

국제물품매매계약에서의 서면요건에 대한 고찰: 미국계약법과 CISG 비교를 중심으로*

The Writing Requirement of Contracts for International Sales of Goods:
the CISG and the US Laws

하충룡(Choong-Lyong Ha)
부산대학교 무역학부 교수

목 차

- | | |
|-----------------------------|----------|
| I. 문제의 제기 | IV. 결 론 |
| II. 미국계약법상의 서면요건 | 참고문헌 |
| III. CISG 제11조에 대한 미국법원의 태도 | Abstract |

국문초록

국제물품매매계약법(CISG)은 국가 간에 각기 다른 계약법 체계를 세계적으로 통일화하고 국제무역의 신속성과 수월성을 확보하고자 제정되었다. 미국도 CISG를 비준하여 국내법화 하였으나 여전히 동 협약과는 극단적으로 다른 영역들을 가지고 있는데 그중에서도 서면요건이 대표적으로 차이가 나는 부분이라 할 수 있다. 본 고에서는 서면요건에서 미국법과 CISG가 어떻게 다른지를 살펴보고 미국의 법원은 이러한 차이점을 어떻게 받아들이고 있는 지를 살펴보았다. 또한 국제물품매매계약분쟁에서의 준거법의 충돌문제를 다루기 위하여 CISG 상의 규정을 직접적용, 간접적용 등으로 구분하여 살펴보았다.

주제어 : 서면요건, 국제물품매매계약법, 사기방지법, 통일상법전

* 본 논문은 2012.11.16 한국통상정보학회 국제학술대회에서 발표된 논문임.

I. 문제의 제기

국제물품계약에서 국제적으로 통일적인 규칙을 만들기 위한 노력으로서 1998년의 유럽계약법원칙 (Principled of European Contract Law), 국제사법통일위원회(UNIDROIT)의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts) 그리고 UN무역법위원회(UNCITRAL)에서 제정하여 1980년 발효한 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, 이하에서는 ‘CISG’이라고 약칭) 등을 들 수 있다. 이 중에서 CISG는 전 세계적으로 광범위하게 물품매매계약의 준거가 될 수 있다는 점에서 그 영향력이 지대하다 할 것이고, 우리나라는 CISG에 2004년도에 가입함으로써 CISG는 2005년도부터 국내법과 동등한 법적효력을 가지게 되었다.

CISG는 중국, 일본, 미국 등 세계경제의 주요국에서 국내법으로 발효는 되었지만 미국에서는 CISG 조항들이 국내계약법과 상당히 충돌되는 부분이 있어 계약과정에서 CISG의 적용을 배제하는 경향이 발생하고 있다.¹⁾ 이러한 국내법과의 충돌현상은 회원국들이 국제적으로 통일된 계약법들을 수용하는 과정에서 당연히 예고되었던 바라 할 수 있다. 미국의 경우에는 계약과 관련한 법제는 일반적으로 판례에 의하여 형성된 판례법국가인데 CISG처럼 성문계약법의 지배를 받는다는 것이 어찌 보면 매우 부자연스러운 것이라 할 수 있다. 또한 국제물품매매계약에서 당사자가 특별히 국내법의 적용의 의사표시를 하지 않는 한 CISG가 적용되어야 하는 것으로 해석되고 있다.²⁾

양당사자는 사전협의의 과정을 거쳐 최종적인 의사의 합치를 이루어 내는 것이 계약체결의 일반적인 과정이라고 할 수 있다. 이러한 과정을 거쳐 도출된 합의를 문서로 작성하여 상호 오해의 소지를 없애는 차원에서 문서계약을 체결하는 경우도 있지만 문서계약의 작성 없이 그냥 구두합의나 거래관행에 따라서 당사자에게 계약이행의 의무가 발생하는 경우도 있다. 양당사자가 매매계약을 체결하는 경우에 문서로서 모든 사항이 작성될 수 있다면 분쟁의 소지를 최소화할 수 있지만 현실적으로 계약의 모든 사항을 문서로 적시할 수 없을 뿐 아니라 때로는 반복되는 일상적인 계약내용을 매번 문서로 남기는 것은 거래의 신속성을 해치는 것이기도 하다.

서면요건을 갖추지 않은 계약의 경우에 미국법과 CISG에서는 그 효력을 달리 인정하고 있고 그 해석원칙에 있어서도 다른 입장을 보이고 있다. 즉 CISG 제11조에서는 계약의 존재를

1) <http://www.asialaw.com/Article/1972207/Channel/16965/Korea-Joins-the-International-Sale-of-Goods-Convention.html>. (11..2012).

2) 석광현, “국제물품매매협약(CISG)과 國際私法”, 『서울대학교 법학』, 제50권, 제3호, 2009, p.235.

입증하기 위해서는 문서형식이나 어떠한 양식이 요구되지 않으며 증인에 의한 증언도 계약의 존부 입증에 유효하게 받아들여질 수 있다고 하는 반면,³⁾ 미국계약법상의 사기방지법 (Statute of Frauds)에 따르면 일정한 내용의 계약은 반드시 서면에 의하여 계약서가 작성되어야 한다고 규정하고 있다.⁴⁾

서면요건은 계약의 성립요소라기 보다는 계약의 이행강제성(enforceability)를 보장하기 위하여 계약의 존재를 입증해야 할 필요에서 성립된 법리로서 미국계약법 상에서도 설령 서면이 요구되는 계약이라고 할지라도 양당사자가 서로 인정(admission)하면 서면요건이 면제되어 계약의 존재가 인정될 수 있는 특성을 가지고 있다.

미국계약법에서 계약의 성립요건은 주로 계약당사자 간 상호합의의 존재여부에 달려 있으며 당사자 권리의무의 실제적인 부분을 다루는데 있어 유효성의 판단기준이 된다. 그러나 이행강제성 만을 다루는 서면요건은 계약당사자의 상호합의의 타당성에 대한 여부 즉 실제적인 부분을 다루기보다는 형식과 절차를 규제함으로써 당사자 간의 합의내용이 사실이라고 주장하는 측에서 제시해야 하는 입증요건이라고 하겠다. 이러한 측면에서 계약법상의 서면요건은 미국법의 증거법(evidence rules)과도 상당한 연관성을 가진다고 볼 수 있다.

한편 서면이라는 기본 요건을 갖추었다고 하여 계약에 있어서 분쟁의 소지가 없어지고 해석에 있어서 모호함이 완전히 사라지는 것은 아니다. 때로는 당사자 간에는 계약이행에 필요한 사항을 생략하거나 빠트리는 경우가 많다. 이러한 경우에는 당사자가 작성한 문언의 구체성에 따라서 해석의 우선순위가 적용된다. 미국에서는 당사자 간 해당 거래관행 (course of performance), 당사자 간 일반관행(course of dealing) 그리고 일반적 거래관행 (usage of trade)의 순서대로 해석의 우선순위가 정해지지만⁵⁾ CISG에서는 그러한 우선순위가 정해져 있지 않고 단순히 관행이라고만 되어 있어 계약이 서면으로 상세히 나타나지 않을 경우에는 해석

3) CISG, Article 11: A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

4) Restatement (Second) of Contracts, § 110 Classes Of Contracts Covered: (1) The following classes of contracts are subject to a statute, commonly called the Statute of Frauds, forbidding enforcement unless there is a written memorandum or an applicable exception: (a) a contract of an executor or administrator to answer for a duty of his decedent (the executor-administrator provision); (b) a contract to answer for the duty of another (the suretyship provision); (c) a contract made upon consideration of marriage (the marriage provision); (d) a contract for the sale of an interest in land (the land contract provision); (e) a contract that is not to be performed within one year from the making thereof (the one-year provision). (2) The following classes of contracts, which were traditionally subject to the Statute of Frauds, are now governed by Statute of Frauds provisions of the Uniform Commercial Code: (a) a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more (Uniform Commercial Code § 2-201); (b) a contract for the sale of securities (Uniform Commercial Code § 8-319); (c) a contract for the sale of personal property not otherwise covered, to the extent of enforcement by way of action or defense beyond \$5,000 in amount or value of remedy (Uniform Commercial Code § 1-206).

5) Restatement (Second) of Contracts, § 202. Rules In Aid Of Interpretation, (5) Wherever reasonable, the manifestations of intention of the parties to a promise or agreement are interpreted as consistent with each other and with any relevant course of performance, course of dealing, or usage of trade.

