

私法の 統一과 國際物品賣買契約에 관한 유엔협약(CISG)*

김 기 영

조선대학교 법과대학 교수

Uniform Private Laws and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Professor, Kim, Ki Young

초록 : 국제매매에 관한 헤이그협약의 실패를 거울삼아 UNCITRAL(유엔상거래법위원회)을 중심으로 1968년부터 시작된 통일매매법 마련의 노력은 1978년 14개국 대표로 구성된 기초위원회에서 최종 초안이 확정되었으며, 1980년 비엔나협약(CISG)으로 채택되었다. CISG는 사법의 통일에 있어 큰 획을 그은 중요한 성과물이지만, 그에 대한 비판론도 상당히 강력하다. 비판론은 법의 통일적인 해석과 관련하여 부정확하고 모호한 용어가 많이 사용되고 있다는 점을 지적하지만, 統一法은 그 자체로 자족적으로 해석되며, 그 국제적 성격이 존중되어야 한다는 점에서 비교법적 방식에 의하여 그 결함이 보충되어 적절하고 성공적인 해석이 가능하다고 본다. 비판론이 주장하는 구제수단의 중첩문제나 절차적 문제에 관한 흠결 역시 현재의 CISG하에서 모순 없이 해결될 수 있다고 본다. 또한 비판론이 주장하는 CISG의 불완전성, 장애와 관련한 사정변경 원칙의 흠결, 당사자 간 權衡의 缺損 문제, 거래현실과의 부적합의 문제 등은 모두 일면의 타당성은 있지만, 사법을 통일함에 있어 부득이하거나 CISG의 조화로운 해석을 통하여 해결될 수 있다고 본다. 한편 진정한 법의 통일은 법적용에 있어서의 통일에 이르러야 한다. 법적용에 있어서의 통일은 선례의 역할과 관련하여 보통법계와 대륙법계 국가 간 차이가 있을 수밖에 없다. 그러나 이태리, 폴란드, 덴마크 등 대륙법계 국가들의 최근 선례를 보면 CISG사건을 다룸에 있어 외국의 선례를 인용하고 있으며 이는 진정한 사법의 통일을 위하여 고무적인 일이다. 보통법계 국가에 있어 선례구속성의 원칙은 자국 선례의 경우 구속력 있는 先例로(binding authority), 다른 보통법계 국가의 선례는 설득력 있는 권위(persuasive authority)로 받아들이고 있음을 고려할 때에 대륙법계 국가의 이러한 관행은 CISG법 영역에서는 兩 法系가 진정한 법통일을 위한 상당한 접근이 이루어지고 있다는 것을 의미한다. 즉, 상당수 대륙법계 국가들이 CISG 외국선례를 설득력 있는 권위 내지 영감적 차원의 선례로 받아들임으로써 법적용에 있어 통일로 나아가고 있다. 법적용에 있어 통일은 CISG 학술 데이터베이스의 발전으로 향후 더욱 진전을 볼 것으로 기대된다.

Abstract : In retrospect of Hague convention on international sale of goods, the efforts had been poured in the initiative of UNCITRAL since 1968 triggering more welcome international treaty on the area of law. The efforts came to reality where the committee in action, comprised of 14 countries, concluded a final draft in 1978. In 1980, it was adopted as United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG). While the treaty is deemed a marvellous success within the purview of uniform private laws, it is also true that there arises a severe criticism. One of criticism points to imprecise and ambiguous terms CISG employs that harms

* 이 논문은 2009년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

the uniformity in its interpretation. However, I would support the strength of CISG that CISG can be interpreted consistently in itself in terms of its international character, which means imprecision of CISG, short coverage of hardship issues, imbalance between parties, and inept nature to commodity transactions. In support of CISG, these criticisms either overlook the intrinsic difficulties underlying production of the uniform laws or seems to be groundless on various points of views. On the other hand, the true uniform laws presuppose uniformity in the application of treaty. We can see some extent of difference in terms of the role of precedents between the common law and civil law countries. It is encouraging that the recent practice of civil law countries, including Italy, Poland, Denmark and so on, tend to cite the foreign precedents for the cases of CISG laws. Within the regime of common law countries, the rule of “stare decisis” prescribes that the national precedents should govern as binding authority while those of other common law countries function to be a persuasive authority. This means that the practice of civil law countries has considerably developed as similar to that of common law counterparts. While they seem to use foreign precedents as persuasive authority like their counterparts, or in the least accept as inspirational authority, the application of CISG grows to be made in a shared fashion for true uniform laws, This development seems to prosper at the advent of academic database as well as the contribution of CISG experts.

• 논문접수 : 2010. 2. 1. • 심사 : 2010. 3. 29. • 게재확정 : 2010. 6. 10.

.....

I. 序言

1. 國際去來法과 私法の 統一形態

CISG를 비롯하여 사법의 통일은 다양한 형식으로 이루어진다. 통일을 주도하는 형성주체의 측면에서 보면 UNCITRAL(유엔상거래법위원회)이나 UNIDROIT(사법통일국제협회) 등 주권국가를 구성원으로 하는 정부 간 기구에 의해 제정되는 경우와 ICC 등 국제상인단체에 의해 제정되는 경우로 구분할 수 있다. 국제거래법은 사법에 관한 國際協約으로 존재하는 경우가 많은데, 이러한 통일협약의 가장 대표적인 것으로는 비엔나협약으로 약칭되는 1980년 UN매매협약이 있으며, 그 밖에 1988년 UN어음협약, 1924년 선하증권에 관한 헤이그 협약, 1988년 UNIDROIT 금융리스협약, 팩토링 협약 등이 있다. 다음으로 엄격한 의미의 법적 규범력을 가지지 않고 각국의 국내법을 제정함에 있어 모범

적인 기준을 제공함으로써 참고자료로서의 효력을 가지는 模範法의 형태로 사법의 통일이 이루어지는 경우도 있다. 모범법에 의한 사법통일운동의 성과물로는 대표적으로 1985년의 UN모범중재법, 1996년 UN모범전자상거래법 등을 들 수 있다. 최근에는 국제협약도 아니고 모범법도 아닌 단순한 原則(Principles)이라는 형식의 문서를 제정하는 경우가 증대되고 있는바, 이는 전자의 방식에 의한 통일노력이 효과적인 수단이 되지 못한 데에서 유래한다. 이는 미국의 리스테인먼트 방식에 의한 사법의 통일형태라고 할 수 있겠다. 한편 ICC(국제상업회의소)가 제정한 무역거래조건(Incoterms)나 신용장통일규칙(UCP) 등 통일규칙은 당사자가 그 내용을 변경시킬 수 없으며, 당사자의 원용이 있는 경우 적용되는 사법의 통일형태라 할 수 있겠다. 그 밖에 용선계약에서 이용되는 New York Produce Form이나 플랜트수출거래에서 이용되는 UNECE(유럽경제위원회), FIDIC(국제건설링엔

지니어연맹)가 제정한 표준계약조항 등은 그 자체를 국제거래법의 법원이라고 할 수 없지만 국제거래관계에 적용되는 중요한 규범으로서 기능한다는 점에서 사법의 통일과 간접적으로 관련된다. 각국의 국내법도 통일협약의 국내입법이나, 국제사법에 의해 준거법으로 지정되는 경우, 국내법이 역외적용되는 경우 등은 국제거래법의 법원으로 기능하지만, 그것이 국내법이라는 점에서 사법의 통일과는 직접적인 관련이 있다고 할 수 없다. 본고에서 다룰 CISG는 사법의 통일형태 중 가장 대표적인 국제협약 형식의 규범으로서 국제매매영역을 규율하고 있다.

2. 國際物品賣買契約에관한유엔협약

주지하다시피 국제매매에 적용될 통일규범을 작성하려는 노력은 1930년부터 국제연맹의 한 기관이었던 UNIDROIT를 중심으로 시작되었다. 2차대전의 발발로 일시 중단되었던 통일에의 작업은 네덜란드 정부의 후원하에 1963년 재개된 바 있고, 1963년 협정의 초안이 마련되어, 1964년 헤이그 협약¹⁾으로 채택되었다. 그러나 동 협약은 적용범위가 너무 광범위하고, 당사자 자치를 허용하지 않는 엄격함, 서유럽국가의 법을 기초로 선진국들의 이익만 반영하여 제3세계 국가 및 사회주의 국가의 이익이 제대로 반영되지 않았다는 한계를 보임으로 인해 1972년 발효된 이래 소수의 국가만이 가입함으로써 실패한 협약으로 평가받고 있다.

이에 1968년부터 UNCITRAL을 중심으로 국제매매에 관한 새로운 협약을 마련하기 위한 작업을 시작하였고, 헤이그협약과는 달리 매매계약의 성립과 실제적 사항을 하나의 협정에 포함시키는 등 필요한 변화를 시도하였다. 1978년에

는 14개국 대표로 구성된 기초위원회에서 최종 초안이 확정되었으며, 반세기에 걸친 국제적인 노력의 결과 1980년 UNCITRAL총회에서 국제물품매매계약에관한유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 CISG라 함)으로 채택되었다.

CISG는 前文과 4개편 총 101개 조항으로 구성되어 있는바, 협약의 적용범위와 해석원칙 등 기본원칙들을 규정하고 있는 제1편 적용범위와 총칙(Sphere of Application and General Provision), 청약과 승낙에 의한 계약의 성립에 관한 제2편 계약의 성립(Formation of Contract), 매도인의 의무, 매수인의 의무, 위험의 이전, 매도인과 매수인의 의무에 공통된 사항을 담고 있는 제3편 물품의 매매(Sale of Goods) 및 제4편 최종조항(Final Provision)으로 구성되어 있다. CISG는 1988년 1월부터 발효되었으며 현재 우리나라를 포함하여 세계 70여 개국이 넘는 국가가 가입함으로써 보편적인 국제매매법으로 자리잡았다고 평가되고 있다.

CISG가 헤이그협약에 비하여 더욱 많은 지지를 얻고 성공할 수 있었던 이유를 몇 가지 들어보면, 첫째, 매매당사자의 이해관계를 균형 있게 보장함으로써 매도인이나 매수인의 입장에서 모두 수용할 수 있는 보편성을 지니고 있다는 점, 매매에 관한 대륙법과 영미법의 차이를 극복하여 양대법 체계를 조화시키는 데 성공하였다는 점, 헤이그협약과 달리 적용범위를 통일이 가능한 분야에 제한하여 많은 나라의 지지를 얻은 점, 강행적 적용을 시도하였던 헤이그협약과 달리 당사자자치를 보장하여 신축성을 보여 주고 있다는 점, 가입국의 선택의 폭을 넓혀주는 유보조항을 두어 가급적 많은 국가의 참여를 유도하고 있는 점 등을 들 수 있다.²⁾

1) 동 협약의 공식명칭은 국제물품매매에관한통일법(Uniform Law on the International Sale of goods : ULIS)과 국제물품매매계약의성립에관한통일법(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods : ULF)에 관한 헤이그협약이다.

