



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

경 영 학 석 사 학 위 논 문

국제상거래에서 CISG 제3조 적용의 한계점과 개선방안에 관한 연구



2020년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

국 제 통 상 물 류 학 과

권 택 규

경 영 학 석 사 학 위 논 문

국제상거래에서 CISG 제3조 적용의 한계점과 개선방안에 관한 연구

The logo of Pukyong National University is a circular emblem. It features a stylized 'P' and 'U' intertwined in the center, with the university's name in English 'PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY' around the top half and in Korean '부경대학교' around the bottom half.

지도교수 김 철 수

이 논문을 경영학석사 학위논문으로 제출함.

2020년 2월

부 경 대 학 교 대 학 원

국 제 통 상 물 류 학 과

권 택 규

권택규의 경영학석사 학위논문을 인준함.

2020년 2월 21일



위 원 장 경영학박사 조 찬 혁 (인)

위 원 지리학박사 이 정 윤 (인)

위 원 경제학박사 김 철 수 (인)

< 목 차 >

표 목차	iv
Abstract	v
제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
제 2 절 연구의 범위 및 방법	4
제 3 절 선행연구	6
1. CISG 제3조	6
2. 국제상거래에서 계약의 유형에 따라 적용 여부	7
3. CESL	9
제 2 장 CISG의 물적 적용 범위	10
제 1 절 CISG	10
제 2 절 CISG의 적용 범위와 적용 제외사항	12
1. 물품	12
2. CISG의 적용 제외사항	13
제 3 절 제작물 공급계약	16
1. 생산에 필요한 노동과 재료 (Materials necessary)	16
2. 실질적 (Substantial part) 기준	17
제 4 절 노무 및 서비스 공급에 대한 계약	19
1. 노무 및 기타서비스	19

2. 혼합계약	19
3. 대부분 (Preponderant part) 기준	21
제 5 절 국제상거래	23
 제 3 장 국제상거래에서 CISG 제3조 적용의 한계점 사례	25
제 1 절 CISG 제3조 제1항 사례	25
1. Materials necessary 사례	25
2. Substantial part 사례	28
제 2 절 CISG 제3조 제2항 사례	31
1. Seller's Obligations 사례	31
2. 혼합계약 사례	33
3. Preponderant 사례	36
제 3 절 판매점 계약	40
1. 판매점 계약 (Distribution agreement)	40
2. 판매점 계약 사례	42
제 4 절 소프트웨어계약	46
1. 소프트웨어의 개념	47
2. 소프트웨어의 유형	48
3. 소프트웨어계약 사례	50
제 5 절 합작 투자계약 사례	55
제 6 절 기타 CISG가 적용되지 않는 계약 사례	56
 제 4 장 CISG 제3조의 개선방안	58
제 1 절 공통 유럽매매법(CESL)	59
1. CESL 적용 범위	60

2. 물적 적용 범위	62
3. 디지털콘텐츠 공급계약	63
4. 혼합계약	64
5. 원격 계약 (Distance contracts)	64
제 2 절 CISG 제3조와 비교한 CESL	65
1. 물적 적용 범위의 확대	65
2. 가치 기준과 비율 규정	65
3. 디지털콘텐츠와 소프트웨어의 적용 범위와 공급방식의 확대	67
4. 혼합계약의 명시적인 규정	68
5. 원격 계약 적용의 삽입	70
 제 5 장 결론	 74
제 1 절 연구의 요약 및 시사점	74
제 2 절 연구의 한계 및 향후 연구 방향	77
 < 참고문헌 >	 79

< 표 목 차 >

<표 1> CISG 제3조 1항 (Materials necessary) 사례	25
<표 2> CISG 제3조 1항 (Substantial) 사례	28
<표 3> CISG 제3조 2항 (Seller's Obligations) 사례	31
<표 4> CISG 제3조 2항 혼합계약 사례	33
<표 5> CISG 제3조 2항 (Preponderant) 사례	36
<표 6> CISG 제3조 판매점 계약 사례	42
<표 7> CISG 제3조 표준소프트웨어, 주문형 소프트웨어 사례	50
<표 8> CISG 제3조 복제물 소프트웨어, 온라인 소프트웨어 사례	53
<표 9> CISG 제3조 합작 투자계약 사례	55
<표 10> CISG 제3조 기타 CISG가 적용되지 않는 계약 사례	56
<표 11> CISG와 CESL의 비교	71

A Study on the Limitation of Application and Improvement of
Article 3 of CISG in International Business Transaction

Kwon, taek-gyu

Department of International Commerce and Logistics
Graduate School, Pukyong National University

Abstract

Article 3 of the CISG does not refer to contracts for the manufacture or production and supply of goods as trade but party who orders the goods to provide an important part of the material necessary for the manufacture or production. It also provides that most of the obligations of the party supplying the goods do not apply to contracts consisting of the supply of labor or other services. However, terms such as 'a substantial part' or 'preponderant part' are not definitive and controversial. Currently, international commerce contracts are diverse and complex, and CISG without explicit provisions is often not applicable and problem of limitation. It is questionable whether it is applicable to various types of contracts of international business transaction today, and the limited scope of the CISG will threaten the usefulness and long-term viability of the international agreement. In order to understand the necessity of a unified norm, the country is used to refrain from independent judgment and fro the international unification of regulatory interpretation.

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

국제물품매매는 서로 다른 국가 간의 매도인과 매수인 사이의 매매계약을 기초로 이루어지는 거래로서, 국제상거래에서 국제물품매매가 차지하는 비율은 매우 높다. 그러나 서로 다른 국가 간의 거래라는 점에서 당사자 간의 언어나 문화, 묵시적으로 적용되는 관습, 각국의 상이한 법체계 등의 상당한 차이가 있다. 이 경우 분쟁이 발생할 가능성이 높아 국제물품매매 분야에서의 법규의 통일화 필요성이 제기되고 있다. 이에 따라 매매규범의 국제적 통일화를 위한 목적으로 1980년 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(UN Convention on Contract for the international Sale of Goods: 이하 CISG¹⁾)이 제정되었으며 1988년에 발효하였다. CISG는 국제상거래에서 적용되는 가장 대표적인 협약으로서 세계의 여러 국가 간 공동의 지침을 제공하여 각 당사자 간의 계약 이행 중 해결하지 못하는 국제물품매매계약의 분쟁 해결을 돕고 있다는 점에서 성공적인 국제협약으로 평가되고 있다.

CISG가 국제물품거래에 있어 법적으로 예측 가능성과 확실성을 제공해주어 국제거래의 많은 문제에 대한 해결책을 제시해주고 있으나 규율의 대상인 현재의 국제상거래의 유형에 있어서 제한적이라는 문제점을 가지고 있다. 과거 CISG가 제정된 1980년대의 시대적 환경과는 다르게 현재의 국

1) 비엔나 협약이라고도 하며, 2019년 9월 현재 영국을 제외한 미국, 중국 등 전 세계의 89개국의 가입국을 보유하고 있으며 북한도 2020년 4월 1일 발효를 예정하여 우리나라와 중요한 수출입 당사국인 90개국이 협약을 승낙, 승인, 가입, 비준하였다.

제상거래는 물품매매만 이루어지는 것은 아니다. 현재 통신, 기술, 서비스, 정보체계 등의 발전은 다국적기업과 같은 전 세계를 중심으로 영업활동을 하는 범위를 확대되었으며 이러한 변화로 인해 전통적인 매수인과 매도인의 물품매매계약을 넘어 현재는 서비스 거래, 판매점 계약, 소프트웨어계약, 노하우계약, 합작 투자계약, 혼합계약 등 다양한 계약의 유형이 발생하였다.

CISG는 원칙적으로 국제물품매매계약에만 적용되고 물품매매계약에 대한 명시적인 정의규정을 두고 있지 않아 오늘날 급변하는 상거래의 형태에 적용할 수 있을지는 문제점이며, 이러한 CISG의 제한된 국제상거래의 계약유형에 따른 적용 여부는 국제협약의 유용성과 장기적 존속 가능성을 위협하고 있다. CISG에서 명시한 적용배제사항의 경우는 조문의 참조를 통해 이해가 가능하나, CISG의 적용 여부가 불분명한 사항은 분쟁 발생 시 양 당사자 간 국가의 법제에서 어느 준거법을 적용할 것인가에 대한 문제로 이어져 국제사법에 따라 결정되는 서로 다른 국내법에 의해 결정될 수 있고 이는 국제협약으로서의 의의를 상실한다고 볼 수 있다.

이에 본 논문에서는 CISG 제3조²⁾의 규정의 모호함에 따른 문제점을 살펴보고 CISG의 적용 여부가 불분명한 국제상거래 계약들의 유형을 알아보고자 한다.

CISG 제3조는 일정한 제작물 공급계약 시, 노무 또는 용역공급계약의 경우 일정 조건이 되면 적용을 하고 있다. 그러나 제3조 제1항의 ‘substantial part of material’이나 제2항의 ‘preponderant part of the

2) CISG 제3조 제1항 Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

CISG 제3조 제2항 This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

obligation' 등 정량화된 수치가 아닌 모호한 용어들이 사용되어 학자들 간 다양한 해석기준이 제안되었으며 이는 분쟁 발생의 가능성을 높이지만 매매계약의 종류와 특성이 매우 다양하여 획일적인 기준을 제시하는 것이 쉽지 않다는 문제점을 가지고 있다.

CISG는 모든 국제거래에 적용되는 것은 아니고 적용 범위를 규정하고 있다. 이 중 물적 적용 범위는 제2조 및 제3조에 구체적으로 규정하고 있으나 점점 다양해지는 국제상거래의 계약들을 규율하는 통일적 규범의 필요성을 알아보기 위해 CISG의 제정이유와 내포된 해석원칙, 각국의 주석서, 학자들 간 대립 되는 의견, 각국 법원의 판결례를 참조하여 독자적인 판단을 지양하고 규정해석의 국제적인 통일화³⁾를 위하고자 한다.

따라서, 본 연구에서는 CISG 제3조의 제1항과 제2항을 중심으로 각 국가의 판례와 다양한 문헌 연구 등을 통해 문제를 제시하고자 한다. CISG 제3조와 관련된 사례 중 국제상거래의 계약에 유형에 따른 CISG 적용 여부 사례를 살펴보면 판매점 계약, 소프트웨어계약, 노하우계약, 합작 투자 계약, 혼합계약 등이 있다. 이에 제3조에서 적용 범위 확대나 명시적인 규정을 넣는 개선방안이 이루어진다면 양 당사자 간 분쟁 해결의 해소 측면에서 도움이 될 것이다.

3) 송양호, 국제 매매거래의 법적 문제 - 국제분쟁 해결의 실체법으로서 국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 소개, 2019, pp.66-71

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 국제상거래에서 거래당사자 간 CISG를 적용하는 경우, 거래의 유형에 따른 CISG의 적용 여부와 CESL와 비교를 통해 개선방안을 도출하고자 한다. 본 논문은 총 5개의 장으로 구성되어 있으며, 각 장의 연구내용은 다음과 같다.

제1장 ‘서론’에서는 본 연구 배경과 연구의 범위와 방법을 제시하였다.

제2장 ‘CISG의 물적 적용 범위’에서는 CISG의 제정이유와 제3조 제1항과 제2항의 해석원칙을 위한 개념과 문제점 알아보하고자 한다. 제3조 제1항에서 ‘substantial’ 기준과 ‘materials necessary’ 기준의 모호함을, 제3조 제2항에서는 ‘preponderant’ 기준의 모호함과 혼합계약에 적용되는 기준을 살펴해보았다.

제3장 ‘국제상거래에서 CISG 제3조 적용의 한계점 사례’를 보기 위해 위의 기준들에 대한 법원들의 대립 되는 판례를 분석하여 명시적인 규정 없이 생기는 문제점을 분석해보고자 한다. 그 후 CLOUT 분석을 통해 CISG 제3조와 관련된 사례 중 국제상거래의 계약유형에 따른 CISG 적용 여부 사례를 보기 위해 판매점 계약, 소프트웨어계약, 노하우계약, 합작 투자계약, 혼합계약 등의 판례를 찾아보았다.

제4장 ‘CISG 제3조의 개선방안’에서는 CISG 제3조보다 확장된 개념이라고 생각되는 CESL의 물적 적용 범위의 비교를 통해 개선방안을 검토해보았다.

제5장 ‘결론’에서는 앞에서 언급한 내용 들에 대한 결론을 통해 본 연구의 시사점과 한계점을 제시하였다.

본 연구에서는 CISG 제3조 제1항과 제2항이 국제상거래의 다양한 유형

의 계약들과의 적용 여부를 보기 위해 규정해석과 판례를 중심으로 근거를 제시하고자 하였다. CISG와 관련된 판례분석을 위해 본 연구에서는 국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law)에서 제공하는 CLOUT⁴⁾(Case Law on UNCITRAL Text)와 유엔국제상거래법위원회 요약서⁵⁾(UNCITRAL Digest)를 주로 참고하였다. 이를 통해 주요 국가의 법원 판례 및 중재판정을 중심으로 CISG의 적용 여부를 검토해보고자 한다.



4) UNCITRAL에서 제정한 협약이나 모델법과 관련된 각국의 법원판결 및 중재판정을 정리한 것으로 UNCITRAL의 홈페이지에서 찾아볼 수 있다.

5) 요약서는 UNCITRAL에 의하여 판례법(case law)이라는 위상이 부여되어 관련 회원국 법원의 판결이나 중재판정에 대한 정보를 체계적으로 공유하며, 국제기구 차원에서 CISG의 통일적 해석을 담보하고 있다.

제3절 선행연구

본 논문은 먼저 CISG 제3조에서 제작물 공급계약이나 노무 및 서비스 계약과 관련하여 해석기준의 판단을 위해 제1항과 제2항을 중심으로 관련된 국내 및 해외 문헌을 위주로 분석하였다.

1. CISG 제3조

김민중(2009)⁶⁾은 CISG 제3조 제1항에서 제작물공급계약의 적용 여부 기준을 정할 수는 없고 적용요건으로 ‘essential’ 이 결정되어야 한다고 하였다. 제2항 ‘preponderant’ 는 50%가 넘을 때만 CISG가 적용이 된다고 하였다.

심종석(2013)⁷⁾은 CISG 제3조의 조문해석을 일반론으로 하여, 이 규정이 적용된 판결례로부터 해석하여 실제적 이해를 도모하고자 하였다. 제3조는 CISG의 실질적 적용 범위를 제조될 물품의 매매계약과 일정한 한도 내에서 매수인에게 제공해야 할 서비스계약까지 포함되어 있으나 유의할 사항으로 ‘substantial’ 등의 판단기준에 관하여 규정하고 있지 않다고 하였다.

정형진(2010)⁸⁾은 CISG 제3조를 제작물공급계약, 노무 또는 용역공급계약, 완제품 인도 계약, 혼합계약 등을 명시적인 규정이 아닌 애매한 용어를

6) 김민중, 유엔 매매법의 적용 범위와 관련한 몇 가지 문제, 전북대학교 법학연구 29, 2009 12, pp.47~80

7) 심종석, CISG의 적용 범위에 관한 법적 기준과 판결례에 관한 고찰, 한국경영법률학회, 2013, pp.319-356

8) 정형진, 국제물품매매계약에 관한 UN 협약 제3조에 관한 고찰, 한국경영법률학회, 2010, pp.375-389

판단하는 기준과 비율의 문제를 고찰하였으며 CISG를 해석에 있어 기준의 판단이 불확실할 경우 계약서에 CISG에 의하여 규율할 것을 의도하는 것이 좋다고 하였다.

정홍식(2010)⁹⁾은 배제되는 거래 유형에 CISG 적용의 가능성을 보며 제3조에서 규정하는 주문생산계약과 서비스매매는 CISG에서 명시적인 규정이나 지침을 주고 있지 않아 배제되는 거래 유형에 협약적용이 가능성 여부를 양 당사자가 명시적으로 합의할 것을 제시하였다.

2. 국제상거래에서 계약의 유형에 따라 적용 여부

서헌제(2009)¹⁰⁾는 판매점 계약과 합작 투자계약은 CISG가 적용이 되지 않는다고 판시된 사례를 보여주면서 독점판매점 계약과 매매계약 양 요소를 모두 가지고 있는 경우 매매계약의 부분에서는 적용이 된다고 하였다.

송양호(2018)¹¹⁾는 CISG 제3조에서 판매대행계약, 제품의 유통계약과 판매점 계약, 라이선스 계약이 한국법원에서의 적용 여부를 판례로 분석하였다.

심종석(2013)¹²⁾은 판매점 계약(distribution agreement)은 주로 조직적인 판매에만 이해를 두고 있어 물품의 소유권이 이전될 수 없기에 CISG의 적용이 되지 않는다고 하였다. 그러나 분배계약을 이행하기 위하여 체결된

9) 정홍식, 국제물품매매협약 적용 하에서 매매계약 체결에 관한 실무적 고려사항, 통상법률, 2010, pp.10-39

10) 서헌제, 주요국에서 CISG의 적용과 우리의 과제 - 미국, 중국, 한국을 중심으로-, 국제거래법학회, 2009, pp.73-105

11) 송양호, 한국법원에서의 CISG, 국제거래법학회, 2018, pp.39-78

12) 심종석, CISG의 적용 범위에 관한 법적 기준과 판결례에 관한 고찰, 한국경영법률학회, 2013, pp.319-356

물품매매계약의 경우 적용된다고 하였다. 컴퓨터 하드웨어에 관한 매매계약은 CISG의 적용이 가능하나 소프트웨어에 관한 매매계약은 물품의 위험과 이전에 대한 시기와 장소 및 계약 당사자의 권리와 의무의 확정이라는 시각에서 문제점을 가지기 때문에 적용이 되지 않는다고 하였다.

윤자영(2005)¹³⁾은 CISG는 가능한 확대적용을 권장하고 있다는 견해를 가지며 특히 물적 적용 범위에서 소프트웨어계약과 서비스계약을 중심으로 살펴보았다. 컴퓨터소프트웨어의 경우 4가지 유형으로 나누어 소프트웨어가 국제상거래에서 CISG의 적용이 가능하다고 하였으며 서비스 거래의 경우 CISG의 적용을 부정한 판례가 다수이나 최근 소수의 다양한 형태의 계약에서 적용을 긍정한 판례를 보여주면서 물품의 매매계약과 서비스계약이 동시에 이루어지는 계약에는 추가가격의 비율이 낮다고 하더라도 매매계약으로서 물품과 서비스는 불가분의 관계이므로 적용되어야 한다고 하였다.

정형진(2011)¹⁴⁾는 물리적 매개체가 없는 노하우계약(know-how)은 CISG가 적용이 되지 않는다고 하였으며 현재의 국제상거래의 유형에 따라서는 적용 여부의 분류가 쉽지 않다고 하였다.

최상희(2010)¹⁵⁾는 정보화 사회에 있어 소프트웨어계약이 차지하는 중요성은 크지만 CISG의 제정 당시에는 미처 생각하지 못한 문제로서 소프트웨어계약이 CISG 제3조에 적용되는지를 연구하였다.

한규식(2003)¹⁶⁾은 혼합계약은 CISG의 규정 대부분이 물품의 물리적 측면이 관련되는 반면에 서비스계약은 물리적인 손상문제를 발생하지 아니한 면에서 통일적 접근방법이 필요하다고 하였다. 턴키 계약(turnkey

13) 윤자영, 국제물품매매계약에 관한 국제협약의 적용 범위의 확대 가능성과 한계, 이화여자대학교 석사학위논문, 2006, p.25-66

14) 정형진, CISG의 기본적 적용요건, 한국경영법률학회, 2011, pp.427-443

15) 최상희, 소프트웨어 거래에 대한 CISG 적용 여부에 대한 일고찰, 한국경영법률학회, 2010, pp.555-579

16) 한규식, CISG에서 적용 대상거래의 확대 가능성, 한국국제상학회, 2003, pp.3-18

contracts)은 매도인이 물품과 서비스를 동시에 제공하는 혼합거래임으로 중장비를 포함한 주요 자재는 본국에서 반입하고 노동력은 현지인으로 충당하는 것이 현재 국제상거래의 형태임으로 매도인이 노동, 서비스 대부분을 공급하는 것이 아니므로 CISG의 적용 가능성이 있다고 보았다.

