

유럽계약법 원칙 제4장 「계약의 효력」

임 형 택*

번역에 부쳐

(1) 최근 유럽에서는 유럽의 통합과정을 뒷받침하기 위해 통일된 법제도를 만들려고 하는 다양한 연구가 진행되고 있다. 이 중에서도 특히 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law; CECL)에서 제정한 유럽계약법 원칙(Principles of European Contract Law; PECL)은 향후 유럽의 통일 민법전을 위한 초석이 될 수 있는 중요한 연구로 평가받고 있다.

(2) 유럽계약법위원회는 이미 2002년에 9개의 장(Kapital)으로 구성된 유럽계약법 원칙 제1부와 제2부의 법조문과 이에 대한 주석(Kommentar) 및 유럽 각국의 입법에 대한 간단한 주해(Anmerkungen)를 서적의 형태로 간행하였으며, 2005년에는 유럽계약법 원칙 제3부의 8개 장(Kapital)을 추가하여 이를 주석과 주해와 함께 간행하였다. 이중 제1부와 제2부의 각각의 장은 제1장 일반 규정, 제2장 계약의 체결, 제3장 대리인의 대리권, 제4장 계약의 효력, 제5장 해석, 제6장 계약의 내용과 효과, 제7장 이행, 제8장 채무불이행과 일반적인 구제수단과 제9장의 채무불이행에 대한 개별적 구제수단으로 구성되어 있으며, 제3부는 제10장 수인의 당사자,

* 건국대학교 법학연구소 전임연구원

제11장 채권(청구권)의 양도, 제12장 채무인수와 계약양도, 제13장 상계, 제14장 소멸시효, 제15장 위법성, 제16장 조건과 제17장 이자의 원본편입으로 구성되어 있다.

(3) 본고에서는 이 중 원시적 불능, 착오, 전달상의 오류, 계약의 변용, 사기와 강박, 과도한 이득이나 부당한 이용 및 개별적으로 합의되지 아니한 부당한 약관 등에 관한 요건과 법률효과를 규정하고 있는, 유럽계약법 원칙 제4장 「계약의 효력」의 법 규정과 이에 대한 주석을 번역한다. 본고에서 유럽계약법 원칙의 17개 장 중에서 제4장을 그 번역대상으로 하는 이유는 계약의 유효한 성립을 다루고 있는 계약의 효력에 관한 문제가 계약법의 전반적 내용을 이해함에 있어서 특히 중요하다고 생각되었기 때문이다.

(4) 본 번역에 있어서는 직역을 하는 것을 원칙으로 하였지만, 적지 않은 부분을 의역하였다. 부분적으로 이러한 의역을 하였던 이유는 직역을 통해서는 원문의 내용이 명확히 표현될 수 없는 경우가 있었기 때문이다. 또한 이러한 이유로 원문에는 없는 내용이 부분적으로 () 의 안에 첨가된 경우도 있다.

한편 본 번역에서는 계약의 양 당사자 중의 한 당사자를 ‘일방 당사자’로 표현하고, 다른 당사자를 ‘상대방’으로 표현하면서, 원문과는 그 당사자 관계를 서로 다르게 표현한 경우가 적지 않다. 즉, 원문에서의 일방 당사자를 ‘상대방’이라고 번역하고, 원문에서의 상대방을 ‘일방 당사자’로 표현하기도 하였다. 이와 같이 당사자 관계를 경우에 따라서 역으로 번역하였던 이유는 유럽계약법 원칙에서의 ‘일방 당사자’와 ‘상대방’의 관계 설정이, 의사표시에서의 표의자와 상대방의 개념에 익숙한 우리에게는 다소 혼란을 주는 경우도 있다고 생각되었기 때문이다.

이 외에도 본 번역에서는 종래 우리 법학에서 사용되지 않던 용어를

조어하기도 하였다. 그 대표적인 경우가 Artikel 4 : 104에서의 ‘오류(誤謬; Inaccuracy; Fehler)’라는 표현이다. 여기서의 오류는 종래 우리 민법에서 널리 사용되는 표시상의 착오나 전달상의 착오를 포함하는 개념이다. 유럽계약법 원칙은 이러한 오류가 비록 법률효과 면에서는 ‘착오(Mistake; Irrtum)’와 동일하다고 할지라도, 그 개념은 서로 구별될 수 있는 것으로 판단하였다. 이러한 유럽계약법 원칙의 구별은 타당한 것이라고 생각된다. 즉, 착오가 인식 주체의 잘못된 표상을 의미함에 비해, 오류는 계약 당사자의 올바른 표상에 기초한 올바른 의사가 표시과정에서 잘못 전달된 경우를 의미하는 것이기 때문이다.

(5) 유럽계약법 제4장 계약의 효력은 종래 우리 민법 제107조 이하의 비정상적인 의사표시에 관한 규정과 우리 민법 제137조 이하의 비정상적인 의사표시의 법률효과에 관한 규정 및 우리 민법 제535조의 원시적 불능 등의 문제를 그 주된 내용으로 하고 있다. 그러나 유럽계약법 원칙은 의사표시의 개념을 채택하지는 않았고, 이를 계약의 성립 및 효력의 문제로서 고찰하였다.

이러한 유럽계약법 원칙 제4장의 주된 특징은 우선 우리 민법에서 착오의 문제로서 다루어지던 표시상의 착오를 본래의 의미에서의 착오의 영역에 포함되는 내용의 착오 및 동기의 착오와 개념적으로 구별하면서, 또한 착오와 관련된 원시적 불능의 문제를 함께 정하고 있는 점이다. 다만 그 개념의 구별에도 불구하고, 이 모든 경우는 원칙적으로 동일한 법률적 효과가 발생하게 된다.

이와 같이 유럽계약법 원칙은 착오를 중심으로 이와 관련된 문제들을 함께 고찰하면서, 착오를 고려하기 위한 요건을 우리 민법에서와 같이 착오를 한 자의 개인적 내면세계와의 관계 속에서 파악하고 있는 것이 아니라, 착오를 한 자의 상대방과의 관련성, 그 착오가 계약의 본질적 부분과 관련되어 있는지의 여부 및, 착오에 대해서 표의자에게 과실이

있는지의 여부 등을 종합적으로 파악하고 있다. 특히 이 중에서도 착오를 한 자의 상대방과의 관련성 문제는 우리 민법에서는 인정하고 있지 않은 부분이다. 즉, 착오를 한 자는 그 착오가 상대방에 의해서 유발된 착오인 경우, 상대방이 인식하거나 인식 가능한 착오로서 그 취소를 인정하지 않는 것이 신의성실의 원칙이나 합리적인 거래관행에 반하는 경우, 또는 공통의 착오의 경우에 한해서 그 계약을 취소할 수 있다.

또한 우리 민법에서는 사기의 의사표시와 같은 예외적인 경우가 있는 하지만, 착오의 법률적 효과를 주로 착오를 한 자만의 귀책문제로서 고찰하고 있다. 예컨대 우리 민법에서는 착오의 법률적 효과를 주로 착오의 의사표시에 표의자가 구속되어야 하는지, 또는 착오를 한 자가 손해배상을 하여야 하는지 등의 문제로 이해하고 있다. 이에 비해 유럽계약법 원칙은 표의자의 착오에 대해서 상대방이 어떠한 영향을 미쳤는지의 문제 및 그 착오 여부를 상대방이 인식하거나 이를 적극적으로 이용하려고 하는 경우의 문제 등을 함께 검토하고 있다. 특히 상대방이 표의자의 착오에 영향을 미치는 경우는 상대방의 사기에 의한 경우, 상대방의 일정한 진술에 의해 본질적인 착오를 한 경우 및, 상대방의 일정한 진술에 의해서 표의자가 착오를 하였지만 비본질적인 부분에 대해서 착오를 한 경우로 구별하여, 각각의 법률적 효과를 다르게 정하고 있다.

또한 착오의 의사표시에 있어서의 손해배상문제도 착오를 한 자의 손해배상의무만을 검토하는 것이 아니라, 상대방이 표의자의 착오에 영향을 미친 경우에는 상대방의 손해배상의무도 인정하고 있다.

이와 같이 유럽계약법 원칙 제4장은 주로 우리 민법에서의 착오로 인한 의사표시의 문제 및 이와 관련이 있는 문제를 주 대상으로 하고 있지만, 그 밖의 폭리행위나 약관에 관한 문제 등을 함께 고찰하고 있다.

유럽계약법 원칙 제4장 번역문

제101조 : 규율되지 않는 대상

이 장(章)에서는 위법, 사회적 타당성 또는 권리능력이나 행위능력의 흠결로 인한 무효에 대해서 규율하지 아니한다.

<주석>

유럽계약법 원칙은 위법한 계약이나 사회적 타당성이 없는 계약에 대해서는 규율하고 있지 않다. 왜냐하면, 유럽 연합 각국의 법질서는 어떠한 계약을 위법한 계약이나 사회적 타당성이 없는 계약으로 볼 것이며 또한 그 법률효과를 어떻게 정할 것인지에 대해서 매우 상이하게 정하고 있기 때문이다. 이러한 이유로 유럽계약법 원칙에서 이 문제에 대한 입법을 할 것인지의 여부를 확정하기 위해서는 더 많은 연구가 필요하다.

또한 유럽계약법 원칙은 권리능력이나 행위능력의 결여에 대한 문제 역시 규율하고 있지 않다. 왜냐하면, 이는 계약법 보다는 인격권의 문제이기 때문이다. 다만 본장(章)인 제4장에서는 종종 의사의 흠결의 개념 하에서 고찰되었던 주제를 다루고 있다.

제102조 : 원시적 불능

계약체결의 시점에 이미 그 의무의 이행이 가능하지 않았거나, 또는 일방 당사자가 그 계약의 대상이 되는 재산에 관한 처분권이 없었다는 이유로 계약이 무효로 되는 것은 아니다.

<주석>

불가능한 급부를 목적으로 하는 계약의 경우, 많은 법질서는 계약 당사자가 이를 알았는지의 여부에 관계없이, 그 계약을 무효로 하고 있다. 예를 들어 목적물이 객관적으로 존재하지 않거나 매도된 물건에 대한 매도인의 처분권이 없는 경우에는 매수인의 권리가 발생하지 않는다. 그러나 본 유럽계약법 원칙에서는 이 원칙을 유지하지 아니하였다. 이러한 경우 중 적지 않은 경우는 각 당사자가 계약을 취소할 수 있는 본질적 착오의 문제에 해당한다. 그러나 어느 한 당사자가 그 위험을 인수함으로써 계약을 취소할 수 없도록 하여야 할 경우도 있을 것이다. 물론 이러한 경우에 위험을 인수해야 하는 자가 계약 자체를 이행할 수는 없겠지만, 채무불이행으로 인한 손해(이행이익)를 배상할 수는 있을 것이다.

[예] A는 해난구조 회사를 경영하는 B에게 폐선박인 유조선을 매도하였다. 매매 당시 A는 B에게 그 선박이 일정한 장소에 있다고 진술하였지만, A의 진술과는 달리, 그 곳에는 폐유조선이 존재하지 않았다. A는 이를 알아야만 했을 것이다. 그러나 B는 선박을 찾기 위해서 파견단을 파견하였을 때, 비로소 그 선박이 존재하지 않는다는 사실을 알게 되었다. 이러한 경우에는 계약이 무효로 되지 않으며, A는 B에 대해서 손해배상 의무를 부담하여야 한다.

제103조 : 사실의 착오, 법률의 착오

(1) 일방 당사자는 계약체결 당시의 사실의 착오나 법률의 착오를 이유로 다음의 경우에 계약을 취소할 수 있다.

(a) (i) 상대방의 진술을 통해서 착오가 야기된 경우, 또는

(ii) 상대방이 착오를 알았거나 알았어야 하고, 착오를 한 자를 착오상태로 방치하는 것이 신의성실의 원칙과 합리적인 거래관행에

반하는 경우, 또는

(iii) 상대방 역시 동일한 착오에 빠져있을 경우,

그리고

(b) 착오를 한 자가 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 조건으로 체결하였을 것이라는 점을 상대방이 알거나 알았어야 한다.

(2) 그러나 다음과 같은 경우에는 계약을 취소할 수 없다.

(a) 사정에 비추어 볼 때, 착오가 면책될 수 없는 경우, 또는

(b) 착오를 한 자가 그 착오의 위험을 인수하였거나, 사정에 비추어 볼 때 그 위험을 인수해야 하였던 경우.

<주석>

A. 일반론

일방 당사자가 계약의 중요한 내용이 되는 사실이나 법률의 규정을 오해해서 계약을 체결하는 경우가 종종 있다. 계약자유 원칙에 비추어 볼 때, 이러한 경우 일방 당사자가 진실에 부합하지 않는 계약에 구속되어서는 안 된다는 것은 당연하다고 할 수 있다. 그러나 거래질서의 안정이라는 측면에서는 상대방 역시 계약의 존속을 신뢰할 수 있어야 한다는 것이 일반적으로 요구된다. 다만 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

a) 상대방이 신의성실의 원칙에 따른 행위를 하지 아니한 경우, 또는

b) 상대방이 합리적인 거래관습에 반하는 사정 아래에서 이를 의식하면서 이익을 얻었던 경우, 또는

c) 태만이나 그 밖의 다른 방법으로 부적절하게 행동하였던 경우.

한편 일방 당사자에게 착오나 오해가 있었다고 할지라도, 그 오해가 매우 중요한 부분에 대한 오해가 아니라면, 일반적으로 계약을 취소할 수 없다. 따라서 착오를 이유로 계약을 파기할 수 있기 위해서는 착오가

본질적이어야 한다(예컨대 중요하지 않은 부분에 대한 착오에 있어서, 그 착오가 상대방의 과실에 의해서 야기되었다면, 이러한 경우에는 손해 배상청구권만이 발생할 수 있다¹⁾). 다만 사기의 경우에는 그러하지 아니하다. 이 경우에는 (비록 피기망자의 착오가 본질적이지 않은 경우라고 할지라도,) 상대방의 기망의 의도로 인해 과실 없는 당사자(피기망자)는 그 계약을 취소할 수 있다.²⁾

a)~c)의 요건이 충족되었고, 유럽계약법 원칙 제5장에서서의 계약의 해석에 의해 본질적인 착오가 있다는 점이 확정되었다면,³⁾ 이는 권리구제를 위한 충분한 근거가 된다.

또한 양 당사자 모두의 본질적인 착오로 인해 계약이 체결된 경우 역시 그 계약의 취소를 인정하는 것이 타당할 것이다. 이와 같은 경우에는 계약체결 당시에 악의의 의도를 가진 자도 없고, 기망에 의해 이익을 취하는 자도 없으며, 태만한 행위도 존재하지 않는 것이 일반적이기 때문이다. 즉, 이는 양 당사자 모두가 미처 생각하지 못하였던 위험에 관한 문제이기 때문에, 양 당사자 중의 누구도 그 위험을 부담할 필요가 없다. 양 당사자가 본래 표상하였던 계약과 본질적으로 다른 계약의 관철을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 반할 수 있다.

B. 해석의 우위

착오로 인한 계약에 대한 권리구제를 언급하기 이전에, 도대체 착오가 존재하였던 것인지의 여부를 확정하기 위해서는 계약의 내용을 해석할 필요가 있다. 즉, 계약의 해석을 통해 착오의 문제가 아니라는 것이 밝혀진다면, 착오를 전제로 한 법률효과인 취소를 논할 여지가 없다.

1) Artikel 4 : 106 참조.

2) Artikel 4 : 107 참조.

3) Artikel 4 : 103의 D 참조.

[예1] 주택을 건설하는 건축업자가 토지를 굴착하는 기초공사를 하면서 그 토지를 관통하여 지나는 하수도관을 파손하였다. 그런데 이 하수도관은 건축도면에 표시되어 있었던 것도 아니며, 건축업자와 위임(도급)인 양자 모두 그 존재를 알고 있었던 것도 아니었다. 그러나 이 하수도관으로 인해서 건축비의 증가가 불가피하게 되었다. 이러한 경우에는 해석을 통해서 우선 이 문제가 계약에 포함되어 있는지의 여부를 해석해야 한다. 만약 ‘예견할 수 없는 토지의 성상’의 경우에는 건축업자가 더 많은 시간을 소비하는 대신 이에 대한 보상을 청구할 수 있다는 것을 이미 약정하였었고, 하수도관의 문제가 ‘예견할 수 없는 토지의 성상’의 문제에 포함되는 것으로 해석할 수 있다면, (이는 계약 약정에 따라 해결될 수 있는 것이기 때문에) 건축업자가 착오로 인한 의사표시를 주장할 수는 없다.

C. 본질적 착오

거래질서의 안정이라는 관점에서 볼 때, 일방 당사자가 급부의 종류나 질에 관한 착오를 이유로 계약을 해소하기 위해서는 그 착오가 본질적인 것이어야 한다. 즉, 매수인이 착오를 하지 않았다면 계약을 체결하지 않았을 것이라든지 또는 본질적으로 다른 조건으로 계약을 체결하였을 것이라는 점을 매도인이 알았던 경우에 한해, 매수인이 착오를 주장하는 것을 인정할 수 있다. 상대적으로 중요하지 않은 오해는 그 오해를 하였던 당사자가 감수하여야 할 것이다. 단지 양자 모두가 중요한 착오를 한 경우에만, 법적 구제가 인정되어야 한다. 따라서 Artikel 4 : 103은 착오를 한 자가 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않았거나 본질적으로 다른 조건으로 계약을 체결하였을 것이라는 점을 상대방이 알아야 하였던 경우에 한해 착오를 한 자를 구제하고 있다.⁴⁾

특히 본 유럽계약법 원칙에서는 상당한 착오가 아니라, 본질적 착오의

4) Artikel 4 : 103 (1) (b) 참조.

경우에만 착오의 존재를 인정하였다는 점을 주의하여야 한다. Artikel 1 : 301 (5)는 여기서의 ‘상당한’의 개념에 대해서 정의하고 있다.

Artikel 1 : 301 (5) : 합리적인 인간이 일반 당사자와 동일한 입장에서, 상대방이 계약을 체결하거나 제안된 조건으로 계약할 것을 결정하는데 있어 영향을 미치는 사정이라는 것을 의식하여야 했다면, 이는 ‘상당한’ 사정이다.

