

국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구*

- CISG를 중심으로 -

한 낙 현**

-
- I. 서 론
 - II. CISG의 성립과 신의칙
 - III. CISG상 신의의 준수와 일반원칙
 - IV. CISG의 신의칙과 판례
 - V. 결 론
-

주제어 : 신의성실의 원칙, CLOUT와 UNILEX사례, 비엔나협약,
규정결여의 보충조항, UNIDROIT계약원칙

I. 서 론

국제거래에는 신의의 원칙 또는 신의성실의 원칙(principle of good faith) (이하 “신의칙”이라 한다)이 적용된다. 신의칙이라 함은 계약관계와 같이 일정한 법률관계에 있는 자는 서로 상대방의 신뢰에 어긋나지 않도록 성실하게 행동

* 이 연구결과물은 경남대학교 2009년 학술진흥연구비의 지원에 의해 이루어진 것임

** 경남대학교 경제무역학부 부교수

해야 한다는 원칙을 말한다. 우리 민법은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다고 규정하고 있다(제2조 제1항).

신의칙은 로마법에 그 연원을 둔다. 근대사법으로 신의칙을 최초로 규정한 입법은 프랑스민법인데 이 법 제1134조 제3항은 계약은 신의에 맞게(*bonne foi*)이행되어야 한다고 규정하고 있다. 한편 독일민법은 계약은 거래관습을 고려하고 신의성실(*Treu und Glauben*)이 요구하는 바에 따라 해석되어야 하며(제157조), 또한 채무자는 거래상의 관습을 고려하여 신의성실이 요구하는 바에 따라서 급부할 의무가 있다고 규정하고 있다(제242조). 이와는 달리 우리 민법의 태도와 비슷하게, 민법 전체를 지배하는 원칙으로 인정하고 있는 입법례로서는 스위스민법¹⁾을 들 수 있다.

우리나라에서의 신의칙은 채권관계를 지배하는 대원칙으로 되어 있으며 신의칙은 일반원칙으로서 계약체결, 이행, 종료 등 모든 국면에 적용된다.²⁾ 영국에서는 일반원칙으로서 신의칙은 인정되지 않지만 계약체결 전의 교섭과 준비 단계에서는 당사자의 자유로운 책임에 있어서 교섭과 준비가 이루어지고 교섭이 결렬되거나 계약준비가 실패로 끝나도 그 결과에 대해서는 당사자에게 신의상의 책임은 없다고 되어 있다.³⁾ 위에 설명한 바와 같이 독일, 프랑스 등 유럽연합국가에서도 신의칙이 인정되지만 국가에 따라서 신의칙의 내용이나 적용범위는 다르다.⁴⁾ 미국의 신의칙은 계약의 이행과 집행에 대해 일반의무로서의 신의칙이 존재하고 있다.⁵⁾ 기타 국가에 있어서도 각각 신의칙은 존재하

1) 스위스민법 제2조 제1항은 권리행사와 의무이행에 있어서 모든 사람들은 신의성실에 따라서 행동하여야 한다고 규정하고 있다.

2) 김형배, 민법학강의[이론, 판례, 사례](제4판), 신조사, 2005, p.707, p.974 ; 일본도 신의칙과 관련하여 우리나라와 거의 같은 취지이다(加藤亮太郎, “取引における信義誠実の原則,” 神戸学院法學學, 第36卷 第3-4号, 2007, pp.111~145).

3) Butterworths Common Law Series, The Law of Contract, Butterworths, 1999, p.94 ; M. Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, 15th ed., Oxford University Press Ltd., 2007, pp.85~91.

4) O. Lando & H. Beale, Principles of European Contract Parts I and II, The Commission on European Contract Law, 2000. Notes to Article 1: 201 Good Faith and Fair Dealing, pp.116~119,

5) UCC § 1-201 (20), Restatement 2nd of Contract § 205 참조. 2003년 개정 전의 정의에 의하면 UCC § 2-103(1)(b)에 의해 상인 간의 신의(*good faith*)는 사실상의 정직(*honesty in fact*)과 업계에서의 공정거래의 합리적인 상업기준의 준수(*the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade*)로 되어 있었다. 그런데

지만 각각의 국가에 있어서 그 내용이나 효력에서 다르게 되어 있다.

실제 거래에 대해 보아도, 예컨대 한국 회사와 호주 회사가 호주산 철강석의 장기매매거래를 하는 경우 이 국제거래의 계약준거법(실질법)이 한국이라면 교섭과 준비단계에서 계약체결, 이행, 해제 등 모든 국면에 있어서 한국법상의 신의칙이 적용되게 된다. 거래당사자간에 교섭이 이루어져 계약의향서(Letter of Intent : LOI)⁶⁾와 양해각서(Memorandum of Understanding : MOU)⁷⁾ 등의 예비적 문서가 작성되었지만 성약에 이르지 못해 당사자간의 교섭결렬로 인해 분쟁이 발생하였다. 이 경우 분쟁처리의 예측에 있어서는 재판관(또는 중재인)⁸⁾의 판정에 대해 우리 법의 신의칙에 의한 재량을 고려해야 한다. 그러나 이 거래의 준거법이 영국이라면 계약교섭에 대해 신의칙이 적용되지 않으므로 당해 분쟁처리의 예측이나 결과도 다를 것이다. 이 같이 구체적 거래에 적용되는 준거법(실질법)의 신의칙에 의해 분쟁처리의 예측이나 그 결말도 다른 것이 실제의 국제거래에서 자주 발생할 수 있다.

CISG⁹⁾는 그 전문에 있는 바와 같이 국제물품매매계약을 규율하는 통일법으로서 국제무역에서의 법적 장애의 제거에 기여하고 따라서 국제무역의 발전을 촉진시키는 것을 목표로 하고 있다. CISG는 국제법 형태의 세계통일사법이라고 말해지고 있다. 세계의 법제도가 각국의 국가법을 전제로 하여 성립하고

UCC 개정법에는 각각에 해당하는 거래규정에 있어서 공정거래에 대한 합리적인 상업기준의 준수로 규정되어 있다.

- 6) 공사 등의 사업을 특정기업에 맡기겠다는 강력한 의지를 표현한 서류를 말한다. 계약서와 달리 구체적인 법적 구속력은 없으나 해당 기업을 참여시키겠다는 뜻을 확인하는 문서이다. 단 이 서류엔 공사액·공기 등 구체적 계약내용이 없다는 점에서 다음 단계의 '양해각서(MOU)'나 '계약서'와 구별된다.
- 7) 사업의 이해당사자들이 본 계약 체결 이전에 교섭 중 결과를 바탕으로 서로 양해된 사항을 확인, 기록할 때 사용되는 각서를 말한다. 당사자들의 의지를 표현하는 서류인 계약의향서(LOI)보다 한 단계 더 진전된 것이다.
- 8) 재판관할조항과 중재조항 중에서 어느 것이 효력이 있는지의 문제는 법정지법의 절차규칙(예, 브뤼셀협약 제23조)과 CISG(예, 제8조, 제19조, 제29조)간의 조화에 관한 것이다. OLG Köln(24 May 2006)(CISG-online 1232=IHR 2006)에서는 CISG 제19조에 따른 표준매매계약은 모순되며 브뤼셀협약 제23조에 따른 표준매매계약에 재판관할조항을 편입한 것은 정당한 것이라고 판결하였다(P. Schlechtriem & P. Butler, UN Law on International Sales, Springer-Verlag, 2009, p.43).
- 9) 이 협약의 정식명칭은 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)이다. 여기서는 "CISG" 또는 "협약"이라 한다.

있지만, 이것은 획기적인 것이라고 해도 될 것이다.¹⁰⁾ CISG는 1980년 UNCITRAL의 비엔나회의에서 채택되어 1988년에 발효된 이래 계약국이 증가하고 있으며 2009년 12월 현재 74개국에 이르고 있다.¹¹⁾ 우리나라는 2004년 2월 비준서를 유엔에 기탁하였고, 2005년 3월부터 CISG 계약국으로서의 효력을 발휘하고 있다. 그런데 미국은 1988년부터 CISG의 효력을 발생시켰지만 미국법원은 여전히 제한적 범위내에서만 CISG를 해석하고 적용해 오고 있다. 그 이유의 대부분은 CISG에 근거한 분쟁처리의 사례가 그다지 많지 않다는 것이다.¹²⁾

그래서 국제거래에 적용되는 보편적 통일법이 있어 공통의 신의칙의 내용과 기준이 적용되게 된다면 국제거래에 부응하게 된다. 이 같은 보편적 통일적인 내용과 기준이라면 분쟁처리의 예측가능성이 고조되는 것은 물론이다.¹³⁾

10) 道田信一郎, “発効した国際動産売買国連条約(6),” NBL, No.397, pp.55~56.

11) 참고로 1988년 12개국, 1989년 6개국, 1990년 2개국, 1991년 11개국, 1992년 6개국, 1993년 4개국, 1994년 1개국, 1995년 4개국, 1996년 3개국, 1997년 2개국, 1998년 2개국, 1999년 3개국, 2000년 4개국, 2001년 1개국, 2002년 2개국, 2003년 2개국, 2005년 1개국, 2006년 4개국, 2007년 2개국, 2009년 2개국이 각각 계약국으로서 효력을 발휘하고 있다. 또한 2010년도에 CISG의 계약국으로서 효력을 발휘하고 있거나 발휘할 국가로는, 2010년 1월 아르메니아, 2010년 6월 알바니아 등이 있다.
http://www.uncitral.org/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

12) 손태우, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 적용상의 통일성에 관한 최근 미국 판례의 태도와 그 개선책에 관한 고찰,” 법학연구, 제47권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2006, p.3 ; 牧野和夫·河村寛治·飯田浩司, 国際取引法と契約実務, 中央経済社, 2008, p.210 ; CISG에 관한 판례는 미국을 비롯한 영미법 국가에서 미약하게 이루어지고 있다(김선국, “국제물품매매협약에 관한 미국판례의 동향,” 상사법연구, 제21권 제2호, 2002, pp.10~12) ; 미국 내에서의 CISG는 연방법의 지위를 가지고 있는 바, 이는 미국의회가 1987년에 CISG를 협약으로 비준하였고 협약은 주법에 우선하는 연방법의 지위를 갖기 때문이다. 따라서 CISG의 미국 이외의 계약국과 미국에 영업소를 가진 당사자 간의 매매에는 당사자가 CISG를 배척하는 규정을 두고 있지 않는 한, 당사자 간의 물품매매계약은 CISG가 적용된다. 다만 미국은 CISG 제95조의 유보조항을 채택함으로써 이 협약 제1조 제(1)항 제(b)호의 간접적용을 배제시킨다(김선국, “국제물품매매협약과 미국계약법,” 국제거래법연구, 제13집, 2004, p.6).

13) 국제거래의 준거법으로서 이용되는 경우가 많은 영국법과 통일사법에 대해 보면 영국은 반드시 통일사법을 지향하지 않는 것으로 보인다. 영국은 계약법에 대해서는 통일성(uniformity)보다도 다양성(diversity) 쪽이 타당하다고 주장하고 있다. 영국이 PECL에 반대하는 이유는 영국이 보통법 전통을 지키고 있으며, 특히 영국법에 의한 국제거래계약의 분쟁해결에 대해 영국법의 계약자유의 원칙, 확실성(certainty), 일관성(consistency)이라는 특징을 살릴 수 있도록 하기 위한 것에 있다. 즉 영국이 PECL에 반대하는 이유의 하나는 PECL이 일반원칙으로서의 신의칙을 규정하고 있다는 것이다. 영국법에는 일반원칙으로서의 신의칙이 없기 때문에 영국법에 의한 국제거래의 분쟁처리에 대해 확

우리나라는 2005년부터 CISG의 계약국으로 효력을 발휘하게 되어 우리나라에 영업소가 있는 당사자와 다른 계약국에 영업소가 있는 당사자 간에 이루어지는 물건매매계약에는 당사자가 협약의 적용을 배재하지 않는 한 CISG가 적용된다.¹⁴⁾ 그것은 CISG 제1조 제(1)항 제(a)호에 의한 국제물건매매계약으로의 협약에 직접 적용된다.¹⁵⁾

국제거래에서 신의칙과 관련된 선행연구로는 배정환(2000)이 있는데 본 논문에서는 영미법과 대륙법, 그리고 국제무역에서 신의칙의 기준, 판례 등을 다루고 있다.¹⁶⁾ 한재필(2008)은 독일, 영국, 미국 및 한국에서의 신의칙에 대한 입지의 차이를 비교법적으로 분석하고 국제무역계약 관련규칙으로서 CISG와 PICC에 반영된 신의칙 관련 조문을 다루고 있다.¹⁷⁾ 심종석(2009)은 신의칙의 법적 기능과 요건 및 적용기준 등에 주안점을 두고 국제상사계약규범에서의 입장 및 그 결과로서 판결·판정례에 대한 분석을 하고 있다.¹⁸⁾

본 연구에서는 신의칙과 관련하여 CISG를 중심으로 CLOUT와 UNILEX

실성과 일관성을 제공하고 있다고 보고 있다. 영국정부의 반대 등에 대해서는, S. Vogennauer & S. Weatherill, *The Harmonization of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, pp.19-28 참조. 당연히 여기서 영국의 반대는 유럽계약법원칙(PECL)에 대한 것이지, CISG에 대한 것은 아니다. 2010년 4월까지 영국은 CISG에 가입하지 않으며 EU통일계약법인 PECL에 반대를 표명하고 있다.

- 14) CISG의 가입과 한국법에의 수용 및 국내법과 이 협약과의 조화에 관한 연구는, 석광현, “국제물품매매협약가입과 한국법에의 수용,” *상사법연구*, 제21권 제2호, 2002, p.41 ; 최홍섭, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약과 우리 법의 비교적 검토,” *비교사법*, 제11권 제3호, 2004, p.1 ; 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법,” *비교사법*, 제12권 제4호, 2005, p.27 참조.
- 15) CISG 제1조 제(1)항 제(a)호는 국제매매계약에 대한 직접적용을 규정하고 있다. 즉 어느 계약국에 영업소가 있는 당사자와 다른 계약국에 영업소가 있는 당사자 사이에 이루어지는 물품매매계약에 대해서는 계약국의 국제사법을 개입하지 않고 협약이 직접 적용된다. 다만 당사자는 협약의 적용을 배제할 수 있다(CISG 제6조). 계약국과 비계약국 간의 거래라도 국제사법의 준칙에 의해 계약국의 법이 준거법이 되는 경우에는 협약이 적용된다(CISG 제1조 제(1)항 제(b)호). 다만 이 규정은 가맹 시에 유보선언할 수 있다(CISG 제95조).
- 16) 배정환, “국제물품매매계약에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구,” *한국경상논총*, 제18권 제1호, 한국경상학회, 2000, pp.161~184.
- 17) 한재필, “국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구-초국적 국제무역관련규칙을 중심으로-,” *국제상학*, 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008, pp.107~127.
- 18) 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰,” *무역사무연구*, 제43권, 2009, pp.3~23.