3. CESL

박영복(2013, 2015)¹⁷⁾는 연구에서 제안된 CESL과 CESL을 위한 유럽의회 수정안을 중심으로 전체적 면에서 특징과 유의할 점에 관해 설명하였다. 일반원칙과 유사하지만 상이한 용어, 적용과 해석에 있어서 합리성과 기대가능성 등을 기술하면서 CESL의 적용 범위와 법적 성질 등 비판이 많아 향후 연구가 필요하다고 하였다.

박희호(2015)¹⁸⁾는 연구에서 CESL의 물적 적용 범위에서 CISG와 뚜렷한 차이인 디지털콘텐츠의 거래에 관해 설명하였다. 디지털콘텐츠가 제공되는 계약의 유형을 나누어 적용 여부를 보았으며 다른 통일규범과의 비교를 통하여 연구할 수 있는 가치가 있다고 하였다.

오석웅(2014)¹⁹⁾은 연구에서 CESL의 적용 범위와 주요특징을 CISG와 비교하였는데 특히 CISG 제3조와 CESL의 규정들과 비교하며 CESL이 넓은 범위를 적용 가능하다는 점을 시사하였다.

17) 박영복, 유럽 공통의 매매법 - 유럽 공통매매법에 관한 EU 규칙을 위한 유럽의회 수정안을 중심으로- 외법논집, 2015, pp.207-238

박영복, EU 집행위원회에 의해 제안된 유럽 공통매매법에 관한 규칙, 외법논집, 2013, pp.37-62

18) 박희호, 유럽 공통매매법(CESL)을 통해서 본 디지털콘텐츠 거래의 규율 방향에 관한 연구, 외법논집, 2015, pp.117-138

19) 오석웅, 보통 유럽매매법(CESL)의 적용 범위와 적용상 주요특징 - 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(CISG)과 비교하여-, 국제거래법학회, 2014, pp.29-51

제2장 CISG의 물적 적용 범위

제1절 CISG

유엔국제거래법위원회(The United Nations Commission on International Trade Law; 이하 UNCITRAL)를 중심으로 국제매매에 관한 통일법을 제정하기 위해 여러 해에 걸쳐 노력한 끝에 1964년 헤이그에서 ‘유체동산의 국제적 매매계약의 성립에 대한 통일법에 관한 협약’(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods; 이하 헤이그 매매법 또는 ULIS)이 채택되었다. 그러나 1972년 발효된 ULIS는 적용 범위가 매우 넓고 선진국들의 이익만을 반영하였으며, 당사자자치를 허용하지 않고 강행적 적용을 시도하였다는 비판을 받으며 소수의 국가만이 가입하여 협약의 실효성을 발휘하지 못했다. 이에 1968년 UNCITRAL은 ULIS의 실패를 거울삼아 국제매매에 관한 새로운 협약 제정을 위한 작업을 시작했고, 1980년에 UNCITRAL 총회에서 CISG를 채택하였다.

CISG가 ULIS와 달리 성공할 수 있었던 몇 가지 이유를 살펴보면 첫째로, 매매에 관한 대륙법과 영미법의 차이를 조화시켜 양대법 체계에 근접한 점이다. 이는 CISG의 전신인 ULIS가 영국과 독일 등의 서유럽 국가의 법을 기초로 성립하였으나 발효 이후 9개 국가만이 가입함으로써 실패한 조약으로 평가되나 CISG는 세계의 주요 교역국들을 비롯한 다수국가들이 가입하였다는 의의가 있다. 이 경우 물품매매계약의 준거법을 단순화 할 수 있어 준거법 협상에 따른 시간과 비용을 절감할 수 있다. 이는 준거법에 대한 무지에 따른 분쟁을 감소시킬 수 있으며, 협상력이 약한 국가의

경우 불이익을 피할 수 있을 것이다. 또 국제협약에 가입하게 됨으로써, 자국의 민상법의 입법론과 해석론에 영향을 줄 수 있어, 비교법의 발전에 기여할 수 있을 것이다²⁰⁾.

또한 ULIS와 달리 CISG는 적용 범위를 통일이 가능한 분야에 제한한 점인데, CISG 제4조에서는 적용 범위를 매매계약의 성립과 당사자의 권리의무에 관한 문제로 한정하여 매매 당사자 모두 수용할 수 있게 매도인과 매수인의 입장의 의무를 규정하였으며 그 외에도 강행적 적용의 시도가 아닌 당사자자치를 보장한 점, 가입국의 선택이 가능한 유보조항을 두어 많은 국가의 참여를 유도하였다.

CISG가 협약 형태의 사법의 통일성 면에서 성공적이라 평가되나, CISG를 국제상거래의 적용에 있어 많은 문제점이 제기되고 있다. CISG의 제정 작업은 20세기 전반부에 이루어졌으며, 이 시기의 국제거래는 대부분 물품의 생산과 공급에 기초하고 있었다. 따라서 제정 작업의 과정에서는 당시의 거래 형태를 고려할 수밖에 없었을 것이다. 전통적으로 국제거래법²¹⁾은 물품매매에만 한정되어 현재 적용 여부에 관해 가장 많은 문제점이 되는 소프트웨어 거래나 서비스 거래의 경우 규정의 필요성을 느끼지 못하였다. 그러나 현재의 국제거래는 물품의 매매과정의 다각화, 형태의 복잡성 등으로 매매의 규정이 복잡해 졌다. 다국적기업의 등장으로 전 세계의 다양한 국가를 생산기지로 활용하여 국제상거래의 증가로 이어지게 되었고 생산과 제조, 판매의 역할이 나뉘게 되어 전에 없던 새로운 방식의 매매계약이 발생하여 CISG 만으로는 적용하기에는 많은 부담이 생기게 되었다.

20) 석광현, “UNCITRAL이 한국법에 미친 영향과 우리의 과제”, 한국비교사법학회, 2018, pp.1039-1110

21) 미국 통일상법전(UCC 2-105(1))는 물품을 ‘things which are movable at the time of identification to the contract’로 정의하고 있다.
Choi, Young-Ran, “Is the CISG Applied or Excluded? Cases Related to Products Liability and Software Transactions”, 2010, pp.61

제2절 CISG의 적용 범위와 적용 제외사항

CISG는 전문과 4개 편, 101개의 조항으로 구성되어 있는데 협약의 적용 범위와 해석원칙 등을 규정하고 있는 제1편 적용 범위와 총칙(Sphere of Application and General Provision), 청약과 승낙에 의한 계약 성립에 관한 제2편 계약의 성립(Formation of Contract), 매도인과 매수인의 의무, 위험의 이전, 공통된 의무 사항을 담고 있는 제3편 물품의 매매(Sale of Goods), 마지막으로 제4편은 최종조항(Final Provision)으로 구성되어 있다.

CISG 상 적용 범위를 살펴보면 물품의 매매에 관한 국제거래에만 적용함으로써 순수한 국내거래는 적용 범위에서 배제하였고 기존의 국내법에는 영향을 미치지 않음을 규정하고 있다. 이는 거래당사자들이 명시적으로 CISG를 준거법으로 정하는 것이 아님을 밝히지 않고 특정국의 법을 준거법으로 선택할 경우 거래당사자가 체약국이라면 CISG가 준거법의 지위를 갖게 된다.

국제 매매계약에서 물품의 거래에만 적용하며, 기준이 국적이 아닌 거래 당사자들의 영업소를 기준으로 다른 체약국에 소재하는 영업소 간의 거래에만 적용됨을 명시하고 있다.

1. 물품

CISG는 물품의 매매계약(contracts of sale of goods)에만 적용된다. 물품이란 상품으로서 보편적으로 “이동이 가능하고 만질 수 있는 것 (movable and tangible)²²⁾” 이며 중고 물품, 신제품, 살아있는 것과 죽은

22) UCC 2-105

것, 고체성의 여부 등은 물품성과 상관이 없으나 지적 재산권과 회사의 지분, 채권 등은 물품이 아니다. CISG가 적용되는 물품은 명시적인 규정 없이 물품의 개념을 매매계약의 목적을 구성하는 모든 목적물을 포함하도록 넓게 이해된다. 이에 국내법상의 개념보다는 CISG 제7조²³⁾의 규정에 따라 적용의 통일성과 국제적 성격을 고려할 필요가 있다.

물품매매에 적용되는 미국의 통일상법전 Article 2(이하 UCC)를 보면 물품의 개념이 상세히 정의되어 있다. UCC에서 물품이란 매매계약의 확정 시에 이동 가능한 물건을 말하며 이에 주문 제작된 특별제품, 장래에 완성될 물품, 태어나지 않은 동물의 새끼, 농작물, 부동산에 부착된 물건 등을 말하며 정보, 통화, 투자증권, 외환 등은 제외된다²⁴⁾.

한국 민법에서는 ‘부동산 이외의 물건이 동산이다’²⁵⁾라고 규정되어 있다. 이 규정은 추상적이기 때문에 물품의 개념을 폭넓게 해석해야 한다는 의견이 다수이다²⁶⁾.

2. CISG의 적용 제외사항

CISG 2조는 CISG에 적용되지 않는 물품을 거래의 유형, 구입 목적, 물품의 종류로 나누어 명시해 놓았다.

개인용, 가족용 또는 가사용으로 구입 되는 물품의 매매는 CISG가 적용되지 않음을 규정하였다. 그러나 계약의 체결 전이나 체결 시에 물품이 그러한 용도로 구입 된 사실을 매도인이 알지 못하였거나 또는 알았어야

23) 이재현, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석”, 외법논집 32권, 2008, p.226

24) UCC 2-103 (k)

25) 민법 제99조 제2항

26) 윤남순, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 적용대상”, 한국경영법률학회, 2011, pp.17-25

하는 경우에는 제외한다²⁷⁾. 이는 소비자 계약의 경우 각 국가 간 소비자를 보호하기 위하여 제정한 강행규정을 적용함으로써 구입 목적에 따라 CISG의 적용을 배제하였다. 매수인에게 물품을 구매하는 실질적인 용도보다는 계약 체결 당시 의도하는 사용 목적이 기준이며, 개인이 개인용 목적으로 구매하거나 그 밖의 소비재용 물품은 적용되지 않는 이유는 국제매매에서는 소비자가 직접 물품의 매매를 계약하는 것이 흔하지 않으며 일반 소비자의 구매행위 자체를 CISG에 적용한다는 것이 적당하지 않기 때문이다. 그러나 개인이 상업용이나 전문용으로 구매하는 물품은 CISG가 적용된다.

경매에 의한 매매에는 법적 경매나 개인적인 경매 모두 포함되며, 이유는 각 국가 간 국내법에 특별규정을 두는 경우가 많으며 낙찰 시까지 매수인이 누구로 결정될지 불확정적이어서 물품의 가격을 특정하기가 곤란하여 CISG의 적용 여부가 불분명하기 때문에 제외하였다²⁸⁾.

강제집행의 경우에도 각 국가 간 국내법 규제가 적용되며, 사법과 행정 집행 등으로 이루지는 매매, 개별적 강제집행 등 모두 당사자 간 계약조건에 대한 협상이 제한되기 때문에 CISG의 적용을 배제하고 있다²⁹⁾.

채권, 주식, 투자증권, 화폐의 매매도 물품의 개념에 포함 시키기에는 부적합하고 각국이 국제사법상 강행법규와의 충돌을 피하고자 CISG의 적용대상에서 제외한다³⁰⁾. 그러나 창고증권이나 B/L과 같은 인도증권에 의한 매매는 물품거래를 목적으로 한 것이므로 CISG가 적용된다.

선박과 항공기, 부선, 공기부양정의 매매 역시 대부분 국가들이 부동산에 준하는 등록제도로 관리하기 때문에 CISG의 적용에서 제외하고 있다³¹⁾. 그러나 엔진과 같은 중요한 구성요소로 이루어진 부품에 관한 매매

27) CISG 제2조 (a) 호

28) CISG 제2조 (b) 호

29) CISG 제2조 (c) 호

30) CISG 제2조 (d) 호

31) CISG 제2조 (e) 호

는 CISG가 적용된다.

전기사업은 각 국가 간 특별법이 적용되어 규제하며 뿐만 전기의 공급에 관한 거래는 계약서에서 상세히 정하는 경우가 많으므로 CISG의 적용에서 제외된다³²⁾. 그러나 원유, 석탄, 가스, 우라늄 등의 거래³³⁾에는 CISG가 적용된다는 사례가 있다.



32) CISG 제2조 (f) 호

33) CLOUT case 176 : Court of Oberster Gerichtshof, Austria, 06/02/1996

제3절 제작물 공급계약

CISG 제3조 제1항은 협약의 물적 적용 범위를 정의하는 규정 중 하나이다. 당사자 일방이 상대방의 주문에 따라 자신의 재료를 사용하여 제작한 물건을 제작물공급계약이라고 한다. 공급업자(supplier)의 노동과 재료로 물품을 제조하는 경우는 매매계약으로 취급하나 물품을 주문한 당사자가 중요한 부분을 공급 약정한 경우는 협약의 적용을 배제하고 있다.

1. 생산에 필요한 노동과 재료 (Materials necessary)

제3조 제1항의 해석에서 핵심요소 중 노동과 재료는 물품을 주문한 당사자에 의하여 제공되는 것만이 협약의 적용에 배제되는 사안이다. 제조되는 물품이 일반적인 상품인지 주문에 맞춘 상품인지 여부와 제조과정에서 제3자에 의한 서비스 여부는 관계가 없다. 물품을 주문한 당사자에 의한 재료로부터 염색, 재단, 단순한 처리, 수리, 보관, 정비 등은 협약의 범위에 속하지 않는다³⁴⁾.

물품의 포장 및 운송, 테스트에 필요한 재료 같은 부속 요소도 제외되는데 이는 노동과 재료의 경우 상품의 제조 또는 생산에 필요한 요소로 보지 않기 때문이다.

34) 정형진, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약 제3조에 관한 고찰”, 한국경영법률학회, 2010, pp.375-389

2. 실질적(Substantial part) 기준

‘substantial’의 기준은 상당히 모호하여 학자들 간 대립되는 의견이 많다. ULIS의 경우 ‘essential(필수적인), substantial(실질적인) 부분’이라고 규정되어 있으나, CISG의 영어판에서는 ‘essential’이 제외되었으며, 프랑스판의 경우 ‘substantial’이 제거되어 문제가 되었다. 이에 학자들은 의미가 명확하지 않은 ‘substantial’을 구분하기 위해 ‘주요 부분 (major part)’나 ‘중요한 부분(important part)’ ‘상당한 부분(considerable part)’ 등으로 대체하려 했지만 큰 도움이 되지는 못하였다.

이에 ‘substantial’이라는 용어의 정량화할 필요성이 대두되었으며 당사자들에 의하여 부담된 재료의 부분에 대해 경제적 가치, 부피, 최종결과물에 대한 각각의 기여의 중요성이 제안되었으며³⁵⁾ 대부분의 학자들은 경제적인 가치를³⁶⁾ 매도인이 제공한 재료는 CISG의 적용을 배제하기 위하여 매수인이 제공한 재료와 비교하여 경제적 가치가 높아야 한다고 말한다. 경제적인 가치는 백분율의 쟁점을 제기하는데 학자에 따라서 매수인이 제공한 재료의 가액이 전체 재료의 15%³⁷⁾라 주장하거나, 50% 이상³⁸⁾이라고 주장하는 등 의견이 나뉜다. 경제적 가치의 기준이 시세(market price)로 평가되는 경우는 시기에 따라 가변적이기 때문에 전체에서 차지하는 비중은 고정적이지 않을 것이다. 이는 불확실성을 가져오게 된다는 단점이

35) 정형진, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약 제3조에 관한 고찰”, 한국경영법률학회, 2010, pp.375-389

36) Professor Schlechtriem은 구매자가 공급한 자재의 경제적 가치가 실질적인지 여부를 평가하는 것이 출발점이며, 제품 기능을 위한 재료의 중요성에 대한 고려가 완전히 배제되어서는 안 된다고 하였다.

37) John o Honnold, *Uniform Law*, 59

38) Peter Schlechtriem, *The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz, 1986, p. 31

있으나 기준으로 삼기에 직관적이라는 의견이 우세하다. 계약서에 다른 표시가 없는 경우 계약 성립 시에 구매자 시장의 가격일 것이나 계약의 성립 후의 가치의 증가나 하락은 CISG의 적용 가능성을 결정하지 않아야 한다.

다른 학자들은 ‘substantial’이라는 용어의 해석을 상품의 본질, 필수적인(essential), 즉 당사자가 제공한 자료의 품질이나 기능에 기초³⁹⁾해야 한다고 말한다. 필수기준은 경제적 가치가 불가능하거나 적용하기에 적절하지 않은 경우에만, 즉 양 당사자가 제공한 자료의 비교가 거의 같은 가치에 도달할 때에만 고려된다.

하지만 고정된 비율을 고려하는 것은 각 사례의 특수성을 생각하면 임의적이며, 수치로 나누는 것 또한 불분명하여 사전에 백분율로 정량화보다 사례별 분석을 통해 전체 평가를 기반으로 결정하는 것이 바람직해 보인다. 또 실무적으로 국제거래의 당사자들은 계약에서 CISG의 적용 여부를 명시적으로 밝히는 것이 옳은 방법이다.

39) Bernard AUDIT, “La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980), Droit des Affaires. Paris:L.G.D.J”, 1990, pp. 25-26. And OLG Munchen. 3 December 1999(Germany)

제4절 노무 및 서비스 공급에 대한 계약

제3조 제2항은 물품을 공급하는 당사자의 의무의 ‘대부분’(preponderant)이 노무 및 기타 서비스의 제공에 의존하는 계약은 CISG의 적용을 배제한다. 이는 설비건설계약과 같은 노무, 서비스의 가치가 공급 물품의 가치보다 높거나 매매 이외의 다른 요소의 가치비율에 따라 적용 여부가 결정되는 혼합계약 등이 해당한다.

1. 노무 및 기타 서비스

계약을 이행해야 할 매도인의 의무로 CISG에 의하여 요구된 바에 따라 물품을 인도하고, 이와 관련된 모든 서류를 교부하여야 하며, 물품에 대한 소유권을 이전하여야 한다⁴⁰⁾. 매도인이 포장이나, 배송, 운송계약 등 부가적인 서비스를 제공할 시에는 양 당사자 간 계약이 협약의 적용에 아무런 문제가 되지 않으며, 상품 자체를 생산하기 위해 행한 작업은 노동 또는 기타 서비스의 공급으로 간주되지 않아야 한다.

2. 혼합계약

CISG에서 움직일 수 없는 건물 등의 제조 및 작업은 상품(goods)의 판매에서 제외된다. 그러나 인도 시에 움직일 수 있는 부동산 자산과 결합되는 구성요소를 포함하고 있는 경우에 예를 들어 운송계약과 함께 건물을 건축할 재료들이 부수적인 설치의무를 수반하는 서비스 계약 시에는 적용

40) CISG 제30조

이 될 것이다. 그러나 건물을 건축하거나 매수인이 소유한 대지에 매도인이 설치할 조립식 주택 또는 공장설비를 인도할 의무 등 물품과 서비스는 연계성을 가지고 있어 계약에서 물품과 서비스를 함께 포함하고 있는 경우 CISG가 적용되는가에 관한 문제가 제기될 수 있다. 준거법이 지정되어있는 것이 일반적이나 준거법이 지정되어있지 않는 경우 CISG가 일반적으로 적용될 수 있을 것이나, 당사자의 묵시적인 의도를 고려하여 전체 계약에 적용될 수 있는 적절성이 있는지 개별계약에 적용될 수 있는 분리 가능성이 있는지를 살펴보아야 한다⁴¹⁾. 매도인이 매수인이 제공한 노무 또는 기타 서비스를 제공할 의무가 있는 계약에서 그 의무가 대부분일 경우에는 CISG의 적용대상이 아니기 때문에 제3조 제2항은 물품을 공급하고 서비스를 제공하는 의무가 있는 혼합계약을 전제로 하고 있다. CISG의 적용 여부를 확인하기 위해서는 상품과 관련된 의무와 노동 또는 서비스의 의무를 비교할 필요가 있다.

