

CISG하에서 계약의 형식요건에 관한 규정해석과 판결례에 관한 고찰

심 종 석*

목 차

I. 머리말	IV. 서면의 정의
II. 계약의 형식요건	V. 계약의 변경과 서면요건
III. 국내법상의 형식요건	VI. 요약 및 결론

(논문투고일 : 2012.12.27. / 논문심사일 : 2013.1.8. / 게재확정일 : 2013.1.22.)

I. 머리말

본고에서는 ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(CISG) 제1조 (a) 또는 (b)에 따라, 본 계약에 CISG가 적용법으로 지정된 사정하에서, ‘계약의 형식요건’(form requirement of contract)에 관한 규정을 중심으로, 당해 규정에 관한 해석과 판결례로부터 이에 상당한 법적 시사점과 유의점을 추론해 보고자 한다.

본고의 연구범위로서 CISG상 계약의 형식요건에 관련된 규정은 ‘계약의 형식’(제11조), ‘국내법상 형식요건’(제12조), ‘서면의 정의’(제13조), ‘계약의 변경과 서면요건’(제29조) 및 ‘국내법상 형식요건의 고수’(제96조) 등이다.

살피기에, 본고의 주제와 관련한 그간의 선행연구는 그다지 풍족한 편은 아니다. 생각건대, 그 이유는 CISG 체결국 중에 계약의 형식요건에 관한 유보(reservation)의 입장을 취하고 있는 국가가 소수이고,¹⁾ 나아가

* 대구대학교 경상대학 무역학과 조교수, 법학박사·경영학박사

1) 본고 제출시점 기준, CISG 제11조 및 제29조를 유보하고 있는 국가는 총 11개국

계약의 형식요건은 대부분이 국내법에 관여된 사안이기에, 이로부터 각국의 국내법에 한정된 비교법적 내지는 독립적 연구에 보다 큰 비중을 두고 있기 때문이라 판단된다.²⁾

그럼에도 불구하고, 그나마 본고의 논제와 건련성이 있는 선행연구를 모두 어 주요 논점을 요약하면 다음과 같다. 우선, 국내연구로서 김선국은 ‘구두증거배제의 원칙’(parole evidence rule)에 주안점을 두고 이를 CISG 제11조와 제12조 및 유보선언에 관한 제96조를 연계하여 법적 유효성을 고찰하고, 이에 본 원칙에 관한 판결례를 병합하여 이로부터 법적 시사점을 도출하고 있다.³⁾ 조현숙은 계약의 형식요건에 대한 유효성에 관하여 CISG와 ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(PICC)을 비교법적 분석도구로 당해 요건 및 그 효과에 관한 특단의 문제점을 추론하고, 이에 상당한 유의점을 제시하고 있다.⁴⁾ 장샤오지옌은 한·중 무역에 있어서 서면형식의 문제와, 이로부터 계약의 체결과정에서 발생가능한 법률문제를 다루고 있는데, 특별히 전자상거래에 있어서의 적용여부와 이에 따른 문제점 및 유의점을 분석·고찰하고 있다.⁵⁾

한편, 국외논문의 경우 Schroeter는 CISG와 ‘유럽계약법원칙’(PECL)을 비교하면서 형식상 ‘계약자유의 원칙’(principle of freedom of contract)과 서면요건에 관한 법적 제한과 강행법상의 유의점을 제시하고, 나아가 서면의 정의에 관한 비교법적 연구결과와 전자적 통신수단에 의한 수용가능성의 여

[아르헨티나, 벨라루스, 칠레, 에스토니아, 헝가리, 라트비아, 리투아니아, 파라과이, 러시아, 우크라이나, 중국(일부)]이다. 당해 국가가 이와 같이 유보조항을 두고 있는 이유는, 생각건대 대부분의 국가가 구소련의 연방국으로서 당시 서면요건에 대한 국내법상의 제한이 엄격하였기 때문에, 이로부터 국제물품매매계약에 있어서도 이를 준용하여 국내법상의 법적 안정성을 고려하기 위한 취지로 엿보인다.

- 2) 당해 사안에 결부할 수 있는 제한요건으로는, 이틀테면 부동산의 소유권의 이전 또는 취득 등에 관련한 계약, 공증인의 관여를 필요로 하는 계약, 상거래 또는 직업적으로 무역거래를 목적으로 당해인의 행위에 의한 보증계약 및 근저당에 관한 계약, 가족법 또는 상속법에 관한 계약, 정부 당국에의 신고가 효력발생의 요건이 되는 계약 등을 열거할 수 있다.
- 3) 김선국, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제의 원칙” 제9권 제3호, 관세학회지, 2000, 485-506면.
- 4) 조현숙, “국제물품매매계약에서 구두증거배제원칙의 유효성에 관한 연구”, 제23권 제6호, 산업경제연구, 2010, 3371-3390면.
- 5) 장샤오지옌, “한·중무역간 CISG의 적용” 제13권, 국제사법연구, 2007, 104-125면.

부를 비교·검토하고 있다.⁶⁾ 이외에도 계약자치에 관한 법률문제를 다루고 있는 Amissah와,⁷⁾ 계약의 형식요건에 따른 ‘서식의 교전’(battle of the forms)과 계약자유 원칙을 독일법, PICC, PECL 및 미국 ‘통일상법전’(UCC) 등을 비교법적 분석도구로 그 법률효과와 법 적용상의 장애 내지 이로부터 유의점을 비교·검토하고 있는 Schlechtriem의 논문 등이 있다.⁸⁾

본고의 연구범위에 기하여, 이상의 선행연구는 대체로 계약의 형식요건에 관한 CISG 유관조문에 주안점을 두고, 그 해석과 비교법적 또는 주요 쟁점별 유의점 내지 시사점을 제공하고 있다는 공통점을 엿볼 수 있다. 본고는 이상의 선행연구를 토대로 계약의 형식요건과 변경 그리고 서면요건에 관한 규정내용의 실제적 적용과 이에 따른 평가로부터 실무적용상 시사점 제시에 주안점을 두고자 한다.

요컨대, 본고는 계약의 형식요건에 관한 CISG 규정해석을 일반론으로 하여, 이들 규정이 적용된 판결례로부터의 평가를 이에 덧붙여, 당해 규정의 실제적 이해를 도모하고자 함에 주안점을 두고자 한다.

II. 계약의 형식요건

1. 주요 골자

CISG 제11조는 매매계약의 성립에 관한 형식상의 자유를 명정하고 있는 규정이다.⁹⁾ 본조와 연관된 규정으로서 제29조 (1)에서는 계약방식의

6) Schroeter, U. G., “Freedom of contract : Comparison between provisions of the CISG and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, November 20, 2002.

7) Amissah, R., “The Autonomous Contract”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, August 9, 1999.

8) Schlechtriem, P., “Battle of the Forms in International Contract Law: Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG, UCC approaches under consideration”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, November 25, 2002.

자유는 계약의 변경 및 종료에 관해서도 적용된다는 취지를 담고 있다.¹⁰⁾ 한편, 제11조 (2)의 제1문은 계약의 변경 또는 종료의 방식에 관하여 당사자 사이에 특약이 있는 경우 당해 특약이 우선하는 것으로 규정하고 있고, 제2문은 당사자는 상대방이 자기의 행동을 신뢰한 한도 내에서는 본조항을 주장할 수 없다고 하고 있다.

이하 제11조 및 제29조에 관한 판결례를 참고할 때, 유의하여야 할 사안으로서, 법원은 제11조에 따라 계약당사자는 국제매매계약에 관하여 그 어떠한 형식요건에도 구속되지 않음을 인정하면서도, 실제로 계약상 구두 또는 서면으로부터 유효한 합의가 존재하고 있는지의 사실 인정에 신중한 태도를 보이고 있다는 점이다.

