

국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)하에서 계약의 형식요건에 관한 법적 기준과 판결례

Legal Bases and Cases for the Form Requirement under PICC

심종석(Chongseok Shim)

대구대학교 경상대학 무역학과 부교수

목 차

I. 서론	V. 통합조항과 특정형식에 의한 변경
II. 서면요건	VI. 요약 및 결론
III. 특정사항 또는 특정형식에 의한 합의의 조건	참고문헌
IV. 일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약	ABSTRACT

국문초록

본고는 계약의 형식요건과 관련한 PICC상의 서면요건, 특정사항에 및 특정형식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약의 성립, 일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약, 통합조항, 특정형식에 의한 변경 등에 관한 법적 기준과 판결례를 통해 법적 시사점과 유의점을 추론한 논문이다. 승낙의 의사표시에 있어 계약교섭단계에서의 합의를 기초로 서면확약조건과 다른 추가 또는 변경사항은 계약의 일부를 구성하며, 서면확약의 수령자가 침묵과 무위에 입한 경우 당초 합의내용을 중대하게 변경하지 않는 한, 이는 승낙으로 취급된다. 다만 수령인이 부당한 지체 없이 그 조건에 반대하지 않아야 한다. 계약교섭 단계에서 일방이 특정사항 또는 형식으로 합의되기까지 계약이 체결되지 아니한다고 선언한 경우 특정사항 또는 특정형식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약은 체결되지 아니한다. 계약당사자가 계약 체결의 의도를 가지고 일부 미결정내용을 추후 합의하거나 또는 제3자가 결정하도록 한 경우 이는 계약의 성립에 영향을 미치지 아니한다. 중대하지 않은 사안, 합의내용의 확정성 정도, 미결정내용의 성격상 추후 확정될 수 있는 사항과 연관되어 있다는 사실, 합의사항이 일부 이행과정에 있다는 사실 등이 결정기준으로 기능한다. 또한 서면에 의해 계약을 체결한 당사자는 추후 계약의 수정 또는 종료가 서면 또는 특정형식에 의한다는 사실을 확약할 목적으로 특별조항을 계약내용에 포함할 수 있다.

주제어 : 서면요건, 특정사항, 특정형식, 계약조건, 통합조항

I. 서론

일반적으로 ‘국제상사계약’(international commercial contract)에서 계약의 ‘형식요건’(form requirement)상의 자유는 대부분의 법체계에서 널리 수용하고 있는 일반원칙으로서 가능하다.¹⁾ 그렇지만 이와는 달리 제반 국내 실정법의 처지에서는 특정한 계약으로부터 비롯될 수 있는 계약의 유효성과 적정성을 담보하기 위한 취지에서 일부 엄격한 제한요건을 부과하고 있기도 한데, 이를테면 ‘부동산의 소유권 이전 또는 취득 등에 관련한 계약’, ‘공증인의 관여를 필요로 하는 계약’, ‘상거래 또는 직업적인 무역을 목적에 둔 당사자의 행위에 의한 보증 계약 및 근저당에 관한 계약’, ‘가족법 또는 상속법에 관한 계약’, ‘정부 당국에의 신고가 효력발생의 요건이 되는 계약’ 등을 이에 해당하는 실례로 예시할 수 있다.²⁾ 이러한 형식요건상의 자유를 제한하고 있는 국내법상 강행규칙은, 통상 국제상사계약에 관한 제반 법규범에 의할 경우, 이를테면 ‘국제사법’(international private law)의 관련 규칙에 의해 적용되는 국가적·국제적 또는 초국가적 기원의 강행규칙의 적용을 제한하지 않는다는 명문의 규정을 통해 그 우선적용이 보장되어 있거나,³⁾ 또는 이에 저촉될 수 있는 제한요건을 유보할 수 있도록 명시하고 있음에 따라, 그 결과 법적용상 차별적이고도 우선적인 고려의 대상이 되고 있다.

국제상거래는 통상의 경우 계약의 체결과 그 이행에 있어 상당한 기일을 요하고 있고, 계약당사자의 지리적 격지성에 기하여 계약체결의 과정과 그 내용이 특수하고 복잡다단한 까닭에, 구두 또는 행위의 이해만으로는 사후에 발생할 수 있는 분쟁 또는 의사표시의 입증에 적절히 대처할 수 없다는 시각에서 계약의 교섭단계에서부터 종료에 이르는 전 과정에서 걸쳐 계약의 형식은 보편적으로 ‘서면’(writing)에 의해 충족 또는 입증되고 있음이 상례이다. 이러한 처지는 계약의 형식요건에 관한 계약당사자의 자유로운 합의를 보장하고 이에 특별한 제한을 부과하고 있지 않은 국제상사계약법규범의 처지를 감안할 때, 국제상사계약에 임한 계약당사자로 하여금 그 법적 기준에 관한 특별한 이해를 요구하고 있음을 함의한다. 살피기에 ‘국제성’(internationality)을 체화한 국제상사계약의 관점에서 형식요건에 관한 일련의 행위를 규율할 수 있는 법규범으로서, 이른바 ‘국제사법위원회’(“UNIDROIT”)에 의해 공표된

1) ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(“PICC”) 제1.2조(형식의 자유)를 위시하여, ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(“CISG”) 제11조(계약의 형식), ‘유럽계약법원칙’(“PECL”) 제2:101조(계약체결의 요건) 등에서는 계약은 서면에 의하여 체결 또는 입증될 필요가 없고, 형식에 관한 그 어떠한 요건에도 구속되지 아니하며, 그 입증 또한 여하한 방법으로 행할 수 있도록 하고 있다. Jansen, N. and Zimmermann, R., “Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 2011, pp.635-636.

2) Perillo, J. M., “Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form,” *Fordham L. Rev.*, 43, 1974, pp.43-48.

3) 본고 논제에 기하여 PICC 제1.4조(강행규칙), PECL 제1:103조(강행법) 등을 이에 결부할 수 있다. 이하 PICC 및 CISG의 국문번역본은 저자의 임의에 따른 주관적인 번역임을 참고한다.

‘국제상사계약에 관한 일반원칙’[Principles of International Commercial Contracts (2010), ‘PICC’]은 이러한 분야의 법적 규율의 시각에서 그 순기능적 역할을 제고하고 있는 차체에 있다.⁴⁾

본고는 계약의 형식요건에 관한 PICC상의 유관규정을 중심으로, 곧 ‘서면요건’(제2.1.12조), ‘특정사항에 관한 또는 특정형식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약의 성립’(제2.1.13조), ‘일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약’(제2.1.14조), ‘통합조항’(제2.1.17조), ‘특정형식에 의한 변경’(제2.1.18조) 등에 관한 조문의 법적 기준과 이들 조문이 적용된 판결례를 통하여 논제에 기한 명료한 이해를 담보함에 있어서의 단초를 제공하고자 한다.⁵⁾

II. 서면요건

1. 서면확약의 변경

제2.1.12조(서면요건)⁶⁾는 구두나 서면에 의하여 필수적인 계약내용의 합의만을 이룬 상황에서 추후 일방이 타방에게 이미 합의한 사항을 단순히 확인하기 위한 의도로, 이른바 ‘서면확약’(writings in confirmation)으로 통지하였으나, 사실은 그 내용에 당초 양당사자가 합의한 내용과는 다르거나 별단의 계약내용을 추가한 경우의 문제를 다루고 있다. 이러한 상황은 제

4) PICC는 ‘국제상사계약’에 적용되는데, CISG와는 달리, ‘국제성’에 관하여 명확히 정의하고 있지는 않다. 그러나 PICC 상 계약당사자가 서로 다른 국가에 영업소나 상거소를 두고 있는 경우는 물론이고, 계약의 모든 요소가 특정국가에 국한되는 경우를 제외하고, 계약내용에 국제적이라는 요소가 조금이라도 존재하는 경우 그 적용이 가능하다. 따라서 CISG에 비하여 그 적용범위가 포괄적이라는 특질을 내재한다. Vogenauer, S., eds., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Preamble I, 2009, para 21.

