

현안분석 2007-

비교법제 연구 07-04

# EU 사법통일의 동향과 분석(1) - 계약법 -

박영복 · 박광동

# EU 사법통일의 동향과 분석(1) - 계약법 -

A Movement and an Analysis of the  
Unification in EU Private Law(1)  
- Contract Law -

연구자 : 박영복(한국외국어대학교 교수)  
Park, Young-Bok  
박광동(부연구위원)  
Park, Kwang-Dong

2007. 11. 5

## 국문 요약

유럽의 법통일이 유럽연합(EU)이라는 공동체의 법질서와 관련하여 활발하게 논의되고 있다. 이는 유럽의 여러 국가가 유럽연합이라는 단일한 공동체를 형성하면서 완전한 유럽 단일시장의 실현이라는 공동목표를 달성하기 위하여 당연히 요구되는 법통일이라는 측면에서 이루어지는 것이다. 이러한 법통일은 초기에는 주로 유럽연합의 指針(directive)을 통하여 개별적으로 문제되는 영역에서 각 회원국의 국내법의 조화(harmonization)의 차원에서 진행되었다. 지침을 통한 부분적인 사법의 동화만으로는 공동시장을 실현시키는데 있어 부족함이 있고 공동체의 중요 문제를 조화롭게 해결하는 데 가장 적절한 방법은 보다 넓은 범위에서 사법을 통일시키는 것이라는 인식하에 유럽의회가 사법체계의 동화 내지 통합을 위해 노력할 것을 발의한 것을 계기로 1990년대 말경부터 통합을 위한 준비가 빠르게 진행되고 있다. EU 차원에서 기존의 공동체법의 질을 개선하고 공통의 기초를 확립하려는 노력이 본격화 되면서, 이러한 개별 지침을 통한 각국의 국내법의 조화에서 더 나아가 유럽의 私法の 통일(unification)의 필요성과 가능성이 학계에서 계속 논의되어 왔고, 민법의 동화 내지 유럽통일민법(European Civil Code)을 준비하는 학자들의 연구도 활발히 이루어지고 있다. 유럽계약법의 발전은 2003년 유럽위원회의 'A Coherent European Contract Law'에 대한 실행계획(Action Plan)의 발표와 함께 새로운 국면에 접어들었다. 위원회의 실행계획에 의한 임무부과로 유럽계약법에 대한 학문적 작업에 새로운 단계가 전개된다.

본 연구에서는 이제까지의 유럽에서의 민사법 통일화 모습을 개관하고(제2장), 유럽연합차원에서의 계약법 통일화작업을 계약법과 가장 밀접하고 또 유럽계약법(개별국가의 계약법 포함)에 상당한 영향을 준

『소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침』을 중심으로 그 내용과 각 회원국 국내법에의 수용을 살펴보았다(제3장). 그 다음 다른 줄기인 유럽사법통일을 준비하는 연구 모임들 및 그 결과물의 내용을 정리한다. 먼저 유럽계약법위원회의 계약법원칙(PECL)을 정리하였고(제4장), 이 원칙을 총칙화하고 현재 각칙화작업을 하는 유럽민법전연구회의 연구를 매매법 영역에 한정하여 그 내용을 살펴보았다(제5장). 다음으로 이와 유사한 목적을 가지고 진행되고 있는 유럽사법학원(Academy of European Private Lawyers)의 유럽계약법전 예비안(제6장), 그리고 現存EC私法유럽연구단의 Acquis 원칙의 내용을 다루었다(제7장). 마지막 장인 제8장에서는 이들 작업(공동체법에 의한 사법의 동화 내지 통일화와 전문가 단체에 의한 통일화 작업) 상호간의 관계 등 현재의 유럽 계약법의 발전상황을 정리하였다. 이러한 학자들의 연구작업은 유럽위원회에서 추구하는 “공통기준틀(common frame of reference)”을 세우는 작업의 기초가 될 것으로 보인다.

**키워드 :** 유럽통일계약법; 現存EC私法유럽연구단; 유럽사법학원; 계약법원칙; 유럽민법전연구회; 유럽계약법위원회; 공통기준틀; 유럽사법; 유럽민사법‘ 유럽계약법

## Abstract

It is possible to discern a progressive europeanization in the area of the private law. But the europeanization movement is not limited to legislation.

To understand the impact of the European Community on private law is taken account of the legislative bases in the European Treaty, which explain not only the present state of the Community's achievements, but also the peculiar problems connected to the instrument of the national legal systems of the Member States. The legislative process is split up into two phases, the first at the Community level and the second within the single Member States. Although they are diminished by the duty of the courts to the national law in conformity with the directive the differences in form and content that remain after harmonization has taken place are still considerable. Another consequence of the implementation of private law directives are tensions with the structure of the existing national legislation.

These observations point to the need of a more general approach. The piecemeal legislation of the Community cannot cope with divergencies resulting from the context of national law and in particular with differences in structure, principles and concepts. The harmonization of the general framework which accommodates specific instruments could be carried out by the courts and by legal scholarship. The important facets of the process are the contributions of the European Court of Justice and of legal scholarship which has turned to the analysis of general principles of private law in various fields. The Commission on European Contract Law has certainly made the greatest progress in its work. There are

many groups of scholars devoted to the elaboration dealing with the areas of the private law. On the basis of this understanding of the states in Europe it is given the outlook of the European private law.

An Action Plan of the European Commission issued in February 2003 moves the development of European contract law into a new phase. Following up the pan-European discussion, considering the problems which result from differences between national contract laws concerning the uniform application of EC contract law, the Action Plan goes a step further by regarding the academic examination of European contract law as an indispensable core component of further progress towards a coherent European contract law. The Commission is striving to erect the "common frame of reference". It aims to establish common principles and terminology in the area of European contract law.

A future European contract law will be above all linked onto the common principles and structures of the existing EC private law. For this purpose, a scientific investigation and depiction of the Contract law *Acquis communautaire* is required with the aim of developing "Principles of existing EC Private Law". These principles will be introduced into the process of legal harmonisation in a variety of ways. In particular, they stand next to the Restatements achieved by means of comparing domestic systems of law, e.g. by Lando Group and the Study Group. They think, by considering the principles both contained in existing EC private law and extracted from the domestic legal systems can the pre-conditions for a successful advance along the road towards a European Contract Law be created.

**Key Words :** Unification of European Private Law; Harmonization

of the law; Europeanization; European Contract Law; Implementation; EC directives; Treaty on European Union; Study Group on a European Civil Code.; Acquis communautaire; Academy of European Private Lawyers; Common Frame of Reference(CFR)

# 목 차

국 문 요 약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	15
1. 연구목적 .....	15
2. 연구내용 .....	17
제 2 장 유럽에서의 계약법 통일화 동향 .....	21
제 1 절 머리말 .....	21
제 2 절 유럽에서의 민사법의 통일화 : 현황과 문제점 .....	22
1. 국제법에 의한 통일화 .....	22
2. 유럽공동체법에 의한 통일화 .....	24
제 3 절 유럽연합 주도의 계약법 통일화 .....	27
1. 유럽의회의 발의 .....	27
2. 유럽위원회의 대응 .....	28
제 4 절 전문가 단체에 의한 통일화 작업 .....	34
1. 유럽계약법위원회 .....	34
2. 유럽민법전연구회 .....	35
3. 유럽사법학원 .....	37
4. 現存EC私法유럽연구단 .....	38

5. 유럽私法共通核心프로젝트: 일명 트렌토그룹(Trento Group) .....	39
6. 유럽보험계약법 리스테인트먼트 프로젝트 그룹 .....	40
7. 유럽계약법협회 .....	43
8. 정 리 .....	44
제 5 절 유럽계약법의 과제와 전망 .....	45
1. 통일화 시도 .....	45
2. 공통기준틀(CFR) .....	47
제 3 장 유럽공동체법에 의한 통일화 - 소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침- .....	51
제 1 절 유럽법으로서의 지침(指針) .....	51
제 2 절 소비재매매지침의 적용범위 .....	52
제 3 절 지침의 내용 .....	54
1. 하자 개념 - 계약적합성 .....	54
2. 소비자의 권리 .....	55
3. 권리행사기간의 통일 .....	57
4. 입증책임의 전환 .....	58
5. 보증(Guarantee) .....	59
제 4 절 국제물품매매계약에 관한 UN협약의 시각에서의 「지침」 .....	60
1. 매매법 영역에 있어서의 통일법 .....	60
2. 내용 비교 .....	61
3. 평 가 .....	67
제 5 절 지침의 국내법에의 수용 .....	69
1. 개 관 .....	69

2. 독 일 .....	71
3. 오스트리아 .....	72
4. 프랑 스 .....	73
5. 영 국 .....	74
6. 스웨덴 .....	75
7. 이탈리아 .....	78
제 4 장 유럽계약법원칙 .....	79
제 1 절 유럽계약법원칙의 대상 및 구조 .....	79
1. 개 요 .....	79
2. 적용대상 및 구조 .....	81
3. 원칙의 의의 .....	82
제 2 절 계약법원칙의 내용 .....	84
1. 제 1 장 일반규정(general provision) .....	84
2. 제 2 장 계약의 성립 .....	87
3. 제 3 장 대리권 .....	91
4. 제 4 장 계약의 유효성(Validity) .....	95
5. 제 5 장 계약의 해석 .....	99
6. 제 6 장 계약의 내용과 효력 .....	100
7. 제 7 장 계약의 이행 .....	105
8. 제 8 장과 제 9 장의 불이행책임 .....	108
9. 제10장 다수당사자(Plurality of parties) .....	121
10. 제11장과 제12장 지위의 이전 .....	123
11. 제13장 상계 .....	131
12. 제14장 시효 .....	133
13. 제15장 위법성(Illegality) .....	137

14. 제16장 조건 .....	139
15. 제17장 이자의 원금산입 .....	140
제 3 절 유럽계약법원칙에 대한 평가 .....	141
제 5 장 유럽민법전연구회의 매매법 원칙 .....	143
제 1 절 유럽민법전 성문화 계획 .....	143
제 2 절 유럽민법전연구회의 작업 .....	145
1. 연구회의 구성 .....	145
2. 의견서(Position Papers) .....	146
3. 방 법 .....	150
제 3 절 전체적 개요 .....	152
1. 체 계 .....	152
2. 상인과 소비자에 대한 특별규정 .....	153
3. 강행규정 .....	154
4. 적용범위 .....	154
5. 매매계약의 정의 .....	155
제 4 절 주요 내용 .....	156
1. 매도인의 의무와 물품의 계약적합성 .....	156
2. 매수인의 의무 .....	160
3. 부적합에 대한 구제수단 .....	162
4. 위험의 이전 .....	164
5. 보증(Guarantee) .....	165
제 5 절 전 망 .....	168

제 6 장 유럽계약법전 예비안 .....	169
제 1 절 유럽사법학원 .....	169
제 2 절 예비안 내용 .....	170
1. 제 1 장 통 칙 .....	170
2. 제 2 장 계약의 체결 .....	171
3. 제 3 장 계약의 내용 .....	175
4. 제 4 장 계약의 방식 .....	176
5. 제 5 장 계약의 해석 .....	177
6. 제 6 장 계약의 효과 .....	178
7. 제 7 장 계약의 이행 .....	185
8. 제 8 장 계약의 불이행 .....	187
9. 제 9 장 계약의 양도 및 계약에서 발생하는 법률관계의 양도 .....	198
10. 제10장 계약 및 계약에 근거한 법률관계의 소멸 .....	201
11. 제11장 계약의 장애사유 및 구제수단 .....	205
제 3 절 내용의 특징 .....	213
제 7 장 現存EC私法유럽연구단의 Acquis 원칙 .....	217
제 1 절 Acquis 그룹의 연구 .....	217
1. 개 요 .....	217
2. Acquis 그룹의 목표 .....	220
3. 접근방법 .....	221
제 2 절 Acquis 원칙의 내용 .....	223
1. 제 1 장 일반 규정 .....	223
2. 제 2 장 계약체결 전단계의 의무(Pre-contractual Duties) .....	224

3. 제 3 장 차별금지(Non-Discrimination) .....	228
4. 제 4 장 계약의 성립 .....	229
5. 제 5 장 철회권(Withdrawal) .....	230
6. 제 6 장 개별적으로 협의되지 않은 조항(Non-Negotiated Terms) ..	232
7. 제 7 장 의무의 이행 .....	235
제 3 절 Acquis 원칙의 특징 .....	236
1. 계약체결 전단계의 법규범화 .....	236
2. 소비자 보호 .....	237
3. 전자문서 .....	239
4. 기 타 .....	239
제 8 장 결 론 .....	241
1. 통일화되는 유럽계약법 .....	241
2. ‘유럽계약법’에 대한 유럽위원회의 실행계획 .....	243
3. 법학에 있어서 연구 방법 .....	245
4. 작업영역으로서 Acquis Communautaire, 통일법 그리고 개별국가법의 비교 .....	246
참 고 문 헌 .....	249

## 제 1 장 서 론

### 1. 연구목적

유럽연합(EU) 27개 회원국 정상들이 2007년 10월 18일 포르투갈 리스본에서 2년 전 프랑스와 네덜란드 국민투표에서 부결된 EU 헌법을 대체하는 ‘개정 조약(Reform Treaty)’의 내용을 확정했다. 이로써 EU는 창설 50년 만에 경제통합에 이어 정치통합의 길을 열게 되었다.

부결된 헌법은 로마(1957년), 마스트리히트(1992년) 조약 등을 대체하기 위한 것이지만 개정 조약은 기존 조약을 보완 수정하는 성격을 띠고 있다. 이에 따라 헌법이란 단어가 빠졌으나 내용상으로는 헌법처럼 상임직 지위를 갖는 대통령직과 외교 총책직이 신설되었다.<sup>1)</sup>

새 조약은 유럽 기본권 헌장의 구속력을 강화하였다. EU 시민의 자유와 평등, 정치 사회적 기본 권리를 담고 있는 기본권 헌장의 54개 조항이 모두 구속력을 갖게 되었다.<sup>2)</sup> 또 만장일치제 대신 이중다수결제가 확대되었다. 이중다수결제는 EU의 복잡한 의사결정 구조를 단순화하기 위한 역내 인구의 65%와 회원국 수의 55%(27개 회원국 중 15개국) 이상의 찬성으로 주요 정책을 결정하는 것이다. 2014년부터 단계적으로 확대 적용되며 2017년 완전 도입된다. 이중다수결제는 특히 사법과 경찰 분야에서 만장일치제를 대체한다는데 의미가 크다.<sup>3)</sup> 외교정책과 조세, EU 예산 및 수입에 관한 결정은 만장일치제가 유지된다.

1) EU 대통령직은 회원국이 6개월 마다 돌아가며 맡는 기존의 순회 의장직을 2년 6개월 임기의 상임 의장직으로 바꾸는 것이다. 대통령직은 1회 연임이 허용된다. 임기 5년의 새 외교 총책직은 현재 외교안보정책을 맡는 EU 외교정책 고위대표와 EU 대외관계 담당 집행위원의 직무를 통합하는 것이다. 동아일보 2007년 10월 20일 A19.

2) 그러나 영국과 폴란드에는 선택배제권(opt-out)이 주어졌다.

3) 영국과 아일랜드는 경찰과 사법 분야 공조에서 예외를 인정받았다.

새 조약은 연말 정상회의에서 공식 서명을 받은 후 2008년 중 회원국 비준을 거쳐 2009년 상반기 발효될 것으로 전망된다.<sup>4)</sup>

EU는 초기에는 경제적인 공동시장에 역점을 두어 발전하여 왔지만 근래는 경제뿐만 회원국들 간에 법률, 정치, 외교 및 안보의 통일성도 지향하며 내부적으로 가시적일 결과물들을 내고 있고, 대외적으로도 세계시장에 지대한 영향력을 행사하고 있다. EU는 인구가 5억 명에 이르고 세계 총생산액(GDP)의 3분의 1을 차지하는 거대 시장이다. 단일통화(유로) 도입 이후 더욱 빠르게 경제통합이 이루어지고 있다. EU의 정치통합은 경제통합을 더욱 가속화해 유럽의 역동성을 높여줄 것으로 보인다.

이러한 때에 유럽의 법학이 통일되어가는 과정을 고찰한다는 것은 그 자체만으로도 매우 큰 의미가 있을 뿐만 아니라, 이미 많은 결실을 거두고 있는 경제통합의 흐름을 파악한다는 측면에서 민법을 비롯한 사법의 흐름을 가늠하는 것은 유럽연합과 교역이 점차로 증가하고 있는 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 필수적인 작업이라고 할 것이다.

더욱이 민법을 비롯한 사법의 세계적 흐름에서 유럽의 국가들은 이미 그 주류를 형성하고 있고, 유럽연합 27개국을 비롯한 유럽에서의 민사법의 상황 및 그 전개는 세계적 차원에서 보아도 합리적인 모습으로 평가를 받고 있다. 또한 우리나라의 전통적 법학이 오늘날에도 여전히 이론이나 실무의 측면에서 그 지배적 지위를 잃지 않는 독일, 프랑스 등의 유럽법학의 학설계수를 바탕으로 하여 나름대로의 학리체계를 구축하고, 그들 이론의 전개를 고려하면서 발전하여 왔다는 점을 감안해 볼 때, 유럽에서의 거래법 등의 사법 영역에서의 움직임과 독

---

4) 유럽 헌법 때와는 달리, 새 개정조약은 대부분의 국가에서 의회 비준으로 무난히 통과될 예정이다. 아일랜드만 국내법 때문에 국민투표를 실시한다. 다만 비준 과정에서 의회 의석 3분의 2이상의 지지를 받아야 하는 오스트리아·핀란드·폴란드 등은 논란이 예상된다. 영국에서도 국민투표를 하여야 한다는 주장이 있다고 한다 (조선일보 2007년 10월 20일 A23).

일 등 국내법적 현대화를 향한 논의를 ‘읽는’ 작업 및 민사법 현대화의 패러다임을 정리하여 분석하는 것은 그 가치가 있다고 여겨진다.

유럽에서의 법의 통일화, 특히 민사법의 견지에서 법통일 노력은 두드러진 현상이다. 유럽의 의회에서 제정된 다양한 종류의 사법관련 입법지침들이 각국의 국내사법으로 수용되고 있으며, 최근에는 유럽 전체에 공통적으로 적용될 통일사법의 제정의 가능성을 확인하고 이에 대한 연구모임을 만들어 작업을 진행하기에 이르렀음이 확인된다.

## 2. 연구내용

본 연구는 EU 계약법 통일의 동향과 그 분석을 하고자 한다. 유럽에서의 사법 통일화는 세계적인 私法 통일화 과정 속에서 중요한 영역에 해당하므로 그 논의를 파악하고, 주요 내용을 정리하고, 또 여러 갈래로 나누어 진행되는 연구단체들의 연구모습을 분석하고자 한다. 유럽에서의 사법 통일화 작업의 논의는 포괄적으로 다양한 영역에서 동시다발적으로 진행되고 있어서 개별적인 법 영역에서의 발전과정을 살펴볼 필요가 있고, 또 이를 종합하여 유럽 사법(특히 계약법을 중심으로) 전체의 움직임에 조망할 필요가 있기 때문이다.

공동체법에 의한 조화와 법학자들의 규정화 작업은 서로 다른 각도에서 진행되었지만, 또 진행되고 있지만, 궁극적으로는 동일한 목표를 향하고 있음을 볼 수 있다. 다만 이제까지의 공동체법에 의한 조화작업은 주로 소비자보호 영역에서 부분적으로 이루어져 왔지만, 이제는 민법영역에 있어서도 그 영향을 미치고 있다고 평가됨. 또한 지침에 의한 국내법화 작업으로 유럽연합 회원국들 사이에 한정된 부분이지만 조화된 민법의 모습을 볼 수 있다.

유럽민법전연구회의 민법전 초안 작업은, 유럽계약법위원회의 계약법원칙 작업(The Principles of European Contract Law)을 이어받아, 그

대부분을 그대로 반영하고 있으며, 이 작업에는 Unidroit의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts<sup>5)</sup>)과 밀접한 제휴를 가지면서 진행되고 있다. 이 외에도 유럽사법학원, 現存EC私法유럽연구단 등에서도 그 연구 결과물을 내놓고 있다.

본 연구는 유럽에서의 사법의 통일화 과정을 종합적으로 고찰하여 정리하는 자료를 제공할 것이다. 요컨대 유럽사법의 통일화과정을 통한 우리 사법의 논의 및 연구에 대한 참고자료를 제공하게 될 것이며, 또 유럽 사법의 연구에 대한 다른 연구자들의 연구를 촉발시키게 될 기초적 연구가 될 것이다.

이러한 점을 기대하면서 본 연구는 먼저 총론적으로 유럽에서의 법 통일이라는 제목으로 개괄적으로 살펴본다(제2장). 여기서 유럽에서의 법통일 동향은 (1) 공동체법에 의한 사법의 동화 내지 통일화와 (2) 전문가 단체에 의한 통일화 작업의 큰 두 줄기를 확인할 수 있다. 이 제2장은 본 연구의 총론분야라 하겠다. 각론분야로 (1) 먼저 공동체법에 의한 통일화를 다루는데, 계약법과 가장 밀접하고 또 유럽계약법(개별국가의 계약법 포함) 상당한 영향을 준 『소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침』을 중심으로 그 내용과 각 회원국 국내법에의 수용을 살펴본다(제3장). 그 다음 다른 줄기인 유럽사법통일을 준비하는 연구 모임들 및 그 결과물의 내용을 정리한다. 즉 먼저 유럽계약법위원회의 계약법원칙(PECL) 및 유럽민법전연구회의 작업을 매매법 영역에 한정하여 그 내용을 살펴본다(제4장, 제5장). 이와 유사한 목적을 가지고 진행되고 있는 유럽사법학원(Academy of European Private Lawyers)의 유럽계약법전 예비안(제6장), 그리고 現存EC私法유럽연구단의 Acquis 원칙의 내용을 다룬다(제7장). 마지막 장인 제8장에서는 이들 작업(공동체법에 의한 사법의 동화 내지 통일화와 전문가 단체에 의한 통일화 작업) 상호간의 관계 등 현재의 유럽 계약법의 발전

---

5) Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, 1994 & 2004.

상황을 분석·정리한다. 이러한 학자들의 연구작업은 유럽위원회에서 추구하는 “공통기준틀(common frame of reference)”을 세우는 작업의 기초가 될 것으로 보인다.

## 제 2 장 유럽에서의 계약법 통일화 동향

### 제 1 절 머리말

최근 개별 국가의 국내법을 국제적으로 상호간에 법의 조정과 통일을 위한 여러 노력이 민사법의 영역에서도 여러 성과를 통하여 가시화 되고 있다. 특히 유럽의 법통일이 유럽연합(EU)이라는 공동체의 법질서와 관련하여 활발하게 논의되고 있다. 이는 유럽의 여러 국가가 유럽연합이라는 단일한 공동체를 형성하면서 완전한 유럽 단일시장의 실현이라는 공동목표를 달성하기 위하여 당연히 요구되는 법통일이라는 측면에서 이루어지는 것이다.

이러한 법통일은 초기에는 주로 유럽연합의 指針(directive)을 통하여 개별적으로 문제되는 영역에서 각 회원국의 국내법의 조화(harmonization)의 차원에서 진행되었다. 지침을 통한 부분적인 사법의 동화만으로는 공동시장을 실현시키는데 있어 부족함이 있고 공동체의 중요문제를 조화롭게 해결하는 데 가장 적절한 방법은 보다 넓은 범위에서 사법을 통일시키는 것이라는 인식하에 유럽의회가 사법체계의 동화 내지 통합을 위해 노력할 것을 발의한 것을 계기로 1990년대 말경부터 통합을 위한 준비가 빠르게 진행되고 있다. EU 차원에서 기존의 공동체법의 질을 개선하고 공통의 기초를 확립하려는 노력이 본격화되면서, 이러한 개별 지침을 통한 각국의 국내법의 조화에서 더 나아가 유럽의 私法の 통일(unification)의 필요성과 가능성이 학계에서 계속 논의되어 왔고, 민법의 동화 내지 유럽통일민법(European Civil Code)을 준비하는 학자들의 연구도 활발히 이루어지고 있다.

본 장에서는 이제까지의 유럽에서의 민사법 통일화 모습을 개관하고(제2절), 유럽연합차원에서의 계약법 통일화작업과(제3절), 계약법 통일화 작업을 하는 연구팀에 대해 살펴본다(제4절).

## 제 2 절 유럽에서의 민사법의 통일화 : 현황과 문제점<sup>6)</sup>

### 1. 국제법에 의한 통일화

#### (1) 조약에 의한 통일

국제조약에 의해 사법 영역에 있어 통일과 조화가 이루어졌다. 예를 들어 약속어음 및 환어음, 대리(agency), 동산매매, 금융리스, 팩토링, 해상·항공운송, 자동차책임보험, 숙박업자책임, 도로운송, 저작권 등의 분야에 있어서 조약이 발견된다. 1980년 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on contracts for the international sale of goods, CISG)은 계약법 영역에서 대표적으로 언급되는 조약이지만 동산물품매매에 한정하고 있다.<sup>7)</sup> 이들 조약의 대부분은 조약체약국이 조약의 내용을 적절한 형식으로 국내법으로 전환하는 것이 인정되므로, (단일의 법 제정 대신) 조화를 촉진하고자 하는 통일법에 합의한 것이다.

국제조약에 의하여 사법을 통일하는 것에 한계가 있다. 그 발효를 위하여 국가의 비준이 필요한 국제조약이라는 규제방법은, 19세기의 문명제국의 규모가 작고 조직화가 용이한 세계에서의 통일수단으로서 고안되었다. 제2차 세계대전 후 독립국가의 수가 100개를 넘은 상태에서는, 이러한 방법은 비효율적이라는 것이 분명하게 되었다. 오늘날 일반적인 조약의 채택을 위하여 소집된 외교회의에서는 수백 명이 참

6) 보다 자세한 현황에 대해서, 박영복, 유럽에서의 민사법의 통일화, 비교사법 제13권 2호(2006.6), 155면 이하 참조. 이 글은 유럽 민사법이 통일화되어 가고 있다는 점을 주된 시각으로 하여 기술하였다.

7) 지금까지 70개국이 협약을 비준하였고(2006년 12월 현재), EU 회원국 중에는 영국, 아일랜드, 포르투갈의 3개 회원국만이 아직 비준하지 않고 있다.

가하고 있다. 이러한 상황 하에서 교섭은 그다지 적극적으로 행해지지 않고, 정부는, 설령 자기의 서명으로 조약을 지지하였어도, 그 후에 비준을 위해 필요한 스텝을 밟아야 한다는 압박을 느끼지 않는다. 그 결과, 극히 소수의 조약만이 많은 국가의 비준을 거치고, 그것도 장기에 걸친 비준절차가 필요하게 된다. 또 조약에 의한 통일이 조각모음으로 되고 마는 것이 상당히 빈번하게 생기고 있다. 더구나 대부분의 조약이 상당히 많은 예외나 유보를 허용하고 있는 것은, 그 통일적인 해석을 결여케 하고, 통일의 표준 그 자체에 대하여 중대한 의심을 생기게 하고 있다.

## (2) 국제사법의 통일

유럽공동체 회원국은 공동체내에서 특히 관할과 판결의 집행 분야에서 이미 수행된 법의 통일작업을 국제사법의 분야에서 지속시키기를 열망하고 계약상 채권관계의 준거법에 관한 통일규칙의 확립을 구하였다. 이에 1991년 4월 「계약관계의 준거법에 관한 1980년 로마협약」<sup>8)</sup>이 발효됨에 따라 계약상 채무의 준거법 결정에 관한 한 주요 유럽공동체국가의 국제사법규범은 상당부분 통일되었다고 할 수 있다. 유럽공동체내에서 계약상 채무의 준거법을 통일함으로써 협약이 목적으로 하는, 거래 당사자들로 하여금 준거법을 쉽게 예측할 수 있게 하고 법적 안정성을 제고하기 위해서는, 규정을 적용하는데 있어서 협약에 정해진 통일규정에 대한 유럽국가의 통일적 해석과 적용이 보장되어야 할 것이다. 국경을 넘는 거래에 있어서 어느 한 국가의 법이 준거법으로 결정되었다고 하더라도, 강행규정은 준거법과 관계없이 적용되므로, 준거법으로 선택된 국가의 강행규정과 다른 나라의 강행규정이 계약에 동시에 적용되어 모순을 야기할 수 있다. 또한 국

8) Convention on the law applicable to contractual obligation, 19.6.1980.

제사법에 의하여 다른 나라의 법이 준거법으로 되는 경우에 그에 대한 부지로 인한 불이익이 여전히 존재한다. 따라서 유럽의 역내 시장에서의 마찰 없는 기능을 발휘하기 위하여는 이 로마협약으로는 충분치 못하다는 인식이 팽배되었다.

## 2. 유럽공동체법에 의한 통일화

### (1) EU 입법권의 한계

유럽공동체의 초기의 목표는, 법의 조화나 통일이 아니고, 시장의 통합이었다.<sup>9)</sup> 그 기본목적은, 이른바 기본적 자유의 실현, 즉 물건의 자유로운 유통, 人의 자유로운 이동, 설립의 자유, 서비스의 자유로운 유통, 자본의 자유로운 이동에 의하여 달성될 수 있는 것이었다. 이들 자유에 관계하는 로마조약의 단일유럽의정서의 규정은, 특히 국내법이 부과하고 있는 장애물의 제거를 목적으로 하는 전환입법(implementing legislation)의 제정권한을 공동체에 주고 있다. 단일유럽의정서(Single European Act), 마스트리트 조약, 암스테르담 조약에서 합의된 로마조약 후의 수정조항은 특정의 정책영역에서의 입법근거를 부여하고 있다. 그러나 조약에 있어서는 연방국가의 헌법과는 달리, 계약법 이건 회사법이건, 상사법이건 민사법이건, 잘 알려진 법영역에 관하여 포괄적 입법권한이 규정되고 있는 것은 아니다.

---

9) 따라서 경제공동체로서의 EC는 관세는 물론, 농업시장, 역내무역, 카르텔법 그리고 단편적인 운송정책분야에까지 통일된 경제법을 갖게 되었다. 하지만 이를 넘어 “국내법규정의 동화”(Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften)를 통한 경제법의 통일 역시 EC조약 제3h조에 규정된 것처럼 그 자체가 법통일을 목적으로 하는 것이 아니라, “공동시장이 기능할 수 있도록” 하는데에서 이루어지고 그렇게 제한되어 있었다. 따라서 EC내에서의 법통일은 그 자체가 가치를 가지는 것이 아니라, 기능적 공동시장의 필요성 때문에 이루어진 것이다. 이러한 EC체계 하에서의 설명에 대해서는 V.Götz, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa?*, JZ 1994, 266 참조.

EC지침을 통하여 각국의 특별사법영역에서 서로 접근 동화되어 ‘유럽화’되었다. 지침을 통한 법의 동화는 민법 전체나 채권법 등 특정분야 전체를 대상으로 하여 동화를 추진하는 것은 아니다. 또 매매 등 특정 거래 유형 전반에 관한 것도 아니다. 소비자보호 등 하나의 기본정책에 관련하여서도 논점별로 별개의 지침에 의해 규율되고 있는 것이다. 이는 언급된 유럽연합에는 사법 전반에 관한 동화 내지 통일 자체를 목적으로 하는 입법권이 없고, 경쟁정책, 소비자정책, 농업정책, 사회정책 등 유럽연합에 위임된 특별한 정책 및 목적사항에 관한 입법권 외에는 공동시장의 필요에 따른 법의 동화를 추진할 수 있을 뿐이다(Art. 3h, Art. 100a EVG). EC의 입법지침은 오로지 마스트리히트 조약에 규정된 보충성의 원칙(principle of subsidiarity)에 따라 국내법에 보충적으로 단지 촉진을 요구할 수 있는 데 불과하다. EC조약 제3b조는, “EC(The Community)는 이 조약 속에서 지정된 권한과 목적의 한계 내에서만 활동할 수 있다. 그의 배타적 관할에 속하지 않는 영역에서는 보충성의 원칙에 따라, 그 목적이 회원국 차원에서는 충분히 이루어질 수 없고 그 범위 또는 효과의 측면에서 공동체차원에서 조치가 취해져야 비로소 목표달성이 가능한 때에 한하여, 개입할 수 있을 뿐이다. EC의 조치는 이 조약의 목적달성에 필요한 범위를 넘어설 수 없다”고 되어있다. EU는 공동체에 위임된 사항에 속하는 정책목적이 개별 회원국 차원에서는 달성될 수 없을 때 비로소 지침을 만들 수 있는 것이다.<sup>10)</sup>

이러한 EU 입법권의 한계는 부분적, 단편적 법의 동화 현상을 가져왔을 뿐만 아니라 지침을 통해 형성된 공동체의 법체계 및 법동화는 내용적으로나 체계적으로 일관성을 갖기 어렵다는 한계를 가지고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 체계성 및 일관성의 결여로 종래의 회원국의 국내법과

10) T.Tröger, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht, ZEuP 2003, 525; 안춘수, 유럽의 사법통일의 동향, 비교사법 제13권 3호(2006.9), 60면 참조.

11) T.Möller, Europäische Richtlinie zum Bürgerlichen Recht, JZ 2002, 125ff.

지침은 충돌 등 상호 부조화 가능성이 증대하게 되었다.<sup>12)</sup> 많은 지침에서 회원국 입법자에게 복수의 해결방안 중 하나를 선택할 수 있도록 하거나 또는 지침의 규율정도를 최저 수준(minimum standards)으로 설정하는 것은 이러한 문제점에 대한 정책적 고려의 산물이라고 본다.<sup>13)</sup>

EC 조약 제249조 3항의 문언에 의하면, 지침(directive)은 회원국에게 결과가 달성되어야 하는 것을 의무로 부담지우는 것이지만, 『형식 및 방법의 선택은 각 회원국에 맡겨져 있다』<sup>14)</sup>. 지침은 규칙(regulation)과는 달리 민사법의 특징인 수평적 관계가 문제로 되는 한 직접적으로 적용되지 않는다. 환언하면, 실제적 목적을 달성하는데 있어서 중요한 것은 지침 그 자체만이 아니라, 당해 회원국의 법적 시스템에 있어서 지침을 국내법화(implementation)하는 것이다. 이 입법과정은 두 단계로 나뉜다. 제1단계는 공동체 차원의 입법과정이고, 제2단계로 되는 것은 각 회원국 내부의 입법과정이다. 이 제1단계만이 통일된 문언(text)을 만드는 것이고, 제2단계에서는 각국마다의 변형된 모양을 취할 수 있는 것이다. 이러한 변형은 법원이 국내법을 지침에 적합하도록 해석할 의무를 지는 것으로 감소되지만, 조화(harmonization)가 행해진 후에도 남는 그 형식 및 내용상의 차이는 여전히 상당하다. 그 결과로 『조화』가 이루어진 후에도 외국의 법률가가 각 회원국에서의 법상황을 확인하는 것은 여전히 곤란하거나 불가능하다.

---

12) 구체적 예에 대한 소개로는, 김영두, 유럽계약법에 대한 최근의 논의, 법학연구 15권 1·2호(2005,6), 231-233면 참조.

13) 안춘수, 유럽의 사법통일의 동향, 비교사법 제13권 3호(2006.9), 62면.

14) 이러한 지침이 법 동화의 수단으로서 선호되는 이유는 회원국에게 정책목적의 달성과 관련하여 일정한 재량권을 줌으로써 지침과 회원국의 국내법 사이의 부조화 내지 충돌을 최소화할 수 있어 결국 지침의 국내법화를 촉진할 수 있기 때문이라고 한다.

## 제 3 절 유럽연합 주도의 계약법 통일화

### 1. 유럽의회의 발의

유럽의회(European Parliament)는, 1989년 5월 계약법에 대하여, 심지어 민사법 일반에 대해서도, 포괄적인 공동체 입법에 대한 사전 작업을 요구하는 결의안을 채택하였다.<sup>15)</sup> 그때까지 유럽공동체는 수많은 개별문제들에 대하여 동화작업을 하였음에도 불구하고 모든 민사법연역을 조화시키지 못하였으며, 그로 인해 공동의 역내시장을 만든다는 목표에 부합하기 못했다는 것을 그 이유로 하고 있다. 그 후 1994년 유럽의회는 1989년 사법동화결정에 따른 준비작업이 제대로 진척되지 않았음을 이유로 유럽위원회에 통일유럽사법전 작업에 착수할 것을 촉구하였다.<sup>16)</sup> 그러한 법률을 채용하기에 이르기 위한 입법절차를 주도하는 권한은 오로지 유럽위원회(European Commission, 집행위원회)에만 있다. 그러나 유럽위원회는 민사법의 영역에서 수평적 관계에 관한 어떤 입법을 행하는 것에는 오랜 기간 동안 부정적이었고, 심지어 당초 공동체가 그러한 법의 입법권한을 가지는 지에 대해 회의적이었다.

1999년 말 상황은 변화를 가져와 민사법통일에 대한 움직임이 보다 크게 일게 된다. 1999년 10월 15일 유럽이사회(European Council)는 각료이사회(the Council of the European Union)와 유럽위원회에 원활한 민사절차를 방해하는 요소를 제거하기 위하여 회원국들의 민사실체법을 동화할 필요가 있는지에 대한 연구, 즉 ‘사법의 보다 큰 수렴’을

15) Official Journal of the European Communities(OJC) 158. 26.6.1989, p.400. 이하 각주에서 명시하고 있는 문서는 유럽연합 위원회의 웹사이트인 [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm)을 통해 볼 수 있다.<2007. 7. 25. 최종방문>.

16) Resolution of 1994, OJC 205. 25.7. 1994, p.518. 이후에도 2001년 11월, 2003년 10월 통일된 역내시장은 사법의 조화를 위한 추가적 조치 없이는 완전한 기능을 가져올 수 없다는 결의를 하고 있다(OJC 140 E, 13.6.2002, p.538; OJC 76E, 25.3.2004, p.95) 참조.

목적으로 한 사전작업을 수행하라고 촉구하였고, 특히 이사회에 이에 대해 보고토록 하였다.<sup>17)</sup> 여기서 민사절차가 잘 기능하도록 역내시장의 장애요소를 제거하기 위해 사법문제에 관한 회원국의 적절한 입법이 필요하다며 종합적인 연구를 요청하였다. 이에 대한 응답으로 유럽위원회는, 2001년 7월 공식적으로, 폭넓은 논의를 위해 유럽에 있어서 계약법을 다루어야 하는지, 또 어떻게 다루어야 하는지를 묻는 「통신문」(Communication)을 공표 하였다.<sup>18)</sup>

## 2. 유럽위원회의 대응

### (1) 유럽위원회의 통신문(COM 2001)

이 통신문은 기관뿐만 아니라 경제계와 법조계의 학자와 실무자들 및 소비자단체 등을 대상으로 역내시장과 관련된 계약법에 관한 의견을 수렴함으로써 유럽공동체 내의 계약법에 관한 논의를 확대하고자 한 것이다. 통신문은 유럽공동체 내부의 국경을 넘는 거래에 있어서 계약법의 차이로 인해 계약의 체결, 해석, 적용과 관련된 문제가 발생하는가, 계약법의 차이로 인해서 국경을 넘는 거래의 비용이 증가하는가, 지침과 규칙을 통한 계약법의 부분별 조화를 위한 공동체의 노력이 혹시 유럽공동체 차원에서 모순을 발생시키지는 않는가, 유럽공동체법의 조화롭지 못한 실행이나 국내법으로의 전환이 통일적이지 못한 문제는 발생하지 않는가 등에 대한 정보를 얻는 것을 목표로 하고 있다.<sup>19)</sup>

이 통신문은 회원국의 계약법 체계의 차이가 단일시장의 작동에 미

17) 15, 16 October 1999, Conclusion 39(핀란드 탐페레 Tampere). 유럽의회도 2000년 3월 더 포괄적인 사법의 조화가 역내시장에서 핵심이 될 것이라고 하며, 집행위원회에 사법분야의 연구를 촉구하였다(OJ C 377, 29.12.2000 .p.323. Resolution B5-0228, 0229-0230/2000. p. 326).

18) Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM(2001) 398, C5-0471/2001, 11.7.2001, OJC 255, 13.9.2001, p.1.

19) COM(2001) 398 final, p.10.

치는 영향, 그리고 공동체법의 통일적 적용이 불가결함에도 지침을 통해 이루어진 부분적 법동화가 이를 오히려 어렵게 만드는 문제점이 강조되었다. 그리고 그러한 문제가 있을 경우 그에 대한 해결책으로 네 가지 대처방안(Option)을 제시하고 있다: ① 「非EC주도」(No EC action)로 이름 붙여진 것으로, 유럽공동체 차원에서 아무런 조치를 취하지 않고 시장원리에 문제해결을 맡기는 방안(Option I); ② 회원국의 국내법을 좀 더 수렴하는 공통 계약법 원칙을 탐구·확립하는 것(Option II); ③ 현존하는 유럽공동체의 규정들을 심화·발전시키는 방안(Option III); ④ 유럽공동체 차원에서 특정의 계약유형 뿐만 아니라 계약법의 일반문제의 규정도 포함하는 계약에 대한 포괄적인 일반법을 제정하는 방안(Option IV).

위원회의 이 통신문은 활발한 논의를 불러일으켰고, 이에 대한 응답으로 2001년 9월의 「유럽계약법위원회 및 유럽민법전연구회의 유럽계약법원칙에 관한 공동회신<sup>20)</sup>」을 포함하여 정부 및 재계, 소비자단체, 법률실무가, 학자로부터 많은 반응과 이에 대한 의견이 제시되었다. 이들 대부분이, 유럽 계약법의 전망에 대해서는 상당히 미래의 것이라고 평가하면서도, 의견의 대다수가 이 영역에서 공동체의 행동이 어떤 일관성을 가지는 것에는 긍정적인 자세를 보였다. 유럽의회는 한 걸음 더 나아갔다. 유럽의회는 2001년 11월 15일 법률·역내시장 위원회(Committee on Legal Affairs and the Internal Market)의 연구에 따라 「회원국의 민법 및 상법의 近似化(approximation)」에 대하여 결의하였다.<sup>21)</sup> 여기서 다양한 국가법이 지니는 유해한 효력과 조화되지 못하고 있는 유럽법이 지적되고, 국제사법이 적절한 해결책을 제공할 수 없다는 인식 하에, 비교법 분석의 다양한 단계 및 통일된 개념과

20) Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code to the European Commission's Communication on the future of European contract law.

21) European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, (COM(2001) 398 C5-0471/2001 2001/2187(COS).

용어의 사용을 포함하여 2010년을 정점으로 EU에서의 계약법에 관한 일련의 룰이 정립될 수 있도록 유럽위원회에 실행계획을 제출할 것을 요구하였다.

## (2) 제2통신문(COM 2003)

위원회의 서비스에 관한 각국시장의 상태에 대한 2002년 7월의 보고서에서 계약법과 관련한 각 회원국의 법제도가 초래하고 있는 역내시장(Internal Market)의 기능에 많은 문제가 있다고 지적되었다.<sup>22)</sup> 2003년 2월 유럽위원회는, 유럽의회와 이사회의 요구에 대한 응답으로, 유럽계약법에 관한 실행계획(Action Plan on European Contract Law)을 채택함으로써 유럽계약법에 대한 장래의 전망에 대한 반영 및 계속적 논의를 전개시켰다(COM 2003).<sup>23)</sup> 이 실행계획은 세 방향을 제시함으로써 계속적 논의를 이끌었다. 실행계획은 국내법규정의 상이함으로 인하여 발생하는 문제의 해결을 위하여 입법적 조치와 비입법적 조치 양자를 포함한다. 그러한 조치로는 특정영역에 있어서의 개별적 개입 외에, ① 계약법영역에서 유럽공동체법(EC acquis)의 통일성 증진을 위한 질적 개선, ② EU 공통의 표준계약서의 제정을 추진하고, ③ 유럽계약법영역에서의 문제에 있어서 특정영역에 제한되지 않은 해결책(요컨대 포괄적 대체법규)이 요구되는지를 검토하고자 하였다.

유럽공동체법의 개선을 통하여 공동체법의 통일적인 적용과 국경을 넘는 거래의 원활한 작동을 촉진시키고, 결과적으로 역내시장을 완전하게 하기 위하여 「공통의 기준틀<sup>24)</sup>」(common frame of reference. CFR)

---

22) Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services. COM(2002) 441 fin. of 30.07.2002, at 35 s.

23) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A More Coherent European Contract Law An Action Plan, COM(2003) 68 final of 12.2.2003.

24) 「공통적 원용의 기초」, 「共通參考要綱」로 번역되기도 한다.

을 제안하고 있다. 유럽위원회는 CFR의 설정에 의하여 각국마다 상이한 법적 개념에 대해 모델을 제공할 것이고, 현존하는 유럽공동체법, 국제규범 그리고 회원국의 국내법이나 판례, 거래관행에서 발견할 수 있는 가장 합리적인 해결책을 참고하여 만들어 질 것이므로 이들 사이의 부조화를 극복할 수 있을 것이다.<sup>25)</sup> 나아가 CFR은 유럽계약법 영역에 있어서 선택적 법제도로써 고려될 수 있는 기초가 될 것으로 기대하였다.<sup>26)</sup>

### (3) 제3통신문(COM 2004)

제2통신문에 대한 많은 회신의견이 있었는데, 그 대부분은 유럽위원회의 실행계획을 지지하는 내용이었다. 2003년 9월 유럽의회와 이사회는 각각 이 실행계획을 지지하는 결의를 하였다. 특히 유럽의회는 위원회의 계획에 구체적인 일정표가 2006년 말까지 CFR을 완성시킬 것을 촉구하였다. 이사회도 공동체 및 개별국가법 내에서 거래 당사자에 의하여 발전된 EU차원의 표준계약서의 유용성을 인정하였다. 이들 기관은 위원회에 대해 『선택적 구속력이 있는 통일된 규범(optional instrument)』에 대한 기회의 반영을 요구하였다.<sup>27)</sup> 이에 대해 위원회는 2004년 10월 답변을 통해 좀 더 구체화시키고 있다(COM 2004<sup>28)</sup>). 여기서 EU 기관, 회원국과 이해관계자들로부터의 반응에 비추어 2003년 실행계획에서 제안된 세 가지 조치사항을 발전시켜 향후의 방향(the way forward)을 보다 구체적으로 적시하고 있다. 실행계획에서의

25) COM(2003) 68 final p.19.

26) COM(2004) 651 final, p.5.

27) 이사회는, 유럽위원회에 대해서 회원국의 적극적 참여를 유도하기 위한 정치적·전문적 관점에서 적절한 조치를 취할 것과 포괄적인 대체법규범에 대한 연구를 회원국과 협조하여 계속 진행할 것을 촉구하였다(결의 2003.9.22. 2003/C 246/1(DE).

28) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM(2004) 651 final of 11.10.2004.

조치 ①과 관련하여, 현존하는 또는 장래의 유럽법(acquis)의 통일을 도모하기 위해 유럽계약법의 기본골격(CFR)의 윤곽을 그리고 있다. COM(2004)는 유럽공동체법의 개선을 위해 이용될 CFR의 형성과정과 내용을 구체화하고 있다. 즉 위원회는 연구목적을 위한 3년간의 재정 지원, CFR의 작성을 위한 보고서를 2007년까지 제출, CFR 초안에 대한 검증절차 등에 대한 일정을 밝히고 있다. 그리고 관계자들이 CFR 작업에 참여할 수 있는 방안을 제시하고 있고, CFR의 구성에 대해서도 기술하고 있다. 또한 실행계획 조치 ②와 관련하여, 이 COM 2004는 EU차원의 표준거래약관(Standard Terms and Conditions)의 이용을 증진시킬 방안을 실행계획 보다 구체화하고 있다. 실행계획 ③은 현재처럼 특정영역에 적용되는 개별적 접근(sectoral approach)을 포기할 필요가 없다고 한 점과 관련하여, 유럽계약법 영역에 있어서 「선택적 구속력이 있는 통일된 규범」(optional instrument)에 대한 검토의 필요성을 언급하면서, 위원회는 이 과정을 위의 CFR 작업과 같이 진행할 예정이라고 한다. CFR은 2009년에 확정되는 것으로 예정하고 있다.

투명성있는 협의 절차를 제고하기 위하여, 집행위원회는 제기된 issue에 대해 여러 이해관계자들에게 의견을 구하였다. CFR을 만드는 집행위원회의 의도가 그 중 가장 중요한 논의의 대상중 하나이다. CFR의 활용목적으로 다음과 같이 기술한다: “CFR은 공동체법규들을 검토하고 개선할 때 참고할 수 있다. CFR은 계약법에 대한 통일된 용어와 규범의 틀을 제시함으로써 공동체 법규의 통일성을 증진시킬 수 있다. CFR은 유럽연합 회원국에게 또는 제3국에게 계약법의 통합을 위한 하나의 참고자료가 될 수 있다. CFR은 집행위원회가 선택적 구속력있는 법규가 필요한지 여부를 검토함에 있어서 참고할 수 있다. 국내의 입법자들은 계약법 영역에 있어서 유럽연합의 지침을 국내법으로 수용함에 있어서 CFR을 이용할 수 있다. 중재에서도 CFR을 이

용할 수 있다. CFR은 표준계약약관으로 발전될 수도 있다. 유럽사법 재판소는 계약법에 대한 공동체법을 해석하는데 있어서 CFR을 참고할 수 있을 것이다.”

#### (4) 제1차년도 보고서(COM 2005)

2005년 9월 유럽위원회는 『제3통신문(COM 2004)』에 대한 이사회와 유럽의회의 의견개진에 대해 그간의 경과에 대한 연례 보고서를 제출하였다.<sup>29)</sup> 이 보고서에 의하면, 유럽위원회는 CFR 작업을 위하여 전문가로 구성된 네트워크를 구축하였고, 30여개 주제를 선별하여 2007년까지 연구할 계획이다.

유럽의회는 2006년 3월 역내시장과 소비자정책 위원회의 의견과 법사위원회의 보고서에 기하여 이 『유럽계약법 프로젝트』(European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward)의 진행을 촉구하는 결의를 하였다.<sup>30)</sup> 유럽의회의 견해에 의하면, 위원회는 이와는 달리 그 목표가 아니라고 하지만, 연구자나 이해관계자 다수는 궁극적으로는 유럽의 채권법전 혹은 유럽민법전(European Civil Code)으로 결실을 맺을 것이라고 한다.<sup>31)</sup> 또 지금과 같은 형태의 작업은 제한되어 있으므로 정치적 권위기관에 의한 진행이 요구된다고 한다. 유럽의회는 통일된 역내시장은 사법의 조화(harmonization of civil law)를 향한 진보 없이 완전한 기능을 할 수 없다는 확신을 재차 피력하면서, 민사법 영역에 있어서 유럽법(*acquis*)의 개정의 결실이 궁극적으로는 EU 민사법 시스템을 발전시킨다는 사고 하에, 지금 추진되고 있는 작업을 진행할 것을 위원회에 촉구하고 있는 것이다. 유럽의회는 2006년

29) REPORT FROM THE COMMISSION First Annual Progress Report on European Contract Law and the *Acquis* Review. COM(2005) 456 23.9.2005

30) European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward (2005/2022(INI).

31) 한편 유럽위원회가 유럽계약법에 대해서 지속적인 검토를 하는 것이 “유럽민법전(European civil code)”을 제안하거나 유럽계약법 이외의 접근방식에 문제가 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 하고 있다(COM(2004) 651 final, p.8).

9월 소비자보호 영역을 넘는 일반 계약법에 대한 폭넓은 CFR 준비를 강력하게 지지하면서, CFR의 궁극적 목적과 법적 형태가 아직 분명하게 되지 않았다고 하더라도, 이 작업은 잘 진행된다는 전제하에 구속력 있는 규범(a binding instrument)이 될 수 있다는 점을 고려하여야 한다고 한다. 유럽위원회에 폭넓은 CFR이 완성되기 전까지는 더 이상 입법적 제안(legislative proposals)을 하지 말 것을 요구하였다. 그러면서 CFR 작업에 의회를 포함시킬 것도 아울러 요구하고 있다.<sup>32)</sup>

## 제 4 절 전문가 단체에 의한 통일화 작업

EU 차원에서 기존의 공동체법의 질을 개선하고 공통의 원용기초를 확립하려는 노력이 본격화되면서 민사법의 동화 내지 통일을 준비하는 학자들의 연구도 활발히 이루어지고 있다. 민사법분야의 통일화 작업을 하는 팀 중에서 계약법에 대해, 그리고 이를 포함하여 연구하는 팀에 한정하여 살펴보고자 한다.<sup>33)</sup>

### 1. 유럽계약법위원회

계약법 관계 영역에서 수평적 규제에 관한 작업이 1980년대에 개시되었다. Ole Lando 교수가 주재하는 연구회(Commission on European Contract Law)가 유럽위원회(European Commission)의 재정적 지원을 받아, 1982년부터 2003년까지 계약법의 일반원칙을 심의하고 공표하였다. 이 연구팀의 목표는, 첫째로 유럽계약법의 초석을 마련하고, 둘째 국제거래의 당사자들이 계약의 기준규범으로 삼을 수 있는 계약법원리를 제시하는 것이다. 이 연구회가 사용한 방법은 미국법조협회(American

32) European Parliament resolution on European contract law(B6-0464/06).

33) 이러한 연구모임을 소개하는 국내문헌으로는, 안춘수, 유럽의 사법통일의 동향, 비교사법 제13권 3호(2006.9), 63면 이하; 송호영, 유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구, 민사법학 제34호(2006.12), 205면 이하 참조.

Law Institut)가 지난 세기 초부터 작성해온 미국법의 Restatement(재취록)의 방법이다. 이 연구회의 본래의 목적은 법의 공통준칙 및 원칙(common rules and principles)을 재편성하는 것에 있었다. 다양한 법시스템의 실질적 법준칙이 다른 한, 이 재편성에는 필연적으로 몇몇 법시스템의 변화를 야기하게 된다. 그러한 경우에는, Restatement는, 비교된 법 시스템에 있어서 수적으로 우세한 시스템을 반드시 따라야 하는 것은 아니고, 최선의 해결이라고 생각되는 것을 채용하여 법을 개혁하고자 한다. 이들 작업에서 귀결된 준칙이나 원칙은 간결하게 체계적인 대륙법 스타일로 정식화되어 정리되어 있다. 일반적 계약법에 관한 제1부(1995년), 제2부(1998년)에 이어, 채권법의 일반규정을 다루는 제3부(2002년)도 출간되어 있다.<sup>34)</sup> 미국의 Restatement에서와 마찬가지로, 이들의 법준칙은 註釋(comments)에 의해 보완되는데, 그것에 의해 내용과 목적, 그 적용가능성이 설명되고 있다. 부가적으로 유럽계약법원칙은 문제로 되는 준칙이나 원칙의 비교법적 배경에 대한 註解(notes)도 포함하고 있다.

## 2. 유럽민법전연구회

### (1) 유럽계약법원칙에 대한 평가

Lando위원회의 유럽계약법원칙은 이제까지 가장 철저하게 준비가 된 그리고 가장 많이 진척된 유럽의 법통일화의 작업으로 평가된다. 이 원칙은 계약당사자의 약정에 의하여 적용 가능하게 만들어졌다. 이 원칙은 현대의 유럽의 기본거래법(lex mercatoria)의 구체화로서 평가될 수 있고,<sup>35)</sup> 그리고 대륙법적 civil law와 영국의 common law사이

34) The Principles of European Contract Law, Part I, II & III(2002).

35) 『상관습법』으로도 번역되는 lex mercatoria의 정의로 “특정국가의 법체계를 관련 시키지 않는(따라서 초국가적인 supernational), 국제거래의 틀 내에서 자발적으로 적용되거나 혹은 만들어진 일련의 일반원칙과 관습법적 규칙들”이라고 한다(Goldmann,

에 가교를 놓는 것이 가능하다는, 더 나아가 유럽 및 그 영역 밖의 상이한 법체계사이의 합리적 조화를 이룰 수 있다는 것을 보여준다. 또한 유럽의 재산법영역의 성문화를 위한 일보로 평가하기도 한다.<sup>36)</sup> 이 의미에서 이 원칙은 유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code)의 작업에 기초 내지 基點을 제공·형성한다.

## (2) 유럽민법전 초안 작업

통일된 유럽민법전을 마련하기 위한 최초의 노력은 먼저 유럽의회가 1989년 5월 6일에 「유럽사법전」(European Code of Private Law)을 마련할 필요성에 대해 결의(resolution)를 하였고, 이것을 다시 유럽위원회(EC Commission)에 요청한데서 시작되었다. 이러한 내용은 1994년 7월 25일 유럽의회의 결의를 통하여 재확인되었다.<sup>37)</sup>

이러한 유럽의회의 결의를 배경으로 1997년 2월 네덜란드 헤이그에서 「유럽민법전을 향하여」(Toward a European Civil Code)라는 주제로

---

in: Lew(ed.), Contemporary problems of lex mercatoria, 1986, p. 116).

36) 이 원칙은 이미 해석이나 보충을 통하여 (적어도 유럽에서는) 국내 계약법(national contract law)을 발전적으로 형성하는데 있어서 (자발적 또는 유기적 동화의 의미에서) 「영감의 근원」(Inspirationsquelle)으로서 기능하고 있다(이에 대해서는 Zimmermann, ZEuP 2003, 712f.; Hartkamp, Principles of Contract Law, in: Towards a European Civil Code, 2nd. ed.(1998), 109f. 참조). 그러나 이러한 ‘민사법의 유럽화’와 그와 관련한 ‘규범화 작업’에 부정적 견해가 없는 것은 아니다. 독일의 법학자 O.Sandrock는 통일된 유럽의 민사법(전)의 형성은 꿈일 뿐이라고 하면서 ① 경제적 필요성의 결여, ② 법적 적법성의 불비, ③ 문화적 다양성의 파괴, ④ 세계적 차원의 통일화 지향, ⑤ 법적용에 있어 사적자치의 파괴 등의 이유를 들면서 (독일 민법전 제정과 관련한 그 유명한 Savigny의 말을 빌려) 통일된 유럽 사법전의 제정은 요구되지 않고 있고(“sei zur europäischen Gesetzgebung nicht berufen”), 다음 세대의 과업이라고 한다. Sandrock는 유럽 내에서 만의 유럽화(Europäisierung) 내지 유럽 내의 규범화 작업(이를 테면 Lando위원회의 계약법 Principles)에 대하여는 부정적이다. 한편 민사법의 국제화(Internationalisierung)가 계속될 것으로 전망하면서, 몇몇 특정의 영역(예컨대 계약법, 신용 및 담보법)에서 특히 그러할 것으로 보고 있다. Sandrock, Das Privatrecht am Ausgang des 20.Jahrhunderts. Deutschland - Europa - und die Welt, JZ 1996, 1(8,9).

37) 본고 III. 1. 참조

한 심포지엄을 계기로 본격적인 논의가 시작되었다. 여기서 유럽민법전의 타당성과 가능성과 관련한 논의가 이루어졌고, 민법전의 방향도 논의되었다. 여기서 다수의 학자들은 각국의 이익과 정치적 이해관계라는 구속에서 벗어나 범 유럽사법의 법전화를 준비할 수 있다는 공감대가 형성되었고, 1998년 유럽민법전연구회(The Study Group on a European Civil Code)가 독일의 Christian von Bar교수를 위원장으로 유럽연합 회원국의 80여명의 학자들로 만들어졌다.<sup>38)</sup>

이 네트워크 하에 여러 상이한 주제에 대한 연구팀이 구성되어 매매계약, 서비스계약, 장기계약, 부당이득, 손해배상법, 담보권, 사무관리, 소유권이전 등에 대한 모델법을 만들고 있다. 이 민법전연구회는 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)의 작업을 이어받고 있다. 따라서 이 위원회에 참여하였던 대부분의 구성원은 민법전연구회에도 참여하고 있다.

### 3. 유럽사법학원

유럽사법학원(Academy of European Private Lawyers)은 이탈리아의 법학자인 주세페 간돌피(Giuseppe Gandolfi)의 발의로 1992년 파비아(Pavia)에 창설되었다. 법학원(Academy)은 EU에서의 계약법의 효과적인 통일화를 위하여 유럽의 계약법전을 만들고자 한다. 모범법(Modellgesetz)으로서의 성문화가 아닌, 실질법적 형태의 법률(das Gesetz in positiv-rechtlicher Form)을 완성시키고자 한다. 그 밖에 법학원은 유럽법문화의 창설하는데 기여하고자 한다. 이러한 목적 하에 법학원은 2000년도 말에 유럽계약법전의 예비초안을 제시하였다.

38) 2002년 4월 4일자 『유럽민법전연구회의 유럽협약에 대한 기여』라는 보고서에서 이러한 유럽계약법을 포함한 유럽민법전에 대한 유럽연합 차원의 논의를 볼 수 있다(The contribution of the Study Group on the European Civil Code to the European Convention).

유럽사법학원은 모든 유럽공동체 국가 및 스위스의 법학자들로 이루어져 있다. 총 85명의 사법학자로 구성된 법학원은 Gandolfi가 중심 역할을 한다. 법학원은 국내법을 적용하여 답하도록 구성원들에게 질의에 답하도록 하고, 거기다 국가별 활동그룹을 만들어 토의하고 답안을 제출하였다. 이를 기초로 좌장은 예비초안을 만들었다.

법학원은 두 법체계에 예비초안의 기초를 두고 있다고 한다: ① 1942년 이탈리아 민법전(Codice civile) 제4편, 제1장(채무법 일반), 제2장(계약법 일반) ② 영국 법사위원회(Law Commission)의 위임으로 McGregor에 의하여 완성된 계약법전(Contract Code). 독일법과 프랑스법의 합성물인 이탈리아 민법전을 가교적 역할을 위해 선택되었다고 한다. 영국의 계약법전은 영국과 스코틀랜드 법을 기술하면서 common law의 성문화의 초안이라는 점에서 관심을 끈다. 두 법외에 EU 국가와 스위스의 사법도 고려의 대상으로 포함시켰다. 그 중 특히 독일과 프랑스의 민법에 논의에 있어서 중요한 역할을 하였다고 한다. 때로는 국제물품매매에 관한 UN 협약(CISG), Unidroit(사법통일국제연구소)의 상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)과 Lando의 유럽계약법원칙도 초안에 관련되어 있다. 이러한 법에서 Gandolfi는 2000년대 유럽의 사회경제적 요구에 응하는 새로운 법을 형성하고자 하였다. 예비초안(Vorentwurf “VE”) 1부는 2001년에 발표되었다(2부 대상은 특수채무관계와 계약외책임). 법학원에 의해 제시된 예비안은 계약법에 한정되지 않고, 전 채권법 일반에 대해 규율하고 있다.

#### 4. 現存EC私法유럽연구단

『現存EC私法유럽연구단(European Research Group on Existing EC Private Law)』(일명 Acquis 그룹<sup>39)</sup>)은 2001년 7월에 있는 유럽위원회의

39) 이 그룹이 운영하는 홈페이지는 <http://www.acquis-group.org/>

제1통신문<sup>40</sup>) 및 동년 11월에 있는 유럽의회의 회원국의 민·상법의 근사화에 관한 결의(resolution on the approximation of the civil and commercial law<sup>41</sup>)에 대한 학계의 반응으로 2002년 설립되었다. 이들 회원은 유럽연합 회원국출신의 40여명의 학자로 구성되어 있다. Acquis 그룹의 목적은 유럽위원회의 제1통신문이 제안한 Option III(이미 현존하는 유럽공동체의 여러 사법규정들을 심화·발전시키는 방안) 및 Option IV(유럽공동체차원에서 광범위한 새로운 법률을 제정하는 방안)에 대하여 학문적으로 뒷받침하는 것이다. 즉 다른 연구팀이 비교법적 연구방법을 택하고 있는 것과는 달리, 다양한 형태로 존재하는 *acquis communautaire*<sup>42</sup>)로부터 유럽사법의 기본틀을 도출해내는 것이 주된 과제이다. Acquis 그룹은 그러한 연구결과로 이른바 『現存EC契約法原則(Principles of the Existing EC Contract Law)』을 발간할 계획을 가지고 있다. 2005년 5월부터는 유럽위원회가 CFR의 마련을 위해 지원하는 유럽私法네트워크(Joint Network on European Private Law<sup>43</sup>)의 일원으로서, 2008년을 목표로 한 『共通유럽契約法原則(Common Principles of European Contract Law: CoPECL)』의 제정 작업에 참가하고 있다.

