

유럽 법제에서 오픈 프라이스 청약의 유효성에 관한 고찰

김 재 성*

-
- I. 서 론
 - II. 유럽법제에서 유효한 청약의 요건
 - III. 유럽법제에서 오픈 프라이스 청약의 유효성
 - IV. 결 론
-

I. 서 론

국제물품매매계약에서 청약이란 거래당사자 일방이 매매거래 조건을 구체적으로 상대방에게 제시하면서 그러한 조건으로 물품을 판매 또는 구매하겠다는 확정적인 의사표시이다.¹⁾²⁾ 일반적으로 청약은 ‘충분한 내용’으로 조건

* 배화여자대학교 국제무역학과 겸임교수

1) J. Beatson, Anson's Law of Contract, Oxford Univ. Press., 1998, p.27.

을 제시하는 것을 하나의 성립요건으로 하고 있다. 품질, 수량, 가격, 선적, 결제 등 여러 조건 중에서 특히 가격조건은 중요한 의미를 갖는다. 본 논문에서는 가격조건에서 구체적으로 가격을 확정하지 않은 경우에도 유효한 청약으로 볼 수 있는가에 대하여 유럽법제를 중심으로 검토하고자 한다.

국제물품매매계약의 경우에 가격조건을 특정하지 않거나 그 결정을 유보하는 오픈 프라이스 계약(open-price contract)이 많지 않은 것이 사실이다. 오픈 프라이스 계약은 일반 매매계약 뿐만 아니라 프랜차이즈 또는 판매점 계약에서도 활용이 가능한데 특히 프랜차이즈 또는 판매점 계약처럼 계약 당사자가 자신의 배타적 권리를 유보하기 위하여 계약 상대방을 오픈 프라이스 계약으로 유도한다면 이러한 경우 계약의 유효성에 관하여 중요한 문제가 될 수 있다.

청약에서 가격을 확정하지 않은 청약이 유효한지 여부에 관하여 유럽 여러 국가의 법제는 통일된 입장을 가지고 있지 않다. 예를 들어 영미법은 가격을 특정하지 않는 계약의 유효성을 인정하는 반면에 프랑스와 스페인법은 이를 허용하지 않는다.

계약의 교섭이 상당기간 지연되거나 복잡해지는 경우 청약과 승낙의 조건을 보다 정확히 규정할 필요가 있기 때문에 명백한 내용으로 청약의 내용을 표시하는 것이 바람직할 것이나 여러 가지 사정으로 오픈 프라이스 청약이 있는 경우도 있으며 이에 대한 유럽 법제에서는 각 국의 국내법마다 독특한 시각을 유지하고 있다.

본 연구는 학술적으로나 실무적으로 현재 국제매매계약의 준거법으로서 CISG의 목적과 내용이 비교적 잘 알려져 있고, 이를 준거법으로 지정할 것을 추천하는 경향을 고려하여 유럽 법제를 중심으로 청약의 유효성에 관한 입장을 소개하고자 한다. 우선 청약의 유효성에 관한 공통적 특성을 영국, 프랑스, 독일의 계약법의 관점에서 살펴본다. 이 중에서 우리에게 비교적 잘 알려진 영미법은 비교적 간략히 다루고, 프랑스와 독일 등 대륙법계 계약법에 무게를 두고자 한다.

2) Emanuel, Steven, Contracts, Emanuel Law Outlines, Inc., 1993, p.2.

II. 유럽법제에서 유효한 청약의 요건

국제무역계약은 각 국 국내법의 차이에도 불구하고 CISG 등 국제무역규칙을 준거법으로 수용할 때 대부분의 문제는 예망이 가능할 것이다. 오늘날 국제무역규칙의 한 축을 담당하고 있는 유럽법제의 관점에서 청약의 유효성을 고찰하면 현재의 국제무역규칙을 이해하는데 더욱 도움이 될 것으로 생각된다.

“유럽계약법원칙”(Principles of European Contract Law; 이하 PECL이라 한다)에서는 청약의 조건으로 충분히 확정적일 것과 청약자는 자신의 청약에 대하여 구속될 의사표시가 있을 것을 규정하고 있다.³⁾ 또한 “UN통일매매법”(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods; 이하 CISG라 한다)과 “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙”(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; 이하 UNIDROIT라 한다)에서도 offer에 관한 분명한 정의를 제시하지 않고 단지 계약조건을 명백히 하고 상대방의 승낙에 대하여 구속될 의사가 있다면 청약으로 간주하는 정도의 개념만 유지하고 있다.⁴⁾ 미국 “통일상법전”(Uniform Commercial Code; 이하 UCC라 한다.)의 관점도 기본적으로 이와 유사하다.⁵⁾

전통적인 계약이론에 따라 청약과 승낙에 의한 계약을 이행하는 경우에는 문제가 없으나, 청약과 승낙 없이 계약을 이행하고자 할 때 계약이 성립하는 시점이 정확히 언제부터인지 확인하기 어려운 문제가 발생한다. 국제매매계약의 전제가 되는 청약은 그 유효성을 온전히 성립하기 위해서는 계약당사자 자신들이 합의한 계약에 구속될 의사표시를 하여야 하지만, 국제무역법규들은 청약의 성립요건에 관한 구체적이고 세밀한 사항으로 그 내용을 다루고 있지 않다.

3) PECL 2:2

4) UNIDROIT principle Art.2.2.

5) UCC 2-204 조항과 PECL 2:101, 2:211 조항은 청약과 승낙에 대하여 유사한 관점을 보이고 있다.

이렇게 느슨한 정도의 수준으로 청약의 요건을 규정하고 있는 것은 대다수 법체계에서 채택하고 있는 관점이고, 계약당사자는 물론 중재인이나 법률가의 입장에서든 같은 방법으로 계약의 성립 여부를 판단하는 것이 보다 편리하기 때문으로 추측된다.