에 있어서 다툼의 소지가 있다.⁶⁾

CISG와 UCC2 사이에 발생하는 이러한 계약의 형식요건 및 서면요건의 차이로 인하여 미국법원에서 국제물품매매계약 관련하여 소송이 이루어질 때 주의가 요구되고 있다. CISG와 UCC2와의 차이는 여러 미국문헌에서 논의되고 있다. Kokoruda (2011)은 CISG가 적용될 수 있는 국제물품매매계약 분쟁 시 CISG가 조약으로서 연방법의 기능을 함으로 연방법원에서 소송이 이루어지기 위해서는 굳이 당사자의 다양성(diversity)이 요구되지 않으며 CISG에서 요구되는 법적요건 즉 CISG 제1조 (1)을 충족시키면 된다고 하고 있으며 국제거래에서는 CISG와 국내법 UCC2와의 차이점이 두드러진 부분을 서면외증거(parol evidence)와 서면요건(writing requirements) 부분이라고 하였다.⁷⁾

또한 Johnson(2011)은 미국의 주 법원에서 CISG의 적용을 당사자가 의도했는지를 판단하기 위해서는 보통법상의 사기방지법과 서면외증거법칙을 적용하지 말고 자유로운 입증이 가능하도록 하여야 한다면, 미국법원이 국제물품매매거래에 대하여 지나치게 보통법이나 UCC2에 의존하려고 할 때는 미국헌법상의 우월조항(Supremacy Clause)을 위반하는 것이며 이는 국제조약을 위반하는 것이라고까지 하여 이를 경계하였다.⁸⁾ 한편 DiMatteo(2004)는 미국법원이 CISG를 원용하는 태도에는 크게 세 가지로 나뉜다면서 적극적, 소극적, 중립적인 입장으로 나뉘고 있다고 분석하기도 하였다.⁹⁾

우리나라에서도 CISG에서의 계약문서 형식 및 증거능력과 관련한 연구로서 몇 개가 발견되고 있다. 김선국(2002)은 CISG상에서는 서면외증거 배제법칙(parol evidence rule)이 적용되지 않는다고 하면서 그에 대한 근거로서 동 협약 제8조와 제11조를 소개하고 있으며¹⁰⁾, 조현숙(2010)은 CISG와 PICC(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) 상에 나타나는 서면외증거 배제법칙을 소개하면서 국제물품매매계약의 해석원칙을 소개하고 있다.¹¹⁾

6) CISG ART.9, (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

7) Christopher C. Kokoruda, "THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS -- IT'S NOT YOUR FATHER'S UNIFORM COMMERCIAL CODE", 『Florida Bar Journal』, 85-JUN Fla. B.J. 103, 103 (2011).

8) William P. Johnson, "UNDERSTANDING EXCLUSION OF THE CISG: A NEW PARADIGM OF DETERMINING PARTY INTENT", 『Buffalo Law Review』, 59 Buff. L. Rev. 213, 292 (2011).

9) Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, "THE INTERPRETIVE TURN IN INTERNATIONAL SALES LAW: AN ANALYSIS OF FIFTEEN YEARS OF CISG JURISPRUDENCE", 『Northwestern Journal of International Law and Business』, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 299, 440 (2004).

10) 김선국, "국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제법칙의 원칙", 『비교사법』, 제9권 제3호, 2012, pp.485-506: 동 논문에서는 parol evidence rule을 구두증거배제법칙이라고 소개하고 있으나 이는 잘못된 해석이고 서면외증거 배제법칙이 더욱 타당하리라 본다. 왜냐하면 최종적인 문서계약 체결과 동시 또는 사전에 있었던 문서계약 상에 나타나지 않는 모든 구두 또는 서면을 포함하는 모든 증거를 배제하는 법칙이기 때문이다.

11) 조현숙, "국제물품매매계약에서 구두증거배제법칙의 유효성에 관한 연구", 『산업경제연구』, 제23권 제6호, 2010, pp.3371-3390.

최근에는 계약의 서면과 관련하여 김상만(2012)은 CISG 제11조를 직접적으로 언급하며 계약 방식에서의 자유화라는 관점에서 동 조항의 특성을 설명하였고 또한 동조항의 적용이 제한되는 경우를 동 협약 제12조를 들어 설명하고 있다.¹²⁾

이상에서 소개된 서면과 관련한 연구 외에도 국내에서 CISG에 관한 연구는 상당수 진행되어오고 있다.¹³⁾ 그러나 이러한 연구들은 계약의 서면요건과는 무관하며 위에서 언급한 계약의 서면요건과 관련한 논문들도 계약의 서면 내지는 방식과 관련하여 CISG를 다루고 있지만 모두 CISG의 법률구조를 중심으로 논의가 이루어지고 있고, 미국법 내지는 미국법원의 시각에서는 CISG를 어떻게 바라보고 적용해 나갈 것인가에 대해서는 큰 역점을 두고 있지 않은 것 같다. 따라서 본 연구에서는 소송이 미국법원에서 이루어질 것을 가정한 상태에서 즉 법정지가 미국이라는 전제하에 서면요건에 대해서 UCC2를 중심으로 살펴보고 CISG의 적용가능성과 차이점을 살펴보고자 한다.

이상과 같이 서면요건과 관련한 법리는 미국과 CISG 사이에는 상당한 차이가 있음을 발견할 수 있다. 우리나라 수출업자가 미국 수입업자와 수출입계약을 체결할 때 준거법을 한국이나 미국법으로 한다면 CISG를 명시적으로 배척함으로써 양국의 계약법에 있는 서면요건을 채택한 것이 되고 계약의 해석에서도 오해의 소지가 줄어들 수 있을 것이다. 하지만 준거법을 지정하지 않고 계약이 체결되어 CISG가 적용된다면 각국의 법과 충돌될 수 있는 부분에 대한 검토가 필요하다.

II. 미국계약법상의 서면요건

1. 보통법상의 서면요건

1) 법적특성

미국계약법에서 서면요건은 계약내용을 문서화함으로써 당사자 간의 분쟁이나 사기를 미

12) 김상만, “CISG에서 계약방식자유 원칙 및 그 제한으로서 제12조에 대한 고찰”, 『영남법학』, 제3호, 2012, pp.1-18.

13) 김상만, “국제거래에서 CISG의 적용여부에 대해 다툼이 되는 몇 가지 사항에 대한 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 2012, pp.205-234; 하충룡·고승만, “CISG에서 청약에 관한 연구”, 『무역학회지』 제36권, 1호, 2011, pp.297-323; 정성현, “서식충돌(Battle of the Forms)의 해결에 관한 연구”, 『고려법학』, 제60호, 2011, pp.285-315; 석광현, “국제물품매매협약(CISG)과 國際私法”, 『서울대학교法學』, 제50권, 제3호, 2009, pp.235-284; 손태우, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 적용상의 통일성에 관한 최근 미국판례의 태도와 그 개선책에 관한 고찰”, 부산대학교 법학연구, 제47권, 제1호, 2006, pp.399-423 등.

연에 방지할 목적으로 제정된 17세기 영국의 사기방지법(Statute of Frauds)으로부터 유래하게 되었다. 고가의 제품 구매나 부동산의 매매 시에 구두계약의 경우에는 법정에서 계약의 존재와 내용을 입증하기 어려움으로 인하여 문서에 의한 계약이 거래의 안전성을 보장하는데 기여한다 할 것이다.

이러한 목적으로 성립된 서면요건이 갖는 중요한 법적특성은 계약의 이행강제성을 보장하는 실체적인 법리라기보다는 오히려 당사자 간의 실체적 권리의무 관계를 확인하는 절차법적인 성격이 강하다고 할 것이다. 합의가 서면으로 작성되어야 하는 경우에 이를 서면으로 작성되지 않았더라도 이러한 사실로 인하여 그 합의자체를 무효로 보기는 어려울 것이다. 미국계약법에서 나타나는 합의의 유효요건은 크게 유효한 청약과 수락, 약인, 당사자능력, 의사표시의 진정성과 비양심성을 포함하는 불법적인 계약이 아닐 것 등으로 구분하고 있다. 이러한 요건들은 유효한 계약을 성립시키는 데 필수적이기는 하지만 계약에 따라서는 서면이라는 형식요건을 요구하는 계약도 있기 때문에 이행강제성을 보장하기 위한 충분요건은 아니라 할 것이다. 따라서 이러한 서면요건 때문에 계약이 유효하다하여 반드시 이행강제성이 보장되는 것은 아니지만 이행강제성이 보장된 모든 계약은 유효하다고 할 수 있을 것이다.