## 5. 유럽私法共通核心프로젝트: 일명 트렌토그룹 (Trento Group)

유럽私法共通核心프로젝트(The Common Core of European Private Law Project)는 1993년 2명의 이태리교수(튜린대학의 Ugo Mattei와 트렌토대학의 Mauro Bussani) 주창으로 시작되었다. 이 연구팀에서는 회

40) COM(2001) 398 final(본고의 註 13번 참고)

41) COM(2001) 398 C5-0471/2001 2001/2187(COS).

42) 현존하는 유럽공동체사법(Existing EC Private Law)을 프랑스어로 아끼 꼬미노페(*acquis communautaire*)라고 하고, 그러한 것을 연구하는 조직이라는 의미에서 Acquis 그룹이라고 부른다.

43) <http://www.copeccl.org/> <2007. 10. 30. 최종방문> 참고.

원국 사법체계의 핵심적 공통요소를 발견하고 장기적으로 이렇게 발견된 법원칙을 근간으로 유럽사법을 통일하는 것을 목표로 하고 있다. 이 프로젝트의 목적은 전체 유럽연합 회원국들의 법률규정의 분석을 통해 그 공통점을 추출하여 이를 기술하는 것에 그칠 뿐, 새로운 법을 만드는 것(법원칙을 세우는 것)은 이 연구팀의 과제가 아니라고 한다.<sup>44)</sup> 그들의 기본착상은 유럽연합에서 현존하는 법규정을 그대로 가리켜주는 지도를 그릴 뿐이지(cartography), 새로운 도시건설을 계획하는(city planning) 것은 그들의 과제가 아니라고 한다. 즉 이들 연구팀은 현존하는 유럽의 법적 상황을 있는 그대로 파악하는 것을 목적으로 할 뿐, 장래의 통일법의 생성을 목적으로 하는 것이 아니라는 것에 대해서 분명한 선을 긋고 있다. 그럼에도 불구하고 그들의 장기적인 목표는 유럽의 共通文化를 건설(Building a Common Culture)하는 것이라고 밝히고 있다.<sup>45)</sup> 이 연구팀의 연구범위는 계약법, 민사책임법외에 물권법도 포함하여 영역에 따라 각각 그룹모임으로 나누어 진행된다.<sup>46)</sup>

## 6. 유럽보험계약법 리스테이트먼트 프로젝트 그룹

### (1) 유럽경제사회위원회의 보험계약법에 관한 의견

보험계약법은 넓은 의미에서 일반적인 계약법의 통일화작업에 편입될 수도 있을 것이지만, 보험계약은 다른 일반 민사계약과는 달리 편면적 강행규정 혹은 쌍방적 강행규정이 많고 나라마다 다양하게 규정되어 있

44) Bussani/Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, Columbia Journal of European Law(Columbia J. Europ. L.) 3 (1996-97), 339, 340 and 347.

45) <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html> <2007. 6. 15. 최종방문> 참고.

46) 그룹모임에서는 테마별로 각국의 연구원들의 발표가 있게 되는데, 이들 발표는 공통적으로 만들어진 가상의 사례를 전제로 프로젝트팀이 개발한 說問樣式(questionnaires)에 따라 각국의 법에서는 어떻게 규정하고 있는지 그리고 각국의 법에 따라 어떻게 문제해결이 이루어지는지를 보고하는 형식으로 진행된다. 이들 보고를 기초로 하여 각국 법규의 공통점을 추출하여 정리하는 작업이 이루어진다. John Cartwright, The Common Core of European Private Law, ZEuP 1999, 989, 990.

는 강행규정의 적용례도 서로 달라, 유럽연합의 역내보험시장의 활성화 를 위해서는 상이한 보험계약법의 동화가 요구되었다.<sup>47)</sup> 한편 2003년 7 월 17일 유럽경제사회위원회(Economic and Social Committee<sup>48)</sup>)가 EC조약 제262조에 근거 하에 ‘유럽보험계약’이라는 주제로 의견을 발표하였다. 유럽경제사회위원회는 최소한의 기준만을 통일화 하는 것이 아닌 근본 적으로 완전조정(Vollharmonisierung)을 목표로 하고 있다. 경우에 따라 서는 유럽연합 회원국이 공동체법규에 의하여 높아진 보험소비자보호 수준 등을 국내적인 기준으로 확정할 가능성에 무게를 두고 통일화 작 업에 접근하고 있다. 사실상 이 같은 높은 보호수준은 보험공동시장에 결과적으로 새로운 어려움을 창출하는 결과로 될 수 있고 그래서 다시 금 국제사법상의 문제로 다시 뒷걸음 쳐질 수도 있다는 데에 문제가 없는 것은 아니다. 유럽경제사회위원회는 보험계약법의 조정이 보험계 약법 총론부분에서 우선적으로 이루어져야 한다는 것을 강조한다.<sup>49)</sup>

## (2) 보험법 리스테이트먼트

경제사회위원회가 이 입장표명을 하면서 특별히 보험계약법의 통일 을 위한 작업을 위해 유럽보험계약법 리스테이트먼트 프로젝트 그룹 (The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law)을 지목하였다.<sup>50)</sup> 이 프로젝트 그룹은 1998년 스위스 Basel에서 개최된 유럽보험법의 전망을 주제로 한 심포지엄에서 처음 기획되어,

47) Fritz Reichert-Facilides, Europäisches Versicherungsvertragsrecht?, in: Festschrift für Ulich Drobniq, Tübingen 1998, S. 120 ff.

48) 경제사회위원회는 공동체의 의결절차에서 주로 자문역할을 한다(EC조약 제257조 의 (1)). 경제사회위원회는 일반적으로 최종결정이 채택되기 전 이사회에 의해 자문 의 직무를 담당하게 되는데, 이때 유럽의회가 함께 관여한다. 경제사회위원회는 이 사회나 위원회, 또는 경제사회위원회 자체 발의에 의해 자문역할을 수행한다. 보다 자세한 내용은, 김두수, EU법론, 한국학술정보, 106면 이하 참조.

49) 김은경, 유럽연합에서의 보험계약법 통일화에 대한 전망, 외법논집 제27집 (2007.8), 39면 이하 참조.

50) Vgl. pkt 1 der Stellungnahme.

오스트리아 Innsbruck 대학의 Fritz Reichert- Facilides 교수에 의해 설립되었다(Chairman: Prof. Dr. Helmut Heiss).<sup>51)</sup> 이 그룹은 보험법영역에서 지도적인 위치에 있는 유럽 보험학자 단체로서 유럽보험계약법상 강행적 및 상대적 강행규정의 성격을 지닌 원칙부분을 우선적으로 파악 하려는 시도를 하였다. 이에 따라 이 단체는 유럽경제사회위원회로부터의 협력과 지지를 이끌어 내게 된 것이다.

Innsbruck 그룹은 유럽보험계약법에 관하여 미국식의 리스테이스먼트를 제정하는 것을 그 목적으로 한다.<sup>52)</sup> 그들의 목표는 유럽 내에서 유효한 보험계약법의 내용을 파악하고, 이를 공통분모 안으로 끌어들이어서 적용가능한 규범을 만들어내어 이를 유럽공동체에 공식적으로 제안하는 것이다. 이 같은 진행과정에서 연구단체 전문가들은 강행규범적 특징을 가진 규정 등을 우선적인 제안사항으로 만들어내고 있으며, 그 밖의 일반적인 보험문제에 대해서는 채권법 일반과 유럽에서 통용되는 법 일반원칙을 응용하여 통일화 하는 방향으로 가닥을 잡고 있다.

이 그룹의 작업은 매년 세 차례 씩 개최되는 정기적인 워크샵(Workshop)에서 각 분야의 기초자들이 그동안 준비한 초안을 보고하게 되고, 이를 전체 회원들이 모인 워크샵에서 집중적으로 토론·분석한 다음 편집위원회(Drafting Committee)에서 문구를 다듬는 순서로 진행된다. 보험법 리스테이트먼트(a Restatement of European Insurance Contract Law)는, 유럽계약법원칙(PECL)을 모델로 하여, 편, 장, 절 그리고 조문으로 구성되며, 각 조문은 註釋(comment)과 비교법적 기록(notes)이 추가되는 형태로 작업 중이다.

51) 공식 홈페이지는 <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/index.html> <2007년 10월 30일 최종방문> 이 연구단체에 대한 자세한 것은 <http://www.restatement.info> 참조. 『Innsbruck 그룹』이라고 하기도 하고, 독일 Hamburg의 막스플랑크연구소의 보험법연구팀과의 공동연구로 확대·개편된 연유로 『Innsbruck/Hamburg 그룹』이라고 부르기도 한다.

52) The term "to restate" is defined as "to express again or differently, especially more clearly or convincingly" (Hawkins and Allen (eds.), The Oxford Encyclopedia English Dictionary [1992]).

### (3) 유럽私法네트워크

이 Innsbruck 그룹도 유럽위원회가 CFR의 마련을 위해 지원하는 유럽私法네트워크(Joint Network on European Private Law, Network of Excellence within the Sixth Framework Programme of the EU)의 일원으로서, 2008년을 목표로 한 『共通유럽契約法原則(Common Principles of European Contract Law: CoPECL)』의 제정 작업에 참가하고 있다. 이 네트워크는 2005년 5월 1일 EC 유럽위원회와의 계약체결로 설립되었다.<sup>53)</sup> 이 네트워크는 위원회에 의한 보다 ‘공고화된 유럽계약법’에 대한 실행계획(COM [2003] 68 final)에서 언급된 공통기준틀(Common Frame of Reference)을 작업하고 있다. CFR은 일반계약법에 관한 규정뿐만 아니라 두 특별한 계약유형, 즉 매매와 보험에 대한 규정도 담을 예정이다.<sup>54)</sup> 이 네트워크 내에서 Innsbruck 그룹은 계약법에 관한 공통기준틀을 입안하는 것이다. 그 결과는 2007년 말까지 유럽위원회에 넘길 것으로 계획하고 있다고 한다.

## 7. 유럽계약법협회

이상의 연구팀들 이외에, 유럽사법의 통일을 위한 직접적인 결과물의 안출을 목적으로 하지는 않으면서 유럽사법의 통일을 돕기 위한

---

53) CoPECL 네트워크는 수개의 대학교, EU 기관, 기타 조직 및 EU 회원국에서 활동하는 150여명의 연구원으로 이루어져 있다. 이 네트워크에 여러 연구모임(The Study Group on a European Civil Code; The Research Group on the Existing EC Private Law, or "Acquis Group"; The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law; The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat; The Common Core Group; The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, "Economic Impact Group"(TILEC - Tilburg Law and Economics Center); The "Database Group"; The Academy of European Law (ERA)이 참여하고 있다.

54) Annex I of the Communication of the EC Commission of 11 October 2004, COM [2004] 651 final 참조.

조직으로 유럽계약법에 관한 문제들(특히 계약의 체결, 내용, 종결 등)을 공론화하고 정보를 교류하기 위한 『유럽계약법협회(Society of European Contract Law: 일명 SECOLA)』가 있다.<sup>55)</sup> 이 협회는 유럽계약법을 위한 개방된 토론과 정보 마당이다. 2001년에 창설된 이 토론 광장(discussion platform)은 유럽계약법 전반에 관한 국제적·학제적 토론을 유도하는 것이다.

## 8. 정 리

이상에서 살펴본 바와 같이, 유럽연합에서는 현재 각국의 연구팀들이 다양한 작업방법들을 통하여 유럽사법의 통일화에 매진하고 있다. 물론 각각의 연구팀들이 추구하는 연구목표는 각국법률의 단순 비교에 그치는 것에서부터 유럽연합 통일사법전의 제정을 피하는 것까지 다양하다. 이들 연구팀들의 연구목표나 작업방법을 보면 유럽계약법의 동화를 위하여 2001년 유럽위원회가 제시한 네 가지 방안(Option)과 상당부분 일치하는 면이 있다.<sup>56)</sup> 즉 사법통일의 방법으로 原則(principles)을 고안하고자 하는 연구팀(Lando 위원회)의 작업은 유럽위원회가 제시한 Option II에, 유럽공동체법으로부터 유럽사법의 法源으로 발전시키고자 하는 연구팀(Aquis Group)의 작업은 유럽위원회의 Option III에, 그리고 유럽통일사법전의 창안을 목표로 하는 연구팀(유럽민법전연구회, 유럽사법학원)의 작업은 유럽위원회의 Option IV에 각각 대비된다. 한편 각국의 공통핵심만을 탐구하려는 공통핵심프로젝트 그룹은 각국 사법의 共通核心을 탐구함으로써 적어도 앞으로 진행될 통일적 규범의 구축작업에 대비한 일종의 사전 측량작업의 역할을 수행하는 중이라고 볼 수 있다.<sup>57)</sup>

55) 조직의 공식 홈페이지는 <http://www.secola.org/><2007. 11. 10. 최종방문>

56) 송호영, 유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구, 민사법학 제34호(2006.12), 223면 참조.

57) Kritina Riedl, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Baden- Baden 2004, S. 205.

## 제 5 절 유럽계약법의 과제와 전망

### 1. 통일화 시도

유럽연합에서 민사법 통일에 관한 논의는 학자들 사이에서는 이미 오래전부터 있었고, 유럽연합차원에서도 이전부터 각국의 사법규정을 동화하기 위하여 지침이나 조약 등을 통하여 동화하기 위한 많은 노력을 기울여왔다. 공동체법에 의한 조화와 법학자들의 원칙규정화 작업은 서로 다른 각도에서 진행되었지만, 또 진행되고 있지만, 궁극적으로는 동일한 목표를 향하고 있다. 다만 이제까지의 공동체법에 의한 조화작업은 주로 소비자보호 영역에서 부분적으로 이루어져 왔다. 회원국의 사법체계에 존재하는 차이는 최소한 공동시장 구상의 실현에 장애가 되지 않을 정도까지는 해소되어야 했고, 이러한 필요에 응하기 위해 EU는 지침을 통한 회원국 민법의 동화를 추진하였다. 그러나 이러한 방법은 지침 제도의 성질 및 한계로 인하여 공동체법이 내용적 체계적 일관성을 잃게 되고, 지침이 회원국마다 상이하게 국내법화되는 등 문제가 없는 것은 아니다.

이를 심각하게 인식한 유럽의회의 발의를 계기로 하여 유럽위원회는 각계의 의견을 토대로 우선 기존의 공동체법의 질을 개선하고, EU와 회원국이 공동의 원용근거로 삼을 수 있는 법원칙을 확립하며, 장기적으로 포괄적인 대체입법을 고려한 준비를 내용으로 하는 실행계획을 발표하고 이에 따른 연구를 추진하고 있다. 그리고 EU 차원의 이러한 활동과 지원을 계기로, 직접적인 목적, 접근방법, 연구대상을 달리하는 여러 연구팀이 결성되어 연구를 진행하거나 그 연구범위가 확장되고 있다.

지침에 의한 국내법화 작업으로 유럽연합 회원국들 사이에 한정된 부분이지만 민법(계약법)영역에 조화된 부분도 있다고 평가할 수도

있다. 그렇지만 유럽연합은 역내시장의 완전한 실현을 위하여 보다 진전된 형태의 계약법 통일을 원하고 있으며 이를 위한 방안으로 CFR의 제정을 계획하고 있다. 현재와 같이 지침을 통한 부분적 동화 정책이 유지된다고 하여도, 지침공동체법의 일관성을 제고하여 질을 개선하기 위해서는 어떠한 기준이 불가피하기 때문에 포괄적 대체입법 수준에는 미치지 못한다 하더라도 공통의 법원칙을 확립하는 것 또한 불가피하다고 생각되었기 때문이다. 유럽 계약법 통일화 작업에 참여하는 여러 연구팀들은 어떠한 형태로든 직·간접적으로 그들의 작업케도를 EU의 접근방법(CFR의 제정)과 보조를 맞출 것으로 예상된다. 우리의 학자들도 이에 대해 높은 기대를 보이고 있다: “CFR은 그를 위한 기초적 기반공사가 될 것”이라고 평가하거나,<sup>58)</sup> “CFR은 유럽공동체 내의 계약법에 관한 일반원칙, 계약법에 대한 통일적인 모범규정을 담게 될 것이며, 향후 통일적 계약법을 위해서 이용될 수도 있다”고 한다.<sup>59)</sup> 그렇지만 EU의 입법권 범위문제, CFR 내지 유럽민법을 기존의 법체계와 병존시킬 것인가 아니면 기존의 법체계를 대체할 것인가, 그리고 CFR 내지 유럽민법의 적용범위 등 논의되어야 할 문제가 많다고 지적되기도 한다.<sup>60)</sup>

유럽에서는 권위에 의한 통일화작업 및 법학계의 노력이 현재의 회원국 국내법에도 수용되면서 통일된 내용을 그려가고 있음을 볼 수 있다(공동시장의 원활한 기능을 위해서는 부족하다고 평가되기도 하지만). 비단 2010년의 가시적인 민법전이 탄생을 목표로 하고 있다고 하여도, 그리고 많은 학자들이 통일된 민법전의 탄생은 시기상조라고 평가하여도, CFR 등의 EU에서의 접근 및 연구팀들의 연구 성과를 통하여 유럽에서 통일화된 유럽민법의 모습에 대한 밑그림 정도는 그려 볼 수 있다.

58) 송호영, 유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구, 210면.

59) 김영두, 유럽계약법에 대한 최근의 논의, 235면.

60) 안춘수, 유럽의 사법통일의 동향, 65면.

## 2. 공통기준틀(CFR)

### (1) 공통기준틀의 역할

집행위원회는 공통기준틀의 법적 성질에 대해서 「구속력이 없는 도구」(a non-binding instrument)라고 본다. CFR의 활용목적으로 다음과 같이 기술한다: “CFR은 공동체법규들을 검토하고 개선할 때 참고할 수 있다. 공통기준틀을 계약법분야의 현행 획득규범 및 미래 법제의 질과 일관성을 향상시키는 적절한 도구로 이용할 것이다. CFR은 계약법에 대한 통일된 용어와 규범의 틀을 제시함으로써 공동체 법규의 통일성을 증진시킬 수 있다. 공통기준틀은 유럽획득규범과 회원국의 법질서에 발견된 최선책에서 이끌어 낸 법규정, 기본원칙, 계약법의 일관된 규칙 등을 제공할 것이다. 따라서 CFR은 유럽연합 회원국에게 또는 제3국에게 계약법의 통합을 위한 하나의 참고자료가 될 수 있다. CFR은 집행위원회가 선택적 구속력있는 법규가 필요한지 여부를 검토함에 있어서 참고할 수 있다. 국내의 입법자들은 계약법 영역에 있어서 유럽연합의 지침을 국내법으로 수용함에 있어서 CFR을 이용할 수 있다. 중재에서도 CFR을 이용할 수 있다. CFR은 표준계약약관으로 발전될 수도 있다. 유럽사법재판소는 계약법에 대한 공동체법을 해석하는데 있어서 CFR을 참고할 수 있을 것이다.”

### (2) 공통기준틀의 예상되는 구조

집행위원회는 2004년 제안서 부록1(COM 2004 651 final, ANNEX I)에서 공통기준틀의 예상되는 구조를 제시하고 있다.

공통기준틀은 계약법의 기본원칙(Principles), 추상적 중요 법률용어의 정의(Definitions), 계약법의 규칙모형(Model rules) 등 3개의 장(Chapter)으로 나뉜다.

### 제1장 - 원칙(Principles)

공통기준틀 첫 번째 장은 유럽계약법의 공통기본원칙과 그 예외를 규정한다. 예외는 경제적 약자가 계약을 체결하는 제한적 상황에만 적용되는 경우를 말한다. 예를 들면, 계약자유의 원칙과 그 예외인 강행규정의 적용, 계약구속력의 원칙과 그 예외인 철회권(right of withdrawal), 신의성실의 원칙 등이다.

### 제2장 - 정의(Definitions)

공통기준틀의 두 번째 장은 유럽계약법의 추상적인 법률용어를 규정한다. 예를 들면 계약, 손해배상 등이다.

### 제3장 - 규칙모형(Model Rules)

#### 1. 제1절 - 계약(Contract)

- (1) 계약체결 : 청약의 개념, 승낙, 반대청약, 청약의 철회, 계약체결시점
- (2) 계약의 형식 : 서면계약, 구두계약, 전자계약과 전자서명
- (3) 대리인의 권한 : 직접현명 및 간접현명
- (4) 유효성 : 원시적 불능, 부정확한 정보, 사기, 강박
- (5) 해석 : 해석의 일반원칙
- (6) 내용과 효과 : 계약채무를 발생시키는 언행, 묵시적 규정, 이행의 질, 제품인도/서비스제공의무, 이행의 계약적합성,

#### 2. 제2절 - 계약체결 전 의무(Pre-contractual obligations)

- (1) 계약체결전 의무의 본질(강행규정 또는 임의규정)
- (2) 계약체결전 정보제공의무들
  - ① 원칙/형식 : 명확하고 이해할 수 있는 방법에 의한 서면정보제공

- ② 계약체결전 제공정보 : 제품 및 서비스의 특성, 가격 및 추가비용에 관한 정보, 소비자의 권리에 관한 정보, 전자계약에 관한 특별한 정보.
- ③ 계약체결시 제공정보 : 중재요청권에 관한 정보
- ④ 계약체결후 제공정보 : 정보수정을 통지할 의무

3. 제3절 - 이행/ 불이행(Performance/Non-Performance)

- (1) 일반원칙 : 이행장소 및 이행기, 제3자에 의한 이행, 인도시점, 인도장소, 이행비용
- (2) 불이행과 구제수단 일반 :
  - ① 불이행 : 계약위반의 개념
  - ② 구제수단 일반 : 이용 가능한 구제수단, 구제수단의 총첩, 구제수단을 배제하거나 제한하는 조항
- (3) 불이행에 대한 특별구제수단: 이행청구권, 계약해제권, 취소권, 대금감액·수리·교환의 권리, 손해배상청구권.

4. 제4절 - 다수당사자(Plurality of parties)

- (1) 다수의 채무자
- (2) 다수의 채권자

5. 제5절 청구권의 양도(Assignment of claims)

- (1) 일반원칙 : 양도가능한 계약상 청구권, 일부양도, 양도방법.
- (2) 양도인과 양수인간 양도의 효과 : 양도의 효과가 발생할 때 양수인에게 이전되는 권리
- (3) 양수인과 채무자간 양도의 효과 : 채무자의 채무에 미치는 영향, 채무자의 보호

6. 제6절 채무자 교체 - 계약이전(Substitution of new debtor - Transfer of contract)

제 2 장 유럽에서의 계약법 통일화 동향

- (1) 채무자 교체 : 항변과 보증에 대한 교체의 효과
- (2) 계약의 이전

7. 제7절 시효(Prescription)

- (1) 시효기간과 기산점
- (2) 기간의 연장
- (3) 기간의 중단
- (4) 시효의 효과

8. 제8절 매매계약에 관한 특별규정

9. 제9절 보험계약에 관한 특별규정

### 제 3 장 유럽공동체법에 의한 통일화 - 소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 EU 지침 -

#### 제 1 절 유럽법으로서의 지침(指針)

유럽연합(EU)은 동구권 10개국을 신규 회원국으로 받아들이며 총 25개 회원국, 4억5000만 명의 인구를 가진 세계 최대의 거대 경제권으로 거듭났다. EU의 확대는 세계 2차 대전 이후 냉전 체제가 본격화하며 유럽을 동·서로 갈라놓은 지 50여년 만에, 베를린 장벽이 붕괴한 뒤 15년 만에 단일 유럽으로 재결합했다는 역사적 의미를 갖는다.

유럽법의 근본은 1957년의 유럽경제공동체를 설립하는 로마조약이다. 로마조약에 따라 1958년 1월 회원국간 자본, 상품, 노동력, 서비스의 자유로운 이동을 목적으로 하는 유럽경제공동체(EEC)와 원자력의 공동 이용을 위한 유럽원자력공동체(EURATOM)를 발족하였다. 1967년 7월 EEC, ECSC, EURATOM 집행부는 유럽공동체(EC)로 일원화 하고 1968년 7월 EC의 관세동맹을 완성(역내관세 철폐 및 공동관세제 실시)하였다. 1979년 6월 최초로 유럽 의회를 직접선거에 의해 선출하였다.

로마조약은, 유럽연합(EU) 창설과 통화통합에 관한 마스트리히트 조약(1993년 발효)과 유럽의회의 권한강화 및 경제통화 가입 구체화에 관한 암스테르담 조약(1999년 발효)에 의해 개정을 거친 것이므로 통상 「EC조약」으로 칭해진다.<sup>61)</sup> 이 EC조약에 따라서 유럽각료이사회

61) 유럽연합(EU)은 유럽공동체(EC) 12개국 정상들이 1991년 12월 네덜란드 마스트리히트에서 경제통화통합 및 정치통합을 추진하기 위한 유럽연합조약(Treaty on European Union, 일명 마스트리히트 조약)을 체결하기로 합의하고 각국의 비준절차를 거쳐 1993년 11월부터 동 조약이 발효됨에 따라 생긴 유럽의 정치·경제 공동체이다. 1991년의 마스트리히트조약에 의하여 유럽단일통화의 창출을 추진하고 EC를 EU로 변경하여 공동체 통합에 일보진전을 이룩하였다. 하지만 EU는 EC와 달리

및 유럽위원회가 각종 2차 법규를 제정하지만, 이들 중에 특히 중요한 것은 「規則」(Regulation/Verordnung)과 「指針」(Directives/Richtlinie)이다. 「규칙」은 아무런 국내법화를 요하지 않고, 회원국뿐만 아니라 회원국 국민도 직접 구속하고, 동시에 권리를 부여하는 것이다. 국가 간의 조약의 수신인은 통상 국가이므로, 국가도 수신인으로 하는 규정은 전통적인 조약 개념과는 큰 차이가 있다. 따라서 회원국 국내의 법원은, 당해 회원국의 아무런 입법조치가 없이도 규정을 직접 적용하는 의무를 진다. 규칙과 국내법과의 사이에 차이가 있다면 규칙의 효력이 우선한다. 이들은 회원국의 국가주권에 대한 중대한 예외가 되므로, 규칙의 제정은 EC조약의 목적달성을 위하여 전회원국에 대하여 획일적으로 적용하는 것이 불가피한 중요성을 지니는 사항에 대해서만 제정된다. 競争法(우리나라의 공정거래법에 상당)이나 통화통합의 분야가 전형적 예이다. 이에 대하여, 통합의 요청과 국가주권과의 조화에 관하여 규칙보다도 일단 국가주권에 보다 기댄 입법기술로서 고려된 것이 「지침」이다. 지침은, 회원국에 대하여 일정 기일까지 일정한 내용의 국내법을 제정하는 것을 지시하는 것이다. 국내법화에 있어서는 회원국에 내용면에서 일정한 재량이 인정되는 것이 통상이고, 국내법화되기까지는 국민에 대한 구속력도 권리부여의 효과도 발생하지 않는 것이 원칙이다.

## 제 2 절 소비재매매지침의 적용범위

1996년 6월 18일 유럽위원회에 의해 제안된 「소비재의 매매 및 관련 보증에 관한 지침」은, 여러 번의 개정을 거쳐 1999년 5월 5일 유

---

법률적 실체는 아니며 유럽통합을 추진하는 추상적 주체 개념이다. 회원국의 경제·통화통합을 행하는 유럽공동체 EC에 부가하여, 공통외교안정보장정책과 사법내무협력도 임무로 하는 정치·경제공동체가 유럽연합이다. 양자는 말하자면 包含關係에 있다. 따라서 경제통합의 테마에 관한 한, 엄밀하게 말하면 통합의 추진 모체는 EU 중의 EC라고 할 것이다.

립의회를 통과하여, 1999년 5월 25일 지침으로 발표되었다.<sup>62)</sup>

본 지침의 목적은, 역내시장에서 소비자보호에 과하여 최저수준을 확정하고, 회원국 국내법을 조정하는 것에 의해, 더 나아가서는 EC조약의 목적인 공동시장을 통한 회원국 전체의 조화를 통한 발전 등(EC조약 제2조)에 공헌하고자 하는 것이다. EU를 실질적으로 하나의 시장으로 만들고자 하는 이상은 회원국 간의 법제를 같게 할 필요가 있는 것이다.

이 지침에 있어서 『소비자』라 함은, 그의 사업, 영업 또는 직업에 관계없는 목적을 가지고 이 지침이 정하는 계약의 당사자로 되는 자연인을 말한다(지침 제1조 2항 a). 매도인(판매자)은 그 사업, 영업 또는 직업의 일환으로 계약에 기하여 소비재를 판매하는 자연인 또는 법인을 말한다. 소비재라 함은, 모든 유형의 동산을 의미하며, 예외로, 강제집행이나 그 밖의 법률의 수권(authority of law)에 의해 매도된 물건, 제한된 용적이거나 일정한 양으로 용기에 충전되지 않은 물과 가스 및 전기는 이 지침의 소비재의 개념에 포함되지 않는다. 소비재는 지침 제5조에 정하고 있는 하자담보책임에 관한 권리행사기간과의 관계에서, 제품수명이 2년 이상인 것이라 이해된다. 다만 이것은 내구성 있는 것에 한정하지는 않는다.<sup>63)</sup>

이 지침은 크게 두 요소로 구성되어 있다. 전반은 하자담보책임을 다루고, 후반은 제조자·판매자 등에 의하여 임의로 부여된 보증을 규정한다. 특히 하자담보에 대하여는 하자있는 물품을 구입한 소비자

62) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. 이 지침의 조문은, 유럽연합관보(Official Journal L 171, 07/07/1999 p.0012-0016, 및 [http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en\\_register\\_152040.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en_register_152040.html))에 공개되어 있다. 이를 본 고에서는 특별한 언급이 없는 한, 『지침』이라 칭한다.

63) C.Twigg-Flesner, The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, Consumer Law Journal 1999, 182; T.Krümmel/R.M.D'Sa, Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonised European Union consumer protection(2001), 9 European Review of Private Law(ERPL), 320.

의 보호에 밀접한 실질적 측면을 규정하나, 임의의 보증에 관하여는 그 명백성을 관한 일정의 원칙, 하자담보책임과의 관계 및 보증에 관한 법적 테두리를 설정하기 위한 규정을 둘 뿐이다. 따라서 매도인에게 그러한 부가적인 보증을 부여할 의무는 없고, 그 내용, 보증기간 및 보증청구의 절차 등은 판매자의 재량으로 남기고 있다. 지침 2항 e에 규정된 보증의 의의는, 매도인 또는 제조자에 의하여 소비자에 대하여 추가요금의 부담시키지 않고 행하는 모든 보증으로서, 소비재가 보증서 또는 관련 광고에 언급되고 있는 내용에 부합하지 않는 경우에는, 매매대금의 반환, 그 상품을 교환하거나 또는 수리 등을 요구할 수 있는 것이라 한다. 그러므로 유상으로 취득하는 보증에 관련된 법의 문제는 이 지침의 규정에서 제외된다.

이 지침은 상인인 매도인과 소비자와의 사이에 체결된 동산의 매매계약만을 규정하고, 신제품 또는 중고품의 매매를 포함한다. 따라서 이 지침은 부동산매매계약, 상인사이의 매매계약이나 상인이 아닌 사인인 매도인과 상인인 매수인사이의 계약에는 적용되지 않고, 이들에 관하여는 각 회원국의 국내법이 종래와 마찬가지로 적용된다. 제1조 4항에 의하면, 소비자에 의하여 제조되는 소비재에 관한 제품공급계약도 이 지침에 있어서의 매매계약으로 본다. 다만, 매도인은 소비자가 제공한 재료에 의하여 생긴 하자에 대하여는 책임을 지지 않는다(제2조 제3항).

### 제 3 절 지침의 내용

#### 1. 하자 개념 - 계약적합성

매도인은 소비자에 대하여 매매계약의 내용에 적합한 물품을 급부할 의무를 진다(제2조 제1항). 즉 매각된 제품은 계약당사자가 합의한 조건을 충족시켜야만 하고, 매도인은 물품의 인도 시점에 존재하고 있는

모든 계약위반에 관하여 소비자에 대해 책임을 진다. 구체적으로는, 동지침 제2조 제2항에 규정된 주관적 및 객관적 기준에 의한다. 즉, 만일 계약당사자가 명문으로 합의하지 않은 경우에 있어서도, 당해 물품이 (a) 매도인이 제시한 견본과 같은 품질을 갖거나, 또는 매도인의 설명에 부합하는 경우, (b) 매매당사자간에 합의된 특정의 목적에 합치하는 경우, (c) 동종의 제품이 통상 사용되고 있는 목적에 적합한 경우, (d) 동종의 물품이 통상 지니고 있는 품질 및 성능을 가지는 경우, 이것이 당해 제품의 성질, 및 매도인·제조자 또는 그 대리인이 광고 또는 상표표시에 표시되고 있는 특징으로서 소비자가 합리적으로 기대할 수 있는 것이라면, 계약내용에 합치하는 것으로 추정된다.

요건 (d)는, 매도인에 대하여 제조자의 광고에 관한 표시에 대하여도 책임을 지우지만, 매도인은 제2조 제4항에 규정된 점(매도인이 ① 그러한 광고·표시에 대하여 알지 못했거나 합리적으로 보아 알 여지가 없었던 것, ② 계약체결시에 당해 광고표현이 수정되었다는 점, 또는 ③ 당해 소비재를 구입한다는 의사결정이 당해 광고표현에 영향을 받지 않았다는 점)이 증명된 경우에 당해 책임을 면하게 한다. 다만 제2조 제2항 (d)에 의한 계약위반에 관한 추정을 뒤집어야 하는 것은 매도인이므로, 제4항이 의의를 갖는 것은 매도인에게 어느 정도의 입증을 요구되고 있는 지에 관계한다. 소비자가 계약체결시에 물품의 부적합을 알았거나 알 수 있었던 경우, 혹은 부적합성이 소비자가 제공한 재료에 원인이 있는 경우에는 계약부적합으로 평가되지 않는다(제3항).

## 2. 소비자의 권리

### (1) 보호의 형태

이 「지침」은 매매의 목적물에 숨은 하자가 있는 때에 매도인이 부담하는 담보책임과, 매도인이나 제조자가 보증서 등에 의하여 임의의

일정기간 제품의 하자담보책임을 부담하는 경우의 보증을 규정한다. 전자의 「법적 보증」은 매매계약에 있어서 매수인의 신뢰, 즉 구입된 제품에 관한 정당한 기대를 보호하는 것을 예정하는 것으로, 계약당사자의 의사와는 독립되어 기능하고, 그 효과는 법에 규정되어 있다. 한편, 후자(「상업적 보증(commercial guarantee)」)에 의하여 보증인(매도인이나 제조자)은 판매된 제품에 존재할 수 있는 하자에 대해 임의로 책임을 부담한다는 의사를 의미한다. 이 유형의 보증은 제품에 부수하여 또는 구입 시에 부여되는 서면의 약속의 형태를 취하는 것으로, 하자가 일정기간 내에 나타난 경우에 보증인이 수리 또는 대체품의 제공을 약정하는 것을 그 내용으로 한다. 특히 「법적 보증」이라는 개념이 국가에 따라서 이질적인 법제도임을 고려하여, 이 「지침」의 본문에서, 제1조부터 제5조에 있어서는 보증이라는 용어를 사용하지 않으면서 「법적 보증」을 규정하고, 제6조는 임의로 부여하는 「상업적 보증」을 규정하면서도 「보증」의 개념을 사용하고 있다.

## (2) 이행 우선의 2단계 구조

판매자인 매도인은 물품 인도 시에 존재하는 부적합에 대하여 책임을 진다(제3조 1항). 구체적인 구제수단으로서는 하자보수청구·대체물급부청구·대금감액청구·해제의 4개의 권리가 규정되어 있지만, 이들 권리는 同位에 있는 것이 아니라, 이행우선의 2단계 구조가 채용되었다(2항 이하, 전문 (II)).

### 1) 제1단계: 이행의 실현

소비자는 매도인에 대하여, 먼저 무상으로 하자의 보수 또는 대체물의 급부를 청구하는 것이 가능하다. 즉, 계약으로 기도된 본래의 이행의 실현이 우선된다. 다만, 이러한 하자보수나 대체물의 급부청구가 불가능하거나 또는 상당하지 않은 경우에는 이들 구제수단을 행사할

수 없다(제3항). 「相當하지 않은」(disproportionate)이란, 다른 구제수단과 비교하여 매도인에게 불합리한 부담을 과하는 경우를 말한다고 정의되고 있다. 그리고 불합리한지 여부를 판단하는데 있어서 고려되어야 하는 사항으로서, ① 부적합의 사실이 없었다면 갖게 되었을 상품의 가치, ② 부적합의 정도, ③ 다른 구제수단이 소비자에게 현저한 불이익을 주는지 여부를 명시하고 있다. 하자보수나 대체물급부청구는, 상품의 성질 및 소비자가 상품을 구한 목적을 고려하여, 합리적 기간 내에, 그리고 소비자에 대하여 현저한 불편을 주지 않고 행할 수 있어야만 한다. 다만 당해 변제채무의 이행요건, 특히 하자로 인하여 당해 제품을 이용할 수 없는 것에 의한 손해의 배상에 관한 내용은 각 회원국의 자유재량에 맡기고 있다.

## 2) 제2단계: 대금감액 또는 해제

수리 또는 대체물의 급부가 불가능하거나 상당하지 않거나, 또는 매도인이 합리적 기간 내에 소비자에게 현저한 불편을 부담시키지 않고 처리할 수 없는 경우에는, 소비자는 대금의 감액이나 계약의 해제를 청구할 수 있다(제5항). 다만 하자(부적합)가 중요하지 않고 경미한 경우에는 소비자는 계약의 해제를 청구할 수 없다(제6항).

## 3. 권리행사기간의 통일

### (1) 2년의 소멸시효

계약부적합의 사실이 상품 인도 후 2년 이내에 관명된 경우, 매도인은 제3조 소정의 책임(소비자에 의한 하자보수청구·대체물급부청구·대금감액청구·해제)을 진다. 회원국이 이들 권리에 대하여 시효기간을 정하는 경우는 인도 후 2년간보다 단기의 기간을 정할 수 없다(제5조 제1항).

## (2) 소비자의 통지의무

소비자보호를 위한 상대적으로 장기의 2년이라는 기간은 계약위반사실을 안 시점부터 2개월 내에 소비자로 하여금 고지하게 함으로써 - CISG에서와 같이 - 균형을 잡고 있다. 즉 회원국은, 소비자가 위 권리를 행사하기 전에, 하자를 발견한 때로부터 2개월 이내에 매도인에 대하여 통지를 하여야한다는 규정을 둘 수 있다(제5조 제2항). 이 의무는 법적 확실성을 보장하고, 소비자 측의 주의 촉구를 의도한 것이다.

## 4. 입증책임의 전환

소비자로서는, 인도 후 2년간 「하자보수청구 등의 구제수단적 청구권」을 갖는다 하여도, 인도 시에 이미 계약부적합이 존재하였다는 사실의 증거가 곤란하다면 이는 그림의 떡이 될 것이다. 그래서 본 「지침」은 증명책임의 분배와 관련된 규정을 두고 있다. 즉, 인도 후 6개월 이내에 발견된 하자(계약부적합)에 대하여는, 그것이 인도 시에 이미 존재하고 있었다고 추정된다. 다만, 그 하자가 인도 시에 존재하지 않았다는 것이 매도인에 의하여 증명되거나, 또는 그러한 추정이 제품 또는 하자의 성질과 모순되는 경우에는 그러하지 아니한다(제5조 제3항). 즉 인도 후 6개월간은, 매도인이 인도 시에 하자가 존재하지 않았다는 점, 또는 하자가 매수인에 의하여 생겼다는 것을 증명할 수 없다면, 그 하자는 인도 시에 존재한 것으로 되고, 소비자는 매도인에 대하여 위 권리를 청구할 수 있는 것으로 된다. 실제로는 이러한 반증이 곤란하므로, 6개월 이내에 생긴 하자의 대부분에 대하여 매도인의 책임으로 될 것으로 예상된다. 하자의 의의에 있어서 제2조 제3항이, 소비자가 계약체결시에 하자를 알았거나 합리적으로 알지 못했다고 할 수 없었던 경우를 하자에서 제외하고 있는 점 및 소비자에게

제품의 검사 의무가 과해지지 않는 점을 고려한다면, 이 항에 있어서 「분명하게 된」이라 함은 명료한 하자에만 적용된다고 해석된다.<sup>64)</sup> 따라서 소비자는 하자가 분명하지 않는 한, 제품을 점검하고, 매도인에게 통지할 의무를 지지 않는다.

## 5. 보증(Guarantee)

「지침」은 소위 「임의보증」에 대한 규정을 두고 있다. 보증에 대한 정의로, 물건의 성상이 품질보증서나 기타 관계되는 광고에 부합하지 않는 경우, 대금의 반환, 물건의 교환, 수리나 그 밖의 방법에 의하여 시정할 의무를 매도인이나 제조자가 소비자에 대해 부담하는 것이라 한다(제1조 2항 e). 이는 각국의 하자담보책임 규정 하에서 인정되는 것 보다 나은 법적 지위를 소비자에게 어떻게 해서든지 부여하겠다는 「지침」의 의도로 볼 수 있다.

제조자, 매도인 또는 제품유통과정에 있어서 그 외의 자에 의하여 임의로 주어진 보증에 관하여는 계약당사자의 계약의 자유가 존중된다. 원칙적으로 첫째, 이들의 보증은 소비자가 소비재매매에 관한 국내입법에 기한 법적 권리를 갖고 있고, 당해 보증이 이들 권리를 침해하지 않는다는 것을 명기하여야 한다. 또 보증내용, 보증에 기한 청구에 필요한 절차사항, 특히, 보증기간, 보증의 지리적 적용범위, 보증인의 성명과 주소가 명확하게 기재되어야 한다(제6조 2항). 그리고 소비자의 요구가 있다면, 당해 보증은 서면 등으로 제공되어야 한다(제3항). 다만, 이러한 형식적 요건을 충족시키지 못하는 보증에 있어서도 그 유효성은 영향을 받지 않으며, 소비자는 당해 보증에 기하여 권리를 행사하는 것이 가능하다(제6조 제5항). 광고가 실질적인 보증내용

64) Twigg-Flesner, The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, Consumer Law Journal 1999, p. 177; D. Staudenmeyer, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393.

을 포함하는 경우, 당해 광고표현도 임의로 부여한 보증의 일부로 본다(『지침』 제6조 제1항). 즉 광고에서 언급된 보증에도 실제의 보증규정과 같은 지위가 주어진다.

## 제 4 절 국제물품매매계약에 관한 UN협약의 시각에서의 『지침』

### 1. 매매법 영역에 있어서의 통일법

국제 매매법 분야에서 이미 존재하는 통일법(uniform law)인 1980년 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 목적은 『지침』의 목적과 유사하다. 협약의 전문에는 “국제물품매매계약을 규율하는 통일법의 채택은”……“국제거래에 있어서의 법적 장벽을 제거하는데 기여하고 국제거래의 발전을 증진시킬 것이다.”라고 명시되어 있다. 지금까지 70개국이 협약을 비준했다(2006년 12월 현재). EU 회원국 중에는 영국, 아일랜드, 포르투갈의 3개 회원국만이 아직 비준하지 않고 있다.

『지침』의 많은 규정들이 CISG에 기초하고 있다. 『지침』과 CISG의 가장 큰 차이점은, 『지침』은 오직 소비자매매만 다루고 있으나 CISG에서는 이러한 종류의 매매가 명백히 제외되어 있다는 것이다. CISG 제2조 a호는 이 협약이 매수인이 소비하기 위하여 물품을 구입하는 경우에는 적용되지 않고, 다만 매도인이 계약체결 전이나 계약체결시에 물품이 그러한 용도로 구입된다는 사실을 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 경우에는 그러하지 않다고 규정하고 있다.

협약과 『지침』 간의 또 다른 중요한 차이점은 『지위』와 관련해서이다. CISG는 이미 많은 국가에서 시행되고 있고, 계약당사자의 영업소가 서로 다른 계약국에 존재하는 경우의 물품매매계약에 직접 적용된다. 그러나 『지침』은 여전히 회원국의 국내법으로 전환되어야만 적용

될 수 있다. 또한 일단 『지침』이 국내법으로 수용되어지면, 구속력 있는 법으로 시행되어 계약당사자가 법의 적용을 배제할 수 없다. 그리고 계약이 회원국의 지역과 밀접한 관련이 있는 한, 계약에 적용될 법으로 비회원국의 법이 선택됨으로써 이 『지침』에서 보장하고 있는 소비자의 보호가 박탈되어서는 안 된다(지침 제7조 제2항). 그러나 CISG 제6조에 의하면 계약당사자는 이 협약의 적용을 배제할 수 있고, 협약의 일부 규정의 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다.<sup>65)</sup>

이 협약과 『지침』은 둘 다 물품매매에 대한 계약을 다루고 있고, 물품의 자유로운 이동을 위한 국제거래에서의 법적 장벽을 제거하기 위한 것이라는 점에서 공통점을 가진다. 『지침』의 전문 제6항에 언급되어 있듯, 소비자가 직면하는 주된 어려움과 판매자와의 분쟁의 주된 원인은 물건이 계약에 적합하지 않다는 데 있다. 이것은 상사거래에서도 역시 마찬가지이다.

## 2. 내용 비교

### (1) 적합성(Conformity)

1) 『지침』과 CISG는 「적합성」 개념을 가지고 계약책임을 구성한다. 『지침』 제2조 1항에서 판매자는 소비자에게 매매계약에 적합한 물품을 급부하여야 한다고 규정하고 있다. CISG 제35조에서와 마찬가지로 목적물에 요구되는 품질은 계약의 당사자가 결정할 사항이다. 물품은 무엇보다도 계약에서 명시한 것에 적합해야 한다: 제35조는 매도인은 계약에서 정한 수량, 품질 및 종류에 적합하고, 계약에서 정한 방법으로 용기에 담겨지거나 포장된 물품을 인도하여야 한다고 규정하고 있다.

---

65) 따라서 CISG는 이른바 (협약으로부터의) 「선택적 이탈 규범」(opt-out instrument)이다.

2) 『지침』은 계약적합성 원칙의 적용을 용이하게 하기 위하여 통상의 정상적인 상황을 포괄하는 계약적합성의 반증 가능한 추정을 도입하고 있다(지침 제2조 2항).

① 먼저 물품이 판매자가 한 설명에 부합하고 판매자가 소비자에게 사용 또는 견본으로 제시한 물품의 성상을 갖추고 있으면 계약에 적합한 것으로 추정하고 있다(a호). 『지침』의 제2조 제2항의 규정은 CISG 제35조 제2항 c호와 유사하다. 하지만 CISG는 이를 반증 가능한 추정으로 공식화하지는 않고, 당사자가 달리 합의한 경우를 제외하고는 물품이 매도인이 견본 또는 모형으로서 매수인에게 제시한 물품의 품질을 갖고 있지 않으면 계약에 적합하지 않다고 규정하고 있다.

② 『지침』의 두 번째 추정은, 소비자가 어떤 특정의 목적을 가지고 있고 계약체결시에 이를 판매자에게 고지하고 판매자가 동의한 경우 물품이 이러한 목적에 부합하면 계약에 적합한 것으로 추정하는 것이다. CISG의 제35조 제2항 b호도 이와 유사하지만 CISG는 매도인이 그에게 알려진 특정의 목적에 동의할 것을 규정하고 있지 않다. CISG는 대신에, 사정으로 보아 매수인이 매도인의 기량과 판단을 신뢰하지 않았거나 또는 이를 신뢰하는 것이 불합리하였다고 인정되는 경우를 제외하고는 물품이 매도인에게 알려진 특정한 목적에 부합해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 상황은 CISG에 의해 규율되는 전문가들 사이의 매매계약에서는 통상적인 경우이겠지만, 소비자거래에서는 매우 드문 일이다. 소비자가 판매자의 기량과 판단에 의존한다는 것은 일반적으로 상식에 맞지 않으므로 소비자의 요구사항을 판매자가 수락해야 한다는 조건을 추가했다.

③ 세 번째 추정규정은 CISG 제35조 제2항 a호의 규정과 일치하는데, 동종의 물품이 통상적으로 사용되는 목적과 부합해야 한다.

CISG는 제35조 제2항 d호에서 물품이 그러한 물품에 대해서는 통상적인 방법으로, 또는 그러한 방법이 없는 경우에는 그 물품을 보존하고 보호하는데 적절한 방법으로 용기에 담기거나 포장되어 있을 것의 요건을 추가로 요구한다. 이것은 물품운송이 자주 있는 상거래와 매우 관련 있다.

- ④ 『지침』의 제2조 제2항 d호에 규정된 상황(“소비재가 물품의 성질과 그리고 특히 광고나 표지부착 등으로 행해진 물품의 구체적 성상에 관한 판매자, 제조자 혹은 그 대리인의 공적 표시를 고려하여 동종의 물품에 있어서 통상적이고 소비자가 합리적으로 기대할 수 있는 품질과 성능을 보유한 경우”)은 CISG에는 보이지 않는다. 이 규정의 뒷부분은, 브랜드 때문에 물건을 구입하는 소비자는 판매자와 직접 계약교섭을 한 결과로 그 물건을 구입한 것이 아니라는 사실 때문에 규정하게 되었다. 이러한 소비자는 아마도 광고 문구에 더 많은 영향을 받을 것이고, 광고에 대한 이런 신뢰 때문에 계약적합성을 판단함에 이러한 요소를 포함시키게 됐다.

## (2) 기간의 제한

『지침』 제5조 제2항에는 회원국은, 소비자가 자신의 권리로부터 이익을 얻기 위해서 소비자는 부적합성을 발견한 때로부터 2개월의 기간 내에 부적합성을 판매자에게 고지하여야 한다고 규정할 수 있다고 되어 있다. 회원국들이 이러한 규정을 소비자매매법의 일부로 규정해야 할 의무가 있는 것이 아니어서 이 방면에서는 회원국 간 규범의 조화가 불충분하게 이루어졌다.

그러나 CISG 제39조는 매수인이 물품의 부적합을 발견하였거나 또는 발견할 수 있었던 때로부터 합리적인 기간 내에 매도인에게 부적

합의 내용을 명세하여 통지하지 아니하는 경우에는, 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다고 규정한다. 제38조에서는 언제 매수인이 부적합을 발견하였어야 했는지에 대해, 매수인은 그 사정에 비추어 실행 가능한 한 단기간 내에 물품을 검사하거나 검사하게 하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>66)</sup>

『지침』과 CISG의 차이점은, CISG 제39조에서는 매수인이 부적합(non-conformity)의 내용을 일일이 명시하여야 한다고 명백히 규정되어 있다는 것이다. 부적합의 내용을 일일이 표시하지 않고 개괄적으로만 항의하는 것은 매도인에 대한 충분한 통지가 되지 않고, 무엇에 결함이 있는지 정확하게 설명이 되어 있어야 한다. 매수인이 매도인에게 부적합을 통보해야 할 의무를 부과한 근본이유는, 매도인으로 하여금 매수인의 항의가 정당한 것인지 확인할 수 있게 하기 위하여 물품을 검사하고 조사하도록 한 것이다. 『지침』은 소비자가 부적합의 내용을 일일이 명시하여야 한다고 규정되어 있지 않다. 이는 소비자를 더 높이 보호하는 것이다.

『지침』과 CISG간의 또 다른 차이점은, CISG는 제39조에서 매수인이 매도인에게 통지해야 하는 기간은 매수인이 물품의 부적합성을 발견하였거나 발견할 수 있었던 때로부터 진행된다고 규정하고 있는 반면, 『지침』에서는 이러한 기간제한은 소비자가 물품의 부적합성을 발견한 날로부터 진행된다고 되어 있다(제5조 2항). 이는 소비자가 물품을 자세히 검사하거나 기능을 평가하기 위해 시험을 해야 할 의무가 없다는 것을 의미한다. 반면에 CISG 제38조에 기초한 판례법에 따르면 매수인은 물품을 매우 철저하게 검사해야 한다.

---

66) 합리적인 기간을 정함에 있어 사안의 모든 사정, 예를 들어 매수인이 선택한 구제방법의 종류 등이 고려된다. 만약 매수인이 계약의 유지를 더 이상 원하지 않는다면 손해배상을 청구하는 경우보다 합리적인 기간이 다소 짧은 것이 합리적일 것이다. 판매된 물품의 종류도 관련된다. 부패하기 쉬운 물품이라면 이 합리적인 기간은 짧은 것이다.

『지침』의 제5조 제1항에 의하면 제품의 부적합이 제품의 인도로부터 2년 내에 밝혀진 경우에는 판매자에게 그 책임을 주장할 수 있다. 소비자가 판매자에게 부적합성에 관한 위험을 미리 알리지 않고 조치를 취할 수 있는 기간으로 2년을 허용하는 것은 소비자에게 매우 우호적인 것이다. 이 제한기간은 제소기간(limitation period)이 아니라 소비자가 이 기간이 지난 후에 청구를 하는 경우 그 청구권이 소멸되는 제한기간(a time-limit)이라고 본다.<sup>67)</sup> 제3조 제2항에 규정된 권리가 국내법에 따른 시효기간이 적용된다면, 그 기간은 인도시로부터 2년 내에는 만료되지 않는다. 이는 회원국들이 기간의 기산점을 서로 달리 인정하기 때문에 공식적으로 규정한 것이다. 어떤 회원국에서는 이 기간을 계약체결시로부터 기산하고, 다른 회원국에서는 부적합성이 발견된 때로부터 기산한다. 국내법에서의 기간제한이 언제부터 기산되든지 간에 이러한 기간제한은 『지침』에서 인정하고 있는 소비자의 권리를 박탈하지 못한다.

CISG 제39조 제2항도 이와 매우 유사한데, 어떠한 경우에도 물품이 매수인에게 현실로 교부된 날로부터 늦어도 2년 내에 매수인이 매도인에게 그에 따른 통지를 하지 아니한 경우에는 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다고 규정하고 있다. 이러한 기간제한은 역시 제소기간은 아니다. 이는 엄격히 말하면 매수인은 국내법상의 기간제한 때문에 CISG에서 인정된 그의 권리를 박탈당할 수도 있다는 것을 의미한다. 그러나 CISG는 물품의 부적합을 기간 내에 통지한 매수인이 법적 조치를 취할 수 있는 시효기간에 대해서는 언급하고 있지 않다. 시효기간은 CISG에서 규율하는 주체가 아니고 그 결과(국제사법이 지정하는) 국내법의 적용을 받는다. 따라서 이론상 매수인은 국내법상의 기간제한 때문에 CISG에서 인정된 그의 권리를 박탈당할 수 있다.

---

67) Sonja A. Kruisinga, What do consumer and commercial sales law have in common?, European Review of Private Law(ERPL), 2001, 187 참조.

### (3) 입증책임

CISG 제36조는, 매도인은 위험이 매수인에게 이전하는 시점에 존재하는 물품의 부적합에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 그러나 CISG는 입증책임에 관한 규정은 두고 있지 않다. CISG 제7조 제2항에 따르면 CISG에 의해 규율되는 사항에 관한 문제로서 본 협약에 의해 명시적으로 해결되지 않는 문제는 본 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라서 해결되어야 한다. 몇몇 법원의 결정은, 비록 CISG는 입증책임에 관하여 명백히 다루고 있진 않지만, 내재적으로 규율하고 있다고 한다.<sup>68)</sup> 따라서 일반적으로 매수인이 그가 받은 물품이 계약에서 정한 것과 부합하지 않다고 주장하려면 그가 물품에 결함이 있음을 입증해야 할 것이다.<sup>69)</sup>

『지침』 제3조 제1항은, 판매자는 소비자에게 물품이 인도된 때에 존재하는 부적합성에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 『지침』 제5조 제3항은 입증책임을 명백히 다루고 있는데, 소비자에게 유리하게 입증책임을 전환하고 있다: “반대사실의 증거가 없는 한, 물품의 인도 후 6개월 내에 밝혀진 부적합은 이미 인도의 시점에 존재하였던 것으로 추정한다.” 이 조항을 두게 된 근본취지는 판매자는 제품에 대한 그의 식견으로 인도 시점에 그러한 부적합성이 존재하지 않았다는 것을 입증하는 것이 용이한 반면, 소비자가 그 반대사실을 입증하기 위해서는 전문가의 도움을 필요로 할 것이기 때문이다. 만일 판매자가 예외적으로 입증에 필요한 정보를 가지고 있지 않더라도 최소한 그는 제조자로부터 정보를 얻는데 유리한 위치에 있다. 『지침』 제5조 제3

68) 스위스 Zuerich의 상사법원(Handelsgericht)은 한 결정에서 클레임을 주장하는 쪽에서 입증책임을 부담하는 것은 CISG에 내재하는 원칙으로부터 도출된다고 했다 (Handelsgericht Zuerich 10 February 1999, CLOUT, no 331).

69) 매수인이 입증책임을 부담해야 한다는 것이 제38조와 제39조에 내포되어 있다고 한다(S. Kruisinga, ERPL, 2001, 187).

항은, 예를 들면 부패하기 쉬운 물품의 매매계약과 같이 물품의 특성상 용납할 수 없는 경우에는 이러한 추정이 적용되지 않는다고 규정한다. 또한 이 추정이 부적합성의 성질에 모순되는 경우에도 그러하지 아니하다. 교부시에는 그러한 부적합성이 존재할 수 없었다는 것을 기술적으로 입증 가능한 경우가 이에 해당할 것이다. 입증책임을 규율하는 일반적인 규정들과 비교하여, 『지침』 제5조 제3항의 규정은 소비자에게 매우 우호적인 규정이다.

### 3. 평 가

『지침』의 강행적 성질과 달리, CISG는 상사적 성질을 반영하는 상이한 출발점에 서있다. 『지침』의 규정들은 소비자에게 매우 높은 수준의 보호를 해주고 있는 반면(『지침』 제8조 2항), CISG는 매도인보다 더 보호하고 있다. 이러한 차이점은 부적합한 물품이 인도된 경우 소비자에게는, 그의 자국법이 경합을 허용한다면, 그의 자국법에 의한 구제책과 『지침』의 부적합성에 대한 구제책을 함께 인정한다는 사실에서도 나타난다.

『지침』은 『하나의 매매법』으로 평가하기에는 약점을 지니고 있다. 즉 소비재매매에 한정된 적용(규율대상)을 하며, 소비재매매의 특정 측면만을 규율대상으로 한다: 계약의 적합성과 부적합한 경우의 최소한의 권리, (부족한) 매도인의 권리(제조자나 전매도인에 대한 구상권, 제4조). 그 밖의 매매 영역에 있어서 중요한 문제를 다루고 있지 않다(위험부담 문제; 손해배상문제 그리고 (CISG에서도 그러하지만) 재산권 문제 등).

CISG는 국제상사거래를 규율하는 반면에 지침은 유럽의 단일시장에서의 소비재매매를 대상으로 한다. 이 두 규범은 국내적 차원에서의 단순히 사적인 거래와 국경을 넘나드는 상사거래라는 스펙트럼의 양축에 놓여있다. 따라서 마치 양 규범은 서로 충돌될 여지가 없다고

할 수 있다. 그러나 소비자와의 거래 對 상사거래라는 점에서의 성질상의 차이에도 불구하고 양 규범은 매우 유사하다. CISG가 지침의 기초작업을 하는데 있어서 모델로서의 역할을 하였다는 점을 생각하면 그리 놀라운 일은 아니다.

그러나 이 양 규범이 21세기의 유럽시장의 의욕을 충족시킬 수 있는지에 대해서는 부정적이며, 이에 대한 예방책이 강구되어야 한다는 견해가 보인다.<sup>70)</sup>

- ① 무엇보다 CISG는 오늘날의 가치와 중요성을 더 이상 반영하지 못한다. 20년 전에 시행되었을 뿐만 아니라 그 기초작업은 20여년 더 거슬러 올라간다. 부국과 빈국 간에, 상이한 정치적, 경제적, 그리고 사회적 체제 그리고 상이한 법적 구상사이에서 균형을 갖고자 한, 요컨대 전 세계를 기반으로 한 절충과 타협의 결과물이라고 한다. 그렇다면 지침이 유럽인의 요구에 적합한, 변화하는 시대에 부응하는 새로운 규정이라고 하기 어렵다.<sup>71)</sup> CISG가 지침의 가장 주된 참고자료라 하는데, 그렇다면 지침이 소비자보호 정신을 반영하고 있는지는 의문이다.<sup>72)</sup>

“모순적이라고 할 수도 있는데, 소비자보호를 위한 수단으로 보증(warranty)과 구제수단 체계를 상거래를 다루는 CISG로부터 받아들였다.” 그렇지만 매매지침은 소비자보호에 초점을 맞춘 몇몇 요소를 도입하였다: 상사보증(commercial guarantee) 제도(제6조), 공적 언명에 대한 책임(제2조 2항 d), 교부 후 6개월 동안의 입증책임의 전환(제5조 3항) 등.

- ② 양 규범은 특수한 영역을 규율대상으로 한다. 매매지침은 소비자

---

70) 특히 Viola Heutger & Christoph Jeloschek, Towards Principles of European Sales Law, in: A. Hartkamp et al.(ed.), Towards a European Civil Code, 3rd ed. 2004, 533(542).

71) V. Heutger, Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code, ERPL 2003, 158.

72) Heutger & Jeloschek, Towards Principles of European Sales Law, p.543.

와 전문 매도인사이에 체결된 소비재의 매매를 규율하는 반면에, CISG는 소비자거래를 배제하고, 국제동산매매를 대상으로 한다.<sup>73)</sup> 이 차이점은 또한 양 규범의 규정의 강행적 성격에 반영되어 있다. 지침과 CISG는 매매의 목적물과 관련하여 다소 제한적이다. 이 규범들은 동산의 매매만을 배타적으로 다루면서, 특정 형태의 동산을 다시금 배제시킴으로써 더 제한을 가하고 있다.

- ③ 특정 영역만을 규정하는 매매지침은 몇몇 중요한 문제를 해결치 않고 있다. 반면에 CISG는 보다 독자적인 매매법으로 보인다. 그러나 적용범위의 한계로 상사적이고 국경을 넘나드는 성격에 비추어 해석하여야 할 협약이다. 이러한 점에 비추어 많은 유럽의 학자들은 CISG가 유럽매매법의 단독의 기둥으로 역할 할 수 없을 것으로 본다.<sup>74)</sup>

## 제 5 절 지침의 국내법에의 수용

### 1. 개 관

『지침』의 적용범위는 사업자와 소비자사이에 이루어지는 동산매매에 한한다(『지침』 제1조 2항 b, c호). 『지침』은 제조자, 동일한 계약연쇄상의 이전판매자 혹은 기타 매개자의 작위 또는 부작위로 인한 적합성의 결여로 최종 판매자가 소비자에게 책임을 지는 경우, 최종 판

73) 특히 매매지침은 직업인사이의 매매계약, 소비자사이의 매매, 그리고 매도인이 직업으로 매도한 것이 아닌 경우는 포함하지 않는다. CISG는 국내매매거래, 소비자사이의 국제매매, 그리고 국제적 소비재매매에 대해서는 적용되지 않는다.