유럽 각국의 법제는 계약의 성립에 관하여 계약당사자 합의의 필요성과 행위능력을 가진 당사자에 의한 합의라는 두 가지 점에서 주요한 공통점을 보이고 있다. 다만 현실적으로 국제거래의 측면에서 후자는 특히 중요한 의미를 지니게 된다. 각국의 법제는 승낙을 전제로 하는 청약을 반드시 제시해야함을 규정하고 있는데 이는 반드시 그 계약에 구속될 것임을 의도로 하는 것이어야 하며 또 청약은 승낙으로 충분히 완료되는 것이어야 함을 의미한다. 이하에서 각 국가의 계약의 성립요소로서 청약에 관한 내용을 살펴보기로 한다.

1. 유럽 주요 국가에서 유효한 청약의 요건

(1) 프랑스법

1) 계약의 성립요건

프랑스 민법전에서는 유효한 계약이 성립되기 위하여 다음 네 가지 조건을 필수로 규정하고 있다.⁶⁾ 첫째, 계약의 의무를 이행할 것을 약정하는 당사자의 합의(*consentement*)⁷⁾, 둘째, 계약의 이행능력, 셋째, 계약의 확정적 목적성⁸⁾ 넷째, 계약의 법적 근거(*cause*)를 갖추어야 한다.

프랑스법은 영국법과 달리 계약의 당사자가 제시하는 계약조건으로 가격이 분명히 명시될 때 유효한 청약과 승낙으로 간주한다.⁹⁾ 따라서 매매계약에서는 매도인의 판매 의사를 알 수 있는 카다로그에 대하여 매수인은 반대 의사가 없는 주문을 함으로써 승낙이 된다.

6) *Code Civil*, Art.1108.

7) 프랑스 법전에서의 합의는 계약당사자 쌍방의 의견일치와 계약의 조건에 대한 계약당사자의 동의표시의 두 가지 의미로 내용에 따라 번역이 달라질 수 있다.

8) *Code Civil*, Art.1126.

9) Weill and Terré s.134.1

프랑스 법원은 판매장에서 매도인이 고정된 가격으로 결정하여 전시한 상품을 매수인이 계산 전까지 바구니에 담고 있었다면 이를 승낙으로 인정하여 계약은 성립한 것으로 본다. 그런데 매도인의 잘못으로 상품에 파손이 발생하였다면 이에 대한 배상책임이 매도인에게 있다고 본다.¹⁰⁾ 이러한 경우 영국법에서는 매수인이 매도인에 대하여 부주의에 의한 배상책임을 제기할 수 있겠지만 프랑스법에서는 손해배상을 청구할 수 없다.

2) 유효한 청약의 요건

프랑스법에서 청약은 객관적으로 확정적이며 충분한 의사표시이어야 한다. 원칙적으로 청약은 계약의 모든 필수 조건을 표시하고, 여기에 대하여 피청약자가 ‘동의함’으로 표시하는 것만으로도 충분히 계약이 성립하는 것으로 보고 있다. 그러나 만일 청약에서 가격조건을 확정적으로 표시하지 않았다면 이것은 청약의 유인(une offre d’entrer en pourparlers)으로 보아야 할 것이다.

계약의 일반원칙은 계약의 시점에 가격이 확정되거나 명시되어야 유효한 계약으로 성립하는 것이고 또한 계약시점에 당사자 계약 의무는 확정되어야 한다. 또한 계약의 수량이 불확실한 경우에도 반드시 이를 확정하여야 한다는 것이 프랑스 법에서 일반적인 계약원칙이다.¹¹⁾

이러한 원칙에 따라 가격을 확정하여 계약의 조건으로 포함하여 체결하여야 할 것이지만 실제적으로 모든 계약에서 적용되는 것은 아니며 계약의 유형에 따라 다른 원칙이 적용될 수도 있다.

계약법의 일반원칙과 별개로 로마법계의 영향으로 파생되어 매매계약에 적용되는 특별원칙으로 매매계약에서 가격을 계약당사자가 아닌 제3자가 결정하도록 하였을 때 제3자가 가격을 제시할 수 없다면 매매계약은 성립하지 않는 것으로 본다.¹²⁾

10) *Code Civil* Art.1147.

11) *Civil Code* Art.1129.

12) Ghestin, Jacques and Martin Billau, *Traite de Droit civil Les Obligations Les Effects du Contrat*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1992 p.582.

(2) 독일법

1) 계약의 성립요건

독일 계약법에서는 유효한 계약이 성립되기 위하여 다음 세 가지 조건을 규정하고 있다. 첫째, 계약당사자의 명시적 방법으로 교환하여 표시된 합의, 둘째, 계약당사자의 능력 셋째, 계약의 이행시점에서 계약을 이행할 수 있다는 가능성¹³⁾을 갖추어야 한다.

독일법은 청약, 청약의 유인 그리고 승낙에 대한 관계를 영국법과 상당히 유사하게 다루고 있다. 카다로그 또는 물품의 전시는 청약이라기보다 청약의 유인으로 간주하고 이때 계약의 당사자는 구속되지 않는다. 다만 매장에 전시된 품목에 관하여 청약으로 간주할지 청약의 유인으로 간주할지에 대하여는 여전히 학문적 논란은 남아있다.¹⁴⁾

2) 유효한 청약의 요건

독일의 상거래에서 일반거래조건은 반드시 명시적으로 표시되거나 명시조건이 없는 상황에서는 그 상황에 적합한 묵시적 방법으로 이를 알 수 있는 것이어야 한다. 명시적으로 계약조건을 표시하였다라도 글씨가 지나치게 작게 인쇄되어 돋보기 없이 읽을 수 없는 조건표시는 유효한 계약으로 볼 수 없다.¹⁵⁾ 이와 유사하게 인쇄된 정형계약서의 이면에 참조로 표시되거나 계약서의 양식 서명 아랫부분에 약관을 인쇄하는 경우에도 계약의 유효성을 인정하기 어렵다.

