

# 國際物品賣買契約의 成立時期와 場所

宋 啓 儀\*

- 
- I. 序 論
  - II. 國際物品賣買契約의 成立
    - 1. 成立理論
    - 2. 成立樣態
  - III. 國際物品賣買契約의 成立時期
    - 1. 成立時期의 一般原則
    - 2. 承諾의 效力發生時期
  - IV. 國際物品賣買契約의 成立場所
  - V. 結 論
- 

## I. 序 論

넓은 의미의 계약의 일종인 國際物品賣買契約의 定義와 관련하여, 國際物品賣買契約에 관한 유엔 協約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG)은 국제물품매매계약은 상이한 국가 영역내에 영업소를 가지고 있는 계약당사자간에 체결된 계약이라고 일괄하여 정의하고 있다(CISG·제 1 조 (1) 항). 그러므로 국제물품매매계약이란 상이한 국가 영역내에 영업소를 가지고 있는 계약당사자간에 물품의 매매를 위하여 체결되는 법률적 구속력을 가지는 合意라고 할 수 있다.

이와 같은 국제물품매매계약은 어느 시기에 성립하고, 또한 어느 장소에서 성립하는가. 원칙적으로 국제물품매매계약은 請約과 承諾에 의한 당사자간의 의사의 합치에 의해 성립하므로, 承諾의 효력이 발생한 때에 성립하고, 또한 성립된 시기의 그 장소에서 계약이 성립한다. 그러나 계약의 성립시기와 성립

---

\* 韓進交通物流研究院 物流室長.

장소에 관한 이러한 문제는 상관습법 및 각국의 법률체계에 따라서는 그 해석을 달리하고 있어 계약당사자의 주의를 요한다. 이러한 관점에서, 본 고에서는 국제물품매매계약의 성립시기 및 성립장소의 문제와 관련하여 각국의 법률 및 판례를 통하여 분석한다.

## II. 國際物品賣買契約의 成立

### 1. 成立理論

#### (1) 意思表示의 合致

계약은 2인 이상의 당사자간에 체결되는 법적 구속력이 있는 합의이므로 계약의 성립에는 서로 대립하는 2인 이상의 당사자의 의사표시의 합치, 즉 합의가 있어야 한다.<sup>1)</sup> 그러므로 넓은 의미의 계약의 일종인 국제물품매매계약이 성립하기 위하여는 ① 2인 이상의 대립하는 매도인과 매수인의 의사표시가 있어야 하고, ② 그 의사표시가 내용적으로 일치하여야 하며, ③ 그 의사표시는 당사자 사이에서 서로 대립하고, 교환적으로 행하여져야 하고, 또한 ④ 그 의사표시는 법률효과를 발생시키는 것이어야 한다.

그러므로 이와 같이 계약의 하나인 국제물품매매계약에서도 당사자 사이의, 즉 매도인과 매수인 사이의, 의사표시의 합치는 법적인 효력을 가지는 계약이 성립하기 위한 첫번째 요건이다. 그런데 여기서도 구체적으로 무엇이 합치하여야 하는가와 관련하여 당사자의 의사표시가 주관적인 의식에서 일치하여야 한다는 主觀說과 그 객관적인 내용에서 일치하여야 한다는 客觀說 및 그 절충형태로서의 客觀說의 修正이 있다.

#### 가. 主觀說

19C에 들어 영국의 법관들은 法思想의 면에서 대륙법의 영향, 특히 프랑스의 Pothier와 프리시아의 Savign의 영향을 강하게 받아 계약은 양당사자의 의사 합의, 즉 일방의 약속을 상대방이 承諾하는 것에 의해 성립하며, 합의는

1) 郭潤直, 債權各論(民法講義 IV), 博英社, 1979, 13面.

모름지기 의사의 合致의 결과라고 생각하였다.<sup>2)</sup>

또한 *Dickinson v. Dodds* 사건<sup>3)</sup>에서 Mellish 판사는 “계약이 성립하기 위해서는 두 개의 의사가 어느 시점, 즉 承諾의 시점에서 合致하지 않으면 안된다.”라고 하였고, *Cundy v. Lindsay* 사건<sup>4)</sup>에서 Cairns 卿은 “계약의 성립에는 의사의 合致가 없으면 안된다.”라고 하였다. 이와 같이 19C에 영국에서는 대륙법의 영향을 받아 계약의 성립에는 당사자의 ‘의사의 合致’를 중시하는 主觀說, 즉 意思理論이 보급되었으며, 이러한 경향은 미국에도 파급되었다.<sup>5)</sup>

#### 나. 客觀說

영미법이 대륙법의 영향을 많이 받은 바 있지만, 19세기 후반에 이르러서는 영미법, 특히 미국법은 대륙법의 영향을 탈피하여 客觀理論을 위하여 主觀說, 즉 意思理論을 放棄하기에 이르렀다. 또한 영미의 Common Law에서도 거래행위의 신속성과 확실성에 대한 요구가 당사자의 의사에 법적 효과를 부여하는 중요성을 압도하게 되었고, 이에 契約成立에 있어서 客觀說이 도입되었다.

영국의 客觀說에 있어서 합의는 인간의 마음의 상태에 있는 것이 아니라 행위에 있고, 그 행위는 행동으로부터 推論될 수 있다고 한다. 즉, 합의는 당사자가 마음속에 의도하고 있는 것에 따라 판단되는 것이 아니라 합의의 外觀, 즉 당사자가 “진술한 것, 기술한 것, 행위한 것(said, written or done)에 따라 판단되어야 한다.”라고 하여,<sup>6)</sup> Common Law의 계약이론에의 접근을 강조하였다.

한편 미국의 Williston은 “... 계약성립에 필요한 것은 의사의 合致라는 主觀的인 것이 아니라 客觀的인 것, 즉 상호 동의를 표시”라고 하여,<sup>7)</sup> 客觀說에서는 의사의 合致 보다는 합의에 이르는 주변의 객관적 사실이 더 중요하다고 하였다. 미국에서의 이와 같은 客觀說은 Williston을 기초자로 하여 1932년에 미국 계약법(Restatement of the Law of Contracts)을 結晶化시켰다.

2) M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 11th ed., Butterworths, 1986, pp. 17-18.

3) 2 Ch. D. 463(1876).

4) (1878) 3 App. Cas. 459, 465.

5) 木下 毅, 英米契約法の理論, 東京大學出版會, 1985, 9面.

6) G.C. Cheshire, C.H.S. Fifoot and M.P. Furmston, *op. cit.*, p. 27.

7) H.E. Jaeger, *Williston on Contracts*, 3rd ed., Mount Kisco, 1957, s. 21.

#### 다. 客觀說의 修正

20C에 들어 자유방임주의는 사회보장에 부딪쳐 대체되었으며, 이러한 경제 사회의 변화에 의해 契約自由의 原則을 제한하는 내용의 客觀說의 修正이 대두되었다. 즉, 영국의 Anson은 “客觀說이 契約의 성질을 완전하게 설명하고 있다고는 할 수 없으며, 영국법이 객관적 태도를 전면적으로 채용하고 있는 것도 아니고, 또한 그렇게 할 수도 없다.”라고 하여,<sup>8)</sup> 客觀說에 修正을 가하고 있다. 이것은 상업상의 편의라는 냉엄한 요구는 공정거래는 도덕적 제약과 조화되지 않으면 안되기 때문이다. 그리고 Anson은 이러한 예로서 Common Law는 많은 적든 주관적 배려에 근거한 詐欺(fraud), 錯誤(mistake), 強迫(duress), 不實表示(misrepresentation), 不當威壓(undue influence) 및 不法性(illegality)에 근거한 항변을 용인하고 있다고 하였다.

#### (2) 約因과 捺印證書

일반적으로 어떠한 법제도에서라도 모두가 합의한 것을 강제하는 것이 법제도의 본질이겠지만, 각 법제도는 강제력이 있는 합의의 범위에 대해서는 제한하기도 한다. 즉, 영국 계약법에 의하면 契約이 유효하게 성립하기 위하여는 합의가 일정한 형식을 취하든가 또는 約因에 의해 지지되어야 한다.<sup>9)</sup> 이 점은 미국에서도 영국과 거의 동일하다.<sup>10)</sup>

영국의 초기의 Common Law에서는 要式契約, 즉 捺印證書에 의한 契約만이 법적으로 당사자를 구속하였다.<sup>11)</sup> 그러므로 이러한 형식을 갖추지 아니한 당사자간의 단순한 합의는 법적으로 강제할 수 없는 것이었다. 그러나 계약방식에서의 捺印證書의 요구가 경우에 따라서는 당사자의 의사에 배치되기도 하고, 또한 거래의 실제상 불편을 초래하기도 하였으므로, 이 원칙을 완화하고자 하는 노력이 있어 왔는데, 그 결과 생긴 것이 約因의 원칙이다. 約因의 원칙이란 契約이 捺印證書로 작성되지 않더라도 約因에 의해 지지되면 契約으로서의 구속력이 인정된다는 것이다.