74) 특히 Heutger & Jeloschek, *Towards Principles of European Sales Law*, p.534, 543 참조. “조화의 수준 및 성공에도 불구하고 CISG는 유럽 매매법으로 고려되어질 수 없다. CISG는 전 세계 공동체를 위해 초안되었다. 따라서 개발도상국에서 가장 선진화된 국가에 이르는 범위에까지 다양한 경제의 범위에 적용된다. 다른 측면으로, CISG는 국제적 월경거래, 즉 국제 수준에서의 상업상의 당사자 간에 이루어진 매매거래에 제한된다.”(p.534).

매자의 계약연쇄상의 책임 있는 자에 대한 구상을 규정한다(제4조). 제작물공급계약도 제1조 2항의 요건 하에서 매매로 다루어진다.

『지침』은 매매목적물의 계약적합성 개념(제2조), 매수인의 구제수단(제3조) 및 구속력이 있는 보증의 요건(제6조)을 규정한다.

『지침』은 계약상 급부 프로그램과 다른 물건의 성상에 있어서의 차이가 있는 경우에 대한 법적 효과를 규정할 뿐이다. 불완전이행과 같은 다른 급부장애는 『지침』에 규정되어 있지 않다. 이행, 불이행 그리고 급부거절, 이행불능과 이행지체는 개별 회원국의 법에 따른다(제8조 1항).

『지침』의 여타 문구(“the qualities of the goods”, “the quality and performance” “goods of the same type”)에서 권리에 대한 담보책임도 규정하고 있지 않다고 보고 있다.<sup>75)</sup> 계약에 적합지 않은 인도시에 인정될 수 있는 손해배상청구권의 법적 효과(하자손해 및 그로인해 야기된 결과손해)에 대해서도 『지침』은 규정하고 있지 않다. 이 영역은 회원국의 국내법이 적용된다. 따라서 조화(Harmonization)가 이루어질 수 없었다. 손해배상 문제에 있어서 각국의 책임법적 접근은 매우 상이하고, 『지침』이 강제적으로 요구할 수 있는 영역이 아닌 일반급부장애법과 매우 밀접한 관계를 가지고 있기 때문이다.

독일 정부는 포괄적으로 채무법을 개정하는데 이 『지침』을 이용하였다. 그리고 오스트리아, 헝가리, 슬로바키아와 체코 공화국에서는 민법의 본질적인 면에서 개정을 하였다. 이들 국가를 제외한 EU 회원국 대부분은 이 『지침』을 소비자매매에 한정하여 최소한의 이식을 하였다. 요컨대 일반 매매법이나 일반 급부장애법에 손을 대지는 않았다. 덴마크는 매매법 내에서 규정하고 있는 소비자매매편에, 별개의 법률로 규정하고 있는 스웨덴은 소비자매매법에, 핀란드는 소비자보

75) 독일의 §§ 433 Abs.1 S.2, 435, 437 BGB와 같이 권리의 하자를 물건의 하자과 함께 다루는 것은 입법 정책적으로 보아 의미가 있는지는 별개의 문제이다.

호법(제5장)에 이식하였다. 프랑스의 경우 이 『지침』의 포괄적 수용에 대해 구체적인 논의가 있었으나, 『지침』을 - 벨기에와 룩셈부르크와 같이 - 소비법전(Code de la consommation)에 수용하였다.

## 2. 독 일

독일연방정부는, 직접 밝히고 있듯이, 유럽공동체의 소비재매매 『지침』의 국내법 전환이 직접적인 계기가 되어, 채무법의 현대화를 위한 법률안을 마련하였다. 그런데 독일에서의 2001년 채무법 개정은, 유럽공동체의 소비재매매 『지침』의 국내법으로 전환하는데 필요한 최소한을 넘어 채무법 전반에 걸친 급부장애법(Leistungsstörungsrecht)의 체계적 구성을 변경하였다. 급부불능을 중심으로 하는 종래의 체계와 달리, CISG의 표상에 따라 독일민법 제280조에 따라 의무위반을 중심으로 하는 통일적인 급부장애법을 두게 되었다. 따라서 이를 기반으로 하면서 소비재매매 『지침』에 상응한 개정은, 기존 매매법의 담보에 관한 특별규정을 대신하여 일반 급부장애법의 적용을 전제로 불가피하게 필요한 범위에서 수정한 것이다.<sup>76)</sup>

『지침』은 소비자인 매수인의 보호만을 목적으로 한 것으로서 매매계약 전반이 아니라, 매도인이 기업자이고 매수인이 소비자로서 동산을 거래 대상으로 하는 매매계약만을 목적으로 하는 것임에도 불구하고, 독일의 입법자는 이러한 소비재매매에 국한하지 않고 급부장애법의 체계적 구조를 변경하면서 매매법 전반을 『지침』의 수준에서 개정하였다.

독일 채무법은 『지침』이 직접 대상으로 하는 매매법을 넘어서 개정되었는데, 제433조 이하에 그 영향을 과급시켰다. 하자에 관한 책임은 원칙적으로 급부장애법에 편입되어 매매법적 수정을 통해 보완되었

76) 현대화법에 의한 급부장애법의 수정 내용에 대하여는 W. Fikentscher, Schuldrecht, 10.Aufl., § 42 II(Rn.357 - 366) 참조.

다. 매도인에게 하자없는 물건을 제공할 의무를 규정하고, 그 위반에 대해 우선적으로 추완이행청구권을 인정하고 있다.

소비재매매에 관한 특별조항에는 매수인을 위한 입증책임 경감에 관한 규정이 있다(입증책임의 전환). 목적물의 인도 후 6월 이내에 드러난 하자가 있으면 이 하자는 위험이전 당시부터 존재하였던 것으로 추정하여 담보책임을 물을 수 있다(제476조). 다만 「이 추정이 그 물건의 종류 또는 하자의 종류와 합치하지 않는 때는」 그러하지 아니하다. 매도인의 보증은 특히 명확하고 이해하기 쉬워야 한다(제477조). 그러나 무엇보다도 이 영역에서의 거의 대부분을 강행법규로 하여 계약을 통해 매도인의 책임을 배제하거나 제한할 수 있는 가능성을 엄격히 한정하며, 다만 손해배상청구권만이 원칙적으로 임의법규의 성격을 갖는다고 한다(제475조). 따라서 중고품 매매에서 통상적으로 이루어지는 담보책임의 배제는 더 이상 불가능하다고 평가된다. 끝으로 매수인의 하자담보에 관한 각종 권리들이 이와 같이 강화됨으로써 피해를 입게 된 최종판매인에게는 그에게 물건을 공급한 자나 제조자에 대한 구상권(Rückgriffsanspruch)이 인정된다(제478조).

### 3. 오스트리아

오스트리아에서는 이 「지침」을 하자담보책임법에서 수용하였다.<sup>77)</sup>

오스트리아 민법은 일반적 담보책임규정을 제922조 이하에 두고 있는데, 이는 체계적으로 채무자지체(§§ 918f. ABGB)와 불능(§§ 878, 920f. ABGB)에 이어서 위치한다. §§ 922 ABGB는 물건을 유상으로 다른 자에게 이전하여야 하는 계약당사자의 담보책임적 의무를 정한다.

오스트리아의 구민법은 「지침」과 구조적으로 일치하는 바가 크므로 담보책임에 관한 규정에 많은 손질이 요구되지는 않았다. 매매법은

77) Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, öst.BGBI.Nr.48/2001 Teil I, S.1019.

특정물 매매에 있어서 추완을 인정하고 있었고, 그 치유가 가능한 경우나 본질적이지 않은 하자에 있어서 하자보완(재이행)의 우선이 인정되고 있었다(§ 932a ABGB a.F.). 이제는 § 932 ABGB에서 추완(Nacherfüllung)의 우선적 위치를 부여하는 등 매수인의 구제수단을 새롭게 규정하고 있다. §§ 932, 933의 계약해제(Wandlung)와 대금감액(Minderung)은 여전히 법원에서 주장하여야 하는 형성권이다. 이러한 담보책임법상의 권리는 2년 내에(부동산의 경우는 3년) 주장되어야 한다. 신법에 의해 소멸시효기간은 물건의 교부로부터 진행되고, 권리에 있어서의 흠은 물건의 채권자가 그 하자를 안 날로부터 진행한다.

오스트리아의 판례는 불이행으로 인한 손해배상청구권과 재이행청구권, 대금감액과 계약의 해제의 경합을 인정하고 있었다. 새로이 규정한 § 933a ABGB는 과책을 요건으로 하는 손해배상청구권을 규정한다. 과책(Verschulden)은 일반규정인 § 1298 ABGB에 의해 추정된다. 물건의 교부로부터 10년간 추정된다. § 933a ABGB에 따라 하자손해와 하자결과손해에 대한 배상을 청구할 수 있다.

#### 4. 프랑스

2002년 ‘Viney 위원회’가 마련한 『지침』 국내법 전환에 관한 ‘민법 개정안’은 철회되었고, 2004년 제한적 수용론에 입각하여 민법 및 소비자법에 관한 새로운 개정안이 마련되었다. 그리고 약간의 수정을 거쳐 2005년 2월 17일에 발효되었다.

기존 민법상의 ‘숨은 하자에 대한 담보책임’ 규정 중 소의 제척기간에 관한 제1648조 1항만을 개정하고 나머지 조항은 그대로 존속시켰다. 즉 종래의 “장해가 되는 하자로 인한 소는 매수인이 단기간 내에 장해가 되는 하자의 성질 및 매매계약이 체결된 장소의 관습에 따라 이를 제기하여야 한다.”(舊)에서 “장해가 되는 하자로 인한 소는 매수

인이 하자의 발견 시로부터 2년 이내에 이를 제기하여야 한다.”(新)로 개정하였다.

그리고 『지침』의 내용은 프랑스 소비법전 제211-1조~제211-18조에 수용되었다. 소비자의 부적합 발견 후 2개월 이내의 고지의무(지침 제 5조 2항)는 채택되지 않았으나, 나머지 순차적 구제수단 및 소의 제척기간(인도 후 2년 이내) 등은 프랑스 소비법전에 그대로 수용되었다.

## 5. 영 국

영국에서는 이 『지침』을 2002년 12월 10일의 소비재 매매와 공급에 관한 법규(The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002(SI 2002/3045))에 반영하여 『1979년 동산매매법』(sale of Goods Act)을 개정하면서 국내법화시키고 있다. 이 법률은 2003년 3월 31일부터 시행되었다. 이때까지 영국의 매매법은 여러 영역에서 소비자를 『지침』에 의한 것 보다 더 두텁게 보호하고 있었다. 이에 대한 대표적 예로 매수인의 청구권에 대한 6년의 시효기간(계약체결로부터 진행)을 들 수 있는데, 이는 『지침』을 국내법으로 전환한 후에도 유지시키고 있다(section 5 Limitation Act 1980). 이에 영국에서는 『지침』 제5조 2항의 부적합성을 발견한 후로부터의 2개월의 제척기간은 수용하지 않았다.

영국법은 『지침』 제2조 2항의 추정을 이미 반영하고 있으므로 『지침』 제2조 2항을 전면적으로 받아들이지 않았다. 제14조 (2) 매도인이 영업 중에 물품을 매각한 경우에는, 계약에 의하여 제공된 물품은 매매에 적합한 품질이어야 한다는 묵시적인 조건(an implied condition)이 존재한다.

일부 규정만 소비자매매에 한정하여(“If the buyer deals as consumer or, if a contract of sale is a consumer contract”) 이식하였다.

『지침』의 구제수단인 하자보수, 대금감액, 계약해제는 소비재매매에 한하여 동산매매법의 새 절로 규정하여 소비자에게 부가적으로 권리를 인정하고 있다(section 48A-48F). 소비자는 일반 매매법에 따라 권리를 주장하거나 소비자보호를 위한 특별한 권리를 주장할 수 있다. 또한 새 절에는 규정하지 않은 손해배상청구권을 주장할 수 있다(section 48 E(1), 일반규정인 section 54).

인도 시에 존재하는 하자에 대한 6개월의 입증책임의 전환은 소비자보호를 위한 특별규정으로 하고 있다(section 48A(3)).

그동안 형평법상의 구제제도로서의 특징이행과 그 명령에 있어 상당히 제한적인 태도를 보인 영국은 이 개정으로 불일치물품에 대하여 소비자에게 대체물 내지 하자보수청구권(Repair or replacement of the goods)을 부여함(section 48B)과 동시에 이러한 소비자의 대체품 내지 하자보수청구권의 행사시 법정은 매도인으로 하여금 직접 대체물인도 또는 하자보수를 이행하도록 주문할 권한을 가지게 되었다(section 48E). 하자보수 내지 대체물인도청구권의 행사가 전적으로 법원의 재량이 일임되어 있는 형법법상의 구제수단이라는 특징이행과 관련하여 기존의 영국법이 견지해온 바에 대한 획기적 전환이라고 하겠다. 따라서 최소한 소비자거래에 있어서는, 구제수단상의 지위의 측면에 있어 하자보수 내지 대체물인도청구권은 기존 영국법과는 달리, 즉 일차적인 구제수단인 손해배상이 충분히 보상하지 못하는 경우에만 적용되는 이차적인 구제수단으로서가 아니라 계약해제 또는 대금감액에 앞서는 일차적인 구제수단으로 자리매김하고 있다고 하겠다.

## 6. 스웨덴

스웨덴에서는 『지침』을 소비자매매법에 수용하였다.<sup>78)</sup>

78) Lag om ändring i konsumentköplagen(1990:932), SFS 2002/587. 북유럽 국가들은 협업에 의하여 매매법과 계약법에 통일된 법률을 가지고 있다. 매매법(제1차)은, 덴마

소비자매매에 있어서도 지체 및 물건의 하자에 대한 책임에 대하여 원칙적으로 동일한 입장을 취하고 있다(제10조; 제22조). 따라서 물건이 인도되지 않거나 지체된 경우, 이것이 매수인이나 매수인 측의 사정으로 인한 경우가 아닌 한, 제11조에 따라 대금지급을 유보할 수 있다. 매수인은 제12조에 따라 계약이행을 청구하거나 제13조에 따라 계약을 해제할 수 있다. 그 밖에 매수인은 제14조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 물품에 하자가 있고, 그것이 매수인이나 매수인 측의 사정에 기인하지 않는 경우, 매수인은 제23조 - 제29조의 이행청구(하자제거, 대체물인도청구)나 대금감액을 청구하거나 계약을 해제할 수 있고, 그 외에 손해배상을 청구할 수 있으며, 제42조에 의한 대금지급을 유보할 수 있다. 이들의 권리를 행사하기 위한 전제로 물품의 인도 후 매수인에게 검사의무를 부과하고 있으나(물품매매법 제20조), 소비자매매의 경우에는 이 의무를 매수인에게 부담시키지 않는다. 다만 매수인은 하자를 발견한 후 합리적인 기간 내에 그 하자에 대하여 이의제기의 통지를 하여야 하며, 2년의 소멸시효기간을 두고 있으나, 이는 약정에 의하여 배제할 수 있다(제23조). 그러나 물품이 통상적인 사용상 상당히 장기간 지속될 것인 경우, 이의제기는 5년간의 기간

---

크의 라센(Lassen)교수에 의하여 기초된 북유럽에서의 법통일화작업의 산물로, 1905 - 1907년 스웨덴, 덴마크, 노르웨이에서 시행되었으며, 그 후에 아이슬란드에서 발효되었다(1922년). 핀란드는 1734년부터 1982년에 이르기까지 스웨덴의 구 매매법을 고수하였고 북유럽 매매법의 원칙을 수용할 것인지는 관례와 학설에 맡기고 있었다. 핀란드의 매매법의 통일화작업에의 참여는 비로소 제2차에 이르러서이다. 이 새로운 북유럽 매매법에 더 얹어 핀란드는 새로운 매매법이 시행하고 있으며(1982년), 또한 노르웨이(1988년)와 스웨덴(1990년)에서도 신 매매법을 제정하였다. 반면에 덴마크와 아이슬란드는 여전히 구 북유럽 매매법을 시행하고 있다. 신법과 구법은 대체적인 면에서 상호 일치하고 있으나, 세부내용에 있어서는, 특히 소비자매매에 관한 내용에 있어서는 차이를 보이고 있다. 덴마크는 이를 1979년 매매법의 개정을 통하여 매매법 내에 규정하고 있는 반면에(매매법 제72조 - 86조), 스웨덴과 핀란드는 매매법과는 별개의 법률로 규정하고 있다. 북유럽국가들은 이렇게 동일하거나 서로 매우 유사한 매매법을 가지고 있으므로, 『국제물품매매계약에 관한 UN협약』을 비준하면서도 협약 제94조에 의거 이들 북유럽국가사이의 매매계약에 대하여는 협약의 적용을 유보하고 있다.

동안 허용된다. 또한 소비자매매에 있어서 물품부적합성에 대한 이의 제기는 매도인과의 약정으로 그 부적합성을 보완키로 한 자에 대하여 행할 수 있다(동조 2항).

하자(fel)의 개념에 약간의 수정을 하고, 목적물의 설치에 대해서 매도인이 책임지기로 한 경우, 그 설치의 잘못으로, 하자에 대한 제16조의 내용에 일치하지 않는 경우도 하자가 있는 것으로 추정하는 규정을 두고 있다(제16a조). 목적물의 인도 후 6개월 내에 발견된 하자는 인도 시에 존재하였던 것으로 추정한다(제20a조). 「상당한 기간 내의」 매수인의 하자고지의무를 규정하면서(제23조), 매수인이 하자를 발견한 후 2개월 내에 고지가 행하여진 경우, 상당한 기간 내에 이루어진 것으로 추정한다는 문구를 삽입하였다.

하자의 보수 및 대체물인도를 규정하는 제26조에 있어서, 하자보수와 대체물인도 중 어느 쪽을 결정하는지에 대한 판단에 있어서의 고려사항을 규정하고, 일정한 경우 매도인의 재이행권을 인정하고 있다(제27조 1항).

임의보증에 관한 규정을 새로이 두고 있다. 즉 이 소비자매매법에 따르는 매매에는 매도인의 보증(borgnärer)에서 보장한 바가 적용된다(제49조).

이 소비자매매법을 다시 개정하여<sup>79)</sup>, 제3자에게 소유권이나 담보권 등의 권리에 의해 제한되어 있는 경우의 권리의 하자에 대하여 새로이 규정하면서(제21a조), 그에 대한 구제수단으로서 물건의 하자에 있어서와 같이 하자보수, 대체물인도청구, 대금감액, 손해배상청구를 인정한다(제22a조).

---

79) Lag(2003:162).

## 7. 이탈리아

이탈리아는 「지침」을 민법전(Codice civile) Art. 1519 - Art. 1519-nonies의 8개의 조문을 소비재매매에만 적용하는 규정을 됴으로써 수용하였다.

이 신 매매법에 의하면 소비자는 일반 매매법상의 구제수단을 주장하거나 소비재매매에 있어서의 Art. 1519 이하의 특별규정에 따른 구제수단을 주장할 수 있다(청구권의 선택적 경합). 이로써 일반 채무불이행법에 따른 손해배상청구권은 소비재매매계약의 규정에 의하여 배제되지 않는다. 이 때문에 소비재매매를 위해 법적으로 규정하고 있는 하자치유의 우선은 사실상 무산되었다고도 볼 수 있다. 그렇다고 하여 「지침」에 반한다고 보지를 않는데, 왜냐하면 「지침」은 최소한의 보장만을 정하고 있기 때문이다(제8조 2항).

소비재매매「지침」의 이식은 이탈리아의 일반 매매법과 급부장애법에 아무런 영향을 미치지 않았다. 매매법 체계는 그대로 유지되고 있고, (위에서 언급하였듯이) 소비자는 일반 매매법에 따른 청구권이나 소비재매매에 대한 규정에 따른 청구권을 선택적 경합적으로 주장할 수 있다.

소멸시효에 관한 규정은 일반 매매법과 급부장애법에 거의 영향을 미치지 않았다. 학설은, 손해배상청구권의 주장을 할 수 있는 기간을 「지침일치적」 해석의 방법에 따라 소비재매매법이 보장하는 장기의 기간에 변용시켜야 한다고 주장하기도 한다. 하지만 이 때 「지침」 제 8조 1항이 국내법적 책임규정은 「지침」에 관계없이 존속한다고 명시적으로 정하고 있음을 지적하기도 한다.<sup>80)</sup>

---

80) Heinz-Peter Mansel, Kaufrechtsreform in Europa, AcP 204, 436.

## 제 4 장 유럽계약법원칙

### 제 1 절 유럽계약법원칙의 대상 및 구조

#### 1. 개 요

점차적으로 하나의 유럽 사법(私法)이 형성되는 것은 현대 법학에 있어서 눈에 띄는 변모 중 하나라 할 수 있다.

계약법 영역에 유럽공동체국가에 공통으로 적용되는 일반법을 정립하고자 『계약에 의한 채권관계에 적용되는 법률에 관한 로마 협약』<sup>81)</sup>이 탄생하였다. 유럽 통합의 영향으로 소비자를 보호하거나 보험계약, 상사중개계약과 같은 몇몇 계약에 있어서 각국의 법을 조화시키기 위하여 권고안이 채택되었다.<sup>82)</sup> 또 유럽 연합(EU)의 이사회(Council)가 발하는, 회원국에 직접적인 구속력을 갖는 규칙(Regulation)과 지침(Directive)을 통하여, 또한 EU관련 조약과 법규의 해석을 담당하며 역내의 법적인 분쟁을 처리하는 유럽 법원의 판결에 의하여 이러한 ‘유럽화’ 과정은 촉진되었다.

유럽에서는(특히 EU 회원국) 자국의 사법 체계를 고수로 인한 불일치를 제거하기 위하여 보다 넓은 통일을 위한 시계(視界)를 넓히고 보다 공고한 토대가 필요하다고 인식되었다. 로마협약은 유럽의 역내 시장에서의 마찰 없는 기능을 발휘하기 위해서는 충분치 못하다고 평가되었고, 또 권고안, 지침 등을 각국의 국내법에 이식한다고 해서 국가들 사이의 불균형이 반드시 해소되는 것은 아니고, 또한 이러한 방법으로 확고한 기반을 가진 유럽 계약법을 정립시키지는 못한다는 회

81) Convention on the law applicable to contractual obligations, 1980: 1991년 4월부터 독일, 영국 등 유럽 7개국에서 발효.

82) 勸告(안)는 구속력은 없고, EC 법이나 EC 회원국 국내법의 해석을 하는데 있어서 EC 회원국 법원에서는 관련 권고를 참작하여야 한다.

의를 갖게 되었다. 단순히 각 국가의 법을 조화시키는 것보다는 각국의 법을 통일하는 것이 더 바람직하고, 이를 위하여 유럽 각국의 사법에 대한 현대의 법이론적, 비교법적 그리고 법사학적으로 공동작업을 통하여만 새로운 유럽의 법문화 창출이 가능하다는 인식이 싹텄다.<sup>83)</sup>

이러한 분위기 하에서 유럽 통일 계약법에 관한 높은 관심과 희망 하에 EEC위원회와의 비공식협의를 거쳐 유럽 연합 회원국의 계약법 및 비교법 학자들로 구성된 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law<sup>84)</sup>)가 1982년에 발족하였다. 계약법의 원칙을 창출하고 법전과 유사한 형태로 정형화하는 것을 목적으로 한 이 위원회는 약 15년 동안의 작업 끝에 1995년 “유럽의 계약법 원칙(The Principles of European Contract Law)”이라는 제목 하에 그 결과를 내놓았다. 그 후 1998년 총 9개 장, 131개 조문으로 이루어진 『유럽계약법원칙』(The Principles of European Contract Law, Part I & II)<sup>85)</sup>을 발표하였고,<sup>86)</sup> 2003년 초 제3부(Part III)를 발표함으로써 유럽의 통일계약법 총칙을 완성시켰다.

---

83) Junker, "Rechtsvergleichung als Grundlagenfach", *JZ* 1994, 921 ff.; Zimmermann, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *JZ* 1992, 8 ff.; Kötz, "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?", *JZ* 1992, 20ff; Gordley, *American Journal of Comparative Law*(1992) 40, 1002 ff.

84) 이 위원회는 회원국 정부에 의하여 임명·선임된 것이 아니며, 정부나 특정 기구의 지사를 받지 않는 비정부기관이다. 다만 본 과업의 수행을 위하여 이사회(EC Commission)의 재정적 지원을 받았다고 한다. Lando를 위원장으로 하는 이 위원회는 ‘Lando 위원회’라 약칭되기도 한다.

85) Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Complete version of Part I & II*(November 1998). 본 장에서는 계약법원칙이라 칭한다. 자세한 내용은 Lando/Beale(eds.), *Principles of European Contract Law. Part I and II*, 2000 참조.

86) 이 원칙의 개괄적 내용에 대해서는 양창수, “『유럽계약법원칙』에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대 『법학』, 40권 1호(1999/5), 358면 이하; 박영복, “유럽의 통일계약법”, 『법조』 1999/1, 235면 이하 및 1999/2, 236면 이하; 송양호, “유럽계약법원칙과 한국법”, 『상사법연구』, 제21권 제2호(2002), 135면 이하 참조.

## 2. 적용대상 및 구조

이 『원칙』은 유럽, 특히 공동체내에서 계약법의 통일을 위한 시도로, 계약상 채무에 대한 일반법을 대상으로 하고 있다. 이 『원칙』은 계약의 특별 유형을 다루고 있지 않고, 정책적 issue로 공동체법과 각국의 입법에 의한 결정이 더 적절할 것이라는 이유로 소비자계약에 관한 규정은 제외하고 있다. 이 『원칙』은 상사관계에 한정하지 않고, 일반적 계약에, 따라서 상인과 소비자 사이의 계약에도 적용되도록 의도하였다.

특별한 계약 유형을 다루는 입법이나 협약으로부터 일반적 적용에 적절한 규정을 빌려 왔고, 특히 비엔나 협약은 이 『원칙』에 기여한 바가 크다. 이 『원칙』이 유럽 내의 국제거래에 이용하기 위하여 고안되었으나, 그렇다고 하여 그러한 국제거래에 한정시키지 않고 순수한 국내의 계약에도 적용될 수 있다.

제 1 장 : 일반규정(general provision)

제 2 장 : 계약의 성립

제 3 장 : 대리권

제 4 장 : 계약의 유효성

제 5 장 : 계약의 해석

제 6 장 : 계약의 내용과 효력

제 7 장 : 계약의 이행

제 8 장 : 불이행과 구제책 일반(non-performance and remedies in general)

제 9 장 : 불이행에 대한 개별적 구제책(particular remedies for nonperformance)

제 10 장 : 다수당사자(Plurality of parties)

제 11 장 : 청구권의 양도(Assignment of Claims)

제 12 장 : 신 채무자의 대체: 계약양도(Substitution of New Debtor: Transfer

of Contract)

제13장 : 상계(Set-Off)

제14장 : 시효(Prescription)

제15장 : 불법성(Illegality)

제16장 : 조건(Conditions)

제17장 : 이자의 원금산입(Capitalisation of interest)

### 3. 원칙의 의의

이 원칙은 유럽사법전의 기초 작업에 중요한 일부가 될 것으로 기대된다. 채권법 및 물권법 등의 재산법적 영역에 관한 유럽민법전을 위한 기초 작업은 현재 활발하게 진행 중이다. 이 작업은 먼저 유럽의회(European Parliament)에 의해 장려되었다.<sup>87)</sup> 유럽의회는, 계약법에 대하여, 더욱이 사법일반에 대해서도, 포괄적인 공동체 입법을 행하는 생각을 되풀이하면서 지지하였지만, 그러한 법률을 채용하기에 이르기 위한 입법절차를 주도하는 권한은 오로지 유럽위원회(European Commission, 집행위원회)에만 있다. 그러나 유럽위원회는, 사법의 영역에서 수평적인 관계에 관한 어떤 입법을 행하는 것, 또 당초 공동체가 그러한 법의 입법권한을 가지는 것에 대해서는 장기간 회의적이었다. 유럽이사회(European Council)는 각료이사회(the Council of the European Union)와 위원회에 ‘사법의 보다 큰 수렴(greater convergence of civil law)’을 목적으로 한 사전작업을 수행하라고 지시하였다.<sup>88)</sup> 이에 대한 응답으로 유럽위원회는 2001년 7월 공식적으로, 유럽에 있어서 계약법을 다루어야 하는지, 또 어떻게 다루어야 하는지를 묻는 보

---

87) Resolution of 26 May 1989, Official Journal of the European Communities(OJEC) No.C 158/401 of 26 June 1989 및 Resolution of 6 May 1994, OJEC No.C 205/518 of 25 July 1994참조.

88) 15, 16 October 1999, Conclusion 39(핀란드 탐페레 Tampere).

고서(Communication)를 공포 하였다.<sup>89)</sup> 유럽의회는 법률·역내시장 위원회(Committee on Legal Affairs and the Internal Market)의 연구에 따라 『회원국의 민법 및 상법의 近似化(approximation)』에 대하여 결의하였다.<sup>90)</sup> 여기서 다양한 국가법이 지니는 유해한 효력과 조화되지 못하고 있는 유럽법이 지적되고, 국제사법이 적절한 해결책을 제공할 수 없다는 인식 하에, 비교법 분석의 다양한 단계 및 통일된 개념과 용어의 사용을 포함하여 2010년을 정점으로 EU에서의 계약법에 관한 일련의 룰이 정립될 수 있도록 위원회에 활동계획을 제출할 것을 촉구하였다. 여기서 유럽계약법위원회의 작업이 특별히 언급되었다.<sup>91)</sup>

89) Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM(2001) 398, C5-0471/2001, 11.7.2001, OJC 255, 13.9.2001, p.1. [http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2001/com2001\\_0398en01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2001/com2001_0398en01.pdf); D.Staudenmayer, Perspektiven des europäischen Vertragsrechts - der Aktionsplan für ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht, European Review of Private Law 2001, 249 참조.

이 보고서는, Directives 등의 공동체법(Community acts)과 Rome Convention 등의 국제적 규제(International Instrument)의 두 방법이 혼재하는 기존의 입법을 포괄적으로 고려하여, 계약법에 관한 EC의 금후의 방침에 대한 4개의 『선택』(Option)을 제시하고 있다. ① 『非EC주도』(No EC action)로 이름 붙여진 것으로, 통상의 방법대로 현재의 필요성에 대응하여 계속적으로 세밀하게 나누어 입법을 하는 것(Option I); ② 각국 법을 좀 더 수렴하는 공통 계약법 원칙의 발전을 촉진하는 것(Option II); ③ (기존의 법 규정을 실질적으로 통합할 수 있을 영역에서) 이제까지의 입법의 질을 적절하게 개선하는 것(Option III); ④ 특정의 계약유형 뿐만 아니라 계약법의 일반문제의 규정도 포함하는 포괄적 입법권을 EC레벨에서 채용하는 것(Option IV).

90) European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, (COM(2001) 398 C5-0471/2001 2001/2187(COS). [http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/Recent\\_Developments.htm](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/Recent_Developments.htm).

91) 2003년 2월 유럽위원회는, 유럽의회와 이사회의 요구에 대한 응답으로, 유럽계약법에 관한 활동계획(Action Plan on European Contract Law)을 채택함으로써 유럽계약법에 대한 장래의 전망에 대한 반영 및 계속적 논의를 전개시켰다. COM(2003) 68 final, 12.2.2003, EuZW, Heft 6[2002]; [http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003\\_0068en01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0068en01.pdf). 위원회의 이 활동계획은 유럽계약법에 대한 심의의 1라운드 결론을 도출한 것이다. 한편 활동계획은 3 방책을 제시함으로써 계속적 논의를 이끌었다. 제안된 방책은 규범적 활동과 비규범적 활동 양자를 포함한다. 이 활동은 ① 계약법영역에서 EC 법(EC acquis)사이의 통일을 증가시키고, ② EU 공통의 일반거래약관(Standard Terms and Conditions)의 완성을 증진하고, ③ 유럽계약법영역에서의 문제에 있어서 특정영역에 제한되지 않은 해결책(non-sector specific contract

유럽계약법원칙의 또 다른 목적은, 당사자들이 계약에 명시적으로 채택하기 위한 유용한 룰의 제공, 중재인 등이 사용하기 위한 국제적으로 받아들여진 기본거래법(*lex mercatoria*)의 현대적 형성, 법원 및 입법자에게 그들의 법을 발전시키는데 있어서 유용한 모델을 제공하는 것이다.<sup>92)</sup>

## 제 2 절 계약법원칙의 내용

### 1. 제 1 장 일반규정(*general provision*)

계약법원칙 제1장은 일반규정에 해당하는 내용을 담고 있다. 다만 그 내용을 명확히 하기 위하여 세 개의 절로 구상되고 있다.

#### (1) 제 1 절 : 원칙의 적용 범위

이 「원칙」은 원칙적으로 유럽 공동체 내에서 적용된다는 점을 고려하고 있다. 이 「원칙」은 계약 당사자에 의하여 명시적으로 채택될 수 있고, 혹은 명시적으로 당사자의 계약 내용으로 편입되지 않았다 하더라도 사정에 따라서는 중재자나 법원에 의하여 적용될 수 있다고 정하고 있다(제1:101조 3항, 4항). 그러나 회원국의 법률에 의하여 적용되지 않는 계약의 당사자들도 準據法에 의하여 허용되는 한 이 「원칙」을 자유로이 선택할 수 있다.

이 「원칙」은 조문 대부분을 임의규정으로 하고 있다. 따라서 당사자들이 자유로이 변경하거나 배제할 수 있다. 그러나 특정의 조문은 그 본질적인 중요성으로 인하여 강행법규성이 부여된다. 다음이 그 예가 된다: 신의·공정 의무에 대한 제1:201조, 일방 당사자의 계약 내용의

---

law instrument)이 요구되는지를 검토하고자 한다. 2003년 9월 유럽의회와 이사회는 각각 이 활동계획을 지지하는 결의를 하였다. 자세한 것은, [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm) 참조.

92) Principles of European Contract Law III, p. xv.

일방적 결정에 대한 제6:105조, 고의적 불이행이나 그 배제 및 제한이 불합리한 경우에 있어서 면책의 제한을 정한 제8:109조, 불이행시 심히 과도한 배상액의 감액에 대한 法院의 재량권을 인정하고 있는 제 9:509조 2항.

원칙은 관행 및 관례(Usages and Practice)에 대하여 규정을 두고 있다(제1:105조). 당사자들은 종종 약정의 내용을 완전히 정하지 않는다. 따라서 원칙은, 특정의 제한 하에, 관행 및 관례가 당사자 사이에서나 일반적으로 동일한 상황 하에 이를 계약의 내용을 구성한다고 정하고 있다. 나아가 계약의 내용을 명백하게 정하지 않은 경우나 상응하는 관행이 없는 경우 당사자의 의사를 보충하며 당사자의 의사를 해석하는데 보조적인 계약 내용에 대하여는 제2장에 규정함으로써 당사자의 이익조정의 규범을 제시하고 있다.

제1:106조에 「원칙」의 해석과 보충에 관한 규정을 두고 있으며, 이는 신의·공정성의 제고, 예측가능성과 통일성을 위한 조항이다. 이 「원칙」에서 사용하는 여러 용어에 대하여 제1:301조에서 정의하고 있고, 제 1:302조, 제1:305조, 제1:303조에서는 다음의 제2장 - 제4장에서 주요 기능을 하는 중심 개념이 어떻게 해석되고 적용되는 가를 보여준다.

「원칙」은 계약자유의 원칙을 강조하고 있고, 이 원칙의 적용에 있어서 문제가 될 수 있는 각국의 강행법규와의 관계(각국의 강행법규의 비적용), 이 원칙의 적용에 대한 당사자의 동의가 불확실한 경우에 대하여 규정한다. 또한 계약을 해소하거나 조정하기로 하는 합의, 일방적인 약속과 행동에 의하여 추단되는 의사에도 이 원칙의 유추 적용을 인정하고 있다.

(2) 제 2 절은 계약당사자에게 지우는 ‘기본적 의무’의 내용을 두는 것으로 구상하고 있다. 그 내용은 신의·공정 의무와 협력 의무이다.

제1장에서는 그 밖에 이 「원칙」하에 적용되는 기본적 의무를 규정

하고 있다. 제1:201조는 배제시킬 수 없는 신의·공정 의무(the duty of good faith and fair dealing)<sup>93)</sup>를 규정하고, 제1:202조는 협력의무(the duty to co-operate)를 명시하고 있다. 이 『원칙』의 많은 규정이 합리적으로 행동할 의무를 명시하기도 하고 무엇이 합리적인가 하는 기준을 정하기도 한다. 합리성(reasonableness)에 대하여는 제1:302조에서 정의하고 있다.

(3) 제 3 절 : 용어와 기타 규정

이 절은 5개의 조문으로 구성되어 있으며, 그 중 용어의 정의(제 1:301조), ‘합리성’의 판단(제1:302조), 전가된 인식과 의도(제1:305조)와 통지(제1:303조) 및 ‘기간의 계산’에 관한 규정을 두고 있다: 수령인이 응답이나 기타의 행동을 취할 기간을 당사자 일방이 서면으로 정한 경우, 그 기간은 서면 상 명기된 시점부터 시작한다. 그 시점이 명백하지 않으면, 서면이 수령인에게 도달한 때부터 시작한다. 국경일과 공휴일은 기간 산정에 포함되지만, 기간의 말일이 공휴일일 경우에는 기간은 그 翌日로 만료한다. 기간을 日·週·月·年으로 정한 때에는, 기간의 初日은 산입하지 않고, 그 翌日의 上午 0時부터 시작하며, 기간의 만료일 하오 12시에 만료한다.

---

93) “Good faith”는 주관적 개념으로서, ‘의식에 있어서’ 정직과 공평성을 의미한다. 예를 들어, 구제책을 행사하는데 있어서 이로 인하여 자신에게 아무런 이익이 주어지지 않고 다만 상대방을 해할 목적인 경우에는 그 행사가 허용되지 않는다. “Fair dealing”은 객관적으로 판단하는 ‘사실상’ 공정성의 준수를 의미한다. 이 두 개념은 프랑스에서는 “bonne foi”, 독일에서는 “Treu und Glauben”개념에 의하여 포괄되는 표현이라고 하겠다. Lando/Beale(Hg.), *European Principles*, p. 55의 Art. 1.106 Comment D 참조. 또한 이는 우리 민법상의 “신의 성실”에 해당하는 개념이라 하겠으나, 어의가 주는 내용상의 차이 때문에 위와 같이 번역한다.

## 2. 제 2 장 계약의 성립

### (1) 제 1 절 : 일반규정

가. 계약 체결을 위한 전제로 ‘당사자가 법적으로 구속될 것을 의도하고 더 이상의 요건 없이도 충분한 합의에 도달할 것’을 요구한다(제 2:101조 1항). 또한 계약 체결이나 그 입증을 위하여 서면이나 기타의 형식을 요구하지 않고 있다(동조 2항). 계약에 의하여 법적으로 구속되는 당사자의 의도는 상대방이 합리적으로 이해한 의사의 표명에 의하여 정하여 진다(제2:102조). 당사자들이 충분히 정하여 계약이 강제될 수 있거나 이 원칙하에 결정될 수 있는 경우 충분한 합의가 있다고 본다. 그러나 특정 사안에 대한 합의가 이루어지지 않아 당사자 일방이 계약의 체결을 거부한 경우, 그 사안에 관한 합의가 이루어지지 않고는 계약은 성립치 않는다. 또한 개별적으로 협의되지 않은 계약 조건은 이를 알지 못하는 당사자에 대하여 이를 주장할 수 없다(제2:103조).

나. 모든 계약 내용을 서면으로 구체화하기로 하는 개별 약정, 소위 完結條項(Merger Clause)을 포함한 서면 계약을 체결한 경우, 계약 체결 전의 합의 내용은 그것이 서면으로 구체화되지 않았다면 이는 계약의 일부를 이루지 못한다(제2:105조).

내용의 수정이나 소멸이 합의에 의할 것으로 서면으로 약정한 경우, 계약의 수정이나 종료에 관한 합의는 서면으로 되지 않는다면 법적으로 구속력이 없는 것으로 의도되었다고 推定된다(제2:106조).

다. 승낙 없이 법적으로 구속력을 가질 것으로 의도된 약속도 구속력이 있다(제2:107조). 이에 대하여 계약에 관한 규정이 유추 적용된다.

(2) 제 2 절 : 請約과 承諾

1) 請 約

상대방이 승낙함으로써 계약 체결의 결과를 의도하였고, 승낙으로 곧 계약이 체결될 수 있도록 충분하고 명확한 내용을 담고 있는 제의를 청약이라 하며, 불특정 다수인에 대한 청약도 인정한다(제2:201조 1,2항). 직업적 혹은 전문적인 공급자가 광고나 상품목록에 명시된 가격으로 물품이나 용역을 공급한다는 제의나 상품의 진열은 청약으로 추정된다(제2:201 3항).

청약은 피청약자가 승낙의 의사를 발송하기 전에는 철회할 수 있다(제2:202조 1항). 그러나 청약을 하면서 철회될 수 없다고 명시한 경우, 그 승낙 기간을 정한 경우, 철회될 수 없거나 피청약자가 그 청약을 신뢰하고 행동하는 등 피청약자가 그 청약을 합리적으로 신뢰한 경우에는 청약의 철회는 제한된다(동조 3항).

철회의 의사표시가 피청약자에게 도달함으로써 청약은 그 효력을 잃는다(제2:203조).

2) 承 諾

피청약자에 의하여 발송된 승낙이, 혹은 행동이 승낙을 나타내는 경우, 그 행위의 표시가 청약자에 도달하면 계약은 성립된다(제2:204조 1항, 제2:205조 1항). 청약에 대한 동의를 나타내는 피청약자의 진술이나 행동은 승낙이 된다. 침묵 등 부작위는 그 자체만으로는 승낙에 이르지 않는다. 청약이나 당사자 사이의 확립된 관례의 결과로서 혹은 관습에 의하여 청약자에 대한 의사표시 없이 특정의 행위에 의하여 승낙될 수 있다(제2:205조 3항).

청약자가 승낙 기간을 정하여 청약을 한 경우에 승낙은 그 기간 내에 청약자에게 도달하여야 한다(제2:206조). 그 기간을 정하지 않은 경

우, 승낙은 상당한 기간 내에 청약자에게 도달하여야 한다. 연착된 승낙이라도 지체 없이 청약자가 이를 피청약자에게 연착의 사실(이를 승낙으로 다룰 것)을 통지한 경우 승낙으로서 효력을 갖는다고 함으로써 우리 민법의 태도(민법 제528조)와 비교된다(제2:207조 1항). 연착된 승낙이 그 내용으로 보아 통상적인 전달이었다면 승낙기간 내에 도달되었을 것이라 보여지는 경우, 지체 없이 청약자가 그의 승낙이 실효되었다고 통지하지 않는다면 그 연착된 승낙도 효력을 갖는다(동조 2항).

청약의 내용을 실질적으로(materially)<sup>94)</sup> 변경하는 부가적 혹은 새로운 조건을 붙여 제안한 경우, 이는 제안된 청약의 거절이고 새로운 청약이 된다(제2:208조 1항). 따라서 부가적 혹은 새로운 조건이 청약의 내용을 실질적으로 변경하는 것이 아니라면 승낙으로서 인정되고, 그 조건은 계약 내용이 된다(동조 2항). 다만 청약이 명시적으로 청약의 내용에 대한 승낙을 제한하고 있거나, 청약자가 그 부가적 혹은 새로운 조건을 지체 없이 거절하거나 피청약자가 부가적 혹은 새로운 조건에 대한 청약자의 동의를 조건으로 하고 그 동의가 피청약자에 상당한 기간 내에 도달하지 않은 경우에는 청약의 거절로 본다(동조 3항).

### 3) 去來約款의 충돌

계약상 보통거래약관은 특정한 성질을 지닌 불특정 다수와의 계약을 위하여 사전에 작성한 계약조건을 말한다. 당사자들이 이러한 약관과 충돌되는 내용으로 의사의 합치가 있는 경우, 청약과 승낙에 있어서 상호 충돌되는 거래약관에 대한 고려 없이 합의에 이른 경우에도 계약이 성립한다(제2:209조 1항). 그 보통거래약관의 내용은 양자간 실질적으로 공통되는 것에 한하여 계약의 일부를 구성한다. 그러나 당사자 일방이 사전에 명시적으로 보통거래약관에 의하지 않는다는 의사를 표시하였거나 합의 후라도 당사자 일방이 부당하게 지체됨

94) 해당 당사자의 위치에서 合理的 通常人이라면 계약체결 여부나 계약조건으로의 채용 여부에 대한 결정에 영향을 미친 경우에 인정된다.

이 없이 그러한 계약에 구속되지 않을 것을 고지한 경우에는 계약은 성립하지 않는다(동조 2항).

4) 전문가의 서면에 의한 확인

계약의 내용을 최종적인 문서로 구체화하지 않았지만, 그의 내용으로 부가적이거나 새로운 조건을 담고 있는 계약의 확인서로 의도된 서면을 상대방에게 지체 없이 보낸 경우, 그러한 조건은 계약의 일부가 된다(제2:210조). 그러나 계약 당사자들이 전문가가 아니거나, 그 조건이 실질적으로 계약의 내용을 변경하거나 수령자가 이를 지체 없이 거절한 경우에는 그러하지 않는다.

(2) 제 3 절 : 협상 의무(Liability for negotiations)

1) 信義에 반하는 협상

계약당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의에 이르지 않는다고 하여 이에 대하여 책임을 지지 않는다(제2:301조 1항). 그러나 신의에 반하여 협상했거나 협상을 결렬시킨 경우에는 상대방에게 발생한 손실에 대하여 책임을 진다. 특히, 상대방과 진정으로 합의를 하려는 의사 없이 협상을 하는 경우 신의에 반한다고 인정된다(동조 3항).

2) 秘密維持義務

협상하는 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 주어졌다면, 계약 체결 여부에 상관없이 상대방이 그 정보를 누설하지 아니하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아니할 의무를 진다(제 2:302조). 이 의무를 위반한 경우 손해배상과 상대방이 취득한 이익의 상환을 청구할 수 있다.

### 3. 제 3 장 대리권

#### (1) 제 1 절 : 일반 규정

##### 1) 적용 범위

이 장은 대리인이나 기타 媒介者(intermediary)의 제3자와의 계약과 관련하여 본인을 구속하는 권한을 규율한다(제3:101조). 그러나 법률에 의하여 수여된 대리인의 권한이나 공적 혹은 법률적 권한에 의하여 선임된 대리인의 권한에 대하여는 적용범위에서 제외시키고 있다. 또한 대리인이나 매개자와 본인 사이의 내적인 법률관계에는 규율하지 않고 외부관계만을 규율대상으로 한다(동조 3항). 이는 내부관계에 대한 법제간의 심한 대립으로 대리에서 생기는 법률관계를 모두 규율하는 통일법의 작성이 현실적으로 많은 어려움이 있다는 것을 보여준다.

##### 2) 대리의 종류

이 원칙은 本人의 이름으로 행위를 하는 대리인인 직접대리를 원칙적 유형으로 하고 있으며, 이 경우 本人이 계약 체결 시에 밝혀지건 후에 밝혀지건 고려치 않는다(제3:102조 1항). 반면에 本人의 지시에 의하여 그를 위하여 행위를 하나 本人의 이름으로 행위를 하지 않는 매개자의 경우, 혹은 本人의 지시에 따라 행위를 하지만 제3자가 이를 알지 못하거나 알 수 없는 간접대리의 경우에는, 제한된 범위 내에서 本人을 구속시킨다(동조 2항, 본장 제3절).

#### (2) 제 2 절 : 直接代理(Direct Representation)

##### 1) 明示的 代理, 默示的 代理, 表見代理

대리인에 대한 대리권의 수여는 명시적 혹은 상황에 따라 묵시적으로도 가능하다(제3:201조 1항). 대리인은 수권된 목적을 성취하기 위하

여 상황 하에 필요한 모든 행위를 할 수 있는 권한을 갖는다(동조 2항). 만약 그의 의사표시나 행동이 제3자로 하여금 대리권이 수여되었다고 믿게끔 한 경우, 本人은 대리권을 수여한 것으로 본다(동조 3항).

## 2) 대리권의 행사

대리권의 범위 내에서 행위를 한 대리인의 행위는 本人과 제3자를 직접적으로 구속한다(제3:202조). 그러나 대리인 자신은 제3자에 구속되지 않는다.

## 3) 본인의 이름을 유보하는 顯名

대리인이 후에 밝혀질 本人의 이름으로 계약을 체결하나, 제3자의 의뢰를 받고서 상당한 기간 내에 그 本人이 누구인지를 밝히지 않았다면, 대리인 자신이 그 계약에 구속된다(제3:203조).

## 4) 代理權 없는 혹은 越權 代理

대리인으로서 권한 없이 혹은 권한 범위를 넘어 한 행위는 본인과 제3자를 구속하지 않는다(제3:204조 1항). 이 경우 本人은 대리인의 행위를 추인할 수 있다(제3:207조). 그 추인으로 대리인의 행위는 대리권이 수여되었던 것으로 본다. 본인이 이를 추인하지 않는다면, 대리인은 제3자에 대하여 손해배상의무를 진다(이행이익배상: 대리인이 대리권을 갖고 행위를 하였다면 있을 제3자의 위치로의 회복). 이는 제3자가 대리인의 대리권한의 하자를 알고 있었던 경우에는 그러하지 않는다(동조 2항).

## 5) 利益의 相反

대리인에 의하여 체결된 계약이 이익이 상반되는 사항을 포함하고 있고 이를 제3자가 알고 있었던 경우, 본인은 그 계약을 취소할 수 있다(제3:205조 1항). 대리인이 다른 한편 제3자를 대리하는 행위나 대

리인이 자기가 계약상대방이 되어 하는 본인과 자기 사이의 계약은 이익상반행위로 추정된다(동조 2항). 그러나 본인의 허락이 있는 경우, 대리인의 그와 같은 행위를 알 수 있었던 경우나 대리인이 본인에게 이익상반을 알리고 본인이 상당한 기간 내에 이를 거절하지 않은 경우에는 本人은 계약을 취소할 수 없다(동조 3항).

#### 6) 復代理

대리인은 인적 성질을 지니지 않은, 그리고 대리인 스스로가 이를 행할 것을 합리적으로 기대할 수 없는 업무를 행하기 위하여 복대리인을 선임할 수 있는 묵시적 권한을 갖는다(제3:206조). 대리인의 대리권 범위 내에서의 복대리권의 범위 내에서의 복대리인의 행위는 본인과 제3자를 직접적으로 구속한다.

#### 7) 제3자의 대리권 확인에 관한 권리

本人의 의사표명이나 행동이 제3자로 하여금 대리인의 행위가 수권된 것이라고 믿게끔 원인이 되었으나 제3자가 수권에 대한 의심이 있는 경우에는, 본인에 대하여 서면에 의한 확인이나 추인에 대한 의뢰를 할 수 있다(제3:208조 1항). 본인이 지체 없이 이를 거절하거나 그 의뢰에 대한 응답이 없는 경우, 대리인의 행위는 수권된 것으로 간주된다(동조 2항).

#### 8) 代理權의 存續 期間

대리권은 다음의 사실에 대한 제3자의 인지 시까지 존속한다(제 3:209조 1항): ① 본인이나 대리인 혹은 양자에 의하여 대리권이 소멸된 경우; ② 대리권 수여의 목적이 달성된 경우나 기간의 만료; ③ 대리인의 사망, 능력 상실 혹은 파산; ④ 본인의 파산. 그러나 본인이나 그의 상속인의 이익을 보호하기 위한 행위의 수행을 위하여 상당한 기간 동안은 대리권은 존속한다.

(3) 제 3 절 : 間接代理(Indirect Representation)

1) 매개자가 본인의 지시 하에 그를 위하여, 그러나 그의 이름으로 하지 않는 행위나 본인의 지시를 받지만 제3자가 이를 알지 못하거나 알 수 없는 경우, 매개자와 제3자는 상호 구속된다(제3:301조). 본인과 제3자는 다음의 제한된 범위 내에서만 구속된다(동조 2항).

2) 媒介者의 破産이나 본인에 대한 本質的 不履行

매개자가 파산되거나 본인에 대하여 본질적으로 불이행하거나 이행기가 도래할 때 본질적 불이행이 있을 것이 명백한 경우, 본인의 요구로 매개자는 제3자의 성명과 주소를 본인에게 통지하여야 하며, 본인은 그를 대신하여 매개자가 취득한 권리를 제3자에 대하여 주장할 수 있다. 이때 제3자는 매개자에 대하여 주장할 수 있는 항변 사유(defences)를 주장할 수 있다(제3:302조).

3) 媒介者의 破産이나 제3자에 대한 本質的 不履行

매개자가 파산되거나 제3자에 대하여 본질적으로 불이행하거나 이행기 도래시 본질적 불이행이 있을 것이 명백한 경우, 제3자의 요구가 있을 때에는 매개자는 본인의 성명과 주소를 제3자에게 통지하여야 하며, 제3자는 매개자에 대하여 행사할 수 있는 권리를 본인에 대하여 주장할 수 있다(제3:303조). 다만 본인은, 매개자가 제3자에 대하여 혹은 본인이 매개자에 대하여 주장할 수 있는 항변 사유를 가지고 제3자에 대항할 수 있다.

4) 通知의 필요성

이러한 본인이나 제3자의 권리는 이를 행사하기 위한 의사가 매개자와 제3자나 본인 각자에게 통지된 경우에 한하여 주장될 수 있다(제3:304조). 통지의 수령으로 제3자나 본인은 더 이상 매개자에게 이행할 수 없다.

## 4. 제 4 장 계약의 유효성(Validity)

### (1) 적용 영역

不法性(illegality), 不道德性(immorality)이나 能力의 하자로 인한 계약의 유효 여부(invalidity)에 관하여는 이 원칙의 적용범위에서 제외시키고 있다(제4:101조).

계약체결 시에 채무의 이행이 불능이거나 당사자 일방이 계약의 목적물의 처분권이 없다는 이유로 계약을 무효로 하지는 않는다고 하여(제4:102조), 원시적 불능을 채무불이행영역에서 다루고 있다.

### (2) 錯 誤

#### 1) 사실이나 법률의 존재에 대한 착오

당사자는 계약체결 시에 존재한 사실이나 법률에 대한 착오로 인한 계약은 취소할 수 있다(제4:103 1항). 취소하기 위한 요건으로, ① 착오가 상대방이 제공한 정보에 의하여 야기되었거나, 상대방이 그 착오를 알았거나 알았음이 분명하며 착오에 빠져 있게 하는 것이 신의와 공정성에 반하거나, 상대방도 동일한 착오에 빠져 있고, ② 착오자가 진실된 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않았을 것이거나 본질적으로 다른 내용으로 계약을 체결하였을 것이라는 것을 상대방이 알았어야 한다.

그러나 그 상황 하에서 당사자 일방의 착오가 면책될 수 없거나, 그에게 착오의 위험이 부담되어 있거나 그러한 상황 하에서 그 위험을 감수해야 하는 경우, 그는 계약을 취소할 수 없다(동조 2항).

#### 2) 의사 전달에 있어서 부정확

의사의 표현이나 전달에 있어서 부정확은 그 표시나 전달자의 착오로 간주되어 계약을 취소할 수 있다(제4:104조).

3) 당사자 일방이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있으나 상대방이 착오자가 이해한 바와 같은 내용으로 계약을 이행하려 하거나 실제로 이행하였다면, 계약은 착오자가 이해한 바와 같은 내용으로 체결된 것으로 간주된다(제4:105조 1항 1문). 상대방은, 취소할 수 있는 당사자가 이해한 계약의 내용을 고지된 뒤 즉시 그리고 그가 취소의 통지를 신뢰하고 행위를 하기 전에, 이행의 의도를 전달하거나 이행하여야 한다(동항 2문). 그러한 의도의 전달이나 계약의 이행 후에는 취소권은 소멸하며 사전의 취소의 의사표시는 효력을 잃는다(동조 2항). 양 당사자가 함께 동일한 착오에 빠진 경우, 양당사자의 요구가 있을 때 법원은, 착오가 발생하지 않았다면 합의하였을 것에 따라 계약을 조정할 수 있다(동조 3항).

#### 4) 부정확한 정보

상대방의 부정확한 정보를 신뢰하여 계약을 체결한 당사자는 손해배상을 청구할 수 있다(제4:106조). 이는 상대방이 그 정보의 진실성을 믿은 데 합리적인 이유가 없었다면, 본질적인 착오를 일으키지 않은 경우에도 그러하다.

### (3) 詐 欺

신의와 공정의 합리적인 기준에 따라 알려야만 하는 상황을 상대방이 말이나 행동 등의 허위 사실의 開示 혹은 不開示로 계약이 체결되기에 이르는 경우, 당사자는 계약을 취소할 수 있다(제4:107조 1항). 기망의 의도가 있는 당사자 일방의 진술이나 不開示는 사기성이 인정된다(동조 2항). 당사자 일방이 특정 사실을 개시할 것이 합리적인 기준 하에 요구되는 지의 판단에 있어서, 당사자가 전문가인지의 여부, 상응하는 정보를 얻기 위하여 요구되는 비용, 상대방이 그 정보를 합리적으로 얻었는지 여부와 상대방에 대한 그 사실의 중요성 여부 등 모든 상황을 고려하여야 한다(동조 3항).

## (4) 強 迫

상대방의 공포심을 조장하는 행위에 의하여 계약체결을 한 당사자는 계약을 취소할 수 있다(제4:108조). 그 강박행위는 그 자체가 위법이거나 계약을 체결하도록 하기 위한 수단으로서 사용하는 것이 위법한 것이어야 한다.

## (5) 과도하거나 불공정한 이익의 편취

1) 계약체결 시 상대방에 의존하거나 상대방을 신뢰하고 있고, 경제적 궁박상태 혹은 급박한 곤궁상태에 있고, 경솔·무지·무경험이거나 거래에 익숙하지 않은 당사자는 계약을 취소할 수 있다(제4:109조 1항). 이를 위하여, 상대방이 그 사실을 인식하였어야만 하고, 주어진 상황이나 계약의 목적에 비추어 볼 때 심히 불공정하거나 과도한 이익을 취하는 방법으로 당사자 일방의 그런 상태를 이용하였어야 한다.

취소권을 갖는 당사자의 요청으로 법원은 信義와 公正의 기준에 따라 합의하였을 내용으로 계약을 적절히 조정할 수 있다(동조 2항). 마찬가지로 법원은 과도하거나 불공정한 이익의 편취를 이유로 취소의 통지를 받은 당사자의 요청으로 계약을 조정할 수 있다. 이를 위해서는 그 당사자가 취소의 통지를 받은 후 즉시로 그리고 그 당사자가 취소를 신뢰하고 행위를 하기 전에 이 사실을 알려야 한다(동조 3항).

2) 계약상의 급부의 성질, 계약의 기타 모든 조항과 체결시의 상황을 고려하여 개별적으로 교섭되지 않은 조항으로 계약상의 당사자의 권리와 의무에 있어 명백한 불균형을 야기시킴으로써 당사자 일방에게 손실을 주는 등 신의와 공정의 원칙에 반하는 경우, 그러한 약정도 취소할 수 있다(제4:110조). 다만 계약의 주된 내용을 정하고 있는 조항이 알기 쉽고 분명한 용어로 되어 있는 경우는 취소할 수 없다.

당사자들 사이의 의무의 등가성(adequacy)이 파괴된 경우에도 취소할 수 없다.

#### (6) 제3자에 의한 의사의 하자

제3자를 이행보조자로 하고 있거나 당사자 일방의 승낙 하에 계약 체결에 관여된 경우, 그 제3자가 정보를 제공함으로써 착오를 일으키게 하거나 착오를 알거나 알았어야만 하거나, 부정확한 정보를 제공하거나, 기망 내지 강박행위를 하거나 과도하거나 불공정한 이익을 편취한 경우, 그 당사자 자신이 그러한 행위나 해당 사실을 인식한 경우에 인정되는 구제수단이 원용될 수 있다(제4:111조).

그 밖의 제3자가 그러한 하자있는 행위를 한 경우에는, 당사자가 그 사실을 인식한 경우에 한하여 구제수단이 인정된다. 그러나 취소 시 당사자가 계약을 신뢰하고 행위를 하지 않은 경우에는, 상대방은 그 당사자가 그 사실을 알지 못하거나 알 수 없는 경우라도 계약을 취소할 수 있다(동조 2항).

#### (7) 取消(Avoidance)

##### 1) 취소권 행사

취소는 상대방에 대한 통지로 효과가 발생한다(제4:112조). 취소의 통지는, 취소권을 행사하는 당사자가 취소의 원인된 사실을 안 후 이거나 자유로이 행위를 할 수 있게 된 후, 상황을 고려하여 상당한 기간 내에 이루어져야 한다(제4:113조). 그러나, 상대방이 개별적 조항에 대하여 이의를 제기한 후 상당한 기간 내에 취소의 통지를 하였다면, 그 조항도 취소할 수 있다.

계약을 취소할 수 있는 당사자가 취소의 원인을 알거나 자유로이 행위를 할 수 있게 된 이후에 명시적 혹은 묵시적으로 추인을 한다

면, 계약의 취소권은 배제된다(제4:114조).

취소의 원인이 특정의 조항에만 영향을 미친다면, 그 상황의 모든 것을 고려할 때 계약을 유지시키는 것이 불합리하지 않은 경우에는, 취소의 효과는 해당 조항에만 한정된다(일부취소, 제4:116조).

## 2) 취소의 효과

① 취소로 양당사자는 이미 이행한 것의 원상회복을 청구할 수 있다(제4:115조). 원물반환이 불가능한 경우, 받은 물건에 대한 합리적인 평가액으로 반환하여야 한다. 계약을 취소하는 당사자는 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 지위로의 회복에 상응하는 손해배상을 청구할 수 있다(제4:117조). 이를 위해서는 상대방이 취소의 원인을 알았어야만 한다. 만약 취소권을 가진 당사자가 이를 행사하지 않았다면, 배상의 범위는 취소의 원인으로 인하여 그에게 야기된 손실에 한한다.

② 사기, 강박이나 과도하거나 불공정한 이익의 편취로 대한 구제방법은 배제되거나 제한될 수 없다(제4:118조). 반면에 착오와 부정확한 정보에 있어서는 그 배제나 제한이 불합리한 경우가 아니라면 허용된다.

③ 취소권의 발생사유와 동일한 사안을 원인으로 불이행을 이유로 한 구제방법은 병존하여 어느 것이나 행할 수 있다(제4:119조).

## 5. 제 5 장 계약의 해석

### (1) 해석에 대한 일반 원칙

계약은 당사자의 공통된 의도에 따라 해석되어야 한다(제5:101조 1항). 이는 설령 단어의 문구적 의미와 상이한 경우에도 그러하다. 당사자 일방이 특별한 의미를 가지고 계약을 의도하였고 계약체결 시에 상대방이 이러한 의도를 모를 수 없었던(could not have been unaware

of the first party's intention) 경우에는, 계약은 그 당사자의 의도된 바에 따라 해석되어야 한다(동조 2항). 당사자의 의도가 명백하지 않은 경우, 계약은 당사자와 같은 부류의 합리적 평균인이 동일한 상황에서 지냈을 의미에 따라 해석되어야 한다(동조 3항).

