

CISG 제4조에서 적용배제사안과 국내법의 적용*

- 한·중계약법 비교를 중심으로 -

A Study on Excluding from CISG Article 4 and the Application of Domestic Law-Focusing
on Analysis of the Contract Law of Korea and China

조현숙(Hyunsook Cho)

원광대학교 국제통상학부 교수

목 차

- | | |
|----------------------------|----------|
| I. 서론 | V. 결론 |
| II. CISG 제4조에서 적용배제사안 | 참고문헌 |
| III. 적용배제사안에 대한 한중 국내법의 적용 | ABSTRACT |
| IV. 적용배제사안에 대한 한중계약법의 비교 | |

국문초록

CISG는 국제물품매매계약의 통일화를 위하여 제정되었으나 이와 관련한 모든 부분을 다 포괄하여 적용되는 것은 아니다. 따라서 CISG는 그 내용에 있어 CISG가 적용되지 않는 적용배제사안을 규정하고 있다. CISG 제4조가 이에 해당한다. 이에 본 논문은 중국과의 거래 시 CISG가 적용되는 경우라 하더라도 CISG 제4조에 따라 국내법이 적용될 수 있는 계약의 유효성과 소유권과 관련한 양국의 관련 법규를 비교하였다.

CISG 제4조에 근거하여 특정사안의 협정 적용여부는 계약의 일부로서 거래당사자 모두 이를 인지하고 합의하였느냐에 따라 달리진다는 것과 비록 국내법이 적용되는 경우라도 협약의 일반원칙에 반하는 경우 그 적용에 제한이 있을 수 있다는 것이다.

결론적으로 CISG 제4조에 따라 국내법이 적용될 수 있는 사안은 계약의 유효성과 소유권의 이전에 관한 것이다. 실무적으로 중국과 거래하는 기업은 이에 대한 양국 관련법규의 차이점을 이해하고 불필요한 분쟁을 야기하지 않도록 CISG가 적용되는 경우라 하더라도 CISG가 적용되지 않는 사안을 위해 준거법을 선정하여야 할 것이다.

주제어 : UN국제물품매매법, 중국계약법, 계약의 유효성, 소유권, 국제사법

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2014S1A5A2A01011408)

I. 서론

국제물품매매계약의 예측가능성과 통일화를 위하여 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 이하 협약 또는 CISG라고 함)이 제정되었다. 미국과 중국 등 한국의 주요 교역국은 모두 CISG 체결국이고 체결국 당사자 간에 본 협약의 적용을 배제하지 않는 한 CISG가 물품매매거래에 적용 된다. 그러나 CISG가 준거법이라도 하더라도 국제물품매매와 관련한 모든 법률적 관계에 적용되는 것은 아니다.

CISG는 적용되는가에 대해 협약의 규정에 의해 배제되는 사안과 협약에 명시적으로 규정되어 있지 사안으로 나눌 수 있다. 그 중 CISG 제4조는 CISG 적용이 배제되고 국내법이 적용될 수 있는 사안에 대해 규정하고 있다. 즉 CISG는 매매계약의 성립과 이에 따른 매도인과 매수인의 권리 및 의무만 적용되고 매매계약의 유효성과 매매된 물품의 소유권에 관한 효력에 대해서는 관여하지 않는 것이다. 그러나 구체적으로 이들 사안에 대한 정의와 범위를 명시하지 않아서, 협약이 적용되는 경우와 그렇지 못한 경우가 불분명한 부분이 있다.

이에 본 연구는 CISG 적용이 배제되는 사안에 대해 제4조를 중심으로 명시적으로 적용되는 사안과 그렇지 못한 사안과 관련한 내용이 무엇인가를 살펴보고자 한다. CISG의 적용이 배제가 되는 사안은 당사자의 합의에 따른 준거법 또는 국제사법에 의해 결정된 국내법에 따르게 될 것이다. 우리나라 기업입장에서 우리나라 법을 준거법으로 결정하는 것이 법적 안정성을 확보하는데 유리하겠으나 그렇지 못한 상황이 발생한다. 그러므로 CISG가 적용되지 않는 사안에 대한 거래 당사국의 국내법에 대한 이해가 필요하다.

중국은 우리나라의 제1의 교역상대국인만큼 물품매매계약 시 고려되거나 준거법으로 결정될 수 있는 중국계약법에 대한 이해가 필요하다. 따라서 본 연구는 CISG 제4조에 근거하여 CISG가 적용되지 않는 계약의 유효성과 소유권 이전과 관련한 한국과 중국의 계약법을 비교·분석하고자 한다.

우선 본 논문은 CISG 제4조에서 협약의 적용사안과 적용배제사안을 분석한다. 둘째, 한국과 중국의 계약법을 살펴보기에 앞서, 어느 국가의 국내법이 적용되느냐는 당사자의 합의 또는 국제사법에 의해 결정되는바 한국과 중국의 국제사법의 주요 내용과 CISG 상 국내법 적용원칙을 살펴보고자 한다. 마지막으로 한국과 중국의 CISG 제4조상의 적용배제사안에 대한 국내법 규정의 차이점을 살펴보고자 한다. 이를 통해 중국과 거래하는 우리나라 기업들에 대해 CISG 뿐만 아니라 중국계약법의 이해를 돕는데 일조하고자 한다.

II. CISG 제4조에서 협약의 적용범위

1. CISG 제4조의 의의

CISG 제4조¹⁾는 1964년 ULIS 제8조와 1978년 Draft 제4조를 바탕으로 하고 있다. 그러나 구체적인 내용을 보면 1964년 ULIS 제8조는 지금의 CISG 제4조와는 약간의 차이를 보이고 있다. 즉 그 적용범위를 매매계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 의무에 두고 있다. 달리 규정하는 경우를 제외하고, 이 법은 계약의 성립에 대해서도 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다. 이와 같이 CISG는 사업자간의 국제적인 물품매매에 특화된 법이다(우광명, 2012, p.458)

1978년 Draft 제4조는 크게 다르지 않다. 이는 국내법에 우선하여 협약이 먼저 적용되는 사안에 대해 규정하고 있는데, 매매계약의 성립과 그로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리와 의무에 관한 사항이다. 따라서 계약 성립에 관한 규정인 제14조와 당사자의 권리와 의무에 관한 규정인 제25조에 따르게 된다(조현숙, 2016, p.136).

CISG 제4조는 CISG 적용이 배제되고 국내법이 적용될 수 있는 사안에 대해 명시적으로 규정하고 있다. 즉 CISG는 매매계약의 성립과 이에 따른 매도인과 매수인의 권리 및 의무만 적용되고 매매계약의 유효성과 매매된 물품의 소유권에 관한 효력에 대해서는 관여하지 않는 것이다. 이는 다시 말해 CISG는 당사자 진술과 행동의 해석(제8조), 당사자 관례와 관행에 관한 사안(제9조), 계약의 형식적 요건(제11조), 계약의 수정과 종료(제29조), 그리고 법적 공백과 보충(제7조) 등도 적용됨을 의미하는 것이다.

2. CISG 제4조에서 협약의 적용사안에 대한 내용

1) 매매계약의 성립

본조는 매매계약의 성립과 관련한 사안에 적용됨을 규정하고 있으나 그 구체적인 사안에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 이와 관련하여 매매계약에 분쟁해결조항, 표준약관이 포함된 경우에도 CISG가 적용되느냐에 대한 문제가 있다.

1) CISG Article 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 any of its provisions or of any usage; (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold."