5) 본고의 논제와 유관한 주요 선행연구는 다수 존재한다. 이를테면 서면요건에 관한 미국 계약법과 CISG상의 법리적 시각차에 주안점을 두고 이를 분별하고 있는 하충룡, “국제물품매매계약에서의 서면요건에 대한 고찰”, 통상정보연구, 2012, 14(4), pp.201-223., 신종일, “미국 사기방지법에 관한 일고찰”, 강원법학, 47, 2016, pp.265-295., 통계지표를 결부하여 서면확약의 변경에 관한 분쟁의 원인과 문제점을 극복하기 위해 국제상사계약상 표준계약서의 적정성을 다루고 있는 박남규, “영문국제물품매매계약서의 표준화에 관한 연구”, 관세학회지, 6(1), 2005, pp.213-261., 구두증거배제의 원칙과 그 법리 내지 실무적 시사점을 제시한 조현숙 “국제물품매매계약에서 구두증거배제원칙의 유효성에 관한 연구”, 산업경제연구, 23(6), 2010, pp.3371-3390., 김선국 “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제의 원칙”, 비교사법, 9(2), 2002, pp.485-506., 조희경, “구두증거원칙(Parole evidence rule)에 관련된 표준계약조항(Boilerplate clauses)에 대한 소고”, 성균관법학, 25, 2013, pp.263-280., 그 밖에 계약당사자 일방의 표시 내지 행위의 해석에 관한 CISG의 법적 기준을 제시하고 있는 김민중, “국제물품매매계약에서 당사자의 표시 기타 행위의 해석원칙”, 법학연구, 33, 2011, pp.61-86. 등을 예시할 수 있다. 본고는 이들 선행연구를 이론적 배경에 두고 PICC를 위시하여 필요에 따라 제반 국제상사계약법규범(CISG, PECL)의 조문을 이에 결부하여, 나아가 계약의 형식요건에 관한 법적 기준과 판결례를 병합하여 당해 논제에 관한 법적 시사점과 유의점을 제시하고자 한다.

6) PICC, 제2.1.12조 : “계약체결 후 상당한 기간 내에 송부된 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 추가적 또는 상이한 계약조건을 담고 있는 경우 그 조건은 계약의 일부가 된다. 다만 그러한 조건이 계약을 중대하게 변경시키거나 수신인이 부당한 지체 없이 그 상이한 조건에 반대하는 때는 그러하지 아니하다.”

2.1.11조(변경된 승낙)⁷⁾에서 명시하고 있는 규정내용과는 차이가 있는데, 곧 제2.1.12조는 계약이 아직 체결되지 않은 상황에서 일련의 변경된 조건이 피청약자의 승낙의사에 부가되어 있는 경우를 다루고 있다는 시각에서 그 차이점을 구할 수 있다.⁸⁾

그러나 이러한 개별상황을 확정하는 것은 경우에 따라 매우 곤란할 수 있음을 고려하여, 제2.1.12조는 제2.1.11조와 같은 시각에서 서면에 포함된 변경사항은 다름없이 계약내용에 편입됨을 명시하고 있다. 곧 승낙의 의사표시에 있어 양당사자가 이전에 합의하고 서면으로 확약한 조건과는 다른 추가된 변경사항은 계약의 일부가 된다고 규정하고 있다. 다만 변경된 계약내용은 당초 합의사항을 ‘중대하게’(materially) 변경하지 않아야 하고,⁹⁾ 서면의 수령인이 부당한 지체 없이 이에 반대하지 않는 경우를 제한요건에 두고 있다. 여기서 서면확약상의 새로운 변경내용이 이전에 합의한 조건을 ‘중대하게’ 변경하고 있는지의 여부는 개별사안의 상황이 적의 고려된 ‘사실의 문제’(the matter of facts)로 귀결된다.¹⁰⁾ 그렇지만 본조는 서면에 의한 확약을 발송하는 일방이 타방으로 하여금 승낙서에 서명한 후 재차 환송하도록 요청하고 있는 경우에는 적용되지 않는데, 이러한 경우는 서면확약에 변경사항이 포함되어 있는지의 여부와, 그 변경사항이 ‘중대한’ 것인지의 여부와는 관련이 없다. 왜냐하면 서면은 어떠한 경우에도 수신인에 의하여 명시적으로 승낙되어야 함을 기능적 요건에 두고 있기 때문이다.

실례로서 만약 A가 구두로 B에게 물품을 주문하고 B가 이를 승낙한 이후 당초 구두로 합의한 계약내용을 서면으로 수령하였을 당시 본건 서면에 물품에 관한 A의 검수를 요한다는 내용을 추가하였다면, A가 이러한 사항을 지체 없이 반대하지 않는 한, 이 경우 추가내용은 당초 청약의 중대한 변경이 아니므로 계약의 일부를 구성하게 된다. 달리 만약 추가내용에 중재조항이 편입되어 있다면, 이는 당초 합의된 내용을 중대하게 변경한 것으로 취급되어 계약의 일부가 되지 못한다. 다만 당해 중재조항이 동일한 부류 상거래계나 업종에서 표준관행으로서 널리 수용되어 있는 경우에는 그 사유가 조각된다.¹¹⁾

7) PICC, 제2.1.11조 : “(1) 청약에 대한 응답으로서 승낙을 의도하고는 있으나 추가 또는 제한 그 밖의 변경을 담고 있는 응답은 청약의 거절이자 대응청약이 된다. (2) 그러나 청약에 대한 응답으로서 승낙을 의도하고 있고 또한 청약의 조건을 중대하게 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 응답은 승낙이 된다. 다만 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위에 반대하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 반대하지 아니하는 한, 계약은 청약의 조건에 승낙의 변경이 가하여진 내용으로 체결된다.”

8) Lando, O. & Beale, H. G., *The Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, pp.185-186.

9) Yuqing, Z. & Danhan, H., “New Contract Law in the People’s Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison,” *The Unif. L. Rev. ns*, 5, 2000, pp.432-435.

10) Bonell, M. J., “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes,” *The Unif. L. Rev. ns*, 1, 1996, pp.228-229., Perillo, J. M., “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review,” *The Fordham L. Rev.*, 63, 1994, pp.288-289.

11) UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, pp.53-54.

2. 서면확약의 발송

서면확약 수령자가 침묵과 무위로 일관한 경우 이전에 합의한 내용을 중대하게 변경하지 않는 한, 변경내용을 포함한 서면내용을 다름없이 승낙한 것으로 취급된다. 이는 ‘계약체결 후 상당한 기간 내’(within a reasonable¹²⁾ time after the conclusion of the contract) 서면확인서가 송부되어야 함을 전제조건에 두고 있다.¹³⁾ 따라서 상당한 기간이 경과한 후, 즉 상황에 따라 서면확인서가 불합리하게 지체된 경우 의사표시는 그 효력을 상실하게 되고, 이 경우 수령자 측면에서 침묵 또는 무위는 계약내용을 승낙하는 것으로는 해석되지 않는다. 여기서 제2.1.12조의 목적상, ‘서면확약’이라는 용어는 광의의 의미로 해석하여야 하는데, 예컨대 일방이 구두 또는 비공식적인 서면에 의해 체결된 계약내용을 구체화하기 위하여 이행과 관련된 ‘송장’(invoice) 또는 이와 유사한 서류를 사용하는 경우에는 다름없이 서면확약에 포함된다. 다만 그러한 사용은 상거래계나 해당 국가에서 통상의 경우로 취급되고 있어야 한다.¹⁴⁾

3. 판결례

1) 사실관계와 판결요지

본건은 서면요건을 보충할 수 있는 신의와 공정거래원칙의 적용에 관한 사례이다.¹⁵⁾ X국의 사인으로서 A(원고)와 B(피고)는 일련의 사건과 관련하여, 수개월 동안 화해합의를 모색하였다. 당해 합의에 따라 B는 A에게 소정의 금액을 지급하기로 합의하였다. B는 A에게 본건 계약서 초안을 작성하여 자신에게 송부하면, 이에 동의한 후 재차 송부할 것이라고 확약하고 이를 요청하였다. 수일 후에 A는 B의 서명용 계약서를 전자우편에 첨부하여 송부하였다. 그러나 B는 침묵으로 일관하였다. 이에 A는 재차 원본계약서에 서명하고 B측 서명란은 공란으로 하여 전자우편에 첨부하여 송부하였다. 이후 B는 수개월이 지나 A에게 그 계약서는 화해합의로 자신이 이에 구속될 수 없다는 요지의 회신을 송부하였다. 법원은 B가 A에

12) 사건으로 국제상사계약의 기속법규범으로서 PICC를 위시하여 CISG, PECL 등에서 널리 사용되고 있는 ‘reasonable’은 “기간과 관련해서는 ‘상당한’”으로, 계약당사자의 “용태 또는 상태 등에 관해서는 ‘합리적’”으로 구분하여 사용함이 바람직할 것으로 본다. 이러한 시각은 상관습에 기하여 전자는 개별법규범에서 명정하고 있는 각양의 기간이 서로 상이하다는 이유에서, 후자는 ‘신의칙’(principle of good faith)에 기한 계약당사자의 권리와 의무에 기한 법률효과를 명확히 구분해야 계약내용의 해석상 문제가 없을 것이라는 시각에 기초한다.