II. CISG의 法的 價値 (몇 가지 批判論과 支持論)

1. 도입문

CISG는 헤이그 매매법협약과 달리 많은 나라의 지지를 받는 통일매매법으로서 성공을 거두고 있다.³⁾ 이러한 성공은 모든 이들의 희망이었지만 이렇게까지 성공을 거두리라고는 그 누구도 예상치 못하였다. CISG가 결국은 법적으로 큰 역할을 거두지 못할 것이라는 많은 이들의 회의는 거의 근거 없는 것이 되고 말았다고 본다.⁴⁾ 이러한 성공은 단순히 가입회원국의 경제규모랄지, 국내법에의 영향력이나 사법의 통일화를 넘은 대단한 것이라고 평가할 수 있다.

CISG의 전반적인 장점은 부인하기 어렵지만, CISG를 국제상거래에 적용함에 있어 비판이 있는 것이 사실이다. 이러한 비판들을 자세히 들여다 보면 그것은 일반적인 오해에서 비롯된 경우도 있고, 어떤 경우에는 오히려 장점이 되어 이를 바탕으로 더욱 나은 해결책을 구할 수도 있다. 이하에서는 CISG에 대한 몇 가지 비판론을 중심으로 CISG가 비판론에도 불구하고 여전히 統一賣買法으로서 최선의 해결책이라는 점

에 관하여 논급하기로 한다.

2. 法的 統一의인 解釋의 問題

첫 번째 유형의 비판은 통일법에 보편적으로 내재하는 것으로서, 법의 통일적인 해석의 문제, 통일법의 적용과 국내법의 동시적 적용가능성의 문제이다.⁵⁾ 주요한 비판의 하나인 법의 통일적인 해석의 문제는 CISG의 원칙이자 문제점이다. CISG는 부정확하고 모호한 용어를 사용한다는 비판을 많이 받고 있는데, 예컨대 “合理的인(REASONABLE)”이나 또는 25조의 “本質적 契約違反(FUNDAMENTAL BREACH)” 등의 용어가 그것이다. 모호성에 관한 비판은 일반적으로 보통법 법률가에 의하여 제기되는데,⁶⁾ 그것은 그들이 수세기 동안 정치한 판례법⁷⁾에 익숙해져 있기 때문이다. 이는 사법부와 입법부의 미묘한 관계를 반영하는바, 해석의 여지를 최소화하기 위하여 많은 定義와 계약의 건설적 해석을 위하여 상세한 해설이 부가되고 있다. 이러한 관점에서 보면 CISG는 보통법보다는 대륙법 체계의 영향을 많이 받은 것이라고 볼 수 있다. 또한 체계상으로도 CISG는 대륙법계 법문서와 친근해 있으며, 미국의 법률가는 CISG가 UCC

2) 서헌재, 『국제거래법』, 법문사, 2003, 166~167면.

3) 세계적으로 보편적 지지를 얻고 있는 CISG의 성공은 피터 슈레트렘 교수에 의하여 찬양된 바 있는데, 1920년대 에른스트 라벨에 의하여 시작된 매매법의 통일노력이 바야흐로 결실을 맺어, 최근 일본이 71번째, 레바논이 72번째 CISG 회원국이 되는 큰 성과를 얻은 바 있다. 우리나라도 2002년에 동 협약에 가입하였으며, 동 협약에 대하여 특별히 비판을 제기하는 견해는 없다.

4) 약 2,500여 공간된 판례와 중재판정, 많은 양의 학술적 논의와 회의, William C. Vis 모의 국제 상사중재 등이 CISG가 실제 무역거래를 규율함에 있어서나 법학계 및 법학교육에서 중요한 역할을 하고 있다는 점을 증명해주고 있다.

5) Alastair Mullis, “Avoidance for Breach under the Vienna Convention ; A Critical Analysis of Some of the Early Cases”, in *Anglo-Swedish Studies in Law* 338, 339 (M. Andreas & N. Jarborg eds., 1998) ; Koji Takahashi, “Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities”, *J. Bus. L.* 102, 124 (2003) : “CISG는 중대한 위반이나 합리적 기간 등 모호한 용어를 사용하는 등 법적 안정성이나 예측가능성의 측면에서 문제를 가지고 있다.”

6) 한 예로 Clayton P Gillette & Robert E Scott, “The Political Economy of International Sales Law”, 25 *International Law and Economics* 446, 2005, p. 473 : “불확실성은 모호한 법적 기준에서만 연유하는 것이 아니라 다양한 문화와 언어의 차이에서 오는 모호성으로부터 연유한다.” James E Bailey, “Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales”, 32 *Cornell Int'l L.J.* 273, 1999, p. 275 : “CISG 법은 해석상 모호한 점이 많은데, 일관된 해석을 담보하는 협정상 지도원리가 부실하여 법적 통일성을 확보하는데 실패했다.”

7) CISG는 당연히 제정법의 범주에 포함된다.

의 용어를 사용하는 경우이나 겨우 이해를 할 정도이다. OHADA⁸⁾ 외에 CISG 회원국 간 통일적이고 조화적인 법해석을 담보할 최고법원을 가지고 있지 아니하다.⁹⁾ 이는 매우 치명적인 결함이지만, 통일법은 그 자체로 자족적으로 해석되며, 그 국제적 성격이 존중되어야 한다는 점에서 비교법적 방식에 의하여 그 결함이 보충되어 적절하고 성공적인 해석이 가능하다고 보아야 한다. 즉, 외국법원의 판결이나 중재판정을 존중하는 것은 국제적으로 매우 의미 있고 중요한 일이 되는 것이다. 물론 외국의 판결이나 중재판정은 국내법정에서 구속력이 없지만, 그럼에도 그들의 권위는 현대에 있어 상당히 강력하다고 보아야 한다. 물론 이러한 접근방식은 외국문헌에의 접근과 사용가능성을 전제로 하며, UNCITRAL 혹은 다른 많은 국제정보 및 번역 시스템 덕분에 그것이 가능한 시대가 되었다.¹⁰⁾ CISG가 발전하고 있는 것도 독일법계의 많은 평석서 덕분이고, 그것이 영문으로 번역되어 출간되고 있다는 점에 있다. 또한 CISG 자문 위원회는 상이한 해석의 여지가 있는 중요한 영역에서 통일적인 해석을 위한 가이드라인을 제

공함으로써 역할하고 있다.

물론 모든 통일법에는 부정확함이 있을 수밖에 없고, 새로운 상황에 법이 적용하기 위해서는 해석상 재량이 있을 수밖에 없으며. 국내법도 많은 개정을 거치는 것을 고려할 때에, 개정 한 번 없이 70여 회원국을 CISG의 문언에 묶어 놓는다는 것은 부조리한 면이 있다.¹¹⁾ CISG 제 38조 및 제39조에 대한 해석이 하나의 예가 된다. 동 조항은 하자있는 물품의 경우 물품의 검사와 통지의무에 관한 것이다. 대부분의 회원국 국내법은 매수인에게 그러한 의무를 인정하고 있지 아니하다. 따라서 獨法系 국가가 아닌 이상 한달 이상 물품의 하자검사와 통지의무를 이행하지 아니한다 하더라도 비합리적인 것이 아니다. 일부 독법계 국가 등이 오랫동안 며칠 이내 기간의 하자검사 및 통지의무를 부과하고 있는 것과 대조적이다. 학자들의 비교법적 연구로 인하여 이렇게 다르고 화합하기 어려운 부분이 해결되었으며, 이제 한 달간의 하자검사통지기간은 대부분의 국가에서 당연한 것으로 받아들여지고 있다.¹²⁾

법의 통일적 해석과 관련하여 또 하나의 문제

- 8) OHADA는 프랑스어 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires의 약칭으로 서중부 아프리카 16개국으로 구성된 통일 국제거래법체제이다. OHADA는 프랑스 사법시스템의 영향을 많이 받았으며, 경제관련 통일법을 제정할 수 있고, 통일법의 해석에 관한 단일의 초국가적 법원(supranational courts)을 가지고 있다.
- 9) 유럽의 경우 CISG해석의 문제가 EU법과 관련이 되는 경우에 한하여 유럽사법재판소가 CISG 해석에 관여하는 정도이다.
- 10) The CLOUT case digests, available at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/case-law/digests/cisg.html>
- 11) UNCITRAL은 2006년부터 1958년의 외국중재판정의승인및집행에관한협약에 관하여 동 협약의 해석에 관한 지침을 제공하고 있다. cf. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf>.
- 12) 독일의 경우 BGH, 8 March 1995, CISG-online 144 ; BGH, 3 November 1999, CISG-online 475 ; BGH, 30 June 2004, CISG-online 847(more than two months considered unreasonable). 스위스의 경우 BGer, 13 November 2003 ; Court of Appeal Lucerne 8 January 1997, CISG-online 228. 오스트리아의 경우 OGH, 15 October 1998, CISG-online 380 ; OGH, 27 August 1999, CISG-online 485 ; OGH, 14 January 2002, CISG-online 643. 독법계 이외의 국가는 이 문제에 관하여 개방적 태도를 보이고 있다. Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Jacob Tsonakis, INA S.A. and INA Plastics Corporation, U.S. Dist. Ct. (W.D. Mich.), 17December 2001, CISG-online 773 = 2001 U.S. Dist. LEXIS 21630 ; TeeVee Toons, Inc. (d/b/a TTV Records) & Steve Gottlieb, Inc. (d/b/a Biobox) v. Gerhard Schubert GmbH, U.S. Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 23 August 2006, CISG-online 1272. 중국의 경우 CIETAC, 3 June 2003, CISG-online 1451. 프랑스의 경우 Court of Appeal Colmar (France), 24 October 2000, CISG-online 578 and comment by Claude Witz, D. 2002, Somm. 393; Court of Appeal Versailles (France), 29 January 1998, CISG-online 337. 반면에 2개월 이상의 기간의 불합리하다는 판결들이 있다. Court of Appeal Paris (France), 6 November 2001, CISG-online 677 = D. 2002, 2795, with comment by Claude Witz, Court of Appeal Aix-en-Provence (France), 1 July 2005, CISG-online 1096 ; Court of Appeal Gent (Belgium), 4 October 2004, CISG-online 985 ; District Court Veurne (Belgium), 15 January 2003, CISG-online 1056 ; District Court Rimini (Italy), 26 November 2002, CISG-online 737 ; Court of Appeal La Coruña(Spain), 21 June 2002,