미국계약법 Restatement에서는 계약의 체결 시에 서면이 요구되는 계약의 종류로서 유언집행인의 약속(executor's promise), 보증계약(surety contract), 결혼계약(marriage contract) 1년 이상 이행 계약(One Year Contract), 토지계약(Land Contract), 그리고 500\$ 이상 물품매매계약(Contract of Sales of Goods) 등으로 나누고 있다.¹⁴⁾ 이 중에서 국제물품매매계약에 적용될 수 있는 경우는 마지막에 나타나는 계약의 종류로서 500\$ 이상 물품매매계약 (이하 '§2-201')인데, 동 규정은 미국통일상법전 (Uniform Commercial Code) §2-201에서 따로 명시하고 있다. 이상에서 언급된 계약의 종류 외에도 미국통일상법전에서는 세 가지의 추가적인 서면계약요건을 열거하고 있는데¹⁵⁾ 본고에서는 주로 §2-201에 언급된 물품매매계약에 대한 서면요건을 살펴보고자 한다.¹⁶⁾

14) 전계각주 4) 참조; Unif. Commercial Code, Appendix-Article 2-201. Sales (2003) (Amendments Proposed in 2003 and Withdrawn from the Official Text in 2011): 동 500\$ 규정은 2003년 연방통일법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL)의 개정작업에서 5,000\$로 상향조정되었으나 동 개정본은 2011년 공식 문서에서 제외되었다(2012.11.18일, www.westlaw.com). 공식문서에 제외되어 있음으로 해서 미국 각 주의 법원에서 아직 500\$ 규정을 우선적으로 적용할 것으로 보인다.

15) 상계각주

16) Unif. Commercial Code § 2-201. Formal Requirements; Statute of Frauds. (1) Except as otherwise provided in this section a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker. A writing is not insufficient because it omits or incorrectly states a term agreed upon but the contract is not enforceable under this paragraph beyond the quantity of goods shown in such writing.

한편 두 종류 이상의 서면요건이 적용되어야 하는 경우에 최소한 하나 이상의 요건에 저촉되면 다른 요건에서는 예외가 적용되어 서면요건이 적용되지 않는다 할지라도 해당계약은 서면요건을 위반하여 이행강제 할 수 없게 된다.¹⁷⁾ 예를 들어 보증계약(Security Contract)의 경우에 서면이 요구되지만 보증인과 주 채무자 사이에 이해관계에 기해서 보증약속을 하는 경우에는 서면요건이 충족되지 않아도 이행강제 할 수 있는 예외가 보증기간이 1년 이상 되어야 한다고 서로 약정하는 경우에 이는 장기계약요건에 의하여 서면요건의 충족이 요구되는 상황이고 이때는 보증계약에 의한 예외요건은 작용하지 않고 해당계약은 서면요건이 적용된다.¹⁸⁾

당사자의 상호합의에 의하여 발생하는 실체적인 권리와 의무는 계약법상의 기본원리이지만 만 이러한 당사자의 법률관계가 단지 문서로 작성되지 아니하였다고 하여 이행의 강제성을 법률로 금지하는 것이 과연 타당한가의 문제가 미국 헌법을 근거로 제기될 수 있다.¹⁹⁾ 이러한 서면요건의 위헌성과 관련하여 국가가 개입하여 완전하게 형성된 당사자의 재산권행사를 저지하는 면을 부인할 수는 없지만 사인간의 권리의무의 생성과 소멸에 관여하는 것이 아니며 단지 계약의 형식을 규제하여 사기를 방지하려는 것이 주된 목적이므로 이를 위헌으로 볼 여지가 없다는 것이 일반적인 시각이다.²⁰⁾ 이는 당사자의 사적인 계약관계에서 불법적인 사기를 방지할 목적을 가지고 국가가 공공이익의 보호를 위하여 개입할 수 있는 여지가 있다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다.

서면요건은 주로 해당 계약의 이행을 주장하는 자에 대하여 문서로 작성되지 않았으므로 인하여 이행할 의무가 없다고 주장하는 자의 항변으로 인용된다. 즉 동 법리는 권리의 존재를 주장하고 입증하기 위한 원고 측의 법리라기보다는 이행강제를 거부하려는 피고에 의하여 주장되는 법리라 할 수 있다.²¹⁾ 따라서 당사자가 문서계약의 존부를 문제 삼지 않고 구두계약의 존재를 인정하게 되면 사실상 이행강제성을 거부하는 서면요건의 기능은 사라지게

17) Restatement (Second) of Contracts § 110 (1981), Comment b. Overlap of classes. The clauses of the English statute apply separately; one contract may be within more than one clause of the statute, and facts which except it from one class may not except it from another. Thus contracts in consideration of marriage or for the sale of land or goods may also be contracts not to be performed within a year, and the statutory requirements in one clause may be satisfied and those of another clause unsatisfied.

18) Wintersport Ltd. v. Millionaire.Com, Inc., 121 Wash. App. 1052, 2004 (stating “On appeal, White argues that the trial court should have dismissed Wintersport’s claims against him for want of personal jurisdiction and because enforcement of an oral guaranty is barred by the statute of frauds. We decide that the court properly exercised jurisdiction over White, but the oral guaranty was not an original promise-it was collateral to the original contract between Millionaire.com and Wintersport-and therefore is unenforceable under the statute of frauds. We reverse and dismiss.”).

19) U.S.C.A. Const. Amend. V-Just Compensation, “... nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”.

20) 72 Am. Jur. 2d Statute of Frauds § 3.

21) 73 Am. Jur. 2d Statute of Frauds § 462.

된다. 이는 국가가 사기방지법에 기하여 당사자의 계약에 관여하려고 할지라도 당사자의 의사가 일치하여 사적자치의 원리가 적용될 수 있다면 구두로 체결된 계약은 여전히 유효하고 이행강제성이 전혀 문제되지 않음을 의미한다.

2) 서면요건의 충족

서면요건을 충족시키기 위하여 문서의 양식에 대하여 미국법에서는 특별한 요건을 구비할 것을 요구하지 않으며 계약목적물의 적시, 당사자 간에 계약을 체결한 사실, 반드시 포함시켜야 하는 계약의 필수적인 조건, 그리고 계약이행에 대해서 책임질 당사자의 서명이 있으면 충분하다고 규정하고 있다.²²⁾ 앞에서 언급한 바와 같이 서면요건의 가장 큰 목적은 사기를 방지하는데 있으므로 문서를 작성함으로써 이러한 목적만 달성하면 미국법은 그다지 엄격하게 그 형식이나 체제를 규정하고 있지는 않는 것 같다.²³⁾ 따라서 법률상의 규격을 갖춘 문서(Statutory Memorandum)가 일반적으로 문서계약으로 인식되고 있지만 영수증, 사적인 편지 등 어떠한 형태의 문서도 서면요건을 충족시키는데 사용될 수 있을 것이다.²⁴⁾

서면요건을 충족시키는 계약의 목적물 역시 당사자가 그 구체적인 내용을 반드시 이해를 해야 할 필요는 없고 전후 맥락상 파악될 정도의 합리적인 확실성(reasonable certainty)을 갖추면 된다.²⁵⁾ 나아가 Restatement에서는 계약서 외적으로 이루어진 구두 협상내용도 계약의 목적물을 파악하는데 활용될 수 있으며 서면요건을 충족시키는 데 채택될 수 있다고 하고 있다.²⁶⁾ 하지만 Neary v. Mikob Properties, Inc. 사건에서는 원고가 피고와의 문서계약이 없으므로 인하여 토지거래 수수료를 지급할 수 없다고 주장한데 대하여 텍사스 주 항소법원은 계약목적물을 해석하는데 있어 합리적 확실성을 갖추기 위해서 도입될 수 있는 외부증거(extrinsic evidence)에 대해서 구두증거는 배제하고 문언증거만을 허용하고 있다.²⁷⁾ 합리적 확

22) REST 2d CONTR § 131: Unless additional requirements are prescribed by the particular statute, a contract within the Statute of Frauds is enforceable if it is evidenced by any writing, signed by or on behalf of the party to be charged, which (a) reasonably identifies the subject matter of the contract, (b) is sufficient to indicate that a contract with respect thereto has been made between the parties or offered by the signer to the other party, and (c) states with reasonable certainty the essential terms of the unperformed promises in the contract.

23) REST 2d CONTR § 131, Comment c. Rationale.

24) REST 2d CONTR § 131, Comment d. Types of Documents.

25) REST 2d CONTR § 131, Comment e. Subject Matter

26) 상계각주.

27) Neary v. Mikob Properties, Inc., 340 S.W.3d 578, 584, Tex.App. - Dallas, (2011) (stating “To comply with RELA, an agreement or memorandum must:(1) be in writing and must be signed by the person to be charged with the commission; (2) promise that a definite commission will be paid, or must refer to a written commission schedule; (3) state the name of the broker to whom the commission is to be paid; and (4) either itself or by reference to some other existing writing, identify with reasonable certainty the land to be conveyed.”).

실성을 확보하기 위하여 동 판례에서 구두외부증거(oral extrinsic evidence)를 입증수단으로 배제시킨 것은 *Restatement*에서 보다 서면요건을 더 엄격히 해석한 결과로 보여 진다.