‘턴키 계약(turnkey-contract)’이 CISG 제3조 제2항에 의해 규율되는지 대한 논쟁이 많다. 턴키 계약이란 설계 시공 일괄 발주 방식으로 구매자가 하나의 공급자와 설계 및 시공을 수행하는 계약이다⁴²⁾. 국제상거래에서 통용되는 턴키 계약의 방식은 공급자가 재료의 조달, 토지의 구매, 설계와 시공, 시 운전 등 모든 서비스를 제공한 후 바로 사용 가능한 상태에서 구매자에게 인계해주는 계약이나 CISG에서 턴키 계약은 적용되지 않는다는 의견과 판례가 다수이다. 이유는 물품매매의 요소들이 순수 턴키 계약의 경우 해당 서비스에 대한 당사자의 가치가 우세한 경우가 많고 물품의 공급으로 구성되지 않은 가치가 우세한 경우가 많아 물품매매의 요소들이 전

41) 한규식, “CISG에서 적용 대상거래의 확대 가능성”, 한국국제상학회, 2003, pp.3-18

42) 서경, 김경옥, “국제 턴키 수출 계약 시 공급자의 주요 고려사항: ICC Model Turnkey Contract for Major Projects(Pub.659)를 중심으로”, 한국상업교육학회, 2012, p4 턴키 계약이란 열쇠(Key)를 돌리면(Turn) 바로 사용가능한 상태로 상품을 제작하여 구매자에게 인계하는 형태의 계약을 말한다.

면에 드러나지 않기 때문이다⁴³⁾).

CISG는 물품과 서비스의 공급에 관한 단일 계약만의 혼합계약을 적용한다. 재화와 용역의 공급에 대한 하나의 계약이 있는 경우에는 혼합계약은 협약에 적용될 것이나, 당사자들이 두 개의 서로 다른 별개의 계약을 체결한다면 매매계약에는 협약이 적용될 것이며, 서비스계약에는 국내법이 적용될 것이다. 물품과 서비스에 대한 다른 의무가 하나의 혼합계약인지 별개의 계약인지의 여부는 계약 해석의 문제이다. 당사자들 간의 계약 해석에서 관련 요소에는 특히 전체 내용과 가격의 구조, 계약에 따른 다른 의무들 사이에 가중치가 포함된다. 이에 계약의 가중치를 판단하는 척도로서, 제3조 제2항은 ‘대부분(preponderant part)’이라는 용어가 규정되어 있다.

3. 대부분(Preponderant Part)

하나의 계약 전체에서 물품을 공급하고 서비스를 제공할 의무가 있는 경우에 서비스 부분이 물품을 공급하는 부분보다 우세한지를 가늠하기 위한 가중치의 척도로서 제3조 제2항에서는 ‘preponderant’이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 제3조 제1항의 ‘substantial’이라는 용어와 같이 모호하며 명시적인 기준이 없어 논쟁의 여지가 있다.

분리된 별개의 계약이라는 가정하에 가격을 기본으로 물품의 경제적 가치와 서비스의 경제적 가치를 각각 비교하여야 한다. 그러나 개별계약의 가격과 비율의 결정은 당사자마다 물품과 서비스의 가치를 다르게 평가하거나, 잘못된 방법으로 가치를 평가할 수 있기에 쉽지 않다.

43) Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods”, 2005, para 8 at p.61

이에 ‘preponderant’는 계약의 서비스 부분이 대부분으로 인정되기 위한 기준으로 50%보다 많아야 한다는 의견이 유력하나 CISG의 적용 여부의 예측 용이성을 위해 서비스의 가치가 50%를 초과하여야 한다는 주장도 있다. 따라서 양 당사자 간의 계약서에 규율할 것인지 아닌지를 명확하게 하는 것이 좋을 것이다.



제5절 국제상거래

국제상거래란 국가 간의 상거래(business transaction 또는 business trade)로서, 단순히 국적이 다른 당사자들 간의 거래 보다는 서로 다른 국가에 영업지를 둔 당사자 간의 상거래를 대상으로 한다. CISG 제1조에서는 국제물품매매계약에 관한 국제성의 요건을 규정하고 있는데 ‘영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자 간’으로 규정⁴⁴⁾하고 있다. 상거래란 상품의 거래(Trade in Goods), 기술 및 용역거래(Trade in Technology and Service), 자본의 거래(Trade in Capital)를 포함하는 개념으로 볼 수 있다.

국제상거래에서 통상 서로 다른 국가에 영업지를 둔 당사자들 간의 상품 매매와 기술이전이나 도입, 수출을 위한 라이선스 계약(license), 수출 물품의 외국판매를 위한 판매점 계약(distribution agreement), 서비스 매매 계약이 포함된 턴 키 계약(turnkey contract), 컴퓨터를 포함한 소프트웨어 계약(software contract) 등을 다양한 계약유형들이 발생하게 되었다.

이러한 계약유형의 다양성은 전통적인 제조산업에서 국제상거래의 기술 서비스와 통신체제에 기초한 산업으로 변모하고 있다는 사실을 보여준다. 국제상거래의 성격은 CISG의 제정 이래 크게 변화하였고 국제거래에서 물품매매계약을 함에 있어 CISG의 적용 여부가 어려워져감에 따라 오늘날의 국제상거래에서 CISG의 영향력은 약해져 간다고도 볼 수 있을 것이다. 변화하는 환경에 적응하기 위해 별도의 국제협약을 만드는 것 또한 하나의 방법이 될 수 있을 것이나 가까운 미래에 실현될 가능성은 적을 것이다. 국내법의 개정은 쉬운 편이나 국제법의 개정은 쉽지 않고 다양한 국제상거래 영역을 포괄하는 광범위한 국제협약을 만든다는 것 또한 어려운 문제이

44) 김상만, “CLOUT 판례분석을 통한 CISG의 적용요건으로서의 국제성에 대한 고찰”, 2012, 아주법학, 2012, p.608

기 때문이다.

신창섭(2000)은 CISG가 국제상거래에서 발생하는 많은 문제에 대해 해답을 제시해주고 있음에도 불구하고 상거래의 형태에 있어 제한적이라 하였다⁴⁵⁾. CISG는 물품매매계약에만 적용되기 때문에 국제상거래에서 제한적인 적용 범위를 가지기 때문이다.

그러나 CISG의 자동집행조약(self-executing treaty)⁴⁶⁾의 성격은 입법부에 의한 별도의 입법을 요구하지 않는 점에서 다른 국제상사협약과는 다른 영향력을 가지고 있다. 각 체약국의 국내법으로 적용되고 체약국의 당사자에게 직접 협약의 규정을 원용 가능하며 국제물품매매에 관련있는 문제에 대해서 동일법과 법 원칙을 적용할 수 있기 때문이다. 체약국에 구속력을 갖고 국제계약에 예측 가능성을 준다는 통일법적 성격에서 CISG와 국제상거래에서 다양한 계약의 적용 여부를 보는 것은 의의가 있다고 생각한다.

45) 신창섭, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 서비스 거래에의 적용 가능성에 관한 연구”, 한국경영법률학회, 2000, pp.441-480

46) 한나희, 하충룡, “미국법원의 판례를 통한 CISG 적용상의 함의”, 통상정보연구, 2016, p.197

제3장 국제상거래에서 CISG 제3조 적용의 한계점 사례

제1절 CISG 제3조 제1항 사례

<표 1> CISG 제3조 제1항 (Materials necessary) 사례

조항	CISG 제3조 1항
CISG 제3조 1항 : Materials necessary	CLOUT case 2 : Court of Oberlandegericht, 17/09/1991 CLOUT case 331 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich 10/02/1999 CLOUT case 1734 : Court of Appeal of Colmar.First Civil Division 18/10/2017
	CLOUT case 157 : Court of Appeal of Chambery, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993

1. Materials necessary 사례

‘materials necessary’의 용어가 모호함으로 인해 제품 생산에 필요한 기술(technology), 도면(drawings), 기술 사양(technical specifications), 공식과 설계(formulas and designs) 등이 포함되느냐의 문제점이 있어 대립되는 판례와 학자들의 의견이 생기게 되었다. 이중 설계와 기술 사양이 CISG에 적용하였던 판례인 프랑스 커넥터 사건⁴⁷⁾을 보면 이탈리아 회사의 매수인인 피고가 프랑스 회사의 매도인인 원고에게 커넥터를 주문하였는데

47) CLOUT case 157 : Court of Appeal of Chambery, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993

커넥터는 이탈리아 구매회사가 제공한 설계를 기반으로 제조되었으며 판매회사가 정한 품질관리표준에 따라 검사되었다. 양 당사자들 간 다양한 문제가 발생하여, 1991년 6월 18일, 판매자는 배달된 물품에 대한 가격의 지불이 되지 않았다는 이유로 Bonneville 지방 법원에 소송을 제기하였으며, 구매자는 항소를 제기했다. 법원은 분쟁이 발생한 계약이 CISG가 적용되지 않는다는 것을 발견하였는데 CISG 제3조 제1항의 적용 내에서 매도인이 상품의 생산에 필요한 재료가 매수인의 설계와 기술 사양으로 상당한 부분 제공되었다고 판단하여 CISG의 적용을 배제하였다. 이는 설계와 기술 사양이 재료에 포함 시킨 대표적인 판례이나 모두 재료개념에 포함되는 것은 아니며, 물품의 독창성, 배타성에 기여 하는 디자인이나 설계도면 같은 경우에만 협약의 적용대상에 포함되는 것이며, 다른 판례들을 살펴보면 대부분 설계와 기술 사양 등은 재료에 포함되지 않는 경우가 많다.

스위스 책사건⁴⁸⁾은 스위스 구매자인 피고는 이탈리아인 판매자인 원고에게 여러 차례에 걸쳐 미술책을 인쇄, 바인딩, 공급하도록 의뢰했다. 피고가 미납 구매가격을 지불하지 않자 원고는 소송을 제기했다. 그 후, 피고는 책 한 권의 선적에 대한 적합성의 결여를 주장하여, 가격 인하와 피해에 대한 권리를 부여했다. 법원은 CISG를 적용할 수 있도록 당사자들 간의 법적 관계를 제3조 제1항에 따라 제조될 상품의 판매로 분류하였다. 이는 구매자, 즉 피고가 원고에게 인쇄, 바인딩, 공급 등 설계와 기술 사양 등을 의뢰하였으나 법원에서는 이를 재료에 포함된다고 보지 않았기에 CISG의 적용이 가능하다고 판시하였다.

독일 신발 사건⁴⁹⁾을 보면, 이탈리아의 제조업체인 원고는 독일의 피고인으로부터 130 켈레의 신발 샘플들을 피고인의 기술 사양으로 주문제작을

48) CLOUT case 331 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich 10/02/1999

49) CLOUT case 2 : Court of Oberlandegericht, 17/09/1991

받았다. 제조업체는 무역박람회에서 이러한 사양에 따라 생산된 신발은 전시하였으며, 구매자의 라이선스 상표를 부착하여 사용하였다. 그러나 무역박람회 후 하루 만에 피고인이 관계를 중단하고 130 켈레 신발 샘플들의 가격을 지불하지 않는다고 통보하였다. 법원은 독일 국제사법에 따라 이탈리아의 준거법으로 CISG를 적용하였으며 위와 같은 이유로 CISG 제3조 제1항에 따라 적용 가능하다고 판시하였다.

프랑스 커넥터 사건의 판례는 노하우계약(know-how)과 같이 설계 등이 재료에 포함되지 않는 계약이 CISG의 적용 범위에 들어가기 때문에 많은 비판을 받았다. 노하우계약은 물리적 매개체가 없는 경우가 많아 물품의 개념이 적용될 수 없기 때문이다⁵⁰⁾.

조사 연구기관이 고객에게 시장조사(market research)를 제공하기로 한 계약⁵¹⁾은 종이로 인쇄되어 보고서(물리적 매개체)로 전달이 된다고 하더라도 주 계약은 단순한 서류의 전달이 아닌 종이로 옮겨진 아이디어를 사용할 권리이므로 CISG의 적용이 되지 않은 판례가 있었다. CISG의 입법 당시 반대와 CISG 제42조 제2항⁵²⁾ 제3자의 지적 소유권 조항에도 볼 수 있듯이 노하우계약은 CISG의 적용 범위에 들지 않는다⁵³⁾.

50) 정형진, “CISG의 기본적 적용요건”, 한국경영법률학회, 2011, pp.427-443

51) CLOUT case 122 : Court of Oberlandesgericht Koln 26/08/1994

52) CISG Art. 42(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where; the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

53) Kate Lannan, Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 국제거래법학회, 2005, p.12

2. Substantial 사례

<표 2> CISG 제3조 1항 (Substantial) 사례

조항	CISG 제3조 1항
CISG 제3조 1항 :	CLOUT case 164 : Arbitration Court of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitral 05/12/1995 CLOUT case 325 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich 08/04/1999
Substantial	CLOUT case 430 : Court of Appeal of Chambery, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993

CISG는 구매자가 공급한 재료가 얼마나 ‘substantial part’ 인지 특정 기준을 명시하지 않아 몇몇 법원의 판례에서는 ‘quantitative test’에 의해 결정되었다.

헝가리 컨테이너 사건⁵⁴⁾을 보면 헝가리 회사와 오스트리아 회사 간 컨테이너 판매계약을 맺었으나 오스트리아 회사가 배송된 상품 일부만 비용을 지불했다. 이에 미결제 잔액 결제를 요청했으나 상품의 상태가 좋지 않다는 이유로 지불을 거절했다. 중재법원은 당사자 간의 계약에 따라 CISG를 적용했으며, 헝가리의 법률이 적용되었다. 법원은 매수인이 물품의 불일치를 발견하였거나 발견하였어야 한 때부터 상당 기간 내에 매도인에게 불일치를 기재한 통지를 하지 않은 경우, 매수인은 물품의 불일치에 의존하는 권리를 상실한다는 CISG 제39조 제1항에 따라 상품의 결함 통지를 하지 않았기 때문에 오스트리아 회사가 지불해야 하며, 이자율에 관해서는 합의된 통화로 지불할 것을 중재 판정소는 내렸다.

54) CLOUT case 164 : Arbitration Court of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitral 05/12/1995

스위스 풍차드라이브 사건⁵⁵⁾을 보면 스위스의 피고인이 독일의 원고로부터 풍차드라이브를 구매하기로 독점판매계약을 맺었다. 그러나 매수인인 스위스 피고인이 미납 구매가격을 지불하지 못하자 독일의 원고가 고소하였다. 이에 피고인은 법원의 관할권에 이의를 제기하였다. 법원은 민간 및 상업 분야에서의 관할권 및 판정의 관행에 관한 유럽공동체협약 제5조 제1항에 따라 판매점 계약이 기본계약이며 개별계약은 판매점 계약의 산하로 보아 CISG의 적용이 가능하다고 보았다. 이에 CISG가 판매자의 주된 계약상 의무가 서비스 제공이었기 때문에 CISG가 적용되지 않는다는 피고인의 주장은 기각이 되었다. 법원은 서비스 공급에 관한 규정이 당사자들의 합의나 개별 납부에 대한 판매자의 송장 어느 쪽에도 없다고 보았다. 드라이브 개발을 위한 엔지니어링 비용이 사용하는 생산에 사용되는 원재료나 반 재료 가치보다 높아 CISG의 적용을 배제하지 않았으며 드라이브의 가치가 생산에 사용되는 재료의 가격보다 훨씬 더 높다는 사실 또한 CISG의 적용을 배제하지 않았다. 구매자가 제조에 필요한 자재를 공급하는 경우에만 이를 인정한다고 판단했으며 판매자가 공급하는 재료보다 가치가 높은 상품은 CISG가 적용되지 않는다고 판시하였다.

그러나 ‘양적(quantitative test)’이 아닌 ‘상품의 품질(quality of the goods)’을 기준으로 한 다른 판례로 독일 유리창 사건⁵⁶⁾을 보면 독일의 유리창 제조업자인 원고와 이탈리아의 매도인인 피고와의 판매계약의 경우 구매자의 사양에 따라 수정되어야 하고 피고인 쪽의 기술자가 조립하는 사업장으로 배달의 경우에 법원은 시설의 노동 가치가 계약의 총 가치의 작은 부분에 불과하고 구매자의 주요 관심사는 설치 자체가 아니라 기계 자체로 보아 CISG의 적용을 인정한 사례로 법원은 구매자가 제공하는 상품

55) CLOUT case 325 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich 08/04/1999

56) CLOUT case 430 Court of OLG Munchen 03/12/1999

의 가치나 기능이 크지 않다는 상품의 품질 기준을 고려하였다.



제2절 CISG 제3조 제2항 사례

1. Seller's Obligations 사례

<표 3> CISG 제3조 제2항 (Seller's Obligations) 사례

조항	CISG 제3조 2항
CISG 제3조 1항 : Seller's Obligations	CLOUT case 302 : Court of the Arbitration of the International Chamber of Commerce 23/08/1994 CLOUT case 430 : Court of Appeal of Chambéry, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993 CLOUT case 890 : Court of Appeal of Chambéry, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993 Switzerland 8 November 2006 Civil Court basel-stadt

매도인(판매자)은 예를 들어 조립라인 설치, 파티션 설치, 공장의 부품 조립 등과 같은 개별계약의 대상이 될 수 있는 서비스를 수행할 수 있다. 이에 CISG의 적용 여부를 확인하기 위해서 여러 판례를 분석하고자 한다.

배터리 자동 조립라인 사건⁵⁷⁾을 보면, 체코의 매수인인 원고와 이탈리아의 매도인인 피고는 배터리의 완전한 자동 조립라인의 생산과 배송, 설치 계약을 체결하였다. 원고는 계약의 일부분을 해제, 미배송된 여분의 부품으로 인한 손해배상 등을 요구하며 소송을 걸었다. 중재 재판소는 당사자들 사이에 법률의 선택에서 오스트리아 법이 CISG에 적용되며, CISG 제3조를 인용하여, 계약이 CISG에 적용된다고 판시했다.

독일 유리창 사건⁵⁸⁾을 보면 독일의 유리창 제조업자인 원고와 이탈리아

57) CLOUT case 302 : Court of the Arbitration of the International Chamber of Commerce 23/08/1994

의 매도인인 피고와의 판매계약의 경우 구매자의 사양에 따라 수정되어야 하고 판매자 쪽의 기술자가 조립하는 사업장으로 배달의 경우에 법원은 CISG를 적용하였다.

스위스 이동식 파티션 사건⁵⁹⁾을 보면 이탈리아의 공급업체인 원고와 스위스에 본사를 둔 회사인 피고의 이동식 파티션을 판매하는 계약으로, 판매자는 법원에 판매가격에 대한 미결제 금액의 지불을 청구하였고, 구매자는 해당 결정에 대해 항소를 제기하였다. 판사는 이동식 파티션의 설치는 판매자가 아니라 판매자의 대리인에 의해 설치되었으며, 스위스 법원은 구매자가 언급한 결함은 파티션의 품질에 따른 것이 아니라 설치로 인한 것으로 CISG의 적용을 부정하는 증명책임에 대한 부담은 구매자에게 있으므로 증명책임을 제공하지 못한 구매자에게 가격을 지불하도록 하였다.