8) A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford, 1984, pp. 5~6.

9) C.M. Schmitthoff and D.A.G. Sarre, *Charlesworth's Mercantile Law*, 14th ed., Stevens & Sons, 1984, p. 46.

10) H.W. Babb and C. Martin, *Business Law*, Barnes & Noble Books, 1969, p. 41.

11) 柳重遠, “英·美契約法上の Consideration 法理의 考察”, 仲裁, 大韓商事仲裁院, 1985. 9, 22面.

그런데 영미에서 捺印證書의 원칙은 현재 거의 폐지되었다. 특히 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code : UCC)은 물품매매계약 또는 물품매매의 청약에 관하여는 명시적으로 폐지하고 있다(UCC 제 2-203 조). 그러므로 영미에서는 約因原則이 중시되므로 約因을 수반하지 않은 계약은 捺印證書에 의하여도 구속력이 인정되지 않는다.

### (3) 當事者의 契約能力

계약이 유효하게 성립하기 위해서는 당사자가 契約能力을 가지고 있어야 한다. 일반적으로는 모든 사람이 契約能力을 가지고 있다고 생각되지만, 이러한 추정은 정확한 것은 아니며 여기에는 약간의 예외가 있다. 그러므로 계약의 양 당사자 또는 일방 당사자가 법적으로 계약을 체결할 수 있는 능력을 가지고 있지 않은 경우 그 계약은 무효로 되거나 또는 취소될 수 있다.

### (4) 意思表示의 眞意性

유효한 계약이 성립하기 위하여는 당사자의 의사표시가 眞意이어야 한다. 그러므로 의사의 외적인 표시와 내심의 의사가 다르거나 또는 의사표시에 하자가 있으면 안된다. 여기에서 의사표시의 眞意를 훔치는 요인으로는 錯誤, 強迫, 不當威壓, 不實表示, 詐欺 등이 있다.

## 2. 成立樣態

### (1) 請約과 承諾에 의한 契約成立

국제물품매매계약은 넓은 의미의 계약의 일종이므로 다른 계약과 마찬가지로 서로 대립하는 당사자, 즉 매도인과 매수인의 의사표시인 請約과 承諾에 의한 意思의 合致에 의해 성립한다.<sup>12)</sup> 즉, 국제물품매매계약은 일방당사자가 상대방에게 일정한 조건으로 계약의 체결을 請約하고, 이에 대하여 상대방이 계약의 체결을 承諾하는 것에 의해 성립하므로 어떠한 복잡한 교섭과정을 거친 계약이더라도 국제물품매매계약은 반드시 최종적으로는 하나의 請約과 하나의 承諾에 의해 성립한다.

12) C.M. Schmitthoff and D.A.G. Sarre, *op. cit.*, p. 3.

따라서 국제물품매매계약이 성립하기 위하여는 請約과 承諾 중 어느 것을 결하여도 계약은 성립하지 않는다. 왜냐하면 請約이 없으면 承諾은 있을 수 없고, 또한 承諾이 없으면 請約만으로는 意思의 合致가 없으므로 계약은 성립할 수 없기 때문이다.

## (2) 交叉請約에 의한 契約의 成立

*Tinn v. Hoffman & Co.* 사건<sup>13)</sup>에서 피고는 원고에게 1871년 11월 28일에 800톤의 철을 톤당 69실링에 매도하겠다는 請約을 하였다. 그런데 우연하게도 同日에 원고는 피고에게 동일한 내용의 買受請約을 하였다. 따라서 두 개의 請約이 交叉하였다. 이 사건에서와 같이 계약당사자가 서로 우연하게 請約을 동시에 하여 쌍방의 계약내용이 일치하는 현상을 交叉請約이라고 한다. 즉, 交叉請約은 각 당사자가 우연히 상호 청약을 하였는데 그 청약내용이 완전히 일치하는 경우에 인정되는 것이다.

그런데 영미의 학설 및 판례에 의하면 交叉請約에 의해서는 계약이 성립하지 않는다고 한다.<sup>14)</sup> 영국의 *Tinn v. Hoffman & Co.* 사건에서 Blackburn 판사는 “상대방의 請約을 알지 못하고 행한 請約은 상대방에 대한 承諾으로 해석되지 않는다.”라고 하여 계약의 성립을 부정하였다. 그리고 미국에서도 Williston은 “... 각 당사자에 의한 請約을 알지 못하고 행한 서로 일치하는 請約은 실제적으로 그 조건이 일치하여도 계약은 성립하지 않는다.”라고 하였고,<sup>15)</sup> 미국의 계약법도 Williston의 견해와 일치한다.<sup>16)</sup>

한편 프랑스의 학자들은 交叉請約의 경우 상대방의 請約에 대하여 承諾이 각 피청약자의 침묵에 의하여 이루어지는 것으로 인정하여 계약이 성립한다고 한다.<sup>17)</sup> 또한 일본에서도 交叉請約의 경우 承諾은 특정의 請約에 대하여 행하여지는 것이므로 계약의 성립을 부정하는 설과 두 개의 請約이 객관적으로 동일한 내용을 가지고 있고(客觀的 合致), 또한 양당사자는 그 계약을 체결하고자

13) (1873) 29 L. T. 271.

14) American Law Institute, *Restatement of the Law(second), Contracts*, St. Paul, Minn., 1981, s. 23.

15) R.B. Schlesinger et al., *Formation of Contracts*, Vol. I, II, Stevens & Sons, 1968, p. 686.

16) American Law Institute, *op. cit.*, s. 23.

17) R.B. Schlesinger et al., *op. cit.*, p. 697.

하는 의사를 가지고 있으므로(主觀的 合致) 계약의 성립을 긍정하는 설이 있는데, 최근에는 肯定說이 유력하다.<sup>18)</sup> 그리고 우리 나라에서도 交叉請約의 경우 두 개의 의사표시는 객관적으로도 주관적으로도 합치하고 있으므로 交叉請約에 의한 계약의 성립을 인정하고 있다.<sup>19)</sup>

요컨대 交叉請約에 의하여 국제물품매매계약이 성립하는가의 여부는 各法系에 있어서 아마도 명확하지는 않다. 오늘날 영미에서는 부정적이고 프랑스, 일본 및 우리 나라에서는 긍정적이라는 정도이다. 그리고 交叉請約은 실무상으로는 지극히 드물게 발생하는 것이지만, 정기적으로 거래를 하고 있는 당사자간 등에서는 交叉請約이 전혀 발생하지 않는다고 할 수는 없다. 그러므로 국제물품매매계약의 체결에 있어서 실무상 請約이 交叉된 것으로 생각되는 경우에는 즉시 상대방의 請約에 대하여 承諾의 의사표시를 하여 계약성립의 관계를 명확하게 하는 것이 바람직하다.

### (3) 意思實現에 의한 契約의 成立

우리 민법은 “청약자의 의사표시나 관습에 의하여 承諾의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 承諾의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다.”고 규정하고 있다(민법 제 532 조). 이것을 意思實現에 의한 계약의 성립이라고 하는데, 우리 나라 민법이 의사실현에 의한 계약의 성립을 인정하는 경우는 ① 청약자의 의사표시에 의하여 承諾의 통지가 필요하지 않은 경우와 ② 관습에 의하여 承諾의 통지를 필요로 하지 않는 경우이다.

承諾의 의사표시로 인정되는 사실이란 의식적으로 효과의사를 표시하는 행위는 아니나 효과의사가 존재하는 것으로 추단되는 客觀的 事實을 말한다. 예컨대 請約과 동시에 송부되어 온 물품을 소비하거나 사용하는 행위 등은 계약의 성립을 전제로 하여 행하여진다고 볼 수 있으므로 承諾의 의사표시로 인정된다.

CISG는 “... 請約의 성질상 또는 당사자간에 확립된 관행이나 관습에 의하여 피청약자가 청약자에게 통지함이 없이 물품의 발송이나 대금의 지급과 같은 행위를 함으로써 請約에 대한 동의를 표시할 수 있음.”을 인정하고 있다

18) 新堀 聰, 貿易賣買入門, 同文館, 1966, 8 面.

19) 민법 제 533 조.