사례를 중심으로 분석하고 있으며 또한 기존의 연구와 비교하여 본 연구에서는 신의칙과 관련된 각각 조항에 대한 판례를 체계적으로 분석하고 있는 것에 차이점이 있다. 본 연구에서는 국제법형 통일사법이라 불리는 CISG와 그 판례법에서 신의칙을 어떻게 규정하고 있는지, 어떤 내용과 기준이 있는지, 그것에는 보편성, 통일성을 지니고 있는지 여부 등을 중심으로 분석하고 있다.

II. CISG의 성립과 신의칙

CISG 제7조 제(1)항에는 이 협약의 해석에 있어서 국제적 성격 및 적용에서의 통일성과 국제거래에서의 신의 준수를 촉진할 필요성이 고려되어야 한다고 규정되어 있다.¹⁹⁾ 아래에서는 제7조 제(1)항의 국제거래에서 신의의 준수에 대해 CISG성립과 관련된 입법과정을 보기로 한다.

CISG의 입법과정에서 1978년 UNCITRAL협약초안 제6조에 신의칙이 규정되어 있다. 즉 1978년 협약초안 제6조에는 이 협약과 관련한 규정의 해석과 적용에 있어서 그 국제적 성격, 통일성 및 국제거래에서의 신의 준수를 촉진할 필요성이 고려되어야 한다고 규정되어 있었다.²⁰⁾

1978년 UNCITRAL협약 초안 제6조는 입법과정에서는 일반원칙에 대해 당사자는 적어도 계약성립에 대해 신의와 공정거래를 준수해야 한다는 의견과 신의와 공정거래는 의미가 애매하므로 각국 법원(또는 중재판정부)에 의해 각각 상이한 내용과 기준이 부여됨으로써 법적 불안정을 초래한다고 하여 반대하는 의견이 대립하였기 때문에 타협안으로서 제안된 것이다.²¹⁾

협약초안 제6조에서는 신의의 준수를 촉진할 필요성은 협약의 해석과 적용에 대해 고려해야 하는 것으로 되었다. 그러나 최종적으로는 ‘협약규정의 해석에 대해’라고 규정하고, ‘협약규정의 해석과 적용’으로는 되지 않았다. 적용이

19) J. Felemegas, An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, 2007, p.13.

20) 曾根和明·山手正史, 國際賣買法, 青林書院, 1993, p.63.

21) J. O. Honnold, Uniform for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, p.99.

최종문안의 CISG 제7조 제(1)항에 규정되지 않았던 것은 조문편집상의 사정에서라고 볼 수 있다.²²⁾

1978년 협약 초안 제6조에 대한 UNCITRAL사무국의 공식주석서(the Secretariat Commentary)에 따르면 국제성과 통일성에 대해 다음과 같이 설명하고 있다. 물품매매의 법규범은 국가에 따라 다르다. 따라서 각국의 법원이 협약규정을 자국의 법제도에 대한 개념을 이용하여 각각 다른 해석을 할 수 있게 되어 있으므로 이것을 회피한다는 것이 매우 중요하게 된다. 이로 인해 협약 초안 제6조(CISG 제7조 제(1)항)에 의해 협약의 해석과 적용에 있어서는 협약의 국제성과 통일성의 촉진에 배려한다는 것의 중요성을 규정하고 있다.²³⁾

더욱이 사무국의 공식주석서에 의하면 협약조문의 해석과 적용은 신의의 준수가 촉진되도록 해야 하지만 신의 준수의 원칙은 몇 가지 조문중에 규정되어 있다. 그리고 이 같은 것으로서 몇 개의 조문이 예시적으로 나열되어 있다. 초안조문이 아니라 상당하는 협약조문을 보면 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호, 제21조 제(2)항, 제29조 제(2)항, 제37조, 제38조, 제39조, 제40조, 제49조 제(2)항, 제64조 제(2)항, 제82조, 제85-88조 등이다.²⁴⁾

또한 사무국 공식주석서에 의하면 신의칙은 이들이 예시적으로 열거된 조문보다도 넓은 것이며 신의칙은 협약조문의 해석과 적용의 모든 측면에 적용된다고 되어 있다.²⁵⁾

이상과 같이 CISG 제7조 제1항은 실질적으로 1978년 협약초안 제6조에 해당하지만 사무국 공식주석서에서 보면 당시의 사무국은 신의 준수의 원칙은 당사자의 행동과 계약의 해석에까지 이르는 광의의 신의칙을 고려한 것으로 보여지고 있다.

22) I. Schwenzer, Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 3rd ed., Oxford University Press, 2010, p.121.

23) Text of Secretariat Commentary on Article 6 of the 1978 Draft Commentary at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm.secomm-07.html>
International Character of Convention 1.

24) Ibid. Observation of good faith in international trade 2.3 ; 新堀聰, ウィーン 売買条約と貿易契約, 同文館, 2009, pp.24~25.

25) Ibid. Observation of good faith in international trade 4.

CISG 제7조 제(2)항은 ‘규정결여의 보충(gap filling)조항’이라고 말해지고 있다. 제7조 제(2)항은 1978년 협약초안 제6조에는 없었던 조항이다. 이것은 1964년 국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods : ULIS) 제17조에서 유래한 것이다.²⁶⁾

ULIS 제17조는 이 법률에 의해 규율되는 사항에 관한 문제점에 있어서 이 법률에 명시적으로 해결되지 않는 것에 대해서는 이 법률이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 한다고 되어 있었지만, CISG에서는 이것에 추가하여 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 없는 경우에는 국제사법의 규칙에 의해 적용되는 준거법(국가법)에 의해 해결된다는 것이 규정되어 있다.

CISG 제7조 제(2)항의 규정에 대해서는 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙이란 무엇이며 신의칙은 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙인지의 여부, 일반원칙에 UNIDROIT국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts : PICC)과 유럽계약법원칙(Principle of European Contract Law : PECL) 등의 국제규칙이 포함되어 있는지 여부 의 문제를 검토해야 한다.

Ⅲ. CISG상 신의의 준수와 일반원칙

1. 국제거래상 신의의 준수

CISG 제7조 제(1)항의 경우에 국제거래에서 신의 준수를 촉진할 필요성은 이 협약의 해석과 관련하여 고려되어야 한다. 여기에는 국제거래에서의 신의의 내용과 그 기준이 어떤 것인지가 문제시된다.

CISG 조문에 ‘이 협약의 해석에 대해서’로 되어 있는 바와 같이 이 협약규정의 해석에 대해 신의칙이 적용된다. 이 협약조항의 해석에 대해 신의의 준수가 촉진되도록 고려되어야 한다. 즉 당사자의 계약과 계약에 기초한 당사자의 행동에 신의칙이 적용된다는 것은 아니라, 협약의 해석에 대해 신의칙이 적용된다는 것이다.²⁷⁾

26) I. Schwenzer, op.cit., pp.120~121 ; J. O. Honnold, op.cit., pp.102~103.

27) B. Zeller, CISG and the Unification of International Trade Law, Routledge-

그러나 CISG 제7조 제(1)항의 신의의 준수는 제8조와 제9조의 해석에도 적용되므로 제8조에 있어서 계약당사자의 진술과 행위에도 영향을 미치게 된다. 사적자치의 원칙은 당사자의 존중을 전제로 하므로 우선 중시되어야 할 것은 당사자의 주관적인 의도이다. 따라서 상대방이 그 의도를 알았거나 모를 수 없었던 경우에는 진술 그 밖의 행위는 그것을 행한 자의 주관적인 의도에 따라 해석된다(제8조 제1항). 따라서 상대방이 표의자의 참된 의사를 몰랐고 모른 데에 과실이 없거나 또는 단순히 경과실만 있는 경우에는 그 주관적 의사가 인정되지 않고 제2항에 의해 해결하여야 할 것이다. 국제거래에 있어서는 양당사자가 사용하는 언어와 법률개념이 다르기 때문에 당사자의 주관적 의도가 잘 전달되지 않은 경우가 자주 발생한다. 이와 같이 표의자의 주관적 의사는 상대방인 수령자가 알았거나 모를 리 없었을 때에만 인정되므로 표의자는 사용하는 언어가 수령자의 입장에서 이해할 수 있도록 표시해야 하는 반면 수령자가 그러한 언의의 사용을 인정하였다면 먼저 그 표시를 이해하기 위해 되 물어보거나 전문가의 번역 등을 통해 스스로 확인해야 할 것이다.²⁸⁾

CISG 제8조 제(3)항의 교섭경과 등과 관련한 일체의 상황이 적절하게 고려되어야 한다는 것에 대해서도 제7조 제(1)항의 신의칙을 근거로 해석해야 한다. 제8조 제3항은 당사자의 의도 또는 합리적인 사람이 이해하였을 바를 결정함에 있어서는 교섭, 당사자간에 확립된 관례, 관행 및 당사자의 후속행위를 포함하여 관련된 모든 사항을 적절하게 고려해야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 영미법상의 구두증거배제의 원칙(parol evidence rule)과 같이 계약의 교섭과정에서 구두로 제출되었던 사항은 계약의 해석에서 배제하는 등 의사표시 해석에 어떠한 제한을 가하는 것은 인정되지 아니한다.²⁹⁾ 법률행위론에 있어서 의사주의와 표시주의의 대비는 내심의 의사와 표시 중 어느 것을 중시하는 가라는 차원에서 문제시되는데 제8조는 당사자의 진술 그 밖의 행위(즉 표시)의 해석이라는 형태로 양 주의를 절충하고 있다.³⁰⁾

Cavendish, 2007, pp.4~5.

28) 이재현, “UN매매법(CISG)상 청약”, 법학연구, 제11집, 경상대학교 법학연구소, 2002, p.21.

29) 김선국, “구두증거 배제의 원칙-그 적용상의 문제와 현대적 의미에 관하여-”, 경영법률, 제16권 제2호, 한국경영법률학회, 2006, p.675.

30) 최준선, “UN국제물품매매계약의 의의와 해석원칙,” 비교사법, 제11권 제3호, 한국비교

또한 제9조의 해석에 있어서는 제9조 제(1)항의 합의와 확립의 해석 외에 제9조 제(2)항의 당사자간 별도합의의 유무에 대해 제7조 제(1)항의 신의칙으로 해석하는 것을 필요로 하며,³¹⁾ 국제거래상 신의(good faith in international trade)에서의 국제거래란 국제거래업 또는 국제거래업계로도 이해할 수 있다. 여기서는 오히려 그 쪽이 타당하다고 볼 수 있다. 제9조 제(2)항의 후반부를 보면 그것이 명확해진다.³²⁾ 당사자의 합의와 당사자간의 확립이 분명하다면 제9조 제(1)항에 의해 국제거래에서의 신의는 당해 거래업에서 당사자의 관습, 관행에 신의칙을 발견할 수 있는 경우는 그것에 따르게 된다. 그런데 당해 거래업에서 당사자의 관습과 관행에 신의칙을 발견할 수 없으면 협약조문과 그 판례에서 신의의 내용과 기준을 발견해야 한다. 여기서 관행과 관례가 무언인가에 대해서는 CISG에 따로 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로 관행이란 일정한 분야 또는 장소에서 관련 거래자들에 의해 널리 준수되는 거래형태를 말하며 관례는 당사자들간에만 규칙적으로 준수되는 형태 양식을 말한다. 합의된 관행이 당사자들을 구속하는 것은 사적자치의 원칙상 당연하다.³³⁾ 합의의 방법으로는 예컨대 신용장상에 이 신용장에는 ICC의 UCP 600이 적용된다는 식으로 도입문구를 명시적으로 두는 경우도 있지만 묵시적 합의도 인정된다.

당사자간에 확립된 관례 역시 당사자들을 구속한다. 관례가 확립되었다고 하기 위해서는 장기간에 걸쳐 당사자들간에 동일한 형태가 이의 없이 반복되었어야 한다. 당사자들간에 이용되는 계약서를 일정기관에서 작성한 표준서식에 의한든지, 인터넷과 같은 일정한 통신수단에 의해서만 의사표시를 교환한 다든지 대금지급을 일정 은행이 발행하는 신용장에 의하는 경우가 그것이다.

사법학회, 2004, p.151.

31) I. Schwenzer, *op.cit.*, pp.127-129.

32) 보통 국제거래라고 번역되는 “international trade”의 “trade”에는 집합적으로 업(業) 또는 업계라는 의미가 있다. CISG 제9조와의 관련에서는 특히 그 제2항에서 양 당사자가 알고 있거나 당연히 알고 있어야 했던 관습으로 국제거래와 관련된 특정거래업계(particular trade concerned)에서 동일 종류의 계약을 하는 자에게 널리 알려지고 통상 일반적으로 준수되고 있는 점에 주목해야 한다. 신의칙은 국제거래업 또는 업계에서 이루어지고 있는 관습과 깊은 관련이 있다. 실제로 판례는 계약해석에 국내외 업계의 관습을 적용하고 있다(CLOUT Case 175, 240, 425, 447, 579 등).

33) B. Zeller, *op.cit.*, p.7.

이 경우의 관습은 제9조 제(2)항의 요건을 충족해야 하는 것은 물론이다. 당사자가 미리 합의하지 않은 관행과 관례에 대해 어떠한 형태로 어느 정도까지 구속력을 인정할 것인가에 대해서는 CISG의 기초과정에서 많이 논란이 되었다. 특히 개도국들은 국제거래상의 관행은 선진국에서 형성되어온 것으로서 개도국들에게 불리하다는 점에서 그 법원성을 인정하는데 반대하였다. 이리하여 최종적으로 제9조 제2항에 별도의 합의가 없는 한 당사자가 알았거나 알 수 있었던 관행으로서 국제거래에서 당해 거래와 종류의 계약을 하는 사람에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 관행은 당사자의 계약 또는 그 성립에 묵시적으로 적용된다고 규정함으로써 그 구속력의 발생근거를 당사자의 의사에서 구하는 계약적 접근을 택하였다.³⁴⁾

이 같이 제7조 제(1)항의 신의 준수에 대한 고려는 협약의 해석에 대해서만 필요하게 되지만 실제로는 제8조와 제9조를 경유하여 당사자의 계약과 계약상 당사자의 언동과 행위에까지 이르고 있다. CISG 제7조 제(1)항상 준수해야 할 신의는 국제거래상의 신의이다. 각국의 국내거래에서 보이는 국내법의 신의칙은 여기서는 고려되지 않는다. 국제성과 통일성의 요청에서 국내법에 존재하는 신의칙에 의한 것이 아니라 협약조문과 그 판례에 따른 협약의 자율적인 신의칙에 따르게 된다. 당사자가 알고 있거나 당연히 알고 있어야 할 관습에 그것과 관련된 거래업계에서 널리 알려지고 거래를 하는 당사자에게 일반적으로 준수되는 것 중에 신의칙이 있을 경우, 또한 당사자간에 확립된 관행 중에 신의칙이 있을 경우에 그 신의칙이 적용된다.

