

聯合國國際貨物銷售合同公約在國際商事仲裁中的适用

The Application of CISG to International Commercial Arbitration

李巍*

Wei Li

〈목 차〉

- I. 緒論
- II. CISG与中國合同法
- III. 國際商事仲裁机构适用公約
- IV. 仲裁机构适用公約的法律依据
- V. 鐵礦砂進口合同爭議案
- VI. 結論

Abstract

關鍵詞 : CISG, 中國合同法, CIETAC, 國際貨物銷售, 差价賠償制度

* 中國政法大學國際法學院教授, liweil242002@163.com

I . 緒論

1980年《聯合國國際貨物銷售合同公約》(CISG或公約)已經誕生35年,作為調整國際貨物銷售合同的統一法,公約已經為學術界和法律職業者廣為接受,在許多國際貨物銷售爭議案件中適用。這期間,涉及中國當事人的適用公約案件大量增加,豐富了全球這類判例資源,有利於對公約統一解釋和適用。本文結合中國貨物銷售合同法的發展,闡述其與CISG的主要不同點,國際商事仲裁機構在審理國際買賣合同爭議案件中適用公約的狀況和法律依据。最後通過典型案例分析,說明中國合同法的主要缺陷和對當事人的影響。

II . CISG與中國合同法

1980年《聯合國國際貨物銷售合同公約》(CISG)已經誕生35年,自1988年生效以來實施27年,目前公約締約國有83個成員國,占現有世界上國家數額的40%,貿易額占80%。¹⁾公約是可以直接適用的國際統一實體法,具有全球範圍知曉度和可獲得性,公約的國際性和中立性應該使國際交易的當事人更容易達成適用協議。多年來,聯合國國際貿易法委員會和有關民間機構(如CISG-AC)努力推動各國接受和加入公約,擴大適用公約,其近期成果是促成巴西這個南美重要貿易大國於2014年加入公約,不僅為南南跨境貿易提供統一的法律框架,也為該國國內法引入新的概念、規則和理念。上述機構還推動成員適時撤回原來做出的保留,發布判例法摘要或提供諮詢意見,促進公約的統一解釋和適用。公約在不同地區也發揮影響,因為中日韓這三個地區貿易大國都是締約國,公約成為東亞事實上的統一貨物銷售法,正如其在歐洲和北美發揮的統一法作用一樣。但是,在微觀層面,擴大適用公約並不總是成功,其第6條規定即使是締約國的當事人也可以排除適用公約。貿易法委員會發現,具體案件中,法律職業者就適用何種法律解決爭議進行選擇時,往往不是基於分析不同法律的優缺點及其對有關交易的適用性,而是習慣性地選擇熟悉的法律,“一項有關現行慣例的調查顯示,在多數案例中,法律從業人員並未向客戶披露不適用《銷售公約》或者規避特定國家法律的理由。”²⁾因此,分析評估公約與中國貨物銷售法的不同特點,對於中國法律職業者合理進行法律選擇非常重要。

中國目前沒有調整貨物銷售合同的單行法律,中國的貨物銷售法是由一組規範性法律文件構

1) 聯合國國際貿易法委員會第48屆大會秘書處說明:國際貨物銷售法領域的當前趨勢, A/CN.9/849, p3.
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/026/40/PDF/V1502640.pdf?OpenElement>

2) 同上第4頁。

成的，其中1986年《中華人民共和國民法通則》和1999年《中華人民共和國合同法》（以下簡稱“合同法”）是調整貨物銷售的基本的法律，最高人民法院關於這兩部法律的司法解釋為補充。合同法與CISG有重要的歷史聯繫，中國雖然是CISG的創始成員，與其他成員不同的是，中國加入公約時僅有一部《涉外經濟合同法》（1985）調整涉外合同，國內缺乏基本的商事法律。所以加入公約不僅彌補了改革開放初期商業法律的不足，也引進了西方市場經濟國家先進的合同制度和理念，在制定1999年合同法時，學者和法律實務界有條件充分借鑒CISG等國際商法和慣例，結果是合同中有72個條文與公約62個條文有相似性和對應關係。在中國法律制度中，司法解釋與法律本身有同等法律效力，關於合同法的司法解釋有：最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（一）》（1999年）、《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（二）》（2009年）、《關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》（2012年）。這些司法解釋，特別是關於審理買賣合同案件的司法解釋吸收借鑒了1980年《聯合國國際貨物銷售合同公約》（公約）和羅馬統一國際私法協會制定的《國際商事合同通則》中的規定，進一步補充完善了中國合同法，使之更具操作性，適應中國合同實踐的需要。同時這些法律解釋改變了中國合同的面貌，將在一定程度上改變對貨物銷售合同法律調整效果。

在貨物銷售領域，中國合同法及其司法解釋與CISG相比有以下主要不同點：首先，關於適用範圍，公約僅適用於國際貨物銷售合同，主要限于有形動產買賣，其第2條至第5條排除適用於某些貨物銷售和調整某些法律問題；而中國合同法是綜合性的法律，調整包括銷售合同在內的15類合同，沒有商事合同與民事合同區分，其調整銷售合同標的範圍廣泛，包括：動產、不動產（房屋、土地）、准不動產（船舶、飛機）、無形資產（無實物載體的電子信息）、債權和股權轉讓合同。其次，關於合同成立，公約沒有關於調整格式合同的特殊規則，解決格式合同沖突仍然適用其第2部分關於合同成立的一般規則；而合同不僅接納了公約第2部分關於要約與承諾的基本規則（第11條，第14-24條），還增加了關於格式合同、書面合同、確認書的規定，以及對締約過失實行救濟，根據合同法第39-41條關於標準合同條款的規定，在交易中提供標準條款的一方應該採取合理方式提請對方注意其中免除或限制其責任，增加對方義務和責任的規定，按對方要求對該條款予以說明，否則這類標準條款將被認定為無效。第三關於違約救濟，公約規定了銷售合同違約救濟的主要方式，包括實際履行、損害賠償、減價、宣告合同無效，中國合同也承認這些基本救濟方式，其第113條與公約第74條相似，規定了損害賠償範圍和計算方法，體現了以損失為基礎原則和全部賠償原則。但是在違約救濟方面合同與公約最大不同在於缺失“差價賠償制度”³⁾，這一制度允許受損害方因另一方違約解除合同時，索賠合同價格和替代交易價格或時價之間的差額。差價賠償制度是貫徹損害賠償的基本原則和目標的工具，目的是使受害方恢復到假如合同正常履行時應有地位。而缺失這一制度使中國法律下的損

3) 見《聯合國國際貨物銷售合同公約》第75條、第76條；《國際商事合同通則》（2004年）第7.4.5條，第7.4.6條；《歐洲合同法原則》第9-506條，9-507條。

害賠償缺乏應有的可預見性，這是合同法與當今世界先進合同制度之間的重要差距，並且明顯地不利于行使救濟權的違約受害方，作為索賠方，適用公約比適用中國合同法更有利。另一重要不同是關於減價制度，公約第50條對減價的適用做嚴格限制，強調如果賣方對不符貨物做出補救（修理、更換），或者賣方提出補救被買方拒絕，不論補救是否有效，買方都無權要求減價，而中國合同法中的減價制度沒有這樣的限制，這對賣方不利。最后是關於買方發出貨物與合同不符的異議通知，公約與合同法都要求買方應該在合同規定的合理時間內檢驗貨物，發出貨物與合同不符的通知，不同的是《買賣合同司法解釋》第18條做出調整索賠期的規定，它授權法院在合同規定的檢驗時間過短，買方難以完成全面檢驗的情況下，認定合同約定的檢驗或索賠期為外觀瑕疵的異議期，法院可以重新確定買方對隱蔽瑕疵的異議期，這明顯有利於買方，不利於賣方。

Ⅲ．國際商事仲裁機構適用公約

國際貨物買賣的當事人經由三種方式適用公約：這就是直接適用；間接適用和當事人選擇適用公約。公約第1條第1款（a）項和（b）項指明其直接適用和間接適用的兩條路徑：根據（a）項規定，營業地位於不同公約締約國的當事人如果沒有在銷售合同中明示排除適用公約或通過選擇其它准據法默示排除適用公約，將導致自動適用公約。（a）項本身就是國際私法的單邊衝突規範，其系屬指明了應適用的法律，無須再依據國內衝突規範另外選擇准據法。締約國加入公約也就接受了這一單邊衝突規範，並且在審理貨物銷售合同爭議時應該優先執行這一衝突規範（國際法優於國內法）⁴⁾如果具體案件中當事人一方或雙方營業地不在公約締約國，並且雙方沒有選擇合同適用的法律，就需要借助法院地國際私法規則，看能否依據（b）項適用公約，如果“國際私法規則導致適用某一締約國的法律”此時應適用公約，而不是國際私法指向的那個締約國的國內法。國際私法中意思自治原則和最密切聯繫原則都可以引起公約適用，例如當事人根據國際私法規則中“意思自治原則”選擇了某締約國的國內法為准據法，公約可同時適用，這屬於國際私法規則導致適用締約國的法律而適用公約，屬於公約的間接適用。除直接適用和間接適用外，雙方當事人直接選擇公約作為合同准據法是導致公約適用的第三條路徑，正是在總結締約國實施公約的判例法經驗基礎上，貿易法委員會得出結論：“本公約可以通過雙方當事人選擇而適用其合同。在雙方當事人沒有做出選擇或選擇無效情況下，就需要借助法院地的國際私法規則中的客觀標準來確定公約能否依據第1條第1款（b）項而適用。”⁵⁾這一結論中所述公約經

4) 聯合國國際貿易法委員會強調，締約國的法院在訴諸法院地國際私法規則之前，必須先審查本公約是否適用，“如果雙方當事人的營業地所在國都是締約國，即使法院地國際私法規則指向第三國法律，本公約也適用。”參見《貿易法委員會關於公約判例法摘要匯編》（2008年修訂）第1條，第18段。

5) 《貿易法委員會關於公約判例法摘要匯編》（2008年修訂），第1條，第22段。

“双方当事人選擇而適用”，是指当事人双方直接選擇公約作為准據法。不過締約國的法院直接或間接適用公約是基于公約第1條規定的義務，而認可当事人直接選擇適用公約的有效性是基于本國國際私法規則中“当事人意思自治”原則，這一原則在公約第6條中也已經體現。