(CISG 제 18 조 (3) 항). 그리고 각국의 법규도 이와 마찬가지로이다.<sup>20)</sup> 이 원칙은 請約의 성질상 또는 관계가 있는 경우에만 인정되므로, 예컨대 請約이 “선적을 서둘러라”와 같은 지시를 포함하고 있는 경우, 물품의 선적은 請約의 성질상 履行에 의한 承諾에 해당된다고 할 것이다. 다만 이러한 행위는 請約이 승낙기간을 정하고 있는 경우에는 그 기간내, 그리고 그 기간의 정함이 없으면 합리적인 기간내에 이행되어야 한다(CISG 제 18 조 (3) 항).

한편 그리고 피청약자의 승낙 여부에 관한 침묵 또는 무행위도 특별한 사정 아래, 예컨대 당사자간에 사전에 양해가 있는 경우, 동종의 거래가 계속적으로 행하여지는 경우 또는 거래관행상 不承諾의 경우에는 특히 일정한 적극적인 행위를 행하는 것을 요하는 경우 등에서는 承諾으로 인정된다. 즉, 실제의 거래에서 “... 일까지 회답이 없으면 承諾한 것으로 추정한다.”라는 내용과 같이 청약자가 상대방에게 회답을 종용하고 있는 경우 상대방의 침묵이나 무행위는 承諾으로 될 수도 있다.

요컨대 의사실현에 의한 계약의 성립을 인정하는 것은 국제물품매매계약 체결에서의 私的自治思想에 어긋나는 것은 아니며, 오히려 명백한 의사표시가 없는 경우에도 일정 행위 또는 침묵으로부터 당사자의 承諾意思를 추단함으로써 私的自治를 확정하고자 하는 제도이다. 그리고 의사실현에 의한 계약의 성립을 인정하는 것은 거래행위를 簡易·明確하게 하여 실제 거래의 신속을 도모하는 효과가 있으며, 청약자를 보호하는 기능이 있고, 또한 국제물품매매계약의 성립 여부에 대한 당사자의 다툼을 방지하는 기능도 있다.

### III. 國際物品賣買契約의 成立時期

#### 1. 成立時期의 一般原則

법률적 요건으로서의 계약은 이를 구성할 법률사실이 완전히 구비되었을 때에 성립한다. 그러므로 국제물품매매계약은 일방당사자의 계약체결을 위한 請約과 이에 대한 상대방의 承諾에 의해 성립하는 것이 보통이므로, 承諾의 효력

20) R.B. Schlesinger et al., *op. cit.*, p. 1203 이하.



이 발생한 때에 성립한다.

즉, 承諾은 請約과 합치하여 계약을 성립시키는 효력이 있다. 그러므로 承諾은 請約과 함께 계약성립의 요소이며, 더욱이 承諾은 請約에 이어 후에 행하여지는 것이므로 承諾의 효력이 발생한 때에 계약은 성립한다.

그런데 국제물품매매계약에서는 청약자와 피청약자는 공간적으로 떨어져 있는 것이 일반적이므로 피청약자의 承諾의 의사표시가 발송되어 청약자에게 도달할 때까지의 어느 시점에서 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립하는가의 문제가 생길 수 있다. 그리고 이는 청약자의 청약취소의 문제와 더불어 더욱 중요한 문제이다.

계약이 請約에 대한 承諾에 의해 성립하는 시기, 즉 承諾의 효력발생시기는 동일 국가의 법률체계에서도 일치하지 않고 있다. 즉, 承諾의 의사표시의 통지수단에 따라 承諾의 효력발생시기를 달리한다. 이에 관하여 이론적으로는 다음과 같은 3가지의 立法主義가 있다.

① 發信主義 : 피청약자가 承諾의 의사표시를 발신한 때에 계약이 성립한다는 입법주의

② 到達主義 : 피청약자의 承諾의 의사표시가 청약자에게 도달된 때에 계약이 성립한다는 입법주의

③ 了知主義 : 피청약자의 承諾의 의사표시가 단순히 물리적으로 청약자에게 도달된 것만으로는 안되고, 현실적으로 청약자가 그 내용을 인지한 때에 계약이 성립한다는 입법주의

발신주의는 영미법 및 우리 나라와 일본의 민법에서 우편·전보에 의한 승낙통지의 경우와 같은 격지자간의 계약에서 제한적으로 인정되고 있다.<sup>21)</sup> 이론적인 근거는 발신주의가 신속·간편을 요하는 상거래의 사정에 비추어 볼 때에 합리적이고, 또한 청약자는 보통 承諾이 행하여지는 것을 희망하고 있을 뿐만 아니라 더 나아가 이를 예기하고 있는 것이므로 承諾의 통지가 발신된 때에 계약이 성립한다고 하여도 청약자는 예측하지 못한 손해를 당할 염려가 없다는데 있다.

여기에서 '발신'이라는 용어는 피청약자가 청약자에게 承諾의 통지를 발송하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 것을 요한다는 의미이다. 이것은 정확한

21) W.R. Anson, *op. cit.*, p. 39 ; 민법 제 531 조 ; 일본 민법 제 526 조 (1) 항.

상대방의 주소를 사용하는 경우와 같이 승낙통지의 발신과 관련하여 피청약자의 과실이 없는 것을 포함하는 개념이다.

계약의 성립을 위한 承諾의 효력발생시기에 관하여 발신주의를 취하면 다음과 같은 실제적인 효과가 있다.

첫째, 발신주의는 청약자의 청약취소의 권한을 제한한다. 즉, 발신주의에서는 승낙통지의 발신의 시기에 계약이 성립하므로 청약취소의 통지가 그 시점까지 피청약자에게 도달되지 않으면 청약취소의 효력은 발생하지 않는다. 따라서 발신주의는 청약자가 자신의 請約을 취소할 수 있는 기간을 단축시키는 결과가 되어 請約을 신뢰하여 행위하는 피청약자를 보호하는 기능이 있다.

둘째, 발신주의에서는 승낙통지의 과정에서의 분실, 지연 등의 위험은 청약자의 부담으로 된다.<sup>22)</sup> 그러므로 承諾의 의사표시가 통지과정에서 분실되거나 또는 지연되어 청약자에게 전달된 경우 청약자는 승낙통지를 알지 못하고 그에 구속될 위험이 있다.

다음으로 도달주의는 ULF와 CISG 및 각국의 법규에서 광범위하게 인정되고 있다.<sup>23)</sup> 이 도달주의의 근거는 承諾의 의사표시가 청약자에게 통지되지 않으면 당사자간에 의사의 합치가 존재하지 않으므로 계약은 성립할 수 없다는 것이며, 또한 청약자가 자신의 請約이 承諾된 사실을 알지 못하고 있고 따라서 이에 구속된다는 것은 불합리하지만, 반면에 피청약자에게는 계약이 성립하지 않더라도 보통 불합리한 결과가 되지는 않는다는 데 있다.

여기에서 '도달'이라는 용어의 의미는 청약자가 승낙통지의 사실을 인지할 수 있는 상태로 청약자에게 통지되어야 한다는 것을 말한다. 이와 관련하여 CISG는 “... 承諾의 통지가 ... 수신인에게 직접 전달된 때에 또는 수신인의 영업소나 우편주소가 없는 경우에는 수신인의 상주적인 居所로 전달된 때에 承諾의 통지는 ... 수신인에게 도달된 것”이라고 규정하고 있다(CISG 제 24 조). 그러므로 이것은 우편합과 같은 적절한 장소 또는 수신인이 고용한 사람에게의 점유이전에 의한 전달을 요건으로 하므로, 문 앞의 계단이나 기타 시선이 닿지 않는 장소에 서신이나 전보를 두고 가는 것은 수신인의 영업소에의 전달이 아니다.<sup>24)</sup>

22) R.B. Schlesinger et al., *op. cit.*, p. 159.

23) ULF 제 6 조 (1) 항 ; CISG 제 18 조 (2) 항 ; 민법 제 111 조 (1) 항 ; 일본민법 제 97 조 ; 독일민법 제 130 조 (1) 항.

도달주의의 실제적인 중요한 효과는 발신주의의 경우와 반대이다. 즉, 도달주의에서는 承諾의 통지가 청약자에게 도달할 때까지는 청약자는 자신의 請約을 취소할 권한을 가지며, 또한 승낙통지의 과정에서의 분실 또는 지연의 위험은 피청약자가 부담하게 된다.