1) 신의칙의 내용

CISG는 101개조의 조문으로 구성되어 있지만 실질적인 규정은 적용범위와 총칙을 포함한 제1조에서 제88조까지이다.

34) 계약의 내용으로서 구속력을 가지게 되는 관행은 특정한 거래분야에서 동종 계약을 하는 사람에게 널리 알려져 있고 통상 일반적으로 준수되고 있는 것(국제적인 주지성 및 일반성)으로 양당사자가 알았거나 알 수 있었던(당사자의 인식) 관행뿐이다. 이와 같이 비교적 엄격한 요건을 규정한 이유는 선진국들을 중심으로 형성되어 온 국제적 상관행에 대한 개도국들의 거부감을 완화시키기 위한 것이다. 이러한 관행은 당사자간에 묵시적인 의사에 의해 적용되는 것이 아니라 단지 묵시적으로 적용된 것으로 법률이 의제하고 있을 뿐이라는 점에서 규범적 관행으로 불리어진다. 규범적 관행에 해당하는 가장 대표적인 예로는 ICC의 Incoterms 2000 또는 UCP 600 등이 있다.

이 88개조 중에는 몇 가지 신의칙을 발견할 수 있는데 전술한 UNCITRAL 사무국이 제시한 제16조 제(2)항 제(b)호, 제21조 제(2)항, 제29조 제(2)항 등이 이에 해당된다. 아래에서는 이들 조문을 중심으로 설명한다.

(1) 계약체결상의 신의칙

① 제16조는 청약의 취소에 관한 규정이다. 제1항은 원칙적으로 피청약자가 승낙의 통지를 하기 전에 청약자는 청약을 취소할 수 있지만, 제2항은 일정한 경우 청약자는 청약을 취소할 수 없다고 규정하고 있다. 제2항 제(b)호는 피청약자가 청약을 취소불능이라고 신뢰하는 것이 합리적이고 또 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우에 청약은 취소될 수 없다고 규정하고 있다.³⁵⁾ 피청약자가 청약을 취소불능으로 이해하여 이미 행동을 했는데도 불구하고 청약자가 청약을 취소하는 것은 신의에 위반하기 때문이다.

Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc./Apothecon, Inc. v. Barr Laboratories Inc. 사건³⁶⁾에서 뉴욕남부지역 연방지방법원은 원고가 확정청약의 존재를 증명할 필요성을 회피하기 위해 금반언의 주장을 하였다면 그러한 주장은 CISG의 규정에 따라 해결해야 한다고 판시하면서, CISG 제16조 제(2)항 제(b)호를 수정된 금반언의 원칙으로 보았다. Geneva Pharmaceuticals은 금반언의 원칙을 자신이 신뢰했던 약속이 계약이었다면 구속력이 있는 것으로 인정받기 위한 증명방법으로 사용하였다. 이러한 법원의 태도와 달리 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호는 단순히 청약 그 자체가 아니라 오히려 청약이 일정기간 동안 유효하다는 피청약자의 기대를 충족시킬 수 청약자의 태도 또는 제안된 거래상의 특별한 상황과 긴급성에 적용된다고 보는 것이다.³⁷⁾ 미국법상 금반언의 원칙이 적용되기 위해서는 피청약자의 신

35) CISG 제16조의 청약과 관련하여 이루어지는 전자통신에 유엔전자협약을 적용할 경우의 유의사항에 대한 내용으로서는, 오세창, “청약과 관련된 CISG규정하에서 이루어지는 전자통신에 유엔전자협약 적용시 유의사항,” 무역상무연구, 제38권, 한국무역상무학회, 2008, pp.36~37 참조 ; CISG 제16조와 우리 민법과의 관계에 대해서는, 김기범, “CISG상의 연착된 승낙과 청약의 취소통지 연착에 관한 연구: 우리나라 민법에서의 적용 가능성과의 연계연구,” 국제상학, 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007, pp.29~38 참조 ; 청약을 받은 상대방이 자기의 입찰가격에 그 청약을 이용한 경우 그 청약이 취소된 구체적인 예에 대해서는, 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 『注釈国際統一売買法I ウィーン売買条約』, 法律文化社, 2000, pp.125~126 참조.

36) 201 F. Supp. 2d 236(S.D.N.Y. 2002).

뢰성에 대해 청약자가 예견가능성이 있어야 하고, 실제로 피청약자의 신뢰성이 이익침해로 이어져야 한다. 그러나 CISG상의 규정에는 이러한 요건이 없다.³⁸⁾ 그럼에도 불구하고 이 사건의 법원은 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호를 적용함에 있어서 미국법상 금반언의 원칙에 요구하는 청약자의 예견가능성과 피청약자의 신뢰성에 따른 이익침해를 적용하여 예견가능성과 신뢰성에 이익침해를 인정하였다. 이것은 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호를 적용할 때 청약의 취소불능에 대한 피청약자의 신뢰에 대한 청약자의 예견가능성이 없다면 피청약자의 신뢰는 비합리적이라고 판단하여 이 규정을 배제시키는 우려를 범할 것이다. 그러나 이 사건에서는 이런 우려가 발생하지 않을 것이다. 왜냐하면 양 당사자 간의 무역관행과 이전의 선례에 비추어 피고는 원고가 추천장의 구속력을 신뢰했을 것이라고 합리적으로 예견가능하기 때문이다.³⁹⁾

② 제21조는 연착된 승낙에 대해 규정하고 있다. 서신의 소인 등에서 승낙이 통상적이라면 적절한 시기에 도달했을 것이라는 상황에서 발송된 것을 제시하고 있는데도 불구하고 청약자가 승낙을 발송한 피청약자에게 승낙이 연착된 것을 전혀 연락하지 않은 것은 신의에 위반하므로 연착된 승낙의 경우라도 승낙으로서 효력을 갖게 된다.⁴⁰⁾ 제21조 제(2)항은 승낙자의 중대한 과실에 기인하지 아니한 통신사정의 이상상태의 발생으로 인해 그러한 연착사실을 전혀 알지 못하고 예정했던 계약이행을 위한 준비에 이미 착수했을지도 모르는

37) 손태우, 전제논문, p.411.

38) J. D. Mattera, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) and Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc./Apothecon, Inc. v. Barr Laboratories Inc.: The U.S. District Court for the Southern District of New York's Application and Interpretation of the Scope of the CISG, 16 Pace International Law Review 165, 2004, p.189.

39) 손태우, 전제논문, p.411.

40) 승낙의 통지가 청약이 효력을 상실한 이유에 도달된 경우에는 그 통지는 계약을 성립시키지 못한다. 그러므로 청약자가 이전과 다름없이 계약성립을 희망할 때에는 이 연착된 승낙을 새로운 청약으로 취급하여 이것에 대한 승낙을 하여야 한다. 그러나 CISG 제21조 제1항은 이런 경우 접근방식을 간단히 하여 연착된 승낙이라 하더라도 청약자가 유효한 승낙으로 취급하겠다는 취지를 지체없이 상대방에게 구두 또는 그런 취지의 통지를 발송한 경우에는 승낙으로서 효력을 가진다고 보고 있다. 협약은 청약의 취소통지 연착에 관해서는 명문규정을 두고 있지 않지만 지연된 승낙에 대해서는 제21조 제2항에 명문규정을 두고 있다. 그런데 청약의 취소통지 연착과 같은 명문규정이 없는 것에 대해서는 제7조에 의거한 일반원칙에 따라서 해석할 필요가 있다(김기범, 전제논문, p.34).

약의없는 승낙자를 보호하기 위한 규정이라 할 수 있다.⁴¹⁾

③ 제29조 제(1)항은 계약당사자의 합의만으로 계약의 변경 또는 해제를 할 수 있다고 규정하고 있다. 제(2)항은 합의에 의한 계약의 변경 또는 해제는 서면에 의할 것을 필요로 하는 취지를 계약에서 규정하고 있을 때는 계약의 변경 또는 해제는 서면에 따라야 한다고 규정하고 있다.⁴²⁾ 거기에는 단서가 있는데, “당사자는 자기의 행동에 대해 상대방이 신뢰를 둔 한도에서 그 규정을 원용할 수 없는 경우가 있을 수 있다”고 규정하고 있다. 이 단서가 신의칙의 규정이다. 즉 당사자는 자기의 행동에 대해 상대방이 신뢰를 하고 있는데 상대방의 신뢰를 배반하는 것은 신의에 반하므로 서면에 의하지 않아도 계약의 변경과 해제를 인정할 수 있다는 규정이다.

④ 제37조는 매도인이 인도해야 할 기일 전에 물품을 인도한 경우 매수인에게 불합리한 불편 또는 비용을 초래하지 않는 한 매도인은 기일까지의 동안에 수량부족과 기타의 부적합을 치유할 수 있다는 것을 규정하고 있다.⁴³⁾ 이 경우 매도인은 어떤 부적합한 치유를 해도 되지만 신의칙에서 매수인은 불합리한 불편과 비용을 강요하는 것은 허용되지 않는다는 규정이다. 제34조에 교부해야 할 시기보다 전에 매도인이 서류를 교부한 경우를 상정하여 신의칙상의 동 취지가 규정되게 되었다.

(2) 물품검사 및 하자통지상의 신의칙

① 제38조와 제39조는 매도인이 인도한 물품에 대해 제38조의 매수인에 의한 물품검사의무와 제39조의 매수인에 의한 부적합한 성질을 명확하게 한 것을 합리적인 기간내에 통지할 의무를 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 매도인에 의한 부적합한

41) 김선광, 비엔나협약해설, 경남대학교 출판부, 1997, p.59.

42) 당사자자치의 원칙은 당사자가 일단 체결한 계약을 변경하거나 해제하는 것도 가능하다. 그럼에도 불구하고 제29조에서 확립된 준칙은 CISG의 초안단계에서 또한 비엔나외교회의에서도 논의를 제기한 것이었다. 이 준칙은 미국법의 입장에 강하게 영향을 받고 있다(甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 전거서, p.224).

43) 제37조를 제34와 제48조와 함께 고려하면 이행의 어느 단계에서도 매도인의 치유권이 인정될 수 있다는 것을 도출할 수 있다. 법으로 규정한 매도인의 치유권이라는 견해는 영미법(예, UCC 제2-508조)에 유래하는 것이지만 대륙유럽국가의 법제도 하에서도 적어도 기일 전에 인도된 물품의 하자의 치유권은 인정되고 있다. 이 법제도는 특히 국제매매계약에서는 비용이 소요되는 계약의 반격을 제한하는 것에 도움이 된다(甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 전거서, p.287).

물품의 인도에 대해 매수인이 받을 수 있는 구제의 전제로서 매수인에게 부과한 의무의 규정이다. 제39조는 매수인이 합리적 기간내에 부적합한 통지를 게을리 한 때는 매수인은 부적합에 근거하여 원용할 수 있는 권리(제45조 이하)를 상실한다고 규정하고 있다. 그러나 제44조에 의해 매수인이 규정된 통지를 하지 않은 것에 대해 합리적인 설명을 할 수 있는 경우에는 제50조에 기초한 대금의 감액청구 또는 일실수익을 제외한 손해배상청구를 할 수 있다고 규정되어 있다.⁴⁵⁾

② 제40조는 악의의 매도인에 대한 규정이다. 매도인이 물품의 부적합한 사실을 알고 있거나 매도인이 그 사실을 매수인에게 분명하게 하지 않은 경우 매도인은 제38조와 제39조를 원용할 수 없다고 되어 있다. 물품의 부적합에 대해 매도인이 알고 있는 사실과 관련되어 있는데도 불구하고 매수인에게 검사 의무와 부적합한 성질에 대해 통지의무를 부과하는 것은 신의에 반하기 때문이다. 즉 공정거래의 원칙을 규정한 내용이다.⁴⁶⁾

③ 제44조는 매수인이 부적합한 통지를 게을리 한 경우 구제를 받을 권리를 상실한다는 제39조의 엄격함을 완화하는 예외적 구제에 대한 규정이지만 제39조와 함께 고려하면 제39조의 합리적인 기간(reasonable period)에 신의칙을 볼 수 있다. 즉 제39조의 합리적인 기간의 판정은 신의에 따른 공정한 것이라는 것을 필요로 하며 제44조의 합리적 설명에 대한 판정도 당사자의 사정을 감안한 형평의 것이어야 한다.⁴⁷⁾ 그러나 매수인은 부적합한 통지를 게을리 하였기 때문에 부적합이 중대하였더라도 계약을 해제할 권리는 없고 구제는 대금의 감액청구 등에 한정된다. 매수인이 제38조의 검사를 게을리 한 경우에 제44조는 적용되지 않는다. 제44조는 부적합한 통지를 게을리 한 경우에 대한 규정이다.

44) 오원석, “국제물품매매계약에서 매수인의 물품검사시기,” 무역상무연구, 제20권, 한국무역상무학회, 2003, pp.71~76 ; 합리적 기간내와 관련된 판례인, CLOUT Case 45, 123, 202, 219, 230, 337, 397, 549, 608 등 참조.

45) 제39조는 매수인이 물품부적합의 통지의무를 해태한 경우 매수인은 부적합에 근거하여 원용할 수 있는 권리를 상실한다는 엄격한 규정으로 되어 있지만, 제44조에 의해 예외적 구제의 규정을 설정함에 따라 엄격함을 희석하는 조정을 피하고 있다. 그러나 매수인에 있어서 한정적인 구제에 그치고 있다(曾根和明·山手正史, 전거서, pp.149~150).

46) CLOUT Case 168.

47) I. Schwenzer, op.cit., pp.680~681.

(3) 계약해제상의 신의칙

① 제49조 제(1)항은 매도인의 중대한 불이행의 경우 또는 부가기간 경과 후의 매도인에 의한 인도지연의 경우에 매수인은 계약해제의 의사표시를 할 수 있다는 취지를 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 제(2)항은 매도인이 이미 물품을 인도한 경우에는 일정한 시기⁴⁹⁾에 해제 의사표시를 하지 않는 한 매수인은 계약해제권을 상실한다고 규정하고 있다. 신의칙에서 매수인에 의한 해제권 행사의 기한 또는 시기를 설정하고 있는 것이다. 매도인이 이미 물품을 인도한 경우 매수인은 언제라도 계약해제를 연장할 수 없다.

