

〈논문〉

국제물품매매협약(CISG)과 國際私法* **

石光現***

요 약

1980년 채택된 ‘국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약’(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)(“협약”)은 2005년 3월 1일부터 우리 법질서의 일부가 되었다. 협약 가입은 우리 私法의 국제화에 획을 긋는 일대사건이다. 협약은 이미 1988년 중국에서 발효되었고 2009년 8월부터 일본에서도 발효되었으므로 앞으로 한중일 기업간에 협약이 적용되는 국제물품매매계약(“매매계약”)이 급증할 것이다. 협약의 적용과 관련하여 매매계약의 준거법은 세 가지 측면에서 의미가 있다. 첫째, 당사자 중 일방의 영업소가 체약국에 있지 않은 경우 협약의 적용 여부를 결정하기 위하여 의미가 있다(II.). 둘째, 협약이 규율하지 않는 사항은 매매계약의 준거법에 의해 규율되므로 준거법을 검토할 필요가 있다. 협약은 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율하는데, 협약에 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고, 협약은 특히 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성과 매매된 물품의 소유권에 관하여 계약이 미치는 효력과 관련이 없다(제4조). 이는 협약의 외적 흠결 보충의 맥락에서의 매매계약 등의 준거법의 문제이다(III.). 셋째, 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는 협약의 기초를 이루는 일반원칙에 의해 해결해야 하고, 그런 일반원칙을 찾을 수 없는 경우 준거법에 따라 해결해야 한다(제7조 제2항). 이는 협약의 내적 흠결의 보충의 맥락에서의 매매계약의 준거법의 문제이다(아래 IV.). 협약에 의해 규율되는 매매계약의 당사자 간의 법률관계를 정확히 이해하자면 협약을 정확히 이해함은 물론이고, 매매계약의 보충적 준거법을 특정하고 그 내용을 파악하여야 한다. 이 글을 통하여 보다 많은 우리 법률가들이 국제물품매매계약에서 국제사법이 가지는 실천적 중요성을 깨닫게 되기를 희망한다.

주제어: 국제물품매매계약에 관한 협약, 매매계약, 준거법, 협약의 간접적용, 내적 흠결, 외적 흠결, 흠결의 보충

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 이 논문은 2009년 6월 4일 국제거래법학회 산하 국제물품매매법연구회에서 발표한 내용을 수정 보완한 것이다.

*** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

I. 머리말

1980년 국제연합에서 채택된 ‘국제물품매매계약에 관한 협약’(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)(이하 “협약”이라 한다)은 2005년 3월 1일부터 우리나라에서도 발효되었다. 그 결과 협약은 우리 법질서의 일부가 되었으므로 협약에의 가입은 우리 사법의 국제화에 획을 긋는 일대사건이다. 당사자들이 협약의 적용을 배제하지 않으면, 과거와 달리 우리 기업들이 당사자가 되는 국제물품매매계약의 상당 부분은 협약에 의하여 규율된다. 협약은 이미 1988년 중국에서 발효되었고 2009년 8월부터 일본에서도 발효되었으므로 앞으로 한중일 기업 간에 협약이 적용되는 국제물품매매계약이 급증할 것이다. 협약은 유럽계약법위원회가 작성한 1998년 “유럽계약법원칙”(Principles of European Contract Law)(이하 “유럽계약법원칙”이라 한다)¹⁾과 사법통일을 위한 국제협회(UNIDROIT)²⁾의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)(이하 “Unidroit 원칙”이라 한다)³⁾에도 큰 영향을 미친 결과 이제 협약의 개념과 용어는 국제(매매)계약법의 공용어(*lingua franca*)가 되었다. 근자에는 협약과 위 양자, 즉 국제계약의 ‘troika’(3두마차)를 기초로 세계계약법원칙, 나아가 세계계약법(World Contract Law)을 만들자는 제안도 있다. 협약은 국제물품매매계약(이하 단순히 “매매계약”이라 한다)에 관한 저촉규범(또는 국제사법규범)이 아니라 실질규범의 통일을 목표로 하는 것이다.⁴⁾ 협약과 관련하여 매매계약의 준거법 결정은 아래 세 가지 측면에서 의미가 있다.

첫째, 우선 당사자 중 일방의 영업소가 계약국에 있지 않은 경우 협약의 적용 여부를 결정하기 위하여 준거법을 검토할 필요가 있다. 양 당사자의 영업소가 계약국에 있는 경우 협약이 적용되므로 통상 매매계약의 준거법을 따질 필요는 없

1) 2003년 Part III가 발표되었다.

2) 국제협회 대신 ‘국제연구소’라고도 부른다.

3) 이는 2004년에 확대개정되었고, 이를 더 확대하기 위한 작업이 현재 진행중이다.

4) 실질규범(또는 실질법)이라 함은 법적용규범인 저촉법(또는 국제사법)에 대비되는 개념으로, 우리 민·상법과 같이 저촉법(또는 국제사법)에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다. 실질법의 문제를 이단계과정을 거치지 않고 직접 해결하는 점에서 실질법의 통일이 저촉법의 통일보다 바람직하다고 할 수 있다. Franco Ferrari, “CISG and Private International Law”, in Ferrari, Franco (ed.), *The 1980 uniform sales law: old issues revisited in the light of recent experiences*, Milano (Giuffrè), München (Sellier)(2003), p. 20.

으나 당사자들이 비체약국법을 준거법으로 합의하면 협약의 적용은 배제되므로 그런 합의가 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 이는 협약의 적용 여부의 맥락에서의 매매계약의 준거법의 문제이다(아래 II.).

둘째, 협약이 규율하지 않는 사항을 협약의 ‘외적 흠결’이라고 부르는데, 이는 매매계약의 준거법에 의해 규율되므로 준거법을 검토할 필요가 있다. 이는 협약의 외적 흠결의 보충의 맥락에서의 매매계약의 준거법의 문제이다(아래 III.). 다만 외적 흠결은 계약에 관한 사항에 한정되지는 않는다.

셋째, 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제가 있으면 협약의 ‘내적 흠결’이 있게 되는데, 이는 협약의 기초를 이루는 일반원칙을 탐구해서 그에 의해 해결해야 하고, 그런 일반원칙을 찾을 수 없는 경우 준거법에 따라 해결해야 한다(협약 제7조). 여러 가지 쟁점에 관하여 그런 일반원칙의 존부를 둘러싸고 논란이 있다. 이는 협약의 내적 흠결의 보충의 맥락에서의 매매계약의 준거법의 문제이다(아래 IV.).

이처럼 협약에 의해 규율되는 매매계약의 준거법을 어떻게 결정할지가 문제된다. 둘째와 셋째의 경우 준거법은, 협약이 규율하지 않은 사항을 보충적으로 규율한다는 의미에서 “보충적 준거법”이라고 부를 수 있다.⁵⁾ 따라서 매매계약에 따른 당사자 간의 법률관계를 정확히 이해하자면 우선 협약을 이해해야 함은 물론이나 그에 더하여 매매계약의 준거법을 특정하고 그 내용을 이해하여야 한다. 매매계약의 준거법은 소송의 경우 법정지의 국제사법규칙에 의하여 결정되는데, 국제사법규칙은 국가에 따라 상이하므로 법정지의 결정이 중요하고, 따라서 국제재판관할규칙이 중요한 의미를 가진다. 한편 중재의 경우 중재지의 중재법 또는 중재인이 적절하다고 판단하는 국제사법규칙에 의하여 준거법이 결정되는데, 이 경우 중재지는 법정지만큼 중요한 의미를 가지지는 않는다.⁶⁾

5) 이는 만일 협약이 적용되지 않았더라면 적용되었을 준거법이라는 의미에서는 “가정적 준거법”이라고 할 수 있다.

6) 국제사법의 논점으로는 그 밖에도 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행이 있으나 여기에서는 준거법만을 논의한다. 전반에 관한 논의는 James Fawcett, Jonathan Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press, 2005) 참조. 이를 이하 “Fawcett/Harris/Bridge”라고 인용한다. 중재의 경우에 관한 상세는 석광현, *국제상사중재법연구* 제1권(박영사, 2007), 145면 이하 참조.

II. 협약의 적용 여부와 매매계약의 준거법

협약은 국제성이 있는 모든 물품매매계약에 적용되는 것이 아니라⁷⁾ 당사자들이 체약국과 관련성을 가지는 경우에 한하여 적용된다. 즉 협약은 양 당사자의 영업소 소재지가 모두 체약국인 경우(제1조 제1항 a호), 또는 법정지의 국제사법규칙에 따라 어느 체약국의 법이 매매계약의 준거법이 되는 경우(제1조 제1항 b호) 적용된다. 전자를 ‘직접적용’⁸⁾ 후자를 ‘간접적용’이라고 한다. 예컨대 한국기업과 중국기업 간의 매매계약의 경우 양 당사자가 체약국의 기업이므로 당사자들이 협약의 적용을 배제하지 않으면 협약이 적용되는 데 반하여, 한국기업과 영국기업 간의 매매계약의 경우 영국은 체약국이 아니므로 협약이 당연히 적용되지 않지만, 우리 법원이 국제사법을 적용하여 매매계약의 준거법이 한국법이라고 판단하는 때에는 협약이 적용된다. 직접적용의 경우 가사 법정지의 국제사법에 의하면 비체약국법이 매매계약의 객관적 준거법이 되더라도 협약이 적용된다. 적용범위에 관한 협약의 규정이 적용되는 한도 내에서는 통상적인 국제사법은 배제되기 때문이다.⁹⁾

1. 협약의 직접적용과 그의 배제

협약이 직접적용되어야 하는 사안에서도 당사자는 협약의 적용을 배제할 수 있다. 이에는 저촉법적 배제와 실질법적 배제가 있다.

가. 저촉법적 배제

당사자는 명시적으로 협약의 적용을 배제할 수 있음은 물론이다. 당사자가 비

7) 그런 태도를 ‘보편주의적 접근방법’(universalist approach)이라고 한다. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales* Third Edition (Kluwer Law International, 1998), §15. 이하 이 책을 “Honnold”라고 인용한다.

8) 이를 협약의 “자율적 적용”(autonomous application)이라고도 부른다. Franco Ferrari, Harry Flechtner and Ronald A. Brand, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention* (Sellier, 2004), Art. 1 para. 17(이하 “Draft Digest”라 인용한다)

9) Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*(Sellier, de Gruyter, 2005), Art. 1 Rn. 84. 과거 “국제물품매매에 관한 통일법”(Uniform Law on the International Sale of Goods. ULIS)에 관한 협약(제2조)은 이를 명시하였다. 전자를 이하 “Staudinger/Magnus”라고 인용한다.

계약국의 법(예컨대 영국법)을 계약의 준거법으로 지정한 경우 협약의 적용은 배제된다. 또한 당사자가 계약국의 실질법을 준거법으로 지정한 경우에도 협약의 적용은 배제된다. 예컨대 ‘독일의 민·상법’을 준거법으로 합의한 경우이다. 물론 그러한 준거법합의가 법정지의 국제사법상 유효하여야 한다. 이러한 합의는 약관에 의하여 이루어질 수도 있다. 그러나 이와는 달리 당사자가 ‘독일법’을 준거법으로 지정하는 경우와 같이 단순히 계약국의 법을 지정한 것만으로는 협약의 적용이 배제되지 않는다. 협약은 계약국의 법의 일부로서 계약국의 민·상법 또는 계약법에 대한 특별법이기 때문이다. 당사자의 의사가 협약을 포함하는 독일법을 가리키는지, 아니면 협약을 제외한 독일법, 즉 독일 민·상법을 가리키는지는 의사해석의 문제이나, 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.¹⁰⁾ 협약의 적용 배제 또는 변경은 묵시적으로도 가능하다고 본다. 예컨대 위에서 본 바와 같이 비계약국법을 준거법으로 지정한 경우 협약의 적용은 묵시적으로 배제된다고 본다.¹¹⁾

나. 실질법적 배제

계약의 방식을 제외하고는, 당사자는 협약의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다(제6조). 이는 계약자유의 원칙의 결과이다. 예컨대 당사자가 무역조건의 해석에 관한 국제규칙(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)(이하 “인코텀즈”라 한다)(최근 2000년에 개정)을 적용하기로 합의한 경우, 위험이전에 관한 협약의 규정은 배제된다. 협약의 배제 또는 변경은 묵시적으로도 가능하며, 당사자가 반드시 대체법을 지정해야 하는 것은 아니다. 당사자가 협약의 특정조항만을 배제한 경우 그 부분을 곧바로 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법에 의하여 보충할 것이 아니라 협약 제7조에 따라 일차적으로 협약의 기초를 이루는 일반원칙에 의하고, 그 원칙이 없는 경우 국제사법에 의하여 결정되는 준거법에 따라 해결하여야 한다.¹²⁾

10) 뉴욕주법을 준거법으로 합의한 경우에도 협약이 적용된다. 얼핏 뉴욕주법이 적용되어야 할 것처럼 보이나, 협약은 뉴욕주에서 효력을 가지는 법이므로 독일법을 준거법으로 한 경우와 마찬가지로이다. 그러나 양 당사자의 영업소가 계약국과 비계약국에 있는 경우 제1조 제1항 b호를 유보한 중국법 또는 뉴욕주법을 준거법으로 합의한 경우에는 협약이 적용되지 않는다.

11) 최홍섭, **국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설**(법무부, 2005), 23면.

12) 이기수·신창섭, **국제거래법** 3판(삼영사, 2005), 34면.

2. 협약의 간접적용과 그에 대한 유보

가. 원칙과 유보 가능성

협약은 법정지의 국제사법의 매개를 통하여 간접적용될 수 있으므로 협약의 적용 여부를 판단함에 있어서 법정지의 국제사법규칙이 중요한 의미를 가진다. 간접적용을 허용한다면 가사 양 당사자가 비체약국에 영업소를 두고 있더라도 국제물품매매계약이라면 법정지가 체약국이고 준거법이 법정지국법 또는 다른 체약국법인 때에는 협약이 적용된다. 실무상 간접적용은 법정지의 국제사법규칙에 의하여 체약국법이 객관적 준거법이 되는 경우에 의미가 있다.¹³⁾

국제사법을 적용한 결과 예컨대 매매계약의 성립과 효력이 상이한 국가의 법에 따르는 경우, 즉 매매계약의 준거법이 분열(또는 분할)되는 경우에는 체약국법이 준거법이 되는 부분을 규율하는 협약의 부분만이 적용된다.¹⁴⁾

다만 각 국가는 협약의 비준 또는 가입 시, 제1조 제1항 b호에 구속되지 아니한다고 선언할 수 있는데(제95조), 유보를 한 국가의 법원은 양 당사자가 체약국에 영업소를 둔 경우에만 협약을 적용하므로 협약의 적용 여부가 상대적으로 명쾌하다. 그러나 반드시 그런지는 아래(다.)에서 보는 바와 같이 논란이 있다.

국제무역을 규율하기 위하여 특별입법을 한 국가들은 제1조 제1항 b호가 그 입법에 미칠 영향을 피하기 위하여 b호의 적용을 배제할 수 있도록 유보를 허용할 것을 제안하였다.¹⁵⁾ 실제로 미국과 중국 등은 제95조에 따른 유보를 하였는데 미국의 유보 이유는 다양하다. 첫째, 불확실한 국제사법규칙에 따라 협약의 적용 여부를 결정하면 법적 안정성을 해칠 수 있고, 둘째, 제1조 제1항 b호는 외국법을 우대함으로써 체약국과 비체약국의 균형을 저해한다. 즉 동 호에 따라 비체약국법이 준거법이 되면 비체약국의 국내법을 적용하는 데 반하여 체약국법이 준거법이 되면 협약을 적용하게 되므로 통일상법전이 희생된다는 것이다.¹⁶⁾ 그

13) 우리나라의 국제사법이 외국법을 매매계약의 준거법으로 지정한 경우 반정은 배제된다. 이는 우리 국제사법이 명시적으로 국제계약의 경우 반정을 배제하고 있기 때문이다. 협약 제1조 제1항 b호의 “체약국법”이라 함은 체약국의 실질법을 가리킨다는 견해도 있으나(Staudinger/Magnus, Art. 1 Rn. 106; 사무국 주석, Art. 1 para. 7), 법정지법이 반정을 허용하는 경우 제1조 제1항 b호의 국제사법 규칙에는 반정규칙도 포함되다는 견해도 있다. Ferrari(註 4), pp. 25-26.

14) Staudinger/Magnus, Art. 1 Rn. 107.

15) Draft Digest, Art. 1 para. 23. 국제사법과 협약의 적용범위에 관한 입법사적 고찰은 Peter Winship, “Private International Law and the U. N. Sales Convention”, 21 *Cornell Int'l L.J.* 487, 517 이하 (1988) 참조.

16) 이는 미국 대통령이 상원에 보낸 메시지에서 표시한 견해이다. Fawcett/Harris/Bridge,

밖에도 매매계약을 규율함에 있어 통일상법전(UCC)이 협약보다 우월하다거나¹⁷⁾ 국내법의 적용을 촉진하기 위한 것¹⁸⁾이라는 이유를 든다.