公約第1條至第5條以及最后部分的公法條款界定了締約國的實施義務，這些國際法義務僅僅對締約國的法院有約束作用，如果銷售合同爭議由締約國法院管轄，并且当事人的營業地都位于締約國，沒明示或默示地通過協議排除適用公約，該法院有義務首先依据第1條a項單邊冲突規範直接適用公約。如果締約國沒有對公約第1條b項做出保留，在符合條件時也有義務對有關的銷售合同爭議間接適用公約。公約的實施義務對非締約國法院沒有約束，但是這并不排除非締約國法院對有關的合同爭議直接或間接適用公約，這些法院適用公約不是履行公約規定的適用義務，而是基于國內法義務（憲法、冲突法、程序法規定），基于合同当事人双方的營業地都位于公約締約國，并且沒有排除適用公約的事實，基于尊重当事人所屬國是公約締約國的地位。公約對國際商事仲裁机构也沒有約束，仲裁机构是当事人協議選擇的民間獨立裁判机构，不是國家機關；設立仲裁庭基于当事人同意，辦案經費也由当事人的支付；仲裁庭的首要目的是按照当事人授權範圍妥善解決爭議，實現合同目的，無必須法律義務遵守其所在國的訴訟程序法和冲突法以及所參加的國際條約，也不需承擔國際法義務適用公約。這与法院作為國家機關的性質截然不同，法院審判案件基于憲法和法律授權；其運作資金来源于國家財政；法院有義務忠實執行憲法和法律，履行國家參加的國際條約義務，遵守國家訴訟程序法和冲突法。

由于歷史原因，目前絕大部分涉及中國当事人的國際銷售合同爭議案是通過仲裁裁決解決，而不是通過向法院訴訟解決，原因在于仲裁机构聚集大量審理國際銷售合同爭議的專業人才，并且處理這類爭議不是國內法院工作重点。中國國際經濟貿易仲裁委員會（CIETAC）已經成為最繁忙的仲裁机构，2014年共審理1610件涉外案件，外國当事人來自48個國家和地區，其中相當數量的案件是涉外貨物買賣爭議。公約的規則對銷售合同当事人、法院、仲裁机构都有指導意義⁶⁾，除法院之外，國際商事仲裁庭是適用公約最重要的領地，也是保持公約活力，實現統一國際貨物銷售法目標的重要支柱。著名的美國佩斯大學國際商法學院CISG網站公布了3131件適用公約案件，⁷⁾來自歐盟19個國家的法院判例以及歐洲法院的判例有1845件，其中德國531件，荷蘭有265件，瑞士212件，歐洲特別是德國是適用公約法院判例的中心。收集中國裁判机构案件是432件，其中336件是CIETAC仲裁裁決，其他96件是最高法院和地方法院判決，說明中國是適用公約仲裁案例的主要來源。商事仲裁具有私密性，大部仲裁裁決不公開，在全球層面難以統計仲裁机构適用公約的案件數量。英國瑪麗女王大學盧卡斯·密斯特里斯教授統計全世界有250個國際仲裁机构，公開的仲裁案例約占這些机构實際處理案件數量的5%，每年約有15000例。⁸⁾ 佩斯大學商法學院CISG數據庫收集的案例按國別匯總，許多國家的判例既有法院判決，

6) 但是第28條主要針對法院。

7) Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>, visited 2015-9-11.

8) Loukas Mistelis, CISG and Arbitration, see Andre Janssen, Olaf Meyer eds, CISG Methodology, European law

也有仲裁裁決，目前該數據庫有3131案件，其中仲裁案例共830例，占總數26.5%。這830案例中CIETAC數量最多336；其次是俄羅斯266件；瑞典國際商會仲裁院（ICC）94件；塞爾維亞61件；烏克蘭22件。按照公布數量僅占全部案例5%的比例原則，90年代至今僅上述5個國家的仲裁案件應該達到15000件。

IV. 仲裁机构适用公約的法律依据

我們不僅需要整体把握全球适用公約的仲裁案件的增長，還要通過个案分析仲裁庭如何決定适用公約或其他國內法以及公約在仲裁案件中的适用範圍。CIETAC編寫出版了四卷本的《中國國際經濟貿易仲裁裁決書選編》，收錄了截至2006年的419件仲裁案例，其中2003-2006年卷收集41件這期間的國際貨物銷售合同爭議案例，有5個案件仲裁庭沒有提出法律适用意見；有14個案件仲裁庭決定适用公約，占所選編的41個案件的34%；有22例案件仲裁庭決定适用中國合同法，占所選編案件的50%多。而在1995-2002年卷中，适用公約案件只有15例，占選編的64例案件的15%。這一統計顯示了适用公約仲裁案件逐漸增長趨勢，也反映了有一半以上涉及中國當事人的銷售合同爭議案是适用合同法而不是适用公約裁決。這一現象有兩個原因：一是几乎所有适用公約案件，仲裁庭都是援用公約第1條a項直接适用，而這一時期相當數量案件中，銷售合同外方當事人營業地是非締約國（香港、台灣、日本⁹⁾），不能直接适用公約；其二是中國加入公約時做了兩項保留，即分別對第1條b項和對第11條作了保留。其中第二項保留已經于2013年8月撤銷，關於第1條b項保留至今仍然維持，結果是排除對有非締約國當事人參加的合同通過國際私法規則間接适用公約的可能。

仲裁庭在一些案件審理中表現出對公約的准确理解和較高法律水平。在“美國原棉買賣合同爭議仲裁案”中，中國江蘇省買方因為從美國賣方（被申請人）進口的原棉有嚴重質量問題發生爭議，向CIETAC提起仲裁，要求賣方賠償所交付的貨物短重、降級和購買替代物造成的金錢損失。在裁決的法律适用部分，仲裁庭做出以下正確決定：“本案申請人是營業地位于中國的公司，被申請人是營業地位于美國的公司，且本案屬於國際貨物銷售合同爭議，合同雙方營業地所在國都是CISG締約國，因而本案應該适用公約。對於公約沒有規定的問題，應适用与合同有最密切聯系的國家法律，因本案申請人位于中國，交貨地位于中國南通，爭議解決地在中國，應适用中國法律”。¹⁰⁾但是被申請人主張棉花交易在國際貿易中有特殊性，本案不能适用公約，而應該适用《棉花交貨利物浦規則》（Rules of Liverpool Cotton Exchange）這一國際慣例。仲裁庭發現雙方訂立的合同中沒有适用《棉花交貨利物浦規則》的約定，在合同履行中和

Publishers (2009), p.376,387.

9) 日本于2009年加入公約。

10) CIETAC編《中國國際經濟貿易仲裁裁決書選編》（2003-2006），法律出版社，2009年出版，第286頁。

在案件審理中都沒有發現適用這一慣例的合意，不接受被申請人賣方這一主張。但是仲裁庭注意到銷售合同中第14條規定“數量、質量以《中國紡織品棉花進出口公司棉花購買合同》(Chinatex's General Terms and Conditions Governing Purchase of Cotton)條款為準”，申請人以此為據提出質量異議，被申請人也沒有反對，因此認為這一標準條款有效地併入合同。對於申請人主張不能適用公約，仲裁庭認為：依據公約第6條，當事人可以不適用公約，前提是雙方明示排除適用公約，本案合同中沒有排除適用公約規定，爭議發生後也沒有達成排除適用公約合意，因此被申請人主張沒有依據。在裁決的損失賠償部分，仲裁庭支持申請人主張索賠合格貨物與不合格的降級貨物之間的差價作為賠償，但是駁回買方主張因棉花降級而補進貨物造成的資金損失，認為其在沒有拒收貨物情況下補進貨物不符合公約規定，索賠這項損失也與前一項索賠抵觸（重復補償）。

在“羊毛進口合同爭議案”中，賣方澳大利亞D公司（申請人）與買方中國H公司因買方拒不履行經查証存在的三份羊毛進口合同發生爭議，提請CIETAC仲裁。仲裁庭認為，本案賣方申請人於2003年通過其在香港公司代理人以傳真方式向買方發出三份羊毛《訂購確認書》，內容包括貨物、數量、價格、裝運期和付款方式等條款，構成有效要約，被申請人的法定代表人簽署了這三份訂單，寫明“我方已接受”，構成有效承諾，合同成立。關於法律適用，申請人主張適用公約，被申請人買方認為合同約定“所有其他條件和條款適用《1990年中紡羊毛和毛條一般交易條件》”，因此應該適用該交易條件。仲裁庭裁定：“根據上述合同約定，除合同寫明的交易條件外，雙方當事人明確併入合同中的《1990年中紡羊毛和毛條一般交易條件》也成為雙方交易條款和條件。但是該一般交易條件既不是雙方政府簽訂的條約，也不是中國政府認可的法律，合同和該交易條件沒有列明法律適用條款，經查申請人所在國澳大利亞與被申請人所在國中國都是CISG締約國，根據兩國承擔的公約義務，在雙方沒有排除適用情況下，應該適用公約。”¹¹⁾最後仲裁庭裁決支持申請人請求，根據公約第76條，被申請人買方賠償賣方合同約定價格與被申請人根本違約時的市場價格之間的差額78397.50美元。

以上案例中CIETAC仲裁庭都是依據公約第1條a項直接適用公約，法律的推理、語言表述與法院判決相似，兩份裁決都將併入合同中的標準條款與應該適用的法律做了明確區分，思路清晰，裁決正確。但是仲裁庭的民間性和獨立性決定了其適用公約的法律基礎不同於司法機關，適用公約不是履行締約國應該承擔的國際法義務，而是遵循其所在國內仲裁法、應執行的仲裁程序以及國際仲裁慣例。根據國際私法“場所支配行為原則”，在一國進行的訴訟必須適用法院地的訴訟程序法，包括沖突規則，沒有任何主權國家允許適用外國程序法。受這一原則影響，國際商事仲裁也應該適用仲裁庭所在國的仲裁法或仲裁程序規則，有時根據當事人意願，仲裁庭需要適用外國的程序規則，出現所謂“非地方化”傾向，這是基於國際商事仲裁慣例中“意思自治”原則，根源也是國內法要求遵守該慣例。關於國際商事仲裁法律適用，中國仲裁法和

