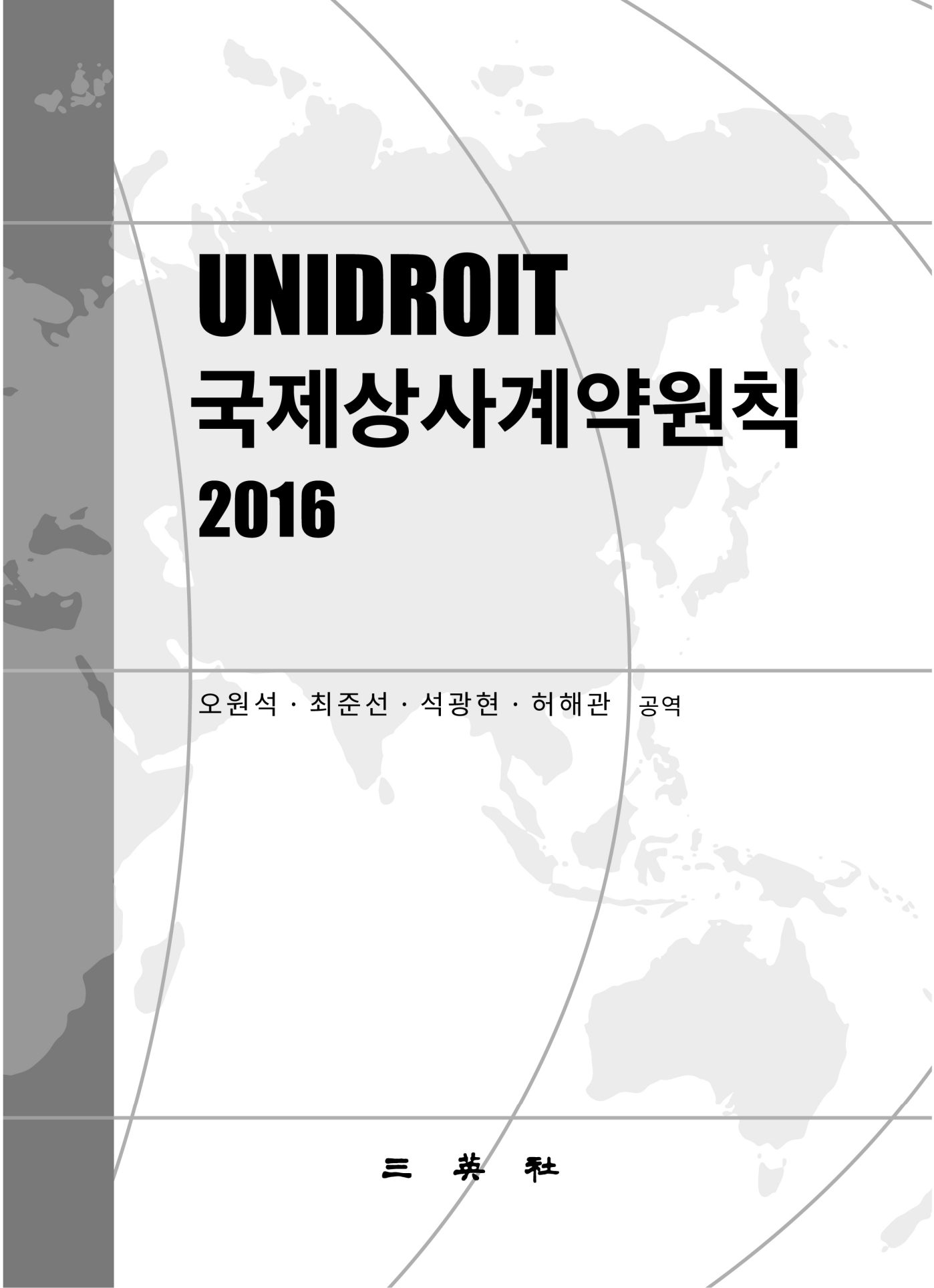




UNIDROIT

국제상사계약원칙

2016

오원석 · 최준선 · 석광현 · 허해관 공역

三 英 社

본서는 UNIDROIT*가 발간한 「Principles of International Commercial Contracts 2016」의 통합정본을 한국어로 번역하여 발행한 것이다. 역자는 2017년 10월에 UNIDROIT로부터 부여받은 번역허락을 감사하게 인정하고, 한국어가 UNIDROIT의 공식어가 아님에 UNIDROIT가 본서의 역문을 심사하지 않았음을 인정한다.

Translation into the Korean language of the official integral version of the *Principles of International Commercial Contracts 2016* published by UNIDROIT*
- The translator gratefully acknowledges permission to translate given by UNIDROIT in October 2017; Korean not being an official language of UNIDROIT, UNIDROIT has not reviewed this translation.

* UNIDROIT - Via Panisperna, 28 - 00184 Rome (Italy) - <www.unidroit.org> - publications@unidroit.org

2016년판 서문

UNIDROIT 국제상사계약원칙 제4판(fourth edition)을 발간하면서 우리는 먼저 워킹그룹 멤버들과 특히 장기계약의 특별한 필요성을 더 잘 고려하기 위하여 이 개정판에서 다룬 다양한 주제를 담당한 보고자들에게 깊은 감사를 표하고자 한다. 또한 우리는 중요한 국제기구와 그 밖의 유관기관 및 중재기구들을 대표하여 워킹그룹의 각 회기에 참석한 참관인들께도 감사한다. 오직 그러한 모든 전문가의 출중한 능력과 각고의 노력, 그리고 다시 한 번 그 조정자 역할을 맡아준 Mr Michael Joachim Bonell 덕분에 이러한 UNIDROIT 원칙의 신판이 가능하였다.

또한 우리는 학문적 저술을 통하여 또는 실무에서 UNIDROIT 원칙을 적용함으로써 본 원칙의 큰 성공에 기여한 모든 분들께도 감사한다. 그러한 저술들과 실무상 경험은 워킹그룹의 논의에 큰 도움이 되었다. 우리는 본 원칙에 대한 이러한 지지와 경험의 공유가 앞으로도 계속되길 희망한다.

UNIDROIT 사무국의 Mr Neale Bergman과 Ms Lena Peters에게도 특별한 감사의 말씀을 드린다. 이분들은 워킹그룹의 비서로 임직하면서 추가되는 부분과 개정되는 부분을 편집하는 중요한 작업을 맡아주었다.

또한 우리는 사무국의 다른 멤버들과 특히 Mr Marcel Fontaine과 협력하여 본 원칙의 불어판을 준비한 Ms Frédérique Mestre 그리고 이러한 신판의 판형작업을 담당한 Ms Isabelle Dubois께도 감사한다.

끝으로 그 중에서도 함부르크에서 제2차 워킹그룹 회의를 풍성하게 개최하여 주신 데 대하여 막스프랑크(국제사법)연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)와 Reinhard Zimmermann 소장께 심심한 감사의 마음을 표하고자 한다.

José Angelo Estrella Faria
사무총장

Alberto Mazzoni
소장

2016년판 소개

UNIDROIT 국제상사계약원칙의 전판들을 승인할 때 이사회는 본 원칙의 실무 사용을 모니터하고 후속판에 삽입할 새로운 주제들이 고려되어야 하는지를 국제적 법조계와 업계에 문의할 필요성을 강조하였다. 이러한 방침에 따라 2013년에 『UNIDROIT 국제상사계약원칙의 사용을 위한 모델조항』(Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)을 채택한 후 사무국은 이사회에게 장기계약과 본 원칙상 이 분야에 관한 향후작업의 가능성에 대한 관심을 촉구하였다.

UNIDROIT 원칙의 2016년판은 전판의 개정판으로 의도되어 있지 않다. 방대한 판례법과 UNILEX 데이터베이스 <www.unilex.info>의 문헌목록으로 충분히 실증되듯이 UNIDROIT 원칙은 계속하여 일반적으로 잘 수용되고 있고 실무에서 적용상 큰 어려움을 야기하지 않았다.

UNIDROIT 원칙 제4판의 주된 목적은 장기계약상의 특별한 필요를 더 잘 고려하기 위함이다. 이를 위하여 2010년판의 내용은 최소한으로만 개정되어 단지 여섯 조문 즉 전문(Preamble), 제1.11조, 제2.1.14조, 제5.1.7조, 제5.1.8조, 제7.3.7조만 변경되었다. 사실 대부분의 개정은 주석에서 이루어졌으며 특히 다음과 같다. 전문(주석 2 개정), 제1.11조(주석 3 신설), 제2.1.14조 (주석 1 내지 3 개정, 주석 4 신설), 제2.1.15조(주석 2 개정, 주석 3 신설), 제4.3조(주석 3 개정(이는 주석 4로 됨), 주석 3 신설), 제4.8조(주석 1 내지 3 개정), 제5.1.3조(주석 개정(이는 주석 1로 됨), 주석 2 신설), 제5.1.4조(주석 3 신설), 제5.1.7조(주석 2 내지 3 개정), 제5.1.8조(주석 개정(이는 주석 1로 됨), 주석 2 신설), 제7.1.7조(주석 5 신설), 제7.3.5조(주석 3 개정, 주석 4 신설), 제7.3.6조(주석 1 개정), 제7.3.7조(주석 1과 2 개정).

그 결과 UNIDROIT 원칙 2016년판은 2010년판과 같이 211개의 조문으로 되어있다(1994년판의 조문은 120개, 2004년판의 조문은 185개였다). 쉽게 비교할 수 있도록 이번 판에서는 UNIDROIT 원칙 제1판 내지 제4판의 조문대비표를 추가하였다.

UNIDROIT 원칙 초판을 발간하면서 본 연구소의 이사회는 본 원칙의 수요자인 국제적 법조계와 업계가 본 원칙의 장점과 그 사용에 따른 이익을 값지게 평

2016년판 소개

가할 것이라는 자신감을 표하였다. 재판들의 성공은 본 이사회의 기대를 저버리지 않았다. 장기계약의 필요성을 더 잘 다룸으로써 UNIDROIT 원칙의 2016년판이 재판들과 같이 호의롭게 수용되고 본 원칙이 범세계적으로 더 잘 알려지고 널리 사용되기를 희망한다.

UNIDROIT 이사회

2016년 5월, 로마

UNIDROIT 이사회

(2014년-2018년)

Alberto MAZZONI	President of UNIDROIT
Stefania BARIATTI	Italy
Radu Bogdan BOBEI	Romania
Hans-Georg BOLLWEG	Germany
Núria BOUZA VIDAL	Spain
Baiba BROKA	Latvia
B. Bahadır ERDEM	Turkey
Henry D. GABRIEL	United States of America
Arthur S. HARTKAMP	Netherlands
Monique JAMETTI	Switzerland
Hideki KANDA	Japan
Miklós KIRALY	Hungary
Alexander S. KOMAROV	Russian Federation
Antti T. LEINONEN	Finland
LYOU Byung-Hwa	Republic of Korea
José Antonio MORENO RODRIGUEZ	Paraguay
Jan Lambert NEELS	South Africa
Monika PAUKNEROVÁ	Czech Republic
Wojciech POPIO.EK	Poland
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	Mexico
Rachel SANDBY-THOMAS	United Kingdom
Álvaro SANDOVAL BERNAL	Colombia
SHI Jingxia	People's Republic of China
Daniel TRICOT	France
Spyridon VRELLIS	Greece
Roger WILKINS	Australia

UNIDROIT 원칙 2016 초안 워킹그룹

멤버

Michael Joachim BONELL - Professor of Law (emeritus), University of Rome I “La Sapienza”; Consultant, UNIDROIT; *Rapporteur on Articles 4.3 and 5.1.3; Co-Rapporteur on Articles 1.11, 7.3.6 and 7.3.7; Chairman of the Working Group*

Christine CHAPPUIS - Professor of Law, Faculty of Law, University of Geneva; Member of the Groupe de travail Contrats Internationaux; *Rapporteur on Article 7.3.5*

Neil COHEN - Jeffrey D. Forchelli Professor of Law, Brooklyn Law School, New York; *Rapporteur on Articles 2.1.15, 5.1.4, 5.17 and 7.1.7; Co-Rapporteur on Articles 1.11, 7.3.6 and 7.3.7*

Paul FINN - Former Judge, Federal Court of Australia, Adelaide

Paul-A. GELINAS - Avocat aux Barreaux de Paris et de Montréal, Paris

Sir Vivian RAMSEY - Former Judge, Technology and Construction Court, Royal Courts of Justice, London; *Rapporteur on Articles 2.1.14, 4.8 and 5.1.7*

Christopher R. SEPPÄLÄ - Partner, White & Case LLP, Paris; Legal Advisor to the FIDIC Contracts Committee

Reinhard ZIMMERMAN - Professor of Law, Director at the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; *Rapporteur on Article 5.1.8*

워킹그룹 초기멤버: François DESSEMONTET - Emeritus Professor of Law, University of Lausanne

참관인

Giuditta CORDERO-MOSS - Professor of Law, University of Oslo; Observer for the Norwegian Oil & Energy Arbitration Association

Cyril EMERY - Legal Officer, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); Observer for UNCITRAL

Pietro GALIZZI - Senior Vice President, Legal Affairs Department, ENI SpA, Milan; Observer for ENI SpA

Pilar PERALES VISCASILLAS - Professor of Law, Universidad Carlos III de Madrid; Observer for the CISG Advisory Council

Don WALLACE, Jr., Chairman of the International Law Institute (ILI), Washington, DC; Observer for ILI

워킹그룹 비서: UNIDROIT 사무국의 Neale BERGMAN 및 Lena PETERS

2010년판 서문

UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3판(third edition)을 발간하면서 우리는 먼저 워킹그룹 멤버들과 특히 신설 장(chapter)들의 보고자들에게 깊은 감사를 표하면서 시작하고자 한다. 또한 우리는 중요한 국제기구와 그 밖의 유관기관 및 중재기구들을 대표하여 워킹그룹의 각 회기에 참석한 수많은 참관인들께도 감사를 표하고자 한다. 오직 그러한 모든 전문가의 출중한 능력과 각고의 노력, 그리고 다시 한 번 그 조정자 역할을 맡아준 Michael Joachim Bonell 덕분에 이러한 UNIDROIT 원칙의 신판이 가능하였다.

또한 우리는 학문적 저술을 통하여 또는 실무에서 UNIDROIT 원칙을 적용함으로써 본 원칙의 큰 성공에 기여한 모든 분들에게도 감사하고자 한다. 그들의 눈급과 실무상 경험은 워킹그룹에게 더없이 귀중한 착상의 원천이 되었고, 우리는 그들이 앞으로도 계속하여 본 원칙에 대한 그들의 경험을 우리와 공유하기를 희망한다.

Michael Joachim Bonell 및 UNIDROIT 사무국의 Ms Lena Peters와 함께 신설 장들을 편집하고 본서 전체의 스타일과 문언을 조화하는 중요한 일을 맡아준 Henry Gabriel에게도 특별한 감사의 말씀을 드린다.

또한 우리는 사무국의 다른 멤버들과 특히 워킹그룹의 비서 Ms Paula Howarth, 그리고 워킹그룹에서 불어를 사용하는 멤버들과 협력하여 본 원칙의 불어판을 준비한 Ms Frédérique Mestre와 Ms Marina Schneider에게도 감사한다.

끝으로 그 중에서도 금전적으로 그리고 물적으로 지원을 아끼지 않으신 데 대하여 막스프랑크(국제사법)연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)(함부르크)와 Reinhard Zimmermann 소장께 심심한 감사의 마음을 표하고자 한다.

José Angelo Estrella Faria
사무총장

Alberto Mazzoni
소장

2010년판 소개

UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004년판을 승인할 때 이사회는 본 원칙이 본 연구소의 가장 성공적인 프로젝트 중의 하나였음을 상기하였고 본 원칙이 지속적인 프로젝트로서 Work Programme(작업계획)의 하나에 해당한다고 권고하였다. 이를 실행하기 위하여 본 연구소는 사무국에게 본 원칙의 실무상 사용을 계속하여 모니터링할 뿐만 아니라 적절한 시기에 추후 본 원칙의 제3판에 추가할 새로운 주제들을 결정하기 위하여 국제적 법조계와 업계에 문의할 것을 지시하였다.

UNIDROIT 원칙의 새로운 2010년판은 2004년판과 마찬가지로 그 전판들의 개정판으로 의도되어 있지 않다. 방대한 판례법과 UNILEX 데이터베이스 <www.unilex.info>에서 보고되는 문헌목록으로 충분히 실증되듯이 UNIDROIT 원칙은 계속하여 일반적으로 잘 수용되고 있고 실무에서 적용상 큰 어려움을 야기하지 않았다. 따라서 2004년판의 내용은 최소한으로만 개정되어 단지 다섯 조문 즉 제3.1조(현 제3.1.1조), 제3.19조(현 제3.1.4조), 제3.17조(현 제3.2.15조) 제2항, 제7.3.6조(현 제7.3.6조) 제1항, 제7.3.6조(현 제7.3.7조) 제2항만이 개정되었고, 그 중 마지막 세 조항만이 별도의 조항으로 전환하는 것이 정당할 정도로 실질적으로 개정되었을 뿐이다. 주석으로는 제1.4조의 주석 2, 3 및 4가 상당히 변경되었다.

UNIDROIT 원칙 제3판의 주된 목적은 국제적 법조계와 업계가 관심을 갖는 추가적 주제들을 다루기 위함이었다. 따라서 효력이 없는 계약의 경우의 반환, 위법성, 조건, 수인의 채무자와 채권자를 다루는 26개 조문(article)이 신설되었다.

그 결과 UNIDROIT 원칙 2010년판은 211개 조문으로 구성되고(1994년판은 120개였고, 2004년판은 185개였다), 그 목차는 다음과 같다. 전문(Preamble)(불변), 제1장(총칙)(불변), 제2장 제1절(계약의 성립)(불변), 제2절(대리권)(불변), 제3장 제1절(총칙){구 제3.1조(개정), 구 제3.2조, 구 제3.3조, 구 제3.19조(개정)로 이루어짐}, 제2절(취소사유){구 제3.4조 내지 구 제3.16조, 구 제3.17조(개정), 구 제3.18조, 구 제3.20조 및 신설 제3.2.15조로 이루어짐}, 제3절(위법성)(신설), 제4장(해석)(불변), 제5장 제1절(계약의 내용)(불변), 제2절(제3자의 권리)(불변), 제3절(조건)(신설), 제6장 제1절(이행 일반)(불변), 제2절(이행가혹)(불변), 제7장 제1절(불이행 일반)(불변), 제2절(이행청구권)(불변), 제3절(계약해제)(구 제7.3.1

2010년판 소개

조 내지 제7.3.5조, 구 제7.3.6조(개정), 신설 제7.3.7조로 이루어짐), 제4절(손해배상)(불변), 제8장(불변), 제9장 제1절(채권양도)(불변), 제2절(채무이전)(불변), 제3절(계약양도)(불변), 제10장(시효기간)(불변), 제11장 제1절(수인의 채무자)(신설), 제2절(수인의 채권자)(신설). 쉽게 비교할 수 있도록 이번 판에서는 UNIDROIT 원칙 제1판 내지 제3판의 조문대비표를 추가하였다.

UNIDROIT 원칙의 초판을 발간하면서 본 연구소의 이사회는 본 원칙의 수요자인 국제적 법조계와 업계가 본 원칙의 장점과 그 사용에 따른 이익을 값지게 평가할 것이라는 자신을 표하였다. 제2판의 성공은 본 이사회에 기대를 저버리지 않았다. UNIDROIT 원칙의 2010년판이 전판들과 같이 호의롭게 수용되고 전 세계에 걸쳐 더 잘 알려지고 더 널리 사용되기를 희망한다.

UNIDROIT 이사회

2011년 5월, 로마

UNIDROIT 이사회

(2009-2013)

Berardino LIBONATI †	President of UNIDROIT
Alberto MAZZONI (since 2011)	
Chief Michael Kaase AONDOAKKA	Nigeria
Hans-Georg BOLLWEG	Germany
Núria BOUZA VIDAL	Spain
Baiba BROKA	Latvia
Antonio Paulo CACHAPUZ DE MEDEIROS	Brazil
Sergio M. CARBONE	Italy
Sergiu DELEANU	Romania
Michael B. ELMER	Denmark
Henry D. GABRIEL	United States of America
Ian GOVEY	Australia
Attila HARMATHY	Hungary
Arthur S. HARTKAMP	Netherlands
Monique JAMETTI GREINER	Switzerland
Ricardo Luis LORENZETTI	Argentina
LYOU Byung-Hwa	Republic of Korea
MO John Shijian	People's Republic of China
Didier OPERTTI BADÁN	Uruguay
Kathryn SABO	Canada
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	Mexico
Rachel SANDBY-THOMAS	United Kingdom
Biswanath B. SEN	India
Stanislaw J. SOLTYSIŃSKI	Poland
Itsuro TERADA	Japan
Daniel TRICOT	France
Ioannis VOULGARIS	Greece

UNIDROIT 원칙 2010 초안 워킹그룹

멤버

Berhooz AKHLAGHI - Partner, International Law Office Dr. Berhooz Akhlaghi & Associates, Tehran

Guido ALPA - Professor of Law, University of Rome I “La Sapienza”

Michael Joachim BONELL - Professor of Law (emeritus), University of Rome I “La Sapienza”; Consultant, UNIDROIT; *Rapporteur on Chapter 3, Section 3 (2009-2010) and on the Revised Comments to Article 1.4; Chairman of the Working Group*

Paul-André CRÉPEAU - Professor of Law (emeritus), McGill University, Montreal

Samuel K. DATE-BAH - Justice, Supreme Court of Ghana

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON - Professor of Law, Université Panthéon-Assas Paris II; *Rapporteur on Chapter 5, Section 3*

Paul FINN - Judge, Federal Court of Australia

Marcel FONTAINE - Professor of Law (emeritus), Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve; *Rapporteur on Chapter 11; Chairman of the Editorial Committee for the French language version*

Michael P. FURMSTON - Dean of Law and Professor of Law, Singapore Management University; *Rapporteur on Chapter 3, Section 3 (2006-2008)*

Henry D. GABRIEL - Professor of Law, Elon University Law School, Greensboro, N.C.; Member of the UNIDROIT Governing Council; *Chairman of the Editorial Committee*

Lauro GAMA Jr. - Professor of Law, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio); Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados, Rio de Janeiro (2008-2010)

Sir Roy GOODE - Professor of Law (emeritus), University of Oxford; Honorary Member of the UNIDROIT Governing Council

국제상사계약원칙

- Arthur S. HARTKAMP - Professor of European Private Law, Radboud University Nijmegen; Member of the UNIDROIT Governing Council
- Alexander S. KOMAROV - Professor of Law, Head of Private Law Department, Russian Academy of Foreign Trade, Moscow; Honorary Member of the UNIDROIT Governing Council
- Ole LANDO - Professor of Law (emeritus), Copenhagen Business School
- Takashi UCHIDA - Professor of Law, Faculty of Law, University of Tokyo; Senior Advisor on Legislative Reform, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
- João Baptista VILLELA - Professor of Law, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (2006-2007)
- Pierre WIDMER - Professor of Law (emeritus), Former Director of the Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne; Honorary Member of the UNIDROIT Governing Council
- ZHANG Yuqing - Professor of Law, Zhang Yuqing Law Firm, Beijing; Honorary Member of the UNIDROIT Governing Council
- Reinhard ZIMMERMANN - Professor of Law, Director at the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; *Rapporteur on Articles 3.2.14, 3.2.15, 7.3.6 and 7.3.7*

참관인

- Ibrahim Hassan AL MULLA - General Manager, Emirates International Law Center, Dubai; Observer for the Emirates International Law Center
- Eckart BRÖDERMANN - Partner, Brödermann & Jahn, Hamburg; Observer for the Space Law Committee, International Bar Association
- Alejandro CARBALLO - Lawyer, Cuatrecasas Law Firm, Madrid; Observer for the American Society of International Law, Private International Law Group
- Christine CHAPPUIS - Professor of Law, Faculty of Law, University of Geneva; Observer for the Groupe de Travail Contrats Internationaux
- Chang-ho CHUNG - Judge, Gwang-ju District Court of Korea; Observer for the

UNIDROIT 원칙 2010 초안 워킹그룹

Government of the Republic of Korea

Neil B. COHEN - Jeffrey D. Forchelli Professor of Law, Brooklyn Law School,
New York; Observer for the American Law Institute

Francois DESSEMONTET - Professor of Law, University of Lausanne; Observer
for the Swiss Arbitration Association

Lauro GAMA Jr. - Professor of Law, Pontifical Catholic University of Rio de
Janeiro (PUC-Rio); Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados,
Rio de Janeiro; Observer for the Brazilian Branch of the International Law
Association (2007)

Alejandro GARRO - Professor of Law, Columbia Law School, New York;
Observer for the New York City Bar

Attila HARMATHY - Professor of Law (emeritus), Faculty of Law Eötvös
Loránd University, Budapest; Honorary Member of the Unidroit Governing
Council; Observer for the Arbitration Court of the Hungarian Chamber of
Commerce and Industry

Emmanuel JOLIVET - General Counsel, ICC International Court of Arbitration,
Paris; Observer for the ICC International Court of Arbitration

Timothy LEMAY - Principal Legal Officer and Head of the Legislative Branch,
International Trade Law Division, United Nations Commission on
International Trade Law (UNCITRAL); Observer for UNCITRAL (2010)

Pilar PERALES VISCASILLAS - Professor of Law, Universidad de La Rioja,
Logroño; Observer for the National Law Center for Inter-American Free
Trade

Marta PERTEGÁS - Secretary, Hague Conference on Private International Law,
The Hague; Observer for the Hague Conference on Private International Law

Hilmar RAESCHKE-KESSLER - Honorary Professor of Law, Rechtsanwalt beim
Bundesgerichtshof, Karlsruhe; Observer for the German Arbitration Institution

Giorgio SCHIAVONI - Vice President of the Milan Chamber of National and
International Arbitration; Observer for the Milan Chamber of National and
International Arbitration

Jeremy SHARPE - Attorney-Adviser (International), U.S. Department of State,

국제상사계약원칙

Washington; Observer for the Institute for Transnational Arbitration of the Center for American and International Law

Matthew SILLET - Deputy Registrar, London Court of International Arbitration; Observer for the London Court of International Arbitration

Renaud SORIEUL - Director, International Trade Law Division, United Nations Office of Legal Affairs and Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); Observer for UNCITRAL(2006-2009)

Christian von BAR - Professor of Law, Director Institut f. Europäische Rechtswissenschaft, University of Osnabruck; Observer for the Study Group for a European Civil Code

WANG Wenjing - Director, Arbitration Research Institute, China International Economic and Trade Arbitration Commission; Observer for the China International Economic and Trade Arbitration Commission

워킹그룹 비서: UNIDROIT 사무국의 Paula HOWARTH 및 Lena PETERS

2004년판 서문

UNIDROIT 국제상사계약원칙의 초판을 공표한 지 꼭 10년 만에 이렇게 신판을 출간하게 되어 더없이 기쁘다.

먼저 우리는 연구소를 대표하여 이러한 성과를 이룬 데 대하여 워킹그룹의 멤버들과 참관인 그리고 그 중에서도 특히 각 장(chapter)의 보고자들에게 깊이 감사한다. 오직 그들의 출중한 능력과 각고의 노력, 그리고 다시 한 번 그 조정자 역할을 능숙하게 맡아주신 Michael Joachim Bonell 덕분에 이러한 신판이 가능하였다.

또한 우리는 지난 10년간 UNIDROIT 원칙에 관한 학문적 저술을 통하여 또는 실무에서 본 원칙을 적용함으로써 본 원칙의 큰 성공에 기여한 모든 분들에게 감사한다. 그들의 논급과 실무상 경험은 워킹그룹의 논의과정에서 더없이 귀중한 착상의 원천이 되었다. 우리는 그들이 계속하여 그러한 성원을 보내주고 앞으로 UNIDROIT 원칙에 관한 경험을 우리와 공유하기를 희망한다.

끝으로 우리는 또한 그 중에서도 UNIDROIT 사무국과, 특히 귀중한 편집을 도와준 Ms Paula Howarth과 Ms Lena Peters에게 그리고 워킹그룹에서 불어를 사용하는 멤버들과 협력하여 불어판을 효율적으로 작성하는 데 도움을 준 Ms Marina Schneider에게도 깊이 감사한다.

Herbert Kronke
사무국장

Berardino Libonati
소장

2004년판 소개

본 연구소의 이사회는 1994년에 UNIDROIT 국제상사계약원칙을 발간하기로 결정하면서 장차 언젠가 하게 될 가능한 개정을 도모하기 위하여 본 원칙의 사용을 모니터할 필요가 있음을 강조하였다. 3년 후 본 원칙의 제2판을 성안하기 위한 작업이 시작되었다. 이를 위하여 전세계의 주요 법계 및/또는 지역을 대표하는 저명한 법학자·법률가들로 구성된 워킹그룹이 구성되었다. 그 멤버들 중의 일부는 이미 UNIDROIT 원칙의 1994년판 초안작업에 참여하였고, 한편 처음으로 유관 국제기구와 중재센터 또는 협회의 대표들도 워킹그룹의 회의에 참가인으로 초대받았다.

1994년의 초판 이후 10년 만에 공표되는 UNIDROIT 원칙의 이 신판은 동 초판의 개정판으로 의도되어 있지 않다. UNILEX 데이터베이스 <www.unilex.info>에 보고된 방대한 판례법과 문헌목록을 통하여 충분히 실증되듯이 UNIDROIT 원칙은 일반적 승인을 받고 있으며 실무에서 그 적용상 큰 어려움을 야기하지 않았다. 따라서 1994년 텍스트의 실질적인 변경은 단지 매우 소수에 불과하였고 더욱이 그것도 하나의 조항을 제외하고는 단지 주석을 변경하는 것에 국한되었다. 사실 유일하게 변경된 조항은 제2.8조 제2항이며 이는 현재의 제1.12조로 되었다. 주석으로는 제1.3조의 주석 3과 제1.7조의 주석 1과 2, 제2.15조(현 제2.1.15조)의 주석 2, 제6.2.2조의 주석 2가 상당히 개정 또는 확대되었다.

그러나 계약이 점차 전자적으로 체결되는 중요한 현실에 UNIDROIT 원칙이 부합되도록 하기 위하여 1994년판에 조문을 추가 혹은 개정할 필요가 있는지, 있다면 어느 정도여야 하는지를 검토하기로 결정되었다. 이를 실행하기 위하여 결국 단지 일부의 조항만이 변경되었고(제1.2조, 제2.8조 제1항(현 제2.1.8조), 제2.18조(현 제2.1.18조) 참조), 한편 일부의 주석과 사례가 조금 더 변경되었다(제1.2조의 주석 1, 제1.9조(현 제1.10조)의 주석 1과 4 및 사례, 제2.1조(현 제2.1.1조)의 주석 3 및 사례, 제2.7조(현 제2.1.7조)의 주석 및 사례, 제2.8조(현 제2.1.8조)의 주석 참조).

UNIDROIT 원칙의 이번 신판의 주된 목적은 국제적 법조계와 업계가 관심을 갖는 추가적 주제들을 다루기 위함이다. 이에 대리권과 제3자의 권리, 상계, 채권양도·채무이전·계약양도, 시효기한을 각각 다루는 세 장(chapter)과 두 절

2004년판 소개

(section)이 신설되었다. 또한 각각 모순행위(제1.8조)와 합의에 의한 채무면제(제5.1.9조)를 다루는 두 조문이 제2장과 제5장에 신설되었다.

그리하여 UNIDROIT 원칙 2004년판의 조문은 185개가 되었으며(1994년판은 120개였다) 그 구성은 다음과 같다. 전문(1994년판과 동일하되 제4문과 제6문 및 각주가 추가됨), 제1장 총칙(1994년판과 동일하되 제1.8조와 제1.12조가 추가됨), 제2장 제1절 계약의 성립(1994년판과 동일), 제2절 대리권(신설), 제3장 유효성(1994년판과 동일), 제4장 해석(1994년판과 동일), 제5장 제1절 계약의 내용(1994년판과 동일하되 제5.1.9조가 추가됨), 제2절 제3자의 권리(신설), 제6장 제1절 이행 일반(1994년판과 동일), 제2절 이행가혹(1994년판과 동일), 제7장 제1절 불이행 일반(1994년판과 동일), 제2절 이행청구권(1994년판과 동일), 제3절 계약해제(1994년판과 동일), 제4절 손해배상(1994년판과 동일), 제8장 상계(신설), 제9장 제1절 채권양도(신설), 제2절 채무이전(신설), 제3절 계약양도(신설), 제10장 시효기간(신설).

UNIDROIT 원칙의 초판을 발간하면서 이사회는 본 원칙의 수요자인 국제적 법조계와 업계가 본 원칙의 장점과 그 사용에 따른 이익을 값지게 평가할 것이라는 자신감을 표시하였다. UNIDROIT 원칙은 지난 10년간 실무에서 낙관적인 기대를 넘어서는 성공을 거두었다. UNIDROIT 원칙 2004년판도 역시 그에 못지않게 입법자와 사업가, 변호사, 중재인 그리고 판사들에 의하여 호의롭게 수용되고 전세계에 걸쳐 더욱 잘 알려지고 보다 널리 사용되기를 희망한다.

UNIDROIT 이사회

2004년 4월, 로마

UNIDROIT 이사회

(2004-2008)

Berardino LIBONATI	President of UNIDROIT
Martin ADENSAMER	Austria
Tuğrul ARAT	Turkey
Antonio BOGGIANO	Argentina
Hans-Georg BOLLWEG	Germany
Sergio CARBONE	Italy
Michael Bendik ELMER	Denmark
Henry Deeb GABRIEL	United States of America
Ian GOVEY	Australia
Attila HARMATHY	Hungary
Arthur S. HARTKAMP	Netherlands
Gerard William HOGAN	Ireland
Kiyoshi HOSOKAWA	Japan
Anthony INGLESE	United Kingdom
Alexander S. KOMAROV	Russian Federation
LYOU Byung-Hwa	Republic of Korea
Didier OPERTTI BADÁN	Uruguay
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	Mexico
Biswanath B. SEN	India
Stanislaw J. SOLTYSŃSKI	Poland
Bruno STURLESE	France
Anne-Marie TRAHAN	Canada
Evelio VERDERA y TUELLS	Spain
Ioannis VOULGARIS	Greece
Pierre WIDMER	Switzerland
ZHANG Yuqing	People's Republic of China

UNIDROIT 원칙 2004 초안 워킹그룹

멤버

Luiz Olavo BAPTISTA - Professor of Law, University of São Paulo

Michael Joachim BONELL - Professor of Law, University of Rome I “La Sapienza”; Consultant, UNIDROIT; *Rapporteur on Chapter 2 Section 2 and on paragraphs 4 and 6 of the Preamble; CHAIRMAN OF THE WORKING GROUP*

Paul-André CRÉPEAU - Professor of Law (emeritus), Quebec Research Center for Private and Comparative Law, McGill University, Montreal

Samuel K. DATE-BAH - Justice, Supreme Court of Ghana

Adolfo DI MAJO - Professor of Law, University of Rome III

Aktham EL KHOLY - Attorney at Law (Supreme Court), Cairo

E. Allan FARNSWORTH - McCormack Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; *Chairman of the Editorial Committee; Rapporteur on the Model Clause*

Paul FINN - Judge, Federal Court of Australia; *Rapporteur on Article 1.8*

Marcel FONTAINE - Professor of Law (emeritus), Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve; *Rapporteur on Chapter 9*

Michael P. FURMSTON - Professor of Law (emeritus), University of Bristol; *Rapporteur on Chapter 5, Section 2*

Arthur S. HARTKAMP - Procureur-Général at the Supreme Court of The Netherlands; Professor of Law, University of Amsterdam; Member of the UNIDROIT Governing Council; *Rapporteur on Article 5.1.9*

HUANG Danhan - Attorney, Professor of Law, Vice-President of the Chinese International Private Law Society, Beijing

Camille JAUFFRET-SPINOSI - Professor of Law, University of Paris II; *Rapporteur on Chapter 8*

국제상사계약원칙

Alexander S. KOMAROV - Head of Private Law Chair, Russian Academy of Foreign Trade; President of International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation

Ole LANDO - Professor of Law (emeritus), Copenhagen School of Economics and Business Administration; Chairman of the Commission on European Contract Law (1980-2001)

Peter SCHLECHTRIEM - Professor of Law (emeritus), University of Freiburg;
Rapporteur on Chapter 10

Takashi UCHIDA - Professor of Law, University of Tokyo

참관인

François DESSEMONTET - Professor of Law, University of Lausanne; Observer for the Swiss Arbitration Association

Horacio GRIGERA NAÓN - Secretary-General of the ICC International Court of Arbitration; Observer for the ICC International Court of Arbitration (1998-2001)

Gerold HERRMANN - Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); Observer for UNCITRAL (1998-2000)

Giorgio SCHIAVONI - Vice President of the Milan Chamber of National and International Arbitration; Observer for the Milan Chamber of National and International Arbitration

Jernej SEKOLEC - Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); Observer for UNCITRAL (2001-2003)

Anne Marie WHITESELL - Secretary-General of the ICC International Court of Arbitration; Observer for the ICC International Court of Arbitration (2002-2003)

워킹그룹 비서: UNIDROIT 사무국의 Paula HOWARTH 및 Lena PETERS

1994년판 서문

우리 사법통일국제연구소가 UNIDROIT 국제상사계약원칙을 성안하여 발간하게 되어 더없이 기쁘다. 이러한 성과는 전세계 5개 대륙으로부터 참여한 저명한 여러 법률가에 의한 다년간의 집중적인 연구와 논의의 결실이다.

먼저 UNIDROIT 원칙의 성안작업을 맡았던 워킹그룹의 멤버들과 그 중에서도 특히 각 장의 보고자에게 감사한다. 그들의 헌신과 아낌없는 노력, 이를 위하여 시종 조정을 맡아준 Michael Joachim Bonelli 없었더라면 이러한 야심찬 프로젝트는 끝내 성공을 거두지 못하였을 것이다.

또한 우리는 다양한 법률문화와 직업적 배경을 가지고서 초안작업의 각 단계에서 본 프로젝트에 참여하여 값지게 기여한 여러 변호사·판사·공직자·학자들께도 감사한다. 그들의 건설적인 비판은 더할 나위 없는 도움이 되었다.

우리 연구소의 더없는 경사인 지금 이 순간에도 우리는 지난 수년간 UNIDROIT 사무총장과 그 후 소장으로 재임하신 Mario Matteucci를 기억하지 않을 수 없다. 본 원칙이 법의 국제적인 통일에 지대한 기여를 할 것이라는 그의 신념은 항상 우리 모두에게 변함없는 격려가 되었다.

Malcolm Evans
사무총장

Riccardo Monaco
소 장

1994년판 소개

법의 국제적인 통일을 위한 노력은 지금까지 초국가적인 입법이나 국제협약의 체결과 같은 구속력 있는 규범의 방식을 취하거나 모델법을 제정하는 방식을 취하였다. 이러한 방식은 흔히 당해 규범이 거의 죽은 규범으로 연명하게 되는 위험을 안고 있고 그러한 규범은 성격상 단편적인 것이 되고 마는 경향이 있기에 이제는 법의 통일 내지 조화의 방법으로 점차 비입법적(non-legislative)인 방법을 채택하여야 한다는 요구가 점증하고 있다.

같은 이유에서, 예컨대 현행 거래실무를 기초로 그리고 특정한 유형의 거래 또는 그 일부의 측면과 관련하여 이해당사자인 업계가 제정하는 모델계약조항이나 모델계약서를 통하여 이른바 “국제상관습”을 더욱 발전시킬 것이 요구되고 있기도 하다.

혹자에 따라서는 더 나아가 계약법의 일반원칙의 국제적 ‘restatement’를 제정할 것을 주창하기도 한다.

UNIDROIT가 “국제상사계약원칙”을 제정하게 된 동기도 그와 같은 맥락에 있다.

본 연구소의 이사회는 이미 1971년에 이러한 주제를 본 연구소의 Work Programme(작업계획)에 포함시키기로 결정하였다. 그리하여 각기 대륙법계·보통법계·사회주의법계를 대표하는 René David 교수와 Clive M. Schmitthoff 교수, Tudor Popescu 교수로 구성된 소규모의 ‘Steering Committee’(추진위원회)가 구성되어 그러한 프로젝트의 성공가능성에 대한 예비조사를 수행하였다.

그러나 본 원칙의 각 장의 초안작업을 수행하기 위한 특별한 워킹그룹은 1980년에 이르러 비로소 발족하였다. 워킹그룹은 전세계의 모든 주요 법계를 대표하게끔 선임된 계약법과 국제거래법 분야의 저명한 전문가들로 구성되었다. 그들의 대부분은 학자였고 일부는 고위직의 판사 또는 공무원들이었으며 그들은 모두 개인자격으로 참석하였다.

워킹그룹은 그 멤버들 중에서 UNIDROIT 원칙의 각 장을 담당할 보고자들을 선임하였고 그러한 보고자들은 해당 조항들과 주석의 초안을 시종 작성하여 제출하는 일을 맡았다. 그러한 초안은 워킹그룹에서 논의되었고 UNIDROIT의 광

범한 통신원 네트워크를 포함한 광범위한 전문가들에게 널리 회람되었다. 또한 본 연구소의 이사회는 관찰되어야 할 정책에 관하여 특히 워킹그룹이 합의(consensus)를 쉽게 도출하지 못하는 경우에 조언을 해주었다. 필요한 편집작업은 편집위원회에 일임되었고 동 위원회는 사무국의 지원을 받았다.

UNIDROIT 원칙은 대부분 모든 법제에서 인정되는, 그렇지 않은 때에는 많은 법제에서 인정되는 개념들을 반영하고 있다. 그러나 UNIDROIT 원칙은 그 취지가 국제상거래상의 필요에 특별히 부응하는 일단(一團)의 체계적 규칙(system of rules)을 제공하는 데 있고 따라서 최선의 해법으로 인식되는 것은 그것이 아직 일반적으로 채택되고 있지 않더라도 수용하고 있다.

UNIDROIT 원칙의 목적은 본 원칙이 적용될 국가의 법적 전통이나 정치·경제적 여건과는 상관없이 전세계적으로 사용되도록 고안된 균형 잡힌 일단(一團)의 규칙을 설정하는 데 있다. 이러한 목적은 본 원칙의 구현방식과 본 원칙이 기초하고 있는 일반적 정책 모두에 반영되어 있다.

그 구현방식의 면에서, UNIDROIT 원칙은 특정 법제에 특유한 법률용어의 사용을 의도적으로 피하고 있다. UNIDROIT 원칙의 국제적 성격은 개별 규정과 동행하는 각 주석에서 당해 규정에 담긴 해법의 기원과 원리를 설명하기 위하여 국내법을 원용하는 것을 체계적으로 자제하고 있다는 사실에 의해서도 강조된다. 단지 당해 규칙이 범세계적으로 수용되고 있는 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(CISG)을 다소간 그대로 차용한 경우에 한하여 그 출처로서 동 협약이 적시되어 있다.

그 내용의 면에서, UNIDROIT 원칙은 국제거래의 실무에 영향을 미치는 기술과 경제의 발전에 따라 끊임없이 변화하는 상황에 대처할 수 있도록 충분히 유연하다. 아울러 본 원칙은 당사자의 일반적 의무로서 신의와 공정거래에 부합되도록 행위할 의무와, 다수의 일정한 경우에는 합리적인 행위의 기준을 명시적으로 규정함으로써 국제상사관계에 있어서 그 공정성(fairness)을 담보하고자 한다.

UNIDROIT 원칙이 다루는 사항이 CISG에서도 다루어지는 한도 내에서는 본 원칙은 당연히 CISG가 취한 해법을 따르되 다만 본 원칙의 특유한 성격과 범위를 고려하여 적절히 조정되어 있다. (*) .

(*) 제5.7조, 제7.2.2조와 연계하여, 특히 제1.8조, 제1.9조, 제2.2조를 보라.

국제상사계약원칙

국제적 법조계와 업계에 UNIDROIT 원칙을 내놓으면서 본 연구소의 이사회는 각국 정부의 승인을 수반하지 않는 본 원칙이 그 자체로 구속력 있는 규범은 아니라는 사실과 따라서 그 수용여부는 본 원칙의 설득력에 달려있다는 사실을 충분히 인식하고 있다. UNIDROIT 원칙이 실무에서 실제로 적용될 수 있는 주요한 방법은 여러 가지이고 그 중 가장 중요한 것은 본 원칙의 전문(前文)에 상세히 설명되어 있다.

본 연구소의 이사회는 UNIDROIT 원칙의 제 수요자가 본 원칙의 고유한 장점의 진가를 인지하고 그 사용을 통하여 충분한 이익을 향유할 것임을 확신한다.

UNIDROIT 이사회

1994년 5월, 로마

UNIDROIT 이사회

(1994-1998)

Riccardo MONACO	President of UNIDROIT
Ömer I. AKIPEK	Turkey
Antonio BOGGIANO	Argentina
Isabel de MAGÃLHAES COLLAÇO	Portugal
Charles R.M. DLAMINI	South Africa
E. Allan FARNSWORTH	United States of America
Luigi FERRARI BRAVO	Italy
Royston M. GOODE	United Kingdom
Yasuo HAMASAKI	Japan
Arthur S. HARTKAMP	Netherlands
Tsvetana KAMENOVA	Bulgaria
Roland LOEWE	Austria
LYOU Byung-Hwa	Republic of Korea
Ferenc MÁDL	Hungary
Vicente MAROTTA RANGEL	Brazil
Jörg PIRRUNG	Germany
Jean-Pierre PLANTARD	France
Jacques PUTZEYS	Belgium
Alan D. ROSE	Australia
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	Mexico
Biswanath B. SEN	India
Leif SEVÓN	Finland
Anne-Marie TRAHAN	Canada
Ioannis VOULGARIS	Greece
Pierre WIDMER	Switzerland
ZHANG Yuejiao	People's Republic of China

UNIDROIT 원칙 (1994) 초안 워킹그룹

Michael Joachim BONELL - Professor of Law, University of Rome I “La Sapienza”; *Chairman of the Working Group; Rapporteur on Chapter 1 (including the Preamble), Chapter 2 and Chapter 4*

Patrick BRAZIL - Attorney, Canberra; former Secretary, Attorney-General’s Department; former member of the UNIDROIT Governing Council

Paul-André CRÉPEAU - Director, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec; Professor of Law, McGill University, Montreal

Samuel K. DATE-BAH - Professor of Law, University of Accra; Special Adviser (Legal), Commonwealth Secretariat, London

Adolfo DI MAJO - Professor of Law, University of Rome I “La Sapienza”

Ulrich DROBNIG - Director, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; *Rapporteur on Chapter 7, Section 2 and Co-Rapporteur on Chapter 3*

E. Allan FARNSWORTH - Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Member of the UNIDROIT Governing Council; *Chairman of the Editorial Committee*

Marcel FONTAINE - Professor of Law, Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve; *Rapporteur on Chapter 5 and on Chapter 6, Section 1 (excluding Articles 6.1.14 to 6.1.17)*

Michael P. FURMSTON - Professor of Law, University of Bristol; *Rapporteur on Chapter 7, Section 1 (excluding Articles 7.1.4 and 7.1.6)*

Alejandro GARRO - Lecturer at the Columbia University in the City of New York School of Law; former Attorney, Buenos Aires

Arthur S. HARTKAMP - Advocate-General at the Supreme Court of the Netherlands, The Hague; Professor of Law, Utrecht University; member of the UNIDROIT Governing Council

Hisakazu HIROSE - Professor of Law, University of Tokyo, Komaba

HUANG Danhan - Professor of Law, University of International Business and

UNIDROIT 원칙 (1994) 초안 워킹그룹

Economics; former Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China, Beijing

Alexander S. KOMAROV - President of the Court of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry; Head of Law Department, All-Russian Academy of Foreign Trade, Moscow
Ole LANDO - Professor of Law, Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration; *Rapporteur on Chapter 7, Section 3, Co-Rapporteur on Chapter 3*

Dietrich MASKOW - Attorney, Berlin; Former Director, Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung der DDR; *Rapporteur on Articles 6.1.14 to 6.1.17 and on Chapter 6, Section 2*

Denis TALLON - Professor of Law; Former Director, Institut de droit comparé de Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales (Paris 2); *Rapporteur on Article 7.1.6 and on Chapter 7, Section 4*

워킹그룹 비서: UNIDROIT 사무국의 Lena PETERS

워킹그룹 초기멤버들: C. Massimo Bianca (University of Rome I “La Sapienza”); Jerzy Rajski (University of Warsaw; Co-Rapporteur on the preliminary drafts of Chapters 5 and 6); Tony Wade (The Asser Institute at The Hague); Wang Zhenpu (Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China).

그 밖의 프로젝트 참여자들

그 밖에 다양한 자격으로 이 프로젝트에 참여한 사람들은 다음과 같다: José M. Abascal Zamora (Panamerican University of Mexico City); Enrique Aimone Gibson (Catholic University of Valparaiso); Joseph 'Bayo Ajala (former Solicitor-General of the Federation of Nigeria and Director-General Federal Ministry of Justice); Bernard Audit (University of Paris II Panthéon-Assas); Luiz O. Baptista (President of the Bar Association of São Paolo); Jorge Barrera Graf (Universidad Nacional Autónoma de México); Henry T. Bennett (former Deputy Secretary of the Attorney-General's Department, Canberra); Eric E. Bergsten (Pace University; former Secretary to the United Nations Commission on International Trade Law); George Berlioz (Attorney in Paris); Piero Bernardini (Attorney in Rome; former Head of the Legal Office of the Ente Nazionale Idrocarburi (ENI)); Richard Buxbaum (University of California at Berkeley); Franz Bydlinski (University of Vienna); Amelia Boss (Temple University); Andrzej Ca.us (Warsaw School of Economics); John W. Carter (University of Sydney); James Richard Crawford (University of Cambridge); Ronald C.C. Cuming (University of Saskatchewan); Giorgio De Nova (University of Milan); Louis Del Duca (Dickinson School of Law); Arturo Diaz Bravo (Attorney in Mexico City); Aubrey L. Diamond (University of London); Alfred Duchek (Generalanwalt at the Austrian Federal Ministry of Justice); Fritz Enderlein (Attorney in Berlin; former Director of the Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung in Potsdam-Babelsberg); John Goldring (University of Wollongong); James Gordley (University of California at Berkeley); Anita Hill (University of Oklahoma); Fernando Hinestrosa (University of Bogotá); Kurt Grönfors (University of Gothenburg); Lars Hjernér (University of Stockholm); Richard Hyland (Rutgers University at Camden), *Rapporteur on Article 7.1.4*; Rafael Illescas Ortiz (University Carlos III of Madrid); Philippe Kahn (Director of the Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon); Koh Kheng-Lian (University of Singapore); Lodvik Kopac

그 밖의 프로젝트 참여자들

(Attorney in Prague; former Deputy Director at the Federal Ministry of Foreign Trade of the CSSR); Ernest Krings (Advocate-General at the Supreme Court of Belgium); Pierre Lalive (University of Geneva); Hans Leser (University of Marburg); Berardino Libonati (University of Rome I “La Sapienza”); Giovanni Longo (Secretary-General of the Supreme Court of Italy); Kéba Mbaye (former Vice-President of the International Court of Justice); Luis Moisset de Espanés (University of Còrdova); José C. Moreira Alves (former President of the Supreme Court of Brazil); Barry Nicholas (University of Oxford); Tinuade Oyekunle (Attorney in Lagos; former Director International and Comparative Law Division, Nigerian Federal Ministry of Justice); Grace Orleans (Acting Solicitor-General, Ghana); Alfred E. von Overbeck (University of Fribourg); Luiz G. Paes de Barros Leães (University of São Paulo); Gonzalo Parra Aranguren (University of Caracas); Michel Pelichet (Deputy Secretary-General of the Hague Conference on Private International Law); Pietro Perlingieri (University of Naples); Allan Philip (President of the Comité Maritime International); László Réczei (Professor of Law, University of Budapest; former Ambassador); Pietro Rescigno (University of Rome I “La Sapienza”); Julio C. Rivera (University of Buenos Aires); Walter Rolland (University of Halle; former Ministerialdirektor at the Federal Ministry of Justice); Eero Routamo (University of Helsinki); Arthur Rosett (University of California Los Angeles); Rodolfo Sacco (University of Turin); Claude Samson (University of Laval); Benito Sansò (University of Caracas); David Sassoon (Attorney in Tel Aviv); Peter Schlechtriem (University of Freiburg); Kurt Siehr (University of Zurich); José Luis Siqueiros (Professor of Law; Attorney in Mexico City); Sir Thomas Smith (University of Edinburgh); T. Bradbrooke Smith (former Assistant Deputy Attorney General at the Department of Justice, Ottawa); Kazuaki Sono (Hokkaido University of Sapporo; former Secretary, United Nations Commission on International Trade Law; former Legal Consultant of the World Bank); Jean-Georges Sauveplanne (University of Utrecht); Nagendra Singh (former President of the International Court of Justice); Sandro Schipani (University of Rome II “Tor Vergata”); Giuseppe Sperduti (University of Rome I “La Sapienza”); Sompong Sucharitkul (former Ambassador and former Thai mem-

ber of the International Law Commission); Guido Tedeschi (Hebrew University, Jerusalem); Evelio Verdera y Tuells (University of Madrid “La Complutense”); Michael Will (University of Geneva); Hernany Veytia Palomino (Panamerican University of Mexico City); Jelena Vilus (University of Belgrade); Peter Winship (Southern Methodist University, Dallas).

UNIDROIT 원칙 1994년판, 2004년판, 2010년판 및 2016년판 조문대비표

[참고: (*)는 당해 조문과 주석 모두 그 전판에 비하여 최소한 일부라도 변경되었음을 표시하고, (**)는 주석만이 그 전판에 비하여 변경되었음을 표시한다.]

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
전문(*)	전문	전문(*)	전문
1.1	1.1	1.1	1.1
1.2	1.2	1.2(*)	1.2
1.3	1.3	1.3(**)	1.3
1.4	1.4(**)	1.4	1.4
1.5	1.5	1.5	1.5
1.6	1.6	1.6	1.6
1.7	1.7(**)	1.7(**)	1.7
1.8	1.8	1.8	—
1.9	1.9	1.9	1.8
1.10	1.10	1.10(**)	1.9
1.11(*)	1.11	1.11	1.10
1.12	1.12	1.12(*)	2.8(2)
2.1.1	2.1.1	2.1.1(**)	2.1
2.1.2	2.1.2	2.1.2	2.2
2.1.3	2.1.3	2.1.3	2.3
2.1.4	2.1.4	2.1.4	2.4
2.1.5	2.1.5	2.1.5	2.5
2.1.6	2.1.6	2.1.6	2.6
2.1.7	2.1.7	2.1.7(**)	2.7
2.1.8	2.1.8	2.1.8(*)	2.8(1)
2.1.9	2.1.9	2.1.9	2.9
2.1.10	2.1.10	2.1.10	2.10
2.1.11	2.1.11	2.1.11	2.11
2.1.12	2.1.12	2.1.12	2.12
2.1.13	2.1.13	2.1.13	2.13

국제상사계약원칙

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
2.1.14(*)	2.1.14	2.1.14	2.14
2.1.15(**)	2.1.15	2.1.15(**)	2.15
2.1.16	2.1.16	2.1.16	2.16
2.1.17	2.1.17	2.1.17	2.17
2.1.18	2.1.18	2.1.18(*)	2.18
2.1.19	2.1.19	2.1.19	2.19
2.1.20	2.1.20	2.1.20	2.20
2.1.21	2.1.21	2.1.21	2.21
2.1.22	2.1.22	2.1.22	2.22
2.2.1	2.2.1	2.2.1	—
2.2.2	2.2.2	2.2.2	—
2.2.3	2.2.3	2.2.3	—
2.2.4	2.2.4	2.2.4	—
2.2.5	2.2.5	2.2.5	—
2.2.6	2.2.6	2.2.6	—
2.2.7	2.2.7	2.2.7	—
2.2.8	2.2.8	2.2.8	—
2.2.9	2.2.9	2.2.9	—
2.2.10	2.2.10	2.2.10	—
3.1.1	3.1.(*)	3.1	3.1
3.1.2	3.1.2	3.2	3.2
3.1.3	3.1.3	3.3	3.3
3.1.4	3.1.4(*)	3.19	3.19
3.2.1	3.2.1	3.4	3.4
3.2.2	3.2.2	3.5	3.5
3.2.3	3.2.3	3.6	3.6
3.2.4	3.2.4	3.7	3.7
3.2.5	3.2.5	3.8	3.8
3.2.6	3.2.6	3.9	3.9
3.2.7	3.2.7	3.10	3.10
3.2.8	3.2.8	3.11	3.11
3.2.9	3.2.9	3.12	3.12
3.2.10	3.2.10	3.13	3.13

조문대비표

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
3.2.11	3.2.11	3.14	3.14
3.2.12	3.2.12	3.15	3.15
3.2.13	3.2.13	3.16	3.16
3.2.14	3.2.14	3.17(1)	3.17(1)
3.2.15	3.2.15(*)	3.17(2)	3.17(2)
3.2.16	3.2.16	3.18	3.18
3.2.17	3.2.17	3.20	3.20
3.3.1	3.3.1	—	—
3.3.2	3.3.2	—	—
4.1	4.1	4.1	4.1
4.2	4.2	4.2	4.2
4.3(**)	4.3	4.3	4.3
4.4	4.4	4.4	4.4
4.5	4.5	4.5	4.5
4.6	4.6	4.6	4.6
4.7	4.7	4.7	4.7
4.8(**)	4.8	4.8	4.8
5.1.1	5.1.1	5.1.1	5.1
5.1.2	5.1.2	5.1.2	5.2
5.1.3(**)	5.1.3	5.1.3	5.3
5.1.4(**)	5.1.4	5.1.4	5.4
5.1.5	5.1.5	5.1.5	5.5
5.1.6	5.1.6	5.1.6	5.6
5.1.7(*)	5.1.7	5.1.7	5.7
5.1.8(*)	5.1.8	5.1.8	5.8
5.1.9	5.1.9	5.1.9	—
5.2.1	5.2.1	5.2.1	—
5.2.2	5.2.2	5.2.2	—
5.2.3	5.2.3	5.2.3	—
5.2.4	5.2.4	5.2.4	—
5.2.5	5.2.5	5.2.5	—
5.2.6	5.2.6	5.2.6	—
5.3.1	5.3.1	—	—

국제상사계약원칙

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
5.3.2	5.3.2	—	—
5.3.3	5.3.3	—	—
5.3.4	5.3.4	—	—
5.3.5	5.3.5	—	—
6.1.1	6.1.1	6.1.1	6.1.1
6.1.2	6.1.2	6.1.2	6.1.2
6.1.3	6.1.3	6.1.3	6.1.3
6.1.4	6.1.4	6.1.4	6.1.4
6.1.5	6.1.5	6.1.5	6.1.5
6.1.6	6.1.6	6.1.6	6.1.6
6.1.7	6.1.7	6.1.7	6.1.7
6.1.8	6.1.8	6.1.8	6.1.8
6.1.9	6.1.9	6.1.9	6.1.9
6.1.10	6.1.10	6.1.10	6.1.10
6.1.11	6.1.11	6.1.11	6.1.11
6.1.12	6.1.12	6.1.12	6.1.12
6.1.13	6.1.13	6.1.13	6.1.13
6.1.14	6.1.14	6.1.14	6.1.14
6.1.15	6.1.15	6.1.15	6.1.15
6.1.16	6.1.16	6.1.16	6.1.16
6.1.17	6.1.17	6.1.17	6.1.17
6.2.1	6.2.1	6.2.1	6.2.1
6.2.2	6.2.2	6.2.2(**)	6.2.2
6.2.3	6.2.3	6.2.3	6.2.3
7.1.1	7.1.1	7.1.1	7.1.1
7.1.2	7.1.2	7.1.2	7.1.2
7.1.3	7.1.3	7.1.3	7.1.3
7.1.4	7.1.4	7.1.4	7.1.4
7.1.5	7.1.5	7.1.5	7.1.5
7.1.6	7.1.6	7.1.6	7.1.6
7.1.7(**)	7.1.7	7.1.7	7.1.7
7.2.1	7.2.1	7.2.1	7.2.1
7.2.2	7.2.2	7.2.2	7.2.2

조문대비표

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
7.2.3	7.2.3	7.2.3	7.2.3
7.2.4	7.2.4	7.2.4	7.2.4
7.2.5	7.2.5	7.2.5	7.2.5
7.3.1	7.3.1	7.3.1	7.3.1
7.3.2	7.3.2	7.3.2	7.3.2
7.3.3	7.3.3	7.3.3	7.3.3
7.3.4	7.3.4	7.3.4	7.3.4
7.3.5(**)	7.3.5	7.3.5	7.3.5
7.3.6(**)	7.3.6(*)	7.3.6(1)	7.3.6(1)
7.3.7(*)	7.3.7(*)	7.3.6(2)	7.3.6(2)
7.4.1	7.4.1	7.4.1	7.4.1
7.4.2	7.4.2	7.4.2	7.4.2
7.4.3	7.4.3	7.4.3	7.4.3
7.4.4	7.4.4	7.4.4	7.4.4
7.4.5	7.4.5	7.4.5	7.4.5
7.4.6	7.4.6	7.4.6	7.4.6
7.4.7	7.4.7	7.4.7	7.4.7
7.4.8	7.4.8	7.4.8	7.4.8
7.4.9	7.4.9	7.4.9	7.4.9
7.4.10	7.4.10	7.4.10	7.4.10
7.4.11	7.4.11	7.4.11	7.4.11
7.4.12	7.4.12	7.4.12	7.4.12
7.4.13	7.4.13	7.4.13	7.4.13
8.1	8.1	8.1	—
8.2	8.2	8.2	—
8.3	8.3	8.3	—
8.4	8.4	8.4	—
8.5	8.5	8.5	—
9.1.1	9.1.1	9.1.1	—
9.1.2	9.1.2	9.1.2	—
9.1.3	9.1.3	9.1.3	—
9.1.4	9.1.4	9.1.4	—
9.1.5	9.1.5	9.1.5	—

국제상사계약원칙

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
9.1.6	9.1.6	9.1.6	—
9.1.7	9.1.7	9.1.7	—
9.1.8	9.1.8	9.1.8	—
9.1.9	9.1.9	9.1.9	—
9.1.10	9.1.10	9.1.10	—
9.1.11	9.1.11	9.1.11	—
9.1.12	9.1.12	9.1.12	—
9.1.13	9.1.13	9.1.13	—
9.1.14	9.1.14	9.1.14	—
9.1.15	9.1.15	9.1.15	—
9.2.1	9.2.1	9.2.1	—
9.2.2	9.2.2	9.2.2	—
9.2.3	9.2.3	9.2.3	—
9.2.4	9.2.4	9.2.4	—
9.2.5	9.2.5	9.2.5	—
9.2.6	9.2.6	9.2.6	—
9.2.7	9.2.7	9.2.7	—
9.2.8	9.2.8	9.2.8	—
9.3.1	9.3.1	9.3.1	—
9.3.2	9.3.2	9.3.2	—
9.3.3	9.3.3	9.3.3	—
9.3.4	9.3.4	9.3.4	—
9.3.5	9.3.5	9.3.5	—
9.3.6	9.3.6	9.3.6	—
9.3.7	9.3.7	9.3.7	—
10.1	10.1	10.1	—
10.2	10.2	10.2	—
10.3	10.3	10.3	—
10.4	10.4	10.4	—
10.5	10.5	10.5	—
10.6	10.6	10.6	—
10.7	10.7	10.7	—
10.8	10.8	10.8	—

조문대비표

2016년판	2010년판	2004년판	1994년판
10.9	10.9	10.9	—
10.10	10.10	10.10	—
10.11	10.11	10.11	—
11.1.1	11.1.1	—	—
11.1.2	11.1.2	—	—
11.1.3	11.1.3	—	—
11.1.4	11.1.4	—	—
11.1.5	11.1.5	—	—
11.1.6	11.1.6	—	—
11.1.7	11.1.7	—	—
11.1.8	11.1.8	—	—
11.1.9	11.1.9	—	—
11.1.10	11.1.10	—	—
11.1.11	11.1.11	—	—
11.1.12	11.1.12	—	—
11.1.13	11.1.13	—	—
11.2.1	11.2.1	—	—
11.2.2	11.2.2	—	—
11.2.3	11.2.3	—	—
11.2.4	11.2.4	—	—

차 례

2016년판 서문	iii
2016년판 소개	iv
UNIDROIT 이사회(2014년~2018년)	vi
UNIDROIT 원칙 2016 초안 워킹그룹(2016년)	vii
2010년판 서문	ix
2010년판 소개	x
UNIDROIT 이사회(2009~2013년)	xii
UNIDROIT 원칙 2010 초안 워킹그룹(2010년)	xiii
2004년판 서문	xvii
2004년판 소개	xviii
UNIDROIT 이사회(1999년~2004년)	xx
UNIDROIT 원칙 2004 초안 워킹그룹(2004년)	xxi
1994년판 서문	xxiii
1994년판 소개	xxvi
UNIDROIT 이사회(1994년~1998년)	xxviii
UNIDROIT 원칙 (1994) 초안 워킹그룹(1994년)	xxix
UNIDROIT 원칙 1994년판, 2004년판, 2010년판 및 2016년판 조문대비표	xxxiii

전 문 (본 원칙의 목적)

제1장 총 칙

제1.1조 (계약의 자유)	7
제1.2조 (방식의 자유)	8
제1.3조 (계약의 구속력)	9
제1.4조 (강행규정)	10
제1.5조 (당사자에 의한 배제 또는 변경)	13
제1.6조 (본 원칙의 해석과 보충)	14
제1.7조 (신의와 공정거래)	17
제1.8조 (모순행위)	20
제1.9조 (관행과 관례)	23

차 례

제1.10조	(통 지)	27
제1.11조	(용어정의)	29
제1.12조	(당사자들이 정한 기간의 계산)	31

제2장 계약의 성립과 대리권

제1절 계약의 성립

제2.1.1조	(성립방법)	34
제2.1.2조	(청약의 정의)	35
제2.1.3조	(청약의 회수)	37
제2.1.4조	(청약의 철회)	38
제2.1.5조	(청약의 거절)	41
제2.1.6조	(승낙의 방법)	42
제2.1.7조	(승낙기간)	45
제2.1.8조	(지정된 기간 내의 승낙)	46
제2.1.9조	(연착된 승낙. 전달중의 지연)	47
제2.1.10조	(승낙의 회수)	49
제2.1.11조	(변경을 가한 승낙)	49
제2.1.12조	(확인서면)	51
제2.1.13조	(특정한 사항에 대한 또는 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 계약의 성립)	53
제2.1.14조	(일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약)	55
제2.1.15조	(약의의 협상)	59
제2.1.16조	(비밀유지의무)	61
제2.1.17조	(통합조항)	63
제2.1.18조	(특정한 방식에 의한 계약변경)	64
제2.1.19조	(약관에 의한 계약체결)	65
제2.1.20조	(의외조건)	67
제2.1.21조	(약관상의 조건과 약관 외부의 조건 사이의 충돌)	70
제2.1.22조	(서식전쟁)	71

제2절 대리권

제2.2.1조	(본절의 적용범위)	74
제2.2.2조	(대리권의 발생과 범위)	76
제2.2.3조	(현명대리)	78
제2.2.4조	(비현명대리)	81
제2.2.5조	(무권대리 또는 월권대리)	82
제2.2.6조	(무권대리인 또는 월권대리인의 책임)	84
제2.2.7조	(이익의 충돌)	85
제2.2.8조	(복대리)	88
제2.2.9조	(추 인)	89
제2.2.10	(대리권의 종료)	92

제3장 유 효 성

제1절 총 칙

제3.1.1조	(적용배제사항)	94
제3.1.2조	(단순한 합의의 유효성)	94
제3.1.3조	(원시적 불능)	96
제3.1.4조	(강행규정성)	97

제2절 취소사유

제3.2.1조	(착오의 정의)	99
제3.2.2조	(취소사유가 되는 착오)	100
제3.2.3조	(표시상 또는 전달상의 오류)	103
제3.2.4조	(불이행에 대한 구제수단이 부여되는 경우)	104
제3.2.5조	(사 기)	105
제3.2.6조	(강 박)	106
제3.2.7조	(중대한 불균형)	108
제3.2.8조	(제3자)	110
제3.2.9조	(추 인)	112
제3.2.10	(취소권의 상실)	112
제3.2.11조	(취소의 통지)	113

차 례

제3.2.12조	(기간제한)	114
제3.2.13조	(일부취소)	115
제3.2.14조	(취소의 소급효)	116
제3.2.15조	(반 환)	116
제3.2.16조	(손해배상)	121
제3.2.17조	(일방적 의사표시)	122

제3절 위법성

제3.3.1조	(강행규정에 반하는 계약)	123
제3.3.2조	(반 환)	132

제4장 해 석

제4.1조	(당사자의 의사)	135
제4.2조	(진술 그 밖의 행위의 해석)	136
제4.3조	(관련사정)	137
제4.4조	(계약이나 진술의 전반에 비춘 해석)	141
제4.5조	(유효해석의 원칙)	143
제4.6조	(작성자불리의 원칙)	143
제4.7조	(언어간의 불일치)	144
제4.8조	(흠결조건의 보충)	145

제5장 계약의 내용, 제3자의 권리 및 조건

제1절 계약의 내용

제5.1.1조	(명시적·묵시적 의무)	148
제5.1.2조	(묵시적 의무)	148
제5.1.3조	(당사자간의 협력)	149
제5.1.4조	(특정한 결과를 달성할 의무와 최선의 노력을 다할 의무)	152
제5.1.5조	(의무의 종류의 결정)	154
제5.1.6조	(이행품질의 결정)	156
제5.1.7조	(가격의 결정)	158

제5.1.8조	(불확정한 기간을 갖는 계약의 종료)	161
제5.1.9조	(합의에 의한 채무면제)	162
제2절 제3자의 권리		
제5.2.1조	(제3자를 위한 계약)	164
제5.2.2조	(특정할 수 있는 제3자)	166
제5.2.3조	(배제조항과 제한조항)	167
제5.2.4조	(항 변)	168
제5.2.5조	(철 회)	169
제5.2.6조	(권리포기)	169
제3절 조 건		
제5.3.1조	(조건의 종류)	171
제5.3.2조	(조건의 효력)	176
제5.3.3조	(조건성취에 대한 개입)	177
제5.3.4조	(권리를 보존할 의무)	179
제5.3.5조	(해제조건의 성취에 따른 반환)	180
 제6장 이 행		
제1절 이행 일반		
제6.1.1조	(이행기)	181
제6.1.2조	(일시이행 또는 분할이행)	182
제6.1.3조	(일부이행)	183
제6.1.4조	(이행의 순서)	185
제6.1.5조	(조기이행)	187
제6.1.6조	(이행지)	190
제6.1.7조	(수표 그 밖의 지급수단에 의한 금전지급)	192
제6.1.8조	(자금이체에 의한 지급)	193
제6.1.9조	(지급통화)	195
제6.1.10조	(통화가 표시되지 않은 경우)	198
제6.1.11조	(이행비용)	199

차 례

제6.1.12조	(금전변제의 충당)	200
제6.1.13조	(비금전채무의 변제충당)	201
제6.1.14조	(공적 허가의 신청)	202
제6.1.15조	(허가신청시의 절차)	206
제6.1.16조	(허가가 취득되지도 거절되지도 않는 경우)	209
제6.1.17조	(허가가 거절되는 경우)	211

제2절 이행가혹

제6.2.1조	(계약의 준수)	214
제6.2.2조	(이행가혹의 정의)	215
제6.2.3조	(이행가혹의 효력)	219

제7장 불 이행

제1절 불이행 일반

제7.1.1조	(불이행의 정의)	224
제7.1.2조	(상대방의 방해)	225
제7.1.3조	(이행유보)	226
제7.1.4조	(불이행당사자에 의한 추완)	227
제7.1.5조	(이행을 위한 부가기간)	231
제7.1.6조	(면책조항)	233
제7.1.7조	(불가항력)	236

제2절 이행청구권

제7.2.1조	(금전채무의 이행)	240
제7.2.2조	(비금전채무의 이행)	240
제7.2.3조	(불완전한 이행의 보수와 대체)	244
제7.2.4조	(사법적 제재금)	246
제7.2.5조	(구제수단의 변경)	248

제3절 계약해제

제7.3.1조	(계약해제권)	251
제7.3.2조	(해제통지)	255

제7.3.3조	(이행기 전의 불이행)	256
제7.3.4조	(적절한 이행보장)	257
제7.3.5조	(해제의 효과 일반)	258
제7.3.6조	(일시에 이행되어야 하는 계약상 반환)	261
제7.3.7조	(장기계약상 반환)	266

제4절 손해배상

제7.4.1조	(손해배상청구권)	269
제7.4.2조	(완전배상)	270
제7.4.3조	(손해의 확실성)	273
제7.4.4조	(손해의 예견가능성)	275
제7.4.5조	(대체거래의 경우 손해의 증명)	276
제7.4.6조	(시가에 의한 손해의 증명)	277
제7.4.7조	(피해당사자에 일부 기인하는 손해)	278
제7.4.8조	(손해의 경감)	280
제7.4.9조	(금전부지급에 대한 이자)	282
제7.4.10조	(손해배상금에 대한 이자)	284
제7.4.11조	(금전배상의 방법)	285
제7.4.12조	(손해배상액 산정에 사용되는 통화)	286
제7.4.13조	(불이행 위약금)	287

제8장 상 계

제8.1조	(상계의 요건)	290
제8.2조	(외화채무의 상계)	297
제8.3조	(상계의 통지)	298
제8.4조	(통지의 내용)	298
제8.5조	(상계의 효과)	300

제9장 채권양도, 채무이전, 계약양도

제1절 채권양도

차 례

제9.1.1조	(정 의)	302
제9.1.2조	(적용배제)	303
제9.1.3조	(비금전채권의 양도)	304
제9.1.4조	(일부양도)	305
제9.1.5조	(장래채권)	307
제9.1.6조	(일괄양도)	308
제9.1.7조	(양도인과 양수인 사이의 합의로 충분)	309
제9.1.8조	(채무자의 추가비용)	311
제9.1.9조	(양도금지조항)	312
제9.1.10조	(채무자에 대한 통지)	314
제9.1.11조	(연속양도)	316
제9.1.12조	(양도의 적절한 증거)	318
제9.1.13조	(항변과 상계권)	319
제9.1.14조	(양도되는 채권에 관한 권리)	320
제9.1.15조	(양도인의 확약)	322
 제2절 채무이전		
제9.2.1조	(이전의 태양)	326
제9.2.2조	(적용배제)	328
제9.2.3조	(채무이전에 대한 채권자의 승낙)	328
제9.2.4조	(채권자의 사전승낙)	330
제9.2.5조	(원채무자의 채무면제)	331
제9.2.6조	(제3자에 의한 이행)	334
제9.2.7조	(항변과 상계권)	335
제9.2.8조	(이전되는 채무에 관한 권리)	336
 제3절 계약양도		
제9.3.1조	(정 의)	339
제9.3.2조	(적용배제)	339
제9.3.3조	(상대방의 승낙요건)	340
제9.3.4조	(상대방의 사전승낙)	341
제9.3.5조	(양도인의 채무면제)	342
제9.3.6조	(항변과 상계권)	345

제9.3.7조	(계약과 함께 이전되는 권리)	346
---------	------------------	-----

제10장 시효기간

제10.1조	(본장의 적용범위)	348
제10.2조	(시효기간)	350
제10.3조	(당사자에 의한 시효기간의 변경)	355
제10.4조	(승인에 의한 새로운 시효기간)	357
제10.5조	(사법절차에 의한 정지)	360
제10.6조	(중재절차에 의한 정지)	362
제10.7조	(대체적 분쟁해결)	363
제10.8조	(불가항력, 사망 또는 능력상실의 경우의 정지)	364
제10.9조	(시효기간만료의 효과)	366
제10.10조	(상계권)	368
제10.11조	(반 환)	368

제11장 수인의 채무자와 채권자

제1절 수인의 채무자

제11.1.1조	(정 의)	370
제11.1.2조	(연대채무의 추정)	372
제11.1.3조	(연대채무자에 대한 채권자의 권리)	375
제11.1.4조	(항변과 상계권의 이용가능성)	375
제11.1.5조	(이행 또는 상계의 효력)	376
제11.1.6조	(면제 또는 화해의 효력)	378
제11.1.7조	(시효기간의 만료 또는 정지의 효력)	380
제11.1.8조	(판결의 효력)	382
제11.1.9조	(연대채무자 사이의 부담부분)	384
제11.1.10조	(구상권의 범위)	385
제11.1.11조	(채권자의 권리)	387
제11.1.12조	(구상청구에 대한 항변)	388

차 례

제11.1.13조 (구상불능)	390
제2절 수인의 채권자	
제11.2.1조 (정 의)	392
제11.2.2조 (연대채권의 효력)	397
제11.2.3조 (연대채권자에 대한 항변의 이용가능성)	398
제11.2.4조 (연대채권자 사이의 구상)	402
 부 록	 405
사항색인	504
역자후기	524

전 문

(본 원칙의 목적)

본 원칙은 국제상사계약에 적용될 일반적 규칙을 규정한다.

본 원칙은 당사자가 계약에 본 원칙이 적용된다고 합의한 경우에 적용된다. (*)

본 원칙은 당사자가 계약에 “법의 일반원칙”이나 “상인법” 등이 적용된다고 합의한 경우에 적용될 수 있다.

본 원칙은 당사자가 계약을 규율할 법을 선택하지 않은 경우에 적용될 수 있다.

본 원칙은 국제적 통일법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.

본 원칙은 국내법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.

본 원칙은 국내의 입법자나 국제적 입법자에게 하나의 입법모델이 될 수 있다.

【주 석】

본 원칙은 기본적으로 “국제상사계약”을 겨냥한 일반적 규칙을 규정한다.

1. “국제”계약

어떠한 계약이 국제계약인지를 정의하는 방법은 매우 다양하다. 국가적 입법과 국제적 입법으로 채택된 해법들은 당사자의 영업소(place of business)나 상거소(habitual residence)가 서로 다른 국가에 소재하는지 여부를 기준으로 하는 방법부터 계약이 “둘 이상의 국가와 중대한 관련”(significant connections with more than one State)을 갖는지 여부나 계약이 “복수 국가의 법 중에서 법의 선택”(choice between the laws of different States)을 요하는지 또는 “국제거래의 이해관계에 영향”(affecting the interests of international trade)을 미치는지 여부 등과 같은 보다 일반적인 기준을 사용하는 방법까지 다양하다.

(*) 계약에 UNIDROIT 원칙을 적용하고자 하는 당사자는 『UNIDROIT 국제상사계약 원칙의 사용에 관한 모델조항』 중 하나를 사용할 수 있다(www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/upicc-model-clauses 참조).

본 원칙은 이러한 기준들 중 어느 것도 명시적으로 규정하지 않는다. 그러나 그 의도는 “국제”계약의 개념이 가능한 한 넓게 해석되도록 함으로써 궁극적으로 오직 국제적인 요소가 전혀 개입되지 않는 경우, 즉 당해 계약의 모든 관련 요소들이 오직 하나의 국가에만 관련되는 경우에만 국제계약에서 배제하기 위함이다.

2. “상사”계약

“상사”계약으로 제한한 의도는 일부 법제에서 전통적으로 당사자 및/또는 거래에 관하여 행하는 “민사”(civil)와 “상사”(commercial)의 구별을 수용하기 위함이 아니다. 즉 이는 본 원칙의 적용여부를 당사자가 형식적으로 “상인”(merchants, commercants, Kaufleute)의 지위를 갖는지 및/또는 당해 거래가 성격상 상행위인지 여부에 의존시키고자 함이 아니다. 이는 단지 이른바 “소비자거래”를 본 원칙의 적용범위에서 배제하기 위함일 뿐이다. 많은 법제에서 소비자 거래는 비직업적으로 또는 영업 이외의 목적으로 계약을 체결하는 소비자를 보호하기 위하여 대부분 강행적 성격을 갖는 특별한 규칙의 적용을 받으며 또한 그러한 규칙은 점증하고 있기 때문이다.

원래 본 원칙은 일시에 이행되어야 하는 매매계약과 같은 보통의 교환계약을 주로 겨냥하였다. 보다 복잡한 거래의 중요성이 - 특히 장기계약에서 - 점증함에 따라 본 원칙은 이러한 거래의 특성과 필요성을 고려할 수 있도록 그 후에 조정되었다. “장기계약”(long-term contract)의 정의에 관하여는 제1.11조를 보라.

3. 본 원칙과 사인간의 국내계약

사실 본 원칙은 국제상사계약을 겨냥하고 있지만 사인(私人)들이 순수한 국내계약에 본 원칙을 적용하기로 합의하는 것을 막지 않는다. 다만 그러한 합의는 당해 계약에 적용되는 국내법상의 강행규정에 의하여 제한될 수 있다.

4. 계약에 적용되는 법의 규칙으로서의 본 원칙

가. 당사자의 명시적 선택

본 원칙은 하나의 계약법체계(a system of rules of contract law)로서 기준

의 국내법체계(national legal system) 내에 공통적으로 존재하거나 국제상거래의 특별한 요구에 가장 부합하는 계약법의 원칙과 규칙을 대표하므로, 당사자는 계약에 적용할 법의 규칙(rules of law)으로 특정한 국내법 대신에 본 원칙을 명시적으로 선택할 충분한 이유가 있다. 그러한 합의를 할 때, 당사자는 본 원칙을 배타적으로 지정하거나 본 원칙이 다루지 않는 사항에 적용할 특정한 국내법과 연계하여 지정할 수 있다(전문 제2문 각주의 언급 참조).

그들의 계약을 규율하는 법의 규칙으로 본 원칙을 선택하고자 하는 당사자는 그러한 법선택조항을 중재합의와 결합시키는 것이 좋다.

그 이유는 당사자의 계약의 준거법을 선택할 자유는 전통적으로 국내법(national law)으로 제한되기 때문이다(그러나 비록 일정한 제한이 있으나 이제는 헤이그국제사법회의의 2015년 『국제상사계약 준거법원칙』 제3조를 보라). 따라서 당사자의 본 원칙 적용합의는 보통 이를 계약의 일부로 편입시키는 합의로 다루어질 뿐이고, 계약의 준거법은 여전히 법정지의 국제사법 규칙에 따라 결정되어야 한다. 그 결과, 본 원칙은 준거법상의 강행규정에 반하지 않는 범위 내에서만 당사자를 구속한다(제1.4조 주석 3 참조).

그러나 당사자가 계약에서 발생하는 분쟁을 중재에 회부하기로 합의하는 경우에는 사정이 다르다. 중재인은 특정한 국내법에 반드시 구속되지는 않는다. 이 점은 중재인이 당사자에 의해 우의적 중재인으로(as amiable compositeur) 또는 형평과 선에 따라(ex aequo et bono) 판정할 수권을 받은 경우에 자명하다. 그러나 그러한 수권이 없더라도 당사자는 일반적으로 중재인들의 판단의 기초로 국내법이 아닌 “법의 규칙”(rules of law)을 선택할 수 있다(1985년 UNCITRAL 『국제상사중재에 관한 모델법』(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 제28조 제1항 참조, 또한 1965년 『국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약』(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, ICSID 협약) 제42조 제1항 참조).

이러한 접근법에 따라 당사자는 중재인들이 분쟁에 적용할 “법의 규칙”으로 본 원칙을 자유로이 선택할 수 있으며, 그 결과로 본 원칙이 적용되고 국내법은 배제될 수 있다. 다만 그럼에도 계약의 준거법이 어느 법이건 간에 강행적으로 적용되는 국내법상의 규정에 의한 제한은 여전히 받는다(제1.4조의 주석 4 참조).

ICSID 협약이 적용되는 분쟁의 경우에도 본 원칙이 적용되어 국내의 법의

규칙이 배제될 수 있다.

나. 계약에서 지정된 “법의 일반원칙”이나 “상인법” 등을 구현하는 규범으로서 본 원칙의 적용

계약의 준거법으로 특정한 국내법을 합의로 선택하지 못한 국제상사계약의 당사자는 때로는 계약에 “법의 일반원칙”(general principles of law)이나 “국제거래의 관행과 관습”(usages and customs of international trade), 상인법(*lex mercatoria*) 등을 적용하기로 약정한다.

당사자가 비교적 불명확한 초국가적 또는 국제적 성격의 원칙이나 규칙을 지정하는 것에 대하여 지금까지 비판이 있었다. 이는 여러 이유 중에서도 특히 그러한 개념들이 매우 불명확하기 때문이었다. 이러한 불명확한 개념의 사용으로 초래되는 불확실의 문제를 피하거나 최소한 줄이기 위하여 본 원칙과 같은 체계적이고도 정치한 일단(一團)의 규칙(set of rules)을 통하여 그러한 원칙이나 규칙의 내용을 결정하는 것이 바람직하다.

다. 당사자에 의한 법의 선택이 없는 경우 본 원칙의 적용

당사자가 계약의 준거법에 관하여 침묵한 경우에도 본 원칙이 적용될 수 있다. 당사자가 계약의 준거법을 선택하지 않은 경우에 준거법은 관련 국제사법 규칙에 따라 결정되어야 한다. 국제상사중재의 맥락에서 그러한 규칙은 매우 유연하므로 중재판정부는 “[중재판정부]가 적절하다고 판단하는 법의 규칙”을 적용할 수 있다(2012년 국제상업회의소 중재규칙(Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce) 제21조 제1항, 스톡홀름상업회의소 중재협회 중재규칙(Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) 제24조 제1항 참조). 중재판정부는 보통 계약의 준거법으로 특정한 국내법을 적용하지만 예외적으로 본 원칙과 같은 비국내적이거나 초국가적인 규칙을 적용하기도 한다. 제반사정을 보아 추단할 때 당사자가 모든 국내법의 적용을 배제하는 의도를 가진 것으로 보이는 경우(예컨대 당사자의 일방이 국가 또는 정부기관인데 당사자 쌍방이 어느 당사자도 상대방국가의 국내법이나 제3국의 국내법이 적용되는 것에 동의하지 않는다는 것을 확실하게 밝힌 경우)나 계약이 여러 국가와 연결점을 갖고 있는데 그 중 어느 것도 지배적이지 못하여 다른 모든 국가의 국내법이 배제되고 어느 일국의 국내법만 적용된다고 하기에는

정당성이 부족한 경우에 그렇게 될 수 있다.

5. 국제적 통일법 문서를 해석하고 보충하는 수단으로서의 본 원칙

국제적 통일법 문서는 그 개별규정의 정확한 의미에 의문을 남기도 하고 법적공백을 남기도 한다.

전통적으로 국제적 통일법은 국내법상의 원칙과 기준을 기초로 해석되거나 이들에 의하여 보충되어 왔고, 그러한 국내법은 결국 법정지의 법이거나 국제적인 통일법이 없는 경우에는 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 법이었다.

최근에 법원과 중재판정부는 그러한 “저촉법적”(conflictual) 접근법을 점차 버리고 있으며, 대신에 자치적이고 국제적으로 통일된 원칙과 기준을 통하여 국제적인 통일법을 해석·보충하고 있다. 예컨대 1980년 『국제물품매매계약에 관한 UN 협약』(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG) 제7조에서 명시적으로 인정을 받은 이러한 접근법은 국제적인 통일법은 이것이 여러 국가의 국내법제에 편입된 후에도 단지 형식적으로 국내법의 ‘통합된 일부’(integrated part)가 될 뿐이지 실질적 관점에서는 국제적 차원에서 자치적으로 개발되고 전세계에 걸쳐 통일적으로 적용되도록 의도된 특별한 법체(法體, special body of law)로서의 고유한 성격을 잃지 않는다는 사고에 기초하고 있다.

지금까지 국제적 통일법 문서의 해석과 보충을 위한 그러한 자치적 원칙과 기준은 매 사안에서 판사와 중재인 스스로 각 국내법제에서 채택된 해법들의 비교법적 고찰을 기초로 발견해야만 하였다. 이러한 점에서 본 원칙은 그러한 발견작업을 현저히 용이하게 할 수 있다.

6. 국내법을 해석하고 보충하는 수단으로서의 본 원칙

본 원칙은 국내법을 해석하고 보충하는 데에도 사용될 수 있다. 특정한 국내법을 적용할 때 법원과 중재판정부는 국내법에서 채택된 적절한 해법에 관하여 의문에 직면할 수 있다. 그 이유는 사용가능한 복수의 해법이 존재하기 때문이거나 마땅한 해법이 전혀 없는 것으로 나타나기 때문이다. 특히 국제상사계약에 관한 분쟁의 경우에는 본 원칙을 착상의 원천(source of inspiration)으로 삼는 것이 바람직하다. 그렇게 함으로써 문제의 국내법은 국제적으로 승인되는 기준

및/또는 국제거래관계의 특별한 요구에 부합되게 해석되고 보충될 수 있다.

7. 국내의 입법자나 국제적 입법자를 위한 입법모델로서의 본 원칙

또한 본 원칙은 그 본연의 내용을 볼 때 각국의 입법자나 국제적 입법자들이 일반계약법이나 특별한 유형의 거래에 관한 법률을 입안할 때 모델법의 역할을 할 수 있다. 국가적 차원에서 본 원칙은 계약법분야에서 선진적 법제를 갖추지 못한 국가나 최소한 대외거래분야에서만이라도 자국의 국내법을 국제적 기준에 맞도록 현대화하고자 하는 국가에게 특히 유용할 수 있다. 비록 잘 정비된 법제를 갖고 있으나 사회정치적 기반의 급격한 변화를 겪은 이후로 법률 특히 경제활동과 상거래활동에 관한 법률을 전면적으로 개정할 긴급한 필요가 있는 국가의 경우에도 사정은 크게 다르지 않다.

국제적 차원에서도 협약이나 모델법을 초안할 때 본 원칙은 중요한 참고자료가 될 수 있다.

종래 동일한 개념을 표현하는 데 사용된 법률용어는 개개의 규범마다 상당히 달라서 잘못된 이해나 해석이 초래될 위험이 분명히 있었다. 이러한 부정합은 본 원칙에 사용된 용어가 국제적 통일용어로 채택된다면 해소될 수 있을 것이다.

8. 그 밖에 가능한 본 원칙의 용도

전문(Preamble)에 열거된 본 원칙의 용도는 망라적인 것이 아니다.

따라서 본 원칙은 계약서작성의 지침으로도 기능할 수 있다. 특히 본 원칙은 어떤 사항들을 계약에서 다루어야 하는지 알려주고 관련된 모든 당사자가 공히 이해할 수 있는 중립적인 법률용어를 제공한다. 이러한 본 원칙의 사용은 본 원칙이 수많은 언어로 이용가능하다는 사실에 의하여 증대된다.

또한 본 원칙은 달리 준거법으로 적용될 국내법을 대체하는 규범으로 사용될 수도 있다. 특정한 쟁점에 관하여 당해 국내법상 관련규칙(relevant rule)을 찾기가 불가능하거나 매우 어려워져 비례적으로 수인할 수 없는 정도의 노력 및/또는 비용을 초래하는 경우에 그러하다. 그 이유는 일반적으로 문제의 국내법의 법원(法源)의 특수성 및/또는 그러한 법원への 접근비용 때문이다.

나아가 본 원칙은 대학이나 법학전문대학원에서 교육자료로 사용될 수 있고, 그에 따라 진정하게 비교법에 기초한 계약법교육을 촉진시킬 수 있다.

제 1 장 총 칙

제1.1조

(계약의 자유)

당사자는 자유로이 계약을 체결하고 그 내용을 정할 수 있다.

【주 석】

1. 국제거래에서 기본원칙으로서의 계약의 자유

국제거래에서 계약자유 원칙은 극히 중요하다. 상거래의 당사자가 물품이나 용역을 누구에게 제공하고 누구로부터 공급받을 것인지를 자유로이 결정할 수 있고 나아가 개별 거래의 내용을 자유로이 합의할 수 있어야 한다는 것은 개방적, 시장지향적, 경쟁적 국제경제질서의 초석이다.

2. 경쟁이 없는 경제분야

물론 본조가 규정하는 원칙에도 다수의 가능한 예외가 있다.

계약의 상대방을 선택할 자유에 관하여, 여러 경제분야에서 국가들은 공익(public interest)의 견지에서 공개경쟁의 예외를 정하기도 한다. 이러한 경우에 오직 허용된 유일한 공급자에게서 문제의 물품이나 용역을 공급받을 수 있을 뿐이고, 이때 그 공급자는 대개 공공기관이며 또한 물품이나 용역의 공급이 가능한 한도 내에서 그 요청자와 의무적으로 계약을 체결하여야 하기도 하고 그러한 의무까지 부담하지는 않기도 한다.

3. 강행규정에 의한 당사자자치의 제한

계약의 내용을 결정할 자유에 관하여, 본 원칙 자체가 일차적으로 강행규정들을 두고 있다(제1.5조 참조).

또한 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정이 있으며, 이러한 강행규정은 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 때에는 본 원칙의 임의규정에 우선

하고 당사자들은 그와 달리 합의할 수 없다(제1.4조 참조).

제1.2조

(방식의 자유)

본 원칙의 어떠한 규정도 계약이나 진술 그 밖의 어떠한 행위가 특정한 방식으로 행하여지거나 증명될 것을 요구하지 않는다. 이는 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 증명될 수 있다.

【주 석】

1. 계약의 방식자유의 원칙

본조는 계약의 체결은 방식(form)에 관하여 아무런 제한이 없다는 원칙을 규정한다. 이러한 원칙은 당사자간 합의에 의한 사후 계약의 변경이나 종료에도 적용된다.

모든 법제에서는 아니나 많은 법제에서 발견되는 이러한 원칙은 현대적인 통신수단의 도움으로 많은 거래가 고속으로 그리고 대화, 팩스, 서면, 전자우편 및 웹통신의 혼용으로 체결되는 국제거래관계의 맥락에서 특히 적합한 것으로 보인다.

본조 제1문은 일부 법제에서 방식에 관한 요건을 실체에 관한 문제²⁾로 보고 다른 일부 법제에는 그 요건을 단지 증거의 목적으로 부과한다³⁾는 사실을 고려한다. 제2문의 취지는 방식자유의 원칙'(principle of freedom of form)이 적용되는 한도 내에서는 이 원칙이 재판절차상 구술증거의 허용가능성을 내포한다는 점을 분명히 하는 데 있다.

2. 진술 그 밖의 일방적 행위

방식에 관한 어떠한 요건도 부과되지 않는다는 원칙은 진술과 그 밖의 일방적 행위에도 적용된다. 그러한 행위 중 가장 중요한 것은 계약의 체결이나 이행 과정에서 당사자가 행하는 의사표시(예컨대 청약, 승낙, 계약취소권자의 추인, 일방

2) 또는 실체법적 문제.

3) 다시 말해 절차법적 문제로 본다.

에 의한 가격결정 등)나 그 밖의 상황에서 행하여지는 의사표시(예컨대 대리인에 대한 본인의 대리권 부여, 무권대리인의 행위에 대한 본인의 추인, 일반시효기간 만료 전의 채무자에 의한 채권자의 권리의 승인 등)이다.

3. 준거법에 따라 가능한 예외

방식에 관한 어떠한 요건도 부과되지 않는다는 원칙에도 물론 준거법에 따른 예외가 있다(제1.4조 참조). 국내법과 국제규범은 계약 자체나 개별 계약조항(예컨대 중재합의, 재판관할합의)에 방식에 관한 특별한 요건을 부과하기도 한다.

4. 당사자가 합의한 방식요건

또한 당사자 스스로 계약의 체결이나 변경 또는 종료를 특정한 방식으로 하기로 합의하거나 계약의 체결이나 이행과정에서 또는 그 밖의 맥락에서 이루어지는 어떤 진술이나 일방적 행위를 특정한 방식으로 하기로 합의할 수 있다. 이에 관하여는 특히 제2.1.13조, 제2.1.17조, 제2.1.18조를 보라.

제1.3조

(계약의 구속력)

유효하게 체결된 계약은 양당사자를 구속한다. 계약은 오직 그 계약 조건에 따르거나 합의에 의하여 또는 본 원칙에 달리 규정된 바에 따라 변경되거나 종료될 수 있다.

[주 석]

1. ‘pacta sunt servanda’ 원칙

본조는 또 하나의 기본원칙 즉 ‘pacta sunt servanda’(약속은 지켜야 한다)의 원칙을 규정한다.

계약의 구속력은 당사자간에 실제로 합의가 이루어졌고 또한 그러한 합의에 그 유효성에 영향을 주는 사유가 없다는 것을 전제로 한다. 계약체결에 적용되는 규칙은 본 원칙 제2장 제1절에서 규정하고, 유효성에 관한 사유는 제3장 및 다른 장(chapter)의 개별조항(예컨대 제7.1.6조, 제7.4.13조 제2항 참조)에서 다룬

다. 그 외에도 계약이 유효하게 성립하기 위한 요건은 적용가능한 국가적 또는 국제적 강행규정에서 발견될 수 있다.

2. 예 외

‘pacta sunt servanda’의 원칙의 당연한 결과로서 계약은 당사자간 합의에 따라 변경 또는 종료될 수 있다. 합의되지 않은 계약변경이나 종료는 예외적인 것이며 따라서 오직 계약조건에 따르거나 본 원칙의 명시적 규정이 있는 경우에 허용된다(제3.2.7조 제2항, 제3.2.7조 제3항, 제3.2.10조, 제5.1.8조, 제6.1.16조, 제6.2.3조, 제7.1.7조, 제7.3.1조, 제7.3.3조 참조).

3. 제3자에 대한 효력

본조는 계약이 당사자간에 구속력이 있다는 원칙을 규정하지만 그 취지가 계약이 준거법상 제3자에 대하여 갖는 효력에 영향을 미치고자 하는 것은 아니다. 따라서 일부 법역에서 매도인은 매수인과 그의 수행인들이 매도인의 영업장에 머무르는 동안에 그들의 신체적 완전성과 재산을 보호할 계약상의 의무를 부담한다.

마찬가지로 본 원칙은 계약의 취소나 ‘해제 또는 종료’⁴⁾가 제3자의 권리에 대하여 갖는 효력을 다루지 않는다.

당사자간 합의가 그 내용에 의하여 제3자와의 법률관계에 대하여 효력을 갖도록 의도된 경우에 관하여는 “대리권”에 관한 제2장 제2절, “제3자의 권리”에 관한 제5장 제2절, “채권양도, 채무이전, 계약양도”에 관한 제9장, “수인의 채무자와 채권자”에 관한 제11장을 보라.

제1.4조

(강행규정)⁵⁾

4) 여기의 ‘해제 또는 종료’는 “termination”을 그렇게 번역한 것이다. 이와 같이 본서에서 본 원칙상의 “termination”은 문맥에 따라 해제로 번역되거나 종료로 번역되었다.

5) 본서에서 “강행규정”은 “mandatory rule”을 번역한 것이다. 강행규정이라는 표현이 국내에서 가장 널리 사용되고 있기 때문이다. 따라서 “mandatory rule”이 不文(불문)의 형태로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다.

본 원칙의 어떠한 규정도 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정의 적용을 제한하지 아니한다.

【주 석】

1. 강행규정의 우선

입법적 문서가 아니라는 본 원칙의 특수성 때문에, 본 원칙 자체와 본 원칙에 따라 체결된 개별계약은 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원을 갖는 국내법의 강행규정에 우선하는 것으로 기대될 수 없다. 국가적 기원의 강행규정은 각국이 독자적으로 입법한 것(예컨대 일정한 유형의 계약에 대한 특정한 방식요건, 위약벌조항의 유효성, 자격요건, 환경규제법규 등)이고, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정은 국제협약이나 일반국제공법에서 비롯하거나{예컨대 헤이그-비즈비규칙, 『도난 또는 불법 반출된 문화재의 반환에 관한 UNIDROIT 협약』, 『UN 부패방지협약』(United Nations Convention against Corruption), 『UN 세계인권선언』(United Nations Universal Declaration of Human Rights) 등} 국제기구에 의하여 채택된다(예컨대 유럽연합의 경쟁법 등).

2. “강행규정”의 광의의 개념

본조에서 말하는 강행규정은 주로 입법에 의하여 규정되고 그 강행적 성격은 법문에 명시되거나 해석에 의하여 도출된다. 그러나 다양한 국내법제에서 계약의 자유에 대한 제한은 국가적, 국제적 또는 초국가적 공서의 일반원칙에서도 도출된다(예컨대 범죄의 보수 또는 유인의 금지, 부패와 담합입찰의 금지, 인권보호, 성별·인종·종교에 기초한 차별금지, 부당한 거래제한 금지 등). 본조의 적용상 “강행규정”의 개념은 넓게 이해되어야 하고 그에 따라 이는 특정한 제정법의 규정과 공서의 일반원칙을 모두 포함한다.

3. 본 원칙이 계약조건으로 편입됨에 따른 강행규정의 적용

연성규범(soft law instrument)에 관하여 전통적으로 그러하였고 여전히 국내법원에서 지배적 접근법으로 채택되고 있듯이, 당사자의 본 원칙에 관한 언급

이 본 원칙을 계약에 편입하는 합의에 불과한 것으로 다루어지는 경우(전문의 주석 4(가)의 세 번째 단락 참조), 본 원칙 자체와 본 원칙에 따라 체결되는 개별계약은 무엇보다도 강행적 성격을 갖는 준거법인 국내법상의 원칙과 규칙(이른바 “통상의 강행규정” 또는 “국내적 강행규정”)의 제한을 받는다. 또한 법정지국의 강행규정과 아마도 제3국의 강행규정도 그것이 계약의 준거법이 어느 법이건 간에 적용되는 강행규정이요 특히 제3국의 강행규정의 경우에는 그 국가와 당해 계약 사이에 충분히 밀접한 관련이 있는 때에는 적용된다(이른바 “최우선 강행규정” 또는 “국제적 강행규정”).

4. 본 원칙이 계약의 준거법으로 지정되는 경우 강행규정의 적용

아마도 분쟁이 중재에 회부되는 경우에 그렇겠지만, 본 원칙이 계약의 준거법으로 적용되는 경우(전문의 주석 4(가) 네 번째 단락 참조) 본 원칙은 국내법의 통상의 강행규정의 제한을 받지 않는다. 법정지국이나 제3국의 최우선 강행규정에 관한 한, 그 적용여부는 기본적으로 당해 사안의 제반사정에 달려있다. 일반적으로 말해서 국제중재의 경우에는 사전에 결정된 법정지법(predetermined *lex fori*)이 없으므로 중재판정부는 중재판정지 국가의 최우선 강행규정을 적용할 수 있으나 그렇게 할 의무는 없다. 당해 사안과 중대한 관련이 있는 법정지국이나 제3국의 최우선 강행규정을 고려할지 여부를 결정할 때, 중재판정부는 “중재판정이 법적으로 집행가능하도록 모든 노력을 다할” 의무(예컨대 2012년 ICC 중재규칙 제41조는 이를 명시한다)에 유의하면서 중재판정 집행이 신청될 가능성이 있는 국가의 최우선 강행규정을 특별히 고려하도록 기대된다. 또한 중재판정부는 범세계적으로 다수의 법제에서 근본적 규칙으로 널리 수용되는 원칙을 반영하는 최우선 강행규정(이른바 “초국가적 공서”(transnational public policy or *ordre public transnational*))를 적용할 필요가 있는지 고려할 수 있다.

5. 각 사안에서 관련 국제사법 규칙의 적용

국내법원과 중재판정부 사이에 국제상사계약에 적용할 강행규정을 결정하는 방법이 다른 것을 고려하여 본조는 어떤 강행규정이 적용되는지를 의도적으로 규정하지 않고 오히려 관련 국제사법 규칙에 따르도록 함으로써 각 사안을 해결하도록 한다(예컨대 EU 규정 제593/2008호 (로마 I) 제9조(이는 1980년 『계약상

채무의 준거법에 관한 로마협약』 제7조를 대체한다), 1994년 『국제계약의 준거법에 관한 미주간협약』 제11조, 헤이그국제사법회의의 2015년 『국제상사계약준거법원칙』 제11조, 『국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법』 제28조, 제34조, 제36조, 『외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약』 제5조 참조).

제1.5조

(당사자에 의한 배제 또는 변경)

본 원칙 내에서 달리 규정되지 않은 한, 당사자는 본 원칙의 적용을 배제하거나 본 원칙의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다.

[주 석]

1. 본 원칙의 임의적 성격

본 원칙에 규정된 규칙은 일반적으로 임의적 성격을 가지며, 당사자는 당해 거래의 특정한 필요에 따라 본 원칙의 적용을 전부 또는 일부 배제하거나 본 원칙의 규정과 다른 내용의 합의를 할 수 있다(전문 제2문의 각주에 언급된 모델조항 참조).

2. 명시적 또는 묵시적 합의에 의한 배제 또는 변경

본 원칙을 배제 또는 변경하는 당사자간 합의는 명시적 또는 묵시적일 수 있다. 당사자가 본 원칙의 규정과 양립하지 않는 내용으로 명시적 합의를 한 때에는 묵시적 배제 또는 변경합의를 한 것이며, 이때 당해 합의내용(계약조건)이 개별적으로 협상된 것인지 아니면 계약에 편입된 약관의 일부인지 여하는 묻지 않는다.

당사자가 명시적으로 본 원칙의 일부의 장(chapter)만을 적용하기로 합의한 경우(예컨대 “본 계약의 이행과 불이행에 관하여 UNIDROIT 원칙이 적용된다”고 합의한 경우), 당해 장(chapter)은 제1장의 총칙과 함께 적용되는 것으로 추정된다.

3. 본 원칙상의 강행규정

본 원칙의 몇몇 규정은 강행적 성격을 가지며, 본 원칙의 체계상 그러한 규정들은 중요하므로 당사자가 그러한 규정들의 적용을 배제하거나 그에 반하는 내용의 합의를 하는 것은 허용되지 않아야 한다. 실제로 본 원칙의 특수성 때문에 이러한 명령이 준수되지 않는 경우에 그 명령위반은 아무런 법적효과를 낳지 않을 수 있다. 한편 본 원칙상의 그러한 강행규정은 대부분의 국내법에서도 강행적 성격을 갖는 행동원칙과 기준을 반영하고 있다는 점을 주목하여야 한다.

본 원칙상의 강행규정은 해당 규정 내에 그러한 뜻이 보통 명시되어 있다. 그 예로는 신의와 공정거래에 관한 제1.7조, 실질적 유효성에 관한 제3장의 규정들, 가격결정에 관한 제5.1.7조 제2항, 불이행 위약금에 관한 제7.4.13조 제2항, 시효기간에 관한 제10.3조 제2항이 있다. 다만 제3장의 규정 중 착오와 원시적 불능(제3.1.4조 참조)에 관련되거나 적용되는 규정은 강행규정이 아니다. 예외적으로 어떤 규정의 강행적 성격은 단지 묵시적이어서 그 규정의 내용과 목적으로부터 도출된다(예컨대 제1.8조, 제7.1.6조 참조).

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.

【주 석】

1. 본 원칙의 해석 - 계약해석과의 준별

법률문언(legal text)과 마찬가지로, 본 원칙에서도 그 내용의 정확한 의미에 의문이 발생할 수 있다. 그러나 본 원칙의 해석은 그 적용대상인 개별계약의 해석과 다르다. 본 원칙은 단지 계약 차원에서 당사자를 구속하지만, 즉 개별계약에 편입되어야 적용되지만, 본 원칙은 여전히 독자적인 일련의 규칙(auton-

omous set of rules)으로 작성되었으며 그 목적은 세계 각처에서 다양한 형태로 체결되는 수많은 계약에 통일적으로 적용하는 데 있다. 따라서 본 원칙의 해석방법은 개별계약의 해석방법과 달라야 한다. 계약(당사자의 진술 그 밖의 행위 포함)의 해석규칙은 제4장에서 규정한다. 본조는 본 원칙 자체의 해석방법을 다룬다.

2. 본 원칙의 국제적 성격의 고려

본조가 규정하는 본 원칙의 첫 번째 해석기준은 본 원칙의 “국제적 성격”이 고려되어야 한다는 것이다. 이는 본 원칙상의 용어와 개념은 독자적으로(autonomously) 해석되어야 함을 의미한다. 다시 말해 본 원칙상의 용어와 개념은 본 원칙의 맥락 내에서 해석되어야 하고 어느 국내법이 그러한 용어와 개념에 전통적으로 부여하는 의미에 따라 해석되지 않아야 한다.

본 원칙은 전적으로 상이한 법적, 문화적 배경을 가진 법률가들이 수행한 광범한 비교법적 연구의 결과라는 점을 상기한다면 이러한 접근법은 불가피한 것이다. 그러한 전문가들은 각 규정을 초안할 때 그들이 공통적으로 이해하는 바의 의미를 갖는 충분히 중립적인 법률용어를 찾아야 했다. 비록 예외적인 경우에는 어느 일국 혹은 여러 국가의 국내법에 특유한 용어나 개념이 사용되기도 하나, 그렇다고 해서 그 용어와 개념이 그러한 전통적 의미를 갖도록 의도된 것은 결코 아니다.

3. 본 원칙의 목적

본 원칙을 해석할 때에는 본 원칙의 목적이 고려되어야 한다고 규정함으로써 본조는 본 원칙이 엄격한 문자적 의미에 따라 해석되기 보다는 하나의 전체로서의 본 원칙 자체는 물론 개별 규정의 목적과 그 개별 규정이 기초하는 원리에 비추어 해석되어야 한다는 것을 분명히 한다. 개별 규정의 목적은 그 법문 자체 및 그에 관한 주석을 통하여 확정할 수 있다. 본 원칙 자체의 목적에 관하여 본조는 본 원칙의 주된 목적이 국제상사계약에 관한 통일된 틀(uniform framework for international commercial contracts)을 제공하는 데 있다는 사실을 고려하여 그 적용상의 통일을 증진할 필요성, 즉 최대한으로 가능한 한 각 국가에서 실무상 동일하게 해석되고 적용될 필요성을 명시한다. 그 밖의 목적에 관하여 본 원칙의 소개(Introduction) 부분을 보라. 또한 제1.7조를 보라. 제1.7조는 비

록 당사자를 향한 규정인긴 하나, 계약관계에서 신의와 공정거래의 준수를 증진하고자 하는 본 원칙의 기본적 목적을 표현하는 것으로 볼 수 있다.

4. 본 원칙의 보충

본 원칙의 적용범위 내에 속하는 많은 사항들이 본 원칙 자체에 의하여 명시적으로 해결되지 않는다. 본 원칙 자체에 의하여 명시적으로 해결되지는 않는 사항이 본 원칙의 적용범위 내에 속하는 사항인지 여부를 결정하기 위해서는 먼저 해당 조항의 법문이나 주석에서 어떻게 명시되어 있는지 보아야 한다(예컨대 제1.3조의 주석 3, 제1.4조의 주석 5, 제2.2.1조 제2항과 제3항 및 주석 5, 제2.2.7조의 주석 5, 제2.2.9조의 주석 5, 제2.2.10조의 주석 1, 제3.1.1조, 제6.1.14조의 주석 1, 제9.1.2조, 제9.2.2조, 제9.3.2조 참조). 이러한 점에서 본 원칙의 사항색인은 유용한 추가적 지침이다.

본 원칙의 적용상의 통일을 증진할 필요성은 어떤 해석에서 차이가 발생하는 경우에 그 해법을 국내법에서 구하기에 앞서 가능한 한 본 원칙 자체 내에서 찾아야 한다는 것을 함의한다.

먼저 첫 단계는 당해 규정의 유추적용(application by analogy)을 통하여 미해결문제의 해결을 시도하는 것이다. 따라서 제6.1.6조의 이행지(place of performance) 규정은 반환(restitution)에 대하여도 적용된다. 마찬가지로 금전채무가 지급지의 통화가 아닌 통화로 표시된 경우에 적용되는 제6.1.9조의 규칙은 금전채무가 특별인출권(Special Drawing Right: SDR)과 같은 계산단위(units of account)로 표시된 경우에도 적용된다. 유사한 사안을 다루는 규정의 단순한 적용확대만으로 문제가 해결되지 않는 경우에는 그 규정이 기초하는 일반원칙, 즉 그 일반적 성격 때문에 보다 널리 적용될 수 있는 규칙에서 해법을 찾아야 한다. 그러한 기본원칙 중의 일부는 본 원칙에 명시적으로 규정되어 있다(예컨대 제1.1조, 제1.3조, 제1.5조, 제1.7조, 제1.8조 참조). 그 밖의 일반원칙은 관련 규정으로부터 추출되어야 한다. 다시 말해 관련 규정에 담긴 특정한 규칙을 분석하여 그 규칙을 보다 일반적인 원칙의 구체적 발현으로 볼 수 있는지 여부를 결정하여야 하고, 만일 그렇다면 그 규칙은 일반원칙으로서 그 규칙이 구체적으로 규율하는 사안과 다른 사안에도 적용될 수 있다.

물론 당사자는 본 원칙을 보충하는 데 적용할 특정한 국내법을 자유로이 합

의할 수 있다. 그 예는 다음과 같다. “This contract is governed by the UNIDROIT Principles supplemented by the law of Country X”(본 계약에는 UNIDROIT 원칙이 적용되고 이 원칙은 X국법에 의하여 보충된다). 또는 “This contract shall be interpreted and executed in accordance with the UNIDROIT Principles. Questions not expressly settled therein shall be settled in accordance with the law of Country X”(본 계약은 UNIDROIT 원칙에 따라 해석되고 이행되어야 한다. 이 원칙 내에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는 X국법에 따라 해결된다)(전문 제2문의 각주에 언급된 모델조항 참조).

제1.7조

(신의와 공정거래)

(1) 각 당사자는 국제거래상의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다.

(2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

【주 석】

1. 본 원칙이 기초하는 기본원리로서의 “신의와 공정거래”

본 원칙의 곳곳에는 ‘신의와 공정거래의 원칙’(principle of good faith and fair dealing)의 직·간접적 적용에 해당하는 많은 규정이 있다. 특히 제1.8조를 보라. 또한 예컨대 제1.9조 제2항, 제2.1.4조 제2항 나호, 제2.1.15조, 제2.1.16조, 제2.1.18조, 제2.1.20조, 제2.2.4조 제2항, 제2.2.5조 제2항, 제2.2.7조, 제2.2.10조, 제3.2.2조, 제3.2.5조, 제3.2.7조, 제4.1조 제2항, 제4.2조 제2항, 제4.6조, 제4.8조, 제5.1.2조, 제5.1.3조, 제5.2.5조, 제5.3.3조, 제5.3.4조, 제6.1.3조, 제6.1.5조, 제6.1.16조 제2항, 제6.1.17조 제1항, 제6.2.3조 제3항과 제4항, 제7.1.2조, 제7.1.6조, 제7.1.7조, 제7.2.2조 나호와 다호, 제7.4.8조, 제7.4.13조, 제9.1.3조, 제9.1.4조, 제9.1.10조 제1항을 보라. 이는 신의와 공정거래가 본 원칙이 기초하는 기본원리의 하나임을 의미한다. 본조 제1항은 일반적인 용어로 각 당사자는 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다고 규정함으로써 본 원칙 내에 별도의 특별한 규정이 없는 경우에도 계약체결 전의 협상단

계를 포함하여 계약이 존속하는 동안에(throughout the life of the contract) 당사자의 행위가 신의와 공정거래에 부합하여야 한다는 것을 분명히 한다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 청약하면서 승낙기간을 48시간으로 한정한다. 48시간이 만료되기 직전에 B는 승낙하기로 결정하나, 주말이고 A의 사무실에 팩스기계가 꺼져있고 또한 자동응답전화기도 없어서 그 48시간 내에 승낙을 할 수 없다. 그 후 월요일에 A가 B의 승낙을 거절하는 것은 신의에 반한다. 그러한 승낙기간을 지정한 A로서는 그러한 48시간 내내 그의 사무실에 승낙메시지가 도달할 수 있도록 조치하였어야 하기 때문이다.

2. 특수한 생산라인을 공급·설치하는 계약상의 조항에 의하면 매도인 A는 생산라인의 기술적 진전을 이룬 것이 있으면 이를 매수인 B에게 고지할 의무가 있다. 1년 후 B는 A가 중요한 기술적 진전을 고지하지 않았음을 알게 된다. A는 특정한 형태의 그 생산라인을 제작하는 것이 더 이상 그의 책임이 아니고 A가 전부 소유하는 그의 계열사 C의 책임이라는 사실에 의하여 면책되지 않는다. C가 그 생산라인의 제작을 담당하기 위하여 특별히 설립되었다면 A가 B에 대한 자신의 계약상의 의무를 피하기 위하여 C가 독립된 법적 실체라고 주장하는 것은 신의에 반한다.

3. 대리상 A는 본인 B를 위하여 일정한 지역 내에서 B의 물품판매를 촉진해 주기로 약속한다. 대리상계약에 의하면 A의 보수청구권은 A가 주선한 계약을 B가 승인한 후에만 발생한다. B는 A가 주선하는 계약을 체결할지 여부를 자유로이 결정할 수 있지만 A가 주선하는 계약의 승인을 조직적이고 부당하게 거절하는 것은 신의에 반한다.

4. 은행 A와 고객 B 사이의 신용한도부(信用限度附) 여신계약 하에서 A가 갑자기 그리고 이해할 수 없는 이유로 더 이상의 용자를 거절하고 그에 따라 B는 심각한 영업상의 손실을 겪는다. 이 계약에 용자금의 상환시기를 A가 “임의로”(at will) 앞당길 수 있도록 하는 조항이 들어있더라도, A가 사전경고 없이 그리고 정당한 이유도 없이 전액의 상환청구를 하는 것은 신의에 반한다.

2. 권리남용

‘신의와 공정거래의 원칙’에 반하는 행위의 전형적인 예는 일부 법제에 알려져 있는 이른바 “권리남용”(abuse of right)이다. 권리남용은 예컨대 단지 상대방에게 손해를 주기 위하여 권리를 행사하거나 당해 권리가 부여된 목적과 다른

목적으로 권리를 행사하는 경우 또는 권리의 행사가 본래 의도된 결과와 균형이 맞지 않는 결과를 낳는 경우와 같이 당사자의 어떤 악의적인 행태(malicious behaviour)에 의한다는 특징이 있다.

〈사 례〉

5. A는 소매사업을 할 목적으로 B로부터 영업장을 임차한다. 계약기간은 5년이다. 그런데 3년이 지나자 A는 그 지역에서 영업이 매우 저조한 사실을 깨닫고는 사업을 정리하기로 결심하고 B에게 더 이상 영업장을 임차할 뜻이 없다고 고지한다. A의 계약위반은 보통 B의 손해배상청구권과 계약해제권 또는 이행청구권을 발생시키며 B는 그러한 구제수단을 선택적으로 행사할 수 있다. 그러나 제반사정으로 볼 때 B가 A에게 잔여 2년간의 임료의 지급을 청구한다면 이는 권리남용에 해당한다. B로서는 오히려 계약을 해제하고서 새로운 임차인을 구하는 데 소요되는 기간에 대한 임료의 상실을 손해로 하여 손해배상청구를 하여야 한다.

6. A는 음식점을 운영할 목적으로 B로부터 영업장을 임차한다. 하절기 수개월간 A는 다수의 식탁을 옥외에 배치하는데 거기도 B의 소유지이다. 심야에 음식점 손님들의 소음 때문에 B는 같은 건물 내에 있는 아파트의 세입자를 구하는 데 점점 많은 어려움을 겪게 된다. B가 A에게 단지 심야의 옥외영업만 중단할 것을 요구하지 않고 옥외영업을 전면 중단할 것을 요구한다면 이는 권리남용에 해당한다.

3. “국제거래상의 신의와 공정거래”

“국제거래상의 신의와 공정거래”를 언급한 것은 본 원칙에서 신의와 공정거래라는 두 가지 개념이 각 국내법제에서 통상 채택되는 기준에 따라 적용되어서는 안 된다는 것을 분명히 하기 위함이다. 다시 말해 그러한 국내기준은 다양한 법제에서 일반적으로 승인되는 것으로 밝혀지는 때에만 고려될 수 있다. 또한 그러한 문구가 함의하는 바로서, 신의와 공정거래는 국제거래에 특수한 사정에 비추어 해석되어야 한다. 신의와 공정거래의 실무상의 기준은 다양한 거래분야 사이에 상당한 차이가 있고, 하나의 거래분야 내에서도 당해 기업이 처한 사회경제적 환경과 당해 기업의 규모, 기술적 능력 등에 따라 더 엄하거나 덜 엄할 수 있다.

본 원칙의 규정 및/또는 주석에서 단순히 “신의와 공정거래”라고 언급하더라도 이는 본조에서 말하는 “국제거래상의 신의와 공정거래”를 의미하는 것으로

이해되어야 한다는 점을 주목해야 한다.

〈사 례〉

7. 첨단기술장비 매매계약에서 매수인은 하자를 발견하였거나 발견하였어야 하는 후에 부당한 지체 없이 하자의 내용을 적시하여 매도인에게 통지하지 않은 경우에 그 하자를 주장할 권리를 상실한다. 그러한 장비가 널리 사용되고 있는 국가에서 영업하는 매수인 A가 장비를 가동한 후 하자를 발견하고서 그 장비의 매도인 B에게 하자통지를 하면서 하자의 성질을 잘못 표시한다. A는 하자를 주장할 권리를 상실한다. 하자를 보다 면밀하게 검사하였더라면 B에게 필요한 사항을 명세하여 통지할 수 있었기 때문이다.

8. 사실관계는 〈사례 7〉과 같으나 이제는 A가 그러한 유형의 장비가 거의 알려져 있지 않은 국가에서 영업한다는 차이가 있다. A의 기술적 지식이 부족하다는 사실을 아는 B로서는 A가 그러한 하자의 성질을 적절히 특정할 것이라고 합리적으로 기대할 수 없으므로 A는 하자를 주장할 권리를 상실하지 않는다.

4. 신의와 공정거래의 원칙의 강행적 성격

신의와 공정거래에 좇아 행위할 의무는 당사자가 계약으로 배제하거나 제한할 수 없는 본질적 성격을 갖는다(제2항). 따라서 당사자간에 신의와 공정거래의 원칙을 배제하거나 제한하는 것은 일반적으로 금지된다. 그 구체적 적용에 관하여는 제3.1.4조, 제7.1.6조 및 제7.4.13조를 보라.

반면에, 그 무엇도 당사자가 계약에서 보다 엄격한 행동기준을 준수할 의무를 약정하는 것을 금지하지 않는다(예컨대 제5.3.3조 참조).

제1.8조

(모순행위)

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

【주 석】

1. 모순행위와 “신의와 공정거래”

이 규정은 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조)을 일반적으로 적용한 것이다. 이 규정은 본 원칙상의 보다 구체적인 다른 규정에도 반영되어 있다(예컨대 제2.1.4조 제2항 나호, 제2.1.18조, 제2.1.20조, 제2.2.5조 제2항, 제10.4조의 주석 3 참조). 이 규정은 일방의 행위로 인하여 당사자간 계약관계에 관하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되고 나아가 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위한 경우에 상대방의 그러한 이해와 모순되는 행위를 함으로써 상대방에게 피해를 주어서는 안 된다는 의무를 부과한다.

본조가 규정하는 모순행위 금지의 결과 당사자간 합의가 아닌 다른 원인에 의한 권리의 발생과 소멸, 정지 또는 변경이 초래될 수 있다. 이는 상대방이 신뢰한 이해(understanding) 자체가 당사자간에 합의된 권리나 실제 권리와 모순되기 때문이다. 본조 외에도 당사자 일방의 행위를 이유로 권리가 소멸되거나 정지되도록 하는 규정이 더 있다(예컨대 제3.2.9조, 제7.1.4조 제3항 참조).

2. 이해(understanding)의 합리적 신뢰

당사자 일방의 다양한 행태에 기하여 상대방은 계약이나 그 이행 또는 강제에 관하여 어떤 이해(understanding)를 갖게 된다. 상대방의 그러한 이해는 예컨대 진술(representation)이나 어떤 행동(작위)에 기인할 수도 있고, 상대방이 신뢰하여 이해하고 있는 바가 사실은 이미 알려진 실수(error)나 오해(misunderstanding)이므로 그것을 바로잡아줄 것을 상대방이 합리적으로 기대할 수 있는 경우와 같이 침묵(부작위)에 기인할 수도 있다.

어떤 방법으로든지 당사자간의 계약관계에 관계되는 한 본조에서 말하는 이해의 대상은 특정한 사항에 국한되지 않는다. 이해는 사실의 문제나 법의 문제, 의사의 문제 또는 행위방법(일방 또는 상대방이 어떻게 행위할 수 있는지 또는 하여야 하는지)의 문제에 관한 것일 수 있다.

다만 중요한 제한으로, 그러한 이해는 상황에 따라 상대방이 합리적으로 신뢰할 수 있고 또한 그렇게 한 것이어야 한다. 신뢰가 합리적인지 여부는 사실의 문제로서 특히 당사자의 통신과 행동, 거래의 내용과 제반사정 및 당사자 상호

간의 합리적 기대를 고려하여 판단되어야 한다.

〈사 례〉

1. A는 B와 B의 토지의 임대차계약을 장기간에 걸쳐 협상하였다. 계약에 의하면 B는 기존의 건물을 철거하고 A의 명세에 따라 새로운 건물을 건축하여야 한다. A와 B 사이의 통신에 사용된 어구(語句)들을 통하여 B는 그들 사이에 협상이 완료되어 이행을 개시할 수 있다고 합리적으로 이해하게 되었다. 이에 B는 건물을 철거하고 건축업자와 건물을 신축하는 계약을 체결한다. A는 그러한 사실을 알고 있으나 그 중단을 위한 아무런 조치도 취하지 않는다. 그 후 A는 B에게 협상되어야 할 계약조건이 아직 더 남아있다는 행태를 보인다. A는 B의 이해(understanding)에 반하는 행위를 할 수 없다고 하여야 한다.
2. B는 착오로 그와 A 사이의 계약을 일정한 방법으로 이행할 수 있다고 이해한다. A는 그러한 사실을 알고 있으나 B의 이행이 진행되는 동안 가만히 있다. B와 A는 정기적으로 만난다. 그때 B의 이행에 관한 논의가 있었으나 이때에도 A는 B의 착오에 관하여 침묵한다. A는 B의 그러한 이행이 계약상 요구된 것이 아니라고 주장하지 못한다.
3. A는 하도급으로 B에게 규칙적으로 건물건축현장의 작업을 맡겨왔다. 그러한 부분의 A의 영업과 그에 관련된 직원들을 A의 계열회사인 A1이 인수한다. B가 작업지시를 받는 일반적인 업무과정에는 아무런 변화가 없다. B는 계속하여 하청업자로서 용역을 제공하고 또한 여전히 A를 위하여 일한다고 믿고서 계속하여 A에게 대금지급을 청구한다. A는 그러한 B의 착오를 B에게 알리지 않는다. A는 일의 완성부분에 관하여 그와 B 사이의 계약관계를 부인할 수 없고 그 대금을 지급하여야 한다.
4. A는 그 자신의 공급자와의 사이에 문제가 있어서 B에게 그와 B 사이의 계약에 따른 인도를 적시에 할 수 없다. 계약에 의하면 인도지체에 대하여 위약벌이 부과된다. B는 그러한 A의 어려움을 알게 된 후 A에게 인도시기의 엄격한 준수를 요구하지 않을 것이라는 행동을 보인다. 1년 후 A의 인도지체로 B는 영업상의 어려움을 겪기 시작한다. B는 그때까지의 A의 인도지체에 대한 위약벌의 지급을 청구하고 향후 인도시기를 준수하도록 요구하고자 한다. B의 위약벌지급청구는 부인되어야 하나 B는 향후 인도시기를 준수하도록 요구하는 합리적인 통지를 함으로써 인도시기의 준수를 요구할 수 있다.
5. B는 A에게 10,000 호주달러의 빚이 있다. 채무의 이행기에 A는 이행을 강제하는 아무런 조치도 취하지 않는다. 이에 B는 A가 채무를 면제해주었다고 생각한다. A는 그것이 실제로 사실임을 나타내는 행동을 취한 적이 없다. 후에 A가 지급을 청구할 때 B

는 A의 부작위를 원용하여 그에 대항하지 못한다.

3. 피해와 금지

본조가 부과하는 책임은 합리적인 신뢰로 인하여 피해가 초래되지는 않도록 하는 데 목적이 있다. 따라서 당사자의 행위가 모순행위이더라도 그러한 행위가 반드시 금지되어야 하는 것은 아니다. 금지는 피해의 발생을 막는 하나의 방법일 뿐이다. 상황에 따라서는 신뢰당사자에게 피해를 주지 않는 다른 합리적인 방법이 있을 수 있다. 예컨대 모순행위를 하기 전에 합리적인 통지를 한다거나 (<사례 4> 참조) 신뢰로 인하여 발생한 비용이나 손실을 보상하는 때에는 모순행위가 허용될 수 있다.

<사 례>

6. A와 B는 건축계약의 당사자이고 계약에 의하면 추가적인 작업은 문서화되어야 하고 나아가 현장 건축가의 확인을 받아야 한다. A의 계약관리인은 B에게 구두로 일정한 추가작업을 일정한 시기에 자료에 기초하여 하도록 요구하고 그 추가작업은 일의 진행에 따라 적절히 문서화될 것이라고 B에게 보장하였다. 이에 B는 추가작업의 설계를 제3자에게 위탁하는데 이때 A는 추가작업이 필요 없다고 지시한다. 설계위탁 비용은 그러한 추가작업의 완성비용에 비하여 매우 적다. A가 B에게 발생한 비용을 B에게 보상하는 경우에 B는 A의 그러한 모순행위에 대하여 이의하지 못한다.

7. A는 그와 B 사이의 소프트웨어개발계약에서 정하는 중요한 이행기를 준수하지 못한다. 이에 B는 계약해제권을 갖는다. 그럼에도 B는 계속하여 계약의 이행을 요구하고 소프트웨어의 개량부분에 대하여 대금을 지급하고 또한 소프트웨어 개발계획을 계속하여 진행시키면서 A와 협력한다. A가 이행을 계속한 것은 그의 계약위반 후의 B의 행동 때문이었다. 이러한 사정으로 볼 때 B는 A가 중요한 이행기를 준수하지 못한 것을 이유로 계약을 해제하지 못한다. 다만 그럼에도 본 원칙상 B는 A의 이행을 위한 부가기간을 지정할 수 있고(제7.1.5조 참조) 그리하여 A가 그 부가기간을 준수하지 못하는 때에는 그에 따른 계약해제권을 행사할 수 있다.

제1.9조

(관행과 관례)

(1) 당사자는 자신이 동의한 관행과 당사자간에 확립된 관례에 구속

된다.

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

【주 석】

1. 본 원칙상 관례와 관행

본조는 당사자가 본조에 규정된 요건을 충족하는 관례와 관행에 일반적으로 구속된다는 원칙을 규정한다. 이러한 요건은 관례와 관행이 당해 사안에 적용되는 경우에 충족되어야 하지만 관례와 관행이 본 원칙의 개별조항에 특별히 명시되어 적용되는 때에도 충족되어야 한다(예컨대 제2.1.6조 제3항, 제4.3조, 제5.1.2조 참조).

2. 당사자간에 확립된 관례

특정한 계약의 당사자간에 확립된 관례는 당사자가 그 적용을 명시적으로 배제하지 않은 한 자동적으로 구속력을 갖는다. 특정한 관례가 당사자간에 “확립”(establish)되었다고 볼 수 있는지 여부는 당연히 각 사안의 제반사정에 달려 있으나 당사자간의 과거 단 한 번의 거래에서만 우연히 있었던 행동은 보통 충분하지 않다.

〈사 례〉

1. 공급자 A는 자신이 인도한 물품의 수량이나 품질의 하자를 이유로 인도 후 2주나 지나서야 제기되는 고객 B의 클레임을 반복적으로 수락하였다. 앞으로도 B가 2주 만에 하자통지를 하더라도 A는 너무 늦었다고 주장하지 못한다. 2주의 통지기간은 A와 B 사이에 확립된 관례이고 그에 따라 A를 구속하기 때문이다.

3. 동의한 관행

당사자는 자신이 동의한 관행에 구속된다고 규정하는 본조 제1항은 제1.1조에 규정된 계약의 자유라는 일반원칙의 구체적 발현이다. 사실 당사자는 모든 계약조건을 협상할 수도 있고 아니면 특정한 문제에 관하여 관행을 포함한 다른

원천(source)에 단순히 의존할 수도 있다. 당사자는 관행의 적용을 명시할 수 있으며, 이러한 관행은 어느 당사자도 속하지 않는 거래분야의 관행이거나 다른 종류의 계약에 관한 관행일 수도 있다. 당사자가 때로는 사실은 관행이 아님에도 오해 때문에 관행으로 불리는 것을 적용하는 합의를 하는 경우도 생각해볼 수 있다. 어떤 거래협회가 “Usage”라는 이름으로 하여 발행하였으나 사실은 단지 확립된 일반적인 행동지침을 일부 반영하는 것에 불과한 일단의 규칙(set of rules)이 그 예이다.

4. 그 밖의 적용가능한 관행

제2항은 당사자의 명시적 합의가 없는 경우에 적용가능한 관행을 결정하는 기준을 규정한다. “[...] 당해 거래를 하는 사람에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는” 관행이어야 한다는 사실은 그 관행이 국제적 차원의 것이건 단지 국내 혹은 지역적 차원의 것이건 간에 적용되는 요건이다. “국제거래에서”라는 추가적 요건의 의도는 국내거래에 관하여 개발되고 또한 국내거래에 국한되는 관행이 외국인과의 거래에 원용되는 것을 막기 위함이다.

〈사 례〉

2. 부동산중개인 A는 외국인 고객 B를 상대로 자국의 특별한 부동산중개관행을 주장한다. B는 그러한 관행이 현지에 국한되어 있고 성격상 지배적으로 국내거래에 관한 것인 때에는 그에 구속되지 않는다.

순수하게 지역적이거나 국내적인 기원의 관행은 예외적으로만 당사자간 합의가 없이도 적용될 수 있다. 따라서 어떤 상품거래소나 무역전시장 또는 항구에 존재하는 관행은 외국인에 관하여도 규칙적으로 준수되는 경우에 적용가능하다. 다른 예외로 외국에서 유사한 계약을 이미 많이 체결한 업자는 이러한 점 때문에 그러한 계약에 관하여 그 외국에서 확립된 관행에 구속된다.

〈사 례〉

3. 터미널운영자 A는 그가 소재하는 항구의 특정한 관행을 외국운송인 B에 대하여 주장한다. 외국인이 통상적으로 그 항구를 이용하고 또한 문제의 관행이 그 항구의 모든 이용자들에 대해서도 그들의 영업소재지와 국적을 가리지 않고 규칙적으로 준

수되고 있는 때에는 B는 그러한 국지적 관행에 구속된다.

4. X국의 판매대리상 A는 Y국에 있는 여러 고객 중의 하나인 B로부터 현금으로 대금지급을 하는 경우에 부여되는 관행적인 10%의 가격할인요청을 받는다. A는 일정한 기간 동안 Y국에서 영업해왔다면 그러한 관행이 Y국에 국한된 것이라는 이유로 그 관행의 적용에 반대하지 못한다.

5. 관행의 적용이 불합리한 경우

특정한 거래분야에 종사하는 업자들 사이에서 보편적으로 그리고 규칙적으로 준수되고 있는 관행도 사안에 따라서는 그 적용이 불합리할 수 있다. 그 이유는 어느 일방 혹은 쌍방이 처한 특정한 여건 및/또는 당해 거래의 특수성을 때문일 수 있다. 이러한 경우에는 관행의 적용이 부정된다.

〈사 례〉

5. 어떤 상품거래분야에서 물품의 하자가 국제적으로 인정받는 전문검사인에 의하여 정히 검증되지 않는다면 매수인이 하자를 원용할 수 없게 되는 관행이 있다. 매수인 A가 목적항에서 물품을 수령한 때 그 항구에서 유일하게 영업하던 국제적으로 인정받는 전문검사인이 파업으로 휴업상태이고 가장 인접한 항구에 있는 다른 전문검사인에게 의뢰하는 데에도 과도한 비용이 소요된다. 이러한 경우에 위의 관행을 적용하는 것은 불합리하고 A는 자신이 발견한 하자를 비록 국제적으로 인정받는 전문검사인에 의하여 검증되지 않았더라도 원용할 수 있다.

6. 본 원칙에 우선하는 관행의 효력

거래과정(courses of dealing)과 관행은 모두 그 적용이 긍정된 때에는 그와 충돌하는 본 원칙의 규정에 우선한다. 그 이유는 거래과정과 관행은 계약 자체의 묵시적 조건(implied term)으로서 혹은 당사자 일방의 단일한 진술 그 밖의 행위의 묵시적 조건으로서 당사자를 구속하기 때문이다. 따라서 거래과정과 관행은 당사자간의 명시적 계약조건보다는 열위에 있지만 명시적 계약조건과 마찬가지로 본 원칙에 우선한다. 다만 유일한 예외로서 강행규정으로 명시된 규정과의 관계에서는 그렇지 않다(제1.5조 주석 3 참조).

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.

【주 석】

1. 통지의 방식

본조는 먼저 본 원칙상의 개별규정에 의하여 요구되는 통지 그 밖의 종류의 의사표시(communication of intention)(선언, 요구, 청구 등)는 방식에 관하여 특별한 제한이 없지만 상황에 적절한 방법으로 하여야 한다고 규정한다. 어떠한 방법이 상황에 적절한지는 사안의 구체적 사정, 특히 다양한 통신수단의 이용가능성과 신뢰가능성 그리고 전할 내용의 중요성 및/또는 긴급성에 달려있다. 전자적 통지가 “상황에 적절[하기]” 위해서는 발신인이 보낸 전자적 통지가 그 형태와 형식, 주소의 면에서 수신인이 명시적 또는 묵시적으로 동의한 방법을 준수하여야 한다. 수신인의 동의는 진술 그 밖의 행위나 당사자간에 확립된 관례, 적용가능한 관행으로부터 추단될 수 있다.