는 救濟手段의 중첩(concurrent remedies)에 관한 것이다. CISG는 매도인과 매수인의 계약관계만을 배타적으로 취급하고 있는 법이다. 그러나 대부분의 국가에서 계약상의 구제수단이 존재하는 경우에도 불법행위에 의한 구제수단을 동시에 인정하고 있는바, 이때에 불법행위에 의한 구제수단을 인정하는 것이 CISG가 의도하는 결과와 다른 결과를 야기하는 경우 이를 인정할 것인가가 문제된다.¹³⁾ 이 문제는 특히 물품의 하자 및 그 구제수단과 관련되는데, 매수인이 “계약체결상의 과실”(culpa in contrahendo), 착오, 과실에 의한 기망행위 등 국내법적 구제수단을 동원하여 자신의 권리를 주장할 수 있는가를 생각해 볼 수 있다.¹⁴⁾ 동산에 대한 불법행위를 인정하는 국가의 경우 하자 있는 물품으로부터의 경제적 손실을 보상받을 수 있는가? 즉, 손해배상에 관하여 양자 간에 특단의 합의가 없어 CISG가 적용될 수밖에 없는 경우에 국내법적 구제수단인 불법행위에 의한 청구가 가능한가가 문제된다. CISG를 지지하는 대륙법계 국가의 경우에는 이 문제가 중대한 문제가 되고 있는데 반하여 영미법계 국가의 변호사들은 다른 입장에 있다. 법의 통일적 해석을 최우선에 놓는다면 그것은 계약법이건 불법행위법 간에 되도록이면 개별 국가의 국내법규정을 적용해서는 안 된다. 그러므로 John Honnold가 말하였듯

이 제7조 제1항¹⁵⁾에서 말하는 법의 통일적 해석을 전제로 CISG를 원용할 수 있으며, 이는 결국 국내법을 개정하는 것과 같은 결과를 가져온다.¹⁶⁾ 다시 말하면 국내법과 CISG의 구제수단의 중첩이 물품의 하자에만 관련이 있는 경우에¹⁷⁾ CISG가 배타적으로 우선하여 적용되어야 한다. 그러나 CISG는 사기행위(fraud)나 제조물 책임법상의 안전에 관하여는 규율하지 않고 판매된 물품 아닌 물품에 대한 물적 손해나 사기에 의한 기망행위 등에 관하여 국내적 규제에 맞기고 있다.¹⁸⁾

비슷한 문제가 實體法과 節次法 영역에서 발생하고 있다. CISG는 입증책임이나 입증의 수준 등 절차적 문제에 관하여 구체적 규정을 결하고 있는바, 최근에는 소송비용과 관련하여 절차법적 문제가 많이 발생하고 있다. 물론 현대에 들어 국내법상 실체법과 절차법의 구별은 국제적으로 중요하지 않으며, 진부하고 비생산적이라는 견해가 입지를 넓혀가고 있다. 따라서 이러한 문제들도 CISG의 일반원칙 자체에 초점을 맞추어야 하는바, 한편으로는 완전배상의 원칙과 다른 한편 당사자 간 평등 등이 그러한 예이다. 그렇다면 이러한 원칙을 근거로 입증책임이나 입증의 수준 등이 CISG 자체에서 도출될 수 있으며, 소송비용의 보상 등은 개별적인 국내절차법에 따라 결정될 수 있을 것이다.¹⁹⁾ 따

CISG-online 1049; District Court Hasselt (Belgium), 6 March 2002, CISG-online 623 ; Maritime Commercial Court (Denmark), 31 January 2002, CISG-online 868 ; District Appeal Court Arnhem (Netherlands), 27 April 1999, CISG-online 741.

13) Sonja A Krusinga, *Non-Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A Uniform Concept?*, 2004.

14) Peter Huber, Art. 45, para. 27, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. 3 (Kurt Rebmann et al. eds., 5th ed, 2008) ; Franco Ferrari, “*The CISG and Domestic Remedies*”, 71 *RebelsZ* 76, 2007.

15) CISG 제7조 제1항은 “이 협약의 해석에 있어서는 그 국제적 성질과 그 적용상의 통일증진의 필요성 및 국제거래상의 선의의 준수를 고려하여야 한다”라고 하고 있다.

16) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* para. 65 (3d ed, 1999).

17) 예컨대 하자 있는 물품의 인도에 있어서의 과실, 물품의 품질에 대한 과실에 의한 기망행위, 물품에 대한 착오 등이 그러하다.

18) CISG영역과 국내법영역에 관하여, 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 『법학논총』, 한양대학교 법학연구소, 2006, 1~2면 참조.

19) 소송비용의 상환과 관련하여 Richard Posner 미 연방순회합소법원 법관은 피고가 승소한 경우에도 원고가 계약위반이 없

라서 구제수단의 중첩의 문제도 현재의 CISG하에서 모순 없이 해결될 수 있다고 본다.

3. CISG의 不完全性(Incompleteness)의 문제

다른 더욱 근본적인 비판은 CISG의 불완전성을 타하는 것이다.²⁰⁾ CISG가 규율하는 범주는 계약의 성립을 포함하여 당사자의 권리와 의무에 한한다.²¹⁾ 즉, CISG는 계약이나 계약조항의 有效性(validity)에 관하여는 규율하지 않는다고 하고 있다. 일부 학자는 유효성이라는 용어 자체가 불확실하여 CISG 적용에 혼란을 가져오고, 법적 불안정성을 야기한다고 하지만²²⁾ 유효성이라는 용어는 그 자체로 충분히 정의가능하며, CISG의 다른 조항이 일반원칙에 의하여 취급하는 문제는 유효성의 문제가 아니라고 보아야 한다. 예컨대 존재하지 않는 물건이나, 계약 체결 당시 소유자가 소유하고 있지 않은 물건에 대한 매매계약도 유효한 것은 물론이다. 그것은 CISG가 危險에 관하여 그러한 취지로 규정을 두고 있기 때문이다.²³⁾

또한 몇 개의 국가에서 인정되고 있는 표현상의 오류도 國內法에 따라 해결되어야 하는 유효성의 문제로 취급되고 있지는 않다.²⁴⁾ CISG의 일반원칙에 따르면 일정한 표현행위의 상대방

이 그러한 표현행위를 하는 자의 眞意를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 표현행위가 제대로 되지 않음으로써 발생하는 위험을 감수하게 된다. 표현행위의 상대방과 합리적으로 동일한 처지에 있는 당사자가 표의자의 진의를 알 수 있었던 경우에도 마찬가지이다. CISG 제27조에서도 표현의 전달과정에서 발생하는 실수에 대한 위험 역시 표현행위의 상대방이 부담하게 되며,²⁵⁾ 이러한 몇 가지 예외를 제외하고는 대부분의 경우에 표현에 있어 발생할 수 있는 실수에 대한 위험은 표의자가 지게 된다. 이러한 몇 가지 예는 법의 통일을 방해하는 국내법의 편견을 방지할 필요가 있다는 것을 방증하는 것이다. 대부분의 법계에서 국내적으로 계약을 되도록이면 유효한 것으로 해석하듯이 국제거래에서도 계약의 유효한 존재에 대한 정당한 신뢰를 보호할 필요가 있는 것이다.

유효성문제와 관련하여 또 하나 짚고 넘어가야 할 문제는 거래에 있어 사용되는 일반적 원칙이 얼마나 유효한가 하는 문제일 것이다. 물론 계약의 성립과 관련해서는 CISG의 많은 조항들이 있어 어느 정도 구체화가 이루어졌다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 예컨대 계약당사자는 자신에게 고의나 중대한 과실이 있는 경우에는 면책을 주장할 수 없는 것이 원칙이다. 이러한 맥락에서 CISG에서는 자신이 알고 있거나 알 수 있었던 사실

는 한 소송비용을 상환 받을 수 없다고 한다. *Zapata Hermanos Sucesores, S. A. v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, U. S. Ct. App. (7th Cir.), 19 November 2002, CISG-online 684. 역시 같은 입장에서, Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", in *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, 104 (Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington eds., 2008).

20) Mathias Reimann, "The CISG in the United States", 71 *RabelsZ* 129, 2007. p. 125

21) CISG 제 4조.

22) Michael Bridge, "A Law for International Sales", *Hong Kong Law Review* 17, 2007, p. 23.

23) CISG 제 68조 3문은 "그럼에도 불구하고 매매계약의 체결 시에 매도인이 목적물이 이미 멸실 또는 훼손되어 있음을 알거나 또는 알 수 있었던 경우로서, 매도인이 매수인에게 이것을 밝히지 아니한 때에는 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험으로 한다"라고 규정하고 있다.

24) Martin Schmidt-Kessel, *Kommentar*, art. 8, para. 6.

25) CISG 제27조는 "이 협약 제3편에 다른 정함이 명시되어 있는 경우를 제외하고, 당사자가 통지, 요구 기타의 통신을 이 협약 제3편의 규정에 좇아 상황에 따른 적절한 방법으로 한 때에는 통신의 도달 중에 지연 또는 하자가 있거나 또는 통신이 도달되지 아니하더라도, 그 당사자가 그 통신이 전달된 것을 주장하는 권리를 빼앗지는 못 한다"라고 한다.

26) Peter Schlechtriem & Ulrich G. Schroeter, *Kommentar*, art. 14, para. 32 등.

에 근거하여 일정한 주장을 하는 것을 인정하고 있지 않다. CISG 제40조에서는 매도인이 물품의 하자를 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 하자의 통지를 게을리 한 경우 매수인의 귀책사유를 들어 자신의 면책을 주장할 수 없게 하고 있다. 이러한 원칙은 행위에 대한 책임을 정함에 있어 일반적으로 적용되는 것이 타당하다고 생각된다. 이는 국내법적으로도 확인되는데, 많은 국내법이 계약관계에 있어 과실의 존재만으로도 자신의 면책을 주장하는 것을 허용하고 있지 않다는 것이다.

한편 우리 민법상 불공정한 법률행위를 무효로 보는 법리와 같이 손해배상에 있어 최소한의 필요한 구제수단을 박탈하는 당사자 간의 합의는 무효로 보는 것이 거래상의 일반원칙이고, 이러한 원칙은 CISG 손해배상제도의 전제를 이루고 있다고 본다. 따라서 모든 구제수단을 봉쇄하는 당사자 간의 합의를 유효하게 보는 국내법규정은 CISG하에서는 효력을 갖지 못한다. 예컨대 완전히 무가치한 물품을 매수한 자는 최소한 구입가격에 기초한 구제수단이 인정되어야 한다.