우선 계약에 포함된 표준약관이 CISG의 적용을 받느냐에 대해 CISG는 명문의 규정은 없다. 다만 표준약관이 계약 성립을 구성하는 청약과 승낙의 일부가 되느냐에 대해 독일 법원은 표준약관이 포함된 계약내용을 이를 이용하고자 하는 당사자뿐만 아니라 타방 당사자가 이를 인식하고 이를 받아들일 기회가 있었느냐에 달려 있다고 판시하였다²⁾.

한편 CISG는 재판관할의 문제에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 법정지 선택조항이나 중재조항 계약내용의 일부를 구성하므로 이들 조항이 유효하게 합의되었느냐에 대해서는 CISG가 적용된다고 본다. 예를 들어, 미국 뉴욕 지방법원은 당사자 간 중재에 대한 합의가 있었느냐에 대해 이는 CISG에 의해 결정되며, 나아가 CISG 제18조 1항과 3항에 따라 합리적인 기간내에 중재조항이 포함된 매도인의 청약을 거절해야 한다고 판결하였다³⁾.

2) 매도인과 매수인의 권리와 의무

본조에서 CISG는 매매계약으로부터 발생하는 권리와 의무를 규율함을 규정하고 있다. 따라서 매도인과 매수인의 권리와 관련된 것으로 매매 당사자에 대해 직접 청구할 수 있는 제3자의 권리를 다루지는 않는다. 그러나 매도인과 매수인의 권리와 의무와 관련하여 당사자의 입증책임과 상계에 대해서 CISG가 적용되느냐가 명확하지 않다.

입증책임과 관련하여 명시적인 규정은 없으나 일반적으로 입증책임은 CISG 적용범위에 포함되며, 제7조 2항에 따라 해석된다는 것이다. 그러나 입증책임과 관련해서는 입증책임의 당사자 누구인가와 입증의 기준이 무엇인가에 관한 문제가 있다.

입증책임을 누가 할 것인가에 대해 CISG는 일반원칙을 제시하고 있지 않으나 특정 규정을 주장하는 당사자는 그 규정에서 요구하는 필수적인 사실의 존재를 증명해야 한다고 본다 (Kroll, 2005, p.49). 그러나 이러한 입증책임은 상대방에게 전가될 수 있다. 독일 사례에서, 스페인은 독일로 파프리카를 판매하였다. 그러나 계약조건과 달리 파프리카에 방부제 방사선 처리가 되어 있었고 스페인 매도인의 대금청구에 대해 독일 매수인은 불일치 물품에 대한 손해배상 청구로 상쇄할 것을 요구하였다. 이에 매도인은 방사선 처리에 대한 어떠한 사실도 부정하였다. 독일 대법원은 CISG 제40조에 따라 입증책임은 일반적으로 매도인이 물품에 결함에 대해 알고 있거나 알았어야 함을 매수인이 입증해야 하지만 법원은 매도인에게 중과실이 없음에 대한 입증책임을 부여하였다⁴⁾.

입증책임과 관련한 다음 문제는 입증의 기준에 관한 것이다. 일반적으로 입증책임은 CISG

2) Oberlandesgericht Braunschweig(Germany), 28.10.1999, at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=444>.

3) Federal District Court(New York), 14 April 1992, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html>.

4) Bundesgerichtshof(Germany), 30 June 2004, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630g1.html>.

적용범위에 포함되지만, 증명의 정도에 대해서는 CISG 적용범위에 포함되지 않는 것으로 본다(Schwenzer, 2010, p.86).

상계는 CISG의 적용범위에서 완전히 배제되는지에 대해서는 이견이 분분하다. 일반적으로 CISG의 적용범위에 포함되지 않는 것으로 보고 있으나 독일법원은 CISG의 적용범위에 포함되는 것으로 본다. 브라질 매도인과 독일의 매수인간의 청바지 매매 사례에서 독일 항소법원은 상계에 대해 CISG 제7조 2항의 일반원칙에 따라 결정될 수 있음을 판결하였다⁵⁾. 또 다른 사례는 독일 매수인과 이탈리아 매도인간의 대금지급 관련 소송에 관한 것이다. 법원은 CISG에 따라 상계가 이루어지는 이유에 대한 설명은 하지 않고, 단지 반대되는 채권이 존재하고, 두 당사자의 계약이 CISG에 의해 규율되므로 이에 따라 상계할 수 있다고 하였다.⁶⁾

3. CISG 제4조에서 협약의 적용배제사안에 대한 내용

1) 계약의 유효성

본 조에서 명시적으로 CISG 적용을 배제하는 사안은 계약 또는 관습의 유효성이다. 따라서 우선 계약의 유효성의 정의가 무엇이며, 어디까지인가가 결정되어야 할 것이다. 그러나 CISG는 이에 대해 정의하고 있지 않다. 실질적으로 유효성의 의미는 CISG 국가들마다 달리 적용될 수 있는 것이다(Hartnell, 1993, p.20). 그러나 CISG 제정 취지에 따라 유효성의 정의 또한 각 국가의 국내법에 따라 이루어질 것이 아니라 통일화된 해석원칙을 따라야 할 것이다.

일반적으로 유효성의 문제는 사기, 강박, 부실표시, 무능력, 착오 등을 포함하는 것으로 보고 있으며, 수출금지나 규제, 공공질서를 이유로 한 특정물품의 매매를 금지하는 국내의 규제도 포함될 수 있다(Kroll, 2011, p.69). 이와 관련된 사안은 CISG가 아닌 다른 적용 가능한 법규에 의해 규율될 것이다.

유효하게 체결된 계약이 되기 위한 선결조건은 계약당사자가 특정계약을 체결할 수 있는 법적 능력을 갖추고 있어야 한다는 것이다. 국제물품매매계약 체결 시에도 이러한 요건은 필수일 것이다. 그러나 당사자의 능력에 다툼이 있을 시에는 이는 CISG의 범위 밖의 문제가 되는 것이다. 즉 이는 국제사법 또는 적용 가능한 중재에 의해 결정된 법에 규율되는 것이다.

착오는 CISG가 적용되지 않는 대표적인 유효성과 관련된 사안이다. 그러나 여전히 CISG가 적용될 수 있는 부분이 있는데, 만약 물품의 성격(characteristics)과 관련된 착오(제35조 및 제

5) Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg(Germany), 1999.11.26., at <http://www.unlex.info/case.cfm?id=450>.

6) Oberlandesgericht Karlsruhe(Higher Regional Court), Germany, 20 July 2004, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040720.html>.

45조) 또는 계약 이행을 위한 타방 당사자의 신용(creditworthiness) 또는 능력(ability)(제71조)의 경우에는 CISG가 적용된다는 것이 일반적 견해이다⁷⁾. 사기에 의해 계약을 체결한 경우, 그 계약의 유효성은 CISG가 아닌 국내법에 의해 결정된다는 것은 이견이 없다(Huber, 2009, p.124; Kroll, 2005, p.47).

계약의 유효성에 관한 또 다른 문제는 표준약관과 관련한다. 표준약관을 포함한 계약은 CISG에 의해 규율되지만, 포함된 조건의 유효성에 대해서는 국내법에 의해 규율된다(Huber, 2009, p.125).

그러나 오스트리아 대법원은 CISG가 표준약관의 유효성을 결정하는 역할을 할 수 있다고 판시하였다. 독일 매도인과 오스트리아 매수인간의 비석판매계약분쟁에서 물품의 하자가 있는 경우라도 매수인이 대금지급을 연기할 수 없다고 명시한 표준약관의 유효성에 대해 법원은 CISG가 아닌 국내법에 의해 결정된다고 하였다. 그러나 나아가 이 사례에서는 독일법이 적용되는 것이지만 독일법이 CISG의 기본원칙에 반하는 경우에는 CISG에 따라 유효성이 인정되지 않을 수 있음을 판시하였다⁸⁾.

