민법 제2조 제2항에서 "권리는 남용하지 못한다"고 정하고 있는데, 권리의 행사가 권리남용으로 되려면 신의칙에 반해야 한다. 이는 사회질서 위반, 정당한 이익

24) 권리남용과 관련하여 PICC 내에 이와 관련하여 규정하고 있는 조문으로는 제2.1.15조(악의의 협상)가 있다. 본래 당사자는 PICC 제1.1조(계약의 자유)에서 정한 바와 같이 자유롭게 계약을 체결하고 내용을 정할 수 있지만, 그러한 자유는 제1.7조의 '신의성실과 공정거래의 원칙'에 반할 수 없기 때문에 본조 제2항과 제3항에서는 이를 제한하고 있다. 그밖에 권리남용과 관련되었다고 볼 수 있는 조문으로는 제2.1.16조(비밀유지의무)가 있다.

25) 대법원 1998.8.21.선고 97다37821 판결. 이 판결에 따르면 "신의성실의 원칙에 반하는 것은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다".

26) '신랄한 풍속 기타 사회질서' 위반을 다루고 있는 제103조와 제104조의 관계가 문제되지만 다수설은 104조의 '현저하게 공정을 잃은 법률행위'는 제103조의 사회질서 위반행위로 보고 있다. 판례 역시 이러한 폭리행위가 사회질서 위반행위에 포함된다고 보고 있다(대법원 1964.5.19.선고 63다821 판결).

27) 한낙현·최석범·배정환, '국제거래상 신의칙에 관한 유럽계약법과 한국법제의 비교분석', 국제상학, 제33권 제2호, 한국국제상학회, 2018.6., 17면.

의 흠결, 이익의 현저한 불균형, 권리의 경제적·사회적 이익의 균형파괴 등 여러 가지로 표현되지만, 이들은 매우 추상적인 기준이어서 구체적인 경우에 개별적으로 모든 사정을 참작하여 그러한 사정 위에서 권리행사를 하는 것이 신의칙에 비추어 허용되는지 판단하여야 한다.²⁸⁾

III. 모순행위

ARTICLE 1.8
(Inconsistent behaviour)

A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

제 1.8조(모순행위)

당사자는 자신으로 인하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되고 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위할 때에는 상대방의 그러한 이해에 반하여 그에게 피해가 되게 행위할 수 없다.

(私見: 번역제안)

당사자는 자신이 상대방에게 이해시키고 상대방이 신뢰하여 합리적으로 행동했던 이해에 손해가 되도록 모순되게 행위할 수 없다.

1. 연혁과 목적

2004년에 신설된²⁹⁾ 제1.8조는 신의성실과 공정거래에 관한 제1.7조 구체화시키고 있는 조문으로서 UNIDROIT 원칙에 있어서 필수 핵심조항 중 일부이다. 본인의 일관되지 않는 행동으로 상대방에게 피해가 발생할 경우에 적용되는 이 원칙은 상대방이 가지는 합리적인 신뢰(reasonable reliance)를 보호하기 위한 목적으로 마련되었으며, '*lex mercatoria*'³⁰⁾와 같은 초(超)국가적 맥락에서 유사한 원칙들에 대해 살펴보면 대륙법계에서는 '*venire contra factum proprium doctrine*(self-contradictory conduct-자기모순적 행위)'와 영미법계에서는 '*estoppel doctrine*(금반언의 원칙)'이 함께 존재하는 것으로 파악할 수 있다.³¹⁾

28) 송덕수, 전계서, 113~114면.

29) 본조는 UNIDROIT 원칙이 처음 마련되었던 1994년 판에서는 존재하지 않았던 조문이다.

30) *Lex mercatoria*(영어로 Merchant Law)는 국가법(national law)도 국제법(international law)도 아닌 제 3의 법질서를 형성하는 구체적이고 실효성 있는 법체계를 말한다. 현대 *lex mercatoria doctrine*의 정립에 있어서 가장 큰 기여를 했다고 평가받는 Goldman은 *lex mercatoria*를 "특정국가의 법체계를 가리키는 것이 아닌, 국제거래의 틀을 위해 마련되고 자발적으로 적용되는, 일반원칙이나 관습법적 규칙"이라고 정의하였다. *Lex mercatoria*는 로마법시대에 이미 존재하였고 또 중세에도 널리 발달하였지만 근대에 이르러 국민주권의 성립과 법전편찬으로 인해 소멸된 것처럼 보였다. 하지만 20세기 후반에 이르러 국제상거래법 분야의 수많은 법의 통일이 이루어지고 리스테이트먼트 형태의 PICC 등이 등장하면서 이른바 '상인법의 현대적 부활'이 현실화되고 있다고 평가된다(이에 대한 보다 자세한 내용은, 서헌재, '*lex mercatoria*로서의 UNIDROIT Principles', 통상법률, 제33호, 법무부 국제법무정책과, 2000.6., 78면 이하를 참조).

2. 일반규정으로서의 제1.8조

이 조문은 모순행위를 금지한다는 일반규정으로서 의미를 가지는데, 이러한 취지가 반영된 구체적인 조문들은 PICC 안에 다수 존재한다. 예를 들어 제2.1.4조(청약의 철회) (2) (b), 제2.1.18조(특정한 방식에 의한 계약변경), 제2.1.20조(의외조건), 제2.2.5조(무권대리 또는 월권대리) (2)과 제5.3.3조(조건성취에 대한 개입) 등이 그러하다.

3. 이해(understanding)의 합리적 신뢰

당사자 일방의 작위 또는 부작위 등 다양한 행태로 인해 상대방은 계약이나 그 이행 또는 강제에 관해 어떠한 이해(understanding)를 가지게 된다. 이해는 사실의 문제나 법의 문제, 의사의 문제 또는 행위방법에 관한 문제일 수 있는데, 그러한 이해는 상황에 따라 상대방이 합리적으로 신뢰할 수 있고 또한 그렇게 한 것이어야 한다. 신뢰가 합리적인지 여부는 사실의 문제로서 당사자간의 의사소통과 행위, 당사자들간에 이루어진 거래의 성격과 제반사정 및 당사자들이 서로에게 품고 있는 합리적인 기대 등을 바탕으로 판단한다.³²⁾

4. 효과

이 원칙을 위반하면 '권리의 상실, 정지 또는 변경'뿐만 아니라, '권리의 발생'도 이루어질 수 있다.³³⁾ 따라서 이 원칙은 대륙법계와 영미법계에서 인정되는 것 이상으로 신의성실(good faith) 위반에 대한 해결책을 만들고 있다고 볼 수 있다. 제1.8조는 상대방이 계약이 불법임을 쉽게 발견할 수 있음에도 불구하고 합법이라고 표시하여 당사자에게 합리적인 신뢰를 야기했다면, '손해배상소송의 근거'가 될 수 있다.³⁴⁾

5. 예외

본조는 상대방의 행태에 대해 합리적으로 가지게 되었던 자의 신뢰를 보호하기 위해 마련되었지만, 당사자의 행위가 모순적이라도 상황에 따라 그것이 반드시 금지되지는 않는다. 만약 모순행위를 하기 전에 상대방에게 합리적인 통지를 한다면, 신뢰를 통해서 발생한 비용이나 손실을 보상한다면 모순행위가 허용될 수 있고³⁵⁾, 비신뢰조항(non-reliance clause)³⁶⁾ 또는 '편견 없이(without prejudice)'라는 문구³⁷⁾를 근거로 제1.8조의 효력발생을 저지할 수도 있다.

31) Eckart Brödermann, op.cit., p.94.

32) Official Comments, Art. 1.8 no.2, p.21-22(오원석 외 3인, 전계서, 21~22면).

33) 예를 들어 원래의 행위를 신뢰함으로써 인해 발생한 비용을 지급해야 하는 경우가 있다.

34) Eckart Brödermann, op.cit., p.95.

35) Official Comments, Art. 1.8 no.3, p.23(오원석 외 3인, 전계서, 23면).

36) 비신뢰조항 내지 비의존조항은 계약 당사자 중 일방이 해당 계약을 체결하기 전에 상대방이 작성한 특정 진술에 의존하지 못하도록 하는 계약 내의 진술을 의미한다
<https://www.carter-ruck.com/blog/the-effect-of-contractual-non-reliance-provisions-in-claims-brought-against-financial-institutions/>.

37) 이는 (어떤 표현이) 특정한 이해가 야기되도록 의도하지 않았다는 명시적 선언을 의미한다.

6. 우리법과의 비교검토

우리 민법상 일반조항의 형태로 모순행위를 금지한다는 조문은 존재하지 않지만, 신의칙의 파생원리로서 '사정변경의 법리'와 '실효의 원칙'과 함께 '모순행위금지의 원칙'이 존재한다고 여겨지고 있다. 참고로 '모순행위금지의 원칙'이 우리 민법상 개별조문으로 실제 규정된 것으로는 제452조 제1항³⁸⁾이 있다. 판례는 이 원칙이 적용될 수 있는 경우에 있어서 명시적으로 모순행위금지의 원칙을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 신의칙 위반을 이유로 같은 결과를 인정하거나³⁹⁾, '금반언 및 신의칙' 또는 '신의칙이나 금반언의 원칙'을 명시적으로 언급하면서 판단하기도 하였다.⁴⁰⁾

IV. 관행과 관례

ARTICLE 1.9
(Usages and practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

제1.9조(관행과 관례)

(1) 당사자는 자신이 동의한 관행과 당사자간에 확립된 관례에 구속된다.

(2) 당사자는 국제거래에서 당해 거래를 하는 사람에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 관행에 구속된다. 다만 그러한 관행을 적용하는 것이 불합리한 때에는 그러하지 아니하다.

(私見: 번역제안)

(1) 당사자들은 그들이 동의한 관행과 그들간에 확립된 관례에 의해 구속된다.

(2) 당사자들은 널리 알려져 있고 특정관련거래에서 당사자들에 의해 국제거래상 통상적으로 준수되고 있는 관행에 구속된다. 단 그러한 관행의 적용이 불합리한 경우에는 그러하지 아니하다.

38) 제452조(양도통지와 금반언) ① 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다.
 ② 전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다.
 39) 대법원 1995.9.26.선고 94다51460 판결(선행행위에 모순되어 신의칙에 반한다고 한 원심을 긍정하는 판례).
 40) 대법원 2000.4.25.선고 99다34475 판결 등.

1. '관행'과 '관례'에 대한 존중

제1.9조는 구속력이 있는 '관행(usages)'과 '관례(practices)'에 관하여 i) 당사자들이 동의한 관행과 당사자 간에 확립된 관례를 존중해야 한다는 것과 ii) 강행규정(제1.4조)에 관한 존중을 포함하여 합리성이 가지는 한계를 넘어 존재하고 준수되고 있는 관행도 존중되어야 한다는 내용을 담고 있다.⁴¹⁾ 이러한 요건은 당해 사안에서 '관행'과 '관례'가 문제되는 경우에 고려되어야 하지만, PICC 안에는 관행과 관례를 고려해야 한다고 직접 규정하는 조문들도 존재한다.⁴²⁾ 참고로 PECL에도 이와 유사한 조문이 존재한다.⁴³⁾

2. 판단기준

(1) 당사자들이 동의한 관행과 당사자 간에 확립된 관례

제1.1조의 계약자유 원칙에 따라 당사자들은 계약내용을 구성함에 있어 자유롭게 관행에 동의할 수 있다. 또한 특정한 계약에 있어서 당사자간에 확립된 관례는 당사자들이 명시적으로 그 적용을 배제하지 아니하는 한 자동적으로 구속력을 가진다.⁴⁴⁾ 이에 대해서는, "양 당사자가 해당 관행과 관례가 공통적인 이해를 나타내고 상대방이 이에 구속된다고 의식한다는 것을 합리적으로 기대할 수 있는지"를 기준으로 판단할 수 있다.⁴⁵⁾

(2) 그 밖의 적용가능한 관행 및 예외

제1.9조 (2)는 어떤 관행이 널리 알려져 있고, 관련된 특정거래에서 당사자들에 의해 국제거래상 통상적으로 준수되고 있다면 당사자들은 그 관행에 구속된다고 규정하고 있다. 이 내용을 분할하여 구속될 수 있는 관행을 판단하는 기준을 제시하자면 다음과 같다. i) 해당 관행이 널리 알려져 있는가?⁴⁶⁾ ii) 그것이 지역적 구분을 허용하고 따라서 지역 또는 특정 법역(法域)

41) Eckart Brödermann, op.cit., p.96.
 42) PICC 제2.1.6조(승낙의 방법) (3), 제4.3조(관련사정) (b) (f), 제5.1.2조(목적적 의무) (b)
 43) PECL Art. 1:105: Usages and Practices
 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.
 (2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.
 (譯) 유럽계약법원칙 제1:105조(관행과 관례)
 (1) 당사자들은 그들이 동의한 관행과 그들 사이에 확립된 관례에 구속된다.
 (2) 당사자들은 그들과 같은 상황에 있는 사람들이 일반적으로 적용될 것이라고 여길 관행에 구속된다. 다만 그 관행을 적용하는 것이 불합리한 경우에는 그러하지 아니하다.
 44) Official Comments, Art. 1.9 no.2, p.24(오원석 외 3인, 전게서, 24-25면).
 45) Eckart Brödermann, op.cit., p.96.
 46) 이와 관련하여 유사한 내용을 담고 있는 CISG 제9조 (2)는 '당사자가 알았거나 알았어야 하는 관행 (a usage of which the parties knew or ought to have known)'이라는 표현이 추가되었는데, 이는 당사자들의 구체적인 인식을 요구한다는 점에서 PICC 제1.9조 (2)와 차이가 있다. 참고로 CISG 제9조의 내용은 다음과 같다.
 CISG Art.9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
 (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable

에 관하여 제한을 포함할 수도 있는 '특정거래'에서 당사자들에 의해 국제거래상 통상적으로 준수되고 있는가? iii) 해당 적용이 그 상황에서 합리적인가?

