

國際去來法研究

第19輯 第2號

2010

國際去來法學會

**Korean Journal of
International Trade and Business Law**

Vol. 19 No. 2

2010

**Korea International Trade Law Association
(KITLA)**

發 刊 辭

존경하는 국제거래법학회 임원 및 회원 여러분께!

제가 학회장에 취임한 아래 벌써 2년이 되어 가고 있습니다. 회장의 임기가 2년이므로 저도 이제 물려 날 준비를 하여야겠습니다. 부족하고 아쉬움도 많지만 큰 과오 없이 물러나게 되어 기쁜 마음입니다.

학회장 취임사에서 저는 한 장의 벽돌을 쌓는 자세로 일하겠다고 약속하였습니다. 그간에 무슨 업적을 남기려고 한 것은 아니지만, 지난 2년간 내실 있는 국제학술대회를 잘 치루어 낸 것은 보람입니다. 본래 우리 학회는 적어도 2년마다 한 번씩은 국제학술대회를 개최하는 것이 불문율로 되어 있으나, 지난 2년간은 연속으로 국제학술대회를 성공적으로 치루었습니다. 많은 비용이 소모되었지만, 무리하지도 궁색하지도 않게 만족스러운 대회를 치루었습니다. 경원대학교와 전북대학교에서 국내학술대회를 개최한 것도 기억에 남습니다. 그리고 대학 교수님들을 중심으로 회원 수가 많이 증가한 것도 저의 기쁨입니다.

그동안에 은혜를 베풀어 주신 고마운 분들의 얼굴이 한 분 한 분 떠오릅니다. 송상현 전 회장님, 태평양의 김갑유·강용현 변호사님, 김앤장의 조대연 변호사님, 지평지성의 이호원 변호사님, 김준규 검찰총장님의 아낌 없는 성원에 감사드립니다. 그리고 저를 도와 학회의 발전에 힘을 보태어 주신 총무이사이신 경원대 서완석 학장님, 연구이사이신 연세대학교의 심영·중앙대학교의 박원석 교수님, 출판이사이신 동국대학교의 최창렬·단국대학교의 손승우 교수님, 정보이사이신 경원대학교의 최경진 교수님, 섭외이사이신 영산대학교의 김병태 교수님, 재무이사이신 전북대학교 송양호 교수님, 기획운영이사이신 연세대학교의 박덕영 교수님, 경찰대학교 장문철 교수님, 외국어대학교의 가정준 교수님, 성균관대학교의 허해관 교수님에게 특별한 감사를 드립니다. 모든 곳은 일을 도맡아 완전하게 처리하여 준 총무간사인 동국대학교 석사과정의 이채우 군에게 깊이 감사드립니다.

무엇보다 이곳에서 일일이 존함을 열거하지는 않겠지만, 평생회비를 쾌히 납부하여 주신 회원 여러분께 감사드립니다. 학회 때마다 출석하여 주신 국제거래법학회 임원 및 회원 여러분께 감사드립니다. 지난 2년간 학회지에 투고하여 주신 회원 여러분께 감사드립니다.

무엇보다도 그동안 학술지를 차질 없이 발간하여 주시고, 우리 학회지가 연구재단 등재 후보지에서 밀려날 위기에서 최선을 다하여 등재지로 지켜내신 최창렬·손승우 두 분 출판이사님께 깊이 감사드립니다.

임원 및 회원 여러분!

여러분과 여러분 가족이 모두 건강하고 아름다운 2011년을 맞이하시기를 진심으로 기원합니다.

감사합니다.

2010년 12월 28일

국제거래법학회 회장 최준선 배상

이 학술지는 2009년도 정부재원(교육과학기술부 학술연구조성 사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 출판되었음.

— 목 차 —

發刊辭 회장 최준선

研究論文

제1장 국제세미나(“기업의 국제거래상의 주요현안과 문제”) 발표논문

1. The Main Issues of Financial Regulation after A World Financial Crisis of 2008–2009 :
From Taiwanese Perspectives Wang, Chih-Cheng/ 1
2. Study on the Effectiveness of the Unauthorized Stock Transfer Contract of Joint-venture
[번역(이선희) 포함:
행정허가와 합자기업 주식양도계약의 효력에 관한 연구] 蔡立东 / 25

제2장 국제매매 관련 연구

3. CISG에 따른 분할인도계약의 해제 김진우/ 47
4. CISG에 있어서의 매수인의 물품검사 · 통지의무에 관한
쟁점 검토 양석완/ 77
5. 미국통일상법전(UCC) §2-207조 개정의 의미 안강현/ 105

제3장 국제운송 관련 연구

6. 항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 무과실 책임에 관한 소고 최준선/ 135
7. 부실기재선하증권을 발행한 해상운송인의 포장당 책임제한조항
적용가능성에 대한 연구 김상만/ 151
8. 로테르담규칙과 중재 이정원/ 175

제4장 국제거래법 일반연구

9. 국제거래에서 판매점계약(Distribution Agreement)의 판매자의 보상청구권에 관한 비교법적 고찰	이현묵	203
10. 석유·가스전 개발에서의 양허계약	류권홍	223
11. 가상세계에 대한 저작권법의 새로운 접근	손승우	247
12. 국제투자법상 최혜국대우조항에 관한 연구	김여선·오영기	263
13. Hedge Funds and Financial Stability in Global Financial Markets	윤승영	283

<부 록>

- ▶ 국제거래법학회 임원명단
- ▶ 2010년 국제거래법학회 활동일지
- ▶ 국제거래법학회 연구윤리규정
- ▶ 心堂국제거래학술상 규정
- ▶ 『국제거래법연구』 편집 및 심사 규정
- ▶ 『국제거래법연구』 논문기고규정

Table of Contents

Preface	Choi, June Sun
---------------	----------------

Chapter I. International Seminar : Current Issues and Problems in International Business Transactions of Enterprises

1. The Main Issues of Financial Regulation after A World Financial Crisis of 2008–2009 : From Taiwanese Perspectives	Wang, Chih-Cheng/ 1
2. Study on the Effectiveness of the Unauthorized Stock Transfer Contract of Joint-venture	蔡立东/ 25

Chapter II. Contracts for the International Sale

3. Aufhebung des Sukzessivlieferungsvertrags nach dem CISG	Kim, Chin Woo/ 47
4. Legal Issues on the Buyer's Obligation to Examine the Goods & Give Notice of the Lack of Conformity in the CISG	Yang, Seok Wan/ 77
5. The Meaning of the Revision to the UCC §2–207	… An, Gang Hyeon/ 105

Chapter III. International Transport

6. Liability for Third Party Damage Caused by Aircraft	Choi, June Sun/ 135
7. A Study on a Misrepresented B/L and Package Limitation to a Carrier's Liability	Kim, Sang Man/ 151
8. The Rotterdam Rules and an Arbitration Agreement	Lee, Jung Won/ 175

Chapter IV. International Trade Laws

9. A Comparative Analysis of the Distributor's Right to Compensation in the Distribution Agreement	Lee, Hun Mook/ 203
10. Concession Agreement in Oil and Gas Development	Ryu, Kwon Hong/ 223
11. A New Approach of Copyright to Virtual World	Son, Seung woo/ 247

12. A Study on Most-Favored-Nations Clause in International Investment Law	Kim, Yeu Sun · Oh, Young Gi/ 263
13. Hedge Funds and Financial Stability in Global Financial Markets	Yoon, Seung Young/ 283

Appendix

The Main Issues of Financial Regulation after A World Financial Crisis of 2008-2009

—From Taiwanese Perspectives—*

Wang, Chih-Cheng**

[目 次]

I. Introduction	III. Controversial Issues in Financial Supervision
II. Skirmishes of Financial Deregulation vs. Financial Reregulation	1. Change of Regulator Organization
1. Regulatory Cycle	2. Chang of Prudential Regulation
2. Recent Development in Taiwan	IV. Conclusion

I . Introduction

Any crisis is a powerful catalyst for financial reform. The main purpose of the government in implementing financial reforms is to ensure the protection of the safety and soundness of the financial system. To improve sustainable development of the financial market and strengthen the overall competitiveness of the financial industry, the policymakers have identified a number of policy priorities. These include maintaining financial stability, carrying out financial reform, protecting the interests of consumers and investors, and facilitating the development of the financial industry.

There is a saying that “the more things change, the more they stay the same” which applies to many facets of the financial markets. Even though the regulatory authority endeavors ambitious efforts to maintain the financial stability, the financial

논문접수일 2010.10.10. 논문심사일 2010.12.09. 게재확정일 2010.12.22.

* This paper is presented in the International Conference on “Current Issues and Problems in International Business Transactions of Enterprises”, which is co-organized by Korea International Trade Law Association (KITLA), Korea Business Law Association, and Kyungwon University Law Research Institution on October 1st, 2010.

** Professor of Law, College of Law, National Chung Cheng University (Taiwan).
Ph. D., NationalChengchiUniversityCollegeofLaw(Taiwan).

institutions still fail in familiar ways by taking excessive concentrations of credit risk or suffer unexpected loss from overloaded risk exposures. The history of financial crisis teaches us that it is difficult to anticipate the chains of contagion and the supervisory activities often too late and even less to prevent the crisis.

Whether there is a better way to regulate the financial sector is a controversial issue in international financial law. This issue is particular significance after a financial crisis of 2008–2009. Because it is very difficult for supervisory authority to fulfill their responsibilities *ex ante*, policymakers must often shift into crisis management mode to mitigate, *ex post*, the consequences of a financial crisis. For example, policymakers have supplied various types of subsidy to individual institution in the financial crisis of 2008–2009.

This research paper will begin in the next Part by describing the challenges of financial regulation faced by policymakers and supervisory authority in trying to implement financial reforms. Then, this paper will analyze the current developments in Taiwan. Part III will discuss the controversial issues in financial supervision and point out the myth of current issues, and introduce the modified model and new approaches adopted recently by regulatory authority in Taiwan. The concluding Part emphasizes financial reform is a never-ending process, and several decisions to complex dilemma for resolution policy must be made.

II. Skirmishes of Financial Deregulation vs. Financial Reregulation

1. Regulatory Cycle

The direction of reform in financial regulation should be adjusted in the line with changes in financial trends. Financial sector is a highly regulated industry. Government regulators always promulgate laws and regulations concerning the licensing and operations of banks, securities firms, futures firms, and insurance companies and their respective services and products. While these regulations may encourage confidence that the financial institutions and markets are trustworthy and encourage customers and investors to buy their products and services, they may also make it more difficult for new firms to enter the markets.¹⁾ In the area

1) See Elizabeth F. Brown, *The Tyranny of the Multitude Is A Multiplied Tyranny: Is the United States Financial Regulatory Structure Undermining U.S. Competitiveness?*, 2 Brook. J. Corp. Fin. &Com. L. 369, 376–377 (2008).

of banking services, financial regulation tries to shape the behavior of individual institution and monitor the moral hazard, for example, to reduce the likelihood of banks failure or to avoid the financial ruin of unsophisticated consumers. Another aspect of financial regulation can limit the fallout from risks once they materialize. Especially, banks are highly leveraged, so they must maintain enough capital and liquidity to absorb unexpected losses that might occur. In sum, financial regulation mainly seeks to change incentives to reduce the risk of failure and crisis.

In the past three decades, the financial market has become fierce. General speaking, deregulation of financial market refers to opening the market to competition, either domestic or international. It is sometimes called “access deregulation.” Furthermore, the financial deregulation has been set up aiming at adjusting market demand and supply through the free market function under fair competition. Notably, unlike the deregulation of many industries, deregulation of financial market has not meant that financial institutions simply are unshackled from regulatory controls. The fundamental goal of traditional financial regulation, protection of the safety and soundness of the financial system, remains an important concern of regulators and deregulators alike.²⁾ An emphasis on deregulation by regulators and policymakers not only led the general lack of precise oversight on the financial system, but also encouraged overconfidence, speculation and excessive risk-taking. Although critics differ as to the best approach to ensuring safety and soundness of financial markets, as illustrated by the continuing debate over government bailouts of failing institutions,³⁾ they generally agree that, under any new regulatory scheme, the regulatory authority must still monitor individual institution to prevent risk to the financial system as a whole. Thus, deregulation of financial market has forced the regulatory authority to device new strategies for monitoring financial sector as their traditional regulatory tools or typical supervisory techniques⁴⁾ are taken away.

2) See Helen A. Garten, *Regulatory Growing Pains: A Perspective on Bank Regulation In A Deregulatory Age*, 57 Fordham L. Rev. 501, 503–504 (1989) (stating that the fundamental aim of traditional bank regulation, protection of the safety and soundness of the banking system, remains an important concern of regulators and deregulators).

3) Compare Jonathan R. Macey &Elizabeth H. Garrett, *Market Discipline by Depositors: A Summary of the Theoretical and Empirical Arguments*, 5 Yale J. on Reg. 215, 223–233 (1988) (arguing for less government intervention) with Helen A. Garten, *Still Banking on the Market: A Comment on the Failure of Market Discipline*, 5 Yale J. on Reg. 241, 241–251 (1988) (arguing for continued regulatory role).

4) Typical supervisory techniques usually include: 1. legal authority to approve the

The subprime crisis and credit crisis are door opener for reregulation of financial markets. While taking measures to avoid the financial tsunami and to mitigate the effects of the credit crisis, policymakers around the globe are already busy fixing what the crisis purportedly has shown to be broken in financial laws. This move is sometimes referred to as “reregulation.” Reregulation is the phenomenon whereby a regulatory authority modifies its rules to cope with the change of financial markets, in order to prevent financial crisis and protect the investors. It is probable to predict that reregulation will take at least three forms. First, financial institutions that are currently lightly regulated (like investment banks or hedge funds) will be regulated heavily than before. Second, the most obvious loopholes in financial regulation will be eliminated (like transaction of derivative products, supervisory tools to resolve large financial institutions). Third, an overall review of the existing rules will take place, as it is already apparent with regard to the legal architecture of financial supervision framework at the international level.⁵⁾

acquisition of control of a bank by a single person, or group of persons acting in concert, with approval criteria including elements of financial capability and trustworthiness (the “fit and proper person” test); 2. group-wide standards for capital adequacy and, occasionally, other prudential standards such as liquidity requirements and large exposure limitations; 3. limitations or prohibitions on transactions between banks and their affiliates; 4. legal authority to conduct inspections of the component entities of the group; 5. requiring the submission of periodic reports by parent companies and other controlling persons of banks; 6. the ability to take enforcement action with regard to practices by these other entities that may be harmful to the bank or its depositors. Such measures can consist, for example, of: (a) requiring the cessation of activities that may harm the bank; (b) isolating the bank from the related companies (“ringfencing”), which may be accomplished by:(i) suspending transactions between the bank and the related company or (ii) in extreme cases, requiring severance of the relationship between the related company and the bank, through prohibition on the exercise of voting rights or mandatory divestiture of ownership. See Bryan D. Stirewalt & Gary A. Gegenheimer, *Consolidated Supervision of Banking Groups in the Former Soviet Republics: A Comparative Examination of the Emerging Trend in Emerging Markets*, 23 Ann. Rev. Banking & Fin. L. 533, 554–555 (2004).

5) See Luca Enriques, *Regulators' Response to the Current Crisis and the Upcoming Reregulation of Financial Markets: One Reluctant Regulator's View*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 1147, 1152 (2009) (predicting that reregulation (of capital markets) will take four forms. First, financial institutions that are currently unregulated or very lightly regulated (like hedge funds or rating agencies) will become more heavily regulated. Interestingly, just like measures in the Sarbanes-Oxley Act, proposals for tighter regulation of little regulated or unregulated players had already been in place for a while before the crisis erupted, showing once again that crises are the most effective catalyst for increased regulation. Second, the most obvious loopholes in financial regulation will be eliminated (like the use of SIVs to lower capital adequacy requirements). Third, an overall review of the

Debates continue over the propriety of reregulation after the catastrophic failures of deregulation.⁶⁾ Excessive reregulation of financial markets is vital to the flexibility with financial activities because deregulation generally results in expanded business opportunities and product innovations. Judge Richard Posner, a leader in the Law and Economics movement, argues that it is “premature” to alter the regulatory framework and that “reregulation, like reorganization, should wait.”⁷⁾ In the short run, Posner not only opposes “reorganization” of financial regulations to solve what he describes as “fragmentation of regulatory authority” and “an inability to aggregate and analyze information”, he also opposes quick “reregulation” of the financial industry to remedy the decades of “excessive deregulation” that helped cause the financial crisis of 2008. On the contrary, Posner in the near term proposes only “piecemeal reforms” that, by his own account, are nothing more than “pretty small beer”.⁸⁾ Some research also find that Law and Economics proponents now bridle at the thought of aggressive reregulation of financial markets, preferring a “wait-and-see” approach.⁹⁾ By contrast, since governments have put astronomical funds to bailout illiquid financial institutions, it is a much more urgent task to reregulate the financial markets and establish sophisticated rules to prevent the future disruption which will occur.

The regulatory cycle mentioned above has consequences not only for the structure of the financial markets but also for the diversity of financial products traded in those markets. Deregulation often eliminates certain provisional restrictions on the scope of financial activities, and allows financial institutions to engage in a broader range of activities. Reregulation of financial markets refers broadly to the restructure of markets, crisis prevention and financial reform that

existing rules will take place, as it is already apparent with regard to the architecture of financial supervision in the United States and of the Basel II framework at the international level. Fourth, international coordination will intensify much more than in the 2000s round of post-scandal reforms, due to the apparent global interconnection of the market players at the center of the crisis, which will possibly lead to a reduction in the scope of regulatory arbitrage and therefore in regulatory competition).

6) Compare Richard D. Cudahy, *The Coming Demise of Deregulation II*, 61 Admin. L. Rev. 543, 556 (2009) (arguing that the demise of deregulation is now virtually guaranteed), with Luca Enriques, *supra note 5*, at 1155 (arguing that excessive reregulation today is the best guarantee of effective pressure towards deregulation tomorrow).

7) See Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression* 289–291 (Harvard University Press, 2009).

8) *Ibid.* at 296.

9) See Raymond H. Brescia, *Trust in the Shadows: Law, Behavior, and Financial Re-Regulation*, 57 Buffalo L. Rev. 1361, 1384 (2009).

happen in the aftermath of financial collapse. Indeed, it is a critical but endless issue to establish the amenable model that provides the most appropriate balance between deregulation and reregulation.

2. Recent Development in Taiwan

In order to avoid extreme volatility in the financial markets, the FSC of Taiwan has adopted many measures in 2008–2009. First, the Banking Act and Financial Holding Company Act were amended in December 30, 2008 and January 21, 2009 respectively. Those Acts added necessary provisions to reinforce financial supervision, for example, clarifying the exit mechanism of weak bank,¹⁰⁾ strengthening the fit and proper rule,¹¹⁾ and tightening the investment thresholds of financial holding company,¹²⁾ etc. In Addition, the new Rules Governing the Administration of Offshore Structured Products was promulgated on July 23, 2009, it implemented condition and review mechanisms for marketing institutions and structured product credit rating, and set standards for sale thresholds and marketing methods to protect the interests of investors, especially unsophisticated investors. This FSC also divided trustee investments and sales targets into two categories, professional investors and general investors, in accordance with their risk assumption capability and professional know-how.¹³⁾ In the other words, the sale of complicated and risky financial products will be allowed only to professional investors while general investors can directly purchase low-risk and law-return structured products.

10) See the Banking Act (Taiwan), Sections 44, 44-1, 44-2, 62, 62-1, 62-2, 62-3, 62-4, 62-5 (revised 2008).

11) See the Banking Act (Taiwan), Sections 25, 25-1 (revised 2008); the Financial Holding Company Act (Taiwan), Section 16 (revised 2009).

12) See the Financial Holding Company Act (Taiwan), Sections 36, 37 (revised 2009).

13) See Special Report, *FSC constantly Reforms the Financial Market*, 103 Taiwan New Economy Newsletter 7, 7–8 (August 2009).

III. Controversial Issues in Financial Supervision

1. Change of Regulator Organization

The debate on regulatory structure has proceeded over several decades. Globalization has transformed the financial services industry and forced financial institutions within this industry to compete on a national and international basis. Today, financial products, whether they are loans, securities or insurance policies, are increasingly viewed as part of the same market that enables individuals and institutions to price risks. Not only banks, securities firms, futures firms, and insurance companies are offering products and services that compete with one another, but many top financial service companies provide a smorgasbord of financial products and services now.¹⁴⁾ How to regulate the regulators lies among pressing issues stem from the outlined change of financial markets. Two broad models emerged in response to these challenges. The first, and most high profile, was the model adopted in the United Kingdom (U.K.) that created a unified regulatory agency responsible for regulating all three of the main segments of the financial services industry for both financial soundness and consumer protection purposes. The alternative “twin peaks” model, which had originated in the U.K. but was not adopted there, was to structure regulation around two agencies, one responsible for the safety and soundness of all financial firms and the other for regulating their sales practices.¹⁵⁾

(1) Single Regulator Model

Norway was the first country to establish an integrated regulatory agency in 1986. However, it did not attract particular international attention until the U.K. adopted the single regulator model. The UK in 1997 moved to establish a single financial regulatory agency, the Financial Services Authority (FSA) became the single regulator for banking, securities and insurance. In 2000, the British Parliament radically reorganized the agencies supervising and regulating the financial services sector by enacting the Financial Services and Markets Act of

14) See Elizabeth F. Brown, *E Pluribus Unum—Out of Many, One: Why The United States Needs A Single Financial Services Agency*, 14 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 4 (2005).

15) aSee Michael W. Taylor, *The Road from “Twin Peaks” –And the Way Back*, 16 Conn. Ins. L.J. 61, 63 (2009).

2000.¹⁶⁾ Nine separate agencies that regulated the securities, banking, and insurance sectors were merged into the FSA.¹⁷⁾ The Bank of England continues to be responsible for monetary policy and serves as the lender of last resort, but its supervisory function has been wholly transferred to the FSA. Moreover, the U.K. places its single regulator within a new, properly-integrated, legal framework, rather than simply giving FSA the powers that had been previously enjoyed by former regimes, which were divided by sector through a process of stitching together or consolidating existing legislation.¹⁸⁾

Countries that have adopted single regulator model include Norway, Denmark, Sweden, Estonia, Germany, Hungary, Iceland, Japan, Latvia, the Republic of Korea, Singapore, and Kazakhstan.¹⁹⁾ In Singapore, regulation has been unified within the central bank. In fact, only a few countries have fully unified their financial sector regulatory agencies and the central bank. In most countries, although the single regulator become the main supervisor of prudential regulation and consumers protection, the central bank still play an important role on monetary policy.

The nations that adopted single regulators may find this approach has significant advantages over the multiple regulators that they previously had. First, the single regulator model matches the nature of their markets –in that the emergence of financial “supermarkets” and increased use of sophisticated techniques, such as securitization and derivatives trading, have broken down the traditional distinction of financial sectors.²⁰⁾ In other words, the single regulator could diminish the potential for jurisdictional choice or arbitrage, among types of financial services authorities. Second, the single regulator was better to harmonize regulations across sectors, eliminate duplicative regulations, and address gaps than the multiple regulators.²¹⁾ Third, the single regulator was better situated to

16) See Financial Services and Markets Act, 2000, c. 8 (U.K.).

17) See Explanatory Notes to Financial Services and Markets Act, 2000, ch. 8 (U.K.), paras. 8–13, available at <http://www.hmso.gov.uk/acts/en2000/2000en08.htm> (last visited august 30, 2010).

18) See Eilis Ferran, *Do Financial Supermarkets Need Super Regulators? Examining the United Kingdom's Experience in Adopting the Single Financial Regulator Model*, 28 Brooklyn J. Int'l L. 257, 302 (2003).

19) See Bryan D. Stirewalt &Gary A. Gegenheimer, *supra* note 4, at 548–549. Although Stirewalt and Gegenheimer classify Australia as a single regulator country, its approach is distinctive in that it divides between two agencies responsibility for prudential regulation (Australian Prudential Regulation Authority) and for conduct of business (Australian Securities and Investment Commission).

20) See Eilis Ferran, *supra* note 18, at 258.

address the unique problems posed by financial conglomerates that operate in and across multiple sectors.²²⁾ Forth, the single regulator was more cost-effective of its regulation and supervision, which relates to the wider economic impact of its activities, including compliance costs for regulated firms.²³⁾ Finally, the single regulator was better for consumers, because it often provided a one-stop shop for filing complaints against financial service providers and a more uniform level of consumer protection.²⁴⁾

Of course, reorganization of financial regulator does not guarantee to improve the safety and soundness of the financial system. For a recent and highly relevant example, the British FSA, together with the British Treasury and the Bank of England, faced major problems in coordinating a response among themselves in connection with the Northern Rock bank collapse in the summer of 2007. In the end, Northern Rock bank had to be nationalized.²⁵⁾ But even the FSA itself later admitted that it performed poorly in its own supervisory role with respect to Northern Rock bank.²⁶⁾

(2) “Twin Peaks” Model

The “twin peaks” model contrasts with a FSA model of regulation.²⁷⁾ The “twin peaks” model was adopted first in Australia and later in the Netherlands. Take the example of the Australian model, the Australian Securities and Investments Commission (ASIC) is the “consumer protection” agency under this “twin peaks” model, and the Australian Prudential Regulatory Authority (APRA) supervises bank “safety and soundness.” Still, the “twin peaks” model was not fully accepted in Australia, as ASIC, the securities regulator, does retain supervisory jurisdiction over the “financial soundness” of investment banks.²⁸⁾ Therefore, ASIC remains

21) See Elizabeth F. Brown, *supra* note 1, at 372.

22) *Ibid.* at 373.

23) See Eilis Ferran, *supra* note 18, at 284.

24) See Elizabeth F. Brown, *supra* note 1, at 372-373.

25) See Lionel Laurent, Northern Rock Nationalized, *Forbes.com* (Feb 17, 2008), available at http://www.forbes.com/2008/02/17/northern-nationalize-bank-markets-cx_ll_0217northernrock.html (last visited August 30, 2010).

26) See Kenneth W. Dam, *The Subprime Crisis and Financial Regulation: International and Comparative Perspectives*, 10 Chi. J. Int'l L. 581, 601 (2010).

27) Twin Peaks is a relatively new regulatory approach to financial market regulation adopted by Australia and the Netherlands that is similar to the integrated approach exemplified by the U.K. Financial Services Authority.

28) See Heidi Mandanis Schooner & Michael Taylor, *United Kingdom and United States Responses to the Regulatory Challenges of Modern Financial Markets*, 38 Tex. Int'l L. J.

some elements of functional regulation.

To avoid potential conflicts in the integrated approach between prudential or safety and soundness regulation and conduct of business/consumer protection, the “twin peaks” model separates prudential safety and soundness regulation from conduct of business regulation/consumer protection and has separate regulators for each regulatory objective. In other words, the “twin peaks” model largely takes an objective based approach, which should minimize the possibility of regulatory arbitrage through either manipulation of regulator’s organizational form or redefinition of financial instrument categorizations. And assuming the central bank is not also the prudential regulator, this model should promote central bank independence.²⁹⁾ In addition, the effort to remodel financial regulation into a “twin peaks” model has some currency among financial policy experts, and it is the remodeling achieved by Australia in the past decade and explored by numerous countries.³⁰⁾

In the aftermath of the global financial crisis, there has been a revival of interest in the “twin peaks” model. The failure experience of the U.K. during the financial crisis has strengthened the arguments of the FSA’s critics who challenged the viability of a single regulatory agency in a financial centre as large and diverse as the U.K.³¹⁾ Recently, the British Conservative party, has adopted the policy of abolishing the FSA and introducing a division between prudential and conduct of business regulation with the former being returned to the Bank of England. The FSA has taken significant steps since the crisis to improve the rigor and credibility of its supervisory activities (including the measures set out in the Turner Review). However, the U.K. Government believes that fundamental change is needed. For strengthening the U.K.’s financial system, it is also vital that macro-prudential regulation of the system is integrated with traditional, firm-specific prudential regulation of risk. Therefore, the U.K. Government plans to bring micro-prudential regulation under the auspices of the Bank of England through a newly created Prudential Regulation Authority (PRA), which will be

317, 341 (2003).

29) See Colleen M. Baker, *Regulating the Invisible: The Case of Over-The-Counter Derivatives*, 85 Notre Dame L. Rev. 1287, 1340 (2010).

30) See Dep’t of the Treasury, The Department of the Treasury Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure (2008), at 3, 26, 176–78 [hereinafter Treasury Blueprint], available at <http://www.treas.gov/press/releases/reports/Blueprint.pdf>. (last visited August 30, 2010); see also Elizabeth Brown, *supra* note 14, at 94 (indicating countries moving towards dual regulation).

31) See Michael W. Taylor, *supra* note 15, at 93.

established as a legally distinct subsidiary of the Bank of England.³²⁾ This will strengthen the U.K.'s financial system, and its resilience to financial crises, by putting in place a new body with the focus, expertise and mandate to ensure effective prudential supervision and regulation of individual firms. To build upon this structural improvement, and to ensure that the failings of the past are fully addressed, the Government will ensure that the processes and legal framework of the new PRA will support and facilitate a new, more judgement-led style of prudential regulation.³³⁾

(3) Functional Regulators Model

Both the FSA model and the "twin peaks" model are paragons of simplicity compared with the complexity of the U.S. regulatory model.³⁴⁾ The U.S. employs the functional approach to consolidated supervision. The U.S. banking regulatory structure, which is characterized by the coexistence of several functional regulators such as the Office of the Comptroller of the Currency in the Treasury Department (OCC), the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), the Office of Thrift Supervision (OTS), the Treasury Department's anti-money laundering group (FinCEN), the Office of Foreign Asset Control (OFAC) and state authorities, would engage in supervision of banking activities. Under the GLBA, the Federal Reserve Board (FRB) alone, as the single functional regulator of bank holding companies, has supervisory oversight authority and responsibility for BHCs, including BHCs that operate as FHCs.³⁵⁾ In addition, the SEC, Commodity Futures Trading Commission (CFTC), Federal Trade Commission (FTC), and Occupational Safety & Health Agency (OSHA) (for SOX whistleblower claims) regulate various aspects of the financial services industry.³⁶⁾ Some essays show that U.S. financial market oversight is based on functional regulators whose operational spheres track financial industry and its institutional structures of prior eras, which leads to ineffective and inefficient regulatory frameworks.³⁷⁾ In responding to the subprime

32) See HM Treasury, *A New Approach to Financial Regulation: Judgement, Focus and Stability* (The Stationery Office Limited, July 2010), at 23, available at http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_financial_regulation_condoc.pdf (last visited August 30, 2010).

33) *Ibid.*

34) See Kenneth W. Dam, *supra* note 26, at 598.

35) See Jorge E. Vinuales, *The International Regulation of Financial Conglomerates: A Case-Study of Equivalence as an Approach to Financial Integration*, 37 Cal. W. Int'l L.J. 1, 16-17 (2006). For details, see 12 U.S.C. § 1844 (1999).

36) See Jerry W. Markham, *Merging the SEC and CFTC -A Clash of Cultures*, 78 U. Cin. L. Rev. 537, 542-543 (2009).

crisis of 2008, the federal government's extensive financial commitment into nearly every financial-services industry had substantially consolidated the various forms of financial regulation. It centralized regulatory authority in the FRB and Treasury Department, significantly reducing the regulatory authority of other federal agencies and state regulators.³⁸⁾

Recently, in the U.S., the “twin peaks” concept has received attention in evidence given to Congressional committees.³⁹⁾ Lastly, the Senate passed the Restoring American Financial Stability Act, a sweeping Wall Street regulation bill on July 15, 2010, limiting speculation in commodities and establishes a new regulator “Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)” devoted entirely to consumer rights. The CFPB is housed at the FRB, being dedicated to enforcing consumer protection laws and keeping a pulse on emerging trends of financial abuse. The CFPB with the authority ensures American consumers to get the clear, accurate information they need to shop for mortgages, credit cards, and other financial products, and protect them from hidden fees, abusive terms, and deceptive practices. The CFPB also has the ability to write rules to address issues as they surface. It will also house the new Office of Financial Literacy and the Office of Civil Rights since communities of color are often those targeted by abusive lenders. But this 1,408-page financial “reform” act is likely to backfire in many ways. For example, it authorizes 11 different federal regulatory agencies to issue 243 bureaucratic regulations that could run to thousands of pages in the Federal Register, creating tremendous uncertainty for investors and employers.⁴⁰⁾ In sum, although the Restoring

37) See Olufunmilayo B. Arewa, *Risky Business: The Credit Crisis and Failure (Part I)*, 104 Nw. U. L. Rev. Colloquy 398, 416 (2010).

38) See Lawrence A. Cunningham & David Zaring, *The Three or Four Approaches to Financial Regulation: A Cautionary Analysis Against Exuberance in Crisis Response*, 78 Geo. Wash. L. Rev. 39, 58–59 (2009).

39) See Enhancing Investor Protection and the Regulation of Securities Markets: Before the United States Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs (Hearing: Enhancing Investor Protection and the Regulation of Securities Markets, March 10, 2009), at 37 (testimony of Mr. John Coffee, Adolf A. Berle Professor of Law, Columbia Law School) (stating that the Blueprint, itself, preferred a “twin peaks” model, and that model is far more compatible with the U.S.’s current institutional structure for financial regulation. But beyond these obvious points, the best argument for a “twin peaks” model involves conflict of interests and the differing culture of banks and securities regulators.), available at http://banking.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Hearings. Testimony&Hearing_ID=faf91bea-ca58-4bc1-873d-33739dbb4f76&Witness_ID=e5bf16fd-8f5e-4077-a62d-907ec025536c (last visited August 30, 2010).

40) See Jim Powell, *Barack Obama's top 10 job killers*, National Post, August 11, 2010 Wednesday, Pg. FP15.

American Financial Stability Act creates a new independent watchdog, housed at the FRB, the essence of functional regulatory structure is unchanged.

In fact, most countries still maintain functional regulators (i.e., separate supervisors for the banking, securities, and insurance industries) with a renewed spirit of cooperation and information sharing among the regulatory bodies. The nations retain the functional regulators which the bank supervisor typically has a “preferred” status in terms of policy development and legal authority. This seems to be a reflection of the traditional view that, because of their role as depository institutions and principal components of the payment system, banks are “special.”⁴¹⁾

(4) Taiwan’s Modified Single Regulator Model

Before 2004, Taiwan had a fragmented and functional regulatory structure, with different institutional arrangements and legal regimes in place for banking, securities, and insurance business. The responsibilities of financial supervision in Taiwan’s financial market had been assigned to the Ministry of Finance (MOF). The local governments had been also assigned the major responsibilities to regulate community banking institutions. The Central Bank of the Republic of China (CBC) had been in charge of the supervision of monetary control.⁴²⁾

① The Role of FSC

In response to increasing cross-sector financial activities, Taiwan’s Financial Supervisory Commission, Executive Yuan (FSC) was set up on July 1, 2004, to consolidate supervision on financial markets as well as banking, securities, futures, and insurance institutions. The FSC plays a main role on supervisory function, as a single financial regulator that consolidates the functions of monitoring and rule-setting for the banking, securities, futures and insurance industries, and also carries out cross-sector financial examinations. Under the single regulator model, the FSC is mandated by the laws to undertake prudential supervision and financial examination on financial institutions. Generally speaking, The FSC can reduce regulatory arbitrage thanks to harmonization of laws and regulations, and the efficiency and effectiveness of financial supervision have been significantly improved.

41) See Bryan D. Stirewalt & Gary A. Gegenheimer, *supra* note 4, at 549.

42) See Bureau of Monetary Affairs, the Modernization of the ROC Financial System 47 (Bureau of Monetary Affairs, Financial Research Department, The Committee for Saving Promotion, 1999).

② The Role of CBC

Unlike some other countries shifted to the single regulator model, the CBC not only continues to be responsible for monetary policy and serves as the lender of last resort, but retains some authority of financial supervision. Based on the Central Bank of the Republic of China (Taiwan) Act, the CBC still has the responsibility to examine the operations of all financial institutions under the operational objectives of promoting financial stability and guides sound banking operations.⁴³⁾ The CBC stopped carrying out regular full-scope on-site examinations after the establishment of the FSC in July 2004. With regard to the remainder authority of financial examination undertaken by CBC, emphasis is placed on the following: understanding the consistency of their operations with respect to monetary policy, assessing their compliance with relevant regulations, reviewing their operational procedures, evaluating their systems of internal controls and the efficiency of their operations, and reviewing current regulations.⁴⁴⁾

③ The Coordination Mechanism between FSC and CBC

To facilitate the implementation of the central bank's policies, the CBC retains the authority to carry out target examinations on issues related to monetary, credit and foreign exchange policies and payment system. In addition to on-site target examinations, the CBC implements off-site monitoring to identify the weakness of individual financial institution and to grasp the whole picture of financial system in order to response appropriately in a timely manner.⁴⁵⁾ Pursuant to the Financial Supervisory Commission Act,⁴⁶⁾ there is a coordination mechanism among FSC and CBC in place. The "Financial Supervision Coordination Group", is composed of senior officers of the FSC, the CBC and other related financial authorities (like the Central Deposit Insurance Corporation) hold the meeting every

43) See the Central Bank of the Republic of China (Taiwan) Act, Section 38 (revised 2002):

(1) In conformity with the powers and functions authorized in this Act, the Bank shall undertake the examination of the operations of all financial institutions in the country. (2) The above examination may be performed in conjunction with the bank examination program delegated to the Bank by the Ministry of Finance. (3) The Bank may delegate a government financial institution to perform the examination of the operations of credit cooperatives and the credit departments of farmers' associations.

44) See The Central Bank of the Republic of China (Taiwan), *About the Bank*, available at <http://www.cbc.gov.tw/np.asp?ctNode=442&mp=2> (last visited August 30, 2010).

45) See The Central Bank of the Republic of China (Taiwan), *Financial Stability and Bank Supervision-Supervisory Structure*, available at <http://www.cbc.gov.tw/ct.asp?xItem=882&CtNode=492&mp=2> (last visited August 30, 2010).

46) See the Financial Supervisory Commission Act (Taiwan), Section 3 (2003).

month when there is necessary to coordinate and cooperate on issues of financial supervision, management and examination.

Under this modified single regulator model, the CBC still need to be burdened responsibilities for the prudential supervision of banks. For now, it is interesting to note that it may be obscure to allocate the responsibilities of prudential regulation between the CBC and the FSC.

(5) How Best to Reorganize the Regulator?

Throughout the world, there is wide variety in the existing regulator arrangements and, despite the current interest in the single regulator model, its adoption in practice remains relatively rare. From the view of worldwide, various models of financial regulation exist, but a few dominate. The powerful influence is exerted by national historical roots and social, economic, and political traditions and it means the situation seems likely to be persisted. In addition to trend in the international financial markets, fundamental changes to national financial regulatory structures are driven by country-specific factors.⁴⁷⁾ Since the recognition that national regulator arrangements evolve under the influence of local factors, there is no ideal regulatory model that is universally applicable.

Most people would agree that much of the responsibility for avoiding financial crises of the sort we have just experienced lies with regulatory agencies, acting under national laws and procedures. In many countries, this sort of regulation lies within the authority of central banks or Ministries of Finance or other similar government authorities. The outbreak of a major crisis suggests that the regulatory action taken by such authorities has been inadequate. Today, major financial markets, especially the OTC derivative markets, are global markets and no jurisdiction can regulate them individually and successfully. International regulatory cooperation is needed to regulate the global financial markets. After all, it is at the international level where we should expect to see some effective efforts to ensure that national laws and regulations –created and implemented by national governments –are adequate to prevent financial chaos from erupting and causing harm not only to the people to whom those governments are directly accountable, but also to other countries and the global financial system as a whole.⁴⁸⁾

47) See Charles Goodhart et al., *Financial Regulation: Why, How and Where Now?* 181 (Bank of England, 1998).