나. 우리나라의 경우—제1조 제1항 b호의 유보의 거부

우리나라는 제95조에 따른 유보를 하지 않았다. 따라서 법정지가 한국인 경우 한국기업과 미국기업의 매매계약에는, 당사자가 그 적용을 배제하지 않는 한 협약이 적용된다. 이 경우 협약이 직접적용되는데, 그 점에서 적용범위에 관한 협약의 규정은 협약의 적용범위를 정함과 동시에, 우리 국제사법에 대한 특칙으로서 의미를 가진다. 위에서 본 바와 같이 그 범위 내에서는 우리 국제사법은 적용되지 않는다.¹⁹⁾ 그러나 영국이 협약에 가입하지 않은 상태에서는 한국기업과 영국기업 간의 매매계약에 관하여 우리 법원에서 재판할 경우 준거법이 한국법이면 협약이 적용되나, 준거법이 영국법이면 협약이 적용되지 않는다. 즉 우리나라가 제1조 제1항 b호를 유보하지 않았기 때문에, 유보하였을 경우와 비교하여 상대적으로 협약의 적용가능성이 확대된다.²⁰⁾

para. 16.131.

17) Folsom/Gordon/Spanogle, *International Business Transactions in a Nutshell* 4th Edition (West Publishing Co, 1992), p. 82.

18) Ferrari(註 4), p. 33 참조.

19) 이 경우 국제사법은 배제된다거나(Staudinger/Magnus, Art. 1 Rn. 84), 협약이 국제사법에 우선하여 적용된다고 설명한다. Jan Kropholler, *Internationales Einheitsrecht* (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975), S. 190f. 이 점에서 사실상 국제사법의 특칙에 해당하는 협약의 적용범위를 정한 조문(제1조 제1항)과 그 밖의 부분은 구분할 필요가 있다. 이 점은 비체약국 법원이 매매계약의 적용 여부를 검토하는 과정에서 드러난다. 예컨대 일본이 가입하지 않은 상태에서 일본 법원이 한일기업 간의 매매계약의 준거법을 판단하는 경우 일본은 협약의 적용범위를 정한 조문에는 구속되지 않는다. 일본 법원은 일본의 국제사법을 적용하는데 일본은 체약국이 아니기 때문이다. 하지만 만일 준거법이 한국법이라면 협약 중 실질규범에 해당하는 다른 조항들은 한국 민·상법에 대한 특별법으로서 적용된다. 최홍섭, “비엔나협약(유엔매매법)의 적용범위와 적용상의 문제”, *국제거래법연구* 제7집(1998), 185면과 허해관, “한국의 2005年 國際賣買協約加入과 法適用”, *국제사법연구* 제10호(법영사, 2004), 202면 주 62는 그 경우에도 협약 제1조 제1항을 적용하는데, 전자는 b호를 후자는 a호를 적용한다. 하지만 필자는 그 경우 제1조 제1항은 아예 적용되지 않으며, 다만 협약이 준거법의 일부이기 때문이라고 본다(Ferrari(註 4), p. 35도 동지). 다만 협약이 실질법인 민·상법의 특별법인가를 정하는 맥락에서 유보 여부는 의미가 있다. 예컨대 중국법이 준거법인 경우 중국은 제1조 제1항 b호에 대해 유보를 했으므로 한국기업과 일본기업의 매매에서 협약은 중국의 계약법에 대한 특별법이 아니다.

20) Honnold, §47.1.

문제는 우리나라에서 재판할 때 유보국법이 준거법이 되는 경우의 처리이다.

우리나라는 제1조 제1항 b호를 유보하지 않았으므로 국제사법에 따라 어느 계약국의 법이 준거법이 되는 경우 협약이 적용되어야 하나, 유보국의 법이 준거법인 경우 협약과 당해 계약국의 국내법 중 어느 것을 적용할지에 관하여 논란이 있다.²¹⁾ 즉, 이 경우 유보한 계약국(예컨대 중국)의 의사를 존중하고 당해 유보국이 가지는 통일적인 법적용상의 이익과, 유보국에 영업을 둔 당사자에게는 유보국의 국내법을 적용한다는 유보의 보호목적에 고려하여 유보국의 국내법을 적용할 것이라는 ‘국내법적용설’과, 유보국도 계약국이므로 협약을 적용할 것이라는 ‘협약적용설’이 대립하고 있다.²²⁾

제1조 제1항 b호를 유보한 취지는 자국 법원이 그 경우 협약을 적용하지 않겠다는 것이므로, 유보국이 아닌 우리의 입장에서 유보에 따를 것은 아니다. 더욱이 가능한 한 협약을 적용하는 것이 바람직하다면, 그 경우 협약을 적용하는 편이 협약의 목적과 체제에 부합한다. 국내법적용설에 대해서는 비계약국과의 관계에서는 상호주의적 고려를 하지 않으면서 유보국과의 관계에서만 상호주의적 고려를 할 근거가 없고, 현재 각국의 국제사법이 통일되지 않은 이상 국제적 판결의 불일치는 수인할 수밖에 없으며, 제1조 제1항 b호의 유보국도 제92조 또는 제93조의 유보를 한 국가와 달리 계약국임에는 변함이 없다는 비판을 할 수 있다.²³⁾ 국제적 판결의 불일치가 발생하는 것은 당해 국가가 유보한 결과이므로 부득이하다.

흥미로운 것은, 독일은 국내법적용설을 따르겠다는 취지의 선언을 한 점이다.

-
- 21) 주의할 것은 여기의 논의는 제1조 제1항 b호가 적용되는 경우라는 점이다. 만일 양 당사자가 계약국(유보국이든 아니든 간에)의 기업인 경우에는 제1조 제1항 a호에 따라 협약이 당연히 적용된다.
- 22) 우리나라에도 협약의 적용을 긍정하는 견해(최홍섭(註 19), 186-187면; 임흥근, “비엔나협약의 적용범위와 해석원칙”, *國際物品賣買契約에 관한 UN協約上の諸問題*(임흥근·이태희(공편))(삼지원, 1991), 59-60면; 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에서의 수용”, *상사법연구* 제21권 제2호(2002. 8.), 121면; 김인호, “국제물품매매협약의 적용범위”, *법조* 통권 제580호(법조협회, 2005. 1.), 255면 이하)와 부정하는 견해(허해관(註 19), 207-208면; 이기수·신창섭(註 12), 29면)이 있다.
- 23) Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsgs.) *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG-* 5. Auflage (Verlag C. H. Beck, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008), Art. 1 Rn. 78(Ferrari 집필부분)도 동지(이하 이 책을 “Schlechtriem/Schwenzer/Bearbeiter”로 인용하는데, 4판을 인용할 때는 4판임을 밝혔다). 학설은 H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Springer, 1997), Art. 1 Rn. 17 참조(이하 이 책을 “Honsell/집필자”로 인용한다). Fawcett/Harris/Bridge, para. 16.136은 협약적용설을 취한다. 그러나 Peter Schlechtriem, *Interantionales UN-Kaufrecht* 3. Auflage (Mohr Siebeck, 2005), Rn. 18은 국내법적용설을 지지한다.

이는 제95조가 상정한 유보는 아니나 장래의 의문을 해소하기 위한 것인데 이런 선언을 ‘해석선언’²⁴⁾이라 한다. 독일의 선언은 유보국 법원에서 재판할 경우와 국제적인 판결의 일치를 고려하고 法廷地 소평을 방지한다는 차원에서 국내법적 용설의 입장을 취함을 명확히 한 것이다.²⁵⁾

다. 법정지가 유보국인데 준거법이 체약국인 경우의 처리

유보국에서 재판할 경우에도 양 당사자가 체약국에 영업소를 가진 때에는 제1조 제1항 a호에 따라 협약이 직접 적용된다. 반면에 예컨대 일방당사자만이 체약국에 영업소를 가지고 있는데 매매계약의 준거법이 체약국법인 경우 협약의 적용 여부에 관하여는 논란이 있다.²⁶⁾

문언상 유보국은 제1조 제1항 b호를 적용하지 않으므로 협약이 적용되지 않는다는 결론이 얼핏 자명한 것처럼 보인다. 부정설은 우선 이 점을 근거로 한다. 반면에 긍정설은 이 경우 제1조 제1항 b호를 근거로 하는 것이 아니라 유보국의 국제사법에 의해서 체약국법이 준거법이 되면 협약은 그 준거법의 일부로서 적용된다고 본다.²⁷⁾ 이에 따르면 법정지가 유보국인지는 문제되지 않고 준거법이

24) 독일의 선언은 아래와 같다.

“독일연방공화국 정부의 견해에 의하면, 협약 제95조에 따른 선언을 한 매매협약의 체약국들은 협약 제1조 제1항 b호의 의미에서의 체약국으로 간주되지 아니한다. 따라서 국제사법규칙의 결과 협약 제1조 제1항 b호에 의하여 구속되지 않는다는 선언을 한 체약국의 법이 적용되는 경우에는 이 규정을 적용할 의무가 존재하지 않으며, 독일연방공화국은 그러한 의무를 부담하지 아니한다. 이러한 진술을 제외하고는 독일연방공화국 정부는 협약 제95조에 따른 어떠한 선언도 하지 아니한다.” 이는 v. Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG*- 2. Aufl.(1994), Art. 1 Rn. 46 Fn. 68 (Herber 집필부분) 참조. 독일이 협약에 가입하면서 제정한 동의법률 (Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Straßengüterverkehr (CMR)) 제2조도 참조. 국제법상 해석선언이란 “조약상의 의무 내용을 변경시키려는 의사는 없이 조약 조항의 의미를 명확히 하거나 구체화하려는 의도에서 발표되는 당사국의 일반적 성명이다.” 정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 조건부 동의”, *서울대학교 법학* 제49권 제3호(통권 제148호)(2008. 9.), 170면.

25) 독일의 논의는 Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 1 Rn 77f. 참조. Honnold, §47.5는 독일의 해석선언이 협약 제1조 제1항 b호를 유보한 유보국의 선택을 존중하는 것이라는 이유로 이를 지지한다.

26) 필자는 석광현(註 22), 111면, 112면 주 163에서 이에 관하여 견해가 대립된다고만 했으나 여기에서 부연한다.

27) 부정설은 Staudinger/Magnus, Art. 1 Rn. 108; 긍정설은 Honnold, para. §47.5; Schlechtriem

체약국법이라는 점만이 중요하다.²⁸⁾ 법정지가 비체약국인 경우와 비교해보면 긍정설이 설득력이 있다. 즉, 비체약국이 법정지인 경우 법정지의 국제사법에 의하여 체약국법이 준거법이 되면 협약은 준거법인 체약국법의 일부로서 적용되는데, 유보국이 법정지이더라도 동일한 논리가 타당하기 때문이다. 그렇게 함으로써 forum shopping도 막을 수 있다는 장점도 있다. 이렇게 본다면 제1조 제1항 b호에 대한 유보는 결국 체약국법이 준거법이 되는 경우가 아니라 유보국법이 준거법이 되는 경우에만 의미를 가지게 된다.

그러나 부정설은, 그 경우 유보국은 제1조 제1항 b호에 대해 유보를 함으로써 국제사법의 경로를 통한 협약의 간접적용을 포기하였기 때문에, 유보국은 준거법의 일부로서 협약을 적용할 수 있는 비체약국과 달리 취급되어야 한다고 본다. 미국이 제1조 제1항 b호의 유보를 한 이유에서 보듯이, 유보국은 국제사법의 적용을 통해 협약의 적용 여부를 결정하면 법률관계가 복잡해지기 때문에 간접적용을 배제하였는데, 국제사법의 일반원칙의 경로를 통하여 협약이 적용된다면 유보에도 불구하고 준거법이 복잡해지는 자가당착에 빠지게 된다. 따라서 위 사안에서 유보국이 국제사법의 경로를 통하여 협약을 적용하는 것은 협약상 허용되지 않는다고 주장할 여지가 있다.

사건으로는 이는 협약이 제1조 제1항 b호에 대한 유보를 허용하면서도 유보의 법률효과를 명정하지 않은 탓에 발생하는 문제인데, 협약이 논란의 소지를 예방하지 못한 것은 아쉽다. 관건은 유보가 국제사법적 경로를 전면 차단하는 효력이 있는지이다. 국제사법의 일반이론에 따르면, 체약국법이 준거법이 된 이상 당해 사안에 적용되는 체약국법(협약 포함)이 적용되어야 한다는 점에서 긍정설이 타당할 것이다. 하지만 준거법 결정상의 예측가능성과 법적 확실성을 제고하려는 유보의 취지를 고려한다면 논리적으로는 부정설이 좀더 설득력이 있어 보인다. 다만 유보국이 유보에도 불구하고 위 사안에서 긍정설을 취하여 협약을 적용한다면 우리가 그를 반대할 이유는 없고 그런 태도를 환영한다. 이런 논란을 보면, 우리나라가 제

/Schwenzer/Ferrari, Art. 1 Rn. 80; Peter Winship, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", in Galston/Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1984), p. 41-26 내지 1-32; 허해관(註 19), 202면. 각 견해의 지지자는 Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 1 Rn. 80 Fn. 370; Ferrari(註 4), p. 32 이하 참조.

28) 반면에 부정설을 취하면 법정지가 의미를 가지게 된다. 긍정설을 취하면 중재의 경우도 준거법만이 의미를 가지는데 반하여, 부정설을 취하면 결국 유보국인지의 여부는 중재지를 기준으로 판단해야 할 것이다.

1조 제1항 b호에 대해 유보하지 않은 것은 현명한 판단이었음을 다시 확인한다.
제1조에 따른 협약의 적용범위를 도표로 설명하면 아래와 같다.²⁹⁾

매매협약 제1조 제1항 b호의 적용¹⁾

법정지 : 준거법 ²⁾	당사자들 ³⁾					
	체-체	체-유	유-유	체-비체	유-비체	비체-비체
체 : 체	○	○	○	○	○	○
: 유	○	○	○	의[x]	의[x]	의[x]
: 비체	○	○	○	x	x	x
유 : 체	○	○	○	의[○]	의[○]	의[○]
: 유	○	○	○	x	x	x
: 비체	○	○	○	x	x	x
비체 : 체	○	○	○	의[○]	의[○]	의[○]
: 유	○	○	○	x	x	x
: 비체	x	x	x	x	x	x

약어

체 : 체약국, 유 : 제95조의 유보선언을 한 체약국, 비체 : 비체약국
○ : 협약 적용, x : 협약 부적용, 의 : 협약 적용 여부 의문

주

- 1) 가정: 제99조에 따라 협약이 발효되고, 당사자들은 협약의 적용을 배제하기로 합의 하지 않았다.
- 2) 좌측의 난은 법정지와 법정지의 국제사법규칙에 따른 준거법을 가리킨다. 예컨대 “체-체”는 법정지가 체약국이고, 법정지의 국제사법규칙에 따라 체약국의 법이 적용되는 경우를 의미한다.
- 3) 우측의 여섯 개 난은 국제매매계약의 당사자들이 영업소를 어디에 가지고 있는가에 따른 분류이다. 예컨대 “유-비체”는 일방당사자가 제95조에 따른 선언을 한 체약국에 영업소를 가지고 있고 한편 상대방은 비체약국에 영업소를 가지고 있는 경우를 의미한다.
- 4) 상자 안에 들어 있는 사안의 경우 제1조 제1항 a호에 따라 협약이 적용되고, 법정지의 국제사법규칙은 관계가 없다.

29) 위 표는 Winship(註 27), p. 1-53의 표를 번역한 것이다. 필자는 대체로 위 표에 동의 하나, 둘째 줄의 “의[x] 의[x] 의[x]”라고 표시한 부분에 대해서는 협약을 적용하고, 넷째 줄의 “의[○] 의[○] 의[○]”라고 표시한 부분에 대해서는 협약을 적용하지 않는다고 본다. 물론 이 주는 도표의 일부가 아니며 필자의 것이다.

라. 중재의 경우 제1조 제1항 b호의 적용 여부

협약은 중재에서도 적용되는데, 그 경우에도 협약의 적용범위는 제1조에 따라 결정된다. 제1조 제1항 b호가 적용되는 경우 당해 사건에 적용되는 중재법과 중재규칙에 따라 중재판정부는 국제사법의 매개를 거치지 않고 곧바로 실질법을 적용하는 경우도 있고,³⁰⁾ 국제사법을 적용하여 준거법을 결정하는 경우도 있다. 국제사법의 중개를 통하는 경우, 종래 중재판정부가 어느 국제사법을 적용하는가에 관하여는 논란이 있고 중재지의 통상의 국제사법을 적용한다는 견해와, 중재인이 적절하다고 판단하는 국제사법을 적용하는 견해 등이 있다. 그러나 속지주의를 취하는 우리 중재법 하에서는 중재지가 한국인 경우 중재판정부는 우리 중재법을 적용하여 준거법을 결정하여야 한다(중재법 제2조 제1항). 속지주의를 명시한 중재법이 없는 국가의 경우에는 중재인들이 적절하다고 판단하는 저축규범을 적용하여야 한다는 견해가 설득력이 있다. 물론 당사자들이 합의한 중재규칙이 있으면 그에 따른다.