11) CIETAC編，《中國國際經濟貿易仲裁裁決書選編》（2003-2006），法律出版社，2009年出版，第313頁

CIETAC仲裁規則都要求依照法律規定，參考國際慣例。¹²⁾《貿易法委員會國際商事仲裁示范法》第28條關於選擇解決爭議的實體規則，規定：“(1) 仲裁庭應當依照當事人選擇的適用於爭議實體的法律規則對爭議作出決定。除非另有表明，指定適用某一國家的法律或法律制度應認為是直接指該國的實體法而不是其法律衝突規範。(2) 當事人沒有指定任何適用法律的，仲裁庭應當適用其認為適用的法律衝突規範所確定的法律。” 2013年《貿易法委員會仲裁規則》第35.1條也有類似規定。以上規定說明國際商事仲裁選擇解決實體爭議的適用法應遵循以下規則：(1) 適用當事人協議選擇的法律；(2) 適用適當的衝突規範所確定的法律；(3) 直接適用仲裁庭認為適當的法律。而適當的衝突規範依次是：仲裁地的衝突規範；與爭議有最密切聯系的國家衝突規範；仲裁庭認為適當的衝突規範。前述案例中當事人都沒有就法律適用達成協議，仲裁庭適用公約是正確的，公約對雙方當事人而言是適當法律，也是與合同有最密切聯系的法律。

V. 鐵礦砂進口合同爭議案

在“羊毛進口合同爭議案”中，因為仲裁庭支持申請人賣方關於適用公約的請求，賣方依據公約獲得“差價賠償”，而在以下介紹的“鐵礦砂進口合同爭議案”中，仲裁庭沒有支持遭受損害的買方主張適用公約，索賠合同價格與市場價格之間的差價，而是適用中國合同法給與較低賠償。案件顯示中國合同法與公約在損害賠償問題上的重大區別，以及解決爭議適用法律不同對當事人的影響。

1. 事實

2005年7月，買方中國山東省公司(申請人)與賣方香港公司(被申請人)簽訂一鐵礦砂進口合同，合同規定進口印度鐵礦砂2萬噸，價格為\$58.4/噸CFR中國日照港，裝運期為2005年7月間，付款方式為2005年7月15日前開立不可撤銷信用證付款。2005年7月，買方如約開立信用證，確定最後裝運期限是2005年8月5日。賣方在履行最后期限內沒有裝運貨物，理由是作為上游供貨方的印度公司沒有租到船，貨物堆放在印度港口，而8月5日貨物價格上漲到\$65.5/噸。8月30日買方再次要求賣方交貨，賣方以港口擁擠為由，希望將合同改為FOB，由其自行解決運輸，買方同意。2005年9月12日，鑒於此前買方多次催告賣方交貨未果，買方通知賣方宣布

12) 《中華人民共和國仲裁法》第7條規定：“仲裁應當根據事實，符合法律規定，公平合理解決糾紛”。2015年《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則》第49.1條規定：“仲裁庭應當根據事實和合同約定，依照法律規定，參考國際慣例，公平合理、獨立公正地作出裁決。

解除合同，在5日內回夏協商賠償事宜，此時貨物價格上漲至\$72/噸。2005年12月5日，因協商不成，買方依據合同爭議解決條款規定向CIETAC請求仲裁，其援引CISG第76條和UNIDROIT《國際商事合同通則》第7.4.6條，要求賣方賠償\$322000，這一數額包括合同價格\$58.4/噸與合同解除時的時價\$72/噸之間的差額(\$13.6/噸) 作為純利潤；\$2.5/噸正常經營利潤；以及其他附帶損失¥14491的開立信用證費用。

2. 裁決

關於本案法律適用，仲裁庭注意到賣方的營業地位於香港，買方中國大陸公司與香港公司的合同爭議屬於涉外合同爭議，當事人雙方沒有在合同中約定處理爭議應該適用的法律，因此依據中國合同法第126條第1款規定，涉外合同當事人沒有選擇適用法律的，適用與合同有最密切聯系的國家法律。本案申請人買方營業地和爭議解決地都在中國，因此應該適用中國法律。仲裁庭拒絕接受申請人買方關於適用公約和《國際商事合同通則》的請求，認為中國合同法第113條規定與公約第74條規定的損害賠償原則相似，足以解決賠償問題，不需要參照國際條約和國際慣例。¹³⁾關於損失賠償，仲裁庭確認，賣方沒有按約定提交2萬噸印度鐵礦砂，構成違約，在申請人兩次敦促賣方履行時，被申請人仍以港口擁擠，無法租船為由推脫。賣方對買方於2005年9月12日關於解除合同，協商解決賠償的表示沒有回夏，表明其對解除合同沒有異議，根據合同法第96條，合同已經於9月12日解除。仲裁庭拒絕了買方要求賣方賠償合同價格\$58.4/噸與合同解除時的時價\$72/噸之間的差額，而是裁決賣方按\$2.5/噸賠償買方，這一數額是假如貨物價格沒有上漲時，貨物合同價格與買方購進貨物後將貨物轉賣給下游國內買方價格之間的差額，即所謂正常“經營利潤”。審理中買方出具證據證明合同解除時鐵礦砂市場價格為\$72/噸，賣方沒有異議，但是仲裁庭裁決：“申請人援引《國際商事合同通則》第7.4.6條，索賠合同價格\$58.4/噸與合同解除時的時價\$72/噸之間的差額是適用法律錯誤，當事人雙方訂立合同時不能預見，也沒有理由預見在1-2個月後貨物價格上漲到\$72/噸，否則就不會按照\$58.4/噸訂立合同，申請人主張這一差價賠償對被申請人不公平，沒有證據證明其訂立合同時預見到。”

3. 分析

鑒於本案賣方香港處於非公約締約國地位以及中國對公約第1條b做出保留，仲裁庭決定不適用公約是正確的。但是如同申請人所述，中國合同法不包含相對於公約第76條和《國際商事合同通

13) 中國《合同法》第113條規定：“當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定，給對方造成損失的，損失賠償額應當相當於因違約所造成的損失，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違反合同一方訂立合同時預見到或者應當預見到的因違反合同可能造成的損失。” 中國《民法通則》第142條規定：中國參加的國際條約與中國法律有不同規定的，適用國際條約的規定。中國法律與中國參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。

則》第7.4.6條的差价賠償規則，合同法第113條不能代替差价賠償條款，在適用合同法時，上述差价賠償規則應該作為國際商業慣例，補充合同法不足。中國合同法第113條與公約第74條對應，確定了違約損失賠償的“合理預見性”原則，受損害方應獲得的補償“不得超過違反合同一方訂立合同時預見到或者應當預見到的因違反合同可能造成的損失”。但是仲裁庭本案中對違約損失賠償“合理預見性”的理解令人難以接受。如果說當事人雙方不能預見到貨物價格有23%幅度的增長（從\$58.4/噸上漲到\$72/噸），那麼多少幅度的增長是雙方可以預見到的？是10%或15%？正如仲裁庭所述，“如果當事人雙方預見到貨物價格如此上漲，他們就不會該訂立合同”按此思路也可以說：如果能預見到任何幅度的貨物價格上漲，賣方都不會按照原合同價格訂立合同。這是否意味着：在合同將要履行時，任何貨物價格上漲都變成不能預見的？接受這樣的觀點等於允許當事人輕易地以“不能預見”為由拒絕履行合約，並且不需要補償受害方較高市場價格損失，這樣的法律邏輯必將動搖“合同必須信守原則”和“誠信原則”，這是合同法治的基礎。

關於損失可預見性，學術界普遍接受英國著名判例“哈德雷訴巴克森戴爾案”¹⁴得出的結論，將違約損失分為通常性的和非通常性的，通常性損失是按照事物自然的、通常的進程，違約方在訂約時應公平合理考慮到的損失，或按照訂約過程雙方應該合理考慮到的損失。非通常損失則是按照事務通常進程違約方訂立合同時不能預見的損失。匯率損失、大宗貨物價格波動損失是交易商應該預見的通常損失，正如貨運公司應預見運價波動損失一樣。可預見損失是行業標準的合理人能預見到的一類損失，與損失性質和類型有關，與損失數額程度無關。因為誰都不是算命先生，不能預見具體上漲數額，不能因此說損失不能預見。因此23%漲幅是可預見範圍，除非這一漲幅根本打破權利義務平衡，構成履約艱難，這需要滿足更高法律標準。有學者認為差价損失是預期利潤損失，而不是實際損失，考慮到假如合同履行可能遇到風險，這類預期損失難以衡量。據此，中國法院不接受公約第76條抽象的差价賠償方法，審查這類賠償請求時對索賠方施加較高證據要求，受損失方需要證明假如合同履行其不可能遭遇風險損失，否則就難以獲得利潤損失賠償，這與中國合同法第113條承認的全部賠償原則不符，並且客觀上對違約起激勵作用。根據全部賠償原則這一公認商業標準，受損失方只要提供合理證據就應該獲得預期利潤損失賠償，因為民事證據建立在蓋然性平衡基礎上，舉證尺度寬於刑事訴訟，當事人只要有50%的可能性獲得預期利潤，法院或仲裁庭就應認可，對其遭受的損失應該裁決賠償，¹⁵即使原告不能以絕對確定性證明損失，違約方也不應逃避責任，正是違約方的違約造成原告舉證困難，“法院應該將損失不確定性風險加在違約方，是他的違約導致損失不確定”¹⁶

14) Hadly V. Baxendale (1854) 9 Ex. 341.156 Eng. Rep.

15) 見《國際商事合同通則》(2010)第7.4.4條正式評論；楊良宜著《損失賠償與救濟》，法律出版社2013年4月版，第4頁。

16) .CISG-AC Opinion 6 on Calculation of Damages under CISG article 74, Comment, paragraph, 2.4.

VI. 結論

《聯合國國際貨物銷售合同公約》實施27年的經驗說明國際商事仲裁是適用公約的重要領域，也是公約發揮國際統一法作用的重要支柱。諸多案例顯示中國國際經濟貿易仲裁委員會（CIETAC）與締約國法院一樣準確理解和適用公約，這有利於提高案件審理質量，增強裁決的公信力，促進公約研究和學術。但是仲裁庭的民間性和獨立性決定了其適用公約的法律基礎不同於司法機關，適用公約不是履行締約國應該承擔的國際法義務，而是遵循其所在國國內仲裁法、應執行的仲裁程序以及國際仲裁慣例。關於違約損失賠償制度，中國合同法與公約最大不同是缺少相當於公約第75條、76條的差價賠償制度，結果是法官和仲裁庭有更多自由裁量權，損失賠償制度缺乏確定性、可預見性。因此解決國際銷售合同爭議中，適用公約比適用中國合同法對索賠方更有利。

ABSTRACT

The Application of CISG to International Commercial Arbitration

Wei Li

International arbitration is the important field of applying CISG and the backbone of uniform law developed by CISG. Now CIETAC tribunals like courts of contracting states apply CISG precisely, which is beneficial to improving the quality and the credit of arbitral cases. Arbitration has the characters of independence and the non-government. the legal foundation of arbitral tribunal's applying CISG are the national arbitral law, the applicable arbitral procedures and usages of arbitration, not for performing international obligations under the CISG. CIETAC mainly use China Contract Law and CISG over the cases of sale of goods. Because of no provisions on recovery of differential price loss (equal to article 75 and 76 of CISG) Chinese tribunals have more discretion in determining the sum of damages under the China Contract Law. Applying China Contract Law may not beneficial to aggrieved party.