상업송장에만 의지하여 계약을 체결하는 경우에도 두 가지 측면에서 계약의 유효성을 인정받지 못한다. 첫째, 독일법에서 상업송장은 단지 회계계산상의 서류에 불과하여 당사자의 의사가 표시된 계약서류로 인정하지 않고 있다. 둘째, 계약의 성립 후 상업송장을 발행하고 그 조건으로 계약을 체결하고자 의도하는 경우 상업송장의 일방적 변경만으로 유효성을 인정하게 된다.

13) BGB s.306.

14) Markesis, p.436.

15) HG II ZR 135/82 30 May 1983 RIW 872

그러나 당사자 거래관계에서 일방의 거래조건을 수용하여 그 조건으로 거래가 지속되는 경우 계약의 일반조건을 명시할 필요가 없어진다. 다만 이때 무엇으로 계약의 지속성을 판단할 것인지에 대한 명확한 근거는 없고 매매 계약의 빈도수, 거래규모, 당사자 사이의 관계 등 개별 사건에 따라 지속성 여부가 인정된다.

독일법의 관례에서는 3년간 8회에 걸쳐 불규칙한 간격으로 일관성 없는 거래량으로 거래한 경우에 대하여 법원은 그 계약의 지속성을 인정하지 않았으나, 5년 동안 여러 차례 거래한 독일 수출상과 네덜란드 수입상에 대하여 법원은 그 지속성을 인정하였다.

독일연방법의 계약에 관한 일반원칙은 “당사자 계약관계가 지속되는 경우 사전에 자신의 계약조건을 상대방에게 제시하여야 하며 그 조건은 이의 없이 명백한 동의이어야 한다. 이렇게 완전한 합의가 될 때 승낙으로 간주한다.

지속성을 갖는 상거래에서 상업송장의 수령자가 상업송장에 기재된 일반조건을 침묵의 방법으로 받아들이고 이를 유효한 조건으로 인정할 수 있을 것인지에 관한 문제에서 이를 유효한 계약조건으로 인정한 것은 수령인이 그동안의 거래에서 이를 반대하지 않고 수용하였기에 가능했던 부분이다.

또한 두 번째 원칙으로 일반거래조건이 특정당사자가 요구하는 거래조건으로 수용할 것을 인정할 수 있을 것인지에 관한 문제이다. 반복되는 거래에서 어느 일방이 일방적으로 요구하고 이를 자신의 거래조건으로 삼아 상대방에게 강요할 경우 이러한 조건을 상대방이 알았거나 알고 있어야 하는 당위성이 있는지 또 문서형태가 아닌 조건이 당사자 계약관계에서 관습으로 인정할 수 있는지의 여부가 문제가 된다. 이러한 조건은 특히 독일운송업자와 창고업자의 거래조건에서 발견할 수 있다.

이러한 두 사례에서 피수령인이 명백히 반대의사를 표시하지 않고 침묵으로 행동하는 경우 상대방이 요구하는 특정거래조건을 일반거래조건으로 승낙한 것으로 간주한다.

청약의 내용이 명백하고 분명하다면 거래조건을 묵시적으로 표시해야 할 이유가 없고 당사자 계약서에 거래조건을 사본으로 만들어 보관해야 할 필요도 없다. 매매계약서의 상대방으로부터 전달받은 계약서를 검토할 때 계약서 피령자가 계약의 의무사항 조건을 검토하고 만일 그 의무를 이행하지 못하

였을 때 어떻게 되는지를 살피고 그 계약에 구속될 것임을 확인하는 것은 계약주체로서 당연한 의무이다.

독일법에서 당사자의 거래가 지속되는 거래에서 일반거래조건을 묵시적으로 합의하였으나 이러한 조건을 서류로 작성하지 않았고 거래조건이 피통지인이 거래조건에 관한 세부사항에 관한 내용을 알지 못하였더라도 피통지인이 그 계약조건에 관한 모든 내용을 피통지인이 알고 있어야하는 것은 피통지인 스스로의 계약의무이다.¹⁶⁾

독일법의 이러한 취지는 계약을 이행하기 앞서 계약의 상대방이 반드시 문서로 작성된 일반거래조건을 검토할 충분한 기회를 제공할 것을 의미한다.

그렇다면 독일상인과 외국상인 사이의 국제거래에서 일반거래조건에 관한 묵시적통지하는 것이 충분하고 유효한 것인지의 여부가 문제가 될 수 있다. 외국의 상인이 독일상인에게 거래조건을 문서로 통지해줄 것을 요청하면서 이때 별도의 독일어를 번역해줄 것을 요구하지 않았고 이에 따라 독일상인이 독일어로 계약조건을 작성하여 통지하였다면 독일 상인은 통지의무를 충분히 이행한 것으로 본다.

그러나 독일상인의 국제거래에서 모든 교섭과정을 영어로 진행할 뿐만 아니라 서류의 작성을 영어를 기준 언어로 정하기로 합의하였다면 이후의 모든 과정은 역시 영어를 기준으로 진행함은 물론 서류 또한 영문으로 작성하여야할 것이다.