어쨌든 법원의 경우 견해에 따라서는 법정지국이 유보국인가에 따라 제1조 제1항 b호의 적용 여부가 결정되나, 중재의 경우 중재지를 기준으로 유보국인가의 여부를 판단해야 하는지가 문제된다. 이 문제는 유보의 효력을 어떻게 볼지와 관련된다. 즉 위에서 유보국이 법정지인 경우 체약국법이 준거법이 되는 때 협약의 적용 여부를 살펴보았다. 그 경우 유보한 이상 직접적용만 허용되므로 협약은 적용되지 않는다는 견해를 취하면 중재에서는 중재지를 법정지에 준하는 것으로 볼 것이다. 반면에 법정지에 관계없이 준거법을 기준으로 협약의 적용 여부를 판단하는 견해는 중재지는 협약의 적용 여부를 판단함에 있어 무의미하다고 볼 것이다.

Ⅲ. 협약의 외적 흠결의 보충과 매매계약 등의 준거법

협약이 규율하지 않는 사항, 즉 협약의 적용범위 내지는 규율대상으로부터 제외되는 사항이 있는 경우 이를 ‘협약의 외적 흠결’이라고 부르는데, 이에 해당하는 것으로는 계약의 실질적 유효성, 물품의 소유권의 이전과 인적 손해에 대한

30) 상세는 석광현(註 6), 167면 이하 참조.

제조물책임 등을 들 수 있다. 그러한 쟁점은 각각 매매계약의 준거법, 소유권 이전의 준거법과 제조물책임의 준거법에 의한다.

1. 매매계약의 실질적 유효성

가. 협약의 적용 배제—원칙—외적 흠결

협약은 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율한다. 협약에 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고, 협약은 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성에는 적용되지 않는다(제4조 a호).

매매계약의 유효성의 문제에는 통상 착오, 사기 또는 강박에 의한 의사표시의 하자, 공서양속위반과 강행법규위반 등이 포함되나, 당사자의 권리능력, 행위능력과 대리권도 유효성에 영향을 미친다.³¹⁾ 매매계약의 방식도 형식상의 유효성의 문제로서 매매계약의 유효성에 영향을 미치지만 협약은 방식에 관하여 별도로 규정하므로 방식은 여기의 유효성의 문제에 포함되지 않는다.³²⁾ 즉 여기의 유효성은 형식상의 유효성(formal validity), 즉 방식과 대비되는 ‘실질적 유효성’(substantial, intrinsic 또는 material validity)을 말한다. 매매계약의 유효성은 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법에 따를 사항이다. 우리 국제사법에 따르면 당사자의 능력은 당사자의 본국법(법인의 경우 속인법), 대리권은 대리의 준거법, 의사표시의 하자는 매매계약의 준거법에 의하고, 공서양속위반과 강행법규위반도 매매계약의 준거법에 의할 사항이나 경우에 따라 법정지법이 적용될 수 있다.³³⁾

위약벌(penalty, Vertragsstrafe)이 매매계약의 조항으로 포함된 경우 그것이 계약의 일부를 이루는가는 계약의 성립의 문제라고 할 수 있으므로 협약에 따를 사항이나, 그의 유효성은 계약의 준거법에 의할 사항이다. 참고로 영미법상으로는 예정된 금액이 벌을 과하거나 징벌적인 경우 위약벌로서 무효이지만, 진정한 예측인 경우 유효한데, 중요한 것은 당사자가 붙인 명칭이 아니라 계약 체결시 기준으로 그 금액이 계약의 위반으로부터 발생할 가능성이 있는 손해와 비교하

31) 2004년 Unidroit 원칙은 제3장에서 유효성에 관하여 규정하는데 그에 열거된 쟁점들이 유효성의 문제라고 볼 수 있다. 흥미로운 것은, Henry Mather, “Choice of Law for International Sales Issues not Resolved by the CISG”, 20 *J.L. & Com.* 155, 196, 208 (2001)은 통상적인 유효성의 문제에 대해 Unidroit 원칙을 적용할 것이라고 한다.

32) Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari. Art. 4 Rn. 13.

33) 국제사법 제11조, 제13조, 제16조, 제18조, 제25조 참조.

여 금액상 지나치고 비양심적인가의 여부이다.³⁴⁾ 반면에 대륙법계에서는 손해배상액의 예정은 과도하더라도 무효는 아니고 단지 법원이 감액할 수 있을 뿐이다. 우리 민법상으로도 대륙법계처럼 손해배상액의 예정이 과도한 경우 법원이 직권으로 감액할 수 있지만, 위약벌은 지나치게 과다한 경우 공서위반으로 일부 또는 전부가 무효가 되며 그 경우 법원은 감액할 수 없다.³⁵⁾ 다만 합의된 금액이 적절한지에 대한 판단은 국내법이 아니라 협약에 따른 손해배상의 범위를 기준으로 해야 할 것이다. 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별은 당사자 의사해석의 문제이나 우리 민법은 손해배상액의 예정으로 추정한다.³⁶⁾

이처럼 법계에 따라 손해배상액의 예정에 대한 취급이 상이하므로 그 준거법의 결정은 실익이 있다.

관행의 유효성이라 함은 어떤 관행이 계약의 준거법인 국내법의 강행규정에 저촉되는가의 문제이다.³⁷⁾ 국내법의 강행규정에 반하는 관행은 그 효력이 부정될 것인데, 이는 협약이 아니라 국내법에 의하여 규율된다. 그러나 협약(제9조, 제8조 제3항)이 명시하는 바와 같이, 관행이 국제적인 통용 또는 당사자의 합의에 기하여 당사자를 구속하는지, 협약에 우선하는지 여부와 그 범위, 나아가 당사자의 행태의 해석에 미치는 영향은 협약에 의해 규율된다.³⁸⁾

나. 예외—협약이 명시적으로 규율하는 유효성의 문제

협약은 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성에는 적용되지 않는데, 그에 관한

34) 영국의 1915년 *Dunlop v New Garage* 사건 판결. 상세는 G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (Clarendon Press, 1991), section 179 이하, 최창렬, 『**違約金論**』(동국대학교출판부, 2007), 100면 이하 참조. 위약벌이 무효인 경우 채권자는 손해의 발생, 인과관계 및 손해의 액을 입증하여 일반원칙에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 위 최창렬, 99면.

35) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다56976 판결 참조. 위약벌에 관한 상세는 최창렬(註 34) 참조.

36) 영미법의 접근방법에 대하여는, 합의한 대로 효력을 부여하는 프랑스법계처럼 법적 안정성을 보호하지 못하는 동시에, 법원의 재량에 의한 감축을 허용함으로써 유연성을 확보하는 독일법의 장점도 취하지 못한다는 비판이 있다. Treitel(註 34), section 180.

37) Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 29; 최홍섭(註 11), 17면. 이기수·신창섭(註 12), 39면은, 협약은 관습(협약상의 관행)의 유효성을 규율하지 않으므로 그의 존재 여부와 유효성은 그 거래계가 속한 국가의 국내법에 의하여 결정된다고 한다. 그러나 관행의 존재 여부는 국내법에 따라 사항이 아니고, 또한 관행의 유효성은 본문과 같이 계약의 준거법에 따라 사항이다.

38) Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 30.

것이더라도 ‘협약에 별도의 명시규정이 있는 경우’에는 협약이 적용된다. 그러한 예로는 다음을 들 수 있다.

(1) 원시적 불능

우리 민법과 같이 원시적 불능인 매매계약을 무효라고 보는 법제도 있으나, 협약상으로는 원시적 불능의 경우에도 계약은 유효하게 성립하고 의무를 이행하지 못한 당사자는 계약위반에 따른 책임을 부담한다. 예컨대 협약 제68조 3문은 매도인이 매매계약의 체결시에 물품이 멸실 또는 훼손된 것을 알았거나 알았어야 했고, 매수인에게 이를 밝히지 아니한 경우에는, 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험으로 한다고 규정하여 원시적 불능이더라도 유효함을 당연한 전제로 하고 있다. 이 경우 당사자는 국내법을 원용하여 계약이 무효라고 주장할 수 없다.³⁹⁾ 물론 불이행 당사자의 손해배상책임은 사안에 따라 협약(제79조)에 의하여 면제될 수 있다.

(2) 물품의 계약적합성과 성질의 착오

협약의 해석상 물품의 계약적합성과 착오의 관계에 관하여는 논란이 있으나, 물품의 성질(또는 성상) 또는 매수인의 지불능력에 관한 착오는 매매협약 제35조와 제71조에 의하여 규율되므로 그 범위 내에서는 착오에 관한 국내법상의 법리는 적용되지 않는다고 본다.⁴⁰⁾ 그에 따르면 물품의 성질(또는 성상) 또는 매수인의 지불능력에 관한 착오가 있는 경우 매수인은 계약부적합에 따른 협약상의 구제수단을 가질 뿐이고 국내법에 근거해서 계약을 취소할 수는 없다는 것이 된다. 성질에 관한 착오를 보면, 이는 마치 우리 민법의 해석론으로서도 그 경우 하자담보책임만을 물을 수 있다는 다수설과 매수인은 착오를 이유로 계약을 취소할 수도 있다는 소수설이 있는 것과 유사하다.

39) 협약 제68조 제3항, 제79조 제1항 참조. Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 44; H. Honsell/Schnyder/Straub, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Springer, 1996), Art. 4 Rn. 5, 15. 그러나 신영무, “UN 국제물품매매협약상 손해배상 의무의 내용과 한계”, **국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제**(임흥근·이태희 (공편))(삼영사, 1991), 314면은 원시적 불능의 경우 국내법에 의해 계약의 성립 자체가 부정된다고 한다.

40) Honnold, §240; 최홍섭(註 19), 192-193면. 허해관(註 19), 214면은 반대한다. 참고로 Unidroit 원칙(제3.7조)은 당사자에게 불이행을 이유로 한 구제수단이 인정되는 경우에는 그 당사자는 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다고 명시한다.

2. 물품의 소유권의 이전

매도인은 계약과 협약에 따라 물품의 소유권을 매수인에게 이전하여야 한다(제 30조). 이는 매매계약을 특징지우는 매도인의 핵심적인 의무이다. 그러나 소유권의 이전을 위하여 물건법적으로 어떠한 행위가 필요한가는 협약이 규율하는 사항이 아니다. 그 이유는, 물품의 소유권에 관하여는 특히 ‘의사주의’(Konsensualprinzip)를 취하는 프랑스법계 및 영미법계와, ‘인도주의’(Traditionsprinzip)를 취하는 독일법계가 대립하고 있고, 많은 국가들이 자국의 원칙을 포기할 용의가 없어 통일이 쉽지 않았기 때문이다.⁴¹⁾

소유권유보부매매의 경우 매매계약의 채권적인 측면(소유권유보의 채권적 효력을 포함하는)은 협약에 의해 규율될 것이나, 그의 유효성이나 물건적 측면(소유권유보의 물건적 효력을 포함하는)에 대하여는 협약이 적용되지 않는다.⁴²⁾ 소유권유보조항의 유효성은 물권의 준거법에 따라 사항이다.⁴³⁾ 예컨대 소유권유보부매매에서 매수인이 대금을 지급하지 않은 경우 매도인의 계약상의 구제수단은 협약에 따르나, 물품에 대한 권리(즉 담보권의 실행)의 문제에 관하여는 협약이 적용되지 않는다.⁴⁴⁾

물품의 소유권 이전은 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 물권의 준거법에 의한 사항이다.⁴⁵⁾ 매매계약을 체결함으로써 물품의 소유권이 매수인에게 이전되었는가는 물권의 준거법에 의하여 판단할 사항이지만, 협약은 매도인에게 동 법상 요구되는 행위를 할 의무를 부과하는 것이다.⁴⁶⁾

41) A. von Ziegler *et al.* (eds.), *Transfer of Ownership in International Trade* (Kluwer Law International, 1999), p. 1. “국제물품매매계약의 준거법에 관한 1986년 12월 22일 헤이그협약”도 동 협약의 적용범위에서 물건의 소유권의 이전을 명시적으로 제외하고 있다(제5조 (c)).

42) Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 32.

43) Staudinger/Magnus, Art. 30 Rn. 12; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 30 Rn. 8. 이런 설명의 취지가 다소 애매하나, 일단 소유권유보조항의 계약으로서의 유효성은 계약의 준거법에 따르고, 그것의 물건적 효력은 물권의 준거법에 따른다는 견해가 설득력이 있다. Fawcett/Harris/Bridge, para. 18.93 동지. 상세는 Jacobien W. Rutgers, *International Reservation of Title Clauses* (1999) 참조.

44) Kate Lannan, “Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *국제거래법연구* 제14집 제2호(법영사, 2005), p. 15.

45) 우리 국제사법(제19조)에 따르면 이는 물건의 소재지법(*lex rei sitae*)에 의한 사항이다.

46) Staudinger/Magnus, Art. 30 Rn. 10.

여기에서는 첫째, 매도인으로부터 매수인으로의 물품 소유권의 이전과, 둘째, 매매계약의 해제에 따른 물품 소유권의 매도인으로의 복귀를 살펴본다.

가. 매도인으로부터 매수인으로의 소유권의 이전⁴⁷⁾

종래 우리나라에는 매매계약에서 물품의 소유권이전시기에 관한 세 가지 오해가 널리 퍼져 있다. 첫째, 인코텀즈에 따른 위험이전과 동시에 소유권이 매수인에게 이전된다는 견해(특히 F.O.B. 조건의 경우), 둘째, 소유권이 매매계약의 준거법에 따라 이전된다는 견해와 셋째, 소유권이전은 영국의 물품매매법(Sale of Goods Act)을 중심으로 한 국제관습에 의해 규율된다는 견해가 그것이다.⁴⁸⁾

그러나 인코텀즈는 소유권이전을 직접 규율하지 않는다. 예컨대 영국의 매도인이 신용장에 기하여 C.I.F. 조건으로 한국의 수입자에게 물건을 수출하는 경우, 목적지 국가인 우리 법을 소유권이전의 준거법으로 본다면, 물권변동에 관하여 민법 제188조가 취하고 있는 형식주의 하에서는 매수인은 개설은행에게 대금을 지급하고 선하증권용 수령함으로써 물건의 점유를 취득하여야 비로소 물건에 대한 소유권을 취득하며, 현재의 통설처럼 국제사법상 물권관계에 대한 준거법의 결정에 관하여 당사자자치를 인정하지 않는다면 이 경우 당사자들은 물권변동에 관한 준거법을 달리 선택할 수도 없다. 따라서, 물권변동에 관하여 우리 법이 준거법으로 되는 수입거래에 관한 한, 당사자들이 합의에 의하여, 매수인이 어떠한 형태로든(간접점유 등) 물품의 점유를 취득하는 시점보다 선행하는 시점으로 소유권이전시기를 앞당기는 것은 허용되지 않는다.

물품의 소유권은 매매계약의 준거법이 아니라 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 물권의 준거법에 의하는데 이는 대체로 물품의 소재지법(*lex rei sitae*)이다(국제사법 제19조 제1항 참조). 한편 계약 체결시 소유권 이전의 요건이 구비되지 않은 경우, 즉 물권법적 요건이 실현되는 도중에 물건이 국내에 들어온 경우 소유권의 이전은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 목적물의 소재지법에 의하므로(국제사법 제19조 제2항) 소유권은 신 소재지인 한국법이 정하는 바

47) 상세는 석광현, “수입화물의 所有權移轉”, **국제사법과 국제소송** 제3권(박영사, 2004), 51면 이하 참조.

48) 예컨대 C.I.F. 계약에서 소유권이전은 영국의 물품매매법상의 소유권이전에 관한 법제와 국제법협회가 제정한 「CIF계약을 위한 와르스·옥스퍼드규칙(Warsaw-Oxford Rules for CIF Contract, 1932)」이 정한 소유권이전에 관한 기준 및 계약 당시의 관행과 법제에 의하여 규율된다고 한다. 강원진, **무역계약론**(박영사, 2000), 166면.

에 따라 대체로 당사자가 의도하는 때(특정을 전제로), 매수인이 점유를 취득하는 때 매수인에게 이전된다. 실무상 매수인의 점유취득은, 매수인이 매도인으로부터 물품의 점유를 직접 또는 제3자를 통하여 취득하거나, ‘물품의 처분을 지배하는 서류’를 직접 또는 제3자를 통하여 교부받는 때에 일어날 것이다.