〈사 례〉

1. 매도인 A와 매수인 B는 오랫동안 거래관계를 지속해왔고 그 동안 항상 전화로 계약을 협상하고 체결하였다. 한번은 물품을 수령한 B가 하자를 발견하고는 즉시 전자우편으로 A에게 하자통지를 하는데, A는 그의 전자우편을 정기적으로 확인하지 않으며 또한 B로부터 전자우편이 올 것이라고 기대할 하등의 이유가 없었고, 이에 A는 B의 하자통지가 있는 후 3주가 흐르고서야 이를 발견하고서는 너무 늦었다는 이유로 그 하자통지에 반대한다. 이러한 하자통지는 상황에 적절한 방법으로 한 것이 아니기 때문에 B는 신속한 하자통지를 하였다고 주장하지 못한다.

2. 매도인 A와 매수인 B는 오랫동안 거래관계를 지속해왔고 그 동안 규칙적으로 전자적 방법으로 통신하였다. 한번은 물품을 수령한 B가 하자를 발견하고는 즉시 전자우편으로 A에게 하자통지를 하면서 이번에는 통상 이용하던 주소와 다른 주소로 발송하는데, A로서는 그러한 주소로 B의 전자우편이 올 것이라고 기대할 하등의 이유가 없었고, 이에 A는 B가 하자통지를 한 후 3주가 흐르고서야 B의 하자통지를 발견하고서는 너무 늦었다는 이유로 그 하자통지에 반대한다. 이러한 하자통지는 상황에 적절한 방법으로 한 것이 아니기 때문에 B는 신속한 하자통지를 하였다고 주장하지 못한다.

2. 도달주의

모든 종류의 통지에 대하여 본 원칙은 이른바 “도달”주의를 취한다. 즉 통지는 수신인에게 도달하지 않거나 도달하기 전에는 효력이 없다. 일부의 통지에 관하여는 해당 규정에서 이러한 점을 명시한다. 제2.1.3조 제1항과 제2항, 제2.1.5조, 제2.1.6조 제2항, 제2.1.8조 제1항, 제2.1.10조, 제9.1.10조, 제9.1.11조를 보라. 본조 제2항의 목적은 그러한 취지의 명시가 없더라도 그러하다는 것을 밝혀두기 위함이다. 제2.1.9조, 제2.1.11조, 제2.2.9조, 제3.2.10조, 제3.2.11조, 제6.1.16조, 제6.2.3조, 제7.1.5조, 제7.1.7조, 제7.2.1조, 제7.2.2조, 제7.3.2조, 제7.3.4조, 제8.3조를 보라.

3. 명시적 약정에 의한 발신주의

물론 당사자는 발신주의의 적용을 명시적으로 약정할 수 있다. 이러한 약정은 전달중의 멸실이나 실수 또는 지연의 위험을 발신인에게 부담시키는 것이 불공평한 경우, 특히 상대방의 불이행이 실제로 있거나 있을 것으로 예견되어 자신의 권리를 보존하기 위하여 통지가 필요한 경우에 적합하다. 이는 국제적 차원에서 통지의 유효한 수령의 증명이 어렵다는 것을 감안할 때 더욱 그러하다.

4. “도달”

도달주의에서는 통지가 정확하게 언제 수신인에게 “도달”하는지를 결정하는 것이 중요하다. 개념 정의를 시도하면서 본조 제3항은 구두통지와 그 밖의 통지를 구분한다. 전자의 통지는 수신인 또는 수신인으로부터 수령권한을 받은 자에게 직접 한 때 수신인에게 “도달”한다. 후자의 통지는 수신인에게 직접 전달되

거나 그의 영업소나 (전자적) 우편주소에 전달된 때 수신인에게 “도달”한다. 통지는 반드시 오직 수신인의 수중에 놓이거나 수신인이 요지할 필요는 없다. 통지는 그 수령권한을 가진 ‘수신인의 직원’에게 교부되거나 수신인의 우편함에 투입되거나 수신인의 팩스기계나 텔레스기계에 의하여 수신되거나, 전자통신의 경우에는 수신인이 지정한 전자주소에서 수신인이 재생할 수 있게 되면 충분하다 (2005년 『국제계약에서 전자통신의 사용에 관한 UN 협약』 제10조 제2항 참조).

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.

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

[주 석]

1. 법원과 중재판정부

중재에 의한 분쟁해결과 관련하여 본 원칙의 중요성은 이미 강조되었다(전문의 주석 참조). 그럼에도 본 원칙 곳곳에서 언어사용의 불필요한 중복을 피하기 위하여 단지 “법원”(court)이란 단어만 사용되어 있는데, 이 단어는 법원 외에도 중재판정부를 포함하는 것으로 이해되어야 한다.

2. 당사자가 복수의 영업소를 가진 경우

본 원칙을 적용할 때 예컨대 통지장소(제1.10조 제3항 참조), 기간의 말일이 공휴일임으로 인한 승낙기간의 연장(제1.12조 참조), 이행지(제6.1.6조), 공적 허가의 신청을 하여야 하는 당사자의 결정(제6.1.14조 가호)과 같은 다양한 맥락에서 당사자의 영업소가 관련된다.

당사자가 복수의 영업소(보통 하나의 본점과 다수의 지점)를 가진 경우에, 본 조는 ‘계약 및 그 이행’과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소를 관련영업소(relevant place of business)로 본다. 계약체결지와 이행지가 상이한 경우에 대해서는 침묵하고 있으나, 이러한 경우에는 이행지를 기준으로 하는 것이 보다 적절한 것으로 보인다. 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소를 결정할 때에는 계약체결 전이나 그 체결시에 당사자 쌍방에게 알려져 있거나 당사자 쌍방에 의하여 상정된 상황을 고려하여야 한다. 단지 일방에게만 알려져 있거나 당사자들이 계약체결 후에 비로소 알게 된 사실은 고려될 수 없다.

3. 장기계약

본 원칙은 개별조항의 법문과 주석에서 “장기계약(long-term contract)”이라는 용어를 사용하여 일시에 이행되어야 하는 매매계약과 같은 보통의 교환계약과 구별한다. 장기계약과 보통의 계약을 구별하는 3 가지의 특징적 요소는 계약의 존속기간, 당사자간 지속적 관계 및 거래의 복잡성이다. 본 원칙에서 핵심적 요소는 계약의 존속기간이고, 나머지 두 가지 요소는 보통 존재하나 그 정도는 다양하고 필수요소는 아니다. 이러한 두 가지 요소 중 어느 하나가 장기계약에 관한 규정이 적용되거나 주석이 의미가 있기 위하여 어느 정도로 존재하여야 하는지는 그 규정이나 주석의 근거가 무엇인가에 따라 좌우된다. 예컨대 제5.1.3 조의 주석 2는 당사자간의 지속적 관계와 복잡한 성질의 이행을 수반하는 거래를 전제한다.

맥락에 따라 장기계약의 예로는 대리상계약, 판매점계약, 아웃소싱계약, 프랜차이즈계약, 리스계약(예컨대 장비리스), 기본계약(framework agreement), 투자계약 또는 양허계약, 전문용역계약, 운영관리계약, 공급계약(예컨대 원자재), 건설/토목공사계약(construction/civil works contract), 산업협력계약(industrial cooperation contract) 계약형 합작투자계약 등이 있다.

본 원칙에서 장기계약에 관한 명시적 규정이나 주석이 있는 곳은 다음과 같다. 전문 주석 2, 제1.11조 및 주석 3, 제2.1.14조 주석 1, 3 및 4, 제2.1.15조 주석 3, 제4.3조 주석 3 및 4, 제4.8조 주석 1, 2 및 3, 제5.1.3조 주석 2, 제5.1.4조 주석 3, 제5.1.8조 및 주석 2, 제6.2.2조 주석 5, 제7.1.7조, 주석 5, 제7.3.5조 주석 4, 제7.3.6조 주석 1, 제7.3.7조 및 주석 1.

다른 몇몇 규정과 주석도 장기계약의 맥락에서 특히 관련된다. 다음과 같다. 제1.7조, 제1.8조, 제2.1.1조 주석 2, 제2.1.2조 주석 1과 2, 제2.1.6조, 제2.1.13조 내지 제2.1.18조, 제3.3.1조, 제3.3.2조, 제5.1.2조, 제5.1.7조 주석 3, 제5.1.8조, 제5.3.1조 주석 5, 제5.3.4조, 제6.1.1조, 제6.1.4조, 제6.1.5조, 제6.1.11조, 제6.1.14조 내지 제6.1.17조, 제6.2.1조 내지 제6.2.3조, 제7.1.3조 내지 제7.1.7조, 제7.3.5조.

4. “채무자” – “채권자”

필요에 따라, 의무를 이행하는 당사자와 그 의무의 이행을 수령하는 당사자를 지칭하기에 보다 나은 용어로 “채무자”(obligor)와 “채권자”(obligee)라는 용어가 사용되어 있다. 이 두 용어는 금전채무와 비금전채무를 가리지 않는다.

5. “서면”

일부의 경우에 본 원칙은 “서면”이나 “서면계약”을 적시한다(제2.1.12조, 제2.1.17조, 제2.1.18조 참조). 본 원칙은 이러한 방식요건을 기능의 관점에서 정의한다. 따라서 서면은 전보와 텔렉스는 물론 기록을 보존하고 유체의 형태로 재생될 수 있는 전자적 통신 등 그 밖의 통신방법을 포함한다. 이러한 방식요건에 비하여 “통지”의 방식은 보다 유연하다는 점에서 비교된다(제1.10조 제1항 참조).

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 소재지에

서 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.

【주 석】

당사자는 특정한 행위의 시한을 일방적으로 또는 합의로 정할 수 있다(예컨대 제2.1.7조, 제2.2.9조 제2항, 제10.3조 참조).

그 방법으로 당사자는 단지 기간을 명시하거나(예컨대 “물품하자통지는 인도 후 10일 내에 하여야 한다”) 특정한 일자를 명시할 수 있다(예컨대 “이 청약은 3월1일까지 유효하다”).

전자의 경우에 그 기간 중의 공휴일이나 비영업일이 기간의 계산에 산입되는지 의문이 발생하는데 본조 제1항은 이를 긍정한다.

위 두 가지 모두의 경우에, 기간의 말일이 그 행위를 할 당사자의 영업소에서 공휴일이나 비영업일에 해당하면 어떻게 되는지 의문이 발생한다. 제2항은 그러한 경우에 다른 사정이 없다면 기간은 그 다음의 최초 영업일까지 연장된다고 규정한다.

끝으로 당사자들이 상이한 시간대에 소재하는 경우에 어느 시간대를 기준으로 할 것인지가 문제되고, 이때에는 제3항에 따라 다른 사정이 없다면 그 기간을 정하는 당사자의 영업소 소재지의 시간대가 기준이 된다.

〈사 례〉

1. 매매계약의 규정에 의하여 매수인 A는 인도 후 10일 내에 물품하자통지를 하여야 한다. 물품은 금요일인 12월16일에 인도된다. A는 하자통지를 월요일인 1월2일에 하고, 이에 대하여 매도인 B는 늦었다는 이유로 반대한다. 이에 대하여 A는 12월16일과 1월1일 사이에 있는 공휴일과 비영업일이 10일의 하자통지기간에 산입되지 않는다고 주장하지 못한다.

2. 청약자 A는 그의 확정청약이 3월1일까지 유효하다고 표시한다. 피청약자 B는 3월1일이 그의 영업소에서 공휴일이어서 3월2일에 청약을 승낙한다. A는 그가 지정한 승낙기간이 3월1일에 만료되었다고 주장하지 못한다.

3. 청약자 A는 피청약자 B에게 토요일에 전자우편으로 청약하면서 그의 확정청약이 24시간 동안 유효하다고 표시한다. 만일 승낙을 원한다면 B는 그러한 시한이 일요일에 경과되더라도 24시간 내에 승낙하여야 한다. A가 지정한 시한은 제반사정으로 보아 절대적인 것으로 이해되기 때문이다.

4. 사실관계는 <사례 2>와 같으나 이제는 A는 프랑크푸르트에 그리고 B는 뉴욕에 있고 또한 지정된 승낙기간이 “늦어도 내일 오후 5시까지”라는 차이가 있다. B는 프랑크푸르트 시간(지방시)을 기준으로 오후 5시까지 승낙하여야 한다.

5. 도쿄에 있는 선박소유자 A와 쿠웨이트市에 있는 용선자 B 사이에 체결된 용선계약에 의하면 B는 용선료를 늦어도 일정한 일자의 오후 5시까지 스위스 취리히에 있는 A의 은행에 지급하여야 한다. 이러한 경우에 기준이 되는 시간대는 A나 B의 소재지의 그것이 아니라 그 지급지인 취리히의 그것이다.

제 2 장 계약의 성립과 대리권

제 1 절 계약의 성립

제2.1.1조

(성립방법)

계약은 청약의 승낙에 의하거나 합의를 보여주기에 충분한 당사자의 행위에 의하여 체결될 수 있다.

[주 석]

1. 청약과 승낙

당사자간의 합의는 그 자체로 계약을 성립시키기에 충분하다는 것이 본 원칙의 기본이념이다(제3.1.2조 참조). 청약과 승낙의 개념은 전통적으로 당사자가 합의에 도달하였는지, 도달하였다면 언제 도달하였는지를 결정하는 데 사용되어 왔다. 본조와 본장이 분명히 하듯이, 본 원칙은 이러한 청약과 승낙의 개념을 핵심적 분석도구로 유지하고 있다.

2. 합의를 보여주기에 충분한 행위

실무상 당사계약에서 흔히 계약은 특히 복잡한 거래의 경우에는 장기간의 협상을 거친 후에 체결되며 이때에는 순차적인 청약과 승낙이 식별되지 않는다. 이러한 경우에는 과연 합의에 이르렀는지(계약의 존부), 그렇다면 언제 도달하였는지(계약의 성립시기)를 결정하기가 어렵다. 본조에 따라 계약은 정확한 성립시기를 결정할 수 없더라도 당사자의 행위로 보아 합의의 존재가 긍정된다면 성립된 것으로 다루어진다. 계약에 구속되었다는 당사자의 의사에 대한 충분한 증거가 존재하는지를 결정할 때, 당사자의 행위는 제4.1조 이하에 규정된 기준에 따라 해석되어야 한다.

〈사 례〉

1. A와 B는 신제품 개발을 위한 합작투자기업을 설립할 목적으로 협상에 들어간다. 오랜 협상 끝에 공식적 의미의 청약이나 승낙의 교환이 없이 그리고 일부 경미한 사항이 아직 미정임에도, 양당사자는 이행을 개시한다. 추후 당사자들이 그러한 경미한 사항에 대하여 합의에 실패하는 경우에도 법원이나 중재판정부는 계약의 성립을 긍정할 수 있다. 당사자 쌍방이 이행을 개시하였고 이로써 계약에 구속되고자 하는 의사를 보였기 때문이다.

3. 자동화된 계약체결

본조의 용어는 충분히 넓으므로 이른바 자동화된 계약체결(automated contracting)의 경우, 즉 당사자가 스스로 작동하는 능력을 가진 전자적 장치에 의하여 자연인의 개입이 없이 계약이 체결되도록 하는 시스템을 사용하기로 약정한 경우도 포섭한다.

〈사 례〉

2. 자동차제조사 A와 부품공급자 B는 그들 사이에 EDI(electronic data interchange: 전자데이터교환) 시스템을 구축한다. 이 시스템에 의하면 A의 부품재고가 일정한 수준 밑으로 내려가는 경우 즉시 자동으로 생성되는 주문서에 의하여 주문이 이루어지고 그 주문에 대한 이행이 실행된다. A와 B가 이러한 시스템의 운용에 합의한 사실에 의하여 그러한 주문과 그 이행은 비록 자연인인 A와 B의 개입이 없이 실행되었지만 A와 B를 구속한다.

제2.1.2조

(청약의 정의)

계약체결의 제안은 충분히 확정적이고, 승낙시 그에 구속된다는 청약자의 의사가 표시되어 있는 경우에 청약이 된다.

【주 석】

청약의 정의는 계약체결을 목적으로 진행된 협상 과정에서 당사자가 행하는 여타의 통신과 청약을 구분하기 위한 것이고, 이에 본조는 두 가지 요건을 규정한다. 즉 계약체결의 제안은 (i) 단지 승낙이 있거나 하면 계약이 성립되도록 충

분히 확정적이어야 하고 (ii) 승낙이 있으면 구속된다는 청약자의 의사를 표시하여야 한다.

1. 청약의 확정성

청약이 단지 승낙되기만 하면 계약이 체결되므로 장차 존재하게 될 계약의 내용(계약조건)은 청약 자체 내에서 이미 충분히 확정적으로 표시되어야 한다. 어떤 청약이 이러한 요건을 충족하는지 여부는 일반적인 용어로는 확정할 수 없다. 인도 또는 제공될 물품 또는 용역의 정확한 묘사, 그에 대하여 지급될 대금, 이행기와 이행지 등과 같은 핵심적인 조건이 청약에서 미정되어 있을 수 있는데, 그렇다고 해서 그 청약이 반드시 충분히 확정적이지 못한 것은 아니다. 다시 말해 모든 것은 청약자가 청약시에 그리고 피청약자가 승낙시에 실제로 계약 체결의사를 가지고 있는지 여부 그리고 누락된 계약조건을 제4.1조 이하에 따른 계약문구의 해석에 의하여 결정할 수 있는지 또는 제4.8조 또는 제5.1.2에 따라 보충할 수 있는지 여부에 달려있다. 또한 확정성의 결여는 관행이나 당사자간에 확립된 관례에 의하거나(제1.9조 참조) 본 원칙상의 다른 명시적 규정에 의하여(예컨대 제5.1.6조(이행품질의 결정), 제5.1.7조(가격의 결정), 제6.1.1조(이행기), 제6.1.6조(이행지), 제6.1.10조(통화가 표시되지 않은 경우[의 지급통화]) 참조) 극복될 수 있다.

〈사 례〉

1. A는 그의 컴퓨터에 관한 기술지원을 B가 제공하는 계약을 지난 수년에 걸쳐 매년 갱신하여 왔다. A는 같은 기종의 컴퓨터를 취급하는 제2의 사무실을 개업하고는 B에게 신규 컴퓨터에 관해서도 기술지원을 해줄 것을 제안한다. B가 승낙한다면 비록 A의 제안에 모든 계약조건이 명시되어 있지 않더라도 계약은 체결된다. A와 B 사이의 기존의 계약들은 그들 사이에 확립된 관례를 이루므로 그러한 계약들로부터 누락된 계약조건을 보충할 수 있기 때문이다.

2. 피구속의사

당사자가 계약체결을 위한 청약을 한 것인지 아니면 단지 협상을 개시한 것인지를 결정하는 두 번째 기준은 ‘승낙시 구속된다는 의사’(被拘束意思)의 존부이다. 그러한 의사가 명시적으로 표시되는 경우는 흔치 않으므로 이는 개별사안의

제반사정을 통하여 추단되어야 한다. 제안자가 제안을 제시하는 방법(예컨대 그의 제안이 “청약”이라고 명시하는지 아니면 단지 “의향의 선언”이라고 명시하는지)은 그의 의사를 판단하는, 비록 결정적이지는 않으나, 첫 번째 근거가 된다. 보다 중요한 것은 제안의 내용과 상대방이다. 일반적으로 말해서 제안이 보다 구체적이고 확정적일수록 청약으로 해석될 가능성이 높다. 일인 또는 둘 이상의 특정인을 상대로 한 제안은 일반대중을 상대로 한 제안에 비하여 청약으로 의도되었을 가능성이 더 높다.

〈사 례〉

2. 오랜 협상 끝에 A 회사의 대표이사과 B 회사의 대표이사는 A가 단독으로 소유하는 C 회사의 주식 51%를 B회사가 인수하는 조건들을 합의한다. 두 대표이사가 서명한 합의각서(Memorandum of Agreement)의 최종조항에는 이 합의는 A 회사의 이사회가 승인하기 전에는 구속력이 없다고 명시되어 있다. 그러한 승인이 있기 전에는 계약이 존재하지 않는다.

3. 정부기관인 A는 전화통신망을 새로이 구축하고자 사업입찰 광고를 한다. 그러한 광고는 청약의 유인에 불과하며 A는 그에 따른 청약을 승낙하거나 승낙하지 않을 수 있다. 그러나 그 광고에서 동 사업의 기술적 사항을 상세하게 표시하고 그러한 명세에 부합하는 최저가의 입찰을 한 자가 계약을 수주할 것임을 명시한 때에는 그 광고는 청약에 해당할 수 있고 그 결과 최저가의 입찰이 특정되면 계약이 체결된다.

핵심적인 계약조건을 모두 담고 있는 제안이더라도 아직 미정인 일부 경미한 사항에 대한 합의가 향후 이루어져야만 계약이 체결된다는 조건이 붙어있는 때에는 비록 승낙이 있더라도 제안자를 구속하지 않는다(제2.1.13조 참조).

제2.1.3조

(청약의 회수)

(1) 청약은 피청약자에게 도달한 때에 효력이 발생한다.

(2) 청약은 철회될 수 없는 것이더라도, 회수의 의사표시가 청약의 도달 전 또는 그와 동시에 피청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

【주 석】

1. 청약의 효력발생시기

본조 제1항은 CISG 제15조 제1항을 문자 그대로 옮긴 것으로 청약은 피청약자에게 도달한 때에 효력이 발생한다고 규정한다(제1.10조 제2항 참조). “도달”의 정의에 관하여는 제1.10조 제3항을 보라. 청약의 효력발생시기가 중요한 이유는 정확하게 그 시점부터 피청약자는 승낙을 할 수 있고 그에 따라 청약자가 청약의 구속력을 받게 되기 때문이다.

2. 청약의 회수

그러나 실무상 청약의 효력발생시기를 결정하는 것이 중요한 이유가 하나 더 있다. 사실 그 시점까지 청약자는 자유로이 마음을 바꾸어 아예 계약을 체결하지 않거나 원래의 청약 대신에 새로이 청약하기로 결심할 수 있고 이때에는 원래의 청약이 철회불능한 청약으로 의도되었는지가 문제되지 않는다. 유일한 제한은 피청약자가 원래의 청약을 수령하기 전 또는 그와 동시에 청약자의 바뀐 의사를 수령해야 한다는 것이다. 이러한 점을 명시함으로써 본조 제2항은 청약의 “회수”(withdrawal)⁶⁾와 “철회”(revocation)를 명확하게 구별한다. 청약은 효력이 발생하기 전에 언제든지 회수될 수 있고, 청약의 철회가부(제2.1.4조 참조)의 문제는 청약이 효력을 발생한 이후에 비로소 발생한다.

제2.1.4조

(청약의 철회)

(1) 청약은 계약이 체결되기까지는 철회될 수 있다. 다만 피청약자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 철회의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다.

(2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회될 수 없다.

(가) 승낙기간의 지정 그 밖의 방법으로 청약이 철회될 수 없음이

6) 본서의 이전 버전에서는 “withdrawal”을 철회로, “revocation”을 취소로 번역하였으나, CISG의 공식번역문에 맞추어 이와 같이 각각 회수와 철회로 번역하였다.

청약에 표시되어 있는 경우, 또는

(나) 피청약자가 청약이 철회될 수 없음을 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우

【주 석】

계약 성립의 맥락에서, 청약의 철회가 가능한가의 문제는 전통적으로 가장 다투어지는 쟁점 중의 하나이다. 보통법의 접근법에 의하면 청약은 원칙적으로 철회될 수 있지만 대부분의 대륙법제는 정반대의 접근법을 따르는데 이러한 기본적인 두 가지 접근법이 조화될 전망은 없으므로 결국 유일한 대안은 그 중 어느 하나를 원칙으로 삼고 다른 하나를 예외로 삼는 것이다.

1. 청약의 철회가능원칙

본조 제1항은 CISG 제16조를 문자 그대로 옮긴 것으로 계약이 체결될 때까지 청약은 철회가능하다는 원칙을 규정한다. 그러나 동 제1항은 그와 함께 청약의 철회조건으로 피청약자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 그 철회의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다고 규정한다. 따라서 피청약자가 청약을 구두로 승낙하는 경우나 청약자에게 통지하지 않고 단지 어떤 행위를 함으로써 동의를 표시하는 경우에는(제2.1.6조 제3항 참조), 이미 그러한 시점에 계약이 성립되므로 청약자는 청약을 철회할 수 없게 된다. 그러나 피청약자가 서면으로 동의를 표시하여 승낙하는 경우에는 승낙이 청약자에게 도달하는 때 계약이 성립되므로(제2.1.6조 제2항 참조), 청약자의 청약철회권은 보다 일찍 즉 피청약자가 승낙의 통지를 발송한 때 소멸한다. 이러한 해법은 자신의 청약이 여전히 철회가능한지를 항상 알지는 못하는 청약자에게 약간의 불편을 줄 수 있다. 그러나 철회가능기간의 단축이라는 피청약자의 적법한 이익에 비추어 이 해법은 정당화된다.

발송시기의 결정에 관하여는 제2.1.8조와 그 주석을 보라.

2. 철회불능청약

제2항은 청약철회가능의 원칙에 대한 중요한 두 가지 예외를 규정한다. (i) 청약에서 철회불능을 표시하는 경우와 (ii) 피청약자가 청약의 철회불능을 신뢰하는 것이 합리적이어서 청약을 신뢰하여 행동하는 경우가 그것이다.

가. 청약에서 철회불능을 표시하는 경우

청약의 철회불능을 표시하는 방법은 다양하다. 그 중 가장 직접적이고 명백한 방법은 청약자가 그러한 취지를 명시적으로 표시하는 것이다(예컨대 “이 청약은 확정청약이다”(This is a firm offer), “당사는 귀사의 응답을 수령할 때까지 이 청약을 존속시킨다”(We shall stand by our offer until we receive your answer)). 그러나 청약의 철회불능은 청약자의 다른 진술이나 행위로부터 추단될 수도 있다. 반드시는 아니나 승낙기간을 정하여 표시하는 것 자체가 철회불능한 청약의 묵시적 표시가 될 수 있다. 청약철회의 가부는 사안마다 제4장의 해석에 관한 일반규칙에 규정된 다양한 기준에 따라 청약의 내용을 적절히 해석하여 결정되어야 한다. 일반적으로 청약자가 승낙기간의 지정을 철회불능성의 표시로 보는 법역에서 활동하는 경우에 승낙기간을 정하여 명시한 청약자는 철회불능한 청약을 의도한 것으로 추정될 것이다. 반면에 승낙기간의 지정을 철회불능성의 표시로는 부족하다고 보는 법역에서 활동하는 청약자는 보통 그러한 의사를 갖지 않은 것으로 될 것이다.

〈사 례〉

1. 여행사 A는 고객에게 여행안내 책자를 통하여 다가오는 신년연휴기간의 여행정보를 제공한다. A는 고객에게 3일 내에 예약하도록 독려하면서 그 기간 후에는 아마도 더 이상 여석이 없을 것이라고 말한다. 이러한 진술 자체는 청약이 3일간 철회불능하다는 표시로 볼 수 없을 것이다.
2. A는 B로 하여금 건물건축에 관한 계약조건을 준비하여 서면으로 청약하도록 유인한다. B는 상세한 청약을 하면서 “대금과 그 밖의 조건은 9월1일 후에는 효력이 없다”고 명시한다. 이러한 진술이 명시된 기일까지 청약이 철회불능하다는 표시로 다루어지는 법역에서 A와 B가 활동하는 경우에 B는 그의 청약이 철회불능하다고 이해될 것이라고 기대할 수 있다. 그러나 그러한 진술이 청약의 철회불능의 표시로 충분하다고 다루어지지 않는 법역에서 피청약자가 활동하는 경우에는 반드시 그렇지 않을 것이다.

나. 청약의 철회불능성에 관한 피청약자의 신뢰

청약의 철회가능 원칙에 대한 두 번째 예외, 즉 “피청약자가 청약이 철회될 수 없을 것이라고 신뢰하는 것이 합리적이고” 또한 “피청약자가 그 청약을 신뢰

하여 행동한 경우”의 규정은 제1.8조에 규정된 모순행위금지의 원칙을 발현한다. 피청약자의 합리적 신뢰는 청약자의 행동이나 청약 자체의 내용(예컨대 청약의 승낙여부를 결정하기 전에 피청약자가 광범하고 비용이 많이 드는 조사를 하여야 하는 경우, 피청약자가 제3자에게 다시 청약하는 것을 허용하는 청약의 경우)에서 비롯될 수 있다. 나아가 피청약자는 청약을 신뢰하여 행동하였어야 하는데, 그 예로는 생산준비를 하는 것, 재료나 장비를 구입하거나 임차하는 것, 경비를 지출하는 것 등이 있다. 다만 이러한 행동은 당해 거래에서 통상적인 것으로 볼 수 있는 것이어야 하거나 아니면 청약자가 그러한 행동을 알았거나 예견하였어야 한다.

〈사 례〉

3. 골동품전문상인 A는 B에게 10점의 고화(古畵)를 복원해줄 것을 의뢰하면서 복원 작업은 3개월 내에 완결되어야 하고 대금은 일정한 금액을 초과할 수 없다는 조건을 단다. B는 A에게 청약을 승낙할지 여부를 알기 위해서는 먼저 1점의 복원작업을 시작해보아야 하므로 5일 내에 답을 주겠다고 통보한다. A가 동의하자 B는 A의 청약을 신뢰하고서 즉시 복원작업에 착수한다. A는 그러한 5일간 청약을 철회하지 못한다.

4. A는 소정의 기간 내에 낙찰될 어떤 프로젝트에 [B를 공동입찰자로] 참여시키고자 B에게 청약서를 요청한다. B는 청약서를 제출하고 A는 이를 신뢰하여 입찰가격을 산정한다. 기간만료 전에 그러나 A가 입찰을 한 후에, B는 A에게 자신은 더 이상 그 청약서에 구속되지 않겠다고 통지한다. B의 청약은 그 소정의 일자까지 철회불능하다. A가 입찰하면서 B의 청약서를 신뢰하였기 때문이다.

제2.1.5조

(청약의 거절)

청약은 거절의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에는 효력을 상실한다.

【주 석】

1. 명시적 또는 묵시적 거절

청약은 명시적 또는 묵시적으로 거절될 수 있다. 묵시적 거절의 흔한 예가 승낙을 의도하고 있으나 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 ‘청약에 대한 응

답'이다(제2.1.11조 제1항 참조).

거절의사가 명시적으로 표시되지 않은 경우에 피청약자의 진술이나 행위는 '피청약자가 승낙의 의사가 없다'는 청약자의 믿음을 정당화하는 정도로 확실하여야 한다. 가능한 대안이 있는지를 단지 문의하는 피청약자의 응답(예컨대 “가격인하의 여지가 전혀 없는가?” 또는 “며칠 빨리 인도해줄 수 있는가?”)은 보통 그러한 믿음을 정당화하기에 부족할 것이다.

청약은 일단 거절되면 제2.1.4조에 따른 철회가능여부를 불문하고 실효한다는 것을 유념하여야 한다.

〈사 례〉

A는 B로부터 '2주간 유효한 확정청약'이라고 명시된 청약을 수령한다. A는 우편으로 응답하면서 일부 조건의 변경을 요청하고 B는 그러한 요청을 수락하지 않는다. A는 2주간의 승낙기간이 며칠 남았더라도 더 이상 B의 원래의 청약에 대하여 승낙을 할 수 없다. A는 새로운 청약(counter-offer, 대응청약⁷⁾)을 함으로써 B의 원래의 청약을 거절하였기 때문이다.

2. 청약실효사유의 하나인 청약의 거절

피청약자에 의한 청약의 거절은 청약을 실효시키는 사유의 하나일 뿐이다. 그 밖의 사유는 제2.1.4조 제1항과 제2.1.7조에서 다룬다.

제2.1.6조

(승낙의 방법)

(1) 청약에 대한 동의를 표시하는 피청약자의 진술 그 밖의 행위는 승낙이 된다. 침묵 또는 부작위는 그 자체만으로는 승낙이 되지 아니한다.

(2) 청약에 대한 승낙은 동意的 의사표시가 청약자에게 도달하는 시점에 효력이 발생한다.

(3) 그러나 청약에 의하여 또는 당사자간에 확립된 관례나 관행의 결과로 피청약자가 청약자에 대한 통지 없이, 어떤 행위를 함으로써 동의를

7) “counter-offer”는 우리 민법상 “새로운 청약”이라 하나 본서에서 원문의 느낌을 살리고자 “대응청약”으로도 번역되어 있다.

표시할 수 있는 경우에는, 승낙은 그 행위가 이루어진 시점에 효력이 발생한다.

【주 석】

1. 청약에 대한 동의의 의사표시

승낙이 존재하기 위해서는 피청약자가 어떠한 방법으로든지 청약에 대한 “동의”를 표시하여야 한다. 단지 청약의 수령을 시인하거나 청약에 대한 관심을 표시하는 것만으로는 부족하다. 또한 동의는 무조건적(unconditional)이어야 한다. 다시 말해 청약자의 추가적 조치에 의존하거나(예컨대 “이 승낙은 귀사의 최종승인을 조건으로 한다”) 피청약자의 추가적 조치에 의존하는(예컨대 “당사는 귀사의 양해각서상의 계약조건을 수락하며 다음 2주 내에 이 계약을 당사의 이사회에 승인을 받기 위하여 제출할 것을 약속한다”) 동의는 승낙이 아니다. 끝으로 ‘의도된 승낙’, 즉 승낙으로 의도되었으나 그 내용이 청약과 달라서 청약의 조건을 실질적으로 변경하는 승낙은 승낙이 아니다(제2.1.11조 참조).

2. 행위에 의한 승낙

청약에서 승낙의 특정한 방법을 부과하지 않은 한, 동의의 표시는 피청약자가 명시적 진술로 할 수도 있고 피청약자의 행위(conduct)로부터 추단될 수 있다. 본조 제1항은 그러한 행위의 방식을 구체적으로 규정하지 않는다. 선금지급, 물품선적, 현지작업 착수 등과 같은 이행행위가 대부분의 경우에 그러한 행위에 해당할 것이다.

3. 침묵 또는 부작위

“침묵 또는 부작위는 그 자체만으로는 승낙이 되지 아니한다”고 규정함으로써 제1항은 원칙적으로 피청약자 측의 침묵이나 부작위가 있는 것만으로는 청약에 대한 동의로 추정해서는 안된다는 것을 분명히 한다. 당사자가 스스로 침묵은 승낙이라고 합의하거나 그러한 취지의 거래과정이나 관행이 존재하는 때에는 사정이 다르다. 그러나 어떠한 경우에도 청약자가 일방적으로 그의 청약에서 ‘이 청약은 피청약자의 응답이 없는 때에는 승낙된 것으로 간주한다’고 명

시하는 것만으로는 충분하지 않다. 계약체결을 제안하는 자는 청약자이므로 피청약자는 청약에 대하여 승낙을 하거나 하지 않을 수 있고 청약을 단순히 무시할 수도 있다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 12월31일에 만료될 포도주공급계약의 갱신을 위한 조건을 제시할 것을 요청한다. B는 그의 청약서에 “당사는 귀사로부터 늦어도 11월 말까지 아무런 응답을 받지 않는다면 귀사가 위의 조건으로 계약을 갱신하는 데 동의한 것으로 보겠다”는 조항을 삽입한다. A는 제안된 B의 조건들을 전반적으로 수락할 수 없다고 보아 아무런 응답도 하지 않는다. 기존의 계약은 12월31일에 만료한다. 당사자간에 계약갱신험의가 성립되지 않았기 때문이다.

2. 포도주를 공급하는 장기계약에서 A의 주문을 받은 B는 명시적으로 승낙을 확인 없이 규칙적으로 주문에 응하여 왔다. 11월15일에 A는 대량의 새해맞이 주문을 한다. B는 응답을 하지 않고 요청받은 시기에 인도도 하지 않는다. 이는 B의 계약위반이다. 당사자간에 확립된 관례에 따라 A의 주문에 대한 B의 침묵은 승낙에 해당하기 때문이다.

4. 승낙의 효력발생시기

제2항에 따라, 승낙은 동의의 의사표시가 청약자에게 도달하는 시점에 효력을 발생한다(제1,10조 제2항 참조). “도달”의 정의에 관하여는 제1,10조 제3항을 보라. “발신”주의가 아닌 “도달”주의를 채택한 이유는 피청약자가 통신수단을 선택하고 그것이 특별한 위험이나 지연이 발생할 수 있는지를 알고 승낙이 확실하게 목적지에 도달하도록 가장 잘 조치할 수 있으므로 전달위험(risk of transmission)을 피청약자에게 부담시키는 것이 보다 낫기 때문이다.

원칙적으로, 단지 행위만으로 승낙하는 경우에도 마찬가지로 승낙은 그 행위에 관한 통지가 청약자에게 도달하는 시점에 비로소 효력이 발생한다. 그러나 피청약자의 그러한 취지의 특별한 통지는 그러한 행위 자체가 청약자에 대한 합리적인 기간 내의 승낙의 통지가 되지 못하는 경우에 한하여 비로소 요구될 뿐이라는 점을 주목해야 한다. 그 밖의 모든 경우 예컨대 대금지급이나 항공기 등의 신속한 운송수단으로 물품을 송부하는 것이 승낙행위에 해당하는 경우에는 은행이나 운송인이 청약자에게 자금이체나 물품탁송 사실을 통지하는 것이 승낙

의 통지로서 효력을 갖는다.

제2항의 원칙에 대한 예외는 제3항이 상정하는 사안, 즉 “청약에 의하여 또는 당사자간에 확립된 관례나 관행의 결과로 피청약자가 청약자에 대한 통지 없이 어떤 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는” 경우에만 인정되어야 한다. 그러한 사안의 경우에 승낙은 그 행위가 수행되는 시점에 효력을 발생하며 이때 청약자가 신속하게 그 통지를 받았는지 여부는 묻지 않는다.

〈사 례〉

3. A는 B에게 데이터뱅크(data bank)의 구축에 필요한 특수한 프로그램을 제작해 줄 것을 의뢰한다. B는 A에게 승낙의 통지를 함이 없이 프로그램 제작에 착수하고 그것이 완성되자 A의 청약에 명시된 계약조건에 따라 A에게 대금지급을 청구한다. B는 대금지급청구권을 갖지 못한다. B는 승낙의 통지를 하지 않았으므로 A의 청약에 대한 B의 ‘의도된 승낙’은 승낙으로서 효력을 발생하지 않았기 때문이다.

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같으나 이제는 A의 청약을 통하여 B는 A가 다음 2주간 자리를 비울 것이라고 통지받았고 또한 승낙하기를 원하는 B로서는 시간을 아끼기 위하여 즉시 프로그램 제작에 착수하여야 한다는 차이가 있다. B가 이행을 개시한 시점에 계약이 성립되며, 이는 B가 A에게 즉시 또는 추후에 승낙의 통지를 하지 않았더라도 마찬가지다.

본조는 CISG 제18조 제1항, 제2항 제1문 및 제3항에 상응한다.

제2.1.7조

(승낙기간)

청약은 청약자가 지정한 기간 내에, 또는 기간의 지정이 없는 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성 등 거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 내에 승낙되어야 한다. 구두청약은 특별한 사정이 없는 한 즉시 승낙되어야 한다.

【주 석】

청약이 승낙되어야 하는 시한에 관하여 본조는 CISG 제18조 제2항 후반부에 상응하며 서면청약과 구두청약을 구별한다.

서면청약의 경우에 모든 것은 청약에서 특정한 승낙기간을 표시하는지에 달려 있다. 청약에서 승낙기간을 표시한다면 청약은 그 기간 내에 승낙되어야 하고, 그 밖의 모든 경우에 동의의 의사표시는 “청약자가 사용한 통신수단의 신속성 등 거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 내에” 청약자에게 도달하여야 한다.

〈사 례〉

1. A는 월요일에 B에게 청약을 보내면서 B가 승낙하고자 한다면 늦어도 금요일까지 승낙하여야 한다고 명시한다. B의 승낙은 그 다음 주 월요일에 도달한다. A는 B의 승낙을 너무 늦었다는 이유로 거절할 수 있다.

2. A는 월요일 아침에 전자우편으로 B에게 청약을 보내면서 “가능한 한 빨리” 승낙하도록 촉구한다. 종래 A와 B는 서로 전자우편으로 통신해왔지만 B는 이번에는 서신으로 승낙하고 그 승낙은 목요일에 A에게 도달한다. B의 승낙은 너무 늦었다. 제반사정으로 보아 전자우편에 의한 청약이 있는 후 3일이 지나서야 도달한 서신에 의한 승낙은 “가능한 한 빨리” 이루어지지 않았기 때문이다.

특별한 사정이 없는 한 구두청약은 즉시 승낙되어야 한다. 피청약자의 면전에서 이루어진 경우는 물론 피청약자가 즉시 응답할 수 있는 경우에 청약은 구두청약으로 본다. 전화상으로 이루어지거나 전자적 방법으로 실시간으로 통신되는 청약은 구두청약에 해당한다.

본조의 규칙은 제2.1.6조 제3항에 따라 피청약자가 청약자에게 통지함이 없이 어떤 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에도 적용된다는 점을 주목하는 것이 중요하며, 이때에는 그러한 이행행위는 각각의 기간 내에 완수되어야 한다.

청약자가 지정한 기간의 정확한 개시시점의 결정에 관하여는 제2.1.8조를 보라. 그러한 기간 중에 공휴일이 있는 경우의 기간계산에 관하여는 제1.12조를 보라. 연착된 승낙과 전달중의 지연에 관하여는 제2.1.9조를 보라.

제2.1.8조

(지정된 기간 내의 승낙)

청약자가 정한 승낙기간은 청약이 발송된 시점부터 기산한다. 청약은 특별한 사정이 없는 한 당해 청약에 표시된 시점에 발송된 것으로 본다.

【주 석】

청약자가 승낙기간을 지정하는 경우에 기간이 언제 개시되는지 의문이 발생한다. 본조에 따라 승낙기간은 청약이 발송되는 시점, 즉 청약이 청약자의 지배 영역을 벗어나는 시점부터 기산한다. 이에 관하여 청약에 표시된 시점이 발송시점으로 추정된다. 예컨대 서신의 경우에 발송일자는 그 서신에 나타나는 일자이고, 전자우편의 경우에 청약자의 서버에 의하여 표시된 발신시점이 그 발송시점이다. 그러나 특별한 사정이 있는 경우에는 그러한 추정이 깨진다. 따라서 팩스 서신상에 나타나는 일자가 팩스기에 의하여 인쇄되는 전송일자보다 앞서는 경우에 후자의 일자가 우선한다. 마찬가지로 서신상에 나타나는 일자가 그 서신의 전달일자보다 뒤서는 경우에 후자의 일자는 잘못 기재된 것이고 따라서 무시되어야 함이 분명하다.

제2.1.9조

(연착된 승낙, 전달중의 지연)

(1) 연착된 승낙은 청약자가 피청약자에게 지체 없이 승낙으로서 효력을 가진다는 취지를 구두로 통고하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 승낙으로서의 효력이 있다.

(2) 연착된 승낙을 담은 통신으로 보아 그 전달이 정상적이었다면 기간 내에 청약자에게 도달되었을 상황에서 발송되었다고 인정되는 경우에는, 그 연착된 승낙은 승낙으로서 효력이 있다. 다만 청약자가 피청약자에게 부당한 지체 없이 청약이 실효되었다는 통지를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

【주 석】**1. 연착된 승낙의 일반적 효력부인**

제2.1.7조의 원칙에 따라 승낙이 유효하기 위해서는 청약자가 지정한 기간 내에 또는, 기간의 지정이 없는 경우에는 합리적인 기간 내에 청약자에게 도달하여야 한다. 이는 그 후에 청약자에게 도달하는 승낙은 원칙적으로 효력이 없고 청약자가 무시할 수 있음을 의미한다.

2. 연착된 승낙의 청약자에 의한 “승낙”으로의 취급

그러나 CISG 제21조에 상응하는 본조 제1항에 의하여 청약자는 연착된 승낙을 기간 내에 도달한 것으로 다룰 수 있고 따라서 이를 유효한 승낙으로 만들 수 있으나 다만 “부당한 지체 없이 [...] 피청약자에게 [그러한 사실을] 통지”하여야 한다. 청약자가 이러한 가능성을 실제로 이용하는 경우에 계약은 청약자가 그러한 의사를 피청약자에게 통지한 시점이 아니라 연착된 승낙이 청약자에게 도달한 시점에 성립한 것으로 보아야 한다.

〈사 례〉

1. A는 3월31일을 청약의 승낙기간 만료일로 표시한다. B의 승낙은 4월3일에 A에게 도달한다. 여전히 계약체결을 원하는 A는 B의 연착된 승낙을 “승낙”으로 삼고자 즉시 B에게 그러한 의사를 통지한다. 이러한 통지가 4월5일에 B에게 도달하더라도 계약은 4월3일에 성립한다.

3. 전달중의 지연으로 연착된 승낙

피청약자가 제때에 발송하지 않아 연착된 승낙은 청약자가 달리 명시적으로 표시하지 않은 한 효력이 없다고 보는 것이 당연하다. 그러나 피청약자가 제때에 응답하였으나 예기치 못한 전달중의 지연 때문에 청약자에게 늦게 도착한 승낙의 경우에는 사정이 다르다. 그러한 경우에는 승낙이 기간 내에 도달하였을 것이라는 피청약자의 신뢰가 보호되어야 하고, 따라서 연착된 승낙은 청약자가 부당한 지체 없이 반대하지 않은 한 효력을 갖는다고 보아야 한다. 제2항이 요구하는 유일한 요건은 연착된 승낙을 담은 통신으로 보아 그 전달이 정상적이었던 기간 내에 청약자에게 도달되었을 상황에서 승낙이 발송되었어야 한다는 것이다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 우편이 A에게 전달되는 데 통상 3일이 걸린다는 것을 알고서 3월25일에 우편으로 승낙서신을 발송한다는 차이가 있다. 그 서신의 봉투는 3월25일에 발송되었음을 보여주지만 A국의 우편과업으로 그 서신은 4월3일에야 A에게 도달한다. B의 승낙은 비록 늦게 도달하였지만 A가 부당한 지체 없이 반대하지 않은 한 효력이 있다.

3. 사실관계는 <사례 1>과 같으나 이제는 A의 청약은 받은 후 B가 3월30일에 전자우편으로 승낙한다는 차이가 있다. A의 서버에 기술적 문제가 있어서 그 전자우편은 4월1일에야 A에게 도달한다. B의 승낙은 비록 늦게 도달하였지만 A가 부당한 지체 없이 반대하지 않는 한 효력이 있다.

제2.1.10조

(승낙의 회수)

승낙은 그 효력이 발생하기 전 또는 그와 동시에 회수의 의사표시가 청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

[주 석]

승낙의 회수에 관하여 본조는 청약의 회수에 관한 제2.1.3조와 동일한 원칙을 규정한다. 즉 피청약자는 마음을 바꾸어 승낙을 회수할 수 있되 다만 그 회수의 의사표시는 승낙이 청약자에게 도달하기 전 또는 그와 동시에 도달하여야 한다.

피청약자가 승낙을 발송한 후에는 청약자는 그의 청약에 구속되고 더 이상 마음을 바꿀 수 없게 되지만(제2.1.4조 제1항 참조) 피청약자도 그 후의 어느 단계에 이르면, 즉 그의 승낙의 통지가 청약자에게 도달한 이후에는 다른 선택을 할 수 없게 된다는 점을 주목해야 한다.

본조는 CISG 제22조에 상응한다.

제2.1.11조

(변경을 가한 승낙)

(1) 승낙을 의도하고는 있으나, 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이면서 또한 새로운 청약이 된다.

(2) 그러나 승낙을 의도하고 있고, 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 부가적 조건 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약 조건이 계약조건이 된다.

【주 석】

1. 보통 새로운 청약이 되는 ‘변경을 가한 승낙’

상거래에서 피청약자가 청약자에게 청약에 대하여 승낙하는 의사를 표시하면서(“주문확인”(acknowledgement of order)) 청약에 없던 부가적 조건이나 청약상의 조건과는 다른 내용의 조건을 포함시키는 경우가 흔히 있다. 본조 제1항은 그러한 ‘의도된 승낙’은 원칙적으로 청약의 거절이자 동시에 피청약자의 새로운 청약(counter-offer, 대응청약)이 되고, 이에 대하여 다시 청약자는 명시적 또는 묵시적으로(예컨대 그의 이행행위로) 승낙을 하거나 하지 않을 수 있다고 규정한다.

2. 승낙의 성격을 바꾸지 않는 변경

승낙은 청약의 경상(鏡像, mirror image)이어야 한다는 원칙은 청약과 승낙 사이에 중요하지 않은 차이가 있더라도 어느 일방이 차후의 어느 단계에서 계약의 존재를 의문시킬 수 있음을 내포한다. 그러한 결과는 시황이 불리하게 변할 때 일방이 으레 얻고자 하는 것이므로 제2항은 그러한 결과를 막기 위하여 제1항에 규정된 원칙의 예외로 승낙상의 부가적 또는 변경된 조건이 청약상의 조건을 “실질적으로” 변경하지 않는 때에는 청약자가 부당한 지체 없이 이의를 제기하지 않은 한 계약은 그러한 변경이 가하여진 내용으로 체결된다고 규정한다.

“실질적” 변경의 여부는 추상적으로 결정될 수 없고 각 사안의 사정에 달려 있다. 대금이나 지급방법, 비금전채무의 이행지와 이행기, 일방의 상대방에 대한 책임의 범위 또는 분쟁해결에 관한 부가적 또는 상이한 조건은 반드시 아니나 보통 청약을 실질적으로 변경하는 것에 해당할 것이다. 이러한 점에서 중요한 고려요소는 부가적 또는 상이한 조건이 그 거래분야에서 일반적으로 사용되고 있는지 따라서 청약자에게 의의는 아닌지 여부이다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 기계를 주문하며 그 기계는 A의 영업장에서 테스트되어야 한다. B는 주문확인서(acknowledgement of order)에서 A의 청약상의 조건들을 수락한다고 밝히면서 B 자신도 기계의 테스트현장에 참석하기를 원한다고 추가한다. 이러한 부가적 조건은 청약을 “실질적으로” 변경하는 것이 아니며, 따라서 A가 부당한 지체 없

이 이익을 제기하지 않는 한 계약의 일부를 이룬다.

2. 사실관계는 <사례 1>과 같으나 이제는 B의 주문확인서에 중재조항이 추가되어 있다는 차이가 있다. 다른 사정이 없는 한, 중재조항은 청약을 “실질적으로” 변경하므로 B의 의도된 승낙은 대응청약이 된다.

3. A는 B에게 일정한 수량의 밀을 주문한다. B의 주문확인서에는 중재조항이 추가되어 있으며 그러한 중재조항의 삽입은 당해 상품거래분야에서 실무상 표준관행이다. 그러한 중재조항은 A에게 의외가 아니기 때문에 청약상의 조건을 “실질적으로” 변경하지 않으며 A가 부당한 지체 없이 반대하지 않는 한 계약의 일부를 이룬다.

제2.1.12조

(확인서면)

계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부되는 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 부가적 또는 상이한 계약조건을 담고 있는 경우에, 그러한 조건은 계약의 일부가 된다. 다만 그러한 조건이 계약을 실질적으로 변경시키거나 수신인이 부당한 지체 없이 그 상위에 이익을 제기하는 때에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. “확인서면”(writing in confirmation)

본조는, 구두로 또는 서면통신의 교환으로 핵심적 계약조건들에 한하여 계약이 이미 체결된 후 일방이 그렇게 합의된 계약조건을 단지 확인하는 의도로 상대방에게 서면을 송부하는데 그 서면에 그렇게 합의된 조건에 부가되거나 그와 상이한 조건이 포함되는 상황을 다룬다. 이론적으로 이러한 상황은 제2.1.11조가 상정하는 상황과 분명히 다르다. 후자는 계약이 아직 체결되지 않은 상태에서 피청약자의 의도된 승낙에 변경된 계약조건이 포함되는 상황이기 때문이다. 그러나 사실 이러한 두 상황을 서로 구별하기는 불가능하지는 않더라도 매우 어렵고, 이에 본조는 확인서면에 담기는 변경된 계약조건에 대하여도 제2.1.11조와 같은 맥락의 해법을 채택한다. 다시 말해 주문확인서에 당사자간에 이미 합의된 계약조건에 부가되거나 그와 상이한 조건이 들어있는 경우에 이러한 조건

은 계약을 “실질적으로” 변경하거나 그 문서의 수신인이 부당한 지체 없이 그에 이의를 제기하지 않는 한 계약의 일부가 된다.

물론 말할 필요도 없이, 확인서면의 맥락에서도 새로운 계약조건이 기존의 합의조건을 “실질적으로” 변경하는지 여부는 각 사안의 제반사정을 고려하여 판단되어야 한다. 한편 확인서면의 발신인이 상대방에게 그 승낙을 위하여 그 확인서상에 정당하게 서명한 후 이를 반송하도록 명시적으로 요구한 경우에 본조는 명백히 적용되지 않는다. 이러한 경우에는 확인서면이 변경조건을 담고 있는지, 그렇다고 할 때 그 변경이 “실질적”인지 여부가 문제되지 않는다. 이러한 경우에 계약이 존재하기 위해서는 그 확인서면이 수신인에 의하여 명시적으로 승낙되어야 하기 때문이다.

〈사 례〉

1. A는 전화로 B에게 기계를 주문하고 B는 주문을 수락한다. 다음날 A는 B로부터 그러한 구두계약의 조건을 확인하는 서신을 수령하는데 B는 그 서신에서 그는 A의 영업장에서 수행될 기계 테스트에 현장에 참석하기를 원한다고 추가한다. 이러한 부가적 조건은 당사자간에 기존에 합의된 계약조건을 “실질적으로” 변경하지 않으므로 A가 부당한 지체 없이 이의를 제기하지 않는 한 계약의 일부를 이룬다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B의 확인서면에 중재조항이 추가되어 있다는 차이가 있다. 다른 사정이 없는 한 중재조항은 당사자간에 기존에 합의된 계약조건을 “실질적으로” 변경하므로 그 중재조항은 계약의 일부로 되지 않는다.
3. A는 전자우편으로 B에게 일정한 수량의 밀을 주문하고 B도 전자우편으로 즉시 수락한다. 같은 날 오후에 B는 A에게 합의된 계약조건을 확인하는 서신을 보내는데, 그 확인서면에는 중재조항이 추가되어 있고 그러한 중재조항의 삽입은 당해 상품거래분야에서 실무상 표준관행이다. 그러한 중재조항은 A에게 의외가 아니기 때문에 당사자간에 기존에 합의된 계약조건을 “실질적으로” 변경하지 않으며 A가 부당한 지체 없이 반대하지 않는 한 계약의 일부를 이룬다.

2. 계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부된 확인서면

수신인 측의 침묵은 확인서면의 내용을 승낙(이미 합의된 계약조건외의 비실질적 변경이라는 점에 대한 승낙 포함)하는 것에 해당한다는 규칙은 확인서면이 “계약체결 후 합리적인 기간 내에” 송부된다는 것을 전제로 한다. 이러한 종류의 서

면은 제반사정으로 보아 불합리하게 늦게 송부되면 의미를 잃게 되고, 따라서 수신인 측의 침묵은 더 이상 그 내용에 대한 승낙으로 해석되지 않는다.

3. 송 장

본조의 목적상, “확인서면”은 넓은 의미로 이해되어야 한다. 다시 말해 이 용어는 당사자가 이미 구두로 또는 비공식적인 통신(informal correspondence)으로 체결한 계약의 내용을 명시하는 용도로 사용되는 송장이나 이와 유사한 서류를 포함한다. 다만 그러한 사용은 당해 거래분야 및/또는 국가에서 관행적이어야 한다.

제2.1.13조

(특정한 사항에 대한 또는 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 계약의 성립)

협상과정에서 당사자 일방이 특정한 사항에 대하여 또는 특정한 방식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 고집한 경우에는, 그러한 사항에 대하여 또는 그러한 방식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약이 체결되지 아니한다.

【주 석】

1. 특정한 사항에 대한 합의를 조건으로 하는 계약의 체결

원칙적으로, 당사자가 당해 종류의 거래에 핵심적 계약조건에 관하여 합의에 도달하면 계약은 체결되고 당사자간 합의되지 않은 사소한 조건은 그 후 사실에 기초하여 추단되거나 법에 의하여 보충될 수 있다(제2.1.2조의 주석 1 및 제4.8조, 제5.1.2조 참조).

〈사 례〉

1. A의 물품을 B가 판매하기로 의도하는 판매점계약에 관하여 A와 B는 모든 핵심적 조건에 합의한다. 그 후 판촉행사비용을 누가 부담하는지가 문제되는 경우에 어느 당사자도 그에 관하여 계약이 침묵한다는 이유로 계약의 부존재를 주장하지 못한다. 누락된 조건은 이러한 유형의 거래에 핵심적인 것이 아니고 사실이나 법에 의하여 보충되기 때문이다.

그러나 경우에 따라 당사자는 특정한 사항을 중요하게 다루어 그에 관한 만족할만한 합의가 이루어지지 않으면 계약을 체결하지 않겠다는 의도를 갖기도 한다. 당사자 모두 또는 어느 일방만이 그러한 의도를 표명하는 경우에 문제의 사항에 대한 합의가 없이는 계약은 성립되지 않는다. “고집하다”(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.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 협상과정에서 B가 판촉행사비용을 누가 부담하는지의 문제가 명시적으로 합의되어야 한다는 뜻을 반복적으로 밝힌다는 차이가 있다. 모든 핵심적 계약조건에 대한 합의가 이루어졌음에도 A와 B 사이에 계약은 처음부터 존재하지 않는다. B는 특정한 계약조건에 대한 합의가 계약체결의 조건이라고 고집하였기 때문이다.

2. 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약의 체결

상거래실무상 특히 상당히 복잡한 거래의 경우에 당사자는 오랜 협상을 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 매우 빈번하다. 경우에 따라 당사자는 계약이 이미 체결된 것으로 그리하여 그러한 문서상 추후의 작성은 이미 성립한 계약을 확인하는 것에 불과한 것으로 본다. 그러나 당사자 모두 또는 단지 일방만이 추후 공식적 문서가 작성·서명되지 않는 한 구속되지 않겠다는 의사를 분명히 밝히는 경우에는, 그 전에는 비록 당해 거래의 모든 관련사항에 대하여 당사자들이 합의를 하였더라도 계약은 성립되지 않는다.

〈사 례〉

3. 오랜 협상 끝에 A와 B는 합작투자기업을 설립하여 X국의 대륙붕을 탐사·개발하는 합의의 내용을 담고 있는 “양해각서”에 서명한다. A와 B는 추후 어느 단계에

이르러 공개행사를 개최하여 공식문서로 작성된 계약서에 서명하고 이를 교환할 것이라고 합의한다. 그 양해각서가 계약상의 모든 관련조건을 담고 있고 추후 작성될 문서들은 단지 계약을 공개행사에 걸맞게 공표하기 위한 것이라면 계약은 양해각서가 서명된 때 이미 체결된 것으로 볼 수 있다.

4. 사실관계는 <사례 3>과 같으나 이제는 “양해각서”에 “최종계약서가 작성되기 전에는 구속력이 없다”는 조항 또는 이와 유사한 취지의 조항이 있다는 차이가 있다. 이러한 경우에 공식적 문서가 서명·교환되기 전에는 구속력 있는 계약이 존재하지 않는다.

제2.1.14조

(일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약)

(1) 당사자가 계약체결을 의도하는 한 당사자가 고의로 특정한 계약 조건을 추후 협상하여 합의하기로 하거나 당사자의 어느 일방 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 존재를 막지 아니한다.

(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.

【주 석】

1. 일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약

계약이 하나 또는 둘 이상의 쟁점에 대하여 침묵하는 경우가 있으며, 이때 그 원인은 단순히 당사자가 협상 중에 그것을 간과하였기 때문일 수 있다. 당사자가 당해 종류의 거래에 핵심적인 조건에 대하여 합의를 하였다면 그럼에도 계약은 성립되고 누락된 계약조건은 제4.8조나 제5.1.2조에 기초하여 보충된다(제2.1.2조 주석 1 참조). 본조는 전혀 다른 상황, 즉 당사자가 의도적으로 하나 또

는 둘 이상의 계약조건을 미정으로 남겨둔 채 계약을 체결하는 상황을 다룬다. 그 원인은 당사자가 계약체결 당시에 그 계약조건을 결정할 수 없었거나 부득이 의도적으로 결정을 미루었기 때문이며, 이에 당사자는 그러한 조건을 추후에 합의하여 결정하기로 하거나 당사자의 어느 일방 또는 제3자가 결정하도록 합의한다.

특히 장기거래에서 흔히 볼 수 있는 (물론 장기거래에 국한되는 것은 아니다) 이러한 후자의 상황은 두 가지 문제를 야기한다. 첫째 당사자가 일부의 계약조건을 의도적으로 미정으로 남겨둔 사실에 의하여 계약의 존재가 부정되는지 여부, 둘째 계약의 존재가 긍정된다고 할 때 그 계약조건을 추후 당사자가 합의하지 못하거나 그것을 결정할 당사자 또는 제3자가 그 결정을 하지 못하는 경우에 어떻게 되는지가 그것이다.

2. 미정의 계약조건에의 존재 자체는 계약의 유효한 체결을 막지 않음

제1항에 의하여, 당사자가 계약체결을 의도하는 한 의도적으로 일부의 계약조건을 미정으로 남겨두고 추후 협상하여 합의로 결정하기로 하거나 당사자의 어느 일방이나 제3자가 결정하도록 한 사실만으로는 계약의 존재를 막지 못한다.

미정조건에도 불구하고 계약을 체결하고자 하는 당사자의 의사는 그 명시가 없는 때에는 제반사정 예컨대 문제의 조건이 핵심적인 것인지, 전체적으로 합의가 어느 정도로 확정되었는지, 미정조건이 성질상 추후의 어느 단계에서만 결정 가능한 것인지, 계약이 이미 일부 이행되었는지 등을 보아 추단될 수 있다.

〈사 례〉

1. 정기선사 A와 터미널운영자 B는 A가 B의 컨테이너터미널을 사용하도록 하는 상세한 합의를 한다. 그 합의에서 연간 반출·반입될 컨테이너의 최소량과 사용대금을 정하고 있으나, 그러한 최소량을 초과하는 경우에 추가적인 컨테이너에 관한 대금은 미정이다. 2개월 후 A는 B의 경쟁자가 더 유리한 조건을 제시한다는 것을 알고서 이행을 거절하고, 그 이유로 그와 B 사이의 합의는 대금문제가 해결되지 않아 구속력 있는 계약에 이르지 않았다고 주장한다. A는 불이행책임을 진다. 상세한 합의를 하였다는 사실과 A와 B 모두가 즉시 이행을 개시하였다는 사실로 보아 구속력 있는 계약을 체결하는 것이 당사자의 의도였음이 분명하기 때문이다.

3. 당사자가 예정한 미정조건 결정 메커니즘의 실패

추후 당사자가 미정조건을 합의로 결정할 수 없거나 이를 결정할 당사자 또는 제3자가 그 결정을 하지 않는 경우에 계약이 종료되는지 문제된다. 본조 제2항에 따라 “당사자의 의사를 고려하여, 상황에 따라 합리적인 정도로 그러한 계약조건을 확정하는 다른 방법이 있[는 한]” 계약의 존재는 영향을 받지 않는다.

미정조건을 보충하는 다른 방법은 일반적으로 제5장 제1절과 제6장 제1절의 “흠결보충”규정을 적용하는 것으로, 예컨대 제5.1.7조 제1항에 따라 가격을 결정하거나 제6.1.1조에 따라 이행기를 결정하는 방법이 있는데 이는 해당 조항이 관련조건을 적절히 규정하는 경우에 가능하다. 특히 장기계약에 관하여 비록 해당 조항이 미정조건 대상인 사항을 다루더라도 그 조항의 적용이 부적절한 경우가 있다. 이러한 경우에 미정조건은 제4.8조 또는 제5.1.2조에 의하여 보충된다.

당사자가 어떤 재결기관의 기관장(President of the Tribunal)이나 상업회의 소장 등과 같은 일정한 기관이나 사람이 지명하는 제3자로 하여금 미정조건을 결정하도록 위임한 경우에, 만약 지명된 제3자가 미정조건을 결정하지 않는 때에는 새로운 제3자가 지명될 수 있다. 다만 새로운 제3자가 지명되어야 하는 경우는 실무상 매우 드물 것이다. 추후 보충될 조건이 별로 중요하지 않은 때에는 문제가 거의 발생하지 않는다. 그러나 문제의 조건이 당해 종류의 거래에서 핵심적인 것인 때에는 계약을 긍정하는 당사자의 의사가 명백히 존재하여야 한다. 이러한 맥락에서 무엇보다도 고려되어야 할 요소는 문제의 조건이 그 성격상 추후의 어느 단계에서만 결정될 수 있는 사항에 관한 것인지와 계약이 이미 일부 이행되었는지 여부이다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 적재·양육 컨테이너의 최소량을 실제로 초과하게 된 때에 당사자가 추가컨테이너에 관한 대금을 합의하는 데 실패하였다는 차이가 있다. A는 계약이 종료되었다고 주장하면서 이행을 중단한다. A는 불이행책임을 진다. 당사자가 미정조건에 대한 사후합의의 존재를 그 거래관계의 지속을 위한 조건(condition)으로 삼지 않고서 이행을 개시한 사실은 그러한 사후합의에 실패하더라도 계약을 존속시키겠다는 의사를 보여주기에 충분하기 때문이다. 추가컨테이너에 관한 대금은 일반적으로 제5.1.7조에 규정된 기준에 따라 결정될 것이다.

4. 장기계약상의 미정조건

전술하였듯이 그리고 특히 장기계약의 경우에 당사자는 계약 후반부의 의무에만 적용되는 조건을 추후 합의하기로 하고 남겨두기도 한다. 예컨대 당사자는 계약 첫해에만 적용될 대금만 합의하고 2년차 이후에 적용될 가격은 미정으로 둘 수 있다. 마찬가지로 당사자는 예컨대 설치될 기계의 인도 전에 건물이 완공되어야 하는 때에는 인도일자를 미정으로 둘 수 있다. 이러한 경우에 가격에 관한 조건은 제5.1.7조에 의하여 적절히 보충되지 않고 이행기도 제6.1.1조에 의하여 적절히 보충되지 않는다. 따라서 이러한 경우에 조건은 제4.8조나 제5.1.2조에 의하여 적절히 보충될 것이다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 첫해에 적용될 추가컨테이너에 관한 대금은 정하여져 있으나 2차년도 이후에 적용될 대금에 관하여는 계약에 아무런 규정이 없다는 차이가 있다. 이러한 경우에 “계약체결시” 가격을 기준으로 하는 제5.1.7조를 적용하여 대금을 결정하는 것은 적절하지 않다. 오히려 첫째 연말을 기준으로 대금을 결정하는 것이 적절할 것이다. 이러한 취지의 조건은 제4.8조나 제5.1.2조에 의하여 보충될 수 있다.

4. X는 전력회사이고 새로운 발전소를 건설하기로 결정하였다. X는 Y에게서 발전기를 구매하고 있다. 그 발전기는 발전소에 있는 발전기건물이 완공되면 그 건물 바닥에 고정, 설치될 예정이다. 발전기는 주문 후 3년이 되기 전에는 인도되면 안된다. X는 아직 발전소 건설계약을 체결하지 않았으나 일단 공사가 시작되면 발전기건물을 건설하는 데 6개월 밖에 걸리지 않는다. 이런 상황에서 X는 제때에 발전기를 준비하기 위하여 이제야 그 구매계약을 체결하나 그 인도시기는 아직 정할 수 없다. 이에 X와 Y는 인도일자를 “추후 합의하기로” 하고 미정으로 둔다. 당사자들이 인도일자를 합의하지 않는다면 X와 Y 사이에 인도시기를 제6.1.1조에 따라 “계약체결 후 합리적인 기간 내”라고 결정하는 것은 적절하지 않다. 발전기건물의 완공을 기준으로 인도시기를 정하는 것이 적절하다. 이러한 취지의 조건은 제4.8조나 제5.1.2조에 의하여 보충될 수 있다.

제2.1.15조

(악의의 협상)

(1) 당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의의 부도달에 대하여 책임을 지지 아니한다.

(2) 그러나 악의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임이 있다.

(3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의이다.

【주 석】

1. 협상의 자유

원칙적으로 당사자는 계약체결 목적으로 언제 그리고 누구와 협상을 할 것인지 나아가 협상이 개시된 후에는 합의에 도달하기 위하여 어떻게 그리고 얼마나 오랫동안 노력할 것인지 자유로이 결정할 수 있다. 이는 제1.1조에 명시된 계약의 자유라는 기본원칙에서 나오는 것으로, 국제거래에 종사하는 사람들 사이에 건전한 경쟁을 보장하기 위하여 필수적이다.

2. 악의의 협상에 대한 책임

그러나 협상을 개시할 자유와 협상기간을 결정할 자유에도 제한이 없는 것은 아니며, 이러한 자유는 제1.7조의 ‘신의와 공정거래의 원칙’에 반할 수 없다. 악의의 협상의 일례로 본조 제3항은 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것을 명시한다. 다른 예로는 일방이 고의 또는 과실로 사실을 허위로 표시하거나 당사자 및/또는 계약의 성질로 보아 고지되어야 하는 사실을 숨김으로써 상대방이 계약의 성질이나 내용을 오인하도록 만드는 경우를 들 수 있다. 비밀유지의무에 관하여는 제2.1.16조를 보라.

악의의 협상에 대한 책임은 상대방이 입은 손해로 한정된다(제2항). 다시 말해 피해당사자는 협상에서 발생한 비용을 배상받을 수 있고 제3자와의 계약체결 기회 상실에 대하여도 배상받을 수 있으나(이른바 ‘신뢰이익’(reliance interest) 혹은 ‘소극적 이익’(negative interest)), 일반적으로 계약이 그대로 체결되었더라

면 그 결과로 취득하였을 이익(이른바 ‘기대이익’(expectation interest) 혹은 ‘적극적 이익’(positive interest))의 배상은 청구할 수 없다.

〈사 례〉

1. A는 B가 음식점을 매각하고자 한다는 사실을 알게 된다. 이에 A는 그 음식점을 매입할 의사가 없음에도 오직 그의 경쟁자인 C에게 음식점이 매각되는 것을 막을 목적으로 B와 기나긴 협상에 들어간다. C가 다른 음식점을 매입한 때 협상을 중단하는 A는 B의 손해에 대하여 책임이 있다. 이러한 손해는 가격의 차이를 포함하며, 증명될 수 있는 그 밖의 손해도 배상되어야 한다.

2. A는 B국의 군대가 수입할 군용장비의 수출계약을 체결하기 위하여 그 중개를 맡은 B와 협상하던 중에 B가 A의 정부기관으로부터 필요한 수출허가를 취득하지 못할 것이라는 사실을 알게 된다. 이 수출허가는 B의 보수를 지급할 수 있기 위한 사전요건이다. A는 그러한 사실을 B에게 밝히지 않고 결국 계약이 체결되었으나, 수출허가의 미비로 계약은 강제력을 갖지 못한다. A는 B에 대하여 A가 수출허가 취득불능 사실을 알게 된 후에 B에게 발생한 비용을 배상할 책임이 있다.

3. A는 B 은행의 지점으로부터 은행대출을 받기 위하여 오랜 협상에 들어간다. 마지막 순간에 그 지점은 자신이 서명권한을 갖고 있지 않으며 본점이 계약 초안을 승인하지 않기로 결정하였다고 밝힌다. 그 동안에 다른 은행으로부터 대출을 받을 수 있었던 A는 그러한 협상으로 인하여 발생한 비용과 그가 다른 은행으로부터 대출받기까지 지연된 기간 동안에 얻었을 이익의 배상을 청구할 권리가 있다.

3. 신의에 좇아 협상하기로 하는 합의

그러나 당사자가 신의에 좇아 협상할 의무를 구체적으로 합의한 경우에는 이행청구권(당사자에게 협상하도록 명령하는 것과 같은)과 기대이익 또는 적극적 이익을 반영하는 다른 구제수단(그 구제수단에 관한 요건이 충족되는 범위 내에서)을 포함한 불이행에 대한 모든 적절한 구제수단이 이용가능할 것이다.

신의에 좇아 협상할 의무를 합의하더라도 이 의무는 최소한 계약을 체결할 의도로 진지하게 협상(또는 재협상)할 의무를 의미할 뿐이지 반드시 합의에 도달하여야 함을 의미하는 것은 아니다. 물론 이 의무는 본 원칙(예컨대 제1.8조, 제2.1.16조)상의 다른 의무를 대체하지 않는다. 복잡한 장기계약의 경우에 신의에 좇아 협상할 의무를 합의하는 당사자는 계약의 성질과 상업적 맥락을 고려하여

이 의무를 보다 상세히 약정하기를 원할 수 있다. 예컨대 당사자는 비밀유지의 기준을 정하거나 협상 등의 일정을 합의할 수 있다.

〈사 례〉

4. 시공자 A는 대규모 건설사업의 입찰에 응하기 전에 공급자 B와 사전합의를 한다. 이 합의에서 A와 B는 장차 A가 주시공자로 선정되는 경우에 장비의 공급을 위하여 신의에 좇아 협상하기로 약속한다. A는 건설계약을 낙찰 받았으나 그러한 B와의 예비계약(preliminary contract) 이후의 협상을 더 이상 진행하기를 거절한다. B는 신의에 좇아 협상할 의무의 이행을 청구할 수 있다.

4. 약의의 협상중단에 대한 책임

협상을 중단할 권리도 '신의와 공정거래의 원칙'의 제한을 받는다. 청약은 일단 행하여진 후에는 제2.1.4조의 제한기간 내에만 철회될 수 있다. 그러나 그 이전에도 또는 일련의 청약과 승낙이 뒤섞여 분리되지도 않는 협상진행 중에 일방은 갑자기 정당한 사유도 없이 협상을 중단할 자유가 없다. 물론 당사자가 더 이상 그러한 자유를 갖지 못하게 되는 시점이 언제인지는 사안의 제반사정에 달려있되, 특히 그러한 시점은 자신의 행위로 인하여 상대방이 협상으로부터 적극적인 결과가 나올 것임을 합리적으로 기대할 수 있었던 한도 내에서 긍정되며 또한 장래 계약에 관하여 당사자들이 이미 합의에 도달한 사항의 갯수에 달려 있다.

〈사 례〉

5. A는 B가 경험을 더 쌓은 후 미화 300,000 달러를 투자할 준비가 되면 프랜차이즈를 주겠다고 B에게 약속한다. 그 후 2년간 B는 그러한 A의 약속을 줄곧 믿고서 계약을 성사시키기 위하여 광범하게 준비한다. 계약의 서명을 위한 모든 준비가 끝난 시점에 A는 B에게 B가 상당히 더 많은 금액을 투자하여야 한다고 통보한다. 이에 반대하는 B는 계약체결을 위하여 지출한 비용을 A로부터 배상받을 권리가 있다.

제2.1.16조

(비밀유지의무)

협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우에,

상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위하여 부당하게 사용하지 아니할 의무가 있다. 적절한 한 이 의무의 위반에 대한 구제수단은 상대방이 취득한 이익에 기초한 배상을 포함한다.

【주 석】

1. 비밀유지의무의 예외적 성격

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

〈사 례〉

1. A는 각각 에어컨시스템의 생산자인 B와 C에게 권유하여 에어컨시스템 설치계약을 청약하도록 한다. 청약을 하면서 B와 C는 각각 제품의 장점을 강조할 목적으로 냉방기의 기능에 관한 특정한 기술적 명세를 제공한다. A는 B의 청약을 거절하기로 결정하고서 오직 C와 협상을 계속한다. A는 C가 A에게 보다 유리한 계약조건을 제시하도록 하기 위하여 B의 청약에 들어 있는 정보를 자유로이 사용할 수 있다.

2. 비밀정보

상대방에게 제공된 특정한 정보가 누설되거나 그 제공목적 외의 목적으로 사용되지 않을 이익을 정보제공자가 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 부당한 비밀유지기간이 너무 길다면 과도하게 제한적인 약정을 금지하는 준거법에 반할 수도 있다는 것이다. 정보제공자가 그러한 비밀유지의 뜻을 명시적으로 밝히지 않았더라도 정보수령자가 비밀유지의무를 지는 경우가 있다. 당해 정보의 성격이나 당사자의 전문적

신분으로 보아 정보수령자가 정보를 누설하거나 협상이 결렬된 후에 자신의 목적을 위하여 사용하는 것이 ‘신의와 공정거래의 원칙’에 반하는 경우가 그에 해당한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 청약하면서 A에게 청약에 담긴 일정한 기술적 명세를 누설하지 말도록 명시적으로 요구한다는 차이가 있다. A는 C와 협상할 때 그러한 정보를 사용하지 못한다.

3. A는 X국에서 각각 일류의 자동차제조회사인 B 또는 C와 합작투자계약을 체결하는 데 관심이 있다. 특히 B와의 협상이 진전되고 그 과정에서 B로부터 A는 B가 출시할 신차의 디자인에 관한 매우 상세한 정보를 수령한다. 비록 B가 정보를 비밀로 취급하도록 명시적으로 요구하지 않더라도 그러한 정보는 신차의 디자인에 관한 것이므로 A는 C에게 정보를 공개하지 않을 의무가 있고 A는 그와 B 사이의 협상의 결과로 계약이 체결되지 않는다면 B의 신차의 디자인을 A의 차량제조 목적으로 사용하지 못한다.

3. 손해배상의 범위

비밀유지의무 위반은 먼저 손해배상책임을 낳는다. 청구가능한 손해배상액은 당사자간에 정보누설금지 특약이 있었는지 여부에 따라 다르다. 피해당사자가 아무런 손해를 입지 않았더라도 불이행당사자가 정보를 제3자에게 누설하거나 자신의 목적으로 사용함으로써 얻은 이익이 있다면 피해당사자는 불이행당사자에게 그 이익의 상환을 청구할 수 있다. 필요에 따라, 예컨대 정보가 아직 누설되지 않았거나 단지 일부만 누설된 경우에 피해당사자는 준거법에 따라 법원에 비밀누설금지명령을 구할 수도 있다.

제2.1.17조

(통합조항)

당사자가 합의한 계약조건을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 사전의 진술이나 합의의 증거에 의하여 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 진술이나 합의는 그 서면을 해석하는 데 사용될 수 있다.

【주 석】

계약을 체결하기에 앞서 다소 광범위한 협상을 수행한 경우에 당사자는 합의를 서면으로 작성하고 그 서면(계약서)이 당사자간의 최종합의(final agreement)라고 밝히기를 원한다. 이는 적절히 성안된 “통합”조항(“merger” or “integration” clause)(예컨대 “This contract contains the entire agreement between the parties”(본 계약서는 당사자간의 합의의 전부를 담고 있다))을 통하여 실현될 수 있다. 그러나 그러한 조항의 취지는 기존의 진술이나 합의의 모든 관련성을 차단시키고자 하는 것이 아니므로, 기존의 진술이나 합의도 계약서를 해석하는 수단으로 여전히 사용될 수 있다(또한 제4.3조 가호 참조).

물론 통합조항은 당사자간의 사전의 진술이나 합의만을 대상으로 할 뿐이며 당사자가 사후에 비공식적 합의(informal agreement)를 하는 것까지 막지는 않는다. 그러나 당사자는 통합조항의 취지를 확대하여 추후의 계약변경도 합의된 방식으로만 할 수 있다고 합의할 수 있다(제2.1.18조 참조).

본조는 통합조항을 두지 않은 경우 서면계약을 보충하거나 그와 충돌하는 외부의 증거를 허용하는 점에서 제1.2조의 원칙을 간접적으로 확인한다.

제2.1.18조

(특정한 방식에 의한 계약변경)

합의에 의한 계약의 변경이나 종료를 특정한 방식으로 할 것을 요구하는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 다른 방법으로는 변경되거나 종료되지 아니한다. 그러나 당사자는 그의 행위에 의하여 상대방이 그 행위를 신뢰하여 행위한 범위 내에서는 그러한 계약조항을 주장하지 못한다.

【주 석】

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 “Any modification of this Contract may be made only by a writing signed by both Parties”(본 계약은 오직 본 계약의 당사자 쌍방이 서명하는 서면에 의해서만 변경된다), “Alteration to the above-in-

licated Time-schedule must be confirmed in writing by the Engineer's representative on site”(위의 일정표는 엔지니어의 현장 대리인의 서면확인이 있어야만 변경된다))을 삽입하기도 한다.

본조는 그렇게 요구된 특정한 방식에 의하지 않은 계약변경이나 종료는 그러한 계약조항에 의하여 원칙적으로 효력이 없다고 규정한다.

〈사 례〉

1. 시공사 A는 발주자 B와 건물건축계약을 체결한다. 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.

이러한 원칙에도 예외가 있다. 모순행위를 금지하는 일반원칙(제1.8조 참조)을 발현하는 규칙으로서, 본조는 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.

〈사 례〉

2. 시공사 A는 학교법인 B와 학교건물을 신축하는 계약을 체결한다. 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 합의한다. A는 변경된 내용에 따라 건물을 완공하고, B는 건축의 진행을 계속 참관하였음에도 아무런 이의를 제기하지 않다가 그 완공시점에 비로소 그 2층의 건축방법에 대하여 이의를 제기한다. A가 그러한 구두변경을 합리적으로 신뢰하였으므로 법원은 B는 “구두변경금지”조항을 주장할 권리가 없고 따라서 A는 불이행책임이 없다고 판결할 수 있다.

제2.1.19조

(약관에 의한 계약체결)

(1) 계약을 체결할 때 당사자 일방 또는 쌍방이 약관을 사용하는 경우, 제2.1.20조 내지 제2.1.22조의 제한 하에, 계약의 성립에 관한 일

반적 규칙이 적용된다.

(2) 약관이라 함은 일반적이고 반복적인 사용을 목적으로 일방에 의하여 미리 마련되고 또한 상대방과 협상됨이 없이 실제로 사용되는 조항을 총칭한다.

【주 석】

1. 약관에 의한 계약체결

본조는 계약을 체결할 때 당사자의 일방이나 또는 쌍방이 약관을 사용하는 특별한 상황을 다루는 네 조문(제2.1.19조 - 제2.1.22조) 중 첫 조문이다.

2. “약관”의 개념

“약관”은 일반적이고 반복적인 사용을 목적으로 일방에 의하여 미리 마련되고 또한 상대방과 협상됨이 없이 실제로 사용되는 계약조항으로 이해되어야 한다(제2항). 결정적인 기준은 그것이 제시되는 방식이나 외형(예컨대 그것이 별도의 문서에 들어있는지 아니면 계약서 자체에 들어있는지, 그것이 부동문자로 인쇄되어 있는지 단지 전자파일만 존재하는지 등)이 아니며, 또한 그것을 누가(계약당사자, 거래협회, 전문협회 등) 작성하였는지도 아니며, 또한 그 규모(거래의 거의 모든 측면을 다루는 포괄적인 일련의 조항들로 이루어져 있는지 아니면 예컨대 책임제한조항이나 중재조항 등 단지 한두 조항만으로 이루어져 있는지)도 아니다. 결정적인 기준은 정말로 그것이 일반적이고 반복적으로 사용할 목적으로 일방에 의하여 미리 작성된 것인지 또한 당해 거래에서 상대방과 협상됨이 없이 일방에 의하여 실제로 사용되었는지 여부이다. 후자의 요건은 상대방이 하나의 전체로서 수락하여야 하는 형태의 약관에 한하여 적용됨이 분명하다. 다만 그러한 약관의 경우에도 당사자가 계약상의 그 밖의 조건을 협상하여 정할 수도 있음은 물론이다.

3. 계약성립에 관한 일반적 규칙의 적용

보통 계약의 성립에 관한 일반적 규칙은 당사자 일방이나 쌍방 모두가 약관을 사용하는지를 가리지 않고 적용된다(제1항). 따라서 일방이 제시하는 약관은 그에 대한 승낙이 있는 때에만 상대방을 구속하고, 당사자 쌍방이 약관의 계약편입을 명시적으로 하여야 하는지 아니면 그 계약편입이 추단될 수 있는지는 각

사안의 상황에 달려있다. 따라서 계약서 자체에 담기는 약관은 원칙적으로 계약서상 서명이 있으면 계약의 일부로서 구속력을 갖는다. 다만 약관은 계약서의 이면(裏面)이 아니라 최소한 서명보다는 위에 기재되어 있어야 한다. 한편 별도의 문서나 전자파일에 들어있는 약관은 보통 당사자에 의하여 명시적으로 언급되어야 할 것이다. 묵시적 계약편입은 당사자간에 확립된 관례나 그러한 취지의 관행이 존재하는 경우에만 긍정된다(제1.9조 참조).

〈사 례〉

1. A는 그 직원의 업무 중 사고에 대한 책임위험을 부보하기 위하여 B와 보험계약을 체결하고자 한다. 당사자들은 B가 제공한 표준계약서식(model contract form)상의 공란들 특히 보험료항목과 최고보험금액항목의 공란에 기입한 후 계약서에 서명한다. 그의 서명에 의하여 A는 그와 B 사이에서 개별적으로 협상된 계약조건들은 물론 그 계약서에 부동문자로 인쇄되어 있는 전국보험자협회 일반약관(General Conditions of the National Insurers' Association)에도 구속된다.
2. 보통 A는 별도의 문서로 인쇄되어 있는 그의 약관을 기초로 고객과 계약을 체결한다. 신규고객 B에게 청약하면서 A는 이번에는 약관에 대한 명시적 언급을 누락한다. B는 청약을 승낙한다. 예컨대 그 약관이 기존의 거래에서 규칙적으로 사용되어 왔기 때문에 이번에도 약관을 기초로 계약을 체결하고자 한 것이 A의 의사였다는 사실을 B가 알았거나 알았어야 했다는 것을 A가 증명하지 못한다면 약관은 이 계약에 편입되지 않는다.
3. A는 런던의 상품거래소에서 곡물을 매입하고자 한다. A와 그 거래소의 중개인(broker) B 사이에 체결된 계약에서, 동 거래소에서 체결되는 중개계약을 통상 규율하는 약관에 대한 명시적 언급이 누락되었다. 그럼에도 그러한 약관은 이 계약에 편입된다. 이러한 유형의 계약에 약관을 적용하는 것은 관행이기 때문이다.

제2.1.20조

(의외조건)

- (1) 약관에 담긴 계약조건으로서 그 성격으로 보아 상대방이 합리적으로 기대할 수 없었던 조건은 상대방이 명시적으로 승낙하지 않는 한 효력이 없다.
- (2) 계약조건이 그러한 성격을 갖는지 여부를 결정할 때에는 그 내

용, 언어와 제시방법이 고려되어야 한다.

【주 석】

1. 약관에 담긴 의외조건의 효력부인

상대방의 약관을 승낙하는 당사자는 원칙적으로 그가 실제로 약관의 내용을 구체적으로 알았는지 그 의미를 충분히 이해하였는지를 불문하고 약관에 구속된다. 그러나 본조는 이러한 원칙의 중요한 예외를 규정한다. 즉 약관 전체를 승낙한 당사자는 그럼에도 불구하고 그 약관의 내용, 언어와 제시방법으로 보아 그가 합리적으로 기대할 수 없었던 성격의 조건에는 구속되지 않는다. 이러한 예외를 규정한 이유는 약관을 제공하는 당사자가 약관제공자로서의 지위를 부당하게 이용함으로써 만약 상대방이 그 존재를 알았다더라면 수락하지 않았을 계약조건을 감추고서 약관을 제공하는 것을 막기 위함이다. 경제적으로 약하거나 경험에 부족한 당사자를 보호하는 취지의 다른 규정들로는 제3,10조와 제4,6조를 보라.

2. 내용에 의한 “의외”의 조건

약관에 담긴 특정한 조건은 먼저 그 내용 때문에 약관수락자(adhering party)에게 의외일 수 있다. 문제의 조건과 같은 내용이 약관수락자와 동일한 부류의 합리적인 자가 그러한 종류의 약관에 들어 있으리라 예상하지 않았을 정도인 경우가 그에 해당한다. 어떤 조건이 이례적인지를 결정할 때에는, 일면, 그 거래분야에서 일반적으로 사용되는 약관에서 공통적으로 발견되는 계약조건들과, 다른 일면, 당사자간 개별협상의 내용을 고려하여야 한다. 따라서 예컨대 약관제공자의 계약상의 책임을 배제 또는 제한하는 조건은 사안에 따라 “의외”이거나 그렇지 않을 수 있고 그에 따라 효력이 부인될 수 있다. 그 효력의 존부는 그러한 종류의 조건이 당해 거래분야에서 일반적인지 그리고 당사자들이 협상을 행한 방법과 부합하는지에 달려있다.

〈사 례〉

1. 여행사 A는 영업목적의 여행을 위한 패키지상품을 제공한다. A는 그의 광고내용을 볼 때 그 패키지상품을 구성하는 다양한 용역에 대하여 전부 책임을 부담하는 여

행업체라는 인상을 주고 있다. B는 A의 약관을 기초로 여행을 예약한다. B가 약관을 전부 승낙하였다더라도 A는 ‘호텔의 숙박에 관하여 그는 단지 호텔의 대리인으로서 행위할 뿐이며 따라서 어떠한 책임도 지지 않는다’고 규정한 약관상의 조항을 주장하지 못한다.

3. 언어나 제시방법에 의한 “의외”조건

약관에 담긴 특정한 계약조건이 약관수락자에게 의외의 것이 되는 다른 원인으로서는 언어와 제시방법이 있다. 언어에 관하여 어떤 언어로 표현되었는지에 따라 또는 그 표현이 불명확한 경우나, 제시방법에 관하여 예컨대 아주 작은 서체로 인쇄된 경우에 계약조건은 의외의 것이 될 수 있다. 그 여부를 결정할 때에는 그러한 유형의 약관에 공통적으로 사용되는 약관 편성방법이나 제시방법이 고려되어야 하나 그보다는 약관수락자와 동일한 부류의 사람의 전문기술과 경험이 더 고려되어야 한다. 따라서 특정한 문언이 약관수락자가 약관제공자와 동일한 전문직종에 속하는지에 따라 동시에 불명확하고 분명할 수도 있다.

언어의 요소는 국제거래의 맥락에서도 중요한 역할을 한다. 약관이 외국어로 작성된 경우에, 약관 자체는 공정하고 명확하더라도 그 일부의 조건은 약관수락자에게 그 의미를 충분히 평가하도록 하는 것을 합리적으로 기대할 수 없는 때에는 의외인 것이 될 수도 있음을 배제할 수 없다.

〈사 례〉

2. X국에서 영업하는 보험회사 A는 Y국에 설립된 B 회사의 계열회사이다. A의 약관은 작은 서체로 인쇄된 50개의 조항으로 이루어져 있다. 그 중 한 조항은 준거법으로 Y국법을 지정하고 있다. 준거법조항은 진한 서체로 표기되지 않거나 달리 약관수락자의 주의를 끌기에 적합한 방법으로 제시되지 않은 한 효력을 갖지 못한다. X국에 있는 고객으로서는 자신의 국가에서 영업하는 회사의 약관에 외국법을 계약의 준거법으로 지정하는 조항이 들어있을 것이라고 합리적으로 기대할 수 없기 때문이다.

3. 함부르크에서 영업하는 상품딜러 A는 고객과 계약을 체결할 때 약관을 사용하는데, 그 약관에는 특히 독일어로 “Hamburg-Freundschaftliche Arbitrage”(함부르크-우의적 중재)라고 기재된 조항이 들어있다. 현지 업계에서 그러한 조항은 보통 ‘분쟁은 그 지역에서 유래하는 특정한 절차규칙에 의하여 규율되는 특별중재(special arbitration)에 회부되어야 한다’는 의미로 이해되고 있다. 그 약관이 전부 승낙되었다고 외국인 고객과의 계약에서 그 중재조항은 효력이 없다고 보아야 하며 이는 그

조항이 당해 고객의 언어로 번역되어 있는지와 관계가 없다. 외국의 고객에게 그러한 조항의 정확한 의미를 이해할 것을 합리적으로 기대할 수 없기 때문이다.

4. “의외”조건에 대한 명시적 동의

약관제공자가 약관수락자의 주의를 끌어 의외조건에 주목하도록 하여 약관수락자가 그에 동의한 때에는 약관수락자가 전술한 유형의 기습을 당할 위험이 더 이상 존재하지 않는다. 이에 본조는 약관상의 특정한 조건을 명시적으로 승낙한 당사자는 그 후에는 그것의 “의외적” 성격을 주장할 수 없다고 명시한다.

제2.1.21조

(약관상의 조건과 약관 외부의 조건 사이의 충돌)

약관상의 조건과 약관 외부의 조건이 서로 충돌하는 때에는 후자가 우선한다.

【주 석】

약관은 그 정의에 의하여 당사자의 일방이나 제3자에 의하여 사전에 작성되며 당사자에 의하여 그 내용이 협상됨이 없이 개별계약으로 편입된다(제2.1.19조 제2항 참조). 따라서 논리적으로 당사자 쌍방이 협상하여 합의로 정한 특정한 조건은 그와 충돌하는 약관상의 조건에 우선한다. 이는 주어진 사안에서 전자가 당사자의 의사를 반영할 가능성이 높기 때문이다.

개별적으로 합의된 계약조건은 약관을 담은 바로 그 문서에 명시될 수도 있고 별도의 문서에 명시될 수도 있다. 전자의 경우에 계약조건은 약관과 다른 서체로 표기되므로 쉽게 인지될 수 있다. 후자의 경우에는 약관인 조건과 그렇지 않은 조건을 판별하고 두 문서의 정확한 서열을 결정하기가 보다 어렵다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 당사자들은 흔히 계약의 일부를 구성하는 문서라고 밝히면서 그 각각의 경중을 명시하는 계약조항을 삽입한다. 그러나 당사자가 약관을 변경하는 합의(특약)를 구두로만 하고 그러한 특약과 충돌하는 약관상의 조항을 삭제하지 않았는데 그 약관에 당사자들의 서명된 서면에 배타적 효력을 부여하는 조항이나 그 약관의 내용의 추가나 변경을 반드시 서면으로 할 것을 규정하는 조항이 들어있는 경우에는 특별한 문제가 발생할 수 있다. 이러한 사안

들에 관하여는 제2.1.17조와 제2.1.18조를 보라.

제2.1.22조

(서식전쟁)

당사자 쌍방이 모두 약관을 사용하여 그 두 약관을 제외하고서는 합의에 도달한 경우에, 계약은 합의된 조건 및 그러한 두 약관상 내용상 공통된 조건에 따라 체결된다. 다만 일방이 사전에 또는 사후에 부당한 지체 없이 상대방에게 자신은 계약에 구속될 의사가 없다고 분명하게 밝히는 때에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. 당사자 쌍방의 상이한 약관 사용

상거래에서 청약자가 청약할 때나 피청약자가 승낙할 때 각자의 약관을 사용하는 경우가 매우 흔하다. 청약자가 피청약자의 약관을 명시적으로 수락하지 않은 경우에 과연 계약이 체결되었는지, 그렇다면 충돌하는 두 약관 중 어느 것이 우선하는지가 문제된다.

2. “서식전쟁”(battle of forms)과 청약과 승낙에 관한 일반규칙

청약과 승낙에 관한 일반적 규칙이 적용된다면 계약이 아예 성립되지 않거나 최후의 약관에 따라 계약이 체결된다. 계약이 성립되지 않는 이유는 피청약자의 의도된 승낙이 제2.1.11조 제2항에 규정된 예외에 해당하지 않는 한 대응청약이 되기 때문이다. 당사자들이 서로 상대방의 약관에 반대함이 없이 이행을 개시한 경우에 계약은 최후로 발송 또는 편입(“최후발포”)된 약관을 기초로 성립된 것으로 다루어진다.

3. “충돌제거”이론(“knock-out” doctrine)

당사자가 약관의 채택이 계약체결의 핵심적 조건이라고 명백히 밝힌 경우에는 “최후발포”이론(“last shot” doctrine)이 적절할 수 있다. 그러나 실무상 매우 흔히 보듯이, 당사자들이 예컨대 계약조건이 각 뒷면에 기재되어 있는 인쇄된

양식의 주문서나 주문확인서를 교환함으로써 다소 자동적으로 약관을 편입하는 경우에 그들은 보통 두 약관이 서로 충돌한다는 사실조차도 모른다. 이러한 경우에는 당사자들이 추후 계약의 존재에 의문을 제기하거나 이행이 개시된 후에 최후로 발송 또는 편입된 약관을 적용하도록 주장하는 것을 허용할 하등의 이유가 없다.

이러한 이유에서 본조는 청약과 승낙에 관한 일반규칙에도 불구하고 당사자가 약관을 제외하고는 합의에 도달하였다면 계약은 합의된 조건 및 두 약관의 내용상 공통된 조건에 따라 체결된다(“충돌제거”이론)고 규정한다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 기계를 주문하면서 기계의 종류와 가격, 지급조건, 인도의 일자와 장소를 명시한다. 이를 위하여 A는 그의 주문서식(order form)을 사용하고 이 서식의 이면에는 “일반구매조건”(General Conditions for Purchase)이 기재되어 있다. B는 그의 주문확인서식(acknowledgement of order form)을 송부하는 방법으로 승낙하고 이 서식의 이면에는 “일반매도조건”(General Conditions for Sale)이 기재되어 있다. 그 후 A는 거래를 철회하고자 ‘누구의 약관이 적용되는지에 관한 합의가 없었으므로 처음부터 계약은 존재하지 않았다’고 주장한다. 그러나 당사자들은 계약의 핵심적 조건에 관하여 합의하였으므로 계약은 그렇게 합의된 조건 및 두 서식의 내용상 공통된 조건에 따라 체결되었다.

그러나 당사자는 자신은 자신의 약관에 기초하지 않는 계약에 구속되기를 원하지 않는다고 사전에, 또는 사후에 그러나 부당한 지체 없이, 상대방에게 밝힘으로써 “충돌제거”이론의 적용을 배제할 수 있다. 실무상 어느 정도로 밝혔어야 “분명하게” 밝힌 것으로 되는지를 절대적으로 말하기는 불가능하나, 약관에 그러한 취지의 조항을 삽입하는 것만으로는 보통 충분하지 않을 것이다. 그러한 의사는 당사자가 청약이나 승낙의 의사표시를 하면서 특정적으로 밝혀야 할 것이기 때문이다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 자신의 서식상의 약관에는 “주문을 수락하는 당사자의 약관상의 상이한 조건은 당사(當社)가 서면으로 확인하지 않는 한 효력이 없다”는 조항이 들어있으므로 계약은 자신의 서식상의 약관에 따라 체결되었

다고 주장한다는 차이가 있다. 결과는 〈사례 1〉과 동일할 것이다. A로서는 자신의 약관에 단순히 그러한 조항을 삽입해 두었다고 해서 오직 자신의 약관에 따라 계약을 체결하고자 하는 그의 의사를 충분히 명백하게 밝힌 것은 아니기 때문이다.

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A의 청약(주문서식)상에 약관이 아닌 조건으로 ‘A는 오직 자신의 약관에 따라 계약을 체결하고자 한다’는 취지가 기재되어 있다는 차이가 있다. B가 승낙하면서 단지 그의 약관을 부착시킨 사실만으로는 A의 약관을 기초로 계약이 체결되는 것을 막지 못한다.

제 2 절 대리권

제2.2.1조

(본절의 적용범위)

(1) 본절은 제3자와의 계약에 의하여 또는 그것과 관련하여 어떤 자(“대리인”)가 자신의 이름 또는 타인(“본인”)의 이름으로 행위한 경우에 제3자와 본인 사이의 법률관계에 영향을 미치는 대리인의 권한에 적용된다.

(2) 본절은 본인 또는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 적용된다.

(3) 본절은 법에 의하여 부여되는 대리권이나 공공기관 또는 사법기관에 의하여 임명되는 대리인의 권한에는 적용되지 아니한다.

【주 석】

1. 본절의 적용범위

본절은 본인(principal)과 제3자 사이의 법률관계에 영향을 미치는 대리권에 적용된다. 다시 말해 본절은 외부관계 즉 본인과 제3자 사이의 관계나 대리인과 제3자 사이의 관계에 집중하며 본인과 대리인 사이의 내부관계에는 관여하지 않는다. 물론 일부 규정(예컨대 대리권의 발생과 종료에 관한 제2.2.2조와 제2.2.10조, 이익충돌에 관한 제2.2.7조, 복대리에 관한 제2.2.8조)은 내부관계와 외부관계 모두에 영향을 주는 사항을 다루지만 단지 제3자에게 영향을 주는 사항에 한하여 다를 뿐이다.

본인과 대리인 사이의 권리의무는 당사자간 합의와 준거법에 따라 결정되는데, 이른바 “대리상(commercial agent)”과 같은 특별한 형태의 대리관계에 관하여는 준거법이 대리인을 보호하는 강행규정을 둘 수도 있다.

2. 계약체결권한

본절은 본인을 대리하여 계약을 체결할 권한을 갖는 대리인만 다룬다. 계약체결을 원하는 두 당사자를 단지 서로 소개하는 일을 하는 중개인(예컨대 부동산 중개인)이나 본인을 위하여 단지 계약을 협상할 뿐이고 본인을 구속하는 권한이 없는 자(예컨대 대리상⁸⁾)은 본절의 적용범위 밖에 있다.

한편 제1항의 “제3자와의 계약에 의하여 또는 그것과 관련하여 [...] 제3자와 본인 사이의 법률관계에 영향을 미치는 대리인의 권한”이라는 문구는 넓게 해석하여 계약체결을 목적으로 하는 대리인의 행위나 제3자에 대한 통지나 통지의 수령을 포함한 계약의 이행에 관한 대리인의 행위가 모두 포함되는 것으로 이해하여야 한다.

3. 대리인이 본인의 이름으로 또는 자신의 이름으로 행위하는지 여부의 불문

대리인이 본인의 이름으로 행위한지 아니면 자신의 이름으로 행위한지에 따라 “직접대리”(direct representation)와 “간접대리”(indirect representation)를 구별하는 다수의 법제와는 달리 본절은 그러한 구별을 하지 않는다. “현명”대리(“disclosed” agency)와 “비현명”대리(“undisclosed” agency)의 구별에 관하여는 제2.2.3조와 제2.2.4조를 보라.

4. 본인-대리인 관계의 임의적 성격

또 하나의 본절의 적용요건은 본인-대리인 관계의 임의적 성격이다. 법(예컨대 친족법, 상속법 분야)에 의하여 부여되거나 사법기관의 재판에 기하여 부여되는(예컨대 무능력자의 후견인의 대리권) 대리권은 본절의 적용범위 밖에 있다.

5. 회사의 대리인

회사나 파트너십(partnership) 그 밖에 법인격을 갖거나 갖지 않은 실체(entity)의 기관(organ), 임원(officer) 또는 파트너(partner)의 대리권에 대해서는 전통적으로 특별한 규칙이 적용되고, 그러한 특칙은 강행적 성격 때문에 본절에 규정된 대리권에 관한 일반적 규칙에 우선한다. 따라서 예컨대 회사의 기관이나 임원의 권한에 적용되는 특칙 하에서 회사가 제3자에 대하여 대리권의 제한을 주장하는 것이 금지되는 경우에, 그 회사는 그러한 대리권의 범위를 벗어난 기관이나 임원의 행위에 구속되지 않는다고 주장하기 위하여 제2.2.5조 제1항을 원용하지 못한다.

반면에 본절의 일반규칙은 위에서 말한 기관, 임원 또는 파트너의 권한에 관

8) 원문에 따라 대리상이라고 번역하나 이는 문맥상 중개대리상으로 이해되어야 한다.

한 특별한 규칙과 충돌하지 않는 한도 내에서 그러한 특별규칙 대신에 적용될 수 있다. 따라서 예컨대 회사의 임원과 체결한 계약이 그 회사를 구속한다고 주장하고자 하는 제3자는 회사의 기관이나 임원의 권한을 규율하는 특별규칙을 원용하거나 아니면 사안에 따라 제2.2.5조 제2항의 표현대리에 관한 일반규칙을 원용할 수 있다.

〈사 례〉

1. X국에 설립된 B 회사의 최고집행임원인 A는 그 회사의 정관에 따라 회사의 통상적 영업범위 내에 드는 모든 거래를 할 권한을 갖는다. A가 제3자 C와 계약을 체결하는데 그 계약은 B의 통상적 영업범위 밖에 있다. X국의 회사법 제35A조에 의하면 “신익에 좇아 회사와 거래를 하는 자와의 관계에서 회사를 대표하거나 타인에게 대리권을 부여할 이사회의 권한은 회사의 정관에 의하여 제한되지 않은 것으로 보며,” 또한 “[...] 회사와 거래하는 자는 회사의 정관에 의한 이사회의 권한을 넘는 행위를 알았다는 이유만으로는 악의(bad faith)로 행위한 것으로 보지 아니한다.” B는 A와 C 사이의 계약에 구속된다. 이는 C가 A의 권한에 제한이 있음을 알았거나 알았어야 했더라도 같다. 또한 B는 그에 반대하기 위하여 제2.2.5조 제1항을 원용하지 못한다.
2. X국에 설립된 B 회사의 영업이사 A는 이사회로부터 직원의 고용과 해고 이외의 회사의 통상적 영업범위 내에 드는 모든 거래를 할 수 있는 권한을 부여받았다. A는 C를 Y국에 있는 B의 지점의 새로운 회계사로 고용한다. B는 A에게 직원고용권한이 없다는 이유로 그 임명에 구속되는 데 반대한다. C는 X국의 회사법 제35A조를 원용하여 B의 반대를 물리칠 수 있다. 나아가 C는 Y국의 국민이어서 X국 회사법의 특별규칙을 잘 모르는 때에는 제2.2.5조 제2항의 표현대리에 관한 일반규칙을 원용할 수 있고 또한 B의 영업이사로서의 A의 지위를 보아 C 자신은 A가 직원고용권한을 가졌던 것으로 합리적으로 믿었다고 주장할 수 있다.

제2.2.2조

(대리권의 발생과 범위)

- (1) 본인에 의한 대리권의 부여는 명시적이거나 묵시적일 수 있다.
- (2) 대리인은 대리권이 부여된 목적을 이루기 위하여 사정에 따라 필요한 모든 행위를 할 수 있다.

【주 석】

1. 대리권의 명시적 또는 묵시적 부여

제1항은 본인이 대리인에게 대리권을 부여하는 행위에 대해서는 특별한 방식 요건이 부과되지 않고 대리권의 부여는 명시적 또는 묵시적일 수 있음을 분명히 한다.

대리권의 명시적 부여의 가장 일반적인 예가 위임장(power of attorney)이지만 본인은 구두나 서면으로 특히 회사의 경우에는 이사회 결의로 대리권을 부여할 수도 있다. 대리권을 서면에 의하여 명시적으로 부여하는 방법은 모든 관련당사자(본인, 대리인, 제3자)에게 대리권의 존재와 정확한 범위를 알리는 명백한 증거를 제공하는 이점이 있다.

묵시적 대리권은 대리인에게 권한을 부여하는 본인의 의사가 본인의 행위(예컨대 대리인에게 특정한 일을 맡기는 것)나 제반사정(예컨대 명시적 수권에서 사용한 용어, 당사자간 교섭의 전말, 일반적 거래관행)으로부터 추단되는 경우에 긍정된다.

〈사 례〉

1. B는 A를 B의 아파트건물 관리인으로 임명한다. A는 개개 아파트의 단기임대차 계약을 체결할 묵시적 대리권을 갖는다.

2. 대리권의 범위

대리인의 임무의 범위가 넓을수록 대리권의 범위도 넓어진다. 이에 제2항은 본인이 대리권을 부여하면서 달리 제한하지 않은 한 대리권은 명시적인 범위로 한정되는 것이 아니라 그 대리권이 부여된 목적을 이루기 위하여 상황에 따라 필요한 모든 행위에까지 확대된다는 것을 분명히 한다.

〈사 례〉

2. 화주 B는 선장 A에게 화물을 X국까지 10일 내에 운송하도록 위탁한다. 아직 3일분의 항해가 남았는데 선박이 손상되어 수리를 위하여 가장 가까운 항구에 기항하여야 한다. A는 화물을 양륙하여 다른 선장에게 다른 선박으로 목적지까지 화물을 운송하도록 위탁할 묵시적 대리권을 갖는다.

제2.2.3조

(현명대리)

(1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 그 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에, 대리인의 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 직접 영향을 미치며 대리인과 제3자 사이에는 아무런 법률관계도 형성되지 아니한다.

(2) 그러나 대리인이 본인의 동의를 얻어 계약의 당사자가 되기로 한 경우에 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.

【주 석】

1. “현명”대리

대리인의 행위의 효력과 관하여, 본절은 두 가지 기본적 상황을 구별한다. 그 중 하나는 본인을 위한 대리인의 행위가 대리권의 범위 내에 속하고 또한 제3자도 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 하는 경우이고, 다른 하나는 본인을 위한 대리인의 행위가 대리권의 범위 내에 속하지만 제3자는 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알지 못하고 또한 알았어야 하지도 않은 경우이다. 전자가 통상적이며 “현명”대리(“disclosed” agency)라 부른다. 본조는 이를 다룬다.

2. 본인과 제3자 사이의 법률관계에 직접 영향을 미치는 대리인의 행위

“현명”대리의 경우에 대리인의 행위는 제3자에 대한 본인의 법적 지위에 직접 영향을 미친다는 것이 규칙이다(제1항). 따라서 대리인에 의하여 체결된 계약은 본인과 제3자를 직접 구속한다. 마찬가지로 대리인이 제3자에 대하여 행하거나 수령하는 의사표시는 본인이 이를 직접 행하거나 수령한 것과 같이 본인의 법적 지위에 영향을 미친다.

〈사 례〉

1. 컴퓨터제조자 B의 판매대리인 A는 일정한 수량의 컴퓨터를 구매하고자 하는 C 대학의 주문을 수락한다. 이 매매계약은 직접 B와 C를 구속하며, 그 결과 A가 아닌

B가 C에 대하여 물품인도의무를 부담하고 C에 대하여 대금지급청구권을 갖는다.

2. 사실관계는 <사례 1>과 같으나 이제는 인도된 컴퓨터 중 1대에 하자가 있다는 차이가 있다. C가 A에게 한 하자통지는 직접 B에게 한 것과 같은 효력이 있다.

3. 반드시 본인의 이름으로 행위할 필요는 없음

본인과 제3자 사이에 직접 법률관계를 형성하기 위해서는 대리인이 권한의 범위 내에서 행위하고 제3자도 대리인이 타인을 대리하여 행위하고 있음을 알거나 알아야 하는 것으로 충분하다. 반면에 대리인이 반드시 본인(principal)의 이름으로 행위할 필요는 없다(또한 제2.2.1조 제1항 참조).

그러나 실무상 대리인이 자신의 이익을 위하여 그가 대리하는 본인을 명시적으로 밝힐 필요가 있는 경우가 있다. 따라서 당사자의 서명을 요하는 계약의 경우에 대리인은 자신이 직접 계약상의 의무를 지게 되는 위험을 피하기 위하여 단순히 자신의 이름으로 서명하지 말고 본인의 이름 앞에 “for and on behalf of”(---를 대리하여)와 같은 문구를 추가한 후 자신의 이름으로 서명하는 것이 좋다.

<사 례>

3. 사실관계는 위의 <사례 1>과 같다. A가 전화로 C의 주문을 수락할 때 그 자신의 이름으로 행위하는지 아니면 B의 이름으로 승낙한다고 명시적으로 밝히는지를 불문하고 매매계약은 직접 B와 C를 구속한다.

4. 연구소 C는 특별한 국제판례법 데이터베이스를 구축하기 위한 컴퓨터프로그램을 만들 목적으로 컴퓨터전문가 A와 접촉한다. A는 소프트웨어회사 B의 직원으로서 그 권한의 범위 내에서 계약에 서명하는 것이라면 B를 대리하여 행위한다는 것을 명시하여야 한다. A가 B를 밝히지 않고 단순히 서명한다면 A는 C에 대하여 계약상의 의무를 직접 부담하게 될 수도 있다.

4. 대리인이 계약의 당사자가 되기로 약속한 경우

대리인은 비록 공개적으로 본인을 위하여(on behalf of a principal) 행위함에도 예외적으로 직접 제3자와의 계약의 당사자가 되기도 한다(제2항). 특히 자신의 신분이 노출되는 것을 원치 않는 본인이 그의 ‘agent’(대리인)에게 이른바

“commission agent”(위탁매매인)로서 행위할 것, 즉 제3자와 거래하되 그 자신의 이름으로 하여 본인과 제3자 사이에 직접 법률관계가 발생하지 않도록 할 것을 지시하는 경우가 그에 해당한다. 또한 그 외에도 제3자가 자신은 당해 대리인 외에 다른 사람과 계약을 체결하는 것을 원하지 않음을 분명히 밝히고 대리인도 본인의 동의를 받아 본인이 아닌 대리인 자신만이 계약에 구속되는 것에 동의하는 경우도 있다. 이러한 두 경우에 대리인은 그와 제3자 사이에 체결된 계약상 그가 취득한 권리를 그와 본인 사이의 계약조건에 따라 본인에게 이전할 것이다.

대리인이 그와 본인 사이의 합의를 위반하여 일방적인 결정으로 그와 제3자 사이의 계약의 당사자가 된 경우에는 사정이 판이하게 달라진다. 이러한 경우에 그는 대리인으로 행위한 것이 아니며 따라서 이러한 사안은 본절의 적용범위 밖에 있다.

〈사 례〉

5. 딜러 B는 밀의 현저한 가격상승을 예견하고서 밀을 대량 구매하기로 결정한다. 신분의 노출을 원치 않는 B는 위탁매매인(commission agent) A에게 그 일을 위탁한다. A가 누군가인 본인(principal)을 위하여 구매한다는 사실을 공급자 C가 알고 있더라도 매매계약은 A와 C 사에서 체결되며 B의 법적지위에는 직접 영향을 주지 않는다.

6. ‘confirming house’ A는 해외의 매수인 B를 위하여 행위하면서 특정한 물품을 구매하고자 공급자 C에게 주문한다. B를 모르는 C는 B의 주문에 대한 A의 확인(confirmation)을 A에게 요구하고 이에 A는 자신이 직접 C에 대하여 의무를 부담하는 것을 수락한다. A가 B를 위하여 구매한다는 사실을 C가 알고 있더라도 이 매매계약은 A와 C를 구속하며 B의 법적 지위에는 직접 영향을 주지 않는다.

7. 딜러 B는 그를 위하여 일정량의 석유를 구매해줄 것을 대리인 A에게 요청한다. A가 공급자 C와 계약을 체결하기 직전에 산유국들이 생산량을 현저히 감축할 것이라는 급보가 도달한다. A는 유가의 급등을 기대하면서 자기 자신을 위하여 석유를 구매하기로 결정하고 C와 원유매매계약을 체결한다. 이러한 A는 더 이상 B의 대리인으로 행위한 것이 아니며 따라서 그 행위는 더 이상 본절의 적용을 받지 않는다.

제2.2.4조

(비현명대리)

(1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에, 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.

(2) 그러나 그러한 대리인이 어떤 기업을 대리하여 제3자와 계약을 체결하면서 자신이 그 기업의 소유자라고 표시한 때에는, 제3자는 그 기업의 실제소유자를 알게 되는 즉시 그가 대리인을 상대로 가진 권리를 실제소유자를 상대로 행사할 수 있다.

【주 석】

1. “비현명”대리

본조는 “비현명”대리(“undisclosed” agency)로 명명된, 즉 대리인이 그 권한의 범위 내에서 본인을 위하여 행위하나 제3자가 대리인이 대리인으로서 행위한다는 사실을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 상황을 다룬다.

2. 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 직접 영향을 미침

제1항은 “비현명”대리의 경우에 대리인의 행위는 단지 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미칠 뿐이고 제3자에 대한 관계에서 본인을 직접 구속하지 않는다고 규정한다.

〈사 례〉

1. 미술품딜러 A는 예술가 C로부터 그림 1점을 구매한다. 계약을 체결할 때 A는 그의 고객 B를 위하여 행위한다는 사실을 밝히지 않고 또한 C로서도 A가 타인을 위하여 행위한다고 믿을 합리적으로 이유가 없다. 이 계약은 A와 C만 구속하고 B와 C 사이에는 직접 법률관계를 발생시키지 않는다.

3. 본인에 대한 제3자의 권리

제1항의 규칙에도 불구하고 제3자는 예외적으로 본인을 직접 상대로 하는 권

리를 가질 수 있다. 보다 정확히 말하자면 기업의 소유자와 거래하고 있다고 믿는 제3자는 그가 사실은 소유자의 대리인과 거래하고 있음에도, 실제소유자를 알게 되는 때에는 제2항에 의하여 그가 대리인에 대하여 갖는 권리를 실제소유자를 상대로도 행사할 수 있다.

〈사 례〉

2. 제조자 A는 그의 자산을 신설된 회사에 양도한 후에도 계속하여 자신의 이름으로 공급자 B와 계약을 체결하여 오면서 B에게 자신(A)이 단지 그 신설회사의 영업이사로서 행위한다는 사실을 밝히지 않는다. 그 신설회사의 존재를 알게 되는 때에 B는 그의 권리를 신설회사에 대해서도 행사할 수 있다.

제2.2.5조

(무권대리 또는 월권대리)

(1) 대리인이 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 경우에, 그 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 아니한다.

(2) 그러나 본인이 원인을 제공하여 대리인이 본인을 대리하여 행할 권한을 갖거나 그 권한의 범위 내에서 행위하는 것으로 제3자가 합리적으로 믿게 된 경우에 본인은 제3자에 대하여 대리권의 결여를 주장하지 못한다.

【주 석】

1. 대리권의 결여

제1항은 대리인이 권한 없이 행위하는 경우(무권대리)에 그의 행위는 본인과 제3자 사이에 효력이 없다고 명시적으로 규정한다. 이러한 규칙은 제한된 범위의 대리권을 받은 대리인이 그 권한을 넘어 행위한 경우(월권대리)에도 그대로 적용된다.

제3자에 대한 허위의 대리인(false agent, 무권대리인 및 월권대리인)의 책임에 관하여는 제2.2.6조를 보라.

〈사 례〉

1. 본인 B는 대리인 A에게 A가 B를 대리하여 특정한 수량의 곡물을 일정한 가격을 상한으로 하여 구매하는 내용의 대리권을 부여한다. A는 매도인 C와 그 보다 많은 양의 곡물을 그 보다 높은 가격으로 구매하는 매매계약을 체결한다. A의 대리권의 결여로 인하여 A와 C 사이의 계약은 B를 구속하지 않으며 A와 C 사이에서도 효력이 없다.

2. 표현대리

대리인이 대리권이 없이 행위하거나 그 범위를 초과하여 행위하더라도 대리인의 행위가 본인과 제3자 사이에 효력을 갖는 두 가지 경우가 있다.

첫째 본인이 대리인의 행위를 추인하는 경우가 있으며 이는 제2.2.9조에서 다룬다.

둘째 이른바 “표현대리”의 경우이며 이는 본조 제2항에서 다룬다. 동 규정에 따라, 본인의 행위로 인하여 대리인이 본인을 대리할 권한을 가진 것으로 제3자가 합리적으로 믿게 된 경우에 본인은 제3자에 대하여 대리인에게 대리권이 없었음을 주장할 수 없고 그리하여 대리인의 행위에 구속된다.

표현대리는 일반원칙인 신의의 원칙(제1.7조 참조)과 모순행위금지의 원칙(제1.8조 참조)이 구현된 것으로 본인이 자연인이 아니고 ‘법인이나 단체’⁹⁾(organisation)인 경우에 특히 중요하다. 회사나 파트너쉽 또는 비즈니스 사단(社團, business association) 등과 거래할 때 제3자로서는 그러한 법인이나 단체를 위하여 행위하는 자연인이 실제로 대리권을 갖고 있는지를 알기 어렵고 이에 가능하다면 표현대리의 원용을 선호하게 된다. 표현대리의 성립을 위하여 제3자는 법인이나 단체를 대표하여 행위한다고 보이는 자(표현대리인)가 실제로 대표권(대리권)을 가졌다고 믿는 것이 합리적이었고 또한 그러한 믿음이 그러한 권한을 부여한 자(이사회, 이사, 파트너 등)의 행위로 인하여 초래되었음을 증명하기만 하면 족하다. 제3자의 믿음이 합리적이었는지 여부는 당해 사안의 제반사정(예컨대 법인이나 단체의 내부조직상 표현대리인의 지위, 거래의 종류, 법인이나 단체의 대표자가 과거에도 묵인한 적이 있는지 여부 등)에 달려있다.

9) 여기의 ‘법인이나 단체’는 “organisation”을 의역한 것이다.

〈사 례〉

2. B 회사의 지점의 지배인 A는 지점건물을 개조하는 계약을 건축회사 C와 체결한다. 그러나 실제로는 A는 그러한 계약을 체결할 권한이 없다. 지점의 지배인은 통상 그러한 계약을 체결할 권한을 갖는다는 사실에 비추어 볼 때 C로서는 A가 계약을 체결할 대리권을 실제로 가졌다고 믿는 것이 합리적이고 따라서 B는 C와의 계약에 구속된다.

3. B 회사의 재정담당 임원 A는 B를 위하여 C 은행과 금융거래를 반복해왔다. 실제로는 A에게 그러한 대리권이 없었으나 B의 이사회는 이를 묵인해왔다. 그 후에 체결된 새로운 금융거래가 B에게 불리한 것으로 밝혀졌고 B의 이사회는 C를 상대로 A에게는 그러한 대리권이 없었다고 주장한다. C는 A의 표현대리를 주장하여 B의 주장을 물리칠 수 있다.

제2.2.6조

(무권대리인 또는 월권대리인의 책임)

(1) 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위하는 대리인은 본인의 추인이 없는 한 그가 그렇게 하지 않았더라면 제3자가 놓이게 될 입장에 이르도록 하는 정도의 손해배상책임을 진다.

(2) 그러나 제3자가 대리인이 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. 허위의 대리인의 책임

일반적으로 인정되듯이 권한 없이 행위한 무권대리인이나 권한을 넘어 행위한 월권대리인은 본인의 추인이 없는 한 제3자에 대하여 손해배상책임을 진다. 제1항은 그러한 허위의 대리인은 제3자에 대하여 그가 실제로 대리권을 갖고서 그 범위 내에서 행위하였더라면 제3자가 놓이게 되었을 입장에 이르도록 하는 정도의 손해배상책임을 진다고 명시함으로써 허위의 대리인의 책임범위는 이른바 신뢰이익(reliance interest) 혹은 소극적 이익(negative interest)에 한정되지 않고 이른바 기대이익(expectation interest) 혹은 적극적 이익(positive interest)도 손해배상의 대상임을 분명히 한다. 다시 말해 제3자는 그와 허위의 대리인

사이에 체결된 계약이 효력을 가졌더라면 취득하였을 이익을 배상받을 수 있다.

〈사 례〉

1. 에이전트 A는 본인 B의 수권 없이 B 소유의 화물인 유류를 매매하는 계약을 제3자 C와 체결한다. B의 주인이 없는 한 C는 A로부터 그 계약대금과 시가의 차액을 배상받을 수 있다.

2. 대리권의 결여에 대한 제3자의 인지

제3자에 대한 허위의 대리인의 책임은 그 허위의 대리인과 계약을 체결한 제3자가 계약체결시에 그 대리인이 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위한다는 사실을 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않은 한도 내에서 발생한다.

〈사 례〉

2. B 회사의 하급직원인 A는 건설회사 C와 B의 영업장을 개조하는 계약을 체결하는데 사실 A는 그렇게 할 권한이 없다. B는 그 계약의 추인을 거절한다. 그럼에도 C는 A에게 손해배상을 청구할 수 없다. C는 A의 지위로 보아 통상 A로서는 그러한 계약을 체결할 권한이 없다는 것을 알았어야 하기 때문이다.

제2.2.7조

(이익의 충돌)

(1) 대리인이 본인과 대리인 사이의 이익충돌의 상황에서 계약을 체결하였으나 제3자가 그러한 이익충돌의 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우에 본인은 계약을 취소할 수 있다. 이 취소권에 대해서는 제3.2.9조 및 제3.2.11조 내지 제3.2.15조가 적용된다.

(2) 그러나 본인은 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

(가) 대리인이 이익충돌의 상황에서 행위하는 것에 대하여 본인이 동의하였거나 본인이 그러한 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우, 또는

(나) 대리인이 본인에게 이익충돌의 사실을 고지하였으나 본인이 합리적인 기간 내에 그에 반대하지 아니한 경우.

【주 석】

1. 대리인과 본인 사이의 이익충돌

대리인은 임무를 수행할 때 만약 그의 이익과 본인의 이익 또는 다른 누군가의 이익과 본인의 이익이 충돌한다면 본연의 의무로서 전자보다는 본인의 이익을 우선시켜야 하며 이는 모든 대리관계에서 본질적인 것이다.

잠재적으로 이익의 충돌이 발생할 수 있는 가장 흔한 경우는 동일한 대리인이 2명의 본인 모두의 대리인으로 행위하는 경우와 대리인이 그 자신이나 그와 밀접한 이해관계에 있는 회사를 일방으로 하고 본인을 상대방으로 하여 계약을 체결을 하는 경우이다. 그러나 사실 그러한 경우에도 실제로 이익의 충돌이 반드시 존재하는 것은 아니다. 예컨대 동일한 대리인이 2명의 본인을 대리하는 것(쌍방대리)이 당해 거래분야의 관행에 부합할 수 있으며, 본인이 대리인에게 어떤 책략이 개입될 여지가 없을 정도로 엄격한 내용의 임무를 부여하였을 수도 있기 때문이다.

2. 계약취소사유로서의 이익의 충돌

본조 제1항은 실제로 이익이 충돌하는 상황에서 대리인이 계약을 체결한 경우에 제3자가 이익충돌의 사실을 알았거나 알았어야 했다는 요건 하에서 본인이 계약을 취소할 수 있다는 규칙을 규정한다.

제3자의 실제인지(實際認知, actual knowledge) 또는 의제인지(擬制認知, constructive knowledge)라는 요건은 선의의 제3자가 갖는 계약유지의 이익을 보호하기 위함이다. 그러나 이 요건은 대리인이 자기 자신과 계약을 체결함에 따라 대리인 자신이 동시에 제3자로 되는 경우에는 적용되지 않는다.

〈사 례〉

1. 사무변호사(solicitor) A는 외국의 고객 B로부터 A가 있는 도시에 있는 아파트 1채를 B를 대리하여 구입해 달라는 요청을 받는다. A가 구입한 아파트는 C가 A에게 C를 위하여 매각하도록 요청한 바로 그 아파트이다. C가 A의 이익충돌사실을 알았거나 알았어야 함을 증명할 수 있는 한 B는 계약을 취소할 수 있다.

2. 판매대리점 A는 소매상 B로부터 특정한 물품을 B를 대리하여 구입하여 달라는 요청을 받고서 C 회사로부터 물품을 구매하는데, 사실 A는 C 회사의 대주주이다. C

가 A의 이익충돌사실을 알았거나 알았어야 함을 증명할 수 있는 한 B는 계약을 취소할 수 있다.

3. 고객 B는 A 은행에게 C 회사의 주식 1,000주를 B를 대리하여 Y시에 있는 증권거래소의 당일종가로 매수할 것을 지시한다. 그런데 A는 자신이 소유하던 바로 그 주식 1,000주를 B에게 매도한다. 그렇다면 A가 어떤 책략을 부릴 여지가 전혀 없으므로 이익충돌은 존재하지 않는다.

4. B 회사의 최고집행임원 A는 B가 제기하거나 B에 대하여 제기되는 소송이 발생하는 경우에 B의 소송대리인을 선임할 권한을 갖고 있다. A는 자기 자신을 B의 소송대리인으로 선임한다. B는 그 위임계약을 취소할 수 있다.

3. 취소절차

취소절차에 관하여는 제3.2.9조(추인), 제3.2.11조(취소의 통지), 제3.2.12조(기간제한), 제3.2.13조(일부취소) 및 제3.2.14조(취소의 소급효), 제3.2.15조(반환)가 적용된다.

4. 취소권의 배제

제2항에 따라, 대리인이 이익충돌의 상황에서 행위하는 것에 대하여 본인이 미리 동의하였거나 대리인이 이익충돌의 상황에서 행위한다는 사실을 본인이 알았거나 알았어야 하는 경우에 본인은 취소권을 상실한다. 마찬가지로 본인이 대리인으로부터 대리인이 이익충돌의 상황에서 계약을 체결하였다고 고지받고서 그에 반대하지 않은 경우에도 본인은 취소권을 상실한다.

〈사 례〉

5. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 계약체결 전에 A가 B에게 자신(A)은 동시에 C의 대리인으로 행위한다고 고지한다는 차이가 있다. 그에 대하여 아무런 반대를 하지 않는 B는 취소권을 상실한다. 마찬가지로 A가 C에게 자신(A)은 동시에 B의 대리인으로 행위한다고 고지하였음에도 C가 아무런 반대를 하지 않는다면 C도 역시 취소권을 상실한다.

5. 본조가 규율하지 않는 사항

제2.2.1조에 규정된 본절의 적용범위에 따라 본조는 대리인의 이익충돌상태가 외부관계에 미치는 효과만 다룬다. 본인에 대한 대리인의 충분히 고지할 의무와 대리인에 대한 본인의 손해배상청구권은 본 원칙의 다른 규정(제1.7조, 제3.2.16조 및 제7.4.1조 이하 참조)에 따라 해결되거나 본인과 대리인 사이의 내부관계에 적용되는 준거법에 의한다.

제2.2.8조

(복대리)

대리인은 자신이 직접 수행하도록 기대하는 것이 합리적이지 않은 행위를 수행하기 위하여 복대리인을 선임할 묵시적 권한이 있다. 본절의 규칙은 복대리에 적용된다.

【주 석】

1. 복대리인의 역할

대리인은 본인이 부여한 임무를 수행할 때 타인을 이용하는 것이 더 편리하거나 때로는 불가피하다는 것을 알게 된다. 예컨대 대리인이 어떤 일을 그의 영업소로부터 먼 곳에서 하여야 한다면, 또는 대리인의 임무를 더 효율적으로 수행하기 위하여 일의 분담이 필요한 경우가 있다.

2. 묵시적 복대리인선임권

대리인이 일인 또는 둘 이상의 복대리인을 선임할 권한을 갖는지는 본인이 부여한 권한의 내용에 달려있다. 본인은 대리인의 복대리인선임권한을 명시적으로 배제할 수도 있고 그의 사전승인을 조건으로 그러한 권한을 부여할 수도 있다. 본인이 대리권을 부여하면서 대리인의 복대리인 선임가능성에 대하여 침묵한 경우에, 부여된 대리권의 내용이 달리 그러한 가능성에 반하지 않는다면 대리인은 본조에 따라 복대리인을 선임할 권한을 갖는다. 유일한 제한은 대리인은 자신이 직접 수행하는 것으로 합리적으로 기대된 일을 복대리인에게 위탁할 수 없다는 것이다. 특히 대리인의 개인적 전문성이 요구되는 경우가 그에 해당한다.

〈사 례〉

1. 중국박물관 B는 런던에 있는 미술품딜러 A에게 독일에 있는 어느 사설 경매회사에서 1점의 특정한 그리스산 도자기를 구입하도록 지시한다. A는 독일에 있는 복대리인 S를 선임할 묵시적 권한을 가지며, 이에 S는 독일의 그 경매회사에서 도자기를 구매하여 B에게 송부할 수 있다.

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 가장 적합한 경매물(그리스산 도자기)을 선정할 수 있는 A의 전문성을 신뢰하기 때문에 B로서는 A가 독일의 경매회사에서 구체적으로 어떤 그리스산 도자기를 구입하여야 하는지를 명시하지 않은 차이가 있다. 이러한 경우는 A는 자신이 직접 도자기를 구입하도록 기대된다. 다만 그렇게 도자기를 구입한 A는 복대리인 S를 선임하여 S로 하여금 도자기를 B에게 송부하도록 할 수 있다.

3. 복대리인의 행위의 효력

본조는 본질의 규칙들이 복대리에 적용된다고 규정한다. 다시 말해 대리인이 적법하게 선임한 복대리인의 행위는 그러한 행위가 대리인의 권한뿐만 아니라 대리인이 복대리인에게 제한적으로 부여한 권한의 범위 내에 있다면 본인과 제3자 사이에 구속력이 있다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. S의 그리스산 도자기 구매행위는 그것이 B가 A에게 부여한 대리권 및 A가 S에게 부여한 대리권의 범위를 초과하지 않는 한 B를 직접 구속한다.

제2.2.9조

(추인)

(1) 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 대리인의 행위에 대하여 본인은 추인할 수 있다. 추인과 동시에 그러한 대리인의 행위는 그것이 마치 처음부터 권한을 가지고 수행된 것과 같은 효력이 있다.

(2) 제3자는 본인에게 통지함으로써 추인을 위한 합리적인 기간을 지정할 수 있다. 본인은 그러한 기간 내에 추인하지 않은 때에는 더 이상 추인하지 못한다.

(3) 대리인이 행위하던 당시에 대리권의 결여를 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 제3자는 추인이 있기 전에 본인에게 통지함으로써 자신은 추인에 구속되지 않을 것임을 밝힐 수 있다.

【주 석】

1. 추인의 개념

본조는 일반적으로 승인되는 원칙, 즉 마치 대리권을 가진 듯이 행위하였으나 실제로는 대리권이 없었거나 그 범위를 초과한 대리인의 행위도 추후의 단계에서 본인에 의하여 대리행위로 승인될 수 있다는 원칙을 규정한다. 이러한 사후승인은 “추인”(ratification)이라고 알려져 있다.

애초의 수권행위와 마찬가지로 추인도 특별한 방식을 요하지 않는다. 추인은 일방적 의사표시이므로 명시적으로 할 수도 있고 말이나 행동에서 추단될 수도 있다. 또한 추인의 통지는 보통 대리인이나 제3자 또는 양자 모두에 대하여 이루어지지만 반드시 어느 누구에게 통지되어야 하는 것은 아니되, 다만 추인이 긍정되기 위해서는 어떠한 방법으로든지 표시되어야 하고 그에 따라 증거자료로 확인될 수 있어야 한다.

〈사 례〉

대리인 A는 본인 B를 대리하여 제3자 C로부터 물품을 구매하면서 수권받은 가격보다 비싸게 구매한다. C의 대금청구서를 수령한 때 B는 이의를 제기하지 않고 은행이체로 대금을 지급한다. 이러한 지급행위는, 비록 B가 그 행위를 하면서 추인의사를 명시적으로 표시하지 않았고, A와 C 누구에게도 대금지급사실을 통지하지 않았으며 C가 그의 은행으로부터 대금지급 사실을 추후에 통지받더라도 A의 행위에 대한 추인에 해당한다.

2. 추인의 효력

추인과 동시에 대리인의 행위는 마치 그가 처음부터 대리권을 갖고서 행위한 것과 같은 효력이 있다(제1항). 따라서 제3자는 대리인의 행위에 대한 본인의 일부추인을 거절할 수 있다. 일부추인은 제3자가 대리인과 체결한 계약을 변경하고자 하는 본인의 제안에 해당하기 때문이다. 한편 본인은 제3자가 그 추인의

사실을 알게 된 후에는 추인을 철회하지 못한다. 그렇지 않다면 본인은 제3자와의 계약에서 일방적으로 벗어날 수 있는 지위를 누리기 때문이다.

3. 추인시기

원칙적으로 본인은 언제든지 추인할 수 있다. 그 이유는 통상 제3자는 그가 무권대리인이나 월권대리인과 계약을 체결한 사실조차도 모르고 있기 때문이다. 대리인이 허위의 대리인이었다는 것을 제3자가 처음부터 알았거나 사후적으로 알게 된 경우에도 제3자는 그와 허위의 대리인 사이에 체결된 계약의 종국적 운명이 무한정 불확실한 상태에 놓이지 않는다는 데 대하여 적법한 이익을 갖는다. 이에 본조 제2항은 제3자에게 본인이 추인할 수 있는 합리적인 기간을 지정할 권리를 부여하며, 본인은 추인하고자 한다면 그러한 추인기간 내에 하여야 한다. 이러한 경우에도 추인이 제3자에게 통지되어야 함은 물론이다.

4. 제3자의 의한 추인권 배제

대리인을 상대로 행위할 당시에 그 대리인의 권한없음을 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 제3자는 본인의 추인이 있기 전에는 언제든지 본인에게 통지함으로써 추인을 배제할 수 있다. 선의의 제3자에게 이러한 권리를 부여하는 이유는 오직 본인만이 투기를 하거나 시황전개 여하에 따라 추인 여부를 결정하는 위치에 있게 되는 것을 피하기 위함이다.

5. 제3자의 권리의 존속

본조는 오직 추인이 대리의 법률관계에 직접 관련되는 세 당사자, 즉 본인, 대리인 및 제3자에 대하여 갖는 효력만 다룬다. 제2.2.1조에 규정된 본절의 적용범위에 의하여, 다른 제3자의 권리는 영향을 받지 않는다. 예컨대 허위의 대리인 C가 1차로 매도한 바로 그 물품을 본인이 그 후에 외부의 제3자 D에게 2차로 매도하는 경우에, 본인이 추후 1차매매를 추인함으로써 초래되는 C와 D 사이의 충돌은 그 준거법에 따라 해결되어야 한다.

제2.2.10조

(대리권의 종료)

(1) 대리권의 종료는 제3자가 이를 몰랐거나 알았어야 하지 않은 때에는 제3자와의 관계에서 효력이 없다.

(2) 대리권의 종료에도 불구하고 대리인은 본인의 이익에 반하는 손해를 방지하기 위하여 필요한 행위를 수행할 권한이 있다.

【주 석】

1. 본조의 범위 밖에 있는 대리권종료사유

대리권 종료사유로는 본인에 의한 대리권 부여의 철회, 대리인의 대리권 포기, 대리권 부여목적의 달성, 능력상실, 파산, 본인 또는 대리인의 사망 또는 법인격소멸 등 여러 가지가 있다. 본인과 대리인 사이에서 정확히 어떤 사유가 대리권 종료사유인지와 그 사유가 어떻게 작용하는지는 본조의 범위 밖에 있으며 그 결정은 국가에 따라 상당히 상이한 준거법(예컨대 본인과 대리인 사이의 내부관계의 준거법, 본인과 대리인의 법적지위 또는 법인격의 준거법, 파산의 준거법 등)에 따른다.