면책조항과 징벌조항 또한 유효성문제와 밀접한 관련을 가진다. 우선 면책조항의 유효성에 대해 일반적으로 CISG 적용밖의 문제로 여겨지고 있지만 국내법 적용을 제한한 판결이 있다. 오스트리아 법원은 면책조항의 유효성은 국내법에 의해 결정되지만 그러한 국내법규는 CISG의 근본적인 가치에 반대되는 경우에는 무시되어야 한다고 하였다⁹⁾.

징벌조항의 경우도 일반적으로 CISG 적용범위에 포함되지 않지만 이것이 매도인과 매수인 의권리와 의무에 해당되는 것이라면 CISG가 적용된다. 독일법원은 패널티에 따라 지급청구를 할 수 있는 매수인의 권리와 이에 응해야 하는 매도인의 의무는 매도인과 매수인의 권리와 의무에 해당하는 것으로 CISG가 적용된다고 판시하였다¹⁰⁾. 그러나 징벌조항의 유효성에 대해 CISG가 적용되지 않고 국내법에 따르는 것으로 본다¹¹⁾. 예를 들면, 네덜란드 법원은 계약적 패널티의 감면문제에 대해서 국내법에 따른다고 판결하였다¹²⁾. 국내법이 아닌 CISG 제7조 1항에 따라 일반원칙으로 판단되어야 한다는 견해도 있다(Koneru, 1997, p.142).

관행의 유효성은 CISG가 적용되지 않음을 명시하고 있다. 따라서 적용 가능한 국내법에

7) Bundesgerichtshof(Germany), 27.11.2007, at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1345>.

8) Oberster Gerichtshof(Austria, 7 September 2000, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/111215a3.html>).

9) Oberster Gerichtshof(Austria), 2000.9.7., at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000907a3.html>.

10) Oberlandesgericht Hamburg(Germany), 2008.1.25., at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1352>.

11) ICC Court of Arbitration, 1999.3, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=471>; Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 1997.1.21, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=262>

12) Diepeveen-Dirkson B.V. v. Nieuwenhoven Vichandel GmbH, Gerechtshof's Arnhem(netherlands), 1995.8.22., at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=156>.

의해 규율되는 것은 이견이 없다. 더 문제가 되는 것은 관행이 특정 거래분야에서 인정되는
 냐는 것이다. 양 당사자에 대해 구속력을 갖고 CISG 다른 규정과 관계가 있는 경우 이는 제
 9조에 따라 다루어지게 될 것이다.

2) 소유권

소유권은 크게 이전의 문제와 처분권의 문제로 나누어서 볼 수 있다. 소유권의 이전에 있어
 서는 크게 소유권 이전의 계약적 효과와 소유적 효과를 나누어서 살펴보아야 한다(L. Collins
 and others(eds), 2000, p.965). 이전의 계약적 효과는 물품의 소유권과 관련한 당사자의 권리와
 의무를 말하고, 소유적 효과는 이전의 유효성과 매도인과 매수인 그리고 관련된 제3자의 소유
 적 효과를 말하는 것이다. 즉 매도인은 매수인에게 물품의 권리를 이전할 권한이 있느냐 또는
 이러한 소유권의 이전에 어떤 요건이 필요한가에 대한 것이다(조현숙, 2016, p.145).

따라서 CISG는 이전의 계약적 효과는 규율하지만 소유적 효과는 규율하지 않는다는 것이
 다. 그러나 그 범위에 대해서는 이견이 있다. 독일 항소법원은 차량의 소유권이전 의무 위반
 에 대해 CISG가 적용되지 않는다고 판시하였다¹³⁾. 이는 판매된 물품의 소유권에 대한 계약
 적 효과 또한 CISG가 적용되지 않는다는 의미를 가진다.

그러나 소유권에 관한 문제가 제4조 b항에 따라 제외되는 경우, 매도인이 매수인에게 소유
 권을 이전할 의무를 이행하는 데 몇 가지 문제가 발생한다. 우선 소유권의 정의가 다른 법체
 계에서 달리 해석될 수 있다. 또한 제41조에 규정된 제3자의 권리나 청구권에 구속되지 않는
 물품을 인도해야 할 매도인의 의무는 실질적인 면에서 매수인이 물품의 진정한 소유권자가
 될 수 있음을 보장할 수 없다.

처분권은 매도인의 보호수단으로서 매수인의 지급불능, 파산 등 대금 미지급 등의 채무불
 이행시 물품을 반환받을 수 있는 권한으로서 중요한 의미를 갖는다. 이러한 처분권이 CISG
 에 의해 규율되느냐에 대해 처분권유보 조항의 당사자 간 합의가 있었느냐에 대해 CISG를
 적용한 사례가 있다. 독일 매도인과 호주 매수인간의 처분권유보조항의 합의여부와 관련한
 분쟁에서 호주법원은 모든 관련 상황을 고려하여, CISG 제8조, 제11조, 제15조, 제18조, 그리
 고 제29조에 따라 처분권유보조항에 합의했음을 판결하였다¹⁴⁾. 그러나 물품의 소유권과 관련
 한 조항의 효력에 대해서는 CISG 적용이 배제되는 사안이라고 하였다¹⁵⁾.

13) Oberlandesgericht München(Germany), 2008.3.5., at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1342>.

14) Roder Zelt-und Hallenkonstruktionen Gmbh v. Rosedown Park Pty Ltd and Another(Australia), 1995.4.28., at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=197>.

15) 미국 일리노이 지방법원도 같은 취지의 판결을 내렸다(Usinor Industrieel v. Leeco Steel Products, Inc., District Court, N.D. Illinois(USA), 2002.3.28., at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=746>). 즉 처분권유보조항의 효과를 판단하는데 있어서 국내

Ⅲ. 적용배제사안에 대한 한중 국내법의 적용

1. CISG 제7조의 일반원칙과 국내법의 적용

앞서 살펴본 바와 같이 CISG 제4조에 따라 CISG의 적용이 배제되는 사안이라고 하더라도 CISG 일반 원칙에 따라야 한다는 것이 여러 국가의 법원과 중재법원의 입장이다. CISG는 국제물품매매법의 통일과 조화를 목표로 하고 있으며 CISG를 적용하는데 있어 그 해석이 국가마다 달라진다면 통일화된 법의 제공이라는 목표를 훼손하게 되는 것이다.

CISG 제7조에서는 본 협약의 해석과 적용에 있어 고려해야 할 해석원칙을 적용하고 있다. 우선 제7조 1항은 “협약을 해석함에 있어서는 협약의 국제적인 성격과 또한 그 적용상의 통일성 및 국제거래에 있어서의 신의성실의 원칙 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다”고 규정한다. 본 조항은 CISG를 해석하는데 있어서 국내법의 영향을 벗어나게 하는데 일차적인 목표가 있는 것이다. 즉 본 조항에 나타난 CISG 일반적 해석원칙은 크게 국제적인 성격 및 적용상의 통일성과 신의성실 원칙의 준수이다.

국제적인 성격과 적용상의 통일성에 대해 고려해야 한다는 것은 CISG를 해석하는데 있어서 국내법에 따르지 않아야 하고, 통일성 있는 해석을 위해서는 다른 계약국의 판례를 참조해야 함을 의미하는 것이다.