예컨대, 착오를 한 자에 의해 지급된 대금을 결정하는데 있어 어떠한 사정이 영향을 주었던 경우, 그 사정이 본질적인 것이 아니라 단지 상당한 사정일 수도 있다. 이와 같은 상당함이 청약과 승낙의 상당한 차이인 경우에는 계약의 성립에 대한 장애로 될 수 있을 것이다. 그러나 착오의 경우에는 이와 다르다. 즉, 비록 상당하기는 하지만 본질적이지 않은 착오로 인한 계약은 Artikel 4 : 103에 의해 취소될 수 없다.

D. 부정확한 진술을 통해서 야기된 착오

아마도 착오를 하게 되는 가장 많은 이유는 상대방이 착오를 한 당사자에 대해서 부정확한 진술을 함으로써 그 착오를 야기하는 경우일 것이다. 이로 인한 착오가 본질적이라면, 착오를 한 자는 그 계약을 취소할 수 있다. 왜냐하면 착오를 한 자가 부정확한 정보를 고지 받았을 뿐만 아니라, 그 부정확한 정보가 바로 상대방의 행위로부터 발생하였기 때문이다.

비록 상대방이 합리적으로 올바르다고 믿고 진술한 경우라고 할지라도, 진술을 하려고 결정하였던 것은 바로 그 상대방이다. 따라서 그의 부정확한 진술로부터 기인한 오해가 본질적인 것이라면, 그는 착오를 한 자가 계약을 취소함에 있어서 이익을 제기할 수 없다.

[예2] 지금까지 거주 목적으로 사용하였던 토지의 임차인이 그 임차권을 양수인에게 양도하면서, 양수인에게 그 토지에서 레스토랑을 운영할

수 있다고 설명하였다. 그러나 양도인은 본래의 임대차 계약에서 임대인의 동의가 없다면 그 토지를 주거 목적 이외로는 사용할 수 없도록 하는 금지 약정이 있었다는 점을 망각하고 있었다. 만약 임대인이 그 동의를 거절한다면, 임차권의 양수인은 그 계약을 취소할 수 있다.

경우에 따라서는 착오를 한 자가 다른 조항에 의해서 권리를 구제받을 수도 있다. 즉,

(i) 상대방의 진술이 Artikel 6 : 101에서의 계약적 구속력이 있는 약속으로 된다면(계약상의 의무를 발생시키는 표시), 착오를 한 자는 상대방의 채무불이행을 이유로 이에 따른 권리를 주장할 수 있다.

또한 그 표시가 계약적 구속력이 있는 약속으로 되지 않는다고 할지라도,

(ii) 상대방의 사기로 인한 행위의 경우에는 착오를 한 자가 Artikel 4 : 107(사기)에 따라서 권리를 구제받거나, 또는

(iii) 상대방의 사기로 인한 행위가 아니라면, 착오를 한 자는 Artikel 4 : 106(부정확한 진술)에 의해서 손해배상을 청구할 수도 있다. 다만 이 경우에는 착오를 한 자의 착오가 부정확한 진술의 결과이어야 하며, 부정확한 진술을 한 자가 그 진술내용이 사실이라고 여길만한 합리적인 근거가 없어야 한다.

이러한 경우에는 부정확한 진술로부터 발생한 오해가 본질적일 필요가 없다. 그러나 (i)~(iii)의 요건이 충족되지 않거나, 본질적인 채무불이행이나 사기가 없음에도 불구하고, 착오를 한 자가 계약을 취소하고자 한다면, 그는 단지 이 Artikel에서의 본질적 착오를 근거로 계약을 취소할 수 있다.

E. 상대방에게 알려져 있는 착오

상대방이 일방 당사자의 매우 중요한 착오를 알았음에도 불구하고,

상대방이 이로부터 이익을 얻는 것을 일반원칙으로서 허용하고 있는 나라도 있다. 즉, 상대방이 일방 당사자의 착오를 야기한 것이 아니라면, 그는 이에 대해서 고지할 필요가 없다는 것이다.

그러나 이를 받아들일 수 없다는 주장이 점차 널리 인정되고 있다. 왜냐하면, 이는 신의 성실의 원칙에 반하는 것이기 때문이다. 본 유럽계약법 원칙은 일방 당사자의 사실이나 법률에 관한 중요한 착오로부터 상대방이 이익을 얻을 수 없다는 것을 일반 원칙으로서 받아들이고 있다. 이는 상대방이 착오를 한 자의 착오를 알았다는 점이 입증될 수는 없지만, 착오의 명백성 때문에 그 착오를 알았어야 하는 경우에도 마찬가지로 지이다.

한편 상대방이 일방 당사자의 부지(不知)로부터 이익을 얻을 수 있는 경우도 있을 것이다. 특히 어떤 계약 자체가 위험성을 내포하고 있기 때문에, 당사자 중의 누구도 상대방으로부터 도움을 기대할 수 없는 경우가 그러하다. 예컨대 위험성이 큰 주식 거래나 상대방이 일방 당사자가 알지 못하는 것을 알기 위해서 상당한 노력을 기울인 경우가 이러한 예가 될 수 있다. 만약 상대방이 어렵게 노력을 기울여서 알게 된 것을 인정하지 않는다면, 각 당사자는 이를 위한 노력을 기울이지 않게 될 것이고, 이에 따라 오히려 양 당사자가 더욱 열악한 지위로 될 수도 있을 것이다.

그러나 반대로 계약이 위험한 것이 아니며, 상대방이 큰 어려움 없이 일방 당사자가 명확히 알지는 못하였지만 계약을 위해서는 결정적인 정보를 취득할 수 있는 경우도 있을 것이다. 이러한 경우에는 상대방이 일방 당사자의 오해로부터 이익을 얻어서는 안 될 것이다; 이는 착오를 한 자의 착오를 방지함으로써, 합리적인 거래질서의 계율에 반하는 결과가 된다.⁵⁾

5) Artikel 4 : 103 (1) (a) (ii) 참조.

[예3] A는 자신의 집을 B에게 매도하였다. 그러나 A는 그 집의 지표 아래가 부패되어 있다는 사실을 B에게 고지하지 아니하였다. A는 B가 이미 벽 옆의 축축한 부분을 발견하였었다는 사실 때문에, B가 그 위험을 인식하였으며, 그 지표 아래를 검사하였다고 생각하였다. 그러나 B는 그 위험을 인식하지 못하였고, 그 지표 아래를 검사하지 않고서 그 집을 매수하였다. B는 그 계약을 취소할 수 있다.

[예4] A는 면밀한 조사를 통해서 X조합에서 제조한 어떤 화학제품의 수요가 기하급수적으로 증가할 가능성이 있다는 사실을 발견하였다. A는 그가 알고 있는 사실을 B에게 고지하지 않고서, 매우 많은 X조합의 주식을 B로부터 매수하였다. 이 경우에 B는 법적 구제를 받을 수 없다.

F. 양자의 착오

양 당사자 모두가 중요한 사실을 착오하여 계약한 경우에는 위에서 논한 것과 다른 문제가 발생한다. 즉, 이 경우에는 사실을 다르게 받아들임으로 인하여 발생한 손실에 대한 위험을 계약에 할당해야 하는지의 여부가 문제될 수 있다.

계약에 따라서는 당사자들이 그들의 앎이 제한적이라는 것 내지는 계약 자체가 본질상 위험한 것이라는 것을 인식하고 있는 경우도 있다. 이러한 경우에는 각 당사자가 표상하였던 것과 사실이 불일치함에도 불구하고, 계약이 성립되어야 한다. 이에 반해 사실과 표상이 일치하지 않음으로 인한 위험을 계약법으로 구성하지 않아야 하는 경우도 있다. 이러한 경우에는 각 계약 당사자가 자신의 표상과 계약 내용이 서로 상이하다는 것을 입증함으로써, 계약을 취소할 수 있어야 할 것이다. 이러한 권리를 부여함으로써, 개략적으로나마 양 당사자 사이에 발생한 손실이 분배될 수 있을 것이다. 다만 양자 모두의 착오의 경우에는 양자 중 누구에게도 손해배상청구권이 인정되지 않는다. 왜냐하면 Artikel 4 : 117은 단지 ‘한 당사자(eine Partei)’가 착오를 알거나 알 수 있었던

경우에만 적용되기 때문이다.

[예5] 어떤 영국 여성이 프랑스에 작은 별장을 소유하고 있었다. 그녀는 통상 그 별장을 타인에게 임대하려고 하지 않았었지만, 그녀의 덴마크 친구에게만은 그 별장을 1개월 동안 임대하여 주었다. 그 임대차 관계는 5일 후에 시작된다. 이에 덴마크인은 취소가 불가능한 프랑스행 비행기표를 예약하였다. 그러나 비행기표의 예약 이후, 이미 계약이 성립되기 전날 밤에 그 별장이 완전히 전소되어 있었다는 사실이 알려졌다. 이 경우에는 양 당사자 중의 누구든지 그 계약을 취소할 수 있다. 다만 덴마크인은 임차료를 지급할 필요가 없는 대신, 필요 없게 된 비행기표에 대한 손실을 보상받을 수도 없다.

G. 착오 유형을 분류하지 않음

착오로 인한 권리문제를 위해서 착오 유형을 범주화할 필요는 없다. 다만 Artikel 4 : 103은 사실에 대한 착오나 법률에 대한 착오가 있을 수 있다는 것만을 예정하고 있다(계약이 위법행위와 관련되어 있다는 것을 알았음에도 불구하고, 당사자가 계약을 이행하였거나 이행하려고 하는 경우에는 이 조항을 적용할 수 없다. 이 장에서는 위법행위의 효력에 대해서는 규율하지 않는다.⁶⁾).

한편 단지 물건의 가치에 대한 착오는 일반적으로 비본질적인 착오로 이해되고 있다. 그러나 본 유럽계약법 원칙은 이러한 가치의 착오에 대한 법률상의 구제를 거부할 명확한 원칙을 알지 못한다.

[예6] 어떤 계약 당사자가 진품인 Chippendale(18세기의 가구 디자이너)의 책상을 20만 파운드에 구입하였다. 그는 자신이 구입한 가격이 Chippendale의 책상의 통상의 가격이라는 점을 몇 년 전의 기사에서 읽었던 적이 있었기 때문에, 그 가격에 이 책상을 구입하였던 것이다.

6) Artikel 4 : 101 참조.

그러나 그는 최근 몇 년 사이에 이러한 종류의 골동품의 가격이 크게 폭락하였으며, 그 책상 역시 그가 생각했던 것보다 매우 저렴한 가치가 있다는 사실을 알지 못하였다. 매수인은 그 책상을 취소할 수 없다.

원시적 불능의 경우와 매도된 물건이 존재하지 않는 경우 역시 다른 착오의 경우와 마찬가지로 다루어진다. 본 유럽계약법 원칙에 따르면, 그 계약은 착오 때문에 취소될 수 있다. 그러나 목적물의 부존재를 이유로 계약이 무효로 되는 것은 아니다.⁷⁾ 때로는 존재하지 않는 물건의 매매가 유효함으로써, 매도인이 채무불이행 책임을 져야 하는 경우도 있을 수 있다. 왜냐하면 법원은 사정에 따라서 매도인이 위험을 감수해야 한다는 결론에 도달할 수도 있기 때문이다.

[예7] J는 멀리 떨어져 있는 공사장의 중고기계를 추심채무로서 K에게 매도하였다. 그러나 매매계약의 체결 이전에 K가 이 기계를 검사하는 것은 사실상 불가능하였다. 이후 K가 공사장에 도착하였을 때, K는 계약이 체결되기 몇 시간 전에 그 기계가 소실되었다는 것을 알게 되었다. J는 이를 알아야 했다. J는 불이행으로 인한 책임을 져야하며, 착오를 이유로 그 계약을 취소할 수 없다.⁸⁾

계약 상대방에 관한 착오 역시 다른 착오와 동일하게 취급된다.

H. 전달상의 착오(표시의 착오)

계약 당사자가 10만 파운드를 기재하려고 하였지만, 1만 파운드라고 기재하는 전달(표시)상의 실수(Versehen)는 오류(Fehler)의 주된 형태이다. 이러한 오류는 Artikel 4 : 104에 의해서 Artikel 4 : 103이 적용된다.⁹⁾

7) Artikel 4 : 102 참조.

8) Artikel 4 : 103의 F [예5] 참조.

9) Artikel 4 : 104에 관한 Kommentar 참조.

I. 면책될 수 없는 착오

착오의 주된 원인이 있는 당사자가 자신의 착오를 근거로 계약을 취소하는 것은, 상대방 역시 이에 관해서 동일한 정도의 책임이 있지 않는 한, 타당하지 않다고 생각된다. 이를 인정하는 것은 자신의 태만의 결과를 상대방에게 전가하는 것을 허용하는 결과로 될 것이다. 상대방은 일반적으로 일방 당사자가 태만에 기한 착오에 빠져 있는지를 확인해야 할 부담을 질 필요가 없다.¹⁰⁾

다만 상대방이 일방 당사자의 착오를 의식하였을 뿐만 아니라 중대한 사정이 없다면 이를 고지하는 것이 가능하였다면, 비록 일방 당사자가 이를 태만하였다는 사실에도 불구하고, 그 취소가능성은 허용되어야 할 것이다. 따라서 이 경우는 착오의 면책이 인정되어야 한다.

[예8] N은 청약자들에게 공지위의 건축 계획서를 제출할 것을 요구하였다. 입찰자들에게 주어진 정보에는 건축업자가 암석에 기반하고 있는 토지를 만나게 될 개연성이 있다는 것이 드러나 있었다. O는 청약을 하였지만, 암석이 아닌 일반 토지만을 굴착할 수 있었다. N은 이에 대해서 고지했어야만 한다. N이 이를 하지 않았고, 착오가 중요한 착오라면, O는 이를 취소할 수 있다.

J. 위협

Kommentar D[E의 오기라고 생각됨]에서 언급한 바와 같이, 당사자들이 불확실성의 위협성을 감수하거나 감수하는 것으로 다루어야 할 계약들도 존재한다. 이와 같은 경우에는, 비록 그 위협이 실현된 경우라 할지라도, 당사자들이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다. 예컨대 계약 당사자 스스로가 모든 사정을 알지 못한다는 것을 의식하였음에도

10) Kommentar E의 [예4] 참조.

불구하고, 계약을 체결한 경우가 그러하다.

[예9] A는 그가 상속받은 집안의 세간들을 경매로 팔려고 하였다. 그는 개별 대상물들의 가치를 알지는 못하였지만, 그 가치평가를 위한 수고를 하지 않으려고 하였다. B는 그 경매에서 매우 저렴한 가격으로 한 점의 그림을 구입하였다. B는 그 그림이 Constable에 의해서 그려졌다는 것을 알았지만, 이를 고지하지는 않았다. A는 착오를 이유로 그 계약을 취소할 수 없다.

계약 당사자가 비록 위험을 인수하지는 않았지만, 마치 이를 인수하였던 것처럼 취급되어야 할 경우도 있다.

[예10] 영국에 있는 요트 대여업체는 독일 아마추어 요트사에게 요트를 대여하였다. 양자는 대여된 요트가 프랑스 Marseille에 정박하고 있는 것으로 알고 있었다. 그러나 그 요트가 얼마 전에 다른 배와 충돌하여 침몰하였다는 사실을 알지는 못하였다. 이 경우에 대여업체는 상인으로서 이를 알 수 있었던 반면, 상대방은 상인이 아니기 때문에 이를 알 수 없었다. 따라서 비상인과 계약한 상인으로서의 대여업체는 그 계약을 취소할 수 없고, 채무불이행에 따른 책임을 져야한다.

K. 법적 구제

착오의 가장 일반적인 법적 구제 방법은 착오를 한 자, 또는 양자의 착오의 경우에는 계약의 해소를 원하는 자가 계약의 전부나 일부를 취소하는 것이다(Artikel 4 : 106 참조). 또한 상대방의 적절하지 않은 진술에 기초하여 계약 당사자가 착오를 한 경우(Artikel 4 : 106 참조), 상대방이 계약 당사자의 착오를 알거나 알아야 한 경우, 또는 상대방이 계약 당사자의 착오를 야기한 경우(Artikel 4 : 117 참조)에는 착오를 한 자가 손해배상을 청구할 수도 있다.

제104조 : 전달상의 오류

표시의 표명이나 전달에서의 오류는 그 표시를 표명하거나 발송한 자의 착오로서 간주될 수 있으며, Artikel 4 : 103이 적용된다.

<주석>

A. 공동의 의사의 부존재: 일반 원칙으로서의 객관적 해석

때때로 의사표명의 부정확이나 전달상의 오류로 인하여 당사자의 진의가 아닌 것이 전달되는 경우가 발생한다. 예컨대 당사자가 청약서에 착오로 10만 파운드 대신 1만 파운드라고 기재한 경우가 그러하다. 이와 같은 경우에 상대방 역시 청약자의 착오를 알아차리지 못하였거나 또는 이를 지적하지 않고 그 청약을 승낙하였다면, 이로 인한 양 당사자의 의사의 불일치의 경우에 어느 가격에 따른 효력이 발생해야 하는지가 문제된다.

양 당사자의 공통적인 의사가 없다면,¹¹⁾ 계약 당사자는 일반적으로 그가 하였던 말이나 행동의 표명된 의미에 구속되어야 할 것이다. 왜냐하면 상대방이 그 말이나 행동을 진실한 것으로 받아들이는 것이 합리적이기 때문이다.¹²⁾ 청약이 착오에 기한 것이라는 것을 상대방이 알지 못하였

11) Artikel 5 : 101 : 일반적 해석규정

- (1) 양 계약 당사자의 의사가 표시의 문언과 일치하지 않는다고 하더라도, 계약은 양 계약 당사자의 공동의 의사에 따라서 해석된다.
- (2) 계약의 일방 당사자가 계약을 일정한 의미로 이해하고자 하였고, 상대방 역시 계약 체결시에 이와 관련하여 알 수 있었다는 것이 확정된다면, 계약은 일방 당사자의 의사에 상응하는 방법으로 해석된다.
- (3) 제1항과 제2항에서의 계약 당사자의 의사가 확정될 수 없다면, 계약은 합리적인 인간이 계약 당사자와 동일한 상황에서 의도하였을 것과 같은 의미로 해석될 수 있다.

12) Artikel 5 : 101 (2) 참조.