2. 대리권종료의 제3자에 대한 효력

대리권 종료사유가 무엇이건 간에 제3자와의 관계에서 대리권의 종료는 제3자가 이를 몰랐거나 알았어야 하지 않은 때에는 효력이 없다(제1항). 다시 말해 어떤 이유로 대리권이 종료되더라도 대리인이 더 이상 대리권을 갖지 않는다는 사실을 제3자가 몰랐고 또한 알았어야 하지도 않았다면 대리인의 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 대하여 계속하여 효력이 있다.

물론 본인이나 대리인이 제3자에게 대리권의 종료를 통지한 경우에는 상황이 명백하다. 그러한 통지를 하지 않은 경우에는 제반사정으로 보아 제3자가 대리권종료의 사실을 알았어야 했는지 여부에 달려있다.

〈사 례〉

1. 본인 B는 X시에 지점을 개설한다. 현지신문에 실린 광고에서 B의 영업이사인 A

가 마치 B의 포괄대리권을 갖는 대리인인 것처럼 표시된다. 그 후 B가 A의 대리권을 종료시키면서 그에 상응하는 공지를 같은 신문에 실었다면 이는 X시에 있는 B의 고객들에 대하여 효력이 있는 대리권 종료사유로 충분하다.

2. 소매상 C는 본인 B가 판매하는 물품의 구매주문을 B의 판매대리인인 A에게 반복적으로 하여왔다. A는 B의 파산으로 대리권이 종료된 후에도 계속하여 C의 주문을 수락해왔다. 그 준거법에 따라 그 파산절차가 공지되었더라도 단지 그러한 사실만으로는 C에 대하여 효력을 갖는 대리권 종료사유로 충분하지 않다.

3. 긴급대리권(authority of necessity)

대리권이 종료된 후에도 상황에 따라 대리인으로서 본인에게 손해가 발생하는 것을 막기 위하여 추가적 행위를 할 필요가 있다.

〈사 례〉

3. 대리인 A는 본인 B를 위하여 일정한 수량의 변질되기 쉬운 물품을 구매하는 대리권을 갖고 있다. 물품구입 후 A는 B의 사망사실을 통지받는다. 그에 따른 대리권의 종료에도 불구하고 A는 물품을 재매각하거나 적절한 창고에 보관할 대리권을 계속하여 보유한다.

4. 대리권의 제한과 본조의 적용

본조의 규칙은 대리권의 종료에 적용되는 외에도 대리권의 사후적 제한의 경우에 준용된다.

제 3 장 유 효 성

제 1 절 총 칙

제3.1.1조

(적용배제사항)

본조는 무능력을 다루지 아니한다.

【주 석】

본조는 다양한 국내법제에서 발견되는 계약의 모든 무효·취소사유가 본 원칙의 적용범위 내에 드는 것을 아님을 분명히 한다. 특히 무능력이 그러하다. 이러한 적용배제를 규정한 이유는 신분의 문제는 본래 복잡할 뿐 아니라 각 국내법에서 이러한 문제를 다루는 방법도 극히 다양하기 때문이다. 결국 능력유월(ultra vires)과 같은 문제는 계속하여 그 준거법에 따른다.

회사나 파트너십 그 밖의 실체의 기관(organ)이나 임원, 파트너가 각각 자신이 속한 실체를 구속할 권한(대리권 또는 대표권)에 관하여는 제2.2.1조의 주석 5를 보라.

제3.1.2조

(단순한 합의의 유효성)

계약은 당사자간의 단순한 합의에 의해 체결, 변경 또는 종료되며, 더 이상의 요건은 요구되지 아니한다.

【주 석】

본조의 목적은 당사자간의 단순한 합의만으로도 계약의 유효한 성립이나 합의에 의한 변경 또는 종료를 낳기에 충분하고 이를 위하여 일부 국내법에서 발견되는 그 이상의 요건은 필요 없다는 것을 분명히 하는 데 있다.

1. 약인의 불요

보통법계에서는 전통적으로 약인(consideration)이 계약의 유효성이나 강제가능성의 요건으로 나아가 당사자에 의한 계약의 변경 또는 종료의 요건으로 이해되고 있다.

그러나 상거래에서는 거의 항상 당사자 쌍방이 모두 의무를 부담하므로 그러한 요건의 현실적 중요성은 미미하다. 이러한 이유에서 CISG 제29조 제1항은 국제물품매매계약 당사자에 의한 계약의 변경과 종료에 관하여 약인요건을 부과하지 않는다. 본조는 이러한 접근법을 일반국제상사계약 당사자에 의한 계약의 성립과 변경, 종료에까지 확대하며, 이러한 사실만으로도 확실성이 증대하고 소송이 감소할 수 있다.

2. ‘cause’(원인)의 불요

본조는 일부 대륙법계에 존재하는 그리고 어떤 면에서 보통법상의 “약인”과 기능적으로 유사한 ‘cause’(원인)의 요건도 배척한다.

〈사 례〉

1. 프랑스고객 A의 요청에 따라, 파리에 있는 B 은행은 영국에 있는 A의 거래처인 C를 수익자로 하여 요구불보증(要求拂保證, guarantee on first demand)을 발행한다. A와 B는 그 보증에 관한 약인이나 ‘cause’(원인)가 결여되었더라도 이를 주장하지 못한다.

그러나 본조는 위법성과 같은 ‘cause’의 다른 측면에서 비롯되는 효력에는 관계하지 않는다는 점을 주의하여야 한다(제3.3.1조의 주석 2 참조).

3. 낙성계약

일부 대륙법제는 “요물”계약(“real” contract) 즉 물품의 실제 교부가 있어야만 체결되는 계약이라는 특별한 종류의 계약을 긍정한다. 그러한 규칙은 현대적 업계의 인식이나 실무와 쉽게 조화되지 않으며 따라서 본조는 이를 배척한다.

〈사 례〉

2. 프랑스의 두 사업가 A와 B는 부동산개발업자 C에게 7월2일에 300,000 유로를 대출해주기로 C와 합의한다. 6월25일에 A와 B는 C에게 예기치 못한 사정으로 동 자금이 자신들의 사업을 위하여 필요하다고 통보한다. 비록 프랑스에서 일반적으로 대출계약이 “요물”계약으로 다루어지더라도, C는 대출을 받을 권리가 있다.

제3.1.3조

(원시적 불능)

(1) 단지 의무의 이행이 계약체결시에 이미 불가능하였다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

(2) 단지 계약체결시에 당사자가 계약의 목적이 된 재산을 처분할 권리가 없었다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

【주 석】

1. 원시적 이행불능

매도된 특정물이 계약체결시에 이미 소실된 경우에 다수의 법제에서 매매계약을 무효로 보는 것에 반하여, 본조 제1항은 대부분의 현대적 추세에 따라 단지 인수한 의무의 이행이 계약체결시에 불가능하였다는 사실에 의하여 계약의 유효성에 영향을 미치지 않는다고 일반적인 용어를 사용하여 규정한다.

계약의 목적이 된 재산이 계약체결시에 이미 소실되었더라도 계약은 유효하며 따라서 원시적 이행불능은 계약체결 후에 발생하는 불능 즉 후발적 불능과 동등하다. 일방의 (혹은 아마도 쌍방의) 이행불능에 기하여 발생하는 당사자의 권리의무는 불이행에 관한 규칙에 따라 결정되어야 한다. 이러한 불이행규칙 하에서, 예컨대 채무자(또는 채권자)가 계약체결시에 이행불능의 사실을 이미 알고 있었는지 여부가 적절히 고려될 수 있다. 제1항의 규칙은 장래물(future goods)의 인도를 요하는 계약의 유효성에 관하여 혹시 있을 수 있는 의심도 제거한다.

법적 금지(예컨대 수출입금지) 때문에 원시적 이행불능이 발생한 경우에 계약의 유효성은 그러한 금지를 규정한 법의 취지가 계약을 무효로 만들고자 함에 있는지 아니면 단지 계약의 이행을 금지하고자 함에 있는지에 달려있다.

또한 제1항은 일부 대륙법제에서 발견되는 ‘계약의 목적은 가능한 것이어야

한다'는 규칙에서 벗어난다.

제1항은 또한 원시적 불능의 경우에는 반대이행(counter-performance)에 대한 'cause'(원인)가 결여되기 때문에 'cause'의 존재를 요하는 일부 대륙법제의 규칙과도 다르다(제3.1.2조 참조).

2. 소유권 또는 법적 권한의 결여

본조 제2항은 재산을 이전하거나 인도하기로 약속한 당사자가 계약체결시에 소유권이나 처분권을 가지고 있지 않아서 재산을 처분할 수 없는 경우를 다룬다.

일부 법제는 그러한 사정 하에서 체결된 매매계약을 무효로 다룬다. 그러나 원시적 불능의 경우와 마찬가지로 나아가 보다 설득력 있는 이유들 때문에, 본조 제2항은 그러한 계약을 유효로 본다. 사실 계약당사자는 계약이 체결된 후에 비로소 문제의 재산에 대한 소유권이나 처분권을 취득하는 수가 있고 실제로 흔히 그렇게 한다. 추후 결국 그러한 권리를 취득하지 못하는 때에는 불이행에 관한 규칙이 적용될 것이다.

처분권이 결여된 사안은 무능력의 사안과 구별되어야 한다. 후자는 계약을 체결하는 사람의 무능력 즉 무능력자가 체결하는 모든 또는 최소한 일부의 종류의 계약에 대하여 영향을 미치는 사안에 관련되고 본 원칙의 적용범위 밖에 있다(제3.1.1조 참조).

제3.1.4조

(강행규정성)

본장에 규정된 사기, 강박, 중대한 불균형 및 위법성에 관한 규정은 강행규정이다.

【주 석】

사기, 강박, 중대한 불균형 및 위법성에 관한 본장의 규정은 강행규정이다. 당사자가 계약체결시에 이러한 규정을 배제 또는 변경하는 것은 신의에 반한다. 그러나 어떠한 규정도 사기·강박·중대한 불균형에 기하여 취소권을 가진 당사자가 진정한 사실을 알게 되었거나 자유롭게 행동할 수 있게 된 후에 취소권을 포기하는 것을 막지 않는다.

반면에 단순한 합의의 구속력이나 원시적 불능 또는 착오에 관한 본장의 규정은 강행규정이 아니다. 따라서 당사자는 약인이나 ‘cause’(원인)와 같은 국내 법상의 특별한 요건을 합의로 다시 도입할 수 있다. 마찬가지로 당사자는 원시적 불능의 경우에 계약이 무효라고 합의하거나 당사자 어느 일방의 착오는 계약 취소사유가 아니라고 합의할 수 있다.

제 2 절 취소사유

제3.2.1조

(착오의 정의)

착오라 함은 계약체결시에 존재하는 사실이나 법에 관한 잘못된 가정을 말한다.

【주 석】

1. 사실의 착오와 법률의 착오

본조는 사실의 착오와 법률의 착오를 동등하게 취급한다. 이러한 동등한 법적 취급은 현대적인 법제들의 복잡성이 증가하고 있다는 견지에서 정당한 것으로 보인다. 국제거래의 경우에 그러한 복잡성 때문에 초래되는 어려움들은 더욱 가중되는데 이는 개별거래가 외국의 법제 즉 익숙하지 않은 법제의 영향을 받을 수 있기 때문이다.

2. 착오의 기준시기

본조에 의하면 착오는 계약체결시에 존재하는 사실적 또는 법적 사정에 관한 오인을 포함해야 한다.

이러한 시간의 요소를 규정한 것은 착오의 경우에는 특별한 구제수단이 부여되므로 착오규칙이 적용되는 사안을 불이행규칙이 적용되는 사안과 구별하기 위함이다. 실제로 전형적인 착오의 사안도 관점에 따라서는 이를 계약이행을 방해하거나 장애가 되는 사정이 존재하는 사안으로도 볼 수 있는 경우가 흔히 있다. 당사자가 사실적 혹은 법적 맥락에 관하여 잘못 인식하고서 계약을 체결함에 따라 계약상 그의 전망을 오판한 경우에는 착오에 관한 규칙이 적용될 것이다. 반대로 당사자가 제반 상황을 정확하게 인식하였으나 계약상 그의 전망에 관한 판단을 잘못하였고 그에 따라 추후 이행을 거절하는 경우에 이는 착오가 아닌 불이행의 사안이다.

제3.2.2조

(취소사유가 되는 착오)

(1) 일방 당사자는 착오에 빠진 당사자와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람이 만약 진실한 상황을 알았더라면 계약을 실질적으로 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 아예 체결하지 않았을 정도로 착오가 계약체결시에 중대하고 또한 다음 각호의 어느 것에 해당하는 경우에 한하여 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.

(가) 상대방도 동일한 착오를 하였거나 상대방이 착오를 야기하였거나 또는 상대방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 하고 또한 착오자를 착오상태에 놓아 두는 것이 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 반하는 경우 또는

(나) 취소시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 아니한 경우.

(2) 그러나 당사자는 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

(가) 그가 착오를 하게 된 것이 그의 중대한 과실 때문인 경우 또는

(나) 그 착오가 착오의 위험을 착오자가 인수한 사항에 관련되거나 또는 제반사정을 고려할 때 착오자가 그 착오의 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우.

【주 석】

본조는 계약취소권을 발생시키는 착오가 되기 위한 요건들을 규정한다. 제1항의 도입부는 충분히 중대한 착오이어야 한다는 요건을 규정하고, 제1항의 가호와 나호는 착오자의 상대방에 관한 요건들을 추가하며 제2항은 착오자에 관한 요건들을 다룬다.

1. 중대한 착오

취소사유가 되기 위해서는 반드시 중대한 착오이어야 한다. 중대한 착오인지 여부는 병합된 객관적/주관적 기준(combined objective/subjective standard)을 사용하여, 즉 “[착오에 빠진 당사자]와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람”이 계약체결시에 진실한 상황을 알았더라면 어떻게 행동하였을 것인지를 기준으로 판단되어야 한다. 만약 그러한 합리적인 자가 계약을 아예 체결하지 않았을 것이거나 실질적으로 다른 내용으로 체결하였을 것일 때 비로소 중대한 착오로 다루

어진다.

이러한 맥락에서 제1항의 도입부는 착오에 관련되어야 하는 계약의 핵심적 요소들을 구체적으로 적시하기 보다는 개방적인 공식에 의존한다. 이러한 탄력적 접근법은 당사자의 의사와 당해 사안의 제반사정을 충분히 고려할 수 있게 한다. 당사자의 의사를 확정할 때에는 해석에 관한 제4장의 규칙이 적용되어야 한다. 일반적인 상거래기준(*general commercial standard*)과 관련 관행(*relevant usage*)이 특히 중요할 것이다.

상거래에서는 보통 물품이나 용역의 가치에 관한 착오나 착오자의 단순한 기대(*expectation*)나 동기(*motivation*)에 관한 착오와 같은 일정한 착오는 취소사유로 고려되지 않는다. 상대방의 신원(*identity*)이나 인적 성질(*personal quality*)에 관한 착오도 마찬가지나, 다만 이러한 착오는 경우에 따라 특별한 사정에 의하여 (예컨대 특정한 자격이 있는 사람이 용역을 제공하여야 하는 경우나 차주의 신용을 기초로 금전을 대출하는 경우에는) 취소사유가 될 수 있다.

그러나 합리적인 사람이 보기에 잘못 가정한 상황이 핵심적이라는 사실만으로는 충분하지 않다. 취소사유인 착오가 되기 위해서는 착오자 및 상대방에 관한 추가적 요건이 충족되어야 하기 때문이다.

2. 착오자의 상대방에 관한 요건

착오자는 상대방이 제1항에 규정된 네 가지 요건 중 어느 하나를 만족하는 경우에만 계약을 취소할 수 있다.

그 중 가호에 규정된 세 가지 요건은 상대방이 어떤 이유로든 착오자의 착오에 개입되어 있어 보호할 가치가 없다는 공통점을 갖는다.

첫째 요건은 당사자 쌍방이 동일한 착오를 하는 것이다.

〈사 례〉

1. A와 B는 스포츠카 매매계약을 체결하면서 자동차가 그 동안에 도난당한 사실을 몰랐고 또한 알 수도 없었다. 이 계약은 취소될 수 있다.

그러나 계약체결시에 당사자가 잘못알고서 계약의 목적이 존재하는 것으로 믿었는데 사실은 그 당시에 이미 파손되고 없었던 경우에는 제3.1.3조가 고려되어야 한다.

둘째 요건은 착오자의 착오가 상대방에 의하여 야기되는 것이다. 이 요건은 착오의 원인을 추적해 볼 때 당해 착오가 상대방의 특정한 진술(representation) [-] 이것이 명시적 또는 묵시적이건 간에 또한 이것이 과실에 의한 것이든 선의에 의한 것이든 간에 [-] 때문인 경우 또는 제반사정으로 보아 진술에 상당하는 상대방의 행위 때문인 경우에 충족된다. 침묵이 착오를 야기할 수도 있다. 광고나 협상 중에 나타나는 “과장”(puff)은 보통 용인될 것이다.

착오를 의도적으로 유발시킨 경우에는 제3.2.5조가 적용된다.

셋째 요건은 상대방이 착오자의 착오를 알았거나 알았어야 하고 또한 착오자를 착오상태에 놓아둔 것이 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 반하는 것이다. 상대방이 알았어야 했는지 여부는 그와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람이 그러하였는지 여부로 판단되어야 한다. 또한 계약을 취소할 수 있기 위하여 착오자는 상대방이 그의 착오를 알려줄 의무를 부담하고 있었음을 증명하여야 한다.

제1항 나호에 규정되어 있는 넷째 요건은 착오자가 아니라 상대방이 계약취소가 있기 전에 이미 계약을 신뢰하여 합리적으로 행위하지 않았어야 한다는 것이다. 취소시기에 관하여는 제3.2.12조와 제1.10조를 보라.

3. 착오자에 관한 요건

본조 제2항은 착오자가 계약을 취소할 수 없게 되는 두 가지 경우를 다룬다.

첫째, 착오가 착오자의 중대한 과실 때문인 경우로서 이는 가호에 규정되어 있다. 이러한 경우에는 착오자에게 계약취소를 허용하는 것이 상대방에게는 불공평한 것이 된다.

나호는 착오자가 착오의 위험을 인수하였거나 제반사정으로 보아 그러한 위험을 부담하여야 하는 경우를 상정한다. 착오 위험의 인수는 흔히 투기적인 계약의 특징이다. 당사자는 특정한 사실의 존재에 대한 자신의 가정이 장차 틀림없을 것이라는 희망을 갖고서 계약을 체결하기도 하며 이때 그는 그러한 가정이 틀릴 위험을 인수하기로 약속한다. 이러한 경우에 그는 착오를 이유로 계약을 취소하지 못한다.

〈사 례〉

2. A는 비교적 알려져 있지 않은 화가 C의 그림이라고 “추단되는” 1점의 그림을 그러한 그림들에 적용되는 공정가격(fair price)으로 B에게 매각한다. 그 후 그 그림은 유명한 예술가 D가 그린 그림이었음이 밝혀진다. A는 착오를 이유로 매매계약을 취소하지 못한다. C의 것으로 단지 “추단되는” 그림이었다는 사실로 볼 때 [A는] 더 유명한 예술가가 그림을 그렸을 수도 있는 위험을 묵시[적으로 부담하였기] 때문이다.

때로는 당사자 쌍방이 모두 위험을 부담하기도 한다. 그러나 예컨대 가격이나 환율의 변동 등 장래의 상황전개 여하에 대한 양당사자의 기대와 서로 충돌하는 투기적 계약은 착오를 이유로 취소하지 못한다. 이러한 경우에 착오는 ‘계약체결시에 존재하는 사실’에 관한 착오가 아니기 때문이다.

제3.2.3조

(표시상 또는 전달상의 오류)

의사나 사실의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류는 그 의사나 사실을 표시하는 자의 착오로 본다.

【주 석】

본조는 의사나 사실의 표시(expression) 또는 전달(transmission) 중에 발생한 오류를 그러한 ‘의사나 사실’을 표시하거나 발신하는 자의 보통의 착오와 동등하게 취급하며, 따라서 이러한 종류의 오류에도 제3.2.2조와 제3.2.9조 내지 제3.2.16조의 규칙이 적용된다.

1. 취소사유인 착오

표시상 혹은 전달상의 오류가 충분히 중대한 경우(특히 이로 인하여 수치가 잘못 표시되는 경우), 수신인은 오류의 사실을 알거나 알아야 할 것이다. 본 원칙의 어떠한 규정도 수신인/피청약자로 하여금 표시상 또는 전달상에 오류가 있는 청약을 승낙하지 못하도록 하지 않으며 따라서 제3.2.2조의 요건이 충족되는 경우, 특히 수신인/피청약자가 그러한 오류의 사실을 발신인/청약자에게 알리지 않는 것이 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 반하는 경우에 발신인/청약자는 그러한 오류를 원용하여 계약을 취소할 수 있다.

경우에 따라서는 일반적으로 또는 당해 사안의 특별한 상황에서 안전하지 않은 전달방법을 사용한 발신인이 그러한 사실을 알거나 또는 알아야 함에도 그 방법을 사용한다면 그러한 오류의 위험은 발신인이 인수하였거나 부담하여야 한다.

2. 수신인 측의 착오

전달(transmission)은 메시지가 수신인에게 도달하는 즉시 완성된다(제1.10조 참조).

메시지가 정확하게 전달되었으나 수신인이 그 내용을 잘못 이해하는 경우의 사안은 본조의 범위 밖에 있다.

메시지가 수신인의 통신장비에 제대로 전달되었으나 그 통신장비의 기술적 결함 때문에 출력이 불완전한 경우의 사안도 본조의 범위 밖에 있다. 수신인의 요청에 따라 메시지를 수신인의 사자에게 구두로 전하는데 그 사자가 내용을 오해하거나 잘못 전달하는 경우도 같다.

그러나 위의 두 경우에도 수신인이 발신인에게 응답할 때 발신인의 메시지를 잘못 이해하여 응답하는 경우로서 제3.2.2조의 모든 요건이 충족되는 경우에는 수신인은 제3.2.2조에 따라 자신의 착오를 주장할 수 있다.

제3.2.4조

(불이행에 대한 구제수단이 부여되는 경우)

착오자는 자신이 의존하는 그 사실에 기하여 불이행에 대한 구제수단이 부여되거나 부여될 수 있는 때에는 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다.

【주 석】

1. 불이행에 대한 구제수단의 우선

본조의 취지는 착오를 이유로 하는 취소라는 구제수단과 불이행에 대한 구제수단 사이의 충돌을 해결하는 데 있다. 그러한 충돌이 발생하는 경우에 불이행에 대한 구제수단이 우선되어야 한다. 이러한 구제수단은 계약의 취소라는 과격

한 구제수단에 비하여 더 적합하고 유연하게 보이기 때문이다.

2. 실제적 충돌과 잠재적 충돌

착오에 대한 구제수단과 불이행에 대한 구제수단 사이의 실제적 충돌은 본질적으로 동일한 사실에 관하여 두 가지 구제수단이 모두 주장되는 때에는 언제든 발생한다.

〈사 례〉

자신의 토지에서 녹슨 잔(rusty cup)을 발견한 농부 A는 이를 미술품딜러 B에게 10,000 유로에 매각한다. 가격이 그렇게 높은 것은 그 잔이 은제(銀製)라는 당사자들의 사실인식 때문이다(사실 과거에도 그 토지에서 은제물건들이 출토된 바 있다). 그 후 그 잔은 1,000 유로의 가치 밖에 없는 평범한 철제 잔이라고 밝혀진다. B는 잔이 당초에 가정한 품질을 갖지 않는다는 이유로 잔의 인수와 대금지급을 거절한다. 나아가 B는 잔의 품질에 관한 착오를 이유로 계약을 취소한다. 그러나 B는 불이행을 이유로 하는 구제수단만 행사할 수 있다.

이러한 두 가지 구제수단 간의 충돌은 단지 잠재적일 수도 있다. 왜냐하면 착오자가 불이행에 대한 구제수단을 원용할 수 있었음에도 예컨대 법정시효기간이 만료한 경우와 같이 특별한 사정으로 실제로는 그렇게 할 수 없게 되는 수가 있기 때문이다. 이러한 경우에도 본조는 적용되며 그 결과 착오를 이유로 하는 계약취소의 구제수단은 배제된다.

제3.2.5조

(사 기)

상대방의 언어나 행태를 포함하는 상대방의 사기적인 표시로 인하거나, 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 따라 상대방이 고지하였어야 하는 사실의 사기적인 불고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다.

【주 석】

1. 사기와 착오

사기(fraud)를 이유로 하는 당사자의 계약취소는 특정한 유형의 착오를 이유로 하는 계약취소와 유사한 면이 있다. 사기는 상대방이 야기하는 특별한 착오라고 볼 수 있다. 사기는 착오와 마찬가지로 허위사실의 명시적 또는 묵시적 표시나 진실한 사실의 불고지를 포함한다.

2. 사기의 개념

사기와 착오의 결정적 차이는 사기자의 표시나 불고지의 성질과 목적에 있다. 사기를 당한 당사자에게 계약취소권이 부여되는 것은 [상대방의] “사기적인”(fraudulent) 표시나 관련사실의 불고지 때문이다. 그러한 행동은 상대방이 착오에 빠지도록 유도하여 그의 손해로써 이익을 취하고자 하는 경우에 사기적이다. 사기는 비난가능성 자체 때문에 충분히 계약취소사유가 되고 착오에 관하여 요구되는 제3.2.2조의 요건들의 존재가 추가로 요구되지 않는다.

광고나 협상 중에 나타나는 단순한 “과장”(puff)만으로는 충분하지 않다.

제3.2.6조

(강 박)

제반사정으로 보아 다른 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 중대한 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 특히 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법하거나 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우에 강박은 부당하다.

【주 석】

본조는 강박(threat)을 이유로 계약취소를 허용한다.

1. 급박하고 중대한 강박

강박 자체만으로는 충분하지 않다. 강박은 피강박자로서는 다른 합리적인 대

안도 없이 강박자가 제시한 조건대로 계약을 체결할 수밖에 없을 정도로 급박하고 중대하여야 한다. 강박의 급박성과 중대성은 객관적 기준에 따라 개별사안의 제반사정을 고려하여 평가되어야 한다.

2. 부당한 강박

강박은 또한 부당한(unjustified) 것이어야 한다. 본조 제2문은 예시적으로 부당한 강박의 두 가지 예를 규정한다. 첫째는 계약상대방을 강박하는 수단(예컨대 물리적 공격)으로 작용한 작위 또는 부작위 자체가 위법(wrongful)한 경우이다. 둘째는 강박행위로 사용된 작위 또는 부작위 자체는 적법(lawful)하지만 그러한 행위로서 달성하고자 하는 목적이 위법한 경우(예컨대 오직 상대방으로 하여금 제안된 계약조건대로 계약을 체결하게 할 목적으로 법원에 제소하는 경우)이다.

〈사 례〉

1. 대출금의 상환을 지체하고 있는 차주 A는 대주 B로부터 대출금상환청구의 소를 제기하겠다는 협박을 받는다. 협박의 유일한 목적은 특별히 유리한 조건으로 A의 창고를 임차하기 위함이다. 임대차계약에 서명한 A는 계약을 취소할 수 있다.

3. 평판이나 경제적 이익에 영향을 주는 강박

본조를 적용함에 있어 강박은 신체나 물건을 향한 것일 수도 있고 또한 평판이나 오직 경제적 이익에만 영향을 주는 것일 수도 있다.

〈사 례〉

2. 농구단주는 그 농구단 소속 선수들로부터 당해 시즌의 잔여 4 경기를 승리하는 경우에 지급될 상여금을 이미 합의된 액수보다 높여주지 않는다면 파업을 진행하겠다는 위협을 받고서 상여금 인상에 동의한다. 그 구단주는 선수들과의 그러한 신규계약을 취소할 수 있다. 그러한 파업은 농구단을 자동적으로 마이너리그로 강등시키는 결과를 낳을 것이므로 그러한 파업의 위협은 농구단의 평판과 재정적 여건을 향한 중대하고 급박한 강박에 해당하기 때문이다.

제3.2.7조

(중대한 불균형)

(1) 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우에 당사자는 계약을 취소하거나 그 계약조건을 취소할 수 있다. 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

(가) 당사자의 종속상태, 경제적 곤궁이나 긴박한 필요 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 불공정하게 이용한 사실

(나) 계약의 성질과 목적

(2) 취소권을 갖는 당사자의 요청이 있는 경우에 법원은 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 부합되도록 계약이나 계약조건을 조정할 수 있다.

(3) 취소의 통지를 수령한 당사자의 요청이 있는 경우에도 법원은 당해 계약이나 계약조건을 조정할 수 있되, 다만 그 당사자는 그러한 통지를 수령한 후 신속하게 또한 상대방이 그러한 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 자신의 요청을 상대방에게 알려야 한다. 제3.2.10조 제2항을 여기에 준용한다.

【주 석】

1. 과도한 이익

본 규정은 당사자 쌍방의 의무 사이에 중대한 불균형(gross disparity)이 있어서 일방이 부당하게 과도한 이익을 얻는 경우에 당사자가 계약을 취소할 수 있도록 한다.

과도한 이익은 계약체결시에 존재하여야 한다. 계약체결시에는 중대한 불균형이 없다가 나중에 발생하는 경우에 계약은 제6장 제2절의 이행가혹에 관한 규칙에 따라 조정 또는 종료될 수 있다.

“과도한”(excessive) 이익이라는 용어는 가치나 가격 또는 이행과 반대이행 간의 균형을 파괴하는 다른 어떤 요소의 면에서 상당한 불균형(considerable disparity)이 있더라도 그것만으로는 본조에서 계약의 취소 또는 조정을 허용하

기에 부족하다는 것을 의미한다. 불균형은 제반사정으로 보아 합리적인 사람의 양심에 충격을 줄 정도로 큰 것이어야 한다.

2. 부당한 이익

이익은 과도하여야 함은 물론 또한 부당하여야(unjustifiable) 한다. 후자의 요건의 충족여부는 사안에 관한 제반사정의 종합적 평가에 달려있다. 이에 본조 제1항은 특별히 고려되어야 하는 두 가지 요소를 명시한다.

가. 협상력의 불균형

첫째 요소는 일방이 상대방의 종속상태(dependence)나 경제적 곤궁, 긴박한 필요 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 불공정하게 이용하였는지 여부이다(가호). 오직 시황(市況)에 기하여 우월한 협상력을 갖는 것만으로는 일방이 상대방의 종속상태에 있다고 하기에 충분하지 않다.

〈사 례〉

자동차공장 소유자 A는 구식 조립라인을 외국의 정부기관 B에게 매각한다. B는 자국에 자동차산업을 구축하길 열망한다. A는 그 조립라인의 효율성에 관한 어떠한 진술(representation)도 하지 않았지만 명백하게 과도한 가격을 정하는 데 성공한다. B는 보다 매우 현대적인 조립라인의 가격에 상당하는 금액을 지급한 사실을 알게 된 후에 계약을 취소할 수 있다.

나. 계약의 성질과 목적

특별히 고려되어야 하는 둘째 요소는 계약의 성질과 목적이다(나호). 일방이 상대방의 약한 협상력을 악용하여 이익을 본 것은 아니더라도 이익이 과도하여 부당하게 되는 경우가 있다.

그 여부는 흔히 계약의 성질과 목적에 달려있다. 따라서 물품이나 용역의 하차통지기간을 극히 짧게 정한 계약조항도 공급되는 당해 물품이나 용역의 성격에 따라 매도인이나 공급자에게 과도하게 유리하거나 그렇지 않을 수 있다. 마찬가지로 대리인의 보수(agent's fee)를 매도되거나 제공되는 물품이나 용역가격의 고정비율에 따라 지급하기로 약정한 경우에 보수는 계약의 체결에 대리인의 기여가 실질적이었고 및/또는 물품이나 용역의 가액이 별달리 높지 않은 때에는

정당한 것으로 인정되겠지만 반면에 그의 기여가 극히 미미하거나 및/또는 당해 물품이나 용역의 가격이 이례적으로 높은 때에는 그에게 과도한 이익을 주는 것으로 판단될 수도 있다.

다. 그 밖의 요소

그 밖의 요소 예컨대 영업 또는 거래상 통용되는 윤리(ethics, 상도덕)도 고려되어야 할 것이다.

3. 취소 혹은 조정

본조에 따른 계약의 전부 또는 일부 개별조항의 취소에 대하여는 제3.2.11조 내지 제3.2.16의 일반적 규칙이 적용된다.

그러나 본조 제2항에 따라, 취소권을 가진 당사자의 요청이 있는 때에는 법원은 공정한 거래에서 합리적인 상거래의 기준에 부합되도록 계약을 조정할 수 있다. 마찬가지로 본조 제3항에 따라, 상대방도 취소통지를 수령한 때 그러한 조정을 요청할 수 있다. 다만 그는 취소통지의 수령 후 신속하게 또한 취소하는 당사자가 그의 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 자신은 그러한 요청의 사실을 취소하는 당사자에게 알려야 한다.

상대방의 그러한 요청 후에는 취소권을 가진 당사자는 그 계약취소권을 상실하고 그 전의 취소통지는 효력을 잃는다(제3.2.10조 제2항 참조).

절차에 관하여 당사자간에 다툼이 있는 경우에 법원은 계약을 취소할지 아니면 조정할지를 결정하고, 후자를 결정하는 경우에는 그 범위와 내용을 결정한다.

제3.2.8조

(제3자)

(1) 사기나 강박, 중대한 불균형 또는 당사자의 착오가 제3자에 기인하거나 제3자가 그것을 알거나 알아야 하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되는 경우에, 제3자의 행위가 마치 상대방 당사자 자신의 행위인 것처럼 계약을 취소할 수 있다.

(2) 사기나 강박 또는 중대한 불균형이 제3자에 기인하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되지 아니하는 경우

예, 상대방 당사자가 사기나 강박 또는 불균형의 사실을 알았거나 알았어야 하거나 또는 취소 전에 이미 당해 계약을 신뢰하여 행위하지 않았다면 계약을 취소할 수 있다.

【주 석】

본조는 협상과정에서 제3자가 개입하거나 관여한 경우로서 그 제3자에게 취소사유가 어떤 방법으로든 귀속되는 실무상 혼란 상황을 다룬다.

1. 제3자의 행위에 대하여 당사자에게 책임이 있는 경우

제1항은 제3자가 사기나 강박, 중대한 불균형 또는 당사자의 착오를 야기하는 경우로서 그러한 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 있는 사안이나, 제3자가 비록 착오를 야기하지 않았으나 착오의 사실을 알았거나 알았어야 하는 사안을 다룬다. 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 있는 경우는 제3자가 문제의 당사자(즉 '상대방 당사자')의 대리인인 경우부터 제3자가 문제의 당사자의 이익을 위하여 자진해서 행위하는 경우까지 다양하다. 그러한 모든 경우에 문제의 당사자가 제3자의 행위를 알았는지를 불문하고 제3자의 행위나 특정한 상황에 대한 제3자의 실제인지(實際認知, actual knowledge) 혹은 의제인지(擬制認知, constructive knowledge)를 동 당사자(즉 '상대방 당사자')에게 귀속시킴이 정당한 것으로 보인다.

2. 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 있지 않는 경우

제2항은 상대방 당사자가 책임을 지지 않는 제3자에 의하여 사기를 당하거나 강박을 받거나 그 밖에 부당한 영향을 받는 사안을 다룬다. 그러한 행위는 결국 상대방 당사자가 그러한 행위를 알았거나 알았어야 하는 경우에 한하여 상대방에게 귀속된다.

그러나 이러한 규칙에는 하나의 예외가 있다. 즉 사기를 당하거나 강박을 받거나 그 밖에 부당한 영향을 받은 당사자는 비록 상대방 당사자가 그러한 제3자의 행위를 몰랐더라도 계약취소가 있기 전에 상대방 당사자가 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 않은 경우에는 계약을 취소할 수 있다. 이러한 예외가 정당한 것은 그러한 경우에는 상대방을 보호할 필요가 없기 때문이다.

제3.2.9조

(추 인)

계약을 취소할 수 있는 당사자가 취소의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인하는 경우에는 계약은 취소하지 못한다.

【주 석】

본조는 계약을 취소할 수 있는 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인할 수 있다는 규칙을 규정한다.

예컨대 계약을 취소할 수 있는 당사자가 상대방의 불이행에 대하여 권리주장을 하는 것은 묵시적 추인으로 되기에 충분하지 않다. 상대방이 그러한 권리주장을 인정하거나 법원에서 승소한 때 비로소 추인은 긍정될 수 있다.

또한 계약을 취소할 수 있는 당사자가 계약 취소권을 유보함이 없이 계속하여 계약을 이행하는 것도 추인이다.

제3.2.10조

(취소권의 상실)

(1) 당사자가 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있음에도 상대방이 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해하는 바에 따라 계약을 이행할 의사가 있다고 밝히는 경우에, 계약은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해한 대로 체결된 것으로 본다. 상대방은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 계약을 이해한 바를 알게 된 후 신속하게 또한 동 당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행하여야 한다.

(2) 그러한 의사표시나 이행이 있을 때에는 취소권은 소멸하고 그 전에 행한 취소의 통지는 효력이 없다.

【주 석】

1. 착오자가 이해한 바에 따른 계약이행

본조에 따라, 상대방이 착오자가 계약을 이해한 대로 이행할 의사가 있음을 밝히거나 실제로 그대로 이행하는 경우에 착오자는 계약을 취소할 수 없게 된다. 상대방이 그렇게 행위하는 것은 그렇게 조정되더라도 계약이 존속되는 것이 이익이 되기 때문이다.

그러한 상대방 이익의 존중은 착오의 경우에만 정당화되고 당사자가 계약을 존속시키기로 기대하기 매우 어려운 그 밖의 하자있는 동의(defective consent) (강박과 사기)의 경우에는 그렇지 않다.

2. 이행의사의 신속한 통지 또는 신속한 이행

상대방은 착오자가 계약을 이해한 바를 알게 된 후 신속하게 그렇게 조정된 대로 이행하겠다는 의사를 밝히거나 실제로 그렇게 이행하여야 한다. 착오자가 계약의 조건을 착오로 어떻게 이해하였는지를 상대방이 어떻게 알게 되는지는 사안의 제반사정에 달려있다.

3. 취소권의 상실

제2항은 상대방의 그러한 의사표시나 이행이 있는 경우에 착오자의 계약취소권은 소멸하고 그 전에 행한 취소의 통지는 효력이 없다고 명시한다.

그러나 착오자가 계약취소의 통지를 하고 나아가 이미 그러한 통지를 신뢰하여 행위한 때에는 상대방은 더 이상 계약을 조정할 수 없게 된다.

4. 손해배상

상대방의 계약조정이 있더라도 그 계약조정에 의하여 회복되지 않는 손해가 있는 때에는 착오자는 제3.2.16조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

제3.2.11조

(취소의 통지)

당사자의 계약취소권은 상대방에 대한 통지으로써 행사된다.

【주 석】

1. 통지요건

본조는 당사자의 계약취소권은 상대방에 대한 통지으로써 행사되며 이때 법원의 개입은 요구되지 않는다는 원칙을 규정한다.

2. 통지의 방식과 내용

본조는 취소통지의 방식과 내용에 관하여 어떠한 요건도 규정하지 않는다. 따라서 제1.10조 제1항의 일반적 규칙에 따라 취소통지는 상황에 적절한 방법으로 할 수 있다. 통지의 내용에 관하여 “취소”(avoidance)라는 용어가 실제로 사용되지 않아도 되고 계약취소사유를 명시할 필요도 없다. 그러나 명확함을 위하여 당사자는 통지할 때 취소사유를 어느 정도 명시하는 것이 바람직하며, 이는 사기나 중대한 불균형의 경우에 취소하는 당사자로서는 상대방이 이미 그러한 취소사유를 알고 있다고 추정할 수 있더라도 마찬가지다.

〈사 례〉

B의 사용자(employer) A는 B가 루이 16세의 장롱을 A에게 팔지 않으면 해고하겠다고 위협한다. 결국 B는 매매에 동의한다. 2일 후 A는 B로부터 사직의사를 밝히는 서신을 받는데 그 서신에는 B가 장롱을 C에게 이미 매각하였다고 기재되어 있다. 이러한 B의 서신은 그와 A 사이의 매매계약을 취소하는 통지로 충분하다.

3. 통지의 도달주의

취소의 통지는 상대방에게 도달한 때 효력이 발생한다(제1.10조 제2항 참조).

제3.2.12조

(기간제한)

(1) 취소의 통지는 취소하는 당사자가 관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때 또는 자유롭게 행위할 수 있게 된 때로부터 제반사정을 고려한 합리적인 기간 내에 하여야 한다.

(2) 제3.2.7조 하에서 당사자가 개별적인 계약조건을 취소할 수 있

는 경우에 취소통지기간은 상대방이 그 계약조건을 주장하는 때에 진행하기 시작한다.

【주 석】

본조 제1항에 따라, 취소의 통지는 취소하는 당사자가 관련 사실을 알게 되었거나 모를 수 없게 된 때로부터 또는 그가 자유롭게 행위할 수 있게 된 때로부터 합리적인 기간 내에 하여야 한다. 보다 구체적으로 말하자면 착오나 사기를 당한 당사자는 착오나 사기의 사실을 알게 되었거나 더 이상 모를 수 없게 된 때로부터 합리적인 기간 내에 취소의 통지를 하여야 한다. 이는 선량한 당사자의 무지나 경솔, 무경험에서 비롯되는 중대한 불균형의 경우에도 마찬가지다. 강박의 경우나 선량한 당사자의 종속상태나 경제적 곤궁, 긴박한 필요를 악용하는 경우에 강박을 당한 당사자가 피악용자(abused party)가 자유롭게 행위할 수 있게 된 때부터 취소통지기간이 개시한다.

제3.2.7조에 따른 개별적인 계약조건에 한하는 계약의 일부취소의 경우에는, 본조 제2항에 의하여 취소통지기간은 상대방이 당해 계약조건을 주장하는 때에 진행하기 시작한다.

제3.2.13조

(일부취소)

개별적인 계약조건에 한하여 취소사유가 있는 경우에, 취소는 그 계약조건에 한하여 효력을 가지되, 다만 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분만을 존속시키는 것이 불합리한 때에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

본조는 취소사유가 단지 개별적인 계약조건에 한하여 영향을 주는 경우를 다룬다. 그러한 경우에 취소의 효력은 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분만을 존속시키는 것이 불합리하지 않은 한 단지 당해 계약조건에 국한된다. 이는 일반적으로 당사자가 문제의 계약조건에 대하여 취소사유가 있다는 사실을 알았더라도 계약을 체결하였을지 여부에 달려있다.

〈사 례〉

1. 시공자 A는 B와 주택건축계약을 체결하여 두 채의 주택을 X 필지와 Y 필지의 토지 위에 지어주기로 한다. B는 그 중 한 채에는 자신이 입주하고 다른 한 채는 임대해줄 예정이다. B는 착오로 두 필지 모두에 대하여 건축허가를 받은 것으로 오인하였는데, 사실 단지 X 필지의 토지만이 그 건축허가의 범위 내에 있었다. 다른 사정이 없는 한, 비록 주택건축계약이 Y 필지상의 건축부분에 한하여 취소되더라도, 계약의 나머지 부분 즉 X 필지상의 건축부분은 존속시키는 것이 합리적인 것이다.
2. 상황은 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X 필지의 토지에는 학교건물을 그리고 Y 필지의 토지에는 학생들의 주거건물을 짓기로 하였다는 차이가 있다. 다른 사정이 없는 한 Y 필지상의 주거건물건축 부분에 한하여 계약이 취소된 후에 나머지 부분 즉 X 필지상의 학교건물건축 부분만을 존속시키는 것은 합리적이지 않을 것이다.

제3.2.14조

(취소의 소급효)

취소는 소급하여 효력을 발생한다.

【주 석】

본조는 취소가 소급하여 효력을 갖는다는 규칙을 규정한다. 다시 말해 계약은 처음부터 존재하지 않은 것으로 간주된다. 이러한 규칙은 제3.2.13조에 따른 계약의 일부취소의 경우에는 취소되는 부분에 한하여 적용된다.

그러나 계약이 전부 취소된 경우에도 존속하는 개별적인 계약조건이 있다. 중재조항과 재판관할조항, 준거법조항은 다른 계약조건과 달리 취급되어 계약 전부 또는 일부의 취소에도 불구하고 생존한다. 그러한 조항의 효력이 실제로 존속되는지 여부는 그 준거법인 국내법에 따른다.

제3.2.15조

(반환)

(1) 취소시 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있되, 다만 그 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 자신이 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.

(2) 원물의 반환이 불가능하거나 적절하지 않은 경우에는 합리적인 가액이 반환되어야 한다.

(3) 이행수령자는 원물반환이 불가능한 것이 상대방에게 기인하는 경우에는 가액반환을 할 필요가 없다.

(4) 이행으로 수령한 것을 보관하거나 관리하기 위하여 합리적으로 지출된 비용의 상환청구는 허용된다.

【주 석】

1. 취소에 따른 반환청구권

본조 제1항에 따라 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 자신이 공급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 유일한 조건은 각 당사자가 전부 또는 일부 취소된 계약상 수령한 것을 반환하는 것이다.

〈사 례〉

1. 회사를 공개매수하는 과정에서 지배주주 A는 그의 주식을 B에게 100,000 영국 파운드에 매각, 이전하는 데 동의한다. B는 A가 회사의 수익을 사기적으로 허위로 기재한 사실을 발견하고는 계약을 취소한다. B는 매매대금인 100,000 영국 파운드의 반환을 청구할 수 있다. 동시에 B는 A로부터 수령한 주식을 반환하여야 한다. 반환하는 데 드는 비용에 관하여는 제6.1.11조가 적용된다.

2. 원물반환이 불가능하거나 적절하지 않은 경우

반환은 보통 원물로 하여야 한다. 그러나 원물반환 대신에 가액반환이 허용되어야 하는 경우가 있다. 무엇보다도 원물반환이 불가능한 경우가 그러하다. 가액반환은 보통 수령한 이행의 가액에 상당하는 금액이다.

〈사 례〉

2. A는 B에게 A의 공장도색을 위탁한다. 이 계약은 B가 사기적으로 A를 유인하여 시가보다 매우 높은 가격으로 체결되었다. 사기를 알게 된 후 A는 계약을 취소한다. A는 B에 대하여 계약대금¹⁰⁾의 반환을 청구할 수 있지만, A 자신도 공장도색이 수행된 부분에 대한 가액을 지급할 의무가 있다.

또한 본조 제2항은 원물반환이 부적절한 경우에도 가액반환을 하도록 한다. 특히 원물을 반환하는 데 불합리한 노력이나 비용이 드는 경우가 그에 해당한다. 이러한 점에서 그 기준은 제7.2.2조 나호와 같다.

3. 골동품수집가 A는 골동품수집가 B를 사기적으로 유인하여 금화 컬렉션을 매입 하도록 한다. 그 금화는 B의 선택에 적재된다. 폭풍으로 선택이 침몰한다. 그 후 B는 사기를 발견하고는 계약을 취소한다. B는 자신이 지급한 대금을 반환받을 수 있지만 동시에 그 금화의 가액에 해당하는 가액반환을 하여야 한다. 이는 침몰한 선박에서 금화를 회수하는 비용이 그 금화의 가액을 현저하게 초과한다는 사실을 고려한 것이다.

“합리적” 가액을 반환하여야 한다고 규정한 것은 ‘이행으로 수령한 것’이 수령자에게 이익이 되는 경우에 단지 그 이익을 한도로 가액반환이 허용된다는 것을 분명히 하기 위함이다.

〈사 례〉

4. A는 B의 비즈니스센터 입구의 홀을 장식해주기로 약속한다. 장식작업이 절반가량 완성된 후 B는 A가 널리 알려진 장식업자가 아니면서 그런 체 하였다는 사실을 발견한다. B는 계약을 취소한다. 그 시점까지 수행된 장식작업을 반환할 수 없으므로 그리고 그 장식작업이 B에게 아무런 가치가 없다면 A는 완성된 부분의 작업에 대한 가액반환을 받을 수 없다.

3. 위험의 할당

제2항의 규칙은 위험의 할당을 암시한다. 즉 제2항은 이행수령자가 원물반환을 할 수 없는 때에는 이를 대신하는 의무를 부과하여 그 이행의 가액으로 반환 하도록 한다. 제2항의 규칙은 수령자가 자신이 수령한 것의 훼손이나 파손에 대하여 책임이 있는지를 불문한다. 이러한 훼손 또는 파손위험의 배분은 특히 위험이 이행을 통제하는 사람에게 있기 때문에 정당화된다. 반면에 그러한 훼손이나 파손이 상대방의 과실 때문이었거나 이행에 고유한 하자 때문인 경우와 같이 상대방에게 기인하는 경우에는 제3항의 규칙에 따라 가액반환의무가 면제된다.

10) 원문은 “purchase price”라 하는데 이는 오류로 보인다.

〈사 례〉

5. 미술품 딜러인 A는 미술품딜러인 B로부터 그림을 구매하고 이때 A와 B는 모두 그 그림이 Constable의 작품이라고 믿는다. 그 후 그것이 진품인지 의문이 발생한다. B는 유명한 전문가 C의 전문가의견서를 받아주기로 약속한다. C는 그 그림이 Constable 당시에 살았던 별로 유명하지 않은 화가가 실제로 그린 그림이라고 확인한다. 그림이 C로부터 A에게 회송되던 중에 B의 부주의로 파손된다. A는 제3.2.2조에 따라 취소사유가 되는 착오라는 이유로 계약을 취소한다.¹¹⁾ A는 매매대금의 반환을 청구할 수 있으나 그림의 가액반환을 할 필요는 없다.

이행이 전혀 없었더라도 훼손이나 파손이 발생하였을 경우에 ‘이행으로 수령한 것’의 가액을 지급(반환)할 수령자의 의무가 배제되지 않는다.

6. A 회사는 토양운반장비를 B 회사에게 매각하고 이전한다. 그 후 허리케인으로 A와 B의 재산 모두에 홍수가 나서 그 장비가 파손된다. B는 제3.2.2조에 따라 착오를 주장하여 유효하게 계약을 취소한다. B는 매매대금의 반환을 청구할 수 있으나 동시에 그 장비의 가액반환을 하여야 한다.

당사자가 상대방의 사기적인 진술로 계약을 체결하게 된 경우에는 수령자의 가액반환의무가 면제된다.

7. 골동품 딜러인 A는 차고소유자 B를 사기적으로 유인하여 A의 매우 낡은 자동차를 B가 소유한 고가의 고대그리스 항아리와 교환한다. 그 자동차는 B의 차고에 보관되던 중 우연한 사고로 파손된다. B가 제3.2.5조에 따라 계약을 취소한다면 B는 항아리의 반환을 청구할 수 있으나 그 차의 가액을 반환하여야 한다.

제3.2.5조의 의도는 B가 자신이 체결한 계약에 구속되지 않는다는 점(이를 위하여 취소권을 부여함)과 B는 결국 A의 사기로 초래된 불리한 거래에서 벗어난다는 점(이를 위하여 반환청구권을 부여함)을 분명히 하는 데 있지만, 제3.2.5조는 우연한 사고에 관하여 B를 보호하지 않는다.

수령자의 가액반환의무에 관한 문제는 훼손이나 파손이 계약취소 전에 발생한 경우에만 일어난다. 이행된 것(what has been performed)이 계약취소 후에 훼손되거나 파손된 경우에 이행수령자는 자신이 수령한 것을 반환할 의무가

11) 이 사례에서는 제3.2.4조에 따라 품질에 관한 착오로 취소가 부인되어야 할 것으로 보인다.

있다. 이러한 의무의 불이행에 대하여 상대방은 제7.4.1조에 따라 손해배상청구권을 갖는다. 다만 불이행에 대하여 제7.1.7조에 따른 면책은 가능하다.

〈사 례〉

8. 미술품딜러인 A는 예술품딜러인 B로부터 그림을 구매하고, 이때 A와 B는 모두 그 그림이 Constable의 작품이라고 믿는다. 그 후 그 그림이 Constable 당시에 살았던 별로 유명하지 않은 화가가 실제로 그린 그림이라고 판명되자 A는 제3.2.2조에 따라 취소권을 유효하게 주장하여 계약을 취소한다. 그 결과 A는 매매대금의 반환을 청구할 수 있으나 그 그림을 반환할 의무가 있다. 그 그림은 A가 반환하기 전에 강도가 들어 도난당한다. B가 손해배상을 청구할 수 있는지 여부는 그 강도사건이 불가항력인지 여부에 달려있다(제7.1.7조 참조).

4. 비용상환

계약이 취소되어 당사자들이 각기 수령한 것을 반환하여야 하는 경우에 만약 이행수령자가 이행의 목적물을 보관·관리하는 데 비용을 지출하였다면 그로 하여금 그러한 비용의 상환을 청구할 수 있도록 허용하는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

9. A 회사는 경주마를 B 회사에게 매각하고 인도하였다. 얼마 후 B는 A가 사기적으로 그 경주마의 혈통을 은폐한 사실을 발견한다. B는 계약을 취소한다. B는 경주마를 먹이고 돌보는 데 발생한 비용의 상환을 청구할 수 있다.

이러한 규칙은 합리적인 비용에만 적용된다. 무엇이 합리적인지는 사안의 제반사정에 달려있다. 〈사례 9〉에서 그 말이 경주마로 매매되었는지 평범한 축마로 매매되었는지가 중요하다.

수령한 것을 보관하고 관리하는 데 불필요한 비용에 대해서는 상환청구가 허용되지 않는다.

〈사 례〉

10. A 회사는 B 회사에게 소프트웨어 패키지를 매각하며 인도하였고, 그때 A와 B는 모두 그 패키지가 일정한 기능을 하는 것으로 믿는다. 그렇지 않은 사실을 발견한 B는 C에게 문제의 기능이 아직도 설치될 수 있는지 확인한다. 그것이 불가능한 것으로

로 확인되자 B는 제3.2.2조에 따라 유효하게 계약을 취소한다. B는 A에 대하여 B가 C에게 지급한 보수를 제4항에 따른 비용으로서 상환청구를 하지 못한다.

5. 이 익

본 원칙은 상대방의 이행으로 수령한 것으로부터 발생된 이익(benefit)이나 이자(interest)에 관하여 어떠한 입장도 취하지 않는다. 상거래실무상 흔히 상대방의 이행의 결과로 이행수령자가 수취한 이익의 가치를 결정하는 것은 어렵다. 더욱이 흔히 당사자 쌍방이 모두 그러한 이익을 수취할 것이다.

제3.2.16조

(손해배상)

계약의 취소여부를 불문하고, 취소사유를 알았거나 알았어야 하는 당사자는 상대방이 계약을 체결하지 않았더라면 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도의 손해배상을 하여야 한다.

【주 석】

1. 상대방이 취소사유를 알았던 경우의 손해배상

본조는 취소사유의 존재를 알았거나 알았어야 하는 당사자는 상대방에 대하여 손해배상책임이 있다고 규정한다. 이러한 손해배상청구권은 계약의 취소여부를 불문하고 발생한다.

2. 손해배상액의 산정

제7장 제4절에 따른 불이행의 경우의 손해배상과 달리, 본조가 규정하는 손해배상의 취지는 단지 상대방이 계약을 체결하지 않았더라면 놓였을 지위에 놓이도록 하는 데 있다.

〈사 례〉

A 회사는 B 회사에게 소프트웨어를 매각하면서 B가 의도하는 그 소프트웨어 용도의 적절성에 관하여 B가 착오에 빠져있다는 사실을 모를 수 없었다. B가 계약을 취소하

는지 여부를 불문하고, A는 B에 대하여 B가 그의 직원들에게 그 소프트웨어의 사용법을 교육하는 데 발생한 모든 비용을 배상할 책임이 있으나 B가 소프트웨어를 그가 의도한 목적으로 사용할 수 없게 됨으로 인하여 입은 손실에 대해서는 책임이 없다.

제3.2.17조

(일방적 의사표시)

본조의 규정은 일방이 상대방에 대하여 행하는 의사의 통신에 준용한다.

【주 석】

본조는 계약 자체와는 별도로 당사자가 흔히 계약체결 전이나 후에 많은 통신을 교환하는데 그러한 의사의 통신에 관하여도 유효성 문제가 발생할 수 있다는 사실을 감안한 것이다.

상거래의 맥락에서, 계약 외부에 존재하면서 계약의 준비행위에 해당하는 일방적 통신의 가장 중요한 예로는 일정한 투자나 작업, 물품인도, 용역제공 등의 유인(bid)이 있다. 계약체결 후에 행하는 통신은 통지나 선언, 요구, 청구 등 다양한 종류가 있다. 특히 당사자의 권리포기와 의무인수의 선언도 동의에 하자가 있는 때에는 영향을 받을 수 있다.

제 3 절 위법성

제3.3.1조

(강행규정¹²⁾에 반하는 계약)

(1) 계약이 본 원칙 제1.4조에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 강행규정에 반하는 경우에 그 위반이 계약의 효력에 영향을 미치는 때에는 계약의 효력은 그 강행규정에 명시적으로 규정된 바에 따른다.

(2) 강행규정이 계약에 대한 그러한 위반의 효력을 명시적으로 규정하지 않는 때에는 당사자는 상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단을 행사할 권리를 갖는다.

(3) 무엇이 합리적인지를 결정할 때에는 특히 다음 각호를 모두 고려하여야 한다.

가. 위반된 당해 규칙의 목적

나. 당해 규정이 보호하고자 하는 사람의 범주

다. 당해 규정의 위반에 의하여 부과되는 제재

라. 위반의 심각성

마. 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부

바. 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피하였는지 여부

사. 당사자들의 합리적 기대

【주 석】

1. 본절의 적용범위

최고의 중요성에도 불구하고(제1.1조 참조) 본 원칙상 계약의 자유에는 제한이 없지 않다. 당사자는 계약을 실수 없이 그리고 무리 없이 체결하여야 할 뿐만 아니라 그 계약도 적용가능한 강행규정을 위반하지 않아야 한다. 동의의 하자는 본장 제2절에서 다루고, 본절은 계약의 조건, 이행, 목적 또는 그 밖의 어

12) 본서에서 “강행규정”은 “mandatory rule”을 번역한 것이다. 따라서 “mandatory rule”이 不文(불문)의 원칙으로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다. 다만 “infringed rule”(침해된 규칙)과 같이 “rule”만이 단독으로 쓰인 경우에 “규칙”으로 번역되어 있다.

면 것에 의하여 강행규정을 위반하는 계약에 관련된다. 보다 정확히 말하자면 본질은 그러한 위반에도 불구하고 당사자가 여전히 구제수단을 갖는지 만약 그렇다면 계약상의 구제수단(제3.3.1조) 또는 반환(제3.3.2조)이 부여되는지 여부를 결정할 때 적용되는 기준을 규정함으로써 그러한 위반이 계약에 미치는 효력을 다룬다.

2. 제1.4조에 따른 관련 강행규정의 제한성

본질의 적용상, 제1.4조에 따라 적용되는 강행규정만이 관련되고 그 강행규정이 국가적, 국제적 또는 초국가적 것인지 가리지 않는다(제1.4조의 주석 1과 2 참조). 다시 말해 본질은 오직 강행규정에 반하는 계약에만 관련되고, 여기의 강행규정은 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 성문의 법률규정이나 불문의 일반적 공서원칙(*general principles of public policy*)을 말한다. 당해 사안에서 어떤 강행규정이 적용되는지는 기본적으로 분쟁이 소송 또는 중재에 회부되었는지 여부 그리고 당사자의 의사가 단지 본 원칙을 계약에 편입하는 합의에 불과한지 아니면 본 원칙이 계약의 준거법으로 적용되는지 여부에 달려있다(제1.4조의 주석 3, 4 및 5 참조). 다만 아래에 제시된 사례에서는 이러한 문제들을 다루지 않으며, 각 사례에 인용된 강행규정은 그 적용이 전제되어 있다.

3. 위반의 태양 - 계약은 어떻게 강행규정을 위반하는가

계약은 무엇보다도 그 개별조건이 강행규정을 위반할 수 있다. 부패와 입찰 담합에 관한 아래 사례에서 보듯이 강행규정은 특정한 성문의 법률규정일 수도 있고 불문의 일반적 공서원칙일 수도 있다.

〈사 례〉

1. X국의 시공자 A는 에이전트 B와 커미션계약(*Commission Agreement*)을 체결하고 계약상 B는 미화 1,000,000 달러의 보수를 받고서 C에게 미화 10,000,0000 달러를 지급하기로 한다. C는 Y국의 경제개발부 장관인 D의 고위직 조달자문(*procurement advisor*)이다. 이러한 계약을 체결한 이유는 D를 회유함으로써 Y국에 신규 발전소를 건설하는 계약("건설계약")을 A가 수주하도록 하기 위함이다. X국 및 Y국에서 공무원에게 뇌물을 주는 것은 법률로 금지되어 있다. 이 커미션계약은 그 조건이 법률상의 금지를 위반하고 있다. 발전소 건설계약에 관하여는 〈사례 7〉을

보라.

2. X국의 시공사 A는 C에게 100,000 유로를 지급하기 위하여 에이전트 B와 계약(“커미션계약”)을 체결한다. C는 Y국에 있는 D 회사의 고위임원이다. 이러한 계약을 체결한 이유는 D를 회유함으로써 정교한 IT 시스템을 설치하는 계약을 A가 수주하도록 하기 위함이다. X국 및 Y국에서 민간부문에서 뇌물을 주는 것은 법률로 금지되어 있지 않으나 공서에 반하는 것으로 취급된다. 커미션계약은 그 조건이 공서의 원칙을 위반하고 있다.

3. 각각 X국과 Y국에 있는 입찰자 A와 B는 계약(“입찰담합계약”)을 체결하여 Z국에서 발주하는 일련의 건설계약의 공공입찰절차에서 담합하여 일부의 계약은 A가 수주하고 나머지는 B가 수주하기로 한다. Z국의 제정법률은 공공입찰절차에서 입찰담합을 금지한다. 입찰담합계약은 그 조건이 법률상의 금지를 위반하고 있다.

4. 각각 X국과 Y국에 있는 입찰자 A와 B는 계약(“입찰담합계약”)을 체결하여 Z국에서 발주하는 일련의 건설계약의 공공입찰절차에서 담합하여 일부의 계약은 A가 수주하고 나머지는 B가 수주하기로 한다. Z국의 제정법률은 공공입찰절차에서 입찰담합을 금지하는 법률은 없으나 입찰담합은 공서에 반하는 것으로 취급된다. 입찰담합계약은 그 조건이 공서의 원칙을 위반하고 있다.

계약은 그 이행이 강행규정을 위반하기도 한다.

〈사 례〉

5. X국에 있는 대규모 소매상 A는 Y국에 있는 제조자 B와 A의 사양에 따라 B가 장난감을 제조하는 계약(“제조계약”)을 체결한다. A는 자신이 주문하는 장난감을 어린이 노동자가 만든다는 것을 알았거나 알았어야 한다. X국 및 Y국에서 어린이의 노동은 공서에 반하는 것으로 취급된다. 제조계약은 그 이행이 공서의 원칙에 반한다.

6. X국의 수입자 A는 Y국의 수출자 B와 장비공급계약을 체결한다. 계약체결 후 국제연합은 X국으로 수입되는 장비에 관하여 수입금지를 부과한다. 그럼에도 B는 수입금지를 위반하여 장비를 인도한다. A와 B 사이의 계약은 그 이행이 수입금지를 위반한다.

더욱이 계약은 그 밖의 방법으로 강행규정을 위반할 수 있는데, 예컨대 계약체결방법이나 계약의 목적이 강행규정에 반할 수 있다.

〈사 례〉

7. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 C에게 뇌물로 미화 10,000,000 달러를 주고 D가 건설계약을 A에게 낙찰한다는 차이가 있다. 이 건설계약은 그 체결방법이 뇌물을 금지하는 법률에 반한다.

8. X국에 있는 플라스틱폭탄 제조자 A는 Y국에 있는 무역회사 B와 평화적 용도로도 쓰이고 폭탄제조용으로도 쓰이는 재료인 섴텍스(semtex)의 일정 수량을 공급하는 계약(“공급계약”)을 체결한다. A는 B가 그 물품을 테러단체에 궁극적으로 송부할 것을 알았거나 알았어야 했다. 이 공급계약은 그 목적이 테러단체의 지원을 금지하는 기본적인 공서의 원칙에 반한다.

4. 침해된 강행규정이 침해의 효과를 명시적으로 규정하는 경우

때로는 강행규정 자체에서 그 위반이 있는 경우에 어떠한 계약상의 구제수단 또는 반환청구의 구제수단이 부여되는지를 명시적으로 규정한다. 따라서 예컨대 『유럽연합조약』(Treaty on the European Union) 제101조 제2항(구 로마조약 제 85조 제2항)은 유럽연합 회원국 사이의 무역에 영향을 주는 기업간 반경쟁적 합의(anti-competitive agreement)로서 제101조 제1항에 의하여 금지되는 합의는 “자동적으로 무효이다”고 명시적으로 규정한다. 마찬가지로 『도난 또는 불법 반출된 문화재의 반환에 관한 UNIDROIT 협약』(UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)은 “체약국은 [...] 청구국의 영토로부터 [...] 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 청구할 수 있다”(제5조)고 규정하고 이어 “[...] 불법적으로 반출된 문화재를 취득한 문화재 점유자는 그 취득시에 [...] 문화재가 불법적으로 반출된 것을 몰랐고 합리적으로 알았어야 하지도 않은 때에는 청구국에 대하여 공정하고 합리적인 보상을 청구할 권리가 있다”(제6조)고 규정한다.

5. 침해의 효과를 결정하는 요소 - 사정에 따른 합리성

강행규정이 계약에 대한 그 위반의 효과를 명시적으로 규정하지 않는 경우에, 제2항에 의하여 당사자는 “상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단”을 행사할 수 있다. 이러한 넓은 법문은 최대의 유연성을 제공한다. 따라서 강행규정 위반에도 불구하고 당사자의 일방 또는 쌍방은 사안에 따라 유효한 계약상의

(이행청구권을 포함한) 통상적인 구제수단을 가질 수도 있고 계약을 무효로 다룰 권리나 계약의 조정이나 향후 정하여질 계약조건에 따른 계약의 종료와 같은 그 밖의 구제수단을 가질 수도 있다. 후자와 같은 부류의 구제수단은 위반의 결과로 계약의 일부만이 무효로 되는 경우에 특히 적절하다. 강행규정에 반하는 계약 하에서 이행된 것의 반환에 관하여는 제3.3.2조를 보라.

6. 무엇이 사정에 따라 합리적인지를 결정하는 기준

본조에서 관련되는 강행규정은 단순한 기술적 성격의 법률규정부터 중대한 사회적 해악을 방지할 목적으로 금지하는 것까지 매우 다양하므로 제3항에서는 상황에 따라 이용가능한 계약적 구제수단을 결정하는 기준을 열거한다. 이는 망라적 열거가 아니다. 많은 경우에 두 가지 이상의 기준이 적용되고 그러한 기준들의 비교형량을 통하여 결정이 이루어진다.

가. 침해된 당해 규칙의 목적

가장 중요한 고려요소 중 하나는 강행규정의 목적과 적어도 당사자 일방에게 계약상 구제수단을 부여하는 것이 그러한 목적의 성취에 영향을 주는지 여부이다.

〈사 례〉

9. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 C에게 A의 뇌물을 전달하였음에도 D가 건설계약을 A에게 수여하지 않는다는 차이가 있다. A와 B에게 커미션계약상 어떤 구제수단을 허용한다면 뇌물을 금지하는 관련 법률의 목적이 좌절되므로 B는 A에 대하여 미화 1,000,000 달러의 지급을 청구할 수 없고 A도 B에 대하여 B가 C에게 준 미화 10,000,000 달러의 반환을 청구할 수 없다.

10. X국에 있는 항공기제조회사 A는 Y국의 국방부장관 C가 다수의 군용항공기를 구매하고자 한다는 것을 알고서 Y국에 있는 컨설팅회사 B와 계약(“에이전시계약”)을 체결하고, 그에 따라 B는 A가 제작하는 항공기를 C가 구매하도록 협상하여야 한다. Y국의 법률은 정부기관이 협상하거나 체결하는 계약에 중개인(intermediary)을 고용하는 것을 금지한다. 중개인 고용을 금지하는 법률의 목적은 부패를 막기 위함이므로 A와 B는 에이전시계약상 어떠한 구제수단도 갖지 못한다.

11. 사실관계는 〈사례 6〉과 같다. 수입금지의 목적은 X국의 국제법 위반에 대하여

X국에 제재를 부과하고자 하는 것이므로, 그러한 목적의 달성을 위해서는 그러한 금지에 반하여 체결되거나 이행되는 모든 계약의 효력이 부정되어야 하고 그러한 계약의 당사자에게 어떤 구제수단도 부여되지 않아야 한다.

나. 침해된 당해 규칙이 보호하고자 하는 사람의 범주

다른 중요한 고려요소는 침해된 강행규정이 일반대중의 이익을 보호하고자 하는가 아니면 일정한 범주의 사람의 이익만을 보호하고자 하는가이다. 일정한 자격요건은 후자에 해당하며 고객이나 의뢰인의 보호를 위하여 일정한 활동을 하는 사람들에게 법률로 부과된다. 자격증이 없는 자가 계약을 체결한다면 고객이나 의뢰인에게 최소한 손해배상과 같은 계약상의 어떤 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

12. X국에 있는 A 회사는 Y국에 있는 엔지니어 B와 A의 공장을 개조하는 계획을 세우기 위하여 계약(“엔지니어계약”)을 체결한다. X국의 법률에 의하면 자격증을 가진 엔지니어만이 그러한 활동을 할 수 있다. B는 필요한 자격증이 없음에도 계획서를 제출하고 그 계획서는 일부 계산상의 오류에 기초하고 있어서 개조작업의 지연이 초래된다. A가 그러한 지연으로 인한 손해배상을 청구하자 B는 자신이 자격증이 없으므로 그 엔지니어계약이 무효라는 이유를 대면서 손해배상을 거절한다. 자격요건의 목적은 의뢰인을 보호하는 데 있으므로 A는 손해배상청구권을 갖는다.

다. 당해 규칙의 위반에 대하여 부과되는 제재

일정한 활동을 금지하거나 제한하는 법률은 흔히 형사적 또는 행정적 제재를 규정한다. 주석 4에서 지적되었듯이, 당해 법률에서 그러한 위반이 계약상의 권리나 구제수단에 대하여 어떠한 효력을 갖는지를 명시적으로 규정하는 때에는 그러한 규정에 따른다. 그러나 법률에서 그러한 효력에 관하여 침묵하는 경우에는 형사적 또는 행정적 제재의 존재나 성격이 당해 규칙이 추구하는 목적, 당해 규칙이 보호하는 사람의 범주, 위반의 심각성에 관한 중요한 통찰을 제공할 수 있다. 따라서 당해 법률의 위반이 계약상의 권리와 구제수단에 어떠한 효력을 갖는지를 결정할 때에는 그러한 제재의 존재와 내용이 고려되어야 한다.

〈사 례〉

13. X국에 있는 수출자 A는 Y국에 있는 선박소유자 B와 X국에서 Y국까지 해상으로 물품을 운송하는 계약(“운송계약”)을 체결한다. X국의 법률은 선박의 화물적재량을 제한한다. 그 법률은 그 위반에 대하여 벌금을 부과하지만 위반에 의하여 개별계약이 어떠한 영향을 받는지에 관하여는 침묵한다. B는 선박에 과적하고 A는 물품이 안전하게 도착하였음에도 불구하고 운송계약의 무효를 주장하면서 운임의 지급을 거절한다. 그러한 법률의 목적은 선박 및 선원의 안전을 위하여 과적을 금지하고자 하는 것이지 계약 자체를 금지하고자 하는 것이 아니고 이러한 목적은 B에게 벌금을 부과함으로써 충분히 달성될 수 있으므로 B는 물품의 운송에 대하여 합의된 운임을 청구할 권리가 있다.

라. 위반의 심각성

다른 고려요소는 위반의 심각성이다. 따라서 당해 강행규정이 순수하게 기술적 성격을 갖고 그 위반이 상대방에게 아무런 영향을 주지 않는 경우에는 계약상 구제수단이 부여될 수 있다.

〈사 례〉

14. X국에 있는 축우업자 A는 Y국에 있는 축우업자 B에게 소를 판매한다. Y국의 법률에 의하면 수입소는 적절히 태그가 부착되어야 하고 태그에 담긴 정보는 첨부서류에도 기재되어야 한다. 인도된 소에는 적절히 태그가 부착되었으나 첨부서류는 불완전하다. 그럼에도 A는 대금지급청구권을 갖는다.

15. X국에 있는 수입자 A는 Y국의 운송인 B와 X국에서 Y국으로 위험한 물품을 운송하는 계약(“계약”)을 체결한다. X국의 법률에 의하면 이러한 종류의 물품은 특정한 안전요건을 갖춘 차량으로 운송하여야 한다. 그 법률은 그 위반에 대하여 형사적 제재를 부과하지만 그 위반이 개별 운송계약에 대하여 어떤 효력을 갖는지에 관하여는 침묵한다. B는 그러한 법정안전요건을 충족하지 못하는 차량으로 물품을 운송한다. A는 물품이 안전하게 도착하였음에도 계약의 무효를 주장하면서 운임지급을 거절한다. 그러한 법률의 목적은 제3자의 상해나 환경의 훼손을 막기 위함이므로 B는 형사적 제재의 부과를 불문하고 합의된 운임의 지급을 청구하지 못한다.

마. 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부
계약상 구제수단이 부여되는지 여부는 당사자의 일방 또는 쌍방이 강행규

정의 존재나 그 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부에도 의존할 수 있다.

〈사 례〉

16. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 C에게 뇌물을 주었고 그렇게 C에게 뇌물이 주어진 사실을 몰랐고 알았어야 하지도 않은 D는 건설계약을 A에게 수여하였다. 그 후 D는 뇌물이 주어진 사실을 알게 된다면 그 건설계약을 유효 또는 무효로 다룰지 선택할 수 있다. D가 그 건설계약을 유효로 다룬다면 A는 이행할 의무가 있고 D는 대금을 지급할 의무가 있으나 다만 수뢰사실을 고려하여 대금을 적절히 조정할 수도 있다. 한편 D가 그 건설계약을 무효로 다룬다면 어느 당사자도 계약상 구제수단을 갖지 않는다. 그러나 그렇더라도 계약상 이행된 것이 있으면 그 반환을 청구하는 것은 허용된다.

17. X국의 시공자 A는 대규모 기반시설사업에 관한 계약(“계약”)을 체결하고자 Y국의 경제개발부 장관인 D와 협상에 들어간다. D는 계약체결을 위하여 계약대금의 7.5%의 “커미션”을 요구한다. A는 그에 따라 “커미션”을 지급하고 계약이 체결된다. A가 계약상 의무의 절반을 이행하였을 때 Y국에서 새로운 정부가 정권을 잡고 새로 임명된 경제개발부 장관은 “커미션”이 지급된 것을 이유로 그 사업 자체를 취소하고 이미 이행된 부분에 대한 대금지급을 거절한다. A는 계약상 어떠한 구제수단도 갖지 못한다. 그러나 그렇더라도 계약상 이행된 것이 있으면 그 반환을 청구하는 것은 허용된다.

바. 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피한지 여부

다른 고려요소는 [법률]위반이 계약의 이행을 위하여 불가피한지 여부이다. 따라서 계약조건에서 법률위반 자체를 규정하는 경우나 계약에서 단지 법률위반을 암묵적으로 내포하는 경우에는 당사자에게 계약상 구제수단을 주지 않는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

18. X국의 A 회사는 Y국의 B 회사와 Y국에 화학비료공장을 건설하는 계약(“계약”)을 체결한다. 계약에서 Y국의 환경보호법이 부과하는 안전장비의 설치에 관하여 약정하지 않고 당사자간 합의된 대금은 문제의 안전장비의 설치비용을 커버하기에 부족하다. A와 B는 계약상 어떠한 구제권도 갖지 못한다.

사. 당사자들의 합리적 기대

당사자 일방이 상이한 법적 또는 상업적 문화 때문에 위반 사실을 합리적으로 알 수 없었거나, 보다 흔한 경우로 당사자 일방이 계약이나 개별 계약조항의 강제가능성에 관하여 적법한 기대를 불러 일으켰다가 나중에 그러한 기대를 무력화하기 위하여 자국법률상의 금지규정을 주장하는 경우에, 상대방에게 계약이나 개별 계약조항상 이용가능한 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

19. X국의 A 회사는 Y국의 경제개발부 장관 B와 Y 국내 투자사업에 관한 계약(“계약”)을 체결한다. 이 계약에는 계약상 발생하는 모든 분쟁을 UNCITRAL 중재규칙에 따라 Z국에서 중재로 해결한다는 조항이 들어있다. 그 후 분쟁이 발생하여 A가 중재 절차를 개시하는 경우에, Y국의 법률상 이 계약과 같은 유형의 계약에 관한 분쟁에 대하여 Y국 법원이 중재합의에 의하여 배제될 수 없는 전속관할을 갖도록 하는 강행규정이 있다고 할 때 B는 중재를 회피하기 위하여 그러한 Y국의 강행규정을 주장하지 못한다.

아. 그 밖의 기준

본조 제3항에 명시적으로 열거된 기준 외에도, 사안에 따라 이용가능한 구제수단을 결정할 때 고려되어야 하는 요소가 더 있을 수 있다. 그 중 하나는 계약이 어느 범위까지 강행규정을 위반하는가이다. 계약이 단지 일부만 강행규정을 위반하는 때에는 계약을 조정하여 당사자에게 그에 따른 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

20. 사실관계는 〈사례 5〉와 같으나 이제는 A가 주문한 장난감 중 단지 한 가지 종류만이 어린이의 집에서 어린이 노동자에 의하여 제작되고 나머지 종류는 모두 B의 공장에서 B가 적법하게 고용한 근로자에 의하여 제작된다는 차이가 있다. 이러한 경우에는 장난감 제조계약을 적절하게 조정하여 당사자에게 그렇게 조정된 계약에 따른 통상의 구제수단을 부여하는 것이 합리적이다.

다른 요소는 부적절한 거래를 적시에 철회하는 것이다. 따라서 강행규정을 위반하는 계약의 당사자가 계약의 불법적인 목적을 달성하기 전에 자신의 행동

을 후회하는 때에는 그 당사자는 자신이 이행한 것을 반환받을 권리가 있다고 하여야 한다.

〈사 례〉

21. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 B에게 합의된 미화 1,000,000 달러의 보수를 지급한 후에 그러나 B가 C에게 미화 10,000,000 달러의 뇌물을 주기 전에 더 이상 불법적 목적을 추구하지 않기로 결심하고 계약을 철회한다. A는 B에 대하여 그 보수를 반환할 것을 청구할 수 있다.

제3.3.2조

(반 환)

(1) 제3.3.1조에서 규정하는 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에, 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다.

(2) 무엇이 합리적인지를 결정할 때 제3.3.1조 제3항의 기준이 적절히 고려되어야 한다.

(3) 반환청구가 허용되는 경우에 그 반환에 대해서는 제3.2.15조의 규정을 준용한다.

【주 석】

1. 사정상 합리적인 경우 강행규정에 반하는 계약상 반환청구의 허용

강행규정 위반의 결과 당사자의 계약상 구제수단이 부인되는 경우에도 최소한 계약상 이행한 것의 반환청구는 허용되어야 하는 것은 아닌지의 문제는 남는다. 제3.3.1조 제1항에 따라 그에 대한 대답은 무엇보다도 당해 강행규정 자체에서 이 문제를 명시적으로 규정하고 있는지 여부에 달려있다(제3.3.1조 주석 4 참조).

이 문제에 대하여 강행규정에서 침묵하는 경우에, 본조는 현대적 추세에 따라 유연한 접근법을 채택하여 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다고 규정한다(제1항). 다시 말해 전통적 견해에 의하면 최소한 당사자 쌍방이 강행규정 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우에 당사자들은 당시의 상태를 유지하는 것에 만족하여야 하고 상대방이 얻은 이익이 있더라도 그 반환청구가 허용되지 않는데,

이러한 전통적 견해에 반하여 본 원칙에서는 수령자가 수령한 것을 보유하도록 허용하는 것이 더 적절한지 아니면 이행자가 그것의 반환을 청구할 수 있도록 하는 것이 더 적절한지에 따라 반환청구의 허용여부가 결정된다.

2. 반환청구를 허용하는 것이 합리적인지 여부의 결정기준

상황에 따라 어떠한 계약상의 구제수단이 이용가능한지를 결정하는 데 적용되는 제3.3.1조 제3항 소정의 일부 기준은 본조 제1항에서 반환청구를 허용하는 것이 합리적인지 여부를 결정하는 데 적용된다. 그러나 계약상의 구제수단(contractual remedy)과 반환청구라는 구제수단(restitutionary remedy)은 다르므로 동일한 기준이 동일한 사실관계 하에서 상이한 결과에 이를 수 있다.

〈사 례〉

1. 사실관계는 제3.3.1조 주석의 〈사례 1〉과 같으나 이제는 건설계약을 수주한 A가 발전소를 거의 완공하였고 그때 Y국에서 정권을 잡은 새 정부가 부패 때문에 건설계약이 무효라고 주장하면서 잔여 50%의 대금지급을 거절한다는 차이가 있다. 이러한 경우에 D로 하여금 합의된 대금의 절반가격으로 거의 완공된 발전소를 가지도록 하는 것은 공정하지 않다. A는 거의 완공된 발전소가 D에 대하여 가지는 가치를 한도로 이미 수행된 건설작업에 대한 금전적 대가를 청구할 수 있고 D는 그러한 금액을 초과하여 지급된 부분의 반환을 청구할 수 있다.

2. X국의 시공사 A는 대규모 기반시설사업에 관한 계약(“계약”)을 체결하고자 Y국의 경제개발부 장관 D와 협상에 들어간다. D는 계약의 체결을 위하여 계약대금의 7.5%의 “커미션”을 요구한다. A는 그에 따라 “커미션”을 지급하고 계약이 체결된다. A가 계약상 의무를 전부 이행하였을 때 Y국에서 새로운 정부가 정권을 잡고 새로 임명된 경제개발부 장관은 “커미션”이 지급된 것을 이유로 잔여 계약대금의 지급을 거절한다. A는 기반시설사업의 가치를 한도로 이미 수행된 작업에 대한 금전적 대가를 청구할 수 있다.

3. 사실관계는 제3.3.1조 주석의 〈사례 15〉와 같으나 이제는 B가 물품이 목적지에 안전하게 도착한 후 최소한 자신이 제공한 용역의 가액에 상당하는 금액의 지급을 청구한다는 차이가 있다. 이러한 경우에 위반의 심각성과 법정안전요건을 갖추지 않은 차량으로 위험한 물품을 운송하는 것을 모든 방법을 써서라도 방지할 필요성을 고려할 때 B는 자신의 용역의 가치에 대한 지급을 청구할 수 없다고 하여야 한다.

3. 반환청구에 적용되는 규칙

본조에 따라 부여되는 반환청구에 대해서는 계약취소의 맥락에서 반환에 대하여 규정하는 제3.2.15조의 규칙이 적용된다. 그러나 제3.2.15조 제1항에서 말하는 취소는 강행규정 위반의 결과로 계약이 무효로 되는 것을 가리키는 것으로 이해되어야 하고 계약의 일부취소는 강행규정 위반의 결과로 계약의 일부만이 무효로 되는 것을 가리키는 것으로 이해되어야 한다는 의미에서 그러한 반환규칙은 약간의 조정이 필요하다. 본조에서 말하는 반환에 관한 규칙에 관하여 보다 상세한 설명은 제3.2.15조의 규칙을 보라.

제 4 장 해 석

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.

【주 석】

1. 당사자 쌍방의 공통된 의사의 우선

본조 제1항은 계약조건을 해석할 때 당사자 쌍방의 공통된 의사를 우선하여야 한다는 원칙을 규정한다. 따라서 계약조건은 계약체결시에 당사자 쌍방이 공통적으로 동일하게 이해한 한도 내에서는 그렇게 이해된 대로 결정되고, 따라서 계약조건은 그에 사용된 문언(language)의 문자적 의미(literal sense)와 다를 수도 있고 합리적인 사람이 이해하는 의미와 다를 수도 있다.

이러한 원칙의 현실적 중요성은 과대평가되지 않아야 한다. 왜냐하면 첫째 상거래 당사자는 문언을 대개 그것이 통상적으로 이해되는 의미와 완전히 다른 의미로 사용하지 않으며, 둘째 설령 그렇게 사용하더라도 분쟁발생시에 그렇게 다르게 사용된 의미를 증명하여야 하는 당사자로서는 상대방도 실제로 계약체결시에 자신과 동일한 의사(공통된 의사)를 가졌다는 것을 증명하기가 매우 어렵기 때문이다.

2. 합리적인 사람의 이해에 따른 해석

당사자 쌍방의 공통된 의사를 확정할 수 없는 경우에는 제2항에 의하여 계약은 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다. 이때에도 일반적이고 추상적인 합리성 기준이 아니

라 예컨대 당사자와 동일한 언어적 지식과 기술적 숙련도, 거래경험을 가진 사람이 합리적으로 기대할 수 있는 이해(understanding)를 기준으로 하여야 한다.

3. 당사자 쌍방의 공통된 의사를 확정하거나 합리적인 사람의 이해를 결정하는 방법

당사자 쌍방이 공통된 의사를 가졌는지를 결정하고 나아가 그러한 공통된 의사가 무엇이었는지를 결정함에 있어서는 모든 관련사정이 고려되어야 한다. 그 중 가장 중요한 것들은 제4.3조가 열거한다. 당사자 쌍방의 공통된 의사가 존재하지 않아 합리적인 사람의 이해를 결정할 때에도 같은 규칙이 적용된다.

4. 약관의 해석

제1항의 “주관적” 기준과 제2항의 “합리성” 기준이 모두 약관에 관하여 항상 적절하지는 않다. 사실 약관은 그 특성과 목적으로 볼 때 당사자의 어느 일방이나 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 실제로 어떻게 이해하였는지를 불문하고 일차적으로 그것을 사용하는 평균적인 사용자(average user)의 합리적인 기대에 부합하도록 해석되어야 한다. “약관”의 정의는 제2.1.19조 제2항을 보라.

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.

【주 석】

1. 일방적 행위의 해석

계약 자체의 해석에 관하여 제4.1조가 정하는 기준의 연장선에서, 본조는 당사자의 일방적 진술이나 행위를 해석할 때 그 당사자의 의도를 우선하도록 하되

다만 상대방이 그러한 의도를 알았을 (또는 모를 수 없었을) 것을 요구하고, 나아가 그 밖의 모든 경우에는 그러한 진술이나 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 이해하였을 바에 따라 해석되어야 한다고 규정한다.

CISG 제8조 제1항 및 제2항과 문자적으로 거의 동일한 본조는 실무적으로 주로 계약체결단계에 적용될 것이다. 이 단계에서 이루어지는 당사자의 진술과 행위는 계약의 성립여부를 최종적으로 판단하기 위하여 그것의 정확한 법적 의미가 결정되어야 하기 때문이다. 그러나 예컨대 물품하자통지나 계약의 취소 또는 해제와 통지처럼 계약체결 후에 이루어지는 일방적인 행위가 해석의 문제를 야기할 수 있다.

2. 행위자의 의사를 확정하거나 합리적인 사람의 이해를 결정하는 방법

제1항의 “주관적” 기준과 제2항의 “합리성” 기준을 적용함에 있어서는 모든 관련사정이 고려되어야 하며, 그 중 가장 중요한 것들은 제4.3조가 열거한다.

제4.3조

(관련사정)

제4.1조와 제4.2조를 적용할 때에는 다음 각호를 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다.

- (가) 당사자간의 예비적 협상
- (나) 당사자간에 확립된 관례
- (다) 계약체결 후 당사자의 행위
- (라) 계약의 성질과 목적
- (마) 계약조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미
- (바) 관행

【주 석】

1. 해석시에 고려되어야 하는 사정 - 관련사정

본조는 제4.1조와 제4.2조의 “주관적” 기준과 “합리성” 기준을 적용할 때에

고려되어야 하는 사정들을 열거한다. 이는 가장 중요한 것들만 열거한 것이고 또한 결코 망라적 열거로 의도되어 있지 않다.

2. “특별한” 사정과 “일반적” 사정의 구별

본조에 열거된 사정들 중 일부는 당사자 사이의 특별한 관계에 관한 것인 반면, 다른 일부는 보다 일반적인 성격을 갖는다. 열거된 모든 사정이 개별사안에서 고려되어야 하는 것이 원칙이지만, 가호와 나호 및 다호는 “주관적” 기준을 적용할 때 더욱 중요하게 다루어질 것이다.

〈사 례〉

1. A는 책을 저술하고자 출판사 B와 계약을 체결하면서 책의 분량은 “대략 300 페이지”(about 300 pages)이어야 한다고 표시한다. 협상과정에서 B는 행정적 이유 때문에 책의 페이지 수에 대한 대략적인 표시는 꼭 필요하다는 것을 A에게 숙지시키면서, 다만 그 분량(300 페이지)을 정확하게 맞출 것까지는 없고 필요에 따라 상당히 분량을 초과할 수 있다고 A를 확신시켰다. A는 500 페이지 분량의 원고를 제출한다. “대략 300페이지”의 의미를 해석할 때 그러한 협상의 전말(예비적 협상)이 적절히 고려되어야 한다(제4.3조 가호 참조).

2. 캐나다의 제조업자 A와 미국의 소매상 B는 안경렌즈 매매계약을 다수 체결해왔는데, 그때마다 가격은 항상 캐나다달러(Canadian dollar)로 표시하였다. A가 B에게 새로운 청약을 할 때 이번에는 가격을 표시하면서 더 이상의 세부사항을 추가함이 없이 단지 “달러”라고 표기한다. 그러나 그는 내심으로는 이번에도 캐나다달러를 지칭하는 의도를 갖고 있다. 다른 반대의 표시가 없는 한 그러한 A의 의도가 우선한다(제4.3조 나호 참조).

나머지 라호, 마호 및 바호에 규정된 계약의 성질과 목적, 조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미 및 관행은 “합리성” 기준을 적용할 때 일차적으로 중요하나 배타적으로 적용되는 것은 아니다.

마호와 바호의 두 가지 기준은 일견 겹치는 것으로 보인다. 그러나 양자에는 차이가 있다. 즉 “관행”(usages)은 제1.9조의 요건이 충족되는 경우에 한하여 적용되는 데 비하여, “[...] 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미”(meaning commonly given [...] in the trade concerned)는 당해 조건과 표현이 당해 거래분야에서 전형적인 것인 한 그것(“당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미”)이 어느 일

방만이 속하는 거래분야나 어느 당사자도 속하지 않은 거래분야에 특유한 것에 불과하다더라도 고려되어야 하는 경우가 있다.

〈사 례〉

3. A와 B는 배럴당 미화 80 달러로 원유매매계약을 체결한다. 그 후 A와 B는 그들이 지칭한 배럴의 크기를 놓고서 의견이 대립한다. A는 42 표준갤런(standard gallon)의 배럴을 의도한 반면, B는 36 영국표준갤런(Imperial gallon)의 배럴을 의도하였기 때문이다. 다른 반대의 표시가 없는 한 A의 이해가 우선한다. 국제원유거래에서 배럴의 용적은 표준갤런을 기준으로 하는 것이 관행이기 때문이다(제4.3조 바호 참조).

4. 선박소유자 A는 곡물운송을 위하여 B와 용선계약을 체결하는데 계약서에는 선박이 목적항에 도착한 후 선박의 정박기간(lay-time) 개시시기를 정하는 약관인 “WIBON”조항(“whether in berth or not” clause)이 들어있다. 추후 당사자들이 그러한 약관의 의미를 [계약체결시에] 상이하게 이해하였던 것으로 나타나는 경우에, 다른 반대의 표시가 없는 한 그 약관이 해운업계에서 공통적으로 이해되는 의미를 우선시켜야 한다. 그러한 약관은 해운업계에서 전형적이기 때문이다(제4.3조 마호 참조).

3. 당사자간에 확립된 관례와 장기계약의 해석에 특히 관련되는 계약체결 후의 행위

계약체결 후의 행위가 당사자가 의도한 의무의 내용을 결정하는 데 도움이 될 수 있다. 복잡한 이행이 관련되고 계약 자체가 “진화하는” 즉 이행과정에서 적용이 요구되는 장기계약의 맥락에서 특히 그러하다. 그러한 계약은 당사자 일방의 반복적 이행을 수반할 수 있고, 상대방은 그러한 이행이 계약에 부적합하다고 주장할 기회를 갖는다.

원칙적으로 당사자의 사후행위는 당사자간에 당초 합의된 계약조건을 부인하는 것이 아니라 설명하거나 확대하는 해석도구로만 원용될 수 있다.

〈사 례〉

5. 공급자 A는 쇼펄물 B와 B가 주차장과 인도에 눈을 청소하는 데 필요한 “소금”을 공급하는 5년 기간의 계약을 체결한다. 첫 2년간 A는 “소금”이 아닌 얼음용해제를 제공하고 B는 그에 대하여 이의를 제기하지 않는다. 그 다음 겨울이 시작되자 B는 얼음용해제가 계약서에 적힌 “소금”이 아니라고 이의를 제기한다. 2번의 겨울동안 A

와 B가 공급물이 계약을 충족하는 것으로 행동하였다는 사실을 볼 때 당사자들은 계약상 “소급”의 의미가 그러한 얼음용해제를 포함하는 것으로 의도하였다고 추단된다.

6. 시공자 A는 고객 B에게 건물에 사용될 일정한 두께의 콘크리트석판을 X 금액의 단가(unit price)로 제공하는 데 동의하면서 그 가격이 석판의 면적 기준인지 콘크리트의 용적 기준인지를 명시하지 않는다. 당사자들은 수개월간 아무런 이의도 제기하지 않으면서 그 단가가 석판의 면적에 적용되는 것처럼 행동한다. 그 후 그 단위(unit)의 기준이 무엇인지에 관하여 분쟁이 발생한다. A와 B가 수개월간 그 단위의 기준이 석판의 면적을 의미하는 것처럼 행동하였다는 사실을 볼 때 당사자들은 석판의 면적이 곧 그 단위의 기준이라고 의도한 것으로 추단된다.

사후행위가 계약의 내용에 어떤 영향을 주는지에 관한 불확실성을 피하기 위하여 당사자는 이행과정에서 가능한 계약의 변경과 적응을 위한 일정한 메커니즘을 채택하기를 원한다. 예컨대 당사자는 어느 일방이 발행하고 상대방이(예컨대 건설계약상 각각 “발주자 대표자”와 “시공자 대표자”) 수락하는 “변경주문”(variation orders)을 규정하거나, 당사자 쌍방의 대표자들이나 독립된 전문가들로 구성되는 특별한 기구{이른바 “contract management committees”(계약관리위원회), “auditing bodies”(감사단) 등을 설립하여 당사자의 이행을 감시하고 전개상황에 맞추어 계약을 조정하는 것을 제안하는 일을 맡기도 한다. 분명히 당사자가 계약의 적응절차를 정확하게 통제하면 할수록 당사자의 비공식적 행위가 계약의 해석에 관련성을 가지는 일은 적어진다.

〈사 례〉

7. 발주자 A와 시공자 B 사이의 건설계약에서 A의 “Representative”(대표자)는 B가 수행하는 작업을 추가하거나 배제하거나 변경하는 지시를 할 권한을 갖는다고 규정한다. 그러한 추가, 배제 또는 변경이 계약 전체의 전반적 업무범위 내에 드는 한 B는 이를 이행할 의무가 있고 이는 당초 계약에서 규정한 작업을 변경하는 효력을 갖는다.

8. 시공자 A는 B 회사와 공장을 설계, 건설하여 20년간 운영하는 “DBO”(Design, Build and Operate, 설계건설운영) 계약을 체결한다. 계약에 의하면 당사자들은 공동으로 독립되고 공평한 감사기구를 구성하고, 이 기구로 하여금 각 당사자가 계약상 규정된 운영관리요건을 준수하는지 감사와 감독을 하도록 한다. 또한 계약에서 감사기구가 일방의 준수불이행을 결정하면 그 당사자는 적절한 시정조치를 취하여야 한

다고 정할 수도 있다. 따라서 당해 사안에서 감사기구가 A의 계약상 의무위반을 결정한다면 A는 적절한 조치를 취할 의무가 있다.

4. “통합조항”과 “구두변경금지”조항

일반적으로 국제상거래의 당사자들은 특히 복잡한 장기계약의 당사자들은 계약서가 당사자의 합의사항을 완전히 담고 있음을 나타내는 조항{이른바 “통합”조항(merger clause or entire agreement clause)}을 흔히 삽입하고 또한 계약이나 계약조항의 변경은 서면으로 하여야 한다고 규정한다{이른바 “구두변경금지조항”(no oral modification clauses)}. 전자와 같은 종류의 조항의 효력에 관하여 특히 그러한 계약조항이 과연 당사자간 예비적 협상의 관련성을 배척하는지 여부 및 어느 정도까지 배척하는지, 더욱이 단지 계약을 해석하는 용도로서 고려하는 것까지도 배척하는지 여부 및 어느 정도로 배척하는지에 관하여는 제2.1.17조를 보라. 후자와 같은 종류의 조항에 관하여는 제2.1.18조를 보고 제 1.8조에 규정된 모순행위금지의 원칙에 의한 제2.1.18조의 규칙의 제한을 보라.

〈사 례〉

9. 제조자 A는 판매점 B와 계약을 체결하여 B가 A의 제품을 X국에서 판매하도록 한다. 계약의 명시적 조항에 의하면, 판매점은 비독점적이고 사실 X국에서 판매점 C도 A의 제품을 판매한다. 또한 A와 B 사이의 계약서에는 “구두변경금지”조항이 들어 있어 계약조건의 변경은 서면으로 하여야 하고 A의 모회사의 승인이 있어야 한다. 그 후 C는 활동을 중단하고 B는 A가 알기로는 X국에서 A의 제품의 독점판매점이 된 것처럼 활동한다. B는 무엇보다도 C의 고객에 대하여 그렇게 행동하는데 그에 대하여 A 측은 아무런 반응도 보이지 않는다. A가 C 대신에 새로운 판매점을 지정할 때 B는 A와 B가 [서면이 아닌] 그들의 행위에 의하여 원래의 계약을 변경한 것 즉 계약이 독점계약으로 변경된 것에 대하여 반대하지 못한다.

제4.4조

(계약이나 진술의 전반에 비춘 해석)

조건과 표현은 그것이 등장하는 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

【주 석】

1. 계약 또는 진술의 전반에 비추어 해석

당사자의 어느 일방이나 쌍방 모두가 사용하는 조건(term)과 표현(expression)은 분명히 고립된 용도로 사용되지 않으므로 오히려 그것이 사용된 일반적인 맥락 속에서 ‘통합된 전체의 일부’(an integral part)로서 이해되어야 한다. 따라서 그러한 조건과 표현은 그것이 속한 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

〈사 례〉

라이선시 A는 라이선서 B가 A에게 배타적 라이선스(exclusive licence)를 부여하는 계약에도 불구하고 B가 A의 경쟁자인 C와 유사한 계약을 체결한 사실을 듣는다. A는 B에게 B의 계약위반을 추궁하는 서신을 송부하면서, 그 서신의 말미에 다음의 문구를 기재한다. “귀사의 행위로 볼 때 귀사의 직업적 정직함을 신뢰한 것이 당사의 착오였음이 분명하게 되었다. 이에 당사는 귀사와의 계약을 취소한다.” 이러한 A의 문구는 비록 “취소”라는 용어가 사용되었음에도 그 서신의 전반에 비추어 해석할 때 계약해제의 통지로 이해되어야 한다.

2. 계약조건간 우열 부정의 원칙

계약조건은 그것이 등장하는 순서를 불문하고 계약의 나머지 부분의 해석에 관하여 동일하게 중요하다는 의미에서, 원칙적으로 계약조건들 사이에 우열은 없다. 그러나 이러한 규칙에 대한 예외가 있다. 첫째 계약서의 전문(preamble)에 명시되는 계약의도 표시부분(declarations of intent)은 계약의 효력규정(operative provision)을 해석할 때 고려되어야 할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 둘째 계약규정 상호간에 충돌이 있는 경우에 더 특별한 성격의 규정이 일반적 성격의 규정에 당연히 우선한다. 마지막으로 당사자는 명시적으로 계약의 각 규정이나 각 부분 사이에 우열을 약정할 수 있다. 이러한 약정은 당해 거래의 법적, 경제적, 기술적 측면에 관한 다수의 문서로 구성되는 복잡한 계약에서 흔히 발견된다.

제4.5조

(유효해석의 원칙)

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

【주 석】

당사자가 계약서 문안을 작성할 때 아무런 목적도 없이 자구들을 사용하였을 것이라고 생각하기 어렵다. 이러한 이유에서 본조는 불명확한 계약조건은 그 중 일부의 효력이 부정되도록 하기보다는 오히려 모든 계약조건의 효력이 긍정되도록 해석되어야 한다고 규정한다. 그러나 이러한 규칙은 문제의 계약조건이 제 4.1조 내지 제 4.3조에 규정된 해석에 관한 기본규칙에 따른 해석에도 불구하고 여전히 불명확한 경우에 한하여 적용된다.

〈사 례〉

유료방송사 A와 영상물판매업자 B는 B가 일정한 편수의 영상물을 A에게 정기적으로 공급하고 A는 그 영상물을 A의 방송네트워크를 통하여 오후에 방송하되, 모든 시청자의 시청이 허용되는 영상물만 방송한다는 내용의 영상물공급계약을 체결한다. 계약에 따르면, 제출된 영상물은 반드시 관할기관인 방송등급위원회의 “방송허가기준을 통과한” 것이어야 한다. A와 B 사이에 그러한 표현(“방송허가기준을 통과한”)의 의미를 놓고 분쟁이 발생한다. B는 그 표현은 단지 영상물이 X등급을 받더라도 방송가능 등급의 판정을 받기만 하면 족하다는 의미라고 주장하는 반면, A는 영상물이 반드시 모든 시청자의 시청이 허용되는 등급의 판정을 받아야 한다는 의미라고 주장한다. 그러한 표현에 다른 의미를 부여하는 것이 가능하지 않는 한 A의 이해가 우선한다. B의 해석은 계약조항의 효력을 박탈하기 때문이다.

제4.6조

(작성자불리의 원칙)

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

【주 석】

당사자는 자신이 계약조건을 성안하였다는 이유로 혹은 예컨대 타인이 작성한 약관을 사용하는 경우와 같이 자신이 계약조건을 제공한다는 이유로 그 계약조건이 불명료함에 대한 책임을 질 수 있다. 그러한 당사자는 자신이 선택한 제시방법에 때문에 계약조건이 충분히 명확하지 않을 수도 있는 위험을 부담하여야 한다. 이러한 이유에서 본조는 당사자 일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다고 규정한다. 본조의 적용한도는 사안의 제반사정에 달려있다. 당사자간에 문제의 계약조건에 대한 협상의 여지가 적을수록 그 조건을 계약서에 삽입한 당사자에게 불리한 해석이 더 정당하게 된다.

〈사 례〉

시공자 A와 발주자 B 사이에 체결된 산업플랜트건설계약의 계약서에는 “시공자 甲은, 甲 자신이나 그의 직원 또는 대리인의 과실로 인하여 발주자 乙에게 발생하는 물리적 재산(이 건 공장은 제외한다)의 멸실이나 훼손 또는 사람의 사망이나 상해에 관한 한, 乙에 대하여 모든 손실과 비용 및 클레임에 대한 책임을 지며 그로 인한 손해를 乙에게 배상하여야 한다”고 명시한 조항이 있다. 이 조항은 B와 전혀 협의하지 않고 A가 홀로 성안한 것이다. A의 직원이 근무시간 후에 B의 장비 근처에서 놀다가 장비를 훼손한다. A는 그 계약조항은 A의 직원의 행위가 고용계약의 범위 내에 드는 경우에 한하여 적용된다고 주장하면서 그의 책임을 부인한다. 다른 반대의 표시가 없는 한 위의 조항은 A에게 보다 불리하게 즉 A의 직원이 고용계약의 범위 내에서 행위하지 않은 경우에도 적용되는 것으로 해석될 것이다.

제4.7조

(언어간의 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.

【주 석】

국제상사계약은 흔히 둘 이상의 언어로 작성되는 언어본(version)에 의하여 체결되므로 특정한 사항에 관하여 언어간 불일치가 발생하기도 한다. 때로는 당사자가 어느 언어로 작성된 계약서가 우선하는지를 명시적으로 표시하기도 한다. 각각 상이한 언어본의 모든 계약서가 동등하게 원본인 경우에는 발생할 수 있는 언어간 불일치를 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. 본조는 경직되고 엄격한 규칙을 규정하기 보다는 단순히 그 중 가장 먼저 작성된 언어본에 따른 해석이 그리고 그러한 언어본(version)이 둘 이상인 경우에는 그 중 어느 하나에 따른 해석이 우선하여야 한다고 지시할 뿐이다.

〈사 례〉

1. A와 B는 모두 영어가 모국어가 아님에도 영어로 협상하고 계약서를 작성한 후 이를 각각의 모국어로 번역한다. A와 B는 그러한 세 가지 언어의 계약서가 동등하게 원본의 효력을 갖는다고 합의한다. 계약서 사이에서 언어간 불일치가 있는 경우에 다른 반대의 표시가 없는 한 영어본이 우선한다.

당사자가 Incoterms나 신용장통일규칙과 같은 국제적으로 널리 알려진 규범을 기초로 계약을 체결한 경우와 같이 다른 해법이 보다 나은 경우가 있다. 당사자들이 사용한 상이한 언어본 사이에 불일치가 있고 그것들보다 명확한 제3의 언어본이 있는 경우에, 그러한 제3의 언어본이 우선되어야 할 것이다.

〈사 례〉

2. X국의 어느 회사와 Y국의 어느 회사 사이의 계약서는 모두 동등하게 원본의 효력을 갖는 X국어, Y국어 및 영어로 작성되고, 그 계약서에는 'Incoterms 2010'을 계약에 편입하는 조항이 있다. 다툼이 있는 어떤 사항에 관하여 불어본의 Incoterms가 위의 세 언어본보다 명확하다면 불어본에 따라야 할 것이다.

제4.8조

(흡결조건의 보충)

(1) 당사자가 권리의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 경우에, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로 그러한 흡결을 보충한다.

(2) 무엇이 적절한 계약조건인지를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다.

- (가) 당사자의 의사
- (나) 계약의 성질과 목적
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

【주 석】

1. 흠결조건의 보충과 해석

제4.1조 내지 제4.7조는 엄격한 의미의 계약해석 즉 불명확한 계약조건의 내용을 밝혀서 결정하는 문제를 다룬다. 본조는 비록 관련문제이긴 하나 그럼에도 다른 문제 즉 흠결조건을 보충하는 문제를 다룬다. 흠결조건이나 계약의 흠결은 당사자가 계약에서 아예 침묵한 경우에 발생하므로 그 보충의 문제는 계약체결 후에 발생한다. 흠결이 발생하는 것은 당사자가 의도적으로 흠결조건을 다루지 않기로 선택하였기 때문이거나 단순히 미처 예견하지 못하여 다루지 못하였기 때문이다.

그러나 당사자가 의도적으로 미정조건을 남겨두면서 이를 추후 협상으로 합의하도록 하거나 당사자의 일방이나 제3자가 결정하도록 하는 경우도 있다. 이는 장기계약에서 특히 자주 일어난다. 당사자들이 합의에 실패하거나 당사자 또는 제3자가 미정조건을 결정하지 않는 경우에는 제2.1.14조가 적용된다.

2. 어떠한 경우에 흠결조건이 보충되어야 하는가

계약상 흠결조건이나 흠결이 있는 많은 경우에 본 원칙은 자체 내에서 그 쟁점에 대한 해법을 제공한다(예컨대 제5.1.6조(이행품질의 결정), 제5.1.7조(가격의 결정), 제6.1.1조(이행기), 제6.1.4조(이행의 순서), 제6.1.6조(이행지), 제6.1.10조(통화가 표시되지 않은 경우) 참조. 또한 일반적으로 제5.1.2조(묵시적 의무) 참조). 그러나 일반적으로 적용가능한 그러한 “흠결보충”의 해법이 있더라도 이는 당사자의 기대나 계약의 특수성에 비추어 볼 때 제반사정상 적절한 해법이 되지 못하여 실제 사안에서 특히 장기계약에서 적용되지 않을 수도 있다. 본조는 이

때 적용되고, 그렇더라도 적절한 경우에 제5.1.2조가 적용되는 것을 방해하지 않는다.

3. 흠결조건 보충기준

본조에 따라 보충되는 계약조건은 사안의 제반사정에 특히 장기계약에 관하여 적절하여야 한다. 무엇이 적절한지를 결정함에 있어서는 무엇보다도 계약서에 명시된 조건이나 계약서 서문, 사전협상 또는 계약체결 후의 행위로부터 추단되는 당사자의 의사가 가장 우선적으로 고려되어야 한다.

〈사 례〉

1. 건설계약에서 당사자들은 발주자가 대금지급을 지체하는 경우에 적용할 특별이자율을 약정한다. 공시개시 전에 당사자들은 계약을 종료하기로 결정한다. 시공자가 선금금의 반환을 지체하자 그에 적용할 이자율이 문제된다. 계약 내에서 이러한 문제를 다루는 명시적 규정이 없다면 제반사정으로 볼 때 발주자의 대금지급지체시에 적용하기로 약정된 특별이자율을 시공자의 반환지체의 경우에도 적용하는 것이 적절하다.

당사자의 의사를 확정할 수 없는 경우에 흠결조건은 계약의 성질과 목적, 신의와 공정거래의 원칙 및 합리성 원칙에 따라 결정된다.

〈사 례〉

2. 판매가맹계약(distribution franchise agreement)에서 가맹상(franchisee)은 계약종료 후 1년간 유사한 영업을 하지 않아야 한다고 규정한다. 계약에서 그러한 금지의 지리적 범위에 대하여 침묵하더라도 가맹계약의 성질과 목적에서 볼 때 그러한 금지는 가맹상이 당해 가맹으로 활동한 지역으로 한정하는 것이 적절하다.

제 5 장

계약의 내용, 제3자의 권리 및 조건

제 1 절 계약의 내용

제5.1.1조

(명시적 · 묵시적 의무)

당사자의 계약상 의무는 명시적 또는 묵시적일 수 있다.

【주 석】

본조는 널리 승인되고 있는 원칙, 즉 당사자의 의무는 계약에 명시된 것에 한정되지 않는다는 원칙을 재술(再述)한다. 그렇게 명시되지 않은 묵시적 의무도 있을 수 있다(제5.1.2조의 주석과 사례 참조).

본조의 규정은 본 원칙상의 다른 일부 규정과 밀접한 관련이 있다. 먼저 제 5.1.1조는 “각 당사자는 국제거래상의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다”(제1.7조)는 규칙의 직접적인 논리적 결과이다. 해석에 관한 규칙(제4장)은 (계약의 불명확을 해결하는 기준 외에도) 흠결보충 기준으로 작용하는 한도 내에서 계약의 구체적 내용을 결정하는 것을 돕고 그리하여 결국 묵시적 조건을 확정하는 것을 돕는다.

제5.1.2조

(묵시적 의무)

묵시적 의무는 다음 각호에서 비롯한다.

- (가) 계약의 성질과 목적
- (나) 당사자간에 확립된 관례와 관행
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

【주 석】

본조는 묵시적 의무의 원천을 규정한다. 당사자가 자신의 의무를 명시하지 않는 이유는 다양하다. 예컨대 묵시적 의무는 당사자가 의무의 성질과 목적상 “굳이 말할 필요도 없는” 의무라고 할 정도로 명백한 의무라고 보아 계약에서 침묵한 것일 수 있다. 또한 묵시적 의무는 제1.9조에 의하여 당사자간에 확립된 관례나 거래관행에 이미 내재하고 있을 수도 있다. 나아가 계약관계에서 묵시적 의무는 신의와 공정거래의 원칙 또는 합리성의 원칙의 결과일 수도 있다.

〈사 례〉

1. A는 컴퓨터네트워크를 B에게 임대하고 이를 설치하여준다. 계약에서 그 시스템의 운용에 관한 최소한 기본적인 정보를 어느 정도 B에게 제공할 A의 의무에 대하여 완전히 침묵한다. 그러나 그러한 의무는 묵시적 의무라고 볼 수 있다. 정교한 물품의 제공자가 상대방에게 최소한의 정보를 제공하여야 한다는 것은 명백하고 또한 그러한 계약의 목적을 달성하는 데 필요하기 때문이다(제5.1.2조 가호 참조).
2. 용선계약의 체결을 중개해준 중개인이 그의 보수를 청구한다. 그 중개계약에서 보수의 지급시기에 대하여 침묵하더라도 당해 분야의 관행은 묵시적 조건, 즉 중개인의 보수청구권은 예컨대 그의 중개로 체결된 용선계약상 용선료가 지급된 때 아니면 그러한 용선료 지급여부와 무관하게 단지 용선계약의 서명이 있는 때에 발생한다는 묵시적 조건을 제공할 수 있다(제5.1.2조 나호 참조).
3. 이미 상호협력계약(cooperation agreement)의 협상에 돌입한 A와 B는 어떤 복잡한 타당성조사연구에 관한 계약을 체결한다. 그러한 연구는 A로서는 매우 많은 시간이 소요된다. 연구가 완결되기 오래 전에 이미 B는 상호협력계약의 협상을 진행하지 않기로 결정한다. 이러한 상황에 관하여 약정된 바가 전혀 없더라도 신의[의 원칙]에 의하여 B는 지체 없이 A에게 그러한 그의 결정을 통지하여야 한다(제5.1.2조 다호).

제5.1.3조

(당사자간의 협력)

각 당사자는 상대방이 의무를 이행하는 데 협력할 것이 합리적으로 기대되는 때에는 상대방과 협력하여야 한다.

【주 석】

1. 협력의무 - 신의와 공정거래의 일반원칙의 적용

계약은 상충되는 이해(利害)의 합류점이기도 하지만 또한 어느 정도까지는 각 당사자가 서로 협력하여야 하는 하나의 공동과업으로 보아야 한다. 이러한 시각은 계약법을 관통하는 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조)은 물론 불이행의 경우의 손해경감의무(제7.4.8조)와도 분명히 관련된다.

본조는 각 당사자의 의무이행을 위하여 합리적으로 기대되는 범위 내에서 당사자들이 서로 협력할 의무를 규정한다. 이러한 의무의 예는 본 원칙의 명문의 조문(제5.3.3조, 제7.1.2조, 제7.4.8조 참조)이나 주석(제6.1.6조의 주석 3, 제6.1.14조의 주석 3(가), 제7.1.4조의 주석 10 참조)에 명시적 또는 묵시적으로 규정되어 있다. 그러나 그 밖에도 당사자가 계약의 형성과정 또는 이행과정에서 서로 협력하여야 하는 경우가 많이 있다.

물론 협력의무는 그 범위가 제한적이어야 한다. 즉 협력의무는 오직 상대방의 이행이 가능하도록 하기 위하여 협력할 것이 합리적으로 기대되는 범위 내에서만 존재하고 계약상 당사자간 의무의 배분을 뒤집지 못한다. 이러한 한도 내에서 각 당사자는 상대방의 의무이행을 방해하지 않을 의무뿐만 상대방의 의무이행을 가능하게 하도록 적극적 조치를 취할 의무도 부담한다.

〈사 례〉

1. X국에 있는 아트갤러리 A는 Y국의 개인수집가 B로부터 1점의 16세기 고화를 매입한다. 그 고화는 특별한 허가 없이는 수출될 수 없기에 계약에서 B가 그러한 허가를 신청하도록 약정한다. 그러한 허가절차에 관한 경험이 없는 B는 허가를 신청하는데 심각한 어려움에 직면하나 A는 그러한 절차에 익숙하다. 이러한 사정상 위의 약정에도 불구하고 A는 최소한 어느 정도 조력을 B에게 제공하여야 한다고 기대될 수 있다.

2. A 회사와 B 회사는 A가 B에게 전기를 판매하는 매매계약을 체결한다. B가 계약을 불이행하자 A는 B를 상대로 소를 제기하여 계약위반과 손해배상을 주장한다. B는 공적등록부에 등록되지 않은 것을 이유로 계약이 무효라고 주장한다. 준거법에 따르면 계약의 등록은 당사자 쌍방이 공동으로 하여야 하는데 B가 등록을 위하여 그에 요구된 바를 하지 않아 등록을 완료할 수 없었다. B는 A의 청구에 대한 항변으로 계약의 미등록을 주장하지 못한다.

3. X국에 있는 매도인 A는 Y국에 있는 매수인 B와 물품을 분할인도하는 매매계약을 체결한다. 그 후 인도된 물품의 일부에 하자가 있음을 B가 발견하여 주장하자 A는 대금감액과 지급일자의 연장에 동의하지만, 금번에는 A는 무거운 형벌을 피하기 위하여 자국의 ‘수출 및 외환통제’ 당국에 대금감액 및 지급기일연장의 이유를 설명하고자 B에게 즉시 하자에 관한 정식통지서와 함께 다른 서류를 제출하도록 요구한다. B가 단지 점차적으로 그리고 부분적으로 A의 요구를 충족하자 A는 B에게 ‘B가 요구된 서류를 제출하고 이미 인도된 물품의 대금을 즉시 지급하는 것을 조건’으로 나머지 물품을 인도하겠다고 통지한다. A가 그렇게 하는 데 대하여 B는 A가 계약(그리고 지급기일연장에 관한 그 후의 합의)을 위반하고 있다고 주장하지 못한다. 왜냐하면 그의 방해주의적 행태를 통하여 계약상의 일반적인 협력의무를 준수하지 않는 것은 B이기 때문이다.

2. 장기계약상 당사자간 협력

본조는 일반적인 용어로 모든 종류의 계약에 적용되는 협력의무를 규정하지만, 실무상 협력은 특히 장기계약의 맥락에서 중요하다. 특히 복잡한 성질의 이행을 포함하는 계약은 비록 합리적 기대의 한도 내에서이긴 하나 거래의 작동을 위하여 계약의 전과정에 걸쳐 특별히 협력을 필요로 한다. 따라서 예컨대 산업설비건설계약에서 발주자는 현장에서 다른 공사를 수행하기 위하여 발주자가 이용하는 다른 시공자들이 시공자의 공사에 간섭하는 것을 금지하도록 요구될 수 있다. 마찬가지로 판매점계약에서 공급자는 판매점이 계약상 합의된 최소주문량을 달성하는 것을 방해하지 않을 의무가 있고, 가맹계약에서 가맹업자는 비록 독점가맹계약이 아니더라도 가맹상의 영업소와 매우 인접한 곳에 경쟁영업소를 개설하지 못한다.

장기계약의 맥락에서도 명백히 당사자의 협력의무는 오직 합리적 기대의 한도 내에서 존재한다.

〈사 례〉

4. 시공자 A는 X국의 정부기관 B로부터 X국에 3,000 채의 주택단지를 건설하는 계약을 수주한다. 이는 신규사업프로젝트이기 때문에 전기와 물도 끌어와야 하는데 이 두 가지 일은 서로 충돌하지 않도록 일정한 순서로 수행되어야 한다. B는 전기계약을 현지시공자들과 체결하면서 현지시공자들의 작업을 A의 작업과 조화시키는 데 완전히 실패하고, 그 결과 A는 작업을 반복적으로 중단해야 하고 이 때문에 상당한

손해를 입는다. B는 이러한 손해에 대하여 책임이 있다. 사정상 B는 A의 작업이 그렇게 중단되지 않도록 현지시공자의 작업을 적극적으로 조정하였어야 하기 때문이다.

5. X국에 있는 A 회사는 X국의 공개입찰절차에 참여하기 위하여 Y국에 있는 B 회사와 합작투자계약을 체결한다. 결국 계약은 제3자에게 낙찰된다. 입찰절차가 명백하게 부적절하였으나 B는 낙찰에 대하여 관할기관에 불복하는 데 필요한 정보를 A에게 제공하기를 거절하고, 그에 따라 불복을 진행하는 것을 방해한다. 그러한 거절에 의하여 B는 합작투자계약상 A에 대한 일반적 협력의무를 위반하였다.

제5.1.4조

(특정한 결과를 달성할 의무와 최선의 노력을 다할 의무)

(1) 당사자의 의무가 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그러한 결과를 달성하여야 한다.

(2) 당사자의 의무가 어떤 일을 수행함에 있어 최선의 노력을 다할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 하는 정도로 노력하여야 한다.

【주 석】

1. 특정한 결과를 달성할 의무와 최선의 노력을 다할 의무의 구별

의무이행당사자에게 요구되는 성실(diligence)의 정도는 의무의 성질에 따라 상당히 다르다. 당사자는 때로는 단지 최선의 노력을 다할 의무만을 부담한다. 그러한 당사자는 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 하는 정도의 노력을 다 하여야 하지만 특정한 결과의 달성을 보장하지 않는다. 그러나 때로는 의무가 보다 무겁고 특정한 결과를 약속하기도 한다.

“특정한 결과를 달성할 의무”(duty to achieve a specific result)와 “최선의 노력을 다할 의무”(duty of best efforts)의 구별은 계약상 의무 인수의 두 가지 혼란 그리고 전형적인 엄격함의 정도(degree of severity)에 상응한다. 그러나 이러한 구별이 가능한 모든 상황을 포함하는 것은 아니다.

하나의 계약 내에 두 가지 종류의 의무가 공존할 수 있다. 예컨대 하자 있는 기계를 수리하는 회사는 수리작업의 품질에 관하여 일반적으로 최선의 노력을 다할 의무를 부담하고, 동시에 특정한 부품의 교체에 관하여 특정한 결과를 달

성할 의무를 부담할 수 있다.

2. 본조의 구별에 따른 의무이행 여부의 결정기준

뒤편 보면 본조 제1항과 제2항은 판사와 중재인에게 정확한 이행여부를 평가하는 기준을 제공한다. 특정한 결과를 달성할 의무의 경우에 당사자는 약속된 결과를 그대로 달성하여야 하며 그렇게 하지 못하는 것 자체가 불이행이다. 다만 불가항력 규정(제7.1.7조)이 적용될 수는 있다. 반면에 최선의 노력을 다할 의무의 불이행여부의 판단에는 상대적으로 덜 엄격한 판단이 요구되며, 그러한 판단은 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 하였을 노력과의 비교를 기초로 한다. 이러한 구별은 전문성에 기하여 선택된 더 전문화된 회사(채무자)에게는 덜 숙련된 계약상대방(partner)에 비하여 더 많은 것이 요구됨을 의미한다.

〈사 례〉

1. 판매점(distributor) A는 계약지역 내에서 1년 내에 15,000건의 판매량을 달성하겠다고 약속한다. 당해 연도의 연말까지 A가 단지 13,000건을 판매하였을 뿐이라면 A는 그의 의무를 분명히 불이행한 것이다(제5.1.4조 제1항 참조).

2. 다른 판매점 B는 자신이 달성하여야 할 최소판매량을 명시하지 않고 단지 계약지역 내에서 “제품의 판매를 확대하는 데 최선의 노력을 다한다”고 약속한다. 이러한 계약규정은 최선의 노력을 다할 의무를 발생시키며, 이에 B는 그와 유사한 상황(제품의 성질, 시장의 특성, 기업의 중요성과 경험, 경쟁자의 존재 등)에 놓인 합리적인 사람이 판매촉진을 위하여 취할 모든 조치(광고, 고객방문, 적절한 서비스 등)를 취할 의무를 진다. B는 특정한 결과, 즉 연간 일정한 판매수량을 달성할 것을 약속한 것이 아니라 그가 합리적인 사람으로서 행위한다고 할 때에 그에게 기대되는 모든 행위를 다하기로 약속한 것이다(제5.1.4조 제2항 참조).

3. 장기계약

국제계약실무상, 특히 장기계약의 맥락에서, 당사자가 장차 일어날 수 있는 문제를 협력하여 함께 해결하기로 규정하는 때에 “신의로 협상할” 의무로 하기 보다는 “최선의 노력을 다할” 의무로 표현하는 것이 일반적이다. 장기계약의 당사자가 그러한 최선의 노력을 다할 의무에 합의하는 경우에 이 의무는 모든 실

천적 목적상 신의로 협상할 의무일 수 있다(제2.1.15조 주석 3 참조).

제5.1.5조

(의무의 종류의 결정)

당사자의 의무가 어떤 일을 할 때 최선의 노력을 다하는 것을 내용으로 하는지 아니면 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는지를 결정함에 있어서는 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

(가) 계약에서 의무가 표현된 방법

(나) 계약대금 그 밖의 계약조건

(다) 기대된 결과를 이루는 데 통상 수반되는 위험의 정도

(라) 의무의 이행에 미치는 상대방의 영향력

【주 석】

1. 의무의 성질을 결정하는 기준

당해 의무가 특정한 결과를 달성할 의무인지 아니면 단지 최선의 노력을 다하기만 하면 되는 의무인지의 결정은 중요하다. 전자의 의무가 더 부담스럽기 때문이다. 그러한 결정은 때로는 어려울 수 있다. 이에 본조는 계약당사자와 판사, 중재인에게 지침이 될 기준을 규정하며, 이는 망라적 열거가 아니다. 이 문제는 종종 해석에 관한 사항(matter of interpretation)이다.

2. 계약에 표현된 바에 따른 의무의 성질

당해 의무가 계약에서 어떻게 표현되어 있는지는 당사자가 특정한 결과를 달성할 의무를 의도하였는지 최선의 노력을 다할 의무를 의도하였는지를 결정하는데 종종 도움이 된다.

〈사 례〉

1. 시공자 A는 이례적으로 공사가 조속히 종료되는 데 매우 예민한 발주자 B에게 저장시설을 지어주기로 약속한다. A가 “작업은 12월31일 전에 완료될 것이다”고 약속한 경우에 A는 그러한 시한의 준수라는 특정한 결과를 달성할 의무를 부담한다. A

가 단지 “12월 31일 전에 작업을 완성하도록 노력한다”고 약속한 경우에는 그러한 시한 준수를 위하여 최선의 노력을 다할 의무를 질 뿐이지 그러한 시한을 틀림없이 준수하겠다고 보장한 것은 아니다(제5.1.5조 가호 참조).

3. 대금 그 밖의 계약조건

계약대금 그 밖의 계약조건도 의무의 성질을 결정하는 단서(端緒)를 제공한다. 대금이 이례적으로 높게 약정되거나 별도의 특정한 비금전적 반대채무를 부담한 사실은 통상적으로는 단지 최선의 노력을 다할 의무를 부담하게 되는 사안에서도 특정한 결과를 달성할 의무를 추단케 할 수 있다. 대금지급을 정상작동 성공이라는 특정한 결과와 연계시키는 조항이나 일정한 결과를 달성하지 못하는 경우에 적용되는 위약벌조항(penalty clause), 사정이 변경되어 당초 합의된 대로 이행하기에는 너무 가혹한 경우에 당사자에 의한 계약조정을 허용하는 이행가혹조항(hardship clause)은 – 어떠한 방법으로든지 – 문제의 의무의 성질을 결정하는 데 도움이 되는 계약조항의 예이다(제5.1.5조 나호 참조).

4. 의무이행에서 위험의 정도

일방 당사자의 의무이행에 보통 고도의 위험이 수반되는 때에는, 일반적인 기대는 그 당사자가 어떤 결과의 보장을 의도하지 않는 것이고 상대방도 그러한 보장을 기대하지 않는다. 그러나 요망된 결과를 원칙적으로 특별한 어려움 없이 달성할 수 있는 경우에는 반대의 결론이 도출될 것이다(제5.1.5조 다호 참조).

〈사 례〉

2. 우주사업자(space agency)는 통신위성을 궤도에 올려주기로 약속한다. 그 실패 확률은 과거의 기록으로 볼 때 22%이다. 이 우주사업자가 성공적인 궤도진입을 보장한 것으로 기대할 수는 없다. 그의 의무는 단지 현재의 기술수준으로 보아 그러한 위성발사를 위하여 요구되는 정도의 성실을 다하는 것이다.

3. A는 B에게 20톤의 철강을 6월30일에 인도하기로 약속한다. 이렇게 비교적 단순한 이행행위에는 특별한 위험이 따르지 않는다. A는 그러한 수량(20톤)의 철강을 그 일자(6월30일)에 인도한다는 특정한 결과를 달성할 것을 약속한 것이지만 단지 그러한 시도를 하겠다고 약속한 것이 아니다.

5. 의무이행에 대한 채권자의 영향력

경우에 따라서는 일방에 의하여 상대방의 의무이행이 어느 정도 영향을 받기도 한다. 이러한 사실로 말미암아 그러한 사정이 없었더라면 특정한 결과를 의무로 성질결정되었을 의무가 최선의 노력을 다할 의무로 변종될 수 있다.

〈사 례〉

4. A는 새로이 개발된 화학공정을 적용하는 데 필요한 기술적 지원을 B에게 제공할 준비가 되어 있고, 나아가 A가 개최하는 교육과정에 B가 그의 일부 기술자를 참석시키는 데 동의한다. A는 그의 새로운 화학공정을 상대방이 완전히 습득할 것이라고 약속한 것은 아니라고 하여야 한다. 그러한 결과(완전한 습득)는 일부 B가 그의 기술자를 교육과정에 실제로 참석시키는지 여부 및 그러한 기술자의 능력과 교육과정중의 학습태도에 달려있기 때문이다(제5.1.5조 라호 참조).

제5.1.6조

(이행품질의 결정)

계약에서 이행의 품질을 정하지 않고 또한 결정할 수도 없는 경우에 당사자는 제반사정으로 보아 합리적이고 평균보다 낮지 않은 품질의 이행을 제공하여야 한다.

【주 석】

제5.1.4조가 “최선의 노력”을 다하는 것에 관한 기준을 규정하는 데 비하여, 제5.1.6조는 이행의 품질(quality of performance)이라는 더 넓은 문제를 다룬다. 물품이 공급되거나 용역이 제공되어야 하는 경우에 단지 물품을 공급하거나 용역을 제공하는 것만으로는 충분하지 않고 그 물품이나 용역이 일정한 품질을 갖추어야 한다.

이행의 품질은 흔히 계약 내에서 명시적으로 약정되지만(예컨대 “1등급 오일”), 단지 그 결정을 가능하게 하는 요소만이 계약 내에서 제공되기도 한다. 그 밖의 경우에는 제5.1.6조의 규칙에 의하여 이행의 품질은 “제반사정으로 보아 합리적이고 평균보다 낮지 않은” 수준이어야 한다. 이와 같이 두 가지 기준이 결합되어 있다.

〈사 례〉

1. A는 번잡한 기차역 바로 인근에 호텔을 지어주기로 약속한다. 계약에서 “적절한 방음” 시설을 갖출 것을 정하고 있으나 그 품질은 보다 정확하게 결정되어 있지 않다. 그러나 호텔 인근에 기차역이 있음을 볼 때, 적절한 방음이 고도의 기준을 충족해야 한다는 것을 계약으로부터 결정할 수 있다.

1. 평균품질(average quality)의 이행

평균품질의 물품을 제공하는 것은 최소요건이다. 공급자는 계약에서 요구되지 않는 한 보다 우수한 품질을 가진 물품이나 용역을 제공할 의무가 없으나 보다 열등한 품질을 가진 물품이나 용역을 제공해도 안 된다. 평균품질은 제반사정에 따라 결정되며 일반적으로 이는 이행시에 관련시장에서 통용되는 기준에 따라야 함(예컨대 근자에 기술적 진보가 있을 수 있음)을 의미한다. 상대방이 그 이행당사자를 선택한 이유가 그의 특정한 자격 때문인 경우와 같은 그 밖의 요소도 고려될 수 있다.

〈사 례〉

2. A는 B로부터 500kg의 오렌지를 매입한다. 계약에서 보다 정확한 품질에 관하여 침묵하고 그 밖의 제반사정으로 보아 다른 해법이 요구되지 않는 한 오렌지는 평균품질보다 낮지 않아야 한다. 그러나 평균품질로도 충분하되 다만 평균품질 자체가 불합리하게 결함 있는 것이 아니어야 한다.

2. 합리적 이행

합리성을 추가적으로 언급하는 취지는, 당사자가 평균품질이 매우 불충분한 시장의 기준에 기하여 “평균”의 이행을 제공하고 자신은 적절하게 이행하였다고 주장하는 것을 방지하고, 나아가 판사나 중재인에게 그러한 불충분한 기준을 높일 수 있는 기회를 주기 위한 것이다.

〈사 례〉

3. X국에 있는 A 회사는 창립 50주년을 기념하는 연회를 갖고자 한다. X국의 요리 기술이 평범하기에 A는 프랑스 파리에 있는 어느 유명한 식당에 음식을 주문한다. 이러한 사정상 음식의 품질은 파리에 있는 음식점의 평균기준보다 저급해서는 안 된

다. 단지 X국의 평균기준을 만족하는 것만으로는 충분하지 않다.

제5.1.7조

(가격의 결정)

(1) 계약에서 가격을 정하고 있지 아니하거나 이를 정하기 위한 조항을 두지 아니한 경우에 당사자는, 반대의 표시가 없는 한, 계약체결시에 그러한 이행에 대하여 당해 거래와 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 가격을, 그러한 가격이 없는 때에는 합리적인 가격을 적용하기로 한 것으로 본다.

(2) 당사자 일방이 가격을 결정하기로 하여 결정된 가격이 명백히 불합리한 경우에는 그 가격은 반대의 다른 계약조건에도 불구하고 합리적인 가격으로 대체된다.

(3) 당사자의 일방이나 제3자가 가격을 정하기로 하였으나 그 당사자나 제3자가 가격을 정하지 아니하는 경우에 가격은 합리적인 가격으로 한다.

(4) 존재하지 않거나 이미 소멸하였거나 더 이상 접근할 수 없는 요소를 기준으로 가격이 결정되어야 하는 경우에는, 그것과 가장 가까운 등가적인 요소를 그 대체기준으로 사용한다.

【주 석】

1. 가격결정에 적용되는 일반원칙

당사자는 계약 내에서 보통 가격을 약정하거나 그 결정을 위한 조항을 둔다. 그러나 그렇지 않은 경우에 본조 제1항은 당사자가 계약체결시에 당해 이행에 대하여 당해 거래와 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 가격을 참조하는 것으로 추정한다. 이러한 요건들이 모두 중요함은 물론이다. 나아가 본조는 다른 반대의 표시가 있는 때에는 그러한 추정의 번복을 허용한다.

본조는 CISG 제55조의 영향을 받은 것이다. 본조의 규칙은 국제거래상의 필요에 대응하는 데 필요한 유연성을 갖고 있다.

경우에 따라서는 당해 시장에서 통상적으로 청구되는 가격이 본조를 관통하

고 있는 합리성기준을 충족하지 못할 수 있다는 것이 사실이다. 이러한 경우에는 신의와 공정거래에 관한 일반규정(제1.7조)에 따라야 하며, 착오와 사기, 중대한 불균형에 관한 규정(제3장 제2절) 중 일부에 따라야 할 때도 있다.

일부의 국제계약은 유일하거나 최소한 매우 특별한 업무(operations)와 관련 되는 것이어서 그와 비견할 만한 상황하의 유사한 이행에 대하여 청구되는 가격을 발견하기가 불가능하다. 이러한 경우에 당사자는 본조 제1항에 따라 합리적인 가격을 참조하기로 한 것으로 간주되고, 이에 문제의 당사자는 합리적인 수준의 가격을 정할 수 있고, 다만 그 가격은 법원이나 중재판정부에 의한 심사의 대상이 된다.

〈사 례〉

1. 전세계에 걸쳐 속달우편을 전문적으로 취급하는 A 회사는 B로부터 X국에서 Y국으로 가능한 한 빨리 배달되어야 하는 소포를 접수한다. 배달요금에 관하여는 아무런 말도 없었다. A는 그러한 용역분야에서 통상적으로 청구되는 요금을 B에게 청구하여야 한다.
2. A가 B로부터 받은 다음 주문은 다른 소포를 멀리 있고 쉽게 접근할 수 없는 Z국으로 가능한 한 빨리 배달하는 것인데 이는 Z국에서 어떤 탐사팀이 급히 보급품을 필요로 하기 때문이다. 이번에도 배달요금에 관하여는 아무런 말도 없었다. 그러나 비교가능한 시장이 없으므로 A는 요금을 정할 때 합리적으로 행동하여야 한다.

2. 당사자 일방에 의한 가격결정

일부의 경우에는 계약에서 당사자의 어느 일방이 가격을 추후 결정하는 것으로 명시한다. 이는 예컨대 용역의 공급과 같은 몇몇 분야에서 흔히 일어난다. 가격을 사전에 미리 결정하기는 어렵고, 이행당사자는 자신이 이행한 것의 가치를 평가하기에 최적의 지위에 있다.

당사자가 가격을 결정하기 위한 조항을 둔 경우에는 그에 따라야 한다. 그러나 혹시 있을 수 있는 남용(abuse)을 막기 위하여 제2항은 판사나 중재인이 명백하게 불합리한 가격을 합리적인 가격으로 대체할 수 있도록 허용한다. 이는 강행규정이다.

당사자가 가격을 결정하지 않는 경우에 제3항은 아마 판사나 중재인이 결정하는 당해 가격은 합리적이어야 한다고 규정한다.

3. 제3자에 의한 가격결정

제3자가 가격을 결정하도록 하는 조항은 그 제3자가 (예상과는 달리 전문가가 아니어서) 그의 소임을 완수하기 불가능하거나 그 수행을 거절하는 경우에 심각한 어려움을 야기할 수 있다. 이에 제3항은 아마 판사나 중재인이 결정하는 당해 가격은 합리적이어야 한다고 규정한다. 제3자가 사기나 강박 또는 중대한 불균형을 수반하는 상황에서 가격을 결정하는 때에는 제3.2.8조 제2항이 적용된다.