끝으로 了知主義는 청약자가 실제적으로 피청약자의 승낙통지를 인지한 때에 계약이 성립한다는 것으로 이탈리아와 이집트 등에서 채택되고 있다.<sup>25)</sup> 보통 承諾의 통지가 청약자에게 도달되자마자 청약자는 그것을 인지한 것으로 추정된다. 그러나 계약의 성립을 부정하고자 하는 청약자는 承諾을 인지하지 못한 것이 자신의 과실에 기인하지 않았다는 것을 입증할 책임을 부담한다.

了知主義의 실제적인 효과는 도달주의에서의 경우와 유사하다. 즉, 승낙통지의 과정에서의 과실 또는 지연의 위험은 피청약자가 부담한다.

또한 交叉請約에 의한 계약성립의 시기에 관하여, 우리 나라 민법은 “兩請約이 상대방에게 도달된 때에 성립한다.”라고 규정하고 있다(민법 제 533 조). 따라서 국제물품매매계약은 交叉請約에 의한 경우 兩請約이 상대방에게 도달된 때에 성립하며, 兩請約이 동시에 도달하지 않은 경우에는 후의 청약이 상대방에게 도달된 때에 성립한다.<sup>26)</sup>

한편 意思實現에 의한 계약성립의 경우에는 意思實現의 사실이 있는 때에 성립하며, 청약자가 그 사실을 알지 못하더라도 계약은 성립한다(CISG 제 18 조 (3) 항, 민법 제 532 조). 그러므로 국제물품매매계약에서 물품의 발송이나 대금지급의 경우와 같이 피청약자가 일정한 행위를 함으로써 동의표시를 한 경우에는 그 承諾의 효력이 그 행위를 행한 때에 성립하므로, 국제물품매매계약은 그러한 행위가 있었던 때에 성립한다.

그런데 意思實現에 의한 承諾의 경우에도 그 承諾의 통지를 필요로 하는 경우에는 피청약자가 그 행위의 이행사실의 통지를 행한 때에 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립한다.<sup>27)</sup> 그러므로 이 경우에는 계약은 그러한 통지의 發送時와 청약자가 피청약자의 행위사실을 인지한 것 중 더 빠른 것의 시기에 성립한다.

24) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, p. 206.

25) R.B. Schlesinger et al., *op. cit.*, p. 159.

26) 新堀 聰, 前掲書, 8 面.

27) R.B. Schlesinger et al., *op. cit.*, pp. 163~164.

또한 承諾에 일정한 조건이 부가된 경우에는 承諾은 그 조건이 충족될 때까지 효력이 발생하지 않는다. 그러므로 그 때까지 계약도 성립하지 않게 된다.<sup>28)</sup> 즉, *Chillingworth v. Esche* 사건<sup>29)</sup>에서 C와 D는 물품의 매매에 관한 합의를 기록한 문서에 서명하였지만, 그것은 C의 변호사에 의해 준비된 正式契約書에 의하는 것이 조건으로 되어 있었다. C에 의하여 正式契約書가 작성되었고, 이에 D의 변호사도 동의하였지만 D는 서명을 거절하였다. 이 사건에서 법원은 正式契約書에 양당사자가 서명할 때까지 계약은 성립하지 않는다고 판시하였다. 이와 같이 일정한 조건이 부가된 承諾의 효력은 그 조건이 충족될 때까지 효력이 발생하지 않으므로 그 때까지 계약은 성립하지 않는다.

요컨대 국제물품매매계약은 承諾의 효력이 발생한 때에 성립하므로, 언제 국제물품매매계약이 성립하는가 하는 문제는 결국 承諾의 효력발생시기의 문제에 귀착하게 된다.

## 2. 承諾의 效力發生時期

### (1) 承諾의 意義

CISG는 “請約에 대하여 동의를 표시하는 피청약자의 의사표시나 기타의 행위는 承諾으로 된다.”라고 규정하고 있다(CISG 제 18조 (1) 항). 이는 “... 承諾은 어떤 방법으로든지 청약자에게 통지된 宣言에 의해 이루어진다.”라는 國際物品賣買契約의 成立에 관한 統一法(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods : ULF) 제 6조 1항에 상응하는 것이다. 그러나 ULF에서의 ‘宣言’(declaration)은 일반적으로 일정한 요건을 구비한 행위를 하거나 또는 書面을 작성하는 것을 의미한다고 오해할 여지가 있는데 비하여, CISG에서는 거래의 통념상 請約에 대하여 동의를 표시하는 것으로 인정되는 것이면 承諾으로 된다는 것이다.<sup>30)</sup> 요컨대 CISG에서 규정하고 있는 承諾은 請約에 대한 동意的 ‘表示’로서의 ‘通知’(communication) 및 請約의 내용에 대한 ‘同意’로서의 ‘合意’(agreement)의 두 요소로 함축할 수 있으며,<sup>31)</sup> 결국 承諾

28) C.M. Schmitthoff and D.A.G. Sarre, *op. cit.*, p. 21.

29) (1924) 1 Ch. 97.

30) 李均成, “賣買契約의 成立”, 韓國商事法學會 發表論文, 1989. 7, 16 面.

31) J.O. Honnold, *op. cit.*, pp. 180~181.

은 피청약자가 청약자에 대하여 계약을 성립시킬 목적으로 특정의 請約에 응하여 행하는 동의·수락의 의사표시이다.

承諾의 방식은 청약자의 특별한 의사표시나 거래상의 특별한 관행이 없는 한 원칙적으로 자유이다. 그러므로 承諾은 請約과 마찬가지로 口頭, 書面에 의하거나 또는 行爲에 의해서도 할 수 있다.<sup>32)</sup>

ULF는 “... 承諾은 書面으로 입증되는 것을 요하지 않으며, 또한 어떠한 방식도 요하지 아니한다. 특히 증언에 의해서도 입증될 수 있다.”라고 규정하여 (ULF 제 3 조), 承諾의 방식은 원칙적으로 자유임을 명백히 하고 있다. 또한 미국의 계약법에 의하면 承諾은 별도의 지정이 없는 한 합리적인 것이면 어떠한 방식에 의한 것이어도 상관 없다.<sup>33)</sup> 즉, 일반적으로 承諾의 방식에 대하여 특정의 방식이 요구되는 것은 아니다. 오히려 請約에는 承諾의 방식에 대하여 특별히 명시하고 있지 않은 것이 보통이다.

그런데 承諾은 원칙적으로 請約에 대하여 동의를 한다는 내심의 결의에 그치지 않고 청약자에게 통지되어야 한다.<sup>34)</sup> 이 원칙의 근거는 청약자가 자신의 請約이 承諾된 사실을 알지 못하고 그것에 구속된다는 것은 형평에 반하는 것이라는데 있다.

ULF는 “... 承諾은 ... 청약자에게 통지된 宣言에 의하여 이루어진다.”라고 규정하고 있고(ULF 제 6 조 (1) 항), 또한 CISG는 “承諾은 請約에 대하여 동의를 표시하는 피청약자의 의사표시 ... 이다.”라고 규정하고 있어(CISG 제 18 조 (1) 항), 承諾은 請約에 대한 동의의 통지가 어떤 형태로든지 필요함을 인정하고 있다. 그리고 이것은 “沈默이나 無行爲는 그 자체로서는 承諾으로 되지 않는다.”라는 규정(CISG 제 18 조 (1) 항)과 “承諾은 청약자에게 통지된 때에 그 효력이 발생한다.”라는 규정(CISG 제 18 조 (2) 항)에 의해서도 더욱 명백하다. 그러므로 피청약자가 승낙서를 발송하지 않고 그대로 가지고 있는 경우에는 계약은 성립하지 않는다.

또한 承諾은 請約이 효력을 가지고 있는 동안에 행하여지지 않으면 계약을 성립시킬 수 없다. 이 효력을 請約의 承諾適格이라고 한다. 그런데 이 承諾適格의 기간은 청약자가 자유로이 정할 수 있다. 그리고 이 承諾適格의 기간내에

32) 梁暎煥·吳元奭, 貿易商務論, 法文社, 1991, 162 面.

33) American Law Institute, *op. cit.*, s. 30(2).

34) W.R. Anson, *op. cit.*, p. 34.

承諾되지 않으면 계약은 성립하지 않는다. 그러므로 承諾을 할 수 있는 기간, 즉 승낙기간은 請約의 유효기간의 문제에 귀착하게 된다.

## (2) 承諾의 效力發生時期

### 가. 意思表示에 의한 承諾의 效力發生時期

CISG는 “... 承諾은 그 동의를 의사표시가 청약자에게 도달된 때에 효력이 발생한다.”라고 규정하고 있다(CISG 제 18조 (2) 항). 즉, CISG는 대원칙으로서 承諾의 의사표시에 관하여 도달주의를 취하고 있다.