② 제64조 제(1)항은 매수인의 중대한 불이행의 경우 또는 부가기간 경과 후의 매수인의 대금지급의무 또는 물품의 인도수령의무위반의 경우에 매도인은 계약해제의 의사표시를 할 수 있다고 규정하고 있다. 제(2)항은 매수인이 대금을 이미 지급한 경우에는 일정한 시기⁵⁰⁾에 해제 의사표시를 하지 않는 한 매도인은 계약해제권을 상실한다고 규정하고 있다. 또한 제49조의 매수인의 경우와 마찬가지로 신의칙에서 매도인에 의한 해제권 행사의 기한 또는 시기를 설정하고 있다. 매수인이 이미 대금을 지급한 경우에 매도인은 언제까지나 계약해제를 연장할 수 없다.⁵¹⁾

③ 제77조는 상대방의 계약위반의 경우에 부과되는 손해경감의무를 규정하고 있다. 상대방의 계약위반을 주장하려는 당사자는 위반으로부터 발생하는 손실을 경감하기 위해 그 상황 하에서 합리적인 조치를 해야 한다. 이것은 신의

48) CLOUT Case 133, 277.

49) 여기서 일정한 시기란, ① 매도인에 의한 인도지연에 대해서는 매수인이 인도가 이루어진 것을 알고 있는 때 이후의 합리적 기간 내, ② 인도지연 이외의 위반에 대해서는, ㉠ 매수인이 그 위반을 알거나 알고 있어야 한 때, ㉡ 제47조 제(1)항에 기초하여 매수인이 규정한 부가기간이 경과한 때 또는 매도인이 그 부가기간내에 의무를 이행하지 않았다는 취지의 의사표시를 한 때, ㉢ 제48조 제(2)항에 기초하여 매도인이 제시한 부가기간이 경과한 때 또는 매수인이 이행을 받아들이지 않았다는 취지의 의사표시를 한 때이다.

50) 여기서 일정한 시기란, ① 매수인에 의한 이행지연의 경우에는 매도인이 그 이행이 있었다는 것을 알기 전에, ② 이행지연 이외의 매수인에 의한 위반의 경우에는 다음의 어느 때부터 이후의 합리적인 기간내, ㉠ 매도인이 그 위반을 알거나 알고 있어야 한 때, ㉡ 매도인이 제63조 제(1)항에 기초하여 규정한 부가기간이 경과한 때 또는 매수인이 그 부가기간 내에 의무이행을 하지 않을 취지의 의사표시를 한 때이다.

51) 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司·田中康博, 注釈国際統一売買法 II ウィーン売買条約, 法律文化社, 2003, pp.56~57.

칙에서 유래된 의무이다.⁵²⁾ 해당 당사자가 이러한 조치들을 취하지 않았을 경우 계약위반을 한 상대방은 해당 당사자가 주장하는 손해액 중에서 그가 경감시킬 수 있었던 손실액만큼을 경감시켜 주도록 요청할 수 있게 된다. 그러나 계약을 위반한 당사자가 자신의 손해경감의무를 준수하기 위하여 스스로 부담한 불이익을 강요받을 필요는 없는 바, 이러한 손해경감의무는 그 상황하에서의 합리적인 조치에 해당되는 범위내에서만 성립되는 것이라 할 수 있다.⁵³⁾

④ 제80조는 당사자는 상대방의 불이행이 자기의 작위 또는 부작위에 의해 발생한 경우에 상대방의 불이행을 그 한도에 있어 주장할 수 없다고 되어 있다. 이 조항은 금반언의 원칙도 포함하여 제7조 제(1)항의 신의의 일반원칙을 표현하는 규정이다.⁵⁴⁾ 한편 제82조는 물품의 반환불능의 경우에 매수인의 해제권의 상실과 대체물인도청구권의 상실에 대한 규정이다. 그러나 물품의 반환불능이 매수인 자신의 작위 또는 부작위에 의해 발생한 것이 아닌 때 기타 반환불능의 원인이 매수인의 책임이 아닌 때는 전항(前項)은 적용되지 않는다는 신의칙에 의한 규정이다.⁵⁵⁾

(4) 물품보존의무상의 신의칙

제85-88조는 물품보존의무와 관련된 내용을 규정하고 있다. 제85조는 매수

52) CLOUT Case 93, 133, 219, 230, 273, 318, 480 등.

53) James Finlay & Co. Ltd. v. N. V. Kwik Hoo Tong, Handel Maatschappij (1928) All E. R. Rep. 110.

54) I. Schwenzler, op.cit., p.1088 ; 판례는 CLOUT Case 230, 273 등.

55) 그런데 PICC와 PECL은 CISG 제80조와는 전혀 다른 관점에서 출발하고 있다. PICC 제7.3.6조 제1항 제2호와 PECL 제9:309조에 따르면 수령한 물품을 실질적으로 변함이 없는 상태로 반환할 수 없는 것은 계약해제권의 배제에 이르는 것이 아니라 오히려 멸실 또는 품질악화, 가공, 전매된 물품 대신에 가치배상을 매수인은 부담해야 한다고 되어 있다. 더욱이 독일법에서는 종래 무상반환의 원칙을 기초로 하는 독일민법 제351조가 존재하고 있었지만 2001년에 성립한 '채무법의 현대화에 관한 법률'에 따라 이 규정은 삭제되었다. 그 결과 무상반환이 불가능한 경우라도 해제권은 배제되지 않고 반환을 대신하여 가치배상으로 충족된다는 취지를 독일민법 제346조에 규정하기에 이르렀다. 이 같은 조치는 ULIS 성립 전의 단계에서 이스라엘의 대표단에 의해 ULIS 제79조의 대신으로 제안되었다. 이 제안이 도입되지 않은 것은 ULIS의 공표 전에 하나의 시스템에 대해 근본적이며 별도의 것으로 대체하는 것은 너무나 위험하다고 보았던 이유에서 뿐이며 실질적인 이유에서가 아니었다고 보인다. 이 같이 계약해제권을 배제하지 않고 유지함에 따라 제80조 제(2)항에 따라 필요로 하는 개별적인 예외요건의 정의 해석이 불필요하게 되어 이것에 따라 청산에 관한 규율은 투명성을 확보하게 된다(甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司·田中康博, 전거서, p.246).

인의 수령지체의 경우에 매도인이 물품의 보존조치를 강구할 의무를 규정하고 있다. 국제물품매매계약에서 계약물품을 보유하고 있는 자는 소유권이나 위험의 이전과 관계없이 계약물품에 대한 합리적인 주의를 기울려야 할 의무가 있다. 따라서 국제물품매매계약에서 계약물품의 소유권과 위험이 매수인에게 이전되었지만 매도인이 주의를 기울이지 않으면 안된다. 이는 대금을 지급받지 못한 매도인이 행사할 수 있는 권리⁵⁶⁾ 중의 하나인 유치권을 행사할 수 있는 경우에도 마찬가지이다. 또한 제86조는 매수인이 물품을 거절한 후에 그 보존조치를 강구할 의무를 규정하고 있다. 즉 매수인 앞으로 송부된 물품이 목적지에 도착되면 매수인은 이를 검사하여 그 물품이 계약에 부적합한 것일 경우 당해 물품의 수령을 거절할 수 있다. 그런데 이러한 경우 당해 매도인의 대리점이나 매도인이 지정한 관리자가 있으면 그들이 이를 보관·관리하여야 할 것이지만 그러하지 않은 경우에는 매수인 자신이 당해 물품에 대한 합리적인 보존조치를 해야 한다.⁵⁷⁾ 다만 이러한 매수인의 물품보존의무는 매수인에게 불합리한 불편을 초래시키지 않거나 또는 불합리한 비용을 수반시키지 않는 경우에 한한다. 이 때 매수인은 매도인으로부터 합리적인 물품보존비용을 상환받을 때까지 당해 물품을 유치할 수 권리를 갖는다. 또한 제87조는 물품보존의무를 부담하고 있는 당사자는 그 비용이 불합리한 것이 아닌 한 당해 물품을 제3자의 창고에 기탁하여 보존시킬 수 있으며 이 때의 비용은 상대방이 부담하도록 처리할 수 있다고 되어 있다. 또한 제88조는 필요한 경우에 보존물품의 매각을 규정하고 있다. 이 때 당해 당사자는 상대방에게 보존 중의 물품매각과 관련하여 합리적인 통지를 해 주어야 한다. 다시 말해 합리적인 통지없이 물품을 매각한 당사자는 물품매각과 관련된 모든 책임을 부담하게 된다.⁵⁸⁾ 따라서 제85-88조의 규정은 매도인과 매수인 쌍방이 각각 상대방에 대해 부담하는 신의칙에서 유래된 의무이다.

56) 이러한 경우에는 영국에서는 매도인에게 유치권, 운송정지권, 재매각권을 부여해 주고 있다.

57) 당해 물품이 급속히 부패되거나 변질될 수 있는 성질의 것인 경우 물품보존의무를 부담하고 있는 매수인은 CISG 제88조 제(2)항에 따라 자신이 점유·보존하고 있는 물품을 매각하기 위한 필요한 조치들을 강구하여야 한다.

58) 김선광, 전계서, p.196.

2) 합리성의 해석과 해석방법

(1) 합리성의 해석

CISG 제7조 제(1)항의 ‘국제거래상 신의’의 기준은 합리성에 있다고 할 수 있다. 협약에 의한 당사자간의 거래에서 신의와 합리성은 서로 상관관계에 있다고 보아진다. 즉 매도인·매수인은 각각 상대방에 대해 신의에 기초한 행동을 하면 합리적이 되지만, 신의에 기초한 행동을 하지 않으면 불합리한 것이 된다. 반대로 합리적이려면 신의에 적합한 것이 되지만, 불합리하다면 신의에 반하게 된다.⁵⁹⁾

구체적인 합리성의 해석에 있어서는 CISG 제7조 제(1)항의 신의 준수를 촉진할 필요성을 고려하여 해석되어야 하지만 국제거래에서의 구체적인 상황에 따라 합리성의 해석은 다르게 되는 것은 당연하다. 국제거래의 구체적인 상황에 부응한 합리성의 해석을 통해 국제거래에서의 신의가 실현되어야 할 것이다.

이 규정에 의하면 CISG는 국내적 시각에서 해석되지 말아야 하고 협약 자체 내에서 자율적으로 해석되어야 하는 점을 강조하고 있다. 통상적으로 보면 이 협약의 특정규정에 대해 관련 당사자 간에 해석차이가 있다면 관련당사자는 문제해결을 위해 이 규정과 동일하거나 유사한 자국의 국내규범을 찾을 것이고 그 규범의 국내법적 해석에 의존할 것이다. 이에 제7조 제(1)항에서는 이러한 국내적 시각의 해석을 지양하고 국제적 시각에서 협약의 여러 규정 및 취지를 종합적으로 평가해서 협약 자체에서 해석하도록 유도하고 있다.⁶⁰⁾

59) Honnold는 국제거래에서의 신의는 합리성(reasonableness)의 기준에 비추어 해석되어야 한다는 Schlechtriem의 견해를 인용하면서 합리성의 기준은 CISG 중에 널리 확산되어 있는 제7조 제(2)항에 기초하고 있는 일반원칙이라 보고 있다(J. O. Honnold, op.cit., p.101). “reasonable”을 합리적이라 번역하는 것은 달리 적당한 번역어가 없으므로 부득이한 것이라 생각되지만 반대로 합리적이라는 우리나라 말을 영어로 표현하면 “reasonable”보다도 “rational”이 더욱더 타당할 것이다. 영어로 “rational”과 “reasonable”은 동의어이지만 “reasonable” 쪽이 보다 의미가 합치된다고 볼 수 있다. CISG상의 “reasonable”은 매매거래에서 상대방에 대해 “reasonable”이라는 것을 필요로 하므로 그것이 도리에 적합했다거나 조리에 맞다는 의미이며 그것을 신의칙에서 해석하면 그 의미를 잘 이해할 수 있다. 구체적 사례에서 보면 CLOUT Case 720에서의 네덜란드중재판정부는 당사자간의 물품의 품질분쟁에 대해 CISG 제35조 제(2)항 제(a)호의 품질은 “reasonable quality”의 기준에서 해석되어야 하며 그 기준은 제7조 제(1)항의 규정에 합치하고 있다고 판정하고 있다.

60) F. Ferrari, The CIGS’s Uniform Interpretation by Courts—An update, 9 Vindobona J. Int’l Comm. L. & Arb., 2005, pp.234~236.

(2) 협약의 해석방법

해석방법에 대해서는 CISG에 언급이 없다. 그러므로 CISG의 해석에 있어서도 모든 협약의 해석에 관한 일반원칙을 정하고 있는 1969년 협약법에 관한 비엔나협약(비엔나협약법)(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 제1항에서 정하고 있는 해석방법에 의해야 할 것이다.⁶¹⁾ 이 협약법에 의하면 일반적으로 제시되는 해석의 방법으로는 문리해석, 유추해석 그리고 역사적 해석이 있다. 이 외에도 목적론적 해석과 비교법적 해석이 거론되지만 목적론적 해석은 국내법으로 흐를 위험이 있고, 비교법적 해석은 통일법에 대한 해석방법으로서 그 효과가 제한적이기 때문에 CISG의 해석방법으로서 크게 인정받지 못하고 있다. 따라서 해석방법은 주로 협약조문의 문리해석과 유추해석에 따른다.

협약의 외국판례(중재판정을 포함한다)도 참조할 수 있다. 판례는 CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts), UNILEX(International Case Law & Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract) 등에 축적된 D/B를 참조할 수 있다.⁶²⁾ 전자에 대해 UNCITRAL은 CLOUT라고 불리는 정보시스템을 구축하여 각 회원국의 협력하에 각국에서 내려진 판결을 집적하고 이를 요약하여 D/B화하고 있다. 이것은 CISG를 포함하는 UNCITRAL 텍스트에 관한 전세계 법원에서 내린 판결문의 요약본이다. CLOUT의 취지는 UNCITRAL에서 제정한 협약에 관한 사례를 상호교환할 수 있도록 하자는 것이다.⁶³⁾ 또한 UNCITRAL은 국제물품매매에 관한 유엔협약에 관한 사례총람(Digest of Case Law on the United Nations Convention

61) B. Zella, *op.cit.*, p.26.

62) 이 외에도 CISG-online, Pace 대학에서 축적하고 있는 D/B 등도 있다.