당사자는 제3자가 가격을 결정할 때 준수하여야 하는 기준이나 절차를 자유로이 정할 수 있다. 당사자는 제3자가 그러한 기준이나 절차를 위반하는 경우에 그의 결정에 불복할 수 있다. 당사자는 제3자에 의한 가격결정에 대한 불복사유를 명시할 수도 있고, 그러한 불복사유는 가격결정의 성질에 따라 다양할 수 있다. 예컨대 합의된 기준이 “시가”(market price)에 관한 의견에 관련되는 경우에 당사자는 전문가가 결정한 가격은 그것이 “명백하게 불합리한” 때 불복할 수 있다고 합의할 수 있다. 다른 예로, 합의된 기준이 “지수의 중간치”와 같은 사실의 확인에 관련되는 경우에 당사자는 그 가격이 “잘못된”(erroneous) 때에는 불복할 수 있다고 합의할 수 있다.

4. 외부의 요소에 의한 가격결정

일부의 경우에는 외부의 요소, 예컨대 전형적으로 공표된 지수(published index)나 상품거래소에서의 호가(quotations on a commodity exchange)를 참조하여 가격을 정하기로 약정되기도 한다. 그런데 기준으로 지정된 요소가 더 이상 존재하지 않거나 그 접근이 불가능한 경우에는 제4항에 따라 그것과 가장 가까운 등가적인 요소가 대체기준으로 사용되어야 한다.

〈사 례〉

3. 건설계약에서 대금은 수개의 지수와 연계되어 있고, 그 중 하나로 현지 정부가 정기적으로 공표하는 “건설분야 공식대금지수”(“official index of charges in the construction sector”)가 포함되어 있다. 장차 지급될 수회분의 분할건설대금(혹은, 중도금)이 아직 산정되지 않았는데, 그러한 지수의 공표가 중단되고 만다. 그런데 하나의 민간건설협회인 Construction Federation(건설연맹)이 그러한 지수를 대신하

여 유사한 지수의 발행을 시작하기로 결정한다. 이러한 경우에는 새로운 지수가 대체 기준으로 사용될 것이다.

제5.1.8조

(불확정한 기간을 갖는 계약의 종료¹³⁾)

그 기간이 불확정한 계약은 어느 일방이 합리적인 기간의 사전통지를 함으로써 종료될 수 있다. 종료의 일반적 효력과 반환에 관하여 제 7.3.5조와 제7.3.7조의 규정이 적용된다.

【주 석】

1. 불확정한 기간의 계약

계약의 존속기간은 흔히 계약 내에 이를 명시하거나 (예컨대 전문적 작업의 수행을 지원할 목적으로 기술적 전문지식을 제공하는 계약과 같이) 계약의 성질과 목적을 통하여 결정할 수 있다. 그러나 계약의 존속기간이 정하여져 있지 않고 달리 결정할 수도 없는 경우가 있을 수 있다. 더욱이 당사자는 계약의 존속기간이 무한하다고 명시할 수도 있다.

그러한 경우에 본조는 각 당사자는 합리적인 기간의 사전통지으로써 계약관계를 종료할 수 있다고 규정한다. 어느 정도가 합리적인 기간인지는 당사자들이 서로 협력하여온 기간의 장단이나 각 당사자가 계약관계에서 투자한 자본의 중요성, 새로운 계약상대방을 물색하는 데 필요한 기간 등 제반사정에 달려있다.

본조는 당사자가 계약기간에 대하여 침묵한 경우에 적용되는 흠결보충규정으로 이해될 수 있다. 좀 더 일반적으로 말하자면 본조는 널리 승인되고 있는 원칙 즉 계약은 당사자들을 영원히 구속하지 않으며 당사자는 합리적인 기간의 사전통지를 함으로써 계약으로부터 언제든지 벗어날 수 있다는 원칙과도 관련된다.

본조가 상정하는 상황은 제6.2.1조 내지 제6.2.3조가 규율하는 이행가혹의 상황과 구별되어야 한다. 이행가혹은 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사정을 요건으로 하여 그 효과로서 최소한 일차적으로 재협상(renegotiation)을 초

13) 본조에서 “termination”은 (제7장 제3절과 달리) 불이행에 기하지 않으므로 (해제가 아닌) 종료로 번역되었다.

래한다. 본조의 규칙은 계약의 존속기간이 불확정할(indefinite) 것 외에 다른 특별한 요건을 요구하지 않으며 나아가 계약의 일방적인 종료를 허용한다.

〈사 례〉

1. A는 B의 제품을 X국에서 배포하는 데 동의한다. 계약은 불확정한 기간으로 체결된다. 각 당사자는 상대방에게 합리적인 기간의 사전통지를 함으로써 계약을 종료할 수 있다.

2. 종료와 그 효력

계약종료의 일반적 효과는 제7.3.5조에 규정되어 있다. 당사자 쌍방은 향후 이행을 제공할 의무와 수령할 의무로부터 벗어난다.

종료에 의하여 계약이 끝나게 되더라도 이러한 사실만으로 계약당사자가 갖는 불이행에 대한 손해배상청구권을 박탈하지 않는다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 계약이 5년간 지속된 후 B는 그 종료를 통지한다. 그 후 B의 종료통지가 있기 전에 당해 연도의 6개월 동안 A가 계약상 의무를 다하지 않은 것으로 결정된다. 그로 인하여 B는 수입손실을 입었다. 종료에도 불구하고 B는 제7장 제4절의 규정에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

종료는 계약상의 분쟁해결조항이나 종료 후에도 지속되어야 하는 계약상의 다른 조건에 영향을 주지 않는다(제7.3.5조의 주석 3과 4 참조).

불확정한 기간을 갖는 계약의 이행은 계약이 종료되기 전에 이미 장기간에 걸쳐 이루어져 왔고 따라서 그러한 이행을 되돌리기는 불편하다. 더욱이 종료는 단지 장래를 향하여 효력을 갖는 구제수단이다. 따라서 반환청구는 종료 후의 기간 부분에 한하여 허용된다. 이는 제7.3.7조 제1항에 규정되어 있고, 따라서 반환을 하여야 하는 한 제7.3.7조 제2항에 따라 제7.3.6조의 규정이 적용된다.

제5.1.9조

(합의에 의한 채무면제)

(1) 채권자는 채무자와의 합의하여 그의 권리를 포기할 수 있다.

(2) 무상의 권리포기 제의는 채무자가 그러한 제의를 안 후 지체 없이 이를 거절하지 않은 한 수락된 것으로 간주된다.

【주 석】

채권자가 채무자의 채무를 (혹은 채무자가 복수의 채무가 있는 경우에 그 중 일부 또는 전부를) 면제하기를 원할 수 있다. 채무면제(release)는 별도의 행위일 수도 있고, 예컨대 당사자간에 분쟁을 타협하여 해결하는 합의와 같이 보다 복잡한 거래의 일부를 이룰 수도 있다.

본조는 채권자의 그러한 권리포기(renunciation)는 그것이 유상 또는 무상이건 간에 당사자간 합의를 요한다고 규정한다.

무상 채무면제의 경우에 채무자는 자신의 의사에 반하여 그러한 이익을 수락하도록 강요되지는 않으나 보통 그러한 이익을 수락하는 데 동의할 것이다. 이러한 이유에서 제2항은 무상의 청약은 채무자가 이를 안 후에 지체 없이 거절하지 않은 때에는 승낙된 것으로 간주된다고 규정한다.

〈사 례〉

1. 재정적 어려움을 겪고 있는 A 회사는 생존을 위하여 채권자들의 협력을 필요로 한다. 이에 B 은행은 기꺼이 A에 대한 그의 원본채권과 이미 발생한 이자채권의 50%를 감면해주되, 다만 A는 잔여 원본채무에 대하여 (종래의 5% 대신에) 9%의 이자율에 따른 이자를 지급하여야 한다는 조건을 붙이고자 한다. B는 1월15일에 A에게 그러한 취지로 통지한다. A는 1월22일이 되어서도 그에 응답하지 않는다. B의 채무면제는 제2.1.6조 이하에 따라 B의 청약을 A가 승낙한 때 비로소 효력을 갖는다.

2. 재정적 어려움을 겪고 있는 A 회사는 생존을 위하여 채권자들의 협력을 필요로 한다. 이에 B 은행은 기꺼이 A에 대한 원본채권과 이미 발생한 이자채권의 50%를 감면해주고자 하여 1월15일에 A에게 그러한 취지로 통지한다. A는 1월22일이 되어서도 그에 응답하지 않는다. B의 청약은 A가 승낙한 것으로 간주된다.

제 2 절 제3자의 권리

제5.2.1조

(제3자를 위한 계약)

(1) 당사자들(“낙약자”와 “요약자”)은 명시적 또는 묵시적 합의로써 제3자(“수익자”)에게 권리를 줄 수 있다.

(2) 낙약자에 대한 수익자의 권리의 존재와 내용은 당사자간 합의에 의하여 결정되고 그 합의상의 조건이나 그 밖의 제한에 따른다.

【주 석】

계약은 보통 당사자간에 권리의무를 발생시킬 목적을 갖는다. 이러한 경우에 오직 당사자만이 계약상 권리를 취득하고 의무를 부담한다. 이러한 계약의 이행에 의한 이익을 제3자가 누리더라도 이러한 사실만으로 제3자가 계약상의 권리를 취득하지 못한다.

〈사 례〉

1. A 교수는 X국의 대학과 계약을 체결하여 X국의 계약법과 Y국의 계약법을 비교하는 강의를 41시간 하는 데 동의한다. 그런데 A는 단지 20시간만 강의하고 Y국 법률은 강의 중에 언급도 하지 않는다. 학생 T는 A와 대학 사이에 체결된 계약상의 권리를 취득하지 못한다.

그러나 제3자가 항상 권리를 취득하지 못하는 것은 아니다. 기본원칙인 당사자자치의 원칙에 따라 당사자는 원한다면 자유로이 합의로써 제3자가 권리를 갖도록 할 수 있다. 당사자는 그러한 의사를 명시할 수 있으나 그러한 의사가 반드시 명시되어야 하는 것은 아니다. 이익을 제3자에게 주고자하는 의사는 계약상 묵시될 수 있기 때문이다. 묵시적 의사가 있었다고 주장되는 경우에 그 존부는 모든 계약조건과 제반사정에 달려있다.

다음의 각 사례에서는 묵시적 의사가 긍정된다.

〈사 례〉

2. A는 그의 직원들이 정기적으로 운행하는 그의 화물차 군단(群團)을 목적으로 하

는 보험계약을 체결한다. 계약에 의하면 보험사는 A의 허락을 받은 자라면 누가 화물차를 운행하더라도 보험의 보호를 받도록 해주어야 한다. 직원 T가 화물차를 운행하면서 사고를 낸다. 이 사고에 따른 책임에 관하여 T는 보험의 보호를 받는다.

3. A는 그의 영업을 B에게 매각한다. 계약에 의하면 B는 A가 생존하는 동안에 A에게 매월 1,000 영국 파운드를, 그리고 만약 A가 그의 처인 T보다 먼저 사망한다면 T에게 매월 500 영국 파운드를 지급하여야 한다. A가 사망한다. B는 T에 대한 지급을 거절한다. T는 매월 500 영국파운드의 지급을 청구할 수 있다.

4. 국제세계대학 A는 자신이 소유하는 토지 위에 법학도서관을 신축하고자 한다. 적법한 세금상의 이유로, 도서관건축계약은 이 대학이 전부 소유하는 회사 B가 체결한다. 시공자는 도서관이 완공되면 이를 A가 점유하고 사용할 것임을 잘 알고 있다. 도서관이 불량 건축되었고 이를 계약에 맞게 개축하는 데에는 미화 5,000,000 달러가 든다. A는 그러한 개축비용을 배상받을 수 있다.

5. 쇼핑물 개발업자 A는 경비회사 B와 쇼핑물 경비계약을 체결한다. A와 B 모두는 A의 세입자들이 그 쇼핑물에 속한 상점을 운영할 것임을 알고 있다. 세입자들은 이 쇼핑물의 큰 매력 중의 하나는 B가 제공하는 높은 수준의 경비라는 말을 듣는다. A와 B 사이의 계약에 의하면, 쇼핑물에 근무할 B의 모든 직원은 B의 최고집행임원이 직접 선정하는 전직 경찰관이다. 그런데 사실 그 선정작업은 어떤 컨설팅회사에 위탁되어 부적절한 사람들이 채용된다. 쇼핑물에 수차 도둑이 든다. 이로 인하여 손해를 입은 세입자들은 B에 대하여 계약상 손해배상청구권을 갖는다.

다음의 각 사례의 경우에는 다른 명백한 사정이 없는 한 묵시적 의사가 부정된다.

〈사 례〉

6. A는 고급모피상점에 가서 코트 한 벌을 선택하고 구입한다. A는 매장직원에게 (진지하게) 자신은 그를 방문 중인 어느 국민의 처인 T를 위하여 코트를 구입하는 것이라고 말한다. 그 코트의 측면에는 눈에 잘 띄게 “밍크같이 보이고 밍크 같이 느껴 지나 인조(man-made) 제품임을 보장합니다”라고 적힌 카드가 달려 있다. A는 T에게 코트를 선물한다. 그런데 사실은 매장직원의 실수로 그 코트는 진짜 밍크코트이고, T는 자국에서 동물애호자들로부터 과격하고 적대적인 비판을 받는다. T는 강제할 수 있는 계약상 권리를 취득하지 못한다.

7. 대규모 공장을 가진 A 회사는 그 지역에서 폐기물처리시설을 운영하는 어느 회

사와 계약을 체결한다. 계약에 의하면 A는 그의 폐기물을 그 폐기물처리시설에 투입할 수 있으나 특정한 종류의 폐기물은 투입하지 말아야 한다. A가 계약에 반하는 폐기물을 투입하고 이로 인하여 그 시설이 동작을 멈추고 그 시설의 다른 이용자인 T가 손해를 입는다. T는 강제할 수 있는 계약상 권리를 취득하지 못한다.

8. X국의 회사 A는 Y국의 회사 B에게 약품재료를 판매한다. A는 B가 그 약품재료를 Z국의 제약회사인 T에게 전매할 계획임을 알고 있고, T는 약품재료를 그와 B 사이의 계약에 따라 신약을 제조하는 데 사용할 것인데 이 계약에 의하면 T에 대한 B의 책임은 미화 1,000,000 달러로 제한된다. 약품재료에 하자가 있어 T는 미화 1,000,000 달러를 상당히 초과하는 손해를 입는다. T는 강제할 수 있는 계약상 권리를 취득하지 못한다.

본조의 적용은 관련된 불법행위에 기한 [손해배상]청구의 맥락에서 흔히 제기된다. 그러한 경우에 본조의 적용가능성은 본 원칙의 범위 밖에 있다.

본조의 체계상, 제3자에게 권리를 부여할 의사가 없다는 당사자간의 명시적 약정도 유효하다. 또한 그에 따라 낙약자(promisor)와 요약자(promisee)는 수익자가 취득하는 권리의 내용을 결정할 광범위한 권능을 갖는다. 이러한 맥락에서 “권리”(right)라는 단어는 너그럽이 해석되어야 한다. 원칙적으로 제3자인 수익자는 이행청구권과 손해배상청구권을 포함하여 모든 범위의 계약상 구제수단을 갖는다.

제5.2.2조

(특정할 수 있는 제3자)

수익자는 계약에 의하여 충분히 확실하게 특정될 수 있어야 하나 계약체결시에 반드시 존재할 필요는 없다.

[주 석]

당사자는 계약체결시에 제3자의 신원이 아직 미정이라도 이행기가 도래할 때까지는 그를 알 수 있는 방법을 규정하는 방법으로 계약을 체결하기를 원할 수 있다. 이는, 당사자의 쌍방 또는 일방이 추후 어느 일자에 수익자를 특정할 수 있다고 규정하는 방법, 또는 추후 상황에 의하여 수익자의 신원을 확실하게 되도록 수익자를 정의하는 방법으로 가능할 수 있을 것이다.

〈사 례〉

1. 자녀는 있으나 손자녀는 없는 기혼 남자 A는 XYZ 보험사와 보험계약을 체결한다. 계약에 의하면 A는 보험사에 매월 10 영국 파운드를 지급하고 보험사는 A가 사망하면 A의 각 손자녀에게 10,000 영국파운드를 지급하기로 한다. 계약일 후에 그러나 A가 사망하기 전에 출생한 손자녀는 10,000 영국파운드의 보험금지급청구권을 갖는다.
2. A 회사는 B 회사의 공개매수(takeover bid)를 개시한다. B는 상장된 주식회사이며 그 주식은 일류의 증권거래소에서 거래되고 있다. B는 일류 회계법인인 C와 계약을 체결하여 그의 주주들에게 배포할 목적으로 B의 [재무]보고서를 작성할 것을 C에게 의뢰한다. B와 C 사이의 계약에 의하면 C는 정직하고 전반적이며 적극적인 보고서를 작성하여야 한다. 무능한 탓에 C는 B에게 너무 유리한 보고서를 작성한다. 그 결과 주주총회에서 대부분의 주주들은 A의 청약을 거부하는 투표를 한다. 일부 주주들은 그 보고서를 B의 주식을 매입하는 그의 친구들에게 보여준다. 구(舊) 주주들은 B와 C 사이의 계약상의 권리를 취득하나 신(新) 주주들은 그렇지 않다.

제5.2.3조

(배제조항과 제한조항)

수익자에게 부여되는 권리는 수익자의 의무를 배제하거나 제한하는 계약조항을 원용할 권리를 포함한다.

【주 석】

계약당사자가 아닌 자의 의무를 제한하거나 배제하는 계약조항은 특히 운송계약에서 매우 흔하며, 운송계약에서 그러한 조항은 종종 정형화된 보험패턴의 일부를 이룬다. 가장 잘 알려진 예가 선하증권에서 어떤 형태로든 흔히 발견되는 이른바 히말라야약관(Himalaya clause)이다. 일반적으로 당사자의 자치는 이러한 분야에서도 존중되어야 한다.

〈사 례〉

화주 A는 해상운송인과 계약을 체결하여 물품을 X국에서 Y국으로 운송하도록 한다. 헤이그-비즈비규칙의 적용을 받는 선하증권에 의하면, (a) 선장과 선원 (b) 화물의 선적과 양륙을 위하여 고용된 하역인과 (c) 환적화물이 선적되는 선박의 소유자의 책

임을 배제하고 있다. 이러한 책임배제도 효력이 있다.

본조의 범위 내에 드는 다른 예는 낙약자와 요약자가 합의로 수익자가 낙약자에 대하여 부담한 의무를 면제하는 것이다.

제5.2.4조

(항 변)

낙약자는 그가 요약자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변을 수익자에 대하여 주장할 수 있다.

【주 석】

제5.2.1조에 의하여, 수익자의 권리의 내용은 계약당사자가 설정한 조건이나 제한을 따르도록 할 수 있다. 낙약자와 요약자는 계약상으로 수익자의 지위와 요약자의 지위를 달리 설정할 수 있다. 당사자자치에는 원칙적으로 제한이 없으나 으레 당사자는 모든 가능성을 명시하지 않는다. 이에 일반적인 의사의 보충 규칙은 본조에 규정된 바와 같다.

〈사 례〉

1. A는 B 보험사와 C를 보험수익자로 하는 생명보험계약을 체결한다. 계약에 의하면 A는 25년간 보험료를 지급하여야 하나 5년이 경과하자 보험료의 지급을 중단한다. C의 지위는 보험수익자가 A이었던다면 A가 가졌을 지위와 같아야 할 것이다. 그러한 보험증권은 보통 이미 지급된 보험료 전액의 반환을 부인하지 않는다. 그러나 예컨대 A가 보험계약자로서 중요한 고지의무를 위반한 것을 이유로 보험사가 보험증권상의 책임을 면한다면 B는 통상 C에 대하여 이러한 항변을 할 수 있다.
2. A 회사는 그의 부정직한 직원의 행위를 보험사고로 하여 B 보험사와 충성보험(fidelity insurance)계약을 체결한다. 보험증권에 의하면 B는 A의 직원의 사기적인 행위에 의하여 손해를 입은 고객에게 손해액 전액을 보상하여야 하며 또한 A가 그의 직원을 채용하고 감독함에 있어 과실이 없었던 경우에 한하여 A에게 그 손해를 보상하여야 한다. 이러한 계약상 B는 A에 대하여 주장할 수 있는 항변사유가 있더라도 이를 고객에 대하여 주장할 수 없음이 명백하다.

제5.2.5조

(철회 회)

당사자는 계약에 의하여 수익자에게 부여된 권리를 변경 또는 철회할 수 있으나, 다만 수익자가 그러한 권리를 수락하거나 그것을 합리적으로 신뢰하여 행동한 후에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

가능한 규칙으로서 낙약자와 요약자는 제3자의 권리를 언제든지 자유로이 철회할 수 있다는 규칙이나, 그 반대로 제3자의 권리는 일단 계약이 체결된 후에는 결코 변경할 수 없다는 규칙을 생각할 수 있다. 이러한 극단적 규칙을 취하는 법제는 거의 없어 보인다. 본조는 제3자가 그의 권리를 수락하거나 합리적으로 신뢰하여 행동한 후에는 제3자의 권리가 철회불능(irrevocable)하게 된다는 해법을 채택한다. 물론 당사자는 달리 약정할 수 있고, 이에 당사자는 계약으로 수익자의 권리가 조기에 철회불능하게 되도록 하거나 수익자가 그의 권리를 신뢰하여 행동한 후에도 철회할 수 있도록 약정할 수 있다. 어느 일방에게만 그러한 철회권을 주는 경우도 있을 수 있다. 예컨대 피보험자가 보험수익자를 변경할 수 있도록 허용하는 생명보험이 그 예이다. 철회의 여지를 제한하는 관행이 있을 수도 있다.

〈사 례〉

대규모 건설계약상의 주된 시공자 A는 건설작업과정에서 발생하는 손해를 보험으로 보호받기 위하여 B 보험사와 보험계약을 체결한다. 보험증권에 의하면, 이 계약에 참여하는 모든 하수급인의 이익도 보험으로 보호되고, 하수급인들도 그러한 보험계약을 알고 있다. 어느 하수급인 C는 자신이 직접 어떠한 보험계약도 체결하지 않고 이러한 사실을 A나 B에게 알리지도 않는다. 반대의 명시적 약정이 없는 한, C의 신뢰로 말미암아 A와 B 사이의 계약은 철회불능하게 된다.

제5.2.6조

(권리포기)

수익자는 자신에게 부여된 권리를 포기할 수 있다.

【주 석】

본절의 체계는 반대의 약정이 없는 한 낙약자와 요약자 사이의 계약은 수익자의 수락(즉 수익의 의사표시)이 없더라도 수익자에게 권리를 즉시 발생시킨다는 것을 가정한다.

제3자는 보통 계약당사자들이 그에게 부여한 이익(권리)을 환영할 것이지만, 그가 그러한 권리를 수락하도록 강요할 수는 없는 일이다. 따라서 제3자는 명시적 또는 묵시적으로 그의 권리를 포기할 수 있다.

그러나 수익자는 수락에 상당하는 어떤 행위를 한 후에는 보통 권리포기를 할 수 없게 된다.

〈사 례〉

제5.2.5조 사례의 사실관계에서, 하수급인 C는 이미 다른 적절한 보험에 들어 있기에 (또한 중복보험의 문제가 발생할 수 있음을 알고 있기에) 주된 시공자 A가 체결한 보험계약의 이익을 누리는 것을 원하지 않을 수 있다. C는 권리포기를 할 수 있다.

제 3 절 조 건

제5.3.1조

(조건의 종류)

계약이나 계약상 의무는 장래의 불확실한 사실에 의존할 수 있으며, 그에 따라 계약이나 계약상 의무는 그러한 사실이 발생한 때에 효력을 발생하거나(정지조건) 그러한 사실이 발생한 때에 소멸한다(해제조건).

【주 석】

1. 본절의 적용범위

계약당사자는 계약이나 계약상 발생하는 하나 또는 수개의 의무가 장래의 불확실한 사실의 발생 또는 불발생에 의존하도록 할 수 있다. 이러한 조항을 조건(condition)이라 한다.

본 원칙에서 조건은 계약의 존부를 결정하는 조건과 계약상의 의무를 결정하는 조건을 모두 포함한다. 따라서 본 원칙이 적용됨으로 인하여 계약이 존재하지 않는 때에도 상황에 따라 의무가 부과될 수 있다(제5.3.3조와 제5.3.4조 참조).

조건을 이루는 사실은 다양하며 자연적 사실이나 제3자의 행위를 포함한다.

본절은 당사자간 합의에서 비롯하는 조건만을 다룬다.

법률이 부과하는 조건은 당사자에 의하여 계약에 편입되지 않는 한 본절의 범위 내에 들지 않는다. 따라서 법률이 부과하는 공적 허가는 본절의 범위 밖에 있고 제6.1.14조의 적용을 받는다. 그러나 당사자가 계약이나 계약에서 발생하는 의무를 특정한 공적 허가의 취득에 의존하도록 하였다면 그러한 규정은 조건을 이룬다.

2. 조건의 개념

“조건”이라는 단어는 여러 가지 뜻이 있다. 예컨대 일부 법계에서 조건은 중요한 계약조건(major term of the contract)을 의미한다. 이는 본절에서 말하는 “조건”(condition)의 의미가 아니다.

계약에서 일방의 이행이 상대방의 이행에 의존하도록 약정할 수 있다. 이러

한 규정은 조건이 아니며 단지 당사자 쌍방의 계약상 의무를 표현한 것이다.

〈사 례〉

1. X국에 설립된 매도인 A와 Y국에 설립된 매수인 B 사이의 주식매매계약에서 B의 대금지급의무는 A가 “특정한 일자 이전에 이 계약상의 A의 모든 의무를 이행하는 것”에 의존한다는 조항이 있다. 이러한 A의 이행은 조건이 아니라 계약상 의무이고 그 자체로서 불확실한 사실이 아니다.

당사자는 계약이나 계약에서 발생하는 하나 또는 수개의 의무가 효력을 발생 하거나 소멸하는 특정한 일자를 정할 수도 있다. 많은 법계에서 이러한 조항을 “기한”(term)이라 한다. 본절에서 이는 조건이 아니다. 당사자가 계약이나 계약에서 발생하는 하나 또는 수개의 의무가 장래에 꼭 일어날 사실의 발생에 의존 하도록 하는 계약조항을 두는 경우에도 마찬가지다.

〈사 례〉

2. 10월에 체결된 매매계약에서 물품이 10월10일에 인도되어야 하는 것으로 정하고 있다. 이러한 인도의무는 장래의 불확실한 사실에 의존하지 않으므로 조건부(conditional)가 아니다.
3. 설계사 A는 그의 사무실을 개조하고자 은행에서 자금을 차입하는데, 그 대출계약에는 A가 사망하면 A가 소유하는 특정한 재산의 소유권이 은행에 이전하도록 규정 한다. A는 언젠가 반드시 사망할 것이므로 이는 조건이 아니다.

당사자는 계약에서 조건이 성취되어야 하는 시한(時限)을 정할 수 있다.

〈사 례〉

4. A와 B 사이에 주식매매계약이 체결되고, 이 계약은 1월30일까지 필요한 모든 허가를 받는다면 효력을 발생한다. 이 계약은 조건부이며 또한 당사자의 의무가 효력을 발생하기 위하여 그 조건이 성취되어야 하는 일자(시한)를 포함하고 있다.

계약에서 조건이 성취되어야 하는 특정한 시한을 정하고 있지 않는 경우에, 상황에 따라 그 시한은 제4장에 따른 당사자의 의사의 해석에 기초하여 묵시될 수 있다.

3. 정지조건과 해제조건

계약이나 계약상 의무는 장래의 불확실한 사실에 의존할 수 있으며 그에 따라 당해 사실이 발생한 때 비로소 효력을 발생한다. 본 원칙에서 이는 정지조건(suspensive condition)이다. 일부 법역에서 이는 “condition precedent”(선행조건)으로 알려져 있다.

〈사 례〉

5. A와 B 사이에 체결된 합병계약은 A가 그 거래를 위하여 특정한 일자 전에 관련 당국으로부터 필요한 반독점허가(antitrust clearance)를 취득하는 것에 의존하고 있다.

장래의 불확실한 사실이 발생하면 계약이나 계약상의 의무가 소멸하도록 약정될 수 있다. 본 원칙에서 이는 해제조건(resolutive condition)이다. 일부 법역에서 이는 “condition subsequent”(후행조건)으로 알려져 있다.

〈사 례〉

6. 어떤 회사의 투자를 관리하기 위하여 B를 자산관리인으로 임명하는 계약에서 B가 자산관리인 자격을 상실한다면 계약이 종료된다고 규정한다.

해제조건을 약정하는 대신에 계약당사자는 일정한 상황에 초래되면 어느 일방이나 쌍방이 모두 계약을 종료할 권리를 갖는다고 합의할 수 있다.

4. 채무자의 의사에 전적으로 의존하는 조건 - 순수수의조건

때로는 계약이나 계약상의 의무가 전적으로 채무자의 재량 하에 있는 사실에 의존하기도 한다. 이러한 경우에 문제는 채무자가 정말로 그에 구속되고자 원하는지 여부이다. 이는 해석의 문제이다. 피구속의사가 없는 것으로 나타나면 계약이 부존재하고 계약상 의무도 부존재한다.

〈사 례〉

7. A와 B 사이에 작성된 문서는 일련의 계약조항을 담고 있다. 그 중 한 조항은 A가 일정한 물품을 매각하기로 결정하면 매매계약이 체결된다고 규정하고 있다. A가

매각을 할 것인지 여부의 결정이 A의 자유로운 재량 하에 있으므로 A는 어떠한 의무도 없고 조건부의 의무도 없다. A가 신의에 반하여(in bad faith) 행위하지 아니할 채약전의무(pre-contractual obligation)를 부담할 수 있다는 사실은 이 사례에서 무관하다.

어떤 경우에는 일방이 계약을 체결할지 또는 말지를 선택할 수 있더라도 조건부의 의무가 존재한다. 선택의 자유가 진실로 외부의 요인에 의존하는 경우가 그에 해당한다.

〈사 례〉

8. 국제합병계약에서 일정한 기간 내에 모회사의 두 자회사를 합병하기로 약정하면서 그 중 어느 한 자회사의 이사회 승인을 조건으로 규정한다. 해당 준거법에 의하면 그러한 승인은 불합리하게 유보될 수 없다. 이러한 경우에는 조건부의무가 공제된다. 이러한 조건은 당사자 일방의 의사에 전적으로 의존하지 않기 때문이다.

5. 거래종결

장기간의 협상을 수반하는 복잡한 고가의 비즈니스거래의 당사자는 흔히 이른바 “거래종결”(closing) 절차를 약정한다. 이러한 “거래종결”은 특정한 일자(“거래종결일”(closing date)) 이전에 명시된 모든 조건(“선행조건”)이 성취되었음을 그 마감일에 공식 확인하는 것이다. 반드시 아니고 통상적으로 “거래종결일”에 당사자들은 어떠한 “선행조건”도 남아있지 않음을 확인하거나 일부의 조건이 성취되지 않았다면 그 조건을 포기하는 문서에 서명한다.

당사자가 사용한 용어에도 불구하고 “선행조건”으로 거명된 모든 사실이 본 조에서 말하는 “조건”은 아니다. 실무에서는 혼합된 조항들이 발견된다. 따라서 예컨대 필요한 모든 반독점허가의 취득, 주식거래소 상장허가 취득, 수출허가 취득, 은행대출의 성사와 같은 사실은 진정한 정지조건일 수 있다. 반드시 일어나는 사실이 아니기 때문이다. 그러나 당사자의 진술 또는 보장(representations or warranties)의 정확성, 특정한 행위를 하거나 하지 않기로 하는 약속, 당사자가 미납한 세금이 없음을 증명하는 납세증명서의 제출과 같은 계약조건은 실제로는 당사자들이 거래의 공식적 종결(“completion”) 전에 이행하기로 합의한 의무이다. 이들은 그 발생이 불확실한 사실이 아니며, 따라서 본 원칙상 조건(condition)이 아니다.

또한 “거래종결”의 효력과 관련하여, 어떤 계약조건이 조건(condition)에 해당하는지 관한 명확한 규칙은 없다. 실무상 계약조항 자체로부터 논리적인 해답을 도출하기는 어렵다. 특히 “conditions precedent”(선행조건)로 명명된 조항은 흔히 ‘진정한 조건’과 ‘향후의 합의를 필요로 하는 특정한 사항이나 당사자들이 협상과정에서 완수하여야 하는 진정한 의무’(제2.1.13조 참조)를 혼합하고 있다.

〈사 례〉

9. 발행인 A와 주간사회사(lead manager) B 사이에 협상된 주식자본증액계약(Share Capital Increase Agreement)에는 “선행조건”이라는 제목 하에 다음과 같이 규정하고 있다.

“거래종결일에 주식을 인수할 주간사회사의 의무는 다음과 같은 선행조건이 거래종결일 이전에 성취되는 것에 의존한다.

- a. 진술 및 보장의 정확성
- b. 계약의 이행: 발행인이 거래종결일 이전에 이 계약상의 그의 모든 의무를 이행하였을 것
- c. 주식거래소 상장허가
- d. 모든 거래종결서류의 인도: 주간사회사는 마감일 이전에 다음의 서류를 수령하여야 한다[...].

본조에 따라 성취되어야 하는 일자까지 위의 조건 중 어느 하나라도 성취되지 않는 경우에, 주간사회사의 의무는 주간사회사에 의하여 종료될 수 있다.”

이 사례에서 계약은 법적 의무들과 정지조건들의 혼합으로 구성되어 있다. 여기서 (c)호는 당사자의 통제 밖에 있으므로 정지조건이다. (a)호와 (b)호는 계약상 의무를 이룬다. (d)호는 당사자가 제출할 의무가 있는 서류에 관하여 계약상의 의무이지만 나머지 서류에 관하여는 정지조건을 이룬다.

제5.3.2조

(조건의 효력)

당사자들이 달리 합의하지 않은 한,

(가) 계약이나 계약상 의무는 정지조건의 성취와 동시에 효력을 발생한다.

(나) 계약이나 계약상 의무는 해제조건의 성취와 동시에 소멸한다.

【주 석】

1. 임의적 성격의 일반원칙

본 원칙상 당사자가 달리 합의하지 않은 한, 조건의 성취는 장래를 향한 효력을 가질 뿐이다.

당사자는 조건이 소급적으로 또는 장래를 향하여 작용하는지를 명시하도록 권장된다.

2. 비소급적 효력

정지조건의 경우에 계약이나 계약상 의무는 장래의 불확실한 사실이 발생하는 순간부터 자동적으로 효력을 갖는다.

〈사 례〉

1. 사실관계는 제5.3.1조의 〈사례 5〉와 같다. 계약은 필요한 반독점허가를 취득한다면 그때 효력을 발생한다.

해제조건의 경우에 계약이나 계약상 의무는 장래의 불확실한 사실이 발생하는 순간에 소멸한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 제5.3.1조의 〈사례 6〉과 같다. 계약은 필요한 B가 그 자격을 상실한다면 그때 소멸한다.

제5.3.3조

(조건성취에 대한 개입)

(1) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건성취를 방해한 경우에, 그 당사자는 조건의 불성취를 주장하지 못한다.

(2) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건을 성취한 경우에, 그 당사자는 조건의 성취를 주장하지 못한다.

【주 석】

조건성취에 대한 개입에 관한 본조는 신의와 공정거래(제1.7조 참조), 모순행위(제1.8조) 및 당사자간 협력(제5.1.3조 참조)에 관한 일반원칙의 구체적 적용이다.

본조에서 당사자는 조건을 성취하기 위하여 모든 합리적인 노력을 다할 의무가 없다. 본조는 단지 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건의 성취를 방해한 당사자로 하여금 그 조건의 불성취를 주장하지 못하도록 할 뿐이다. 반대로 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건을 성취한 당사자는 그 조건의 성취를 주장하지 못한다.

당사자가 조건을 성취하기 위하여 모든 합리적인 노력을 다할 의무가 있는지 여부는 해석의 문제이다. 상거래실무에서 당사자는 거래성립의 조건으로 삼은 모든 사실에 관하여 신의의 원칙을 준수하도록 명시하거나 그러한 최소기준보다 높은 기준을 명시하면서 “조건의 성취를 위하여 실행가능한 최선의 노력”을 다할 의무를 양당사자에게 부과할 수 있다. 이러한 계약조항에서 당사자 일방에게만 의무를 부과할 수도 있다(제5.1.4조 참조).

이용가능한 구제수단(이행청구권 또는 손해배상청구권)은 계약규정과 구제수단에 관한 일반규칙 및 당해 사안의 특정한 상황에 따라 결정된다.

본조의 작용을 설명하기 위하여 4가지의 사실적 상황을 구분할 수 있다.

(가) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 정지조건의 성취를 방해한 경우에, 그 당사자는 조건의 불성취를 주장하지 못한다.

〈사 례〉

1. 당사자 B가 A에게 소프트웨어를 라이선스하는 계약에서 B가 지정하는 독립된

컴퓨터전문가 C에 의한 소프트웨어 전문가승인을 얻는 것을 그 라이선스의 조건으로 한다. B는 거래를 후회하면서 C에게 뇌물을 주어 소프트웨어를 승인하지 않도록 한다. C는 뇌물 때문에 소프트웨어를 승인하지 않는다고 진술한다. 이러한 경우에 B는 조건의 불성취를 주장하지 못한다. 즉 B는 A가 계약의 이행을 청구할 때 그 이행을 거절할 수 없다.

(나) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 해제조건의 성취를 방해한 경우에 그 당사자는 조건의 불성취를 주장하지 못한다.

〈사 례〉

2. A는 B로부터 A가 자신의 장비를 구입하는 데 필요한 기간 동안 토양운반장비를 임차한다. A를 위한 상업적 호의로 그 임대료는 시장요금보다 저렴하다. 토양운반장비를 제공할 B의 의무는 해제조건이 붙어 있어서 A가 자신의 장비를 구입한다면 소멸한다. A는 그러한 저렴한 임대료를 계속 누리기 위하여 매우 유리한 청약을 거절한다. A는 조건의 불성취를 주장할 수 없다.

(다) 당사자는 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 정지조건을 성취한 경우에는 조건의 성취를 주장하지 못한다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 C에게 뇌물을 주어 소프트웨어에 대한 C의 전문가적 불안(professional misgivings)에도 불구하고 그 소프트웨어를 승인하도록 한다는 차이가 있다. B는 조건의 성취를 주장하지 못한다. 즉 B는 A에게 계약의 이행을 청구할 수 없다.

(라) 당사자는 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 해제조건을 성취한 경우에는 조건의 성취를 주장하지 못한다.

〈사 례〉

4. A는 자신의 제품의 판매촉진을 위하여 B를 대리점으로 지정한다. 이 계약은 B가 2년차 12월31일까지 총매출액 1,000,000 유로를 달성하지 못하면 종료한다. A는 보다 유리한 계약체결을 위하여 B보다 유리한 조건으로 대리점을 맡을 의사가 있는 제3자를 발견하고서 B에 대한 제품공급을 중단하고, 이 때문에 위의 일까지 B의 총매출액은 1,000,000 유로에 미달한다. A는 이를 이유로 B와의 계약이 종료되었다

고 주장할 수 없다.

제5.3.4조

(권리를 보존할 의무)

조건의 성취시까지 당사자는 신의와 공정거래에 좇아 행위할 의무에 반하여 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 권리를 침해하여서는 아니 된다.

【주 석】

본조는 조건이 성취되기 전의 기간 동안에 수행되는 행위에만 적용된다. 본조는 조건성취에 대한 개입에 해당하는 행위를 다루지 않는다. 이러한 행위는 제5.3.3조에서 다룬다.

조건의 성취가 미정인 동안의 상황은 특수하며 일반원칙인 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조 참조)을 적용할 때 특별한 취급이 필요하다. 사실, 조건의 성취로 이익을 보는 자는 (특히 정지조건의 경우에) 특별한 보호를 요하는 조건부 권리를 갖고 있다. 조건의 성취시까지의 기간 동안에 일방의 행위가 상대방의 지위에 피해를 줄 수 있다. 본조는 그러한 행위의 결과를 치유하는 것보다는 그러한 행위를 금지하는 것이 일반적으로 낫다는 사고에 기초한다.

본조는 당사자로 하여금 이러한 문제를 고려하도록 하고 더욱이 조건의 성취로 이익을 받는 자로 하여금 자신의 권리를 보호하기 위하여 취할 조치를 명시하도록 이끄는 기억기제로서도 중요하다. 상거래실무에서 당사자는 서명일과 “거래종결일” 사이에 영향을 미치고 당사자의 재산처분권을 제한하여 통상적인 영업에 속하는 거래만 할 수 있도록 하는 특정한 계약조항{이는 가끔 “통상영업서약”(covenant of ordinary course of business)이라고 알려져 있다}을 둘 수 있다.

〈사 례〉

매도인 A와 매수인 B 사이에 체결된 주식매매계약에서 거래종결일에 B가 그의 은행으로부터 필요한 여신을 받는 것을 포함하여 모든 조건이 충족될 때에만 거래가 성립한다는 조항이 있다. 이러한 경우에 A는 그의 활동이 제한되어 통상적인 영업활동만

할 수 있고 B는 협상과정에서 취득한 회사관련 정보에 관하여 비밀준수의무를 진다.

제5.3.5조

(해제조건의 성취에 따른 반환)

- (1) 해제조건이 성취되는 때에는 제7.3.6조와 제7.3.7조의 반환에 관한 규정이 준용된다.
- (2) 당사자들이 해제조건이 소급하여 효력을 갖도록 합의한 때에는 제3.2.15조의 반환에 관한 규정이 준용된다.

【주 석】

해제조건이 붙어있는 계약이 그 해제조건의 성취로 소멸하는 경우에 당사자들은 흔히 계약상 의무의 전부 또는 일부를 이미 이행하였을 것이다. 이때 당사자는 자신이 수령한 것을 반환하여야 하는지, 그렇다면 그 반환에는 어떠한 규칙이 적용되는지가 문제된다.

본 원칙에서 해제조건의 성취는 보통 장래를 향하여 효력을 가질 뿐이다. 이 때문에 그에 따른 반환에 대해서는 장래를 향한 효력만을 갖는 계약해제에 따른 반환을 규정하는 제7.3.6조와 제7.3.7조의 규칙이 적용되어야 한다. 제3.2.15조의 반환규칙과 비교할 때 이러한 반환규칙의 특수성은 일정한 기간에 걸쳐 이행되어야 하는 계약의 경우에 계약종료시점 전의 기간에 관하여는 반환을 청구할 수 없다는 것이다.

그러나 본 원칙상 당사자는 해제조건이 소급적 효력을 갖도록 정할 수 있다. 이러한 경우에는 제3.2.15조(계약취소에 따른 반환)의 반환규칙을 적용하는 것이 적절하다. 계약취소도 소급적 효력을 갖기 때문이다. 일정한 기간에 걸쳐 이행되는 계약의 경우에 적용되는 특별한 반환규칙은 없다.

제 6 장 이 행

제 1 절 이행 일반

제6.1.1조

(이행기)

당사자는 다음의 시기에 의무를 이행하여야 한다.

(가) 시기가 계약에 의하여 지정되어 있거나 확정될 수 있는 경우에는, 그 시기

(나) 기간이 계약에 의하여 지정되어 있거나 또는 확정될 수 있는 경우에는, 그 기간 내의 어느 시기. 다만 상대방이 시기를 선택하여야 할 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(다) 그 밖의 모든 경우에는 계약체결 후 합리적인 기간 내.

【주 석】

계약상 의무의 이행기를 규정하면서 본조는 CISG 제33조의 영향을 받아 세 가지 상황을 구분한다. 첫째는 계약에서 정확한 이행시기를 명시하거나 이를 결정할 수 있도록 해두는 경우이다. 다음으로 계약에서 이행기간을 명시하거나 이를 결정할 수 있도록 해두는 경우가 있으며, 이러한 경우에 이행당사자는 상대방이 시기를 선택하여야 하는 사정이 없는 한 그 이행기간 내의 어느 시기에 이행할 수 있다. 마지막으로 그 밖의 모든 경우에는 합리적인 기간 내에 이행되어야 한다.

〈사 례〉

1. B가 컴퓨터장비와 소프트웨어를 구매할 계획이 있기에 A는 B에게 조언(advice)을 해주겠다고 청약하고, A의 전문가가 “5월에”(in May) B를 방문하는 것으로 합의된다. 5월중에 정확히 언제 방문할 것인지를 선택하는 당사자는 원칙적으로 A이다. 그러나 제반사정에 의하여 B가 선택권을 갖는 경우도 있다. 계약에서 B가 정확한 일자를 선택하는 것으로 명시하는 경우나, 예컨대 영업차 출장을 자주 가는 B의 어느

직원이 A의 전문가가 방문한 때 반드시 동석하여야 하는 경우가 그러하다(제6.1.1조 나호 참조).

2. 건물시공자 A는 현장굴착작업을 하면서 이례적인 어려움에 직면하고, 작업을 계속하기 위해서는 그에게 없는 특수한 장비가 필요하다. A는 그러한 장비를 가지고 있는 다른 시공자 B에게 즉시 전화하고 B는 그것을 A에게 임대하는 데 동의한다. 그러나 그것이 A에게 언제 인도되어야 하는지에 관하여는 아무 말도 주고받지 않았다. 따라서 제반사정상 이행은 “합리적인 기간 내”에 이루어져야 한다. 위의 어려움 때문에 굴착작업이 중지되고 있으므로 A는 장비를 긴급히 필요로 하고 따라서 이러한 경우에는 아마도 “합리적인 기간 내”라 함은 이행이 거의 즉시 개시되어야 함을 의미한다(제6.1.1조 다호 참조).

제6.1.2조

(일시이행 또는 분할이행)

제6.1.1조 나호 또는 다호의 경우에, 일시이행이 가능하고 또한 특별한 사정이 없다면 당사자는 의무를 일시에 이행하여야 한다.

【주 석】

필요에 따라 당사자의 이행은 때로는 한 번에 제공되거나(예컨대 단일한 목적물의 인도) 아니면 일정한 기간에 걸쳐 일어난다(예컨대 건축). 그러나 (예컨대 많은 수량의 물품을 인도하는 경우와 같이) 일시이행(performance at one time)을 할 수도 있고 분할이행(performance in instalments)을 할 수도 있는 경우가 있다. 본조는 이러한 후자의 경우로서 계약에서 일시이행을 하여야 하는지 아니면 분할이행을 할 수도 있는지에 대하여 명시도 없고 이를 계약으로부터 결정할 수도 없는 경우를 다룬다. 특별한 사정이 없는 한 일시이행을 하여야 한다는 것이 본조가 정하는 원칙이다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 100톤의 석탄을 “3월에”(in March) 인도하기로 약속한다. A로서는 100톤을 분할인도하는 것, 예컨대 3월에 매주 25톤씩 인도하는 것이 실질적으로 가능하고 또한 아마도 편리할 것이다. 그러나 제6.1.2조에 따라 원칙적으로 A는 100톤을 일시에 인도하여야 한다.

2. 사실관계는 <사례 1>과 같으나 이제는 B가 작업상의 필요에 따라 석탄을 단계적으로(gradually) 필요로 한다는 차이가 있다. 또한 B는 보관시설의 규모가 작아서 100톤이 일시에 운송되면 적절히 대응할 수도 없다. A는 그러한 B의 사정을 알고 있다. 이러한 제반사정을 볼 때 A는 3월 중에 오히려 분할인도를 하여야 한다.

제6.1.3조

(일부이행)

(1) 채권자는 이행기 이후에는 [채무자의]¹⁴⁾ 일부이행 제의를 거절할 수 있으며 이때 [채무자가] 그러한 제의와 함께 잔여부분의 이행에 대한 이행보장[을 하는지] 묻지 아니한다. 그러나 채권자가 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 일부이행으로 인하여 채권자에게 발생하는 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 [채권자의] 그 밖의 구제수단은 영향을 받지 아니한다.

【주 석】

1. 일부이행과 일시이행 또는 분할이행의 준별

본조가 다루는 사안과 제6.1.2조가 다루는 사안은 구별되어야 한다.

제6.1.2조는 단지 일부의 특별한 경우에 발생하는 선결문제(preliminary question)를 해결하고자 한다. 일시이행을 할 수도 있고 분할이행을 할 수도 있는 경우로서 계약에서 일시이행을 하여야 하는지 아니면 분할이행을 할 수도 있는지에 대하여 침묵하는 경우에, 당사자는 원칙적으로 일시이행을 하여야 한다.

본조는 보다 일반적인 적용범위를 갖는다. 본조는 이행기에 놓인 때에는 채권자는 원칙적으로 [채무자의] 일부이행 제의를 거절할 수 있다고 규정한다. 이러한 규정은 이행기에 이르러 적용되고, 이때 이행기에 놓인 이행이 글로벌한 이행인지 또는 보다 넓은 의무의 분할이행인지(이는 일부의 경우에는 제6.1.2조에 따라 이미 결정되어진다)를 가리지 않는다.

14) 본조에서 “채무자의”와 “채무자”라는 단어는 원문에 없으며 이해를 돕고자 역자가 임의로 추가한 것이다. 본조의 주석에서도 같다.

〈사 례〉

1. A는 은행에 대하여 미화 1,000,000 달러의 채무가 있고, 계약상 A는 1월부터 매월 1일에 미화 100,000 달러를 상환하는 것으로 합의되었다. 4월1일에 A는 먼저 미화 50,000 달러만 그리고 2주후에 나머지 미화 50,000 달러를 상환하겠다고 제의한다. 은행은 원칙적으로 그러한 A의 제의를 거절할 수 있다.

2. 원칙: 채권자의 일부이행거절권

만기가 되어 이행기에 이른 때에는 이행은 (이것이 전부이행이건 분할이행이건 간에) 이행기에 놓인 채무의 완전한 이행이어야 한다. 원칙적으로 채권자는 채무자의 일부이행 제의를 거절할 수 있으며, 이때 [채무자가] 그러한 제의와 함께 잔여부분의 이행에 대한 이행보장을 하는지는 묻지 않는다. 채권자는 약정된 전부를 받을 권리가 있기 때문이다. 후술하는 바와 같은 제한 하에 일부이행은 보통 계약위반이다. 이행기의 만기에 이르러 전부이행을 받지 못한 채권자는 가능한 구제수단을 이용할 수 있다. 원칙적으로 채권자는 이행기에 채무의 전부이행을 청구할 수 있다는 것에 대하여 채권자는 적법한 이익을 갖는다.

물론 채권자는 계약위반(일부이행)에 대한 구제수단이 유지되도록 하면서 일부이행의 제의를 거절하지 않을 수도 있고, 아무런 구제수단을 유지하지 않고서 그러한 제의를 수락할 수도 있다. 후자의 경우에 일부이행은 더 이상 불이행으로 취급될 수 없다.

〈사 례〉

2. A는 X국에 지점을 개설하고자 공사 중에 있는 어느 빌딩 내 필요한 사무실공간을 임차한다. 이 빌딩은 입주시한인 9월1일까지 완공되어야 한다. 9월1일에 A에게 단지 10개 중 4개의 사무실만 제공되고 나머지 6개의 사무실에 대해서는 1개월 내에 입주하도록 해주겠다는 보장이 있다. 원칙적으로 A는 그러한 10개 중 4개의 사무실에 입주하는 것을 거절할 수 있다.

3. 채권자의 일부이행거절권의 요건: 전제로서의 적법한 이익

전부이행을 수령하는 것에 대하여 채권자가 적법한 이익을 갖는지가 불명확한 경우나 일부이행의 잠정적 인수로 인하여 채권자에게 별다른 손해가 발생하지 않는 경우가 있다. 일부이행을 하는 채무자가 이러한 사실을 증명하는 경우

에 채권자는 일부이행을 거절할 수 없고(다만 제2항은 여전히 적용된다), 또한 그러한 경우에는 불이행도 존재하지 않는다. 이는 제1.7조에 규정된 일반원칙인 신의와 공정거래의 원칙의 결과로 볼 수 있다.

〈사 례〉

3. 어느 항공사가 10대의 자동차를 이태리에서 브라질까지 일시에 운송하여 특정 일자에 인도해주시기로 약속한다. 이행기에 이르러 어떤 사정으로 항공사는 자동차 10대 모두를 단일 항공기 내에 적재할 충분한 공간을 확보하기가 불가능하지는 않으나 어렵다는 것을 알게 된다. 이에 항공사는 '1주 이내의 2회의 분할운송'으로 인도하겠다고 제의한다. 이 자동차들은 다음 달이 되기 전에는 실제로 사용되지 않을 것이기에, 사실 그렇게 분할운송 되더라도 그 매수인들에게는 아무런 불편이 없다. 이러한 경우에 채권자는 일부이행의 수락을 거절하는 데 적절한 이익을 갖지 않는다.

4. 일부이행으로 인한 추가비용의 부담자: 채무자

일부이행이 수락되는 경우에 채권자에게 추가비용이 발생할 수 있다. 그러한 추가비용은 항상 채무자가 부담하여야 한다. 일부이행이 불이행에 해당하는 경우에(대개 그러하다) 추가비용은 손해의 일부를 구성하고 이때 이러한 손해의 배상청구권은 이용가능한 다른 구제수단에 영향을 주지 않는다. 일부이행이 불이행에 해당하지 않는 경우(채무자의 일부이행제의를 거절하는 데 채권자의 적절한 이익이 없는 것으로 밝혀지는 경우, 또는 채권자가 구제수단을 유지하지 않고서 그러한 제의를 수락한 경우) 채권자는 단지 추가비용만 청구할 수 있다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같다. 도착공항에서 매수인(수화인)이 자동차들을 수령할 때 두 번의 조치를 취하여야 함으로 인하여 발생하는 추가손해는 항공사가 부담하여야 한다.

제6.1.4조

(이행의 순서)

(1) 당사자 쌍방이 이행을 동시에 할 수 있는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 당사자는 동시에 이행하여야 한다.

(2) 당사자 일방의 이행이 기간을 요하는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 그 당사자가 먼저 이행하여야 한다.

【주 석】

당사자 쌍방이 서로에 대하여 각기 의무를 부담하는 쌍무계약의 경우에 어느 당사자가 먼저 이행하여야 하는지라는 기본적인 그러나 복잡한 문제가 발생한다. 당사자간에 특별한 약정이 없다면 실무상 그 해결은 대개 관행에 좌우될 것이고 또한 각 당사자의 수개의 의무들이 그 이행기를 각기 달리하고 있는 경우가 종종 있음을 유의하여야 한다.

본조는 두 개의 광범한 원칙을 규정한다. 이 두 원칙은 모두 특별한 사정이 없는 경우에 적용된다. 결국 본조의 주된 취지는 당사자로 하여금 이행의 순서(order of performance) 문제에 주목하도록 하고 나아가 필요하다면 적절한 계약규정을 둘 것을 촉구하는 데 있다.

당사자 쌍방의 동시이행이 가능한 경우와 어느 일방의 이행이 기간을 요하는 경우가 구별된다.

1. 동시이행이 가능한 경우

전자의 경우에 당사자 쌍방은 원칙적으로 동시에(simultaneously) 이행하여야 한다(제1항). 매도인은 인도와 동시에 대금지급을 받을 권리가 있으나, 예외적으로 다른 사정이 있을 수 있으며 예컨대 계약조건이나 관행에 의하여 상대방의 이행 후에 비로소 일방이 이행하는 것이 허용되는 경우도 있다.

〈사 례〉

1. A와 B는 일정한 양의 기름과 일정한 양의 면화를 교환하기로 합의한다. 다른 사정이 없는 한 이 물품들은 동시에 교환되어야 한다.

2. 기간을 요하는 이행의 경우

예컨대 건설계약이나 대부분의 용역계약과 같이, 성질상 일방의 의무만이 이행에 기간이 요구되는 경우에는 제2항에 의하여 원칙적으로 그 채무자가 먼저 이행하여야 한다. 그러나 반대의 사정이 있는 경우가 흔히 있다. 보험료나 임대

료, 운임은 통상 선급(先給)된다. 건설계약에서도 통상 대금은 약정에 따라 건설 기간에 걸쳐 분할지급 된다.

〈사 례〉

2. A는 법률의견을 제공하는 방법으로 중재에서 B를 돕기로 약속한다. 그 용역대금의 지급시기에 관하여 아무런 약정이 없는 경우에 A는 먼저 법률의견을 준비한 후 그 지급을 청구하여야 한다.

3. 이행순서와 이행유보의 관계

본조의 규칙은 이행유보에 관한 제7.1.3조가 적용되기 위한 전제가 된다.

제6.1.5조

(조기이행)

(1) 채권자는 [채무자의]¹⁵⁾ 조기이행을 거절할 수 있다. 다만 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 당사자가 조기이행을 수락하더라도 그의 의무의 이행기가 상대방의 의무이행과 무관하게 정하여져 있는 때에는 그러한 수락은 그의 의무의 이행기에 영향을 주지 아니한다.

(3) 조기이행으로 채권자에게 발생한 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 그 밖의 구제권은 영향을 받지 아니한다.

【주 석】

1. 채권자의 조기이행거절권

이행은 이행기(이는 제6.1.1조에 따라 결정된다)에 하여야 하고, 채권자는 원칙적으로 채무자의 조기이행을 거절할 수 있다. 보통 이행기는 채권자의 일정과 연계되어 약정되고 이에 채무자의 조기이행은 채권자에게 불편을 야기할 수 있다. 따라서 채권자는 채무자의 조기이행을 거절하는 데 적법한 이익을 갖는다.

15) 여기의 “채무자의”라는 단어는 원문에 없으며 이해를 돕고자 임의로 추가한 것이다.

조기이행은 원칙적으로 계약의 불이행을 이룬다.

물론 채권자는 불이행에 대한 권리를 보유하면서 채무자의 조기이행을 거절하지 않을 수도 있다. 또한 채권자는 아무런 유보도 없이 채무자의 조기이행을 수락할 수 있고, 이러한 경우에는 조기이행을 더 이상 불이행으로 다룰 수 없게 된다.

〈사 례〉

1. A는 B의 사무실빌딩에 있는 모든 승강기의 연간유지보수를 10월15일에 수행하는데 동의한다. A의 직원들이 10월14일에 도착하는데, 하필이면 그 날에 그 빌딩에서 많은 방문객이 참석하는 중요한 행사가 열리고 있다. B는 그러한 조기이행을 거절할 수 있다. 조기이행은 B에게 명백한 불편을 야기하기 때문이다.

2. 채권자의 조기이행거절권의 요건: 전제로서의 적법한 이익

정시이행(timely performance)이 채권자의 적법한 이익이라고 보기에 명확하지 않거나 채권자가 채무자의 조기이행을 수락하더라도 그에게 별다른 손해가 발생하지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에 조기이행을 하는 채무자가 그러한 사실을 증명하는 때에는 채권자는 채무자의 조기이행을 거절하지 못한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 10월14일이든 15일이든 일자는 특별한 의미가 없다는 차이가 있다. 아마도 A는 B가 A의 조기이행을 거절하는 데 적법한 이익이 없다는 것을 증명할 수 있을 것이다.

3. 조기이행의 수락이 채권자 자신의 이행에 미치는 효력

채권자가 채무자의 조기이행을 수락하는 경우에 채권자 자신의 의무이행은 어떠한 영향을 받는지 문제된다. 제2항은 채권자 자신의 의무의 이행기가 채무자의 의무이행과 연계되지 않는 사안을 다루며 채권자 자신의 의무의 이행기는 변함이 없다고 규정한다.

그러나 제2항은 반대의 사안, 즉 채권자 자신의 이행기가 채무자의 이행기와 연계되어 있는 사안은 다루지 않는다. 따라서 몇몇 상황이 발생할 수 있다. 먼저 당해 사정 자체로 인하여 채무자의 조기이행을 거절하는 채권자의 적법한 이

익이 긍정될 수 있다. 이와 같이 조기이행이 적법한 이익에 기하여 거절된 경우에 채권자 자신의 이행기는 영향을 받지 않는다. 불이행에 대한 구제수단을 모두 보유하고서 조기이행을 수락한 채권자는 자신의 이행기에 관한 모든 권리를 계속하여 보유한다. 채무자의 조기이행을 수락하는 채권자는 그러한 수락이 자신의 의무에 어떠한 결과를 초래하는지를 아울러 결정할 수 있다.

〈사 례〉

3. B는 물품을 A에게 5월15일에 인도하기로 약속하고 A는 대금을 6월30일에 지급하기로 약속한다. B는 물품을 5월10일에 인도하기를 원하고 A로서도 그러한 조기이행을 거절하는 데 적법한 이익을 가지고 있지 않다. 그렇다면 약정된 대금지급시기는 아무런 영향을 받지 않는다. 그 지급기일은 인도일과 무관하게 결정되기 때문이다.

4. B는 물품을 A에게 5월15일에 인도하기로 약속하고 A는 대금을 “인도와 동시에”(“on delivery”) 지급하기로 약속한다. B가 물품을 5월10일에 인도하는 경우에 A는 상황에 따라 그 5월10일에 대금지급을 할 수 있는 처지가 아니라고 주장하면서 그러한 조기이행을 거절하거나, 원래의 기일(5월15일)에 대금지급을 하겠다는 조건으로 물품인도를 수락하거나, 물품을 인수하면서 그와 동시에 대금지급을하기로 결정할 수 있다.

4. 조기이행으로 인하여 발생한 추가비용의 부담자: 채무자

조기이행이 수락되는 경우에 채권자에게 추가비용이 발생할 수 있다. 그러한 추가비용은 항상 채무자가 부담하여야 한다. 조기이행이 불이행에 해당하는 경우에(대개 그러하다) 추가비용은 손해의 일부를 구성할 것이고 이때 이러한 손해의 배상청구권은 이용가능한 다른 구제수단에 영향을 주지 않는다. 조기이행이 불이행에 해당하지 않는 경우(채무자의 조기이행제의를 거절하는 데 채권자의 적법한 이익이 없는 것으로 밝혀지는 경우, 또는 채권자가 구제수단을 유지하지 않고서 그러한 제의를 수락한 경우) 채권자는 단지 추가비용만 청구할 수 있다.

〈사 례〉

5. 5월15일이 아닌 5월10일에 물품이 인도되는 것을 거절하는 데 A가 적법한 이익을 갖지 않더라도, 그러한 5일 때문에 추가보관료가 발생할 수 있다. 이러한 비용은

B가 부담한다.

제6.1.6조

(이행지)

(1) 계약에 의하여 이행지가 지정되어 있지 아니하고 또한 확정될 수도 없는 경우에 당사자는 다음의 장소에서 이행하여야 한다.

(가) 금전채무는 채권자의 영업소

(나) 그 밖의 채무는 자신의 영업소

(2) 당사자는 계약체결 후 영업소의 변경으로 이행에 부수하여 발생 하는 비용의 증가를 부담하여야 한다.

【주 석】

1. 이행지가 계약에 지정되어 있거나 계약으로부터 결정될 수 있는 경우

의무의 이행지는 흔히 명시적 계약조건에 의하여 지정되거나 계약으로부터 추단된다. 예컨대 건축의무는 건축현장에서 이행되어야 하고 물품운송의무는 약 정된 항로에 따라 이행되어야 하는 것이 명백하다.

2. 의사보충규칙의 필요성

그러나 이행지에 대하여 계약에서 침묵하고 제반사정을 통하여 그것이 추단 되지도 않는 경우에 이행지 문제를 해결하는 규칙이 필요하다. 제1항은 두 가지 해법을 제공한다.

먼저 일반적 규칙으로 당사자는 자신의 영업소에서 의무를 이행하여야 한다. 다음으로 금전채무에 한하여 적용되는 정반대의 규칙으로 금전채무자는 채권자의 영업소에서 이행하여야 한다(다만 자금이체에 의한 지급에 관한 제6.1.8조가 적용되는 한도 내에서는 그렇지 않다).

이러한 두 가지 해법이 항상 가장 만족스럽지는 않을 것이지만, 이러한 두 가지 규칙은 당사자간에 다른 약정이 없거나 다른 특별한 사정이 없는 경우에 필요하다.

〈사 례〉

1. A는 일정기간 X국에서 근무할 그의 약간의 기술자들에게 X국어를 교육시키고자 한다. A는 어학원 B와 계약하여 일련의 집중강의를 맡긴다. 다른 약정이 없는 한 강의는 B의 영업소에서 수행되어야 한다(제6.1.6조 제1항 나호 참조).
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 그 후 어학원은 A에게 수강료청구서를 송부한다. 수강료는 원칙적으로 B의 영업소에서 지급되어야 한다(제6.1.6조 제1항 가호 참조).

3. 계약체결 후 당사자의 영업소 변경의 효과

제1항의 적용상 각 당사자의 영업소가 중요하므로 당사자가 계약체결 후 영업소의 위치를 변경함으로써 이행당사자에게 추가비용이 발생하는 경우에 대처하는 규칙이 필요하게 된다. 이에 제2항은 각 당사자는 자신의 영업소의 위치가 변경됨으로 인하여 발생하는 추가비용을 부담하여야 한다는 규칙을 규정한다.

나아가 당사자의 이전은 상대방에게 불편을 초래할 수도 있다. [영업소를] 이전하는 당사자는 신의에 좇아 행위할 의무(제1.7조)와 협력의무(제5.1.3조)에 의하여 상대방이 필요한 조치를 취할 수 있도록 자신이 이전한 사실을 상대방에게 적시에 통지할 의무가 있다.

〈사 례〉

3. A와 B 사이에 체결된 기술지원계약에 의하면 A는 그의 영업장에서 2개월간 10명의 B의 기술자를 교육시켜야 한다. 그 기술자들은 현지의 한 호텔에 숙박할 예정이며, 그 호텔은 A가 있는 시골지역에 있어서 숙박료가 합리적으로 저렴하다. 계약 체결 후 B의 기술자들이 도착하기 전에 A는 그의 영업장을 수도로 이전하였다고 통지한다. 수도의 호텔숙박료는 매우 비싸다. 원래의 숙박비용을 A 또는 B가 부담하였는지를 불문하고 그러한 추가비용은 A가 부담한다.
4. 매년 5월3일에 A는 B에게 B의 영업소에서 실시료를 지급하여야 한다. B가 다른 국가로 이사를 가고 이 국가에 지급이 도달하는 데 상당한 시간(예컨대 2개월)이 소요된다. 종래 A는 그의 은행에게 4월15일경에 자금이체지시를 하였으나, 이제는 늦어도 3월말에 그러한 지시를 하여야만 지급지체를 면할 수 있다. B는 A가 지급에 필요한 조치를 취할 수 있도록 충분히 조기에 자신(B)의 새로운 영업소 소재지를 통지할 의무가 있고 또한 추가비용도 B가 부담한다.

제6.1.7조

(수표 그 밖의 지급수단에 의한 금전지급)

(1) 금전지급은 지급지의 통상적인 영업과정에서 사용되는 어떠한 방법으로도 할 수 있다.

(2) 그러나, 제1항에 의하거나 자의로 수표 그 밖의 지급지시¹⁶⁾ 또는 지급약속¹⁷⁾을 수취하는 채권자는 그것이 결제되는 것을 조건으로 그 수취를 한 것으로 추정된다.

【주 석】

금전채무는 흔히 수표나 그와 유사한 지급수단이나 금융기간 사이의 이체에 의하여 소멸한다. 그러나 이에 수반하는 문제를 다루는 성문규범은 저명한 『국제지급이체에 관한 모델법』(Model Law on International Credit Transfers) 하나 외에는 거의 없다. 이 분야의 급속한 기법의 발전에 대응하기 위하여 제 6.1.7조와 제6.1.8조는 상세한 규칙을 규정하지는 않고 단지 금전의 국제적 지급에 도움이 되는 약간의 기본원칙을 규정한다.

1. 지급방법에 대한 일반적 규칙

제1항은 지급지의 통상적인 방법으로 지급할 수 있도록 허용한다. 제2항의 제한을 한도로, 금전채무자는 보통 채권자의 영업소인 지급지에서 통상적인 방법인 한 예컨대 현금이나 수표, 은행어음, 환어음 또는 신용카드 또는 그 밖에 새로이 개발되는 전자적 지급수단과 같은 방법으로 지급할 수 있다. 원칙적으로 채권자는 자신의 영업소에서 관행적인 방법으로 지급을 받는다면 그에 만족하여야 한다.

〈사 례〉

1. 룩셈부르크에 있는 수입자 A는 중앙아메리카에 있는 회사 B로부터 물품대금청구서를 수령하고는 그 지급을 위하여 유로수표(eurocheque)를 송부한다. B는 그의 국가에서 유로수표가 별로 알려져 있지 않은 때에는 그러한 지급방법을 거절할 수 있다.

16) 예컨대 환어음.

17) 예컨대 약속어음.

2. 추정: 결제를 조건으로 하는 수취

제2항은 일반적으로 승인되는 원칙 즉 금융기관 그 밖의 타인(제3자 또는 채무자 자신)이 결제하여야 하는 지급수단을 채권자가 수취하는 것은 오직 그것이 장래에 실제로 결제되는 것을 조건으로 한다는 원칙을 규정한다.

이러한 추정은 때로는 관행에 의하여 반복될 수 있다. 예컨대 지급보증수표나 은행어음, 자기앞수표와 같은 지급수단의 인도가 채무자에 의한 금전지급과 등가하다고 보는, 그 결과 은행도산의 위험이 채권자에게 이전하는 국가가 있다. 이러한 국가에서 제6.1.7조 제2항의 규칙은 이른바 개인수표에만 적용된다.

〈사 례〉

2. 시공자 A는 하청업체 B가 건축현지에서 완료하는 작업에 대한 대금을 지급하여야 한다. A는 발주자 C가 제1차 분할대금(중도금)의 지급을 지체함으로써 자금흐름(cash-flow) 위기에 처한다. 그럼에도 C는 A에게 대금을 어음금액으로 하는 일련의 약속어음을 발행한다. A는 B에게 그 약속어음 중 일부를 양도하는 방법으로 하청대금을 지급하겠다고 제의한다. B가 그러한 약속어음을 수취하는 경우(이러한 사안에서 약속어음은 통상적 지급방법이 아니므로 B로서는 아마도 그것을 반드시 수취할 필요는 없을 것이다), B에 대한 A의 그러한 지급은 C가 그 약속어음의 만기일에 어음금액을 지급하는 것을 그 효력발생의 조건으로 한다.

제6.1.8조

(자금이체에 의한 지급)

(1) 채권자가 특정한 계좌를 적시하지 않은 한, 금전지급은 채권자가 계좌를 가지고 있는 것으로 채권자에 의하여 알려진 금융기관의 계좌에 이체함으로써 할 수 있다.

(2) 이체에 의한 지급의 경우에 채무자의 채무는 채권자의 금융기관으로의 이체가 효력을 발생하는 때에 소멸한다.

【주 석】

1. 자금이체¹⁸⁾의 허용

금전채무의 이행은 채권자의 영업소에서 하여야 한다는 제6.1.6조의 원칙에

도 불구하고, 본조 제1항은 채권자가 계좌를 가지고 있는 것으로 채권자에 의하여 알려진 여러 금융기관 중 어느 하나의 계좌로 지급을 할 수 있다고 규정한다. 그러나 채권자가 특정한 계좌를 지정한 경우에 지급은 그 계좌로 하여야 한다. 물론 채권자는 이체에 의한 지급을 원치 않는다고 알릴 수도 있다.

〈사 례〉

1. X국에서 설립된 조선회사 A는 Y국의 회사 B가 소유하는 선박을 수리하고, 송부된 대금청구서의 서두(letter-head)에는 A가 X국에 있는 어느 은행과 Y국에 있는 다른 어느 은행에 가지고 있는 각 은행계좌가 명기되어 있다. A가 X국의 은행계좌로 또는 은행이체 외의 방법으로 지급할 것을 명시하지 않은 경우에 B는 Y국에 있는 계좌로 지급할 수 있다.

2. 자금이체에 의한 채무소멸시점

본조 제2항은 자금이체에 의한 지급은 언제 완성되는 것으로 보는가, 즉 채무는 언제 소멸하는가라는 어려운 문제를 다룬다. 이 문제는 예컨대 지급이 이행기 내에 이루어졌는지를 결정할 때, 또는 여러 은행 중 어떤 은행이 수취자금을 전송(轉送, forwarding)하지 않는 경우에 중요하다. 만족스런 해법을 찾기 위하여 많은 국가와 국제적 포럼에서 지금까지 상당한 논쟁이 있었다. [이체지급은행: 역자주] 이체지급인의 계좌에서 출금을 한 때, [이체지급은행과 이체수취은행 사이에서 이체지급은행: 역자주] 이체수취은행의 계좌에 입금을 한 때, [이체지급은행이 이체수취은행에게: 역자주] 그 입금의 통지를 한 때, 이체수취은행이 입금을 수취하기로 결정하는 때, [이체수취은행과 이체수취인 사이에서 이체수취은행: 역자주] 이체수취인의 은행계좌로 입금을 한 때, 그러한 입금의 사실이 이체수취인에게 통지된 때 등 다양한 가능한 시점들이 제시되었다. 더욱이 새로운 전자자금이체 메커니즘의 출현으로 자금이체절차가 변화되어 문제는 더욱 복잡하고 은행들의 실무도 사안마다 다르다.

이러한 불확실성 때문에 이체에 의한 지급이 언제 완성되는지를 정하는 명쾌

18) 이는 원문의 “funds transfer”를 번역한 것이다. 그러나 본조에서 “transfer”는 계좌이체만이 아니라 타인의 은행계좌로 이루어지는 입금이나 송금도 포함하는 의미로 보이며, 따라서 본서에서 다른 표시가 없는 한, “이체”, “자금이체” 혹은 “계좌이체”는 그러한 의미로 사용되어 있다.

한 규칙을 설정하기는 매우 어렵다. 이에 본조 제2항은 각 사안에서 보다 정확한 규칙을 발견할 수 있도록 기본원칙을 제공하는 실용적 목적을 갖는다. 이체에 의한 지급은 채권자의 금융기관으로의 이체가 효력을 발생하는 때 효력을 발생하며, 이러한 해법은 금융기관이 채권자의 대리인으로(as obligee's agent) 행동한다는 관념에 근거한다. 이는 단순히 이체지급인의 금융기관에게 이체지시를 하였다는 사실과 이체지급인의 계좌에 출금이 있었다는 사실만으로는 지급의 효력이 발생하지 않음을 의미한다. 그러나 이체수취인의 금융기관이 이체수취인의 계좌에 입금을 하기 전이나 이체수취인의 금융기관이 이체수취인에게 입금의 통지를 하기 전에도 지급은 효력을 발생한다. 다만 채권자의 금융기관에게 이루어진 지급의 효력발생시점이 정확하게 언제인지는 각 사안에서 은행실무에 따라 다를 것이다.

〈사 례〉

2. 라이선서 A¹⁹⁾는 그가 라이선서 B²⁰⁾에게 지급할 실시료인 미화 5,000 달러의 이체지시를 그의 은행 C²¹⁾에게 한다. B는 D²²⁾ 은행에 계좌를 가지고 있다. C는 A의 계좌에서 출금을 하고서도, 그 자금을 D에게 전송(forward)하지 않고 파산한다. A는 B에 대하여 유효한 지급을 하지 않았다.

제6.1.9조

(지급통화)

(1) 금전채무가 지급지의 통화가 아닌 통화로 표시된 경우에 채무자는 지급지의 통화로 지급할 수 있다. 그러나 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

(가) 통화가 자유로이 환전가능하지 않은 경우 또는

(나) 당사자가 오직 당해 금전채무가 표시된 통화로만 지급하도록 약정한 경우

19) 이체지급인.

20) 이체수취인.

21) 이체지급은행.

22) 이체수취은행.

(2) 채무자가 당해 금전채무가 표시된 통화로 지급하는 것이 불가능한 경우에 채권자는 지급지의 통화로 지급할 것을 청구할 수 있으며, 이는 제1항 나호의 경우에도 같다.

(3) 지급지의 통화에 의한 지급은 채무의 이행기에 지급지에서 통용되는 환율에 따라야 한다.

(4) 그러나 이행기에 채무자가 부지급하는 경우에 채권자는 이행기 또는 실제지급일에 통용되는 환율에 따라 지급할 것을 청구할 수 있다.

【주 석】

금전채무는 보통 특정한 통화(계산통화, currency of account)로 표시되고, 이때 지급은 원칙적으로 그러한 통화로 하여야 한다. 그러나 지급지의 통화가 계산통화와 다른 경우에 본조 제1항과 제2항은 채무자가 지급지의 통화로 지급을 할 수 있거나 하여야 하는 경우를 규정한다.

1. 지급지의 통화가 아닌 통화로 표시된 금전채무

원칙적으로 채무자는 그의 선택에 따라 지급지의 통화로 지급할 수도 있다. 이러한 원칙은 실무적으로 틀림없이 유익할 것이고, 또한 지급지의 통화가 자유로이 환전가능하다면 채권자에게 별다른 어려움을 야기하지 않을 것이다.

그러나 지급지의 통화가 자유로이 환전가능하지 않는 경우에는 그러한 규칙이 적용되지 않는다. 또한 당사자는 오직 당해 금전채무가 표시된 통화로만 지급하여야 한다고 약정(현실지급통화특약, *effectivo clause*)함으로써 그러한 규칙의 적용을 배제할 수도 있다. 지급이 실제로 계산통화로 이루어지는 데 이익을 갖는 채권자는 계약에서 이를 명시하여야 한다.

〈사 례〉

1. X국의 회사 A는 Y국의 매수인으로부터 기계를 주문받는다. 그 주문에 대금은 미국달러로 표시되어 있다. 제6.1.6조에 따라 이러한 금전채무는 원칙적으로 채권자의 영업소 즉 X국에서 이행되어야 한다. Y국의 회사는 자신의 편의에 따라 X국의 통화인 유로화로 지급할 수 있다(제6.1.9조 제1항 참조)

2. X국의 같은 회사(〈사례 1〉의 A)는 그러한 기계에 들어가는 일부의 부품을 Z국

에 있는 공급자로부터 자주 구매하여야 하기에 Y국의 매수인은 오직 미화로 지급하여야 한다고 명시한다. 이러한 경우에 대금은 반드시 미국달러로 지급되어야 한다(제6.1.9조 제1항 나호 참조).

3. X국의 같은 회사(〈사례 1〉의 A)는 그러한 기계의 조립공장을 W국에 두고 있다. 계약에서 Y국의 매수인은 W국에 있는 A의 자회사에게 대금지급을 하여야 한다고 약정된다. W국의 통화가 환전가능하지 않기 때문에 대금은 오직 미화로만 지급될 수 있다(제6.1.9조 제1항 가호 참조).

2. 채무자가 당해 금전채무가 표시된 통화로 지급하는 것이 불가능한 경우

채무자가 ‘당해 금전채무가 표시된 통화’로 지급하는 것이 불가능한 경우가 있다. 이는 외환관리법규나 그 밖의 강행법규가 적용되기 때문일 수도 있고 채무자가 그러한 통화를 충분히 확보하는 것을 방해하는 다른 어떤 사유 때문일 수도 있다. 이러한 경우에 제2항에 의하여 채권자는 그의 선택으로 그리고 비록 계약상 현실지급통화특약이 있더라도 지급지의 통화로 지급할 것을 청구할 수 있다. 이러한 선택권은 그 상황에서 이것이 수용할 만하다거나 심지어 이익이 된다고 생각하는 채권자에게 가능한 추가적 선택권이다. 이러한 선택권은 채무자가 계산통화로 지급할 수 없는 것이 계약의 불이행에 해당하는 경우에 채권자가 구제수단(예컨대 손해배상청구권)을 행사하는 것을 막지 않는다.

〈사 례〉

4. 스위스의 어느 은행 A는 B에게 미화 1,000,000 달러를 대출하고, 대출금은 제네바에서 상환되어야 한다. 상환기일에 이르러 B는 필요한 만큼의 미화를 구할 수 없다. B가 스위스의 다른 은행에 스위스프랑화 예금을 가지고 있음을 발견하는 A는 대출계약상 오직 미화로 상환하도록 약정되었더라도 스위스프랑화로 상환할 것을 청구할 수 있다(제6.1.9조 제2항 참조).

3. 적용환율의 결정

제3항과 제4항은 지급지의 통화로 지급되는 경우로서 지급지의 통화와 계약상 명시된 통화가 상이한 경우에 적용환율을 결정하는 문제를 다룬다. 이러한 문제는 채무자 스스로 제1항을 이용하거나 채권자가 제2항의 규정을 이용하는 경우에 발생한다.

널리 수용되고 있는 두 가지 해법이 제시되어 있다. 보통의 경우에 적용환율은 채무의 이행기에 통용되는 환율이다. 그러나 채무자의 불이행의 경우에 채권자는 이행기에 통용되는 환율이나 실제지급일에 통용되는 환율 중 어느 하나를 선택할 수 있다.

이러한 두 가지의 “적용”환율 중에서 선택할 수 있도록 한 것은 환율제도에 따라 환율이 변동될 수 있기 때문이다.

〈사 례〉

5. 사실관계는 〈사례 4〉와 같다. A는 스위스프랑화(CHF)로 상환하도록 선택하고, 그 상환기일은 4월10일이었으나 상환금은 9월15일에 비로소 지급된다. 4월10일자 환율은 2 CHF : 1 USD였다. 9월15일이 되자 환율은 2.15 CHF : 1 USD가 되었다. A는 후자의 환율을 적용할 수 있다. 반대로 미화가 오히려 평가절하 된다면 A는 그의 선택으로 4월10일자 환율을 적용할 수 있다.

제6.1.10조

(통화가 표시되지 않은 경우)

금전채무가 특정한 통화로 표시되지 않은 경우에 지급은 지급지의 통화로 하여야 한다.

【주 석】

계약에서 금전채무의 통화를 명시하지 않은 경우에는 지급통화의 결정이 특히 어렵다. 그러한 경우가 흔하지는 않으나 실제로 존재한다. 예컨대 계약에서 당해 금전채무의 통화를 명시함이 없이, 가격은 “시가”(current price)로 한다거나 추후 제3자가 결정한다고 명시하거나, 추후 특정한 비용을 일방이 상대방에게 상환한다고 약정하는 경우가 있다. 이러한 경우에 대하여 본조는 지급지의 통화로 지급하여야 한다는 규칙을 규정한다.

본조는 손해배상액 산정통화와는 무관하며, 이는 불이행의 맥락에서 제 7.4.12조에서 다룬다.

〈사 례〉

일본 고객 A는 브로커 B에게 상하이증권거래소에서 주식을 매수하도록 지시한다. B

가 중국 위안화로 주식대금을 지급하는 경우에 B는 A에게 위안화로 아니면 일본 엔화로 지급청구를 하여야 하는가? A는 B에게 일본에서 지급한다면 엔화로 지급할 것이다.

제6.1.11조

(이행비용)

각 당사자는 자신의 의무의 이행비용을 부담하여야 한다.

【주 석】

의무이행은 흔히 물품인도를 위한 운송비용이나 자금이체를 위한 은행수수료, 허가신청수수료 등 다양한 종류의 비용을 발생시킨다. 원칙적으로 그러한 비용은 그 이행당사자가 부담한다.

물론 당사자는 달리 약정할 수 있고 또한 이행당사자가 그러한 비용을 미리 그의 견적가격 속에 포함시키는 것을 금지하는 어떠한 것도 없다. 본조의 규칙은 그러한 약정이 없는 경우에 적용된다.

본조는 비용을 누가 지급(pay)하여야 하는지가 아니라 누가 부담(bear)하여야 하는지를 규정한다. 양자는 통상 동일인이겠지만 예컨대 세법에 의하여 특정 인만이 납세자의무자로 되는 경우와 같이 다를 수도 있다. 지급을 하여야 하는 당사자와 본조에 따라 비용을 부담하여야 하는 당사자가 상이한 경우에 후자는 전자에게 상환할 의무가 있다.

〈사 례〉

컨설팅 A는 5명의 회계사를 보내어 B 회사의 감사를 수행하는 데 동의한다. 회계사들의 여비에 관하여는 아무런 말도 없고 A는 그의 보수를 산정하는 데 여비를 포함시키지 않는다. A는 지급청구서에 여비를 추가하지 못한다.

제6.1.12조

(금전변제의 충당²³⁾)

(1) 동일한 채권자에 대하여 수개의 금전채무를 부담하는 채무자는 지급시에 당해 지급이 어느 채무에 대한 변제로 의도되었는지 명시할 수 있다. 그러나 그 지급은 먼저 비용, 다음으로 발생한 이자, 마지막으로 원금의 순서로 채무를 소멸시킨다.

(2) 채무자의 그러한 명시가 없는 경우에 채권자는 지급 후 합리적인 기간 내에 채무자에게 그 지급이 변제충당되는 채무를 지정하여 통보할 수 있되 다만 그 채무는 이행기에 있고 또한 다툼이 없는 것이어야 한다.

(3) 제1항 또는 제2항에 따른 변제충당이 없는 경우에 금전지급은 다음의 어느 하나의 기준을 충족하는 채무에 거기에 적시된 순서로 변제충당된다.

(가) 이행기에 있거나 먼저 이행기에 도달할 채무

(나) 채권자의 담보가 최소인 채무

(다) 채무자의 부담이 최대인 채무

(라) 먼저 발생한 채무

위의 기준 중에 어느 것도 적용되지 않는 경우에 지급은 모든 채무의 비율에 따라 변제충당된다.

【주 석】

본조와 바로 뒤의 제6.1.13조는 변제의 충당이라는 문제를 다룬다. 동일한 채권자에 대하여 수개의 금전채무를 지고 있는 채무자가 모든 채무를 소멸시키기에는 부족한 금액을 지급하는 경우에 그러한 지급이 어느 채무에 대한 변제인지 문제된다.

본조는 채무자가 당해 지급을 특정한 채무의 변제에 충당할 수 있도록 하되, 비용이나 이자가 발생한 것이 때에는 원금에 앞서 그러한 비용과 이자에 먼저 충당하도록 한다. 채무자가 변제충당을 하지 않는 경우에 제2항은 지급을 받은

23) 본서에서 “금전변제의 충당”은 영문 “imputation of payment”을 의역한 것이다. 글자 그대로는 “지급의 충당”이나 이는 국내에서 너무 생소한 표현이라고 보아 그렇게 하였다.

채권자가 이를 할 수 있도록 하되, 다만 다툼이 있는 채무에 대해서는 충당을 금지한다. 제3항은 어느 당사자도 변제충당을 하지 않은 경우에 적용되는 기준을 규정한다.

〈사 례〉

A는 B 은행으로부터 3건의 계약으로 3건의 대출을 받으며, 대출금은 각각 미화 100,000 달러이고 상환기일도 동일하게 12월31일이다. B는 1월2일에 A로부터 미화 100,000 달러와 단지 “대출금의 상환”이라고 기재된 부정확한 메시지를 받는다. B는 그러한 점을 별달리 개의치 않고서 아무런 응답도 하지 않는다. 3개월 후에 B는 A를 상대로 나머지 미화 200,000 달러의 지급을 구하는 소를 제기하는데, A와 B는 1월2일에 상환된 대출금이 3건의 대출금 중 어느 것에 대한 것인지 합의하지 못한다. 각 대출금에 관하여 B는 유사한 담보권을 갖고 있지만, 대출금에 대한 이자율은 각각 8%, 8.50%, 9%로 상이하다. 1월2일자의 상환은 3건의 대출금 중 이자율이 9%인 대출금의 변제에 충당된다.

제6.1.13조

(비금전채무의 변제충당²⁴⁾)

제6.1.12조는 비금전채무의 변제충당에 준용한다.

【주 석】

금전변제충당의 문제는 보통 금전채무와 관련되지만 때로는 성격이 다른 비금전채무의 경우에도 유사한 어려움이 발생할 수 있다. 제6.1.13조는 금전채무에 적용되는 규칙을 비금전채무에 준용하도록 규정한다.

〈사 례〉

아프리카 어느 국가의 여러 곳에서 건설작업을 하고 있는 A는 그와 B 사이에 각각 별도로 순차적으로 체결된 5건의 계약을 통하여 각기 상이한 수량의 시멘트를 매입하는데, 그 시멘트들은 모두 엔트워프에서 같은 일자에 인도되어야 하며 또한 동일한

24) 본서에서 “비금전변제의 충당”은 영문 “imputation of non-monetary obligation”을 의역한 것이다. 이는 글자 그대로는 “비금전채무의 충당”이나 이는 국내에서 너무 생소한 표현이라고 보아 그렇게 하였다.

선박에 선적되어야 한다. 이러한 5건의 계약의 내용은 서로 유사하지만 셋째와 다섯째의 두 계약에서는 인도지체의 경우에 매우 높은 약정손해배상액을 지급하도록 약정된다. 어떤 문제 때문에 B는 전부 이행을 못하고 단지 일부의 시멘트만 인도할 수 있다. 인도와 동시에 B는 자신이 인도한 시멘트가 셋째와 다섯째 계약에 충당된다고 명시할 수 있다.

제6.1.14조

(공적 허가의 신청)

국가의 법규에 의하여 계약의 유효성이나 이행에 영향을 주는 공적 허가의 취득이 요구되는데 그 법규와 제반사정이 달리 가리키지 않는 한,

(가) 당사자 일방만이 그 국가에 영업소가 있는 경우에 그 당사자는 허가를 취득하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

(나) 그 밖의 경우에는 자신의 이행을 위하여 허가의 취득이 요구되는 당사자가 그에 필요한 조치를 취하여야 한다.

【주 석】

계약의 유효성이나 이행이 공적 허가의 취득에 의존하는 경우에 그 허가신청을 누가 하여야 하는지(제6.1.14조), 언제 하여야 하는지(제6.1.15조), 법정기간 내에 그 신청에 대한 행정당국의 결정을 취득하지 못한 경우에 법적 결과는 어떻게 되는지(제6.1.16조), 신청이 거절된 경우에 법적 결과는 어떻게 되는지(제6.1.17조)에 관한 몇 가지 쟁점이 발생한다.

1. 요구되는 허가의 범위

본 원칙 자체는 공적 허가를 부과하는 법규가 아니다. 어떤 종류의 공적 허가가 요구되는지는 국제사법 규칙을 포함하여 그 준거법에 따라 결정되어야 한다.

법원은 법정지법(*lex fori*)상의 공적 허가만을, 때로는 계약의 준거법(*lex contractus*)이 규정하는 공적 허가만을 인정하는 경향이 있다. 계약상 어떠한 공적 허가가 요구되는지를 결정할 때 중재판정부는 법원보다 광범한 재량을 갖는다.

관련 국제사법 규칙에 따라 계약과 관련된 다른 법역의 법에 의하여 공적 허가의 취득이 요구될 수도 있다(EC Regulation No. 593/2008(로마 I) 제9조 제3항, 1994년 『국제계약의 준거법에 관한 미주간협약』(1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts) 제11조 제2항 참조). 일부 법역의 관할확대법(long-arm statute)도 해외에 있는 라이선스나 자회사에게 공적 허가를 부과하기도 한다. 본조는 해당 준거법이 규정하는 그러한 요건이 준수되어야 한다는 것을 전제한다.

가. 광의의 개념으로서의 “공적 허가”

“공적 허가”(public permission)라는 용어는 광의로 해석되어야 한다. 이 용어는 건강이나 안전, 특정한 무역정책과 같은 공적 성격의 우려에 쫓아 부과되는 모든 허가를 포함한다. 문제의 허가를 발급하는 기관이 정부기관인지 특정한 목적으로 정부로부터 공적 권한을 위임받은 비정부기관인지는 무관하다. 따라서 민간은행이 외환규제법규에 따라 행하는 지급인가도 본조에서 말하는 “공적 허가”에 해당한다.

나. 공적 허가의 시기

본조에서 말하는 공적 허가는 일차적으로 계약체결시에 시행중인 준거법상의 법규에 의하여 요구되는 것을 말한다. 그러나 본조의 규정은 계약체결 후에 도입되는 공적 허가에도 적용될 수 있다.

다. 계약의 전부 또는 일부에 영향을 주는 공적 허가

본조의 공적 허가에 관한 규정은 문제의 공적 허가가 전체로서의 계약에 또는 단지 계약의 일부조건에 영향을 주는 경우에 모두 적용된다. 그러나 공적 허가가 계약의 전부 또는 일부에 영향을 주는지 여하에 따라 공적 허가를 취득하지 못한 경우의 법적 결과는 상이하게 규정되어 있다(제6.1.16조 제2항, 제6.1.17조 참조).

라. 계약의 유효성 또는 이행에 영향을 주는 공적 허가

문제의 허가를 취득하지 못하여 계약의 유효성이 영향을 받거나 계약이 이행

불능하게 될 수 있다. 문제의 공적 허가를 취득하지 못한 경우의 법적 결과는 다르지만, 공적 허가의 신청이나 취득과 관련하여 발생하는 문제는 동일하다. 법적 결과에 관하여 제6.1.17조 제2항은 허가의 거절이 계약의 이행을 전부 또는 일부 불능하게 만드는 때에는 불이행에 관한 규칙이 적용된다고 규정한다.

2. 공적 허가 요건의 존재를 고지할 의무

공적 허가의 취득이 요구되는지에 관한 정보를 제공할 의무는 원칙적으로 없다. 그러나 일반적으로 접근할 수 없는 법규상 공적 허가가 요구되는 경우에는, 자신의 부담으로 허가를 취득하여야 하는 당사자가 그러한 허가취득이 요구된다는 사실을 고지하여야 한다. 따라서 강행적인 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조)에 의하여, 공적 허가를 부과하는 국가에 영업소가 있는 당사자는 그러한 허가가 요구된다는 사실을 상대방에게 고지하여야 할 수도 있다. 그러한 고지를 불이행하는 경우에 법원은 당해 허가가 요구된다는 사실 자체를 전적으로 무시하든지 고지를 불이행한 당사자가 허가의 취득을 묵시적으로 보장하였다는 결론을 내릴 수 있다.

3. 공적 허가를 취득하기 위한 조치를 취하여야 할 당사자

가. 공적 허가를 부과하는 국가에 영업소가 있는 당사자

공적 허가를 부과하는 국가에 영업소가 있는 당사자에게 허가신청의무를 부과하는 본조 가호의 규칙은 현행 국제거래실무를 반영한 것이다. 그러한 당사자는 신청요건과 신청절차를 더 잘 알 것이므로 신속하게 공적 허가를 신청하기에 최적의 위치에 있다.

그러한 당사자가 허가신청을 위하여 요구되는 추가적인 정보(예컨대 물품의 최종목적지에 관한 정보, 계약의 목적이나 객체에 관한 정보)를 상대방으로부터 제공받아야 하는 경우에 상대방은 협력의무(제5.1.3조)에 따라 그러한 정보를 제공하여야 한다. 후자가 그러한 정보를 제공하지 않는 경우에 그는 전자의 의무를 원용할 수 없게 된다. 이러한 상대방과의 협력의무는 계약에서 공적 허가를 신청할 의무를 당사자의 어느 일방이 부담하는 것으로 명시하는 경우에도 적용된다. 따라서 계약상 당사자가 매수인에게 광범한 의무를 부과하는 “공장인도조

건”(ex works)을 채택한 경우에 매도인은 매수인에게 “매수인의 요청에 따라 매수인의 위험과 비용으로 [...] 물품의 수출에 필요한 수출허가 그 밖의 공적 인가를 획득하는 데 협조”(Incoterms 2010 A2)하여야 한다(또한 B2 참조).

나. 자신의 이행을 위하여 허가의 취득이 요구되는 당사자

본조 나호는 어느 당사자도 허가를 요구하는 국가에 영업소가 없는 경우를 상정한다. 또한 나호는 당사자 쌍방이 그러한 국가에 영업소가 있는 경우의 진정한 국제계약도 상정한다. 어느 경우이든 자신의 이행을 위하여 공적 허가의 취득이 요구되는 당사자는 허가의 취득을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

〈사 례〉

1. X국에 영업소가 있는 시공자 A는 Y국에 영업소가 있는 B에게 ‘턴키인도조건’으로(on a turn-key basis) 공장을 매각한다. 이 공장은 Y국에서 시험가동을 거친 후에 인수하기로 되어 있다. 한편 X국에서 요구되는 모든 공적 허가 및 (운송, 후속인도를 위하여) 제3국에서 요구되는 허가를 신청하여야 하는 당사자는 A이다. 반면에 수입허가 및 그 밖에 공사현장과 현지용역의 이용, Y국으로의 기술수입에 관한 모든 공적 허가를 신청하여야 하는 당사자는 B이다. 또한 A는 B가 수입허가 그 밖에 B의 이행에 관한 허가를 취득하는 데 필요한 정보와 서류를 B에게 제공하여야 한다. 계약상 달리 약정되지 않았거나 준거법이나 제반사정에 의하여 명시적 또는 묵시적으로 달리 요구되지 않은 한(예컨대 준거법은 라이선서가 Y국에서 일정한 기술적인 허가를 신청하도록 규정할 수 있다), Y국의 공적 허가를 신청하는 것도 A의 의무가 아니다.

다. 공적 허가에 관한 규정의 보충적 성격

본조의 목적은 공적 허가를 신청하는 것이 어느 당사자의 의무인지가 불명확한 경우에 그 의무자를 결정하는 데 있다. 본조는 공적 허가를 신청할 의무를 어느 당사자가 부담하는지에 대하여 계약에서 침묵하고 있고 그러한 허가를 부과하는 법규나 제반사정에 의하여도 밝혀지지 않는 경우에 적용되는 보충규정이다.

〈사 례〉

2. 컴퓨터 수출허가를 부여하는 X국의 법규는 컴퓨터가 최종적으로 송부될 국가를

‘宣誓附申告書’(sworn declaration)로 신고하는 것을 허가의 요건으로 규정한다. 그런데 그 허가신청을 누가 하여야 하는지에 대하여 계약과 X국의 법규는 침묵한다. 컴퓨터를 장차 어디에 사용할 것인지는 오직 매수인만이 알고 있다고 보는 것이 합리적이므로, 그러한 허가요건을 부과하는 법률규정이 기초하는 정책의 취지에 좇아 수출허가 신청의무자는 매수인이라는 결론에 도달한다.

4. “필요한 조치”를 취할 의무의 성격

허가신청 의무자는 허가를 취득하는 데 “필요한 조치”를 취하여야 하나, 그 신청의 결과에 대해서는 책임을 지지 않는다. 신청의무자는 허가를 취득하기 위하여 현지의 가능한 모든 구제수단을 이용하여야 하되, 다만 적절한 정도의 가능성이 있고 제반사정(예컨대 거래가액, 시간적 제약)에 비추어 당해 구제수단을 이용하는 것이 합리적인 것으로 보이는 경우에 한한다.

어떠한 조치를 취하여야 하는지는 당해 법규와 당해 허가를 부여하는 국가에서 제공하는 절차적 메커니즘에 달려있다. 이 의무는 최선의 노력을 다할 의무(제5.1.4조 제2항 참조)의 성격을 갖는다.

〈사 례〉

3. X국에 영업소가 있는 본인(principal) A는 Y국에 영업소가 있는 자영대리상 B와 [중개대리상]계약을 체결한다. 계약을 체결할 권한을 갖지 않은 B는 Y국과 Z국에서 A를 위하여 영업한다. 여러 의무 중에서도 특히 B는 A의 물품을 Z국에서 열릴 전시회장에 전시하여야 한다. 또한 B는 Y국과 Z국에서 그의 전문적 영업활동을 수행하는 데 요구되는 모든 허가를 신청하여야 한다. 이러한 경우에 “필요한 조치”를 취할 B의 의무는 A의 물품을 임시로 Y국과 Z국으로 수입하는 데 요구되는 공적 허가를 신청하는 것은 물론 B로 하여금 전시회에 참가할 수 있도록 하는 데 요구되는 그 밖의 공적 허가를 신청하는 것을 포함한다. 그러나 B는 다른 합의가 없는 한 Y국과 Z국에 있는 고객들이 B를 통하여 수입하는 물품에 대하여 요구되는 공적 허가를 신청할 필요는 없다.

제6.1.15조

(허가신청시의 절차)

(1) 허가를 취득하는 데 필요한 조치를 취하여야 하는 당사자는 부당한 지체 없이 그렇게 하여야 하고 그에 따라 발생하는 비용을 부담하여야

한다.

(2) 제1항의 당사자는 적절한 한 부당한 지체 없이 상대방에게 허가의 취득 또는 거절의 사실을 통지하여야 한다.

【주 석】

1. 신청시기

공적 허가를 취득할 의무가 있는 당사자는 계약체결 후 즉시 조치를 취하여야 하고 상황에 따라 필요한 한도 내에서 조치를 계속하여 진행시켜야 한다.

2. 비 용

제6.1.11조에 따라 각 당사자는 자신의 의무의 이행비용을 부담하여야 한다. 이러한 규칙은 명확성을 기하기 위하여 본조 제1항에 재차 명시되어 있다.

3. 허가의 취득 또는 거절의 사실을 신속하게 통지할 의무

계약당사자는 허가를 취득할 수 있는지 여부를 가능한 한 빨리 알 필요가 있다. 이에 본조 제2항은 필요한 조치를 취하여야 하는 당사자는 상대방에게 신청 결과를 통지하여야 한다고 규정한다. 이러한 통지의무는 예컨대 신청을 언제 하였는지, 결과가 어떻게 나왔는지, 허가가 거절된 경우 그 불복이 가능한지 그리고 불복절차를 개시할 것인지 등과 같은 관련사실로 확대된다.

4. “적절한 한” 통지할 의무

취득 또는 거절의 통지의 “적절성”은 통지의 필요성과 방법에 의존한다. 통지의 필요성은 법에 의하여 그러한 통지가 요구되는 경우에는 명백히 긍정되지만 허가요건이 계약에서 언급되고 있다는 단순한 사실로부터 추단될 수도 있다.

통지의무의 “적절성”은 통지되는 정보의 관련성과도 관련된다. 따라서 신청당사자는 상대방이 허가기관으로부터 정보를 획득하는 경우나 허가신청이 규칙적으로 수리되는 경우에는 신청결과를 상대방에게 통지할 의무가 없다. 실무상 통상적으로 부여되는 허가가 특정한 사안에서 이례적으로 거부되었다는 사실은 통지의무를 더 필요한 것으로 만든다.

본조는 통신의 절차에 관하여 특정한 요건을 설정하지 않는다(제1.10조 참조).

5. 통지불이행의 효과

허가의 취득 또는 거절에 관한 통지를 하지 않는 것은 불이행에 해당한다. 따라서 제7장에 규정된 불이행의 효과에 관한 일반적 규정이 적용된다. 공적 허가의 취득을 통지할 의무는 계약상 의무이며 계약의 성립과 동시에 발생한다. 허가의 거절을 통지할 의무는 제6.1.14조에 따라 허가를 취득하는 데 “필요한 조치”를 취할 의무의 일부이다(주석 4 참조).

〈사 례〉

1. X국에 영업소가 있는 A는 시공사 B와 X국에 플랜트를 건설하는 계약을 체결한다. 당사자간 합의에 의하면, X국의 관할기관으로부터 일정한 허가를 취득하기 전에는 B는 공사에 착수할 의무가 없고 A의 선수금지급의무도 이행기에 놓이지 않는다.

A는 허가를 신청하여 취득하였으나 허가취득의 사실을 B에게 통지하지 않는다. 2개월 후 B는 X국의 관할기관에 문의하여 그 허가가 부여된 사실을 알고서 플랜트 건설을 시작한다.

비록 A와 B가 그러한 허가취득이 있는 때 비로소 그들의 이행이 이행기에 놓인다고 합의하였더라도, A는 허가취득의 사실을 B에게 통지하지 않았으므로 A는 B가 허가취득일에 이행을 개시하지 않은 것을 B의 불이행이라고 주장할 수 없다(제7.1.2조 참조). 따라서 계약상 B의 의무의 이행기는 허가취득의 사실을 B가 알게 된 때부터 시작된다.

또한 B는 예컨대 2개월 동안 그의 생산시설을 사용하지 못함으로써 발생하는 손해나 원료를 보관하는 데 발생하는 추가비용 등을 증명할 수 있는 때에는 손해배상도 청구할 수 있다(제7.4.1조 이하 참조). 반면에 허가취득의 사실을 처음부터 알고 있던 A는 계약상 합의된 원래의 이행기일을 준수하여야 한다. A가 허가취득일로부터 4주가 되는 일자에 이행기에 놓이는 그의 선수금을 지급하지 않는 경우에 A는 그 일자부터 이자를 지급하여야 한다.

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 관할기관이 A와 B에게 동시에 허가부여의 사실을 통지한다는 차이가 있다. B는 A의 통지불이행을 원용하여 자신의 이행을 미룰 수 없고 A의 통지불이행에 대한 손해배상청구권도 갖지 않는다.

제6.1.16조

(허가가 취득되지도 거절되지도 않는 경우)

(1) 의무 있는 당사자가 필요한 모든 조치를 취하였음에도 합의된 기간 내에 또는 합의된 기간이 없는 경우에는 계약체결시부터 합리적인 기간 내에 허가를 취득하지 못하였으나 동시에 허가가 거절되지도 않은 때에는 어느 당사자든지 계약을 종료²⁵⁾할 수 있다.

(2) 허가가 계약의 일부에만 영향을 주는 경우에는 허가가 거절되더라도 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 제1항은 적용되지 아니한다.

【주 석】

제6.1.14조와 제6.1.15조는 계약당사자의 의무에 관련되고, 제6.1.16조와 제6.1.17조는 각각 허가신청에 대한 결정이 소정의 기간 내에 내려지지 않는 경우와 공적 허가가 거절되는 경우의 법적 결과를 다룬다.

1. 허가의 가부에 대한 결정이 내리지지 않는 경우

본조 제1항은 합의된 기간 내에, 그러한 합의된 기간이 없는 경우에는 계약체결시부터 합리적인 기간 내에 허가를 취득하지 못하였으나 허가가 거절되지도 않은 경우, 즉 “이도 저도 아닌” 상황(“nothing happens” situation)을 다룬다. 허가기관의 결정이 부재(不在)하는 원인은 예컨대 신청처리의 진행이 더디거나 불복절차가 진행 중이기 때문인 등 다양하다. 어쨌든 더 이상 당사자로 하여금 계속 기다리도록 할 이유는 없으며 어느 당사자든지 계약을 종료할 수 있다.

2. 계약종료

당해 허가가 계약상 의무의 발생에 어떠한 법적 역할을 하는지에 따라 계약종료가 아닌 구제수단이 적절할 수도 있다. 공적 허가의 취득이 계약의 유효요건인 경우에 특히 그러하다. 이러한 경우에는 허가가 없는 때에는 어느 당사자

25) 본조에서 “termination”은 (제7장 제3절과 달리) 불이행에 기하지 않으므로 (해제가 아닌) 종료로 번역되었다.

든지 단순히 계약을 무시할 수 있기 때문이다. 그러한 경우에 대해서도 본조가 계약종료를 규정한 이유는 당사자들이 허가를 취득할 목적으로 부담하는 의무들이 무한히 존속되도록 하여서는 아니 되기 때문이다.

공적 허가를 취득할 의무가 있는 당사자는 허가를 취득하는 데 “필요한 조치”를 취한 경우에 한하여 본조의 계약종료권을 갖는다.

〈사 례〉

1. X국에 있는 A는 B에게 다수의 소총을 판매하고 B가 이를 구매한 이유는 앞으로 4개월 내에 시작될 사냥철에 전매하기 위함이다. 매매가 유효하기 위해서는 X국의 관할기관으로부터 허가를 취득하여야 한다. 당사자간에 허가취득을 위한 기간은 합의되지 않는다. A는 허가취득을 모든 필요한 조치를 취하였으나 3개월이 흐른 후에도 A의 허가신청에 대하여 관할기관의 결정이 아직 내려지지 않고 있다. 각 당사자는 계약을 종료할 수 있다.

본조에서 정하는 계약종료는 당사자가 허가를 취득하기 위하여 지출한 비용에 대하여 아무런 효력도 갖지 않는다. 이러한 비용은 허가를 취득하지 못할 위험을 부담한 당사자가 부담한다.

3. 일부 조건에만 영향을 주는 허가

당해 허가가 단지 일부의 계약조건에만 영향을 주는 경우에 본조 제2항은 비록 허가가 거절되었더라도 제6.1.17조 제1항에 따라 계약을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 계약종료권을 배제한다.

〈사 례〉

2. X국에 있는 A가 B와 체결한 계약에 이행지체에 대하여 위약벌(penalty)을 부과하는 조항이 들어있는데, 이 조항이 유효하기 위해서는 X국의 관할기관의 허가를 받아야 한다. A로서는 허가취득을 위한 모든 필요한 조치를 취하였으나, 관할기관의 결정이 내려지지 않고 있는 상태에서 시간은 계속하여 흐르고 있다. 이러한 경우에는 계약의 존속을 긍정하는 것이 합리적이다. 비록 허가가 거절되었더라도 어느 당사자도 계약을 종료하지 못한다.

제6.1.17조

(허가가 거절되는 경우)

(1) 계약의 유효성에 영향을 주는 허가의 거절은 계약을 무효로 만든다. 허가의 거절이 일부의 조건에 한하여 유효성에 영향을 주는 경우에는 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 그러한 일부의 조건만이 무효가 된다.

(2) 허가의 거절이 계약의 이행을 전부 또는 일부 불가능하게 만드는 때에는 불이행에 관한 규칙이 적용된다.

【주 석】

1. 허가신청이 거절된 경우

본조는 허가신청이 명백히 거절되는 경우를 상정한다. 허가신청의무의 성질상, 본조에서 말하는 거절은 합리적인 승산의 전망이 있는 불복방법이 더 이상 남아있지 않는 것을 말한다(제6.1.14조의 주석 4 참조). 그렇지만 계약이 충분히 의미 있는 정도로 이행될 수 있는 시점이 지난 후에 비로소 허가에 대한 최종결정이 내려질 것인 경우에는 반드시 당해 거절에 대한 불복방법이 완전히 소진되었어야 할 필요가 없다.

2. 허가가 거절된 경우의 법적 결과

허가가 거절된 경우에 그 법적 결과는 당해 허가가 계약의 유효성에 영향을 주는 것인지 계약의 이행에 영향을 주는 것인지에 달려있다.

가. 계약의 유효성에 영향을 주는 허가가 거절된 경우

허가가 계약 전부의 유효성에 영향을 주는 경우에 그 거절은 계약 전부를 무효로 만든다. 즉 계약은 처음부터 존재하지 않은 것으로 된다.

〈사 례〉

1. X국에 있는 A가 B와 체결한 계약이 유효하기 위해서는 X국의 관할기관으로부터 어떤 공적 허가를 받아야 한다. A로서는 허가를 취득하는 데 필요한 모든 조치를 취

하였으나 A의 신청은 결국 거절된다. 계약은 처음부터 존재하지 않은 것으로 된다.

그러나 허가의 거절이 일부의 계약조건에 한하여 유효성에 영향을 주는 경우에는 그러한 일부의 조건만이 무효로 될 뿐이며, 계약의 나머지 부분은 존속한다. 다만 제반사정으로 보아 그러한 결과가 합리적이어야 한다.

〈사 례〉

2. X국에 있는 A가 B와 체결한 계약에 이행지체에 대하여 위약벌(penalty)을 부과하는 조항이 들어있는데, 이 조항이 유효하기 위해서는 X국의 관할기관으로부터 공식 허가를 받아야 한다. A로서는 그러한 허가를 취득하는 데 필요한 모든 조치를 취하였으나 A의 신청은 거절된다. 제반사정으로 보아 합리적인 한 계약은 위약벌조항을 제외하고서 존속한다.

나. 허가거절로 계약이 이행불능하게 되는 경우

허가가 거절됨으로써 계약의 이행이 전부 또는 일부 불능하게 되는 경우에는 본조 제2항에 의하여 제7장의 불이행에 관한 규칙이 적용된다.

〈사 례〉

3. B와 체결한 계약상 A는 B에 대하여 미화 100,000 달러의 채무가 있다. A는 X국에, B는 Y국에 소재하는데, A가 X국에서 Y국에 있는 B의 은행계좌로 그 금액을 이체하기 위해서는 X국의 중앙은행으로부터 허가를 받아야 한다. A로서는 허가를 취득하는 데 필요한 모든 조치를 취하였으나 A의 신청은 거절된다. 이로 인하여 A가 B에게 지급을 하는 것이 불가능하게 된다. A의 불이행의 법적 결과는 제7장의 규정에 따라 결정된다.

허가의 거절이 허가를 부과한 국가에서만 당사자의 이행을 불능하게 만들 뿐이고 그 당사자가 바로 그 의무(the same obligation)를 다른 곳에서 이행하는 것이 가능한 경우가 있다. 이러한 경우에, 일반원칙인 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조를 보라)에 의하여 그 당사자는 허가의 거절을 불이행의 면책사유로 주장하지 못하게 된다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같으나 이제는 A가 B에게 지급할 자금을 그러한 허가요

건이 부과되지 않는 Z국에서 충분히 가지고 있다는 차이가 있다. A는 X국의 관할기관에 의한 그러한 허가거절을 원용하여 B에 대한 그의 부지급(채무불이행) 책임의 면책을 주장하지 못한다.

제 2 절 이행가혹

제6.2.1조

(계약의 준수)

계약의 이행이 당사자 일방에게 더욱 부담스럽게 되더라도 그 당사자는 의무를 이행하여야 하나 다만 이행가혹(hardship)에 관한 다음의 규정들이 정하는 한도 내에서는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. 원칙 - 계약의 구속력

본조의 목적은 계약의 구속력을 긍정하는 일반원칙(제1.3조 참조)의 결과로서 이행이 가능하다면 설령 이행당사자에게 부담이 되더라도 계약은 반드시 이행되어야 한다는 것을 분명히 하는 데 있다. 다시 말해 당사자가 그의 기대이익은 고사하고 오히려 막대한 손실을 보더라도 혹은 이행을 하는 것이 그에게 더 이상 의미가 없더라도 계약조건은 그럼에도 불구하고 반드시 존중되어야 한다.

〈사 례〉

운송주선인 A는 운송인 B와 존속기간이 2년인 운송계약을 체결한다. 계약에 의하면 B는 2년 동안 매월 일정한 물품을 X국에서 Y국으로 고정운임으로 운송하여야 한다. 2년 후 해당 지역의 정치적 위기의 여파로 연료가격이 상당히 인상되었다고 주장하면서 B는 운임을 5% 인상할 것을 요구한다. B는 그러한 운임인상을 요구할 권리가 없다. B는 자신의 이행이 보다 부담스럽게 될 위험을 부담하기 때문이다.

2. 예외 - 사정변경

그러나 계약의 구속력의 원칙도 절대적 원칙은 아니다. 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 정도의 후발적 사정이 발생하는 경우에 이제 그러한 사정변경은 본 원칙에서 “이행가혹”(hardship)이라고 불리는 예외적인 상황을 발생시킨다. 본절의 이하의 조문들은 이러한 예외적 상황을 다룬다.

이행가혹 현상은 다양한 법제에서 ‘frustration of purpose’(계약목적달성불능), ‘Wegfall der Geschäftsgrundlage’(행위기초의 상실), ‘imprévision’(불예

견), ‘eccessiva onerosità sopravvenuta’(우발적인 과도한 부담가중) 등 다양한 개념으로 인정되어 왔다. “hardship”(이행가혹)이란 용어를 택한 것은 국제계약서에 흔히 삽입되는 이른바 “hardship clause”(이행가혹조항)로 확인되듯이 국제거래실무에서 이 용어가 널리 알려져 있기 때문이다.

제6.2.2조

(이행가혹의 정의)

당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수행하는 이행의 가치가 감소함으로 인하여 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사유가 발생하고 또한 다음 각호를 모두 만족하는 경우에 이행가혹이 성립한다.

(가) 그 사유가 계약체결 후에 발생하거나 불리하게 된 당사자가 그 사유를 계약체결 후에 알게 될 것

(나) 불리하게 된 당사자가 계약체결시에 그 사유를 합리적으로 고려할 수 없었을 것

(다) 그 사유가 불리하게 된 당사자가 통제할 수 없는 것일 것

(라) 불리하게 된 당사자가 그 사유의 위험을 인수하지 않았을 것

【주 석】

1. 이행가혹의 정의

본조는 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사유가 발생하는 상황을 이행가혹(hardship)으로 정의한다. 다만 이행가혹이 성립되기 위해서는 그러한 사유가 가호 내지 라호에 규정된 요건을 모두 충족하여야 한다.

2. 계약균형의 근본적 변경

사정변경이 있더라도 의무가 이행되어야 한다는 것이 일반원칙이므로(제6.2.1조 참조), 계약균형의 변경이 근본적(fundamental)이지 않으면 이행가혹은 부정된다. 물론 균형의 변경이 “근본적”인지 여부는 제반사정에 달려있다.

〈사 례〉

1. 1989년9월에 구(舊)동독에 있는 전자제품 딜러인 A는 역시 구(舊)사회주의국가 이던 X국에 있는 B로부터 전자제품을 매입한다. B는 물품을 1990년12월에 인도할 예정이다. 1990년11월에 A는 B에게 동독과 서독이 통일된 후에는 X국으로부터 수입 되는 물품을 위한 시장이 더 이상 존재하지 않는다고 주장하면서 그 물품이 자신에게는 아무런 쓸모가 없다고 통지한다. 다른 사정이 없는 한 A는 이행가혹을 주장할 수 있다.

가. 이행비용의 증가

실무상 계약균형의 근본적 변경은 두 가지가 각각 독립되지만 서로 연관된 양상으로 현출된다. 그 중 하나는 당사자 일방의 의무이행비용의 현저한 증가를 특징으로 한다. 이러한 당사자는 대개 비금전채무를 이행하여야 하는 당사자일 것이다. 이행비용의 현저한 증가의 원인으로는 예컨대 물품을 생산하거나 용역을 제공하는 데 필요한 재료의 급격한 가격상승이나 막대한 비용의 제조공정을 요하는 새로운 안전법규의 시행을 들 수 있다.

나. 일방이 수령하는 이행의 가치감소

이행가혹이 나타나는 다른 하나의 양상은 일방이 수령하는 이행의 가치의 현저한 감소를 특징으로 한다. 상대방(채무자)의 이행이 이행수령자(채권자)에게 더 이상 아무런 가치가 없는 경우가 그 예이다. 여기의 이행은 금전채무의 이행일 수도 있고 비금전채무의 이행일 수도 있다. 이행의 가치의 현저한 감소 혹은 전적인 소멸은 시황의 급격한 변동(예컨대 급격한 인플레이션으로 약정계약대금의 가치가 급격히 감소하는 경우) 때문이거나 이행으로 이루고자 한 목적의 좌절(예컨대 건축부지의 목적으로 구입한 토지에 건축이 금지된 경우, 수출할 목적으로 구입한 물품이 수출금지된 경우) 때문일 수 있다.

물론 이행의 가치감소는 객관적인 방법으로 측정될 수 있어야 하며, 이행의 가치에 대한 이행수령자의 주관적 견해가 바뀌는 것만으로는 부족하다. 다만 이행목적의 좌절은 당사자 쌍방이 모두 그 이행목적에 알았거나 최소한 알았어야 하는 경우에만 고려될 수 있다.

3. 이행가혹의 추가적 성립요건

가. 사유가 계약체결 후에 발생하거나 알려질 것

본조 가호에 따라, 이행가혹을 초래하는 사유는 계약체결 후에 발생하거나 불리하게 된 당사자가 그 사유의 존재를 계약체결 후에 비로소 알았어야 한다. 계약체결시에 그러한 가혹사유 존재를 알았던 당사자는 이미 그때 그 사유를 고려할 수 있었을 것이므로 이행가혹을 주장하지 못한다.

나. 불리하게 된 당사자가 사유를 합리적으로 고려할 수 없었을 것

비록 사정변경이 계약체결 후에 발생하더라도, 본조 나호는 불리하게 된 당사자가 그 사정변경을 계약체결시에 이미 합리적으로 고려할 수 있었던 경우에는 이행가혹이 성립되지 않음을 분명히 한다.

〈사 례〉

2. A는 B에게 X국산 원유를 그 지역의 예민한 정치적 긴장에도 불구하고 고정가격으로 앞으로 5년간 공급하는 데 동의한다. 계약이 체결된 지 2년 후 주변국들의 적대적 파벌 사이에 전쟁이 발발한다. 이로 인하여 범세계적으로 에너지위기가 초래되고 유가가 급격히 상승한다. A는 이행가혹을 주장하지 못한다. 그러한 유가상승은 예견할 수 없었던 것이 아니기 때문이다.

때로는 점진적인 사정변경도 중국적으로 이행가혹이 될 수 있다. 계약체결 전에 이미 사정변경이 시작된 경우에는 그 변경속도가 계약이 존속하는 동안에 급격히 빨라지지 않는 한 이행가혹이 성립하지 않는다.

〈사 례〉

3. A와 B 사이의 매매계약에서 대금은 X국 통화로 표시되는데 이 통화는 다른 주요 통화들에 대하여 계약체결 전에 이미 서서히 평가절하되고 있었다. 1개월 후 X국에 정치적 위기가 발생하여 그 통화에 대하여 80%의 대폭적인 평가절하조치가 내려진다. 다른 사정이 없는 한 이러한 경우에 이행가혹은 긍정된다. X국의 통화가 그렇게 급속하게 가치를 상실할 것이라고 예견할 수 없었기 때문이다.

다. 불리하게 된 당사자가 통제할 수 없는 사유일 것

본조 다호에 따라, 불리하게 된 당사자가 통제할 수 없는 사유인 경우에만 이행가혹의 사안이 발생할 수 있다.

라. 불리하게 된 당사자가 위험을 인수하지 않았을 것

본조 라호에 따라, 불리하게 된 당사자가 사정변경의 위험을 인수한 때에는 이행가혹이 성립하지 않는다. “assumption”(인수)이란 표현은 당해 위험을 명시적으로 인수하였어야 하는 것은 아니고 위험부담의 사실이 계약의 성질로부터 추단될 수도 있다는 것을 분명히 한다. 투기적 거래(speculative transaction)의 당사자는 계약체결시에 위험을 완전히 알지 못하였더라도 어느 정도의 위험을 승인한 것으로 간주된다.

〈사 례〉

4. 해상운송전문 보험회사 A는 동일지역에 있는 세 국가에서 전쟁과 폭동이 동시에 일어나서 위험이 현저히 증가하기에 고객들에게 추가보험료의 지급을 요구한다. 그 고객들이 체결한 보험계약상 전쟁위험과 소요폭동위험은 모두 담보위험으로 되어 있다. A는 그러한 계약조정(adaptation of the contract)을 요구할 권리가 없다. 전쟁약관과 소요폭동약관에 의하여 그러한 위험들이 세 국가에서 동시에 발생하더라도 보험자들은 그러한 위험들을 인수한 것이기 때문이다.

4. 이행이 있기 전에 이행가혹이 발생할 것

이행가혹은 성질상 아직 이행되지 않은 이행에 한하여 성립할 수 있다. 즉 일단 이행을 한 당사자는 그 이행이 있는 후에 발생하는 사정변경의 결과로 그의 이행비용이 현저히 증가하거나 그가 수령하는 이행의 가치의 현저히 감소하더라도 이를 이행가혹으로 주장하지 못한다.

단지 일부만 이행된 상태에서 계약균형의 근본적 변경이 발생한 경우에는 향후 이행되어야 하는 부분에 한하여 이행가혹이 성립할 수 있다.

〈사 례〉

5. A는 폐기물의 보관을 위탁할 목적으로 X국에 있는 폐기물처리회사 B와 계약을 체결한다. 계약기간은 4년이고 대금은 폐기물 1톤당 일정한 고정금액이다. 계약이 체

결된 지 2년 후 X국에서 환경운동이 득세하여 X국 정부는 그러한 폐기물의 보관대금을 종전보다 10배나 높게 규정한다. B는 잔여 2년의 계약기간에 한하여 이행가혹을 주장할 수 있다.

5. 이행가혹과 장기계약의 통상적 관련성

본조는 다른 종류의 계약에 관하여 이행가혹의 주장가능성을 명시적으로 배제하지는 않으나, 이행가혹은 보통 최소한 일방의 이행이 일정한 기간에 걸쳐 실현되는 장기계약에서 의미가 있다.

6. 이행가혹과 불가항력

본 원칙상 이행가혹과 불가항력(제7.1.7조 참조)의 각 정의를 볼 때, 동일한 사실(사유)이 이행가혹과 불가항력을 동시에 성립시키는 상황이 있을 수 있다. 그러한 경우에 어느 구제수단을 추구할 지는 영향을 받은 당사자가 결정할 사항이다. 당사자가 불가항력을 원용한다면 그 목적은 불이행책임을 면하고자 함이다. 그러나 이행가혹을 원용한다면 그의 목적은 개정된 조건으로나마 계약을 존속시키기 위하여 먼저 계약조건을 재협상하기 위함이다.

7. 이행가혹과 계약실무

본조의 이행가혹의 정의는 필연적으로 일반적 성격을 갖는다. 이에 비하여 국제상사계약서에는 흔히 더욱 정밀하고 정교한 계약조항이 담긴다. 따라서 당사자는 당해 거래의 특성을 고려하여 본조의 내용을 조정하여 사용하는 것이 적절하다.

제6.2.3조

(이행가혹의 효력)

(1) 이행가혹의 경우에 불리하게 된 당사자는 재협상을 요구할 수 있다. 이 요구는 부당한 지체 없이 하여야 하고 또한 그 기초가 된 사유를 명시하여야 한다.

(2) 재협상요구는 그 자체만으로는 불리하게 된 당사자에게 이행유보권을 주지 아니한다.

(3) 합리적인 기간 내에 합의에 도달하지 않는 경우에는 어느 당사자든지 법원에 결정을 구할 수 있다.

(4) 이행가혹을 긍정하는 법원은 합리적인 한 다음 각호의 어느 하나를 할 수 있다.

(가) 일자와 계약조건을 정하여 계약을 종료시키는 것

(나) 계약의 균형을 복구하기 위하여 계약을 조정하는 것

【주 석】

1. 불리하게 된 당사자의 재협상요구권

이행가혹은 계약균형의 근본적 변경에 있으므로 본조 제1항은 먼저 원래의 계약조건을 변경된 사정에 맞게 조정하는 목적의 재협상을 할 것을 상대방에게 요구할 권리를 불리하게 된 당사자에게 부여한다.

〈사 례〉

1. X국에 있는 건설회사 A는 Y국 정부기관 B와 Y국에 플랜트를 건설하는 총액계약(lump sum contract)을 체결한다. 건설에 필요한 대부분의 정밀기계는 해외에서 수입되어야 한다. 대금지급통화인 Y국의 통화의 예기치 못한 평가절하로 그러한 기계의 수입비용이 급격하게 증가한다. A는 B에 대하여 원래의 계약대금을 변경된 사정에 맞게 조정하기 위하여 재협상을 할 것을 요구할 수 있다.

계약 내에 이미 계약의 자동적 조정을 정하는 조항(예컨대 가격이 물가지수에 연동하여 자동적으로 조정되도록 하는 조항)이 들어있는 경우에는 재협상요구가 허용되지 않는다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 계약 내에 자재비와 노임의 변동에 따라 계약대금이 증감되도록 하는 지수연동가격조항(price indexation clause)이 들어있다는 차이가 있다. A는 B에게 대금의 재협상을 요구할 권리를 갖지 못한다.

그러나 그러한 경우에도 계약상의 조정조항(adaptation clause)이 이행가혹을 초래하는 사유의 발생을 예기하고 있지 않은 때에는 이행가혹을 이유로 하는

재협상이 금지되지 않는다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 2〉와 같으나 이제는 A의 비용(자재비와 노임)이 증가한 원인이 Y국에 새로 도입된 안전법규 때문이라는 차이가 있다. A는 B에 대하여 원래의 계약대금을 변경된 사정에 맞게 조정하기 위하여 재협상을 할 것을 요구할 권리를 갖는다.

2. 부당한 지체 없이 재협상을 요구할 것

재협상요구는 이행가혹이 발생한 후에 가능한 한 신속하게 하여야 한다(제1항). 재협상요구를 하여야 하는 정확한 시기는 각 사안의 제반사정에 달려있다. 예컨대 사정변경이 점진적으로 일어나는 경우에 재협상요구는 그만큼 미뤄질 수 있다(제6.2.2조의 주석 3(나) 참조).

불리하게 된 당사자는 단지 부당한 지체 없이 재협상요구를 하지 못한 이유만으로는 재협상요구권을 상실하지 않는다. 그러나 재협상요구의 지체는 이행가혹의 성부와, 그 성립이 긍정된다고 할 때 이행가혹이 계약에 어떤 효력을 갖는지를 판단하는 데 영향을 줄 수 있다.

3. 재협상근거의 적시

본조 제1항은 이행가혹당사자에게 재협상을 요구하는 근거를 명시할 의무를 부과한다. 이는 상대방이 재협상요구의 당부를 잘 판단할 수 있도록 하기 위함이다. 재협상요구를 하면서 굳이 일일이 열거할 필요가 없을 정도로 이행가혹의 근거가 명백하지 않은 한, 불완전한 재협상요구는 재협상요구를 적시에 하지 않은 것으로 다루어진다. 재협상요구의 근거를 명시하지 않은 경우에 그 효력은 부당하게 지체된 재협상요구의 효력과 유사하다(본조의 주석 2 참조).

4. 재협상요구와 이행유보

본조 제2항은 재협상요구 자체는 불리하게 된 당사자에게 이행유보권을 주지 않는다고 규정한다. 이를 규정한 이유는 이행가혹의 예외적 성격과 구제수단의 남용위험 때문이다. 이행유보는 예외적인 경우에 한하여 긍정되어야 한다.

〈사 례〉

4. A는 B와 플랜트건설계약을 체결한다. 플랜트는 X국에 건설되어야 하는데, 계약 체결 후 X국이 새로운 안전법규를 도입한다. 이러한 안전법규에 따라 추가적인 장치가 설치되어야 하고, 이에 계약의 균형이 근본적으로 변경되는 정도로 A의 이행을 현저하게 부담스럽게 만든다. A는 재협상요구권을 가지며, 또한 새로운 안전법규를 준수하기 위하여 요구되는 시간을 한도로 이행을 유보할 수 있고, 또한 가격조정에 관한 합의가 성사되지 않고 있는 동안에는 추가적인 장치의 인도도 유보할 수 있다.

5. 신의에 좇은 재협상

본조에 명시되지 않았으나, 불리하게 된 당사자의 재협상요구와 양당사자의 재협상과정 중의 행위는 일반원칙인 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조)과 협력의무(제5.1.3조)의 제한을 받는다. 따라서 불리하게 된 당사자는 이행가혹이 실제로 존재한다고 정직하게 믿어야 하고 오로지 전술적 책략의 차원에서 재협상요구를 해서는 안 된다. 마찬가지로 재협상요구가 있는 후 당사자 쌍방은 특히 어떠한 형태의 방해도 자제하고 모든 필요한 정보를 제공함으로써 재협상을 건설적으로 수행하여야 한다.

6. 재협상의 결렬에 따른 법원의 결정

당사자 쌍방이 계약을 변경된 사정에 맞게 조정하는 합의를 합리적인 기간 내에 성사시키지 못하는 경우에는 본조 제3항에 따라 어느 당사자든지 법원에 호소할 수 있다. 이러한 상황은 불리하게 된 당사자의 상대방이 재협상요구에 전혀 응하지 않거나 당사자 쌍방이 신의에 좇아 재협상을 하였음에도 결국 긍정적인 성과를 이루지 못하는 경우에 발생한다.

법원에 호소하기에 앞서 당사자가 얼마나 기다려야 하는지는 해결되어야 할 쟁점의 복잡성과 사안의 제반사정에 달려있다.

7. 이행가혹을 긍정하는 법원의 조치

본조 제4항에 따라 이행가혹의 존재를 긍정하는 법원은 다양한 방법으로 반응할 수 있다.

첫째 가능성은 법원이 계약을 종료시키는 것이다. 그러나 이러한 경우의 계

약종료는 어느 일방의 불이행을 이유로 하는 것이 아니므로 기(既)이행부분에 관하여 그 효력이 계약해제에 일반적으로 적용되는 규정(제7.3.1조 이하)과 다르다. 이에 본조 제4항 가호는 법원은 “일자와 계약조건을 정하여” 계약을 종료시켜야 한다고 규정한다.

다른 가능성은 계약의 균형을 복구하기 위하여 법원이 계약을 조정하는 것이다(제4항 나호). 계약조정을 할 때 법원은 당사자간에 손실의 공평한 배분을 추구할 것이다. 이러한 계약조정은 당해 이행가혹의 내용에 따라 가격조정을 수반할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 그러나 가격조정이 수반되는 때에도, 사정변경에 기하여 발생한 손실이 계약조정에 반드시 전부(in full) 반영되어야 하는 것은 아니다. 법원으로서의 예컨대 일방이 위험을 인수한 것은 아닌지를 어느 정도 고려하여야 하고 이행수령자가 당해 이행으로부터 어느 정도의 이익을 수취하는지 고려하여야 하기 때문이다.

본조 제4항은 법원은 오직 합리적인 한도 내에서 계약을 종료시키거나 조정할 수 있다고 규정한다. 경우에 따라 계약종료와 계약조정이 모두 부적절할 수도 있고 이러한 경우에 법원은 결국 유일한 합리적인 해법으로서 당사자 쌍방에게 계약조정합의에 도달하기 위하여 재협상을 재개하도록 명하거나 기존의 계약 내용을 그대로 확인해주어야 한다.

〈사 례〉

5. 수출자 A는 X국의 수입자 B에게 3년간 맥주를 공급하기로 확약한다. 계약이 체결된 지 2년 후 X국에서 주류의 매매와 소비를 금지하는 새로운 법률이 시행된다. B는 즉시 이행가혹을 원용하여 A에게 계약의 재협상을 요구한다. A는 이행가혹이 발생하였다는 점은 긍정하나 B가 제안한 계약변경(안)은 거절한다. 1개월 후 결국 재협상은 무위로 끝나고 B는 법원에 결정을 구한다.

B가 인접국가에서 그 맥주를 상당히 낮은 가격으로나마 판매할 수 있다면 법원은 계약을 존속시키면서 약정계약가격을 인하하는 결정을 할 수 있다.

그러나 B가 그렇게 할 수 없는 경우에 법원은 계약을 종료시키면서 운송 중에 있는 인도분을 마지막으로 하여 그 인도분에 대하여 B가 대금을 지급하도록 명하는 것이 합리적일 수 있다.

제 7 장 불 이 행

제 1 절 불이행 일반

제7.1.1조

(불이행의 정의)

불이행은 계약상 당사자가 자신의 의무의 내용에 좇아 이행하지 아니하는 것을 말하며, 이는 불완전한 이행이나 지체된 이행을 포함한다.

[주 석]

본조는 본 원칙에서 말하는 “불이행”(non-performance)을 정의한다. 이러한 정의의 두 가지 특징을 특히 유념하여야 한다.

첫째 “불이행”의 개념은 전혀 이행을 하지 않는 것(complete failure to perform)은 물론 모든 형태의 불완전한 이행(defective performance)을 포함하도록 정의되어 있다. 따라서 시공자가 건물을 계약에 일부는 적합하게 다른 일부는 부적합하게 건축하는 것이나 늦게 완공하는 것도 불이행이다.

두 번째 특징으로, 본 원칙상 “불이행”의 개념은 ‘면책되지 않는 불이행’(non-excused non-performance)과 ‘면책되는 불이행’(excused non-performance)의 양자를 포함한다.

불이행에 대한 면책은 계약상대방의 행위(제7.1.2조(상대방의 방해)와 제7.1.3조(이행유보) 및 각 주석 참조)나 예기치 못한 외부적 사건(제7.1.7조(불가항력) 및 주석 참조)을 원인으로 한다. 면책되는 채무자의 불이행에 대하여 채권자의 손해배상청구권이나 특정이행청구권이 부인되지만 이행을 수령하지 못한 채권자는 불이행의 면책여부를 불문하고 원칙적으로 계약을 해제할 수 있다(제7.3.1조 이하 및 주석 참조).

구제수단들의 경합(cumulation of remedies)을 다루는 일반적 규정은 없다. 본 원칙은 논리적으로 모순되지 않는 한 모든 구제수단이 경합한다는 사고에 기초하고 있다. 따라서 일반적으로 이행을 고집스레 주장하여 성공한 당사자가 손

해배상청구권을 갖지 못할 수는 있으나 면책되지 않는 불이행에 대하여 계약을 해제하면서 동시에 손해배상을 청구하는 것을 못하도록 할 이유는 없다(제7.2.5조(구제수단의 변경), 제7.3.5조(해제의 효과), 제7.4.1조(손해배상청구권) 참조).

제7.1.2조

(상대방의 방해)

당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위나 자신이 위험을 부담하는 사건에 기인하는 한 상대방의 불이행을 주장할 수 없다.

【주 석】

1. 불이행을 주장하는 당사자의 작위 또는 부작위에 기인하는 불이행

본조는 불이행에 대한 두 가지 면책사유를 규정한다고 볼 수 있다. 그러나 본조는 개념적으로 그 이상의 것을 담고 있다. 본조가 적용되는 때에는 당해 행위가 ‘면책되는 불이행’(excused non-performance)이 되는 것이 아니라 아예 불이행으로서의 성격 자체를 잃는다. 따라서 예컨대 상대방은 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없게 될 것이다.

구별되는 두 가지 상황이 상정되어 있다. 첫째 당사자가 전부 또는 일부 이행을 할 수 없게 된 것이 상대방이 그 이행을 전부 또는 일부 불능하게 만드는 무엇인가를 하였기 때문인 경우이다.

〈사 례〉

1. A는 B의 토지 위에 2월1일부터 건물을 건축하는 데 동의한다. B(채권자)가 그 토지의 출입문을 잠그고 A의 진입을 불허하는 경우에 B는 A가 공사에 착수하지 않은 데 대하여 이의를 제기하지 못한다. 흔히 B의 행위는 토지에 대한 A의 접근권을 부여하는 명시적 약정 때문에 또는 신의의 [원칙]과 협력의무에 위반되기 때문에 ‘면책되지 않는 불이행’(non-excused non-performance)에 해당할 것이다. 그러나 이러한 결과는 B의 불이행이 면책되지 않는지에 좌우되지 않는다. B의 불이행이 면책되는 경우 예컨대 A가 토지에 접근할 수 없었던 것이 파업노동자들 때문인 경우에도 결과는 동일하다.