결국, 국제물품매매계약 실무에서는 서면에 의한 계약서의 작성은 물론이거니와, 계약체결 당시의 상황에 비추어 부득불 구두에 의할 경우라도, 당해 합의의 입증에 따른 다툼의 소지를 미연에 방지하기 위해서는 반드시 서면에 본 합의의 내용을 남겨두어야 한다.

제11조 및 제29조에 의하면, 매매계약의 성립과 변경 및 종료는 서면에 의해 확인되어야 할 것을 요구하고 있지는 않지만, 달리 국내법상 계약은 반드시 서면에 의해 입증되어야 함을 요구하고 있는 국가 또한 상당부분 존재하고 있음을 고려하여, 제96조에서는 CISG 가입을 적극적으로 유도하기 위하여 계약의 형식에 관한 유보선언을 용인하고 있다.¹¹⁾¹²⁾

9) CISG, Art. 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.”

10) CISG, Art. 29 : “(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties. (2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.”

11) CISG, Art. 96 : “A 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 Art. 12 that any provision of Art. 11, Art. 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

한편, 제12조는 당사자 일방이 제96조에 근거하는 유보를 선언한 나라에 영업소를 가지는 경우의 법적 효과를 규정하고 있다.¹³⁾ 후술하는 바와 같이 본조의 해석에 기하여 각국 법원의 판단이 일치하고 있지 않은 까닭에, 이 점에 특별한 주의가 요구된다.

2. 계약의 형식

제11조는 앞서 본 바와 같이 계약체결을 위한 방식의 자유를 다루고 있다. 본조에 따라 CISG에서의 계약은 당사자 간의 합의만으로 충분하다. 그 결과 계약체결을 위한 방식에 있어, 그 어떤 것이 서면인지, 그 어떠한 방식을 요구하는지 등의 문제에 구애됨이 없이, 본조에 의해 당해 상거래의 신속·민활을 기대할 수 있게 된다.

한편, 계약에 서면방식을 요구하고 이를 지키지 못하게 될 경우 계약의 효력을 잃게 하고 있는 다수 국가의 국내법이 엄연히 존재하고는 있으나, 설령 그렇다고 하더라도, 이러한 국내법은 CISG를 적용한 계약에는 별단의 영향을 주지 못한다. 그러나, CISG는 국내법상 계약에 서면을 요구하고 있는 국가가 본조의 규정을 회피할 수 있도록, 국내법상의 형식요건의 고수에 관한 제96조의 유보규정을 두고 있다.

제12조는 국내법상의 형식요건을 규정하고 있는데, 본조는 매매계약이 반드시 서면으로 체결될 필요가 없으며, 형식에 관해서도 그 밖의 다른 조건에 구속받지 않는다고 명시하고 있다. 한편, 본조는 계약체결을 위한 형식의 자유를 선언하고 있는 규정으로서, 곧 본조에 의하여 매매계약은

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.”

12) Schlechtriem, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford Univ. Press, 1998, pp.85-90.

13) CISG, Art. 12 : “Any provision of Art. 11, Art. 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 Art. 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this Art.”

비형식적으로, 이를테면 구두 또는 행위로도 체결될 수 있다. 아울러, 계약의 유효성을 판단함에 있어 당사자 일방의 서명이 불필요하다는 경우 본조가 원용되고 있음이 상례이다.

요컨대, 본조는 계약체결에 관한 특정한 형식을 요구하지 않음을 선언한 규정으로서, 이로부터 계약당사자는 서면·구두 또는 그 밖의 어떠한 방식을 통해서도 당해 계약을 임의로 변경 또는 종료할 수 있다. 다만, 특정한 국내법에서 예컨대, ‘당사자의 국가가 매도인이나 매수인을 관리하는 목적’, ‘외국환관리법을 이행하는 목적’ 또는 ‘그 밖의 목적’으로 ‘계약은 반드시 서면으로 체결되어야 한다’고 규정하고 있는 경우 비록 계약 그 자체가 당사자 간에 법적 효력을 가지고 있다고 하더라도 당해 국내법 위반의 결과로써 집행되는 행정 또는 형사적인 제재는 비서면으로 계약을 체결한 당사자에게 경우에 따라 우선 적용될 수 있음은 유의하여야 한다.

나아가, 본조는 계약당사자가 CISG에 의한 계약의 존재를 증명하는 방식에 관하여, 이를 서면요건에 제한하여 두고 있는 일련의 국내법규의 요구를 배제할 수 있는 근거규정으로서 기능한다.

한편, 불요식 원칙에 관한 제한으로서, 제12조는 당사자 일방이 제96조의 선언을 통해 특정국가에 영업소를 보유한 경우 본 원칙은 적용되지 아니한다. 같은 시각에서, 만약 제96조에 비추어 유보선언을 아니한 국가의 법률이 적용되는 경우에는 다름없이 본 원칙이 적용된다.

3. 판결례 : 계약방식자유 원칙의 적용

(1) 사실관계와 쟁점

사실관계로서, 판매자가 판매점을 개입시켜 고객에게 물품을 판매하고, 물품대금의 지급을 고객에게 요구했지만, 고객은 판매점에 물품대금을 이미 지급한 상황이었다. 판매자는 고객에게 송부한 상업송장(commercial invoice)이 고객과의 최종적인 매매계약의 증거라고 주장하고 있다. 본 사건은, 판매자의 주장과 같이, 본건 상업송장에 기하여 본인

이 물품대금의 정당한 수취인이 될 수 있는지의 여부를 다루고 있는 사례이다.¹⁴⁾

이탈리아 A[원고]는 구두를 제조·판매하면서, 미국에서 판매업을 영위하는 개인사업자 B의 출자처인 E와 대리점 계약을 체결하고, E는 미국 및 캐나다에서 A의 대리점이 되었다. 그 후 A는 B와 구두로 B가 출자하고 있는 또 다른 미국 회사인 C가 A로부터 직접 제품을 구입하여, 미국의 판매업자에 본건 구두를 판매하는 것에 합의하였다.

B는 A에게 미국의 또 다른 판매업자 D와 A의 물품에 대해 계약체결을 위한 교섭에 임하여, 최종적으로 D로부터 매수청약을 받은 취지를 통보하였다. 이에 A는 자신이 제조한 물품을 C에 납품하고, A가 상업송장을 D에게 직접 송부함과 동시에, 물품대금, 제비용, 지급방법 등에 관한 상세내역을 통보하였다.

그 내용은 물품이 미국에 도착하면 C는 수입관세, 검사비용, 운송료를 지급하고 물품을 수령한 후 자신의 창고에 일시 보관한 후 D에게 인도하면, D가 이를 수령해 재차 자신의 창고에 반입하는 것이었다. 이후 C와 D 간에 본건 매매계약이 체결되었다.

D가 물품을 수령할 당시, A는 B에게 팩스를 송부하여 본건 주문에 대한 물품대금 지급방법을 지시하였으나, 그럼에도 불구하고 B는 D에게 아무런 지급지시도 내리지 않았다. 이후 B는 A의 지시와는 다른 지급지시를 D에게 직접 통보하면서, D로 하여금 자신의 은행계좌에 물품대금을 지급하도록 지시하였다. 본 지시를 통보받은 D는 B의 은행계좌에 물품대금을 일괄 송금하였다.

D는 A와는 매매계약을 체결하고 있지 않다고 주장하고 있고, A는 자

14) ‘U.S. District Court, S.D.’(U.S.A), 『98 civ 7728 (NRB)』, 2000.08.08. 본 사건과 유사한 판결례는 다음을 참조할 수 있다(이하 본 문구는 생략한다).