63) CLOUT의 형성과정을 보면, CISG 체결국이 있는 연락사무소가 협약에 관한 모든 사례를 취합하여 비엔나에 있는 사무국에 전송한다. 판결원본은 그 곳에서 열람할 수 있으며, 또한 연락사무소는 유엔의 공식언어(아랍어, 중국어, 프랑스어, 영어, 러시아어, 스페인어) 중의 하나로 그 사례의 요약본을 작성하여 사무국에 전송한다. 사무국은 다른 공식언어로 그 요약본을 번역하고 UNCITRAL에 의해 출판되어진다. 따라서 CLOUT의 유용성은 결국 각 연락사무소가 보내는 정보의 근원과 정확성에 있다고 하겠다. 그런데 CLOUT가 현재까지 CISG에 관련된 판례 혹은 판정만을 수록하고 있고 또한 최근 사례를 수록하는데 시간이 많이 소요된다는 비판이 있다. 그러나 CLOUT가 상업용으로 이용되는 법률사례 이용시스템이 아니고 전세계인이 무료로 사용할 수 있다는 점과 UNCITRAL 각 연락사무소의 정보수집의 어려움을 감안한다면 비판의 강도는 훨씬 줄어들 것이다(손태우, 전계논문, p.414).

on the International Sales of Goods)(이하 “Digest”라 한다)⁶⁴⁾을 발간하고 있는데 이것은 현존하는 CISG사례를 협약의 조문순서에 따라 공통의견 및 이견을 보여주는 사례들의 개요를 밝히고 있다. 한편 UNILEX는 이탈리아의 비교법 및 외국법연구센터가 관리하는 D/B를 말하는데 이것은 외국사례에 대한 이해를 증진시킬 목적으로 무료로 운영되는 웹사이트이다.

이 이외에도 CISG-online⁶⁵⁾, Pace 대학⁶⁶⁾에서 축적된 D/B도 이용할 수 있으며, 또한 CISG의 입법과정의 입법기록(Travaux Préparations)과 내외의 유력한 학설도 참조할 수 있다.⁶⁷⁾

64) Digest에 대한 비판으로는, 이것이 CLOUT에 수록되지 않은 사례들도 포함하고 있지만 이에도 여전히 수록되지 않는 사례들이 있다는 사실이다. 그러나 이것은 시간이 해결해 줄 수 있는 문제이므로 향후 Digest를 업데이트함으로써 해결할 수 있을 것이다. 또한 Digest의 논의대상을 인용된 사례에서 취급된 것에만 한정하고 분쟁 가능한 쟁점이나 여타 중요한 것을 언급하고 있지 않다는 점이다. 이것 역시 학자들의 학술활동으로 그 공백을 보충할 수 있을 것이다. 또한 Digest는 외국사례의 전문을 참조하여 만들어지지 만 사례의 법적 논거나 이유를 언급하고 있지 않으므로 대개는 CLOUT에 보고된 초록에 의존하기 보다는 원문의 전문을 찾으려고 한다. 이 점은 향후 Digest가 개선해야 할 것이다. 또한 Digest에는 학자들의 학술내용과 사례에 대한 비평이 빠져 있다는 것이다. 그러나 이것은 UNCITRAL이 국제적인 중립기관이므로 특정국가의 사례나 특정학자의 견해를 지지하거나 비판할 수 없는 지위에서 오는 실제적·정치적 이유에서 연유되는 것이다. 따라서 관련쟁점을 통일시킬 수 있는 국제사법상 최고법원이 없는 현실적인 여건 하에서는 사례의 비평과 통일적 해석은 학자들의 몫으로 돌리는 것이 타당할 것이다(손태우, 전제논문, pp.414~415).

65) 현재 스위스 Basel 대학에 의해 운영되고 있는 사이트로서 이것은 주로 유럽국가의 사례에 초점을 두고 있지만 세계 각국의 주요 사례를 포함하고 있을 뿐만 아니라 각 회원국의 D/B로의 링크가 되어 있다.

66) 미국의 대표적인 웹사이트는 Pace대학교 법과대학의 국제거래법기관이 운영하는 웹사이트이다. 이 사이트에는 30여개 이상의 계약국 및 ICC 중재법원과 같이 국제분쟁해결기구에서 내린 1,000여개의 사례를 수록하고 있으며 이 사례들과 영어판의 관련문헌들을 국가별·주제별 및 CISG 조문별로 일목요연하게 검색할 수 있도록 되어 있다.

67) CISG의 통일적 해석의 방법에 대해 CLOUT Case 549에서 스페인법원의 견해에 대해 보면, 스페인법원은 제7조 제(1), 제(2)항과 관련된 협약의 통일적 해석에 대해, ① 국제거래법에서의 최근의 경향을 반영한 다른 협약에 볼 수 있는 통일적 해석의 필요성에 관한 원칙에 주목해야 할 것이며, ② 1978년 UNCITRAL협약 초안에 대한 UNCITRAL 사무국의 주석서, 특히 초안 제6조의 주석을 참조해야 할 것이며, ③ 국내법에 대해 협약으로서 독립의 해석을 하기 위한 법원칙의 중요성에 언급하고 있으며, ④ CISG의 적용에 대해 통일성을 확보할 수 있는 유일한 방법은 타국의 법원에서 CISG를 적용한 판례를 참조할 것 및 통일성 달성에 대한 전문가의 학설을 참조할 것에 대해 언급하고 있다. 스페인법원은 특히 CLOUT 시스템에 대해 언급하고 있다. 일반적으로 참조해야 할 외국판례의 D/B에 대해서는, I. Schwenzler, op.cit., pp.124~125 참조.

이 같은 해석의 방법을 이용하여 가능한 협약 중에서 자율적인 해결을 도모하도록 노력하는 것이 필요하다. CISG의 통일적 해석의 필요성에서 국내법의 신의칙을 이용하지 못하도록 해야 할 것이다.⁶⁸⁾

2. 신의에 관한 일반원칙

CISG의 적용상의 통일성을 달성하기 위해서는 협약의 완결성에만 의존할 수 없다는 사실이 문제이다. 왜냐하면 협약의 완결성을 요구하는 것 자체가 실제적으로 가능하지 않을 뿐만 아니라 협약 자체에서 모든 관련해석을 도출하는 것도 불가능하기 때문이다. 이런 경우를 대비하여 CISG 제7조 제(2)항에서 규정결여의 보충(gap filling)에 대한 내용을 규정하고 있다. 즉 CISG의 규정을 구체적 사안에 적용하는데 있어서 규정결여 보충의 문제가 발생한다. 제7조 제(2)항에서는 이 협약이 규율하는 문제로서 이 협약에 해결방법이 명시되어 있는 것은 이 협약의 규정에 따르지만 이 협약에 해결방법이 명시되어 있지 않은 것은 CISG가 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결하는 것으로 되어 있다. 이 같은 일반원칙이 없는 경우에 비로소 국제사법의 준칙에 따라 결정되는 국가법인 국내법에 따라 해결되는 것으로 되어 있다.⁶⁹⁾

CISG가 기초하고 있는 일반원칙으로서 합리성을 들 수 있다. 전술한 바와 같이 합리성의 기준은 협약 중에서 널리 보편적인 기준으로서 이용되고 있으므로 CISG가 기초하고 있는 일반원칙이라고 할 수 있다.⁷⁰⁾

유력한 학설도 이것을 지지하고 있다. Schlechtriem에 의하면 신의칙은 통일법을 해석하여 적용하는데 있어 고려되어야 하는 일반원칙이다. 또한 일반원칙

68) CLOUT Case 378, 380, 397 참조. Case 595에서의 독일법원은 CISG 제7조 제(1)항에서 확립된 국내법의 신의칙(금반언을 포함)을 고려한다고 되어 있지만 국내법의 신의칙은 협약의 자율성에서 보아 문제로 될 수 있다.

69) P. Schlechtriem & P. Butler, op.cit., p.4 ; CISG에 규정이 없다고 하여 국내법에 의해 판정한 사례는 상당히 있다. 예컨대 CLOUT Case 133(은행보증과 그 지급), Case 168(계약조항의 유효성), Case 253(증명책임), Case 261(입증책임), Case 312(대금반환), Case 360(상계), Case 378(입증책임), Case 482(시효), Case 574(계약상의 검사권 포기), Case 608(입증책임), Case 636(부적합을 결정하는 절차), Case 701(하자의 증명) 등이다. 그러나 CLOUT Case 651에서 이탈리아법정은 실질법 통일법(즉 CISG)이 국제사법의 접근에 우선한다고 한 것에 주목할 필요가 있다.

70) J. O. Honnold, op.cit., p.101 ; B. Zeller, op.cit., p.33.

으로서 당사자 자치의 우선성 등 외에 협약의 기초가 되는 일반원칙은 신의를 준수하는 필요성에서 유래하고 있다는 것이다. 예컨대 권리남용의 금지, 금반언, CISG 제80조 등이 그것이다.⁷¹⁾

또한 Bonell은 CISG 제7조 제(1)항의 규정에 불구하고 신의칙은 협약의 해석만에 그치지 않으며 CISG조문 중 제16조 제(2) 제(b)호, 제19조 제(2)항, 제35조와 제44조, 제38조 등의 신의칙을 적용한 많은 조문이 있으므로 신의칙은 협약의 기초가 되는 일반원칙이라고 하고 있다. 더욱이 그것은 당사자에게 적극적인 신의상의 의무를 부과하고 있다. 즉 계약교섭의 과정 또는 이행 중에 협약에서는 해결할 수 없는 문제가 제기된다면 제7조 제(2)항에 따라 일반원칙인 신의칙을 적용하여 문제를 해결하면 된다고 보고 있다.⁷²⁾ 이 점 Bonell은 적극적이지만 부정적으로 보는 학설도 있다는 점에 주의해야 한다.⁷³⁾

전술한 바와 같이 협약의 대부분의 규정이 신의칙을 규정하고 있거나 신의칙을 기초로 하는 규정으로 되어 있다. 따라서 신의칙은 협약의 기초가 되는 일반원칙이라고 할 수 있을 것이다. 판례도 그 같은 견해이다.⁷⁴⁾

ICC Arbitration Case⁷⁵⁾에서 이탈리아의 기계 매도인인 원고는 피고인 핀란드의 매수인에 대하여 세 번째 지급금의 미지급과 합의된 기간에 관련된 신용장을 발행하여 통지하지 않음에 따라 손해배상과 이자지급청구를 제기하였다.

당해 계약에서 CISG를 적용한다는 준거문언에 따라 중재판정부는 CISG를 적용하였다. 중재판정부는 CISG 제64조 제(1)항 제(b)호에 따라 매도인의 계약해제선언을 인정하였다. 즉 합의된 기간내에 신용장을 통지하지 못하였으므로 매수인은 대금지급의무와 관련된 제53조와 제54조의 요건을 충족하지 못하였다고 판정했으며, 그리고 중재판정부는 그것이 중요한 계약위반을 규정하고 있는 제25조에 따라 단순한 매수인의 대금지급지연은 그 자체적으로 항상 중

71) P. Schlechtriem, "Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods," Manz, 1986, p.38 ; I. Schwenzer, op.cit., p.1088, p.1091.

72) B. Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffre, 1987, p.85.

73) 신의칙의 기준이 애매하며 법적 안정성을 결여한다는 논의는 1978년 협약초안에 신의칙이 규정되었을 때에도 거론되었다는 것은 전술한 바와 같다.

74) 판례도 신의칙을 CISG의 기초가 되는 일반원칙이라는 견해이다(CLOUT Case 94, 547 등).

75) ICC Arbitration Case No. 7585 of 1992.

요한 계약위반이 되는 것은 아니라고 설명하였다. 그런데 이 사건에서 매도인은 매수인이 대금지급을 위한 자금원을 가지고 있지 않은 것이 분명했음에도 불구하고 계약이 해제를 선언하기 전에 몇 개월을 기다렸다. 따라서 중재판정부는 매수인의 지급불이행과 매도인에 의한 계약해제선언 간의 기간을 제63조 제(1)항과 제64조 제(2)항에 따라 매수인이 설정한 추가적인 이행기간으로 간주하였다. 따라서 중재판정부는 제78조와 제84조에 기초하여 매도인이 미지급금의 이자⁷⁶⁾에 대한 청구권이 있다고 판정하였다. 그리고 CISG에는 이자율에 대한 명백한 규정이 없기 때문에 당해 매매계약의 재무적 측면은 독일의 마르크와 관계되므로 적용이자율은 독일의 이자율이라고 판정하였다.

그리고 중재판정부는 매도인이 제기한 손해배상청구, 즉 첫째는 인도되지 못한 기계의 보호와 그 비용 및 법적 중재비용에 대한 손해배상, 둘째는 희망이익의 상실에 대한 손해배상은 한 당사자의 계약위반에 따른 계약의 해제시에 통상적인 것이기 때문에 제74조에 따라 서 예견가능한 것으로 간주되어야 한다고 판정하고, 제77조를 인용하여 매도인이 청구한 첫 번째 부분의 손해배상 총액을 지급할 것을 판정하였다. 그리고 중재판정부는 제75조⁷⁷⁾에 따라서

76) CISG 제78조상의 이자율과 관련된 구체적인 내용은, 김태경, “CISG 제78조(연체이자 청구권)에 대한 고찰,” 무역상무연구, 제31권, 한국무역상무학회, 2006, pp.4~16, 배준일, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 이자지급규정의 적용범위에 관한 연구,” 무역상무연구, 제13권, 한국무역상무학회, 2000, pp.235~249 참조; CISG는 이자를 받을 권리를 인정하고 있으나 이자율에 대하여는 규정하고 있지 않다. 이자율에 대하여 협약이 적용되지 않고 준거법인 국내법이 적용된다는 입장을 취한 판례(Belgium; 21.01.1997; UNILEX AR 1972/96, Germany; 27.07.1995; UNILEX 1 U 247/94, Italy; 29.12.1999; UNILEX 468, Germany; 24.03.1998; UNILEX 102 O 59/97, Switzerland; 09.09.1993; UNILEX HG930138 U/H93, Germany; 25.05.1999; UNILEX 102.0.181/98, Arbitral Award; 00.00.1994; UNILEX 7565/1994, Arbitral Award; 21.03.1996; UNILEX, Arbitral Award; 29.12.1998; UNILEX, Arbitral Award; 15.10.2002; UNILEX 2319)와 협약에 의하여 규율되나 협약으로 명시적으로 해결되지 않으므로 법정지 국제사법규칙이 지칭하는 준거법인 국내법이 적용된다는 입장을 취한 판례(Germany; 12.05.1995; UNILEX 31 C 534/94, Germany; 20.07.1995; UNILKEX 41 O 111/95, Switzerland; 20.12.1994; UNILEX, Switzerland; 28.10.1997; UNILEX C1 97 167)가 있는 반면, 협약의 기초가 되는 일반원칙에 의하여 해결하여야 한다는 입장을 취한 판례가 발견된다(Arbitral Award; 15.06.1994; UNILEX SCH-4366, Arbitral Award; 00.00.1995; UNILEX 8128, Arbitral Award; 00.00.1996; UNILEX 8769).