48) See John W. Head, *The Global Financial Crisis of 2008–2009 in Context—Reflections on*

2. Chang of Prudential Regulation

(1) From Micro-Prudential Supervision to Macro-Prudential Supervision

Regulatory authority aims to maintain financial stability, but it is difficult to define the substantial contents. Attempts to define financial stability have led to confusion and uncertainty. It also faces the similar problem to define systemic risk. However, the various definitions share at least one basic element—systemic risk involves a trigger event that leads to a chain reaction of negative effects.⁴⁹⁾

Most governments made some similar decisions about crisis containment. It is a time-limited stage comprising a sequence of known technical tasks designed to stop financial panics. Containment is often conflated with financial regulation, crisis prevention and resolution. These are all long-term projects that share the goal of improving sound economic incentives, and often are embodied in positive rules. By contrast, containment is urgent and brief, defined by rule-breaking, claims of exception and the dearth of positive law.⁵⁰⁾ Policymakers and academic scholars would agree that it is better to prevent financial crises than to try to contain them once they have occurred. The traditional approach to control financial crises is prudential regulation. In general, there are two different types of prudential regulation to prevent systemic risk. First, from the traditional oversight, regulation, market transparency and enforcement provided by primary regulators would help keep systemic risk from developing in the first place. Second, the new macro-prudential regulation could help identify and minimize systemic risk if it does develop.⁵¹⁾ Prudential regulation attempts to establish rules

International Legal and Institutional Failings, “Fixes,” and Fundamentals, 23 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 43, 47–48 (2010).

49) See Traci M. Pribbenow, *Back in the Saddle* Again: But Which Way Do We Go from Here? A View of Agency Suggestions for Systemic Risk Regulation*, 60 Case W. Res. 559, 560 (2010).

50) See Anna Gelpern , *Financial Crisis Containment*, 41 Conn. L. Rev. 1051, 1055 (May, 2009).

51) See Testimony Concerning Regulation of Systemic Risk: Before the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs, United States Senate (Hearing: Establishing a Framework for Systemic Risk Regulation, July 23, 2009), at 1 (testimony of Mary L. Schapiro, Chairman, SEC) (stating that there are two different kinds of “systemic risk regulation”: (1) the traditional oversight, regulation, market transparency and enforcement provided by primary regulators that helps keep systemic risk from developing in the first place and (2) the new “macro-prudential” regulation designed to identify and minimize systemic risk if it does.), available at http://banking.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=Hearings.Testimony&Hearing_ID=dabb299b-02c3-4e4b-a116-

for the sound operation of financial institutions and for critical elements of the financial infrastructure such as clearing and settlement arrangements. Ideally, prudential policymakers should be looking beyond the known to anticipate emerging sources of systemic vulnerability in order to calibrate appropriate prudential policies.⁵²⁾

Prudential regulation is the basis for financial stability, whereas prudential supervision is indispensable way to achieve the goal of financial stability. In general, micro-prudential supervision focuses on the safety and soundness of individual institution. By contrast, macro-prudential supervision focuses on the safety and soundness of the financial system.⁵³⁾ Most financial regulators usually pay attention on the micro-prudential supervision to the individual institution, but it does not ensure that the goal of the safety and soundness will be reached. In a channel of contagion, failure travels from one or several financial institutions to others throughout the financial system on one hand. On the other hand, a credit shock or liquidity crisis can affect everyone simultaneously. It is necessary for macro-prudential supervision (systemic supervision) of the whole system to be integrated with traditional micro-prudential supervision of individual institution risk. In addition, macro-prudential regulation includes not only a systemic risk regulator that would have unfettered access to market-wide information, but also an oversight council, which would complement the systemic risk regulator by providing additional concern on the issues and the necessary tools to deal with problems that arise.⁵⁴⁾ Therefore, it is prerequisite that financial regulators should have market-wide information in hand and necessarily supervisory tools to maintain financial market stable.

In sum, financial supervision should not only be exercised to individual institution by micro-prudential supervision, but it should also encompass the sound function of the whole financial system through macro-prudential supervision.⁵⁵⁾ The forbearance of micro-supervisory actions usually hurt the credibility of the financial regulator as a supervisor. Yet the late and less macro-supervisory

0767b04768ff&Witness_ID=5f1a3238-4489-4c36-a371-4816c3b47bd5 (last visited August 30, 2010).

52) See Richard J. Herring, *The Known, the Unknown, and the Unknowable in Financial Policy: An Application to the Subprime Crisis*, 26 Yale J. on Reg. 391, 396 (2010).

53) *Ibid.* at 393.

54) See Traci M. Pribbenow, *supra* note 49, at 566.

55) See Mario Giovanoli, *A Special Tribute to Andreas Lowenfeld: The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis*, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 81, 117 (2009).

actions would also lead to larger future collapse. Macro-prudential supervision is preoccupied with overall financial stability, as it distinct from the protection of any particular institution or consumer. It is regulation geared to minimizing the risk of and damage from systemic financial crises.⁵⁶⁾ The macro-prudential approach shares the essential priorities of regulation; namely, the emphasis on changing the incentives and structures of the financial system to reduce its vulnerability far into the future.

2. EU's Approach

On May 27, 2009, while the world financial crisis was still evolving, the European Commission's Communication outlined a new financial supervision structure based on the Larosiere Report.⁵⁷⁾ While recognizing the importance of the European Commission's proposals and endorsing the creation of a European Systemic Risk Board (ESRB) and a European System of Financial Supervisors (ESFSs), the Council of the European Union⁵⁸⁾ and the European Council⁵⁹⁾ have reduced the scope of some of the European Commission's proposals. The first pillar is the creation of European Systemic Risk Council (ESRC).⁶⁰⁾ The ESRC's main mission is to monitor potential risks to financial stability arising from macroeconomic developments and to consider methods of preventing these threats from being realized. For this purpose, the ESRC will be entitled to issue early risk warnings and to give recommendations for appropriate remedies either of a general character or

56) See Anna Gelpern, *supra* note 50, 1064–1065.

57) See European Commission, *Commission Communication on European Financial Supervision*, at 2, COM (2009) 252 final (May 27, 2009). The Larosiere Report includes thirty-one Recommendations on how the causes and effects of the financial crisis could be tackled on the European Union as well as the global level. In particular with regard to financial supervision, the Larosiere Report suggests the creation of a new European macro-prudential supervisory body and the establishment of a new European micro-prudential supervisory system. See The de Larosiere Group, *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Feb. 25, 2009), available at http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (last visited August, 30, 2010).

58) See Press Release, Council of the European Union, Council Conclusions on Strengthening EU Financial Supervision (June 9, 2009).

59) See Presidency Conclusions, Brussels European Council (July 10, 2009), available at http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/108622.pdf (last visited August 30, 2010).

60) The Council of the European Union and the European Council renamed the ESRC as the ESRB in their respective Conclusions. See Press Release, Council of the European Union, Council Conclusions on Strengthening EU Financial Supervision, at 2 (June 9, 2009); see also Presidency Conclusions, Brussels European Council, at 7 (July 10, 2009).

addressed to specific European member states.⁶¹⁾

The second pillar of the European Commission's proposal is the creation of ESFS, conceived as a network incorporating member states' financial supervisors and three new European Supervisory Authorities (ESAs).⁶²⁾ The ESFSs would conduct micro-prudential supervision at the European level, and intends to solve some failures of the European system of micro-prudential supervision arising from several factors, including varied interpretations of regulatory texts and the diversity of regulatory powers among member states' financial regulators.⁶³⁾

(3) Taiwan's Approach

The enforcement of prudential regulation also needs a regulatory actor to serve this function. In Taiwan, The FSC plays the main role in micro-prudential supervisory function and carries out financial examinations. The most effective way to enforce micro-prudential supervision in the financial market has been the financial examination. Financial examination should be undertaken through on-site examination, off-site examination, such as the audit on related reports, and the establishment of information system management. The certification and audit of accountants on financial statements may attribute to important portion of financial examination. Besides, the CBC has been authorized to conduct financial examination, such as to carry out target examinations on issues related to monetary, credit and foreign exchange policies and payment system. The exercise of off-site examination not only helps on-site examination but also better establishes the database of whole financial markets.

In light of the increasing prevalence of cross-border financial activities, prevention of cross border financial crimes has become a top priority concerning

61) See European Commission, *Commission Communication on European Financial Supervision*, at 5, COM (2009) 252 final (May 27, 2009).

62) The ESFS has a complex three-level structure that involves the participation of member states' supervisory authorities and the ESAs. The first level consists of a Steering Committee composed of representatives of the three new ESAs and of the European Commission that would ensure mutual understanding, cooperation and consistent supervisory approaches between the ESAs. Constituting the second level of the ESFS structure, the ESAs would undertake new and important tasks in the field of regulation, supervision, and enforcement. Finally, as the third level of the ESFS regulatory scheme, national member states' supervisors would conduct day-to-day supervision of individual entities. See Pablo Iglesias Rodriguez, *Towards A New European Financial Supervision Architecture*, 16 Colum. J. Eur. L. Online 1, 3 (2009).

63) See European Commission, *Commission Communication on European Financial Supervision*, at 3, 8, COM (2009) 252 final (May 27, 2009).

financial regulators. The FSC has been actively seeking to sign memorandums of understanding (MOUs) addressing cooperation in the field of financial supervision. In 2009, the FSC signed or confirmed MOUs, EOLs, or side letters for cooperation in single-sector or cross-sector supervision with California, Hong Kong, Belgium, Ireland, and China. In addition, the FSC became a signatory to the IAIS Multilateral Memorandum of Understanding (MMoU). This is the first time that the FSC signed a MMoU with an international institution. The objective of this MMoU is to establish a formal basis for cooperation and information exchange between the signatory authorities regarding the supervision of insurance companies where cross-border aspects arise. Furthermore, the FSC signed and exchanged a side letter to the MOU with Hong Kong which has facilitated cross listing of exchange-traded funds in each other's markets.⁶⁴⁾

By contrast, the CBC plays the main role on macro-prudential supervisory function. To further enhance its function of promoting financial stability, the CBC set up the Financial Stability Assessment Section in January 2006, which is subordinate to the Department of Financial Inspection. The CBC compiles the financial soundness indicators based upon the Compilation Guides for FSIs issued by the IMF and builds up the financial stability assessment framework that is consistent with the nature of Taiwan's financial system, with reference to the IMF, European Central Bank and other central banks' macro-prudential analytical methodologies. Moreover, the CBC issued its first financial stability report in June 2008.⁶⁵⁾

IV. Conclusion

In this short research paper, I sketch out a few thoughts on financial supervision to the financial crisis from 2008 to 2009 and on the upcoming process of financial markets reregulation. There is no shortcut to financial reform. It is a never-ending process. Obviously, it is still too early to pass final judgment on the financial deregulation and reregulation.

64) See FSC 2009 Annual Report, at 34, available at http://www.fscey.gov.tw/Layout/-main_en/Download_DownloadPage.aspx?path=2836&Language=2&UID=0&ClsID=132,133,134&ClsTwoID=319&ClsThreeID=0&Lan=2 (last visited on August 30, 2010).

65) See The Central Bank of the Republic of China (Taiwan), *Financial Stability and Bank Supervision-Overview*, available at <http://ct.asp?xItem=859&CtNode=485&mp=2> (last visited August 30, 2010).

Crisis prevention and solution is an enormous burden which falls mainly on the shoulders of supervisory authority. How best the regulators are organized and their supervisory authorities are allocated, however, remain a significant point in dispute. No empirical evidence proves that the single regulator is better than two or multiples.

Some micro-prudential regulation may make individual institutions safer, while increasing the vulnerability of the financial system to systemic risk. It is an immediate task to review and reallocate the responsibilities of implementing macro-prudential supervision and micro-prudential supervision.

◊ KEY WORDS ◊

Single Regulator Model, “Twin Peaks” Model, Functional Regulators Model, financial regulation, financial reform.

◆ References ◆

- Olufunmilayo B. Arewa, *Risky Business: The Credit Crisis and Failure (Part I)*, 104 NW. U. L. Rev. Colloquy 398 (2010).
- Colleen M. Baker, *Regulating the Invisible: The Case of Over-The-Counter Derivatives*, 85 Notre Dame L. Rev. 1287 (2010).
- Raymond H. Brescia, *Trust in the Shadows: Law, Behavior, and Financial Re-Regulation*, 57 Buffalo L. Rev. 1361 (2009).
- Elizabeth F. Brown, *E Pluribus Unum—Out of Many, One: Why The United States Needs A Single Financial Services Agency*, 14 U. Miami Bus. L. Rev. 1 (2005).
- Elizabeth F. Brown, *The Tyranny of the Multitude Is A Multiplied Tyranny: Is the United States Financial Regulatory Structure Undermining U.S. Competitiveness?*, 2 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 369 (2008).
- Bureau Of Monetary Affairs, *The Modernization Of The Roc Financial System* (Bureau of Monetary Affairs, Financial Research Department, The Committee for Saving Promotion, 1999).
- Richard D. Cudahy, *The Coming Demise of Deregulation II*, 61 Admin. L. Rev. 543 (2009).
- Lawrence A. Cunningham & David Zaring, *The Three or Four Approaches to Financial Regulation: A Cautionary Analysis Against Exuberance in Crisis Response*, 78 Geo. Wash. L. Rev. 39 (2009).
- Kenneth W. Dam, *The Subprime Crisis and Financial Regulation: International and Comparative Perspectives*, 10 Chi. J. Int'l L. 581 (2010).
- Luca Enriques, *Regulators' Response to the Current Crisis and the Upcoming Reregulation of Financial Markets: One Reluctant Regulator's View*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 1147 (2009).
- Eilis Ferran, *Do Financial Supermarkets Need Super Regulators? Examining the United Kingdom's Experience in Adopting the Single Financial Regulator Model*, 28 Brooklyn J. Int'l L. 257 (2003).
- Helen A. Garten, *Regulatory Growing Pains: A Perspective on Bank Regulation In A Deregulatory Age*, 57 Fordham L. Rev. 501 (1989).
- Helen A. Garten, *Still Banking on the Market: A Comment on the Failure of Market Discipline*, 5 Yale J. On Reg. 241 (1988).
- Anna Gelpern , *Financial Crisis Containment*, 41 Conn. L. Rev. 1051 (May, 2009).
- Mario Giovanoli, *A Special Tribute to Andreas Lowenfeld: The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis*, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 81 (2009).

- Charles Goodhart Et Al., *Financial Regulation: Why, How And Where Now?* (Bank of England, 1998).
- John W. Head, *The Global Financial Crisis of 2008–2009 in Context—Reflections on International Legal and Institutional Failings, “Fixes,” and Fundamentals*, 23 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 43 (2010).
- Richard J. Herring, *The Known, the Unknown, and the Unknowable in Financial Policy: An Application to the Subprime Crisis*, 26 Yale J. On Reg. 391 (2010).
- Jonathan R. Macey & Elizabeth H. Garrett, *Market Discipline by Depositors: A Summary of the Theoretical and Empirical Arguments*, 5 Yale J. On Reg. 215 (1988).
- Heidi Mandanis Schooner & Michael Taylor, *United Kingdom and United States Responses to the Regulatory Challenges of Modern Financial Markets*, 38 Tex. Int'l L. J. 317 (2003).
- Jerry W. Markham, *Merging the SEC and CFTC –A Clash of Cultures*, 78 U. Cin. L. Rev. 537 (2009).
- Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and The Descent into Depression* (Harvard University Press, 2009).
- Jim Powell, *Barack Obama's top 10 job killers*, *National Post*, August 11, 2010 Wednesday, Pg. FP15.
- Traci M. Pribbenow, *Back in the Saddle* Again: But Which Way Do We Go from Here? A View of Agency Suggestions for Systemic Risk Regulation*, 60 Case W. Res. 559 (2010).
- Pablo Iglesias Rodriguez, *Towards A New European Financial Supervision Architecture*, 16 Colum. J. Eur. L. Online 1 (2009).
- Special Report, *FSC constantly Reforms the Financial Market*, 103 Taiwan New Economy Newsletter 7–9 (August 2009).
- Bryan D. Stirewalt & Gary A. Gegenheimer, *Consolidated Supervision of Banking Groups in the Former Soviet Republics: A Comparative Examination of the Emerging Trend in Emerging Markets*, 23 Ann. Rev. Banking & Fin. L. 533 (2004).
- Michael W. Taylor, *The Road from “Twin Peaks” –And the Way Back*, 16 Conn. Ins. L.J. 61 (2009).
- Jorge E. Vinuales, *The International Regulation of Financial Conglomerates: A Case-Study of Equivalence as an Approach to Financial Integration*, 37 Cal. W. Int'l L.J. 1 (2006).

〈ABSTRACT〉

**The Main Issues of Financial Regulation after A World
Financial Crisis of 2008–2009**
—From Taiwanese Perspectives—

Wang, Chih-Cheng

Although the regulatory authority endeavors ambitious efforts to maintain the financial stability, the financial institutions still fail in familiar ways by taking excessive concentrations of credit risk or suffer unexpected loss from overloaded risk exposures. Whether there is a better way to regulate the financial sector is a controversial issue in international financial law. This issue is particular significance after a financial crisis of 2008–2009. This research paper will begin in the Part II by describing the challenges of financial regulation faced by policymakers and supervisory authority. Then, this paper also analyzes the current developments in Taiwan. Part III will discuss the controversial issues in financial supervision and point out the myth of current issues, and introduce the modified model and new approaches adopted recently by regulatory authority in Taiwan. Finally, this paper emphasizes financial reform is a never-ending process, and several decisions to complex dilemma for resolution policy must be made.

未经审批之合资企业股权转让合同效力研究^{*}

蔡立东^{**}

[目 次]

- | | |
|-------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| I. 引言 | 2. 着眼于控制股權變動規範股權轉讓符合比例原則 |
| II. 合同效力緣於合同履行是確定未經審批之
合資企業股權轉讓合同效力的既定約束 | 3. 着眼于控制股權變動規範股權轉讓有利于
鼓勵交易，合理分配因“轉讓合同”而產
生的風險與負擔，防范當事方機會主義的
行爲 |
| III. 自立法論的政策選擇角度，行政審批對合資
企業股權轉讓的規範應限于控制股權的變動 | IV. 自解釋論的角度，也能得出合資企業股權轉
讓合同效力與批准行為無涉的結論 |
| 1. 着眼于控制股權變動規範股權轉讓符合申
請批准行為的性質 | V. 結論 |

I. 引言

《中外合资經營企業法實施條例》(以下簡稱《條例》)第20條第1款規定，合營一方向第三者轉讓其全部或者部分股權的，須經合營他方同意，並報審批機構批准，向登記管理機構辦理變更登記手續。第4款規定，違反上述規定的，其轉讓無效。這裡的“轉讓”含义如何，究竟讓方與受讓方的轉讓合同，還是作為當事方轉讓合同履行行為的實際股權變更？對於這一問題的不同理解決定了在行政審批與合資企業股權轉讓合同效力關係問題上立場的分野，如果“轉讓”是指當事方為履行轉讓合同而實施的實際股權變更，則行政審批僅涉及合同能否得到履行，而與合同效力無關，即該未經審批的股權轉讓合同不因是否經過審批機關審批而異其效力，進而會在該類合同的效力問題上，持有“合同有效說”的立場；如果將“轉讓”理解為股權轉讓合同，對於未經審批機關批准的合同，則不僅因《條例》的上述規定顯系效力性規定，該合同違反行政法規的強制性規定，而且依據《合同法》第44條第2款，審批機關的批准是合同的生效要件，故該未經批准的股權轉讓合同無效。是為“合同無效說”¹⁾。但中國司法機關的立場是：雖將“轉讓”理解為股權轉讓合同，卻同時認定外商投資企業的股權轉讓合同，應當報經有關審查批准機關審查批准，在一審法

논문접수일 2010.10.29, 논문심사일 2010.12.09, 게재확정일 2010.12.22

* 教育部人文社會科學重點研究基地2007年重大項目：團體法秩序的法理邏輯(2007JJD810158)階段性成果

** 學博士，吉林大學法學院、吉林大學理論法學研究中心教授，博士生指導教師。

1) 參見韓世遠：《合同法總論》，法律出版社2008年版，第104頁；王玉飛、謝穎：《涉外股權轉讓合同效力認定》，《人民司法》2009年第24期，第91頁。

庭辯論終結前當事人未能辦理批准手續的，人民法院應當認定該合同未生效。²⁾即未經審批機關批准的合資企業股權轉讓合同為未生效合同。此即“未生效合同說”³⁾。

由此形成了關於未經審批機關批准的合資企業股權轉讓合同效力的三種不同立場，即有效說、無效說和未生效說。由於合同的效力評價屬於價值判斷，體現了合同法承載的公共選擇，對合同效力的確認是合同法規範當事方與國家間的關係以及在當事方間分配利益與負擔的核心技術機制，對於國家關於社會秩序整體構想以及當事人利益的實現影響甚巨，本文擬着眼於國家通過對合資企業股權轉讓合同效力設定特殊控制意欲達成的政策目標，為未經審批的合資企業股權合同尋找確定的效力評價。由於隨着相關司法政策的明確，“無效說”已對司法實踐不生影響。本文的討論將圍繞“未生效合同說”與“合同有效說”展開。首先，闡明“未生效合同說”的缺陷；然後，從解釋論的角度，提出“合同有效說”的實證法基礎，以期有益於中國外商投資法律環境的改善。為了使本文能夠集中於焦點問題展開，下文對這三種學說的解釋，均排除了其他影響合資企業股權轉讓合同效力的因素，即假定我們討論的合同除未經批准外，不存在其他的效力瑕疵。

II. 合同效力絕緣於合同履行是確定未經審批之合資企業股權轉讓合同效力的既定約束

中國民法理論承認負擔行為和處分行為的劃分，該理論雖未被民事立法吸納，但中國民法奉行將合同的效力與合同的履行效果分離的技術路線，已為中國的立法實踐⁴⁾和司法實踐所確認⁵⁾。將合同效力的確認絕緣於合同的履行使得意思成為決定權利義務變動以及權利義務內容的決定性因素，為契約自由拓殖了廣闊空間，不僅是意思主義的法律行為理論的必然邏輯，而且是以區分債權和物權的不同性質並設置不同規則為基礎的民法體系的必然要求。因此，中國立法雖未奉行物權形式主義的物權變動模式，但依然把以權利變動為目的的債權合同的成立與生效和作為合同履行法律效果的權利變動本身視為兩個既相互關聯又相互獨立的法律事實。合同的法律效力在於設定債務人必須履行的債務和債權人依法享有的以請求權為核心權能的債權，並不直接導致物權等其他權利的直接變動。無論基於生活的邏輯，還是理論的邏輯，都只能是債權合同生效後，才發生合同的履行問題，也才有可能發生權利變動的法律效果。但合法有效的合同完全有可能不能引發權利變動的預期結果，而基於無效合同的履行行為則完全可能導致權利的變動，由此才有處分行為之於負擔行為的獨立與依附、無因與有因的爭論。反之，以當事人有可能無法履行義務，

2) 《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》(最高人民法院2005年12月26日印發)；《全國法院涉港澳商事審判工作座談會紀要》(最高人民法院2008年1月21日印發)。

3) 劉貴祥：《外商投資企業糾紛若干難問題研究》，《法律適用》2010年第1期，第11頁。

4) 《中華人民共和國物權法》，第15條規定，當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和滅失不動產物權的合同，除法律另有規定或者合同另有約定外，自合同成立時生效；未辦理物權登記的，不影響合同效力。

5) 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋(一)》第9條第2款規定，法律、行政法規規定合同應當辦理登記手續，但未規定登記後生效的，當事人未辦理登記手續不影響合同的效力，合同標的物所有權及其他物權不能轉移。

权利变动有可能不会实际发生为由，而否认债权合同的效力，带来债权行为的无因与有因问题，则是对理论逻辑和生活逻辑的彻底背叛。由此合同的效力与合同的履行是两个完全不同的问题，合同能否履行与合同是否有效无关，合同不能得到履行不是影响合同效力的因素，更不应导致合同无效⁶⁾。

《条例》规定的“转让无效”，仅仅指涉合资企业的股权未能有效变更的状态，该状态既可以渊源于股权转让合同无效，也可以解释为合同履行的法律上不能。因此，“转让无效”完全可能仅是合同履行环节的问题，完全可能表征股权转让合同履行不能，而与股权转让合同的效力绝缘。无论如何不应把股权转让未得到国家批准而未能实际发生一律归因于股权转让合同无效，即不能从股权未变更的合同履行状态想当然地推断该类股权转让合同无效，而纠结于合同效力的争执，排斥其他可能实现国家管制合资企业之政策取向的技术机制和制度安排，更不能于国家不批准当事方间转让股权的意向场合，混淆合同效力与合同履行，把本来对合同履行的限制混同为对合同效力的限制。

由于股权不能有效变动既可能源于合同的效力瑕疵，也可能基于合同的履行障碍，即使为实现国家管制合资企业股权变更的既定政策取向，在技术机制上，仍有通过否定转让合同效力和控制股权的实际变动两种方案可供选择。由此防止合资企业股权变动对我国外商投资法律秩序造成不必要的冲击，有两条基本的进路，其一为直接否定股权转让合同的效力，使得未经审批机关批准的当事方自行设定权利义务安排对于其间利益和负担的分配不生任何影响，完全按照法律设定的模式对当事方利益和负担作模式化的配置。这当然是实现国家管制合资企业股权变更之政策取向的最直接、也是最简单的方法，但者这不仅可能有违比例原则，构成对投资者自由的不正当限制，而且还会衍生“何谓损失”、“损害赔偿额如何计算”等法院不易应对的技术难题；其二为强化对转让合同履行环节的控制，遵循比例性原则，在实现国家政策取向的同时，尽可能地宽容当事方对其间权利义务关系的自治性安排，即出让方根据合同负担报请审批机关审批的作为义务，同时以审批机关的批准作为合同可以实际履行的前提，未获批准则构成履行不能，进而按照违约责任的承担与免责机制分配当事方的利益与负担。此时受让方本有请求出让方履行合同义务的权利，但其因股权转让因未获批准，该合同构成法律上的不能履行，即使因此发生诉讼，法院亦不能判决出让方实际履行，而只能判决其承担损害赔偿等其他形式的违约责任。一般而言，直接否定股权转让合同效力较之于控制合同的履行，不可避免地造成法律适用的僵化，从而不适当当地限制当事方对权利和义务的自主分配对于型构其间利益与负担关系的作用，压缩法律适用的弹性、抑制法官自由裁量权的运作、降低法律的应变能力。

6) 在这一问题上，现代合同法关于履行不能的态度颇值注意。大陆法系一般认为履行不能是合同无效的理由，如德国民法典第306条规定，以不能的给付为合同标的，合同无效。通说认为，以上规定在立法论上系属错误。并主张此处之给付不能，应作限制解释，仅指自始客观不能，自始主观不能、嗣后不能均不影响合同效力。学者甚至认为，关于自始(客观)不能，契约无效之规定，并非基于逻辑之必然性，盖于此情形，法律仍可承认契约有效，而令债务人负不能履行之赔偿责任。参见王泽鉴：《自始主观给付不能》，载于《民法学说与判例研究(三)》，中国政法大学出版社1998年版，第59—66页。与大陆法系不同，《国际商事合同通则》则采纳了自始履行不能不影响合同效力的观点，其第3.3条规定，合同订立时不可能履行所承担之义务的事实本身不影响合同的效力。我国合同法对此未定有明文，但基于合同自由原则，结合合同法关于违约责任的规定，可以认为自始履行不能不影响合同的效力。

III. 自立法论的政策选择角度，行政审批对合资企业股权转让的规范 应限于控制股权的变动

1. 着眼于控制股权变动规范股权转让符合申请批准行为的性质

合同的履行指债务人或第三人做出作为债务内容的给付，并因此使债权目的达到而归于消灭。⁷⁾合同的履行行为由行为要件和结果要件构成，能够实现债权目的、使债权转化为物权或其他相应权利的给付行为即为合同的履行行为。准此以观，依据合资企业股权转让合同，按照法律规定办理申请批准，是出让方向受让方转移股权的必备行为，而审批机关的批准则是设权行为，是对权利变动的终局确认，一旦获得批准，股权转让即告完成，股权转让合同的目的即获得实现，出让方的义务已经履行完毕，受让方取得股权，对此即使是司法机关都无缘置喙⁸⁾。因此，申请批准为实现合同目的所必需，应解为当事人的合同履行行为。获得批准，股权即告变动，合同目的即以实现。审批机关的批准控制的是权利的变动这一合同的履行行为，而非合同的效力。

2. 着眼于控制股权变动规范股权转让符合比例原则

无论如何，对合资企业股权转让的审查与批准属于对于人们本来的经济自由的限制，尽管就任何一个主权国家而言，限制经济自由，侵越这一重要法益均具有必要性，但是具有必要性的管制措施，必须通过比例原则的审查，才能取得无可争议的正当性。目的与手段应有适切的关系，侵越受保护的法益，不能逾于被认可的目的所必要者。也即即使目的应予肯定，所选择的手段亦不得逾合理的程度。⁹⁾此乃现代法法益均衡之精髓所在。

与毒品、枪支等禁止流通物转让不同，合资企业股权转让不仅未直接抵牾法律、行政法规的强制性规定，并非法律绝对禁止的行为；而且也非为法律“一般禁止”或“限制”。相应地，合资企业股权转让的批准也非行政许可行为，只是审批机关对于民事行为的事后监管。¹⁰⁾包括审查与批准合

7) 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2008年版，第201页

8) 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》明定，外商投资企业股东及其股权份额应当根据有关审查批准机关批准证书记载的股东名称及股权份额确定。外商投资企业批准证书记载的股东以外的自然人、法人或者其他组织向人民法院提起民事诉讼，请求确认其在该外商投资企业中的股东地位和股权份额的，人民法院应当告知该自然人、法人或者其他组织通过行政复议或者行政诉讼解决；该自然人、法人或者其他组织坚持向人民法院提起民事诉讼的，人民法院在受理后应当判决驳回其诉讼请求。《全国法院涉港澳商事审判工作座谈会纪要》也重申，在内地依法设立的“三资企业”的股东及其股权份额应当根据外商投资企业批准证书记载的股东名称及股权份额确定。外商投资企业批准证书记载的股东以外的自然人、法人或者其他组织向人民法院提起民事诉讼，请求确认委托投资合同的效力及其在该“三资企业”中的股东地位和股权份额的，人民法院可以对当事人间是否存在委托投资合同、委托投资合同的效力等问题经过审理后作出判决，但应驳回其请求确认股东地位和股权份额的诉讼请求。

9) [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第282、284页。

10) 参见付荣、麻锦亮：《论外资审批的效力》，《法律适用》2010年第1期，第28页。

资企业股权转让在内的外国投资审查与批准制度的目的和作用在于：禁止或限制外资进入某些工业部门，或涉猎某些项目；对外资是否与本国的经济计划、优先发展相冲突进行评价，排除或缩小外资的消极影响；确保外国投资符合本国的法律和法规；防止外资的重复引进，影响本国的收支平衡。¹¹⁾虽然作为行政法规的《条例》规定，未经审批机关批准，股权转让无效，但当事方间的股权转让合同乃是就股权转让而产生的权利义务作出的一致性安排，只是设定出让方转让股权的义务和受让方请求转让股权的权利，而不涉及股权的实际变动，不仅合同未经审批不存在违法的问题，而且只要股权没有实际变动，就不涉及、更谈不上影响外资审批的目的。着眼于控制股权变动这一合同履行行为，对于实现外资审批的目的即为已足。而纠结于股权转让合同的效力，设计保障外资审批制度目的实现的制度，构成对于人民自由的过度限制，有违比例原则。恰恰只有其符合法律规定的有效行为，才有进一步提请审批的可能，很难说未经审批的当事方合同行为违反该行政法规的强制性规定。也就是说，此际未得到履行的股权转让合同并无违法的问题。

如果以合资企业股权转让合同是否经过审批作为决定合同效力的因素，则意思自治的地位势必因之不适当当地降低，甚至会使影响合同效力的因素成为一个开放的体系，其结果必然是动摇意思表示自由在合同效力上的核心地位，甚至可能导致意思表示沦为其他非当事人意思因素的婢女，果如此合同法乃至整个私法将失去其本来的面貌。

3. 着眼于控制股权变动规范股权转让有利于鼓励交易，合理分配因“转让合同”而产生的风险与负担，防范当事方机会主义的行为

审批行为影响合同效力的观念及其实践不利于鼓励交易。市场经济以市场机制为资源配置的基础机制，只有通过众多的交易行为，才能通过市场机制实现资源的优化配置，因此，贯彻合同自由原则，必须鼓励交易，尽量扩大有效合同的范围。如果将批准视为影响合同效力的因素，势必扩大无效合同的范围。相反，将审批行为的效力限制于对合同履行的控制，而与合同效力绝缘，则合同在资源配置方面就会发挥更大的作用。

不仅如此，在股权转让场合，为鼓励交易，受让方的利益应得到优先保护。但按照司法机关的意见，若合同未经审批，则合同不生效，若合同未获审批，则合同无效。即使不讨论未生效合同是否只能向生效衍进，是否可以向无效逆转。无论如何，申请批准并非法定义务，而只能是约定义务，其对出让方的约束力只能源于合同的效力。若合同未生效，受让方无从依据合同请求出让方向审批机关申请批准，出让方即使不申请批准，也不必承担违约责任。虽然司法机关将未经审批的合资企业股权转让合同定性为未生效合同，但并未给出这一结论的法律依据。尽管较之《民法通则》，《合同法》进一步丰富了合同的效力类型，在有效合同之外，因合同的效力瑕疵程度和类型不同，可以对合同作为无效、可撤销和效力待定的法律评价，并分别配置了不同的法律后果。但立法并未将未生效作为合同效力的类型之一，也就不可能规定该效力状态的法律后果。司法机关就此形成的结论性意见为，由于合同未生效造成的损失，应当判令有过错的一方向另一方

11) 姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年版，第519—520页。

承担损害赔偿责任；双方都有过错的，应当根据过错大小判令双方承担相应的民事责任。¹²⁾不仅对于何为此处的“损失”语焉不详，是履行利益的损失，还是信赖利益的损失，抑或是第三种利益的损失？无端地生出了重新界定损害赔偿范围的司法负担，而且在合资企业股权转让合同未生效场合，司法机关关于当事人利益与负担的分配，与《合同法》第58条¹³⁾采用基本一致的表述，于是不能豁免司法机关在合同法律效力的确定上将未生效合同等同于无效合同的合理怀疑。如此，守约方得到保护的至多只能是信赖利益的损失，而不能是履行利益的损失。由于履行利益一般高于信赖利益，在对无过错当事方的保护上，缔约过失责任显然不如违约责任周到。因此，中国司法机关的政策选择事实上放纵了机会主义行为人，不利于保护本应受到保护的诚实守信守约人的利益，损及为合同法珍视的“动”的安全，伤害市场主体交易的积极性。

事实上，以审批机关批准确定股权转让合同的效力往往容易诱发当事人的机会主义行为，司法实践中存在第三方接受股权后发现公司亏损严重，从而以未办理审批为由请求确认股权转让无效的情况，也存在转让股权的一方在转让股权后公司经营明显转好，获利丰厚，为此以未办理审批为由请求确认股权转让无效，试图收回股权的情况。¹⁴⁾尽管为控制当事方的机会主义行为，相较于无效合同，司法机关依据诚实信用原则，向未生效合同一方当事人配置了办理申请批准或申请登记的义务¹⁵⁾，将未依法或依合同约定办理申请批准或申请登记视为合同法第四十二条第(三)项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”。但这一认定明显僭越了立法，扭曲了逻辑。首先，《合同法》的上述制度安排乃在于规范的合同成立问题，因此，司法机关在合同法律效力的确定上似又将所谓的“未生效合同”等同于“未成立合同”，而合同的成立与合同的效力不容混淆，关于合同效力的判定以合同成立为前提，也就是即使存在未生效合同这一合同效力类型，该类合同也不应存在是否成立的疑问，不应将关于合同成立的规范转用于合同效力的确定。其次，按照法律规定办理申请批准，是出让方向受让方转移股权的必备行为，而审批机关的批准则是对权利变动的终局确认，一旦获得批准股权转让合同的目的即获得实现，出让方的义务已经履行完毕，受让方取得股权，申请批准为当事人的合同履行行为。既然合同尚未生效，自不发生履行的义务。在此场合，法院判令一方当事人间接履行，似嫌速断。第三，审批与合同的其他生效要件之间属于并列而非包含关系。也就是说，审批机关仅对在其审查范围内的事项进行审查，并不对合同的所有生效要件，如意思表示是否存在瑕疵等进行审查。¹⁶⁾批准不具有替代其他影响合同效力要件的效力，已经审批机关批准的合资企业股权转让合同若存在合同无效或可撤销的情形，按照合同无效

12) 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》。

13) 《合同法》第五十八条规定：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

14) 参见山东省高级人民法院民四庭：《涉外商投资企业纠纷案件审判实务研究》，《山东审判》2009年第3期，第23页。

15) 《最高人民法院贯彻〈合同法〉若干问题的解释(二)》第八条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第(三)项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成实际损失，应当承担损害赔偿责任。”

16) 付荣、麻锦亮：《论外资审批的效力》，《法律适用》2010年第1期，第29页。

或撤销的规则，依然可以被认定为无效或被行使撤销权撤销。不会因为经过批准，而消灭合同已经存在的无效或可撤销事由。因此，若一方面认许合资企业股权转让合同经审批而生效，另一方面有出现经批准的合同无效或可撤销的情形，则会产生无法消解的法律体系内部的逻辑紧张。因此，从法律效力的赋予上，所谓的“未生效合同”似乎是一种非驴非马的“法骡”，由于效力类型的区分乃在于为法律效果的配置提供逻辑前提，不同的效力类型应获得不同的法律评价，有不同的法律后果，未生效合同在这方面的无所作为，还给我们完全有理由反诘“增设合同未生效这一效力类型的意义何在？”而这所有的一切皆祸起缺乏区分对合同效力之规范与对合同履行之控制的自觉意识，缺乏对这两种不同法律技术之构成及功能的精准把握，解决问题的出路则在于正本清源，上帝的归上帝，凯撒的归凯撒，彻底放弃以对合同效力的控制包打天下的管制思路。

因此，《条例》关于“未经审批，其转让无效”的规定，规范的应是转让合同的履行行为—转让股权的实行行为本身，而不应是转让合同。对于履行行为的批准主要涉及到合同义务能否得到履行，权利能否发生变动，与合同行为的效力无关。即该合同的实际履行需经审批机关的批准，未获批准则不能得到履行，但合同的履行情况不具有决定合同效力的意义。

IV. 自解释论的角度，也能得出合资企业股权转让合同效力与批准行为无涉的结论

前文关于“未经审批，其转让无效”中的“转让”之意义的分析，足以证成“转让”意指股权的变动，而不是股权转让合同，是否获得批准与股权转让合同的效力无关，这一股权转让合同效力与批准行为绝缘的结论，可以从反面解读为对“有效合同说”的论证，表明了“有效合同说”符合我国《合同法》和外商投资企业立法的立法政策选择，因此，“有效合同说”的倡导者只需履行解释论层面的论证义务，即只需能够揭示可以从现行实证法合理地推导出“有效合同说”有法律依据，就可以主张司法机关应该改弦更张，对未经批准的合资企业股权转让合同作出有效的判定。