13) Lando, O. & Beale, H. G., *op. cit.*, pp.174-175.

14) Munukka, J., “Transnational Contract Law Principles in Swedish Case Law - PICC, PECL and DCFR,” *Scandinavian Studies in Law*, 57, 2012, pp.229-252.

15) UNILEX(11.12.2006,「NJA 2006 s.638」)

의해 송부된 서명용이라고 표시한 전자우편에 회신하지 않았고, 상당기간 내에 이의를 제기하지 않았음을 이유로 B는 본건 화해합의에 구속된다고 판결하였다. 그 근거로서 제2.1.11조(변경된 승낙)와 제2.1.12조(서면요건)를 인용하면서, 이들 조문이 구속력 있는 계약으로서 본건을 명확히 규율할 수 있는지에 관해서는 의문이 존재하지만, 설령 그렇다고 하더라도 제1.7조(신의와 공정거래)¹⁶⁾상의 일반원칙을 고려할 때, 정당화될 수 있다고 최종 판결하였다.

2) 평가

본 사건은 PICC상의 변경된 승낙의 조건으로서, 청약에 대한 응답으로서 승낙을 의도하고 있고 또한 청약의 조건을 중대하게 변경하지 아니하는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 응답은 승낙으로 취급되지만, 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위에 반대하는 경우에는 그러하지 아니하다는 사실, 청약자가 반대하지 아니하는 한, 계약은 청약의 조건에 승낙의 변경이 가하여진 내용으로 체결된다는 사실, 서면요건으로서 계약체결 후 상당한 기간 내에 송부된 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 추가적 또는 상이한 계약조건을 담고 있는 경우 그러한 조건은 계약의 일부가 되나, 다만 그러한 조건이 계약을 중대하게 변경시키거나 수신인이 부당한 지체 없이 그 상이한 조건에 반대하는 때에는 그러하지 아니하다는 사실 등에 관한 규정내용에 비추어, 본건 법원에서와 같이 신의와 공정거래의 원칙을 인용하지 않더라도 본건을 해결함에 있어 제한이 없을 것으로 본다. 본건 법원의 판결에서 유의할 수 있는 사실은 신의와 공정거래의 원칙은 PICC상의 가장 중요하고도 일반적인 원칙으로서 통상의 경우 다름없이 연계되어 원용 및 적용될 수 있는 규정이라는 점이다. 참고로 CISG는 서면요건과 관련, 계약을 변경 또는 해제하는 경우 양당사자의 합의가 절대적으로 요구되는데, 이 경우 형식에 관한 유보가 있거나, 양당사자가 달리 합의하고 있는 내용이 없는 한, 그 합의는 형식에 있어 특정한 제한이 없다. 일례로 제11조(계약의 형식)¹⁷⁾에서와 같이, 당사자들은 서면·구두 또는 그 어떠한 형식으로도 계약을 변경 또는 해제할 수 있다. 나아가 관행과 관습이 존재하고 있는 경우 침묵으로 계약을 해제하는 것도 가능하다.¹⁸⁾

한편 제29조(계약의 변경과 서면요건)의 (2)에 의하면,¹⁹⁾ 계약의 변경 또는 해제는 반드시

16) PICC, 제1.7조 : “(1) 각 당사자는 국제거래에서의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다. (2) 당사자들은 당해 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.”

17) CISG, 제11조 : “매매계약은 서면에 의하여 체결 또는 입증될 필요가 없고, 형식에 관한 그 어떠한 요건에도 구속되지 아니한다. 매매계약은 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의해 입증될 수 있다.”

18) Lando, O., “CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law,” *The American Journal of Comparative Law*, 53(2), 2005, pp.379-401.

19) CISG, 제29조 : “(2) 합의에 의한 변경 또는 종료를 서면으로 하여야 함을 요구하는 규정이 있는 경우에 서면계약은 다른 방법으로는 합의에 의하여 변경 또는 종료될 수 없다. 다만 당사자는 상대방이 자신의 행위를 신뢰한 범위까지

서면형식으로 하여야 한다는 합의가 계약내용에 포함되어 있는 경우에는 서면 외에 그 밖의 방식으로는 계약을 변경 또는 해제할 수 없다.²⁰⁾ 나아가 사전의 협상내용을 모두 계약서에 포함하고 있는, 소위 서면에 의한 ‘통합조항’(merger clauses, integration clauses)은 원칙상 구두로는 그 변경이 불가능한 것으로 취급된다는 사실과 일방의 행위를 타방이 신뢰하고 있는 경우 구두로의 변경이 불가하다는 원칙을 따를 필요가 없음은 유의하여야 한다.

III. 특정사항 또는 특정형식에 의한 합의의 조건

1. 특정사항에 관한 합의를 조건으로 하는 계약

통상의 경우 계약당사자는 상거래계에 부합하는 필수적인 내용에 준하여 저마다의 이해를 계약내용에 편입하고 계약체결에 임하게 된다. 그렇지만 그 과정에서 계약당사자가 의도하지 않았거나 예상하지 못했던 일련의 사안이 부각된 경우에는 계약체결 이후에 결정할 수 있는 사실로서 또는 법적 판단에 따라 해결된다. 예컨대 제2.1.2조(청약의 정의),²¹⁾ 제4.8조(계약공백의 보충),²²⁾ 제5.1.2조(묵시적 의무)²³⁾ 등의 조문이 이에 적용될 수 있을 것으로 본다. 그럼에도 계약당사자가 특정사안을 해결할 수 없는 경우에는 합의의 유효성 내지 구속력을 부인할 수 있다. 이러한 상황 하에서 계약당사자 일방이 이러한 의사를 표명하였다면, 계약은 특정사안에 관한 별단의 합의 없이는 성립할 수 없게 된다. 제2.1.13조(특정사항에 관한 또는 특정형식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약의 성립)²⁴⁾에서 ‘주장한다’(insist)라는 표현을 사용하고 있는 취지는 계약당사자가 자신의 의사를 단순히 전달하는 것만으로는 충분하지 않다고 보아, 이에 명백한 의사를 표명하여야 함을 분명히 하기 위함에 두고 있다고 본다.

는 그러한 규정을 원용할 수 없다.”

20) Eiselen, S., “Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret of Supplement Article 29 of the CISG,” *Pace Int’l L. Rev.*, 14, 2002, pp.379-384.

21) PICC, 제2.1.2조 : “충분히 확정적이고 또한 승낙이 있는 경우 구속되겠다는 청약자의 의사를 표시하는 계약체결의 제의는 청약이 된다.”

22) PICC, 제4.8조 : “(1) 당사자들이 그들의 권리·의무의 확정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 때는, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로써 당해 공백을 보충한다. (2) 무엇이 적절한 계약조건인가를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소를 고려하여야 한다. (a) 당사자들의 의사, (b) 계약의 성격과 목적, (c) 신의와 공정거래, (d) 합리성”

23) PICC, 제5.1.2조 : “묵시적 의무는 다음으로부터 비롯된다. (a) 계약의 성격과 목적, (b) 당사자 간에 확립한 관습과 관행, (c) 신의와 공정거래, (d) 합리성”

24) PICC, 제2.1.13조 : “협상과정에서 당사자 일방이 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 선언한 경우 당해 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약은 체결되지 아니한다.