계약을 해석하는 데 있어서, 특히 사건의 (예비)협상을 포함하여 계약이 체결된 상황, 당사자의 행태(심지어 계약체결 후까지의), 계약의 성질과 목적, 당사자들 사이에 유사한 조항에 대한 해석과 당사자 사이에 확립된 관례, 동일 부류에서의 일반적인 의미와 해석, 거래관행 등이 고려되어야 한다(제5:102조).

## (2) 개별적 해석원칙

① 개별적으로 약정하지 않은 계약조건의 의미가 명백하지 않은 경우, 그를 정한 자에게 불리하게 해석된다(제5:103조).

② 개별적으로 약정된 조건은 그러하지 않은 조항에 우선한다(제5:104조).

③ 계약 조건은 계약 전체의 관점에서 해석된다(제5:105조).

④ 계약의 조건을 不法이나 無效로 하는 해석 보다 그렇지 않은 해석이 우선된다(제5:106조).

## 6. 제 6 장 계약의 내용과 효력

### (1) 흠결 사항

계약을 이행하기 위하여 정해져야 하는 사항에 대하여 당사자들이 명시하지 못하는 경우가 있다. 때로는 관행이 그 빠진 내용을 보충할 수도 있지만 항상 그러하지는 않는다. 많은 법체계에서는 계약의 유효성을 유지시키는 흠결보충원칙을 적용하여 불확실성을 이유로 무효로 되는 것을 막는다. 그러나 그 인정하는 영역이 각 체계마다 상당

히 상이하다. 제6장에서는 계약상 이행에 관계되는 조항을 두지 않고 있는 경우 이에 대한 여러 규정을, 이를테면 대금을 정하지 못한 경우(제6:104조), 고려되어야 할 사항이 없게 된 경우(제6:107조), 변제의 품질, 장소 및 시기(제6:108조, 제7:101조, 제7:102조) 등을 두고 있다.

(2) 계약 체결 전이나 체결 시의 당사자 일방의 진술은, 상대방에 대한 진술의 중요성, 거래과정 중에 이루어진 진술 인지의 여부와 당사자 사이의 전문지식 등을 포함하여 그 상황 하에서 상대방이 합리적으로 어떻게 이해하였는지에 따라 계약상 保證引受(Undertaking)로 간주된다. 당사자 일방이 전문적인 공급자로서 계약체결 전 선전이나 광고에 의하여 용역이나 상품 기타 재화의 질이나 유용성에 대하여 정보를 제공하였다면, 그 진술은 계약의 내용으로 간주한다(제6:101조). 물론 상대방이 그 진술의 부정확을 알고 있었다는 것이 명백한 경우에는 그러하지 않는다. 전문적인 공급자를 위하여 용역, 상품 기타의 재화를 광고하거나 선전하는 자에 의한 혹은 과거에 그러한 업무에 종사했던 자에 의한 그러한 情報나 保證은 전문적인 공급자에 의한 계약상 보증으로 간주한다. 그 공급자가 情報나 保證引受를 모르거나 알 수 없었던 경우에는 그러하지 않는다.

제6:101조(계약상의 채무를 발생시키는 언명)

- ① 계약의 체결 전 또는 계약체결 시에 일방당사자에 의해 행하여진 언명(statement)은, 상대방이 당해 사정 하에서 일정한 사정((a) 상대방에 대해 당해 언명의 현저한 중요성; (b) 그 당사자가 그 언명을 거래의 과정에서 행하였는지 여부; (c) 양당사자의 상대적인 전문지식)을 고려할 때 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우에는, 계약상 의무의 발생으로 본다.
- ② 당사자 일방이 전문적 공급자(professional supplier)로서, 용역이나 물품 기타 재화의 질이나 이용에 관한 정보를, 그것의 판매활동이나 선전을 하는 과정에서 또는 다른 방식으로 계약을 체결하기 전에 제공

하는 경우에는, 그 언명은 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주된다. 다만 상대방이, 그 언명이 정확하지 않다는 것을 알았거나 모를 수 없었음(could not have been unaware)이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다.

- ③ 전문적 공급자를 위하여 용역, 물품 기타 재산을 판매 또는 선전하는 자 또는 거래상 연결 관계에서 선행 위치에 있는 자에 의해 제공된 그러한 정보나 보장(undertaking)은 전문적 공급자 측에 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주된다. 다만 그가 그 정보나 보장을 알지 못하였고 또 그것을 알 이유가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 명시적 조건에 부가하여, 계약은 당사자의 의도, 계약의 성질 및 목적과 신의와 공정에 의한 묵시적인 조건을 포함할 수 있다(제6:102조). 당사자들의 진정한 합의를 반영하려는 의도 없이 이루어진 허위 계약(가장행위)은 당사자 사이에 진정한 합의가 있는 것과 같이 다룬다(제6:103조). 즉 당사자들이 그들의 진정한 합의를 반영할 의도로 행하여지지 아니한 외견상의 계약(apparent contract)을 체결한 경우에는, 당사자 사이에서는 그 진정한 합의가 효력을 가진다.

#### (4) 가격의 결정 및 변제의 품질

계약상 가격이나 그 결정 방법을 정하지 않은 경우, 당사자들은 합리적 가격으로 약정한 것으로 본다(제6:104조). 계약상 그 품질을 특정하지 않았다면, 당사자는 적어도 중등 품질의 급부를 제공하여야 한다(제6:108조).

#### (5) 일방 당사자에 의한 혹은 제3자에 의한 내용의 결정

당사자들이 가격이나 그 밖의 내용을 정하지 않고, 제3자나 혹은 당사자 일방에 의하여 정하여 지는 경우도 보기 드물지 않다. 이 『원칙』은 이러한 조항의 유효성을 인정하지만, 제3자나 일방 당사자가 정한 가격이나 기타의 내용이 심히 불합리한 경우에는 당사자는 그에 구속

되지 않는다고 하면서 합리적인 가격이나 내용으로 대체시키고 있다(제6:105조, 106조 2항). 제3자가 그를 할 수 없거나 원치 않는 경우, 당사자는 법원에 다른 자를 지정할 권한을 부여한 것으로 간주된다(제6:106조 1항).

#### (6) 제3자를 위한 계약

영국 등 몇몇 법체계에서는 계약 당사자만이 계약상의 권리를 향유하거나 의무에 구속될 수 있다는 일반 원칙을 가지고 있다. 그러나 많은 법체계에서와 같이, 『원칙』은 계약에서 생기는 권리를 계약 당사자가 아닌 제3수익자에게 취득하게 하는 내용을 갖는 계약을 인정하고 있다(제6:110조)

##### 제6:110조(제3자를 위한 약정)

- ① 約束者(promisor)와 受約者(promisee)<sup>95</sup> 사이에 제3자에게 계약상 의무의 이행을 청구할 권리를 수여하는 것을 명시적으로 합의하거나 그러한 합의를 계약의 목적으로부터 혹은 제반사정으로부터 추단되는 경우에는, 제3자는 계약상 의무의 이행을 청구할 수 있다. 제3자는 그러한 계약의 체결 시에 특정될 것을 요하지 않는다.
- ② 제3자가 이행청구권을 포기한 경우에는, 그 권리가 처음부터 그에게 성립하지 않았던 것으로 본다.
- ③ (a) 제3자에게 약속자로부터 그 권리가 철회할 수 없다고 통지된 경우, 또는 (b) 수약자나 약속자에게 제3자로부터 그 권리를 승인한다고 통지된 경우가 아닌 한, 약속자는 수약자에 대한 통지에 의하여 제3자의 이행청구권을 박탈할 수 있다:

#### (7) 사정의 변경

현대 계약법에서 가장 시끄럽게 논의되는 문제 중의 하나는 양당사자의 책임 없는 사유로 인한 사정의 변경이 당사자의 이행 의무에 미

95) 통상 우리가 제3자를 위한 계약에 있어서 사용하는 대로 ‘要約者’와 ‘諾約者’라는 용어로 번역할 수도 있을 것이다.

치는 효과이다. 계약법은 두 개의 충돌되는 원칙 - *pacta sunt servanda* 와 *rebus sic stantibus* - 사이의 긴장국면을 해결하여야만 한다.

제6:111조는 양자를 조화시키고 있다. 이에 의하면, 급부의 이행비용이 증가하거나 반대급부의 가치가 떨어져 급부가 전보다 힘들게(*more onerous*) 된 경우에도 계약은 이행되어야 한다고 함으로써 *pacta sunt servanda*가 기본 원칙임을 강조하고 있다. 그러나 과도하게 사정이 변경된 경우에는 일방 당사자의 엄격한 이행을 고수하는 것이 신의칙에 반하고 부적절하다고 보아 계약을 조정 내지 해소하기 위한 협상 의무(*a duty to negotiate*)를 부과한다. 합의가 도출되지 않은 경우 중재자나 법원에게, 계약을 조정하거나 해제시킬 수 있고, 당사자 일방의 신의에 따른 협상의 거절이나 실패에 의하여 야기된 손실에 대한 손해배상을 부과시킬 수 있는 폭넓은 권한을 부여하고 있다.

제6:111조(사정의 변경)

- ① 급부의 이행비용이 증가하거나 반대급부 가치의 하락으로 급부의 부담이 증가된 경우에도 당사자는 자신의 채무를 이행하여야 한다.
- ② 그러나 계약의 이행이 사정의 변경으로 현저하게 증가된 경우에는, 다음의 요건을 충족하는 경우, 당사자들은 계약을 改訂 혹은 해소하기 위하여 교섭을 개시하여야 한다.
  - (a) 사정의 변경이 계약체결 이후에 발생하고,
  - (b) 사정변경의 가능성이 계약체결 시에 합리적으로 고려할 수 있었던 것이 아니었으며,
  - (c) 이러한 사정의 변경으로 인한 위험을, 계약에 의하면, 그로 인하여 불이익을 입는 당사자가 부담하여야 할 것이 아닌 때.
- ③ 당사자들이 합리적 기간 내에 합의에 달하지 못하는 경우, 법원은,
  - (a) 법원이 정하는 일정 시점 및 조건으로 계약관계를 해소시키거나,
  - (b) 사정의 변경으로 인한 손익을 당사자들 사이에 공정·공평하게 분배하기 위하여 계약을 改訂할 수 있다.

- (c) 어느 경우에도 법원은 신의성실 및 공정거래에 반하게 교섭을 거부하거나 교섭을 파기한 당사자에 의하여 입게 된 손실에 대한 배상을 명할 수 있다.

## 7. 제 7 장 계약의 이행

이 장은 계약의 이행과 관련 있는 규정을 두고 있다.

### (1) 이행의 장소

계약상 의무의 이행 장소를 정하지 않거나 계약에 의하여 정할 수 없는 경우, 이행의 장소로, ① 금전채무의 경우, 계약체결시의 채권자의 영업지, ② 금전지급 이외의 채무의 경우, 계약체결시의 채무자의 영업지로 정하고 있다(제7:101조). 영업소가 여러 곳에 있는 경우에는 전항이 목적하는 영업소는 계약체결 시에 당사자들이 알았거나 고려된 제반사정에 비추어 계약과 가장 밀접하게 관련이 있는 곳이다. 영업소가 없는 경우, 상주거소를 영업소로 본다(동조 3항).

### (2) 이행의 시기

① 시기가 계약상 정하거나 계약에 의하여 정할 수 있는 경우에는, 그 때, ② 계약상 기간을 정했거나 계약에 의하여 정할 수 있는 경우에는, 당시의 제반사정으로 보아 상대방이 그 시기를 정하여야 하는 것으로 판단되는 경우가 아닌 한, 그 기간 내, ③ 그 밖의 경우에는, 계약 체결 후 합리적 기간 내에 이행하여야 한다고 정한다(제7:102조).

이행의 제공이 이행기 전에 행하여진 경우에 당사자는 이를 거절할 수 있다(제7:103조 1항). 다만 그 수령이 그의 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 이행기 전의 이행의 수령은 자신의 의무의 이행 시기에 영향을 미치지 아니한다(동조 2항).

### (3) 이행의 순서

당사자의 이행이 동시에 이루어질 수 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한, 당사자는 동시에 이행을 제공하여야 한다(제7:104조).

### (4) 선택적 이행

선택적 급부에 있어서는 원칙적으로 이행당사자에게 선택권을 주고 있다. 그러나 그 당사자가 부여된 기간 내에 이를 행하지 않는 경우, 그 지체가 본질적이라면 선택권은 상대방에게 이전된다(제7:105조). 그러나 그 지체가 본질적이지 아니라면 상당한 부가기간을 정한 통지를 하고, 이때에도 행하지 않는다면 그 선택권이 상대방에게 이전된다.

### (5) 이행 비용

당사자 각자는 자신의 채무 이행을 위한 비용을 부담한다(제7:112조).

### (6) 제3자에 의한 이행

계약상 직접 이행을 요하지 않는 한, 채권자(creditor)는, ① 제3자가 채무자(debtor)의 동의하에 행위를 하는 경우, ② 제3자가 그 이행에 정당한 이해관계를 가지고 또 채무자가 이행하지 못하거나 이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우, 제3자에 의한 이행을 거절할 수 없다(제7:106조 1항). 이에 따른 제3자에 의한 이행으로 채무자의 채무는 소멸한다(동조 2항).

### (7) 변제의 충당

당사자가 수 개의 동종의 채무를 부담하고 있는 경우로, 그가 변제로서 제공한 것이 채무 전부를 소멸시키기에 부족한 때에는, 그 당사

자는 이행 시에 변제에 충당할 채무를 지정할 수 있다(제7:109조 1항). 이행 당사자가 그러한 지정을 하지 아니하는 때에는, 상대방은 합리적 기간 내에 그가 지정한 채무의 변제에 충당할 수 있다. 그는 그 지정을 변제자에 통지하여야 한다. 그러나 ①아직 이행기가 도래하지 아니한 채무, ② 위법한 채무, ③ 다툼이 있는 채무에 대한 충당은 효력이 없다(동조 2항). 당사자에 의한 충당이 없는 경우, 충당 순서를 정하고 있다: ① 이행기가 도래한 채무 또는 가장 먼저 도래한 채무, ② 채권자의 담보가 가장 적은 채무, ③ 채무자에게 부담이 가장 많은 채무, ④ 먼저 성립한 채무(동조 3항). 이러한 기준에 의하여 선후가 정하여지지 않는 경우, 모든 채무액에 안분하여 변제에 충당한다. 금전 채무에 있어서는 채무자에 의한 급부는 채권자가 달리 충당하지 않는 한, 비용·이자·원본의 순서로 변제에 충당된다(동조 4항).

(8) 이 밖에 수령치 않은 물건에 대한 주의의무를 인정한다. 금전 이외의 유체물을 상대방이 수령치 않아 점유하게 된 당사자는 그 물건의 보호와 보관을 위한 합리적 조치를 취해야 한다(제7:110조 1항). 상대방의 지시에 따를 것으로 하여 그 물건을 제3자에게 합리적인 조건으로 보관(deposit)시키고 이를 상대방에게 통지함으로써, 아니면 상대방에게 통지 후 합리적인 조건으로 그 물건을 매각하고 그에게 매각 대금을 지급함으로써, 물건을 점유하는 당사자는 인도나 반환 의무를 면할 수 있다. 그러나 그 당사자는, 목적물이 급속히 훼손되기 쉬운 경우 또는 그 보관에 불합리한 경비가 요구되는 경우에는 목적물을 처분하기 위하여 합리적 조치를 취하여야 한다(동조 2항). 그는 상대방에게 매각 대금을 지급함으로써 자신의 인도 및 반환 의무를 면한다.

## 8. 제 8 장과 제 9 장의 불이행책임

### (1) 불이행 및 그에 대한 구제방법

이 『원칙』은 불이행 및 그에 대한 구제수단을 제 8 장과 제 9 장의 두 개의 장에 규정하고 있다. 일방 당사자가 계약상의 의무를 충족시키지 않는 경우에는, 그것이 흠있는 이행이건 지체된 이행이건 이행을 전적으로 하지 않건 혹은 기타의 방법으로 인한 불이행이건, 그 구제수단을 중요한 issue로 삼고 있다.

#### 1) 불이행의 모든 유형에 대한 구제책

이 『원칙』은 불이행이 생길 수 있는 다양한 유형을 구별하지 않는다. 따라서 예컨대 하자 있는 이행, 이행의 지체와 전체적인 이행의 좌절의 경우 등에 동일한 기본 Rule이 적용된다. 이러한 모든 상황을 간단히 “불이행(non-performance)”이라 칭한다. 이러한 개념은 급부불능의 경우는 물론이고 급부의 지연, 적극적 채권침해와 하자있는 물건을 급부한 경우를 모두 포함한다(제1:301조 4항). 상대방의 이행 자체를 방해하는 것도 불이행이 된다(제8:101조 참조).

규정이 실제로 적용되는 방법은 상황에 따라 상이하고, 몇몇의 경우에는 모든 구제수단이 인정되지는 않는다. 그러나 모든 유형의 불이행은 동일한 기본 원칙이 적용되므로, 그들을 구별하는 것은 불필요하다. 다만 부가적으로 적용되는 원칙도 있는데, 이행의 지체 시에 적용되는 통지(notice)에 관한 규정이 그 예이다. 이는 일방 당사자가 이행을 지체하는 경우에 종종 발생할 수 있는 불확실성을 감소시키는 것을 목적으로 한다.

## 2) 이행기 전의 불이행(anticipated non-performance)

이 『원칙』하의 구제수단은, 상대방이 이행기가 도래한 때 불이행할 것이 명백하거나 당사자가 그렇게 믿은 것이 합리적인 경우에는 상대방의 이행기가 도래하지 않은 경우에도 인정된다(제8:103조 (c)와 제9:304조).

## 3) 면책적 불이행과 비면책적 불이행

이 『원칙』에 의하면 불이행이 발생한 원인에 따라 상이한 구제책이 주어진다. 경우에 따라서는 불이행이 면책된 것으로 간주된다. 불이행에 면책이 되지 않는 경우, 피해 당사자는 다음과 같은 구제수단을 청구할 수 있다:

### 가. 이행의 강제

이 『원칙』은 채권자에게 금전채무의 경우에는 물론이고(제9:101조), 그 밖의 채무의 경우에도 이행청구권(specific performance)을 인정하고 있다(제9:102조). 이는 대륙법계의 기본원칙을 따른 것이라 하겠다.

대륙법에서 이행청구권이 일차적인 구제수단으로 구상되었다고 하더라도 실제로는 그 본래의 의미가 퇴색되고 있다. 왜냐하면 채권자는 시간과 비용이 많이 들고 결과도 불확실한 이행판결보다는 손해배상이라는 금전의 배상을 더욱 선호하는 것이 현실이기 때문이다. 따라서 이행청구권은 법적 실현에 있어서는 예외적 성격을 지닌다.<sup>96)</sup> 그러나 영미법의 경우에도 특정이행이 손해배상이라는 구제수단이 부적절한(inadequate) 경우에 한한다는 요건을 해석하는 데 있어서 그 엄격성을 점차 덜 요구함으로써 특정이행이 예외적 성격의 것이라는 전통적인 도그마가 점차로 약해지고 있다.

96) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3.Aufl., 1996, § 35 IV(S. 477 ff.).

따라서 이 『원칙』은 양자를 절충하여 이행청구권을 다음의 경우에는 배제시키고 있다(제9:102조 2항): (1) 이행이 위법적이거나 불가능한 경우, (2) 이행을 위하여 채무자에게 지나친 노고나 비용이 요구되는 경우, (3) 약정급부가 인적 성질을 지닌 노무 혹은 도급계약을 근거로 한 것이거나 인적 관계를 기초로 한 경우, (4) 동일한 급부를 다른 곳에서 기대할 수 있는 경우. 또한 불이행의 사실을 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 적당한 기간 내에 이에 대한 권리를 주장하지 않는 경우에는 이행청구권을 잃는다(제9:102조 3항).

나. 상대방이 이행할 때까지 자신의 이행을 거절

채무자가 제공한 급부가 계약에 적합치 않다고 하여 상대방에 의하여 거절된 경우, 채무자에게 추완의 기회를 부여하고 있다(제8:104조). 이는 이행기가 도과한 경우라도 가능하며, 이 경우의 지체는 ‘본질적인’ 불이행이 되지 않는다. 채무자가 본질적 계약위반을 범할 염려를 야기한 경우 채권자에게 이행거절권을 인정한다(제8:105조).

다. 계약을 해제함으로써 계약관계로부터의 해방되고, 불이행 당사자에게 이미 급부한 금전이나 인도된 기타의 수익의 가치를 반환

이 『원칙』 의하면, 계약당사자는 의무를 이행하지 않는 상대방에 대하여 계약을 해제(terminate the contract: 계약관계의 해소)<sup>97)</sup>할 수 있다. 이 경우 위반되는 의무가 어떠한 종류의 의무라도 상관없으며, 귀책사유 여부와도 관계가 없다. 다만 이에 대한 일반적인 제한 규정을

97) 영미법에서 ‘(계약위반으로 인한) 해제’를 cancellation으로, 기타 ‘계약의 종료(혹은 소멸)’를 termination of contract이라 표현한다(UCC 제2-106 참조). 본 『원칙』은 불이행책임 내에서 계약위반으로 인한 해제 및 위험부담 및 사정 변경에 따른 효과도 포함하여 다루면서, “계약이 해제되는 경우를 포함하여 계약관계가 소멸되는 경우를” 통일되게 termination이라 표현하고 있다. 따라서 엄격한 의미에서는 ‘계약의 종료’ 혹은 ‘계약관계의 소멸’이 더 적합한 표현이라 할 수 있으나, 이해의 편의에서 주로 ‘해제’로 번역하고, 일부의 경우 그 어의의 적합성 때문에 ‘계약관계의 해소’라 번역한다.

두고 있다: 계약은 지켜져야 한다는 원칙에 대한 예외가 인정되기 위하여 그 위반의 정도가 상당히 심해야 한다. 이를 제9:301조는 ‘본질적 계약위반(fundamental non-performance)’이라 한다. 어떠한 경우의 계약위반이 본질적인지에 관하여 『원칙』은 넓게 셋으로 나누어 규정하고 있다. (1) 해당하는 계약상의 의무를 지키는 것이 중심적인 의미를 지니는 경우(그 의무의 침해 정도와는 무관하다), (2) 그 불이행으로 계약당사자가 계약을 통하여 기대하였던 바를 현저히 침해한 경우(다만 계약을 위반한 당사자가 그 결과를 예견치 못했고 또한 당연히 예견할 수 없었던 경우는 제외한다), (3) 불이행이 고의적으로 이루어지고 장래의 급부를 기대할 수 없게 영향을 미친 경우에 그 불이행을 본질적이라 한다.

지체의 경우에는, 이행을 위하여 기간을 연장할 수 있고(additional period of time), 그 설정된 부가기간 내에 이행이 이루어지지 않는 경우에는, 불이행이 본질적인지 여부와 관계없이 계약당사자는 계약관계를 해소할 수 있다(제9:301조 2항).

계약해제권의 행사는 법원의 결정이 필요하지 않으며, 상대방에 대한 의사표시에 의한다(제9:303조). 계약을 위반치 않은 당사자가 부가기간 설정 시 상대방이 그 기간 내에 이행치 않는다면 그 계약은 자동적으로 소멸한다고 명시한 경우에는 계약관계는 그 기간 경과로 자동적으로 소멸한다(제8:106조 3항). 절대적이고 영구적인 급부의 장애로 불이행이 면책되는 경우에도 계약관계는 자동적으로 소멸한다(제9:303조 4항). 여러 부분급부에 의하여 하나의 계약이 이행되는 경우, 하나의 일부급부에서 일어난 급부장애가 전체 계약에서 본질적인 것으로 인정되는 경우에 한하여 계약 전체를 해제할 수 있다. 그렇지 않은 경우에는 그 부분급부에 관해서만 해제할 수 있다(제9:302조).

계약이행을 위하여 일정한 시기(이행기)를 정하였으나, 이미 그 시기 전에 일방 당사자가 본질적 계약위반을 저지른 것이 명백한 경우

에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다(제9:304조).

해제의 효과에 관하여 이 「원칙」은 상세한 규정을 두고 있다(제 9:305조 - 제9:309조): 계약의 해제로 양 당사자는 계약상의 의무로부터 해방된다. 이는 소급효를 갖지 아니한다. 계약해제의 사실로 인하여 계약에 기하여 이행된 급부가 반환되어야 하는 것이 아니라, 계약 해제 전에 받은 급부는 의무위반으로 그 수취자에게 본질적으로 의미가 없게 된 경우에는 그를 되돌려 줄 수 있다. 급부에 대한 대가로 금전이 지급된 경우, 그 급부가 이행되지 않았거나 혹은 되돌려 주어야 하는 경우, 그 금전의 상환을 청구할 수 있다. 또한 계약에 기하여 급부된 물건은 이에 대한 대가가 지불되지 않고 반환이 가능한 경우에는 반환을 청구할 수 있다. 이미 행하여진 급부의 원물반환이 가능치 않고 그에 대한 반대급부가 행하여지지 않은 경우, 그 급부에 상응하는 가액의 반환을 청구할 수 있다.

라. 이미 이행된 부분에 대하여 불이행 당사자에게 지급하여야 할 대금의 불이행으로 하락된 가치만큼의 감액

마. 불이행으로 인하여 야기된 손실에 대한 손해배상청구

앞의 이행청구권과 마찬가지로, 손해배상청구권은 책임이 조각되지 않는 불이행의 경우에 한하여 인정된다. 이에 대한 기본적 내용을 정리하면 다음과 같다:

- ① 계약위반에 대한 손해배상은 현실적으로 발생한 손해를 填補해 주는 데에 그 목적이 있으므로, 계약위반에 대하여는 위반자의 징벌을 목적으로 하는 이른바 ‘징벌적 손해배상(punitive damages)’은 인정되지 않는다.
- ② 손해배상청구의 범위에는 재산적 손해가 아닌 손해도 포함한다.
- ③ 계약위반으로 인하여 그 상대방이 입은 손해를 금전으로 전보해 줌으로써, 금전적으로 가능한 한 상대방으로 하여금 계약이 이행

된 것과 다름없는 지위에 놓아주려는 데 손해배상의 목적이 있으므로, 손해배상의 산정은 이행이익을 기준으로 한다. 이는 적극적 손해(damnum emergens)는 물론이고 소극적 손해(lucrum cessans)도 포함한다.

- ④ 계약위반 당사자는 계약체결 시 불이행의 개연성(蓋然性)있는 결과로서 예견했거나 혹은 예견 가능했을 손해에 대하여만 배상책임이 있다. 그러나 고의나 중과실에 의한 계약위반의 경우에는 그러하지 아니한다. 이 「원칙」은 손해에 대한 예견가능성(foresightability of harm)을 요건으로 하여 손해배상을 제한한다.
- ⑤ 피해자가 계약위반이나 손해확대에 관여한 경우에는 배상의무가 감경된다. 또한 기대 가능한 조치를 취함으로써 계약위반의 결과를 회피할 수 있었던 경우에도 마찬가지이다. 이 과실상계를 손해배상 산정 시 반드시 고려하여야 하는 필요적 참작사유로 규정함으로써 간접적으로 손해를 경감하도록 하는 손해경감조치의무를 부과하고 있다.
- ⑥ 계약을 해제한 경우의 손해배상의 산정에 대하여는 매매목적물의 대체매매 여부에 따라 규정하고 있다. 계약이 해제된 경우에 있어서 합리적인 방법과 기간 내에 매수인이 대체물을 구입하거나 매도인이 목적물을 다른 곳에 매각한 경우에는(cover transaction), 손해배상을 청구하는 자는 계약상의 약정 가격과 대체하여 행한 거래 시의 대금과의 차액 및 ‘배상범위에 포함되는’ 그 밖의 손해의 배상을 청구할 수 있다. 계약을 해제한 경우에 목적물에 시가(current price)가 있는 때에는 당사자가 대체물을 구입하거나 다른 곳에 매각하지 아니한 경우에는 손해배상을 청구하는 당사자는 계약상 약정한 가격과 해제 시의 시가와 차액 및 배상범위에 포함되는 그 밖의 손해의 배상을 청구할 수 있다.
- ⑦ 당사자 일방이 매매대금 혹은 이행기에 달한 여타의 금액을 지

급치 않는 금전채무의 불이행의 경우, 상대방은 “손해배상청구권과 관계없이” 이 금액에 관하여 이자를 청구할 수 있다. 이자액은 이행지의 은행의 단기 융자에 있어서의 평균 이율(the average bank short-term lending rate)에 의하여 정해진다.

- ⑧ 이 「원칙」 하의 책임은 “엄격책임(strict liability)”으로서<sup>98)</sup>, 불이행이 인정되기 위하여 과실의 입증을 요하지 않는다. 그러나 당사자가 합리적인 기능을 발휘하거나 최선의 노력을 경주하여야 하는 계약의 경우, 그러한 기능이나 최선의 노력을 경주하지 않았음이 보이는 경우에만 불이행이 될 것이다.

그러나 엄격책임이라 하더라도, 이 「원칙」은 계약 당사자의 영향력이 미치는 책임영역외의 장애요소에 기인하고, 또한 이 장애요소를 계약체결 시에 고려하거나, 그 결과를 방지 혹은 극복하는 것을 그 당사자에게 기대하는 것이 불합리한 사정에 의하여 일방 당사자의 이행이 방해받을 수 있다는 점을 인정하고 있다. 이러한 경우 불이행은 면책되고(제8:108조 참조), 피해 당사자의 구제수단은 다소 제한된다. 급부를 거절하고 계약을 해제하고 대금의 감액은 여전히 가능하지만, 계약상의 이행을 강요한다거나 손해배상청구는 할 수 없다(제8:101조 참조).

#### 4) 이행 혹은 그 대체

원칙적으로, Civil Law 체계에서는 원 계약 내용 그대로의 이행(performance in nature)의 청구가 불이행에 대한 일반적인 구제수단으로 고려한다. 그러나 계약해제권과 손해배상청구권과 같은 구제수단도 피해 당사자가 선택할 수 있고, 원 계약 내용 그대로를 이행하는 것이 불가능한 경우에는 그러한 구제수단이 가능하다. 반면에 Common Law 체계에서는 손해배상과 계약해제가 일반적 구제방법이며, 특정이행은

98) Lando/Beale(Hg.), European Principles, xxvi.

손해배상으로는 충분한 구제가 될 수 없는 경우에 예외적으로 인정되는 구제 방법이다. 이 「원칙」은 불이행이 면책되지 않는 경우, 불이행 당사자에게 이행을 강제하는 것이 예외적인 구제수단은 아니나, 다만 특정의 경우 원 계약 내용대로의 이행 요구가 배제된다는 입장을 취한다. 따라서 피해 당사자는 代替 거래를 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 이행을 강제할 수 없다(Art.9:101과 9:102 참조).

#### 5) 공정성에 의한 구제책의 제한

몇몇 구제수단은 상거래 실무와 공정성에 의하여 제한된다. 급부거절권은 상황에 따라 합리적인 만큼만 거절하도록 제한된다(제9:201조). 해제권은 모든 경우에 발생하는 것이 아니라, 불이행이 본질적인 경우에 한하여 발생한다(제9:301조). 손해배상청구도 피해 당사자가 자기의 이익을 지키기 위하여 합리적인 조치를 취했다라도 피할 수 없었던 손실의 회복에 한정된다(제9:504조 참조). 이 「원칙」이 정하고 있는 구제수단은 다양한 상황에 상거래 실무에 적합하게 적용될 수 있는 융통성 있는 구조를 취하고 있다고 평가된다.

#### 6) 쉽게 취할 수 있는 구제 수단

이행거절과 해제와 같은 구제수단은 채무자로 하여금 이행하도록 심리적으로 강제하는 기능을 한다. 계약이 해제된다면 채무자는 계약 이행 준비에 투자한 모든 것을 잃을 수도 있을 것이다. 구제수단이 쉽게 강구될 수 있다면, 보다 효과적으로 채무자로 하여금 이행할 수 있게 할 것이다. 따라서 법원의 판결이나 결정을 얻을 필요 없이 강구할 수 있는 피해 당사자의 구제수단은 특히 효과적이라 보며, 이 「원칙」은 형식적 절차의 필요를 최소한도로 줄여 “자력 구제(self-help)”를 강구하도록 하고 있다.<sup>99)</sup> 따라서 피해 당사자가 해제권을 행사할 지의 여

99) Lando/Beale(Hg.), European Principles, xxvii.

부는 단지 그 불이행이 본질적인 지의 여부와 불이행 당사자에게 통지되었는지의 여부에 달려 있을 뿐이지, 법원의 판결은 필요 없다.

#### 7) 구제 방법에 대한 선택의 자유

불이행시 피해 당사자에게는 그 상황에 적합한 구제 수단을 취할 수 있는 광범위한 선택의 자유가 인정되며, 다만 신의·공정의 원칙에 구속될 뿐이다. 이 『원칙』하에서 피해 당사자는 불이행 상황에 적절한 어떠한 구제수단도 선택할 수 있고, 하나의 구제수단을 시도한다고 하여 그것이 동시에 혹은 순차적으로 다른 구제 수단에 의지하는 것을 방해하지는 않는다. 여기에 구제 수단의 중첩적 인정을 부정하는 규정은 두고 있지 않다(제8:102조, 제9:103조).

따라서 피해 당사자는 이행을 구할 수 있고, 혹은 계약을 해제할 수 있고, 또한 손해배상을 청구할 수 있다. 각 구제 수단에 적용되는 유일한 제한으로서, 피해 당사자의 사전의 행위가 일치하지 않는 경우에는 구제수단을 행사할 수 없다는 점이다. 따라서 피해 당사자가 이미 계약을 해제했다면 이행을 구할 수는 없다. 그러나 먼저 이행을 구하고, 이를 따른 것으로 보이지 않는 경우, 계약 해제는 허용된다.

#### 8) 계약당사자에 의한 구제방법의 약정과 그 제한

이 『원칙』하에서 계약 당사자들은 자유로이 그들이 원하는 구제수단을 만들 수 있다. 따라서 특정의 경우 해제를 허용하는 명시적 약정도 인정된다. 마찬가지로, 당사자들은 불이행시 지급되는 손해배상이나 위약금 약정도 가능하다. 이는 다만 심히 과도한 경우 위약금을 감액할 수 있는 법원의 권한에 종속될 뿐이다(제9:508조). 또한 당사자들에게 일반 구제수단을 제한 혹은 심지어 배제하는 면책약정을 허락한다(제8:109조). 이러한 약정은 고의로 인한 계약 위반이나 그러한 면책약정이 불합리한 경우를 제외하고는 유효하다.

(2) 제 8 장 : 불이행과 구제책 일반(non-performance and remedies in general)

1) 제8장은 위에서 언급한 일반 구제수단에 적용되는 기본 원칙을 두고 있다. 제8:101조는 비면책적 불이행의 경우에 적용되는 구제 수단과 불이행이 면책되는 경우에 인정되는 구제 수단에 대하여 언급하고 있다. 제8:108조는 면책적 불이행에 대한 정의를 내리고 있다. 제 8:102조는 구제 수단의 병존을 인정하고 있다.

2) 본질적 불이행의 정의

앞에서 언급한 바와 같이, 불이행이 본질적인 경우에 한하여 피해 당사자는 계약을 해제할 권리를 갖는다. 이에 대하여 제8:103조에서 정의하고 있다.

3) 해제권 행사시기

제8:104조는 계약에 적합하지 않는 이행을 한 당사자에게 그를 보완할 수 있는 권리를 인정하고 있고, 제8:106조는 피해 당사자의 통지에 의한 부가기간의 설정에 대하여 규정하고 있다. 제8:105조는 장래에 불이행이 있을 것으로 합리적으로 믿은 당사자에게 이행의 담보를 요구할 수 있게 하고 있다.

4) 타인에게 이행의 위탁

이 「원칙」 하에서 계약의 이행이 성질상 채무자가 직접 하여야 하는 것이 아닌 한 자신의 채무의 이행을 타인(즉 피용자나 하청업자)에게 위탁하는 것이 인정된다(제7:106조 참조). 그러나 제8:107조는 타인에게 이행을 위탁한 당사자도 여전히 그 채무의 이행에 대하여 책임을 진다는 점을 강조하고 있다.

5) 책임의 배제 및 제한

앞에서 언급한 바와 같이, 당사자들은 불이행에 대한 그들의 책임을 배제 혹은 제한할 수 있다. 다만 불이행이 고의적이거나 그 약정이 불합리한 경우에는 예외로 한다(제8:108조).

(3) 제 9 장 : 불이행에 대한 개별적 구제책(particular remedies for non-performance)

이 장은 각 구제수단별로 독자적인 절로 구성되어 있다.

1) 제 1 절 : 이행의 강제

금전채무에 있어서 금전의 반환(제9:101조), 기타 채무의 특정이행(제9:102조)에 대하여 규정하고, 제9:103조는 이행강제는 손해배상청구를 배제하지 않음으로서 구제 수단의 병존을 인정한다.

2) 제 2 절 : 이행의 거절

자신의 이행 및 합리적으로 상응하는 부분에 대한 이행의 거절권에 대하여 제2절에 규정하고 있다.

3) 제 3 절 : 해제

계약 전체나 일부의 해제할 수 있는 경우를 규정한다(제9:301조, 제 9:302조). 해제는 통지에 의하여 효력을 발생한다고 하고 있고, 통지의 효력발생시기에 대하여 규정한다(제9:303조).

장래에 본질적인 불이행이 명백할 경우에는, 이행기가 도래할 때까지 기다려 해제할 수 있도록 하는 것은 의미가 없다. 따라서 제9:304조는 이 경우 즉시 해제를 인정한다.

그 밖에 이 절은 계약해제의 효과(제9:305조)와 해제권 행사 후의 반환(제9:306조 - 제9:309조)에 대한 상세한 규정을 두고 있다.

4) 제 4 절 : 대금감액

급부 전체를 받지 못한 당사자는 그에 상응하는 부분에 비례하여 대금을 감액할 수 있도록 하고 있다. 이는 특히 불이행이 면책되고 따라서 피해 당사자가 그의 결손에 대한 손해배상을 청구할 수 없는 경우에 의미를 갖는다.

5) 제 5 절 : 손해의 배상

일반원칙으로서 피해 당사자가 계약이 이행된 것과 같은 위치에 놓이게 하여야 한다고 정한다(제9:501조). 이때 비금전적 손실이나 장래 이익의 상실에 대한 배상도 포함시킨다(제9:502조).

다만 이 일반원칙은 다음의 두 규정에 의하여 제한된다: 불이행 당사자가 합리적으로 예견치 못한 손실은 배상 범위에서 배제되고(제9:503조), 불이행 당사자는 피해 당사자가 입은 손실에 대하여 피해 당사자가 불이행에 원인을 주거나 영향을 준 경우, 그 한도 내에서 책임을 지지 않는다(제9:504조). 또 불이행 당사자는 피해 당사자가 입은 손실에 대하여, 그의 손실이 합리적인 조치를 취함으로써 감소될 수 있었던 경우, 그 한도 내에서 책임을 지지 않는다. 피해 당사자는 손실을 감소하기 위하여 합리적으로 소요된 비용을 상환 받을 수 있다(제9:505조).

금전 채권의 경우, 늦게 지급되면 채권자에게 손실이 발생하는 것이 일반적이다. 영국 등 몇몇 법체계에서는 늦게 지급함으로써 인한 손해나 이자의 상환을 허용하지 않으나, 이 『원칙』은 장래의 손실에 대한 이자와 손해의 배상의 청구를 인정한다(제9:507조).

6) 불이행에 대비한 약정

계약의 체결 시 채무자가 불이행하는 경우에 일정한 액수의 금액을 지급하기로 약정하는 경우가 거래계에서는 매우 빈번하다. 이러한 약정은 채무불이행을 대비한 ‘손해배상금의 예정(Schadenersatzpauschale)’을

목적으로 하거나 계약상대방의 계약위반에 따른 ‘위약벌’(Vertragsstrafe)을 목적으로 하거나 아니면 배상금예정과 위약벌의 양자를 모두 목적으로 한다. 위약벌은 채무자에게 압력을 가함으로써 계약상 의무의 이행을 하게 함을 목적으로 함으로써 주채무의 위반을 저지한다. 이러한 예방적 기능(Präventivfunktion)외에 위약벌은 손해의 발생과는 관계없이 실현되므로 채권자에게 경제적인 이점을 준다. 이와는 달리 손해배상의 예정은 채무불이행시 손해배상의 문제를 해결하는 기능(Ausgleichfunktion)을 한다. 따라서 배상액예정을 약정한 경우에는 채무불이행시 채권자에게 손해의 발생 및 손해액의 입증부담을 덜어 준다.

비교법적으로도 이렇게 계약체결 시 장래의 채무불이행을 대비하여 일정액의 지급을 약정한 경우, 독일 등의 대륙법계에서는 그 목적 여하에 관계없이 그 유효성을 인정하나, 반면에 영미법에서는 채무자에게 압력을 가하기 위하여 약정한 경우(penalty clauses)는 무효(invalid)라 보며, 단순히 손해배상을 예정한 경우(liquidated damages clauses)에 한하여 유효라 한다.<sup>100)</sup>

실제로는 이 양자를 명확히 구별한다는 것은 상당히 어려운 일이며, 이는 법적 안정성뿐만 아니라 구체적 타당성도 위협하는 결과가 될 것이다. 따라서 이 『원칙』은 의도적으로 넓은 의미의 개념을 사용하여, 위와 같은 어려움을 제거하고 서로 상이한 입장을 절충하고 있다(제 9:508조). 즉, 불이행에 대한 일정액의 약정이 손해배상을 용이하게 하기 위한 목적이거나 불이행을 저지하기 위한 목적이거나 혹은 양쪽 모두의 목적을 위한 약정이거나 이를 구별하지 않고 있다. 이에 따르면, 계약상 불이행을 대비하여 일정액의 배상금을 예정할 수 있고, 실제로 발생한 손해와는 관계없이 이 배상액을 청구할 수 있다고 하여 이러한 약정의 유효성을 인정하면서, 약정 배상액이 실제로 발생한 손해보다 부당하게 과다한 경우에는 적당하게 감액할 수 있다고 하고 있다.

100) Treitel, *The Law of Contract*, 6.Aufl., 1983, p. 748 ff. 참조.

## 9. 제10장 다수당사자(Plurality of parties)

제10장은 채무자 혹은 채권자가 다수인 경우를 다룬다. 이는 계약상의 채무에서뿐만 아니라 비계약적 채무에도 관계되어 발생될 수 있다.

### (1) 제 1 절 : 다수의 채무자

하나의 채무에 있어서 다수의 채무자가 있는 경우 그 채무자들이 어떻게 구속되느냐에 따라 그 효과를 달리한다. 유럽계약법원칙은 다음과 같이 3가지 형태를 상정하고 있다. 첫째의 유형은, 채무자 모두가 전 급부를 제공할 의무를 지고, 채권자는 채무자 누구에게나 급부 전부를 요구할 수 있는 방법으로 채무자들이 구속되는 경우이다. 이 유형은 의심스러운 경우에는 채권자에 대하여 채무자들 모두가 전부를 책임져야 하는 연대성(solidarity)을 본질로 한다(연대채무, Solidary Obligations). 두 번째 유형은 채무자 각자가 급부의 일부만을 공급할 의무를 지고 채권자는 각 채무자에게 그 부분만을 요구할 수 있는 것이다. 각자가 부담부분만을 책임지는 분할성(Separateness)이 이 형태의 요소이다(분할채무, Separate Obligations). 세 번째는 채무자 모두가 급부 전부를 이행할 의무를 지지만, 채권자는 한 채무자에게 모든 급부를 요구할 수 있는 것이 아니라 채무자 전부에게 요구하여야 하는 경우이다. 공동성(Communality)이 이 형태의 요소인데, 채무가 금전채무로 전환되지 않는 한 분할책임의 가능성은 없다(공동채무, Communal Obligations).<sup>101)</sup> 공동채무의 경우 채권자가 채무자 모두에 대하여만 소

101) 이러한 3 유형의 개념은 어느 특정 국가의 체계에 의한 것이 아니라 다양한 채무 형태의 성질을 보다 정확하게 표현하기 위하여 새로운 개념을 선택하였다고 한다(Principles of European Contract Law III, p. xxi). 그러나 연대채무(Gesamtschuld, 독일 민법 제421조), 분할채무(Teilschuld, 제420조), (법률에 규정하고 있지 않지만 학설과 판례가 인정하는) 공동채무(gemeinschaftliche Schuld)를 구분하는 독일법의 태도와 매우 유사하다고 하겠다.

를 제기할 수 있다는 점에서 연대채무와 구별된다.

다수의 채무자가 있는 경우, 연대채무로 추정하는 규정을 두고 있다 (제10:102조).<sup>102)</sup> 제10:105조에서부터 제10:111조까지 행동, 사건 또는 항변사유가 연대채무에 미치는 영향에 대하여 규정한다: ① 연대채무자 1인에 의한 이행의 효력, ② 연대채무자 1인에 대한 상계 또는 채권자의 채권과 연대채무자 1인의 채무사이의 혼동의 효력, ③ 연대채무에 있어서의 면제의 효력, ④ 채권자에 대한 연대채무자 1인의 책임에 관한 법원의 판결의 효력, ⑤ 연대채무자 1인에 대한 채권자의 청구권의 시효의 효력, ⑥ 다른 채무자가 주장할 수 있는 항변사유의 효력.

제10:103조는 분할채무에 있어서 균등한 비율로 의무를 진다고 추정하는 규정을 두고 있고, 공동채무가 불이행으로 인하여 금전지급채무로 전환되는 경우에 대한 특별규정을 둔다(제10:104조). 이 경우 채무자들은 채권자에게 그 지급에 대해 연대하여 책임을 진다.

## (2) 제 2 절 : 다수의 채권자

마찬가지로 3가지 형태를 규정한다.

① 어느 채권자이건 채무자에게 급부 전부를 요구할 수 있고 채무자는 어느 채권자에건 급부 전부를 이행하여야 한다(연대채권). ② 채무자는 각 채권자에게 해당하는 부분만큼 만을 부담하고 그 부분만큼만 청구할 수 있다(분할채권). ③ 채무자가 모든 채권자에게 급부를 부담하고 채권자는 모든 채권자를 위하여서만 급부를 구할 수 있다(공동채권).

---

102) 이는 독일 민법과 유사한 태도로, 채무자가 수인인 경우에 특별한 의사표시가 없으면 각각의 채무자는 균등한 비율로 의무를 부담한다고 규정하는 우리민법의 태도(제439조)와는 비교된다. 민법이 취하는 분할의 원칙은 개인주의에 치우친 법제로서, 채권의 실효성을 약화시키고 거래실정에 맞지 않는다고 비판된다(곽윤직, 『채권총론』, 2000, 208·209면). 이와 다른 견해로는, 이은영, 『채권총론』, 1999, 495면 이하 참조.

위의 채무의 경우와는 달리, 연대채권의 추정규정을 두고 있지 않다. 따라서 명시의 약정이 없는 경우 계약상의 복수의 청구권의 성질은 해석의 문제이다.<sup>103)</sup>

연대채권에 대한 규정은 연대채무의 규정을 바탕으로 하고 있다. 채권자들 사이는 균등한 것으로 추정한다: 분할부분을 초과하여 변제받은 채권자는 다른 채권자에게 그들 각자의 분할부분을 한도로 그 초과부분을 양도하여야 한다(제10:204조). 채권자 1인에 대한 전부 급부가 채무를 소멸시킴에도 불구하고, 연대채권자 일인에 의한 채무자의 면제는 다른 채권자에게 영향을 미치지 아니한다(제10:205조). 이행, 상계, 혼동, 판결, 시효 및 항변사유에 대한 규정은 연대채무에 있어서와 같다(apply with appropriate adaptations).

분할채권에 있어 균등한 비율로 권리가 있다는 추정규정을 두고 있다(제10:202조). 제10:203조는, 공동청구권의 채권자 1인이 급부의 수령을 거절하거나 수령할 수 없는 경우, 제3자에게 물건이나 금전을 공탁시킴으로써 채무를 면할 수 있게 한다.

## 10. 제11장과 제12장 지위의 이전

### (1) 청구권의 양도

#### 1) 청구권의 개념

제11장은 청구권의 양도라는 제목 하에 양도인으로부터 양수인에게 채권이 이전하는 행위를 규정한다.

「청구권(claim)」이라는 용어는 ‘채무의 이행에 대한 권리(a right to performance of an obligation[Anspruch])’를 의미한다. 이 단어의 의미는 많은 개별조항들이 의미하는 범위를 정하는 데 도움을 주기 때문에 중요하다고 하겠다.

---

<sup>103)</sup> Principles of European Contract Law III, p. xxii.

청구권은 부동산 또는 동산 등의 물적 재산 또는 지적 재산을 대상으로 하지 않는 결과 청구권의 양도에도 그러한 재산의 양도를 대상으로 하고 있지 않다(제11:101조 참조). 마찬가지로 청구권의 대상에는 생명 또는 자유와 같은 기본적 인권, 투표할 수 있는 권리와 같은 정치적 권리 등을 포함하지 않고 있다. 사법영역에 있어서의 모든 권리를 포함하는 것도 아니다. 의무의 이행에 대한 권리 이외의 다른 권리들을 대상으로 하고 있지 않다. 구체적으로는 소유권, 급부를 거절하거나 계약을 해소하는 방어권, 친족·상속권 등은 제외시키고 있다.

이행에 대한 권리인 청구권은 이행하여야 하는 의무의 이면이다. 따라서 유럽계약법원칙 중에서 청구권에 적용되는 조항들은 넓은 의미에서의 채무법의 일부라고 말할 수 있을 것이다. 개별 조항에서 달리 규정하고 있지 않다면, 이행할 의무의 원인은 중요하지 않다. 예를 들면, 이행의무의 원인은 계약일 수도 있고, 손해배상에 대한 권리를 부여하는 법원칙(예를 들어, 계약의 불이행에 의한 손해 또는 계약외적인 상황에 의해 야기된 손해)일 수도 있고, 또는 부당이득에 관한 규율일 수 있다.

이행(급부)에 대한 전형적인 권리는 대금지급의 권리이지만, ‘청구권’이라는 단어는 물품의 인도 또는 용역에 대한 권리들과 같이 다른 급부에 대한 권리도 포함한다. 급부에 대한 채무는 어떠한 일을 하지 않을 부작위채무일 수도 있다.<sup>104)</sup>

## 2) 양도의 기능

이행에 대한 권리를 양도할 수 있는지 여부는 모든 국가의 기업 및 금융 분야에서 매우 중요한 문제이다. 단지, 거래상의 이유만을 생각

---

104) 유럽계약법원칙은 금전적 청구권과 비금전적 청구권의 양도 모두를 포함한다. 이는 『금전을 지급받을 수 있는 계약상의 권리』로 한정하는 『채권양도계약에 관한 UN협약』(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 2001)보다 그 적용범위가 넓다(협약 제2조 참조).

한다면 이행청구권, 특히 계약상의 금전지급에 대한 권리는, 채무자의 동의 없이 원칙적으로 양도될 수 있도록 허용할 필요가 있다. 그렇지만, 채무자의 경우, 1인의 채권자가 아닌 수인의 채권자에게, 아마도 지급하기에 불편한 장소에서, 지급해야 하는 상황에 직면하게 될 수도 있는 채무자에게 명백한 불이익의 위험을 야기할 수 있을 것이다. 또한 양수인에게도, 양도인과 채무자간의 비밀의 합의에 의해 청구권의 내용이 변경되게 될 위험이 있을 수 있다.

결국, 청구권의 양도에는 채무자의 이익보호와 거래안전을 위한 양수인의 이익보호 사이에 대립이 생긴다. 이러한 이유 때문에 양도에 관한 공평한 법원칙을 정립할 필요가 있다.

### 3) 범 위

유럽계약법원칙에서는 청구권의 양도(담보목적이든, 단순한 양도<sup>105)</sup>이든)에 대해 규정하고 있을 뿐만 아니라 양도이외의 방법에 의한 청구권에 대한 담보권의 발생에 대해서도 다루고 있다. 이렇게 양도의 대상범위를 확장한 이유는 기능적인 이유에서 기인하였다. 청구권에 대해 양도이외의 방법으로서 담보권의 발생에 적용되는 정책적인 고려들이 청구권의 양도에 적용되는 고려들과 유사하다.

논리적이고 개념적인 관점에서 볼 때, 양도이외의 방법에 의해 설정되는 담보에 대한 요소는 양도에 관한 장에서도 다루어져야 하는지는 불확실하다. 유럽계약법원칙의 제11장은 단지 “적절한 변경을 가하여 (with appropriate adaptation)” 비양도성 담보에 적용될 수 있다고 하고 있다(제11:101조 5항). 그러나 계약법원칙은 이 변경이 무엇이고, 장래의 이 원칙에 기초하는 담보에 대한 개별 국가의 법이나 유럽법이 어떠한 때해야 하는지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 형식, 등기의 요구 여

105) 양도인이 양수인에게 청구권 양도를 하는 원인은 권리매매로서 그 청구권의 가치 상당액의 대금을 취득하려는 목적으로 행해진다. 이 경우를 담보목적의 채권양도와 대비하여 『단순한 채권양도』라고 부른다.

부, 특정 효력의 발생 시기 및 우선권에 대한 문제를 규정대상으로 하고 있다.

#### 4) 일반적인 원칙

제1절에서는 양도에 관한 일반원칙을 다루고 있다. 즉 ① 계약상의 청구권은 양도 가능하다. ② 장래 청구권은 양도 가능하다.<sup>106)</sup> ③ 청구권은 부분적으로 양도될 수 있다. 그러나 양도인은 채무자에게, 채무자가 그로 인하여 입게 된 증가된 비용에 대해 책임을 진다. ④ 양도에 있어서 특별 형식이 요구되지 않는다.

#### 5) 양도인과 양수인사이의 양도의 효력

제2절은 양도인과 양수인사이의 양도의 효력에 대하여 다룬다. 여기서는 특히 양도로 효력이 미치는 범위, 양도의 효력발생시기에 대해 규정하며, 양도 시에 청구권을 양도할 권리가 있고, 또 청구권이 존재하며 이는 강제 가능하다는 보장과 같은 양수인에게의 주어지는 것으로 간주되는 *undertaking*(보장)을 규정하고 있다(제11:201조 - 제11:204조). 또한, 양도가 채무자에 대해서는 유효하지 않다고 할지라도 양도인과 양수인 간에는 효력이 발생한다는 점에 대해 명확하게 하고 있다(제11:203조)<sup>107)</sup>.

---

106) 일반적으로 장래채권은 아직 성립되지 않은 채권, 즉 채권성립에 필요한 요건의 전부 또는 일부가 결여되어 있으나, 장래 그것이 갖추어질 것으로 판단되는 채권을 가리킨다. 우리나라에서도 명문의 규정은 없으나 장래채권의 양도성을 인정하는 데 이론은 없다. 판례는 “장래의 채권도 양도 당시 기본적 채권관계가 어느 정도 확정되어 있어 그 권리의 특징이 가능하고 가까운 장래에 발생할 것임이 상당 정도 기대되는 경우에는 이를 양도할 수 있다”고 한다(대판 1982.10.26, 82다카508; 대판 1996.7.30, 95다7932). 이에 대해 확설은 판례가 요구하는 요건 중에서 발생가능성 요건은 요구할 필요가 없는 것으로 본다(양창수, “장래채권의 양도”, 『저스티스』 통권 제73호(2003년 6월), 46·47면). 채권양도계약에 관한 UN협약도, 유럽계약법원칙 제11:102조 2항과 마찬가지로, 장래채권의 양도와 관련하여 개별적으로 특정되거나, 양도시점 또는 채권발생시점에 특정될 수 있을 때 장래채권의 양도는 유효하다고 규정한다(제10조).

107) 독일의 다수설과 판례는 이러한 경우 양도는 무효라고 한다(Staudinger/Kaduk,

## 6) 양수인과 채무자사이의 양도의 효력

양도인과 채무자간의 원계약상의 양도금지로 인해 양수인과 채무자간의 효력이 발생하지 않는 양도에 대해 규정하고 있다. 그러한 금지된 양도는 채무자에 대하여 효력을 갖지 못하지만, 그 예외를 인정한다. 특히 대규모의 채무에 대한 팩토링 계약의 현실을 인정하고자 할 의도 하에, 금전 지급에 대한 장래의 권리의 양도에 대한 예외를 인정한다(제11:301조).

유럽계약법원칙에서는 이행행위 자체의 본질상의 이유 또는 양도인과 채무자의 관계에서 비롯되는 이유로 인해 채무자로 하여금 양도인이외의 자에게 급부 제공될 것이 합리적으로 기대될 수 없었던 경우에 한하여, 채무자가 동의하지 않은 양도는 채무자에 대하여 효력이 없는 것으로 규정한다(제11:302조).

채무자가, 양도된 청구권이 합리적으로 특정되어있고 양수인에게 급부할 것이 채무자에게 요구되는 양도인이나 양수인으로부터의 서면통지를 받은 경우에 한하여, 채무자는 양수인에게 급부할 의무를 진다(제11:303조).<sup>108)</sup> 또 제11:303조에 따라 양도의 통지에 양수인으로서

---

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13.Aufl.(1993), § 399 Rn.85f.). 그러나 양도인과 채무자사이의 관계에서만 무효라고 제한 해석하는 견해도 있다(Nörr, Scheying & Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, vol. II, 2.Aufl.(1999), S.31). 우리의 다수설도 양도행위의 원인행위와의 유인성을 인정하여, 원인행위가 무효·취소된 경우 양도행위도 효력을 잃는다고 한다(이은영, 『채권총론』, 601면 참조).

108) 우리민법의 해석상 양도행위는 양도인과 양수인 사이에서 완성되고 채무자에의 통지는 대항요건으로 본다(곽윤직, 『채권총론』, 293면; 김형배, 『채권총론』, 제2판(1998), 583면). 그러나 대항요건에 불과하기보다는 채권양도행위의 효력요건으로서의 성격을 가진다고 보는 견해도 있다(이은영, 『채권총론』, 618면). 대법원 판례에 의하면, 채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와의 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없다고 보고 있다(대판 1992.8.18, 90다9452·9469).

우리 민법은 양수인의 통지권을 인정하지 않는다. 민법상 양도통지는 양도인이 하여야 대항력이 생기며 양수인이 할 수 없는 것으로 해석된다. 이처럼 양도통지권자

특정된 자에게 급부한 채무자는, 그 자가 급부에 대해 권리를 가지는 자가 아니라는 사실을 채무자가 모를 수가 없었던 경우가 아닌 한, 면책된다는 채무자를 보호하는 규정을 두고 있다(제11:304조)<sup>109)</sup>.

유럽계약법원칙에서는 양수인은 양도인과 다른없는 동일한 입장이 된다는 보편적으로 인정되는 원칙을 규정하고 있다. 즉, 채무자가 양도인에게 주장할 수 있었던 모든 실체적·절차적 항변사유로써 양수인에게 대항할 수 있다(제11:307조). 또 원칙은 급부에 대한 두 개 이상의 경합적 요구를 받거나 원 계약에서 특정된 장소와 다른 곳에서의 이행을 요구받은 경우에 대해 채무자를 보호하는 규정을 두고 있다(제11:305조 - 제11:306조).

#### 7) 양수인과 경합하는 권리주장자 사이의 우선순위

유럽계약법원칙 제4절에서는 양수인과 경합하는 권리주장자 사이의 우선순위에 대한 문제를 규정하고 있다. 일정한 조건을 전제로, 채무자에게 먼저 통지된 양도가 우선한다는 일반 원칙을 규정한다(제11:401조).

---

를 양도인으로 한정된 것은 사칭양수인에 의한 허위통지에 대한 우려 때문이다(김형배, 『채권총론』, 585면). 그러나 양도통지권자를 양도인만으로 한정된 것은 양수인에게 지나치게 불리하고 이로 말미암아 거래의 안전과 신속을 해칠 수 있으며, 특히 채권양도와 관련하여 당사자 사이에 대립이 있는 때에는 양도인의 신속한 통지를 기대할 수 없어 양수인으로서 양도인의 이중양도에 대하여 속수무책이 된다. 양도통지를 관념의 통지로 본다면(대판 1994.12.27, 94다19242) 양도의 사실을 알림에 있어서 양도인과 양수인을 구별할 이유가 없고, 또 채권의 양도인은 일반적으로 채권양도의 통지를 할 이익이 크지 않다고 하겠다. 따라서 양도인 이외에 양수인에게도 채권양도의 통지를 하도록 하는 것이 바람직하다(양수인도 채권양도통지를 할 수 있도록 민법을 개정할 필요가 있다는 견해에 대해서는 김재형, “자산유동화에 관한 법률의 현황과 문제점”, 『민사판례연구』(23), 2001, 729면 참조).

109) 알았어야만 하는(ought to have known)이 아닌 (따라서 모른 것은 잘못이 된다), “모를 수가 없었던”(could not have been unaware) 경우가 아닌 한 면책된다고 표현한 것은, 채무자에게 이를 조사하거나 문의할 의무를 (묵시적으로) 부과하는 것을 피하고자 한 것이라 한다(Principles of European Contract Law III, Art. 11:304, Comment).

## (2) 신 채무자의 대체 및 계약양도

### 1) 총 설

제12장은 원채무자를 신채무자로의 대체를 통한 채무이행의무의 이전, 권리와 의무 양자를 포함한 전체 계약의 이전 등에 관한 것을 내용으로 한다. 제11장의 「청구권의 양도」와 제12장의 「채무의 이전 또는 전체 계약의 이전」 사이에는 중요한 차이점이 있다. 즉, 양도는 채무자의 동의 없이 가능한데 반하여, 채무인수나 전체 계약의 이전의 경우에는 세 당사자 모두의 동의를 필요로 한다.

### 2) 신채무자의 대체

신채무자의 대체인 면책적 채무인수에 대하여 유럽계약법원칙에서는 2개의 조항을 두고 있다.<sup>110)</sup> 이는 세 당사자의 합의를 요구하고 있으므로, 당사자를 보호할 특칙을 둘 필요성이 적다는데 그 원인이 있다고 한다. 다만, ① 당사자 간의 합의를 통해 신채무자로 대체시킬 수 있으며, 이 결과 구채무자는 면책된다는 점과, ② 신채무자로의 대체에 대해 채권자가 사전에 동의해 줄 수 있다는 점에 대한 규정을 두고 있다(제12:101조). 그리고 항변사유 및 담보에 대한 신채무자의 대체의 효력에 대한 규정을 하고 있다(제12:102조).

### 3) 계약의 양도

계약의 한 당사자를 완전히 다른 당사자로 대체시킬 필요성이 자주 발생한다. 이는 리스계약과 같은 장기계약에서 일반적으로 발생한다. 또한 회사합병 또는 영업양수의 결과로 발생하기도 한다. 제2절에서

110) 계약법위원회에 따르면 중첩적 채무인수(Schuldbeitritt)는 규정이 필요할 정도의 문제점을 제기하지 않기 때문에, 면책적 채무인수(befreiende Schuldübernahme)만을 규정대상으로 한다고 한다(R.Zimmermann, Die "Principles of European Contract Law", Teil III, ZEuP 2003, 710).

는 이러한 상황을 규정하고 있다. 권리와 의무 양자를 포함하여 전체 계약의 이전은 계약의 원당사자들과 양수인의 동의하에 가능하다는 점을 명확하게 규정하고 있다(제12:201조 1항).<sup>111)</sup> 그밖에, 해당되는 정도에 따라, 양도에 관한 원칙 및 신채무자의 대체에 관한 원칙들을 준용시키고 있다.

#### 4) 경개(Novation)와의 관계

제11장 및 제12장에서 다루는 「이전」은 원 계약 하에서의 권리 및 의무의 소멸과 새로운 계약 하에서의 권리 및 의무의 대체라는 의미를 가지는 경개와는 구별된다는 점이 지적된다.

