

비엔나 協約에 있어서의 契約締結上の 過失責任問題*

崔 銘 國**

-
- I. 序 論
 - II. 契約의 成立
 - III. 契約締結上の 過失責任
 - IV. 結 論
-

I. 序 論

1980년 國際物品賣買契約에 관한 UN 協約(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 : 이하 CISG라고 칭한다.)의 特徵中の 하나는 賣渡人과 買受人의 權利와 義務뿐만 아니라 賣買契約의 成立과 그 解釋에 관한 規定을 두고 있다는 점이다. 따라서 賣買契約當事者들은 CISG를 契約의 準據法으로 삼아 契約의 成立과 相關한 여러 問題들을 해결할 수 있게 되었다.

그러나 CISG의 契約成立에 관한 規定은 많은 장점이 있지만 다음의 두 가지 觀點에서 批判받을 수 있다. 첫째, CISG는 전통적인 請約과 承諾의 原則에 의한 契約成立을 規定하고 있지만, 실제에 있어서는 當事者들간의 장기간의 交渉에 의하여 점진적으로 最終契約에 이르는 경우가 많은데, CISG는 이러한 계약에 대비한 아무런 規定을 두고 있지 않다. 둘째, 당연한 결과이겠지만 當事者들의 契約締結上の 過失責任에 관한 問題를 규율하는 規定을 두고 있지 않다.

따라서 本稿는 CISG에서의 賣買契約의 成立에 관한 規定들을 간략히 살펴 보고, 이 規定들을 請約과 承諾의 과정없이 체결되는 賣買契約에도 적용할 수 있다는 점과 CISG가 交渉中の 不公正行爲에 관한 當事者들의 過失責任의 問

* 本稿는 慶一大學校 校內學術研究費의 支援으로 作成되었음.

** 慶一大學校 貿易學科 助教授.

題도 해결할 수 있는 충분한 基準을 제공하고 있다는 점을 밝히는데 그 研究의 目的을 두었다.

II. 契約의 成立

1. 契約成立에 관한 CISG의 立場

CISG는 제 2 부(제 14 조 내지 제 24 조)에서 賣買契約의 成立에 관한 規定을 두고 있다. 제 2 부에 포함된 規定들은 물론 제 1 부 “CISG의 適用範圍와 總則”과 함께 考察하여야 한다. CISG의 제 1 부 제 1 조 내지 제 5 조는 CISG의 適用範圍를 規定하고 있으며, 제 6 조와 제 9 조는 當事者自治의 原則과 貿易慣習의 妥當性을, 제 8 조는 當事者의 陳述 또는 行爲에 관한 解釋을, 제 10 조는 營業場所에 관한 定義를, 제 11 조와 제 12 조는 賣買契約의 形式的인 要件에 관하여, 마지막으로 제 7 조는 CISG 자체의 解釋基準과 貿易去來에서의 信義誠實의 原則을 명시적으로 規定하고 있다.

CISG 제 92 조에 따라 締約國은 CISG에 참가할 때 CISG의 제 2 부에 구속되지 않겠다고 선언할 수 있다. 이러한 CISG 제 2 부의 留保에 따라 當該 締約國에 營業場所를 두고 있는 當事者와의 契約成立에 관한 사항은 國際私法의 原則에 따라 결정되는 準據法에 의해 규율받게 된다.

締約國은 마찬가지로 賣買契約 또는 合意에 의한 契約의 變更이나 終了, 또는 모든 請約, 承諾 또는 기타의 意思表示를 書面 이외의 形式으로 행하는 것을 허용하고 있는 一般原則을 留保할 수 있는데, 이 경우에 어느 한 當事者가 그러한 締約國에 營業장소를 두고 있다면 이러한 一般原則이 적용되지 않는다(CISG 제 96 조). 이는 그 締約國에 있는 當事者와 계약을 체결할 때 賣買契約의 形式에 관한 要件은 그 締約國의 國內法에 따라 결정되어야 함을 의미한다.

2. 請約과 承諾에 관한 原則

CISG는 제 23 조에서 “契約은 請約에 대한 承諾이 본 協약의 規定에 따라

效力을 발생한 때 成立된다.”라고 규정하고 있는데, 이는 CISG가 請約과 承諾이라는 두 가지의 意思表示를 교환함으로써 契約이 成立된다고 하는 傳統的인 原則을 고수하고 있다는 것을 의미한다.¹⁾

請約이 되기 위한 要件은 제 14조 제 1항에 규정되어 있는데, 同條는 “1인 이상의 특정한 者에게 통지된 契約締結의 提議는 그것이 충분히 確定的이고 또한 承諾이 있을 경우에 구속된다고 하는 請約者의 意思를 표시하고 있는 경우에는 請約으로 된다.”라고 규정하고 있다. 반면에 구속력이 있는 請約者의 意思를 결정하기 위한 명확한 基準은 없다. 따라서 이는 請約者가 한 陳述이나 事件의 狀況에 의해 推論되어야 하는 事實의 問題이다.²⁾ 請約의 確定性에 관한 要件과 관련하여 同條는 계속해서 請約이 “... 物品을 표시하고 또한 그 數量과 價格을 명시적 또는 묵시적으로 확정하거나 또는 이를 확정하는 규정을 두고 있는 경우에는 ... 충분히 確定的인 것”임을 규정하고 있다.

一般的으로 請約은 撤回可能하다³⁾(CISG 제 16조 제 1항). 그러나 이 原則에는 두 가지의 중요한 例外가 있다. 첫째는 請約이 “... 承諾을 위한 지정된 기간을 명시하거나 또는 기타의 방법으로 그것이 取消不能임을 표시하고 있는 경우”이며, 둘째는 “... 被請約者가 청약을 取消不能이라고 신뢰하는 것이 합리적이고 또 被請約者가 그 請約을 신뢰하여 행동한 경우”이다(CISG 제 16조 제 2항).

承諾에 관한 定義는 제 18조에 규정되어 있다. 먼저 同條는 承諾이 되기 위해서 被請約者는 어떤 방법으로든 請約에 대한 同意를 표시하여야 함을 분명히 하고 있다. 請約의 수령에 관한 단순한 通知 또는 請約에 대한 관심의 표현만으로는 承諾으로서 충분하지 않다. 더욱이 그러한 同意의 表示는 絕對적으로 請約의 條件과 일치하여야 한다.⁴⁾ 즉, 被請約者는 請約者에 의해서나 또는 被

1) 傳統的인 原則을 고수하고 있는데 대한 批判은 Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1986, pp. 48~49 참조.

2) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pp. 194~195.

3) 이는 英美法系의 原則을 반영한 것으로 보인다. 大陸法系의 一般原則에 따르면 確定請約은 撤回不可能하다.

4) A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 25th edition, Oxford, 1979, p. 34; 承諾이라는 定義에 붙는 형용사로서 Chitty 교수는 “最終적이고 無條件的”(final and unqualified)이라고 표현하고 있으며(A.G. Guest, *Chitty on Contracts*, 24th edition, Sweet & Maxwell, 1977, §52), Anderson 교수는 “絕對적이고 無條件的”(absolute and unconditional)이라고 표현하고 있으나(Anderson, Ronald A., *Business Law*,

請約者 자신에 의해 취해야 할 어떤 추가적인 조치⁵⁾를 조건으로 해서는 아니 된다. 請約이 承諾을 위해 어떤 특정한 방법을 부여하고 있지 않는 경우, 同意의 表示는 명시적 陳述에 의해 이루어질 수 있으며 또한 被請約者의 행위로부터 推論될 수도 있다. 被請約者側의 沈默이나 不作為 그 자체로는 被請約者가 請約에 同意한 것으로 간주되지 않는다.