순수하게 지역적이거나 국내적인 기원을 가지는 관행만이 예외적으로 당사자들의 그에 대한 참조(reference) 없이 적용될 수 있을 것이다. 이와 반대되는 예외로는 외국에서 이미 많은 유사한 계약을 체결했던 사업가는 그러한 계약들에 관하여 그 나라에서 확립되어 있는 관행에 의해 구속되어야 한다.⁴⁷⁾

그리고 일단 거래과정(courses of dealing)과 관행이 사안에 적용가능하다면, 이들은 그와 충돌하는 PICC 내의 규정들에 우선한다. 그 이유는 거래과정과 관행이 계약 전체에 관한 또는 당사자들 중 일방의 단일 진술 또는 기타 행위에 관한 목적적 조건으로서 당사자들을 구속하기 때문이다. 따라서 거래과정과 관행은 당사자간에 규정된 명시적 조건보다는 열위이지만, 명시적 조건과 마찬가지로 본 원칙에 우선하는데, 유일한 예외로는 강행적 성격이 구체적으로 표명된 조문들(강행규정)과의 관계에선 그러하지 아니하다.⁴⁸⁾

한편 만약 그 상황에서 관행을 적용하는 것이 불합리하다면 당사자들은 그 관행에 구속되지 않는다. 이는 무고한 당사자가 예상하지 못한 관행을 적용받지 않도록 보호하기 위한 것이다.⁴⁹⁾

(3) 관행의 입증과 적용배제

입증책임에 있어서는 관행을 언급하는 당사자가 그것의 존재를 증명해야 하고, 제1.5조에 따라 당사자들은 당해 관행에서 벗어나거나 효과를 배제하도록 자유롭게 합의할 수 있다.⁵⁰⁾

3. 우리법과의 비교검토

PICC 제1.9조의 관행과 관례와 관련된 우리 민법상의 조문으로는 법원(法源)에 관한 제1조와 사실인 관습에 관한 제106조가 있다. 먼저 관례는 관습법을 "사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인 강행되기에 이른 것"⁵¹⁾이라고 하고, 사실인 관습은 "사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인될 정도에 이르지 않은 것"으로서 "법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다"라고 판시한 바 있다.⁵²⁾

to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

(譯) CISG 제7조 (1) 당사자들은 그들이 합의한 관행과 그들간에 확립된 관례에 구속된다.

(2) 당사자들은, 달리 합의하지 않는 한, 당사자들이 알았거나 알았어야 하는, 국제거래상 널리 알려져 있는 특정관련거래에 관계되는 유형의 계약당사자들에 의해 통상적으로 준수되고 있는 관행이 그들의 계약 또는 그 성립에 목시적으로 적용되는 것으로 본다.

47) Official Comments, Art. 1.9 no.4, p.25(오원석 외 3인, 전거서, 25면).

48) Official Comments, Art. 1.9 no.6, p.26

49) Eckart Brödermann, op.cit., p.96.

50) Eckart Brödermann, op.cit., p.97.

51) 대법원 2005.7.21.선고 2002다1178 전원합의체 판결.

52) 대법원 1983.6.14.선고 80다3231 판결.

V. 통지

ARTICLE 1.10

(Notice)

- (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.

제1.10조(통지)

- (1) 통지가 요구되는 경우에 이는 당해 상황에 적절한 방법으로 할 수 있다.
- (2) 통지는 수신인에게 도달한 때에 효력을 발생한다.
- (3) 제2항에서 통지는 수신인에게 구두로 행하여지거나 그의 영업소나 우편주소지에 전달된 때 "도달한다."
- (4) 본조에서 "통지"는 선언, 요구, 청구 그 밖의 의사표시를 포함한다.

(私見: 번역제안)

- (1) 통지가 요구되는 경우 이는 당해 상황에 적절한 방법으로 할 수 있다.
- (2) 통지는 수신자에게 도달한 때에 효력이 발생한다.
- (3) 제2항의 목적상 통지는 수신자에게 구두로 행하여지거나 그의 영업소나 우편주소지에 전달된 때 "도달한다".
- (4) 본조의 목적상 "통지"는 선언, 요구, 청구 또는 그 밖의 의사전달을 포함한다.

1. 통지의 방식과 적절성

(1) 통지와 통지의 방식

제1.10조는 PICC 아래에서의 모든 종류의 통지에 관해 규율하고 있다. 발신자는 수신에 관한 위험을 부담하게 된다.

(2) 적절성에 대한 판단

통지가 효력을 발생하기 위해서는 그것이 '상황에 적합한 수단에 의해(by any means appropriate to the circumstances)' 이루어져야 하는데, 적절한 수단인지에 대한 판단에는

사안의 구체적 사정, 특히 통신수단의 이용가능성과 신뢰가능성, 내용의 중요성 및/또는 긴급성이 고려된다.⁵³⁾ 예를 들어, 주변 소음이 너무 커서 수신자가 통지를 이해했는지 명확하지 않은 장소에서 구두로 통지한다면, (정확한 통지를 위해) 제1.11조의 5번째 ‘-’에 규정된 서면으로 반복해야 할 수도 있다.

한편 적절성에 관한 판단(테스트)은 통신의 ‘언어’에도 적용되고, 일반적으로 제4.2조에 따라 정당하게 해석되는 진술이 적절하게 이해될 수 있는지에 대해서도 적용되는데, 이때에는 제 1.9조 (2)에서의 일반적인 ‘관행’이 영향을 미칠 수 있다.

(3) 통지의 방식

통지는 특정 양식을 따르지 않는다⁵⁴⁾. 하지만 만약 통지가 전자적인 수단으로 이루어졌고 그 전자적 통지(electronic notice)가 상황에 적절하려면, 수신자가 발신자에 의해 발신된 통지의 방식, 즉 ‘형태(type)와 형식(format), 주소(address)’에 있어서 전자통신(electronic communications)을 수신하는 것에 대해 명시적이거나 묵시적으로 동의했어야 한다.⁵⁵⁾ 수신자의 동의는 진술 또는 행위로부터 추단될 수 있고, 당사자들간에 확립된 관례와 적용가능한 관행으로부터도 추단될 수 있다.⁵⁶⁾

(4) 입증의 문제

통지가 이메일을 통해 이루어지는 경우(email communication), 수신에 대한 입증을 용이하게 하기 위해 발신자는 수신확인을 요구하거나 전화로 통지가 도착했는지 확인하고, 만약 분쟁이 발생하는 경우 증인의 역할을 할 수 있는 사람의 입회 하에 이를 메모하는 것이 권장된다.⁵⁷⁾

(5) 통지의 철회

청약의 회수에 관한 제2.1.3조와 승낙의 회수에 관한 제2.1.10조와 관련하여, 통지의 철회는 늦어도 통지와 동시에 수신자에게 도달해야 한다.

2. 원칙으로서의 도달주의

제1.10조 (2)에 의하면, 모든 종류의 통지는 수신자에게 도달한 때에 효력이 발생하는 것이 원칙이다. PICC 내의 여러 조문들⁵⁸⁾이 이 ‘도달주의(Receipt principle)’의 원칙을 명시하고

53) Official Comments, Art. 1.10 no.1, p.27(오원석 외 3인, 전게서, 27면).

54) 물론 당사자들이 계약에서 동의하거나 제1.4조와 관련하여 관련되는 강행규정이 달리 요구하면 그에 의한다.

55) 예를 들어 수신자가 발신자가 보냈던 방식으로 전자통신을 수신하겠다는 의사를 표시했다면, 전자메시지(electronic message)는 상황에 적합한 것으로 간주된다(Eckart Brödermann, op.cit., p.98).

56) Official Comments, Art. 1.10 no.1, p.27(오원석 외 3인, 전게서, 27면).

57) Eckart Brödermann, op.cit., p.98.

58) 제2.1.3조, 제2.1.5조, 제2.1.6조 (2), 제2.1.10조 등.

있지만, 그러한 명시가 없더라도 도달주의의 원칙에 따라 해석되어야 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

도달주의에서는 통지가 ‘언제’ 수신자에게 도달(reach)하였다고 볼 수 있는지가 중요한데, 동조 (3)에서는 구두의 통지와 그 밖의 통지를 구분한다. 전자의 통지는 수신인 또는 수신인으로 부터 수령권한을 받은 자에게 직접 한 때에 수신자에게 ‘도달’하는 것으로 보고, 후자의 통지는 수신자의 영업소나 우편주소에 전달된 때 수신자에게 ‘도달’하였다고 본다. 이때의 통지는 반드시 오직 수신자의 수중에 놓이거나 수신자에 의해 이해될(읽어질) 필요는 없다.⁶¹⁾ 참고로 전자메시지의 경우, ‘수신자가 지정한 전자주소에서 수신자가 검색(재생)할 수 있을 때’ 수신자에게 도달하는 것으로 본다.⁶²⁾

3. 예외로서의 발신주의

당사자들은 계약의 자유에 관한 제1.1조에 따라 도달주의가 아닌 ‘발신주의(Dispatch principle)’에 따를 것을 명시적으로 자유롭게 약정할 수 있다. 이는 전달 중에 발생할 수 있는 위험을 발신자에게 부담시키는 것이 불공평한 경우, 특히 상대방의 불이행이 현실적이거나 예상되어 자신의 권리를 보존하기 위한 목적으로 통지가 필요한 경우에 적합할 수 있다.⁶³⁾ 이는

59) Official Comments, Art. 1.10 no.2, p.28(오원석 외 3인, 전게서, 28면).

60) PECL 역시 제1:303조에서 통지에 관하여 ‘도달주의’를 취하고 있고, 구체적인 내용은 다음과 같다. PECL Art. 1:303: Notice

(1) Any notice may be given by any means, whether in writing or otherwise, appropriate to the circumstances.

(2) Subject to paragraphs (4) and (5), any notice becomes effective when it reaches the addressee.

(3) A notice reaches the addressee when it is delivered to it or to its place of business or mailing address, or, if it does not have a place of business or mailing address, to its habitual residence

(4) If one party gives notice to the other because of the other's non-performance or because such non-performance is reasonably anticipated by the first party, and the notice is properly dispatched or given, a delay or inaccuracy in the transmission of the notice or its failure to arrive does not prevent it from having effect. The notice shall have effect from the time at which it would have arrived in normal circumstances.

(5) A notice has no effect if a withdrawal of it reaches the addressee before or at the same time as the notice.