스위스 포장 기계 사건을 보면 원고는 스페인에 소재한 분무기, 살충제 및 가정용 공기 청정기의 판매회사로 2000년 12월 12일에 스위스의 유통 및 판매회사인 피고에게 자동 처리, 병입, 및 포장을 위한 전체 시스템으로서 컨베이어 시스템에 관한 계약을 체결하였으며, 매도인의 포장 기계의 설치 및 시 운전도 물품 대금에 포함되어 있었다. 컨베이어 시스템에는 매수인이 판매하는 물품의 가공과 주입, 밀봉, 계량, 라벨부착, 포장의 운송작업과 상자의 포장작업도 동시에 가능하도록 설계되었으며 계약 내용에는 본 물품이 약정기일까지 매수인의 공장에 인도되어야 하고 모든 부품이 약정기한 내 조립과 설치되어야 하고 기계는 즉시 가동되어야 한다고 명시되어 있었다. 이에 기계는 매도인의 공장에서 최초 시 운전을 거친 후 분해되어 스페인에 운송되었고 매수인의 공장에 도착되어 최종 조립 및 설치가 되었다. 그러나 매수인의 공장에 기계가 설치된 후 운전성능에 특별한 문

58) CLOUT case 430 : Court of OLG Munchen 03/12/1999

59) CLOUT case 890 : Court of Appeal of Chambéry, Societe AMD Electronique v. Societe Rosenberger Siam S.P.A. 25/05/1993

제가 발생하였는데 기계는 분당 150본을 생산한다는 사양을 통지했으나 180본의 성능을 보유하여야 한다고 주장하였다. 이에 매도인은 기계의 성능에 문제가 있다는 것을 인정하고 분당 150본으로 기계의 성능을 하향 조정해줄 것을 매수인에게 재차 요청하였으나, 매수인은 계약의 해제 의사를 통지하였다. 법원은 물품의 조립, 운용 인원의 교육연수 혹은 설치나 시 운전 등의 서비스를 제공하는 의무를 포함하여 물품을 인도하는 계약에는 노무 제공의 서비스가 주된 의무에 부수한다고 하여 CISG의 적용 범위에 포함된다고 판시하였다.

위의 판례들을 종합해 보았을 때 판매자 즉 물품을 공급한 당사자의 의무에서 배송의무나 상품을 조립해야 하는 의무, 부수적으로 인력을 교육하거나 유지 보수 서비스는 일반적으로 전통적인 판매에 비해 적기 때문에 CISG가 적용된다고 하였다.

2. 혼합계약 사례

<표 4> CISG 제3조 2항 (혼합계약) 사례

조항	CISG 제3조 2항
CISG 제3조 2항 : 혼합계약 턴키계약	CLOUT case 1110 : Judicial Division of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (VAS) 15/10/2009
	CLOUT case 881 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich (Commercial Court of the Canton of Zurich) 09/07/2002

서비스 공급이 부가된 혼합계약에 대해 CISG 적용 여부 판단에 있어 계

약의 조건, 당사자의 의도, 계약의 종류 및 내용, 대금의 구조 및 당사자 간 서로 다른 의무의 비중 등을 고려해야 한다.⁶⁰⁾ 혼합계약의 사례로 러시아 혼합계약 사건⁶¹⁾을 보면 러시아의 매수인과 오스트리아의 매도인과의 장비, 조립, 시 운전, 교육 및 재료 비용을 포함하는 국제물품판매계약을 맺었다. 당사자들은 판매자가 상품의 인도 및 기술 문서제공에 책임을 진다는 계약을 체결했으며 모든 계약조건이 단일 계약에 포함되고 단일 지불이 이루어졌으며, 인건비는 총금액의 약 1% 정도로 작업은 판매자가 직접 수행하였다. 법원은 장비의 조립을 포함하여 분쟁 계약과 관련된 당사자 간의 전체의 비즈니스 관계에 CISG가 적용된다고 하였으며 CISG에 장비 조립과 관련된 의무는 없으나 노동 제공과 관련된 계약을 일부 분리할 수 없다 판시하였다.

이와 반대로 턴키 계약은 CISG에 적용이 될 수 없다는 견해가 대다수이다. 턴키 계약의 판례로 스위스 폐기물 재활용 플랜트 사건⁶²⁾을 보면 독일의 피고는 스위스에 거주하는 원고에게 폐기물 재활용 플랜트(이하 WTH1)를 주문하였다. 계약에는 재활용 플랜트의 설계와 시공, 설치 및 초기의 운영 등의 계약이 포함되어 있었다. 조립 작업은 1999년 3월에 완료되어 그 후 공장의 가동이 시작되었으며, 피고는 WTG1이 계약상 합의된 성능에 미치지 못했다는 이유로 이의를 제기하였다. 법원은 이 계약의 경우 CISG 제3조 제2항에 따라 턴키 계약은 설계, 시공, 조립 및 설치, 시 운전, 운용 인원의 교육 등이 종합되어 계약의 성과에 상당 부분을 구성하기 때문에 상호적인 서비스의 성질이 더 크다고 보았으며, 지불에 대한 상

60) 윤남순, “국제물품판매계약에 관한 국제연합협약의 적용대상”, 한국경영법률학회, 2011, pp.17-25

61) CLOUT case 1110 : Judicial Division of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (VAS) 15/10/2009

62) CLOUT case 881 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich (Commercial Court of the Canton of Zurich) 09/07/2002

품의 교환을 제공하지 않고 상호 책임 네트워크의 협력을 지원하는 터키 계약의 성질상 협약은 적용되지 않는다고 판시하였다.

김승현(2018)⁶³⁾은 발전소 EPC 건설공사계약⁶⁴⁾에서 시공자는 발전소를 건설하기 위해 터빈, 보일러, 발전기 등의 주기기 공급자와 주기기 공급계약을 체결하였을 시 CISG의 적용이 되는지의 의문을 제기했다. 주기기 공급계약은 일반적으로 공급자가 작업장에서 대부분의 부품들이 제작된다는 매매계약의 성격을 지니고 있으며, 부품들을 현장에서 조립하여 최종적으로 조립된 주기기가 예상했던 성능을 발휘하는지 측정하기 위한 성능시험까지 통과해야 공급자의 의무를 다하는 것이라는 점에서 도급계약의 성격도 가지고 있다. 이에 CISG의 제3조 제2항의 당사자의 의무의 주된 부분이 작업장에서의 제작에 있는지 성능시험에 있는지가 CISG의 적용 여부를 판단할 수 있는 요소라고 하였다.

CISG는 움직일 수 없는 건물의 건축 작업 등은 적용에서 제외되기 때문에 계약 당사자가 제조해야 하는 시설에 적용되며 계약에서 다른 서비스 부수적인 서비스로 설치하거나 제공해야 하는 부수적인 의무를 포함하는 이동 가능한 물체에 대한 공급계약일 경우 CISG에 적용이 가능할 것이다.

63) 김승현, “국제중재에서 CISG 적용 사례 연구 - 호주 New South Wales 법을 준거법으로 지정한 철골 구조물 제작 공급계약 관련 분쟁”, 한국비교사법학회, 2018, pp.1115-1117

64) EPC란 설계(Engineering), 구매(Procurement), 시공(Construction)의 약성어로서 공장 기획, 설계에서 모든 장비 및 원부자재 선별, 구매는 물론 기계 장비 설치와 공장 건설, 시 운전까지 이르는 모든 과정을 수주자(contractor)의 총괄 책임하에 완료하여 발주자가 키만 돌리면(turn key), 공장 가동 가능한 상태로 발주자에게 인도하는 포괄적인 공사 계약을 말한다. 주로 플랜트 터키 공사계약을 지칭하는 용어이나, 최근에는 구분없이 터키 계약을 의미하는 용어로 그 사용이 확대되고 있다.

3. Preponderant 사례

<표 5> CISG 제3조 2항 (Preponderant) 사례

조항	CISG 제3조 2항
CISG 제3조 2항 : Preponderant	Arbitral award 30/05/2000 Unilex 356/1999 CLOUT case 152 : Court of Appeal of Grenoble 26/04/1995
	CLOUT case 346 : Court of Landgericht Mainz 26/11/1998 CLOUT case 430 : Court of Oberlandesgericht Munchen 03/12/1999
	Oberlandesgericht Oldenburg, Germany, 20 December 2007 Oberster Gerichtshof, Austria, 8 November 2005

판매자의 의무가 노동 및 서비스 공급과 상품에 관한 의무에 있어 우세하게 구성되어 있는지 경제적 가치를 ‘preponderant’가 서비스 부분이 대부분으로 인정되기 위한 기준으로 50%보다 많아야 한다는 의견에 맞게 판시된 사례로 러시아 사건⁶⁵⁾을 보면 1996년 7월 29일 당사자 간에 체결된 계약에 따라 선적된 장비에 대한 지불 불이행과 관련하여 독일 회사인 판매자가 러시아 회사인 구매자 간의 분쟁이다. 판매자는 지불 지연에 따른 원상복구와 중재 비용, 수수료를 주장하였으나 구매자는 판매자가 계약에 따른 작업 수행에 대한 증거를 제공하지 못하였으며 1998년 9월 15일 승인인증서에 언급된 작업의 결함을 제거하지 못하였다고 모스크바의 상공 회의소에서 국제중재를 신청하였다. 당사자의 계약서에는 계약의 전체 가격에서 장비의 선적 가격 및 건설 작업의 가격, 균형 조정 및 시 운전 가격, 측지 가격, 프로젝트 업무의 타당성 조사 가격 등이 포함되어 있었으나 납

65) Arbitral award 30/05/2000 Unilex 356/1999

품될 장비의 가격은 계약의 전체 가격에 50% 이상에 달한다고 보아 CISG 제3조 제2항에 비추어 장비의 공급과 더불어 일부의 특정 작업의 수행을 위해 제공되는 서비스는 50%보다 낮아야 적용 가능하다고 판시하였다.

프랑스 중고 창고 사건⁶⁶⁾을 보면 프랑스에 사업장을 두고 있는 판매자는 포르투갈의 개인 구매자에게 중고 창고를 500,000 French francs (이하 프랑)에 판매하였다. 창고 가격은 381,200프랑이며 해체 및 배송 비용은 118,800프랑이다. 그러나 구매자가 해체된 금속 요소에 결함이 있다는 이유로 총 지불 가격에 마지막 부분의 지불을 거절하였다. 프랑스 법원은 물품의 매매와 해체에 관한 계약에 있어서 매도인이 물품을 해체하는 부분에 대한 가격이 전체 계약 가격의 25%에 불과하여 CISG가 적용된다고 판시하였다.

경제적인 요소 이외의 요소로 판시한 사례로 독일 실린더 사건⁶⁷⁾을 보면 스웨덴 판매자와 독일의 구매자 간의 티슈페이퍼 생산을 위한 실린더 계약을 체결했다. 당사자 간 계약에는 구매가격에 선적, 운송, 설치 및 추가 작업이 끝날 때까지 보험, 양하 등의 의무가 포함되어 있었다. 그 후 배송문제로 당사자들 간의 협의가 있었으며 구매자는 결함에 대해 목록으로 상세히 통보하였고 2년이 지난 후 구매자는 판매자에게 손해배상을 청구하였다. 법원은 판매자의 의무에서 우세한 부분을 결정하기 위해 노동 또는 기타 서비스의 공급에 문제를 각 성과의 가치의 비교로 구성하는 것을 인정하지 않았으며 기계 설계와 같은 서비스에 관련된 추가 작업은 최종 제품을 제공할 의무로 일부 간주하였다. 즉 계약의 목적과 계약 체결의 상황을 고려했으며 계약에 따라 실린더의 전달이 필수적이라고 판시했다.

독일 유리창 사건⁶⁸⁾을 보면 독일의 유리창 제조업자와 이탈리아의 매도

66) CLOUT case 152 : Court of Appeal of Grenoble 26/04/1995

67) CLOUT case 346 : Court of Landgericht Mainz 26/11/1998

68) CLOUT case 430 : Court of OLG Munchen 03/12/1999

인의 판매계약의 경우 구매자의 사양에 따라 수정되어야 하고 판매자 쪽의 기술자가 조립해야 하는 사업장으로 배달의 경우에 법원은 노동이나 서비스를 제공할 의무가 우세한지 평가할 때 다양한 수행에서 당사자들 간의 이해관계를 고려하여 CISG를 적용하였다.

다른 법원들은 계약의 본질적 목적을 CISG의 적용 여부를 결정하는 기준으로 삼았다. 독일 자동차 사건⁶⁹⁾을 보면 독일의 원고는 자동차의 개발 및 제조를 하는 제조회사이며 스페인의 피고는 다양한 유형의 자동차 제조에 사용되는 산업용 공구 생산 업체이다. 2005년 5월 11일 원고는 피고에게 도어 프레임 및 자동차 날개 생산을 위한 여러 가지 도구를 주문하는 계약을 체결하였다. 해당 주문은 구매자의 표준 조건이 계약의 일부로 되어야 한다고 명시했지만 표준조건은 주문과 함께 제출되지 않았으며 후속 계약 수행 과정에서 계약과의 상품 적합성에 대해 당사자 간 불일치나 지연 등이 문제가 되었다. 이에 당사자 간 차 날개와 도어 프레임에 관한 추가 계약을 체결했으나 기존의 분쟁을 성공적으로 해결하지는 못하였고 2006년 8월 3일 원고는 피고에게 계약상 의무 불이행에 근거하여 1,985,440 EUR의 손해를 청구하였다. 법원은 결정적인 요소로 계약 체결 시 구매자의 표준 조건이 실제로 판매자에게 제시되지 않았다고 하였다. CISG 제3조 제2항은 적용되며 입증책임에 부담이 있는 구매자는 이와 관련하여 어떠한 증거도 제시하지 못했다고 판시하였다.

오스트리아 분쇄 및 체질 기계 사건⁷⁰⁾을 보면 이탈리아에 기계 제작 사업을 하는 판매자와 폐기물 제거 및 재활용을 하는 구매자 간 모래와 자갈 생산을 위한 채석장에 사용하기 위한 분쇄 및 체질 기계를 설계, 생산 및 납품으로 하는 계약을 맺었다. 판매자는 기계가 원래 목적에 따라 사용된

69) Oberlandesgericht Oldenburg, Germany, 20 December 2007

70) Oberster Gerichtshof, Austria, 8 November 2005

경우 조기 마모, 일반적 마모 및 부품 오용, 잘못된 수리로 인한 손상을 제외한 모든 구성 부품에 대해 12개월 보증을 제공하였다. 기계는 2002년 12월 마지막 날 배송되었으며 판매자는 기계가 다른 재료들이 아닌 여러 종류의 유리에서만 유리를 분쇄하고 체질해야 한다는 점을 명시적으로 동의했다고 밝혔다. 그 후 기계에 대한 결함이 발생하였으며, 기계를 검사한 결과 판매자는 결함을 발견하지 못하였고 기계가 가동 시에 심각한 오류가 발견되었는데 이는 구매자 쪽에서 기계가 처리하도록 설계되지 않은 재료를 처리하려고 시도하여 손상을 입었음을 발견하였다. 예를 들어 석재, 폐기물 덤프의 재료 및 철 부품도 기계에 공급되거나 구매자는 물을 추가하거나 그리스를 사용하지 않고 모터 워터 펌프를 사용하여 모터가 손상되었기 때문이다. 자체적으로 기기를 변경하고 원래 공장 설정을 변경하였는데 구매자는 기계에 영향을 줄 수 있는 가능한 결함에 대해 통지하거나 적시에 명시하지 않았다. 법원은 결정적인 문제는 기계의 기술 사양에 동의한 것으로 기계의 기능 및 결함은 합의된 기술 표준에 따라 평가되어야 했으며 상품을 주문하는 당사자가 필요한 재료의 상당 부분을 공급하지 않았을 때는 상품 제조 계약은 판매계약에 해당된다고 판시하였다.

제3절 판매점 계약

1. 판매점 계약(Distribution Agreement)

판매점 계약이 CISG의 적용대상인가에 대한 CISG상 규정은 없으며 판례 간 입장은 약간의 차이가 있다. 판매점 계약⁷¹⁾이란 수출자가 수입국에 판매망을 가지고 현지 업체를 판매점으로 지정하여, 판매자에게 서로 상호 합의한 계약조건에 따라 특정한 물품을 공급할 것을 약정하는 계약을 의미한다. 국제상거래의 증대로 규모가 작은 기업이나 해외 영업 인력이 부족한 기업의 경우 현지 사정을 잘 모르기 때문에 해당 제품의 마케팅, 영업, 계약의 체결 활동을 할 수 있는 현지의 판매자를 구하여 현지 영업망을 구축하는 것이 하나의 좋은 전략이 될 수 있다. 이를 위해 전 세계적으로 판매점 계약이 많이 체결되고 있으며 IT산업의 발전에 따라 단순히 물품에 한정하지 않고 소프트웨어 산업에서도 공급자가 소프트웨어를 CD 등에 저장하여 판매자에게 공급하는 경우나 판매자에게 소프트웨어를 CD 등에 저장하게 하여 판매하는 경우 등으로 많이 이용하고 있다. 판매점 계약 증가의 또 다른 이유로는 수출자가 외국 시장에 진출하고자 하나 외국에서 제품의 인지도가 낮거나 판매망을 갖고 있지 않다면 상당한 비용을 마케팅 요소에 소모하여 최적의 영업을 가능하게 할 것이다. 그러나 큰 이득 없이 상당한 마케팅 비용을 낭비할 가능성이 크기 때문에 수출자는 당해 국가에

71) 같은 용어로 ‘특약상 계약’, ‘특약점계약’, ‘판매권계약’, ‘판매권 수여계약’으로도 사용된다. 판매점 계약에서 통상 제품을 공급 하는자를 supplier라 지칭하며, supplier로부터 물품을 구매하여 판매하는 자를 distributor라고 지칭한다. 윤남순(2013)은 distributor를 일정한 상인을 위하여 활동하고 위탁을 한 상인과의 관계에서 어느 정도의 지휘나 감독을 받으며 상인이 계속적으로 공급하는 물품을 매도한다는 점에서 경제적 일체성을 유지하는 기능을 하나 명목과 계산이 분리되는 점등을 고려하건데 위탁판매대리상이라고도 한다. 본 글에서는 supplier를 ‘공급자’, distributor를 ‘판매자’라고 부르기로 한다.

서 인지도나 판매망을 가지고 있는 판매자를 이용하여 최적의 영업을 가능하게 할 수 있다는 이점이 있다. 그러나 공급자는 단순히 외국 시장 진출의 리스크를 줄이고 판매자에게 물품을 판매하고자 하는 것이 아닌 판매자가 가지고 있는 판매망을 이용하여 자신의 영업망을 구축하고자 하기에 판매자의 독자적인 활동보다는 공급자가 깊숙이 영업활동에 관여하여 판매자의 판매망을 사실상 자신의 영업망으로 구축하고자 하는 경우가 많다. 이러한 목적에서 판매점 계약은 사실상 공급자가 자신의 영업활동을 위한 수단으로 많이 사용하는데 이 경우 수평적 성격보다는 대리점계약⁷²⁾이나 프랜차이즈 계약⁷³⁾과 같은 수직적 성격을 가질 수 있다.

그러나 판매자가 자신의 명의로 판매 활동을 하는 대리점계약이나 소규모로 가맹본부의 영업표지를 사용하고 본사의 영업활동 지원을 받는 프랜차이즈 계약과는 약간의 차이가 있다. 수직적 성격을 가지는 판매점 계약은 물품의 판매가격, 대금 지불 방법, 물품 인도 방법, 물품의 종류 등 물품매매계약을 기본으로 한 혼합계약으로 양 당사자 간 CISG를 적용할 수 있는 계약국에 소재한다면 물품의 매매계약 적 성질에 대하여는 협약이 적용될 것이다.