독일법의 판례를 살펴보면 일반거래조건과 교섭진행과정에서 합의하지 않은 다른 언어를 사용하거나 다른 언어로 관련서류를 기록하였을 때 그 일반거래조건은 계약서의 일부분으로 간주하지 않는다.¹⁷⁾ 계약의 이러한 원칙을 독일계약법에서는 ‘교섭 언어의 원칙’(the doctrine of language of the negotiations)이라고 한다.¹⁸⁾

‘교섭 언어의 원칙’의 취지는 계약에 임하는 모든 당사자는 계약의 주요조

16) BGH (DB 1976, 116) 30 June 1976.

17) OLG Hambourg 1 June 1979 NJW 1980, 1232.

18) Abdermarahmane, D.B., *Le Droit Allenmand des Conditions Generales des Contract dans les Ventes Commerciales Franco-Allemandes*, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985. pp.129-132.

건에 대하여 동일한 언어로 진행함은 물론 서류상 기재되어야 할 것을 기대하는 것이 당연하므로 이러한 조건이 충족되지 않는다면 계약의 신의성실에 위반하는 것으로 보기 때문이다.¹⁹⁾ 독일계약법은 이러한 원칙에 따라 신의성실에 위배되는 조건이라면 본 계약의 조건에서 배제되는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다.

실무적인 관점에서 국제무역계약에서 이러한 문제를 예방하고 이로 인한 소송의 가능성을 배제하기 위해서 독일 상인은 당사자 계약서를 쌍방이 이해할 수 있는 언어로 모두 번역하거나 계약서에서 독일어를 사용하지 않는 것이 바람직하다.

다만 교섭 언어의 원칙은 격지자간 거래에서만 적용되고 타국의 거래선이 독일로 직접 찾아와서 교섭을 진행하는 경우에는 적용되지 않는다.

한편으로 독일상인과 외국상인의 거래에서 당사자 계약조건을 명시적으로 표시하지 않고 묵시조건으로 계약을 체결한다면 독일 법원은 독일상인의 특정거래에서 반복적 거래가 이루어진 것으로 간주한다. 반면에 독일상인과 영국상인의 거래에서 계약 당사자가 독일법을 계약의 준거법으로 지정하였다면 영국 계약당사자의 침묵은 동의로 간주한다.²⁰⁾

(3) 영국법

영국법의 원칙은 대부분 영국법원의 관례와 이와 관련된 입법과정을 통하여 형성되어 왔다. 특히 영국 계약법은 지난 이 백여 년 간 상거래 활동의 결과로 발전하여 온 것으로 농경사회로부터 상거래를 바탕으로 한 산업화 시대의 영향을 고스란히 물려 받았다.

영국법에서의 계약은 서면이나 특정 요건으로 작성할 것을 요건으로 하지 않는다. 서면으로 계약을 작성한 경우 당사자의 서명 또는 이니셜을 작성하는 것으로 충분하다. 다만 계약의 진정성을 의심하게 될 때에는 입증할 수 있는 당사자의 증인을 세우거나 법원에서 이를 결정하게 된다.

영국법은 계약의 유효한 성립을 위하여 다음 네 가지 조건을 필수로 규정하고 있다. 첫째, 계약조건에 대한 계약당사자의 합의, 둘째, 계약을 성립하

19) Langen, Eugen, Transnational Commercial Law, Sijthoff, Leiden 1973. p.234

20) BHJ NJW 1971, 2126.

고자 하는 당사자의 의도, 셋째, 계약당사자의 행위능력, 넷째, 계약의 약인을 갖추고 있어야 한다.

여기에서 약인(約因, consideration)은 영미법내 고유개념으로 약속과 교환하여 약속자가 받는 권리, 이익, 편의 또는 약속을 받는 자가 부담하는 부작위, 불이익, 손실, 의무 또는 이러한 것들의 약속 즉 대가의 교환성을 의미한다. 반면에 독일 및 프랑스법에서 계약의 성립은 약인이 필요 없이 당사자간의 의사표시의 합치만으로 가능하다.

영국법에서 청약은 상대방을 특정할 필요는 없으나 상대방을 특정하기 전까지 청약은 효력이 없다.²¹⁾ 또한 청약은 상대방이 승낙하였을 때 그 계약의 조건에 구속될 것임을 스스로 표시하는 것이다. 이와 같이 계약에 구속될 것을 언급하지 않고 상품의 가격조건에 관하여 교섭하거나, 광고 홍보물을 배포하는 것은 청약이 아닌 청약의 유인(invitation to offer)으로 간주된다.²²⁾

따라서 전통적으로 영국법에서 청약의 유효성을 입증하는 중요한 요건은 계약 당사자가 당해 계약조건에 구속될 것임을 'offer'로 명백히 표시하는 것이다. *Harvey v. Facey*²³⁾ 사건에서 법원은 판매자가 최저가에 물품을 공급하기로 약정하였더라도 이를 'offer'로 명시하지 않았다면 이는 단순히 물품공급에 관한 정보로 볼 수 있을 뿐이며 유효한 계약으로 인정할 수 없다고 판시하였다.

반면에 상대방이 제시한 가격 중 최저가 또는 최고가를 승낙할 것이라는 전제조건이 없는 청약은 유효한 청약으로 볼 수 없으며, 단지 청약의 유인으로 보고 있다.²⁴⁾

21) J. Beatson, op. cit. p.35.

22) *Carlill v. Carbolic Smoke Co.* 18931 1 256, 268 CA. *Fisher v. Bell* 1961 1 QB 394

23) *Harvey v. Facey* [1893] A.C. 552.

24) *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust of Canada (C.I.) Ltd.* [1986] A.C. 207.