또한 독일민법도 “격지자간의 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달된 때에 효력이 발생한다.”라고 규정하여(독일 민법 제 130 조 (1) 항), 承諾의 의사표시의 효력에 관하여 도달주의로 일관하고 있으며, 영미법에서도 원칙적으로 承諾의 통지는 상대방에게 전달되지 않으면 안된다.

그런데 영미에서는 우편 또는 전보에 의한 승낙통지의 경우 편의상 서신이 발송지의 우편함에 投函되든가 또는 전보가 전보국에서 발신을 위하여 手交된 때에 承諾의 효력이 발생한다.<sup>35)</sup> 즉, 격지자간의 우편·전보에 의한 承諾의 경우에는 발신주의가 예외적으로 인정되고 있다. 또한 미국의 계약법도 “請約에 의해 지정된 방법으로 행하여진 承諾은... 피청약자의 점유를 이탈한 순간 상호동의를 표시가 된다.”라고 하여,<sup>36)</sup> 이를 인정하고 있다.

한편 우리 나라 민법은 일본민법과 마찬가지로 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 承諾의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 취하고 있다(민법 제 153 조, 일본 민법 제 97 조 (1) 항). 그런데 우리 나라와 일본의 민법은 격지자간의 계약의 성립에 관하여는 도달주의에 대한 예외로서 발신주의를 취하고 있다. 즉, 우리 나라 민법은 “격지자간의 계약은 承諾의 통지를 발송한 때에 성립한다.”라고 규정하고 있다(민법 제 531 조). 그러나 이러한 발신주의는 請約의 효력에 관하여 승낙기간을 정한 경우에는 그 기간내에, 그리고 승낙기간을 정하지 않은 경우에는 상당한 기간내에 承諾의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는다는 규정에 의해 제한을 받는다(민법 제 528 조 (1) 항, 제 529 조). 그러므로 격지자 간의 계약에서는 일반적으로 승낙통지가 발송된 때에 계약이

35) W.R. Anson, *op. cit.*, p. 39.

36) American Law Institute, *op. cit.*, s. 63(a).

성립하지만, 承諾의 통지가 승낙기간내에 청약자에게 도달되지 않으면 請約이 효력을 상실하므로, 결국 계약은 성립하지 않게 된다.

이와 관련하여 학설은 도달주의를 중시하는 것에서부터 발신주의를 중시하는 것까지 여러 가지 견해로 나누어져 있다.<sup>37)</sup> 그러나 도달주의와 발신주의 사이에 실제적인 차이는 없다. 즉, 승낙 통지가 도달되지 않은 경우에는 도달주의에 의하여 계약은 처음부터 성립하지 않게 되며, 또한 발신주의에 의해서도 停止條件의 不成就 또는 解除條件의 成就에 의해 계약은 성립하지 않게 되기 때문이다. 우리 나라와 일본에서는 신속·간편을 요하는 상거래의 처지에서 발신주의가 중시되고 있으며, 발신주의를 중시하는 학설 중에서도 승낙통지의 不到達을 解除條件으로 하여 승낙통지의 발신시에 계약이 성립한다고 하는 것이 多數說로 되어 있다.

한편 對話者間의 계약의 성립시기, 즉 承諾의 효력발생시기에 관하여는 우리 나라와 일본의 민법에는 특별한 규정이 없다. 그러므로 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 承諾의 의사표시를 상대방인 청약자가 알 수 있는 객관적 상황이 형성되었을 때에 계약이 성립한다고 보아야 할 것이다. 즉, 對話者間의 계약에서는 도달주의에 따라 承諾의 의사표시는 상대방인 청약자에게 도달된 때에 그 효력이 발생하고 계약도 그 때에 성립한다.

<표 1> 承諾의 效力發生時期

| 準據法規          |      | ULF  | CISG | 英美法  | 獨逸民法 | 日本民法 | 民法   |
|---------------|------|------|------|------|------|------|------|
| 通知手段          |      |      |      |      |      |      |      |
| 意思表示에 관한 一般原則 |      | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 |
| 承諾의 對話者間      | 對面   | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 | 到達主義 |
|               | 電話   | "    | "    | "    | "    | "    | "    |
|               | 텔레팩스 | "    | "    | "    | "    | "    | "    |
|               | 팩시밀리 | "    | "    | "    | "    | "    | "    |
| 意思表示의 隔地者間    | EDI  | "    | "    | "    | "    | "    | "    |
|               | 郵便   | 到達主義 | 到達主義 | 發信主義 | 到達主義 | 發信主義 | 發信主義 |
|               | 電報   | "    | "    | "    | "    | "    | "    |

37) 中村 弘, 貿易契約의 基礎, 東洋經濟新報社, 1983, 154~157 面.

이상의 承諾의 효력발생시기에 관하여 그 承諾의 통지수단에 따라서 정리하면 위의 <표 1>과 같다.

① 對面에 의한 對話者間的 承諾

청약자와 피청약자가 동석하여 대화에 의하여 일방이 請約을 하고 상대방이 承諾하는 경우, 承諾의 효력발생시기에 관하여는 국제법규 및 각국의 법규에 명시적인 규정은 없다. 그러나 의사표시의 효력발생시기에 관하여는 도달주의가 대원칙으로 되어 있으므로, 對面에 의한 대화자간의 承諾의 경우에도 도달주의가 적용되고 있는 것이 일반적이다.<sup>38)</sup> 따라서 對面에 의한 대화자간의 계약에서는 承諾의 의사표시가 상대방인 청약자에게 인지되었다는 객관적인 상황이 완료된 때에 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립한다.

그런데 청약자와 피청약자가 對面하고 있는 경우에는 당사자간의 거리가 짧고, 또한 피청약자의 발음과 청약자의 청취와는 전적으로 동일한 순간에 이루어지므로 발음의 순간과 청취의 순간 중 어느 순간에 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립한다 하여도 계약성립지는 마찬가지이며, 순이론적인 흥미만이 있을 뿐이다.

② 전화에 의한 承諾

承諾은 별도의 사정이 없는 한 전화에 의해서도 할 수 있다. 그런데 전화에 의해 대화하는 경우에는 당사자는 거리상으로는 떨어져 있지만 일방의 발음과 상대방의 청취는 거의 동시적이다. 여기서 전화에 의한 承諾의 경우에 도달주의가 적용되어야 하는가 아니면 발신주의가 적용되어야 하는가의 문제가 생긴다. 어느 주의를 채택할 것인가는 시간적으로는 동시적이므로 별 의미가 없지만, 당사자가 거리상으로 떨어져 있으므로 계약성립지에 영향을 미치며, 더 나아가서는 계약의 準據法規의 결정과 관련하여 중요하다.

영국에서 *Entores Ltd. v. Miles Far East Corporation* 사건<sup>39)</sup>을 담당한 Denning 판사는 “전화에 의한 承諾은 당사자가 對面하고 있는 경우와 마찬가지로 도달주의의 일반원칙이 적용되며, 피청약자의 承諾의 발음이 청약자에게 청취된 때에 그 장소에서 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립한다.”라고 판시하였다. 즉, 영국에서는 전화에 의한 承諾의 경우 도달주의의 일반원칙이 적용된다.

38) 新堀 聰, 前掲書, 24 面.

39) (1955) 2 Q. B. 327.



미국에서도 전화에 의한 承諾의 효력발생시기는 원칙적으로 도달주의가 적용된다. 미국의 계약법은 “전화에 의한 承諾은 … 당사자가 對面하고 있는 경우의 承諾에 적용되는 원칙에 의하여 규율된다.”라고 하여,<sup>40)</sup> 이를 지지하고 있다.

또한 우리 나라와 일본 및 독일에서는 전화에 의한 承諾의 효력발생시기에 관하여 명시적인 규정도 판례도 없지만, 발신과 도달의 동시성을 고려하여 도달주의가 적용되고 있는 것은 의문의 여지가 없다. 이는 의사표시의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 취하고 있는 것에 의해서도 명백하다. 요컨대 전화에 의한 承諾의 경우 각국의 법률은 도달주의를 대원칙으로 하고 있다.

### ③ 텔렉스에 의한 承諾

텔렉스는 양당사자가 대화하는 것이 가능하므로 이러한 점에서 보면 전화의 경우와 유사하지만, 한편으로는 상대방이 텔렉스 기계 앞에 없어도 전문을 보내는 것이 가능하므로 일반전보의 경우와 유사한 면도 있다. 따라서 텔렉스에 의한 承諾의 경우 도달주의가 적용되는가 그렇지 않으면 발신주의가 적용되는가는 의견이 나누어져 있지만, 텔렉스 이용의 역사가 짧기 때문에 판례 및 학설상 定說이 없다.