제2.1.13조에 기한 실례로서 만약 A가 자신의 물품을 분배하기 위하여 계약에 필수적인 모든 요소에 관하여 B와 합의하고, 이후 양당사자 중에 누가 홍보비용을 부담하여야 하는지에 관한 쟁점이 부각되었다고 할 때, 일방이 계약내용에 본 사안을 규율할 수 있는 조건이 누락되었다는 이유로 당초 계약이 존재하지 않았다고 주장할 수는 없다. 왜냐하면 누락된 조건은 필수적인 사항이 아니며, 이는 사실 또는 법률의 문제로 해결될 수 있기 때문이다. 달리 계약체결을 위한 협상과정에서 B가 홍보비용의 부담에 관하여 이를 명시적으로 해결하여야 한다고 주장하였다면, 이 경우 계약의 필수적인 조건에 관하여 양당사자가 합의를 이루었음에도 불구하고, 양당사자 간에는 어떠한 계약도 존재하지 않는 것으로 취급된다. 이는 B가 계약의 체결이 특정내용의 합의에 달려있다고 명백히 주장하였다는 사실에 기인한다.²⁵⁾

2. 특정형식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약

실무계에 비추어, 전문적이고 복잡한 상거래의 경우 계약체결을 위한 협상은 그 밖의 계약에 견주어 상당기간을 요하게 된다. 이 경우 계약당사자는 협상과정에서 상호 합의한 계약내용을, 예컨대 ‘예비적 합의’(preliminary agreement), ‘양해각서’(memorandum of understanding), ‘의향서’(letter of intent) 또는 그 밖에 이와 유사한 형식에 서명하고, 정식문서는 추후에 작성하기로 합의할 수 있는데, 이에 해당하는 실례로 ‘계약서 작성 조건부’(subject to contract) 또는 ‘공식합의서’(formal agreement to follow) 등을 예시할 수 있다.²⁶⁾ 이 경우 계약당사자는 자신들의 계약이 이미 체결된 것으로 보아, 공식계약서의 작성은 이미 완료된 합의를 재차 확인하기 위한 형식적인 절차로 취급하고 있는 경우가 비일비재하다. 그러나 계약당사자 일방이 공식계약서를 작성하지 않았다는 사실에 기초하여 계약의 구속력을 부인하는 경우 설령 양당사자가 계약체결을 위한 모든 사항에 합의하였다고 하더라도 본 계약은 성립하지 않은 것으로 취급된다는 점은 유의하여야 한다. 실례로 A와 B가 장기간 협상을 통해 합작투자에 관한 합의를 통해 이에 관한 양해각서에 서명하고 추후 공식계약서에 합의내용을 작성하여 교환한 경우 만약 양해각서에 합의한 모든 관련된 내용이 이미 포함되어 있고 이후의 계약서는 단지 제3자에게 그 내용을 공시하기 위한 것에 불과한 것이라면, 계약은 당초 양해각서에 서명이 된 때 체결된 것으로 본다. 그러나 양해각서에 최종합의가 이행될 때까지 양당사자 그 누구도 이에 구속되지 않는다는 취지의 문언이나 이와 유사한 표현이 편입되어 있다면, 이 경우 서명과 공식적인 계약서의 교환이 있기 전까지 계약의 구속력은 부인된다.²⁷⁾

25) UNIDROIT, *op. cit.*, p.55.

26) Alidousti, N. & Taghizadeh, E., Ashouri, M., Farsani, A. K., “Comparing Subject of Assignment of Contract with Similar Concepts of Other Countries’ Domestic Laws and International Documents,” *J. Pol. & L.*, 9, 2016, p.173.

3. 판결례

1) 사실관계와 판결요지

본건은 서면에 의한 계약체결을 합의한 경우에 관한 사안이다.²⁸⁾ A국 기업으로서 양당사자는 계약체결을 위한 협상과정에서 분쟁이 발생하였다. 계약당사자 일방은 결렬된 본건 협상의 결과로 자신이 부담한 비용에 관한 손해배상청구를 목적으로 소를 제기하였다. A국 법원은 양당사자는 서면으로 작성된 계약에 의해서만 계약에 구속되기로 합의하였다는 사실을 기초로 제2.1.13조에 기하여, 협상과정에서 당사자 일방이 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 선언한 경우 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지지 않는 한, 계약은 체결되지 아니한다는 조문내용을 인용하여, 본건은 계약의 구속력을 상실하였다고 보아 일방의 손해배상청구를 기각하였다.

2) 평가

본건에서 양당사자는 계약체결과정에서 서면에 의해 계약을 체결하였다고 보아, 이 경우 일방이 손해배상청구권을 행사하기 위해서는 유효한 계약을 그 요건에 두고 있어야 함을 참작할 때, 본건 판결은 적절하였다고 본다. 다만 ‘계약체결 전 과실책임’(culpa in contrahendo ; fault in negotiating)²⁹⁾에 관한 법적 책임이 부각될 수 있음은 유의하여야 할 사항이다.

IV. 일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약

1. 의도적으로 정하지 않은 계약내용

계약당사자가 합의한 계약내용은 경우에 따라 계약의 교섭과정에서 예상하지 못했던 일련의 사안을 간과하거나 또는 실수로 누락하고 있을 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 경우 계약은 체결될 수 있는데, 이를테면 이러한 누락된 내용은 제4.8조(계약공백의 보충) 또는 제

27) UNIDROIT, *op. cit.*, p.56.

28) UNILEX(02.02.2001,「R99/120HR」)

29) Ramberg, C., “The Unidroit Principles as a Means of Interpreting Domestic Law,” *Uniform Law Review-Revue de droit uniforme*, 19(4), 2014, pp.669-675., Crawford, E. B. & Carruthers, J. M., “Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations,” *Int'l and Comparative Law Quarterly*, 63(1), 2014, pp.1-29.

5.1.2조(묵시적 의무) 등의 조문에 의하여 해결될 수 있다.

제2.1.14조³⁰⁾는 계약당사자가 계약체결시점에서 결정할 수 없거나 또는 결정할 의사가 없는 상황에서 알았거나 또는 알고 있었음에도 불구하고 의도적으로 특정한 개별사안을 방치해 두었다가 추후에 이러한 사안이 부각되는 경우 그때 합의할 수 있도록 하거나 또는 제3자에게 위임하는 등의 사안을 다루고 있다. 이 경우 제3자에게 위임하는 것이 본질적으로 당사자가 의도적으로 개별사안을 합의하지 않고 있음에도 불구하고 이것이 계약의 성립을 부정할 수 있는 요건으로 기능하는지, 당사자가 추후에 합의에 이르지 못하거나 또는 제3자가 그러한 결정을 하지 못하는 경우 계약의 성립여부를 인정할 수 있는지에 관련한 논점으로 부각될 수 있을 것인데, 생각건대 이는 개별사안에 따른 사실의 문제로 귀결될 것으로 본다.

2. 유효한 계약체결에 장애가 되지 않는 미결정내용

제2.1.14조 (1)에 비추어, 계약당사자가 계약을 체결할 의도를 가지고 일부 결정되지 않은 내용에 관하여 추후 합의하거나 또는 제3자에 의하여 결정하도록 미루어두었다는 사실은 계약의 성립에 영향을 미치지 아니한다. 왜냐하면 명시적으로 언급되지 않은 미결정 내용임에도 계약당사자의 계약체결의사는 그 밖의 다른 상황으로부터 유추할 수 있기 때문이다. 여기서 이를 결정할 수 있는 기준은, 예컨대 사안의 내용이 성격상 중대하지 않은 것, 계약내용 전반에 걸친 합의내용의 확정성 정도, 미결정내용이 그 성격상 나중에 확정될 수 있는 사항과 연관되어 있다는 사실, 합의사항이 부분적으로 이미 이행에 들어갔다는 사실 등이다.³¹⁾

실례로 A(선박회사)는 B(터미널운영자)와 터미널 사용을 위하여 합의에 임하고, 연간 상·하차할 컨테이너의 최소수량 및 지급수수료에 관하여 합의하였으나, 추가 컨테이너에 관한 지급수수료는 최소수량에 이를 때 결정하기로 하고 본 사항은 합의하지 않은 상황에서 추후 A가 B의 경쟁사로부터 보다 유리한 조건을 접하고, B와 합의사항은 지급수수료에 관한 문제가 아직 해결되지 않았기 때문에 구속력 있는 계약이 아니라고 주장하면서 계약의 이행을 거부하였다면, 이 경우 A는 자신의 불이행에 관한 책임을 부담하여야 한다. 왜냐하면 계약이 매우 구체적이고 또한 A와 B가 즉시 이행을 시작하였다는 사실은 그들의 의사가 구속력 있는 합의임을 명백히 표창하고 있기 때문이다.³²⁾

30) PICC, 제2.1.14조 : “(1) 당사자들이 계약체결을 의도하는 한, 그들이 고의로 특정한 계약조건을 추후 협상하여 합의하기로 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 체결을 방해하지 않는다. (2) 계약의 존재는 후속적으로 발생하는 다음의 사실에 의해 영향을 받지 아니한다. (a) 당사자들이 그러한 계약조건에 대한 합의를 이루지 못하는 사실 또는 (b) 제3자가 그러한 계약조건을 결정하지 아니하는 사실. 다만 당사자들의 의도를 고려하여 상황에 따라 합리적인 정도로 그러한 계약조건을 확정하는 다른 방법이 있어야 한다.”