또한 신의성실 원칙에 따라 협약을 해석해야 하는데, 신의성실의 원칙이란 모든 사람들이 공동생활에 있어 사회구성원의 일원으로 신의에 맞고 성실하게 행동하는 것을 말한다. 신의성실의 원칙에 대해서는 영미법과 대륙법상 그 내용은 다르지만¹⁶⁾, CISG에서 신의성실의 원칙은 국제상거래라는 특성에 따라 적용되어야 한다(하강현·허광욱, 2004, p.107).

CISG는 국제물품매매에 있어 통일화된 규율을 제공하고 또한 각 규정에 대한 해석에 있어서 가능한 국내법의 적용 가능성을 배제하고자 한다. 그러나 CISG가 모든 관계를 모두 규율할 수 없게 결국 법적 공백이 생길 수밖에 없다. 이러한 법적 공백을 보충하기 위해 제7조 2항에서 그러한 방법을 제시하고 있다. 즉 제7조 2항은 “협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는

법을 적용한다는 것이다. 다만 그렇게 하는데 있어서 법원은 CISG 일반원칙에 근거하여야 한다는 것이다(조현숙, 2016, p.147).

16) 미국은 계약의 이행에 있어 신의성실의 원칙을 부여(통일상법전 1-203)하고 있으나 대륙법 국가의 경우 계약 체결 이전부터 신의성실의 원칙 준수의무를 중시한다. 예를 들어, 프랑스에서는 계약이 체결되는 한 불법행위에 대한 책임이 계약 전 협상과 계약 중에 부여되고 있다. 독일은 계약협상뿐만 아니라 계약의 이행에 있어서 신의칙으로 임할 것을 규정하고 있다(조현숙, 2016, P.133).

경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다”고 규정하고 있다.

본 규정에 따라 CISG 규정을 해석하는데 일반원칙에 따라야 함을 명시하고 있다. 그러나 일반원칙이 무엇인가에 대해서는 규율하고 있지 않으나 일반원칙의 범위를 “이 협약에 기초한” 것으로 제한하여 일반원칙을 포괄적으로 받아들이는 태도를 경계한다(조현숙, 2016, p.134).

여기서 “협약에 기초한 일반원칙”이란 법적 공백을 보충하기 위한 CISG 일반원칙으로서 당사자자치의 원칙과 신의성실의 원칙(제6조), 당사자 진술이나 행위는 당사자의 의도에 따라 해석되어야 한다는 원칙(제8조), 국제적 관행의 존중(제9조), 계약형식자유의 원칙(제11조 및 제12조) 등을 들 수 있을 것이다(최준선, 2004, p.80).

결국 본 항은 CISG 적용하는데 있어 법의 흠결이 생기는 경우 이를 보충하기 위해 적용되는 원칙의 순서를 명시한 것으로 볼 수 있으며, CISG 제정의 취지에 따라 국내법의 적용은 마지막에 행해지는 것이다. 그러나 본 규정이 모든 사안에 적용되지는 않는다. CISG 제4조에 명시하고 있는 적용이 배제되는 사안에 대해서는 결국 제7조 2항이 적용되지 않아 이에 대한 해석은 준거법 결정에 따라 국내법이 적용되는 것이다.

2. 한·중 국제사법의 비교

CISG의 적용배제사안에 대해서는 국제사법에 따라 국내법이 적용되게 된다. 따라서 물품 매매계약과 관련한 양국의 국제사법을 살펴본다. 한·중 간 이루어지는 국제물품매매계약에 CISG가 준거법으로 적용된다 하더라도 여전히 CISG가 적용되지 않고 국내법이 적용되는 경우 CISG 제4조의 규정에 따라 국제사법 상의 관련 규정을 살펴본다.

국제물품매매계약은 국제적인 요소를 포함한 채권관계를 말하는 것이다. 이러한涉外채권은 국가의 법률에서 발생하는 문제로, 채권에 대한 각국의 법률규정이 상이하기 때문에 준거법의 충돌이 발생하게 된다. 그러므로涉外채권의 준거법 문제는 국제사법이涉外민상사관계를 조정하는데 매우 중요한 사항이다(리우 런산·서민정, 2011, p.193).

중국은 과거 단행법으로서 국제사법이 없었다. 그러나 2010년 10월 28일 “涉外민사관계법률적용법”이 전국인민대회 상무위원회회를 통과했고, 2011년 4월 1일 발효되었다. 이는 단행법으로서 국제사법을 의미한다. 그러나 본 법의 시행으로 기존에 시행되고 있던 국제사법 관련 규정이 모두 폐지되었음을 의미하는 것은 아니다.

특히 계약과 관련된 준거법결정과 관련한 조항을 포함하는 주요 법원으로는 “중화인민공화국민법통칙” 제145조, “중화인민공화국계약법” 제126조, “涉外민사관계법률적용법” 제 41조가 있다(김현아, 2015, p.460).

또한, 실질적으로 법원의 역할을 하고 있는 최고인민법원의 사법해석에 관련된 규정들이 있다¹⁷⁾. 이러한 사법해석은 법률의 개폐에 따라서 최고인민법원이 별도로 제정하거나 폐지하는데, 최고인민법원이 명시적으로 폐지하지 않은 사법해석은 모두 유효하므로 계약의 준거법을 결정하는데 있어서 사법해석은 모두 고려해야 한다.

중국 국제사법은 “당사자 자치원칙”을 인정한다. 이는 한국의 경우도 마찬가지이다. 그러나 준거법 선택에 있어서 묵시적으로 이를 행할 수 있는지에 대해서는 다르다. 당사자자치에 대하여 한국 국제사법은 묵시적으로 준거법을 선택할 수 있다고 규정(한국 국제사법 제25조 제1항)¹⁸⁾하고 있다. 물론 이는 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다.

중국의 경우 제3조, 제41조의 규정에 따라 계약에 문제가 생겼을 때 적용할 법률을 선택하거나 그 선택을 변경할 때는 명시적으로 하여야 하는 것으로 규정되어 있다. 한편 당사자가 준거법을 선택하지 않았지만 동일국가나 지역의 법률을 인용하면서 이의를 제기하지 않을 때에는 그 법률을 준거법으로 선택한 것으로 간주 한다¹⁹⁾. 즉 중국의 사법해석은 계약 당사자는 명시적으로 법률을 선택하여야 하지만 제한적으로 묵시적 선택을 인정하는 것으로 볼 수 있다.

계약당사자의 법률 선택 시기에 대하여는 당사자가 계약 성립 후에 선택한 법률이 유효한가와 계약 성립 후 당사자가 협의를 통하여 계약 성립 당시 선택하였던 적용 법률을 바꿀 수 있는가 등의 문제가 있다.

이에 대해, 2007년 규정 제4조는 “당사자가 제1심 변론종결 전에 협의를 통하여 인민법원의 허락을 받아 계약 분쟁 시 적용할 법률을 선택하거나 변경할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 2012년 해석 제8조는 “당사자가 1심법정 변론종결 전에 합의하여 선택 또는 변경한 준거법은 인민법원이 인정한다”고 규정하여 기존의 규정방식을 그대로 유지하였다.