영국의 판례인 *Entores Ltd. v. Miles Far East Corporation* 사건<sup>41)</sup>에서 런던에 있는 회사인 원고는 일정수량의 금속을 매각하기 위하여 본사가 뉴욕에 있는 피고의 네덜란드 암스텔담 지점에 텔렉스로 請約하였다. 이에 대하여 피고는 그 請約을 텔렉스로 承諾하였다. 그런데 후에 분쟁이 생기어 소송이 제기되었다.

이 사건에서는 재판관할권이 어디에 있는가가 중심문제이었지만, 이 문제는 결국 텔렉스에 의한 承諾의 효력발생시기에 관하여 도달주의가 적용되는가 아니면 발신주의가 적용되는가 하는 문제에 귀착하게 된다. 이 사건을 담당한 Parker 판사는 “텔렉스에 의한 承諾에는 도달주의가 적용된다”라고 판시하였다. 그리고 동 판사는 그 이유로서 “일반원칙으로서 구속력이 있는 계약이 성립하기 위하여는 請約이 承諾되어야 할 뿐만 아니라 承諾의 통지가 상대방에게 도달되지 않으면 안된다. … 텔렉스는 발신과 수신이 완전히 동시적이지는 아닐지라도 당사자는 마치 전화의 경우와 마찬가지로 실제로는 대화를 하고 있는 것과 같으므로 承諾의 통지가 청약자에 의해 수령될 때까지 구속력이 있

40) American Law Institute, *op. cit.*, s. 64.

41) (1955) 2 Q. B. 327.

는 계약은 성립하지 않는다는 일반원칙에서 벗어날 이유가 없다.”라고 하였다.

또한 *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mb.H.* 사건<sup>42)</sup>에서 영국의 Brinkibon 회사는 일정수량의 강철봉을 구매하기 위하여 오스트리아의 Stahag 회사와 거래교섭을 하였다. 그리고 계약은 Brinkibon 회사가 Stahag 회사에 보낸 텔렉스에 의한承諾에 의해 성립되었다. 그러나 계약이 이행되지 않았으므로 소송이 제기되었다. 이 사건에서 법원은 “런던에서 비엔나로 보내진 텔렉스에 의한承諾은 비엔나에서 계약이 성립되었다.”라고 판시하였다.

이와 같이 영국에서는 텔렉스에 의한承諾에 관하여 도달주의가 적용되고 있다. 그러나 이 원칙이 텔렉스의 이용과 관련한 모든 경우에 보편적으로 적용될 수 있는지는 의문스럽다. 즉, Brinkibon 사건에서 Wilberforce 卿은 “텔렉스에 의한 통신은 ① 발신자와 수신자가 당해 계약의 본인이 아니라 제한된 권한을 가지고 있는 고용인이나 대리인일 수도 있고, ② 통신문이 당해 계약의 수신인에게 영업시간이 지나서 또는 밤중에 도달되는 경우와 같이 즉각적으로 도달되지 아닐 수도 또한 도달예정일 수도 있으며, ③ 수신인의 과실에 의해 통신문이 의도한 정확한 시간에 수신인에게 도달되지 않을 수도 또는 통신문이 제3자에 의해 조작되는 텔렉스 기계를 통하여 통지될 수도 있는 등 이외에도 많은 통지상의 변형이 있을 수 있다.”라고 하였다. 따라서 보편적인 원칙이 이러한 모든 경우에 적용될 수는 없다. 즉, 각 경우에 따라 당사자의 의사, 거래관행 및 위험이 존재하는 경우와 같이 특정의 경우에는 법원의 판결에 의해 해결하여야 한다.<sup>43)</sup>

한편 미국의 계약법은 “...실질적으로 동시적 통신수단에 의한承諾은 당사자가 對面하고 있는 대화자간의承諾의 경우에 적용되는 원칙에 의해 규율된다”라고 하고 있다.<sup>44)</sup> 따라서 미국에서도 텔렉스에 의한承諾의 효력발생시기에 관하여는 도달주의를 채택하고 있음을 알 수 있다. 또한 ULF와 CISG 및 우리 나라, 일본, 독일에서도 텔렉스에 의한承諾의 효력발생시기에 관한 판례는 없지만, 텔렉스는 발신과 수신이 동시적이므로 대화적 요소가 강하기 때문에 일반원칙대로 도달주의가 적용된다고 판단된다.

42) (1983) 2 A. C. 34.

43) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, Stevens & Sons, 1990, p. 93.

44) American Law Institute, *op. cit.*, s. 64.

④ 팩시밀리에 의한 承諾

팩시밀리는 오늘날 무역거래에서 텔렉스와 더불어 가장 많이 이용되고 있는 통신수단 중의 하나이다.

그러나 팩시밀리에 의한 承諾의 효력발생시기에 관하여는 그 이용의 역사가 짧기 때문에 판례도 없고, 학설상의 定說도 없다. 그렇지만 팩시밀리에 의한 통신은 전화와 텔렉스와 같이 실질적으로는 발신과 수신이 동시적이므로 동시적인 통신수단에 의한 承諾의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 도달주의가 적용된다고 하여야 할 것이다.

⑤ 전자식자료교환에 의한 承諾

1990 년대에 들어 세계 각국에서 통신수단으로서 각광을 받고 있는 전자식자료교환(EDI: Electronic Data Interchange)은 기업간에 주고 받는 문서정보를 표준화된 서식으로 컴퓨터에 의해 교환하는 것이다. 이러한 전자식자료교환은 정보를 교환하는데 일일이 문서양식을 작성하지 않고 표준화된 거래서식에 데이터만 입력하면 되기 때문에 거래시간을 크게 단축시킬 수 있을 뿐만 아니라 거래의 정확성을 기할 수 있다. 따라서 전자식자료교환의 이용은 현재는 초보적 단계이지만 장래 무역거래에서 그 기능은 至大할 것으로 보인다.

여기에서 전자식자료교환에 의한 계약체결시의 承諾의 효력발생시기에 관하여 문제가 제기될 수 있다. 그러나 전자식자료교환에 의한 통신은 텔렉스의 경우와 같이 실질적으로는 그 발신과 수신이 동시적이므로 텔렉스에 의한 承諾의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 도달주의가 적용된다고 추정되며,<sup>45)</sup> 이에는 아직 異論이 없다.

⑥ 우편 또는 전보에 의한 承諾

우편 또는 전보에 의한 통신의 경우에는 우편의 投函 또는 전보국에서의 발신을 위한 전보의 手交時로부터 상대방에게의 도달시까지 시간이 걸리므로 承諾의 효력이 언제 발생하여 계약이 성립하는가의 문제, 즉 발신주의에 의하는가 아니면 도달주의에 의하는가의 문제가 발생한다.

이와 관련하여 ULF 및 CISG 그리고 독일민법에서는 의사표시의 효력발생시기에 관하여 일괄적으로 도달주의를 취하고 있으므로, 우편 또는 전보에 의한 承諾의 경우에도 그 承諾의 통지가 상대방인 청약자에게 도달될 때까지 계

45) I. Walden and N. Savage, "The Legal Problems of Paperless Transactions", *The Journal of Business Law*, 1989. 3, p. 107.

약은 성립하지 않는다.

그런데 영국과 미국에서는 우편 또는 전보에 의한 承諾의 경우 일반원칙인 도달주의가 적용된 판례가 없지는 않지만,<sup>46)</sup> 예외적으로 발신주의가 적용되고 있다.

영국에서 최초로 우편에 의한 承諾의 경우 발신주의를 인정한 판례는 1818년의 *Adams v. Lindsell* 사건<sup>47)</sup>이다. 그 이후 *Household Fire and Carriage Accident Insurance Ltd. v. Grant* 사건<sup>48)</sup>에 의해 우편에 의한 承諾의 경우 발신주의가 적용됨이 명확하게 되었다. 즉, 이 사건에서 Grant는 Household 보험 회사에 대하여 동 회사의 주식을 매수하겠다고 청약하였다. 그런데 동 회사는 Grant에게 承諾의 통지를 우편으로 投函하였지만 통지과정에서 분실되었다. 그러나 법원은 우편에 의한 承諾의 경우 발신시에 계약이 성립하므로 Grant는 주주로서의 책임을 부담하여야 한다고 판결하였다. 또한 미국의 경우에도 *Mactier's Adm'rs v. Frith* 사건<sup>49)</sup>에서 우편에 의한 承諾은 그 통지가 발송된 순간에 계약이 성립한다고 판시하였고, 또한 *Hamilton v. Lycoming Mutual Insurance Co.* 사건<sup>50)</sup>과 *Morrison v. Thaelke* 사건<sup>51)</sup>에서도 우편에 의한 承諾은 그 발신시에 계약이 성립한다고 판시하였다. 한편 전보에 의한 承諾의 경우에도 발신주의가 적용된다.<sup>52)</sup> 이리하여 우편과 전보에 의한 承諾의 경우 영국과 미국에서는 발신주의가 부동의 것으로 되어 있다.