거나 추측할 수 없었다면, 착오를 한 자는 계약에 구속되어야 한다.¹³⁾

B. 전달상의 오류가 반드시 양 당사자의 일치하는 의사를 방해하는 것은 아니다.

청약의 수령자가 청약자가 의도한 것을 사실상 알았고, 그 역시 매매가를 10만 파운드라고 전제하였기 때문에 청약을 이의 없이 수령하였다면, 이 경우에는 단순히 Artikel 5 : 101 (1)¹⁴⁾(해석의 일반규칙)에 따라서 해결된다. 즉, 이 경우에는 매매가격이 10만 파운드라는 것이 양 당사자의 일치하는 의사였다. 이후 상대방이 그 오류를 이유로 계약을 해소하려고 하여도, 계약은 위의 금액으로 성립한다.

C. 일방 당사자의 오류로부터 상대방이 착오에 빠지지 않았던 경우에는 객관적 해석이 적용되지 않는다.

상대방이 비록 10만 파운드의 청약을 승낙하려고 하지 않았다고 할지라도, 그가 착오를 한 자가 의도하였던 것을 알았으면서도 그 오류에 대해서 지적하지 않고서 이를 승낙하였다면, 착오를 한 자의 오류로부터 상대방이 이익을 얻어서는 안 된다. 오히려 상대방은 10만 파운드의 가격을 받아들여야만 한다. 일반적으로 계약 당사자는 표현의 객관적 의미, 즉 이성적인 인간이 그 표현에 부여하였을 의미에 구속되어야 하지만, 표시의 상대방이 그 표현을 객관적 의미가 아니라 표시자에 의해서 의도되었던 의미로 이해하였다면, 그 객관적 의미는 효력이 없다. 오히려 승낙자가 청약을 이의 없이 받아들였다고 볼 수 있다면, 승낙자는 청약자가 의도하였던 것에 대해 동의한 것으로 볼 수 있다. 따라서 승낙

13) 이에 관해서는 “계약을 통해 법적으로 구속되는 일방 당사자의 의사는 그의 표시나 거동으로부터 상대방이 합리적으로 이해할 수 있었던 내용으로 해석될 수 있다.”고 규정하고 있는 Artikel 2 : 102와 비교할 것.

14) Artikel 5 : 101 참조.

자는 그의 규범적인 동의행위로 인해 청약자의 진정한 의사에 구속된다. 즉, 계약은 착오에 빠져있지 않은 당사자에 의해서 의도되었던 조건으로 성립한다. 이는 Artikel 5 : 101 (2)의 결과이다.

[예1] A는 다른 모피상 B에게 토끼털을 Kilogramm 당 1파운드에 매도하는 청약을 하였다. 그러나 A는 오기를 하였던 것이다. 즉, 그는 1조각 당 1파운드라고 청약하려고 하였던 것이다. 토끼털은 통상 조각으로 거래된다. 또한 약 6 조각의 토끼털이 1 Kilogramm인데, 그 매매가격은 (1 Kilogramm의 가격으로는) 터무니없이 낮았던 것이다. 토끼털은 결코 Kilogramm이 아니라, 항상 조각으로만 팔리기 때문에, B는 A가 의도한 것을 알았던 것이다. 그럼에도 불구하고 그는 청약을 승낙하는 것처럼 행동하였다. 그는 A에 대해서 Kilogramm 당 1파운드의 가격으로 토끼털의 인도를 요구할 수 없다; 그 대신에 계약은 조각 당 1파운드의 가격으로 성립한다.

D. 상대방이 일방 당사자의 오류를 알았지만, 무엇을 의도하고 있었는지에 대해서는 알지 못하였다.

상대방이 일방 당사자가 오류에 빠져있다는 것은 알았지만, 무엇을 의도하고 있는지에 대해서는 알지 못하는 경우도 있다. 이 경우에 상대방이 일방 당사자의 오류에 대해서 지적하지 않고서 일방 당사자의 청약을 승낙하였다고 해서, 착오를 한 자가 사실상 의도하였던 바에 상대방을 구속시키는 것은 타당하지 않을 것이다. 다만 일방 당사자의 착오가 본질적인 것이었던 한, 착오를 한 자는 그 계약을 취소할 수 있어야 한다. Artikel 4 : 104는 이를 착오의 문제로 취급하고 있다. 따라서 착오를 한 당사자는 Artikel 4 : 103에 따라서 계약을 취소할 수 있다.

[예2] B는 A의 빌라를 임차하기 위한 교섭을 하여왔다; A는 1개월에 1,300 파운드를 요구하였고, B는 800 파운드를 제의하였었다. 이제 A는

B에게 편지를 써서, 1개월에 100파운드로 빌라를 임대하겠다고 청약하였다; 이는 오키이었고, A는 1,000 파운드에 청약하려고 하였던 것이다. B는 A가 착오에 빠져있다는 것을 분명히 알았을 것이지만, B가 의도하였던 것은 알지 못하였다. B는 답장에서 단순히 청약을 승낙하였다. A는 이 계약을 취소할 수 있다.

E. 오류는 상대방에게 알려져 있어야 할 것이다.

비록 상대방이 일방 당사자의 전달상의 오류를 알지 못하였다고 해서, 무조건 착오(오류)를 한 자를 사용된 단어의 통상적 의미에 구속시킬 수 있는 것은 아니다. 즉, 합리적인 인간의 관점에서 볼 때, 표시된 언어를 통상적인 의미가 아니라, 이를 표현한 당사자의 사실상 의도한 내용으로 이해해야 한다고 인정할 수 있는 경우에는, Artikel 5 : 101 (2)에 따라서 상대방은 표시 당사자의 이해에 구속되어야 한다.

[예3] 위의 예1의 경우, B가 A의 착오를 알았다는 것이 입증되지는 않았다. 그러나 상관습과 매도가에 따라 합리적인 인간이 동일한 사정에서 A에 의해 전달된 의미를 알 수 있었음에 틀림없다면, B는 A를 외견상 체결된 계약에 구속시킬 수 없고, 조각 당 1파운드의 가격으로 매수할 의무가 있다.

무엇이 의도되어 있는지 명확하지 않다면, Artikel 4 : 103에 따라 착오를 한 자는 그 계약을 취소할 수 있다.

F. 상대방에 의해서 유발된 착오

일방 당사자가 상대방의 행위로 인하여 착오를 함으로써, 그가 의도하지 않았던 외형상의 동의를 하는 경우도 있다. 이 경우에 착오를 한 당사자가 착오를 하지 않았다면 어떤 다른 동의를 할 것이라는 것을 상대방이 알아야 하였다면, 상대방은 착오를 한 당사자를 외형상으로

체결된 합의에 구속시킬 수 없다.

[예4] A는 B여행사의 패키지 투어를 예약하였다. 이에 B는 다양한 여행지, 비행기 편과 호텔을 청약하였다. A는 그 가격이 매우 고가이었기 때문에, 이러한 여행지들을 원하지 않았다. 그러나 B의 예약양식지는 매우 알아보기 힘들게 되어 있었기 때문에, A는 착오로 모든 여행지를 여행하는 것으로 기재하였다. B는 A를 이 계약에 구속시킬 수 없다.

G. 착오를 한 당사자의 과책

면책될 수 없는 착오를 한 자는 Artikel 4 : 103(사실의 착오 또는 법률의 착오)에 의해서 법적구제를 받을 수 없다. 이러한 점은 법적 거래의 안정성으로부터 요구되는 정당한 것이다. 당사자가 범할 수 있는 모든 가능한 오류를 조사하기 위해 상대방이 노력을 기울일 필요는 없다. 상대방은 일반적으로 중과실을 통해서 발생하게 되는 오류를 무시할 수 있어야 한다. 이미 언급한 바와 같이, 전달상의 오류는 일반적으로 태만으로부터 기인한다.

그러나 태만이 언제나 면책될 수 없는 것은 아니다. 면책될 수 없다는 것은 언제나 상대적인 개념이다. 물론 사실의 착오나 법률의 착오가 아니라, 전달의 정확함이 문제되는 경우에는 상대방에게 그가 수령한 표시를 검토하라고 요구하기 힘든 면이 있다. 특히 착오를 한 자의 태만에 의해서 착오가 발생하였음에도 불구하고, 상대방이 일방 당사자의 착오를 알기 위해서 일방 당사자의 표시를 면밀히 검토하라는 것을 요구할 수는 없을 것이다. 다만 상대방 역시 다음과 같은 것을 물을 필요는 있다: “당신이 2면에 쓴 것을 당신은 사실상 원하십니까?” 또는 “당신은 약관의 X조항을 알고 있습니까?” 결국 착오를 한 당사자에게 중대한 과실이 있다고 해서, 무조건 그 법적 구제가 인정될 수 없는 것은 아니다.

H. 중대한 착오

Artikel 4 : 103에 의한 법적 구제는 계약을 근본적으로 변화시키는 착오에 제한되어야만 한다. 단지 미세한 의미가 있는 착오에 대해서도 법적 구제를 허용한다면, 법적 거래의 안정성이 파괴될 것이다. 이는 전달에서의 오류의 경우에도 마찬가지이다.

I. 전달상의 오류는 발신자의 오류로서 다루어진다.

전보 등의 경우에서 볼 수 있는 바와 같이, 오류가 발신자의 과실 없이 단지 전달자에 의해서 발생하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 비록 발신자에게 과실이 없었다고 할지라도, 그 전달의 방식을 선택한 발신자가 이에 따른 위험을 부담하여야 한다. 유럽계약법 원칙은 이 경우를 발신자 자신의 착오와 마찬가지로 다루고 있다. 그러나 이에 대해서는 예외가 존재한다. 즉, 수령자의 불이행¹⁵⁾으로 인해 수령자에 대한 통지가 필요한 경우가 그러하다. 이 경우에는 발신주의가 적용된다.¹⁶⁾

제105조 : 계약의 변형

(1) 비록 일방 당사자가 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는 경우일 지라도, 상대방이 계약을 취소할 수 있는 자가 이해한 바대로 계약을

15) 여기서의 불이행이라 함은 상대방이 미리 계약의 이행을 거절하거나 거절이 예상되는 경우 등을 말한다. 이러한 경우에는 서면의 정상적인 도달을 상대방이 부정할 위험성이 있기 때문에, 이를 발신주의에 의해서 해결하려고 한다.

16) Artikel 1 : 303 (4)는 “일방 당사자가 상대방의 채무불이행에 대해서 통지를 하거나, 또는 일방 당사자의 합리적인 판단에 의할 때 그 불이행이 예상되기 때문에 통지를 하였고, 그 통지가 정상적으로 발신되었다면, 그 도달의 지체, 전달상의 오류나 잘못된 도달에도 불구하고 그 통지는 유효하다.”고 규정하고 있다.

이행할 것이라고 표시하였거나 또는 사실상 그렇게 이행하였다면, 계약은 계약을 취소할 수 있는 자가 이해한 대로 체결된 것으로 본다. 상대방은 계약을 취소할 수 있는 자가 계약을 어떻게 이해하였는지에 대해서 고지 받은 후, 또한 계약을 취소할 수 있는 자가 취소의 의사표시를 신뢰하여 행위를 하기 전까지 즉시 이행할 준비가 되어있음을 표시하거나 이행하여야 한다.

(2) 이행의 준비를 표시하거나 이행을 한 후에는 취소권이 배제되고 그 전에 행하여진 취소의 의사표시는 효력이 발생하지 않는다.

(3) 당사자 쌍방이 동일한 착오를 하였다면, 법원은 당사자 일방의 청구에 따라 당사자 쌍방이 착오를 하지 않았다면 합리적으로 합의하였을 바대로 계약을 변경할 수 있다.

<주석>

A. 상대방이 알았거나 알고 있었어야 할 착오

일방 당사자가 Artikel 4 : 104의 전달의 오류에서의 상당한 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있지만, 상대방은 일방 당사자의 착오를 알지 못한 경우가 이 Artikel이 적용되는 전형적인 영역이다. 이 경우 상대방이 일방 당사자에게 착오가 있었음을 고지 받은 후, 착오를 한 당사자의 의사에 따라서 이행할 것을 표시하였다면, 착오를 한 당사자의 취소권은 소멸하여야 한다.

이 Artikel은 Artikel 4 : 103에 따른 사실의 착오나 법률의 착오의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다.

[예1] 큰 건물에 타일을 붙여야 하는 타일공이 작업의 범위에 대해서 본질적인 착오에 빠졌다. 상대방은 이러한 착오를 알고 있었어야 하기 때문에, 타일공은 그 계약을 취소할 수 있다. 이 경우에 위임인(도급인)이

협의되었던 보수를 감액하지 않고 타일공의 추가적인 업무를 면해주는 것을 제안하였다면, 타일공은 계약을 취소할 수 없다.

B. 당사자 쌍방의 착오

Artikel 4 : 105 (1)은 당사자 쌍방의 동일한 착오로 인해 계약이 취소될 수 있는 경우에도 적용될 수 있다. 즉, 비록 상대방이 일방 당사자에게는 손해가 될 수 있는 착오로부터 이익을 얻을 수 있는 경우라 할지라도, 상대방이 이미 계약이 본래 이해되어야 할 내용으로 이행하겠다는 것을 표시하였을 수도 있다.(이러한 경우에는 Artikel 4 : 105 (3)이 아니라, Artikel 4 : 105 (1)이 적용된다.)

그러나 일방 당사자가 상대방에 비해 보다 많은 손해를 입는다는 것이 명백하지 않은 경우, 또는 착오로 인해 이익을 얻는 자가 본래 이해되어야 할 의미대로 계약을 이행하겠다는 것을 상대방이 아직 표시하지 않은 경우에도, 계약의 취소보다는 계약의 변용이 보다 타당한 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우를 위해 Artikel 4 : 105 (3)은 양자의 착오가 없었다면 그들이 합의하였을 계약 내용으로 법정 변용을 해달라는 청구를 각각의 일방 당사자에게 허용하고 있다.¹⁷⁾

17) 【역주】 Artikel 4 : 105 (1)은 ‘일방 당사자가 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는 경우’에 적용되는데, 이 경우에 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는 자는 착오로 인해 불이익을 입는 자로 해석되며, 착오에도 불구하고 이익을 얻는 자가 그 계약을 취소할 수는 없다고 해석되어야 할 것이다. 따라서 계약 당사자 쌍방의 착오에 있어서 양 당사자 중 누구 불이익을 입는 자인지가 확정될 수 없다면, Artikel 4 : 105 (1)은 적용될 수 없을 것이다. 이러한 경우를 위해 유럽계약법 원칙은 Artikel 4 : 105 (3)을 별도로 규정하고 있는 것으로 이해된다.

또한 Artikel 4 : 105 (1)은 계약 상대방이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있는 자에게 ‘이미’ 그 취소권자가 이해한 내용대로 계약을 이행할 것이라는 점을 표시하였거나 이행하였던 경우에 적용된다. 따라서 상대방이 ‘아직’ 취소권자가 이해한 계약내용으로 이행할 것이라는 의사를 표시하지 않았거나 이를 ‘아직’ 이행하지 않은 경우에도 Artikel 4 : 105 (1)은 적용될 수 없으며, Artikel 4 : 105 (3)이 적용되어야 할 것이다.

[예2] 예1과 사정관계가 같지만, 당사자 쌍방이 작업의 범위에 대해서 착오를 할 수 있다. 이 경우에 위임인은 Artikel 4 : 105 (1)에 따라 타일공이 추가적인 작업을 하지 않아도 된다고 이미 표시하였을 수도 있다. 또한 각 당사자는 Artikel 4 : 105 (3)에 따라 계약의 법정 변응의 청구를 선택할 수도 있다. 이 경우에 법원은, 문제되는 작업량에 따른 적절한 변응으로, 협의된 보수를 추가적인 작업에 적용할 수 있을 것이다.

계약 당사자들이 착오를 하지 않았다면 그 계약을 체결하지 않았을 것이라는 점이 명백한 경우도 있을 수 있다. 이 경우에 계약의 변응을 인정하는 것은 타당하지 않다.

[예3] A는 B에게 어떤 그림을 500파운드에 매도하였다. 양 당사자는 그 그림이 무명화가의 그림인 것으로 알고 있었다. 그러나 그 그림은 매우 유명한 화가의 그림이었던 것으로 밝혀졌으며, 그 가치는 5만 파운드에 달한다. 이러한 경우 B가 5만 파운드를 지불할 수 없다면, A는 그 계약을 취소할 수 있다. 즉, 이러한 경우에는 B가 A에게 그 그림의 사실상의 가치를 지급해야 한다는 계약의 변응을 할 수는 없다.

마찬가지로 계약 당사자 지위의 사후적인 변화로 인해 계약의 변응이 타당하지 않은 경우도 있을 수 있다.

[예4] 건축계약 당사자 쌍방의 착오로 인해, 양 당사자가 사실상 작업해야 하는 것보다 적은 작업량을 예정하고 있을 수도 있다. 이 경우에 만약 건축업자가 계약 당시 사실상의 작업의 범위를 알았다면, 건축업자는 합의된 견적에 따라 조사된 가격으로 전체 계약을 체결하려고 하였을 것이다. 그러나 건축업자는 그 사이에 이미 다른 사람과의 건축 계약을 체결하였기 때문에, 이를 위해 추가적인 다른 작업을 할 수 있는 상황은 아니었다. 이러한 경우에도 계약의 변응을 인정하는 것은 타당하지 않다; 그 계약은 취소될 수 있다.

C. 계약의 변응에 따른 손해배상

계약 상대방이나 법원에 의해 계약이 변응된 경우에 착오를 한 당사자가 그 계약의 변응을 통해서 전보되지 않은 손해를 입었다면, 그 당사자는 Artikel 4 : 117에서의 손해배상을 청구할 수 있다.

제106조 : 부정확한 진술

상대방의 부정확한 진술을 신뢰하여 계약을 체결하였던 일방 당사자는, 비록 상대방의 진술을 통해 Artikel 4 : 103의 의미에서의 본질적인 착오를 하지는 않았다고 할지라도, Artikel 4 : 117 (2)와 (3)에 의해 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 상대방이 자신의 진술이 정확한 것이라고 믿을만한 정당한 이유가 있었던 경우에는 그러하지 아니하다.

<주석>

A. 사기적인 기망이 아닌 부정확한 진술

계약체결 과정에서 상대방이 일방 당사자에게 일정한 진술을 하였던 경우, 이러한 진술은 경우에 따라서 진실한 것으로 간주될 수도 있다 (Artikel 6 : 101 참조). 그러나 일정한 사실에 관한 진술을 언제나 약속으로 볼 수 있는 것은 아니다. 특히 상대방이 자신의 진술 내용이 진실에 부합한다고 약속을 한 경우가 아니라면, 계약당사자로서는 상대방이 그의 부정확한 진술로 인한 위험에 대해서 무조건 책임질 것이라고 기대할 수는 없을 것이다. 이 외에도 상대방의 부정확한 진술로 인하여 본질적인 착오를 한 자는 Artikel 4 : 103에 따라 계약을 취소하거나, Artikel 4 : 117에 따라 손해배상을 청구할 수도 있다. 또한 사기의 경우에는 Artikel 4 : 117에 따라서 손해배상을 청구할 수도 있다.