Key Words : CISG, China Contract Law, CIETAC, International Sale of Hoods, The System of Recovering Differential Price

[번역문]

논문접수일 2015. 11. 18.
심사수정일 2016. 01. 26.
게재확정일 2016. 02. 26.

국제물품매매계약에 관한 유엔협약이 국제상사중재에서의 적용

The Application of CISG to International Commercial Arbitration

리웨이(Wei Li)*

김리용(LeeRyong Kim)**

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. CISG와 중국계약법
- III. 협약에 대한 국제상사중재기구의 적용
- IV. 중재기구가 협약을 적용하는 법률 근거
- V. 철광석 수출입 계약분쟁사건
- VI. 결 론
- 국문요약

주제어 : CISG, 중국 계약법, CIETAC, 국제물품매매, 차액배상제도

* 중국정법대학 국제법학원 교수, liwei1242002@163.com

** 번역자, 법무법인 로고스 중국변호사, godbless721@gmail.com

I. 서론

1980년 <국제물품매매계약에 관한 유엔협약>(CISG 또는 협약)은 35년의 역사를 가지고 있고 국제물품매매계약을 조정하는 통일법으로서, 협약은 이미 학술 영역과 법률 실무자에게 광범위하게 인정을 받고 있다. 현재까지 협약을 적용하는 사건 중에서 중국당사자 사건의 수량이 대폭적으로 증가하였는데, 이는 전세계 해당 유형의 판례를 풍부하게 하였고 본 협약을 통일적으로 해석하고 적용하는데 유리한 역할을 하고 있다. 본 논문에서는 중국물품매매계약법의 발전과 결부하여, 중국물품매매계약법과 CISG의 주요한 차이점, 국제상사중재기구가 국제매매계약 분쟁사건을 해결할 때 협약을 적용하는 상황과 법률근거를 서술하고, 마지막으로 전형적인 사건분석을 통하여 중국계약법의 주요한 결함과 당사자에 대한 영향을 설명할 것이다.

II. CISG와 중국계약법

CISG는 이미 35년의 역사를 가지고 있고, 1988년 효력을 발생한 이래 27년의 시행 역사를 가지고 있으며, 현재까지 83개의 계약국을 포함하고 있는데 이는 전세계 40%의 국가를 포함하고 있고 전체 무역액의 80%를 차지한다.¹⁾ 협약은 직접 적용할 수 있는 국제 통일 실체법이고 전세계적인 범위 내에서의 지명도와 획득가능성을 가지고 있다. 협약의 국제성과 중립성은 국제거래 당사자가 보다 쉽게 본 협약을 적용하는 협의를 달성하게 할 수 있을 것이다. 다년 간, 유엔 국제무역법위원회와 관련 민간 기구(예를 들어, CISG-AC)를 세계 각국이 협약을 받아들이고 협약에 가입할 것을 추진하고 있으며 협약의 적용범위를 확대하고 있다. 최근의 성과는 남미에서 중요한 무역대국인 브라질이 2014년에 협약에 가입하게 한 것이다. 이는 남남 국경간 무역에 통일적인 법률구조를 구성할 수 있게 되었고 또한 브라질 국내법에 새로운 개념과 규칙 및 이념을 도입하게 하였다. 상기 기구는 또한 계약국이 적당한 시기에 원래의 보류사항을 철회하고 판례법 개요를 발표하거나 또는 지문의견을 제공하도록 추진하고 있다. 협약은 부동한 지역에서도 영향력을 발휘하고 있는데, 중, 일, 한 등 3개 무역대국은 모두 계약국으로서 협약은 실제상 해당 지역에서의 통일적으로 적용되는 물품매매법으로서, 본 지역에서도 유럽과 북미에서의 통일법적인 역

1) 유엔 국제무역법위원회 제48기대회 사무국 설명: 현재 국제물품매매영역 추세, A/CN. 9/849, p3.
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/026/40/PDF/V1502640.pdf?OpenElement>

할과 같은 작용을 발휘하고 있다. 하지만 미시적인 측면에서 협약의 확대적용은 성공적이지 못하다. 협약의 제6조 규정은 계약국 국가라 하더라도 해당 규정의 적용을 배제할 수 있다. 무역법위원회 조사에 의하면 구체적인 사건에서 법률실무자는 분쟁해결을 위한 적용할 법률을 선택함에 있어서 서로 다른 법률 간의 장점과 결점 및 관련 거래에 대한 적용가능성을 분석하는 것이 아니라 습관적으로 본인이 익숙한 법률을 선택한다는 것이다. “현행 관례에 관한 조사에 의하면 대다수 사건에서 법률 실무자는 의뢰인에게 <매매협약>을 적용할 수 없거나 특정 국가의 법률의 적용을 회피하는 이유를 설명하지 않았다고 한다.”²⁾ 그러므로, 협약과 중국물품매매법의 차이점을 분석하는 것은 중국 법률 실무자가 합리적으로 적용할 법률을 선택함에 있어서 매우 중요한 역할을 할 것이다.

현재까지 중국은 물품매매계약을 규제하는 단행 법률이 존재하지 않는다. 중국에서의 물품매매법은 일련의 규범성 법률규정으로 구성되어 있는데, 그 중에서 1986년 <중화인민공화국 민법통칙>과 1999년 <중화인민공화국 계약법>(이하 “계약법”이라 함)은 물품매매를 규제하는 기본 법률이고, 상기 두 법률규정에 대한 최고인민법원의 사법해석을 보충적인 법률규정으로 하고 있다. 계약법과 CISG는 중요한 역사적 연결관계를 가지고 있는데, 중국은 비록 CISG 창설국가이지만 기타 구성원과 달리, 중국이 협약 가입 시에 단지 <섭외경제계약법>으로 섭외계약을 규제하고 있었고 기본적인 상사법률이 결핍하였다. 이러한 상황 때문에, 그 당시 협약에 가입한 것은 개혁개방초기 상법 법률의 부재를 보충할 수 있었고, 서방 시장경제국가의 선진적인 계약제도와 개념을 도입할 수 있었는데, 이는 1999년 계약법을 제정함에 있어서 학자들과 실무자들은 CISG 등 국제상법과 관례를 참조할 수 있었고, 이러한 원인으로 인하여 계약법의 72개의 조항과 협약의 62개의 조항은 유사성과 대응관계가 존재하게 되었다. 중국법률제도 중에서 사법해석과 법률규정은 모두 동일한 법률효력을 가지는데, 이러한 계약법 관련 사법해석은 아래와 같다: 최고인민법원 《<중화인민공화국 계약법>을 적용함에 있어서 약간의 문제에 대한 해석(1)》(1999년), 《<중화인민공화국 계약법>을 적용함에 있어서 약간의 문제에 대한 해석(2)》(2009년), <매매계약분쟁사건 심사 관련 법률적용문제에 대한 해석>(2012년). 상기 사법해석, 특히 매매계약분쟁사건 심사 관련 사법해석은 1980년 CISG와 로마통일국제사법협회에서 제정한 <국제상사계약원칙>의 관련 규정을 참조, 흡수하여 중국 계약법을 보완함으로써, 중국 계약법이 실제적용가능성을 제고하여 중국계약실무 관련 수요에 부합되게 하였다. 또한 이러한 법률해석은 중국 계약법 상황을 변화시켰고, 일정한 범위 내에서 물품매매계약에 대한 법률적용효과를 변화시켰다.

물품매매 영역에서 중국 계약법과 사법해석은 아래와 같은 면에서 CISG와 차이점이 존재한다. 첫째, 적용범위와 관련하여, 협약은 국제물품매매계약에만 적용되는데, 주요하게는

2) 전계 논문, p4

유형 동산매매에 국한되어 있는데, 협약 제2조~제5조까지의 규정은 일부 물품매매와 일부 법률문제를 규정함에 있어서 적용이 배제되고 있다. 하지만 중국 계약법은 종합적인 법률로서, 매매계약을 포함하는 15개 유형의 계약에 적용되고, 상사계약과 민사계약을 구분하지 않는다. 계약법이 규제하는 계약 목적물의 범위는 광범한데, 동산, 부동산(토지, 건물), 준부동산(선박, 항공기), 무형 자산(실물장치가 없는 전자정보), 채권 및 주식양도계약 등을 포함한다. 둘째, 계약 성립과 관련하여, 협약은 표준약관계약을 규제하는 특수규칙 관련 내용이 없고, 표준약관계약 관련 분쟁해결은 여전히 제2부분의 계약성립관련 규칙을 적용하고 있다. 하지만 계약법과 같은 경우 협약 제2부분의 청약과 승낙에 관한 기본 규칙(제11조, 제14~24조)을 도입하였을 뿐만 아니라 표준약관계약, 서면계약, 확인서 관련 규정을 추가하였고, 계약 체결상의 과실에 대한 구제내용을 추가하였으며, 계약법 제39~41조 표준약관계약 관련 규정에 의하면, 거래에서 표준약관계약을 제공한 일방 당사자는 합리적인 조치를 취하여 상대방이 계약 중에서 본인의 책임을 면제 또는 제한하거나, 상대방의 의무와 책임을 추가하는 규정을 주의할 수 있도록 언급하여야 하고, 상대방의 요구에 따라 해당 조항에 대하여 설명하여야 하며 그러지 아니하는 경우, 해당 유형의 표준약관조항은 무효처리 된다. 셋째, 계약위반에 대한 구제와 관련하여, 협약은 물품계약위반 구제의 주요한 방식을 규정하고 있는데, 실제이행, 손해배상, 가격 차감, 계약무효 선포 등 내용을 포함하고 있다. 중국 계약법 또한 이러한 기본적인 구제방식을 승인하고 있는데, 제113조와 협약 제74조는 흡사한 내용을 포함하고 있는데, 모두 손해배상의 범위와 계산방법을 규정함으로써 손실을 기초로 한다는 것과 전부배상을 원칙으로 하고 있다. 하지만 계약위반 구제와 관련하여 계약법과 협약의 가장 큰 차이점은 바로 “차액배상원칙”이다.³⁾ 이 제도는 피해를 입은 당사자가 상대방의 계약위반으로 인하여 계약을 해지하는 경우, 계약 가격과 대체거래가격 또는 시가 사이의 차액을 청구할 수 있도록 하는 것이다. 차액배상제도는 손해배상의 기본원칙과 목표를 실현하는 도구로서, 이 제도의 목적은 피해를 입은 당사자가 계약이 정상적으로 이행되었을 경우에 받을 수 있는 지위를 회복하여 주는 것이다. 이러한 제도의 부재로 인하여 중국 법률 규정에서의 손해배상은 예견가능성이 존재하지 않게 되는데, 이는 중국 계약법과 세계 선진적인 계약제도와와의 중요한 차이점이다. 또한 이러한 차이점은 구제권을 행사하는 계약위반으로 인하여 피해를 입은 당사자에게 현저하게 불리하게 작용하기 때문에, 손해배상청구를 제기하는 당사자로서는 협약을 적용하는 것이 계약법을 적용하는 것보다 더욱 유리할 것이다. 또 하나의 중요한 차이점은 바로 가격 차감제도이다. 협약 제50조는 가격차감의 적용에 대하여 엄격한 제한을 하고 있는데, 만약 매도인이 요구에 부합되지 않는 물품에 대하여 구제(수리, 교환)를 하거나 또는 매도인이 제출한 구제방안을 매수인이 거부한 경우, 구제조치의 유효 여부를