따라서 국제물품매매의 경우에도 당사자는 분쟁발생 후에도 준거법 선택이 가능할 뿐만 아니라 변경도 가능할 수 있는 것으로 본다. 그러나, 사후 변경에 있어 계약의 방식에 대한

17) 예를 들어, 1987년 “섭외경제계약법을 적용하는데 있어서 약간의 문제에 관한 해답”, 1988년 “민법통칙을 집행하는데 있어 약간의 문제에 대한 의견”, 1992년 “민사소송법을 적용하는 데 있어 약간의 문제에 관한 의견”, 2002년 “섭외민상사건의 소송관할에 관한 약간의 문제에 관한 규정”, 2005년 “제2차 전국섭외상사해사재판업무회의의 기요”, 2007년 “섭외민상사계약분쟁사건을 심리하는데 있어서 법률적용에 관한 약간의 문제에 관한 규정”, 2012년 “섭외민사관계 법률적용법의 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석(1)” 등이 있다(김현아, 2015, p.462).

18) 국제사법상 묵시적 법선택과 관련하여 대법원 2007.11.15. 선고 2006다72567 판결은 “당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 가정적 의사를 추정하여 준거법을 결정할 수 있다”고 판시하였다.

19) 2007년 규정 제4조 2항은 “당사자들이 계약분쟁에 적용할 법률을 선택하지 아니하였으나 모두 동일한 국가 또는 지역의 법률을 인용함으로써 이의를 제기하지 아니한 경우에는 당사자들이 계약분쟁에 적용할 법률을 선택한 것으로 보아야 한다.”고 규정하고 있다.

유효성 문제나 제3자 권리에 미치는 영향에 대하여 중국의 국제사법 상 명시적 규정은 없으나, 한국 국제사법은 이에 대하여 인정하고 있다(한국 국제사법 제25조 3항).

중국 국제사법은 “가장 밀접한 관련지법 원칙”에 따른다. 이는 계약 준거법을 정하는 근거는 하나의 연결요소가 아닌 탄력적인 연결개념으로 어떤 계약에 특정 국가의 법률을 적용하는 것은 그 나라가 계약 체결지나 이행지이어서가 아니라 계약의 전체적인 상황에서 봤을 때 계약과 그 나라가 가장 밀접한 관계가 있기 때문이다. 즉 당사자자치의 원칙을涉外계약법률 적용의 최우선원칙으로 삼는 동시에 가장 밀접한 관련지법 원칙을 보충적으로 적용하고 있다.

다시 말해, 객관적 준거법에 관해서 중국 법률적용법과 한국 국제사법 모두 특징적 이행 원칙을 인정하고 있다. 한국 국제사법은 가장 밀접한 관련을 연결원칙으로 하고 특징적 이행은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 추정하는 근거로 되지만(석광현, 2003, p.241). 중국 법률적용법 제41조에서는 “계약에 적용할 법률을 선택하지 아니한 경우에는 당해 계약특징을 가장 잘 나타낼 수 있는 일방 당사자의 상거소지법률 또는 기타 당해 계약과 최고로 밀접한 관련이 있는 법률이 적용된다.”고 규정하여, 객관적 준거법을 결정할 때 특징적 이행을 연결원칙으로 하면서도 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 법을 선택적 연결원칙으로 한다고 규정하고 있다. 문면 상으로 객관적 준거법의 지정에 있어서 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법은 특징적 이행 원칙에 따라 지정된 준거법과 같은 지위를 차지하고 있는 것이다(쑤쇼링, 2013, p.54).

요컨대, 중국 국제사법은 당사자자치원칙을 법률적의 우선순위로 삼고 있다. 다음으로 당사자가 법률을 선택하지 아니한 경우 계약의 특징을 가장 잘 구현할 수 있는 이행과 가장 밀접한 관련지법을 함께 준거법으로 규정한다.

물권의 준거법에 있어서 중국은 한국의 경우와 같이 모두 목적물의 소재지법에 의한다. 그러나 한국 국제사법은 당사자자치를 허용하지 않는데 반하여 법률적용법은 동산의 물권에 대하여 당사자자치를 허용한다. 당사자가 선택하지 아니한 경우에는 법률사실 발생 당시 동산 소재지 법률에 의한다(법률적용법 제37조).

IV. 적용배제사안에 대한 한·중계약법의 비교

1. 계약의 효력요건에 관한 규정

중국 합동법²⁰⁾과 우리 민법 모두 계약의 효력에 대한 규정을 두고 있다. 그러나 계약의 효력에 관하여 규정하고 있는 계약법 제3장의 내용은 우리 민법상의 계약의 효력에 관한 규정과는 다르다.

중국 합동법에서 계약의 효력이 발생하기 위해서는 법률이 정한 효력요건을 구비하여야 하고, 이를 구비하지 못한 때에는 그 효력이 발생하지 않게 되는 것으로 해석하고 있는 것은 우리나라 민법상의 법리와 다르지 않다. 다만 효력요건을 구비하지 못한 계약²¹⁾, 즉 “유효요건을 흠결한 계약의 구체적인 유형으로서는, 효력이 미확정적인 계약, 무효가 되는 계약, 취소할 수 있는 계약 등”으로 명시하고 있는 것이 우리나라 민법과 다르다(이상욱, 2011, p.201).

우리나라 민법은 법률행위의 효력요건에 대해 특별히 언급하고 있는 내용이 없지만, 중국 민법통칙 제55조는 민사법률행위의 실질적 요건을 규정한 것으로서, ①행위자가 상대적 행위능력을 갖고 있을 것, ②의사표시가 진실할 것, ③법률 또는 사회공공이익에 위반하지 않을 것을 규정하고 있다.

우선 민사행위능력에 대해서는 자연인과 법인을 구분하고 있으나 국제물품매매계약의 당사자로서 법인의 계약체결능력에 대해서만 살펴본다. 민법통칙 제36조에서 “법인은 민사권리 능력과 민사행위능력을 구비하고, 법에 따라 독립적으로 민사상의 권리를 향유하고 민사상의 의무를 부담하는 조직으로 법인의 민사권리능력과 민사행위능력은 법인이 성립할 때 발생하고 법인이 종료할 때 소멸한다”고 규정하여 법인은 권리능력과 행위능력은 동일하게 인정되고 있다(李永軍, 2010, p.189).

한국 민법에서 법인을 영리법인과 비영리법인 또는 사단법인과 재단법인으로 구분(한국민법 제3장)하는 것과는 달리, 중국 민법통칙은 기업법인, 기관법인, 사업단위법인 그리고 사회단체법인으로 구분하고 있다(민법통칙 제3장). 즉 기업법인은 영리를 목적으로 하며 독립적

20) 중국은 1999년 3월 15일 제9기 전국인민대표회의에서 “중화인민공화국계약법(이하 합동법)”을 공포하였다. 이 법은 기존 3개로 나누어져 있던 계약법(중화인민공화국 경제계약법(1981), 중화인민공화국涉外경제계약법(1985), 기타 법률(중화인민공화국 민법통칙(1986), 특허법(1984), 상표법(1982), 중외합자경영기업법(1979) 등) 체계를 전면적으로 수정·통합하여 단일통일법으로 새롭게 제정한 것이다. 중국 합동법의 총체적인 법리는涉外경제합동법에 근거를 두고 소인주의와 법률을 우선 적용하는 것이다(안영태, 2006, p.244).

21) 중국 합동법 제44조에서는 일반적인 계약은 성립한 때에 그 효력이 발생하나, 기타 법률이나 행정법규로 인가, 등기 등의 절차가 필요한 경우에는 그 수속을 필하여야 효력이 발생하도록 규정하고 있다(한상현, 2001, p.173).