4. 障礙(Hardship)의 問題

CISG를 비판하는 자들은 UNIDROIT 국제계약법원칙과 달리 CISG가 “기초되는 사정의 중대한 변경” 또는 “장애(hardship)에 관한 규정을 결하고 있다는 점을 든다.²⁷⁾ 즉, 그들은 관련 국제협정이나 국내법과 달리 CISG는 이에 관한 규정을 결하고 있으므로 타 국제협정이나 국내법에서 정하는 법원칙을 CISG 사안에 적용하여

야 한다고 한다.²⁸⁾ 특히 기초되는 사정의 중대한 변경 혹은 장애가 존재하는 경우에 재협상의 의무나 법원의 간여로 계약내용을 변경하여야 한다는 점을 강력 주장한다.

그러나 이 문제 역시 CISG 자체에서 더욱 현실적인 해결방안을 도출할 수 있다. CISG 문면상으로 보더라도 제79조는 불가항력 (Impediment)의 경우에 면책을 규정하고 있는바, “기초되는 사정의 중대한 변경”은 동 조의 “解釋上 障礙”에 해당할 수 있다. 이러한 해석은 계약체결 후 사정으로 인하여 이행이 완전히 불가능하지는 않지만 CISG 제 79조에 의할 때에 문면상 명백히 불가항력을 구성하지 않는 모든 경우에 타당할 수 있다. 단순히 채무자에게 어느 정도의 부담이 있는 경우라면 해석상의 장애에 해당할 수 있다는 것이다. 이렇게 본다면 문면상 명백한 불가항력과 해석상의 장애를 동일한 장에서 동일한 요건하에 동일한 결과를 얻게 되고, 사정변경의 원칙과 조화를 이룰 수 있다.

불가항력이 발생한 경우 가능한 구제수단에 관하여도 CISG의 해결방안은 공정하고 형평에 맞는 결과를 얻을 수 있다. 즉, 관련 CISG 조항은 법적 안정성을 담보하고 있으며, 국제거래법상의 대원칙인 善意·公正去來의 原則을 실현하는데 기여하고 있다고 본다. 예컨대 기초되는 중대한 사정의 변경이 있는 당사자가 다른 조건에 기하여 계약관계를 유지하고자 한다면, 채권자는 계약을 무효로 할 수 없다. 따라서 제안된 다른 조건을 수용하는 것이 공정하고 합리적인 경우에는 계약의 중대한 위반에 관한 CISG 제 25조는 적용이 없게 된다.²⁹⁾ 이렇게 본다면 간접적으로 재협상의 의무를 부과하고 계약관계

27) Peter Schlechtriem, “International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht”, in *Das neue Schuldrecht in der Praxis* (Barbara Dauner-Lieb et al. eds), 2002, p. 71. 손해배상책임을 면제(exemptions)하는 불가항력(impediment)에 관하여만 규정하고 있는 CISG와 달리 UNIDROIT 계약법원칙은 장애(hardship)에 관하여 규정하고 있는바, 이때의 장애라 함은 ‘어떠한 상황이 발생하였기 때문에 당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수령할 가치가 감소하여 계약에 중대한 변경이 생긴 경우’를 의미하고, 장애가 발생한 경우에 당사자는 재교섭의 의무를 갖는다 (Principles 6.2.1, 6.2.2).

28) 예컨대 독일 민법 제313조를 참조할 것.

를 변경된 사정에 부합시키는 결과를 얻을 수 있다.

5. 당사자 간 權衡 및 去來現實 등의 문제

CISG에 대한 또 하나의 비판은 CISG의 원칙과 내용에 관한 것인바, 다음 3가지 정도를 들 수 있다. 먼저 CISG가 과도하게 매도인 또는 매수인에게 유리하다는 점, CISG의 채무불이행에 관한 규정들이 보편적으로 사용되는 거래조건에 부합하지 않는다는 점 및 물품거래를 규율함에 있어 CISG는 적합하지 않는다는 등의 주장이다.

개발도상국 학자들은 CISG가 과도하게 賣渡人에게 유리하다는 입장에 있는바, 동 주장은 특히 매수인의 물품검사의무와 물품의 하자통지에 관한 규정들을 지적하고 있다.³⁰⁾ 이러한 입장은 협상 당시 개발도상국 이외에 국내법상 통지의무조항을 두고 있지 않은 나라들에 의하여 지지되기도 하였다. 그러나 타협책으로 이미 제44조³¹⁾가 삽입된 바 있고, 목적물의 검사와 하자통지의무에 관한 CISG 제38조, 제39조의 조화로운 해석을 통하여 매수인을 보호할 수 있을 것이다.

반면에 독법계 국가의 실무가들은 CISG가 과도하게 매수인을 보호하고 있다고 주장한다.³²⁾ 그들은 영미법계의 嚴格責任의 法理가 협정에 많은 영향을 미쳤다고 하면서, 자신들의

국내법과 상이한 물품의 하자통지부분에 관하여는 유연한 입장을 보이고 있다. 그러나 실제로 책임법리의 상위는 그다지 크지 않으며, 주장의 대부분은 법률용어의 이해부족과 정치적 압력 등으로 인한 일반적이고 비합리적 비판으로서의 성격을 갖는다고 본다. 무엇보다도 매도인에게 유리하다는 입장과 매수인에게 유리하다는 입장이 공존한다는 것은 그 자체로 양측의 권형이 이루어졌다는 점을 반증하며, 따라서 CISG는 양측에 공정하고 합리적인 결과물이라고 생각한다.

한편 CISG를 아직 비준하지 않은 영국이나 인도 같은 나라는 CISG가 거래현실의 요구에 적합하지 않다고 주장한다. 이러한 비판은 危險移轉에 관한 CISG조항과 Incoterms 원칙 간의 관계를 지적하면서 물품거래의 현실에 부합하게 더욱 구체적인 필요가 있다고 한다. 그러나 협정초안의 성안과정에 비추어 볼 때, 이러한 주장은 근거가 박약하다. 즉, 초안자들은 학자 및 실무가의 견해를 종합하여 협정초안을 성안한 바 있고, 무엇보다도 국제상업회의소(ICC)의 입장을 충분히 반영한 바 있다.³³⁾ 이러한 맥락에서 국제상업회의소는 장애에 관한 조항 등 CISG조항들을 ICC의 모범법 조항으로 채택하는 등 CISG에 대한 전적인 지지를 보이고 있다.

비판론은 위험이전에 관한 CISG 조항들이 FOB나 CIF조건 같은 보편적인 정형거래조건을 포섭하고 있지 않음으로써 Incoterms와 조화하

29) Schwenger, Kommentar, Art. 79, para. 54.

30) 오늘날 OHADA 체약국에 있어 효력을 갖는 AUDCG는 CISG보다 훨씬 제한적이다. OHADA 제228조는 CISG 39(1)과 같이 합리적 기간 내에 통지할 의무를 부과하고 있지만, CISG 39(2)가 2년 한도를 규정하고 있는데 반하여 동 협약 제229조는 1년 이내에 통지할 의무를 부과하고 있다 Schroeter는 이를 두고 매우 놀라운 일이라고 말한 바 있다, Ulrich G. Schroeter, *Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht*, Recht in Afrika 2001, p. 163, 166, 170 et seq..

31) CISG 제 44조에서는 “...매수인은 통지의무를 이행하지 아니한 것에 합리적인 이유가 있는 경우에는, 제50조의 규정에 따라 가격을 감액하거나 또는 얻을 수 있는 이익의 손실을 제외하고는 손해배상을 청구할 수 있다”라고 명시하고 있다.

32) Peter Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, para. 5 (4th ed), 2007.

33) Peter Schlechtriem, “25 Years of the CISG: An International lingua franca for Drafting Uniform Laws, Legal Principles, Domestic Legislation and Transnational Contracts”, in *Drafting Contracts Under the CISG* (Harry M. Flechtner et al. eds.), 2008, p. 167, 174, 177.

지 못하고, 매매계약의 가장 기본적인 점에서 결손을 보이고 있다고 한다.³⁴⁾ 그러나 이러한 비판론은 Incoterms의 정형거래조건을 포함하여 계약조건과 CISG의 이행불능체계의와의 이해 부족에서 비롯된다. CISG 이행불능체계의 장점은 당사자들에게 계약관계를 그들의 거래요구에 맞출 수 있도록 폭넓은 여지를 인정하는 데에 있다. 이행불능체계를 구체적 계약조건에 맞추는 것은 더욱 넓은 시장현실을 고려하면 오히려 부적절할 수 있다. CISG 협정체결 이후 상이한 시장현실 속에서도 모든 종류의 매매거래에 있어 공정하고 형평에 맞는 결과를 내고 있는 사실이 이를 반증한다. Jan Ramberg가 지적하듯이 CISG 이행불능의 해석상 위험이전의 법리는 Incoterms 2000의 정형거래조건에 완벽하게 조화된다.³⁵⁾ 즉, CISG는 일반론으로서 가능하며 10년마다 개정되는 Incoterms가 CISG와의 조화를 필요로 한다는 것이다.

마지막으로 영국의 학자들은 CISG가 생산을 전제로 한 제조물품 그 자체의 거래에는 적합할지 모르나 증권에 의하여 대표되는 일반 상품거래의 현실에는 부적절하다고 주장한다.³⁶⁾ 이 주장은 위험이전의 법리와는 독립적으로 계약의 중대한 위반과 치유의 문제에 관련되는바, CISG의 법리에 따라 일반상품거래의 요구에 쉽게 부합할 수 있다. 또한 연결거래(string transactions)로서의 성격이 짙거나 가격의 등락이 심한 거래영역에서는 계약의 중대한 위반 여

부를 결정함에 있어 특별한 기준이 적용되어야 한다. 그러한 경우에는 보통의 거래과정을 통하여 재판매될 수 있는 하자 없는 증권의 適時 引渡가 가장 중요한 계약내용을 구성하게 된다. 만일 당사자들이 약정을 통하여 이러한 점에 합의하지 않은 경우에는, 상황에 따라 CISG 제8조 제2, 3항³⁷⁾의 해석을 통하여 보충되어야 할 것이다. 결론적으로 실제상 하자치유에 관한 매도인의 선택권은 증권에 의하여 대표되는 상품거래에는 적용이 없게 되며, 그러한 영역에서 CISG의 해결방안은 보통법상의 完全提供의 法理(Perfect tender rule)와 유사한 결과를 낳게 되는 것이다.

III. CISG와 法適用에 있어서의 統一

1. 도입문

CISG는 불완전하지만 매매법 영역에 있어 법적 통일을 이루어 냈다는 점에서 그 의의가 크다고 할 수 있다. 우리는 法的 統一(uniformity)을 “정도는 다르지만 서로 다른 관할권영역을 넘어 일정한 법적 현상에 대하여 유사한 법적 효과를 발생시키는 현상”으로 정의해 볼 수 있다.³⁸⁾ 이러한 법통일 현상은 서로 다른 법 시스템을 통합함으로써 발생하는 것이라 할 수 있다. 현대의 법통일 현상은 가장 대표적이고 입법작용으로서의 성격을 갖는 국내법의 정립작

34) Michael Bridge, “The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)”, in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries, Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Camilla Baasch Andersen & Ulrich G. Schroeter eds., 2008. p. 77, 105.