CISG에서 請約과 承諾은 그것이 상대방에게 도달한 때 효력이 생긴다. 즉, 請約과 承諾이 상대방에게 口頭로 통지되거나 또는 여타 모든 수단에 의하여 상대방에게 직접, 상대방의 營業場所 또는 郵便送付處에, 또는 상대방이 營業場所나 郵便送付處가 없는 경우에는, 그 일상적인 居所에 전달되었을 때이다⁶⁾ (CISG 제 24조). 그러나 請約條項에 의해서나 또는 當事者間에 확립된 慣行에 따라 被請約者가 請約者에게 아무런 통지없이 어떤 행위를 행함으로써 同意를 나타낼 수 있는 경우에는 承諾에 관한 이러한 一般的 原則에 대한 例外가 인정될 수 있다. 이러한 예외가 인정되는 경우에 承諾은 그 행위가 행해진 때 효력을 발생하며, 請約者가 그 사실을 신속히 통지받았는지의 여부와는 관계가 없다(CISG 제 18조 제 3항).

지금까지 고찰한 CISG의 규정들은 계약이 대화자간에 체결되든 또는 격지자간에 체결되든에 관계없이 적용되는 반면에, CISG는 賣渡人과 買受人이 서로 격지에서 서신이나 전보 또는 전화, 텔렉스, 팩시밀리 등과 같은 동시적인 意思疏通手段에 의해 계약을 체결하는 상황만을 분명하게 언급하고 있는 다수의 규정들이 있다. 이들 규정으로는 “請約 또는 承諾은 그 撤回가 請約 또는 承諾의 도달전 또는 그와 동시에 상대방에게 도달하는 경우에는 이를 撤回할 수 있다.”라는 제 15조 제 2항과 제 22조가 있으며, 또 承諾을 위해 請約者가 지정한 기간의 정확한 起算點과 承諾의 전달상의 遲延을 각각 규정하고 있는 제 20조와 제 21조 제 2항이 있다.

被請約者는 請約者가 제의한 條件을 단순히 承諾함으로써 계약을 체결할 수

11th edition, South-Western Publishing Co., 1981, p. 135), 어느 경우에도 내용적으로는 같다고 할 수 있다.

- 5) 請約者가 취해야 할 조치로는, 예컨대 “當社의 承諾은 貴社의 最終承認을 조건으로 한다.”라는 것을 들 수 있으며, 被請約者 자신이 취해야 할 조치로는 예컨대 “當社는 一般去來條件協定書에 명시된 바 대로 契約條件을 承諾하며 本 契約을 승인받기 위해 2주 이내에 理事會에 회부할 것을 確約한다.”라는 것을 들 수 있다.
- 6) 그러나 격지자간의 우편과 전보에 의한 承諾의 경우에 있어서 各國法은 일반적으로 發信主義를 채택하고 있다(梁煥燦·崔銘國, 貿易賣買論, 博英社, 1994, pp. 52~53; 新堀 聰, 貿易賣買, 同文館, 1990, pp. 33~37).

있음을 나타내고 있는 유일한 규정이 제 19 조이다. 사실 同條는 承諾을 목적으로 하나 追加, 削除 또는 修正條項을 담고 있는 請約에 대한 회신은 請約의 拒絕이자 反對請約을 이룬다고 하는 原則을 재확인한 후, 계속해서 承諾에 포함된 추가 또는 상이한 조항이 請約條項을 실질적으로 변경시키지 않는다면 請約者가 부당한 지체없이 이를 거절하지 않는 한 契約은 이들 변경된 條項으로 체결됨을 규정하고 있다.

따라서 CISG는 契約條件이 단순히 請約에 포함된 條項이 아니라 兩當事者間에 이루어진 提議의 結果가 될 수 있는 경우가 있음을 받아들이고 있다. 그러나 請約과 承諾에 관한 통상적인 原則은 보다 제한되어 있다. 왜냐하면 被請約者에 의해 이루어진 변경은 그 변경이 請約條項을 實質적으로 變更시키지 않는 경우에만 계약의 일부가 되기 때문이다. CISG는 제 19 조 제 3 항에서 物品의 價格, 代金支給方法, 物品의 品質 및 數量, 引渡場所 및 時期, 他方當事者에 대한 一方當事者의 責任의 程度 또는 紛爭解決에 관한 請約條項의 變更은 請約의 實質的 變更에 해당한다는 점을 규정하고 있으며, 청약조항의 변경은 대부분 이들 항목이 될 것이기 때문에 請約條項의 變更이 契約의 一部로 되는 경우는 극히 드물 것으로 생각된다.⁷⁾

3. CISG와 請約과 承諾의 過程없이 締結되는 契約

CISG의 적용범위 내에 있는 대부분의 賣買契約은 傳統的인 請約과 承諾의 原則에 의해 체결되고 있음에도 불구하고, 이러한 請約과 承諾의 과정이 없는 賣買契約에도 CISG를 적용할 수 있을 것이다. 예컨대 고도로 전문화되고 高價인 장비나 전문기술을 필요로 하는 기계류 등과 같은 물품은 그 특성상 통상적으로 當事者間에 장기간의 복잡한 交渉이 요구되고 있다.⁸⁾ 또한 CISG의 범

7) 그러나 賣渡人이 CIF 契約에서 물품의 선적을 위한 豫定船舶을 변경하거나 또는 물품의 包裝方法을 변경하는 것은 實質的 變更에 해당되지 않는다고 하는 견해가 있다(E. Allan Farnsworth, *Formation of Contract, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* edited by Nina M. Galston and Hans Smit, Matthew Bender, 1984, § 3.04).

8) CISG는 '物品'에 관한 특별한 定義를 두고있지 않기 때문에, CISG는 제 2 조에서 규정한 것을 제외한 모든 動産에 적용된다. 더욱이 제 3 조 제 1 항에 따라 물품을 주문하는 當事者가 製造나 生産에 필요한 原材料의 상당한 부분을 공급하기로 되어 있는 경우가 아닌 한, CISG는 물품의 제조와 생산을 위한 계약에도 적용될 수 있다.

위를 넘어서는 다른 종류의 계약 예컨대 會社引受契約, 大型工場建設契約, 物物交換契約 등에도 當事者들의 明示의 合意에 의해 CISG를 적용할 수 있는데, 이러한 대규모 거래에서는 오히려 請約과 承諾이란 일련의 과정없이 장기간의 交渉 끝에 契約이 체결되는 경우가 많다.⁹⁾

잘 알려진 바와 같이, 이러한 종류의 거래에서 야기되는 어려움은 첫째로 當事者들간에 契約을 체결하려는 合意가 있었는지와 만약 있었다면 그것이 언제 있었는지를 결정하는 問題이다. 둘째로 交渉은 통상적으로 當事者들이 다양한 書類를 교환하면서 장기간에 걸쳐 이루어지기 때문에 이들 書類가 法律的으로 拘束力을 가지고 있는지와 이들 書類의 정확한 性格에 관하여 疑問이 제기되고 있다. 셋째로 當事者들은 그 거래가 書面으로 되어야 한다거나 또는 다른 形式要件이 구비되어야 한다는 점을 合意할 수 있는데, 이러한 경우에 의도된 形式要件이 계약체결에 있어서 중요한 것인지의 여부와 어떤 조건하에서 그 要件이 후속적으로 면제될 수 있는지를 결정하는 것은 매우 어려운 일이다.