事实上，从体系解释的角度，完全可以根据《条例》的相关条文，作出未经批准的合资企业股权转让合同有效的解释。《条例》对经批准方能生效的法律行为定有明文，该条例第14条规定，合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效，其修改时同。由此可以推知，立法欲通过审批环节控制法律行为的效力，则直接以效力性规定明之，而立法仅明确了合营企业协议、合同和章程等由合资各方意思表示一致形成的法律行为经批准生效。当事方的这些民事行为与合资企业股权转让合同不同，其合同目的的实现除需获得审批外，还需其他的履行行为。由此可以解读为，此类合同未经批准，虽然已经成立，但尚不生效。司法机关也明文强调只有法律、行政法规规定以办理批准、登记等手续作为“合同”生效条件时，当事人未办理批准、登记等手续的，人民法院才认定该合同未生效。¹⁷⁾只有针对合同的效力性规定，才有决定合同效力的法律意义，而针

17) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第九条规定，依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院

对其他行为的管制性规定，则不具有左右合同效力的法律意义。外商投资企业立法并未针对股权转让合同等当事方的合同行为设定明确的效力性规定，这就为对法律关于合资企业股权转让的规制做出不同于关于合营企业协议、合同和章程的解读提供了可能性，这意味着即使立法要对股权转让进行规制，也不是从合同效力的角度着手。《条例》第20条关于“合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。违反上述规定的，其转让无效”的规定，规制合资企业股权转让，但应该区分设定股权转让义务的股权转让合同和股权的转让这一权利的实际变动，该条所称之转让指的是股权的变动，而不是股权转让合同，由此该条规范的是权利变动的程序及其效力，而不是股权转让合同这一设定债权的行为。即未经审批机关批准的股权转让变动，即使可能发生，也属无效，但这属于股权转让合同履行环节的问题，与合同的效力无涉。尽管揆诸《条例》起草之时的法学发展水平，¹⁸⁾可能会有立法者是否具有此等认识的疑问，但无论是立法者的有意栽花，还是无心插柳，毕竟其当时的实际选择为我们今天选择预留了足够的解释空间。鉴于法律之历史性，即它是应历史上某一时间断面上的具体情况所产生，因此，它对其他的历史断面并不一定适合¹⁹⁾。于是我们的任务就主要是揣摩立法者历史上的本意，对法律作出主观解释，而是在立法的可能文意范围内，探究当下能带来最好效果的结论。

由此，对相关立法采“审批行为与合资企业股权转让合同效力无涉”的解释，进而认为未经批准的合同亦为有效合同，具备有效合同的全部法律效力，更能妥善合理地平衡当事各方的利益。在合同成立并生效后，出让方有义务积极申请审批，以将股权移转于受让方。出让方怠于履行申请义务，则构成违约，法院自可顺理成章地判决违约方强制的实际履行或由守约方间接履行，“未生效合同说”面临的诸多纠结于未生效合同效力的逻辑难题也将因此自然将消弭于无形。即使在转让未获批准场合，“合同有效说”利用违约责任的承担与免除机制对当事各方利益关系的调整也不逊色于“未生效合同说”。审批机关的行政行为历来可被视为合同履行过程中的不可抗力，因此，若该未经批准不可归责于合同当事方，且为合同当事方无法预见，则构成不可抗力，由此而导致的合同未得到履行，免除违约责任；若该未经批准可为合同当事方预见或可归责于合同当事方，则根据《合同法》第117条，不构成不可抗力，不发生免责效力，违约方虽不承担实际履行的责任，但应向守约方承担赔偿损失的违约责任。由此，守约方受到了“未生效合同说”无法提供的明确和周全的保护。

应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

- 18) 虽然《条例》自发布以来已经有1986年、1987年和2001年三次修订，即1986年1月15日根据《国务院关于〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第一百条的修订》修订、1987年12月21日根据《国务院关于修订〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第八十六条第三款的通知》修订、2001年7月22日根据《国务院关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉的决定》修订，但这三次修订均未涉及该条，因此，该条内容体现了中国立法和法学1983年的发展水平。
- 19) 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第26页

V. 结 论

既然在我国债权合同的成立和股权变动本身是两个相互独立的法律事实，既然债权行为的效力不应因受股权变动影响而变得有因，为贯彻合同自由原则，张扬以意思自治为核心的私法文化，中国完全可以而且应该选择行政审批与股权转让合同这一债权行为效力无涉的立法政策。现行法也完全可以容纳此等解释。如此未经审批的合资企业股权转让合同都不因行为人未经审批而成为无效合同，与一般买卖合同相比，这类合同的特殊之处在于，在未实际获得审批场合，出让方负有申请审批的义务，以移转股权于受让方。若股权转让经过批准，该义务得到履行，则受让方即可实现合同目的，取得标的股权。在合同未获批准场合，若该未经批准不可归责于合同当事方，且为合同当事方无法预见，则视为在合同履行过程中发生了不可抗力，由此而导致的合同未得到履行，免除违约责任；若该未经批准可为合同当事方预见或可归责于合同当事方，则未获批准不构成不可抗力，以违约责任的机制分配合同当事方间的利益和负担。

◇ 주제어 ◇

주식양도, 행정기관의 허가, 계약의 효력, 계약이행, 합작투자

행정허가와 합자기업 주식양도계약의 효력에 관한 연구

채립동*

[目 次]

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>I. 결론논증에 대한 기술적 접근</p> <p>II. 합자기업의 주식양도규범은 주식소유권의 변동을 통제하는데 적안하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 심사허가행위의 성질에 부합된다. 2. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 비례적 원칙에 부합된다. | <p>III. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 '양도계약'으로 발생한 리스크와 부담을 합리적으로 분배하고, 당사자 기회주의의 행위를 예방할 수 있다.</p> <p>IV. 합자기업의 주식양도계약의 효력은 허가행위와 무관하다.</p> <p>V. 결 론</p> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

‘중외합자경영기업법 실시조례’(아래에서는 ‘조례’라고 칭함) 제20조 제1항에서는 합자경영에서 일방이 제3자에게 전부 또는 일부의 주식을 양도할 경우, 반드시 합자경영의 다른 일방의 동의를 거쳐야 하며, 심사기관의 허가를 받아야 하며, 등기기관의 변경등기절차를 거쳐야 한다고 규정하고 있다. 제4항에서는 이러한 규정을 위반할 경우, 양도는 무효라고 하였다. 여기서 ‘양도’는 무엇을 가리키는가, 양도계약인가, 아니면 계약이행인 주식의 양도 행위를 가리키는가? 이것이 심사기관이 허가하지 않은 합자기업의 주식양도계약의 효력문제에 대한 부동한 입장을 결정하고 있다. 만약 ‘양도’가 계약이행을 위한 실제적인 주식소유권의 변경을 가리킨다면, 심사기관의 심사행위는 계약이 이행될 수 있는지 여부에만 관계되며, 계약의 효력과 무관하다. 즉, 허가를 거치지 않은 주식양도계약의 효력은 심사기관의 허가를 거쳤는지 여부에 관계없다고 하는 것이 “계약유효설”的 주장이다. 만약 ‘양도’를 주식양도계약으로 본다면 심사기관의 허가를 거치지 않은 계약은 행정법규의 강행성 규정을 위반하고, 계약법 제44조 제2항의 규정에 따라 심사기관의 허가는 계약의 효력요건으로서 허가를 거치지 않은 주식양도계약은 무효라고 할 수 있다. 이것이 ‘계약무효설’의 주장이다.

1) 현재 사법기관은 ‘양도’를 주식양도계약으로 보고 있는데 외상투자기업의 주식양도계약에 대하여 1심 법정변론종결 전까지 당사자가 주식양도허가를 받지 못한 경우에는 인민법원은 이러한 계약이 효력을 발생하지 않는다고 하고 있다.²⁾ 이것이 바로 ‘계약효력 미발생설’의

* 법학박사, 길립대학교 법과대학, 길립대학교 이론법연구센터 교수.

1) 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2008年版，第104页；王玉飞、谢颖：《涉外股权转让居间合同效力认定》，《人民司法》2009年第24期，第91页。

2) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国〉若干问题的解释（一）》第9条第1款；《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》（最高人民法院2005年12月26日印发）；《全国法院涉港澳商事审判工作座谈会纪要》（最高人民法院2008年1月21日印发）。

주장이다. 이와 같이 허가를 거치지 않은 합자기업 주식양도계약의 효력에 대한 3가지 학설이 형성되었다. 즉, 유효설, 무효설, 효력 미발생설이다. 계약효력에 대한 평가는 가치판단의 문제에 속하며, 계약효력의 확인은 계약법이 당사자와 국가 간의 관계 및 당사자 간의 이익, 리스크부담에 관계되는 중요한 문제로서, 국가의 사회질서에 대한 관여 및 당사자 간의 이익의 실현에 중요한 영향을 미친다. 본 논문에서는 국가가 합자기업의 주식양도에 관여하여 달성하려는 정책적 목적에 착안하여 이러한 계약의 효력평가문제를 분석해 보고자 한다. 사법정책이 명확해짐에 따라 '무효설'은 사법실천에 이미 영향을 미치지 못하고 있다. 본 논문에서는 '효력 미발생설', '유효설'을 위주로 논의하고자 한다. 아래에서는 먼저 '효력 미발생설'의 문제점을 밝히고, 해석론의 각도에서 '유효설'의 실증법적 기초를 제시하고, 중국 외상투자환경의 개선에 기여하고자 한다. 아래에서는 논의의 초점을 부각시키기 위하여, 기타 이러한 계약의 효력에 영향을 주는 요소를 배제하고, 계약이 허가를 거치지 않은 것 외에는 기타 효력적 하자가 존재하지 않는다고 가정한다.

I. 결론논증에 대한 기술적 접근

중국 민법이론은 부담행위와 처분행위의 구분을 승인하는데, 이 이론이 민사입법에 반영되지 않았지만, 중국민법에서 계약의 효력과 이행효과를 분리시키는 기술적 방법은 이미 중국의 입법³⁾ 및 사법실무에서⁴⁾ 인정되고 있다. 계약의 효력과 계약의 이행을 구분함으로써, 의사가 권리의무변동 및 권리의무내용의 결정적 요소로 되었다. 이는 의사주의의 법률행위 이론에 부합될 뿐만 아니라, 채권과 물권의 구분 및 이러한 구분을 기초로 하는 민법체계의 필연적 요구이다. 따라서 중국은 물권형식주의를(성립요건주의) 취하지 않았지만, 채권계약의 성립과 계약이행의 효과인 권리변동을 서로 관련되고 서로 독립한 법률사실로 보고 있다. 계약의 효력은 채권과 채무를 설정하고, 채무자가 채무를 이행함으로써 물권 및 기타 권리의 직접적 변동을 일으킬 수 있다. 또한 실제상황상이거나 이론적으로는 채권계약이 효력을 발생한 후에야 이행문제가 발생할 수 있으며, 권리변동의 법률적 효과가 발생할 수 있다. 그러나 다른 한편, 유효한 계약이 권리변동을 일으키지 못할 수 있으며, 무효한 계약으로 권리의 변동이 발생할 수도 있다. 이리하여 처분행위와 부담행위의 구분과 연관성의 문제가 발생하게 되는 것이다. 따라서 당사자가 채무를 이행할 수 없어, 권리변동이 실제로 발생할 수 없음을 이유로, 채권계약의 효력을 부인하는 것은 논리적으로 부합되지 않는다.

3) 《中华人民共和国物权法》, 제15조의 규정에 따르면, 당사자 간에 부동산물권의 설정, 변경, 양도와 소멸에 관한 부동산물권계약을 체결함에 있어서 법률이 별도로 규정하거나 또는 계약에서 별도의 약정이 있는 외에 계약성립시부터 효력을 발생하며, 물권등기를 하지 않은 것은 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다.

4) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国〉若干问题的解释 (一) 》 제9조 제2항의 규정에 따르면, 법률, 행정법규가 규정한 계약은 반드시 등기하여야 한다. 그러나 등기하여야만 효력을 발생한다고 규정하지 않은 경우에는, 당사자가 등기를 하지 않아도 계약의 효력에 영향주지 않으며, 계약 목적물의 소유권 및 기타 물권은 이전되지 않는다.

계약의 효력과 계약의 이행은 완전히 다른 문제이며, 이행불능은 계약의 효력과 무관하며, 이행불능으로 계약이 무효로 되지 않는다.⁵⁾ ‘條例’에서 규정한 ‘양도무효’는 합자기업의 주식소유가 변경되지 않은 상태를 가리키며, 계약이행과 관련한 문제이며, 주식양도계약의 효력과 관계없다. 주식의 양도가 국가의 허가를 받지 못하여, 실제상 이행되지 않았다고 하여 무효라고 하면 안 된다. 즉, 주식이 양도되지 않은 상태로부터, 주식양도계약이 무효라고 추정하여서는 안 되며, 기타 가능한 국가의 통제수단을 배척하여서는 안 된다. 또한 국가가 당사자 간의 권리양도를 허가하지 않는다고 하여 계약의 효력과 이행을 혼동하여, 계약이행에 대한 제한과 계약효력에 대한 제한을 혼동하여서는 안 된다.

주식의 소유가 변동되지 않은 원인으로 계약 효력의 하자 또는 계약의 이행장애가 원인이 될 수 있다. 국가가 합자기업의 주식변경을 통제하는 방법으로 계약의 효력을 부정하는 방법과 주식소유의 변경을 직접 통제하는 두가지 방법이 있다. 즉, 첫 번째 방법으로 주식양도계약의 효력을 직접 부정함으로써, 심사기관의 허가를 거치지 않은 당사자 간의 계약이 그들사이의 이익과 부담의 배정에 어떠한 영향도 미치지 않고, 법률의 규정에 따라 그들사이의 이익과 부담을 배정하는 것이다. 이는 국가가 합자기업의 주식변동을 통제하는 가장 직접적이고 간단한 방법이라고 할 수 있다. 그러나 이는 비례적 원칙을 위반할 수 있고, 투자자의 자유를 부당하게 제한할 수 있으며, ‘손해의 합의’, ‘손해배상액의 산정’ 구체적인 문제에 부딪칠 수 있다. 두 번째는 주식이행에 대하여 통제함으로써, 비례적 원칙을 준수하고, 국가정책의 취지를 실현함과 동시에 될수록 당사자 간의 권리의무의 자주적 배정을 허용하는 것이다. 즉, 양도인은 계약에 따라 심사기관의 허가를 받는 것을 의무로 하고, 허가가 내려지지 않은 상황을 불가항력으로 하여, 위약책임의 부담 및 면책규정에 따라 당사자 간의 이익과 부담을 배정하는 것이다. 계약의 불이행으로 인하여 소송이 발생할 경우, 법원은 양도인이 실질적으로 이행할 것을 요구하지 못하며, 손해배상 등 채무불이행 책임을 지도록 하여야 한다. 일반적으로 직접적으로 주식양도계약의 효력을 부정하는 것은 계약의 이행을 통제하는 것보다 법률적용의 경직화를 초래할 수 있으며, 당사자 간의 권리의무의 자주적인 분배를 제한하여 법률적용을 경직화하고, 판사의 자유재량권을 억제하며 법률의 활용도를 낮춘다.

5) 현대 회사법이 이행불능에 대한 태도에 유의하여야 한다. 대륙법계는 일반적으로 이행불능은 계약무효의 이유로 하고 있다. 예컨대, 독일 민법 제306조의 규정에 따르면 불능의 급부를 목적으로 한 계약은 무효이다. 통설은 이상의 규정이 입법적으로 착오라고 주장하면서, 여기서의 급부불능에 대하여 제한적 해석을 하여야 한다고 한다. 즉 급부불능은 원시객관불능을 가리키며, 원시주관불능, 사후불능은 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다고 한다. 학자들은 원시(객관)불능시 계약무효의 규정은 논리적 필연성이 아니라고 한다. 이러한 경우에 법률은 계약의 유효성을 인정할 수 있으며, 채무자는 채무불이행의 배상책임을 져야 한다. (参见王泽鉴：《自始主观给付不能》，载于《民法学说与判例研究(三)》，中国政法大学出版社1998年版，第59-66页。) 대륙법계와 달리 ‘국제상사계약통칙’은 원시이행불능이 계약의 효력에 영향이 없다는 입장을 취하였는데, 제3.3조의 규정에 따르면, 계약성립시에 계약을 이행할 수 없다는 사실 자체는 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다고 한다. 중국의 계약법에서는 이에 대하여 명확한 규정을 두지 않았지만, 계약 자유의 원칙에 따르면, 계약법의 위약책임의 규정에 따르면, 원시불능이 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있다.

II. 합자기업의 주식양도규범은 주식소유권의 변동을 통제하는데 착안하여야 한다.

1. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 심사허가행위의 성질에 부합된다.

계약의 이행이란 채무자 또는 제3자가 채무내용으로서의 급부를 이행하여, 채권의 목적을 실현함으로써 채무가 소멸되는 것이다⁶⁾ 계약의 이행은 행위요건과 결과요건으로 구성되며, 채권목적을 실현하여, 채권을 물권 또는 기타 상응한 권리로 전환하는 행위이다. 이로부터 합자기업의 주식양도계약에 따르면, 법률의 규정에 따라 허가를 얻는 것은 양도인이 양수인에게 주식을 양도함에 있어서 필요한 행위이며, 심사기관의 허가는 권리변동에 대한 최종적인 확인으로써 허가를 얻으면 주식양도가 완성되고, 주식양도의 목적이 실현되며, 양도인의 의무가 이행된 것으로 되고, 양수인이 주식을 소유하게 되며, 이에 대하여 사법기관도 간섭할 수 없다.⁷⁾ 따라서 심사를 허가하는 것은 당사자의 계약이행행위이며, 심사기관이 통제하는 것은 권리변동이라는 계약의 이행행위이며, 계약의 효력이 아니다.

2. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 비례적 원칙에 부합된다.

합자기업 주식양도에 대한 심사와 허가는 경제자유에 대한 제한으로써, 국가가 이에 대해 통제할 필요가 있다. 그러나 필요한 통제라고 해도, 비례적 원칙에 부합되어야 만이 정당성을 가진다고 할 수 있다. 목적과 수단은 반드시 수용되어야 하며, 권익에 대한 침해는 적당한 목적을 초과하여서는 안 된다. 즉, 목적에 부합된다고 하여도 수단이 합리적인 정도를 초과하여서는 안 된다.⁸⁾ 이것이 현대법의 균형의 핵심이다.

6) 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2008年版，第201页。

7) ‘제2차 전국 섭외상사해사심사업무회의 개요’에서는 외상투자기업 주주 및 그 소유주식수는 반드시 유관 심사기관의 허가증서에 기재한 주주명칭 및 소유주식수에 따라 확정하여야 한다고 하였다. 외상투자기업 허가증서에 기재한 주주 이외의 자연인 법인 또는 기타 조직이 인민법원에 민사소송을 제기하여, 외상투자기업 중의 주주지위 및 소유주식을 확인할 것을 요구할 경우, 인민법원은 해당 자연인, 법인 또는 기타 조직에게 행정복의 또는 행정소송으로 해결할 것을 고지하여야 한다. 해당 자연인 법인 또는 기타 조직이 이에 불구하고 여전히 인민법원에 민사소송을 제기할 경우, 인민법원은 소송청구를 기각하여야 한다. ‘전국 법원 홍콩·마카오 관련 상사재판업무 좌담회 개요’에서도 내륙에서 합법적으로 설립된 ‘3자기업’의 주주 및 그 소유주식수는 반드시 외상투자기업 허가증서에 기재한 주주명칭 및 소유주식수에 따라 확정하여야 한다. 외상투자기업 허가증서에 기재한 주주이외의 자연인, 법인, 기타 조직이 인민법원에 민사소송을 제기하여, 위탁투자계약의 효력 및 그가 ‘3자기업’에서의 주주의 지위의 소유주식수를 확인할 것을 요구할 경우, 인민법원은 당사자 간에 위탁투자계약이 존재하는지 여부 및 위탁투자계약의 효력 등 문제에 대하여 심사한 후 판결을 내릴 수 있지만, 주주지위 및 소유주식수를 확인하는 소송청구에 대해서는 기각하여야 한다.

8) [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第282、284页。

마약, 총 등과 같은 유통이 금지되는 물품의 양도와 달리 합자기업 주식양도는 직접적으로 법률, 행정법규 등 강행적 규정에 위반되지 않을 뿐만 아니라, 절대적으로 금지되는 행위도 아니다. 또한 법률이 ‘일반적 금지’ 또는 ‘제한’하는 것도 아니다. 합자기업 주식양도의 허가는 행정허가행위가 아니며, 심사기관이 민사행위에 대한 사후적인 감독에 속한다.⁹⁾ 합자기업 주식양도를 포함한 외국투자를 심사·허가하는 목적은 외국자본이 일부 공업부문 또는 일부 항목에 참여하는 것을 방지하고, 외국자본의 투자가 본국의 경제계획과 충돌되는지를 평가하기 위한 것이며, 외국자본이의 소극적인 영향을 감소하거나 배제하며, 외국투자가 본국의 법률과 법규에 부합되고, 외국자본의 중복적인 인입을 방지하여 본국의 수입과 지출의 평형을 도모하려는 것이다.¹⁰⁾ 행정법규인 ‘조례’에서는 심사기관이 허가를 거치지 않으면 주식양도가 무효라고 하였는데 당사자 간의 주식양도계약은 주식양도로 발생하는 권리의무에 대하여 양도인과 양수인에 대하여 주식양도에 관한 권리와 의무를 설정하였을 뿐, 주식소유권의 실질적인 변동을 일으키지 않았다. 따라서 허가를 거치지 않았다고 하여 위법한 것이 아니며, 주식소유권의 실질적인 변동이 발생하지 않았기 때문에 위국자본 심사 목적에 위배되었다고도 할 수 없다. 따라서 주식소유권의 변동이라는 이 계약이 행위를 통제하면 외국자본심사의 목적을 충분히 달성할 수 있으며, 주식양도계약의 효력을 부정함으로써, 외국자본심사의 목적을 실현하는 것은 국민자유에 대한 과도한 제한으로써, 비례적 원칙에 위배된다. 또한 법률의 규정에 부합되어야 만이, 허가를 받을 가능성이 있으므로, 심사를 거치지 않은 당사자 간의 계약행위가 행정법규의 강행성 규정을 위반하였다고 보기 어렵다. 즉, 이행하지 않은 주식양도계약은 위법한 계약이 아니라는 것이다.

만약 합자기업 주식양도계약이 심사를 거쳤는지 여부를 계약의 효력요건으로 한다면, 사적자치를 침해할 수 있으며, 계약의 효력에 영향주는 요소를 확대하고, 의사표시자유가 계약 효력상의 핵심적 지위에 영향줄 수 있으며, 계약법 및 사법이 원래의 모습을 잃을 수 있다.

III. 주식소유권의 변동을 통제하는 것은 ‘양도계약’으로 발생한 리스크와 부담을 합리적으로 분배하고, 당사자 기회주의의 행위를 예방할 수 있다.

허가가 계약의 효력에 영향을 주면 거래량의 확대에 불리한 영향을 미치게 된다. 시장경제는 시장을 자원분배의 주요한 매커니즘으로 하며, 다수의 거래를 통하여야 만이 마켓매커니즘이 그 작용을 발휘하여 자원분배를 실현할 수 있다. 따라서 계약자유원칙을 관철하려면 반드시 거래를 고무격려하여야 하며, 유효한 계약의 범위를 넓혀야 한다. 만약 허가를 계약의 효력요건으로 본다면, 무효계약의 범위를 넓힐 가능성이 있다. 반대로 허가를 계약이행

9) 参见付荣、麻锦亮：《论外资审批的效力》，《法律适用》2010年第1期，第28页。

10) 姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年版，第519-520页。

에 대한 통제로 본다면, 계약의 효력과 구분할 수 있으며, 계약이 자원분배에서 더 큰 역할을 발휘할 수 있다.

또한, 주식양도의 경우, 거래를 추진하기 위하여 양수인의 이익을 우선적으로 보호하여야 한다. 그러나 사법기관의 의견에 따르면, 계약이 허가를 거치지 않으면, 계약이 효력을 발생하지 않고, 계약이 허가를 받지 못하면 계약이 무효라고 한다. 허가신청은 법정의무가 아니라, 계약상의 의무로써 양도인에 대한 구속력은 계약의 효력에 의거해야 한다. 만약 계약의 효력이 발생하지 않으면 양수인은 계약에 근거하여 양도인에게 심사기관의 허가를 받을 것을 청구할 수가 없으며, 양도인은 허가를 신청하지 않아도 위약책임을 지지 않게 된다. 사법기관은 허가를 거치지 않은 합자기업 주식양도계약을 효력미발생계약으로 보고 있지만, 이에 대한 명확한 법률적 근거를 제시하고 있지 않다. 비록 ‘민법통칙’, ‘계약법’은 계약의 효력유형을 더한층 다양화하여, 유효한 계약 이외에도 계약의 효력하자의 정도·유형이 부동함에 따라, 계약의 무효, 취소가능, 유동적 무효 등의 효력유형을 두고 이에 대하여 부동한 법률적 효과를 두었으나, 입법은 효력미발생계약을 계약의 효력유형으로 규정하지 않았으므로, 이에 대한 법률적 효과도 찾아볼 수 없다. 사법기관의 의견으로는 계약이 효력을 발생하지 않음으로 인한 손실에 대하여 과실이 있는 일방이 손해배상책임을 져야 하며, 쌍방이 모두 과실이 있는 경우에는 과실에 따라 쌍방이 상응한 민사책임을 져야 한다고 하였다.¹¹⁾ 여기서 ‘손실’의 의미가 불명확한데, 이행이익의 손실인지, 아니면 신뢰이익의 손실인지, 아니면 제3종 이익의 손실인지가 명확하지 않다. 이로 인하여 손해배상의 범위를 명확히 해야 하는 사법상의 부담이 증가되었으며, 합자기업 주식양도계약의 효력미발생의 경우에 당사자 이익분배에 관한 사법기관의 의견은 계약법 제58조의¹²⁾ 내용과 기본상 일치함으로, 계약의 효력미발생의 효과를 계약무효의 효과와 동일시하지 않는가 하는 의문이 든다. 일반적으로 이행이익이 신뢰이익보다 높으므로, 무과실 당사자의 보호에서 계약체결상의 과실책임은 위약책임보다 충분하지 못하다. 따라서 중국의 사법기관은 사실상 양도인에 대하여 과보호를 하고 있으며, 양수인의 이익에 대한 충분한 배려가 부족하다. 이러한 결과는 계약법이 중요시하는 ‘動’적인 안전에 손해를 끼치고, 시장주체거래의 적극성에 영향을 미친다.

사실상, 심사기관의 허가여부 따라 양도계약의 효력을 확정하는 것은 당사자의 기회주의 행동을 유발하기 쉽다. 사법실무 중에서는 제3자가 주식을 양도받은 후, 회사운영에 적자가 발생하는 상황에 부딪치면, 양도인이 허가를 받지 않았음을 이유로 양도의 무효를 주장하는 경우가 존재하며, 또한 주식의 양도자가 주식을 양도한 후, 회사의 운영상황이 선명히 개선되고, 이익을 창출하게 되면, 이러한 양도가 허가를 받지 않았음을 이유로 양도가 무효라고 주장하면서, 주식을 회수하려는 경우가 존재한다.¹³⁾ 비록 당사자의 기회주의 행위를 제한하

11) 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》。

12) 중국 계약법 제58조: 계약이 무효거나 취소된 후, 계약으로 취득한 재산은 반드시 반납하여야 한다. 반납할 수 없거나, 반납할 필요가 없을 경우에는 반드시 이에 상당하게 배상을 하여야 한다. 과실이 있는 측은 이로 인한 손실을 배상하여야 하며, 쌍방이 모두 과실이 있는 경우에는 각자 상응한 책임을 져야 한다.

13) 参见山东省高级人民法院民四庭：《涉外商投资企业纠纷案件审判实务研究》，《山东审批》2009年第

기 위하여 신의성실의 원칙에 따라 효력미발생 계약당사자에게 허가를 신청하거나 등기를 신청하여야 한다는 의무를 설정하여,¹⁴⁾ 법률 또는 계약의 내용에 따라 허가·등기를 신청하지 않은 행위를 계약법 제42조 제3항에서 규정한 ‘기타 신의성실의 원칙을 위배한 행위’라고 보고 있으나 이는 입법의 초월하였고 논리적으로도 불합리하다. 첫째, 계약법의 이상의 규정은 계약의 성립을 규범화하기 위한 것이다. 따라서 사법기관은 계약효력의 확정에서 ‘효력 미발생계약’을 ‘미성립계약’과 동일시하지 않았는가 하는 의문이 든다. 계약효력의 판단은 계약의 성립을 전제로 하여야 하는데, 설사 효력미발생계약이라는 계약효력의 유형이 존재한다고 하여도 이러한 계약은 성립여부의 문제는 존재하지 않는다. 따라서 계약성립의 규범을 계약효력의 확정에 적용하여서는 안 된다. 둘째, 법률규정에 따라 허가를 받는 것은 양도인이 양수인에게 주식을 양도함에 있어서의 필요한 행위이며, 심사기관의 허가는 권리변동에 대한 최종적인 확인으로서, 허가를 받으면 주식양도계약의 목적이 실현될 수 있으며, 양도인의 의무도 이행되고, 양수인이 주식을 수령하게 되므로, 허가를 신청하는 것은 당사자의 계약이행의무이다.¹⁵⁾ 계약이 효력을 발생하지 않았기 때문에 이행의무도 발생하지 않는다. 이러한 경우에 법원이 당사자의 간접이행을 요구하는 것은 부당하다고 본다. 셋째, 허가와 기타 효력요건은 병렬적 관계이지 포함적관계가 아니다. 즉, 심사기관은 단지 심사범위 내의 사항에 대하여만 심사하고, 계약의 다른 효력요건(예컨대 의사표시의 하자 등)에 대해서는 심사하지 않는다.¹⁶⁾ 허가는 기타 계약효력요건을 대신할 수 없다. 만약 이미 허가를 받은 합자기업 주식양도계약이 계약무효 또는 취소가능한 사유가 존재할 경우, 무효 또는 취소의 규정에 따라 무효 또는 취소를 인정할 수 있으며, 허가를 받았다고 하여 무효 또는 취소사유가 사라지는 것은 아니다. 따라서 만약 합자기업 주식양도계약이 심사를 거쳐 유효하다고 하면서, 다른 한편 허가를 거친 계약이 무효거나 취소가능하다면 법률체계 내에서 이론적 모순이 발생할 수 있다. 이와 같이 현재의 ‘효력미발생계약’은 이도저도 아닌 ‘특별한 것’이라고 할 수 밖에 없다. 효력유형의 구분은 법률효과의 설정에 논리적 전제를 마련하는 것이기 때문에 부동한 효력유형은 부동한 법률적 평가를 받고, 부동한 법률적 효과를 가져야 한다. 효력미발생계약은 이에 아무런 역할도 발휘할 수 없으므로 이러한 효력유형을 두어야 할 필요가 없을 것이다. 이러한 혼란을 일으킨 근본원인은 계약의 효력규범과 계약의 이행통제에 대한 구분을 명확히 하지 않았기 때문이며, 이 두 가지 법기술 구성 및 기능을 정확히 파악하지 못하면, 문제를 해결할 방도를 찾을 수 없으므로, 반드시 계약효력의 통제로 모든 문제를 해결하려는 사상을 버려야 한다.

3期, 第23頁。

14) 《最高人民法院贯彻<合同法>若干问题的解释（二）》 제8조의 규정에 따르면, “법률, 행정법규의 규정에 따라 허가 또는 등기하여야 효력을 발생하는 계약이 성립된 후, 허가를 신청하여야 하거나, 등기를 신청할 의무가 있는 당사자가 법률규정 또는 계약의 약정에 따라 허가 또는 등기를 신청하지 않은 경우, 계약법 제42조 제3항에서 규정한 ‘기타 신의성실의 원칙에 위배된 행위’에 속하며, 인민법원은 사건의 구체적 경우와 상대자의 청구에 따라, 해당자가 관련 절차를 밟도록 판결하고, 당사자는 이로 인한 비용과 상대자의 실질적 손해에 대하여 배상책임을 져야 한다.”

15) 앞의 각주7 참조.

16) 付榮、麻錦亮：《论外资审批的效力》，《法律适用》2010年第1期，第29页。

따라서 ‘조례’에서 ‘허가를 거치지 않으면 양도가 무효’라는 규정은 계약의 이행행위, 즉 주식의 양도를 가리키며 양도계약을 가리키는 것은 아니다. 계약의 실질적인 이행은 심사기관의 허가를 거쳐야 하며, 허가를 거치지 않으면 이행할 수 없으며, 계약의 이행상황은 계약의 효력을 결정하지 못한다.

IV. 합자기업의 주식양도계약의 효력은 허가행위와 무관하다.

앞에서 ‘허가를 거치지 않으면 양도가 무효’라는 ‘양도’의 의미를 분석하면 ‘양도’는 주식 소유권의 변동을 가리키며, 주식양도계약을 가리키는 것은 아니다. 주식양도계약이 허가를 거쳤는지 여부는 이러한 계약의 효력과 무관하다는 것은 ‘계약유효설’의 타당성을 입증하고 있으며, ‘계약유효설’이 중국 계약법과 외상투자기업의 입법정책에 부합된다는 것을 표명한다. 따라서 ‘계약유효설’을 주장하려면, 해석론적으로 접근하여 현행 실증법에서 이에 해당하는 법률적 근거를 찾아야 하며, 사법기관에 이러한 학설을 취하도록 하여, 허가를 거치지 않은 합자기업의 주식양도계약을 유효하다고 인정할 수 있다.

사실상, 체계적 해설의 입장에서 ‘조례’의 관련 조문에 근거하여, 허가를 거치지 않은 합자기업의 주식양도계약이 유효하다고 해석할 수 있다. ‘조례’에서는 허가를 거쳐야 만이 효력을 가지는 법률행위에 대하여 명문의 규정을 두고 있는데, 제14조의 규정을 살펴보면 합영기업의 협의, 계약, 정관은 심사기관의 허가를 거친 후 효력을 발생하며, 이에 대하여 수정할 경우에도 동일하다고 규정하고 있다. 이로부터 알 수 있다시피 입법은 심사절차를 통하여 법률행위의 효력을 통제하고, 직접적인 효력성적인 규정을 두고 있다. 또한 사법기관에서는 법률, 행정법규의 규정에 따라 허가를 받는 것을 명문으로 계약의 효력발생요건으로 할 때, 당사자가 이를 이행하지 않으면 중국 법원은 이러한 계약이 효력을 발생하지 않은 것으로 한다.¹⁷⁾ 계약의 효력성 규정만이 계약효력을 결정할 수 있으며, 기타 행위에 대한 통제성적인(관리·규제성적) 규정은 계약의 효력을 좌우지 하는 법률적 의의를 가지지 않는다. 외상투자기업입법은 주식양도계약 등 당사자의 계약행위에 대하여 명확한 효력성적인 규정을 두지 않았는데, 이는 법률이 합자기업 주식양도의 규제에 대하여 합영기업의 협의, 계약, 정관의 효력의 적용과 다른 효력을 인정하는데 가능성을 제공하였다. ‘조례’ 제20조에서 “합영의 일방이 제3자에게 전부 또는 일부분의 주식을 양도할 경우, 반드시 합영의 다

17) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》 제9조의 규정에 따르면 계약법 제44조 제2항의 규정에 따르면 법률, 행정법규에서 규정한 계약은 반드시 심사절차를 밟거나, 또는 허가·등기 등 절차를 거쳐야 만이 효력을 발생한다. 1심 법정변론종결 전까지 당사자가 아직 허가절차를 완료하지 못한 경우거나 허가·등기 등 절차를 진행하지 않는 경우에는 인민법원은 계약이 효력을 발생하지 않는다고 인정하여야 한다. 법률, 행정법규에서 계약이 반드시 등기절차를 거쳐야 한다고 규정하였지만, 등기 후에 효력을 발생한다고 규정하지 않은 경우에는 당사자가 등기절차를 밟지 않은 것은 계약의 효력에 영향주지 않고, 계약목적물의 소유권 및 기타 물권은 이전하지 않는다.

른 일방의 동의를 거쳐야 하며, 심사기관의 허가를 거쳐야 하며, 등기기관에 등기절차를 밟아야 한다. 이상의 규정을 위반한 경우 양도는 무효이다.”라는 규정에서 합자기업의 주식양도계약과 주식의 양도와 실질적인 권리변동을 구분하여야 한다. 이 조항에서의 양도는 주식의 변동을 가리키는 것이지, 주식양도계약을 가리키는 것은 아니므로, 이 조항이 규범하려는 것은 권리변동의 절차와 효력이지, 주식양도계약이라는 채권설정행위가 아니다. 즉, 심사기관이 허가를 거치지 않은 주식변동은 실질상 발생하였다 하더라도 무효로 하여야 한다. 그러나 이는 주식양도계약의 이행절차상의 문제이며 주식의 효력과 관계없다. ‘조례’를 제정할 때의 법학의 발전수준을 살펴보면,¹⁸⁾ 당시의 입법자가 이러한 인식을 기초로 규정을 두었는지는 의문이지만, 이러한 규정 자체는 오늘날의 타당한 해석의 가능성을 제공하였다고 할 수 있다. 법률은 역사성을 가지고 있으며, 이는 그러한 역사적 상황을 기초로 제정되었지만, 기타 역사적 상황에는 부합되지 않을 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 우리의 임무는 주로 입법자의 역사적 본의를 확인하는 것이 아니라, 법률의 문리해석의 범위 내에서 가장 효과적인 해석을 하는 것이다.

따라서 해당 입법에서 ‘허가행위는 합자기업의 주식양도행위와 관계없다’는 해석을 취하고, 허가를 거치지 않은 계약도 유효한 계약으로서 유효한 계약의 전부의 법률적 효력을 가진다고 인정하여, 당사자 각 측의 이익을 균형적으로 보호할 수 있다. 계약이 성립되고 효력을 발생한 후, 양도인은 적극적으로 심사를 신청하고 주식을 양수인에게 양도할 의무를 가진다. 양도인이 이러한 신청의무를 해태할 경우는 위약에 속하며 법원은 위약한 자에 대하여 강제적으로 이행을 요구하거나 채권자가 간접적으로 이행하도록 판결할 수 있다. “효력미발생설”的 논리적 문제도 자연적으로 해결할 수 있다. 양도가 허가받지 못한 경우에도, “유효설”은 위약책임을 이용하여 책임분담을 해결하는데 이러한 해결효과도 “효력미발생설”보다 뜻지않다. 심사기관의 행정행위는 계약이행과정에서의 불가항력으로 보기 때문에, 허가를 받지 못한 것에 대하여 계약당사자의 과실이 없고, 이에 대하여 예견할 수 없을 경우에는 불가항력으로 볼 수 있으므로, 계약을 이행할 수 없다고 하여도 위약책임을 면할 수 있다. 그러나 허가를 받을 수 없는 것에 대하여 계약당사자가 예견할 수 있거나, 계약당사자에게 과실이 있을 경우, 계약법 제117조에 따라 불가항력으로 볼 수 없으며, 면책적 효력이 발생하지 않으며, 위약한 자가 실제이행책임을 부담하지 않으나 손해배상의 위약책임을 져야 한다. 그러므로 계약을 지킨 당사자는 “효력미발생설”보다 더욱 명확하고 충분한 보호를 받을 수 있다.