77) UCC와 CISG의 경우 손해배상금 산정원칙과 관련하여 표현상의 차이는 있어도 UCC 제2-712조와 CISG 제75조는 거의 유사한 내용으로 되어 있다. UCC 제2-708조·제2-713조와 CISG 제76조를 비교해 보면 양자 모두 상대방이 완전히 이행한 것과 같은

기계를 재판매한 매도인은 계약가격과 대체거래가격 간의 차액을 보상받을 권리가 있다고 판정하였다. 또한 당해 계약에는 두 가지의 위약금조항⁷⁸⁾이 있었다. 첫째는 매수인의 권리에 관한 조항으로 물품이 인도되기 전에 매도인의 불이행으로 매수인에 의하여 계약이 종료되는 경우, 매수인은 이자 없이 자신의 지급금액의 반환을 청구할 수 있다는 조항이고, 둘째는 당해 계약이 불가항력을 포함하여 매수인의 요청 또는 불이행으로 인하여 계약이 종료되는 경우 매도인은 가격의 30%의 금전보상의 권리가 있다는 조항이었다. 이 사건의 쟁점은 손해배상에 추가하여 위약금에 대한 매도인의 권리문제이었다.

이에 대하여 중재판정부는 위약금조항은 CISG와 CISG 제7조 제(2)항의 첫 번째 규정에 따라 CISG가 기초로 하고 있는 일반원칙에 따라서 해석되어야 한다고 판단하고 신의칙에 따라 손해배상에 추가하여 계약에 포함되어 있는 위약금조항의 금전보상을 매도인에게 허용하였다.⁷⁹⁾

CISG의 규정에 대한 다양한 해석이 나오는 경우에 최종적으로 결론을 내릴 수 있는 국제적인 최고법원이 존재하지 않기 때문에 협약의 통일적인 해석 원칙을 달성하기 위해서는 다음과 같은 방법을 사용할 수 밖에 없다고 본다. 즉 CISG체약국은 다른 체약국의 협약관련 국내판결을 존중하여 그 속에서 해석의 통일성을 모색해야 한다는 것이다. 물론 전제조건으로 한 체약국이 사례를 다른 체약국이 활용할 수 있도록 사례정보의 개방과 활용이라는 문제를 극복해야 할 것이다. CISG 해석상의 통일성을 위해서 각 체약국은 다음의 두

상태로 상대방을 두려고 하고 있는 점은 같다. 그러나 제2-713조의 경우 시가의 적용시기를 매수인이 위반을 안 때의 시가로, 제2-708조의 경우 제공시의 장소의 가격으로 각각 규정하고 있다. 이는 시가와 적용시기를 해제시 또는 물품의 수취시의 시가로 규정하고 있는 CISG 제76조와는 차이가 있다. 그러나 손해배상금 산정원칙에 대해 용어상의 차이에도 불구하고 손해배상금 산정원칙에 대한 제한을 두고 있는 점 등은 전반적으로 일치한다. 또한 손해배상금산정에 대한 일반원칙의 경우 UCC는 상해에 대해 제 2-715(2)조가 인정하는데 비해 CISG는 제74조상에 인정하지 아니하고 있다(오세창, “국제물품매매계약하의 손해배상금 산정에 관한 연구,” 무역상무연구, 제17권, 한국무역상무학회, 2002, p.60).

78) 위약금조항에 대하여는 CISG가 적용되지 않고 법정지 국제사법규칙이 지정하는 준거법인 국내법이 적용된다(Arbitral Award; 00.00.1992; UNILEX 7197/1992). 위약금조항의 유효성이나 위약금의 감액에 대하여는 CISG가 적용되지 않고 준거법인 국내법이 적용된다(Arbitral Award; 00.03.1999; UNILEX 9978, Netherlands; 22.08.1995; UNILEX 94/305)

79) 배정환, 전제논문, pp.168~169.

가지를 유의해야 할 것이다. 첫째, 관련사건에 관한 특정계약국의 국내규범이 다른 계약국들에서 오랫동안 일관적으로 적용되어 오고 있는 사례와 다르게 규정되어 있다면 그 특정계약국은 자신의 규범적용을 배제해야 한다. 둘째, 특정 계약국의 법원은 CISG 제39조 제1항에 규정되어 있는 합리적 기간과 같은 개방형 법개념을 충분한 숙고없이 그 지침을 제시하지 말아야 한다. 왜냐하면 CISG의 초안자들이 이런 개방형 법개념을 특정계약국에게 협의로 정의하도록 예정시킨 것이 아니라 개별사건에 따라 그 개념을 정립하도록 각 계약국 법원에게 위임시켰기 때문이다.⁸⁰⁾

한편 CISG의 기초가 되는 일반원칙에 UNIDROIT, PICC와 PECL 등의 국제규칙이 포함되는지 여부에 대해서는 어느 일정한 조건 하에서는 긍정되어야 할 것이다. 즉 협약과 관련된 사항에 대한 것으로써 협약을 해석 내지 보충하기 위해서라면 PICC와 PECL 등은 이용되어야 하며 실제로 이용되고 있다.⁸¹⁾ 실제로 이용되는 예로서 예컨대 CISG 제78조는 이자의 지급을 받을 권리를 규정하고 있지만 이자에 대한 구체적인 기준을 규정하고 있지 않다. 이로 인해 PICC 제7조 제4항 제9호가 자주 이용되고 있다.⁸²⁾ 이 같은 예는 협약이 규정하는 문제에 대해 PICC를 이용하는 경우이지만 PICC는 협약의 규정을 해석 또는 보충하기 위해 이용되고 있다.⁸³⁾ 그러나 지금은 PICC가 CISG 제7조 제(2)항의 일반원칙이라는 판례(중재판정)도 있다.⁸⁴⁾

계약상의 정형조항(boiler-plate provision)이 제7조 제(2)항과 깊게 관련되어 있을 가능성이 있다. 즉 양도, 분쟁해결, 준거법 등에 대해서는 CISG에는

80) 손태우, 전제논문, pp.403~404.

81) S. Vogennauer & J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(PICC)*, Oxford University Press, 2009, pp.166~167 ; Felemegas, J., op.cit., p.31, p.38.

82) CLOUT Case 93, 499, ICC 중재 No.8128, No.8769 등 참조.

83) F. Ferrari, "Interpretation and gap-filling: Article 7," in Franco Ferrari, Hary Flechter, Ronald A. Brand (ed.), "The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention," Sellier, European Law Publishers, Sweet & Maxwell, 2004, p.138, pp.169~170.

84) E. H. Reiley, E. H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transactional Law*, Carolina Academic Press, 2008, pp.61~65 ; ICC Arbitration No.8817 Collection of ICC Arbitration Awards 1996~2000 Vol.IV, Kluwer Law International, 2003, p.415.

규정이 없으므로,⁸⁵⁾ 계약서의 조항이 제1조에 존중된다. 이로 인해 제7조 제(2)항에 따라 예견할 수 없는 일반원칙에 따라 보충해석될 위험을 회피하기 위해 계약서에 빠뜨리지 않고 기입해 둘 필요가 있을 것이다. 특히 CISG의 적용 또는 배제 중 어느 쪽을 선택하는 경우라도 묵시적 합의의 유무 등의 논의를 피하고 예견가능성을 제고하기 위해 계약 중에 명시적 준거법 합의를 해두는 것이 바람직하다. 또한 CISG를 적용하는 경우에는 제7조 제(2)항의 일반원칙이 반드시 명확하지 않으므로 PICC를 CISG와 함께 적용하거나 적용배제한다는 취지를 계약서에 기입하는 것도 고려될 수 있다.⁸⁶⁾

IV. CISG의 신의칙과 판례

CISG의 신의칙을 취급한 몇 가지 대표적인 판례를 검토하여 협약에서의 신의칙의 특징으로 되는 내용을 설명한다.

1. 합리적 기간내의 부적합통지

CLOUT 549에서는 포도주의 국제매매와 관련하여 매수인이 화환신용장의 발행에 시간이 걸려 당사자 간에 합의한 시기에 상품을 매입하지 않은 결과 상품의 품질이 저하된 사안으로 계약위반의 유무와 손해배상청구의 여부가 문제시되었다. 하급심은 매수인에게 약 1,700만페세타의 배상을 명령하였기 때문에 매수인은 상소하여 CISG의 적용을 주장하였다. 상소심은 CISG 제1조 제1(1)항 제(a)호에 따라 이 협약을 적용한 후 아래의 해석을 하였다.

즉 총론으로서 제7조에 관한 통일적인 해석의 필요성을 주장하여 국제거래의 현상을 감안하여 국내법과는 다른 CISG 독자의 해석을 할 필요가 있으며 CLOUT 등에 의해 타국의 재판예를 참조하여 해석의 통일을 해야 한다고 한 후 CISG 외에 Incoterms, 국내외의 재판례, 스페인 국내법, 계약과 양 당사자의 주장과 증거를 기초로 판단하였다. 예컨대 이 사안의 매매계약에는 Ex

85) 다만 분쟁해결에 대해서는 제19조 제(3)항, 제81조 제(1)항에 다소 규정이 있다.

86) 杉浦保友·久保田隆, *ウィーン売買条約の実務解説*, 中央経済社, 2009, p.30.

Factory조항이 포함되어 있으므로 법원은 Incoterms 2000을 근거로 해석하였다.

매수인은 계약상 유효한 매입기간 내에 상품을 매입하였다고 주장하였지만 법원은 CISG 제33조와 제7조(신의칙)에 따라 계약위반이 있었다고 해석하였다. 즉 계약에 기술된 상품의 매입기간은 상품의 성질과 밀접하게 관련되어 있으며 이 사안의 경우 상품제조가 곤란하므로 매수인에게 기한의 이익을 자유롭게 향유하게 되며 매도인에게 중대한 위험을 부담시키는 결과로 되므로 법원은 상품의 매입기간 내에 순서대로 매입되는 것이 양당사자간에 합의되었다고 해석하였다.⁸⁷⁾ 또한 거증책임은 매수인에게 있다고 한 후에 포도주는 시간이 경과함에 따라 품질이 저하되므로 신속하게 검사해야 하는 바 매수인은 Ex Factory조항이 있는데도 불구하고 미국의 목적지에 도착하기까지 검사하지 않고 수송수단도 부적절하며 합리적 기간내에 품질부적합을 매도인에게 최고하지 않았기 때문에 상품의 부적합을 원용할 권리를 상실했다고 판시하였다.⁸⁸⁾

2. 부적합통지와 신의칙

매수인으로부터 부적합한 통지를 받은 매도인의 합리적 기간내가 아니었다는 주장과 관련하여 신의칙에서 판정하고 있는 많은 판례가 있다.

CLOUT Case 94에서 오스트리아 매도인-독일 매수인으로 하는 강재의 매매에 있어서 물품의 하자에 대한 매수인의 손해배상청구에 대해 매도인은 매수인의 부적합 통지가 적시가 아니었다고 항변하였다. 오스트리아중재법원은 매도인은 금반언의 원칙에서 그 항변을 주장할 수 없다. 왜냐하면 매도인은 그

87) CLOUT 251.

88) 이 외에 CISG 제39조 제(1)항에서 매수인의 부적합한 통지에 대한 판례인 예컨대 CLOUT Case 123에서 독일최고법원은 외국산 조개의 인도 후 1개월은 카드늄 함유량의 통지에 대해 합리적 기간내라는 판정이다. 또한 CLOUT Case 202에서 프랑스항소법원은 물품의 인도후 다음 달은 합리적 기간내라고 판정하고 있다. 그런데 CLOUT Case 608에서 이탈리아법원은 도자기의 인도 후 6개월은 합리적 기간내가 아니라고 판정하고 있다. 또한 CLOUT Case 397에서 스페인법은 북미제품인 음료수 냉장용기기의 인도 후 1997년 가을부터 1998년 5월은 합리적 기간내라고 할 수 없다고 판정하였다. 즉 일반적으로 합리적 기간의 비합리성은 극단적으로 장기라고 보고 있다.

항변을 하지 않을 것이라고 매수인이 신뢰할 행동을 했기 때문이다. 즉 부적합의 통지를 받은 후 매도인은 매수인에게 문의를 계속하고 있으며 화해를 하기 위해 매수인과 교섭을 계속하였기 때문이라고 판정하였다.⁸⁹⁾

CLOUT Case 219에서 스위스법원은 이탈리아 매도인·스위스 매수인간에 분명한 하자가 있는 볼도저의 매매에 대해 매수인이 계약시에 검사를 한 사실과 신의칙에서 나중에 부적합에 대한 클레임을 제기하는 것은 정당하지 않다고 보고 있다. 더욱이 매수인은 부적합한 통지를 하지 않았다고 판정하였다.

CLOUT Case 230에서 독일최고법원은 독일 매도인·오스트리아 매수인간의 내구성 상품(표면보호 필름)의 매매에 대해 매도인·매수인간에 부적합에 대해 협의, 교섭을 행한 것에 의해 매도인은 부적합한 통지를 받을 권리를 포기하고 있지 않지만 사건의 여러 사정을 고려하여 판단하면 매도인은 나중에 되어 CISG 제38조와 제39조를 원용하는 것이 허용되지 않는다고 판정하고 있다.

CLOUT Case 337에서 아이스크림점용 내장가구의 매매에 대해 매수인이 상품을 수령하여 대금지급을 위한 어음을 교부한 때 부품의 부족과 품질불량에 대해 아무런 지적도 없었지만 그 후가 되어 부족과 불량을 주장하였다. 독일법원은 상품의 부족과 불량은 수령시에 매수인이 검사하여(CISG 제38조), 통지(CISG 제39조)해야 했는데 그 이후가 되어서는 신의칙에 기초하여 그 주장은 허용되지 않는다고 판정하였다.

3. 공정거래와 신의칙

CLOUT Case 168에서 이탈리아 매도인·독일 매수인으로 하는 중고차업자간의 거래에 대해 실제의 주행거리를 알고 있는 매도인이 주행거리에 대해 주행거리계(odometer)를 위장하여 매수인에게 판매하였는데, 매수인의 손해배상 청구에 대해 매도인이 CISG 제35조 제(3)항의 항변을 원용한 것이다. 매도인의 항변은 계약시에 매수인은 중고차의 부적합을 알고 있거나 알지 못하는 것은 있을 수 없었다(제35조 제(3)항)고 하고 있지만 독일항소심법원은 매수인이 계약시에 자동차의 부적합을 탐지할 수 있었다고 해도 매도인은 실제의 주행거리를 알고 있어 사기적이므로 CISG 제40조와 제7조 제(1)항에 규정되어 있

89) 전술한 CLOUT Case 94의 오스트리아중재판정부의 판정 참조.

는 일반원칙에 의해 제35조 제(3)항을 원용할 수 없다고 판정하였다. 여기서 말하는 일반원칙이란 신의칙을 말한다. 독일항소법원은 사기적 매도인보다도 계약시에 자동차의 검사를 게을리 한 과실있는 매수인 쪽을 보호할 가치가 있다고 하여 공정거래원칙을 표명하고 있다.