(6) In this Article, 'notice' includes the communication of a promise, statement, offer, acceptance, demand, request or other declaration.

(譯) 유럽계약법원칙 제1:303조(통지)

(1) 통지는 서면이든 다른 수단이든 상황에 적절한 모든 수단을 통하여 할 수 있다.

(2) 제3항과 제5항의 제한 아래에서, 통지는 상대방에게 도달한 때 효력이 발생한다.

(3) 통지는 상대방 또는 그의 영업소나 우편주소지에 전달된 때, 또는 상대방이 영업소나 우편주소지가 없는 경우에는 그의 상거소(常居所)에 전달된 때, 그에게 도달한다.

(4) 당사자 일방이 상대방의 불이행을 이유로 또는 자신에게 그러한 불이행이 합리적으로 예견됨을 이유로 상대방에게 통지를 하고, 그 통지가 적절하게 발송되거나 행해진 경우에는, 통지의 전달에서 지연이나 부정확 또는 통지의 부도달은 효력의 발생에 장애가 되지 아니한다. 통지는 통상적인 사정에서 도달하였을 때에 효력이 발생한다.

(5) 통지는 그 철회가 통지보다 먼저 또는 그와 동시에 상대방에게 도달한 경우에는 효력이 없다.

(6) 이 조에서 ‘통지’는 약속, 진술, 청약, 승낙, 청구, 요구 또는 그 밖의 표명의 통신을 포함한다.

61) Official Comments, Art. 1.10 no.4, p.28-29(오원석 외 3인, 전게서, 28-29면).

62) Eckart Brödermann, op.cit., p.98.

국제적인 차원에서 통지의 유효한 수령의 증거가 어렵다는 점을 감안할 때 더욱 그러하다.⁶⁴⁾

4. 우리법과의 비교검토

(1) 도달주의의 원칙

우리나라는 의사표시의 효력발생시기에 관하여 PICC 제1.10조 (2)와 같이 ‘도달주의’를 원칙으로 하고 있지만⁶⁵⁾, 예외적으로 일정한 경우에는 발신주의를 취하고 있다.⁶⁶⁾ 제111조는 임의 규정으로서 당사자가 이와 다른 약정을 한다면, 그 약정은 유효하다.

‘도달’의 의미에 대해, 다수설(요지상태설)은 의사표시가 상대방의 지배영역에 들어가서 그 내용을 알 수 있는 상태가 생겼다고 인정되는 것으로 파악하나, 소수설(진입설)은 의사표시가 상대방의 영역에 진입하는 것만을 요건으로 한다고 본다. 판례는 “도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것”이라고 하여 다수설의 입장과 같다.

도달주의의 원칙상 만약 편지가 우편함에 투입되거나 동거가족·피용자 등에게 교부되면 비록 상대방의 사정으로 살펴되지 않았다고 하더라도 도달로 인정되는데, 만약 수령을 거절하더라도 상당한 이유가 없는 한 도달은 있었던 것이 된다.⁶⁷⁾ 하지만 야간에 텔렉스 또는 팩스가 오거나 편지가 수거시간이 지난 뒤에 우편함에 투입되는 경우에는 (다수설에 근거한다면) 도달은 인정되지 않는다. 참고로 전자적 의사표시에 관해서는 「전자문서 및 전자거래 기본법」 제6조 제2항이 전자문서의 송·수신시기를 일정한 시기로 의제하고 있지만, 이는 기술적인 도달시기를 규정한 것으로 보아야 하며, 민법상의 도달시기로 보기는 어렵고, 특별한 사정이 없는

63) Official Comments, Art. 1.10 no.3, p.28(오원석 외 3인, 전계서, 28면).

64) 이와 관련하여 CISG는 계약체결과 관련된 의사표시에 있어서는 원칙적으로 도달주의를 채택하고 있지만, 물품의 매매에 관한 제3편에 규정된 통지에 관해서는 영미법에서 유래한 발신주의를 채택하고 있다. 이처럼 통지에 대해 발신주의를 채택한 것은, 대개 표의자의 상대방이 계약위한 또는 그 밖의 통상적인 계약실행으로부터의 이탈의 원인을 제공하기 때문이다(김진우, ‘국제물품거래에서의 매수인의 대금감액권-「국제물품매매계약에 관한 UN협약」 제50조를 중심으로, 국제거래법연구, 제18집 제1호, 국제거래법학회, 2009, 57면). 참고로 ‘발신주의’에 관한 제27조의 내용은 다음과 같다.

CISG Art. 27 Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.

(譯) CISG 제27조 이 협약 제3편에 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고, 당사자가 이 협약 제3편에 따라 상황에 맞는 적절한 방법으로 통지, 청구 또는 그 밖의 통신을 한 경우에, 당사자는 통신의 전달 중에 지연이나 오류가 있거나 통신이 도달되지 아니하더라도 그 통신을 주장할 권리를 상실하지 아니한다.

65) 민법 제111조 제1항 ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력이 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

66) 민법 제15조(제한능력의 상대방의 확답을 촉구할 권리), 제71조(총회의 소집), 제131조(상대방의 최고권), 제455조(승낙여부의 최고), 제531조(교차청약) 등.

67) 송덕수, 전계서, 329면~330. 판례도 같은 입장이다(대법원2008.6.12.선고 2008다19973 판결).

한 요지(要旨)할 수 있는 상태에 놓이게 된 때 도달한다고 새겨야 한다.⁶⁸⁾

(2) 도달주의의 효과

도달주의에 따라 의사표시는 상대방에게 도달된 때 효력이 발생하므로, 발신자는 발신 후에 그 의사표시가 아직 도달하기 전이라면 이를 철회할 수 있다. 다만 이때 철회의 의사표시는 늦어도 앞의 의사표시와 동시에 도달해야 한다.

VI. 정의

ARTICLE 1.11

(Definitions)

In these Principles

- “court” includes an arbitral tribunal;
- where a party has more than one place of business the relevant “place of business” is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;
- “long-term contract” refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties;
- “obligor” refers to the party who is to perform an obligation and “obligee” refers to the party who is entitled to performance of that obligation;
- “writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form.

제1.11조(용어정의)

본 원칙에서,

- “법원”은 중재판정부를 포함한다.
- 당사자 일방이 둘 이상의 영업소를 가지고 있는 경우에, 계약체결 전이나 그 체결시에 당사자 쌍방에 알려지거나 예기된 상황을 고려하여 계약 및 그 이행과 가장 밀접한 관련이 곳을 관련 “영업소”로 한다.
- “장기계약”은 일정한 기간에 걸쳐 이행되어야 하는 계약으로서 그 정도는 다양하지만, 거래의 복잡성과 당사자간 관계의 지속성을 수반하는 계약을 말한다.
- “채무자”는 의무를 이행하여야 하는 당사자를 말하며, “채권자”는 의무이행을 청구할 수 있는 당사자를 말한다.

68) 송덕수, 전계서, 331면.

- “서면”은 그 안에 담긴 정보의 기록을 보존하고 또한 유체의 형태로 재생될 수 있는 모든 통신방법을 말한다.

(私見: 번역제안)

본 원칙에서,

- “법원”은 중재재판소를 포함한다.

1. 핵심 용어에 대한 정의⁶⁹⁾

(1) 법원과 중재판정부

PICC에서는 ‘중재절차에 의한 정지’와 관련된 제10.6조를 제외하고는 ‘법원(court)’의 용어만을 사용하고 있는데, 제1.11조 첫 번째 ‘-’에서 법원(court)이 중재재판소(arbitral tribunal)를 포함한다고 규정하고 있는바, 중재재판소(arbitral tribunal)와 국가의 법원(state court)는 동일시될 수 있다.⁷⁰⁾ 이는 중재판정이 법원의 결정과 유사하게 (심지어는 더 나은 수준으로) 인정되고 집행될 수 있다는 원칙⁷¹⁾과 관련이 있다.

(2) 복수의 영업소

‘영업소(place of business)’는 PICC 내에 여러 조문에서 언급되고 있는데, 제1.11조 두 번째 ‘-’에서는 만약 당사자가 복수의 영업소를 가진다면 ‘계약 및 그 이행’과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소를 관련 ‘영업소’로 본다. 이에 대한 결정에 있어서는 계약체결 전이나 체결시에 당사자 쌍방에게 알려져 있거나 당사자 쌍방에 의해 고려된 상황이 평가되어야 한다.⁷²⁾

(3) 장기계약

2016년 버전에서 처음 등장한 ‘장기계약(long-term contract)’의 용어는 일시에 이행되어야 하는 매매계약과 같은 보통의 교환계약과 구별되는데, 양자를 구별하는 가장 특징적인 요소는 ‘계약의 기간(duration of the contract)’이다.⁷³⁾

(4) 채무자와 채권자

‘채무자(obligor)’와 ‘채권자(obligee)’의 개념은 그 채무가 금전채무인지 비금전채무인지를 구

69) 참고로 PECL은 제1:301조에서 용어들의 의미를 정의하고 있고, CISG는 ‘영업소’는 제10조에서, ‘서면’은 제13조에서 정의하고 있다.

70) Eckart Brödermann, *op.cit.*, p.100.

71) UNCITRAL 국제상사중재 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 제35조 참조.

72) Official Comments, Art. 1.11 no.2, p.30(오원석 외 3인, 전게서, 30면).

73) Eckart Brödermann, *op.cit.*, p.100. 장기계약의 종류에 대해서는, ‘Official Comments, Art. 1.11 no.3, p.31(오원석 외 3인, 전게서, 30면)’을 참조.

별하지 않는다.

(5) 서면

‘서면(writing)’은 전보(telegram)나 텔렉스(telex) 뿐만 아니라 기록을 보존하고 유체(有體)의 형태로 재생될 수 있는 전자적 통신을 포함한 기타의 통신방법을 포함한다.⁷⁴⁾ ‘서면’은 제1.10조 (1)에 따른 ‘통지’가 상황에 따라 적절하게 (통지수단으로서) 서면으로 제공하거나 제공하지 않을 수 있다는 점에 비추어보면 여전히 더 형식적이라고 할 수 있다.⁷⁵⁾

2. 기타 용어들에 대한 정의

그 밖에 PICC 안에서 사용되고 있는 용어들의 개념을 정의하는 조문들은 다음과 같다.

용어	조문	용어	조문
reaches (도달한다)	Art.1.10 (3)	standard terms (약관)	Art.2.1.19 (2)
agent (대리인) principal (본인)	Art.2.2.1 (1)	mistake (착오)	Art.3.2.1
promisor (낙약자) promisee (요약자) beneficiary (수익자)	Art.5.2.1 (1)	suspensive condition (정지조건) resolution condition (해제조건)	Art.5.3.1
hardship (이행가혹)	Art.6.2.2	non-performance (불이행)	Art.7.1.1
assignor (양도인) assignee (양수인) other party (제3자)	Art.9.1.1 & Art.9.3.1		

3. 우리법과의 비교검토

우리 민법상 PICC 제1.11조에서 규정하고 있는 용어들에 대해 일일이 정의하고 있는 조문들은 존재하지 않는다. 아울러 용어의 의미를 정의하는 규정 자체도 소수⁷⁶⁾이기 때문에, 앞서 언급된 PICC 내의 용어들의 경우 우리나라에서는 학설과 판례에 의해 정의되고 있다.

74) Official Comments, Art. 1.11 no.5, p.31(오원석 외 3인, 전게서, 31면).

75) Eckart Brödermann, *op.cit.*, p.100.

76) 제98조(물건의 정의), 제767조(친족의 정의), 제768조(혈족의 정의).

VII. 당사자들에 의해 정해진 기간의 계산⁷⁷⁾

ARTICLE 1.12
(Computation of time set by parties)

(1) Official holidays or non-business days occurring during a period set by parties for an act to be performed are included in calculating the period.

(2) However, if the last day of the period is an official holiday or a non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows, unless the circumstances indicate otherwise.

(3) The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise.

77) 기간의 계산과 관련하여 PECL은 제1:304조, CISG는 제20조 (2)에서 정하고 있다. 참고로 각 조문의 내용은 다음과 같다.