이러한 疑問點들은 어떠한 식으로든 契約成立過程에 관련되기 때문에 CISG에 의해 규율받게 된다. 그러나 이러한 疑問點中 어느 것도 CISG에는 명시적으로 규정된 바가 없기 때문에 제7조 제2항에 따라 CISG의 규정을 類推適用하거나 또는 필요하다면 CISG가 기초하고 있는 一般原則들을 적용하여 그 解決策을 찾아야 할 것이다. 최후의 수단으로 國際私法의 原則에 의해 결정되는 國內法에서 그 解決策을 찾을 수도 있다.¹⁰⁾

(1) 合意의 存在를 決定하는 方法

CISG는 請約과 承諾의 原則에 따라 계약을 체결하는 것을 전제하고 있지만, 請約과 承諾의 과정없이 契約을 체결하는 것을 방해하는 銘文의 規定은 어느 곳에도 없다. CISG는 UNCITRAL에 의해 준비된 草案에서 발견할 수 있는 “賣買契約은 그것이 체결된 時期가 확정되지 않았다고 하더라도 체결될 수 있다.”라는 규정을 반영하지 않았다.¹¹⁾ 그러나 실제로는 현행 규정에 의해서도

9) Michael Joachim Bonell, "Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods", *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, International Chamber of Commerce, 1990, p. 161.

10) *ibid.*, p. 162.

11) *UNCITRAL Yearbook*, Vol. VIII, 1977, p. 93.

동일한 結論에 도달할 수 있다. 왜냐하면 첫째로 當事者들은 契約成立에 관한 규정과 관련하여 상당한 자치를 누릴 수 있기 때문이며(제 6 조), 둘째로 契約은 形式에 관하여 어떤 特定要件에 따라야 하는 것이 아니며(제 11 조), 따라서 契約의 存在는 단순히 當事者들의 行爲에 의해 推論될 수 있기 때문이다.

어떤 상황에서 契約을 체결하려는 合意가 있었는지와 있었다면 그것이 언제 있었는지를 결정하는 것은 물론 매우 다른 問題이다.

예컨대 當事者 모두의 참석하에 동일한 諒解覺書(memoranda of understanding)에 서명하거나, 또는 當事者 모두가 동시에 제 3 자에 의해 제시된 契約條件에 同意를 표시하는 경우와 같이, 當事者間에 同意의 表示가 同時에 이루어진다면 合意가 이루어진 時期를 결정하는 問題는 발생하지 않음은 분명하다. 기껏 問題가 되는 것은 서명된 서류상의 여러 條件들이 충분히 確定的인 것인지의 여부를 결정하는 것에 불과할 것이다. 이러한 問題들은 제 14 조를 적용하여 해결할 수 있다. 同條는 請約의 確定性에 관한 要件을 다루고 있다. 따라서 書面이 物品을 표시하고 또한 그 數量과 代金を 명시적 또는 묵시적으로 確定하고 있다면, 그것은 最終合意를 구체화시키는 것으로 생각할 수 있다.

반면에 契約이 공식적인 마무리없이 장시간의 직접면담에 의한 교섭으로 이루어진 경우와 같이, 同意의 表示가 동시에 이루어진 것이 아니라면 契約成立의 정확한 時期에 관해서 뿐만 아니라 그러한 合意가 실제로 있었는지의 여부에 관해서도 疑問이 제기된다. 이러한 疑問點에 대한 解決策은 제 8 조에 규정된 基準에 따라 적절히 해석된 當事者들의 行爲에서 찾아야 할 것이다.

(2) 交渉過程에서 交換되는 書類의 性格

거래의 목적이 보다 복잡할수록, 교섭도 보다 길어지고 當事者들이 예컨대 諒解事項合意書(letter of intent), 重要事項合意書(agreements in principle), 諒解覺書, 合意書(heads of agreement) 등과 같은 다양한 이름으로 된 書類를 교환하면서 조금씩 조금씩 合意에 도달하는 경향이 있다. 이러한 모든 書類들이 공통적으로 가지는 特性은 그것이 最終的인 合意를 이루지 못하고 있다는 점이다.¹²⁾ 이 점을 제외하고 이 書類들은 特定問題에 관해 合意를 이끌어 낼 목적으로 상대방과 교섭을 시작하겠다는 當事者 一方의 구체적인 언급이 없는

12) E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements ; Fair Dealing and Failed Negotiations", 87 *Columbia Law Review*, p. 249.

단순한 意圖에서부터 소위 假契約, 즉 이미 合意된 條件으로 장래의 어느 단계에서 正式契約을 체결하겠다는 兩當事者間의 合意에 이르기까지 매우 다양한 형태를 취하고 있다.

이 점과 관련하여 CISG는 어떻게 대처할 수 있는가?

前者의 경우, 즉 교섭을 개시하겠다는 단순한 意思表示를 하는데 있어서의 주된 問題는 그것과 확정가능한 請約을 구분하는 것이다. 이러한 구분을 위해서는 제 14조를 적용할 수 있는데, 同條에 따르면 當事者가 契約締結을 위한 請約을 하는지 또는 단순히 교섭을 개시하기 위한 意圖인지의 여부를 결정하기 위한 基本的인 基準은 承諾이 있을 경우 이에 구속될 意思가 있는지의 여부에 달려 있다.

書類上의 文言을 통해 어떤 의미에서 분명한 意圖를 나타낼 수 있다. 예컨대 “當社가 공장을 건설하기로 결정한다면 貴社께서는 이 서류의 承諾으로 이 서류에 언급된 조건에 따라 當社의 공장을 건설할 것을 約束한 것으로 본다.”와 같은 陳述은, 상대방이 서류를 승낙하는 경우에 상대방을 확정적으로 구속하는 약속이 된다. 반면에 예컨대 “귀사께서 당사에 보낸 서류를 검토한 후에, 귀사에 주문할 意思를 진화로 통보드리겠습니다. 이 서류는 주문으로 간주되지 않는다는 점을 명백히 하고자 한다.”와 같은 文言은 어떤 특별한 이행을 배제하는 것으로 보인다.

이러한 文言이 없는 경우에 當事者들의 意圖는 個別事件의 狀況에서 推論되어야 할 것이다.¹³⁾ 일반적으로 書類上의 條件이 보다 상세하고 보다 명확할수록 請約으로 간주되는 경우가 많을 것이다. 그리고 CISG에는 條件附 請約을 금지하는 규정이 없기 때문에, 서류가 當事者의 履行을 特定事件의 발생과 결부시키고 있다는 사실은 그 자체로는 承諾의 경우에 구속될 意圖를 배제하기 위한 충분한 이유로 간주되지 않는다. 예컨대 “當社 去來銀行이 제시하는 본 프로젝트의 金融條件이 當社를 만족시킬 경우에 當社는 앞에서 언급한 사항을 이행할 것을 고려할 수 있다.”와 같은 當事者 自身の 재량이 허용되는 조건이 많으면 많을수록, 그 서류는 承諾이 있을 경우 구속될 진정한 意圖가 있고 또 請約이 되는 것으로 간주되는 경우는 보다 적을 것이다.

또한 後者의 경우, 즉 假契約은 특별한 問題를 노출시키지 않는다. 사실 이

13) 구속될 의도에 관해서는 G. Eörsi & E.A. Farnsworth, in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987, p. 137 이하 참조.

러한 假契約은 正式契約은 아니지만 當事者間的 장래에 계약을 체결하겠다는 約束을 나타내고 있는 통상적인 賣買契約과 전혀 차이가 없다. 따라서 CISG는 이러한 종류의 合意에 관하여 특별히 규정하고 있지는 않으나 통상적인 賣買契約의 成立을 규율하는 규정들을 이들 契約에 類推해서 적용할 수 있을 것이다.