한편 ‘이동중의 물건’(res in transitu)의 경우, 즉 매도인이 물건을 운송중에 처분하는 경우 처분행위 시점의 목적물의 소재지는 명백하지 않고, 확인할 수 있더라도 우연적인 의미밖에는 없으므로 우리 국제사법(제22조)은 특칙을 두어 목적지법(lex destinationis)을 준거법으로 지정한다. 반면에 선하증권처럼 물건에 관한 권리를 표창하는 물품증권 또는 인도증권이 발행된 경우 국제사법은 규정을 두고 있지 않지만 그 경우에도 예외적으로 선하증권에 의하지 않고 운송물이 처분될 수 있으므로 목적지국설이 좀더 설득력이 있다.

나. 계약의 해제와 소유권의 복귀

협약상 매매계약이 해제되면 손해배상의무를 제외하고 당사자는 계약상의 의무를 면하고, 이미 계약을 이행한 당사자는 상대방에게 이행한 것의 반환을 청구할 수 있으나, 해제는 계약상의 분쟁해결조항 또는 해제의 결과 발생하는 당사자의 권리의무를 규율하는 그 밖의 계약조항에 영향을 미치지 아니한다(제81조 제1항). 그런데 협약상 계약 해제의 결과 물품의 소유권이 매도인에게 즉시 복귀하는지, 나아가 매도인이 소유권에 기하여 매수인에게 물품의 반환청구를 할 수 있는지가 문제된다. 협약은 매매계약이 매매된 물품의 소유권에 대하여 미치는 효력은 규율하지 않는다(제4조 b호).

우리 민법상으로는 계약해제의 효력에 관하여 다수설과 판례는 계약의 이행으로 이전된 물품에 대한 소유권의 복귀에 관하여는 해제의 결과 계약이 소급적으로 효력을 상실함을 전제로 물권적 효과설을 취하므로⁴⁹⁾ 물품에 대한 소유권은 해제 즉시 매도인에게 복귀한다. 그러나 만일 협약이 적용되는 매매계약이 해제된 경우, 계약의 해제는 소급효가 없고 단지 장래를 향하여(ex nunc) 당사자에게 원상회복의무 또는 청산의무를 부과할 뿐이라면,⁵⁰⁾ 해제 당시 물품의 소재지가 한국이어서 물권변동의 준거법이 한국법인 경우⁵¹⁾ 민법의 해석론에도 불구하고

49) 학설의 소개는 곽윤직(편), 『民法注解[XIII] 債權(6)』(박영사, 1997), 307면 이하(김용덕 집필부분) 참조. 예컨대 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결 등.

50) 이는 우리 민법상의 청산관계(Abwicklungsverhältnis)설과 유사하다.

물권적 효과설을 취할 수는 없다. 즉 매매계약이 해제되면 그 결과 물품의 소유권이 당연히 매도인에게 복귀하는 것은 아니고 매수인은 매도인에게 물품의 소유권을 이전할 의무를 부담할 뿐이다.⁵²⁾ 다만 이것이 매매계약해제의 효력에 관하여 청산관계설적인 태도를 취하는 때문인지, 아니면 물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하기 때문인지는 논란이 있을 수 있다.⁵³⁾

3. 제조물책임의 준거법

가. 인적 손해의 배제

협약은 물품으로 인하여 발생한 ‘일체의 사람’(any person)⁵⁴⁾의 사망 또는 상해에 대한 매도인의 책임에는 적용되지 않는다(제5조). 제5조는 제조물책임으로 인한 인적 손해에 대해 협약의 적용을 배제하기 위한 규정이다. 제조물책임이란 제조물에 통상적으로 기대되는 안전성을 결여한 결함으로 인하여 생명·신체나 제조물 그 자체 외의 다른 재산에 손해가 발생한 경우에 제조업자 등에게 지우는 손해배상책임을 말한다.⁵⁵⁾ 제조물책임을 불법행위법의 문제로 취급하는 국가에서는 이는 당연한 것이나, 계약법의 문제로 취급하는 국가에서는 제조물책임을 명시적으로 배제하지 않을 경우 당해 국가의 제조물책임법이 부여하는 보호가 배제될 가능성이 있기 때문에 이를 명시적으로 배제한 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 물품으

51) 계약의 해제에 따른 원상회복은 계약의 문제 또는 부당이득의 문제로 성질결정할 수 있으나 소유권의 복귀는 물권의 문제로 성질결정해야 할 것이다. Fawcett/Harris/Bridge, para. 19.61 참조.

52) 실질법상의 문제로, 채권계약이 해제되는 경우 물권행위가 어떤 영향을 받는가를 물권행위의 유인성, 무인성의 문제로 해결하는 견해도 있다. 그에 따르면 예컨대 물권행위의 무인성을 인정하면 채권계약의 해제로 물품의 소유권은 매도인에게 복귀한다는 것이 된다. 물권행위의 무인성의 준거법은 물품의 소재지법이다.

53) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Auflage (2004), Art. 81 Rn. 9c는 협약에 따르면이라도 물권변동에 관하여 의사주의를 취하는 국가의 법이 물권의 준거법이라면 계약 해제의 결과 소유권은 자동적으로 매도인에게 복귀할 수 있음을 강조한다.

54) 국문본은 단순히 ‘사람’이라고 한다.

55) 제조물책임법 시행 전의 대법원 2000. 7. 28. 선고 98다35525 판결도 “제조물책임이란 제조물에 통상적으로 기대되는 안전성을 결여한 결함으로 인하여 생명·신체나 제조물 그 자체 외의 다른 재산에 손해가 발생한 경우에 제조업자 등에게 지우는 손해배상책임이고, 제조물에 상품적합성이 결여되어 제조물 그 자체에 발생한 손해는 제조물 책임의 적용 대상이 아니므로, 하자담보책임으로서 그 배상을 구하여야 한다”고 판시하였다. 우리 제조물책임법(제3조 제1항)은 이를 명시한다. 확대손해에 대하여는 불완전이행을 이유로 채무불이행책임을 물을 수도 있을 것이다.

로 인하여 매수인에게 물적 손해—이는 당해 물품에 대한 하자손해와, 제조물 이외의 다른 재산에 발생한 손해⁵⁷⁾를 포함한다—와 인적 손해가 발생한 경우, 전자에 대하여는 협약에 따라, 후자에 대하여는 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 제조물책임(또는 불법행위책임)의 준거법에 따라 매도인의 책임을 물을 수 있다.

협약은 인적 손해만을 배제하므로 물품에 대하여 발생하는 물적 손해, 즉 재산적 손해뿐만 아니라 그 밖에 매수인에게 발생하는 경제적 손해에는 협약이 적용된다.⁵⁸⁾

나. 물적 손해와 관련된 문제점

이와 같이 물품으로 인하여 매수인의 다른 재산에 야기한 물적 손해에 대하여는 협약이 적용되는데, 이와 관련하여 협약에 따른 책임과 국내법에 따른 제조물책임(또는 불법행위책임)과의 관계가 문제된다. 이 경우 피해자가 제조물책임(또는 불법행위책임)의 준거법인 국내법에 기하여 손해배상청구를 할 수 있는지, 아니면 그 경우 협약은 제조물책임(또는 불법행위책임)을 규율하지 않음에도 불구하고 협약이 우선한다고 보아 협약상의 권리만을 행사할 수 있는지가 문제된다. 만일 피해를 입은 매수인이 협약(제39조)이 요구하는 합리적인 기간 내에 물품부적합의 통지를 하지 않았다면 매수인은 물품의 부적합에 대한 협약상의 책임을 물을 수 없는 데 반하여, 제조물책임(또는 불법행위책임)의 준거법상으로는 대체로 이런 요건이 불필요하므로 그런 법제에서는 여전히 제조물책임(또는 불법행위책임)을 물을 수 있기 때문이다.⁵⁹⁾

이에 관하여는 견해가 나뉘는데,⁶⁰⁾ 우리나라에도 제조물책임을 계약책임으로 취급하는 국가와의 균형상 이는 전적으로 협약에 의하고 제조물책임(또는 불법행

56) 최홍섭(註 11), 20면.

57) 이를 가리키는 용어로는 확대손해, 결합야기손해, 부가적 손해, 하자결과손해 등 다양한 용어가 사용되고 있다.

58) 최홍섭(註 11), 21면.

59) 제조물책임을 계약책임으로 성질결정하는 국가에서는 협약에 따라 결정될 것이므로 제5조는 제조물책임을 계약책임으로 성질결정하는 국가에서 더 큰 의미가 있다.

60) Honnold, §73은 이를 부정하나, 독일에서는 긍정설이 다수설이다. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 5 Rn. 12. 학설의 상세는 Martin Köhler, *Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt* (Mohr Siebeck, 2003), S. 1397f. 참조.

위책임)에 관한 국내법의 적용을 배제하는 견해와, 양자 간에는 물품부적합 통지 기간, 제척기간, 위자료의 인정 여부, 책임제한의 가능성, 손해배상의 범위 등 기능상의 차이가 있으므로 국내 제조물책임(또는 불법행위책임)법의 적용을 긍정하는 견해가 있다.⁶¹⁾ 국내 제조물책임(또는 불법행위책임)법의 적용을 배제하는 근거는 매매계약법을 통일하고자 하는 협약의 목적에 있다. 독일에서는 긍정설이 다수설이나 부분적으로 국내 제조물책임(또는 불법행위책임)법의 적용을 긍정하는 절충설이 있다. 긍정설이 더 설득력이 있다고 본다. 제조물책임(또는 불법행위책임)의 성립을 긍정한다면 그 준거법은 법정지의 국제사법에 의하여 결정된다. 우리 국제사법은 제조물책임에 대한 특칙을 두지 않으나 통상의 경우 불법행위의 연결원칙을 정한 제32조에 따라 취득지법이자 결과발생지법인 한국법이 준거법으로 될 가능성이 크다(한국 내 결과발생을 예측할 수 있을 테니).⁶²⁾ 그러나 이 때에도 종속적 연결을 긍정한다면 매매계약의 가정적 준거법을 결정하고 그 준거법 소속국의 제조물책임(또는 불법행위)법이 준거법이 될 것이다.⁶³⁾

우리 법상으로는 물건의 하자로 인하여 물건 자체에 발생한 손해는 제조물책임이 아니라 단지 담보책임의 문제이고, 생명, 신체 또는 제조물 이외의 다른 재산에 대해 발생한 손해는 불완전이행책임 또는 제조물책임의 문제가 된다. 우리 법상 불완전이행책임과 제조물책임(또는 불법행위책임)의 경합 여부는 채무불이행책임과 불법행위책임의 경합에 관한 일반이론에 따른다.⁶⁴⁾

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

-
- 61) 최홍섭(註 19), 194면은 국내불법행위법의 적용을 부정하였으나, 최홍섭(註 11), 22면은 긍정설을 취한다. 허해관(註 19), 185면은 부정설을 취한다.
- 62) 로마II규정(제5조)과 일본 법적용통칙법(제18조)은 제조물책임의 준거법에 관한 특칙을 두고 있는데, 이는 우리 국제사법의 해석론과 입법론에 도움이 된다.
- 63) 종속적 연결의 허용 여부에 관하여 독일에서는 계약의 보충적 준거법에 종속적으로 연결하는 긍정설(예컨대 MünchKomm/Junker, BGB Band 10 4. Auflage (C.H. Beck, 2006), Art. 41 Rn. 16)과 부정설(예컨대 Jan von Hein, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", *Rebels Zeitschrift* 64 (2000), S. 601f.)이 있다. 김인호, "從屬的 連結에 의한 不法行爲의 準據法", *인권과 정의* 제392호(대한변호사협회, 2009. 4.), 96면은 긍정설을 취한다.
- 64) 우리 법상으로는 민법에 따른 불완전이행책임을 묻거나 제조물책임법에 따른 제조물책임을 묻는가에 관계없이 묻지가 없어도 결함야기손해에 대해 책임을 물을 수 있으나 협약상으로는 통지를 하지 않으면 계약책임을 물을 수 없다.

《제조물책임에 대한 협약의 적용 여부》

구 분	책임에 대한 협약의 적용 여부	
제3자에 대한 책임	인적손해	계약책임 ×
		제조물책임(불법행위책임) ×
	물적손해	계약책임 ○ (계약관계가 있는 경우)
		제조물책임(불법행위책임) × (계약관계가 없으므로) : 준거법에 의하여 가능
매수인에 대한 책임	인적손해	계약책임 ×
		제조물책임(불법행위책임) ×
	물적손해	계약책임 ○
		준거법에 의한 제조물책임(불법행위책임) △ 논란 있음

4. 기타 협약이 규율하지 않는 사항

그 밖에도 행위능력, 임의대리, 소멸시효, 계약체결상의 과실책임, 상계, 채무의 면제, 채권양도, 채무인수, 위약벌 또는 손해배상액의 예정과 통화 등을 규율하지 아니한다.⁶⁵⁾ 이러한 사항들은 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 각 관련 쟁점의 준거법에 의하여 규율된다. 변호사보수 기타 소송비용에 관하여도 논란이 있다. 여기에서는 몇 가지만 언급한다.

가. 소멸시효

1974년 뉴욕에서 “국제물품매매에서의 시효기간에 관한 협약”(The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)⁶⁶⁾이 채택되었고, 이는 1980년 매매협약의 채택과 함께 채택된 1980년 4월 11일 “시효협약에 대한 부속의정서”에 의해 개정되었다. 주요 국가들은 시효협약을 비준하거나 가입하지 않고 있으나 미국은 가입하였다.

시효협약은 매매계약의 당사자가 계약에서 발생하거나 또는 그 계약의 위반, 해제, 또는 무효에 관한 청구권을 행사할 수 있는 기간(when claims of a buyer

65) 상세는 Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 35ff. 참조. 다만 아래에서 보듯이 상계에 관하여 일반원칙이 있다는 견해도 있다. 통화에 관하여도 외적 흠결인지 내적 흠결인지 논란이 있다.

66) 시효협약에 관하여는 최홍섭, “國際物品賣買에 관한 유엔時效協約”, **비교사법** 제7권 제2호(한국비교사법학회, 2000), 863면 이하 참조.

and a seller against each other arising from a contract of international sale of goods or relating to its breach, termination or invalidity can no longer be exercised by reason of the expiration of a period of time), 즉 시효기간(limitation period)⁶⁷⁾에 적용된다. 여기의 시효기간은 그러한 청구권을 행사하기 위하여 법적 절차를 제기할 수 있는 기간을 말하는데, 그에는 재판절차, 중재절차와 행정절차가 포함된다(제1조 제3항 e호). 그러나 청구권을 취득하거나 또는 행사하기 위하여 필요한 통지와, 기타 법적 절차의 제기(institution of legal proceedings) 이외의 일정한 행위를 해야 하는 기간(제1조 제2항은 이런 기간을 ‘time-limit’라고 부른다)에는 적용되지 않는다. 시효기간은 원칙적으로 4년이고(제8조), 시효기간이 연장되거나 갱신되더라도 시효기간은 기산점 이후 10년을 넘을 수는 없다(제23조). 시효기간의 기산점에 대해서는 제9조에서 청구권 발생일에 개시한다는 원칙을 정하고, 제10조에서는 청구권의 발생일을 명시하며(예컨대 계약위반의 경우 계약위반시), 제11조와 제12조에서는 특칙을 두고 있다.

우리나라는 시효협약에 가입하지 않았으므로 매매계약에 따른 각종 권리의 소멸시효 내지 제척기간은 국제사법에 따라 결정되는 매매계약의 가정적 준거법에 따를 사항이다. 우리 국제사법상 시효는 실체의 문제이기 때문이다.

나. 상계

자동채권과 수동채권이 모두 협약에 따르더라도 협약은 상계를 규율하지 않으므로 상계의 허용성과 그 요건 및 효과의 준거법을 결정할 필요가 있다. 그러나 독일의 유력설은 양 당사자의 채권이 협약에 따르는 매매계약으로부터 발생하는 경우 준거법의 매개를 거치지 않고 협약에 내재하는 메커니즘에 따라 (즉 준거법에 따른 상계요건을 검토할 필요 없이) 상계할 수 있다고 본다. 즉 양 당사자 간에 대립하는 변제기가 도래한 협약에 내재하는 채권을 가지는 경우 일방이 상계의 의사표시를 하는 때에는 대등액의 범위에서 채권이 소멸하는데, 이는 바로 협약의 기초를 이루는 일반원칙으로서 준거법에 우선한다는 것이다.⁶⁸⁾ 그러나 이에

67) 이를 “제한기간” 또는 “제소기간”이라고도 번역한다.

68) Staudinger/Magnus, Art. 4 Rn. 47. 그 근거로는 예컨대 매매계약의 해제시 매도인은 대금을 반환해야 하고, 매수인은 그에 상응하여 물품으로부터 발생된 이익을 지급해야 함을 규정한 제84조와, 물품을 매각한 당사자는 매각대금에서 물품의 보관 및 매각 비용을 공제하고 차액을 상대방에게 반환해야 한다고 규정하는 제88조 나아가 당사자 간의 의무이행의 동시이행을 규정한 제58조, 제81조 제2항 등을 든다. 그 밖에 대금감

따를 경우 상계의 효과를 어느 법에 따라 판단하는지는 분명하지 않은 것으로 보인다.