2. 청약의 효력에 관한 유럽법제와 CISG와의 비교

현대의 상거래에서 문제해결을 위하여 프랑스법의 접근방법이 보다 합리적일 수 있다. 상술하면, 홍보 및 판매를 목적으로 카다로그를 제공하는 경우 유효성 측면에서 청약의 성격을 다루어야 할 것이나 매장에 전시된 품목의 경우 매도인이 제3자에게 판매하기로 사전에 약정하였기 때문에 판매를 거부한다면, 단순히 상품에 가격표시가 되어 있는 사실만을 근거로 청약으로 보아야 할지 논란이 될 수 있다. 이러한 측면에서 계약책임은 인정하지만 배상책임은 인정하지 않는 프랑스법의 관점이 보다 합리적인 것으로 보인다.²⁵⁾

유럽법 체계에서 청약의 효력에 관한 비교적 합리적 측면이 프랑스법에서 발견되었음에도 불구하고 CISG에서는 이러한 측면이 적용되지 않았다. 호놀드 교수는 특정인에 대한 청약을 특정 주소지에 있는 청약으로 제한하고 있다. 또 CISG 제14조에서 카다로그를 상품과 가격을 표시하여 광범위하게 발행하였다면 이를 청약이 아닌 청약의 유인으로 보아야 한다는 견해를 밝히고 있는데 이는 영국법과 독일법적 사고에 근거한 것으로 보인다.

이러한 점을 상업적 측면에 적용한다면 가격과 주문양식이 인쇄된 카다로그가 국제거래에 사용될 경우에는 청약의 유인이 아니라 승낙의 전제조건이 되는 당사자의 청약으로 간주하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

Ⅲ 유럽법제에서 오픈 프라이스 청약의 유효성

1. 유럽 주요 국가에서 오픈 프라이스 청약의 유효성

(1) 프랑스법

프랑스법에서 유효한 청약과 승낙으로 성립되기 위해서 가격은 반드시 확정되어야 한다. 가격이 객관적으로 확정적이어야 하는 이유는 어떤 거래에서 매도인이 최종 가격결정을 계속 유보하는 경우가 발생한다면 매수인은 안정

25) P.D.V. Marsh, Comparative Contract Law England, France, Germany, 1994, p.43.

된 거래를 진행할 수 없기 때문이다. 또 어떤 계약에서 제3자가 관련되는 경우에도 계약당사자가 거래의사표시를 일일이 확인할 수 없더라도 객관적으로 가격이 확정될 수 있다면 이러한 계약의 불확실성은 모두 사라지게 되므로 유효한 청약으로 볼 수 있다.

또한 매도인이 제시한 가격으로 청약을 발송한 것만으로는 계약이 성립하지 않으며 매수인이 이를 승낙할 때 계약이 성립한 것으로 본다. 이때 매도인이 제시하는 가격은 '시장에서 동질의 유사상품 가격에 준함'과 같은 조건부 조건은 충분하지 않으며 제3자가 인지할 수 있는 객관적이며 확정적으로 표시되어야 한다. 이러한 가격결정 원칙은 장기간 계약이 지속되는 경우 가격신축조항(escalation clause)과 수수료를 결정하는 대리점계약에도 똑같이 적용된다.

계약의 확정성과 객관성을 유지하기 위해 가격을 확정하는 것은 매매계약에서 당연한 것으로 받아들여지고 있지만 최근 범위와 규모가 커지고 있는 프랜차이즈계약이나 배타적 권리를 유보한 판매점계약에서는 가격의 결정시기와 관련하여 새로운 문제가 제기 될 수 있다.

프랜차이즈계약이나 판매점계약에서 무이자로 장비나 시설을 융자하거나 재판매를 위하여 물품을 구매하고 계약을 체결하는 경우 가격의 결정시기를 확정한다는 것은 간단한 문제가 아니다.

판매권자가 물품을 구입할 때 일반적으로 매도인이 제시한 가격표에 따라 가격을 결정하게 된다. 그렇지만 계약법의 원칙에 따르자면 당사자 사이의 가격은 확정적이거나 객관성이 유지되어야 하는 것인데 장기간 배타적권리가 부여되고 인정되는 판매점계약은 매매계약으로 간주되므로 배타적권리가 인정되는 계약기간 중 확정된 가격을 제시하지 못하고 있으므로 계약법 원칙상 위배가 된다. 이에 대하여 법원은 가격이 확정되지 않거나 객관적으로 표시할 수 없는 경우 계약은 무효가 된다고 결정하였다.²⁶⁾ 이를 통하여 프랑스 법은 모든 계약에서 가격을 표시하거나 객관적으로 이를 알 수 있도록 표시하여야 한다고 결정하고 있음을 알 수 있다.²⁷⁾

26) 계약상 발생하는 이러한 문제를 회피하기 위하여 *Civil Code* Art.1592를 적용하여 공백을 보완하고 있다.

27) *Civil Code* Art.1129.

그러나 이러한 규정을 모든 계약에 적용하기에는 어려움이 있으며 특히 배타적권리를 유보한 채 본사로부터 물품을 구매해야하는 프랜차이즈 계약에는 특히 문제가 된다. 따라서 법원은 계약법을 엄격히 적용하는 원칙에서 다소 후퇴하여 프랜차이즈 계약에서의 당사자 쌍방의 주요 계약의무를 새로이 규정하고 있다.

프랜차이즈 계약에서는 내용에 따라 가격의 확정여부에 관계없이 계약으로 유효성이 인정되기도 하고 유효성이 성립되지 않는 경우가 나타나고 있다. 그러나 프랑스 법원의 원칙과 태도가 계약의 유효성을 평가하는데 언제나 일관성을 유지하지 못하고 있는 점이 문제가 된다.

프랜차이즈 계약에서 본사가 제시한 계약에서 본사의 물품만을 판매하는 것으로만 약정한 경우 문제가 발생하게 된다. 프랜차이지(franchisee)가 본사와의 계약을 조기에 종료하고 이에 대하여 본사가 소송을 제기하였을 때 프랜차이지는 당사자 계약에서 가격이 결정되지 않았으므로 계약은 무효라 주장하였다. 그러나 법원은 이 계약이 물품의 포괄적 공급계약이므로 가격의 결정은 본사의 결정권에 따라야 한다고 결정하여 계약의 유효성을 인정하였다.