한편 미국계약법에서는 서면요건의 주된 목적은 구두계약을 반박하기 보다는 계약이 존재하였다는 것을 입증하는데 있다고 보고 있으며 문서 계약에는 포함되지 않았지만 계약과 관련하여 필서된 상당부분에 대하여 서면요건을 충족시키는 것으로 보고 있다.²⁸⁾ 계약성립 자체를 거부하는 내용이 아닌 한 계약의 존재를 전제로 취할 수 있는 모든 계약법적 행위 예를 들어 성립된 계약을 취소한다는 문구나 또는 적시된 내용에 대하여 반박함으로써 계약의 실제적인 부분 즉 계약효과에 변화를 가져오려는 문구라고 하더라도 이는 서면요건을 충족시키는 것이 된다.²⁹⁾

이와 관련하여 *MEMC Electronic Materials, Inc. v. BP Solar Intern., Inc.* 사건에서 항소법원은 원고가 제기한 계약위반에 기한 손해배상청구소송에서 이메일로 교신된 내용도 서면요건을 충족시키기에 충분하다고 하면서 서면요건은 구두로 성립된 계약을 회피하기 위한 수단으로 사용되어서는 아니 되며 폭넓은 해석을 통하여 상황적 증거도 충분히 고려하여야 하며, 설령 모호한 문구라도 할지라도 서면요건을 입증하기 위한 수단으로 광범위하게 인정되어야 한다고 하였다.³⁰⁾

서면으로 작성된 계약의 진위여부(authentication)에 대하여 확인하는 수단으로서 서명이 요구되는데 이러한 서명에는 형식요건이 없고 어떠한 형태의 기호를 포함하여 비교적 자유롭게 인정되고 있다.³¹⁾ 일반적으로는 자필로 문서의 마지막 부분에 표기하지만 이 또한 범위를 넓게 해석하여 프린트된 형식이나 인장 형태 또는 심지어 타자로 된 서명도 인정하고 있다.³²⁾ 자필이 아니더라도 신문에 이름이 인쇄된 경우에 서명효력을 인정한 판례가 있다. *Donovan v. RRL Corp.* 사건에서는 피고가 인쇄의 실수로 정상가보다 훨씬 낮게 중고차를 광

28) REST 2d CONTR § 133. Memorandum Not Made As Such. Except in the case of a writing evidencing a contract upon consideration of marriage, the Statute may be satisfied by a signed writing not made as a memorandum of a contract.

29) REST 2d CONTR § 133, Comment c. Repudiating memorandum.

30) *MEMC Electronic Materials, Inc. v. BP Solar Intern., Inc.*, 196 Md.App. 318, 340, Md.App., (2010). (citing “successful fraud [through] inducing the enforcement of contracts that were never in fact made. It is not to prevent the performance or enforcement of oral contracts that have in fact been made; it is not to create a loophole of escape for dishonest repudiators. Therefore, we should always be satisfied with “some note or memorandum” that is adequate, when considered with the admitted facts, the surrounding circumstances, and all explanatory and corroborative and rebutting evidence, to convince the court that there is no serious possibility of consummating a fraud by enforcement.”, *Collins v. Morris*, 122 Md.App. 764, 773-74, 1998).

31) REST 2d CONTR § 134. The signature to a memorandum may be any symbol made or adopted with an intention, actual or apparent, to authenticate the writing as that of the signer.

32) REST 2d CONTR § 134 Comment: a. Types of symbol. The traditional form of signature is of course the name of the signer, handwritten in ink. But initials, thumbprint or an arbitrary code sign may also be used; and the signature may be written in pencil, typed, printed, made with a rubber stamp, or impressed into the paper. Signed copies may be made with carbon paper or by photographic process.

고하였고 원고가 이를 이행하라고 청구하였는데 캘리포니아 대법원은 중고차 딜러가 신문광고에 인쇄된 이름에 대하여 서명효력을 인정하고 서면요건을 충족시키는 것으로 보아 이행강제성은 있다고 보았으나 피고에 대하여 선의의 착오를 인정하여 계약해제권을 대신 부여하였다.³³⁾

서명의 형식뿐 아니라 누가 서명하여야 하는가의 문제와 관련하여 Restatement에서는 서면에 기하여 이행을 촉구하는 대상인 자(*party to be charged*)가 서명하여야 한다고 하며 계약의 당사자 중에 서명을 하지 않은 자에 대해서는 계약내용의 이행을 강제할 수 없다고 기술하고 있다.³⁴⁾ *Gagne v. Stevens* 사건에서는 원고가 부동산매매계약서에 서명을 하지 않았다고 하여 서면요건을 성립시키지 않은 것은 아니고, 원고가 동 계약에 의하여 피고로 하여금 이행을 요구하고 있고 동 계약서에는 피고 (*party to be charged*)의 서명이 있으므로 서면요건이 충분히 만족되었다고 판결하였다.³⁵⁾

3) 법적효력

서면요건은 유효하게 성립된 당사자 합의에 대하여 이행강제를 위한 것이고, 합의존재의 입증을 위하여 충족되어야 하는 이행강제의 절차적 요건이라는 것은 앞에서 언급한 바와 같다. 따라서 서면요건이 충족되지 않더라도 당사자 간의 합의 자체가 무효로 되는 것은 아니고 서면요건이 충족되지 않은 부분에 대해서만 이행강제 할 수 없을 뿐이다. *Dehahn v. Innes* 사건에서 메인주 대법원은 “서면요건은 구제책(*remedies*)에만 영향을 미칠 뿐 계약의 유효성 판단에는 법적효력을 발휘하지 못 한다”라고 명시적으로 밝힘으로서 서면요건의 효력범위를 명확히 하고 있다.³⁶⁾

계약이 서면요건을 충족시키지 못하는 경우라고 할지라도 불공정성을 없애기 위하여 이행강제성을 인정하는 경우에 구제책의 용이성, 구제책과 관련한 법률행위의 가치, 합리성 등을 따져야 한다.³⁷⁾ 법원은 이러한 불공정성을 인정하는데 있어 여러 가지의 조건을 제시하고 있

33) *Donovan v. RRL Corp.*, 27 P.3d 702, 713 (Cal.2001).

34) REST 2d CONTR § 135, Where a memorandum of a contract within the Statute is signed by fewer than all parties to the contract and the Statute is not otherwise satisfied, the contract is enforceable against the signers but not against the others.

35) *Gagne v. Stevens*, 696 A.2d. 411, 416 (1997) (stating “The court noted that the fact that the alleged agreement was not signed by plaintiff did not render it defective, since, to satisfy the Statute of Frauds, such a writing need be signed only by the party against whom enforcement was sought.”).

36) *Dehahn v. Innes*, 356 A.2d 711, Me. (1976).

37) REST 2d CONTR § 139. (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce the action or forbearance is enforceable notwithstanding the Statute of Frauds if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach is to be limited as justice requires.

어 매우 소극적인 것으로 보인다.³⁸⁾ 예를 들어 *Classic Cheesecake Company, Inc. v. JPMorgan Chase Bank, N.A.* 사건에서 원고가 피고에게 구두 대출합의의 이행을 요구한데 대하여 캘리포니아 연방항소법원은 서면요건의 적용을 배제할 수 있을 만큼의 불공정하고 비양심적인 손해 (*unjust and unconscionable injury and loss*)가 존재하는 범위 내에서만 구두계약의 이행강제성이 보장된다고 하면서, 이러한 조건은 단지 이행을 강제함으로서 원고의 권리가 회복되거나 불편함이 해소되는 정도가 아니고 불공정함과 추가적인 손해를 방지할 수 있을 정도의 법적정당성이 확보될 때 불공정성에 기초하여 서면원리를 배제할 수 있다고 하였다.³⁹⁾

서면요건을 결여하는 계약은 법적효과로서 이행강제성을 상실하게 되지만 그렇다고 하여 당해 계약이 사실관계에 대한 입증을 위한 증거로서 채택되는 것까지 방해 받지 않는다.⁴⁰⁾ 예를 들어 서면요건을 요구하는 계약을 당사자가 단지 구두로 체결하였을 때 이행강제성은 거부되지만 당해 구두계약을 통하여 양당사자가 주고받은 약인에 대해서는 증거로 채택이 가능하여 부당이득에 기한 이익반환청구권은 행사할 수 있게 된다.⁴¹⁾

이와 관련하여 *Irish Oil and Gas, Inc. v. Riemer* 사건에서 원고는 피고가 정유시설임대계약의 위반하였음을 주장하면서 계약위반과 동시에 사기에 기한 불법행위손해배상을 청구한 사건에서 North Dakota주 대법원은 피고는 원고에게 구두로 추가적인 임대료의 지불로 임대기간을 연장하기로 한 것이 서면요건을 결여함으로서 이행강제가 불가능하지만 그렇다고 하여 원고가 피고에 대하여 사기에 기한 손해배상청구소송에서의 입증자료로서의 채택까지 방해하는 것은 아니라고 판결하였다.⁴²⁾

38) REST 2d CONTR § 139. (2) In determining whether injustice can be avoided only by enforcement of the promise, the following circumstances are significant:(a) the availability and adequacy of other remedies, particularly cancellation and restitution;(b) the definite and substantial character of the action or forbearance in relation to the remedy sought; (c) the extent to which the action or forbearance corroborates evidence of the making and terms of the promise, or the making and terms are otherwise established by clear and convincing evidence; (d) the reasonableness of the action or forbearance;(e) the extent to which the action or forbearance was foreseeable by the promisor.