한편 상계의 준거법에 관하여 우리나라에서는 자동채권과 수동채권의 준거법을 누적적용하는 견해가 유력하나, 유럽에서는 수동채권의 준거법을 적용한다는 견해가 유력하다.⁶⁹⁾ 누적설을 취할 경우 상계의 요건에 관하여는 각 채권의 준거법을 누적적용하게 되나, 효과의 측면에서 어떤 기준을 제시하는지는 분명하지 않다. 이처럼 상계의 준거법을 결정하려면 협약이 적용되지 않았더라면 적용되었을 매매계약의 가정적 준거법을 결정할 필요가 있다.

이와 관련하여 필자가 아는 한, 협약을 정면으로 다룬 우리나라 최초의 판결인 서울동부지방법원 2007. 11. 16. 선고 2006가합6384 판결은 흥미롭다. 이는 매도인인 원고(중국기업)가 매수인인 피고(한국기업)를 상대로 미지급 매매대금과 지연손해금의 지급을 구한 사건인데, 법원은 피고의 상계항변에 대하여 다음과 같이 판단하였다. 즉 원고의 공급지연으로 인한 피고의 손해배상채권과 원고의 피고에 대한 미지급 물품대금채권은 상계적상에 있었는데, 피고가 준비서면을 통하여 상계의 의사표시를 하였으므로, 원고의 채권은 상계적상일에 소급하여 대등액 범위에서 소멸하였다는 것이다. 그 사건에서 원고와 피고의 채권이 모두 협약이 적용되는 동일 매매계약에 의하여 발생한 것이었는데, 위 판결이 독일의 유력설처럼 협약에 내재하는 상계의 메커니즘을 따른 것인지, 아니면 준거법에 대한 고려 없이 상계의 요건과 효력의 준거법을 한국법으로 판단한 것인지는 불분명하지만 아마도 후자일 개연성이 크다. 그렇다면 이는 잘못이다.⁷⁰⁾ 필자는 이 판결

액권을 정한 제50조를 들기도 한다. Fawcett/Harris/Bridge, para. 16.58.

- 69) 계약채무의 준거법에 관한 유럽의회와 이사회의 2008년 6월 17일 규정(EC) 번호 593/2008 (로마 I)(제17조)은 위 유력설을 따른다. 이는 2009년 12월 17일부터 발효될 예정이다. 우리나라에서도 근자에는 수동채권의 준거법이 원칙적으로 상계의 준거법이 되고, 예외적으로 채무자가 채무의 존속에 대하여 이익을 갖고 있다는 점에 대하여 주장·입증에 성공한다면 자동채권과 수동채권의 준거법이 중첩적으로 적용된다는 견해가 있다. 이헌복, “국제적 상계에 대한 준거법”, **국제거래법연구** 제18집 제1호(2009), 138면 참조.
- 70) 서헌재, “주요국에서의 CISG 적용과 우리의 과제—미국, 중국, 한국을 중심으로”, **국제거래법연구** 제18집 제1호(법영사, 2009), 99면은 위 판결이 협약의 적용 여부를 언급한 뒤 다수 견해(준거법을 적용하는 견해를 말한다)에 따라 우리 국제사법이 정하는 준거법을 따져 민법을 적용하였더라면 훨씬 세련된 판결이 되었을 것이라고 한다. 위 사건에서 매매계약의 매도인이 중국기업이고 매수인이 한국기업이었으므로 매매계약의 가정적 준거법은 아마도 중국법이 되었을 가능성이 크므로 우리 민법을 적용하는 것은 근거가 약하다.

에 대한 간단한 평석⁷¹⁾에서 이 점을 지적하였던바, 다행스럽게도 위 판결의 항소심인 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결은 상계의 준거법을 중국법으로 보고 合同法상 상계에 해당하는 抵銷(저소)의 법리에 따라 피고의 상계항변을 받아들였다.

만일 상계의 준거법이 준거법인 중국법이라고 볼 경우 원고의 대금채권의 통화와 피고의 손해배상채권의 통화가 상계적상에 있는지도 중국법에 따라 판단해야 한다.

다. 소송비용과 변호사보수

협약상 변호사의 보수 및 기타 소송비용도 손해배상의 일부로서 회수할 수 있는지는 논란이 있다. 유럽 대륙에서는 견해가 나뉘고 긍정설도 있으나,⁷²⁾ 미국에서는 부정하는 경향이 강하다. 그런데 협약상 계약을 위반한 당사자는 그 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액을 배상하여야 하고, 다만 그 손해배상액은 위반당사자가 계약위반의 가능한 결과로서 발생할 것을 예견하였거나 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다(제74조). 여기에서 상대방이 소송수행을 위하여 선임한 변호사보수가 손해배상의 범위에 포함되는가가 문제된다. 특히 미국의 경우 이른바 ‘American rule’에 따라 소송당사자들은 원칙적으로 변호사보수를 포함한 자신의 소송비용을 부담해야 하는데, 협약이 적용되는 사안에서 과연 변호사보수를 손해배상의 일부로 청구할 수 있는지가 논란이 되었다. 2001년 *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc.*, 사건 판결에서 일심인 연방지방법원⁷³⁾은 법률이 달리 규정하는 경우 American rule이 적용되지 않는데 협약 제74조가 그런 법률이라는 근거로 제74조에 따른 손해배상으로서 이를 인용하였다. 그러나, 제7순회구 연방항소법원의 2002년 11월 19일 판결은⁷⁴⁾ 변호사보수는 협약이 규율하지 않는 사항으로서 절차의 문제이고, 협약이 American rule을 묵시적으로 뒤집는 것은 아니라는 이유로 위 판결을 파기하였다. 협약의 성안과정에서 이 점이 논의되지 않은 점에 비추어, 계약국의 국내법을 변경하는

71) 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 다룬 최초의 우리 판결”, **법률신문** 제3754호(2009. 6. 15.), 15면.

72) Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer Einleitung, S. 31.

73) U.S. District Court, Northern District of Illinois 28 August 2001.

74) *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc.*, U.S. Circuit Court of Appeals (7th Cir.)(2002), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html> 참조.

효력을 협약에 부여하는 데는 찬성하기 어렵다. 특히 CISG-AC Opinion no. 6이 지적하는 바와 같이, 성질결정은 국가에 따라 또한 특정한 사안의 상황에 따라 상이할 수 있고, 특히 만일 소송비용을 제74조에 따른 손해배상으로 받을 수 있다면 승소한 원고에게만 변호사보수를 받을 수 있도록 할 뿐이고 피고가 승소한 경우 변호사보수를 받을 수 없게 되는 결과 협약 제45조와 제61조가 정한 매도인과 매수인의 평등의 원칙에 반하게 되어 부당하다.⁷⁵⁾ 따라서 연방항소법원의 견해가 타당하다.⁷⁶⁾ 법정지가 우리나라라면 변호사보수는 소송비용과 같이 법정지의 소송법에 따를 사항이다.⁷⁷⁾ 국제거래에서 예컨대 외국에서 제조된 경우 외국 변호사와 연락을 담당하는 국내 변호사 비용은 모든 사정에 비추어 필요 여부를 판단해야 할 것이나, 만일 긍정된다면 준거법에 따라 손해배상의 범위에 포함될 수 있을 것이다.

5. 협약이 규율하는지 논란이 있는 사항

가. 약관의 편입과 내용통제

약관(또는 보통거래약관)이 협약에 의해 규율되는지에 대해 논란이 있고 다양한 판례가 나와 있으나⁷⁸⁾ 사건으로는 우선 약관의 편입통제(즉 약관의 편입 여부)와 내용통제를 구분할 필요가 있다.

우선 약관이 매매계약에 편입되어 그의 일부를 구성하는지는 계약의 성립과 관련되므로 협약에 의하여 규율된다.⁷⁹⁾ 그런데 협약은 약관의 편입에 대해 우리 약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관규제법”이라 한다)에서 보는 바와 같은 별도

75) CISG-AC Opinion no. 6, comments, para. 5.4. 위 연방항소법원 판결도 이 점을 지적하였다.

76) Alastair Mullis, *Twenty-Five Years On—The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention*, *Rebels Zeitschrift* Band 71 (Mohr Siebeck, 2007), S. 44f.도 동지.

77) Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 52; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 Rn 29. 국제민사소송법상으로도 소송비용은 법정지법에 따를 사항이다. 예컨대 Heinrich Nagel/Peter Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht* 6. Auflage (2007) § 5 Rz. 430.

78) 판례는 김인호, **국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구 1**(법무부, 2004), 111면, 149면, 155면 참조.

79) 최홍섭(註 11), 19면; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 4 Rn. 20. 약관에 관하여는 최홍섭, “유엔국제매매법(CISG)에서 약관에 관한 문제”, **법조** 통권 제592호(법조협회, 2006. 1.), 104면 이하; Jörg Schultheiß, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht* (Peter Lang, 2004) 참조.

의 규정을 두지 않으므로 이는 계약의 성립에 관한 협약 제14조 이하에 따라 해결 사항이다. 협약 외에 우리 약관규제법과 같은 국내법이 있는 경우 약관의 편입에 관한 국내법이 협약에 우선하여 적용되는가라는 의문이 있으나, 협약은 계약의 성립에 관하여 통일규범을 마련하여 망라적으로 규율하고 있으므로 국내법은 비록 그것이 강행적인 성질의 것이더라도 적용되지 않는다고 보는 것이 규범의 국제적 통일에 더 적절하다.⁸⁰⁾

한편 약관이 내용통제의 결과 무효가 되는지는 계약조항의 유효성의 문제이므로 협약(제4조 a호)에 따라 협약의 적용범위로부터 제외되고 계약의 준거법에 따를 사항이다.⁸¹⁾ 주의할 것은 우리 약관규제법을 국제적 강행규범으로 보는 견해도 주장될 수 있으나 필자는 이를 부정한다.⁸²⁾ 따라서 우리 약관규제법은 준거법이 한국법인 경우에 적용된다. 약관의 내용통제의 결과 계약에 따른 본질적인 권리를 제한하거나 일방 당사자에게 부당하게 불리한 조항은 무효가 되는데 이 경우 과연 그에 해당하는지를 판단하는 평가의 척도가 협약인지 아니면 국내법인지에 관하여는 독일에서는 견해가 나뉘나, 국내법이 아니라 협약이 적용되는 사안이라면 협약을 기준으로 삼아야 한다.⁸³⁾

나. 상인의 확인서면의 효력

독일법상 청약에 대한 일방당사자의 침묵은 원칙적으로 승낙이 되지 않으나 상인의 확인서면(kaufmännisches Bestätigungsschreiben)의 경우 예외가 인정된다. 즉 상인 간에 구술로 일단 계약을 체결한 뒤 일방 당사자가 계약의 확인을 위하여 서면을 송부한 경우 상대방이 그에 대해 즉시 이의를 제기하지 않고 침묵(Schweigen auf Bestätigungsschreiben)하면 확인서면을 승낙한 것이 되어 그의 내

80) Wolfgang Witz/Hanns-Christian Salger/Manuel Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht* (Verlag Recht und Wirtschaft, 2000), Vor Artt. 14-24 Rn. 10; Schultheiß(註 79), S. 12; Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsgs.), *Das Internationale Vertragsrecht* 6. Auflage (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004), Rz. 738(Mariny 집필부분). 주의할 것은, 아래에서 논의하는 바와 같이 우리 약관규제법은 매매계약의 준거법이 한국법인 경우에 적용된다는 점이다.

81) Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 4 Rn. 20도 동지.

82) 우리 국제사법상의 논의는 석광현, “國際去來와 약관의규제에관한법률의 적용”, **국제사법과 국제소송** 제3권(박영사, 2004), 151면 이하 참조.

83) 최홍섭(註 11), 19면; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 4 Rn. 20. 이는 독일의 통설이다.

용에 따라 계약이 체결된 것으로 보는 관행이 있다. 이처럼 독일법상 확인서면은 통상 구술로 이미 체결된 계약을 확정하고, 본질적이지 않은 경우 서면에 기재된 바에 따라 계약내용을 변경하는 기능을 한다.⁸⁴⁾ 이는 거래의 신속성과 확실성 및 입증 등의 측면에서 장점이 있다.⁸⁵⁾

협약은 상인의 확인서면에 관하여 규정하지 않으므로 협약상 상인의 확인서면이 독일법에서 가지는 효력을 가질 수는 없다. 협약의 성안과정에서 상인간의 서면제도를 명시하지는 제안이 있었으나 계약조건의 변경은 당사자간의 합의를 전제로 한다는 이유로 거부되었기 때문이다.⁸⁶⁾ 따라서 상인의 확인서면의 문제에 관한 한 협약이 정한 당사자의 합의에 의하여 계약이 체결된다는 원칙에 의해 해결하면 족하고 국제사법에 의할 이유도 없다. 하지만 예컨대 상인간의 확인서면 제도를 두고 있는 국가에 영업소를 둔 당사자간에 매매계약이 체결된 경우와 같이 상인의 확인서면이 협약 제9조 제1항의 당사자 간에 합의된 관행 또는 관례 또는 제9조 제2항의 국제적 관행에 해당하는 경우 그에 따른 효력을 인정할 수는 있을 것이다.⁸⁷⁾

6. 계약의 방식(제11조)

협약은 계약의 방식에 관하여 통일규범을 두고 있다. 즉 제11조는 “매매계약은 서면에 의하여 체결되거나 입증될 필요가 없고, 방식에 관한 그 밖의 어떠한 요건도 요구되지 아니한다. 매매계약은 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도

84) 통상 이처럼 상인 간의 확인서면은 계약의 성립 후에 발생하는 문제로 파악하고, Unidroit 원칙과 유럽계약법원칙의 규정도 같다. 즉 국제상사계약원칙(제2.1.12조)과 유럽계약법원칙(제2:210조)은, 계약 체결 후 합리적인 기간 내에 계약의 확인을 목적으로 서면을 송부한 경우 그 내용이 계약의 조건을 본질적으로 변경하거나 수령자가 부당한 지체없이 이의를 제기하지 않으면 계약의 일부가 된다는 취지로 규정한다. 최홍섭(註 79), 119면 이하도 동지. 그러나 독일에서는 계약이 아직 체결되지 않은 단계에서 계약을 체결하고 내용을 확정하는 기능을 하기도 한다. 이 경우 수령자의 침묵은 확인서면의 승낙으로 간주되고 그 결과 계약이 체결된다.

85) 최홍섭(註 79), 120면.

86) Staudinger/Magnus, Art. 19 Rn. 5.

87) Staudinger/Magnus, Art. 19 Rn. 5, 26. 관련된 판결에는 다양한 스펙트럼이 있다. 즉 국제적인 관행이 아님을 이유로 상인의 확인서면의 효력을 부정한 판결, 효력을 긍정한 판결, 확인서면의 수령인이 그런 관행을 인정하는 국가에 영업소를 둔 경우 효력을 긍정한 판결, 효력을 부여하지는 않았지만 당사자의 의사에 관한 증거를 평가하는 데 의미를 부여한 판결들이 있다. Draft Digest Part II, para. 13 참조.

입증될 수 있다.”고 규정한다. 따라서 협약이 규율하지 않는 사항으로 계약의 방식을 거론할 것은 아니지만 협약은 그에 대한 유보를 허용하므로 유보한 국가의 경우 방식은 협약이 규율하는 사항이 아니다.

가. 계약의 방식—실질법과 저촉법

국가에 따라서는 ‘사기방지법’(statute of frauds)을 두고 있다. 당초 영국이 사기적인 당사자가 날조된 계약으로부터 권리를 획득하는 것을 막고자 1677년 사기방지법(Act for prevention of Frauds and Perjuries)을 제정하였다. 그러나 실제로 의무를 인수한 자가 부당하게 계약의 구속으로부터 벗어나는 수단으로 남용됨에 따라 영국 판사들은 그 적용범위를 제한하였고 그 결과 위 법은 19세기 말에는 사실상 형해화되었고, 마침내 1954년 법개혁(계약의 이행강제)법(Law Reform (Enforcement of Contracts) Act)에 의하여 상당부분 폐기되었다.⁸⁸⁾ 그러나 미국에서는 아직도 위 원칙이 통용되는데, 통일상법전(§2-201)에 따르면 미화 500불⁸⁹⁾ 이상의 매매계약은 원칙적으로 서면에 의하지 않으면 강제할 수 없다(is not enforceable).⁹⁰⁾

전통적인 국제사법이론에 따르면, 계약의 방식은 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 방식의 준거법에 따를 사항이다. 그런데 우리 국제사법(제17조)에서 보듯이 계약의 방식은 계약의 실질의 준거법 또는 계약 체결지법(즉 행위지법)에 선택적으로 연결된다. 다만 상이한 국가에 소재하는 당사자들 간에 체결된 계약, 즉 격지자간의 계약의 경우에는 행위를 결정해야 하는데 국제사법은 ‘*favor negotii*’(法律行爲에 유리하게)의 원칙에 따라 가능한 한 계약이 방식요건을 쉽게 구비하도록 하고자 관련 국가 중 어느 한 국가의 법의 요건을 충족하면 방식상 유효한 것으로 한다(제17조 제3항).