PECL Art.1:304 Computation of Time

- (1) A period of time set by a party in a written document for the addressee to reply or take other action begins to run from the date stated as the date of the document. If no date is shown, the period begins to run from the moment the document reaches the addressee.
- (2) Official holidays and official non-working days occurring during the period are included in calculating the period. However, if the last day of the period is an official holiday or official non-working day at the address of the addressee, or at the place where a prescribed act is to be performed, the period is extended until the first following working day in that place.
- (3) Periods of time expressed in days, weeks, months or years shall begin at 00.00 on the next day and shall end at 24.00 on the last day of the period; but any reply that has to reach the party who set the period must arrive, or other act which is to be done must be completed, by the normal close of business in the relevant place on the last day of the period.

(譯) PECL 제1:304조(기간의 계산)

- (1) 당사자가 서면으로 상대방이 응답하거나 그 밖의 행위를 하도록 정한 기간은 그 서면의 작성일자로 기재된 날로부터 기산한다. 작성일자가 없는 경우에는 그 기간은 서면이 상대방에게 도달한 때부터 기산한다.
- (2) 기간 내에 존재하는 공휴일이나 공식 휴무일은 기간을 산정하는데 포함된다. 그러나 기간의 마지막 날이 상대방의 주소 또는 지정된 행위가 이행되어야 하는 곳에서 공휴일이나 공식 휴무일인 경우에는, 기간은 그곳의 최초의 다음 근로일까지 연장된다.
- (3) 일, 주, 월 또는 연으로 표시된 기간은 다음날 0시부터 시작하고, 기간의 최종일 24시에 종료한다. 그러나 기간을 정한 당사자에게 도달해야 하는 모든 응답이나 해야 하는 다른 행위는 기간 종료일에 해당 장소의 정규 영업종료시까지 도달되거나 완료되어야 한다.

CISG Art.20 (2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.

(譯) CISG 제20조 (2) 승낙기간 중의 공휴일 또는 비영업일은 기간의 계산에 산입한다. 다만, 기간의 말일이 청약자의 영업소 소재지의 공휴일 또는 비영업일에 해당하여 승낙의 통지가 기간의 말일에 청약자에게 도달될 수 없는 경우에는, 기간은 그 다음의 최초 영업일까지 연장된다.

제1.12조(당사자들이 정한 기간의 계산)

- (1) 이행할 특정한 행위에 관하여 당사자가 정한 기간 중에 있는 공휴일 또는 비영업일은 기간의 계산에 산입된다.
- (2) 그러나 기간의 말일이 그 행위를 하는 당사자의 영업소 소재지에서 공휴일 또는 비영업일에 해당하는 경우에 다른 사정이 없다면 기간은 그 다음의 최초 영업일까지 연장된다.
- (3) 다른 사정이 없다면 시기의 기준이 되는 표준시간대는 그 시기를 정하는 당사자의 영업소 소재지의 그것으로 한다.

1. 휴일의 영향

당사자는 어떤 행위가 종료되어야 하는 기간을 정할 수 있는데, 시한(time limit)을 정하는 방식으로는 i) 단지 기간을 표시(ex. 10일 이내)하거나, ii) 특정한 날짜(precise date)를 표시(ex. 3월 1일까지)하는 방식이 있다.

첫 번째 방식에 있어서 정해진 기간 내에 공휴일이나 비영업일이 포함된다면, 제1.12조 (1)에 따라 이 날들은 그 기간의 계산에 산입된다. 하지만 위 두 가지 방식으로 정해진 기간들의 말일이 그 행위를 하는 당사자의 영업소 소재지에서 공휴일 또는 비영업일에 해당된다면, 제1.12조 (2)에 따라 다른 사정이 없는 한 그 기간은 그 다음의 최초 영업일까지 연장된다.

2. 시간대의 결정

시간설정과 관련하여, 가장 좋은 방법은 계약서에 시간대를 명시하는 방법이다. 하지만 계약서에 그 정도로 세부적인 사항이 명시되지 않았다면, 다른 사정이 없는 한, 제1.12조 (3)에 의해 그 시기를 정하는 당사자의 영업소의 시간대를 기준으로 한다.⁷⁸⁾

3. 우리법과의 비교검토

기간과 관련하여 우리 민법은 제6장 제155조 내지 제161조에서 규정하고 있으며, PICC 제1.12조에 비해 내용상 매우 구체적이다.⁷⁹⁾ 우리 민법은 기간의 계산에 있어 '시·분·초'를 단위로 하는 기간의 계산과 '일·주·월·년'으로 정한 기간의 계산방법을 다르게 하고 있는데, 전자의 경우 기산점을 자연적 계산방법에 의해 '즉시' 계산하지만⁸⁰⁾, 후자의 경우에는 원칙적으로 초일(初日)을 산입하지 않는다.⁸¹⁾

기간의 만료점에 관하여 '일·주·월·년'으로 정한 경우에는 기간말일의 종료로 기간이 만료된

78) Official Comments, Art. 1.12, p.32(오원석 외 3인, 전거서, 32면).

79) 기간에 관한 모든 민법규정은 민법 제155조의 내용에 비추어 모두 임의규정이다.

80) 민법 제156조.

81) 민법 제157조.

다.⁸²⁾ 그리고 ‘주·월·년’으로 정했다면 이때의 기간은 일(日)로 환산하여 계산하지 않고 역(曆)에 의해 계산하는데⁸³⁾, 시작점이 주·월·년의 처음인지 아닌지에 따라 만료점이 다르다.⁸⁴⁾ 한편 “기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료”되는데⁸⁵⁾, 이러한 내용은 ‘당사자의 영업소 소재지’라는 지역한정의 제한이 없을 뿐 PICC 제1.12조 (2)의 내용과 동일하다. 한편 국제상사계약이라는 특수한 거래상황을 전제로 하기 때문에 마련된 필요가 있었던 PICC 제1.12조 (3)의 ‘시간대’에 관한 내용은 우리 민법에 존재하지 않는다. 이는 우리나라의 영토가 단일 시간대⁸⁶⁾에 존재하기 때문이다.

82) 민법 제159조. 이러한 내용은 PICC 제1.12조 (1)과 같다.

83) 민법 제160조 제1항.

84) 예를 들어 4월 30일에 앞으로 1개월이라고 하면 5월 31일이 기간만료일이고, 7월 15일에 앞으로 1년이라고 하면 다음 해의 7월 15일의 만료로 기간이 만료한다.

85) 여기의 ‘공휴일’에는 임시공휴일도 포함된다.

86) 우리나라는 한국 표준시(韓國標準時, 영어: KST, Korea Standard Time)를 사용하고 있는데, 이는 대한민국과 조선민주주의인민공화국의 표준시로, 동경 135도를 기준으로 하여 UTC보다 9시간 빠른 표준시(UT+09:00)이다. 현재 일광절약시가지제(이른바 ‘썸머 타임제’)는 사용하지 않고 있다.

[참고문헌]

1. 국내

(1) 단행본

법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 2005.2.

송덕수, 민법총칙, 박영사, 2021.

양창수, 독일민법전, 박영사, 2021.

오원석·최준선·석광현·허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼영사, 2018.

올 란도(Ole Lando)·휴 빌(Hugh Beale) 편/ 김재형 역, 유럽계약법원칙(제1·2부), 박영사, 2013.

(2) 논문

김진우, ‘국제물품거래에서의 매수인의 대금감액권-「국제물품매매계약에 관한 UN협약」 제50조를 중심으로, 국제거래법연구, 제18집 제1호, 국제거래법학회, 2009.

서헌재, ‘lex mercatoria로서의 UNIDROIT Principles’, 통상법학, 제33호, 법무부 국제법무정책과, 2000.6.

심종석·오현석, ‘유럽계약법원칙(PECL)하에서 계약책임에 관한 연구’, 관세학회지, 제6권 제4호, 한국관세학회, 2005.8.

양창수, 자료 『유럽계약법원칙』에 대한 일고 및 그 번역, 서울대학교 법학, 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999.5.

윤진수, ‘美國 契約法上 Good Faith 原則’, 서울대학교 법학, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.12.

최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리민법의 시사점, 재산법연구, 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.6.

한낙현·최석범·배정한, ‘국제거래상 신의칙에 관한 유럽계약법과 한국법제의 비교분석’, 국제상학, 제33권 제2호, 한국국제상학회, 2018.6.

2. 해외

Eckart Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-An Article-by-Article Commentary, 2e ed., Wolters Kluwer, 2023,

UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 4th edition(cited as “Official Comments”)

3. 기타

<https://www.carter-ruck.com/blog/the-effect-of-contractual-non-reliance-provisions-in-claims-brought-against-financial-institutions/>

2024. 2. 29.

이 현 규(한국법학원 학술연구부 연구위원)

제2장 제1절 계약의 성립

제2.1.12조

(확인서면, Writings in confirmation)

계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부되는 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 부가적(additional)이거나 계약의 내용과 다른 조항(terms⁸⁷⁾을 담고 있는 경우에, 그러한 조항은 계약[내용]의 일부가 된다. 다만 그러한 조항이 계약[내용]을 실질적으로 변경시키거나 수신자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 대해 이의를 제기하는 때에는 그러하지 아니하다.

[해설]

1. 확인서면

본조는 구두에 의한 계약체결 후 또는 계약의 본질적인 조항만을 정한 서면의 교환에 의한 계약체결 후, 당사자의 일방이 상대방에게 합의내용을 단지 확인하기 위한 서면을 송부하였으나 실제로 그 문서에는 이미 합의한 내용에 부가적인 조항이나 이미 합의한 내용과 다른 조항이 포함되어 있었던 상황을 다룬다. 이 상황은 제2.1.11조가 상정하는 상황, 즉 계약체결 전에 청약에 대해 변경을 가하여 승낙하는 경우와는 명확히 다르다. 그러나 사실상 양자를 구별하는 것이 대단히 곤란한 경우가 있기 때문에 본조는 변경을 덧붙이는 조항이 확인서에 포함되는 경우에 관하여 제2.1.11조와 같은 처리방법을 규정한다.⁸⁸⁾ 즉 청약에 대한 승낙에 변경이 포함되는 경우와 마찬가지로, 이미 합의한 내용에 추가적이거나 그것과 다른 조항이 확인서에 포함되는 경우, 그것이 이미 이루어진 합의를 “실질적으로(materially)” 변경시키지 않고 [=부가적인 것이고] 또한 확인서의 수신자가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 한, 그 부가적이거나 다른 조항은 계약내용이 된다.

새로운 계약조항이 기존의 합의조건을 “실질적으로” 변경하는지 여부는 말할 것도 없이 각 사안의 재판사정을 고려하여 판단되어야 한다. 반면에 확인서를 송부한 자가 상대방에게 그 확인서에 서명한 후 승낙으로서 반송하도록 명시적으로 요구한 경우에는 본조가 적용되지 않음은 명백하다. 이러한 경우에 [확인서에 따른] 계약이 성립하였다고 하기 위해서는 그 확인서가 수신자에 의하여 명시적으로 승낙되어야 하기 때문이다.

87) 번역서(오원석·최준선·석광형·허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼영사, 2018): ‘조건’

88) 제2.1.11조 (변경을 가한 승낙) (1) 청약에 대한 승낙을 의도한 응답이 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 경우에는 청약의 거절이면서 또한 새로운 청약이 된다.

(2) 그러나 청약에 대한 승낙을 의도한 응답이 부가적 조항이나 상이한 조항을 포함하는 경우에도 청약의 내용을 실질적으로 변경하지 아니하는 때에는 그 응답은 승낙이 된다. 다만 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 대해 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약조항이 계약내용이 된다

<사례> A가 전화로 B에게 기계를 주문했고 B가 승낙하였다. 그런데 다음 날 B가 구두에 의한 계약을 확인하는 서면을 A에게 발송하였는데, 그 서면에 A의 시설 내에서의 기계의 테스트에 B가 참석하고 싶다는 내용이 덧붙여져 있었다. 그 부가적 조항은 이미 이루어진 합의를 “실질적으로” 변경하는 것이 아니기 때문에 A가 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 한 계약의 일부가 된다. 그러나 같은 사안에서 ‘중재조항’이 확인서에 포함된 경우라면, 중재조항을 계약서에 포함하는 것이 당해 상품거래의 업계에서 표준적인 관행이 아닌 한, 당사자가 합의한 내용에 대한 실질적인 변경이 되기 때문에 당연히 계약의 일부가 되는 것은 아니다.