35) Jan Ramberg, “To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?”, 25 J.L. & Com. 219-22, 2005-06.

36) Bridge, op. cit., p. 38 ; Alastair Mullis, “Twenty-Five Years On - The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention”, 71 *RabelsZ* 36 et seq., 2007.

37) CISG 제8조 제2, 3항에서는 합의를 구성하는 당사자의 진술 기타 행위에 관하여 합리적인 사람이 이해하는 바에 따라 해석하도록 하고, 합리적인 사람이 이해한 바를 결정함에 있어서는 당사자 간의 교섭, 당사자 간에 확립된 관례, 관행 및 당사자의 그 후의 행위를 포함하는 관련사항을 상당히 고려하도록 하고 있다.

38) Andersen, C. B., “Defining Uniformity in Law” XII *Uniform Law Review* 2007, p. 5.

용과는 상대적으로 다른 점을 가지고 있다. 즉 후자가 강제적인 성격을 갖는다면 전자는 자발적인 과정을 통하여 입법이 이루어진다는 차이를 갖는다. 또한 현대의 법통일 현상은 다수의 주권영역을 통합시키기 위한 의도적 작용의 산물인 점에서 로마법, 보통법 및 식민지시대의 법통일 현상과 구별된다.³⁹⁾ 진정한 법 통일은 비교법적 고찰이나 서로 다른 법 간의 조화를 통하여 형성되지만, 그것은 단순히 조문의 통일화에 그쳐서는 안 되며, 통일된 법 조항들이 법통일의 의도에 따라 성공적으로 적용되어야 한다는 것을 의미한다고 본다. 달리 말하면 법조항이 통일되었다 하더라도 그 적용에 있어 통일된 법조항들이 보편적·통일적으로 적용되지 않는다면 그것은 眞正한 法統一이라 부를 수 없을 것이다.

2. 두 가지 形態의 法統一

따라서 법통일은 Schlechtriem의 분류법에 따라 법통일 초안자가 제공하는 문자화된 차원의 통합이 있는 한편, 주석이나 법의 적용에 있어서 통일된 이해와 해석을 전제로 하는 법통일의 두 가지 개념이 있다고 보아야 한다.⁴⁰⁾ 우리는 前者를 “法文에 있어서의 통일”로, 後者를 “法の 適用에 있어서의 통일”이라고 부를 수 있을 것이다. 법문의 통일이나 법의 적용에 있어서의 통일은 법적 효과의 유사성의 정도라는 점에서 공통된다.

법문의 통일은 모범법, 국제협약 등 다양한 형태를 취하는 한편, 번역의 오류나 뉘앙스의 차이 등 언어의 相違로부터 발생할 수밖에 없는 불완전한 통일이 존재할 수밖에 없다. 언어는 완벽한 과학이 아니라는 전제하에 (Flechtner) 언어의 차이로부터 오는 불완전한 법통일 현상 (textual non-uniformity)을 “空虛한 統一 (uniformity as absolute)”이라고 부르고 있다.⁴¹⁾ 학자들이나 실무자들이 법통일의 조문화과정에서 조문의 번역 등 언어적 차이로 인하여 불가피하게 발생하는 오류는 법문의 통일에 있어 장애를 넘어 진정한 법통일에도 영향을 미친다. 한편 번역에의 오류가 없는 경우, 즉 가장 모범적인 법문의 통일을 달성한 경우에도 법의 적용에 있어 통일성이 담보되는 것은 아니다. 법문의 통일은 법의 적용, 즉 실질적 통일을 목표로 한다고 볼 때에 진정한 법의 통일이 이루어졌는가 여부는 법문이 실제로 주권영역에서 어떻게 적용되었는가를 살펴 보아야 할 것이다.

3. 關聯 先例들

지난 13년간 많은 주권영역에서 CISG에 관한 모범적인 사례들이 창출된 바 있고, 또한 이 과정에서 다른 주권국가의 판결들을 당해 사례의 해결과정에서 설득력을 가진(persuasive) 선도적 선례로 인용하기도 하였다. 최초의 예로는 1996년 이태리 지방법원 Cueno 판사로서 물품의 하자검사 및 통지의무에 관한 CISG 제38조 및 39

39) Cicero, De Republica, 3.22.33 : ‘로마법과 아테네법이 달라서는 안 되며, 현재의 법과 미래의 법이 달라서도 안 된다. 모든 법은 시공을 초월하여 항구적이며 불변하여야 한다.’

40) Schlechtriem, P. and Schwenzer, I. (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2005, p. 6.

41) Harry Flechtner는 CISG의 공식 6개국어로 된 텍스트를 비교하여 상이한 의미들을 찾아내고 있다. 한편 Flechtner는 동용어를 유사성의 정도를 표현하는 데 사용하고 있는데, 텍스트의 의미가 동일한 경우에는 최소한 ‘textual uniformity’는 보장되는 것으로 보았다. 따라서 하나의 공식언어로 된 협약은 Flechtner에 의할 때에 항상 ‘textual uniformity’는 보장되는 것이다. Flechtner, H., “The Several Texts of the CISG in a Decentralized System : Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)”, 17 *Journal of Law and Commerce* 187, 1998, available at : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>>

조를 해석·적용함에 있어 독일과 스위스의 판례를 참조한 예가 있고,⁴²⁾ 프랑스의 경우 대금의 지급장소에 관한 CISG 제57조와 관련하여 지급채무의 이행장소는 매도인의 영업소 소재지라는 독일의 선례를 참조한 바 있다.⁴³⁾ 그 밖에 법의 통일과 관련된 사례로서 다른 주권국가의 선례를 참조한 사례로 스위스, 스페인, 오스트리아, 미국 등 여러 나라를 들 수 있다. 그러나 통계를 보면 두 가지 특징을 간취할 수 있는 바, 다른 주권국가의 선례를 인용하거나 참조한 사례는 전체 보고된 법 통일관련 사례의 1.1%에 해당하여 매우 예외적인 현상이라는 것이고, 다른 하나는 이태리에 있어 그러한 사례가 많다는 점이다.

법의 적용에 있어서의 통일, 즉 진정한 법의 통일에 있어 이태리법원의 성공사례는 세 가지 특징을 보이고 있다. 첫째, 외국선례를 인용한 첫 판결을 이태리 법원이 내린 점과 9년간에 걸쳐 상대적으로 많은 수의 법통일 관련 사례를 처리한 점, CISG의 중요 이슈에 관하여 가장 포괄적으로 외국선례를 참조·인용한 판결이 이태리법원에 의하여 내려졌다는 점 등이다. 예컨대 미국, 오스트리아, 네덜란드, 프랑스, 독일, 이태리, 스위스의 선례 및 중재판정 등에 기초하여 내려진 Vigevano 사례가 그것이다.⁴⁴⁾ 이태리법원의 성공은 특이한 예로서, 판사직에 취임하는 연령이 비교적 젊어서, 국제거래법의 역

할 및 기능, 공통의 범으로서의 국제거래법의 본질에 관한 이해를 갖고 판사직에 취임한다는 점에 기인하는 듯 하다. 이러한 점은 Roy Goode이 지적한 바와 같이 司法府 構成員의 再教育이 국제거래법의 발전에 긴요하다는 점을 방증한다.⁴⁵⁾

외국 선례를 인용·참조하는 이태리법원의 선례는 특이하면서도, 진정한 법의 통일에 있어 점진적 발전을 보여주고 있는 예이다. 첫 사례에서는 외국선례를 참조할 수밖에 없는 이유와 그 정당성의 문제에 관하여 긴 논증을 보여주면서, CISG 제7조 제1항에 따라 외국선례를 인용하여야 할 법원의 의무를 지적하고 있다. 그 논증을 보면, 자신이 인용하는 외국선례에 구속되지 않는다는 점을 강조하는 부분에서는 매우 조심스러운 태도를 보이고 있다.

1999년도 파도바 사건에서는 이자율 결정에 관한 스위스 선례를 인용하면서, 판사에게 외국 선례는 법적 구속력은 없으나, 제7조 제1항에 따라 중요한 참고가 될 수 있다고 설사하고 있다.⁴⁶⁾ 최근에는 외국의 선례들이 이탈리아법원의 선례와 동일한 위상을 갖고 있다는 것을 인정하듯이 自國 法院의 선례와 함께 인용되고 있다. 예를들어 Forli 사건에서 법원은 물품의 하자, 통지 및 구제수단 등에 관한 다양한 이슈에 관하여 스위스, 오스트리아, 독일, 프랑스 및 네덜란드 선례를 광범위하게 인용하고 있다.⁴⁷⁾ 이

42) District Court of Cuneo, Italy, 31 January 1996 (Sport d'Hiver di Genevieve Culet v. Ets. Louys et Fils), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.html>>. 10여 년 전 Ferrari는 Cuneo 판사의 사건이 Michael Will에 의하여 보고된 300개의 CISG선례 중 유일하게 외국선례를 참조한 것이라고 소개한 바 있다. Ferrari, F., "Remarks on the Autonomy and the Uniform Application of the CISG on the Occasion of its Tenth Anniversary", International Contract Advisor, 1998, Kluwer..

43) Court of Appeal of Grenoble, France, 23 October. 1996 (Scea. Gaec des Beauches B. Bruno v. Société Teso Ten Elsen GmbH & Co KG), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961023f1.html>>.

44) District Court Vigevano, Italy, 12 July 2000, (Rheinland Versicherungen v. Atlarex), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>.

45) Goode, R., "Reflections on the Harmonization of Commercial Law" in Cranston, R. and Goode, R., (eds) *Commercial and Consumer Law - National and International Dimensions*, Oxford University Press, 1993, pp. 24-7.

46) District Court Pavia, Italy, 29 December 1999 (Tessile v. Ixela), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991229i3.html>>.

47) District Court of Forli, Italy, 11 December 2008 (Mitias v. Solidea S.r.l.), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/_cases/081211i3.html>.

사례에서는 이태리 및 외국의 선례들이 혼합되어 하나의 “CISG 法學”을 이루고, 실제 판결에서 “법학”이라는 용어를 사용하고 있다. 아마도 Forli 사건은 국제거래영역에서 자국 및 외국의 선례가 동일한 위상으로 인용된 대표적 선례라고 볼 수 있으며, 국제거래법의 통일(global jurisconsultorium)로 나아감에 있어 하나의 국제거래법을 창출해 내야 한다는 정신이 반영된 사안이라 할 수 있을 것이다.