으로 상품생산과 경영활동에 종사하는 법인을 말한다. 기관법인이란 법률 또는 행정명령에 의해 조직된 것으로 독립된 재정에산경비가 있는 각종 국가기구를 말한다. 사회단위법인이란 사회 공익사업을 목적으로 문화, 교육, 보건, 체육, 신문 등 공익사업에 종사하는 단위를 말한다. 사회단체법인이란 자연인 또는 법인의 자원으로 구성되고 구성원의 공동목적을 실현하기 위하여, 규정에 따라 활동하는 비영리성 사회조직을 말한다(전대규, 2010, pp.171-172).

법인이 체결한 계약의 효력에 있어서 영업목적이나 영업방식을 위반하여 체결된 경우가 문제가 되는데, 1999년 12월 29일 시행되고 있는 “최고인민법원의 계약법에 관한 해석” 제10조는 “당사자가 경영범위를 초월하여 계약을 체결한 경우에는 인민법원은 그 사유로 인하여 계약을 무효라고 인정하지 아니한다. 다만 국가의 경영제한, 경영특허 및 법률, 행정법규의 경영금지 규정에 위반하는 경우는 그러하지 아니한다.”고 규정한다.

둘째는 의사표시의 진실성에 관한 문제이다. 의사표시의 진실이란 표의자의 표시행위가 내심적 효과의사를 반영한 진실한 것이어야 한다는 의미이다(王利明·崔建遠, 2000, p.552). 의사표시는 행위자가 민사상의 권리의무를 발생·변경·소멸시키는 내재의사를 표시하는 외부적 행위를 가리키는 것 또는 행위자가 일정한 사법상의 효과적 의사를 표시하는 외부적 행위로서 계약 등 법률 행위의 구성요소로 파악하고 있다. 또한 사기나 강박에 의한 의사표시는 무효가 되고(민법통칙 제58조), 중대한 착오에 의한 의사표시는 취소할 수 있다(민법통칙 제59조)고 규정하여 의사주의를 채택하고 있지만, 한국의 민법과는 달리 비진의의사표시의 효력에 대해서는 아무런 규정이 없어 표시주의를 채택한 것으로 파악하여 절충주의를 취한 것으로 해석하고 있다(梁慧星, 2007, p.172).

의사표시의 구성요소에 대해 목적의사와 효과의사, 표시행위가 갖추어질 때 의사표시는 성립하게 되지만, 그 의사표시가 효력을 발생하기 위해서는 반드시 진실한 의사표시가 되어야 한다는 점에서, 의사표시의 진실은 계약의 효력발생의 중요한 요건이 된다.

그러나 당사자 일방의 의사표시가 진실하더라도 그에 응하는 상대방의 의사표시가 진실한 것이 아닌 경우 의사표시의 하자라고 칭하며, 그 효과는 무효 또는 취소사유가 된다(이상욱, 2011, p.214). 중국의 법률 규정에 따라 의사표시가 부진실한 경우의 유형은 다음과 같다. 첫째, 당사자 일방의 사기나 상대방에 대한 협박 또는 상대방의 궁박을 이용함으로써 상대방의 의사표시가 부진실하게 되는 경우이다. 둘째, 형식상은 합법적인 계약이지만 불법적인 의사를 은닉하고 있거나, 불법적인 목적을 은폐함으로써 부진실한 의사표시가 되는 경우가 있다. 셋째, 당사자 일방의 중대한 착오에 의한 계약은 부진실한 의사표시가 성립한다. 넷째, 상대방의 무경험으로 인하여 현저하게 공평을 잃은 계약을 체결한 경우에도 그 의사표시는 부진

실한 것이 된다(何志, 2008, p.125).

이는 우리나라 민법과 다른 측면이 있다(이상욱, 2011, p.216). 당사자 일방의 사기나 협박에 의한 계약으로서 국가의 이익을 해한 경우(계약법 제52조 제1호), 상대방의 공박 상태를 이용하여 체결한 계약(민법 통칙 제58조 제3호), 불법적인 목적을 은폐한 계약(계약법 제52조 제3호) 및 악의에 의한 통정으로 체결된 계약(계약법 제52조 제2호)은 무효(절대적 무효)가 되지만, 반면에 중대한 착오에 의한 계약과 현저하게 공평을 잃은 계약은 취소 사유가 되며(계약법 제54조 제1항), 당사자는 인민법원이나 중재기관에 계약 내용을 변경하거나 취소를 청구할 권리가 있다(계약법 제54조 제2항).

셋째, 법률 또는 사회공공이익에 위반하지 않아야 한다. 중국의 계약법 제52조 제5호에 “법률 및 행정법규상의 강행법규를 위반한” 계약은 무효가 된다는 명문 규정을 두고 있다. 계약법 제7조 역시 계약을 체결하거나 이행할 때에는 법률과 행정법규를 준수할 것을 요구하고 있는데, 계약법 제52조의 규정 및 민법통칙에 규정하고 있는 “법률”이란 법률과 행정법규를 의미한다. 사회공공이익이란 국가사회생활의 기반이 되는 제반 조건과 환경, 질서 목표, 도덕준칙 및 선량한 풍속과 관습 등을 포괄하는 것으로 해석되고 있다(王家福, 1991, p.323).

2. 소유권 이전에 관한 규정

소유권의 이전에 대해 일반적으로 CISG는 소유권 이전의 소유적 효과는 규율하지 않는 것으로 본다. 이에 대해 한국과 중국의 물권법을 중심으로 살펴본다.

우선 중국의 물권법은 전반적으로 대륙법체계를 취하고 있기 때문에 우리나라 민법의 물권편과 별다른 차이는 없다. 중국 물권법 제2편에 규정된 소유권은 일반규정과 국가, 집단 및 개인소유권과 건물구분소유권, 상린관계, 공유, 소유권취득의 특별규정으로 구성되어 있다. 소유권에 관한 기본 체제는 여전히 사회주의 국가의 소유권제도를 유지하고 있으나, 헌법수정과 물권법 제정을 통하여 개인의 소유권 또한 공공재산과 동등한 평등보호원칙을 확립하고 있다.

개인소유권은 공민 개인이 자기의 재산을 법률에 따라 점유, 사용, 수익, 처분하는 권리(민법통칙 제75조)이다. 중국 헌법 제13조²²⁾에 따라 물권법 제64조 내지 제67조에 개인소유권에 대해 규정하고 있다. 즉 개인은 자기의 합법적인 수입, 주택, 생활용품, 생산도구, 원자재 등 부동산과 동산에 대하여 소유권을 향유한다는 것이다. 법인 또한 부동산과 동산을 법률 및

22) 중국 헌법 제13조. 공민의 합법적인 사유재산을 침해해서는 안되고, 국가는 법률에 의하여 공민의 사유소유권 및 상속권을 보호한다.

정관에 따라 점유, 사용, 수익 및 처분할 권리를 가진다.

