

DCFR상 서비스제공자의 계약에 적합한 서비스제공의무에 관한 연구

이 병 문*

-
- I. 서 론
 - II. 계약적합성 요건
 - III. 계약적합성 시기 및 계약적합성의무의 면제
 - IV. 결 론
-

주제어 : DCFR, 하자담보책임, 계약부적합성, 서비스계약,
서비스제공의무

I. 서 론

EU는 정치, 경제 및 화폐통합을 뛰어 넘어 지금은 사법분야의 단일화 내지 통일을 위해 분주한 움직임을 보이고 있다. 이러한 움직임의 가장 대표적인 것이 유럽위원회(European Commission)에 의한 실행계획(Action Plan)에 있으며, 이 계획은 다음과 같다; 1) 계약법 분야에 있어 EU에 현존하고

* 숭실대학교, 국제통상학과, 부교수

있는 규칙 및 지침에 따른 각종 사법규정(EC acquis)의 체계적·내용적 일관성을 개선하도록 하는 것과,¹⁾ 2) EU 전역에 통용되는 보통거래 약관의 제정을 추진하고,²⁾ 3) 종래 특정영역별 개별적 접근법에서 벗어나 일반적·포괄적 대체 법규범을 제정하여 당사자들의 선택에 따라 동 규범이 인정되도록 하는 법규범의 추진.³⁾ 이러한 실행계획의 추진을 검토 후 유럽위원회는 상기 두 번째 추진은 사실상 포기하면서,⁴⁾ 상기 첫 번째와 세 번째 계획의 실현을 위해 Common Frame of Reference(이하 CFR이라 한다)의 제정 필요성을 역설하기에 이르렀고,⁵⁾ 그 Draft Common Frame of Reference(이하 DCFR이라 한다)이 올해 초 그 주석서와 함께 발간되었다.⁶⁾ CFR은 다음과 같은 기능을 수행할 것으로 예상하고 있다. 먼저 CFR은 회원국 간 서로 다른 법률 환경에 따라 발생하는 상이한 다양한 법적 개념을 극복하고 공통의 용어 사용과 통일된 개념 정립에 유익할 것이다. 또한 CFR은 현존하는 규칙 및 지침에 따른 각종 사법규정(EC acquis) 사이의 부조화를 극복할 수 있을 것이다. 마지막으로 CFR은 그 공통기준이라는 바탕위에 입법과정에서 경제적 내지 재정적 효율성을 확보할 수 있을 것이다. 한편 이러한 직접적인 기능 외에도 추후 EU내에서 논의되게 될 당사자들의 선택에 따라 인정되는 법규범의 마련을 위한 단초를 제공할 것으로 예상하고 있다. 이러한 기능의 현실적인 수행을 위해 앞으로 DCFR이 회원국에 의해 채택되어야 할 정치적 과

1) Commission of the European Communities, A More Coherent European Contract Law An Action Plan, COM (203) final, OJ C 63/1, pp. 15-21.

2) Id., pp. 21-23.

3) Id., pp. 23-24.

4) Commission of the European Communities, First Progress Report on the Common Frame of Reference, COM (2005), 456 final, p. 10.

5) 유럽위원회는 CFR이 현존하는 규칙 및 지침에 따른 각종 사법규정(EC acquis)의 검토를 위해 그리고 새로운 규범의 제정을 위해 사용될 수 있는 기본원칙(fundamental principles), 정의(definitions) 및 모범규칙(model rules)을 제공하여야 할 것이며, 또한 이러한 원칙, 정의 및 모범규칙은 당사자들의 선택에 따라 인정되는 법규범의 기초가 되어야 한다고 하고 있다. Commission of the European Communities, European Contract Law and the Revision of the acquis: the Way Forward, COM (2004), 651 final.

6) C. von Bar and E. Clive ed., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference - Full edition, Vol. II, Oxford University Press, 2010,

제가 남아 있기는 하다. 그러나 만일 DCFR이 CFR로 재탄생 되지 못한다면 하더라도 DCFR은 정치적 색채를 벗어나 수 많은 학자들에 의해 집대성된 산출물이기에, Principles of European Contract Law(이하 PECL이라 한다) 등이 각 회원국의 법원에서 판결을 위해 그리고 새로운 입법과정에서 참조되어 왔던 점을 고려한다면, 이와 같이 여러 분야에서 그 가치를 인정받을 수 있을 것이다.⁷⁾

DCFR의 탄생은 사실상 그 모태라고 할 수 있는 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)의 PECL과 유럽민법전연구회(Study Group on a European Civil Code)의 각종 특수거래를 규율하는 유럽법원칙(the Principles of European Law)을 빼 놓고 생각할 수 없다. 즉 DCFR은 PECL을 총론으로 하고 각론으로서 사인간의 다양한 거래를 규율하는 각종 유럽법원칙이 하나로 집대성된 것이라 해도 과언이 아니다.⁸⁾ 그러한 측면에서 본 연구가 주 대상으로 하고 있는 DCFR상 서비스계약편도 여타 규정과의 조화를 위한 일부 규정 및 서비스계약에 관한 유럽법원칙(Principles of European Law on Service Contracts; 이하 PELSC라 한다)서문제로 지적되었거나 불분명했던 몇몇 규정을 제외하고 PELSC의 내용을 그대로 반영하고 있다고 할 수 있다.⁹⁾ PELSC의 의의라면 서비스계약 관련 통

7) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 4.

8) DCFR상 총론 부분은 Book I에 Intended Field of Application, Interpretation and Development, Good Faith and Fair Dealing, Reasonableness 등을 담은 일반규정을, Book II에 Contracts and Other Juridical Acts에 관련한 규정을, Book III에 Obligations and Corresponding Rights을 담은 규정을 담고 있다. DCFR상 각론 부분은 각종 특수계약에 적용될 수 있는 것으로 Book IV에 Sales, Lease of Goods, Services, Mandate Contracts, Commercial Agency, Franchise and Distributorship, Loan Contracts, Personal Security, Donation에 관한 규정을 담고 있다. 그 외에 Book V에 Benevolent Intervention in Another's Affairs, Book VI에 Non-contractual Liability Arising out of Damages, Book VII에 Unjustified Enrichment, Book VIII에 Acquisition and Loss of Ownership of Goods, Book IX에 Proprietary Security in Moveable Assets, Book X에 Trusts에 관한 규정을 담고 있다. DCFR이 다루지 않고 있는 부분은 Status or Legal capacity of Natural Persons, Wills and Succession, Family Relationships, Negotiable Instruments, Employment Relationships, Immovable Property Law, Company Law, Law of Civil Procedure and Enforcement of Claims가 있다.

9) PELSC의 작성경위와 구성에 관하여 S. Bartels & I. Giesen, "The Principles of European Law on Service Contracts: the Rules on Medical Treatment in a Future Europe compared to the rules in the Netherlands", in: K. Boele-Woelki and W. Grosheide

일규범의 최초 시도라 할 수 있으며, 이를 반영한 DCFR상 서비스계약편은 DCFR의 총론부분과 함께 서비스계약과 관련하여 거의 모든 내용을 규율할 수 있는 하나의 완성된 규범의 형태를 띠고 있다고 할 수 있다. DCFR상 서비스계약편의 주요 구성은 제1장에 일반규정으로 적용범위, 적용배제 서비스거래, 우선적용을, 제2장에 각종 서비스거래에 공통적으로 적용될 규정을 담고 있으며, 이에는 주로 가격, 당사자간 상호협력의 의무, 상당주의의무, 결과성취의무, 고객의 지시, 고객의 계약해제권 등을 규정하고 있다. 한편 제3장 이하에서는 이상 총론에 대한 각론으로서 각종 서비스유형별 규범을 담고 있다.¹⁰⁾

이러한 배경 하에서 본 연구의 목적은 다음과 같다. 첫째, DCFR 서비스계약편상 서비스제공자의 계약적합성의무가 적용되는 각 서비스계약별로 동의의무에 관련한 구체적 내용을 계약적합성 요건, 계약적합성의 시기, 계약적합성의무의 면제로 구분하여 살펴보도록 한다. 이를 통해 서비스거래관련 법규의 최초의 통일시도가 어떠한 방식으로 구현되고 있는지를 살펴봄으로 근대입법의 흐름을 진단하고 제 입법의 개정 또는 해석 시 고려해야할 점을 제공하도록 한다. 둘째, 서비스제공자의 계약적합성의무와 관련하여 주요 논쟁의 대상이 되는 DCFR상 관련 규정과 그 해석상의 문제점 및 유의점을 지적하도록 한다.

II. 계약적합성 요건

1. 계약적합성의무 일반

(1) 의의

DCFR상 서비스계약은 서비스제공자가 고객에게 서비스를 제공하고 고객

ed., *The Future of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2007, pp.171-173. PELSC의 한국어 번역에 관한 연구로 이준형, “유럽법원칙 서비스계약편 (PEL SC)”, *중앙법학*, 제9집 2호, 2007, pp.451-488.

10) 제3장 건설(construction), 제4장 가공(processing), 제5장 보관(storage), 제6장 디자인(design), 제7장 정보(information), 제8장 진료(treatment).

은 그에 대한 대가로 보수를 지급하는 것으로 정의되어 있다.¹¹⁾ 이러한 정의에서 보는 것처럼 서비스계약에서 서비스제공자의 주요 의무는 서비스의 제공의무라 할 수 있고, 동 의무의 성질 내지 범위를 설정하는 문제는 결국 서비스제공자의 책임의 기초를 정하는 문제와 직결되는 계약당사자들의 주요 관심사항이 될 것이다.¹²⁾ 이에 관하여 DCFR은 서비스제공의무의 범위를 크게 두 가지로 구분하고 있다. 그 첫 번째는 서비스제공자에게 서비스의 일정한 결과 자체가 아니라 그러한 결과를 얻기 위하여 최선의 조치나 노력을 요구하는 "상당주의의무(obligation of due care and skill)" 내지 "수단채무(obligation of means)"로 한정하는 것이다.¹³⁾ 두 번째는 서비스제공자의 의무를 상당주의의무에 그치지 않고 계약상 요구되는 결과를 달성해야 하는 "결과성취의무(obligation to achieve a particular result)" 내지 "결과채무(obligation of result)"로 확대하는 것이다.¹⁴⁾

이렇듯 DCFR은 서비스제공자의 서비스제공의무의 범위를 두 가지로 구분함으로 모든 서비스거래 유형의 해당 서비스제공자에게 일률적으로 상당주의의무 내지 결과성취의무가 부과되는 것을 지양하면서 특정 서비스거래의 특성을 반영하는 보다 신축적인 방식을 채택하고 있다.¹⁵⁾ 상기 두 가지 유형의 서비스제공의무 중 어떠한 의무가 해당 서비스거래에 적용되는지 여부에 관하여 DCFR은 고객에 의해 예견된 결과를 서비스제공자가 달성할 수 있을지의 사전적 가능성여부에 따라 결정되도록 하고 있다.¹⁶⁾ 이에 관하여 DCFR

11) DCFR IV.C.-1:101(1)(a).