반면에 이와 같은 두 가지의 극단적인 경우 사이에 속하는 書類의 다양한 樣態와 관련하여 問題가 제기된다. 이들이 보편적으로 가지는 特性은 當事者들에 의해 合意된 事項과 當事者들이 장래의 交渉과정에서 合意해야 할 사항을 담고 있다는 점이다. 장래의 交渉결과 바람직한 결과를 낳는 한 아무런 問題點이 야기되지 않으며, 當事者들이 빠뜨린 사항도 合意할 수 있음은 분명하다. 그러나 當事者 一方이 예정된 交渉에 임하지 않거나 또는 交渉이 최종적으로 실패할 경우, 假契約의 운명은 어떻게 되는가? 다시 말하면, 이미 이루어진 合意는 존중되어야 하고 合意되지 않은 사항은 보충되어야 하는가? 또는 이들 사항들에 대한 當事者들의 합의실패가 假契約의 구속력을 모두 박탈하는가?

CISG는 이 점에 대해서도 沈默하고 있다. 그러나 CISG를 유지하고 있는 原則에 비추어 볼 때, 그 解決策은 궁극적으로 當事者들의 意圖에 달려 있는 것으로 보인다. 만약 當事者들의 意圖가 장래에 合意하여야 할 사항에 대하여 합의에 실패한다고 하더라도 假契約에 구속되는 것이라면, 합의되지 않은 사항을 결정할 合理的인 代案이 있는 한 그러한 當事者들의 意圖는 존중되어야 한다. 當事者들의 의도는 명시적으로 규정될 수 있으며, 또는 합의되지 않은 사항이 그 성격상 장래의 어느 단계에서만 결정될 수 있는 사항들과 관련되어 있든 아니든간에 또는 이미 이루어진 합의가 부분적으로 이행되었든간에, 假契約의 明確性의 程度, 去來의 性格 및 아직 合意되어야 할 사항의 重要性和 비교하여 이미 합의된 조항의 重要性 등을 고려하여 當該事件의 狀況에서 推論될 수도 있다. 합의되지 않은 사항을 결정하기 위해서는 가능한 한 CISG의 규정에서 그 解決策을 찾아야 하겠지만,¹⁴⁾ CISG가 특별한 규정을 가지고 있지 않은 경우에는 최후의 수단으로 合理性의 基準을 적용하여야 할 것이다.

當事者들이 合意에 실패한 사항이 代金인 경우에도 이러한 결론을 적용할 수 있는지의 여부에 관해서 疑問이 있을 수 있다. 제 14 조에 따라 직접적 또는 간접적으로 대금을 기재하지 않아 진정한 請約이 아닐 수 있다는 점에 어려움

14) 예컨대 물품의 引渡場所나 引渡期日에 관한 것이라면 제 31 조와 제 33 조를 적용할 수 있으며, 代金에 관한 合意가 없을 경우에는 제 55 조를 적용할 수 있다.

이 있다. 그러나 제 55 조와 같이 CISG의 다른 규정은 명시적으로 當事者間에 代金이 확정되지 않았으나 代金決定을 위한 客觀的인 基準을 제공하고 있는 契約을 다루고 있다는 점을 유념하여야 한다. 분명히 저촉되는 이들 두 규정들을 조정하는 유일한 방법은 제 14 조는 請約과 關連되는 問題를 다루고 있으며, 제 55 조는 當事者들이 代金에 관한 어떤 意思表示가 없는 경우 구속하는 合意를 이룬다는 전제하에 當該契約을 다루고 있다고 推論하는 것이다.¹⁵⁾ 그렇다면 제 55 조는 애초부터 當事者들이 구속하는 合意를 이룬다는 전제하에 當事者들이 장래의 어느 단계에서 代金を 合意하기로 결정하고 그 후 장래의 어느 단계에서 합의에 실패한 경우를 상정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(3) “契約書 作成을 條件으로 한다.” 또는 이와 類似한 條項

교섭과정에서 當事者들은 지금까지 도달한 合意事項을 담고 있는 假契約 또는 諒解覺書와 같은 서류를 상호 교환할 수 있다. 그리고 이들 서류에 “契約書 作成을 條件으로 한다.”(subject to contract)라거나 또는 “조만간 正式契約을 締結한다.”(formal agreement to follow)와 같은 문언을 두어 장래의 어느 단계에서 正式契約을 체결하겠다고 하는 그들의 意圖를 선언할 수 있다.

賣買契約의 締結에 있어서 명시적 또는 묵시적으로 어떤 特定の 形式要件을 조건으로 하지 않는다고 하는 제 11 조에서 언급된 一般原則에 비추어 볼 때, 上記와 같은 종류의 陳述는 CISG에서 허용되고 있음은 분명하다.

이러한 종류의 陳述에 의해 야기되는 問題는 다른 곳에 있다. 먼저 예정된 形式要件이 本質的인 것인지의 여부, 즉 當事者들이 계약의 체결에 正式의 書類作成을 조건으로 할 의도였는지 아니면 단순히 증거상의 목적으로 그 形式要件을 원하였는지를 결정하여야 한다. 이에 더하여 特定の 形式要件이 本質的인 性格으로 될 때에는 그것이 當事者들의 後發的인 行爲에 의해 포기될 수 있는 것인지에 관해 疑問이 제기된다.

前者의 問題, 즉 當事者들이 계약의 체결에 正式의 書類作成을 조건으로 할 의도였는지 아니면 단순히 증거상의 목적으로 그 形式要件을 원하였는지의 여부에 관해서, 대부분의 國內法과 같이,¹⁶⁾ CISG에 따라도 그 해결은 결국 個別

15) G. Erösi & E.A. Farnsworth, *op. cit.*, p. 141.

16) Rudolf B. Schlesinger ed., *Formation of Contracts*, Oceana Publications and Stevens & Sons, 1968, pp. 177~182 and pp. 1623~1693.

事件의 狀況에 달려 있다.

일반적으로 어떤 의미에서 當事者들에 의한 명확한 의도가 없는 경우에, 그 해결을 위한 적절한 요인들은 준수해야 할 特定形式要件에 관한 合意事項, 非公式적으로 도달한 合意의 完全性程度 및 當該去來의 複雜性 등이다. 다시 말하면 當事者들이 특정의 形式要件을 빨리 수립하면 할 수록 그들이 비공식적으로 도달하는 合意는 보다 적을 것이며, 當該去來의 性格이 보다 복잡할수록 當事者들은 계약의 존재에 어떤 조건을 붙이는 경향이 많아지게 될 것이다.

따라서 特定の 形式要件이 없이는 구속하는 合意가 없는 경우가 많다고 할 수 있다. 반면에 當事者들이 모든 중요한 사항에 관해 非公式的 合意에 도달한 후 그 이행을 결정하고 또 當該去來가 통상적으로 어떤 특정의 形式要件없이 체결되는 종류라면 최종적인 서류는 증거목적은 가지는 경향이 있다.

後者の 問題, 즉 當事者들이 이미 합의한 本質的인 形式要件을 후발적으로 포기할 수 있다는 가능성에 대해 일견 CISG 상의 解決策은 대부분의 國內法에서보다 더 자유롭지 못한 것 같다.

사실 일반적으로 國內法은 書面이든 口頭이든 관계없이 形式要件에 관한 모든 合意는 명시적이든 묵시적이든간에 當事者들에 의해 배제될 수 있다는 점을 받아들이고 있는 반면에,¹⁷⁾ CISG 제 29조 제 2항은 書面合意인 경우에 形式要件에 관한 규정의 묵시적 포기는 허용될 수 없다는 것을 의미하는 것으로 보인다.

그러나 이 점을 자세히 검토해 보면, 그 차이는 그렇게 큰 것 같지는 않다. 먼저 제 29조 제 2항은 특별히 形式要件이 계약의 變更이나 또는 合意에 의한 계약의 消滅이 요구되는 경우만을 다루고 있다. 이러한 제 29조 제 2항을 계약의 성립에 어떤 形式要件이 요구되는 상황에도 유추해서 적용할 수 있는지는 검토해 볼 필요가 있는 問題이다.