CISG를 둘러싼 국제거래법의 통일을 둘러싼 발전과 진보는 이태리법원만에 국한된 것이 아니라 2005년 이후 외국선례를 인용한 많은 사건이 보고되고 있다. 중요한 것은 보고되는 사건이 호주, 미국, 프랑스, 독일, 이태리, 세르비아, 폴란드 등 다양한 국가에 걸쳐 있다는 점이다. 이러한 현상은 진정한 의미의 통일에로 나아가야 한다는 “當爲性”을 인정하는 국가의 범위가 넓어진다는 청신호라 할 수 있다. 즉, 외국의 선례를 법적 논증에 있어 중요한 선례로 보는 나라들이 점점 늘고 있는 것이다. 또 하나의 예로 정도 차는 있지만 네덜란드의 2005년도 Gran Canaria Tomatoe 사건을 들 수 있다.⁴⁸⁾ 동 사건에서 대법원은 외국의 선례는 인용하지 않았지만 UNCITRAL 요약 및 주석서(Digest and Commentary)를 인용하였다. 인용된 문건이 학자가 만든 것이든 법원 선례이든 간에 이러한 예는 통합된 국제거래법의 예라 할 수 있으며 외국 선례의 인용은 없지만 진정한 통합을 이루어 낸 것과 다름없는 것이다.

2007년도 폴란드 대법원은 CISG 제71조 자신의 의무이행을 거부할 수 있는 권리에 관하여 오스트리아 대법원의 선례를 인용한 바 있다.⁴⁹⁾ 이 사건에서 폴란드 대법원은 계약국 법원의 견

해가 상관성이 있는가의 문제에 관하여 그 정당성을 따질 필요를 느끼지 않으면서 자신의 견해는 당연히 다른 계약국과 공유되어야 한다고 선언하고 있는바, 이는 앞서 본 과도바나 포리사건과 같이 國際先例를 인용하는 것을 당연시 하는 매우 고무적인 현상이라 할 수 있다. 그러나 국제거래법의 통합에 공헌하는 국가 및 진정한 의미의 국제거래사건의 증가에도 불구하고 여전이 그 수는 적고 상호 간 관련성 또한 희박하다. 2005년 통계수치에 의하면 진정한 의미의 통합사건이라 볼 수 있는 예는 보고된 전체 CISG 사건의 1.1%에 불과하고 현재는 1.5% 정도에 이르고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 통계치는 점진적 발전은 있지만 아직은 진정한 의미의 통합이 지배적인 현상이 아니라 예외적인 현상이라는 것을 의미한다.

4. 法適用에 있어서의 統一이 어려운 이유

진정하게 통합된 초국가법으로서 외국선례를 인용하는 사례가 적은 이유의 하나는 그것이 복잡하기 때문이라는 것이다. 물론 외국선례를 이용하는 현실적 장애는 인터넷의 발전으로 많이 극복되고 있다. CISG 데이터베이스를 통하면 관련선례를 번역문과 함께 쉽게 참조할 수 있어 외국선례를 입수하기 곤란하다거나 번역에의 어려움이 있다는 항변은 이제 통하지 않게 되었다.

그렇다면 대다수 대리인이나 판사가 풍부한 외국선례를 자신이 대리하거나 심리하는 사안에 관하여 선례로 인용하지 않는 이유는 어디에 있는 것인가?

하나의 이유를 들자면 많은 법원이나 중재법원이 외국선례는 물론이고 선례를 인용하는 전

48) Supreme Court of The Netherlands, 28 January 2005 (B.V.B.A. Vergo Kwekerijen v. Defendant), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050128n1.html>>.

49) Supreme Court of Poland, 11 May 2007 (Shoe leather Case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070511p1.html>>.

50) CISG database at <www.cisg.law.pace.edu>.

통이나 절차를 갖고 있지 못하다는 점일 것이다. 한편 보통법국가는 물론이고 많은 국가들이 선례를 인용하는 전통을 가지고 있지만, 그들이 인용하는 선례의 범위는 자신들의 국내법에 한정되고 있다. 현대의 CISG 법률가들에 있어 이러한 현실은 비논리적이다. 실제로 외국선례들이 쉽게 이용가능함에도 이를 인용하지 않는다는 것은 이해하기 어렵다.

물론 법관은 외국의 선례를 인용하는 데 주저하는 경향이 있는바, 이는 전통적인 사법부의 경향이다. 대리인들도 법관과는 좀 다르지만 “本國法選好傾向(homeward trend)”이 있는바, 이는 그들이 선례인용이나 참조에 있어 국내에서 교육받고 길러져왔다는 점에 기인한다. 법관이 외국선례를 인용하는 경우에도 습관과 전통에서 기인하는 한계를 가질 수밖에 없다. 즉, 대리인과 법관은 외국선례를 인용함에 있어 인식론적 거부감을 느끼기 쉽다. 한 예로 덴마크의 Whole mackerel 사건을 들 수 있는바, 동 사건은 러시아와 덴마크 간의 홀 매커렐 매매거래에 관련된다.⁵¹⁾ 목적물인 생선은 냉동상태였고, 목적물을 직접 검사하지도 않았고 샘플을 받아보지도 못한 덴마크 매수인은 물품의 하자를 발견하지 못하였다. 매수인 측 대리인은 관련전문가와 상의하여 네덜란드 Roemond 지방법원의 모짜렐라 사건⁵²⁾의 네덜란드 Maggot을 선례로 인용하였다. 대리인은 동 선례에서와 같이 CISG 제38조 하자검사의무는 매수인이 목적물을 해동하여 적절하게 검사할 것을 요구한다고 주장하였다. 인용된 네덜란드 사례는 덴마크 판사에게 많은 영향을 미쳐 자신의 판결에 동 사례의 說示를 변용해 넣도록 하였다. 즉, 덴마크 판사는 자신의 판결문에 명시적으로 네덜란드

선례를 인용하지 않았지만, 판결문의 문구는 네덜란드 사례를 복사한 듯한 인상을 주고 있다. 이렇듯 명시적 인용이 없었다는 점은 다른 한편으로 보면 외국선례의 인용에 있어 큰 문제를 함축하고 있다고 할 수 있다.

외국선례로부터 논증을 빌려오면서도 이를 자신의 판결을 지지하는 선례로 인용하지 않는 덴마크 판사의 태도는 덴마크 법학의 전통과 가치로부터 연유하는 듯 하다. 전통적으로 판결문이 짧고 논증이 빈약한 덴마크의 경우 法源이나 先例를 인용하지 않는 습관은 덴마크의 오래된 문제의 하나이다. 홀 매커렐 사건의 法院이 아무런 선례를 인용하지 않으면서도 모짜렐라 매점사안을 본문에서 변용하여 사용한 것은 다른 국가에게는 이례적으로 보일 것이다.

5. CISG 先例의 本質

어쨌든 많은 국가들이 외국선례를 인용하는 것을 주저하고 있다. 그렇다면 법관이 외국선례를 이용토록 진작하고 대리인이 사안에 관하여 다툼에 있어 외국선례를 연구하고 인용하도록 유도함에 있어 무엇보다 외국선례의 본질을 알 필요가 있다. 먼저 용어상 보통법계 국가에서 사용하는 “先例”란 표현이 적합한가가 문제되는바, 정확히 말하자면 CISG 선례들이 본질적으로 구속력이 없는 관계상 부적합한 용어이지만 이를 대체할 다른 표현이 없으므로 이를 사용할 수밖에 없다. 영미법상의 紐帶를 갖지 않는 더욱 적절하고 중립적인 표현을 고안해낸다 하더라도 지금의 현실에서 대부분의 법관들이 이를 선례정도로 이해할 것으로 보이므로, 선례라는 용어를 사용하되 CISG 사안에서 선례가 어

51) Copenhagen Maritime Commercial Court, Denmark, 31 January 2002 (Dr. S. Sergueev Handelsagentur v. DAT-SCHAUB A/S), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020131d1.html>>.

52) District Court Roemond, The Netherlands, 19 December 1991 (Fallini Stefano v. Foodik) available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911219n1.html>>.

떠한 본질을 갖는가를 규명하는 것이 중요하다고 본다.

선례의 분석은 모든 국가에 있어 중요하고도 복잡한 문제이지만 선례가 “拘束力 있는 法源”으로 기능하는 보통법국가의 경우에는 특히 그러하다. 우리가 CISG 체결국을 전제로 선례의 개념을 정립하려 하는 경우, 사법부우위의 문제, 선례에 대한 국내법원의 태도, 법과 사실의 분리 등 복잡한 문제를 포함하는 광범위한 비교법적 고찰이 필요하다. 즉, 무엇이 선례인가에 관한 문제는 보편적으로 개념 정립할 수 없으며, 각국마다 그 정의는 상이하다고 보아야 한다.

일반적으로 보통법국가에서는 先例拘束性의 原則이 있어 판례가 법원의 형성과정에서 중추적 기능을 하고, 판례법은 법원칙, 형평법이나 법관이 판결을 통하여 형성하는 보통법을 구성한다. 즉, 보통법체계에서는 법률전문가들이 법원칙이나 법원선례로부터 도출한 법을 새로운 현상에 적용하는 것을 기본으로 한다. 또한 통일성, 일관성, 법적 안정성을 위하여 선례가 명백히 비합리적이거나 불편한 경우 외에는 발생한 사안에 도출된 법을 적용하여야 할 의무가 있다. 즉, 보통법 국가의 법률전문가는 도출된 법의 적용의무로부터 자유로울 수 없으며, 도출된 법이 법률전문가 스스로 고안한 것보다 편리하거나 합리적이지 않아서 도출된 법을 적용할 수 없는 경우에는 선례의 유추논증이라도 하여야 할 의무가 있다.⁵³⁾

英美 보통법국가의 법률전문가가 사용하는 용어는 국제거래법의 통일에 있어 중요하며, 대륙법계 국가의 법률전문가들은 보통법국가와의 법통일 협상에 있어 선례라는 용어가 사용되는 경우 주의를 기울일 필요가 있다. 예컨대 영미

법의 전통을 가진 국가들의 법률전문가 사이에서도 선례라는 개념에 관하여 인식상 차이가 있는 것이 사실이다. 영미법계와 대륙법계의 혼합법계 국가의 하나인 남아공의 경우 선례라 하면 “설득력 있는 권위(persuasive authority)”로 이해하는 한편,⁵⁴⁾ 영국의 법률가들은 이를 “구속력 있는 권위(binding authority)”로 이해하고 있다.