본 원칙은 또한 당사자의 행위가 단지 상대방의 이행을 부분적으로 방해하는

장애에 불과한 경우도 상정한다. 이러한 경우에 당사자의 방해행위가 불이행에 기여한 범위와 그 밖의 요소가 기여한 범위를 결정하여야 한다.

2. 불이행을 주장하는 당사자가 위험을 부담하는 사건에 기인하는 불이행

둘째 가능성으로, 불이행은 계약상의 명시적 또는 묵시적 위험할당에 의하여 불이행을 주장하는 당사자가 위험을 부담하는 사건 때문에 초래될 수도 있다.

〈사 례〉

2. 시공자 A와 발주자 B 사이의 건축계약에서 A의 이행지는 B의 사업장이고, B는 그 사업장에 이미 많은 건물을 가지고 있고 그 건물들을 보험의 목적으로 하는 손해 보험에 가입하고 있다. A와 B가 ‘우연한 손해의 위험’(risk of accidental damage)을 피보험자인 B가 부담하는 것으로 합의한 경우에 보통 A와 B 사이의 그러한 위험 할당을 배척할 이유는 없다. 그러한 종류의 위험은 보통 보험에 의하여 보호되기 때문이다. 따라서 화재의 발생이 설령 A의 과실 때문인 경우에도 그 위험(화재)은 B에게 전가될 수 있다. 다만 이러한 결과를 낳는 문언(약정)으로 긍정되기 위해서는 건물을 소실케 한 화재가 어느 당사자(A/B)의 귀책사유도 없이 발생한 경우에 그러한 약정으로 긍정되는 문언에 비하여 더욱 명시적 문언으로 표시되어야 한다.

제7.1.3조

(이행유보)

(1) 당사자 쌍방이 동시에 이행하여야 하는 경우에 각 당사자는 상대방이 이행을 제공할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

(2) 당사자 쌍방이 순차로 이행하여야 하는 경우에 나중에 이행하는 당사자는 먼저 이행하여야 하는 당사자가 이행할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

【주 석】

본조는 제6.1.4조(이행의 순서)와 함께 읽어야 한다. 본조는 불이행에 대한 구제수단과 관련되며, 효력의 면에서 대륙법상의 ‘exceptio non adimpleti contractus’(쌍무계약에서 자신의 의무를 이행하지 않은 당사자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다)의 법리에 상응한다.

〈사 례〉

A는 B에게 1,000톤의 백맥을 매각하는 데 합의하고 대금은 X국의 어느 은행이 개설하는 확인신용장으로 지급하기로 약정된다. A는 B가 계약상 의무에 따라 신용장을 개설하지 않는다면 그것이 개설되기 전에는 물품을 선적할 의무가 없다.

본조의 법문은 일방이 이행을 하긴 하되 단지 일부만 이행하는 경우의 문제를 명시적으로 다루지 않는다. 그러한 일부이행의 경우에도 이행을 수령할 권리가 있는 당사자는 이행을 유보할 수 있으나 이는 원칙적으로 오직 이행유보가 신의와 공정거래(제1.7조 참조)에 부합하는 경우에 한한다.

제7.1.4조

(불이행당사자에 의한 추완)

(1) 다음 각호를 모두 충족하는 경우에 불이행당사자는 자신의 비용으로 자신의 불이행을 추완할 수 있다.

(가) 불이행당사자가 부당한 지체 없이 그 추완의 방법과 시기를 제시하여 통지할 것

(나) 제반사정으로 보아 추완이 적절할 것

(다) 피해당사자가 추완을 거절하는 데 적법한 이익을 갖지 않을 것

(라) 추완이 즉시 실행될 것

(2) 추완권은 계약해제의 통지에 의하여 저지되지 아니 한다.

(3) 유효한 추완통지가 있는 경우에 불이행당사자의 이행에 반하는 피해당사자의 권리는 그 추완기간이 만료할 때까지 정지된다.

(4) 피해당사자는 추완이 있을 때까지 이행을 유보할 수 있다.

(5) 추완에도 불구하고 피해당사자는 지연손해과 추완에 의하여 야기되었거나 방지되지 않은 손해의 배상을 청구할 수 있다.

【주 석】

1. 일반원칙

본조 제1항은 불이행당사자는 일정한 요건을 만족하는 한 불이행을 시정함으로써 추완할 수 있다고 규정한다. 그에 따라 계약이나 제반사정에 의하여 적시

의 이행(timely performance)이 요구되는 경우가 아닌 한 불이행당사자의 이행기는 그러한 요건을 충족하는 때에는 계약에서 정한 이행기를 어느 정도 넘어서까지 연장될 수 있다. 그러므로 본조는 계약의 유지(preservation of the contract)를 지지한다. 또한 본조는 제7.4.8조(손해의 경감)와 마찬가지로 ‘경제적 낭비를 최소화하는 정책’(policy of minimising economic waste)과 기본원칙인 제1.7조의 신의의 원칙을 반영한다. 본조는 CISG 제37조와 제48조 및 계약과 매매에 적용되는 일부 국내법상의 추완에 관한 규정과 관련된다. 추완을 허용하는 규칙을 갖지 않은 법제들 중 다수도 보통 손해배상액을 산정하는 단계에서 합리적인 추완제의를 참작할 것이다.

2. 추완통지

불이행당사자는 먼저 추완통지(notice of cure)를 하여야만 추완할 수 있다. 추완통지는 그 방법은 물론 그 시기와 내용의 면에서 합리적이어야 한다. 추완통지는 불이행당사자가 불이행의 사실을 안 후 부당한 지체 없이 이루어져야 한다. 통지 당시에 이용가능한 정보를 한도로, 추완통지를 할 때 추완의 방법과 시기가 표시되어야 한다. 또한 추완통지는 피해당사자에게 사정상 합리적인 방법으로 전달되어야 한다.

추완통지는 제1항 가호 내지 다호의 요건이 모두 충족될 때 “효력을 발생한다” 것으로 간주된다.

3. 추완의 적절성

제반사정으로 보아 추완이 적절한지 여부는 계약의 성질로 보아 불이행당사자에게 이행시도를 재차 허용하는 것이 합리적인지에 달려있다. 제2항에서 나타나듯이 불이행이 ‘본질적 불이행’(fundamental nonperformance)에 해당한다는 이유만으로 추완이 금지되는 것은 아니다. 추완의 적절성을 결정할 때 고려요소로는 제안된 추완에 의하여 과연 문제가 성공적으로 해결될 수 있는지 여부와 추완을 실행할 때 부득이 또는 아마도 초래될 수 있는 지연이 불합리한 것은 아닌지 혹은 그러한 지연 자체가 본질적 불이행에 해당하는 것은 아닌지 여부가 포함된다. 그러나 피해당사자가 추후 그의 입장을 변경한다는 사실에 의하여 추완권이 상실되지 않는다. 불이행당사자가 유효한 추완통지를 한 때에는 피해당

사자가 그의 입장을 변경할 권리는 정지된다. 그러나 피해당사자가 추완통지를 수령하기 전에 입장을 변경한 때에는 사정이 다르다.

4. 피해당사자의 이익

피해당사자가 불이행당사자의 추완을 거절하는 데 적법한 이익을 있음을 증명할 수 있는 때에는 불이행당사자의 추완권이 부정된다. 그러나 추완통지가 적절히 이루어진 경우나 제반사정으로 보아 추완이 적절한 경우에는 불이행당사자의 추완이 허용되는 것으로 추정된다. 피해당사자의 적법한 이익이 긍정되는 예로는 불이행당사자가 추완시에 사람이나 재산에 피해를 줄 가능성이 있는 경우를 들 수 있다. 반면에 피해당사자가 불이행을 이유로 더 이상 계약관계의 지속을 원하지 않는다고 결정하는 것만으로는 적법한 이익이 존재하지 않는다.

〈사 례〉

1. A는 B의 토지 위에 도로를 건설해주는 데 동의한다. 도로가 완성된 때 B는 도로의 경사가 계약상 허용된 한도를 넘은 사실을 발견한다. 또한 B는 A의 화물차가 건설작업시에 B의 목재를 훼손한 사실도 발견한다. A는 도로의 경사도를 추완하겠다고 통지한다. 제반사정으로 보아 추완이 달리 적절하더라도 B가 더 이상의 목재의 훼손이 없기를 바라고 있다는 사실은 B가 A의 추완을 거절할 수 있는 적법한 적법한 이익이 될 수 있다.

5. 추완시기

추완은 추완통지를 한 직후에 신속하게 실행되어야 한다. 추완권의 행사에 있어 시간은 핵심적이다. 불이행당사자가 피해당사자를 더 오랜 기간 동안 기다리도록 묶어두는 것은 허용되지 않는다. 피해당사자에게 불편이 없다는 것만으로는 불이행당사자의 추완지연이 정당화되지 않는다.

6. 적절한 추완방법

추완은 보수(補修, repair)와 대체(replacement)는 물론 불이행을 보정하는 행위와 피해당사자가 계약상 기대할 권리가 있는 모든 것을 그에게 주는 그 밖의 행위를 포함한다. 보수는 기존의 불이행의 잔재를 일소하고 하나의 전체로서

의 계약목적물의 가치나 품질을 훼손하지 않는 때에만 추완에 해당한다. 불이행 당사자에게 허용되는 추완시도의 횟수는 법원이 판단할 사항이다.

〈사 례〉

2. A는 B의 공장에 고온 에나멜페인트 생산라인을 설치해주는 데 동의한다. 모터를 설치할 때 윤활유가 충분히 주입되지 않아 모터는 가동된 지 몇 시간 후 멈추고 만다. A는 적시에 모터를 교체하나, 나머지 장치를 점검하고 테스트하여 생산라인의 다른 부분의 손상여부를 확인해주는 것은 거절한다. A는 유효한 추완을 한 것이 아니다.

7. 다른 구제수단의 정지

불이행당사자가 유효한 추완통지를 한 경우에 피해당사자는 제4항에 따라 자신의 이행을 유보할 수 있지만, 제3항에 의하여, 적시의 적절한 추완이 실행되지 않고 장차 실행되지도 않을 것임이 명백하게 될 때까지는 불이행당사자의 추완권에 반하는 어떠한 구제수단도 행사할 수 없게 된다. 그러한 구제수단은 계약해제를 통지하거나 대체거래를 하거나 손해배상 또는 반환을 청구하는 권리를 포함한다.

8. 해제통지의 효력

제7.3.1조 제1항과 제7.3.2조 제1항에 따라 피해당사자가 계약을 적법하게 해제한 경우에 해제의 효과(제7.3.5조, 제7.3.6조, 제7.3.7조)는 유효한 추완통지에 의하여 정지된다. 불이행이 추완되면 해제통지는 효력을 갖지 못한다. 반면에 추완기간이 만료되기까지 본질적 불이행이 추완되지 않는 때에는 해제의 효력이 발생한다.

9. 피해당사자의 손해배상청구권

본조 제5항에 따라 불이행당사자는 성공적으로 추완하더라도 그러한 추완이 있기 전에 이미 불이행에 기하여 발생한 손해는 물론 추완 자체에 의하여 추가적으로 발생한 손해나 추완에 의하여 추가되는 지연손해 또는 추완으로 방지되지 않은 손해를 배상하여야 한다. 제7.4.2조에 규정된 바와 같이 본 원칙에서

손해의 ‘완전배상의 원칙’(principle of full compensation)은 기본원칙이다.

10. 피해당사자의 의무

본조의 원용여부는 불이행당사자가 결정할 일이다. 유효한 추완통지를 수령한 피해당사자는 추완을 허용하여야 하고 제5.1.3조에 따라 불이행당사자와 협력하여야 한다. 예컨대 피해당사자는 불이행당사자에게 추완의 실행에 합리적으로 요구되는 검사를 허용하여야 한다. 피해당사자가 추완을 허용하여야 함에도 이를 거절하는 경우에 해제통지는 효력이 없다. 더욱이 피해당사자는 추완될 수 있었던 불이행에 대하여 구제수단을 구하지 못한다.

〈사 례〉

3. A는 B의 기계를 기후로부터 보호하는 용도의 창고를 B의 토지 위에 짓는 데 동의한다. 완공된 창고의 지붕에 하자가 있다. 폭풍이 불자 창고로 빗물이 유입되어 B의 기계들이 손상된다. B는 해제통지를 한다. A는 적시에 추완통지를 한다. B는 더 이상 A와 거래하고 싶지 않아 추완을 거절한다. 제반사정으로 보아 추완을 허용하는 것이 적절하고 또한 그 밖의 추완요건이 모두 충족되는 경우에 B는 창고의 하자 자체를 이유로 구제수단을 행사할 수 없고 단지 하자가 추완되기 전에 기계에 발생한 손해를 배상받을 수 있다. 제반사정으로 보아 추완이 적절하지 않거나 제안된 추완이 문제를 해결하지 못하는 경우라면 B의 통지에 의하여 계약이 해제된다.

제7.1.5조

(이행을 위한 부가기간)

(1) 불이행이 있는 경우에 피해당사자는 상대방에 대한 통지로 이행을 위한 부가기간을 허용할 수 있다.

(2) 부가기간 중 피해당사자는 대응하는 자신의 의무의 이행을 유보할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있으나 그 밖의 구제수단은 원용하지 못한다. 피해당사자가 불이행당사자로부터 그 부가기간 내에 이행하지 아니하겠다는 통지를 수령하거나 그 부가기간이 만료되기까지 이행이 정당하게 이루어지지 않는 경우에 피해당사자는 본장에서 허용되는 모든 구제수단을 행사할 수 있다.

(3) 본질적이지 않은 이행지체의 경우에 합리적인 부가기간을 허용

하는 통지를 한 피해당사자는 그 부가기간의 만료시에 계약을 해제할 수 있다. 불합리하게 짧게 허용된 부가기간은 합리적인 정도로 연장된다. 통지시 피해당사자는 상대방이 그 부가기간 내에 이행하지 않는다면 계약이 자동적으로 해제된다고 명시할 수 있다.

(4) 이행되지 아니한 의무가 계약상 불이행당사자의 의무의 사소한 부분에 불과한 경우에 제3항은 적용되지 아니한다.

【주 석】

본조는 일방이 이행을 지체하고 상대방이 그에 대하여 이행을 위한 부가기간을 허용하고자 하는 상황을 다룬다. 본조는 독일의 Nachfrist(부가기간)의 개념에서 영감을 받았다. 다만 이와 유사한 결과는 다른 법제들에서도 다른 개념을 통하여 도출된다.

1. 이행지체의 특성

본조는 이행지체(late performance)가 그 밖의 불완전이행(defective performance)과 현저하게 다르다는 것을 인정한다. 첫째 이행기의 도과는 결코 돌이킬 수 없는 사실이므로 이행지체는 추완이 불가능하나, 다만 그럼에도 많은 경우 이행청구권을 갖는 당사자는 이행이 전무하게 되는 결과보다는 오히려 늦게라도 이행되는 것을 더 선호할 것이다. 둘째로 이행지체 발생 당시에는 장차 지체된 이행이 실제로 어떻게 될지가 불확실하다. 따라서 이행수령자의 상업적 이해(利害)의 견지에서 대개 비록 늦었지만 그럼에도 합리적으로 신속한 이행완성은 전적으로 수락될 수 있을 것이고 반면에 많이 지연되는 이행완성은 그렇지 않을 것이다. 부가기간절차를 이용함으로써 채권자는 그의 다른 구제수단을 잃지 않고서도 이행당사자에게 재차 기회를 줄 수 있다.

2. 이행기간연장의 효력

이행기간을 연장해주는 당사자는 그 부가기간 중에는 계약해제나 특정이행청구를 할 수 없다. 그러나 이행지체로 인한 손해배상청구권은 영향을 받지 않는다.

부가기간 만료의 효과는 그 부가기간을 허용할 당시에 이행지체가 이미 본질적 불이행이었는지에 달려있다. 그것이 긍정되는 경우로서 계약이 부가기간 동

안에 완전히 이행되지 않은 경우에 본질적 불이행을 이유로 하는 해제권은 부가기간 만료와 동시에 단순히 부활한다. 반면에 이행지체가 본질적 불이행은 아니었던 경우에는 부가기간의 길이가 합리적이었다는 전제하에 해제권은 부가기간의 만료와 동시에 비로소 발생한다.

〈사 례〉

1. A는 B의 자동차 메르세데스에 부착할 특수한 방탄용 차체를 제작해주는 데 동의한다. 계약에 의하면 차체는 자동차를 B가 거주하는 국가로 해상운송할 수 있기 위하여 2월1일까지 완성되어야 한다. 1월31일에 B는 자동차가 필요하지만 작업은 완성되지 않는다. A는 B에 대하여 1주일의 시간을 더 주면 작업을 완성할 수 있다고 보장하고 B는 1주일을 연장하는 데 동의한다. 1주일 내에 작업이 완성되는 경우에 B는 자동차를 인수하여야 한다. 다만 그럼에도 B는 그에게 발생한 손해 예컨대 추가운임의 배상을 청구할 수 있다. 작업이 1주일 내에 완성되지 않는 경우에 B는 인도의 수령을 거절할 수 있고 계약을 해제할 수 있다.

2. X국에 있는 A 회사는 Y국에 있는 B 회사와 Y국에 100km의 자동차도로를 건설하는 계약을 체결한다. 계약에 의하면 도로는 착공일로부터 2년 내에 완공되어야 한다. 2년 후 A는 85km밖에 건설하지 못하였고 완공하는 데 최소한 3개월이 더 소요될 것임이 분명하다. B는 A에게 1개월 내에 완공하라고 통지한다. B는 그러한 1개월 후에 해제권을 갖지 못한다. 그러한 1개월은 합리적인 부가기간이 아니기 때문이다. 부가기간은 합리적인 기간인 3개월로 연장되어야 한다.

제7.1.6조

(면책조항)

당사자 일방의 불이행책임을 제한 또는 배제하는 조항이나 일방이 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다른 내용으로 이행할 수 있도록 허용하는 조항은 그것을 주장하는 것이 계약의 목적을 고려하여 중대하게 불공정한 때에는 주장하지 못한다.

【주 석】

1. 면책조항에 대한 특칙의 필요성

본 원칙은 법원이 남용적(abusive)이거나 비양심적인(unconscionable) 계약

조건을 무효화할 수 있도록 하는 일반적 규칙을 두지 않는다. 그러한 경우에 예외적으로 이용할 수 있는 ‘신의와 공정거래의 원칙’(제1.7조 참조)과 별도로, 그러한 계약조건이 부당하게 일방에게 과도한 이익을 주는 경우에는 언제든지 계약 자체나 개별조건을 취소할 수 있도록 하는 하나의 규정(제3.2.7조 참조)만 있을 뿐이다.

면책조항에 관한 규정을 둔 이유는 면책조항이 특히 국제계약실무에서 일반적으로 삽입되고 당사자간에 많은 분쟁을 야기하기 때문이다.

본조의 궁극적인 취지는 ‘공정의 원칙’(principle of fairness)에 기초하는 광범한 재량권을 법원에 주기 위함이다. 불이행의 효과를 규율하는 조건은 원칙적으로 유효하나 법원은 중대하게 불공정한 조항을 무시할 수 있다.

2. “면책조항”의 정의

본조에서 면책조항(exemption clause)은 첫째 불이행당사자의 불이행책임을 직접적으로 제한 또는 배제하는 계약조건을 말한다. 그러한 조항은 다양한 방법(예컨대 고정금액, 한도, 문제된 이행의 일정비율, 보증금의 예치)으로 표현될 수 있다.

다음으로 당사자가 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다르게 이행할 수 있도록 허용하는 계약조항도 면책조항으로 다루어질 수 있다. 실무적으로 특히 이행당사자가 약속된 이행의 성질을 계약의 변질에 이를 정도로 일방적으로 변경할 수 있도록 허용하는 목적 또는 취지의 조항이 이 유형에 해당한다. 이러한 조항은 문제의 당사자가 부담하는 이행의 내용을 정하는 것에 불과한 조항과 구별되어야 한다.

〈사 례〉

1. 어느 여행업자는 특정적으로 지정된 고급호텔 숙박을 제공하는 고가의 여행상품을 제공하고 있다. 한 계약조항에 의하면 그 여행업자는 그의 사정에 따라 숙박처를 변경할 수 있다고 규정한다. 만약 고객을 2등급 호텔에 숙박하도록 하는 때에는 여행업자는 그러한 계약조항에도 불구하고 고객에 대하여 불이행책임을 진다. 고객은 약속된 호텔과 유사한 종류의 호텔에서 숙박하는 것으로 기대하였기 때문이다.
2. 호텔경영자가 호텔 차고에 주차된 자동차 자체에 대해서는 책임을 지지만 자동차 내에 들어있는 물건에 대해서는 책임지지 않는다는 취지의 공고문을 게시한다. 이

러한 공지는 그 내용으로 보아 본조에서 말하는 면책조항이 아니다. 그러한 공지의 목적은 단지 호텔경영자의 의무의 범위를 정하는 데 있기 때문이다.

3. 면책조항과 몰취조항의 구별

면책조항(exemption clause)은 일방이 배상금을 지급하고서 계약으로부터 탈퇴할 수 있도록 하는 몰취조항(forfeiture clause)과 구별되어야 한다. 그러나 실무상 당사자가 몰취조항을 실제로는 ‘위장된 면책조항’(disguised exemption clause)으로서 작용하도록 의도한 경우도 있을 수 있다.

4. 면책조항과 불이행 위약금

불이행당사자가 불이행에 대하여 피해당사자에게 일정한 금액을 지급할 것을 약정하는 계약조건(제7.4.13조 참조)은 피해당사자에게 지급되어야 하는 금액을 제한하는 효과도 가질 수 있다. 그러한 계약조건을 두었더라도 불이행당사자는 본조의 요건이 충족되는 때에는 그것을 주장하지 못한다.

〈사 례〉

3. A는 B와 공장건물건축계약을 체결한다. 계약상의 위약벌조항(penalty clause)에 의하면 완공이 지체되는 경우에 주당 10,000 호주달러를 지급하는 것으로 규정되어 있다. A가 고의로 공사를 지연하여 공장건물은 약정된 기간 내에 완공되지 않는다. A가 공사를 지연한 것은 그가 그에게 보다 많은 이익을 주는 다른 프로젝트를 병행하고 있었고 그 프로젝트의 지체위약벌이 더 고액이기 때문이다. A의 지체로 B가 입은 실제손해는 주당 20,000 호주달러이다. A는 위약벌조항을 원용할 수 없고, B는 자신이 입은 실제 손해의 완전배상을 받을 수 있다. A의 고의적인 불이행에 비추어 볼 때 위약벌조항의 강제력을 인정하는 것은 제반사정으로 보아 현저하게 불공정하기 때문이다.

5. 면책조항을 주장할 수 없게 되는 경우

대부분의 국내법에 채택된 접근법에 따라 본조는 계약자유의 원칙(제1.1조 참조)상 면책조항은 원칙적으로 유효하다는 사고에서 출발하고 있다. 그러나 면책조항을 주장하는 것이 중대하게 불공정한 경우에 당사자는 그것을 주장할 수 없다.

무엇보다도 면책조항의 내용 자체가 불공정하고 그 적용의 결과로 당사자 쌍방의 이행 사이에 명백한 불균형이 초래되는 경우에 특히 그러하다. 더욱이 면책조항 자체만으로는 명백히 불공정하지는 않음에도 그것을 주장하는 것이 부정되는 경우도 있다. 예컨대 중대한 과실에 해당하는 행위(grossly negligent conduct)의 결과로 불이행이 발생한 경우나 피해당사자가 적절한 보험에 가입함으로써 책임제한 또는 배제의 결과를 회피할 수 없었던 경우가 그에 해당한다.

모든 경우에 계약의 목적이 고려되어야 하며 특히 당사자가 계약의 이행을 통하여 적법하게 기대할 수 있었던 것이 고려되어야 한다.

〈사 례〉

4. 회계사 A는 B의 회계보고서를 작성하기로 확약한다. 계약서에는 A의 계약이행상 부정확함 때문에 초래되는 결과에 대하여 A의 어떠한 책임도 배제하는 조항이 들어있다. A의 중대한 실수로 B는 세금을 납부되어야 하는 금액의 두 배로 납부하게 된다. A는 면책조항을 원용할 수 없다. 그 조항은 본래 불공정하기 때문이다.

5. 창고업자 A는 그의 창고의 경비를 위하여 B와 계약을 체결한다. 계약서에는 B의 책임을 제한하는 조항이 들어있다. 창고에 도난이 발생하여 A는 그러한 책임한도액을 초과하는 손해를 입는다. 그 조항은 전문적인 당사자간에 합의된 것이어서 본래 불공정한 것은 아니지만, 그럼에도 B의 직원이 근무 중에 절도를 범한 경우에 B는 그 조항을 주장하지 못한다.

6. 면책조항을 주장할 수 없는 경우 법적 결과

당사자가 면책조항을 주장할 수 없는 경우에 그의 책임은 영향을 받지 않으며 피해당사자는 불이행에 대하여 완전배상을 받을 수 있다. 제7.4.13조의 불이행 위약금에 관한 규칙과는 달리 법원은 면책조항을 변경하지 못한다.

제7.1.7조

(불가항력)

(1) 당사자는 그 의무의 불이행이 자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약체결시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는 불이행에 대한 책임을 면한다.

(2) 장애가 한시적인 경우에 면책은 그 장애가 계약의 이행에 준 영향을 고려하여 합리적인 기간 동안에 효력을 갖는다.

(3) 불이행당사자는 장애가 존재한다는 것과 그 장애가 자신의 이행 능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지하여야 한다. 불이행당사자가 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우에 불이행당사자는 불수령으로 인한 손해에 대하여 책임이 있다.

(4) 본조는 당사자가 계약해제권이나 이행유보권 또는 지급되어야 할 금원에 대한 이자청구권을 행사하는 것을 방해하지 아니한다.

【주 석】

1. 불가항력의 개념

본조는 보통법상 ‘doctrine of frustration’(계약목적달성불능법리, 혹은 계약 좌절법리)과 ‘doctrine of impossibility of performance’(이행불능법리), 대륙법상 ‘force majeure’(불가항력)나 Unmöglichkeit(이행불능) 등의 법리로 다루어지는 사유를 다루지만 이러한 법리 중 어느 것과도 동일하지 않다. “force majeure”(불가항력)라는 용어를 택한 것은 국제계약서에 흔히 삽입되는 이른바 “force majeure clauses”(불가항력조항)으로 확인되듯이 국제거래실무에서 이 용어가 널리 알려져 있기 때문이다.

〈사 례〉

1. X국의 제조자 A는 Y국의 전력공급회사 B에게 원자력발전소를 판매한다. 계약조건에 의하면 A는 발전소에 소요될 모든 우라늄을 10년간 고정가격으로 공급하기로 약속하고, 가격은 미국달러로 표시되고 지급지는 뉴욕이다. 다음과 같은 사정이 각각 별도로 발생한다.

(i) 5년 후 미화에 대한 Y국 통화의 가치가 계약체결시에 비하여 1%로 추락한다. B는 그의 의무를 면하지 못한다. 당사자 쌍방이 가격조항으로 그러한 위험을 할당하였기 때문이다.

(ii) 5년 후 Y국 정부가 외환규제를 가하여 B는 Y국 통화 외의 통화로는 대외지급을 할 수 없게 된다. B는 미화로 지급할 의무를 면한다. A는 우라늄 공급에 관하여 계약을 해제할 수 있다.

(iii) 5년 후 모처의 투기집단에 의하여 세계우라늄시장이 공지에 몰린다. 세계시장에서 우라늄가격이 상승하여 계약가격의 10배가 된다. A는 우라늄 인도 의무를 면하지 않는다. 이는 계약체결시에 예견가능한 위험이기 때문이다.

2. 불가항력이 당사자의 권리의무에 미치는 영향

본조는 이행을 수령하지 못한 당사자가 본질적 불이행을 이유로 계약을 해제할 권리를 제한하지 않는다. 본조가 적용되더라도, 본조가 하는 것은 불이행당사자가 손해배상책임을 면하도록 하는 것이다.

장애가 발생하여 이행이 완전히 불능하게 되는 경우도 있겠지만 많은 경우에 장애는 단지 이행의 지체를 초래하고 이때 본조는 이행기간을 연장시키는 효과를 낳는다. 이러한 경우에 연장되는 기간은 [장애로] 중단되는 기간보다 길 (또는 짧을) 수 있다는 것을 유의하여야 한다. 그러한 중단에 의하여 계약의 진행이 어떤 방해를 받는지가 문제의 핵심이기 때문이다.

〈사 례〉

2. A는 X국을 관통하는 천연가스 파이프라인을 건설해주기로 계약한다. 기상여건 때문에 11월1일과 3월31일 사이에는 통상 작업이 불가능하다. 계약상 완공일은 10월31인데, 인접국가에 내전이 발생하여 모든 파이프를 적시에 반입할 수가 없게 되어 결국 착공이 1개월 지연된다. 그 때문에 완공이 방해를 받아 그 다음해 봄에 작업을 속행할 수밖에 없는 것이 합리적인 경우에 A는 비록 착공지연기간은 단지 1개월이지만 5개월의 기간연장을 받을 권리가 있다.

3. 불가항력과 이행가혹

본조는 이행가혹(hardship)을 다루는 본 원칙 제6장 제2절과 함께 읽어야 한다(제6.2.2조의 주석 6 참조).

4. 불가항력과 계약실무

본조 제1항의 불가항력의 정의는 필연적으로 일반적인 성격을 갖는다. 이에 비하여 국제상사계약에는 흔히 보다 정교하고 정밀한 계약조항이 포함된다. 따라서 당사자는 당해 거래의 특성을 고려하여 본조의 내용을 조정하여 사용하는 것이 적절하다.

5. 장기계약

이행가혹과 마찬가지로 불가항력은 전형적으로 장기계약과 관련되고(제6.2.2조의 주석 5 참조), 동일한 사실관계가 이행가혹 및 불가항력을 모두 성립시킬 수도 있다(제6.2.2조의 주석 6 참조). 이행가혹의 경우에, 본 원칙은 계약관계를 해소하기 보다는 지속하도록 당사자간 협상을 촉진한다.

마찬가지로 불가항력의 경우에 장기계약의 당사자는 계약관계의 존속기간과 성질 그리고 대개 일정한 기간에 걸쳐 수익을 창출하는 대규모 초기투자를 고려할 때 거래관계를 종료하기 보다는 지속하는 것이 이익이라고 예견할 수 있다. 그에 따라 당사자는 불가항력의 경우에도 거래관계가, 가능한 때에는 언제든지, 지속되도록 하는 조항을 계약 내에 마련하여 계약해제를 단지 최후의 수단으로 하도록 원할 수 있다. 그러한 계약조항의 형태는 다양할 수 있다.

〈사 례〉

3. 장기계약에 당사자의 이행을 방해하는 장애가 처음부터 영구적인 성질의 것임이 명백한 경우를 제외하고 장애의 영향을 받는 당사자의 이행은 30일의 한도 내에서 장애의 존속기간 동안 한시적으로 연기되고 각 당사자의 계약해제권도 마찬가지로 연기된다는 취지의 조항이 있다. 또한 그 조항은 그러한 기간이 종료되는 때에도 장애가 지속되는 경우에 당사자 쌍방은 그 연기기간을 쌍방이 합의하는 조건으로 연장하기 위하여 협상한다고 명시한다. 나아가 그 조항은 그러한 합의가 결렬되는 경우에 분쟁사안을 『ICC 분쟁위원회규칙』(ICC Dispute Board Rules)에 따라 분쟁위원회에 회부한다고 명시한다. 당사자들은 그러한 절차에 구속된다.

제 2 절 이행청구권

제7.2.1조

(금전채무의 이행)

금전을 지급할 의무가 있는 당사자가 지급을 하지 않는 경우에 상대방은 그 지급을 청구할 수 있다.

【주 석】

본조는 이행기에 놓인 계약상의 금전채무는 항상 이행청구가 가능하고 그러한 청구에도 불구하고 불이행하는 경우에는 법원의 재판으로 강제가 가능하다는 일반적으로 승인되는 원칙을 반영한다. 본조에 사용된 “청구”(require)라는 용어는 상대방에 대한 요구뿐만 아니라, 필요한 때에는 법원에 의한 그러한 요구의 강제집행까지도 포함한다.

본조는 원래의 지급통화 또는 실제의 지급통화에 관계없이 적용된다. 다시 말해 채권자의 지급청구권은 외화로 지급이 이루어지는 경우에까지 확대된다. 원래의 지급통화 또는 실제의 지급통화의 결정에 관하여는 제6.19조, 제6.1.10조, 제7.4.12조를 보라.

예외적으로 장차 인도되거나 제공될 물품이나 용역에 대한 대금지급청구권은 배제될 수 있다. 특히 매수인이 물품을 인수하지도 않고 그 대금도 지급하지 않는 경우로서 관행에 의하여 매도인이 물품을 재매각하여야 하는 경우가 그 예이다. 관행의 적용가능성에 관하여는 제1.9조를 보라.

제7.2.2조

(비금전채무의 이행)

금전지급 외의 의무를 지는 당사자가 이행을 하지 아니하는 경우에 상대방은 다음의 어느 하나의 경우를 제외하고는 이행을 청구할 수 있다.

(가) 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우

(나) 이행이나, 적절한 경우 그 강제가 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우

(다) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 합리적으로 다른 곳에서 이행을 획득할 수 있는 경우

(라) 이행이 일신전속적인 성격을 갖는 경우 또는

(마) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 아니하는 경우

【주 석】

1. 비금전채무의 이행청구권

계약의 구속력을 인정하는 일반원칙(제1.3조 참조)에 따라 금전채무뿐만 아니라 비금전채무의 경우에도 각 당사자가 상대방에 대하여 그 의무의 이행을 청구할 수 있는 권리는 원칙적으로 긍정되어야 한다. 대륙법계 국가에서는 이에 관한 논란이 없으나 보통법계는 오직 특별한 경우에 한하여 비금전채무의 강제를 허용한다.

본조는 CISG(제46조)의 기본적 접근법을 수용하여 특정이행의 원칙(principle of specific performance)을 채택하면서 일정한 제한을 가한다.

이러한 원칙은 매매계약 이외의 계약에 관하여 특히 중요하다. 계약상의 의무로서, 어떤 것을 인도할 의무(obligation to deliver something)²⁶⁾와는 달리 어떤 행위를 하여야 할 의무(obligations to do something)²⁷⁾와 어떤 행위를 하지 않을 의무(obligations to abstain from doing something)²⁸⁾는 종종 오직 계약당사자인 상대방 자신만이 이행할 수 있다. 이러한 경우에 이행을 하지 않으려고 하는 당사자로부터 이행을 받는 유일한 방법은 그 이행을 강제하는 것이다.

2. 재량적이지 않은 구제수단

CISG는 “법원은 이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한, 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다”(제28조)고 규정하나, 이와는 달리 본 원칙에서 특정이행은 재량적이지 않은 구제수단이며 법원은 본조에 규정된 예외들 중 어느 하나가 적용되지 않는 한 이행을 명하여야 한다.

26) 이른바 ‘주는 채무’.

27) 작위채무의 하나로서의 이른바 ‘하는 채무’.

28) 이른바 ‘부작위채무’.

3. 이행청구권에 대한 예외

가. 이행불능

법률상 또는 사실상 불가능한 이행에 대해서는 이행청구가 허용되지 않는다(가호). 그러나 이행불능은 계약을 무효로 만들지 않으며 따라서 피해당사자는 다른 구제수단을 이용할 수 있다(제3.1.3조와 제7.1.7조 제4항 참조).

그 준거법인 국내법상 요구되는, 계약의 유효성에 영향을 주는 공적 허가의 거절은 계약을 무효로 만들고(제6.1.17조 제1항 참조), 따라서 이러한 경우에는 이행강제의 문제가 발생할 수 없다. 그러나 공적 허가의 거절이 계약의 유효성에 영향을 주지 않고 단지 이행을 불능하게 만드는 경우에는(제6.1.17조 제2항 참조) 본조 가호가 적용되어 이행청구권이 부인된다.

나. 불합리한 부담

예외적인 경우로서 특히 계약체결 후 사정이 급격하게 변경되어 비록 이행이 가능하긴 하나 그 이행청구가 허용되면 일반원칙인 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조 참조)에 반하는 정도로 부담이 가중되는 경우가 있을 수 있다.

〈사 례〉

1. 심한 폭풍 때문에 유조선이 연해에서 침몰하였다. 비록 선박을 해저로부터 인양하는 것이 가능하더라도 인양에 드는 선박소유자의 비용이 당해 유류(화물)의 가액을 현저히 초과하는 경우에 송하인은 운송계약의 이행을 청구할 수 없다(제7.2.2조 나호).

“적절한 경우, 그 강제가”(where relevant, enforcement)라는 문구는 보통법계에서 특정이행명령의 집행을 감독하는 주체는 채권자가 아니라 법원이라는 사실을 고려한 것이다. 그 결과, 경우에 따라 특히 장기간의 이행이 필요한 경우와 같이 그러한 감독이 법원에 과도한 부담을 초래하는 경우에 보통법계 국가의 법원은 특정이행을 거절한다.

이행가혹에 해당하는 급격한 사정변경으로 발생하는 다른 가능한 결과에 관하여는 제6.2.1조 이하를 보라.

다. 대체거래

많은 물품과 용역은 표준화되어 있어 다수의 공급자가 동일한 물품이나 용역을 제공한다. 이러한 주요한 규격물품이나 표준화된 용역에 관한 계약이 이행되지 않는 경우에 대부분의 고객은 시간을 허비하면서까지 상대방의 계약이행을 기어이 받아내고자 하지 않으며 오히려 시장에 가서 대체물품이나 용역을 구입하고 불이행에 대한 손해배상을 청구한다. 이러한 경제적 현실을 고려하여 다호는 당사자가 합리적으로 다른 곳에서 이행을 획득할 수 있는 때에는 특정이행청구를 배제한다. 이때 당사자는 계약을 해제하고 대체거래를 할 수 있다(제7.4.5조 참조).

“합리적으로”라는 표현은 동일한 이행을 다른 곳에서 획득할 수 있다는 사실 자체만으로는 부족하다는 것을 의미한다. 경우에 따라서는 대체공급자를 찾아보도록 피해당사자에게 합리적으로 기대할 수 없기 때문이다.

〈사 례〉

2. 외환이 거의 없는 개발도상국에 있는 A는 X국에 있는 제조자 B로부터 표준형 기계를 매입한다. 계약에 따라 A는 기계인도 전에 미화 100,000 달러의 대금을 지급한다. B는 인도하지 않는다. 비록 A가 X국내의 다른 곳에서 기계를 구입할 수 있더라도 A의 국가에 외환이 거의 없다는 점과 외화의 구입가격이 높다는 점에서 볼 때 A에게 대체거래를 하도록 요구하는 것은 합리적이지 않다. 따라서 A가 B에 대하여 기계의 인도를 청구할 권리가 있다.

라. 일신전속적 성격을 갖는 이행

일신전속적 성격(exclusively personal character)을 갖는 이행의 경우에는 이행강제가 채무자의 인적 자유(personal freedom)를 침해할 수 있다. 더욱이 이행강제는 종종 이행의 품질을 저하시키기도 한다. 법원에 특정이행의 감독책임을 부과한 보통법계 국가들의 경험에서 보듯이 매우 인적인 성격의 이행을 강제하는 데에는 현실적으로 극복할 수 없는 어려움이 있다. 이러한 이유들 때문에 라호는 일신전속적 성격을 갖는 이행의 강제를 배제한다.

이러한 예외의 구체적인 범위는 본질적으로 “일신전속적 성격”이라는 표현이 어떤 의미인지에 달려있다. 일신전속성의 개념을 ‘유일한 성격의 이행’(performances of a unique character)에 한정시키는 것이 현대적인 추세이다. 이러한

예외는 회사가 채무자인 경우에는 적용되지 않는다. 변호사나 외과의사, 엔지니어의 통상적 업무범위에 속하는 행위도 그러한 표현에 포섭되지 않는다. 그러한 행위는 동일한 훈련과 경험을 가진 자에 의한 대체이행이 가능하기 때문이다. [그러나] 이행의 위임이 불가하고 이행에 개인의 예술적 또는 과학적 성질의 기술이 요구되는 경우나 인적 신임관계가 수반하는 경우에 이행은 일신전속적 성격을 갖는다.

〈사 례〉

3. 어떤 건축가의 회사가 일렬로 선 10채의 빌딩을 설계해주기로 한 확약은 그 회사가 설계작업을 내부건축가 중 누구에게 맡기거나 외부건축가에게 의뢰하여 맡길 수 있으므로 특정이행에 의한 강제가 가능하다.

4. 반대로 세계적으로 유명한 어느 건축가가 어느 도시의 21세기의 이념을 구현하는 새 시청사를 설계해주기로 한 확약은 매우 특유하고 고도의 특별한 기술을 요하므로 강제가 가능하지 않다.

어떤 행위를 하지 않을 의무의 이행은 라호의 범위 내에 들지 않는다.

마. 합리적인 기간 내의 청구

계약의 이행에는 종종 채무자의 특별한 준비와 노력이 요구된다. 이행기의 도과에도 불구하고 채권자가 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 않는 경우에 채무자는 채권자가 더 이상 이행청구를 하지 않을 것이라고 기대할 권리를 가질 수 있다. 장차 이행청구가 있을 것인지에 관한 채무자의 불확실한 상태를 채권자가 지속시킬 수 있게 된다면, 채권자가 시황의 유리한 전개에 따라 채무자의 손해로 부당하게 투기할 수 있는 위험이 발생한다.

이러한 이유로 마호는 채권자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 않은 경우에 이행청구권을 배제한다.

계약해제권의 소멸에 관한 유사한 규칙에 관하여는 제7.3.2조 제2항을 보라.

제7.2.3조

(불완전한 이행의 보수와 대체)

이행청구권은 적절한 경우에는 불완전한 이행의 보수(補修), 대체

그 밖의 추완을 청구할 권리를 포함한다. 그에 관하여 제7.2.1조와 제7.2.2조의 규정이 적용된다.

【주 석】

1. 불완전이행의 경우 이행청구권

본조는 제7.2.1조와 제7.2.2조의 일반원칙을 특별하지만 매우 흔히 발생하는 불이행의 사안, 즉 불완전이행(defective performance)에 적용한다. 명확성을 기하기 위하여 본조는 이행청구권은 불완전한 이행을 수령한 당사자가 그 추완을 청구할 권리를 포함한다고 명시한다.

2. 불완전이행의 추완

본 원칙상 추완(cure)의 개념은 불이행당사자가 그의 불이행을 시정할 권리(제7.1.4조 참조) 및 피해당사자가 불이행당사자에게 그러한 시정을 청구할 권리양자를 지칭한다. 본조는 그 중 후자의 권리를 다룬다.

본조는 추완의 대표적인 두 가지 예로 보수(repair)와 대체(replacement)를 명시한다. 하자있는 물품의 보수(또는 불충분한 용역의 보충)가 가장 일반적이고 또한 불완전한 이행의 대체이행도 흔하다. 보수청구권이나 대체이행청구권은 예컨대 부족한 금액이 지급되거나 잘못된 통화로 지급되는 경우 또는 합의된 계좌가 아닌 계좌로 지급되는 경우와 같이 금전채무의 불완전이행의 경우에도 발생한다.

보수와 대체 외에도, 물품에 대한 제3자의 권리의 제거나 필요한 공적 허가의 취득과 같은 다른 형태의 추완도 있다.

3. 제 한

불완전이행에 대한 추완청구권도 이행청구권에 대한 일반적 제한과 동일한 제한을 받는다.

제7.2.2조에 규정된 대부분의 이행청구권에 대한 예외는 불완전이행의 다양한 형태의 추완에 대하여 쉽게 적용가능하다. 다만 나호에 한하여 특히 지적해 둘 것이 있다. 사소한 불완전이행의 경우에는, 많은 경우 대체나 보수가 “불합

리한 부담이나 비용”을 야기할 수 있고 그에 따라 배제된다.

〈사 례〉

매매된 신차에 도색이 조금 잘못된 하자가 있고 이로 인하여 차의 가치가 매매가격의 0.01%만큼 감소한다. 새로 도색하는 비용은 매매가격의 0.5%이다. 보수(repair)를 청구하지 못하나 매수인은 대금감액을 요구할 수 있다.

제7.2.4조

(사법적 제재금)

(1) 당사자에게 이행을 명하는 법원은 당사자가 명령을 위반하는 경우에 제재금을 지급할 것을 명할 수 있다.

(2) 제재금은 법정지법의 강행규정이 달리 정하지 않는 한 피해당사자에게 지급되어야 한다. 피해당사자에게 제재금이 지급되더라도 이는 손해배상청구권을 해하지 아니한다.

【주 석】

1. 사법적(司法的)으로 부과되는 제재금

일부 법제의 경험에서 보듯이 법원 재판의 불복종에 대하여 사법적 제재(judicial penalty)가 부과된다는 위협은 계약상 채무의 이행을 명하는 재판의 준수를 담보하는 가장 효과적인 방법이다. 반면에 다른 법제에서는 그러한 제재가 개인의 자유에 대한 수용불가능한 침해에 해당한다고 보기 때문에 부과되지 않는다.

본조는 금전적 제재만 허용하고 다른 형태의 제재는 허용하지 않음으로써 절충적 입장을 취한다. 이러한 제재금은 금전지급명령을 포함한 모든 종류의 이행명령에 적용된다.

2. 법원의 재량에 따른 제재금의 부과

본조 제1항에서 “할 수 있다”(may)라는 표현을 사용한 것은 제재금의 부과여부가 법원의 재량이라는 것을 분명히 하기 위함이다. 법원이 제재금을 부과할지

는 이행되어야 하는 의무의 종류에 달려있다. 금전지급을 명하는 재판의 경우, 제재금은 예외적인 경우에 한하여 특히 신속한 지급이 피해당사자에게 긴요한 경우에 부과되어야 한다. 이는 물품인도의무의 경우에도 마찬가지다. 금전지급 의무나 물품인도의무는 대개 보통의 집행방법으로 쉽게 강제될 수 있다. 이에 반하여 제3자에 의한 이행이 쉽게 가능하지 않은 ‘하는 채무’와 부작위채무의 경우에는 사법적 제재금에 의한 강제가 종종 가장 적절한 해법이다.

3. 수익자

사법적 제재금이 피해당사자 또는 국가에 지급되어야 하는지 아니면 양자 모두에게 지급되어야 하는지 여부는 법제에 따라 다르다. 일부 법제는 피해당사자에게 지급하는 것을 부당한 불로소득(unjustified windfall benefit)에 해당하여 공서에 반하는 것으로 본다.

본조 제2항 제1문은 그러한 일부 법제의 태도를 거절하여 피해당사자를 제재금의 수익자로 명시하면서 법정지법의 강행규정이 이러한 해법을 불허하고 제재금의 수익자를 달리 정할 가능성을 명시적으로 긍정한다.

4. 사법적 제재금과 손해배상금 및 불이행 위약금의 구별

본조 제2항 제2문은 사법적 제재금이 피해당사자에게 지급되더라도 손해배상청구권은 영향을 받지 않다는 것을 분명히 한다. 제재금의 지급은 통상적인 손해배상규칙으로 다룰 수 없는 형태의 불이익을 피해당사자에게 전보(填補)하는 것이라고 간주된다. 더욱이 손해배상금은 대개 사법적 제재금보다 상당히 늦게 지급되기 때문에 법원은 손해배상액을 산정할 때 어느 정도까지는 제재금의 지급을 고려할 수 있다.

또한 제7.4.13조가 다루는 불이행 위약금이 사법적 제재금과 유사한 기능을 하지만 사법적 제재금은 불이행 위약금과 구별되어야 한다. 당사자간에 불이행 위약금이 있어서 이것이 적극적인 이행의 충분한 유인책으로 이미 작용하고 있다면 법원은 사법적 제재금을 부과하지 않을 수 있다.

5. 지급방식과 절차

사법적 제재금은 일시지급 또는 분할지급의 방식으로 부과될 수 있다.

사법적 제재금의 부과에 관한 절차는 법정지법(lex fori)에 따른다.

6. 중재인에 의한 제재금의 부과

제1.11조에 따라 “법원”은 중재판정부를 포함하므로 중재인도 제재금을 부과할 수 있는지가 문제된다.

대다수의 법제는 중재인의 그러한 권한을 부정하는 것으로 보이나, 일부의 현대적인 입법과 최근의 판례는 이를 긍정한다. 특히 국제상거래에서 대체적 분쟁해결수단으로서의 중재인의 역할이 점차 중요해지는 추세에 맞추어 본 원칙은 후자의 해법을 수용한다. 중재인이 부과한 제재금의 집행은 법원에 의하거나 법원의 협조가 있어야만 가능하므로 혹시 있을 수 있는 중재인의 권한남용을 막는 적절한 감시가 가능하다.

7. 제재금을 부과하는 재판의 승인과 집행

제재금을 부과하는 법원판결과 중재판정을 법정지국 외의 국가에서 승인·집행하는 문제를 유의하지 않을 수 없다. 이 문제에 관한 특별한 규칙은 경우에 따라 국내법에서 그리고 어느 정도까지는 국제조약에서 찾아야 한다.

제7.2.5조

(구제수단의 변경)

(1) 비금전채무의 이행을 청구하였으나 지정된 기간 내에 또는 그 밖의 합리적인 기간 내에 이행을 수령하지 못한 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.

(2) 비금전채무의 이행을 명하는 법원의 판결이 집행될 수 없는 경우에 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.

【주 석】

1. 피해당사자가 구제수단을 변경할 권리

본조는 이행청구권에 특유한 문제를 다룬다. 피해당사자는 비금전채무의 이행을 청구하는 구제수단을 포기하고서 다른 구제수단을 선택할 수 있다.

이러한 선택을 허용하는 이유는 비금전채무의 강제이행에는 대개 어려움이 개재되기 때문이다. 피해당사자가 일차적으로 이행청구권을 주장하기로 결정하더라도 이를 이유로 그 외의 다른 선택의 여지를 차단하는 것은 공정하지 않다. 불이행당사자가 추후 이행할 능력이 없게 되거나 절차 중에 비로소 그에게 이행할 능력이 없음이 분명하게 되는 수도 있다.

2. 구제수단의 임의변경

두 가지 상황을 다루어야 한다.

첫째, 피해당사자가 이행청구를 하고 그 승소판결을 받았으나 집행 전에 예컨대 불이행당사자에게 이행할 능력이 없다는 사실을 발견하고 마음을 바꾸는 경우이다. 피해당사자는 이때 하나 또는 둘 이상의 다른 구제수단을 주장하기를 원한다. 이러한 구제수단의 임의변경은 불이행당사자의 이익이 정당하게 보호되는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 불이행당사자는 이행을 준비해왔고 노력을 투자하였으며 비용을 지출하였을 수도 있다. 이에 본조 제1항은 피해당사자는 지정된 기간이나 그 밖의 합리적인 기간 내에 이행을 수령하지 못한 경우에만 다른 구제수단을 행사할 수 있다는 점을 분명히 한다.

불이행당사자에게 주어져야 할 부가기간의 장단은 이행의 난이도에 달려있다. 불이행당사자는 그러한 부가기간이 만료하기 전에 이행하는 경우에 이행할 권리를 갖는다.

이행지체의 경우에 계약해제권을 제한하는 유사한 요건에 관하여는 제7.3.2조 제2항을 보라.

3. 재판을 집행할 수 없는 경우

제2항은 보다 덜 어려운 두 번째 경우로 불이행당사자에게 이행을 명하는 판결이나 중재판정의 집행을 시도하였으나 성공하지 못하는 경우를 다룬다. 이러한 경우에는 피해당사자가 즉시 다른 구제수단을 행사할 수 있음이 명백하다.

4. 기간제한

이러한 사후의 구제수단 변경의 경우에는 제7.3.2조 제2항에서 제한하는 해제통지 기한이 그에 따라 연장되어야 함은 물론이다. 구제수단의 임의변경의 경

우에 합리적인 통지기간은 불이행당사자에게 주어진 부가이행기간이 만료한 후 피해당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때 개시되고, 본조 제2항의 경우에는 피해당사자가 이행을 명하는 판결이나 중재판정을 집행할 수 없다는 사실을 알았거나 알았어야 했던 때 개시된다.

제 3 절 계약해제²⁹⁾

제7.3.1조

(계약해제권)

(1) 당사자는 상대방의 계약상 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(2) 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는지 여부를 결정할 때에는 특히 다음을 고려하여야 한다.

(가) 불이행이 계약상 피해당사자가 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는지 여부. 다만 상대방이 그러한 결과를 예견하지 못하였고 합리적으로 예견할 수 없었어야 한다.

(나) 이행되지 아니한 의무를 엄격하게 이행하는 것이 계약의 핵심인지 여부

(다) 불이행이 고의적이거나 무모한 것인지 여부

(라) 불이행이 피해당사자에게 상대방의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는지 여부

(마) 계약이 해제되는 경우에 불이행당사자가 그 준비 또는 이행의 결과로 불균형한 손실을 겪게 되는지 여부.

(3) 이행지체의 경우에 상대방이 제7.1.5조에 따라 허용된 기간이 만료하기 전에 이행을 하지 않는다면 피해당사자는 계약을 해제할 수 있다.

【주 석】

1. 해제 - 불이행에 대한 면책 불문

본절 소정의 규칙들은 불이행당사자가 불이행에 대하여 책임을 지는 경우뿐만 아니라 불이행에 대하여 면책되어 피해당사자가 특정이행청구도 할 수 없고 불이행에 대한 손해배상청구도 할 수 없는 경우에도 적용되도록 의도되어 있다.

29) 본서에서 영문 “termination”은 맥락에 따라 계약의 “해제”(또는 “계약해제”)나 “종료”(또는 “계약종료”)로 번역되어 있다. 특히 본장의 본절에서 “termination”은 불이행에 대한 구제수단으로 허용되는 것이므로 “해제” 또는 “계약해제”로 번역되어 있고, 그렇지 않은 경우에 본서에서 이는 “종료” 또는 “계약종료”로 번역되어 있다.

〈사 례〉

1. X국에 있는 A 회사는 Y국에 있는 B로부터 포도주를 구매한다. 그 후 X국 정부는 Y국으로부터의 농산품의 수입을 금지한다. 그러한 장애에 대한 책임을 A에게 귀속시킬 수는 없지만 B는 계약을 해제할 수 있다.

2. 본질적 불이행에 따른 계약해제권

일방의 불이행의 경우에 상대방이 계약해제권을 갖는지는 여러 고려사항들의 경중에 달려있다. 한편으로는 이행이 너무 지체되거나 불완전하여 그 이행의 의도된 목적으로 보아 피해당사자에게 아무런 쓸모도 없게 되는 경우나 불이행당사자의 행위를 볼 때 그 밖에도 피해당사자의 계약해제가 허용되어야 하는 경우가 있다.

다른 한편으로 계약해제는 불이행당사자가 이행을 준비하고 제공할 때 지출한 비용을 회복할 수 없도록 함으로써 불이행당사자에게 종종 심각한 손실을 야기하기도 한다.

이러한 이유 때문에 본조 제1항은 피해당사자는 상대방의 불이행이 “본질적”(fundamental)인 경우에 비로소 계약을 해제할 수 있다고 규정한다. 또한 제 7.3.3조와 제7.3.4조를 보라.

3. 제반사정의 고려를 통한 본질적 불이행의 결정

본조 제2항은 당해 사안의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는지를 결정할 때 고려해야 하는 여러 가지 사정을 열거한다.

가. 불이행이 피해당사자의 기대를 실질적으로 박탈하는지 여부

제2항 가호에 규정된 첫째 요소는 피해당사자가 계약체결시에 계약상 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 정도의 불이행은 본질적 불이행이 된다는 것이다.

〈사 례〉

2. 5월1일에 체결된 계약에서 A는 신속한 인도를 요구한 B에게 범용소프트웨어를 5월15일 전에 인도하기로 한다. A가 6월15일에 비로소 인도하는 경우에 B는 그 수령

을 거절하고 계약을 해제할 수 있다.

불이행당사자가 그 불이행이 상대방에게 본질적이었다는 사실을 예견하지 못하였고 합리적으로 예견할 수도 없었다는 것을 증명하는 경우에 피해당사자는 계약을 해제하지 못한다.

〈사 례〉

3. A는 B의 부지에서 30일 내에 쓰레기를 치워주기로 확약하면서 정확한 개시일자를 명시하지 않는다. B는 이미 고액의 임대료를 주고 굴착기를 임차하였고 이를 사용하여 1월2일부터 그 부지에서 작업을 개시할 것이라는 사실을 A에게 통지하지 않는다. B는 A가 1월2일에 그 부지의 쓰레기를 치우지 못하더라도 그와 A 사이의 계약을 해제할 수 없다.

나. 계약의 엄격한 이행이 핵심적인지 여부

제2항 나호는 불이행의 실제적 경중을 보는 것이 아니라 계약상 채무의 성질 때문에 엄격한 이행을 하는 것이 핵심적인지 여부를 본다. 엄격한 이행 여부가 핵심적인 채무는 당사계약에서 이례적인 것이 아니다. 예컨대 상품매매계약에서 인도시기는 통상 핵심적인 것으로 다루어지며, 또한 화환신용장거래에서 제시된 서류는 신용장조건에 엄격히 일치하여야 한다.

다. 고의적 불이행

제2항 다호는 불이행이 고의적(intentional)이거나 무모한(reckless) 경우를 다룬다. 그러나 의도적인 불이행의 경우에도 불이행이 별달리 중요하지는 않은 때에는 계약해제가 오히려 신의(제1.7조 참조)에 반할 수 있다.

라. 장래의 이행을 신뢰할 수 없는 경우

제2항 라호에서 중요한 것은 불이행이 피해당사자에게 불이행당사자의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 상당한 이유를 제공한다는 사실이다. 당사자가 분할이행을 하여야 하는 경우로서 기존의 이행 중의 어느 하나에 존재하는 하자가 장래의 모든 이행에서도 반복하여 존재할 것임이 분명한 경우에 피해당사자는 기존의 분할이행에 존재한 하자 자체만으로는 계약해제가 정당화될 수 없더라도 계약을 해제할 수 있다.

경우에 따라 의도적인 계약위반은 당사자를 신뢰할 수 없다는 것을 보여줄 수도 있다.

〈사 례〉

4. B의 대리인으로서 B에 대하여 비용상환청구권을 갖는 A는 B에게 허위영수증을 제출한다. 그 청구금액이 얼마 안 되더라도 B는 A의 행위를 본질적 불이행으로 다루어 대리계약을 해제할 수 있다.

마. 불균형한 손실

제2항 마호는 불이행당사자가 계약을 신뢰하여 이행을 준비하거나 제공한 경우를 다룬다. 이러한 경우에는 불이행을 본질적 불이행으로 다룰 때 불이행당사가 어느 정도로 불균형한 손실(disproportionate loss)을 겪게 되는지가 고려되어야 한다. 이행준비가 있기 전인지 아니면 후인지에 따라 후자의 경우에는 전자의 경우보다 불이행을 본질적 불이행으로 다룰 가능성이 더 낮을 것이다. 불이행당사자가 제공하거나 행한 이행이 상대방에 의하여 거절되거나 불이행당사자에게 다시 반환되어야 하는 경우에 그것이 불이행당사자에게 이익이 될 수 있는지 여부도 또한 관련된다.

〈사 례〉

5. 5월1일에 체결된 계약에서 A는 B를 위한 특별한 소프트웨어를 제작하여 인도하기로 약속한다. 인도는 12월31일 전에 이루어져야 한다고 합의된다. A는 1월31일에 인도하고 그때에도 B는 여전히 그 소프트웨어가 필요하지만 그 소프트웨어는 다른 사용자들에게는 쓸모가 없다. B는 A에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으나 계약을 해제하지 못한다.

4. 부가기간 후의 해제

제3항은 제7.1.5조를 언급하는데, 제7.1.5조 제3항은 이행지체의 경우에 달리 해제될 수 없는 계약을 피해당사자가 부가기간부여절차를 이용하여 해제할 수 있도록 규정한다(제7.1.5조의 주석 2 참조).

제7.3.2조

(해제통지)

(1) 계약해제권은 상대방에 대한 통지로 행사된다.

(2) 이행이 늦게 제공되었거나 그 밖에 계약에 적합하지 않은 경우에 피해당사자는 부적합한 이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방에게 계약해제통지를 하지 않는 때에는 계약해제권을 상실한다.

【주 석】

1. 통지요건

본조 제1항은 계약해제권은 상대방에 대한 통지로 행사된다는 원칙을 재확인한다. 통지요건은 피해당사자가 이행을 수령할지 여부의 불확실 때문에 불이행당사자에게 초래될 수 있는 손실을 예방한다. 그와 함께 통지요건은 이행의 가치의 등락에 따라 피해당사자가 불이행당사자의 손실로 투기하는 것을 막는다.

2. 이행지체

이행기에 이행이 없는 경우에 피해당사자의 대응은 당연히 그의 희망과 인식에 달려있다.

피해당사자는 상대방이 이행할 의사가 있는지, 더 이상 이행을 원하지 않는지 또는 아직 미정인지 여부를 알지 못하는 경우가 있다. 이러한 경우에 피해당사자는 상대방의 이행을 기다리면서 그 이행의 존부를 확인할 수 있고(wait and see) 나아가 그 존부가 확정되는 때에 자신의 의사를 결정할 수 있다(제2항). 또한 선택적으로, 피해당사자는 상대방의 이행을 여전히 원하는 때에는 이행청구의 결정을 할 수도 있다. 이때에는 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 하는 때로부터 합리적인 기간 내에 이행을 청구하여야 한다(제7.2.2조 마호 참조).

본조는 불이행당사자가 피해당사자에게 지체된 이행을 인수할 것인지를 묻는 의하는 사안은 다루지 않는다. 또한 본조는 불이행당사자에게 여전히 계약이행 의사가 있다는 사실을 피해당사자가 다른 출처를 통하여 알게 되는 사안도 다루지 않는다. 이러한 사안들의 경우에는 신의와 공정거래의 원칙(제1.7조 참조)에

의하여, 지체된 이행을 인수할 의사가 없는 피해당사자는 상대방에게 자신의 의사를 알려주어야 한다. 그렇게 하지 않은 경우에 피해당사자는 손해배상책임을 질 수 있다.

3. “합리적인 기간”

계약을 해제하고자 하는 피해당사자는 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 하는 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방에게 해제통지를 하여야 한다(제2항).

어느 정도가 “합리적”인지는 제반사정에 달려있다. 피해당사자가 쉽게 대체 거래를 할 수 있는 경우와 그에 따라 가격의 등락에 따라 투기할 수 있는 경우에는 지체 없이 통지되어야 한다. 다른 곳에서 대체이행을 확보할 수 있는지에 관한 조사가 필요한 경우에 합리적인 기간은 늘어나게 된다.

4. 통지의 도달주의

피해당사자의 해제통지는 불이행당사자가 이를 수령하는 때에 효력을 발생한다(제1.10조 참조).

제7.3.3조

(이행기 전의 불이행)

당사자 일방의 이행기일 전에 그의 본질적 불이행이 있을 것임이 명백한 경우에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

【주 석】

본조는 예견되는 불이행이 이행기에 발생한 불이행과 동일시되어야 한다는 원칙을 설정한다. 그 요건으로 장차 불이행이 있을 것임이 명백하여야 하며, 단지 의혹만으로는 비록 그것이 충분한 근거가 있는 것이라 하더라도 부족하다. 나아가 불이행은 본질적이어야 하고 이행을 수령할 당사자는 해제통지를 하여야 한다.

이행기 전의 불이행의 예로는 일방이 계약을 이행하지 않겠다고 밝히는 경우가 있다. 그러나 본질적 불이행이 있을 것이라는 사실은 제반사정으로부터 나타

날 수도 있다.

〈사 례〉

A는 B에게 오일(oil)을 2월3일에 'M/S Paul'호로 X국에서 인도하기로 약속한다. 1월 25일에 'M/S Paul'호는 터미널에 도착하기까지 여전히 2,000km 항해거리를 남겨두고 있다. 항해속도를 볼 때 이 선박은 2월3일은커녕 빨라야 2월8일에 비로소 도착할 수 있다. 시간이 핵심적이라고 할 때, 상당한 이행지체가 예견되고 B는 2월3일 전에 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.4조

(적절한 이행보장)

장차 상대방의 본질적 불이행이 있을 것임을 합리적으로 믿는 당사자는 적절한 이행보장을 요구할 수 있고 그 동안 그의 이행을 유보할 수 있다. 합리적인 기간 내에 그러한 이행보장이 제공되지 아니하는 경우에 이행보장을 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

【주 석】

1. 본질적 불이행의 합리적 예견

본조는, 상대방이 장차 이행기에 계약을 이행할 수 없게 되거나 이행하지 않을 것이라고 믿을 만한 합리적으로 이유가 있으나 상대방이 이행을 하거나 할 수 있는 가능성이 여전히 있기 때문에 제7.3.3조를 원용할 수 없는 당사자의 이익을 보호한다. 만약 본조의 규칙이 없다면 그러한 당사자는 종종 딜레마에 빠질 것이다. 그러한 당사자가 이행기일까지 기다려야 한다면 그 후 이행기일에 결국 이행이 제공되지 않는 경우 손실을 입게 된다. 반면에 만약 그러한 당사자가 계약을 해제한다면 그 후 상대방이 이행하였을 것이 분명하게 된 경우 그의 행위가 계약의 불이행이 되고 결국 손해배상책임을 지게 된다.

2. 적절한 이행보장이 있을 때까지 이행을 유보할 권리

이에 본조는 장차 상대방의 본질적 불이행이 있을 것임을 합리적으로 믿는 당사자로 하여금 상대방에게 적절한 이행보장을 요구할 수 있도록 하고 그 동안

에는 그의 이행을 유보할 수 있도록 규정한다. 무엇이 적절한 이행보장에 해당하는지는 제반사정에 달려있다. 경우에 따라 상대방이 이행할 의사를 밝히는 것만으로 충분하나 제3자로부터 담보나 보증을 받아야 하는 경우도 있다.

〈사 례〉

단지 하나의 건조대(建造塢)를 보유한 소형선박제조자 A는 B에게 1척의 요트를 건조해줄기로 약속하고, 이 요트는 5월1일에 인도되어야 하고 그보다 늦으면 안 된다고 약정한다. 그 후 곧 B는 A가 C에게도 요트를 같은 시기에 건조해줄기로 약속한 사실을 C를 통하여 알게 된다. B는 A에 대하여 5월1일에 요트가 틀림없이 인도될 것이라는 적절한 보장을 요구할 권리가 있으며 그에 응하여 A는 그가 그와 B 사이의 계약을 어떻게 이행할 예정인지를 만족할 만한 정도로 충분히 B에게 설명해주어야 한다.

3. 계약해제

적절한 이행보장이 제공되지 않는 경우에 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.5조

(해제의 효과 일반)

- (1) 계약의 해제는 당사자 쌍방을 장래의 이행을 행하고 수령할 의무로부터 면하게 한다.
- (2) 해제는 불이행에 대한 손해배상청구를 방해하지 아니한다.
- (3) 해제는 계약상의 분쟁해결조항이나 해제 후에도 작용하여야 하는 그 밖의 계약조건에는 영향을 미치지 아니한다.

【주 석】

1. 해제에 의한 장래 채무의 소멸

본조 제1항은 해제는 당사자 쌍방을 장래 이행을 행하고 수령할 의무로부터 면하게 한다는 점에서 해제는 장래를 향하여 효력을 갖는다는 원칙을 규정한다.

2. 손해배상청구권의 존속

계약이 해제로 종료되더라도 피해당사자는 본장 제4절의 규정에 따른 불이행에 대한 손해배상청구권을 상실하지 않는다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 특정한 생산기계를 판매한다. B가 기계를 작동하기 시작하자 기계의 심각한 하자 때문에 B의 조립공장의 가동이 중단된다. B는 계약을 해제하나 여전히 손해배상을 청구할 수 있다(제7.3.5조 제2항 참조).

3. 해제에 의하여 영향을 받지 않는 계약조항

제1항의 원칙에도 불구하고, 계약해제 후에도 존속하는 계약조항이 있다. 특히 분쟁해결이나 준거법에 관한 조항이나 의무가 그에 해당하나 그 외에도 그 자체의 성질 때문에 해제 후에도 계속하여 작용하거나 해제시에만 작용하도록 의도된 조항이나 의무가 더 있을 수 있다. 이러한 조항이나 의무는 비밀유지에 관한 조항이나 경업금지에 관한 조항, 이자의 지급에 관한 조항, 계약관계의 청산(예컨대 재고나 서류 또는 광고자료의 반환, 비밀정보가 담긴 매체나 서류의 반환, 보상, 지식재산권이나 데이터베이스의 취급, 출구비용 등)에 관한 조항에 관련된다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 B에게 생산에 필요한 비밀정보를 제공하고 B는 그러한 정보가 공적 지식(public knowledge)이 되기 전에는 누설하지 않기로 합의한다는 차이가 있다. 또한 그 계약에는 분쟁을 A국의 법원에서 제소하기로 하는 조항도 들어있다. B가 계약을 해제한 후에도 B는 그러한 비밀정보를 누설하지 않을 의무가 있고 또한 그 계약과 그 계약의 효력에 관한 분쟁은 A국의 법원에서 해결되어야 한다(제7.3.5조 제3항 참조).

3. X국에 설립된 설비리스회사 A는 상업용 항공기를 Z국에서 지역운항사업을 하는 항공사 B에게 리스한다. 항공기는 국적취득을 위하여 Z국에서 운항자인 B 명의로 등록된다. 국제항공규정은 항공기를 Z국에서 등록말소를 하지 않고서 국외로 반출하는 것을 금지하므로 B는 계약종료시에 등록을 말소해주기로 계약상 합의하였다. B는 그의 항공기 기단(機團)을 표준화하기로 결정하고 리스를 종료³⁰⁾한다. 항공기의 등록말소 및 수출의 실행에 관하여 A에게 사전에 발행된 위임장은 없다. B는 A가 항공기를

다른 국가로 반출할 수 있도록 하기 위하여 등록을 말소하고 필요한 행정허가를 받는 데 A와 협력할 의무가 있다.

4. 장기계약에서 해제 후의 의무

해제 후 의무의 쟁점은 특히 장기계약에 관련된다. 존속하는 계약조항에 관하여 다음과 같은 사항을 언급하는 것을 고려하여야 한다. 즉 어떤 조항이 해제 후에도 존속하여야 하는지, 해제 후 그 조항은 당사자의 일방 또는 쌍방을 구속하는지, 존속기간은 얼마인지, 누가 비용을 부담하는지, 불이행시 어떤 구제수단을 이용할 수 있는지 등이다. 존속하는 조항을 다루는 방법은 다음과 같이 다양하다. 성질상 해제 후에도 작용하도록 의도된 모든 조항이 계속하여 효력을 갖는다고 명시하는 일반조항을 두는 방법, 존속하도록 의도된 특정 조항들을 열거하는 방법, 또는 관련조항에서 당해 조항은 해제 후에도 유효하다고 명시하는 방법이 있다. 계약초안자는 존속하는 의무가 국내의 강행법규(예컨대 영업금지에 관한 제한)와 양립가능한지를 면밀하게 검토하여야 한다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같다. A와 B 사이의 계약에는 항공기의 등록말소 지체로 인한 손실을 B가 A에게 보상한다는 조항이 들어있고 이 조항은 계약종료 후에도 존속한다고 명시되어 있다. 이러한 보상조항은 계약의 종료 후에도 작용하고 손해배상청구와 독립하여 강제력이 있다. 다만 보상금의 지급은 계약상 손해배상액 산정에 영향을 준다.

5. 컨설턴트 A는 고객 B에게 불확정한 기간 동안 신제품에 관하여 컨설팅을 해주기로 확약한다. A의 용역에서 발생하는 지식재산권은 항상 B의 것으로 되고, 그 실시료는 첫 판매일로부터 15년간 지급하는 것으로 약정된다. A에 대한 B의 실시료지급 의무가 발생한 지 5년 후 계약은 제5.1.8조에 따라 종료된다. B의 실시료지급의무는 계약종료 후에도 잔여 10년간 존속한다.

6. 고객 A와 제공자 B는 B가 A에게 통신시스템을 제공하는 계약의 두 당사자이다. 계약에 따르면 계약종료시 B는 다른 제공자에게 업무를 인계하는 데 A와 협조하여야 하고 A는 출구비용을 부담한다. 계약이 종료된다. B는 A가 시스템을 전환할 때 A에

30) 이 사례에서 “termination”을 불이행에 기초하지 않으므로 “종료”로 번역되었다.

게 협조할 의무가 있고 A는 출구비용을 지급하여야 한다.

제7.3.6조

(일시에 이행되어야 하는 계약상 반환)

(1) 일시에 이행되어야 하는 계약의 해제시 각 당사자는 자신이 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 다만 그 당사자는 자신이 계약상 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.

(2) 원물반환을 하는 것이 불가능하거나 부적절한 경우에는, 합리적인 한 그 가액을 금전으로 반환하여야 한다.

(3) 원물반환이 불가능하게 된 원인이 상대방에게 있는 경우에 이행수령자는 가액을 반환할 필요가 없다.

(4) 수령한 이행을 보관하고 관리하는 데 합리적으로 필요한 비용은 그 상환을 청구할 수 있다.

【주 석】

1. 일시에 이행되어야 하는 계약

본조 제1항은 일시에 이행되어야 하거나 특징적 이행이 일시에 이루어져야 하는 계약만을 언급하며, 장기계약에는 다른 규칙이 적용된다(제7.3.7조 제1항 참조). 일시에 이행되어야 하는 계약의 가장 흔한 예는 매매목적물 전부가 특정한 시점에 이전되어야 하는 통상적 매매계약이다.

상사계약에서 당사자 일방은 통상 수령한 이행에 대하여 금전을 지급하여야 한다. 이러한 의무는 계약상 특징적 의무가 아니다. 따라서 매도인이 일시에 이행하여야 한다면 대금을 분할하여 지급하는 매매계약도 본조의 범위에 든다.

2. 해제시 당사자의 반환청구권

본조 제1항은 자신이 수령한 것을 동시에 반환하는 것을 전제로 각 당사자에게 자신이 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 권리를 부여한다.

〈사 례〉

1. 회사를 공개매수하는 과정에서 지배주주 A는 주식을 B에게 1,000,000 영국파운드에 매도하고 이전하는 데 동의한다. 주식이 이전된 후에도 B는 단지 600,000 영국파운드만 지급하고 그에 따라 A는 계약을 해제한다. A는 주식의 반환을 청구할 수 있다. 동시에 A는 B로부터 수령한 600,000 영국파운드를 반환하여야 한다.

이러한 규칙은 피해당사자가 불리한 거래(bad bargain)를 한 경우에도 적용된다. 위 〈사례 1〉의 사안에서 주식의 실제 시장가액이 1,200,000 영국파운드인 경우에도 A는 주식반환을 청구할 수 있다.

또한 본조는 피해당사자가 대금을 지급하고서도 그 대가로 재산이나 용역 그밖의 이행을 수령하지 못하였거나 하자 있는 것을 수령한 경우에도 적용된다.

〈사 례〉

2. 미술품딜러 A는 Constable의 그림을 미술품딜러 B에게 600,000 유로에 매각한다. B는 그 그림에 대하여 단지 200,000 유로만 지급하고 그에 따라 A는 계약을 해제한다. 그 후 그 그림은 진품이 아니라 복제품인 것으로 판명된다. 계약해제시 B는 매매대금의 반환을 청구할 수 있고 그림을 A에게 반환하여야 한다. 반환비용에 관하여는 제6.1.11조가 적용된다.

3. 원물반환이 불가능하거나 부적절한 경우

반환은 통상 원물로 하여야 한다. 그러나 원물반환 대신에 가액이 반환되어야 하는 경우가 있다. 무엇보다도 원물반환이 불가능한 경우가 그에 해당한다. 가액반환시 그 금액은 통상 수령한 이행의 가액이다.

〈사 례〉

3. B의 부지를 굴착하기로 계약한 A 회사는 작업의 절반만 완료하고 현장에서 철수한다. 이에 계약을 해제하는 B는 완료된 작업부분에 대한 가액을 A에게 지급하여야 하고, 그 금액은 그 작업부분이 B에게 가지는 가치에 따라 산정한다. 동시에 B는 A에 대하여 A의 계약위반으로 B가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있을 것이다(제7.3.5조 제2항 참조).

4. A 회사는 직원들의 Australian Coral Reef(호주산호초) 단체크루즈여행을

위하여 선박을 용선한다. 여행의 중간지점에서 크루즈선이 고장 나서 여행을 계속할 수 없게 된다. A는 크루즈여행을 기획한 여행사 B와의 계약을 해제하고 직원들을 항공편으로 귀향시키도록 결정한다. A가 이미 대금을 지급하였다면 A는 그 반환을 청구할 수 있다. 동시에 A는 그때까지의 크루즈여행의 가액에 해당하는 금액을 B에게 지급하여야 한다. 또한 A는 B의 불이행으로 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.

또한 본조 제2항은 원물반환이 부적절한 경우에도 가액반환을 하도록 한다. 특히 원물반환을 하는 것이 불합리한 노력이나 비용을 야기하는 경우가 그에 해당한다. 이러한 점에서 그 기준은 제7.2.2조 나호와 같다.

〈사 례〉

5. 예술가 A는 은으로 도금한 반지 200개를 딜러 B에게 매각한다. B는 그 대금지급을 불이행하고 그에 따라 A는 계약을 해제한다. 그 동안에 B가 그 반지들을 선적하여 그의 영업장으로 운송하려고 시도한 사실이 밝혀진다. 그러나 이를 적재한 선박은 침몰하였다. 그 침몰선박으로부터 반지들을 회수하는 것이 가능하더라도 매우 많은 비용이 드는 경우에 B가 반지를 회수할 것을 기대할 수 없다. B는 반지의 가액으로 산정되는 합리적인 금액을 A에게 지급하여야 한다.

“합리적인 한” 가액을 반환하여야 한다고 규정한 것은 이행이 그 수령자에게 이익을 주는 경우에만 그 이익을 한도로 가액반환을 하여야 한다는 것을 분명히 하기 위함이다. 예컨대 이행수령자의 해제권 발생원인이 된 하자가 그 이행물(이행으로 수령한 것)을 처리하는 과정에서 비로소 밝혀지는 경우에 가액반환은 부정된다.

〈사 례〉

6. A 회사는 그의 기존의 내부통신시스템을 개선하는 특별한 소프트웨어를 개발하기 위하여 B 회사를 고용한다. B가 소프트웨어를 개발하여 설치한 때 그 소프트웨어는 의도된 기능을 수행하지 못한다. A는 계약을 해제할 수 있고 대금반환을 청구할 수 있다. 그러나 설치된 소프트웨어는 A에게 아무런 가치가 없으므로 A로 하여금 B에게 설치된 소프트웨어에 관한 가액을 지급하도록 기대하는 것은 합리적이지 않을 것이다.

4. 위험의 할당

제2항의 규칙은 위험의 할당을 암시한다. 즉 이 규칙은 원물반환이 불가능한 경우에 이행수령자에게 그 이행의 가액을 반환할 의무를 부과한다. 제2항의 규칙은 수령자가 수령한 것이 훼손되거나 파손된 데 대한 책임이 수령자에게 있는 경우에도 적용된다. 그러한 훼손 또는 파손위험의 할당이 정당한 것은 특히 위험은 이행을 통제하는 자가 부담하여야 하기 때문이다. 반면에 훼손이나 파손에 대한 책임이 상대방에게 있는 경우에는 가액반환의무도 부정된다. 그러한 훼손이나 파손이 상대방의 과실 때문이거나 이행에 고유한 하자 때문인 경우가 그에 해당한다. 제3항은 이를 규정한다.

〈사 례〉

7. 제조자 A는 고급 자동차를 B 회사에게 매각하고 인도한다. 그 자동차는 브레이크에 하자가 있다. 이 하자 때문에 자동차는 다른 차와 충돌하고 완파된다. 그 자동차는 의도된 목적으로 사용하기에 부적합하였기 때문에 B는 계약을 해제할 수 있고 대금반환을 청구할 수 있다. B는 자동차를 반환할 수 없는 데 대하여 가액반환을 할 필요가 없다.

수령한 이행의 가액을 반환할 수령자의 의무는 그 이행이 없었더라도 훼손이나 파손이 발생하였을 것인 경우에도 배제되지 않는다.

〈사 례〉

8. 제조자 A는 자동차를 B 회사에게 매각하고 인도한다. 인도 후 그 자동차는 허리케인으로 A와 B의 [영업장] 모두에 홍수가 발생하여 완파된다. B는 자동차에 존재한 어떤 하자를 이유로 계약을 해제한다. B는 대금반환을 청구할 수 있으나 동시에 그 자동차가 파손되기 전에 가졌던 가액을 반환하여야 한다.

수령자가 이행의 가액을 지급하여야 하는지의 문제는 계약해제 전에 훼손이나 파손이 일어난 경우에만 발생한다. 이행된 것이 계약해제 후에 훼손되거나 파손되는 경우에는 불이행에 관한 일반규칙이 적용된다. 이행수령자는 해제 후에는 자신이 수령한 것을 반환할 의무가 있기 때문이다. 이러한 의무의 불이행에 대하여 상대방은 그 불이행이 제7.1.7조에 따라 면책되지 않는 한 제7.4.1조에 따른 손해배상청구권을 갖는다.

〈사 례〉

9. A 회사가 B 회사에게 리무진을 매각하고 인도하는데 그 리무진의 지붕에 누수가 있다. 리무진이 의도된 목적으로 사용하기에 부적합하므로 B는 계약을 해제할 수 있다. 그 결과 B는 대금의 반환을 청구할 수 있으나 리무진을 반환할 의무가 있다. B가 리무진을 반환할 수 있기 전에 심한 폭풍으로 완파된다. B가 제7.1.7조에 따라 면책되므로 A는 손해배상을 청구할 수 없다.

5. 비용상환

이행수령자가 그 이행의 목적물을 보관하고 관리하는 데 비용이 발생하는 경우가 있다. 계약이 해제되고 그에 따라 당사자가 수령한 것을 반환하여야 하는 경우에 수령자가 그러한 비용의 상환을 청구할 수 있도록 하는 것이 합리적이다.

〈사 례〉

10. A 회사는 B 회사에게 경주마를 매도하고 인도한다. 얼마 후 그 말은 A의 약속과 달리 특정한 종마의 후손이 아닌 것으로 판명된다. B는 계약을 해제한다. B는 그 말을 먹고 보살피는 데 소요된 비용의 상환을 청구할 수 있다.

이러한 규칙은 합리적 비용에만 적용된다. 무엇이 합리적인지는 사안의 제반 사정에 달려있다. 〈사례 10〉에서 말이 경주마 또는 통상의 축마로 매매되었는지가 중요하다.

수령한 이행목적물과 연결되는 그 밖의 비용은 비록 합리적인 것이더라도 상환청구를 할 수 없다.

〈사 례〉

11. A 회사는 B 회사에게 소프트웨어 패키지를 매도하고 인도하였다. 그 후 B는 소프트웨어가 꼭 필요한 기능을 하지 못한다는 것을 발견한다. 이에 B는 소프트웨어 전문가 C에게 의뢰하여 그러한 기능을 추가로 설치하는 것이 가능한지를 검사한다. 그것이 불가능한 것으로 밝혀지자 B는 계약을 해제한다. B는 그가 C에게 지불한 검사비용의 반환을 A에 대하여 청구하지 못한다. 그러한 비용은 제4항에서 배제되기 때문이다.

6. 이 익

본 원칙은 이행으로부터 발생된 이익이나 수취한 이자에 관하여 어떠한 입장도 취하지 않는다. 상거래실무에서 종종 이행의 결과로 당사자가 수취한 이익의 가치를 결정하는 일은 어렵다. 더욱이 흔히 당사자 쌍방이 그러한 이익을 수취한다.

7. 제3자의 권리에 대한 영향 없음

본 원칙의 다른 조문들과 마찬가지로 본조는 당사자간의 관계를 다룰 뿐이고 관련 물품에 대하여 제3자가 갖는 권리는 다루지 않는다. 예컨대 매수인의 채권자나 매수인의 파산관재인, 선의의 매수인이 매매물품의 반환을 거절할 수 있는지 여부는 그 준거법에 따라 결정되어야 한다.

제7.3.7조

(장기계약상 반환)

(1) 장기계약의 해제시 반환은 해제가 효력을 발생한 후의 기간에 대해서만 청구할 수 있다. 다만 그 계약이 분리될 수 있어야 한다.

(2) 반환이 이루어져야 하는 경우에 그 반환에 대해서는 제7.3.6조의 규정이 적용된다.

【주 석】

1. 장기계약

일시에 이행되어야 하는 계약에 관한 제7.3.6조 제1항의 규칙과 달리, 본조 제1항은 장기계약의 해제³¹⁾시 계약이 분리가능하다는 전제 하에 반환은 해제가 효력을 발생한 후의 기간에 대해서만 적용된다고 규정한다. 사실 장기계약의 경우에 이행은 해제 전에 장기간에 걸쳐 이루어져왔기 때문에 이미 이행된 부분을 원상으로 되돌리기가 불편하다. 더욱이 해제(termination)는 오직 장래를 향하

31) 본 원칙상 “termination”은 문맥에 따라 해제 또는 종료로 번역하며, 위와 같이 이는 장기계약에서도 같다.

여 효력을 갖는 구제수단이다(제7.3.5조 참조). 따라서 반환은 해제 후의 기간에 한하여 허용된다.

〈사 례〉

1. A는 B의 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어를 5년간 관리하는 용역을 제공하기로 계약한다. 3년간 통상적 용역이 제공된 후 A는 질병으로 부득이 용역을 중단하게 되고 계약은 해제된다. B는 4년차 대금을 이미 지급하였다면 그 반환을 청구할 수 있으나 3년간의 통상적 용역에 대하여 지급된 대금은 반환을 청구하지 못한다.

계약은 오직 장래를 향하여 해제되므로 과거에 이행된 부분에 대하여 아직 지급되지 않은 대금은 지급청구가 가능하다. 본조는 손해배상청구를 방해하지 않는다.

〈사 례〉

2. A 회사는 B에게 설비를 3년간 리스하고 그 리스료는 매월 10,000 유로이다. B는 첫 2개월의 리스료를 정시에 지급하나 그 후의 리스료는 A의 반복적인 청구에도 불구하고 지급하지 않는다. 5개월이 흐른 후 A는 리스를 해제한다. A는 이미 수령한 20,000 유로의 리스료를 보유할 권리가 있고(제7.3.7조 제1항 참조) 5개월에 관하여 발생한 리스료 50,000 유로의 지급을 청구할 수 있으며(리스계약은 장래를 향하여 해제되기 때문이다), 나아가 계약위반으로 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(제7.3.5조 제2항).

3. A 병원은 B에게 그 병원의 청소용역을 수행하도록 하고 그 계약의 존속기간은 3년이다. 1년 후 B는 A에게 대금을 두 배로 인상하지 않으면 청소용역을 계속할 수 없다고 통지한다. A는 그에 반대하고 B는 용역제공을 중단한다. 계약해제시 A는 다른 청소회사를 고용하는 데 드는 추가비용에 관하여 손해배상을 청구할 수 있고(제7.3.5조 제2항과 관련하여 제7.4.1조 참조), B는 이미 제공된 용역에 관하여 수령한 대금을 보유할 권리가 있다(제7.3.7조 제1항 참조).

계약을 분리할 수 없는 경우에는 해제의 효력이 발생한 후의 기간에 대하여만 반환을 청구할 수 있다는 규칙이 적용되지 않는다.

〈사 례〉

4. A는 B의 축제행사장에 걸릴 어떤 하나의 역사적 사건을 묘사하는 10장의 그림

을 그려주기로 화약한다. 5장의 그림이 인도되고 그 대금이 지급된 후 A는 작업을 포기한다. 그 행사장은 동일 화가가 그린, 하나의 역사적 사건의 다양한 측면을 묘사하는 10장의 그림으로 장식되는 것으로 예정되어 있다는 사실을 볼 때 B는 A에게 선급된 대금의 반환을 청구할 수 있으나 5장의 그림을 A에게 반환하여야 한다.

2. 반 환

본조는 장기계약의 경우에 과거에 이행된 부분의 반환을 배제하는 점에서 특칙하다. 본조 하에서 반환이 이루어진다고 할 때 그에 대해서는 제7.3.6조의 규정이 적용된다.

제 4 절 손해배상

제7.4.1조

(손해배상청구권)

불이행은 피해당사자에게 배타적으로 또는 다른 구제수단과 함께 손해배상청구권을 부여한다. 그러나 본 원칙상 불이행에 대하여 면책이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. 손해배상청구권 일반

본조는 불이행의 경우에 불가항력(제7.1.7조 참조)이나 면책조항(제7.1.6조 참조)이 있는 경우와 같이 불이행에 대한 면책이 인정되는 경우를 제외하고 일반적인 손해배상청구권이 발생한다는 원칙을 규정한다. 이행가혹(제6.2.1조 이하)은 원칙적으로 손해배상청구권을 발생시키지 않는다.

본조는 다른 구제수단과 마찬가지로 손해배상청구권도 불이행 사실이 있기만 하면 발생한다는 것을 확인한다. 피해당사자로서는 단지 불이행 사실, 즉 약속된 것을 수령하지 못하였다는 것을 증명하면 된다. 그러한 사실 외에 추가적으로 특히 그 불이행이 불이행당사자의 과실 때문이라는 것을 증명할 필요는 없다. 불이행을 증명하기가 얼마나 어려운지는 당해 의무의 내용과 그 의무가 최선의 노력을 다할 의무(obligation of best efforts)인지 특정한 결과를 달성할 의무(obligation to achieve a specific result)인지에 달려있다(제5.1.4조 참조).

손해배상청구권은 계약상 어떤 의무의 불이행이 있기만 하면 발생한다. 따라서 주된 의무와 부수적 의무의 구분은 필요 없다.

2. 다른 구제수단과의 연계성

본조는 또한 피해당사자는 (예컨대 이행지체에 따른 지연손해나 피해당사자가 인수한 불완전이행에 대한 손해, 불이행당사에게 책임이 있는 이행불능의 경우에 발생하는 손해에 관하여) 다른 구제수단을 행사하지 않고 오직 손해배상만을 청구하거나 다른 구제수단과 함께 손해배상을 청구할 수 있다고 규정한다. 따라서 계약해제의 경우에는 그 해제로부터 발생하는 손해를, 그리고 특정이행의 경우에

는 피해당사자가 이행을 늦게 수령하게 됨으로써 발생하는 지연손해 및 부수적으로 발생하는 비용손해를 배상받을 수 있다. 또한 손해배상청구는 다른 구제수단(추완청구, 혹은 예컨대 잘못의 인정을 신문에 공표하도록 하는 것 등)과 함께 행사할 수도 있다.

3. 손해배상과 계약체결 전의 책임

손해배상청구권은 계약불이행의 맥락에서 발생할 뿐만 아니라 계약체결 전의 기간 동안에도 발생할 수 있다(예컨대 제2.1.15조의 약의에 의한 협상의 경우, 제2.1.16조의 비밀유지의무를 위반하는 경우, 제3.2.16의 착오, 사기, 강박 또는 중대한 불균형의 경우 참조). 불이행에 대한 손해배상에 적용되는 본절의 규칙은 그러한 각 경우에 유추적용될 수 있다.

제7.4.2조

(완전배상)

(1) 피해당사자는 불이행으로 인하여 입은 손해의 완전한 배상을 청구할 수 있다. 그러한 손해는 피해당사자가 입은 손실과 그가 상실한 이익을 포함하되 피해당사자가 비용이나 손해를 피하게 됨으로써 얻은 이익이 고려되어야 한다.

(2) 그러한 손해는 비금전적일 수도 있고 예컨대 신체적 피해나 정신적 고통을 포함한다.

【주 석】

1. 피해당사자의 완전배상청구권

본조 제1항은 불이행당사자는 계약불이행의 결과로 입은 손해의 완전배상(full compensation)을 청구할 수 있다는 원칙을 규정한다. 나아가 제1항은 불이행과 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다는 것을 확인한다(또한 제7.4.3조의 주석 3 참조). 불이행은 피해당사자의 이득이나 손실의 원천이 되지 않아야 한다.

일부 법제에서 발견되는 해법, 즉 법원이 제반사정을 고려하여 손해배상액을 감액할 수 있도록 하는 해법은 수용되지 않았다. 그러한 해법은 국제적 사안의

경우에는 상당한 정도의 불확실성을 야기할 위험이 있고 더욱이 그 적용도 법원에 따라 상이할 수 있기 때문이다.

2. 손해배상의 범위 - 이익의 상실을 포함하여 피해당사자가 입은 손실

손해배상의 범위를 규정하면서 본조 제1항은 CISG 제74조의 규칙을 수용하여 피해당사자는 불이행의 결과로 입은 손실뿐만 아니라 그가 상실한 이익도 배상받을 수 있다고 규정한다.

‘입은 손실’(loss suffered)의 개념은 넓은 의미로 이해되어야 한다. 이 개념은 피해당사자의 재산의 감소나 채무자로부터 지급을 받지 못한 채권자가 자신의 약속을 지키기 위하여 금전을 차입하는 경우에 발생하는 부채의 증가를 포함한다. 때때로 이른바 결과적 손해(consequential loss)라고 하는 이익의 상실(loss of profit)은 피해당사자가 계약이 정상적으로 이행되었더라면 통상 수취하였을 이익을 말한다. 그러한 이익은 흔히 불확실하므로 기회상실(loss of a chance)의 형태를 취하게 된다(제7.4.3조 제2항 참조).

〈사 례〉

1. 어떤 국립도서관은 해외에 전시할 희귀한 고문서를 어떤 특송업체를 통하여 송부한다. 그 문서는 운송 중에 회복할 수 없는 정도로 손상된다. 손실금액은 100,000 유로로 추산되고 특송업체는 그 금액을 배상하여야 한다.
2. 계약의 조건에 따라 B로부터 지급을 받지 못한 A는 은행으로부터 높은 이자율로 금전을 차입하여야 한다. B는 A에게 A가 은행에 지급하여야 하는 이자를 손해로 배상하여야 한다.
3. 건설회사 A는 B로부터 크레인을 임차한다. 이미 소홀히 관리되어 왔던 그 크레인의 붐(boom, 크레인의 팔)이 부러져 떨어지면서 건축가의 자동차를 파손하게 되어 현장작업이 8일간 중단되고, 이로 인하여 A는 발주자에게 지체상금으로 50,000 유로를 지급하여야 한다. B는 그러한 작업중단으로 A에게 발생한 비용과 A의 지체상금 및 A가 부담하여야 하는 건축가의 자동차의 수리비용을 A에게 배상하여야 한다.
4. 가수 A는 행사기획사 B와의 약속을 취소한다. A는 B가 콘서트를 준비하는 데 들인 비용뿐만 아니라 콘서트의 취소로 인한 B의 이익의 상실도 손해로 배상하여야 한다.

3. 손해배상으로 인한 피해당사자의 이득 금지

그러나 피해당사자는 불이행에 대한 손해배상으로 이득을 보아서는 아니 된다. 이러한 이유에서 제1항은 또한 불이행의 결과로 피해당사자가 얻은 이익이 있다면 그러한 이익은 그것이 피해당사자가 지출하지 않게 된 비용(예컨대 채무자인 예술가가 불참함으로 지출하지 않게 된 호텔숙박비)의 형태로 되어 있건 피해당사자가 피하게 된 손실(예컨대 피해당사자에게 불리한 거래였는데 불이행이 발생한 경우)의 형태로 되어 있건 간에 고려되어야 한다고 규정한다.

〈사 례〉

5. A는 B에게 굴착기를 매월 10,000 유로의 임대료로 2년간 임대한다. 6개월 후 임대차계약은 임대료 부지급을 이유로 해제된다. 6개월 후 A는 그 기계를 매월 11,000 유로의 임대료로 제3자에게 임대하는 데 성공한다. A가 원래의 계약의 잔여 기간인 1년 동안 그 기계를 제3자에게 임대함으로써 실현하는 수익 12,000 유로는 B가 A에게 배상할 손해에서 공제되어야 한다.

4. 손해의 변경과 손해배상

완전배상의 원칙을 적용할 때에는 불이행시부터 판결시까지의 기간 동안에 발생하는 손해의 변경을 고려하여야 하는데, 그러한 손해는 금액으로 표시된 바를 포함한다. 그러나 이러한 규칙에도 예외가 없지는 않다. 예컨대 피해당사자가 스스로 자신의 비용으로 손해를 벌충하는 경우에 그 벌충비용의 총액에 해당하는 금액이 그 손해배상액이 된다.

5. 무형적 손해(non-material harm)

본조 제2항은 비금전적 손해(non-pecuniary harm)의 배상도 명시한다. 신체적, 정신적 피해나 고통, 일정한 수준의 행복의 멸실(loss of certain amenities of life), 미적 손상(aesthetic prejudice) 등과 명예나 평판의 훼손이 그에 해당한다.

이러한 규칙은 국제상거래에서 회사나 기구에 소속된 예술가나 유명한 운동선수와 컨설턴트가 체결하는 계약에 관하여 적용될 수 있다.

그러한 경우에도 손해의 확실성 요건(제7.4.3조 참조)과 그 밖의 손해배상청

구권의 요건이 모두 충족되어야 한다.

〈사 례〉

6. 어느 정도의 평판을 막 얻기 시작한 젊은 건축가 A는 시립미술박물관을 현대화 하는 계약에 서명한다. 그러한 임명의 사실은 언론에 널리 공개된다. 그 후 시(市)당국은 보다 경험이 많은 건축가에게 작업을 맡기기로 결정하고 그와 A 사이의 계약을 종료한다. A는 물질적 손해뿐만 아니라 그의 평판에 대한 손해와 그러한 작업을 맡음으로써 보다 유명하게 될 기회를 상실한 손해를 배상받을 수 있다.

무형적 손해의 배상은 그 방법을 달리할 수 있으며, 이때 완전배상을 보장하는 최상의 방법으로서 그 중 어떤 방법을 택할지 그리고 하나의 방법 아니면 복수의 방법을 택할지는 법원이 결정한다. 법원은 손해배상을 명함과 아울러 (예컨대 경쟁이나 영업재개, 명예훼손 등을 금지하는 조항을 위반하는 경우) 특정 신문을 지정하여 공고하도록 하는 등과 같은 다른 방법에 의한 구제를 명할 수 있다.

제7.4.3조

(손해의 확실성)

- (1) 배상해야 하는 손해는 장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해에 한한다.
- (2) 기회상실의 손해는 그 발생할 개연성에 비례하여 배상되어야 한다.
- (3) 충분한 정도로 확실하게 손해액을 결정할 수 없는 경우에 그 산정은 법원의 재량에 의한다.

【주 석】

1. 합리적인 정도의 손해발생의 확실성

본조는 널리 알려진 손해의 확실성이라는 요건을 재확인한다. 발생하지 않을 여지가 있거나 전혀 발생하지 않을 손해를 배상하도록 불이행당사자에게 요구하는 것은 불가하기 때문이다.

제1항은 충분히 확실한 손해인 한 장래의 손해(future harm) 즉 아직 발생하지 않은 손해도 배상하도록 한다. 나아가 제2항은 기회상실(loss of a chance)의

손해도 배상하도록 하되 다만 그것이 발생할 개연성에 비례하도록 한다. 따라서 경주마가 운송지연 때문에 늦게 도착한 경우에 소유자는 그 경주마가 제1순위의 우승후보였더라도 상금의 전부를 배상받지는 못한다.

2. 손해의 범위 결정

확실성은 손해의 존재뿐만 아니라 손해의 범위에도 관련된다. 다툼의 여지없이 존재하나 그 규모를 수량화하기 어려운 손해가 있기 마련이다. 흔히 기회상실(예컨대 경주마나 입찰을 준비하는 엔지니어링회사의 “승산”(odds)이 항상 긍정되는 것은 아니다)이나 무형적 손해(명예훼손, 정신적, 신체적 고통과 피해 등)에 관한 경우가 그에 해당한다.

〈사 례〉

A는 공항건설 입찰에 응모하기 위하여 속달회사 B에게 한 묶음의 서류를 배달해줄 것을 위탁한다. B는 입찰마감일 전에 서류를 배달해주기로 약속하였으나 서류는 마감일 후에 배달되고 결국 A의 신청서는 거절된다. 손해배상액은 A가 낙찰 받을 확률에 달려있고 또한 접수된 다른 신청서들과의 비교를 요한다. 따라서 손해배상액은 A가 얻을 수 있었던 수익에 비례하여 산정된다.

제3항에 따라 충분히 확실한 정도로 손해액을 결정할 수 없는 경우에 법원은 재량에 따라 그 배상을 부인하거나 명목적 손해의 배상을 명하기보다는 오히려 형평에 좇아 손해를 수량화할 수 있다.

3. 손해는 불이행의 직접적인 결과이어야 하고 확실하여야 함

확실성과 손해의 직접성 사이의 관계는 명백하다. 본 원칙이 직접성 요건을 명시적으로 다루고 있지 않으나 이 요건은 제7.4.2조 제1항의 “불이행으로 인하여”(as a result of the non-performance”) 입은 손해라는 문구에 내재하며 따라서 제7.4.2조 제1항은 불이행과 손해 사이에 충분한 인과관계(causal link)가 있을 것을 전제한다. 너무 간접적인 손해는 보통 불확실하고 예견불가능할 것이다.

제7.4.4조

(손해의 예견가능성)

불이행당사자는 자신의 불이행으로 인하여 발생할 수 있다고 계약체결시에 예견하였거나 합리적으로 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 책임이 있다.

【주 석】

배상받을 수 있는 손해는 예견가능한 손해에 한한다는 원칙은 CISG 제74조에 채택된 해법에 상응한다. 이러한 제한은 계약의 성질 자체와 관련된다. 즉 피해당사자가 상실한 모든 이익이 모두 계약의 범위 내에 드는 것은 아니며 불이행당사자가 계약체결시에 예견할 수 없어서 그 위험에 관하여 부보할 수 없었던 손해에 대해서는 배상책임이 부정되어야 한다.

예견가능성 요건은 제7.4.3조에 규정된 손해의 확실성 요건과 결합하여 이해되어야 한다.

예견가능성의 개념은 명확히 이해되어야 한다. 본 원칙상의 해법은 고의나 중과실(wilful misconduct or gross negligence)에 의한 불이행의 경우에는 예견불가능한 손해에 대해서도 배상을 허용하는 일부 국내법제와 다르기 때문이다. 본조의 규칙은 그러한 예외를 허용하지 않으며 따라서 예견가능성의 개념은 좁게 해석되어야 한다. 예견가능성은 손해의 성질(nature)이나 형태(type)에 관련되고 손해의 범위에는 관련되지 않는다. 손해의 범위가 당해 손해를 다른 종류의 손해로 변종시키는 정도에 이르는 것이 아닌 한, 손해의 범위에는 관련되지 않는다. 어떠한 경우에도 예견가능성은 유연한 개념이므로 법원은 광범한 재량을 갖는다.

예견가능 여부는 계약체결시에 불이행당사자(이행보조자와 대리인을 포함한다)가 예견할 수 있었는지를 기준으로 결정되어야 하며, 그 척도는 성실한 평균인(normally diligent person)이 사물의 통상적인 과정에서(in the ordinary course of things) 그리고 당사자간에 제공된 정보나 기존의 거래와 같은 당해 계약의 특유한 사정 하에서 불이행의 결과로 합리적으로 예견할 수 있었는지 여부이다.

〈사 례〉

1. 어떤 청소회사가 기계를 주문하고 그 기계는 5개월 늦게 인도된다. 그 제조자는 기계가 즉시 사용될 예정이었음을 예견할 수 있었던 때에는 그러한 인도지연으로 청소회사에게 발생한 상실이익을 배상하여야 한다. 그러나 그 기계가 정시에 인도되지 않아 만일 정시에 인도되었더라면 정부와 체결할 수 있었던 고가의 계약을 체결할 수 없게 됨으로써 발생한 손해는 손해의 범위에 들지 않는다. 그러한 종류의 손해는 예견가능하지 않았기 때문이다.

2. A 은행은 통상 그 지점으로 배송되는 동전자루의 경호를 특정한 경비회사에게 줄곧 맡기고 있다. A는 이번에는 경비회사에 알리지도 않고 종래에 비하여 50배나 높은 가액의 새로운 동전을 담은 자루를 그 수집가들에게 배송한다. 동전자루가 운반 도중에 도난당한다. A는 단지 통상적인 동전자루 가액에 상응하는 손해배상을 받을 수 있을 뿐이다. 그러한 가액만이 예견가능한 종류의 손해였고 이번에 도난당한 동전의 가액은 손해를 다른 종류의 손해로 변종(transform the harm into one of another kind)시키는 정도였기 때문이다.

일부의 국제협약 특히 운송분야의 국제협약들과는 달리, 본 원칙은 예견불가능한 손해에 관한 한 고의적 불이행의 경우에도 손해의 완전배상을 규정하지 않는 점에서 CISG를 따른다.

제7.4.5조

(대체거래의 경우 손해의 증명)

피해당사자는 계약을 해제하고 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 대체거래를 하는 경우에 계약대금과 대체거래대금의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상받을 수 있다.

【주 석】

1. 대체거래를 한 경우 손해액의 추정

손해의 존재와 규모의 증명에 적용되는 일반규칙과 함께 추정규정을 두어 피해당사자의 부담을 덜어주는 것이 바람직해 보인다.

본조는 그러한 추정규정 중 첫째이며 내용 면에서 CISG 제75조에 상응한다. 본조는 피해당사자가 예컨대 자신의 손해경감의무를 이행할 목적으로 또는 관행

에 따라 대체거래를 하는 경우에 적용된다. 이러한 경우에 계약대금과 대체거래 대금의 차액이 손해로 추정된다.

이러한 추정은 대체거래를 한 경우에만 긍정되고, (예컨대 선박의 수리를 의뢰 받은 조선소가 수리를 불이행하자 선박소유자가 선박을 스스로 수리하는 경우와 같이) 피해당사자가 불이행당사자의 의무를 스스로 이행한 경우에는 그러한 추정이 부인된다.

어떤 회사가 계약을 해제한 후 그 계약과 동시에 이행될 수 있는 다른 계약을 이행하기 위하여 그의 장비를 사용하는 경우에(“lost volume”) 이는 대체거래가 아니며 일반규칙이 적용된다.

대체거래는 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 이루어져야 한다. 이는 성급하거나 악의적인 행위로 불이행당사자가 피해보는 것을 막기 위함이다.

2. 그 밖의 손해에 대한 배상청구권

피해당사자가 두 거래간의 대금의 차액을 배상받을 수 있다는 규칙은 손해배상청구권의 하한을 정하는 것이다. 그 외에도 피해당사자는 자신이 입은 그 밖의 손해를 배상받을 수 있다.

〈사 례〉

조선소 A는 선박소유자 B의 선박을 미화 500,000 달러에 7월1일부터 건선거(乾船渠, dry dock)에서 개조해주기로 약속한다. 6월1일에 B는 그 건선거가 8월1일 이후에나 사용가능하다는 사실을 알게 된다. B는 계약을 해제하고 다른 조선소 C와 많은 비용을 들이며 오래 협상한 후 미화 700,000 달러에 같은 내용의 계약을 체결한다. B는 A로부터 그러한 두 대금의 차액인 미화 200,000 달러뿐만 아니라 자신에게 발생한 비용과 더 오랜 기간 동안 선박을 사용할 수 없게 된 손해를 배상받을 수 있다.

제7.4.6조

(시가에 의한 손해의 증명)

(1) 피해당사자가 계약을 해제하고 대체거래를 하지 않았으나 계약의 이행에 적용될 시가(時價)가 있는 경우에 피해당사자는 계약대금과 계약해제시의 시가와와의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상받을 수 있다.

(2) 시가는 인도된 물품이나 제공된 용역에 대하여 계약이 이행되었어야 했던 장소에서 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 대금을 말하며, 그 장소에서 시가가 없는 경우에는 대체적용하기에 합리적으로 보이는 다른 장소의 시가를 말한다.

【주 석】

1. 대체거래를 하지 않은 경우 손해액의 추정

내용 면에서 CISG 제76조에 상응하는 본조는 대체거래가 없었으나 당해 계약이행에 적용될 시가(時價, current price)가 있는 경우에 손해의 증명을 용이하게 하는 데 목적이 있다. 그러한 경우에 계약대금과 계약해제시의 시가와 차액이 손해로 추정된다.

2. “시가”의 결정

제2항에 따라 “시가”는 문제의 물품이나 용역에 대하여 일반적으로 청구되는 가격을 말한다. 시가는 동일하거나 유사한 물품 또는 용역에 대하여 청구되는 가격과 비교하여 결정된다. 시가는 반드시는 아니나 종종 조직화된 시장(organised market)의 가격이다. 시가는 상업회의소 등 전문기관에 문의하는 방법으로도 증명될 수 있다.

본조에서 말하는 시가의 기준장소는 계약이 이행되었어야 했던 장소, 또는 그러한 장소에 시가가 없는 경우에는 참조하기에 합리적으로 보이는 장소이다.

3. 그 밖의 손해에 대한 배상청구권

피해당사자가 계약대금과 계약해제시의 시가와 차액을 배상받을 수 있다는 규칙은 그의 손해배상청구권의 하한을 정하는 것이다. 피해당사자는 또한 해제의 결과로 입은 그 밖의 손해를 배상받을 수 있다.

제7.4.7조

(피해당사자에 일부 기인하는 손해)

손해가 피해당사자의 작위 또는 부작위나 피해당사자가 위험을 부담

하는 사유에 일부 기인하는 경우에 손해배상액은 각 당사자의 행위를 참작하여 그러한 요인들이 손해에 기여한 범위를 한도로 감액된다.

【주 석】

1. 손해에 대한 피해당사자의 기여

구제수단의 행사를 제한하는 제7.1.2조의 일반원칙을 발현하는 규정인 본조는 불이행이 피해당사자의 행위에 일부 기인하는 경우에 피해당사자가 손해에 기여한 범위 내에서 손해배상청구권을 제한한다. 이러한 경우에도 피해당사자가 전부의 손해를 배상받는 것은 사실 부당하며 그러한 일부의 손해는 피해당사자가 스스로 부담하여야 한다.

2. 기여형태

손해에 대한 피해당사자의 기여는 그의 행위나 그가 위험을 부담하는 사유에 기인한다. 그러한 행위의 형태는 작위(예컨대 피해당사자가 운송인에게 실수로 잘못된 주소를 알려주는 경우) 또는 부작위(예컨대 피해당사자가 제조자에게 필요한 모든 지시를 하지 않아 기계에 하자가 발생한 경우)일 수 있다. 그러한 작위나 부작위로 인하여 피해당사자가 계약상 의무를 불이행하게 되는 경우가 가장 빈번하다. 그러나 동시에 그러한 작위 또는 부작위는 불법행위 또는 다른 계약의 불이행에 해당하기도 한다. 피해당사자가 위험을 부담하는 외부적 사유로서 특히 들 수 있는 것은 그의 이행보조자(servant)나 대리인(agent)과 같이 피해당사자가 책임을 져야하는 사람의 작위 또는 부작위이다.

〈사 례〉

1. 가맹상 A는 그와 B 사이의 가맹계약에 “독점”조항(“exclusivity” clause)이 들어 있음에도 C로부터 자재를 구입하는데, 그 이유는 가맹계약에서 ‘90일 후 사후지급’으로 약정되었음에도 B가 즉시 지급을 요구하였기 때문이다. B는 독점조항 위반에 관하여 계약에서 명시한 위약벌의 지급을 청구한다. B는 자신이 A의 불이행을 초래하였기 때문에 그러한 위약벌 중 일부 금액만 청구할 수 있다.

2. 호화 크루즈여행을 제공하는 여객선의 승객 A는 승강기가 ‘서야 할 층’에 서지 않아 부상을 입는다. A의 부상에 대하여 책임이 있는 선박소유자 B는 여객선이 출항

하기 전에 승강기를 점검한 회사 C에게 구상한다. 그 사고는 그 층의 조명이 더 밝았더라면 피할 수 있었던 것으로 밝혀진다. 조명은 B의 책임이었으므로 B는 C로부터 전액을 구상받지 못한다.

3. 손해에 대한 기여범위의 할당

피해당사자의 행위나 피해당사자가 위험을 부담하는 외부적 사유 때문에 불이행당사자의 이행이 절대적으로 불가능하게 되기도 한다. 이러한 경우에 제7.1.7조(불가항력)의 요건이 충족되면 불이행당사자는 책임을 전부 면한다.

그와는 달리 피해당사자가 손해에 기여한 범위에 따라 면책의 범위는 일부일 수 있다. 각 당사자가 손해에 기여한 범위를 결정하기는 사실 어렵고, 결국 그 결정은 많은 부분 사법적 재량에 달려있다. 법원에게 일정한 기준을 제공하기 위하여 본조는 법원은 각 당사자의 행위를 참작하여야 한다고 규정한다. 당사자의 실책이 크면 클수록 손해에 대한 기여가 커진다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. B는 계약조건을 먼저 위반한 당사자이므로 A가 독점조항을 존중하지 않은 데 원인을 제공한 것으로 간주된다. B는 위약벌조항에 명시된 금액의 25%만 청구할 수 있다.

4. 사실관계는 〈사례 2〉와 같다. B와 C의 각 잘못이 동등한 것으로 보이므로 B는 C에 대하여 B가 A에게 배상해야 하는 금액의 50%만 구상할 수 있다.

4. 손해에 대한 기여와 손해의 경감

본조는 손해경감의무를 규정하는 제7.4.8조와 연계하여 이해하여야 한다. 본조는 손해발생의 원인에 관한 피해당사자의 행위를 다루며 제7.4.8조는 그 후의 피해당사자의 행위를 다룬다.

제7.4.8조

(손해의 경감)

(1) 불이행당사자는 피해당사자가 합리적인 조치를 취함으로써 경감될 수 있었던 한 피해당사자가 입은 손해에 대하여 책임이 없다.

(2) 피해당사자는 손해를 경감하는 데 합리적으로 소요된 비용의 배상을 청구할 수 있다.

【주 석】

1. 피해당사자의 손해경감의무

본조의 목적은 피해당사자가 손해를 회피하거나 감소시킬 수 있었음에도 소극적으로 앉아서 기다리다가 손해배상을 청구하는 것을 막기 위함이다. 피해당사자가 합리적인 조치를 취함으로써 회피할 수 있었던 손해는 배상받지 못한다.

계약불이행의 결과로 피해를 입은 당사자로 하여금 추가적으로 시간소모적이고 비용이 많이 드는 조치를 취하도록 요구할 수 없음은 분명하다. 그러나 경제적 관점에서 합리적인 조치를 취함으로써 감소될 수 있었음에도 손해의 증가를 허용하는 것은 불합리하다.

피해당사자가 취하여야 하는 조치로는 무엇보다도 당해 조치(대개의 경우 대체거래, 제7.4.5조 참조)를 취하지 않는다면 손해의 발생이 장기간 지속될 위험이 있는 경우에 손해가 확대되는 것을 막는 것 또는 이미 발생한 손해의 증가를 막는 것을 들 수 있다.

〈사 례〉

1. 5월2일에 A는 6월1일에 X사에서 묵을 호텔방을 200 유로에 예약해줄 것을 여행사 B에게 의뢰한다. 5월15일에 A는 B가 예약을 하지 않은 것을 알게 된다. 그러나 A는 5월25일까지 기다리다가 직접 예약을 하고 그때에는 300 유로의 방밖에 구할 수 없다. 그런데 만약 A가 5월15일에 이미 조치를 취하였다면 250 유로에 방을 구할 수 있었다. A는 B로부터 단지 50유로만 배상받을 수 있다.

2. B로부터 공장건물 건축을 수급한 A는 거의 완공단계에 이르러 갑자기 작업을 중단한다. B는 남은 작업을 완료할 다른 회사를 물색하나 현장 건물의 보호를 위한 조치를 취하지 않아 악천후로 건물의 상태가 악화된다. B는 그러한 악화가 임시적 보호조치를 취하지 않았기 때문이므로 손해배상을 청구하지 못한다.

2. 비용의 구상

손해배상액의 감액은 피해당사자가 손해의 경감을 위한 필요한 조치를 취하

지 않은 것을 한도로 하며 나아가 피해당사자에게 그러한 금액 외에 더 이상의 손실을 야기해서도 안 된다. 따라서 피해당사자는 자신에게 발생한 손해경감비용을 배상해 줄 것을 불이행당사자에게 청구할 수 있으나 다만 그 비용은 제반 사정에 비추어 합리적이어야 한다(제2항).

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 2〉와 같으나 이제는 B가 건물을 임시로 보호하는 데 필요한 조치를 취하였다는 차이가 있다. 그러한 보호조치비용은 합리적인 한도 내에서 계약 불이행에 대한 A의 손해배상액에 추가된다. 그 비용은 합리적이지 않은 경우에는 감액된다.

4. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 500 유로에 고급호텔방을 예약한다는 차이가 있다. A는 그가 250 유로로 구할 수 있었던 방과의 차액인 50유로만 배상받을 수 있다.

제7.4.9조

(금전부지급에 대한 이자)

(1) 당사자가 이행기에 놓인 금전을 지급하지 않는 경우에, 그 부지급에 대한 면책을 불문하고 피해당사자는 금전의 지급기일부터 실제지급일까지 그 금전에 대한 이자를 청구할 수 있다.

(2) 이자율은 지급지에서 그 지급통화의 우량차주에게 널리 적용되는 평균은행단기대출이자율이나, 지급지에 그러한 이자율이 없는 경우에는 그 지급통화 발행국의 같은 이자율로 한다. 그러한 두 장소 모두에 그러한 이자율이 없는 경우에 이자율은 그 지급통화 발행국의 법이 정하는 적절한 이자율로 한다.

(3) 피해당사자는 금전부지급으로 더 큰 손해를 입은 때에는 그러한 추가손해를 배상받을 수 있다.

【주 석】

1. 금전부지급에 대한 총액배상

본조는 널리 승인되고 있는 규칙, 즉 금전의 지급지체에 기인하는 손해에 대

해서는 특칙이 적용되고 그러한 손해는 그 이행기부터 실제 지급시까지 발생하는 이자에 해당하는 총액(lump sum)으로 산정된다는 규칙을 재확인한다.

지급지체에 대한 책임이 불이행당사자에게 있는 경우에는 항상 이자의 지급을 청구할 수 있고, 이자는 금전이 이행기부터 발생하며 이를 위하여 피해당사자가 불이행통지를 할 필요는 없다.

지급지체가 불가항력 때문인 경우(예컨대 불이행당사자가 필요한 금액을 확보하지 못한 원인이 새로운 외환규제법규의 도입 때문인 경우)에는 채무자는 자신이 지급하지 못하게 된 금전에 대한 이자를 손해배상으로서가 아니라 금전부지급의 결과로 자신이 계속하여 수취한 이득의 반환(compensation for the enrichment of the debtor)으로서 지급해야 할 것이다.

손해는 총액으로 산정된다. 다시 말해 본조 제3항의 제한 하에 피해당사자는 금전을 더 높은 이율로 투자할 수 있었음을 주장할 수 없고 불이행당사자도 피해당사자가 제2항의 평균대출이자율보다 낮은 이자율로 이자를 받았을 것임을 주장하지 못한다.

물론 당사자는 사전에 이율을 달리 약정할 수 있다(다만 이러한 약정도 제 7.4.13조의 제한을 받는다).

2. 이 율

본조 제2항은 이율로 먼저 우량차주에게 널리 적용되는 평균은행단기대출이자율을 정한다. 이러한 해법은 국제거래의 요구에 가장 부합하고 손해의 적절한 배상을 보장하는 데 가장 적합한 것으로 보인다. 문제의 이자율은 피해당사자가 불이행당사자로부터 수령하지 못한 금전을 차입할 때 통상 적용되는 이자율을 말한다. 그러한 통상의 이자율은 지급지에서 지급통화의 우량차주에게 널리 적용되는 평균은행단기대출이자율이다.

그러나 지급지에서 그러한 이자율이 존재하지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에는 그 지급통화 발행국(the State of the currency of payment)의 평균우대이자율(average prime rate)이 적용된다. 예컨대 X국에서 영국화폐인 파운드화로 대출받는데 X국의 금융시장에서 파운드화의 대출이자율이 존재하지 않는 경우에 영국의 그러한 이자율이 적용된다.

어느 곳에서도 그러한 이자율이 없는 경우에 이자율은 그 지급통화 발행국의

법이 정하는 “적절한” 이자율로 한다. 대부분의 경우에 그러한 이자율은 법정이자율일 것이고, 복수의 법정이자율이 존재하는 때에는 그 중 국제거래에 가장 적절한 이자율이다. 법정이자율도 없는 경우에는 가장 적절한 은행이자율이 적용된다.

3. 추가손해의 배상

이자의 지급은 금전의 지급지체의 결과로 통상적으로 입은 손해를 배상하고자 하는 것이다. 그러나 지급지체로 인하여 피해당사자에게 추가손해가 발생할 수 있는데 피해당사자는 이를 배상받을 수 있다(제3항). 다만 피해당사자는 그러한 손해의 존재를 증명하여야 하고 확실성 요건과 예견가능성 요건이 충족되어야 한다.

〈사 례〉

A는 전문금융회사 B와 대출계약을 체결하여 X국에 있는 그의 공장을 혁신하는 데 사용할 자금을 차입한다. 이러한 자금의 용도는 계약에 명시적으로 언급된다. 대출자금은 합의된 일자보다 3개월 늦게 지급된다. 그러한 기간 동안 공장혁신비용이 10% 증가하였다. A는 B로부터 그러한 추가비용을 배상받을 권리가 있다.

제7.4.10조

(손해배상금에 대한 이자)

달리 합의되지 않은 한 비금전채무의 불이행으로 인한 손해배상금에 대한 이자는 불이행시부터 발생한다.

【주 석】

본조는 비금전채무의 불이행의 경우에 손해배상금에 대한 이자의 발생시기를 정한다. 비금전채무의 불이행의 경우, 불이행 당시에는 대개 손해배상의 규모가 아직 금액으로 산정되어 있지 않다. 손해배상액은 손해발생 후 당사자간 합의나 법원에 의하여 비로소 산정된다.

본조는 이자의 기산시점으로 손해발생일을 규정한다. 이러한 해법은 국제거래에 가장 부합한다. 국제거래에 임하는 사업자는 실무상 금전을 놀리는 법이

없기 때문이다. 사실상 손해배상금을 지급하기까지 불이행당사자는 자신이 부지급한 금전에 대한 이자를 계속하여 이익으로 수취하는 반면에 피해당사자의 재산은 손해의 발생과 동시에 감소하게 된다. 따라서 그러한 이익은 당연히 피해당사자에게 귀속되어야 한다.

그러나 예컨대 통화의 가치가 하락하는 경우에 중복배상을 피하기 위하여 손해액을 최종확정할 때 손해는 손해발생일부터 배상의 대상이 된다는 사실이 고려되어야 한다.

본조는 복리(compound interest)의 문제에 대하여 어떠한 입장도 취하지 않는다. 일부 국내법은 불이행당사자를 보호하기 위하여 공서규칙으로 복리를 제한한다.

제7.4.11조

(금전배상의 방법)

- (1) 손해는 그 총액이 일시에 배상되어야 한다. 그러나 손해의 성질상 적절한 경우에 손해는 분할하여 배상할 수 있다.
- (2) 손해의 분할배상은 특정한 지수와 연동되도록 할 수 있다.

【주 석】

1. 총액배상 또는 분할배상

본조는 손해배상의 방법에 관한 고정된 규칙을 규정하지 않으나 배상방법으로 일반적으로 총액배상의 방법이 국제거래에 가장 부합하는 것으로 여겨지고 있다. 그러나 예컨대 손해발생이 지속되고 있는 경우와 같이 손해의 성질상 분할배상의 방법이 더 적절한 경우가 있다.

〈사 례〉

1. 컨설턴트 A는 B의 공장의 안전을 점검하는 일을 맡고 있다. A가 헬기로 B의 공장을 둘러보던 중에 사망하고 그 사고에 대한 책임은 B에게 있다. A의 유족으로 12세와 8세의 두 자녀가 있다. 가족부양의 상실에 대한 배상방법으로 성년이 될 때까지 두 자녀에게 매월 일정액을 지급하는 방법이 허용될 수 있다.

2. 안전문제를 다루는 컨설턴트 A는 3년을 기간으로 B에게 고용된다. A의 보수는 근무성과의 0.5%로 약정된다. A는 6개월 후 부당하게 해고된다. B는 합의된 A의 보수에 상당하는 금액을 A가 새 직장을 구할 때까지 또는 최대한 30개월 동안 매월 A에게 지급하여야 한다고 명하는 것이 적절할 수 있다.

2. 지수연동

본조 제2항은 손해의 분할배상이 긍정되는 경우에 배상방법으로 특정한 지수와 연동시키는 방법을 채택할 수 있도록 배려한다. 이는 인플레이션을 반영하기 위하여 요구되는 원래 판결의 심사(review of the original judgment)라는 복잡한 절차를 피하기 위함이다. 그러나 지수연동방법은 법정지법에 의하여 금지될 수 있다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 그러한 월별지급액은 자녀들의 거주지에서 적용가능한 생활비지수(cost of living index)에 따라 조정되도록 할 수 있다.

제7.4.12조

(손해배상액 산정에 사용되는 통화)

손해배상액은 금전채무의 표시통화와 손해발생통화 중 보다 적절한 통화로 산정되어야 한다.

【주 석】

국제계약의 불이행에 기인하는 손해는 다양한 장소에서 발생할 수 있으므로 어떤 통화로 손해를 산정할 것인지가 문제된다. 본조가 다루는 이러한 문제는 제6.1.9조에서 다루는 손해배상금 지급통화의 문제와 구별되어야 한다.

본조는 금전채무의 표시통화와 손해발생통화 중에서 제반사정으로 보아 보다 적절한 어느 하나를 선택하도록 한다.

전자의 선택에 관하여는 특별한 설명이 필요 없다. 후자는 피해당사자가 자신이 입은 손해를 보정하기 위하여 특정한 통화로 비용을 지출할 수도 있다는 사실을 고려한 것이다. 그러한 경우에 피해당사자는 그 통화가 계약통화와 다르

더라도 그 통화로 손해배상을 청구할 수 있다. 그 외에도 가장 적절한 것으로 볼 수 있는 통화로 이익발생통화가 있다.

그 선택은 피해당사자가 하되, 다만 완전배상의 원칙이 존중되어야 한다.

마지막으로 다른 반대의 표시가 없는 한 당사자는 이자나 약정손해배상액과 위약벌을 주된 채무의 표시통화로 지급할 것을 청구할 수 있다는 것을 지적할 수 있다.

제7.4.13조

(불이행 위약금)

(1) 계약에서 불이행당사자가 불이행에 대하여 피해당사자에게 일정한 금액을 지급하여야 한다고 정한 경우에 피해당사자는 그의 실제 손해와 무관하게 그 금액을 청구할 수 있다.

(2) 그러나 달리 합의되었더라도 불이행으로 인한 손해와 그 밖의 사정으로 보아 그 위약금액이 중대하게 과도한 경우에는 이를 합리적인 금액으로 감액할 수 있다.

【주 석】

1. 불이행 위약금(agreed payment for non-performance)의 정의

본조는 불이행의 경우에 일정한 금액을 지급하기로 하는 합의의 개념을 의도적으로 넓게 정의하며, 이에 그러한 합의가 손해배상을 원활하게 하기 위함인지 {보통법상의 'liquidated damages'(약정손해배상)} 또는 불이행을 막는 억지수단으로 작용하도록 하기 위함인지(본래의 위약벌조항) 또는 양자 모두를 위함인지 가리지 않는다.

2. 불이행 위약금 유효의 원칙

이러한 종류의 계약조항의 유효성에 관하여 국내법은 상당히 다양하다. 대륙법계 국가들은 특히 부담스러운 계약조항에 대한 사법적 심사를 긍정하거나 부정하기도 함으로써 그러한 조항의 효력을 인정하나 보통법계에서는 불이행의 억지수단으로 한정적으로 작용하도록 의도된 조항, 즉 위약벌조항(penalty clause)

을 완전히 부정한다.

국제계약실무상 그러한 조항이 빈번한 사실을 고려하여 본조 제1항은 불이행당사자가 불이행에 대하여 피해당사자에게 일정한 금액을 지급하여야 한다고 정하는 조항의 효력을 원칙적으로 긍정하며, 따라서 피해당사자는 실제로 입은 손해와 무관하게 그렇게 합의된 금액을 청구할 수 있다. 불이행당사자는 피해당사자가 손해를 보다 적게 입었다거나 아무런 손해도 입지 않았다고 주장하지 못한다.

〈사 례〉

1. X국의 전직 국제축구선수 A는 매월 10,000 호주달러의 보수를 받고서 Y국의 축구단 B에 소속된 선수들을 3년간 훈련시키는 일을 맡는다. 계약조항에 의하면 부당한 해고가 있는 경우에 퇴직금으로 200,000 호주달러가 지급된다. 6개월 후 정당한 이유 없이 A는 해고된다. A는 합의된 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이는 A가 B로부터 받은 보수의 2배의 보수를 받고서 다른 구단에 즉시 고용되었더라도 같다.

보통 불이행은 불이행당사자에게 책임이 있는 것이어야 한다. 불이행 위약금을 불가항력의 경우에도 지급하도록 정하는 조항을 생각하기는 어렵기 때문이다. 그러나 예외적으로 불이행당사자에게 책임이 없는 불이행까지 포함시키고자 하는 것이 당사자의 의도인 경우도 있다.

일부불이행의 경우에 그 합의금액은 달리 합의되지 않은 한 그 비율에 따라 감액될 수 있을 것이다.

3. 합의된 금액의 감액

그러한 조항의 남용을 막기 위하여 본조 제2항은 합의된 금액이 “불이행으로 인한 손해와 그 밖의 사정으로 보아” 중대하게 과도한 때에는 이를 합리적인 수준으로 감액할 수 있도록 한다. 또한 제2항은 어떠한 경우에도 그러한 감액의 가능성은 당사자가 배제할 수 없다는 것을 분명히 한다.

합의된 금액은 감액될 수 있을 뿐이고 이를 전적으로 무시하지는 못한다. 법원이 당사자간의 합의에도 불구하고 정확한 손해액만큼 배상하도록 명하는 것은 그러한 합의를 무시하는 것에 해당한다. 합의된 금액이 실제로 입은 손해보다 적은 경우에 최소한 본조 하에서 이를 증액할 수 없다(그러나 제7.1.6조의 주식 4

참조). 또한 합의된 금액이 “중대하게 과도한” 것으로 되기 위해서는 합리적인 사람이 보아 분명히 그러하여야 한다. 합의된 금액과 실제로 입은 손해의 관계가 특히 고려되어야 한다.

〈사 례〉

2. 매수인 A와 매도인 B 사이의 기계매매계약에서 대금은 5회로 나누어 각각 50,000 유로로 분할하여 지급하기로 약정된다. 계약상 조항에 의하면 A가 분할대금을 일회라도 지급하지 않는 경우에 B는 즉시 계약을 해제할 수 있고 이미 수령한 대금을 보유할 수 있으며 또한 장래의 분할대금을 손해로 배상받을 수 있다. A가 세 번째 분할대금을 지급하지 않는다. B는 이미 지급받은 100,000 유로를 보유할 수 있고, 나아가 기계의 반환청구 외에도 나머지 3회분의 분할대금 즉 150,000유로의 지급을 청구할 수 있다. 법원은 A의 불이행으로 인하여 B에게 중대하게 과도한 이익이 초래되므로 그 금액을 감액할 것이다.

4. 불이행 위약금과 몰취 그 밖의 유사한 조항과의 구별

본조가 다루는 유형의 조항은 당사자가 일정한 금액을 지급하거나 이미 예치된 금액을 포기하고서 계약에서 탈퇴하는 것을 허용하는 몰취조항(forfeiture clause)이나 그 밖에 유사한 조항과는 구별되어야 한다. 반면에 대금의 일부로서 이미 지급된 금액을 피해당사자가 보유할 수 있도록 하는 조항은 본조의 범위 내에 속한다.

〈사 례〉

3. A는 B에게 부동산을 450,000 유로에 매각하기로 확약한다. [계약에 의하면] B는 3개월 내에 매입선택권(option to purchase)을 행사하여야 하고 25,000 유로의 예치금을 A에게 지급하여야 하는데, 만약 B가 그러한 선택권을 행사하지 않는다면 그 예치금은 A에게 귀속된다. 이러한 예치금은 불이행 위약금이 아니므로 본조의 범위 내에 속하지 않고 따라서 제반사정으로 보아 중대하게 과도하더라도 감액할 수 없다.

4. A는 B와 기계의 리스계약을 체결한다. 계약에 의하면 A가 어느 일회분의 리스료를 지급하지 않는 경우에 계약은 해제되고 이미 지급된 리스료는 손해배상으로서 B에게 유보된다. 이러한 조항은 본조의 범위 내에 속하고 따라서 그 합의금액은 감액될 수 있다.

제 8 장 상 계

제8.1조

(상계의 요건)

(1) 당사자 쌍방이 서로 금전채무 그 밖에 동종의 이행을 하는 채무를 부담하는 경우에 각 당사자(“상계자”)는 상계시에 다음의 요건이 갖추어진다면 그의 채무와 그의 채권자(“상대방”)의 채무를 상계할 수 있다.

(가) 상계자가 자신의 채무를 이행할 권리가 있을 것

(나) 상대방의 채무가 존재와 양의 면에서 확정되어 있고 이행기에 있을 것

(2) 당사자 쌍방의 채무가 동일한 계약에서 발생한 경우에 상계자는 자신의 채무를 존재와 양이 확정되지 않은 상대방의 채무와 상계할 수 있다.

【주 석】

1. 상계의 사용

본 원칙상 당사자 쌍방이 서로에 대하여 계약이나 어떤 소인(訴因, cause of action)으로부터 발생하는 채무³²⁾를 부담하는 경우에 각 당사자는 자신의 채무를 상대방의 채무와 상계할 수 있다. 상계에 의하여 두 채무는 모두 그 중 양이 적은 것만큼 소멸한다(제8.5조 참조). 상계는 각 당사자가 채무를 따로 이행할 필요가 없게 만든다.

채무자이자 자신의 채무를 상계하는 당사자를 “상계자”라 한다. 상계자의 채권자이자 상계권의 행사의 상대방이 되는 당사자를 “상대방”이라 한다.³³⁾

32) 본서에서 “obligation”은 문맥에 따라 편의상 ‘의무’ 또는 ‘채무’로 번역되었으며, 양자의 의미상 차이는 의도되어 있지 않다. 특히 본장에서는 상계의 맥락에서 채권/채무라는 표현이 더욱 친숙하고 널리 사용되므로 이를 대체로 채무로 번역하였다.

33) 또한 상계의 대상이 된 두 채무 중 상계자의 채무를 자동채무(自動債務)라 하고,

〈사 례〉

1. 해상운송인 A는 B의 물품을 X국에서 Y국으로 운송하였다. A는 B에게 운임으로 10,000 유로의 지급을 청구한다. B는 이미 A에 대하여 10,000 유로의 금전채권을 갖고 있으며, 이는 이전에 A가 B의 다른 화물을 운송할 때에 발생한 손해배상청구권이다. B는 A를 상대로 A에 대한 10,000 유로의 B의 운임지급의무와 B에 대한 10,000유로 A의 손해배상의무를 상계할 수 있다. 상계 후에는 A도 B도 더 이상 채무자가 아니다.

2. A는 한 필지의 토지를 B에게 100,000 호주달러에 매각한다. 시공자인 B는 그 후 A를 위하여 한 채의 주택을 건축한다. 건축대금은 200,000 호주달러이다. A가 토지매매대금의 지급을 청구할 때, B는 건축대금으로 상계할 수 있다. B의 100,000 호주달러 지급의무는 전부 소멸하나, A는 B에 대하여 나머지 100,000 호주달러의 지급의무를 여전히 부담한다.

상계자가 자신의 채무(자동채무)와 상대방의 채무(수동채무)를 상계할 수 있기 위해서는 본조에 규정된 상계요건을 모두 갖추어야 한다.

2. 서로 부담하는 채무

첫째 요건으로 각 당사자는 상대방의 채무자이자 채권자이어야 한다(제1항 도입문). 당사자는 동일한 자격에서(in the same capacity) 채권자 겸 채무자이어야 한다는 것을 유의하여야 한다. 따라서 상계자가 상대방에 대하여 자신의 이름으로 채무를 부담하지만 다른 자격으로 예컨대 수탁자(trustee)로서 또는 어떤 회사의 절대적 소유자(absolute owner of a company)로서 상대방의 채권자인 경우에는 상계가 허용되지 않는다.

〈사 례〉

3. A 회사는 B 회사에게 기계를 600,000 엔에 매각한다. A의 자회사인 C와 거래 관계가 있는 B는 그의 제품을 C에게 500,000 엔에 매각한다. A가 B에게 기계매매

상대방의 채무를 수동채무(受動債務)라 한다. 자동채무와 수동채무는 원문에는 사용되어 있지 않은 용어이나 역문의 이해를 돕기 위하여 역자가 의역의 일환으로 사용한 용어임을 밝힌다. 우리 민법상으로는 채권을 중심으로 자동채권, 수동채권의 개념을 사용하나, 본 원칙은 채무를 중심으로 규정하는 점에서 차이가 있다.

대금의 지급을 청구할 때 B는 C가 B에 대하여 부담하는 대금지급의무를 수동채무로 하여 상계하지 못한다. C는 독립된 실체이기 때문이다. 이는 A가 C의 자본 전액을 출자하였더라도 마찬가지다. A와 B는 서로에 대하여 채무자 겸 채권자가 아니다.

서로 부담하는 채무이어야 한다는 요건은 상대방이 상계자에 대한 그의 채권을 제3자에게 양도하는 경우에는 문제를 야기할 수 있다. 그러나 이때 상계자는 채무자(상계자)에게 채권양도가 통지되기 전에 이미 양도인의 채무에 대한 상계권이 존재하였다면 그의 채무와 상대방(양도인)의 채무를 상계할 수 있다(제 9.1.13조 참조).