31) Hepburn, J., “The Role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Investment Treaty Arbitration,” *International and Comparative Law Quarterly*, 64(4), 2015, pp.905-933.

3. 미결정사항의 충족기준

만약 계약당사자가 미결정 내용에 관하여 합의할 수 없거나, 또는 제3자가 그것을 결정하지 못하게 되는 경우 계약이 소멸되는지에 관한 논점에 관하여, 제2.1.14조 (2)는 이러한 경우 계약의 존재는 계약당사자의 의사에 기초하여 당해 상황을 합리적으로 확정할 수 있는 대안이 있는 경우 영향을 받지 않는다고 명시하고 있다. 다만 여기서 미결정 내용의 결정기준은 당해 사안이 제5.1.2조(묵시적 의무)에 의거하여 해결할 수 있는지의 여부에 달려있다고 보는데, 이를테면 ‘계약의 성격과 목적’, ‘당사자 간에 확립한 관습과 관행’, ‘신의와 공정거래’, ‘합리성’ 등의 기준을 예시할 수 있다. 제3자의 결정기준 또한 이와 같다.³³⁾

그러나 이러한 결정기준에 따라 계약을 확정하는 경우는 실제로 매우 드물 것이다. 이를테면 이행하여야 할 내용이 아주 사소한 경우에는 문제시 되지 않겠지만, 만약 사안의 내용이 상거래에 비추어 필수적임과 동시에 중대한 것이라면, 계약당사자가 계약을 지지할 수 있는 분명하고도 명백한 증거를 보유하고 있어야 할 것이다. 이러한 맥락에서 고려되어야 할 요소 중에는 문제의 내용이 그 성격상 추후에 결정될 수 있는 여지가 존재하는지, 합의사항에 기하여 부분적으로 이행에 임하였는지 등의 여부가 될 것으로 본다.

앞선 사례에 결부하여 만약 적재 및 하역할 컨테이너가 최소수량에 이를 때, 당사자가 추가 컨테이너에 관한 지급수수료를 합의하지 않은 상황에서 A가 계약의 종료를 주장하면서 이행을 중지하였다면, 이 경우 A는 불이행에 관한 여하한의 책임을 부담하여야 한다. 왜냐하면 당사자가 지속적인 거래관계를 유지하기 위한 조건으로 미결정사항에 관하여는 향후 합의 없이 이행을 개시하였다는 사실이 계약내용에 편입되어 있지 않다고 하더라도 양당사자의 계약체결의 의사는 다름없이 명확하기 때문이다. 이 경우 추가 컨테이너에 관한 지급수수료는 제5.1.7조(가격의 결정)³⁴⁾에 따라 결정될 것으로 본다.

32) UNIDROIT, *op. cit.*, p.58.

33) Valdés, J. E. F., “The Use of the UNIDROIT Principles by Arbitrators in International Construction Projects,” *Construction Law International*, 10(1), 2015, pp.24-30.

34) PICC, 제5.1.7조 : “(1) 계약에서 가격을 정하지도 않았고 또한 가격을 정하기 위한 규정도 두지 않은 경우 다른 표시가 없는 한, 당사자들은 계약체결 시에 그러한 이행에 대해 당해 거래와 유사한 상황 하에서 일반적으로 징구되는 가격을, 그러한 가격이 없는 때는, 합리적인 가격을 적용하기로 한 것으로 본다. (2) 일방이 가격을 결정하기로 하여 결정된 가격이 명백히 불합리한 경우 그러한 가격은 다른 어떠한 계약조건에도 불구하고 합리적인 가격으로 대체된다. (3) 제3자가 가격을 정하기로 하였으나 그가 가격을 정할 수 없거나 정하지 않는 경우 당해 가격은 합리적인 가격으로 한다. (4) 존재하지 않거나 이미 소멸하였거나 더 이상 접근할 수 없는 요소를 기준으로 가격이 결정되어야 하는 경우 그것과 가장 등가적인 요소를 그 대체기준으로 사용한다.”

4. 판결례

1) 사실관계와 판결요지

본건은 일부 계약내용이 미정인 계약에 관련한 사례이다.³⁵⁾ A(X국 소재 2개 기업과 Y국 소재 1개 기업, 신청인)는 B(Y국 관리, 피신청인)와 Y에서 소위 ‘BOT’(build-operate-transfer) 방식의 계약을 체결할 목적으로 협상을 개시하였다. 사전에 정해진 절차에 따라, A는 자신들의 비용으로 공장을 건축하여 운영하고, Y국 정부에 당해 공장의 소유권을 이전하기 전에 그 비용을 청구하기 위하여 특정기간 내에 정해진 가격으로 정부소유의 기업에게 생성된 전기를 매도하기로 하였다. A가 사전에 준비한 타당성조사를 기초로, 계약당사자는 작업의 핵심 조건, 곧 ‘공장의 발전능력’, ‘전기의 판매가격’, ‘운영기간’ 등 핵심사안에 관하여 합의하였으며, 동 합의내용은 양허계약의 형태로 Y국의 법에서 요구하는 바에 따라 추인되었다.

계약에는 필요한 경우 A는 공사개시일 전에 특정장소에서 수행한 추가연구 및 실험에 기초하여 수정된 계획서를 작성해야 한다는 내용이 있었다. 당해 수정계획서가 A의 추정에 의한 연료생산비용을 증가시키는 경우 A는 비용인상을 반영한 요율변경을 B에게 제출하여야 하며, B는 이러한 내용을 A가 제출한 후 특정기간 내에 승인여부를 통보하여야 했다. B가 합리적인 근거에 기초하여 요율변경에 관한 승인을 보류하는 경우 그리고 A가 건설개시일 전에 수정계획서를 포기하는 경우에 B는 여하의 청구권을 상실한다는 내용도 포함되었다. 실제로 계약이 승인된 후, 본 작업의 전반적인 비용이 당초 산정한 비용과 비교하여 상당히 증가하였고, B는 이에 계약의 재협상을 요청하였다. 오랫동안 협상에도 불구하고, 계약당사자는 최종합의에 도달하지 못하였고, 결국 A는 중재를 신청하였다. A의 주장으로서, B는 본건 작업을 허가하고 계약을 체결한 후, 작업의 성공 및 타당성의 핵심요건으로 기능하였던 계약서로부터 발생하는 다수의 의무를 위반하였고 그 결과 A의 Y국 내 투자를 고의로 방해하였다고 적시하였다. 나아가 본건 계약은 필수적으로 합의하여야 할 계약내용이 부재하고, 따라서 유효하고 구속적인 계약이 아니라 보다 나은 협상을 위한 단순한 합의라고 주장하는 B의 반론을 배척하면서, A는 계약당사자가 계약체결을 할 의사가 있는 한, 계약이 모든 필수적인 내용에 반드시 합의에 도달할 것을 요구하고 있지 않다는 제2.1.14조를 원용하였다.

35) UNILEX(04.06.2004,「ABR/02/5」)

2) 평가

사실관계에 비추어 본건 중재판정의 내용은 날낱이 엇볼 수 없으나, 전후사정에 비추어 중재판정부는 A에게 유리한 결정을 내렸을 것으로 추정된다. 생각건대 중재판정부는 A가 원용한 PICC 제2.1.14조를 명시적으로 언급하였을 것으로 본다. 본건은 계약의 내용과 상황은 특정내용이 아직도 나중에 합의될 필요가 있다는 사실에도 불구하고 계약당사자를 정히 구속한다는 사실을 재확인한 전형적 판정례로 취급할 수 있다. 본 판정은 제2.1.14조의 내용상 계약당사자가 계약체결을 의도하는 한, 그들이 고의로 특정한 계약조건을 추후 협상하여 합의하기로 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 체결을 방해하지 않는다는 사실을 명확히 하고 있다는 시각에서 의의를 구할 수 있다고 본다.