2. 확인서는 계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부되어야 한다.

확인서의 수신자[청약자]의 침묵이 이미 합의된 내용에 대한 비실질적인 변경을 포함하는 확인서의 내용에 대한 승낙[목적 승낙]에 해당한다는 규율은, 그 확인서가 계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부될 것을 전제로 한다. 만일 확인서가 불합리하게 긴 기간이 경과한 후 송부되었다면, 수신자[청약자]가 침묵하였다고 하더라도 변경된 내용에 대한 승낙이라고 해석할 수는 없다.

3. 송장(送狀, invoice)

본조에서 ‘확인서’는 광의로 이해되어야 한다. 즉 구두로 체결되거나 비공식적인 서면의 교환에 의해 체결된 계약의 내용을 구체적으로 명시하는(to specify) 용도로 당사자가 송장(invoice)이나 이와 유사한 이행에 관한 서류를 사용하는 경우에도, 그러한 사용이 당해 거래 분야 및/또는 국가에서 관행적인 것이라면 본조가 적용된다.

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.

그러나 우리 법상으로도 같은 결과가 될 것으로 생각된다. 즉 계약체결 후에 당사자 일방이 계약을 실질적으로 변경시키지 않는 범위에서 추가적이거나 (사소하게) 다른 내용의 확인서면(또는 계약내용을 특정하는 송장 등)을 송부하였고 상대방이 이에 대해 이의를 제기하지 않았다면 상대방이 목적 승낙을 한 것으로 보아 계약의 성립에는 영향을 주지 않으며, 확인서면의 내용은 기존 계약의 내용에 편입 내지 추가되는 것으로 해석하게 될 것이기 때문이다.

제2.1.13조

(특정한 사항에 대한 또는 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 한 계약의 성립, Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

교섭(negotiation)⁸⁹⁾ 과정에서 당사자 일방이 특정한 사항에 대하여 또는 특정한 방식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 성립⁹⁰⁾하지 아니한다고 주장(insist)⁹¹⁾한 경우에는 그러한 사항에 대하여 또는 그러한 방식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약은 성립⁹²⁾하지 아니한다.

89) 번역서: 협상

[해설]

1. 특정한 사항에 관한 합의를 조건으로 한 계약성립

원칙적으로, 당사자가 당해 거래유형에 본질적인(essential) 계약조건에 관하여 합의에 도달하면 계약은 체결되고 당사자 간에 합의되지 않은 부수적인(minor) 조건은 사후적으로 사실상 또는 법률상 보충될 수 있다(제2.1.2조(청약의 정의)의 주석 1, 제4.8조(조항의 흠결과 보충), 제5.1.2조(묵시적 채무) 참조).

그러나 경우에 따라 당사자는 특정한 사항을 중요하다고 생각하여 그에 관한 만족할만한 합의가 이루어지지 않으면 계약을 체결하지 않겠다는 의도를 갖기도 한다. 당사자 모두 또는 어느 일방이라도 그러한 의도를 표명하는 경우에 문제의 사항에 대한 합의가 없이는 계약은 성립할 수 없다. “주장하다”(insist)라는 표현을 사용함으로써 본조는 그러한 의사가 긍정되기 위해서는 단지 지나가는 말로써 그런 취지의 의사를 표시한 것으로는 부족하고 그러한 표시가 명백하여야 한다는 것을 분명히 한다.

<사례> 가령 A와 B가 상품의 판매계약을 체결하면서 본질적인 모든 조건에는 합의했지만 후에 누가 상품의 판촉행사비용을 부담할 것인지가 문제되었다. 이 경우 어느 당사자도 이 점에 관한 합의가 없다는 이유로 계약성립을 부정할 수는 없다. 여기서 문제가 된 내용은 당해 거래유형에서 본질적인 것이라 할 수 없고 (보충적 해석을 통해) 사실상 또는 법률상 보충될 수 있기 때문이다. 그러나 판촉행사비용을 누가 부담할 것인지에 대해 명시적으로 정할 필요가 있다는 의향을 B가 계약교섭 중에 계속적으로 표명하였다면 당해 계약의 본질적인 사항에 대해 합의가 있다 하더라도 계약은 성립하지 않은 것이다. B가 계약체결을 위해 그 특정사항에 관한 합의가 필요하다는 의사를 표시(주장)하였기 때문이다.

2. 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 한 계약성립

상거래 실무상 특히 상당히 복잡한 거래의 경우에 당사자는 오랜 교섭을 거친 후에 그때까지 합의된 계약조건을 담은 “예비합의서”(Preliminary Agreement), “양해각서”(Memorandum of Understanding), “의향서”(Letter of Intent) 등으로 불리는 비공식적 문서(informal document)에 서명하면서, 추후 공식적 문서(formal document)를 작성하겠다는 의사(“Subject to Contract”, “Formal Agreement to follow”)를 명시하는 경우가 빈번하다. 그러한 경우에도 당사자는 계약은 이미 체결된 것이고 그리하여 그러한 문서의 사후적 작성은 이미 성립한 계약을 확인하는 것에 불과한 것이라고 생각할 수는 있다. 그러나 당사자 모두 또는 단지 일방이라도 추후 공식적 문서가 작성·서명되지 않는 한 계약에 구속되지 않겠다는 의사를 분명히 밝히는 경우에는, 비록 당해 거래의 모든 관련사항에 대하여 당사자들이 합의를 하였더라도 그 시점까지 계약은 성립하지 않은 것이다.

<사례> A와 B가 장기간의 교섭 끝에 X국의 대륙봉을 탐사, 개발하는 것을 내용으로 하는 합작투자계약에 관한 ‘양해각서’에 서명하였다. 또한 양 당사자는 이후 양해각서 상의 합의내

90) 번역서: 체결
91) 번역서: 교섭
92) 번역서: 체결

용을 공식문서화하여 공개식장에서 서명·교환하기로 합의하였다. 이 경우 이후 서명·교환되는 공식문서가 단지 양해각서의 내용을 확인하고 이를 일반에 공개하는 것을 의도한 것이라면 양해각서가 서명된 시점에 계약은 성립한 것이다. 다만 양해각서에 “최종합의서가 작성될 때까지 합의는 구속력을 갖지 않는다”는 취지의 조항이 포함되어 있었다면, 공식문서의 서명·교환이 이루어지기까지 구속력 있는 계약은 존재하지 않는 것이다.

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.

다만 계약자유의 원칙상 우리 법으로도 본질적 사항 외에 특정한 사항에 관한 합의나 특정한 방식에 의한 합의가 있어야 계약이 성립한다는 의사가 표시되었다면 그러한 합의가 이루어지지 않는 한 계약체결을 긍정하기는 어려울 것으로 생각된다.⁹³⁾ 따라서 우리 법으로도 PICC와 다를 바는 없다고 생각된다.

제2.1.14조
(일부 계약조항이 의도적으로 미확정인 계약, Contract with terms deliberately left open)

(1) 당사자가 계약을 체결할 의사를 갖고 있는 한,⁹⁴⁾ 당사자가 의도적으로⁹⁵⁾ 특정한 계약조항을 추후 교섭하여 합의하기로 하거나 당사자의 어느 일방 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 성립⁹⁶⁾을 방해하지 아니한다.

(2) 전항의 경우에, 당사자의 의사를 고려하여 그 상황 하에서 합리적인 다른 방법으로 당해 계약조항을 확정하는 것이 가능할 때에는, 사후에 발생하는 다음 각호의 사실은 계약의 존재에 영향을 미치지 아니한다.⁹⁷⁾

(가) 당사자가 당해 계약조항에 대한 합의에 이르지 못한 사실
(나) 그러한 계약조항을 결정할 당사자가 그 결정을 하지 아니한 사실
(다) 제3자가 그러한 계약조항을 결정하지 아니한 사실.

[해설]

1. 미확정조항을 포함하는 계약

93) 판례(대법원 2003. 4.11. 선고 2001다53059 판결 등)는 “계약이 성립하기 위하여는 당사자의 서로 대립하는 수개의 의사표시의 객관적 합치가 필요하고 객관적 합치가 있다고 하기 위하여는 당사자의 의사표시에 나타난 있는 사항에 관하여는 모두 일치하고 있어야 하는 한편, 계약 내용의 ‘중요한 점’ 및 계약의 객관적 요소는 아니더라도 특히 당사자가 그것에 중대한 의의를 두고 계약성립의 요건으로 할 의사를 표시한 때에는 이에 관하여 합치가 있어야 계약이 적법·유효하게 성립하는 것”이라고 설시하고 있다.

94) 번역서: ‘계약체결을 의도하는 한’

95) 번역서: ‘고의로’

96) 번역서: ‘존재’(existence)

97) 번역서: (2) 계약의 존재는 사후에 발생하는 다음 각호의 사실에 의하여 영향을 받지 아니한다.

(가) 당사자가 그러한 계약조건에 대한 합의에 이르지 못하는 사실

(나) 그러한 계약조건을 결정할 당사자가 그 결정을 하지 아니하는 사실 또는

(다) 제3자가 그러한 계약조건을 결정하지 아니하는 사실.

다만 당사자의 의사를 고려하여, 상황에 따라 합리적인 정도로 그러한 계약조건을 확정하는 다른 방법이 있어야 한다

본조는 계약조항의 부수적인 사항은 미정이라 하더라도 본질적인 사항에 대한 합의가 있는 경우(이 경우 계약은 성립한 것으로 인정된다)와는 달리, 당사자가 계약체결 당시에 계약조항을 확정할 수 없었거나 의도적으로 확정을 미루었기 때문에 하나 또는 둘 이상의 계약조항을 미정인 채로 남겨두면서 사후적인 합의나 당사자의 일방 또는 제3자에 의해 당해 미확정조항이 결정되도록 하는 상황을 다룬다.

이러한 상황은 특히 장기의 계약에서 흔히 볼 수 있는데(물론 이에 국한되는 것은 아니다), 두 가지 문제를 야기한다. 첫째 당사자가 일부의 계약조항을 의도적으로 미정으로 남겨둔 사실에 의하여 계약의 성립이 부정되는지 여부, 둘째 계약의 성립이 긍정된다고 할 때 그 계약조항을 추후 당사자가 합의하지 못하거나 그것을 결정할 당사자 또는 제3자가 그 결정을 하지 못하는 경우에 당해 계약은 어떻게 되는지의 문제가 그것이다.

2. 미확정조항은 그것만으로는 계약의 유효한 성립을 방해하지 않는다.

제1항에 의하면, 당사자가 계약을 체결할 의사를 갖고 있는 한 의도적으로 일부의 계약조항을 미정으로 남겨두고 추후 교섭하여 합의하기로 하거나 당사자의 일방이나 제3자가 결정하도록 한 사실만으로는 계약의 성립은 방해받지 않는다.

미확정조항이 있는 경우에 계약을 체결하고자 하는 당사자의 의사가 명시적으로 나타나 있지 않는 때에는 그 의사는 다른 사정으로부터 추인할 수 있다. 그러한 사정으로서 예컨대, 문제의 조항이 비본질적인 내용에 관한 것일 것, 합의가 전체적으로 어느 정도 확정되어 있을 것, 미확정조항이 그 성질상 사후적으로 이루어지지 않으면 결정될 수 없는 사항에 관한 것일 것, 합의가 이미 일부 이행되고 있을 것 등을 들 수 있다.

<사례1> 해운회사 A와 터미널운역사 B는 B의 컨테이너터미널 사용에 관한 상세한 합의를 하였다. 그 합의에서 반출·반입될 컨테이너의 연간 최소량과 그 사용료를 정하고 있으나, 그러한 최소량을 초과하는 경우에 추가적인 컨테이너에 관한 사용료는 최소량에 달한 경우에 그 시점에 결정하기로 하였다. 2개월 후 B의 경쟁사가 더 유리한 조건을 제시한다는 것을 알게 된 A는 B와의 사이의 합의는 사용료 문제가 해결되지 않아 구속력 있는 계약에 이르지 않았다고 주장하면서 자신의 채무이행을 거절하였다. 이 경우 A는 불이행의 책임을 진다. 합의 내용이 상세하였다는 사실과 A와 B 모두가 즉시 이행을 개시하였다는 사실로 보아 구속력 있는 계약을 체결하는 것이 당사자의 의사였음이 명백하기 때문이다.