12) 이병문, "서비스계약에 관한 유럽법원칙에 관한 연구 - 서비스제공자의 계약에 적합한 서비스제공의무를 중심으로-", 비교사법, 제17권 3호, 2010, p. 190.

13) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1655.

14) Id. 그러나 여기서 유의할 것은 DCFR의 이러한 구분이 특정 거래별로 상당주의의무 내지 결과성취의무 중 어느 한 의무만 독립적으로 적용되는 것은 아니라는 점이다. 다시 말해 결과성취의무가 서비스제공자에게 부과되는 경우도 이와 별개로 상당주의의무가 함께 부과되어 서비스제공자는 서비스이행의 전 과정에 걸쳐 계약상 요구되는 주의와 기술로 서비스를 이행하여야 한다. 이는 결과성취의무 부과로 상당주의의무 위반을 문제시할 실익이 없음에도 불구하고, 양 계약당사자로 하여금 특정 결과달성 실패에 따른 문제를 서비스이행의 과정 중에 라도 조기에 방지하고 해결하는 것을 가능케 하기 위함이다. Id., p. 1649.

15) Id., p. 1656.

16) Id. 이러한 고객의 사전적 예견가능성 여부는 서비스제공자가 객관적으로 서비스제공의 결과에 영향을 미칠 수 있는 다음과 같은 세 가지 요소 및 이들 세 가지 요소간의 상호연관

은 건설(construction), 디자인(design), 임치(storage), 사실에 대한 정보제공(supply of factual information) 거래의 경우에 상기 사전적 가능성이 통상적으로 인정된다고 판단하고, 이에 따라 동 거래의 경우에 결과성취의무의 하나로서 계약에 적합한 서비스제공의무를 각 거래의 특성에 맞게 별도로 규정하고 있다.¹⁷⁾ 그러나 여기서 유의할 점은 결과성취의무로서 계약적합성의무가 상기 거래유형의 경우에 한하여 적용되는 것은 아니라는 점이다. 다시 말하여 고객이 예견한 결과를 서비스제공자가 달성할 수 있을지의 사전적 가능성여부에 따라 여타 서비스거래의 유형에도 계약적합성의무와 같은 결과성취의무가 부과될 수도 있다. 그리고 이 경우 서비스제공자는 DCFR 서비스계약편 일반규정상 관련 규정에 따라 결과성취의무를 부담하게 된다.¹⁸⁾

이하에서는 DCFR상 계약적합성의무가 별도로 규정되어있지 않은 서비스거래의 경우 서비스제공자의 결과성취의무의 내용을 살펴보도록 한다.

(2) 결과성취의무의 내용

DCFR상 결과성취의무는 전술한 바와 같이 계약체결 시 고객에 의해 예견된 결과를 서비스제공자가 달성할 수 있을지의 사전적 가능성여부에 따라 그 부과여부가 결정되도록 하고 있다. 이는 결국 계약의 해석문제로 귀결되며,¹⁹⁾ 결과성취의무에 관하여 당사자간에 명시적으로 별도 합의하지 않은 경

관계들을 구체적으로 인지하고 통제할 수 있는지 여부에 달려 있다 할 수 있다; i) 고객의 특정 요구사항, ii) 이러한 요구에 부응한 서비스제공자의 맞춤형 해결방안(tailor-made solution), iii) 서비스제공자의 서비스가 이행될 주변 정황. Id.

17) DCFR IV.C.-3:104(Construction), 5:104(Storage), 6:104(Design), 7:104(Information and Advice). 이와 달리 DCFR은 평가적 정보제공(supply of evaluative information), 진료(treatment) 거래의 경우에는 그러한 사전적 가능성이 통상적으로 인정되지 않는 것으로 추정하고 서비스제공자에게 결과성취의무가 아닌 고객이 예견한 결과를 달성하는데 상당한 주의의무만을 기울일 것을 요구하고 있다. DCFR IV.C.-7:105(Information and Advice), 8:104(Treatment). 한편 영선(processing)거래의 경우는 여타 서비스거래 유형과는 달리 결과성취의무도 상당주의의무도 별도로 규정하고 있지 않다. 이는 영선거래의 경우 일반적으로 서비스제공의무의 범위가 상당주의의무로 국한되는 경우와 결과성취의무로 확대되는 경우가 거의 동등하게 양분되어 있는 현실과 EU 회원국의 관련 법제 또한 비슷하게 양분된 현실을 반영한 것으로 보인다. 이병문, op cit., p. 200. Cf. M. Barendrecht et al., Principles of European Law: Service Contracts, Oxford University Press, 2007, p.447.

18) DCFR IV.C.-2:106.

우 DCFR은 다음과 같은 결과성취의무를 서비스제공자에게 부과하고 있다.

첫째, 계약체결 시 고객이 그가 요구하는 특정 결과를 달성하도록 서비스제공자에게 명료히 요구하였다면 서비스제공자는 그러한 결과를 달성하여야 한다. 단 그러한 요구에 대하여 서비스제공자가 계약체결 이전에 반박한 경우는 그러하지 아니한다.²⁰⁾ 따라서 고객이 계약체결 시 또는 그 이전에 특정 결과의 달성을 서비스제공자에게 명료히 언급한 경우, 서비스제공자는 그 달성가능성 여부가 불가능하거나 불분명한 경우라면 이에 대하여 반박을 하지 않는 한 고객이 요구하는 특정결과를 달성하여야 할 것이다.

둘째, 계약체결 시 고객이 특정결과의 달성을 요구하고 있음을 명료히 언급하지는 않은 경우는 합리적인 서비스제공자라면 고객이 기대하게 될 그러한 결과를 달성하여야 한다.²¹⁾ 여기서 서비스제공자에 의해 달성되어야 할 결과는 DCFR상 명시적이지는 않지만 객관적이면서 보통의 합리적인 고객 (objective and average reasonable client)이 일반적으로 고려하고 있는 결과를 의미한다.²²⁾ 이는 보통의 유능한 서비스제공자라면 그와 같은 고객이 고려하고 있을 결과를 인지하고 있어야 하기 때문이다.²³⁾ 그러나 여기서 불분명한 것은 보통의 합리적인 고객이 기대하고 있는 결과가 하나 이상의 복수로 존재하는 경우가 있을 수 있고, 이 경우 서비스제공자는 복수의 특정결과를 모두 달성하여야 하는지, 아니면 그 중 어느 하나를 달성하기만 하면 되는지에 대한 의문이다. 이러한 문제에 대하여 DCFR은 명료한 해답을 제공하지는 않으나 서비스제공자는 복수의 특정결과를 모두 달성하여야 할 것으로 해석된다.²⁴⁾ 따라서 보통의 합리적인 고객이 기대하고 있는 결과가 하나

19) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1653.

20) DCFR IV.C.-2:106(1); C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1653.

21) DCFR IV.C.-2:106(1); C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1653.

22) Id., pp. 1653 이하. 예를 들어, 가령 고객이 오토바이의 타이어를 교체하기 위하여 해당 오토바이를 정비소에 입고하였다 하자. 고객이 교체될 타이어에 관하여 별도로 언급하지 않은 경우 보통의 합리적인 고객이라면 새로 장착될 타이어는 현재 장착된 타이어와 동일한 종류의 것일 것으로 기대할 것이다. 오토바이의 모델로부터 또는 앞으로 교체될 타이어, 즉 현재 장착된 타이어의 종류를 고려하여 객관적으로 볼 때, 타이어의 교체 없이는 오프로드운행이 불가능할 것이 명료하다면 보통의 합리적인 고객은 그러한 오토바이가 오프로드 운행에 적합할 것으로 기대하지는 않을 것이다. Id., p. 1654.

23) Id., p. 1654.

이상의 복수로 존재하고 이 중 일부 결과만 달성 가능하다면 이러한 사실을 계약체결 전에 고객에 미리 공지를 하여야 할 것이다.

2. 각종 서비스계약별 계약적합성의무

(1) 건설계약

1) 당사자간 합의에 의한 계약적합성의무

DCFR 서비스계약편의 건설계약부분은²⁵⁾ 건설시공자의 계약적합성의무와 관련하여 당사자 간에 합의가 있었던 경우 시공자의 시공에 의한 구조물은 계약에서 요구하는 품질과 명세에 일치할 것을 요구하고 있다.²⁶⁾ 이와 더불어 시공자가 하나 이상의 구조물을 시공하여야 하는 경우 그의 시공 구조물은 계약에 일치하는 수량의 구조물일 것을 요구하고 있다.²⁷⁾

여기서 유의할 점은 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량을 결정하는데 있어 계약서에 명시적으로 언급된 내용뿐만 아니라 묵시적으로 합의된 내용 또한 고려하여야 하는지의 여부이다.²⁸⁾ 이에 대하여 당사자간 달리 합의하지

24) Cf. 이병문, op cit., p. 196. CISG상 이러한 논의에 관하여 I. Schwenzer ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 3rd ed., Oxford, 2010, p. 575.

25) DCFR 서비스계약편 건설계약 관련 규정은 다음의 경우에 적용가능하다. 첫째, 일방당사자인 시공자(constructor)가 고객이 제공한 설계에 따라 건물(a building) 또는 기타 고정 공작물(immovable structure)을 건축하거나, 현존하는 건물 또는 기타 고정 공작물을 실질적으로(materially) 변경하기로 한 계약에 적용된다. DCFR IV.C.-3:101(1). 둘째, 시공자가 고객이 제공한 설계에 따라 동산(movable)이나 무체물(incorporeal thing)을 생산하기로 한 계약에 적절히 준용하여 적용된다. DCFR IV.C.-3:101(2)(a). 셋째, 시공자 자신이 제공한 설계에 따라 건물 또는 기타 고정 공작물을 건축, 현존하는 건물 또는 기타 고정 공작물을 실질적으로 변경, 또는 동산이나 무체물을 생산하기로 한 계약에 적용된다. DCFR IV.C.-3:101(2)(b).