① ‘Oberster Gerichtshof’(Austria), 『10 Ob 518/95』, 1996.02.06.
 ② ‘Ontario Superior Court of Justice’(Canada), 『03-CV-261424CM 3』, 2005.10.28.
 ③ ‘Metropolitan Court of Budapest’(Hungary), 『AZ 12.G.41.471/1991』, 1992.03.24.
 ④ ‘Corte di Cassazione’(Italy), 『22023』, 2006.10.13.
 ⑤ ‘Rechtbank Breda’(Netherlands), 『197586 / KG ZA 08-659』, 2009.01.16.
 ⑥ ‘Schweizerisches Bundesgericht’(Switzerland), 『4C.105/2000』, 2000.09.15.

신의 대리점인 B를 통해서 물품을 구두로 발주하여, A가 이것을 승낙한 것으로부터 계약은 유효하게 성립하였다고 주장하고 있음이 본건 다툼의 핵심이다. 본 판결은 D에 의한 약식판결 청구에 대한 것이다.

(2) 판결요지

법원은 D의 약식판결 청구를 인정하고, A와 D 간에는 유효한 매매계약이 체결되었다고는 볼 수 없다고 판시하였다. 본건 법원은, 뉴욕주는 UCC를 채용하고 있어, 일정금액을 초과하는 물품매매계약에 관해서는 사기방지법(statutes of frauds)이 적용된다고 하고, 이에 본건 상업송장이 실제 거래를 반영한 것인지 여부를 결정함에 있어 서명이 없는 상업송장이나 매수청약서는 그것이 당사자 간 최종합의의 내용을 결정할 수 있는 내용이 포함되어 있는 경우에만 구속력이 있는 합의문서로 인정할 수 있다고 설시하였다.

결국, 법원은 본건 사기방지법의 적용을 충족할 수 있는 서면은 D와 B가 각각 서명한 매수청약서로 볼 수 있고, 따라서 본 서면만이 당해 거래에 관한 가격, 수량 등 기본사항을 규정하고 있는 까닭에, 본 매수청약서를 양당사자의 진정한 합의로 취급할 수 있다고 하고, 이에 당사자 행위에 비추어 당해 매수청약서에 법적 효력을 부여할 수 있다고 판시하였다.

한편, 법원은 이에 후보하여 A는 D와 직접 연락을 취한 적도 없고, A가 송부한 상업송장에 D는 서명하고 있지 않은 바, 그럼에도 불구하고 A는 자신의 상업송장이 D와의 최종적 합의내용을 나타내는 서류인 것에 관하여 그 어떠한 입증자료도 제시하지 않았음을 지적하였다.

나아가, 법원은 A는 물품을 C에 인도하고, C가 통관비용을 포함하여 그 밖의 비용을 부담하여 D에 판매할 것을 예정하고 있으며, 또한 B에게 A가 물품대금의 지급지시를 팩스로 보낸 사실 역시, A가 D에 대해서는 C로부터 직접 판매되는 것으로 예정하고 있던 사실을 뒷받침하고 있다고 보았다.

한편, 법원은 D는 이미 물품대금 전액을 B의 은행계좌에 지급하고 있

기에, 만약 A의 주장을 인정하는 경우 D가 A 및 그 대리점 쌍방에 물품 대금을 지급해야 하는 불합리한 결론에 도달하게 되고, 다른 한편, A는 D와의 거래에 대해서는 사기방지법의 적용은 문제가 되지 않고, 본건에 CISG가 적용되어야 한다고 주장하고 있으나, CISG가 적용될 수 있는 유일한 가능성은 A와 D 간에 유효한 계약이 성립했을 경우로 보았다.

본건 법원은 B와 D 간의 구두에 의한 매매합의는 A와 D 간의 계약 성립의 가능성을 시사하고는 있으나, A는 D와 본 거래에 대해 직접 연락을 취한 적도 없고, 가사 B가 A의 대리인으로서 행동한 가능성을 인정한다고 해도, D에의 지급지시에 관한 권한은 B에게 인정되어야 한다고 설시하였다. 뿐만 아니라 A의 상업송장을 유효한 매매계약의 증거로 인정하더라도, B는 자신의 권한으로 D와 매매계약을 체결하고 있어, 이에 계약은 변경되었다고 판단할 수 있으며, 또한 B가 A의 대리점으로서 행동하고 있지 않고, D와 교섭하는 권한도 가지지 않았다면, 당해 유효한 계약은 B와 D 간에 체결되었다고 볼 수 있어, 이에 D는 물품대금 지급의무를 다름없이 이행하였다고 최종 판시하였다.

(3) 평가와 시사점

국제상거래에서 판매점을 지정했을 경우에는 일반적으로 당해 판매점에 물품을 판매하고, 판매점이 이를 다시 고객에게 전매하는 것이 통례이다. 그런데, 본 사건에서 판매자는 대리점을 지정했음에도 불구하고, 본건 매매계약은 자신과 매수인 간에 성립했다고 주장하고 있다.

나아가, 본건 물품은 대리점에서 상호 인수·인도되었지만, 상업송장은 매수인에게 직접 송부되었고, 또한 물품대금 지급방법의 변경은 대리점을 경유하여 매수인에게 지시하는 등 그 대응에 일관성이 없고, 실제로 판매자는 매수인과는 직접적으로 연락을 취한 적도 없었다. 게다가, 매수인은 대리점과 계약을 체결하였고 물품대금도 그 지급이 완결된 상태라고 하는 사실을 고려하면, 판매자와 매수인 간의 계약은 존재하지 않는다는 본건 판시는 타당하다고 판단된다.

통상, 상업송장이란 국제무역에서 물품을 발송할 때, 매도인이 매수인

에게 작성하는 일련의 화물명세서로서, 출하안내서나 가격계산서로서의 역할도 담당하고 있다. 그 내용은 물품명, 수량, 가격, 출하지, 송화인명, 수화인명, 선적일, 선박명, 보험 등의 상세가 기재되어 있음이 일반적이다. 또한, 상업송장은 매매당사자 간 또는 제3자 사이에 분쟁이 발생하였을 경우에 당해 계약의 존재 및 그 내용에 관한 유력한 입증자료가 된다. 한편, 본 판결에 기하여, 상대방에 의해 확인되지 않은 상업송장을 매매계약의 증거라고 주장할 수 있는지의 논점과 관련하여, 미국 뉴욕 주법하에서는 본 서면이 당사자 사이의 최종적이고, 명시적인 합의의 내용을 증명할 수 있는 때에는 경우에 따라 매매계약의 증거로 기능할 수 있다는 점은 유의하여야 할 사안이라 생각된다.

Ⅲ. 국내법상의 형식요건

1. 국내법상 형식요건의 기준

제12조는 계약국이 제96조에 의거 유보선언을 행한 경우 그 효과를 다루고 있는 규정이다. 아울러, 당해 효과는 당사자의 의사에 의해서도 그 적용을 배제할 수 없는 강행적인 것임을 선언하고 있다.

일부 국가에서는 계약 또는 그와 관련되는 사항을 서면으로 행할 것을 요구하고 있는 경우가 있다. 예컨대, ‘계약의 변경’, ‘낙성계약의 종료’, ‘계약의 체결과정에서의 교섭’ 등에 관한 사항 등이다. 이를 고려하여 제12조와 제96조에서는 계약국이 본 규정에 따른 유보를 선언할 수 있도록 배려하고 있다. 곧, 제12조에서와 같이 계약국이 제96조에 대한 적용배제의 선언을 통해 일방당사자가 그러한 계약국에 영업소를 보유하고 있는 경우 제11조 내지 제29조 또는 제2편에서 매매계약, 계약의 변경, 합의에 의한 종료, 청약, 승낙 또는 그 밖의 의사표시를 서면 이외의 형식으로 행할 수 있도록 허용한다는 규정을 배제할 수 있도록 하고 있다. 그러나, 제96조는 해당 국가가 서면으로 계약을 체결 또는 당해 계약상 합의를 증명해야 한다는 법규정을 존치해 두고 있는 계약국에 한하여

적용됨은 유의하여야 할 사항이다.¹⁵⁾

제12조 제2문에서와 같이, 본조는 임의규정으로서 CISG의 여타 조항과는 달리, 당사자 임의로 본조의 효력을 감퇴 또는 변경시킬 수는 없다. 특히, 본조는 CISG에서 규정하고 있는 모든 통지(notice) 또는 지시에 적용되는 것이 아니라, 계약 그 자체의 표현, 또는 계약의 체결·변경·합의에 의한 종료와 관련되어 있는 통지와 지시에만 적용된다. 한편, 앞서 본 바와 같이, 일방 당사자가 제96조를 유보한 국가에 영업소를 가지는 경우 ‘불요식의 원칙’은 적용되지 아니한다.