3. 당사자가 정한 미확정조항의 결정메카니즘의 기능부전

당사자가 미확정조항을 합의로 결정할 수 없거나 이를 결정할 당사자 또는 제3자가 그 결정을 하지 않는 경우에 계약이 종료되는지 문제된다. 본조 제2항에 따르면 “당사자의 의사를 고려하여 그 상황 하에서 합리적인 다른 방법으로 당해 계약조항을 확정하는 것이 가능할 때에는” 계약의 존재는 영향을 받지 않는다.

미확정조항을 보충하는 다른 방법은 일반적으로 제5장 제1절과 제6장 제1절의 “흡결보충” 규정의 적용, 예컨대 제5.1.7조 제1항⁹⁸⁾에 따라 가격을 결정하거나 제6.1.1조⁹⁹⁾에 따라 이행

98) 제5.1.7조 (가격의 결정) (1) 계약에서 가격을 정하고 있지 아니하거나 이를 정하기 위한 규정을 두지 아니한 경우에 당사자는, 다르게 해석될 여지가 없는 한, 계약체결시에, 그러한 이행에 대하여 당해 거래와 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 가격을, 그러한 가격이 없는 때에는 합리적인 가격을 제시한 것으로 추정한다.

99) 제6.1.1조 (이행기) 채무자는 다음 각호에서 정하는 때에 그 채무를 이행하여야 한다.

기를 결정하는 방법을 들 수 있는데, 이는 이들 규정이 관련 미확정조항을 적절히 보충할 수 있는 경우에 가능하다. 따라서 특히 장기계약의 경우와 같이 이들 규정의 적용이 부적절한 경우에는, 미확정조항은 제4.8조¹⁰⁰⁾ 또는 제5.1.2조¹⁰¹⁾에 의하여 보충된다.

당사자가 어떤 재결기관의 기관장(President of the Tribunal)이나 상업회의소장 등과 같은 일정한 기관이나 개인이 지명하는 제3자로 하여금 미확정조건을 결정하도록 위임한 경우에, 만약 지명된 제3자가 미확정조건을 결정하지 않는 때에는 새로운 제3자가 지명될 수 있다. 다만 새로운 제3자가 지명되어야 하는 경우는 실무상 매우 드물 것이다. 한편 추후 보충될 조항이 별로 중요하지 않은 때에는 문제가 거의 발생하지 않지만, 그 조항이 당해 종류의 거래에서 본질적인 것인 때에는 계약을 유지한다(uphold)는 당사자의 의사를 확인할 수 있는 명백한 증거가 존재하여야 한다. 이를 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소는 문제의 조항이 그 성질상 사후의 어느 단계에서만 결정될 수 있는 사항에 관한 것인지 여부와 계약이 이미 일부 이행되었는지 여부 등이다

<사례2> 앞의 <사례1>과 같은 사실관계에서 컨테이너의 연간 최소량에 달한 단계에서 당사자가 추가적인 컨테이너에 관한 사용료를 합의하는 데 실패하였다고 가정한다. A가 계약이 종료되었다고 주장하면서 이행을 중지하였다면 A는 불이행책임을 진다. 당사자가 미확정조항에 대한 사후합의의 존재를 그 거래관계의 지속을 위한 조건(condition)으로 삼지 않고서 이행을 개시한 사실은 그러한 사후합의에 실패하더라도 계약을 존속시키겠다는 양 당사자의 의사의 증거로서 충분하기 때문이다. 추가적 컨테이너에 관한 사용료는 통상은 제5.1.7조(가격의 결정)에 규정된 기준에 따라 결정될 것이다.

4. 장기계약에서 미확정조항

특히 장기계약에서 당사자는 계약 후반부의 의무에만 적용되는 조항을 추후 합의하기로 하고 남겨두는 경우가 있다. 예컨대 당사자는 계약 첫해에만 적용될 가격만 합의하고 2년차 이후에 적용될 가격은 결정하지 않을 수 있다. 마찬가지로 당사자는 예컨대 앞으로 설치될 기계의 인도 전에 건물이 완공될 필요가 있는 때에는 인도일자를 미정으로 둘 수 있다. 이러한 경우에 가격에 관한 조항은 제5.1.7조(가령 “계약체결시”의 가격)에 의하여 적절히 보충되지 않고 이행기도 제6.1.1조(가령 “계약체결 후 합리적 기간 내”)에 의하여 적절히 보충되지 않는다. 따라서 이러한 경우에 미확정조항은 제4.8조나 제5.1.2조에 의하여 보충될 수 있다.¹⁰²⁾

- (가) 이행기가 계약에서 정해져 있거나 확정될 수 있는 경우에는, 그 때
 - (나) 이행기간이 계약에서 정해져 있거나 확정될 수 있는 경우에는, 그 기간 내의 어느 때. 다만 상대방이 이행을 선택하여야 할 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - (다) 그 밖의 모든 경우에는 계약체결 후 합리적인 기간 내.
- 100) 제4.8조 (조항의 흡결과 보충) (1) 당사자가 쌍방의 권리의무의 확정에 중요한 계약조항을 합의하지 않은 경우에, 제반사정으로 보아 적절한 계약조항으로 그러한 흡결을 보충한다.
- (2) 무엇이 적절한 계약조항인지를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다.
 - (가) 당사자의 의사
 - (나) 계약의 성질과 목적
 - (다) 신의성실 및 공정거래
 - (라) 합리성
- 101) 제5.1.2조 (목시적 채무) 목시적 채무는 다음 각호에서 정하는 사유에서 발생한다.
- (가) 계약의 성질과 목적
 - (나) 관습 및 당사자 간에 확립된 관행
 - (다) 신의성실 및 공정거래
 - (라) 합리성

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.

생각건대 계약자유 원칙상 우리 법상으로도 장래에 확정될 조항을 두는 것에 당사자가 합의했다면 계약의 성립에는 영향이 없다고 해석할 것이다(제1항). 또한 미확정조항의 확정에 관하여 당사자가 예정한 합의가 없거나 당사자 일방이나 제3자에 의한 결정이 없는 경우의 계약의 존속과 당해 미확정조항의 보충에 관한 규범(제2항)도 기본적으로는 우리 법의 해석으로도 가능할 수 있을 것으로 생각된다. 다만 어느 경우도 당사자에게 계약을 체결할 의사(제1항)나 계약을 유지(존속)할 의사(제2항)가 존재되어 있다는 점에는 주의할 필요가 있을 것이다. 특히 그러한 의사가 명백하지 않은 경우에 이를 해석에 의하여 추인하는 경우가 그러하다.

가령 <사례2>에서는 컨테이너의 연간 최소량에 달한 단계에서 당사자가 추가적인 컨테이너에 관한 사용료를 합의하는 데 실패한 경우에도 당사자가 미확정조항에 대한 사후합의의 존재를 그 거래관계의 지속을 위한 조건(condition)으로 삼지 않고 이행을 개시한 사실이 있기 때문에 A에게는 계약을 유지하겠다는 의사가 있는 것으로 해석하고 이 경우 가격은 제5.1.7조의 기준에 따라 결정될 수 있다고 한다. 그러나 사례에서 A의 의사는 위와 같이 해석되지 않을 수도 있다. 즉 “(컨테이너의 사용이) 연간 최소량을 초과하는 경우에 추가적인 컨테이너에 관한 사용료는 최소량에 달한 경우에 그 시점에 결정”하기로 한 약정의 해석으로서, A는 미확정조항에 대한 사후합의의 존재를 그 거래관계의 지속을 위한 조건(condition)으로 삼고 있지는 않지만, 컨테이너의 사용량이 연간 최소량에 이르렀다면 그 시점에 사용료를 다시 합의하기로 하는 의사(계약의 유지(또는 새로운 계약의 성립))를 사용료에 관한 합의에 의존시키기로 하는 의사였을 수도 있다. 따라서 당사자가 그 사용료의 합의에 이르지 못하였다면 계약은 유지될 수 없는 것이다.

요컨대 <사례2>가 당사자가 미확정조항에 대한 사후합의의 존재를 그 거래관계의 지속을 위한 조건(condition)으로 삼지 않고 이행을 개시한 사실만으로써 (다른 사정을 고려하지 않고) 당사자의 계약존속의 의사를 추인한 것이라면 의사해석으로서는 다소 성급한 감이 없지 않다고 생각된다. 미확정조항이 컨테이너 사용계약의 반대급부에 관한 것이라는 점에서 계약의 유지(또는 새로운 계약의 성립)를 승인하는 당사자의 의사해석에는 보다 신중할 필요가 있다. 더욱이 사례에서는 B의 경쟁사가 존재하는 상황이기 때문에 계약의 유지를 승인하는 의사해석이 계약체결의 자유에 대한 제한이 될 수도 있다는 점에서 더욱 그러하다.

제2.1.15조

(불성실한 교섭, Negotiations in bad faith¹⁰³)

- (1) 당사자는 자유로이 교섭할 수 있고, 합의의 부도달에 대하여 책임을 지지 아니한다.
- (2) 전항의 규정에 불구하고 교섭을 불성실하게 하거나 교섭을 불성실하게 파기한 당사자는 상대방이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.¹⁰⁴
- (3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 교섭을 개시하거나 교섭을 계속하는 것은 불성실한 것¹⁰⁵이다.

102) 가령 2년차 이후에 적용될 가격은 “1년 후의 최종일”을 기준으로, 기계의 인도시기는 “건물의 완공시”를 기준으로 미확정조항을 보충할 수 있다.

103) 번역서: ‘약의 협상’

104) 번역서: 제2.1.15조(약의 협상) (2) 그러나 약의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방

[해설]

1. 교섭의 자유

원칙적으로 당사자는 계약체결 목적으로 언제 그리고 누구와 교섭을 시작할 것인지 나아가 교섭이 개시된 후에는 합의에 도달하기 위하여 어떻게 그리고 얼마나 오랫동안 노력할 것인지 자유로이 결정할 수 있다. 이는 제1.1조¹⁰⁶에 명시된 계약자유 원칙에서 나오는 것으로, 국제거래에 종사하는 사업자들 간의 건전한 경쟁을 보장하기 위하여 필수적으로 요청되는 것이다.

2. 불성실한 교섭에 기초한 책임

그러나 교섭을 개시할 자유와 교섭사항을 결정할 자유에도 제한이 없는 것은 아니며, 이러한 자유는 제1.7조¹⁰⁷의 ‘신의성실 및 공정거래의 원칙’에 반할 수 없다. 불성실한 교섭의 일례로서 본조 제3항은 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 경우를 명시한다. 다른 예로는 당사자 일방이 고의 또는 과실로 체결할 계약의 성질이나 내용에 관하여 상대방의 오인을 야기한 경우를 들 수 있다. 여기에는 사실을 허위로 표시하거나(부실표시) 당사자 및/또는 계약의 성질로 보아 고지되어야 하는 사실을 숨기고 고지하지 아니한 경우도 포함된다. 비밀유지의무(duty of confidentiality)에 관하여는 제2.1.16조 참조.

불성실한 교섭에 기초한 책임은 상대방이 입은 손해로 한정된다(제2항). 다시 말해 피해당사자는 교섭에서 발생한 비용을 배상받을 수 있고 제3자와의 계약체결 기회를 상실한 손해[이른바 ‘신뢰이익’(reliance interest) 혹은 ‘소극적 이익’(negative interest)]에 대해서도 배상받을 수 있으나, 일반적으로 계약이 그대로 체결되었다면 그 결과로 취득하였을 이익[이른바 ‘기대이익’(expectation interest) 혹은 ‘적극적 이익’(positive interest)]의 배상은 청구할 수 없다.

3. 성실히 교섭한다는 합의

그러나 당사자가 성실히 교섭할 의무에 대해 구체적으로 합의한 경우에는, 그 불이행에 대해서는 이행청구권의 행사(당사자에게 교섭하도록 명령하는 것과 같은)나 기대이익 또는 이행이익을 반영한 다른 구제수단(그 구제수단에 관한 요건이 충족되는 범위 내에서)을 포함한 모든 적절한 구제수단이 이용가능한 것이다.