26) DCFR IV.C.-3:104(1).

27) 건설계약상 계약적합성의 개념에 수량적합성의 문제를 포함하고 있는 것은 복수의 시공이 이루어지는 것이 일반적인 굴착공사(excavation activities) 등의 경우를 고려한 것으로 보여진다. Cf. M. Barendrecht et al., op cit., p.346.

28) CISG상 이 문제에 대한 견해는 다수가 CISG Art. 35(1)상 요구되는 계약적합성은 명시적인 경우와 묵시적인 경우를 모두 포괄한다고 보고 있다. I. Schwenzer ed., op cit., p. 571; F. Enderlein and D. Maskow, International Sales Law, Oceana, 1992, p. 141; P. Huber and A. Mullis, The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners,

않은 경우의 계약적합성 의무와 중복되지 않도록 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량의 결정은 당사자간 명시적 합의에 국한하여야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 아래에서도 살펴보겠지만 당사자 간 달리 합의가 없는 경우 시공자의 계약적합성의무의 내용에 수량적합성의 문제가 다루어지지 않은 점을 고려하여야 하며, 결국 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량의 결정은 당사자 간의 명시적 합의 외에도 묵시적 합의 또한 포괄하여야 할 것이다. 이는 당사자 간 합의한 경우 시공자의 계약적합성의무를 명시적인 계약 내용으로 국한하여 해석한다면, 당사자 간에 묵시적으로 합의에 이를 수 있는 수량적합성의 문제는 어느 곳에서도 다루어지지 않는 법의 흠결의 여지가 있기 때문이다.²⁹⁾ 따라서, 구조물의 품질, 명세 또는 수량에 관한 특정 업계의 표준이 경우에 따라 당사자 간의 묵시적 합의의 내용이 될 수 있을 것이다.³⁰⁾ 결국 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량의 결정의 문제는 계약의 해석문제로 귀결되며, 이는 DCFR상 계약의 해석에 관한 일반원칙에 따라 결정될 것이다.³¹⁾

2) 당사자간 달리 합의하지 않은 경우 계약적합성의무

당사자 간에 달리 합의가 없었던 경우 DCFR상 건설시공자의 계약적합성의무는 크게 구조물의 특정목적 적합성의무와 통상목적 적합성의무로 대별된다. 먼저 구조물의 특정목적 적합성의무와 관련하여 DCFR은 계약체결당시

Sellier European Law Publishers, 2007, p. 131; 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, p. 139. 이와 반면에 명시적인 경우로 국한된다는 견해에 관하여 H. Bernstein and J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, 1997, pp. 53-56, 59-64; 오원석, "국제물품매매계약에서 물품에 대한 매도인의 계약적합의무 - UN통일매매법 제35조를 중심으로 -", 무역학회지, 제27권 3호, 2002, p. 4; cf. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2009, pp. 330-331.

29) 이병문, *op cit.*, p. 203; cf. 오원석, 이병문, "국제물품매매거래에서 매도인의 계약적합성 물품 인도 의무에 관한 비교연구", 무역상무연구, 제37권, 2008, p.11.

30) I. Schwenzer ed., *op cit.*, p. 571.

31) DCFR II.-8:101 이하. DCFR은 계약해석의 일반원칙으로 자연적 및 규범적 해석원칙을 명시하면서 그 기준으로 사전 교섭단계를 포함하여 계약이 체결된 정황, 계약체결 후 당사자들의 행위, 계약의 성격과 목적, 용어와 표현이 해당 거래에서 공통적으로 갖는 의미, 관습 등을 제시하고 있다. DCFR II.-8:102.

또는 DCFR IV.C.-2:109(서비스계약의 일방적 변경)에 따른 변경시점에서 고객의 특정목적이 시공자에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 경우, 시공자는 그러한 특정목적에 적합한 구조물을 고객에 제공하도록 하고 있다.³²⁾ 이러한 시공자의 특정목적 적합성 의무는 동 목적이 시공자에게 명시적 내지 묵시적으로 알려진 경우에 한하여 적용된다. 이는 특정목적 적합성의무의 적용을 위해 고객의 특정목적이 계약에 별도로 합의될 필요는 없으며, 고객이 동 목적을 시공자에게 명시적 내지 묵시적으로 알려주는 것으로 족함을 의미한다.³³⁾

여기서 유의할 점은 시공자가 고객의 특정목적을 실제로 인지해야하는지에 대한 의문이다.³⁴⁾ 물론 고객이 시공자에게 명시적인 통지 등에 의한 방법으로 그의 특정목적을 알린 경우에는 문제가 되지는 않을 것이다. 그러나 문제는 동 목적이 묵시적으로 시공자에 알려진 경우이고, 이 경우 합리적인 시공자라면 인지하였을 동 목적을 해당 시공자는 실제로 인지하지 못한 경우에 있다.³⁵⁾ 건설계약에서 시공자와 고객은 통상적으로 계약체결 전의 협상 과정에서 또는 추후 계약내용의 변경 시 상호 의사교환을 자주한다는 점을 고려하고, 그리고 문제의 적합성여부가 통상 목적이 아닌 특수한 목적의 적합성 여부라면 고객으로 하여금 시공자에게 그의 특정목적을 명시적으로 알리도록 하는 것이 보다 타당하지 않나 사료된다. 그러나 이 부분에 대하여 DCFR은 명료한 해답을 제공하고 있지는 않기에 고객은 추후 분쟁 예방차원에서 그의 특정목적을 시공자에 명시적으로 알릴 필요가 있을 것이다.

또 하나 유의할 점은 일반 매매계약에서와는 달리 고객이 특정목적 적합

32) DCFR IV.C.-3:104(2)(a).

33) Cf. I. Schwenzer ed., op cit., pp. 580-581.

34) 이병문, op cit., p. 204.

35) 이 문제에 대하여 CISG 또한 명료치 않다. CISG의 주석서는 실제 인지를 요구한다고 언급하고 있고 일 부 학자도 이에 같은 견해를 표명하고 있다. Secretariat's Commentary, O.R., p.32, Art. 33, No. 8; R. Hyland, "Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code", in Peter Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Nomos, 1987, p. 321 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html>). 이와 반면에 실제 인지를 요구하지는 않는다는 여러 견해가 있다. I. Schwenzer ed., op cit., p. 581; P. Huber and A. Mullis, op cit., p. 138-139; F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 145.

성과 관련하여 시공자의 기술(skill)이나 판단력(judgement) 등을 신뢰하지 않은 경우 시공자에게 특정목적 적합성의무 부과가 배제되지 않는다는 점이다.³⁶⁾ 다시 말해, 고객이 주변정황으로 보아 특정목적에 적합한 구조물을 시공할 만한 시공자의 기술(skill)과 숙련도(competence)를 신뢰하지 않았거나 신뢰하는 것이 불합리했을 경우라도 시공자는 특정목적 적합성의무의 부과가 면제되지 않는다.³⁷⁾ 따라서 건설계약에서 시공자가 그러한 기술과 숙련도를 실제 결여하였더라도, 고객은 이와 무관하게 시공자가 동 기술과 숙련도를 보유하고 있거나 또는 추후 이를 획득할 수 있을 것이라고 기대할 권리가 있는 것이다.³⁸⁾ 그러나 시공자가 고객의 특정목적에 적합한 구조물의 시공을 위한 기술과 숙련도를 갖추지 못하거나 추후 이를 보유하는 것이 불가함을 고객에게 알린 경우는 그러하지 아니하다.³⁹⁾ 다시 말해, 고객의 특정목적에 알게 된 시공자가 이에 대하여 침묵한다면 그러한 침묵은 시공자가 특정목적에 적합한 구조물의 시공을 위해 필요한 기술과 숙련도를 갖추고 있거나 앞으로 갖추 수 있을 것이라고 확약한 것으로 간주된다.⁴⁰⁾

당사자 간에 달리 합의가 없었던 경우 건설시공자의 또 다른 계약적합성의무로서 DCFR은 시공자에 통상목적 적합성의무를 부과하고 있다. 이에 관하여 DCFR은 시공자로 하여금 해당 구조물과 동일한 명세사항을 가진 구조물이 통상적으로 사용되어지는 단일 내지 복수의 특정목적에 적합한 구조물을 시공하여 제공할 것을 요구하고 있다.⁴¹⁾ 여기서 통상적 사용목적이란 동일한 명세의 구조물을 구매하는 자들이 그러한 구조물이 일반적으로 가지고 있으리라고 기대하는 성상을 의미한다.⁴²⁾ 따라서 구조물의 통상적 사용목적 적합성여부는 해당 업계 관련 당사자의 객관적 견해에 따라 결정되어야 할 것이다.

36) DCFR IV.A.-2:302(a); CISG Art. 35(2)(b).

37) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1721.

38) Id.

39) Id.

40) Id.

41) DCFR IV.C.-3:104(2)(b).

42) M. Barendrecht et al., op cit., p.342.

여기서 유의할 점은 통상적 사용목적이 하나 이상의 복수인 구조물의 경우에 있고, 이 경우 시공자는 복수의 모든 통상목적에 적합한 구조물을 시공하여 제공하여야 할 것이다.⁴³⁾ 따라서 시공자에 의해 시공된 구조물이 통상적으로 사용되는 일부 목적에는 부합할 수 있으나 다른 여타 사용목적에 부합하지 않게 된다면, 시공자는 이에 대하여 계약체결 시 또는 DCFR IV.C.-2:109(서비스계약의 일방적 변경)에 따른 변경시점에 고객에게 고지하여야 그에 따른 책임을 면할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

통상적 사용목적 적합성 의무와 관련하여 또 다른 유의점은 시공자로 하여금 해당 관련 업계에서 일반적으로 인정되는 중등품질의 구조물을 제공하여야 하는지 여부이다.⁴⁵⁾ 이 부분에 대하여 DCFR은 명료한 답을 제공하고 있지는 않기에 고객은 추후 분쟁에 대비하여 해당 구조물이 사용되어지는 목적에 대하여 계약서에 명시적으로 언급하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 임치계약

1) 일반원칙

DCFR 임치계약편상⁴⁶⁾ 수치인은 당사자 간에 달리 합의하지 않은 경우 결과채무로서 계약적합성의무를 부담하고 있다. 이와 관련하여 DCFR은 수치인에게 임치물이 양도되는 시점에서의 상태와 동일한 상태로 동일 임치물

43) DCFR IV.C.-3:104(2)(b). Cf. Secretariat's Commentary, O.R., p. 32, Art. 33, No. 5.

44) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1717.

45) 이 부분에 대하여 CISG 또한 명료하지 못하다. 일부 학자들은 특히 대륙법계를 중심으로 CISG상 통상목적 적합성의무는 중등품질의 물품을 제공하는 것이라 주장하고 있다. I. Schwenzer ed., op cit., p. 577, n. 80; 석광현, 전게서, p. 140. 이와 반면에 일부 학자들은 중등품질만을 의미하는 것은 아니고 경우에 따라 중등품질에는 미치지 못하더라도 재판매가 가능하다면 통상목적에 적합한 것으로 볼 수도 있다고 하고 있다. F. Enderlein and D. Maskow, op cit., p.144; H. Bernstein and J. Lookofsky, op cit., p.59. Cf. C. Bianca and M. Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, 1987, pp.281-282.

46) DCFR상 임치계약은 당사자 일방인 수치인이 임치인을 위하여 동산 또는 무체재산을 보관하기로 하는 계약에 적용된다. DCFR IV.C.-5:101(1). 여기서 무체재산은 소프트웨어, 정보 등을 포함한다. C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1790. 그러나 보관의 목적물이 부동산 공작물, 운송 중인 동산 또는 무체재산, 금전, 유가증권 또는 권리의 경우는 임치계약 관련 규정이 적용 배제된다. DCFR IV.C.-5:101(2).

이 임치인에게 반환되지 않으면 계약에 적합하지 않다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 즉 수치인은 임치인으로부터 임치물의 보관을 위해 양도받은 시점에서의 상태와 동일한 상태로 임치인에게 동일 임치물을 반환해야하는 원상태 반환의무를 부담하게 되는 것이다. 가령, DVD 적하물을 보관하는 임치계약에서 임치인이 수치인에 의해 보관중인 적하물의 반환을 청구하였고 그에 따라 반환된 적하물이 훼손되어 있음을 발견하였다하자. 이 경우 수치인은 임치계약상 계약적합성의무 위반에 따른 책임이 뒤따르게 되는 것이다.⁴⁸⁾

다만 수치인은 원상태로 반환하지 못하게 된 원인이 그의 통제를 벗어난 예상치 못한 장애, 즉 불가항력적인 사유에 기인함을 입증함으로써 면책이 가능할 것이다.⁴⁹⁾ 또한 원상태 반환의 실패가 불가항력적인 사유에 기인하지 않은 수치인의 책임일지라도, 그는 계약체결 시 그의 책임을 임치전 임치목적물의 가액으로 제한한다는 조항을 계약에 삽입함으로써 그의 책임을 제한할 수도 있을 것이다.⁵⁰⁾ 이러한 책임제한은 불공정조항으로 그 유효성 문제가 있으나 DCFR은 다음의 요건을 충족하는 것을 조건으로 동 책임제한은 유효한 것으로 간주된다. 첫째, 해당 거래가 상인간 거래이어야 한다.⁵¹⁾ 여기서 상인(business)이라 함은 사인소유이든 내지 공공소유(publicly or privately owned)이든 무관하며, 그의 영업행위를 통하여 수익(profit)을 남길 의사가 없다할지라도 상인이 독자적으로 운영하는 거래(trade), 작업(work), 또는 직업(profession)에 연관된 목적으로 행위하는 자연인 또는 법인을 의미한다.⁵²⁾ 둘째, 원상태 반환의 실패 원인이 수치인 스스로 또는 그를 대신한 책임 있는 제3자의 고의 또는 중대한 과실에 기한 것이 아니어야 한다.⁵³⁾ 여기서

47) DCFR IV.C.-5:105(1).

48) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1823.

49) DCFR III.-3:104.

50) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1823.

51) DCFR IV.C.-5:109.

52) DCFR I.-1:105(2). 또한 여기서 상인의 행위는 그에 의해 통상적으로 행해지는 행위일 필요는 없다. 예를 들어, 서점을 운영하는 상인이 서점서 사용 중인 중고 컴퓨터 또는 기타 사무용품 등을 소비자에게 판매하는 행위도 무관하다. C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 93.

53) DCFR IV.C.-5:109.

중과실(gross negligence)이라 함은 일방당사자가 주변 정황에 따라 명백하게 (self-evidently) 요구되는 주의를 취하는데 있어 중대한 불이행(profound failure)이 있는 경우를 의미 한다.⁵⁴⁾ 셋째, 수치인 책임의 한도를 임치물 보관당시 임치물의 시장가로 제한하는 경우에 한한다.⁵⁵⁾ 따라서 그러한 시장가의 이하로 수치인의 책임을 제한하는 계약조항은 불공정조항의 유효성에 관한 일반원칙에 따라 그 유효성 여부가 결정될 것이다.⁵⁶⁾

2) 예외

DCFR상 임치계약상 수치인의 계약적합성의무의 기본 원칙은 동일임치물의 원상태 반환임은 주지한 바와 같다. 그러나 해당 계약과 임치물의 성질상 동일 임치물 및 원상태 반환이 불가한 경우가 있어 DCFR은 다음과 같은 두 가지 예외를 규정하고 있다; 동일 상태 반환과 관련한 예외, 동일 임치물 반환과 관련한 예외.

첫째, 임치물의 상태와 관련한 예외로서 양도된 임치물 또는 계약의 성질상 원상태로의 반환이 합리적으로 기대되지 않는 경우, 수치인은 임치인이 합리적으로 기대할 수 있었던 상태대로 임치물을 반환하는 것으로 수치인의 계약적합성의무의 이행은 충족된다.⁵⁷⁾ 이러한 예외가 적용되기 위한 요건은 양도된 임치물 또는 계약의 성질상 임치물을 원상태로 반환하는 것이 합리적으로 기대될 수 없어야 한다. 이 요건은 객관적인 관점에서 임치물의 원상태 반환에 대한 합리적 기대불가능성이 전제되어야 함을 의미한다. 임치물의 성질상 원상태 반환이 불가한 대표적인 경우가 과일류라 할 수 있다. 예를 들어, 이미 충분히 익은 바나나가 보관된 경우 반환 시 갈색으로 퇴색된 사실만으로 수치인에 책임을 물을 수는 없을 것이다. 이는 충분히 익은 바나나의 자연스러우면서도 객관적인 현상이기 때문이다.⁵⁸⁾ 또한 쓰레기 매립지가 파업으로 인하여 폐쇄되어 해당 쓰레기가 다른 장소에서 임시 보관된 경우, 쓰

54) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 72.

55) DCFR IV.C.-5:109.

56) DCFR II.-9:401 이하.

57) PELSC Art. 4:107(3).

58) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1823.

레기의 성질상 시간의 경과에 따른 부식 및 부패는 자연스러운 현상에 해당할 것이다. 따라서 이 경우 수치인에게 임치 당시와 동일한 상태로 임치물을 반환할 의무를 부과할 수는 없을 것이다.⁵⁹⁾ 한편 임치물의 성질상 원상태 반환이 불가능한 경우 수치인이 부담하게 되는 계약적합성의무는 임치인이 합리적으로 기대할 수 있었던 상태대로 임치물을 반환하는 것에 있다. 따라서 숙성을 위해 보관된 치즈의 경우도 수치인의 의무는 치즈 및 계약의 성질상 합리적으로 보아 원상태 반환이 불가능한 경우라 할 수 있어, 수치인의 의무는 단순히 치즈의 안전한 보관에 있지 원상태 반환을 목적으로 치즈에 끼는 곰팡이를 제거하려는 어떤 조치를 취할 그런 의무는 없다. 이는 치즈 및 계약의 성질상 원상태 반환이 불가능한 경우로 수치인은 이에 대해 책임이 없으며, 오히려 반환 시 임치물의 상태는 경우에 따라 임치인이 합리적으로 기대하는 것 보다 좋은 양질의 치즈가 될 수도 있다.⁶⁰⁾ 여기서 유의할 점은 DCFR이 임치인의 합리적 기대시점에 관련하여 아무런 언급을 하고 있지 않다는 점이다. 그러나 그 시점은 계약체결 시가 아닌 임치인이 보관을 위해 수치인에게 임치물을 임치하는 시점이 보다 합리적인 해석이 아닌가 사료된다.

둘째, 동일 임치물 반환과 관련한 예외로서 임치물 및 계약의 성질상 동일 임치물의 반환을 합리적으로 기대할 수 없는 경우, 수치인은 동일 종류, 품질 및 수량의 다른 임치물을 필요한 경우 소유권의 이전과 함께 인도하는 것으로 계약적합성의무를 다하게 된다.⁶¹⁾ 이러한 예외가 적용되기 위한 요건은 양도된 임치물 또는 계약의 동일 임치물을 원상태로 반환하는 것이 합리적으로 기대될 수 없어야 한다. 이 요건은 객관적인 관점에서 동일 임치물의 반환에 대한 합리적 기대불가능성이 전제되어야 함을 의미한다. 임치물 및 계약의 성질상 동일 임치물 반환이 불가능한 대표적인 경우가 곡물류, 액체류 또는 광물류 등과 같은 대체물의 혼장임치라고 할 수 있다.⁶²⁾ 다시 말하여,

59) Id.

60) Id.

61) DCFR IV.C.-5:105(3).

62) Cf. 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, pp.584-585; 김형배, 채권각론, 박영사, 1997, p.682.