2. 판결례 : 서면요건의 요구와 유보에 관한 적용

(1) 사실관계와 쟁점

본 사건은 제96조에 기하여 본조의 유보를 행한 계약국에 영업소를 보유한 당사자와의 물품매매거래에 관하여 구두로 성립한 매매계약을 유효로 취급할 수 있는지의 여부를 다루고 있는 사례이다.¹⁶⁾

매도인[아르헨티나] 원고 A는 매수인[미국] 피고 B와 목재가공품을 계약의 목적물로 하여 구두로 매매계약을 체결하였다. 양당사자는 본건 다툼에 기하여 서면으로 계약을 체결하지 않았던 사실에 관해서는 공히 인정하고 있다.

A는 B와 합의한 거래조건에 기하여 당해 물품을 인도하였지만, B는 당해 물품대금의 일부만 지급하고 나머지 차액을 지급하지 않았다고 주장하였다. 본건 소송은 A가 B에게 물품대금 차액지급을 청구하여 주법원에 제기한 안건이 B의 청구에 따라 연방지방법원에 이송된 사건이다.

15) Schwenzer, I., Fountoulakis, C.. *International Sales Law*, Cavendish Publishing, pp.113-115.

16) ‘U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)’, 『08-4488』, 2010.07.21.

① ‘Hoge Raad’(Netherlands), 『16.436』, 1997.11.07.

② ‘Rechtbank van Koophandel, Hasselt’(Belgium), 『AR 1849/94』, 1995.05.02.

③ ‘COMPROMEX, Comisión para la Protección del Comercio Exterior de Mexico’, 『M/21/95』, 1996.04.29

④ ‘High Court of Arbitration’(Russia), 『29』, 1998.02.16.

증거개시 절차에서 B는 본건 계약에 기하여 A의 질의서 및 서류제출을 요구를 하였지만, A는 이를 현재까지 제시하지 않고 있음을 적시하였다. 양당사자는 본건 거래에 CISG가 적용됨을 공히 인정하고 있지만, 아르헨티나는 제96조에 기한 유보를 선언하고 있다.

B는 CISG하에서 본건 매매계약은 서면성을 가지지 않는 것으로 무효라고 주장하였고, 이에 A는 제96조에 기한 유보선언에 의해 구두의 매매계약이 무효로 취급되는 것은 부당하고, 오히려 물품대금을 지급하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 지급하지 않은 B의 행위야말로 CISG의 적용상 허용되어서는 아니 된다고 항변하였다.

(2) 판결요지

법원은, 아르헨티나는 제96조에 기한 유보를 선언한 국가로서, 이러한 유보국에 영업소를 보유하고 있는 당사자와의 매매계약은 반드시 서면에 의하지 않으면 아니 된다고 판시하였다. 이에, A의 주장은 본조상 아르헨티나의 유보선언에 기하여 인정받지 못한다고 하여, 사실상 A의 주장을 배척하였다.

(3) 평가와 시사점

제12조 해석에 기하여 판례는 반드시 한결같지 않다. 예컨대, 일방당사자 영업소가 유보국에 소재하면, 다름없이 계약방식의 자유원칙이 배제된다고 하는 판결례와, 법정지 국제사법에 의해 준거법이 선택되어 그 준거법이 유보국의 국내법인 경우에만 계약방식의 자유원칙이 배제된다고 하는 판결례 등이다. 또한, 후자의 경우 비유보국 법률이 준거법으로 지정되었다고 하더라도 당해 국내법에서 요구되는 계약의 형식요건, 곧 요식성이 요구된다고 하는 판결례가 있다. 이 경우 본 사건은 준거법이 아르헨티나법이거나 미국 뉴저지 주법인 경우에도 일정금액 이상의 매매계약에는 반드시 요식성, 곧 서면에 의한 형식요건이 요구되고 있음은 주목하여야 할 사실이다.

3. 국내법상 형식요건 고수

제96조의 내용은 국내법상 매매계약이 서면으로 체결 또는 입증되도록 요구하고 있는 체약국은 언제든지 제12조에 따라 계약이나 합의에 의한 매매계약의 변경·종료 또는 계약체결을 위한 청약·승낙 또는 그 밖의 의사표시가 서면 이외의 어떠한 방식으로 행하여질 수 있도록 허용하고 있는 제11조, 제29조 및 계약의 성립에 관한 제2편의 어떠한 규정이 계약당사자가 그 체약국에 영업소를 가지고 있는 경우에는 적용되지 아니한다고 선언할 수 있다는 것을 주요 골자로 두고 있다.¹⁷⁾

본조는 제11조의 배제를 허용하고 있는 규정으로서, 이를테면 각국의 사기방지법 등에 명시되어 있는 국내법상의 형식요건을 부정하고 있는 제11조를 보충하고 있는 조항으로 취급할 수 있다.¹⁸⁾

4. 판결례 : 국내법상 형식요건 고수의 적용

(1) 사실관계와 쟁점

본 사건은 제96조와 제11조 및 제29조의 관련성을 다루고 있는 사례이다.¹⁹⁾ 매도인[아르헨티나]은 철광석 및 이에 부수하는 제조물을 생산하고 있고, 매도인[미국]은 무역회사이다.

양당사자는 매도인의 철광석을 미국에 있는 제3자에게 판매하기로 합의하고 구두에 의한 매매계약을 체결하였다. 본 계약내용에 비추어 매도인은 매수인에게 철광석을 인도하였고, 매수인은 매도인에게 물품대금 일부를 지급하였다. 이후 매도인은 매수인에게 본건 미지급 대금을 요구하였으나 매수인은 그 지급을 거절하였다. 이에 매도인은 매수인의 지급거절은 중대한 계약위반이라고 주장하고 미국 법원에 소송을 제기하였다. 매수인은 철광석의 급부로 당초 물품대금 일부를 지급한 것은 인정하였

17) Schwenzer, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd ed., Oxford Univ. Press, 2005, pp.1192-1193.

18) 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010, 80면.

19) 'U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)', 『04-7771』, 2005.04.07.

지만, 당해 지급금이 이외에 미지급 대금이 있다는 사실을 부정하였다.

본 사건에서 양당사자는 CISG의 적용에 동의하였다. 본건 제1심 법원은 서면에 의한 계약이 없었다는 이유에서, 나아가 매도인이 본건 합의에 대한 그 어떠한 증거도 제시하지 못했다는 이유에서 매도인의 청구를 기각하였다. 매도인은 이에 항소하였다.

(2) 판결요지

소송과정에서, 양당사자는 본건에 CISG를 적용하는 것에 이의를 제기하지 않았다. 한편, 매수인은 매도인과 계약을 체결하였다는 사실을 부인하지는 않았지만, 당초 서명에 의한 계약이 없었다는 이유에서, 곧 서면 계약의 부존재를 사유로 매도인의 주장을 배척하였다.

이에 매도인은 서면의 부존재를 이유로 한 제1심 법원의 판결은 자신이 매수인에게 물품을 운송한 사실과, 당초 매수인이 매도인에게 지급한 물품대금, 매수인이 물품대금의 일부를 지급하지 않았다는 회계사의 진술서와 상업송장 등을 증거로 본건 제1심 판결은 부당하다고 주장하였다.