그러나 비록 상대방의 진술에 따른 일방 당사자의 착오가 비본질적인 착오일 뿐만 아니라, 부정확한 진술을 한 상대방에게 사기의 책임 역시 발생하지 않는 경우라고 할지라도, 상대방의 과실에 의한 부정확한 진술에 기해 착오를 한 자는 이에 따른 손해배상을 청구할 수 있어야 한다.

B. 진술이 부정확하였다는 위험을 누가 부담해야 하는가?

사기가 아닌 부정확한 진술은 계약체결 과정에서 발생하는 일종의 불운이다. 또한 계약 당사자 중의 누구도 그 진술이 부정확하다는 것을 알지 못하는 것이 일반적이다. 따라서 비록 상대방이 일방 당사자에게 부정확한 진술을 하였다고 하더라도, 경우에 따라서는 그 진술로 인해 손해를 입은 자가 스스로 손해를 부담하는 것이 타당하다고 생각된다(다만 부정확한 진술로 인해 계약의 기초자체가 변경되는 경우에는 그러하지 아니하다; 이 경우에는 당사자 쌍방의 기초적인 착오로 인해 Artikel 4 : 103에 의해 계약을 취소할 수 있다).

그러나 일정한 진술을 하였던 상대방이 그의 진술을 진실로 여길만한 합리적인 근거를 증명하지 못한다면, 착오를 한 자에게는 청구권이 발생하여야 한다. 따라서 Artikel 4 : 106은, 비록 동조 후단의 제한이 있기는 하지만, 부정확한 진술로 인한 손해배상을 예정하고 있다.

착오를 한 자가 계약을 체결함에 있어 상대방의 진술이 그 계약체결의 유일한 근거나 주된 근거가 아니라고 할지라도, 이러한 청구권은 인정된다. 그러나 이 경우의 손해배상청구권은 단지 부정확한 진술을 통해 발생한 손실의 전부에 한정된다.

C. 당사자가 진실을 알 수 있었던 경우

일방 당사자가 상대방의 진술을 검토하였다면 그 진술의 타당성을 알 수 있었음에도 불구하고 일방 당사자가 이를 해태한 경우, 비록 진술을 한 상대방이 자신의 진술을 진실이라고 여길만한 합리적인 근거가

없었다고 할지라도, 상대방의 손해배상을 인정하는 것은 타당하지 않을 것이다.

오히려 일방 당사자는 일반적으로 상대방의 진술을 즉시 검토하여야 한다. 즉, 상대방의 진술을 검토하지 않는 것은 비합리적인 것이다. 일방 당사자가 이를 해태함으로써 부정확한 진술의 결과가 발생하게 된 경우, 또는 상대방의 부정확한 진술과 마찬가지로 일방 당사자의 태만 역시 부정확한 진술의 원인이 되는 경우에는 일방 당사자의 청구권이 부정될 수 있다. 이러한 경우에는 일방 당사자 역시 자신의 이익을 비합리적으로 보호하지 않았기 때문에, 그 범위에서는 위험을 스스로 부담하여야 한다. 이 조항은 Artikel 4 : 117과 결합해서, 비록 일방 당사자가 상대방에게 손해배상을 청구할 수는 있지만, 자신의 이익을 태만히 함으로써 그 손해배상액을 감액하여야 하는 경우에 적용된다.

[예1] 정년에 즈음한 변호사 E는 은퇴를 하기 위해 자신의 변호사 사무실을 F에게 매도하려고 하였다. 이를 위해 그는 자신의 사무실에서 매년 5만 파운드의 이윤이 발생하고 있다는 사실을 F에게 설명하였다. 한편 변호사 사무실을 매수하려는 자는 사무실에 있는 서적을 주의 깊게 살펴보는 것이 통상적이다. 그러나 E는 자신의 서적을 이미 처분하였다. 만약 매수인 F가 그 사무실의 서적을 조사하였다면, 그 사무실의 가치는 매우 하락하였을 것이다; 그러나 E는 질병으로 인하여 그 가치의 동향에 대한 주의를 기울일 수 없었기 때문에, 그 가치의 하락을 알지 못하였다. 한편 F는 서적에 대해서 조사하지 않고 변호사 사무실을 매수하였다. 이러한 경우에 있어서 미리 서적을 조사하지 않고 변호사 사무실을 구입한 것은 비합리적인 것이다. 따라서 F의 손해배상청구는 Artikel 4 : 117 (3)과 9 : 504에 의해서 감액된다.

착오가 주로 손해배상을 원하는 당사자에 의해서 야기된 경우에는 손해배상액 전액이 감액될 수도 있다.

D. 상대방에 의한 진술

Artikel 4 : 106은 단지 상대방에 의한 부정확한 진술에 대해서만 적용된다. 제3자의 진술에 의한 착오의 경우에는, 제3자가 상대방의 대리인이거나 상대방이 제3자의 부정확한 진술에 대해 알았던 경우에 한해서, 계약을 취소할 수 있다.¹⁸⁾ 이 외에도 어떠한 방법으로든 제3자의 진술이 상대방에게 (간접적으로) 전달된 경우에도, 그 계약을 취소할 수 있다.

[예2] G는 H로부터 어떤 기계를 임차하였다. 이때 G는 유사한 기계를 가지고 있는 친구 J가 그 기계의 동력사용량이 1시간에 5리터에 달한다고 하였던 이야기를 신뢰하였다. 그러나 그 사용량은 사실상 매우 많은 것이다. G는 H에 대해서 손해배상을 청구할 수 없다.

[예3] K는 이전의 소유주로부터 매수하였던 중고 자동차를 다시 L에게 매도하였다. K의 전소유주는 K에게 그 자동차에 새로운 모터를 교체하였다고 설명하였었다. K는 L에게 다음과 같이 이야기 하였다: “이 자동차에는 새로운 모터가 장착되어 있다고 이전의 소유자가 나에게 말하였었다.” 그러나 사실상 그 모터는 교체되어 있지 않았다. 또한 K는 자신의 기름 사용량에 비추어 이를 알고 있었어야 한다. 이 경우에 L은 그 계약을 취소할 수 있다.

그러나 상인으로부터 일정한 정보를 제공 받으면서 거래를 한 자는 그 상인의 진술이 이전의 공급사슬과정에서부터 기인한 것이었다면(예를 들어, 제조자의 정보 제공을 신뢰하는 개별상인으로부터 물건을 구입한 경우), Artikel 6 : 101 (3)에 따라 채무불이행으로서의 법적 구제를 받을 수 있다(계약적 의무를 발생시키는 표시).

18) Artikel 4 : 111 참조.

E. 법적 구제

상대방의 부정확한 진술로 인해 착오를 한 당사자는 이로부터 발생한 손해에 대한 전보를 청구할 수 있다. 그러나 상대방이 진술의 정확함을 보증하였던 것은 아니기 때문에, 진술이 정확하였다면 당사자가 있게 될 재산 상태로서의 손해배상에 대해서는 청구할 수 없다. 당사자는 현재의 그의 재산 상태와 진실을 알았다면 있었을 재산 상태의 차액에 대해서만 손해배상을 청구할 수 있다.

[예4] A는 자신의 중고 자동차를 겨우 5만Km만 운행하였다고 하면서, 이를 B에게 매도하였다. 이에 따라 B는 10만 유로에 그 자동차를 구입하기로 합의하였다. 현재 이러한 유형의 자동차가 5만Km 운행되었다면, 그 시장 가치는 10만 5천 유로에 달한다. 그러나 그 자동차는 사실상 15만Km 운행되었던 것으로서, 그 시장 가치는 8만 5천 유로에 불과하다. 이 경우에 B는 A에게 1만 5천 유로에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.

여기서의 손해배상은 부정확한 진술로 인해 야기된 손해에 한정된다. 따라서 불이익을 입은 자가 비록 착오로 인해 계약을 취소할 수 있다고 할지라도, 여기서의 손해배상이 착오가 없었다면 있어야 할 재산 상태로 까지 확장되는 것은 아니다.

[예5] 위와 같은 상황에서, B는 11만 유로의 매매가격에 합의하였다. 그러나 5만Km가 운행된 자동차라 할지라도 그 시장가치는 단지 9만 5천 유로에 불과하다. 게다가 그 자동차는 사실상 15만Km 운행되었기 때문에, 그 시장 가치는 8만 5천 유로에 불과하다. 이러한 경우 B는 단지 1만 유로에 대한 배상만을 청구할 수 있다.

일방 당사자가 상대방의 부정확한 진술로 인해 그가 인도받은 것과 인도해 준 것 사이의 차액을 넘는 손해를 입었다면(이러한 확대 손해를

보통 ‘후속손해’라고 한다), 그는 이러한 손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있다.

[예6] C는 건축업자 D에게 공지 옆으로 도로를 만들어 달라고 위임하였다. 이때 C는 자신이 건축부분의 토지를 이미 면밀히 조사하였다고 설명하면서, D에게 그 토지가 매우 견고하다고 진술하였다. 그러나 사실상 그 토지의 일부분은 매우 질퍽하였다. D는 자신의 기계가 그 질퍽한 부분에 빠졌을 때, 비로소 이를 발견하였다. 이러한 연약한 지반으로 인해 건축비용이 상당히 상승되었다. 게다가 D는 자신의 기계를 빼내기 위해서 10만 유로를 지불하여야 하였다. 이 경우에 D는 10만 유로의 지불을 청구할 수 있다.

후속손해는 손해에 관한 일반 원칙과 예견가능성에 관한 원칙에 따라 정해진다.¹⁹⁾

F. 법적 구제의 배제 또는 제한

부정확한 진술로 인한 손해에 대한 일방 당사자의 청구권을 배제하거나 제한하는 것을 내용으로 하는 약관이 존재하는 경우가 종종 있다. 경우에 따라서는 이러한 약관이 정당할 수도 있지만, 채무불이행에도 불구하고 청구권을 배제하거나 제한하는 약관에서 볼 수 있는 바와 같이, 경우에 따라서는 부당할 수도 있다. 따라서 Artikel 4 : 118 (2)는, 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서에 반하지 않는 경우에 한해, 이러한 약관의 효력을 인정하고 있다.²⁰⁾

G. 국내법과의 관계

유럽 연합 소속의 일부국가에서는 부정확한 진술에 대한 법적 책임을

19) Artikel 4 : 117 (3) 참조.

20) 채무불이행의 경우에 적용되는 Artikel 8 : 109 (면책 약관) 비교.

계약책임이 아닌 불법행위책임으로 보고 있다. 그러나 계약 당사자 상호 간에 유럽계약법 원칙을 기초로 하는 것에 대해 합의하였거나, 중재재판관이 유럽계약법 원칙에서의 계약에 관한 규정을 적용하기로 결정하였다면, 비록 국내법에서는 이 문제를 계약법으로 평가하지 않는다고 할지라도, 계약에 적용되는 모든 규정은 본 유럽계약법 원칙으로부터 도출되어야 할 것이다. 재판소와 재판관이 저촉 규범을 통해 인정할 수 있는 한, 유럽연합 소속국의 국내법은 본 유럽계약법 원칙에 기초하는 규정들에 의해 배제될 수 있어야 한다. 따라서 부정확한 진술로 인한 청구권은 본 유럽계약법 원칙에 의거하여야 한다.

제107조 : 사기

(1) 일방 당사자가 상대방의 사기적인 가장으로 인하여 계약 체결을 결정하였다면, 그 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 이 경우에 상대방의 행위는 언어이든, 행동이든, 또는 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서에 따라서 고지하여야 했던 정보의 불고지이든 이를 불문한다.

(2) 사기적이라 함은 기망의 의도로 행하여진 잘못된 사정의 가장이나 침묵을 의미한다.

(3) 상대방이 일정한 정보를 고지해야 하는 것이 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서에 의해서 요구되는 것인지의 여부를 확정하기 위해서는 모든 사정이 고려되어야 한다. 특히

- (a) 상대방이 특별한 전문지식을 가지고 있는지의 여부,
- (b) 관련 정보를 얻기 위하여 지출한 비용
- (c) 일방 당사자가 스스로 그 정보를 합리적으로 얻을 수 있는지의 여부 및
- (d) 일방 당사자를 위하여 그 정보가 명백히 중요한지의 여부

<주석>

A. 기망

일방 당사자가 상대방으로부터 부정확한 진술을 고지 받은 경우, 상대방에게 사기가 있다면, 일방 당사자는 그 계약을 취소할 수 있어야 한다. 이 경우의 상대방의 사기라 함은 다음과 같은 경우를 의미한다.

(i) 상대방이 자신의 진술의 부정확함을 알았거나, 또는 그 진술이 정확한 것인지의 여부를 알지 못한다는 것을 의식하면서도 이를 분별없이 행동하였던 때,

그리고

(ii) 일방 당사자를 속이려는 의도나 기망을 위해 분별없이 행동하였던 때

이러한 경우에는 기망자의 이익을 위해 계약을 유지해 줄 어떠한 근거도 없다. 또한 일방 당사자에게 상대방에 의해서 의도된 착오(오도)의 위침을 부담하도록 할 수도 없다.

B. 가장(기망행위)의 본질

가장이라는 함은 어떠한 것이 이리 저리하다고 명확하게 확정하는 것이다. 그 기망적인 확정이 사실에 관계된 것인지, 또는 법률에 관계된 것인지는 중요하지 않다.

이 경우의 확정은 계약의 시점에 존재하는 사정과 관련된 것이어야 한다. 단지 상대방이 그의 의도를 사후에 변경하였다는 것만으로, 상대방의 의도의 확정이 Artikel 4 : 107에서의 거짓된 가장으로 되는 것은 아니다. 이러한 상대방의 의사의 변화로부터 일방 당사자가 법적 구제를 받기 위해서는 상대방의 의사표시가 계약적 약속을 의미하는 것이어야 한다. 이에 반해 상대방이 사실상 가지지 않았던 의도를 가졌던 것으

로 표시하였다면, 이는 이 조항의 의미에서의 가장인 것이다.

그러나 명백한 광고의 표시는 이 조항의 의미에서의 가장이 아니다.

[예1] A는 B에게 컴퓨터를 임대하면서, 그 컴퓨터가 시장에서 가장 크고 성능이 좋은 것이라고 설명하였다. 사실 시장에는 그 컴퓨터와 유사한 크기와 성능이 있는 컴퓨터가 존재하지만, 이중 어떤 컴퓨터가 더 성능이 좋은지에 대해서는 다툼이 있을 수 있다. 이러한 경우 B는 권리구제를 받을 수 없다.

사상의 표현은 일반적으로 사실이나 법률관계에 대한 가장으로 볼 수 없다. 따라서 사상 표현의 방식으로 표시가 있는 경우에는 상대방이 그것이 무조건 정당한 것은 아니라는 점에 대해서 주의하여야 한다. 그러나 일방 당사자가 사실상 사고하지 않았던 것을 사고하였다고 표시하였다면, 이는 잘못된 사실표시다.

[예2] C는 B에게 작은 별장을 임대하였다. 이때 B는 자신의 생각으로 는 그 별장이 매우 조용한 곳에 위치하고 있는 것 같다고 이야기하였다. 그러나 C는 그 별장이 근처 비행장의 이착륙장과 가까이 있다는 사실 과 일정한 시간에는 소음측정수치가 매우 높다는 사실을 알고 있었다. 이 경우에 C는 B에 대해서 사기적인 오도를 한 것이다.

C. 오도의 형식

부정확한 진술이 명시적인 것인지 또는 오도하는 행동의 형식으로 한 것인지는 중요하지 않다.

[예3] A는 매우 습한 집을 B에게 임대하였다. 그러나 A는 이러한 습기를 숨기기 위해서, 이미 계약 체결 이전에 그 집을 깨끗하게 청소하였으 며, 이로 인해 B는 그 습기에 대해서 알지 못하였다. 이러한 경우에 B는 계약을 취소할 수 있다.

그러나 상대방의 기망의 의도가 존재하지 않는 한, 비록 상대방이 일방 당사자가 알지 못하는 사실에 대해서 고지하지 않았다고 할지라도, 본 유럽계약법 원칙의 의미에서의 사기는 존재하지 않는다. 다만 이 경우에 Artikel 4 : 103(사실이나 법률의 착오)이 문제될 수는 있다.

D. 신뢰

비록 상대방이 부정확한 진술을 고지하였다고 할지라도, 일방 당사자가 계약 체결을 결정하면서 상대방의 진술을 신뢰하지 않았다면, 그 일방 당사자는 권리구제를 받을 수 없다.

[예4] A는 중고 자동차의 거리측정기를 실제 운행한 것보다 훨씬 적게 운행한 것으로 조작한 후, 이를 B에게 매도하였다. 그러나 B는 그 자동차를 구입할 때 이미 거리측정기에 주의를 기울임으로써, 그 조작을 알고 있었다. 이러한 경우 B는 사기로 인한 권리구제를 받을 수 없다.

E. 잘못된 설명

일방 당사자를 속이려는 의도로 계약 체결에 영향을 줄 수 있는 사실에 대해서 침묵하는 것은 일반적으로 허용되지 않아야 한다. 따라서 상대방의 침묵을 정당화하는 특별한 근거가 없는 한, 이러한 침묵은 신의성실의 원칙에 반하며, 피기망자는 이 조항에 따라 계약을 취소할 수 있다.

이 외에도 일방 당사자가 (상대방의 기망을 통해) 본질적인 사실에 대해서 알지 못하였다면, 그는 Artikel 4 : 103에서의 착오를 주장하여 계약을 취소할 수도 있다. 또한 그는 Artikel 4 : 117에서의 손해배상을 청구할 수도 있다.

물론 계약 당사자들이 각각의 상대방에게 발생할 수 있는 불리한 사실을 고지할 일반적인 의무가 있는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고,

계약에서의 각 당사자는 상대방을 속이려는 의도로 침묵하여서는 안 된다.

F. 신의성실의 원칙 및 합리적인 거래질서와 조화될 수 있는 잘못된 설명

명백화 의무는 신의성실과 합리적인 거래질서의 일반원칙에 기초한다. 따라서 계약에 있어서 일방 당사자가 알고 있는 사실을 이를 모르는 상대방에게 고지하는 것이 항상 요구되는 것은 아니다. 예컨대 상인의 경우에는 계약에 의해 인도되어야 할 재화와 용역에 관한 정보를 명백히 밝히는 것이 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서에 부합하는 것인 반면, 이와 동일한 요구가 일반인에게도 적용되는 것은 아니다(3항 (a) 참조).