수직적 성격의 전형적인 판매점 계약이 많이 사용되고 있으나 대리점계약, 프랜차이즈 계약과 같이 다른 성격의 계약이 포함 되어있는 비전형적인 판매점 계약 역시 많이 사용되고 있다. 예를 들어 저작권, 특허권, 상표권 등 무형적 재산에 대한 사용권이 있는 라이선스 계약(license Agreement)이나 무형적 재산을 복제하여 판매하는 소프트웨어 라이선스

72) 대리점계약이란 대리인(Agent)가 수출자(Seller)로부터 수출자를 대리할 수 있는 권한을 허가받아 해당 지역에서 매매 또는 중개업무를 하고, 그에 따른 판매의 효과를 수출자에게 귀속시키고, 그 대가로 약정한 수수료를 받는 형태의 계약을 의미한다.

73) 프랜차이즈계약이란 본부회사(franchisor)와 가맹점(franchisee) 사이의 계약으로 자신의 상표, 상호, 제품의 임대, 매매 권리를 가맹점에게 주고 그에 따른 수수료를 받는 계약이다.

계약 등이 있다. 사용자는 라이선서 (licensor)에게 로열티를 지급하고 사용한다는 점에서는 판매점 계약과 기능적으로 동일하기 때문에 위와 같은 비전형 판매점 계약 역시 CISG의 적용 여부에 관한 논의대상에 포함한다고 할 수 있다.

2. 판매점 계약 사례

<표 6> CISG 제3조 판매점 계약 사례

조항	CISG 제3조
CISG 제3조 : 판매점 계약	CLOUT case 187 : Court of Federal District, Southern District of New York 23/07/1997 CLOUT case 420 : US Federal District Court for the Eastern District of Pennsylvania; Civil Action 20/08/2000 CLOUT case 1279 : Court of Daegu District court 2007 Gahap11525 29/04/2010
	CLOUT case 152 : Court of Grenoble 26/04/1995 CLOUT case 192 : Court of Obergericht des Kantons Luzern 08/01/1997

제3조가 규정하고 있는 매매와 서비스의 구분과 관련해서 판매점 계약이 CISG의 적용될 것인지의 관한 판례를 살펴보면 미국 액세서리 사건⁷⁴⁾을 보면 호주의 패션 액세서리 제조업체와 미국의 유통업체는 사업의 수행을 위한 조건으로 품질에 관한 지불, 배송 및 보증 방법 등을 명시한 판매점 계약을 체결했다. 유통업체는 계약 체결 후 1년 동안 지정된 금액의 액세서리를 구매하는 계약에 동의하였고 양 당사자는 이미 유통된 제조업체의

74) CLOUT case 187 : Court of Federal District, Southern District of New York 23/07/1997

액세서리를 옮겨주기로 수정했다. 그 후 유통업체는 추가 액세서리를 주문했으며 제조업체는 선적할 준비를 완료하였으나 유통업체가 신용장을 개설하지 못하였고 제조업체는 CISG 제63조에 따른 이행추가 기간을 통지하였다. 이행추가 기간이 만료되기 전에 유통업체는 미국에서 파산신청을 하였으며 이에 제조업체는 호주의 법원에 고소하였다. 이에 연방 지방 법원에 항소하였는데 법원은 특정 물품에 관한 판매점 계약의 수정이 최소주문요건을 정한 원래의 판매점 계약에 관한 분쟁에서 CISG가 적용될 수 있는가 하는 점이 문제가 된 이 사건을 CISG 제3조 조항을 언급하지 않은 채 판매점 계약은 수량과 가격을 특정하지 않았고 이행할 수 있는 물품의 매매계약이 계약이 아니기에 CISG가 적용되지 않는다고 판시하였다.

같은 사안으로 미국 와인 사건⁷⁵⁾을 보면 미국의 원고와 이탈리아의 피고는 세 가지의 계약을 체결했는데 원고가 피고의 와인을 미국에 배포하는 독점판매계약과 판매점 계약, 그리고 사업의 이자를 25% 주기로 하였다. 그러나 당사자들 간 분쟁이 발생하였고 원고는 계약 위반 등으로 피고를 고소하였다. 이에 법원은 위의 미국 액세서리 사건의 판결에 동의하여 독점판매점 계약은 CISG가 적용되지 아니한 이유로 CISG 제14조를 들어 명시된 가격으로 지정된 수량의 상품을 판매하지 않은 비 계약적 청구에는 적용되지 않는다고 하였다. 즉 계약 중 어느 것도 특정 상품 판매를 주제로 하지 않았으며 수량과 가격에 대한 명확한 용어도 없기 때문이다. 이는 CISG가 특정 상품의 판매를 포함하지 않고 수량 및 가격에 관한 명확한 조건을 포함하는 유통계약에 적용해야 하는지가 주 관심사로 유통계약이 적용되지 않기 때문에 CISG가 적용되지 않는다고 판시하였다.

한국 사건⁷⁶⁾을 보면 한국의 매도인과 중국의 매수인은 5년간 중국 내

75) CLOUT case 420 : US Federal District Court for the Eastern District of Pennsylvania; Civil Action 20/08/2000

76) CLOUT case 1279 : Court of Daegu District court 2007 Gahap11525 29/04/2010

독점적 판매자로 인정하는 제품공급약정을 체결하였다. 매도인은 2007년에 공급약정을 수정하여 새로운 제품공급약정을 체결하였다. 매수인은 매도인이 이를 위반하고 제품공급을 중단했다는 이유를 들어 공급약정을 해제하고 손해배상을 청구하는 소를 제기하였고 이에 매도인은 남은 대금 지급과 매수인이 일방적으로 거래를 중단했다는 이유를 들어 반소를 제기하였다. 법원은 매수인의 본소청구에 대해 매도인의 계약 위반의 존재와 계약 위반 간 인과관계에 대한 입증의 책임을 다하지 못하였다는 이유로 모두 기각하였다. 이 사건에 대해 송양호(2018)는 공급약정이 국제물품매매계약이 아니고 판매점 계약에 유사한 계약으로서 성질을 가지고 있다고 보며, 법원은 CISG를 적용할 것이 아닌 적용을 배제하는 판결을 하는 것이 적정하다고 보았다.

이에 반해 CISG가 일부 적용된 사례로 프랑스 중고 창고 사건⁷⁷⁾을 보면 양 당사자 간의 계약에서 독점판매점 계약 및 매매계약의 두 가지 요소를 가지고 있는 경우에는 각 당사자가 CISG의 적용요건인 계약국에 영업소를 소유하고 있다면 매매계약의 부분에 대하여만 CISG가 적용된다고 판시하였다.

스위스 의료용품 사건⁷⁸⁾에서도 이탈리아 의료용품 매도인과 스위스 매수인 간 병원의 물품 판매계약을 체결했다. 그러나 물품의 적합성 부족으로 매수인은 물품 구매가격을 지불하지 않았고 이에 매도인의 고소로 이어졌다. 이에 법원에서는 물품 구매가격을 지불하라고 판결하였으며 CISG의 적용 여부 문제와 관련하여 판매계약과 관련된 것이 우선 사항이며, 독점적인 판매점 계약이나 프랜차이즈 계약에 따른 상품의 단일 판매는 CISG가 적용될 것이라고 판시하였다.

77) CLOUT case 152 : Court of Grenoble 26/04/1995

78) CLOUT case 192 : Court of Obergericht des Kantons Luzern 08/01/1997

이러한 사례들을 종합해 보면 판매점 계약으로부터 개별 되는 매매계약은 CISG의 적용대상에 포함되지만, 판매점 계약 자체는 프랜차이즈 계약과 마찬가지로 물품매매계약보다는 용역계약으로 보며 일반적으로 CISG가 적용이 되지 않는다. 심종석(2013)⁷⁹⁾은 CISG는 소위 판매점 계약에는 주로 조직적인 판매에만 이해를 두고 있어 물품의 소유권이 이전될 수 있는 여지가 없어 CISG가 적용되지 않는다고 하였다.



79) 심종석, “CISG의 적용 범위에 관한 법적 기준과 판결례에 관한 고찰”, 한국경영법률학회, 2013, pp.319-356

제4절 소프트웨어계약

국제사회에서 정보화가 가속화됨에 따라 정보를 저장하고 실행하는 소프트웨어(이하 소프트웨어)의 이용이 급증하고 있으며 이에 따라 국제무역의 변화도 가속화되고 있다. 세계 각 국가 간 인터넷과 무선 통신을 기본으로 한 정보산업을 중요한 경쟁요소로 인식함에 따라 전통적인 아날로그 환경에서 디지털 환경으로 변화하였으며 이에 따라 소프트웨어 산업 역시 물품으로서 국제거래가 증가하게 되었다. 여기서 소프트웨어에 관한 적용 여부와 적용이 된다면 어느 범위까지 적용이 될 것인가에 관한 문제점이 제기되고 있는데 이유는 역시 명시적인 규정이 없기 때문이다. 지식재산권으로서 소프트웨어를 규율하는 “무역 관련 지식재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)”이 국제적 기준으로 마련되어 있지만, 물품매매계약으로서 소프트웨어의 매매를 CISG는 규율하지 못하고 있다. CISG는 1970년대에 기초 되어 1980년에 채택되었기 때문에 인터넷, 하드웨어, 소프트웨어 산업의 발전이 미미하던 시기였으며 현재의 위상과 파급력을 예상하지 못하였을 것이며 소프트웨어는 그 당시에 하드웨어에 부속하는 일부에 불과하였으며 주문에 따라 개발되는 주문형 소프트웨어(custom software)에 불과하였다⁸⁰⁾.

현재의 국제상거래에서 거래되는 소비재 중에서 소프트웨어의 거래가 차지하는 비중은 높으나 소프트웨어의 법적 성격의 불확실성과 복잡한 거래의 형태로 인해 CISG에 적용될 수 있을지는 불확실하다. 소프트웨어계약에서 CISG의 적용 가능성의 문제는 협약의 기초과정에서는 미처 생각하

80) 최상희, “소프트웨어 거래에 대한 CISG의 적용 여부에 대한 일고찰”, 한국경영법률학회, 2010, pp.555-579

지 못하였다 하더라도 CISG 제7조 제1항⁸¹⁾에 근거하여 각국의 국내법보다는 협약의 국제적인 성격과 통일성의 증진을 위해 CISG의 내재적으로 행해져야 할 것이다.

1. 소프트웨어의 개념

정보산업의 기반이 되는 프로그램을 생성하거나 저장, 가공하는 기능을 가진 컴퓨터는 크게 하드웨어와 소프트웨어로 구성되어 있다. 컴퓨터의 물리적 부품(예를 들어 모니터, 자판, 그래픽 카드)을 담당하는 하드웨어는 CISG의 적용대상 목적물인 물품(goods)에 해당된다. 소프트웨어란 하드웨어에 대립 되는 개념으로 소프트웨어 산업진흥법에서는 컴퓨터, 통신, 자동화 장비와 주변의 부속되는 장치에 대하여 명령, 제어, 입력, 처리, 저장, 출력, 상호작용이 가능하게 하는 지시, 명령(음성이나 영상정보 등을 포함)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서나 기타 관련 자료로 정의한다.⁸²⁾

소프트웨어는 프로그램의 중심요소이며 프로그램 자체 외에 특정 형태로 구체화된 수학적 과정과 알고리즘 및 흐름도와 프로그램 메뉴얼 등 같은 프로그램의 개발과 사용에 필요한 문서들로 구성된다.⁸³⁾

우리나라의 대외무역법 시행령에서는 소프트웨어를 ‘전자적 형태의 무체물’에 포함⁸⁴⁾되어 있으며, 대외무역법에서는 물품, 용역, 전자적 형태의

81) CISG 제7조 (a)

82) 소프트웨어 산업진흥법 제2조 제1항

83) 김재성, “디지털 저작물의 국제거래와 그 저작권 보호에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2002, p.155

84) 제4조(전자적 형태의 무체물)법 제2조 제1호 다목에서 ‘대통령령으로 정하는 전자적 형태의 무체물’이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 「소프트웨어산업 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어

2. 부호·문자·음성·음향·이미지·영상 등을 디지털 방식으로 제작하거나 처리한

무체물로 구분⁸⁵⁾하고 있어 대외무역법상 규정하고 있는 물품에는 소프트웨어가 포함하고 있지 않다.

2. 소프트웨어의 유형

소프트웨어의 유형 분류에 있어 다양한 기준이 적용될 수 있으나 현재까지 국제적으로 합의된 구분기준은 없다. CISG의 적용 여부에 관하여서는 제3조를 기준으로 물품매매계약에 관하여 소프트웨어의 거래가 합치하는지를 보고자 한다. 이러한 관점에서 소프트웨어계약의 거래 유형에 따라 4가지로 나누어 표준 소프트웨어(standard software)와 주문형 소프트웨어(custom software) 그리고 복제물을 매개로 한 소프트웨어와 온라인(on-line)을 통하여 인도되는 소프트웨어로 적용 여부를 검토하였다.⁸⁶⁾

자료 또는 정보 등으로서 지식경제부장관이 정하여 고시하는 것

3. 제1호와 제2호의 집합체와 그 밖에 이와 유사한 전자적 형태의 무체물로서 지식경제부장관이 정하여 고시하는 것

85) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "무역"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것(이하 "물품 등"이라 한다)의 수출과 수입을 말한다.

가. 물품

나. 대통령령으로 정하는 용역

다. 대통령령으로 정하는 전자적 형태의 무체물(無體物)

2. "물품"이란 다음 각 목의 것을 제외한 동산(動産)을 말한다.

가. 「외국환거래법」에서 정하는 지급수단

나. 「외국환거래법」에서 정하는 증권

다. 「외국환거래법」에서 정하는 채권을 화체(化體)한 서류

3. "무역거래자"란 수출 또는 수입을 하는 자, 외국의 수입자 또는 수출자에게서 위임을 받은 자 및 수출과 수입을 위임하는 자 등 물품 등의 수출행위와 수입행위의 전부 또는 일부를 위임하거나 행하는 자를 말한다.

4. "정부 간 수출계약"이란 외국 정부의 요청이 있을 경우, 제32조의3 제1항에 따른 정부간 수출계약 전담기관이 대통령령으로 정하는 절차에 따라 국내 기업을 대신하여 또는 국내 기업과 함께 계약의 당사자가 되어 외국 정부에 물품등(「방위사업법」 제38조 제1항 제4호에 따른 방산물자 등은 제외한다)을 유상(有償)으로 수출하기 위하여 외국 정부와 체결하는 수출계약을 말한다.

86) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales, p60

표준소프트웨어란 일반 대중이 매장이나 우편 주문, 온라인으로 구매하여 이용자 스스로 설치하는 표준화된 소프트웨어로서 완성된 제품의 형태로 일반 물품과 같이 유체의 전달 매체를 통해 불특정다수의 고객에게 제공되며 공급자의 기술지원 서비스는 필요한 최소한으로 제공된다.⁸⁷⁾

주문형 소프트웨어란 글자 그대로 특정한 이용자의 요구사항에 맞게 특별히 고안되거나 제작된 소프트웨어로서 개별 이용자의 니즈(needs)에 맞춤형 공급을 전제로 하며 제품의 특성상 소프트웨어의 매매계약 체결 후에 개발과 제조한 후 사용자에게 인도되며 공급자가 설치를 대행하고 이용자가 필요로 하는 다양한 기술지원 서비스가 판매 후에도 제공된다⁸⁸⁾.

복제물을 매개로 한 소프트웨어계약은 인도방식에 의한 분류로 물리적 매체를 통해 유체물에 저장되어 인도되는 경우로 CD-ROM이나 플로피디스크, 카드, 또는 자기테이프 등을 통해 전달된다.

온라인을 통하여 인도되는 소프트웨어계약은 사용자가 온라인상 제품을 다운로드 후 사용하는 계약의 형태로 프로그램의 저작권자가 제시하는 계약조항이 PC 화면에 나타나면 일정 부분을 클릭하는 방식으로 계약 내용에 동의한다는 의사표시가 전달되는 형식으로 계약이 성립된다.

87) 이한영, 차성민, “소프트웨어의 국제거래에 관한 법적 검토”, 과학기술법연구, 2018, p.84

88) 이한영, 차성민, 상계논문, p.85

3. 소프트웨어계약 사례

<표 7> CISG 제3조 표준소프트웨어, 주문형 소프트웨어 사례

조항	CISG 제3조
CISG 제3조 : 표준 소프트웨어 주문형 소프트웨어	CLOUT case 131 : District Court Munchen 08/02/1995 CLOUT case 198 : Court of Tribunal cantonal du Valais 21/10/1994
	CLOUT case 122 : Court of Appellate Court Koln 26/08/1994
	CLOUT case 281 : Court of Oberlandesgericht Koblenz17/09/1993

통설적으로 유체물에 저장되어 인도되는 표준소프트웨어와 같은 유형으로 인터넷으로 제공되는 표준소프트웨어는 CISG가 적용된다.

표준소프트웨어가 CISG에 적용 판례를 보면, 독일 표준소프트웨어 사건⁸⁹⁾을 보면 독일의 피고와 프랑스 원고는 컴퓨터 프로그램 주문계약을 체결하였다. 프로그램은 인도되어 설치되었으며 당사자들은 프로그램의 사용에 관한 또 다른 계약을 체결하려 했으나 실패하였으며, 피고는 인도되어 설치 완료된 프로그램의 대금 지급을 거절하였다. 법원은 당사자들의 영업소가 서로 다른 계약국에 소재하고 있고(CISG 제1조), CISG에서 표준소프트웨어가 적용 가능하다고 판시하였다. 당사자들이 프로그램 판매의 모든 세부사항에 합의하여 판매계약을 체결했음을 발견하였다. 원고는 컴퓨터 프로그램의 적합성 부족 가능성과 관련하여 하자통지를 효과적으로 하지 못하였고, 문제에 대한 지원만 요청하였기 때문에 부적합 주장을 할 수 없다고 판단하여 법원은 피고에게 매매대금 및 이자율 5%의 이자를 지불하

89) CLOUT case 131 : District Court Munchen 08/02/1995

도록 판결하였다.

스위스 소프트웨어 사건⁹⁰⁾을 보면 스위스의 두 피고와 프랑스의 원고는 소프트웨어 매매계약이 체결했으나 법원은 스위스가 1991년 3월 1일부터 CISG가 발효되었으므로 그 전에 체결된 계약은 적용될 수 없다고 판시하였다. 이 사건의 경우 적용배제의 근거가 소프트웨어를 물품으로 인정하지 않거나, 매매계약이 아닌 것으로 판단하여서가 아닌 단지 CISG의 발효일 이전에 체결된 계약이므로 적용을 배제한 것이다. 이 경우 충분히 소프트웨어가 CISG의 적용대상이 되는 것으로 보아도 될 것이다. 위의 사건을 종합해 보면 표준 소프트웨어매매계약의 경우 CISG가 적용됨을 알 수 있다.

그러나 주문형 소프트웨어에 대해서는 CISG의 적용이 된다는 견해도 있으나 다수의 견해와 법원의 판결은 적용을 배제하고 있다.

주문형 소프트웨어의 판례로 독일 시장조사분석보고서 사건⁹¹⁾을 보면 스위스 시장조사기관인 원고와 독일의 피고는 시장조사분석보고서 계약을 체결하였다. 피고는 보고서가 당사자 간 합의한 조건을 준수하지 않았다고 주장하며 대금 지급을 거절하였다. 법원은 기본계약이 물품매매계약이 아니고(CISG 제1조 제1항), 물품제조계약 아니므로(CISG 제3조 제1항) 협약이 적용되지 않는다고 판단하였다. 물품매매계약의 특징은 물품의 재산권이전이라는 점이 특징이며, 당사자의 주된 관심은 종지로 인쇄되어 보고서(물리적 매개체)로 전달이 된다고 하더라도 주 계약은 단순한 서류의 전달이 아닌 종지로 옮겨진 아이디어를 사용할 권리이므로 CISG의 적용이 되지 않는다고 판시하였다. CISG 상 물품 개념에 포함할 수 있는 것은 표준 소프트웨어이며 주문형 소프트웨어의 제조 계약은 도급계약과 같다는 것이

90) CLOUT case 198 : Court of Tribunal cantonal du Valais 21/10/1994

91) CLOUT case 122 : Court of Appellate Court Koln 26/08/1994

판사의 의견이었다.