합의된 성실히 교섭할 의무란 최소한 계약을 체결할 의도로 진지하게 교섭(또는 재교섭)할 의무를 의미하지만, 반드시 합의에 도달하여야 함을 의미하는 것은 아니다. 물론 이 의무는 다른 의무(예컨대 제1.8조¹⁰⁸, 제2.1.16조(비밀유지의무))를 대체하지 않는다. 복잡한 장기계약의 경우에 성실히 교섭할 의무에 합의하려는 당사자는 계약의 성질과 상거래의 문맥에 비추

이 입은 손해에 대하여 책임이 있다.

105) 번역서: ‘약의이다’

106) 제1.1조 (계약의 자유) 당사자는 자유로이 계약을 체결하고 그 내용을 정할 수 있다

107) 제1.7조 (신의성실 및 공정거래) (1) 각 당사자는 국제거래에 있어서의 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 행위하여야 한다.

(2) 당사자는 전항의 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

108) 제1.8조 (모순행위) 당사자 일방은 자신으로 인하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되고 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위한 때에는 상대방의 그러한 이해에 반하는 행위를 함으로써 상대방에게 손실을 가할 수 없다.

어 이 의무를 보다 상세히 정의하기를 원할 수도 있다. 예컨대 당사자는 비밀유지의 기준을 정하거나 교섭의 일정에 대해 합의할 수 있다.

<사례> 건설업자 A는 대규모 건설사업의 입찰에 응하기 전에 설비공급업자 B와의 사이에 사전합의(입찰 전 합의)를 하였다. 이 합의에서 A와 B는 장차 A가 주시공자로 선정되는 경우에 설비의 공급에 관하여 성실하게 교섭하기로 하였다. A는 건설공사계약을 낙찰받았으나 B와의 사전합의(preliminary contract) 이후의 교섭의 진행을 거절하였다. B는 성실하게 교섭할 의무의 이행을 청구할 수 있다.

4. 불성실한 교섭파기에 의한 책임

교섭을 중단할 권리도 '신의성실 및 공정거래의 원칙'의 제한을 받는다. 청약은 일단 행하여진 후에는 제2.1.4조¹⁰⁹⁾에 정한 경우에만 철회될 수 있다. 그러나 청약이 이루어지기 이전 단계에서도, 또한 일련의 청약과 승낙이 뒤섞여 무엇이 청약인지 무엇이 승낙인지 특정할 수 없는 교섭과정에 있어서도, 당사자는 갑자기 정당한 사유 없이 교섭을 중단할 수 없는 경우도 있다. 당사자가 더 이상 되돌릴 수 없는 시점이 언제인지는 사안의 제반사정에 달려있지만, 특히 그러한 시점은 자신의 행위로 인하여 상대방이 교섭으로부터 적극적인 결과가 나올 것임을 합리적으로 기대할 수 있었던 한도 내에서 긍정되며, 또한 장래 계약에 관하여 당사자가 이미 얼마만큼의 사항에 대해 이미 합의에 도달하였는지에 달려 있다.

<사례> A는 B에 대하여 B가 경험을 더 쌓고 또한 미화 30만 달러를 투자할 준비가 되어 있다면 프랜차이즈를 부여하기로 약속하였다. 그 후 2년간 B는 그러한 A의 약속을 줄곧 믿고서 계약을 성사시키기 위하여 철저히 준비하였다. 계약의 서명을 위한 모든 준비가 끝난 시점에 A는 B에게 B가 상당히 더 많은 금액을 투자하여야 한다고 통보하였다. B는 이를 거절하더라도, 계약체결을 위하여 지출한 비용을 A로부터 배상받을 권리가 있다

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다. 그러나 우리 대법원은 이미 계약교섭의 부당파기에 대한 판례법리를 형성하고 있고,¹¹⁰⁾ 그 내용도 PICC의 물과 기본적으로 같은 것으로 생각된다. 다만 주석(Comment)에서 불성실한 교섭의 일례로서 들고 있는 "당사자 일방이 고의 또는 과실로 체결할 계약의 성질이나 내용에 관하여 상대방의 오인을 야기한 경우"까지 계약교섭의 부당파기 책임에 관한 판례법리가 커버할 수 있는 것인지는 검토를 요한다. 여기에는 영미법상의 이른바 부실표시(misrepresentation)와 고지의무 위반(이를 부실표시의 일 유형으로 볼 수도 있다)이 포함되는 것으로 기술되어 있는데, 이들은 우리 법상으로는 의사표시(착오나 사기)나 계약체결상의

109) 제2.1.4조 (청약의 철회) (1) 청약은 계약이 체결되기까지는 철회할 수 있다. 다만 피청약자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 철회의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다.

(2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회할 수 없다.
(가) 승낙기간의 설정 그 밖의 방법으로 청약의 철회가 불가능하다는 점이 청약에 표시되어 있는 경우, 또는
(나) 피청약자가 청약의 철회가 불가능함을 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우

110) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결 등.

과실책임에서 검토될 성질의 법리로 보인다.

제2.1.16조
(비밀유지의무, Duty of confidentiality)

교섭과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우에, 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위하여 부당하게 사용하지 아니할 의무가 있다. 이 의무의 위반에 대한 구제수단에는, 그것이 적절하다면 상대방이 취득한 이익에 기초한 배상이 포함된다.

[해설]

1. 당사자는 원칙적으로 비밀유지의무를 지지 않는다.

일반적 정보공개 의무가 없듯이 계약체결을 위하여 교섭단계에 들어간 당사자는 보통 교섭과정에서 교환된 정보를 비밀로 취급할 의무도 없다. 다시 말해 교섭에 임하는 당사자는 보통 거래에 관한 사실 중 어떤 사실(정보)만을 상대방에게 공개할지를 자유로이 결정할 수 있으므로 원칙적으로 그러한 정보가 비밀로 다루어져야 하는 것은 아니며, 이에 상대방은 계약이 체결되지 않는다면 그러한 정보를 제3자에게 공개하거나 자신의 목적으로 사용할 수 있다.

2. 비밀정보

정보제공자는 상대방에게 제공된 특정한 정보가 누설되지 않을 이익 또는 그 제공목적 외의 목적으로 사용되지 않을 이익을 갖는 경우가 있다. 이는 정보제공자가 정보를 비밀로 유지할 것을 명시적으로 밝힌 경우에는 명백하다. 그 정보를 수령함으로써 상대방은 그것을 비밀로 취급할 것이라고 묵시적으로 동의하였기 때문이다. 발생할 수 있는 유일한 문제는 정보제공자가 부과한 비밀유지기간이 너무 길다면 과도하게 제한적인 약정을 금지하는 준거법에 반할 수도 있다는 것이다. 정보제공자가 그러한 비밀유지의 뜻을 명시적으로 밝히지 않았더라도 정보수령자가 비밀유지의무를 지는 경우도 있다. 당해 정보의 특수한 성질이나 당사자의 전문적 신분으로 보아 정보수령자가 정보를 누설하거나 교섭이 결렬된 후에 자신을 위하여 사용하는 것이 '신의성실 및 공정거래의 원칙'에 반하는 경우가 그에 해당한다.

3. 손해배상의 범위

비밀유지의무 위반은 먼저 손해배상책임을 낳는다. 청구가능한 손해배상액은 당사자간에 정보공개금지에 관한 특별한 합의가 있었는지 여부에 따라 다르다. 피해당사자가 아무런 손해를 입지 않았더라도 위반당사자가 정보를 제3자에게 공개하거나 자신의 이익을 위하여 사용함으로써 얻은 이익이 있다면 피해당사자는 위반당사자에게 그 이익의 상환을 청구할 수 있다. 정보가 아직 공개되지 않았거나 단지 일부만 공개된 경우에는 필요하다면 피해당사자는 준거법에 따라 법원에 정보공개 금지명령(injunction)을 구할 수도 있다.

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.¹¹¹⁾

111) 다만 상법에는 '대리상의 영업비밀준수의무'가 존재한다(제92조의3). 이는 대리상이 계약의 종료후에도 계약과 관련하여 알게 된 본인의 영업상의 비밀을 준수할 의무이다. 따라서 계약교섭과정에서

다만 우리 법상으로 당사자의 의사에 의하여 또는 제공되는 정보의 성질 등을 감안하여 신의칙상 같은 해석론이 가능할 것으로 생각된다.

제2.1.17조
(완결조항¹¹²⁾, Merger clauses)
당사자가 합의한 계약내용을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 **서면에 의한 계약**은 사전의 언명이나 합의의 증거에 의하여 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 언명이나 합의는 그 서면을 해석하는 데 사용될 수 있다.

[해설]

계약을 체결하기에 앞서 다소 광범위한 교섭을 수행한 경우에 당사자는 합의를 서면으로 작성하고 그 서면(계약서)이 당사자간의 최종합의(final agreement)라고 밝히기를 원한다. 이는 적절히 기초된 “완경”조항(“merger” or “integration” clause)(예컨대 본 계약서는 당사자간의 모든 합의의 내용을 담고 있다)을 통하여 실현될 수 있다. 그러나 그러한 조항의 취지는 선행하는 언명이나 합의의 모든 관련성을 차단시키고자 하는 것이 아니므로, 선행하는 언명이나 합의도 계약서를 해석하는 수단으로 여전히 사용될 수 있다(또한 제4.3조 가호¹¹³) 참조).

물론 완결조항은 당사자 간에 선행하는 언명이나 합의만을 대상으로 할 뿐이며 당사자가 사후에 행하는 서면에 의하지 않는 합의를 배제하는 것은 아니다. 그러나 당사자는 완결조항의 취지를 확대하여 추후의 계약변경도 합의된 방식으로만 할 수 있다고 합의할 수 있다(제2.1.18조 참조).

완결조항을 두지 않는 경우 서면에 포함되지 않는 외부증거에 의해 서면에 의한 계약을 보충하거나 서면에 의한 계약내용을 부정하는 것이 허용된다는 점에서, 본조는 제1.2조¹¹⁴)가 정하는 원칙(방식의 자유)을 간접적으로 확인하는 것이다.

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.

그러나 계약자유(방식의 자유)의 원칙상 이른바 완결조항에 의하여 계약내용을 일정한 서면으로 한정하는 합의는 우리 법상으로도 얼마든지 가능하다고 해석된다. 다만 (특히 소비자계약에서) 그것이 남용될 여지는 있다.

제2.1.18조
(특정한 방식에 의한 계약변경, Modification in a particular form)
합의에 의한 계약의 변경이나 종료를 특정한 방식으로 할 것을 요구하는 계약조항을 두고 있는 **서면에 의한 계약**은 다른 방법으로는 변경되거나 종료되지 아니한다. 그러나 당사자는 그의 행위에 의하여 상대방이 그 행위를 신뢰하여 합리적으로 행위한 범위 내에서는 그러한 계약조항을 주장하지 못한다.

알게 된 비밀을 유지할 의무와는 다소 결이 다르다.

112) 번역서: ‘통합조항’

113) 제4.3조 ((의사해석에서) 고려할 사항) (가) 계약준비단계에 있어서 당사자간의 교섭

114) 제1.2조 (방식의 자유) 본 원칙은 계약, 언명, 그 밖의 어떠한 행위도 특정한 방식으로 행하여지거나 증명될 것을 요구하지 않는다. 계약은 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 증명될 수 있다.

[해설]

계약을 서면으로 체결하는 당사자는 합의에 의한 계약변경이나 종료도 서면이나 그 밖의 특정한 방식으로만 할 수 있기를 원할 수 있고 이를 위하여 계약서에 특별한 조항(예컨대, “본 계약은 오직 본 계약의 당사자 쌍방이 서명하는 서면에 의해서만 변경된다”, “위의 일정표는 에이전리어의 현장 대리인의 서면확인인 있어야만 변경된다”)을 삽입하기도 한다. 본조는 그러한 계약조항이 있는 경우에는 요구된 특정한 방식에 의하지 않은 계약변경이나 종료는 원칙적으로 효력이 없다고 규정한다.