대륙법계국가의 경우에는 성문의 법률과 관련법령으로부터 법이 도출되는바, 사법부의 판결은 法源이 아니다. 그러나 대륙법계 국가의 경우에도 법관의 法形成 역할에 있어 국가별로 다양한 차이를 보이고 있는바, 선례가 최소한 “설득력 있는 권위”로서 법발전에 중요한 의미로 사용되는 경우도 상당수 있다.⁵⁵⁾ 요컨대 용어상 명백한 합의가 없다면, CISG 선례의 본질을 고찰함에 있어 용어사용에 중립적일 필요가 있다. CISG 선례가 어떠한 의미를 갖는가의 문제는 독특한 문제이므로 각 법계의 법률가는 국내법영역에서 사용하는 대로 선례의 의미를 이해해서는 안 된다. 물론 자국의 법영역에서 도저히 포기할 수 없는 중요한 실무관행까지도 포기하리라 예상할 수는 없다. 그러나 용어의 중립적 이해의 필요는 장구한 초안 작성과정과 외교적 협상의 결과라는 점을 고려할 때 절실하다 아니할 수 없다. 이렇게 볼 때에 대륙법계 국가의 법률가라면 보통법국가의 법률가들이 선례 구속성의 원칙을 신봉한다는 점을 인정하여야만 할 것이다.

국내 법원이나 국내 다수학설이 CISG 선례의 구속력을 부인하는 것이 정당한 경우가 있다. 더욱 우위에 있는 국제거래법원이나 중재법원이 존재하지 않는 상황에서 선례구속성의 원칙을 강제하는 것이 불가능한 경우가 그러하다.

53) Mirehouse v. Rennell (1833) 1 Cl. & F. 527, per Parke J p. 546.

54) Dolezalek, G. R., “Stare decisis : Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th-20th century)”, Inaugural Lecturers, New Series No. 156, University of Capetown, 1989.

55) David, R., and Brierly, D., *Major Legal Systems of the World Today* (3rd ed), Free Press, 1985, pp. 133~149.

이러한 경우에 선례구속성의 원칙이 강제되는 구조를 형성하는 것은 의회, 헌법재판소 또는 이와 유사한 국내기관들이 나서야 하는 정치적 문제가 된다. 이러한 점에 관하여는 일반적으로 인식을 같이하고 있다. 그러나 선례라는 표현으로 인하여 이러한 입장이 희석되기도 한다. 다른 학자들에 의하여 비판도 많이 받지만, DiMatteo 교수가 CISG 선례를 두고 “非公式的인 超國家的 선례(informal supranational stare decisis)”⁵⁶⁾라는 표현을 쓴 것은 우리가 용어사용에 있어 신중하여야 한다는 점을 반영한다. 유럽연합의 법률가나 학자들은 비록 “비공식적(informal)”이라는 수사어가 있지만 “초국가적(supranational)”이라는 표현에 대하여 생경함을 느끼고 있다. 그들은 비공식적이든 공식적이든 CISG의 본질을 국내적으로 적용되는 법으로 인식하고 있다. DiMatteo 교수가 이러한 용어를 사용하면서 유럽연합 학자들의 강한 반발을 미리 예상하고 있었는지 모른다. 또한 대륙법계 국가의 법률가들이 외국의 사례를 선례라고 표현하는 경우 “國內先例”를 先例로 인식하는 보통 법국가의 학자들도 생경한 반응을 보일 것이다.

그가 선례의 구속성을 전제로 선례라는 용어를 사용한 것은 유럽연합의 학자들의 반발을 사고 있는바, Rene Henschel도 DiMatteo 교수와 같은 입장에 있다. Henschel에 의하면 CISG 사건들은 뉴질랜드의 Mussel 사건을 필두로 반복하여 인용되고 국내법관에 의하여 참고되는바, 따라서 “실제적 구속력(ipsa facto stare decisis)”을 갖는다는 것이다.⁵⁷⁾ 그러나 특정사례가 광범위하게 참조선례로 이용된다 하여도 모든 지역

에서 실제적 구속성을 갖는다고 보는 것은 옳지 않다.

보통법계의 법률가에게 선례구속성의 원칙은 선례가 법으로서 적용의무를 발생시킨다는 의미를 갖는 것으로 비공식적인 선례구속성의 원칙은 생경하다. 따라서 국제매매법을 공유하고 있는 대영제국을 포함하여 용어의 중립성을 달성함에 있어, 영미법계에서 사용하고 있는 선례구속성의 원칙(stare decisis)이라는 용어는 가급적 사용하지 않는 것이 타당하다.

6. 靈感的 (Inspirational) 次元의 先例

선례구속성의 원칙을 고안한 보통법계국가에 있어 선례의 개념은 선례가 법적 구속력을 갖는다는 좁은 의미로만 사용되는 것은 아니다. 즉 “國內先例”와 같이 법적 구속력(binding)을 갖는 것을 포함하여 “다른 Commonwealth 국가의 선례”와 같이 선례가 논증에 있어 설득력을 보지(persuasive)한다는 것을 포함하는 개념이다.⁵⁸⁾ CISG 영역에 있어 우리는 선례의 의미를 더 넓혀 그것이 단순히 영감적(inspirational)인 것으로 기능하는 경우까지를 포함할 필요가 있다. CISG가 법계를 초월하여 국제거래에 적용되는 법이므로 선례의 의미를 법적 구속력을 갖는 경우로 좁혀 볼 필요는 없다. 보통법계 국가의 경우 자국의 선례가 “법적 구속력”을 갖는다면 다른 보통법계 국가의 외국 선례의 경우 “논증에 있어 설득력 있는 권위”로 기능하게 된다. 보통법계 국가의 법률가가 CISG법 영역에 있어 선례라는 용어에 생경한 것은 그것을 “法的 拘束

56) DiMatteo, L., “The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings”(1997) 22 Yale Int. Law Journal 111, at p. 111, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo.html>>.

57) Henschel, R., “Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35 : Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules”, 1 Nordic Journal of Commercial Law, 2004, available at: <<http://www.njcl.fi>>.

58) Darbyshire, P., *Darbyshire on the English Legal System (8th ed.)*, Sweet & Maxwell, 2005, at paras. 2-030 and 2-037.

力”을 갖는 경우로 좁혀 이해하는 사고에 길들여져 있기 때문이다.

CISG법 영역에서 외국선례를 인용하는 관행을 발전시킬 필요가 있다는 점을 강력히 주장하는 Ferrari는 처음에는 선례라는 용어를 사용하다가 이를 “설득력 있는 가치”로 수정하고 있다. 그에 의하면 “나의 견해로는 CISG 판례법이 발전함에 따라 외국 판례법은 설득력 있는 가치가 있는 것으로 고려될 필요가 있다. 외국판례법은 결론을 지지하는 논증인가 반박하는 논증인가를 구별짓는 중요한 근거로 사용되어야 한다”⁵⁹⁾라고 한다. 그는 처음에는 “법을 해석하는 자는 다른 자가 이미 행한 것, 즉 다른 계약국의 사법부가 행한 결정을 고려할 의무가 있다. 이는 동일하거나 유사한 문제가 이미 다른 나라 법원에 의하여 심리되었기 때문이다. 만일 국제적으로 판례법이 축적되어 있거나 설득력 있는 가치를 가진다면 그것은 ‘선례’로서의 가치를 가질 수도 있다.”라고 한 바 있다.⁶⁰⁾ Ferrari가 용어사용에 있어 선례라는 용어를 사용하기를 꺼려하는 경향을 대변한다.

그러나 용어사용의 예민성을 떠나, 일부 CISG 판결들의 경우 국내 법원에 의해 외국의 판례법으로 자주 인용되고 있으며, 통일법원칙을 적용하여야 할 의무로서 이를 느끼고 있는 것으로 보여진다. 어쨌든 대륙법계 국가의 관행을 보면 선례를 최소한 보통법계 국가에서 보는 “설득력 있는 권위”로서 받아들이고 있는 듯 보인다. 다른 적절한 용어가 없다는 것을 감안할

때에 Ferrari가 선례라는 용어사용을 취소한 것은 오히려 부적절해 보이지만, 대륙법계 국가의 관행을 이해함에 있어 “설득력(persuasive)”이라는 용어를 사용하는 것은 아직은 주의를 요한다고 본다. “설득력 있는 권위”라는 용어는 보통법계 국가에서는 이미 정착된 용어로서 전술한 바와 같이 다른 보통법계 국가의 선례를 인용함에 있어 사용된다. 나의 견해로는 대륙법계 국가의 법률가가 CISG 선례를 “설득력 있는 가치”가 있는 것으로 보는 것에는 문제가 없다고 본다. CISG 외국선례를 인용하는 것이 보통법계 국가의 법률가가 다른 보통법계 국가의 선례를 취급하는 것과 거의 유사하기 때문이다. 그러나 이러한 입장은 다른 보통법계 국가의 선례를 취급함에 있어 특별한 지위를 부여하는 보통법계 국가의 법률가에게는 생경할 수 있다. 그러나 요컨대 나의 견해로는 대영제국 국가들의 판례가 다른 대영제국 국가에서 갖는 지위와 같이 CISG 판례들이 계약국에서 동일한 지위를 가져야 한다고 본다. 보통법계 국가의 법률가들이 그들의 고정관념에 따라 이를 무리한 것으로 본다면, 실제적 결과는 동일하지만 CISG 판례법의 경우에는 “설득력 있는 가치”라는 용어대신에 “영감적 선례(inspirational precedent)”라는 표현을 사용하는 것이 어떨까 한다.

Flechner는 법의 통일을 추구함에 있어 아무런 기준없이 행해져서는 안 된다고 한다. 즉, 건전한 판결을 도출하는 것을 궁극적 목적으로 하면서, 외국선례의 “영감적 가치”를 결정하는 일정한 기준을 정립할 필요가 있다는 것이다.⁶¹⁾

59) Ferrari, F., “CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters?” 17 Journal of Law and Commerce 245, 1999, p. 260, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari3.html>>.

60) Ferrari, F., “Uniform Interpretation of The 1980 Uniform Sales Law” 24 Georgia Journal of International and Comparative Law 467, 1994-95, pp. 204-205, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/franco.html>>.

61) Flechtnr, H., “Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention : A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A v Hearthside Baking Co”, 22 Northwestern Journal of International Law and Business 121, 2002, available at : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtnr4.html#iv>>.

Flechtner에 의하면, 첫째, 판결을 내린 법원의 권위, 둘째, 다른 법원이나 재판소의 쟁점에 관한 동의의 정도, 셋째, 국제거래사건에 관한 법원의 경험 정도, 넷째, 외국선례가 국제성, 선의 공정, 통일성의 원칙 등 CISG가 채택하고 있는 해석원칙에 부합하는 정도 등이 그러한 기준을 제공한다고 한다. UNCITRAL이 지향하는 바가 현대성, 유연성, 명확성, 공정성이라고 보면, 법의 통일적 적용보다 건전한 판결을 확보하는 것을 우선시하는 것은 공감할 수 있다.