39) *Cheesecake Company, Inc. v. JP Morgan Chase Bank, N.A.*, 546 F.3d 839, 842 C.A.7 (Ind.),2008 (citing “In order to establish an estoppel to remove the case from the operation of the Statute of Frauds, the party must show [] that the other party’s refusal to carry out the terms of the agreement has resulted not merely in a denial of the rights which the agreement was intended to confer, but the infliction of an unjust and unconscionable injury and loss. In other words, neither the benefit of the bargain itself, nor mere inconvenience, incidental expenses, etc. short of a reliance injury so substantial and independent as to constitute an unjust and unconscionable injury and loss are sufficient to remove the claim from the operation of the Statute of Frauds. *Coca-Cola Co. v. Babyback’s Int’l, Inc.*, 841 N.E.2d 557, 569 (Ind.2006)).

40) REST 2d CONTR § 143, The Statute of Frauds does not make an unenforceable contract inadmissible in evidence for any purpose other than its enforcement in violation of the Statute.

41) REST 2d CONTR § 143, Illustrations 1.

42) *Irish Oil and Gas, Inc. v. Riemer*, 794 N.W.2d 715, 729 (2011) (stating “We conclude that, because the statute of frauds is a rule of evidence giving rise to a defense in a contract action, and because this action is not on the contract, Gerald C. Riemer’s alleged statements to Irish Oil’s representatives can be offered to support a deceit claim.”).

2. 미국통일상법전 §2-201

미국통일상법전에서도 보통법에서와 같이 일정한 요건을 두어 당사자 간의 물품매매계약이 문서로 작성될 것을 요구하고 있다.⁴³⁾ UCC2에서 요구되는 서면요건도 보통법에서와 마찬가지로 이행강제성을 보장하기 위한 것이고 계약의 존부를 따지기 위한 것은 아니라는 점에서 보통법에서와 비슷한 법적 성질을 가진다고 할 수 있다. 또한 UCC2는 보통법에 대하여 특별법적인 지위를 가지며 서로가 충돌하는 경우에는 당연히 UCC2가 우선 적용된다 할 것이다.

서면요건의 원래 취지는 사기를 방지하기 위하여 양 당사자 간에 문서로 작성되지 않은 계약은 이행강제성을 박탈하는 것인데 이러한 문서요건의 충족이라는 법적이익은 거래의 신속성이라는 일반 상거래의 관행과는 적잖이 충돌할 수 있다. 이러한 점을 감안하여 UCC2에서는 보통법에서 요구되는 서면요건의 충족요건보다는 탄력적으로 규정하고 있어 상당한 차이가 있다.⁴⁴⁾

UCC2와 보통법의 명확한 차이는 서면요건을 충족시키기 위해서 필수적인 당사자의 서명요건에서 발견된다. 즉 보통법상 서명요건을 충족시키기 위해서는 반드시 이행강제를 요구받은 당사자 (the party to be charged)의 서명을 필요로 하지만⁴⁵⁾ UCC2에서는 설령 당사자 간에 서명이 없더라도 양당사자가 UCC2에서 규정하는 상인이고 서명이 없는 메모를 받은 자가 10일 내에 반대의 의사표시를 하지 않으면 서면요건을 충족시키는 것으로 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 예를 들어 APEX LLC v. SHARING WORLD, INC. 사건에서 캘리포니아 항소법원은 면화씨를 매매하는 계약에서 구매자가 매매계약서에 서명을 하지 않았어도 계약당사자들이 상인임으로 인하여 서면요건을 충족시켰으며, 또한 구매인인 상대의 서명이 없는 계약에 대하여 설령 반대의 의사표시를 하였더라도 이를 서면으로 반대하였다는 증거가 없는 한 반대의 효력이 없어 서면요건은 충족된다고 하였다.⁴⁷⁾

43) Unif. Commercial Code § 2-201.

44) Unif. Commercial Code § 2-201, (2) Between merchants if within a reasonable time a writing in confirmation of the contract and sufficient against the sender is received and the party receiving it has reason to know its contents, it satisfies the requirements of subsection (1) against such party unless written notice of objection to its contents is given within 10 days after it is received. (3) A contract which does not satisfy the requirements of subsection (1) but which is valid in other respects is enforceable (a) if the goods are to be specially manufactured for the buyer and are not suitable for sale to others in the ordinary course of the seller's business and the seller, before notice of repudiation is received and under circumstances which reasonably indicate that the goods are for the buyer, has made either a substantial beginning of their manufacture or commitments for their procurement; or (b) if the party against whom enforcement is sought admits in his pleading, testimony or otherwise in court that a contract for sale was made, but the contract is not enforceable under this provision beyond the quantity of goods admitted.

45) REST 2d CONTR § 131.

46) Unif. Commercial Code § 2-201, (2).

47) APEX LLC v. SHARING WORLD, INC., 206 Cal.App.4th 999 (2012).

서면요건의 결여에도 불구하고 보통법과는 달리 이행강제성이 인정되는 다른 예외로서 UCC2에서는 물품이 매수인을 위하여 특별히 제조되었고 동 물품이 여타의 통상적인 판매경로로서는 타인에게 매도하기가 부적합한 경우 또는 원료를 구매하였거나 제조공정이 상당히 진행된 경우에는 당해 물품매매계약이 서면요건을 충족시키지 못하더라도 이행강제성을 인정하고 있으며,⁴⁸⁾ 또한 당사자가 법정이나 변론 문에서 계약의 체결사실을 인정하면 인정된 범위내의 물품수량에 대하여 이행강제성이 인정된다.⁴⁹⁾

UCC2에서 규정하고 있는 서면요건은 물품의 매매계약이면 현재에 이행되어야 하는 계약이나 미래에 이행되어야 하는 거래이거나를 묻지 않고 적용되며 또한 거래의 당사자가 상인인지 아닌지도 구분하지 아니하고 광범위하게 적용된다. UCC2에서는 물품에 대하여 ‘이동이 가능한’(movable) 개체로 정의하고 있는데 판례에서는 물품의 개념에 대하여 단순한 이동의 관점보다는 유형의 물체로도 인식되기도 한다. 예를 들어 *Rossetti v. Busch Entertainment Corp.*에서 미연방 1심법원은 펜실베니아 UCC2에 따른 물품매매가 되기 위해서는 계약목적물이 유동성(movable)이 있어야 할 뿐 아니라 유형(tangible)을 갖추고 있어야 한다고 하였다.⁵⁰⁾

III. CISG 제11조에 대한 미국법원의 태도

1. CISG 제11조의 개요

CISG 제11조에 따르면 국제물품매매계약에서는 정형성이 요구되지 않으며 이는 계약이 서면으로 입증될 필요가 없으며 또한 어떠한 양식이나 형식이 요구되지 않음을 의미하고 증인의 구두증언에 의해서도 계약을 입증할 수 있다고 한다.⁵¹⁾ CISG 제11조의 적용범위는 물품매매계약이 국가 간에 이루어져야 하며 당사자가 서로 다른 국가에서 주된 영업소를 가지고 영업행위를 하고 있어야 하며 물품의 거래가 상업적이어야 한다.⁵²⁾ 상업적거래라 함은 물품의 매매가 지속적이고 반복적으로 이루어지는 경우를 이르며 일시적이며 개인적인 용도를

48) Unif. Commercial Code § 2-201, (3) (a).

49) Unif. Commercial Code § 2-201, (3) (b).

50) *Rossetti v. Busch Entertainment Corp.*, 87 F.Supp.2d 415, (E.D. Pa, 2000); see *In re SSE INTERNATIONAL CORP.* 198 B.R. 667 (1996) (stating “Tangible mediums embodying intellectual property are “goods”, within meaning of Pennsylvania commercial code provision governing sales.”).

51) CISG 제11조, A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

52) EXECLSUM 24.

사고파는 경우는 상업적 거래에 해당하지 않을 것이다.

CISG 제11조에 대해서는 각국이 이 조항을 배제한 채 비준을 할 수 있게끔 하고 있는데⁵³⁾ 미국의 경우에는 동 조항에 대하여 비준과정에서 특별히 배제를 하지 않았기 때문에 미국에서 재판을 하는 경우 CISG가 적용되는 상황에서는 서면요건의 충족이 따로 요구되지 않는다고 할 수 있다. 또한 국가 뿐 아니라 국제거래의 당사자들이 준거법 합의를 통해서 CISG 전체를 배제함으로써 CISG 제11조의 적용을 회피할 수 있다.