항소법원은 계약국 간의 확정성과 법정지어(法廷地漁, forum shopping)를 억제하고, 국제사법의 규율에 의존할 필요를 줄임과 동시에, 신속·민활한 국제상거래를 위한 적절한 통일법을 적용함으로써 본건 판결의 이해에 대한 간편성을 증진하기 위한 취지에서 CISG에 대한 당사자의 합의를 존중하고 다음과 같이 판시하였다.

요컨대, 법원은 CISG 제7조 (1)은 법원이 CISG를 해석함에 있어 CISG의 국제적인 성격과 그 적용상 통일성의 증진을 위한 필요성을 고려할 것을 명시하고 있으며,²⁰⁾ 이로부터 CISG는 계약의 존재를 증명하는데 그 어떠한 특단의 절차 내지 형식을 요구하고 있지 않다고 설시하였다. 특히, 제11조는 매매계약은 서면에 의하여 체결되나 또는 입증되어야 할 필요가 없으며, 형식에 관해서도 그 어떠한 별단의 요건에 의하여야

20) CISG, Art. 7 : “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”

할 필요가 없음을 명확히 하고, 아울러 매매계약은 증인을 포함하여 여하한 수단에도 의해서도 입증될 수 있음을 지적하였다. 다만, 법원은 제11조에서 서면요건을 요구하지 않는 것이 CISG가 적용되는 모든 사례에 적용되는 것은 아니며, 또한 제96조는 제11조와 제29조 및 계약의 성립에 관한 제2편의 적용제외를 규정하고 있다고 설시하고, 또한 제12조에서는 제11조, 제29조 또는 제2편의 모든 규정은 어느 당사자가 CISG 제96조에 의해 유보선언을 행한 계약국에 영업소를 갖고 있는 경우에는 적용되지 아니한다고 규정하고 있음에 따라, 이에 당사자는 본조의 효과를 감소시키거나 변경시키지 못한다고 거듭 확인하였다.

한편, 법원은 미국은 제96조에 의한 유보선언을 하지 않았기 때문에 미국에 영업소를 보유한 당사자와, 마찬가지로 유보선언을 하지 않은 계약국의 당사자 간 소송에는 제11조가 당해 계약의 성립에 대해 적용된다. 그러나, 본건에 기하여 아르헨티나는 본 유보선언을 취하고 있음에 따라 이에 제11조, 제29조, 제2편의 적용이 배제된다고 판시하였다.

결국, 법원은 제96조는 국내법이 매매계약을 서면으로 체결하거나 또는 입증하도록 요구하고 있는 경우에만 계약국이 제11조의 적용을 유보할 수 있다고 보고, 실제로 아르헨티나의 법률은 이를 요구하고 있음에 따라 이에 사실관계에서의 주문과 같이 판시하였다.

(3) 평가와 시사점

본건 법원의 판시는 CISG의 문리해석에 의존하고 있다고 판단된다. 그렇지만, 항소법원은 매도인의 청구를 기각함에 있어 다음의 사항을 적의 고려했어야 한다고 보인다. 곧, 매수인은 매도인이 자신과 체결한 계약을 입증할 수 있는 증거를 제시하지 못했다고 주장하였다. 당초 제1심 법원은 당사자 간에 계약을 체결했는지에 대한 명확한 증거가 없었다고 보고, 매수인의 주장을 수용하였다.

그러나, 매도인이 본건 목적물로서 철광석을 매수인에게 인도하였고 매수인은 당해 급부로 매도인에게 물품대금을 지급했다는 것은 이론의 여지가 없다. 또한, 매수인은 매도인과 구두로 계약을 체결했다는 사실을

부정하지 않았다. 나아가, 매도인은 자신의 주장을 입증하기 위해 상업송장뿐만 아니라 관련서류 및 회계증명서 등을 제출하였다. 그럼에도 불구하고, 제1심 법원은 이러한 입증자료의 증거력을 언급하지 않고 있고, 나아가 항소법원은 당해 입증자료가 인정되지 않은 이유에 대해서 침묵하고 있음에 따라 제1심 법원의 판시를 그대로 수용하고 있는 것으로 보인다. 곧, 제1심 법원은 매도인이 제출한 입증자료에도 불구하고 매도인의 주장을 인정하지 않았지만, 본 사건에 이미 CISG가 적용된다고 결정하였을 때, 당해 국내법과의 관계를 고려하지 않은 채, 다만 아르헨티나 법률하에서의 병행적 분석없이 미국 법률에 기하여 이와 같이 결정하였다.

요컨대, 항소법원은 당사자들이 계약관계가 있었는지 여부와 관련하여, 그리고 매도인이 어느 법이 본건에 적용되는지를 증명할 수 있는지에 관하여 침묵하고 있다고 볼 때, 본건의 판시는 그 결과에 앞서 이상과 같은 본질적인 문제를 내포한 사례로 취급할 수 있을 것이라 보인다.

IV. 서면의 정의

1. 서면의 정의에 관한 법적 기준

제13조는 전보와 텔렉스를 서면과의 법적 효력의 시각에서 동일하게 취급하고 있는 규정이다.²¹⁾ 예컨대, 서면에 준한 그 밖의 방식을 당해 서면과 동일시하고자 하는 요구 또는 합의가 존재하는 경우 이에 준한 유사한 방식은 다름없이 서면에 포함된다.

그런데, 본조는 전자적 통신수단을 매개로 한 전자상거래(electronic commerce)의 보편적 상용화에 따라 법적 경화현상을 보이게 된다. 이에 국제무역법위원회(UNCITRAL)에서는, CISG 등의 부속협약으로서, 이는 바, ‘국제계약에 있어 전자적 의사표시의 이용에 관한 UN협약’(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in

21) CISG, Art. 13 : “For the purposes of this Convention ‘writing’ includes telegram and telex.”

International Contracts : ‘UECIC’)을 제정하여 공포해 두고 있다.

현재, 본 최종안은 다자 간 협약으로서의 지위를 표창하고 2006년 이후 2년간 전 세계 모든 국가의 서명을 위하여 개방해 두고 있는데, 우리나라는 2008년 1월 15일 UECIC에 공식 서명하였다.²²⁾

2. 판결례 : 서면의 정의에 관한 적용

(1) 사실관계와 쟁점

본 사건은 당사자 간에 계약의 변경 시에는 서면확인이 필요하다고 합의하였지만, 이후 계약내용의 일부 변경에 관한 합의과정에서 일방당사자가 당해 합의내용의 메모를 상대방에게 팩스로 송부한 경우 이것이 유효한 계약변경으로 취급될 수 있는지의 여부를 다루고 있는 사건이다.²³⁾ 매도인[독일]과 매수인[오스트리아]은 철강을 계약의 목적물로 매매계약을 체결하였고, 본건 계약내용에 계약의 변경은 양당사자의 서면확인에 의하여야 한다는 합의사항을 명시하였다.

계약체결 이후 양당사자는 시장의 물품가격의 하락에 따른 상황을 고려하여 가격변경에 합의하였다. 새로운 가격은 1년간 적용된다고 합의하였지만, 이후 시장가격이 더욱 하락함에 따라 양당사자는 재협상에 임하

22) 본조와 관련하여, UECIC 가입국이 다음과 같은 국제협약의 체약국이거나, 체약국이 될 경우에 당해 국제협약에서 계약의 성립이나 이행에 관한 전자적 의사표시의 이용에 UECIC가 당연히 적용됨은 유의하여야 할 사항이다. 곧 당해 협약에는 CISG를 필두로, i) ‘외국중재판정의 승인과 집행에 관한 협약’(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ; the ‘New York’ Convention : 1958), ii) ‘국제물품매매에서의 제한기간에 관한 협약’(Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : 1974), iii) ‘국제상거래에서의 터미널 운송업자의 책임에 관한 UN 협약’(United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade : 1991), iv) ‘독립보증장 및 스탠드바이 신용장에 관한 UN 협약’(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit : 1995), v) ‘국제상거래에서 수취계정 채무양도에 관한 협약’(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade : 2001) 등이다.