3) CISG 제75조 제76조 참조. <국제상사계약원칙>(2004년) 제7.4.5조, 제7.4.6조, <유럽계약법원칙> 제9-506조, 9-507조

막론하고 매수인은 가격 차감을 청구할 수 없다고 규정하고 있다. 하지만 중국 계약법은 가격차감제도에 대하여 이러한 제한을 하지 않고 있는데 이는 매도인에게 불리하게 작용할 것이다. 마지막으로 매수인이 수령한 물품이 계약요구에 부합되지 않는다는 이의 통지를 발송하는 것과 관련한 것인데, 협약과 계약법은 모두 매수인은 계약에서 규정한 합리적인 기간 내에 물품을 검증하고 이에 대하여 계약에 부합되지 않는다는 통지를 발송하여야 한다고 규정하고 있는데, 협약과 계약법의 차이점은 <매매계약 사법해석> 제18조에서 손해배상 기간에 대하여 조정할 수 있다는 규정을 한 것이다. 상기 규정에 의하면 법원은 계약에서 규정한 검증기간이 짧고 매수인이 해당 기간 내에 전면적인 검증을 할 수 없는 경우, 법원은 계약에서 규정한 검증 또는 손해배상 기간은 단지 외관상의 하자에만 해당하는 이의제기 기간으로 간주하고 법원은 드러나지 않은 하자에 대한 이의 제기 기간을 별도로 확정할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 매수인에 대하여 현저하게 유리하고 매도인에 불리한 규정이다.

Ⅲ. 협약에 대한 국제상사중재기구의 적용

국제물품매매 당사자는 직접 적용, 간접 적용 및 당사자의 선택 적용 등 3가지 방식을 통하여 협약을 적용할 수 있다. 협약 제1조 제1항(a)와 (b) 규정에서는 직접 적용과 간접 적용 2가지 방식을 규정하고 있다. (a) 규정에 의하면 영업 장소가 서로 다른 계약국에 위치하여 있는 당사자가 매매계약에서 협약의 적용을 배척한다는 의사를 명시하지 않았거나 또는 기타 준거법을 선택하는 방식으로 협약적용을 배척한다는 것을 묵인하지 아니한 경우, 자동적으로 협약이 적용된다고 규정하고 있다. (a) 규정 자체는 국제사법의 일방적인 분쟁규범으로서 적용하여야 하는 법률을 지정하고 있기 때문에 국내 분쟁규범에 의하여 별도로 준거법을 선택할 필요가 없다. 계약국가가 협약에 가입하면 해당 일방적 분쟁규범을 인정하였음을 의미하고 물품매매계약 분쟁을 해결할 때 반드시 우선적으로 해당 분쟁규범을 적용하여야 할 것이다.(국제법이 국내법보다 우선 적용)⁴⁾ 만약 구체적인 사건에서 일방 당사자 또는 모든 당사자의 영업장소가 계약국가에 위치하지 아니하고 당사자 모두 계약에 적용되는 법률을 선택하지 아니한 경우, 법원소재지 국제사법 원칙에 근거하여 (b) 규정에 따라 협약을 적용할 수 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 만약 “국제사법원칙으로 인하여 특정 계약국가의 법률을 적용하는 경우”, 국제사법이 지정하는 특정

4) 유엔 국제무역법위원회에서는 계약국가의 법원은 법원소재지 국제사법규칙을 적용하기 전에 반드시 우선 본 협약이 적용되는지 여부를 심사하여야 한다고 강조한다. “만약 당사자들의 영업장소 소재지국가가 모두 계약국가인 경우, 법원소재지 국제사법규칙에 의하여 제3국가의 법률이 적용된다 하더라도 본 협약은 적용될 수 있다.” <협약관례법에 대한 무역법위원회 편집>(2008년 수정)제1조, 제18단락

체약국가의 국내법을 적용하는 것이 아니라 협약 규정을 적용한다. 국제사법에서의 의사 자치원칙과 최고밀접관련원칙에 의하여 협약을 적용할 수 있는데, 예를 들어 당사자가 국제사법규칙의 “계약 자유의 원칙”에 따라 특정 체약국가의 국내법을 준거법으로 선택한 경우, 협약 또한 동시에 적용 가능하다. 이는 국제사법원칙으로 인하여 특정 체약국가의 법률을 적용함으로써 협약이 적용되는 경우에 해당하므로 협약의 간접적용에 속한다. 직접 적용과 간접 적용을 제외하고, 당사자가 직접 협약을 계약 준거법으로 선택함으로써 인하여 협약이 적용되는 것은 세 번째 적용 방식이다. 무역법위원회는 체약국가들이 협약을 적용하는 판례법적인 경험을 기초로 하여 아래와 같은 결론을 내린다: “본 협약은 당사자들의 선택을 통하여 적용될 수 있고, 당사자가 선택을 하지 않거나 또는 당사자의 선택이 무효인 경우 법원소재지 국제사법규칙의 객관적인 기준에 따라 제1조 제1항(b) 규정에 의한 협약의 적용이 가능한지 여부를 확정한다.”⁵⁾ 이러한 결론에서 “당사자의 선택을 통한 적용”이라 함은 당사자가 직접적으로 협약을 준거법으로 선택한 경우를 뜻한다. 하지만 체약국가의 법원이 직접 또는 간접적으로 협약을 적용하는 것은 협약 제1조에서 규정한 의무에 기반한 것이고, 당사자가 직접 협약을 준거법으로 약정한 선택의 유효성을 인정하는 것은 해당 국가 국제사법규칙의 “당사자 계약자유 원칙”에 기반한 것이다. 이러한 원칙은 협약 제6조에서도 규정하고 있다.

협약 제1조부터 제5조까지 및 마지막 부분의 공법조항은 체약국가의 시행 의무를 규정하고 있는데, 이러한 국제법 의무는 단지 체약국가의 법원에 대하여 구속력을 가진다. 만약 매매계약 분쟁을 체약국이 법원에서 관할하고, 당사자의 영업장소가 모두 체약국가에 위치하여 있으며 협약의 적용을 배척한다는 의사를 명시하거나 묵인하지 아니한 경우 해당 국가의 법원은 우선 제1조 a항의 일방적 분쟁규범에 근거하여 협약을 적용할 의무가 있다. 만약 체약국가가 협약 제1조 b항에 대하여 보류를 하지 않은 경우, 조건에 부합된다면 계약분쟁에 대하여 간접적으로 협약을 적용할 의무도 있다. 협약의 시행 의무는 비체약국가의 법원에 대하여 구속력이 없지만 비체약국가의 법원이 관련 계약분쟁에 대하여 직접 또는 간접적으로 협약을 적용할 수 없다는 것은 아니다. 이러한 법원에서 협약을 적용하는 것은 협약에서 규정한 협약적용 의무에 기반한 것이 아니고 국내법의무(헌법, 분쟁해결법, 절차법 규정)에 기반한 것이고, 계약당사자들의 영업장소가 체약국가에 위치하여 있고 협약의 적용을 배척하지 아니한 사실에 기반한 것이며, 당사자들이 귀속되어 있는 국가의 체약국이 지위를 존중한다는 것에 기반한 것이다. 협약은 국제상사중재기구에 대하여서도 구속력이 없다. 중재기구는 당사자가 협상을 통하여 선택한 독립적인 민간 재판기구이고 국가기관이 아니며 중재재판을 설립하는 것은 당사자의 동의에 의하여 이루어진 것이고 재판비용 또한 당사자가 부담한다. 중재재판소의 목적은 당사자의 수권범위

5) <협약관례법에 대한 무역법위원회 편집>(2008년 수정)제1조, 제22단락

에 근거하여 분쟁을 해결하고 계약목적을 실현하는 것으로서, 반드시 소재국가 소송절차와 분쟁해결 법률 및 가입한 국제협약을 준수하여야 하는 의무가 없고 또한 국제법 의무에 따라 협약을 적용할 의무도 없다. 이는 국가기관으로서의 법원의 성격과 완전히 상이하다. 법원이 사건을 심사하는 것은 헌법과 법률의 수권에 근거하여 진행하는 것이고 운영자금 또한 국가재정에서 부담하는 것이고, 법원은 헌법과 법률을 충실히 집행하여야 할 의무가 있으며, 국가가 가입한 국제협약의무를 이행하고 국가 소송절차와 분쟁해결 법률을 준수할 의무가 있다.