CISG 제11조가 적용된다면 미국계약법에서 언급하고 있는 서면요건의 충족을 위하여 문서상에 표기되어야 하는 서명요건도 사실상 국제물품계약에서는 의미가 없게 되고, 이는 당사자의 계약의사의 진의를 객관성 있게 확인하는 길이 상당히 제한된다는 의미일 수도 있다.⁵⁴⁾ 국제매매거래에서는 거래금액이 국내거래와는 달리 대규모일 수 있고 또한 거래당사자가 서로 다른 국적이라고 하는 점에서 계약서에 입증된 거래내용과 당사자의 의사표시의 방식이 훨씬 객관적이어야 하고 정형화되어야 함에도 불구하고 이러한 정형성을 CISG에서 폐기한 것은 거래의 안정성이라는 관점에서 본다면 향후에 각국의 법원에서 논란의 소지가 있다.

당사자 간의 합의에서 서면요건을 철폐한 CISG 제11조가 다른 국제협약과 충돌하는 경우가 있을 수 있는데 ‘외국중재판정의 승인과 집행에 관한 유엔협약(NY CONVENTION)’이 이에 해당한다.⁵⁵⁾ 국제물품매매계약에서 서면요건을 충족시키지 못하는 경우에 중재합의에도 영향을 받을 수 있다. 예를 들어 독일의 구매자와 핀란드의 매도인이 물품매매계약에서 중재합의조항을 포함하는 국제물품매매계약서에 서명을 하지 않음으로서 서면요건을 충족시키지 못한 경우에 독일법원은 중재합의조항의 효력을 인정하지 않았다.⁵⁶⁾

이와 유사한 미국판례로서 *Filanto, S.p.A. v. Chilewich International Corp* 사건에서는 미국인

53) CISG Article 12, Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.; CISG Article 96, Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

54) Louis F. Del Duca, IMPLEMENTATION OF CONTRACT FORMATION STATUTE OF FRAUDS, PAROL EVIDENCE, AND BATTLE OF FORMS CISG PROVISIONS IN CIVIL AND COMMON LAW COUNTRIES , 25 JLCOM 133, 137 (2005) (citing “in a dispute between a German Seller and a Swiss Buyer over the purchase price of equipment, a Swiss court found an unsigned fax ordering the equipment sufficient to constitute a proposal to conclude a contract. The court decided that a signature was not necessary because Article 11 of the CISG abolishes any requirement as to form. All that was necessary was Buyer’s binding intention to purchase the equipment.”, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205s1.html>).

55) Louis F. Del Duca 전제서 p141.

56) <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/145.htm> (11..2012)

구매자와 이탈리아인 매도인 사이에 거래과정에서 서면요건을 충족시키지 못한 물품매매계약에 포함된 중재조항의 효력에 대하여 구매인이 포함시킨 중재조항에 대하여 매도인이 일정한 기간내에 반대하지 않음으로 인하여 서면요건을 예외적으로 충족시켰다고 보고 뉴욕협약상의 중재합의조항의 서면요건을 충족시켰으므로 당해 중재조항은 이행강제성을 가지게 된다고 하였다.⁵⁷⁾ 이는 결국 CISG 제11조의 규정에도 불구하고 뉴욕협약을 우선 적용하여 중재합의의 서면요건을 먼저 검토한 후 중재합의의 효력을 인정한 점에서 중재조항이 서면요건을 충족시키지 못할 경우에 언제든지 중재합의조항의 효력을 거부할 수 있음을 나타낸다.

뉴욕협약 뿐 아니라 UNCITRAL (UN Committee for International Trade Laws) 모델중재법 제7조 2항도 중재합의는 문서로 이루어져야 한다고 함으로서 CISG 제11조와는 다르게 규정하고 있고 상호충돌하고 있다.⁵⁸⁾ CISG 제11조는 물품매매계약의 실제적인 효과에 대하여 서면요건을 배제하는 것으로 할 수 있다. 하지만 모델중재법의 서면요건은 분쟁해결의 절차와 관련한 것으로 CISG 제11조와는 독립적으로 파악해야 하는 부분이 있다. 즉 국제물품매매계약이 어떠한 문서의 형태로도 나타나지 않은 경우 따로 중재합의를 문서로 작성하지 아니하고 구두로 오고간 중재합의에 대하여 CISG 제11조를 충실히 적용하여 중재를 해야만 하는 상황을 가정한다면 상당한 논란의 여지가 있을 것으로 생각된다.⁵⁹⁾

CISG 제11조와 여타의 국제중재법은 상호 의사표시에 의하여 배제할 수 있는 성격의 준거법이 아니고, 뉴욕협약이나 UNCITRAL 모델중재법과 같이 국제법적인 성격을 가지는 법들이 CISG와 충돌하는 경우에는 법의 일반적인 적용순서를 따라야 할 것이다. CISG 제11조와 각국 국내중재법과의 충돌과 관련하여 당사자의 구체적인 의사표시가 없을 경우에는 CISG 제11조가 적용된다고 하지만 이때는 뉴욕협약이 우선하여 적용된다고 할 수 있고 준거법에 대한 당사자의 구체적인 의사표시가 있을 경우에는 그에 따름으로 CISG와 국내중재법은 상호 충돌의 대상이 될 수 없다.

국제물품매매계약법은 각국의 매매계약법들을 통일화하는 노력에서 형성되었고 규율하는 영역이 국제물품매매계약 일반을 다룬다고 할 수 있어 일반법적인 성격을 가지지만, 뉴욕협

57) *Filanto S.p.A. v. Chilewich Int'l Corp.*, 789 F. Supp. 1229, 1249 (S.D.N.Y. 1992),

58) UNCITRAL 모델중재법 제7조 2항: The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

59) Janet Walker, *AGREEING TO DISAGREE: CAN WE JUST HAVE WORDS? CISG ARTICLE 11 AND THE MODEL LAW WRITING REQUIREMENT*, 25 J.L. &Com. 153, 154, (2005).

약이나 모델중재법은 중재라고 하는 특수한 영역을 규율함으로써 이들은 국제물품매매계약 법에 대해서는 특별법적인 지위를 가진다고 할 수 있다. 따라서 이들 두 국제중재법상의 서면요건은 CISG 제11조보다는 우선적으로 적용되어 중재합의만큼은 국제물품매매의 본 계약과는 독립적으로 서면을 갖추어야 하는 것으로 판단된다.

2. 미국법과 CISG의 충돌문제

미국계약법에 나타나는 서면요건이 CISG 제11조에서는 적용되지 않으므로 하여 미국법원에서 국제매매계약의 분쟁이 다루어지는 경우에 중요한 쟁점은 미국법이 적용되느냐 아니면 CISG 제11조가 적용되느냐 하는 국제사법적인 결정에 있다고 할 수 있다. 만약에 국제매매거래에서 당사자간 준거법의 지정이 있는 경우에는 CISG를 배제하고 당연히 해당 국가의 법이 계약해석의 준거법이 될 것이지만 그렇지 못한 경우에는 미국법원에서 미국의 국제사법원리 (laws of conflicts)에 따라서 미국계약법인 UCC²가 적용되던지 아니면 CISG가 적용될 것이다.

한국과 미국의 국제물품매매계약에서 준거법의 지정이 없는 경우에 법률의 충돌을 피하기 위하여 CISG에서는 협약 자체적으로 제1조(1)항에서 CISG를 준거법으로 하여 분쟁을 해결하여야 하는 경우를 지정하고 있으며⁶⁰⁾ 이에 해당하지 않을 경우에는 당연히 CISG의 적용은 배제되고 미국의 국내계약법이 법정지법으로서 적용되던지 아니면 미국의 국제사법원리에 의하여 준거법이 지정될 것이다.

동 협약 제1조(1)항에서는 CISG가 준거법이 되는 경우를 (a)호 내지 (b)호에서 각각 규정하고 있는데, (a)호에서는 당사자가 속한 양 국가가 동 협약의 체약국이거나, (b)호에서는 국제사법 규정에 의하여 체약국의 법이 적용되는 경우에 CISG가 적용될 수 있다고 하고 있다. 특히 이들 (a)호 (b)호는 각각 직접적용방식 간접적용방식 등으로 불리고 있다.⁶¹⁾ 직접적용방식이란 양당사자국이 체약국인 경우에는 제95조 제96조 등에 의하여 유보선언을 하지 않으면 CISG가 자동으로 적용되고 어느 한 국가라도 비체약국인 경우에는 적용이 거부된다. 한편 간접적용이란 양당사국 중의 어느 국가가 체약국이 아닌 경우에 법정지국가의 국제사법원리에 의하여 체약국의 계약법이 준거법으로 적용되는 경우에 CISG가 적용되는 경우이다.

한국의 경우와는 달리 미국의 경우에는 동 조항 (b)호에 대하여 동 협약 제95조에 의하여 유보를 함으로써⁶²⁾ 미국의 법원에서는 국제사법의 원리에 의하여 간접적용의 여지가 없다고

60) CISG Article 1, (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

61) 석광현, 국제물품매매협약(CISG)과 국제사법, 『서울대학교 법학』 제50권, 제3호, 2009, p.238.