3. 동종의 채무

자동채무와 수동채무는 동종의 채무(obligation of the same kind)이어야 한다(제1항 도입문). 일부 법제에서 채무는 “대체적” 채무(“fungible” obligation)이어야 한다. 금전채무는 금전채무에 대해서만 상계될 수 있다. 곡물인도의무는 동종의 곡물을 인도할 의무와 상계될 수 있다.

“동종의 채무”라는 개념은 “대체적 채무”(fungible obligation)보다 넓은 개념이다. 비금전채무도 그 두 이행이 서로 동종일 수 있으나 서로 대체가능한 관계에 있지 않을 수 있다. 동일한 포도원에서 재배된 포도로 생산한 포도주를 인도하여야 하는 두 의무는 서로 동종의 채무이긴 하나 포도의 재배년도가 다르다면 두 의무는 서로 대체적이지 않다(not fungible)는 의미에서 “대체적” 채무가 아니다. 현금을 목적물로 하는 채무와 유가증권을 목적물로 하는 채무는 서로 본조에서 말하는 동종의 채무가 아니다. 그러나 외화채권의 경우와 마찬가지로, 쉽게 현금화될 수 있는 유가증권의 경우로서 오직 특정한 통화나 유가증권으로만 지급할 수 있다는 특약이 없는 경우에는 상계가 허용된다. 두 채무가 동종인지 여부는 상관례(commercial practices)나 특별한 거래규칙(special trade rules)에 달려있다.

인적 채무(personal obligation)는 다른 종류의 채무와 동종의 채무가 될 수 없다. 따라서 두 채무 중 하나가 인적 성격을 갖는 때에는 상계가 허용되지 않는다.

〈사 례〉

4. 원유생산자 A는 B와 계약을 체결하여 매월 1,500톤의 원유를 파이프라인을 통하여 X국에 있는 B에게 인도하기로 한다. 그 대가로 B는 매주 육로로 1,000톤의 원유를 이전하여야 한다. A가 생산하는 원유와 B가 인도하는 원유는 원산지가 서로 다르고 또한 전적으로 유사하지는 않으나 그 용도는 동일할 수 있으므로 이러한 두 원유인도의무는 서로 동종의 채무라 할 수 있고, 또한 A와 B가 일정량의 원유인도에 관하여 서로 채권자 겸 채무자라면 상계가 허용된다.

5. A는 C 회사의 보통주 100주를 소유하고 있다. B도 C 회사의 주주이고 B는 상환우선주 120주를 소유하고 있다. A와 B는 각각 서로의 채권자 겸 채무자이고 또한 기존의 계약에서 서로 지급을 동등한 가액의 주식으로 할 수 있다고 약정하였다. 그러나 A의 주식과 B의 주식이 서로 동종이 아니므로 상계는 허용되지 않는다.

4. 상계자가 채무를 이행할 권리를 가질 것

상계자는 자신의 채무를 이행할 권리(right to perform its obligation)가 있어야 한다(제1항 가호). 자동채무가 아직 확정되지 않았거나 이행기에 있지 않은 경우에 상계자는 상대방에게 이행을 하겠다고 주장할 수 없다.

〈사 례〉

6. A는 B에게 10대의 트럭을 미화 1,000,000 달러에 매각하였다. B는 9월30일 전에 그 대금을 지급하여야 한다. 과거에 B는 A에게 금전을 빌려주었고, 이 대출금은 11월30일에 상환되어야 한다. [A]³⁴⁾는 자신의 대출금상환의무와 [B]³⁵⁾의 대금지급의무를 상계하길 원한다. 그러나 11월30일이 되기 전에는 [A]는 자신의 의무를 자동채무로 하는 상계를 할 수 없다. 그 일자가 되기 전에는 [B]에 대한 [A]의 의무는 아직 이행기에 있지 않다.

7. A는 200,000 유로의 대출금을 B에게 1월30일에 상환하여야 한다. B는 1월25일자 판결에 따라 A에 대하여 140,000 유로의 손해배상의무를 부담하고 있다. A가 2월9일에 B에게 손해배상의무의 이행을 청구한다. B는 자신의 의무를 이행할 수 있는 상태에 있으므로 자신의 채무와 A의 채무를 상계할 수 있다.

8. A는 포도주 10,000병을 B에게 매각하였다. 그 대금은 늦어도 10월30일까지 지

34) 이 사례에서 원문은 B라고 하나 이는 오류로 보인다.

35) 이 사례에서 원문은 A라고 하나 이는 오류로 보인다.

급되어야 한다. B는 동시에 A의 채권자이기도 하며 A의 의무는 이미 이행기에 놓여 있다. B는 10월10일에 자신의 의무와 A의 의무를 상계할 수 있다. 10월30일은 B의 의무이행기간의 최종일에 불과하므로 A로서는 그 일자가 되기 전에도 B의 대금지급을 수락하여야 하기 때문이다.

5. 상대방의 채무가 확정될 것

상대방의 채무가 존재와 양의 면에서 확정되어야 비로소 상계를 할 수 있다 (제1항 나호).

채무 자체를 더 이상 다룰 수 없을 때, 예컨대 채무가 서명한 유효한 계약서나 더 이상 불복할 수 없는 법원의 확정판결이나 중재판정에 기초하는 경우에 채무의 존재가 확정된다.

반대로 손해배상의무는 상대방이 다룰 수 있는 때에는 아직 확정된 것이 아니다.

상대방의 채무의 존재가 다투어지지 않더라도, 그 채무의 금액(amount)이 아직 확정되지 않았다면 상계가 부인된다. 손해의 존재는 다투어지지 않으나 손해배상액이 확정되지 않은 경우에도 상계는 허용되지 않는다.

〈사 례〉

9. 판결에 의하여 계약위반에 대한 손해배상으로 A는 B에게 200,000 위안을 지급하여야 한다. B도 A에 대하여 240,000 위안의 대출금상환의무가 있고, 이는 이미 이행기에 놓여있다. A가 B에게 240,000 위안의 지급을 청구한다. B는 판결에 의하여 발생한 A의 의무를 수동채무로 하여 상계할 수 있다.

10. A는 B에게 요트 한 척을 300,000 유로에 매각한다. A는 B에 대하여 불법행위 책임을 지고 있다. 손해발생의 사실은 다투어지지 않으나 손해배상액은 아직 확정되지 않았다. [B]³⁶⁾가 A의 의무를 수동채무로 하여 상계하는 것은 허용되지 않는다. A의 의무는 아직 확정되지 않았기 때문이다.

본 원칙은 도산절차(insolvency proceeding)가 상계권에 미치는 효과를 다루지 않는다. 따라서 이는 그 준거법에 따라 결정되어야 한다. 대부분의 국내법은 상계의 상대방이 도산절차에 들어간 후에도 상계자에게 상계권을 부여하며, 그

36) 원문은 A라고 하나 이는 오류로 보인다.

러한 한도 내에서 도산절차상의 채권자평등의 원칙(principle of the equality of the creditors)으로부터 벗어난다.

6. 상대방의 채무가 이행기에 있을 것

또한 상대방의 채무는 이행기에 있어야(must be due) 한다(제1항 나호). 채권자가 채무자에 대하여 이행청구권이 있고 채권자의 청구에 대하여 채무자가 아무런 항변사유도 없을 때 채무는 이행기에 있는 것으로 된다. 예컨대 채무의 이행기가 아직 도래하지 않은 것은 항변사유가 된다. 자연채무(natural obligation)나 도덕적 의무(moral obligation)는 이행을 강제할 수 없으므로 상계자는 그러한 상대방의 채무를 수동채무로 하여 상계하지 못한다. 채무의 강제가부는 그 준거법에 따른다. 따라서 경우에 따라 상계의 가부는 다른 준거법에 따라 달라질 수 있다.

〈사 례〉

11. 4월10일자 확정판결에 의하여 A는 면화의 매매대금으로 미화 20,000 달러를 B에게 지급하여야 한다. A도 B에 대하여 미화 12,000 달러의 대출금상환채권을 갖고 있으며 이 채권은 1월10일 이후로 강제가능하다. A는 자신의 채무와 B의 채무를 상계할 수 있다. B의 채무는 이미 확정되고 이행기에 있으므로 B는 A의 상계에 반대하지 못한다.

시효기간의 만료는 채권의 강제력을 박탈할 뿐이고 채권 자체를 소멸시키지 않으므로 상계자는 시효기간의 만료로 채무의 이행을 강제할 수 없더라도 이를 상계의 목적으로 사용할 수 있다(제10.10조 참조).

7. 동일한 계약에서 발생한 채무간의 상계

상계는 복수의 채무를 한꺼번에 그리고 동시에 소멸시킬 수 있는 편리한 수단이다. 따라서 두 채무가 동일한 계약에서 발생한 경우에는 상계의 요건이 변경된다.

당사자 쌍방의 채무가 동일한 계약에서 발생하는 경우에 상계자는 상대방의 채무가 존재와 양의 면에서 아직 확정되지 않았더라도 자신의 채무와 상대방의 채무를 상계할 수 있다(제2항). 따라서 예컨대 손해배상채무는 아직 금액(손해배

상액)이 확정되지 않은 채 단지 존재만이 확정될 수 있다. 최소금액을 더 이상 다룰 수 없다면 상계자는 상대방의 채무의 전체금액을 모르더라도 그 최소금액까지 자신의 채무를 자동채무로 하여 상계할 수 있다.

복수의 채무 중 하나에 다툼이 있더라도, 상계의 대상인 모든 관련 채무가 동일한 계약에서 발생하여 쉽게 확인할 수 있기 때문에 상계권의 행사가 가능하다. 이는 당사자가 [계속적] 거래관계에 있어서 분쟁을 신속하게 해결하고자 하는 경우에 유용할 수 있다. 그러나 상계의 요건이 실제로 갖추어졌는지를 결정하는 데 사법적 개입(judicial intervention)이 필요할 것이다. 국제상거래에서 당사자 쌍방의 채무는 흔히 동일한 계약에서 발생한다.

〈사 례〉

12. A는 B의 칠면조들을 X국에서 Y국으로 운송한다. 운임은 35,000 루블이다. 운송 중 운송인의 과실로 100마리의 칠면조가 죽는다. 운송인은 자신의 과실을 인정한다. A가 B에게 운임의 지급을 청구한다. B는 자신의 운임지급의무와 칠면조의 손실에 따른 A의 손해배상의무를 상계할 수 있다. 비록 손해배상액이 아직 확정되지 않았으나 두 채무가 동일한 계약에서 발생하기 때문에 손해배상액을 추산하고 상계의 요건이 충족되었는지를 결정하는 일은 어렵지 않을 것이다.

13. 운송인 A는 피아니스트 B의 피아노를 X국에서 Y국으로 운송하는 것을 승낙한다. 명시적 계약조항에 의하면 연주회가 개최되기 5일 전에 피아노가 연주회장에서 인도되지 않으면 지연위약금이 지급되어야 한다. 피아노는 연주회가 개최되기 2일 전에 비로소 목적지에서 인도된다. A는 B에게 운임의 지급을 청구한다. B는 A가 지연위약금액을 다투더라도 A의 채무(지연위약금지급의무)와 자신의 채무(운임지급의무)를 상계할 수 있다.

8. 합의에 의한 상계 - 상계계약

본조의 상계요건을 갖추지 못한 경우에도 당사자 쌍방은 합의로 상계의 효과를 달성할 수 있다. 마찬가지로 양당사자는 쌍방의 채무들이 정기적으로 또는 특정한 일자에 자동적으로 상계된다고 합의할 수 있다. 또한 3인 이상의 당사자도 합의로 그들 각각의 채무들이 예컨대 네팅(netting)에 의해 소멸된다고 약정할 수 있다.

제8.2조

(외화채무의 상계)

두 금전채무가 상이한 통화로 지급되어야 하는 경우에 두 통화가 서로 자유로이 환전가능하고 또한 당사자간에 상계자가 오직 특정한 통화로만 지급하여야 한다는 합의가 없는 때에는 상계권의 행사가 가능하다.

【주 석】

1. 환전가능한 통화

지급통화가 상이하다면 제8.1조가 규정하는 동종의 채무가 아니다. 그러나 두 지급통화가 서로 환전가능한 때에는 상계가 허용된다. 제6.1.9조에 의하여, 다른 합의가 없는 한 채무자는 지급지의 통화가 환전가능한 때에는 지급지의 통화로 지급할 수 있다. 반면에 자유로이 환전가능하지 않은 통화의 경우에는 환율문제로 상계가능금액을 쉽게 확정할 수 없으므로 상계가 허용되지 않는다. 그럼에도 상계가 허용된다면 자유로이 환전가능하지 않은 통화에 의한 지급을 상대방이 수령하도록 강요하는 것이 된다.

〈사 례〉

1. X국의 포도주생산업자 A는 5,000병의 포도주를 미화 200,000 달러에 코르크생산업자 B에게 판매한다. B는 100,000개의 코르크를 100,000 리브로의 가격으로 A에게 판매한다. 리브로(livro)는 코르크가 생산되는 국가의 통화이며 환전되지 않는다. A가 B에게 미화 200,000 달러의 지급을 청구한다. B는 자신의 미화 20,000 달러의 채무와 A의 100,000 리브로의 채무를 상계하지 못한다.

2. 계약에서 통화를 지정한 경우

명시적 약정에 의하여 당사자가 특정한 통화로 지급하여야 하는 경우와 상대방이 그의 채무를 그러한 계약 소정의 통화와 다른 통화로 이행하여야 하는 경우에, 당사자는 자신의 채무와 상대방의 채무를 상계하지 못한다.

〈사 례〉

2. A는 B에게 제품을 미화 100,000 달러에 판매한다. 명시적 계약조항에 의하면

매수인 B는 미화로 대금을 지급하여야 한다. 아시아의 운송인이기도 한 B는 A에 대하여 미지급된 운임채권을 갖고 있으며, 이 운임은 반드시 대한민국 원화로 지급되어야 한다. A가 B에게 미화 100,000 달러의 지급을 청구한다. B는 계약에 따라 매매 대금을 미화로 지급하여야 하므로 자신의 대금지급의무와 A의 운임지급의무를 상계하지 못한다.

제8.3조

(상계의 통지)

상계권의 행사는 상대방에 대한 통지에 의한다.

【주 석】

상계권의 행사는 상대방에 대한 통지에 의한다. 상계는 자동적으로 또는 재판에 의하여 실행되지 않는다. 상계로 자신의 채무를 소멸시키고자 하는 상계자는 그러한 의사를 상대방에게 통지하여야 한다. 조건부 통지는 허용되지 않는다.

상계통지는 상계의 요건이 충족된 이후에 하여야 유효하다.

통지는 상황에 적절한 방법으로 할 수 있고, 수신인에게 도달한 때에 효력을 발생한다(제1.10조 참조).

제8.4조

(통지의 내용)

(1) 상계의 통지는 상계의 대상이 된 채무들을 명시하여야 한다.

(2) 상계의 통지에서 상계의 대상이 되는 채무를 명시하지 않는 경우에 상대방은 합리적인 기간 내에 상계자에게 상계의 대상이 되는 채무를 선언할 수 있다. 그러한 선언이 없는 경우에 모든 채무는 비율적으로 상계된다.

【주 석】

제1항에 따라, 상계의 통지에는 상계의 대상이 되는 당사자 쌍방의 채무가 명시되어야 한다. 통지를 수령하는 상대방이 상계의 근거와 규모를 알 수 있도록

록 하여야 한다.

1. 상대방에 의한 선언

상계자가 상대방에 대하여 둘 이상의 채무가 있는데 상계자가 상계하고자 하는 채무를 명시하지 않은 경우에 상대방은 상계자의 채무 중 소멸되기를 원하는 채무를 자유로이 선택할 수 있다(제2항 제1문).

〈사 례〉

1. A는 B에게 정기적으로 의류를 판매한다. 12월30일에 B는 A에게 A가 B에게 지급하여야 하는 미화 50,000 달러의 지급을 청구한다. 그 날에 B는 A에 대하여 각각 독립적인 3개의 매매계약상 미화 40,000 달러, 35,000 달러, 45,000 달러의 대금지급의무가 있다. B의 채무와의 상계를 원하는 A는 상계통지를 할 때 B의 세 의무 중 상계의 대상이 되는 채무를 명시하여야 한다. A가 그러한 명시를 하지 않는 경우에 B는 합리적인 기간 내에 상계되는 자신의 채무는 미화 45,000 달러와 35,000 달러의 두 채무이고, 그 중 미화 45,000 달러의 채무는 상계에 의해 전부 소멸하고 미화 35,000 달러의 채무는 500 달러만큼 소멸한다고 밝힐 수 있다. 상계가 적용된 후에도 B는 여전히 A에 대하여 미화 70,000 달러의 채무자이다.

2. 상대방에 의한 선언도 없는 경우

상계자가 상계통지에서 상계되길 원하는 채무(들)를 명시하지 않고 또한 상대방도 합리적인 기간 내에 상계되는 채무(들)를 선언하지 않는 경우에는 상계로 상대방의 모든 채무가 상계자의 채무금액만큼 비율적으로 소멸한다(제2항 제2문).

〈사 례〉

2. 사실관계는 위의 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 상계될 자신의 채무를 선언하지 않는다는 차이가 있다. 그러한 선언이 없는 경우에 상계로 B의 미화 40,000 달러 채무는 16,670 달러만큼, 35,000 달러 채무는 14,580 달러만큼, 45,000 달러 채무는 18,750 달러만큼 각각 소멸한다.

제8.5조

(상계의 효과)

(1) 상계는 채무를 소멸시킨다.

(2) 두 채무의 양이 상이한 경우에 상계는 양이 적은 채무의 양만큼 채무를 소멸시킨다.

(3) 상계는 통지시부터 효력을 갖는다.

【주 석】

1. 상계에 의한 채무소멸

제8.1조의 상계요건이 갖추어진다면, 상계의 내용만큼 당사자 쌍방의 채무가 소멸하고, 그리하여 쌍방의 채무가 모두 이행된 것과 같이 된다.

〈사 례〉

1. A는 B에 대하여 미화 100,000 달러의 채무가 있고, B도 A에 대하여 미화 100,000 달러의 채무가 있다. B가 A에게 그 지급을 청구한다. A는 B에게 통지하여 상계의 의사표시를 할 수 있다. 상계가 효력을 발생하는 즉시 두 채무는 소멸한다.

두 채무가 양적으로 서로 다른 경우에 상계는 적은 채무의 양을 한도로 두 채무를 소멸시킨다.

〈사 례〉

2. B는 A에 대하여 미화 100,000 달러의 채무가, A는 B에 대하여 미화 70,000 달러의 채무가 있다. A가 B에게 미화 100,000 달러의 지급을 청구할 때 B는 이를 A의 미화 70,000 달러 채무와 상계한다는 의사를 표시한다. 상계요건이 모두 갖추어진다면 A는 자신의 채무가 전부 소멸하므로 더 이상 B의 채무자가 아니다. 그러나 A는 여전히 상계로 소멸되지 않은 나머지 미화 30,000 달러만큼 B의 채권자이다.

2. 상계의 효력발생시기 - 상계의 통지가 효력을 발생한 때

상계요건이 모두 갖추어진다면 채무는 통지시에 소멸한다. 상계는 소급효를 갖지 않으며 단지 장래를 향하여 효력이 있을 뿐이다.

상계의 효력발생일은 상계의 통지와 직결되고, 실무상 상계의 효력발생일자

는 쉽게 알 수 있다.

상계가 효력을 발생하면 마치 자동채무와 수동채무가 상계통지시에 이행된 것과 같이 된다. 이러한 규칙에 따라 다음 두 가지의 결과가 나온다. 첫째 채무에 대한 이자는 통지시까지 발생한다. 따라서 상계를 원하는 당사자는 이자의 발생을 멈추고자 한다면 가능한 한 빨리 상계하여야 한다. 둘째 상계통지 후에 비로소 지급(사실 이는 불필요한 지급이다)이 이루어진다면 그 지급은 법적 원인이 없으므로 반환되어야 한다. 상계통지 전에 이루어진 지급은 유효하므로 그 반환청구는 허용되지 않는다.

〈사 례〉

3. B로부터 물품을 매입한 A는 B에 대하여 미화 100,000 달러의 대금지급의무가 있다. 이러한 A의 의무는 확정되어 있고 11월20일에 이행기에 놓인다. 11월30일자 판결에 의하여 B는 A에게 미화 80,000 달러의 손해를 배상하여야 한다. 이 의무는 그 판결일자 즉 11월30일에 이행기에 놓이고 확정된다. 12월10일에 A는 상계의 의사를 통지한다. 그 일자 이전에 모든 상계요건이 이미 갖추어졌으므로 상계는 통지시에 효력을 발생한다. 두 의무는 양이 적은 금액만큼 소멸한다. [B]³⁷⁾는 여전히 미화 20,000 달러에 대하여 [A]³⁸⁾의 채권자이다. 12월10일 후에는, 미화 20,000 달러의 금액에 대한 것을 제외하고는 더 이상 이자가 발생하지 않는다.

모든 상계요건이 갖추어진 상태에서 통지가 이루어진 경우에 자동채무와 수동채무 자체가 소멸하는 외에도 그에 부종하는 권리 예컨대 담보권도 그에 따라 소멸한다.

〈사 례〉

4. A 은행은 건축가 B에게 100,000 유로를 대출해주고 그에 대하여 B의 처를 보증인으로 하는 인적 담보를 설정받는다. B는 A 은행에 120,000 유로의 예금이 있으므로 A의 채권자이기도 하다. A가 B에게 100,000 유로의 지급을 청구한다. 이에 B는 12월12일에 상계의 의사를 통지한다. A의 채무와 B의 채무에 관하여 모든 상계요건은 12월10일에 충족되었다. 상계통지일인 12월12일에 A의 채무는 20,000 유로로 감소하고 B의 채무는 모두 소멸하고 B의 처의 보증채무도 소멸한다.

37) 원문은 A라고 하나 이는 오류로 보인다.

38) 원문은 B라고 하나 이는 오류로 보인다.

제 9 장

채권양도, 채무이전, 계약양도

제 1 절 채권양도

제9.1.1조

(정 의)

“채권양도”는 금전지급이나 그 밖의 이행을 목적으로 하는 일방(“양도인”)의 제3자(“채무자”)에 대한 채권을 합의로 타인(“양수인”)에게 양도하는 것을 말하며, 담보의 목적으로 하는 것을 포함한다.

【주 석】

많은 경우에 채무자에 대하여 금전지급이나 그 밖의 이행을 청구할 수 있는 채권자는 채권³⁹⁾을 타인에게 양도하는 것이 유용하다는 사실을 발견할 수 있다. 예컨대 은행에 대한 채권양도는 고객이 은행에서 신용으로 금융을 제공받는 일반적인 방법이다. 본절의 규정은 본조에 정의된 채권양도에 적용된다.

1. 합의에 의한 양도

본절은 합의에 의한 채권양도만 다룬다. 합의에 의한 채권양도는 (일부 법역에서 부보된 건물에 관하여 매도인이 보험자에 대하여 갖는 채권이 그 건물의 매수인에게 이전되는 것이나 회사합병의 경우에 채권이 자동으로 이전되는 것과 같이) 다양한 상황에서 준거법상 규정되는 법률에 의한 권리이전과 대립된다(제9.1.2조 나를 참조).

이러한 정의는 일부의 법제에서 양수인의 참여 없는 일어나는 일방적 행위에 의한 양도(unilateral transfer)에도 적용되지 않는다.

39) 본서에서 “right”는 문맥에 따라 편의상 ‘권리’ 또는 ‘채권’으로 번역되었으며 양자의 의미상 차이는 의도되어 있지 않다. 특히 본장 본절에서 양도의 맥락에서 권리보다는 채권이라는 표현이 더욱 친숙하고 널리 사용되므로 이를 주로 채권으로 번역하였다.

2. 금전채권 또는 비금전채권

반면에 이러한 정의는 금전채권의 양도에 한정되어 있지 않으며, 용역제공과 같은 다른 종류의 이행을 청구하는 채권도 포함한다. 또한 양도의 대상인 채권이 반드시 계약적 성질을 가져야 하는 것도 아니다. 비계약적 채권이나 판결에 기초하는 채권에 대해서도 제1.4조의 제한 하에 본질이 적용될 수 있다. 제9.1.5조의 요건에 따라 장래채권도 양도가능하다.

3. “양도”의 개념

채권“양도”는 채권이 양도인의 재산에서 양수인의 재산으로 바뀌는 것을 말한다. 이러한 정의는 담보 목적의 양도를 포함한다.

4. 제3자의 권리

양도인의 재산을 양수인의 재산으로 만드는 양도는 여전히 제3자의 권리에 의한 제한을 받는다. 양도인과 양수인 사이의 채권양도에 의하여 다양한 제3자 예컨대 누구보다도 채무자 외에도 양도인의 채권자나 제2의 양수인이 영향을 받을 수 있다. 제3자의 권리는 본질의 다른 규정(채무자와 제2의 양수인에 관하여 제9.1.10조와 제9.1.11조 참조)에 의하여 일부 보호된다. 경우에 따라 제3자의 권리는 달리 적용되는 준거법(예컨대 파산법)상의 강행규정에 의하여 규율된다.

제9.1.2조

(적용배제)

본절은 다음 각호의 양도에 적용되는 특별한 법규 하에서 이루어지는 양도에 적용되지 아니한다.

- (가) 유통증권, 권리증권 또는 금융증권과 같은 증권의 양도, 또는
- (나) 사업양도의 일환으로서의 채권의 이전

【주 석】

일부 형태의 권리양도는 보통 준거법상의 매우 특별한 규칙에 따르므로 본절에 의하여 규율되지 않는다.

1. 특별한 규칙에 의하여 규율되는 증권의 이전

특별한 규칙의 적용을 받는 일정한 종류의 증권의 양도는 본질의 적용범위 밖에 있다. 예컨대 환어음과 같은 유통증권은 보통 배서교부 또는 교부에 의하여 양도되고 또한 예컨대 양도인이 이용할 수 있는 항변에 관한 특별한 규칙의 적용을 받는다. 이러한 적용배제는 선하증권이나 창고증권과 같은 권리증권이나 주식이나 채권(債券, bond)과 같은 금융증권에도 적용된다. 보통 그러한 증권의 양도는 모두 특별한 규칙의 적용을 받는다.

다만 그럼에도 일부 범역에서 이러한 권리들이 보통의 양도(normal assignment)에 의하여 양도될 수 있는 가능성까지 배제되지 않으며, 그에 따른 양도에 대해서는 본질이 적용된다.

2. 사업양도

회사합병의 경우와 같이 사업양도의 일환으로 특별한 규칙에 따라 이루어지는 양도도 본질의 적용범위 밖에 있다. 그러한 권리의전에 대하여 준거법은 대개 일정한 요건 하에서 모든 권리와 의무가 법의 작용에 의하여(by operation of law) 포괄적으로 이전되도록 하는 체계를 마련하고 있다.

본조 나호는 양도되는 기업에 속한 특정한 권리를 별도로 개별적으로 양도하는 경우에 본질이 적용되는 것을 막지 않는다. 반면에 회사 주식의 양도는 본조 가호의 양도에 해당하고 따라서 본질의 적용범위 밖에 있다.

〈사 례〉

1. A 회사가 B 회사에게 이전된다. 그 준거법에서 A의 모든 권리의무가 자동적으로 B에게 이전하는 것으로 규정하고 있다면 본 원칙은 적용되지 않는다.
2. 첫 부분의 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 고객 X에 대한 [A의] 특정한 채권을 양수하는 데 관심이 없고 오히려 그 채권이 C회사에게 양도되기를 원한다. 이러한 특정한 채권의 양도에는 본 원칙이 적용된다.

제9.1.3조

(비금전채권의 양도)

비금전적 이행을 목적으로 하는 채권은 양도로 인하여 채무의 부담

이 중대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 양도될 수 있다.

【주 석】

채권양도는 원칙적으로 채무자의 권리와 의무에 영향을 주지 않는다. 그러나 이제는 이행을 다른 채권자(양수인)에게 하여야 한다는 사실 때문에 이행되는 채무의 상황이 어느 정도 달라질 수 있다. 이행지가 다를 수도 있다. 채권자가 바뀌는 것 자체만으로 채무의 부담이 가중될 수 있다.

제9.1.8조는 채권양도로 발생하는 추가비용을 양도인이나 양수인으로부터 상환받을 수 있는 권리를 채무자에게 부여한다. 이러한 규정은 금전채권의 양도의 경우에는 문제를 처리하기에 충분하다. 그러나 비금전채권의 양도의 경우에 그러한 구제수단이 항상 충분하지는 않다. 본조는 비금전채권의 경우에 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되는 때에는 양도 자체를 부정한다.

〈사 례〉

1. X 회사는 A 회사가 목재보관을 위하여 사용하는 창고에 도난을 막기 위한 경비용역을 제공하기로 확약한다. 창고가 B 회사에게 매각되고 B는 그 창고를 동일한 용도로 사용하고자 한다. 본조의 어떠한 규정도 A가 X에 대한 그의 경비용역채권을 B에게 양도하는 것을 막지 않는다.
2. 사실관계는 〈사례 1과〉 같으나 이제는 B가 창고를 전자장비를 보관하는 용도로 사용하고자 한다는 차이가 있다. X에 대한 A의 경비용역채권은 B에게 양도될 수 없다. 목재의 보관에 비하여 전자장비의 경비위험이 매우 높으므로 X의 의무부담이 중대하게 가중되기 때문이다.

제9.1.4조

(일부양도)

(1) 금전지급을 목적으로 하는 채권은 그 일부를 양도할 수 있다.

(2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권은 그것이 분할가능하고 또한 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 그 일부를 양도할 수 있다.

【주 석】

1. 경제적 이해

채권의 일부양도는 다양한 경제적 목적에 기여한다. 예컨대 계약당사자는 고객에 대한 금전채권의 일부를 금융기관에 양도하고 나머지 부분은 자신이 보유 하길 원할 수 있다. 아니면 나머지 부분을 모두 그의 원료공급자에게 양도하기를 원할 수도 있다.

그러나 일부양도의 허용은 양도로 인하여 채무자의 처지가 더 불리하게 되지 않아야 한다는 원칙에 영향을 줄 수 있다. 채권이 분할되면 채무자는 일부씩 수 차 이행하여야 하고 그에 따라 추가비용이 발생할 수 있다.

2. 금전채권과 비금전채권

채무자가 한 번이 아니라 두 번 이상 금전지급을 하여야 하는 부담 자체만으로는 지나친 것으로 간주되지 않으므로 금전채권의 일부양도는 원칙적으로 허용 된다(제1항).

비금전채무의 양도의 경우에는 다른 규칙이 우선하고, 일부양도의 가부는 누적적인 두 가지 요건에 의존한다. 분할하여 이행하는 것이 가능한지 그리고 일부양도로 채무자의 부담이 얼마나 가중되는지가 그것이다. 이미 제9.1.3조는 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되는 경우에 비금전채권의 양도 자체를 부정한다. 본조 제2항은 동일한 규칙을 비금전채권의 일부양도에 적용한다.

어떠한 경우에도 채무를 분할하여 수차 이행하여야 하게 됨으로써 채무자가 부담한 추가비용은 제9.1.8조에 따라 상환되어야 한다.

〈사 례〉

1. 매수인 X는 매도인 A에게 미화 1,000,000 달러의 대금을 10월31일에 지급하여야 한다. A는 미화 600,000 달러가 급히 필요하여 그의 채권의 일부인 미화 600,000 달러를 B 은행에게 양도하고, X에게 일부양도 사실을 통지한다. 10월31일에 A와 B는 X에게 각자 해당부분의 지급을 청구한다. X는 A에게 미화 400,000 달러를, B에게 미화 600,000 달러를 지급하여야 한다.

2. 금속회사 X는 10월31일에 차량제조회사 A에게 1,000톤의 철강을 인도하여야 한다. 차량판매의 감소로 A는 10월31일에는 그렇게 많은 철강이 필요하지 않을 것으로

예상하고 300톤의 채권을 차량제조회사 B에게 양도하고, X에게 일부양도 사실을 통지한다. 10월31일이 되자, A와 B는 X에게 각자 해당부분의 인도를 청구한다. X는 A에게 700톤을, B에게 300톤의 철강을 인도하여야 한다.

3. 세무사 X는 세법의 개정에 따른 적절한 영업정책을 결정하고자 하는 A 회사의 재무를 30일에 걸쳐 점검해주기로 약속하였다. 그 후 A는 자신이 지급할 보수의 수준에 비추어 그러한 약속을 한 것을 후회하고는 그 중 15일치의 채권을 B 회사에 양도하겠다고 제의한다. X는 이행이 성질상 분할불가능하다는 이유로 일부양도에 반대할 수 있다. 또한 X는 B의 재무가 A의 재무보다 훨씬 더 복잡하다고 주장할 수도 있다.

제9.1.5조

(장래채권)

장래채권은 그것이 존재하게 된 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 경우에 한하여 합의시에 양도된 것으로 본다.

【주 석】

1. 경제적 이해

본절에서 말하는 장래채권은 (장래에 이행되어야 하는 이미 발생한 채권과는 달리) 장래에 발생할 수도 있고 발생하지 않을 수도 있는 채권을 말한다. 장래채권의 예로는 은행이 신용한도 내에서 장래의 대출을 승인받은 고객에 대하여 장차 취득할 채권이나 어떤 회사가 장래에 체결될 다른 회사와의 계약에 기하여 취득할 채권을 들 수 있다. 장래채권의 양도는 경제적으로 매우 중대한 의미를 가질 수 있다.

2. 특정가능성

본조에 따라 장래채권은 그것이 존재하게 된 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있다는 전제 하에 양도가능하다. 이러한 요건을 부과한 이유는 장래채권을 이전할 때 모호하고 너무 넓은 일반적 용어를 사용함으로써 초래되는 어려움을 피하기 위함이다.

3. 소급효

본조는 장래채권의 양도가 양도인과 양수인 사이에 소급효를 갖는다고 규정한다. 장래채권은 그것이 존재하게 되면 양도합의시에 이전이 일어난 것으로 본다.

제3자와의 관계에서 제3자의 권리는 경우에 따라 해당 준거법(예컨대 파산법)상 강행규정의 적용을 받는다는 것을 유의하여야 한다. 그러나 제3자의 권리는 제9.1.10조와 제9.1.11조의 통지의 효과에 관한 규정을 포함한 본조의 다른 규정에 의하여 일부 보호된다.

〈사 례〉

신티투자의 금융을 위하여 A 회사는 특정한 기술을 장래에 라이선스하고서 취득할 실시료채권을 B 금융기관에게 양도한다. 6개월 후 A는 그 기술을 X 회사에게 라이선스한다. 실시료채권은 양도합의일에 B에게 양도된 것으로 된다. 다만 그 실시료채권은 양도합의의 대상인 것으로 확인될 수 있어야 한다.

제9.1.6조

(일괄양도)

복수의 채권은 양도시나 그 채권이 존재하게 되는 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 한 개별지정 없이 양도될 수 있다.

【주 석】

채권은 종종 묶음으로 또는 일괄적으로 양도된다. 예컨대 회사는 그의 모든 매출채권(receivable)을 채권매입회사(factoring company)에게 양도하기도 한다. 실무상 개개의 채권을 일일이 특정하여 양도하도록 한다면 지나친 부담이 되지만, 일괄양도되는 개별채권이 그 일괄양도의 일부를 구성한다는 것을 인지할 수 있도록 하는 정도의 총체적 특정은 필요하다.

기존채권의 경우 그러한 인지는 양도시에 가능하여야 한다. 장래채권이 묶음에 포함된 경우에 장래채권은 제9.1.5조에 따라 그것이 존재하게 된 때에 특정 가능하여야 한다.

〈사 례〉

소매상 A는 그의 매출채권을 모두 채권매입업자 B에게 양도한다. 수천의 기존채권 및/또는 장래채권이 있다. 이러한 양도는 개개 채권의 개별적 특정을 요하지 않는다. 그 후 B는 채무자에게 특정한 개별 매출채권의 양도통지를 한다. B로서는 그 매출채권이 양도시에, 또는 양도시에 존재하지 않았던 채권의 경우에는 그 채권이 존재하게 된 때에 묶음 중에 포함되어 있다는 사실을 증명할 수 있어야 한다.

제9.1.7조

(양도인과 양수인 사이의 합의로 충분)

(1) 채권은 채무자에 대한 통지 없이 양도인과 양수인 사이의 합의에 의하여 양도된다.

(2) 채무가 상황에 따라 일신전속적인 성질을 갖지 않은 한 채무자의 승낙은 요구되지 아니한다.

【주 석】

제9.1.1조의 정의에서 채권양도는 “합의에 의한 양도”(transfer by agreement)로 명시되어 있다. 제9.1.7조 내지 제9.1.15조는 양도인, 양수인 및 채무자 각각의 법적지위를 규율한다.

1. 양도인과 양수인 사이의 단순한 합의

본조 제1항에 따라 채권양도는 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 효력이 있고, 이때부터 채권은 양도인의 재산이 아닌 양수인의 재산이 된다. 제1.2조에 의하면 본 원칙의 어떠한 규정도 계약이 특정한 방식으로 체결될 것을 요구하지 않는바, 이러한 본조 제1항의 규정은 그러한 제1.2조의 일반원칙을 채권양도에 적용한 것이다. 물론 이러한 규정은 제1.4조에 따라 달리 적용되는 준거법상의 강행규정의 적용가능성에 영향을 주지 않는다. 따라서 예컨대 담보목적의 채권 양도는 방식에 관하여 특별한 요건의 제한을 받을 수 있다.

제9.1.1조의 주석 4에서 기술하였듯이 제3자의 권리는 본조의 다른 규정들에 의하여 일부 보호되는바(채무자와 제2의 양수인에 관하여 제9.1.10조와 제9.1.11조 참조), 본조 제1항의 규칙은 그러한 제3자의 권리에 의하여 제한되고,

나아가 경우에 따라 제1.4조에 따라 달리 적용되는 준거법(예컨대 파산법)상의 강행규정에 의하여 규율된다. 그러나 양도인과 양수인 사이에서 제9.1.10조가 규정하는 채무자에 대한 통지는 채권양도의 효력발생요건이 아니라는 점은 강조되어야 한다.

2. 채무자 승낙의 원칙적 불요

제2항은 이미 제1항에 내포된 규칙, 즉 채권양도는 양도인과 양수인 사이에서는 채무자에 대한 통지가 없이도 효력이 있다는 규칙을 명시한다.

3. 예외: 본질적인 일신전속적 채무

채무가 본질적으로 일신전속적인 경우 즉 채무자가 오직 당해 채권자에 한하여 채권을 부여한 경우에 대비한 예외가 있다. 일신전속적 채무의 경우에는 채무자로 하여금 당해 채권자 외의 다른 사람을 위하여 이행하도록 하는 것은 부적절하기 때문에 채무자의 승낙이 없이는 양도가 금지된다.

〈사 례〉

1. X 회사는 인권수호기구 A가 주관하는 활동을 후원하기로 약속한다. A는 채권을 환경보호활동을 하는 B 기구에게 양도하고자 한다. 이러한 양도는 X의 승낙이 있어야만 가능하다.
2. 어떤 유명한 소프라노는 A 에이전트와 계약을 체결하여 A가 개최하는 콘서트에 출연하기로 한다. A는 그 소프라노에 대한 채권을 B 에이전트에 매각한다. 이러한 양도는 상황에 비추어 그 소프라노가 오직 A를 위하여만 출연할 의사를 가졌다고 보이는 때에는 그 소프라노의 승낙을 요한다.

4. 다른 규정들의 효과

양도인과 채무자 사이의 계약서상 양도금지조항도 채무자의 승낙 없이 채권 양도를 할 수 있는지 여부에 영향을 준다(제9.1.9조 참조). 다만 양도금지조항의 존재 자체만으로 당해 채무가 묵시적으로 일신전속적인 것으로 되지는 않는다.

본조는 양도 후 채무자가 양도인에게 지급하는 것을 막기 위하여 채무자에게 양도통지를 반드시 해야 하는지의 문제를 다루지 않는다. 이에 관하여는 제

9.1.10조와 제9.1.11조를 보라.

제9.1.8조

(채무자의 추가비용)

채무자는 채권양도로 인하여 발생한 추가비용을 양도인 또는 양수인으로부터 상환받을 권리가 있다.

【주 석】

1. 추가비용의 상환

채권양도가 반드시 채무자의 권리와 의무에 영향을 주는 것은 아니다. 그러나 원래의 채권자가 아닌 양수인에게 채무를 이행하여야 하는 사실 때문에 채무자에게 추가비용이 발생하는 경우에 본조는 채무자에게 상환청구권을 부여한다.

〈사 례〉

1. X 회사는 A 회사에게 1,000,000 유로의 대출금을 상환하여야 한다. 두 회사는 모두 M 국에 있다. A는 그의 채권을 N국에 있는 B 회사에게 양도한다. X는 이제는 국제적 이체를 하여야 하므로 그에 따른 추가비용을 상환받을 권리가 있다.

본조에서 정한 규칙은 계약당사자가 계약체결 후에 영업소를 변경하는 경우에 대하여 유사한 해법을 규정하는 제6.1.6조와 일관성이 있다.

2. 양도인 또는 양수인에 의한 비용상환

채무자는 추가비용의 상환을 양도인 또는 양수인에게 청구할 수 있다. 금전 채무의 경우에 채무자는 종종 그가 양수인에 대하여 부담하는 채무와 그의 상환 청구권을 상계할 수 있는 지위에 있게 된다.

3. 일부양도

특히 일부양도의 경우에(제9.1.4조 참조) 추가비용이 발생할 것이다. 이때에도 본조가 적용된다.

〈사 례〉

2. 제9.1.4조의 〈사례 2〉에서 A는 X에 대한 철강인도청구권의 일부를 B에게 양도한다. 이제는 X는 1,000톤의 철강을 모두 A에게 인도하는 것이 아니라 A에게 700톤을, B에게 300톤을 인도하여야 한다. X는 이렇게 분할하여 두 번 이행해야 함에 따른 추가비용을 상환받을 권리가 있다.

4. 채무 부담의 증대한 가중

다음의 두 경우에는 추가비용의 상환만으로 충분한 구제가 되지 못한다. 첫째, 제9.1.3조에 따라 채무자의 부담이 증대하게 가중되는 경우에 비금전채권의 양도는 허용되지 않는다. 둘째, 유사한 상황에서 제9.1.4조에 따라 비금전채권의 일부양도도 허용되지 않는다.

제9.1.9조

(양도금지조항)

(1) 금전지급을 목적으로 하는 채권의 양도는 양도인과 채무자 사이에 양도를 제한하거나 금지하는 합의가 있더라도 효력이 있다. 그러나 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.

(2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권의 양도는 이를 제한하거나 금지하는 양도인과 채무자 사이의 합의에 반하는 경우에는 효력이 없다. 그러나 양수인이 양도시에 그러한 합의를 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에 양도는 효력이 있다. 이때 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.

【주 석】

1. 이익의 균형

제9.1.7조 제2항에 따라 채무가 본질적으로 일신전속적이지 않은 한 양도인과 양수인 사이에서 양도는 채무자의 승낙이 없이도 유효하다. 그러나 실무상 원래의 채권자/양도인과 채무자 사이의 계약에서 원래의 채권자/양도인이 채권을 양도하는 것을 제한하거나 금지하는 조항이 흔히 삽입된다. 이는 채권자가 바뀌는 것을 채무자가 원하지 않을 수 있기 때문이다. 양도금지조항에도 불구하고

고 원래의 채권자/양도인이 채권을 양도한다면 채무자와 양수인 사이에 충돌하는 두 이익의 비교형량이 요구된다. 채무자는 계약위반⁴⁰⁾으로 인하여 피해를 받지만 양수인도 동등하게 보호되어야 한다. 보다 일반적인 차원에서 채권양도가 효율적인 금융수단이라는 점도 중요하게 존중되어야 한다.

이러한 맥락에서 본조는 금전채권의 양도와 비금전채권의 양도를 구분한다.

2. 금전채권

금전채권양도의 경우에 제1항은 금융의 필요성을 더 중시한다. 양도금지조항에도 불구하고 금전채권의 양수인은 보호되고 양도는 완전한 효력을 갖는다. 그러나 양도인은 계약상 의무를 위반하였으므로 제7장 제4절에 따라 채무자에 대하여 계약불이행에 대한 손해배상책임을 진다.

〈사 례〉

1. 시공사 A는 공사의 일정단계를 완성하면 발주자 X에게 미화 100,000 달러의 지급을 청구할 수 있다. 계약서에는 A의 채권양도를 금지하는 조항이 들어있다. 그럼에도 A는 채권을 B 은행에게 양도한다. 그러한 조항에도 불구하고 B는 그 양도에 기하여 이행기에 X에 대하여 지급을 청구할 수 있다. 한편 X는 A에 대하여 그러한 조항위반을 이유로 계약위반을 주장할 수 있다. 예컨대 X는 자신이 입은 손해를 증명하여 손해배상을 청구할 수 있다.

2. X 회사는 A 회사에 대하여 500,000 유로의 채무가 있고 이 채무는 그 지급기일에 X가 A에 대하여 가지고 있는 200,000 유로의 채권과 일부 상계될 수 있다. X와 A 사이의 계약서에는 양도금지조항이 들어있다. 그러한 조항을 무시하고 A는 그의 500,000 유로의 채권을 B에게 양도한다. X는 200,000 유로의 채권을 별도의 절차로 추심해야 함으로써 발생하는 비용을 손해로 A에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

3. 비금전채권

비금전채권의 양도는 금융의 필요성과 관련이 적으므로 다른 해법이 정당하고 이는 제2항에서 규정한다. 세 당사자(양도인, 양수인, 채무자) 사이에 충돌하는 이해관계의 균형을 맞추기 위하여 제2항은 양도금지조항이 양수인에 대하여

40) 이는 채권양도가 채권자(양도인)와 채무자 사이의 계약위반임을 지칭한다.

도 효력을 가지며 그 결과 양도금지조항에 반하는 양도는 채무자에 대하여 효력이 없다는 규칙을 채택한다. 그러나 양도시에 양수인이 양도금지조항을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에는 반대로 된다. 이러한 후자의 경우에 양도는 [채무자에 대해서도: 역자주] 효력을 발생하며 결국 양도인은 제7장 제4절에 따라 채무자에 대하여 계약의 불이행에 따른 손해배상책임을 진다.

〈사 례〉

3. X 회사는 일정기간에 걸쳐 기술을 개발하여 모든 개량기술을 A 회사에게 제공하는 데 합의하였다. X와 A 사이의 계약은 X에 대한 A의 권리는 양도할 수 없다고 명시한다. A는 그러한 기술이 더 이상 필요하지 않아 그의 권리를 B 회사에게 양도하고자 시도한다. 이러한 양도는 효력이 없다. X는 B의 채무자로 되지 않는다. 이러한 경우에 B는 제9.1.15조 나호에 따라 A에 대하여 책임을 물을 수 있다.

제9.1.10조

(채무자에 대한 통지)

(1) 양도인 또는 양수인으로부터 양도통지를 수령하기 전에는 채무자는 양도인에게 지급⁴¹⁾함으로써 채무를 면한다.

(2) 그러한 통지를 수령한 후에는 채무자는 오직 양수인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

【주 석】

1. 양도통지의 채무자에 대한 효과

양도인과 양수인 사이에서는 양자의 합의로 양도의 효력이 발생하나(제9.1.7조 참조), 채무자는 양도통지를 수령하기 전에는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다. 채무자가 양도인에게 지급하는 경우에 양수인은 양도인에 대

41) 본절 특히 본조와 그 주석에서 원문은 “pay”(지급하다)라고 하고 있다. 특히 제 9.1.3에서 명시하듯이 본 원칙상 일정한 제한 하에 비금전채권의 양도도 허용됨에도 불구하고 본조에서 일반적으로 ‘(금전을) 지급하다’라는 의미를 갖는 “pay”라는 용어를 사용하는 것은 납득하기 어렵다. 다만 “pay”라는 용어를 사용하는 것은 국제거래에서 채권 양도는 대부분 금전채권의 양도이기 때문이라고 선해할 수 있을 것이다.

하여 상환을 청구할 수 있다(제9.1.15조 바호 참조). 채무자가 양도통지를 수령하는 때 비로소 양도는 채무자에 대하여 효력을 갖는다. 그 이후에는 채무자는 오직 양수인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

〈사 례〉

1. 매도인 A는 매수인 X에 대한 대금채권을 B 은행에게 양도한다. A도 B도 X에게 양도통지를 하지 않는다. 지급기일이 되자 X는 A에게 대금을 지급한다. 그 지급은 효력이 있으며 X는 채무를 면한다. 제9.1.15조 바호에 따라 A에게 상환을 요구하는 것은 B의 몫이다.

2. 매도인 A는 매수인 X에 대한 대금채권을 B 은행에게 양도한다. B는 즉시 X에게 양도사실을 통지한다. 지급기일이 되자 X는 그럼에도 A에게 대금을 지급한다. X는 채무를 면하지 못하며 B는 X에 대하여 여전히 지급을 청구할 수 있다.

양도통지를 수령하기 전에 채무자는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다. 이때 채무자가 양도 사실을 알았는지 알았어야 하는지 묻지 않는다. 이러한 규칙의 취지는 양도 사실을 채무자에게 통지할 부담을 양도계약의 두 당사자인 양도인과 양수인에게 지우기 위함이다. 국제상사계약의 맥락에서 이러한 해법은 정당한 것으로 보인다. 그러나 이러한 해법은 채무자가 양도인에게 지급할 때 악의(bad faith)로 행위하는 경우와 같이 일정한 경우에 채무자가 손해배상책임을 질 수도 있음을 반드시 배제하지는 않는다.

당사자는 때로는 이른바 “조용한 양도”(silent assignment)를 이용하기도 하는데, 이는 채무자에게 양도 사실을 알리지 않기로 하는 양도인과 양수인 사이의 합의이다. 이러한 약정은 당사자간에는 효력이 있으나, 양도통지를 수령하지 않은 채무자로서는 제9.1.10조 제1항에 따라 양도인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

2. “통지”의 의미

“통지”는 제1.10조에서 말하는 넓은 의미로 이해되어야 한다. 본조가 양도통지의 내용을 명시하지는 않으나 양도통지에서는 양도 사실뿐만 아니라 양수인이 누구인지, 어떤 채권이 양도되는지(제9.1.6조의 제한 하에), 일부양도의 경우에는 얼마나 양도되는지를 표시하여야 한다.

3. 통지의 주체

본조 제1항은 누가 통지하여야 하는지, 즉 양도인 또는 양수인이 하여야 하는지에 관하여 침묵한다. 실무상 대부분의 경우에 양수인이 통지를 주도할 것이다. 왜냐하면 양도에도 불구하고 채무자가 양도인에게 지급하는 것을 피하는 데 따른 이익은 주로 양수인이 갖기 때문이다. 그러나 양도인이 통지하더라도 효력은 같다. 다만 양수인이 통지하는 경우에 채무자는 그 양도의 적절한 증거를 요구할 수 있다(제9.1.12조 참조).

4. 통지의 시기

본조는 양도계약이 체결된 이후에만 통지할 수 있다고 규정하지 않는다. 경우에 따라 장래의 양도인과 채무자는 계약상 발생하는 권리를 금융기관에 양도할 수 있다고 합의할 수 있다. 이러한 합의를 본조에서 규정하는 효과를 갖는 적절한 통지로 볼 수 있는지 여부는 해석의 문제(matter of interpretation)이며 당해 조항이 장래의 양수인이 누구인지를 얼마나 구체적으로 명시하고 있는지에 달려있다.

5. 통지의 철회

채무자에 대한 통지는 일정한 경우 예컨대 양도계약 자체가 무효인 경우나 담보 목적의 양도가 그 목적을 다한 경우에 철회될 수 있다. 그러나 통지의 철회는 철회 전에 당시 양수인이었던 자에게 한 지급에 영향을 미치지 않는다. 물론 채무자는 통지의 철회 후에 그러한 지급을 한다면 채무를 면하지 못할 것이다.

제9.1.11조

(연속양도)⁴²⁾

동일한 채권이 동일한 양도인에 의하여 둘 이상의 양수인에게 양도

42) 본조의 연속양도는 “successive assignment”를 번역한 것으로 양수인이 다른 사람에게 다시 양도한다는 의미가 아니라 이른바 이중양도 즉 양도인이 동일한 채권을 다른 양수인에게 또 양도한다는 의미이다.

되는 경우에 채무자는 양도통지를 수령한 순서에 따라 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

【주 석】

1. 선통지의 우선

본조는 동일한 양도인이 동일한 채권을 복수의 양수인에게 양도하는 상황을 다룬다. 통상 이러한 상황이 발생하면 안 되겠지만 실무상 양도인이 고의로 또는 부주의로 그렇게 하는 경우가 있다. 이러한 경우에 최초로 통지하는 양수인이 우선권을 갖는다. 다른 양수인들은 제9.1.15조 다호에 따라 양도인에게 책임을 물을 수 있을 뿐이다.

〈사 례〉

2월5일에 매도인 A는 매수인 X에 대한 대금채권을 B 은행에게 양도하고 그 후 2월 20일에 C 은행에게 다시 양도한다. C는 2월21일에 양도통지를 하고 B는 2월25일에 비로소 통지한다. 채권은 C에게 양도되기 전에 B에게 먼저 양도되었지만 X는 C에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

일부 법역의 지배적인 해법과 달리 본조는 양도통지가 이루어지지 않은 경우에 양도의 사실을 채무자가 실제로 알았는지(實際認知, actual knowledge) 또는 알았어야 했는지(擬制認知, constructive knowledge)를 고려하지 않는다. 이러한 접근법을 취한 이유는 양도통지를 촉진시킴으로써 국제계약의 맥락에서 특히 요구되는 법적안정성을 제고하기 위함이다.

2. 불통지의 효과

이중양도의 상황에서 어느 양수인도 양도통지를 하지 않는다면 채무자는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다(제9.1.10조 제1항 참조).

3. 적절한 증거 없이 하는 통지

양수인이 통지하면서 양도 사실을 증명하는 적절한 증거를 제공하지 않는 경우에 제9.1.12조에 따라 양도통지는 효력을 갖지 못할 수 있다.

제9.1.12조

(양도의 적절한 증거)

(1) 양수인이 양도통지를 하는 경우, 채무자는 양수인에게 양도가 있음을 증명하는 적절한 증거를 합리적인 기간 내에 제공할 것을 요구할 수 있다.

(2) 적절한 증거가 제공될 때까지 채무자는 지급⁴³⁾을 유보할 수 있다.

(3) 적절한 증거가 제공되지 않는다면 통지는 효력이 없다.

(4) 적절한 증거는 양도인으로부터 나온 것으로 양도가 있었음을 보여주는 문서를 포함하나 그에 한하지 아니한다.

【주 석】

제9.1.10조와 제9.1.11조가 규정하듯이 양도통지의 수령은 중요한 효과가 있으므로 본조는 양도가 실제로 이루어졌다는 적절한 증거를 요구할 수 있도록 함으로써 허위의 “양수인”(fake “assignee”)이 사기적인 양도통지를 할 위험으로부터 채무자를 보호하고자 한다. 적절한 증거가 제공될 때까지 채무자는 그러한 자칭양수인에 대한 지급을 유보할 수 있다. 적절한 증거가 제공되는 경우에 양도통지는 양도통지일부터 효력을 갖는다.

〈사 례〉

발주자 X는 12월1일에 시공자 A에게 미화 200,000 달러를 지급하여야 하며, 이는 총 플랜트건설대금의 분할지급금(instalment) 중의 하나이다. 10월에 A는 채권을 B 은행에게 양도한다. A 또는 B가 X에게 양도통지를 할 수 있다. 만약 B가 주도적으로 통지하여 자신이 채권의 양수인임을 X에게 [주장]한다면, X는 B에게 적절한 증거를 제공할 것을 요구할 수 있다. 이때 B는 양도계약서나 A가 발행하는 양도 사실을 확인하는 다른 문서를 제공할 수 있다. 물론 그 밖의 형태의 증거를 제공하는 것도 가능하다. 그러한 적절한 증거가 제공될 때까지 X는 지급을 유보할 수 있다.

43) 원문은 “payment”라고 하는데, 이는 납득하기 어렵다. 본조는 금전채권뿐만 아니라 비금전채권에 적용되기 때문이다. 다만 이를 선택할 수 있음은 앞의 각주에서 밝힌 바와 같다.

제9.1.13조

(항변과 상계권)

(1) 채무자는 자신이 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 양수인에 대하여 주장할 수 있다.

(2) 채무자는 양도통지를 수령할 때까지 양도인을 상대로 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에 대하여 행사할 수 있다.

【주 석】

1. 항변의 주장

채권은 원칙적으로 채무자의 승낙이 없이도 양도될 수 있다(제9.1.7조 제2항 참조). 이러한 해법은 양도로 인하여 채무자의 법적지위가 불리하게 되지는 않을 것을 전제한다.

채무자에 대한 원래 채권자의 채무의 불완전이행(defective performance)과 같은 항변사유로써 채무자가 원래의 채권자에 대한 지급을 유보하거나 거절할 수 있었던 경우가 있다. 이러한 항변을 양수인에 대해서도 주장할 수 있는지를 결정하기 위해서는 당사자들 각자의 이익을 형량하여야 한다. 즉 채무자의 지위가 양도로 인하여 더 불리하게 되지 않아야 하고, 양수인의 입장에서는 그가 양수한 채권이 완전하여야 한다.

본조 제1항에 따라 채무자는 양도인이 채권을 행사하였다면 그에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 양수인에 대하여 주장할 수 있다. 이때 양수인은 제9.1.15조 라호에 따라 양도인에게 책임을 물을 수 있을 것이다.

〈사 례〉

1. 소프트웨어회사 A는 고객 X에게 늦어도 연말까지 새로운 회계소프트웨어를 설치 해주기로 약속한다. 그 대금의 주된 부분은 소프트웨어 설치가 완료된 후 1개월이 되는 때 지급되어야 한다. A는 즉시 채권을 B 은행에게 양도한다. 지급기일이 되어 B가 X에게 지급을 청구하자 X는 설치된 새 소프트웨어가 제대로 작동하지 않아 회계 부서가 혼란에 빠져있다고 설명한다. X는 그러한 파국적 사태가 치유될 때까지 지급을 거절한다. X가 B에 대하여 항변을 주장하는 것은 정당하고 B는 제9.1.15조 라에 따라 A에게 책임을 물을 수 있다.

절차적 성질의 항변에도 동일한 해법이 적용된다.

〈사 례〉

2. X 회사는 시공사 A에게 가스터빈을 판매한다. 이는 발주자 B를 위하여 건설하는 공장에 설치될 예정이다. 공장이 완공되자 A는 만족할 만한 이행에 대한 보증을 [즉 가스터빈에 대한 하자담보책임에 관한 채권을: 역자주] B에게 양도한다. 가스터빈이 제대로 작동하지 않자 B는 그의 영업소가 있는 법원에 X를 상대로 소를 제기한다. X는 그와 A 사이의 계약서에 있는 중재조항을 성공적으로 주장할 수 있을 것이다.

2. 상 계

제2항에 따라 채무자는 제8.1조 하에서 양도통지가 있기 전에 양도인을 상대로 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에 대하여 행사할 수 있다.

이러한 해법은 양도로 인하여 채무자의 지위가 불리하게 되지 않아야 한다는 원칙에 부합한다. 양수인의 이익은 제9.1.15조 마호에 따라 양도인에 대하여 가지는 권리에 의하여 보호된다.

〈사 례〉

3. A 회사는 X 회사에 대한 100,000 유로의 금전채권을 B 회사에게 양도한다. 그런데 X도 A에 대하여 60,000 유로의 금전채권이 있다. 두 채권은 아직 제8.3조의 통지에 의하여 상계되지 않았으나 양도통지가 있기 전에 이미 상계의 요건을 모두 갖추고 있었다. X는 여전히 양수인에게 통지함으로써 상계권을 행사할 수 있다. 그 후 B는 X에 대하여 40,000 유로만을 청구할 수 있다. B는 그 차액(60,000유로)을 A로부터 회복할 수 있다. 제9.1.15조 마호에 의하여 A는 채무자가 양도되는 채권에 관하여 상계의 통지를 하지 않을 것을 확약하기 때문이다.

제9.1.14조

(양도되는 채권에 관한 권리)

채권양도는 양수인에게 다음 각호의 권리를 이전시킨다.

(가) 양도되는 채권에 관한 양도인의 계약상 모든 지급청구권 또는 그 밖의 이행청구권

(나) 양도되는 채권의 이행을 담보하는 모든 권리

【주 석】

1. 양도의 범위

본 규정은 제9.1.13조와 동일한 원칙의 영향을 받은 것이다. 양도는 양도인의 채권 자체, 채무자가 주장할 수 있는 항변과 양도되는 채권에 관한 양도인의 계약상 모든 지급청구권 그 밖의 이행청구권, 그리고 양도되는 채권의 이행을 담보하는 모든 권리를 이전시킨다.

〈사 례〉

1. A 은행은 고객 X에게 대출한 1,000,000 유로의 상환청구권이 있고 그 이자율은 3%이다. A는 그 원금상환채권을 B 은행에게 양도한다. 이러한 양도는 이자채권 및 관련 담보권도 이전되도록 작용한다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 대출계약상 X가 이자를 부지급하는 경우에 A가 조기상환을 청구할 수 있다는 차이가 있다. 이러한 조기상환청구권도 B에게 이전된다.
3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X가 약간의 주식을 A를 담보권자로 하여 담보로 예치하였다는 차이가 있다. 이러한 담보권도 B에게 이전한다. 다만 제1.4조에 따라 달리 적용되는 준거법상 강행적 요건이 부과된다면 그에 따른 제한을 받는다.

2. 일부양도

채권이 일부 양도되는 경우에 본조가 적용되는 권리는 분할가능하다면 비율적으로 이전한다. 분할가능하지 않은 권리의 경우에 당사자는 그것이 양수인에게 이전되는지 아니면 양도인이 계속 보유하는지를 결정하여야 한다.

3. 임의규정

그러나 [가호]⁴⁴⁾의 규칙은 양도인과 양수인 사이의 합의로 변경될 수 있다. 따라서 예컨대 양도인과 양수인은 합의로 이자채권을 분리하여 양도할 수 있다.

44) 원문은 제1항이라 하나 이는 오류로 보인다.

4. 양도인의 협력

제5.1.3조의 일반적 협력의무에 따라 양도인은 양수인이 부종하는 권리와 담보권의 이익을 누릴 수 있도록 필요한 모든 조치를 취할 의무가 있다.

제9.1.15조

(양도인의 확약)

양도인은 양수인에 대하여 다음을 확약한다. 다만 양수인에게 이미 고지된 경우에는 그러하지 아니하다.

(가) 양도되는 채권이 장래채권이 아닌 한 양도시에 존재한다는 것

(나) 양도인은 채권을 양도할 권한이 있다는 것

(다) 채권이 이전에 다른 양수인에게 양도되지 않았고 제3자의 권리나 권리주장의 대상이 아니라는 것

(라) 채무자가 아무런 항변도 갖고 있지 않다는 것

(마) 채무자나 양도인이 양도되는 채권에 관하여 상계의 통지를 하지 않았고 또한 하지 않을 것

(바) 양도인은 양도통지 전에 채무자로부터 수령한 금액을 양수인에게 상환할 것

【주 석】

양수인에게 합의로 채권을 양도할 때 양도인은 몇 가지를 확약한다.

1. 채권의 존재

양도되는 채권은 양도시에 존재하여야 한다. 예컨대 이미 지급되었거나 채권이 이미 소멸한 경우에 채권은 양도시에 존재하지 않는다.

〈사 례〉

1. A 회사는 채권매입업자 B에게 한 묶음의 채권을 양도한다. B가 지급을 청구하자 고객 X는 양도 전에 이행기에 놓인 금액이 이미 지급된 것을 증명한다. B는 양도시에 이미 채권이 존재하지 않았던 것을 이유로 A에 대하여 책임을 물을 수 있다.

제9.1.5조에 의하여 허용되듯이 장래채권의 양도의 경우에는 이러한 확약이 존재하지 않는다.

〈사 례〉

2. A 회사는 그와 X 회사 사이에서 가까운 장래에 체결될 기술라이선스의 실시료 채권을 B 은행에게 양도한다. 계약은 결국 체결되지 않는다. B는 A에 대하여 아무런 청구도 하지 못한다.

2. 채권을 양도할 양도인의 권한

양도인은 채권을 양도할 권한을 갖는다. 그러나 예컨대 법률이나 계약에 의하여 채권의 양도가 금지되어 있는 경우에는 양도인은 채권을 양도할 수 없다.

〈사 례〉

3. X 회사는 일정기간에 걸쳐 기술을 개발하여 모든 개량기술을 A 회사에게 제공하는 데 합의하였다. X와 A 사이의 계약은 X에 대한 A의 권리는 양도할 수 없다고 명시한다. A는 그러한 기술이 더 이상 필요하지 않아 그의 권리를 B 회사에게 양도하고자 시도한다. 이 사례는 앞의 제9.1.9조에서 유효하지 않은 양도의 예로서 이미 제시되었다. 이러한 경우에 B는 A에 대하여 제9.1.15조 바호에 따른 책임을 물을 수 있다. 그러나 B가 자신은 양도금지조항을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않았다는 것을 증명한다면 결과는 반대로 된다는 것을 유의하여야 한다.

3. 기양도사실의 부존재, 제3자의 권리 또는 권리주장의 부존재

만일 양도인이 채권을 이미 다른 양수인에게 양도하였다면 일반적으로 이를 다시 양도(제2의 양도)할 권한이 없으며 이러한 금지는 나호의 확약에 의하여 이미 규율되는 것으로 볼 수 있다. 이러한 가정의 현실적 중요성에서 볼 때 별도의 명시적 규정을 두는 것이 정당하다. 그러나 제9.1.11조에 따라 제2의 양수인도 [채무자]⁴⁵⁾에게 먼저 통지하는 때에는 제1의 양수인에 우선한다는 것을 기억하여야 한다.

그러나 사전의 양도가 단지 담보 목적으로 이루어졌을 수 있다. 이러한 경우에는 제2의 양수인에게 적절히 고지한다면 채권은 여전히 양도할 수 있다.

45) 원문에는 채권자로 되어 있으나 이는 오류로 보인다.

4. 채무자의 항변의 부존재

제9.1.13조 제1항에 따라 채무자는 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 양수인에 대하여 주장할 수 있다. 이러한 경우에 양수인은 양도인에 대하여 이러한 [본조 라호의] 확약에 기초하여 청구를 할 수 있다.

〈사 례〉

4. B 은행은 시공자 A로부터 A가 발주자 X에 대하여 가지는 일정한 금액의 채권을 양수한다. 이행기에 이르러 X는 A가 의무를 적절히 이행하지 않았다고 주장하면서 지급을 거절한다. 이러한 항변은 제9.1.13조 제1항에 따라 B에 대해서도 성공적으로 주장할 수 있다. 따라서 B는 A에 대하여 청구를 할 수 있다.

5. 상계통지의 부존재

채무자는 양도통지를 수령하기 전에 상계권을 행사할 수 있었던 경우에는 이를 양수인에 대하여 행사할 수 있다(제9.1.13조 제2항 참조). 양도인은 자신이나 채무자가 양도대상인 채권에 영향을 주는 상계통지를 한 사실이 없다는 것을 양수인에 대하여 확약한다. 또한 양도인은 장래에도 그러한 통지가 없을 것임을 확약한다. 예컨대 제9.1.13조 제2항에 따라 양도 후에 채무자가 양수인에게 그러한 상계통지를 하는 경우에 양수인은 양도인에게 제9.1.15조 마호에 따라 청구를 할 수 있다.

6. 채무자가 지급한 금전의 상환

제9.1.10조 제1항에 의하여 채무자는 양도통지를 수령하기 전에는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다. 이것이 채무자를 보호하는 올바른 해법이지만 양도인과 양수인은 그 전에 이미 채권양도를 합의하였다. 따라서 양도인은 자신이 양도통지가 있기 전에 채무자로부터 수령한 금액을 양수인에게 상환하여야 한다.

〈사 례〉

5. 매도인 A는 매수인 X에 대하여 가지는 대금채권을 B 은행에게 양도한다. A도 B도 X에게 양도통지를 하지 않는다. 지급기일이 되지 X는 A에게 대금을 지급한다. 제

9.1.10조의 주석에서 기술하였듯이 이러한 지급은 완전히 유효하고 B의 채무는 소멸한다. 그러나 제9.1.1조 바호에 의하여 B는 A로부터 그 금액을 상환받을 수 있다.

7. 채무자의 이행이나 지급불능에 대한 확약의 부존재

양도의 당사자는 분명히 채무자의 현재 또는 장래의 지급능력에 대하여, 또는 보다 일반적으로 채무자의 채무이행에 대하여 양도인이 확약한다고 약정할 수 있다. 그러나 그러한 합의가 없다면 본조에서 그러한 확약은 존재하지 않는다.

〈사 례〉

6. B 회사는 A 회사로부터 A가 그의 고객 X에 대하여 가지는 일정한 금액의 채권을 양수한다. 지급기일에 이르러 B는 X가 지급불능이 되었음을 발견한다. B는 이러한 결과를 스스로 부담하여야 한다. 이러한 해법은 X가 양도시에 이미 지급불능 상태에 있었다는 것을 B가 알았더라도 같다.

양도인의 확약 중의 어느 하나의 위반이 있는 경우에 제7장의 구제수단을 이용할 수 있다. 예컨대 양수인은 양도인에 대하여 손해배상을 청구하거나, 제 7.3.1조 이하의 요건을 갖춘 때에는 계약을 해제할 수 있다.

8. 확약에 관한 고지의 효과

양도인의 확약 중의 일부는 양도시에 고지가 있었는지에 따라 영향을 받는다. 예컨대 양도인이 제3자의 권리주장이 존재한다는 사실을 양수인에게 고지한 경우에 양수인은 그러한 위험을 스스로 부담하고서 채권양도를 수락한 것이고 따라서 양도인으로서 그 부분에 관한 한 아무런 확약책임도 지지 않는다.

제 2 절 채무이전

제9.2.1조

(이전의 태양)

금전지급 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채무는 다음 각호의 합의에 의하여 어느 일인(“원채무자”)으로부터 타인(“신채무자”)에게 이전한다.

(가) 제9.2.3조의 제한을 받는 원채무자와 신채무자 사이의 합의 또는

(나) 신채무자가 채무를 인수하는 채권자와 신채무자 사이의 합의.

【주 석】

본장 제1절이 다루는 채권양도와 마찬가지로, 채무이전⁴⁶⁾(transfer of obligation)도 경제적 목적으로 유용하게 사용된다. 예컨대 고객 B에 대하여 금전채권을 가진 회사 A가 그의 공급자 X에 대하여 유사한 금액의 금전채무를 지고 있다면, A로서는 그 고객이 그 공급자의 채무자가 되도록 조처하는 것이 편리하다.

이러한 채무이전은 다음 두 가지 방법으로 일어난다.

1. 원채무자와 신채무자 사이의 합의에 의한 이전

본조에 제시된 채무이전의 두 가지 방법 중에서 실무상 원채무자와 신채무자 사이의 합의에 의하는 방법이 보다 흔하다. 물론 이때 제9.2.3조에 따라 채권자의 승낙이 필요하다.

〈사 례〉

1. A 회사는 그의 공급자 X에 대하여 50,000 유로의 채무가 있고, 고객 B는 A에 대하여 동일한 금액의 채무가 있다. A와 B는 X에 대한 A의 채무를 B가 인수하기로

46) 우리 민법에서는 이를 채무인수로 다루나 본서에서는 원문의 취지에 따라 “transfer of obligation”을 “채무이전”으로 번역한다. 또한 본서에서 “obligation”은 문맥에 따라 편의상 ‘의무’ 또는 ‘채무’로 번역되었으며 양자의 의미상 차이는 의도되어 있지 않다. 특히 본장 본절에서 채무이전의 맥락에서 의무보다는 채무라는 표현이 더욱 친숙하고 널리 사용되므로 이를 주로 채무로 번역하였다.

합의한다. X가 이러한 거래에 동의한다면 채무는 이전한다.

2. 채권자와 신채무자 사이의 합의에 의한 이전

다른 가능성은 신채무자가 채무를 인수하기로 하는 채권자와 신채무자 사이의 합의이다.

〈사 례〉

2. 판매점 A는 X 회사의 제품을 특정 시장에 판매한다. A와 X 사이의 계약기간이 곧 만료되려 한다. X와 판매점계약 체결을 희망하는 다른 판매점 B가 X와 협상에 들어간다. X의 승낙을 얻기 위하여 B는 A가 X에 대하여 부담하고 있는 50,000 유로의 채무를 인수하기로 약속하고 X는 이에 승낙한다. 이제 B가 X의 채무자가 되었다.

3. 채권자의 승낙의 필요성

위 두 가지 모두의 사안에서 채무이전은 채권자의 승낙을 요한다. 채권자와 신채무자 사이의 합의로 이전하는 경우에 승낙의 존재는 명백하다. 원채무자와 신채무자 사이의 합의로 이전하는 경우에 이 요건은 제9.2.3조에서 규정한다. 제9.2.4조에 따라 승낙은 미리 할 수도 있다.

채권자가 승낙하지 않는 경우에 채무자는 제9.2.6조에 따라 제3자와 합의하여 그 제3자가 채무를 이행하도록 할 수 있다.

4. 반드시 합의에 의한 이전일 것

합의에 의한 이전만이 본질의 범위 내에 든다. 이는 해당 준거법상 인정되는 법률에 의한 채무이전(legal transfer of obligation)(예컨대 일부 법역상 회사합병의 경우 자동적 채무이전, 제9.2.2조 참조)에 대립된다.

5. 금전채무 또는 비금전채무

본질은 금전채무의 이전에 한정되지 않는다. 본질은 용역제공과 같은 그 밖의 종류의 이행을 목적으로 하는 채무의 이전도 포함한다. 이전되는 채무가 반드시 계약적 성질을 가져야 하는 것도 아니다. 불법행위법이나 판결에 기하여 발생한 채무도 제1.4조의 제한 하에 본질에 의하여 규율될 수 있다.

6. “이전”의 의미

채무의 “이전”(transfer)은 채무가 원채무자의 재산에서 신채무자의 재산으로 넘어가는 것을 의미한다.

그러나 경우에 따라 신채무자가 채권자에 대하여 채무를 부담하게 되더라도 원채무자는 채무를 면하지 않는다(제9.2.5조 참조).

제9.2.2조

(적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 채무의 이전을 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 채무이전에는 적용되지 아니한다.

【주 석】

본절의 조문들은 회사합병의 경우와 같이 사업양도의 일환으로 특별한 규칙에 따라 일어나는 채무이전에는 적용되지 않는다. 그에 적용되는 준거법은 대개 일정한 요건 하에서 법의 작용에 의하여(by operation of law) 모든 권리와 의무가 포괄적으로 이전되도록 하는 체제를 마련하고 있다.

본조는 양도되는 사업에 속한 특정한 채무를 개별적으로 이전하는 경우에 본절이 적용되는 것을 막지 않는다.

〈사 례〉

1. A 회사가 B 회사에게 양도된다. 달리 적용되는 준거법에서 A의 모든 채무가 자동적으로 B에게 이전하도록 규정하고 있다면 본 원칙은 적용되지 않는다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 어떤 이유로 B가 A의 공급자 중의 하나인 X 회사의 채무자로 되는 것을 원하지 않는다는 차이가 있다. A는 X의 승낙을 받아 문제의 채무를 C 회사에게 이전할 수 있다. 이러한 개별적 채무이전은 본 원칙에 따른다.

제9.2.3조

(채무이전에 대한 채권자의 승낙)

원채무자와 신채무자 사이의 합의에 의한 채무이전은 채권자의 승낙

을 요한다.

【주 석】

1. 원채무자와 신채무자 사이의 합의

제9.2.1조 가호에 명시되었듯이 채무이전은 원채무자와 신채무자 사이의 합의로 할 수 있다.

2. 채권자의 승낙의 필요성

그러나 그러한 합의만으로는 채무가 이전하기에 충분하지 않다. 그 외에도 채권자의 승낙이 필요하다.

이는 채권양도에 상응하는 규칙과 다르며, 채권양도의 경우에는 원칙적으로 채무자의 승낙이 없이도 양도가 유효하다(제9.1.7조 참조). 채권양도는 채무자가 다른 사람에게 이행하여야 하는 것 외에는 채무자의 처지에 영향을 주지 않는다. 그러나 채무자의 변경은 채권자의 지위에 상당한 영향을 미친다. 신채무자가 원채무자보다 신용이 낮을 수 있기 때문이다. 따라서 채무자의 변경은 채권자의 승낙이 없이는 채권자에게 강요될 수 없다.

〈사 례〉

A 회사는 아시아에 있는 X 회사에 대하여 미화 150,000 달러의 용역대금채무가 있다. 기업구조조정 때문에 A의 아시아지역 영업은 계열회사인 B가 인수한다. A와 B는 X에 대한 A의 채무를 B가 인수하기로 합의한다. 이 채무는 X가 승낙하는 경우에만 이전한다.

3. 원채무자가 항상 채무를 면하는 것은 아님

채권자의 승낙이 있으면 신채무자가 채무를 인수하게 된다. 그러나 이로 인하여 원채무자가 반드시 채무를 면하는 것은 아니다(제9.2.5조 참조).

4. 채권자가 승낙하지 않는 경우

채권자가 채무이전에 대한 승낙을 거절하거나 채권자에게 그러한 승낙을 아

에 구하지도 않는 경우에, 제9.2.6조에 따라 ‘제3자에 의한 이행’을 합의할 수도 있다.

제9.2.4조

(채권자의 사전승낙)

(1) 채권자는 미리 승낙할 수 있다.

(2) 채권자가 미리 승낙한 경우에 채무이전은 채권자에게 채무이전의 통지를 한 때 또는 채권자가 채무이전을 인정하는 때에 효력이 생긴다.

【주 석】

1. 채권자의 사전승낙

본조 제1항은 채권자가 제9.2.3조에 따라 요구되는 그의 승낙을 미리 할 수 있다고 규정한다.

〈사 례〉

1. 라이선서 X는 라이선시 A와 기술이전계약을 체결한다. 계약에 의하면 A는 X에게 10년간 실시료를 지급하여야 한다. 계약체결시 A는 장차 언젠가 그 실시료를 그의 계열회사인 B가 지급하기를 희망한다. X는 계약에서 A가 실시료지급채무를 B에게 이전하는 것을 미리 승낙할 수 있다.

2. 채권자에 대한 채무이전의 효력발생시기

제2항에 따라, 채권자가 미리 승낙한 경우에 채무이전은 채권자에게 채무이전통지를 한 때 또는 채무자가 채무이전을 인정하는 때 효력이 생긴다. 이는 채무이전이 있는 한 원채무자나 신채무자 중 누가 통지하더라도 무방함을 의미한다. 채권자가 사전에 미리 채무이전을 승낙한 상황에서 채무이전을 인정하는 것으로 나타나는 경우에는 통지가 불필요하다. “인정”(acknowledgement)은 채무이전의 사실을 알게 되었다는 명시적 표시를 하는 것을 말한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 시간이 흘러 A와 B가 실제로 B가 실시료 지급채무를 인수하기로 합의한다는 차이가 있다. 이 합의는 X에게 통지된 때 효력이 생긴다.

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 아무런 통지도 없었는데도 B가 첫 번째 연간실시료를 지급하자 X는 B에게 서신을 보내어 그 지급의 수령을 인정하고 앞으로도 B가 실시료를 지급하기를 기대한다고 밝혔다. 채무이전은 이러한 인정과 동시에 효력이 생긴다.

제9.2.5조

(원채무자의 채무면제)

(1) 채권자는 원채무자의 채무를 면하게 할 수 있다.

(2) 채권자는 원채무자를 신채무자가 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.

(3) 그 밖의 경우에 원채무자와 신채무자는 채무를 연대하여 부담한다.

【주 석】

1. 원채무자의 면제범위

채권자의 승낙은 제9.2.1조 나호 또는 제9.2.3조에 따라 한 것이든 간에 신채무자에 대하여 구속력이 있다. 여전히 결정되어야 하는 문제는 과연 원채무자가 채무를 면하는지 여부이다. 다양한 대안 중의 선택은 일차적으로 채권자에게 달려있다. 오직 제9.2.1조 나호의 경우에 선택권은 원채무자에게 있다.

2. 채권자의 선택: 채무의 완전한 면제

먼저 채권자는 원채무자의 채무를 완전히 면하게 할 수 있다.

〈사 례〉

1. 공급자 X는 그의 채무자인 A 회사가 대금지급채무를 고객 B에게 이전하는 것을

승낙한다. 신채무자가 지급능력이 있고 신뢰할 수 있음을 확신한 X는 A의 채무를 면하게 한다. B가 불이행할 위험은 X가 부담하여야 하며, X는 A에 대하여 어떠한 불이행책임도 물을 수 없다.

3. 채권자의 선택: 이차적 채무자로서의 원채무자

다른 가능성으로, 채권자는 원채무자에 대한 권리를 유지하는 조건으로 채무가 원채무자에게서 신채무자에게로 이전하는 것을 승낙할 수 있다.

두 가지의 선택이 가능하다.

첫째 선택은 신채무자가 채무를 불이행하는 경우에 대비하여 원채무자를 채무자로서 남게 하는 것이다. 이러한 경우에 채권자는 먼저 신채무자에게 이행을 구하여야 하나 신채무자가 불이행하는 때에는 원채무자에게 이행을 청구할 수 있다.

〈사 례〉

2. 공급자 X는 그의 채무자인 A 회사가 대금지급채무를 고객 B에게 이전하는 것을 승낙하나 이번에는 B가 불이행한다면 A가 여전히 채무에 구속되도록 명시한다. X는 A에 대하여 곧바로 이행을 청구할 수 없고 먼저 B에게 이행을 구하여야 한다. 그럼에도 B가 불이행한다면 X는 A에 대하여 청구할 수 있다.

4. 채권자의 선택: 연대채무자로서의 원채무자와 신채무자

둘째 선택은 채권자에게 가장 유리한 것으로 원채무자와 신채무자를 연대채무자로 삼는 것이다. 이는 이행기에 채권자가 원채무자나 신채무자 중 누구에 대해서도 채권을 행사할 수 있다는 것을 의미한다(제11.1.3조 이하 참조). 물론 채무를 이행한 원채무자는 신채무자에게 구상청구를 할 것이다(제11.1.10조 이하 참조).

〈사 례〉

3. 공급자 X는 그의 채무자인 A 회사가 대금지급채무를 고객 B에게 이전하는 것을 승낙하나 A와 B를 연대채무자로 남도록 명시한다. 이러한 경우에 X는 A 또는 B를 상대로 이행을 청구할 수 있다. B가 채무를 이행하는 때에는 A와 B는 모두 채무를 완전히 면한다. A는 자신이 X에게 채무를 이행하여야 한다면 B에 대하여 구상권을

갖게 될 것이다.

5. 보충적 규칙⁴⁷⁾

본조의 법문은 당사자간에 다른 의사가 없는 경우에는 위의 마지막 선택권이 적용된다는 것을 분명히 한다. 다시 말해 채권자가 원채무자의 채무를 면하게 할 의도를 표시하지도 않고 또한 이차적 채무자로 유지할 의도를 표시하지도 않았다면, 원채무자와 신채무자가 연대채무를 부담한다.

〈사 례〉

4. 공급자 X는 그의 채무자인 A 회사가 대금지급채무를 고객 B에게 이전하는 것을 승낙하나 A의 법적지위에 대하여 침묵한다. 이러한 경우에도 X는 A 또는 B를 상대로 이행을 청구할 수 있다. B가 채무를 이행하는 때에는 A와 B는 모두 채무에서 벗어난다. A는 자신이 X에게 채무를 이행하여야 한다면 B에 대하여 구상권을 갖게 될 것이다.

6. 원채무자가 채무를 면하는 것을 거절하는 경우

제9.2.1조 나호의 규정에 따라 채권자와 신채무자 사이의 합의로 채무인수를 하면서 그 합의에서 원채무자가 채무를 면하도록 약정한 경우에 이러한 합의는 제3자를 위한 계약이 된다. 제5.2.6조에 따라 이러한 이익을 수익자에게 강요할 수는 없으며 수익자는 그러한 이익을 거절할 수 있다. 따라서 원채무자는 채권자와 신채무자 사이의 합의에 의하여 채무를 면하는 것을 거절할 수 있다.

이러한 거절이 있더라도 신채무자는 여전히 채권자에 대하여 채무자이고 본조 제3항의 보충규정에 따라 원채무자와 신채무자는 연대채무자이다.

〈사 례〉

5. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X와 B 사이의 합의로 B가 채무를 인수하고 X는 A의 채무를 면하게 한다는 차이가 있다. A는 B와의 거래관계를 더 이상 지속시킬 의향이 없다면 그러한 채무면제를 승낙할 것이다. 그러나 A는 그와 X 사이의

47) 본서에서 보충적 규칙은 “default rule”을 번역한 것이다. 이는 당사자간 다른 합의가 없는 경우(즉 “default”)에 적용되는 규칙이라는 의미를 갖는다.

계약 정신을 통한 이익을 볼 가능성을 남겨두고자 한다면 거래관계를 유지하기를 원할 수 있고 그에 따라 채무면제를 승낙하지 않을 수 있다.

제9.2.6조

(제3자에 의한 이행)

(1) 채권자의 승낙이 없이도 채무자는 제3자와 계약하여 그 제3자가 채무자를 대신하여 채무를 이행하도록 할 수 있다. 다만 채무가 상황에 따라 본질적으로 일신전속적 성질을 갖는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 채권자는 여전히 채무자에 대하여 채권을 갖는다.

【주 석】

1. 제3자가 이행하도록 하는 합의

채무는 채권자의 승낙을 받아 원채무자와 신채무자 사이의 합의(제9.2.1조 가호)로 이전하거나 채권자와 신채무자 사이의 합의(제9.2.1조 나호)로 이전될 수 있다.

채권자에게 승낙을 아예 구하지 않았거나 채권자가 승낙을 거절함으로써 채권자의 승낙이 결여되는 경우가 있다. 이러한 경우에 채무자는 제3자와 합의하여 그 제3자가 채무자를 대신하여 채무를 이행하도록 할 수 있다. 이행기가 되면 그러한 제3자가 채권자에게 이행을 할 것이다.

채권자는 이행기가 되기 전에는 신채무자를 거절할 수 있으나 제3자가 이행을 제공할 때 원칙적으로 수령 자체를 거절하지는 못한다.

〈사 례〉

1. A 회사와 B 회사는 공조계약(co-operation agreement)을 체결하여 특정 시장에서 활동하는 데 서로 협력하기로 한다. 일정한 시간이 흐르자 A와 B는 각자의 업무분담을 재조정하기로 결정한다. 이에 B는 기존에 A가 맡았던 통신연락(communication) 관련 업무를 맡게 된다. 오는 10월30일이 되면 A는 현지 통신회사 X 회사에게 미화 100,000 달러를 지급하여야 한다. A와 B는 그 지급기일이 되면 B가 이를 지급하기로 합의한다. 10월30일에 X는 B가 그 지급을 하는 것을 거절하지 못한다.

2. 본질적으로 일신전속적 채무

제3자에 의한 이행이라도 그것이 채무자가 이행하는 것과 같은 정도로 만족할 수 있는 경우에 채권자는 이를 거절하지 못한다. 그러나 채무가 채무자의 특정한 자격과 관련되어 본질적으로 일신전속적인 때에는 사정이 다르다. 이러한 경우에 채권자는 채무자가 직접 이행할 것을 요구할 수 있다.

〈사 례〉

2. 위의 〈사례 1〉에서 B는 또한 A가 개발하여 Y 회사에게 판매한 몇몇의 정교한 기술적 장비를 관리하는 업무도 맡는다. A와 B는 차기연도에는 그 관리업무를 B가 담당하기로 합의한다. B의 기술자들이 Y의 공장에 도착하는 때 Y는 관련된 검증이 가지는 고도의 기술적 성질 때문에 A의 전문기술자로부터 이행을 받을 권리가 있다고 주장하면서 그 기술자들의 참여를 거절할 수 있다.

제9.2.7조

(항변과 상계권)

(1) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 채권자에 대하여 주장할 수 있다.

(2) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 행사할 수 있었던 상계권을 채권자를 상대로 행사할 수 없다.

【주 석】

1. 항변의 주장

신채무자에게 이전되는 채무는 원래 원채무자를 구속하던 바로 그 채무이다 (또한 경우에 따라 채무는 이전된 후에도 여전히 원채무자를 구속하기도 한다. 제 9.2.5조 참조).

채권자가 그의 채무를 불완전하게 이행하는 경우와 같이 원채무자가 어떤 항변사유에 기초하여 채권자에 대하여 이미 지급을 유보하거나 거절할 수 있었던 경우에는 신채무자도 채권자에 대하여 동일한 항변을 할 수 있다.

〈사 례〉

1. A 회사는 X 회사에 대하여 200,000 유로의 채무가 있고 이 채무는 시설관리용역에 대한 대금으로 연말에 지급되어야 한다. X의 승낙을 얻어 A는 채무를 B 회사에게 이전한다. X가 매우 불완전한 용역을 제공하고 이에 A는 적법하게 대금지급을 거절할 수 있게 된다. 지급기일에 B는 X에 대하여 이러한 항변사유를 주장할 수 있다.

2. 절차적 성질의 항변

절차적 성질의 항변에도 동일한 해법이 적용된다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X가 그의 영업소가 있는 법원에 B를 상대로 소를 제기한다는 차이가 있다. B는 A와 X 사이의 계약서에 포함된 중재조항을 성공적으로 주장할 수 있다.

3. 상 계

그러나 신채무자는 채권자의 채무를 수동채무로 하는 원채무자의 상계권을 행사하지 못한다. 채권자와 신채무자 사이에서는 ‘서로 부담하는 채무이어야 한다’는 상계의 요건이 충족되지 않기 때문이다. 원채무자는 아직 채무를 면하지 않았다면 여전히 그의 상계권을 행사할 수 있다.

제9.2.8조

(이전되는 채무에 관한 권리)

(1) 채권자는 이전되는 채무에 관한 계약상의 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권을 신채무자에 대하여 주장할 수 있다.

(2) 원채무자가 제9.2.5조 제1항에 따라 채무를 면하는 경우에 신채무자 외의 제3자가 채무의 이행을 위하여 제공한 담보는 그 제3자가 채권자에게 담보 제공을 계속하는 데 동의하지 않는 한 소멸한다.

(3) 원채무자가 채무를 면하는 경우에는 그가 채무의 이행을 위하여 채권자에게 제공한 담보도 소멸한다. 다만 그 담보의 목적인 재산이 원채무자와 신채무자 사이의 거래의 일부로서 양도되는 때에는 그러하지 아니하다.

【주 석】

1. 이전범위

본조의 규칙은 제9.2.7조와 동일한 원칙의 영향을 받은 것이다. 채무 자체가 신채무자에게 이전하는 외에 원채무자가 주장할 수 있었던 모든 항변뿐만 아니라 이전되는 채권에 관하여 계약상 채무자가 가진 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권도 이전한다.

다음 사례는 그러한 권리의 예를 제공한다.

〈사 례〉

1. A 회사는 X 은행에게 1,000,000 유로의 대출금을 상환하여야 하고, 이자율은 3%이다. A는 원금상환채무를 B 회사에게 이전한다. 이러한 이전은 3%의 이자채무를 포함한다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 대출계약상 A가 지급기일이 도래한 이자를 부지급하는 경우에 X는 원금의 조기상환을 청구할 수 있다는 차이가 있다. X는 이러한 청구권도 B에 대하여 행사할 수 있다.

2. 임의규정

당사자자치에 따라 당사자는 본조의 규정과 달리 합의할 수 있고 예컨대 이자채무를 분리하여 별도로 이전할 수 있다.

3. 담보권에 관하여 채권양도와 채무이전의 비교

채권양도의 경우에 이행을 담보하는 모든 권리가 자동적으로 양수인에게 이전한다(제9.1.14조 나호 참조). 이러한 해법은 채권양도가 채무자의 지위를 변경시키지는 않는다는 사실, 즉 담보는 그 본래의 취지대로 계속하여 목적을 수행할 수 있다는 사실에 의하여 정당화된다.

신채무자에게 채무가 이전되는 경우에는 담보가 설정된 원래의 맥락이 변경된다. 원채무자가 채무를 면하고 그 채무와 함께 담보도 이전한다면 이제 담보는 전혀 다른 사람의 계약위반이나 지급불능의 위험을 떠안는 것이 되어 그 목적이 완전히 변하게 된다.

4. 보 증

제3자가 원채무자를 위하여 부담한 보증채무는 원채무자가 계속하여 채무자로 남는 때에는 존속한다. 그러나 원채무자가 채무를 면하는 때에는 보증인이 채권자를 위하여 보증을 계속하는 데 동의하지 않는 한 보증채무는 이전하지 않고 더 이상 신채무자의 이행을 보증하지 않는다.

〈사 례〉

3. A 회사는 X 회사에 대하여 미화 1,000,000 달러의 채무가 있다. S 은행은 그 채무의 이행을 보증하는 데 동의하였다. X의 동의를 받아 A는 채무를 B 회사에게 이전하고 X는 A가 채무를 면하는 것을 승낙한다. S는 자신이 담보를 계속하여 제공하는 것에 동의하지 않은 한 B의 채무를 보증하지 않는다.

보증인 자신이 신채무자가 되는 특별한 경우가 있다. 이러한 경우에 담보는 필연적으로 소멸한다. 누구도 자신의 채무의 보증인이 될 수는 없기 때문이다.

5. 물적 담보

원채무자가 그의 재산 중의 하나를 담보로 제공할 수도 있다. 이러한 경우에 채무가 이전되고 원채무자가 채무를 면하는 때에는 그 담보는 소멸하고 더 이상 신채무자의 채무를 담보하지 않는다.

〈사 례〉

4. X 은행은 A 회사에게 100,000 유로를 대출하고 그에 대한 담보로 A는 주식을 예치한다. X의 승낙을 얻어 A는 대출금상환채무를 B 회사에게 이전하고 X는 A가 채무를 면하는 것을 승낙한다. 주식은 이제는 담보로서 기능하지 않는다.

담보로 제공된 재산이 원채무자와 신채무자 사이의 거래의 일부로서 이전되는 때에는 해법이 달라진다.

〈사 례〉

5. 사실관계는 〈사례 4〉와 같으나 이제는 A와 B 사이의 채무이전은 보다 넓은 거래의 일부로 일어나고 이러한 거래로 주식에 대한 권리도 B에게 이전한다는 차이가 있다. 이러한 경우에 주식은 계속하여 B의 상환채무를 담보한다.

제 3 절 계약양도

제9.3.1조

(정 의)

“계약양도”는 제3자(“상대방”)와의 계약에서 발생하는 어느 일인(“양도인”)의 권리와 의무를 양도인이 타인(“양수인”)에게 합의로 양도하는 것을 말한다.

【주 석】

채권과 채무는 본장 제1절과 제2절의 규칙에 따라 각각 양도되고 이전될 수 있다. 그러나 경우에 따라서는 계약이 전체로서 양도된다. 보다 구체적으로 말하자면 계약의 어느 당사자는 계약상 발생한 당사자로서의 모든 권리와 의무를 다른 사람에게 이전한다. 예컨대 시공자는 자신이 당사자인 건설계약에서 다른 시공자가 그를 대신할 것을 원할 수 있다. 본 절의 조문들은 본조에 정의된 계약양도에 적용된다.

합의에 의한 양도만이 관련된다. 이는 해당 준거법상 다양한 상황에서 인정되는 법률에 의한 양도(예컨대 일부 법역상 회사합병의 경우 자동적 계약이전, 제 9.3.2조 참조)에 대립된다.

제9.3.2조

(적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 계약양도를 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 계약양도에는 적용되지 아니 한다.

【주 석】

계약양도는 사업양도의 일환으로 이루어지는 경우에 그 준거법상 특별한 규칙의 적용을 받는다. 그러한 특칙은 대개 일정한 요건 하에서 기업의 모든 계약이 법의 작용에 의하여 이전되도록 하는 체계를 마련하고 있다.

본조는 양도되는 사업에 속한 특정한 계약이 개별적으로 양도되는 경우에 본절이 적용되는 것을 막지 않는다.

〈사 례〉

1. A 회사는 B 회사에 양도된다. 달리 적용되는 준거법에서 A가 계약당사자인 모든 계약이 B에게 자동적으로 양도된다고 규정하고 있다면 본 원칙은 적용되지 않는다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 B는 이제 A와 X 회사 사이의 특정한 계약을 양수하기를 원하지 않고 그 계약이 C 회사에게 양도되기를 원한다. 여기의 그 특정한 계약의 양도는 본 원칙의 범위 내에 든다.

제9.3.3조

(상대방의 승낙요건)

계약양도는 상대방의 승낙을 요한다.

【주 석】

1. 양도인과 양수인 사이의 합의

계약양도의 첫째 요건은 양도인과 양수인 사이에 계약양도의 합의가 있어야 한다는 것이다.

2. 상대방의 승낙

그러한 합의만으로는 계약을 양도하는 데 충분하지 않다. 그 외에도 상대방의 승낙이 있어야 한다.

권리만이 양도되는 경우에는 원칙적으로 그러한 승낙이 필요 없다(제9.1.7조 참조). 그러나 계약양도는 채무의 이전을 수반하므로 채권자의 승낙이 없이는 효력이 없다(제9.2.3조 참조). 따라서 계약양도는 오직 상대방의 승낙과 함께 일어날 수 있다.

〈사 례〉

소유자 X는 A 회사에게 일정공간의 사무실을 임대한다. 계약기간은 계약체결일로부터 6년간이다. A는 그의 영업이 확대되어 보다 넓은 건물로 이전하고자 한다. B 회사는 그 임대차계약을 양수⁴⁸⁾하고자 한다. 이러한 계약은 A와 B 사이의 합의로 양도

48) 위와 같은 맥락에서 흔히 강화상 계약“인수”라 한다.

될 수 있으나 그 합의가 효력을 갖기 위해서는 X의 승낙이 필요하다.

3. 일정한 경우 양도인의 채무의 존속

상대방의 승낙과 함께 양수인은 양도되는 계약상의 양도인의 채무에 구속된다. 그렇더라도 양도인이 반드시 그 채무를 면하는 것은 아니다.

제9.3.4조

(상대방의 사전승낙)

(1) 상대방은 미리 승낙할 수 있다.

(2) 상대방이 미리 승낙한 경우에 계약양도는 상대방에게 양도통지를 한 때 또는 상대방이 이를 승인한 때 효력이 발생한다.

【주 석】

1. 상대방의 사전승낙

본조 제1항은 상대방이 제9.3.3조에 따라 요구되는 승낙을 미리 할 수 있다고 규정한다.

계약양도에 관한 이러한 규칙은 제9.2.4조의 규칙 즉 채무이전을 승낙하여야 하는 채권자가 미리 승낙할 수 있다는 규칙에 상응한다. 따라서 계약양도를 승낙하여야 하는 상대방은 미리 승낙할 수 있다.

〈사 례〉

1. X 회사는 A 기획사와 계약을 체결하고 이에 A는 향후 5년간 M국에서 X의 제품을 광고할 의무가 있다. 그런데 A는 M국의 활동을 가까운 장래에 중단하는 것을 이미 고려하고 있었기에 그 계약을 M국의 수도에 있는 B 기획사에게 양도하는 데 대한 X의 사전승낙을 받는다. 본조에서 이러한 사전승낙은 유효하다.

2. 계약양도가 상대방에 대하여 효력을 발생하는 시기

제2항에 따라 상대방이 미리 승낙한 경우에 계약양도는 상대방에게 양도통지를 한 때 또는 상대방이 계약양도를 인정하는 때 효력이 생긴다. 이는 계약양

도가 있는 한 양도인과 양수인 중 누가 통지하더라도 무방함을 의미한다. 채권자가 사전에 미리 양도를 인정한 상황에서 양도를 승인하는 것으로 나타나는 경우에는 통지가 필요 없다. “인정”은 양도의 사실을 알게 되었다는 명시적 표시를 하는 것을 말한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. A가 B에게 계약을 실제로 양도하는 경우에 그 양도는 A 또는 B가 X에게 양도통지를 한 때 X에 대하여 효력을 발생한다.
3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 아무런 통지도 없었고 오히려 B가 X에게 신규 광고캠페인을 제안한다. X는 계약양도가 일어난 것으로 이해하고는 그 제안에 대한 그의 의견을 B에게 보낸다. 이러한 X의 인정과 동시에 계약양도는 효력을 발생한다.

제9.3.5조

(양도인의 채무면제)

- (1) 상대방은 양도인의 채무를 면하게 할 수 있다.
- (2) 상대방은 양도인을 양수인이 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.
- (3) 그 밖의 경우에 양도인과 양수인은 채무를 연대하여 부담한다.

【주 석】

1. 양도인의 면제의 범위

계약양도에 관한 본조는 제9.2.5조에 상응한다. 계약양도로 채무가 양도인에게서 양수인에게로 이전하는 한도 내에서는, 채권자로서 상대방은 양수인을 신채무자로 받아들임에 따라 양도인의 채무가 어떤 영향을 받게 되는지를 결정할 수 있다. 본조는 상대방에게 몇 가지 선택을 제공하고 보충적 규칙을 규정한다.

2. 상대방의 선택: 채무의 완전한 면제

먼저 상대방은 양수인의 채무를 완전히 면하게 할 수 있다.

〈사 례〉

1. A 회사는 X 회사와 계약을 체결하여 산업공정에 의하여 생산되는 폐기물을 처리하기로 약하였다. 일정한 시간이 흐른 후 X는 A가 B 회사에게 계약을 양도하는 것을 승낙한다. B가 지급능력이 있고 신뢰할 수 있음을 확신한 X는 A의 채무를 면제한다. B가 불이행할 위험은 X가 부담하여야 하며, X는 A에 대하여 어떠한 불이행책임도 물을 수 없다.

3. 상대방의 선택: 이차적 채무자로서의 양도인

다른 가능성으로, 상대방은 양도인에 대한 그의 권리를 유지하는 조건으로 계약양도를 승낙할 수 있다.

두 가지 선택이 가능하다.

첫째 선택은 양수인이 계약을 불이행하는 경우에 대비하여 양도인을 채무자로 남게 하는 것이다. 이러한 경우에 상대방은 먼저 양수인에게 이행을 구하여야 하나 양수인이 불이행하는 때에는 양도인에게 이행을 청구할 수 있다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 계약양도를 승낙하면서 X는 B가 불이행하는 경우에 A가 여전히 구속된다고 명시하였다는 차이가 있다. X는 A에 대하여 곧바로 이행을 청구할 수 없고 먼저 B에게 이행을 구하여야 한다. 그럼에도 B가 불이행한다면 X는 A에 대하여 청구할 수 있다.

4. 상대방의 선택: 연대채무자로서의 양도인과 양수인

둘째 선택은 상대방에게 가장 유리한 선택으로, 양도인과 양수인을 연대채무자로 삼는 것이다. 이는 이행기에 상대방이 양도인과 양수인 중 누구에 대해서도 채권을 행사할 수 있음을 의미한다(제11.1.3조 이하 참조). 상대방이 양도인으로부터 계약의 이행을 수령한다면 후자는 양수인에 대하여 구상권을 갖게 될 것이다(제11.1.10조 이하 참조).

〈사 례〉

3. X 회사는 A 회사가 계약을 B 회사에게 양도하는 것을 승낙하나 A와 B를 연대채무자로 남도록 명시한다. 이러한 경우 X는 A 또는 B를 상대로 이행을 청구할 수

있다. B가 이행한 때에는 A와 B는 모두 완전히 면한다. A는 X에게 채무를 이행하여야 한다면 B에 대하여 구상권을 갖게 될 것이다.

5. 보충적 규칙

본조의 법문은 당사자간에 다른 의사가 없는 경우에 위의 마지막 선택지가 적용된다는 것을 분명히 한다. 다시 말해 상대방이 양도인의 채무를 면하게 할 것을 표시하지 않고 또한 이차적 채무자로 유지할 의도를 표시하지도 않았다면, 양도인과 양수인은 연대채무를 부담한다.

〈사 례〉

4. X 회사는 A 회사가 계약을 B회사에게 양도하는 것을 승낙하나 이번에는 A의 채무에 대해 침묵한다. 이러한 경우에도 X는 A 또는 B를 상대로 이행을 청구할 수 있다. B가 채무를 이행하는 때에는 A와 B는 모두 채무를 완전히 면한다. A가 X에게 채무를 이행하여야 한다면 B에 대하여 구상권을 갖게 될 것이다.

6. 차별적 선택의 가능성

계약의 당사자는 종종 그 계약상 복수의 채무를 부담한다. 계약이 양도되는 경우, 상대방은 각각의 채무에 대하여 각기 다른 선택을 할 수 있다. 예컨대 상대방은 특정한 채무에 한하여 양도인이 채무를 면하도록 하고 나머지 채무에 관하여 양도인을 이차적 채무자로 남게 하든지 양도인과 양수인을 연대채무자로 삼을 수 있다.

〈사 례〉

5. A 회사는 X 회사와 노하우라이선스(know-how license) 계약을 체결하였다. 기술을 이전받는 대가로 A는 X에게 실시료를 지급하고 신제품을 개발하는 데 X와 협력하기로 약속하였다. 그 후 X는 A가 계약을 B에게 양도하는 것을 승낙할 때 공동 연구에 참여할 A의 의무를 면제하여 공동연구에 관하여 오직 양수인만 상대로 거래하는 것으로 하되, 실시료 지급에 관하여는 A를 이차적 채무자로 남게 하거나 A와 B를 연대채무자로 남게 한다.

제9.3.6조

(항변과 상계권)

(1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.13조를 준용한다.

(2) 계약양도가 채무이전을 포함하는 한도 내에서는 제9.2.7조를 준용한다.

【주 석】

계약양도는 양도인으로부터 양수인에게로 원채권이 양도되고 원채무가 이전하는 결과를 낳는다. 이러한 거래로 인하여 채무자로서의 상대방의 처지가 보다 불리하게 되지 않아야 하고 양수인도 채무자로서 그 처지가 양도인과 동일하여야 한다.

따라서 본장 제1절과 제2절의 항변에 관한 규정이 준용된다. 양수인이 그의 채권을 행사할 때 상대방은 그것을 양도인이 행사하였더라면 자신이 채무자로서 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 주장할 수 있다(제9.1.13조 참조). 상대방이 그의 채권을 행사할 때 양수인은 그것이 양도인을 상대로 행사되었더라면 양도인이 채무자로서 상대방에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 주장할 수 있다(제9.2.7조 참조).

〈사 례〉

1. X 회사는 그의 위험관리(risk management) 업무를 A 컨설턴트에게 아웃소싱하였다. X의 승낙을 받아 계약이 B 컨설턴트에게 양도된다. A의 무능력 때문에 X는 미리 손해보험을 들지 못하여 결국 손해를 보게 되었다. X는 손해배상이 있을 때까지 B에 대하여 합의된 보수의 지급을 정지할 수 있다.

2. A 항공사는 케이터링회사 X와 계약을 체결하고 있다. A는 특정한 항공노선의 운항권을 B 항공사에 양도한다. X의 승낙을 받아 A는 그 케이터링계약을 B에게 양도한다. 그 후 [B의 계약위반을 이유로] X는 그의 영업소가 있는 법원에 B를 상대로 소를 제기한다. 절차적 항변으로 B는 자신이 양수한 계약에 포함된 중재조항을 성공적으로 주장할 수 있다.

제9.3.7조

(계약과 함께 이전되는 권리)

(1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.14조를 준용한다.

(2) 계약양도가 채무이전을 포함하는 한도 내에서는 제9.2.8조를 준용한다.

【주 석】

계약양도는 양도인으로부터 양수인에게로 채권이 양도되고 채무가 이전하는 결과를 낳는다. 앞의 제9.3.6조에서 항변과 관련하여 기술한 바와 같은 맥락에서, 계약양도로 인하여 채무자로서의 상대방의 처지가 보다 불리하게 되지 않아야 하고 양수인도 채무자로서 그 처지가 양도인과 동일하여야 한다.

따라서 양도되는 채권에 관한 권리와 이전되는 채무에 관한 권리에 관한 본 장 제1절과 제2절의 규정이 준용된다.

양수인은 상대방에 대하여 채권을 행사할 때 양도되는 채권에 관하여 양도되는 계약상의 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권, 그러한 이행을 담보하는 모든 권리를 주장할 수 있다(제9.1.14조 참조). 상대방은 그의 채권을 행사할 때 이전되는 채무에 관하여 계약상의 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권을 양수인에 대하여 주장할 수 있다(제9.2.8조 제1항 참조). 양도인의 채무이행을 위하여 제공된 담보는 제9.2.8조 제2항과 제3항에 따라 유지되거나 소멸한다.

〈사 례〉

- 어떤 용역계약에 의하면 고객 X는 연간보수의 지급을 지체하는 경우에 10% 이자율의 이자를 지급하여야 한다. X의 승낙을 받아 A는 계약을 공급자 B에게 양도한다. X가 연간보수를 적시에 지급하지 않는 경우에 B는 그러한 이자의 지급을 청구할 수 있다(제9.1.14조 가호 참조).
- 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X가 A에게 보수지급을 담보하기 위하여 은행보증도 제공하였다. X가 보수를 부지급하는 경우에 B는 그 보증상 지급청구를 할 수 있다(제9.1.14조 나호 참조).
- X 회사와 A 회사에게 산업설비의 제작과 설치를 주문하였다. 당사자간에 이행수

준이 합의되었고, 계약에는 실제로 이행이 불충분한 경우에 대한 약정손해배상조항도 규정된다. A는 X의 승낙을 받아 B 회사에게 계약을 양도한다. 양수인은 이행수준을 충족하지 못하는 설비를 인도한다. X는 B에 대하여 그러한 약정손해배상조항을 원용할 수 있다(제9.2.8조 제1항 참조).

4. 사실관계는 <사례 3>과 같으나 이제는 A가 X에게 만족할 만한 이행을 담보하는 은행보증을 제공하였다. 그 은행이 양수인의 이행에 관하여 보증을 계속하여 제공하기로 승낙하지 않은 한, 이 은행보증은 양도된 계약상의 B의 채무를 담보하지 않는다(제9.2.8조 제2항 참조).

제 10 장 시효기간

제10.1조

(본장의 적용범위)

(1) 본 원칙에 의하여 규율되는 권리의 행사는 “시효기간”이라는 본장의 규칙에 따른 기간의 만료에 의하여 금지된다.

(2) 본장은 본 원칙상 일방이 권리의 취득 또는 행사요건으로서 상대방에게 통지하여야 하는 기간이나 법적 절차의 개시 외의 행위를 하여야 하는 기간에는 적용되지 아니한다.

【주 석】

1. 시효기간의 개념

모든 법제들이 시간의 경과(passage of time)가 권리에 영향을 미친다는 것을 인정한다. 기본적으로 두 가지의 법제가 있다. 그 중 하나는 시간의 경과로 권리와 소송을 소멸시킨다. 다른 법제 하에서 시간의 경과는 법원 제소에 대한 항변으로 작용할 뿐이다. 본 원칙상 시간의 경과에는 권리를 소멸시키지 않으며 단지 항변사유로 작용할 뿐이다(제10.9조 참조).

본조는 “본 원칙에 의하여 규율되는 권리”라는 일반적 표현을 사용하는데 이는 불이행에 대한 이행청구권이나 그 밖의 구제수단뿐만 아니라 계약에 직접 영향을 주는 권리들, 예컨대 계약상 합의된 해제권이나 대금감액권의 행사도 금지될 수 있다는 것을 나타낸다.

〈사 례〉

1. A는 B에게 유조선을 매각한다. 인도시에 그 유조선이 계약서상의 명세에 불일치한 것으로 밝혀지지만, B는 3년6개월이 지난 후에 비로소 A를 상대로 하자의 추완을 구하는 소를 제기한다. A는 B의 청구가 제10.2조에 따라 시효에 걸린다고 항변할 수 있다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A와 B 사이의 계약서에 부속품이나 예비

부품이 누락된 경우에 30%를 한도로 B가 대금감액을 할 수 있다는 조항이 들어있다는 차이가 있다. B의 대금감액권도 시효에 걸린다.

2. 권리행사를 위한 통지 그 밖의 요건

본 원칙상 합리적인 기간 내에 또는 부당한 지체 없이, 또는 지정된 부가기간 내에 통지하지 않거나 어떤 행위를 하지 않은 당사자는 권리를 취득하지 못하거나 상실한다(제2.1.1조~제2.1.22조(계약성립의 맥락에서 의사표시 또는 통지), 제3.2.12조(계약취소통지), 제6.2.3조(재협상요구), 제7.2.2조 마호(이행청구), 제7.3.2조 제2항(계약해제통지) 참조). 비록 기능은 유사하지만, 이러한 특별한 기간제한과 그 각각의 효력은 본장에 규정된 시효기간의 영향을 받지 않는다. 그러한 기간제한은 특별한 필요를 만족하기 위한 것이기 때문이다. 또한 그러한 기간은 일반적으로 본장의 시효기간보다 매우 짧으므로 시효기간과 무관하게 효력을 갖는다. 예외적인 경우 즉 “합리적인 기간”이 관련 시효기간보다 긴 경우에도 전자가 우선한다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 A에게 하자의 추완을 위한 60일의 부가기간을 지정하는 차이가 있다. A가 하자를 추완하지 않음에도 B는 그러한 부가기간이 만료된 지 2개월 후에 비로소 제7.3.2조에 따라 A에게 해제의 통지를 보낸다. B의 청구가 제10.2조의 시효기간에 의하여 금지되지 않더라도 B는 제7.3.2조 제2항에 의하여 요구되는 합리적인 기간 내에 해제통지를 하지 않았기 때문에 계약해제권을 상실한다.

3. 국내법상의 강행규정

본 원칙에 대한 당사자의 언급이 본 원칙을 계약에 편입하는 합의에 불과한 것으로 간주되는 경우에, 시효기간의 길이(length)와 정지(suspension), 갱신⁴⁹⁾(renewal)뿐만 아니라 당사자의 시효기간 변경권에 관한 각국의 강행규정이나 국제적인 또는 초국가적 기원의 시효기간에 관한 강행규정은 본장의 규칙에 우선한다(제1.4조 주석 2 참조). 본 원칙이 계약의 준거법으로 적용되는 경우에도

49) 여기의 “갱신”은 시효기간의 “중단”으로 이해된다.

시효기간에 관한 국내법상의 강행규정은 그것이 계약의 준거법이 어느 법이건간에 적용되어야 하는 경우에는 본장의 규칙에 우선한다(제1.4조의 주석 3 참조).

〈사 례〉

4. X국에 있는 A는 Y국에 있는 자동차제조자 B에게 부품을 매각하고 인도한다. 일부 부품에 하자가 있어서 인도된 그 해에 사고가 발생하고 그에 대하여 B는 손해를 배상하여야 한다. 4년 후 B는 그에 따라 A에게 손해배상을 청구하고, A는 배상을 거절한다. 계약서에는 Z국을 중재지로 하고 UNIDROIT 원칙을 준거법으로 하는 중재조항이 들어있다. B에 의하여 중재가 개시되고, 그 중재에서 A는 제10.2조에 규정된 3년의 시효기간의 만료를 항변으로 주장한다. B는 X국법상 물품의 하자에 대한 손해배상청구는 시효기간이 5년이고 이러한 규칙은 계약의 준거법과 무관하게 적용된다고 응수한다. X국법의 규칙이 우선한다.

제10.2조

(시효기간)

(1) 일반시효기간은 3년이며 이는 채권자가 권리를 행사할 수 있게 된 원인사실을 알거나 알아야 하는 일자의 다음날에 개시된다.

(2) 어떠한 경우에도 최대시효기간은 10년이며 이는 권리를 행사할 수 있는 일자의 다음날에 개시된다.

【주 석】

1. 공통된 해법의 부존재

권리와 청구를 제한하는 기간을 두는 것은 모든 법제에서 공통되나, 그 장단은 각기 다르다. 담보책임의 위반에 대한 6개월 또는 1년부터 그 밖의 채권에 대한 15년, 20년 또는 30년까지 매우 다양하다. 국제적인 차원에서 1974년(1980년 개정의정서 포함) 『국제물품매매상 시효기간에 관한 UN협약』(United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)(“UN 시효협약”)이 통일된 규칙을 제공하나 이는 국제물품매매에 한정되어 있다.

2. 관련요소

[본 원칙에] 명시된 시효기간 자체만으로 권리행사를 금지시키는 기간의 길이가 항상 결정되는 것은 아니다. 언제 권리행사가 금지되는지는 기간의 개시에 관한 요건(prerequisites for the starting of the period)이나 기간의 진행(running of the period)을 방해하는 사유의 영향을 받는다(제10.4조 내지 제10.9조 참조). 또한 이는 당사자간 합의의 영향을 받기도 한다(제10.3조 참조). 시효기간에 관하여도 당사자자치는 실무상 매우 중요하다. 너무 길거나 짧은 기간도 당사자가 필요에 따라 자유로이 변경한다면 허용되기 때문이다.

3. 채권자와 채무자 사이의 이익의 균형

본 원칙은 권리 위에 잠자고 있는 채권자와 채무자의 충돌하는 이익 사이의 균형을 찾는다. 채권자는 권리행사를 위한 합리적인 기회를 가져야 하므로 그의 이행기가 도래하여 채권을 강제할 수 있기 전에 시간의 경과로 권리행사가 금지되어서는 아니 된다. 또한 채권자는 채권과 그 채무자의 신원을 알거나 최소한 알 기회를 가져야 한다. 반면에 [채무자]⁵⁰⁾는 일정한 시간이 흐른 뒤에는 [채권자]⁵¹⁾의 인지와 상관없이 파일을 마감할 수 있어야 하므로 일정한 최대기간이 설정되어야 한다. UN 시효협약은 채권의 발생일(the date of accrual of the claim)부터 기산되는 4년이라는 오직 하나의 절대적 시효기간을 규정하는데(시효협약 제8조와 제9조 제1항 참조), 이외는 달리 본 원칙은 2단계체제를 규정한다.

4. 시효제도의 기본구조

2단계체제를 도입한 것은 채권자가 자신의 권리의 실제인지(實際認知, actual knowledge) 또는 의제인지(擬制認知, constructive knowledge)를 통하여 권리를 실제로 행사할 수 있기도 전에 권리행사가 금지되어서는 안 된다는 정책을 채택한 것이다. 이에 제1항은 채권자가 권리의 발생의 기초가 된 사실과 그 권리를 행사할 수 있다는 사실을 알거나 알아야 하는 일자의 다음날부터 진행되는 3년의 단기시효기간을 규정한다. 제2항은 채권자의 실제인지나 의제인지와 무관하

50) 원문은 채권자(obligee)로 표기하고 있으나 이는 오류로 보인다.

51) 원문은 채무자(obligor)로 표기하고 있으나 이는 오류로 보인다.

게 권리를 행사할 수 있는 때부터 진행하는 10년의 최대시효기간을 규정한다.

5. 권리행사의 가능

채권자는 그의 채권이 이행기에 이르러 이를 강제할 수 있게 때에 비로소 그의 채권을 실제로 행사할 수 있다. 이에 제2항은 최대시효기간은 그러한 일자에 비로소 개시된다고 규정한다.

6. 사실의 인지와 법률의 인지의 구별

3년의 일반시효기간은 “채권자가 권리를 행사할 수 있게 된 원인사실을 알거나 알아야 하는” 일자의 다음날부터 진행한다. 이 규정에서 “사실”(fact)은 계약의 성립이나 물품인도, 용역제공확약, 불이행과 같은 채권발생의 원인이 된 사실을 말한다. 권리나 채권이 이행기에 이르렀음을 보여주는 사실은 일반시효기간이 개시되기 전에 채권자가 알거나 최소한 알 수 있어야 한다. 예컨대 대리의 경우나 채무이전 또는 계약양도의 경우, 회사 해산의 경우, 수익자가 불명확한 제3자를 위한 계약의 경우와 같이, 채무자가 누구인지가 의문인 경우가 있다. 이러한 경우에 채권자는 그가 누구를 상대로 소를 제기할지를 알거나 합리적으로 알아야 비로소 권리나 채권을 행사하지 않은 데 대한 비난을 받을 수 있게 된다. 그러나 “사실”의 실제인지(實際認知) 또는 의제인지(擬制認知)는 채권자가 반드시 사실의 법적 함의를 알아야 함을 의미하지 않는다. 사실을 모두 인지하더라도 채권자가 그의 권리에 관하여 착오하고 있다면 3년의 시효기간은 진행을 시작할 수 있다.

〈사 례〉

1. A는 지방자치단체 B와의 계약에 따라 교량을 설계하고 건설한다. A의 엔지니어가 일부 철제축대의 강도를 잘못 계산한다. 4년 후 교량이 다수의 대형트럭의 중량 및 폭풍의 중첩된 원인 때문에 붕괴된다. B의 손해배상청구는 B가 A의 계약위반을 발견할 수 있는 시점 즉 교량붕괴시부터 비로소 일반시효기간이 진행하기 때문에 아직 시효기간 만료에 의하여 금지되지 않는다.

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 교량이 완공된 지 11년 후에 붕괴된다는 차이가 있다. B의 손해배상청구는 제10.2조 제2항에 따라 최대시효기간이 만료되어

금지된다. 이러한 계약의 당사자는 제10.3조에 반하지 않는 범위 내에서 최대시효기간을 합의로 연장하는 것이 좋다.

3. A는 자신이 인도한 물품을 B가 수령거절하자 제7.3.2조에 따라 그와 B 사이의 매매계약을 해제하는 통지를 B에게 보낸다. 해제통지를 수령한 지 37개월이 지난 후 B는 해제 전에 지급된 매매대금의 반환을 청구하면서 그는 장부상의 실수 때문에 그 매매대금이 이미 지급된 사실을 간과하였기에 제7.3.6조 제1항에 따른 그의 반환청구권을 최근해야 알게 되었다고 해명한다. B의 반환청구권은 3년의 일반시효기간이 만료되어 금지된다. B로서는 그 매매대금이 이미 지급된 사실을 계약이 해제되어 반환청구권이 발생한 시점에 알아야 하기 때문이다.

4. 사실관계는 <사례 [3]⁵²⁾>과 같으나 이제는 B가 해제통지의 법적효력을 몰랐다고 주장한다는 차이가 있다. 그럼에도 B의 반환청구는 시효기간이 만료되어 금지된다. 해제통지의 법적효력에 관하여 법률을 잘못 아는 것만으로 채권자는 용서되지 않는다. “알아야 한다”라는 말은 당사자가 관련 법적효력에 확신이 없는 경우에 법적조언을 구하는 것을 포함하기 때문이다.

7. 기 산 일

반대의 합의가 없는 한 채무자는 보통 이행기일의 24시간 중 언제라도 채무를 이행할 수 있기 때문에 시효기간은 그 날이 아닌 그 다음날부터 진행한다.

<사 례>

5. A는 11월24일에 금전을 지급하여야 한다. A가 그 일자에 지급하지 않는다면 시효기간은 11월25일부터 진행한다.

8. 권리의 행사가 가능할 것

채무가 존재하더라도 아직은 그 이행을 청구할 수 없는 경우가 있다(예컨대 제6.1.1조 가호 참조). 대출계약에서 채권자의 대출금상환채권은 계약체결시 또는 대출금이 채무자에게 지급된 때 발생하지만 통상 그 후의 어느 시기에 이행기에 놓인다. 더욱이 채무자가 항변할 수 있는 경우에 채권은 강제가능하지 않을 수도 있다.

52) 원문에서는 <사례 1>로 되어 있으나 이는 오류로 보인다.

〈사 례〉

6. 대출계약에서 차주는 11월15일에 대출금을 상환하여야 한다. 대주는 차주에게 그 상환시기를 12월15일까지 연장해준다. 시효기간은 12월16일부터 진행한다.

7. A는 B에게 비료공장을 건설해줄기로 계약한다. 대금은 3회로 분할 지급되어야 하며, 최종분할대금은 공장이 완공되고 외부 엔지니어링회사의 완공확인 후 4주가 지난 때에 지급되어야 한다. 완공확인 후에도 공장은 여전히 제대로 작동하지 않는다. B는 제7.1.3조 제2항과 제7.1.4조 제4항에 따라 최종분할대금의 지급을 유보할 수 있다. [A의] 대금채권의 시효기간은 [A가] 성능미달을 추완함으로써 [B의] 이행유보권이 소멸하기 전에는 개시되지 않는다.

9. 최대시효기간

제2항에 따라 채권자는 그가 권리발생의 사실을 알았는지 또는 알았어야 했는지를 불문하고 그가 권리를 행사할 수 있었던 때로부터 10년이 경과한 후에는 권리를 행사할 수 없게 된다. 이러한 10년의 최대시효기간은 평온의 회복과 증거의 망실에 기한 투기적 소송(speculative litigation)을 방지하는 데 목적이 있다.

〈사 례〉

8. B는 A로부터 금전을 빌리고 그의 회계원에게 이행기에 놓이는 1월에 차입금을 상환하도록 지시한다. 15년 후 A가 상환을 청구하자 그 차입금이 전부 또는 일부 상환되었는지 여부에 관하여 분쟁이 발생한다. A의 이러한 상환청구는 본조 제2항에 따라 최대시효기간이 만료되었기 때문에 금지된다.

10. 부수적 청구권

본조는 이른바 “부수적 청구권”(ancillary claim)을 포함한 모든 권리에 적용된다.

〈사 례〉

9. 대출계약에서 차주는 상환불이행의 경우에 매월 0.7%의 이자를 지급하기로 합의한다. 상환기일로부터 35개월이 지난 후 차주는 원금을 상환한다. 대주는 연속적으로 발생하는 매월의 이자의 지급을 반드시 일시에 즉시 구할 필요는 없고 각각의 [지분

적 이자채권에 관한 한] 각각 36개월을 기다렸다가 각각의 [시효기간이 도과되기 전에 그 이행을 청구할 수 있다].

10. 시공자 A와 발주자 B 사이의 계약에서 A는 10월1일까지 완공하기로 합의하고 그 지연에 대하여 총 2,500,000 유로를 한도로 매월 50,000유로를 지급하기로 합의한다. 완공이 40개월간 지연된다. 불이행 또는 이행지체에 대한 손해배상청구권의 시효기간은 10월2일로부터 36개월이다. 지연에 대한 매월 50,000 유로의 지급청구권의 시효기간은 그 각각의 발생 후 36개월이다.

11. “년”(year)

본조는 “년”(year)을 정의하지 않는다. 국제적 차원에서 “년”은 통상 그레고리안曆(Gregorian calendar)의 그것을 지칭하는 것으로 이해되고 있기 때문이다(UN 시효협약 제1조 제3항 아호 참조). 여하간 그레고리안曆을 변형한 달력에서도 대부분 매년의 일수(365일)는 동일하므로 시효기간의 길이에는 영향이 없다. “년”의 의미를 달리하고자 하는 당사자는 제1.5조에 따라 합의로 그렇게 할 수 있다. 그러한 합의는 명시적일 수도 있고 계약의 해석을 통하여 도출될 수도 있다.

제10.3조

(당사자에 의한 시효기간의 변경)

- (1) 당사자는 시효기간을 변경할 수 있다.
- (2) 그러나 당사자는
 - (가) 일반시효기간을 1년보다 짧게 단축하지 못하고
 - (나) 최대시효기간을 4년보다 짧게 단축하지 못하며
 - (다) 최대시효기간을 15년보다 길게 연장하지 못한다.

【주 석】

1. 기본원칙: 변경의 허용

일부 법제에서는 약자 특히 소비자의 보호를 위하여 당사자가 시효기간을 변경할 권능과 그 효력을 제한한다. 때로는 연장할 수 있는 매우 짧은 시효기간과

변경할 수 없거나 오직 단축할 수만 있는 시효기간을 구분하기도 한다. 본 원칙은 경험과 식견을 가진, 보호받을 필요가 없는 상인간의 국제계약에 보통 적용되기 때문에 당사자가 계약에서 발생하는 권리에 적용될 시효기간을 각자의 필요에 따라 조정할 수 있도록 허용한다. 다만 달리 적용되는 준거법상의 강행규정에 따라 이러한 당사자자치가 제한될 수 있다(제1.4조 참조).

2. 변경의 한도

협상력이 우세하거나 보다 나은 정보를 가진 당사자는 시효기간을 부당하게 단축 또는 연장함으로써 상대방을 이용할 수 있다. 이에 본조는 실재인지나 의제인지가 있는 때부터 개시되는 일반시효기간을 1년 미만으로 단축할 수 없다고 규정하고 최대시효기간을 4년 미만으로 단축할 수 없다고 규정함으로써 당사자가 시효기간을 단축하는 것을 제한한다. 최대시효기간은 15년을 초과할 수 없으며, 그에 따라 필연적으로 일반시효기간도 15년을 초과할 수 없게 된다.

〈사 례〉

1. 사실관계는 제10.2조의 〈사례 2〉와 같으나 이제는 당사자가 계약에서 숨은 하자(hidden defect)에 기초하는 모든 청구권의 최대시효기간을 15년으로 약정한다는 차이가 있다. B의 손해배상청구권은 시효기간이 아직 만료되지 않았다.
2. 사실관계는 제10.2조의 〈사례 2〉와 같으나 이제는 당사자가 계약에서 숨은 하자에 기초하는 모든 청구권의 최대시효기간을 25년으로 약정하고 교량이 16년 후에 붕괴되었다는 차이가 있다. B의 손해배상청구권은 시효기간이 만료되어 금지된다. 최대시효기간은 15년 이내로만 연장될 수 있기 때문이다.
3. 사실관계는 제10.2조의 〈사례 2〉와 같으나 이제는 당사자가 계약에서 교량의 부적합에 기하는 손해의 경우에 일반시효기간은 독립된 엔지니어링회사의 감정서가 제출되는 때에 비로소 개시된다고 약정한다는 차이가 있다. 교량붕괴 후 그 원인이 불명확하였고 엔지니어링회사가 감정서를 제출하는 데 2년이 걸린다. 일반시효기간은 그 감정서가 제출되는 일자의 다음날에 개시된다.

3. 변경시기

변경합의는 시효기간의 개시 전이나 후에 할 수 있다. 시효기간의 개시 전

또는 후에 이루어진 변경합의는 시효기간이 만료된 후에 이루어진 합의와 다르다. 후자의 합의는 너무 늦은 것이어서 당해 시효기간을 변경하지 못하지만 시효기간이 만료하였다는 항변의 포기나 채무자의 새로운 약속으로서 법적효력을 가질 수 있다.

제10.4조

(승인에 의한 새로운 시효기간)

(1) 채무자가 일반시효기간의 만료 전에 채권자의 권리를 승인한 경우에 그 승인일의 다음날에 새로운 일반시효기간이 개시된다.

(2) 최대시효기간은 다시 개시되지 않으나 제10.2조 제1항에 따른 새로운 일반시효기간의 개시에 의하여 초과될 수 있다.

【주 석】

1. 권리의 승인

대부분의 법제는 당사자의 행위나 그 밖의 사유에 의하여 시효기간의 진행이 영향을 받는 것을 허용한다. 때로는 당사자의 행위나 그 밖의 사유가 시효기간의 진행을 “중단”(interrupt)시켜서 새로운 시효기간이 개시되도록 한다. 때로는 당사자의 행위나 그 밖의 사유가 시효기간의 진행을 “정지”(suspension)시켜서 그 정지기간은 시효기간에 산입되지 않도록 한다. 본조에 따라 채무자의 권리승인은 시효기간의 진행을 중단시킨다(또한 UN 시효협약 제20조 참조).

2. 새로운 일반시효기간의 개시

채권자의 권리승인에 따라 개시되는 새로운 시효기간은 일반시효기간이다. 그러한 승인으로 채권자는 제10.2조 제1항의 시효기간개시의 요건인 인지를 한 것으로 되기 때문이다. 그러므로 채권자에게 최대시효기간을 새로이 부여함으로써 그를 보호할 필요는 없다.

〈사 례〉

1. A는 B와의 건설계약을 불완전하게 이행하고 B는 A에게 10월에 그러한 부적합을

통지하나 A로부터 아무런 응답을 받지 못한다. 2년 후 B는 다시 A에게 연락하여 손해배상청구의 소를 제기하겠다고 위협한다. 그러자 이번에는 A는 응답하면서 그의 이행이 부적합한 사실을 인정하고 그 부적합을 추완하겠다고 약속한다. B의 손해배상청구권의 일반시효기간은 그 다음날부터 새로이 진행된다.

권리승인에 따른 새로운 일반시효기간의 개시는 제10.2조 제1항의 일반시효기간 중이나 동조 제2항의 최대시효기간 중에 일어날 수 있다. 최대시효기간 자체는 새로이 진행되지 않으나, 7년이 넘는 기간이 지난 후에 그러나 최대시효기간이 만료되기 전에 채무자가 채권자의 권리를 승인하는 경우에는 새로운 일반시효기간은 3년을 한도로 최대시효기간을 초과할 수 있다.

〈사 례〉

2. B는 A의 건설작업상의 하자를 완공 후 9년만에 비로소 발견한다. 그러한 하자는 그보다 일찍 발견할 수 없는 것이었다. B가 소를 제기하겠다고 위협하자 A는 그 하자를 승인한다. 이러한 승인이 있는 때 새로운 일반시효기간이 진행되는 결과 시효기간은 총 12년이 된다.

3. 경개 그 밖의 새로운 의무를 발생시키는 행위

승인은 새로운 의무를 발생시키지 않고 단지 시효기간의 진행을 중단시킬 뿐이다. 그러므로 부수적 권리(accessory right)도 소멸하지 않는다. 따라서 시효기간이 만료된 후에는 본조의 승인이 있더라도 시효의 완성이 소급하여 제거되는 것은 아니므로 여전히 시효항변을 할 수 있다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 2〉와 같으나 이제는 B가 완공시에 A의 건설작업상의 하자를 알거나 알아야 한다는 차이가 있다. B는 7년 후에 비로소 A에게 연락하고 A는 그 이행의 하자를 승인한다. 그럼에도 제10.2조 제1항에 따라 B의 청구권은 이미 시효기간이 만료되었고 따라서 A의 승인에 의하여 부활하지 않는다.

시효기간이 만료되었음에도 그 효과를 소멸시키고자 하는 경우에 당사자는 “경개”(novation)나 채무자의 일방적 행위로 새로운 채무를 발생시킬 수 있고 혹은 채무자가 시효기간만료의 항변을 포기할 수도 있다. 또한 당사자는 채권자의

권리의 존속기간을 연장하여 제10.2조 제2항의 최대시효기간보다 길게 할 수도 있다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같으나 이제는 유익한 거래관계를 유지하기 위하여 A가 이행상의 하자를 승인함과 아울러 그의 책임의 존부와는 무관하게 하자를 추완해 주겠다고 약속한다는 차이가 있다. 이러한 합의는 A의 새로운 채무를 발생시키며 그 채무의 시효기간은 후속하는 3년이다.

5. 완공 후 9년만에 B는 A의 건설작업상의 하자를 발견하는데 그러한 하자는 그보다 일찍 발견할 수 없는 것이었다. 통지를 수령한 A는 하자의 원인을 조사할 것이므로 그 하자를 조사하는 전문가가 보고서를 제출한 때부터 6개월 내에는 시효기간의 만료를 주장하지 않겠다고 응답한다. B가 통지한 하자를 확인하는 보고서가 12개월 후에 제출된다. B가 A에게 하자의 추완을 청구할 때 A는 제10.2조 제2항의 최대시효기간이 만료되었으므로 B가 손해배상청구를 할 수 없다고 주장한다. A의 권리포기 때문에 B가 사법절차를 개시하지 않은 것이라면 A의 주장은 옳지 않다.

4. 당사자에 의하여 변경된 시효기간의 중단

당사자가 제10.2조 제1항의 일반시효기간을 변경한 경우에, 승인과 그에 따른 새로운 시효기간의 개시는 일반시효기간이 그에 따라 변경되도록 할 뿐이다. 예컨대 당사자가 일반시효기간을 1년으로 단축한 경우에 승인은 1년의 일반시효기간이 새로이 개시되도록 한다.

〈사 례〉

6. A와 B는 A의 이행의 부적합으로부터 발생하는 청구권의 시효기간을 2년으로 단축하기로 합의한다. 9년 6개월 후 B는 A의 이행상의 하자를 발견하고, A는 그의 추완의무를 승인한다. B는 제10.2조 제1항에서 말하는 시효기간이 만료되기까지 다시 2년의 기간을 가지고 청구를 할 수 있다.

채권자로서는 여러 번 승인할 수 있기 때문에 비록 승인의 효력이 제한적이어서 단지 일반시효기간이 다시 진행되도록 할 뿐임에도 이러한 제한적 효력은 후속하는 승인에 의하여 극복될 수 있다.

〈사 례〉

7. A는 11월에 부적합한 물품을 B에게 인도한다. 그러한 부적합 때문에 B의 고객들이 불평하고 반품하기에 B는 손해를 입는다. 2년 후 총 손해액이 분명하지 않은 상황에서 B는 A에게 책임을 인정할 것을 요구하고 그 해 12월에 A는 B의 요구에 응한다. 2년 후 B의 일부 고객들은 물품으로 인하여 결과적 손해(consequential damage)가 발생하였다고 주장하면서 손해배상청구의 소를 제기하였고 B의 고객들에 대한 B의 책임의 정확한 범위에 관하여는 여전히 불확실한 점이 있다. 이에 B는 A에게 연락하고 이때 A는 만약 B의 고객들의 손해배상청구권이 긍정된다면 B에게 손해배상을 해주겠다고 하면서 자신의 채무를 인정한다. B는 A에 대한 자신의 권리가 시효기간 만료로 금지되기까지 다시 3년의 기간을 갖는다.

제10.5조

(사법절차에 의한 정지)

(1) 시효기간의 진행은 다음 각호의 경우에 정지된다.