나. 협약의 태도와 쟁점

협약은 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고 계약이나 그 조항의 유효성

88) 일부는 부동산계약, 즉 1925년 제정된 재산권법(제40조) 등에 남아 있다.

89) 2003년 개정된 통일상법전은 이를 5,000불로 인상하였다.

90) 사기방지법의 원칙이 절차의 문제인지 실체의 문제인지, 실체라면 실질의 문제인지 아니면 방식의 문제인지는 논란의 여지가 있다. 외국에서는 증거법이라고 하더라도 국제사법적으로는 방식의 문제로 보는 견해도 있다. Reithmann/Martiny/Martiny(註 80), Rn. 792.

과 관련이 없지만, 위에서 본 것처럼 계약의 방식, 즉 형식적 유효성의 문제에 관하여 직접 규정함으로써 통일규범을 도입하였다. 국가에 따라서는 법률상 매매 계약의 체결 또는 입증에 서면을 요구하는 국가도 있음을 고려하여, 협약은 계약국은 매매계약, 합의에 의한 매매계약의 변경이나 종료, 청약, 승낙 기타의 의사 표시를 서면 이외의 방법으로 하는 것을 허용하는 협약 제11조, 제29조 또는 제2편의 규정은 당사자 일방이 그 국가에 영업소를 가지고 있는 경우에는 적용하지 아니한다는 취지의 유보를 할 수 있도록 허용한다(제12조, 제96조). 실제로 미국과 중국 등은 제96조에 따른 유보를 하였다. 위에서 본 것처럼 통일상법전이 계약의 서면성을 요구하므로 미국이 제12조에 따른 유보를 한 것은 이해되나, 중국의 계약법(제10조)은 구두계약을 허용하므로⁹¹⁾ 중국이 제12조에 따른 유보를 한 이유는 이해하기 어렵다. 어쨌든 협약 제11조, 제29조 또는 제2편은 당사자가 그에 따라 유보선언을 한 계약국에 영업소를 가지고 있는 경우에는 적용되지 아니한다(제12조).

협약 제11조는 아래의 의미를 가진다.

첫째, 협약이 매매계약의 방식의 자유를 보장하고, 영미법, 특히 미국법에서 인정되는 사기방지법을 채택하지 않았음을 의미한다. 또한 계약은 당사자의 합의만으로 변경 또는 종료될 수 있다(제29조). 둘째, 매매계약은 서면에 의하여 입증될 필요가 없다. 이는 입증방법의 문제로서 실체가 아니라 절차의 문제이고, 따라서 국제적으로 널리 인정되는 ‘절차는 법정지법에 따른다’(forum regit processum)는 국제사법원칙—이것이 법정지법원칙(*lex fori principle*)⁹²⁾이다—에 따라 법정지법에 의할 사항이다. 그러나 협약이 이 점을 명시적으로 규정하므로 협약이 적용되

91) 이규철, **중국계약법총람**(도서출판 아진, 2006), 22면. 중국의 계약법은 과거 경제계약법, 섭외경제계약법과 기술계약법을 대체하는 것으로 1999년 10월 1일부터 시행되고 있다. 동법 제428조 참조.

92) 절차(procedure)와 실체(substance)를 구별하는 실익은 바로 여기에 있다. 즉 어떤 쟁점이 절차로 성질결정되면 법정지법을 적용하면 되는 데 반하여 실체로 성질결정되면 더 나아가 그것이 계약인지, 불법행위인지 라는 식으로 구체적으로 성질을 결정할 필요가 있게 된다. 과거에는 법정지법원칙의 이론적인 근거를 절차법의 속지주의, 공법적 성격 또는 추상성과 장소는 행위를 지배한다는 국제사법원칙 등에서 구하였으나, 근자에는 외국절차법 적용의 실제상의 어려움을 피하기 위한 현실적 필요성과 법적 안정성의 요청 등을 고려한 합목적성을 든다. Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht* 5. Auflage (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004), Rz. 319ff.; Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 4. Auflage (C. H. Beck, 2006), Rz. 43ff. 장준혁, “法律行爲의 方式과 節次 문제의 구별”, **국제사법연구** 제12권(법영사, 2006), 249면 이하도 참조.

는 범위 내에서는 예컨대 매매계약의 증명을 위하여 반드시 서면에 의할 것을 규정한 계약국의 국내 민사소송법의 적용은 배제된다고 본다.

하지만 협약(제11조)이 보장하는 방식자유의 원칙은 매매계약에 관한 합의에 한정되고, 관할합의나 중재합의와 같이 국제조약상 또는 국내법상 서면성이 요구되는 계약에 대하여는 적용되지 않는다.⁹³⁾

계약국이 위 조항을 유보한 경우 당사자의 일방이 그 계약국에 영업소를 가지고 있는 때에는(예컨대 중국기업과 한국기업 간에 매매계약을 체결하는 경우) 계약의 방식은 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법에 의한다.⁹⁴⁾ 따라서 우리나라가 법정지인 경우 위에 언급한 우리 국제사법의 원칙이 적용된다. 만일 유보한 국가의 법이 준거법이 되는 경우 당사자들은 준거법이 정한 방식요건을 구비해야 한다. 이는 당해 유보 국가의 방식에 관한 강행규정이 잠탈되는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 한중기업 또는 한미기업 간의 매매계약의 경우 서면요건을 구비하지 않은 때에는 우리나라에서는 유효하지만 중국 또는 미국에서는 무효인 계약이 있을 수 있다.

협약은 모두 임의규정이므로 당사자들이 그의 적용을 배제하거나 변경할 수 있지만, 제12조는 그에 대한 예외이다. 협약 제12조와 제6조는 이를 명시한다.

IV. 협약의 내적 흠결의 보충과 매매계약의 준거법

협약 제7조 제2항은 “이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다”고 규정한다.⁹⁵⁾ 이러한 협약의 내적 흠결은 우선 ‘협약이 기초하고 있는 일반원칙’(general principles on which it is based)에 따라 해결해야 하고, 그것이 없는 경우 비로소 법정지의 국제사법에 의해 결정되는 준거법에 따라 해결해야 하지 성급하게 법정지의 국제사법에 호소해서는 아니된다. 제7조 제2항은 ‘흠결의 보

93) Staudinger/Magnus, Art. 11 Rn. 7; 최홍섭(註 11), 37면.

94) 최홍섭(註 11), 40면.

95) 제7조에 상응하는 ULIS 제17조는 일반원칙에 의하여 해결할 것만을 요구하고 국제사법은 언급하지 않는다.

충'(gap-filling)에 관하여, 협약의 일반원칙의 도출과 국내법에의 호소라는 대립되는 요청 간에 미묘한 균형을 제시하는 것이다.⁹⁶⁾ 문제는 무엇이 그런 일반원칙인가라는 점이다.⁹⁷⁾ 여러 가지 쟁점에 관하여 과연 그런 일반원칙이 있는지에 관하여 논란이 있다. 아래에서는 그 중 몇 가지만을 살펴본다.⁹⁸⁾

1. 대금의 통화

가. 통화

협약은 대금의 통화에 관하여 규정하지 않는다. 당사자들은 통상 계약통화에 관하여 합의를 하므로 실무상 통화가 문제되는 일은 별로 없지만, 만일 합의가 없는 경우 우선 당사자 간에 확립된 관례와 관행을 따른다(제9조). 그럼에도 불구하고 계약통화를 결정할 수 없는 경우, 독일에서는 이를 협약의 내적 흠결로 보아 매도인의 영업소 소재지에 의할 것이라는 견해와, 지급지의 통화에 의할 것

⁹⁶⁾ Honnold, §102.

⁹⁷⁾ 우선 ‘당사자의사의 우위(또는 계약자유의 원칙)(제6조)’, ‘관행의 고려(제9조)’와 ‘방식의 자유(제11조)’, 권리남용금지를 포함하는 ‘신의성실의 원칙’ 등이 일반원칙에 포함될 것이나, 정확히 무엇이 일반원칙인가에 관하여는 다양한 견해가 있다. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art. 7 Rn. 48ff. 참조. Honnold는 상대방의 표시에 대한 신뢰, 상대방에 대한 필요한 정보의 통지, 손해경감의 의무 등을 일반원칙으로 열거한다. Honnold, §99 이하. 신의성실의 원칙은 협약의 해석원칙일 뿐이고 당사자의 권리·의무에 관한 일반원칙은 아니라는 이견도 있다. 예컨대 Fawcett/Harris/Bridge, para. 16.57. 그러나 독일과 우리나라에서는 이를 넓게 해석하는 견해가 유력하다. 예컨대 김선국, “국제물품매매협약과 미국계약법”, **국제거래법연구** 제13집(2004), 20-21면; 김인호, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위”, **법조통권** 제600호(법조협회, 2006. 9.), 215면. Unidroit 원칙이 협약의 흠결을 보충하는 기능을 할 수 있는지에 관하여 논란이 있다.

⁹⁸⁾ 그 밖에 매매계약 체결 후 상황의 변화로 인하여 당해 계약의 균형의 본질적 변경(fundamental alteration of equilibrium of the contract)이 발생한 경우의 처리, 즉 이행가혹(hardship)을 제79조의 면책의 문제로 취급하기도 하나, 협약에 내적 흠결이 있는 것으로 보아 제7조 제2항에 따라 해결하자는 견해(그에는 다시 일반원칙을 적용하자는 견해와 Unidroit 원칙(제6.2.2.조) 및 유럽계약법원칙(제6.111조)을 적용하자는 견해가 있다)도 있고, 협약 제7조 제1항 또는 당사자의 의사의 합리적 해석을 근거로 재협상의무 또는 계약을 상황에 적합하게 변경할 의무를 긍정하는 견해 등이 있다. 종래의 학설은 Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, 4. Aulage (2004), Art. 79 Rn. 31과 Rn. 32 참조. 다만 이를 긍정하더라도 매우 예외적인 상황하에서만 허용된다고 본다. CISG-AC Opinion No. 7(CISG-AC Opinion, 3.2 and comment para. 40)은 이행가혹은 제79조의 장에 포함될 수 있다고 보면서, 나아가 그 경우 법원 또는 중재판정부는 협약과, 협약의 기초가 되는 일반원칙에 부합하는 구제수단을 제공할 수 있다고 본다.

이라는 견해가 유력하나, 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 통화에 의할 것이라는 견해⁹⁹⁾와 관련된 사업분야에서 유사한 상황에서 사용되는 통화에 의할 것이라는 견해도 있다. 통일적인 해결을 가능케 하고, 매도인은 지급받은 대금을 통상 그곳에서 사용할 것이라는 점을 고려하면 매도인의 영업소 또는 지급지를 기준으로 하는 견해가 설득력이 있어 보인다.¹⁰⁰⁾ 당사자가 외화로 계약을 체결하는 외화채권의 경우 엄밀하게는 ‘계정통화’(money of account)¹⁰¹⁾와 ‘지급통화’(money of payment)를 구별해야 하는데, 전자는 채권의 금액을 표시하는 통화이고 후자는 지급을 하는 통화를 의미한다. 지급통화는 통상 계정통화와 일치하나 대용금부의 경우에서 보듯이 양자가 상이할 수도 있다.

나. 대용금부권과 대용금부청구권¹⁰²⁾

한편 매수인이 계약통화 이외의 통화로 대금을 지급할 수 있는 권한, 즉 대용금부권(Ersetzungsbefugnis)을 가지는지에 관하여도 협약이 규정하지 않으므로 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법에 따를 것이라는 견해와 통일적인 해결을 선호하는 견해가 있다. 후자에는 지급지법에 따를 것이라는 견해도 있으나, 지급은 당사자가 합의한 계약통화에 의하여야 할 것이므로 당사자의 합의, 관행 또는 관례에 근거하거나 또는 개별사건에서 신의칙에 기하여 도출되는 경우(예컨대 외국환거래법에 따라 계약통화로의 지급이 불가능한 경우를 들 수 있다)를 제외하고는 대용금부권을 부정하는 견해도 있다.¹⁰³⁾

99) C.M. Bianca/M.J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987), Art. 54 para. 3.1(Maskow 집필 부분) .

100) Staudinger/Magnus, Art. 53 Rn. 22; Reithmann/Martiny/Martiny(註 80), Rn. 743; 최홍섭(註 11), 132면. 지급지에 관한 합의가 없는 경우 제57조 제1항에 따라 매도인의 영업소가 지급지가 되므로 양자는 대체로 동일한 결론에 이른다.

101) 이를 ‘계약통화’(money of contract)라고도 하는데 money 대신 currency를 사용하기도 한다. 통화의 개념과 내용은 통화의 준거법 또는 통화의 소속국법(*lex monetae*)에 의하나, 약정통화의 결정과 채무의 금액에 대한 통화의 효력은 채무의 준거법에 따를 사항이다.

102) 상세는 석광현, “外換許可를 받지 아니한 國際保證과 관련한 國際私法上の 問題點—서울고등법원 1994. 3. 4. 선고 92나61623 판결에 대한 평석을 겸하여—”, **국제사법과 국제소송** 제2권(박영사, 2001), 42면 이하 참조. 독일법의 상세는 Helmut Grothe, *Fremdwährungsverbindlichkeiten* (Gruyter, 1999) 참조.

103) Staudinger/Magnus, Art. 53 Rn. 24ff.; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Maultzsch, Art. 54 Rn. 10도 동지.

또한 매도인은 계약통화 이외의 통화로 지급할 것을 청구할 수 있는 선택권(즉 대용급부청구권)을 가지지 아니한다는 견해가 유력하다.¹⁰⁴⁾ 외교회의에서 매수인이 계약통화로 지급할 수 없는 경우 매도인에게 매수인 국가의 통화로 지급할 것을 요구할 수 있는 권리를 부여하자는 제안이 있었지만 거절되었다는 점을 고려한 견해이다.

이와 관련하여 위에서 언급한 서울동부지방법원 판결은 협약이 적용되는 매매계약에서 미지급대금의 지급을 구하는 채권자가 대용급부청구권을 가진다고 보았다.¹⁰⁵⁾ 필자는 평석¹⁰⁶⁾에서 그런 결론을 내리기 위해서는 ① 협약의 해석론상 채권자의 대용급부청구권이 긍정되는지를 검토하고, ② 만일 협약의 해석론상 부정된다면, 그럼에도 불구하고 대법원판결에 의하여 채권자의 대용급부청구권을 규정된 것으로 해석되는 민법 제378조(“채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리 나라 통화로 지급할 수 있다”)가 협약에 의하여 규율되고 보충적 준거법이 중국법일 개연성이 큰 당해 사건에 적용되는 근거를 밝혔어야 한다고 비판하였다.

이에 대해 항소심인 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결은 대용급부는 채무의 내용의 구체적인 이행방법에 관한 것이고 환산의 시기 및 환산율은 채무의 실질적 내용에 영향을 미치는 것으로 보기 어려우므로, 원고의 공급대금채권이 실제로 이행되는 장소 혹은 그 이행을 구하는 소가 제기된 장소인 우리나라 법이 준거법이라 보고 대용급부청구권을 긍정하였다. 이러한 이론 구성은 종래의 일부 학설을 따른 것이다.¹⁰⁷⁾ 하지만 환산의 기준시기 및 환율은 채무의 실질적 내용에 당연히 영향을 미치는 것이지 이를 부정할 수는 없다.¹⁰⁸⁾ 실제

104) Staudinger/Magnus, Art. 53 Rn. 30.

105) 즉 동 판결은 아래와 같이 판시하였다.

“채권자가 위와 같은 외화채권을 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우에도 법원이 채무자에게 그 이행을 명함에 있어서는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환 시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준시로 삼아야 한다(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결 등 참조).”

여기에 언급된 대법원의 전원합의체 판결의 사안은 한국의 회사가 한국의 보험회사를 상대로 보험금의 지급을 구한 사건인데, 채권의 준거법은 아마도 한국법이었을 것으로 짐작된다.

106) 석광현(註 71), 15면.

107) 이 점은 최공웅, **국제소송**(1994), 475면; 박윤직(편), **民法注解**[Ⅷ] 債權(1)(박영사, 1995), 182면과 같다.

로 위 서울동부지방법원 판결은 변론종결일인 2007. 10. 5. 당시 매매기준율인 미화 1달러 당 916.6원을 적용하였으나 항소심은 변론종결일인 2009. 6. 4. 당시 매매기준율인 1달러 당 1236.7원을 적용한 사실에서 보는 바와 같다. 또한 민법 제378조의 ‘이행지’는 법률(또는 계약)상 이행지인지, 사실상 이행지인지 논란의 여지가 있는데, 우리 법원이 판결로써 지급을 명한다고 해서 이행지가 한국이 될 이유는 없고, 한국에서 제소했다는 이유로 한국법을 적용할 근거는 없다. 위 사건에서 매수인은 대금을 신용장 및 전신환으로 지급하기로 하였는데 그렇다면 계약상 대금지급의무의 이행지는 중국일 가능성이 크다. 위 판결에 따르면 한국에서 외국으로 송금하거나 계좌이체하는 채무의 경우 이행지는 모두 한국이라는 결과가 될 것이다.