첫째, 경개에 의하여 구채무는 소멸하고 그 대신 새로운 채무가 발생하게 되므로 구채무와 신채무 사이에 동일성이 유지되지 않는다. 그러나 신채무자의 대체인 채무인수에서는 채무의 동일성이 유지되면서 채무자만이 전채무자로부터 인수인으로 변경되는 것이다. 둘째, 경개에서는 구채무에 붙은 항변사유는 경개계약의 체결에 있어서의 착오의 문제로 다루어질 수 있을 뿐이며 신채무에 직접적인 영향을 미치지 않는다. 그러나 채무인수에서는 채무의 동일성이 유지되므로 채무에 부착된 항변사유는 그대로 존속한다.

요컨대 제11장과 제12장은, 계약은 계속되지만 권리 및 의무, 또는 권리·의무 전체가 양도된다는 점을 개념적인 틀로 하고 있다. 다만,

---

111) 이른바 계약상 지위의 양도·양수, 계약인수 또는 계약가입 등은 민법상 명문의 규정이 없다고 하더라도 그 같은 계약이 인정되어야 할 것임은 계약 자유, 사법자치의 원칙에 비추어 당연한 귀결이나, 그 태양에 따라서 요건과 그 효과가 각기 다를 수 있어 이는 구체적 약관의 내용에 따라 해석하여야 한다(대판 1996.9.24, 96다25548).

계약 당사자로서의 지위의 승계를 목적으로 하는 계약의 인수는 계약으로부터 발생하는 채권채무의 이전 외에 그 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적인 권리의무의 양도를 포함하는 것이므로 그 계약은 양도인과 양수인 및 잔류 당사자의 동시적인 합의에 의한 3면계약으로 이루어지는 것이 통상적이라고 할 것이지만, 계약 관계자 3인 중 2인의 합의와 나머지 당사자의 동의 내지 승낙의 방법으로도 가능하다(대판 1992.3.13, 91다32534).

계약의 당사자들이 경계에 합의할 수 있을 것이다. 청구권 양도 규정과 계약 양도 규정에서는 여기에 대해 금지하고 있지는 않다.<sup>112)</sup>

## 11. 제13장 상계

### (1) 상계의 성질

유럽계약법원칙은 상계를 소송법상의 수단이 아니라 「실체법상의 문제」로 파악한다. 상계의 요건을 충족하고(제13:101조), 그리고 상계의 의사표시가 있다면(제13:104조), 상호 채무는 소멸한다(제13:106조). 이 원칙 하에서 상계는 자동적으로 발생하지 않는다.<sup>113)</sup> 상계의 효력이 발생되기를 원하는 당사자는 다른 당사자에게 통지를 해야 한다(제13:104조). 복수의 청구권이 있는 경우에는, 상계의 효력이 미치는 청구권을 특정할 필요가 있다(제13:105조).

112) 우리 대법원 판례에 의하면, 기존 채권이 제3자에게 이전된 경우 이를 채권의 양도로 볼 것인가 또는 경개로 볼 것인가는 일차적으로 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자의 의사가 명백하지 아니할 때에는 특별한 사정이 없는 한 동일성을 상실함으로써 채권자가 담보를 잃고 채무자가 항변권을 잃게 되는 것과 같이 스스로 불이익을 초래하는 의사를 표시하였다고는 볼 수 없으므로 일반적으로 채권의 양도로 본다(대판 1996.7.9, 96다16612).

113) 프랑스 민법은 상계적상이 생기면 당사자의 의사표시 없이 자동적으로 상계되어 쌍방채무가 소멸하는 당연상계제도를 취하고 있다(1290조 CC.). 상계는 당사자가 그를 알지 못하는 경우에도 법률의 효력만으로서 당연히 성립된다고 본다. 반면에 독일 민법, 스위스 채무법, 네덜란드 민법의 경우는 우리와 같이 상계적상에 도달한 후에 당사자의 채무소멸을 위한 의사표시가 있어야 쌍방채무를 소멸시킨다. 오스트리아 민법의 경우, 우리의 교과서에서는 프랑스 민법과 같이 당사자의 의사표시를 요구하지 않는 당연상계제도를 취하고 있다고 설명되나, “상계의 자동효(ipsa iure effect)를 뒷받침하는 것으로 보이는 § 1438 ABGB에도 불구하고” 상계는 주장되어야 하는 법제라고 설명된다(Principles of European Contract Law III, Art. 13:104, Notes 1).

## (2) 상계의 발생요건

상계는 청구권이 동일한 종류이어야 가능하다(제13:101조). 통상적으로 양 청구권 모두가 금전지급에 관한 청구권이다. 그러나 반드시 동일한 통화일 필요는 없다(제13:103조). 양 당사자는 반드시 상호 채권자와 채무자이어야 한다. 일반적으로 양 청구권은 확정되어야 한다. 그러나 다른 당사자에게 불이익을 주지 않는 한 확정되지 않은 청구권도 상계의 대상이 될 수 있을 것이다(제13:102조). 양당사자의 청구권이 동일한 법률관계에서 발생한 경우에는 불이익은 없는 것으로 추정된다(동조 2항). 제13:107조는 상계권이 배제되는 경우를 규정하고 있다: 첫째, 당사자의 합의에 의해 상계가 배제될 수 있다. 둘째, 압류가 금지되는 청구권을 상대로 상계는 허용되지 않는다. 셋째, 고의로 행한 불법행위로 야기된 청구권에 대해서 상계는 행해질 수 없다.

## (3) 상계의 효력

상계는 통지 시부터 이행의무들이 상호 대등한 범위 내에서 이행의무를 소멸시킨다고 규정하고 있다(제13:106조). 유럽계약법원칙하에서 상계는 장래를 향하여 효력이 발생한다고 하는 점은 특기할 만한 점이라 하겠다. 이 점에 대해서는 상계의 소급효를 인정하는 법제보다 더 자연스럽게 만족스러운 결과를 도출한다고 평가하고 있다.<sup>114)</sup>

---

114) Principles of European Contract Law III, p. xxvii; Art.13:106, notes 2. 독일과 마찬가지로(독일민법 제389조), 우리 민법은 상계의 의사표시에 소급효를 인정하고 있다. 이에 반해 유럽계약법원칙에 의하면, 상계적상이 존재하고 상계의 통지가 효력을 발생하는 때로부터 효력을 갖는다. 따라서 상계적상이 생긴 시점 이후에는 이자는 발생하지 않는 우리 민법의 태도와는 다르게, 상계의 의사표시가 있기 전까지는 이자가 발생한다. 이러한 소급효에 대한 비판으로는, R.Zimmermann, Die Aufrechnung: Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht, in: Festschrift für Dieter Medicus(1999), S. 707(721ff.) 참조.

## 12. 제14장 시효

### (1) 규정의 특징

시효에 관한 유럽계약법원칙의 규정은 매우 간단하다는 특징을 지닌다. 판결에 근거한 청구권 외에 모든 청구권에 대해 하나의 시효기간만을 두고 있다.

### (2) 시효의 효력

제14장하의 시효의 효력은 채무자가 그 급부를 거절할 수 있다는 점이다. 이는 단순히 소의 제기를 제한하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 권리와 채무를 자동적으로 소멸시키는 완전한 소멸시효도 아니다. 채무자가 급부의 이행을 거절할 수 있다고 하더라도 채무는 존속한다는 사고는 개념상 모순되는 것으로 보인다. 그렇지만 이러한 성질을 지니는 불완전채무의 개념은 잘 알려져 있고 또 유용하다. 채무자가 이를 이행한다면, 그 급부는 증여가 아니고 또 그 급부가 법적 원인 없이 이루어진 것이 아니라, 존속하는 채무에 대한 급부라는 점에서 의미를 지닌다. 따라서 청구권의 이행을 위해 급부된 경우, 그 급부 시 시효기간의 경과를 이유로 그 반환을 구할 수 없다고 규정한다(제 14:501조). 또한 채무자가 시효의 항변을 주장하지 않는 한, 시효기간이 만료된 청구권과 상계될 수 있다고 규정한다(제14:503조).<sup>115)</sup>

115) 당사자의 신뢰를 보호하기 위하여, 상계적상이 원칙적으로 상계의 의사표시가 행하여진 당시에 현존하여야 한다는 것에 대해 민법은 예외를 인정한다. 즉 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자가 상계할 수 있다(제495조). 독일 민법도 이와 유사한 규정을 두고 있었다(독일민법 제390조): “항변권의 대항을 받는 채권으로는 상계할 수 없다. 채권이 다른 채권과 상계할 수 있었던 때에 아직 소멸시효가 완성되지 아니하였던 경우에는, 후에 그 채권에 대하여 시효가 완성되더라도, 그 시효완성은 상계를 방해하지 아니한다”. 그러나 그 동안 비판을 받던(Peters & Zimmermann, Verjährungsfristen, in: Bundesminister

### (3) 시효의 기간과 개시

유럽계약법원칙하의 일반 시효기간은 3년이다(제14:201조): 이는 판결 등에 의해 성립된 청구권을 제외하곤 모든 청구권에 적용된다. 판결 및 중재에 의해 확정된 청구권의 시효기간은 10년이다(제14:202조). 부수적 급부에 대한 청구권의 시효는 주 청구권의 시효기간보다 후에 만료하지 않는다(제14:502조).

이러한 구조의 간단함은 여러 상이한 시효기간을 두고 있는 입법례와 비교된다. 그러나 사정이 존속하는 동안에 그 계속을 정지시키거나 상황이 종료될 때까지 그 만료를 연기시킴으로써 시효기간은 연장된다(제3절: 기간의 연장). 또한 채무자가 청구권을 승인하는 경우를 포함하여 특정의 경우에는 시효기간이 다시 시작된다(제4절: 기간의 재개시).

일반 시효 기간은 채무자가 급부를 행하여야 하는 때로부터, 손해배상청구권의 경우에는 그 청구권을 발생시킨 행위시로부터 진행을 시작한다.<sup>116)</sup> 판결에 의하여 확정되는 청구권은 기판력(the effect of res judicata)을 갖는 때로부터 진행을 시작한다. 부작위를 목적으로 하는 계속적 채무를 부담하는 경우, 일반 시효기간은 그 의무의 위반으로 진행을 시작한다(제14:203조).

---

der Justiz, Gutachten und Vorschläge, vol. I (1981), 266; P.Bydliniski, Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: Wirklich kein Änderungsbedarf? AcP(1996) 196, 293ff.) 후단부분은 2002년 민법개정으로 삭제되었다.

116) 채무불이행에 의한 손해배상청구권을 본래의 채권과 별개의 채권이 아니라, 그 변형물에 지나지 않다고 보아, 본래의 채권을 행사할 수 있는 때로부터 시효는 진행한다고 새긴다(곽윤직, 『민법총칙』, 2000, 459면). 제1차적 그리고 제2차적 청구권이라는 시간의 전후의 관계로 파악하지 않는, 원래의 급부청구권과 손해배상청구권을 별개의 권리로 파악하는 유럽계약법원칙하에서는 이론상 모순 없는 규정이라고 하겠다. 우리의 판례는, 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 채무불이행이 있었던 때로부터 그 소멸시효는 진행한다고 한다(대판 1995.6.30, 94다54269; 대판 1990.11.9, 90다카22513). 판례와 같은 입장으로는, 고상용, 『민법총칙』, 1999, 681면; 곽윤직(편 집대표), 『민법주해』(III), 472면(윤진수 집필).

## (4) 시효기간의 연장

1) 시효의 정지(Suspension of Running of Period<sup>117)</sup>)

시효기간의 진행은, ① 채권자가 (a) 채무자를 혹은 (b) 손해배상청구권의 경우에 있어서 손해의 유형을 포함하여 청구권을 야기한 사정을 알지 못하거나 합리적으로 알 수 없는 동안에는 정지된다. 시효기간의 진행은 청구권에 대한 법적 또는 그에 상응하는 절차의 진행 중에는 정지된다(제14:302조). 또 시효기간의 만료 전 6개월 내에 그 장애가 발생하거나 또는 지속되는 경우에 한하여, 채권자의 통제범위(control)를 넘고 채권자가 합리적으로 그것을 회피하거나 극복하는 것을 기대할 수 없었던 장애(impediment)로 인하여 채권자가 청구권을 주장하는 못하는 동안은 시효기간의 진행은 정지된다(제14:303조).

2) 기간만료의 연기(Postpone of Expiry of Period<sup>118)</sup>)

계약법원칙하에서 시효기간의 만료가 연기되는 3 경우를 규정한다.

당사자들이 청구권에 대해서 또는 청구권을 발생시켰을 사정에 대해서 교섭하는 경우, 시효의 기간은 교섭 상 마지막 의사표명이 이루어진 후 1년이 경과하기 전에는 만료하지 않는다(제14:304조).

행위무능력자가 대리인이 없다면, 청구권의 시효기간은 무능력을 벗어나거나 대리인이 선임된 후로부터 1년 내에는 만료하지 않는다(제14:305조).

채권자 혹은 채무자가 사망한 경우, 그 상속인 혹은 상속인의 대리인에 의해 또는 그 상속인 혹은 상속인의 대리인에 대하여 그 청구

117) 독일에서는 이를 Hemmung으로 번역한다(U.Drobnig/R.Zimmermann/J.Kleinheisterkamp, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, ZEuP 2003, 895ff.).

118) 혹은 『완성의 유예』 정도로 번역할 수 있을 것이다(=Ablaufhemmung).

권이 주장될 수 있는 때로부터 1년이 경과하기 전에는 만료되지 않는다(제14:306조).

기간 만료의 연기에 관한 규정은 그 진행의 연장에 관한 규정과 다른 방법으로 역할 한다. 즉 시효의 연장(Suspension)은 기간을 늘리지 만, 장애사유가 소멸한 후에 소제기를 위한 최소한의 시간을 채권자에게 보장하는 것은 아니다. 기간만료의 연기(Postpone of Expiry of Period)에 관한 규정은, 예를 들어, 장애사유가 처음의 시효기간 내에 소멸한다면, 기간을 연장시키는 것은 아니다. 반면에 장애사유가 소멸한 후 소를 제기할 1년을 채권자에게 보장한다.<sup>119)</sup>

시효의 기간은 진행의 정지 또는 그 완성의 연기에 의해 10년 이상으로, 인적 법익의 침해에 대한 청구권의 경우에는 30년 이상으로 연장되지 않게 규정한다(제14:307조). 이는 법적 절차의 진행 중의 정지에는 적용되지 않는다.

#### (5) 소멸시효의 재개시(Renewal of Periods)<sup>120)</sup>

채무자가 청구권을 승인한 경우, 새로운 시효기간이 진행을 시작한다(제14:401조). 판결 등에 의하여 확정된 청구권에 대한 10년의 시효기간은 채권자에 의해 이루어진 합리적인 집행 시도로 진행을 다시 시작한다(제14:402조). 제14:601조는, 당사자들이 합의에 의하여 시효에 대한 요건을 수정할 수 있지만, 시효기간은 개시 시부터 1년 이내로 단축하거나 30년 이상으로 연장될 수 없게 하고 있다.

119) 이는 독일 민법상의 Hemmung과 Ablaufhemmung 개념과 일치한다. 즉 소멸시효가 정지하는 동안의 기간은 소멸시효기간에 산입하지 아니한다(Hemmung). 그러나 기간만료의 연기(Ablaufhemmung)의 경우는, 시효의 완성에 거의 이르러서 일정 사유가 존재하는 경우에 그 사유가 종료한 때로부터 일정기간 내에는 시효가 완성하지 않는 것으로 한다. 우리 민법은 후자만을 인정하고, 이를 『소멸시효의 정지』라고 한다(민법 제178조 - 제182조).

120) 독일의 개정민법은 종래의 『소멸시효의 중단』(Unterbrechung)이라는 표현을 『소멸시효의 재개시』(Neubeginn der Verjährung)이라는 새로운 용어로 바꾸어 그 의미를 명확히 하였다(제212조).

### 13. 제15장 위법성(Illegality<sup>121)</sup>)

계약법원칙 제15장은 계약의 유효요건의 하나로서 위법성의 계약에 대한 효과인 위법성이 계약의 효력에 미치는 영향을 정하고 있다. 위법한 계약은 EU 회원국 법질서에 있어서 본질적인 것으로 인정되는 원칙(根本原則, fundamental principles)에 反하는 契約<sup>122)</sup>과 보다 덜 근본적인 법규인 強行規定(mandatory rules)에 違反한 契約을 구별한다. 근본원칙에 반하는 계약은 자동적으로 무효(ineffectiveness)이다.<sup>123)</sup> 즉 제15:101조에 의하면, EU 회원국의 법질서에 있어서 본질적인 것으로 인정되는 원칙에 반하는 범위에서 계약은 효력이 없다. 그 밖의 다른 법률을 위반하는 계약은 당연히 효력이 없는 것은 아니고, 그 위반된 법률이 명시적으로 효력이 없다고 규정한 경우를 제외하고는, 법원(또는 중재원)에 의하여 효력이 없는 것으로 선고될 수 있다. PECL은 이러한 문제를 해결하는 데 적용될 법원을 위한 일정한 지침을 두고 있다(제15:102조). 만약 위반된 법률이 계약에 미치는 효과에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않고 또 이러한 문제가 법원에서 제기되지 않으면 계약은 유효성을 유지한다.

강행규정에 위반한 계약은 매우 다양한데 그 위법성의 근거에 대하여 이의가 있을 수 있는 규정에 위반한 경우도 포함된다. 중대하고 명백하게 위법이어서 본질적으로 어떠한 합리적인 자도 그 계약이 효

121) 독일에서는 이를 *Rechtswidrigkeit*로 번역한다.

122) 제15:101조에서는 계약은 유럽연합의 회원국의 법에서 근본적인 것으로 인정되는 원칙에 반하는 한도에서는 효력이 없다(A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union)고 규정한다.

123) 유럽계약법원칙(PECL)은 무효(nullity), 무효로 됨(avoidness), 무효의 주장(avoidance), 무효로 만들 수 있음(voidability) 및 비강제실현성(unenforceability) 등의 각국의 국내법적 개념을 쓰지 않고 대신 효력이 없음(ineffectiveness)이라는 개념을 사용한다. 여기서는 무효라 옮긴다.

력을 가져서는 안 된다고 판단할 것도 있고, 규범의 성질상 불분명한 정책적 규정에 대하여 고의적이지 않은 위반을 한 계약이어서 효력을 가질 수도 있을 것이다. 법규 그 자체가 그것을 위반한 계약의 유효성이 영향을 받지 않는다고 규정하면서 오로지 그 제재로서 과태료만을 규정할 수도 있다. 그래서 PECL이 당연히 효력이 없음을 규정하면 부적절할 수도 있을 것이므로 제15:102조에서는 문제된 법규가 명시적으로 계약에 미치는 효력에 관하여 정한다면 그 효과는 그에 따른다고 규정한다. 그 위반되는 법규가 명시적으로 그 위반이 계약에 미치는 효력에 관하여 규정하지 않으면 PECL은 유연한 접근방법을 채택하여 법원이 그 문제를 PECL상 일정한 지침에 따라 계약을 전부 혹은 일부무효로 선고하여 해결할 수 있도록 하고 있는 것이다(동조 2항). 이 문제를 다루는 법원이나 중재원에 계약법원칙에 정해진 지침을 고려하여 그 위반의 정도에 적절하고 비례적으로, 그 계약의 효력 유무 또는 그 정도에 대한 결정을 맡기고 있다. 이를 결정하는데 있어서 (a) 위반된 규정의 목적; (b) 규정이 보호하고자 하는 인적 범주; (c) 위반된 규정 하에 부과될 수 있는 제재; (d) 위반의 정도; (e) 위반의 고의성 유무; 그리고 (f) 위반행위와 계약사이의 연관성 등이 고려되어야 하는 사정으로 열거되어 있다.

PECL은, 위법성을 이유로 계약의 일부만이 무효일 수 있다는 점을 분명하게 하고 있다. 즉 위법성이 거래에 미치는 영향을 최소화하고자 하는 일반적인 이념에 따라서 계약이 부분적으로만 위법한 경우에 모든 사정에 비추어 불합리하지 않다면 계약의 나머지 부분은 계속해서 유효하다고 할 수 있다고 규정한다(제15:103조).

위법성을 원인으로 계약이 무효로 되는 경우, 계약에 따라 급부한 것의 원상회복의 가능성 및 계약의 무효 원인(위법성)을 알았거나 알았어야만 하면서 그럼에도 불구하고 위법한 계약을 체결한 계약당사자에게 손해배상을 청구할 가능성에 대한 규정을 두고 있다(제15:104조 -

제15:105조).<sup>124)</sup> 한편 원상회복청구권과 손해배상청구권은 제반사정을 고려하여 인정 내지 그 적절함이 판단되는 유연함을 지니고 있다.

#### 14. 제16장 조건

제16장은 장래의 불확실한 사건의 발생 또는 불발생을 조건으로 하는 계약상의 채무를 다룬다. 채무가 그 조건이 성취되는 경우에 한하여 효력을 발생하는 정지조건(suspensive condition)과, 그 조건이 성취되는 경우 존재하는 채무를 소멸시키는 해제조건(resolutive condition)이라는 전통적인 구별을 한다(제16:101조). 조건이 성취된 때로부터 효력이 발생한다고 하여 비소급적 효력을 규정한다. 다만 그 예외로 법률효과의 소급효를 당사자가 약정할 수 있다.<sup>125)</sup> 조건의 성취가 당사

124) 독일 민법 제134조에 의하면 “법률의 금지에 위반하는 법률행위는, 그 법률로부터 달리 해석되지 아니하는 한, 무효이다”. 이 법률행위의 무효여부를 검토하는데 있어서 의무부담행위와 이행행위의 유효성은 원칙적으로 무관하다(이른바 Abstraktionsprinzip). 따라서 처분행위가 134조에 따라 무효인 경우 그 원인행위인 의무부담행위도 무효가 되는지는 그 해당 금지규범의 해석의 문제이다. 구민법 하에서는, 금지된 급부를 목적으로 하는 의무부담행위는 자동적으로 306조에 따라 무효이다. 법률이 계약의 이행을 금지한다면, 이는 객관적 법률적 불능으로, 누구도 법적으로 허용되는 방법으로 그 의무를 이행할 수 없게 된다. 계약이 법률상 금지에 반하는 경우에 제307조가 적용되므로(제309조), 그 법률상 금지에 반하는 것을 알았거나 알아야 했던 자는, 상대방이 계약의 유효를 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상할 의무를 진다(소위 소극적 이익 배상). 그러나 2002년 개정 민법에서는 제306조 - 제309조는 불필요한 조문이라 하여 삭제하였고, 대신에 그러한 원시적 급부장애는 계약의 유효성에 영향을 미치지 않는다는 규정을 두었다(제311a조). 물론 그러한 계약이 이행될 수 없고, 따라서 이에 상응하여 더 이상 어떤 급부의무도 존재치 않는다(제275조). 그러나 채무자는 급부의무를 이행하는 대신에 불이행을 원인으로 급부에 갈음하는 손해배상의무를 진다. 다만 이 경우에도 과실책임의 원칙에 입각하고 있다. 즉 채무자는 그 급부장애사유를 계약체결 시에 알았거나 알았어야만 하는 경우(kennen mußte= seine Unkenntnis zu vertreten)에만 손해배상의무를 진다. 이에 대해서 B.Rüters/A.Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 12.Aufl., 2002, § 26 Rn.14(S.391); Gehrlein, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 311a Rn. 8. 특히 유럽계약법원칙과 비교하면서 설명한 글로서, C.Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499(505ff.) 참조.

125) 이렇게 조건성취의 비소급적 효력을 인정하는 우리나라 독일 민법과는 달리, 프랑스 법에서는 소급효를 원칙으로 한다(제1172조 CC.).

자 일방에 의하여 방해되고, 그것이 신의성실 및 공정거래의 의무나 또는 협력의무에 반하고, 그리고 그 성취가 그 당사자의 불이익으로 될 경우, 그 조건은 성취된 것으로 간주된다(제16:102조). 신의성실 및 공정거래 의무 또는 협력의무에 반하여 조건의 성취가 일방당사자에 의하여 이루어진 경우에 대하여 유사한 규정을 두고 있다. 여기서 만일 그 성취가 그 당사자에게 이익을 가져온다면, 그 조건은 성취되지 아니한 것으로 간주된다.

### 15. 제17장 이자의 원금산입

이 장은 급부의 지체의 결과에 대한 계약법원칙의 규정상의 틈을 메우고자 구상되었다. 제9:508조는 금전의 지급이 지연된 경우의 이자를 지급하여야 한다고 규정하고 있지만,<sup>126)</sup> 그 이자의 계산(이자액의 대차원금에 산입여부)에 대해서는 규정을 두고 있지 않았다. 이에 제 17:101조는 제9:508조 1항에 따라 지급될 이자는 미지급 원금에 매 12개월마다 가산된다고 하여 複利(compound interest)를 규정한다.<sup>127)</sup> 이

126) 제9:508조(금전 지급의 지연) (1) 금전의 지급이 지연된 경우에, 불이행 당한 당사자는 그 액에 대하여 이행기로부터 지급 시까지 이행이 행하여지는 곳의 일반 상업은행의 계약상 통화에 대한 최우량 신용등급 고객에 대한 단기융자에 있어서의 평균 이율(the average bank short-term lending rate)에 의하여 계산된 利子를 청구할 수 있다. (2) 생략.

127) 위원회는 이렇게 복리로 산입된다는 것으로 규정하는 점에 대한 정당화를, 금전을 재화로 이용하는 영역의 상사적인 면과 금전채무의 지급을 지연하는 채무자에 대한 효과적인 제재수단이라는 점에서 찾는다(Principles of European Contract Law III, Art. 17:101, Comment C). 최근의 입법인 네덜란드 민법전하에서는, “이자의 지급이 지체되면” (원금에 산입하는) 복리가 법정의 손해배상이다(제6:119조 2항). 원금지급의 지체에 대한 손해배상액은 지체기간동안의 원금에 대한 법정의 이율(1995년 시행된 법령에 따라 현재 8%)에 따른다(동조 1항). 당사자들은 1,2항에 따른 이율보다 높은 이율을 약정할 수 있다(동조 3항). 따라서 네덜란드 법 하에서는, 채권자는 지체된 이자채무에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다. 우리의 학설은, 이 연체이자에 대하여 법정이율에 의한 손해배상을 지급하여야 하는지에 대해 견해의 대립을 보인다(공정하는 견해로는 김형배, 『채권총론』, 82면; 김증환/김학동, 『채권총론』, 제6판(1998년), 46면. 다른 견해로는 이은영, 『채권총론』, 132면 참조).

규정은 당사자들에 의하여 배제될 수 있고 당사자들이 지급에 있어서 지체에 대한 이자를 정하고 있는 경우에는 배제된 것으로 다룬다.

### 제 3 절 유럽계약법원칙에 대한 평가

Lando위원회의 유럽계약법원칙은 이제까지 가장 철저하게 준비가 된 그리고 가장 많이 진척된 유럽의 법통일화의 작업으로 평가된다. 이 원칙은 계약당사자의 약정에 의하여 적용 가능하게 만들어졌다.<sup>128)</sup> 이 원칙은 현대의 유럽의 기본거래법(*lex mercatoria*)의 구체화로서 평가될 수 있고,<sup>129)</sup> 그리고 대륙법적 *civil law*와 영국의 *common law* 사이에 가교를 놓는 것이 가능하다는, 더 나아가 유럽 및 그 영역 밖의 상이한 법체계사이의 합리적 조화를 이룰 수 있다는 것을 보여준다. 또한 유럽의 재산법영역의 성문화를 위한 일보로 평가하기도 한다. 이 의미에서 이 원칙은 유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code)<sup>130)</sup>의 작업에 기초 내지 基點을 제공·형성한다. 이 원칙은 이미 해석이나 보충을 통하여 (적어도 유럽에서는) 국내 계약법(*national contract law*)을 발전적으로 형성하는데 있어서(자발적 또는 유기적 동

앞의 연체이자에 대한 복리 인정과 함께 입법론으로서 검토될 대상이라 하겠다.

128) 여기서 Principles를 적용한다는 당사자들의 합의는, 중재원에서의 절차에 있어서는 ‘그 법체계 전체를 선택한’ 『저촉법적 지정(선택)』의 의미를 가지며, 법원에서의 절차에 있어서는 그 규정을 계약의 내용으로 도입한 것에 불과한 『실체법적 지정』의 의미를 지닐 뿐이라고 한다(Zimmermann, ZEuP 2003, 712). 국가법(*national law*)의 실질법뿐만 아니라 저촉법 영역에서의 부적합성으로 인한 문제점으로 국제상사거래에서의 *restatement* 형태의 Principles의 추진과 *lex mercatoria*의 형태로 국제상사거래의 독자적인 법체계를 구축하고자 한 것이다. 이에 대한 국내 문헌으로 서헌제, “*lex mercatoria*로서의 UNIDROIT Principles”, 『통상법률』, 2000/6, 77면 이하(특히 80면) 참조.

129) 이에 대해서는 U.Blaurock, *Übernationales Recht des internationalen Handels*, ZEuP 1993, 247ff. 참조..

130) 이에 대해서는 von Bar, *die Study Group on a European Civil Code*, in: *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*(2000), S. 3ff.; 연구위원회의 웹사이트인 <http://www.sgecc.net/> 참조. 국내 문헌으로서는, 김성수, “유럽통일민법전초안에 관한 한 연구”, 『비교법학연구』, 2002, 83면 이하 참조.

화의 의미에서) 영감의 근원(*Inspirationsquelle*)으로서 기능하고 있다.<sup>131)</sup> 이 점은 우리가 유럽계약법원칙을 연구하는 하나의 動因이 될 수 있을 것이다.

---

131) 이에 대해서는 Zimmermann, ZEuP 2003, 712f.; A.Hartkamp, Principles of Contract Law, in: Towards a European Civil Code, 2nd. ed.(1998), 109f. 참조.

## 제 5 장 유럽민법전연구회의 매매법 원칙

### 제 1 절 유럽민법전 성문화 계획

최근 개별 국가의 국내법을 국제적으로 상호간에 법의 조정과 통일을 위한 여러 노력이 민사법의 영역에서도 여러 성과를 통하여 가시화 되고 있다. 특히 유럽의 법통일이 유럽연합(EU)이라는 공동체의 법질서와 관련하여 활발하게 논의되고 있다. 이는 유럽의 여러 국가가 유럽연합이라는 단일한 공동체를 형성하면서 완전한 유럽 단일시장의 실현이라는 공동목표를 달성하기 위하여 당연히 요구되는 법통일이라는 측면에서 이루어지는 것이다.

이러한 논의는 초기에는 주로 유럽연합의 지침(directive)을 통하여 개별적으로 문제되는 영역에서 각 회원국의 국내법의 조정(harmonization)의 차원에서 진행되었고, 그 성과가 상당히 이루어지고 있다. 하지만 이러한 개별 지침을 통한 각국의 국내법의 조정에서 더 나아가 유럽의 私法の 통일(unification)의 필요성과 가능성이 학계에서 계속 논의되어 왔다. 이는 실제적으로도 주로 학자들의 작업을 통하여 유럽 또는 더 국제적인 사법의 공동 핵(common core)을 위한 여러 법전조문 형태의 『원칙』(principle)이 마련되어 왔다. Unidroit의 당사계약원칙(Unidroit Principles of International Commercial Contracts)과 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law)이 그 예라 하겠다. 이러한 유럽 차원에서의 성문화 노력의 결실에 고무되어, 1990년대 중반 이러한 작업에 참석한 학자들은 더 광범위한 법전화 작업을 계속해나가기를 원하였고, 이러한 관심은 유럽계약법의 성과를 기초로 한 유럽민법전(European Civil Code)의 마련이라는 구체적 작업으로 이어졌다.

이러한 유럽민법전의 작업성과는 이제 초기의 단순한 필요성이나 당위성의 논의라는 차원을 넘어 구체적으로 유럽통일민법전 초안의 기본체계 및 세부 편들이 구체적인 초안으로서 제시되는 단계에까지 이르고 있다.

통일된 유럽민법전을 마련하기 위한 최초의 노력은 먼저 유럽의회가 1989년 5월 6일에 「유럽사법전」(European Code of Private Law)을 마련할 필요성에 대해 결의(resolution)를 하였고, 이것을 다시 유럽위원회(EC Commission)에 요청한데서 시작되었다. 이러한 내용은 1994년 7월 25일 유럽의회의 결의를 통하여 재확인되었다.

이러한 유럽의회의 결의를 배경으로 1997년 2월 네덜란드 헤이그에서 「유럽민법전을 향하여」(Toward a European Civil Code)라는 주제로 한 심포지엄을 계기로 본격적인 논의가 시작되었다. 여기서 유럽민법전의 타당성과 가능성과 관련한 논의가 이루어졌고, 민법전의 방향도 논의되었다. 여기서 다수의 학자들은 각국의 이익과 정치적 이해관계라는 구속에서 벗어나 범 유럽사법의 법전화를 준비할 수 있다는 공감대가 형성되었고, 1998년 유럽민법전연구회(The Study Group on a European Civil Code)가 유럽연합 회원국의 80여명의 학자들로 만들어졌다.<sup>132)</sup> 그리고 이탈리아의 Guido Alpa, 독일의 Christian von Bar(위원장), 프랑스의 Jacques Ghestin, 영국의 Roy Goode, 네덜란드의 Arthur Hartkamp, 덴마크의 Ole Lando 등의 원로교수들에 의해 운영위원회(Steering Committee)가 구성되었다.

이 네트워크 하에 여러 상이한 주제에 대한 연구팀이 구성되어 매매계약, 노무계약, 장기계약, 부당이득, 손해배상법, 담보권, 사무관리, 소유권이전 등에 대한 모델법을 만들고 있다. 이 민법전연구회는 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)의 작업을 이어

132) <http://www.sgecc.net> 및 Christian von Bar, Die Study Group on a European Civil Code, in: P.Gottwald, E.Jayne and D.Schwab(eds.), Festschrift für Dieter Heinrich, 2000, S. 1ff. 참조.

받고 있다. 따라서 이 위원회에 참여하였던 대부분의 구성원은 민법 전연구회에도 참여하고 있다.

## 제 2 절 유럽민법전연구회의 작업

### 1. 연구회의 구성

유럽민법전연구회는 주석과 비교법적 주해를 갖춘 유럽재산법원칙의 성문화를 목적으로 한다. 그 범위로 EU 내의 경제활동에 기반을 제공하는 재산법(patrimonial law)에 한정한다. 보다 구체적으로는, 채무법(the law of obligations)과 동산재산법(the law of moveable property)을 그 대상으로 한다. 전자의 영역에는, 계약총론(the general law of contracts), 특수계약법(the special law of particular contracts) 및 비계약적 채무(non-contractual obligations)를 정한다.<sup>133)</sup>

총 11개의 편(book)으로 구성하고자 하는 유럽민법전 초안의 제4편의 전형계약은 매매계약, 노무계약, 장기계약, 담보계약 등을 포함하고 있다. 이미 마련된 란도 위원회의 유럽계약법원칙(European Principles of Contract Law)은 거의 그대로 편별의 체계만을 수정하여 유럽민법전에 포함시켜 총칙으로 그 위치를 부여하려고 한다.<sup>134)</sup>

채권각론에 해당하는 전형계약은 네덜란드 실무팀(working team)에서 연구하고 있다. 네덜란드 팀은 암스테르담(Amsterdam), 틸부르흐(Tilburg), 우트레히트(Utrecht)에 위치하는 3개의 팀으로 나뉘어져, 암스테르담 팀은 장기계약(long-term contract)을, 틸부르흐 팀은 노무계약

133) 이에 대한 보다 자세한 내용은, 유럽민법전연구회의 홈페이지 <http://www.sgecc.net/> 참조.

134) 다만 연구방법에 있어서는 서로 다른 방법을 취한다. 란도 위원회의 고전적 연구방법이 노장의 연구자들의 모임으로 일 년에 한두 번 미팅을 갖고 의견을 취합하는 방법을 취한 반면에, 유럽법연구회는 회원국의 젊은 연구자들이 풀타임 고용되어 연구하는 모임이다.

(services)을, 우트레히트 팀은 매매계약법을 담당하고 있다.<sup>135)</sup>

각 실무팀은 EU 회원국의 1개 이상의 고등교육기관의 1인의 교수가 팀장(team leader)을 맡고, 관리역할을 하는 수석연구원(team manager) 및 각 회원국의 법 상황을 연구하는 다수의 연구원(national reporter)이 이를 보조한다.

네덜란드의 혼디우스(Ewoud Hondius) 교수를 팀장으로 하는 매매편의 실무팀은 먼저 팀의 연구방향의 윤곽을 그리는 의견서를 가지고 매매계약의 적용범위 등 매매에 관한 매우 다양한 문제에 대한 질의서를 만들고, 이 질의에 대한 각국 보고서를 검토 분석한 후, 이에 대한 임시적 답과 함께 의견서(Position Papers)를 연구위원회의 의사결정기구인, 45명의 유럽의 저명 학자로 구성된 조정위원회(Coordinating Committee)에 제출하였고, 개괄적 승인을 받았다.

## 2. 의견서(Position Papers)

제출된 의견서를 보면 10개의 항목의 질문과 그에 대한 연구팀의 임시의 답이 제의 형식으로 수록되어 있다:

(1) 매매계약에 대한 Restatement: 이것은 진정 필요한가?

이 주제가 Restatement에 포함되어야 한다고 제의한다.

(2) 적용 범위: Restatement는 소비재매매와 상사매매에 적용되어야 하는가?

Restatement가 모든 유형의 거래(상사계약, 소비자 계약 그리고 사적 거래)를 포괄할 것을 제의한다. 그렇다고 하여 이것이 상사계약과 소비자계약에 특정의 규정이 적용되어야 하는 것을 배제하는 것은 아니다.

---

135) 이 세 팀은 암스테르담, 틸부르흐, 우트레히트를 돌면서 3주에 한 번씩 정기적 합동 모임을 가졌다고 한다.

(3) Restatement는 매매계약의 모든 특수형태(교환, 장거리매매, 할부매매, 장기계약, 부동산에 대한 재산권 등)를 포함하여야 하는가?

물품에 대한 일반적 매매뿐만 아니라 특별 매매계약에도 적용될 것을 제의한다. 그러나 매매 편은 재산법이나 행정법 분야는 다루지 않는다.

(4) Restatement는 성립, 해석, 유효성 등을 포함하여, 모든 것을 담아야 하는가?

물품매매법에 대한 많은 책들이 물품매매 고유의 규정의 분석에만 한정하고 있지 않고, 성립이나 해석 그리고 유효성과 같은 일반 계약법 주제도 다루고 있다.

매매법에 대한 주석서는 이 보다 더 범위를 넓혀, 소유권유보부매매, 풀(pool) 약정, 시분할이용권의 양도에 관한 계약(time-sharing),<sup>136)</sup> 리스 등도 다루고 있다.<sup>137)</sup>

이러한 접근을 Restatement는 받아들여야 하는가? 장점이라면 보다 쉽게 읽을 수 있다는 점이 될 것이다. 반면에 단점이라면 이미 유럽계약법원칙에서 정립된 것과 중복될 것이라는 점이다.

물품매매에 대한 Restatement는 모두를 담지 않고, 유럽계약법원칙에 의해 자명하게 되지 아니한 문제에 대한 답만으로 한정할 것을 제의한다.

(5) 대금에 관한 규정은 어떠하여야 하는가?

국제물품매매에 관한 UN 협약(CISG)은 매매대금이 정해져야 할 지 여부에 대한 문제에 대하여 오랫동안 불협화음을 가지고 있었다.

---

136) Time-Sharing은 목적물을 사용할 수 있는 권리를 시간적으로 분할하는 것으로, 모든 사용권자는 정기적·회귀적 기간 동안에 목적물에 대하여 배타적이고 독점적인 사용권을 갖는다. 이에 대하여 Martinek, *Moderne Vertragstypen III*, 1993 S. 259 - 286; Hildenbrand, *Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis*, NJW 1996, 3249f. 참조.

137) D.Reinicke, K.Tiedtke, *Kaufrecht*, 6.Aufl. 1997, S. 429ff.

Restatement는 이 분쟁을 종식시킬 수 있어야 할 것이다.

불공정계약조건에 관한 규정은 불합리한 조건에 관한 문제를 다루어야 한다. 그러나 *iustum praetium doctrine*<sup>138)</sup>을 재생시켜야 하는가?

스칸디나비아의 계약법 제36조는 법원에게 불합리한 가격의 무효화를 허락한다.<sup>139)</sup> 대부분 회원국은 그들의 법원에 계약대금의 조정을 허용하지 않는다. 그러나 몇몇 학자들은 캐논법에 의해 적용되었던 *iustum praetium doctrine*으로의 복귀를 주장한다.

그리고 독점금지법(anti-trust legislation)은 어떠한가?

매매대금에 관한 기본적 문제는 Restatement에 포함될 것을 제외한다. *iustum praetium doctrine*의 도입은 정당화되지 않게 보인다. 독점금지법은 Restatement 밖에 남아야 한다.

(6) 매수인의 구제수단을 위한 기본요건은 부적합성(non-conformity) 혹은 숨은 하자(hidden defect)이어야 하는가? 어떠한 구제수단이 매수인에게 주어져야 하는가?

매수인의 구제수단을 위한 기본요건은 숨은 하자가 아니라 부적합성이어야 할 것으로 제외한다.

(7) 어느 범위까지 매도인의 권리를 다루어야 하는가?

물품매매의 규정은 지급청구권과 같은 매도인의 권리에 관한 규정을 포함할 필요가 있다. 매도인이 매수인에게 물품을 인도할 권리가 있어야 하는지 여부는 후에 해결될 기술적 문제 중 하나이다. 지금

138) 이 이론은 매수인이 정당한 가격(*iustum praetium*)의 절반보다 적은 액수를 지급하였다면 매매는 무효로 된다는 기원후 3세기 말의 Diokletians대제 시대의 로마법에서 기원하는데, 법원의 통제(*gerichtliche Kontrolle*)에 의하여 정당한 대가(*angemessenen Entgelt*)를 보장하고자 하는 사고이다. 자세한 것은 Harald Siems, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, 1992, 764ff. 참조.

139) 이 제36조에 의하면, 법관은 계약내용이 그에게 “부당”한 것으로 여겨지는 때에는 그것을 무효로 하거나 변경할 수 있다고 한다. 이는 문제의 약정이 약관조항인가 여부와는 관계없다. 또 그로 인하여 불이익을 입는 자가 소비자인가도 불문한다.

해결되어야 하는 바는, 대금이 지급되지 않을 때 물품을 몰수할 수 있는 매도인의 특권을 여기서 규정되어야 하는지 여부이다. 한편, 매도인과 세금사이의 이자의 충돌을 포함하여야 하는지까지 다를 필요는 없다.

Restatement는 엄격한 의미에서의 매도인의 권리를 다를 것을 제외한다.

(8) Restatement는 보증(guarantees)을 다루어야 하는가?

소비재매매 및 관련 보증에 관한 EU지침은 (상사) 보증에 관한 조항을 포함하고 있다. 법률가에 의해 종종 이러한 보증이 무시되고는 한다. 이 보증은 실무에서 상당히 중요하다. 따라서 Restatement에서 이 주제에 관심을 기울여야 할 것이다.

물품매매에 관한 Restatement는 상사 보증에 관한 규정을 포함할 것을 제외한다.

(9) Restatement는 판매 후 이루어지는 애프터서비스(after-sales services)를 다루어야 하는가?

소비재매매지침에 대한 초안에서는 판매 후 이루어지는 애프터서비스 주제가 다루어졌었다. 최종단계에서 이 규정은 탈락되었다. 독자적 규율 방법으로 다루어지는 것이 더 낫다고 생각되었기 때문이다. 이것은 재고되어야 하는가?

1993년 유럽위원회의 『소비재 및 판매 후의 service를 위한 綠書』(Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Service)는<sup>140)</sup> 3가지 해결책을 제시했었다: 제조자에게 그가 만든 제품의 일반 수명기간 동안에 필요한 부품을 비축해 놓을 기본 의무를 부과하거나, 자유의사를 기초로 그렇게 하거나, 제품에 해당 기간을 제품 라벨

140) COM (93) 509; Bull. 11-1993, point 1.2.107.

에 명시할 것을 제조자에게 요구하는 것.

물품매매에 관한 Restatement는 판매 후 이루어지는 애프터서비스에 관한 규정을 둘 것을 제의한다.

(10) 매매계약이 전자상거래 수단에 의해 체결되는 경우가 증가하고 있다. Restatement는 어느 정도로 이러한 새로운 발전을 반영하여야 하는가?

Restatement는 전자거래의 발전을 반영할 것을 제의한다.

이를 바탕으로 매매의 주요영역을 정해(계약적합성, 구제수단과 위험의 이전), 오스트리아, 스위스, 그리스의 3인의 연구원에게 이를 할당하여,<sup>141)</sup> 질의서를 작성하고, 이를 모든 팀 연구원에게 회람되었다. 이에 대한 답을 내리고 그 결과물을 팀에 제출되었고, 그 후 그 초안(a draft text)이 자문위원회(Advisory council)에 제출되었다.

2000년 11월 네덜란드 팀은 3인의 자문위원회(Advisory Council) 위원(스웨덴의 Johnny Herre, 영국의 Ewan Mckendrick, 독일의 Peter Schlechtriem)과 회합을 갖고 자문을 받았다. 그 후 수정 초안(the revised draft text)은 조정위원회에 제출되었다. 이 초안은 위의 첫 초안에서 다른 계약적합성, 구제수단과 위험의 이전 외에 일반규정, 조건부매매, 계약금 등이 포함되었는데, 조정위원회에서의 논의 후 고려하여야 할 다양한 제안이 이루어졌다. 이를 바탕으로 수년간 정제되어, 14차례의 수정작업을 거쳐 2004년 12월 최종 결과물이 완성되었다.

### 3. 방 법

연구위원회의 매매편 초안은, 소비자이건 영업자이건 모든 유형의 매도인과 매수인에게 적합한 것이 되어야 한다는 것을 전제로 한다.

---

141) 오스트리아의 Christoph Jeloschek, 스웨덴의 Hanna Sivesand, 그리스의 Georgios Arnokouros.

많은 국가에서 소비자법, 상법 및 민법 등의 상이한 법률을 가지고 있으므로, 이는 유럽적 차원에서 새로운 것이라 하겠다.

당시 존재하는 지침과 국제적 협약은 특정의 적용영역을 가지고 있고 따라서 이는 완전하게 규정하고 있다고는 할 수 없다고 하겠다. EU의 소비재매매지침은 당사거래를 고려치 않고, 국제물품매매에 관한 UN 협약(CISG)은 소비재매매와 소비자보호를 고려하지 않고 있다. 또 이들 법은 私人사이의 거래에 대해서는 특별한 배려를 하지 않고 있다. CISG는 오직 국제적 거래만을 규율하고 유럽적 필요성을 고려한 것은 아닐 뿐만 아니라 이미 25년이 지난 낡은 것이라는 점을 지적한다.<sup>142)</sup> 소비재매매지침은 여러 영역에 있어서 일종의 타협이었다고 한다.

새로운 유럽적 성문화인 지침은 소비자 보호를 보다 뚜렷하게 하여 매수인과 매도인 사이의 관계에 넣을 가능성을 제공한다. 또한 존재하는 지침과 국제적 협약은 유럽의 시장에 불충분하다고 보이는 흠이 있다. 이들 법문서는 유럽 공통적 법문서를 위한 노력에 가치 있는 자료를 제공한다.

CISG는 국제거래에 있어서 그 진가가 확인되었고 여러 영역에서 평판과 다름없음이 입증되었다는 점에서 우트레히트 팀은 체계 결정에 있어서 이를 모델로 선택하였다. 몇 분야에 있어서의 조문은 CISG의 법문에 의존하였다. 그러나 연구팀의 시각에서 필요하다고 보이는 곳에서는, 의식적으로 CISG와 달리하여 유럽 시장에 실제적인 해결책을 강구하였다.

소비재매매지침<sup>143)</sup>의 문제점과 단점은 초안에서 고려되어, 유럽재판소의 관할에 속하는 이른바 『*acquis communautaire*』에 있어서 그 원점

142) V.Heutger, Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code, *European Review of Private Law* 2003, 158.

143) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. 이에 대해서는 줄고, 消費財의 賣買 및 관련 保證에 관한 EU指針, 외법논집, 제16집(2004), 147면 이하 참조.

(Ausgangspunkt)을 지니는, 공통 유럽적 사법 도그마의 발전을 위해 기여할 것으로 기대된다. 지침의 내용은 전체적으로 소비재매매에 있어서 표준적인 것으로 간주되어 받아들여졌지만, 부분적으로는 확장 혹은 수정되었다.

연구팀은, 한 쪽은 UN 통일매매법(CISG)과 또 다른 쪽은 소비재매매지침의, 매매법의 스펙트럼을 이루는 두 기둥사이의 밸런스를 찾고자 한다. UN 통일매매법에 대한 지속적으로 쌓이는 판결례의 고려 하에 UN 통일매매법의 규정을 그대로 옮겨 놓지는 않았고, 유럽적 문맥에서 새로이 재조명하고, 필요한 때에는 보충하고 확장하였다.

예를 들어 계약의 체결과 같은 일반 계약법에 대한 문제는 초안에서는 다루지 않았다. 이 영역을 위해 연구팀은 유럽계약법위원회의 유럽계약법원칙(PECL)이 구속력을 지니는 것으로 보아 이를 준용하거나, 체계나 표현상 명백성을 위하여 몇몇 영역에서는 이 원칙을 직접 반복하였다.

제1:201조(유럽계약법원칙과의 관계)

- (1) 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law)상의 규정은, 달리 정하고 있는 경우를 예외로, 본 편(Book)에 있어서 원칙의 범위내의 계약에 적용된다.
- (2) 충돌되는 경우 본 편의 규정이 우선한다.

### 제 3 절 전체적 개요

#### 1. 체 계

매매법 초안은 총 6개의 장(Chapter)으로 이루어져 있다.<sup>144)</sup>

---

144) 2003년 5월에 제출된 제12차 초안에 있어서는 총 9개의 장으로 이루어져 있었다.  
제1장: 일반규정

- 제 1 장 적용범위 및 일반규정,
- 제 2 장 매도인의 의무,
  - 제 1 절 물품의 인도
  - 제 2 절 물품의 적합성(Conformity of the Goods)
- 제 3 장 매수인의 의무,
  - 제 1 절 대금의 지급
  - 제 2 절 수령(taking delivery)
- 제 4 장 구제수단,
  - 제 1 절 구제수단 일반
  - 제 2 절 적합성 결여에 대한 매수인의 구제수단
  - 제 3 절 검사와 통지의 요구
- 제 5 장 위험의 이전,
  - 제 1 절 일반 규정
  - 제 2 절 예외
- 제 6 장 소비재보증(Consumer Goods Guarantees).

## 2. 상인과 소비자에 대한 특별규정

각 장은 당사자들의 권리와 의무를 정하고 있다. 필요한 경우에는, 소비자나 상인을 위해 보충적 규정을 둔다. 유럽민법전연구회 내에 소비자(Consumer)의 개념에 대한 특별전문가위원회(task force)를 두고 있고,<sup>145)</sup> 여기서의 소비자를 “주로 그의 거래, 영업 또는 직업과 관련

- 
- 제2장: 매도인의 의무
  - 제3장: 물품의 적합성
  - 제4장: 부적합성으로 인한 매수인의 구제수단
  - 제5장: 제조자 보증
  - 제6장: 매수인의 의무
  - 제7장: 매도인의 구제수단
  - 제8장: 위험의 이전
  - 제9장: 물품의 보관

없는 목적으로 주로 행위 하는 자연인”으로 정의하고 있다. 여기서의 개념정의는 일반규정에 반영되며, 매매법 영역에도 소비자 정의를 받아들이고 있다(제1:202조).

이 원칙의 목적을 위하여 소비재 매매(consumer sale)는 자신의 거래, 영업 또는 직업과 관계있는 목적을 위한 범위에서 행위하는 자연인 혹은 법인(직업종사자, (professional))이 주로 자신의 거래, 영업 또는 직업에 관계없는 목적을 위하여 행위하는 자연인(소비자, consumer)에게 물품을 판매하는 계약을 말한다.

### 3. 강행규정

소비자보호를 위한 지침의 요구를 따르기 위하여 소비재매매에 대한 규정은 법적으로 구속력을 지니는 것으로 하고 있다:

제1:203조(不在 또는 규정의 강제적 지위)

- (1) 달리 규정하고 있지 않는 한, 당사자들은 이 원칙의 규정을 배제하거나 수정할 수 있다.
- (2) 당사자들은 이 원칙상 정하는 소비자보호규정을 소비자에게 불리하게 배제하거나 수정할 수 없다.

### 4. 적용범위

#### (1) 모든 유형의 매매에 적용

매매법 초안은 모든 유형의 계약, 즉 상사계약, 소비자계약 그리고 (비전문직 매도인의 활동이라는 의미에서의) 사적 계약을 포괄한다. 따라서 매매법원칙은 1992년 네덜란드의 신민법의 태도에 따라 상법적, 소비자보호법적, 그리고 일반적 매매법 규정을 통일적으로 규정한다.

---

145) 이 위원회는 Johnny Herre, Ewoud Hondius, Guido Alpa로 구성된다.

## (2) 모든 유형의 매매목적물

매매법원칙은 UN 통일매매법과는 달리 상사매매의 동산매매만을 규정대상으로 하지 않는다. UN 통일매매법보다는 더 나은 그리고 시대에 따라 소프트웨어 등에도 적합한 해결책을 강구한다.

즉 제1:104조에 의하면, “물품(Goods)”이라 함은, 선박, 항공기, 小船, 浮船 및 宇宙物體(space objects), 동물, 액체 및 가스를 포함하여 有體의 동산(corporeal movables)을 의미한다. 그리고 계약체결시에 아직 존재하지 않는 물건을 말하는 先物(future goods)도 포함한다.

이 원칙은 (a) 전기, (b) 정보와 데이터(data), (c) 지분(shares<sup>146</sup>) 투자증권(investment security) 및 유통증권(negotiable instrument), (d) 권리, 어음, 공업 또는 지적재산권을 포함한, 그러나 토지, 건축물 혹은 기타 부동산을 포함하지 않는 기타 형태의 무체 재산의 매매계약에도 적절한 변경을 가하여(with appropriate adaptations) 적용된다(제1:105조). 그러나 토지, 건축물 혹은 기타의 부동산에 대한 권리는 포함하지 않는다.

## 5. 매매계약의 정의

매매편의 첫 조문에 매매의 개념을 두고 있다(제1:101조): 매매 계약은 당사자 일방인 매도인이 계약체결 시에 즉시로 혹은 장래에 상대방인 매수인에게 물품에 대한 소유권을 이전할 의무를 지고 매수인은 대금의 지급 의무를 지는 계약을 말한다. 이 개념은 소유권이전에 대한 잘츠부르크(Salzburg) 연구팀<sup>147</sup>의 결과물과 관계한다. 현재는 매매

146) share는 複數人이 공동으로 소유하는 재산에 대하여 각자가 갖는 몫이나, 복수인이 공동 출자하여 만든 단체에 있어서 각자의 지분을 의미하는 것이나, 일반적으로는 주식회사에 있어서 주주의 지분인 주식을 share 또는 share of stock라고 한다.

본래 stock은 share의 집합개념이지만, 동일한 의미로 사용되는 것이 많다.

147) Working Team on Transfer of Moveable Property.

계약(Kaufvertrag)과 양도(Übereignung)는 일체로 보고, 즉 소유권이전을 위해 요구되는 의사의 합치는 이미 매매계약 자체에 포함되어 있는 것으로 간주된다. 따라서 별도의 특별한 물적 계약(dinglicher Vertrag)은 불필요하다.

“이전을 약속한다”(undertake to transfer the ownership)는 문구에서 할부거래에 있어서의 소유권유보부 매매도 포함된다. 또 제조나 생산, 그리고 물품의 매매를 위한 계약은, 그 물품을 주문한 당사자가 그 제조나 생산을 위해 필요한 재료의 중요한(substantial) 부분을 공급하는 약속을 한 경우가 아닌 한, 물품매매계약으로 간주하는 규정을 두고 있다(제1:102조 1항).

## 제 4 절 주요 내용

### 1. 매도인의 의무와 물품의 계약적합성

#### (1) 매도인의 의무

제2장은 매도인의 물품인도와 소유권 이전 의무를 다루고 있다. 매도인은 소유권을 이전하고 점유를 인도할 의무를 지며, 계약에 적합하고 제3자의 권리로부터 제한 받지 않는다는 것을 보장하여야 한다(제2:001조). 인도(delivery)의 시기와 장소는 유럽계약법원칙에 따르고 있다(제2:102조148). 또 인도의 방법을 정하고 있다. 제2:101조는, “물

---

148) 제7:101조(이행의 장소)

(1) 계약상 의무의 이행 장소를 정하지 않거나 계약에 의하여 정할 수 없는 경우, 이행의 장소는 다음과 같다:

- (a) 금전채무의 경우, 계약체결시의 채권자의 영업지
- (b) 금전지급 이외의 채무의 경우, 계약체결시의 채무자의 영업지

(2) 영업소가 여러 곳에 있는 경우에는 전항이 목적하는 영업소는 계약체결시에 당사자들이 알았거나 고려된 제반사정에 비추어 계약과 가장 밀접하게 관련이 있는 곳이다.

(3) 영업소가 없는 경우, 상주거소를 영업소로 본다.

품의 성질이 허용하는 한, 물품에 대한 물리적 지배가 매수인에게 이전되거나 계약에 따라 기타의 방법으로 매수인이 물품을 이용 가능하게 한다는 점을 확실하게 함으로써 매도인은 물품을 인도할 의무를 행한다.”는 일반원칙을 천명하면서(제1항), 제2항에 그 구체적인 방법을 나열하고 있다:

- (a) 매수인에게 물품 교부(handing over)
- (b) 물품의 열쇠, 혹은 매수인이 물품을 인수할 수 있는 기타의 수단을 교부
- (c) 매수인으로 하여금 목적지에서 물품을 이용할 수 있게 만들거나, 또는 기타의 방법으로 매수인의 처분 하에 물품을 두는 것
- (d) 물품을 표상하는 서류를 매수인에게 이전, 또는
- (e) 매수인으로 하여금 물품을 점유하고 있는 제3자로부터 물품을 인수할 수 있게 하는 조치를 취하는 것

매도인이 인도를 위한 시기보다 전에 물품을 인도하였다면, 매도인은 그 인도를 위한 시기까지 결손분을 인도하거나 인도된 물품의 양에 있어서 부족분을 보충하거나, 또는 인도된 적합성이 결여된 물품의 대체물을 인도하거나 다른 방법으로 인도된 물품에 적합성 결여를 구제할 수 있는 치유권을 인정한다(제2:103조).

## (2) 매도인의 특정권

계약상 매수인이 물품의 형태, 크기 또는 기타의 특징을 정하기로 하였는데, 약정 기일 또는 매도인으로부터 요청을 받은 후 상당한 기

---

제7:102조(이행의 시기)

다음의 시기에 이행하여야 한다:

- (1) 시기가 계약상 정하거나 계약에 의하여 정할 수 있는 경우에는, 그 때,
- (2) 기간이 계약상 기간을 정했거나 계약에 의하여 정할 수 있는 경우에는, 당시의 제반사정으로 보아 상대방이 그 시기를 정하여야 하는 것으로 판단되는 경우가 아닌 한, 그 기간 내
- (3) 그 밖의 경우에는, 계약 체결 후 합리적 기간 내

간 내에 그러한 특정(Specification)을 하지 않았다면, 매도인은, 다른 권리를 침해하지 않고, 매수인의 알려진 요건에 따라 특정할 수 있다(제2:202조 1항). 특정을 한 매도인은 그 상세한 내용을 매수인에게 고지하여야 하며, 매수인이 다른 특정을 할 수 있는 상당한 기간을 허여하여야 한다(동조 2항). 그러한 통지를 받은 후 매수인이 정한 기간 내에 그렇게 하지 않는다면 매도인에 의한 특정이 구속력이 있다.

### (3) 물품의 계약적합성

매도인은 물품이 모든 점에서 계약에 적합하다는 것을 보장(ensure)하여야 한다(제2:201조). 따라서 물품은, (a) 계약에 의해 요구되는 양, 품질 그리고 종류이어야 한다. (b) 계약에 의하여 요구되는 방법으로 용기에 담거나 포장되어야 한다. (c) 계약으로 요구되는 부속물이 수반되어야 하고, 설치지시나 기타의 지시에 따라야 한다.

물품의 계약적합성 개념에는 다른 물품의 인도(aliud)나 잘못 인도한 경우(Falschlieferung)의 경우도 포함한다. 몇몇 법제도는 불완전이행과 계약상 정한 물품과 완전히 다른 물건을 인도한 경우를 구별한다. 다른 물건의 인도는 대부분의 경우 불이행(Nichterfüllung)을 인정하게 된다.

제2:203조는 당사자들의 약정이 없는 경우의 계약부적합성의 요건을 규정한다:

- (a) 계약체결시에 매도인에게 알려진 특정의 목적에 적합하지 않은 경우.
- (b) 물품이 시품이나 견본으로 매도인이 매수인에게 제시한 물품의 품질을 지니고 있지 않은 경우.
- (c) 물품이 동일 제품의 통상적으로 사용될 목적에 적합하지 않은 경우.
- (d) 물품이 그 물품에 맞는 일반적인 방법으로 용기에 담겨져 있지 않거나 포장되어져 있지 않은 경우, 또는 그러한 일반적인 방법이 없는 경우에 그 물품을 보존하고 보관하기에 적절한 방법으로

담겨져 있지 않거나 포장되어져 있지 않는 경우.

- (e) 매수인이 합리적으로 기대하였을 부속물, 설치지시서 혹은 기타 지시서가 물품과 함께 있지 않은 경우.
- (f) 매수인이 [합리적으로] 기대할 수 있었던 품질과 성능을 물품이 지니고 있지 않은 경우.

또 영업과정에서의 앞선 자, 생산자 또는 생산자의 대리인에 의해 행해진 물품에 대한 특정 특성에 대한 관련 언명(statements)으로 제시한 품질과 성능을 지니고 있지 않다면 그 물품은 계약에 적합하지 않다고 규정한다(제2:204조 1항). 그러나 그 언명을 매도인이 알지 못한 것으로 입증되는 경우, 그 언명을 매수인이 계약 체결 시에 수정한 경우, 혹은 매수인의 물품의 매수 결정이 그 언명에 의해 영향을 받을 수 없었던 경우, 매수인은 그 언명에 구속되지 아니한다(동조 2항).

제2:205조는 소비재매매지침에 근거하는 규정이다.<sup>149)</sup> 소비재매매에 있어서, 물품이 부정확하게 설치된 경우에, 이로 인해 야기된 적합성의 결여는,

- (a) 그 물품이 매도인에 의해 혹은 매도인의 책임 하에 설치되었거나,
- (b) 그 물품이 소비자에 의해 설치되기로 의도되었고 그 부정확한 설치가 설치지시의 결함에 기인되었다면, 물품의 부적합성으로 간주된다.

물품은 제3자의 권리나 청구권의 제한으로부터 자유로워야 하는 것이 매도인의 계약상의 의무로 간주된다. 따라서 제3자의 권리로부터 자유롭지 않다면 계약에 적합하지 아니하다(제2:206조). 그러나 그 권리나 청구권이 공업소유권 등의 지적재산권에 근거하는 경우에는, 계약체결시에 매도인이 알았거나 합리적으로 알았을 것으로 기대될 수 있었던 제3자의 권리나 청구권으로부터 자유롭지 않다면, 그 물품은 계약에 적합하지 아니하다(제2:207조).