이러한 판결에도 불구하고 법원 판결의 불확실성은 사라지지 않고 있어 가격이 객관적으로 표시되지 않는 계약에서 계약의 유효성을 판단하는 일관된 도움이 되지 못하고 있다.²⁸⁾

(2) 독일법

일반적으로 매매계약은 가격조건을 사전에 특정하는 것이 바람직하다. 이에 대하여 프랑스법은 계약 시점에서 가격을 특정하여야 한다거나 객관성을 갖추고 있을 것을 요구하는 있는 반면에 독일법은 프랑스법보다 훨씬 유연성을 보이고 있다. 청약이 계약에서 유효한 것이 되기 위하여 가격을 결정하거나 명시되어 있어야 할 것이나 가격의 특정시기에 관하여 독일법은 상당한 여유를 허용하고 있다.

만일 계약에서 ‘가격은 인도시점에 결정하기로 한다’는 조건으로 매도인의

28) P.D.V. Marsh., op cit., p.47.

일방적 가격결정권을 당사자계약에 포함하더라도 독일법은 신의성실의 원칙²⁹⁾에 위반되지 않으므로 유효한 것으로 인정한다.³⁰⁾

따라서 매수인은 물품의 인도일에 매도인이 청구하는 가격조건을 유효한 것으로 승낙하고 그 계약에 구속된다.³¹⁾ 독일법의 최근 경향은 매도인이 인도시점에 자신이 제시한 가격을 일방적으로 변경할 수 있으며 이때 매수인에게는 계약을 해지할 권한이 없음을 판시하고 있다.

독일법이 가격의 특징에 관하여 이처럼 유연한 태도를 취하는 배경은 크게 두 가지 측면에서 유추할 수 있다. 첫째, 전통적으로 독일법의 계약자유 원칙의 개념은 계약당사자에게 폭넓은 선택권을 허용하는데서 비롯된 것으로 보인다. 둘째, 두 차례의 세계대전을 통하여 전쟁이후 혼란 속에서 독일 경제의 불확실성은 매도인이 가격을 특정하여 제시할 수 없었음을 반영하는 것으로 추측해 볼 수 있다.

그런데 만일 어떤 계약에서 계약당사자가 계약 체결 시 가격을 특정하지 않고 차후 결정하기로 합의하였다면 독일계약법에서 가격은 다음 네 가지 방법 중 하나의 방법으로 결정할 수 있다.

첫째, 매도인의 판단으로 일방적으로 결정하는 방법, 둘째, 매도인과 매수인의 공평한 조건으로 매도인이 결정하는 방법³²⁾, 셋째, 시장가격을 참조하는 방법, 넷째, 합리적인 제3자가 가격을 결정하는 방법이 있다.

이 네 가지 방법 중 매도인과 매수인의 공평한 조건을 찾을 수 없거나, 제3자가 가격을 결정하지 못하거나 그 결정을 거부하는 경우에는 가격의 결정에 관하여 법원의 결정에 따르게 된다. 반면에 매도인의 판단에 따라 가격을 결정하기로 하였으나 매도인이 가격을 결정하지 않더라도 매도인은 계약에 구속되지 않으며, 이때 법원은 당사자 계약의 유효성 판단에 관하여 개입하지 않는다.³³⁾

29) BGB Art.242.

30) BGB Art.138.

31) *R&R v. E Reichsgericht* First Civil Senate 22 February 1922 104 ERGZ 98

32) BGB Art.315.

33) BGB Art.319.

(3) 영국법

유럽법에서 공통적으로 적용되는 요건으로서 청약은 승낙의 전제로 충분한 것이어야 한다. 영국법에서는 청약을 당사자가 계약에 구속될 것을 의도하는 신의성실을 반영한 것으로 간주한다. 따라서 계약이 있었거나 없었거나 관계없이 계약 당사자가 구속될 의사가 있는 것으로 표시하였다면 청약으로 간주되는 것이다.

영국법에서 청약에 가격이 명시될 것을 요건으로 하고 있지 않는데 만일 가격표시가 빠져있는 경우에는 합리적 가격이 지급될 것으로 추론하게 된다. 따라서 청약과 계약의 서류조건이 불일치함이 없이 작성되었다면 당사자의 계약에 계약법을 강제 적용해야할 여지는 없게 되는 것이다.

그런데 *May & Buthcer v. R*³⁴⁾ 사건에서 만일 당사자의 계약서에 가격표시와 관련하여 '가격은 매도인과 매수인 사이 협정될 예정이거나 협의되었음'이라는 문언으로만 표시한다면, 청약에서 그 조건을 명시적으로 표시하거나 과거의 거래 관행을 알 수 있는 내용이 아니므로 당사자는 현재 계약의 교섭 과정에 있으며, 따라서 영국 계약법은 일반적으로 이러한 사건에 적용되지 않는다.³⁵⁾

2. 오픈프라이스 청약의 효력에 관한 유럽법제와 국제무역 규칙과의 비교

청약에서 가격을 결정하지 않는 경우에도 계약이 성립되었다고 할 수 있을 것인가에 관하여 유럽법제에서는 통일된 원칙이 마련되어 있지 않다. 일반적으로 영미법에서는 가격을 특정하지 않는 계약의 유효성을 인정하는 반면에 프랑스와 스페인법은 이를 허용하지 않는다.

CISG에서 인정하는 유효한 청약의 조건은 물품의 품질, 수량 및 가격을 특정할 수 있는 것이면 충분한 것으로 보고 있으나 이러한 규정이 오픈 프라이스 계약에서도 유효한 계약으로 성립될 수 있을 것인지의 문제가 발생할 수 있다.