당사자간 합의에 의하여 임치인의 임치물과 임치인의 또는 제3자의 다른 임치물과 섞여 함께 보관하기로 한 계약이 이 경우에 해당한다 할 수 있다. 이러한 혼장임치의 경우 수치인의 계약적합성의무는 원 임치목적물과 동일 종류, 품질 및 수량의 다른 임치물을 인도하는 것에 있다. 한편 DCFR상 소유권 이전에 관한 규정에 따라 수치인이 임치물의 소유권자가 된 경우라면⁶³⁾ 수치인은 그가 실제 반환하게 되는 임치물의 소유권도 동 임치물과 함께 임치인에게 이전하여야 한다.⁶⁴⁾ 다만 실제 반환되는 임치물의 상태는 보관을 위해 최초 임치된 때와 동일한 상태일 것을 요구하고 있다.⁶⁵⁾ 여기서 DCFR의 문제는 임치물의 상태를 최초 임치 당시와 동일 상태와 동일 품질을 요구하고 있다는 점이다. 다시 말하여 앞서 임치물 또는 계약의 성질상 원상태로의 반환이 합리적으로 기대되지 않는 경우, 임치인이 합리적으로 기대할 수 있었던 상태로 임치물을 반환토록 한 예외를 인정하지 않고 있는 것은 충분히 문제로 지적될 수 있다. 이와 관련하여 동 예외를 유추 적용될 수 있다는 주장이 제기 될 수도 있으나, 계약당사자들은 이를 명료히 하기 위하여 그들의 계약내용에 이를 명시할 필요가 있을 것이다.

(3) 디자인계약

DCFR 디자인계약편상⁶⁶⁾ 디자이너는 설계과정의 결과물이 고객이 예상했

63) DCFR VIII. Acquisition and loss of ownership of goods. 혼장임치의 경우 소유권이전과 관련하여 DCFR VIII.-5:202.

64) DCFR IV.C.-5:105(3).

65) Id.

66) 디자인계약 관련 규정은 당사자 일방인 디자이너가 상대방인 고객을 위하여 고객 또는 그를 대신한 자에 의해 건축될 고정 건축물을 설계하기로 한 계약에 적용된다. DCFR IV.C.-6:101(1)(a). 이와 더불어 DCFR상 디자인계약편의 관련 규정은 디자이너가 고객 또는 그를 대신한 자에 의해 건축되거나 수행될 동산, 무체재산 내지 서비스를 설계하기로 한 계약에도 적용된다. DCFR IV.C.-6:101(1)(b). 이에는 산업프로젝트, 소프트웨어, 패션, 물류시스템 등의 설계를 포함한다. 다만 계약에 따른 일방 당사자의 의무가 설계 외에 다른 서비스를 포함하는 경우는 설계와 관련한 계약 부분에 한정하여 설계계약 관련 규정이 적용된다. DCFR II.-1:107(2). 한편 상기 다른 서비스의 내용이 디자이너에 의한 설계를 실시하는 경우, 즉 디자이너가 설계도 하고 그리고 그 설계를 스스로 실시하는 경우에 이 계약은 설계의 실시와 관련된 계약으로 주로 간주된다. DCFR IV.C.-6:101(2). 이 경우 결국 설계의 실시와 관련된 규정이 우선적용 되도록 하고 있다. DCFR II.-1:107(3)(a).

던 결과와 일치하도록 하는 결과채무로서 계약적합성의무를 부담하고 있고,⁶⁷⁾ 이러한 결과채무의 의미는 앞서 언급한 바와 같이 설계과정 중의 주의의무를 디자이너가 충실히 이행했는지 여부가 아닌 그 이행의 결과이다. 결과채무로서 계약적합성의무를 디자이너에게 부과하는 문제는 설계가 설계이후의 서비스로서 건설 또는 영선 서비스의 기초가 된다 할 수 있고, 따라서 만약 설계에 하자가 있다면 설계에 따라 이루어질 건설 또는 영선 서비스의 결과도 고객의 기대에 미치지 못하는 결과를 낳을 수밖에 없어 중요한 문제라 할 수 있다.⁶⁸⁾ 이렇듯 설계의 무하자는 설계에 따른 건설 내지 영선 등의 서비스에 매우 중요한 역할을 하고 있으며, DCFR상 디자이너의 계약적합성의무의 내용은 다음과 같다.

먼저 디자이너는 그의 설계(design)를 통해 설계의 사용자가 당해 설계의 실시와 관련하여 합리적으로 기대되는 주의와 기술로 설계를 실시하여 특정 결과를 달성할 수 있게 하여야 할 설계의 계약적합성 의무를 부담한다.⁶⁹⁾ 이러한 디자이너의 계약적합성의무의 해석상 유의할 점은 다음과 같다. 먼저 디자이너의 설계는 설계의 사용자로 하여금 그 설계의 실시를 통해 특정결과(a specific result)를 달성할 수 있게 하여야 한다고 하고 있는데, 여기서 “특정결과”의 의미가 난해하다는 점이다. 하지만 특정결과라는 것이 설계의 실시에서 산출되는 것이라 설계의 시공과 밀접한 연관이 있는 건설계약, 영선계약, 또는 그 외 설계를 실시하는 여타 서비스계약과의 연관성 속에서 해석이 이루어지는 것이 보다 타당할 것이다.⁷⁰⁾ 즉, 특정결과란 의미는 예를 들어, 건설계약과 같은 경우 DCFR 건설계약편상 시공자의 계약적합성의무에서 요구하는 a) 계약상 요구되는 수량, 품질 및 명세에의 일치성, b) 고객에 의해 계약체결 시 또는 계약의 변경 시 디자이너에게 명시적 내지 묵시적으로 알려진 그러한 특정목적에의 적합성, c) 해당 설계와 동일한 명세사항을 가진 설계가 통상적으로 사용되어지는 단일 내지 복수의 통상목적에의 적합성이 해당될 것이다.⁷¹⁾ 한편 서비스제공자에게 결과성취의무가 기본적으로

67) DCFR IV.C.-6:104.

68) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1861.

69) DCFR IV.C.-6:104(1).

70) 이병문, op cit., p. 214.

부과되지 않는 영선계약과 같은 경우, 디자인계약의 특정결과의 의미는 일반 규정상 결과성취의무의 내용, 즉 a) 고객이 계약체결 시 또는 그 이전에 특정결과의 달성을 서비스제공자에게 명료히 언급한 경우 그러한 특정결과, b) 계약체결 시 고객이 특정결과의 달성을 요구하고 있음을 명료히 언급하지는 않은 경우 합리적인 서비스제공자라면 고객이 기대하게 될 그러한 결과일 것이다.⁷²⁾ 따라서 디자인계약상 디자이너의 계약적합성의무에서 말하는 특정결과의 구체적 내용은 설계의 실시와 관련된 계약상 결과성취의무 내지 계약적합성의무에 관하여 앞서 서술한 여러 원칙들이 원용될 수 있을 것이다.⁷³⁾

디자이너의 계약적합성의무의 해석상 유의할 또 다른 점은 디자이너의 설계를 통해 즉, 설계의 실시를 통해 특정결과가 달성되는 것 그 자체가 디자이너의 계약적합성의무의 완전한 이행은 아니라는 점이다. 다시 말해 설계의 사용자로 하여금 설계의 실시와 관련하여 합리적으로 기대되는 주의와 기술로 설계의 실시를 통해 특정결과를 달성할 수 있을 정도의 설계의 제공이라면 디자이너는 그의 계약적합성의무를 다하는 것이다. 따라서 설계의 사용자는 당해 설계의 실시와 관련하여 합리적으로 기대되는 주의와 기술로 설계를 실시하지 못하여 발생한 특정결과 달성의 실패에 대하여 디자이너는 책임이 없을 것이다.⁷⁴⁾ 예를 들어, 고건축물의 개보수를 위한 설계계약에서 고객은 계단형박공(step gable)이 동 건축물의 정면을 이루도록 설계에 포함하도록 요구한 설계거래가 있었다 하자.⁷⁵⁾ 그에 따라 디자이너는 고객의 요구에 정확하게 부응한 설계를 제공하였으나, 개보수를 위한 시공자는 부주의하게 디자이너의 설계에 따른 개보수를 하지 않고 계단형 박공이 건축물의 정면에서 누락되는 개보수를 하게 되었다.⁷⁶⁾ 이 경우 고객이 예상한 결과가 궁극적으로 달성되지는 않았으나 디자이너는 그의 계약적합성의무를 충실히 이행한 것이 될 것이다.⁷⁷⁾ 다만 고객은 이 경우 시공자를 상대로 책임을 물을 수는

71) DCFR IV.C.-3:104.

72) DCFR IV.C.-2:106.

73) II. 1. (2) 결과성취의무의 내용 및 II. 2. (1) 건설계약 참조.

74) DCFR IV.C.-6:104.

75) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1861.

76) Id.

있을 것이다. 그리고 당해 설계의 실시와 관련하여 요구되는 주의와 기술의 정도에 관련하여 DCFR상 명시 규정은 없으나, 설계를 실시하는 서비스의 구분에 따른, 예를 들어, 건설 내지 영선 등에 따라 요구되는 상당주의의무를 다하면 될 것이다.⁷⁸⁾

(4) 정보제공계약

1) 정보의 성질과 무관한 계약적합성의무

DCFR상 정보제공 계약편은⁷⁹⁾ 결과성취의무로서 계약적합성의무의 부과를 정보의 성질에 따라 그 계약적합성의무를 달리 하고 있다. 즉 정보를 크게 사실정보(factual information), 평가정보(evaluative information)와 권고(advice)로 구분하고, 이러한 구분과는 무관하게 적용되는 계약적합성의무와 사실정보에 한하여 적용되는 계약적합성의무를 별도로 규정하고 있다.⁸⁰⁾

먼저 DCFR은 정보의 성질과 무관하게 정보제공자로 하여금 계약과 일치하는 수량, 품질 및 명세에 일치하는 정보를 제공하도록 하고 있다.⁸¹⁾ 따라서 정보제공자는 그가 제공하여야 할 정보가 사실, 평가, 권고 등에 관련된 것인지 여부와 무관하게 계약상 요구되는 정보를 제공하여야 할 것이다.⁸²⁾

77) Id.

78) cf. DCFR IV.C.-2:105, 3:103, 4:103.

79) 정보제공 계약편은 당사자 일방인 정보제공자가 정보나 권고를 고객에게 제공하기로 한 계약에 적용된다. DCFR IV.C.-7:101(1). 여기서의 정보는 사실정보, 평가정보, 권고정보 등을 포괄한다. 그러나 정보제공 계약편은 진료계약편상 진료자의 정보제공의무에 관한 규정이 더 상세히 규정되어 있다면 정보제공 계약편상의 규정은 진료에 관하여 적용되지 아니한다. DCFR IV.C.-7:101(2). 그리고 계약에 따른 일방 당사자의 의무가 정보제공 외에 다른 서비스를 포함하는 경우는 정보제공과 관련한 계약 부분에 한정하여 정보제공계약 관련 규정이 적용된다. DCFR II.-1:107(2).

80) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., pp. 1906-1907.

81) DCFR IV.C.-7:105(1).

82) 예를 들어, 출판업자가 출판 예정인 두 편 원고의 사생활 침해여부에 대한 변호사의 조언을 의뢰한 계약이 있다 가정하자. 이 계약에서 변호사는 출판될 서적이 사생활권 침해 소지의 사항이 있는지를 결정하는 서비스를 제공할 의무가 있다할 수 있다. 이러한 의무는 결과성취의무의 하나라 할 수 있으며, 이 경우 변호사는 그러한 의무를 이행하지 않거나 그 일부만을 이행한다면 이에 대한 책임을 수반할 것이다. 여기서 일부 이행의 경우는 예를 들어, 출판될 원고의 하나에 대해서만 조언을 제공하는 경우라던가, 사생활권 침해에

그러나 정보의 성질과 무관하게 정보제공자로 하여금 계약상 요구되는 수량과 명세에 일치하는 정보를 제공토록 하는 의무를 부과하는 것에는 크게 문제가 없을 수 있을 것이나, 계약상 요구되는 품질과의 일치성 여부는 문제의 소지가 있다. 이는 평가정보 또는 권고의 경우 완전 정확한 평가 내지 예측은 사실상 불가능하기 때문이며, 이에 근거하여 고객에 의해 예견된 특정결과를 달성할 의무가 서비스제공자에게 부과되어서는 안 될 것이다.⁸³⁾ 결국 이러한 정보의 경우 올바른 계약의 해석상 서비스제공자에게 정보의 품질에 관한 어떠한 의무도 부과되지 않고, 정보의 제공에 있어 단지 상당주의의무만이 부과될 수 있을 것이다.⁸⁴⁾ 한편 또 다른 계약의 해석에 의하자면 계약상 그러한 정보의 품질이라는 것이 관련분야의 전문 정보제공자가 상당주의의무를 다하여 제공되는 정보의 품질 정도에 해당할 수도 있을 것이다.⁸⁵⁾

이상 계약과 일치하는 수량, 품질 및 명세에 일치하는 정보제공 의무는 DCFR상 건설계약편의 계약적합성의무와 유사한 것으로 그 해석론이 동일하게 유추 적용될 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 그러나 건설계약편과 비교하여 주목할 만한 것은 DCFR상 정보제공 계약편은 당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 계약적합성의무로서 특정목적 적합성의무 및 통상목적 적합성의무가 별도로 규정되어 있지 않다. 이 부분에 대하여 DCFR 주석서는 어떠한 언급도 하고 있지 않으나 그 필요성이 정보거래에도 제기된다.⁸⁷⁾ 이는 건설계약에서처럼 고객은 계약체결 시 당사자간 합의에 이르지 않는다고 하더라도 정보제공자에게 그의 어떤 특정목적에 명시 내지 묵시적으로 알림으로 동 목적을 기대할 권리가 있고, 그러한 목적이 정보제공자에게 알려지지 않았다 하더라도 고객은 정보의뢰에 따른 일반적인 통상목적에 기대할 권리가 있다 할 수 있다.⁸⁸⁾

대한 조언이 아닌 명예훼손에 대한 조언을 제공하는 경우가 이에 해당할 것이다 C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1906.

83) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., pp. 1905.

84) Id.

85) Id.

86) II. 2. (1) 건설계약 참조.

87) 이병문, op cit., p. 219.

2) 사실정보의 경우 계약적합성의무

DCFR은 계약에서 요구하는 품질, 수량 및 명세에 일치하는 정보제공의무와는 별도로 정보제공자로 하여금 사실정보에 한하여 그가 기술하는 실제상황이 정확한 것임을 보장하도록 하고 있다.⁸⁹⁾ 예를 들어, 고객이 변호사에게 특정 사안에 대한 최근 대법원 판례에 관한 정보를 요청하였고, 변호사는 동사안에 대한 이전 판결의 내용을 제공할 뿐 최근 대법원판결의 전환된 판결 내용을 반영하지 못하였다 하자.⁹⁰⁾ 이 경우 변호사는 사실정보의 수집 및 제공에 있어 정보의 부정확이 그의 부주의에 기인하였는지 여부와는 상관없이 부정확한 정보제공에 대한 계약위반이 있는 것이다.⁹¹⁾

DCFR은 이렇듯 사실정보의 경우로 국한하여 정보제공자에게 그가 제공하는 정보의 정확성을 요구하는 의무를 부과하고 있으나, 문제는 사실정보의 경우라도 그 정확성을 요구하는 것이 정보제공자에게 불합리한 경우가 종종 있을 수 있다는 점이다. 예를 들어, 고객이 변호사에게 어떤 특정 사안에 대한 법률정보를 의뢰하였다면 그 정보는 어떤 객체에 대한 감정 평가도, 어떤 사안에 대한 권고의 경우도 아닌 현존하는 사실에 대한 정보에 보다 가까울 것이다. 하지만 문제는 특정 사안에 관련하여 판례 내지 법조문의 해석이 불확실한 경우가 있는 곳에 있다. 이 경우 변호사에게 그의 법률정보에 대한 정확성 보장을 요구하는 것은 불합리 할 수 있다.⁹²⁾ 또한 이와 유사하게 고객이 요구하는 정보가 사실의 문제로서 실제로 존재하기는 하나 존재하는 사실의 모든 정보가 수집이 가능하지 않거나, 그 사실의 정확성 확인이 불가능한 경우도 정보제공자에게 정보의 정확성 관련 보장의무를 부과하는 것도 불합리할 것이다.⁹³⁾ 이 모든 경우 DCFR은 정보제공자가 정보의 정확성 관련

88) Id.

89) DCFR IV.C.-7:105(2).

90) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., pp. 1906.

91) Id.

92) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., pp. 1907.

93) 예를 들어, 한 여인이 흥신소에 자기 남편의 간통여부를 조사 의뢰한 경우 흥신소가 그러한 사실에 대한 증거를 밝혀내지 못한 경우. C. von Bar and E. Clive ed., op cit., pp. 1908.

의무에 대한 책임을 면하고자 한다면 고객에게 제공될 정보가 부정확할 수 있음을 통지하도록 하고 있다.⁹⁴⁾ 이러한 통지는 해당 정보가 정확하지 못할 수 있는 정황을 정보제공자가 인지하게 되는데로 계약체결 전 또는 그 이후라도 고객에게 전달되어야 할 것이다.⁹⁵⁾ 다만 고객이 이미 그 부정확성을 알고 있거나 알 수 있을 것이라고 합리적으로 기대되는 경우는 해당 통지는 불필요 하다.⁹⁶⁾ 그러나 사실정보의 경우 그 수집가능성, 정확성의 입증가능성 등의 여부와 무관하게 일률적으로 정보제공자에게 제공되는 정보의 정확성에 대한 보장을 요구하면서, 경우에 따라 그보장이 어려운 상황이라면 정보제공자에게 적극적으로 고객에 통지를 하도록 요구하는 것은 문제가 있어 보인다. 이러한 문제는 궁극적으로 결과성취의무 부과 기준이 되는 평가정보 내지 사실정보의 구분에 기인한 것으로 보인다. 따라서 어느 정도 추상적이기는 하나 정보의 확실성, 정확성, 입증가능성 등과 같은 개념을 도입하여 그 여부에 따라 정보제공자에게 결과성취의무를 부과하는 것이 보다 타당할 듯하다.⁹⁷⁾

Ⅲ. 계약적합성 시기 및 계약적합성의무의 면제

1. 계약적합성 시기

서비스제공자의 계약에 적합한 서비스제공의무의 이행에 있어서 그의 서비스가 어느 시점에 계약에 일치하여야 하는지 여부에 관하여 DCFR은 어떤 명시조항도 두고 있지 않다. 그러나 계약적합성의무의 성격상, 즉 계약상 요구되는 결과의 성취라는 점에서 서비스제공자에 의한 서비스의 계약적합성은 그의 서비스제공 시에 존재하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

94) Id.

95) DCFR IV.C.-2:102(Pre-contractual duties to warn) and 2:108(Contractual obligation of the service provider to warn).

96) DCFR IV.C.-2:108(3).

97) 이병문, op cit., p. 218.

따라서 건설계약에서 시공자는 계약의 목적으로서 구조물을 완성하여 고객에 제공하여야 하고, 그 시점에 그가 제공하는 구조물은 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량에 일치하거나, 당사자간 달리 합의가 없는 경우라면 시공자에게 알려진 특정목적에 적합하여야 하며, 그러한 특정목적이 알려진 것이 없더라도 합리적인 고객의 통상적 사용목적에 적합하여야 할 것이다.⁹⁹⁾ 임치계약에서도 유사하게 수치인은 그의 보관의무가 다하게 되면¹⁰⁰⁾ 임치인에게 임치 목적물을 반환하여야 하며, 그 시점에 그가 반환하는 목적물은 최초 양도당시의 동일 목적물이어야 하며 그 당시의 상태와 동일한 상태이어야 할 것이다.¹⁰¹⁾ 한편 임치물 반환시점에 임치물 및 계약의 성질상 원상태 반환 또는 동일 목적물 반환이 불가능한 경우라면 수치인은 임치인이 합리적으로 기대하는 상태로 또는 동일 종류, 품질 및 수량의 다른 임치물을 반환하여야 한다. 디자인계약에서도 마찬가지로 그가 완성한 설계를 최종적으로 고객에 제공할 당시 그의 설계는 설계의 사용자 하여금 당해 설계의 실시와 관련하여 합리적으로 기대되는 주의와 기술로 설계를 실시하여 특정결과를 달성할 수 있게 하여야 한다.¹⁰²⁾ 마지막으로 정보제공계약에서 정보제공자는 계약의 이행으로서 그가 수집한 정보를 고객에게 제공하여야 하고, 정보의 제공 당시 그 정보는 계약과 일치하는 수량, 품질 및 명세에 일치하여야 하며, 사실정보의 경우에 한하여 제공되는 정보는 실제상황의 정확한 기술이어야 한다.