주문형 소프트웨어를 포함하여 모든 소프트웨어가 CISG의 적용이 가능하다고 판단한 법원의 판례로 독일 컴퓨터 칩 사건⁹²⁾을 보면 프랑스의 원고와 독일 피고 간의 프린터와 컴퓨터 칩을 독일에서 판매하는 독점판매계약을 부여한 장기계약을 체결하였다. 계약 관계 종료 후 원고는 미지급된 잔액의 대금 지급 청구의 소를 제기함에 따라 피고는 CISG의 적용 여부에 대한 이의와 함께 상계를 주장했고 원고는 독일 통화로 손해배상을 청구하는 반소를 제기하였다. 법원은 계약의 목적물인 컴퓨터 칩의 매매와 관련하여 계약이 매도인과 매수인 간의 독점판매계약에 관한 것인지 매도인과 고객 간의 매매계약 인지가 논쟁의 핵심이라 판단하였으며 적용법과 관련하여 CISG가 비준되지 않은 독일의 국제사법 규칙에 따라 매매계약의 의무행지인 프랑스법을 적용하여 계약국이 아닌 독일을 원칙적으로 양 당사국이 계약국이 되는 경우 외에 국제사법에 따라 계약국의 법이 준거법이 되는 경우인 간접적용이 된다고 판단하였다. 그리고 CISG에서 물품은 국제매매계약의 대상이 되는 유체물과 무체물을 포함하기 때문에 컴퓨터 칩 역시 포함되며 컴퓨터 및 소프트웨어도 CISG의 적용이 가능하다고 판시하였다.

이처럼 표준소프트웨어의 경우는 CISG의 적용이 가능하며, 주문형 소프트웨어의 경우는 일부의 법원 판례를 제외하면 CISG가 적용 불가능하다는 판례가 다수이다. 표준소프트웨어와 주문형 소프트웨어를 구분하는 근거로 주문형 소프트웨어의 경우 매도인의 의무는 용역제공의무가 주된 의무⁹³⁾이기 때문에 CISG 제3조 제2항에 의해 적용 불가능하다는 것이나 표준소프트웨어의 공급계약에도 역시 그 소프트웨어를 개발한다고 하는 노무

92) CLOUT case 281 : Court of Oberlandesgericht Koblenz 17/09/1993

93) 김상만, “국제거래에서 CISG의 적용 여부에 대해 다툼이 되는 몇 가지 사항에 대한 고찰”, 아주법학, 2012, p.608

제공의 요소가 포함될 수 있어 논의의 여지가 있을 수 있다.

<표 8> CISG 제3조 복제물 소프트웨어, 온라인 소프트웨어 사례

조항	CISG 제3조
CISG 제3조 : 복제물을 매개로 한 소프트웨어계약 온라인을 통하여 인도되는 소프트웨어계약	CLOUT case 229 : Supreme Court (Germany) 04/12/1996 CLOUT case 131 : District Court Munchen 08/02/1995 Netherlands district Court Arnhem(Silicon Biomedical Instruments BV v. Erich Jaeger GmbH) 28/06/2006 Appellate Court Ghent(Srl Orintix v, NV Fabelta Ninove) 24/11/2004 서울중앙지방법원 2014.11.28. 선고 2012가합100925

복제물을 매개로 한 소프트웨어계약은 매매계약으로 보아 대부분 CISG의 적용이 되는 경우가 많다. 이러한 판례로 독일 소프트웨어 사건⁹⁴⁾을 보면 독일 판매자는 오스트리아 구매자에게 프린터, 모니터, 계산기 및 소프트웨어로 구성된 컴퓨터 인쇄 시스템 판매계약을 체결하였다. 판매자는 인쇄 시스템을 구매자에게 전달했으나 구매자는 프린터에 관한 문서가 없는 것을 포함하여 8가지 결함 사항에 대해 판매자에게 서면통지를 하고 판매자가 이러한 결함을 시정할 수 있는 추가 이행을 위한 기간을 통지하였다. 법원은 구매자에 의한 통지가 적절히 이뤄졌음에도 불구하고 누락된 문서가 전체 인쇄 시스템에 관한 것인지 아니면 단일 프린터로서의 프린터에 관한 것인지를 명확하게 명시하지는 않았으나 문서 누락에 주장에 근거하여 구매자가 계약의 해제를 선언하는 것은 효과적이지 않다고 판시했다. 소프트웨어와 그것을 조작하기 위한 전용 소프트웨어가 함께 매매된 사례로 매도인이 복제물의 소유권을 유지하고 있는 경우를 제외하면 CISG의 적용은 문제가 없는 것으로 판단된다.

94) CLOUT case 229 : Supreme Court (Germany) 04/12/1996

복제물이 소유권 이전에 따르더라도 매매계약으로 인정되지 않은 사례로 벨기에 소프트웨어사건⁹⁵⁾을 보면 계약 당사자 간 품질 관리 프로그램, 컬러 레시피 계산 및 원사의 염색 적용을 위한 수정 프로그램과 함께 하드웨어와 소프트웨어를 포함한 컴퓨터 장비 계약을 체결하였다. 구매자는 시스템이 제대로 작동하지 않아 판매자와 체결한 계약의 해제를 주장하고 판매자에게 계약에 따라 배달된 물품을 회수하도록 명령하였다. 법원은 제공된 하드웨어의 가격이 소프트웨어의 가격보다 높은 상황이나 판매자가 구매자를 위한 시스템을 만들고 운영을 가능하게 해야 한다는 점에서 이 서비스는 판매자의 노동 제공의무가 매도인의 중요한 의무이기 때문에 CISG 제3조 제2항에 의해 적용되지 않는다고 판시하였다.

그러나 온라인에서 제공된 소프트웨어의 거래는 CISG가 적용되지 않는다고 본다. 한국 판매대행계약 사건⁹⁶⁾을 보면 소셜커머스 웹사이트를 통한 물품판매가 이루어지고 있으나 법원은 소셜커머스 웹사이트 운영자인 원고와 물품을 구매하는 소비자인 피고와의 책임부담 등을 실질적으로 분석하여 물품매매계약이 아니라고 판단하였다. 원고가 운영하는 웹사이트를 통하여 구매자들에게 e-쿠폰을 판매하였으나 CISG 제2조 (f) 호를 보면 전기의 매매는 적용 여부에서 제외 대상인 점을 고려해볼 때 온라인을 통한 계약은 CISG의 적용을 받지 않는다고 판시하였다. 소프트웨어를 단순히 전파의 형태로 이전하였다는 점을 전기의 매매로 본 판례를 비추어보아 소프트웨어를 위한 서명을 하여 무단복제를 방지하기 위해 프로그램을 판매하는 대신 프로그램 이용하는 것을 허락하는 방식으로 흔히 사용하는 방식인 라이선스 계약⁹⁷⁾ 역시 적용이 되지 않는다고 볼 수 있을 것이다. 그러

95) Netherlands district Court Arnhem(Silicon Biomedical Instruments BV v. Erich Jaeger GmbH) 28/06/2006

96) 서울중앙지방법원 2014.11.28. 선고 2012가합100925

97) 신창섭, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 국제소프트웨어거래에의 적용 가능성에 관한 연구”, 한국경영법률학회, 2013, pp.441-480

나 전파의 형태로서 전송을 단순한 인도방식으로 본다면 소프트웨어의 온라인을 통한 제공의 형태는 CISG가 적용된다고 볼 수 있기에 논란의 여지가 있다.

제5절 합작 투자계약 사례

합작 계약(joint venture agreements)이란 사업을 둘 이상 파트너의 자산과 사업을 결합하여, 다른 파트너의 기술력과 마케팅역량, 금융 등을 적은 비용으로 활용할 수단으로 상당한 기간 공동으로 수행하려는 목적으로 체결되는 계약을 말한다. 국제상거래에서 국제적 대형 건설계약처럼 한 기업이 수행하기에는 기술력과 자본력에 있어 감당하기에는 어려움이 있으므로 다른 회사와의 합작 계약을 통해 공동으로 수행하게 된다. 해외 현지 시장에 진입하고자 할 때 사용하는 보편적인 방법으로 상대적으로 낮은 투자비용으로 현지 파트너의 자산을 활용하여 시장의 진입이 가능하다. 이 경우는 매매가 노무와 기타 서비스의 공급과 같이 이루어지는 경우가 발생한다.

<표 9> CISG 제3조 합작 투자계약 사례

조항	CISG 제3조
CISG 제3조 : 합작 투자계약	CLOUT case 695 : Federal District Court Pennsylvania 29/03/2004 Amco Ukrservice et al. v. American Meter Company

미국 합작계약사건⁹⁸⁾을 보면 미국에 사업장을 둔 가스미터기 제조업체

인 피고와 우크라이나 기업인 원고는 합작으로 회사를 설립하기로 계약했다. 합작 회사가 구소련에서 가스미터기를 제조, 설치, 유통할 수 있는 독점권을 가졌으며, 원고는 구성요소의 90%를 조립하고 미국 제조업체의 구성요소를 사용하여 나머지 10%를 조립하였다. 그러나 배관의 설치를 포함하여 가스미터기를 공급하기로 했던 피고가 물품의 선적과 원고에 대한 신용공여의 확대를 거절함으로써 계약을 종료시켜 원고는 피고를 상대로 2억 달러(USD)의 손해배상을 청구하였다. 원고의 청구에 대해 피고는 우크라이나와 미국은 모두 CISG 체결국이라는 이유로 합작 투자계약은 CISG와 우크라이나 법상 무효라고 주장하였다. 법원은 CISG가 합작 투자계약에서 각각 독립된 물품 매매계약에는 적용이 가능하나 합작 계약 자체가 CISG에 적용되지 않는다고 판시하였다.

합작 투자하여 생산된 물품을 공급하는 요소와 서비스 관련 요소를 인위적으로 구분하는 것은 상거래에서 불안정하고 당사자 간 불공정이 초래될 가능성이 있기에 합작 투자계약은 CISG에서 적용 불가능하나 그 계약에 따라 생산된 물품의 매매계약은 적용이 가능할 것이다.

제6절 기타 CISG가 적용되지 않는 계약 사례

<표 10> CISG 제3조 기타 CISG가 적용되지 않는 계약 사례

조항	CISG 제3조
CISG 제3조 : 기타 계약	Denmark; 04/12/2000; Unilex B-1145-00 CLOUT case 174 : Hungary: Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry 08/05/1997

98) CLOUT case 695 : Federal District Court Pennsylvania 29/03/2004 Amco Ukrservice et al. v. American Meter Company

리스계약의 경우 그 자체는 CISG의 적용을 받지 않으나 결합된 물품매매계약이 있는 매매계약에 해당하는 부분은 CISG의 적용이 가능하다. 덴마크 증기 기계사건⁹⁹⁾을 보면 덴마크의 매도인과 독일의 매수인 간 증기 기계설비를 리스하고 3개월 후 할인이 적용된 가격으로 매수하는 계약을 하면서 증기기계와 함께 사용될 부품과 다른 목적으로 사용될 부품의 계약도 체결하였다. 대금 지급과 관련하여 소송이 제기되었으며 이 사건에서 1개의 계약인지 수 개의 계약인지가 문제 되었다. 법원은 매도인의 의무 중 일부는 위의 장비와 무관한 것이므로 당사자 간 법률관계는 수 개의 독립된 계약으로 과생하며 물품매매계약의 부분에 대해서는 덴마크와 독일 모두 CISG의 계약국이라는 이유로 적용된다고 판시하였다. 리스계약에 대해서는 CISG가 아닌 계약채무에 적용될 법에 관한 협약으로 1980년 로마협약을 적용하였다.

대리 계약의 경우 역시 자체는 CISG의 적용을 받지 않으나 결합된 물품매매계약이 있는 매매계약에 해당하는 부분은 CISG의 적용이 가능하다. 헝가리 대리 계약 사건¹⁰⁰⁾을 보면 헝가리 회사와 이탈리아 회사와의 계약에는 대리 계약과 매매계약의 요소 모두 가지고 있었으며 준거법으로 헝가리법으로 합의하였다. 계약 체결 시 양 국가는 CISG 계약국이었으며 헝가리 상사중재원은 매매계약의 요소가 있는 부분에는 CISG를 대리 계약의 요소가 있는 부분에는 준거법인 헝가리법을 적용하여야 한다고 판정하였다.

99) Denmark; 04/12/2000; Unilex B-1145-00

100) CLOUT case 174 : Hungary: Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry 08/05/1997

제4장 CISG 제3조의 개선방안

CISG 제3조는 협약이 적용되지 않는 매매계약의 유형을 기술하고 있다. 매수인이 제조나 생산에 필요한 재료를 대부분 공급하는 경우가 아니라면 매도인이 물품을 제조 또는 생산하여 공급하는 공급계약은 매매로 본다. 또 매수인이 원자재를 공급하여 임가공 후 완제품을 구매하는 경우는 용역으로 본다. 물품을 공급하는 당사자의 의무가 대부분이 노동이나 기타 서비스의 공급으로 구성되는 계약의 경우에는 적용되지 않으며 계약의 대상이 물품이 아닌 노동력이나 기타 서비스가 되는 경우 CISG의 적용을 배제하고 있다.

그러나 제조 또는 생산에 필요한 재료의 ‘substantial’ 이나 당사자의 의무 중에서 ‘preponderant’ 기준이 모호하여 판단하기 어려우며 명시적인 규정이 없는 모호함에서 오는 문제점과 사례들을 제3장에서 검토하였다. 다양한 판례를 분석한 결과 각 법원에서의 판례가 다르게 나타나는 경우가 있었으며, 국제상거래에서 혼합계약, 판매점 계약, 소프트웨어계약, 합작 투자계약, 리스계약, 대리 계약 등에 있어 CISG가 적용되지 않는 판례가 많았다.

제4장에서는 CISG 제3조의 개선방안을 위해 유럽 공통매매법¹⁰¹⁾(이하 CESL)으로 비교하고자 한다. CESL은 CISG와 큰 차이를 보이는데 물품 매매계약뿐만 아니라 제작물공급계약과 관련 서비스계약에 적용되는 CISG와 달리 CESL은 매매에 포함된 재료 및 서비스 요소를 판단하는 기준과

101) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 11/10/2011 유럽 공통매매법안은 규칙의 전문 규정과 유럽 공통매매법안의 실질적인 내용을 담고 있는 부속서로 구성되어 있다.

비율은 규정하지 않고 물품의 매매 및 디지털콘텐츠의 제공에 관한 계약에 있어 당사자의 의무, 매매와 관련한 서비스계약에 있어 당사자의 의무 등을 별도로 규정하고 있다. CISG의 모호한 규정의 한계를 CESL의 확장된 적용 범위 규정을 토대로 개선방안 검토가 가능할 것이다. 이에 CESL의 적용 범위를 알아보고 CISG와 비교를 통해 주요한 특징을 보고자 한다.

제1절 공통 유럽매매법(CESL)

1988년 CISG 발효 후 유럽의 주요 국가들이 국제물품매매에 관한 통일법을 마련하였으나 명시적인 규정의 모호함으로 인해 국제상거래의 많은 부분에 적용되지 않는다는 문제점이 있었다. 이러한 문제점은 EU의 역내 시장에서의 거래 활성화를 방해하는 요소로 여겨졌다.

이에 2011년 10월 11일 유럽 집행위원회(European Commission)는 “공통 유럽매매법에 관한 규칙을 위한 제안”(Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law; 이하 CESL¹⁰²⁾)을 유럽의회(European Parliament)에 제안하였다. CESL이 제출된 이유는 EU 내에서 국제거래의 장애물을 해소하기 위해 통일적인 규범을 통하여 기업인과 소비자와의 거래 활성화를 통해 소비자의 신뢰를 높여 국제적 매매의 증가를 위함이다.

2014년 12월 26일 유럽위원회는 CESL을 철회하였지만 완전한 소멸이 아닌 발전적 논의를 위해 지속성을 시사하였다. 또 계약 당사자 간 법적 확실성과 예견 가능성을 제공해주며 CISG보다 매매계약이나 디지털콘텐츠

102) 2011년 EU 집행위원회가 유럽 공통매매법안을 공표하고 2013년 EU 의회에 제출했으나 현재는 일시 철회되었다.

계약, 서비스계약 부분에서 한 차원 높은 수준의 법적 인프라 제공을 가능하게 하므로 지속적인 연구가 필요할 것이다.

1. CESL의 적용 범위

CESL의 적용 범위에 관한 규정은 제3조부터 제8조와 제13조에 찾아볼 수 있다.

CESL 제안 제3조는 ‘공통 유럽매매법의 선택성’이라는 표제로 물품의 매매와 디지털콘텐츠의 공급과 서비스의 제공을 위한 국경을 넘은 계약, 무역 계약(cross-border contracts)에 적용이 되는 것을 합의할 수 있다고 규정하였다¹⁰³⁾.

‘국경을 넘은 계약들’이란 표제에서는 국경을 넘은 계약으로 영업소가 서로 다른 국가에 소재하고 있으며, 무역 계약은 적어도 하나의 당사자가 회원국에 소재해야 하는 제한된 규칙으로서 장소적 적용 범위를 규정하였다¹⁰⁴⁾.

‘공통 유럽매매법이 적용될 수 있는 계약들’이란 표제에서는 물품의 매매와 디지털콘텐츠의 공급, 설치와 수선 등 서비스의 제공을 위한 계약의 물적 적용 범위를 규정하였다¹⁰⁵⁾.

‘혼합목적의 계약들과 소비자신용과 결합된 계약들’이란 표제에서는 혼합목적의 계약과 할부매매를 물적 적용 범위에서 제외하며 기업과 소비자 간 계약에서 신용거래는 허용하지 않는 등 물적 범위 내에서 적용 가능하다고 규정하였다¹⁰⁶⁾.

103) CESL 제안 3조

104) CESL 제안 4조

105) CESL 제안 5조

‘계약 당사자’란 표제에서는 CESL이 적용되는 계약이 기업과 소비자(이하 B2C)와 기업과 중소기업(이하 B2B)의 계약으로 인적 범위 내 적용 가능하다고 규정하였다¹⁰⁷⁾.

‘공통 유럽매매법을 적용하는 합의’라는 표제에서는 당사자의 합의를 요건으로 B2C 계약에서 CESL의 선택은 소비자의 동의가 계약을 체결하는 합의를 의도하는 표시와 분리된 명시적 표시로 이루어져야 함을 규정하면서 CESL을 준거법으로 적용하는 합의를 요건으로 정하고 있다¹⁰⁸⁾.

‘회원국의 선택’이라는 표제에서는 회원국의 결정에 따라 순수한 국내거래에도 CESL이 적용 가능하다고 규정하였다¹⁰⁹⁾.

또 몇 가지 하위 범주를 구분하여 적용제외사항을 규정하고 있다.

물품의 매매, 디지털콘텐츠의 공급, 관련 서비스의 제공 이외의 다른 요소를 가지는 계약¹¹⁰⁾과 소비자신용이 결부된 계약이나 할부매매를 제외¹¹¹⁾하며 물품의 정의가 유체의 동산을 대상으로 하기에 부동산을 제외하고 있다¹¹²⁾. 또 유체동산에 대해 자세히 구별해야 하며 (a) 전기 및 천연가스, (b) 물과 다른 종류의 가스는 물품에서 제외한다. 그러나 한정된 분량이나 정해진 수량으로 매매에 제공되는 경우는 물품에 포함하고 있다.