---

<sup>149)</sup> 소비재매매지침 제2조 5항 참조.

계약체결시에 매수인이 적합성 결여를 안 것으로 입증된다면, 매수인은 물품의 부적합으로 인한 책임을 지지 아니한다(제2:208조).

적합성 판단 시점은 위험이 매수인에게 이전하는 시점이고, 설령 적합성 결여가 그 시점 이후에 비로소 밝혀진 경우에도 그러하다(제2:209조). 한편 소비재매매에 있어서는, 위험이 매수인에게 이전한 때로부터 6개월 내에 밝혀진 적합성의 결여는 그 시점에 존재하였던 것으로 추정된다. 다만 이 추정이 물품의 성질이나 적합성 결여의 성질과 모순되는 경우에는 그러하지 아니하다.

소비재매매가 아닌 한, 매수인에게는 제반상황에 비추어 합리적인 단기의 기간 내에 물품을 검사하거나 검사조치를 취할 것이 요구된다. 이에 따르지 않으면 제4:302조 하에서 적합성 결여로 주장할 수 있는 권리를 상실하게 한다(제4:301조). 매수인이 이 적합성이 결여된 것을 발견하였거나 발견하였음이 틀림이 없는 때로부터 합리적인 기간 내에 그 적합성 결여의 성질을 특정하여 매도인에게 통지하지 않는다면, 매수인은 적합성 결여로 인한 권리를 잃는다(제4:302조). 일부 인도의 경우에 대한 특별규정을 두고 있는데(제4:303조), 나머지 인도가 있을 것으로 매수인이 믿는 것이 이유가 있다면, 매수인은 물품 전부가 인도되지 않았다는 사실을 매도인에게 통지할 필요가 없다. 매도인이 적합성의 결여에 대해 악의로 묵비 하였다면, 매수인의 검사 의무나 통지의무, 그리고 2년의 시효기간은 적용되지 않으며, 매도인은 이를 주장할 수 없다(4:304조).

## 2. 매수인의 의무

### (1) 기본적 의무

매수인의 의무로, (a) 대금의 지급, (b) 물품이 인도되는 경우 그 물품의 수령, (c) 계약에 의해 요구되는 물품에 관한 서류나 표상 하는 서류의 수령의무를 규정하고 있다(제3:001조).

## (2) 대금의 지급

매수인의 대금지급의무는 그에 대한 조치 및 지급이 될 수 있도록 하는 수속에 응하는 매수인의 협력을 포함한다(제3:101조). 지급장소는 계약체결시의 채권자의 영업지가 되며, 대금이 특정통화로 명시되지 아니한 경우, 지급되기로 한 지역의 통화로 지급되어야 한다(제 3:102조).<sup>150)</sup> 대금이 물품의 무게에 따라 정해졌다면, 의심스러운 경우에는 純重量(net-weight)에 의해 정해진다(제3:103조<sup>151)</sup>).

## (3) 수령(Taking delivery)

매수인은 수령의무를 지는데, 이는 매도인이 인도의무를 행할 수 있게끔 하기 위하여 매수인에게 합리적으로 기대될 수 있었던 모든 행위를 행할 의무를 말한다(제3:201조).

매도인이 정해진 기일보다 전에 물품의 전부나 혹은 일부를 인도를 제공한다면, 매수인은 수령하던지, 혹은 그 제공의 수령이 불합리하게 매수인의 이익을 침해하지 않는 경우를 제외하고, 그 수령을 거절할 수 있게 하고 있다(제3:202조 제1항). 매도인이 계약으로 정한 양 보다 많은 양의 물품을 인도한다면, 매수인은 초과부분을 수령하거나, 혹은 그 전부나 초과부분의 수령을 거절할 수 있다(제2항). 전부나 초과부분을 수령한 매수인은 계약상의 비율로 지급하여야 한다(제3항).

150) Unidroit Principles 제6.1.10조(통화가 표시되지 않은 경우) 금전채무가 특정의 통화에 의해 표시되지 않은 경우, 지급은 지급장소의 통화로 행해져야 한다.

151) 제56조 CISG와 동일.

### 3. 부적합에 대한 구제수단

#### (1) 이행청구권

이 부분은 유럽적 내지 국제적 레벨에서의 상이한 해결책을 제시하는 규정이 있다. 매매법 초안에 대한 총칙 부분인 유럽계약법원칙은 불충분한 부분이 있다고 평가된다.<sup>152)</sup> 여기서는 추완(Nachbesserung)과 대체물급부(Ersatzlieferung)는 명시적으로 언급되지 않고, 다만 이행청구(specific performance)만을 규정하고 있다(제9장 제1절 제9:101조 - 제9:103조 PECL). 따라서 이를 명확히 하기 위해서 연구팀은 『추완』 개념을 도입하고 있다. 손해배상, 계약의 해소와 대금감액 등과 같은 문제에 대해서 유럽계약법원칙의 규정을 모델로 하고 있다.<sup>153)</sup> 소비재매매를 위해서는 1999년의 소비재매매지침이 따라야 할 지침을 제시하고 있다.

#### (2) 구제수단의 우선순위

유럽계약법원칙과는 달리 소비재매매지침은 UN 통일매매법과 같이 구제수단의 순위(Hierarchie)를 제시하고 있다. 연구팀은 비교법적 연구 및 경제성을 고려하여 우선순위를 도입하였다. 하자있는 인도의 고지 후 매도인에게는 항상 하자있는 물품의 추완권이나 대체인도권이 주어진다. 이 기본원칙은 매수인에 대한 상당성 테스트(Verhältnismässigkeitstest)에 의하여 제한된다. 이는 UN 통일매매법의 기초사상을 따른 것으로 설명된다.<sup>154)</sup> 추완 및 대체권 주장 후 계약해제, 대금감액 그리고 손해배상의 가능성이 뒤따른다.

---

152) Heutger, ERPL 2003, 167.

153) 제4:101조(유럽계약법원칙의 적용) 당사자 일방이 계약상의 의무를 행하지 않는다면, 이 장에 달리 규정된 경우는 제외하고, 상대방은 유럽계약법원칙의 제8장과 제9장에 규정하고 있는 구제수단을 행사할 수 있다.

154) Heutger, ERPL 2003, 168.

### (3) 추완(Nacherfüllung)

시간과 비용을 고려하여 추완에 있어서 소비재매매에 있어서와 기타의 매매에 있어서 서로 상이한 방법을 취하고 있다. 모든 경우에 있어서 추완과 대체인도가 가장 우선적 구제방법이다. 이 우선권은 비용과 편리함을 고려한 것으로 소비재매매지침에 따른 것이다. 이 구제수단의 우선과 그 인정은 여러 요건에 달려있다. 소비재매매에 있어서는 매매지침에 따라 추완과 대체인도에 대한 선택권을 매수인에게 주어진다고(제4:204조 제2항). 반면에 기타의 계약에 있어서는, 원하는 계약상태의 빠르고 만족스러운 형성을 가능하게 하기 위하여, 그 선택권은 매도인에게 주어진다.

### (4) 기준으로서의 「중요성」

선택권이 물품의 계약부적합성의 중대성 요구에 달려있다. 이 요구는 계약의 해소에 대한 조문에서 발견된다. 계약해소의 기초의 상이한 수준을 명백히 하기 위하여 서로 다른 개념을 도입하고 있다. 즉 소비재계약의 경우에는 적합성 결여가 사소하지 않을 것이 요구되는 반면에, 기타의 매매계약에 있어서는 “본질적 위반”(fundamental breach)이라는 보다 높은 수준이 요구된다.

제4:102조(본질적 불이행에 대한 계약의 해소)

(1) 유럽계약법원칙 제8:103조 (a)는,<sup>155)</sup> 채무에 대한 준수가 계약의

155) 제8:103조(본질적 불이행(Fundamental Non-Performance) 다음의 경우 채무의 불이행은 계약에 본질적이다:

- (a) 채무에 대한 엄격한 준수가 계약의 중심적인 의미를 지니는 경우,
- (b) 그 불이행으로 계약당사자가 계약을 통하여 기대하였던 바가 실질적으로 박탈된 경우. 다만 계약을 위반한 당사자가 그 결과를 예견치 못했거나 합리적으로 예견할 수 없었던 것인 경우에는 그러하지 아니하다.
- (c) 불이행이 고의적이고, 또 그 불이행으로 인하여 불이행 당한 당사자에게 상대방의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유가 된 경우.

중심적인 의미를 지니는 것으로 당사자들이 명시적으로 합의하였거나 혹은 제반사정에 비추어 명백한 경우에만 적용된다.

- (2) 소비재매매에 있어서는, 적합성 결여가 사소하지 않다면, 매수인은 어떠한 적합성 결여의 경우에도 본질적 불이행으로 계약을 해소할 수 있다.

#### (5) 손해배상청구권 및 대금감액권

물품이 계약에 적합하지 않은 경우 매도인은 이를 치유하여야 한다. 그러나 매도인이 하자제거의무를 행하지 않는다면, 매수인은 손해배상을 청구할 수 있다. 이 손해배상청구권은 매매대금감액권과 같이 유럽계약법원칙의 규정에 따른다(제4:201조).

계약의 해소로 추완과 대체인도와 비교하여 높은 비용이 요구될 것이며 또한 새로운 운송의 위험이 발생할 것이므로 해소의 수단은 가장 나중에 위치한다. 위에서 언급하였듯이 계약의 해소는 소비재매매에 있어서는 적합성 결여가 사소하지 않은 경우에 가능하다. 그 밖의 매매계약에 있어서는 이보다 높은 수준이 요구되어, 본질적 위반이 있어야 해소가 가능하다.

### 4. 위험의 이전

위험의 이전에 대한 제5장은 (대가)위험의 이전에 대한 일반규정으로 시작한다. 즉 위험이 매수인에게 이전된 후에는 물품에 대한 손실이나 손해는, 그 손실이나 손해가 매도인의 작위나 부작위(act or omission)에 기인하지 않는다면, 매수인으로 하여금 대금지급 의무를 면하게 하지 않는다. 손실이나 손해의 위험은 매수인이 계약에 따라 물품을 인수(take over)한 때, 혹은 면책사유없이 물품을 수령하지 아니한 때, 이전한다(제5:102조 및 제5:202조).

물품의 운송과 운송 중 매각된 경우를 다루는 특별규정을 두고 있다(제5:203조). 매도인이 특정지에서 물품을 인계할 의무가 없다면, 매매계약에 따라 물품을 매수인에게 전달하기 위하여 첫 운송인에게 넘겨준 때에 위험은 매수인에게 이전한다(동조 2항). 그러나 매도인이 특정지에서 운송인에게 물품을 인계할 의무가 있다면, 그 물품이 그 장소에서 운송인에게 넘겨질 때까지는 위험은 매수인에게 이전하지 않는다(동조 3항).

물품이 운송 중 매각된 경우, 물품이 첫 운송인에게 인계된 때에 위험은 매수인에게 이전한다(제5:204조 2항). 그러나 이 특별규정은 소비재매매에는 적용되지 않는다(동조 1항). 따라서 소비재매매에 있어서 위험은 언제나 물품이 매수인에게 인도된 때에 이전한다(제5:205조).

## 5. 보증(Guarantee)

2002년 6월 발렌시아에서의 조정위원회에서 처음으로 보증에 대한 규정이 제시되었다. 연구팀은 계약법의 영역을 넘어 경쟁법적 규정이 결부되었다. 당시의 초안에 따르면 보증을 하는 자(Garantiegeber)는 생산자 뿐만 아니라 매도인이나 운송인 혹은 기타의 운송기관이 될 수 있다.

이 당시에는 소비자에 대한 보증에 대한 규정은 강제력을 지니고 기타의 경우에는 임의규정으로 고안하고 있었다. 최종안에 있어서는 「소비재보증」(Consumer Goods Guarantees)<sup>156)</sup> 이름하에, 그 개념을 생산자나 혹은 영업과정의 마지막에 위치하는 자에 의하여, 또는 이 원칙과 유럽계약법원칙 제6:101조<sup>157)</sup>하의 매도인의 의무에 부가하여 매도인에

156) 2003년의 제12차 초안에서는 「제조자보증」(Product Guarantees)이라 칭하였다.

157) 제6:101조(계약상의 채무를 발생시키는 언명)

(1) 계약의 체결 전 또는 계약체결시에 일방당사자에 의해 행하여진 언명(statement)은, 상대방이 당해 사정 하에서 다음과 같은 사정을 포함을 고려할 때 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우에는, 계약상 의무의 발생으로 본다.

의하여, 소비자에게 주어진 제2항에서 규정된 형태의 보장(undertaking)을 의미한다고 정의 내리고 있다.<sup>158)</sup> 그리고 (a) 오용, 혹사 혹은 사고와 관계없이 물품이 특정의 기간 동안에 혹은 다른 방법으로 통상의 목적에 적합을 유지할 것이라던가, (b) 물품이 보증이나 부수적 광고에서 언급하고 있는 내역을 충족할 것이라던가, (c) 보증서에 언급된 조건에 따라, 물품의 교환, 보수, 대금의 상환 혹은 다른 구제수단이 주어질 것이라는 것이 보장(undertaking)될 수 있다(제6:101조).

보증서나 관련 광고에 반대의 규정이 있어도, 소비재보증은 승낙 없이 첫 매수인을 위하여 구속력을 가진다(제6:102조 1항).<sup>159)</sup> 보증서에 달리 명기되지 않았다면, 보증은 또한 그 보증기간 내에 물품의 모든 소유자를 위하여 승낙 없이 구속력을 가진다(동조 2항). 달리 합의하지 않았다면, 등록이나 구입 통지와 같은 형식적 요건의 보증 소지자(guarantee holder)에 의한 이행 여하를 조건으로 한다는 보증에서의 어떠한 요구도 효력이 없다(동조 3항).

소비재보증을 하는 자는, (a) 매수인은 보증에 의하여 영향을 받지

---

(a) 상대방에 대해 당해 언명의 현저한 중요성

(b) 그 당사자가 그 언명을 거래의 과정에서 행하였는지 여부

(c) 양당사자의 상대적인 전문지식

(2) 당사자 일방이 전문적 공급자(professional supplier)로서, 용역이나 물품 기타 재산의 질이나 이용에 관한 정보를, 그것의 판매활동이나 선전을 하는 과정에서 또는 다른 방식으로 계약을 체결하기 전에 제공하는 경우에는, 그 언명은 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주된다. 다만 상대방이, 그 언명이 정확하지 않다는 것을 알았거나 모를 수 없었음(could not have been unaware)이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 전문적 공급자를 위하여 용역, 물품 기타 재산을 판매 또는 선전하는 자 또는 거래상 연결관계에서 선행 위치에 있는 자에 의해 제공된 그러한 정보나 보장(undertaking)은 전문적 공급자 측에 계약상 의무를 발생시키는 것으로 간주된다. 다만 그가 그 정보나 보장을 알지 못하였고 또 그것을 알 이유가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

158) 12차 초안에서는 “[비용부담없이] [보험계약하에서와는 달리]”를 강조하고 있다.

159) 12차 초안에서는 제2:107조 PECL에 따른다는 점을 밝히고 있다.

제2:107조(승낙 없이 구속력을 가지는 약속) 승낙 없이 법적으로 구속력이 있는 것으로 의도된 약속은 구속력이 있다.

않는 법적 권리를 가진다는 점을 표명하는, (b) 보증하의 권리를 주장하기 위하여 필요한 본질적인 모든 사항, 특히 보증인의 성명과 주소, 통지되어야 하는 자의 성명과 주소와 통지될 절차를 적은, (c) 적합성 규정과 비교하여 매수인을 위하여 보증의 이점을 지적한, (d) 단순하고, 알기 쉬운 언어로 기초된, 그리고 (e) 그 물품이 제안된 것과 같은 언어로 기초된, 보증서를 매수인에게 제공하여야 한다(6:103조 제1항). 또 소비재보증서는 서면으로 또는 매수인이 이용하거나 접근할 수 있는 내구적 매체에 하여야 한다(제2항). 다만 보증의 유효성은 제1항과 제2항의 요건의 위반에 의해 영향을 받지 않으며, 따라서 보증 소지자(=피보증인)는 여전히 보증을 주장할 수 있고 이에 기해 지급할 것을 요구할 수 있다(제3항). 제1항과 제2항의 요건이 위반되었다면 매수인은, 이용될 수 있는 손해배상에 대한 권리가 침해됨이 없이, 보증인에게 이들 요건에 합치하는 보증서의 제공을 요구할 수 있다(제4항).<sup>160)</sup>

보증서가 달리 명기하지 않는다면, 보증 기간은 5년 또는 물품의 예상 수명 중 더 짧은 것으로 한다(제6:104조 1항).

소비자가 보증에 의하여 보장되는 기간 내에 소비재보증을 주장한 경우, (c) 물품이 보증서나 관련 선전에 명기된 설명내역을 충족하고, 그리고 (d) 물품에 대한 손상이나 멸실은 오용, 혹사, 사고, 유지의 실패 또는 보증인이 책임지지 않는 그 밖의 원인에 기인한다는 점에 대한 입증책임은 보증인이 진다(제6:107조). 이는 보증서에 달리 정할 수 없다.

보증에 의거하여 물품에 결함 또는 멸실이 치유된다면, 보증은 보증 소지자가 그 결함이나 멸실로 인하여 물품을 사용할 수 없었던 기간 만큼 연장된다(제6:108조).

160) 이를 제12차 초안에서는 『특정이행』(specific performance)이라 부언하고 있다.

## 제 5 절 전 망

대부분의 EU 회원국은 통일된 통화를 사용하고 있다. 이 화폐의 통일화는 국경을 넘는 매매를 수월하게 한다. 따라서 매매법을 유럽적으로 만드는, 유럽 공통적인 매매법을 창설이 필요한 때로 학자들은 보고 있다. 통일된 유럽매매법의 현실화가 단기간에 이루어 질 것으로는 예견되지는 않는다. 이를 위해 우트레히트 팀의 매매법 초안은 그 기초작업으로 앞으로의 연구에 기여할 것으로 평가된다. 이 초안은 가까운 시일에 비교법적 주석이 붙은 단행본으로 출간된다고 한다 (“The Principles of European Sales Law”). 그 예정이 2004년 말이었으나, 그 사이 10여 개국이 새로이 회원국이 되어 그 연구의 범위가 넓어져 지체되고 있다.

2003년 2월 유럽위원회는 유럽계약법에 관한 활동계획(Action Plan on a more coherent European Contract Law)을 채택하여 유럽계약법의 장래의 전망에 대한 반영 및 지속적인 논의를 전개시켰다.<sup>161)</sup> 유럽공동체법의 개선을 통하여 공동체법의 통일적인 적용과 국경을 넘는 거래의 원활한 작동을 촉진시키고, 결과적으로 역내시장을 완전하게 하기 위하여 공통의 기준틀(common frame of reference)을 제안하고 있다. 매매법연구팀의 연구 작업은 이 활동계약에서 설정하고 있는 목표와 밀접하게 관련을 갖고 있다. 따라서 매매법연구팀의 제안은 계약법에 대한 통일된 용어와 규범의 틀을 제시함으로써 공동체법의 통일성을 증진시킬 수 있을 것이다. 또 이는 유럽차원에서의 「선택적 구속력이 있는 통일된 규범」(optional instrument)을 제시하는 것이 될 것이다.<sup>162)</sup>

161) [http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003\\_0068en01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0068en01.pdf). 이 내용에 대해서는 V.Heutger, Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht, Jusletter, 17 February 2003, <<http://www.jusletter.ch>> 참조.

162) 이러한 전망에 대해서는, V.Heutger, Steps towards a European Sales Law, Electronic Journal of Comparative Law, 2003/12, <<http://www.ejcl.org/ejcl/75/art75-3.html>> 참조.

## 제 6 장 유럽계약법전 예비안

### 제 1 절 유럽사법학원

유럽私法學院(Académie des Privatistes Européens: Academy of European Private Lawyers)은 1988년 베네치아에서 열린 “이탈리아 사법학자 대회”에서 주세페 간돌피(Giuseppe Gandolfi)교수가 유럽계약법전의 제정을 처음 제안한 것을 계기로 하여, 2년 뒤 1990년 10월 파비아(Pavia) 대학에서 개최된 “장래의 유럽계약법전”이라는 주제의 학회에서 결성되었다.<sup>163)</sup> Gandolfi 그룹은 유럽연합에 적용될 수 있는 통일된 契約法典(案)을 만드는 것을 그 설립목적으로 한다. Gandolfi그룹이 구상하는 통일계약법전은 종래의 사법통일연구팀들이 기획하는 原則이나 리스테이트먼트식 또는 모범법(Modellgesetz)으로서의 성문화가 아니라, 실정법형태(das Gesetz in positiv-rechtlicher Form)의 유럽계약법전이다.<sup>164)</sup>

유럽사법학원은 모든 유럽공동체 국가 및 스위스의 법학자들로 이루어져 있다. 총 85명의 사법학자로 구성된 법학원은 Gandolfi가 중심역할을 한다. 법학원의 작업방법은 다음과 같다. 우선 두 종류의 설문지에 대하여<sup>165)</sup> 각국의 회원들이 자국법에 기초한 답변형식의 보고서를 제출하면, 각국의 연구팀들이 이에 관하여 토론을 거쳐 보고서를 작성하고, 이를 법학원의 좌장인 Gandolfi교수가 총괄적으로 수렴하였다.

법학원은 법안작업에 있어서 다음 두 가지를 주로 참고하였는데, 하나는 1942년 제정된 이탈리아 민법전(Codie civile) 제4권[채권]의 제1

163) 이를 『Gandolfi그룹』 또는 『Pavia그룹』이라고도 부른다. Gandolfi교수 주도의 프로젝트를 일명 Avant-Project라고 부르기도 한다.

164) Giuseppe Gandolfi, Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 1992, S. 1.

165) 첫 번째 설문은 이태리 민법(codice Civile)과 자국법규정, 그리고 McGregor의 계약법안과 자국법규정과의 비교를 묻는 것이고, 두 번째 설문지는 Cian이 작성한 일련의 先決問題를 묻는 것으로 구성되어 있다.

편(채권일반)과 제2편(계약일반)이고, 다른 하나는 1960년대 영국법률 협회(English Law Commission)의 위탁을 받아 계약법에 관한 영국의 코멘토를 입법화하였던 Harvey McGregor의 契約法案(Contract Code)이다.<sup>166)</sup> 독일법과 프랑스법의 합성물인 이탈리아 민법전을 가교적 역할을 위해 선택되었다고 한다. 영국의 계약법전은 영국과 스코틀랜드 법을 기술하면서 common law의 성문화의 초안이라는 점에서 의미가 있었기 때문이다. 두 법외에 EU 국가와 스위스의 사법도 고려의 대상으로 포함시켰다. 그 중 특히 독일과 프랑스의 민법에 논의에 있어서 중요한 역할을 하였다고 한다. UN 통일매매법(CISG), Unidroit의 상사 계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)과 Lando의 유럽계약법원칙도 참고하였다. 그 작업의 결과로 법학원은 2001년 『유럽계약법전(Code européen des contrats) 예비안(Livre Premier)』 제1편을 발표하였다. 그 내용은 계약총론에 해당한다. 법학원은 현재 계약각론과 계약외책임에 관한 제2편의 간행을 준비하고 있다고 한다.

## 제 2 절 예비안 내용<sup>167)</sup>

### 1. 제 1 장 통 칙

유럽계약법전 예비안은 제1장의 통칙 편에는 5개의 조문을 두고 있다.

제1조는 계약에 대한 정의로, 법률관계를 창설, 규율, 변경 혹은 소멸시킴을 목적으로 하는 둘 이상의 합의를 말한다고 한다. 계약의 자유를 강조하고 있는데, 유럽공동체법 또는 유럽연합 회원국의 국내법

166) Harvey McGregor, Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission, Milano 1993.

167) 본 절에서의 기술은 주로 예비안의 국문번역본인 양창수·김형석, “유럽계약법전 예비안(파비안 草案) 제1부(I), (II), (III)”, 『法學』 제45권 제3호 505-528, 제45권 제4호 518-546, 제46권 제1호 598-628 및 독일어 번역본인 Martin Schermaier/Reiner Schulze, Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler Europäisches Vertragsgesetzbuch, ZEuP 2002, 139 - 172, 365 - 394에 의존하여 정리하였음.

이 정하는 바의 강행규정, 선량한 풍속 및 사회질서의 제한 내에서 계약의 내용을 자유롭게 정할 수 있다(제2조). 행위능력을 정하고 있는데, 18세 이상의 자연인은 계약을 체결할 수 있고, 이에 달하지 못한 미성년자의 계약은 취소할 수 있다(제5조 1항 및 2항). 계약의 본질적 요소로 당사자들의 합의 및 내용으로 정하고 있다(동조 3항). 불요식 계약을 원칙적 모습으로 한다(동조 4항).

## 2. 제 2 장 계약의 체결

### (1) 계약 교섭

#### 1) 성실의무

유럽계약법전 예비안은 계약의 교섭에 관한 제1절에서는 당사자는 계약의 체결을 위해 자유롭게 교섭할 수 있고, 계약이 성립하지 아니한 경우에 책임을 지지 않는다고 당사자의 교섭자유를 원칙으로 선언한다. 즉 각 당사자는 계약을 체결을 목표로 자유롭게 교섭할 수 있고, 계약이 성립하지 아니한 경우에 어떠한 책임도 지지 아니한다(제6조 1항). 다만 그 행태가 신의칙에 반하는 때에는 그러하지 아니한다. 계약을 체결할 의도 없이 교섭을 시작하거나 계속한 당사자는 신의칙에 반하여 행위를 한 것이다(동조 2항). 또 교섭의 과정에서 당사자들이 계약의 본질적 요소를 이미 검토하여 그것이 성립할 것으로 예견됨에도, 계약의 체결에 관한 합리적인 신뢰를 상대방에게 불러일으킨 당사자가 정당한 이유 없이 교섭을 중단한 경우에는, 신의칙에 반하여 행위를 한 것이다. 신의칙에 반하여 행위를 한 당사자는 상대방이 교섭과정에서 계약 체결을 고려하여 지출한 비용 및 진행 중이던 교섭으로 말미암아 유사한 기회를 상실함으로써 인한 손실의 한도에서 그가 입은 손해를 배상하여야 한다.

## 2) 고지의무

교섭 과정에서 각 당사자는, 상대방으로 하여금 계약의 유효성 및 계약의 체결에 영향을 미칠 수 있는 사실적 내지 법적 사정에 대해 상대방에게 고지할 의무가 부과한다(제7조 1항). 이 의무위반의 경우 손해배상의무를 진다.

## 3) 비밀유지의무

교섭 과정에서 취득한 내밀한 정보를 신중하게 사용하여야 할 의무를 지며, 이 의무위반의 경우 손해배상 외에 그 내밀한 정보로부터 부당한 이득을 취한 경우에 이득의 상환을 명하고 있다(제8조).

### (2) 계약의 체결

계약 체결에 관한 유럽계약법전 예비안 제2장 2절의 내용은 독일법과는 다르지만, 유엔 통일매매법(제14조, 제15조) 및 Unidroit 원칙(제 2.2조)과 기본적 태도를 같이 한다.

#### 1) 청 약

먼저 구두 청약과 서면 청약을 나누어 규정하고 있다: 구두의 청약은 원칙적으로 승낙이 지체 없이 행해져야 하고, 계약은 청약자가 승낙을 인식하였거나 인식한 것으로 간주되는 시점에 체결된다(제11조). 반면에 계약은 청약자가 승낙을 인식하였거나 인식한 것으로 간주되는 시점에 계약이 체결되는 점은 서면의 청약이 이루어진 경우에도 그러하다(제12조 1항). 청약이 다수의 특정인에게 행해진 경우, 청약자가 그 중 1인의 승낙을 인식하였거나 인식한 것으로 간주되는 시점에 계약은 체결된다(동조 2항). 불특정 다수에 대한 청약은, 체결하려는 계약의 본질적 내용을 충족하고 있는 경우에는, 청약으로서 효력이 있다. 다만 제반사정 또는 관행에 의하여 그렇게 볼 수 없는 경우에

는 그러하지 아니한다(제22조 1항). 불특정 다수에 대한 청약과 동일하거나 동등의 방법으로 행하여진 철회는, 이를 인식하지 못한 사람에게 대하여도 효력이 있다(동조 2항).

제13조는 청약과 청약의 유인을 구별하여 정의를 내리고 있다. 즉 계약의 체결을 목적으로 하는 의사표시가 체결되는 계약의 모든 내용을 포함하거나 그 내용을 정하기에 충분한 표지를 포함하고 있어서 단순한 승낙의 대상이 될 수 있고, 또한 그것이 적어도 목시적으로 청약자가 승낙에 구속되겠다는 의사의 표시를 청약이라 한다. 이 요건을 충족하지 못하거나, 불특정인에 대한 표시는 원칙적으로 청약으로 인정되지 아니하고 청약의 유인이 된다(동조 2항).

특히 예비안은 청약의 회수(Rücknahe)와 철회(Widerruf)를 구별한다: 청약은 상대방에게 도달하지 않는 한 효력이 없으며, 원칙적으로 그 도달 시까지는 회수할 수 있다(제14조 1항).<sup>168)</sup> 상대방에 도달한 청약은 회수, 거절 또는 소멸할 때까지 효력을 유지한다(동조 2항). 청약은 상대방이 승낙을 발송하지 아니하고 있는 동안에는 이를 철회할 수 있다(제15조 1항). 청약은 그 상대방의 거절의 의사표시가 청약자에게 도달한 순간 효력을 상실한다(동조 2항). 승낙기간의 도과로, 그리고 승낙기간이 정하여지지 아니한 경우에는, 거래의 성질 및 관행 나아가 사용되는 통신수단의 신속성을 고려하여 합리적으로 생각되는 일정한 기간의 도과로 청약은 효력을 상실한다(동조 3항).

## 2) 승낙

승낙은 청약에 합치하여 계약을 체결하고자 하는 의사를 명확하게 나타내는 표시행위 또는 행태에 의하여 행해진다(제16조 1항). 승낙은

168) 그러나 양창수·김형석, “유럽계약법전 예비안(파비안 草案) 및 독일어 번역본인 Martin Schermaier/Reiner Schulze, Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler Europäisches Vertragsgesetzbuch, ZEuP 2002, 139에서는 이를 구별하지 않고 양자를 모두 ‘철회(Widerruf)’로 옹기고 있다.

청약자가 이를 인식한 때로부터 효력이 발생한다(동조 2항). 침묵이나 무반응은 원칙적으로 승낙으로 되지 않지만, 당사자들이 그렇게 정하거나 당사자들 사이의 관계, 제반사정 또는 관행으로부터 그와 같이 추단될 수 있는 경우나 청약이 오로지 청약자의 채무만을 발생시키는 계약을 체결하려는 것인 경우는 승낙으로 인정된다(동조 3항). 정해진 승낙기간이 도과한 후에 청약자가 승낙을 인식한 경우 또는 청약에 정해진 방식이나 내용에 합치하지 아니하는 승낙이 있는 경우에도, 이를 상대방에게 확인한 때에는 계약이 성립한 것으로 간주할 수 있다(동조 5항). 승낙이 청약과 다른 내용을 포함하고 있으나, 그것이 법률관계의 사소한 사항에 관한 것이어서 중요한 변경에 해당하지 아니하는 경우에는, 청약자가 그 변경에 대하여 즉시 이의를 제기하지 아니한 때는, 승낙에 따른 내용으로 계약이 성립한 것으로 본다(동조 7항).

청약자 또는 그 상대방이 사망하거나 행위무능력이 된 경우에도 청약 또는 승낙은 효력을 잃지 않는다(제18조 1항). 다만 거래의 성질이나 제반사정에 비추어 달리 해석되는 경우에는 그러하지 아니한다(동조 2항).

### 3) 인식의 간주 및 추단적 행위

청약, 승낙, 청약이나 승낙의 철회 및 기타의 의사표시는 상대방에게 구두로 전달되거나 그 의사표시를 담은 서면이 직접 전달되거나 그의 영업소의 소재지, 근무지, 우편물 수령지, 상거소 또는 그가 선택한 주소에 도달한 시점에 상대방이 인식한 것으로 간주된다(제21조 1항). 상대방은 자신의 과실 없이 해당 의사표시를 인식할 수 없었음을 입증할 수 있다(동조 2항).

계약은, 그 동안의 합의와 계약관계, 가격목록의 송부, 공개적 청약, 법률, 법령 및 관행을 고려할 때, 계약의 모든 구성요소를 인정할 수 있는 추단적 행태에 의하여 체결될 수 있다(제24조).

### 3. 제 3 장 계약의 내용

먼저 계약의 내용에 관한 요건으로 내용의 유용성, 가능성, 적법성 그리고 확정성을 들고 있다(제25조 및 제26조 - 31조). 계약의 내용은 당사자의 이익에 부합하는 한 그것이 재산적 이익이 아니더라도 유용한 것이다(유용성, 제26조). 계약의 내용은 추구하는 목적의 실현을 절대적으로 저지하는 객관적 장애사유가 없어서 계약이 이행될 수 있는 것이어야 한다(가능성, 제27조). 계약의 내용은 본 법전, 유럽공동체법, 각국의 국내법의 공서양속에 반하지 않아야 한다(적법성, 제30조 1항). 예비안은 “일방당사자가 상대방의 위험, 판단력과 의지력의 결여, 무경험, 경제적 혹은 정신적인 종속의 상태를 이용하여 자신이 약속하거나 공여하는 반대급부와 면백하게 불균형한 급부 또는 기타의 재산적 이익을 약속하게 하거나 공여하게 하는 계약은 취소될 수 있다고 정한다(동조 3항).

목시적 계약내용을 규정하고 있다(제32조 1항). 즉 당사자들이 합의한 조항이 있더라도 이에 갈음하는 본 법전, 유럽공동체법, 각국의 국내법의 강행규정, 신의성실의 의무에서 도출되는 내용, 그 동안의 거래관계, 교섭, 제반사정, 일반적 관행 및 지역의 관행을 고려할 때 당사자들이 목시적으로 의욕하였다고 보이는 내용, 계약이 당사자들이 의욕한 효과를 발생할 수 있기 위하여 필요하다고 보이는 내용은 계약의 내용이 된다. 당사자가 교섭 중이나 계약체결시에 사실적 또는 법적인 상태나 기대, 계약의 대상, 내용 및 목적에 관하여 상대방에 대하여 행한 언명은 당사자들 사이에 효력을 가진다(동조 2항). 국제 내지 대륙 간 계약(internationalen/interkontinentalen Verträge)에 있어서는, 다른 합의가 없는 한, 당사자들은 동일한 영업부문에서 동일한 유형의 계약에 대하여 일반적으로 통용되는 관행으로, 그들이 알았거나

알았어야 하는 것이 그들 사이의 거래관계에도 적용되는 것으로 묵시적으로 합의한 것으로 추정된다(동조 3항).

다수의 특정 계약관계를 동일하게 규율할 목적으로 일방당사자에 의하여 마련된 보통거래약관은, 상대방이 이를 인식하였거나 통상의 주의를 기울였다면 인식하였어야 하는 경우에는, 상대방에 대하여 효력이 있다. 그러나 당사자들이 이와 달리 정할 수 있고, 본 법전, 유럽공동체법, 각국의 국내법의 규정에 의해 부당한 것으로(*abusif/missbräuchlich*) 평가되는 경우에는 그러하지 아니한다(제33조).

#### 4. 제 4 장 계약의 방식

먼저 계약체결에 특별한 방식이 정해져 있는 경우, 그 위반은 계약을 무효로 만든다(제34조 1항). 계약의 목적물을 실제로 인도함으로써 체결되는 요물계약을 인정한다(동조 2항). 부동산소유권의 이전, 부동산 물권의 이전이나 창설을 목적으로 하는 계약은 공정증서(*öffentliche Urkunde*)나 또는 사서증서(*privatschriftlich*)로 행하여지지 아니하면 무효로 한다(제35조 1항). 다만 부동산소재지에 적용되는 국내법에 달리 정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하며(동조 2항), 국내법에 관한 부동산 규율은 위의 내용에 영향을 받지 아니한다고 정한다(동조 3항). 계약의 입증을 위하여 특별한 방식이 요구되는 경우에, 계약의 유효한 체결은 그 방식에 부합하는 서면에 의하여 인정되어야 한다. 당사자들이 계약 체결의 의사를 표시한 시점에 그러한 서면이 존재하지 아니하였던 경우에도 그러하다(제36조 1항). 가액이 일정액(5천 유로) 이상인 계약을 입증하기 위해서는 서면방식이 요구된다(동조 2항). 이를 제3자에 대항하기 위해서는 그 문서에 확정일자가 있어야 하는데, 제3자가 그 일자를 알았던 것이 입증된 경우에는 그러하지 아니한다(동조 2항).

당사자들이 장래의 계약체결을 위하여 일정한 방식에 의하도록 서면으로 약정한 경우에 그 방식은 계약의 효력 요건으로 의욕된 것으로 추정된다(제37조). 다수의 특정 계약관계를 통일적인 방식으로 규율할 목적으로 사전에 인쇄되었거나 다른 방식으로 준비된 서식에 서명을 함으로써 체결되는 계약에서, 그 서식에 추가된 조항은 그와 다른 내용을 가지는 서식상의 조항에 우선하며, 이는 그 조항이 삭제되지 아니한 경우에도 그러하다(제38조).

## 5. 제 5 장 계약의 해석

### (1) 해석의 기본원칙

계약상 의사표시가 계약당사자의 의도를 명확하고 분명하게 나타내는 때는, 계약의 내용은 계약 문언 전체를 고려하고 상이한 조항들을 서로 조화시키면서, 그 문자적 의미에 따라 정해져야 한다(제39조 1항). 계약당사자들이 사용된 용어에 부여하기로 명시적으로 의욕한 의미, 또 그것이 없는 경우에는 용어의 기술적 의미 또는 계약의 성질에 상응하는 상사관행에서 통용되는 의미가 그 용어의 통상적 의미에 우선한다(동조 2항). 계약 문언을 전체적으로 검토하여도 그에 대한 의문이 제거되지 아니하는 경우에는, 계약의 문언은 당사자들에 관련한 계약 외적인 사정도 고려하여 확인될 수 있는 계약당사자들의 공통의 의도에 부합하도록 해석하여야 한다. 이는 그 의문이 당사자들이 계약 후에 행하였고 또 계약의 문언에 어느 정도는 부합하는 의사표시나 행태에 비추어 발생하는 경우에도 그러하다(동조 3항).

### (2) 애매한 표현에 대한 해석

위에 언급한 해석에도 불구하고, 계약당사자들이 사용한 표현에 명확한 의미를 부여할 수 없는 경우에, 의심스러운 경우에는 ① 각 조

항은 효과가 주어지지 않는 의미보다는 일정한 효과를 부여하는 의미로, ② 계약당사자 일방에 의해 마련된 조항으로 교섭의 대상이 되지 아니하였던 것은 그 작성자에게 불리하게 해석되어야 한다(제40조).

### (3) 모호한 표현에 대한 해석

위와 같은 규정의 취지에 따른 해석에도 불구하고 모호한 경우 유상계약은 당사자들의 이해관계를 공정하게 고려하여 해석되어야 한다(제41조).

## 6. 제 6 장 계약의 효과

### (1) 효 과

#### 1) 일반적 효과

총칙 편에 당사자들 사이에 계약은 법률과 같은 효력을 지닌다고 하면서, 계약은 당사자들이 상호 합의 또는 본 법전에 의거한 각국의 국내법 또는 유럽공동체법의 규정에 따른 변경, 재협상, 해소될 수 있다(제42조, 제43조). 계약의 효과는, 당사자들 사이의 합의뿐만 아니라 본 법전의 규정, 각국의 국내법, 유럽공동체법 외에 거래관행 및 「신의성실 및 공평성(Treu und Glauben und Billigkeit<sup>169</sup>)」으로부터 발생한다고 규정한다(제44조).

#### 2) 채권적 효과

계약으로부터 주는 채무, 하는 채무 또는 하지 않는 채무의 발생을 인정한다(제45조 1항). 특정물을 인도하는 채무는 인도 시까지 물건을

169) 영문으로는 ‘fairness(혹은 equity)’로 될 수 있을 것이다. 따라서 공정성 내지 형평(성)으로도 번역할 수 있을 것이다.

보관할 의무 및 계약체결시의 물건의 현상을 유지하고 보존하는데 필요한 모든 조치를 취할 의무를 포함한다(동조 2항 전문). 이는 채권자측의 협조의무의 이행여부에 관계없으며, 우연이나 불가항력(höhere Gewalt)으로 물건이 멸실하거나 손괴된 경우에는 그러하지 아니한다(동조 2항 후문).

인도하여야 할 물건의 종류만이 정해진 경우에는 동일한 종류로서 중등 이상의 품질의 물건이 채무의 목적물인 것으로 본다(동조 4항).

일방당사자가 상대방의 규정에 반하는 행태로 권리가 침해당할 위험이 있는 경우, 이행기 전이라도 법원에 금지나 특정이행을 명하는 처분을 청구할 수 있다(동조 5항, 제172조). 제3자가 일정한 행위를 하거나 제3자가 채무인수를 하는 것을 약속한 자는 그 제3자가 채무의 부담을 거부하거나 약속한 행위를 하지 않는 경우, 어떠한 사실이나 상황이 야기되었거나 야기될 것을 명확하게 표명한 자도 그것이 그러하지 않았다면, 상대방에게 손해배상 의무를 인정하는 규정을 두고 있다(동조 6, 7항).

### 3) 물권적 효과

다른 약정이 없는 한, 동산 소유권의 이전 또는 동산 물권의 설정이나 이전을 목적으로 하여 체결된 계약은, 그 물건이 채권자, 채권자에 의하여 물건의 수령을 위탁받은 자 또는 합의에 의해 인도의무가 있는 운송인에게 인도되는 시점부터 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에 대하여도 물권적 효과를 발생시킨다(제46조 1항). 인도와 위험의 이전 시기를 같이 한다: 물건의 멸실이나 손괴의 위험은 채권자 등 앞에서 언급한 자에게 인도되는 시점부터 채권자에게 이전한다(동조 4항). 동산에 대한 선의취득을 인정한다. 즉 계약에 기하여 동산 소유권 또는 동산 물권을 양도하는 자가 그 소유자나 권리자가 아니었어도, 상대방이 선의이면, 그는 소유자 또는 물권의 권리자가 된다(동조 2항).

순차적 계약을 통해 물건의 소유권 등의 물권이 다수의 자에게 이전되면서, 당시 물건의 취득을 위해 인도(Übergabe)가 요구된다는 점을 약정에 의해 배제한 경우, 선의로 실제적 점유를 취득한 자를 소유자로 본다(제47조 1항). 그러나 (인적)용익권이 순차적 계약에 의해 여러 사람을 위해 설정된 경우, 용익권은 그 권리를 가장 먼저 취득한 자를 위해 성립한다. 용익권을 취득한 자가 없는 경우에는, 앞선 날짜의 권원을 가지고 있음을 증명한 자가 우선한다(동조 2항).

양수한 물건을 양도하지 않겠다는 일방 당사자의 의무는, 제3취득자의 선의 또는 악의와 관계없이, 계약당사자들 사이에서만 효과가 있다. 그러한 의무가 합리적 기간 내로 제한되어 있지 아니하고 양도인의 정당한 이해관계에 부합하지 아니하는 경우에는, 그 약정은 효력이 없다(제48조 1항).

## (2) 부관에 의한 법률효과

### 1) 조 건

예비안은 당사자들이 장래의 불확실한 사건이 발생하는지의 여부에 따라 계약의 효력이 발생함을 약정할 수 있고(정지조건), 이 경우 계약은 그 조건이 성취한 때로부터 효력이 발생한다(제49조). 당사자들이 장래의 불확실한 사건이 발생하는지의 여부에 따라 계약의 효력이 소멸함을 약정(해제조건)할 수 있다(제50조). 이 경우 조건 성취의 효력은 당사자들이 이를 약정한 경우에만 계약 체결 시로 소급한다.

채무를 부담하였거나 물권을 설정하였거나 이전한 당사자는 조건이 성취되지 아니한 동안 신의칙에 좇아 상대방의 권리를 침해하지 아니하도록 행위를 하여야 한다(제51조). 그 침해가 있는 경우 상대방은 손해배상의 권리 외에 금지명령 등 보전처분 등을 청구할 수 있다. 불법조건과 불능조건이 붙은 계약은 무효이다(제52조). 그 성취가 오로

지 일방 당사자의 의사에 달린 정지조건(단순수의조건)이 붙은 계약은 무효이다(제54조).

## 2) 기간의 계산

시거나 종기가 확정된 일자 또는 장래의 사건에 의하여 정하여지지 아니하고 당사자들이 일수, 월수, 년수에 따른 기간으로 정한 경우에는, ① 당사자들이 지시한 기간의 초일은 산입하지 아니하고, ② 월수는 각 월의 일수와 상관없이 첫 달의 해당 날짜와 일치하는 날짜를 기준으로 계산하며, ③ 기간이 년수로 지시되어 있는 경우에는, 첫 해의 해당 월일과 일치하는 날짜를 기준으로 한다(제58조).

## (3) 대 리

예비안은, 유럽계약법원칙에서 대리에 관해 하나의 장을 두고 있는 것과는 달리, 제6장 계약의 효과 중 하나의 절(제3절 대리)을 두고 있다.

### 1) 대리관계

먼저 대리에 대한 일반적 개념을 해당하는 조문을 두고 있다(제60조): 본인으로부터 그의 이름으로 그리고 그의 계산 아래 행위를 할 권한을 얻은 자(대리인)가 체결한 계약은, 그 대리인이 자신에게 부여된 권한 내에서 행위를 하였고 계약을 체결한 제3자가 대리관계를 인식하고 있었던 경우에는 직접 본인에 대하여 효력을 발생시킨다. 타인을 대리할 권한은 서면 또는 구두의 의사표시로 직접 대리인에게 또는 그의 계약 상대방에게 이를 수여할 수 있다(제62조 1항). 대리권 수여의 철회가 가능하지만, 그 철회의 의사표시는 본인이 철회가능성을 명시적으로 배제한 경우에는 효력이 없다(제63조 1항 전문). 다만 제3자가 그 철회할 수 없음을 과실 없이 알지 못함으로써 입은 손해의 배상에는 영향을 미치지 아니한다(동항 후문). 대리권이 대리인 또

는 제3자의 이익을 위하여도 수여된 경우에는, 대리권의 수여는 그 이해관계인의 동의가 없거나 혹은 정당한 이유가 없다면, 이를 철회할 수 없다(동조 2항). 대리권의 철회 또는 대리할 권한범위의 변경은, 대리인이 교섭하였거나 교섭할 수 있는 제3자가 이를 알지 못한 경우 또는 그 제3자가 계약체결시에 이를 알았음을 입증하지 못하는 경우에는, 효력이 없다. 본인이 수여한 대리권이 기타의 사유로 소멸하였다는 사정은 과실 없이 이를 알지 못하는 제3자에게 대항할 수 없다(동조 4항). 대리인에게는 행위능력을 요한다(제66조). 대리인에 의하여 체결된 계약은 대리인의 의사에 하자가 있었던 경우에는 취소할 수 있다. 그 흠결이 본인이 사전에 지시한 사항에 관한 것인 때에는, 본인의 의사에 하자가 있었던 경우에 취소될 수 있다(제67조 1항). 선의나 악의, 어떠한 사정에 대한 인식 여부가 문제로 되는 경우, 대리인이 기준이 된다. 다만 본인이 사전에 지시한 사항에 관하여는 그러하지 아니한다(동조 2항). 어떠한 경우에도 악의의 본인은 대리인의 부지 또는 선의를 주장할 수 없다(동조 3항).

## 2) 자기계약 및 이익의 충돌

자기의 계약 아래 또는 다른 계약당사자의 대리인으로 대리인이 자기 자신과 체결한 계약은 본인에 의해 취소될 수 있다. 다만 본인이 명시적으로 이에 동의한 경우 또는 계약의 내용이 어떠한 이익충돌의 가능성도 배제하는 경우에는 그러하지 아니한다(제68조 1, 2항). 본인의 이익과 충돌하는 대리인이 체결한 계약은 제3자가 그 충돌을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인의 제안에 의하여 취소될 수 있다(동조 3항).

## 3) 표견대리, 무권대리

타인의 이름으로 그리고 타인의 이익으로 행위를 할 권한이 없는 자가, 제3자로 하여금 그가 그러한 권한을 가지고 있다고 합리적으로

믿게 함으로써, 제3자가 계약을 체결하기에 이르도록 한 경우에는, 계약은 (표견)본인과 상대방 사이에 유효하게 체결된다(제61조).

대리인의 자격으로 대리권 없이 또는 자신에게 수여된 대리권의 범위를 넘어 계약을 체결한 자는, 계약상대방인 제3자가 본인과 유효한 계약을 체결하였다고 선의로 믿었음으로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다(제64조 1항). 제3자가 무권대리인에 대하여 계약의 이행을 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있는데, 손해배상은 피해자의 선택에 좇아 대리인에게 대리권이 있었다면 발생하지 아니하였을 손해나 또는 대리인이 대리권이 있다고 잘못 표시하지 아니하였다면 발생하지 아니하였을 손해를 그 내용으로 한다(동조 2항).

본인은 상당한 기간 내에 무권대리행위를 제3자에게 추인 할 수 있다. 제3자는 본인에게 일정한 기간을 정하여 추인 여부에 대한 최고권을 갖는다. 확답이 없이 그 기간을 도과하면 추인을 거절한 것으로 본다(제65조 1항). 추인은 소급효를 지니나, 선의의 제3자의 권리에는 영향을 미치지 않는다(동조 2항). 추인권의 상속이 인정된다(동조 3항).

#### 4) 기업의 지배인과 사용인

기업 또는 그 영업장소에 관하여 지속적 위임을 받은 자로서, 그 자격에서 제3자와 계약을 체결한 자는, 그 영역에서 상응하는 업무를 수행하는 자가 체결할 수 있는 기업의 업무에 관한 계약을 그 기업의 이름으로 그 기업의 계산 하에 체결할 권한이 있는 것으로 본다(제69조 1항). 위에서 정하여진 자의 사용인(die Angestellte)으로서 제3자와 계약을 체결한 자는 자신이 직접 인도하고 그 반대급부를 수령하는 물건에 관하여 계약을 체결할 권한이 있는 것으로 본다(동조 2항). 다만 그가 업무를 수행하는 장소에 반대급부의 수령을 담당하는 자가 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

#### (4) 제3자를 위한 계약

제3자에게 권리를 부여하며, 그 권리를 만족시킬 의무를 부담하는 계약을 인정한다(제72조). 계약 체결시점에 제3자가 특정되거나 존재를 요하지 아니한다(동조 2항). 다른 약적이 없는 한, 제3수익자는 계약 체결의 효력으로 낙약자에 대한 권리를 취득하며, 그의 승낙은 요하지 아니한다. 다만 그는 이를 거절할 수 있는데, 이 경우 낙약자는 제3수익자를 위해서가 아니라 요약자를 위하여 이행할 의무가 있다. 그러나 당사자들의 의사 또는 거래의 성질에 따라 그와 달리 해석되는 경우에는 그러하지 아니한다. 수익자가 그 계약에 의하여 그에게 부여된 권리를 행사할 의사를 표시하지 않는 동안은, 계약당사자들은 합의로 계약을 변경하거나 해소할 수 있다(동조 4항).

요약자가 낙약자에 대하여 계약상 채무를 이행하는 것이 수익자의 권리가 발생하는 조건으로 할 수 있지만, 그럼에도 수익자는 낙약자에 대하여 그 자신이 계약당사자인 것과 같은 지위를 가지며, 이행이 없거나 지체되거나 불완전한 것을 이유로 하는 어떠한 청구도 재판상 행사할 수 있다(제73조 1항). 그는 또한 계약으로 정한 책임의 면제나 감경을 원용할 수 있다. 낙약자는 제3자에 대하여 계약의 무효 또는 효력불발생에 기한 대항사유 및 이행이 없거나 지체되거나 불완전한 것을 이유로 하는 대항사유를 주장할 수 있으나, 그와 요약자 사이의 다른 법률관계에 기한 대항사유를 주장할 수는 없다(동조 2항).

예비안은 장래 지정될 자를 위한 계약에 대한 규정을 두고 있다: 당사자는 계약체결시까지 계약상 권리를 취득하고 의무를 부담할 자를 지정할 권리를 유보할 수 있다(제70조). 계약당사자에 갈음하는 자를 지정하는 의사표시가 행하여진 경우, 그는 계약이 체결된 시점부터 단독으로 계약상 권리를 취득하고 의무를 부담한다(제70조 1항). 그의 의사표시가 유효하게 행하여지지 아니한 경우, 계약은 원래의 계약당사자들 사이에서 효력을 발생한다(동조 3항).

## 7. 제7장 계약의 이행

### (1) 변제의 양태

각 당사자는 채권자의 청구가 없더라도 계약에 기하여 자신이 부담하는 채무를 정확하게 완전하게 이행할 의무를 진다(제75조 1항). 급부를 이행하는데 있어서 채무자는 약정한 바, 신의칙 그리고 구체적으로 합의, 제반사정과 통상의 관행이 요구하는 주의에 따라 행하여야 한다. 요구되는 주의의 정로는 채무의 목적인 급부의 성질에 의해 정해진다고 하면서(2항), 직업적 성질을 가지는 하는 채무의 경우, 채무자는 요구되는 주의를 다하여 정하여진 결과의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 한 때에 채무가 이행된 것으로 본다(3항). 그러나 당사자사이의 약정, 제반사정 또는 관행에 비추어 결과가 완전히 달성되어야 하는 경우에는 그러하지 아니한다. 변제의 비용은 채무자의 부담으로 하고 있다(제4항).

### (2) 채권자의 협력

채무의 이행이 채권자의 처리, 동석 혹은 협력이 요구되는 경우, 채무자는 먼저 채권자에게 자신이 변제를 할 준비가 되어 있음을 통지하고, 계약이 정하는 바에 좇아 변제의 양태에 대하여 그와 합의하여야 한다(제76조 1항). 채권자가 상당한 기간 내에 자신이 처리할 것을 알리지 아니하거나 당사자들이 그 점에 관하여 합의에 이르지 못한 경우에는, 채무자는 공탁 등에 의해 책임을 면할 수 있다. 채무의 이행에 제3자의 처리, 동석이나 협력 또는 관청의 허가를 필요로 하는 경우, 다른 약정이 없는 한, 채무자가 제3자와 필요한 접촉을 하거나 관한 관청에게 당해 동의를 얻을 의무를 진다(동조 2항).

### (3) 일부 변제와 채무 내용과 다른 급부

급부가 가분이더라도 채권자는 일부의 이행을 거절할 수 있다. 다만 약정, 법률 또는 관행이 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니한다(제 77조 1항). 다만 일부만이 확정된 경우, 채무자는 나머지 부분의 확정을 기다리지 아니하고 확정된 부분을 이행할 수 있고, 채권자는 그 부분의 이행을 청구할 수 있다(동조 2항)

채무자는 계약에서 정하여진 바와 다른 급부를 행함으로써 채무를 면하지 못한다. 이는 그 급부가 원래의 급부와 동등한 가치 또는 더 높은 가치를 가지고 있는 경우에도 마찬가지이다. 다만 채권자가 그에 동의하는 경우에는 그러하지 아니하는데, 이 경우 상대방의 급부가 행하여지면 계약상의 채무는 소멸한다(제78조 1항). 채무자가 처분할 권한이 없는 물건으로 이행한 경우, 처분권이 있는 물건으로 채무의 목적인 급부를 제공하지 아니하면 그 반환을 청구할 수 없다. 채무자가 처분권이 없는 물건으로 행하여진 변제를 선의로 수령한 채권자는 그 물건을 반환할 권리 및 채무의 내용에 좇은 급부를 청구할 권리를 가진다(동조 3항). 이는 손해배상을 청구할 권리에 영향을 주지 않지만, 채무자가 변제에 이용한 물건의 소유권자 또는 처분권자의 권리를 침해하지 않도록 행위를 하여야 한다(동조 3항 후문).

### (4) 일정한 계약상 채무의 이행

금전채무, 중첩 및 선택채무, 연대채무와 불가분채무의 이행에 대한 규정을 두고 있다(제86조 - 88조).

그리고 이행에 관련 있는 규정으로 제3자의 변제(제79조), 변제수령자(제81조), 이행의 장소(제82조), 이행기(제83조), 변제의 충당(제84조) 등에 대한 규정을 두고 있다.

## 8. 제 8 장 계약의 불이행

### (1) 일반원칙

#### 1) 불이행

먼저 불이행(Nichterfüllung) 개념에 대한 규정을 두고 있다(제89조). 당사자 일방, 그의 보조자 등이 계약에서 정한 바와 다른 행태를 한 경우 또는 약속된 것으로 인정되는 바와 다른 권리 상태 또는 사실 상태를 야기한 때에 계약상 의무가 불이행된 것으로 본다.

채무자가 서면으로 채권자에 대해 이행하지 아니할 것을 표시한 경우, 채권자는 서면으로 즉시, 늦어도 8일 이내에, 채무가 불이행된 것으로 본다는 점을 채무자에게 통지할 수 있다. 이러한 통지를 하지 아니한 경우, 채권자는 그 후에 행해지는 변제를 거절할 수 없다(제90조 1항). 채무자는 위의 통지를 받은 후 8일 이내에 서면으로 이의를 제기할 수 있으며, 채권자가 그로부터 8일 이내에 자신의 입장을 변경함을 통지하지 아니하면 채무자는 일정한 기간(30일) 내에 법원에 조력을 구하여야 한다. 채무자가 이를 해태한 경우, 중국적으로 불이행된 것으로 본다(동조 2항).

이행기 전에 채무자의 계약상 채무의 주관적 불능 상태에 있거나 상당한 하자 없이는 이행할 수 없다는 것 및 이러한 사정이 채권자의 작위 또는 부작위로 인한 것이 아닌 것이 인정되는 경우에, 채권자는 적절한 담보의 제공을 요구할 수 있고, 그 담보가 제공되지 아니하면 불이행이 중국적인 것으로 간주할 것임을 선언할 수 있다(제91조 1항). 채무자는 위의 통지를 받은 후 8일 이내에 서면으로 이의를 제기할 수 있으며, 채권자가 그로부터 8일 이내에 자신의 입장을 변경함을 통지하지 아니하면 채무자는 30일 이내에 법원에 조력을 구하여야 한다. 채무자가 이를 해태한 경우, 중국적으로 불이행된 것으로 본다

(동조 2항).

채무의 종류에 따른 불이행(Nichterüllung)에 대한 규정을 두고 있고, 이어 이행지체, 보호의무의 불이행 등 여러 불이행에 대해 규정한다.

특정물을 인도할 채무는, 정하여진 기간에 정하여진 방법으로 인도되지 아니하였거나, 인도되었으나 하자가 있거나, 다른 물건이 인도된 경우에는 불이행된 것으로 본다(제92조). 다만 다음과 같은 경우에는 그러하지 아니하나, 이 경우에도 손해배상에는 영향을 미치지 않는다:

① 채무자가 기한의 유예를 받은 경우; ② 채무자가 하자를 추완하는 것에 대해 채권자가 동의하거나 법원이 이를 허가한 경우; ③ 목적물이 채무자의 책임 없는 사유로 멸실하거나 손괴된 경우, 채권자가 다른 물건의 인도에 동의하거나 법원이 인정한 경우; ④ 채권자가 물건의 가치 감소에 비례하여 반대급부를 감축할 권리를 행사하는 경우.

종류물을 인도할 채무는, 그것이 정해진 기한·방법으로 인도되지 아니하였거나, 채무의 내용에 비추어 과다하거나 과소한 수량의 또는 우등하거나 열등한 품질의 물건이 인도되었거나, 다른 종류의 물건이 인도된 경우에는, 불이행된 것으로 본다(제93조). 여기도 위의 특정물 인도채무에 있어서와 유사한 예외를 인정한다.

하는 채무에 있어서는 그 일이 정하여진 기한에 행하여지지 아니하거나, 부분적으로만 행하여지거나 행하여진 일에 하자가 있거나, 부적절한 물건 또는 재료를 사용하여 행하여진 경우에는 불이행된 것으로 본다. 다만 채권자 또는 법원이 일의 성취, 하자의 제거, 발생한 손해의 배상, 사용된 부적절한 물건 또는 재료의 교체를 위하여 기한을 설정한 때에는 그러하지 아니하나, 이 경우에도 손해배상에는 영향이 없다. 그 추완 또는 교체는 계약, 관행 또는 신의칙에 비추어 합리적인 것으로 인정될 수 있어야 한다(제94조 1항). 부작위 채무는 이를 위반하는 행위가 있는 때 불이행된 것으로 본다(제95조).

## 2) 이행지체

일정한 기간(①, ②)이 도과하고 일정한 상황(③, ④)이 존재하지 아니하는 경우에 채무자는 이행지체에 놓인다(제96조 2항). 일정한 기간과 관련하여, ① 이행에 관하여 확정일 또는 일, 월 또는 년의 특정기간으로 표시된 일정한 기한을 합의에 의하여 정하지 아니하였고, 채권자가 서면으로 상당한 기간을 정하여 채무의 이행을 최고하지 않은 경우나, ② 채권자 또는 법원이 미리 채무자에게 이행의 기간 유예를 허여한 경우는 지체에 처하지 않는다. 상황과 관련하여서는, ③ 쌍무계약에서 채권자가 이행기가 도래한 자신에게 의무 있는 급부의 이행에 관하여 지체에 빠져 있는 경우나, ④ 채무자가 의무 있는 모든 급부를 적시에 채권자에게 제공하면서 수령을 요구한 경우는 지체에 빠지지 않는다(제96조 1항). 지체의 결과로 채무자는 자신의 채무를 면하지 아니하며, 그 밖의 채무의 목적물의 멸실 또는 이행 과정에서 발생한 불능이 그에게 책임 없는 사유로 인한 것이더라도 손해배상의 책임이 있다. 그러나 채무자가 목적물이 채권자에게 이전되었다고 동일한 손해를 입었을 것임을 입증하는 경우에는 그러하지 아니한다.

## 3) 사정변경의 원칙과 채무불이행

채무자가 채무의 내용에 좇은 급부를 지체하고 있거나 일부 이행만을 한 경우에도, 예상할 수 없었던 비상한 사정이 이행을 극도로 부담이 되게 하고 그 결과 채무자에게 제157조에 따라 재교섭을 요구할 수 있게 되는 때에는, 불이행에서 제외된다. 채무자는 이행기의 도래 전 또는 최고를 하기 전에 채권자에 대하여 이 권리를 행사할 것임을 알려야 한다(제97조 1항). 이러한 사정이 발생한 경우, 계약을 유지하기 위한 변경된 계약조건에 대한 제안을 상대방에게 고지하여야 한다(제157조 1항). 상대방은 60일 이내에 재교섭권을 행사할 것인지 여부

에 대해 최고할 수 있고, 이 기간이 도과한 경우 그 당사자는 그 권한을 포기한 것으로 본다(동조 3항). 당사자들이 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 위의 의사표시가 수령된 후 일정한 기간(6개월 또는 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다(동조 2항). 이 기간 내에 당사자들이 합의에 이르지 못하는 경우에는, 권한을 가진 자는 그로부터 60일 이내에 법원에 자신이 청구하는 바를 제출하여야 하며, 이를 하지 아니하는 경우 그 권한은 실효된다(Ausschlussfrist, 동조 4항). 법원은 제반사정을 형량하고 당사자들의 이해관계 및 청구를 고려한 다음, 경우에 따라 전문가의 감정을 받아, 계약의 전부 또는 아직 이행되지 아니한 일부를 변경하거나 해소할 수 있으며, 필요하고 청구된 경우에는 원상회복 또는 손해배상을 명할 수 있다(동조 5항).