V. 통합조항과 특정형식에 의한 변경

1. 통합조항

1) 요건과 범위

제2.1.17조³⁶⁾는 이른바 ‘통합조항’(merger clauses)에 관하여 다루고 있다. 계약체결을 위한 협상이 장기간에 걸쳐 이루어진 경우 계약당사자는 자신들이 합의한 내용을 서면으로 작성하기를 희망할 수 있는데, 이 경우 당해 서면이 최종합의서가 된다고 선언할 수 있다. 이러한 사항을 반영하고 있는 서면을, 소위 ‘통합조항’ 또는 ‘집적조항’(integration clauses)에 의한 합의서라고 한다. 통상 이러한 합의서는, 예컨대 “본 계약은 계약당사자 간에 합의한 내용을 포함한다”(this contract contains the entire agreement between the parties)와 같이 명시되고 있음이 상례이다.³⁷⁾ 통합조항의 효과는 계약체결과 관련한 협상과정에서의 진술내용 또는 합의내용을 변경하지 않는다는 것에 취지를 두고 있다. 이는 서면으로 작성된 문서를 해석하는 방법으로도 사용될 수 있고, 이 경우 제4.3조(모든 사정의 고려)의 (a)가 고려되어야 하는데, 여기서 모든 사정은 ‘당사자 간의 예비적 협상’, ‘당사자들이 그들 사이에서 확립한 관례’, ‘계

36) PICC, 제2.1.17조 : “당사자들이 합의한 계약조건을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 사전의 진술이나 합의의 입증에 의해 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 진술이나 합의는 서면을 해석하는데 사용될 수 있다.”

37) Ostendorf, P., “The Exclusionary Rule of English Law and Its Proper Characterisation in the Conflict of Laws: Is It a Rule of Evidence or Contract Interpretation?,” *Journal of Private International Law*, 11(1), 2015, pp.165-168.

약체결후의 당사자들의 행위’, ‘계약의 성격과 목적’, ‘용어와 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미’, ‘관습’ 등을 포함한다.³⁸⁾ 한편 통합조항은 계약당사자 간 이전의 진술 또는 합의의 내용은 물론이고, 이후에라도 그들 사이에 비공식적으로 합의된 것을 망라한다. 그러나 계약당사자는 자유로이 합의된 방식을 확장하거나 필요한 경우 그 수정·변경도 자유로이 할 수 있다. 이하 제2.1.18조(특정한 형식에 의한 변경)는 이러한 사안을 다루고 있다. 곧 본조는 통합조항이 없는 경우 서면계약을 보충하거나 부인할 수 있는 그 밖의 외부증거를 허용하고 있다는 측면에서, 제1.2조(형식의 자유)상의 일반원칙을 우회적으로 지지하고 있는 조문으로 취급할 수 있다고 본다.

2) 판결례

(1) 사실관계와 판결요지

본건은 통합조항이 적용법의 해석규칙에 영향을 미치는 지의 여부에 관한 사례이다.³⁹⁾ A(X국 소재 기업)와 B(Y국 소재 기업)는 A가 소유하고 있는 제3의 기업의 일부거래의 지원을 위한 계약을 체결하였다. 본건 계약의 적용법은 이탈리아 법이었다. A와 B는 계약서에 있는 가격조정조항의 적절한 의미의 해석과 관련한 문제로 다툼이 발생하였다. A는 문제의 조항으로서 이탈리아 민법 제1362조 (2)⁴⁰⁾의 관점에서, 즉 계약당사자의 합치된 의사는 계약의 체결 전이나 후에 계약당사자 간의 행위 또는 합의를 고려하여 결정되어야 한다고 주장하였다. 이에 B는 이러한 합의에는 본건 계약내용에 관하여 계약당사자 간에 전반적인 이해와 그 내용에 관한 사전 합의 또는 진술이 우선되어야 함을 적시하고, 여기에 명시규정이 없다면, 계약에 영향을 미치고 있는, 대리·보증·확약·합의·구두 또는 그 밖의 명시적 또는 묵시적 담보약속이 없다고 규정하고 있는 계약조항을 인용하면서, 양당사자의 의향이 계약서에 포함되어 있으며, 따라서 계약의 전 또는 후의 양해는 무시되어야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 이탈리아 민법의 시각에서 본 사안을 소위 통합조항으로 취급할 수 있음을 확인하였으나, 그러한 조항은 계약서상 합의 이외에 계약당사자를 구속할 수 없음을 단순히 표시하고는 있으나 적용법으로서 이탈리아 민법 유관조문에 명시된 해석규칙에 영향을 미치

38) Mascareño, A. & Mereminskaya, E., “The Making of World Society through Private Commercial Law: The Case of the UNIDROIT Principles,” *Uniform Law Review*, 18(3-4), 2013, pp.468-470.

39) UNILEX(28.11.2002, 「Unknown」)

40) ‘Italian Civil Code’, Articles 1362 : “(2) A contract must be interpreted with regard to the common intention and the behavior of the parties, and not merely to the literal meaning of its wording, and with regard to Art. 1364; which provides that, even if the wording contained in a contract is general, a contract exclusively covers the objects on which the parties intended to contract.”

지 않는다고 판정하였다. 그 근거로서 제2.1.17조에 비추어, 당사자들이 합의한 계약조건을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 사전의 진술이나 합의의 입증에 의해 반박되거나 보충될 수 없다는 사실, 그러나 그러한 진술이나 합의는 서면을 해석하는데 사용될 수 있다는 사실을 예시하고, 이러한 취지는 사전 진술 또는 여하한 관련 있는 합의를 박탈하는 것이 아니고 서면문서를 해석하는 방법으로 다름없이 사용될 수 있다고 보아 계약서의 통합조항은 적용법의 해석에 영향을 미치지 않는다는 사실을 재확인하였다.

(2) 평가

국제상사계약에서 통합조항, 곧 완전합의조항은 통상 계약은 양당사자의 완전한 합의를 구성하며, 서면이나 구두와 상관없이 본 계약의 주제에 관한 모든 기존의 의사표시, 합의와 계약에 우선한다는 문구 또는 이에 준하는 내용으로 표현된다. 통합조항은 계약체결 전에 합의된 내용은 서면이나 구두에 의한 것이든 본 계약에 포함되며, 계약내용과 다른 합의는 무효로 취급됨을 특정한 조항으로 취급된다. 계약의 협상단계로부터 계약이 체결되고 합의내용이 계약서로 문서화되기까지 계약당사자는 다종다양한 방법과 수단으로 협상에 임하게 되는데, 그 과정에서 경우에 따라 ‘거래의향서’(LOI) 또는 ‘양해각서’(MOU) 등을 체결하기도 한다.

그런데 계약의 협상과정에서 구두 또는 서면이든 합의내용과 최종 계약내용이 서로 상이한 경우 문제가 발생할 수 있는데, 통상 이러한 문제를 미연에 방지하기 위해 계약체결 이전에 논의된 내용과 상반되는 내용은 무효이고, 최종 서면에 의한 계약서가 우선한다는 원칙을 명문화할 필요가 있다. 곧 협상내용을 서면에 의한 계약서로 작성하더라도 이러한 통합조항을 계약내용에 포함시키지 않으면, 경우에 따라 이해당사자는 합의내용 또는 이를 입증할 수 있는 증거를 통해 최종 계약서의 내용에 이의를 제기하고 그 결과 서면에 의한 계약내용을 다룰 수 있게 된다. 이러한 통합조항은 영미법상 최종적인 서면에 의한 계약은 계약체결 이전의 모든 약속 또는 동시에 존재하는 별개의 구두로 한 약속을 모두 포함시키는 것으로 취급하여 계약당사자 간에는 최종적인 서면계약만이 존재하는 것으로 취급한다는, 소위 ‘구두 증거 배제의 법칙’(parol evidence rule)과 밀접한 연관성을 지니는데,⁴¹⁾ 본 원칙에 따라 계약 당시 계약당사자의 진정한 의사가 무엇이었는지를 결정함에 있어서, 최종 서면 합의내용을 변경시키거나 부정하는 외부증거, 곧 구두 또는 서면합의를 법정에서 인정하지 않게 된다.