민법 제378조에 따른 채무자의 대용급부권은 연혁적으로 채무자의 채무변제의 편의를 위하여 인정된 것으로¹⁰⁹⁾ 그 경우 채무의 성질은 내국 통화에 의한 지급을 할 수 있는 대용급부권이 허용된 임의채무라는 것이 판례와 통설인데,¹¹⁰⁾ 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결¹¹¹⁾은 채권자도 대용급부청구권을 가진다는 점을 긍정하였으므로, 문제는 민법 제378조가 채무의 준거법이 한국법이 경우에만 적용되는가, 아니면 이행지가 한국 내인 한 채무의 준거법에 관계없이 적용되는지를 판단해야 한다.

이에 관하여는 다음과 같은 견해가 가능하다. 즉 ①-1 독일의 유력설처럼 민법 제378조를 실질규범으로 보면서 이는 준거법이 한국법인 경우에만 적용된다는 견해, ①-2 제378조를 실질법상의 규범으로 보면서도 대용급부는 채무이행의 방법의 문제이므로 지급이 우리 나라에서 행해지는 때에는 제378조가 적용된다는 견해와, ② 제378조를 숨은 저축규범(또는 국제적 강행규범)으로 보는 견해가 그것이다. 필자는 과거 섭외사법 하에서 민법 제378조의 문언과 의미 및 내국통화의 유통 보호라고 하는 통화정책적인 목적을 고려하여 ②의 견해를 취하면서, 대용급부의 가부와 환율 및 기준시기를 모두 동 조에 따라 처리할 수 있을 것이라

108) 이 점은 박준서(편), **주석민법[채권총칙(1)]**(2000), 289면도 동지이다(안법영 집필부분).

109) 양승태, “外國金錢債權의 履行에 따르는 諸問題,” **재판자료** 제34집, 섭외사건의 제문제(하)(법원행정처, 1986), 37면. 보다 멀리는 대용급부권의 연원은 환어금의 지급에 관한 대륙의 상사관행에 있는데(어음법 제41조 참조) 그것이 발전되어 일반화된 것이라고 한다. 최공웅(註 107), 486면.

110) 박윤직(편), **民法注解[Ⅷ] 債權(1)**(박영사, 1995), 181면(이공현 집필부분) 참조.

111) 다수의견과 달리 이를 부정하는 소수의견도 있다.

고 보았다. 다만 만일 제378조를 실질규범으로 본다면 대용급부는 채무이행의 방법의 문제이므로 지급이 우리 나라에서 행해지는 때에는 제378조가 적용될 것이나, 환율 및 기준시기는 채무의 준거법에 따라야 할 것이라는 절충설이 설득력이 있다고 보았다.¹¹²⁾

개정 국제사법 하에서도 대체로 위의 해석론이 유지될 수 있으나 후자의 이론 구성을 하자면 개정 국제사법의 해석론상 이행의 태양과 방법에 대해 이행지법을 적용한다는 섭외사법 하의 해석론이 유지될 수 있어야 한다. 논란의 여지가 있으나 이를 긍정할 수 있을 것이다.¹¹³⁾

당사자는 채무자가 반드시 약정통화로 지급하도록 합의함으로써 채무자의 대용급부권을 배제할 수 있다. 이것이 ‘현실지급의 특약’인데, 그런 특약의 성립 여부와 그 효력은 계약의 준거법에 의할 사항이다. 그 밖에 매도인은 이른바 ‘통화면책조항’(currency indemnity clause)을 두어 채무자의 대용급부로 인한 환차손을 피할 수 있다.

다. 손해배상의 통화

협약은 손해배상의 통화에 관하여는 규정하지 않는다. 손해배상의무를 지는 당사자는 손해가 발생한 통화로 배상해야 하는데¹¹⁴⁾ 그것이 무엇인가에 관하여는

112) 석광현(註 102), 44-45면. 독일 민법 제244조는 우리 민법 제378조와 유사하게 채무자의 대용급부권을 명시하는데, 이 조항의 지위에 관하여 논란이 있다. ① 독일 민법 제244조를 단순히 실질규범으로 보아 이는 준거법이 독일법인 경우에만 적용된다는 견해가 유력하다. 예컨대 Grothe(註 102), S. 148, S. 467. 그러나, 그렇게 보면서도 대용급부권을 독일 민법시행법(제32조 제2항)의 이행의 태양의 문제로 보아 이행지법을 고려할 것이라는 견해도 있다. 이에는 대용급부권의 존부와 환율 및 환산시기를 모두 채권의 준거법에 의하는 견해, 모두 이행지법에 의하는 견해와, 대용급부권의 존재는 이행지법에 따르고 환율과 환산시기는 준거법에 따른다는 절충설이 있다. ② 제244조를 준거법에 관계없이 적용하는 견해도 있는데, 이는 다시 좁은 일방적 저촉 규정으로 보는 견해와, 국제적 강행규정(즉 간섭규범)으로 보는 견해로 구분된다. 본문에 소개한 필자의 견해는 ②를 따르는데, 결론은 이행지법설과 같지만 제378조의 근거를 좁은 저촉규범으로 보는 점에서 다르다. 박준서(편), **주석민법[채권총칙(1)]** (2000), 288면(안법영 집필부분)은 ①에 속하는 학설만 소개한다. 학설 개관은 MünchKomm/Martiny, *BGB Band 10. EGBGB 4. Auflage* (C. H. Beck, 2006), Nach Art. 34 Anh. I Rn. 25 참조. 상세는 Grothe(註 102), S. 133ff. 참조.

113) 로마협약(제10조 제2항)은 채무이행의 방법과 하자 있는 채무이행의 경우 채권자가 취하여야 할 조치에 관하여는 이행지의 법(*lex loci solutionis*)을 고려하여야 한다고 규정하나 우리 국제사법은 이런 조항을 두지 않는다.

114) 참고로 Unidroit 원칙(제7.4.12조)은, 원래의 금전채무의 통화 또는 손해가 발생한 통

견해가 나뉜다. 독일에서는 이는 통상 채권자의 본거지의 통화일 것이라는 견해가 유력하나¹¹⁵⁾ 이견이 있다.

흥미로운 것은, 민법의 해석상 채무불이행 및 불법행위로 인한 손해배상채권의 경우는 특별한 사정이 없는 한 원화채권만을 인정하는 우리 대법원 판결의 태도이다. 대법원 1997. 5. 9. 선고 96다48688 판결은 “채무불이행으로 인한 손해배상을 규정하고 있는 민법 제394조는 다른 의사표시가 없는 한 손해는 금전으로 배상하여야 한다고 규정하고 있는바, 위 법조 소정의 금전이라 함은 우리나라의 통화를 가리키는 것이어서 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다”는 취지로 판시하였고, 불법행위에 관한 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다61120 판결도 유사한 취지로 판시한 바 있다.¹¹⁶⁾ 이처럼 법원은 당사자의 합의가 없는 경우 손해를 법정지의 통화로 산정하는 경향을 보인다.¹¹⁷⁾ 하지만 손해가 외화로 발생하였음에도 불구하고 그렇게 경직된 태도를 취하는 것은 부적절하다. 실무상으로는 채무불이행 및 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 원고가 외화채권으로 청구한 경우 법원은 통상 청구취지 변경을 권유한다고 한다.¹¹⁸⁾ 그러나 실제 손해가 발생한 외화로 청구하도록 하고, 채무자가 대응급부권을 행사하지 않는다면 그 외화로 판결을 선고하는 것이 실손해를 전보하는 데 적절할 것이다. 물론 집행시 외화자산이 없다면 집행시의 환율로 환산하는 것은 부득이하다.

화 중 더 적절한 통화에 의하여 손해배상을 할 것이라고 규정하면서 채권자에게 선택권을 인정하는데, 손해가 발생한 통화라 함은 예컨대 하자보수를 위하여 채권자가 비용을 지출한 경우 그 통화를 말한다. UNIDROIT, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (UNIDROIT, 2004), p. 250.

115) Staudinger/Magnus, 2005 Art. 74 Rn. 56; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 Rn 63.

116) 김인호, “從屬의 連結에 의한 不法行爲의 準據法”, **인권과 정의** 제392호(대한변호사협회, 2009. 4.), 99면은 손해배상의 통화는 절차의 문제이므로 법정지법에 의한다고 하나 우리 법의 해석론으로 받아들일 수는 없다. 영국에서도 이제는 이를 실체의 문제로 파악한다. James Fawcett/Janeen M. Carruthers, Cheshire, *North & Fawcett Private International Law* Fourteenth Edition (Oxford University Press, 2008), p. 106.

117) 협약 외의 채권법 일반의 맥락에서 독일 법원은 손해배상채권은 통상 법정지의 통화에 의해 산정한다고 한다. Reithmann/Martiny/Martiny(註 80), Rn. 276.

118) 법원행정처, (2006년 개정판) **국제거래재판실무편람**(법원행정처, 2006), 6면.

2. 대금지급의무 이외의 금전채무의 지급장소

협약 제57조는 매수인의 대금지급 장소를 규정하는데, 매수인은 다른 특정한 장소에서 대금을 지급할 의무가 없는 경우에는, 원칙적으로 매도인의 영업소에서 대금을 지급해야 한다. 문언상으로는 제57조는 대금지급의무에만 적용되는 것으로 보인다. 그런데 제57조가 계약위반으로 인한 손해배상 또는 계약해제 후의 대금의 반환채무 등과 같은 협약상 다른 금전채무의 이행지를 정하는 데도 적용될 수 있는지는 논란이 있다.

우선 손해배상채무에 관하여는 위반된 의무의 이행지가 지급장소가 되어야 한다는 견해, 제57조가 적용된다는 견해와 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 준거법에 따라 결정할 것이라는 견해 등이 있다.¹¹⁹⁾

한편 계약해제의 경우에는 협약 제57의 원칙이 적용된다고 보는 견해가 유력하다. 즉 제57조는 금전채무에 관하여 채권자의 주소지가 이행지라는 일반원칙(즉 지참채무원칙)을 표현한 것으로 보는 것이다. 이에 따르면 매도인이 대금을 반환하여야 하는 경우 지급장소는 매수인의 영업소 소재지가 된다.¹²⁰⁾ 원상회복 의무의 이행지는 아래(4.)에서 논의한다.

3. 대금 기타 연체 금액에 대한 이자의 이자율

당사자가 대금 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 아니하는 경우, 상대방은 제74조에 따른 손해배상청구권을 해함이 없이 그 금액에 대한 이자(즉 지연이자)를 청구할 수 있다(제78조). 제78조에 따른 이자는 매매대금만이 아니라 상환할 비용 기타 금액에 대해서도 발생하고 손해배상청구권과 관계없이 인정되므로 계약위반을 전제로 하는 것도 아니다. 따라서 채무자가 제79조에 따라 손해배상책임을 면하는 때에도 이자지급의무는 인정된다. 협약에 따른 손해배상에 대해 이자가 발생하는가에 관하여는 논란이 있으나 긍정설이 유력하다.¹²¹⁾ 반면에 이자에 대한 이자는 허용되지 않는 것으로 해석된다.¹²²⁾ 협약이 손해배상과 별도의 절에서 이자를 규율하는 것은, 이자는 손해배상과는 별개의 구제수단임을 명확히 하기 위한 것이다. 따라서 지연이자 외에 손해가 있는 경우 손해배상을 청구할 수

119) Staudinger/Magnus, Art. 57 Rn. 22.

120) Staudinger/Magnus, Art. 57 Rn. 23.

121) Staudinger/Magnus, Art. 78 Rn. 8.

122) Schlechtriem/Schwenzer/Bacher, Art. 78 Rn. 40.

있다.¹²³⁾

협약은 이자, 그것도 자연이자의 근거만을 명시하고 이자율은 명시하지 않는데 이는 이자를 계산하는 구체적인 규칙을 거부하고 일반적 규칙만을 두기로 한 타협의 산물이다.¹²⁴⁾ 당사자들이 이자율에 관하여 합의한 경우 그에 의하지만, 합의가 없는 때에는 혹시 관행이나 관례가 있으면 그에 의하고(협약 제9조), 그것도 없는 때에는 결국 협약의 내적 흠결에 해당하는데 그의 보충방법에 관하여는 다양한 견해가 있다.

우선 제7조 제2항이 말하는 “협약이 기초하고 있는 일반원칙”이 존재한다는 견해에는, 이자의 성질결정에 따라 이를 불법행위법적으로 파악하여 채권자국가의 이자율을 적용할 것이라는 견해¹²⁵⁾와, 반면에 이를 부당이득법적으로 파악하여 채무자국가의 이자율에 의할 것이라는 견해¹²⁶⁾가 있다. 반면에 협약이 기초하고 있는 일반원칙을 도출할 수 없으므로 이자의 성질결정에 관계없이 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 매매계약의 보충적 준거법에 의할 것이라는 견해도 유력하다.¹²⁷⁾ 이에 대하여는 제78조의 규정목적은 다기한 국내법으로부터 자유로운 독자적인 일반규칙을 정립하기 위한 것이라는 비판이 있다.¹²⁸⁾ 그 밖에도 법원(또는 중재인)이 재량에 의하여 지체로 인한 손해를 확정할 것이라거나, 통화의 준거법에 의할 것이라는 견해¹²⁹⁾ 등이 있다.

¹²³⁾ Staudinger/Magnus, Art. 78 Rn. 19; 최홍섭(註 11), 183면.

¹²⁴⁾ Honnold, §421.

¹²⁵⁾ 예컨대 이기수·신창섭(註 12), 145면.

¹²⁶⁾ Fawcett/Harris/Bridge, para. 16.60은 채무자는, 채권자가 그 금원 상당액을 차입하였다면 지급했을 금액(보상방식) 또는 채무자가 그 금원을 활용함으로써 받은 이익(원상회복방식)을 지급해야 한다고 하고 국제사법에 따르는 데 반대한다.

¹²⁷⁾ Rolf Herber/Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht : Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf* (C. H. Beck, 1991), Art. 78 Rn. 6; 최홍섭(註 11), 183면. 전자는 이하 “Herber/ Czerwenka”라고 인용한다.

¹²⁸⁾ Honnold, §420. 서헌제, **국제거래법** 제4판(2006), 228면은 국내법이 당사자 간의 거래에서 발생한 손실을 충분히 보상할 수 있는 이율을 규정하는 경우 이를 적용하든가, 법원으로 하여금 영업지의 시중이자율 등을 참고로 하여 지연으로 인한 피해당사자의 손해를 산정하게 하는 방안을 고려할 수 있다고 하나 어느 국내법을 말하는지, 양자 중 어느 것을 선택할 것인지 등이 애매하다.

¹²⁹⁾ Unidroit 원칙(제7.4.9.조 제2항)과 유럽계약법원칙은 지급지에서 당해 통화에 적용되는 우량 차주에 대한 은행의 평균 단기대출금리(average bank short-term lending rate to prime borrowers)를 기준으로 한다.

흥미로운 것은, 위에 언급한 서울동부지방법원 2007. 11. 16. 선고 2006가합 6384 판결이다. 동 판결은 피고는 원고가 구하는 2005. 9. 15.부터 피고 회사가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 선고일까지는 상법 소정의 연 6%, 그 익일부터 완제시까지의 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다. 그러나 상법 소정의 연 6%의 지급을 명한 것은 결과적으로는 채무자 국가의 법을 적용한 것으로 선해할 수도 있으나 아마도 만연히 우리 상법을 적용한 것이 아닐까 짐작된다. 한편 연 20%의 비율에 의한 지연손해금의 지급에 관한 부분도 종래 우리 대법원 판결의 태도에 반한다. 우리 법원이 법정지법을 적용하여 연 20%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명할 수 있는지에 관하여 과거 논란이 있었으나 대법원 1997. 5. 9. 선고 95다34385 판결은 지연손해금은 법정지법인 우리 법이 아니라 준거법에 따라 판단할 사항이라고 판시하였기 때문이다.¹³⁰⁾ 그러나, 필자는 지연손해금은 당사자의 권리·의무에 관한 것이므로 실체(substance)에 속하는 사항지만, 특례법상의 지연손해금은 한국에서의 소송을 촉진하기 위한 소송정책적인 고려에 기하여 부과하는 소송상의 제도이므로, 실체에 관한 사항임에도 불구하고 법정지법인 한국법이 적용된다는 것이다. 따라서 지연손해금은 매매계약의 가정적 준거법에 따를 사항이지 한국법에 다를 사항이 아니라는 취지로 비판한 바 있다.¹³¹⁾ 예컨대 변호사보수와 소송비용의 부담은 실체에 속하는 사항이지만 이는 절차법에 따를 사항이라고 보는 것과 마찬가지로의 논리가 적용된다는 것이다.