한편 우리 나라와 일본의 민법에서도 격지자간의 계약에서는 承諾의 효력발생시기에 관하여 발신주의를 규정하고 있다(민법 제 531 조, 일본 민법 제 526 조 (1) 항). 따라서 우편 또는 전보에 의한 承諾의 경우 발신주의의 원칙이 적용된다. 그러나 이 원칙은 請約을 유효기간내에 承諾의 통지가 청약자에게 도달되지 않으면 그 효력을 상실한다는 취지의 규정에 의해 제한을 받는다.<sup>53)</sup> 즉, 承諾의 통지가 승낙기간내에 청약자에게 도달하지 않으면 請約은 효력을 잃게 되고, 결국 계약은 성립하지 않게 되기 때문이다.

46) *Howell Securities Ltd. v. Hughes* (1974) 1 W. L. R. 155.

47) (1818) 1 B. & Aid. 681.

48) (1879) 4 Ex. D. 216, 223.

49) (1830) 6 Wend. 103.

50) (1847) 5 Pa. 339.

51) (Fla App) 155 So 3d 889.

52) J. Chitty, *op. cit.*, p. 42.

53) 민법 제 528 조, 제 529 조.

요컨대 우편·전보에 의한 承諾의 효력발생시기에 관하여는 ULF, CISG 및 독일민법을 제외하고는 우리 나라를 비롯한 영미, 일본 등에서는 발신주의가 적용된다. 다만 영미법과 우리 나라와 일본 민법과의 상위점은 우편·전보에 의한 承諾의 통지가 상대방에게 不到達 또는 지연도달된 경우 우리 나라와 일본의 민법에서는 최종적으로는 계약이 성립하지 않는다고 해석되고 있는데 반하여, 영미법에서는 그 不到達이나 지연도달에 관계없이 계약은 그 발신과 동시에 최종적으로 성립한다는 것이다.

#### 나. 交叉請約에 의한 承諾의 효력발생시기

계약당사자가 서로 우연하게 請約을 동시에 하여 쌍방의 계약내용이 일치하는 현상을 交叉請約이라고 한다. 즉, 交叉請約은 각 당사자가 우연히 상호 청약하였는데 그 청약내용이 완전히 일치하는 경우에 인정되는 것이다. 그러므로 交叉請約에 의한 계약의 성립과 관련하여서는 承諾의 기능은 없으므로, 承諾의 효력발생시기를 고려하여 국제물품매매계약의 성립시기를 논할 수는 없다.

또한 交叉請約에 의한 국제물품매매계약이 성립하는가의 여부는 各法系에 있어서 아마도 명확하지는 않다. 오늘날 영미에서는 부정적이고 프랑스, 일본 및 우리 나라에서는 긍정적이라는 정도이다. 그런데 交叉請約은 실무상으로는 지극히 드물게 발생하는 것이지만, 정기적으로 거래를 하고 있는 당사자간 등에서는 交叉請約이 전혀 발생하지 않는다고는 할 수 없다. 그러므로 국제물품매매계약의 체결에 있어서 실무상 請約이 交叉된 것으로 생각되는 경우에는 즉시 상대방의 請約에 대하여 承諾의 의사표시를 하여 계약성립을 적극적으로 유도하는 것이 좋다.

이와 같이 交叉請約에 의한 계약성립의 이론 자체가 명확하지 않으므로, 그 성립시기와 관련한 특별한 명시규정도 없다. 다만 우리 나라 민법은 交叉請約에 의한 계약성립시기와 관련하여 선도적으로 명시규정을 두고 있는데, 즉 우리 나라 민법 제 533 조는 “兩請約이 상대방에게 도달된 때에 성립한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 국제물품매매계약은 交叉請約에 의한 경우 兩請約이 상대방에게 도달된 때에 성립하며, 兩請約이 동시에 도달하지 않은 경우에는 후의 請約이 상대방에게 도달된 때에 성립한다.

#### 다. 意思實現에 의한 承諾의 효력발생시기

우리 나라와 일본의 민법은 “...계약은 承諾의 통지가 필요하지 아니한 경우

에는 承諾의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다.”라고 규정하고 있다(민법 제 532 조, 일본 민법 제 526 조 (2) 항). 그러므로 이 의사실현에 의한 계약의 성립시기, 즉 의사실현에 의한 承諾의 효력발생시기는 承諾의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때이며, 따라서 의사실현에 의한 承諾으로 인정되는 피청약자의 행위에 의한 承諾의 효력발생시기는 承諾으로 인정되는 행위의 이행이 개시되는 시점이다. CISG는 “... 행위에 의해 동의를 표시하는 경우 承諾은 그러한 행위가 이행된 때에 효력을 발생한다.”라고 규정하여(CISG 제 18 조 (3) 항), 이를 뒷받침하고 있다.

그런데 행위에 의한 承諾도 그 承諾의 통지를 필요로 하는 경우에는<sup>54)</sup> 피청약자가 그 행위의 이행의 통지를 행한 때에 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립한다. 그러므로 이 경우에는 계약은 그러한 통지의 발생시와 청약자가 피청약자의 이행행위를 인지한 때 중에서 더 빠른 시기에 성립한다.

한편 請約을 수령한 피청약자의 침묵이나 無行爲가 承諾으로 인정되는 경우 그 承諾의 효력발생시기에 관하여 각국은 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 침묵이나 無行爲에 의한 承諾의 효력발생시기는 피청약자가 請約을 거절할 자신의 권리를 상실하는 시기에 의해 결정된다. 이 경우 보통 피청약자가 請約을 거절할 권리는 지정된 시간 또는 합리적인 시간의 경과에 의해 상실된다.

#### 라. 條件附承諾의 효력발생시기

承諾에 일정한 조건이 부가된 경우에 承諾은 그 조건이 충족될 때까지 효력이 발생하지 않는다. 예컨대 매매계약서의 작성을 조건으로 하는 承諾은 그 계약서가 작성되어 양당사자가 서명할 때까지 계약이 성립하지 않는다.<sup>55)</sup>

영국의 판례인 *Chillingworth v. Esche* 사건<sup>56)</sup>에서 C와 D는 물품의 매매에 관한 합의를 기록한 문서에 서명하였지만, 그것은 C의 변호사에 의해 준비된 정식의 계약서에 의하는 것이 조건으로 되어 있었다. C에 의하여 정식의 계약서가 작성되었고, 이에 D의 변호사도 동의하였지만 D는 서명을 거절하였다. 이 사건에서는 정식의 계약서에 양당사자가 서명할 때까지 계약은 성립하지 않는다고 판시하였다.

54) UCC 제 2-206(2) 조.

55) C.M. Schmitthoff and D.A.G. Sarre, *op. cit.*, p. 21.

56) (1924) 1 Ch. 97.

또한 *Eccles v. Bryant* 사건<sup>57)</sup>에서는 Eccles와 Bryant가 계약서의 작성을 조건으로 물품의 매매에 서명하였다. 그리고 Eccles는 2통의 계약서 중 자신의 것에 서명하여 Bryant에게 우송하였지만, Bryant는 그의 계약서에 서명하여 郵送하지 않았다. 이 사건에서는 계약이 성립하지 않았다고 판시하였다. 즉, 계약서를 작성하여 서로 교환하는 것을 조건으로 하는 계약의 承諾은 2통의 계약서가 양당사자에 의해 서명되어 교환될 때까지 효력이 발생하지 않는다. 이 경우 그 교환이 우편에 의하는 것이면 2통의 계약서 중에 나중의 것이 우송된 때에 계약이 성립한다.

이와 같이 일정한 조건이 부가된 承諾의 효력은 그 조건이 충족될 때까지 효력이 발생하지 않으므로 그 때까지 계약은 성립하지 않는다.

#### IV. 國際物品賣買契約의 成立場所

계약의 성립장소가 문제가 되는 것은 주로 계약의 성립요소인 의사표시가 다른 법률이나 관습이 행하여지고 있는 지역에 걸쳐 행하여지는 경우 그 계약은 어떤 법률의 적용을 받아야 하며, 또한 어떤 관습에 따라 해석할 것인지 하는 점에 관련하여 문제가 될 수 있다. 특히 국제물품매매계약은 상이한 국가간에 행하여지는 것이 보통이므로, 그 準據法規의 문제와 더불어 계약의 성립장소는 중요한 의미를 가진다.