소유권의 이전과 관련하여 물권변동에 대한 규정이 어떻게 구성되어 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 우선 물권변동의 형식에 대해 살펴보면 이는 크게 3가지로 나누어진다. 첫째, 의사주의이다. 이는 당사자의 의사표시에 따라 물권변동이 발생한다는 이론으로 프랑스, 일본 등이 취하고 있다. 인도나 등기행위가 필요하지 아니하며 매매계약과 독립된 물권행위도 필요하지 아니하므로 이 입법례에서는 당사자 쌍방의 의사만을 물권변동의 요건으로 하고 다른 어떠한 요건도 필요하지 아니한다. 다만 부동산은 공시방법인 등기를, 동산은 인도하지 않으면 제3자에 대항하지 못한다. 둘째, 형식주의이다. 물권변동은 당사자가 물권변동의 의사가 있어야 할뿐 아니라 원칙적으로 부동산은 등기를, 동산은 인도를 하여야 물권 변동이 생긴다는 것이다. 즉 물권변동을 목적으로 하는 인도나 등기를 요건으로 하면서 채권계약 외에 별도로 직접 물권변동을 목적으로 하는 물권계약을 필요로 하는 입법례를 말한다. 형식주의에 따르면 우선 채권을 발생시키는 채권계약과 물권을 변동시키는 물권계약은 2개의 다른 법률행위이고 1개의 법률행위가 채권과 물권변동의 2가지 효과를 발생시킬 수 없는 것이고 채권행위는 채권관계만을 발생시키고 물권변동은 물권행위의 효과이므로 물권행위와 채권행위는 서로 분리된 독자적인 존재인 것이다(김성수, 2009, p.4). 이는 등기제도를 운용하는 국가가 취하고 있는 입법주의이다. 독일, 대만 등이 이에 속한다. 셋째, 절충주의이다. 물권의 변동은 원칙적으로 물권변동의 원인인 채권행위의 효력발생 및 물권공시의 완성을 요건으로 하나 의사표시를 요건으로 하지 않는다는 것이다. 스위스, 오스트리아, 한국 등이 있다. 다시 말해, 한국민법은 물권변동에 대해 물권변동 자체는 채권행위에 등기 또는 인도를 더하여 발생하는 것으로 본다.

물권변동과 관련하여 중국 물권법은 원칙적으로 등기와 인도를 물권변동의 성립요건으로 하고 이에 는 합의와 공시방법이 필요하다는 태도를 취하고 예외적인 경우에 등기나 인도를 효력요건으로 하지 아니하고 선의의 제3자에 대한 대항요건으로 하는 대항요건주의를 취하고 있다. 중국은 물권변동이 의사표시를 하여야 하는지에 대해 명확히 규정되어 있지 않다. 즉 물권변동의 입법례로 본다면 의사주의와 등기 또는 인도가 결합한 절충주의를 취하는 것으로 보는 경우도 있고, 한편으로는 절충주의를 원칙으로 하고 공시대항주의를 취하는 이원적 물권변동의 태도를 취한다고 주장하는 경우도 있다.

동산의 물권변동의 대해 제23조는 “동산물권의 성립, 양도는 동산을 인도한 때부터 효력을 발생한다”고 규정하고 있다. 즉 동산물권의 변동은 점유의 이전 즉 인도하여야 한다. 인도는 권리자가 자기가 점유하고 있는 물건을 타인의 점유로 이전하는 행위를 말한다. 동산의 인도

는 동산을 양수인에게 점유를 이전한 때에 완성된다. 인도가 동산물권변동의 공시방법이므로 당사자가 물권변동을 완성하고자 하는 경우에는 법에 따라 인도의무를 이행하여야 하고 그렇지 아니하면 계약이 유효하더라도 동산물권의 설정이 변동은 발생하지 아니한다. 또한 인도의 완성은 양도인이 이미 동산을 양수인에게 인도하거나 권리의 설정자가 동산을 권리자에게 인도하여야 하며 인도의 완성의 판단은 점유의 이전에 발생에 따라 판단한다.

요컨대 중국은 물권변동에 대해 절충주의를 원칙으로 하고 있으나 등기대항주의의를 예외적으로 인정하여 이원적으로 적용되고 있다. 따라서 중국과 국제상거래를 이행하는 실무자는 법률적 다툼에 대비하여 동산물건에 대한 소유권 이전 시기에 대해 인도의 제공이 있고 실제의 인도가 없으면 동산물권변동은 인정되지 아니한다는 점을 명심하여야 할 것이다.

V. 결 론

CISG는 국제물품매매거래의 통일화를 위하여 제정되었으나 이와 관련한 모든 부분을 다 포괄하여 적용되는 것은 아니다. 따라서 CISG는 그 내용에 있어 CISG가 적용되지 않는 적용 배제사안을 규정하고 있다. CISG 제4조가 이에 해당한다. 본조의 규정에 따라 CISG는 계약의 유효성과 소유권의 이전에 대해서는 적용되지 않는다. 다시 말해 CISG가 준거법이 되는 경우에도 앞서 언급한 부분에 대해서는 여전히 특정 국가의 국내법이 적용될 수밖에 없는 것이다.

본 논문은 CISG 제4조의 해석을 통해 협약의 적용사안과 배제사안을 살펴보았다. 이에 따라 협약의 적용이 배제되는 것으로 명시된 계약의 유효성과 소유권과 관련한 한국과 중국의 관련 법규를 살펴보고 그 차이점을 제시하였다.

우선 CISG 제4조에 대한 규정과 사례를 분석한 결과는 다음과 같다.

첫째, 본조에서 CISG의 적용여부는 특정사안에 있어서 계약의 일부로써 당사자가 모두 이에 대한 인지를 하고 있었느냐에 달려있다. 다시 말해, 본조에서는 협약이 적용되지 않는 사안에 대해 명시적으로 규정하고 있는 계약의 유효성이나 소유권의 이전과 관련하여 고려할 수 있는 사안에 대해 중재법원과 여러 국가의 법원은 당사자의 합의가 있었느냐에 따라 CISG가 적용될 수 있음을 보여주고 있다.

둘째, 비록 CISG가 적용되지 않고 당사자의 합의에 의한 준거법 또는 국제사법에 따른 국내법이 적용되는 경우에도 그러한 국내법이 CISG 제7조의 일반원칙에 반하는 경우 이의 적

용에 제한을 둔다는 것이다.

따라서, CISG 제4조의 적용배제사안을 분석하는데 있어서 우선 “이 협약에 달리 명시한 경우를 제외하고”라는 단서에 따라 다루고자 하는 사안이 CISG에서 다루어질 수 있는지에 대한 판단이 필요하며, 또는 당사자의 합의가 있었느냐가 그 기준이 될 것이다. 또한 비록 본조와 관련하여 국내법이 적용되는 경우라 하더라도 CISG의 일반원칙에 반하는 경우 국내법의 적용이 제한될 수 있음을 인지하여야 할 것이다.

이러한 분석을 바탕으로 CISG 제4조에 따라 국내법이 적용될 수 있는 사안에 대해 어느 나라의 법이 적용되느냐는 법정지 선택과 국제사법에 따라 결정되는 것이므로 우선 한국과 중국의 국제사법의 준거법 적용원칙을 살펴보았다.

양국 국제사법을 보면 당사자자치원칙을 법률적인 우선순위로 삼고 있다. 다음으로 당사자가 법률을 선택하지 아니한 경우 계약의 특징을 가장 잘 구현할 수 있는 이행과 가장 밀접한 관련지법을 준거법으로 선택함을 원칙으로 하고 있다. 다만 계약조건과 관련 상황으로부터 법 선택을 추론하는 묵시적법 선택에 대해서 중국은 인정하지 않지만 한국은 인정하고 있는 차이점이 있어서 거래의 법적 안정성을 위해 계약체결 시 준거법을 선정해두는 것이 바람직할 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 CISG 제4조의 CISG 적용배제사안은 크게 계약의 유효성과 소유권으로 나눌 수 있으며 이와 관련한 중국법을 이해하는데 다음과 같은 점을 유의하여야 할 것이다.