한편 일방 당사자는 그에 의해서 이행된 급부에 관해서 상대방에게 정보를 제공하여야 할 것이다. 그러나 일방 당사자가 상대방으로부터 이행될 급부에 대해서까지 이러한 정보 제공을 하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 오히려 상대방이 자신의 급부와 관련된 사실에 대한 정보를 알거나 밝혀야 하는 것이 일반적이다(제3항 (c) 참조). 특히 일방 당사자는 상대방이 특별한 비용을 들여야지 취득할 수 있는 상대방의 급부와 관련된 정보에 대해서는 명백화 의무가 존재하지 않는다.²¹⁾

여기서의 Artikel 4 : 107 (3)은 예시적 규정이며, 열거적인 규정은 아니다.

G. 권리 구제

사기의 경우에 피기망자는 계약을 취소할 수 있다; 다만 그 취소는 적당한 기간 내에 표시되어야 한다.²²⁾ 상대방의 기망이 계약의 개별적

21) Artikel 4 : 107 (3) (b) 및 Artikel 4 : 103의 주석 D 참조.

22) Artikel 4 : 113 참조.

내용에만 국한되어 있다면, 일방 당사자는 그 계약의 일부만을 취소할 수 있다.²³⁾ 또한 일방 당사자는 취소에 부가하거나 또는 같음해서 손해배상을 청구할 수 있다.²⁴⁾ 이러한 손해배상은 기망으로 인하여 발생한 비용의 증가를 한도로 한다. 왜냐하면 상대방이 자신의 진술이 진실이라는 계약적 보증을 한 것은 아니기 때문이다.

[예5] 미술품 상인인 C는 D에게 그림을 매도하였다. 이 경우에 C는 그 그림이 “Gainsborough”의 그림인 것 같다고 설명하였다. 다만 C가 이를 보증한 것은 아니었다. 이에 D는 그 그림을 5,000파운드에 구입하였다. 그러나 이후 — C가 자세히 알고 있었던 바와 같이 — 그 그림이 무명화가에 의해 그려졌다는 사실이 밝혀졌다. 만약 그 그림이 “Gainsborough”에 의해서 그려진 것이라면, 그 그림의 가치가 9,000파운드에 달할 것이지만, 지금 그 그림의 가치는 단지 1,000파운드에 불과하다. 이 경우에 D가 그 그림을 보유하고자 한다면, 그는 단지 4,000파운드의 한도에서 손해배상을 청구할 수 있다.

H. 부정확한 진술이 채무불이행으로 될 수 있다.

적지 않은 경우에는 부정확한 정보의 진술이 계약의 불이행과 동일시 될 수도 있다.²⁵⁾ 이러한 경우에는 오도된 당사자가 채무불이행에 관한 일반적인 권리구제를 받을 수 있다.

[예6] 예5에서의 경우, C는 그 그림이 “Gainsborough”의 그림이라고 확정적으로 설명하였다. 이 경우에 D는 채무불이행으로 인한 권리구제를 주장할 수 있기 때문에, 그는 8,000파운드의 손해배상을 청구할 수 있다.

23) Artikel 4 : 116 참조.

24) Artikel 4 : 117 참조.

25) Artikel 6 : 101 참조.

I. 권리구제를 배제하지 않음

사기는 결코 정당화할 수 없기 때문에, 이에 관한 권리구제가 배제되거나 제한될 수 없다.

제108조 : 강박

일방 당사자가 상대방의 직접적이고 심각한 위협에 의해서 계약을 체결하게 되었다면, 그는 다음과 같은 경우에 계약을 취소할 수 있다.

(a) 그 행위 자체가 위법하거나, 또는

(b) 계약체결을 위해 사용한 수단이 위법한 경우. 그러나 이 경우에는 일방 당사자가 사정에 비추어 볼 때 합리적인 다른 선택을 할 수 있었다면 그러하지 아니하다.

<주석>

A. 부적법한 강박

계약자유 원칙에 비추어 볼 때, 계약 당사자가 (그의 행위를 의식하고 있다는 의미에서) 자유의지로 (스스로의 선택이 가능하다는 의미에서) 자유롭게 한 행위에 대해서만 구속되어야 한다는 점은 당연한 것이다. 그러나 현실적으로는 계약 자유 원칙이 약화될 수도 있다. 일면 — 상대방이 승낙의 서명을 강요하기 위해서 당사자의 팔을 움켜잡고 끌어당긴 경우처럼 — 상대방에 의해서 행위가 강요된 경우에는 동의는 존재하지 않으며, 동의의 외관 역시 존재하지 않는다. 이러한 경우에는 계약자유 원칙에 위배되어 합의가 존재하지 않게 될 것이다.²⁶⁾ 다른

26) Artikel 2 : 102 참조(그 해석으로는 본 논문의 주 13) 참조.

한편 경우에 따라서는 계약 당사자의 선택가능성이 제한되어 있기 때문에, 그가 계약에 “동의해야만 한다”고 생각하게 되는 경우도 종종 발생한다. 예컨대 식료품이 부족한 경우, 배가 고픈 자는 식료품의 구입을 위해서 고가의 대금을 지급하는 것 외의 다른 선택을 할 수 없을 것이다. 시장 자유의 원칙에 의존하는 계약법에 따른다면, 모든 계약이 이러한 강박으로부터 자유로워야 한다고 주장할 수는 없을 것이다.

그러나 일방 당사자의 행동 영역이 상대방의 정당화될 수 없는 행위에 의해 제한 받아서는 안 된다는 것 역시 권리의 한 측면이다. 즉, 일방 당사자가 상대방의 일정한 해악의 고지로 인해 계약에 동의하였다면, 그 일방 당사자가 계약에 구속되어서는 안 될 것이다. Artikel 4 : 108 (a)는 이러한 원칙에 기초하고 있다.

[예1] A와 B는 사업 파트너이다. 그런데 A는 B의 지분을 매수하기를 원하였다. 이를 위해 A는 B의 물건들을 불법적으로 압류하면서, B가 지분을 매도하지 않으면, 그 물건들을 보유하겠다고 협박하였다. 이로 인해 B는 그의 지분을 매도하는 것에 동의하였다. B는 계약을 취소할 수 있다.

또한 A의 가족 등과 같은 제3자로부터 B가 강박을 받은 경우에도 동일한 결과로 될 것이다. 이 경우에 강박은 신체적인 침해나 사물의 손괴에 대한 위법한 협박만을 의미하는 것이 아니다. 예컨대 계약을 위반하겠다고 고지하는 경우에서 볼 수 있는 것처럼, 불법하게 재산적 손해를 발생시키겠다고 하는 협박 역시 강박으로 볼 수 있다.

[예2] Y로부터 많은 금액의 채무를 지고 있던 X는 Y가 그 금액을 긴급히 필요로 하게 되었다는 사실을 알게 되었다. 이에 X는 Y가 그의 집을 시장 가격 이하로 자신에게 매도하지 않는 한, 자신의 채무를 변제하지 않겠다고 표시하였다. 파산에 직면한 Y는 이에 동의하였고, 이후

X는 채무를 변제하였다. 이 경우에 Y는 집의 매매 계약을 취소할 수 있다.

계약의 위반에 대한 협박은 실상에서 그 계약에 대한 새로운 (내용으로의) 교섭을 위한 시도로써 종종 활용되기도 한다. 이러한 경우에 그 새로운 교섭에 따른 계약은 취소될 수 있다.

[예3] C는 협정된 고정가격으로 D에게 배를 건조해 주는 것에 합의하였다. 그러나 물가의 불안정으로 인해(이는 다양한 하도급 계약과 관련되어 문제된다), 협정된 고정가격이 변경되지 않는 한, C는 큰 손실을 입게 되었다. 이에 C는 고정가격에서 10%를 증액하지 않으면, 배를 인도하지 않을 것이라고 협박하였다. D는 계약이 이행되지 않는 경우에는 매우 큰 손해를 입게 될 형편이다. 이에 D는 C의 요구에 따른 추가 금액을 지급하였다. 이와 같은 경우에 D는 그 추가된 금액의 반환을 청구할 수 있다.

B. 채무불이행에 대한 고지가 항상 강박인 것은 아니다.

일방 당사자가 대금의 증액 없이는 계약을 용이하게 이행할 수 없기 때문에, 상대방에게 단순히 이를 고지한 것에 불과하였다면, 이후의 상대방의 대금 증액 약속은 취소할 수 없다. 이 경우에 일방 당사자의 표시는 단지 회피할 수 없는 것에 대한 고지일 뿐이지, 이 조항의 의미에서의 강박이 아니다.

[예4] A는 그의 경작지 옆으로 도로를 내 줄 것을 B에게 위임하면서, 그 대금을 일정한 고정 금액으로 협정하였다. 양 당사자가 계약을 체결한 후, B는 그 토지가 매우 습해서 고정 금액으로 계약을 이행하기 전에 자신이 파산을 하게 될 지경이라는 것을 알게 되었다. 이에 B는 이 사실을 A에게 통지하였고, A는 대금을 증액하는 것에 대해 합의하였다. 이 경우에는, 비록 A에게 다른 선택 가능성이 없었다고 할지라도, A가

그 증액에 관한 합의를 취소할 수 없다.

C. 약속을 받기 위한 수단으로서 사용되는 불법적인 강박

예컨대 공갈의 경우처럼, 일정한 행위가 추구하는 이익의 획득을 위한 바람직한 수단이 아니었다면, 일정한 적법한 행위를 한다는 표시 역시 강박으로서 허용될 수 없다.

[예5] E는 그의 고용주 F가 급료를 인상해 주지 않으면, F의 부인에게 F의 애인의 존재에 대해서 폭로하겠다고 협박하였다. 이에 F는 급료를 인상하여 주었다. 이 경우에 F는 인상된 급료에 관한 합의를 취소할 수 있다.

D. 강박으로 인해 계약이 체결되어야 한다.

강박을 받은 자가 강박으로부터 영향을 받지 않은 경우에는 권리구제를 받을 수 없다. 즉, 요구된 금액의 지급이 협박의 내용에 해당하는 행위를 방지하기 위해서 행해진 것이 아니라, 단지 분쟁을 수습하기 위한 것이었다면, 권리구제를 받을 수 없다

[예6] B는 U에게 건축 작업을 위임하였다. U는 그 작업 비용이 너무 낮게 책정되었기 때문에, 보수를 올려 주지 않는 한, 작업을 계속할 수 없다고 고지하였다. B는 이러한 U의 협박을 단순한 협상 작전의 일환으로 여기면서, 이로부터 영향을 받지 않았다. 오히려 B는 U가 더 많은 보수를 받을 수 있음에도, (보수를 적게 올려달라는) 순진한 착오에 빠져 있다고 생각하였다. 이러한 이유로 B는 특별 수당의 지급에 합의하였다. 이 경우에 B는 그 특별 수당의 지급에 대한 합의를 취소할 수 없다.

강박이 계약 체결의 유일한 근거일 것을 요하는 것은 아니다; 강박이 어느 정도의 영향을 미치는 것만으로 충분하다.

[예7] A와 B는 사업 파트너이다. 그런데 A는 B의 지분을 매수하기를 원하였다. 이를 위해 A는 B가 지분을 양도하지 않으면 그를 살해하겠다고 협박하였다. 이로 인해 B는 그의 지분을 매도하는 것에 동의하였다. 비록 B 역시 A에게 지분을 양도하는 것이 유리한 점이 있다고 할지라도, B는 계약을 취소할 수 있다.

E. 합리적인 선택 수단의 부존재

강박을 당한 자가 다른 선택 가능한 수단이 있었음에도 불구하고 강박에 굴복하였다면, 권리구제를 받을 수 없다. — 예컨대, 강박을 당한 자가 작업을 마치기 위해서 다른 사람을 구할 수 있었거나, 상대방이 지시를 따르도록 할 수 있었던 경우가 그러하다. 합리적인 다른 선택이 가능하였다면, 강박을 한 자의 요구에 응하게 된 본래의 원인이 강박이었던 것은 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 이 경우에 합리적인 다른 선택이 가능하였는지의 여부에 대한 입증책임은 강박을 한 자가 부담한다.

F. 권리구제

강박을 당한 자는 계약을 취소할 수 있다. 그 취소는 적당한 기간 안에 표시되어야 한다.²⁷⁾ 또한 강박을 당한 자는 손해배상을 청구할 수 있다.²⁸⁾

G. 권리구제가 배제되지 않음

강박은 불법한 행위의 일종이다. 따라서 이와 관련된 권리구제는 상반된 합의를 통해 배제되거나 제한될 수 없다.²⁹⁾

27) Artikel 4 : 113 참조.

28) Artikel 4 : 117 참조.

29) Artikel 4 : 117 (1) 참조.

제109조 : 과도한 이익 또는 부당한 이용

(1) 계약 체결 당시에 다음과 같은 사유가 있었다면, 일방 당사자는 계약을 취소할 수 있다.

(a) 상대방과 종속내지 신뢰관계에 있었거나, 경제적 궁핍이나 긴급한 필요 상태에 있었던 경우, 또는 경솔·무지·무경험이나 교섭 수완이 결여되어 있었던 경우로서, 또한

(b) 이에 관해서 상대방이 알거나 알았어야 하며, 제반 사정과 계약 목적을 고려할 때, 상대방이 일방 당사자의 지위를 매우 부당한 방법으로 이용하거나 과도한 이익을 취하는 경우

(2) 법원은, 계약의 변용이 가능하다면, 취소할 수 있는 자가 요구하는 경우에 그 계약을 변용할 수 있다. 계약의 변용은 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서를 고려할 경우에 당사자들이 합의하였을 내용으로 하여야 한다.

(3) 과도한 이득이나 부당한 이용으로 인하여 계약을 취소당한 상대방 역시 법원에 계약의 변용을 청구할 수 있다. 그러나 이는 상대방이 취소권자에 의한 취소표시를 수령한 후 즉시, 또는 취소권자가 그의 취소를 신뢰하여 행위를 하기 전에, 취소권자에게 변용을 통지한 경우에 한하여 인정된다.

<주석>

A. ‘계약은 준수되어야 한다.’와 부당한 이용

계약법은 일반적으로, 양 당사자가 상호 이행한 급부가 제3자의 관점에서 동일할 가치가 있어야 한다는 의미에서의, 합의의 공평을 요구하지는 않는다. 당사자 쌍방이 급부와 반대급부 사이의 상대적 가치를 서로에게 가장 유리한 것으로 판단할 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고

고 많은 나라의 법질서는, 명백한 일방 당사자의 교섭력의 약화를 기초로 상대방이 의식적으로 이를 이용하였을 뿐만 아니라, 상호 급부 사이의 가치 역시 매우 심한 불균형이 있는 경우에는 이에 기초한 계약의 유지를 부정하고 있다.

마찬가지로 Artikel 4 : 109는 부당한 이용에 기초하여 상대방에게 과도한 이득을 얻게 하는 계약을 취소하거나 불이익을 입은 자의 요구로 그 계약을 변용할 수 있다는 관점에 기초하고 있다.

B. 약점 내지 궁핍

일방 당사자가 자신의 이익을 제대로 추구하지 못한 이유에 대한 명백한 근거를 제시하지 못하였음에도 불구하고 자신에게 불리한 계약을 소멸시킬 수 있다면, 이는 매우 심각한 거래질서의 불안정을 야기하는 결과가 될 것이다. 따라서 일방 당사자는 그의 약점, 무자산이나 궁핍으로 인하여 의사표시를 한 경우에 한해 권리구제를 청구할 수 있다. 또한 일방 당사자가 상대방과 신뢰관계를 유지하면서 그의 조언을 신뢰한 경우에도 이러한 권리구제는 인정될 수 있다. 다만 이 경우에는 일방 당사자가 자신의 판단이 아닌 종속적인 판단을 하였어야 한다.

C. 부당하게 이용하는 자의 인식

비록 상대방에게 이득이 되기는 하지만, 그 이득을 얻는 자가 일방 당사자의 약화된 지위를 알지 못하였음에도 불구하고 계약의 효력이 발생하지 않게 된다면, 이 역시 매우 심각한 거래질서의 불안정을 야기할 수 있다. 따라서 일방 당사자가 자신의 이익을 보호할 수 있는 입장이 아니라는 것을 상대방이 알아야 하였던 경우에 한해, 우월적 당사자는 열약한 당사자의 이익을 고려하여야 한다.

D. 과도한 이익

이 조항은 상대방이 취득한 이익이 동종의 계약에 있어서의 통상의 반대급부(예컨대 가격)와 비교할 때 명백히 과도한 경우에만 적용될 수 있다. 공급부족으로 인한 가격의 인상은, 비록 그 갑작스런 가격상승으로 인하여 상대방이 특별히 높은 이윤을 얻을 수 있다고 할지라도, 이 조항을 적용할 수 있는 근거가 되지 않는다.

[예1] 초여름의 갑작스런 한파기간 동안, 토마토의 가격이 매우 상승하였다. 이에 B는 A로부터 매우 비싼 가격으로 토마토를 구입하였다. 이 경우에, 비록 A가 그 토마토를 한파 이전의 시점에 매우 저렴하게 구입하였었고, 이를 냉장고에 보관해왔다는 사실을 B가 알게 되었다고 할지라도, B는 이 조항에 따라 계약을 취소할 수 없다.

그러나 상대방이 일방 당사자의 무지나 궁핍을 이용하여 매우 일방적인 계약으로써 이익을 얻는다면, 이 조항은 적용될 수 있다.

[예2] 교육을 제대로 받지 못하고 거래 경험도 없는 X가 토지를 상속받았다. 이를 기회로 Y는 X에게 접근하여, 사실상의 가치보다 매우 낮은 가격으로 그 토지에 대한 매수의 청약을 하였다. 이때 Y는 X에게 좋은 기회를 놓치기 싫으면 빨리 토지를 매도할 것을 종용하였다. 이에 X는 누구의 조언도 듣지 못하고, 계약을 체결하였다. 이러한 경우 X는 그 계약을 취소할 수 있다.