다음으로 제 29조 제 2항은 一般原則에 대한 例外로서 書面契約에 포함된 어떤 조항은 자신의 행위에 의하여 상대방이 그러한 행위를 신뢰한 범위까지는 서면상의 규정을 원용하는 것을 배제시킬 수 있다고 하는 趣旨를 규정하고 있다. 사실 이것은 後發的인 行爲에 의해 當事者들이 계약상 특정의 形式要件에 관한 그들의 以前의 行爲에 더이상의 어떤 중요성을 부여하지 않으며, 또한

17) *ibid.*, pp. 1633~1639 and pp. 1667~1668.

최소한 當事者 중의 一方은 예컨대 상대방에 의한 즉각적인 반응없이 그 義務履行을 구함으로써 비공식적으로 도달한 합의의 구속력을 믿고 행동한다는 인상을 주는 모든 경우를 포함하기에 충분하여야 한다.¹⁸⁾

지금까지 論議한 서류상의 조항과는 다른 것이 소위 “合併條項”(merger clauses)인데, 이는 當事者들이 합의한 조건을 완전하게 구체화시킨다는 점을 규정하면서 그 以前 또는 同時的인 陳述이나 合意는 부적절한 것으로 간주한다는 것이다.

제 6조 當事者自治의 原則에 비추어 볼 때 CISG에서 그러한 조항이 허용된다는 것은 의심의 여지가 없다.¹⁹⁾ 실제로 야기될 수 있는 問題는 當事者들이 서류를 보충하거나 수정할 목적으로 또는 그것을 해석할 목적으로 以前 또는 同時的인 合意를 부적절한 것으로 의도했는지의 여부에 관한 것이다.

前者의 경우에서 合併條項은 제 11 조에서 賣買契約은 “證人을 포함하여 여하한 수단에 의해서도 立證될 수 있다.”라고 규정된 原則의 效果를 떨어뜨리게 된다. 반면에 後者의 경우에서 그것은 제 8조 제 3항에서 찾을 수 있는 原則도 배제된다. 제 8조 제 3항에 따르면 계약의 해석에 있어서 “교섭을 포함하여 일체의 관련된 상황에 대한 상당한 고려가 있어야 한다.”

물론 그 해결은 주로 合併條項에 사용된 文言에 달려 있다. 즉, 원칙적으로 극단적인 결과란 관점에서 서류에 포함되지 않은 어떤 以前 또는 同時的인 合意를 금지시키는 것은 이 효과에 대한 當事者들의 명시적 의도없이 허용되어서는 아니된다. 다시 말하면 일반적으로 合併條項은 서류를 보충하거나 수정할 목적으로만 以前 또는 同時的인 合意의 증거목적을 금지시키는 효과를 가지게 된다.

18) R.A. Hillman, “Article 29 (2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A New Effort at Clarifying the Legal Effect of ‘No Oral Modification’ Clauses”, *21 Cornell International Law Journal*, 1988, pp. 460~461.

19) P. Winship, “An Introduction to the United Nations Sales Convention”, *43 Consumer Finance Law Quarterly Report*, 1989, p. 29.

III. 契約締結上の 過失責任

1. CISG는 交渉中인 當事者間の 責任에 관한 規定이 없다.

CISG는 賣買契約의 締結에 앞서 交渉中の 行위에 관한 當事者들의 責任問題를 명시적으로 다루는 規定을 두고 있지 않다. 그러나 CISG의 준비작업중이 이 問題에 관한 몇몇 提議들이 제시되었다. 따라서 UNCITRAL 작업부에 의해 채택된 契約成立에 관한 協約草案은 명시적으로 “계약의 성립중에 當事者들은 公正去來의 原則을 준수하여야 하고 信義誠實로 행동하여야 한다.”라고 되어 있는 規定을 두고 있었다(CISG 초안 제 5 조).

同條는 UNCITRAL의 1978년 제 11 차 회기에서 장시간 논의되었다.²⁰⁾ 同條의 삭제를 주장한 자들은, 비록 信義誠實과 公正去來가 國際商業에서 극히 바람직한 원칙이라고 하더라도, 그 원칙들을 구체화시키는 방법이 너무 애매하다고 지적하였다. 그들은 同條를 적용하는 國內法廷은 필연적으로 그들 자신의 法制와 다른 국가에서는 同條에 다른 解釋이 주어질 수 있다는 사회적 전통에 의해 영향을 받는다는 점을 주장하였다. 또한 CISG 초안은 當事者들을 구속시키는 원칙을 준수하지 못한다에 따른 결과를 언급하고 있지 않다는 점이 지적되었다. 이는 통일적인 制裁를 가할 수 없기 때문에 違反의 結果는 國內法에 맡겨져 있다는 것을 의미한다.

同條를 유지시키고자 하는 입장에서는 먼저 信義誠實의 原則에 관한 범세계적인 인식때문에 CISG에 이를 넣는 것은 아무런 害가 되지 않는다는 점을 주장하였다. 제의된 規定이 信義誠實과 公正去來의 原則에 대한 違反의 效果를 두고 있지 않다고 하는 반대입장에 대하여, 이는 法院에 의해 個別事件의 특수한 상황에 따라 融通성있게 결정되어야 함을 주장하였다. 어떠한 경우든 制裁措置없이도 그 조항의 존재만으로도 國際貿易去來에서 行爲의 上位基準을 기대할 수 있다는 사실때문에 當事者들과 法院의 注意를 끌 수 있을 것이다. 이러한 의견의 차이로 UNCITRAL은 결국 問題의 規定을 削除하고 CISG의 解

20) *UNCITRAL Yearbook*, Vol. IX, 1978, pp. 35~36.

釋條項인 제 7 조 제 1 항에 信義誠實의 原則을 넣는 多協적인 해결책에 만족하여야 했다.

CISG의 解釋條項에 信義誠實의 原則을 규정하는 것이 타당한가에 대해서는 비엔나 외교회의 때에 다시 제기되었다.²¹⁾ 두 가지의 修正案이 제시되었는데, 이 두 修正案 모두 그 原則을 다른 곳에 규정하자는 것이었다. 첫째 제의는 그것을 個別契約의 解釋條項部分에 규정하자는 것이고,²²⁾ 둘째 제의는 “賣買契約의 成立, 解釋 및 履行에 있어서 當事者들은 信義誠實과 國際協力の 原則을 준수하여야 한다.”라는 特別條項을 채택하여야 한다는 것이었다.²³⁾ 이들 두 제안이 약간의 지지를 받긴 했지만, 회의석상의 지배적인 견해는 이미 UNCITRAL이 집중적으로 논의했던 問題에 대하여 논의를 재개하는데 반대하는 입장이었다. 따라서 제 7 조 제 1 항은 더 이상의 수정없이 채택되었다.

2. 契約締結上の 過失責任 : CISG의 範圍를 벗어나는 問題인가?

CISG가 교섭중의 當事者들의 行爲에 대한 契約締結上の 過失責任을 명시적으로 다루고 있는 규정을 두고 있지 않다는 사실은 반드시 이 問題가 CISG의 범위를 벗어나는 것을 의미한다고는 볼 수 없을 것이다. 사실 契約締結上の 過失責任은 CISG에서는 명시적으로 해결되지는 않았지만 CISG에 의해 규율되는 問題中の 하나로 볼 수 있다. 契約締結上の 過失責任에 관한 問題는 CISG가 근거를 두고 있는 一般原則에서 그 解決策을 찾아야 하며, 그러한 原則이 없는 경우에만 國際私法の 原則에 따라 선정되는 準據法에서 그 解決策을 찾아야 할 것이다²⁴⁾(CISG 제 7 조 제 2 항).