41) Emerson, R. W., “Franchising and the Parol Evidence Rule,” *American Business Law Journal*, 50(3), 2013, pp.659-728., Ogilvie, M. H., “A Proposal to Replace the Parol Evidence Rule in Contract Law,” *Banking & Finance Law Review*, 29(1), 2013, pp.85-101., Epstein, D. G. & Archer, T., Davis, S., “Extrinsic Evidence, Parol Evidence, and the Parol Evidence Rule: A Call for Courts to Use the Reasoning of the Restatements Rather than the Rhetoric of Common Law,” *NML Rev.*, 44, 2014, pp.49-53.

계약서에 통합조항을 존치하게 되는 경우 계약내용에 따라 사안이 해결되기 때문에 법원은 사실관계를 파악하는 재판을 피하고 ‘법률심’(summary judgment)을 이용할 수 있기 때문에 이로부터 추후 분쟁에 기한 필요외적 비용을 절감할 수 있는 효과가 있다. 다만 구두증거 배제의 법칙은 최종 서면으로 된 계약내용과 충돌하거나 이를 변경시키는 경우에 한하여 계약 체결 전에 이루어진 구두 또는 서면 합의 내용을 배제할 수 있음을 유의하여야 한다. 여기서 계약의 내용을 단순히 보충하는 경우에는 계약내용을 구체화하기 위해서 계약체결 이전의 구두 또는 서면 합의 내용은 증거로 받아들여 질 수 있다. 따라서 협상 후 최종 계약서를 작성할 경우 합의내용의 조문화와, 통합조항의 편입이 요구된다. 또한 계약을 변경할 때는 반드시 서면으로 한다는 조항을 추가하여 구두합의에 따른 계약내용의 수정을 차단함과 동시에 예견 가능한 분쟁발생의 소지에 대비해 두는 것이 필요할 것이다. 본건 사례는 이와 같은 필요성을 엿보이고 있는 전형적인 판정례로 취급할 수 있다고 본다.

2. 특정형식에 의한 변경

1) 요건과 범위

제2.1.18조⁴²⁾는 특정형식에 의한 계약의 변경을 다루고 있는 조문이다. 계약을 서면에 의해 체결한 계약당사자는 추후 계약을 수정하거나 종결하는 것과 관련하여 서면 또는 특정한 형식에 의한다는 사실을 확약할 목적으로 이에 상당한 특별조항을 계약내용에 포함할 수 있다. 예컨대 본 계약서의 어떠한 수정 내지 변경은 양당사자의 서명에 의한 서면에 의한다고 하는 또는 이에 준하는 문구와 같다. 본조는 이러한 특별조항은 서면 이외의 합의에 의한 계약 내용의 변경 또는 종료를 무효화 한다고 규정하고 있다.

그러나 본조 적용상 예외로 취급될 수 있는 사안으로서, 제1.8조(불일치한 행동)⁴³⁾에 해당하는 경우를 들 수 있다. 제2.1.18조는 일방이 계약내용의 어떠한 변경사항이나 종결사항은 특정형식에 의하여야 한다는 합의내용을 원용함에 있어 자신이 불일치한 행위로서 그 사유를 조각하였다면, 타방이 그러한 행위를 신뢰하여 합리적으로 행한 정도에 한하여 일방의 원용은 배제된다.⁴⁴⁾ 실례로서 A가 건물 건축을 계약의 목적으로 B와 계약을 체결하였는데, 계

42) PICC, 제2.1.18조 : “합의에 의한 변경이나 종료를 특정형식으로 할 것을 요구하는 조항을 두고 있는 서면계약은 다른 방법으로 변경 또는 종료할 수 없다. 그러나 당사자는 그 행위에 의해 상대방이 그러한 행위를 신뢰하여 행위한 범위까지 당해 조항을 주장할 수 없다.”

43) PICC, 제1.8조 : “당사자는 자신으로 인하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되었고 또한 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위 한 때에는 상대방의 그러한 이해에 반하여 그에게 피해가 되는 행위를 할 수 없다.”

44) Reinisch, A., “The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in International Investment Arbitration,” *Uniform Law Review*, 19, 2014, p.612.

약서에는 작업일정에 관한 그 어떠한 변경도 서면에 의하여야 하고, 그러한 서면에는 양당사자의 서명이 있어야 한다고 규정하고 있는 경우 A가 B에게 전자우편으로 작업일정 중에 특정일의 마감일정을 연장하는 것에 대한 동의를 요청하였고, 이에 B가 즉시 승낙하였다면, 이 경우 변경은 무효로 취급된다. 왜냐하면 양당사자 서명이 포함된 서면이 없기 때문이다.

2) 판례

(1) 사실관계와 판결요지

본건은 구두변경금지의 원칙 및 신의칙 그리고 공정거래에 관한 일반원칙을 다루고 있는 사례이다.⁴⁵⁾ A(원고)와 B(피고)는 X국의 '외교통신망구축'을 목적으로 S/W 개발과 시스템 통합에 관하여 확정된 금액으로 연속적인 계약을 체결하였다. X국 정부와 B 간에 체결된 계약이 '주계약'(head contract)이고 B와 A 간에 체결된 계약이 '종속계약'(sub-contract)이다. 계약의 목적으로서 S/W는 통신시스템을 통합함에 있어 특별한 사양의 Y가 결부되어야 하는데, 이는 X국 정부가 B에게, B는 다시 A에게 제공하는 과정을 거쳐, 결국 A에 의해 개발된 S/W에 결합되어 최종 당해 시스템에 통합될 것이었다. 이를 위해 A와 B는 그들 각자의 의무를 성공적으로 수행하기 위하여 특별한 일정계획을 마련하고 합의하였는데, 이는 총 5단계로 구분되었고 각 단계로의 진전에 따라 이행성과에 대한 대금지급이 예정되었다. 다툼의 소지는 A가 B와의 계약에 있어 B가 자신에게 속한 의무를 이행하지 않으므로 종속계약을 해제한다는 통지에서 비롯되었다. A는 이 통지에서 B가 Y를 제공하지 않았을 뿐만 아니라 4단계에서의 이행성과에 따른 대금을 지급하지 않았다고 주장하였다. B는 A의 이 같은 주장을 부정하지 않았으나, 다만 Y가 다른 S/W에 의해 대체되어 제공되는 것으로 A와 합의하고 Y의 제공에 대한 의무를 계약내용에서 삭제하였다고 주장하였다. 따라서 당초 4단계에서 대금을 지급하지 않은 것이 아니라, 변경된 계약내용에 따라 A는 대금지급을 요구할 권리가 없다고 항변하였다. 그 결과 A의 소송절차에는 연속계약이 원인이 되어 관계당사자 간의 교차된 분쟁이 발생하였다. 종속계약이 유효하게 변경되었다고 하는 B의 주장과 관련하여, A는 종속계약에는 '구두변경금지'(no oral modification) 규정이 존재하여 구두 또는 묵시적인 합의변경을 금지하고 있다고 주장하였고, B사는 구두변경금지 규정에 위반한 것이 아니라 다만 행위, 곧 다른 S/W에 의한 Y의 대체에 의하여 원용한 결과로 A 또한 이 사실을 인정하였다고 주장하였다.

법원은 A의 주장을 배척하고, B의 주장을 인정하였다. 법원은 인정근거로 서면에 의한 계약으로써 어떠한 변경 또는 합의에 의한 계약의 종료를 서면으로 할 것을 요구하는 계약은

45) UNILEX(12.02.2003,「NG733 of 1997」)

그 이외의 방법으로 변경되거나 종료될 수 없으나, 당사자 일방은 타방이 그 행위를 신뢰하여 행동한 범위 내에서 그러한 조항을 원용하는 것으로부터 자신의 행위에 의하여 배제될 수 있다는 제2.1.18조의 규정례를 원용하였다. 한편 4단계에서 이행성과에 대한 대금지급이 없었다는 A의 주장에 관하여, B는 중속계약에 있어 완전의무, 즉 단계별 의무의 완전이행에 관한 조항을 포함하고 있기 때문에, A가 5단계의 의무를 이행하지 못한 것은 4단계에서의 시스템 통합을 완수하지 못한 결과이고, 따라서 A는 중속계약의 완전한 의무조항에 따라 4단계의 지급을 요구할 수 없다고 주장하였다. 이에 관하여 법원은 B의 주장을 배척하였다. 즉 S/W개발과 시스템 통합에 관한 계약에서 각각의 이행기간별 분할지급을 합의하고 계약이 체결되었으나 분할지급은 이행의 완전한 성취를 조건으로 하지 않는다고 판단하였다.