23) ‘Oberster Gerichtshof’(Austria), 『1 Ob 525-93』, 1993.07.02.

였다. 본 협상에서 가격변경에 관한 계약의 성립여부에 대하여 당사자 간의 주장이 대립되었다. 즉, 매도인은 본 협상에서 가격변경은 합의되지 않았고, 당해 거래에 매수인의 주장과 같이 오스트리아 표준계약조건이 적용되는 것에 동의할 수 없다고 주장하였다.

한편, 매수인은 이전의 협상에서 가격변경에 관한 합의가 성립하였다고 주장하였다. 실제로, 매수인은 당해 합의내용을 메모하고 이를 팩스로 모든 관계당사자에게 송부하였다고 주장하였다. 곧, 매수인은 본 팩스에 기하여 매도인이 오스트리아 표준계약조건에서 정하고 있는 상당한 기간(reasonable time) 내에 이의를 제기했다는 점에서 유효한 가격변경 합의가 성립하였다고 주장하였다. 실제로 매도인이 매수인에게 반론서를 송부한 것은 매수인의 메모가 송부된 이후 1개월 이상이 경과한 시점이었다. 제1심에서는 양당사자의 거래에는 오스트리아 표준계약조건이 적용된다고 하고, 양당사자 간에 합의한 내용을 기재한 매수인 작성의 메모에 관하여, 매도인은 상당한 기간 내에 이의를 주장하지 않았던 사실을 지적하고, 이에 본건 가격변경이 당사자 간에 유효하게 합의되었다고 판시하고 매도인의 주장을 배척하였다.

(2) 판결요지

법원은 우선 본건은 계약의 변경 시에는 반드시 서면에 의하여야 한다는 취지의 문언이 계약내용에 명시되어 있는 상황에서, 제29조 (2)의 해석과 적용에 관한 사안을 쟁점으로 두고, 본조항에 기하여 서면의 의미는 제13조에 따라 전보 및 텔렉스를 포함하여 이해하여야 하며, 따라서 일방당사자가 작성한 서면에 의한 계약변경의 확인은 제29조 (2)와 모순되는 것은 아니라고 설시하였다. 아울러, 본조항과 제8조와의 건련성에 관하여 당사자가 실제로 어떠한 서면성을 요구하고 있었는지를 해석하는 것이 중요하다는 취지를 부연하였다.

사실관계에 비추어, 법원은 본건에서 매수인의 주문서와 오스트리아 표준서식이 공히 본건의 계약조건으로 적용된다고 보고, 이 경우 전자는 계약변경에 관하여 양당사자의 서면에 의한 확인을 요구하고 있지만, 후

자는 구두로 계약변경이 이루어졌을 경우 일방당사자가 서면을 송부하고 타방이 이것에 이의를 제기하지 않았을 경우 계약변경이 합의된 것으로 취급될 수 있다는 내용을 규정하고 있음에 따라, 이 양자의 규정은 서로 모순되는 내용이 아니고, 후자가 구두에 의한 계약변경의 특약을 이루는 것으로 판단하였다.

본 사건에 기하여, 매수인은 구두로 계약변경이 합의되었다고 보고, 그 내용을 기재한 메모를 매도인에게 송부하였음에도 불구하고, 매도인은 상당한 기간 내에 본건에 관한 이의를 제기하지 않았던 사정에 비추어, 당해 계약은 유효하게 변경되었다고 최종 판시하였다.

(3) 평가와 시사점

제13조의 적용범위에 관해서는 그 해석견해가 다양하다. 다수설의 견해는 본조의 적용은 CISG가 서면요건을 규정하고 있는 제21조 (2) 및 제29조 (2)에 제한된다고 하는 설이다.²⁴⁾ 제13조는 이상의 각 조항과의 관계에 있어 특히 주의가 필요하다.

본건에서 가격변경에 관한 합의에 대하여 그 결과에 대한 당사자의 견해가 대립하고 있다. 즉, 매수인은 매도인에게 추가 계약변경에 관한 사안을 제안하여 당해 가격변경에 대해 합의가 성립했다고 주장하고 있는 반면에, 매도인은 그러한 가격변경에는 합의한 바가 없다고 주장하고 있다. 양당사자가 법원에 제출한 증거나 증인에게서는 이 점에 대한 결정적인 증거는 찾아볼 수 없다.

한편, 결정적 단서는 매수인이 작성한 메모의 존재이다. 상기 회의 시에 매수인은 당초 매도인에게 회의록을 시급히 작성하도록 요구했지만, 매도인이 이것을 해태하였기 때문에, 매수인은 당해 메모를 작성하고 이

24) CISG, Art. 21 : “(2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.”

를 회의 출석자 전원에게 팩스로 송부하였다. 이에 송부된 메모에 대해서 지체 없이 이의를 제기하지 않았던 매도인이 법원에 의해 본건 판결과 같이 불리한 판결을 받게 되었다는 점은 주목할 만한 시사점이다.

V. 계약의 변경과 서면요건

1. 계약의 변경과 서면요건

제29조는 계약의 변경·추가 또는 해제를 다루고 있는 규정이다. 본조 (1)은 당사자의 합의에 따라 계약을 변경 또는 해제시킬 수 있음을 규정하고 있다. 반면에 (2)는 당사자가 계약을 변경하거나 또는 해제하고자 하는 경우 반드시 서면으로 행할 것을 합의해 두었다면, 당해 계약은 서면외의 방식으로 변경 또는 해제할 수 없음을 명시하고 있다. 다만, 일방 당사자의 행위에 대해서 상대방이 그 행위를 신뢰한 경우 본조는 적용되지 않는다.

요건대, 본조 (1)은 CISG가 적용되는 계약에 있어 보통법상의 약인 (consideration)에 기하여 계약의 변경 또는 계약해제의 요건이 되는 것을 배제하기 위한 취지를 그 배경에 두고 있는 규정이다.

본조에 의하면, 당사자는 상호 합의를 통해서 계약을 변경 또는 해제할 수 있다. 그렇지만, 당해 합의는 청약의 기준에 관한 제14조 내지 승낙의 철회에 관한 제22조에 부합할 수 있는 합의이어야 한다.²⁵⁾ 이에 본조에서는 당사자가 합의를 전제하고 있는 경우에 한하여 본 계약을 변경 또는 해제할 수 있다고 명시하고 있다. 일례로, 승낙의 시기 및 방법을

25) CISG, Art. 14 : “(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price. (2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.”

명시하고 있는 제18조 (1)에 의하면, 일방당사자가 상대방의 계약을 변경하고자 하는 의사표시에 대해서 침묵한 경우 그러한 의견을 수락한 것으로 볼 수 없다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 이 경우 당사자 간 계약의 변경 또는 해제에 관한 합의를 해석함에 있어서는 당사자 진술 또는 그 밖에 행위의 해석에 관한 제8조가 그 기준이 될 수 있을 것이다.²⁷⁾

본조에 비추어, 계약을 변경 또는 해제함에 있어서는 당사자의 합의가 절대적으로 요구된다. 이 경우 형식에 관한 유보가 있거나, 당사자 간에 달리 합의하고 있지 않는 한, 당해 합의는 그 형식에 있어 제한이 없다. 예컨대, 제11조에서 명시하고 있는 바와 같이 당사자들은 서면·구두 또는 그 어떠한 형식으로도 계약을 변경 또는 해제할 수 있다. 나아가 경우에 따라서는 침묵으로 계약을 해제하는 것도 가능하다. 그리고 서면으로 체결된 계약은 구두로도 그 변경이 가능하다.