契約締結上の 過失責任에 관한 지금까지의 支配적인 見解는 CISG의 범위를 벗어나는 問題로서 國內法에 의해 규율되어야 한다는 것이었다.²⁵⁾ 契約締結上の 過失責任에 總則規定을 적용하고자 하는 모든 제의들이 거절되었다고 하는

21) *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods* (Vienna 10 March~11 April, 1980), Official Records, 1981, pp. 255~257.

22) Amendment proposed by Norway(A/Conf.97/C.1/L.28).

23) Amendment proposed by Italy(A/Conf.97/C.1/L.59).

24) CISG 제 7 조 제 2 항의 목적과 역사적 배경은 P. Winship, "Private International Law and the UN Sales Convention", *21 Cornell International Law Journal*, 1988, pp. 509~515 참조.

25) Michael Joachim Bonell, *op. cit.*, p. 167.

사실은 CISG의 草案者들이 이 問題를 통일되어 있지 않은 기존의 國內法에 넘기기를 바랐다는 점을 분명히 보여주고 있다. 따라서 當事者 一方이 交渉중의 자신의 行위에 대해 相對方에게 책임이 있는지와 만일 책임이 있다면 그 정도는 어디까지인가를 결정하기 위하여 각각의 國內法까지 거슬러 올라갈 수 있다. 그리고 그 책임에 관한 法律的 性格은 국가마다 다를 수 있기 때문에, 契約 또는 準契約 性格에 관한 責任에서부터 不法行爲에 관한 責任에 이르기까지 準據法은 어떤 경우에는 締結地法이 되고 또 어떤 경우에는 不法行爲地法이 되기도 한다.²⁶⁾

이러한 契約締結上の 過失責任에 관한 問題가 CISG의 범위를 완전히 벗어나는 것이라는 見解에는 疑問이 있다. 주된 缺陷은 契約締結上の 過失責任이 하나의 同質的인 主題를 이룬다고 하는 假定에서 출발한다는 점이다. 실제에 있어서 이 개념은 상이한 상황의 過程 全부를 포함하고 있다.²⁷⁾ 이를 위해 當事者 一方이 계약체결을 위하여 交渉에 개입한 결과로 인한 行위에 의해 特定한 義務를 위반하게 되는 통상적인 경우와는 구분되는 경우로서, 當事者 一方의 行위가 交渉시에 행해진 사실이라는 것과는 관계없이 法的 違反에 이르게 되는 경우를, 또는 當事者 一方의 行위가 부당하여 無效인 契約이 체결되는 경우와 當事者 一方의 行위가 부당하여 合意가 방해되는 효과를 가지는 경우간에 존재하는 차이를 고찰하는 것만으로 충분하다.

CISG가 이러한 상이한 상황 각각의 경우에 적용되는 범위를 결정하기 위하여 이들 간에 구분이 있어야 할 것이다. 더욱이 當事者들 스스로가 交渉중에 그들의 權利와 義務가 어떻게 되어야 한다는 점을 규정하고, 그 나머지 사항에 대한 法的基準을 CISG나 準據國內法에서 찾을 수 있도록 하는 確定性에 관하여 事前에 고려할 수 있다.

(1) 合意에 의해 規律되는 契約締結上の 過失責任

當事者들은 交渉중에 언제라도 그들의 權利와 義務가 무엇인가에 관하여 명

26) G. Eörsi, "A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *31 American Journal of Comparative Law*, 1983, pp. 348-349.

27) F. Kessler & E. Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract; A Comparative Study", *77 Harvard Law Review*, 1964, p. 401.

시적으로 합의할 자유가 있다. 통상적으로 긍정적인 결과를 보장할 수 없는 장기간의 교섭이 요구되는 복잡한 거래에서 이러한 종류의 합의가 특히 자주 있게 된다.

문제의 합의는 통상 當事者 一方이 諒解事項合意書를 相對方에게 보내고 相對方이 이를 수락하는 형식을 취하고 있다. 그러나 마찬가지로 當事者 一方이 相對方에게 어떤 서비스를 제공할 것을 요청하고 相對方이 이에 대한 明示의 합의에 도달함이 없이 그 서비스의 제공을 제한하는 경우에도 합의는 默示될 수 있다.

이러한 합의 내용은 교섭중에 교환된 極秘情報의 秘密保障, 契約履行의 準備過程에서 지급된 활동비의 償還, 제 3자와의 동시교섭의 배제 등과 같은 중요한 特定義務를 규정하는 합의에서부터 當事者에게 信義誠實로 교섭에 임할 義務를 부과하거나 또는 나중에 아직 해결되지 않은 사항을 해결하기 위하여 當事者들이 최선의 노력을 할 義務를 부과하는 등과 같은 보다 일반적인 성격에 관한 합의까지 매우 다양하다.²⁸⁾

CISG에 의해 규율되는 賣買契約에 當事者들은 이러한 종류의 합의를 할 수 있다는 점은 의심의 여지가 없다. 이는 제 6조에 규정된 當事者自治의 原則에서 유래한다. 반면에 準據國內法에서 當事者들이 동일한 권리를 누릴 수 있다는 사실에 비추어 보아 契約締結上の 過失責任에 관한 문제가 CISG의 범위 밖에 있다고 보는 견해에 따라도 마찬가지로 마찬가지로의 결과를 얻을 수 있다.

이러한 합의와 관련해서 야기될 수 있는 하나의 문제는 當事者들이 계약을 체결하기 전에 합의된 義務와 일치하게 행동하지 못한 결과에 대해서는 언급하고 있지 않거나 또는 이러한 義務의 내용을 규정하는 방법이 애매하다는 사실에 있다.

따라서 秘密合意가 이루어지고 秘密保障義務의 違反이 있을 경우에 이용가능한 救濟方案을 명시하지 않거나 또는 이러한 사항에 대하여 보다 명확한 의미를 담고 있지 않는 信義誠實條項 또는 最善勞力條項을 두는 경우가 있다. 이러한 경우에 그 解決策은 當事者들의 합의 밖에서, 즉 CISG 자체에서나 또는 準據國內法에서 찾아야 한다는 점은 명백하다. 다시 말하면 이 점에 대해서는 當事者들간에 어떤 합의를 이루었다고는 볼 수 없을 것이다.

28) E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", p. 252 and pp. 272~285.

(2) 傷害와 所有權의 侵害

교섭중에 當事者 一方이 相對方에게 傷害를 입힐 수도 있고 또 相對方의 所有權을 침해할 수도 있다. 상점에 들어간 고객이 얼룩진 마루에 넘어지는 경우나 잠재적인 기계의 고객이 그것을 시험하던 중에 태만하여 損害를 야기시킨 경우가 그 전형적인 例이다. 이러한 행위는 그 해당자가 누구이든 그리고 계약 체결을 위한 교섭의 경우에서 그 행위자가 누구이든 관계없이 책임있는 사람이 損害를 부담할 義務가 있다. 이 때문에 그러한 행위와 契約締結上的 過失責任에 관한 問題間的 어떤 관련성에 관하여 다룰 수 있다. 그러나 이러한 성격의 행위는 보편적으로 不法行爲上的 責任에 해당하기 때문에 이들은 전적으로 賣買契約의 成立과 그러한 계약의 성립으로부터 발생하는 賣渡人과 買受人間的 權利와 義務에만 관련되는 CISG의 범위 밖에 있다는 점은 분명하다.²⁹⁾

(3) 契約이 締結되었을 경우의 契約締結上的 過失責任

當事者 一方은 相對方을 통상적인 상황에서는 계약이 체결될 가능성이 전혀 없거나 또는 다른 조건으로 계약이 체결되었을 그러한 경우에 계약을 체결하도록 유인하기 위하여 교섭중에 부적절한 수단을 이용하는 수가 있다. 當事者 一方의 同意가 詐欺나 威脅에 의해 얻어진 경우가 그 전형적인 例이다. 이 경우에 被害當事者의 주된 관심사는 계약을 이행하지 않는 것이다. 다시 말하면 이 問題는 本質적으로 契約이 無效로 체결되었다고 하는 점이다. 그러나 CISG 제 4 조는 계약의 有效性과는 관련이 없다고 명시적으로 규정하고 있기 때문에 이 問題는 CISG의 범위 밖에 있게 된다. 이는 準據國內法까지 거슬러 올라가며, 準據國內法은 통상 CISG의 개입이 없는 상황에서 被害當事者가 相對方의 부적절한 행위 때문에 契約을 解除할 수 있는 조건뿐만 아니라 相對方이 損害賠償責任의 有無와 그 程度를 규율하는 법이 된다.