[예3] U와 그녀의 가족은 외국에서 여행을 하던 중에 사고를 당해, U의 남편이 중상을 입었다. 그녀의 남편은 긴급한 의사의 치료를 필요로 하였지만, 근처에는 병원이 없었다. 이에 V는 구급차로 그녀의 남편을 인근에 있는 큰 병원으로 후송할 것을 권하면서, 그 후송을 위한 통상 가격의 약 5배에 해당하는 운행료를 요구하였다. U는 이에 대한 흥정

없이 바로 합의를 해야 할 만큼 다급한 상황이었다. 이후 그녀는 상대방이 과도한 이익을 얻었다는 것을 알게 되었다. 이 경우에 U는 권리구제를 받을 수 있다.

[예4] 위 [예3]의 경우에서, 만약 U가 V가 바가지요금을 요구하는 것을 이미 알았지만, 그 구급차가 당시로는 유일한 수단이었다면, U 역시 권리구제를 받을 수 있다.

E. 현저하게 부당한 이익

비록 급부와 반대급부 사이의 가치에 현저한 불균형이 있지는 않은 경우라고 할지라도, 다른 방법에 의해서 불공정성이 존재하는 경우에는 이 조항이 적용될 수 있다. 즉, 비록 가격에서의 부당성은 없는 경우라고 할지라도, 급부할 수 없는 당사자에 대해서는 계약이 불공정한 것으로 될 수도 있다.

[예5] 미망인 X는 비록 크지만 낡은 집에서 많은 자식들과 함께 살고 있었다. 그런데 이웃인 Y는 오래 전부터 이 집을 매수하기를 원하였다. 한편 X는 점차로 자신의 일상사를 처리하는데 있어서 Y의 조언에 크게 의지하게 되었다. Y는 이를 알았고, 이익을 얻기 위해 이러한 상황을 이용하였다; Y는 X에게 그녀의 집을 자신에게 매도하라고 설득하였다. 그는 시장 가치에 해당하는 매매대금을 지급하겠다고 청약하였지만, 그 대금으로는 근처의 어디에서도 주거할 곳을 구할 수 없을 것이라는 점에 대해서는 고지하지 않았다. 이러한 경우에 X는 그 계약을 취소할 수 있다.

F. 위험인수

일방 당사자의 실패한 추측으로 인해 명백히 일방적인 거래가 이루어진 것이라면, 그 일방 당사자는 권리구제를 받을 수 없다. 비록 일방

당사자에게 불리한 계약이었다는 것이 입증되었다고 할지라도, 이는 부당한 계약이 아니다.³⁰⁾

G. 권리구제

상대방에게 과도하게 이익이 되는 계약이라고 해서 이를 단순히 소멸시키는 것이 언제나 타당한 것은 아니다. 예컨대, 불이익을 입는 자가 그 계약을 변형된 형태로나마 유지하기를 원할 수도 있다. 이러한 이유로 법원은 동조 2항에 의해 부적절한 계약 내용을 적절한 내용으로 대체할 수 있다. 또한 적절한 변응이 가능하기 때문에, Artikel 4 : 116에 의해 일부취소 역시 가능하다.

이와는 반대로 전체 계약을 단순히 무효로 하는 것이 이익을 얻는 자에게 부당한 경우도 있다. 즉, 계약의 전체 무효가 역차별의 결과로 될 수도 있다. 따라서 법원은 양 당사자 모두가 계약의 변응을 청구할 수 있도록 하여야 한다. 다만 이는 상대방이 취소표시의 수령 후 즉시, 또는 취소를 한 당사자가 이를 신뢰하여 행위를 하기 전에, 그 변응을 통지한 경우에 한하여 인정된다.

또한 법원은 계약의 변응이 제반 사정에 비추어 볼 때 적절한 권리구제인 경우에만 그 변응을 하여야 한다. 위 [예5]의 경우에는 계약의 변응이 적절하지 않을 것이다.

한편 불이익을 입은 당사자는 Artikel 4 : 117에 의해 취소에 부가하거나 또는 같음해서 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 손해배상액은 계약 체결 전에 비해서 열악해진 액수에 한정된다(“신뢰손해”).

H. 권리구제를 배제하지 않음

과도한 이득을 얻기 위해 타인을 이용하는 것은 신의에 반하는 행위가

30) Artikel 4 : 103 [예9] 참조.

기 때문에, 과도한 이익과 부당한 이용에 대한 권리구제를 합의를 통해 배제하거나 제한할 수 없다.³¹⁾

제110조 : 개별적으로 교섭하지 않은 부당한 약관

(1) 일방 당사자가 개별적으로 교섭하지 않은 약관이 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서에 반하여 계약적 권리와 의무의 본질적 불균형을 초래하는 경우, 불이익을 입은 자는 그 약관을 취소할 수 있다. 이 경우에는 계약에 따라 이행되어야 할 급부의 성질, 계약의 모든 다른 약관 및 계약 체결 시점의 제반 사정이 고려되어야 한다.

(2) 이 조항은 다음의 경우에는 적용되지 않는다.

(a) 단순하고 이해 가능한 용어로 기술되어 있는 계약의 주된 내용에 관한 약관의 경우, 또는

(b) 상대방의 의무의 가치와 비교할 때, 일방 당사자의 의무의 가치가 적합한 경우

<주석>

A. 적용영역

이 규정은 고객과 사업자 사이의 소비자 계약에 있어서의 불공정한 약관에 대해서 규율하고 있는 93/13/EWG 지침의 적용범위를 확대한다.

B. 블랙리스트의 부존재

유럽 지침과는 달리, 본 유럽계약법 원칙은 부당한 것으로 볼 수 있는 약관의 리스트를 별도로 정하고 있지는 않다. 특히 상인 사이의 계약에서

31) Artikel 4 : 118 (1) 참조.

는 다양한 형태의 상행위로 인하여 당연히(per se) 부당한 것으로 되는 약관의 리스트를 작성한다는 것이 거의 불가능하다.

그러나 비록 리스트가 존재하지는 않지만, 재판관이나 중재위원회는 일반 약관에 대해서 Artikel 4 : 110을 적용하는 경우에 93/13/EWG 지침의 부록에 있는 다음의 리스트를 상기하여야 할 것이다.

유럽 지침의 부록은 다음의 약관을 열거하고 있다.

1. 다음을 목적으로 하거나 다음의 결과가 되는 약관

(a) 소비자가 사업자의 작위나 부작위로 인하여 생명을 잃거나 신체적 손상을 입는 경우에, 사업자의 법정책임을 배제하거나 제한하는 조항

(b) 사업자가 계약상의 의무의 전부나 일부를 이행하지 않거나 하자 있는 이행을 한 경우에, 사업자가 소비자에 대한 뜻밖의(예상하기 어려운) 채권을 통해 자신의 채무를 상계하는 경우를 비롯하여, 사업자나 그 밖의 당사자에 대한 소비자의 청구권이 배제되거나 부당하게 제한되는 경우

(c) 사업자는 순수 수의조건부로 급부를 이행하는 반면, 소비자는 구속적인 의무를 부담하는 경우

(d) 사업자가 계약의 체결을 단념하거나 그 이행을 포기하는 경우에는 소비자가 상응하는 손해배상을 청구할 수 있다는 것은 예정하지 않고, 반대로 소비자가 계약의 체결을 단념하거나 그 이행을 포기하는 경우에는 소비자가 지급한 금액을 사업자가 보유하는 것을 허용하는 경우

(e) 의무를 이행하지 않은 소비자에게 과도한 손해배상금을 부담하게 하는 경우

(f) 사업자에게는 자유재량으로 계약을 해지하는 것을 허용하면서 소비자에게는 동일한 권리를 허용하지 않는 경우와, 사업자가 계약을 해지하는 경우에 있어서 사업자는 이행을 하지 않았음에도 불구하고 소비자로부터 지급받은 대금의 보유를 허용하는 경우

(g) 특별한 이유 없이, 사업자에게 적당한 기간의 제한 없이 계약을 해지하는 것이 허용되어 있는 경우

(h) 소비자가 반대를 표명하지 않으면 기한부 계약이 자동적으로 연장되는 경우와, 계약을 연장하지 않겠다는 소비자의 의사의 표명을 위한 기간이 계약의 만료일로부터 부당하게 먼 날로 확정되는 경우

(i) 소비자가 계약체결 이전에는 사실상 알 수 없었던 약관으로서, 반론의 여지를 두지 않고 소비자의 동의를 확정하는 경우

(j) 사업자가 약관조항을 정당한 근거나 계약에 열거된 근거 없이 일방적으로 변경할 수 있는 경우

(k) 사업자가 인도할 생산물이나 급부할 용역의 형질을 정당한 근거 없이 일방적으로 변경할 수 있는 경우

(l) 물건의 매도인이나 용역을 하는 자가 인도 시점에 가격을 확정하거나 인상할 수 있으며, 이 경우에 그 최종가격이 계약체결의 시점에 협정된 가격보다 매우 고가임에도 불구하고 소비자가 계약을 해제할 권리가 없는 경우

(m) 인도될 물건이나 급부된 용역이 계약 규정에 상응한 것인지를 결정할 권리를 사업자에게 용인하거나, 단지 사업자에게만 계약약관을 해석할 수 있는 권리가 주어지는 경우

(n) 사업자의 의무가 그의 대리인의 행위로 인해 발생하는 의무를 준수하는 것으로 제한되거나, 특별한 양식규정이 있는 경우에만 대리인의 행위로 인해 발생하는 의무를 준수하도록 되어 있는 경우

(o) 사업자는 의무를 부담하지 않으면서, 소비자만이 의무를 부담해야 하는 경우

(p) 계약이 소비자의 동의 없이 사업자에 의해 일방적으로 양도될 수 있으며, 이것이 통상적으로 소비자의 안전을 약화시킬 수 있는 경우

(q) 특히 소비자에게 법 규정이 적용되지 않는 중재재판 절차에만 청구할 수 있도록 하거나, 또는 입증수단을 부당하게 제한하는 방법이나

실정법상 상대방이 부담해야 하는 입증부담을 소비자에게 전가하는 방법 등과 같이, 소비자가 법원에 권리구제를 청구하거나 그 밖의 항변을 할 수 있는 가능성을 박탈하거나 방해하는 경우

2. (g), (j)와 (l)의 적용범위

(a) 은행, 보험 등의 금융 사업자가 기한을 정하지 않은 계약을 일방적으로, 또는 — 충분한 근거가 있다면 — 즉시 해지할 권리를 보유하는 약관의 경우, 동 사업자가 소비자 측에게 그 해지에 관해서 즉시 고지할 의무가 부과되어 있는 한, 동 약관에 대해서 규정 (g)는 적용되지 않는다.

(b) 은행, 보험 등의 금융 사업자가 소비자, 이율, 또는 금융을 위한 그 밖의 비용 등을 특별한 경우에는 예고 없이 변경할 수 있는 권리를 보유하는 약관의 경우, 동 사업자가 소비자 측에게 그 변경에 관해서 즉시 고지할 의무가 부과되어 있고, 이에 소비자 측에서 계약을 자유롭게 즉시 해지할 수 있는 한, 동 약관에 대해서 규정 (j)는 적용되지 않는다.

또한 은행, 보험 등의 금융 사업자가 기한을 정하지 않은 계약의 내용을 일방적으로 변경할 수 있는 권리를 보유하는 약관의 경우, 동 사업자가 소비자에게 그 내용의 변경에 대해서 적시에 알릴 의무가 부과되어 있고, 이에 소비자가 그 계약을 자유롭게 해지할 수 있는 한, 동 약관에 대해서 규정 (j)는 적용되지 않는다.

(c) 규정 (g), (j)와 (l)은 다음의 경우에는 적용되지 않는다.

- 가격이 자본시장에서의 시세, 주가지수나 환율 등에 의해 형성됨으로써, 사업자가 이에 대해서 영향을 미칠 수 없는 유가증권, 보험증권과 그 밖의 상품이나 급부에 관한 거래행위;

- 외화, 여행자 수표나 외국 우편환의 매매나 선매를 위한 계약.

(d) 규정 (l)은 가격변동지수에 관한 약정이 적법하고 가격변동 방식이 명시되어 있다면, 가격변동지수에 관한 약정에 대해서는 적용되지 않는다.

특히 대기업과 중소기업 사이의 상사계약의 경우, 법원과 중재재판관은 위의 규정 목록을 유용한 것으로 여기게 될 것이다.

[예1] 작은 주유소를 운영하고 있는 A는 정유회사로부터 기름을 구입하였다. 이때 정유회사로부터 A에게 제시된 약관의 공정성 여부를 검사하기 위해서는 특히 유럽연합 지침의 부록에 있는 목록이 고려될 수 있을 것이다. 약관에서의 상계조항(b의 경우)이나 계약 분쟁조항(e의 경우)이 경우에 따라서는 이러한 목록에 저촉됨으로써 취소될 수도 있다.

C. 취소가능성

본 유럽계약법 원칙은 약관에 관한 개별 규정을 두지 않고, 이를 그 본질에 따라 해결하려고 하기 때문에, 선례가 없는 한, 어떠한 약관이 부적절하다고 곧 바로 판단하기 어려운 것이 통상적이다. 따라서 유럽계약법 원칙에서는, 유럽지침과는 달리, 어떤 부적절한 약관이 구속력이 없다고 예정하는 대신 그 취소가능성을 규정하면서, 이를 이 장(章)의 다른 규정들과 연계하여 접목시켰다. 그럼에도 불구하고 유럽계약법 원칙이 유럽지침과 크게 차이가 있는 것은 아니다. 왜냐하면 유럽계약법 원칙에서의 취소가 판사나 중재재판관을 통해서만 가능한 것은 아니기 때문이다.

D. 주된 대상

법관이나 중재재판관이 계약 목적물과 가격 사이의 관계에 대해서 판단할 수는 없다. 즉, Artikel 4 : 110은 공정가격(iustum pretium)의 기준을 적극적으로 정하고 있는 것은 아니다. 오히려 제2항에서는 그 공정가격이 침해되지 않는 경우를 소극적으로 정하고 있다.

그러나 제2항은 엄격하게(좁게) 해석하여야 한다. 일방 당사자에 의한

가격의 인상을 허락하는 제약조항에 대해서는 제1항이 적용된다.

[예2] 자동차 상인이 고가의 자동차를 매도하면서, 6개월의 대기기간이 있다고 이야기하였다. 매도인은 자동차 회사가 자동차를 인도해 주는 시점에 고지하는 가격으로 그 자동차를 매도하였다. 이는 자동차의 가격에 관한 결정임에도 불구하고, 제1항의 의미에서의 약관으로 볼 수 있다.

E. 부당한 약관과 심히 불공정한 이득

Artikel 4 : 109와 4 : 110은 일견 동일한 내용으로 보일 수도 있다. 그러나 양자는 서로 상이한 상황을 다루고 있다. 우선 Artikel 4 : 109는 A가 B의 열악한 지위로부터 이득을 취득하는 것에 대해서 규율하고 있다. 이 경우에 동 규정은 가격이나 기타 계약의 본질적 부분뿐만 아니라, 다양한 방법에 의해 약관이 과도하게 되는 것을 그 규율대상으로 하고 있다. 그러나 Artikel 4 : 110은 단지 일반 약관이 대체로 어떠한지에 대해서만 규율할 뿐, 가격에 대해서 규율하고 있지는 않다. 이 조항은 양 당사자 중의 일방이 미리 약관을 작성한 경우에 주로 발생하는 상황을 규율대상으로 한다.

F. 개별적 교섭에 의한 규정

양 당사자에 의해 명시적으로 교섭되었던 규정이 개별적 교섭에 의한 규정이다. 이러한 개별적 교섭에 의해서 상대방에 의해서 제시되었던 약관의 초안중의 일부 규정이 변경되거나 삭제될 수 있다. 또는 개별적 교섭에 의해 그 규정이 변경되지 않고 유지될 수도 있다.

이때 어떤 규정이 개별적으로 교섭된 것으로 볼 수 있는지의 여부는 개별적인 상황에 따라 판단될 수 있다. 다만 복수의 계약에 사용되었던 약관에 포함되어 있는 규정들은 통상 개별적으로 교섭된 약관 규정으로 볼 수 없을 것이다. 이에 비해 1회의 계약에서만 사용되었던 약관에서의

수기(手記) 조항은 통상 개별적으로 교섭된 약관 규정으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 개별 사정에 따라서는 이와 다르게 볼 수도 있다.

G. 본질적인 불균형

여기서의 규정이 적용되기 위해서는 당사자 사이의 권리와 의무가 본질적으로 불균형하여야 한다. 그 불균형은 경제적인 성질일 수도 있고 법률적인 성질일 수도 있다. 전자의 경우에는 상대방에게 경제적으로 상당한 부담이 되어야 한다. 또한 후자의 경우에는 일방 당사자에게는 권리를 주면서 상대방에게는 권리를 주지 않는 약정을 불균형인 것으로 볼 수 있다.

[예3] 은행과 고객 사이의 계약으로, 은행은 채권을 상계할 수 있는 반면, 고객은 이를 상계할 수 없도록 정하였다. 이러한 경우 양 당사자의 권리 사이에는 본질적인 불균형이 발생한다.

H. 계약의 나머지 부분의 효력

비록 계약 내용의 일부가 부당한 경우라고 할지라도, 계약의 잔존 부분만을 유지하는 것이 가능하고 적절하다면, 그 잔존 부분의 효력은 인정될 수 있다; 그러나 계약의 부당한 부분이 효력을 잃게 됨으로써 잔존 부분만으로는 계약이 존속할 수 없게 된다면, 전체의 계약이 취소될 수 있다.³²⁾

I. 국가적 지위에서 체결된 계약

국가적 직무는 공공의 이익을 위한 활동이기 때문에, 이에 대해서는 적지 않은 나라가 부당한 계약 조건에 관한 법규의 적용을 배제하려고 한다. 그러나 국가적 직무가 계약의 공정성에 대한 가장 큰 위협에 속한

32) Richtlinie Art. 6과 Artikel 4 : 116 비교.

다는 것이 종종 지적되어 왔다. 따라서 본 유럽계약법 원칙은 모든 국가적 지위에서 체결된 계약에도 적용될 수 있다.

J. 기타의 법규

부당한 약관에 대해서는 일반적으로 다수의 관련 규정이 적용된다. 본 유럽계약법 원칙 역시 일반 약관의 해석에 관한 다수의 규정을 두고 있다. 또한 각 나라의 입법자들은 특히 소비자 계약을 위하여 광범위한 규정을 두고 있다. 이러한 규정들은 당사자들의 소송상의 권리와 관련된 규정일 수도 있다.