필자는 평석¹³²⁾에서 위 서울동부지방법원 판결의 잘못을 지적하였는데, 항소심

130) 대법원은 “지연손해금이란 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 하는 것이고, 한편 섭외사건에 있어서 절차에 관하여는 법정지법에 의하여야 함은 소론과 같으나, 소송촉진등에관한특례법 제3조 제1항 소정의 법정이율에 관한 규정은 비록 소송촉진을 목적으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 그 실질은 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이므로 이를 절차법적인 성격을 가지는 것이라고만 볼 수 없으므로 원심이 피고에게 위 신용장예에 따른 대금지급의무의 지체에 대한 지연손해금의 지급을 명함에 있어 ... 원본채권의 준거법인 캐나다법을 적용하여 채무이행을 명하는 판결선고가 있기까지는 연 5푼 1리의, 판결선고 후에는 연 8푼의 이율을 적용한 조치는 정당하”라고 판시하였다.

131) 석광현(註 102), 48면.

132) 석광현(註 71), 15면.

인 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결은 지연손해금의 준거법은 중국법이라고 판단하고 중국의 합동법(제207조), 민사소송법(제229조), 중국 최고 인민법원의 “중국 민사소송법의 적용에 관한 약간의 문제점에 관한 의견”(제293 및 제294) 등을 적용하여 상계적상일의 다음날부터 판결 선고일까지는 중국인민 은행의 금융기관대출 최고이율인 연 5.22%, 그 익일부터 완제일까지는 그 기간에 대한 위와 같은 최고이율인 연 5.76%의 2배인 연 11.52%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 보았다. 이는 필자의 지적을 전면 반영한 것으로 타당하다.

4. 원상회복의무의 이행지

계약의 해제 당시 당사자가 계약의 전부 또는 일부를 이미 이행한 경우 그는 상대방에게 자신이 계약상 공급 또는 지급한 것의 반환을 청구할 수 있는데, 계약의 해제에 따른 양당사자의 반환의무는 동시이행관계에 있다(제81조 제2항 2문). 계약이 해제되면 당사자의 역할이 뒤바뀌므로 매수인은 물품을, 매도인의 대금을 반환하여야 한다. 협약은 원상회복의무의 이행지를 규정하지 않는데 이는 협약의 내적 흠결이라고 할 수 있고, 이 경우 당초 계약상의 주된 의무의 이행지에 관한 규정을 원용할 수 있다.¹³³⁾ 따라서 대금반환의무의 이행지와 물품반환의무의 이행지는 당사자의 합의가 없으면 원칙적으로 매수인의 영업소라고 본다. 전자는 매수인의 대금지급 장소를 정한 협약 제57조 제1항을, 후자는 매도인의 물품인도 장소를 정한 제31조를 원용한 것이다.

5. 계약 해제 후 반환할 대금에 대한 이자율

계약 해제의 결과 매도인이 대금을 반환하여야 하는 경우 매도인은 대금 지급일부터 그에 대한 이자도 지급하여야 한다(제84조 제1항). 이자의 기산일은 대금을 반환하여야 하는 날이 아니라 과거에 대금이 지급된 날이다. 제78조의 경우와 달리 제84조 제1항은 이 점을 명시한다. 이자의 법적 성질에 관하여는 부당이득설, 손해배상설과, 누가 매매계약을 해제하는가에 따라 구분하는 절충설이 있으나 부당이득설(또는 원상회복의무설)이 유력한 것으로 보인다.¹³⁴⁾ 협약은 이자율

¹³³⁾ Staudinger/Magnus, Art. 81 Rn. 19.

을 규정하지 않는데, 이자율의 결정에 관하여는 위에서 본 제78조의 경우와 유사하게 다양한 견해가 있고, 이자의 법적 성질에 따라 결정할 것이라거나, 부당이득이므로 채무자국가(매도인)의 영업소에서 적용되는 이자율이 적용된다는 견해¹³⁵⁾도 있으나, 협약이 적용되지 않았더라면 적용되었을 계약의 보충적 준거법에 따를 것이라는 견해도 유력하다.¹³⁶⁾ 이자청구권은 손해배상이 아니라 당사자간의 이해를 조정하기 위한 독자적인 청구권이므로 이자를 넘는 손해가 있으면 이자와 함께 손해배상도 청구할 수 있다.

V. 맺음말

지금까지 협약에 의하여 규율되는 국제물품매매계약을 둘러싼 준거법 결정의 문제를 검토하였다. 그 결과 우선 협약의 적용 여부를 판단하는 데 있어서 국제사법이 중요한 의미를 가지는 점을 확인하였고,¹³⁷⁾ 나아가 협약이 적용되는 매매계약이더라도 당사자의 법률관계를 정확히 이해하기 위해서는, 우선 협약이 규율하는 사항과 국내법이 규율하는 사항이 무엇인지를 특정하고, 그 국내법이 어느 국가의 법인지를 특정할 수 있어야 함을 보았다. 또한 협약이 규율하는 사항에는 매매계약의 방식, 해석, 성립과 효력(당사자의 권리와 의무), 제조물책임 중 물적 손해에 대한 책임(계약관계 존재시 계약위반에 따른 책임) 등이 포함되는 반면에, 계약의 쟁점이 아닌 대리, 당사자의 권리능력과 행위능력 및 물품의 소유권 이전, 제조물책임 중 인적 손해에 대한 책임과, 계약의 쟁점 중 매매계약의 실질적 유효성의 문제는 준거법인 국내법에 따라 판단할 사항임을 확인하였다. 또한 협

134) 예컨대 이기수·신창섭(註 12), 146면. 그러나 Staudinger/Magnus, Art. 84 Rn. 11은 이를 독립적인 청구권이라고 본다. Honnold, §451.2는 매수인이 입은 손해를 기초로 산정할 것이라고 한다.

135) 사무국주석, Art. 69 para. 2는 이자지급의무는 손해배상이 아니라 반환의무의 성질을 가지기 때문에 그렇다고 한다.

136) Staudinger/Magnus, Art. 84 Rn. 9; Herber/Czerwenka, Art. 84 Rn. 3. 최홍섭(註 11), 196면은 법정지의 국제사법에 의한다고 하나 위와 같은 취지로 이해된다.

137) Ferrari(註 4), p. 20은 이런 이유로 통일적인 실질규범이 증가할수록 국제사법의 역할이 감소할 것이라는 견해는 타당하지 않다고 지적한다. 하지만 일단 협약의 통일적인 규범이 적용되는 범위 내에서는 국내법에 호소할 필요가 없으므로 그런 국내법을 결정하기 위하여 국제사법에 호소할 필요성이 감소하는 것은 사실이다.

약이 규율하는 사항 중에도 내적 흠결을 보충하는 과정에서 국제사법에 의하여 결정된 준거법에 의할 사항이 있음을 보았고, 그 때 협약의 일반원칙과 국제사법에 의해 결정되는 준거법 간에 충돌이 존재할 수 있다는 점과 협약의 일반원칙이 무엇인지를 판단하는 것이 쉽지 않음을 알 수 있었다. 협약이 규율하는 사항과 국내법이 규율하는 사항을 표로써 정리하면 대체로 아래와 같다.

연결대상									
기타 쟁점				계약 ¹³⁸⁾					
대리	능력	제조물책임		소유권 이전	방식	(실질적) 유효성	해석	성립 약관 편입	효력 권리·의무
		인적 손해	물적 손해			약관 내용통제			
국내법	국내법	국내법	협약 (계약 위반)	국내법	협약 유보 가능	원칙 : 국내법 예외 : 협약 - 성질의 착오 - 원시적 불능	협약	협약 유보 가능	예외 : 국내법 (내적 흠결 중 일부) 원칙 : 협약 유보가능

요컨대 협약이 적용되는 매매계약이더라도 협약에 의하여 모든 쟁점이 규율되는 것이 아니므로 당사자 간의 법률관계를 정확히 파악하기 위해서는 국제사법의 도움이 필수적이다. 이런 의미에서 협약과 국제사법의 관계는 적대관계가 아닌데, 이는 협약뿐만이 아니라 실질법을 통일하는 다른 협약에도 타당하다.¹³⁹⁾ 특히 협약은 그 적용범위를 결정함에 있어서 법정지의 국제사법에 의존하기 때문에 더욱 그러하다. 통일적인 실질법은 국제사법을 완전히 배제할 수는 없으므로 양자는 공존하는데, 실질법의 통일작업과 국제사법의 통일작업이 병행할 때 비로소 좀더 큰 규범의 국제적 통일을 달성할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 종래 우리나라에서도 협약의 시행을 계기로 협약의 적용 여부를 판단하기 위한 맥락에서 국제사법의 중요성을 공감하게 되었지만, 협약의 외적 흠결 및 내적 흠결의 보충을 위한 국

138) 연결대상인 계약의 세분은 준거법의 분열(할)이 가능함을 보여 준다.

139) Ferrari(註 4), p. 55도 동지.

140) Ferrari(註 4), p. 55도 동지.

제사법의 중요성에 대한 인식은 아직도 부족하다. 이 글을 통하여 보다 많은 우리 법률가들이 국제물품매매계약, 나아가 국제거래 일반에서 국제사법이 가지는 실천적 의미를 깨닫게 되기를 희망한다. 그렇게 되면 국제사법을 “국제거래의 기본법”이라고 부르는 데 공감하게 될 것이다.

투고일 2009. 8. 23 심사완료일 2009. 9. 11 게재확정일 2009. 9. 17

참고문헌

<국내 문헌>

강원진, **무역계약론** (2000).

곽윤직(편), **民法注解[XIII] 債權(6)** (박영사, 1997).

_____(편), **民法注解[VII] 債權(1)** (박영사, 1995).

김선국, “국제물품매매협약과 미국계약법”, **국제거래법연구** 제13집 (2004).

김인호, “국제물품매매협약의 적용범위”, **법조 통권** 제580호 (2005. 1.).

_____, “從屬的 連結에 의한 不法行爲의 準據法”, **인권과 정의** 제392호 (2009. 4.)

_____, **국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구 I** (2004).

_____, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위”, **법조 통권** 제600호 (2006. 9.).

박준서(편), **주석민법[채권총칙(1)]** (2000).

법원행정처, (2006년 개정판) **국제거래재판실무편람** (2006).

서헌제, “주요국에서의 CISG 적용과 우리의 과제 - 미국, 중국, 한국을 중심으로”, **국제거래법연구** 제18집 제1호 (2009).

석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, **상사법연구** 제21권 제2호(2002. 8.).

_____, **국제상사중재법연구** 제1권 (2007).

_____, “국제물품매매협약(CISG)을 다룬 최초의 우리 판결”, **법률신문** 제3754호 (2009. 6. 15.).

_____, “한국인 간에 일본에서 체결된 근로계약의 준거법”, **민사판례연구** 제31집 (2009. 2.).

_____, 2001년 개정 **국제사법** 해설 2판 (2003).

_____, **국제사법과 국제소송** 제3권 (2004).

_____, **국제사법과 국제소송** 제4권 (2007).

손경한, “국제매매의 준거법에 관한 헤이그협약”, **국제사법연구** 제3호 (1998).

신영무, “UN 국제물품매매협약상 손해배상 의무의 내용과 한계”, **국제물품매매 계약에 관한 UN협약상의 제문제**(임흥근·이태희 (공편)) (1991).

신창선, **국제사법** 제6판 (2007).

이규철, **중국계약법총람** (2006).

이기수 · 신창섭, **국제거래법** 3판 (2005).

이호정, **국제사법** (1983).

임홍근, “비엔나협약의 적용범위와 해석원칙”, **國際物品賣買契約에 관한 UN協約上の 諸問題**(임홍근 · 이태희 (공편)) (1991).

장준혁, “法律行爲의 方式과 節次 문제의 구별”, **국제사법연구** 제12권 (2006).

최공웅, **국제소송** (1994).

최창열, **違約金論** (2007).

최홍섭, **국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설** (법무부, 2005).

_____, “비엔나협약(유엔매매법)의 적용범위와 적용상의 문제”, **국제거래법연구** 제7집 (1998).

_____, “國際物品賣買에 관한 유엔時效協約”, **비교사법** 제7권 제2호 (2000).

콘라트 츠바이게르트/하인 쾨츠(양창수 역), **比較私法制度論** (1991).

Kate Lannan, “Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **국제거래법연구** 제14집 제2호 (2005).

허해관, “한국의 2005年 國際賣買協約加入과 法適用”, **국제사법연구** 제10호 (2004).

<독일 문헌>

Ferrari, Franco/Flechtner, Harry/Brand, Ronald A., *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention* (2004)

Geimer, Reinhold, *Internationales Zivilprozeßrecht* 5. Auflage (2004)

Grothe, Helmut, *Fremdwährungsverbindlichkeiten* (1999)

von Hein, Jan, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht”, *Rabels Zeitschrift* Band 64 (2000)

Herber, Rolf/Czerwenka, Beate, *Internationales Kaufrecht : Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf* (1991)

Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht* 9. Auflage (2004)

Köhler, Martin, *Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen*

Vertrag und Delikt (2003)

Kropholler, Jan, *Internationales Einheitsrecht* (1975)

Mullis, Alastair, “Twenty-Five Years On—The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention”, *Rebels Zeitschrift* Band 71 (2007)

Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, *Internationales Privatrecht*, Band 10 4. Auflage (2006)

Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsgs.), *Das Internationale Vertragsrecht* 6. Auflage (2004)

Schack, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 4. Auflage (2006)

Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg, (Hrsgs.) *Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht—CISG—* 5. Auflage (2008)

Schlechtriem, Peter, *Interationales UN-Kaufrecht* 3. Auflage (2005)

Schultheiß, Jörg, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht* (2004)

von Staudinger, J./Magnus, Ulrich, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (2005)

Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel, *International Eihheitliches Kaufrecht* (2000)

<미국 문헌>

Folsom/Gordon/Spanogle, *International Business Transactions in a Nutshell* 4th Edition (1992)

Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales* Third Edition (1998)

Mather, Henry, “Choice of Law for International Sales Issues not Resolved by the CISG”, 20 *J.L. & Com.* 155, 196, 208 (2001)

Solomon, Dennis, “The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”, 82 *Tulane Law Review* 1715 (2008)

Winship, Peter, “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts”, in Galston/Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1984)

<영국 문헌>

Fawcett, James/Carruthers, Janeen M., Cheshire, *North & Fawcett Private International Law* Fourteenth Edition (2008)

Fawcett, James/Harris, Jonathan/Bridge, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005)

Nygh, Peter, *Autonomy in International Contracts* (1999)

Treitel, G.H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (1991)

<기타 문헌>

C.M. Bianca/M.J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (1987)

Ferrari, Franco, “CISG and Private International Law”, in Ferrari, Franco (ed.), *The 1980 uniform sales law: old issues revisited in the light of recent experiences* (2003)

H. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (1997)

Secretariat, *Text of Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Approved by the United Nations Commission on International Trade Law, together with a Commentary Prepared by the Secretariat (A/CONF.97/5), United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods* (1978)

UNIDROIT, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2004)

von Ziegler, A. *et al.* (eds.), *Transfer of Ownership in International Trade* (1999)

<Abstract>

UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Private International Law

Kwang Hyun SUK*

As of March 1, 2005 the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”) adopted by the United Nations in 1980 has become part of Korean law. Korea’s accession to CISG constitutes an epoch making event for the internationalization of the private law of Korea. In addition, CISG has taken effect in China in 1988 and as of August 1, 2009 in Japan as well, so that the number of contracts for the international sale of goods (“Sales Contract”) among Chinese, Korean and Japanese companies is expected show a sharp increase in the near future. The meaning of the law applicable to a Sales Contract is three-fold as set forth below. First, the law applicable to a Sales Contract is decisive in determining whether CISG is applicable to any Sales Contracts between two parties one of whose place of business is not located in a Contracting State since the application of CISG is dependent upon whether the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State (Chapter II). Secondly, we need to determine the law applicable to a Sales Contract because those matters not governed by CISG are governed by such law. It should be noted that CISG governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract and in particular, except as otherwise expressly provided in CISG, CISG is not concerned with (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage and (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold (Article 4). Here the law applicable to a Sales Contract plays an important role in filling the so-called “external

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

gaps” of CISG (Chapter III). Thirdly, questions concerning matters governed by CISG which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law (Article 7(2)). Here the law applicable to a Sales Contract plays an important role in filling the so-called “internal gaps” of CISG (Chapter IV). In order to understand accurately the rights and obligations of the parties to a Sales Contract under CISG, you should not only have a good grip on CISG but also the law applicable to a Sales Contract which supplements CISG. The author hopes that this article will help many Korean lawyers realize the practical importance of private international law for Sales Contracts.

Key words: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), sales contract, governing law, indirect application of CISG, internal gap, external gap, gap-filling