18) ‘조례’는 공포된 이래, 1986년, 1987년, 2001년 3차례의 수정을 거쳤는데, 1986.1.15.의 《国务院关于〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第一百条的修订》, 1987.12.21.의 《国务院关于修订〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第八十六条第三款的通知》, 2001.7.22.의 《国务院关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉的决定》에 따라 수정되었지만, 이 3차례의 수정은 모두 해당 조항이 언급되지 않았으므로, 이 조항의 내용은 중국 입법과 법학 1983년의 발전상황을 그대로 반영하였다고 볼 수 있다.

19) 黄茂荣: 《法学方法与现代民法》, 法律出版社2007年版, 第26页.

V. 결 론

중국의 채권계약의 성립과 주식변동 자체는 두 개의 서로 독립된 법률적 사실로써, 채권 행위의 효력은 주식변동의 영향을 받지 말아야 하며, 계약자유의 원칙을 견지하고 의사자치를 핵심으로 하는 사법문화를 발양하고, 허가행위와 주식양도계약을 구분하는 입법정책을 취할 수 있다. 이리하여 심사를 거치지 않은 합자기업의 주식양도계약은 행위자가 심사를 거치지 않았다고 하여 무효가 되지 않으며, 일반적인 매매계약과 비교할 때 이러한 계약의 특별한 점은 허가를 실제상 받지 않은 경우, 양도인은 허가를 신청할 의무를 지며, 주식을 양수인에게 양도하여야 한다는 것이다. 만약 주식양도가 허가를 받으면, 의무를 이행한 것으로 되며, 양수인은 계약의 목적물인 주식을 취득하게 된다. 계약이 허가를 받지 못한 경우, 만약 허가를 받지 못한 것이 계약당사자에게 과실이 없고, 계약당사자가 예견할 수 없다면 계약이행과정에서 불가항력이 발생한 것으로 하며, 이러한 계약은 이행할 수 없어도 위약책임을 지지 않는다. 만약 허가를 받는 것에 대하여 당사자가 예견할 수 있고, 계약당사자에게 과실이 있다면, 허가를 받지 못한 것은 불가항력이 아니며, 위약책임으로 당사자 간의 이익과 부담을 정한다.

(번역: 이선화 성균관대학교 법학과 상사법 전공 2010. 8. 25. 박사학위 취득)

〈摘要〉

未经审批之合资企业股权转让合同效力研究*

蔡立东

关于未经审批之合资企业股权转让合同的效力，存有“合同有效说”、“合同无效说”和“未生效合同说”三种不同理解。基于合同效力与合同履行相分离的技术路线，国家管制合资企业股权变动应从否定转让合同的效力转向控制股权的实际变动，也即未经审批的合资企业股权转让合同亦为有效合同。这一理解亦见容于现行法。在政策选择上，应当采用行政审批与合资股权转让合同效力无涉的立法政策；在技术构成上，可以利用违约责任的承担与免除机制调整当事各方的利益关系。

〈ABSTRACT〉

Study on the Effectiveness of the Unauthorized Stock Transfer Contract of Joint-venture

Cai, Lidong

As for the effectiveness of the joint venture stock transfer contract, there are three major different understandings, namely valid, invalid, and not-yet-effective. Considering the technique approach of separating contract effectiveness and performance, the adjustment of the national control over the stock transfer of joint ventures should shift from negating the effectiveness to rendering control on the substantial changes, which means to legally admit those unauthorized stock transfer contracts of joint venture enterprises, and this has been empirically proved as well. Accordingly, the influence of administrative authorization on contract effectiveness should be eliminated in legislation policy making, and the bearing and exemption mechanism of liabilities for breach of contract can be employed to adjust the interest relationship among relative parties.

◊ KEY WORDS ◊

Stock transfer, Administrative authorization, Contract effectiveness, Contract Performance, Joint venture

CISG에 따른 분할인도계약의 해제*

김 진 우**

[目 次]

I. 들어가며	IV. 장래의 분할부분에 대한 해제(제73조 제2항)
II. 분할인도계약의 해제에 관한 일반론	1. 의의
1. 분할인도계약의 개념	2. 해제의 요건
2. 제73조의 입법취지와 성질	3. 해제권의 행사
3. 제73조의 구성	4. 해제의 효과
4. 연혁	5. 제71조, 제72조와의 관계
5. 법비교	V. 목적관련성에 기한 해제(제73조 제3항)
III. 분할부분의 일부해제(제73조 제1항)	1. 의의
1. 의의	2. 해제의 요건
2. 해제의 요건	3. 해제권의 행사
3. 해제권의 행사	4. 효과
4. 해제의 효과 및 다른 구제수단과의 관계	VI. 제73조와 제51조의 관계
	VII. 나오며

I. 들어가며

하나의 계약에 기한 이행을 시간적 간격을 두고 적어도 2회 이상 분할하여 하기로 약정된 분할인도계약에 있어서는 일시적으로 이행되어야 하는 계약에 비하여 불이행이 발생하기 쉽다. 즉 전자의 경우에는 이행이 2회 이상으로 나뉘어 이루어지기 때문에 어느 분할부분에 관하여 이행이 전혀 없거나, 지체되어 이행되거나, 그 밖에 계약의 내용과 부적합하게 이행되는 경우가 1회적으로 이행되어야 하는 계약에 있어서보다 잦을 수 있다. 여기서 분할인도계약에 있어서 어느 분할부분에 대하여 채무자의 중대한 불이행이 있는 경우에 채권자

논문접수일 2010.11.20, 논문심사일 2010.12.09, 게재확정일 2010.12.22

* 이 글은 2010년 6월 3일 국제거래법학회 산하 국제매매법연구회에서의 발표문을 수정 및 보완한 것이다. 발표 당시 유익한 지적과 토론을 해주신 국제매매법연구회 회원 여러분께 감사의 말씀을 전합니다.

** 한국외국어대학교 교수

가 어떤 범위에서 해제권을 행사할 수 있는지가 문제된다. 다시 말해 중대한 불이행이 있는 분할부분에 대해서만 계약을 해제할 수 있는 것인지, 아니면 그 분할부분과 밀접한 관련이 있는 다른 분할부분에 대해서도, 그리하여 심지어 계약 전부에 대하여도 해제가 가능한 것인지를 문제된다. 우리 민법은 이 문제에 관하여 명문규정을 두고 있지 않고 또 그에 관한 논의도 활발하지 않지만, 2005년 3월 1일부터 국내에서 발효된 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(CISG; 이하 “협약”이라고 한다)은 제73조¹⁾에서 이 문제를 정면으로 규율하고 있다. 그러나 동 규정의 내용과 의미를 협약의 다른 규정들과의 관계 속에서 상세히 고찰하고 있는 국내 선행연구는 아직 드물다.²⁾

그래서 이 글에서는 분할인도계약의 해제에 관하여 우선 분할인도계약의 개념, 분할인도 계약에 관한 제73조의 입법취지와 성질, 구성, 연혁, 법비교 등을 개관하고(Ⅱ), 이어서 제73조를 제1항의 분할부분의 일부해제(Ⅲ), 제2항의 장래의 분할부분에 대한 해제(Ⅳ), 제3항의 목적관련성에 기한 해제(Ⅴ), 제51조와의 관계(Ⅵ)로 대별하여 각각 협약의 다른 관계 규정들과의 체계적 맥락 속에서 살펴보면서 해석론상의 쟁점을 검토하려고 한다. 그를 통하여 무엇보다도 우리의 법원과 대외교역에 종사하는 관계자들이 분할인도계약의 해제에 관한 제73조의 내용을 용이하게 파악하고 적용하는데 조력하고자 하며,³⁾ 부수적으로는 최근 진행되고 있는 우리 민법의 개정작업에 있어서 분할인도계약의 해제·해지에 관한 규율에 관한 약간의 시사점을 덧붙이고자 한다.

II. 분할인도계약의 해제에 관한 일반론

1. 분할인도계약의 개념

협약은 독일민법학이나 우리 민법학과는 달리 “계속적 공급계약”, “분할공급계약” 등의 개념을 구별하지 않는다.⁴⁾ 오히려 제73조는 “물품을 분할하여 인도하는 계약”(제1항 참조)

- 1) 이하에서 법률명 없이 인용되는 조문은 협약의 그것이다.
- 2) 이 문제를 다른 선행연구로는 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, 270-275면; 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005, 171-172면; 허해관, “국제물품매매 협약상 상대방의 계약위반이 예견됨에 따른 대응수단”, 「무역학회지」 제34권 제2호(2009), 한국 무역학회, 92면 이하, 특히 105-110면이 있다.
- 3) 분할인도계약의 해제는 우리 실무에서도 문제된 바 있다. 협약에 관한 최초의 판결로 알려진 서울동부지법 2007.11.16. 선고 2006가합6384 판결이 그러하다. 그러나 동 판결에서는 이를 제73조의 문제가 아닌 제49조의 문제로 취급하였고, 그 점에 관하여는 비판이 있었다. 석광현, “국제 물품매매협약(CISG)을 본격적으로 다룬 최초의 우리 판결 —서울동부지법 2007. 11. 16. 선고 2006가합6384 판결”, 「법률신문」 2009.6.15. 제3754호.
- 4) 우리 민법학과 독일민법학에서 이들 개념의 정의가 반드시 일치하는 것은 아니다. 종래 국내문학에서 흔히 “계속적 공급계약”으로 번역되어 소개되어 왔던 “Sukzessivlieferungsvertrag”(가령 광윤직, 채권각론, 박영사, 1995, 55면; 김형배, 채권각론〈계약법〉, 박영사, 2001, 86면)은 독일민법학에서 통일적으로 사용되지는 않지만, 일반적으로는 다음과 같이 이해되고 있다. 하나의 통일

을 분할인도계약(contract for delivery of goods by instalments)으로 포괄하여 일률적으로 규율한다.⁵⁾ 그러한 분할인도계약은 대개 하나의 통일적인 매매계약으로서 서로 다른 시기에 적어도 2회 이상 물품을 분할하여 인도하기로 예정되어 있는 계약을 의미하는 것으로 새겨지고 있다.⁶⁾ 이하에서는 통설적 분할인도계약의 개념에서 출발하여 그에 관한 상세를 알아본다.

(1) 분할인도의 독립성

분할인도가 되기 위해서는 개별적 인도가 시간적 간격을 두고 적어도 2회 이상으로 나뉘어 행하여지고 또 각각의 인도기일 또는 인도기간이 계약상 이미 정해져 있거나 당사자 일방에 의하여 정해지도록 예정되어 있어야 한다.⁷⁾ 그러한 시간적 간격은 분할인도를 과거·현재 또는 장래의 인도로 분류할 수 있도록 함으로써 각각의 인도가 계약 전체와의 관계에서 어느 정도 독립적 의미를 보유하도록 한다.⁸⁾ 여기서 분할인도계약의 성립을 위한 가장 중요한 標識는 과거, 현재 및 장래의 인도로 구별할 수 있는 시간적 간격이라는 점을 알 수 있다. 이 때 인도되어야 할 물품의 전체 수량이 처음부터 확정되어 있는가 그렇지 아니한가는 문제되지 않는다.⁹⁾ 존속기간이 정해져 있지 않은 계약도 분할인도계약이 될 수 있다.

적인 계약의 범주 내에서 당초부터 확정된 수량을 시간적으로 분할된 비율로 인도하기로 약정된 (그래서 이를 분할인도계약[Ratenlieferungsvertrag]이라고도 일컫는다) 계약은 “진정한 계속적 공급계약”(echter Sukzessivlieferungsvertrag)이다. 요컨대 진정한 계속적 공급계약과 분할인도 계약은 동의어로 사용된다. 그에 반하여 인도되어야 할 수량이 당초부터 확정되어 있지 않고(예: 맥주도매상이 소매상의 요청이 있을 경우에 맥주를 공급하기로 하는 경우) 시간의 흐름에 의하여 증가하는 계약은 “부진정 계속적 공급계약”(unechter Sukzessivlieferungsvertragvertrag)으로 일컬어진다. 그러나 협약 제73조에 따른 분할인도계약은 독일민법학에서 사용되는 진정 계속적 공급계약과 부진정 계속적 공급계약이나 우리 민법학에서 사용되는 계속적 공급계약과 분할공급 계약을 모두 포괄하므로 자주적으로 정의되어야 한다.

- 5) 석광현 (주 2), 270면 이하는 “분할인도계약”과 “계속적 공급계약”을 동의어로 사용하고, 박영복, 현대 계약법의 과제, 한국외국어대학교 출판부, 2009, 500면도 제73조의 분할인도계약을 “계속적 공급계약”으로 번역한다.
- 6) Honsell/Brunner/Hurni, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2010, Art. 73 Rn. 2; MüKoBGB/Huber, 5. Aufl., 2008, Art. 73 CISG Rn. 2; Schlechtried/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht — CISG —, 5. Aufl., 2008, Art. 73 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005, Art. 73 Rn. 6. 협약에 관한 국내문헌들은 분할인도계약을 “하나의 통일적인 계약으로서 최소한 두 번 이상 서로 다른 시기에 물품을 나누어 인도하는 계약”이라고 하거나(최홍섭 [주 2], 171면), “하나의 통일적인 매매계약으로서 적어도 2회 이상에 걸쳐 물품을 분할하여 인도할 것을 규정하거나 이를 허용하는 내용의 매매계약”이라고 하거나(석광현 [주 2], 270면), 혹은 “하나의 계약에서 명시적 또는 묵시적 약정에 의하여 매도인이 물품을 2회 이상으로 나누어 인도하되 그 인도시기가 각기 다른 매매계약”이라고 설명하지만(허해관 [주 2], 105면), 그 내용에 실질적인 차이는 없다고 할 것이다.
- 7) Schlechtried, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 192; Schweizerischer Bundesrat, Botschaft betreffend das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Bbl. 1989 I, S. 820.
- 8) Botschaft des Schweizerischen Bundesrats (주 7), S. 820.

법적 의미에서의 물품의 可分性도 요구되지 않는다. 따라서 물품이 거래관념상 단일물로 매매되는 경우에도 분할인도가 가능하다. 예컨대 全集으로 판매되는 註釋書나 총체로서만 가능한 생산시설에 대하여도 분할인도를 할 수 있다.¹⁰⁾ 그리고 분할부분의 목적관련성을 언급하고 있는 제73조 제3항이 시사하듯이 물품의 同種性은 요구되지 않으므로, 전혀 성질을 달리하는 물품들도 분할인도계약의 목적물이 될 수 있다.¹¹⁾ 분할인도는 주기적일 필요가 없으므로, 不定期的으로 행하여지는 분할인도나 매수인의 인도 요청이 있을 때 비로소 인도하기로 하는 경우에도 분할인도계약이 성립할 수 있다.¹²⁾ 각각의 분할인도는 동일한 경제적 가치를 가지고 있을 필요가 없다. 분할인도계약에서 대금지급은 개별적 분할인도에 대하여 각각 이루어지는 경우가 흔하지만, 총액이 일시로 지급될 수도 있으므로, 대금지급의 양태는 분할인도계약으로서의 성질에 영향을 미치지 않는다. 다만 매수인이 대금을 할부로 지급하기로 하는 것만으로는 분할인도계약이 될 수 없다.¹³⁾ 제73조는 그 명백한 법문에 따라 (제1항: “물품을 분할하여 인도하는 계약에서…”) 물품이 시간적인 간격을 두고 인도되는 경우를 전제로 하고, 대금이 시간적 간격을 두고 분할지급되는 경우를 전제로 한 것은 아니기 때문이다. 계약체결 당시에 예견할 수 없었던 사정에 기하여 물품이 수 개의 소포 또는 컨테이너 등으로 분할되어 시간적 간격을 두고 매수인에게 인도된 때에는 제73조의 의미에서의 분할인도가 아니다.

(2) 하나의 통일적인 계약

분할인도계약은 분할인도에 관한 하나의 통일적인 계약(ein einheitlicher Vertrag)이다. 동일한 날짜에 동일한 물품을 수차례 주문한 경우는 경제적·법적으로 하나의 통일적인 분

-
- 9) *Piltz*, Internationales Kaufrecht, 2. Aufl., 2008, Rn. 5–296과 그곳에 소개된 협약관련자료 참조. 그 밖에 *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1963, § 66 (S. 528)도 참조.
- 10) *Bianca/Bonell/Bennett*, Commentary on the International Sales Law, 1987, Art. 73 para. 2.5; *Brunner*, UN-Kaufrecht — CISG, 2004, Art. 73 Rn. 2; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 73 Anm. 1.
- 11) 석광현 (주 2), 270–271면; *Handelsgericht des Kantons Zürich CISG-online* Nr. 415; *Secretariat Commentary*, Art. 64 [73] Nr. 4; *Achilles*, Kommentar zum UN-Kaufrechts-übereinkommen (CISG), 2000, Art. 73 Rn. 2; *Bamberger/Roth/Saenger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, Art. 73 CISG Rn. 3.
- 12) *Handelsgericht des Kantons Zürich CISG-online* Nr. 327; *OLG München CISG-online* Nr. 208; *Karollus*, UN-Kaufrecht, 1991, S. 160; *Honsell/Brunner/Hurni* (주 6), Art. 73 Rn. 2; *MüKoHGB/Mankowski*, 2. Aufl. 2007, Art. 73 CISG Rn. 1, 3; *Witz/Salger/Lorenz/Lorenz*, International Einheitliches Kaufrecht, 2000, Art. 73 Rn. 6.
- 13) 석광현 (주 2), 271면; 최홍섭 (주 2), 171면; *Botschaft des Schweizerischen Bundesrats* (주 7), S. 820; *Enderlein/Maskow/Strohbach* (주 10), Art. 73 Anm. 2; *Honsell/Schnyder/Straub*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 1997, Art. 73 Rn. 14; *Honsell/Brunner/Hurni* (주 6), Art. 73 Rn. 2; *MüKoBGB/Huber*, Art. 73 CISG Rn. 2; *MüKoHGB/Mankowski*, Art. 73 CISG Rn. 5; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis* (주 6), Art. 73 Rn. 9; *Staudinger/Magnus*, Art. 73 CISG Rn. 8; *Witz/Salger/Lorenz/Lorenz* (주 12), Art. 73 Rn. 7. 異見: *Bianca/Bonell/Knapp* (주 10), Art. 61 para. 2.12 (제73조의 유추적용설).

할인도계약으로 볼 수 있다.¹⁴⁾ 매수인의 요청이 있을 때마다 물품을 인도하기로 하는 계약(가령 가스공급계약, 맥주공급계약 등)도 그러하다.¹⁵⁾ 확정된 물품의 총량을 분할하여 인도하기로 한 계약,¹⁶⁾ 충분한 확정성을 가지는 물품을 수차례 인도할 의무가 포함된 독점판매계약과 같은 기본계약도 분할인도계약이라고 할 것이다.¹⁷⁾

2. 제73조의 입법취지와 성질

(1) 입법취지

제73조는 분할인도계약의 특수문제, 즉 어느 분할부분에 관하여 계약위반이 있는 경우에 그 분할부분과 다른 분할부분에 대한 특별해제권을 규정한 것이다. 이것은 무엇보다도 분할인도계약에서는 적어도 2회 이상 개별적 인도가 행하여지고, 그것이 어느 정도 독립성을 가진다는 점을 계약해제에 있어서도 감안한 것이다. 즉 제73조는 협약에 따른 일반해제권(제49조,¹⁸⁾ 제64조¹⁹⁾)에 대한 특칙으로서 분할인도계약에서 당사자 쌍방에게²⁰⁾ 계약의 일부해제를 가능케 함으로써 분할인도계약의 특수성을 반영하였다.²¹⁾ 이것은 계약의 청산을 필요한 범위로 제한하면서 해제권을 최후의 구제수단으로 여기는 협약의 기본입장과 조화를 이룬다.

(2) 임의규정성

제6조에 따라 제73조는 임의규정으로서의 성질을 가진다. 따라서 당사자들은 제73조의 내용을 일부 수정하거나 그 적용을 배제할 수 있다. 유의할 것은, 당사자들이 일정한 해지기간을 합의하더라도 그것만으로 제73조의 적용이 배제되지는 않는다는 점이다. 그 해지기간이 경과하기 전에 본질적인 계약위반이 발생한 경우에는 계약의 조기 종료가 가능해야 하기 때문이다.²²⁾ 계약당사자 쌍방은 본질적 계약위반의 성립 여부에 관한 가치평가상의 위험을 피하기 위하여 분할인도계약에서 발생하는 모든 종류의 계약위반에 대하여 제49조

14) Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte Wien CISG-online Nr. 351.

15) Handelgericht des Kantons Zürich CISG-online Nr. 327 (리터 당 일정가격으로 해바라기씨로 만든 이탈리아산 식용유를 매달 2~5백만 리터씩 공급하기로 한 계약은 분할인도계약이라고 함).

16) Netherlands Arbitration Institute CISG-online Nr. 780.

17) OLG München CISG-online Nr. 208.

18) 이에 관한 상세는 김진우, “매수인의 계약해제권 – 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제49조를 중심으로 –”, 「통상법률」 제84호(2008), 법무부, 121면 이하 참조.

19) 이에 관한 상세는 김진우, “CISG 제64조에 따른 매도인의 계약해제권”, 「인권과 정의」 제402호 (2010), 대한변호사협회, 36면 이하 참조.

20) 다만 제73조 제3항은 매수인에게만 인정된다는 점은 아래의 II. 3. 참조.

21) 특칙으로서의 제73조는 일반규정인 제49조나 제64조의 적용을 배제한다(法條競合). 다만 수개의 혹은 모든 분할부분에 계약위반이 있어서 채무자의 의무불이행이 계약 전체와 관련하여 본질적 계약위반이 되는 경우에는 제49조나 제64조에 따른 해제권만 인정된다.

22) Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 38.

제1항 b에 규정된 부가기간절차²³⁾를 활용하고 또 적어도 일정한 의무에 대하여는 그 위반이 있을 경우에는 본질적 계약위반이 성립한다는 취지를 계약상 명시적으로 규율해 두는 것이 바람직하다. 또한 제73조 제1항에 해당하는 사실관계에 대하여는 해제의 의사표시를 위한 일정의 기간을 약정해 두는 것이 법률관계의 안정에 유익할 것이다.

3. 제73조의 구성

제73조는 분할인도계약에서 채무자의 계약위반이 있는 경우의 계약해제를 규율하는 특칙으로서 다음과 같이 세 가지 상황을 포섭한다.

먼저 제1항은 원칙으로서 분할인도계약에서의 해제는 불이행된 부분에 한정된다는 점을 규정한다. 이것은 매도인의 일부불이행에 대한 매수인의 구제수단을 규정한 제51조²⁴⁾의 기본적 구상과 일맥상통한다.

반면 제2항과 제3항은 제1항의 원칙에 대한 예외로서 분할인도계약의 어느 분할부분이 다른 분할부분에 미치는 영향을 고려하여 엄격한 요건 아래 채권자에게 계약해제권을 확장해 준다. 먼저 제2항은 분할인도계약에 있어서 장래효(ex nunc-Wirkung)를 가진 해제, 그것도 장래의 분할부분 전부에 대한 계약의 해소(우리 민법학상의 용어로는 “해지”에 가깝다)를 규율한다.²⁵⁾ 다음으로 제3항은 매수인에게 소급효(ex tunc-Wirkung)를 가진 해제를 협용하는데, 그것도 본질적 계약위반에 해당하는 분할부분과 목적관련성이 있는 이미 행하여진 인도에 대해서도 해제할 수 있도록 한다. 즉 제2항과 제3항에 따라 어느 분할부분의 불이행이 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도에 영향을 미치는 경우에는, 매수인의 해제권은 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도로까지 확장된다.

제73조 제1항과 제2항의 해제권은 계약당사자 쌍방에게 동일하게 인정되지만,²⁶⁾ 제3항의

23) 제49조 제1항 b는 물품의 인도가 불이행되는 경우에 매도인이 제47조 제1항에 따라 매수인이 정한 부가기간 내에 물품을 인도하지 않거나 그 기간 내에 인도하지 않겠다고 선언한 경우에 본질적 계약위반의 성립 여부와는 무관하게 매수인이 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 제49조 제1항 b는 물품인도의무의 불이행이 본질적 계약위반을 성립시키는지에 관한 법적 불안정성(매수인은 계약의 해제를 위해서는 원칙적으로 매도인의 계약위반이 본질적인 것임을 입증하여야 하는데, 이는 대단히 곤란한 경우가 많다)을 피하기 위하여 매수인에게 추가적인 해제가능성을 인정한 것이다.

24) 이에 관한 상세는 김진우, “매도인의 일부불이행에 대한 매수인의 구제수단 – 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)」 제51조를 중심으로 –”, 「법학논고」 제30호(2009), 경북대학교 법학연구소, 123면 이하 참조.

25) 이처럼 제73조 제2항에 따른 계약의 해소는 우리 민법학상의 용어로는 “해지”에 상당하므로 우리의 관보가 이를 “해제”로 번역한 것은 다소 아쉽다. 협약상의 “avoidance”라는 원본용어는 우리 민법학에서의 해제와 해지를 아우르는 개념이므로 “해소” 정도로 번역함이 좋았을 것이다.

26) 분할인도계약에서의 일부불이행은, 매도인이 개별적 분할부분을 아예 인도하지 않거나, 적시에 인도하지 않거나, 계약에 부적합하게 인도한 경우에 발생하지만, 매수인이 매도인의 분할인도시마다 대금을 지급기로 하였는데 분할인도에도 불구하고 대금지급이 없거나 혹은 매수인이 물품수령을 거절하는 경우에도 발생하므로, 제73조에 제1항과 제2항에 따른 해제권은 매도인·매수인 양자에 대하여 인정된다.

해제권은 매수인만이 가진다.

제73조에 따른 해제권을 주장하는 자는 그 요건의 충족을 입증하여야 한다.²⁷⁾

4. 연혁

제73조 제2항, 제3항은 협약의 前身이라고 할 수 있는 「국제물품매매에 관한 통일법」(Uniform Law for the International Sale of Goods, ULIS: 이하 “통일법”으로 인용함) 제75조 제1항, 제2항으로부터 유래한 것이다. 통일법 제75조는 비교적 널리 일치하는 각국의 법질서의 토대 위에 성립한 것이다. 반면 제73조 제1항은 1977년의 비엔나초안 제50조 제1항으로서 신설되어 1980년의 외교회의에서 수정이나 논란 없이 채택되었다.²⁸⁾

5. 법비교

분할인도계약에서는 이행에 시간적 간격이 있고 또 인도가 수차례 행하여지는 것에 의하여 계약위반이 발생할 수 있는 소지가 증가하므로 특별구제수단을 강구할 필요가 있다. 미국의 통일상법전(UCC)은 개별적 분할인도의 본질적 계약위반을 연결고리로 하여(non-conformity substantially impairing the value of that installment), 매수인이 문제된 분할부분에 대해서는 물론 그 부분이 계약 전체에 대하여 본질적 계약위반이 되는 때에는 계약 전부에 대하여도 해제를 허용하고 있다.²⁹⁾ 프랑스법에서는 채무자의 어느 분할인도에 관한 중대한 불이행(inexécution grave)이 있는 경우에 제반사정에 따라 일부해제 또는 장래를 향한 계약의 해지(프랑스민법 제1184조³⁰⁾의 유추적용에 따른 résiliation) 또는 소급효를 가지는 계약 전체의 해제(프랑스민법 제1184조에 따른 résolution)가 허용된다.³¹⁾ 특히 분할인도에 대한 대가의 지급이 전혀 없었던 경우에는 계약전부의 해제 및 해제의 소급효가 인정된다.³²⁾ 독일민법은 분할인도계약의 불이행에 대하여 명시적으로 규율하지 않고 있으나, 직

27) Ferrari/Saenger, Internationales Vertragsrecht, 2007, Art. 73 CISG Rn. 17; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 39.

28) MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 2와 그곳에 소개된 입법자료 참조.

29) § 2-612 UCC (2003).

30) 프랑스민법 제1184조 ① 쌍무계약에는 당사자 일방이 채무를 이행하지 않는 경우에 대비하여 언제나 해제조건이 내재되어 있는 것으로 한다. ② 이 경우에, 계약이 당연해제되는 것이 아니다. 채무를 불이행한 자의 상대방은 합의의 현실이행이 가능한 경우에는 상대방에 대하여 이행을 강제하거나 손해배상과 함께 계약해제를 요구할 수 있는 선택권을 가진다. ③ 계약해제는 법원에 이를 청구하여야 하며, 법원은 사정에 따라 피고에게 유예기간을 허여할 수 있다. (명순구 역, 프랑스민법전, 법문사, 2004에 의함)

31) 프랑스법에서의 일부해제에 관하여는 Malaurie/Aynès, Cours de droit civil, Tome VI: Les obligations, 7e éd., 1997, para. 881; Civ. 3 e, 30. 4. 2003, Bull. civ. III, n° 87 = JCP 2004. II, 10 031.

32) Cass. com., 12 oct. 1982, Bull. civ. IV, n° 309.

접적으로는 동시의 또는 일정 기간 내이기는 하지만 분할 아닌 방식으로 행하여져야 할 급부의 일부불이행에 대하여 적용되는 제323조 제5항 제1문의 일부불이행에 관한 규율에 따라 판단한다. 채권자는 원칙적으로 불이행된 부분에 대해서만 해제권을 주장할 수 있으므로, 계약 전부의 해제를 위해서는 채권자가 일부이행에 대하여 이익이 없는 경우일 것을 요한다.³³⁾³⁴⁾

우리 민법은 분할인도계약에 관한 명문규정을 두고 있지 않으며, 이 문제에 대한 논의는 그 동안 활발하게 전개되지도 않았다. 그러한 상황에서 1999년 2월 법무부 산하에 구성된 「민법개정특별분과위원회」에서는 민법 제564조의4에 “계속적 공급계약의 불이행과 해제·해지”에 관한 규정을 특히 협약을 모델로 신설하는 방안이 검토되었으나,³⁵⁾ 별다른 논의가 없이 이것은 “일부불능이론이나 해지권의 근거규정 도입으로 포섭·해결할 수 있는 문제”라는 이유에서 비교적 이른 시기(2000.1.14)에 개정대상에서 제외되었다.³⁶⁾ 그런데 협약 제73조는 이행이 전혀 없거나, 지체되어 이행되거나 혹은 계약의 내용에 죽지 아니한 이행 등 기본적으로 모든 종류의 이행상의 하자를 대상으로 하고 있으며,³⁷⁾ 또 우리 민법학에서의 해지는 물론 해제까지 규율하고 있는 점에서, 위 「민법개정특별분과위원회」의 결론이 협약에 관한 충분한 이해를 토대로 내려진 것으로 보기는 어렵다.

한편 유럽계약법원칙(PECL)은 분할인도계약에 대하여 협약 제73조와 결과적으로 흡사하게 규율하고 있다. 우선 PECL 제9:302조³⁸⁾는 분할이행되어야 할 계약에서 본질적 불이행(fundamental non-performance)이 있는 때에는 문제가 된 부분의 해제를 허용하고, 계약 전부의 해제를 위해서는 그 불이행이 계약 전체에 대하여 본질적일 것을 요한다.³⁹⁾ 그리고 PECL 제9:306조는 과거의 분할부분에 대한 해제도 가능한 것으로 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 반면 국제상사계약원칙(PICC)이 계약의 일부해제를 허용하는가는 불분명하다. PICC에 있어서도 분할이행이라는 개념 자체는 인정되고 있다. 이는 “이행 일반”에 관하여 규율하고 있는 제6

33) Ferrari/Saenger (주 24), Art. 72 CISG Rn. 18; Schlechtriem (주 7), Rn. 277a.

34) 그 밖의 유럽법질서의 상황에 관하여는 von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II, 2002, Art. 9:302에 대한 Anmerkungen (S. 499 f.)을 볼 것.

35) 특히 당시 개정위원인 이은영 교수는 “계속적 공급계약에 관한 해제·해지의 규정”을 별도로 신설할 것을 제안하면서, 어느 분할부분의 채무불이행이 있는 경우에 상황에 따라서 “그 분할부분 만의 해제”, “장래를 향한 해지” 또는 “계약 전부의 해제” 중 어느 하나를 선택하게 하는 것이 타당하다고 하고, 협약은 “계속적 공급계약의 법률문제를 명쾌하게 규정하고 있어 좋은 모범”이 된다고 개정의견을 제시한 바 있다.

36) 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 2004, 841–843면.

37) Schlechtriem (주 7), Rn. 276 f.

38) PECL 9:302조(분할이행되어야 할 계약): “계약이 개별적으로 분할하여 이행되어야 하고 또 그 각 부분에 대하여 반대이행이 할당될 수 있는 경우에, 중대한 불이행이 있는 때에는, 불이행한 당사자는 이 절에서 정하는 해제권을 문제되는 부분에 관하여 행사할 수 있다. 그는 불이행이 전체로서의 계약에 대하여 본질적인 경우에만 계약 전부를 해제할 수 있다.” (양창수, “[부록] 「유럽 계약법원칙」에 대한 일고 및 그 번역”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001에 의함)

39) PECL 제9:302조에 관한 Comment 1의 사례 1로부터 PECL에서는 분할인도계약 전체의 해제는 본질적인 불이행이 장래 반복될 개연성이 높은 경우에 한하여 허용됨을 알 수 있다.

40) PECL 제9:306조의 Comment는 어느 분할부분의 불이행이 이미 행하여진 인도를 무용하게 만드는 경우에 적용된다는 점을 강조하고 있다.

장 제1절에 있어서 일시이행과 분할이행 중 다른 사정이 없는 한 일시이행을 원칙으로 한다는 취지의 규정(제6.1.2조⁴¹)으로부터 그려하다. 그러나 PICC에는 협약이나 PECL에서와 같은 분할인도계약에 관한 일반적인 명문규정은 존재하지 않기 때문에 학설은 갈리고 있다. 즉 일부에서는 PICC는 협약(CISG)이나 PECL과 달리 계약의 일부해제를 알지 못하고 일부 청산에 대해서만 규율할 뿐이라고 하지만,⁴² 다른 일부에서는 PICC의 연혁에 관한 자료로부터 제7.3.6조를 토대로 계약의 일부해제가 허용된다고 한다.⁴³ 최근의 유럽사법에 관한 공통참조기준초안(DCFR)⁴⁴ 제3편 제3:506조 제2항과 제3항, 제3편 제3:512조는 PECL 제9:302조와 그 내용이 유사하다.⁴⁵ 즉 분할인도계약에서 계약의 해소는 원칙적으로 불이행이 있는 부분에 국한되지만, 그 불이행이 계약 전체에 대하여 본질적 불이행에 해당하는 때에는 계약 전부를 해소할 수 있도록 하고 있는 것이다. 나아가 DCFR은 PECL에는 없는 내용, 즉 잔부의 이행을 더 이상 기대할 수 없는 경우에도 계약 전부를 해소할 수 있게끔 한다(제3편 제3:506조 제3항).⁴⁶

III. 분할부분의 일부해제(제73조 제1항)

1. 의의

당사자 일방이 어느 분할부분과 관련하여 본질적 계약위반(제25조)을 한 경우, 상대방은 제73조 제1항에 따라 그 위반부분에 한하여 계약을 해제할 수 있다. 이와 같이 분할인도계약에 서의 각각의 분할부분은 독립적인 계약처럼 취급되므로 거기에는 일반규정들이 적용된다.⁴⁷

-
- 41) PICC 제6.1.2조(일시이행 또는 분할이행): “제6.1.1조 제b호 또는 제c호의 경우에, 그 일시이행이 가능하고 또한 다른 사정이 없는 한 당사자는 그의 의무를 일시에 이행하여야 한다.” (오원석/최준선/허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006에 의함)
- 42) Coen, Teilbeendigung von Verträgen wegen Leistungsstörungen im Einheitsrecht, in: FS für Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 202 ff.
- 43) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 6.
- 44) DCFR의 입안과 그 의미에 관하여는 우선 김진우, “최근 유럽민사법의 발전동향 —공통참조기준초안과 소비자권리지침초안을 계기로 하여—”, 「법학연구」 제50권 제2호(2009), 부산대학교 법학 연구소, 2009, 345면 이하와 同, “독일 소비자계약법의 동향과 전망 —우리 민법학에의 시사점을 덧붙여—”, 「외법논집」 제30집(2008), 한국외국어대학교 법학연구소, 19면 이하 참조.
- 45) *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis group)* (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. I, 2009, Notes 2 to Art. III.-3:506은 DCFR의 제III.-3:506조가 협약 제73조와 유사한 것임을 명시적으로 밝히고 있다.
- 46) 이에 관한 상세는 *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ed.) (주 45), Comments to Art. III.-3:506 (2) (b).
- 47) 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 「법학논총」 제23집 제2호(2006), 한양대학교출판부, 460-461면; 同 (주 2), 271면; 최홍섭 (주 2), 171면; Karollus (주 12), S. 161; Schlechtriem (주 7), Rn. 284; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG

2. 해제의 요건

제73조 제1항에 따른 계약해제를 위해서는 분할인도계약에서 어느 분할부분에 관하여 채무자의 본질적 계약위반이 있으면 족하고, 채무 전체와의 관계에서 본질적 계약위반일 필요가 없다.⁴⁸⁾ 본질적 계약위반인가의 여부는 제25조에 따라 판단한다.

제73조 제1항을 다른 일반해제규정(제49조 제1항 b, 제64조 제1항 b)과 비교하면, 전자에는 후자와 달리 부가기간절차가 명시적으로 규정되지 아니한 점이 눈에 띈다. 여기서 채권자가 당초에는 본질적 계약위반이 아닌 의무불이행을 부가기간의 지정에 의하여 본질적인 계약위반으로 만들 수 있는가 하는 점이 문제된다.⁴⁹⁾ 생각건대 제49조 제1항 b와 제64조 제1항 b를 관통하는 법리는 제73조 제1항에도 유추적용될 수 있다고 할 것이다. 제49조 제1항 b와 제64조 제1항 b로부터 제73조 제2항의 의미에서의 협약의 일반원칙(“당초 본질적이지 아니한 불이행도 합리적인 부가기간의 도과 후에는 본질적 계약위반과 동일시된다는 것”)을 도출할 수 있기 때문이다. 분할인도계약에 있어서 개별적 분할부분은 일반규정(즉 제49조, 제64조)이 적용되는 독립적인 계약처럼 취급된다는 점이 이를 뒷받침한다.

제73조 제1항에 따른 해제권의 행사를 위해서는 해제를 위한 그 밖의 일반요건이 갖추어져야 하므로, 가령 제38조에 따른 일정기간 내의 검사의무, 제39조·제43조의 일정기간 내의 통지의무나 제82조도 유의하여야 한다. 따라서 만일 매수인이 물품을 반환할 수 없거나 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 경우라면 원칙적으로 계약을 해제할 수 있지만(제82조 제1항), 제82조 제2항이 규정한 예외가 인정되는 때에는 계약을 해제할 수 있다.

3. 해제권의 행사

(1) 해제의 형식

협약은 통일법과는 달리 자동적 계약해제(ipso facto avoidance)를 알지 못하므로,⁵⁰⁾ 해

Rn. 10.

48) Soergel/Lüderitz/Dettmeier, BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., 2000, Art. 73 Rn. 6; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 9.