제111조 : 제3자

(1) 일방 당사자가 제3자의 행위에 대해 책임이 있거나 일방 당사자의 동의하에 제3자가 계약의 체결에 개입하였다면, 그 제3자가 :

- (a) 진술을 통해 착오를 야기하거나 착오를 알거나 알아야 했던 경우
- (b) 부정확한 진술을 한 경우
- (c) 사기를 한 경우
- (d) 강박을 한 경우

(e) 과도한 이득을 얻거나 상대방의 입장을 부당하게 이용한 경우에는 그 일방 당사자가 행동하였거나 알았던 경우와 동일한 요건하에 이 장(章)에서의 권리구제가 적용된다.

(2) 기타의 제3자가

- (a) 부정확한 진술을 한 경우
- (b) 기망을 한 경우
- (c) 강박을 한 경우

(d) 과도한 이득을 얻거나 상대방의 입장을 부당하게 이용한 경우에는 일방 당사자가 그 관련 사실을 알거나 알아야 하였거나, 또는 취소

의 시점까지 아직 계약을 신뢰하여 행위를 하지 않았다면, 이 장(章)에서의 권리구제가 적용된다.

<주석>

A. 대리인, 피용자 및 기타의 자에 대한 책임

본 유럽계약법 원칙에 따르면, 계약 당사자는 일반적으로 그의 피용자의 행위에 대하여 책임이 있는 것으로 간주될 뿐만 아니라, 계약의 성립이나 이행에 사용하였던 자의 행위에 대해서도 책임이 있는 것으로 간주된다. 이는 계약을 무효로 되게 할 수 있는 행위나 인식의 경우에도 마찬가지이다. 이 경우에 계약체결 당사자는 제3자가 책임을 지었을 것에 대해서 책임을 져야하며, 계약체결 당사자 스스로가 계약을 체결한 것처럼 될 것이다.

(이러한 경우 상대방은 일방 당사자에 대해서 권리구제를 요구할 수 있는데, 이를 위해서는 제3자가 일방 당사자를 위하여 행위를 하였어야 한다.) 이와 관련해서 제3자는 계약 당사자를 위해서 행위를 하는 것이 일반적이다. 그러나 제3자가 일방 당사자의 동의에 의해서 그 계약에 관련되었다면, 반드시 그래야 하는 것은 아니다. 즉, 이 경우에는 제3자가 일방 당사자를 위하여 행위를 하였다는 것이 입증될 필요는 없다.

[예1] 어떤 상품의 매도인이 매수인과 흥정을 하고 있었다. 이때 그 자리에 있던 다른 고객이 매도인의 동의하에 그 흥정에 끼어들었다. 그런데 비록 상품 매도인이 듣지는 못하였지만, 다른 고객이 흥정을 하고 있던 매수인에게 부정확한 진술을 하였다. 이 경우에 매수인은, 마치 매도인 스스로 그 정보를 주었던 것과 마찬가지로, Artikel 4 : 103이나 4 : 107에 따른 권리구제를 받을 수 있다. 이 경우에 매수인은 다른

고객의 진술이 매도인을 위한 행위였다는 것을 설명(입증)할 필요가 없다.

B. 일방 당사자에게 책임이 없는 제3자의 사기 등으로 인한 권리구제

일방 당사자에게 책임이 없고 주식 A에 언급된 범주에도 포함되지 않는, 제3자의 부정확한 행위나 태만한 행위의 결과에 대해서는 일방 당사자가 책임을 지지 않을 수도 있다. 그러나 일방 당사자가 스스로 행위를 하였다면 상대방이 이 장(章)의 규정에 따른 권리구제를 받을 수 있었거나, 또는 일방 당사자가 상대방이 제3자의 행위로 인하여 계약을 체결하였다는 것을 알거나 알았어야 하였다면, 그 일방 당사자는 계약의 존속을 주장할 수 없다.

[예2] 은행이 어떤 남편 소유의 기업에 금전을 대출하여 주면서, 남편과 그의 아내의 동의하에 그 가족의 집에 저당권을 설정하였다. 이러한 담보설정은 아내의 이익에 크게 반하는 것이다; 그런데 남편은 강박으로 그녀의 동의를 받았던 것이다. 이러한 경우 은행은 그 아내가 자발적으로 동의한 것이 아니라는 것을 알아야 하였기 때문에, 그 집으로부터 저당권의 만족을 얻을 수 없다. 은행은 아내가 자발적으로 동의하였는지를 확실히 하기 위한 조사를 하였어야 할 것이다.

일방 당사자가 취소의 원인을 알거나, 또는 제3자가 상대방에게 부정확한 진술을 하였다는 것을 알면서도 이에 대해서 고지하지 않았다면, 그 일방 당사자는 Artikel 4 : 117에 의해 손해배상 책임을 져야 한다.

C. 일방 당사자가 착오를 안 경우의 권리구제

일방 당사자가 제3자가 알았던 착오나 제3자에 의해서 야기된 착오에 대해서 알 수 있는 경우도 있다. 이러한 경우에는 본질적 착오로 인하여 계약을 체결하였던 상대방이 그 계약을 취소할 수 있기 때문에, 이 경우

를 포섭하기 위한 특별한 규정은 필요하지 않다.³³⁾

D. 상대방이 계약을 신뢰하지 않은 경우

제3자의 기망으로 인해 계약을 체결하였던 상대방이나 제3자가 알거나 알아야 하였던 착오로 인해 계약을 체결하였던 상대방에게는, 비록 일방 당사자가 그 사정을 알지 못하였거나 알 수가 없었다고 할지라도, 계약의 취소를 허용하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 이 경우에는 계약의 취소를 원하는 상대방이, 예컨대 다른 기회의 상실 등과 같이, 일방 당사자가 계약의 존속을 신뢰한 행위를 아직 하지 않았다는 것을 입증할 수 있어야 한다.

제112조 : 취소의 표시

취소는 상대방에 대한 표시로서 행해져야 한다.

<주석>

취소는 계약을 취소할 권리가 있는 당사자나 이를 전달할 권한이 있는 당사자를 통해 할 수 있다. 이를 법원에 제소할 필요는 없다. 이 경우에는 Artikel 1 : 303에 따라 도달주의가 적용되기 때문에,³⁴⁾ 취소의 표시가 상대방에게 도달한 때에 비로소 취소의 효력이 나타난다.

일방 당사자가 더 이상 계약에 구속되지 않겠다는 것을 불명확하게 표현한 경우에는 상대방이 이를 알았을 때에 비로소 취소의 효력이

33) Artikel 4 : 103 참조.

34) Artikel 1 : 303. 통지는 제4항과 제5항의 경우를 제외하고는 상대방에게 도달한 때에 효력이 있다.

여기서의 제4항에 관해서는 본고의 주 17) 참조. 또한 제5항은 “통지가 도달하기 전이나 또는 도달과 동시에 그 통지의 철회가 도달되었다면, 그 통지는 효력이 없다.

나타난다.

[예] A는 B회사로부터 이전의 관리인이 별었던 이익배당금에 대한 사기적인 거짓 진술을 듣고, B회사의 새로운 관리인이 되었다. A가 진실을 알게 된 후, 그는 다른 회사의 관리인이 되었다. 이 경우에 비록 A가 직접 B에게 취소를 표시하지 않았다고 할지라도, B가 신문을 통해 이를 아는 순간, 계약은 취소된다.

상대방에 의해서 소송이 제기된 경우, 일방 당사자는 항변으로 취소의 원인을 주장함으로써 그 계약을 취소할 수 있다. 물론 이를 위해서는 그 취소기간이 경과되지 않았어야 한다.³⁵⁾

제113조 : 취소 기간

(1) 취소를 할 수 있는 자는, 그 문제되는 사실을 알거나 알아야 하였던 때, 또는 그가 자유롭게 행동할 수 있는 때로부터, 제반 사정을 고려한 적절한 기간 안에 취소의 표시를 하여야 한다.

(2) 그러나 Artikel 4 : 110에 의한 개별 약관의 경우에는 상대방이 이를 원용하는 때로부터 적절한 기간 안에 일방 당사자가 취소의 표시를 함으로써 그 개별 약관을 취소할 수 있다.

<주석>

A. 취소는 적절한 기간 내에 행해져야 한다.

거래질서의 안정을 위해 취소할 권리가 있는 자는 적절한 기간 안에 취소를 하여야 한다. 즉, 취소할 권리가 있는 자가 그 문제되는 사실을

35) Artikel 4 : 113 참조.

알았거나, 또는 강박이나 허용되지 않는 외압의 경우에는 그 강박이나 상대방의 외압으로부터 자유롭게 된 후로부터 적정한 기간 안에 취소를 하여야 한다.

B. 사실을 알

일방 당사자는 문제가 되는 사실을 안 때부터 적정한 기간 안에 행동하여야 한다. 그러나 그 사실이 계약을 취소할 수 있는 것인지에 대해서까지 알 것을 요구하는 것은 아니다. 당사자가 이에 관해서 의심스럽다면, 그는 법률적 조언을 받아야 할 것이다. 따라서 여기서의 적정한 기간에는 법률적 조언을 받는 시간과 전체 상황을 숙고하는 시간 등이 포함된다.

C. 약관의 취소

일정한 약관이 부당하다면, Artikel 4 : 110에 따라 일방 당사자는 그 약관을 취소할 수 있다.

한편 일방 당사자에게 현재 손해가 발생하고 있는지의 여부 자체가 명확하지 않은 경우도 종종 발생한다. 즉, 이는 상대방이 약관의 내용을 주장하였는지의 여부 및 어떠한 방법으로 주장하고 있는지와 관련된 문제이다. (예컨대 상대방이 약관의 내용을 주장하고 있지 않다면, 불공정하다고 해석될 여지가 있는 약관에도 불구하고, 손해는 발생하고 있지 않기 때문이다.) 따라서 잠재적으로 손해를 입을 가능성이 있는 자가 (곧 바로 권리를 주장하는 것 보다는) 우선 한 번 (상대방의 행동을) 기다리도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.

[예] 농장비의 리스에 관한 어떤 은행의 약관에서는 리스 임차인인 농민의 이행지체의 경우에 리스 임대인인 은행이 그 농기구의 점유를 반환받을 수 있을 뿐만 아니라, 리스 임대인이 임대하였던 다른 농기구 역시 그 이행지체의 여부를 불문하고 반환받는 것을 허용하고 있었다.

물론 이러한 ‘이행지체에 대한 과잉 고통이 되는 약관’은 은행의 과도한 우위를 인정하는 부당한 약관이다. 그러나 이행지체의 경우에 있어서 은행이 다른 농기구에 대한 반환을 사실상 요구하기 전에는, 농민이 이에 대해서 미리 항의할 필요는 없다.

취소의 표시를 지나치게 단기로 정한 약관에 대해서는 Artikel 4 : 110 이 적용된다. 한편 Artikel 4 : 110에 의해 불공정한 약관임을 주장할 수 있는 자가 분쟁을 원만하게 해결하기로 상대방과 합의하였다면, 그는 결국 약관을 취소할 수 없게 된다. 그러나 이는 본래의 약관을 취소할 권리의 소멸에 의한 결과라기보다는 화해의 결과라고 할 수 있다.

제114조 : 추인

취소할 권리가 있는 자가 취소의 원인을 알거나 자유롭게 된 후에 그 계약을 명시적으로 또는 묵시적으로 추인하였다면, 그 계약을 취소할 수 없다.

<주석>

일방 당사자가 계약의 확정을 원한다는 것을 상대방에게 알게 한 후에는 계약의 취소가 허용되지 않는다. 왜냐하면 상대방이 계약의 존속을 신뢰하여 행위를 할 수 있기 때문이다. 계약의 확정을 원하는 당사자의 표시는 명시적으로나 구체적 거동을 통해서 나타나 있을 수 있다. 예컨대 일방 당사자가 목적물을 계속 사용하는 경우가 그러하다.

착오나 사기의 경우에는 취소권이 있는 자가 문제되는 사실을 알았을 경우에만, 이 원칙이 적용된다. 또한 여하한 형태로든 강압이 있는 경우에는 그 당사자가 자유롭게 행동할 수 있는 경우에만, 이 원칙이 적용된다. 그러나 비록 그 일방 당사자가 취소의 원인을 알지 못하였다고 할지

라도, 계약의 확정을 원한다는 것을 명확하게 표시하였고, 이에 상대방이 일정한 행위를 하였다면, 일방 당사자가 그의 표시를 철회하는 것은 허용되지 않는다. 일방 당사자의 표시는 계약의 추인을 원한다는 외관을 야기한 것이기 때문에,³⁶⁾ 만약 상대방이 이에 기해 일정한 행위를 하였음에도 그 계약을 취소할 수 있다면, 이는 Artikel 1 : 201³⁷⁾에서의 신의성실과 합리적인 거래질서에 반하게 된다.

그러나 Artikel 4 : 110에 의해 일방 당사자가 일정한 약관을 취소할 권리가 있는 경우에는 Artikel 4 : 114의 규정은 적용될 수 없다. 왜냐하면 그 일방 당사자는 자신이 약관을 취소할 수 있다는 것을 알고 있기 때문이다. 즉, 그 일방 당사자는 상대방이 약관의 내용을 주장할지의 여부에 대해서 기다릴 수 있다. (따라서 상대방이 약관의 내용을 주장하기 이전에는 일방 당사자에 의한 계약의 추인은 인정되지 않는다.)

제115조 : 취소의 효력

취소의 경우에 계약에 따라서 급부하였던 것을 동시에 반환할 수 있다면, 각 당사자는 그 반환을 청구할 수 있다. 그러나 여하한 이유로든 현물반환이 가능하지 않은 경우에는 가액반환을 할 수 있다.

<주석>

A. 원상회복

취소는 계약 전체나 계약이 취소된 부분을 전혀 계약이 체결되지

36) 이와 관련해서는 Artikel 2 : 102를 참조. 또한 그 해석은 본고의 주 13) 참조.

37) Artikel 1 : 201

(1) 각 당사자는 신의성실의 원칙과 합리적인 거래질서와 조화될 수 있게 행위하여야 한다.

(2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

않았던 것처럼 해소한다. 따라서 급부된 것의 상호적인 반환이나 (급부된 것 자체가 반환될 수 없는 경우에는 그) 가치의 반환은 자연스러운 결과이다. 즉, 취소에도 불구하고, 각 당사자가 상대방의 손실로부터 이익을 얻는 것은 타당하지 않다. 이 경우에 그 반환은, 가능한 한, 현물반환이어야 한다. 그러나 예컨대 계약 당사자 상호간에 급부되었던 목적물에 대한 권리를 선의의 제3자가 취득하는 경우에 볼 수 있는 바와 같이, 그 반환이 가능하지 않은 경우도 있다. 이러한 경우에는 현물반환 대신에 적절한 가액이 반환되어야 한다. 그 반환에 있어서 각 당사자는 동시에 급부된 것을 반환하여야 한다.³⁸⁾

B. 유럽계약법 원칙의 적용에 있어서 취소의 효력

비록 계약이 취소되어야 하는 경우라 하더라도, 그 계약이 유효하게 성립할 수 있는지의 여부는 본 유럽계약법 원칙에 따라서 판단되어야 할 것이다.

제116조 : 일부 취소

취소의 근거가 단지 계약의 일부에만 관련된다면, 취소의 효력은 그 일부에 제한해서 발생한다. 그러나 모든 관련된 사정을 고려하는 경우, 계약의 나머지 부분을 유지하는 것이 타당하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

38) 이와 관련해서 Artikel 9 : 201은 유치권을 규정하고 있다.

(1) 상대방의 급부와 동시에, 또는 상대방의 급부 이후에 급부를 하여야 하는 일방 당사자는 상대방이 그의 급부를 제공하거나 이행할 때까지 그 급부를 유지할 수 있다. 사정에 비추어 볼 때 적절한 경우에는 일방 당사자가 전체의 급부나 또는 단지 일부의 급부를 유지할 수 있다.

(2) 상대방이 급부의 이행기에 이행을 하지 않을 것이라는 명확하다면, 일방 당사자는 상응하는 그의 급부를 유지할 수 있다.

<주석>

A. 당사자가 계약의 일부만을 취소하기를 원한다.

취소의 원인이 단지 계약의 일부에 한정되고, 취소를 하는 자가 나머지 계약부분과는 관련 없이 단지 계약의 일부만을 취소하기를 원할 수 있다. 이러한 경우에는 그 일부취소가 허용되어야 한다.

[예1] C는 무용복을 세탁소에 가지고 갔다. 거기서 C는 무용복의 손상에 대한 세탁소의 책임을 제한하는 계약에 서명하여야 하였다. 이때 C는 왜 자신이 여기에 동의해야 하는지를 물었다. 이에 세탁소에서는 세탁을 하다가 옷의 장식 띠가 벗겨진 경우에만 세탁소가 책임을 면한다는 답변을 하였다. C는 그 계약에 서명하였다. 이후 C는 큰 얼룩이 진채로 옷을 반납 받았고, 세탁소는 계약 조항을 주장하였다. 이 경우에 C는 전체 계약을 취소하지 않고, 단지 그 조항만을 취소할 수 있다.

계약 당사자가 Artikel 4 : 110에서의 부당함으로 인해 개별 약관 규정을 취소할 권리가 있다면, Artikel 4 : 116과 관계없이 이를 할 수 있다.

B. 계약의 일부분에 한정해서 취소하는 것이 타당하다.

부정확한 표시나 전달상의 오류가 상대적으로 계약의 경미한 부분과 관련되어 있을 수 있다. 이러한 경우에 있어서 계약 당사자가 단지 그 관련된 약정 부분만을 취소할 수 있도록 하는 것으로서 충분하고, 또한 이것이 그에게 불공정한 것이 아님에도 불구하고, 전체 계약의 취소를 인정하는 것은 필요하지도 않고 바람직하지도 않을 것이다.

[예2] 건축업자인 B는 대규모 사업을 위한 청약을 하였다. 그 청약의 액수는 세세하게 기재된 각 항목의 합계로 정해졌다. 이러한 항목 중의 하나에 명백한 착오가 있었다. 다만 그 항목이 정확히 어떠한 내용으로

되어야 하는지는 명확하지 않다. 한편 상대방 역시 그 착오를 주목하지 않고 계약을 승낙하였다. 이 경우에 B는 전체 계약을 취소할 수 없고, 다만 문제된 항목에 기재된 가격에 대해서만 취소할 수 있을 뿐이다. 이 때 문제되는 항목에 대해서는 적절한 액수가 지급되어야 할 것이다.