하겠다. 하지만 한국은 이러한 간접적용을 유보하지 않고 있어 한국과의 계약상대국이 비계약국이라고 할지라도 한국계약법의 적용에 따라 자동적으로 CISG가 적용될 여지를 가지고 있어 동 협약을 매우 폭 넓게 적용할 수 있는 근거를 갖고 있다고 볼 수 있다.

이상에서는 준거법이 지정되지 않은 경우에 CISG와 UCC2의 적용의 우선 순위를 살펴보았다. 한편 준거법이 지정되었지만 당사자의 확실한 의사의 합치가 없는 경우를 상정해 볼 수 있다. 즉 미국과 한국의 수출입업자가 한미간 물품매매계약을 체결하면서 미국 수입상이 구두로 계약의 준거법을 UCC2라고 일방적으로 통보하였을 경우에 한국의 수출상이 이에 응답을 하지 않고 수입상의 매수청약을 구두로 승낙하였을 경우에 동 계약이 이행강제성을 가질 수 있을 런지의 의문이 있다. 이 경우에 수입상은 UCC2의 서면요건을 적용받아 계약의 이행강제성을 거부할 것이고 수출상의 경우에는 CISG 제11조의 적용을 배제하지 않았으므로 계약을 강제할 수 있다고 주장할 수 있다. 이 경우에 수입상은 스스로 서면요건의 적용을 주장하면서 자신이 하는 주장은 서면으로 작성하지 않은 모순에 빠지게 되어 준거법지정을 결국 이행강제 할 수 없을 것이다.⁶³⁾ 따라서 준거법의 지정은 당사자 간에 문서로서 이루어져야 이행강제성을 확보할 수 있을 것이다.

Claudia v. Olivieri Footwear Ltd. 사건에서는 이탈리아의 수출상인 원고 Claudia가 미국의 수입상인 피고 Oliveri에게 신발을 수출하였는데 피고가 대금을 만기에 지급하지 않아 뉴욕 주지방법원에 소송을 제기하였다.⁶⁴⁾ 이에 대하여 피고는 당해 계약을 체결하는 과정에서 양 당사자는 서면으로 계약을 체결한 바가 없었고 이에 근거하여 UCC2-201을 적용하여 이행강제성이 거부되어야 한다고 주장하였다. 양당사자의 이러한 주장에 대하여 뉴욕주법원은 당해 계약에서는 송장에 의해서만 계약의 이행을 입증하고 있어 구두로 계약을 체결한 것이 분명하며, 해당 사건에서는 당사자들이 어떠한 준거법도 명시적으로 합의한 바가 없고 미국과 이탈리아 모두 CISG의 계약국임으로 CISG 제11조가 적용되어야 한다고 판시하였다. 따라서 동 사건에 대하여 뉴욕주 법원은 CISG 제11조를 적용하여 구두계약의 이행강제성을 인정하였으며 동시에 구두 및 문서로 된 모든 서면외증거 (*parol evidence*)도 서면으로 작성될 필요가 없다 하였다.⁶⁵⁾

62) CISG Article 95, Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1) (b) of article 1 of this Convention.

63) Jackson Graves, CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity, 15 VJ 105, 115 (2011).

64) *Claudia v. Olivieri Footwear Ltd.*, (1998) WL 164824 p.5 (S.D.N.Y.).

65) *Claudia v. Olivieri Footwear Ltd.*, (1998) WL 164824 p.5 (S.D.N.Y.) (citing "prior oral representations regarding the quality and performance would be enforceable." *Id.* Thus, contracts governed by the CISG are freed from the limits of the parol evidence rule and there is a wider spectrum of admissible evidence to consider in construing the terms of the parties' agreement. Larry A. Dimatteo, The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings, 22 Yale J. Int'l L. 111, 127 (1997)).

3. 판례동향

CISG 제11조로 인한 국제물품매매계약상의 우려와 미국계약법과의 충돌에도 불구하고 미국법원은 대체로 당사자의 주된 영업소가 있는 국가에서 CISG 제11조에 대하여 유보선언을 하거나⁶⁶⁾ 당사자가 직접 다른 계약준거법을 설정함으로써 동 조항을 회피(opt out)하지 않는 한 국제물품매매계약분쟁에 비교적 성실히 적용하고 있다. 예를 들어 *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp* 사건에서는 CISG가 분명히 적용될 수 있는 상황에서는 UCC2의 적용여지는 없다고 확실한 선을 긋고 있다.⁶⁷⁾ 또한 *Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Lab* 사건에서는⁶⁸⁾ CISG가 적용되는 상황에서는 구두진술, 서류, 행동 또는 이 세가지를 어느정도 결합한 형태에 의해서도 계약의 서면요건은 충족된다고 하여 CISG를 적극 인용하고 있다.

하지만 미국법원은 CISG가 준거법으로 적용될 수 없는 상황에서는 각국의 서면요건을 여전히 존중하고 있는 것으로 파악된다. 예를 들어 *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd. v. Microflock Textile Group* 사건에서 원고인 중국 수출자는 미국 수입자로부터 문서와 팩시밀리로 주문을 받고 송장 등 각종 선적서류를 포함한 물품서류를 수입자에게 송달하여 서면요건을 충족시키게 되었다.⁶⁹⁾ 이에 미국법원은 중국이 CISG 제11조에 대하여 동조약 제12조에 따라서 유보하였기 때문에 중국계약법상 물품매매계약의 서면요건이 충족되어야 한다고 하였고, 그 결과 동 국제물품매매계약에 대해서는 이행강제성이 있는 것으로 인정하였지만 서면계약의 체결이후에 이루어진 추가적인 가격인하에 대한 당사자 간의 합의는 서면으로 작성되지 않아 이행을 강제할 수 없다고 하여 원고승소판결을 내렸다.⁷⁰⁾

미국법원이 CISG 제11조가 준거법으로 적용될 수 있는 상황에서는 서면요건의 면제가 가능하지만 그렇지 못하면 미국의 서면요건에 관한 계약법이 적용되어야 한다는 데는 별 다른 이견이 없는 것 같다. 예를 들어 *Multi-Juice, S.A. v. Snapple Beverage Corp.* 사건에서는 원고가 독점판매권을 설정하는 구두계약에서 피고가 계약을 위반하였다고 주장하면서 CISG 제11조를 적용하여 동 계약의 이행강제성을 주장하였으나 뉴욕주법원은 CISG의 적용범위에 대하여 오직 물품의 매매거래에 한정된다고 하여 동 조항의 적용을 거부하였고 피고의 기각청구를 받아들였다.⁷¹⁾

66) CISG 제12조; CISG 제96조.

67) *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024, 1028 (2d Cir.1995).

68) *Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Lab., Inc.*, 201 F. Supp. 2d 236, 281 (S.D.N.Y. 2002).

69) *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd. v. Microflock Textile Group*, 2008 WL 2098062, p3, (S.D.Fla. 2008).

70) *id.*

71) *Multi-Juice, S.A. v. Snapple Beverage Corp.*, (2006) WL 1519981, p.7 (S.D.N.Y.) (citing "Convention applies to contracts of

이와는 반대로 CISG 제11조를 구체적으로 배척하는 준거법조항(choice of law)에 의하여 CISG의 적용이 거부된 판결이 *Biophysics Corp. v. Dubois Marine Specialties* 사건에서 발견된다. 동 사건에서 원고는 피고에 물품대금을 청구한데 대하여 피고는 소의 각하청구(Motion to Dismiss)를 하면서 CISG를 적용하여야 한다고 하였으나 로드아일랜드 법원은 당사자가 법선택조항(choice of law)에 의하여 CISG를 적용하는 것을 배척하고 있기 때문에 로드아일랜드의 계약법이 적용되어야 한다고 판결하였다.⁷²⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 미국법원은 CISG 제11조가 미국계약법상의 서면요건과 상충하는 면이 있어도 당사자가 국제물품매매계약에서 명시적으로 CISG를 배척하고 미국계약법에 따른다고 하지 않는 경우에는 CISG 제11조를 적극적으로 인용하고 있다. 이는 미국이 UN의 CISG 서명국이라는 점을 고려한 것이라 할 수 있고 또한 미국은 CISG 제12조와 제96조에서 나타나 있는 유보조항에 의하여 동 조를 배척하지 않았기 때문이다.

IV. 결 론

국제물품매매계약의 해석에서 통일성을 기하기 위하여 국제적으로 이루어져 오던 여러 가지의 노력 중에서 UN에 의해 제정된 CISG는 미국 중국 일본 등을 포함한 대부분의 주요 무역국가에서 가입하였고 우리나라에서도 2005년도부터 정식으로 발효되어 국제물품매매거래에서 계약의 준거법으로 사용되고 있다. 미국에서는 기존에 서면요건에 관하여 보통법 뿐 아니라 통일상법전에서도 규정하고 있으나 CISG 제11조는 서면요건을 철폐하여 미국의 실정법과 상호 충돌하는 상황이 발생하였다.