49) 肯定說: 석광현 (주 2), 272면; *Achilles* (주 11), Art. 73 Rn. 3; *Brunner* (주 10), Art. 73 Rn. 8; *Ferrari/Saenger* (주 24), Art. 73 CISG Rn. 4; *Karollus* (주 12), S. 161; *Schlechtried/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis* (주 6), Art. 73 Rn. 11; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 6; MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 7; *Schlechtried* (주 7), Rn. 284; *Staudinger/Magnus*, Art. 73 CISG Rn. 10; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 10. 否定說: *Bianca/Bonell/Bennett* (주 10), Art. 73 para. 3,2; *Herber/Czerwenka*, Kommentar zum Internationalen Kaufrecht (CISG), 1991, Art. 73 Rn. 2; *Enderlein/Maskow/Strohbach* (주 10), Art. 73 Anm. 3.

50) 협약은 자동적 계약해제는 법적 불안정성을 초래한다는 이유에서 통일법(제62조, 제70조)을 계수하지 않았다.

제에는 그에 관한 의사표시를 요한다.⁵¹⁾ 그 의사표시에 대하여는 제26조, 제27조가 적용되므로, 해제의 의사표시는 원칙적으로 그 발송과 함께 효력이 발생하고, 따라서 의사표시의 연착·불착, 전달과정에서의 내용변경의 위험인 전달위험 내지 수령위험은 표의자의 상대방이 부담한다. 이는 해제를 포함한 상대방 있는 의사표시에 관하여 도달주의를 원칙으로 하는 우리 민법(제111조 제1항)⁵²⁾과 크게 다른 점이다. 해제의 의사표시는, 채권자의 추단적 행태로부터 그 의사가 드러나는 이상, 명시적일 필요가 없다.⁵³⁾

(2) 해제기간

해제를 위한 기간은 제73조 제1항에 명시적으로 규정되지 않았다. 그러나 이 경우에 대하여는 제49조 제2항, 제64조 제2항을 법리, 즉 채무자가 그의 급부(인도 또는 대금지급)를 제공한 때에는 채권자는 합리적인 기간 내에 계약해제의 의사표시를 하여야 한다는 발상을 제7조 제2항의 의미에서의 일반원칙으로서 유추적용할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

51) 불이행에 기한 계약해제권의 행사를 위하여 각국의 법질서는 상이하게 규율하고 있다. 즉 원칙적으로 재판상의 행사를 요구하는 입법례가 있는가 하면(이탈리아민법 제1453조, 프랑스민법 제1184조 제3항), 계약에 충실한 당사자의 일방적 의사표시에 의한 행사만으로 족하다고 하는 입법례가 있고(독일민법 제349조, 우리 민법 제543조 제1항), 해제계약에 관한 채무자의 동의를 구하는 최고를 요하는 입법례도 있으며(2002년 1월 1일 전에 시행되던 독일민법 제467조에 따른 담보책임에 기한 해제), 자동적 해제를 규정하는 입법례도 있다(통일법 제62조, 제70조). 그런데 협약(제26조)은 물론 PECL(제9:303조), PICC(제7.3.2조), DCFR(제III.-3:507조)은 해제를 권리자의 일방적 의사표시에 의하도록 하고 있다. 따라서 해제의 효력발생을 위하여 법관의 판결이나 계약상대방의 동의는 요구되지 않는다. 계약의 해제를 법원의 판단에 맡기는 것은 지나치게 번거로울 뿐만 아니라 많은 시간을 요하는 관계로 신속한 거래라고 하는 거래계의 요청에 부합하지 못하고, 또 비용이 많이 들게 하며 실제적으로도 불가피한 것도 아니라는 점에서 일방적 의사표시에 의한 해제가 보다 적절하다고 할 것이다. 더욱이 각국의 법원에서의 절차는 상이하므로, 특히 국제거래에 있어서는 해제의 판단을 법원에 맡기는 것은 장려할 바가 아니다.

52) 대법원 2008.6.12. 선고 2008다19973 판결은 “계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것”이라고 설시한다.

53) BGH CISG-online Nr. 277; OGH CISG-online Nr. 652; OLG Köln CISG-online Nr. 709; ICC, 8128/1995, CISG-online Nr. 526; Corte d'Appello die Milano CISG-online Nr. 348; Federal Court of Australia CISG-online Nr. 218; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 26 CISG Rn. 3; Bianca/Bonell/Farnsworth (주 10), Art. 8 para. 2.1; Brunner (주 10), Art. 26 Rn. 2; Ferrari/Ferrari (주 24), Art. 26 CISG Rn. 4; Honsell/Karollus, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 1997, Art. 26 Rn. 11; Honsell/Gsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2010, Art. 26 Rn. 11; MüKoBGB/Gruber, Art. 26 CISG Rn. 4; MüKoHGB/Benicke, Art. 26 CISG Rn. 5; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 13; Schlechtriem (주 7), Rn. 108; Staudinger/Magnus, Art. 26 CISG Rn. 6 f. 그에 반하여 Achilles (주 11), Art. 26 Rn. 2; Enderlein/Maskow/Strohbach (주 10), Art. 26 Anm. 1.2; Herber/Czerwenka (주 40), Art. 26 Rn. 3; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 26 Rn. 8은 추단적 행태에 의한 해제의 의사표시를 인정할 수 없다고 한다.

54) Brunner (주 10), Art. 73 Rn. 9; Enderlein/Maskow/Strohbach (주 10), Art. 73 Anm. 6; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 15; MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 8; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 8; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주

4. 해제의 효과 및 다른 구제수단과의 관계

어느 분할부분에 대한 해제가 유효한 경우 그 부분에 관하여 통상적인 해제의 효과(제81조 이하)가 발생하지만, 당해 분할부분과 그에 상응하는 반대급부로 그 효과가 한정된다. 어느 분할부분에 관한 계약위반으로부터 전체 계약과 관련하여 어느 정도로 채권자의 권리가 도출되는가는 제73조 제2항 또는 제3항에 따라 판단하여야 한다.

제73조는 계약해제에 한하여 규율하고, 다른 구제수단에 대하여는 언급하는 바 없다. 이들의 관계는 일반규정에 따라 판단하여야 한다(제45조 이하, 제61조 이하). 따라서 제73조 제1항에 따른 일부해제 외에 채권자는 경우에 따라서는 손해배상도 청구할 수 있다. 채권자는 문제가 된 분할부분에 관한 계약해제 대신에 이행청구, 추완청구, 대금감액 또는 이행정지권을 원용할 수도 있다.

IV. 장래의 분할부분에 대한 해제(제73조 제2항)

1. 의의

제73조 제2항은 어느 분할부분에 관한 채무자의 의무불이행이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는데 충분한 근거가 되는 경우에 채권자가 장래의 분할부분 전부에 대하여 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다. 즉 이 경우에 채권자는 의무불이행이 있는 기존의 분할인도부분을 해제할 수 있을 뿐만 아니라(제73조 제1항) 장래의 분할부분에 관하여도 계약을 해제할 수 있으나, 그 해제는 합리적인 기간 내에 이루어져야 한다(제73조 제2항).

2. 해제의 요건

제73조 제2항에 따른 계약해제가 이루어지기 위해서는 1) 어느 분할부분에 관한 채무자의 의무불이행이 있을 것, 2) 그것이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반을 추단하는

6), Art. 73 Rn. 13; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 10; 석광현 (주 2), 272 면 (다만 본질적 계약위반이 있는 경우에도 합리적 기간 내에 해제권을 행사하여야 하는지에 관하여는 입장을 유보하고 있다). 그에 반하여 Ferrari/Saenger (주 24), Art. 73 CISG Rn. 5는 제73조 제1항은 “합리적인 기간 내에”라고 명시하고 있는 제73조 제2항이나 “동시에”라고 명시하고 있는 제73조 제3항과 달리 해제권의 행사를 제한하는 어떤 표현도 담고 있지 않고 따라서 법률공백이 존재하지 않기 때문에, 제1항에 따른 계약해제권은 기간의 제한을 전혀 알지 못한다고 한다. 그리고 Honsell/Schnyder/Straub (주 13), Art. 73 Rn. 42는 시간적 제약은 제7조 제1항에 따른 국제거래상의 신의칙에 기해서만 허용된다고 한다.

데 충분한 근거가 될 것, 3) 합리적인 기간 내에 해제의 의사표시가 표명될 것이다. 아래에서는 우선 1)과 2)의 요건을 살펴보고, 3)의 요건은 아래의 “3. 해제권의 행사”에서 살펴보기로 한다.

(1) 채무자의 어느 분할부분에 대한 의무불이행

제73조 제2항에 따른 계약해제를 위해서는 우선 매수인 또는 매도인이 과거 최소한 1차례의 분할부분과 관련하여 자신의 의무를 불이행하였을 것을 요한다. 이미 의무가 불이행되었어야 하므로, 제71조와 제72조의 의미에서의 채무자의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함은 제73조 제2항의 요건을 충족하지 못한다. 또한 제73조 제1항과 달리 본질적 계약위반인가를 묻지 않고 단순히 “어느 분할부분에 관한 의무의 불이행”이 있는 것으로 족하다.⁵⁵⁾ 그래서 제73조 제2항은 본질적 계약위반에 해당하지 않는 의무불이행에 대하여도 적용된다.

채무자의 의무불이행과 관련하여 채권자에게 계약의 해제 외에 어떤 구제수단이 주어지는가 하는 점은 채권자의 제73조 제2항에 따른 계약 해제에 영향을 미치지 않는다. 가령 매수인이 과거의 인도에 대하여 하자의 통지를 해태하였고, 통지기간의 도과로 더 이상 하자의 통지를 할 수 없는 경우라 하더라도, 매도인의 과거의 불완전이행을 장래의 해제에 대한 근거로 삼는 것을 방해하지 않는다.⁵⁶⁾ 그리고 제73조 제2항에 따른 해제에 있어서는 제73조 제3항에서와 같은 목적관련성⁵⁷⁾도 요구되지 않는다.

(2) 장래의 본질적 계약위반의 추단

과거의 분할부분에 관한 의무의 불이행이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는 데에 “충분한 근거”(good grounds)가 되어야 한다. 여기서는 두 가지가 문제된다. 하나는 제73조 제2항에 따른 계약해제를 위한 장래 예상되는 본질적 계약위반의 발생에 대한 개연성이 제72조의 계약해제권이나 제71조의 이행정지권에서의 그것과 같은가의 문제이다. 둘은 어떤 경우에 충분한 근거로 볼 수 있는가 하는 점이다.

첫 번째 문제와 관련하여 제71조, 제72조, 제73조는 법문의 표현을 상호 달리하고 있다. 즉 제71조 제1항에서는 “의무의 실질적 부분이 이행되지 아니할 것이 판명된 경우”이어야 하고, 제72조에서는 “이행기일 전에 당사자 일방이 본질적 계약위반을 할 것이 명백한 경우”이어야 한다. 반면 제73조 제2항에서는 “장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을

55) 석광현 (주 2), 272면; 최홍섭 (주 2), 171-172면; 허해관 (주 2), 107면; Secretariat Commentary, Art. 64 [73] Nr. 6; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 73 CISG Rn. 8; Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 73 para. 2.7; Enderlein/Maskow/Strohbach (주 10), Art. 73 Anm. 3; Honsell/Schnyder/Straub (주 13), Art. 73 Rn. 45; Karollus (주 12), S. 161; MüKoHGB/ Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 11; Piltz (주 9), Rn. 5-298; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 18.

56) 이에 관하여는 MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 12와 그곳에 소개된 판결례 및 문헌 참조.

57) 이에 관하여는 아래의 V. 2. (2) 참조.

추단하는 데에 충분한 근거”가 될 것을 요한다. 그러나 이들 상호간의 구별을 위한 구체적 기준은 법문의 표현으로부터는 더 이상 도출할 수 없으므로,⁵⁸⁾ 상기 규정들의 기능을 비교하여 판단할 수밖에 없을 것이다. 생각건대 제71조 소정의 구제수단인 이행정지권은 잠정적인 것으로서 그 효과가 제72조와 제73조의 구제수단인 계약해제권보다 약하다. 그리고 제73조 제2항에 따른 계약해제는 최소한 한 차례 혹은 그 이상의 의무불이행과 그로써 문제가 된 계약의 이행에 대한 신뢰가 이미 흔들리고 있는 상황을 요건으로 하므로, 제72조에서와 같은 고도의 개연성⁵⁹⁾은 요구되지 않는다고 하여야 한다. 그로써 제71조 제1항, 제73조 제2항, 제72조 제1항의 순서로 장래의 본질적 계약위반이 발생할 개연성의 정도가 높아진다.⁶⁰⁾

제73조 제2항에 따른 계약해제를 위해서는 객관적인 관찰자의 시각에서 볼 때 어느 분할부분에 관한 채무자의 의무불이행이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는 데에 충분한 근거가 되어야 한다. 그러나 예기되는 본질적 계약위반이 이미 발생한 의무불이행과 동종의 것일 필요는 없다.⁶¹⁾

그동안 외국의 판결례가 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는데 충분한 근거가 된다고 본 사례들은 다음과 같다. 매수인의 대금지급과 부가기간의 지정에도 불구하고 매도인이 제1차 분할인도를 하지 않았고 또 장래에 인도가 있을 것인지도 확실하

58) 그러나 혀해관 (주 2), 111면은 제71조의 “의무의 실질적 부분”의 불이행의 “판명”보다 제72조의 “본질적 계약위반”이 발생할 것이 “명백”한 경우가 더 엄격한 것이라고 한다.

59) 제72조 제1항에서 사용된 “명백한”이라는 불확정개념은 확실에 가까운 개연성을 요구할 수는 없더라도 통상적으로 분명한 고도의 개연성, 즉 채무자측에 현실화될 수 있는 계약위반의 개연성이 있음에 대하여 합리적 의심이 존재하지 않아야 하므로 그 개연성은 객관적인 관찰자의 시각에서 분명한 것이어야 한다는 데 견해가 근접해 있다.

60) 혀해관 (주 2), 108면; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 73 CISG Rn. 9; Ferrari/Saenger (주 24), Art. 73 CISG Rn. 9; MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 13; Schlechtriem (주 6), Rn. 279, Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 21; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 13. 異見: 석광현 (주 2), 273면; Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., 1999, para. 388, 401; Honsell/Schnyder/Straub (주 13), Art. 71 Rn. 25; Karollus (주 12), S. 87과 163; Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, 38 Int'l & Comp. L. Q. (1989), 475, 494 (제73조 제2항, 제71조 제1항, 제72조 제1항의 순서로 개연성의 정도가 높아진다 함). 제72조와 제71조의 개연성의 정도를 달리 취급하고 전자가 보다 고도의 개연성을 요한다는 입장으로 Enderlein/ Maskow/Strohbach (주 10), Art. 71 Anm. 2와 Art. 72 Anm. 1. 한편 Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 72 para. 2.2와 Art. 73 para. 2.7; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 73 CISG Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 22, Art. 72 Rn. 9는 제72조와 제73조 사이와 제71조와 제72조의 개연성의 정도를 구별하면서 제72조의 개연성이 가장 높다고 한다. 반면 제72조와 제73조의 개연성 정도를 구별하면서 제73조에서 개연성의 정도가 보다 낮다고 하는 입장으로 Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte Wien CISG-online Nr. 351; Bridge, Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 25 J. L. & Com, (2005), 405, 414; Achilles (주 11), Art. 73 Rn. 4. 제71조와 제72조는 동일한 정도의 개연성이 요구되지만, 제73조의 경우에는 보다 낮은 개연성으로 족하다는 입장으로 Herber/Czerwenka (주 40), Art. 72 Rn. 2와 Art. 73 Rn. 4.

61) Piltz (주 9), Rn. 5-299; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 19.

지 아니한 경우,⁶²⁾ 계속적 거래관계에서 매도인이 부패한 물품에 대하여 약정된 대체물인도를 할 수 없는 경우,⁶³⁾ 당사자 일방이 그의 의무의 이행을 약정되지 아니한 조건에 의존케 하는 경우,⁶⁴⁾ 과거의 분할인도에 하자가 있는데 매도인이 장래에 이 하자를 어떻게 제거할 것인지에 관하여 확약을 주지 않는 경우,⁶⁵⁾ 혹은 매수인이 장래의 재수입금지를 준수하는 것에 대한 확약을 거절한 경우,⁶⁶⁾ 매도인이 과거의 분할인도 시에 중대한 하자가 있는 것으로 밝혀진 인도방법이나 재료를 계속하여 사용하는 경우,⁶⁷⁾ 비타민 A가 담긴 건강식품의 분할인도에서 약정된 최소한의 함량기준에 명백히 미달하는 수차례의 분할인도가 있었던 경우⁶⁸⁾ 등이 그러하다.

(3) 이행기 전의 통지의무?

제71조, 제72조, 제73조 제2항은 공히 이행기 도래 전의 임박한 계약위반에 관하여 계약에 충실한 당사자에게 소위 “예방적 구제권”⁶⁹⁾을 인정하고 있다. 그런데 제73조에는 – 제71조, 제72조와는 달리 – 상대방에게 이행에 관한 보장의 제공을 가능하게 만드는 계약해제와 관련한 사전통지의무⁷⁰⁾는 규정되지 않았다. 분할인도계약에서 존재하는 밀접하고 또 경우에 따라서는 지속적인 당사자들의 계약적 구속을 고려할 때 그와 같은 사전통지의무의 인정은 적절한 감이 없지 않으나, 제73조 제2항에서는 이를 간취할 수 없다.⁷¹⁾ 그러나 계약에 충실한 당사자가 상대방과 접촉을 하지 아니한 상태에서 제73조 제2항에 따라 기본계약의 해제를 표명하는 경우에는 제77조에 기한 손해경감의무를 위반하는 결과를 초래할 수

62) Handelsgericht des Kantons Zürich CISG-online Nr. 327.

63) LG Ellwangen CISG-online Nr. 279.

64) ICC, 20.12.1999, CISG-online Nr. 1646 (매도인이 새로운 분할인도에 앞서 추가적인 보증을 요구하면서 약정된 할인율을 일방적으로 인하시킨 사안); Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage CISG-online Nr. 638 (매도인이 제2차의 분할인도만이 아니라 장래의 인도에 대하여 기본계약상 합의된 조건으로 인도하기를 거절한 사안).

65) Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte Wien CISG-online Nr. 351.

66) Cour d'Appel Grenoble CISG-online Nr. 151 (프랑스인 제조자(매도인)와 미국인 무역상(매수인)이 청바지에 관한 분할인도계약을 체결하면서 청바지를 아프리카와 남아메리카로만 전매하고 유럽시장으로의 역수입을 금지하기로 약정하였는데, 매수인이 청바지를 유럽시장으로 역수입하였고 또 그곳에서 판매하였다고 의심을 받는 사안에서, 매도인의 최고에도 불구하고 매수인이 물품의 최후 목적지와 최종 수령자에 관한 입증을 거부하는 것은 제25조의 의미에서의 본질적 계약위반에 해당하고 따라서 매도인이 제73조 제2항에 따라 분할인도계약을 장래에 향하여 해제할 수 있는 충분한 근거로 봄).

67) Netherlands Arbitration Institute CISG-online Nr. 780.

68) Appellationsgericht Helsinki CISG-online Nr. 1304.

69) 허해관 (주 2), 92-93면은 제71조 내지 제73조의 계약이행 前단계에서의 계약에 충실한 당사자의 구제수단을 “豫防的 救濟權” 내지 “早期救濟權”이라고 통칭하는데, 적절한 표현이다.

70) 이것을 포함하여 제72조에 관하여는 김진우, “CISG 제72조에 따른 이행기 전의 계약위반”, 「법학논고」 제32호(2010), 경북대학교 법학연구소, 265면 이하도 참조.

71) 허해관 (주 2), 109면. 異見: Bridge (주 51), 420은 제7조 제2항에 따라 제73조 제2항을 유추적 용하여 이행에 관한 보장의 제공(제71조 제3항, 제72조 제2항)에 의한 채무자의 방어권을 인정하고자 한다.

있다. 따라서 실무적으로는 계약해제에 앞서 우선 채무자에게 장래에 향한 계약의 해제를 통지하는 것이 바람직할 것이다.

3. 해제권의 행사

(1) 해제의 형식

계약해제는 상대방에게 통지되어야 한다(제26조). 그 통지는 상황에 맞는 적절한 방법에 의하면 된다(제27조). 해제의 의사표시는 당사자가 계약에 구속되지 않겠다는 의사가 의심의 여지없이 드러나는 한 추단적 행태에 의해서도 할 수 있다.⁷²⁾

(2) 해제기간

해제의 의사표시는 합리적인 기간 내에 이루어져야 하는데(제73조 제2항), 그 기산점이 문제된다. 그 기간은 채권자가 이미 행하여진 분할인도에서 채무자의 의무불이행을 안 때로부터 진행한다고 볼 것이다.⁷³⁾ 의무불이행의 발생과 함께 기간이 진행된다고 새기는 견해가 있으나,⁷⁴⁾ 본질적 계약위반의 발생이 개개의 계약위반이 아닌 수개의 계약불일치의 부분의 총합에 의하여 비로소 추단되는 사안에서는 의무불이행의 발생시점을 정확히 결정하기 어렵다.

기간의 합리성 여부는 계약의 제반사정으로부터 밝혀지고 또 제8조 제2항의 객관적 기준에 따른다. 그래서 해제가 즉시 행하여지지 않고 채무자가 대체공급업자를 찾은 후에야 행하여진 경우에도 기간이 보전된다.⁷⁵⁾ 기간의 합리성을 판단함에 있어서는 특히 차기 분할인도를 위한 시간적 간격이 고려되어야 한다. 원칙적으로 차기 분할인도가 임박해 있을수록 그 기간도 짧아진다고 할 것이다.⁷⁶⁾ 과거의 분할부분과 관련된 의무불이행이 제73조 제1항의 의미에서의 본질적 계약위반에 해당하는 경우와 채권자가 과거의 인도는 물론 장래의 분할부분에 대하여도 계약해제의 의사를 표명하고자 하는 경우에는, 제73조 제1항에 대하여도 해제의 의사표시가 합리적인 기간 내에 이루어져야 할 것이다.⁷⁷⁾

72) OLG Frankfurt CISG-online Nr. 28.

73) 허해관 (주 2), 109면; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 73 CISG Rn. 11; Herber/Czerwenka (주 40), Art. 73 Rn. 5; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 25; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 24; MüKoGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 16; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 16; Brunner (주 10), Art. 73 Rn. 13. 異見: Honsell/Schnyder/Straub (주 13), Art. 73 Rn. 60 (인식가능시점을 기준으로 하는 견해).

74) Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 73 para. 2.7.

75) Cour d'Appel Grenoble CISG-online Nr. 151. 이에 찬동하는 문현으로 Bridge (주 51), 419.

76) Achilles, Art. 73 Rn. 5; Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 73 Anm. 8; Honsell/Schnyder/Straub, 1997, Art. 73 Rn. 62; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 Rn. 17; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz, Art. 73 Rn. 16.

77) Netherlands Arbitration Institute CISG-online Nr. 780은 매수인이 이미 수개월 전부터 이의를 하였는데 장래에 향한 계약해제의 의사표시를 약정된 차기 분할인도일의 수일 전에야 한 경우

4. 해제의 효과

제73조 제2항은 장래의 분할부분 전부에 대한 해제를 허용한다. 장래에 향한 계약해제는 계약의 분열을 초래한다. 장래의 분할부분에 관한 당사자들의 권리와 의무는 소멸하지만, 기이행된 부분은 제73조 제1항 또는 제3항에 의하여 해제되지 아니한 이상 영향을 받지 않기 때문이다. 따라서 존속하는 분할부분에 대한 대금지급의무, 손해배상청구권 등은 영향을 받지 않는다. 장래효를 가진 계약해제로 인하여 장래의 분할부분에 대한 계약당사자 쌍방의 권리의무는 소멸하므로, 청산은 예외적으로만 행하여진다. 가령 계약 전체를 위하여 이미 행하여진 선대금지급이나 기계의 인도 또는 라이센스의 양도 등과 관련하여 그러하다.

5. 제71조, 제72조와의 관계

제72조와 제73조 제2항이 어떤 관계에 있는가에 관하여는 다툼이 있다. 우선 외국의 판결례는 제72조와 제73조 제2항을 병존적으로 적용하는 경향을 보이고 있다.⁷⁸⁾ 그리고 상당수의 문헌도 양 규정의 적용범위가 중첩된다고 한다.⁷⁹⁾ 그에 반하여 제73조 제2항이 원칙적으로 우선된다고 하는 견해⁸⁰⁾ 또는 양 규정은 상이한 적용영역으로 인하여 전혀 경합관계에 있지 않다는 견해⁸¹⁾가 있다.

생각건대 제73조 제2항은 제72조의 이행기 전의 계약위반과 다음과 같은 점에서 구별된다. 즉 제73조 제2항은 분할인도계약에서 이행기가 도래한 분할부분에 관하여 채무자의 의무불이행이 이미 발생하였을 것을 요건으로 하지만, 제72조는 이행기 전에 적용된다는 점이다. 그래서 계약위반이 아직 발생하지 아니한 상태에서 이행기 전에 장래의 본질적 계약위반의 발생이 명백한 경우에는 제72조에 기해서만 계약해제를 할 수 있다. 이처럼 양자의 적용범위가 다르므로 경합은 문제되지 않는다고 하여야 한다. 나아가 제73조 제2항에서는 제72조 제2항과 달리 채무자에 대한 통지(이행에 관한 적절한 보장에 의하여 계약해제를 방지할 수 있는)를 요하지 않는다. 그 밖에 제73조 제2항은 계약해제를 명시적으로 일정

는 제73조 제2항을 위반한 것이라고 한다. 이것은 제73조 제1항과 제2항의 기간의 병행을 말하는 것이다.

- 78) 가령 Appellationsgericht Helsinki CISG-online Nr. 1304; Schiedsgericht der Handelskammer Zürich CISG-online Nr. 1291이 그러하다.
- 79) Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 72 para. 3,3; Herber/Czerwenka (주 40), Art. 73 Rn. 10; Honsell/Schnyder/Straub (주 13), Art. 73 Rn. 10; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 72 CISG Rn. 2; Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 17.
- 80) MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 19; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 28.
- 81) MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 18; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 28. 한편 Ferrari/Saenger (주 24), Art. 72 CISG Rn. 12와 Bamberger/Roth/Saenger, Art. 73 CISG Rn. 12는 적용영역의 중첩이 없다는 견해는 제73조 제2항이 제72조에 우선한다는 견해와 실제적 결과에서 차이가 없다고 한다.

기간(즉 “합리적인 기간)의 제한을 받도록 하고 있는 점에서, 그러한 기간제한을 알지 못하는 제72조⁸²⁾와 차이가 있다. 결국 제73조 제2항은 분할인도계약에서 이행기 전의 계약위반에 대하여 제72조의 특칙이라고 할 수 있다.

제73조 제2항의 요건이 갖추어지더라도 제71조 제1항에 따른 이행정지권의 행사는 방해 받지 않는다.⁸³⁾ 이행정지권과 계약해제권은 상이한 구제수단이기 때문이다.

V. 목적관련성에 기한 해제(제73조 제3항)

1. 의의

제73조 제3항에 따른 해제권은 매수인만 행사할 수 있는데,⁸⁴⁾ 그 해제권은 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도로 확장된다. 이는 분할인도계약의 특성에 기한 것이다. 즉 분할인도계약에서는 각각의 인도 사이에 상호 의존관계(관련성)가 있는 경우가 흔하고, 그로 인하여 매수인이 의무불이행이 있는 어느 분할인도에 대하여 계약을 해제할 경우 다른 분할부분에 대해서도 계약을 유지할 의미를 상실하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려한 것이다. 예컨대 일정한 설비기계를 매수인이 조립가능한 3개의 분할부분으로 나누어 인도하기로 한 계약에 있어서 제1분할부분은 계약에 적합하게 인도되었는데, 제2분할부분에 계약부적합이 있어 사용할 수 없게 되고 다른 대체물로의 대용도 불가능한 경우에 그려하다. 이 경우 매수인은 제73조 제1항에 기하여 제2분할부분에 관하여 계약을 해제할 수 있지만, 제73조 제3항에 기하여 제1분할부분과 제3분할부분에 관하여도 계약을 해제할 수 있다. 계약전부를 해제하는 경우에는 소급효가 있다.

2. 해제의 요건

제73조 제3항에 따른 해제는 1) 매도인이 어느 분할부분에 관하여 본질적 계약위반을 하

82) 제72조에 기한 조기해제권은 언제든지 행사할 수 있으나, 늦어도 이행기 전에는 행사되어야 할 것이다. 결국 이행기는 해제권의 유효한 행사를 위한 기준시점으로서 그 기간은 한정되어 있으므로, 그로부터 법률관계의 무제한적인 불안정상태가 발생하지 않는다. 따라서 해제권의 행사기간에 대한 그 밖의 제한, 가령 채권자가 장래의 계약위반을 안 때로부터 지체 없이 또는 상당한 기간 내에 계약을 해제하여야 한다는 견해는 적절치 않다.

83) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 28과 그곳에 소개된 판례 및 문헌 참조.

84) 그 점에서 제73조 제3항의 적용범위는 동조 제1항 또는 제2항의 그것보다 좁다. 매도인에게 제3항에 따라 계약 전부를 해제할 수 있는 권리를 인정하지 아니한 것은, 매도인은 채권자로서 대금을 지급받는데 주로 관심을 가지고 있고 따라서 개별적인 분할인도의 하자로 말미암아 계약상의 목적을 달성할 수 없는 사태의 발생이라는 것은 상정하기 어렵고 또 제2항에 의하여 충분히 보호받을 수 있기 때문이다.

였고(제73조 제1항), 2) 본질적 계약위반이 있는 분할부분과 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도 사이의 상호 의존관계로 인하여 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도가 계약체결 당시에 당사자 쌍방이 예상했던 목적으로 사용될 수 없는 경우일 것, 3) 본질적 계약위반이 있는 분할부분에 관한 해제와 동시에 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도에 대하여 해제의 의사표시를 할 것을 요건으로 한다.

(1) 제73조 제1항에 의한 해제권의 존재

제73조 제3항은 채권자가 과거의 분할부분에 관하여 해제를 할 수 있는 경우일 것을 요건으로 하고, 따라서 제73조 제1항에 의한 해제를 기초로 한다.⁸⁵⁾ 이에 대하여는 제73조 제2항도 근거가 될 수 있다는 견해가 있으나,⁸⁶⁾ 이 조항이 근거로 되는 경우는 발생하지 않을 것이다. 제73조 제2항은 하자 있는 분할부분과 관련하여 해제를 허용하는 것이 아니라 장래의 분할부분에 대해서만 해제를 허용하기 때문이다. 따라서 제73조 제3항에 따른 해제를 하기 위해서는 매도인에 의한 의무불이행이 과거의 분할부분 그 자체와 관련하여 본질적 계약위반에 해당할 것을 요한다. 반면 동시에 해제되는 이미 행하여진 인도는 본질적 계약위반에 해당할 필요가 없고, 장래의 분할부분 역시 계약위반의 발생을 염려할 충분한 근거가 있을 것을 요하지 않는다는 데 견해가 거의 일치되어 있다. 다만 동시에 해제될 과거의 인도 또는 장래의 인도는 의무불이행이 있는 분할부분과 상호의존관계에 있어야 한다. 그 점에서 제73조 제3항의 구제는 독립적이지 아니하고 어느 분할부분에 관한 불이행에 대한 반응을 계약 전부 또는 다른 분할부분으로 확장한다.

매수인은 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도에 대하여 그리고 계약 전체에 대하여는 물론 개별적 분할부분에 대하여도 해제의 의사표시를 할 수 있다. 유의할 것은, 법문상으로는 “이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도”라고 하여 마치 선택적으로만 해제를 할 수 있는 것처럼 보이지만, 협약의 입안과정에서 그와 같은 선택성은 의도되지 않았으므로, 일정한 요건 아래 계약의 전부나 일부를 해제할 수 있다.

(2) 목적관련성

매수인은 이미 행하여진 인도 또는 장래의 인도가 의무불이행이 있는 분할부분과의 관련성으로 인하여 계약체결 당시에 당사자 쌍방이 예상했던 목적으로 사용될 수 없는 경우⁸⁷⁾에 한하여 과거의 인도 또는 장래의 인도에 대하여도 동시에 계약을 해제할 수 있다. 다시 말해 해제의 대상이 되는 분할인도들은 상호간에 목적관련성(Zweckzusammenhang)이 있어야 한다.

분할인도계약에서는 (일시적으로 이행되어야 하는 계약과는 달리) 독립적이고 가분적인

85) MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 21과 그곳에 소개된 문헌 참조.

86) Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 30과 그곳에 소개된 문헌 참조.

87) 이에 대한 주장·입증책임은 매수인이 부담한다.

개별적 분할부분이 시간적 간격을 두고 이행될 것이 예정되어 있으며 또 그들 상호간에는 적지 않은 경우에 목적관련성이 존재한다. 이러한 목적관련성이 인정되기 위해서는 개별적 분할부분들이 계약 전체적 관점에서 상호를 구성하는 요소가 되고 또 그들이 종합되어야 비로소 기능적인 통일체가 형성될 수 있어야 한다. 가령 하나의 건축물을 제작함에 있어서 통일적인 재료조달(지붕, 창문 등), 생산시설의 설치를 위한 부품들의 분할인도,⁸⁸⁾ 화학제품이나 섬유제품과 같은 물품의 특수제작을 위한 필수자재의 일정량의 공급 등이 그러하다. 그리고 약정된 인도가 제3자에 의해서는 대체될 수 없는 경우도 마찬가지이다.⁸⁹⁾ 이 때 이미 행하여진 또는 장래의 분할부분의 이행이 본질적 계약위반에 해당할 필요는 없으며, 단지 그 유용성이 본질적 계약위반에 해당하는 분할부분으로 인하여 매수인에게 소멸된 것으로 족하다.⁹⁰⁾ 그러한 까닭에 특히 이미 행하여진 분할부분의 이행이 채무의 내용에 좋은 것이라 하더라도 목적관련성의 관점에서 매수인에게 무의미한 경우에는 제73조 제3항에 따른 해제가 허용된다. 대량생산품에 대하여는 일반적으로 목적관련성을 인정하기 어렵다.⁹¹⁾

여기서 분할인도 사이의 목적관련성은 당사자 쌍방이 계약체결 당시에 예상했던 목적으로의 사용이 기준이 되므로, 매도인이 알지 못하거나 알 수 없었던 매수인의 일방적 사용의도는 고려되어서는 안 된다.⁹²⁾ 따라서 매수인이 매도인에 대하여 보다 포괄적인 책임을 묻기 위해서는 그의 구입의도를 계약체결 당시에 매도인에게 밝히는 것이 바람직하고, 계약으로 이를 분명히 해 두는 것이 좋을 것이다. 그러나 개별적 분할부분이 예상했던 목적으로의 사용에 장애를 초래하는 관련성을 가지는가는 객관적 기준에 따라 판단되어야 하고,⁹³⁾ 종국적으로는 항상 개별적 사안에서의 판단이 문제된다.

3. 해제권의 행사

매수인은 과거 및 장래의 인도의 해제와 ‘동시에’ 제72조 제3항에 따른 해제의 의사표시를 하여야 한다. 따라서 일부해제의 후발적인 확장은 배제된다.⁹⁴⁾ 제3항에 따른 그 밖의 해제의 의사표시에 대하여는 제1항에 따른 해제에 관하여 설명한 것과 같다. 특히 매수인의

88) Secretariat Commentary, Art. 64 [73] Nr. 7; Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 73 para. 2.9; Herber/Czerwenka (주 40), Art. 73 Rn. 6.

89) MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 23.

90) Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 33; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 24.

91) Netherlands Arbitration Institute CISG-online Nr. 780; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 23.

92) 석광현 (주 2), 275면; 최홍섭 (주 2), 172면; Bianca/Bonell/Bennett (주 10), Art. 73 para. 3.5; Herber/Czerwenka (주 40), Art. 73 Rn. 6; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 34.異見(인식가능성이 있으면 족하다는 입장): Witz/Salger/Lorenz/Lorenz (주 12), Art. 73 Rn. 19; Karollus (주 12), S. 162.

93) 허해관 (주 2), 110면; MüKoBGB/Huber, Art. 73 CISG Rn. 22; MüKoHGB/Mankowski, Art. 73 CISG Rn. 25; Ferrari/Saenger (주 24), Art. 73 CISG Rn. 15; Piltz (주 9), Rn. 5-301; Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 34.

94) Staudinger/Magnus, Art. 73 CISG Rn. 35와 그곳에 소개된 자료 참조.

계약해제의 의사표시는 합리적인 기간 내에 이루어져야 한다.

4. 해제의 효과

제73조 제3항은 개별적 분할인도 사이의 목적관련성이라고 하는 기준에 따라 매수인을 최대한 구제하려는 수단이다. 매수인이 계약해제의 의사표시를 한 이상 그 계약은 해제되고, 그 구체적 효과에 대하여는 제81조 이하가 적용된다. 과거의 분할인도에 대하여 계약해제가 표명된 이상 그에 상응하는 청산의무가 발생한다. 손해배상청구권은 계약 해제에 영향을 받지 않는다.

VI. 제73조와 제51조의 관계

제73조와 제51조는 공히 일부의무의 중대한 불이행이 있는 경우에 적용된다. 다만 제73조의 분할인도계약은 상이한 시점에 분할인도가 행하여질 것이 처음부터 계약으로 예정된 경우이나, 제51조는 동시에 이행되어야 할 급부인데 그것이 가분적이고 또 기술적인 이유(예: 운송수단의 용량문제)에서 혹은 부당하게 분할인도되는 경우를 적용대상으로 한다. 따라서 계약상 일시적 인도를 위한 이행기가 예정되어 있는데, 매도인이 약정과 달리 일부인도만 한 경우에는 제73조가 아닌 제51조가 적용된다.⁹⁵⁾

그러나 제51조와 제73조의 적용범위가 중첩될 수도 있다. 즉 제73조의 분할인도계약의 범주 내에서 물품의 인도에 가분성이 있고 또 분할인도만 있거나 혹은 계약일부부적합이 있는 경우에는 제73조 외에 제51조가 적용될 수 있다. 이를 부연설명하면 다음과 같다. 분할인도계약에 있어서 어느 인도가 이행기에 행하여지지 않거나 또는 인도된 물품이 계약에 부적합한 경우, 이것이 계약 전체에 어떤 영향을 미치는가는 원칙적으로 제73조에 의하여 판단한다. 반면 분할인도만 이루어지거나 또는 인도된 물품의 일부만 계약에 합치하는 경우에는 제51조가 제73조를 보충하는 형태로 적용된다. 매수인의 불완전한 또는 부분적으로 하자 있는 분할인도로 인한 계약 전체의 해제는 제51조 제2항이 정한 특별요건이 갖추어진 경우에만 허용된다. 매수인이 계약해제의 범위를 장래의 분할인도 또는 과거의 분할인도에 까지 확장하려고 하는 경우에는 제73조 제2항 및 제3항의 요건이 갖추어진 경우에 한하여 이를 할 수 있다. 제73조 제2항과 제51조 제2항이 경합하는 경우에는 전자의 장래의 본질적 계약위반의 발생에 대한 개연성의 입증곤란으로 인하여 후자에 따라 계약을 해제하는 것이 수월할 것이다.⁹⁶⁾

95) 이에 관하여는 거의 이견을 찾아볼 수 없다는 점은 Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis (주 6), Art. 73 Rn. 39와 그곳에 소개된 판결례 및 문헌 참조.