계약 체결 후 이행이 채무자에게 책임 없는 사유로 객관적으로 불가능하게 된 경우에, 채무불이행은 인정되지 아니한다. 그러나 계약에서 이행이 가능하다는 명시적 또는 묵시적 보장(Garantieversprechen)이 포함인 경우에는, 채무자는 채권자가 급부의 이행을 신뢰함으로써 입은 손해를 배상하여야 한다(제97조 2항).

#### 4) 보호의무

채무의 목적인 급부를 행함에 있어서 채무자는 채권자, 그의 보조자 및 그의 물건에 손해가 발생하지 않도록 필요한 모든 조치를 취하여야 한다(제99조 1문). 이 의무를 위반한 경우, 손해가 이행 중에 또는 이행으로 말미암아 발생하였고 또 그 직접적인 결과인 때에는, 그의 급부는 이행되지 아니한 것으로 본다(동조 2문). 그 외의 경우는 불법행위법에 따라 책임진다(동조 3문).

## (2) 채권자지체

채권자가 정당한 이유 없이 채무자의 이행을 수령하지 아니하거나 거절하거나 저지하거나 방해한 경우, 선택채권에 있어서 선택권을 행사하지 아니한 경우, 채권자에게 법정 의무가 있는 제3자의 협력이나 관청의 동의 또는 허가를 얻지 못한 경우, 또는 어떠한 형태로든 채권자의 작위 또는 부작위에 의하여 채무의 이행을 하지 못하도록 한 경우, 채권자지체가 인정된다(제103조).

위의 사정이 있는 경우, 채무자는 상당한 기간을 정하여 채권자에게 그의 행위를 금지할 것을 최고할 수 있다(제104조 1문). 그 기간이 경과한 후에도 지적된 행위가 계속되는 경우, 채권자의 행위는 불이행(Nichterfüllung)으로 간주된다.

위의 사정이 있는 경우에 채무자가 채권자의 불이행을 주장하지 아니하고 자신의 채무를 면하기 위해서는 채권자에게 서면으로 통지하고, 급부 전부에 관하여 제공을 하여야 한다(제105조 1항). 채권자가 제공된 이행을 받아들여 급부를 수령하는 경우에는, 채무자는 채무를 면한다(동조 3항). 채권자가 이행의 제공을 받아들이지 아니하는 경우에는, 채무자는 목적물을 공탁하여야 하는데, 공탁의 적법성 및 채무자의 면책 여부는 법원이 결정한다(동조 4항). 채권자의 부재 또는 수령능력의 결여로 그에게 급부를 제공할 수 없거나 채무자가 과실 없이 급부가 행해져야 할 상대방을 알 수 없거나, 수인이 급부를 받을 권리가 있다고 주장하거나 급부에 대한 권리자임을 증명하는 권리증서가 멸실된 경우에는, 단순한 제공(bloße Angebot)으로 족하고 공탁이나 이행(Leistungshandlung)을 요하지 아니한다(동조 5항).

### (3) 불이행의 효과

불이행에 대한 구제수단으로는 특정이행청구권, 대금감액권, 계약해제권, 손해배상청구권을 인정한다.

#### 1) 특정이행

채무를 이행하지 아니하는 채무자에 대하여 채권자는 그 이행이 객관적으로 가능한 한 불이행의 정도 여하를 불문하고 이행 또는 이행의 추완을 청구할 수 있다(제111조 1항). 이는 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다. 일정한 경우 채권자는 법원에 대한 청구를 규정한다(동조 2항). 즉 ① 채무자가 처분하였거나 채무자가 악의 또는 허위 표시로 제3자에게 양도한 물건(특정물 또는 채무의 목적이 일정 수량의 종류물)의 인도; ② 목적물을 채무자의 비용으로 제3자에 의해 창출하도록 하는 허가; ③ 채무자의 채무의 이행이나 이행한 급부에 대해 추완할 것을 명하는 판결; ④ 채무자의 부작위 의무 위반으로 인한 상태를 제거할 것을 명하는 판결; ⑤ 채무자가 이행하지 아니한 예약에 기하여 체결할 의무가 있었던 계약의 법률효과가 발생하는 것을 내용으로 하는 판결. 채무자가 이행을 명하는 판결을 좇는 것을 확보하기 위하여 법원은 이러한 판결에 채무자가 좇지 아니하거나 지체하는 경우에 이행강제금의 지급을 명할 수 있다(동조 3항). 채무자가 이행하지 아니하는 경우에 채권자는 대체이행 및 보수를 청구할 수 있다(제112조 1항). 채권자는 채무자의 비용으로 스스로 또는 제3자에 의하여 추완을 하도록 하는 법원의 허가를 받을 수 있다(동조 2항). 이러한 권리를 행사하기 위해서는 채권자는 하자(Mängel)를 발견한 때에 지체 없이 채무자에게 통지하여야 한다(동조 3항). 반면 이 통지 발송전에 채무자는 자신의 비용으로 대체 급부를 하거나, 하자(Fehler)를 제거하거나 또는 급부를 완결할 권리가 있다(동조 4항).

## 2) 계약해제권(Recht auf Vertragsauflösung)

본질적 불이행이 있는 경우에, 채권자는 상당한 기간 내에 이행할 것을 최고하면서, 이 기간의 도과로 계약은 해소된 것으로 본다는 취지를 채무자에게 통지함으로써 계약을 해제할 수 있다(제114조 1항). 불이행이 계약의 부수적 채무가 아니라 주된 채무에 관한 것이고 또한 당사자들의 특성 및 급부의 성질을 고려할 때 채권자에게 그가 계약상의 권리에 기하여 취득할 수 있을 것을 실질적으로 박탈하는 불이익을 수반하는 불이행은 본질적이다(제107조 1항). 특히 전부 불이행의 경우, 일부 불이행이지만 채권자의 이익이 나머지 이행에 더 이상 존재하지 아니하는 경우, 그 불이행은 본질적이다(동조 2항). 부수적 채무라 함은 계약의 취지 및 채권자의 이익을 고려할 때 그 이행이 사소한 중요성만을 가지는 채무를 말한다(동조 3항).

계약 해제로 인하여 채권자는 자신이 계약상 채무의 이행으로 행한 급부 및 기타 계약에 기하여 공여한 것의 원상회복을 청구할 권리를 가지며, 이는 손해배상청구권에 영향을 미치지 아니한다(제115). 해제권의 행사는 제3자가 채권자의 물건이나 그가 이행 받아야 할 물건에 대하여 선의로 취득한 권리를 해하지 못한다(제117조 1문).

채무자가 채무의 전부를 이행하지 아니한 경우에도, 채권자가 자신이 수령한 부분을 보유하고 있는 것이 적절하다고 판단하여 대금감액권을 행사하는 때에는, 계약의 일부만을 해제할 수 있다(동조 4항). 가치가 떨어지거나 하자가 있거나 다른 물건 또는 채무 내용에 비추어 수량이 부족한 물건의 인도를 변제로서 받아들이려고 하거나, 약정과 다르거나 하자가 있는 하는 급부(Werkleistung)를 변제로서 받아들이려고 하는 채권자는, 적시에 채무자에게 통지를 하고 약정 대금에서 감액된 금액만을 지급할 권리가 있다(제113조 1항).

불이행이 오로지 채권자의 책임 있는 작위 또는 부작위로 인한 경우에는 계약을 해제할 수 없다(제114조 6항). 채권자의 채권자지체에 관한 규정의 적용에는 영향이 없다. 채권자가 상대방에게 해제권을 행사하지 아니할 것이라는 신뢰를 일으킨 경우에는, 채권자에게 해제권이 없다.

### 해제의 재판상 인정

해제의 의사표시는 원상회복 및 손해배상을 구하는 재판상 청구를 통하여서도 할 수 있다(제158조 1항). 당사자들에게 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 통지(해제의 의사표시)가 수령된 후 6개월(혹은 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다.

예비안은 법원에 일정한 판단권한 및 결정권한을 부여한다. 즉 법원은 ① 단순히 채권자의 의사표시에 좇아 해제만을 확인할 수 있고, 나아가 원상회복 및 손해배상의 판결을 할 수도 있다; 요건이 충족되지 아니한 경우에는 계약의 해제를 부인하고, 채무자는 계약을 이행하고 채권자가 이를 수령하여야 함을 선언할 수 있다; 채무자에게 이행기한의 연장, 단계적 이행, 물건의 하자 제거, 등의 조치를 명할 수 있고, 이러한 조치를 행하지 아니하는 경우에는 계약은 해제된 것으로 본다고 선언할 수 있다. 그 밖에 제반사정을 형량하고 불이행의 원인 및 당사자들의 이해관계를 고려한 다음 신의성실의 원칙을 적용하여 계약의 일부만을 해제한다고 할 수 있고, 채권자를 위하여 계약을 해제되지 아니한 것으로 하면서 채무자에게 손해배상을 명하는 판결을 할 수도 있다.

### 3) 손해배상

#### 가. 손해배상의 요건

불이행이 있는 경우 채권자는 자신이 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(제116조 1항). 즉 불이행, 불완전이행 또는 지체의 경우 채무자는

그 결과라고 인정됨이 상당한 손해를 배상하여야 한다(제162조 1항). 다만 채무자가 불이행, 불완전이행 또는 지체가 자신의 행태(Verhalten)에 책임을 돌릴 수 있지 아니하고, 또 예견할 수 없고 회피할 수 없는 원인에 의하여 야기된 것임을 입증하면 그 책임을 면한다.

#### 나. 배상범위

채무자가 배상하여야 할 손해는 통상의 주의력을 갖춘 자가 계약의 문언, 제반사정, 신의칙 및 거래관행에 비추어 계약체결 시점에 그 책임을 인수하였을 범위로 제한된다(동조 4항). 다만 채무자가 고의 또는 과실로 인한 경우에는 그러하지 아니한다. 다른 약정이 없는 한, 채무자는 계약의 이행을 위하여 보조자 또는 제3자를 사용한 경우에도 그 책임을 진다(동조 5항).

배상되어야 할 재산적 손해에는 ① 발생한 손실과 ② 특별한 사정 및 채권자가 행한 조치를 고려할 때 사태의 정상적인 과정에 따라 그가 합리적으로 기대할 수 있는 일실효익이 포함된다(제163조 1항). 이익을 얻을 기회의 상실도, 그 발생이 상당한 확실성을 가진다고 인정할 수 있으며 불이행 또는 지체의 시점에 평가가 가능하였다면, 일실효익에 포함된다. 정신적 손해는 배상되어야 한다고 하면서, 구체적으로 ① 신체의 상해나 비재산적 재화에 대한 손상에 의하여 사망한 배우자에 대한 추억의 침해로 말미암아 정신이나 심리에 중대한 장애가 발생한 경우, ② 병리학적, 유기적 또는 기능적인 장애를 수반하지 아니하더라도 신체적 고통의 원인이 되는 물리적 통증이 있는 경우, ③ 기타 건강이 침해된 경우 및 다른 규정으로 정하여진 경우를 나열하고 있다. 간접적 정신 손해는, 피해자의 친족이나 배우자가 이를 입은 경우에 한하여 배상될 수 있다(동조 2항). 장래의 손해 및 잠재적 손해에 대해서도 일정한 경우 그 배상을 인정한다(제165조).

다. 손해배상의 기능

손해배상은 불이행, 불완전 이행, 지체(기타 본 법전의 규정)로 발생한 손해결과를 제거하는 기능을 수행하며, 손해배상은 그러한 사정이 발생하지 아니하였다면 존재하였을 사실 상태를 창출하여야 한다(제 166조 1항). 따라서 손해배상은 가능하다면 특정이행 또는 원상회복 (*Herstellung in natura*)의 형식으로 행하여 져야 하며, 필요한 경우에는 금전배상에 의하여 보충된다. 전자가 가능하지 아니하거나 채권자의 이익을 고려할 때 지나치게 채무자에게 부담이 되는 경우 또는 채권자가 이를 요구하는 경우에는, 손해배상은 그에 상응하는 금전의 지급에 의한다(동조 2항). 특히 손해배상의 결과로, 계약이 적시에 또 정확하게 이행되는 것에 대한 그의 적극적 이익의 만족 상태가 창출되어야 한다고 하면서, 여기서 손해가 불이행, 불완전이행 또는 지체에 의하여 발생한 경우 채권자가 지출하여야 했으나 계약이 적절하게 이행됨에 의하여 전보될 수 있었을 비용이 고려되어야 한다.<sup>170)</sup>

라. 채권자의 기여

채권자가 사전에 자신의 영역에서 필요한 조치를 취하였다면 발생하지 아니하였을 손해는 배상되지 아니한다(제167조 1항). 채권자가 사후에 필요한 조치를 취하였다면 손해의 확대를 저지할 수 있었을 경우에는 그 확대된 손해에 대해서는 배상되지 아니한다(동조 2항). 채권자의 행위가 손해를 발생시킨 경합적 원인인 경우에는, 그로부터 발생한 결과에 비례하여 손해배상은 감축된다(동조 3항). 채권자가 알았거나 알았어야 했던 이행에 수반되는 위험에 대해 채무자에게 고지하지 아니하였다는 사실은 3항에 따라 참작되어야 한다.

---

170) 계약의 부존재, 무효, 취소, 효력불발생, 계약해소, 계약체결의 좌절 등으로 인한 경우, 계약이 체결되지 아니하였거나 교섭을 하지 아니한 것에 대한 소극적 이익 (*Negative Interesse*)의 만족 상태가 창출되어야 한다고 규정하고 있다.

#### 마. 형평성에 기한 손해평가

손해의 존재가 입증되거나 다투어지지 않는다면, 그러나 전문가의 도움으로도 정확한 범위를 정하는 것이 불가능하거나 매우 어려운 경우, 형평성에 기한 손해 평가가 허용된다(제168조 1항). 이 평가는 증거를 기초로 당사자들이 제출한 신뢰할 만한 자료에 기하여 행하여진다. 당해 모든 사정을 고려하면서 특별히 신중한 개연성(Wahrscheinlichkeit)의 기준이 적용된 추정의 방법에 따라 이루어진다. ① 전부의 배상이 과도한 것이어서 채무자의 경제적 상황을 고려할 때 그에게 명백히 수인할 수 없는 결과를 발생시키고, 또 불이행 등이 그의 악의(Treuwidrigkeit)에 의한 것이 아닌 경우; ② 채무자에게 경과실이 있는 때, 특히 그가 하여야 할 급부에 대하여 어떠한 대가도 주어지지 아니한 계약의 경우, 법원은 채권자의 행태, 이익 그리고 경제적 관계를 고려하여 형평성에 따라 손해배상의 범위를 제한할 수 있다(동조 2항).

#### 바. 위약금조항(Vertragsstrafe)

당사자들이 계약을 체결하면서 불이행, 불완전이행 또는 지체가 있으면 채무자가 일정한 급부를 하여야 한다는 위약금조항을 약정한 때에는, 이는 손해배상의 내용이 된다(제170조 1항). 이 급부의무는 채권자가 손해의 존재 및 그 범위를 증명하지 않더라도 발생한다. 위약금이 단순한 지체에 관하여 약정된 경우에 한하여 채권자는 계약 이행과 위약금을 동시에 청구할 수 있다(동조 3항). 채무자가 일부 이행을 하였는데 채권자가 이를 거절하지 아니한 경우 또는 위약금이 명백히 과도한 경우, 법원은 형평성에 따라 위약금을 감액할 수 있다(동조 4항). 소비자가 당사자인 계약에서 보통거래약관에 포함되어 있는 소비자에게 불리한 위약금약정은 그 효력이 발생하지 않는다(unwirksam).

#### 4) 이행거절권

불이행에 대한 항변권(Einrede)으로 이행거절권을 인정한다. 즉 쌍무 계약에서 일방 당사자가 자신의 채무를 이행하지 아니하거나 변제의 제공을 하지 아니한 경우, 채권자는 그 불이행의 경중을 불문하고 동시에 이행하여야 하거나, 후에 이행하여야 하는 때에는, 자신의 급부를 거절할 수 있다(제108조 1항).

### 9. 제 9 장 계약의 양도 및 계약에서 발생하는 법률관계의 양도

이 장은 3개의 절을 두어, 계약인수, 채권양도 그리고 채무인수를 규정한다.

#### (1) 계약양도

각 당사자가 계약에 관한 계약상의 지위의 전부나 일부를 제3자에게 양도할 수 있다(제118조 1항). 당사자들은 양도되는 계약의 내용을 변경할 수 있으며, 이미 존재하는 그리고 계약의 이행 또는 불이행으로 인하여 성립할 수 있는 권리나 의무에 대해 합의할 수 있다.

계약양도는 그 양도인과 양수인 사이의 합의에 의하여 행하여지며, 그 효과는 상대방 계약당사자가 미리 동의를 한 경우에는 합의 사실이 그에게 통지된 때로부터, 그렇지 아니한 경우에는 상대방 계약당사자(잔류 당사자)가 양도인과 양수인에게 승낙의 의사표시를 한 때로부터 발생한다(제119조 1항). 계약양도는 또한 양도인, 양수인 및 상대방 계약당사자의 3면의 합의에 의하여서도 행하여질 수 있다(동조 2항).

계약양도의 효력이 발생하면, 양도인은 상대방 계약당사자에 대한 자신의 채무를 면하고 동시에 이 채무는 양수인에게 이전한다(제120조

1항). 상대방 계약당사자는 사전, 동시 또는 사후에 계약양도에 대한 동意的 의사표시를 하면서 양도인이 채무를 면하지 아니함을 표시할 수 있다. 이 경우 양수인이 그의 채무를 변제하지 아니한 때에는 상대방 계약당사자는 양도인에게 그 불이행 사실을 통지하고 양도인에 대하여 청구할 수 있다. 상대방 계약당사자는 양수인에 대하여 계약으로 발생하는 모든 항변사유로 대항할 수 있으나, 양도인과의 사이에 존재하는 다른 법률관계에 기한 사유는 주장할 수 없다(동조 4항).

## (2) 채권양도

채권의 양도성을 인정한다: 계약에 기하여 또는 계약의 이행이나 불이행으로 인하여 발생하는 채권은, 그것이 기한이 도래하지 아니하였거나 장래의 채권이더라도, 제3자에게 양도할 수 있다(제121조 1항). 다만 그 채권이 일신 전속적 성격을 가지고 있거나 법률, 당사자의 합의 또는 계약의 성질이 양도를 배제하는 경우에는 그러하지 아니한다. 약정에 의한 양도금지, 양도된 채권의 채무자(제3채무자)가 양수인이 채권 양도 시에 이를 알고 있었음을 입증하면, 이를 양수인에 대하여 대항할 수 있다. 이 경우에 양도금지, 양수인이 제3채무자에 대하여 권리를 취득하는 것을 저지하지만, 양도인과의 관계에서 권리를 취득하는 것에는 영향을 미치지 아니한다(동조 4항).

채권양도의 유효요건으로 채무자의 동의를 요하지 아니한다(제122조 1항). 양도인이 양수인에 대하여 자신의 채권을 양도할 의무를 부담할 수 있는데, 이 경우 채권양도는 그 두 당사자가 무인적 성질을 가지는 또 다른 채권양도계약에 의하여 일어난다. 이 때 제3채무자는 이 계약의 무효 또는 효력불발생으로 대항할 수 있으나, 선행하는 유인계약의 무효나 효력불발생을 주장할 수 없다(동조 2항). 양도인과 양수인은 단순한 합의의 효력에 의하여 채권의 이전이 일어나도록 약

정할 수 있다(동조 3항). 채권양도는 그것이 제3채무자에게 통지되었거나 그가 이를 승낙한 때에 제3채무자에 대하여 효력이 발생한다(동조 4항). 계약, 통지 또는 승낙이 각각 확정일자에 의한 증서로 행하여진 때에는 그 채권양도는 제3자에 대항할 수 있다(동조 6항).

양도인은 채권을 입증하기 위한 자신이 지니고 있던 증서를 양수인에게 교부하고, 아울러 채권의 행사에 필요하고 유용한 모든 정보를 양수인에게 제공하여야 한다(제123조 1항). 채권양도가 유상으로 행하여진 경우, 선의의 양도인은 양도 시점에서의 채권의 존재 및 제3채무자의 변제자력에 대해 책임을 진다(동조 2항). 다만 제3채무자의 불이행이 양수인의 과실로 인한 경우에는 그러하지 아니한다. 이 책임이 배제되었어도, 양도인 자신의 행위에 의하여 채권이 실현될 수 없게 된 때에는 양도인은 그 책임을 진다. 양도인이 악의인 경우에는, 불이행이 양수인의 과실로 인한 것이 아닌 한, 그는 양수인이 입은 손해를 배상하여야 한다(동조 4항). 제3채무자는 양도인에 대하여 부담하였던 것과 동일한 채무를 부담한다(동조 5항).

양수인은 양도인이 가지고 있었던 것과 동일한 권리를 취득한다(제124조 1항). 제3채무자는 채권양도의 시점까지 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변사유를 양수인에 대하여 주장할 수 있다(동조 2항). 급부가 양도인에게 행해져야 하는 지 아니면 양수인에게 행해져야 하는지에 대하여 의문이 있는 경우, 제3채무자는 공탁 기타 법원이 정하는 방법으로 급부를 하는데 대하여 법원의 허가를 얻을 수 있다(동조 3항).

### (3) 채무인수

두 가지 방법에 의한 채무인수(승계 및 경계)를 인정한다(제125조 참조). 즉 채무관계에 객관적인 변화 없이 다른 채무자에게 이전하는 승계(Eintritt)와 약정에 의하여 원래의 채무가 소멸하고 동시에 제3자를 채무자로 하여 새로운 채무가 창설되는 방법에 의하여 채무는 이

전될 수 있다. 승계에 의한 인수의 경우에, 채권자가 원래의 채무자가 채무를 면함을 명시적으로 표시하지 아니한 때에는, 새로운 채무자는 원래의 채무자와 연대하여 책임을 진다(제125조 2항). 경계에 의한 채무인수는 당사자들이 3면 합의로 이를 명시적으로 분명하게 표시한 경우에 한하여 행하여진다. 의심스러운 경우에 채무인수는 승계에 의한 것으로 추정한다(동조 3항).

채무인수가 경재 합의에 의하여 행하여진 것이 아닌 경우에, 새로운 채무자는 채권자에 대하여 원래의 채무자가 가지고 있던 모든 항변사유로써 대항할 수 있다. 원래의 채무자가 면책된 때에는 채권의 담보는 소멸한다. 제3자의 채무인수를 승낙한 채권자는 제3자에게 먼저 이행을 청구한 후가 아니면 원래의 채무자에게 청구할 수 없으며, 그가 원래의 채무자의 채무를 면하게 한 경우에는 채무를 승계한 제3자가 무자력으로 된 때에도 원래의 채무자에 대하여 청구를 할 수 없다(동조 2항). 채무인수가 경계의 합의에 의하여 행하여진 경우에는, 채권자와 새로운 채무자는 그 합의로부터 발생하는 권리만을 행사하고, 그에 기한 항변사유만을 주장할 수 있다(동조 3항). 새로운 채무자가 인수한 채무가 무효이거나 취소된 경우, 채권자가 원래의 채무자의 채무를 면하게 하여도, 그는 원래의 채무자에게 이행을 청구할 수 있으나, 제3자가 제공한 담보는 행사할 수 없다(동조 4항).

## 10. 제10장 계약 및 계약에 근거한 법률관계의 소멸

이 장은 3개의 절(소멸 사유와 효력불발생 사유, 변제 이외의 채무 소멸원인, 소멸시효와 실효)을 두고 있다.

### (1) 소멸 사유와 효력불발생 사유(Unwirksamkeitsgründe)

예비안은 계약의 소멸사유로, ① 본 법전의 규정에 좇아 행하여진 계약상 채무의 이행 및 양당사자가 추구하는 목적의 달성, ② 해제조

건의 성취, ③ 終期の 도래, ④ 법률이 정하는 경우에는 사망 또는 행위능력의 상실, ⑤ 경개, ⑥ 상호 합의에 의한 장래를 향한 해소, ⑦ 해제, ⑧ 전부 해소, ⑨ 무효, ⑩ 취소, ⑪ 과잉이익으로 인한 계약취소(Vertragsaufhebung), ⑫ 기타 법률이 정하는 사유 등을 나열한다(제 128조 1항). 계약의 소멸이 중국적이거나 계약이 효력이 없게 된 경우에 당사자들은 그 계약을 원인으로 하여 이행청구를 할 수 없다.

계약에서 발생한 채무(Verpflichtung)의 소멸사유로, ① 본 법전에 규정에 좇아 행하여진 계약상 채무의 이행 및 채무자에 대한 강제이행, ② 경개, ③ 채무면제, ④ 목시의 포기, ⑤ 상계, ⑥ 혼동, ⑦ 채무의 목적물의 멸실이나 현저한 훼손, 채무자의 책임 없는 사유로 인한 급부의 불능 등을 규정하고 있다(동조 3항). 채무의 소멸은, 그것이 중국적인 것이면, 채권자와의 관계에서 급부를 청구하지 못하게 한다. 다만 원상회복의무의 이행을 구하는 권리 및 채무의 이행 또는 불이행 과정에서 생긴 손해에 대한 배상청구권은 그러하지 아니한다.

## (2) 채무의 소멸원인

1) 경개란 당사자들이 아직 완전히 이행되지 아니한 원래의 계약을 본질적으로 다른 계약으로 대체하고 이로써 그 계약을 소멸시키는 것에 대한 합의를 말한다(제130조 1항). 경개는 원래의 계약에 대한 담보 및 변제조건과 같은 부수적 합의도 소멸시킨다. 경개는 명확하게 표시되어야 하지만, 원래의 계약의 내용이 자중의 계약의 내용과 객관적으로 양립할 수 없다는 사실로부터 추단될 수 있다(동조 2항). 두 계약이 객관적으로 양립할 수 없는 것이 아닌 경우에는, 이 두 계약의 공존은 양당사자의 명확한 의사로부터 추론될 수 있어야 한다(동조 3항). 의심스러운 경우에는 원래의 계약만이 변경된 채로 존속하는 것으로 본다(동조 4항).

2) 채무는 채권자가 명확한 표현을 사용하여 채무자에 대한 통지로 자신의 권리를 포기할 수 있다(제131조 1항). 채무자에 대한 채무면제는 보증인의 채무도 면하게 한다. 반면에 채권자가 채권에 대한 담보를 포기하는 행위는 채무의 면제를 추정하게 하지 아니한다. 채권자는 채무자와의 계약에 의해 자신의 채권을 포기할 수 있다.

### 3) 상 계

계약에 기한 채권은, 채권자 자신이 상대방에 대하여 채무를 이행하여야 하는 경우에는, 그 채무의 발생 원인을 불문하고, 상계에 의하여 소멸한다(제132조 1항). 보증인에 의해서도 상계는 주장될 수 있다.

상계하기 위해서는, 대립하는 두 채권은 동시에 특정되고 이행기기도래한 상태로 존재하여야 한다. 또 두 채권은 모두 금전이나 동종 또는 동일한 성질의 대체물을 목적으로 하여야 한다(동조 2항). 상계는, 채권자가 조건이나 기한이 붙지 아니한 의사표시로 이를 행한 때 발생한다. 이 의사표시는 상대방에게 통지되거나 제1심의 구두 변론 종결 시까지 재판절차에서 행하여져야 한다(동조 3항). 이 의사표시는 상대방에게 통지된 때 혹은 재판절차에서 제출된 때에 효력이 발생한다. 상대방은 이에 대해 상당한 기간 내에 항변할 수 있다. 즉 두 채권 중 하나의 채권이 계약 외의 불법행위에 기하여 발생한 경우, 일방 당사자가 정당한 이유를 들어 이미 이의제기한 상태이거나 일방의 채권이 임치되었거나 용익을 위하여 대여된 물건의 반환을 목적으로 하는 경우, 일방 당사자가 미리 상계를 포기한 경우는, 상계는 일어지지 아니하며, 그 상대방은 상계를 주장하는 자에 대하여 항변할 수 있는 권한이 주어진다(동조 4항).

### 4) 혼 동

계약으로부터 발생하는 채권은 채권자의 지위와 채무자의 지위가 동일 주체에게 귀속하는 동안에는 주장될 수 없다(제133조 1항). 채권

자의 지위와 연대채무자의 지위가 동일한 주체에게 귀속하는 경우에는, 혼동의 법률효과는, 다른 연대채무자들을 위해서는 아니고, 그 연대채무자만을 위해서 발생한다(동조 2항). 연대채권자의 지위와 채무자의 지위가 동일한 주체에게 귀속하는 경우에는, 혼동의 효과는 그 연대채권자만을 위해 발생한다. 혼동은, 그로 인하여 손해를 입을 수 있는 제3자에 대하여는 대항할 수 없다(동조 3항).

### (3) 소멸시효와 실효(Verwirung)

#### 1) 소멸시효

소멸시효는 계약에서 발생하는 모든 권리의 행사를 배제한다(제129조 1항). 법률상 금지가 없는 한, 시효기간의 도과로 권리행사에 소극적이었던 채권자의 계약상 권리를 종국적으로 종결시킨다(제134조 1항). 시효의 발생에 기준이 되는 기간은 채권자가 청구권을 주장할 수 있고 채권의 내용이 확정된 시점부터 진행된다(동조 2항). 시효는, 채무자나 그의 채권자 혹은 정당한 이해관계를 자기는 자가 재판상 혹은 재판 외에서 권리자(Rechtsinhaber)에 대해 이를 주장한다는 의사를 명확하게 한 때, 그 효력이 생긴다(동조 3항). 계약에 기해 성립하는 채권의 시효기간은 10년이다. 다만 개별적 종류의 계약이나 특정의 법제도에 관하여 이와 다른 기간이 정하여진 경우에는 그러하지 아니한다. 당사자들은 10년의 시효기간을 약정에 의하여 단축할 수 있다.

채권자가 자신의 권리를 행사하기 위하여 재판상 청구하거나 동일한 목적으로 재판 외에서 서면으로 최고를 하는 경우 또는 채무자가 자신의 채무를 승인한 경우에는 시효의 진행은 중단된다(동조 6항). 시효가 중단되면, 시효기간은 새로이 진행을 개시한다.

배우자들 사이에, 친권, 후견 또는 보호 등에 복종하는 자와 그 권한을 행사하는 자 사이에, 재산의 관리를 받는 자와 관리자 사이에,

시효의 진행은 그 관계의 청산이 행하여져서 승인되는 시점까지 정지된다(동조 7항). 화해를 목적으로 하여 협상을 하기로 하는 채권자와 채무자 사이의 합의로 시효는 정지되며, 그 협상이 진행되는 동안에는 정지된다. 정지가 종료하는 시점부터 시효는 다시 진행하며, 그 후 진행기간은 정지 전에 이미 진행된 기간에 부가된다.

## 2) 실 효

실효는 의사표시를 하거나 법적 행위를 하는 것을 저지한다(제129조 2항). 시효의 중단과 정지에 관한 규정은 실효에는 적용되지 아니한다(제135조 1항). 다만 개별적 계약 유형에 관한 규정이 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니한다. 개별적 유형의 계약에 있어서 어떠한 의사표시 또는 행위에 관하여 정하여진 실효기간은 당사자들이 이를 합의에 의하여 변경할 수 있으나, 그 책무의 실행을 현저하게 어렵게 하지 아니하는 범위에서 그러하다(동조 2항).

# 11. 제11장 계약의 장애사유 및 구제수단

## (1) 장애사유

### 1) 계약의 불성립(Nichtbestehen)

계약에 관한 사회적 관념에 부합하는 사실, 행위, 표시나 상황을 외적으로 인식할 수 없는 때에는, 계약은 성립치 않는다(제137조 1항). 특히 ① 청약이나 사적 자치의 행위로서의 효력을 가지려고 의욕된 의사표시에서 그 상대방이 존재치 않거나 권리능력이 없는 경우, ② 청약 또는 사적 자치의 행위로서의 효력을 가지려고 의욕된 의사표시의 목적이 존재치 않는 경우, ③ 청약의 내용이 불명확하여 승낙이 청약과 일치하지 아니하는 경우, ④ 사실, 행위, 표시나 상황이 존재

하기는 하나 너무 불완전하여 법적 의미를 부여할 수 없는 경우에는 계약이 성립하지 아니한다(동조 2항). 다만 태어나 등기를 하기 전의 주식회사와 같이 권리주체가 될 수 있는 기초가 존재하고 그것이 장래 존재하게 될 것을 예상할 수 있는 경우에는 그러하지 아니한다. 의심스러운 때에는 불성립이 아니라 무효로 인정된다.

계약의 불성립은 모든 법적 효과를 배제한다(제138조 1항). 다만 제 160조에 따른 원상회복의무 및 제161조에 기한 제3자에 대한 책임은 그러하지 아니한다.

불성립의 사실 상태의 요건만 충족하면 발생하는 불성립은, 치유되거나 정정될 수 없으며, 모든 이해관계인(Beteiligte)은 시효의 제한 없이 이를 주장할 수 있다. 그 사실을 알고 있는 상대방에 대하여 필요한 사정을 적시하여 통지를 함으로써 불성립을 주장할 수 있으며 그에 관한 법원의 확인을 구할 수 있다. 그러나 당사자들에게 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 그 통지가 수령된 후 6개월(혹은 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다.

## 2) 무효(Nichtigkeit)

가. ① 계약이 공서양속에 반하거나 공익의 보호 또는 기초적인 사회적 의미를 지닌 법적 상태를 수호하기 위하여 정한 강행법규에 위반한 경우, ② 계약의 본질적 요소를 결여한 경우, ③ 본 법전, 유럽연합이나 그 회원국의 법이 정한 경우는 무효이다(제140조 1항). 형사적 금지규범의 경우 그것이 계약 그 자체에 관련되는 것인 때, 즉 그 규범이 쌍방 당사자의 행위를 처벌하려는 것인 때에는, 그 계약은 무효이다(동조 4항). 그러므로 미리 계약체결에 관한 관청의 특별한 허가(Genehmigung)가 없으면 계약체결이 금지되는 경우, 그러한 허가가 없으면 계약은 무효이다.

## 나. 무효의 효과

무효는 계약에 기한 어떠한 법적 효과도 처음부터 배제한다(제141조 1항). 다만 원상회복의무(제160조) 및 제3자에 대한 책임(제161조)은 그러하지 아니한다. 무효는 그 요건이 충족되었다는 사실만으로 일어나지만, 이를 주장하려는 당사자는 계약체결 시점부터 진행되는 10년의 시효기간 내에 상대방에 대하여 무효를 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 통지함으로써 이를 주장하여야 한다(동조 2항). 아울러 동일한 시효기간 내에 그에 관한 법원의 확인을 구할 수 있다. 당사자들에게 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 그 통지가 수령된 후 6개월(혹은 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다. 계약이 아직 이행되지 아니한 경우, 무효의 항변은 계약의 이행청구권이 시효로 소멸하는 시점에 그 시효가 완성된다.

다. 失效(Unwirksamwerden)<sup>171)</sup>

당사자들의 의사와 무관하게 계약 성립 후의 사정에 의하여 계약의 유효요건이 결여된 경우 그로 인한 무효(Nichtigkeit)는 소급효가 없다(제142조 1항). 비소급효 외에는 실효에 무효에 관한 규정이 적용된다.

## 라. 무효행위의 추인

계약이 공서양속에 반하거나 공익의 보호 또는 기초적인 사회적 의미를 지닌 법적 상태를 수호하기 위하여 정한 강행법규에 위반을 이유로 무효인 계약은 추인, 일부무효, 전환 및 기타 정정에 관한 규정의 적용을 받지 않는다(제143조 1항). 그 밖의 사유로 무효인 계약은 추인할 수 있다.

## 마. 일부무효

무효가 단순히 계약의 일부에 관한 것인 경우, 나머지 부분이 독자적인 존재와 유효성을 갖추고 있고 또 상당한 방법으로 당사자들이

171) 『비소급적 무효』라 번역하기도 한다.

추구하는 목적을 실현하는 것인 때에는, 계약은 그 남은 부분으로 유효하다(제144조 1항). 다수의 계약이 결합되어 있거나 3인 이상의 당사자가 참여하는 계약에서 무효가 단지 그 중 하나의 계약관계나 한 당사자에 관한 것인 경우에, 무효인 그 계약 또는 의무가 행위 전체의 내용과 관련하여 본질적인 의미를 지니지 아니한 때에는, 앞의 원칙이 적용된다(동조 2항). 일부무효는 그 요건이 충족되었다는 사실만으로 일어나지만, 이를 주장하려는 당사자는 계약체결 시점부터 진행되는 3년의 시효기간 내에 상대방에 대하여 일부무효를 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 통지를 함으로써 이를 주장하여야 한다(동조 4항).

바. 무효인 계약의 전환

무효인 계약이 유효한 다른 계약의 요건 및 방식을 충족하고 또 이 계약이 상당한 방법으로 당사자들이 추구하는 목적을 실현하는 때에는, 무효인 계약은 이 다른 계약의 효력을 발생시킨다(제145조 1항). 전환은 그 요건이 충족되었다는 사실만으로 일어나지만, 이를 주장하려는 당사자는 계약체결 시점부터 진행되는 3년의 시효기간 내에 상대방에 대하여 전환을 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 통지를 함으로써 이를 주장하여야 한다(동조 4항).

3) 취소(Anfechtbarkeit)

취소사유가 있는 경우 법률이 취소권을 부여하는 자만이 이를 행사할 수 있다(제146조 1항). 취소사유로는 ① 당사자 일방의 행위무능력, ② 착오나 강박에 의한 계약, ③ 대리인에 의하여 체결된 계약이 대리인의 의사에 하자가 있었던 경우나 대리인이 자기 자신과 체결한 계약, ④ 기타 법률이 명시적으로 정하는 경우를 규정하고 있다(동조 2항).

취소는 계약을 소급적으로, 즉 그 체결의 시점부터 무효로 하며, 양 당사자는 상호 원상회복 의무를 진다(제147조 1항). 계약이 취소되면, 취소자는 상대방이 입은 손해를 배상할 채무를 진다(동조 3항).

계약을 취소하기 위하여 취소권자 또는 그가 무능력자이면 그의 법정대리인은 상대방에 대하여 취소권의 발생을 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 취소의 의사표시를 하여야 한다(제148조 1항). 당사자들에게 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 그 의사표시가 수령된 후 6개월(혹은 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다(동조 2항). 원상회복을 할 수 없는 당사자는 취소할 수 없으나, 무능력자의 경우에는 그가 실제로 이익을 받은 한도에서 자신이 수령한 것을 원상회복할 의무가 있다(동조 3항, 제150조 4항). 상대방은 취소권자에 대하여 최소 60일 이내의 기간 내에 취소권을 행사할 것인지의 여부에 대해 최고할 수 있다(동조 4항). 이 기간이 도과한 때에는 취소권자 또는 그 법정대리인은 취소권을 포기한 것으로 본다. 계약의 취소권은 3년의 소멸시효에 걸린다(동조 5항). 이 기간은 무능력 또는 강박이 종료한 날, 낙오가 밝혀진 날, 기타의 경우에는 계약이 체결된 날로부터 기산한다. 그러나 이 3년의 기간이 도과한 후에도 계약의 이행청구를 받은 취소권자는 항변(Einwand)의 형태로 취소의 의사표시로 대항할 수 있다.

#### 4) 효력불발생(Unwirksamkeit)

적법하게 체결된 계약이라도 당사자들의 의사 또는 법률의 규정에 의하여 효력이 발생하지 않는다(제153조 1항). 즉 일시적 혹은 종국적으로 계약이 예정한 법률효과를 발생시키지 아니한다. 당사자들의 의사에 의한 효력불발생사유로는, ① 가장행위의 계약, ② 정지조건부·해제조건부, 시기부·종기부의 계약, ③ 당사자들이 관청의 허가, 제3자의 승낙 또는 협조 등을 계약의 효력발생요건으로 약정하였으나 이들이 실현되지 아니한 계약을 규정한다. 효력불발생은 그 요건이 충족되었다는 사실만으로 일어난다. 그러나 이를 주장하려는 자는 3년의 시효기간 내에 효력불발생을 인식시키는데 필요한 사정을 적시하

여 상대방에게 그 의사를 통지하여야 한다. 그 외에 그는 시효기간 내에 그에 관한 법원의 확인을 구할 수 있다.

### 5) 대항불능

① 가장행위에 의한 계약, ② 일정한 사람의 보호를 목적으로 하는 금지규정에 위반하였거나 제3자 보호를 위한 방식요건 또는 공시요건을 준수하지 아니하고 체결된 계약, ③ 당사자들이 의식적으로 당사자 일방의 채권자를 기망하기 위하여 체결한 계약, ④ 무효인 계약의 기초에 있거나 그 계약을 유효로 하기 위하여 초래된 사정 또는 사실관계 등은 제3자 또는 일정 범위의 제3자에 대항할 수 없다(제154조 1항). 대항불능은 그 요건이 충족되었다는 사실만으로 일어난다. 그러나 이를 주장하려는 자는 3년의 시효기간 내에 대항불능을 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 상대방에게 그 의사를 통지하여야 한다. 그 외에 그는 시효기간 내에 그에 관한 법원의 확인을 구할 수 있다.

### 6) 가장행위 및 비진의표시

통정한 허위표시의 계약은 효력불발생이지만, 당사자들이 그 배후에서 다른 계약을 체결하려고 한 경우, 그 계약이 내용과 방식 면에서 유효요건을 충족하고 또 채권자를 기망하거나 법률의 적용을 회피하고자 하는 목적이 없는 한, 그 계약이 효력을 가진다(제155조 1항). 그러한 목적을 가지는 경우에는 가장계약 및 은닉계약은 모두 무효이다. 제3자는 은닉계약의 대항불능을 주장할 수 있을 뿐만 아니라, 그 은닉계약을 자신의 정당한 이익에 좇아 원용하고자 한다는 의사를 표시할 수 있다.

일방이 상대방에 대하여 자신의 의사에 부합하지 아니하는 표시를 한 경우, 그 의사표시는 상대방이 이를 선의로 해석할 수 있는 의미로 표시자를 구속한다(제155조 4항). 다만 상대방이 심리유보의 사실을 알고 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

## 7) 과잉이익을 이유로 한 취소(Aufhebung)

과잉이익을 이유로 계약을 취소하고자 하는 당사자는 상대방에 대하여 과잉이익을 인식시키는데 필요한 사정을 적시하여 상대방에게 그 의사를 통지하여야 한다(제156조 1항). 상대방 또는 이해관계인은 취소권자(그가 무능력자이면 그의 법정대리인)에게 최소 60일 이내의 기간 내에 취소권을 행사할 것인지의 여부에 대해 최고할 수 있다. 이 기간이 도과한 때에는 취소권자(또는 그 법정대리인)는 취소권을 포기한 것으로 본다. 과잉이익을 이유로 하는 계약의 취소는 계약을 체결한 날로부터 1년의 시효기간에 걸린다. 상대방의 열악한 처지 또는 무경험을 이용한다는 당사자의 의도 또는 인식은 제반사정으로부터 추단될 수 있다(동조 5항). 그러나 사행적 계약이거나 목적물에 특별한 애각을 이유로 보다 많은 대가를 지급할 의사를 표시한 경우에는 그러한 의도 또는 인식은 인정되지 않는다. 과잉이익을 이유로 취소할 수 있는 계약은 추인할 수 없으나, 계약의 내용이 당사자들의 합의 또는 일방 당사자의 신청에 의한 법원의 결정에 의하여 형평에 부합하게 된 경우에는 취소할 수 없다(동조 6항).

## 8) 소비자에 의한 계약취소(철회)

만족하지 않거나 자신의 결정을 후회하는 소비자는 상대방 또는 교섭을 진행한 자에 대하여 서면으로 계약이나 계약체결을 위한 청약을 취소할 수 있으며(철회권, *Widerrufsrecht*), 소비자는 그 서면에 계약 또는 자신의 청약을 철회한다는 의사를 표명함으로써 족하다(제159조 1항). 상대방이 그 의사표시를 알았거나 안 것으로 인정되는 시점부터 양 당사자는 각각 자신의 채무를 면한다. 소비자는 자신에게 인도된 물건에 의하여 입은 손해에 대해서는 배상청구가 가능하다. 소비자는 철회된 계약의 이행으로 그에게 인도된 물건을 상대방에게 반환하여

야 하며, 상대방은 소비자가 지급한 금액을 반환하여야 한다(동조 4항). 소비자는 계약 또는 자신의 청약을 철회할 권리를 포기할 수 없으며, 이에 반하는 모든 약정은 무효이다(동조 5항).

## (2) 원상회복(Rückgewähr)

불성립, 무효, 취소, 효력불발생, 해소 또는 철회된 계약에 기하여 급부를 수령한 당사자들은 각각 자신이 수령한 것을 반환하여야 한다(제 160조 1항). 상대방이 반환할 수 없거나 그 반환의 제공을 하지 아니하는 한, 반환을 거절할 수 있다. 원상회복의 청구는 필요한 사항을 적시하여 상대방에 대한 의사표시에 의하여야 한다(동조 2항). 당사자들에게 재판 외에서 문제를 해결할 가능성을 부여하기 위하여, 재판상 청구는 그 표시가 수령된 후 6개월(혹은 3개월)이 경과한 후에 제기할 수 있다. 원상회복은 원칙적으로 특정이행의 형식으로 행하여져야 한다(동조 3항). 다만 그것이 실질적으로 또는 법적으로 불가능하거나 상대방의 이익을 고려할 때 반환의무자에 대하여 지나친 비용을 발생시키는 경우 또는 반환하여야 할 물건의 보존 상태를 고려할 때 그 원상회복이 상대방에 대하여 이익이 없는 경우에는 그러하지 아니한다. 이러한 사정이 있는 경우, 원상회복은 등가 상당의 금전을 상대방에게 지급함으로써 행하여져야 한다. 그 금액은 당사자들 사이에 약정이 없으면 법원이 정한다. 특정이행에 의한 원상회복이 가능한 경우에도, 반환권자는 특정이행과 금전가액 사이에 선택권을 가진다(동조 4항). 금전으로 반환되어야 하는 경우, 이에 이자 및 그렇게 할 근거가 있으면 가치재평가로 인한 추가적 금액이 부가된다. 수령자가 악의인 경우에는 금전을 지급된 날로부터, 선의인 경우에는 반환청구가 행하여진 날로부터 산정되어야 한다. 이루어진 급부가 적법한 행위에 의한 것이고, 그것이 상대방에게 이익이 된 경우에는, 급부자는 상당한 보수를 청구할 수 있다(동조 7항). 형사처벌이 수반되거나 선량한 풍속 또는 공적

질서(공적 경제질서는 제외)를 위반하는 계약의 이행으로 급부를 행한 자는 원상회복을 구할 권리가 없다(동조 9항). 자신과의 관련에서만 그러하다고 하더라도 그러한 성질을 가지는 목적을 위하여 급부를 행한 당사자도 원상회복을 구할 권리가 없다. 다만 무능력자, 자신의 행위가 과실 없이 선량에 풍속에 반한다는 것을 알지 못하는 자 또는 강박상태에서 그러한 행위를 한 자에 대하여는 그러하지 아니한다.

### (3) 제3자 보호

계약의 불성립, 무효, 취소, 효력불발생, 대항불능, 철회, 해제에의 경우에, 각 당사자는 그 자신의 행태로 인한, 계약이 다른 법률효과를 가지거나 법률효과가 없음에도 불구하고, 제3자가 선의로 그 계약의 외관을 신뢰함으로써 발생한, 손해를 배상할 책임이 있다(제161조 1항).

## 제 3 절 내용의 특징

1. 먼저 최근의 국제계약법 내지 국내의 현대계약법의 추이를 반영 혹은 그와 동일한 취지의 규정을 볼 수 있다:

먼저 계약체결에 관한 제3장에서 청약의 回收[Rücknahme]<sup>172)</sup>와 청약의 撤回[Widerufen]<sup>173)</sup>를 구별한다. 즉 청약은 그 상대방에게 도달된 때에 효력을 발생하지만, 그 도달시까지는 그것을 회수할 수 있다. 설령 청약자가 서면으로 청약이 회수될 수 없는 것이라고 표시한 경우에도 그러한다. 청약은 그 상대방이 승낙을 발송하지 아니하고 있는 동안에는 철회할 수 있다. 이는 Unidroit 원칙의 태도(제2.3조 및

172) Unidroit 원칙은, 우리법과는 달리 그러나 UN 통일매매법과 같이, 回收(withdrawal)와 撤回(revocation)을 구별한다. 『回收』는 청약의 의사표시를 발송하였으나 그 도달 전(즉 그 효력발생전)에 의사표시를 거두는 것을 의미한다(CISG 15조와 동일).

173) 『撤回』는, 도달되어 효력이 발생한(Unidroit 원칙 2.3조 1항) 청약에 대해 그 의사표시를 거두어 가는 점에서 『回收』와 구별된다. CISG 16조와 거의 동일.

2.4조)와 같다.<sup>174)</sup>

계약체결상의 고려의무(Pflicht zur Rücksichtnahme)를 규정하면서, 여러 군데 나누어 분산시키고 있다(제45조, 제75조, 제99조).

계약체결상의 과실책임(culpa in contrahendo)와 행위기초의 상실에 해당하는 조문을 두고 있다(제97조, 제157조).

채무자가 객관적 또는 주관적 불능으로 급부할 수 없는 경우에 이행의무는 소멸한다(제111조 1항, 제112조 1항).

해제권은 과실을 요건으로 하지 않으며(제114조), 해제권자인 채권자가 (독자적으로 혹은 전적으로) 채입져야 하는 경우에 해제권은 배제된다(제114조 6항).

해제는 손해배상에 영향을 미치지 아니한다(제116조).

2. 현대계약법의 모습과 다르게 평가될 수 있는 구조가 발견된다.:

- 먼저 급부의무와 그 위반을 규정하고 있는 태도(예: 독일 현대화법)와 달리, 이행과 불이행에 대해 절로 나누어 규정한다(제7절과 제8절).

이행의무와 손해배상을 다른 절로 나누어 규정한다(제9장 제2절). 이는 보다 더 잘 조망할 수 있게 하는데, 이는 영국의 McGregors의 계약법안을 따른 것으로 평가된다.<sup>175)</sup> 이는 현대계약법이라 칭해질 수 있는 Unidroit 원칙 및 유럽계약법원칙에서도 보인다.

즉 Unidroit 원칙은 제6장 이행(Performance)의 첫 조문인 제6.1.1조 이하에서 이행의무에 대해 규정하면서, 제7장 불이행(Non-Performance)의 첫 조문인 제7.1.1조에서 불이행이라 함은, 불완전한 이행 내지 이

174) 반면에 유럽계약법원칙은 철회만을 규정한다: Art. 2:202(청약의 철회) (1) 청약은, 피청약자가 그 승낙을 발송하기 전까지, 또는 행태에 의한 승낙의 경우에는 계약이 체결되기 전까지, 철회될 수 있다.

175) Sturm, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, JZ 2001, 1101. 이 번안에서는 이행(제201조 이하), 계약위반(제301조 이하), 손해배상(제431조 이하)로 규정하고 있다.

행지체를 포함하여, 계약상의 채무 중 어떠한 채무가 당사자에 의해 이행되지 않은 것을 말한다고 정의한다. 그리고 제4절 손해배상에서 “어떠한 불이행도, 손해배상을 청구하는 권리를, 피해당사자에 대해, 배타적으로나 다른 구제수단과 함께 부여된다. 다만, 이들 원칙에 의해 불이행의 책임을 면하는 경우는 그러하지 아니하다.”고 규정한다.

### 3. 독자적 혹은 특징적인 규정도 보인다:

제8장의 불이행에 관한 장(제89조 - 제117조)에서 불이행의 개념에 대한 규정을 볼 수 있다(제89조). 당사자 일방, 그의 보조자 등이 계약에서 정한 바와 다른 행태를 한 경우 또는 약속된 것으로 인정되는 바와 다른 권리 상태 또는 사실 상태를 야기한 때에 계약상 의무가 불이행된 것으로 본다. 이 불이행 일반규정 외에 특별규정을 두고 있다. 즉

- 채무자는 이행을 거절할 수 있다(제90조);
- 채무자가 이행을 할 수 없는 경우(제91조)
- 종류물을 인도할 채무가 정하여진 기한에 정하여진 방법으로 인도되지 아니하였거나, 과도 혹은 과수 또는 우등하거나 열등한 품질의 물건이 인도되었거나, 다른 wdfb의 물건이 인도된 경우(제93조);
- 하는 채무가 정하여진 기한에 행하여지지 아니하거나, 부분적으로만 행하여지거나 행하여진 일에 하자가 있는 경우(제94조);
- 부작위채무가 위반되었거나 보호의무가 침해된 경우(제95조, 제99조);
- 채무자가 지체에 빠진 경우(제96조);
- 계약이 체결된 후에 이행이 채무자에게 책임없는 사유로 객관적으로 불가능하게 된 경우(제97조 2항);
- 채무자가 다른 곳으로부터 동일한 급부에 대하여 보다 유리한 청약을 받았음을 이유로 급부를 하지 아니하는 경우(제98조).

중과실로 인한 책임은 사전에 포기할 수 없다(제106조 1항).

독일의 신민법은 불능의 경우, 항변을 인정하는데, 계약법전 예비안

에 의하면 불능은 주채무에 대한 이행의무를 소멸시킨다(제128조 3항).

불이행에 대한 항변권(Einrede)으로 이행거절권을 인정한다. 즉 쌍무 계약에서 일방 당사자가 자신의 채무를 이행하지 아니하거나 변제의 제공을 하지 아니한 경우, 채권자는 그 불이행의 경중을 불문하고 동시에 이행하여야 하거나, 후에 이행하여야 하는 때에는, 자신의 급부를 거절할 수 있다(제108조 1항). 다만 그 거절이 상대방에게 과도한 부담을 야기하거나 본질적 불이행이 아닌 사안에서 그 거절이 채권자의 채무를 소멸시키는 결과를 일으키는 경우 등 그 거절이 사정변경에 반하는 경우에는 그러하지 아니한다(동조 1항 후문 및 2항).

본질적 불이행이 있는 경우에, 채권자는 상당한 기간 내에 이행할 것을 최고하면서, 이 기간의 도과로 계약은 해소된 것으로 본다는 취지를 채무자에게 통지함으로써 계약을 해제할 수 있다(제114조 1항). 따라서 이행없이 이 기간이 경과하면 해제의 효과가 발생하는데, 이는 단순히 계약해제를 위해 통지를 요구하는 독일 민법의 태도(제323조 5항 BGB)나 채무자의 책임있는 사유로 인한 이행불능의 경우 최고를 요구하지 않는 우리 민법의 태도(제546조)와 비교된다. 급부가 계약체결 후에 채무자의 책임없는 사유로 불능이 된 경우, 채무자가 명시적 혹은 묵시적으로 보증책임(Garantiepflicht)을 인수한 경우에는, 채무자는 손해배상에 대해 책임을 진다(제97조 2항).

## 제 7 장 現存EC私法유럽연구단의 Acquis 원칙

### 제 1 절 Acquis 그룹의 연구

#### 1. 개요

아끼 꼬미노떼(acquis communautaire)란 「현존하는 유럽공동체사법(Existing EC Private Law)」을 말한다. “acquis communautaire”는 EU 회원국을 구속하는 권리와 의무의 총괄을 의미하는데, 공동체설립조약(Primärrecht der Verträge), 규칙, 지침 등의 2차입법(Sekundärrecht), EG 기구에 의한 입법행위(법령제정), 유럽사법재판소(EuGH)의 사법적 판단과 판결, 결정과 국제협정, 이사회의 「선언」(declarations), 「결의」(resolutions)나 회원국과 공동체기관들이 장래의 행동에 대한 일반원칙을 설정해 놓은 「방침」(programmes) 등이 이에 포함된다.<sup>176)</sup> 예전의 유럽계약법에 대한 연구는 *acquis communautaire*에 특별한 주의를 기울이지 않은 채 국내법에 집중하였다. 1980년대에는 Lando가 이끄는 법학자 그룹은 국내법의 비교를 바탕으로, 그리고 공동체법에 대한 깊은 연구는 없이, 선구적 작업을 시작하였다.<sup>177)</sup>

176) <http://www.europa-reden.de/info/acquis.htm>. Nach Artikel 49 EU-V/Amsterdam kann jeder europäische Staat die Mitgliedschaft in der Europäischen Union beantragen. Die einzige rechtliche Aufnahmebedingung dabei ist, daß der beitrittswillige Staat sich verpflichtet, das gesamte europäische Gemeinschaftsrecht zu übernehmen. Voraussetzung für die Mitgliedschaft sei die Übernahme aller derzeitigen und potentiellen Rechte und Verpflichtungen der Gemeinschaft und ihres institutionellen Rahmens. Zu nennen sind hier a) Inhalt, Grundsätze und politische Ziele der Verträge einschließlich des Vertrags von Maastricht; b) das Folgerecht und die Rechtsprechung des Gerichtshofs; c) die Erklärungen und Entschlüsse der Gemeinschaft und d) die internationalen Abkommen und Abkommen zwischen Mitgliedstaaten, die die Tätigkeit der Gemeinschaft betreffen.

177) Ole Lando, *My life as a lawyer*, ZEuP 2002, pp. 508 ff.; Arthur Hartkamp, *Principles of Contract Law*, in: Arthur Hartkamp et al (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2nd edition, Nijmegen 1998, pp. 105 ff.; Reinhard Zimmermann, *The*

그러나 1990년대 들어 유럽공동체법은 다양한 사법영역에 있어서 중심적 의미를 지니고 있다는 점이 점점 명백하게 되었다. 계약법에 관계되는 한, 이는 역내시장의 창설 또는 공고화를 소비자 보호 이슈로 연결하고 있는 지침의 증대에서도 나타난다. 방문판매지침<sup>178)</sup>, 원격거래지침<sup>179)</sup>, 주취여행지침<sup>180)</sup>, 시분할이용계약지침<sup>181)</sup>, 소비자신용지침<sup>182)</sup>, 불공정약관조항지침<sup>183)</sup>, 소비재매매지침<sup>184)</sup>, 전자상거래지침<sup>185)</sup>, 이행지체지침<sup>186)</sup>, 금융서비스원격판매지침<sup>187)</sup> 등이 있다. 이들 소비자보호를 위한 지침의 제정만이 점진적으로 진행되고 있는 “유럽화”(Europeanisation)와 채무법의 폭넓은 자료를 위한 유일한 동력은 아니었다. 그 외에 예를 들어, 상법과 노동법뿐만 아니라 보험법에서부터 원거리통신법(telecommunications law)에 이르는 넓은 영역에 이르는 분야에 있어서의 공동체 입법과 판례법, 그리고 증대되고 있는 국제

- 
- Principles of European Contract Law Pts. I and II, ZEuP 2000, pp. 391 ff.
- 178) Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises.
- 179) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.
- 180) Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours.
- 181) Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis.
- 182) Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit as modified by Directive 90/88/EEC and 98/7/EEC.
- 183) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.
- 184) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.
- 185) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the internal market.
- 186) Directive 2000/35/EC of the European Parliament and the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions.
- 187) Directive 2002/65/EC on distance marketing of consumer financial services of 23 September 2002.

사법의 공동체법으로의 흡수는 또한 계약법에 있어서 나타나는 국내 법과 유럽법의 이원화로 이끄는 것은 아니다.

보다 최근에는, 일련의 연구 프로젝트는 1980년대의 경우보다 상당한 정도로 계약법 및 기타 사법의 중요 영역을 위한 *acquis communautaire*의 축적된 그리고 증가하는 중요성을 고려하였다.<sup>188)</sup> 이 영역에 있어서 국제적인 협업을 강화하기 위하여, EU 회원국 출신의 법학자그룹이 *Acquis Group*을 만들었다.

『現存EC私法유럽연구단(European Research Group on Existing EC Private Law)』(일명 *Acquis 그룹*<sup>189)</sup>)은 2001년 7월에 있는 유럽위원회의 제1통신문<sup>190)</sup> 및 동년 11월에 있는 유럽의회의 회원국의 민·상법의 근사화(近似化)에 관한 결의(resolution on the approximation of the civil and commercial law<sup>191)</sup>)에 대한 학계의 반응으로 2002년 설립되었다. 이들 회원은 유럽연합 회원국 출신의 50여명의 학자로 구성되어 있다. *Acquis 그룹*의 목적은 유럽위원회의 제1통신문이 제안한 Option III(이미 현존하는 유럽공동체의 여러 사법규정들을 심화·발전시키는 방안) 및 Option IV(유럽공동체차원에서 광범위한 새로운 법률을 제정하는 방안)에 대하여 학문적으로 뒷받침하는 것이다. 즉 다른 연구팀이 비교법적 연구방법을 택하고 있는 것과는 달리, 다양한 형태로 존재하는

188) For example, Nicolo Lipari (ed.), *Diritto Privato Europeo*, 1997; Stefan Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin/New York 1999, Ulrich Magnus (Hg.), *Europäisches Schuldrecht, Verordnungen und Richtlinien*, München/Berlin 2002, Reiner Schulze (n. 8) pp. 11 ff., 12, 18 ff.

189) 이 그룹이 운영하는 홈페이지는 <http://www.acquis-group.org/>

190) Cf. inter alia: European Parliament, resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States of 15/11/2001 (C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)) and its predecessors; European Council, Council report on the need to approximate the laws of the Member States in civil matters and the Presidency Conclusions of the European Council meetings in Laeken (14-15/12/2001) and Tampere (15-16/10/1999); European Commission, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law (COM(2001)398 final) of 11/7/2001 and the summary of the responses to this Communication. COM(2001) 398 final.

191) COM(2001) 398 C5-0471/2001 2001/2187(COS).

acquis communautaire로부터 유럽사법의 기본틀을 도출해내는 것이 주된 과제이다. 2005년 5월부터는 유럽위원회가 CFR의 마련을 위해 지원하는 유럽私法네트워크(Joint Network on European Private Law<sup>192</sup>)의 일원으로서, 2008년을 목표로 한 『共通유럽契約法原則(Common Principles of European Contract Law: CoPECL)』의 제정 작업에 참가하고 있다. Acquis 그룹은 그러한 연구결과로 이른바 『現存EC契約法原則(Principles of the Existing EC Contract Law)』을 발표하였다.<sup>193</sup>

## 2. Acquis 그룹의 목표

Acquis 그룹은, CFR의 제안하기 위한 자료를 위원회에 제공하는 역할에 기여하고자 한다. 상이한 여러 국내 법질서를 비교하는 것이 아니라 진정한 EC법에 바탕을 둔 새로운 접근방법을 따른 존재하는 EC 계약법공동원칙(“Principles of the Existing EC Private Law”)을 추출하는 것을 업무로 한다. 이 원칙은 CFR을 위한 자료로서 역할 할 수 있다고 기대한다.

이 원칙은 3 요소로 구성된다. 첫째로, 기초가 되는 정치적·경제적 의도를 표명하는 기본적 개요를 제시한다. 이 개요는 공동체법의 기본방침(recitals)과 비교될 수 있다.

둘째로, 공동체법에서 사용되는 주요 법률용어의 개념을 명확히 할 것이다. 이 개념은 또한 공동체법과 불일치 및 편차에 대한 증명을 포함할 것이다.

셋째로, 영역에 따라서는 계약법에 관한 현존 공동체법이 좀 더 일반적인 차원에서 계약법 규정의 형성과 정화를 허용하는 정도에 이르고 있다. 그러한 원칙을, 그것의 기원인 현존하는 공동체법에 나란히

192) <http://www.copecl.org/> <2007. 11. 15. 최종방문> 참고.