다만 유의할 점은 서비스의 계약부적합성은 경우에 따라 서비스의 제공시기 이후에 드러날 수 있을 수 있고, 이러한 잠재적 부적합성의 경우 서비스제공자는 면책이 되는지 여부이다. 이에 대하여 DCFR상 명시규정은 부재하나, 서비스제공자에 의한 서비스의 부적합성 원인이 서비스제공 시에 존재하

98) 서비스제공자의 서비스제공시기는 DCFR상 이행시기 관련 일반규정(DCFR III.-2:102)에 따른다.

99) 시공자의 구조물을 수령할 고객의 의무에 관하여 DCFR IV.C.-3:106.

100) 임치인의 임치물 반환의무의 이행은 당사자간 합의된 시점이 있으면 그 시점에, 합의된 시점이전에 당사자간 계약관계가 종료되면 고객이 반환을 요청하는 통지 이후에 합리적인 시간 이내에 이루어져야 한다. DCFR IV.C.-5:104(1).

101) 수치인의 임치물 반환을 수령할 임치인의 의무에 관하여 DCFR IV.C.-5:104.

102) 디자이너의 완성된 설계 제공을 수령할 고객의 의무에 관하여 DCFR IV.C.-6:105.

는 한 서비스제공자는 서비스제공 시 이후에 밝혀지는 어떠한 서비스의 부적합성에 대하여도 책임을 면할 수 없는 것으로 해석되어야 할 것이다.¹⁰³⁾

2. 계약적합성 의무의 면제

(1) 계약적합성의무 일반(결과성취의무) 관련 면제

DCFR상 결과성취의무는 다음의 경우에 면제되어 그러한 결과성취의무의 실패에 대한 어떠한 책임도 지지 않게 된다. 서비스제공자의 서비스에 의해 고객이 기대하고 있는 결과의 달성이 어려울 실질적인 위험(substantial risk)이 존재함을 믿을 만한 근거가 있다면 서비스제공자는 동 결과를 성취해야할 의무로부터 면제된다.¹⁰⁴⁾ 이러한 결과성취의무 부과의 면제와 관련하여 유의할 점은 아래와 같다.

먼저 결과성취의무 부과의 면제는 고객이 계약체결 시 요구하는 특정결과의 달성과 관련된 결과성취의무가 아니라, 고객의 특정결과에 대한 요구의 부재 시 적용되는 결과성취의무에 적용된다. 즉 합리적인 서비스제공자라면 고객이 기대하게 될 그러한 결과의 성취의무에 한하여 적용된다. 여기서 문제는 결과성취의무 부과의 면제가 계약체결 시 고객에 의해 언급된 특정결과의 달성에는 적용되지 않는다는 점에 있고, 이 부분에 대한 합리성을 어디서 찾아야 할지에 대한 의문이다. 고객에 의해 언급된 특정결과가 계약 내용으로 편입이 된다면 아무런 문제는 없을 것이다. 이 경우 서비스제공자는 고객이 언급한 특정결과 달성이 어려울 위험이 존재한다 하더라도 그러한 위험을 적극적으로 제거하여서라도 계약상 요구되는 결과를 성취하여야 할 것이기 때문이다. 그러나 특정결과를 고객이 언급은 하였으나 계약내용이라 할 수 없는 경우에 까지 서비스제공자로 하여금 동 결과 달성에의 위험요소를 스스로 제거하여 그러한 결과를 달성토록 요구하기에는 무리가 있어 보인다.¹⁰⁵⁾

또 다른 유의점은 고객이 기대하고 있는 결과의 달성이 어려울 실질적인 위험이 존재함을 믿을 만한 근거가 어느 시점에 존재하여야 하는지에 대한

103) cf. CISG Art. 36(1); DCFR IV.A.-2:308(1); DCFR III.-3:107(2).

104) PELSC Art. 1:108.

105) cf. CISG Art. 35(3); DCFR IV.A.-2:307(1).

여부이다. 이는 계약체결 시 이전에 고객이 그러한 위험의 존재를 믿을 근거가 있지만 하면 될 것이다. 그리고 남은 문제는 동 위험의 존재를 고객이 실제로 인지하여야 하는지의 문제가 있을 수 있다. 이 부분 규정의 구문에서 보는 바와 같이 고객이 실질적 위험의 존재를 실제로 인지(aware)하거나 의식적인 믿음(conscious belief)이 있을 필요는 없고, 동 위험이 존재함을 믿을 이유 내지 근거(reason)만 있으면 족한 것으로 해석된다.¹⁰⁶⁾ 이는 합리적인 자가 전체적인 맥락(overall context)에서 그리고 통상적인 기대를 포함한 모든 주변 정황에 기초하여 그러한 위험의 존재를 추론할 수 있으면 되는 것이다.¹⁰⁷⁾ 여기서 분명한 것은 고객은 결과의 달성이 어려울 실질적인 위험의 존재여부를 알아내기 위해 어떤 조사 등의 조치를 취하거나 할 의무는 없다는 점이다.¹⁰⁸⁾

한편 결과성취의무 부과의 면제요건과 관련하여 문제가 되는 것은 서비스제공자와 고객간에 특정결과의 달성이 어려울 실질적인 위험의 존재 여부에 대하여 서로 다른 견해가 존재하는 경우가 있을 수 있다는 것이다. 이 부분에 대하여 DCFR은 단순히 고객의 입장에서 동 위험의 존재에 대한 합리적 근거만을 물어, 그러한 근거가 없다고 판단되면 서비스제공자에게 결과성취의무를 부과하도록 하고 있다.¹⁰⁹⁾ 따라서 이 경우 합리적인 서비스제공자는 고객과는 달리 그가 생각하고 있는 위험에 대하여 고객에게 사전 고지를 하여야 이에 대한 책임을 면할 수 있을 것이다.¹¹⁰⁾

106) DCFR IV.A.-2:106(1) "The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) ..., and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service."

107) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1671.

108) Id.

109) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1654.

110) DCFR IV.C.-2:102, 2:108.

(2) 각종 서비스계약별 계약적합성의무의 면제

앞서 결과성취의무 부과의 면제 요건은 서비스제공자의 서비스에 의해 고객이 기대하고 있는 결과의 달성이 어려울 실질적인 위험이 존재함을 믿을 만한 근거가 있어야 함에 있었다. 이와 관련하여 더 알아보아야 할 것은 각종 서비스계약별로 서비스계약편 일반규정상 면제요건에 반한 특별규정이 있는지 여부와, 동 요건이 각종 서비스계약별로 어떠한 방식으로 반영되고 있는지 여부이다.

먼저 각종 서비스계약별로 일반 규정상 면제요건에 관련된 특별규정은 존재하지 않고 있다. 즉 일반규정에 반한 특별규정의 존재는 없는 것으로 보는 것이 타당하며, 이 경우 각종 서비스계약 별로 일반규정에 준하여 서비스제공자의 계약적합성 의무부과 여부가 결정되어야 할 것이다. 따라서 시공자, 수치인, 디자이너, 정보제공자의 서비스에 의해 고객이 기대하고 있는 계약적합성을 달성하지 못할 것이라는 실질적인 위험이 존재함을 믿을 만한 이유가 있으면 계약적합성 의무의 부과는 면제될 것이다. 이에 따른다면, 건설계약편의 경우 계약적합성의무 부과의 면제는 계약당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 통상목적 적합성의무에 한하여 적용되어야 할 것이다. 특정목적 적합성의무 부과의 면제는 앞서 일반규정의 원칙에 따라 적용되지 않을 것으로 보이며, 이에 대한 문제점은 앞서 지적한 바와 같다.

그리고 임치계약편의 경우 계약적합성의무는 임치인이 임치물을 수치인에게 양도하는 시점에서와 동일 상태로 동일 목적물을 반환하는 것에 있음은 주지한 바와 같다. 그러나 이러한 원칙에 대한 예외, 즉 양도된 임치물 또는 계약의 성질상 원상태로 동일 목적물의 반환이 합리적으로 기대되지 않는 경우 임치인이 합리적으로 기대할 수 있었던 상태로 또는 경우에 따라 원 임치물과 동일 종류, 품질 및 수량의 다른 임치물을 반환토록 하고 있다. 이러한 예외는 기본적으로 DCFR상 결과성취의무 부과의 면제요건의 연장선상에 있다.¹¹¹⁾ 목적물 내지 계약의 성질은 고객으로 하여금 특정결과의 달성, 즉 동일 임치물의 원상태 반환이 불가능하리라 믿을만한 합리적인 근거를 제시한다 할 수 있다. 다만 여기서 유의할 점은 목적물 내지 계약의 성질상 원상

111) M. Barendrecht et al., op cit., p.562.

태 및 동일 목적물반환의 불가능 위험성에 대하여 계약 당사자간 서로 다른 견해가 존재할 수 있다는 점이다. 이러한 문제는 원상태 및 동일 목적물 반환의 예외가 DCFR상 일반규정의 연장선상에 있음을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 결국 이러한 문제는 합리적인 입치인의 입장에서 동 위험의 존재에 대한 합리적 근거만을 물어야 할 것이다.¹¹²⁾ 따라서 이 경우 수치인은 고객과는 달리 그가 생각하고 있는 위험에 대하여 고객에게 사전 고지를 하여 원상태 및 동일 입치물 반환 불이행에 대한 책임을 면할 수 있을 것이다.¹¹³⁾

디자인계약편상 설계의 계약적합성의무의 내용은 설계의 실시와 관련된 계약적합성과 함께 논의가 이루어져야 한다는 것은 이미 고찰 한바와 같다. 즉 디자이너의 설계는 그 사용자가 당해 설계의 실시와 관련하여 합리적으로 기대되는 주의와 기술로 설계를 실시하여 특정결과를 달성할 수 있게 하여야 하며, 특정결과라는 것은 설계의 실시에서 산출되는 것이라 할 수 있다. 이에 따른다면 디자이너의 계약적합성의무 면제 또한 설계의 실시와 관련된, 예를 들어, 건설계약편상 시공자의 계약적합성의무의 면제와 함께 논의가 되어야 할 것이다. 건설계약편상 계약적합성의무의 면제는 앞서 논의한 바와 같고, 그러한 논의가 디자인계약편상 계약적합성의무의 면제에 유사하게 적용될 수 있을 것이다.¹¹⁴⁾

정보제공 계약편도 또한 정보제공자의 계약적합성의무 부과 면제를 특별히 다루고 있지는 않기에, 일반규정에 따라 고객이 기대하고 있는 계약적합성을 달성하지 못할 것이라는 실질적인 위험이 존재함을 믿을 만한 이유가 있으면 계약적합성의무는 면제될 것이다. 그러나 이러한 면제 요건은 정보의 성질과 무관하게 적용되는 계약적합성의무로서 계약상 요구되는 수량, 품질 및 명세와의 일치성에는 적용되지 않는 것으로 해석되어야 할 것이다. 따라서 설령 고객이 계약상 요구되는 수량, 품질 및 명세에 일치하는 정보가 제

112) Cf. C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1654.