96) 이에 관하여는 김진우 (주 24), 160-161면도 참조.

VII. 나오며

이상에서는 분할인도계약의 해제에 관하여 규율하고 있는 협약 제73조의 의미와 내용에 관하여 다른 국제적 계약규범이나 국내법질서 및 협약의 다른 관련규정과 비교하면서 살펴보았다. 협약 제73조에 관하여는 곳곳에 해석론상의 대립이 있고, 이 글은 그러한 논란에 대하여 나름대로 논리적 일관성을 기하면서 해결책을 제시하고자 하였다. 여기서는 결론에 갈음하여 이상의 검토 중에 드러난 주요 사항 몇 가지를 요약하고, 우리 민법 개정작업에의 시사점을 구하기로 한다.

(1) 협약에 따른 분할인도계약의 개념은 우리 민법학에서의 그것과 동일하지 않으므로 협약 고유의 의미로 이해되어야 한다(II. 1). 계약당사자 쌍방은 본질적 계약위반의 성립 여부에 관한 가치평가상의 위험⁹⁷⁾을 피하기 위하여 분할인도계약에서 발생하는 모든 종류의 계약위반에 대하여 부가기간절차(제49조 제1항 b, 제64조 제1항 b 참조)를 활용하고 또 적어도 일정한 의무에 대하여는 그 위반이 있을 경우에는 본질적 계약위반이 성립한다는 취지를 계약에서 명시적으로 규율해 두는 것이 바람직하다. 또한 제73조 제1항에 해당하는 사실관계에 대하여는 해제의 의사표시를 위한 기간을 약정해 두는 것이 법률관계의 안정에 유익할 것이다.

(2) 분할인도계약에서의 해제는 제73조 제1항에 따라 원칙적으로 불이행된 부분에 한정된다. 다만 어느 분할부분이 다른 분할부분에 영향을 미치는 경우에는 장래의 분할부분 전부에 대하여 계약을 해제하거나(제73조 제2항) 계약위반에 해당하는 분할부분과 목적관련성이 있는 이미 행하여진 인도에 대해서도 계약을 해제할 수 있다(제73조 제3항). 분할인도계약의 해제에 관한 이러한 협약의 규율은 현대 계약법의 표준이라고 할 수 있다.

(3) 제71조 제1항, 제73조 제2항, 제72조 제1항의 순서로 장래의 본질적 계약위반이 발생할 개연성의 정도가 높아진다(IV. 2 (2)).

(4) 분할인도계약의 해제에 관한 제73조는 이행기 전의 계약위반에 관한 제72조와의 관계에서 특칙이라고 할 수 있고, 따라서 양 규정은 그 적용범위가 다르다(IV. 5).

(5) 제73조 제1항의 요건이 갖추어진 경우에 한하여 제73조 제3항에 따른 목적관련성에 기한 분할인도계약의 해제가 가능하다(V. 2 (1)).

(6) 제73조는 매도인의 일부불이행에 대한 매수인의 구제수단을 규정하고 있는 제51조와 원칙적으로 그 적용범위를 달리하지만, 예외적으로 양자의 적용범위가 중첩될 수 있다. 양 규정이 경합하는 경우, 제73조상의 장래의 본질적 계약위반의 발생에 대한 개연성의 입증 곤란으로 인하여 제51조에 따라 계약을 해제하는 것이 수월할 것이다(VI).

(7) 협약은 PECL이나 DCFR과 마찬가지로 분할인도계약의 해제를 규율하고 있고, 이는 우리 민법의 개정에 있어서 적극적으로 고려되어야 할 바라고 생각한다. 다시 말해 협약은

97) 본질적 계약위반을 이유로 한 해제는 매수인 또는 매도인에게 일정한 위험을 부담시킨다. 왜냐하면 나중에 법원이 그 계약위반을 본질적이지 아니한 것으로 판단할 수 있고 그로 인하여 매수인 또는 매도인의 해제의 의사표시가 오히려 본질적 계약위반으로 평가될 수 있기 때문이다.

그 제73조에서 분할인도계약의 해제에 관한 명문규정을 둘으로써 이 문제를 명확하게 취급하고 있고, 협약보다도 적용범위가 훨씬 넓은 PECL · DCFR도 분할인도계약의 해제를 규정하고 있음은 이것이 일반적인 민 · 상사거래의 룰(rule)이 될 수 있음을 보여주고 있다. 그리고 협약의 해결책은 우리 민법학에서 행하여지고 있는 계속적 공급계약과 분할공급계약의 구별이 적어도 계약해제에 관하여는 별다른 의미가 없는 것이라는 점도 알려주고 있다.

◇ 주제어 ◇

분할인도계약, 본질적 계약위반, 충분한 근거, 개별적 인도, 목적관련성, 해제권의 행사, 하자통지의무, 장래에 대한 계약해제

◆ 참 고 문 현◆

1. 국내문헌

- 곽윤직, 채권각론, 신정판, 박영사, 1995
- 김진우, “독일 소비자계약법의 동향과 전망 —우리 민법학에의 시사점을 덧붙여—”, 「외법논집」 제30집(2008), 한국외국어대학교 법학연구소, 19면 이하
- 김진우, “매도인의 일부불이행에 대한 매수인의 구제수단 —「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)」 제51조를 중심으로—”, 「법학논고」 제30집(2009), 경북대학교 법학연구소, 153면 이하
- 김진우, “매수인의 계약해제권 —국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제49조를 중심으로—”, 「통상법률」 제84호(2008), 법무부, 121면 이하
- 김진우, “최근 유럽민사법의 발전동향 —공통참조기준초안과 소비자권리침해를 계기로 하여—”, 「법학연구」 제50권 제2호(2009), 부산대학교 법학연구소, 345면 이하
- 김진우, “CISG 제64조에 따른 매도인의 계약해제권”, 「인권과 정의」 제402호(2010), 대한변호사협회, 36면 이하
- 김진우, “CISG 제72조에 따른 이행기 전의 계약위반”, 「법학논고」 제32호(2010), 경북대학교 법학연구소, 265면 이하
- 김형배, 채권각론〈계약법〉, 신정판, 박영사, 2001
- 명순구 역, 프랑스민법전」 법문사, 2004
- 박영복, 현대 계약법의 과제, 한국외국어대학교 출판부, 2009
- 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 법무부, 2004
- 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 「법학논총」 제23집 제2호(2006), 한양대학교출판부, 437면 이하
- 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 본격적으로 다룬 최초의 우리 판결 —서울동부지법 2007. 11. 16. 선고 2006가합6384 판결”, 「법률신문」 2009. 6. 15. 제3754호
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010
- 양창수, “[부록] 「유럽계약법원칙」에 대한 일고 및 그 번역”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 320면 이하
- 오원석/최준선/허해관 공역, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006
- 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005
- 허해관, “국제물품매매협약상 상대방의 계약위반이 예견됨에 따른 대응수단”, 「무역학회지」 제34권 제2호(2009), 한국무역학회, 91면 이하

2. 외국문헌

- Achilles, Wilhelm Albrecht: Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG),* Neuwied: Luchterhand, 2000
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1–610, CISG, 2. Aufl.,* München: Beck, 2007 (“Bamberger/Roth/김필자”)

로 인용)

- von Bar, Christian/Zimmermann, Reinhard*: Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II, München: Sellier, European Law Publishers, 2002
- Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim*: Commentary on the International Sales Law, Mailand: Giuffrè, 1987 ("Bianca/Bonell/집필자"로 인용)
- Bridge, Michael G.*: Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 25 J. L. & Com. (2005), 405
- Brunner, Christoph*: UN-Kaufrecht — CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, 2004
- Coen, Christoph*: Teilbeendigung von Verträgen wegen Leistungsstörungen im Einheitsrecht, in: Schwenzer/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr, 2003, S. 189–206
- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Strohbach, Heinz*: Internationales Kaufrecht, Berlin: Haufe, 1991
- Ferrari, Franco et al.*: Internationales Vertragsrecht, EGBGB, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar, München: Beck 2007 ("Ferrari/집필자"로 인용)
- Herber, Rolf/Czerwenka, Beate*: Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München: Beck, 1991
- Honnold, John O.*: Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed., The Hague: Kluwer International Law, 1999
- Honsell Heinrich* (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Berlin, New York: Springer, 1997 ("Honsell/집필자"로 인용)
- Honsell Heinrich* (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, London, New York: Springer, 2010 ("Honsell/집필자"로 인용)
- Karollus, Martin*: UN-Kaufrecht, Wien, New York: Springer, 1991
- Malaurie/Aynès*, Cours de droit civil, Tome VI: Les obligations, 7e éd., Paris: Cujas, 1997
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 3: Schuldrecht · Besonderer Teil §§ 433–610 Finanzierungsleasing · HeizkostenV · BetriebskostenV · CISG, 5. Aufl., München: Beck, 2008 ("MüKoBGB/집필자"로 인용)
- Münchener Kommentar zum HGB, Band 6: Viertes Buch, Handelsgeschäfte Zweiter Abschnitt, Handelskauf Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft §§ 373–406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf — CISG, 2. Aufl., München: Beck, 2007 ("MüKoBGB/집필자"로 인용)
- Piltz, Burghard*: Internationales Kaufrecht: Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, 2. Aufl., München: Beck, 2008

- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg*: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht — CISG —, 5. Aufl., München: Beck, 2008 (“Schlechtriem/Schwenzer/집필자”로 인용)
- Schlechtriem, Peter*: Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., München: Beck, 2007
- Secretariat Commentary on the 1978 Draft, O. R. 14–66, in: Honnold, (Hrsg.), Documentary history of the uniform law for international sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations, 1989 (“Secretariat Commentary”로 인용)
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. v. Soergel, neu hrsg. v. Siebert, Band 3: Schuldrechtliche Nebengesetze 2: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 13. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2000 (“Soergel/집필자”로 인용)
- Staudinger, Julius*: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), erläutert v. Magnus, Berlin: Sellier/de Gruyter, Neubearbeitung 2005 (“Staudinger/Magnus”로 인용)
- Strub, M. Gilbey*: The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, 38 Int'l & Comp. L. Q. (1989), 475–501
- Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2009
- Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel*: International Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000 (“Witz/Salger/Lorenz/집필자”로 인용)

〈국문초록〉

CISG에 따른 분할인도계약의 해제

김 진 우

이 글은 CISG에 따른 분할인도계약의 해제를 검토한 것으로 그 주요 내용은 다음과 같다.

(1) 협약에 따른 분할인도계약의 개념은 우리 민법학에서의 그것과 동일하지 않으므로 협약 고유의 의미로 이해되어야 한다. 계약당사자 쌍방은 본질적 계약위반의 성립 여부에 관한 가치평가상의 위험을 피하기 위하여 분할인도계약에서 발생하는 모든 종류의 계약위반에 대하여 부가기간절차(제49조 제1항 b, 제64조 제1항 b 참조)를 활용하고 또 적어도 일정한 의무에 대하여는 그 위반이 있을 경우에는 본질적 계약위반이 성립한다는 취지를 계약에서 명시적으로 규율해 두는 것이 바람직하다. 또한 제73조 제1항에 해당하는 사실관계에 대하여는 해제의 의사표시를 위한 기간을 약정해 두는 것이 법률관계의 안정에 유익할 것이다.

(2) 분할인도계약에서의 해제는 제73조 제1항에 따라 원칙적으로 불이행된 부분에 한정된다. 다만 어느 분할부분이 다른 분할부분에 영향을 미치는 경우에는 장래의 분할부분 전부에 대하여 계약을 해제하거나(제73조 제2항) 계약위반에 해당하는 분할부분과 목적관련성이 있는 이미 행하여진 인도에 대해서도 계약을 해제할 수 있다(제73조 제3항). 분할인도계약의 해제에 관한 이러한 협약의 규율은 현대 계약법의 표준이라고 할 수 있다.

(3) 제71조 제1항, 제73조 제2항, 제72조 제1항의 순서로 장래의 본질적 계약위반이 발생할 개연성의 정도가 높아진다.

(4) 분할인도계약의 해제에 관한 제73조는 이행기 전의 계약위반에 관한 제72조와의 관계에서 특칙이라고 할 수 있고, 따라서 양 규정은 그 적용범위가 다르다.

(5) 제73조 제1항의 요건이 갖추어진 경우에 한하여 제73조 제3항에 따른 목적관련성에 기한 분할인도계약의 해제가 가능하다.

(6) 제73조는 매도인의 일부불이행에 대한 매수인의 구제수단을 규정하고 있는 제51조와 원칙적으로 그 적용범위를 달리하지만, 예외적으로 양자의 적용범위가 중첩될 수 있다. 양 규정이 경합하는 경우, 제73조상의 장래의 본질적 계약위반의 발생에 대한 개연성의 입증 곤란으로 인하여 제51조에 따라 계약을 해제하는 것이 수월할 것이다.

(7) 우리 민법에도 협약의 의미에서의 분할인도계약의 해제에 관한 규정을 도입하는 것이 법적 안정성의 제고에 유익할 것이다. 분할인도계약의 해제에 관한 협약의 규율은 법체계를 불문하고 적용될 수 있는 것이므로, 우리 민법개정의 모델로서 적합하다고 할 수 있다. 그러함에 있어서 우리 민법학에서 사용되는 계속적 공급계약이나 분할공급계약은 협약의 의미에서의 분할인도계약으로 포괄하는 것이 바람직하다. 양자를 구별할 실익이 크지 않기 때문이다.

〈Abstract〉

Aufhebung des Sukzessivlieferungsvertrags nach dem CISG

Kim, Chin-Woo

Bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem zeitlich aufeinanderfolgende Lieferungen vereinbart sind, besteht ein besonderes Risiko, dass es bei einer der Teilleistungen zu einer Pflichtverletzung kommt (Ein bloßer Ratenzahlungsvertrag ist kein Sukzessivlieferungsvertrag). Begründet dies eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG, besteht zunächst das Recht zur Vertragsaufhebung in Bezug auf diese Teillieferung (Art. 73 Abs. 1). Die grundsätzliche Beschränkung der Aufhebungsmöglichkeit auf die vertragswidrig nicht, zu spät oder schlecht erbrachte Teilleistung beruht wieder dem Prinzip, Verträge möglichst zu erhalten. Auch können für die nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Teillieferung die weiteren Rechtsbehelfe des Käufers wegen Leistungsstörungen, insbesondere die Minderung, geltend gemacht werden. Lässt eine Pflichtverletzung hingegen Rückschlüsse auf wesentliche Vertragsverletzungen bei künftigen Teillieferungen zu, besteht weiterhin die Möglichkeit der Aufhebung des Vertrages für die Zukunft (Art. 73 Abs. 2). Im Unterschied zu diesen beiden Behelfen, die für Verkäufer wie Käufer gleichermaßen gelten, steht der dritte Behelf allein dem Käufer zu, der wegen der Pflichtverletzung bei einer Teillieferung die Vertragsaufhebung erklärt. Soweit die in Teillieferungen geleistete Ware wegen eines Zusammenhangs nicht für den beabsichtigten Zweck verwendet werden kann, besteht ein erweitertes Aufhebungsrecht, und es steht dem Käufer frei, die Vertragsaufhebung auch für zurückliegende Lieferungen oder aber künftige Lieferungen zu erklären, ohne dass es insoweit auf eine wesentliche Vertragsverletzung ankäme (Art. 73 Abs. 3). Die Rückabwicklung richtet auch nach den Art. 81–84. Bei Aufhebung des Sukzessivlieferungsvertrags nur für die noch ausstehenden Teillieferungen bezieht sich der Rückabwicklungsanspruch lediglich auf das für diese bereits Geleistete. Durch die Vereinbarungen einer Kündigungsfrist wird Art. 73 allerdings nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Artt. 73 und 51 betreffen beide den Fall einer wesentlichen Störung einer Teilverpflichtung. Allerdings regelt Art. 73 die Situation, dass die Leistungen zeitlich nacheinander erfolgen sollen, wohingegen Art. 51 Leistungen betrifft, die grundsätzlich gleichzeitig erfolgen sollten, aber teilbar sind und aus technischen Gründen in Teilen erbracht werden.

◊ KEY WORDS ◊

Sukzessivlieferungsvertrag, Wesentliche Vertragsverletzung, Triftiger Grund,
Einzellieferung, Zweckzusammenhang, Ausübung des Aufhebungsrechts, Anzeigepflicht,
Vertragsaufhebung ex nunc

CISG상 매수인의 물품검사·통지의무에 관한 쟁점 검토

– 우리나라 법과의 비교 고찰을 포함하여–

양석완*

[目 次]

I. 문제의 제기	3. 서류 부적합
II. 물품검사·통지의무의 성질 및 기능	4. 권리 부적합
1. 성질	IV. 물품검사·통지의 시기 및 기준
2. 기능	1. 물품검사·통지의 시기
III. 물품검사·통지의무의 적용범위	2. 물품검사·통지의 기준
1. 이종물 제공	V. 맷으며
2. 잠복한 부적합	

I. 문제의 제기

국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods : CISG ; 이하 ‘협약’이라 한다)에 있어서 매도인은 계약에 적합한 물품을 매수인에게 인도하여야 하고, 매수인은 목적물을 수령한 때에는 인도된 물품이 계약에 적합한지 여부를 판단하기 위하여 그 상황에서 실현가능한 단기간 내에 이를 검사하여야 한다(협약 제38조). 매수인이 물품검사를 통하여 부적합을 발견한 때에는 합리적인 기간 내에 매도인에게 그 통지를 발송하여야 한다(협약 제39조 제1항). 한편 제38조 하의 매수인의 검사의무는 제58조 (3)항에 따라 매수인이 대금지급 이전에 갖는 검사‘권리’와 구별되어야 한다.¹⁾

협약 제38조 및 제39조상의 검사·통지의무의 성질을 의무 위반시 그 자체만으로 책임이

논문접수일 2010.11.10, 논문심사일 2010.12.05, 게재확정일 2010.12.22

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

1) 협약은 “매수인은 물품을 검사할 기회를 가질 때까지는 대금을 지급할 의무가 없다”라고 규정하고 있다(제58조 제3항 본문). 여기서의 ‘검사’는 대금지급을 위한 것이므로, 물품의 부적합 검사·통지의무와 관련한 제38조에서의 ‘검사’와는 구별되는 것으로, 그 보다는 정도가 가벼운 것이라 할 수 있고, 따라서 대금지급을 위한 검사 후에도 부적합이 발견되면 매수인은 그 통지를 하여 부적합에 대한 책임을 물을 수 있음을 물론이다. –이해일, “국제물품매매상 당사자의 계약위반 및 그 구제에 관한 연구”, 연세대 대학원 박사학위논문(1997), 90면, 주 229) 참조 ; Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 54, para. 6.

발생되는 법적 의무인가 아니면 단지 간접의무에 불과한가의 여부, 그리고 검사의무의 통지의무에 대한 관계에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 물품검사의 성질(nature of the examination)을 연속적 과정의 일환인가, 아니면 하나의 독립된 사건으로 보느냐에 따라 판례와 중재판정은 다양한 접근방법을 채용하고 있다.

매수인의 물품검사·통지의무는 이를 통하여 분쟁의 신속한 해결과 특히 매도인의 방어를 돋기 위한 것인가 아니면 매도인과 매수인 양자를 공평하게 보호하고자 하는 목적을 갖는가에 대하여도 논의의 여지가 있다.

협약은 이종물의 경우를 별도로 다루고 있지 않다. 여기서 매도인이 계약에서 요구되는 물품과 전혀 다른 이종물(different goods)의 제공을 계약부적합으로서 검사·통지의무의 대상으로 볼 수 있는가가 문제된다. 잠복한(latent) 부적합의 적시 발견과 관련된 문제는 제38조의 적용을 받는 것이냐 아니면 제39조 제1항의 조건의 적용을 받느냐가 쟁점이 된다.

검사시기는 실행가능한 때로부터 단기 내에 행해져야 하는데, 여기서 실행가능한지 여부와 관련하여 매수인의 주관적 장애사유도 고려될 수 있는지 여부에 대하여는 견해가 갈린다. 아울러 검사방법이 합리적인 것이었는지를 결정하기 위하여서는 물건의 성질, 포장 등 객관적 사정 외에 매수인의 능력 등 주관적 요소도 고려해야 하는가가 문제된다. 나아가 부적합 통지의 내용과 관련하여 부적합의 내용(nature)을 어느 정도로 상세하게 기재하여 통지하여야 하는가가 논의될 수 있다.

이에 이 논문은 협약상 매수인의 검사·통지의무의 기능과 성질, 그리고 그 적용범위를 고찰한 다음 검사·통지의무의 시기와 기준 등을 살펴보고 우리나라 상법과의 관련성을 바탕으로 분석함으로써 검사·통지의무에 관한 해석론적 함의를 재검토하고자 한다.

II. 물품검사·통지의무의 성질 및 기능

1. 성질

(1) 간접의무

협약 제38조 및 제39조상의 검사·통지의무의 성질을 살펴보면 이는 대금지급의무와 물품수령의무 등 매수인의 고유한 의무들과는 구별되는 것으로 의무 위반시 그 자체만으로 책임이 발생되는 법적 의무라고 보기는 어렵고 다만 매수인의 의무 중 하나이기는 하지만 진정한 의무가 아닌 매수인 본인의 권익을 지키기 위한 의무, 즉 자기의무 내지 불완전의무라 해석된다.²⁾ 매수인은 물품검사 또는 부적합 통지의무를 해태하였다 할지라도, 그에 대응하

2) 이태희, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 당사자의 의무”, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제」[이태희·임홍근 공편](삼지원, 1991), 131면 ; Bianca, C.M. & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffre, Milan, 1987, Art. 38, note 2.1;

는 매도인의 권리가 따로 인정되는 것은 아니고 이로 인해 매도인에게 손해배상책임을 지는 것은 아니며, 단지 매수인이 매도인의 계약위반에 대한 책임을 물을 수 없게 되는 불이익을 받게 될 뿐이라는 점에서 이른바 ‘간접의무(Obliegenheit)’에 해당한다고 할 수 있다.

물품검사 및 통지로 인해 매수인은 단지 매도인에게 계약 부적합에 기한 책임을 물을 수 있을 뿐이다. 따라서 만약 매수인이 검사를 하지 않았는데도 물건에 존재하는 부적합 사실을 정확히 지적하여 매도인에게 통지하는 경우와 매우 예외적인 경우에 매수인은 검사의무를 완수하지는 않았지만 여전히 부적합에 대한 구제수단을 보유한다.³⁾ 또한 물건에 존재한 부적합이 적절한 검사가 있었더라도 발견되기 힘든 것이었을 경우 이 때에도 검사의무의 불이행은 문제되지 않는다.⁴⁾ 결국 매수인의 물품검사의무에 대해 매도인은 검사를 청구할 권리가 없으며 검사를 하지 않았다고 손해배상을 청구할 수도 없다.⁵⁾

한편, 우리나라 상법 제69조 제1항에 따르면, 목적물의 검사 · 통지의무를 계을리한다고 하여 손해배상채무가 발생하는 것은 아니고, 이를 계을리한 때에 매수인이 자신의 권리를 상실하는 불이익만을 입을 뿐이므로, 이는 매수인의 검사 · 통지의무를 담보책임 추궁의 전 제요건으로 삼은 것이며,⁶⁾ 간접의무 또는 불완전의무로 보고 있다.⁷⁾

(2) 검사의무의 통지의무에의 종속성

협약 제38조의 매수인의 물품검사는 단지 제39조의 부적합통지에 영향을 미칠 뿐이며, 전술한 바와 같이 법적 의무(legal obligation)가 아니라 매수인 자신의 이익을 위하여 준수해야 하는 단순한 임무(duty)이다.⁸⁾ 따라서 협약 제38조의 위반으로 매수인의 청구권이 상실되는 것은 통지의무에 위반하는 것뿐이며, 검사의무에 대한 직접적인 효과는 없다고 해석해야 할 것이다.⁹⁾

검사는 제39조가 요구하는 부적합에 대한 적절한 통지를 위하여 필요한 사전단계이다.¹⁰⁾

8) Schlechtriem, Peter, *Uniform Sale Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(Vienna)*, Manz, 1986, p.71 note 271.

3) Schlechtriem, Peter, op. cit., Art. 38, para. 5.

4) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) ed., Oxford ; New york : Oxford University Press, 2005, Art. 38, para. 4.

5) 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 법무부, 2005, 96면.

6) 대법원 1987. 7. 21. 선고 86 다카 2446 판결.

7) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2010, 232면 ; 이철송, 상법총칙 · 상행위, 박영사, 2010, 349면 ; 손주찬, 상법(상), 박영사, 2004, 254면 ; 정동윤, 상법총칙 · 상행위법, 법문사, 1996, 410면 ; 채이식, 상법강의(상), 박영사, 1996, 189면
이와는 달리, 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 2009, 261면은 하자통지의무는 법정의무가 되고, 검사의무만이 법정의무라 할 수 없다고 한다.

8) 허광욱, “CISG상의 매수인의 물품검사에 관한 연구”, 「국제상학」 제24권 제3호(2009. 9.), 8면.

9) 이해일, 앞의 논문, 90면 이하.

10) Honnold, John O, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Austin : Wolters Kluwer Law & Business, 2009, para. 252.

검사의무는 독립성을 가진 의무는 아니고, 그것에 이은 통지의무에 종속하여서만 의미를 가진다. 즉 검사를 실행하여도 통지를 하지 아니하면, 매수인은 그 권리를 보전할 수 없다. 반대로 검사를 하지 아니하여도 그 밖의 방법으로 알게 된 부적합을 즉시 통지하면 그 의무를 이행한 것이 된다.¹¹⁾ 그러나 검사가 법률상 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 즉시 발견할 수 없는 부적합은 즉시 발견할 수 없는 성질의 것이었음을 입증하기 위하여 검사가 원용될 것이며, 검사와 통지가 ‘가능한 한 단기간 내’ 그리고 ‘합리적인 기간 내’에 이루어져야 비로소 통지가 적시에 행해진 것이 된다.¹²⁾ 이것은 염밀히 보면 검사의 해태이지만, 그 결과로서 통지의 해태가 되는 것이다.¹³⁾

한편 우리나라 상법의 경우, 검사는 통지의 전제조건이 되는 사실행위이다. 검사를 실행하여도 통지를 하지 아니하면 매수인은 구제수단을 가질 수 없으므로, 검사의무는 통지의무에 종속하여서만 의미를 가진다.

(3) 연속적 과정의 일환인가, 아니면 하나의 독립된 사건으로 매듭지을 것인가

물품검사의 성질(nature of the examination)을 어떻게 보느냐에 따라 판례와 중재판정은 다양한 접근방법을 채용하고 있다.¹⁴⁾ 하나의 견해는 제38조 상의 검사는 물품에 존재하는 부적합을 찾아내기 위한 계속적이거나 반복적인 과정(an ongoing or repeated process)이라고 보아, 제38조는 매수인에게 모든 하자들이 밝혀질 때까지 다양하고 지속적으로 물품검사를 실행할 것을 요구한다고 한다.¹⁵⁾

이러한 접근방법은 매수인으로 하여금 물품검사를 위한 추가기간의 요구를 하기 전에 이미 존재하였던 특별한 부담(부가상황)을 입증하도록 하는 방법이다.¹⁶⁾ 이에 따라 법원들은 매수인에게 이러한 부담이 존재하지 아니하였음을 근거로 물품검사에 필요한 검사기간의 연장을 허용하지 않았다.¹⁷⁾ 물품의 독특한 또는 복잡한 성질, 물품의 분할인도 및 피용자들

11) Schlechtriem, *Commentary*, Art. 38, para. 5

12) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, *op. cit.*, Art. 38, para. 4.

13) 김동석, “매수인의 목적물검사 및 하자통지의무”, *설성 이윤영선생 정년기념 「현대 상사법의 제문제」*(법지사, 1988), 46면.

14) 허광육, 앞의 논문, 12-13면 ; 김규진, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 계약적합의무에 관한 연구 : CISG적용사례를 중심으로”, *연세대 대학원 석사논문*(2007. 2.), 68-69면.

15) Germany Bundesgerichtshof[Federal Supreme Court], VIII ZR 287/98, 1999. 11. 03, CLOUD case No. 319 ; Germany Landgericht[LG=District Court] Köln, 86 O 119/93, 1993. 11. 11 ; Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] Köln, 19 U 282/93, 1994. 08. 26, CLOUD case No. 122 ; Germany Amtsgericht[AG=Petty District Court] Riedlingen, 2C 395/93, 1994. 10. 21 ; Italy Tribunale[District Court] Cuneo, 45/96, 1996. 01. 31 ; Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] Köln, 18 U 121/97, 1997. 08. 21, CLOUD case No. 284 ; Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] Koblenz, 2 U 1556/98, 1999. 11. 18, CLOUD case No. 359.

16) 하삼주·여태식, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약에서의 매수인의 물품검사 및 부적합통지의 의무”, *「상사법연구」* 제23권 제3호(2004. 11.), 585면.

17) CME Coop. Mar. Etaploise v. Bos Fishproducts, Rb. Zwolle, HA ZA 95-640, Mar 5, 1997 (Neth.) ; Kortrijk [District Court][Kh] A.R. 651/97, Jun. 27, 1997 (Belg.) ; Nurka Furs

에 대한 교육 훈련의 필요성 등은 매수인의 검사수행에 추가기간을 부가하는 것을 정당화하는 특유한 부담이라고 할 수 있다.¹⁸⁾

이에 반해, 또 하나의 견해는 제38조에서 요구되는 검사는 물품이 인도된 직후 신중하게 단 한번만 이루어지는 독립된 사건(single discrete event)이라고 한다.¹⁹⁾ 제38조의 검사는 물품의 인도시에 수행되어야 하며, 그 검사기간에 발견할 수 없는 부적합을 발견하지 못한 것은 제38조의 위반에 해당되지 않는다는 것이다.²⁰⁾

이러한 접근방법을 취하는 법원들은 특히 부패가능성이 있는 물품에 대한 검사기간과 관련하여 매수인이 검사를 완료해야 할 특정시한을 설정하였다.²¹⁾ 이들 사안에서 법원은 매수인에게 물품이 인도된 직후 즉시(immediately) 물품검사가 행해져야 한다고 판시하였다.²²⁾ 나아가 일부 국가의 법원들은 이러한 인도 직후의 검사요건을 부패가능성이 없는 물품에 대해서도 확장하여 적용하기도 하였다.²³⁾

한편, 우리나라의 경우, 협약에 있어서 물품검사를 물품에 존재하는 부적합을 찾아내기 위한 계속적이거나 반복적인 과정이라고 보는 견해는 잠복한 부적합의 경우에도 6월 내에 검사할 의무가 있고 이를 통지하면 매도인이 책임을 지지만, 그렇지 않으면 매수인은 그의 구제 권리를 상실하게 된다는 견해²⁴⁾와 맥을 같이 한다. 이에 반하여, 협약 제38조에서 요구되는 검사는 물품이 인도된 직후 신중하게 단 한번만 이루어지는 독립된 사건(single discrete event)이라고 하는 견해는 즉시 검사를 한다고 하여 알 수도 없을 뿐만 아니라, 6월 내에 하자가 드러나지 않는 하자에 대하여는 매수인의 검사의무가 생기지 않고 민법의 일반원칙에 따라 담보책임을 물을 수 있다는 견해²⁵⁾와 일맥상통한다.

v. Nertsenfokkerij De Ruiter, Hof Hertogenbosch [District Court of Appeal] [HOF], NIPR 201, Dec. 15, 1997 (Neth.).

18) Shuttle Packaging Sys., 2001 U.S. Dist. LEXIS 21630.

19) Germany Landgericht[LG=District Court] Ellwangen, 1 KfH O 32/95, 1995. 08. 21 ; Germany Landgericht[LG=District Court] Paderborn, 7 O 147/94, 1996. 06. 25; Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] Jena, 8 U 1667/97, 1998. 05. 26, CLOUT case No. 280; Austria Obester Gerichtshof[Supreme Court], 1 Ob 223/99x, 1999. 08. 27.

20) 이러한 접근방법에 따라, 그러한 잠복한 부적합의 시기적절한 발견의 문제는 제38조의 적용을 받는 것이 아니라 제39조 제1항의 조건의 적용을 받는다. – 하광육, 앞의 논문, 13면.

21) 하삼주 · 여태식, 앞의 논문, 585-586면.

22) Fallini Stefano & Co./Foodik, Rb. Roermond, Dec. 19, 1991, NIPR 394 (Neth.) ; OLG Düsseldorf 17 U 82/92, Jan 8, 1993 (F.R.G.) ; CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts, Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.) ; OLG Saarbrücken 1 U 703/97-143, June 3, 1998 (F.R.G.).

23) LG Aachen 41 O 198/89, Apr. 3, 1990 (F.R.G.) ; OLG München 7 U 3758/94, Feb. 8, 1995 (F.R.G.) ; OLG Karlsruhe 1 U 280/96, June 25, 1997 (F.R.G.).

24) 정동윤, 앞의 책, 411면 ; 손주찬, 앞의 책, 253-254면 ; 최기원, 앞의 책, 262면 ; 임홍근, 상행위법, 법문사, 1989, 511면 ; 최준선, “상인자격취득시기” [판례평석], 법률신문(1999. 5. 10.), 14면.

25) 이철승, 앞의 책, 347면 ; 채이식, 앞의 책, 191면 ; 민법상 매수인이 매도인에게 목적물의 하자로 인한 담보책임을 묻기 위하여는 매수인이 목적물에 대한 하자 또는 수량부족을 적극적으로 발견해야 할 의무는 없고, 매수인은 언제든지 이를 발견하면 매도인에 대하여 담보책임을 물을 수

(4) 임의규정

협약은 임의성을 가지므로(제6조), 매수인의 물품검사·통지의무를 규정하고 있는 협약 제38조 및 제39조는 임의규정이다.²⁶⁾ 따라서 당사자 간에 이러한 특약 또는 매매의 환경 및 매매관습상의 제한 내지 가중 조항이 있으면 그 한도 내에서 협약 제38조의 적용을 배제하거나 효과를 제한 또는 가중할 수 있다.²⁷⁾ 즉 물품검사 시기 내지 방법과 관련한 당사자 간 합의는 협약 제38조의 규정에 우선한다.²⁸⁾ 협약 제38조에 따른 검사의무는 협약 제35조를 계약상 합의에 의해 배제한 경우 이러한 계약내용에 부적합한 물품에도 적용된다.²⁹⁾

이와 관련하여 계약상 합의로써 제40조의 매도인의 악의가 있는 경우에 그 적용을 배제할 수 있는가라는 의문이 있다. 이에 해당하는 상황이 문제가 된 경우 비록 그 규정의 성질은 임의규정이기는 하나, 대부분 국가의 국내법은 본인의 기망이나 중과실에 의한 결과로부터 본인을 면책하는 계약조항의 효력을 인정하지 않을 것이므로, 결과적으로는 계약당사자 간에 명시적으로 제40조의 배제합의가 있었더라도, 알았거나 알 수 있었을 부적합을 매수인에게 알리지 않은 매도인이 제39조의 목적으로부터 벗어나기는 힘들 것이다.³⁰⁾

한편, 우리나라 상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 관한 특칙으로 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 하기 위한 규정으로서 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고³¹⁾ 따라서 당사자 간의 약정에 의하여 이와 달리 정할 수 있다.³²⁾ 그러나 검사의무뿐만 아니라 통지의무를 미리 전면적으로 배제하는 특약은 통상적인 계약자유의 남용, 즉 불공정한 계약으로 보아야 할 것이다.³³⁾

있다. 다만 매수인이 매도인의 담보책임을 물을 수 있는 기간은 물건의 하자의 경우에는 이를 안 날로부터 6월 내 또는 수량부족의 경우에는 1년 내로 제한되어 있을 뿐이다(민법 제573조, 제574조, 제582조).

26) Schlechtriem, Peter, op. cit., p.72.

27) D'arcy, Leo, Carole Murray & Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade: the law and practice of international trade*, Sweet & Maxwell, 2000, para. 5-005.

28) Austria Vienna Arbitration Award, SCH-4318, 1994, 06. 15, CLOUD case No.94 ; Netherlands Arrondissementsrechtbank[Rb=District Court] Zwolle, HA ZA 95-640, 1997. 03. 05 ; Austria Obester Gerichtshof[Supreme Court], 1 Ob 223/99x, 1999. 08. 27.

29) Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award, Beijing Light Automobile Co., Ltd v. Connell Limited Partnership, 5 June 1998.

30) 김구진, 앞의 논문, 93면 ; Schlechtriem, Peter, op. cit., Art 40, para 11.

31) 최기원, 앞의 책, 261면 ; 채이식, 앞의 책, 192면.

32) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결 ; 대한상사중재원, 「중재」, 1986. 5., 30면에 따르면, 시멘트 사용불능으로 인한 손해배상청구에 관한 중재사건에서 피신청인은 하자담보책임에 관한 특칙으로서, 상법 제69조가 적용되어 매수인의 목적물수령은 '지체 없이', 하자의 통지는 '즉시'하여야 함에도, 매수인이 목적물수령 후 1주일이 경과한 후인 1984. 7. 8에 구두로 행한 것은 '지체 없이' 한 것이 아니고, 1984. 7. 21.에 통지한 것은 '즉시' 통지해야 할 의무에 위반한 것이라고 주장하나, 하자담보책임에 관한 당사자 간의 특약이 물품 도착 후 1월로 약정한 사안에서, 상법 제69조는 그 적용이 배제되어야 한다고 하고 있다.

33) 김동석, 앞의 논문, 45면.

2. 기능

(1) 통지의무의 기초 · 부적합책임 추궁의 전제

매수인의 검사의무는 협약 제39조의 매수인의 부적합에 대한 적시의 통지(timely notification of defect)의 필수적인 전단계로서 통지의무의 기초를 구성한다. 이에 따라 협약은 매수인이 매도인에게 계약위반에 대한 책임을 묻기 위한 전제로서, 먼저 물품의 계약 부적합에 관하여 물품검사의무(제38조)를 규정하고, 이에 이어 부적합통지의무(제39조)를 규정한 다음, 권리의 계약부적합에 관하여 부적합통지의무(제43조)를 별도로 규정하고 있다. 따라서 매수인의 물품검사 시기는 첫째로 하자발견시기와 관련되며, 하자발견시점부터 부적합에 대한 통지를 발송해야 하는 합리적 기간이 시작된다. 협약 제38조 상 매수인이 ‘검사를 한 때’는 제39조의 통지의무의 시기(부적합을 발견했어야 하는 때로부터 합리적인 기간 내)가 언제인지를 판단하는 기준이다.³⁴⁾ 둘째, 물품검사 시기는 협약 제49조 제2항의 매수인의 해제권의 행사기간(계약위반을 알았거나 알아야 했던 때로부터 합리적인 기간 내)을 판단함에 있어 ‘매도인이 하자를 발견했어야 했던 시기’를 확정하는데 있어서 이 기간도 제38조 검사가 행해졌어야 할 시기를 기점으로 산정된다.³⁵⁾

통지의무는 단지 부적합책임 추궁의 전제요건으로 삼은 것에 불과하다.³⁶⁾ 즉 부적합통지를 게을리 하면, 손해배상청구(협약 제45조 제1항 b호, 제74조 내지 제77조), 이행청구(제46조), 계약해제(제49조), 대금감액(제50조) 등을 행사할 수 없어 부적합에 따른 권리를 잃게 된다.