(4) 契約이 締結되지 않았을 경우의 契約締結上的 過失責任

교섭중 當事者 一方의 부당한 행위가 合意를 방해하거나 또는 契約의 成立을 목적으로 하는 것은 아닌 경우가 問題가 되는 것은 그 행위에 대해 當事者가 責

29) CISG 제 4 조.

任이 있었는지와 있었다면 그 정도를 결정하는 것과 일단 加害者의 責任이 인정된 뒤에는 被害當事者가 이용할 수 있는 救濟方案을 구체화시키는 것이다. CISG를 적절하게 해석한다면 CISG는 前者의 問題에 대해서는 解決策을 제공할 수 있음은 확실하며, 後者의 問題에 대해서는 두 가지의 問題點이 있다.

이미 본 바와 같이 CISG는 제 7조 제 1항에서 國際貿易에서 信義誠實의 原則을 준수할 필요성에 관한 명시적 규정을 두고 있다. CISG의 해석에 있어서 信義誠實의 原則은 法官과 仲裁人이 고려해야 할 부수적인 기준 이상이 아니라는 견해도 있지만, 同條를 보다 넓게 해석하여 賣買契約當事者들도 國際貿易에서 信義誠實의 原則을 준수하도록 하는 권고로 삼아야 한다고 보는 것이 보다 타당할 것이다.³⁰⁾ 사실 CISG 上의 特別規定을 해석할 때 信義誠實의 原則은 當事者들의 행위에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 더구나 信義誠實의 原則이 CISG를 전반적으로 유지시키고 있는 一般原則의 하나임을 나타내고 있는 다수의 규정이 있다. 제 7조 제 2항의 규정에 따라 CISG가 어떤 特別規定을 두고 있지 않는 契約의 成立과 그 履行에 관련되는 問題解決에 이러한 一般原則을 적용할 수 있을 것이다.

교섭중인 當事者들의 행위에 관한 추가적인 의무를 부여하기 위하여 信義誠實의 原則을 반영시킬 수 있다는 생각을 받아들이는 것은 첫단계에 불과하다. 즉, 이들 義務의 내용이 정확히 결정되어야 한다.

먼저 信義誠實의 原則을 반영시킬 수 있다는 생각과 관련하여, CISG는 제 7조 제 1항에서 “國際貿易에 있어서” 信義誠實의 原則을 규정함으로써 이 原則을 個別國內法에서 적용되는 基準에 따라 적용할 수 있다는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 교섭의 파기와 같이 합의를 방해하는 행위가 있을 경우, 大陸法系에 속하는 대부분의 국가에서는 성공이 있어 보이는 단계에서 갑자기 또는 정당하지 않게 교섭을 파기하는 모든 경우에 그 當事者는 契約締結上의 過失責任을 부담하게 되는 반면에, 英美法系의 국가들은 일반적으로 이러한 행위를 교섭의 자유로 추정하고 또 계약을 체결할 意思가 더이상 없는 當事者가 그 사실을 相對方에게 즉시 통지해 주어야 한다는 것만을 요구하고 있는 것으로 나타난다.³¹⁾ 當事者들이 이러한 두 가지의 상이한 法制에 개입되는 경우 CISG

30) 이와 다른 見解에 대해서는 M. J. Bonell, in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, p. 85 참조.

31) E.A. Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, p. 242.

에서의 解決策은 契約을 체결할 수 없거나 또는 그 의도가 없는 것을 알고 있으면서 교섭에 임하거나 또는 교섭을 계속 유지시키기 위할 때에는 최소한 어느 한 當事者에게 책임을 지우기 위하여 두 가지의 극단적인 경우에 놓이게 된다는 점이다.³²⁾ 契約의 成立過程에 있어서 예컨대 告知義務, 秘密保障義務³³⁾ 등과 같은 사항에 대해서도 信義誠實의 原則과 관련하여 유사한 접근방법이 또한 필요할 것이다.

그러나 보다 중요한 것은 國內法과 마찬가지로 CISG의 내용상 교섭중의 행위에 대한 當事者들의 정확한 義務內容은 궁극적으로 관련 去來慣習을 포함하여 그 사건의 상황에 달려 있다는 것을 염두에 두어야 한다는 점이다.³⁴⁾ 따라서 交渉의 破棄를 예로 들면 지금까지 合意된 契約條項과 앞으로 교섭해야 할 사항을 나타내는 諒解事項合意書나 諒解覺書를 준비하는 것과 같이 교섭이 보다 公式의일수록 最終合意에 도달할 수 있다는 정당한 기대는 보다 크고 當事者가 損害를 입지 않고 交渉을 破棄할 가능성은 점점 줄어들고 있다는 점은 명백하다. 마찬가지로 어떤 去來나 職業에서는 통상 비밀로 고려되는 정보가 반드시 다른 去來나 職業에서도 그렇게 취급되어야 하는 것은 아닌 것처럼 교섭중의 告知義務는 關聯當事者들의 직업적 숙련도, 그들이 활동하고 있는 特定 去來 등에 따라 변할 수 있다.

둘째 問題, 즉 被害當事者가 相對方의 부당한 행위에 대해 이용가능한 救濟 方案에 관해서는 확실히 대답하기 쉬운 問題는 아니다. 이 점에 대해 CISG에서는 특별한 규정을 찾아 볼 수 없으며, CISG에서 명시적으로 다루고 있는 救

32) 사실 이것은 UNIDROIT의 草案上の 原則에 의해 제시된 解決策이기도 한데 그 草案 제 2.14 조는 "(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken 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 knowing that he is not able or willing to make an agreement with the other party."라고 규정하고 있다.

33) UNIDROIT 協約草案은 "If 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 use it improperly for his own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. If appropriate, the remedy for breach may include compensation based on the benefit received by the other party."라고 규정하고 있다.

34) E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", pp. 273 ~285. Farnsworth 교수는 가장 중요한 불공정한 경우로 交渉拒絕, 不當한 策略, 不合理的 提議, 不告知, 다른 사람과의 交渉, 反則行爲 및 交渉의 破棄 등 일곱 가지를 지적하고 있다.

濟方案은 모두 체결된 賣買契約에서 야기되는 義務履行의 怠慢을 전제하고 있다. 따라서 일견하여 CISG는 계약이 체결되지 않았고 또 기대에 실망한 被害當事者가 긍정적인 교섭결과만을 언급하고 있는 경우에 準據法으로는 부적합한 것으로 보일 수 있다.

그러나 보다 자세히 검토해 보면, 救濟方案에 관한 몇몇 CISG 규정을 類推適用함으로써 그 解決策을 찾을 수 있다.