본조 (2)에 의하면, 계약의 변경 또는 해제가 반드시 서면의 형식으로 행해져야 한다는 합의가 계약내용에 포함되어 있는 경우에는 서면 외의 다른 방식으로는 계약을 변경 또는 해제할 수 없다. 한편, 사전의 협상내용을 모두 계약서에 포함시키고 있는, 소위 병합약관은 구두방식으로는 그 변경이 불가능한 것으로 취급된다. 그러므로 이 경우에 서면으로 계약을 체결하기 전에 있었던 구두합의를 증거로 당해 계약을 변경 또는 해제하는 것은 불가능하다.

26) CISG, Art. 18 : “(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.”

27) CISG, Art. 8 : “(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”

본조 (2)의 제2문은 일방당사자의 행위에 관하여 상대방이 그 행위를 신뢰하는 경우 구두로 그 변경이 불가하다는 원칙을 따를 필요가 없다는 것을 명시하고 있다. 곧, 본조항의 내용은 CISG하에서 제7조 (1)항에서의 신의칙의 구현으로 취급할 수 있다.

2. 판결례 : 합의에 따른 계약변경에의 적용

(1) 사실관계와 쟁점

본 사건은 매도인의 계약이행 지연에 기하여, 양당사자는 당해 이행기간을 연장하고 또한 대금감액 등에 합의하였다. 이 경우 제29조에 비추어, 당사자의 계약변경이 적절한지, 달리 제27조에 기하여 매도인이 당해 계약을 이행할 수 있도록 매수인이 상당한 기간의 추가기간(additional period of time of reasonable)을 정한 것으로 해석하는 것이 적절한지의 여부를 다루고 있는 사건이다.²⁸⁾

매도인[핀란드]과 매수인[미국]은 계약의 목적물을 나프타(naphtha)로 하여 매매계약[원계약]을 체결하였다. 원계약에 따르면 매도인은 정해진 기간 내에 본선인도조건(FOB)으로 물품을 인도하는 것으로 되어 있다. 그리고 운송에 사용하는 선박은 매수인의 승낙을 요구하고 있었으나, 다만 매수인은 합리적인 이유 없이 매도인의 본선지정을 거절해서는 안 된다는 내용도 포함하고 있었다.

원계약 체결 후 매도인은 선적준비에 임했으나, 매수인의 승낙을 얻을 시간적 여유가 없었던 까닭에, A선박을 이용해야만 하는 상황이었다. 참고로, 매도인은 종전 석유제품을 운송할 때에 수차례 A선박을 사용한 경험이 있었다. 매도인은 매수인의 승낙 없이 A선박을 본건 나프타 운송에 사용하

28) 'U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)', 『Nos.06-3390, 06-3525』, 2007.07.19.

① 'Rechtbank van Koophandel, Hasselt'(Belgium), 『AR 1849/94』, 1995.05.02.

② 'Oberlandesgericht München'(Germany), 『7 U 1720/94』, 1995.02.08.

③ 'Gerechtshof Leeuwarden'(Netherlands), 『0400549』, 2005.08.31.

④ 'Zhejiang High People's Court'(China), 『Unknown』, 2008.04.24.

⑤ 'Handelsgericht Zürich'(Switzerland), 『HG 930634』, 1998.11.30.

기로 결정하고 A선박으로의 운송을 매수인에게 통지하였다. 이에 매수인은 본건 통지를 받고, A선박이 자신의 터미널 수입기준에 일치하지 않는다는 이유로 A선박의 사용을 허락할 수 없다는 뜻을 매도인에게 통지하였다.

매도인은 본건 물품인도기간 관계로 이미 다른 선박을 수배할 수 없는 상황이었기에 매수인의 상기 통지에도 불구하고 A선박에 물품선적을 시작하였다. 그러나, 선적작업이 지연되면서 당시에 목적항에의 도착일은 당초 원계약에서 정한 이행기간을 초과할 수밖에 없는 상황이었다.

이에 당사자는 새로운 합의를 통해, 매수인이 A선박으로 본건 물품운송을 수용하는 대신에, 인도조건을 본선인도조건에서 피드선박에 의한 인도조건으로 변경할 것, 당해 피드선박의 준비와 비용부담은 매도인이 할 것, 인도기간의 연장 및 매도인은 본건 물품가격을 감액할 것 등을 확약하고 당해 계약변경을 이루었다. 한편, 이 같은 계약변경의 내용에 기하여 매도인은 법정에서 본 합의는 자신의 입장에서 부득불 수용할 수밖에 없는 절박한 상황에서 이루어진 합의로, 이에 여하히 반대할 수 없는 상황이었다고 증언하였다.

A선박은 목적항에 도착했으나, 피드선박의 준비에 상당한 시간이 필요하여 매도인은 합의서에 명시된 기한 중에 본건 물품을 매수인에게 인도할 수 없었다. 이에 매수인은 제25조에 따라, 매도인의 ‘중대한 계약위반’(fundamental breach of contract)을 이유로 본 물품의 수령을 거절하였다.²⁹⁾ 나아가, 매수인은 매도인의 중대한 계약위반에 의거, 자신이 입은 손해에 대하여 그 배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

(2) 판결요지

법원은 실제로 매도인의 지연은 이들에 불과하여 이러한 사소한 지연은 중대한 계약위반으로 취급할 수 없다고 판시하였다. 나아가, 본건 당

29) CISG, Art. 25 : “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

사자 간의 합의는 제29조에 근거한 원계약의 변경계약으로 해석하여야 하며, 제47조에 명시하고 있는 바와 같이, 매수인이 매도인의 의무이행을 위해 부여한 추가기간으로 해석해서는 안 된다고 설시하였다.³⁰⁾

한편, 법원은 매도인은 본 합의가 매수인의 제안에 반대할 수 있는 상황이 아니어서 어쩔 수 없이 합의한 것이라고 주장하고 있지만, 그럼에도 불구하고 매수인의 주장에 굴하여 강제로 합의한 것으로 인정하기 어렵다고 판시하였다. 또한, 제29조는 당사자의 단순한 합의에 의해 계약을 변경할 수 있다고 명시하고 있음에 따라, 이에 원계약은 당사자의 합의하에 유효하게 변경된 것으로 해석해야 한다고 최종 판시하였다.

(3) 평가와 시사점

제47조에 따르면, 매수인이 매도인의 의무이행을 위하여 상당한 추가기간을 인정하고, 그 기간 내에 당해 의무가 이행되지 않을 경우 매수인은 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다. 그러나, 이 추가기간 동안에 매수인은 또 다른 구제를 요구할 수 없다고 추보하고 있다.

제1심에서는 매수인이 추가이행기간을 상대방에게 부여하면서 가격감액도 함께 요구하는 것은 인정할 수 없다고 판단하였기에 본 합의는 무효이며, 매수인은 매도인에게 추가이행기간을 부여한 것으로 인정했다. 또한, 실제로 물품인도가 늦어진 것은 불과 이틀로, 이 정도의 지연은 중대한 계약위반을 구성하지 않는 것으로 보고, 이에 매수인에 의한 계약해제는 인정할 수 없다고 판단하였다.

한편, 항소심에서 당사자가 합의할 때에 반대의 의사표시가 인정되는 상황이 아니어서 어쩔 수 없이 이를 수용하였다는 매도인의 주장은 인정할 수 없으며, 제29조에 기하여, 당사자 간의 단순한 합의에 따라 계약변

30) CISG, Art. 47 : “(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations. (2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.”

경이 이루어진 것으로 판단하고, 본 합의는 당사자 간 유효한 계약변경의 합의임을 인정하였다.