(2) 평가

본건에서 법원은 모든 계약에는 묵시적으로 신의칙 및 공정거래의무가 적용되는데, 본 계약에 포함된 완전한 의무라고 하는 조항은 합리적인 기준에 의해서도 그 의미가 불분명하고, 신의칙의 묵시적 의미를 배제하는데 기능할 수 없다고 판시하였다는 점에서 그 의의를 구할 수 있다. 이러한 판시의 배경에는 계약의 목적상 A는 통신시스템 통합에 관한 최종 성공여부를 결정지을 수 있는 계약상 실질적인 주체라고 인정하고 있음에 있다고 볼 것이다.

VI. 요약 및 결론

본고는 계약의 형식요건에 관한 PICC상의 유관규정을 중심으로, 곧 ‘서면요건’, ‘특정사항에 관한 또는 특정형식에 의한 합의를 조건으로 하는 계약의 성립’, ‘일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약’, ‘통합조항’, ‘특정형식에 의한 변경 등에 관한 조문의 법적 기준과 이들 조문이 적용된 판결례를 통하여 그 법적 시사점과 유의점을 분별한 논문이다. 주요 골자를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 승낙의 의사표시에 있어 계약당사자가 계약의 교섭단계에서의 합의를 기초로 서면으로 확약한 조건과는 다른 추가된 변경사항은 계약의 일부가 된다. 또한 서면확약 수령자가 침묵과 무위로 일관한 경우에는 이전에 합의한 내용을 중대하게 변경하지 않는 한, 변경된 내용을 포함한 서면내용을 승낙한 것으로 취급된다. 다만 변경된 계약내용은 당초 합의사항을 중대하게 변경하지 않아야 하고, 서면의 수령인이 부당한 지체 없이 그 조건에 반대하지 않아야 한다. 여기서 서면확약상의 새로운 변경내용이 이전에 합의한

조건을 중대하게 변경하고 있는지의 여부는 사실의 문제로 귀결된다.

둘째, 협상과정에서 일방이 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 선언한 경우 당해 특정사항에 관하여 또는 특정형식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약은 체결되지 아니한다.

셋째, 계약당사자가 계약을 체결할 의도를 가지고 일부 결정되지 않은 내용에 관하여 추후 합의하거나 또는 제3자에 의하여 결정하도록 미루어두었다는 사실은 계약의 성립에 영향을 미치지 아니한다. 이를 결정할 수 있는 기준은, 사안의 내용이 성격상 중대하지 않은 것, 계약내용 전반에 걸친 합의내용의 확정성 정도, 미결정내용이 그 성격상 나중에 확정될 수 있는 사항과 연관되어 있다는 사실, 합의사항이 부분적으로 이미 이행에 들어갔다는 사실 등이 다. 만약 계약당사자가 미결정 내용에 관하여 합의할 수 없거나, 또는 제3자가 그것을 결정하지 못하게 되는 경우 계약의 존재는 계약당사자의 의사에 기초하여 당해 상황을 합리적으로 확정할 수 있는 대안이 있는 경우 영향을 받지 않는다.

마지막으로, 계약체결을 위한 협상이 장기간에 걸쳐 이루어진 경우 계약당사자는 자신들이 합의한 내용을 서면으로 작성하기를 희망할 수 있는데, 이 경우 당해 서면이 최종합의서가 된다고 선언할 수 있다. 또한 계약을 서면에 의해 체결한 계약당사자는 추후 계약을 수정하거나 종결하는 것과 관련하여 서면 또는 특정한 형식에 의한다는 사실을 확약할 목적으로 이에 상당한 특별조항을 계약내용에 포함할 수 있다.

참 고 문 헌

- 김민중, “국제물품매매계약에서 당사자의 표시 기타 행위의 해석원칙”, 법학연구, 33, 2011.
- 김선국, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제의 원칙”, 비교사법, 9(2), 2002.
- 박남규, “영문국제물품매매계약서의 표준화에 관한 연구”, 관세학회지, 6(1), 2005.
- 신충일, “미국 사기방지법에 관한 일고찰”, 강원법학, 47, 2016.
- 조현숙, “국제물품매매계약에서 구두증거배제원칙 유효성에 관한 연구”, 산업경제연구, 23(6), 2010.
- 조희경, “구두증거원칙(Parole evidence rule)에 관련된 표준계약조항(Boilerplate clauses)에 대한 소고”, 성균관법학, 25, 2013.
- 하충룡, “국제물품매매계약에서의 서면요건에 대한 고찰”, 통상정보연구, 2012.

- Alidousti, N. & Taghizadeh, E., Ashouri, M., Farsani, A. K., "Comparing Subject of Assignment of Contract with Similar Concepts of Other Countries' Domestic Laws and International Documents," *J. Pol. & L.*, 9, 2016.
- Bonell, M. J., "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes," *The Unif. L. Rev.* ns, 1, 1996.
- Crawford, E. B. & Carruthers, J. M., "Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations," *International and Comparative Law Quarterly*, 63(1), 2014.
- Eiselen, S., "Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Maybe Used to Interpret of Supplement Art. 29 of the CISG," *Pace Int'l L. Rev.*, 14, 2002.
- Emerson, R. W., "Franchising and the Parol Evidence Rule," *American Business Law Journal*, 50(3), 2013.
- Epstein, D. G. & Archer, T., Davis, S., "Extrinsic Evidence, Parol Evidence, and the Parol Evidence Rule: A Call for Courts to Use the Reasoning of the Restatements Rather than the Rhetoric of Common Law," *NML Rev.*, 44, 2014.
- Hepburn, J., "The Role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Investment Treaty Arbitration," *International and Comparative Law Quarterly*, 64(4), 2015.
- Jansen, N. & Zimmermann, R., "Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules," *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 2011.
- Lando, O., "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law," *The American Journal of Comparative Law*, 53(2), 2005.
- Lando, O. & Beale, H. G., *The Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000.
- Mascareño, A. & Mereminskaya, E., "The Making of World Society through Private Commercial Law: The Case of the UNIDROIT Principles," *Uniform Law Review*, 18(3-4), 2013.
- Munukka, J., "Transnational Contract Law Principles in Swedish Case Law-PICC, PECL and DCFR," *Scandinavian Studies in Law*, 57, 2012.
- Ogilvie, M. H., "A Proposal to Replace the Parol Evidence Rule in Contract Law," *Banking &*

- Finance Law Review*, 29(1), 2013.
- Ostendorf, P., "The Exclusionary Rule of English Law and Its Proper Characterisation in the Conflict of Laws: Is It a Rule of Evidence or Contract Interpretation?," *Journal of Private International Law*, 11(1), 2015.
- Perillo, J. M., "Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form," *The Fordham L. Rev.*, 43, 1974.
- Perillo, J. M., "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review," *The Fordham L. Rev.*, 63, 1994.
- Ramberg, C., "The Unidroit Principles as a Means of Interpreting Domestic Law," *Uniform Law Review*, 19(4), 2014.
- Reinisch, A., "The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in International Investment Arbitration," *Uniform Law Review*, 19, 2014.
- UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*.
- Valdés, J. E. F., "The Use of the UNIDROIT Principles by Arbitrators in International Construction Projects," *Construction Law International*, 10(1), 2015.
- Vogenauer, S., eds., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Preamble I, 2009.
- Yuqing, Z. & Danhan, H., "New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison," *The Unif. L. Rev. ns*, 5, 2000.
- UNILEX(02.02.2001, 「R99/120HR」, 12.02.2003, 「NG733 of 1997」, 04.06.2004, 「ABR/02/5」, 11.12.2006, 「NJA 2006 s.638」)

ABSTRACT

Legal Bases and Cases for the Form Requirement under PICC

Chongseok Shim*

PICC are dealing with form requirements of international commercial contract under writings in confirmation, conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form, contract with terms deliberately left open, merger clauses, modification in a particular form. 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. 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. 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 a third person does not prevent a contract from coming into existence. 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. 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.

Key Words : Writings in Confirmation, Specific Matters, Particular Form, Contract with Terms, Merger Clauses

* Professor, Daegu University Department of Foreign Trade