國際法規 및 各國의 國內法은 계약의 성립장소와 관련한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 국제물품매매계약의 경우와 같이 격지자간에 체결되는 계약에서는 확정적이고 무조건적인 承諾의 효력이 발생한 장소에서 계약이 성립하는 것으로 추정된다.<sup>58)</sup>

왜냐하면 그 장소에서의 承諾의 행위가 단순한 거래교섭을 구속력있는 법률적 의무로 변모시키기 때문이다. 그러므로 국제물품매매계약에 있어서 承諾의 효력발생시키는 원칙적으로 그 承諾의 통지가 상대방에게 도달한 때이기 때문에, 유효한 承諾의 통지가 청약자에게 도달된 장소에서 국제물품매매계약이 성

57) (1948) Ch. 93.

58) C.M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 216.

립한다.

이와 관련한 영국의 판례인 *Johnson v. Taylor Bros. & Co. Ltd.* 사건<sup>59)</sup>에서 영국 런던의 상인은 인도의 캘커타의 매수인으로부터 CIF 조건으로 물품의 주문을 받았다. 그리고 영국의 상인은 이 주문을 쾌히 承諾하였지만 후에 분쟁이 생기어 소송이 제기되었다.

이 사건에서는 準據法の 適用問題가 중심문제로 제기되었는데, 법원은 “계약은 영국에서 성립되었으며, 또한 합의된 목적지까지의 물품운송을 위한 선적도 영국에서 이행되었으므로 영국법에 의해 준거된다.”라고 판시하였다. 그러므로 국제물품매매계약은 承諾의 효력이 발생하여 계약이 성립된 시기의 그 장소가 바로 계약의 성립장소가 된다.

*Entores Ltd. v. Miles Far Corporation* 사건<sup>60)</sup>에서 영국 런던에 있는 회사인 원고는 일정수량의 금속을 매각하기 위하여 본사가 미국의 뉴욕에 있는 피고의 네덜란드 암스텔담 지점에 텔렉스로 請約하였다. 이에 대하여 피고는 텔렉스로 承諾하였지만, 후에 분쟁이 발생하여 소송이 제기되었다.

이 사건에서는 裁判管轄權이 어디에 있는가가 중심문제였는데, 법원은 “텔렉스에 의한 承諾의 효력발생시기는 그 承諾의 통지가 상대방에게 도달된 때이므로 承諾의 효력이 발생한 장소인 영국에서 계약이 성립하였다.”라고 판시하였다. 그러므로 裁判管轄權은 영국에 있게 된다.

또한 *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft m.b.H.* 사건<sup>61)</sup>에서 영국의 Brinkibon 회사는 일정수량의 강철봉을 구매하기 위하여 오스트리아의 Stahag 회사와 거래교섭을 하였다. 그리고 계약은 Brinkibon 회사가 Stahag 회사에 보낸 텔렉스에 의한 承諾에 의해 성립되었다.

그러나 계약이 이행되지 않았으므로 소송이 제기되었다. 이 사건에서 법원은 “런던에서 비엔나로 보내진 텔렉스에 의한 承諾은 비엔나에서 계약이 성립되었다.”라고 판시하였다. 이와 같이 국제물품매매계약의 성립장소는 계약체결을 위한 承諾의 效力이 발생한 장소이다.

59) (1920) A. C. 144.

60) (1955) 2 Q. B. 327.

61) (1893) 2 A. C. 34.



## V. 結 論

법률적 요건으로서의 계약은 이를 구성할 법률사실이 완전히 구비되었을 때에 성립한다. 그러므로 국제물품매매계약은 일방당사자의 계약체결을 위한 請約과 이에 대한 상대방의 承諾에 의해 성립하는 것이 보통이므로, 承諾의 효력이 발생한 때에 성립한다.

즉, 承諾은 請約과 合致하여 계약을 성립시키는 효력이 있다. 그러므로 承諾의 효력이 발생한 때에 계약이 성립한다. 그런데 承諾의 효력발생시기는 동일 국가의 법률체계에서도 일치하고 있지 않으며, 承諾의 의사표시의 통지수단에 따라 承諾의 효력발생시기를 달리하고 있다. 즉, 口頭, 전화, 텔렉스, 팩시밀리, 전자식자료교환 등과 같이 그 발신과 수신이 동시에 이루어지는 동시적인 통신수단에 의한 承諾의 효력발생시기는 그 承諾의 통지가 상대방인 청약자에게 도달된 때에 효력이 발생한다. 그런데 우편·전보와 같이 그 발신과 수신에 시간적인 격차가 발생하는 간접적인 통신수단에 의한 承諾의 효력발생시기는 그 발신시인가 아니면 상대방에게 도달한 때인가의 문제가 발생한다. 이와 관련하여 ULF와 CISG 및 독일민법은 도달주의를 취하고 있지만, 영미는 물론 우리 나라와 일본의 민법은 발신주의를 취하고 있다.

또한 피청약자의 承諾으로 인정될 수 있는 행위에 의한 承諾의 경우, 그 효력발생시기는 承諾의 의사표시로 인정되는 행위의 사실이 있는 때이다. 또한 피청약자의 沈默이나 無行爲가 承諾으로 인정되는 경우, 그 효력발생시기는 피청약자가 請約을 거절할 자신의 권리를 상실하는 시기에 의해 결정된다. 이 경우 보통 피청약자의 請約을 거절할 권리는 지정된 기간 또는 합리적인 기간의 경과에 의해 상실된다. 그런데 承諾에 일정한 조건이 부가된 경우에는 그 조건이 충족될 때까지 承諾의 효력이 발생하지 않는다.

한편 國際法規 및 各國의 國內法은 계약의 성립장소와 관련한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 국제물품매매계약의 경우와 같이 격지자간에 체결되는 계약에서는 확정적이고 무조건적인 承諾의 효력이 발생한 장소에서 계약이 성립하는 것으로 추정된다. 왜냐하면 그 장소에서의 承諾의 행위가 단순한 거래교섭

을 구속력있는 법률적 의무로 변모시키기 때문이다. 그러므로 국제물품매매계약에 있어서 承諾의 효력발생시기는 원칙적으로 그 承諾의 통지가 상대방에게 도달한 때이므로 유효한 承諾의 통지가 청약자에게 도달된 장소에서 국제물품매매계약이 성립한다.

### 參 考 文 獻

- 郭潤直, 債權各論(民法講義 IV), 博英社, 1979.
- 梁暎煥·吳元奭, 貿易商務論, 法文社, 1991.
- 元鳳喜, 미국의 비즈니스로, 韓國經濟新聞社, 1985.
- 木下 毅, 英米契約法の理論, 東京大學出版會, 1985.
- 新堀 聰, 貿易賣買入門, 同文館, 1966.
- 中村 弘, 貿易契約の基礎, 東洋經濟新報社, 1983.
- American Law Institute, *Restatement of the Law (second), Contracts*, St. Paul, Minn., 1981.
- Babb, H.W. and Martin, C., *Business Law*, Barnes & Noble Books, 1969.
- Furmston, M.P., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 11th ed., Butterworths, 1986.
- Guest, A.G., *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford, 1984.
- Guest, A.G. et al., *Chitty on Contracts*, 25th ed., Sweet & Maxwell, 1983.
- Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
- Jaeger, H.E., *Williston on Contracts*, 3rd ed., Mount Kisco, 1957.
- Schlesinger, R.B. et al., *Formation of Contracts*, Vol. I, II, Stevens & Sons, 1968.
- Schmitthoff, C.M., *Export Trade*, Stevens & Sons, 1990.
- Schmitthoff, C.M. and Sarre, D.A.G., *Charlesworth's Mercantile Law*, 14th ed., Stevens & Sons, 1984.
- Walden, I. and Savage, N., "The Legal Problems of Paperless Transactions", *The Journal of Business Law*, 1989. 3.
- 柳重遠, "英·美契約法上の Consideration 法理의 考察", 「仲裁」, 大韓商事仲裁院, 1985. 9.

李均成, “賣買契約의 成立”, 韓國商事法學會 發表論文, 1989. 7.

한국, 일본, 독일, 프랑스 민법.

한국 상법.

*The Sale of Goods Act* 1893, 1979.

*Uniform Law on the International Sale of Goods* 1964.

*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*  
1980.

*Restatement of the Law Contract* 1932, 1979.

*Uniform Commercial Code* 1984.

*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*  
1964.