113) DCFR IV.C.-2:102, 2:108.

114) 설계의 실시와 연관된 또 다른 DCFR상 서비스계약은 영선계약으로 영선계약에는 계약적합성의무가 부과되지 않으나, 당사자 합의에 의해 결과성취의무가 부과된다면 해당 규정은 일반규정상의 결과성취의무가 될 것이다. 이 경우 결과성취의무 부과 면제는 일반규정상의 내용이 그대로 적용되면 될 것이다. DCFR IV.C.-2:106(1).

공될 수 없을 위험이 존재한다는 것을 믿을 합리적 이유를 갖고 있다하더라도, 정보제공자는 그러한 위험을 적극적으로 제거하여서라도 계약상 요구되는 정보를 제공하여야 할 것이다. 이와 반면에 일반규정 상 면제요건은 사실정보의 경우 계약적합성의무에는 적용가능 할 것이다. 이와 관련하여 DCFR 주석서는 사실정보의 계약적합성의무는 일반규정 상 면제요건의 연장선상에 있음을 기술하고 있다. 즉 실제상황에 대한 객관적 사실정보를 요구하는 합리적인 고객은 일반적으로 정보제공자에 의해 제공되는 정보가 부정확할 것이라는 실질적 위험이 있다는 것을 믿을 근거는 없을 것이기 때문이다.¹¹⁵⁾ 그러나 사실정보라 하더라도 모든 사실의 정보수집이 불가능하거나 해당 정보의 정확성 확인이 불가능한 경우이면서, 이러한 사실을 고객이 인지하거나 합리적인 고객이라면 인지하고 있어야 할 경우라면 계약적합성의무는 면제되어야 할 것이다.¹¹⁶⁾

IV. 결 론

이상에서 본 논문은 그 연구목적에 따라 DCFR 서비스계약편상 서비스제공자의 계약적합성의무가 적용되는 각 서비스계약별로 동 의무에 관련한 구체적 내용을 계약적합성 요건, 계약적합성의 시기, 계약적합성의무의 면제로 구분하여 살펴보았다. 그리고 이 논문은 이러한 내용의 검토에서 드러난 DCFR상 관련 규정의 흠결의 문제 및 그 해석상의 문제점 및 유의점을 지적하여 보았다. 이를 결론에 갈음하여 그 주요 내용만을 기술한다면 다음과 같다.

첫째, DCFR상 계약적합성의무가 별도로 규정되어 있지 않은 서비스거래의 경우 계약적합성의무로서 일반규정상 결과성취의무가 적용되게 되는데, 이 경우 합리적인 고객이 기대하게 될 결과의 성취의무 내용에 대한 불명확성이 있다. 이는 경우에 따라 보통의 합리적인 고객이 기대하고 있는 결과가 하나 이상의 복수로 존재하는 경우가 있을 수 있어, 이 경우 서비스제공자는

115) C. von Bar and E. Clive ed., op cit., p. 1907.

116) Cf. DCFR IV.C.-2:108(3).

복수의 특정결과를 모두 달성하여야 하는지에 대한 불명료성이 있다. 이에 대하여 DCFR은 명료한 답을 제공하지는 않으나 서비스제공자는 복수의 결과를 모두 달성하여야 할 것으로 해석하는 것이 보다 타당할 것이다.

둘째, DCFR 건설계약편의 계약적합성의무는 CISG상 계약적합성의무의 개념 및 내용을 상당부분 수용하여 반영한 것으로 보이나, 문제는 CISG상 논쟁이 되어 왔던 부분이 그대로 답습되어 아쉬움이 남는다. 예를 들어, 계약상 요구되는 품질, 명세 및 수량의 결정은 당사자 간 명시적 합의 뿐 만 아니라 묵시적 합의에서도 구할 수 있는지 여부의 불분명성이 있다. 또한 특정목적 적합성의무와 관련하여 고객의 특정목적은 시공자가 실제로 인지한 경우에 한하여 동 의무가 적용될 수 있는지의 여부가 여전히 논쟁거리로 남아 있다.

셋째, 수치인의 계약적합성의무에 관하여 DCFR은 임치물 및 계약의 성질상 동일 임치물의 반환을 합리적으로 기대할 수 없는 경우, 수치인은 동일 종류, 품질 및 수량의 다른 임치물을 반환함으로써 수치인은 계약적합성의무를 다하도록 하고 있다. 여기서 문제는 반환되는 임치물의 상태가 보관을 위해 최초 임치된 때와 동일한 상태일 것을 요구하고 있으며, 임치물 또는 계약의 성질상 원상태로의 반환이 합리적으로 기대되지 않는 경우의 예외가 인정되지 않는다는 점이다.

넷째, 정보제공계약의 경우 DCFR은 사실정보의 경우에 한하여 정보제공자에게 제공되는 정보의 정확성에 대한 보장을 요구하고 있으나, 그러한 보장이 사실정보의 수집가능성, 정확성의 입증가능성 등의 여부와 무관하게 일률적으로 적용되는 것은 문제점으로 지적된다. 따라서 어느 정도 추상적이기는 하나 정보의 확실성, 정확성, 입증가능성 등과 같은 개념을 도입하여 그 여부에 따라 정보제공자에게 결과성취의무를 부과하는 것이 보다 타당할 듯하다.

다섯째, DCFR은 서비스의 계약적합성의 시기와 관련하여 명시조항은 두고 있지 않으나, 결과성취의무로서 계약적합성의무의 성격상 서비스제공시가 타당할 것이다. 그러나 예외적으로 잠재적 부적합성의 경우는 부적합성의 원인이 서비스제공시에 존재하는 한 서비스제공자는 그 이후에 드러나는 부적합성에 책임을 면할 수 없을 것이다.

여섯째, DCFR상 결과성취의무 부과의 면제는 계약체결 시 고객에 의해

언급된 특정결과의 달성에는 적용되지 않는다는 점은 문제로 지적되고 있다. 이와 관련하여 고객에 의해 언급된 특정결과가 계약 내용으로 편입이 된다면 문제는 없으나, 특정결과를 고객이 언급은 하였으나 계약내용이라 할 수 없는 경우에 까지 서비스제공자로 하여금 동 결과 달성에의 위험요소를 스스로 제거하여 그러한 결과를 달성토록 요구하는 것은 문제라 할 수 있다. 한편 이러한 결과성취의무의 면제는 각 서비스계약별로 계약적합성의무 관련 규정에 별도 규정을 두고 있지는 않으나 유추 적용이 가능할 것으로 사료된다.

참 고 문 헌

- 김형배, 채권각론, 박영사, 1997.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010,
- 오원석, "국제물품매매계약에서 물품에 대한 매도인의 계약적합의무 - UN통일매매법 제35조를 중심으로 -", 무역학회지, 제27권 3호, 2002, pp. 1-16.
- 오원석, 이병문, "국제물품매매거래에서 매도인의 계약적합성물품 인도 의무에 관한 비교연구", 무역상무연구, 제37권, 2008, pp. 3-33.
- 이병문, "서비스계약에 관한 유럽법원칙에 관한 연구 - 서비스제공자의 계약에 적합한 서비스제공의무를 중심으로-", 비교사법, 제17권 3호, 2010, pp. 187-227.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 2005.
- 이준형, "유럽법원칙 서비스계약편(PEL SC)", 중앙법학, 제9집 2호, 2007, pp.451-488.
- Bar, C. von and Clive, E. ed., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference - Full edition, Vol. II, Oxford University Press, 2010,
- Barendrecht, M. et al., Principles of European Law: Service Contracts, Oxford University Press, 2007.
- Bernstein, H. and Lookofsky, J., Understanding the CISG in Europe, Kluwer Law International, 1997.
- Bianca C., and Bonell, M., Commentary on the International Sales Law, Giuffre, 1987,
- Boele-Woelki, K. & Grosheide W. ed., The Future of European Contract Law, Kluwer Law International, 2007,
- Commission of the European Communities, European Contract Law and the Revision of the acquis: the Way Forward, COM (2004), 651 final.
- Commission of the European Communities, First Progress Report on the

Common Frame of Reference, COM (2005), 456 final.

Enderlein, F. and Maskow, D., International Sales Law, Oceana, 1992.

Honnold, J., Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer Law International, 2009.

Huber, P. and Mullis, A, The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers, 2007.

Schlechtriem, P. ed., Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht, Nomos, 1987

(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html>).

Schwenzer, I. ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 3rd ed., Oxford, 2010.

ABSTRACT

A Study on the Service Provider's Duty to Provide Services in Conformity with the Contract under the DCFR

Lee, Byung Moon

This article attempts to describe and analyze the rules on the service provider's duty to provide his service in conformity with the contract under the Draft Common Frame of Reference (*here-in-after* DCFR), which are applied to construction, storage, design and factual information contracts. It categorizes such rules in accordance with the requirements of conformity with the contract, the time when the service provided must be in conformity with the contract, and the exemptions of the service provider's duty. On the basis of such categorization, it examines the rules on the service provider's duty in each type of service contract under the DCFR. By doing so, it seeks to figure out how the members of EU compromised on the various issues of the service provider's duty under the DCFR which is regarded as the first uniformed legislation in the area of the service contract. This may provide some guidance to the legislators of domestic law for their amendment or interpretation of their laws. In addition to them, this article also seeks to point out problems in terms of their interpretations and gaps in their rules to cover various aspects of non-conformity and put forward some solutions for such problems and gaps.

Key Words : Liability for Defective Service, Non-Conformity of Service,
Service Contract Duty to Provide Service