[예3] D는 집의 가구에 대한 보험계약을 체결하였다. 그러나 그 계약 규정이 매우 복잡하게 작성되었기 때문에, 그는 폭력적 침입에 의하지 않은 단순 절도에 의한 손해는 보험의 적용대상에서 배제되어 있다는 사실을 알지 못하였다. 그런데 D에게 판매된 유형의 보험에는, D와 같이 범죄비율이 매우 높은 지역에서 살고 있는 경우를 위해, 통상적으로 이러한 약관 조항을 두고 있다. 만약 폭력적 침입뿐만 아니라 단순 절도에 대해서도 보험을 들기 위해서는 매우 고가의 보험료를 지불해야만 한다. 이러한 경우 D는 전체 계약을 취소할 수 있으며, 이에 따라 지급된 보험료의 반환을 청구할 수는 있다. 그러나 D는 배제 조항만을 취소할 수는 없다. 왜냐하면 D는 정당한 가격을 지불해야지만, 고가에 해당하는 보험의 혜택을 받을 수 있기 때문이다.

경우에 따라서는 개별 규정에 대한 착오로 인해 전체 계약을 취소하는 것이 타당한 경우도 있다. 이때 나머지 계약을 유지하는 것이 타당하지 않다는 것은 전체 계약을 취소하려는 자가 입증하여야 한다.

일부 취소를 고려함에 있어서 중요한 사정 중의 하나는 취소 상대방의 행위 유형이다. 즉, 사기나 강박의 경우에는 피기망자나 피강박자가 원하는 한 전체 계약의 취소를 인정하는 것이 타당할 것이다.

제117조 : 손해배상

(1) 이 장(章)의 규정에 따라 계약을 취소한 당사자는, 상대방이 착오·사기·강박·부당한 이용이나 과도한 이득의 취득을 알거나 알아야만

하였다면, 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우에 손해배상은 계약을 취소한 당사자를 가능한 한 계약이 체결되지 아니한 것과 같은 지위에 근접하게 하여야 한다.

(2) 일방 당사자가 이 장(章)의 규정에 따라 계약을 취소할 권리를 가지지만 이를 행사하지 않았거나 Artikel 4 : 113이나 Artikel 4 : 114에 따라 그 권리를 상실하였다면, 그 당사자는 착오·사기·강박·부당한 이용이나 과도한 이득의 취득을 통해 그에게 발생한 손해를 한도로 (1)항에서의 손해배상을 청구할 수 있다. 일방 당사자가 Artikel 4 : 106의 의미에서의 부정확한 진술을 통해 오도된 경우에도 이와 동일한 범위에서의 손해배상이 적용된다.

(3) 기타의 경우에는 제9장 제5절의 관련 규정에 따른 손해배상이 적절한 반응을 통해 적용된다.

<주석>

A. 손해배상책임

상대방이 관여하지 않은 착오를 기초로 계약을 체결한 자나, 사기·강박·부당한 이용이나 과도한 이득에 기해 계약을 체결한 자에게 단지 계약의 전부나 일부를 취소할 권리만을 인정하는 것은 충분하지 않다.

경우에 따라서는 그 당사자가 취소권을 행사하기를 원하지 않는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 이러한 경우에 그는 전혀 권리구제를 받을 수 없는가? 최소한 그는 상대방의 행위로 인하여 그의 손해로 상대방이 얻은 이익에 대해서 반환을 청구할 수 있어야 할 것이다. 그러나 경우에 따라서는 이익의 원상회복 역시 충분하지 않을 수도 있다. 왜냐하면 일방 당사자가 상대방의 부당한 행위가 없었다면 발생하지 않았을 확대 손해를 입었을 수도 있기 때문이다. 이러한 경우에는 그 손해액의 배상 역시 청구할 수 있어서 할 것이다.

[예1] V는 임차인에게 배수관이 매우 양호한 상태라고 설명하였고, 임차인은 이를 신뢰하여 임대차 계약에 서명하였다. 그러나 사실상 배수관의 상태가 좋지 않았기 때문에, 임차인은 질병을 겪게 되었다. 이러한 경우에는 V에게 사기가 있었는지, 또는 단순한 태만이었는지에 관계없이, 임대인이 임차인에게 손해를 배상하여야 한다.

[예2] O는 P에게 어떤 토지에 집을 건축할 것을 위임하였다. 그런데 O는 그 토지 아래로 파괴될 위험이 있는 오래된 하수관이 통과한다는 사실을 알고 있었다. 이에 반해 P가 이에 대해서 알지 못한다는 것은 명백하다. 그럼에도 불구하고 O는 P에게 이에 대해서 이야기하지 않았다. 이후 P의 트럭 중의 하나가 그 무게로 인해 도관에 빠졌고, 이를 끄집어내기 위해서는 적지 않은 비용이 발생하였다. O는 이 비용에 대해서 책임져야만 한다.

적지 않은 법질서에서는 이러한 경우에 불법행위 책임이 고려될 것이다. 그러나 그 계약이 본 유럽계약법 원칙에 해당하는 것이라면, 이를 위한 권리 역시 이 장(章)에 의해서 규율되어야 한다.³⁹⁾

[예1]에서의 임차인이, 예컨대 Artikel 6 : 101(계약적 의무를 발생시키는 표시)과 같이, 채무불이행에 기한 청구권을 행사할 수 있는 경우도 있다. 이러한 경우에는 배수관이 양호한 다른 집을 구하기 위한 비용 역시 손해배상액에 포함될 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

B. 손해의 산정

채무불이행에 기한 손해배상청구권은 손해를 입은 당사자가 계약이 이행되었다면 있었을 지위로 만드는 것을 목적으로 한다.

그러나 이 장(章)의 사례들은 채무불이행의 존재를 예정하고 있는

39) Artikel 4 : 106의 Kommentar G 참조.

40) Artikel 4 : 117의 Kommentar B 참조.

것이 아니며, 그러할 필요도 없다. 즉, 사기나 부정확한 진술의 경우조차, 이를 위하여 표의자가 그가 설명한 것이 진실이라는 계약적 보증을 할 것을 요하는 것은 아니다.⁴¹⁾ 이와 같이 표의자가 표시된 것이 진실이라는 약속을 하지 않았다면, 진실이 아닌 표시는 얻지 못한 기대의 형태로의 손해를 위한 원인은 될 수 없기 때문에, 여기서의 손해배상은 이와 관련된 법적 지위를 포함하지 않을 것이다. 결국 여기서의 손해배상은 단지 계약이 체결되지 않았다면 당사자가 있었을 지위로 만드는 것을 그 목적으로 한다.⁴²⁾

[예3] V는 M에게 주택을 임대해 주면서, 임대인이 주택 맞은편에 있는 정원을 사용할 권리가 있다고 설명하였다. 그러나 이는 사실과 다른 것이었고, V는 그것이 사실과 일치하지 않는다는 것을 알아야 할 것이다. 한편 V와 M은 매달 400파운드의 임차료에 합의하였지만, 이와 같이 정원을 사용할 수 없는 주택의 월 임차료는 보통 350파운드에 불과하였다. 이에 비해 M이 계약 당시 임차된 주택과 유사한 다른 주택을 정원을 사용하면서 임차하지 위해서는 월 500파운드의 임차료를 지불하여야 했을 것이다. 이러한 경우 M은 월 50파운드의 손해배상을 청구할 수는 있지만, 월 150파운드의 손해배상을 청구할 수는 없다.

이에 비해 사기나 부정확한 진술이 경우에 따라서는 Artikel 6 : 101에서의 계약적 약속을 의미하는 것으로 해석될 수도 있다. 이러한 경우에 손해를 입은 당사자는 이 장(章)에서의 권리구제와 채무불이행에 따른 권리구제 중의 하나를 선택할 수 있다.⁴³⁾

한편 비록 계약이 취소되었을지라도, 손해를 입은 자에게 후속손해가 발생하지 않았을 수도 있다. 이러한 경우에는 이 규정에 의해서 보상될

41) Artikel 6 : 101(계약적 의무를 발생시키는 표시)에 관한 주석 참조.

42) Artikel 4 : 106 (2)에 관한 주석 참조.

43) Artikel 4 : 119 참조.

수 있는 확대손해를 고려할 여지가 없다.

[예4] A는 B에게 중고 자동차를 임대하여 주었다. 이때 A는 B에게 그 자동차가 겨우 2만 km가 운행되었을 뿐이라고 사기의 설명을 하였다. 즉, 그 자동차의 계기판은 조작된 것이었으며, 사실상 이미 7만 km가 운행되었던 것이다. 그 자동차는 이미 매우 많이 운행되었기 때문에, B와 협의된 임차료보다 훨씬 적은 임차료를 지급받는 것이 타당할 것이다. 한편 A가 상대방에게 그 자동차를 인도한 직후, B는 진실을 알게 되었다. 이에 B는 계약을 취소하면서, 지급된 임차료 역시 반환받았다. 다만 비록 B가 다른 회사에서 자동차를 임대하면서 고가의 임차료를 지급하였다고 하여도, B는 이 조항에 따라 보상받을 수 있는 확대손해를 입지는 않았다.

이 외에 Artikel 4 : 117에서의 손해배상은 일방 당사자가 계약의 존속을 신뢰함으로써 행하지 않았던 기회에 대한 보상을 포함할 수 있다.

[예5] E는 고용주인 F의 고용에 관한 청약을 승낙하였다. 계약 체결에 있어서 F는 E에게 사기로 그 직장에는 변동금리에 의한 퇴직연금이 지급된다고 설명하였다. 그러나 E는 그 직장에 이와 같은 연금 시스템이 없다는 것을 알게 되었고, 이에 그 직장을 퇴사하였다. 그러나 F와의 고용계약을 체결하면서, 당시 E는 매우 많은 임금을 지급하는 다른 직장의 청약을 거절하였고, 지금에 이르러서는 그렇게 높은 임금을 주는 직장을 구할 수 없었다. 이 경우에 E는 그 다른 직장에서 받을 수 있었던 임금과 지금의 직장에서 받는 임금의 차액에 대한 손해배상을 F에게 청구할 수 있다.

C. 계약이 취소되지 않는 경우의 손해배상

이미 언급한 바와도 같이, (예컨대 그 취소기간의 경과 등의 이유로) 계약을 취소할 수 있었음에도 불구하고 이를 하지 않은 당사자라 할지라

도, 그 손해배상을 청구할 수는 있어야 한다. 다만 이 경우에는 그 계약 당사자가 반드시 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 지위로 되어야 하는 것은 아니다.

또한 계약 당사자는, 비록 취소의 원인과는 어떠한 관련도 없을지라도, 해당 목적물의 가치하락과 같은 그 밖의 손해를 상대방에게 전가할 수도 있다. 이는 특히 Artikel 4 : 106에 따른 부정확한 진술의 경우에 적용될 수 있다.

[예6] A는 집을 건축하기 위해 500만 파운드에 토지를 매수하였다. 이 경우에 A는 특히 그 토지에 대한 제3자의 권리가 없다는 매도인의 설명을 신뢰하였다. 그러나 이후 그 토지의 일부분에 토지통행권이 설정되어 있다는 것이 밝혀졌다. 이 경우가 Artikel 4 : 103에서의 착오로 되기에는 충분하지 않다. 그러나 그 통행을 우회시키기 위해서 1만 파운드의 손실이 발생하였다면, 이에 대해서는 A에게 Artikel 4 : 106에 의한 청구권이 발생한다. 한편 그 사이에 토지가의 하락으로 토지의 가치가 500만 파운드에서 250만 파운드로 하락하였다고 할지라도, A에게는 단지 1만 파운드의 손해배상청구권이 발생할 뿐이며, 이에 대한 손해배상청구권이 발생하는 것은 아니다.

D. 과책이 없는 경우

채무의 종류나 사정에 관해 양 당사자가 착오를 하였던 경우에 그들 중의 누구에게도 과책이 없었다면, 양 당사자 누구에게도 책임이 발생하지 않는다.

E. 자신의 손해에 대한 공동과책

피기망자나 착오를 한 자가 자신의 이익 추구를 게을리 함으로써, 손해의 발생에 기여하는 경우도 있다. 이러한 경우에는 손해배상액이 감액될 수 있다.

F. 계약의 변응에 따른 손해배상

Artikel 4 : 105에서의 상대방이나 법원을 통한 계약의 변응의 경우, 착오를 한 자가 그 변응을 통해 전보되지 않는 손해를 입었다면, 그는 이 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 있다.

G. 손해배상책임의 배제 또는 제한

손해배상책임의 배제나 제한에 관해서는 Artikel 4 : 118을 참조할 것.

제118조 : 권리구제의 배제 또는 제한

(1) 사기·강박·부당한 이용이나 과도한 이득의 취득으로 인한 권리구제 및 개별적으로 합의되지 않은 부당한 약관을 취소할 수 있는 권리는 배제되거나 제한될 수 없다.

(2) 착오나 부정확한 진술로 인한 권리구제는, 그 배제나 제한이 신의성실의 원칙 및 합리적인 거래질서에 반하지 않는 한, 배제되거나 제한될 수 있다.

<주석>

사기·강박이나 과도한 이득은 당사자가 그 책임을 배제하거나 제한할 수 없는 매우 중대한 것이다. 즉, 이는 약의에 관한 문제이기 때문이다.⁴⁴⁾ 이러한 규정은 고의로 인한 채무불이행 책임을 배제하거나 제한하는 약정을 무효로 하는 Artikel 8 : 109와도 유사한 점이 있다.

이에 비해 착오와 부정확한 진술은 약의와 결합되어 있는 것이 아니기 때문에, 이에 관한 권리구제는 배제되거나 제한될 수 있다. 다만 이는

44) Artikel 1 : 201 비교. 또한 이 조문의 해석은 본고 주 38) 참조.

신의성실의 원칙 및 합리적인 거래질서에 상응하여야 한다. 예컨대 해당 약정이 매우 작은 글씨로 숨겨져 있거나 약정을 작성한 당사자가 이에 관해서 절충하는 것을 거절해서는 안 된다.⁴⁵⁾

신의성실의 원칙 및 합리적인 거래질서에 반한다는 것에 대한 입증은 그 약정의 효력을 회피하려고 하는 자가 부담하여야 한다.⁴⁶⁾

다만 이 조항이, 이 장(章)에서의 권리를 포기하는 결과가 되는, 채권에 관한 화해를 방해하는 것은 아니다.⁴⁷⁾

제119조 : 불이행으로 인한 권리구제

이 장(章)에서의 권리구제뿐만 아니라 채무불이행에 대한 권리구제 역시 받을 수 있는 자는 양 권리구제 방법 중의 어느 것이든지 주장할 수 있다.

<주석>

동일한 사실관계를 착오나 부정확한 진술의 문제로서 볼 수도 있고, 채무불이행의 문제로 볼 수도 있는 경우가 종종 발생한다. 예를 들어 일방 당사자가 중등의 종류와 품질로 이행하지 않아서 Artikel 6 : 108(이행의 품질)⁴⁸⁾에 따른 권리구제가 인정되는 경우가 있을 수 있다. 또는 일방 당사자가 이행과 관련된 일정한 사실에 대해서 (비록 진실이 아닐지라도) 진실이었다고 하는 계약적 의무를 저야하는 경우도 있을 수 있다.⁴⁹⁾

45) Artikel 4 : 110의 주석과 비교.

46) Artikel 4 : 106, 4 : 107, 4 : 108과 4 : 109에 관한 주석 참조.

47) Artikel 4 : 114(추인)에 관한 주석 참조.

48) Artikel 6 : 108 : 계약에서 그 급부의 목적물의 품질이 확정될 수 없다면, 최소한 중등 품질의 물건으로 급부하여야 한다.

49) Artikel 6 : 101(계약적 의무를 발생시키는 표시) 참조.

이러한 경우에 손해를 입은 자가 권리구제 방법을 선택하는 것을 금지할 합리적 근거는 존재하지 않는다. 물론 채무불이행에서의 권리구제가 훨씬 많은 손해배상을 보장해 주기는 한다. 그러나 경우에 따라서는 손해를 입은 자가 이 장(章)에서의 권리를 행사하는 것이 보다 간편할 수도 있다. 예컨대, 착오를 이유로 취소를 하는 경우가 그러하다.

손해를 입은 자가 서로 조화될 수 있는 권리구제 방법을 선택해야 한다는 것 역시 당연하다. 예컨대, 손해를 입은 자는 계약을 취소하지 않고, 채무불이행에 기한 손해배상을 청구할 수 있다.⁵⁰⁾

(투고일 2008년 1월 15일, 심사일 2008년 1월 23일, 게재확정일 2008년 2월 1일)

주제어 : 원시적 불능, 착오, 오류, 취소, 손해배상

50) 이와 관련해서 Artikel 8 : 102는 “상호 병존할 수 있는 권리 구제 방법은 경합적으로 주장될 수 있다. 특히 어떤 다른 권리 구제 방법이 있다고 하여서, 손해배상에 관한 권리를 잃는 것은 아니다.”고 규정하고 있다.

[Zusammenfassung]

Kapitel 4 in der PECL: Gültigkeit

Hyung-Taek Lim*

Die Europäische Union läuft heutzutage auf jedem Gebiet noch schneller zur Vereinigung und Harmonisierung. Unter diesen Umstände wird auch der Bedarf für rechtliche Vereinheitlichung in EU noch zunehmend, um die Unterschiede der nationalen Rechte abzuschaffen. Es kommt dabei insbesondere auf die Vereinheitlichung des Vertragsrechts an, weil man dadurch in verschiedenen Staaten ohne rechtliche Sperre an dem Rechtsgeschäft teilnehmen könnte. Sie biete also den in verschiedenen Staaten geschäftlich tätigen Vertragsparteien einen europäischen Binnenmarkt.

Die verschiedenen wissenschaftlichen Arbeitsgruppe in EU beschäftigen sich zur Zeit mit der Vereinheitlichung des Vertragsrechts. Davon ist der Arbeit der Kommission für Europäisches Vertragsrecht(Commission on European Contract Law: CECL) beachtenswert. Die Kommission veröffentlicht neuerdings die Grundregeln des Europäisches Vertragsrechts(Principles of European Contract Law: PECL), die villeicht das bislang wichtigste Dokument nichtlegislatorischer europäischer Rechtsvereinheitlichung ist.

In diesem Aufsatz werden die Regeln und Kommentar über die Gültigkeit des Vertrags in der PECL übersetzt.

* Reseacher, Institute of Legal Studies, Konkuk University

Stichwörter : die anfängliche Unmöglichkeit, Irrtum, Fehler, Anfechtung,
Schadensersatz