34) *May & Buthcer v. R* 1934 2 KB 17n

35) *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers Ltd* 2 BLR 97

청약의 유효성에 관한 CISG의 태도는 민사적 접근방법에 근거한 것인 반면 PECL과 UNIDROIT에서는 당사자가 계약에 구속될 의도가 있다면 유효한 것으로 인정하고 폭넓은 유연성을 보여 보통법체계의 관점을 반영하고 있는 것으로 보인다. 이러한 유연성 때문에 발생하는 계약의 불확실성은 묵시조건³⁶⁾, 합리적인 일반거래조건³⁷⁾, 계약 당사자의 관습을 적용하여 공백을 메우고 있다.³⁸⁾

CISG에서는 가격조건에 관하여 계약 체결 시 가격을 결정하거나 객관적으로 표시할 것에 관하여 명백히 하고 있지 않다. CISG 제14조에서는 가격에 관하여 계약당사자가 계약에 구속될 것을 전제로 하는 한 가격을 결정하지 않았더라도 명시적이거나 묵시적으로 결정할 수 있으면 충분한 것으로 다루고 있다. 그러나 이 점은 CISG 제55조에 비추어보면 적용상 공백이 발생할 수도 있다.

CISG 제14조에서는 가격을 특정할 것을 규정하고 있는 반면에 제55조에서는 가격이 특정되지 않는 계약의 경우 이를 구제할 방법에 대한 규정을 두고 있다. 특히 제55조에서는 계약물품이 계약시점에 일반시장가격으로 산정되어야 함을 밝히고 있다.

CISG의 이러한 관점에 대하여 다양한 의견이 대두되고 있는데, CISG는 협약국에서 제92조를 유보하고 있을 경우 예외적으로 가격을 특정하지 않은 계약의 유효성을 인정할 수 있다는 견해와 제55조를 적용하여 그 공백을 보충하는 것이 바람직하다는 견해도 있다. 결국 가격을 특정하지 않아 발생하는 문제를 해결하지 못할 경우 각 국의 국내법에 따라 문제를 해결하도록 말할 수 밖에 없다.

먼저 CISG 제55조의 조문의 “계약이 유효하게 성립되었을 때”라는 표현은 가격을 특정하지 않았더라도 당사자의 계약 구속의사가 명백하거나 묵시적이라도 이에 관한 합의한 경우를 염두에 두고 있는 것으로 보인다.³⁹⁾ 따라서 이러한 경우 CISG 제14조는 묵시적으로 배제하고 CISG 제8조의 관점에서

36) PECL Art.6:102.

37) PECL Art.6:104.

38) PECL Art.1:105.

39) CISG Art.6.

계약의 효력을 인정하는 것으로 해석된다. 이 경우 계약이 이행되지 않는다면 더욱 문제가 될 수 있고 청약에서 물품⁴⁰⁾과 가격을 특정할 수 있는 기준⁴¹⁾을 제시하지 않은 경우 이를 유효한 것으로 볼 수 없다.

또 CISG에서는 불특정다수에게 가격을 공표하는 것을 청약의 유인으로 간주하고, 청약은 1인 또는 특정인들에게 가격을 제시할 것을 규정하고 있다.⁴²⁾ 그러나 청약의 대상으로 1인, 특정인들, 또는 불특정다수를 구분하는 것은 계약법적 의미로 그리 명쾌하게 구별하지 못하고 있다.

PECL은 CISG와 달리 불특정 다수에 대한 청약도 그 유효성을 인정하고 있다.⁴³⁾ 특히 불특정다수에 대한 청약의 유효성을 인정하기 위해서는 물품 또는 서비스 공급가격의 특징과 청약자의 의도가 중요한데 매도인이 물품의 판매량을 충당할 수 있는 충분한 재고를 보유하고 있거나 생산량을 갖추고 있다면 불특정 다수에 대한 청약도 유효한 것으로 본다.

PECL에서는 계약 당사자 중 어느 한 쪽에서 또는 제3자가 가격을 일방적으로 결정하더라도 이를 유효한 것으로 인정하고 있다.⁴⁴⁾ 그렇지만 그러한 일방적 가격결정이 정당한 권한을 초월하는 경우라도 법원이 합리적인 가격을 다시 결정할 수 있으므로 그러한 경우라도 계약을 무효가 되지는 않는다.

PECL에서도 제3자에 의한 가격 특징을 허용하고 있으나 제3자가 가격을 특정할 수 없거나 특정하기를 거부할 때 법원은 또 다른 제3자를 지정하여 가격을 결정하는 권한을 부여⁴⁵⁾할 수 있도록 하는 점이 유럽법제와 다른 특징을 보인다.

40) *United Technologies International Inc., Pratt and Whitney Commercial Engine Business v. Magyar Legi Kozlekedesi Vallalat* (Malev Hungarian Airlines) Sep. 25, 1992. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920925h1.html>>

41) Judgment of March 4, 1994 (*Oberlandesgericht, Frankfurt, Germany* 1994) English translation at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940304g1.html>>

42) CISG Art.14.

43) PECL Art.2:202.

44) PECL Art.6:105~106.

45) PECL Art.6:106.

IV 결 론

가격조건을 특정하지 않거나 그 결정을 유보하는 open-price contract는 주로 프랜차이즈 또는 판매점 계약에서 발생할 수 있다. 이처럼 계약 당사자는 자신의 배타적 권리를 유보하기 위한 오픈 프라이스 계약의 유효성에 관하여 중요한 문제가 될 수 있다.

본 논문은 청약의 유효성에 관하여 유럽의 주요 국가의 계약법 관점에서 바라보고 국제무역법규와의 내용을 살펴 보았다.