(가) 채권자가 사법절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 사법절차 중에 법정지의 법에 의하여 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우

(나) 채무자가 도산하는 경우에는 채권자가 도산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우 또는

(다) 법인인 채무자가 해산절차에 들어간 경우에는 채권자가 해산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우

(2) 정지는 중국판결이 선고되거나 그 밖에 절차가 종료되는 때까지 지속된다.

【주 석】

1. 사법절차

모든 법제에서 사법절차는 두 가지 방법으로 시효기간의 진행에 영향을 준다. 사법절차는 시효기간을 중단시킬 수 있고 그에 따라 그 사법절차가 종결되는 때 시효기간이 새로이 진행한다. 이와는 달리 사법절차가 단지 시효기간을 정지시키고 그에 따라 사법절차가 개시되기 전에 이미 진행된 기간을 뺀 잔여기

간이 사법절차 종료시에 이어서 진행한다. 본조는 후자의 해법을 채택한다(또한 UN 시효협약 제13조 참조).

2. 절차의 개시

사법절차의 개시요건은 법정지의 절차법에 따라 결정된다. 법정지의 절차법은 반소(counterclaim)의 제기가 독립된 소제기로서의 효력을 갖는지 여부도 결정한다. 그리하여 방어의 일환으로 제기된 반소가 독립된 소송을 제기한 것으로 긍정된다면 반소제기는 별도의 소를 제기를 한 것과 같이 시효기간의 진행을 정지시키는 효력을 갖는다.

〈사 례〉

1. A가 B로부터 구매한 트럭에 하자가 있는 것으로 밝혀진다. A는 B에게 하자를 통지하나, A와 B 사이에 아직 체결되지 않은 다른 계약들 때문에 A는 24개월간 그에 대한 책임추궁을 하지 않는다. 그 후 A와 B 사이의 그러한 다른 계약에 관한 협상이 결렬되자 B는 트럭의 하자가 발생한 것은 A의 취급부주의 때문이라고 주장하면서 A의 하자추완청구를 수락하지 않는다. A는 B를 상대로 관할법원의 서기에게 소장을 접수시킴으로써 소를 제기한다. 준거법인 절차법에 의하면 소송은 소장이 접수된 때에 개시된 것으로 된다. 시효기간의 진행은 최종판결이 선고되는 때까지 정지된다. 여기의 최종판결은 일심법원은 물론 상소가 허용되는 때에는 상소 후 상급법원의 판결을 포함한다. 당사자들이 화해하거나 원고가 소를 취하하는 경우에도 준거법인 국내의 절차법이 이러한 사유를 절차종료사유로 보는 때에는 소송은 종료된다.

2. B는 관할법원이 속한 국가의 절차법에 따라 물품대금청구 소장을 접수하여 소를 제기한다. A는 B의 담보책임을 주장하면서 반소를 제기하거나 상계를 주장한다. B의 담보책임에 기초한 A의 권리의 시효기간은 반소의 최종판결이 선고되거나 화해가 이루어지거나 A가 반소를 취하하는 때까지 정지된다.

3. 절차의 종료

최종판결이나 그 밖의 방법에 의한 절차의 “종료”는 법정지의 절차법에 따라 결정된다. 그러한 절차법은 어떤 판결이 최종판결인지 그에 따라 당해 소송물에 대한 소송이 언제 종료되는지를 결정한다. 또한 절차법은 본안에 관한 최종판결이 없이도 예컨대 소의 취하나 당사자간 화해에 의하여 소송이 종료되는지 여부

와 그 시기가 언제인지를 결정한다.

4. 도산절차 또는 해산절차에 의한 정지

본조의 목적상, 도산절차(insolvency proceedings)와 해산절차(dissolution proceedings)는 사법절차로 본다(제10.5조 제1항 나호 및 다호). 그러한 절차의 개시일과 종료일은 그 절차의 준거법에 따라 결정된다.

제10.6조

(중재절차에 의한 정지)

(1) 시효기간의 진행은 채권자가 중재절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 중재절차 중에 중재절차법상 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우에 정지된다. 중재절차의 정확한 개시일을 결정하는 중재절차법규나 규정이 없는 경우에 중재절차는 분쟁의 대상이 된 권리에 관한 중재신청서가 채무자에게 도달한 일자에 개시된 것으로 본다.

(2) 정지는 구속력 있는 중재판정이 내려지거나 그 밖에 절차가 종료 되는 때까지 지속된다.

【주 석】

1. 중재절차

중재는 사법절차와 동일한 효력이 있다. 따라서 사법절차와 마찬가지로 중재절차의 개시는 시효기간의 진행을 정지시키는 효력이 있다. 일반적으로 중재절차의 개시일은 적용되는 중재규칙에 따라 결정되며, 정지의 기산일도 그러한 중재규칙에 따라 결정된다. 중재에 관한 규칙이 중재절차의 정확한 개시일을 결정하지 않는 경우에는 본조 제1항 제2문의 규정이 공백을 보충한다.

〈사 례〉

A는 그가 B에게 인도한 물품의 대금을 B가 지급지 않았다고 주장하면서 그와 B 사이의 판매점계약을 해제한다. 이에 대하여 B는 상실이익의 손해배상을 반대로 청구

한다. 그 후 B는 그의 로펌을 변경하고 이로 인하여 계약해제 후 거의 30개월이 흐르고 말았다. 계약서에는 모든 분쟁은 “국제상업회의소의 조정·중재규칙(Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce)에 따라 해결되어야 한다”는 중재조항이 포함되어 있고 B는 그 규칙에 따라 중재신청서를 제출한다. 그 규칙에 의하면 중재신청서 접수일은 “모든 목적에서”(for all purposes) 중재절차의 개시일로 간주된다. 시효기간의 진행은 최종판정이 내려지거나 그 밖의 방법으로 절차가 종료되는 때까지 정지된다.

2. 중재의 종료

사법절차의 경우와 마찬가지로 중재는 대부분의 경우에 분쟁의 본안에 대한 중재판정과 함께 종료되지만 그 외에도 예컨대 중재신청의 철회나 화해 또는 관할법원의 명령이나 금지명령에 의하여 종료될 수 있다. 이러한 후자의 사유들에 의하여 중재절차가 종료되는지 그리하여 시효기간의 정지가 종료되는지 여부도 중재절차나 소송절차에 적용되는 규칙에 따라 결정된다.

제10.7조

(대체적 분쟁해결)

제10.5조와 제10.6조의 규정은 당사자가 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 제3자에게 도움을 요청하는 그 밖의 절차에 준용한다.

【주 석】

1. 대체적 분쟁해결

사법절차나 중재를 이용하기 전에 당사자는 협상을 개시하거나 조정이나 그 밖의 형태의 대체적 분쟁해결에 관하여 합의하기도 한다.

본 원칙상 협상은 시효기간을 자동적으로 정지시키지 않는다. 시효기간의 정지를 원하는 당사자는 그러한 취지의 명시적 합의를 하여야 한다.

반면에 본조는 조정이나 그 밖의 형태의 대체적 분쟁해결[절차가 개시]되면 시효기간이 정지된다고 규정한다. “대체적 분쟁해결”(alternative dispute resolution) 절차는 당사자가 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 제3자에게 도움을 요청하는 것을 말하는데, 이러한 정의는 UNCITRAL의 2002년 『국제상사조정

에 관한 모델법』(Model Law on International Commercial Conciliation) 제1조 제3항의 영향을 받은 것이다.

2. 제정법률의 부존재

단지 소수의 국가만이 대체적 분쟁해결에 관한 법률을 입법하였고 그 절차에 관한 규칙도 비교적 드물기 때문에 본조는 사법절차와 중재절차에 관한 규정을 “준용”하도록(적절히 변경하여 적용하도록) 한다. 이러한 규정은 적용가능한 법률 규정이 없는 경우에 대체적 분쟁해결절차의 개시에 대해서는 제10.6조 제1항 제2문의 보충규정이 적용되므로 그러한 분쟁해결절차에 관한 당사자의 신청(서)이 상대방에게 도달하는 일자에 절차가 개시된다는 것을 의미한다. 분쟁해결절차의 종료여부가 불명확한 경우가 매우 많은데 이때에도 제10.5조와 제10.6조의 규정 특히 각 제2항의 “그 밖에 절차가 종료되는 때까지”라는 문구가 준용되어야 한다. 따라서 당사자 일방에 의한 분쟁해결절차의 일방적 종료도 시효기간의 정지를 종료시키는 데 충분할 것이다. 악의에 의한 일방적 종료는 제1.7조의 제한을 받는다.

〈사 례〉

계약의 양당사자인 병원과 의료장비공급자는 대금에 관한 분쟁을 조정위원회(board of mediation)에 회부하기로 합의한다. 조정을 의뢰받은 조정위원회의 조정규칙에 의하면 일방이 먼저 상대방에게 조정신청서를 제출하고 그 후 상대방은 조정위원회에 사건의 심리(조정)를 신청하여야 하는데, 조정절차는 조정신청서가 상대방에게 제출된 일자에 개시된 것으로 된다. 조정은 조정위원회가 조정결정을 한 때 또는 당사자간에 화해가 성립한 때 또는 신청인이 조정신청을 철회한 때 종료된다.

제10.8조

(불가항력, 사망 또는 능력상실의 경우의 정지)

(1) 채권자가 통제할 수 없고 회피하거나 극복할 수 없는 장애로 인하여 앞의 규정들 하에서 시효기간이 진행되는 것을 막지 못한 경우에 일반시효기간은 정지되고 그러한 장애가 소멸한 후 1년 내에는 만료되지 아니한다.

(2) 채권자나 채무자의 능력상실 또는 사망이 그러한 장애에 해당하

는 경우에, 능력을 상실하거나 사망한 당사자의 대리인 또는 그의 재산의 대리인이 선임되거나 상속인이 그 당사자의 지위를 승계한 때 그 정지는 종료한다. 이러한 각각의 경우에 제1항의 일년부가 규칙이 적용된다.

【주 석】

1. 장애의 효과

대부분의 법제는 채권자의 재판상청구를 방해하는 장애를 고려하고 있으며, UN 시효협약(제15조와 제21조 참조)도 같다. 채권자가 권리를 행사할 수 있었던 경우에 비로소 시간의 경과라는 사실에 기하여 그의 권리를 박탈할 수 있다는 것은 법정책상의 기본원리이다. 장애의 현실적인 예로는 채권자의 소재지를 방해하는 전쟁이나 자연재해를 들 수 있다. 그 밖의 불가항력도 권리의 행사를 방해할 수 있고 그리하여 적어도 시효기간의 정지의 원인이 될 수 있다. 장애는 채권자가 통제할 수 없는 것이어야 한다. 따라서 투옥은 예컨대 전쟁포로가 되는 경우와 같이 이를 피할 수 없었던 경우에 한하여 시효기간을 정지시킬 수 있으나 형사범죄자의 투옥은 시효기간을 정지시키지 않는다. 그러나 오직 일반시효기간만이 정지된다. 채권자가 권리를 행사할 수 있기 전에 이미 최대시효기간이 만료되었다면 채무자는 최대시효기간만료의 항변을 할 수 있다.

〈사 례〉

1. A의 변호사는 엔지니어링회사 B의 직원의 직업상의 과실을 이유로 B를 상대로 소를 제기할 계획이다. 시효기간은 12월1일에 만료되며, A의 변호사는 11월25일에 소장의 작성을 완료하였고 빠른우편으로 또는 직접 관할법원에 소를 제기할 예정이다. 11월24일에 테러리스트가 대량살상용 생화학무기로 A의 국가를 공격하여 모든 교통, 체신 그 밖의 사회적 업무가 완전히 마비되고 적시에 소를 제기할 수 없게 된다. 시효기간의 진행은 정지되고 A의 국가에서 일부의 통신수단이 복구된 때로부터 1년이 되기 전에는 시효기간은 만료하지 않는다. 그러나 A의 국가에서 모든 통신수단의 붕괴상태가 10년간 지속되는 경우에 A의 권리는 그 최대시효기간이 만료하여 금지된다.

2. 속고를 위한 부가기간

채권자가 통제할 수 없는 장애가 시효기간 진행 중에 발생하였다가 소멸할

수 있으므로 장애가 소멸한 후에 채권자가 뭘 할지를 결정할 수 있는 시간이 거의 또는 전혀 남지 않는 경우가 있다. 이에 본조는 장애가 소멸한 날로부터 기산되는 1년의 부가기간을 부여한다. 그 목적은 채권자로 하여금 어떤 행동을 취할 것인지 결정할 수 있도록 하는 데 있다.

3. 능력상실 또는 사망

채권자나 채무자의 능력상실 또는 사망은 채권자의 권리행사를 방해하는 장애의 특수한 예이다. 제2항은 일반적인 장애의 경우와 동일한 해법을 규정한다.

〈사 례〉

2. A는 B에게 금전을 대출하고 그 대출금은 1월1일에 상환되어야 한다. A는 오랫동안 그 상환을 청구하지 않았고 상환기일로부터 35개월 후에 사망한다. A의 재산에 적용되는 상속법에 의하면 법원이 선임하는 관리인이 A의 재산을 관리하고 채권을 추심하여야 한다. 관할법원의 소송업무가 과도하여 관리인을 선임하는 데 2년6개월이 소요된다. 관리인은 3년의 일반시효기간 중 남은 1개월과 1년의 부가기간을 더한 1년1개월) 내에는 시효기간이 만료되지 않으므로 그 기간 동안 B에 대한 피상속인의 채권을 행사할 수 있다.

제10.9조

(시효기간만료의 효과)

- (1) 시효기간의 만료는 권리를 소멸시키지 아니한다.
- (2) 시효기간 만료의 효력이 발생하기 위해서는 채무자가 이를 항변으로 주장하여야 한다.
- (3) 권리의 시효기간이 만료되었다고 주장되더라도 채권자는 여전히 그 권리에 의존하여 항변할 수 있다.

【주 석】

1. 권리의 불소멸

시효기간이 만료되더라도 채권자의 권리는 소멸되지 않고 단지 그 강제가 금지될 뿐이다.

2. 시효기간만료의 항변

시효기간만료의 효과는 자동적으로 발생하지 않는다. 이는 채무자가 그 만료의 항변을 함으로써 비로소 발생한다. 채무자는 준거법에 따라 해당 절차에서 시효기간만료를 주장함으로써 항변할 수도 있고 그러한 절차 밖에서 그렇게 할 수도 있다. 또한 시효기간만료의 항변권의 존부가 확인판결의 대상이 될 수 있다.

〈사 례〉

1. A는 B로부터 물품을 구매한다. 일부의 매매대금은 4월1일에 지급되었어야 하나 지급되지 않는다. 38개월 후에 B는 A를 상대로 소를 제기한다. A는 시효기간의 만료를 주장하지도 않고 법원에 출석하지도 않는다. B는 결석판결을 신청한다. B가 승소할 것이다. A는 시효기간 만료의 항변을 제기하지 않았기 때문이다.

3. 시효기간이 만료된 권리를 사용하는 항변

본 원칙상 시효기간의 만료는 권리를 소멸시키지 않고 단지 채무자가 주장하여야 하는 항변사유가 될 뿐이므로(제1항 및 제2항) 채권자의 권리는 존속한다. 다만 채무자의 시효기간 만료의 주장에 의하여 그 이행청구는 금지될 수 있다. 따라서 시효기간이 만료된 권리도 여전히 항변사유로 사용할 수 있고, 예컨대 채권자는 그러한 권리를 기초로 자신의 이행을 유보할 수 있다(제3항).

〈사 례〉

2. A는 인쇄기를 B에게 10년간 리스한다. 계약에 의하면 A는 인쇄기가 정상적으로 작동하도록 관리하고 B의 사용상의 과실로 인하지 않은 한 결함을 수리할 의무가 있다. 인쇄기가 고장 났음에도 A는 수리를 거절한다. B는 A에게 수리를 요구하고 협의를 계속하였지만 성과가 없었고, 이에 B는 다른 회사에게 수리를 맡기고 A에게 그에 소요된 비용의 배상을 청구한다. A로부터 반응이 없자 B는 더 이상 그 청구를 진행하지 않는다. 5년 후 리스가 종료되자 B는 다시 수리비용의 배상을 청구한다. A는 배상을 거절하면서 제10.2조 제1항을 원용하고 나아가 인쇄기의 반환을 청구한다. B는 계약위반에 대한 손해배상을 청구할 수 있고 인쇄기의 반환을 유보할 수 있다.

제10.10조

(상계권)

채권자는 채무자가 시효기간 만료를 주장하기 전에는 상계권을 행사할 수 있다.

【주 석】

[시효기간이 만료되더라도] 채권자의 권리는 존속하므로 이는 제8.1조의 상계요건이 충족되는 한 여전히 상계의 목적으로 사용될 수 있다.

〈사 례〉

1. 사실관계는 제10.9조의 〈사례 2〉와 같으나 이제는 A가 인쇄기의 반환을 청구함과 아울러 미지급 리스료의 지급을 청구한다는 차이가 있다. B는 시효기간의 만료에도 불구하고 그의 손해배상채권과 A의 리스료지급채권을 상계할 수 있다.

시효기간만료는 그 자체만으로는 채권자의 권리를 소멸시키지 않지만 채무자가 채권자를 상대로 시효기간만료의 사실을 주장하여 항변하는 때에는 사정이 달라진다. 채무자는 그러한 항변을 함으로써 시효기간만료의 효력을 누릴 수 있고, 그 결과 그 권리는 강제력을 상실한다. 상계는 권리의 자기집행(self-enforcement)으로 여겨지므로 시효기간만료의 항변이 있는 후에는 상계가 허용되지 않는다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1과〉와 같으나 이제는 B가 손해배상을 청구함과 아울러 수리 후 4년이 이미 흘렀음에도 소를 제기하겠다고 위협한다는 차이가 있다. A는 인쇄기가 고장 난 것은 B의 과실 때문이라고 주장하면서 손해배상을 거절한다. 이를 증명하기는 어려우므로 A는 B에게 서신을 보내어 제10.2조 제1항의 시효기간만료를 주장한다. B는 이제는 그의 손해배상채권으로 상계하지 못한다.

제10.11조

(반 환)

채무의 소멸을 목적으로 이행이 이루어진 경우에 단지 제소기한이

만료되었다는 이유만으로 그 반환을 청구하지 못한다.

【주 석】

1. 유효한 이행의 근거가 되는 시효기간 만료 채권

본 원칙상 시효기간의 만료는 채권자의 권리를 소멸시키지 않고 단지 항변으로 주장될 수 있을 뿐이라는 사실이 낡는 또 하나의 결과로서, 채무자가 시효기간만료의 항변을 하지 않고서 채무를 이행한 경우에 그 이행은 채권자가 그 이행[으로 수령한 것]을 보유할 수 있도록 하는 법적 기초로 작용한다. 시효기간만료 자체는 반환에 관한 법리나 부당이득법리에 따른 반환청구 사유로 사용될 수 없다.

2. 그 밖의 사유에 기초한 반환청구

시효기간의 도과에도 불구하고 이행 외의 사유에 기초하여 반환청구를 하는 것은 가능하다. 예컨대 착오로 인하여 존재하지도 않는 빚을 갚은 자는 그 반환을 청구할 수 있다.

〈사 례〉

1. B 은행은 차주 A에게 금전을 대출하고 A는 대출계약상의 상환기일에 상환을 불이행한다. B는 실수로 장부정리를 잘못하여 A의 채무를 간과하여 잊고 있다. 4년 후 B는 그의 실수를 발견하고는 A에게 그 상환을 청구하는 통지를 보낸다. 이에 대하여 A는 상환을 하였으나 그 후 변호사를 통하여 시효기간의 만료로 그 상환을 거절할 수 있었다는 것을 알게 된다. A는 B에 대하여 부당이득을 주장하여 그 반환을 청구하지 못한다.

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 실제로 대출금을 상환하였으나 A와 B 모두 그러한 상환의 사실을 모르고 있다는 차이가 있다. 4년 후 B는 실수로 A에게 지급을 청구하고 A는 그에 응한다. A는 두 번째 지급의 반환을 청구할 수 있다. A가 이미 상환을 하였기에 그 전부이행에 의하여 채무는 소멸하였기 때문이다.

제 11 장 수인의 채무자와 채권자

제 1 절 수인의 채무자

제11.1.1조

(정 의)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에
(가) 각 채무자가 채무의 전부를 부담하는 경우에 그 채무는 연대채무이다.

(나) 각 채무자가 각자의 부담부분에 한하여 채무를 부담하는 경우에 그 채무는 분할채무이다.

【주 석】

본조는 하나의 채무⁵³⁾에 수인의 채무자가 있거나 그 채무에 대한 수인의 채권자가 있는 상황을 다룬다.

제1절은 수인(數人)⁵⁴⁾의 채무자(plurality of obligors)를 다룬다.

1. 수인의 채무자

하나의 채무에 수인의 채무자가 있는 경우가 흔히 있다.

〈사 례〉

1. A 회사, B 회사 및 C 회사는 협력하여 해외에 새로운 시장을 개척하기로 결정한

53) 본서에서 “obligation”은 문맥에 따라 ‘의무’ 또는 ‘채무’로 번역되었으며, 양자의 의미상 차이는 의도되어 있지 않다. 특히 본장에서는 다수당사자간 법률관계의 맥락에서 채권/채무라는 표현이 더욱 친숙하고 널리 사용되므로 이를 대체로 채무로 번역하였다.

54) 본서 특히 본장에서 수인(數人)은 영문 “plurality”를 의역한 것이다. 이는 원래 문자 그대로 복수(複數)의 의미이나 국내에서 특히 다수당사자의 채권채무관계에서 전자가 널리 사용되는 점을 고려한 것이다.

다. 그들은 금융이 필요하여 X 은행으로부터 함께 대출을 받는다. A, B 및 C는 그 대출금 상환의무를 공동으로 부담한다.

2. 시공자 A와 B는 공동으로 입찰서를 제출하여 교량건설계약을 수주한다. A와 B는 교량건설의무를 공동으로 부담한다.

3. 대규모 공장은 화재 등의 위험에 대하여 부보하여야 한다. 단일한 보험자가 감당하기에는 위험이 너무 크다. 복수의 보험자가 공동으로 위험을 인수한다. 이 보험자들은 보험상 공동으로 의무를 부담한다.

4. X 은행은 A 회사에게 대출을 승인하면서 보증을 요구한다. 모회사 B는 오히려 A와 공동으로 대출금 상환의무를 부담하는 데 동의한다. A와 B는 그 대출금 상환의무를 공동으로 부담한다.

2. 동일한 채무

본절은 상이한 채무자들이 동일한 채무를 부담하는 경우에만 적용된다.

수인의 채무자가 동일한 일에 참여하지만 각기 구별되는 의무를 부담하는 경우도 흔히 있다. 본절에서 그들은 공동으로 채무를 부담하는 것이 아니다.

〈사 례〉

5. 새로운 항공기가 제작되고 있다. 많은 하수급인들이 다양한 부분작업에 참여하고 있다. 예컨대 하수급인 A는 날개의 설계를 담당하고 하수급인 B는 전자장비를 담당한다. 그들의 각 의무는 상이하다. 그들은 공동으로 채무를 부담하는 것이 아니다.

“동일한 채무”는 보통 하나의 계약에서 발생하지만 반드시 그런 것은 아니다. 〈사례 1〉과 〈사례 2〉에서 보통 하나의 대출계약이나 하나의 건설계약이 복수의 채무자를 구속할 것이다. 그러나 공동보험의 경우에(〈사례 3〉) 비록 동일한 위험을 인수하지만 각 보험자는 흔히 피보험자와 각기 별도로 계약을 체결한다. 〈사례 4〉의 보증은 흔히 별도의 계약으로 제공될 것이다. 별도의 계약으로 채무를 부담하는 다른 예로는 합의로 채무를 이전하는 경우를 들 수 있다(제9.2.1조 이하 참조).

그러나 관련 채무는 계약상의 것이어야 하나 다만 하나의 계약 또는 복수의 계약에서 발생한 것인지는 불문한다. 본 원칙은 국제상사계약에 적용되므로 복수의 불법행위자의 불법행위채무는 본장의 범위 밖에 있다. 계약상의 손해배상

청구는 본장의 범위 내에 있다.

3. 채무의 두 가지 중요한 유형

본조는 실무상 수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에 발생하는 채무의 중요한 두 가지 유형을 규정한다.

첫째는 각 채무자가 전부에 대하여 채무를 부담하는 유형으로, 이때 채권자는 채무자 중 어느 누구에 대해서도 이행을 청구할 수 있고(제11.1.3조 참조), 이행 후에 채무자간 구상권이 발생한다(제11.1.10조 참조).

둘째는 각 채무자가 자신의 부담부분에 한하여 채무를 부담하는 유형으로, 이때 채권자는 각 채무자에 대하여 그 부담부분에 한하여 이행을 청구할 수 있다.

전자의 경우에 “연대”채무(“joint and several” obligation)라 하며, 이것이 보충적 규칙(default rule)이다(제11.1.2조 참조). 후자의 경우에 “분할”채무(“separate” obligation)라 한다.

채무자가 부담하는 의무가 연대채무인지 분할채무인지 여부는 제11.1.2조에 따라 결정된다(〈사례 1〉 내지 〈사례 4〉 참조).

4. 그 밖에 가능한 상황

위와 같은 두 가지의 중요한 유형이 가장 보편적이다. 본절은 가능한 모든 유형을 포괄하고자 하지 않는다.

“공동”채무(“joint” or “communal” obligation)라 불리는 유형이 있고, 이러한 경우에 채무자들은 함께 이행하여야 하고 채권자는 모든 채무자에 대하여 함께 이행하도록 청구하여야 한다. 대표적인 예로 한 그룹의 음악가들이 현악4중주를 연주할 의무를 부담하는 경우가 있다. 이러한 유형은 실무상 중요성이 덜하다.

제11.1.2조

(연대채무의 추정)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에 다른 사정이 없다면 채무자는 연대하여 채무를 부담하는 것으로 추정된다.

【주 석】

1. 보충적 규칙⁵⁵⁾

상거래실무상 보통의 경우에 수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 연대하여 부담한다. 이러한 사실은 제11.1.2조가 규정하는 보충적 규칙에 정당성을 부여한다.

〈사 례〉

1. 회사 A, B 및 C는 X 은행으로부터 함께 대출을 받았다(이는 제11.1.1조의 〈사례 1〉과 같다). 대출계약에서 각 당사자가 채무를 어떻게 부담하는지에 관하여 침묵한다. 채무자들은 연대채무자로 추정되며, 각 채무자가 은행에 대하여 대출금 전부에 대하여 채무를 부담한다.

2. 다른 사정이 있는 경우

다른 사정이 있는 때에는 연대채무의 추정이 반복된다. 계약상 그에 반하는 명시적 규정이 있는 경우에 흔히 그렇게 된다.

〈사 례〉

2. 보험자 A, B 및 C는 (제11.1.1조의 〈사례 3〉과 같이) 공장에 관하여 공동보험자가 되는 데 동의하였다. 그 보험설계에 따라 각 공동보험자는 자신의 인수비율에 따라 채무를 부담한다.

그 밖의 사정도 복수의 채무자가 연대하여 채무를 부담한다는 추정을 깰 수 있다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 2〉와 같으나 이제는 보험자 A, B 및 C가 의무를 연대하여 부담하지 않는다고 명시하지 않았다. 그러나 공동보험의 목적은 바로 각 보험자로 하여금 그 능력의 한도 내에서 보험채무를 부담하도록 하는 것이다. 이러한 점은 보험자

55) 본서에서 보충적 규칙은 “default rule”을 번역한 것이다. 이는 당사자간 다른 합의가 없는 경우(즉 “default”)에 적용되는 규칙이라는 의미를 갖는다.

A, B 및 C가 각기 자신의 부담부분에 한하여 채무를 부담함을 나타내는 사정으로 고려될 수 있다.

3. 보증채무와 연대채무

다른 경우로, 부종성이 있는 보증계약 즉 다른 채무자의 채무를 그 주채무자가 불이행하는 경우에 이행하기로 하는 경우가 있다. 보증인은 주채무자가 아니며 단지 주채무자의 불이행이 있는 경우에 이행할 의무가 있을 뿐이다. 주채무자와 보증인은 각기 - 그 순서대로 - 의무를 부담한다.

〈사 례〉

4. A 회사는 X 은행으로부터 1,000,000 유로를 대출받고자 한다. 모회사 B가 대출금 상환의무의 보증인으로 참여한다는 조건으로 대출이 이루어진다. A는 X의 주채무자이다. B는 A가 불이행한다면 그때 상환하여야 할 것이다.

보증이 갖는 경제적 목적을 이루기 위하여 연대채무를 부담하는 방법이 이용되는 경우가 있다. 이때 채권자는 원채무자의 의무를 보증하고자 하는 회사에게 별도의 보증계약을 체결하는 대신에 원채무자와 나란히 연대채무자로서 참여하도록 요청한다. 이러한 경우에 채권자는 그 참여회사에 대하여 직접 지급을 청구할 수 있다는 장점이 있다. 그렇더라도 그 참여회사는 보증법제상 보증인에게 제공되는 특별한 권리를 항상 박탈당하는 것은 아니다.

〈사 례〉

5. 사실관계는 〈사례 4〉와 같으나 이제는 X가 B에게 연대채무자로서 대출금 상환의무를 부담하도록 요청한다는 차이가 있다. 그렇다면 X는 A뿐만 아니라 B에 대하여 직접 상환청구를 할 수 있다.

이러한 특별한 연대채무 기법의 사용은 몇 가지의 특수한 결과를 낳는다. 연대채무자 내부의 구상관계에 관하여 제11.1.9조의 〈주석 3〉을 보라. 물론 보증법제에 의하여 추가적 결과가 더해질 수도 있다.

제11.1.3조

(연대채무자에 대한 채권자의 권리)

채무자가 연대채무를 부담하는 경우에 채권자는 채무가 전부 이행될 때까지 채무자 중 어느 누구에 대하여 이행을 청구할 수 있다.

【주 석】

채무자의 관점에서 연대채무의 주된 효력은 제11.1.1조의 정의에 이미 규정되어 있으며, 각 채무자는 채무의 전부에 대하여 책임을 진다.

본조는 채권자를 향한 주된 효력을 규정하며, 그에 따라 채권자는 채무가 전부 이행될 때까지 각 채무자에게 이행을 청구할 수 있다.

〈사 례〉

1. 농부 A, B 및 C는 각자의 토지에 나누어 사용하기 위하여 공동으로 트랙터를 구매하였다. 그들은 미화 45,000 달러의 대금을 연대하여 지급하여야 한다. 매도인 X는 대금 전액에 관하여 A, B 또는 C에게 지급을 청구할 수 있다. X의 권리는 채무자의 어느 일인 또는 수인으로부터 그 전부이행을 받는 때에 소멸한다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. A는 (미화 45,000 달러에 관하여 채무를 부담함에도) 미화 30,000 달러만 지급한다. X는 여전히 잔여 미화 15,000 달러에 관하여 A에 대하여 채권을 가지면서 B나 C에게 그 잔여금액의 지급을 청구할 수 있다. 이때 (B가 잔여 미화 15,000 달러에 관하여 채무를 부담함에도) X가 B로부터 단지 미화 10,000 달러를 수령한다면 X는 A, B 및 C에 대하여 여전히 미화 5,000 달러의 지급을 청구할 수 있다.

제11.1.4조

(항변과 상계권의 이용가능성)

채권자로부터 청구를 받은 연대채무자는 자신에게 고유하거나 모든 연대채무자에게 공통된 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 일인 또는 수인의 다른 연대채무자에게 고유한 항변이나 상계권을 주장하지 못한다.

【주 석】

본조는 연대채무자가 주장할 수 있는 갖가지 항변과 상계권의 이용가능성을 다룬다. 본조는 연대채무자 일인에게 고유하거나 모든 연대채무자에게 공통된 항변 및 상계권과 다른 연대채무자 일인 또는 수인에게 고유의 항변 및 상계권을 구분한다.

〈사 례〉

1. 회사 A, B 및 C는 공동프로젝트를 위하여 각자의 공장에서 사용할 목적으로 제조자 X로부터 공동으로 기계를 매입하였다. 매입대금은 연대하여 지급되어야 하고 그 일부는 장래의 어느 일자에 지급되어야 한다. A는 X로부터 기계가 일정한 수준의 성능을 갖는다는 별도의 보장을 받았다. X가 A에게 매입대금의 지급을 청구할 때 A는 기계가 보장된 수준의 성능을 갖지 않는다는 사실을 주장할 수 있다. 그러나 이러한 항변은 A에게 고유하므로 X가 B와 C에게 대금지급을 청구할 때 B와 C는 그러한 성능부족을 주장하지 못한다.
2. 회사 A와 B는 매도인 X로부터 일정수량의 철강을 연대하여 매입하기로 확약하였다. 매수인국가의 정부기관이 매도인국가와의 모든 무역의 금지를 선언하고, 이로 인하여 계약을 이행하는 것이 불법이 된다. 이는 각 연대채무자가 모두 X에 대하여 주장할 수 있는 공통된 항변사유이다.
3. X 은행은 2,000,000 유로를 연대채무자인 A와 B에게 대출해주었다. A는 자신이 소유하던 주식을 주식시장에서 매각하고 그에 따라 X는 500,000 유로의 매매대금에 관하여 A의 채무자가 된다. A는 X에 대한 자신의 상계권을 행사할 수 있고, 그에 따라 제11.1.5조에 규정된 효과가 발생한다. 그러나 이러한 상계권은 A에게 고유의 것이므로 B는 이를 주장하지 못한다.

제11.1.5조

(이행 또는 상계의 효력)

어느 연대채무자의 이행이나 상계 또는 어느 연대채무자에 대한 채권자의 상계는 채권자와의 관계에서 그 이행이나 상계를 한도로 다른 연대채무자의 채무를 소멸시킨다.

【주 석】

1. 연대채무자의 이행

어느 일인의 연대채무자가 채무를 전부 또는 일부 이행한 경우에 만약 채권자가 다른 연대채무자에게 여전히 이행을 청구한다면 다른 연대채무자는 성공적으로 그러한 이행을 항변으로 주장할 수 있다.

〈사 례〉

1. 회사 A, B 및 C는 100,000 유로의 대출금을 연대하여 상환할 의무가 있다. 대주 X의 청구에 따라 A는 대출금 전액을 상환한다. X가 여전히 B와 C에 대하여 대출금 상환을 청구한다면 B와 C는 A의 이행을 원용할 수 있다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A가 단지 30,000 유로만 상환한다. B와 C는 여전히 70,000 유로에 대하여 연대채무를 지지만(제11.1.3조 참조) X가 전액을 청구한다면 A의 일부지급을 원용할 수 있다.

2. 상 계

연대채무자 중 어느 일인의 이행에 관한 본조의 규칙은 채권자와 어느 일인의 연대채무자 사이에 상계가 일어난 경우에 준용된다. 상계권은 연대채무자 중 누가 상계권을 주장할 수 있는지의 문제를 다루는 제11.1.4조에서 이미 언급되었다. 본조는 후속문제로 상계권이 실제로 행사되었다고 할 때 그 효력을 규정한다. 상계 자체에 적용되는 규칙에 관하여는 제8.1조 내지 제8.5조를 보라.

〈사 례〉

3. 사실관계는 앞의 사례들과 같으며 A, B 및 C가 100,000 유로의 대출금을 연대하여 상환할 의무가 있다. 그러나 별개의 어떤 거래로 A는 X에 대하여 60,000 유로의 채권자가 되었다. A가 X에게 상계를 통지하여(제8.3조 참조) 상계권을 행사한다면 이는 A가 자신의 연대채무를 일부 이행한 것과 같은 효력이 있고, 따라서 B와 C는 그 금액만큼 채무를 면한다.

채권자가 복수의 연대채무자 중 일인에 대하여 상계권을 행사한 경우에도 동일한 규칙이 적용된다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같으나 이제는 X가 먼저 A에게 상계를 통지한다. 그 효력은 동일하다. A는 그 상계금액(60,000 유로)만큼 채무를 면하고, 다른 연대채무자 B와 C도 같은 금액만큼 채무를 면한다.

제11.1.6조

(면제 또는 화해의 효력)

(1) 일인의 연대채무자의 면제 또는 일인의 연대채무자와의 화해는 다른 사정이 없다면 그 면제를 받은 채무자 또는 화해를 한 채무자의 부담부분에 한하여 다른 모든 채무자의 채무를 면하게 한다.

(2) 면제받은 채무자의 부담부분만큼 채무를 면한 다른 채무자는 그 면제를 받은 채무자에 대하여 제11.1.10조에 따른 구상권을 갖지 못한다.

【주 석】

1. 연대채무자 어느 일인의 채무면제

채권자가 어느 일인의 연대채무자의 채무를 다른 어떠한 조건도 없이 면제한 경우에 제11.1.6조의 원칙에 따라 그 채무면제는 오직 면제를 받은 채무자의 부담부분(이는 제11.1.9조에 따라 결정된다)만큼 효력이 있다. 그 결과, 다른 채무자는 면제를 받은 채무자의 부담부분에 한하여 채무를 면하고 그 나머지 부분에 대하여 여전히 채무가 존속한다.

〈사 례〉

1. X 은행은 300,000 유로를 회사 A, B 및 C에게 대출한다. 그들은 연대하여 채무를 부담하고 각자의 부담부분은 동일하여 각 100,000 유로이다. X가 다른 어떠한 조건도 없이 A의 채무를 면제한다. 그 결과 B와 C는 A의 부담부분인 100,000 유로만큼 채무를 면한다. 여전히 B와 C는 나머지 200,000 유로만큼 X에 대하여 연대하여 채무를 부담한다.

2. 어느 일인의 연대채무자와의 화해

때로는 채권자는 연대채무자 일인으로부터 그 채무자의 부담부분(이는 제

11.1.9조에 따라 결정된다)에 미치지 못하는 금액을 지급받고서 그 채무자와 별도로 화해하여 그 지급금액으로써 그 화해를 하는 채무자의 부담부분 전부에 관하여 채무를 소멸시키기도 한다. 그에 따라 다른 연대채무자의 채무는 단지 그 지급금액만큼이나 아니라 그 화해를 한 채무자의 부담부분 전액만큼 감소한다.

〈사 례〉

2. 투자자 A, B 및 C는 X에게 주식취득 대금으로 미화 3,000,000 달러를 연대하여 지급할 의무가 있다. A와 X는 그들 사이의 다른 분쟁을 해결하는 합의를 한다. 그 화해조항의 하나로 A는 미화 600,000 달러(이는 다른 연대채무자와의 구상관계에서 A가 부담하는 금액보다 미화 400,000 달러만큼 적은 금액이다)를 지급함으로써 A가 주식매매계약상 X에 대하여 부담하는 채무를 전부 면한다. 이러한 경우에 X는 B와 C에게 나머지금액 미화 2,400,000 달러의 지급을 청구할 수 없다. B와 C의 연대채무는 A의 원래의 부담부분 전액, 즉 미화 1,000,000 달러만큼 감소한다. B와 C는 단지 미화 2,000,000 달러의 잔여 연대채무를 부담할 뿐이다.

3. 다른 사정

다른 연대채무자가 면제를 받은 채무자나 화해를 한 채무자의 부담부분만큼이나 아니라 다른 금액만큼 채무를 면하는 사정이 있을 수 있다.

예컨대 채권자는 연대채무자 일인의 채무를 면제하면서 단지 그 부담부분(이는 제11.1.9조에 따라 결정된다)의 일부만을 면제할 수 있다. 이러한 경우에 다른 채무자는 단지 면제받은 일부의 금액에 한하여 채무를 면할 뿐이다. 모든 채무자는 감소한 잔여금액 전부에 대하여 여전히 연대채무를 부담한다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 X가 60,000 유로만큼 A의 채무를 면제한다는 차이가 있다. 그 결과 B와 C는 그 60,000 유로만큼 채무를 면한다. A, B 및 C는 X에 대하여 여전히 240,000 유로의 연대채무를 부담한다.

한편 채권자는 모든 연대채무자들의 채무 전부를 면제시킬 수도 있다. 채권자가 이러한 의사를 표시하는 경우에 본조는 적용되지 않는다.

화해계약에 관하여 보자면, 화해는 흔히 별도로 이루어지기 보다는 모든 연대채무자가 함께 참여한다. 이러한 경우에 다른 채무자들의 채무에 대한 효력은

모든 당사자간에 합의된 화해의 내용에 따라 결정되고 구상청구는 상응하여 조정된다.

4. 구상권의 부존재

채권자가 연대채무자 일인의 채무를 면제하거나 그와 화해함으로써 다른 채무자가 그 채무자의 부담부분만큼 채무를 면한 경우에 다른 연대채무자들은 그 채무자에 대하여 구상권을 갖지 못한다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 1〉과 같아서 X는 A의 채무를 면제하고 B와 C는 여전히 200,000 유로의 연대채무를 부담하고 있다. B가 X에게 200,000 유로를 지급하는 경우에 B는 C에 대하여 100,000 유로의 구상권을 갖지만 A에 대하여는 구상권이 없다.

5. 사실관계는 〈사례 2〉와 같아서 B와 C는 여전히 미화 2,000,000 달러만큼 연대채무를 부담하고 있다. B가 X에게 미화 2,000,000 달러를 지급하는 경우에 B는 C에 대하여 미화 1,000,000 달러의 구상권을 갖는다. 그러나 B는 A가 별도의 화해계약에 따라 X에게 미화 600,000 달러만을 지급하였음에도 A에 대하여 구상권을 갖지 않는다.

제11.1.7조

(시효기간의 만료 또는 정지의 효력)

(1) 일인의 연대채무자에 대한 채권자의 권리의 시효기간이 만료되더라도 이는 다음 각호에 대하여 효력이 없다.

(가) 다른 연대채무자의 채권자에 대한 채무 또는

(나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권

(2) 채권자가 제10.5조, 제10.6조 또는 제10.7조에 따라 일인의 연대채무자를 상대로 절차를 개시하는 경우에 다른 연대채무자에 대하여도 시효기간의 진행이 정지된다.

【주 석】

1. 일인의 채무자에 대한 시효기간의 만료

연대채무자 중 어느 일인(또는 수인)에 대한 채권자의 권리의 시효기간이 만

료될 수 있다. 그렇더라도 채권자는 그 시효기간 만료의 영향을 받지 않는 다른 연대채무자에 대하여 여전히 권리를 행사할 수 있다.

〈사 례〉

1. 회사 A와 B는 컨설턴트 X에게 미화 500,000 달러의 보수를 연대하여 지급할 의무가 있다. A와 B는 X가 제공한 용역이 불만족하다고 주장하면서 그 지급을 거절한다. 당사자들은 기나긴 협상에 들어간다. 2년 후 B는 X의 권리를 인정하게 되지만 A는 이를 여전히 다투고 있다. 그 다음해 3월에 X는 A와 B를 상대로 소를 제기한다. X에게 대금이 지급되었어야 하는 일자로부터 3년이 넘는 시간이 흘렀으므로(제10.4조 참조) A에 대한 X의 권리는 시효기간이 만료된다. 그러나 B에 관하여는 사정이 다르다. B는 시효기간이 만료되기 전에 채권자의 권리를 승인하였기 때문에 시효기간이 새로이 개시된다(제10.4조 참조). X는 B에 대하여 여전히 미화 500,000 달러를 청구할 수 있다.

이러한 경우에 채권자에게 지급한 연대채무자는 제11.1.10조에 따라 구상권을 행사할 때 제10.9조에 따라 채권자에 대하여 시효기간 만료의 이익을 누리는 다른 연대채무자에 대해서도 구상할 수 있다. 이러한 구상권은 독자적인 시효기간의 제한을 받는다.

〈사 례〉

2. 〈사례 1〉의 사안에서 B는 X에게 미화 500,000 달러를 지급한 후 제11.1.10조에 따라 A에게 구상할 수 있다.

2. 연대채무자 일인에 관한 시효기간의 정지

채권자가 어느 일인의 연대채무자를 상대로 소송절차, 중재절차 또는 대체적 분쟁해결(ADR) 절차를 개시하는 것은 제10.5조, 제10.6조 또는 제10.7조에 따라 당해 채무자에 관한 시효기간의 진행을 정지시킬 뿐이다. 본조 제2항은 그러한 정지의 효력을 다른 연대채무자에 대하여 확대한다.

〈사 례〉

3. 공동매수인 A와 B는 매도인 X에게 800,000 영국파운드를 연대하여 지급할 의무가 있고 그 지급기일은 12월31일이다. 수차 독촉하였지만 A와 B는 3년의 시효기간

이 거의 만료되어 감에도 여전히 지급하지 않는다. 3년차 12월20일에 X는 A를 상대로 소송절차를 개시한다. 시효기간은 A뿐만 아니라 B에 대해서도 정지된다.

모든 연대채무자에 대하여 효력[(절대적 효력)]을 갖도록 하는 본조 제2항의 규정은 각 채무자에 대한 개별적 효력[(상대적 효력)]을 규정하는 본조 제1항과 상이한 접근법을 취한다. 이는 상이한 효력 즉 시효기간 만료의 효력과 소송절차 개시의 효력이 관련되기 때문이다. 제2항의 해법은 모든 채무자를 상대로 소송절차를 개시하는 비용을 절약하게 한다. 그러나 채권자는 판결의 효력에 관한 제11.1.8조의 규칙을 유념하여야 한다.

제11.1.8조

(판결의 효력)

(1) 채권자에 대한 연대채무자 일인의 채무에 관한 법원의 판결은 다음 각호에 대하여 효력이 없다.

(가) 채권자에 대한 다른 연대채무자의 채무 또는

(나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권

(2) 그러나 그러한 판결이 그 채무자에게 고유한 사유에 기초하는 경우를 제외하고 다른 연대채무자는 그 판결을 원용할 수 있다. 그러한 경우에 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권은 그에 상응하여 영향을 받는다.

【주 석】

1. 다른 연대채무자의 채무에 대한 효력의 부존재

채권자가 연대채무자의 일인(또는 일부)만을 상대로 소송절차나 중재절차를 개시한 경우에 법원 판결이나 중재판정은 원칙적으로 피소되지 않은 다른 채무자의 채무에 영향을 주지 않는다. 판결이 어떠한지 간에 다른 채무자는 원래의 조건대로 채무를 부담한다.

〈사 례〉

1. C 은행은 연대채무자인 차주 A와 B에게 1,000,000 유로를 대출하였다. X는 A

를 상대로 상환을 청구하는 소를 제기하고 법원은 X에게 1,000,000 유로를 지급할 것을 A에게 명한다. 이러한 판결 자체는 B의 의무에 영향을 주지 않으며 B는 여전히 X에게 1,000,000 유로를 지급할 의무가 있다. 물론 판결이 집행되어 A가 X에게 1,000,000 유로를 지급한다면 제11.1.5조에 따라 X에 대한 B의 의무도 소멸하고 A는 제11.1.10조에 따라 B에게 구상할 수 있다.

2. 회사 A와 B는 X 회사의 물품을 X의 고객에게 운송하는 연대채무를 부담하였다. 이행에 하자가 있어 X는 A를 제소한다. 법원은 A에게 손해배상을 명한다. B는 그 이행상의 하자를 인정하는 법원의 판단에 구속되지 않으며, 그 손해배상 의무는 B의 채무로 되지 않는다.

2. 구상권에 대한 효력의 부존재

일인의 연대채무자에 대한 법원 판결은 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권에도 영향을 주지 않는다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 2〉와 같다. A는 법원이 명한 손해배상금을 X에게 지급한다. A는 손해배상에 관하여 B에게 구상하지 못한다.

3. 다른 연대채무자가 판결을 원용할 권리

본조 제1항에 규정된 원칙은 다른 연대채무자가 자신의 이익을 위하여 판결을 원용하고자 하는 경우에까지 관철되어야 하는 것은 아니다. 그러한 경우에 제2항은 다른 연대채무자에게 그 판결을 원용할 권리를 부여한다. 그러나 이러한 규칙은 판결이 당해 채무자에게 고유한 사유에 기초하는 때에는 적용되지 않는다.

〈사 례〉

4. 미술품수집가 A와 B는 그림을 매매하는 경매에 참여하여 800,000 영국파운드의 대금을 연대하여 지급할 의무를 부담하였다. 대금이 지급되지 않자 경매회사는 A를 제소한다. 법원은 그림이 복원된 것으로 보인다는 그 그림의 품질에 관한 A의 주장의 일부를 수용하여 대금을 600,000 영국파운드로 감액한다. B는 그 판결을 원용하여 경매회사에 대한 자신의 채무가 동일하게 감액되는 이익을 누릴 수 있다.

5. 사실관계는 <사례 4>와 같으나 이제는 A가 경매회사에 대금지급을 거절하는 이유가 그 그림이 위조품이기 때문이라는 차이가 있다. 법원이 의뢰한 감정인의 의견도 그러한 점을 확인한다. 그에 따라 계약은 취소된다. B도 그 판결을 원용하여 경매회사에 대한 그의 의무를 면할 수 있다.

6. 사실관계는 <사례 4>와 같으나 이제는 A가 경매회사로부터 그 그림이 어떤 주요한 전시회에서 전시된 적이 있다는 증명서를 별도로 받았다는 차이가 있다. 그러나 이는 거짓인 것으로 밝혀지고 법원은 A에게 손해배상을 하도록 경매회사에게 명한다. 이 판결은 A에게 고유한 사유에 기초하고 있으므로 B는 판결을 원용하지 못한다.

4. 그에 따른 구상권의 조정

연대채무자가 자신의 이익을 위하여 다른 연대채무자에게 내려진 법원의 판결을 이용하는 경우에 연대채무자의 그에 상응하여 영향을 받는다.

<사 례>

7. 사실관계는 <사례 4>와 같다. 경매회사에 대한 A의 의무는 600,000 영국파운드로 감액되었다. A가 그 금액을 경매회사에 지급하고 B에게 구상할 때 B는 그 법원 판결을 원용하여 연대채무자 사이에서 B의 부담부분이 그만큼 감액되도록 할 수 있다.

제11.1.9조

(연대채무자 사이의 부담부분)

연대채무자 사이에서 다른 사정이 없다면 연대채무자의 부담부분은 균등하다.

【주 석】

본절 제11.1.9조 내지 제11.1.13조는 구상관계(求償關係)를 다룬다. 채권자에게 채무를 이행한 채무자는 각자의 부담부분을 회수하기 위하여 다른 연대채무자에 대하여 구상권을 가진다.

첫 문제는 각 연대채무자의 부담부분을 결정하는 일이다. 본 제11.1.9조는 보충적 규칙으로 각자의 부담부분이 균등하다고 규정한다.

〈사 례〉

1. 회사 A와 B는 다른 회사의 주식인수 자금을 조달하기 위하여 X 은행에서 10,000,000 유로를 차입하였다. A와 B 사의 내부관계에서 각자의 부담부분은 원칙적으로 5,000,000 유로이다.

그러나 다른 사정이 있어서 각자의 부담부분이 상이할 수 있다. 흔히 연대채무자간에 다른 약정이 있는 경우에 그렇게 된다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A와 B 사이의 합의에 의하여 A와 B의 주식인수비율이 각각 75%와 25%라는 차이가 있다. 이러한 비율은 A와 B 사이의 구상관계에도 적용되는 것으로 추정된다.

사정을 볼 때 [연대채무자 사이에서] 일부의 채무자가 채무 전액을 부담하는 것으로 나타나는 경우가 있다. 채무자가 영업상 자신의 이익 때문이 아니라 다른 채무자(“주채무자”)의 보증인으로 참여하면서 차라리 연대채무자가 되기로 동의하는 경우가 그에 해당한다(제11.1.2조 주석 3 참조).

〈사 례〉

3. A 회사는 X 은행에게 10,000,000 유로의 대출을 신청한다. 대출은 B 회사가 연대채무자로 참여한다는 조건으로 승인된다. A와 B 사이에서 B는 단지 보증인의 역할을 한다고 이해된다. 이러한 사정으로 볼 때 A와 B 사이의 구상관계에서 A는 100% 그리고 B는 0%를 부담한다.

제11.1.10조

(구상권의 범위)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자는 다른 어느 채무자에게 그 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 그 초과부분을 구상할 수 있다.

【주 석】

연대채무자는 채권자에게 자신의 부담부분을 초과하여 이행한 후에는 각자

의 부담부분에 기초하여 다른 채무자에게 그 초과부분을 구상할 수 있다.

〈사 례〉

1. 회사 A와 B는 다른 회사의 주식인수 자금을 조달하기 위하여 X 은행에서 10,000,000 유로를 차입하였다. A와 B의 부담부분은 원칙적으로 같다. A가 X에게 전액을 상환한 경우에 A는 B에게 A 자신의 부담비율 50% 즉 5,000,000 유로를 초과하는 금액을 구상할 수 있다.
2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 A와 B 사이의 합의에 의하여 A와 B의 주식인수비율이 각각 75%와 25%라는 차이가 있다. A가 그와 B 사이의 구상관계에서 그 상환금액의 75%를 부담하여야 한다면 A는 초과부분 즉 B의 부담부분인 2,500,000 유로만 구상할 수 있다.
3. A 회사는 X 은행에게 10,000,000 유로의 대출을 신청한다. 대출은 B 회사가 연대채무자로 참여한다는 조건으로 승인된다. A와 B 사이에서 B는 단지 보증인의 역할을 한다고 이해된다. A의 부담부분은 100%이다. B가 X에게 대출금을 상환한다면 B는 그 상환금액 전액을 A에게 구상할 수 있다.

본조의 규칙은 보다 복잡한 사안에도 적용가능하다.

〈사 례〉

4. 투자자 A, B 및 C는 협력하여 사무실빌딩을 매입하였다. 총 매매대금은 미화 1,000,000 달러이고 합의된 각자의 부담부분은 각각 50%, 30%, 20%이다. 매도인은 어느 채무자에 대해서도 미화 1,000,000 달러의 지급을 청구할 수 있으나 A로부터는 단지 미화 650,000 달러만 지급받을 수 있었다. 그 후 매도인은 나머지 미화 350,000 달러를 B로부터 지급받는다. A는 자신의 부담부분인 미화 500,000 달러를 초과하여 미화 150,000 달러만큼 더 지급하였고, B는 자신의 부담부분인 미화 300,000 달러를 초과하여 미화 50,000 달러만큼 더 지급하였다. 한편 C는 자신의 부담부분을 전혀 지급하지 않았다. A와 B는 C에 대하여 각각 미화 150,000 달러와 미화 50,000 달러의 구상권을 갖는다.

제11.1.6조 제2항, 제11.1.7조 제1항 나호 및 제11.1.8조 나호는 각각 해당 조항이 적용되는 사안에서 이용가능한 구상권에 관한 특칙을 규정한다.

제11.1.11조

(채권자의 권리)

(1) 제11.1.10조가 적용되는 연대채무자는 각 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 모든 또는 어느 다른 채무자에 대하여 초과부분에 관한 구상을 위하여 이행에 관한 모든 담보권을 포함하여 채권자의 구상권도 행사할 수 있다.

(2) 이행을 전부 받지 아니한 채권자는 아직 이행되지 아니한 부분의 범위 내에서 구상권을 행사하는 연대채무자에 우선하여 연대채무자에 대한 그의 권리를 보유한다.

【주 석】

1. 채권자의 권리의 대위

채권자에게 자신의 부담부분을 초과하여 지급한 연대채무자는 제11.1.10조에 따라 다른 채무자에 대하여 구상권을 갖는다. 본조 제1항은 그러한 구상권을 갖는 연대채무자에게 이행에 관한 모든 담보권을 포함하여 채권자의 권리를 이용할 수 있는 기회를 제공한다. 이러한 가능성은 채권자가 담보권을 가지고 있는 경우에 연대채무자에게 특별한 가치가 있다. 제11.1.10조에서 구상권은 담보되지 않기 때문이다.

〈사 례〉

1. X 은행은 연대채무자인 회사 A와 B에게 500,000 유로를 대출하면서 A의 토지에 저당권을 설정하였다. 제11.1.10조에 따라 B는 A에 대하여 250,000 유로의 담보되지 않는 구상권을 갖고 있다. 이러한 경우에 B는 A에 대하여 250,000 유로를 한도로 A의 토지상의 저당권의 실행을 포함하여 X의 권리를 행사할 수도 있다.

2. 채권자의 권리보유 및 그 우선권

이행을 전부 받지 못한 채권자는 연대채무자에 대하여 그의 권리를 보유한다고 규정하고, 나아가 그렇게 보유되는 채권자의 권리가 이행을 한 채무자의 권리보다 우선하도록 함으로써 본조 제2항의 규칙은 본조 제1항에 의하여 연대채무자에게 부여되는 제11.1.12조 소정의 이익이 채권자의 존속하는 권리를 침해

하지 못하도록 한다. 이러한 우선권은, 이행을 한 연대채무자의 본조 제1항에 따른 청구의 집행을 채권자가 전부 이행을 받을 때까지 연기시킴으로써 실현할 수 있다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 B가 대출금 중 400,000 유로만을 상환하고 나머지 100,000 유로는 아직 상환되지 않았다는 차이가 있다. B는 A에 대하여 자신의 부담부분을 초과하는 금액 150,000 유로(400,000 유로 - 250,000 유로)의 구상권을 갖는다. B는 또한 그 150,000 유로를 한도로 A의 토지에 대한 저당권을 집행하는 것을 포함하여 A에 대한 X의 권리를 행사할 수도 있다. 그러나 잔여 100,000 유로에 관한 X의 권리는 B의 권리에 우선하므로 A에 대한 B의 권리의 집행은 X가 잔여 100,000 유로를 상환받은 후에 비로소 행해질 수 있다.

우선권에 관한 규칙은 도산절차에서 달리 규정하는 강행규정의 적용에 의하여 제한된다.

제11.1.12조

(구상청구에 대한 항변)

채무를 이행한 다른 연대채무자로부터 구상청구를 받은 연대채무자는

(가) 그 다른 연대채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 공통된 항변과 상계권을 주장할 수 있다.

(나) 자신에게 고유한 항변사유를 주장할 수 있다.

(다) 다른 연대채무자 중의 어느 일인 또는 수인에게 고유한 항변사유와 상계권을 주장하지 못한다.

【주 석】

본조는 구상권이 행사될 때 연대채무자 사이에 주장될 수 있는 항변과 상계권을 다룬다.

1. 공통된 항변과 상계권

제11.1.4조에 따라 채권자로부터 이행청구를 받은 연대채무자는 모든 연대채

무자에게 공통된 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있다. 채무를 소멸 또는 감소시킬 수 있었던 항변이나 상계권을 연대채무자가 제기하거나 행사하지 않은 경우에 그로부터 구상청구를 받은 다른 연대채무자는 그러한 항변과 상계권을 주장할 수 있다.

〈사 례〉

1. 연대채무자 A와 B는 함께 노하우 라이선스를 받았다. 라이선서 X는 당해 기술이 두 라이선시 모두에게 적합하다고 보장하였다. 만약 그 기술이 부적합한 것으로 나타난다면 A와 B는 각각 X에 대하여 이러한 공통된 항변을 주장할 수 있다. X가 라이선스 실시료를 청구할 때 A가 그러한 주장을 하지 않은 경우에 B는 A에게 부담부분의 지급을 거절할 수 있다.

2. 고유한 항변

연대채무자는 또한 자신에 고유한 항변으로 구상청구에 대항할 수 있다.

〈사 례〉

2. 회사 A, B 및 C는 매도인 X에 대하여 제품구매대금을 연대하여 지급하여야 한다. 그러나 A는 제3.2.5조⁵⁶⁾에서 말하는 사기에 의하여 계약을 체결하게 되었다. A는 B의 구상청구에 대하여 그러한 사기를 자신에게 고유한 항변으로 주장할 수 있다.

본 원칙에서 보통 항변사유와 상계권에 대하여 동일한 규칙이 적용되지만 본 조에서는 그렇지 않다. 그 이유는, 연대채무자 어느 일인이 채권자에 대하여 갖는 고유한 상계권을 구상청구에 대항하는 단계에서는 다른 항변과 동일하게 취급할 수 없기 때문이다. 사실, 다른 연대채무자의 이행은 제11.1.5조에 따라 채권자에 대한 그 연대채무자(고유한 상계권을 가졌던 채무자)의 채무를 소멸시키고, 그 결과 상계권은 더 이상 존재하지 않는다. 고유한 상계권을 가졌던 연대채무자는 채무를 이행한 다른 연대채무자에게 그의 부담부분을 지급하여야 하고 채권자에 대하여 여전히 그의 별개 채권을 행사할 수 있는 상태에 있다.

56) 원문은 제3.8조라고 하나, 현재는 제3.2.5조이다.

〈사 례〉

3. X 은행은 연대채무자 A와 B에게 3,000,000 유로를 대출하였다. A는 자신 소유의 주식을 주식시장에서 매각하고, 그 결과 X는 500,000 유로의 A의 채무자가 되고, 그에 따라 A는 그 금액만큼 상계권을 갖게 된다. X는 B에게 3,000,000 유로의 상환을 청구하고 B는 전액을 지급한다. 그 후 B가 A에게 구상청구를 할 때 A는 자신이 가졌던 상계권을 B에 대하여 주장하지 못한다. B가 X에게 상환함으로써 X에 대한 A의 채무도 소멸하였으므로 상계권은 더 이상 존재하지 않는다. A는 B에게 부담부분을 지급하여야 하고 자신의 500,000 유로의 채권을 X에 대하여 행사하여야 한다.

3. 다른 연대채무자에게 고유한 항변과 상계권

연대채무자는 다른 연대채무자의 일인 또는 수인에게 고유한 항변과 상계권을 주장하지 못한다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 2〉와 같다. B가 C에게 구상청구를 할 때 C는 A가 당한 사기를 항변으로 주장하지 못한다. 이는 A에게 고유한 항변이기 때문이다.
5. 사실관계는 〈사례 3〉과 같다. B가 C에게 구상청구를 할 때 C는 A의 상계권을 주장하지 못한다. 이 상계권은 다른 채무자에게 고유한 것이기 때문이다.

제11.1.13조

(구상불능)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자가 모든 합리적인 노력에도 불구하고 어느 연대채무자로부터 상환을 받지 못하는 경우에 이행한 채무자를 포함하여 다른 채무자들의 부담부분은 비례적으로 증가한다.

【주 석】

1. 구상불능부분의 비례적 부담

다른 연대채무자(상환의무자)에게 구상권을 행사하는 연대채무자는 상환의무자가 도산하거나 소재불명이거나 그의 재산을 찾을 수 없어서 상환을 받을 수

없는 경우가 있다. 이러한 경우에 그 구상불능 부분은 나머지 연대채권자 사이에 할당된다.

〈사 례〉

1. 회사 A, B 및 C는 X 은행에서 6,000,000 유로를 차입하고 그들 사이의 부담부분은 균등하다. 대출금을 상환한 후 A는 B와 C에게 각각 2,000,000 유로의 상환을 청구한다. 그런데 B는 도산한 것으로 밝혀진다. 구상불능인 2,000,000 유로는 이행한 채무자를 포함한 나머지 연대채무자들이 비례적으로 분담하여야 한다. 그들의 부담부분은 균등하므로 A와 C는 2,000,000 유로를 균분하여 각각 1,000,000 유로를 부담하여야 한다. 그 결과 A는 C로부터 3,000,000 유로를 상환받을 수 있다.

2. 모든 합리적인 노력

이행한 채무자가 본조에 따라 다른 연대채무자로부터 할증된 상환을 받기 위해서는 먼저 그 상환불이행 채무자로부터 상환을 받기 위하여 제5.1.4조 제2항에서 정하는 모든 합리적인 노력을 다하여야 한다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. A는 재정적 어려움 때문에 상환을 할 수 없다는 B의 주장에 대하여 의문을 제기하지 않고서 곧바로 C에게 할증된 상환청구를 한다. 그러나 제11.1.13조를 이용할 수 있기 위해서는 A는 B로부터 상환을 받기 위하여 먼저 이행최고, 가처분, 가압류 또는 소제기와 같은 모든 합리적인 노력을 다하였음을 증명하여야 한다.

제 2 절 수인의 채권자

제11.2.1조

(정 의)

수인의 채권자가 채무자에게 동일한 채무의 이행을 청구할 수 있는 경우에

(가) 각 채권자가 자신의 지분에 한하여 청구할 수 있다면 채권은 분할채권이다.

(나) 각 채권자가 전부이행을 청구할 수 있다면 채권은 연대채권이다.

(다) 모든 채권자가 함께 이행을 청구하여야 한다면 채권은 공동채권이다.

【주 석】

1. 수인의 채권자

채권자가 복수인 경우는 다양하다.

〈사 례〉

1. 은행 A, B 및 C는 은행단대출계약(syndicated loan agreement)에 함께 참가하여 X 회사에게 미화 12,000,000 달러를 대출한다. 세 은행은 X에 대한 상환청구권에 관하여 복수의 채권자이다.

채권자가 복수인 다른 예로는 특히 복수의 공동보험자의 경우, 주식인수계약에서 매도인 및/또는 매수인이 복수인 경우, 건설이나 원유산업 등 다양한 분야의 컨소시엄계약에서 복수의 파트너가 참여하는 경우가 있다.

2. 동일한 채무

본절은 수인의 채권자가 채무자에 대하여 동일한 채무의 이행을 청구할 수 있는 경우에 적용된다. 〈사례 1〉(은행단대출의 대출금 상환청구)이 그러한 경우이다. 동일한 채무자에 대하여 수인의 채권자가 상이한 채무로부터 발생하는 채권들을 갖는 사안은 본절의 범위 내에 들지 않는다.

〈사 례〉

2. 건축사 A와 시공자 B는 모두 새로운 산업플랜트를 건설하는 데 참여하고 있다. 발주자에 대한 각자의 채권의 내용은 (각자의 용역에 대한 각 대금의 지급청구로) 상이하다. 이러한 두 채권에 대해서는 본절의 규정이 적용되지 않고 그 각각의 준거법이 적용된다.

한편 건설프로젝트에 복수의 자가 컨소시엄으로 참가하여 그들의 용역에 대하여 단일한 대금지급을 청구하는 경우에 그 참가자들은 그 지급채무에 대하여 복수의 채권자가 된다고 하여야 한다.

“동일한 채무”는 보통 하나의 계약에서 비롯한다. 〈사례 1〉에서 은행단대출 계약은 하나의 계약이다. 그러나 그와 같은 상황에서 각 대주가 자신의 독립된 계약을 차주와 체결하는 것으로 선택하는 경우도 있다. 공동보험자들이 동일한 위험을 공동으로 인수하는 경우에 보통 피보험자와 각기 별도의 계약관계를 갖는다.

〈사 례〉

3. 8개의 보험회사가 제약회사그룹과 책임보험을 공동으로 인수하기로 합의한다. 공동보험계약에 의하면 각 공동보험자는 피보험자와 각각 별개의 계약관계를 갖지만 공동보험자들에 대한 피보험자의 의무(약정된 보험료 지급, 필요한 예방조치, 손해발생 통지 등)는 동일하다. 이러한 공동보험자들은 복수의 채권자이고 본절의 적용을 받는다.

3. 세 가지의 주된 유형

제11.2.1조는 수인의 채권자가 채무자에 대하여 동일한 채무의 이행을 청구할 수 있는 경우에 실무상 이용가능한 주된 세 가지 채권의 유형을 정의한다.

채권이 분할채권인 경우가 있으며, 이때 각 채권자는 자신의 지분에 한하여 청구할 수 있다.

〈사 례〉

4. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. X에 대한 총 미화 12,000,000 달러의 A, B 및 C 은행의 채권은 분할채권이며 각 지분이 균등하다면 각 은행은 X에 대하여 미화 4,000,000 달러의 상환을 청구할 수 있을 뿐이다.

채권은 연대채권이 될 수 있으며, 이때 각 채권자는 전부의 이행을 청구할 수 있고(제11.2.2조 참조) 그 후 채권자 사이에 구상이 일어난다(제11.2.4조 참조).

〈사 례〉

5. 회사 A와 B는 창고회사의 공동소유자이며 이를 운송회사 X에게 임대한다. 계약에 의하면 공동소유자의 임대료채권은 연대채권이다. A와 B는 각각 X에 대하여 임대료 전액의 지급을 청구할 수 있다.

모든 채권자가 함께 청구하여야 하는 경우에 그 채권은 “공동채권”(joint claim)이 된다. 그 결과 채무자는 모든 채권자가 함께하는 이익을 위해서만 이행을 할 수 있다. 이러한 경우에 때로는 “communal claims”(공동채권)라 부르기도 한다.

〈사 례〉

6. 회사 A와 B는 해외투자에서 공동사용하기 위하여 사무실을 함께 임차한다. 사무실 사용에 관하여 채권의 성질상 A와 B는 공동채권자이다. 그렇더라도 A와 B는 그 사무실 소유자(임대인)와 거래할 때 그들 중 1인을 대리인으로 지정할 수 있다.

4. 추정의 부존재

채무자가 복수인 경우에 제11.1.2조는 연대채무를 추정한다. 그렇게 하는 것이 가장 혼한 상거래실무에 부합하기 때문이다.

그러나 복수의 채권자가 있는 채권이 본조에 정의된 세 가지 유형 중에서 어느 유형에 속하는지 결정함에 있어서 본 원칙은 어떠한 추정도 규정하지 않는다. 어떠한 유형도 실무상 지배적인 것으로 보이지 않기 때문이다. 어떤 유형을 선택하는지는 관련 거래의 사정에 따라 매우 다르다.

따라서 복수의 채권자가 관여하는 경우에 당사자는 어떠한 유형에 해당하는지를 명시적으로 선택하도록 권장된다.

〈사 례〉

7. 은행 A, B 및 C는 은행단대출계약에 함께 참여하여 X 회사에게 금융을 제공한다. 계약조항에 의하면 “각 은행에 대하여 지급되거나 부담하는 모든 금액 및 채무는 분할되고 독립된 채무이다. 각 은행은 이 계약상의 권리를 분할하여 행사할 수 있

다.” 이러한 명시적 규정에 의하여 여기의 은행의 채권은 분할채권이다.

8. 미술품수집가 A와 B는 Rothko의 그림의 공동소유자이고 이를 미화 20,000,000 달러에 박물관에 매각한다. 계약조항에 의하면 각 매도인은 대금 전액의 지급을 청구할 수 있다. 이 채권은 연대채권이다.

9. 사실관계는 <사례 8>과 같으나 이제는 박물관과의 매매계약에서 A와 B의 채권이 분할채권이라고 규정한다는 차이가 있다. 이는 각 채권자가 채권상의 자신의 지분에 한하여 지급청구를 할 수 있다는 의미이고, 이 지분은 보통 위 그림의 소유지분에 따른다.

계약상 위와 같은 선택을 하기 전에 당사자는 복수의 채권의 각 유형의 장점과 단점을 유념하여야 한다.

특히 연대채권은 소를 수차 제기하지 않아도 되는 이점이 있다. 이 점은 국제거래에서 특히 중요하다. 어느 채권자든지 전부이행을 청구할 수 있다. 연대채권은 또한 복수의 채권자에게 나누어 이행할 필요가 없도록 하여 채무자의 처지를 단순화시킨다. 복수의 채권자의 관점에서는 연대채권의 경우에 보통 권리의 행사가 용이하다.

한편 복수의 채권자들은 연대채권의 경우에 각자의 지분에 관한 배타적 통제를 상실한다는 것을 알아야 한다. 다른 연대채권자가 채권을 행사하여 전부이행을 받을 수 있고, 그에 따라 제11.2.5조에 따른 추후의 구상단계에서 어려움을 겪을 수 있다. 이러한 이유 때문에 특정한 거래분야에서는 분할채권이 보다 지배적이다(예컨대 <사례 1> 참조).

당사자가 계약에서 명시적으로 선택하지 않은 경우에 어떠한 유형의 채권으로 되는지는 제4장에 따른 계약의 해석에 의하여 결정된다. 많은 경우에 계약의 성질이나 목적과 같은 사정이 특히 의미가 있을 것이다(제4.3조 라호 참조).

〈사 례〉

10. X국에 있는 A 회사와 Y국에 있는 B 회사는 함께 제조자에게 대량의 차량을 주문한다. X국에서 차량은 오른쪽에 운전석이 있고 Y국에서는 왼쪽에 있다. 인도청구시에, 그러한 사정으로 볼 때 A와 B는 분할채권자이며 각기 자기 유형의 차량을 청구할 수 있다.

11. 세무사 X는 회사 A와 B에게 A와 B가 참여하는 합작기업의 운영에 관하여 세무

상담을 해주기로 약속하였다. 이 세무상담은 A와 B의 공동사업에 관한 것이고 분할이 매우 어려우므로 A와 B는 X에 대하여 이행청구를 할 때 연대채권자로 보아야 한다.

5. 대리인의 지정가능성

실무상 채권자가 복수인 경우에 채권자들을 채무자와 거래할 때 흔히 대리권을 갖는 대리인을 지정한다. 이는 실무상의 이유로 채권이 분할채권인 경우에 특히 흔한 것으로 보인다. 그러나 그러한 경우에 각 채권자는 자신의 권리를 충분히 통제하기 위하여 대리인의 권한을 언제든지 철회할 수 있는 가능성을 흔히 마련해둔다.

〈사 례〉

12. 은행 A, B 및 C는 은행단대출계약에 함께 참여하여 X 회사에게 미화 12,000,000 달러를 대출하였다. 이 채권은 각 은행이 4,000,000 달러씩 균분하는 분할채권이다. 그러나 A는 전액에 관하여 상환청구권을 갖는, 그 은행단의 대리인으로 지정되었다.

채무자로서는 수인의 채권자가 각기 별도로 청구를 할 때 그에 적절히 대응할 수 있기 위하여 중개인을 지정하는 것을 먼저 제안할 수 있다.

〈사 례〉

13. 무기명사채권(bearer bond)의 발행조건으로 사채권자의 권리에 관하여 대리권을 갖는 수탁자가 지정된다. 발행인은 발행조건에 따라 각 사채권자에게 지급하기로 약속하고 수탁자(trustee)에게도 그와 병행하는 지급약속을 한다. 발행인의 불이행이 있는 경우에 수탁자는 그의 재량으로 지급을 강제할 수 있으나, 사채총액의 일정비율 이상을 가진 사채권자로부터 요청을 받은 때에는 그에 따라야 한다. 개별 사채권자는 발행인의 불이행에 대하여 직접 소를 제기하는 것이 금지되나, 다만 수탁자가 신탁증서(trust deed)상 사채권자에게 부담하는 강제절차를 취할 그의 의무를 불이행하는 경우에는 직접 소를 제기할 수 있다. 각 사채권자는 분할채권자이다. 신탁의 목적은 단지 발행인의 이행을 감시하고(monitor), 개별 사채권자가 성급하게 소를 제기하는 것을 피하기 위하여 권리의 실행을 조정하는 것이다.

제11.2.2조

(연대채권의 효력)

연대채권자 일인에 대한 채무의 전부이행은 다른 채권자에 대한 채무자의 채무를 소멸시킨다.

【주 석】

1. 각 채권자의 전부이행 청구권

연대채권의 주된 효력은 이미 제11.2.1조 제2항의 정의에 규정되어 있다. 연대채권의 경우에 각 채권자는 채무자에 대하여 전부이행을 청구할 수 있다.

〈사 례〉

1. 공동소유자 A와 B는 호텔을 5,000,000 유로에 매수인 X에게 매각한다. 매매계약에서 매도인의 대금지급청구권은 연대채권이라고 규정한다. A는 X에게 5,000,000 유로의 지급을 청구할 수 있고, 그 후 제11.2.4조에 따라 구상관계상 상환하여야 한다.

2. 채무자의 선택

본조는 연대채권의 다른 두 가지 주된 효력을 규정한다.

첫째 채무자가 먼저 자발적으로 채무를 이행하는 경우에 그는 채권자 중 어느 누구에게든지 이행할 수 있다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. 채권자 어느 누구의 청구도 있기 전에 먼저 X가 대금을 지급하고자 한다. X는 유효하게 A나 B에게 지급할 수 있다.

3. 채무의 소멸

연대채권의 다른 주된 효력으로 채무자가 채권자 중 어느 일인에게 전부이행을 한다면 다른 채권자에 대해서도 그의 채무가 소멸한다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. X는 5,000,000 유로의 대금 전액을 A에게 지급하

였다. B는 그의 지분을 A로부터 상환받는 것이 어렵게 되자 X에게 2,500,000 유로의 지급을 청구한다. 제11.2.2조 제2항에 따라 이러한 청구는 거절된다. A에게 전액 지급됨으로써 다른 채권자에 대한 X의 채무는 소멸하였기 때문이다.

4. 실용적 측면

각 연대채권자가 전부이행을 청구할 권리를 가지므로 권리행사의 중복과 불필요한 비용을 예방하기 위한 약간의 조정이 요구된다. 누가 이행청구를 할 것인지에 관하여 채권자들이 미리 합의하여 두거나 아니면 최소한 청구를 하려는 채권자는 다른 채권자와 상의하여야 할 것이다.

한편 채무자가 누구에게 이행할지를 선택하고자 할 때 그 선택은 이미 이행청구를 한 다른 채권자가 있다는 사실에 영향을 받는다. 이때에는 어느 정도 사전협의의 하는 것이 적절하다. 더욱이 지급을 받은 채권자는 즉시 다른 채권자에게 이행이 제공된 사실을 통지하여야 한다.

이러한 해법은 모든 관련 당사자 사이에 유용하게 미리 합의될 수 있다. 그러한 합의가 없는 경우에 신의와 공정거래의 원칙이 항상 적용된다(제1.7조).

제11.2.3조

(연대채권자에 대한 항변의 이용가능성)

(1) 채무자는 어느 연대채권자에 대하여 그와 그 채권자 사이의 관계에 고유하거나 모든 연대채권자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 그와 다른 연대채권자의 일인 또는 수인 사이의 관계에 고유한 항변과 상계권을 주장하지 못한다.

(2) 제11.1.5조, 제11.1.6조, 제11.1.7조 및 제11.1.8조의 규정은 연대채권에 준용한다.

【주 석】

1. 항변의 이용가능성

채무자에게 이행거절권을 주는 항변사유가 모든 채권자에 대하여 항상 존재하는 것은 아니다. 어떤 항변은 채무자와 어느 일인의 채권자 사이의 관계에 고

유하다. 이러한 항변은 오직 그 채권자에 대해서만 주장할 수 있다.

〈사 례〉

1. 곡물생산자 X는 어떤 개발도상국의 공동농업프로젝트에 참여하고 있는 A, B 및 C 회사에게 일정한 수량의 소맥종자를 공급하는 데 동의하였다. 계약에 의하면 A, B 및 C는 물품인도에 관하여 공동채권자이다. X는 종자의 인도장소에 편리한 하역을 위한 적절한 시설이 구비되어 있지 않은 사실을 발견한다. 다만 그러한 하역시설의 이용가능성은 오직 A만이 보증하였다. X는 그러한 사실을 인도청구를 하는 A에 대하여 주장할 수 있으나 B와 C에 대해서는 주장하지 못한다. B와 C는 인도장소에 적절한 시설을 구비한다는 보증을 하지 않았기 때문이다.

채무자는 또한 모든 채권자에게 공통된 항변도 주장할 수 있다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. X는 A, B 및 C가 적용가능한 강행규정에 반하여 그 농업프로젝트에 어린이 노동자를 참여시킨다는 사실을 알게 된다. 이는 X가 소맥 종자의 인도를 청구하는 어느 채권자에 대해서도 주장할 수 있는 공통된 항변이다.

2. 항변의 효력

본장 제1절은 연대채무자가 이용할 수 있는 일정한 유형의 항변의 효력에 관하여 적용되는 규칙들을 규정한다(제11.1.5조, 제11.1.6조, 제11.1.7조, 제11.1.8조 참조). 본조 제[2]항⁵⁷⁾은 그러한 규칙들이 연대채권에 준용된다고 규정한다.

가. 이행과 상계(제11.1.5조의 준용)

제11.1.5조는 “어느 연대채무자의 이행이나 상계 또는 어느 연대채무자에 대한 채권자의 상계는 채권자와의 관계에서 그 이행이나 상계를 한도로 다른 연대채무자의 채무를 소멸시킨다.”고 규정한다. 마찬가지로 어느 일인의 연대채권자의 이행수령(또는 상계권 행사)은 그 이행이나 상계의 한도 내에서 다른 채권자에 대한 채무자의 채무를 소멸시킨다.

57) 원문에는 제3항으로 되어 있으나 이는 오류로 보인다.

〈사 례〉

3. 회사 A, B 및 C는 연대하여 X에게 300,000 유로를 대출하였다. A는 전액을 지급받는다. B나 C가 구상청구를 할 때 X는 A에게 전부이행을 한 사실을 주장할 수 있다.

4. 사실관계는 〈사례 3〉과 같으나 이제는 X가 사무실장비 매매대금으로 A에게 300,000 유로의 지급을 청구할 수 있다는 차이가 있다. X는 제8.3조에 따른 상계권을 행사한다. 대출계약상 X의 채무는 A에 대해서 및 B와 C에 대해서 소멸한다.

나. 면제와 화해(제11.1.6조의 준용)

제11.1.6조는 “일인의 연대채무자의 면제 또는 일인의 연대채무자와의 화해는 다른 사정이 없다면 그 면제를 받은 채무자 또는 화해를 한 채무자의 부담부분에 한하여 다른 모든 채무자의 채무를 면하게 한다”고 규정한다. 마찬가지로 어느 일인의 채권자가 채무자에게 채무면제를 하였다면 (또는 어느 일인의 채권자가 채무자와 화해를 하였다면) 이는 그러한 채무면제 또는 화해의 한도 내에서 다른 채권자에 대한 채무자의 채무를 소멸시킨다.

〈사 례〉

5. 유명한 경주마인 파멜라의 공동소유자인 A와 B는 이를 매수인 X에게 매각하였다. 대금지급에 관하여 계약에서는 A와 B가 연대채권자로 규정한다. A가 그의 지분만큼 X의 채무를 면제한다면 X에 대한 B의 채권도 A의 지분금액만큼 감소한다. A는 B에 대하여 제11.2.4조에 따라 구상청구를 하지 못한다(제11.1.6조 제2항 참조).

6. 사실관계는 〈사례 3〉과 같다. 그러나 대출에 관하여 100,000 유로의 지분을 가진 A는 X가 60,000 유로 즉 A의 지분에 미치지 못하는 금액을 지급하는 것을 수락하면서 X와 화해한다. X에 대한 B와 C의 연대채권의 금액은 A의 지분 전액 즉 100,000 유로만큼 감소하고 B와 C는 여전히 200,000 유로에 관하여 X의 연대채권자이다. 화해한 A는 제11.2.4조에 따라 B나 C에 대하여 구상청구를 하지 못한다(제11.1.6조 제2항 참조).

제11.1.6조에서와 마찬가지로 준용에 의하여, 화해는 채무자와 일인의 연대채권자 사이에서만 별도로 화해가 이루어지는 특수한 경우에도 문제된다. 이러한 경우에 해결되어야 하는 문제는 그러한 화해가 다른 연대채권자의 채권에 어떠한 영향을 주는가이다.

보다 흔한 경우로 모든 연대채권에 관하여 화해가 이루어지는 경우에 각 채권자의 채권이 어떠한 영향을 받는지는 모든 당사자 사이에 체결된 화해의 내용에 따라 결정되고 그에 따른 그에 따라 구상청구권도 조정된다.

다. 시효기간의 만료(제11.1.7조의 준용)

제11.1.7조는 일인의 연대채무자에 대한 채권자의 권리의 시효기간이 만료되더라도 이는 (가) 채권자에 대한 다른 연대채무자의 채무 또는 (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권에 대하여 효력이 없다고 규정한다. 마찬가지로 채무자에 대한 연대채권자 일인의 권리의 시효기간의 만료는 (가) 다른 연대채권자에 대한 채무자에 대한 채무 또는 (나) 제11.2.4조에 따른 연대채권자 사이의 구상권에 영향을 주지 않는다.

〈사 례〉

7. 채무자 X에게는 3인의 연대채권자 A, B 및 C가 있다. X에 대한 A의 채권은 시효기간이 만료된 상태이다. 그러나 이는 X에 대한 B와 C의 채권에 영향을 주지 않는다. B나 C가 X로부터 이행을 수령하는 경우에 A는 지급을 받은 채권자에 대하여 그의 지분을 한도로 구상할 수 있다.

제11.1.7조는 또한 채권자가 제10.5조, 제10.6조 또는 제10.7조에 따라 어느 일인의 연대채무자를 상대로 소를 제기하는 경우에 다른 연대채무자에 대하여도 시효기간의 진행이 정지된다고 규정한다. 마찬가지로 어느 일인의 연대채권자가 채무자에 대하여 소를 제기하는 경우에 다른 연대채권자에 대하여도 시효기간의 진행이 정지된다.

라. 판결의 효력(제11.1.8조의 준용)

제11.1.8조는 채권자에 대한 연대채무자 일인의 의무에 관한 법원의 판결은 (가) 채권자에 대한 다른 연대채무자의 채무 또는 (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권에 대하여 효력이 없다고 규정한다. 마찬가지로 연대채권자 일인에 대한 채무자의 의무에 관한 법원의 판결은 (가) 다른 연대채권자에 대한 채무자의 의무 또는 (나) 제11.2.4조에 따른 연대채권자 사이의 구상권에 대하여 영향을 주지 않는다.

〈사 례〉

8. 채무자 X에게는 3인의 연대채권자 A, B 및 C가 있다. A는 혼자서 X에 대하여 이행청구의 소를 제기한다. 판결은 A의 청구의 일부를 인용한다. 이러한 판결은 B나 C에 대한 X의 채무에 영향을 주지 않으며 제11.2.4조에 따른 연대채권자 사이의 구상에도 영향을 주지 않는다.

그러나 제11.1.8조 제2항은 그러한 판결이 그 채무자에게 고유한 사유에 기초하는 경우를 제외하고 다른 연대채무자는 그 판결을 원용할 수 있다고 규정한 다. 이러한 경우에 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권은 그에 따라 조정된다. 마찬가지로 판결이 해당 채권자에게 고유한 사유에 기초하는 경우를 제외하고 다른 연대채권자는 이익이 된다고 판단하는 때에는 그 판결을 원용할 수 있다.

〈사 례〉

9. 사실관계는 〈사례 8〉과 같다. 그러나 이번에는 손해배상을 포함하여 A가 전부 승소한다. 다른 채권자는 그러한 유리한 판결을 자신의 이익을 위하여 사용할 수 있다.

제11.2.4조

(연대채권자 사이의 구상)

(1) 연대채권자 사이에서 다른 사정이 없는 한 연대채권자는 균등한 지분은 갖는다.

(2) 자신의 지분을 초과하여 수령한 채권자는 각 채권자의 지분의 한도 내에서 그 초과부분을 다른 채권자에게 이전하여야 한다.

【주 석】

1. 지분 균등의 추정

연대채권자는 제11.2.2조에 따라 각기 채무의 전부에 관하여 이행을 청구할 수 있다. 그러나 연대채권자는 내부문제로서 각자의 지분에 한하여 권리를 가질 뿐이다. 이러한 지분은 균등한 것으로 추정된다.

〈사 례〉

1. 공동소유자 A와 B는 그들의 공장을 10,000,000 스위스프랑에 매각하였고 매매대금의 지급에 관하여 연대채권자이다. 그러나 매수인이 10,000,000 스위스프랑을 지급한 때 각 공동소유자는 구상관계에서 각자의 지분을 수령할 권리가 있다. 원칙적으로 지분은 균등한 것으로 본다. 내부관계에서 각 공동소유자는 5,000,000 스위스프랑을 수령하여야 한다.

그러나 다른 사정이 있을 수 있다.

〈사 례〉

2. 사실관계는 〈사례 1〉과 같으나 이제는 공장의 공동소유지분이 균등하지 않고 A가 75%, B가 25%라는 차이가 있다. 이러한 사정에 따라 A는 7,500,000 스위스프랑을, B는 2,500,000 스위스프랑을 수령하여야 한다.

2. 초과수령부분의 이전

지급청구를 한 연대채권자가 그의 지분보다 많은 금액을 수령하는 일이 통상 발생한다. 연대채권자는 제11.2.2조에 따라 전부이행을 청구할 수 있기 때문이다. 자신의 지분을 초과하여 수령한 채권자는 각 채권자의 지분의 한도 내에서 그 초과부분을 다른 채권자에게 이전하여야 한다.

〈사 례〉

3. 사실관계는 〈사례 1〉과 같다. A는 공장대금 전액 즉 10,000,000 스위스프랑을 수령하였고 그의 공장공동소유지분은 50%였다. A는 5,000,000 스위스프랑을 B에게 이전하여야 한다.

초과하여 수령한 금액(초과부분)에 대하여 다른 연대채권자가 물적 권리/소유권을 갖는지 아니면 단지 자신의 지분을 초과하여 수령한 채권자에 대하여 인적 권리/채권을 갖는지 여부는 본 원칙의 범위 밖에 있다.

부 록^(*)

(*) 각 조문의 주석은 본 원칙의 통합된 일부(integral part of the Principles)로 다루어져야 함을 재차 지적하면서, 독자의 편의를 위하여 별도로 모든 조문의 전문을 그대로 별도의 부록으로 실는다.

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016

PREAMBLE

(Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.(*)

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.

CHAPTER 1 GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1.1

(Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

ARTICLE 1.2

(No form required)

Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

(*) Parties wishing to provide that their agreement be governed by the Principles might use one of the Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (see www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/upicc-model-clauses).

UNIDROIT

국제상사계약원칙 2016

전 문

(본 원칙의 목적)

- 본 원칙은 국제상사계약에 적용될 일반적 규칙을 규정한다.
- 본 원칙은 당사자가 계약에 본 원칙이 적용된다고 합의한 경우에 적용된다.^(*)
- 본 원칙은 당사자가 계약에 “법의 일반원칙”이나 “상인법” 등이 적용된다고 합의한 경우에 적용될 수 있다.
- 본 원칙은 당사자가 계약을 규율할 법을 선택하지 않은 경우에 적용될 수 있다.
- 본 원칙은 국제적 통일법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.
- 본 원칙은 국내법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.
- 본 원칙은 국내의 입법자나 국제적 입법자에게 하나의 입법모델이 될 수 있다.

제1장 총 칙

제1.1조

(계약의 자유)

당사자는 자유로이 계약을 체결하고 그 내용을 정할 수 있다.

제1.2조

(방식의 자유)

본 원칙의 어떠한 규정도 계약이나 진술 그 밖의 어떠한 행위가 특정한 방식으로 행하여지거나 증명될 것을 요구하지 않는다. 이는 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 증명될 수 있다.

(*) 계약에 UNIDROIT 원칙을 적용하고자 하는 당사자는 UNIDROIT 국제상사계약원칙의 사용에 관한 모델조항 중 하나를 사용할 수 있다(www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/upicc-model-clauses 참조).

ARTICLE 1.3

(Binding character of contract)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

ARTICLE 1.4

(Mandatory rules)

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.

ARTICLE 1.5

(Exclusion or modification by the parties)

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.

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.

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.

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.

제1.3조

(계약의 구속력)

유효하게 체결된 계약은 양당사자를 구속한다. 계약은 오직 그 계약조건에 따르거나 합의에 의하여 또는 본 원칙에 달리 규정된 바에 따라 변경되거나 종료될 수 있다.

제1.4조

(강행규정)

본 원칙의 어떠한 규정도 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정의 적용을 제한하지 아니한다.

제1.5조

(당사자에 의한 배제 또는 변경)

본 원칙 내에서 달리 규정되지 않은 한, 당사자는 본 원칙의 적용을 배제하거나 본 원칙의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다.

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.

제1.7조

(신의와 공정거래)

- (1) 각 당사자는 국제거래상의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다.
- (2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

제1.8조

(모순행위)

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

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.

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.

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.

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.

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.

제1.10조

(통 지)

- (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 우편 주소지에 전달된 때 “도달한다.”
- (4) 본조에서 “통지”는 선언, 요구, 청구 그 밖의 의사표시를 포함한다.

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

제1.12조

(당사자들이 정한 기간의 계산)

- (1) 이행할 특정한 행위에 관하여 당사자가 정한 기간 중에 있는 공휴일 또는 비영업일은 기간의 계산에 산입된다.

(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.

CHAPTER 2 FORMATION AND AUTHORITY OF AGENTS

SECTION 1: FORMATION

ARTICLE 2.1.1

(Manner of formation)

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

ARTICLE 2.1.2

(Definition of offer)

A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

ARTICLE 2.1.3

(Withdrawal of offer)

- (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
- (2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

ARTICLE 2.1.4

(Revocation of offer)

- (1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched an acceptance.
- (2) However, an offer cannot be revoked
 - (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(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.

제2장 계약의 성립과 대리권

제1절 계약의 성립

제2.1.1조

(성립방법)

계약은 청약의 승낙에 의하거나 합의를 보여주기에 충분한 당사자의 행위에 의하여 체결될 수 있다.

제2.1.2조

(청약의 정의)

계약체결의 제안은 충분히 확정적이고, 승낙시 그에 구속된다는 청약자의 의사가 표시되어 있는 경우에 청약이 된다.

제2.1.3조

(청약의 회수)

- (1) 청약은 피청약자에게 도달한 때에 효력이 발생한다.
- (2) 청약은 철회될 수 없는 것이더라도, 회수의 의사표시가 청약의 도달 전 또는 그와 동시에 피청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

제2.1.4조

(청약의 철회)

- (1) 청약은 계약이 체결되기까지는 철회될 수 있다. 다만 피청약자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 철회의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다.
- (2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회될 수 없다.
 - (가) 승낙기간의 지정 그 밖의 방법으로 청약이 철회될 수 없음이 청약에 표시되어 있는 경우, 또는

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

ARTICLE 2.1.5

(Rejection of offer)

An offer is terminated when a rejection reaches the offeror.

ARTICLE 2.1.6

(Mode of acceptance)

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an

acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed.

ARTICLE 2.1.7

(Time of acceptance)

An offer must be accepted within the time the offeror has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.8

(Acceptance within a fixed period of time)

A period of acceptance fixed by the offeror begins to run from the time that the offer is dispatched. A time indicated in the offer is deemed to be the time of dispatch unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.9

(Late acceptance. Delay in transmission)

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect.

(나) 피청약자가 청약이 철회될 수 없음을 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우

제2.1.5조

(청약의 거절)

청약은 거절의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에는 효력을 상실한다.

제2.1.6조

(승낙의 방법)

(1) 청약에 대한 동의를 표시하는 피청약자의 진술 그 밖의 행위는 승낙이 된다. 침묵 또는 부작위는 그 자체만으로는 승낙이 되지 아니한다.

(2) 청약에 대한 승낙은 동의의 의사표시가 청약자에게 도달하는 시점에 효력이 발생한다.

(3) 그러나 청약에 의하여 또는 당사자간에 확립된 관례나 관행의 결과로 피청약자가 청약자에 대한 통지 없이, 어떤 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는, 승낙은 그 행위가 이루어진 시점에 효력이 발생한다.

제2.1.7조

(승낙기간)

청약은 청약자가 지정한 기간 내에, 또는 기간의 지정이 없는 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성 등 거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 내에 승낙되어야 한다. 구두청약은 특별한 사정이 없는 한 즉시 승낙되어야 한다.

제2.1.8조

(지정된 기간 내의 승낙)

청약자가 정한 승낙기간은 청약이 발송된 시점부터 기산한다. 청약은 특별한 사정이 없는 한 당해 청약에 표시된 시점에 발송된 것으로 본다.

제2.1.9조

(연착된 승낙, 전달중의 지연)

(1) 연착된 승낙은 청약자가 피청약자에게 지체 없이 승낙으로서 효력을 가진다는 취지를 구두로 통고하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 승낙으로서의 효력이 있다.

(2) If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed.

ARTICLE 2.1.10

(Withdrawal of acceptance)

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

ARTICLE 2.1.11

(Modified acceptance)

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(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 to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

ARTICLE 2.1.12

(Writings in confirmation)

If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of the contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy.

ARTICLE 2.1.13

(Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.

(2) 연착된 승낙을 담은 통신으로 보아 그 전달이 정상적이었다면 기간 내에 청약자에게 도달되었을 상황에서 발송되었다고 인정되는 경우에는, 그 연착된 승낙은 승낙으로서 효력이 있다. 다만 청약자가 피청약자에게 부당한 지체 없이 청약이 실효되었다는 통지를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제2.1.10조

(승낙의 회수)

승낙은 그 효력이 발생하기 전 또는 그와 동시에 회수의 의사표시가 청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

제2.1.11조

(변경된 승낙)

(1) 승낙을 의도하고는 있으나, 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이면서 또한 새로운 청약이 된다.

(2) 그러나 승낙을 의도하고 있고, 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니하는 부가적 조건 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만, 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 구두로 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약 조건이 계약조건이 된다.

제2.1.12조

(확인서면)

계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부되는 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 부가적 또는 상이한 계약조건을 담고 있는 경우에, 그러한 조건은 계약의 일부가 된다. 다만 그러한 조건이 계약을 실질적으로 변경시키거나 수신인이 부당한 지체 없이 그 상위에 이의를 제기하는 때에는 그러하지 아니하다.

제2.1.13조

(특정한 사항에 대한 또는 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 계약의 성립)

협상과정에서 당사자 일방이 특정한 사항에 대하여 또는 특정한 방식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 고집한 경우에는, 그러한 사항에 대하여 또는 그러한 방식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약이 체결되지 아니한다.

ARTICLE 2.1.14

(Contract with terms deliberately left open)

(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by one of the parties or by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

(2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently

- (a) the parties reach no agreement on the term;
- (b) the party who is to determine the term does not do so; or
- (c) the third person does not determine the term,

provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.

ARTICLE 2.1.15

(Negotiations in bad faith)

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

ARTICLE 2.1.16

(Duty of confidentiality)

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.

ARTICLE 2.1.17

(Merger clauses)

A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.

제2.1.14조

(일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약)

(1) 당사자가 계약체결을 의도하는 한 당사자가 고의로 특정한 계약조건을 추후 협상하여 합의하기로 하거나 당사자의 어느 일방 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 존재를 막지 아니한다.

(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.

제2.1.15조

(악의의 협상)

(1) 당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의의 부도달에 대하여 책임을 지지 아니한다.

(2) 그러나 악의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임이 있다.

(3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의이다.

제2.1.16조

(비밀유지의무)

협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우에, 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위하여 부당하게 사용하지 아니할 의무가 있다. 적절한 한 이 의무의 위반에 대한 구제수단은 상대방이 취득한 이익에 기초한 배상을 포함한다.

제2.1.17조

(통합조항)

당사자가 합의한 계약조건을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 사전의 진술이나 합의의 증거에 의하여 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 진술이나 합의는 그 서면을 해석하는 데 사용될 수 있다.

ARTICLE 2.1.18

(Modification in a particular form)

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.

ARTICLE 2.1.19

(Contracting under standard terms)

(1) Where one party or both parties use standard terms in concluding a contract, the general rules on formation apply, subject to Articles 2.1.20 - 2.1.22.

(2) Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

ARTICLE 2.1.20

(Surprising terms)

(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

(2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation.

ARTICLE 2.1.21

(Conflict between standard terms and non-standard terms)

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails.

ARTICLE 2.1.22

(Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

제2.1.18조

(특정한 방식에 의한 계약변경)

합의에 의한 계약의 변경이나 종료를 특정한 방식으로 할 것을 요구하는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 다른 방법으로는 변경되거나 종료되지 아니한다. 그러나 당사자는 그의 행위에 의하여 상대방이 그 행위를 신뢰하여 행한 범위 내에서는 그러한 계약조항을 주장하지 못한다.

제2.1.19조

(약관에 의한 계약체결)

(1) 계약을 체결할 때 당사자 일방 또는 쌍방이 약관을 사용하는 경우에, 제 2.1.20조 내지 제2.1.22조의 제한 하에, 계약의 성립에 관한 일반적 규칙이 적용된다.

(2) 약관이라 함은 일반적이고 반복적인 사용을 목적으로 일방에 의하여 미리 마련되고 또한 상대방과 협상됨이 없이 실제로 사용되는 조항을 총칭한다.

제2.1.20조

(의외조건)

(1) 약관에 담긴 계약조건으로서 그 성격으로 보아 상대방이 합리적으로 기대할 수 없었던 조건은 상대방이 명시적으로 승낙하지 않는 한 효력이 없다.

(2) 계약조건이 그러한 성격을 갖는지 여부를 결정할 때에는 그 내용, 언어와 제시방법이 고려되어야 한다.

제2.1.21조

(약관상의 조건과 약관 외부의 조건 사이의 충돌)

약관상의 조건과 약관 외부의 조건이 서로 충돌하는 때에는 후자가 우선한다.

제2.1.22조

(서식전쟁)

당사자 쌍방이 약관을 사용하여 그 두 약관을 제외하고서는 합의에 도달한 경우에, 계약은 합의된 조건 및 그러한 두 약관상 내용상 공통된 조건에 따라 체결된다. 다만 일방이 사전에 또는 사후에 부당한 지체 없이 상대방에게 자신은 계약에 구속될 의사가 없다고 분명하게 밝히는 때에는 그러하지 아니하다.

SECTION 2: AUTHORITY OF AGENTS

ARTICLE 2.2.1

(Scope of the Section)

(1) This Section governs the authority of a person (“the agent”) to affect the legal relations of another person (“the principal”) by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal.

(2) It governs only the relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party on the other.

(3) It does not govern an agent’s authority conferred by law or the authority of an agent appointed by a public or judicial authority.

ARTICLE 2.2.2

(Establishment and scope of the authority of the agent)

(1) The principal’s grant of authority to an agent may be express or implied.

(2) The agent has authority to perform all acts necessary in the circumstances to achieve the purposes for which the authority was granted.

ARTICLE 2.2.3

(Agency disclosed)

(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly affect the legal relations between the principal and the third party and no legal relation is created between the agent and the third party.

(2) However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract.

ARTICLE 2.2.4

(Agency undisclosed)

(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party.

(2) However, where such an agent, when contracting with the third party on behalf of a business, represents itself to be the owner of that business, the third party, upon discovery of the real owner of the business, may exercise also against the latter the rights it has against the agent.

제2절 대리권

제2.2.1조

(본절의 적용범위)

- (1) 본절은 제3자와의 계약에 의하여 또는 그것과 관련하여 어떤 자(“대리인”)가 자신의 이름 또는 타인(“본인”)의 이름으로 행위한 경우에 제3자와 본인 사이의 법률관계에 영향을 미치는 대리인의 권한에 적용된다.
- (2) 본절은 본인 또는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 적용된다.
- (3) 본절은 법에 의하여 부여되는 대리권이나 공공기관 또는 사법기관에 의하여 임명되는 대리인의 권한에는 적용되지 아니한다.

제2.2.2조

(대리권의 발생과 범위)

- (1) 본인에 의한 대리권의 부여는 명시적이거나 묵시적일 수 있다.
- (2) 대리인은 대리권이 부여된 목적을 이루기 위하여 사정에 따라 필요한 모든 행위를 할 수 있다.

제2.2.3조

(현명대리)

- (1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 그 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에, 대리인의 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 직접 영향을 미치며 대리인과 제3자 사이에는 아무런 법률관계도 형성되지 아니한다.
- (2) 그러나 대리인이 본인의 동의를 얻어 계약의 당사자가 되기로 한 경우에 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.

제2.2.4조

(비현명대리)

- (1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에, 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.
- (2) 그러나 그러한 대리인이 어떤 기업을 대리하여 제3자와 계약을 체결하면서 자신이 그 기업의 소유자라고 표시한 때에는, 제3자는 그 기업의 실제소유자를 알게 되는 즉시 그가 대리인을 상대로 가진 권리를 실제소유자를 상대로 행사할 수 있다.

ARTICLE 2.2.5

(Agent acting without or exceeding its authority)

(1) Where an agent acts without authority or exceeds its authority, its acts do not affect the legal relations between the principal and the third party.

(2) However, where the principal causes the third party reasonably to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent.

ARTICLE 2.2.6

(Liability of agent acting without or exceeding its authority)

(1) An agent that acts without authority or exceeds its authority is, failing ratification by the principal, liable for damages that will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority and not exceeded its authority.

(2) However, the agent is not liable if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was exceeding its authority.

ARTICLE 2.2.7

(Conflict of interests)

(1) If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interests with the principal of which the third party knew or ought to have known, the principal may avoid the contract. The right to avoid is subject to Articles 3.2.9 and 3.2.11 to 3.2.15.

(2) However, the principal may not avoid the contract

(a) if the principal had consented to, or knew or ought to have known of, the agent's involvement in the conflict of interests; or

(b) if the agent had disclosed the conflict of interests to the principal and the latter had not objected within a reasonable time.

ARTICLE 2.2.8

(Sub-agency)

An agent has implied authority to appoint a sub-agent to perform acts which it is not reasonable to expect the agent to perform itself. The rules of this Section apply to the sub-agency.

제2.2.5조

(무권대리 또는 월권대리)

(1) 대리인이 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 경우에, 그 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 아니한다.

(2) 그러나 본인이 원인을 제공하여 대리인이 본인을 대리하여 행위할 권한을 갖거나 그 권한의 범위 내에서 행위하는 것으로 제3자가 합리적으로 믿게 된 경우에 본인은 제3자에 대하여 대리권의 결여를 주장하지 못한다.

제2.2.6조

(무권대리인 또는 월권대리인의 책임)

(1) 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위하는 대리인은 본인의 주인이 없는 한 그가 그렇게 하지 않았더라면 제3자가 놓이게 될 입장에 이르도록 하는 정도의 손해배상책임을 진다.

(2) 그러나 제3자가 대리인이 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그러하지 아니하다.

제2.2.7조

(이익의 충돌)

(1) 대리인이 본인과 대리인 사이의 이익충돌의 상황에서 계약을 체결하였으나 제3자가 그러한 이익충돌의 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우에 본인은 계약을 취소할 수 있다. 이 취소권에 대해서는 제3.2.9조 및 제3.2.11조 내지 제3.2.15조가 적용된다.

(2) 그러나 본인은 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

(가) 대리인이 이익충돌의 상황에서 행위하는 것에 대하여 본인이 동의하였거나 본인이 그러한 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우, 또는

(나) 대리인이 본인에게 이익충돌의 사실을 고지하였으나 본인이 합리적인 기간 내에 그에 반대하지 아니한 경우.

제2.2.8조

(복대리)

대리인은 자신이 직접 수행하도록 기대하는 것이 합리적이지 않은 행위를 수행하기 위하여 복대리인을 선임할 묵시적 권한이 있다. 본절의 규칙은 복대리에 적용된다.

ARTICLE 2.2.9

(Ratification)

(1) An act by an agent that acts without authority or exceeds its authority may be ratified by the principal. On ratification the act produces the same effects as if it had initially been carried out with authority.

(2) The third party may by notice to the principal specify a reasonable period of time for ratification. If the principal does not ratify within that period of time it can no longer do so.

(3) If, at the time of the agent's act, the third party neither knew nor ought to have known of the lack of authority, it may, at any time before ratification, by notice to the principal indicate its refusal to become bound by a ratification.

ARTICLE 2.2.10

(Termination of authority)

(1) Termination of authority is not effective in relation to the third party unless the third party knew or ought to have known of it.

(2) Notwithstanding the termination of its authority, an agent remains authorised to perform the acts that are necessary to prevent harm to the principal's interests.

CHAPTER 3 VALIDITY

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 3.1.1

(Matters not covered)

This Chapter does not deal with lack of capacity.

ARTICLE 3.1.2

(Validity of mere agreement)

A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.

ARTICLE 3.1.3

(Initial impossibility)

(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.

제2.2.9조

(추인)

(1) 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 대리인의 행위에 대하여 본인은 추인할 수 있다. 추인과 동시에 그러한 대리인의 행위는 그것이 마치 처음부터 권한을 가지고 수행된 것과 같은 효력이 있다.

(2) 제3자는 본인에게 통지함으로써 추인을 위한 합리적인 기간을 지정할 수 있다. 본인은 그러한 기간 내에 추인하지 않은 때에는 더 이상 추인하지 못한다.

(3) 대리인이 행위하던 당시에 대리권의 결여를 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 제3자는 추인이 있기 전에 본인에게 통지함으로써 자신은 추인에 구속되지 않을 것임을 밝힐 수 있다.

제2.2.10조

(대리권의 종료)

(1) 대리권의 종료는 제3자가 이를 몰랐거나 알았어야 하지 않은 때에는 제3자와의 관계에서 효력이 없다.

(2) 대리권의 종료에도 불구하고 대리인은 본인의 이익에 반하는 손해를 방지하기 위하여 필요한 행위를 수행할 권한이 있다.

제3장 유효성

제1절 총칙

제3.1.1조

(적용배제사항)

본조는 무능력을 다루지 아니한다.

제3.1.2조

(단순한 합의의 유효성)

계약은 당사자간의 단순한 합의에 의해 체결, 변경 또는 종료되며, 더 이상의 요건은 요구되지 아니한다.

제3.1.3조

(원시적 불능)

(1) 단지 의무의 이행이 계약체결시에 이미 불가능하였다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

(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.

ARTICLE 3.1.4

(Mandatory character of the provisions)

The provisions on fraud, threat, gross disparity and illegality contained in this Chapter are mandatory.

SECTION 2: GROUNDS FOR AVOIDANCE

ARTICLE 3.2.1

(Definition of mistake)

Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

ARTICLE 3.2.2

(Relevant mistake)

(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.

ARTICLE 3.2.3

(Error in expression or transmission)

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.

(2) 단지 계약체결시에 당사자가 계약의 목적이 된 재산을 처분할 권리가 없었다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

제3.1.4조

(강행규정성)

본장에 규정된 사기, 강박, 중대한 불균형 및 위법성에 관한 규정은 강행규정이다.

제2절 취소사유

제3.2.1조

(착오의 정의)

착오라 함은 계약체결시에 존재하는 사실이나 법에 관한 잘못된 가정을 말한다.

제3.2.2조

(취소사유가 되는 착오)

(1) 일방 당사자는 착오에 빠진 당사자와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람이 만약 진실한 상황을 알았다더라면 계약을 실질적으로 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 아예 체결하지 않았을 정도로 착오가 계약체결시에 중대하고, 또한 다음 각호의 어느 것에 해당하는 경우에 한하여 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.

(가) 상대방도 동일한 착오를 하였거나 상대방이 착오를 야기하였거나 또는 상대방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 하고 또한 착오자를 착오상태에 놓아 두는 것이 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 반하는 경우 또는

(나) 취소시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 아니한 경우.

(2) 그러나 당사자는 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

(가) 그가 착오를 하게 된 것이 그의 중대한 과실 때문인 경우 또는

(나) 그 착오가, 착오의 위험을 착오자가 인수한 사항에 관련되거나, 또는 제반사정을 고려할 때 착오자가 그 착오의 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우.

제3.2.3조

(표시상 또는 전달상의 오류)

의사나 사실의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류는 그 의사나 사실을 표시하는 자의 착오로 본다.

ARTICLE 3.2.4

(Remedies for non-performance)

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.

ARTICLE 3.2.5

(Fraud)

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.

ARTICLE 3.2.6

(Threat)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude 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.

ARTICLE 3.2.7

(Gross disparity)

(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 => 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. Article 3.2.10(2) applies accordingly.

제3.2.4조

(불이행에 대한 구제수단이 부여되는 경우)

착오자는 자신이 의존하는 그 사실에 기하여 불이행에 대한 구제수단이 부여되거나 부여될 수 있는 때에는 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다.

제3.2.5조

(사 기)

상대방의 언어나 행태를 포함하는 상대방의 사기적인 표시로 인하거나, 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 따라 상대방이 고지하였어야 하는 사실의 사기적인 불고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다.

제3.2.6조

(강 박)

제반사정으로 보아 다른 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 중대한 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 특히 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법하거나 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우에 강박은 부당하다.

제3.2.7조

(중대한 불균형)

(1) 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우에 당사자는 계약을 취소하거나 그 계약조건을 취소할 수 있다. 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

(가) 당사자의 종속상태, 경제적 곤궁이나 긴박한 필요 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 불공정하게 이용한 사실

(나) 계약의 성질과 목적

(2) 취소권을 갖는 당사자의 요청이 있는 경우에 법원은 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 부합되도록 계약이나 계약조건을 조정할 수 있다.

(3) 취소의 통지를 수령한 당사자의 요청이 있는 경우에도 법원은 당해 계약이나 계약조건을 조정할 수 있되, 다만 그 당사자는 그러한 통지를 수령한 후 신속하게 또한 상대방이 그러한 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 자신의 요청을 상대방에게 알려야 한다. 제3.2.10조 제2항을 여기에 준용한다.

ARTICLE 3.2.8

(Third persons)

(1) Where fraud, threat, gross disparity or a party's mistake is imputable to, or is known or ought to be known by, a third person for whose acts the other party is responsible, the contract may be avoided under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where fraud, threat or gross disparity is imputable to a third person for whose acts the other party is not responsible, the contract may be avoided if that party knew or ought to have known of the fraud, threat or disparity, or has not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

ARTICLE 3.2.9

(Confirmation)

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.

ARTICLE 3.2.10

(Loss of right to avoid)

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance.

(2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

ARTICLE 3.2.11

(Notice of avoidance)

The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 3.2.12

(Time limits)

(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.

제3.2.8조

(제3자)

(1) 사기나 강박, 중대한 불균형 또는 당사자의 착오가 제3자에 기인하거나 제3자가 그것을 알거나 알아야 하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되는 경우에, 제3자의 행위가 마치 상대방 당사자 자신의 행위인 것처럼 계약을 취소할 수 있다.

(2) 사기나 강박 또는 중대한 불균형이 제3자에 기인하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되지 아니하는 경우에, 상대방 당사자가 사기나 강박 또는 불균형의 사실을 알았거나 알았어야 하거나 또는 취소 전에 이미 당해 계약을 신뢰하여 행위하지 않았다면 계약을 취소할 수 있다.

제3.2.9조

(추인)

계약을 취소할 수 있는 당사자가 취소의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인하는 경우에는 계약은 취소하지 못한다.

제3.2.10조

(취소권의 상실)

(1) 당사자가 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있음에도 상대방이 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해하는 바에 따라 계약을 이행할 의사가 있다고 밝히는 경우에, 계약은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해한 대로 체결된 것으로 본다. 상대방은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 계약을 이해한 바를 알게 된 후 신속하게 또한 동 당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행하여야 한다.

(2) 그러한 의사표시나 이행이 있을 때에는 취소권은 소멸하고 그 전에 행한 취소의 통지는 효력이 없다.

제3.2.11조

(취소의 통지)

당사자의 계약취소권은 상대방에 대한 통지으로써 행사된다.

제3.2.12조

(기간제한)

(1) 취소의 통지는 취소하는 당사자가 관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때 또는 자유롭게 행위할 수 있게 된 때로부터 제반사정을 고려한 합리적인 기간 내에 하여야 한다.

(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.

ARTICLE 3.2.13

(Partial avoidance)

Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

ARTICLE 3.2.14

(Retroactive effect of avoidance)

Avoidance takes effect retroactively.

ARTICLE 3.2.15

(Restitution)

(1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.

(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.

(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.

(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

ARTICLE 3.2.16

(Damages)

Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.

ARTICLE 3.2.17

(Unilateral declarations)

The provisions of this Chapter apply with appropriate adaptations to any communication of intention addressed by one party to the other.

(2) 제3.2.7조 하에서 당사자가 개별적인 계약조건을 취소할 수 있는 경우에 취소통지기간은 상대방이 그 계약조건을 주장하는 때에 진행하기 시작한다.

제3.2.13조

(일부취소)

개별적인 계약조건에 한하여 취소사유가 있는 경우에, 취소는 그 계약조건에 한하여 효력을 가지되, 다만 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분만을 존속시키는 것이 불합리한 때에는 그러하지 아니하다.

제3.2.14조

(취소의 소급효)

취소는 소급하여 효력을 발생한다.

제3.2.15조

(반 환)

(1) 취소시 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있되, 다만 그 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 자신이 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.

(2) 원물의 반환이 불가능하거나 적절하지 않은 경우에는 합리적인 가액이 반환되어야 한다.

(3) 이행수령자는 원물반환이 불가능한 것이 상대방에게 기인하는 경우에는 가액반환을 할 필요가 없다.

(4) 이행으로 수령한 것을 보관하거나 관리하기 위하여 합리적으로 지출된 비용의 상환청구는 허용된다.

제3.2.16조

(손해배상)

계약의 취소여부를 불문하고, 취소사유를 알았거나 알았어야 하는 당사자는 상대방이 계약을 체결하지 않았더라면 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도의 손해배상을 하여야 한다.

제3.2.17조

(일방적 의사표시)

본장의 규정은 일방이 상대방에 대하여 행하는 의사의 통신에 준용한다.

SECTION 3: ILLEGALITY

ARTICLE 3.3.1

(Contracts infringing mandatory rules)

(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.

ARTICLE 3.3.2

(Restitution)

(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.

제3절 위법성

제3.3.1조

(강행규정^(*)에 반하는 계약

(1) 계약이 본 원칙 제1.4조에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 강행규정에 반하는 경우에 그 위반이 계약의 효력에 영향을 미치는 때에는 계약의 효력은 그 강행규정에 명시적으로 규정된 바에 따른다.

(2) 강행규정이 계약에 대한 그러한 위반의 효력을 명시적으로 규정하지 않는 때에는 당사자는 상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단을 행사할 권리를 갖는다.

(3) 무엇이 합리적인지를 결정할 때에는 특히 다음 각호를 모두 고려하여야 한다.

- 가. 위반된 당해 규칙의 목적
- 나. 당해 규정이 보호하고자 하는 사람의 범주
- 다. 당해 규정의 위반에 의하여 부과되는 제재
- 라. 위반의 심각성
- 마. 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부
- 바. 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피하였는지 여부
- 사. 당사자들의 합리적 기대

제3.3.2조

(반 환)

(1) 제3.3.1조에서 규정하는 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에, 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다.

(2) 무엇이 합리적인지를 결정할 때 제3.3.1조 제3항의 기준이 적절히 고려되어야 한다.

(3) 반환청구가 허용되는 경우에 그 반환에 대해서는 제3.2.15조의 규정을 준용한다.

(*) 본서에서 “강행규정”은 “mandatory rule”을 그렇게 번역하였음을 밝힌다. 강행규정이라는 표현이 국내에서 가장 널리 사용되고 있기 때문이다. 따라서 “mandatory rule”이 不文(불문)의 원칙으로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다. 한편 “infringed rule”(침해된 규칙)과 같이 “rule”만이 단독으로 쓰인 경우에 “규칙”으로 번역하였다.

CHAPTER 4 INTERPRETATION

ARTICLE 4.1

(Intention of the parties)

- (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.

ARTICLE 4.2

(Interpretation of statements and other conduct)

- (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.

ARTICLE 4.3

(Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.

ARTICLE 4.4

(Reference to contract or statement as a whole)

Terms and expressions shall be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear.

ARTICLE 4.5

(All terms to be given effect)

Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

제4장 해 석

제4.1조

(당사자의 의사)

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

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.

제4.3조

(관련사정)

제4.1조와 제4.2조를 적용할 때에는 다음 각호를 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다.

- (가) 당사자간의 예비적 협상
- (나) 당사자간에 확립된 관례
- (다) 계약체결 후 당사자의 행위
- (라) 계약의 성질과 목적
- (마) 계약조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미
- (바) 관행

제4.4조

(계약이나 진술의 전반에 비추어 해석)

조건과 표현은 그것이 등장하는 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

제4.5조

(유효해석의 원칙)

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

ARTICLE 4.6

(Contra proferentem rule)

If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

ARTICLE 4.7

(Linguistic discrepancies)

Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.

ARTICLE 4.8

(Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to

- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

**CHAPTER 5 CONTENT, THIRD PARTY RIGHTS AND
CONDITIONS**

SECTION 1: CONTENT

ARTICLE 5.1.1

(Express and implied obligations)

The contractual obligations of the parties may be express or implied.

제4.6조

(작성지불리의 원칙)

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

제4.7조

(언어간의 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.

제4.8조

(흠결조건의 보충)

(1) 당사자가 권리의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 경우에, 제반사정으로 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

제5장 계약의 내용, 제3자의 권리 및 조건

제1절 계약의 내용

제5.1.1조

(명시적·묵시적 의무)

당사자의 계약상 의무는 명시적 또는 묵시적일 수 있다.

ARTICLE 5.1.2

(Implied obligations)

Implied obligations stem from

- (a) the nature and purpose of the contract;
- (b) practices established between the parties and usages;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

ARTICLE 5.1.3

(Co-operation between the parties)

Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

ARTICLE 5.1.4

(Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts)

- (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
- (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

ARTICLE 5.1.5

(Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to

- (a) the way in which the obligation is expressed in the contract;
- (b) the contractual price and other terms of the contract;
- (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;
- (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

ARTICLE 5.1.6

(Determination of quality of performance)

Where the quality of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract a party is bound to render a performance of a quality that is reasonable and not less than average in the circumstances.

제5.1.2조

(묵시적 의무)

묵시적 의무는 다음 각호에서 비롯한다.

- (가) 계약의 성질과 목적
- (나) 당사자간에 확립된 관례와 관행
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

제5.1.3조

(당사자간의 협력)

각 당사자는 상대방이 의무를 이행하는 데 협력할 것이 합리적으로 기대되는 때에는 상대방과 협력하여야 한다.

제5.1.4조

(특정한 결과를 달성할 의무와 최선의 노력을 다할 의무)

- (1) 당사자의 의무가 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그러한 결과를 달성하여야 한다.
- (2) 당사자의 의무가 어떤 일을 수행함에 있어 최선의 노력을 다할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 하는 정도로 노력하여야 한다.

제5.1.5조

(의무의 종류의 결정)

당사자의 의무가 어떤 일을 할 때 최선의 노력을 다하는 것을 내용으로 하는지 아니면 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는지를 결정함에 있어서는 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

- (가) 계약에서 의무가 표현된 방법
- (나) 계약대금 그 밖의 계약조건
- (다) 기대된 결과를 이루는 데 통상 수반되는 위험의 정도
- (라) 의무의 이행에 미치는 상대방의 영향력

제5.1.6조

(이행품질의 결정)

계약에서 이행의 품질을 정하지 않고 또한 결정할 수도 없는 경우에 당사자는 제반사정으로 보아 합리적이고 평균보다 낮지 않은 품질의 이행을 제공하여야 한다.

ARTICLE 5.1.7

(Price determination)

(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.

(2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary.

(3) Where the price is to be fixed by one party or a third person, and that party or third person does not do so, the price shall be a reasonable price.

(4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

ARTICLE 5.1.8

(Termination of a contract for an indefinite period)

A contract for an indefinite period may be terminated by either party by giving notice a reasonable time in advance. As to the effects of termination in general, and as to restitution, the provisions in Articles 7.3.5 and 7.3.7 apply.

ARTICLE 5.1.9

(Release by agreement)

(1) An obligee may release its right by agreement with the obligor.

(2) An offer to release a right gratuitously shall be deemed accepted if the obligor does not reject the offer without delay after having become aware of it.

SECTION 2: THIRD PARTY RIGHTS

ARTICLE 5.2.1

(Contracts in favour of third parties)

(1) The parties (the “promisor” and the “promisee”) may confer by express or implied agreement a right on a third party (the “beneficiary”).

(2) The existence and content of the beneficiary’s right against the promisor are determined by the agreement of the parties and are subject to any conditions or other limitations under the agreement.

제5.1.7조

(가격의 결정)

(1) 계약에서 가격을 정하고 있지 아니하거나 이를 정하기 위한 조항을 두지 아니한 경우에 당사자는, 반대의 표시가 없는 한, 계약체결시에 그러한 이행에 대하여 당해 거래와 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 가격을, 그러한 가격이 없는 때에는 합리적인 가격을 적용하기로 한 것으로 본다.

(2) 당사자 일방이 가격을 결정하기로 하여 결정된 가격이 명백히 불합리한 경우에는 그 가격은 반대의 다른 계약조건에도 불구하고 합리적인 가격으로 대체된다.

(3) 당사자의 일방이나 제3자가 가격을 정하기로 하였으나 그 당사자나 제3자가 가격을 정하지 아니하는 경우에 가격은 합리적인 가격으로 한다.

(4) 존재하지 않거나 이미 소멸하였거나 더 이상 접근할 수 없는 요소를 기준으로 가격이 결정되어야 하는 경우에는, 그것과 가장 가까운 등가적인 요소를 그 대체기준으로 사용한다.

제5.1.8조

(불확정한 기간을 갖는 계약의 종료)

그 기간이 불확정한 계약은 어느 일방이 합리적인 기간의 사전통지를 함으로써 종료될 수 있다. 종료의 일반적 효력과 반환에 관하여 제7.3.5조와 제7.3.7조의 규정이 적용된다.

제5.1.9조

(합의에 의한 채무면제)

(1) 채권자는 채무자와의 합의하여 그의 권리를 포기할 수 있다.

(2) 무상의 권리포기 제의는 채무자가 그러한 제의를 안 후 지체 없이 이를 거절하지 않은 한 수락된 것으로 간주된다.

제2절 제3자의 권리

제5.2.1조

(제3자를 위한 계약)

(1) 당사자들(“낙약자”와 “요약자”)은 명시적 또는 묵시적 합의로써 제3자(“수익자”)에게 권리를 줄 수 있다.

(2) 낙약자에 대한 수익자의 권리의 존재와 내용은 당사자간 합의에 의하여 결정되고 그 합의상의 조건이나 그 밖의 제한에 따른다.

ARTICLE 5.2.2

(Third party identifiable)

The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made.

ARTICLE 5.2.3

(Exclusion and limitation clauses)

The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary.

ARTICLE 5.2.4

(Defences)

The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promisee.

ARTICLE 5.2.5

(Revocation)

The parties may modify or revoke the rights conferred by the contract on the beneficiary until the beneficiary has accepted them or reasonably acted in reliance on them.

ARTICLE 5.2.6

(Renunciation)

The beneficiary may renounce a right conferred on it.

SECTION 3: CONDITIONS

ARTICLE 5.3.1

(Types of condition)

A contract or a contractual obligation may be made conditional upon the occurrence of a future uncertain event, so that the contract or the contractual obligation only takes effect if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition).

ARTICLE 5.3.2

(Effect of conditions)

Unless the parties otherwise agree:

제5.2.2조

(특정할 수 있는 제3자)

수익자는 계약에 의하여 충분히 확실하게 특정될 수 있어야 하나 계약체결시에 반드시 존재할 필요는 없다.

제5.2.3조

(배제조항과 제한조항)

수익자에게 부여되는 권리는 수익자의 의무를 배제하거나 제한하는 계약조항을 원용할 권리를 포함한다.

제5.2.4조

(항 변)

낙약자는 그가 요약자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변을 수익자에 대하여 주장할 수 있다.

제5.2.5조

(철회)

당사자는 계약에 의하여 수익자에게 부여된 권리를 변경 또는 철회할 수 있으나, 다만 수익자가 그러한 권리를 수락하거나 그것을 합리적으로 신뢰하여 행동한 후에는 그러하지 아니하다.

제5.2.6조

(권리포기)

수익자는 자신에게 부여된 권리를 포기할 수 있다.

제3절 조 건

제5.3.1조

(조건의 종류)

계약이나 계약조건은 장래의 불확실한 사실에 의존할 수 있으며, 그에 따라 계약이나 계약조건은 그러한 사실이 발생한 때에 효력을 발생하거나(정지조건) 그러한 사실이 발생한 때에 소멸한다(해제조건).

제5.3.2조

(조건의 효력)

당사자들이 달리 합의하지 않은 한,

(a) the relevant contract or contractual obligation takes effect upon fulfilment of a suspensive condition;

(b) the relevant contract or contractual obligation comes to an end upon fulfilment of a resolutive condition.

ARTICLE 5.3.3

(Interference with conditions)

(1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the non-fulfilment of the condition.

(2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.4

(Duty to preserve rights)

Pending fulfilment of a condition, a party may not, contrary to the duty to act in accordance with good faith and fair dealing, act so as to prejudice the other party's rights in case of fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.5

(Restitution in case of fulfilment of a resolutive condition)

(1) On fulfilment of a resolutive condition, the rules on restitution set out in Articles 7.3.6 and 7.3.7 apply with appropriate adaptations.

(2) If the parties have agreed that the resolutive condition is to operate retroactively, the rules on restitution set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

CHAPTER 6 PERFORMANCE

SECTION 1: PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 6.1.1

(Time of performance)

A party must perform its obligations:

(a) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time;

(b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time;

- (가) 계약이나 계약상 의무는 정지조건의 성취와 동시에 효력을 발생한다.
- (나) 계약이나 계약상 의무는 해제조건의 성취와 동시에 소멸한다.

제5.3.3조

(조건성취에 대한 개입)

- (1) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건성취를 방해한 경우에, 그 당사자는 조건의 불성취를 주장하지 못한다.
- (2) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건을 성취한 경우에, 그 당사자는 조건의 성취를 주장하지 못한다.

제5.3.4조

(권리를 보존할 의무)

조건의 성취시까지 당사자는 신의와 공정거래에 좇아 행위할 의무에 반하여 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 권리를 침해하여서는 아니된다.

제5.3.5조

(해제조건의 성취에 따른 반환)

- (1) 해제조건이 성취되는 때에는 제7.3.6조와 제7.3.7조의 반환에 관한 규정이 준용된다.
- (2) 당사자들이 해제조건이 소급하여 효력을 갖도록 합의한 때에는 제3.2.15조의 반환에 관한 규정이 준용된다.

제6장 이 행

제1절 이행 일반

제6.1.1조

(이행기)

당사자는 다음의 시기에 의무를 이행하여야 한다.

- (가) 시기가 계약에 의하여 지정되어 있거나 확정될 수 있는 경우에는, 그 시기
- (나) 기간이 계약에 의하여 지정되어 있거나 또는 확정될 수 있는 경우에는, 그 기간 내의 어느 시기. 다만 상대방이 시기를 선택하여야 할 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.2

(Performance at one time or in instalments)

In cases under Article 6.1.1(b) or (c), a party must perform its obligations at one time if that performance can be rendered at one time and the circumstances do not indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.3

(Partial performance)

(1) The obligee may reject an offer to perform in part at the time performance is due, whether or not such offer is coupled with an assurance as to the balance of the performance, unless the obligee has no legitimate interest in so doing.

(2) Additional expenses caused to the obligee by partial performance are to be borne by the obligor without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.4

(Order of performance)

(1) To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.

(2) To the extent that the performance of only one party requires a period of time, that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.5

(Earlier performance)

(1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing.

(2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party's obligations.

(3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy.

(다) 그 밖의 모든 경우에는 계약체결 후 합리적인 기간 내.

제6.1.2조

(일시이행 또는 분할이행)

제6.1.1조 나호 또는 다호의 경우에, 일시이행이 가능하고 또한 특별한 사정이 없다면 당사자는 의무를 일시에 이행하여야 한다.

제6.1.3조

(일부이행)

(1) 채권자는 이행기 이후에는 [채무자의] 일부이행 제의를 거절할 수 있으며 이때 [채무자가] 그러한 제의와 함께 잔여부분의 이행에 대한 이행보장[을 하는지] 묻지 아니한다. 그러나 채권자가 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 일부이행으로 인하여 채권자에게 발생하는 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 [채권자의] 그 밖의 구제수단은 영향을 받지 아니한다.

제6.1.4조

(이행의 순서)

(1) 당사자 쌍방이 이행을 동시에 할 수 있는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 당사자는 동시에 이행하여야 한다.

(2) 당사자 일방의 이행이 기간을 요하는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 그 당사자가 먼저 이행하여야 한다.

제6.1.5조

(조기이행)

(1) 채권자는 [채무자의] 조기이행을 거절할 수 있다. 다만 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 당사자가 조기이행을 수락하더라도 그의 의무의 이행기가 상대방의 의무 이행과 무관하게 정하여져 있는 때에는 그러한 수락은 그의 의무의 이행기에 영향을 주지 아니한다.

(3) 조기이행으로 채권자에게 발생한 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 그 밖의 구제권은 영향을 받지 아니한다.

ARTICLE 6.1.6

(Place of performance)

(1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform:

- (a) a monetary obligation, at the obligee's place of business;
- (b) any other obligation, at its own place of business.

(2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.7

(Payment by cheque or other instrument)

(1) Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment.

(2) However, an obligee who accepts, either by virtue of paragraph (1) or voluntarily, a cheque, any other order to pay or a promise to pay, is presumed to do so only on condition that it will be honoured.

ARTICLE 6.1.8

(Payment by funds transfer)

(1) Unless the obligee has indicated a particular account, payment may be made by a transfer to any of the financial institutions in which the obligee has made it known that it has an account.

(2) In case of payment by a transfer the obligation of the obligor is discharged when the transfer to the obligee's financial institution becomes effective.

ARTICLE 6.1.9

(Currency of payment)

(1) If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment, it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless

- (a) that currency is not freely convertible; or
- (b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed.

(2) If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed, the obligee may require payment in the currency of the place for payment, even in the case referred to in paragraph (1)(b).

제6.1.6조

(이행지)

(1) 계약에 의하여 이행지가 지정되어 있지 아니하고 또한 확정될 수도 없는 경우에 당사자는 다음의 장소에서 이행하여야 한다.

(가) 금전채무는 채권자의 영업소

(나) 그 밖의 채무는 자신의 영업소

(2) 당사자는 계약체결 후 영업소의 변경으로 이행에 부수하여 발생하는 비용의 증가를 부담하여야 한다.

제6.1.7조

(수표 그 밖의 지급수단에 의한 금전지급)

(1) 금전지급은 지급지의 통상적인 영업과정에서 사용되는 어떠한 방법으로도 할 수 있다.

(2) 그러나, 제1항에 의하거나 자의로 수표 그 밖의 지급지시 또는 지급약속을 수취하는 채권자는 그것이 결제되는 것을 조건으로 그 수취를 한 것으로 추정된다.

제6.1.8조

(자금이체에 의한 지급)

(1) 채권자가 특정한 계좌를 적시하지 않은 한, 금전지급은 채권자가 계좌를 가지고 있는 것으로 채권자에 의하여 알려진 금융기관의 계좌에 이체함으로써 할 수 있다.

(2) 이체에 의한 지급의 경우에 채무자의 채무는 채권자의 금융기관으로의 이체가 효력을 발생하는 때에 소멸한다.

제6.1.9조

(지급통화)

(1) 금전채무가 지급지의 통화가 아닌 통화로 표시된 경우에 채무자는 지급지의 통화로 지급할 수 있다. 그러나 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

(가) 통화가 자유로이 환전가능하지 않은 경우 또는

(나) 당사자가 오직 당해 금전채무가 표시된 통화로만 지급하도록 약정한 경우

(2) 채무자가 당해 금전채무가 표시된 통화로 지급하는 것이 불가능한 경우에 채권자는 지급지의 통화로 지급할 것을 청구할 수 있으며, 이는 제1항 나호의 경우에도 같다.

(3) Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due.

(4) However, if the obligor has not paid at the time when payment is due, the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment.

ARTICLE 6.1.10

(Currency not expressed)

Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made.

ARTICLE 6.1.11

(Costs of performance)

Each party shall bear the costs of performance of its obligations.

ARTICLE 6.1.12

(Imputation of payments)

(1) An obligor owing several monetary obligations to the same obligee may specify at the time of payment the debt to which it intends the payment to be applied. However, the payment discharges first any expenses, then interest due and finally the principal.

(2) If the obligor makes no such specification, the obligee may, within a reasonable time after payment, declare to the obligor the obligation to which it imputes the payment, provided that the obligation is due and undisputed.

(3) In the absence of imputation under paragraphs (1) or (2), payment is imputed to that obligation which satisfies one of the following criteria in the order indicated:

- (a) an obligation which is due or which is the first to fall due;
- (b) the obligation for which the obligee has least security;
- (c) the obligation which is the most burdensome for the obligor;
- (d) the obligation which has arisen first.

If none of the preceding criteria applies, payment is imputed to all the obligations proportionally.

(3) 지급지의 통화에 의한 지급은 채무의 이행기에 지급지에서 통용되는 환율에 따라야 한다.

(4) 그러나 이행기에 채무자가 부지급하는 경우에 채권자는 이행기 또는 실제지급일에 통용되는 환율에 따라 지급할 것을 청구할 수 있다.

제6.1.10조

(통화가 표시되지 않은 경우)

금전채무가 특정한 통화로 표시되지 않은 경우에 지급은 지급지의 통화로 하여야 한다.

제6.1.11조

(이행비용)

각 당사자는 자신의 의무의 이행비용을 부담하여야 한다.

제6.1.12조

(금전변제의 충당)

(1) 동일한 채권자에 대하여 수개의 금전채무를 부담하는 채무자는 지급시에 당해 지급이 어느 채무에 대한 변제로 의도되었는지 명시할 수 있다. 그러나 그 지급은 먼저 비용, 다음으로 발생한 이자, 마지막으로 원금의 순서로 채무를 소멸시킨다.

(2) 채무자의 그러한 명시가 없는 경우에 채권자는 지급 후 합리적인 기간 내에 채무자에게 그 지급이 변제충당되는 채무를 지정하여 통보할 수 있되 다만 그 채무는 이행기에 있고 또한 다툼이 없는 것이어야 한다.

(3) 제1항 또는 제2항에 따른 변제충당이 없는 경우에 금전지급은 다음의 어느 하나의 기준을 충족하는 채무에 거기에 적시된 순서로 변제충당된다.

(가) 이행기에 있거나 먼저 이행기에 도달할 채무

(나) 채권자의 담보가 최소인 채무

(다) 채무자의 부담이 최대인 채무

(라) 먼저 발생한 채무

위의 기준 중에 어느 것도 적용되지 않는 경우에 지급은 모든 채무의 비율에 따라 변제충당된다.

ARTICLE 6.1.13

(Imputation of non-monetary obligations)

Article 6.1.12 applies with appropriate adaptations to the imputation of performance of non-monetary obligations.

ARTICLE 6.1.14

(Application for public permission)

Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise

(a) if only one party has its place of business in that State, that party shall take the measures necessary to obtain the permission;

(b) in any other case the party whose performance requires permission shall take the necessary measures.

ARTICLE 6.1.15

(Procedure in applying for permission)

(1) The party required to take the measures necessary to obtain the permission shall do so without undue delay and shall bear any expenses incurred.

(2) That party shall whenever appropriate give the other party notice of the grant or refusal of such permission without undue delay.