역사적인 원인으로 인하여 현재 중국 당사자가 존재하는 대부분의 국제매매계약 분쟁 사건은 법원에서의 소송이 아닌 중재재판을 통하여 해결되고 있다. 그 원인은 중재기구에 국제매매계약 분쟁을 해결하는 대량의 전문인력이 집중되어 있고, 또한 이러한 분쟁의 해결은 국내법원의 업무 중점이 아니기 때문이다. 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)는 현재에도 업무가 가장 많은 중재기구인데, 2014년에 총 1610건의 섭외사건을 심사하였고 48개국과 지역의 외국인 당사자가 포함되어 있으며 그 중에서 대부분의 사건은 섭외 물품매매 분쟁사건이다. 협약 규칙은 매매당사자, 법원, 중재기구에 모두 지도적 의의가 있다.⁶⁾ 법원 외에도, 국제상사중재재판소는 협약을 적용하는 가장 중요한 영역이고, 협약의 활력을 유지하고 물품매매법의 국제적인 통일 목표를 실현함에 있어서 가장 중요한 역할을 발휘한다. 유명한 페이스 대학교 국제상법학원 CISG 사이트에서는 3131건의 협약을 적용한 사건을 발표하였는데⁷⁾, 유럽연합 19개 국가의 법원판례와 유럽 법원의 판례가 1845건이고 그 중에서 독일이 531건, 네덜란드가 265건, 스위스가 212건으로서 유럽 특히 독일은 협약을 적용하는 법원판례의 중심이라고 볼 수 있다. 수집한 중국재판기구의 사건은 432건인데 그 중에서 336건은 CIETAC의 중재판결이고 나머지 96건은 최고인민법원과 지방 인민법원의 판결이다. 이는 중국은 협약을 적용하는 중재판결의 중요한 출처임을 설명한다. 상사중재는 비밀유지가 그 특징이 되고 있는데 대부분 중재재판은 공개적으로 이루어지지 않기 때문에 전세계 범위 내에서 중재기구가 협약을 적용하는 사건 수량을 집계할 수가 없다. 영국 퀸메리 대학교 루카스 미스터리스 교수는 전세계 범위 내에서 250개 국제중재기구가 있으며 공개한 중재판결은 이러한 중재기구가 실제로 처리한 사건의 5% 정도 차지한다고 하는데, 약 15000건이라고 발표하였다.⁸⁾ 페이스 대학교 상법학원 CISG 데이터 베이스에서 수집한 사건을 국가별로 통계한 결과, 많은 국가의 판례는 법원판결도 있고 중재기구의 판결도 있는데, 현재 총 3131개 사건이 있고 그 중에서 중재사건은 830건으로서 약 26.5%를 차지한다. 830개의 사건 중에서 CIETAC 사건 수량이 336개로서 가

6) 하지만 제28조는 주요하게는 법원을 대상으로 한다.

7) Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caselit.html>, visited 2015-9-11.

8) Loukas Mistelis, CISG and Arbitration, see Andre Janssen, Olaf Meyer eds, CISG Methodology, European law Publishers (2009), p.376,387.

장 많고 그 다음으로 러시아가 266건, 스웨덴 국제상업회의소(ICC)가 94건, 세르비아 61건 우크라이나 22건이다. 공개한 사건 수량이 전체 사건의 5%를 차지한다는 원칙에 근거하면 90년대 상기 5개 국가의 중재사건만 하여도 15000건 정도일 것이다.

IV. 중재기구가 협약을 적용하는 법률 근거

우리는 전세계 범위 내에서 협약을 적용하는 사건이 증가하는 추세를 주의하는 동시에 특정 사건에 대한 분석을 통하여 중재재판소에서 어떤 방식을 통하여 협약 또는 기타 국내법을 적용하는지를 결정하는지를 이해하여야 하고 협약이 중재 사건에서의 적용 범위에 대하여서도 이해를 하여야 한다. CIETAC에서 출판한 4권의 <중국국제경제무역중재 재판 문서>에는 2006년까지의 419건의 중재 사건을 수록하고 있는데, 그 중에서 2003-2006년 사이의 41건의 국제물품매매 계약분쟁 사건에서 5개 사건은 중재재판소에서 법률적용에 대한 의견을 제출하지 않았고, 14개 사건에서는 중재재판소가 협약을 적용하고 있는데, 이는 전체 41개 사건의 34%를 차지한다. 22개 사건에서 중재재판소는 중국 계약법을 적용하였는데 이는 전체 사건의 50% 이상을 차지한다. 1995년-2002년 사이에는 협약을 적용한 사건은 15건으로서 전체 64개 사건의 15%를 차지한다. 상기 통계자료는 협약을 적용하는 사건이 점차 증가하고 있음을 반영하고, 중국 당사자가 개입되어 있는 사건의 절반 이상이 협약이 아닌 계약법을 적용하고 있음을 설명한다. 이러한 현상이 나타날 수 있는 원인은 두 가지가 있다: 첫째, 거의 대부분의 협약을 적용하는 사건에서 중재재판소는 협약 제1조 a항-직접적용을 인용하고 있는데, 그 당시 상당 수량의 사건에서 매매계약의 외국 당사자의 영업장소는 비체약국(홍콩, 대만, 일본⁹⁾)에 위치하여 있기 때문에 직접 적용이 불가능하였다. 둘째, 중국이 협약에 가입할 때 두 가지 보류를 하였는데, 즉 제1조 b항과 제11조에 대하여 보류를 하였다. 그 중에서 두 번째 보류사항은 2013년 3월에 철회되었고, 제1조b항에 대한 보류는 현재까지 유지되고 있다. 그 결과로, 비체약국 당사자가 개입되어 있는 계약에 대한 국제사법규칙을 통한 협약의 간접적용의 가능성을 배제하고 있는 것이다.

중재재판소가 일부 사건에 대한 심사에서 협약에 대한 정확한 이해와 비교적 높은 법률 수준을 나타내고 있다. “미국원면매매 계약분쟁 중재사건”에서 중국 강소성 매수인은 미국 매도인(피신청인)으로부터 수입한 원면이 엄중한 품질문제가 존재한다는 이유로 CIETAC에 중재를 신청하여 매도인이 납부한 물품의 중량 미달, 등급 미달 및 대체물 구매로 인한 금전손실에 대한 손해배상을 청구하였다. 재판의 법률적용과 관련하여 중재재

9) 일본은 2009년에 협약에 가입하였다.

판소는 아래와 같은 정확한 결정을 하였다: “본 사건의 신청인은 영업장소가 중국에 있는 회사이고 피신청인은 영업장소가 미국에 있는 회사이며 본 사건은 국제물품매매 계약분쟁에 속하며 계약 당사자 영업장소 소재국 모두 CISG 체결국가로서 본 사건은 반드시 협약을 적용하여야 한다. 협약에서 규정하지 아니한 문제에 대하여 반드시 가장 밀접한 관련성이 있는 국가의 법률을 적용하여야 하는데, 본 사건 신청인은 소재지가 중국이고 납품장소 또한 중국 남통이며 분쟁해결장소 또한 중국이기 때문에 반드시 중국 법률을 적용하여야 한다.”¹⁰⁾ 하지만 피신청인은 목화거래는 국제거래에서 특수성이 있기 때문에 협약을 적용하는 것이 아니라 <목화거래 리버풀규칙>(Rules of Liverpool Cotton Exchange)을 적용하여야 한다고 주장하였다. 중재재판소는 당사자가 체결한 계약에서 <목화거래 리버풀규칙>을 적용한다는 약정을 하지 않았다는 사실을 발견하고, 계약이행과 사건 심사과정에서 해당 관례를 적용한다는 합의가 없다는 것을 근거로 피신청인의 주장을 받아들이지 않았다. 하지만 중재재판소는 매매계약 제14조의 규정 “수량과 품질은 <중국 방직품 목화수출입회사 목화매매계약>(Chinatex’s General Terms and Conditions Governing Purchase of Cotton) 조항을 기준으로 한다.”을 발견하고, 신청인이 이를 근거로 제기한 품질 이의에 대하여 피신청인이 반대의견을 제기하지 않은 것을 인지하고 이를 근거로 해당 조항이 유효하게 계약의 일부분이라고 판단하였다. 신청인이 협약이 적용되지 않는다는 주장에 대하여 중재재판소는: 협약 제6조에 의하면 당사자는 협약을 적용하지 않을 수 있는데 그 전제는 당사자 모두 협약의 적용을 명시적으로 배제하여야 한다는 것이다. 본 사건의 계약에서는 이러한 협약의 적용을 배제하는 조항이 없고 분쟁 발생한 이후에도 협약의 적용을 배제한다는 합의가 없었기 때문에 피신청인의 주장은 근거가 없다고 판단하였다. 판결의 손해배상 부분에서 중재재판소는 신청인이 합격제품과 불합격제품 사이의 차액을 손해배상액으로 하는 주장을 받아들였지만, 신청인이 목화의 등급 저하로 인하여 대체물품을 구입한 것으로 인한 금전손해배상청구는 받아들이지 않으면서 신청인이 물품수령을 거부하지 않은 전제 하에서 대체물품을 구입하는 것은 계약규정에 어긋나는 것이라고 판단하였고 본 사항에 대한 손해배상은 전항의 손해배상과 충돌(중복배상)된다고 판단하였다.

“양모수출입 계약분쟁사건”에서 매도인인 호주 D사(신청인)와 매수인인 중국 H사는 매수인이 증거를 통하여 입증된 3부의 양모 수출입계약에 대한 이행을 거부한 것에 대하여 CIETAC 중재신청을 하였다. 본 사건의 매도인 신청인은 2003년에 홍콩에 있는 대리인을 통하여 팩스방식으로 매수인에 대하여 3부의 양모<주문확인서>를 발송하였는데, 내용에는 화물, 수량, 가격, 운송시기 및 대금지급방식 등 조항을 포함하고 있었고 유효한 청약에 해당하였다. 피신청인의 법정대표인은 3부의 주문서에 서명하였고, “당사가 청약에 대하여 승낙한다”고 기재하였기 때문에 유효한 승낙에 해당하고 계약이 성립된 것이다. 법률적용

10) CIETAC, <중국국제경제무역 중재판결문 편집>(2003-2006), 법률출판사, 2009년 출판, p286

과 관련하여, 신청인은 협약을 적용할 것을 주장하였지만, 피신청인인 매수인은 계약에 “모든 기타 조건과 조항은 <1990년 중방 양모과 모조(毛條) 일반 거래조건>을 적용한다.”고 약정하였기 때문에 본 거래조건을 적용하여야 한다고 주장하였다. 중재재판소는 “상술한 계약 약정에 근거하여, 계약에서 명확하게 기재한 거래조건을 제외하고 쌍방당사자가 명확하게 약정한 <1990년 중방 양모과 모조(毛條) 일반 거래조건> 또한 쌍방 당사자가 약정한 거래조항과 조건에 해당한다. 하지만 해당 일반거래조건은 쌍방 정부가 체결한 협약도 아니고, 중국 정부가 인정하는 법률도 아니며 계약내용과 해당 거래조건 모두 법률적용조항을 포함하지 않고 있다. 조사 결과 신청인 소재국인 호주와 피신청인 소재국 중국 모두 CISG 체결국가이므로 양국이 부담하는 협약의무에 근거하여 쌍방 당사자가 적용을 배제하지 않는 한 반드시 협약을 적용하여야 한다.”고 판정하였다.¹¹⁾ 마지막으로 중재재판소는 신청인의 청구를 받아들여 협약 제76조에 근거하여 피신청인은 계약에서 약정한 금액과 피신청인이 계약 위반 시 시장가격 사이의 차액인 78397.50 달러를 매도인에게 배상하도록 하였다.