4. 당사자의 협력의무

CLOUT Case 445는 독일 매도인-스페인 매수인으로 하는 중고기계의 거래에 대해 매도인의 표준거래조건의 인용요건에 관한 분쟁사안이다. 매도인의 매매확인서에는 표준거래조건이 인용되었지만 표준거래조건의 첨부는 없었다. 표준거래조건 중에 중고기계에 대한 면책조항의 기재가 있었다. 독일최고법원은 표준조건이 청약의 일부를 구성하는지 여부는 CISG 제14조, 제18조와 제8조에 의해 결정된다. 표준조건이 청약의 일부를 구성한다면 청약을 수령한 자에게 표준조건을 검토할 합리적 기회가 제공되어야 한다고 하여 이 사건과 같은 표준조건의 인용은 제7조 제(1)항에 규정되어 있는 국제거래의 신의와 당사자간의 협력의무에 위반한다고 판정하였다. 당사자의 상대방에 대한 협력의무는 상대방에 대해 표준조항을 점검하는 것을 요구해 상대방이 점검하지 않는 경우에는 상대방에게 점검하지 않은 것에 대한 책임을 부담시키는 것이다. 따라서 표준조항은 청약에 첨부되어 있거나 청약을 받은 자의 처분 하에 놓여 지는 경우에만 청약의 일부를 구성하는 것이라고 판정하였다.

5. 계약해제의 의사표시와 신의칙

CLOUT Case 133에 있어서 이탈리아상사를 매수인, 독일회사를 매도인으로 하여 11대의 자동차의 매매에 대해 매도인은 계약 후 8월에는 5대, 10월에는 나머지의 6대의 인도 준비를 완료하였는데 매수인은 독일-이탈리아간의 통화의 교환비율이 급격하게 변동하였기 때문에 당해 자동차의 인수는 불가능하게 되었다고 하여 인수를 하지 않아 분쟁으로 되었다. 독일항소심법원은 이 사건 당사자간에 자동차의 정확한 인도일에 대해 합의하지 않았으므로 매도인이 인도준비를 완료한 사실에서 매도인의 불이행은 없으며 인도를 하지 않은 것을 이유로 하는 매수인의 계약해제권은 상실되고 있다. 2년 반을 경과한 현

재의 시점에서 해제 의사표시를 허용하면 CISG 제7조 제(1)항의 신의칙에 위반하는 것이 된다고 판결하였다.

CLOUT Case 277에서 독일 매도인·영국 매수인간의 CIF Rotterdam조건의 철강 물리브덴의 거래에 대해 매도인은 인도기일에 인도를 이행하지 않았다. 부가기간 경과 후 매수인은 제3자로부터 매입하고 매입가격과 계약가격과의 차액을 매도인에게 청구하였다. 독일법원은 CIF Rotterdam조건의 의미는 어느 확정일(a fixed date)에 인도를 필요로 하는 계약이다. 매도인이 인도 의무의 이행을 거부한 경우 매수인에 의한 명시적 해제의 의사표시는 필요없다. 또한 해제의 의사표시를 필요로 하는 것은 CISG 제7조 제(1)항의 신의칙에 반한다고 판결하였다.

6. 매도인에 의한 부적합의 치유

CISG 제48조는 매도인에 의한 부적합의 치유를 규정하고 있다. 이 경우 제49조의 매수인의 계약해제와의 관계가 문제로 된다.

CLOUT Case 339에서 독일 매수인과 매도인간의 스킨트와 셔츠용 직물의 매매에 대해 매수인은 매도인이 인도한 직물은 사이즈와 품질이 부적합하다고 하여 인수를 거부하고 문제가 없는 상품의 재인도를 요구하였다. 매도인은 별도의 직물의 샘플을 매수인에게 송부하고 당초 인도한 직물에 대해 매수인이 직면한 문제점의 정보제공을 요구하였는데 매수인은 수령을 거부하고 매도인은 계약가격의 지급을 청구하여 제소하였다.

독일법원의 판단은 CISG 제49조 제(2)항 제(b)(ii)호와 (iii)호는 매도인에게 계약의 이행을 완료할 기회를 제공한 후에 비로소 매수인은 계약을 해제할 수 있다는 의미이다. 매수인은 문제가 없는 상품의 성질을 특정하지 않고 샘플을 송부받은 별도의 직물의 수령을 거부한 것에 의해 제48조의 매도인에 의한 부적합을 치유할 권리의 행사를 방해한 것이므로 이 사건에서 매수인은 계약해제권을 상실하고 있다. 이 사건에서 독일법원은 명시하지 않고 있지만 판정의 취지에서 보아 이 사건도 CISG 제7조 제(1)항의 신의칙에 기초하여 판단하고 있는 것은 분명하다.⁹⁰⁾

90) CISG 제48조상의 동 취지와 관련된 판례로서 UNILEX 2001.12.13 Italy Tribunale di

7. 손해경감의무와 신의칙

전술한 CLOUT Case 133에서 매도인은 매수인으로부터 대금지급에 대해 은행보증을 취득하고 있었지만 매수인이 자동차의 인수를 하지 않고 인도의 연기를 요구하였으므로 매도인은 그 공급처로의 주문을 취소하여 은행보증을 실행하여 지급을 받았다.

매수인의 보증지급 반환청구에 대해 독일항소법원은 피고(매도인)는 CISG 제77조의 손실을 경감하기 위한 적절한 수단을 강구하지 않았다고 판정하였다. 즉 해당 자동차의 인도준비완료의 통지를 한 것에 의해 피고는 계약상의 의무를 이행한 것에 대해 원고(매수인)는 당해 자동차의 인수를 하지 않음에 따라 계약위반이 된다. 따라서 피고는 CISG 제61조 제(1)항 제(b)호와 제74조 상의 구제를 받을 권리가 있었지만 피고는 계약해제의 의사표시를 하지 않았으므로 자기의 손실을 경감할 의무를 무시하고 있어 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서 은행보증의 지급을 받을 권리는 없다고 판단하였다.

독일항소법원의 판단은 CISG 제77조와 같이 매도인은 매수인의 계약위반에서 발생하는 손실의 경감을 하기 위해 그 상황 하에서 할 수 있는 합리적인 조치를 강구해야 했다는 것이다.⁹¹⁾

8. 권리남용과 신의칙

CLOUT Case 154는 신의칙에서 권리남용은 허용되지 않는다고 판정된 사례이다.⁹²⁾ 프랑스 매도인과 미국 매수인간의 일정수량에 대한 청바지의 분할 인도 매매에 대해 계약에서는 매수인의 매도처는 남아프리카와 아프리카로 되

Busto Arsizio 판결 참조. 이탈리아법정은 매도인에 의한 치유의 결과를 기다리지 않고 매수인이 계약을 해제하는 것은 국제법(under international law)의 신의칙에 반한다고 보고 있다.

91) CISG 제77조의 판례는 CLOUT Case 93, 133, 318, 480, 631 등을 참조.

92) 한편 PICC 하에서 재판관할규칙에서 발전되어 왔던 것과 같은 권리남용을 별도의 규칙으로 발전시킬 필요는 없다. 이 접근에 관한 최초의 예는 로마법의 전통에 속하는 제도에서 발견할 수 있으며, 현재 권리남용의 규칙은 유럽계약법의 일반원칙에서도 볼 수 있다. 이 제도에서 개별규칙을 이용함으로써 도달한 실제 결과는 PICC 제1조 제(7)항 하에서 달성될 수 있는 것과 다르지 않다(S. Vogennauer & J. Kleinheisterkamp, op.cit., p.182).

어 있었다. 매도인이 매수인에게 반복하여 매도인측에 대해 증명을 요구하였는데 제2회 분할인도시에 이르러 매수인은 인도를 받은 상품을 스페인에 출하한 것이 판명되었다. 그래서 매도인이 그 이후의 인도를 거부하였으므로 이 사건이 쟁점이 되었다.

프랑스항소법원은 CISG 제8조 제1항을 적용하여 매수인은 목적지에 대해 알고 있으며 매도인의 의향을 존중해야 한다고 하여 매수인의 중대한 계약위반을 인정하였다.

더욱이 프랑스항소법원은 미국 매수인의 행위는 CISG 제7조에 규정되어 있는 국제거래에서의 신의칙에 위반하는 것이며 원고로서 매도인에게 소를 제기하는 것은 그 입장을 더욱이 악화시키고 있으며 그것은 공소권의 남용(abuse of process)이라고 하여 매수인에게 10,000프랑의 손해배상 지급을 명령한 것이다.

9. 금반언과 신의칙

CISG 제80조는 금반언을 포함하는 신의칙의 일반규정이다. 전술한 CLOUT Case 94는 협약의 신의칙에 근거한 금반언을 적용한 사례이다. 다음의 CLOUT Case 579는 CISG 제7조 제(1)항에 따라 국내법의 금반언에 대한 적용을 거부한 사례이다.

CLOUT Case 579는 캐나다회사를 신약용의 화학성분(clathrate)의 매도인(피고), 미국회사를 당해 화학성분을 사용하여 신약(혈액반응고제)을 개발하고 있는 매수인(원고)으로 하는 화학성분의 매매계약의 성립과 관련된 분쟁이다.

사실의 개요는 다음과 같다. 매도인은 성분의 샘플을 제공하고 신약용의 화학성분의 공급자로서 매수인에 의한 신약의 FDA인가취득을 위해 협력할 취지를 매수인에게 확인하고 신약용의 화학성분의 매수인에 대한 공급자라는 취지를 확인하는 서신(reference letter)을 FDA에 제출하였다. 한편으로 매도인은 비밀리에 제3자와 상업수량의 신약용에 대한 화학성분의 배타적 매매계약을 체결하였다. 매수인은 신약의 허가를 취득하여 매도인에게 상업수량의 신약용의 화학성분을 주문하였지만 매도인은 거부하였다.

미국법원(연방지방법원 S.D.N.Y.)은 매도인·매수인 간 신약용의 화학성분공급의 확인과 서신과 관련된 계약의 성립과 해석에 대해 CISG는 업계의 관습

과 관행을 강력하게 실시하는 것이라하여 이 사건에 대해 계약의 성립을 인정하였다. 그리고 원고가 주장하는 미국법의 약속적 금반언(promissory estoppel)이 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호⁹³⁾와 같다면 협약보다도 미국법을 적용하는 것은 제7조 제(1)항의 협약의 통일성과 확실성의 목표를 저해하는 것이 되어 미국법의 적용은 배제된다. 그러나 원고가 주장하는 미국법의 약속적 금반언은 제16조 제(2)항 제(b)호와 요건이 다른(채권자의 신뢰와 채무자의 예견가능성을 필요로 한다) 것이므로 미국법의 적용은 배제되지 않는다고 미국법원은 판단하였다.

미국법원은 제7조 제(1)항, 제9조, 제14조 등을 적용하여 원고의 주장을 받아들여 협약 하에서 계약의 성립을 인정한 것이다. 또한 미국법에 의해서도 계약의 성립을 인정하는 결론으로 되고 있다.

10. 기타의 신의칙

기타의 점에 대해 CISG의 신의칙이 문제로 된 판례인 예컨대 CLOUT Case 333에서 스위스법원은 매수인의 조직변경 후 누가 매수인인지 명백하지 않은 경우 CISG 제7조에 의해 신의칙과 모든 관련 있는 상황을 고려하여 해석한다고 판정하였다.

CLOUT Case 605에서 오스트리아법원은 임의대리의 대리인의 행위에 대해 CISG 제7조 제(1)항의 신의칙을 근거로 해석하였다.

CLOUT Case 645에서 매수인의 이행불능이 아닌 이행곤란의 경우에 대해 매수인은 신의칙에서 면책을 주장하였지만, 이탈리아법원은 CISG 제7조 제(1)항에 비추어 매수인과 관련된 상황은 매수인의 계약위반을 면책하지 않는다고 판결하였다. 더욱이 그 결론은 제7조 제(2)항에 의해 이탈리아법에 의해서도 마찬가지라고 판결하였다.

이상과 같이 CISG의 전역에 있어서 신의칙이 적용되고 있다는 것을 알 수

93) CLOUT Case 94.에 있어서 오스트리아 중재판정부는 금반언에 대해 CISG에는 명시적으로 규정되어 있지 않지만 CISG 제7조 제(2)항을 적용하고 또한 CISG 제16조 제(2)항 제(b)호와 제29조 제(2)항을 인용하면서 금반언 또는 자신의 행동에 반하여 행동하는 것(venire contra factum proprium)의 금지는 CISG의 기초가 되는 일반원칙을 구성하고 있다고 판정하였다.

있다. CISG 제7조 제(1)항의 명문의 규정에 불구하고 협약의 해석이나 그 적용에 대해서도 신의칙이 이용되고 있다.

V. 결 론

CISG 자체에서도 이 협약에 대한 국내법적 해석을 방지하기 위한 규정을 두고 있다. 즉 CISG 제7조에서 판사로 하여금 CISG를 국내적 시각이 아니라 국제적인 시각에서 해석해 줄 것을 요구하고 있다. 따라서 판사는 CISG의 어떤 규정을 해석함에 있어서 처음부터 국내규범에 의존해서는 안된다. CISG 제7조 제(2)항에서도 명확하게 협약의 해석근거를 협약자체에서 도출해야 한다고 규정하고 있다. 어떤 쟁점이 협약의 내용에서 구체적으로 해결되지 않는다면 협약의 기초가 된 법의 일반원리로 해결되어야 할 것이다. 이러한 법의 일반원리를 파악함에 있어서 협약의 전반적인 목표인 법적 장애의 제거를 통한 국제무역의 증진을 충분히 고려하여야 한다. 결국 CISG 제7조의 의의는 협의로 해석하면 협약의 구체적 규정을 해석함에 있어서 국내적이고 차별적인 법적 개념사용을 금지하는데 있고, 광의로 해석하면 협약의 규정에 직접적 근거를 두지 않는 새로운 규범을 창출할 수 있는 권한을 법원에 부여하는 것이다.⁹⁴⁾

판례에 의하면 CISG 제7조의 신의칙은 국제거래 당사자의 계약관계를 규율하는 기본원칙의 하나라고 볼 수 있으며 그 기준은 국내법의 개념에 의해 결정되는 것이 아니라 국제거래에서 공통인 신의의 기준에 의해 결정되어야 한다.⁹⁵⁾ 현재 세계의 법제도에서 CISG의 구체적인 판결·중재판정은 각국 법원·중재판정부에 의해 이루어진다. 그러므로 각국 법원이 국제거래에서 공통의 신의의 기준을 어떻게 어디에서 찾을 수 있을지가 과제가 된다.

94) P. Koneru, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach based on General Principles*, 6 Minn. L. Global Trade, 1997, p.116.

95) UNILEX 30. 11. 1998 Mexico M/115/97 COMPROMEX para la proteccion del Comercio Exterior de Mexico.