참고로, UCC 제2-209조에 의하면, 계약변경은 그것이 신의에 따라 합의된 경우에만 유효하다.³¹⁾ CISG는 계약의 유효조건으로서 공서양속이나 사기·협박에 관한 문제는 적용사항과 비적용사항에 관한 제4조에서 법정지의 국제사법에 의거하여 결정되는 국내법에 따라 판단하도록 하고 있다.³²⁾ 본 사건에서는 미국법에 따라 사기나 협박, 그 밖의 신의에 반하는 당사자의 행위는 존재하지 않았다는 인식하에서 제29조의 적용이 인용된 것으로 판단된다.

V. 요약 및 결론

본고에서는 국제상사계약에 임한 당사자에게 공통적으로 적용되는 규정으로서 CISG 제11조 내지 제13조상 계약의 형식요건과, 제29조 계약

31) UCC, §2-209(Modification, Rescission and Waiver) : “(1) An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding. (2) An agreement in a signed record which excludes modification or rescission except by a signed record may not be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement in a form supplied by the merchant must be separately signed by the other party. (3) The requirements of Section 2-201 must be satisfied if the contract as modified is within its provisions. (4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3), it may operate as a waiver. (5) A party that has made a waiver affecting an executory portion of a contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver.”

32) CISG, Art. 4 : “This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.”

의 변경과 서면요건에 관한 규정내용 및 본 규정의 연관규정으로서는 제96조 국내법상의 형식요건의 고수에 관한 규정내용을 연구범위로 두고, 당해 조문의 해석과 적용 및 이에 따른 평가를 결부하여 법적 시사점과 유의점을 고찰하였다.

이상의 규정내용 및 판결례를 통한 법적 함의를 요약하면 다음과 같다. 우선, 제11조에서는 물품매매계약의 성립에 관한 형식상의 자유원칙을 규정하고 있다. 본조가 적용된 판례를 참고할 때, 부각할 수 있는 시사점은 대부분의 법원은 본조에 따라 국제물품매매계약에 관하여 CISG상 특단의 형식요건을 요구하지 않고 있음을 인정하면서도, 실제로 구두 또는 서면에서 유효한 합의가 성립했는지의 사실인정에 신중한 태도를 보이고 있다는 점이다. 따라서, 무역상무에서는 가급적 계약내용 및 변경 등에서 서면에 의한 작성·체결을 기본요건으로 취급하여 한다.

둘째로, 제12조는 제96조에 따라 계약국이 유보선언을 한 경우 그 효과를 다루고 있는 규정이다. 동시에 당해 효과는 당사자의 의사에 의해서도 그 적용을 배제할 수 없는 강행적인 것임을 선언하고 있다. 본 유보규정은 관련 국가의 법규에 서면으로 계약을 체결 또는 증명하여야 한다고 규정하고 있는 계약국에만 적용되며, 계약의 일방당사자가 본조를 유보한 국가에 영업소를 가지는 경우에는 계약형식자유 원칙, 곧 불요식의 원칙이 적용되지 아니한다.

셋째로, 제13조는 전보와 텔렉스를 그 법적 효력의 시각에서 서면과 동일하게 취급하고 있는 규정이다. 이 경우 서면에 준한 그 밖의 방식을 당해 서면과 동일시하고자 하는 요구 또는 합의가 존재하는 때는 이에 준한 유사한 방식은 다름없이 서면에 포함된다. 다만, CISG의 법적 경화에 따라 전자적 통신수단에 의한 UECIC의 적용을 염두에 두어야 한다.

넷째로, 제96조는 국내법상의 형식요건의 고수를 다루고 있는 규정으로서, 곧 제11조를 배제하는 선언을 허용하고 있는 규정으로 취급할 수 있다. 일례로, 각국의 사기방지법 등에 명시되어 있는 국내법상의 형식요건을 배제하고 있는, 곧 제11조를 보충하고 있는 조항으로 볼 수 있다.

[참고문헌]

김선국, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 구두증거배제의 원칙”, 관세학회지, 제9권 제3호, 한국관세학회, 2002.

석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010.

조현숙, “국제물품매매계약에서 구두증거배제원칙의 유효성에 관한 연구”, 제23권 제6호, 산업경제연구, 한국산업경제학회, 2010.

장샤오지앤, “한·중무역간 CISG의 적용”, 제13권, 국제사법연구, 2007.

Amissah, R., “The Autonomous Contract”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, August 9, 1999.

Schlechtriem, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford Univ. Press, 1998.

_____, “Battle of the Forms in International Contract Law: Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG, UCC approaches under consideration”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, November 25, 2002.

Schroeter, U. G., “Freedom of contract : Comparison between provisions of the CISG and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, November 20, 2002.

_____, “Interpretation of writing : Comparison between provisions of CISG (Article 13) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, November 21, 2002.

Schwenzer, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd ed., Oxford Univ. Press, 2005.

Schwenzer, I. · Fountoulakis, C., *International Sales Law*, Cavendish Publishing, 2007.

- ‘COMPROMEX’(Mexico), 『M/21/95』, 1996.04.29
- ‘Corte di Cassazione’(Italy), 『22023』, 2006.10.13.
- ‘Gerechtshof Leeuwarden’(Netherlands), 『0400549』, 2005.08.31.
- ‘Handelsgericht Zürich’(Switzerland), 『HG 930634』, 1998.11.30.
- ‘High Court of Arbitration’(Russia), 『29』, 1998.02.16.
- ‘Hoge Raad’(Netherlands), 『16.436』, 1997.11.07.
- ‘Metropolitan Court of Budapest’(Hungary), 『AZ 12.G.41.471/1991』, 1992.03.24.
- ‘Oberlandesgericht München’(Germany), 『7 U 1720/94』, 1995.02.08.
- ‘Oberster Gerichtshof’(Austria), 『1 Ob 525-93』, 1993.07.02.
- ‘Oberster Gerichtshof’(Austria), 『10 Ob 518/95』, 1996.02.06.
- ‘Ontario Superior Court of Justice’(Canada), 『03-CV-261424CM3』, 2005.10.28.
- ‘Rechtbank Breda’(Netherlands), 『197586 / KG ZA 08-659』, 2009.01.16.
- ‘Rechtbank van Koophandel, Hasselt’(Belgium), 『AR 1849/94』, 1995.05.02.
- ‘Schweizerisches Bundesgericht’(Switzerland), 『4C.105/2000』, 2000.09.15.
- ‘U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)’, 『04-7771』, 2005.04.07.
- ‘U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)’, 『08-4488』, 2010.07.21.
- ‘U.S. Court of Appeals (3rd Circuit)’, 『Nos.06-3390, 06-3525』, 2007.07.19.
- ‘Zhejiang High People's Court’(China), 『Unknown』, 2008.04.24.

【Abstract】

**A Study on the Legal Explanation and Cases for the
Form Requirement of the Contract under CISG**

Shim, Chong Seok

Subject to article 12, article 11 provides that a contract of sale need not be concluded in writing and is not subject to any other specific requirement as to form. The provision thus establishes the principle of freedom from form requirements or in other words, as one court has stated, under article 11 CISG, a contract of sale can be concluded informally. According to case law this means that a contract can be concluded orally and through the conduct of the parties. Article 11 has also been invoked in holding that a party's signature was not required for a valid contract. Furthermore writing includes telegram and telex under CISG. Article 29 addresses modification of an already concluded contract by agreement of the parties. According to article 29 (1), the mere consent of the parties is sufficient to effect such a modification or termination. If, however, the parties have agreed in writing that a modification or termination of their contract must be done in writing, paragraph 2 provides that the contract cannot be otherwise modified or terminated although a party's conduct may preclude it from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct. Related to the declarations that CISG rules which dispense with requirements of written form do not apply when a party is located in a declaring contracting state as article 96.

주제어 : ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(CISG), 서면(Writing), 서면형식(Written Form), 형식요건(Form Requirements), 계약의 변경과 해제(Modification or Termination of Contract)