<사례1> 시공사 A는 발주자 B와 건물건축계약을 체결하였다. 계약서에 의하면 건축일정의 변경은 반드시 당사자 쌍방이 서명한 서면으로 하여야 한다. 건축의 진행 중에 A는 전자우편으로 B에게 완공시한을 연장해줄 것을 요청한다. B는 전자우편의 회신으로 이를 수락한다. 이러한 계약변경은 효력이 없다. 당사자 쌍방이 서명한 단일한 문서가 존재하지 않기 때문이다.

그러나 이러한 원칙에도 예외가 있다. 모순행위를 금지하는 일반원칙(제1.8조¹¹⁵) 참조)을 발현하는 규칙으로서, 본조의 (특정한 방식에 의한 계약변경에 관한 조항이 있다 하더라도) 당사자는 그의 행위에 의하여 상대방이 그의 행위를 합리적으로 신뢰하여 행위한 한도 내에서는 계약의 변경이나 종료를 특정한 방식으로 할 것을 정하는 계약조항을 주장할 수 없다고 명시한다.

<사례2> 시공사 A는 학교법인 B와 학교건물을 신축하는 계약을 체결하였다. 계약서에 의하면 건물의 2층은 학교도서관을 지탱할 정도로 충분한 내력(耐力)을 갖추어야 한다. 계약서상 “구두변경금지”조항에도 불구하고 당사자는 구두로 건물의 2층에 관하여 내력공법을 적용하지 않기로 합의하였다. A는 변경된 내용에 따라 건물을 완공하고, B는 건축의 진행을 계속 참관하였음에도 아무런 이의를 제기하지 않다가 그 완공시점에 비로소 그 2층의 건축방법에 대하여 이의를 제기하였다. A가 그러한 구두변경을 합리적으로 신뢰하였으므로 B는 “구두변경금지”조항을 주장할 권리가 없고 따라서 A는 불이행책임이 없다는 판단이 가능하다.

[우리 법과의 비교]

이에 관한 명시적인 규정은 우리 민법이나 상법에는 존재하지 않는다.

생각건대 계약자유(방식의 자유)의 원칙상 우리법상으로도 ‘특정한 방식’에 의한 계약변경에 관한 계약조항은 원칙적으로 유효한 합의로 해석할 수 있을 것이다. 문제는 (그러한 계약조항이 있음에도) 특정한 방식에 의하지 않는 계약변경에 관한 별도의 합의가 있는 경우이다. 즉 그 효력을 부정하는 본문과 그 효력을 인정하는 단서를 어떻게 구분할 것인가가 문제되는 것이다. 본문에 의하면 특정한 방식에 의하지 않는 계약변경에 관한 별도의 합의는 효력이 없지만, 단서에 의하면 그 경우에도 상대방이 당사자 일방의 (그 별도의 합의에 의한) 행위를 신뢰하여 합리적으로 행위하였다면 그 별도의 합의는 유효하다. <사례1>에서 A가 B를 신뢰하여 행위하였다면 전자우편에 의한 합의는 유효한 것인가?

115) 각주 22) 참조

UNIDROIT 국제상사계약원칙(2016)의 주요 내용 및 국내법과의 비교검토: 제4장 해석

김 세 준(성신여대 법과대학)

I. 당사자의 의사

제4.1조 (당사자의 의사)

- (1) 계약은 당사자 쌍방의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다.
- (2) 그러한 의사를 확정할 수 없는 경우에, 계약은 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

1. 해석의 방법

본조 제1항은 계약체결시에 당사자 쌍방이 계약조건에 관해 공통적으로 동일하게 이해한 범위 내에서는 그렇게 이해된 대로 결정하므로, 1차적으로 계약조건은 그에 사용된 문언의 사전적 의미와 다를 수 있을 뿐만 아니라 합리적인 사람이 이해하는 의미와 다를 수도 있다.¹¹⁶⁾

본조 제2항은 당사자 쌍방의 공통된 의사를 확정할 수 없는 경우, 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다고 규정한다. 이 경우 일반적이고 추상적인 합리성 기준이 아니라, 가령 당사자와 동일한 언어적 지식과 기술적 숙련도, 거래경험을 가진 사람이 합리적으로 기대할 수 있는 이해를 기준으로 하여야 한다.¹¹⁷⁾

2. 비교

계약의 해석에 대하여 PICC는 자연적 해석과 규범적 해석을 기초로 하는 의사표시 해석에 대한 기초를 그대로 따르는 것으로 이해된다. 사적자치의 범위 내에서

116) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016, 삼성사, 2018, 135면.

117) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 135-136면.

당사자의 의사를 실현하는 수단이 법률행위라는 점에서, 1차적으로는 표의자의 입장을 존중하되 그 보호가치가 부정되는 경우에는 상대방의 입장을 고려하여야 한다. 이러한 입장에서 의사표시의 해석은 1차적으로 표의자의 내심의 효과의사가 무엇인지 밝히는 것이어야 한다.¹¹⁸⁾ 따라서 이러한 해석의 목표에 따르면 표의자의 진의를 밝히는 자연적 해석이 먼저 이루어지고, 표시의 규범적 의미를 밝히는 규범적 해석은 예외적으로 이루어져야 한다.¹¹⁹⁾ 다만 의사표시 해석에 관한 학설 및 판례의 논의 외에 해석에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않은 점에서는 차이가 있다.

II. 진술 그 밖의 행위의 해석

제4.2조 (진술 그 밖의 행위의 해석)

- (1) 당사자의 진술 그 밖의 행위는 상대방이 그 당사자의 의도를 알았거나 모를 수 없었던 경우에는 그 의도에 따라 해석되어야 한다.
- (2) 제1항이 적용되지 아니하는 경우에 그러한 진술이나 그 밖의 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

본조는 계약의 해석에 관하여 제4.1조가 정하는 기준의 연장선에 있는 규정으로서, 이 역시 자연적 해석과 규범적 해석의 관계로 파악할 수 있다.

III. 관련사정

제4.3조 (관련사정)

- 제4.1조와 제4.2조를 적용할 때에는 다음 각 호를 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다.
- 가. 당사자 간의 예비적 협상

118) 독일민법 제133조 참고.

119) 지원림, 민법강의, 제20판, 홍문사, 2023, 54-55면.

- 나. 당사자 간에 확립된 관례
- 다. 계약체결 후 당사자의 행위
- 라. 계약의 성질과 목적
- 마. 계약조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미
- 바. 관행

1. 해석의 표준

본조는 제4.1조와 제4.2조의 주관적 기준 및 합리성 기준을 적용할 때에 고려되어야 하는 사정들을 열거하고 있다. 이중 가호부터 다호까지는 당사자 사이의 특별한 관계에 관한 사항으로서 주관적 기준을 적용하는 경우 더욱 중요하게 다루어진다. 반면에 라호부터 바호까지는 통상 합리성 기준을 적용할 때 1차적으로 중요하게 다루어질 것이다.¹²⁰⁾

한편, 다호에서 규정하는 계약체결 후의 행위 역시 당사자가 의도한 의무의 내용을 결정하는 데 기여할 수 있다. 그것은 특히 복잡한 이행에 관련되고 계약 자체가 진화하는 장기계약의 맥락에서 더욱 그러하다. 그러나 당사자의 사후적 행위는 당사자 간에 당초 합의된 계약조건을 부인하는 것이 아니라 설명하거나 확대하는 해석도구로만 원용될 수 있다고 보아야 한다.¹²¹⁾

2. 비교

해석의 표준에 관해 우리 민법은 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 학설은 제106조를 근거로, 당사자가 가진 목적 - 사실인 관습 - 임의규정 - 신의성실의 원칙을 표준으로 제시한다.

그런데 이때 당사자가 가진 목적을 알기 위해서는 법률행위의 동기 혹은 법률행위 당시에 존재하였던 제반 사정과 경위까지 고려되어야 한다.¹²²⁾ 본조의 가호부터 다호까지의 기준은 이것이 구체화된 형태로 볼 수 있다.

한편 우리 학설에서 해석의 표준에 있어서 세 번째 단계로 제시되는 ‘임의규정’에 해당하는 사항은 본조에 규정되어 있지 않다. 임의규정은 해석의 흠결을 보충하는 역할을 할 뿐이며 해석의 표준이라고 할 수는 없다고 본다면, 본조에서 임의규정을 제외하고 있는 것은 수긍할 수 있다.

120) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 138면.
 121) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 139면.
 122) 지원림, 앞의 책, 55면.

IV. 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석

제4.4조
(계약이나 진술의 전반에 비추어 해석)

조건과 표현은 그것이 등장하는 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

V. 유효해석의 원칙

제4.5조
(유효해석의 원칙)

계약조건은 그 중 일부의 효력이 부정되도록 하기보다는 오히려 모든 계약조건이 효력이 긍정되도록 해석되어야 한다.

VI. 작성자불리의 원칙

제4.6조
(작성자불리의 원칙)

당사자의 일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에, 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다.

1. 의의

당사자는 자신이 계약조건을 성안하였거나, 또는 타인이 작성한 약관을 사용하는 경우와 같이 자신이 계약조건을 제공한다는 이유로 그 계약조건에 불명확성에 대한 책임을 질 수 있다. 그러한 당사자는 자신이 선택한 제시방법에 때문에 계약조건이 충분히 명확하지 않을 수도 있는 위험을 부담하여야 하기 때문이다.¹²³⁾ 이러한 이유

123) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 144면.

에서 본조는 당사자 일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다고 규정한다(contra proferentem).

2. 비교

민법에는 이와 같은 규정이 없으나, 「약관의 규제에 관한 법률」 제5조 제2항에서는 “약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다”고 규정하고 있는바, 이는 약관작성자 불이익의 원칙을 정하고 있는 것이다.

VII. 언어 간의 불일치

제4.7조 (언어 간의 불일치)

하나의 계약상 둘 이상의 언어로 작성되고 각기 동등한 원본의 효력을 갖는 복수의 언어본(language version)이 존재하여 계약서 사이에 언어의 불일치가 있는 경우에, 그 중 가장 먼저 작성된 언어본(version)에 따른 해석이 우선한다.

VIII. 흠결조건의 보충

제4.8조 (흠결조건의 보충)

- (1) 당사자가 권리의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 경우에, 제반 사정으로 보아 적절한 계약조건으로 그러한 흠결을 보충한다.
- (2) 무엇이 적절한 계약조건인지를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다.
 - 가. 당사자의 의사
 - 나. 계약의 성질과 목적
 - 다. 신의와 공정거래
 - 라. 합리성

1. 의의

제4장의 규정들은 엄격한 의미의 계약해석, 즉 불명확한 계약조건을 내용을 밝혀 결정하는 문제에 관한 것들이다. 그러나 본조는 흠결조건을 보충하는 문제에 관한 것이라는 점에서 다소 차이가 있다.¹²⁴⁾

2. 계약의 보충적 해석

본조는 보충적 해석에 관한 규정이다. 보충적 해석은 계약의 내용에 흠결이 있는 경우에 그것을 보충하는 작업을 의미한다. 그런데 보충의 대상으로서 계약에 흠결이 있는지 여부 역시 계약의 해석을 통해 결정되므로, 보충적 해석은 계약의 해석을 통해 계약의 성립이 인정되는 경우에 행하여진다.¹²⁵⁾ 보충적 해석의 방법은 당사자의 가정적 의사를 탐구하는 것이다.¹²⁶⁾ 그리고 가정적 의사를 탐구하는 경우에는 계약의 동기, 거래관행, 이익상황 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다. 다만 우리의 경우 보충적 해석에 관한 명문규정을 두고 있지는 않다.

본조 제2항 가호에서는 규정하는 당사자의 의사 역시 가정적 의사를 말한다. 즉 본조에 따라 보충되는 계약조건이 적절한지 여부를 결정함에 있어서는 무엇보다도 계약서에 명시된 조건이나 사전협상 또는 계약체결 후의 행위로부터 추단되는 당사자의 의사가 가장 우선적으로 고려되어야 한다. 당사자의 의사를 알 수 없는 경우 흠결조건은 계약의 성질과 목적, 신의와 공정거래의 원칙, 합리성 원칙에 따라 결정된다.¹²⁷⁾

124) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 146면.

125) 지원림, 앞의 책, 59면.

126) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다13288 판결.

127) 오원석/최준선/석광현/허해관 역, 앞의 책, 147면.