제7조 제(1)항의 협약해석과 그 적용의 통일성에 대해서는 주로 타국에서의 법원·중재판정부의 판례를 참조하는 것이 통일성을 달성하는 유일한 방법이라고 보고 있다.⁹⁶⁾ 실제로 스페인법원, 이탈리아법원과 미국법원 등에서 CISG를 적용하는 판단에 있어서 CISG에 의해 판단한 외국판례를 참조한 사례가 있는데, 그 경우 CLOUT, UNILEX 등을 참조하고 있다.

그러나 CISG에 의해 판단한 외국판례를 참조한다고 해도 그것을 참조하는 각국 법원은 그 외국판례에 구속받지 않는다. CISG의 외국판례에 대해 각국 법원에서 상소를 받을 수 있는 세계 법원은 현재 존재하지 않으므로 외국판례에 선례구속성은 없다. 어디까지나 각국 법원이 참고로 하여 참조할 뿐이다. 이것은 외국판례의 설득력(persuasive value)이라 말해지는 것이다. 각국 법원에서 보아 이 같은 시스템에 대해 문제가 있으며 이 시스템에 한계가 있다고 할 수 있는 것은 외국판례를 정확하게 아는 것이 실제로 곤란하다는 것이다.

이로 인해 UNCITRAL의 1988년 결정에 의해 외국 법원이 참조할 수 있도록 CLOUT의 제도가 도입되고 있다. CISG를 포함한 UNCITRAL관련법의 각국 법원에 의한 해석과 적용에 대한 판결·중재판정의 공용어에 의한 영문초록(Abstracts)이 집적되어 있으며, 또한 UNCITRAL에는 각국 법원·중재판정부의 판단이 각국의 연락사무소로부터 원문대로 수집되어 공개되고 있다. CLOUT 외에 UNILEX와 Pace대학, 기타의 D/B에도 정보가 집적되어 있으며, CISG-online이라는 CISG에 관한 각국판례의 D/B도 형성되어 있다.⁹⁷⁾

우리 법원은 이들 외국판례를 참조하여 CISG의 통일적 해석과 적용에 유의하고 있다. 그 경우 협약 정문(正文)이며 세계 공통어인 영문의 것을 이용할 수 있으므로 이 같은 시스템 하에서도 외국판례의 참조에 그다지 곤란은 없다고 본다. 이 경우 CISG의 통일성과 자율성의 요청으로 인해 우리 국내법의 기준을 참조하지 않도록 주의해야 한다. CISG의 범위 외의 사항에 대해 CISG 제7조 제(2)항에 따라 국제사법의 준칙에 의해 한국법을 준거법으로 하는 경우에만 한국법이 적용된다.⁹⁸⁾

96) I. Schwenzer, op.cit., pp.124~127. 전술한 스페인법원의 견해 중에서 CISG의 통일적 해석과 적용을 확보하는 유일한 방법은 외국판례를 참조하는 것이며 이를 위해 CLOUT 시스템을 이용하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

97) D/B에 대해 CLOUT, UNILEX, Pace대학 외에 CISG-online <http://www.CISG-online.ch>도 있다 ; I. Schwenzer, op.cit., pp124~125 참조.

UNCITRAL의 CLOUT이든 기타 각종의 D/B이든 외국판례의 집적의 효시에 있어서는 CISG조문의 해석과 적용에 대해 세계 판례법의 형성이 바람직하다.⁹⁹⁾ 실제로 UNCITRAL은 그 방향으로 활동하고 있다. CLOUT 자체는 그 이름이 시사하는 바와 같이 CISG조문의 판례법으로써 CLOUT Cases 등을 집적하여 CISG와 관련하여 Digest의 작성이 진전되고 있으며 공표되고 있다.¹⁰⁰⁾ 이 같은 세계판례법의 형성은 CISG 제7조 제(1)항이 목표로 하는 방향이라고 할 수 있다.¹⁰¹⁾ CISG에 기초하여 이루어지는 국제거래에서의 신의칙에 대해서도 CISG 제7조 제(1)항과 기타 CISG에서의 신의칙 조항을 취급한 각국의 판례가 우리나라의 판례도 포함하여 CLOUT와 UNILEX 등의 D/B에 집적되어 세계 판례법의 형성으로 진전될 것이라 본다. 이를 통해 국제거래에서 공통인 신의칙의 기준이 형성되어 갈 것이다.

우리나라는 CISG의 체약국으로써 우리나라의 판례·중재판정을 원문대로 밖으로 발신할 필요가 있으며 또한 그 원문을 UNCITRAL에 보고할 필요가 있다. 따라서 CISG를 적용한 우리나라 판례를 집적하고 또한 영문초록(Abstracts)을 작성하여 UNCITRAL에 보고하기 위한 우리나라의 체제를 견고히 하고 이들의 D/B를 구축해야 하는데 이를 위한 연락사무소의 존재가 필요하게 된다. 우리나라는 CISG의 체약국으로써 CISG에 기초하여 거래가 이루어질 경우 우리나라를 기점으로 하여 CISG의 세계가 더욱더 확대될 것이다.

우리나라도 CISG의 체약국으로서 국내에서는 민법, 상법 그리고 CISG가 국제물품매매계약에 적용될 수 있는 대표적인 법원으로 자리잡고 있다. 이러한

98) 김인호, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약에 관한 판례의 동향”, 국제거래법연구, 제14집 제2호, 국제거래법학회, 2005, p.102 ; 오원석·하강헌, 국제물품매매법, 박영사, 2004, p.13.

99) PICC와 PECL 등의 국제 리스테이트먼트와 별도로 CISG 조문의 해석과 적용에 대해 세계판례법을 형성해야 하며 오늘날 현재 실제로 그 같은 방향으로 나아가고 있다.

100) http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html UNCITRAL Digest에서 CISG의 각 조문별로 CLOUT Cases와 UNILEX 등의 판례와 관련된 Digest가 수록되어 있다.

101) CISG 제7조 제1항은 통일적 해석유지를 위해 다른 체약국에서의 설득력 있는 판결 등을 참조할 수 있도록 특히 영미법계 국가의 재판관을 선례구속의 원리로부터 개방한다는 의미를 가진다고 하고 있지만 이것을 더욱이 부연하면 본문에서 언급한 의미로 해석될 수 있다(曾根和明·山手正史, 전거서, p.69).

법체계가 국제물품매매계약에서 상호 조화롭게 해석·적용되어야 할 것은 당연한 일이다. 문제는 이를 법체계의 국내적 법조화에만 지나치게 집중한다면 자칫 CISG를 해석함에 있어서 관련 국내 민법 또는 상법의 해석에 의존하거나 CISG를 적용함에도 기존 민법·상법을 우선적으로 적용하는 등 국내적 사고와 틀을 벗어날 수 없다는 점이다. 즉 사고는 국제적으로 하지만 행동은 여전히 국내적으로 하는 이율배반적 행위가 우려된다. 따라서 CISG의 국내법화에서 유의해야 할 것은 엄연히 국제협약의 내용과 취지를 담고 있는 CISG를 적용·해석함에 있어서 국제적 차원의 통일적 해석과 적용을 해야 한다는 것이다. 이를 통해 우리 매매계약법의 국제화를 촉진시킬 뿐만 아니라 법정지로서의 한국의 국제적 위상강화 및 선진법 문화의 토착화를 달성할 수 있을 것이다. 또한 CISG를 국내법으로 시행하고 있는 우리나라로서는 협약의 국제적 성격과 적용상의 통일성을 위해 관련문제를 협약에서 자체적으로 해결해야 할 것이며, 협약의 보충법원으로 국제적인 법의 일반원칙과 다른 협약국의 선례를 국내규범보다 우선적으로 적용하는 성숙한 국제적 법문화를 조기에 정착시켜야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김기범, “CISG상의 연착된 승낙과 청약의 취소통지 연착에 관한 연구: 우리나라 민법에의 적용 가능성과의 연계연구,” 국제상학, 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007.
- 김선국, “국제물품매매협약에 관한 미국판례의 동향,” 상사법연구, 제21권 제2호, 2002.
- 김선국, “국제물품매매협약과 미국계약법,” 국제거래법연구, 제13집, 2004.
- 김선국, “구두증거 배제의 원칙-그 적용상의 문제와 현대적 의미에 관하여-”, 경영법률, 제16권 제2호, 한국경영법률학회, 2006.
- 김선광, 비엔나협약해설, 경남대학교 출판부, 1997.
- 김인호, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약에 관한 판례의 동향”, 국제거래법연구, 제14집 제2호, 국제거래법학회, 2005.
- 김태경, “CISG 제78조(연체이자 청구권)에 대한 고찰,” 무역상무연구, 제31권, 한국무역상무학회, 2006.
- 김형배, 민법학강의[이론, 판례, 사례](제4판), 신조사, 2005.
- 배정한, “국제물품매매계약에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구,” 한국경상논총, 제18권 제1호, 한국경상학회, 2000.
- 배준일, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 이차지급규정의 적용범위에 관한 연구,” 무역상무연구, 제13권, 한국무역상무학회, 2000.
- 손태우, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 적용상의 통일성에 관한 최근 미국 판례의 태도와 그 개선책에 관한 고찰”, 법학연구, 제47권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2006.
- 석광현, “국제물품매매협약가입과 한국법에의 수용,” 상사법연구, 제21권 제2호, 2002.
- 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰,” 무역상무연구, 제43권, 2009.
- 오세창, “국제물품매매계약하의 손해배상금 산정에 관한 연구,” 무역상무연구, 제17권, 한국무역상무학회, 2002.
- 오세창, “청약과 관련된 CISG규정하에서 이루어지는 전자통신에 유엔전자협약

- 적용시 유의사항,” 무역상무연구, 제38권, 한국무역상무학회, 2008.
- 오원석, “국제물품매매계약에서 매수인의 물품검사시기,” 무역상무연구, 제20권, 한국무역상무학회, 2003.
- 오원석·하강현, 국제물품매매법, 박영사, 2004.
- 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법,” 비교사법, 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 2005.
- 이재현, “UN매매법(CISG)상 청약”, 법학연구, 제11집, 경상대학교 법학연구소, 2002.
- 최준선, “UN국제물품매매계약의 의의와 해석원칙,” 비교사법, 제11권 제3호, 한국비교사법학회, 2004.
- 최홍섭, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약과 우리 법의 비교적 검토,” 비교사법, 제11권 제3호, 한국비교사법학회, 2004.
- 한재필, “국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구-초국적 국제무역관련규칙을 중심으로-,” 국제상학, 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008.
- 杉浦保友·久保田隆, ウィーン売買条約の実務解説, 中央経済社, 2009.
- 加藤亮太郎, “取引における信義誠實の原則”, 神号學院法學, 第36卷 第3-4号, 2007.
- 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 注釈国際統一売買法 I ·ウィーン賣買條約, 法律文化社, 2000.
- 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司·田中康博, 注釈国際統一売買法 II ·ウィーン賣買條約, 法律文化社, 2003.
- 道田信一郎, “發効した國際動産賣買國連機能(6)”, NBL, No. 397, 1983.
- 新堀聰, ウィーン賣買條約と貿易契約, 同文館, 2009.
- 曾根和明·山手正史, 「國際賣買法」, 青林書院, 1993.
- 牧野和夫·河村寛治·飯田浩司, 國際取引法と契約実務, 中央経済社, 2008.
- Bonell, B, “Commentary on the International Sales Law”, Giuffre, 1987.
- Butterworths Common Law Series, *The Law of Contract*, Butterworths, 1999.
- Furmston, M., Cheshire, Fifoot & Furmston's, *Law of Contract*, 15th ed., Oxford University Press, 2007,
- Felemegas, J., An International Approach to the Interpretation of the

- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, 2007.
- Ferrari, F., The CIGS's Uniform Interpretation by Courts—An update, 9 *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 2005.
- Ferrari, F., "Interpretation and gap-filling: Article 7", in Franco Ferrari, Hary Flechter, Ronald A. Brand (ed.), "The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention", Sellier, European Law Publishers, Sweet & Maxwell, 2004,
- Honnold, J. O., *Uniform for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999,
- Koneru, P., *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach based on General Principles*, 6 *Minn. L. Global Trade*, 1997.
- Lando, O. & Beale, H., *Principles of European Contract Parts I and II*, The Commission on European Contract Law, 2000.
- Mattera, J. D., *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) and Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc./Apothecon, Inc. v. Barr Laboratories Inc.: The U.S. District Court for the Southern District of New York's Application and Interpretation of the Scope of the CISG*, 16 *Pace International Law Review* 165, 2004
- Reiley, E. H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transactional Law*, Carolina Academic Press, 2008.
- Schlechtriem, P., "Uniform Sales Law—The UN—Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Manz, 1986,
- Schlechtriem, P. & Butler, P., *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag, 2009.
- Schwenzer, I., *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, 3rd ed., Oxford University

Press, 2010.

Vogennauer, S. & Kleinheisterkamp, J., Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(PICC), Oxford University Press, 2009.

Vogennauer, S. & Weatherill, S., The Harmonization of European Contract Law, Hart Publishing, 2006, 2000.

Zeller, B., CISG and the Unification of International Trade Law, Routledge -Cavendish, 2007.

ABSTRACT

A Study on the Principles of Good Faith under International Transaction -Focused on the CISG-

Han, Nak Hyun

The purpose of this work aims to analyse the principles of good faith under international transaction with CLOUT and UNILEX cases.

Article 7(1) CISG sets the stage for the interpretation by promoting a uniform approach using good faith and the international charter of the convention. In other words, article 7(1) defines the purpose and the principle of interpretation and is applied to the Convention as a whole. As such, it also includes article 7(2), which goes beyond the big picture and settles the problems of gap filling.

It is also important to understanding that the mandate of the CISG is to look for a solution, which is not only restricted to interpretation but extends to solving a problem. The problem in this work is to find out how gap filling is achieved and, because of the autonomous mandate of interpretation, to explain and understand its relationship with domestic law. The solution to the interpretation of article 7(2) must be found within the four corners of the CISG.

To restate, article 7(2) describes two situations where gap filling is needed. First, if the matter is governed by the Convention but not expressly settled, then a gap must be filled in conformity with general principles on which it is based. Second, if the matter is not covered then the gap must be filled taking domestic law into consideration. There are two reasons why a matter may not be covered by the Convention. First and most obviously, it has been specifically exclude from the sphere of Application by the CISG itself, such as validity in article 4. Second,

changes in business methods will lead to gaps.

The United Nations has established a service known as CLOUT. This contains abstracts of hundreds of selected decisions of both courts and arbitration tribunals. And UNILEX is cosponsored by the Italian Centre for Comparative and Foreign Law Studies and UNIDROIT Contract Principles. The cases are in abstract format, but, when available, the full text of the case in the original language is also supplied.

Key Words : principle of good faith, CLOUT and UNILEX cases, CISG, gap filling, UNIDROIT Contract Principle