106) CESL 제안 6조

107) CESL 제안 7조

108) CESL 제안 8조

109) CESL 제안 13조

110) CESL 제안 제6조 1항

111) CESL 제안 제6조 2항

112) CESL 제안 제2조 (h) 호

2. 물적 적용 범위

매매계약은 사업자(매도인)가 물품의 소유권을 다른 사람(매수인)에게 이전하거나 이전할 것을 약정하고 매수인이 대금을 지급하거나 지급할 것을 약정하는 계약을 뜻하며, 생산되거나 제조되어야 하는 물품의 공급을 위한 계약을 포함하고 강제집행 또는 이 밖에 공권력의 행사를 동반하는 매매계약은 제외한다¹¹³⁾.

디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약은 매수인의 특정과 관계없이 비디오, 오디오, 사진 또는 기록된 디지털콘텐츠, 디지털 게임, 소프트웨어와 기존의 하드웨어 또는 소프트웨어를 개인화할 수 있도록 하는 디지털콘텐츠를 포함한, 디지털 방식으로 제작되어 공급되는 데이터로 (a) 전자은행거래서비스를 포함한 금융서비스, (b) 전자방식으로 제공된 법적 또는 금융자문, (c) 전자적 보건 서비스, (d) 전자적 통신서비스와 통신망, 그리고 부속 설비들과 서비스, (e) 도박, (f) 새로운 디지털콘텐츠의 제작과 소비자에 의한 기존 디지털콘텐츠의 수정 또는 이밖에 다른 사용자의 제작과의 상호작용은 제외한다¹¹⁴⁾.

관련 서비스계약은 디지털콘텐츠 계약과 물품에 관련하는 서비스계약에 한하는 것으로 CESL이 적용하는 유일한 서비스계약의 유형이다. 매매계약, 디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약 또는 매매계약이나 디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약과 동시에 체결된 독립된 관련 서비스계약에 따라 물품의 매도인 또는 디지털콘텐츠의 공급자가 제공하는 설치, 유지, 보수 또는 저장, 기타 처리와 같은 물품 또는 디지털콘텐츠와 관계있는 모든 서비스를 뜻하며 (a) 운송서비스, (b) 교육서비스, (c) 통신 지원서비스, (d) 금융서비

113) CESL 제안 제2조 (k) 호

114) CESL 제안 제2조 (j) 호

스는 제외한다¹¹⁵⁾.

3. 디지털콘텐츠 공급계약

CESL 제2조 (j) 호를 보면 디지털의 형태로 생산되어 공급되는 자료로 매수인의 의향에 상관없이 비디오 등 여러 매체 및 기존의 하드웨어나 소프트웨어를 개인화할 수 있는 디지털콘텐츠를 포함한다고 규정되어 있다. 즉 디지털화되는 것은 모두 디지털콘텐츠이며 디지털화되지 않은 아날로그 방식의 콘텐츠 생산은 CESL이 적용되지 않는다. 예를 들어 음악 테이프, 비디오테이프, LP 등은 매매계약으로 적용이 가능할 것이다.

그러나 디지털콘텐츠 중 일정한 범위인 (a) 전자은행거래서비스를 포함한 금융서비스, (b) 전자방식으로 제공된 법적 또는 금융자문, (c) 전자적 보건 서비스, (d) 전자적 통신서비스와 통신망, 그리고 부속 설비들과 서비스, (e) 도박, (f) 새로운 디지털콘텐츠의 제작과 소비자에 의한 기존 디지털콘텐츠의 수정 또는 이밖에 다른 사용자의 제작과의 상호작용은 적용제외사항으로 규정하고 있다. 예를 들어 법률자문이나 의료 진단의 이메일 등이 있는데 대부분 서비스계약에 부수하는 것이라고 할 수 있다.

‘새로운 디지털콘텐츠의 제작과 소비자에 의한 기존 디지털콘텐츠의 수정 또는 이밖에 다른 사용자의 제작과의 상호작용’ 규정은 다소 모호하다는 의견이 많으나 기본적으로 서비스를 제공해주는 계약을 제외한 것으로 매매계약이 아닌 순수 서비스계약이나 도급계약이 될 수 있기 때문이다.

115) CESL 제안 제2조 (m) 호

4. 혼합계약

혼합계약에 관한 규정으로 CESL에 따른 계약이 매매계약이나 디지털콘텐츠 공급계약 및 관련 서비스계약 상 관련되지 아니한 경우나 CESL 제5조의 규정에서 물품의 매매, 디지털콘텐츠 공급계약 및 관련 서비스계약을 제공하는 계약에서 다른 요소를 포함하는 경우, 이러한 요소들은 분리될 수 있으며 대금이 배분될 수 있는 것을 요건으로 CESL이 적용될 수 있음을 규정하고 있다¹¹⁶⁾.

5. 원격 계약 (Distance contracts)

CESL은 EU 역내 각 국가 간 계약법을 침해하지 않으면서 원격 계약이나 온라인 계약을 위한 별도의 통일매매법을 제정하고자 하였다. ‘통일적인 계약법의 준칙을 각 회원국의 법질서 내 이용이 가능하게 함으로써 역내 시장의 확립 및 기능을 위한 조건을 개선하고자 격지, 특히 온라인으로 진행되는 물품의 매매계약, 디지털콘텐츠의 공급 및 관련 서비스를 제공하는 국제상거래에서 계약 당사자가 이용하는 것을 합의하는 경우 이용 가능하다’고 명시하였다¹¹⁷⁾.

116) CESL 제안 제6조

117) CESL 제안 제1조 제1항

제2절 CISG 제3조와 비교한 CESL

1. 물적 적용 범위의 확대

CISG의 물적 적용 범위는 제2조 적용제외 사항과 제3조의 제작물공급 계약과 관련 서비스계약의 제외 조항으로 범위가 매우 제한적이라고 볼 수 있다. 반면에 CESL은 물적 적용 범위를 매매계약, 디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약, 관련 서비스계약으로 물적 적용 범위에 포함되는 3개의 계약유형으로 범위를 확대하였다.

CISG와 CESL은 유형의 상품인 동산의 매매에만 적용된다. 그러나 물품의 개념을 정의하고 있지 않은 CISG와 달리 CESL은 물품 및 디지털콘텐츠의 정의에 관한 명시적인 규정을 두고 있다.

매매계약과 디지털콘텐츠 계약은 각각 독립적인 계약형태이며 관련 서비스계약은 하나의 전형 계약적인 요소와 다른 전형 계약적인 요소가 혼합된 상태로 이루어진 혼합계약의 성격을 지니고 있다. CESL은 관련 서비스의 개념 정의 및 적용 범위를 별도로 규정하고 있다. 이는 입법 의도에서 본질적 성질과 다른 독자적 성질의 서비스계약에 관한 규정은 매매계약규정과 따로 설정하는 것이 타당하다는 판단으로 별도 규정되었기 때문에 제한되고 명시적인 규정이 없는 CISG의 물적 적용 범위와 큰 차이점이 있다.

2. 가치 기준과 비율 규정

CISG는 제3조 제1항에 따라 매도인이 제조하여 판매하는 기성품과 고

객의 주문에 따라 제조하여 판매하는 주문품 등 제작물 공급계약이 적용된다. 그러나 물품을 주문한 당사자인 매수인이 중요한 부분을 제공하는 경우에는 적용을 제외하고 있다. 이 중요한 부분의 판단기준에 대하여 명확한 기준이 없기에 어느 경우 매수인이 중요한 부분을 공급하는지 판단하는 기준과 비율에 대해서는 학자들 간의 의견과 각 국가 간의 판례가 대립되고 있다.

CISG 제3조 제2항에서도 노무 및 서비스의 요소를 포함한 계약은 매매의 요소가 높은 경우에만 적용되며 노무 및 서비스의 요소가 높은 계약의 경우 CISG가 적용되지 않는다. 예를 들어 설치, 감독, 저장, 교육 등을 수반하는 계약에서 매도인의 의무의 주된 부분을 구성하지 않으면 CISG는 적용될 것이나 주된 부분을 판단하는 기준과 비율에 대해서는 명시적인 규정이 없다.

CESL은 CISG와 마찬가지로 물품의 매매에도 제작이나 설계된 제품을 공급하는 제작물 공급계약이 포함된다. 또 디지털콘텐츠 공급계약의 경우에도 설치, 유지, 보수, 수리 기타 가공 등 매매계약과 관련된 판매자에 의한 서비스계약에도 적용된다.

그러나 CISG가 제3조 제1항의 ‘substantial part of material’이나 제3조 제2항의 ‘preponderant part of the obligation’과 같이 모호한 판단기준을 사용하고 있는 반면에 CESL은 달리 매매에 포함된 재료 및 서비스 요소를 판단하는 기준과 비율 규정을 하고 있지 않다는 점이다¹¹⁸⁾. 이에 CESL은 제작물공급계약에서 재료의 가치가 매매의 대상인 물품의 가치보다 높아도 CESL이 적용이 될 것이다. 혼합계약의 경우도 용역 및 서비스의 가치가 매매의 대상인 물품의 가치보다 높아도 CESL 적용이 가능하다. 이는

118) 오석웅, “보통 유럽매매법(CESL)의 적용 범위와 적용상 주요 특징 - 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)과 비교하여-”, 국제거래법학회, 2014, pp.29-51

제작물공급계약에서 관련 가치 기준에 관하여 규정하지 않음으로써 이러한 계약에 있어 적용 가능성에 대한 불확실성을 제거할 수 있고 이는 다양한 국제상거래의 계약에 있어 많은 적용을 가능하게 할 것이다.

또 CISG의 경우 서비스 요소의 가치가 매매의 가치보다 낮으면 CISG는 적용이 가능하나 CESL 제안 제2조 (m) 호에 명시적으로 제외한 운송 서비스, 교육서비스, 통신 지원서비스, 금융서비스 등은 가치의 비율과 상관없이 적용되지 않는 차이점을 가지고 있다.

3. 디지털콘텐츠와 소프트웨어의 적용 범위와 공급방식의 확대

CISG에서 소프트웨어계약은 거래의 유형에 따라 적용 여부가 달라지며, 소프트웨어가 물품인지에 대해서도 명시적 규정이 없어 많은 논쟁을 발생시킨다. 예를 들어 소프트웨어가 표준 소프트웨어(standard software)와 주문형 소프트웨어(custom software) 그리고 복제물을 매개로 한 소프트웨어와 온라인(on-line)을 통하여 인도되는 소프트웨어의 경우 CISG의 적용 여부는 다르기 때문이다.

그러나 CESL의 경우 디지털콘텐츠의 규정은 너무 명시적이고 확장되어 있다고 볼 수 있다. CESL의 입법 의도에는 증가하는 디지털 경제의 중요성을 반영하기 위하여 CESL의 적용 범위는 디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약도 포함한다. 온라인을 통하여 저장하거나 실행하여 반복적으로 이용 가능한 디지털콘텐츠의 이용은 성장 가능성이 무궁하나 법률적 상이함과 불확실성이 커서 CESL에서는 유형의 매체를 통하여 공급되는지 여부와 상관없이 공급을 규율하여야 한다고 하였다¹¹⁹⁾.

119) 박희호, “유럽 공통매매법(CESL)을 통해서 본 디지털콘텐츠 거래의 규율 방향에 관한

이후 법사위원회(Committee on Legal Affairs)의 수정을 받아 더욱 구체화 되었는데 당사자들의 합의하는 경우 물품의 매매, 디지털콘텐츠의 공급, 관련 서비스를 대상으로 하는 국경을 넘는 거래에 적용될 수 있는 경우에서 당사자들이 합의하는 경우 원격지, 특히 온라인으로 이용하는 경우에도 적용될 수 있다고 하였다. 즉 CESL은 CISG와 달리 공급방식에 대하여 아무런 제한이 없다. 디지털콘텐츠는 반드시 복제물을 매개로 저장장치에 담길 필요도 없이 소비자가 온라인 사이트에 회원가입이나 제품을 등록하고 수시로 또는 일정한 기간 안에 다운로드를 하면 상관이 없다. 이는 CESL의 적용 범위가 더 넓음과 동시에 클라우드 컴퓨팅의 성장 가능성을 보고 명시적으로 규율대상에 포함시키려 하였다고 볼 수 있다.

이는 CISG에서 표준 소프트웨어(standard software)와 주문형 소프트웨어(custom software) 그리고 복제물을 매개로 한 소프트웨어와 온라인(on-line)을 통하여 인도되는 소프트웨어의 경우로 보았듯이 CISG의 적용이 되지 않던 온라인을 통하여 인도되는 소프트웨어의 경우와 대비된다.

4. 혼합계약의 명시적인 규정

CESL 제6조는 ‘혼합목적의 계약과 신용과 결부된 계약의 제외’라는 표제로 CESL의 적용 범위(물품매매, 디지털콘텐츠, 관련 서비스)에 속하지 않는 요소를 비중의 높낮이를 떠나서 CESL 적용대상에 제외한다.

이에 대해 CESL의 혼합목적의 계약을 너무 넓게 제한한다는 비판이 있었다.¹²⁰⁾ 의회는 CESL에 의해 적용되는 계약과 결부된 계약의 관계와

연구”, 외법논집, 2015, pp.117-138

120) 박영복, “유럽 공통의 매매법 - 유럽 공통매매법에 관한 EU 규칙을 위한 유럽의회 수

CESL에 적용되지 않는 요소를 포함한 혼합목적의 계약에 대해 CESL의 적용 여부를 명확히 하기 위해 명시적으로 규정하였다.

CESL 제6조¹²¹⁾을 보면 ‘CESL에 의해 규율되는 매매계약, 디지털콘텐츠 공급계약, 관련 서비스계약 외의 계약에 결부된 경우 또는 계약이 제5조의 의미 내에서 물품의 매매나 디지털콘텐츠의 공급 또는 관련 서비스의 제공에 있어 다른 요소를 포함하는 경우 분리가 가능하고 그 대금이 배분될 수 있는 경우에 사용될 수 있고 위의 경우 결부된 계약은 다른 적용될 준거법에 의해 규율’됨을 명시하였다. 또한 ‘CESL에 의해 규율되는 계약 하에서 당사자 일방이 권리, 구제수단 또는 항변을 행사하거나 그 계약이 무효 또는 구속력이 없는 경우에, 결부된 계약 하의 당사자들의 의무는 적용될 수 있는 국내법에 의해 규율’된다고 한다.

계약 내용에 부수적인 요소가 있는 계약이나 두 개의 서로 다른 계약으로 약정된 계약은 혼합목적의 계약에 포함되지 않은 것으로 보아 다른 요소의 성격에 따라 할부판매계약, 도급 계약상 급부에 따른 물품 인도 계약은 CESL의 적용대상에 제외될 것이다¹²²⁾. 또 판매점 계약의 경우 그 성질상 여타 계약유형과 혼합된 형태로 나타나기 때문에 동등한 가치의 급부를 가지는 디지털콘텐츠의 서비스계약이 결합된 계약의 경우가 아닌 경우 CESL이 적용이 되지 않을 것이다.

CESL 제9조 제1항은 ‘하나의 계약이 물품의 판매 또는 디지털콘텐츠의 공급과 함께 관련 서비스의 제공을 규정하는 경우’로 명시하고 있는데 여기서 혼합목적의 계약은 이른바 결합계약으로서 물품매매계약이 디지털콘텐츠 공급계약에 동등한 가치로서 서비스계약이 함께 결합된 계약일 경우

정안을 중심으로”, 외법논집, 2015, pp.207-238

121) CESL 제안 제6조

122) 김종길, “유럽 공통매매법(안)에서 관련 서비스계약에 관한 연구”, 연세대학교 법학연구, 2015, p278

는 CESL이 적용된다고 한다.

즉 CESL상 관련 서비스계약을 포함한 다른 요소를 포함하는 혼합계약은 CESL이 적용이 되지 않으나 동등한 가치의 급부를 가지는 디지털콘텐츠 서비스계약이 결합된 계약의 경우는 CESL이 적용이 될 것이다. CESL은 관련 서비스계약에 대한 매매계약의 규정을 당사자의 권리와 의무 및 구제수단으로 나누어 따로 규정하고 있어 해석론적 접근의 혼란을 방지하고 있다.

5. 원격 계약 적용의 삽입

CISG에서는 온라인으로 진행되는 물품의 매매나 디지털콘텐츠의 공급은 적용이 제외되지만 CESL은 CISG와 달리 온라인 매매에 기본적으로 적용되기 위해 격지에서, 특히 EU 역내 시장에서 가파르게 성장하고 있는 온라인 거래를 반영하였다. 이는 제정 의도에 원격 계약, 특히 온라인 계약을 위한 공통매매법을 제정하고자 함을 강조하고 있다. 원격 계약¹²³⁾이란 조직화 된 원격 매매의 제도로써, B2C 또는 B2B 사이에 계약 체결 시부터 계약 체결까지 하나 또는 두 가지 이상의 격지 간 통신 수단을 이용하여 계약 당사자 간 물리적 대면하지 않고 이루어지는 것을 말한다.

이는 국내 계약법 체제의 수정을 요구하지 않으며 그 범위 내에서 계약에 대한 제2의 계약법을 평준화하는 것을 목표로 기존의 각 국가의 계약법을 침해하지 않으려고 한다. 격지에서, 특히 온라인으로 진행되는 물품의 매매나 디지털콘텐츠의 공급 및 관련 서비스를 제공하는 국제상거래에서

123) CESL 제안 제2조 (p) 호

양 당사자가 이용하는 것을 합의하는 경우에는 가능하다고 명시하였다.

<표 11> CISG와 CESL의 비교

	CISG	CESL
물적 적용 범위의 확대	CISG 제3조 제1항 “매수인이 제조 또는 생산에 필요한 재료의 대부분을 공급하는 경우가 아니라면 (매도인이) 물품을 제조 또는 생산하여 공급하는 공급계약은 매매로 본다.” CISG 제3조 2항 “이 협약은 물품을 공급하는 당사자의 의무의 주된 부분이 노무 그 밖의 서비스의 공급에 있는 계약에는 적용되지 아니한다.”	CESL 제2조 (m) 항 “매매계약은 사업자(매도인)가 물품의 소유권을 다른 사람(매수인)에게 이전하거나 이전할 것을 약정하고 매수인이 대금을 지급하거나 지급할 것을 약정하는 계약을 뜻하며, 생산되거나 제조되어야 하는 물품의 공급을 위한 계약을 포함하고 강제집행 또는 이 밖에 공권력의 행사를 동반하는 매매계약은 제외한다.” “관련 서비스계약은 매매계약, 디지털콘텐츠 공급계약 또는 매매계약이나 디지털콘텐츠 공급계약 체결과 동시에 체결된 별개의 관련 서비스계약에 따라 물품의 매도인 또는 디지털콘텐츠의 공급자에 의해 제공되는, 또는 매매계약 또는 디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약에서 하나의 옵션으로서 제공되는 설치, 유지관리, 수리를 포함하여 저장 또는 기타 처리 등의 물품 또는 디지털콘텐츠에 관련된 서비스를 의미한다.”
가치 기준과 비율 규정	생산에 필요한 재료는 명시적인 규정이 없어 의미가 모호하며 ‘substantial’은 모호한 용어의 정량화를 ‘economic value’, ‘essential’ 등으로 제시되었다. 그러나 ‘economic value’의 대한 학자들의 견해도 15%, 50% 등으로 나뉘며 ‘essential’의 경우도 경제적 가치를 적용하기 적절하지 않을 때 사용된다.	CESL의 경우 매매에 포함된 재료 및 서비스 요소를 판단하는 기준과 비율 규정을 하고 있지 않다.