미국계약법에서는 UCC 2-201에서 서면요건을 규정하고 있으며 동 조항에서 규정된 서면요건은 보통법에서 규정되는 서면요건 보다는 상당히 완화된 요건으로 규정되고 있음을 알 수 있다. 예를 들어 이행강제를 요구받은 자 (the party to be charged)의 서명이 없더라도 양 당사자가 상인이고 또한 상대방의 이의제기가 없는 한 서면요건을 충족시킨다는 예외를 인정하고 있다.

미국의 법원은 계약법 분야에 있어서는 대부분 각 주 단위로 형성된 보통법의 강력한 지

sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States ...", CISG Article 1).

72) *Am. Biophysics Corp. v. Dubois Marine Specialties*, 411 F.Supp.2d 61, D.R.I.,(2006).

배를 받기 때문에 이러한 CISG에 의하여 국내보통법의 적용이 배제될 수 있다는 것은 여타의 국가에 비해서 이러한 법률충돌문제가 상당히 심각할 것으로 여겨졌으나 미국의 법원은 대체로 준거법의 선택이 당사자들에 의하여 이루어진다면 비교적 성실히 CISG 제11조를 적용하여 미국보통계약법과 UCC 2-201의 적용을 신속히 배제하고 구두로 된 국제물품매매계약의 이행강제성을 인정하고 있다.

국제물품매매계약에서의 서면요건에 관한 미국계약법과 CISG 제11조와의 상충문제는 준거법의 선택이 이루어지고 나면 어느 쪽이던 비교적 거부감 없이 적용되고 있음을 미국판례를 통하여 알 수 있었다. 따라서 미국계약법과 CISG의 충돌의 문제는 법선택의 문제이고 실제로 국제물품매매계약법의 미국법원에서의 적용은 원활히 이루어지고 있는 것으로 보인다. 그러나 준거법의 선택에 있어서는 당사자의 주된 영업소의 소재에 대한 판단, 그리고 당사자의 준거법조항에 대한 상호합의의 유효성의 문제 등에 대하여 여전히 미국법원의 자의적 판단의 여지가 남아 있어 미국법원이 앞으로도 CISG 제11조의 적용을 얼마나 적극적으로 할지는 관찰할 필요는 있다고 하겠다.

CISG와 UCC2의 전체적인 맥락에서는 계약법이라는 점에서 큰 차이가 없으나 앞에서 본 것과 같이 서면요건과 관련하여서는 양자 간에 극명한 차이를 보이고 있다. 즉 구두매매계약이 국제거래에서 이루어졌더라도 당해 거래에 CISG가 적용될 수 있다면, 이는 UCC2-201의 적용으로 발생하는 이행강제성의 문제를 야기하지 않는다. 그러나 CISG에 의하여 구두계약이 이행강제성을 보장받았다 하더라도 당사자 간에 계약내용을 입증할 만한 적당한 방법이 없다면 상대방의 계약불이행에 대하여 보상받을 수 있는 길은 없을 것이다.

한미FTA의 체결로 인하여 향후에 우리나라는 미국과의 무역량의 증대가 기대되고 있다. 관세의 철폐효과를 누리기 위한 미국시장의 진출에서 계약법제의 차이로 인하여 당사자가 계약상의 권리를 행사할 수 없는 경우가 발생해서는 안 될 일이다. 본 연구는 미국에서 소송이 일어나는 경우 즉 법정지가 미국인 경우에 미국법원이 적용 가능한 준거계약법 즉 보통법과 UCC2 그리고 국제물품매매계약법 등에 대하여 CISG 제1조와 미국 내 국제사법원리 따른 각 준거계약법의 적용가능성을 사전에 예측해볼 수 있게 함으로서 미국과 국제상거래계약 관련 소송전략의 수립에 일조하리라 기대한다.

참 고 문 헌

- 김상만, “국제거래에서 CISG의 적용여부에 대해 다툼이 되는 몇 가지 사항에 대한 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 2012, pp.205-234.
- 김상만, “CISG에서 계약방식자유의 원칙 및 그 제한으로서 제12조에 대한 고찰”, 「영남법학」, 제3호, 2012, pp.1-18.
- 김선국, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제의 원칙”, 「비교사법」, 제9권 제3호, 2012, pp.485-506.
- 석광현, “국제물품매매협약(CISG)과 國際私法”, 「서울대학교 법학」, 제50권, 제3호, 2009, p.235
- 손태우, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 적용상의 통일성에 관한 최근 미국판례의 태도와 그 개선책에 관한 고찰”, 부산대학교 법학연구, 제47권, 제1호, 2006, pp.399-423.
- 정성현, “서식충돌(Battle of the Forms)의 해결에 관한 연구”, 「고려법학」, 제60호, 2011, pp.285-315.
- 조현숙, “국제물품매매계약에서 구두증거배제원칙의 유효성에 관한 연구”, 「산업경제연구」, 제23권, 제6호, 2010, pp.3371-3390.
- 하충룡·고승만, “CISG에서 청약에 관한 연구”, 「무역학회지」 제36권, 1호, 2011, pp.297-323.
- Janet Walker, “AGREEING TO DISAGREE : CAN WE JUST HAVE WORDS? CISG ARTICLE II AND THE MODEL LAW REQUIREMENT.” *Journal of Law and Commerce*, vol. 25. 2005. pp.153-165.
- Louis F. Del Duca, “IMPLEMENTATION OF CONTRACT FORMATION STATUTE OF FROUDS, FAROL EVIDENCE, AND BATTLE OF FORMS CISG PROVISIONS IN CIVIL AND COMMON LAW COUNTRIES.” *Journal of Law and Commerce*, vol. 25. 2005. pp.133-146.
- APEX LLC v. SHARING WORLD, INC., 206 Cal.App.4th 999 (2012).
- Am. Biophysics Corp. v. Dubois Marine Specialties, 411 F.Supp.2d 61, D.R.I., 2006.
- Cheesecake Company, Inc. v. JP Morgan Chase Bank, N.A., 546 F.3d 839, 842 C.A.7 (Ind.),2008
- Claudia v. Olivieri Footwear Ltd., 1998 WL 164824 p.5 (S.D.N.Y.)

- Dehahn v. Innes, 356 A.2d 711, Me. (1976).
- Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp., 71 F.3d 1024, 1028 (2d Cir.1995).
- Donovan v. RRL Corp., 27 P.3d 702, 713 (Cal.2001).
- Filanto S.p.A. v. Chilewich Int'l Corp., 789 F. Supp. 1229, 1249 (S.D.N.Y. 1992).
- Gagne v. Stevens, 696 A.2d. 411, 416 (1997).
- Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Lab., Inc., 201 F. Supp. 2d 236, 281 (S.D.N.Y. 2002).
- Irish Oil and Gas, Inc. v. Riemer, 794 N.W.2d 715, 729 (2011).
- Rossetti v. Busch Entertainment Corp., 87 F.Supp.2d 415 87 F.supp.2d 415 (E.D. Pa. 2000).
- MEMC Electronic Materials, Inc. v. BP Solar Intern., Inc., 196 Md.App 318 340, Md.App., (2010).
- Multi-Juice, S.A. v. Snapple Beverage Corp., WL 1519981, p.7 (S.D.N.Y), (2006).
- Neary v. Mikob Properties, Inc., 340 S.W.3d 578,584, Tex.App. -Dallas, (2011).
- Wintersport Ltd. v. Millionaire.com Inc., 121 Wash App 1052, (2004).
- Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd. v. Microflock Textile Group, 2008 WL 2098062, p3, (S.D.Fla. 2008).
- <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/145.htm> (11.2012)
- <http://www.asialaw.com/Article/1972207/Channel/16965/Korea-Joins-the-International-Sale-of-Goods> (11.2012)

ABSTRACT

The Writing Requirement of Contracts for International Sales of Goods: the CISG and the US Laws

Choong-Lyong, Ha*

This paper investigates the difference of writing requirements between the UCC2. and the UN convention on international sales of goods (CISG). To do it, the U.S writing requirement by statute of frauds was introduced by two sources of laws including common law and UCC§2-201. Although the U.S. statute of frauds requires some contract to be written with formalities, the way the requirement is satisfied is quite flexible in terms of its formalities. The UCC is more flexible than the common law in its formalities. The CISG does not require the sales contract to be written with any format, which is totally different from the U.S statue of frauds. Such differences between the U.S laws and CISG in writing requirement were investigated in the context of conflicts of laws.

Key Words : CISG, UCC2, Statue of Frauds, Conflicts of Laws

* Professor, Division of International Trade, Pusan National University.