ARTICLE 6.1.16

(Permission neither granted nor refused)

(1) If, notwithstanding the fact that the party responsible has taken all measures required, permission is neither granted nor refused within an agreed period or, where no period has been agreed, within a reasonable time from the conclusion of the contract, either party is entitled to terminate the contract.

(2) Where the permission affects some terms only, paragraph (1) does not apply if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract even if the permission is refused.

ARTICLE 6.1.17

(Permission refused)

(1) The refusal of a permission affecting the validity of the contract renders the contract void. If the refusal affects the validity of some terms only, only such terms are void if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract.

제6.1.13조

(비금전채무의 변제충당)

제6.1.12조는 비금전채무의 변제충당에 준용한다.

제6.1.14조

(공적 허가의 신청)

국가의 법규에 의하여 계약의 유효성이나 이행에 영향을 주는 공적 허가의 취득이 요구되는데 그 법규와 제반사정이 달리 가리키지 않는 한,

(가) 당사자 일방만이 그 국가에 영업소가 있는 경우에 그 당사자는 허가를 취득하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

(나) 그 밖의 경우에는 자신의 이행을 위하여 허가의 취득이 요구되는 당사자가 그에 필요한 조치를 취하여야 한다.

제6.1.15조

(허가신청시의 절차)

(1) 허가를 취득하는 데 필요한 조치를 취하여야 하는 당사자는 부당한 지체 없이 그렇게 하여야 하고 그에 따라 발생하는 비용을 부담하여야 한다.

(2) 제1항의 당사자는 적절한 한 부당한 지체 없이 상대방에게 허가의 취득 또는 거절의 사실을 통지하여야 한다.

제6.1.16조

(허가가 취득되지도 거절되지도 않는 경우)

(1) 의무 있는 당사자가 필요한 모든 조치를 취하였음에도 합의된 기간 내에 또는 합의된 기간이 없는 경우에는 계약체결시부터 합리적인 기간 내에 허가를 취득하지 못하였으나 동시에 허가가 거절되지도 않은 때에는 어느 당사자든지 계약을 종료할 수 있다.

(2) 허가가 계약의 일부에만 영향을 주는 경우에는 허가가 거절되더라도 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 제1항은 적용되지 아니한다.

제6.1.17조

(허가가 거절되는 경우)

(1) 계약의 유효성에 영향을 주는 허가의 거절은 계약을 무효로 만든다. 허가의 거절이 일부의 조건에 한하여 유효성에 영향을 주는 경우에는 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 그러한 일부의 조건만이 무효가 된다.

(2) Where the refusal of a permission renders the performance of the contract impossible in whole or in part, the rules on nonperformance apply.

SECTION 2: HARDSHIP

ARTICLE 6.2.1

(Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

ARTICLE 6.2.2

(Definition of hardship)

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.

ARTICLE 6.2.3

(Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

(2) 허가의 거절이 계약의 이행을 전부 또는 일부 불능하게 만드는 때에는 불이행에 관한 규칙이 적용된다.

제2절 이행가혹

제6.2.1조

(계약의 준수)

계약의 이행이 당사자 일방에게 더욱 부담스럽게 되더라도 그 당사자는 의무를 이행하여야 하나 다만 이행가혹(hardship)에 관한 다음의 규정들이 정하는 한도 내에서는 그러하지 아니하다.

제6.2.2조

(이행가혹의 정의)

당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수령하는 이행의 가치가 감소함으로써 인하여 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사유가 발생하고 또한 다음 각호를 모두 만족하는 경우에 이행가혹이 성립한다.

(가) 그 사유가 계약체결 후에 발생하거나 불리하게 된 당사자가 그 사유를 계약체결 후에 알게 될 것

(나) 불리하게 된 당사자가 계약체결시에 그 사유를 합리적으로 고려할 수 없었을 것

(다) 그 사유가 불리하게 된 당사자가 통제할 수 없는 것일 것

(라) 불리하게 된 당사자가 그 사유의 위험을 인수하지 않았을 것

제6.2.3조

(이행가혹의 효력)

(1) 이행가혹의 경우에 불리하게 된 당사자는 재협상을 요구할 수 있다. 이 요구는 부당한 지체 없이 하여야 하고 또한 그 기초가 된 사유를 명시하여야 한다.

(2) 재협상요구는 그 자체만으로는 불리하게 된 당사자에게 이행유보권을 주지 아니한다.

(3) 합리적인 기간 내에 합의에 도달하지 않는 경우에는 어느 당사자든지 법원에 결정을 구할 수 있다.

(4) 이행가혹을 긍정하는 법원은 합리적인 한 다음 각호의 어느 하나를 할 수 있다.

(가) 일자와 계약조건을 정하여 계약을 종료시키는 것

(나) 계약의 균형을 복구하기 위하여 계약을 조정하는 것

CHAPTER 7 NON-PERFORMANCE

SECTION 1: NON-PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 7.1.1

(Non-performance defined)

Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

ARTICLE 7.1.2

(Interference by the other party)

A party may not rely on the nonperformance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event for which the first party bears the risk.

ARTICLE 7.1.3

(Withholding performance)

(1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.

(2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

ARTICLE 7.1.4

(Cure by non-performing party)

(1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that

(a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure;

(b) cure is appropriate in the circumstances;

(c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and

(d) cure is effected promptly.

(2) The right to cure is not precluded by notice of termination.

(3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired.

(4) The aggrieved party may withhold performance pending cure.

(5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

제7장 불 이행

제1절 불이행 일반

제7.1.1조

(불이행의 정의)

불이행은 계약상 당사자가 자신의 의무의 내용에 좇아 이행하지 아니하는 것을 말하며, 이는 불완전한 이행이나 지체된 이행을 포함한다.

제7.1.2조

(상대방의 방해)

당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위나 자신이 위험을 부담하는 사건에 기인하는 한 상대방의 불이행을 주장할 수 없다.

제7.1.3조

(이행유보)

(1) 당사자 쌍방이 동시에 이행하여야 하는 경우에 각 당사자는 상대방이 이행을 제공할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

(2) 당사자 쌍방이 순차로 이행하여야 하는 경우에 나중에 이행하는 당사자는 먼저 이행하여야 하는 당사자가 이행할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

제7.1.4조

(불이행당사자에 의한 추완)

(1) 다음 각호를 모두 충족하는 경우에 불이행당사자는 자신의 비용으로 자신의 불이행을 추완할 수 있다.

(가) 불이행당사자가 부당한 지체 없이 그 추완의 방법과 시기를 제시하여 통지할 것

(나) 제반사정으로 보아 추완이 적절할 것

(다) 피해당사자가 추완을 거절하는 데 적법한 이익을 갖지 않을 것

(라) 추완이 즉시 실행될 것

(2) 추완권은 계약해제의 통지에 의하여 저지되지 아니 한다.

(3) 유효한 추완통지가 있는 경우에 불이행당사자의 이행에 반하는 피해당사자의 권리는 그 추완기간이 만료할 때까지 정지된다.

(4) 피해당사자는 추완이 있을 때까지 이행을 유보할 수 있다.

(5) 추완에도 불구하고 피해당사자는 지연손해과 추완에 의하여 야기되었거나 방지되지 않은 손해의 배상을 청구할 수 있다.

ARTICLE 7.1.5

(Additional period for performance)

(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter.

(3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.

(4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

ARTICLE 7.1.6

(Exemption clauses)

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.

ARTICLE 7.1.7

(Force majeure)

(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.

제7.1.5조

(이행을 위한 부가기간)

(1) 불이행이 있는 경우에 피해당사자는 상대방에 대한 통지로 이행을 위한 부가기간을 허용할 수 있다.

(2) 부가기간 중 피해당사자는 대응하는 자신의 의무의 이행을 유보할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있으나 그 밖의 구제수단은 원용하지 못한다. 피해당사자가 불이행당사자로부터 그 부가기간 내에 이행하지 아니하겠다는 통지를 수령하거나 그 부가기간이 만료되기까지 이행이 정당하게 이루어지지 않는 경우에 피해당사자는 본장에서 허용되는 모든 구제수단을 행사할 수 있다.

(3) 본질적이지 않은 이행지체의 경우에 합리적인 부가기간을 허용하는 통지를 한 피해당사자는 그 부가기간의 만료시에 계약을 해제할 수 있다. 불합리하게 짧게 허용된 부가기간은 합리적인 정도로 연장된다. 통지시 피해당사자는 상대방이 그 부가기간 내에 이행하지 않는다면 계약이 자동적으로 해제된다고 명시할 수 있다.

(4) 이행되지 아니한 의무가 계약상 불이행당사자의 의무의 사소한 부분에 불과한 경우에 제3항은 적용되지 아니한다.

제7.1.6조

(면책조항)

당사자 일방의 불이행책임을 제한 또는 배제하는 조항이나 일방이 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다른 내용으로 이행할 수 있도록 허용하는 조항은 그것을 주장하는 것이 계약의 목적을 고려하여 중대하게 불공정한 때에는 주장하지 못한다.

제7.1.7조

(불가항력)

(1) 당사자는 그 의무의 불이행이 자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약체결시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는 불이행에 대한 책임을 면한다.

(2) 장애가 한시적인 경우에 면책은 그 장애가 계약의 이행에 준 영향을 고려하여 합리적인 기간 동안에 효력을 갖는다.

(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.

SECTION 2: RIGHT TO PERFORMANCE

ARTICLE 7.2.1

(Performance of monetary obligation)

Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment.

ARTICLE 7.2.2

(Performance of non-monetary obligation)

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.

ARTICLE 7.2.3

(Repair and replacement of defective performance)

The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.

ARTICLE 7.2.4

(Judicial penalty)

(1) Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order.

(3) 불이행당사자는 장애가 존재한다는 것과 그 장애가 자신의 이행능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지하여야 한다. 불이행당사자가 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우에 불이행당사자는 불수령으로 인한 손해에 대하여 책임이 있다.

(4) 본조는 당사자가 계약해제권이나 이행유보권 또는 지급되어야 할 금원에 대한 이자청구권을 행사하는 것을 방해하지 아니한다.

제2절 이행청구권

제7.2.1조

(금전채무의 이행)

금전을 지급할 의무가 있는 당사자가 지급을 하지 않는 경우에 상대방은 그 지급을 청구할 수 있다.

제7.2.2조

(비금전채무의 이행)

금전지급 외의 의무를 지는 당사자가 이행을 하지 아니하는 경우에 상대방은 다음의 어느 하나의 경우를 제외하고는 이행을 청구할 수 있다.

(가) 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우

(나) 이행이나, 적절한 경우 그 강제가 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우

(다) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 합리적으로 다른 곳에서 이행을 획득할 수 있는 경우

(라) 이행이 일신전속적인 성격을 갖는 경우 또는

(마) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 아니하는 경우

제7.2.3조

(불완전한 이행의 보수와 대체)

이행청구권은 적절한 경우에는 불완전한 이행의 보수(補修), 대체 그 밖의 추완을 청구할 권리를 포함한다. 그에 관하여 제7.2.1조와 제7.2.2조의 규정이 적용된다.

제7.2.4조

(사법적 제재금)

(1) 당사자에게 이행을 명하는 법원은 당사자가 명령을 위반하는 경우에 제재금을 지급할 것을 명할 수 있다.

(2) The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.

ARTICLE 7.2.5

(Change of remedy)

(1) An aggrieved party who has required performance of a non-monetary obligation and who has not received performance within a period fixed or otherwise within a reasonable period of time may invoke any other remedy.

(2) Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.

SECTION 3: TERMINATION

ARTICLE 7.3.1

(Right to terminate the contract)

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether

(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;

(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;

(c) the non-performance is intentional or reckless;

(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;

(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

(2) 제재금은 법정지법의 강행규정이 달리 정하지 않는 한 피해당사자에게 지급되어야 한다. 피해당사자에게 제재금이 지급되더라도 이는 손해배상청구권을 해하지 아니한다.

제7.2.5조

(구제수단의 변경)

(1) 비금전채무의 이행을 청구하였으나 지정된 기간 내에 또는 그 밖의 합리적인 기간 내에 이행을 수령하지 못한 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.

(2) 비금전채무의 이행을 명하는 법원의 판결이 집행될 수 없는 경우에 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.

제3절 계약해제

제7.3.1조

(계약해제권)

(1) 당사자는 상대방의 계약상 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(2) 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는지 여부를 결정할 때에는 특히 다음을 고려하여야 한다.

(가) 불이행이 계약상 피해당사자가 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는지 여부. 다만 상대방이 그러한 결과를 예견하지 못하였고 합리적으로 예견할 수 없었어야 한다.

(나) 이행되지 아니한 의무를 엄격하게 이행하는 것이 계약의 핵심인지 여부

(다) 불이행이 고의적이거나 무모한 것인지 여부

(라) 불이행이 피해당사자에게 상대방의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는지 여부

(마) 계약이 해제되는 경우에 불이행당사자가 그 준비 또는 이행의 결과로 불균형한 손실을 겪게 되는지 여부.

(3) 이행지체의 경우에 상대방이 제7.1.5조에 따라 허용된 기간이 만료하기 전에 이행을 하지 않는다면 피해당사자는 계약을 해제할 수 있다.

ARTICLE 7.3.2

(Notice of termination)

(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party.

(2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the nonconforming performance.

ARTICLE 7.3.3

(Anticipatory non-performance)

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.

ARTICLE 7.3.4

(Adequate assurance of due performance)

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.5

(Effects of termination in general)

(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.

(2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.

(3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

ARTICLE 7.3.6

(Restitution with respect to contracts to be performed at one time)

(1) On termination of a contract to be performed at one time either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract.

제7.3.2조

(해제통지)

- (1) 계약해제권은 상대방에 대한 통지로 행사된다.
- (2) 이행이 늦게 제공되었거나 그 밖에 계약에 적합하지 않은 경우에 피해당사자는 부적합한 이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방에게 계약해제통지를 하지 않는 때에는 계약해제권을 상실한다.

제7.3.3조

(이행기 전의 불이행)

당사자 일방의 이행기일 전에 그의 본질적 불이행이 있을 것임이 명백한 경우에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.4조

(적절한 이행보장)

장차 상대방의 본질적 불이행이 있을 것임을 합리적으로 믿는 당사자는 적절한 이행보장을 요구할 수 있고 그 동안 그의 이행을 유보할 수 있다. 합리적인 기간 내에 그러한 이행보장이 제공되지 아니하는 경우에 이행보장을 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.5조

(해제의 효과 일반)

- (1) 계약의 해제는 당사자 쌍방을 장래의 이행을 행하고 수령할 의무로부터 면하게 한다.
- (2) 해제는 불이행에 대한 손해배상청구를 방해하지 아니한다.
- (3) 해제는 계약상의 분쟁해결조항이나 해제 후에도 작용하여야 하는 그 밖의 계약조건에는 영향을 미치지 아니한다.

제7.3.6조

(일시에 이행되어야 하는 계약상 반환)

- (1) 일시에 이행되어야 하는 계약의 해제시 각 당사자는 자신이 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 다만 그 당사자는 자신이 계약상 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.

(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.

(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.

(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

ARTICLE 7.3.7

(Restitution with respect to long-term contracts)

(1) On termination of a long-term contract restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect, provided the contract is divisible.

(2) As far as restitution has to be made, the provisions of Article 7.3.6 apply.

SECTION 4: DAMAGES

ARTICLE 7.4.1

(Right to damages)

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.

ARTICLE 7.4.2

(Full compensation)

(1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

ARTICLE 7.4.3

(Certainty of harm)

(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(2) 원물반환을 하는 것이 불가능하거나 부적절한 경우에는, 합리적인 한 그 가액을 금전으로 반환하여야 한다.

(3) 원물반환이 불가능하게 된 원인이 상대방에게 있는 경우에 이행수령자는 가액을 반환할 필요가 없다.

(4) 수령한 이행을 보관하고 관리하는 데 합리적으로 필요한 비용은 그 상환을 청구할 수 있다.

제7.3.7조

(장기계약상 반환)

(1) 장기계약의 해제시 반환은 해제가 효력을 발생한 후의 기간에 대해서만 청구할 수 있다. 다만 계약은 분리할 수 있는 것이어야 한다.

(2) 반환이 이루어져야 하는 경우에 그 반환에 대해서는 제7.3.6조의 규정이 적용된다.

제4절 손해배상

제7.4.1조

(손해배상청구권)

불이행은 피해당사자에게 배타적으로 또는 다른 구제수단과 함께 손해배상 청구권을 부여한다. 그러나 본 원칙상 불이행에 대하여 면책이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

제7.4.2조

(완전배상)

(1) 피해당사자는 불이행으로 인하여 입은 손해의 완전한 배상을 청구할 수 있다. 그러한 손해는 피해당사자가 입은 손실과 그가 상실한 이익을 포함하되 피해당사자가 비용이나 손해를 피하게 됨으로써 얻은 이익이 고려되어야 한다.

(2) 그러한 손해는 비금전적일 수도 있고 예컨대 신체적 피해나 정신적 고통을 포함한다.

제7.4.3조

(손해의 확실성)

(1) 배상해야 하는 손해는 장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해에 한한다.

(2) 기회상실의 손해는 그 발생할 개연성에 비례하여 배상되어야 한다.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

ARTICLE 7.4.4

(Foreseeability of harm)

The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its nonperformance.

ARTICLE 7.4.5

(Proof of harm in case of replacement transaction)

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

ARTICLE 7.4.6

(Proof of harm by current price)

(1) Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a replacement transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further harm.

(2) Current price is the price generally charged for goods delivered or services rendered in comparable circumstances at the place where the contract should have been performed or, if there is no current price at that place, the current price at such other place that appears reasonable to take as a reference.

ARTICLE 7.4.7

(Harm due in part to aggrieved party)

Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event for which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties.

(3) 충분한 정도로 확실하게 손해액을 결정할 수 없는 경우에 그 산정은 법원의 재량에 의한다.

제7.4.4조

(손해의 예견가능성)

불이행당사자는 자신의 불이행으로 인하여 발생할 수 있다고 계약체결시에 예견하였거나 합리적으로 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 책임이 있다.

제7.4.5조

(대체거래의 경우 손해의 증명)

피해당사자는 계약을 해제하고 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 대체거래를 하는 경우에 계약대금과 대체거래대금의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상받을 수 있다.

제7.4.6조

(시가에 의한 손해의 증명)

(1) 피해당사자가 계약을 해제하고 대체거래를 하지 않았으나 계약의 이행에 적용될 시가(時價)가 있는 경우에 피해당사자는 계약대금과 계약해제시의 시가와의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상받을 수 있다.

(2) 시가는 인도된 물품이나 제공된 용역에 대하여 계약이 이행되었어야 했던 장소에서 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 대금을 말하며, 그 장소에서 시가가 없는 경우에는 대체적용하기에 합리적으로 보이는 다른 장소의 시가를 말한다.

제7.4.7조

(피해당사자에 일부 기인하는 손해)

손해가 피해당사자의 작위 또는 부작위나 피해당사자가 위험을 부담하는 사유에 일부 기인하는 경우에 손해배상액은 각 당사자의 행위를 참작하여 그러한 요인들이 손해에 기여한 범위를 한도로 감액된다.

ARTICLE 7.4.8

(Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

ARTICLE 7.4.9

(Interest for failure to pay money)

(1) If a party does not pay a sum of money when it falls due the aggrieved party is entitled to interest upon that sum from the time when payment is due to the time of payment whether or not the non-payment is excused.

(2) The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment.

(3) The aggrieved party is entitled to additional damages if the non-payment caused it a greater harm.

ARTICLE 7.4.10

(Interest on damages)

Unless otherwise agreed, interest on damages for non-performance of non-monetary obligations accrues as from the time of nonperformance.

ARTICLE 7.4.11

(Manner of monetary redress)

(1) Damages are to be paid in a lump sum. However, they may be payable in instalments where the nature of the harm makes this appropriate.

(2) Damages to be paid in instalments may be indexed.

ARTICLE 7.4.12

(Currency in which to assess damages)

Damages are to be assessed either in the currency in which the monetary obligation was expressed or in the currency in which the harm was suffered, whichever is more appropriate.

제7.4.8조

(손해의 경감)

(1) 불이행당사자는 피해당사자가 합리적인 조치를 취함으로써 경감될 수 있었던 한 피해당사자가 입은 손해에 대하여 책임이 없다.

(2) 피해당사자는 손해를 경감하는 데 합리적으로 소요된 비용의 배상을 청구할 수 있다.

제7.4.9조

(금전부지급에 대한 이자)

(1) 당사자가 이행기에 놓인 금전을 지급하지 않는 경우에, 그 부지급에 대한 면책을 불문하고 피해당사자는 금전의 지급기일부터 실제지급일까지 그 금전에 대한 이자를 청구할 수 있다.

(2) 이자율은 지급지에서 그 지급통화의 우량차주에게 널리 적용되는 평균은 행단기대출이자율이나, 지급지에 그러한 이자율이 없는 경우에는 그 지급통화 발행국의 같은 이자율로 한다. 그러한 두 장소 모두에 그러한 이자율이 없는 경우에 이자율은 그 지급통화 발행국의 법이 정하는 적절한 이자율로 한다.

(3) 피해당사자는 금전부지급으로 더 큰 손해를 입은 때에는 그러한 추가손해를 배상받을 수 있다.

제7.4.10조

(손해배상금에 대한 이자)

달리 합의되지 않은 한 비금전채무의 불이행으로 인한 손해배상금에 대한 이자는 불이행시부터 발생한다.

제7.4.11조

(금전배상의 방법)

(1) 손해는 그 총액이 일시에 배상되어야 한다. 그러나 손해의 성질상 적절한 경우에 손해는 분할하여 배상할 수 있다.

(2) 손해의 분할배상은 특정한 지수와 연동되도록 할 수 있다.

제7.4.12조

(손해배상액 산정에 사용되는 통화)

손해배상액은 금전채무의 표시통화와 손해발생통화 중 보다 적절한 통화로 산정되어야 한다.

ARTICLE 7.4.13

(Agreed payment for non-performance)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such nonperformance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

CHAPTER 8 SET-OFF

ARTICLE 8.1

(Conditions of set-off)

(1) Where two parties owe each other money or other performances of the same kind, either of them (“the first party”) may set off its obligation against that of its obligee (“the other party”) if at the time of set-off,

(a) the first party is entitled to perform its obligation;

(b) the other party’s obligation is ascertained as to its existence and amount and performance is due.

(2) If the obligations of both parties arise from the same contract, the first party may also set off its obligation against an obligation of the other party which is not ascertained as to its existence or to its amount.

ARTICLE 8.2

(Foreign currency set-off)

Where the obligations are to pay money in different currencies, the right of set-off may be exercised, provided that both currencies are freely convertible and the parties have not agreed that the first party shall pay only in a specified currency.

ARTICLE 8.3

(Set-off by notice)

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 8.4

(Content of notice)

(1) The notice must specify the obligations to which it relates.

제7.4.13조
(불이행 위약금)

(1) 계약에서 불이행당사자가 불이행에 대하여 피해당사자에게 일정한 금액을 지급하여야 한다고 정한 경우에 피해당사자는 그의 실제 손해와 무관하게 그 금액을 청구할 수 있다.

(2) 그러나 달리 합의되었더라도 불이행으로 인한 손해와 그 밖의 사정으로 보아 그 위약금액이 중대하게 과도한 경우에는 이를 합리적인 금액으로 감액할 수 있다.

제8장 상 계

제8.1조
(상계의 요건)

(1) 당사자 쌍방이 서로 금전채무 그 밖에 동종의 이행을 하는 채무를 부담하는 경우에 각 당사자(“상계자”)는 상계에 다음의 요건이 갖추어진다면 그의 채무와 그의 채권자(“상대방”)의 채무를 상계할 수 있다.

(가) 상계자가 자신의 채무를 이행할 권리가 있을 것

(나) 상대방의 채무가 존재와 양의 면에서 확정되어 있고 이행기에 있을 것

(2) 당사자 쌍방의 채무가 동일한 계약에서 발생한 경우에 상계자는 자신의 채무를 존재와 양이 확정되지 않은 상대방의 채무와 상계할 수 있다.

제8.2조
(외화채무의 상계)

두 금전채무가 상이한 통화로 지급되어야 하는 경우에 두 통화가 서로 자유로이 환전가능하고 또한 당사자간에 상계자가 오직 특정한 통화로만 지급하여야 한다는 합의가 없는 때에는 상계권의 행사가 가능하다.

제8.3조
(상계의 통지)

상계권의 행사는 상대방에 대한 통지에 의한다.

제8.4조
(통지의 내용)

(1) 상계의 통지는 상계의 대상이 된 채무들을 명시하여야 한다.

(2) If the notice does not specify the obligation against which set-off is exercised, the other party may, within a reasonable time, declare to the first party the obligation to which set-off relates. If no such declaration is made, the set-off will relate to all the obligations proportionally.

ARTICLE 8.5

(Effect of set-off)

- (1) Set-off discharges the obligations.
- (2) If obligations differ in amount, set-off discharges the obligations up to the amount of the lesser obligation.
- (3) Set-off takes effect as from the time of notice.

CHAPTER 9 ASSIGNMENT OF RIGHTS, TRANSFER OF OBLIGATIONS, ASSIGNMENT OF CONTRACTS

SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS

ARTICLE 9.1.1

(Definitions)

“Assignment of a right” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”), including transfer by way of security, of the assignor’s right to payment of a monetary sum or other performance from a third person (“the obligor”).

ARTICLE 9.1.2

(Exclusions)

This Section does not apply to transfers made under the special rules governing the transfers:

- (a) of instruments such as negotiable instruments, documents of title or financial instruments, or
- (b) of rights in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.1.3

(Assignability of non-monetary rights)

A right to non-monetary performance may be assigned only if the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

(2) 상계의 통지에서 상계의 대상이 되는 채무를 명시하지 않는 경우에 상대방은 합리적인 기간 내에 상계자에게 상계의 대상이 되는 채무를 선언할 수 있다. 그러한 선언이 없는 경우에 모든 채무는 비율적으로 상계된다.

제8.5조

(상계의 효과)

- (1) 상계는 채무를 소멸시킨다.
- (2) 두 채무의 양이 상이한 경우에 상계는 양이 적은 채무의 양만큼 채무를 소멸시킨다.
- (3) 상계는 통지시부터 효력을 갖는다.

제9장 채권양도, 채무이전, 계약양도

제1절 채권양도

제9.1.1조

(정의)

“채권양도”는 금전지급이나 그 밖의 이행을 목적으로 하는 일방(“양도인”)의 제3자(“채무자”)에 대한 채권을 합의로 타인(“양수인”)에게 양도하는 것을 말하며, 담보의 목적으로 하는 것을 포함한다.

제9.1.2조

(적용배제)

본절은 다음 각호의 양도에 적용되는 특별한 법규 하에서 이루어지는 양도에 적용되지 아니한다.

- (가) 유통증권, 권리증권 또는 금융증권과 같은 증권의 양도, 또는
- (나) 사업양도의 일환으로서의 채권의 이전

제9.1.3조

(비금전채권의 양도)

비금전적 이행을 목적으로 하는 채권은 양도로 인하여 채무의 부담이 증대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 양도될 수 있다.

ARTICLE 9.1.4

(Partial assignment)

- (1) A right to the payment of a monetary sum may be assigned partially.
- (2) A right to other performance may be assigned partially only if it is divisible, and the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.5

(Future rights)

A future right is deemed to be transferred at the time of the agreement, provided the right, when it comes into existence, can be identified as the right to which the assignment relates.

ARTICLE 9.1.6

(Rights assigned without individual specification)

A number of rights may be assigned without individual specification, provided such rights can be identified as rights to which the assignment relates at the time of the assignment or when they come into existence.

ARTICLE 9.1.7

(Agreement between assignor and assignee sufficient)

- (1) A right is assigned by mere agreement between the assignor and the assignee, without notice to the obligor.
- (2) The consent of the obligor is not required unless the obligation in the circumstances is of an essentially personal character.

ARTICLE 9.1.8

(Obligor's additional costs)

The obligor has a right to be compensated by the assignor or the assignee for any additional costs caused by the assignment.

ARTICLE 9.1.9

(Non-assignment clauses)

- (1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract.

제9.1.4조

(일부양도)

- (1) 금전지급을 목적으로 하는 채권은 그 일부를 양도할 수 있다.
- (2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권은 그것이 분할가능하고 또한 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 그 일부를 양도할 수 있다.

제9.1.5조

(장래채권)

장래채권은 그것이 존재하게 된 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 경우에 한하여 합의시에 양도된 것으로 본다.

제9.1.6조

(일괄양도)

복수의 채권은 양도시나 그 채권이 존재하게 되는 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 한 개별지정 없이 양도될 수 있다.

제9.1.7조

(양도인과 양수인 사이의 합의로 충분)

- (1) 채권은 채무자에 대한 통지 없이 양도인과 양수인 사이의 합의에 의하여 양도된다.
- (2) 채무가 상황에 따라 일신전속적인 성질을 갖지 않은 한 채무자의 승낙은 요구되지 아니한다.

제9.1.8조

(채무자의 추가비용)

채무자는 채권양도로 인하여 발생한 추가비용을 양도인 또는 양수인으로부터 상환받을 권리가 있다.

제9.1.9조

(양도금지조항)

- (1) 금전지급을 목적으로 하는 채권의 양도는 양도인과 채무자 사이에 양도를 제한하거나 금지하는 합의가 있더라도 효력이 있다. 그러나 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.

(2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.

ARTICLE 9.1.10

(Notice to the obligor)

(1) Until the obligor receives a notice of the assignment from either the assignor or the assignee, it is discharged by paying the assignor.

(2) After the obligor receives such a notice, it is discharged only by paying the assignee.

ARTICLE 9.1.11

(Successive assignments)

If the same right has been assigned by the same assignor to two or more successive assignees, the obligor is discharged by paying according to the order in which the notices were received.

ARTICLE 9.1.12

(Adequate proof of assignment)

(1) If notice of the assignment is given by the assignee, the obligor may request the assignee to provide within a reasonable time adequate proof that the assignment has been made.

(2) Until adequate proof is provided, the obligor may withhold payment.

(3) Unless adequate proof is provided, notice is not effective.

(4) Adequate proof includes, but is not limited to, any writing emanating from the assignor and indicating that the assignment has taken place.

ARTICLE 9.1.13

(Defences and rights of set-off)

(1) The obligor may assert against the assignee all defences that the obligor could assert against the assignor.

(2) The obligor may exercise against the assignee any right of set-off available to the obligor against the assignor up to the time notice of assignment was received.

(2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권의 양도는 이를 제한하거나 금지하는 양도인과 채무자 사이의 합의에 반하는 경우에는 효력이 없다. 그러나 양수인이 양도시에 그러한 합의를 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에 양도는 효력이 있다. 이때 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.

제9.1.10조

(채무자에 대한 통지)

(1) 양도인 또는 양수인으로부터 양도통지를 수령하기 전에는 채무자는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면한다.

(2) 그러한 통지를 수령한 후에는 채무자는 오직 양수인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

제9.1.11조

(연속양도)

동일한 채권이 동일한 양도인에 의하여 둘 이상의 양수인에게 양도되는 경우에 채무자는 양도통지를 수령한 순서에 따라 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

제9.1.12조

(양도의 적절한 증거)

(1) 양수인이 양도통지를 하는 경우, 채무자는 양수인에게 양도가 있었음을 증명하는 적절한 증거를 합리적인 기간 내에 제공할 것을 요구할 수 있다.

(2) 적절한 증거가 제공될 때까지 채무자는 지급을 유보할 수 있다.

(3) 적절한 증거가 제공되지 않는다면 통지는 효력이 없다.

(4) 적절한 증거는 양도인으로부터 나온 것으로 양도가 있었음을 보여주는 문서를 포함하나 그에 한하지 아니한다.

제9.1.13조

(항변과 상계권)

(1) 채무자는 자신이 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 양수인에 대하여 주장할 수 있다.

(2) 채무자는 양도통지를 수령할 때까지 양도인을 상대로 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에 대하여 행사할 수 있다.

ARTICLE 9.1.14

(Rights related to the right assigned)

The assignment of a right transfers to the assignee:

- (a) all the assignor's rights to payment or other performance under the contract in respect of the right assigned, and
- (b) all rights securing performance of the right assigned.

ARTICLE 9.1.15

(Undertakings of the assignor)

The assignor undertakes towards the assignee, except as otherwise disclosed to the assignee, that:

- (a) the assigned right exists at the time of the assignment, unless the right is a future right;
- (b) the assignor is entitled to assign the right;
- (c) the right has not been previously assigned to another assignee, and it is free from any right or claim from a third party;
- (d) the obligor does not have any defences;
- (e) neither the obligor nor the assignor has given notice of set-off concerning the assigned right and will not give any such notice;
- (f) the assignor will reimburse the assignee for any payment received from the obligor before notice of the assignment was given.

SECTION 2: TRANSFER OF OBLIGATIONS

ARTICLE 9.2.1

(Modes of transfer)

An obligation to pay money or render other performance may be transferred from one person (the "original obligor") to another person (the "new obligor") either

- (a) by an agreement between the original obligor and the new obligor subject to Article 9.2.3, or
- (b) by an agreement between the obligee and the new obligor, by which the new obligor assumes the obligation.

ARTICLE 9.2.2

(Exclusion)

This Section does not apply to transfers of obligations made under the special rules governing transfers of obligations in the course of transferring a business.

제9.1.14조

(양도되는 채권에 관한 권리)

채권양도는 양수인에게 다음 각호의 권리를 이전시킨다.

- (가) 양도되는 채권에 관한 양도인의 계약상 모든 지급청구권 또는 그 밖의 이행청구권
- (나) 양도되는 채권의 이행을 담보하는 모든 권리

제9.1.15조

(양도인의 확약)

양도인은 양수인에 대하여 다음을 확약한다. 다만 양수인에게 이미 고지된 경우에는 그러하지 아니하다.

- (가) 양도되는 채권이 장래채권이 아닌 한 양도시에 존재한다는 것
- (나) 양도인은 채권을 양도할 권한이 있다는 것
- (다) 채권이 이전에 다른 양수인에게 양도되지 않았고 제3자의 권리나 권리 주장의 대상이 아니라는 것
- (라) 채무자가 아무런 항변도 갖고 있지 않다는 것
- (마) 채무자나 양도인이 양도되는 채권에 관하여 상계의 통지를 하지 않았고 또한 하지 않을 것
- (바) 양도인은 양도통지 전에 채무자로부터 수령한 금액을 양수인에게 상환할 것

제2절 채무이전

제9.2.1조

(이전의 태양)

금전지급 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채무는 다음 각호의 합의에 의하여 어느 일인(“원채무자”)으로부터 타인(“신채무자”)에게 이전한다.

- (가) 제9.2.3조의 제한을 받는 원채무자와 신채무자 사이의 합의 또는
- (나) 신채무자가 채무를 인수하는 채권자와 신채무자 사이의 합의.

제9.2.2조

(적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 채무의 이전을 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 채무이전에는 적용되지 아니한다.

ARTICLE 9.2.3

(Requirement of obligee's consent to transfer)

The transfer of an obligation by an agreement between the original obligor and the new obligor requires the consent of the obligee.

ARTICLE 9.2.4

(Advance consent of obligee)

- (1) The obligee may give its consent in advance.
- (2) If the obligee has given its consent in advance, the transfer of the obligation becomes effective when a notice of the transfer is given to the obligee or when the obligee acknowledges it.

ARTICLE 9.2.5

(Discharge of original obligor)

- (1) The obligee may discharge the original obligor.
- (2) The obligee may also retain the original obligor as an obligor in case the new obligor does not perform properly.
- (3) Otherwise the original obligor and the new obligor are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.2.6

(Third party performance)

- (1) Without the obligee's consent, the obligor may contract with another person that this person will perform the obligation in place of the obligor, unless the obligation in the circumstances has an essentially personal character.
- (2) The obligee retains its claim against the obligor.

ARTICLE 9.2.7

(Defences and rights of set-off)

- (1) The new obligor may assert against the obligee all defences which the original obligor could assert against the obligee.
- (2) The new obligor may not exercise against the obligee any right of set-off available to the original obligor against the obligee.

ARTICLE 9.2.8

(Rights related to the obligation transferred)

- (1) The obligee may assert against the new obligor all its rights to payment or other performance under the contract in respect of the obligation transferred.

제9.2.3조

(채무이전에 대한 채권자의 승낙)

원채무자와 신채무자 사이의 합의에 의한 채무이전은 채권자의 승낙을 요한다.

제9.2.4조

(채권자의 사전승낙)

- (1) 채권자는 미리 승낙할 수 있다.
- (2) 채권자가 미리 승낙한 경우에 채무이전은 채권자에게 채무이전의 통지를 한 때 또는 채권자가 채무이전을 인정하는 때에 효력이 생긴다.

제9.2.5조

(원채무자의 채무면제)

- (1) 채권자는 원채무자의 채무를 면하게 할 수 있다.
- (2) 채권자는 원채무자를 신채무자가 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.
- (3) 그 밖의 경우에 원채무자와 신채무자는 채무를 연대하여 부담한다.

제9.2.6조

(제3자에 의한 이행)

- (1) 채권자의 승낙이 없이도 채무자는 제3자와 계약하여 그 제3자가 채무자를 대신하여 채무를 이행하도록 할 수 있다. 다만 채무가 상황에 따라 본질적으로 일신전속적 성질을 갖는 때에는 그러하지 아니하다.
- (2) 채권자는 여전히 채무자에 대하여 채권을 갖는다.

제9.2.7조

(항변과 상계권)

- (1) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 채권자에 대하여 주장할 수 있다.
- (2) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 행사할 수 있었던 상계권을 채권자를 상대로 행사할 수 없다.

제9.2.8조

(이전되는 채무에 관한 권리)

- (1) 채권자는 이전되는 채무에 관한 계약상의 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권을 신채무자에 대하여 주장할 수 있다.

(2) If the original obligor is discharged under Article 9.2.5(1), a security granted by any person other than the new obligor for the performance of the obligation is discharged, unless that other person agrees that it should continue to be available to the obligee.

(3) Discharge of the original obligor also extends to any security of the original obligor given to the obligee for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred as part of a transaction between the original obligor and the new obligor.

SECTION 3: ASSIGNMENT OF CONTRACTS

ARTICLE 9.3.1

(Definitions)

“Assignment of a contract” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”) of the assignor’s rights and obligations arising out of a contract with another person (the “other party”).

ARTICLE 9.3.2

(Exclusion)

This Section does not apply to the assignment of contracts made under the special rules governing transfers of contracts in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.3.3

(Requirement of consent of the other party)

The assignment of a contract requires the consent of the other party.

ARTICLE 9.3.4

(Advance consent of the other party)

(1) The other party may give its consent in advance.

(2) If the other party has given its consent in advance, the assignment of the contract becomes effective when a notice of the assignment is given to the other party or when the other party acknowledges it.

ARTICLE 9.3.5

(Discharge of the assignor)

(1) The other party may discharge the assignor.

(2) 원채무자가 제9.2.5조 제1항에 따라 채무를 면하는 경우에 신채무자 외의 제3자가 채무의 이행을 위하여 제공한 담보는 그 제3자가 채권자에게 담보 제공을 계속하는 데 동의하지 않는 한 소멸한다.

(3) 원채무자가 채무를 면하는 경우에는 그가 채무의 이행을 위하여 채권자에게 제공한 담보도 소멸한다. 다만 그 담보의 목적인 재산이 원채무자와 신채무자 사이의 거래의 일부로서 양도되는 때에는 그러하지 아니하다.

제3절 계약양도

제9.3.1조

(정의)

“계약양도”는 제3자(“상대방”)와의 계약에서 발생하는 어느 일인(“양도인”)의 권리와 의무를 양도인이 타인(“양수인”)에게 합의로 양도하는 것을 말한다.

제9.3.2조

(적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 계약양도를 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 계약양도에는 적용되지 아니 한다.

제9.3.3조

(상대방의 승낙요건)

계약양도는 상대방의 승낙을 요한다.

제9.3.4조

(상대방의 사전승낙)

- (1) 상대방은 미리 승낙할 수 있다.
- (2) 상대방이 미리 승낙한 경우에 계약양도는 상대방에게 양도통지를 한 때 또는 상대방이 이를 승인한 때 효력이 발생한다.

제9.3.5조

(양도인의 채무면제)

- (1) 상대방은 양도인의 채무를 면하게 할 수 있다.

- (2) The other party may also retain the assignor as an obligor in case the assignee does not perform properly.
- (3) Otherwise the assignor and the assignee are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.3.6

(Defences and rights of set-off)

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.13 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.7 applies accordingly.

ARTICLE 9.3.7

(Rights transferred with the contract)

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.14 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.8 applies accordingly.

CHAPTER 10 LIMITATION PERIODS

ARTICLE 10.1

(Scope of the Chapter)

- (1) The exercise of rights governed by the Principles is barred by the expiration of a period of time, referred to as “limitation period”, according to the rules of this Chapter.
- (2) This Chapter does not govern the time within which one party is required under the Principles, as a condition for the acquisition or exercise of its right, to give notice to the other party or to perform any act other than the institution of legal proceedings.

ARTICLE 10.2

(Limitation periods)

- (1) The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised.
- (2) In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised.

- (2) 상대방은 양도인을 양수인이 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.
- (3) 그 밖의 경우에 양도인과 양수인은 채무를 연대하여 부담한다.

제9.3.6조

(항변과 상계권)

- (1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.13조를 준용한다.
- (2) 계약양도가 채무이전을 포함하는 한도 내에서는 제9.2.7조를 준용한다.

제9.3.7조

(계약과 함께 이전되는 권리)

- (1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.14조를 준용한다.
- (2) 계약양도가 채무인수를 포함하는 한도 내에서는 제9.2.8조를 준용한다.

제10장 시효기간

제10.1조

(본장의 적용범위)

- (1) 본 원칙에 의하여 규율되는 권리의 행사는 “시효기간”이라는 본장의 규칙에 따른 기간의 만료에 의하여 금지된다.
- (2) 본장은 본 원칙상 일방이 권리의 취득 또는 행사요건으로서 상대방에게 통지하여야 하는 기간이나 법적 절차의 개시 외의 행위를 하여야 하는 기간에는 적용되지 아니한다.

제10.2조

(시효기간)

- (1) 일반시효기간은 3년이며 이는 채권자가 권리를 행사할 수 있게 된 원인 사실을 알거나 알아야 하는 일자의 다음날에 개시된다.
- (2) 어떠한 경우에도 최대시효기간은 10년이며 이는 권리를 행사할 수 있는 일자의 다음날에 개시된다.

ARTICLE 10.3

(Modification of limitation periods by the parties)

- (1) The parties may modify the limitation periods.
- (2) However they may not
 - (a) shorten the general limitation period to less than one year;
 - (b) shorten the maximum limitation period to less than four years;
 - (c) extend the maximum limitation period to more than fifteen years.

ARTICLE 10.4

(New limitation period by acknowledgement)

- (1) Where the obligor before the expiration of the general limitation period acknowledges the right of the obligee, a new general limitation period begins on the day after the day of the acknowledgement.
- (2) The maximum limitation period does not begin to run again, but may be exceeded by the beginning of a new general limitation period under Article 10.2(1).

ARTICLE 10.5

(Suspension by judicial proceedings)

- (1) The running of the limitation period is suspended
 - (a) when the obligee performs any act, by commencing judicial proceedings or in judicial proceedings already instituted, that is recognised by the law of the court as asserting the obligee's right against the obligor;
 - (b) in the case of the obligor's insolvency when the obligee has asserted its rights in the insolvency proceedings; or
 - (c) in the case of proceedings for dissolution of the entity which is the obligor when the obligee has asserted its rights in the dissolution proceedings.
- (2) Suspension lasts until a final decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.6

(Suspension by arbitral proceedings)

- (1) The running of the limitation period is suspended when the obligee performs any act, by commencing arbitral proceedings or in arbitral proceedings already instituted, that is recognised by the law of the arbitral tribunal as asserting the obligee's right against the obligor. In the absence of regulations for arbitral proceedings or provisions determining the exact date of the commencement of arbitral proceedings, the proceedings are deemed to commence on the date on which a request that the right in dispute should be adjudicated reaches the obligor.

제10.3조

(당사자에 의한 시효기간의 변경)

- (1) 당사자는 시효기간을 변경할 수 있다.
- (2) 그러나 당사자는
 - (가) 일반시효기간을 1년보다 짧게 단축하지 못하고
 - (나) 최대시효기간을 4년보다 짧게 단축하지 못하며
 - (다) 최대시효기간을 15년보다 길게 연장하지 못한다.

제10.4조

(승인에 의한 새로운 시효기간)

- (1) 채무자가 일반시효기간의 만료 전에 채권자의 권리를 승인한 경우에 그 승인일의 다음날에 새로운 일반시효기간이 개시된다.
- (2) 최대시효기간은 다시 개시되지 않으나 제10.2조 제1항에 따른 새로운 일반시효기간의 개시에 의하여 초과될 수 있다.

제10.5조

(사법절차에 의한 정지)

- (1) 시효기간의 진행은 다음 각호의 경우에 정지된다.
 - (가) 채권자가 사법절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 사법절차 중에 법정지의 법에 의하여 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우
 - (나) 채무자가 도산하는 경우에는 채권자가 도산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우 또는
 - (다) 법인인 채무자가 해산절차에 들어간 경우에는 채권자가 해산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우
- (2) 정지는 중국판결이 선고되거나 그 밖에 절차가 종료되는 때까지 지속된다.

제10.6조

(중재절차에 의한 정지)

- (1) 시효기간의 진행은 채권자가 중재절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 중재절차 중에 중재절차법상 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우에 정지된다. 중재절차의 정확한 개시일을 결정하는 중재절차법 규나 규정이 없는 경우에 중재절차는 분쟁의 대상이 된 권리에 관한 중재신청서가 채무자에게 도달한 일자에 개시된 것으로 본다.

(2) Suspension lasts until a binding decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.7

(Alternative dispute resolution)

The provisions of Articles 10.5 and 10.6 apply with appropriate modifications to other proceedings whereby the parties request a third person to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute.

ARTICLE 10.8

(Suspension in case of force majeure, death or incapacity)

(1) Where the obligee has been prevented by an impediment that is beyond its control and that it could neither avoid nor overcome, from causing a limitation period to cease to run under the preceding Articles, the general limitation period is suspended so as not to expire before one year after the relevant impediment has ceased to exist.

(2) Where the impediment consists of the incapacity or death of the obligee or obligor, suspension ceases when a representative for the incapacitated or deceased party or its estate has been appointed or a successor has inherited the respective party's position. The additional one-year period under paragraph (1) applies accordingly.

ARTICLE 10.9

(Effects of expiration of limitation period)

(1) The expiration of the limitation period does not extinguish the right.

(2) For the expiration of the limitation period to have effect, the obligor must assert it as a defence.

(3) A right may still be relied on as a defence even though the expiration of the limitation period for that right has been asserted.

ARTICLE 10.10

(Right of set-off)

The obligee may exercise the right of set-off until the obligor has asserted the expiration of the limitation period.

ARTICLE 10.11

(Restitution)

Where there has been performance in order to discharge an obligation, there is no right of restitution merely because the limitation period has expired.

(2) 정지는 구속력 있는 중재판정이 내려지거나 그 밖에 절차가 종료되는 때까지 지속된다.

제10.7조

(대체적 분쟁해결)

제10.5조와 제10.6조의 규정은 당사자가 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 제3자에게 도움을 요청하는 그 밖의 절차에 준용한다.

제10.8조

(불가항력, 사망 또는 능력상실의 경우의 정지)

(1) 채권자가 통제할 수 없고 회피하거나 극복할 수 없는 장애로 인하여 앞의 규정들 하에서 시효기간이 진행되는 것을 막지 못한 경우에 일반시효기간은 정지되고 그러한 장애가 소멸한 후 1년 내에는 만료되지 아니한다.

(2) 채권자나 채무자의 능력상실 또는 사망이 그러한 장애에 해당하는 경우에, 능력을 상실하거나 사망한 당사자의 대리인 또는 그의 재산의 대리인이 선임되거나 상속인이 그 당사자의 지위를 승계한 때 그 정지는 종료한다. 이러한 각각의 경우에 제1항의 일년부가 규칙이 적용된다.

제10.9조

(시효기간만료의 효과)

- (1) 시효기간의 만료는 권리를 소멸시키지 아니한다.
- (2) 시효기간 만료의 효력이 발생하기 위해서는 채무자가 이를 항변으로 주장하여야 한다.
- (3) 권리의 시효기간이 만료되었다고 주장되더라도 채권자는 여전히 그 권리에 의존하여 항변할 수 있다.

제10.10조

(상계권)

채권자는 채무자가 시효기간 만료를 주장하기 전에는 상계권을 행사할 수 있다.

제10.11조

(반 환)

채무의 소멸을 목적으로 이행이 이루어진 경우에 단지 취소기한이 만료되었다는 이유만으로 그 반환을 청구하지 못한다.

CHAPTER 11 PLURALITY OF OBLIGORS AND OF OBLIGEEES

SECTION 1: PLURALITY OF OBLIGORS

ARTICLE 11.1.1

(Definitions)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee:

- (a) the obligations are joint and several when each obligor is bound for the whole obligation;
- (b) the obligations are separate when each obligor is bound only for its share.

ARTICLE 11.1.2

(Presumption of joint and several obligations)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee, they are presumed to be jointly and severally bound, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 11.1.3

(Obligee's rights against joint and several obligors)

When obligors are jointly and severally bound, the obligee may require performance from any one of them, until full performance has been received.

ARTICLE 11.1.4

(Availability of defences and rights of set-off)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the obligee may assert all the defences and rights of set-off that are personal to it or that are common to all the co-obligors, but may not assert defences or rights of set-off that are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.5

(Effect of performance or set-off)

Performance or set-off by a joint and several obligor or set-off by the obligee against one joint and several obligor discharges the other obligors in relation to the obligee to the extent of the performance or set-off.

제11장 수인의 채무자와 채권자

제1절 수인의 채무자

제11.1.1조

(정의)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에
(가) 각 채무자가 채무의 전부를 부담하는 경우에 그 채무는 연대채무이다.
(나) 각 채무자가 각자의 부담부분에 한하여 채무를 부담하는 경우에 그 채무는 분할채무이다.

제11.1.2조

(연대채무의 추정)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에 다른 사정이 없다면 채무자는 연대하여 채무를 부담하는 것으로 추정된다.

제11.1.3조

(연대채무자에 대한 채권자의 권리)

채무자가 연대채무를 부담하는 경우에 채권자는 채무가 전부 이행될 때까지 채무자 중 어느 누구에 대하여 이행을 청구할 수 있다.

제11.1.4조

(항변과 상계권의 이용가능성)

채권자로부터 청구를 받은 연대채무자는 자신에게 고유하거나 모든 연대채무자에게 공통된 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 일인 또는 수인의 다른 연대채무자에게 고유한 항변이나 상계권을 주장하지 못한다.

제11.1.5조

(이행 또는 상계의 효력)

어느 연대채무자의 이행이나 상계 또는 어느 연대채무자에 대한 채권자의 상계는 채권자와의 관계에서 그 이행이나 상계를 한도로 다른 연대채무자의 채무를 소멸시킨다.

ARTICLE 11.1.6

(Effect of release or settlement)

(1) Release of one joint and several obligor, or settlement with one joint and several obligor, discharges all the other obligors for the share of the released or settling obligor, unless the circumstances indicate otherwise.

(2) When the other obligors are discharged for the share of the released obligor, they no longer have a contributory claim against the released obligor under Article 11.1.10.

ARTICLE 11.1.7

(Effect of expiration or suspension of limitation period)

(1) Expiration of the limitation period of the obligee's rights against one joint and several obligor does not affect:

(a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or

(b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10.

(2) If the obligee initiates proceedings under Articles 10.5, 10.6 or 10.7 against one joint and several obligor, the running of the limitation period is also suspended against the other joint and several obligors.

ARTICLE 11.1.8

(Effect of judgment)

(1) A decision by a court as to the liability to the obligee of one joint and several obligor does not affect:

(a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or

(b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10.

(2) However, the other joint and several obligors may rely on such a decision, except if it was based on grounds personal to the obligor concerned. In such a case, the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10 are affected accordingly.

ARTICLE 11.1.9

(Apportionment among joint and several obligors)

As among themselves, joint and several obligors are bound in equal shares, unless the circumstances indicate otherwise.

제11.1.6조

(면제 또는 화해의 효력)

- (1) 일인의 연대채무자의 면제 또는 일인의 연대채무자와의 화해는 다른 사정이 없다면 그 면제를 받은 채무자 또는 화해를 한 채무자의 부담부분에 한하여 다른 모든 채무자의 채무를 면하게 한다.
- (2) 면제받은 채무자의 부담부분만큼 채무를 면한 다른 채무자는 그 면제를 받은 채무자에 대하여 제11.1.10조에 따른 구상권을 갖지 못한다.

제11.1.7조

(시효기간의 만료 또는 정지의 효력)

- (1) 일인의 연대채무자에 대한 채권자의 권리의 시효기간이 만료되더라도 이는 다음 각호에 대하여 효력이 없다.
 - (가) 다른 연대채무자의 채권자에 대한 채무 또는
 - (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권
- (2) 채권자가 제10.5조, 제10.6조 또는 제10.7조에 따라 일인의 연대채무자를 상대로 절차를 개시하는 경우에 다른 연대채무자에 대하여도 시효기간의 진행이 정지된다.

제11.1.8조

(판결의 효력)

- (1) 채권자에 대한 연대채무자 일인의 채무에 관한 법원의 판결은 다음 각호에 대하여 효력이 없다.
 - (가) 채권자에 대한 다른 연대채무자의 채무 또는
 - (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권
- (2) 그러나 그러한 판결이 그 채무자에게 고유한 사유에 기초하는 경우를 제외하고 다른 연대채무자는 그 판결을 원용할 수 있다. 그러한 경우에 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권은 그에 상응하여 영향을 받는다.

제11.1.9조

(연대채무자 사이의 부담부분)

연대채무자 사이에서 다른 사정이 없다면 연대채무자의 부담부분은 균등하다.

ARTICLE 11.1.10

(Extent of contributory claim)

A joint and several obligor who has performed more than its share may claim the excess from any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share.

ARTICLE 11.1.11

(Rights of the obligee)

(1) A joint and several obligor to whom Article 11.1.10 applies may also exercise the rights of the obligee, including all rights securing their performance, to recover the excess from all or any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share.

(2) An obligee who has not received full performance retains its rights against the co-obligors to the extent of the unperformed part, with precedence over co-obligors exercising contributory claims.

ARTICLE 11.1.12

(Defences in contributory claims)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the co-obligor who has performed the obligation:

- (a) may raise any common defences and rights of set-off that were available to be asserted by the co-obligor against the obligee;
- (b) may assert defences which are personal to itself ;
- (c) may not assert defences and rights of set-off which are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.13

(Inability to recover)

If a joint and several obligor who has performed more than that obligor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another joint and several obligor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.

SECTION 2: PLURALITY OF OBLIGEEES

ARTICLE 11.2.1

(Definitions)

When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor:

제11.1.10조

(구상권의 범위)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자는 다른 어느 채무자에게 그 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 그 초과부분을 구상할 수 있다.

제11.1.11조

(채권자의 권리)

(1) 제11.1.10조가 적용되는 연대채무자는 각 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 모든 또는 어느 다른 채무자에 대하여 초과부분에 관한 구상을 위하여 이행에 관한 모든 담보권을 포함하여 채권자의 구상권도 행사할 수 있다.

(2) 이행을 전부 받지 아니한 채권자는 아직 이행되지 아니한 부분의 범위 내에서 구상권을 행사하는 연대채무자에 우선하여 연대채무자에 대한 그의 권리를 보유한다.

제11.1.12조

(구상청구에 대한 항변)

채무를 이행한 다른 연대채무자로부터 구상청구를 받은 연대채무자는

(가) 그 다른 연대채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 공통된 항변과 상계권을 주장할 수 있다.

(나) 자신에게 고유한 항변사유를 주장할 수 있다.

(다) 다른 연대채무자 중의 어느 일인 또는 수인에게 고유한 항변사유와 상계권을 주장하지 못한다.

제11.1.13조

(구상불능)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자가 모든 합리적인 노력에도 불구하고 어느 연대채무자로부터 상환을 받지 못하는 경우에 이행한 채무자를 포함하여 다른 채무자들의 부담부분은 비례적으로 증가한다.

제2절 수인의 채권자

제11.2.1조

(정의)

수인의 채권자가 채무자에게 동일한 채무의 이행을 청구할 수 있는 경우에

- (a) the claims are separate when each obligee can only claim its share;
- (b) the claims are joint and several when each obligee can claim the whole performance;
- (c) the claims are joint when all obligees have to claim performance together.

ARTICLE 11.2.2

(Effects of joint and several claims)

Full performance of an obligation in favour of one of the joint and several obligees discharges the obligor towards the other obligees.

ARTICLE 11.2.3

(Availability of defences against joint and several obligees)

(1) The obligor may assert against any of the joint and several obligees all the defences and rights of set-off that are personal to its relationship to that obligee or that it can assert against all the co-obligees, but may not assert defences and rights of set-off that are personal to its relationship to one or several of the other co-obligees.

(2) The provisions of Articles 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 and 11.1.8 apply, with appropriate adaptations, to joint and several claims.

ARTICLE 11.2.4

(Allocation between joint and several obligees)

(1) As among themselves, joint and several obligees are entitled to equal shares, unless the circumstances indicate otherwise.

(2) An obligee who has received more than its share must transfer the excess to the other obligees to the extent of their respective shares.

(가) 각 채권자가 자신의 지분에 한하여 청구할 수 있다면 채권은 분할채권이다.

(나) 각 채권자가 전부이행을 청구할 수 있다면 채권은 연대채권이다.

(다) 모든 채권자가 함께 이행을 청구하여야 한다면 채권은 공동채권이다.

제11.2.2조

(연대채권의 효력)

연대채권자 일인에 대한 채무의 전부이행은 다른 채권자에 대한 채무자의 채무를 소멸시킨다.

제11.2.3조

(연대채권자에 대한 항변의 이용가능성)

(1) 채무자는 어느 연대채권자에 대하여 그와 그 채권자 사이의 관계에 고유하거나 모든 연대채권자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 그와 다른 연대채권자의 일인 또는 수인 사이의 관계에 고유한 항변과 상계권을 주장하지 못한다.

(2) 제11.1.5조, 제11.1.6조, 제11.1.7조 및 제11.1.8조의 규정은 연대채권에 준용한다.

제11.2.4조

(연대채권자 사이의 구상)

(1) 연대채권자 사이에서 다른 사정이 없는 한 연대채권자는 균등한 지분을 갖는다.

(2) 자신의 지분을 초과하여 수령한 채권자는 각 채권자의 지분의 한도 내에서 그 초과부분을 다른 채권자에게 이전하여야 한다.

사항색인

(여기의 사항은 각 조항의 주석을 기초로 색인되었으며, 대괄호 안의 숫자는 해당 주석의 목차번호를 가리킨다.)

가격

대금 참조

강박

손해배상, 7.4.1[3]

__에 관한 강행규정, 3.1.4

__에 의한 계약의 조정, 3.2.10[1]

__의 의한 계약의 취소, 3.2.6, 3.2.10[1]

__요건, 3.2.6[1], 3.2.6[2]

__통지기간, 3.2.12

제3자에 의한 __, 3.2.8

__의 행위에 대한 책임이 당사자에게 귀속되는 경우, 3.2.8[1]

__의 행위에 대한 책임이 당사자에게 귀속되지 않는 경우, 3.2.8[2]

평판이나 경제적 이익에 영향을 주는 __, 3.2.6[3]

강행규정

국내법상 __, 1.4

본 원칙이 계약에 적용되는 경우, 전문 [3], 전문[4], 1.4[4],

본 원칙이 계약에 편입된 경우, 1.4[3]

__의 광의의 개념, 1.4[2]

__의 예, 1.2[3], 1.4[2], 3.3.1, 3.3.2, 6.1.9[2], 6.1.14[1], 7.2.4[3], 7.2.4[5], 7.2.4[7], 10.1[3]

UNIDROIT 원칙에 우선하는 __, 1.1[3], 1.4[1]

UNIDROIT 원칙상 __, 1.5[3]

__의 예, 1.5[3]

계약, 위법성 참조

거래과정

관례 참조

“거래종결”

개념, 5.3.1[5]

조건 참조

당사자가 정한 기간산정

개념, 1.12

계약

단순한 합의의 유효성, 1.3[1], 2.1.2[1], 3.2

미정조건의 존재 자체는 무효사유가 아
님, 2.1.14[2]

약인의 불요, 3.2[1]

“요물”계약의 배제, 3.2[3]

cause(원인)의 불요, 3.2[2]

분리가능한 __, 7.3.6[3]

약관에 의한 계약, 2.1.19[1]

__에 관한 방식요건의 부존재, 1.2[1]

당사자의 명시적 합의, 1.2[4]

준거법에 따른 예외, 1.2[3]

__의 구속력, 1.3[1], 6.2.1[1]

예외, 1.3[2]

제3자에 대한 __, 1.3[3]

__의 자유, 1.1[1]

국제거래의 기본원칙, 1.1[1]

__의 관행에 대한 적용, 1.9[3]

__의 협상에 대한 적용, 2.1.15[1]

면책조항과 __, 7.1.6[5]

__에 대한 제한, 1.1[2], 1.1[3]

pacta sunt servanda(약속은 지켜야
한다), 1.3[1], 1.3[2]

장기계약, 전자적 계약체결 참조

계약목적달성불능

이행가혹 참조

계약의 변경

당사자의 합의에 의한 __, 1.3[2], 3.1.2

약인의 불요, 3.1.2[1]

cause(원인)의 불요, 3.1.2[2]

방식에 관한 요건의 부존재, 1.2[1]

다른 합의에 의한 예외, 1.2[4]

준거법에 따른 예외, 1.2[3]

모순행위, 특정한 방식에 의한 변경 참조

계약의 성립

의도적으로 미정인 조건, 2.1.14

__의 방법, 2.1.1

청약의 승낙에 의한 __, 2.1.1[1]

합의를 보여주기에 충분한 행위에 의한

__, 2.1.1[2]

자동화된 계약체결, 2.1.1[3]

특정한 합의에 의존하는 계약의 체결,
2.1.13

특정한 방식에 의한 합의, 2.1.13[2]

특정한 사항에 대한 합의, 2.1.13[1]

거래종결 참조

계약양도

상대방의 승낙요건, 9.3.3

사전승낙의 허용, 9.3.4

양도인의 채무면제, 9.3.5

__의 적용배제, 9.3.2

이전되는 권리, 9.3.7

정의, 9.3.1

항변과 상계권, 9.3.6

채권양도, 채무이전 참조

계약의 유효성

__에 관한 강행규정, 1.5[3]

__에 영향을 주는 공적 허가요건, 6.1.14[1],

6.1.16[2], 6.1.17[2], 7.2.2[3]

적용범위 밖에 있는 무효사유, 3.1.1

강박, 계약, 계약조건, 공적 허가요건, 사
기, 원시적 불능, 위법성, 일방적 의사표
시, 중대한 불균형, 착오 참조

계약의 자유

계약 참조

계약의 해석

관련 의무의 종류의 결정, 5.1.5[1]

복수의 언어본, 4.7

__에 적용되는 규칙, 4.1, 4.3

계약의 전반에 비춘 해석, 4.4[1]

계약조건 사이에 우열은 없음, 4.4[2]

공통된 의사의 우선, 3.2.2[1], 4.1[1]

관련사정의 고려, 4.1[3]

모든 조건의 효력 긍정, 4.5

작성자불리의 원칙, 4.6

합리적인 사람의 기준 적용, 4.1[2]

__의 관련사정, 4.3[1]

주관적 기준이 적용되는 경우, 4.3[2],

합리성 기준이 적용되는 경우, 4.3[2],

장기계약의 맥락에서 __, 4.3[3]

UNIDROIT 원칙의 해석과의 구별, 1.6[1]

계약조건, 관례, 관행, 대금, 모순행위,

약관, 의무, 진술 그 밖의 행위의 해석,

협상 참조

계약위반

불이행 참조

계약조건

개별조건의 취소, 3.2.7[3], 3.2.12,
3.2.13

묵시적 의무, 5.1.1

__의 원천, 5.1.2

비양심적 __, 7.1.6[1]

의도적으로 미정인 __, 2.1.14[1]
 계약의 유효성과 __, 2.1.14[2]
 당사자의 일방이나 제3자가 결정하는 __, 2.1.14[1], 2.1.14[2]
 추후 결정을 못하는 경우의 효과, 2.1.14[3]
 장기계약상 __, 2.1.14[4]
 특정한 조건에 대한 고집, 2.1.13[1]
 흠결조건의 보충, 4.8[1]
 계약조건의 해석과의 구별, 4.8[1]
 일반적 규칙이 없는 경우 __ 기준, 4.8[3]
 UNIDROIT 원칙에 의한 __, 2.1.2[1], 4.8[2]
 계약의 해석, 대금, 의무, 약관, 진술 그 밖의 행위의 해석 참조
계약체결
 계약의 성립 참조
계약체결 전의 책임
 손해배상, 신의와 공정거래, 협상 참조
공적 허가요건
 공적 허가의 신청, 6.1.14
 __비용, 6.1.15[2]
 신청의무자, 1.10[2], 6.1.14[2]
 신청시기, 6.1.15[1]
 __의 결과를 통지할 의무, 6.1.15[3], 6.1.15[4]
 최선의 노력을 다할 의무, 6.1.14[4]
 통지의무의 불이행, 6.1.15[5]
 __의 결정, 6.1.14[1]
 국제사법에 의한 __, 6.1.14[1], 6.1.14[2]
 __의 존재를 고지할 의무, 6.1.14[2]
 정의, 6.1.14[1]
 허가가 거절되는 경우, 6.1.17[1]
 계약의 유효성에 영향을 주는 __,

6.1.14[1], 6.1.17[2], 7.2.2[3]
 이행이 불가능하게 되는 경우, 6.1.14[1], 7.2.2[3]
 불이행에 관한 규칙 적용, 6.1.17[2], 7.2.3[2]
 허가가 취득되지도 거절되지도 않은 경우, 6.1.16[1]
 당사자의 계약종료권, 6.1.16[1], 6.1.16[2]
 일부 조건에만 영향을 주는 경우, 6.1.16[3]
 국제사법, UNIDROIT 원칙 참조
공정거래
 신의와 공정거래 참조
관례
 사기적 __, 3.2.5[2]
 묵시적 의무의 원천, 5.1.2,
 승낙의 방법과 __, 2.1.6[3], 2.1.6[4]
 약관과 거래과정, 2.1.19[3]
 __에 의한 청약의 확정성 극복, 2.1.2[1]
 __의 구속력, 1.9[1]
 특정한 관례의 배제, 1.9[2]
 특정한 관례의 확립, 1.9[2]
 제한적 거래, 1.4[3], 2.1.16[2], 3.2.7[2]
 해석에 관련되는 사정, 4.3[2]
 UNIDROIT 원칙에 우선하는 __, 1.9[6]
 관행 참조
관행
 대체거래를 요구하는 __, 7.2.1, 7.4.5[1]
 승낙방법과 __, 2.1.6[3], 2.1.6[4], 2.1.7
 묵시적 의무의 원천, 5.1.2
 불확정성을 극복하는 수단, 2.1.2[1]
 약관과 __, 2.1.19[3]
 __에 의한 이행의 순서의 결정, 6.1.4, 6.1.4[1]
 __의 구속력, 1.9[1]

동의를 관행, 1.9[3]
지역적 관행, 1.9[4]
합리성 기준에 의한 제한, 1.9[5]
합의가 없는 경우에 __, 1.9[4]
해석에 관련되는 사정, 4.3[2]
착오, 3.2.2[1]
UNIDROIT 원칙에 우선하는 __의 효력, 1.9[6]
관례 참조

구두변경금지조항

특정한 방식에 의한 변경 참조

구제수단

계산통화로 지급을 할 수 없는 경우의 __, 6.1.9[2]
공적 허가를 취득하지 못한 데 대한 __, 6.1.16[2]
비밀유지의무 위반에 대한 __, 2.1.16[3]
불이행에 대한 __, 3.2.1[2], 3.2.4[1], 3.2.4[2]
 착오에 기한 구제수단과의 구별, 3.2.1[2]
 착오에 기한 구제수단에 우선하는 __, 3.2.4[1], 3.2.4[2]
손해에 대한 기여는 __의 행사를 제한함, 7.4.7[1]
__의 경합, 7.1.1, 7.4.1[2]
__의 변경, 7.2.5[1], 7.2.5[2]
 기간제한, 7.2.5[4]
 재판의 집행 불능, 7.2.5[3]
 __의 통지, 7.2.5[4]
이행불능의 경우, 7.2.2[3]
이행유보, 7.1.3, 7.1.4[7], 7.1.5
일부이행에 대한 __, 6.1.3[2], 6.1.3[4]
조기이행에 대한 __, 6.1.5[4]
추완통지의 경우, 7.1.4[7]
조정, 이행을 위한 부가기간, 취소, 불이

행당사자에 의한 추완, 손해배상, 보수와 대체, 대체거래, 반환, 이행청구권, 해제 참조

국내법

__이 규율하는 사항, 1.2[3], 1.3[3], 1.6[4], 2.1.16[2], 2.2.1[1][4], 2.2.7[5], 2.2.9[5], 2.2.10[1], 3.1, 17[1], 6.1.9[2], 6.1.14[1], 7.2.4[3], 7.2.4[5], 7.2.4[7], 7.3.6[5], 7.4.10, 7.4.11[2], 9.1.2, 9.2.2, 9.3.2, 10.1[3], 10.5[4]
강행규정 참조

국제사법

계약의 준거법과 __, 전문[4]
__에 따라 결정되는 강행규정, 1.4[4]
__에 따라 결정되는 공적 허가요건, 6.1.14[1]
강행규정, 공적 허가요건 국내법, UNIDROIT 원칙 참조

국제적 공서

개념, 1.4[4]
국제중재에서 관련성, 1.4[4]
강행규정, 위법성 참조

권리남용

개념, 1.7[2]
신의와 공정거래 참조

권리포기

합의에 의한 채무면제 참조

금반언

모순행위 참조

당사자자치

계약 참조

대금

가격의 결정, 5.1.7[1]

사항색인

- 외부의 요소에 의한 __, 5.1.7[4]
일방에 의한 __, 5.1.7[2]
제3자에 의한 __, 5.1.7[3]
합리적 가격, 5.1.7[1], 5.1.7[2], 5.1.7[3]
UNIDROIT 원칙상 다른 규정의 적용, 5.1.7[1]
UNIDROIT 원칙의 해법이 부적절한 경우, 4.8[2]
변경을 가한 승낙, 2.1.11[2]
의무의 성질에 관한 단서, 5.1.5[3]
재협상, 6.2.3[1]
조정, 6.2.3[7]
지수연동가격조항, 6.2.3[1]
청약의 불확정, 2.1.11[1]
지급 참조
- 대등하지 않는 협상력**
중대한 불균형 참조
- 대리**
대리권 참조
- 대리권**
대리인이 계약의 당사자가 되는 경우, 2.2.3[4]
무권대리인 또는 월권대리인, 2.2.5
손해배상책임, 2.2.6[1]
제3자의 인지에 의한 예외, 2.2.6[2]
__은 본인과 제3자를 구속하지 않음, 2.2.5[1]
표현대리의 예외, 2.2.5[2]
비현명대리, 2.2.4[1]
대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 주는 __, 2.2.4[2]
예외, 2.2.4[3]
__의 발생, 2.2.2
명시적 또는 묵시적 __, 2.2.2[1]
- 필요한 모든 행위를 할 권한, 2.2.2[2]
__의 범위 내에 속하지 않는 사항, 1.6[4]
권한종료사유, 2.2.10[1]
법이나 사법기관의 재판에 의하여 부여되는 권한, 2.2.1[4]
본인과 대리인 사이의 내부관계, 2.2.1[1], 2.2.7[5]
__의 종료, 2.2.10
간접대리권, 2.2.10[3]
제3자에 대한 효력, 2.2.10[2]
회사의 대리인, 2.2.1[5]
현명대리, 2.2.3[1]
반드시 본인의 이름으로 행위할 필요 없음, 2.2.3[3]
본인과 제3자를 직접 구속하는 대리인, 2.2.3[2]
복대리, 이익의 충돌, 추인 참조
- 대체거래**
관행에 의하여 요구되는 __, 7.2.1, 7.4.5[1]
손해경감의무에 의하여 요구되는 __, 7.4.5[1], 7.4.8[1]
__에 기초한 손해배상, 7.2.2[3], 7.4.5[1]
__는 협상비용을 포함함, 7.4.5[2]
특정이행청구를 배제하는 데 이용가능성, 7.2.2[3]
- 대체적 분쟁해결**
__에 의한 시효기간의 정지, 10.7
- 도달주의**
통지 참조
- 면책조항**
__에 대한 특칙의 필요성, 7.1.6[1]
__의 유효성, 7.1.6[1], 7.1.6[5]
중대한 불공정, 7.1.6[1], 7.1.6[5]
법원은 무시할 수 있음, 7.1.6[1]

법원은 변경할 수 없음, 7.1.6[6]
완전배상의 적용, 7.1.6[6]
정의, 7.1.6[2]
불이행 위약금과의 비교, 7.1.6[4],
7.1.6[6]
물취조항과의 구별, 7.1.6[3]
불이행책임의 제한 또는 배제, 7.1.6[2],
7.4.1[1]

모순행위

당사자 일방에 의하여 기인하고 합리적으로 신뢰된 이해, 1.8[2]
__에 의하여 초래된 피해를 막는 방법,
1.8[3]
__의 금지, 1.8
신의와 공정거래의 일반원칙의 적용,
1.7, 1.8[1]
계약의 해석, 대리권, 진술 그 밖의 행위의 해석, 청약, 특정한 방식에 의한 변경
참조

반환

위법성과 __, 3.3.2
취소와 __, 3.2.15
비용상환, 3.2.15[4]
원물반환, 3.2.15[1]
가액반환, 3.2.15[2]
위험의 할당, 3.2.15[3]
이익, 3.2.15[5]
해제와 __, 7.3.6, 7.3.7
비용상환, 7.3.6[5]
위험의 할당, 7.3.6[4]
이익, 7.3.6[6]
일시에 이행되어야 하는 계약, 7.3.6
원물반환, 7.3.6[2]
가액반환, 7.3.6[3]
장기계약, 7.3.7

분리가능한 계약 7.3.7[1]
해제 후의 기간에 한하는 반환,
7.3.6[1]
해제조건의 성취와 __, 5.3.5
위법성, 조건, 취소, 해제 참조

발신주의

통지 참조

방식요건

방식에 관한 당사자의 합의, 1.2[4],
2.1.13[2]
통합조항, 2.1.17
특정한 방식에 의한 변경, 2.1.18
방식의 자유, 1.2
계약의 __, 1.2[1]
준거법에 의한 예외, 1.2[3]
진술 그 밖의 일방적 행위의 __, 1.2[2]
통지의 __, 1.10[1]

법원

사법절차에 의한 시효기간의 정지, 10.5
__이 부과하는 제재금, 7.2.4[2], 7.2.4[6]
정의, 1.11[1]
중재판정부 포함, 1.11[1]
사법적 제재금, 손해배상, 조정 참조

변제충당

금전변제의 충당, 6.1.12
비금전채무의 __, 6.1.13

보수와 대체

불완전이행의 __, 7.2.3[2]
불합리한 노력과 비용, 7.2.3[3]
__의 방법, 7.1.4[6]

복대리

__는 본인과 제3자를 구속함, 2.2.8[3]
예외, 2.2.5[1], 2.2.8[3]

복대리인을 선임할 대리인의 묵시적 권한, 2.2.8[2]
복대리인의 역할, 2.2.8[1]
대리권 참조

본 원칙

UNIDROIT 원칙 참조

본 원칙의 범위

UNIDROIT 원칙 참조

본 원칙의 보충

UNIDROIT 원칙 참조

본 원칙의 적용

UNIDROIT 원칙 참조

부패

공서원칙에 반하는 __, 3.3.1[3]
__의 법적 금지, 3.3.1[3]
강행규정, 위법성 참조

불가항력

__에 의한 시효기간의 정지, 10.8
__의 효력, 7.1.7[2], 7.4.1[1], 7.4.7[3], 7.4.9[1]
한시적 장애, 7.1.7[2]
__으로서의 상대방의 방해, 7.4.1[2], 7.4.7[3]
이행가혹과의 구별, 6.2.2[6], 7.1.7[3]
장기계약상 __, 7.1.7[5]
장애의 통지, 7.1.7
정의, 7.1.7
계약실무상 __, 7.1.7[4]
관련 대륙법과 보통법상의 법리, 7.1.7[1]
불이행, 불이행 위약금, 상대방의 방해, 이행가혹, 해제 참조

불예견

이행가혹 참조

불이행

본질적 __, 7.1.5[2], 7.1.7[2], 7.3.1[2], 7.3.3, 7.3.4
__에 해당하는 상황, 7.3.1[3]
__에 대한 면책, 7.1.1, 7.4.1[1]
면책조항, 7.4.1[1]
불가항력, 5.1.4[2], 7.1.7[2], 7.4.1[1], 7.4.7[3], 7.4.9[1], 7.4.13[2]
상대방의 방해, 7.1.2[1], 7.1.2[2]
이행유보, 7.1.3
이행기 전의 __, 1.10[3], 7.3.3
일부이행은 보통 __에 해당함, 6.1.3[2], 6.1.3[4]
정의, 7.1.1
조기이행은 보통 __에 해당함, 6.1.5[1], 6.1.5[4]
착오와의 구별, 3.2.1[2], 3.2.4[1]
불이행에 대한 구제수단 우선, 3.2.4[1], 3.2.4[2]
최선의 노력을 다할 의무의 __, 5.1.4[2]
장기계약상 __, 5.1.4[3]
특정한 결과를 달성할 의무의 불이행과의 구별, 5.1.4[2]
구제수단, 대체거래, 상대방의 방해, 손해 배상, 보수와 대체, 불가항력, 불이행당사자에 의한 추완, 불이행 위약금, 이행보장, 이행청구권, 해제 참조

불이행당사자에 의한 추완

다른 구제수단의 정지, 7.1.4[7]
__의 시기, 7.1.4[5]
__의 적절성, 7.1.4[3]
__의 적절한 방법, 7.1.4[6]
일반원칙은 __을 허용함, 7.1.4[1]
추완통지, 7.1.4[2]
피해당사자의 손해배상청구권, 7.1.4[9]

피해당사자의 __ 거절권, 7.1.4[4]

해제와 __의 관계, 7.1.4[8]

협력의무와 __, 7.1.4[10]

보수와 대체 참조

불이행 위약금

불가항력과 __, 7.4.13[2]

약정손해배상액, 6.1.13, 7.4.13[1]

위약벌조항, 6.1.16[3], 6.1.17[2], 7.1.6[4],

7.4.7[3], 7.4.13[1], 7.4.13[2]

관련의무의 성질을 결정하는 단서, 5.1.5[3]

__의 유효성, 7.4.13[2]

__의 통화, 7.4.12

정의 7.4.13[1]

면책조항과의 비교, 7.1.6[4], 7.1.6[6]

몰취와의 구별, 7.4.13[4]

사법적 제재금과의 구별, 7.2.4[4]

중대하게 과도한 __, 7.4.13[3]

손해배상, 불이행 참조

비밀유지의무

신의와 공정거래에 따른 __, 2.1.16[2]

배상받을 수 있는 손해, 2.1.16[3],

7.4.1[3]

일반적 __의 부존재, 2.1.16[1]

사기

강행규정성, 3.1.4

손해배상, 7.4.1[3]

__에 기초한 조정, 3.2.10[1]

__에 기초한 취소, 3.2.5[1], 3.2.5[2]

__의 통지기간, 3.2.12

정의, 3.2.5[1], 3.2.5[2]

제3자에 기인하는 __, 3.2.8

당사자가 책임을 지는 __, 3.2.8

당사자가 책임을 지지 않는 __, 3.2.8

착오와의 구별, 3.2.5[1], 3.2.5[2], 3.2.10[1]

사법적 제재금

법정지법의 관련 강행규정, 7.2.4[3]

수익자, 7.2.4[3]

손해배상 및 위약금과의 구별, 7.2.4[4]

__의 다른 국가에서의 집행, 7.2.4[7]

__이 적절한 경우, 7.2.4[2]

이행청구권 참조

지급방식과 절차, 7.2.4[5]

상계

외화, 8.2

__의 요건, 8.1

동일한 계약에서 발생한 채무, 8.1[7]

동종의 채무, 8.1[3]

상계자의 채무를 이행할 권리, 8.1[4]

상대방의 채무의 확정, 8.1[5]

상대방의 채무가 이행기에 있을 것,

8.1[6]

서로 부담하는 채무, 8.1[2]

__의 효과, 8.5

채무의 소멸, 8.5[1]

정의, 8.1[1]

상계자, 8.1[1]

상대방, 8.1[1]

통지시에 효력발생, 8.5[2]

통지에 의한 행사, 8.3, 1.10

통지의 내용, 8.4

시효기간, 이행, 이행청구권, 지급, 채권

양도 참조

상대방의 방해

__로 인한 이행불능, 7.1.2[1], 7.4.7[3]

일부의 장애, 7.1.2[1], 7.4.7[3]

자신의 불이행에 대한 면책, 7.1.1

상대방은 계약을 해제할 수 없음,

7.1.2[1]

상대방이 위험을 부담하는 사건에 기인

사항색인

하는 불이행, 7.1.2[2]
상대방의 작위 또는 부작위에 기인하는 불이행, 7.1.2[1]
손해배상 참조

상인

UNIDROIT 원칙은 당사자가 ___일 것을 요구하지 않음, 전문[2]

서면

전자적 통신과 __, 1.11[5]
정의, 1.11[5]

서식전쟁

약관 참조

손해배상

계약체결 전의 책임, 2.1.15[2], 7.4.1[3]
__금의 지급, 7.4.11[1]
__액 산정통화, 7.4.12
지수연동, 7.4.11[2]
__금에 대한 이자, 7.4.10
기대이익이 아닌 신뢰이익 __, 2.1.15[2]
무권대리인 또는 월권대리인의 __, 2.2.6[1]
비밀유지의무 위반에 대한 __, 2.1.16[3]
손해경감의무, 5.1.3[1], 7.4.5[1], 7.4.8[1]
대체거래, 7.4.5[1], 7.4.8[1]
비용의 구상, 7.4.8[2]
__액의 감액, 7.4.2[3]
경감 불이행에 기인하는 손해의 __, 7.4.7[4]
불이행 때문에 피하게 된 손실의 __, 7.4.2[3]
손해에 대한 기여에 따른 __, 7.4.7[1]
기여형태, 7.4.7[2]
기여범위의 할당, 7.4.7[3]
인과관계, 7.4.3[3]다른 구제수단과의 연계, 7.1.1, 7.4.1[2]

입은 손실의 __, 7.4.2[2]
대체거래대금에 기초한 __, 7.2.2[3], 7.4.5[1]
lost volume, 7.4.5[1]
비금전적 손해, 7.4.2[5]
법원의 배상방법 결정, 7.4.2[5]
__액 산정, 7.4.3[2]
시가에 기초한 __, 7.4.6[1]
결정방법, 7.4.6[2]
지급불이행, 7.4.9[1]
통지 불요, 7.4.9[1]
이자율, 7.4.9[2]
장래의 이익의 상실에 대한 __, 7.4.2[2]
기회의 상실, 7.4.2[2]
__액 산정, 7.4.3[1], 7.4.3[2]
이익의 상실, 7.4.2[2]
조정과 __, 3.2.10[4]
__청구권, 7.4.1[1]
손해는 예견가능하여야 함, 7.4.4
손해는 확실하여야 함, 7.4.3[1]
불이행에 기인하는 __, 7.4.1[1], 7.4.3[3]
과실 불문, 7.4.1[1]
면책, 7.4.1[1]
주된 의무와 부수적 의무를 구별하지 않음, 7.4.1[1]
완전배상, 7.4.2[1]
법원에 의한 감액 금지, 7.4.2[1]
추완권과 양립하지 않음, 7.1.4[7]
취소와 __, 3.2.16[1]
불이행에 대한 손해배상과의 구별, 3.2.16[2]
구제수단, 대체거래, 불이행, 불이행 위약금, 이자, 취소, 해제 참조

수인의 채권자
개념, 11.2.1[1]

사항색인

- 공동채권, 11.2.1[3]
- 분할채권, 11.2.1[3]
- 연대채권, 11.2.1[3]
 - ___의 효력, 11.2.2
 - 항변과 상계권의 이용가능성, 11.2.3
- 채권의 종류의 추정 부존재, 11.2.1[4]
- 수인의 채무자 참조
- 수인의 채무자**
 - 개념, 11.1.1[1]
 - 분할채무, 11.1.1[3]
 - 연대채무, 11.1.1[3]
 - 구상권, 11.1.10
 - 구상청구에 대한 항변, 11.1.12
 - 구상불능, 11.1.13
 - 면제 또는 화해, 11.1.6
 - 시효기간의 만료 또는 정지의 효과, 11.1.7
 - 연대채무자 사이의 부담부분, 11.1.9
 - 연대채무자에 대한 채권자의 권리, 11.1.3
 - ___의 추정, 11.1.2
 - 이행과 상계, 11.1.5
 - 채권자의 권리의 대위, 11.1.11
 - 판결, 11.1.8
 - 항변과 상계권의 이용가능성, 11.1.4
- 수인의 채권자 참조
- 승낙**
 - 구두청약의 __, 2.1.7
 - ___기간, 2.1.7
 - 연착된 승낙, 2.1.9[2]
 - 전달중의 지연에 의하여 __, 2.1.9[3]
 - 지정된 기간, 1.7[1], 2.1.8
 - 공휴일, 1.11[2], 2.1.8
- 동의를 표시, 2.1.6[1]
 - 이행에 의한 __, 2.1.6[2], 2.1.6[4]
 - 침묵의 불충분, 2.1.6[3]
- 무상의 채무면제 제의의 __, 5.1.9
- 수령한 때 효력발생, 2.1.6[4]
- ___의 회수, 2.1.10
- 청약상의 조건에 변경을 가하는 __, 2.1.11[1]
 - 계약조건을 변경하는 확인서면과의 비교, 2.1.12[1]
- 비실질적 변경, 2.1.11[2]
- 청약의 거절이자 대응청약, 2.1.5[1], 2.1.11[2]
- 청약의 회수와의 비교, 2.1.10
- 계약, 계약조건, 방식요건, 약관, 청약, 합의에 의한 채무면제, 확인서면 참조
- 시효기간**
 - 강행규정의 우선, 1.4, 10.1[3]
 - 당사자에 의한 변경, 10.3, 10.2[2], 10.4[4]
 - ___시기, 10.3[3]
 - ___의 제한, 10.3[2]
 - 본 원칙은 2단계체제를 규정함, 10.2[3][4]
 - ___의 만료, 10.9
 - ___는 권리를 소멸시키지 않음, 10.9[1]
 - ___는 반환사유가 아님, 10.11[1]
 - ___는 항변으로 제기되어야 함, 10.9[2]
 - ___의 정지, 10.2[2], 10.8
 - 대체적 분쟁해결에 의한 __, 10.7
 - 사법절차에 의한 __, 10.5
 - 파산절차 또는 도산절차의 포함, 10.5[4]
 - 장애에 의한 __, 7.1.7, 10.8
 - 장애의 효과, 10.8[1]
 - 숙고를 위한 부가기간, 10.8[2]
 - 중재절차에 의한 __, 10.6
 - ___의 중단, 10.4
 - 경계와의 구별, 10.4[3]
 - 새로운 시효기간의 개시, 10.4[2]
 - 채권자의 권리승인에 의한 __, 10.4[1]

일반시효기간, 10.2

___의 개시, 10.2(1)[7]

최대시효기간, 10.2[9]

___의 개시, 10.2[5]

특별한 기간제한과의 구별, 10.1[2]

대체적 분쟁해결, 법원, 불가항력, 상계, 중재 참조

신뢰

모순행위, 손해배상, 조정, 청약, 취소, 확인서면 참조

신의와 공정거래

국제거래상의 __, 1.7[3]

기본적 일반원칙, 1.6[3], 1.7[1]

___의 강행규정성, 1.5[3], 1.7[4]

묵시적 의무, 5.1.1, 5.1.2, 6.2.3[5]

신의에 좇아 협상하기로 하는 합의, 2.1.15[3]

이행가혹과 __, 6.2.3[5]

장기계약, 5.1.3[2]

협력의무와 __, 5.1.3[1], 6.1.6[3], 6.2.3[5], 7.1.2[1]

흡결조건 보충기준, 4.8[3]

흡결된 가격조건의 __, 5.1.7[1]

권리남용, 모순행위, 비밀유지의무, 의무, 협상 참조

약관

서식전쟁, 2.1.22[2]

정의, 2.1.22[1]

최후발포이론, 2.1.22[2], 2.1.22[3]

충돌제거이론, 2.1.22[3]

___상의 의외조건, 2.1.20[1]

내용에 의한 __, 2.1.20[2]

언어에 의한 __, 2.1.20[3]

___에 대한 명시적 동의, 2.1.20[4]

___의 구속력 요건, 2.1.19[3], 2.1.20[1]

명시적 승낙, 1.5[2], 2.1.19[3], 2.1.20[1], 2.1.20[4]

묵시적 편입, 2.1.19[3]

___의 해석, 4.1[4], 4.6

정의, 2.1.19[2]

계약의 해석, 계약조건, 관례, 관행, 중대한 불균형, 통합조항, 협상 참조

약인

___의 불요, 3.1.2[1]

___에 관한 당사자의 자유, 3.1.4

계약, 계약의 변경, 해제 참조

약정손해배상액

불이행 위약금 참조

용어정의

UNIDROIT 원칙 참조

원시적 불능

계약의 목적이 가능할 필요는 없음, 3.1.3[1]

계약은 유효성은 __에 영향을 받지 않음, 3.1.3[1], 3.1.3[2], 7.2.2[3]

규정의 비강행적 성격, 1.5[3], 3.1.4

불이행에 관한 규칙의 적용, 3.1.3[1], 3.1.3[2]

무능력과의 구별, 3.1.3[2]

원시적 이행불능, 3.1.3[1], 3.2.2[2]

처분권의 결여, 3.1.3[2]

공적 허가요건, 불가항력, 이행가혹 참조

위법성

강행규정에 반하는 계약, 3.3.1

제반사정상 합리적인 바에 따라 __, 3.3.1[5]

기준, 3.3.1[6]

침해된 강행규정에 명시된 위반의 효과, 3.3.1[4]

반환, 3.3.2

사항색인

제반사정상 합리적인 바에 따라 __
3.3.2[1]
기준, 3.3.2[2]
강행규정, 반환, 부패 참조

위약별조항

불이행 위약금 참조

의무

손해경감의무, 5.1.3[1], 7.4.5[1], 7.4.8[1]
묵시적 __, 5.1.1
__의 원천, 5.1.2
이행의 품질, 5.1.6
평균품질, 5.1.6[1]
합리적 품질, 5.1.6[2]
장기계약상 __, 5.1.4[3]
장기계약상 해제 후의 의무, 7.3.5[4]
최선의 노력 또는 특정한 결과, 5.1.4[1],
7.4.1[1]
의무의 종류 결정, 5.1.5[1]
계약문언, 5.1.5[2]
관련 위험의 정도, 5.1.5[4]
단서가 되는 대금 그 밖의 계약조건,
5.1.5[3]
채권자가 이행에 영향을 주는 경우,
5.1.5[5]
이행여부의 결정기준, 5.1.4[2], 7.4.1[1]
협력의무, 5.1.3[1]
불이행당사자에 의한 추완과 __,
7.1.4[10]
장기계약상 __, 5.1.3[2]
계약의 해석, 계약조건, 관례, 관행, 비밀
유지의무, 손해배상, 신의와 공정거래 참조

이익의 충돌

대리인과 본인 사이의 __, 2.2.7
계약해제사유, 2.2.7[2]

예외, 2.2.7[4]
절차, 2.2.7[3]
대리권, 취소 참조

이자

손해배상금에 대한 __, 7.4.10
복리, 7.4.10
불이행 시점부터 계산, 7.4.10
지급불이행, 7.4.9[1]
이자율, 7.4.9[2]
지급기일부터 계산, 7.4.9[1]
추가손해의 배상, 7.4.9[3]
불이행 위약금, 손해배상 참조

이행

__비용, 6.1.11
__유보, 7.1.3
이행보장이 있을 때까지 __, 7.3.4[2]
__의 순서, 6.1.4
동시이행, 6.1.4[1]
일방의 __이 기간을 요하는 경우,
6.1.4[2]
__와 이행유보의 관계, 6.1.4[3], 7.1.3
__의 지체, 7.3.2[2]
__의 품질, 5.1.6
평균품질, 5.1.6[1]
합리적 품질, 5.1.6[2]
이행기, 6.1.1
상대방의 조기이행, 6.1.5[3]
분할이행, 6.1.2
이행지, 6.1.6[1]
금전채무의 __, 6.1.6[2]
자금이체, 6.1.8[1]
비금전채무의 __, 6.1.6[2]
영업소의 변경, 6.1.6[3]
일부이행, 6.1.3[1]
분할이행과의 구별, 6.1.3[1]

__의 거절, 6.1.3[2]
 적법한 이익 요건, 6.1.3[3]
 __의 수락, 6.1.3[2], 6.1.3[4]
 __으로 발생하는 추가비용, 6.1.3[4]
 조기이행, 6.1.5[1]
 __거절권, 6.1.5[1]
 적법한 이익 요건, 6.1.5[2]
 __으로 발생하는 추가비용, 6.1.5[4]
 __의 수락, 6.1.5[3], 6.1.5[4]
 __지체, 7.1.5[1]
 손해배상, 7.1.5[2], 7.4.1[2]
 변제충당, 불이행, 의무, 이행가혹, 이행
 보장, 이행을 위한 부가기간, 이행청구권,
 지급, 공적 허가요건 참조

이행가혹

불가항력과의 구별, 6.2.2[6], 7.1.7[4]
 불확정한 기간의 계약의 종료와의 구별,
 5.1.8[1]
 __의 예외적 성격, 6.2.3[4]
 __의 효력, 6.2.3, 7.2.2[3], 7.4.1[1]
 재협상, 6.2.3[1]
 신의, 6.2.3[5]
 재협상 결렬의 경우 법원에 호소,
 6.2.3[6]
 법원이 취할 수 있는 조치, 6.2.3[7]
 __청구, 6.2.3[2], 6.2.3[3],
 이행유보, 6.2.3[4]
 정의, 6.2.2
 계약실무상 __, 5.5[3], 6.2.2[7]
 중대한 불균형과의 구별, 3.2.7[1]
 대금, 불가항력 참조

이행보장

__을 요구할 권리, 7.3.4[1]
 __와 해제, 7.3.4[3]
 __와 이행유보, 7.3.4[2]

일부이행, 6.1.3[2]
 제3자의 담보 또는 보증, 7.3.4[2]

이행불능

공적 허가요건, 구제수단, 불가항력, 상대
 방의 방해, 원시적 불능, 이행가혹, 지급
 참조

이행을 위한 부가기간

__의 허용, 7.1.5[1]
 다른 구제권에 미치는 영향, 7.1.5[2],
 7.4.1[2]
 __ 후 계약해제, 7.1.5[2], 7.3.1[4]

이행청구권

금전채무의 불이행, 7.2.1
 예외, 7.2.1
 불완전이행, 7.2.3[1]
 보수와 대체, 7.2.3[2]
 제한, 7.2.3[3]
 비금전채무의 불이행, 7.2.2[1]
 구제수단의 변경, 7.2.5[1]
 불이행당사자의 이행불능, 7.2.5[2]
 특정이행의 집행불능, 7.2.5[3]
 손해배상은 -와 연계됨, 7.4.1[2]
 이행청구권에 대한 예외, 7.1.1, 7.2.2[3]
 대체거래가 이용가능한 경우, 7.2.2[3]
 불이행에 대한 면책, 7.1.1, 7.3.1[1]
 불합리한 부담, 7.2.2[3]
 이행을 위한 부가기간 지정, 7.1.5[2]
 이행불능, 7.2.2[3]
 일신전속적 성격을 갖는 이행, 7.2.2[3]
 재량적이지 않은 구제수단, 7.2.2[2]
 구제수단, 대체이행, 보수와 대체, 사법적
 제재금 참조

일방적 의사표시

__의 유효성, 3.2.17

진술 그 밖의 행위의 해석, 통지 참조

작성자불리의 원칙

계약의 해석 참조

장기계약

개념, 1.11[3]

불가항력과 __, 7.1.7[5]

__상 미정조건, 2.1.14[4]

 흡결조건의 보충, 2.1.14[3], 4.8[1]

 __기준, 4.8[3]

 흡결된 가격조건의 __, 5.1.7[1]

 당사자 일방에 의한 결정, 5.1.7[2]

 어떠한 경우에 보충되는가, 4.8[2]

 제3자에 의한 결정, 5.1.7[3]

__상 반환, 7.3.7

__상 해제 후의 의무, 7.3.5[4]

__을 명시적으로 언급하거나 __의 맥락에서 특히 관련되는 조문과 주석들, 1.11[3]

__의 맥락에서 당사자간 협력, 5.1.3[2]

__의 해석, 4.3[1]

__에 특히 관련되는 사정, 4.3[3]

 통합조항 또는 구두변경금지조항, 4.3[4]

최선의 노력과 __, 5.1.4[3]

전자적 계약체결

계약의 변경 또는 종료에 관한 특정한 방식을 요구하는 조항과 __, 2.1.18

방식에 관한 특정한 요건의 제한을 받지 않는 계약의 체결과 __, 1.2[1]

실시간 전자적 통신, 2.1.7

약관과 __, 2.1.19[2], [3]

자동화된 계약체결, 2.1.1[3]

전자우편과 발신시점, 2.1.8

전자우편과 전달중의 지연, 2.1.9[3]

서면, 특정한 방식에 의한 변경 참조

제3자

__가 협상에 관여한 경우, 3.2.8

__의 행위에 대한 책임이 당사자에게 귀속되는 경우, 3.2.8[1]

__의 행위에 대한 책임이 당사자에게 귀속되지 않는 경우, 3.2.8[2]

__에 대한 계약의 효력은 적용범위 밖에 있음, 1.3[3]

제3자의 권리는 적용범위 밖에 있음, 7.3.6[5], 2.2.9[5]

 추완방법으로서 __의 권리의 제거, 7.2.3[2]

강박, 사기, 중대한 불균형, 착오, 취소 참조

제3자를 위한 계약

제3자의 권리 참조

제3자의 권리

낙약자, 5.2.1

 수익자에 대한 항변, 5.2.4

명시적 또는 묵시적 합의에 의한 부여, 5.2.1

수익자, 5.2.1

__는 특정할 수 있어야 함, 5.2.2

__의 권리포기, 5.2.6

__의 의무의 배제 또는 제한, 5.2.3

수익자의 권리의 철회 또는 변경, 5.2.5

예외, 5.2.5

요약자, 5.2.1

계약 참조

조건

__의 개념, 5.3.1[1][2]

“거래종결”, 5.3.1[5]

정지조건, 5.3.1[3]

채무자의 의사에 전적으로 의존하는 조

건, 5.3.1[4]
 해제조건, 5.3.1[3]
 해제조건 성취의 경우의 반환, 5.3.5
 조건성취에 대한 개입, 5.3.3
 조건의 성취가 미정인 동안 권리를 보존
 할 의무, 5.3.4
 조건의 효력, 5.3.2
 비소급적 __, 5.3.2[2]
 반환 참조

조정

이행가혹, 5.1.5[3], 6.2.2[3], 6.2.3[1]
 법원의 결정, 6.2.3[6]
 중대한 불균형, 3.2.7
 __과 취소권의 상실, 3.2.7[3]
 법원의 결정, 3.2.7[3]
 계약의 변경, 이행가혹, 취소 참조

준거법조항

계약소멸 후에도 존속, 3.2.14, 7.3.5[3]
 UNIDROIT 원칙의 적용을 합의하는 __,
 전문[4(가)], 1.6[4]
 UNIDROIT 원칙 참조

중대한 불균형

강행규정성, 3.1.4
 __에 기초한 조정, 3.2.7[1], 3.2.7[3]
 __에 기초한 취소, 3.2.7[1], 7.1.6[1]
 과도한 가격, 3.2.7[2]
 __의 통지시기, 3.2.12
 이익은 부당하여야 함, 3.2.7[2]
 __으로부터 발생하는 손해의 배상, 7.4.1[3]
 이행가혹과의 구별, 3.2.7[1]
 제3자에 기인하는 __, 3.2.8
 당사자가 책임을 지는 __, 3.2.8[1]
 당사자가 책임을 지지 않는 __, 3.2.8[2]

중재

조건에 변경을 가하는 승낙에 들어있는
 __조항, 2.1.11[2]
 약관상의 __ 2.1.19[2], 2.1.20[3]
 조건을 변경하는 확인서면상의 __,
 2.1.12[1]
 ICSID 협약, 전문[4]
 __에 의한 시효기간의 정지, 10.6
 준거법, 전문[4], 전문[6]
 중재판정부, 1.11[1]계약의 취소 후 존속
 하는 중재조항, 3.2.14
 __합의의 권장, 전문[4]
 UNCITRAL 모델법, 전문[4]
 UNIDROIT 원칙 참조

지급

계산통화, 6.1.9
 __가 지급지의 통화와 다른 경우, 6.1.9[1]
 현실지급통화특약, 6.1.9[1], 6.1.9[2]
 __에 의한 지급의 불능, 6.1.9[2]
 __가 표시되지 않은 경우, 6.1.10
 __방법, 6.1.7
 수표 그 밖의 지급수단, 6.1.7[1]
 결제를 조건으로 하는 수취의 추정,
 6.1.7[2]
 이체, 6.1.8[1]
 __의 효력발생시기, 6.1.8[2]
 __에 관한 강행규정, 6.1.9[2], 6.1.14[1]
 __에 적용되는 환율, 6.1.9[3]
 인도와 동시__, 6.1.4[1]
 합의에 따른 분할지급, 6.1.4[2]
 조속한 __, 1.7[1]
 지급지, 1.6[4], 6.1.6[2], 6.1.7[1],
 6.1.8[1], 6.1.9[1], 6.1.10
 채권양도, 변제충당, 이행청구권, 상계 참조

진술 그 밖의 행위의 해석

계약의 해석규칙의 유추적용, 4.2[1]

관련사정의 고려, 4.2[2]
 의사의 우선, 4.2[1]
 진술의 전반에 비춘 해석, 4.4[1]
 합리적인 사람의 기준 적용, 4.2[1]
 __의 관련사정, 4.3[1]
 주관적 기준이 적용되는 경우, 4.3[2]
 합리성기준이 적용되는 경우, 4.3[2]
 장기계약의 해석, 4.3[3]
 계약의 해석, 모순행위, 통지, 일방적 의
 사표시 참조
착오
 당사자의 모순행위에 의하여 초래된 __,
 1.8[2]
 불이행과의 구별, 3.2.1[2], 3.2.4[1]
 불이행에 대한 구제수단의 우선,
 3.2.4[1], 3.2.4[2]
 사기와와의 구별, 3.2.5[2], 3.2.10[1]
 __에 관한 규정의 비강행적 성격, 1.5[3],
 3.1.4
 __에 따른 취소, 3.2.2
 손해배상, 7.4.1[3]
 __의 통지기간, 3.2.12
 착오자에 관한 요건, 3.2.2[3]
 착오자의 상대방에 관한 요건, 3.2.2[2]
 착오는 충분히 중대하여야 함, 3.2.2[1]
 정의, 3.2.1[1]
 법률의 착오는 사실의 착오와 동등함,
 3.2.1[1]
 제3자에 기인하는 __, 3.2.8[1], 3.2.8[2],
 5.1.7[3]
 취소권의 상실, 3.2.10[3]
 손해배상이 금지되지 않음, 3.2.10[4]
 이행의사의 신속한 통지, 3.2.10[2]
 취소통지 후 신뢰에 따른 금지, 3.2.7[3],
 3.2.10[3]

표시상 또는 전달상의 __, 1.10[3], 3.2.3[1]

채권양도

개별지정 없는 __, 9.1.6
 비금전채권의 양도가능성, 9.1.3
 양도금지조항, 9.1.9
 연속양도, 9.1.11
 일부양도, 9.1.4
 정의, 9.1.1
 금전채권과 비금전채권 포함, 9.1.1[2]
 사업양도의 배제, 9.1.2[2]
 양도되는 채권에 관한 모든 권리 포함,
 9.1.14
 양도인의 확약, 9.1.15
 장래채권, 9.1.5
 특별한 규칙에 의하여 규율되는 증권의
 양도 배제, 9.1.2[1]
 합의에 의한 양도, 9.1.1[1], 9.1.7
 방식의 자유, 1.2
 채무자의 승낙 불요, 9.1.7[2]
 예외, 9.1.7[3]
 채무자에 대한 통지, 1.10, 9.1.10
 __의 효력, 9.1.10[1]
 채무자의 권리
 상계할 __, 9.1.13[2]
 양수인에 대하여 적절한 증거를 요구
 할, 9.1.12
 추가비용을 상환받을 __, 9.1.3, 9.1.4,
 9.1.8
 항변할 __, 9.1.13[1]
 계약양도, 상계, 지급, 채무이전 참조
채무이전
 관련권리, 9.2.8
 사업양도의 일환으로 __을 규율하는 특별한
 법규 하에서 이루어지는 __의 배제, 9.2.2
 신채무자의 권리, 9.2.7

상계할 __, 9.2.7[3]
 항변할 __, 9.2.7[1][2]
 원채무자의 채무면제, 9.2.5
 채무자의 선택: 연대채무자로서의 원채
 무자 __ 보충규정, 9.2.5[4]
 채권자의 선택: 완전한 면제, 9.2.5[2]
 채권자의 선택: 이차적 채무자로서의
 원채무자, 9.2.5[3]
 제3자에 의한 이행, 9.2.6
 합의에 의한 __, 9.2.1
 원채무자와 신채무자 사이의 __, 9.2.1[1],
 9.2.3
 채권자의 승낙의 필요성, 9.2.1[3]
 사전승낙, 9.2.4
 채권자와 신채무자 사이의 __, 9.2.1[2]
 계약양도, 상계, 이행 참조
청약
 도달한 때 효력발생, 2.1.3[1]
 __의 거절, 2.1.5[1]
 묵시적 __, 2.1.5[1]
 __은 청약을 소멸시킴, 2.1.5[1]
 __의 철회, 2.1.4
 __의 회수, 2.1.3[2]
 승낙의 회수와의 비교, 2.1.10
 청약의 철회와의 구별, 2.1.3[2]
 정의, 2.1.2
 피구속의사, 2.1.2[2]
 확정성, 2.1.2[1]
 철회불능__, 2.1.4[2]
 거절은 __을 소멸시킴, 2.1.5[1]
 __의 회수, 2.1.3[2]
 철회불능성에 대한 신뢰, 2.1.4[2]
 모순행위와 __, 2.1.4[2],
 계약, 계약조건, 대금, 방식요건, 승낙,
 약관, 합의에 의한 채무면제, 협상, 확인

서면 참조
최선의 노력
 의무 참조
최선의 노력을 다할 의무
 의무 참조
초국가적 공서
 개념, 1.4[4]
 국제중재에서 관련성, 1.4[4]
 강행규정, 위법성 참조
추인
 개념, 2.2.9[1]
 __시기, 2.2.9[3]
 __에 의하여 영향을 받지 않는 제3자의
 권리, 2.2.9[5]
 __의 효력, 2.2.9[2]
 제3자에 의한 배제, 2.2.9[4]
 대리권, 방식요건 참조
취소
 개별조건, 3.2.7[3], 3.2.12, 3.2.13
 계약의 추인 배제, 3.2.9
 손해배상, 3.2.16[1]
 불이행에 손해배상과의 구별, 3.2.16[2]
 제3자에 기인하는 사유, 3.2.8
 당사자가 책임을 지는 __, 3.2.8[1]
 당사자가 책임을 지지 않는 __, 3.2.8[2]
 계약을 신뢰하기 전, 3.2.8[2]
 제3자에 대한 효력은 적용범위 밖에 있
 음, 1.3[3]
 __의 소급효, 3.2.14
 반환청구권, 3.2.15
 일정한 조건의 존속, 3.2.14[1]
 __의 통지, 3.2.11[1]
 __기간, 3.2.12
 법원의 개입 불요, 3.2.11[1]

수령한 때 효력발생, 3.2.11[3]
 __의 방식과 내용에 관한 특별한 요건
 의 부존재, 3.2.11[2]
 __의 해석, 4.2[1], 4.4[1]
 강박, 반환, 방식요건, 사기, 이익의 충
 돌, 조정, 중대한 불균형, 착오 참조

통지

방식에 관한 요건의 부존재, 1.10[1]
 수령한 때 효력발생, 1.10[2]
 계약상 발신주의의 명시, 1.10[3]
 “도달”의 정의, 1.10[4]
 전자적 통지의 경우, 1.10[4]
 __의 해석, 4.2[1]
 전자적 통지, 1.10[1][4]
 정의, 1.10[1]
 구제수단, 공적 허가요건, 불가항력, 불이
 행당사자에 의한 추완, 사기, 손해배상,
 승낙, 이행을 위한 부가기간, 전자적 계
 약체결, 착오, 취소, 해제 참조

통합조항

__을 포함한 약관, 2.1.21
 정의, 2.1.17
 협상 참조

특정이행

이행청구권 참조

특정한 결과를 달성할 의무

의무 참조

특정한 방식에 의한 변경

__을 요구하는 조항, 2.1.18
 특정한 방식에 의하지 않는 변경에 대
 한 신뢰, 2.1.18
 __을 포함한 약관, 2.1.21
 모순행위 참조

합의에 의한 채무면제

무상의 __, 5.1.9
 유상의 __, 5.1.9
 승낙, 청약 참조

해제

당사자간 합의에 의한 __, 1.3[2], 3.1.2
 약인 불요, 3.1.2[1]
 cause(원인) 불요, 3.1.2[2]
 불가항력과 __, 6.2.2[6], 7.1.7[2]
 이행가혹과 __, 3.2.7[1], 6.2.3[7]
 이행기 전 불이행과 __, 7.3.3
 불이행의 예견은 합리적 이어야 함,
 7.3.4[1]
 일방적 통지에 의한 __, 7.3.1[1]
 __는 손해배상청구에 영향을 주지 않
 음, 7.1.1, 7.3.5[2], 7.4.1[2]
 부가기간 후 __, 7.1.5[2], 7.3.1[4]
 불이행에 기초한 __, 7.1.1
 면책되는 불이행의 경우에도 가능한
 __, 7.1.1
 불이행은 본질이어야 함, 7.1.5[2],
 7.1.7[2], 7.3.1[2], 7.3.3
 불확정한 기간의 계약, 5.1.8[1]
 __의 영향을 받지 않은 규정, 7.3.5[3]
 __의 효과, 7.3.5[1]
 이행보장 요구 후 __, 7.3.4[3]
 제3자에 대한 효과는 적용범위 밖에 있
 음, 1.3[3]
 장기계약상 해제 후의 의무, 7.3.5[4]
 추완통지와와의 비양립성, 7.1.4[7]
 __통지, 7.3.2[1], 7.3.3
 __기간, 7.2.5[4], 7.3.2[3]
 도달시에 효력발생, 7.3.2[4]
 방식에 관한 요건의 부존재, 1.10[1]
 __의 해석, 4.2[1], 4.4[1]

사항색인

__ 후 손해배상청구권, 7.1.1, 7.3.5[2], 7.4.1[2]
대체거래에 기초한 __, 7.2.2[3], 7.4.5[1], 7.4.5[2]
시가에 기초한 __, 7.4.6[1]
추가손해, 7.4.6[3]
lost volume, 7.4.5[1]
__ 후 반환청구권, 7.3.6[1]
가액반환, 7.3.6[2], 7.3.6[4]
분리가능한 계약, 7.3.6[3]
비용상환, 7.3.6[5]
이익, 7.3.6[6]
제3자의 권리는 영향 없음, 7.3.6[7]
공적 허가요건, 반환, 불이행, 불이행당사자에 의한 추완, 손해배상, 이행보장, 이행을 위한 부가기간, 특정한 방식에 의한 변경 참조

확인서면

계약조건을 변경하는 __, 2.1.12[1]
변경을 가한 승낙과의 비교, 2.1.12[1]
비실질적 변경과 __, 2.1.12[1]
__의 송부기간, 2.1.12[2]
정의, 2.1.12[1]
__으로서의 송장, 2.1.12[3]
승낙 참조

협력의무

의무 참조

협상

계약의 해석과 __, 4.3[2], 4.6
대체거래에 적합한 __, 7.4.5[2]
통합조항 또는 구두변경금지조항, 2.1.17, 2.1.18, 4.3[4]
흠결조건의 보충, 4.8[1]
비밀유지의무와 __, 2.1.16[2]

__시의 신의와 공정거래, 1.7[1], 2.1.15[2], 5.1.2, 6.1.14[2], 6.2.3[5]
신의에 좇아 협상하기로 하는 합의, 2.1.15[3], 5.1.4[3]
위반에 대한 책임, 2.1.15[2], 2.1.15[4]
약관과 __, 2.1.19[2], 2.1.20[2]
협상된 조건의 우선, 2.1.21
의도적으로 미정인 조건, 2.1.14
__의 자유, 2.1.15[1]
제3자의 개입, 3.2.8[1], 3.2.8[2]
특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약체결, 2.1.13[2]
특정한 사항에 관한 합의를 조건으로 하는 계약체결, 2.1.13[1]
__파기, 2.1.15[4]
이행가혹 참조

흠결조건의 보충

계약조건 참조

Cause

__의 불요, 3.1.2[2], 3.1.3
에 관한 당사자의 자유, 3.1.4
계약, 계약의 변경, 해제 참조

Lex mercatoria

UNIDROIT 원칙 참조

Pacta sunt servanda

계약 참조

UNIDROIT 원칙

강행규정, 1.1[3], 1.5[3], 1.7[4], 1.9[6], 3.1.4, 5.1.7[2], 7.1.6, 7.4.13
강행규정의 우선적 효력, 1.1[3], 1.3[1], 1.4[1]
관련되는 공적 허가요건의 결정, 6.1.14[1]
무능력, 3.1.1, 3.1.3[2]
반환의 경우 제3자의 권리, 7.3.6[5]

사항색인

- 본 원칙이 계약에 적용되는 경우, 전문
[3], 전문[4], 1.4[3]
- 본 원칙이 계약에 편입되는 경우,
1.4[2]
- 소비자거래, 전문[2]
- “요물”계약, 3.1.2[3]
- 적용가능한 강행규정의 결정, 1.4[4]
- 제3자에 대한 계약의 효력, 1.3[3]
- 계약에 적용되는 법의 규칙으로의 __, 전
문[4]
- 당사자의 명시적 선택, 전문[4(가)]
- 당사자의 선택이 없는 경우의 적용, 전
문[4(다)]
- 상인법으로 적용, 전문[4]
- 중재조항과의 결합, 전문[4]
- 관행과 거래과정의 우선적 효력, 1.9[6]
- 국내법을 해석하는 수단, 전문[6]
- 국제적 법률문서를 해석하는 수단, 전문
[6]
- 그 밖의 가능한 용도, 전문[8]
- __상 일반원칙, 1.6[4]
- 계약의 자유, 1.1[1], 1.5[1]
- 방식에 관한 특정한 요건의 부존재,
1.2[1], 1.10[1]
- 신의와 공정거래, 1.7[1]
- 완전배상, 7.1.1, 7.4.2[1]
- 합리성, 1.8[2], 4.1[2], 4.1[4], 4.2[2],
4.3[2], 4.8[3], 5.1.2, 5.1.3[1],
5.1.6[2], 5.1.7[1], 5.1.7[3]
- pacta sunt servanda(약속은 지켜야
한다), 1.3[1]
- 용어정의, 1.11
- 국제계약, 전문[1]
- 법원, 1.11[1]
- 상사계약, 전문[2]
- 서면, 1.11[5]
- 영업소, 1.11[2]
- 장기계약, 1.11[3]
- 채무자—채권자, 1.11[4]
- __의 배제와 변경, 1.5[1]
- 묵시적 __, 1.5[2]
- __의 보충, 1.6[4]
- 유추적용에 의한 __, 1.6[4]
- 일반원칙에 의한 __, 1.6[4]
- 특정한 국내법에 의한 __, 1.6[4]
- __의 적용범위, 전문
- 국내계약에의 적용, 전문[3]
- 국제계약, 전문[1]
- 상사계약, 전문[2]
- __의 해석, 1.6[1]
- 계약의 해석과의 구별, 1.6[1]
- 국제적 성격의 고려, 1.6[2]
- 목적의 고려, 1.6[3]
- 입법모델로서의 __, 전문[7]
- 국제사법, 중재 참조
- Venire contra factum proprium**
모순행위 참조
- Wegfall der Geschäftsgrundlage**
이행가혹 참조

2016년판 역사후기

UNIDROIT는 1994년에 국제상사계약원칙 초판을 발간하고, 그 후 2004년과 2010년, 2016년에 각각 개정판을 발간하였다. 본서의 권두에 있는 UNIDROIT 원칙 2004년판 소개와 2010년판 소개에서 보듯이 2004년판과 2010년판은 각각 그 전판의 증보판으로서 아래와 같이 각기 새로운 장(chapter)들과 절(section)들을 신설하여 새로운 계약법적 사항들을 추가적으로 다루었다. 2016년판에서는 새로운 장이나 절이 추가되지 않았고 주로 장기계약의 특수성을 반영하기 위하여 단지 여섯 조문과 다수의 주석이 일부개정 또는 신설되었을 뿐이다. 그리하여 1994년 초판은 전문(preamble)과 7개의 장, 즉 제1장 총칙, 제2장 계약의 성립, 제3장 유효성, 제4장 해석, 제5장 계약의 내용, 제6장 이행(제1절 이행 일반, 제2절 이행가혹), 제7장 불이행(제1절 불이행 일반, 제2절 이행청구권, 제3절 계약해제, 제4절 손해배상)으로 구성되었었는데, 2004년판에 3개의 장과 2개의 절, 즉 제2장 제2절 대리권, 제5장 제2절 제3자의 권리, 제8장 상계, 제9장 채권양도·채무이전·계약양도, 제10장 시효기간이 신설, 추가되었고, 2010년판에 1개의 장과 2개의 절, 즉 제3장 제3절 위법성, 제5장 제3절 조건, 제11장 수인의 채무자와 채권자가 신설, 추가되었다.

UNIDROIT 원칙은 국제상사계약원칙이라는 그 이름에서도 나타나듯이 국제상사계약을 규율하는 일반적 규칙(general rule)들을 담은 하나의 체계적 법체이다. 따라서 이는 국제계약법 총칙이라 할 수 있다. 더욱이 위와 같이 1994년판부터 2016년판까지 제·개정을 통하여 UNIDROIT 원칙은 비록 보증채무나 위험부담과 같은 일부의 계약법상의 논점이 여전히 누락되어 있긴 하나 계약법의 총칙 내지 총론에서 다루어야 할 거의 모든 사항들을 규정함으로써 충분한 정도의 완전성과 자족성을 갖추었다고 볼 수 있다.

본서는 UNIDROIT 원칙 2016년판 즉 『UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016』을 전역(全譯)한 역서이다. 본 원칙 2004년판은 오원석·최준선·허해관 공역, 『UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004』(법문사, 2006)으로 국내에 번역, 소개되었으므로, 본서는 일차적으로 UNIDROIT 원칙 2010년판에서 신설된 부분(특히 위법성, 조건, 다수당사자간 법률관계)과 2016년판에서 장기계약과 관련하여 개정된 부분을 국내에 소개하는 데 있다. 그

러나 본서는 단지 그에 머무르지 않으며 기존 번역을 업그레이드하는 목적과 기존 번역상의 잘못을 바로잡는 목적도 아울러 가지고 있다.

이를 위하여 본서에서는 무엇보다도 국제연합 국제물품매매협약(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)과 UNIDROIT 원칙에 공통적으로 등장하는 용어나 문장이 있는 때에는 우리나라의 CISG 공식 번역문을 따름으로써 양자를 일치시켰다. 예컨대 ‘usage’는 관행으로, ‘practice’는 관례로, ‘withdrawal of offer’는 청약의 회수로, ‘revocation of offer’는 청약의 철회로, ‘withdrawal of acceptance’는 승낙의 회수로, ‘restitution’을 (원상회복이 아닌) 반환으로 통일한 것이 대표적이다. 나아가 본서에서는 우리나라 국제거래법학과 민·상법학계에서 UNIDROIT 원칙이나 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law: PECL), 보통유럽매매법(Common European Sales Law: CESL)을 소개하거나 번역할 때 사용된 역례(譯例)를 참고하여 공통적으로 널리 수용되는 번역을 따르고, 그러한 적절한 예가 없는 때에는 유력한 예를 따랐다. 전자의 예로는 ‘form’을 방식으로(계약체결, 통지의 맥락에서), ‘inconsistent behavior’를 모순행위로, ‘counter offer’를 대응청약으로, ‘surprising term’을 의외조건으로, ‘undisclosed agency’를 비현명대리로, ‘remedy’를 구제수단으로, ‘successive assignment’를 연속양도로, ‘undertaking of the assignor’를 양도인의 확약으로, ‘alternative dispute resolution’을 대체적 분쟁해결로 번역(수정)한 것을 들 수 있고, 후자의 예로는 ‘mandatory rule’을 강행규정으로, ‘standard term’을 (표준약관이 아니라 단순히) 약관으로, ‘conflict of interest’를 (우리 민법상 이익상반이라 하지만) 이익의 충돌로, (제3자를 위한 계약의 맥락에서) ‘promisor’를 낙약자 그리고 ‘promisee’ 요약자로, ‘currency of account’를 계산통화로, ‘cure (of non-performance)’를 (비록 CISG 공식번역은 치유라 하지만) (불이행의) 추완으로, ‘repair’를 보수(補修)로, ‘withholding performance’를 이행유보로, ‘forfeiture clauses’를 몰취조항으로, ‘limitation period’를 시효기간으로 번역(수정)한 것을 들 수 있다.

2004년판 역자후기에서도 밝힌 바와 같이, 법과대학이나 로스쿨에서 국제거래법을 강학함에 있어서 방법의 효율성 면에서 각국의 국내법을 모두 (아니면, 최소한 주요국의 국내법만이라 하더라도) 다루어 강학하는 일은 결코 현실적이지 않기 때문에 UNIDROIT 원칙은 하나의 유력한 대안이 될 수 있고, 나아가 국제거래실무상 당사자간 준거법에 대한 합의를 보지 못하여 계약체결이 지연되

거나 성사되지 않는 경우에 적절히 활용될 수 있는 유력한 대안이 될 수 있다. 이러한 점에서 우리나라 학계와 업계에서도 UNIDROIT 원칙에 대하여 더욱 많은 관심을 가지고서 깊이 연구하고 널리 활용하기를 기대하며, 본서가 학술적으로도 실무상으로도 조금이나마 도움이 되기를 삼가 바라마지 않는다. 아울러 부족한 점에 관하여는 아낌없이 질책하시고 조언하여 주실 것을 당부한다.

그러나 본서를 출간하는 데에는 무엇보다도 석광현 교수의 기여가 지대하였음을 고백하지 않을 수 없다. 석 교수께서는 2010년판과 2016년판에 새로이 추가된 부분의 번역뿐만 아니라 기존의 2004년판 역서의 잘못을 바로잡고 업그레이드하는 데 있어서도 처음부터 끝까지 철저하게 기여하시었고 깊이 감사한다. 이렇게 이번 역서작업에 함께 하면서 석 교수님의 학문적 넓고 깊음을 몸소 느낄 수 있었고 학문을 대하는 학자로서의 비길 데 없는 성실함과 겸허함에 거듭 숙연하였다. 그간 평소에 본인은 우리나라 국제거래법학계의 기둥으로 석 교수가 있었기에 우리나라 국제거래법학이 국제적으로 부끄럽지 않게 성장할 수 있었다고 생각하고 있었는데, 이번 기회에 이러한 내심을 표현할 수 있게 되어서 더없이 기쁘다.

끝으로 UNIDROIT 원칙 2016년판이 출간된 시점에 드디어 2004년판의 후속 역서를 출간할 수 있어서 매우 기쁘고, 2010년판 역서를 누락한 데 대한 그간의 죄스러웠던 심적 부담을 늦게라도 조금 들 수 있어서 마음이 놓인다. 아울러 본서의 상업성유무를 불문하고 기꺼이 출판을 수락하여 주신 삼성사 고성익 사장님 그리고 편집과 출판에 수고하여 분들께 깊이 감사한다.

2018년 5월

파릇한 새로운 봄의 생기에 온몸으로 감사하며

역자를 대표하여

오 원 석

2004년판 역자후기

이 역서는 사법통일국제연구소(UNIDROIT)가 2004년 4월에 출간한 「UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004」(“PICC 2004”)를 전역(全譯)한 것이다. 주지하듯이, UNIDROIT는 예컨대 1983년 국제물품매매 대리협약이나 1988년 국제팩토링협약, 1988년 국제금융리스협약, 2001년 이동 장비담보협약 등의 국제협약은 물론 그 외에도 모범프랜차이즈고지법이라는 모범법(model law)이나 본 국제상사계약원칙, ALI/UNIDROIT 국제민사소송원칙 등 이른바 연성법(soft law)의 제정을 통해, 국제연합 국제무역법위원회(UNCITRAL)와 더불어, 사법(私法)의 국제적인 통일 내지는 조화에 지대한 기여를 하고 있는 정부간국제기구로서 현재 우리나라를 포함한 59 국가가 그 회원으로 되어 있다. 그 외 UNIDROIT에 대하여 상세히는 인터넷으로 <www.unidroit.org>에 접속하여 쉽게 알 수 있다.

PICC 2004는 전문(Preamble) 및 10개의 장(Chapter)으로 구성되어 있다. 그 조문의 수는 모두 185개이고 각 조문에는 주석이 첨부되어 있는데, 이러한 각 조문(전문 포함)과 그 주석이 일체를 이루어 국제상사계약원칙을 구성한다. PICC 2004는 영어와 불어, 독어, 이탈리아어를 공식어로 하여 제정되었는데, 본 역서는 그 중 영어 버전을 기초로 하고 있다. PICC 2004 조문의 전문(全文)은 <www.unidroit.org>을 통해 인터넷으로도 쉽게 입수할 수 있으며, 나아가 CISG와 PICC에 관한 국제판례법(중재판례 포함)과 문헌정보의 데이터베이스인 UNILEX(<www.unilex.info>))를 통해 조문은 물론 주석의 전문까지도 입수할 수 있다. 또한 UNILEX에 의하면, PICC가 실무에서 어느 정도 널리 적용되고 있음을 알 수 있다.

PICC 2004는 계약법의 총칙이라 할 수 있는 일반규정을 두는 외에도 계약의 성립, 대리, 계약의 취소, 해석, 계약의 내용, 제3자를 위한 계약, 이행, 불이행(이행청구, 계약해제, 손해배상, 불가항력에 의한 면책 포함), 상계, 채권양도·채무이전·계약양도, 제소기한(넓게 말해 이른바 시효)에 관한 계약법적 규칙을 다루어 규정하고 있어, 비록 아직까지는 더 추가되어야 할 부분(예컨대, 이른바 공동채권·채무, 연대채권·채무, 보증채권·채무 등 다수당사자간의 법률관계)이 더 없지는 않으나, 일반적으로 충분히 자족적인 정도로 일반계약법의 체계를

갖추고 있다고 평가할 수 있다. 이러한 점에서 PICC는 CISG와 같이 특정한 분야에 한하여 적용하는 것으로 고안되어 있는 기존의 국제적인 여러 규범들과는 기본적으로 다르다. 그 외에, 전세계에 걸쳐 보편적으로 사용가능하도록 특정한 국내법제에 특유한 법률용어의 사용이 의도적으로 절제되어 있는 점과 국제거래에 있어 경제기술의 발전에 따른 끊임없는 상황의 변화에 대처할 수 있도록 충분히 탄력적이라는 점도 역시 PICC의 장점이라 할 수 있다.

PICC는 그 서문에서도 밝히고 있듯이 방대한 비교법적 연구의 산물이다. PICC는 가능한 한 모든 법제에서 인정되고 있는 규칙과 그렇지 않은 때에는 다수의 법제에서 인정되고 있는 규칙을 수용하고, 일부의 경우에는 비록 일반적으로 채택되어 있지는 않더라도 최선의 해법으로 인식되는 규칙을 수용하고 있다. 이러한 사실은 국제적 계약규범으로서 기본적으로 그 힘을 그 내용의 설득력에 의존하고 있는 PICC의 힘의 원천이 된다. 이는 지금까지 쌓인 UNIDROIT 자체의 신뢰도와 인지도는 물론 그 초안작업반 구성원의 면면을 보더라도 더욱 그러하다.

이러한 PICC 2004의 역서를 출간하고자 결심한 데에는 국내에 그 소개를 하는 것이 좋겠다는 단순한 이유 외에도 다음과 같은 실질적인 이유가 있었다.

첫째, 국제거래 혹은 국제계약에 관한 각종 국제협약이나 모범법 등의 연성법을 성안하는 과정에서, 대체로, 우리나라는 지금까지 이른바 주변국의 역할을 하는 정도에 머물렀는데, 이는 현재 우리나라의 국제적 위상에 비추어 결코 걸맞지 않다. 이에 우리나라도, 비록 PICC 2004의 성안-제정과정에서 별다른 기여를 하지는 못했지만, 간접적으로나마 법의 국제적인 통일 내지는 조화를 추구하는 그러한 국제적인 노력에 지대한 관심을 가지고 있고 나아가 이제는 그러한 국제무대에서 적극적인 일원으로 활약할 준비를 하고 있다는 모습을 대외적으로 알릴 필요가 있다.

둘째, 범세계적인 자유무역주의의 대세에 따라 지금은 물론 앞으로도 이른바 국제거래법 내지는 국제계약법이 더욱 중요하게 될 것이고 이에 대하여는 어느 누구도 이의가 없을 것인데, 그렇다면 학자의 입장에서 국제계약법 혹은 국제계약론의 내용으로 무엇을 담을 것인가? 국제계약의 실무에서 계약의 공백은 사실상 피할 수 없다. 국제계약상의 법률문제가 상세한 계약서 자체만으로 해결되는 경우도 드물지는 않으나, 아무리 상세하고 정교한 계약서가 작성된다하더라도 계약의 공백은 발생하기 마련이며, 그러한 계약서가 없는 경우에는 더욱

그러하다. 그러한 계약공백은, 이것이 국제적인 관습(법)을 통해 보충되지 않거나 될 수 없는 한도 내에서는 그리고 CISG와 같은 국제적인 통일법이 없는 한, 그 준거법으로써 보충되어야 하는데 이러한 준거법은 결국 각국의 국내법이다. 국제계약상의 다양한 법률문제에 대한 해답 내지는 그 해법을 구체적으로 혹은 추상적으로나마 제시하는 것이 국제계약을 다루는 학자에게 주어진 본연의 임무의 요체라고 할 때, 사실 국제계약의 준거법으로 되는 각국의 국내법도 역시 학문의 영역으로 삼아 적절히 다루지 않을 수 없다. 그러나 방법의 효율성 면에서 각국의 국내법을 모두 (아니면, 최소한 주요국의 국내법만이라 하더라도) 다루어 강학하는 일은 결코 현실적이지 않을 것이고, 이에 PICC는 유력한 대안이 될 수 있다.

셋째, PICC는 또한 국제거래의 실무가에게도 유용할 것이다. 국제거래에서 실무가들은 자신이 잘 알지 못하는 외국법을 적용하는 것을 꺼려하고 두려워하며, 양당사자 중의 최소한 일방은 항상 그러한 처지에 있다. 비록 어느 법을 준거법으로 할 것인지는 당사자의 협상력에 달려있긴 하나, 당사자간에 준거법에 대한 합의를 보지 못하여 계약체결이 지연되기도 (경우에 따라서는 결국 계약이 성사되지 않기도) 하는데, 이러한 경우에 잘 정비되어 있고, 신뢰할 수 있고, 실제로 적용될 수 있으며 나아가 계약법의 전반을 아울러 다루고 있는 중립적인 규범이 있다면 그러한 불행을 막거나 최소한 줄일 수 있다. PICC 2004는 이러한 역할을 충분히 다할 수 있으리라 기대된다. 다만 조언하자면, PICC 전문(前文)의 주석에서도 권장하듯이, 실무가들은 PICC 적용합의를 할 때 이를 중재합의와 연계시키는 것이 좋을 것이다.

넷째, 국제거래상의 분쟁에 수반하는 외국법 적용의 맥락에 있어서도 PICC는 불명한 외국법을 대신하는 역할을 능히 할 수 있으리라 본다. 국제사법의 개정으로써 우리나라에서 이제는 외국법이 법률인가라는 의문은 입법적으로 불식되었다. 그러나 혹자가 정확하게 지적하듯이 외국법의 이해는 결코 용이한 작업이 아니다. “[일국의 법제도는] 다른 법제도[와] 각기 유기적인 관계를 이루면서 그 사회의 법에 대한 요구를 충족하고 있기 때문에, 당해 법제도[를] 이해하기 위하여는 그 나라의 법체계 전체에 대한 충분한 지식을 배경으로 가지지 않으면 안된다. … [또한 그러한] 법체계는 그것이 생겨난 사회에 대한 총체적 이해가 없이는 그 의미의 전용(全容)을 파악할 수 없다.”(양창수 역, 「비교사법제도론」(대광문화사, 1991), 656면). 더욱이 여하한 각고의 노력에도 불구하고, 준거법의

로 적용될 외국법이 결국 여전히 불명(不明)한 경우에, 법원은 외국적 요소가 있는 당해 법률관계, 즉, 국제계약에 성급히 (우리의 혹은 가장 유사한 제3국의) 국내법을 적용할 것이 아니라 PICC를 적용하는 것이 보다 합리적일 것이다.

내심 역자는 CISG에 이어 이렇게 PICC를 번역하면서도 두려운 마음을 금할 수 없다. 외국법이나 국제적인 법규를 번역함에 있어서는 그 법체계의 전반에 대한 이해와 지식을 갖추고, 다양한 맥락에서 각 용어가 갖는 함축된 의미를 숙지하며, 이를 정확한 우리말로 구현하여야 함을 잘 알고 있으나 역자의 천학비재함 때문에 적지 않은 흠결이 있지는 않을까 우려되기도 한다. 그럼에도 이 역서를 출간하기로 결심한 것은 누군가가 먼저 이러한 시도를 하여 그 첫길을 닦을 필요가 있음을 절감하였기 때문이다.

역자는 본서가 국제거래의 법과 관습을 탐구하거나 실무에서 이를 실제로 적용하는 모든 분들에게 조금이나마 도움이 되기를 삼가 바라마지 않으며, 아울러 부족한 점에 관하여는 아낌없는 질책과 조언을 주실 것을 당부한다. 끝으로, 본서의 상업성유무를 불문하고 기꺼이 출판해 주신 법문사의 배효선 사장님과 유지훈 차장님 그리고 편집부 최문용 과장님에게 깊은 감사를 드린다.

2005년 12월
명륜당의 따뜻한 숨결을 느끼며
역자를 대표하여
오 원 석

역자 일러두기

1. 본 역서에 들어있는 모든 각주(전문의 * 각주 제외)는 원문에는 없는 것으로, 이는 독자의 이해를 돕기 위하여 역자가 임의로 추가한 것이다.
2. 문장을 단위의 기준으로 할 때, 본 역서의 문장은 극히 일부의 경우에는 원문의 그것과 반드시 일치하지는 않는다. 언어 본연의 상이함 때문에 우리말로 이른바 말이 되도록 하기 위하여 원문의 의미가 달라지지 않는 한도 내에서 원문의 문장을 분할하거나 통합하는 것이 불가피하였다.
3. 본 역서에 사용된 대괄호([])는 원문에는 없는 것으로, 이는 다소 의역되거나 역자가 추가한 부분임을 표시하는 용도로 사용되었다.
4. 본 역서에 사용된 작은따옴표(‘ ’)는 원문에는 없는 것으로, 이는 역문에서 자구나 어구, 문구(들)의 상호수식관계가 혼동되는 것을 막기 위한 방편으로 사용되었다.

역자소개

오 원 석

- 성균관대학교 통계학과 졸업
 - 美 American Graduate School of International Management 졸업
 - 성균관대학교 대학원 졸업(경제학박사)
 - 성균관대학교 경영학과 교수
- 현, 성균관대학교 명예교수
한국교통대학교 석좌교수

최 준 선

- 성균관대학교 법과대학 졸업
 - 성균관대학교 대학원 졸업(법학박사)
 - 성균관대학교 법과대학 및 법학전문대학교 교수
 - 변호사시험 출제위원
- 현, 성균관대학교 법학전문대학원 명예교수

석 광 현

- 서울대학교 법과대학 졸업
 - 독일 프라이부르크 법과대학 LL.M.
 - 서울대학교 대학원 졸업(법학박사)
 - 김·장 법률사무소 변호사
 - 한양대학교 법과대학 교수
- 현, 서울대학교 법과대학·법학전문대학원 교수: 국제거래법·국제사법·국제민사소송법 담당

허 해 관

- 서울대학교 법과대학 졸업
 - 성균관대학교 대학원 무역학과 졸업(경영학박사)
 - 성균관대학교, 중앙대학교, 한국외국어대학교 강사
- 현, 숭실대학교 글로벌통상학과 부교수

UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016

저자와의
협의하에
인지생략

2018년 5월 10일 1판 1쇄 인쇄
2018년 5월 15일 1판 1쇄 발행

역 자 오 원 석 · 최 준 선
석 광 현 · 허 해 관
발행인 고 성 익
조 관 플 러 스

05027

발행처 서울특별시 광진구 아차산로 335 삼영빌딩

도서출판 **三英社**

등 록 1972년 4월 27일 제2013-21호

전 화 737-1052 · 734-8979 FAX 739-2386

© 2018. 오원석 외

정가 34,000원

ISBN 978-89-445-0461-7-93320