첫째, 중국법상 계약이 유효하기 위한 요건을 법규상에 명시하고 있으며, 그 내용은 당사자의 행위능력과 의사표시의 진실 및 법률 또는 사회공공기익에 위반하지 않을 것 등이다. 이에 반해 우리나라는 계약의 효력요건에 대해서는 별도로 규정되어 있지 않으며, 법률행위의 효력요건으로 이를 대체하고 있다. 특히 계약의 효력에 있어 부진실한 의사표시에 의한 계약은 무효나 취소가 가능한데 우리나라 법과는 달리 사기, 공박에 의한 계약은 절대적 무효가 된다는 것이다.

둘째, 소유권 이전과 관련하여 중국은 물권변동에 대해 절충주의를 취하고 있으나 등기대항주의를 예외적으로 인정하고 있다. 따라서 중국과 거래를 이행하는 실무자는 법률적 다툼에 대비하여 동산물건에 대한 소유권 이전 시기에 대해 인도 제공이 있고 실제의 인도가 없으면 동산물권변동은 인정되지 아니한다는 점을 명심하여야 할 것이다.

중국과 한국은 모두 CISG 체결국으로서 물품매매거래 시 CISG 적용을 배제하지 않는 한 CISG가 적용될 것이다. 그러나 여전히 CISG가 그러한 거래와 관련한 모든 부분을 포함하여 적용되는 것이 아니라는 것을 명심하여야 한다. 본 논문은 CISG에서 명시적으로 규정된 것으

로서 CISG 제 4조를 중심으로 적용배제사안에 대한 내용과 양국의 관련 법규를 살펴보았다.

본 연구결과를 바탕으로 다음과 같은 실무적 유의사항을 제시하고자 한다. 중국과의 거래에서 국내법이 적용될 수밖에 없는 사안이 있다고 하더라도 어떤 특정국가의 법규를 준거법으로 결정하는 것 보다는 여전히 CISG를 적극 활용할 필요가 있다. 왜냐하면 CISG의 제정목적에 따라 협약이 규율하는 사항이기는 하나 명시적으로 규율하지 않는 사안에 대해 국내법의 우선 적용보다는 CISG의 일반원칙에 따라 해결하도록 하는 것이 우선되기 때문이다. 이러한 원칙이 없는 경우 법정지의 국제사법에 의해 결정되는 준거법에 따라 해결되는 것이다.

그 다음으로 CISG의 적용에 다툼이 있는 사안에 대비하여 준거법을 정하는 과정이 필요할 것이다. 이는 법정지의 국제사법에 의해 결정될 수 있겠지만 법적 안정성과 확실성을 위해 협약의 준거법 합의와 더불어 적용이 명확하지 않은 사안을 규율할 국내법에 대한 합의를 명확히 할 필요가 있을 것이다.

양국의 계약법을 연구하는데 있어서 CISG에 규율되어 있지 않지만 계약에서 중요하게 다루어지는 문제 - 채권양도, 계약양도, 채무인수, 채무인정 등-에 대한 고찰이 필요하지만 본 연구는 CISG 제4조 규정에 명시된 적용배제사안과 관련한 것으로 한정하였으므로 이는 향후 연구과제로 남기고자 한다.

참 고 문 헌

- 김성수, “중국 현행 물권법의 물권변동에 관한 연구: 현행법의 내용을 중심으로”, 한국재산법학회 학술대회 자료집, 한국재산법학회, 2009. pp.1-41.
- 김현아, “중국법의 관점에서 본 한국의 국제재판관할 입법”, 「국제사법연구」, 제21권, 한국국제사법학회, 2015, pp.403-433.
- 리우 런산·서민정, “중국섭외채권의 법률적용”, 「국제사법연구」, 제17권, 한국국제사법학회, 2011, pp.193-225.
- 석광현, 「(2001 개정) 국제사법 해설」, 제2판, 지산, 2003.
- 쑤쇼링, “중국 국제사법의 새로운 동향- 섭외민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로-”, 「고려법학」, 제71호, 고려대학교 법학연구원, 2013, pp.63-96.
- 안영태, “중국계약법상 무역계약불이행관련 규정의 연구”, 「통상정보연구」, 제8권 제1호, 한국통상정보학회, 2006, pp.243-257.

- 우광명, “국제상거래에서의 UNIDROIT원칙 적용에 관한 연구-국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과의 비교를 중심으로-”, 「통상정보연구」, 제14권 제3호, 한국통상정보학회, 2012, pp.453-479.
- 이상욱, “중국 법제상 계약의 효력요건에 관한 법리”, 「법학논고」, 제37호, 경북대학교 법학연구원, 2011, pp.199-220.
- 전대규, “시행 50년의 민법전과 민법학에 대한 중국민법의 의미-중국민법의 내용과 그 특징을 중심으로”, 「민사법학」, 제52권, 한국민사법학회, 2010, pp.157-218.
- 조현숙, “CISG 제4조상 적용범위에 관한 연구”, 「무역통상학회지」, 제16권, 한국무역통상학회지, 2016, pp.129-151.
- 최준선, “UN국제물품매매계약의 의의와 해석원칙”, 비교사법, 제11권, 「한국비교사법학회」, 2004, pp. 61-89.
- 하강현 허광욱, “국제물품매매계약에 관한 UN협약의 해석원칙에 관한 소고-제7조를 중심으로”, 「해양비즈니스」, 제3호, 해양비즈니스학회, 2004, pp.98-114.
- 한상현, “중국 통일계약법상 무역계약의 성립법리와 제문제”, 「관세학회지」, 제2권 제1호, 한국관세학회, 2001, pp.143-176.
- Hartnell, Helen Elizabeth, “Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contract for the International Sale of Goods,” *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, 1993, pp.1-93.
- Huber, Peter, “Standard Terms under the CISG,” *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 13, 2009, pp.123-134
- Koneru, Phanesh, “The Internatonal Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles,” *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 6, 1997, pp.105-152.
- Kroll, S.L, “Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application,” *Journal of Law and Commerce*, Vol 25, 2005, pp.39-57.
- Kroll, S., L. Mistelis and P.P. Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), C.H.Beck Hart Nomos, 2011.
- Schwenzer, I., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), Oxford University Press, 2010..
- 何志, 合同法(原理精要與實務指南), 人民法院出版社, 2008.

李永軍, 合同法, 法律出版社, 2010.

梁.慧星, 民法總論, 法律出版社, 2007.

王家福 主編, 中國民法學{·民法債權, 法律出版社, 1991.

王利明·崔建遠, 合同法新論·總則, 中國政法大學出版社, 2000.

ABSTRACT

A Study on Excluding from CISG Article 4 and the
Application of Domestic Law
-Focusing on Analysis of the Contract Law of Korea and China-

Hyunsook Cho*

The United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods(CISG) is legislated for unified of international sale of goods, but does not cover all concerns related to that. Article 4 provides the exclusions of CISG. These exclusions might be govern by a domestic law.

This paper analyses what are excluding under CISG Article 4, and then provides the Korean and Chinese domestic regulations related to them.

At first, whether some issues are excluding based on the interpretation of CISG Article 4 depends on the agreement of parties concerned. An issue that a national law applies even might be invalid if it does not follow the general principles of CISG.

In Conclusion, CISG does not cover the validity of the contract and the property in the goods sold under CISG Article 4. a company who trades with Chinese company should understand the differences of both countries' regulations about the validity of the contract and the effect of property transfer and be careful to decide a govern law to avoid unnecessary disputes about these issues even though their contract is govern by CISG.

Key Words : CISG, Contract law, Validity of the Contract, Property right, Conflict of laws

* Professor, Dpt. of International Trade, Wonkwang University(chs1669@wku.ac.kr)