이상의 사건에서 CIETAC 중재재판소는 모두 협약 제1조 a항을 적용하여 협약을 직접 적용 하였다. 법률적인 추리, 논술 모두 법원의 판결과 흡사하다. 모두 계약에서 약정한 표준 조항과 반드시 적용되어야 하는 법률에 대하여 구분을 하는데 사료가 명확하고 판결이 정확하다. 하지만 중재재판소의 민간성과 독립성으로 인하여 중재재판소가 협약을 적용하도록 하는 법률기초가 사법기관과 다를 수 밖에 없다. 중재재판소가 협약을 적용하는 것은 체결국가가 반드시 이행하여야 하는 국제법적 의무 때문에 아니라 소재국 국내 중재법, 중재절차 및 국제중재관례에 근거한 것이다. 국제사법 상의 ‘장소가 행위를 지배하는 원칙’에 따라 특정한 국가에서 진행되는 소송은 반드시 법원 소재지의 분쟁규칙을 포함한 소송절차법을 준수하여 하고 그 어떤 주권국가도 외국의 절차법을 적용하도록 허락하는 나라는 없다. 이러한 원칙의 영향으로 국제상사중재 또한 중재재판소 소재국의 중재법 또는 중재절차규칙을 준수하여야 하는데 일정한 상황에서 당사자 의사에 따라 외국의 절차규칙을 적용하여 “비지역화” 경향이 발생할 수 있다. 이는 국제상사중재관례 중의 “의사자치”원칙에 기반한 것으로 그 근원 또한 국내법이 해당 관례를 준수할 것을 요구하고 있기 때문이다. 국제상사중재 법률적용과 관련하여 중국 중재법과 CIETAC 중재규칙 모두 법률규정에 근거하고 국제관례를 참조할 것을 요구하고 있다.¹²⁾ <무역법위원회 국제상사중재시범법> 제28조 분쟁해결을 위한 실체법적 규칙의 선택과 관련하여:”1) 중재재판소는 당사자가 선택한 실체법적 법률규칙을 적용하여 결정을 하여야 한다. 특정 국가의 법률

11) CIETAC, <중국국제경제무역중재판결문 편집>(2003-2006), 법률출판사, 2009년 출판, p313

12) <중화인민공화국 중재법> 제7조:”중재는 반드시 사실에 근거하고 법률규정에 부합되는 방식으로 공평하고 합리적으로 분쟁을 해결하여야 한다.” 2015년 <중국국제경제무역중재위원회 중재규칙> 제49.1조:”중재재판소는 사실과 계약 약정한 내용에 기반하고 법률규정에 근거하여 국제관례를 참조하여 공평하고 합리적이거나 독립적으로 공정한 판결을 하여야 한다.”

또는 법률제도의 적용을 지정한 것이 해당 국가의 실체법이 아닌 법률분쟁규범인 경우는 제외한다. 2) 당사자가 적용할 법률을 지정하지 아니한 경우, 중재재판소는 자신이 인정하는 법률분쟁규정이 확정하는 법률을 적용하여야 한다.”고 규정하였다. 2013년 <무역법위원회 중재규칙> 제35.1조에서도 유사한 규정이 있다. 위와 같은 규정에서 알 수 있듯이 국제상사중재에서 분쟁해결 적용법률을 선택할 때 아래와 같은 규칙을 준수한다; 1) 당사자가 선택한 법률, 2) 적합한 분쟁규범이 확정하는 법률, 3) 중재재판소가 적합하다고 생각되는 법률을 직접 적용. 적합한 분쟁규범 순서는: 중재재판소 소재지 분쟁규범, 분쟁과 가장 밀접한 관련성이 있는 국가의 분쟁규범, 중재재판소가 적합하다고 판단되는 분쟁규범. 진술한 사건에서 당사자 모두 법률적용과 관련하여 협상을 하지 않았기 때문에 중재재판소의 협약을 적용하는 결정은 정확하다. 당사자들에 대하여 협약은 적용되는 법률에 해당하고 또한 계약과 가장 밀접한 연관성이 있는 법률이다.

V. 철광석 수출입 계약분쟁사건

“양모수출입 계약분쟁사건”에서 중재재판소는 신청인인 매도인의 협약적용에 관한 청구를 인정하였기 때문에, 매도인은 협약에 근거하여 “차액 배상”을 받을 수 있었다. 아래에 소개할 “철광석 수출입계약 분쟁사건”에서는 중재재판소는 손해를 입은 매수인이 협약을 적용하여 계약 대금과 시장가격 사이의 차액을 배상 받을 것에 관한 청구를 인정하지 않았고, 반대로 중국계약법을 적용하여 보다 낮은 배상을 받도록 하였다. 해당 사건은 중국 계약법과 협약의 손해배상문제에서의 큰 구별점을 보여주고 있고, 또한 분쟁해결 적용법률이 당사자에 대한 영향력을 보여주고 있다.

1. 사실

2005년 7월 매수인인 중국 산동성 회사(신청인)과 매도인 홍콩회사(피신청인)은 철광석 수출입계약을 체결하였는데, 계약은 인도 철광석 2만톤을 수입하고 가격은 \$58.4/톤으로 하고, CFR 중국 일조항구, 운송시간은 2007년 7월, 대금지급방식은 2005년 7월 15일 이전에 철회불가능 신용장을 개설하는 방식으로 지급한다고 약정하였다. 2005년 7월 매수인은 신용장을 개설하였고, 최종 운송시간은 2005년 8월 5일이었다. 매도인은 계약기간 내에 물품을 납품하지 않았는데, 그 이유는 상류 공급업체인 인도 회사가 선박을 임대 받지 못하였기 때문에 물품을 인도 항구에 쌓아두었고, 8월 5일 물품 가격이 \$65.5/톤으로 상승하였다는 것이다. 8월 30일 매수인은 채차 매도인에게 납품할 것을 요구하였는데, 매도인

은 현재 항구가 혼잡하다는 이유로 계약방식을 FOB로 변경하여 운송문제는 자체로 해결할 것을 요구하였고 매수인은 이에 동의하였다. 2005년 9월 12일 매수인의 수차례의 촉구에도 불구하고 매도인이 납품을 하지 않았기 때문에 매수인은 계약해지 통지를 발송하였고 5일 내에 회신하여 손해배상 관련 사항을 협상하였는데 이때 가격은 \$72/톤으로 상승하였다. 2005년 12월 5일 협상이 이루어지지 않은 관계로 매수인은 계약분쟁해결 조항에 근거하여 CIETAC에 중재신청을 하였다. 매수인은 CISG 제76조와 UNIDROIT<국제상사계약통칙>제7.4.6조를 인용하여 매도인이 \$322000을 배상할 것을 청구하였다. 해당 손해배상금액에는 계약가격 \$58.4/톤과 계약 해지 시의 시가인 \$72/톤 사이의 차액(\$13.6/톤), \$2.5/톤의 정상경영이익 및 기타 부수적 손실 ¥14491의 신용장 개설비용 등이 포함된다.

2. 판결

본 사건의 법률적용과 관련하여, 중재재판소는 매도인의 영업장소가 홍콩에 있다는 점을 인식하여 매수인인 중국 대륙회사와 홍콩회사 사이의 분쟁은 섭외계약분쟁에 해당하고, 당사자 모두 계약에서 분쟁해결 적용법률에 대하여 약정을 하지 않았기 때문에, 중국 계약법 제126조 제1항의 규정에 따라 섭외계약 당사자가 적용법률을 약정하지 아니한 경우 계약과 가장 밀접한 연관성이 있는 국가의 법률을 적용하였다. 본 사건에서 신청인인 매수인 영업장소와 분쟁해결지 모두 중국이기 때문에 중국 법률을 적용하였다. 중재재판소는 신청인이 협약과 <국제상사계약통칙>을 적용할 것에 관한 청구를 받아들이지 않고, 중국계약법 제113조와 협약 제74조의 규정은 유사하므로 충분히 손해배상문제를 해결할 수 있기 때문에 국제협약과 국제관례를 참조할 필요가 없다고 인정하였다.¹³⁾ 손해배상과 관련하여, 중재재판소는 매도인이 계약에 따라 2만톤의 인도철광석을 납품하지 않는 것은 계약위반에 해당하고 신청인이 두 차례에 걸쳐 이행을 촉구하였음에도 불구하고 매도인은 항구 혼잡, 선박 임대 불가능을 이유로 계약을 이행하지 않았다고 확인하였다. 매도인은 매수인의 2005년 9월 12일 계약해지 손해배상 청구 관련 협상에 대하여 회신을 하지 않았기 때문에 계약해지에 대하여 이의가 없다는 것으로 간주하므로 계약법 제96조에 따라 계약은 9월 12일에 해지되었다. 중재재판소는 매수인의 계약가격 \$58.4/톤과 계약 해지 시의 시가인 \$72/톤 사이의 차액을 배상할 것에 관한 청구를 받아들이지 않고, 매도인이 \$2.5/톤의 손해배상을 지급하라고 판결하였다. 해당 금액은 물품 가격이 상승하지 않은 전

13) 중국<계약법>제113조:“당사자 일방이 계약의무를 이행하지 않거나 이행이 계약에 부합되지 않고, 이로 인하여 상대방에게 손실을 초래한 경우, 손해배상금액은 계약위반으로 인한 손실액에 상당하여야 하는데, 손실액은 계약 이행 후 받을 수 있는 이익을 포함하는데, 이는 계약위반 당사자가 계약 체결 시 예견할 수 있거나 반드시 예견하여야 하는 계약위반으로 인한 손실을 초과해서는 아니 된다.” 중국<민사통칙>제142조:“중국이 가입한 국제협약과 중국법률의 규정이 다른 경우, 국제협약을 적용한다. 중국법률과 중국이 가입한 협약에서 규정하지 않은 경우, 국제관례를 적용할 수 있다.”