193) Principles of the Existing EC Contract Law(Acquis Principles), Part 1, 2007. 급부장에 관한 2부는 2007년 발간 계획이라 한다.

늘어놓을 수 있다.

일련의 정의 및 원칙의 규정들은 CFR을 위한 요소를 제공할 수 있다.

그러나 Acquis Group은 CFR의 요소를 표명하고자 하는 것은 아니고, 위원회에 진정한 유럽적 내용만을 제공하고자 할 뿐이다. 이 요소들은 국내 법질서(및 판례법)에서 추출한 원칙이나 공통의 규칙과 결합될 것이다.

EC계약법공동원칙(“Principles of the Existing EC Private Law”)은 란도 위원회의 유럽계약법원칙 “Principles of European Contract Law”(PECL)과 비교될 것이고, 그 차이를 명확히 할 것이다. 이는 국내법질서의 공동원칙을 진정한 유럽법에서 추출한 규칙으로 포함시키는데 기여를 할 것이다.

### 3. 접근방법

“EC 지침에 있어서의 유럽계약법”이라는 제목하의 전문가 회의가 이 그룹의 작업 프로그램의 출발점이 되었고,<sup>194)</sup> 그 결과는 “European Contract Law in Community Law”라는 제목 하에 출간되었다.<sup>195)</sup> 따라서 유럽계약법은 연구의 유일한 대상은 아니지만 Acquis Group의 연구에 있어서 첫째로 꼽히는 토픽이다.

유럽계약법 원칙을 창출하기 위하여, 이 작업 프로그램의 범위 내에서는 본질적으로 세 과정이 요구된다: 첫째로, 이 영역에 있어서의 제 1차적 법(Primärrecht), 유럽사법재판소의 판례 그리고 유럽공동체의 입법행위(legal acts)에 대한 조사가 필요하다. 이미 이 단계에서, 많은 실제적 유럽 계약법을 현존하는 공동체법에서 발견될 것이 명백하다. 둘째로, 덮여 썩어있는 구조와 개별적 입법 행위사이의 공통성 그리

194) At the European Legal Academy Trier between 27th to 28th September 2001.

195) Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze together with Ludovic Bernardeau (eds.), European Contract Law in Community Law, Köln 2002.

고 공동체법이 발전시킨 영역(sectors)을 발견할 (그리고 따라서, 불일치 및 가치의 충돌을 확인하는) 임무를 진다. 개별적 행위와 개별적 영역에만 관계하던 이제까지의 고려방법 대신에, 공동체법의 체계적 분석을 위한 토대가 발전되어야 한다. 이를 바탕으로 셋째, 공동체법에 계약법에 관한 포괄적 원칙을 어느 정도로 담겨있는가를 검토하여야 한다. 이에 유럽계약법의 발전을 위해 실제적 이익이 놓여있을 수 있다. 공동체법의 규정이 일방적 보호정책의 틀 내에서 생겼어도, 이는 일반화할 수 있는 원칙이 저변에 깔려있을 수 있다. 일반화가 가능한 원칙을 소비자법, 노동법 혹은 자본투자법의 특수성으로부터 분리 추출하여, 영역에 특정되지 않는 유럽 계약법을 위한 구성분자로서 이용할 수 있다.

국내법질서에서가 아니라 주로 현존공동체법에서 수확될 것이라는 점에서 Acquis Group에 의한 현존EC계약법원칙은 오늘날까지의 유럽사법의 접근과는 다르다. 따라서 『현존EC계약법원칙』은 현존하는 유럽계약법원칙 및 그와 유사한 목적 하에 이루어진 결과에 대체하는 것이 아니다. 이 원칙은 이제까지 체계적으로 분석되지 않은 견지 하에 설정되는 것이다. 공동체법에 초점을 맞추어 이제까지 보다 더 강하게 유럽법 영역의 경제적 현실성을 반영함과 동시에 공동체법의 회원국의 법체계에의 조화를 증진시키는데 기여할 것으로 이 연구모임에서는 기대한다.

Acquis Group의 접근이 현존하는 공동체법(acquis communautaire)을 CFR에 포함시키기 위해 필요하다고 하더라도, 집행위원회의 실행계획에서 확인된 세 근거(작업) 중 하나만을 포함한다. 따라서 국내법을 고려하는 다른 작업과의 협업도 의도되고 또한 절대적으로 필요하다. 한편, Acquis Group은 다른 작업팀에게 현존하는 EC 계약법에서 찾은 결과물을 제공할 수 있고, 따라서 개별적인 접근을 확대할 것이다.<sup>196)</sup>

196) Reiner Schulze, Die "Acquis-Grundregeln" und der Gemeinsame Referenzrahmen,

다만 이 연구모임에서는, 공동체법에 독자적 원칙과 혁신적 배아를 가지고 있는 한, CFR은 유럽계약법의 폭넓은 적용을 위한 이 기축에 근거를 두어야 하며, 이는 장래의 새로운 지침을 위한 또 궁극적으로는 “optional Instrument”를 위한 방향축으로 기능할 것이라 한다.

## 제 2 절 Acquis 원칙의 내용

2007년 10월에 update한 Acquis Principles의 내용은 7개의 장으로 이루어져 있다:

- 제 1 장 : 일반규정(General Provisions)
- 제 2 장 : 계약체결전의 의무(Pre-contractual Duties)
- 제 3 장 : 차별의 금지(Non-Discrimination)
- 제 4 장 : (계약의) 체결
- 제 5 장 : 철회권(Withdrawal)
- 제 6 장 : 교섭되지 않은 조건(Non-Negotiated Terms)
- 제 7 장 : 의무의 이행

### 1. 제 1 장 일반 규정

#### (1) 적용 범위

이 다음 원칙과 규칙들은 계약법 영역에 있어 현행 유럽공동체법에 기초하여 형성된 것으로, 새로운 입법의 기초, 국내법으로의 전환과 유럽공동체법 해석의 근거로서 역할을 수행하는 것을 그 목표로 하고 있다(제1:101조 1항 및 2항).

---

ZEuP 2007, 734.

## (2) 소비자 및 사업자 개념

소비자 및 사업자 개념을 두고 있다 먼저 소비자란 자신의 영업활동 외의 목적을 위해 행위하는 모든 자연인을 의미한다(제1:201조). 그리고 사업자란 공유(公有) 또는 사유(私有)에 상관없이 자신의 자영업, 업무 또는 직업과 관련된 목적을 위하여 행위하는 모든 자연인 또는 법인을 의미한다(제1:202조). 비록 그 행위를 통하여 이익을 얻을 의도가 없다고 하더라도 사업자 범주에 포함시킨다.

## (3) 통지와 형식

통지는 상황에 적절한 모든 방법에 의하여 이루어질 수 있다. 전자매체를 통해 전송된 통지는 수취인이 접근(access)할 수 있게 된 때에 이 도달한 것으로 본다(제1:302조).

방식의 자유를 선언하면서(제1:303조), 전자문서, 영속적 매체(Durable medium), 서명, 서명 등에 대한 개념을 규정한다.

## 2. 제 2 장 계약체결 전단계의 의무(Pre-contractual Duties)

### (1) Acquis Communautaire에 있어서 정보의무 및 계약의 체결

이 작업 프로그램에서 공동체법의 정보의무와 계약체결에 관한 규정은 유럽계약법의 발전을 위한 초석을 이룬다. 유럽위원회의 실행계약도 계약의 체결을 CFR에 포함되어야 할 사항 중 하나로 명시하고 있다.<sup>197)</sup>

---

197) “General rules on the conclusion, validity and interpretation of contracts ……”, c.f. Action Plan 12. Feb. 2003, No. 63.

정보의무는 *acquis communautaire*에서 매우 다양하고 복잡성을 지니면서 발전되어 왔고 또한 국내법에 중요한 영향을 미쳤기 때문에, 지침을 이식하여야 할 의무 이상으로, 매우 중요한 역할을 맡고 있다. 이 의무를 계약체결 전 영역 혹은 계약 영역에 배속될 수 있는지 여부, 또 된다면 어떻게 할당되는지에 대한 문제는 직접적으로 공동체법의 원칙이 계약의 체결을 규율하는 문제로 이끈다. 그리고 정보의무의 관찰의 문제와 그 불이행의 결과는 구제수단의 문제로 이어진다.

*acquis communautaire*에 의하여 계약법 원칙의 창출을 위한 가장 중요한 기초로서 무엇보다 소비자보호의 영역에 있어서 공동체법의 발전 상태가 문제로 된다.<sup>198)</sup> 계약의 성립과 관련하여 먼저 공동체법에 있어서 계약의 개념과 기능에 대한 분석이 요구된다.<sup>199)</sup> 이 영역에 있어서 소비자보호법에 있어서의 계약 개념이 보다 일반적인 사법상의 계약 개념과 어떠한 관계를 갖는지에 대한 논의가 있어야 한다. 각각의 기능이 확인되면, 어느 정도로 공동체법에 있어서 계약 성립에 관한 특정의 구조 및 모델을 위한 출발점을 지니고 있는가 라는 중심문제에 대해 연구되어야 한다.<sup>200)</sup> 예를 들어, 정리가 요구되는 문제 중 하나는, 상호 합치되는 의사표시에 의한 구속력을 지닌다는 대륙법적 모델을 공동체법에서 어느 정도로 찾을 수 있는지에 대한 검토이다. 계약실현, 의사표시 내지 계약의 해석 및 공동체법적인 법률행위의 형식을 요구하는 것 등이 계약의 체결과 관련되어 있다.

정보의무는 *acquis communautaire*에 있어서 영역이 특정된 규정에서부터 출발한다. 이는 이익분배 방식에 의해, 부분적으로는 그 분배의 대상에 의해 정해진다. 그러므로 개별적 의무의 집합에서 그것을 포

198) Dieter Kraus, Zur verbraucherrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Europäischen Privatrechts, p. 29; on the other hand, developmental tendencies of Community law on this area in relation to national law; using France as an example see Judith Rochfeld/Dimitri Houtcieff, Perspectives de développement du droit communautaire en matière du droit de la consommation, p. 49.

199) Hans Schulte-Nölke, Functions of Contracts in EC Private Law, p. 85.

200) Thomas Pfeiffer, Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht, p. 103.

함하고 있는 원칙의 창출로 모으는 작업은 개별적 규정 영역에 있어서 가장 앞에 놓이는 일이다.

원거리매매에 있어서 정보의무<sup>201)</sup> 또는 금융서비스와 관련한 정보 및 조언 의무<sup>202)</sup>가 이에 속한다. 이 작업은 좁은 규정 영역에 관한 특별 원칙과 보다 일반적이고 영역에 관계없는 원칙을 구별할 수 있는지의 문제로 직결된다. 또한 정보 의무의 개념과 원칙은 계약법 외의 법적 영역에 있어서도 고려되어야 하는지 여부에 대한 검토도 요구된다.<sup>203)</sup> *acquis communautaire*에 기초한 연구 작업에는 국제적 통일법과 국내법의 비교에 기초를 둔 작업에 있어서의 상응하는 규정과의 조정이 포함되어야 한다.<sup>204)</sup>

제재(*sanctions*)가 없는 정보의무는 실효성이 없을 것이다. 따라서 정보의무를 체계화하기 위하여 그 내용 외에 특정의 구제수단에 연결되어야 한다. 유럽 계약법에 있어서 구제수단의 시스템은 개별적 검토가 요구될지라도 *acquis communautaire*에 있어서 정보의무를 분석할 때 이 주제는 고려되어야만 한다. 특히, 공동체법이 이 의무의 관철을 기본적으로 회원국의 개별 국가법에 맡기고 있다고 보이는 것과는 달리, 정보의무 침해시의 법적 효과에 관한 공동체법의 기본원칙에 대한 기점이 확인되어야 한다.<sup>205)</sup> 또한 “*effet utile*” 원칙이 특정의 구제수단을 요구할 수 있는 범위에 대한 측면도 고려되어야 한다.<sup>206)</sup> 이러

201) Paulo Mota Pinto, Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht, p. 157.

202) Martin Ebers, Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen: Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze, p. 171.

203) 이 측면의 연구에 대해서는, Sjeff van Erp, Information in Contract and Property Law: Some Cross-Border Remarks, p. 191.

204) Hans Christoph Grigoleit, Regelungen über Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles, p. 201 and Matthias E. Storme, Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law, p. 231.

205) Thomas Wilhelmsson, Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law, p. 245.

206) Hans-Peter Schwintowski, Informationspflichten und *effet utile* - - Auf der Suche

한 분석으로 의무위반 침해에 대해 공동체법적인 제재의 강제적 체계화가 되지는 않겠지만, 개별 규정 이상으로 닿을 수 있는 진술을 허락한다.<sup>207)</sup> 이 진술에서 정보의무 침해로 인한 유럽계약법에 있어서의 법적 효과에 대한 장래의 시스템을 인도할 수 있는 원칙의 첫 개요를 밝힌다.<sup>208)</sup>

## (2) 일반의무

먼저 계약 체결 전단계에 있어서 당사자들에 신의칙에 따른 의무 및 상대방의 정당한 기대에 합리적으로 기대될 수 있는 주의의무를 부과한다(제2:102조). 먼저 신의성실의 원칙에 반하는 계약교섭에 대하여는, 당사자는 자유로이 교섭할 수 있고, 합의에 이르지 못한 것에 대하여 책임을 지지 않는다는 원칙적 규정을 두면서, 신의성실의 원칙에 반하여 교섭을 행하거나 교섭을 중단한 당사자는, 상대방이 입은 손실에 대하여 책임을 진다. 특히, 합의에 이를 진정한 의사 없이 교섭을 시작하거나 계속한 당사자는 신의성실의 원칙에 반하게 행위한 것이라 하고 있다(제2:103조)

## (3) 계약 체결 전단계의 정보제공의무

계약 체결 이전에 당사자는 제반사정에 비추어 정상적인 이행과 질의 표준을 고려하여 합리적으로 예측할 수 있도록 제공되는 물품 또는 서비스에 대한 정보를 상대방에게 제공할 의무를 진다(제2:201조). 특히 소비자에 대해서는, 이에 더하여 사업자는 소비자에게 물품이나 서비스를 판매함에 있어서, 모든 상황과 사용된 통신 매체의 한계를 적절히 고려하여 평균적인 소비자가 계약을 체결할 것인지 여부를 결

nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem, p. 267.

207) Ulrich Magnus, Rechtsfolgen im Acquis communautaire, p. 291.

208) C.f. in particular the conclusions by Magnus (n. 32) p. 311 f.

정함에 있어 고지 받을 필요가 있는 중요한 정보를 제공하여야 한다. 사업자가 소비자로 하여금 물품 또는 서비스를 구매할 수 있도록 하는 상업적 통신(commercial communication) 수단을 사용하는 경우, 소비자에게 제공되어야 할 정보를 정하고 있다(제2:202조). 계약체결에 사용된 기술적 매체, 사업자와 소비자 사이의 물리적 거리, 거래의 특성상 소비자가 상당히 정보적으로 불리한 입장에 서게 되는 거래에 있어서는, 사업자에게 물품 또는 서비스의 중요 성질이나 계약 조건, 계약 당사자들이 가지는 권리와 의무, 그리고 가능한 구제 절차에 대한 명백한 정보를 제공할 의무를 부과한다(제2:203조).

비록 계약이 체결되지 않았을 지라도 규정된 의무들에 대한 위반에 대해 상대방은 신뢰이익의 배상(reliance damages)을 요구할 권리를 갖는다(제2:207조 2항). 의무를 이행하지 않고 계약이 체결된 경우, 그 계약은 정보의 부정확 또는 결여의 결과로서 상대방이 합리적으로 기대할 수 있는 의무를 포함한다. 이러한 의무의 불이행에 대하여 제 8 장에 규정된 구제수단(현재 미확정)이 적용된다.

#### (4) 입력상의 실수를 방지할 의무

사업자가 개별적인 통신 없이 전자 수단에 의한 계약 체결 기능을 제공한 경우, 상대방이 청약에 하거나 청약에 대한 승낙을 하기 전에 입력상의 실수를 확인하고 수정하기 위하여 적절하며 효과적이고 접근 가능한 기술적 수단을 사용할 수 있도록 하여야 한다(제2:301조).

### 3. 제 3 장 차별금지(Non-Discrimination)

성, 인종 또는 민족적 혈통에 근거한 모든 차별은 금지된다는 계약법에서의 차별금지의 원칙을 천명하면서(제3:101조), 차별의 개념 및 그 예외를 규정한다. 주택 공급을 포함하여 대중에게 가능한 물품 또

는 서비스에 접근하거나 공급하는 계약과 관련하여 성, 인종 또는 민족적 혈통을 이유로 차별을 받은 자는 손해배상이나, 차별 받은 사람은 차별적 행위의 결과를 제거하는데 적합한 또는 더 이상의 차별을 방지하기에 적합한 다른 구제수단을 행사할 수 있다(제3:201조). 자신이 차별을 받고 있다고 생각하는 자에게는 그러한 차별이 존재하는 것으로 가정되는 사실을 입증하게 하고, 이때 상대방에게는 차별금지의 원칙(principle of non-discrimination)에 위반하지 않았음을 입증할 책임을 지운다(제3:203조).

#### 4. 제 4 장 계약의 성립

당사자들이 법적으로 구속되려는 의도로 충분한 합의에 도달한 경우 계약은 체결된다.

기본적으로 계약은 청약에 대한 승낙에 의해 체결될 수 있다고 한다. 상대방이 이를 승낙하면 계약이 성립될 것을 의도하고, 계약을 성립하기에 충분히 확정적인 내용을 포함하는 경우, 그 제안은 청약이 된다(4:103조). 청약은 1인 또는 다수의 특정인 또는 불특정 다수인에 대하여 행하여질 수 있다.

사업자가 소비자에게 주문하지 않은 물품 또는 서비스를 배달한 경우, 소비자가 응답하지 않는 것으로부터 어떠한 의무도 생기지 않는다(제4:104조). 계약 체결 전 사업자가 제공되는 물품 또는 서비스의 구체적 특성에 대한 불특정 다수인에 대하여 행한 언명은 일정한 제외하고 계약에 의하여 구속력을 지닌다(제4:105조).

계약 체결 전 사업자가 제공되는 물품 또는 서비스의 구체적 특성에 대한 불특정 다수인에 대하여 행한 언명은 계약에 의하여 구속력을 지닌다. 일방적 약속 또는 보장은, 승낙없이 법적으로 구속되려는 의도를 가지고 있는 경우에는, 그 구속력을 인정한다(제4:107조). 사업

자가 개별적인 통신 없이 전자 수단에 의한 계약 체결 기능을 제공한 경우 상대방의 청약의 수령 또는 승낙은 전자 수단을 통하여 승인되어야 한다(제4:108조 1항).

## 5. 제 5 장 철회권(Withdrawal)

본 장은 두 개의 절로 이루어져 있다: 제1절 일반 철회권의 행사와 그 효과, 그리고 제2절은 특별철회권에 대해 규정한다.

### (1) 일반 철회권

#### 1) 철회권의 행사

철회의 효력이 발생하려면 반드시 철회는 철회권 있는 당사자로부터 그 상대방에게로 전달되어야만 한다(제5:102조). 이유는 불문한다. 계약의 주된 내용을 반환함은 묵시적 철회로 본다. 다만 철회권 행사는 숙려기간(Withdrawal period) 내에 행사되어야 한다. 즉 달리 규정하고 있지 않는 한, 철회권은 계약이 성립되고 철회권에 대한 통지를 받은 날로부터 14일 이내에 그리고 계약 체결 후 1년 이내에 행사되어야 한다(제5:103조 1항). 철회의 통지는 숙려기간 내에 발송되면 족하다. 철회권이 부여된 당사자는 상대방으로부터 철회권에 대한 합리적인 통지를 받아야 한다(제5:104조).

#### 2) 철회의 효과

계약의 철회로 계약이행의무는 종료된다. 계약상 철회권을 부여한 당사자에게 유리하도록 달리 규정되어 있지 않는 한, 각 당사자는 자신의 비용으로 계약을 통해 취득한 것들을 상대방에게 반환해야 한다. 철회권을 행사하는 당사자는 다른 비용을 지불할 책임이 없으며, 철회권을 행사함으로써 어떠한 책임도 지지 않는다. 철회의 상대방은

반드시 철회권 행사자로부터 받은 모든 금액을 별도의 비용 없이, 지체 없이 반환하여야 한다. 이러한 의무는 철회의 효력이 발생한 후 30일 이내에 이루어져야 한다(제5:105조 1항).

수령한 물품에 대하여 합리적 주의가 행하여졌다면 계약을 철회하는 당사자는 그 물품의 손해에 대하여 책임을 지지 않는다(동조 2항). 철회권자는 수령한 물품에 대한 검사와 시험에 의하여 감소된 가치에 대하여 책임을 부담하지 않는다. 철회권자는 철회권에 대한 합리적 통지를 받았음에도 불구하고 물품의 정상적 사용으로부터 발생한 감소된 가치에 대하여 책임을 부담한다.

사업자에 의한 물품 또는 서비스 공급 계약을 소비자가 철회하는 경우, 철회의 효과는 연계된 계약(Linked contracts)에까지 미친다(제 5:106조). 계약들이 객관적으로 하나의 경제 단위를 형성하거나, 계약이 부분적으로 또는 독점적으로 신용계약에 의해 자금이 조달 된다면 계약들은 하나의 경제 단위를 형성한다. 그러한 경우를 다음과 같이 예시하고 있다. ① 물품 또는 서비스를 공급하는 사업자가 소비자의 이행에 용자하는 경우, ② 신용 공급자가 신용 계약의 성립을 위하여 물품 또는 서비스 공급자를 사용하는 경우, ③ 신용 계약이 신용이 제공될 특정 물품 또는 서비스를 언급하고, 이러한 두 계약 사이의 연계가 물품 또는 서비스 공급자 또는 신용 공급자에 의하여 제안된 경우는 연계된 계약이다.

## (2) 특별 철회권(Particular rights of withdrawal)

### 1) 사업자의 영업장으로부터 벗어나 협상된 계약

소비자의 청약 또는 승낙이 사업자의 영업장으로부터 벗어나 표시된 경우에는 금융 서비스를 포함하여 물품 또는 서비스를 공급하는 사업자와의 계약을 철회할 수 있다(제5:201조 1항). 적용되지 않는 구체적인

예시를 들고 있다: 자동판매기 또는 자동화된 상업 설비(automated commercial premises)를 통해 체결된 계약. 공중전화의 사용을 통해 통신 판매원과 체결한 계약 건설과 부동산 판매 목적으로 체결된 계약 또는 임대차 계약을 제외한 기타 부동산에 대한 권리와 관련된 계약, 매일 소비되는 것이 의도되고, 정기적으로 배달원들에 의하여 소비자의 집, 주거 또는 직장으로 공급되는 식품, 음료 또는 다른 물품들에 대한 계약 등(동조 3항 참조), 계약의 체결을 위해 사업자가 오로지 원격 통신만 사용하는 경우, 일정한 계약에 적용되지 않게 하고 있다(동조 5항).

## 2) 휴가시설의 공동 소유 계약(Timeshare contracts<sup>209)</sup>)

사업자와의 휴가시설 공동 소유 계약을 통해 부동산을 사용할 수 있는 권리를 취득한 소비자에게 계약을 철회할 권리를 부여한다(제 5:202조). 소비자가 철회권을 행사하는 경우, 계약상 소비자가 지출한 비용(계약의 체결과 철회로 인해 발생한 비용 등)을 상환하여야 한다. 반면에 철회권을 행사하는 경우 소비자는 어떠한 비용에 대해서도 상환 의무를 지지 않는다(동조 2항).

## 6. 제 6 장 개별적으로 협의되지 않은 조항 (Non-Negotiated Terms)

### (1) 적용범위

여기서의 규정들은 계약의 표준약관을 포함하여 개별적으로 협의되지 않은 계약 조항에 적용된다(제6:101조 1항). 일방 당사자[사용자(the user)]에 의하여 제공된 약관은, 특히 사전에 만들어진 계약의 표준 약관과 같이, 사전에 준비된 것이기 때문에, 상대방이 그 내용에 대하여

209) 이 계약의 개념에 대해서는 각주 135) 및 유럽연합의 시분할이용계약지침(각주 181) 참조..

영향을 미칠 수 없었다면 개별적으로 협의되지 않은 것이다(동조 2항). 사업자와 소비자 사이의 계약에 있어 약관이 제 3자에 의해 사전에 미리 작성된 경우, 소비자가 이를 계약의 내용으로 하지 않는 한, 사업자는 사용자로 간주된다. 계약의 표준약관(Standard contract terms)은, 다른 당사자들을 포함하여 다수의 거래를 위하여 사전에 준비된 조항으로 당사자들에 의하여 개별적으로 협의되지 않은 조항을 말한다(동조 3항). 표준 약관이 개별적으로 협의된 것이라는 주장에 대한 입증책임을 사용자가 진다(동조 4항).

## (2) 약관의 편입과 해석

### 1) 약관의 편입

개별적으로 협의되지 않은 계약 조항은 사용자가 계약 체결 시 또는 그 이전에 계약 조항에 대한 상대방의 주의를 유도하는 합리적인 조치를 취하여야 한다(제6:201조). 그러한 경우에만 계약조항을 인식하지 못한 상대방을 구속한다. 계약문서에 있는 조항을 단순히 언급한 것만으로는 비록 상대방이 문서에 서명을 하였다고 하더라도 적절한 주의를 유도한 것이 아니라고 한다(동조 2항). 계약 체결 전에 약관을 이해할 수 있는 실질적인 기회가 없었다면, 약관은 소비자를 구속하지 못한다(동조 4항). 개별적으로 협의된 조항들은 그렇지 않은 조항들에 우선한다(제6:202조).

### 2) 약관의 해석

조항의 의미가 불명확한 경우, 그 조항을 작성한 당사자에게 불리하게 해석되어 진다(6:203조 1항).

청약과 승낙에 나타난 계약 표준약관의 충돌 이외에는 당사자들이 합의에 이른 경우 계약은 성립한다(제6:204조). 계약 표준 약관은 합의

된 내용과 실질적으로 공통된 범위 내에서 계약의 일부가 된다. 그러나 ① 일방 당사자가 계약에 대하여 구속될 의사가 없다는 것을 계약의 표준 약관의 방식이 아닌 명시적인 표시를 미리 하였거나, ② 지체 없이 상대방에게 이러한 의도에 대해 알릴 경우, 계약은 성립된 것이 아니다(동조 2항).

### (3) 조항의 유효성

#### 1) 불공정조항

개별적으로 협의되지 않은 계약 조항이, 신의성실의 원칙에 반하여 상대방을 불리하게 하고, 계약상 당사자들의 권리와 의무에 있어 현저한 불균형을 야기하는 경우 불공정한 것으로 간주한다(제6:301조 1항). 사업자 사이의 개별적으로 협의되지 않은 계약상의 조항은, 그 조항의 사용이 상관행으로부터 크게 벗어나는 경우에 한하여, 불공정한 것으로 간주된다(동조 2항).

#### 2) 조항의 명료성

개별적으로 협의되지 않은 조항들은 평범하고 이해될 수 있는 언어로 기초되고 전달되어야 한다(제6:302조).

#### 3) 불공정성 심사의 대상

계약 조항이, 강행규정이나 회원국들이 당사자이거나 유럽연합이 당사자인 국제협정에 기초한 경우, 불공정성 심사의 대상이 되지 않는다(제6:303조 1항).

불공정 조항에 대한 목록을 상세히 제시하고 있는데, ① 사업자의 작위 또는 부작위를 통하여 소비자에게 사망 또는 상해를 끼쳤을 경우의 책임을 제한하거나 배제하는 조항, ② 사업자의 불이행에 대해

여 사업자 또는 제3자에 대한 상계권을 포함한 소비자에게 허용되는 구제수단을 부당하게 제한하거나 배제하는 조항 등은 불공정성이 간주된다(제6:305조).

#### 4) 불공정 조항의 효력

불공정 조항은 이를 제공하지 않은 당사자를 구속하지 않는다(제 6:306조 1항). 계약이 불공정 조항 없이도 유지될 수 있다면, 이 계약은 당사자들을 구속한다(동조 2항).

### 7. 제 7 장 의무의 이행

#### (1) 기본적 의무

##### 1) 이행의무

채무자(debtor)는 신의성실의 원칙에 따라 의무를 이행하여야 한다(제 7:101조 1항). 사업자는 소비자의 정당한 기대와 관련하여 사용될 것으로 합리적으로 기대되는 특별한 기술과 주의로서 자신의 의무를 이행하여야 한다(동조 2항). 채권자(creditor)는 신의성실의 원칙에 따라 불이행에 대한 구제수단과 이행에 대한 권리를 행사하여야 한다(제7:102조).

##### 2) 성실의무

의무의 성질상 채무자가 채권자의 일을 관리하여야 하는 경우, 채무자는 그 일에 관련된 채권자의 이익을 위하여 정당한 주의를 기울여야 한다(제7:102조).

##### 3) 협력의무

채무자와 채권자는 의무의 이행을 위해 합리적으로 기대될 수 있는 정도까지 서로 협력하여야 한다(제7:103조).

## (2) 이행의 방법

### 1) 이행기

계약이 이행기를 정하고 있지 않은 경우, 채무자는 부당한 지체 없이 이행하여야 한다(제7:201조 1항). 당사자들이 달리 합의하지 않은 한, 사업자는 격지 간에 체결된 계약상 의무를 계약 체결시로부터 30일 이내에 이행을 하여야 한다(동조 2항). 쌍방의 의무의 이행순서가 의무를 규율하는 조항에서 결정될 수 없다면, 원칙적으로 당사자들은 동시에 이행하여야 한다(동조 4항).

### 2) 이행장소

의무의 이행지가 의무를 규율하는 조항에서 결정될 수 없다면, 이행지는, ① 금전적 채무의 경우에는 채권자의 영업지(place of business)가, ② 이외의 다른 채무의 경우에는 채무자의 영업지가 된다(제7:202조 1항). 당사자가 하나 이상의 영업지를 가지고 있는 경우, 영업지란 채무와 가장 밀접한 관계를 가지는 곳이다. 당사자가 영업지를 가지고 있지 않다면, 또는 의무가 사업과 관련이 없다면, 상주거소(habitual residence)를 말한다(동조 2항). 당사자가 의무가 발생한 이후 사무소 또는 상주거소를 변경함으로써 이행 비용을 증가시켰다면, 그 당사자는 그 비용 증가에 대하여 책임을 부담한다(동조 3항).

## 제 3 절 Acquis 원칙의 특징

### 1. 계약체결 전단계의 법규범화

Acquis 원칙은 제2장에서 「계약체결 전단계의 의무」라는 제목아래 당사자들의 신의성실이라는 일반의무(제1절), 계약체결 전단계의 정보

제공의무(제2절), 입력상의 실수를 방지할 의무 등을 명시적으로 규정하는데, 이는 최근의 입법례가 보이는 계약준비교섭단계의 법규제에 부응한다. 정보제공의무에 대한 위반의 효과로서 신뢰이익의 배상을 명시하고 있다(제2:207조). “비록 계약이 체결되지 않았을 지라도…상대방은 제8장에 따라 신뢰이익의 배상을 요구할 권리를 갖는다”고 규정되어 있다.<sup>210)</sup>

그러나 Acquis 원칙 역시 정보제공의무 위반에 대한 구체수단과 달리 일반 의무로서의 신의성실의 원칙에 반하는 계약교섭과 관련하여서는 Unidroit 원칙 제2.1.15조 및 유럽계약법 원칙 제2:301조와 마찬가지로 “(1) 당사는 자유로이 교섭할 수 있고, 합의에 이르지 못한 것에 대해서 책임을 지지 않는다. (2) 그러나 신의성실의 원칙에 반하여 교섭을 행하거나 교섭을 중단한 당사자는, 상대방이 입은 손실에 대하여 책임을 진다”고 규정한다. 이는 계약자유와의 관계에서 일반적 행위규범으로서의 신의성실의 원칙을 규정하는 진일보된 시도를 하면서, 법적 효과를 측면에서는 이를 구체화하지 않고 “상대방이 입은 손실에 대하여 책임을 진다”는 원칙을 두고 있어 일반 손해배상법에 맡기고 있다.

## 2. 소비자 보호

(1) Unidroit 원칙이나 유럽계약법원칙이 계약자유 원칙하에 당사자의 합의 또는 법의 일반원칙으로 적용될 수 있음에 반하여 본 원칙은 계약법 영역에 있어서 현행 유럽공동체법에 존재하는 원칙을 추출한 것으로서 소비자 규칙들의 강행규정성을 명시하고 있다(제1:203조). 소비자 보호라는 관점에서 그 적용 범위를 사업자와 소비자의 관계로 한정하고 있다(제1:201조, 제1:202조).

210) 불이행(non-performance)에 관한 제8장의 내용은 아직 미완으로 공개되고 있지 않다. 불이행에 대한 손해배상은 이행이익을 원칙으로 하되 신뢰이익배상도 가능하게 하는 포괄적으로 규정할 것으로 예상된다.

(2) 소비자 보호라는 측면이 강조되면서, Acquis 원칙에는 다른 원칙들에서 볼 수 없는 차별금지(제3장)란 민법측면에서 본다면 이질적인 요소를 포함하고 있다. 이에 대한 구제수단으로서 손해배상을 포함하는 보상권(compensation)을 인정하고 있으며, 나아가 결과제거·예방청구권(제3:201조)을 인정하고 있다. 절차법적으로 입증책임을 전환하고 있다(제3:201조).

(3) Acquis 원칙은 계약교섭 중 부정확한 설명·정보에 대한 책임을 명시할 뿐만 아니라(제2:207조 3항) 계약 체결 전 사업자가 제공되는 물품 또는 서비스의 구체적 특성에 관하여 불특정 다수인에 대하여 행한 언명에 대하여 구속력을 부여하는 방식으로 제공되는 정보 또는 설명 내용의 진실성을 확보하려고 의도한다(제4:105조). 나아가 제3자에 의한 계약체결 전의 언명의 규정(제4:106조)을 통하여 생산자로부터 최종소비자에 이르는 기업적 연쇄 내에 존재하는 사업자 또는 사업자를 위하여 광고나 판매를 하는 사람 즉 사업자의 이익을 위하여 행위하는 자에 의해 행하여진 불특정 다수인에 대한 언명에 대하여도 구속력을 부여하고 있다. 이들 규정은, 현대 경제현상의 특성 중의 하나인 고도의 분업화된 하위체계의 공동작업을 통한 책임귀속의 분산화라는 위험에 대비하여 기업적 연쇄 내에 존재하는 사업자들의 주의 의무를 강화하기 위한 것이라 본다.

(4) Acquis 원칙은 소비자보호의 측면에서 소비자의 철회권을 인정한다(제5장). 이를 강행규정으로 하였으며(제5:101조), 1년 이내의 범위에서 철회권의 통지를 받은 날로부터 14일 이내의 숙려기간 내에 철회의 통지를 발송하면 즉한 것으로 규정하고 있다(제5:103조). 나아가 물품 또는 서비스 공급 계약에 대한 소비자의 철회권 행사의 효과는 연계된 계약에까지 미치도록 규정함으로써(제5:106조), 사업자에 의하여 신용이 제공되거나 신용 공급자가 신용 계약의 성립을 위하여 물품 또는

서비스 공급자를 사용하는 경우 등 하나의 경제단위를 형성하고 있는 계약들 전체에 철회권 행사의 효과가 미치도록 규정하고 있다.

### 3. 전자문서

Acquis 원칙은 전자 수단에 의한 계약의 성립에 관하여 명시적 규정을 가지고 있다(제2:205조).

통지의 수단에 명시적으로 전자적 통지를 포함하고 전자적 통지의 도달시기에 관하여 수취인이 접근할 수 있게 된 때라고 규정하고 있다(제1:302조). 전자문서의 진정성 보장 및 정보제공의 과정에서 종이 문서와 동등한 등기능성(functional equivalence)을 확보하기 위하여 전자문서의 형식과 영속적 매체에 관한 정의규정을 두고 있다(제1:304조, 제1:305조). 서명의 한 종류로서 전자서명을 통한 인증을 명시적으로 규정하고 있고 전자서명의 요건을 규정하고 있다(제1:307조).

### 4. 기 타

(1) Acquis 원칙은 주문하지 않은 물품 또는 서비스에 관한 명시적 규정을 두어 소비자가 응답하지 않는 것으로부터 어떠한 의무도 생기지 않는다고 규정하고 있다(제4:104조). 이는 미국의 계약법 리스테인트먼트(2차)에서 “승낙자가 청약에 대한 응답을 하지 않았을 때, 그의 침묵과 부작위(inaction)는 다음의 경우에만 승낙으로 작용한다. (a) 승낙자가 제공된 용역으로부터 편익을 얻었을 때, 그것을 거절할 합리적인 기회와 그것이 보상의 기대 하에 제공된 것임을 알 수 있었을 때 (b) 청약자가 동의는 침묵이나 부작위에 의해 표시된다는 것을 수약자가 이해할 수 있는 근거를 제공한 경우에 승낙자가 청약에 대한 승낙의 의사로 침묵하거나 부작위한 경우 (c) 이전의 거래나 기타 사유로 인하여 승낙자가 승낙하려는 의도가 없으면, 청약자에게 통고하

여야 하는 것이 합리적인 경우”의 규정(제69조의 1항)에 비하여 소비자 보호에 기운 규정이다.

(2) 국제물품매매에 관한 UN협약(CISG)의 해석상 가격목록, 카탈로그, 팜프렛 등의 배포는 청약이 아니라 청약에의 유인으로 보며, 신문광고, 라디오나 텔레비전을 통하여 하는 광고 그리고 인터넷을 통한 물품안내도 청약에의 유인으로 보며, 불특정 사람에 대한 제안인 공개청약의 경우에는 보통 청약으로 보지 않고 청약에의 유인으로 본다. 반면에 Acquis 원칙은, 유럽계약법원칙 제2: 201조 제3항과 유사하게, “광고나 카탈로그 또는 상품의 진열에 의해 제시된 가격으로 물품 또는 서비스를 공급한다는 사업자의 제안은... 청약으로 다루어진다”고 규정함으로써 불특정 다수인에 대한 언명(public statements)을 청약으로 간주하여 일응의 구속력을 인정한다(제4:103조 3항). 또한 Acquis 원칙은 Unidroit 원칙이나 유럽계약법 원칙과 동일하게 불특정 다수인에 대한 청약을 인정한다.

(3) Acquis 원칙은 이른바 약관규제법에 담겨 있는 내용도 가지고 있다. 사업자와 소비자의 거래에 있어서 약관의 사용 및 약관에 대한 통제와 관련하여 개별적으로 협의되지 않은 조항(제6장)이라는 제목하에 약관의 정의, 약관에 대한 편입통제와 해석, 개별적으로 협의된 조항의 우선권을 규정하고 있으며, 당사자를 구속하지 않는 불공정 조항을 예시적으로 열거하고 있다(제6:304조).

## 제 8 장 결 론

이 장에서는 유럽계약법에 대해 전체적으로 조망하고 앞에서 살펴본 유럽학자들의 개별적 연구들의 관계를 분석·정리하고자 한다.

### 1. 통일화되는 유럽계약법

공동체법에 의한 조화와 법학자들의 규정화 작업은 서로 다른 각도에서 진행되었지만, 또 진행되고 있지만, 궁극적으로는 동일한 목표를 향하고 있음을 볼 수 있다. 다만 이제까지의 공동체법에 의한 조화작업은 주로 소비자보호 영역에서 부분적으로 이루어져 왔지만, 이제는 민법영역에 있어서도 그 영향을 미치고 있다고 평가된다. 또한 지침에 의한 국내법화 작업으로 유럽연합 회원국들 사이에 한정된 부분이지만 조화된 민법의 모습을 볼 수 있다.

유럽민법전연구회의 민법전 초안 작업은, 유럽계약법위원회의 계약법원칙 작업(The Principles of European Contract Law)을 이어받아, 그 대부분을 그대로 반영하고 있으며, 이 작업에는 Unidroit의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)과 밀접한 제휴를 가지면서 진행되고 있다. Unidroit 계약원칙은 세계의 법체계로부터 대표적인 계약법학자를 모아, 지혜를 결집시켜 기초한 것이기 때문에, 현대에 있어서 가장 합리적인 계약법으로서, 그 내용에 의해 입법자를 설득한다고 하는 의도도 가지고 있다. 동 원칙은 본래는 국제거래를 위한 법으로서 기초되었지만, 현대거래의 큰 특징의 하나는 국제거래와 국내거래의 울타리가 낮아지고 있다는 점이라 하겠다. 그래서 Unidroit 계약원칙은, 국내거래에 적용하여도 문제가 없는 규정이 대부분이고, 국내법의 개정에 즈음하여 참고가 된다는 것도 기대되고 있다. 요컨대 각국에서 국내의 계약법을 새로이 개정하는 경우 이제부

터의 국제사회에 있어야 할 계약법, 모델로 될 계약법으로서 이용된다고 하는 것도 기대되고 있는 것이다. 실제 1992년 네덜란드 신민법전과 그 기본줄기가 같고 2002년 개정 독일채무법에서도 이들 원칙이 반영되어 있는 모습을 볼 수 있고, 이를 우리 민법의 개정작업에서도 반영하고자 하고 있음을 밝히고 있다. 이렇게 유럽에서는 권위에 의한 통일화작업 및 법학계의 노력이 현재의 국내법에도 수용되면서 통일된 내용을 그려가고 있음을 볼 수 있다.

학자들의 연구작업은 유럽위원회에서 추구하는 “공통기준틀”(common frame of reference)을 세우는 작업의 기초가 될 것으로 보인다(앞의 제2장 제5절 2. 참조). 장래의 유럽계약법에 현존하는 EC 사법의 공통원칙과 그 구조를 연결하고자 한다. 이 목적을 위해 학자들의 학문적 연구와 “현존EC사법”의 발전의 목적과 함께 공동체법(Acquis communautaire)의 ‘기술적 정리’가 요구된다. 이 원칙들을 다양한 방법으로 법적 통일화 과정으로 흡입시키고자 하는 모습 내지 노력을 볼 수 있다. 특히 이는 Lando 위원회 및 유럽민법전연구회와 같이 국내법을 비교함으로써 만들어내는 리스테이트먼트와 어깨를 나란히 할 것으로 평가된다. 개별국가의 국내법에서 추출한 원칙뿐만 아니라 현존하는 EC 공동체법에 담겨져 있는 원칙들을 함께 고려하여야만 하는 것이 장래의 유럽계약법의 통일을 위한 전제조건이라고 한다. 이러한 점을 바탕으로 유럽위원회에서 만드는 “공통의 기준틀”의 기본적 자료들은 앞의 연구에서 본 바이며, 이들 내용들이 어떻게 역일지가 기대된다. 현존EC사법의 내용이 “유럽계약법(전)”내로 흘러들어갈 것으로 보이는데, 그렇다면 기존의 민법 내지 계약법이 담고있어야 하는 내용 내지 민법 혹은 계약법의 범주, 그리고 민법에 대한 시각 혹은 민법전이 지녀야 하는 기본원칙에 큰 변화를 줄 것으로 생각된다.

## 2. ‘유럽계약법’에 대한 유럽위원회의 실행계획

유럽계약법의 발전은 2003년 유럽위원회의 ‘A Coherent European Contract Law’에 대한 실행계획<sup>211)</sup>의 발표와 함께 새로운 국면에 접어들었다. 전 유럽적 논의에 이어,<sup>212)</sup> 실행계획은, 국내계약법사이의 차이 및 EC 계약법의 통일적 적용과 역내시장의 마찰 없는 기능에 있어서 야기되는 문제점을 고려하여 방안을 제안하는데, 이는 규제적 방안(공동체법안의 정비)과 비규제적 방안(CFR의 작성, 표준계약약관의 사용을 장려) 양자를 포함한다(a mixture of non-regulatory and regulatory measures)<sup>213)</sup> 이 실행계획에 따르면, 방안은 계약법과 관련되는 공동체법의 일체화 신장시키고, 나아가 오직 특정분야에만 해당되는 해결이 아닌, 즉 비영역특정해결(non-sector specific solutions)의 필요성이 있는지 여부를 검토하는 것을 목적으로 한다.<sup>214)</sup> 일반계약법에 관계하는 해결 또한 고려될 것이므로 유럽계약법의 이른바 「선택적 구속력 있는 통일규범(an optional instrument)에 관하여 논의된다. 그러한 법제도(Rechtsinstrument)는 유럽공동체에 의해 만들어진 계약법에 관한 독자적 규정틀(Regelwerk)로서 계약당사자에 의해 이용될 것이다. 회원국이 자국 법에 수용할 의무를 부과함이 없이 국내 계약법의 발전을 위한 모델(Leitbild)로서 틀로서 기여할 것이다.

위원회의 실행계획에 의한 임무부과로 유럽계약법에 대한 학문적 작업에 새로운 단계가 전개된다. 물론 전에는 학문적 제안과 유럽 제도는 상호 관계를 가져왔다. 이는 유럽 계약법 및 재산법에 관한 유럽의

211) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A More Coherent European Contract Law - An Action Plan, 12 February 2003, COM.

212) Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law of July 2001, COM (2001) 398 final.

213) Action Plan (각주 211), No. 3.

214) Action Plan (각주 211), No. 3; a further aim envisages the elaboration of EU-wide General Terms and Conditions of Business.

회의 결의<sup>215)</sup>, 헤이그에서의 ‘유럽민법전을 향하여(Towards a European Civil Code)’라는 제목하의 심포지엄, 2001년 6월의 위원회의 통신문<sup>216)</sup>에서뿐만 아니라, 유럽사법의 공통원칙 및 통일된 법적 용어에 관한 프로젝트에 대한 집행위원회의 재정지원에서도 볼 수 있다.<sup>217)218)</sup>

그러나 2003년 2월의 실행계획은 유럽 계약법에 대한 학문적 작업에 융합된 유럽 계약법을 향한 길을 위한 계속적 작업의 필수적인 중심요소를 제공함으로써 한 걸음 더 나아가고 있다.<sup>219)</sup> 사실상 이는 연구 작업에 확고한 기준 틀을 제공한 것이다. 집행위원회의 정치적 고려와 학문적 작업을 부합시킬 수 있는 중요한 조치는, 위원회가 정립코자 노력하고 있는 공통기준틀(“common frame of reference”)이다. 이는 유럽계약법 영역에 있어서 공통의 원칙과 전문용어(“common principles and terminology in the area of European contract law”)를 정립하는 것을 목표로 한다.<sup>220)</sup> CFR이 경제적 참여자의 필요성에 부응하고 계약법에 대해 규정화하는 접근을 위한 모델을 제공하는 것을 보장하기 위하여, 위원회는 이 영역에 있어서 적극적인 연구를 지원하고 있다.<sup>221)</sup>

---

215) Resolutions of the European Parliament of 26 June 1989 (O.J. 1989 C 158/400) and of 25 July 1994 (O.J. 1994 C 205/518).

216) *Supra* (각주 214).

217) TMR-Programme of the European Commission의 일부로서 Research Network의 재정지원에 의한 "Common Principles of European Private Law"(universities of Barcelona, Berlin Humboldt, Lyon III, Münster, Nijmegen, Oxford und Turin도 공조). Reiner Schulze, Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts, in: Reiner Schulze/Gianmaria Ajani (ed.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts - Studien eines Forschungsnetzwerks, Baden-Baden 2003. 이 서적에 대한 개관에 대해서는 <http://www.unimuenster.de/Jura.iwr/Schulze/Forschungsvorhaben/Research%20Network%20I/publi.pdf>. 참조.

218) Research Network의 재정지원에 의한 “Uniform Terminology for European Private Law”; Martin Ebers, Uniform Terminology for European Private Law - Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2003, pp. 185 f. 참조. <http://www.isasut.unito.it/ajani.htm> 및 <http://www.unimuenster.de/Jura.iwr/Schulze/>.

219) 이 실행계획 내용의 구체적인 실행방안은 2004년 통신문(COM 2004 651 final)에 담겨져 있다.

220) Action Plan (각주 211), No. 59.

### 3. 법학에 있어서 연구 방법

유럽계약법에 대한 CFR의 정립을 위한 실행계획의 구상은 이 영역에 있어서의 작금의 연구를 반영한다. 실행계획은, 현재의 연구방향에 본질적으로 상응하는, 유럽계약법의 발전을 위한 권위 있는 기본 근원(basic sources)으로 리스테이트먼트(restatement)-연구, 개별국가 법원의 판례와 계약 실무에 관한 연구 그리고 유럽 공동체법(acquis communautaire)에 기초를 둔 연구를 들고 있다<sup>222)</sup> 전자는 상이한 각국의 법질서를 비교하면서, 공통분모를 발견하고, 공통의 원칙을 발전시키고, 가능하다면 가장 최적의 해결책을 강구하는 것을 시도한다. 판례법과 정립된 계약실무가 중요한 고려대상이 된다는 점이 인정된다. 따라서 실행계획에서 기존 근원이라 별도로 언급되고 있다. 법 발전에 있어서, 이 양 요소는 개별 국가의 법률의 상태 이상으로, 역내시장에 있어서의 새로운 경제적 발전을 기초로 법의 동화 경향과 공통성의 창설을 분명하게 한다.

이에 반해 세 번째 연구방향(acquis research)은 개별국가의 법체계나 판례의 비교에 주안점을 두고 있지 않다. (위원회의 실행계획에 의하면), 현존하는 공동체법과 상응하는 구속력 있는 국제적 규범, 특히 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)이 분석되어야 한다.<sup>223)</sup>

공동체법의 사법적 그리고 입법적 발전을 위한 틀로써 이용하기 위하여, 현존하는 공동체법의 분석은 1차 입법 그리고 규칙이나 지침 등의 2차 입법뿐만 아니라 *acquis communautaire*의 법원의 결정에 깔려있는 기본원칙과 가치를 확정하고자 한다. 그러므로 현존하는 공동체법 내에서 유럽계약법을 위한 일반화할 수 있는 원칙을 탐구하는데

221) Action Plan (각주 211), No. 63.

222) Action Plan (각주 211), No. 63.

223) Action Plan (각주 211), No. 63.

반해, 리스테이트먼트 연구방법은 개별 국가의 법체계사이에 공통성에 초점을 맞춘다. 양 접근방법은 서로 배제하는 것이 아니라 상호 보완적이며 부분적으로 중첩되기도 한다.

#### 4. **작업영역으로서 Acquis Communautaire, 통일법 그리고 개별국가법의 비교**

유럽에서의 계약법과 관련된 통일화 작업의 움직임은 보건대(특히 CFR의 기본 골격), 유럽공동체법의 일부분으로서 계약법의 발전과 관련하여 이 영역에 있어서의 주된 기초로 현존하는 공동체법과 판례법을 사용하는 것이 적절하다고 평가되고 있다. 입법행위(legal act/Rechtsakt)는 개별적인 공동체의 정책에 기초하여 특정 영역에 대해 이루어진다고 할지라도, 법학은 기본구조와 원칙에 대한 문제점을 무시할 수 없을 것이다. 개별적 국가에 있어서의 학문적 전통과 마찬가지로, 유럽연합의 새로운, 자발적인 법체계를 탐구하는 주된 업무는, 일반화된 원칙과 개념의 도움 하에 다양한 입법 및 사법작용에 보다 공고한 구조와 보다 큰 융합성을 부여하는 것이다. 그러면 법학에 의하여 정립된 원칙은 해석과 사법적 흠결보충(gap-filling) 혹은 공동체법의 발전에도 도움을 줄 수 있다. 동시에 공동체법의 내적 융합 관점에서 새로운 법적 행위의 전개를 위해서 어느 정도의 선도적 기능(Leitfunktion)을 줄 수 있다.

그러한 원칙과 가치를 공동체법 자체에서 추출될 수 없는 경우 두 번째 수단으로 모든 EU 회원국에 적용되는 국제통일법을 이용한다. 그 규범과 원칙은 공동체법으로서 공통의 유럽법(common European acquis)의 구성요소에 속하지는 않는다. 그러나 이들 역시 다른 방법, 즉 회원국의 통일법으로써 공통의 유럽법(a common European law)을 구성하는 것이라 한다. 특히 계약법과의 관계에 있어서 국제적 통일법은 매매에 관한 UN 법(특히 소비재매매에 관한 입법지침<sup>224</sup>)에 대한

---

224) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May

모델을 제공함으로써) 공동체법(acquis communautaire)의 발전에 결정적인 영향을 미쳐왔다. 그러므로 *acquis communautaire* 외에, 특히 UN 통일매매법은 유럽계약법의 발전을 위한 학문적 기여를 위한 이해의 기초로서 그리고 보충적 근원으로써 필수적인 지위를 갖는다.

리스트레이트먼트 연구방법은 유럽의 개별 국가법 모두라는 보다 넓은 기초 하에 이루어진다.<sup>225)</sup> *acquis* 연구방법과 마찬가지로, 이 방법도 실정법(the existing body of laws)에서 출발한다. 그러나 그 관련된 참고 영역은 국내 계약법체계로, 다양한 국내법과 판례법은 그 기초적 근원(basic sources)으로 기능을 한다. 이 기초 하에 그리고 규정화 작업에서 확인되는 란도 위원회의 유럽계약법원칙(PECL<sup>226)</sup>)과 같은 공통의 원칙은 국가적 차원으로부터 초국가적 차원으로 이전된 법적 진술이다. 이 원칙은 적용될 수 있는 초국가적 법이 되지 않으며, 초국가적 법에 그 근거를 둔 것 것도 아니다. 그러나 이 원칙 내용은, 공통의 혹은 적어도 널리 퍼져있는 유럽적 법사고와 법적 경험의 편찬으로서 유럽공동체의 계약법의 발전에 영향을 주는 학문적 반영과 정치적 결정 과정에 중요하게 기여할 수 있다. 유럽에서의 공통의 법사고의 표현으로서, 그러한 원칙은 초국가적 법 발전에 대한 논의에 「설득력 있는 권위」(persuasive authority)를 지닌 것으로 평가될 수 있다. 이 연구에 의해 주장되는 바는, 회원국에서 실제로 그러한 원칙을

1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, O.J. 1999 L 171/12; Dirk Staudenmayer, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, pp. 2393 ff.; Reinhard Schulte-Braucks, Zahlungsverzug in der EG, NJW 2001, pp. 103 ff.

225) 현대 유럽 사법의 발전영역의 세 구성요소로서 existing Community law, international uniform law and principles elaborated on the basis of comparative legal research에 관해서는, Reiner Schulze, Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht, ZEuP 1993, pp. 424 ff.; Schulze, A Century of the Bürgerliches Gesetzbuch: German Legal Uniformity and European Private Law, Columbia Journal of European Law 1999, pp. 461 ff., 463; Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in Peter-Christian Müller-Graff(ed.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2nd edition, Baden-Baden 1999, pp. 9 ff. 참조.

226) 본 연구 제4장 참조.

법체계의 공통분모(common denominator) 혹은 공통 핵심(common core)을 표현한 것으로 이해하여야 한다는 점을 전제로 한다. 이는, 추상적인 원칙을 상세한 규정 혹은 심지어 규정의 체계에 달하도록 시도하면 할수록 점점 어렵다는 점이 증명될 것이다. 유럽계약법에 대한 경쟁적 제안(즉 한편으로 북 유럽과 중유럽 법전통에 기초를 두고 이는 란도 위원회의 유럽계약법원칙과 간돌피가 이끄는 파비아 유럽사법학원의 이탈리아 및 프랑스에 기초를 둔 예비안)을 비교할 때 이 문제는 명백하게 된다.

국내법의 공통 원칙을 공동체법으로 이전가능한지 여부는 한편으로는 국내법적 입법 그리고 다른 쪽에서는 유럽적 입법의 상이한 권한 및 합법성에 의해 제한되지 않는다. 일부 학자들은 오히려 자발적 공동체법 체제 내에서 이미 이룩한 상태가 항상 고려되어야 한다고 본다(특히 *acquis* 그룹). 개별적 상황과 관련하여 *acquis communautaire*에 기초를 둔 원칙과 리스테이트먼트(*reatatement*)는 다를 수 있다. 공동체법의 발전을 위하여 국내법의 기초 하에 발전된 해결수단이 항상 우선권이 부여되는 것은 아니다. 현대의 경제적 그리고 법적 거래의 필요성과 관련하여 하나 혹은 다른 해결책에 의해 주어지는 일반적 이점 외에, 어떻게 공동체법질서가 제1차법(*Primärrecht*)인 공동체설립조약의 수준과 기타 이제까지의 법 발전에 비추어 가능한 한 저항 없이 그리고 효과적으로 발전될 수 있었는지를 물어야 할 것이다. 국내라는 범위에서 이미 취득한 경제적 그리고 정치적 통합을 기초로 법을 형성한 회원국의 입법과 달리, 공동체법이 우선적으로 조성한 통합 절차의 틀 내에서 갖는 계약법의 특정 기능이 고려되어야 하는 것은 아니라고 한다면,<sup>227)</sup> 장차 『계약법으로 일반화』되거나 적어도 계약법 내에 위치할 수 있을 것이다.

227) Hans Schulte-Nölke, Functions of Contracts in EC Private Law, in Reiner Schulze, Martin Ebers, Hans Christoph Grigoleit eds, Information Requirements and Formation of Contract in the *Acquis Communautaire*, 2003, p. 85.

## 참고 문헌

- 김동훈, “유럽統合과 私法統一”, 『比較私法』 제6권 1호 (통권 10호), 한국비교사법학회1999. 6, 383-410면.
- 김두수, 『EU법론』, 한국학술정보, 2007.
- 김성수, “유럽統一民法典草案에 관한 한 研究 -그 체계 및 최근의 동향을 중심으로-”, 『比較法學研究』 창간호, 한국비교법학회 2002. 12, 83-109면.
- 김영두, “유럽契約法에 대한 最近의 論議”, 『法學研究』 제15권 제1-2 통합호, 연세대학교 법학연구소, 2005. 6, 221-247면.
- \_\_\_\_\_, 『유럽契約法原則에서의 契約不履行에 관한 연구』, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위 청구논문, 2004. 6.
- \_\_\_\_\_, 유럽사법통합의 動因과 展望, 『민사법학』 제38호(2007.9), 301-347
- 박영복, “유럽에서의 民事法の 통일화”, 『比較私法』 제13권 2호 (통권 33호), 한국비교사법학회 2006. 6, 155-190면.
- \_\_\_\_\_, “유럽의 통일계약법”, 『법조』 1999/1, 235면 이하 및 1999/2, 236면 이하,
- \_\_\_\_\_, 『글로벌시대의 계약법』, 아산재단 연구총서 제185집, 집문당 2005.
- 송호영, “유럽연합(EU)에서의 민사법 통일화작업에 관한 연구”, 『民事法學』 제34호, 한국민사법학회 2006. 12, 193-237면.
- 김은경, “유럽연합에서의 보험계약법 통일화에 대한 전망”, 『외법논집』 제27집(2007.8), 39면 이하 참

제 8 장 결 론

안춘수, “유럽의 私法統一의 동향 - 접근방법과 현황을 중심으로 -”, 『比較私法』 제13권 3호 (통권34호), 한국비교사법학회 2006. 9, 51-77면.

양창수, “『유럽契約法原則』에 관한 一考 및 그 翻譯”, 서울대학교 『法學』 제40권 1호(1999/5), 서울대학교 법학연구소 1999, 359-397면.

\_\_\_\_\_, “『유럽계약법원칙』 제3부”, 『法學』 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소 2003. 12, 386-405면.

양창수·김형석, “유럽계약법전 예비안(파비안 草案) 제1부(I - III·完)”, 『法學』 제45권 제3호, 제4호, 제46권 제1호(2004. 9 - 2005.3), 서울대학교 법학연구소, 505-528면.

정중휴, “契約責任法의 새로운 展開 -유럽 契約法原則을 中心으로-”, 『財産法研究』 제22권 1호, 한국재산법학회 2005. 6, 89-136면.

채형복, 『유럽연합법』, 한국학술정보, 2005

Basedow, Jürgen, The Gradual Emergence of European Private Law: 유럽 사법의 점진적 형성 (주지홍 譯), 『法學研究』 제13권 제4호, 연세대학교 법학연구소 2003. 12, 1-46면.

von Bar, Christian. Die Study Group on a European Civil Code, in: P. Gottwald, E. Jayme and D. Schwab(eds.), Festschrift für Dieter Heinrich, 2000, S. 1ff.

Cartwright, John. The Common Core of European Private Law, ZEuP 1999, 989.

Ebers, Martin. Uniform Terminology for European Private Law - Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2003, pp. 185 f.

- Ehlers, Dirk. Allgemeine Lehren, Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003.
- Gandolfi, Giuseppe. Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 1992, 1.
- Heutger, Viola. Do we need a European Sales Law?, Global Jurist Topics, 2004 Vol. 4 Issue 2, p.11.
- \_\_\_\_\_. Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht, Jusletter, 17 February 2003, <[http:// www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch)>
- \_\_\_\_\_. Steps towards a European Sales Law, Electronic Journal of Comparative Law, 2003/12,<<http://www.ejcl.org/75/art75-3.html>>
- \_\_\_\_\_. Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code, ERPL 2003, 158.
- Heutger V. & Christoph Jeloschek. Towards Principles of European Sales Law, in: A. Hartkamp et al.(ed.), Towards a European Civil Code, 3rd ed. 2004, 533
- Junker. “Rechtsvergleichung als Grundlagenfach”, JZ 1994, 921 ff.
- Kamba, W. J.. ‘Comparative Law’(1974) 23 International and Comparative Law Quarterly 485.
- Dieter Kraus, Zur verbraucherrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Europäischen Privatrechts, p. 29
- Kötz, “Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?”, JZ 1992, 20ff; Gordley, American Journal of Comparative Law(1992) 40, 1002 ff.

- Kruisinga, Sonja A.. What do consumer and commercial sales law have in common?, *European Review of Private Law(ERPL)*, 2001, 187
- Lando, Ole. My life as a lawyer, *ZEuP* 2002, pp. 508 ff.
- Mansel, Heinz-Peter. Kaufrechtsreform in Europa, *AcP* 204, 436.
- Reichert-Facilides, Fritz. Europäisches Versicherungsvertragsrecht?, in: *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen 1998, S. 120 ff.
- Remy-Corlay. The Law of Sales: Acquis and Improved Acquis in European Contract Law, *EA Forum* 2/2003, 39.
- Riedl, Kritina, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Baden-Baden 2004, S. 205.
- Schermaier, Martin/Schulze, Reiner. Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler Europäisches Vertragsgesetzbuch, *ZEuP* 2002, 139
- Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner/Ludovic Bernardeau(eds.), *European Contract Law in Community Law*, Köln 2002.
- Schulze, Reiner/Gianmaria Ajani(ed.s), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts - Studien eines Forschungsnetzwerks*, Baden-Baden 2003
- Schulze, Reiner/Ebers, Martin/Grigoleit, Hans Christoph(eds), *Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck 2003
- Schulze, Reiner. Die "Acquis-Grundregeln" und der Gemeinsame Referenzrahmen, *ZEuP* 2007, 734
- Staudenmeyer, D.. Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, *NJW*

1999, 2393.

Sturm, Fritz. Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, JZ 2001, 1097

Tröger, T.. Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht, ZEuP 2003, 525;

Twigg-Flesner, C.. The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, Consumer Law Journal 1999, 182.

Zimmermann, Reinhard. The Principles of European Contract Law Pts. I and II, ZEuP 2000, pp. 391 ff.

\_\_\_\_\_, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", JZ 1992, 8 ff.

\_\_\_\_\_, Die Aufrechnung: Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht, in: Festschrift für Dieter Medicus(1999), S. 707ff.