한편, 우리나라 상법 제69조의 검사의무는 통지를 위한 작업에 불과한 의무이고,³⁷⁾ 통지의무는 단지 담보책임 추궁의 전제요건일 뿐이다.³⁸⁾ 따라서 검사의무만 이행하고 통지의무를 이행하지 않는 경우에는 매수인의 권리행사는 인정되지 않는다. 반대로 검사를 하지 않고도 다른 방법으로 하자 또는 수량부족을 알고 이를 통지한 때에는 매수인의 권리행사는 인정된다.

34) 하지만 협약 제44조는 “제39조 제1항과 제43조 제1항에도 불구하고, 매수인은 정하여진 통지를 하지 못한 데에 합리적인 이유가 있는 경우에는 제50조에 따라 대금을 감액하거나 이익의 상실을 제외한 손해배상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있어, 매수인이 통지를 하지 못한 데 합리적인 이유가 있는 경우에는 대금감액청구권과 이익의 상실을 제외한 손해배상청구권이 인정된다. 하지만 매도인에 대한 이행청구권과 계약해제권은 인정되지 아니 한다.-안강현, 「국제거래법」, 박영사, 2007, 87면.

35) Honnold, John O, op. cit., para. 249.

36) Schlechtriem Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 39, para. 4.

37) 손주찬, 앞의 책, 253면 ; 정동윤, 앞의 책, 409면.

38) 최기원, 앞의 책, 263면 ; 대법원 1987. 7. 21. 선고 86 다카 2446 판결.

(2) 매매관계의 신속한 처리와 당사자의 보호

(가) 매도인 보호 강조

협약 제38조 및 제39조의 매수인의 물품검사·통지의무에 관한 규정은 이를 통하여 분쟁의 신속한 해결과 특히 매도인의 방어를 돋기 위한 목적을 갖는다고 강조하는 견해가 있다.³⁹⁾ 물품검사 및 통지기간을 제한하지 않으면 매도인이 너무 오랫동안 불안정한 상태에 있게 되어, 매수인이 시장가격이 하락한 후에 계약해제를 함으로써 매도인의 비용으로 투기하는 것을 막을 수가 없다.⁴⁰⁾ 반면에 매도인으로서는 적기에 부적합한 물품을 처리할 공급선과의 교섭이나 전매의 기회를 놓치게 되어 그나마 손실을 줄일 기회를 박탈할 뿐만 아니라, 상당한 기간이 경과하면 부적합을 검사·입증하기가 어렵다는 불합리도 고려되었다.

(나) 매도인과 매수인 양자의 공평한 보호

협약상 매수인의 물품검사·통지의무 제도는 분쟁의 신속한 해결을 증진하고 양측 누구도 신속하지 못한 통지로 부당한 피해를 입거나 이익을 받는 일을 지양하기 위함이라는 견해가 있다.⁴¹⁾ 왜냐하면 매수인이 부적합을 매수인에게 통지하는 것은 매수인 자신에게 이익이 되기 때문이며, 매도인은 부적합에 대하여 알기 이전에는 부적합을 치유하기 위하여 할 수 있는 것이 아무 것도 없기 때문이다. 협약의 논의과정에서 부적합의 '즉시(prompt)' 통지라는 요건⁴²⁾이 '합리적인 기간 내(within a reasonable time)'의 통지라는 요건으로 변경되었는데,⁴³⁾ 이것은 매수인에게 보다 유리하게 작용하게 되었다는 지적이다.⁴⁴⁾

(다) 사건

생각건대, 매도인과 매수인 양자를 공평하게 보호하는 견해가 바람직스럽다고 할 것이다. 매수인의 물품검사 및 부적합통지의무는 물품의 하자를 조기에 검사 통지하여 매도인으로 하여금 부적합을 치유하거나 대체물을 인도하는 등의 방법을 강구할 수 있도록 함으로써 가급적 일단 체결된 계약은 존속하도록 한다는 데 의의가 있다고 본다.

한편, 우리나라 상법 제69조의 경우, 민법⁴⁵⁾과는 달리 매수인에게 검사·통지의무를 부과한 이유는 매수인이 매도인의 손실부담으로 투기적인 담보책임을 주장하는 것을 방지하고, 상사매매에 따른 법률판례를 신속히 종결시킴으로써 특히 매도인을 보호하기 위한 것이라고 강조한다.⁴⁶⁾

39) Landgericht(District Court) Kassel, Germany, 15 February 1996, Unilex; Oberster Gerichtshof (Supreme Court), Austria, 27 August 1999, Unilex.

40) Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees{이하 'Official Records'라 함}, 322 (Vienna, 10 March-11 April 1980) (United Nations ed., 1981).

41) Germany Oberlandesgericht, 17 U 136/92, 12 March 1993.

42) ULIS 제39조.

43) UNCITRAL Year Book III(1972), p.87, No. 74 ; UNCITRAL Year Book IV(1973), p.48, No. 85.

44) Schlechtriem, Peter, op. cit., p.69.

45) 앞의 주25) 참조 ; 민법 제573조, 제574조, 제582조.

(3) 손해의 경감

물품검사 및 부적합통지는 매도인으로 하여금 부족부분을 보충하거나 대체물 인도, 수리를 통해 부적합을 치유할 수 있게 함으로써 매수인 및 매도인의 더 큰 손실을 방지하는 기능을 갖기도 한다.⁴⁷⁾

그 밖에도 ‘가능한 한 단기간 내’로 정하여진 검사기간(제38조 1항)은 물품의 성질이 변형되기 전에 검사를 하도록 함으로써 물품에 발생한 부적합이 매도인의 책임으로 인한 것인지 여부의 판단을 용이하게 한다.⁴⁸⁾ 이를 위해 매도인으로 하여금 견본을 취득하거나 인도 당시의 물품의 상태에 대한 증거를 확보하게 함으로써 경우에 따라서는 매도인의 부적합치유(제37조 및 제48조) 또는 대금조정 그 밖의 매수인의 이의 제기(complaint)에 대한 대응을 가능하게 하는 등 매수인과의 분쟁에 대비하거나⁴⁹⁾ 원료를 공급한 제3자에 대한 구상권을 확보할 수 있도록 한다는 목적으로 위 규정의 중요한 기능의 하나이다.

한편 우리나라의 경우, 물품검사 및 하자통지는 매수인에게 투기적 이익을 부여하는 결과를 막고, 그 이익을 매도인의 손실증가로 전가시키는 불공평을 방지하는 한편, 매도인이 적기에 하자있는 물품을 달리 처분하여 손실을 줄일 기회를 박탈하는 데 따른 불합리를 제거하기 위함이다.⁵⁰⁾

(4) 계약유지원칙의 실현수단

협약은 일단 체결된 계약은 가능한 존속하도록 한다는 계약유지의 원칙을 실현하기 위하여, 매수인에게 물품 검사의무 및 부적합 통지의무를 부과하는(제38조, 제39조) 등 여러 규정을 두고 있다.⁵¹⁾ 이러한 매수인의 물품검사 및 부적합통지의무는 물품의 계약부적합성을 조기에 검사 통지하여 매도인으로 하여금 부적합을 치유하거나 대체물을 인도하는 등의 방법을 강구할 수 있도록 함으로써 가급적 계약이 완전하게 이행되도록 제2의 이행기회를 제공한다는 데 의의가 있다.

46) 정찬형, 앞의 책, 229면 ; 손주찬, 앞의 책, 251면 ; 정동윤, 앞의 책, 407면 ; 이철송, 앞의 책, 343면 ; 채이식, 앞의 책, 189면.

47) 사동천, “물건의 하자에 대한 매도인의 책임법리에 관한 연구”, 서울대 대학원 박사학위논문(2002), 32면 ; Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 4.

48) Netherlands Arrondissementsrechtsbank, CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV, HA ZA 95-640, 5 March 1997 ; Germany Oberlandesgericht, 18 U 121/97, 21 August 1997.

49) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 4.

50) 이철송, 앞의 책, 343면 ; 정찬형, 앞의 책, 229면 ; 손주찬, 앞의 책, 251면 ; 정동윤, 앞의 책, 407면 ; 채이식, 앞의 책, 189면.

51) 이 외에도, 계약유지의 원칙을 실현하기 위하여, (i) 본질적 계약위반이라는 개념을 설정하여 그에 해당되는 경우에만 계약해제권을 인정하고(제49조, 제64조), (ii) 일부 인도 또는 일부 부적합의 경우에 원칙적으로 그 부족 또는 부적합한 부분에 대해서만 매수인이 구제수단을 행사할 수 있도록 규정하며(제51조 제1항), (iii) 매수인에게 추가지정권을 인정하는(제47조) 한편, (iv) 매도인에게 부적합치유권을 인정한다(제37조, 제48조).

한편 우리나라의 경우, 상법 제69조의 검사·통지의무를 이행한 경우의 구제수단으로서 매수인의 ‘하자보수청구권’은 명문의 규정이 없지만, 민법 제581조 제2항의 “하자 없는 물건을 청구할 수 있다”는 문언을 확대해석하여 이를 인정하는 것이 협약과 같은 계약유지의 정신에 부합될 것이라고 한다.⁵²⁾

III. 물품검사·통지의무의 적용범위

1. 이종물 제공

(1) 검사·통지대상에서 별도로 취급하는 견해

계약상约定된 것과 상이한 물품, 즉 이종물(aliud ; different goods)을 인도받은 매수인도 부적합에 기초한 권리를 상실하지 않기 위해서 이를 검사하고 매도인에게 통지해야 할 의무가 있는지가 문제될 수 있다.

이에 관하여, 제공된 물건에 하자가 존재하는 경우와 이종물을 제공한 경우를 계약부적합으로 다루지 않고 별도로 취급하여 검사대상에서 제외하는 견해가 있다.⁵³⁾ ULIS 하에서 제33조 제1항 b호가 명시적으로 상이한 물품의 인도는 부적합한 물품의 인도와 동일하게 취급할 수 있다고 규정하고 있었기 때문에 별다른 어려움이 발생하지 않았다. 협약이 이와 유사한 규정을 포함하고 있지 않지만, 협약 제35조 규정의 성안과정에서도 이종물의 개념은 주장되지 않았고 따라서 협약에 있어서 낮선 것이라는 것이다.⁵⁴⁾ 검사·통지요건이 이종물의 경우에는 다르게 적용되어야 한다는 견해들은 사무국주석서에서 “약정된 옥수수 대신에 감자를 제공한 것은 제공이 아니다”라는 주석에 기인한다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾

52) 김동석, 앞의 논문, 63면.

53) Bianca, C.M., & M.J. Bonell, op. cit., Art. 35, note 2.4 ; Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York : Oceana Publications, 1992, Art. 25, note 3.4. Art. 35, note 5 ; OLG Düsseldorf, 10. 2. 1994, 6 U 199/93, CISG-online Nr. 115, CLOUT Nr. 82.

54) Bianca, C.M., & M.J. Bonell, op. cit., Art. 46 note 2.1.1.1; Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin : Sellier -de Gruyter, 2005, Art. 35 Rn. 9.

55) Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 29, para. 3.

56) 이러한 문제는 부적합한 물품과 전혀 다른 물품(different goods)을 구별하는 국내법에서만 발생한다. 예컨대, 구 독일민법의 경우에는 오제공(誤提供 : Falschlieferung)은 원칙적으로 불이행에 대한 규정이 적용되었고, 이에 대해서 하자담보책임과 달리 장기의 일반 소멸시효가 적용되었다. – 김봉수, “물건하자에 대한 매수인의 추완청구권”, 고려대 대학원 박사학위논문(2009. 8.), 74면.

(2) 검사 · 통지대상으로서 계약부적합으로 취급하는 견해

협약은 이종물의 경우를 별도로 다루고 있지 않다. 협약 제35조는 넓은 의미에서의 부적합의 문제를 다루고 있으므로, 계약에서 요구하는 명세와 전혀 다른 물품을 인도하는 것은 설령 그것이 이종물이 제공된 경우라고 하더라도 제35조를 충족하는 이상 계약부적합에 해당한다고 보아야 한다는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 협약 제35조 1항에 따라서 매도인은 계약상 요구되는 종류(description)의 물품을 인도하여야 하므로, 약정된 종류와 다른 물품을 제공하는 것은 제35조상의 계약부적합으로 다루어지는데 큰 어려움이 없다고 한다.⁵⁸⁾ 그리고 매수인은 계약상 요구되는 물품의 성상과 상이한 모든 계약부적합의 경우에 협약 제39조에 따라 이를 매도인에게 통지하기 위해서는 물품을 수령한 이후 검사해야 하는데, 이를 통하여 이종물과 다른 계약부적합 간의 한계획정의 어려움을 회피하고 또한 높은 법적 안정성을 얻을 수 있다는 것이다.

다만 이종물과 계약상 요구되는 물품간의 상이성의 정도가 극도로 큰 경우에 대해서는 견해가 나뉜다. 지배적인 견해⁵⁹⁾는 설탕 대신 소금을 제공하였다거나 옥수수 대신에 감자가 제공된 경우에는 계약부적합으로 볼 수 없고 이에 대한 통지의무도 없다고 본다. 반면 계약부적합 판단에 있어서 물품의 상이의 정도도 큰 의미를 가지지 않는다고 보는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 이 견해에 따르면 특정물매매에서의 동일성 이종물(Identitäts-aliud)이나 극도로 차이가 나는 이종물(krasser aliud)도 통상의 이종물과 동일하게 계약부적합으로 다루어진다.

(3) 사견 및 우리나라의 이종물에 관한 보관 · 공탁의무 규정

생각건대, 명백하게 다른 종류의 물건이라는 이유만으로 매수인의 검사의무 및 부적합통지의무가 면제되는 것은 아니다. 모든 계약부적합에 대한 매수인의 통지의무를 부과하는 것은 매수인의 측면에서 어차피 물품을 수령한 이후 검사해야 하므로(협약 제38조) 계약부적합 판단에 있어서 물품의 상이의 정도도 큰 의미를 가지지 않는다고 보는 위 견해와 같이 이해하는 것이 협약의 규정에도 부합할 뿐만 아니라 실제적으로 큰 불편이나 부담을 주지 않는다. 따라서 전혀 별개의 물품이 인도된 경우에도 통지는 반드시 이루어져야 한다.

한편, 우리나라에 있어서 매수인은 이종물을 제공받은 경우, 검사 · 통지의무의 대상이 아니라 그 목적물을 보관 또는 공탁하여야 할 의무를 부담한다(상법 제71조 제1항 본문, 제71조).⁶¹⁾ 협약에 있어서도 매수인의 물품보관의무와 자조매각권 내지 의무가 규정되고 있지만

57) 사동천, 앞의 논문, 33면 ; Honnold, John O, op. cit., Art. 44, para. 256 ; Schlechtriem, Peter, op. cit., Art. 39, para. 8 ; Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 7.

58) 이 경우에는 다만 매도인은 물품의 부적합을 알지 못했을 리가 없었을 것으로 추정되어 매수인의 검사의무 및 통지의무 위반을 원용할 수 없을 가능성이 높아질 뿐이다(협약 제40조).-Honnold, John O, op. cit., para. 256.1 ; Staudinger/Magnus, a.a.O., Art. 35 Rn. 9.

59) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 35, para. 10.

60) OGH, 29.6.1999, 1 Ob 78/99 k, CISG-online No. 483.

61) 정찬형, 앞의 책, 232면 ; 손주찬, 앞의 책, 255면 ; 정동윤, 앞의 책, 412면 ; 이철송, 앞의 책,

(제86조 내지 제88조), 우리나라에 있어서는 협약과 달리 목적물과 상위(相違)하거나 수량이 초과한 경우에도 매수인이 보관·공탁의무가 있다고 특히 규정하고 있기 때문이다. 여기서 매매의 목적물과 상위한 물건이 인도된 경우나 약정한 수량을 초과한 물건이 인도된 경우의 초과분은 계약이 없이 물건이 인도된 셈이므로, 이 경우에 매수인에게 목적물을 검사하고 하자가 있으면 통지하라고 요구하는 것은 이치에 맞지 않는다고 한다.⁶²⁾

2. 잠복한 부적합

(1) 검사·통지를 연속적 과정의 일환으로 보는 견해

잠복한(latent) 부적합의 시기적절한 발견의 문제는 제38조의 적용을 받는 것이냐 아니면 제39조 제1항의 조건의 적용을 받느냐가 쟁점이 된다. 물품검사를 인도에 따른 연속적 과정(an ongoing or repeated process)으로 보는 견해에 의하면, 제38조는 매수인에게 모든 하자들이 밝혀질 때까지 지속적으로 물품검사를 실행할 것을 요구한다는 명백한 전제를 바탕으로 하며, 그 때까지 다양하고 지속적(continuous)인 검사가 실행될 것으로 예측할 수 있다. 따라서 이러한 접근방법을 취하는 경우, 최초의 물품검사에서 발견할 수 없었던 하자를 포함한 모든 하자를 매수인이 언제 발견하였어야 하는가의 문제는 제38조의 적용을 받는 이슈가 된다. 따라서 숨은 하자에 대한 제38조의 검사기간은 그러한 하자가 밝혀질 때까지는 시작되지 않는다.⁶³⁾

또한 잠복된 결함을 발견하는 것은 어느 정도 기간이 필요하다고 하면서, 매수인은 통지시에 그가 알 수 있었다고 합리적으로 판단되는 범위 내의 정보를 전달하면 되는 것이고 그 이후의 통지로 이 정보를 보충할 수 있다고 판시하였다.⁶⁴⁾

(2) 검사·통지를 하나의 독립된 사건으로 보는 견해

이에 반해, 제38조에서 요구되는 검사는 물품이 인도된 직후 신중하게 단 한번만 이루어지는 독립된 사건(single discrete event)이라고 하는 견해는 숨은 하자를 언제 발견하였어야 하는가의 문제는, 만약 제38조의 초기의 검사에서(in the initial article 38 examination) 합리적으로 발견할 수 없는 하자라면 제38조의 범위를 벗어나는 이유가 된다.⁶⁵⁾ 이러한 접

349면 : 최기원, 앞의 책, 257면 및 267면 ; 채이식, 앞의 책, 193면 ; 정희철, 상법학(상), 박영사, 1989, 160면.

62) 정동윤, 앞의 책, 412면.

63) Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998 ; Germany Bundesgerichtshof[Federal Supreme Court], VIII ZR 287/98, 1999. 11. 03, CLOUT case No. 319 ; Italy Tribunale, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., n. 405, 12 July 2000.

64) France Cour d'appel, Société Giustina International v. Société Perfect Circle Europe, Arrêt no. 5, R.G. no. 1222/95, 29 January 1998; Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998.

근방법을 취하는 경우, 제38조의 검사는 물품의 인도시에 수행되어야 하며, 그 검사기간에 발견할 수 없는 부적합을 발견하지 못한 것은 제38조의 위반에 해당되지 않는다는 것이다.⁶⁶⁾ 또한 법원은 매수인이 잠복된 결함에 대해서 통지했어야 할 합리적인 기간은 그러한 결함을 ‘발견했어야 하는’ 시점부터 시작되며 그 때 매수인이 결함에 대해 실제로 알고 있는지는 상관이 없다고 판시하였다.⁶⁷⁾

(3) 사견

생각건대, 검사 · 통지를 연속적 과정의 일환으로 보는 견해가 잠복한 부적합의 문제를 해결하는 데 기여할 것으로 본다. 이와 달리 해석한다면, 매수인이 통상의 주의를 가지고도 발견하지 못하였거나 성질상 쉽게 발견되지 않는 하자, 즉 잠복한 부적합이 상당한 기간 후에 나타나는 경우에는 어떠한 수단에 의하여서도 매수인은 구제를 받을 수 없게 된다. 이와 같은 하자는 상당한 기간이 지나도 숨어있는 경우가 적지 않을 것이다. 협약은 이 점을 고려하여 제39조에서는 ‘합리적인 기간 내’로 규정하고 있다. 다만, 여기서 유의하여야 할 점은 협약 제39조 제2항에서는 어떠한 경우를 막론하고, 그리고 늦어도 2년 이내에⁶⁸⁾ 부적합에 대한 통지를 발송하도록 기간 제한을 하고 있다는 것이다.

한편, 우리나라에서는 매수인이 검사 및 통지의무를 이행하지 않으면, 매수인은 매도인에 대하여 담보책임을 물을 수 없다.⁶⁹⁾ 다만 목적물에 즉시 또는 6월 내에 발견할 수 없는 하자 또는 수량부족이 있어 6월 내에 그 통지를 하지 못하고 6월을 경과한 경우에는 매수인이 과실이 있든 없든 매도인은 그로 인한 담보책임을 면한다는 것이 다수설이고,⁷⁰⁾ 판례의

65) Germany Landgericht[LG=District Court] Paderborn, 7 O 147/94, 1996. 06. 25; Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] Jena, 8 U 1667/97, 1998. 05. 26, CLOUT case No. 280 ; Austria Obester Gerichtshof[Supreme Court], 1 Ob 223/99x, 1999. 08. 27 ; Germany Landgericht[LG=District Court] Ellwangen, 1 KfH O 32/95, 1995. 08. 21.

66) 이러한 접근방법은 비록 잠복한 부적합이 제38조에서 요구하는 검사기간 동안에 합리적으로 발견되어질 수 없다는 것을 단언하는 것일지라도, 매수인은 여전히 제39조에 따라 그러한 하자를 발견하여야 할 합리적인 조치를 취하여야 한다.

67) Italy Tribunale, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlrex and Allianz Subalpina S.p.A., 405, 12 July 2000.

68) 이 규정에서 통지의무의 상한을 2년으로 제한한 것은 이러한 기간의 제한을 정하지 않고 ‘합리적인 기간’만을 정하고 있는 국가(대표적으로 미국통일상법전 §2-607(3))와 1년이나 2년 미만의 비교적 단기의 기간으로 제한하는 입법(대표적으로 ULIS Art.49 1항의 1년) 간의 절충이라고 한다. -Honnold, John O, op. cit., para. 258.

69) 이 경우에 6월 이후에 발견된 하자는 특별책임인 담보책임을 물을 수 없어도 일반책임으로서의 채무불이행책임을 물을 수는 있는 이원적 구조를 가지고 있다. 이 때 담보책임은 무과실책임이지만, 채무불이행책임은 과실책임을 원칙으로 하는 유책성을 요구한다는 점에서 다르다. 이처럼 우리나라 법은 침해의 유형을 구분하고 있으며 이에 따라 요건과 효과에 차이를 두는 체계를 취하고 있다.

협약은 우리나라 법과 달리 이러한 구분을 모르며 모든 의무는 계약의무로 논해지고, 의무위반도 모두 계약위반으로 통일시켜 원칙적으로 채무자의 과실여부를 불문하며 객관적인 의무위반만 있으면 어떠한 구제수단도 그 행사에 방해를 받지 않는 일원적 구조를 취하고 있다.

70) 정동윤, 앞의 책, 411면 ; 손주찬, 앞의 책, 253-254면 ; 최기원, 앞의 책, 262면 ; 임홍근, 앞

태도이다.⁷¹⁾

3. 서류 부적합

부적합한 서류가 인도되었을 경우에는 이를 검사할 의무도, 통지할 의무도 규정되어 있지 않다. 여기서 선하증권, 검사증명서, 상업송장 등의 흠결 또는 오기와 같은 서류의 부적합에 대해서도 검사의무가 있는지 여부가 문제되는데, 제38조가 ‘물품의 검사’라고 규정하고 있지만, 정확한 서류의 제공은 매도인의 물품인도의무의 일부가 된다는 점,⁷²⁾ 서류상의 부적합은 그 어떤 것이라도 이를 보정할 권한을 매도인에게 부여한 제34조의 취지 등에 비추어 볼 때, 그 부적합이 물품 자체가 아닌 ‘서류’에 관련된 경우에도 제38조와 제39조를 유추적용함이 타당하다고 본다.⁷³⁾⁷⁴⁾ 그 이유는 협약이 물품은 보통 서류교부의 방식으로 인도될 것이라고 가정하고 초안되었으므로,⁷⁵⁾ 이 경우에만 물품이 부적합한 권리와 달리 취급하여 매도인의 하자 보완의 기회를 박탈하여 치유권을 손상시킬 이유는 없기 때문이다.

한편, 우리나라에 있어서 선하증권 혹은 화물상환증이 양도된 경우, CIF 매매처럼 증권적 거래의 성격도 동시에 갖는 매매의 경우, 매수인은 증권을 교부받는 때에 목적물인 증권 자체를 수령하는 것이므로, 증권 자체의 하자에 관해서는 이를 검사·통지할 의무가 있다.⁷⁶⁾

4. 권리 부적합

협약은 매수인의 통지의무를 물품의 계약부적합의 경우(제39조 내지 제40조, 그리고 제44조)와 물품에 대한 제3자의 클레임의 경우(제41조 내지 제43조)로 나누어 규율하고 있다. 협약 제43조는 제3자의 권리주장의 대상이 되는 권리(title) 및 물품의 하자와 관련해서 매수인은 매도인에게 그러한 하자를 통지할 것과 그 통지는 ‘제3자의 권리나 청구의 성질을

의 책, 511면 : 최준선, 앞의 판례평석, 14면.

71) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90 다카 28498, 28504 판결 ; 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다 1584 판결.

72) 물품인도가 서류를 통해서 이루어지는 경우 대금의 지급은 주로 신용장방식을 이용하는 경우가 대다수일 것으로 판단된다. 신용장 방식에 의한 대금지급이 이루어지는 경우 매도인은 자신이 원하는 서류를 신용장 상에 명기를 하게 되면 서류의 일치여부는 은행이 판단하게 된다. 매도인의 입장에서 보면 서류의 불일치가 발생하면 대금을 지급받을 수 없기 때문에 신용장 조건에 일치하는 서류를 제공할 수밖에 없고, 따라서 매수인은 또다시 서류에 대한 일치 여부를 검사하고 이를 통지해야 할 필요도 없을 것이다. 그러나 경우에 따라서는 신용장 조건에 부합하는 서류를 제시하고 하자 있는 물품을 선적한 경우도 있을 것이므로(이 경우에는 신용장 사기에 해당이 되며 Fraud Rule이 적용될 수 있다), 이러한 경우 매수인은 물품의 검사를 통해서 물품의 하자를 발견할 수 있을 것이며, 부적합 통지를 통해서 구제권을 행사할 수 있을 것이다. - 허광욱, 앞의 논문, 11면.

73) Honnold, John O, op. cit., para. 256.

74) 하삼주·여태식, 앞의 논문, 581면.

75) Honnold, John O, op. cit., at 334.

76) 채이식, 앞의 책, 190면 ; 손주찬, 앞의 책, 252면 ; 정동윤, 앞의 책, 408면.

구체적으로 특정하여서(specifying the nature of the claim of the third party)' 해야 하는 점⁷⁷⁾을 규정하고 있다. 이 제3자의 클레임에 의한 매수인의 통지의무는 이른바 '권리의 부적합'에 대한 경우로서 특수한 문제에 해당하고, 물품의 부적합에 대한 검사·통지가 더 핵심적이며 일반적인 문제이다.

그러나 권리의 계약부적합의 경우에는 물품의 계약부적합의 경우와는 달리 매수인은 흔히 물품 또는 물품의 구조에 관한 세부사항을 알 수 없을 것이기 때문에, 매수인에게 제3자의 권리 또는 권리주장을 조사할 이른바 '검사의무'를 부여하고 있지 않고,⁷⁸⁾ 제39조 제2항과 같이 2년의 제척기간에 의한 제한이 없다는 점⁷⁹⁾에서 큰 차이가 있다. 또한 물품의 부적합에 관한 협약 제40조는 '매도인이 알았거나 모를 수 없었던(knew or could not have been unaware) 사실에 관한 것이고, 매도인이 매수인에게 이를 알리지 아니한 경우'라고 규정하고 있음에 비하여, 권리의 부적합에 관한 협약 제43조에서는 '매도인이 제3자의 권리나 청구 및 그 성질을 알고 있었던(knew) 경우'라고 규정하고 있는 것도 차이가 난다.

한편, 우리나라 상법 제69조에서의 하자는 물건의 하자, 즉 물건이 통상 가지는 성질·가치 또는 형상을 가지지 못하는 것을 말한다.⁸⁰⁾ 이를 민법상 매도인의 담보책임의 대상과 비교하면 권리의 하자 중 '목적물의 수량부족'(민법 제574조 전단)과 '물건의 하자'(민법 제580조-제582조)만이 상사매매에 있어서 매수인의 검사·통지의무의 발생요건이 된다.⁸¹⁾ 권리의 하자는 그 조사에 장기간을 요하며, 목적물을 검사한다고 해서 발견할 수 있는 것이 아니므로 매수인에게 검사의무를 부과하는 것이 적당하지 않기 때문이다. 이는 결국 협약상 통지의무의 대상이 되는 물품의 계약부적합과 같은 맥락이라고 할 수 있다.⁸²⁾

77) 매도인으로 하여금 제3자의 권리 또는 청구를 단순히 인식케 하는 것만으로는 불충분하고, 제3자의 권리나 청구의 성질에 관해서도 구체적으로 적시하여야 하고, 그 제3자의 신원과 권리 주장의 방법도 적시하여야 하며, 제3자가 이미 취한 모든 조치에 대해서도 통지하여야 한다. - 사동천, 앞의 논문, 183-184면.

78) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 7; Honnold, John O., op. cit., para. 256; Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, op. cit., Art. 38, note 2 ; Staudinger/Magnus, a.a.O., Art. 43, Rn. 8.

79) 비엔나 외교회의에서는 권리의 계약부적합에 관해서도 2년의 제척기간을 설정해야 한다는 독일의 제안이 있었으나, 통상 물품의 부적합에 비해 권리의 부적합의 경우, 특히 지적재산권에 관한 경우에는 상당한 시간이 경과한 후에야 그 부적합을 인식하게 됨이 보통이라는 이유에서 그러한 제안은 협약에서 채택되지 않았다고 한다. - 사동천, 앞의 논문, 185-186면 참조.

80) 최기원, 앞의 책, 259-260면.

81) 정찬형, 앞의 책, 230면 ; 손주찬, 앞의 책, 252면 ; 이철송, 앞의 책, 346면 ; 정동윤, 앞의 책, 408면 ; 채이식, 앞의 책, 190면 ; 정희철, 앞의 책, 159면.

82) 정찬형, 앞의 책, 230면 ; Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 7; Honnold, John O., op. cit., para. 256 ; Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, op. cit., Art. 38, note 2.

IV. 물품검사 · 통지의 시기 및 기준

1. 물품검사 · 통지의 시기

(1) 물품검사의 시기

(가) '그 상황에서 실행가능한 단기간 내'

매수인은 '그 상황에서 실행가능한 단기간 내'에 물품을 검사하거나 검사하게 하여야 한다(제38조 제1항). 협약은 그 상황에서 실행가능한 단기간 내(within as short a period as is practicable in the circumstances)라는 표현을 사용하고 있는데, 물품거래의 특수성으로 인해 매수인의 물품인도 즉시 검사를 할 수 없는 경우를 대비한 것이다.⁸³⁾ 이는 제71조 제3항의 '즉시(immediately)'라는 개념보다는 유연한 개념이나 제39조 제1항의 '합리적 기간(reasonable time)'⁸⁴⁾이라는 기준이 제시하는 신속성보다 엄격한 개념으로서,⁸⁵⁾ 더욱 긴급한(greater urgency) 검사를 요구한다. 이러한 기준은 여러 가지 사정을 고려한 적시의 검사(timely inspection)가 중요하다는 것으로서, 제39조가 요구하는 부적합에 대한 적절한 통지를 위하여 필요한 사전단계이다.⁸⁶⁾

이에 비추어 '그 상황에서 실행가능한 단기간'은 '합리적인 기간'보다는 짧을 것이다,⁸⁷⁾ 대체로 '즉시', '지체 없이'와는 유사하다고 볼 수 있을 것이다.⁸⁸⁾ 따라서 가령 극도의 긴급성을 요구하고, 또한 이것이 실행 가능한 경우, 협약은 즉시(immediate)의 행동을 요구한다.

(나) 물품검사의 시기 기산

매수인은 "제반사정 하에서 실행가능한 단기 내"에 검사를 하여야 하므로, 매수인의 검사시기는 인도받은 후로부터 즉시가 아니라, 실행가능한 때로부터 단기 내에 행해져야 한다.⁸⁹⁾ 여기서 실행가능한지 여부와 관련하여 매수인 상황을 고려할 때 총파업과 같은 객관

83) Arrondissementsrechtbank Roermond, 19.12.1991, CISG-online No. 29 ; LG Düsseldorf, 23.06.1994, 31 O 231/93, CISG-online No. 179 ; LG Duisburg, 17.04.1996, 45 (19) O 80 /94, CISG-online No. 186.

84) 예컨대 제38조 C호, 제39조 제1항, 제43조 제1항, 제47조 제1항, 제48조 제2항, 제49조 제2항, 제63조 제1항, 제64조 제2항, 제65조, 제75조, 제79조 제4항, 제88조 제1항-Honnold, John O, op. cit., Art. 38, para. 252, at 356.

85) 참고로 ULIS 제38조 제1항은 물품이 '즉시(promptly)' 검사되어야 한다고 규정하고 있다.

86) Bianca, C.M., & M.J. Bonell, op. cit., Art. 38, note 2.4. ; Honnold, John O, op. cit., para. 252.

87) Official Records, p.310.

88) 사동천, 앞의 논문, 36면 ; 김동석, 앞의 논문, 46면 ; 허광옥, 앞의 논문, 24면.

89) 그러나 검사시기는 계약이 물품의 운송을 포함하는 경우라면, 검사는 물품이 목적지까지 도달한 이후까지 연기될 수 있고(제38조 2항), 아울러 매수인이 물품을 검사할 기회가 없는 상태에서 매수인에 의하여 목적지가 변경되거나 전송(redispatch)되었고, 매도인이 이러한 목적지의 변경이나 전송의 가능성을 알았거나 알았어야 했던 경우라면 물품이 새로운 목적지에 도달한 이후까지 검사가 연기될 수 있다(제38조 3항).

적인 사유는 고려될 수 있으나, 이와 함께 매수인 개인 혹은 물품검사의 책임자와 관련된 주관적 장애사유는 고려될 수 있는지에 대하여는 궁정설⁹⁰⁾과 부정설⁹¹⁾이 갈린다. 생각건대, 매수인의 신상에 존재하는 요인, 즉 개인적 사정이나 일시적인 과중한 부담(Uberlastung) 같은 것도 고려되어야 한다고 본다. 개인적 요인의 고려를 협용하는 것은 검사가 실행 가능한 때로부터 즉시 착수되어야 한다는 데에서 분명해진다.

물품검사 기간은 원칙적으로는 물품이 매수인에게 인도된 때로부터 기산해야 할 것이나, 검사장비 또는 그 장비에 대한 필요한 적용지침이 없거나 매도인이 계약에서 합의한 지침서를 제공하지 않았기 때문에 매수인이 물품의 적절한 검사를 행할 입장에 있지 않다면, 적절한 준비가 이루어진 때부터 기산해야 할 것이다.⁹²⁾ 계약에서 정한 인도기일 이전에 물품이 매수인에게 인도된 경우에는 매수인이 검사를 위한 준비를 아직 못한 경우도 있을 것으로, 본래의 인도기일이 검사시기를 판단함에 있어 고려되어야 할 중요한 요소가 될 수 있을 것이다.⁹³⁾

한편, 우리나라 상법 제69조의 경우 검사는 목적물의 수령 후 ‘지체 없이’ 하여야 한다. 아울러 검사시기는 목적물을 수령한 시점에서 검사가능한 때로부터 기산한다. 상법의 해석으로도 ‘지체 없이’는 협약에서 말하는 ‘그 상황에서 실행가능한 단기간’과 달리할 이유는 없다고 본다.

(2) 통지의 시기

(가) ‘합리적인 기간 내’

협약 제39조 제1항은 “매수인이 물품의 부적합을 발견하였거나 또는 발견하였어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 매도인에게 부적합의 내용을 명세하여 통지하지 아니하는 경우, 매수인은 물품의 부적합을 원용할 권리를 상실한다”라고 규정하고 있다. 이러한 기한의 제한을 두는 이유는 분쟁의 신속한 해결을 증진하고 양측 누구도 신속하지 못한 통지로 부당한 피해를 입거나 이익을 받는 것을 지양하기 위함이다.⁹⁴⁾

여기서 ‘합리적인 기간 내(within reasonable time)’라고 함은 매수인이 물품을 검사하기 위하여 합리적인 기회를 확보한 시기부터 기산하여 실현가능한 가장 짧은 기간이라고 해석하는 것이 타당하다.⁹⁵⁾ 어떠한 경우 통지가 합리적인 기간 내에 이루어졌는지를 판단하기

90) 이균성, 국제해상운송법연구, 삼영사, 1981, 41면 ; Germany Oberlandesgericht, 7 U 4427/97, 11 March 1998 ; Germany Landgericht, 3 KfH O 97/89, 31 August 1989.

91) 하삼주 · 허태식, 앞의 논문, 584 ; Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998 ; Germany Oberlandesgericht, 2 U 580/96, 11 September 1998.

92) Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 38, para. 19 ; LG Düsseldorf, 23. 06. 1994, 31 O 231/93, CISG-online No. 179.

93) 이해일, 앞의 논문, 68면 ; Schlechtriem, Peter, op. cit., Art. 38, para. 20 ; Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, op. cit., Art. 38, note 2.

94) Germany Oberlandesgericht, 17 U 136/92, 12 March 1993.

95) 서현제, 국제거래법, 법문사, 2000, 201면 ; 김인제 · 서경무, 국제거래법요론, 두남, 2000, 364

위해서는 물품의 변질 가능성, 견본채취의 공평성 또는 검사의 필요성 및 매도인에 의한 보완의 가능성 등을 고려하여야 한다.⁹⁶⁾ 물품에 존재하는 부적합이 명백하면 명백할수록 또 쉽게 인식할 수 있을수록 합리적인 기간의 길이가 짧아지는 것은 물론이다.⁹⁷⁾ 거래물품에 대해 전문적 지식이 있는 매수인의 경우 상대적으로 짧은 기간이 통지기간으로 허용된다.⁹⁸⁾

이와 관련하여 협약 제44조는 합리적인 기간 내에 부적합의 통지를 못하였더라도 불통지에 대한 정당한 사유가 있는 경우에는 예외를 인정함으로써 구체적인 사안에서 제39조의 경직성 내지 엄격성을 완화하여 구체적 타당성을 높이는 역할을 하게 된다.⁹⁹⁾

(나) 물품통지의 시기 기산

1) 부적합을 발견할 때

부적합의 통지를 해야 하는 ‘합리적인 기간’은 물건의 부적합을 ‘발견하였거나 발견했어야 한 때(has discovered or ought to have discovered)’로부터 시작된다. 매수인이 매도인의 계약의무 위반 사실을 통지해야 하는 시점은 검사의무를 규정하는 조항에 의해 결정된다.¹⁰⁰⁾ 따라서 매수인이 물품을 검사하기 위하여 합리적인 기회를 확보한 시기부터 기산하는 것이 타당하다.¹⁰¹⁾ 실제로 발견한 기간과 발견했어야만 하는 기간에 차이가 있다면 둘 중 먼저 시작되는 것을 기준으로 한다.¹⁰²⁾ 매수인이 실제로 부적합을 발견한 시점은 매수인이 그러한 결함을 알아차린 것이 언제인지 드러나는 시점이고,¹⁰³⁾ 매수인이 물품을 전매한 고객으로부터 부적합에 관한 항의를 전해 듣는다면 이것 자체가 이 사실에 대한 인식을 한 것으로 판단되고,¹⁰⁴⁾ 그 때로부터 기산된다.¹⁰⁵⁾

2) 부적합을 발견했어야 한 때

한편, 부적합을 ‘발견했어야 한 때’는 제38조의 검사가 행해져야 하는 시점과 밀접한 관련

면 ; 최홍섭, 유엔국제매매법, 인하대학교 출판부, 1997, 61면 ; 김동석, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 하자담보책임”, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제」[임홍근·이태희 공편](삼지원, 1991), 226면.