그의 기준은 명쾌하고 건전하지만, 그러한 기준을 충족하지 못한다고 하여 관련 외국판례를 참조하지 않는 것은 부당하다고 본다. 다시 말하면 우리가 사건의 영감적 해결 및 협약상 쟁점에 관한 자율적 접근, 그리고 공정한 결론을 도출하기 위하여 이러한 기준을 충족하는 판례만을 참조하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 일반론이지만 Basil Markesinis는 외국판례를 이용하는 법원에 관하여 “비교법전문가의 사명은 모든 판례를 조사하되 가장 최선의 판례를 지지하는 것인바, 이로써 주어진 문제에 ‘영감적 가치’를 갖는 판례를 찾아낼 수 있는 것이다”라고 갈파한 바 있다.⁶²⁾ 판례를 섭렵하여 취사선택하고, 유사한 외국 판례를 발견하며, 정의의 관점에서 이를 적용하는 자유는 CISG법 영역에서 적절하다고 할 수 있다. 이렇게 보면 Flechtner가 제시한 기준은 편협될 수 있다고 본다. 한편 유럽사법재판소의 역할을 논하면서 Jurgen Schwartz는 당해 판결의 논증이 현재의 사안과 관련성을 가지는 정도에 따라 외국판례를 취사선택하는 것이 옳다고 한다. 요컨대

CISG 판례를 취사선택하는 일반적 기준을 제시하는 것은 그것이 단순명쾌한 것이라 하더라도 자제할 필요가 있는바, 개별사안에 따라 법률가나 법관에게 맡겨야 한다고 보며, 이러한 관점에서 Schwartz의 견해는 시사하는 바 크다고 본다.⁶³⁾ 따라서 법관은 다른 나라에 동일하거나 유사한 판례가 있는 경우 당해 판례에 어느 정도의 영감적 가치를 부여할 것인가를 결정함에 있어 상식에 기초하여야 한다.

7. 節次的 變數의 問題

한편 외국판례를 참조함에 있어 절차적 변수가 있다. 절차적 변수와 관련하여 서로 상이한 세 가지 유형의 법제도를 들 수 있는바, 덴마크와 같이 “法官은 法을 안다”는 절차법적 원칙을 가지고 있는 유형,⁶⁴⁾ 호주와 같이 “法官은 모든 법을 알 수 없으며 代理人의 주장에 기초하여 판례를 참조할 수 있다”는 유형, 중국의 국제상사중재위원회와 같이 선례를 참조하는 것을 원칙적으로 금지하는 유형 등이 있다. 첫 번째 유형의 경우 법관은 올바른 선례를 찾아낼 직무상의 의무가 있다. 그러나 어떠한 유형이든 간에 국제매매거래영역에서 법의 진정한 통일을 위하여는 대리인의 역할이 중요하다. 덴마크와 같은 유형의 나라에서도 실제로는 법관이 적용할 법을 선택함에 있어 대리인이 제출한 자료에만 근거하는 현실을 보이고 있는 경우가 많다. 법률가나 솔리스터, 바리스터 등 대리인들은 당사자 일방을 대리하는 편향성을 보일 수 있음에도, 현실은 그들에게 국제거래법 관련판례를 찾

62) Markesinis, B., “Judicial Mentality : Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law” 80 TLNLR 1325, 2006, Mar.

63) Schwartz, J., “The Role of the European Court of Justice (ECJ) in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities (EC)” in UNIDROIT (ed.), *International Uniform Law in Practice/Le Droit Uniforme International dans La Pratique* [Acts and Proceedings of the 3rd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law (Rome 7-10 September 1987)], 1988, Oceana, pp. 193~227.

64) 우리나라도 이러한 범주에 해당한다고 할 수 있다.

아낼 의무를 부과하고 있는 것이다. 이러한 문제는 외국관례를 주장·입증할 책임이 전적으로 당사자에게 있는 국가의 경우를 포함하여 실제적으로 모든 나라에 해당하는 문제라고 할 수 있다.

Filip de Ly는 선례문제와 관련하여 “外國法”과 “統一法”을 구별하면서, 통일법은 CISG 1(1)(a)를 통하여 적용되는 國內法이며, CISG 계약국은 1(1)(b)를 통하여 국내법이지만 자신의 국제매매거래법을 적용하는 것이라는 혁신적 주장을 한 바 있다.⁶⁵⁾ 그러나 국내법원은 절차적으로 통일법에 관한 외국 사법부의 해석을 외국법으로 고려하고 있다.

私見으로는 Filip de Ly의 “統一判例法”이라는 용어를 지지하는 바이다. 그것은 외국의 선례를 外國法으로 보지 않고 통일관례법, 즉 國內法으로 보는 경우 국내법원이 더 적극적으로 이를 참조·인용할 것이기 때문이다. 또한 “선례”라는 표현보다 “통일관례법”이라는 용어를 사용한다면, 대영제국의 선례구속성의 전통보다도 더욱 공고한 체계 속에서 외국선례를 인용할 수 있을 것이다. 요컨대 관례법을 공유한다는 점에 가치의 중점을 둔다면, 국내법원에게 외국선례의 인용의무를 강조하는데 더 적절하다는 것이다. 더 좋은 다른 대안이 없는 한 “共有되는 統一判例法”은 CISG 관례법영역에서 가장 적절한 대안이 될 수 있다.

그러나 실제로 다른 법체계에 대하여 어쩌면 생경할 수 있는 표제를 붙이는 것만으로 문제가 해결될 것 같지는 않다. 우리가 통일법을 보편적 차원에서 독립된 법영역으로 인식하고 관례법 인용의무를 받아들인다 하여 진정한 발전을

담보할 수 있는 것은 아니다. 선례인용의무는 하나의 이론에 불과하고, 국내법원이나 중재판정부 대리인들은 다른 길을 가는 현실이 문제이다. 모든 이의 이익을 위하여 통일법을 적용하여야 하는 것은 하나의 이상이며, 실제로 그것이 법정에서 현실화되는 것은 많은 시간을 요한다고 본다.

IV. 結 語

CISG는 협약 형태의 사법의 통일로서, 비판론도 만만치 않지만 상당히 잘 고안된 통일법으로서 입지를 굳혀가고 있다. 그러나 진정한 법통일이 이루어지기 위하여는 구체적 사례에 있어 법이 통일적으로 적용될 필요가 있다고 본다. 법계의 차이나 CISG의 국제성으로 인하여 법적용에 있어서의 통일이 성취되기 어려운 측면이 있지만, 외국선례라 하더라도 최소한 영감적 차원에서 선례로 기능할 수 있는 여지가 있다고 본다.

한편 私法の 統一과 법적용에 있어서의 통일로 나아감에 있어 한 가지 주목할 점은 최근 통일법영역에서 실무상 발전을 넘어 학술적 발전이 뒤따르고 있다는 점이다. 학술적 발전의 한 예로 페이스 대학(Pace University)의 CISGW3 데이터베이스의 성공사례를 들 수 있다. 이 데이터베이스는 체계적으로 통일법 자료를 제공하고 있는바, CISG의 통일적 해석을 위하여 상당히 중요하게 기능하리라 예상된다. 이러한 현상에 부응하여 네덜란드 사법부는 2005년 사건⁶⁶⁾에서 동 데이터베이스의 자료를 CISG 주석서(commentary)의 하나로 인용하기도 하였다.

65) *Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law*, 18-22, 1992, May, pp. 50~4 ; Filip de Ly, “Uniform Interpretation : What is Being Done? Official Efforts” in Ferrari, F., (ed.) *The 1980 Uniform Sales Law*, Sellier, 2003 p. 346 ; CISG 제1조 제1항은 “이 협약은 다음과 같은 경우에 영업소가 상이한 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용한다. (a) 당해 국가가 모두 계약국인 경우, 또는 (b) 국제사법의 규칙에 따라 어느 계약국의 법률을 적용하게 되는 경우”라고 규정하고 있다.

66) *Isocab France S.A. v. Indus Projektbouw B.V.*, 4 Feb. 2005, LJN : AR 6187 ; CO/007HR (Netherlands), available at :

법통일 현상과 관련하여 주목할 또 하나의 현상은 CISG의 통일성을 담보하기 위한 스터디 그룹과 패널들의 활동이 활발하다는 점이다. 특히 CISG 자문위원회가 두드러진 활동을 하고 있다. 이 분야에서 활동하는 많은 학자들이 CISG 자문위원회의 두드러진 활동을 두고 “자문위원회의 시대가 도래하였다”고 평하고 있다. 학자들의 평가에 상관없이 최소한 자문위원회의 회의는 법의 진정한 통일, 즉 적용상의 통일을 위하여 활동하는 그룹을 위하여 훌륭한 기회를 제공한다. 이에 상응하여 미국, 폴란드, 독일 등의 법원은 자문위원회의 의견을 法源의 하나로 보고 있다.

유엔국제상거래법위원회 요약서 (UNCITRAL Digest)도 CISG의 국제적 연구와 이해를 증진시키는데 있어 크게 기여하고 있다. 물론 UNP C67)로 인하여 CISG 전문가 그룹이 의미 있는 주석을 부여하고 요약서를 발전시키는 데 있어 장애가 되고 있는 것은 잘 알려진 사실이다. 그럼에도 불구하고 동 요약서는 법률실무가들이 CISG라는 독특한 범영역을 연구함에 있어 중요한 도움이 되고 있다.

요약서는 UNCITRAL에 의하여 판례법(case law)이라는 위상이 부여되어 관련 회원국 법원의 판결이나 중재판정에 대한 정보를 체계적으로 공보하는 한편, 기구차원에서 CISG의 통일적 해석을 담보하고 있다.

보다 일반적 차원에서 보면, 점점 많은 수의 학자들이 국가간 관련 판례들을 비교분석하고 있다는 점을 꼽을 수 있다. 이러한 현상은 CISG의 평석에 있어 보다 다양한 용어로, 보다 많은 국제 선례들이 포함되는 결과를 낳으며 법통일에 있어 크나큰 학술적 기여로 인식되고 있다.

주제어 : 국제물품매매계약에관한유엔협약, 대륙법계, 영미법계, 국제거래법, 사법의 통일, 국제매매계약, 장애

Key Words : CISG, civil law countries, common law countries, international trade law, uniform private law, international contract, hardship

<[http:// cisgw3.law.pace.edu/cases/050204n1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050204n1.html)>.

67) United Nations Political Correctness의 약어로 동 기구는 국내판례법에 대한 비판을 금하고 있다.