	‘preponderant’의 경우 판례들을 보면 노동 및 서비스 공급이 상품에 관한 의무에 있어 우세하게 구성되어 있는지를 판단하는 기준인 대부분이 50%로 보나 경제적인 요소 이외의 요소인 계약의 목적과 계약의 체결 상황, 계약의 본질적 목적을 CISG의 적용 여부로 볼 수 있다고 판단된다.	
디지털콘텐츠와 소프트웨어 적용 범위와 공급방식의 확대	디지털콘텐츠와 소프트웨어에 관한 명시적 규정 없음	CESL 제2조 (j)항 “디지털콘텐츠의 공급을 위한 계약은 매수인의 특정과 관계없이 비디오, 오디오, 사진 또는 기록된 디지털콘텐츠, 디지털 게임, 소프트웨어와 기존의 하드웨어 또는 소프트웨어를 개인화할 수 있도록 하는 디지털콘텐츠를 포함한, 디지털 방식으로 제작되어 공급되는 데이터로 (a) 전자은행거래서비스를 포함한 금융서비스, (b) 전자방식으로 제공된 법적 또는 금융자문, (c) 전자적 보전 서비스, (d) 전자적 통신서비스와 통신망, 그리고 부속설비들과 서비스, (e) 도박, (f) 새로운 디지털콘텐츠의 제작과 소비자에 의한 기존 디지털콘텐츠의 수정 또는 이밖에 다른 사용자의 제작과의 상호작용은 제외한다.” 공급 방식에 대한 제한은 없다
혼합계약의 명시적 규정	혼합계약에 관한 명시적 규정 없음	CESL 제6조 “CESL의 적용범위에 속하지 않는(물품매매, 디지털콘텐츠 공급 및 관련 서비스 제공 외의) 요소를 포함하는 - 그 요소의 비중이 크지 않다고 하더라도 - 계약은 CESL의 적용대상에서 제외한다. CESL 제9조 제1항은 ”하나의 계약이 물품의 판매 또는 디지털콘텐츠의 공급과 함께 관련 서비스의 제공을 규정하는 경우 “로 명시하고 있는데 여기서 혼합목적의 계약은 이른바 결합계약으로써 물품매매

		약이 디지털콘텐츠 공급계약에 동등한 가치로서 서비스계약이 함께 결합된 계약일 경우는 CESL이 적용된다 CESL상 관련 서비스계약을 포함한 다른 요소를 포함하는 혼합계약은 CESL이 적용이 되지 않으나 동등한 가치의 급부를 가지는 디지털콘텐츠 서비스계약이 결합된 계약의 경우는 CESL이 적용된다.
원격 계약 적용의 삽입	원격 계약에 관한 명시적 규정 없음	수정 전 CESL 제1조 제1항 “이 규정들은 의회에서 수정되어 채택된 유럽 공통 매매법안을 당사자들이 합의하는 경우에 물품의 매매, 디지털콘텐츠의 공급과 관련 서비스를 대상으로 하는 국경을 넘는 거래에 적용될 수 있다” 수정 안 (Amendment 26) “이 규정들은 당사자들이 합의하는 경우에 원격지, 특히 온라인으로 이루어지는 물품의 매매, 디지털콘텐츠의 공급과 관련 서비스를 대상으로 하는 국경을 넘는 거래에 적용될 수 있다”

제5장 결론

제1절 연구의 요약 및 시사점

CISG에서는 제3조에 규정하고 있는 물적 적용 범위의 개념은 국제상거래의 적용 여부 판단에 있어 기준이 되므로 중요한 규정이라고 할 수 있다. 그러나 제3조 제1항의 ‘materials necessary’, ‘a substantial part’, 제3조 제2항의 ‘seller’s obligations’, ‘preponderant part’ 등은 명시적인 규정이 아닌 모호한 용어를 사용하여 양 당사자 간 분쟁 시에 문제가 되어왔고 이에 CISG의 법적 안정성과 당사자들의 예측 가능성을 증진시키기 위해 제3조의 판단기준에 대한 요구가 있었다. 한편, 국제상거래는 CISG의 제정된 시대의 전통적 매매계약과는 다르게 현재 통신, 기술, 서비스, 정보체계 등의 발전으로 다양한 계약의 유형이 발생하였다. CISG에서 명시된 적용배제사항의 경우 적용 여부를 분명히 할 수 있으나 명시적인 규정이 아닌 모호한 용어들로 인해 현재의 국제상거래의 다양한 계약들이 적용할 수 있을지 의문이며, 이에 규정의 모호함에 따른 문제점을 살펴보고 CISG의 적용 여부가 불분명한 국제상거래 계약들의 유형을 살펴보고자 함이 본 연구의 출발점이 되었다. CISG 제3조 제1항은 물품은 제조 또는 생산하여 공급하는 계약은 매매로 보나 물품을 주문한 당사자(매수인)가 제조 또는 생산에 필요한 재료의 중요한 부분을 공급하기로 약정한 경우는 그러하지 아니하다. 생산에 필요한 노동가 재료는 물품을 주문한 당사자가 실질적인 부분을 공급하는 경우 매매 보다는 노무 또는 서비스 공급적 성격으로 보아 CISG의 적용이 배제된다. 생산에 필요한 재료는 명시적인 규정이 없어 의미가 모

호하며 ‘substantial’은 모호한 용어의 정량화를 위해 ‘economic value’, ‘essential’ 등으로 제시되었다. 그러나 ‘economic value’의 대한 학자들의 견해도 15%, 50% 등으로 나뉘며 ‘essential’의 경우도 경제적 가치를 적용하기 적절하지 않을 때 사용된다. ‘materials necessary’의 경우 판례들을 보면 제품 생산의 필요한 기술, 도면, 기술 사양, 설계 등이 포함하는지에 대한 판례를 보면 대부분은 재료에 포함되지 않으나 설계와 기술 사양이 상당한 부분 제공되어 물품의 독창성, 배타성에 기여 하는 경우 CISG에 적용된다고 판단된다. ‘a substantial part’의 경우 판례들을 보면 특정 기준을 명시하지 않아 판례들은 ‘양적’, ‘상품의 품질’ 등을 기준으로 고려하였음을 판단된다. CISG 제3조 제2항은 물품을 공급하는 당사자(매도인)의 의무 중 대부분이 노동 또는 서비스의 공급계약 경우 적용을 배제하고 있다. 이는 물품을 공급하고 서비스를 제공할 의무가 있는 혼합계약을 전제로 하고 있다고 판단된다. ‘seller’s obligations’의 경우 판례들을 보면 배송의무, 상품의 조립, 교육, 유지 보수 서비스, 설치, 시 운전 서비스 등은 물품매매 계약보다 가치가 낮기에 CISG가 적용된다고 판단된다. ‘혼합계약’의 경우 판례를 보면 계약의 조건, 당사자의 의도, 계약의 종류 등을 고려하여 CISG의 적용 여부를 판단할 수 있으나 턴키 계약의 경우는 CISG가 적용이 되지 않는다고 판단할 수 있다. 턴키 계약은 설계, 시공, 조립 및 설치 시 운전, 교육 등이 종합되어 계약의 성과 부분에 있어 상당 부분을 구성하기 때문에 서비스의 성격이 높기 때문이라 판단된다. ‘preponderant’의 경우 판례들을 보면 노동 및 서비스 공급이 상품에 관한 의무에 있어 우세하게 구성되어 있는지를 판단하는 기준인 대부분이 50%로 보나 경제적인 요소 이외의 요소인 계약의 목적과 계약의 체결 상황, 계약의 본질적 목적으로 적용 여부를 판단할 수 있다.

국제상거래의 다양한 계약유형들에 따라 CISG의 적용 여부를 보기 위해

판매점 계약, 소프트웨어계약, 합작 투자계약, CISG가 적용되지 않는 계약을 찾아보았다. 판매점 계약의 경우 판례들을 보면 대부분 판매점 계약의 경우 프랜차이즈 계약과 마찬가지로 물품매매계약의 성질보다는 용역계약의 성질이 높아 물품의 소유권이 이전될 수 없는 점을 보아 CISG가 적용이 되지 않으며 매매계약의 부분만 CISG가 적용이 가능하다고 판단된다. 소프트웨어계약의 경우 판례들을 보면 표준소프트웨어, 유체물에 저장되어 인도되는 소프트웨어는 매매계약으로 보아 CISG의 적용이 가능하나 주문형 소프트웨어나 온라인으로 전달되는 소프트웨어계약의 경우는 물품의 매매 성격보다는 용역제공의무가 높기에 CISG의 적용이 되지 않는다고 판단된다. 합작 투자계약의 경우 판례들을 보면 합작 투자하여 생산된 물품을 공급하는 요소와 서비스 관련 요소의 인위적 구분은 불공정하며 CISG의 적용이 되지 않으나 합작 투자계약에 따라 생산된 물품매매계약의 경우 CISG가 적용이 가능하다고 판단된다.

이에 CISG 제3조의 개선방안을 연구하기 위해 CESL과 비교연구를 통해 시사점을 도출하였다. CESL의 경우 아직 제안의 단계라 비교가 무리일 수 있으나 CISG와 CESL 모두 물품 매매계약과 제작물공급계약, 관련된 서비스계약을 명시해 놓았으며 CESL이 CISG보다 확장된 개념을 망라하고 있다는 점에서 개선방안이 될 수 있다고 생각하였다. CESL은 물적 적용 범위를 매매계약뿐 아니라 디지털콘텐츠 공급을 위한 계약, 관련 서비스계약으로 명시하였다. 이 중 디지털콘텐츠는 매수인을 특정과 관계없이 디지털 방식으로 제작되는 콘텐츠를 망라하며 관련 서비스계약에서는 설치, 유지, 보수, 저장, 기타 처리와 같은 모든 서비스를 포함한다. 또한 ‘substantial’, ‘preponderant’와 같이 모호한 판단기준을 사용하고 있는 CISG와 달리 매매에 포함된 재료 및 서비스 요소를 판단하는 기준과 비율 규정을 하고 있지 않다는 점이 CESL의 주요특징이다. 이는 제작물공급계약이나 혼합계약

같은 경우 용역 및 서비스의 가치가 매매의 대상인 물품의 가치보다 높아도 적용 가능하며 적용 가능성에 대한 불확실성을 제거할 수 있다는 점은 큰 의의가 있다고 생각한다. CESL의 입법 의도를 보면 알 수 있듯이, 증가하는 디지털 경제의 중요성을 반영하기 위하여 CESL의 적용 범위는 디지털콘텐츠의 계약을 포함한다. 또 디지털콘텐츠의 이용은 성장가능성이 높으나 법률적 상이함과 불확실성이 커서 유형의 매체를 통하여 공급되는가의 여부와 상관없이 공급을 규율하고 있어 주문형 소프트웨어나 온라인을 통하여 이전되는 소프트웨어의 경우 적용되지 않는 CISG와 큰 차이점을 보이고 있다. 그에 반해 혼합계약의 경우 명시적인 규정을 통해 제한하고 있다는 점에서 지적이 있으나 혼합계약으로서 물품매매계약이 디지털콘텐츠 공급계약에 동등한 가치의 급부로서 서비스계약이 함께 결합된 계약일 경우는 CESL이 적용 가능할 것이다. 또 원격 계약을 명시하여 격지나 온라인으로 진행되는 물품의 매매, 디지털콘텐츠 공급, 관련 서비스계약의 국제적 거래를 당사자들이 합의하는 경우 이용이 가능하다.

제2절 연구의 한계 및 향후 연구 방향

본 연구는 국제물품매매계약에서 CISG 제3조를 중심으로 물적 적용 범위와 판례를 통해서 국제상거래의 적용 여부를 제시하고 있으나 본 연구에서는 다음과 같은 한계점을 가지고 있다.

첫째, CISG 제3조를 중심으로 명시적인 규정이 없어 생기는 문제점을 판례로 제시하였으나 중심 사안 안에 부가적인 요소를 띄고 있다고 할 수 있다. 이처럼 애초에 범위가 좁은 규정이라 제3조의 판례가 부족하나 물적

적용 범위는 여러 관례에서 CISG 제3조를 인용하는 것을 볼 수 있어 국제상거래에서 적용 여부를 판단하기 위해 중요하다고 생각된다.

둘째, CESL과 비교를 통해 개선방안을 연구하였으나, CESL은 디지털콘텐츠 거래를 핵심요소로 규율하기로 하여 서비스계약은 적용 범위가 좁다고 할 수 있다. 실제로 설치, 수리 등의 도급 계약적 성질만 추가 제시하였고, 서비스계약 법적 성질은 매매계약 규정안에 포함되어 향후 연구범위를 확장하여 서비스계약 법적 연구가 필요할 것으로 생각된다.

마지막으로, 서비스 거래와 마찬가지로 혼합계약의 형태에 대한 규정해석이 부족하였다. CESL 제6조 제1항에 혼합목적의 계약을 규정하고 있고 CESL의 적용 범위에서 제외하고 있다고 하나 CESL 제9조 제1항에서 전형적인 계약형태가 아닌 수 개의 주된 급부를 부담하는 유형 결합계약 등은 CESL이 적용이 가능하기에 향후 연구가 필요할 것으로 생각된다.

< 참고문헌 >

< 단행본 >

송양호, “국제매매 거래의 법적 문제 - 국제분쟁 해결의 실체법으로서
국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 소개”, 2019, pp.66-71

< 국내연구 >

김민중, “유엔 매매법의 적용 범위와 관련한 몇 가지 문제”, 전북대학교 법
학연구. 29, 2009년 12월, pp.47-80

김상만, “CLOUT 판례분석을 통한 CISG의 적용요건으로서의 국제성에 대
한 고찰”, 아주법학, 2012 p.608

김승현, “국제중재에서 CISG 적용 사례 연구 - 호주 New South
Wales 법을 준거법으로 지정한 철골 구조물 제작 공급계약 관
련분쟁-”, 한국비교사법학회, 2018, pp.1115-1117

김중길, “유럽 공통매매법(안)에서 관련 서비스계약에 관한 연구”, 연세대
학교 법학연구, 2015, p.278

김재성, “디지털 저작물의 국제거래와 그 저작권 보호에 관한 연구”. 성균
관대학교 박사학위논문, 2002, p.155

박영복, “유럽 공통의 매매법 - 유럽 공통매매법에 관한 EU 규칙을 위한
유럽의회 수정안을 중심으로-”, 외법논집, 2015, pp.207-238

박영복, “EU 집행위원회에 의해 제안된 유럽 공통매매법에 관한 규칙”, 외
법논집, 2013, pp.37-62

박희호, “유럽 공통매매법(CESL)을 통해서 본 디지털콘텐츠 거래의 규제
방향에 관한 연구”, 외법논집, 2015, pp.117-138

석광현, “UNCITRAL이 한국법에 미친 영향과 우리의 과제”, 한국비교사법
학회, 2018, pp.1039-1110

- 송양호, “한국법원에서의 CISG”, 국제거래법학회, 2018, pp.39-78
- 서경, 김경옥, “국제 턴키 수출 계약 시 공급자의 주요 고려사항: ICC Model Turnkey Contract for Major Projects(Pub.659)를 중심으로”. 한국상업교육학회, 2012 p.4
- 서헌제, “주요국에서 CISG의 적용과 우리의 과제 - 미국, 중국, 한국을 중심으로-”, 국제거래법학회, 2009, pp.73-105
- 신창섭, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 서비스 거래에의 적용 가능성에 관한 연구”, 한국경영법률학회, 2000, pp.441-480
- 심종석, “CISG의 적용 범위에 관한 법적 기준과 판결례에 관한 고찰”, 한국경영법률학회, 2013. pp.319-356
- 오석웅, “보통 유럽매매법(CESL)의 적용 범위와 적용상 주요특징 -국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)과 비교하여-”, 국제거래법학회, 2014, pp.29-51
- 윤남순, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 적용대상”, 한국경영법률학회, 2011, pp.17-25
- 윤자영, “국제물품매매계약에 관한 국제협약의 적용 범위의 확대 가능성과 한계”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2006, pp.25-66
- 이재현, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석”, 외법논집 32권, 2008, p.226
- 이한영, 차성민, “소프트웨어의 국제거래에 관한 법적 검토”, 과학기술법연구, 2018, pp.84-85
- 정형진, “국제물품매매계약에 관한 UN 협약 제3조에 관한 고찰”, 한국경영법률학회, 2010, pp.375-389
- 정형진, “CISG의 기본적 적용요건”, 한국경영법률학회, 2011, pp.427-443
- 정홍식, “국제물품매매협약 적용 하에서 매매계약 체결에 관한 실무적 고

- 러사항”, 통상법률, 2010, pp.10-39
- 최상희, “소프트웨어 거래에 대한 CISG 적용 여부에 대한 일고찰”, 한국경영법률학회, 2010, pp.555-579
- 한규식, “CISG에서 적용 대상거래의 확대 가능성”, 한국국제상학회, 2003, pp.3-18
- 한나희, 하충룡, “미국법원의 판례를 통한 CISG 적용상의 함의”, 통상정보연구, 2016, p.197

< 국외연구 >

- Bernard AUDIT, “La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980), Droit des Affaires. Paris : L.G.D.J,” 1990, p.25
- Choi, Young-Ran, “Is the CISG Applied or Excluded? Cases Related to Products Liability and Software Transactions”, 2010, p.61
- John o Honnold, “Uniform Law”, p.59
- John o Honnold, “Uniform Law for International Sales”, p.60
- Kate Lannan, “Sphere of Application of the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 2005, p.12
- Peter Schlechtriem, “The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods , Vienna: Manz,” 1986, p.31
- Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods”, 2005, p.61

< 참조사례 >

CLOUT case 2 : Court of Oberlandegericht, 17/09/1991

CLOUT case 331 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich
10/02/1999

CLOUT case 1734 : Court of Appeal of Colmar. First Civil Division
18/10/2017

CLOUT case 157 : Court of Appeal of Chambery, Societe AMD
Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993

CLOUT case 164 : Arbitration Court of the Hungarian Chamber of
Commerce and Industry Arbitral 05/12/1995

CLOUT case 325 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich
08/04/1999

CLOUT case 430 : Court of Appeal of Chambery, Societe AMD
Electronique v. Societe Rosenberger Siam S,P,A. 25/05/1993

CLOUT case 302 : Court of the Arbitration of the International
Chamber of Commerce 23/08/1994

CLOUT case 890 : Court of Appeal of the Canton of Ticino 29/10/2003

CLOUT case 881 : Court of Handelsgericht des Kantons Zurich
Commercial Court of the Canton of Zurich 09/07/2002

CLOUT case 1110 : Judicial Division of the Supreme Arbitration Court
of the Russian Federation (VAS) 15/10/2009

CLOUT case 346 : Court of Landgericht Mainz 26/11/1998

CLOUT case 430 : Court of Oberlandesgericht Munchen 03/12/1999

CLOUT case 152 : Court of Appeal of Grenoble 26/04/1995

CLOUT case 187 : Court of Federal District, Southern District of New

York 23/07/1997

CLOUT case 420 : US Federal District Court for the Eastern District of
Pennsylvania; Civil Action 20/08/2000

CLOUT case 1279 : Court of Daegu District court 2007 Gahap11525

CLOUT case 131 : District Court Munchen 08/02/1995

CLOUT case 198 : Court of Tribunal cantonal du Valais 21/10/1994

CLOUT case 192 : Court of Obergericht des Kantons Luzern 08/01/1997

CLOUT case 281 : Court of Oberlandesgericht Koblenz 17/09/1993

CLOUT case 122 : Court of Appellate Court Koln 26/08/1994

CLOUT case 229 : Supreme Court (Germany) 04/12/1996

CLOUT case 695 : Federal District Court Pennsylvania 29/03/2004

CLOUT case 174 : Hungary: Arbitration Court attached to the
Hungarian Chamber of Commerce and Industry 08/05/1997

Unilex, Denmark; 04/12/2000; B-1145-00

Unilex, Arbitral award 30/05/2000 356/1999

Switzerland 8 November 2006 Civil Court basel-stadt

Oberlandesgericht Oldenburg, Germany, 20 December 2007

Oberster Gerichtshof, Austria, 8 November 2005

Netherlands district Court Arnhem(Silicon Biomedical Instruments BV v.
Erich Jaeger GmbH) 28/06/2006

Amco Ukrservice et al. v. American Meter Company

Appellate Court Ghent(Srl Orintix v, NV Fabelta Ninove) 24/11/2004

서울중앙지방법원 2014.11.28. 선고 2012가합100925