따라서 적합한 情報의 告知義務나 교섭중의 秘密保障義務의 違反이 있는 경우도 賣渡人이나 買受人이 계약이나 CISG上的 義務違反을 한 경우에 CISG에 규정된 禁止命令을 포함하여 特定履行(그것이 적합하고 CISG 제 28조, 제 46조 및 제 47조에 규정된 제한범위 내에 있는 경우라면)의 判決이 내려지지 말아야 할 이유가 없다.

損害賠償과 관련해서, 계약위반시 損害賠償은 被害當事者으로 하여금 계약이 이행되었다면 그가 얻게 되었을 입장에 둘 의도인 반면에, 契約締結前의 義務違反時 損害賠償의 目的은 被害當事者으로 하여금 相對方이 부당하게 행동하지 않았다면 그가 얻게 되었을 입장에 두는 것임은 분명하다. CISG 제 74조를 類推해서 적용한다면 이러한 後者의 경우도 카바하기에 충분한 것으로 보인다. 즉, 기대한 契約과 관련하여 지급한 費用을 나타내는 損害(loss), 그리고 다른 當事者와 계약을 체결할 기회의 상실로 인한 利益損害(loss of profit)는 회수가 가능하다.

반면에 “...의 결과로서”(as a consequence of)는 기대한 계약과 관련된 정당한 費用과 被害當事者가 궁극적으로 실패한 교섭을 정당하게 보류시키지 않은 기회에 대한 것만을 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다.³⁵⁾ 제 77조에 규정된 損害輕減原則의 적용도 아무런 問題를 낳지 않는다. 다시 말하면 契約締結上의 過失責任의 경우에도 被害當事者는 예컨대 相對方이 계약을 체결할 의도에 의심이 있다는 것을 아는 즉시 추가적인 지출을 막거나 또는 다른 기회를 추구함으로써 합리적인 노력으로 피할 수 있었던 損害를 賠償받을 權利가 없어야 한다. 마지막으로 제 74조에 규정된 豫見可能性의 基準에 관해 契約締結이 없다면 적절한 時期를 결정하기 위한 새로운 基準을 찾아야 한다. 즉, 類推解釋에 의해 최선의 論理的 解決策으로 被害當事者가 긍정적인 교섭결과

35) E.A. Farnsworth, *op. cit.*, pp. 223~229.

를 얻는다고 정당하게 신뢰하게 된 상황이 생겼을 때를 적절한 時期로 보는 것이 타당할 것이다.

IV. 結 論

CISG의 적용범위 내에 있는 대부분의 계약이 請約과 承諾의 原則이라는 傳統的인 方法에 의해 체결되고 있지만, CISG는 그러한 請約과 承諾의 과정없이 점진적으로 最終契約에 이르는, 즉 當事者間的 장기간의 교섭 후에 계약이 체결되는 거래에도 적용가능하다는 점은 이상의 論議에서 보았듯이 분명하다.

이러한 後者의 범주에 속하는 거래에는 여러 가지 問題點이 나타날 수 있다. 즉, 어떤 사건에서 계약을 체결하려는 合意가 있었는지 또 있었다면 그것이 언제 있었는지를 결정하여야 하는 問題, 교섭과정에서 當事者들이 교환하게 되는 다양한 종류의 書類에 관한 정확한 性格과 그 拘束力의 問題, 또는 준수해야 할 書類上的 形式要件에 관한 特別合意에 따른 效果問題 등이 있다.

이러한 모든 問題點들은 여러 가지 면에서 契約成立過程에 관련되며, 따라서 CISG에 의해 규율된다. 모든 점에서는 아니라고 하더라도 上記 事項들은 請約과 承諾에 관한 CISG의 규정들을 類推適用하여 만족스러운 정도로 解決策을 찾을 수 있다.

마찬가지로 CISG는 교섭중의 當事者들의 行爲에 관한 契約締結上的 過失責任에 관한 問題에 대해서도 沈默하고 있다. 이 問題가 CISG에 의해 해결될 수 있는지의 여부를 결정하기 위하여 상이한 상황간을 구별할 필요가 있다. 사실 교섭중의 傷害나 所有權의 侵害와 같은 경우와 當事者 一方에 의한 부당한 行위로 체결된 계약이 無效로 되는 경우는 CISG의 범위 밖에 있는 반면에, 當事者들 스스로가 교섭중에 그들의 權利와 義務가 어떻게 되어야 하는가를 合意하고 있는 경우와 當事者 一方의 부당한 行위가 合意를 방해한 경우라면 그 상황은 다르다.

契約締結上的 過失責任問題는 무엇보다도 먼저 교섭중의 부당한 行위로 인하여 當事者 一方이 責任이 있었는지의 여부와 있었다면 그 程度를 결정하는 것이며, 둘째로 被害當事者가 이용할 수 있는 救濟方案을 결정하는 것이다.

CISG를 합리적으로 해석한다면 CISG는 이러한 두 가지 問題에 대한 解決策을 제공할 수 있는 것으로 보인다.

契約締結上の 過失責任의 基準에 대해서는 CISG의 解釋에 관해 제7조 제1항에서 명시적으로 규정되어 있는 信義誠實의 原則에서 찾을 수 있을 것이다. 또한 信義誠實의 原則은 전체적으로 CISG를 유지하고 있는 一般原則中の 하나를 이루고 있는데, 제7조 제2항에 따라 CISG에 명시적으로 규정되어 있지 않은 問題는 이러한 一般原則을 적용하여 해결할 수 있을 것이다. 救濟方案에 관해서도 契約違反時의 救濟에 관한 CISG 규정을 類推適用함으로써 解決策을 찾을 수 있을 것이다.

參 考 文 獻

- 新堀 聰, 貿易賣買, 同文館, 1990.
- 梁暎煥·崔銘國, 貿易賣買論, 博英社, 1994.
- Amendment proposed by Italy(A/Conf.97/C.1/L.59).
- Amendment proposed by Norway(A/Conf.97/C.1/L.28).
- Anderson, Ronald A., *Business Law*, 11th edition, South-Western Publishing Co., 1981.
- Bonell, Michael Joachim, "Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods," *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, International Chamber of Commerce, 1990.
- Eörsi, G., "A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *31 American Journal of Comparative Law*, 1983.
- Eörsi, G. & Farnsworth, E.A., in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987.
- Farnsworth, E. A., Precontractual Liability and Preliminary Agreements; Fair Dealing and Failed Negotiations, *87 Columbia Law Review*.
- Farnsworth, E. Allan, Formation of Contract, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* edited by Nina M. Galston and Hans Smit, Matthew Bender, 1984.

- Guest, A.G. edited, *Anson's Law of Contract*, 25th edition, Oxford, 1979.
- Guest, A.G. edited, *Chitty on Contracts*, 24th edition, Sweet & Maxwell, 1977.
- Hillman, R.A., "Article 29 (2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A New Effort at Clarifying the Legal Effect of 'No Oral Modification' Clauses", *21 Cornell International Law Journal*, 1988.
- Honnold, John O, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Second edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Kessler, F. & Fine, E., *Culpa in Contrahendo, "Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract ; A Comparative Study"*, *77 Harvard Law Review*, 1964.
- Schlechtriem, Peter, *Uniform Sales Law*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1986.
- Schlesinger, Rudolf B. ed., *Formation of Contracts*, Oceana Publications and Stevens & Sons, 1968.
- UNCITRAL Yearbook*, Vol. VIII, 1977 and Vol. IX, 1978.
- United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods* (Vienna 10 March~11 April, 1980), Official Records, 1981.
- Winship, P., "An Introduction to the United Nations Sales Convention", *43 Consumer Finance Law Quaterly Report*, 1989.
- Winship, P., "Private International Law and the UN Sales Convention", *21 Cornell International Law Journal*, 1988.