먼저, 유럽 주요국에서 유효한 청약의 요건을 살펴보았다. 유럽법에서 공통적으로 요구하는 청약의 요건은 승낙을 전제로한 것으로서 상대방이 승낙하였을 때 구속될 것임을 스스로 표시하면 충분하다. 세부적으로는 프랑스법은 영국법과 달리 계약의 당사자가 제시하는 계약조건으로 가격이 분명히 명시될 때 유효한 청약과 승낙으로 간주한다. 매매계약에서는 매도인의 판매의사를 알 수 있는 카다로그에 대하여 매수인은 반대의사가 없는 주문을 함으로써 승낙이 된다. 독일법은 상거래의 일반거래조건은 반드시 명시적으로 표시되거나 명시조건이 없는 상황에서는 그 상황에 적합한 묵시적 방법으로 거래당사자가 이를 알 수 있는 것이어야 한다. 영국법은 계약의 유효한 성립을 위하여 계약조건에 대한 계약당사자의 합의, 계약을 성립하고자 하는 당사자의 의도, 계약당사자의 행위능력, 그리고 계약의 약인을 갖추어야 한다.

다음으로 유럽 주요국에서 오픈 프라이스 청약의 유효성에 대하여 살펴보았다. 프랑스법은 가격이 반드시 확정될 것을 요구한다. 매도인이 제시하는 가격은 시장에서 동질의 유사상품 가격에 준함과 같은 조건부 가격표시 만으로는 불충분하며 제3자가 인지할 수 있을 만큼의 객관적이고 확정적으로 표시를 요구한다. 독일법은 프랑스법보다 훨씬 유연한 입장을 견지하고 있다. 즉, 청약이 유효하기 위해서는 가격을 결정하거나 명시되어야 하지만 가격의 결정시기에 관하여 유연한 태도를 보여 가격을 인도시점에 결정하기로 하는 조건부 가격제시도 가능하다. 영국법은 청약에 가격을 명시할 것을 요건으로 하지 않으며 가격표시가 오픈된 경우에는 합리적 가격으로 지급될 것으로 추론하여 유효하다. 요약컨대, 프랑스법은 오픈 프라이스 청약에 대하여 불충분하다고 보고 있으며, 영국법은 오픈 프라이스를 인정하고 있다.

반면에 독일법은 양자의 중간적인 입장을 견지하고 있음을 알 수 있다.

끝으로 상기 유효한 청약의 요건 및 오픈 프라이스 청약의 유효성에 관하여 유럽의 주요국의 법규와 국제무역규칙과의 비교를 실시하였다. CISG의 태도는 민사적 접근방법에 근거한 것인 반면 PECL과 UNIDROIT에서는 당사자가 계약에 구속될 의도가 있다면 유효한 것으로 인정하고 폭넓은 유연성을 보여 보통법체계의 관점을 반영하고 있는 것으로 보인다. 이러한 유연성으로 발생하는 계약의 불확실성은 합리적인 일반거래조건, 묵시조건, 계약의 관습을 적용하여 공백을 메우고 있다.

최근 프랜차이즈계약이나 특수 조건의 계약 빈도가 증가하고 있는 실정에서 오픈프라이스 청약에 관하여 알려져 있지 않아 우리에게 익숙하지 않은 것으로 보인다. 따라서 부족하지만 오픈프라이스 조건에 관한 본 논문이 국제무역을 수행하는 무역실무계 및 학계에 조그마한 보탬이 되었으면 하는 바람과 여러 학자들의 의견을 기대한다.

참 고 문 헌

Abdermarahmane, D.B., *Le Droit Allenmand des Conditions Generales des Contract dans les Ventes Commerciales Franco-Allemandes*, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985.

J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford Univ. Press., 1998.

Ghestin, Jacques and Martin Billau, *Traite de Droit civil Les Obligations Les Effects du Contrat*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1992.

P.D.V. Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1994.

Honnold, Jhon, *Uniform Law for International Sales*, 2nd ed., Kluwer 1991.

Langen, Eugen, *Transnational Commercial Law*, Sijthoff, Leiden 1973.

Emanuel, Steven, *Contracts*, Emanuel Law Outlines, Inc., 1993

ABSTRACT

A Study on the Validity of Open-price Offer in European Law

Kim, Jae Seong

I have observed the validity of open-offer from a point of European contract law in comparison with International Trade Law in this paper.

Generally we know that an offer is an expression of willingness to be bound to the contract. In English law if there is no intention it will be considered such as circulation of price lists or catalogues.

As for French law these activities could be considered as an offer. However German law is closer to English law as to an offer.

A contract which does not ascertain price is open-price terms and it can be applied not only for general commercial contracts but also for franchise or for distributorship agreements especially in Europe.

When open-price terms are applied to reserve an exclusive right to the contract the validity of contract can be a serious matter between principals.

In English law an offer must be sufficiently complete to be capable of acceptance. English law does not require that price terms should be indicated on offer. English law allows open-price terms in the contract.

In French law a contract will be valid in the absence of a price which is either determined or objectively determinable. A price by the market price of similar products is not enough to be a valid offer. It should be recognized and accepted objectively by third parties. French law requires that price terms should be indicated on offer. Open-price terms are not enough to be an effective offer.

However German law shows more flexibility than French law. In German law if the price is not fixed in the contract there are four ways to

determine it. The seller may determine the price by the time of deliver.

By reason of these backgrounds I have made comparison with European contract law and International trade law on the validity of open-price offer in this paper.

It seems that we are not familiar with open-price terms although franchise contract or special terms of contract have been increased in these days. So I hope this paper will be helpful to show a new point of view.

Key Words : Offer, open-price Contract, European Contract Law, CISG,