제 하에서, 물품가격과 매수인이 물품을 매수하고 다시 국내 하류 매수인에 판매하여 획득할 수 있는 차액으로서 정상적인 “경영이익”에 해당된다. 심사 과정에서 매수인은 증거를 제출하여 계약 해지하는 시점에 철광석 시장가격은 \$72/톤임을 입증하였고 이에 대하여 매도인 또한 이익을 제기하지 않았다. 하지만 중재재판소는: “신청인이 <국제상사계약통칙>을 인용하여 계약가격 \$58.4/톤과 계약 해지 시의 시가인 \$72/톤 사이의 차액을 배상할 것을 요구하는 것은 법률적용의 착오이다. 당사자 모두 계약 체결 시점에 1~2개월 이후 물품 가격이 \$72/톤으로 상승하는 상황을 예측할 수 없었고 예측할 만한 근거도 없었을 것이고, 만약 예측할 수 있었다면 \$58.4/톤의 가격을 정하지 않았을 것이다. 신청인이 이러한 차액을 청구하는 것은 피신청인에 대하여 불공평하며, 계약 체결 시 가격 상승 상황을 예측할 수 있을만한 증거를 제시하지 못하였다.”고 판시하였다.

3. 분석

본 사건에서 매도인 홍콩회사가 비계약국의 지위에 있고, 중국은 협약 제1조 b항에 대하여 보류하고 있다는 점을 감안하였을 때, 중재재판소에서 협약을 적용하지 아니한 결정은 정확하다. 하지만 신청인의 진술과 같이 중국계약법은 협약 제76조와 <국제상사계약통칙> 제7.4.6조에 해당하는 차액배상제도가 없다. 중국계약법 제113조는 차액배상조항을 대체할 수 없기 때문에 계약법을 적용할 때, 상기 차액배상제도는 국제상사관례로 간주하여 계약법의 부족한 점을 보완하여야 한다. 중국 계약법 제113조와 협약 제74조는 대응되는데, 모두 계약위반 손해배상책임의 “합리적 예견가능성”원칙을 규정하여 피해를 입은 당사자가 받는 손해배상은 “계약위반 당사자가 계약 체결 시 예견하였거나 또는 반드시 예견하여야 하는 계약위반으로 인한 손실을 초과해서는 아니 된다.” 하지만 중재재판소는 본 사건에서 계약위반 손해배상의 “합리적 예견가능성”원칙에 대한 이해는 받아들일 수가 없다. 만약 당사자 모두 물품가격의 23%의 상승을 예견할 수 없다면(\$58.4/톤에서 \$72/톤으로 상승) 어느 정도의 상승은 예견할 수 있는가? 10% 아니면 15%? 중재재판소의 판결과 같이 “만약 당사자 모두 물품가격의 상승을 예견하였다면 그들은 계약을 체결하지 않았을 것이다.” 이러한 사고 방식에 따르면: 만약 일정한 정도의 가격 상승을 예견하였다면 매도인은 모두 원래 계약의 가격대로 계약을 체결하지 않았을 것이다. 그러면 계약 이행 시 어떠한 물가의 상승도 예견할 수 없다는 것인가? 이러한 관점을 인정한다는 것은 당사자가 아주 쉽게 “예견할 수 없다”는 것을 근거로 계약의 이행을 거부할 수 있다는 것과 마찬가지로 지일 것이다. 또한 비교적 높은 시장가격 손실에 대하여서도 배상할 필요가 없다는 것이다. 이러한 논리는 기필코 계약법치의 기본인 “계약의 신의성실원칙”을 해할 것이다.

손실의 예견가능성과 관련하여 학술 분야에서는 보편적으로 영국의 유명한 판례인

“Hadly V. Baxendale”¹⁴⁾의 결론을 인정하고 있다. 즉 계약위반으로 인한 손실을 통상적 손실과 비통상적 손실로 나뉘고, 통상적 손실이라 함은 사물의 자연적이고 통상적인 발전 과정에 따라 계약위반 당사자가 계약 체결 시 합리적으로 인식을 하여야 하는 손실 또는 계약 체결 과정에 따라 쌍방 당사자 모두 합리적으로 인식하여야 하는 손실을 의미한다. 비통상적 손실이라 함은 사물의 통상적인 발전과정에 따라 계약위반 당사자가 계약 체결 시점에 예견할 수 없는 손실을 의미한다. 환율에 의한 손실, 대량물품가격변화에 의한 손실 등은 예견하여야 하는 손실로서 화물운송회사가 운송가격의 변화를 예견하여야 하는 것과 마찬가지로이다. 예견할 수 있는 손실은 해당 산업의 기준에 따라 합리적인 자가 예견할 수 있는 손실로서 손실의 성격, 유형과 연관되는 것이고, 손실의 정도와 관련이 없다. 누구도 점쟁이가 아니기 때문에 구체적인 상승 금액을 예견할 수 없는데, 하지만 이로 인하여 해상 손실을 예견할 수 없다고 하여서는 아니 된다. 때문에 해당 상승 정도가 권리의무 평형을 근본적으로 파괴하여 계약이행이 불가능하게 되지 않는 이상, 23%의 상승은 예견 가능범위에 있다고 보아야 할 것이다. 또한 위와 같은 이러한 조건을 만족시키려면 보다 높은 법률 기준을 충족시켜야 할 것이다. 일부 학자는 차액손실은 예견가능한 이익 손실이고 실제손실이 아니라고 하면서 계약 이행 시 부딪치게 되는 리스크를 고려하여 이러한 유형의 손실은 측정할 수가 없다고 주장한다. 이러한 주장에 근거하여 중국법원은 협약 제76조의 추상적인 차액배상방법을 인정하지 않고, 이러한 배상청구가 있는 경우, 배상을 청구하는 당사자에게 보다 엄격한 입증책임을 부과하여 피해를 입은 당사자는 계약이 가정하여 이행하는 경우 리스크 손실을 입을 가능성이 없다는 것을 입증하여야 하는데 그렇지 못할 경우 손해배상을 받을 수가 없다. 이는 중국 계약법 제113조의 전부배상 원칙에 어긋나고 객관적으로 계약위반을 촉진하는 역할을 하게 된다. 전부배상원칙에 따라 손해를 입은 당사자는 단지 합리적인 증거만 제출하면 이익손실에 대한 손해배상을 받을 수 있어야 할 것이다. 민사 증거는 개연성 기초에 수립된 것으로서 형사소송보다 입증책임을 완화되어야 할 것이고 당사자는 미래의 이익에 대하여 50%의 획득가능성만 있다고 하더라도 법원 또는 중재재판소는 이를 인정하고 입은 손해에 대하여 배상을 받도록 하여야 할 것이다. 15) 실제로 계약위반 당사자의 계약위반 행위로 인하여 원고의 입증이 어려워졌기 때문에 원고가 손실에 대하여 절대적이고 확정된 입증을 할 수 없다고 하더라도 계약위반 당사자가 책임을 회피하여서는 아니 된다. “계약위반 당사자의 계약위반 행위로 인하여 손실의 불확정성을 초래하였기 때문에, 법원은 손실의 불확정성 리스크를 계약 위반 당사자에게 부과하여야 한다.”¹⁶⁾

14) Hadly V. Baxendale (1854) 9 Ex. 341.156 Eng. Rep.

15) <국제상사계약원칙>(2010)제7.4.4조 정규 평론, 양량이, <손해배상과 구제>, 법률출판사 2013 4월 판, p4

16) .CISG-AC Opinion 6 on Calculation of Damages under CISG article 74, Comment, paragraph, 2.4.

VI. 결 론

CISG는 27년 동안 시행되어 오면서 국제상사중재 영역은 협약을 적용하는 가장 중요한 영역이고 협약이 국제통일법 역할을 하는 중요한 영역임을 설명한다. 많은 사건에서 중국 국제경제무역중재위원회(CIETAC)는 계약국가의 법원과 마찬가지로 협약을 정확하게 이해하고 적용하고 있음을 증명한다. 이는 사건의 심사의 질을 제고하고 재판의 공신력을 강화하며 협약에 대한 학술연구를 촉진하는데 유리하게 작용할 것이다. 하지만 중재재판소의 민간성과 독립성으로 인하여, 중재재판소가 협약을 적용하는 법률적 기초는 법원과 달리 계약국의 국제법적인 의무를 이행하는 것이 아닌 재판소 소재국가의 국내중재법, 중재 절차 및 국제중재관례를 준수하는 것임을 결정한다. 계약위반 손해배상제도와 관련하여 중국 계약법과 협약의 가장 큰 차이점은 협약 제75조, 76조에 해당하는 차액배상제도가 없다는 것인데, 이로 인하여 판사와 중재재판소는 보다 많은 자유재량권을 가지게 되므로 손해배상제도는 확정성과 예견가능성이 상실된다. 따라서 국제매매계약 분쟁을 해결함에 있어서 중국 계약법보다 협약을 적용하는 것이 손해배상을 청구하는 당사자에 대하여 보다 유리할 것이다.

국문요약

국제물품매매계약에 관한 유엔협약이 국제상사중재에서의 적용

리웨이

국제상사중재는 <국제물품매매계약에 관한 유엔협약>을 적용하는 중요한 영역이고 본 협약이 국제 통일법적인 역할을 발휘하는데 중요한 지원을 제공하고 있습니다. 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)는 협약을 가장 많이 적용하여 중재사건을 해결하는 중재위원회이다. 중재재판소는 계약국 법원과 마찬가지로 협약내용을 정확하게 이해하고 정확하게 적용함으로써 사건재판의 질을 제고하고 판결의 공신력을 강화한다. 하지만 중재재판소의 민간성과 독립성으로 인하여 재판소가 협약을 적용하는 법률기초는 소재국 국내 중재법, 중재절차 및 국제중재관례이고, 소재국이 협약을 이행함에 있어서의 국제조약의무가 아니다. 협약과 중국 계약법은 CIETAC 중재재판소가 주요하게 적용하는 법률이다. 중국 계약법 규정에는 협약 제75조, 76조의 내용에 해당하는 차액배상제도가 존재하지 않기 때문에, 판사와 중재재판소는 손해배상금을 확정함에 있어서 보다 많은 자유재량권을 가지므로 협약을 적용하는 것과 중국 계약법을 적용하는 것은 당사자에게 서로 다른 영향을 일으킨다.

주제어 : CISG, 중국 계약법, CIETAC, 국제물품매매, 차액배상제도