96) Italy Tribunale, Sport d'Hiver di Genevieve Culet v. Ets. Louys et Fils, 45/96, 31 January 1996.

97) Belgium Rechtbank, N.V. Namur-Kreidverzekering v. N.V. Wesco, A.R. 4328/93, 16 December 1996.

98) Netherlans Gerichtshof, Bevaplast BV v. Tetra Médical SA, 96/449, 17 June 1997; Germany Oberlandesgericht, 7 U 4427/97, 11 March 1998.

99) 이해일, 앞의 논문, 68면 ; 그러나 실제 판결에서 제44조에 기한 매수인의 주장은 좀처럼 받아들여지지 않는 것으로 보인다(GER. OLG München, 7U3758/94, 08-2-95(UNILEX D. 1995-4 ; ARB. ICC (Paris) 7331/1994 (1994)(UNILEX D. 1994-33)).

100) Germany Oberlandesgericht, 6 U 32/93, 10 February 1994.

101) 김인제·서경무, 앞의 책, 364면.

102) Germany Landgericht, 3 KfH O 97/89, 31 August 1989 ; Italy Tribunale, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 405, 12 July 2000.

103) Germany Landgericht, 99 O 29/92, 16 September 1992.

104) Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998 ; Finland Helsinki Court of Appeal, EP Oy, S 96/1215, 30 June 1998.

105) Spain Audiencia Provincial, 755/95-C, 20 June 1997.

이 있다.¹⁰⁶⁾ 먼저 검사는 물품이 인도된 직후 신중하게 단 한번만 이루어지는 독립된 사건 (single discrete event)이라고 보는 견해에 의하면, 그러한 검사가 행해져야 했던 때부터 부적합 통지 기간이 시작된다. 따라서 매수인이 잠복된 하자에 대해서 통지했어야 할 합리적인 기간은 그러한 부적합을 ‘발견했어야 하는’ 때부터 시작되며 그 때 매수인이 하자에 대해 실제로 알고 있는지는 상관이 없다.¹⁰⁷⁾ 다음으로 물품검사는 물품에 존재하는 부적합을 찾아내기 위한 계속적이거나 반복적인 과정(an ongoing or repeated process)이라고 보는 견해에 의하면, 매수인이 잠복된 하자를 발견했어야 하는 시점은 인도 직후 있는 첫 번째 검사시점 보다 늦게 시작된다고 한다.¹⁰⁸⁾ 잠복된 하자를 발견하는 것은 어느 정도 기간이 필요하다고 하면서, 매수인에게 모든 하자들이 밝혀질 때까지 다양하고 지속적으로 물품검사를 실행할 것을 요구한다. 결국 매수인은 통지시에 그가 알 수 있었다고 합리적으로 판단되는 범위 내의 부적합 내용을 전달하면 되는 것이고 그 이후의 통지로 이 내용을 보충할 수 있다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 그러나 만약 매수인이 부적합을 실제로 인식하고 있다면 통지기간은 제38조상의 검사가 이루어졌는지 또는 그 기간이 만료됐는지 여부와는 관계없이 기산될 것이다.

(다) 통지기간의 제한

협약 제39조 (1)항에 따르면, 매수인은 부적합 통지를 ‘합리적인 기간 내’에 하면 된다고 하여 통지기간을 탄력적으로 규정하고 있는데 반해서, 제39조 (2)항은 통지기간을 일정기간으로 제한하고 있다. 제39조 (2)항에 따르면 물품검사에 의해 물품에 부적합이 발견되지 않았더라도 물품이 매수인에게 사실상 인도된 날로부터 2년이 경과했다면 매수인은 부적합에 대해 주장할 권리를 상실한다. 다만, 제39조 (2)항의 2년간 제척기간은 만약 이것이 당사자들이 계약상 정해놓은 보증기간과 다른 경우 적용되지 않는다.¹¹⁰⁾ 당사자간의 보증기간은 2년보다 길 수도 있지만 짧을 수도 있다.¹¹¹⁾

한편, 우리나라 상법 제69조의 경우 매수인은 하자 또는 수량부족을 발견한 때로부터 기산하여 ‘즉시’ 매도인에게 이를 통지하여야 한다. 하자통지의무의 기산에 있어서 상법의 법문에 명시되지 않은, 하자 또는 수량부족을 ‘발견했어야 한’ 때를 감안할 수 있느냐의 여부가 다투어지지만, 매수인이 통상의 주의조차 기울이지 않아 발견하지 못한 하자의 경우에도 즉시 통지기간은 적용되어야 하므로 협약과 같이 새겨야 할 것이다. 그러나, 그 통지는 목적을 수령한 날로부터 ‘6월 내’에 행해져야 한다(상법 제69조 제2항).

106) Germany Oberlandesgericht, 6 U 32/93, 10 February 1994.

107) Italy Tribunale, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlrex and Allianz Subalpina S.p.A., 405, 12 July 2000.

108) Germany Landgericht, 7 O 147/94, 25 June 1996.

109) France Cour d'appel, Société Giustina International v. Société Perfect Circle Europe, Arrêt no. 5, R.G. no. 1222/95, 29 January 1998; Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998.

110) 최홍섭, 앞의 (해설)책, 2005, 101면 ; ICC Court of Arbitration, 7660, 23 August 1994.

111) Schlechtriem, Peter, op. cit., Art 39, para 26 ; Honnold, John O, op. cit., para. 258.

2. 물품검사 · 통지의 기준

(1) 물품검사의 기준

(가) 주관적 요소 제외설

목적물의 검사는 모든 상황을 고려하여 적절한 주의를 다 했다면 인식할 수 있는 부적합을 발견할 수 있는 정도로 합리적(reasonable)인 방법을 통해 이루어져야 한다.¹¹²⁾ 여기서 검사방법이 합리적인 것이었는지를 결정하기 위하여서는 물건의 성질, 포장 등 객관적 사정 외에 매수인의 능력 등 주관적 요소도 고려해야 하는가가 문제된다.

먼저, 매수인의 능력, 인력, 질병, 부재 등 주관적인 사정은 고려되지 아니한다는 견해가 있다.¹¹³⁾ 검사의 정도와 방법은 목적물의 부적합을 발견하는 데 필요한 범위 안에서 그 목적물을 거래하는 상인에게 일반적으로 요구되는 객관적인 주의의무를 가지고 하면 된다는 것이다. 예컨대, 생산 설비를 건설하는 중이었고 매수인의 환경이 정리되지 않은 사정은 매수인이 적절한 검사를 하였는지를 판단할 때 고려사항이 아니라고 한다.¹¹⁴⁾

(나) 주관적 요소 포함설

목적물의 검사는 원칙적으로 객관적인 사정을 기준으로 해야 할 것이지만, 매도인에게 알려져 있는 주관적 요소가 있는 경우에는 이를 기준으로 해야 한다는 견해이다.¹¹⁵⁾ 검사방법이 적합한 것이었는지를 결정하기 위하여서는 예컨대, 매수인의 경험이나 전문지식의 부족, 검사장소에서의 물품검사를 위해 필요한 적절한 기초시설의 부족 등 당사자의 능력과 같은 요소들에 따라 다를 것이라고 한다.

검사의 기준과 관련하여, 비록 다른 상황에 처한 매수인에 대해서는 물품의 부적합을 발견할 것이 충분히 기대되었다고 하더라도 당해 사안에서의 매수인이 검사에 필요한 기술적 설비와 전문지식도 없고 또한 이를 사용할 수도 없는 입장에 있었다면 그에게 물품의 부적합을 발견할 것을 요구해서는 안 된다는 것이다.¹¹⁶⁾

그러나 동일한 매도인에 의해 이미 인도된 적이 있는 물품과 동일한 부적합이 있는 경우에는 물품검사의 기준은 보다 높게 설정되어야 할 것이라고 한다.¹¹⁷⁾ 만약 매수인이 물품검사와 관련한 경험을 지니고 있는 경우, 그만큼 전문적이고 철저한 검사를 이행하여야 한다는 것이다.¹¹⁸⁾

112) Schlechtriem, Peter, *op. cit.*, Art. 38, para. 13 ; Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, *op. cit.*, Art. 38, para. 13 ; Germany Landesgericht, 7 O 147/94, 25 June 1996 ; Austria Obester Gerichtshof, 1 Ob 223/99x, 27 August 1999.

113) Germany Oberlandesgericht, 2 U 580/96, 11 September 1998.

114) *Ibid.*

115) Official Records, p.34.

116) *Ibid.*

117) Germany Landgericht[LG=District Court] Stuttgart, 3 KfH O 97/89, 1989. 08. 31, CLOUT abstract No. 4.

118) Germany Oberlandesgericht[OLG=Provincial Court of Appeal] München, 7 U 4427/97,

(다) 사건

생각건대, 검사방법이 합리적인 것이었는지를 결정할 때 매도인과 매수인의 교섭과정에서의 지위, 문화적 차이, 물품의 성상 등 제반 사정을 참작한 주관적 요소가 포함된 기준이 객관적 기준과 병행하여 적용되어야 할 것이다.¹¹⁹⁾ 주관적 요소를 배제한 판단기준이 물품검사에 적용된다면, 매수인의 전문적 검사능력이나 그가 처한 상황이 예외적으로 동료들보다 낫거나 불가피한 경우에는 합리적인 사람이라 할지라도 발견하지 못할 부적합을 간과하게 됨으로써 매도인에 대한 구제수단을 상실할 우려가 있다.

한편, 우리나라 상법 제69조의 경우의 검사의 정도와 방법은 목적물의 하자와 수량부족을 발견하는 데 필요한 범위 안에서 그 목적물을 가지고 하면 되며, 매수인의 능력 · 인력 · 질병 · 부재 등 주관적인 사정은 고려되지 아니한다는 것이 상법학계의 통설이다.¹²⁰⁾

(2) 통지의 기준

(가) 상세한 통지 적극설

협약 제39조 제1항에 따르면, 매수인은 통지를 통해 ‘부적합의 성질을 구체적으로 설명해야 한다(specify the nature of the lack of conformity)’고 규정되어 있다. 여기서 부적합통지의 내용과 관련하여 부적합의 내용을 어느 정도로 상세하게 기재하여야 하는가가 문제될 수 있다.

먼저, ‘그 부적합한 성질을 특정하여 통지하는 것’을 협의로 해석하여 부적합한 성질을 상세하게 기술해야 한다고 보는 견해가 있다.¹²¹⁾ 예컨대, 매수인은 비록 매도인으로부터 그러한 종류로는 단 한 대밖에 없는 농업 장비를 구입했지만, 매도인에게 이에 대한 부적합사실을 알릴 때 장비의 일련번호나 인도일 등을 구체적으로 명시하지 않았기 때문에 문제되는 물품이 무엇인지 찾기 위해 매도인이 서류를 모두 뒤질 수는 없다는 이유로 매수인은 적절한 통지를 하지 않았다고 판단한다는 것이다.¹²²⁾ 동일 물품에 한 개 이상의 부적합이 존재한다면 이 부적합을 모두 통지해 주어야 충분히 구체적인 통지가 있었다고 할 수 있다고 한다.¹²³⁾

1998. 03. 11, CLOUD abstract No. 232.

119) 동지 : 허광육, “매수인의 부적합 통지내용의 상세정도에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제39권(2008. 8.), 48면 ; Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 39, para. 7.

120) 정찬형, 앞의 책, 230면 ; 손주찬, 앞의 책, 253면 ; 정동윤, 앞의 책, 409면 ; 이철송, 앞의 책, 346면 ; 최기원, 앞의 책, 261면.

121) Schlechtriem Peter & Ingeborg Schwenzer, op. cit., Art. 39, para. 6 ; Bundesgerichtshof (Supreme Court), Germany, 3 November 1999, Unilex(CLOUD case No. 319) ; ICC Court of Arbitration, case No. 8611 of 23 January 1997, Unilex : Oberlandesgericht(Appellate Court) Koblenz, Germany, 31 January 1997, Unilex(CLOUD case No. 282) ; Landgericht (District Court) München, Germany, 20 March 1995, Unilex ; Landgericht(District Court) Marburg, Germany, 12 December 1995, Unilex.

122) Germany Landgericht, 2 O 246/95, 12 December 1995.

123) Germany Landgericht, 15 O 201/90, 18 January 1991 ; Germany Bundesgericht, VIII ZR

(나) 상세한 통지 소극설

이와는 달리, 매수인은 부적합의 모든 사항을 구체적으로 상세하게 통지할 필요가 없고, 매도인이 사후책을 강구할 수 있도록 부적합의 종류와 수량부족 정도를 알리면 충분하다는 견해가 있다.¹²⁴⁾¹²⁵⁾ 매수인이 부적합한 성질을 특정하여 통지를 할 때 부적합 통지요건을 엄격하게 준수할 것을 요구하게 되면(an overly demanding standard of specificity) 부적합의 내용을 과장할 소지가 있고, 오히려 이를 경계해야 한다는 것이다.¹²⁶⁾ 예컨대, 복잡한 기계 장비에 대한 부적합을 통지할 경우에, 부적합의 증상만 알리면 충분하고, 그러한 부적합이 일어나는 원인까지 정확하게 무엇인지를 통지할 필요는 없다고 한다.¹²⁷⁾

(다) 사견

생각컨대, 매수인의 부적합통지는 매도인이 목적물의 부적합을 평가할 수 있고, 하자를 치유하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 수 있을 정도여야 한다.¹²⁸⁾ 통지 내용에 대한 구체성의 요구는 매도인의 계약위반이 발생하였는지 여부를 명확하게 하고,¹²⁹⁾ 하자를 검토하여 결함을 치유할 수 있는 방법을 모색하여¹³⁰⁾ 매수인의 이의제기에 대처할 수 있는 기회를 주기 위한 목적을 가지기 때문이다.¹³¹⁾ 이러한 기준은 개별적 사안에 있어서는 거래의 내용과 물품의 성질, 거래의 관행, 검사의 장소, 시설, 능력, 당해 물품검사에 소요되는 통상적인 기간, 기타 제반 사정을 고려하여 결정해야 할 것이다.¹³²⁾ 먼저 매수인은 부적합

159/94, 8 March 1995 ; Austria Obester Gerichtshof, 1 Ob 223/99x, 27 August 1999.

124) UCC §2-607 Official Comment to No. 4 참조. 비교법적 측면에서 보면, 정확한 세부사항(precise details)을 보내야 한다는 요건은 오로지 독일법 계통에서만 보이고, 다른 법 계통에서는 규정이 없거나 적어도 엄격하지 않다.–Schlechtriem Peter & Ingeborg Schwenzer, *op. cit.*, Art. 39, para. 9.

125) Hoge Raad(Supreme Court), Netherlands, 20 February 1998, Unilex ; Bundesgerichtshof (Supreme Court), Germany, 3 November 1999, Unilex(CLOUT case No. 319) ; Tribunale (District Court) Busto Arisizio, Italy, 13 December 2001, Unilex.

126) Bundesgerichtshof(Supreme Court), Germany, 4 December 1996, Unilex(CLOUT case No. 229) ; Handelsgericht(Commercial Court), Zürich, Switzerland, 21 September 1998, Unilex(CLOUT case No. 252).

127) 이태희, 앞의 논문, 135면 ; Netherlands Hoge Raad, W.M.J.M. Bronneberg v. Ceramica Belvédère S.p.A., 16.442, 20 February 1998 ; Germany Bundesgerichtshof, VIII ZR 287/98, 3 November 1999.

128) Oberlandesgericht(Appellate Court) Koblenz, Germany, 31 January 1997, Unilex(CLOUT case No. 282) ; Landgericht(District Court) Erfurt, Germany, 29 July 1998, Unilex (CLOUT case No. 344).

129) Germany Landgericht [District Court] 17 HKO 3726/89 3 July 1989 ; Germany Oberlandesgericht, 17 U 82/92, 8 January 1993 ; Germany Oberlandesgericht, 18 U 121/97, 21 August 1997 ; Austria Obester Gerichtshof, 1 Ob 223/99x, 27 August 1999.

130) Germany Landgericht [District Court] 17 HKO 3726/89 3 July 1989 ; Germany Landgericht, 3 HKO 43/98, 29 July 1998.

131) Germany Landgericht, 7 IV 75/95, 26 March 1996; Italy Tribunale(District Court), Rheinland Versicherungen v. S.r.L. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 405, 12 July 2000.

이 주장되는 해당 물품이 정확히 무엇인지를 지정해 주어야 한다.¹³³⁾ 수량에 문제가 있는 경우에는 얼마만큼의 양이 과부족한지, 품질에 부적합이 있는 경우에는 문제되는 품질이 어떠한 상태인지 등을 정확히 통지해야 할 것이다. 예컨대 품질에 관한 부적합 통지시 ‘물품이 고장 났음’, ‘견품과 일치하지 아니 한다’, ‘고객으로부터 이의가 제기되었다’ 등의 일반적인 용어를 사용하거나 ‘하자가 있다’, ‘만족할 수 없다’, ‘본인의 기대에 미치지 못함’ 등 일반적인 표현으로 불만족을 표시하는 것만으로는 충분히 구체적인 통지를 하였다고 볼 수는 없다. 그러나 과자의 매매에서 ‘가죽과 같이 질기다’라든가 육류의 매매에서 ‘부패한 냄새가 난다’고 하면 충분하다고 본다.¹³⁴⁾

한편, 우리나라의 경우 상법 제69조에 따른 하자의 통지는 매도인으로 하여금 매수인이 어떠한 이의를 제기하는지를 정확히 이해할 수 있게 해주고¹³⁵⁾ 대체물 지급 등의 구제수단을 위한 적절한 조치를 취할 수 있게 해주는 목적이 내재되어 있으므로,¹³⁶⁾ 협약과 같은 명문 규정의 여부와 관계없이 원칙적으로 상세한 통지는 전제된다고 본다.

V. 맷으며

이상에서 살펴본 바와 같이, 협약 제38조 및 제39조의 매수인의 물품검사·통지의무는 대금지급의무와 물품수령의무 등 매수인의 고유한 의무로서의 법적 의무(legal obligation)와는 구별된다. 이는 단지 매수인 자신의 이익을 위하여 준수해야 하는 단순한 임무(duty)이다. 검사의무는 독립성을 가진 의무는 아니고, 그것에 이은 통지의무에 종속하여서만 의미를 가진다. 매수인의 검사의무는 협약 제39조의 매수인의 부적합에 대한 적시의 통지(timely notification of defect)의 필수적인 전단계로서 통지의무의 기초를 구성한다. 그리고 통지의무는 단지 부적합책임 추궁의 전제요건으로 삼은 것에 불과하다.

매수인의 물품검사 및 하자통지의무는 매도인과 매수인 양자를 공평하게 보호하는 목적을 가진다고 보는 것이 바람직스럽다. 물품의 부적합을 조기에 검사 통지하여 매도인으로 하여금 부적합을 치유하거나 대체물을 인도하는 등의 방법을 강구할 수 있도록 함으로써 가급적 일단 체결된 계약은 존속하도록 한다는 데 의의가 있기 때문이다.

이종물의 경우, 모든 계약부적합에 대한 매수인의 통지의무를 부과하는 것은 매수인의 측면에서 어차피 물품을 수령한 이후 검사해야 하므로(협약 제38조), 명백하게 다른 종류의

132) 이기수, *국제거래법(전정판)*, 세창출판사, 2001, 60면 ; Honnold, John O, op. cit., Art. 38, para. 252.

133) Germany Bundesgerichtshof, VIII ZR 287/98, 3 November 1999; [ICC Court of Arbitration], 8611, 23 January 1997; Germany Oberlandesgericht, 2 U 31/96, 31 January 1997; Germany Landgericht, 10 HKO 23750/94, 20 March 1995.

134) 김동석, 앞의 논문, 52면 ; RGZ 106, 359.

135) Germany Bundesgerichtshof, VIII ZR 306/95, 4 December 1996.

136) Ibid.

물건이라는 이유만으로 매수인의 검사의무 및 부적합 통지의무가 면제되는 것은 아니다. 그 부적합이 물품 자체가 아닌 ‘서류’에 관련된 경우에도 제38조와 제39조를 유추적용함이 타당하다고 본다.

매수인의 검사시기는 인도받은 후로부터 즉시가 아니라, 실행가능한 때로부터 단기 내에 행해져야 한다. 여기서 실행가능한지 여부와 관련하여, 매수인의 신상에 존재하는 요인도 고려되어야 한다고 본다. 개인적 요인의 고려를 허용하는 것은 검사가 실행가능한 때로부터 즉시 착수되어야 한다는 데에서 분명해진다. 아울러 ‘합리적인 기간 내’의 통지라고 함은 매수인이 물품을 검사하기 위하여 합리적인 기회를 확보한 시기부터 기산하여 실현가능한 가장 짧은 기간이라고 해석된다. 여기서, 부적합을 ‘발견했어야 한 때’는 제38조의 검사가 행해져야 하는 시점과 밀접한 관련이 있다. 먼저 검사는 물품이 인도된 직후 신중하게 단 한번만 이루어지는 독립된 사건(single discrete event)이라고 보는 견해에 의하면, 매수인이 잠복된 부적합에 대해서 통지했어야 할 합리적인 기간은 그러한 부적합을 ‘발견했어야 하는’ 때부터 시작되며 그 때 매수인이 하자에 대해 실제로 알고 있는지는 상관이 없다. 다음으로 물품검사는 물품에 존재하는 부적합을 찾아내기 위한 계속적이거나 반복적인 과정(an ongoing or repeated process)이라고 보는 견해에 의하면, 매수인은 통지시에 그가 알 수 있었다고 합리적으로 판단되는 범위 내의 부적합 내용을 전달하면 되는 것이고 그 이후의 통지로 이 내용을 보충할 수 있다는 것이다.

잠복한(latent) 부적합을 적시에 발견하는 것과 관련한 문제는 검사·통지를 연속적 과정의 일환으로 보는 견해에 의할 때 보다 바람직한 해결이 기대된다고 본다. 이와 달리 해석한다면, 매수인이 통상의 주의를 가지고도 발견하지 못하였거나 성질상 쉽게 발견되지 않는 하자, 즉 잠복한 부적합이 상당한 기간 후에 나타나는 경우에는 어떠한 수단에 의하여서도 매수인은 구제를 받을 수 없게 된다.

검사방법이 합리적인 것이었는지 여부는 매도인과 매수인의 교섭과정에서의 지위, 문화적 차이, 물품의 성상 등 제반 사정을 참작한 주관적·객관적 기준들이 적용되어야 할 것이다. 매수인의 부적합통지는 매도인이 목적물의 부적합을 평가할 수 있고, 하자를 치유하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 수 있을 정도로 부적합한 성질을 상세하게 특정해야 한다.

요컨대, 매수인의 검사·통지의무의 많은 문제점들이 협약 내에서 기준을 제시함으로써 보정되고 또한 협약의 해석을 통해서 극복될 수 있는 데에 더 의미가 있는 것으로 보인다.

◊ 주제어 ◊

매수인의 검사의무, 부적합통지, 이종물, 그 상황에서 실행가능한 단기간 내, 합리적 기간

◆ 참고문현◆

1. 국내문헌

- 김인제·서경무, 국제거래법요론, 두남, 2000.
- 서현제, 국제거래법, 법문사, 2000.
- 손주찬, 상법(상), 박영사, 2004.
- 안강현, 국제거래법, 박영사, 2007.
- 이균성, 국제해상운송법연구, 삼영사, 1981.
- 이기수, 국제거래법(전정판), 세창출판사, 2001.
- 이철송, 상법총칙·상행위 박영사, 2010.
- 임홍근, 상행위법, 법문사, 1989.
- 정동윤, 상법총칙·상행위법, 법문사, 1996.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2010.
- 정희철, 상법학(상), 박영사, 1989.
- 채이식, 상법강의(상), 박영사, 1996.
- 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 2009.
- 최홍섭, 유엔국제매매법, 인하대학교 출판부, 1997.
- 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 법무부, 2005.
- 김규진, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 계약적합의무에 관한 연구 : CISG적용사례를 중심으로”, 연세대 대학원 석사논문(2007. 2.).
- 김동석, “매수인의 목적물검사 및 하자통지의무”, 설성 이윤영선생 정년기념 「현대 상사법의 제문제」, 법지사, 1988.
- 김동석, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 하자담보책임”, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제」[임홍근·이태희(공편)](삼지원, 1991).
- 김봉수, “물건하자에 대한 매수인의 추완청구권”, 고려대 대학원 박사학위논문(2009. 8.).
- 사동천, “물건의 하자에 대한 매도인의 책임법리에 관한 연구”, 서울대 대학원 박사학위논문(2002).
- 이태희, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 당사자의 의무”, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제」[임홍근·이태희(공편)](삼지원, 1991).
- 이해일, “국제물품매매상 당사자의 계약위반 및 그 구제에 관한 연구”, 연세대 대학원 박사학위논문(1997).
- 최준선, “상인자격취득시기” [판례평석], 법률신문(1999. 5. 10.).
- 하삼주·여태식, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약에서의 매수인의 물품검사 및 부적합통지의 의무”, 「상사법연구」 제23권 제3호(2004. 11.).
- 허광욱, “CISG상의 매수인의 물품검사에 관한 연구”, 「국제상학」 제24권 제3호(2009. 9.).
- 허광욱, “매수인의 부적합 통지내용의 상세정도에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제39권(2008. 8.).

2. 외국문헌 및 자료

- Bianca, C.M. & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffre, Milan, 1987.
- D'arey, Leo, Carole Murray & Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade: the law and practice of international trade*, Sweet & Maxwell, 2000.
- Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York : Oceana Publications, 1992.
- Honnold, John O, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Austin : Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- Schlechtriem, Peter, *Uniform Sale Law -The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(Vienna)*, Manz, 1986.
- Schlechtriem, Peter & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005.
- Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin : Sellier -de Gruyter, 2005.
- Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, (Vienna, 10 March-11 April 1980) (United Nations ed., 1981).
- Secretariat Commentary on the 1978 Draft.

〈Abstract〉

Legal Issues on the Buyer's Obligation to Examine the Goods & Give Notice of the Lack of Conformity in the CISG
–Included in the comparative analysis of the obligation of it under the Korean Laws–

Yang, Seok-Wan

Buyer must examine the goods and give notice of the lack of conformity, if any, to the seller in order to retain his right to rely on the fact. The concept of the lack of conformity contains the conformity of quality, quantity, description, delivery of different goods and documents.

The buyer's examination of goods forms the basis of his obligation to notify the seller of defects under Article 39(1) in the CISG. And the obligation to examine the goods can give seller the second opportunity to complete his duty fully, if possible, by delivering the missing goods or substitute goods, by repair, or by reducing the buyer's loss in some other way.

As the determining of 'within as short a period as is practicable in the circumstances' in Article 38 is depending on the circumstances concerned with the particular case. So the term 'reasonable time' has proven too imprecise due to its flexibility without defined uniform scale to assist the practitioners in a uniform application of Art. 39(1).

Article 38 is silent about the method the buyer should employ in examining the goods. In general, the manner of inspection will depend on the parties's agreement, trade usages and practices in the absence of such indicators, a reasonable examination, through and professional examination is required.

When determining which requirement must be satisfied by the buyer is specifying the nature of any lack of conformity, a mixed objective-subjective standard should be applied, which has regard to the respective commercial situation of the buyer and seller, to any cultural differences, but above all, to the nature of the goods.

The obligations of the seller to deliver the goods which are free from third

party rights or claims are examined, including the claims of third party for general rights, the claims for intellectual or industrial property, the buyer's obligation to give notice of the third party claims compared with the obligation to notice the lack of conformity of the goods.

The purpose of the Article 38 and 39(1) deadline for examination and notice of the lack of conformity is to allow the buyer an opportunity to discover defects before the buyer resells, and permit prompt clarification of whether the buyer accepts the goods as conforming.

◊ KEY WORDS ◊

the buyer's obligation to examine the goods, give notice of the lack of conformity, different goods, within as short a period as is practicable in the circumstances, reasonable time

미국통일상법전(UCC) § 2-207조 개정의 의미

－계약의 성립 및 그 조건확정을 중심으로－

안 강 현*

[目 次]

I. 서론－문제의 제기	III. 미국통일상법전의 개정조항 및 그에 따른 해결방식
II. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 및 그에 따른 해결방식	1. 개정 미국통일상법전의 내용
1. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 내용	2. 개정 미국통일상법전 §2-206조 (3)항과 §2-207조의 의미
2. Common law 계약원칙에 의한 해결방식	3. 개정 미국통일상법전의 해결방식 -knock-out rule의 통일적 적용
3. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 의미	4. 개정 미국통일상법전의 입장에 대한 평가
4. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (2)항의 청약의 중대한 변경	IV. 결론

I. 서론－문제의 제기

청약과 승낙의 의사표시가 일치함으로써 계약이 성립하고 난 이후 성립한 계약의 이행단계로 넘어가는 것이 일반적인 모습이나, 실무상 청약과 승낙의 의사표시가 일치하지 않거나 또는 서로 간에 주고받은 서식의 내용이 일치하지 않아 계약이 성립되었다고 볼 수 없는 상황에서 물품의 인도와 대금의 지급, 즉 계약의 이행단계로 넘어가는 경우도 적지 않게 발생한다. 한편 대부분의 상거래에서는 청약과 승낙에 있어서 각자의 서식(書式)을 이용하는 경우가 많고, 이 경우 통상적으로 매수인이 매도인에게 매수주문서(purchase order)를 송부함으로써 거래가 시작되며 매도인은 매도확인서(sales acknowledgement)나 송장(invoice) 기타 상업적인 응답양식을 보냄으로써 이에 응하게 된다. 이 때 이용되는 매도인과 매수인의 각자의 서식에는 물품명세(description of goods), 가격(price), 수량(quantity) 및 인도(delivery) 조건 등이 기재되어 있는데, 이러한 서식은 각자 사전에 자신에게 유리하게 작성하여 인쇄하여 둔 서식인 것이 보통이므로 상대방의 서식에는 없는 추가적인 조건이나

상대방의 서식에 기재된 조건과 상이한 조건이 포함되는 경우가 있다. 이렇게 매도인과 매수인이 각자가 만든 서식을 상대방에게 제시하면서 그 불일치에 대한 해결 없이 매도인은 주문받은 물품을 선적, 인도하고 매수인은 인도된 물품을 수령, 대금을 지급한 연후에 계약에 관련한 문제가 발생하는 경우¹⁾ 다음과 같은 문제들이 논의된다. 첫째, 계약이 성립하였다고 볼 것인가 하는 문제이다.²⁾ 다음으로 계약이 성립되었다고 전제할 경우 청약과 승낙의 의사표시의 합치에 의하여 성립되었다고 볼 것인가 아니면 이행에 의하여 성립되었다고 볼 것인가 하는 문제와 아울러 성립한 계약의 조건³⁾은 어떠한 것인가, 즉 매도인과 매수인의 구두 또는 서식을 통한 의사표시 중 어느 것에 의할 것인가 아니면 관련되는 규범에 의하여 보충할 것인가 하는 문제가 대두된다.⁴⁾ 이러한 문제들을 해결하기 위한 여러 규범들이 있는데 미국통일상법전(Uniform Commercial Code)도 이에 대한 해결기준을 제시하고 있는 규범 중의 하나이다. 미국통일상법전은 계약의 성립 및 조건확정에 관하여 §2-207조를 두어 기준을 제시해오다가 2003년 위 조항을 전면적으로 개정하였는바⁵⁾ 이 글에서는 위에서 제기한 문제점들과 관련한 위 조항의 개정 의미에 대하여 논의해보고자 한다.

1) 이에 해당되는 예로 기계매매계약 후 그 기계에 고장이 발생하였고, 기계하자로 인한 무상수리기간에 대하여 매수인의 매수주문서(purchase order)에는 기계인도 후 1년, 매도인의 납품서(sales note)에는 기계인도 후 6개월까지로 각각 기재되어 있는 한편 기계의 고장은 인도 후 9개월경에 발생한 경우를 들 수 있을 것이다. 이러한 문제는 매도인과 매수인이 각자의 서식에 기재된 내용 사이에 충돌이 있음을 사전에 알았는지 여부와 상관없이 발생할 수 있다.

2) 매도인의 물품인도와 매수인의 대금지급이 모두 이루어진 상황에서는 이론적으로는 몰라도 현실적으로는 계약의 성립 여부를 논하는 것은 이미 실익이 없으므로 어떻게든 계약은 성립되었음을 전제로 하여 성립된 계약의 내용이 어떠한가 하는 문제를 살펴보아야 할 것이다.

3) 여기서의 '조건'은 엄격히 말하면 '(계약)내용'으로 표현해야 맞을 것이다. 그러나 이 논문에서는 추가적 조건이나 상이한 조건이 계약의 내용이 되는가 여부에 초점을 맞추고 있으므로 이런 의미에서 '내용'이라고 하지 않고 '조건'이라는 용어를 쓴다. 이 논문의 副題에서의 '조건'도 사실은 '(계약)내용'의 의미를 가진다.

4) 이러한 문제들은 국제거래에서 양 당사자들이 계약내용에 대한 완전한 합의 하에 이행에 들어가는 경우에는 발생할 여지가 없고 서식전쟁(battle of forms)의 양상으로 계약이 진행되는 경우에 흔히 발생한다. 즉, 매수인이 자신의 매수주문서식에 서명하여 매도인에게 반대서명(counter sign)을 하여 송부하여 달라고 요청함에 대하여 매도인은 이에 응하지 않고 자신의 매도확인서식에 서명하여 매수인에게 반대서명을 요청하면서 물품을 선적하고, 매수인은 그에 대한 반대서명 없이 대금을 지급하는 경우에 발생하게 되는 것이다. 이러한 상황은 서식전쟁의 경우에만 발생하는 것은 아니며 구두에 의한 계약 진행의 경우 그 내용에 대한 완전한 합치가 없이 물품의 인도와 대금의 지급이 이루어지는 경우에도 발생한다.

5) 그러나 UCC §2에 대한 2003년 개정안을 채택한 주는 현재까지 없다.

II. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 및 그에 따른 해결방식

1. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 내용

개정 전의 미국통일상법전 §2-207조⁶⁾는 승낙이 추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 한 것이 명백한 경우가 아닌 한 상당한 기간 내에 발송된 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시 또는 서면확인⁷⁾은 그것이 청약 또는 합의된 것에 추가적 또는 상이한 조건을 표시하고 있는 때에도 승낙으로서의 효력이 있다고 규정한다. 이 경우 추가적 조건은 이를 계약에 부가된 제안(proposal)으로 간주한다. 상인간에 있어서는 추가적 조건도 계약의 일부가 되나 다만 ① 청약이 청약조건에 대해서만 승낙할 것을 명시적으로 한정하고 있는 경우, ② 그러한 조건이 청약을 중대하게⁸⁾ 변경하는 경우 및 ③ 추가적 조건에 대한 거절통지를 이미 발송하였거나 추가적 조건을 통지 받은 후 상당기간 내에 거절의 통지를 발송한 경우에는 계약의 내용이 되지 아니한다고 규정하고 있다.

6) 해당 원문은 아래와 같다.

§2-207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation.

- (1) A definite and reasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.
 - (2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:
 - (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
 - (b) they materially alter it; or
 - (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.
 - (3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.
- 7) 'Written confirmation'을 '확인서'로 번역하기도 하나(오세창, 「국제상거래계약법」, 학문사, 2004., 106쪽) 미국통일상법전 §2-207조 (1)항의 법문상 상당한 기간 내에 발송된 'written confirmation'은 '승낙으로서의 효력이 있다(operates as an acceptance)'라고 규정하고 있는바 여기서 승낙으로서의 효력이 있는 것은 서면이 아니라 서면에 담겨져 있는 '확인'이므로 '서면확인'으로 번역한다.
- 8) 이 부분의 원문은 'materially'로서 이를 '실질적으로'라고 번역하는 입장(오세창, 위의 책, 107쪽; 이은섭, 「국제거래법」, 부산대학교 출판부, 2006., 74쪽), '본질적으로'라고 번역하는 입장(사법연수원, 「미국민사법」, 사법연수원, 2000., 98쪽) 등이 있으나 이 논문에서는 '중대하게'라고 번역하기로 한다. 이태희, 「국제계약법」, 법문사, 2001., 26쪽도 '중대하게'로 번역하고 있다.

2. Common law 계약원칙에 의한 해결방식

원래 common law 계약원칙에 의하면 mirror image rule에 따라 승낙은 청약의 조건에 엄격히 일치하여야 하고, 청약과 불일치하는 경우에는 그것이 설사 아무리 사소한 것이라 하더라도 반대청약(counter offer)이 될 뿐 승낙이 될 수는 없다.⁹⁾ 한편 미국 계약법 제2차 Restatement 제58조와 제59조¹⁰⁾에서도 승낙은 행하여질 약속 또는 제공될 이행에 관한 청약상의 요건에 일치하여야 하므로 청약에 대하여 승낙하고자 하는 응답이 추가적 또는 상이한 조건에 대하여 청약자가 동의할 것을 조건으로 하는 경우 이는 승낙이 아니라 반대 청약이 될 뿐이라고 하여 common law 계약원칙과 같은 취지의 규정을 두고 있다.¹¹⁾ Common law 계약원칙에 따를 경우 청약에 대하여 조건을 추가하거나 변경을 가하는 경우에는 승낙이 될 수 없으므로 계약의 성립을 전제로 한 계약조건에 대한 논의 자체가 불필요한 것이다. 그러나 현실적으로는 그렇지 않다. 당사자 모두 계약이 성립되었다는 인식 하에 이행절차에 진입한 상태에서 다툼이 생기고 이에 따라 법적 판단을 받는 단계에 이르러, 청약에 일치한 승낙이 없었기 때문에 common law 계약원칙에 따라 계약이 성립되지 않았다고 판단하는 것이 부적절한 경우가 있을 수 있기 때문이다.¹²⁾ 즉, 위에서 언급한 바와 같이 상인이 아닌 당사자들 사이에 그 조건이 일치하지 않는 각자의 서식이 오고가는 가운데 물품의 인도나 대금의 지급 등의 이행절차에 진입한 후 분쟁이 발생한 경우 청약과 승낙의 의사표시가 합치되지 않은 점을 중시하여 계약이 성립되지 않았다고 판단하는 것은 당사자의 의사를 무시한 비현실적인 결론이 될 것이다. 따라서 이러한 경우에는 계약이 성립되었음을 전제로 하되 다만 성립한 계약조건은 청약자의 청약조건에 따라 결정되는 것인가 아니면 승낙자의 승낙조건에 따라 결정되는 것인가 그렇지 않으면 제3의 조건에 의할 것인가

9) E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999, pp. 146–147. Dorton v. Collins & Aikman Corp., 453 F.2d 1161, 10 U.C.C. Rep. Serv. 585 (6th Cir. 1972); Northrop Corp. v. Litronic Industries, 29 F.3d 1173, 24 U.C.C. Rep. Serv. 2d 407 (7th Cir. 1994).

10) 해당 원문은 아래와 같다.

§58. Necessity of Acceptance Complying with Terms of Offer

An acceptance must comply with the requirements of the offer as to the promise to be made or the performance to be rendered.

§59. Purported Acceptance Which Adds Qualifications

A reply to an offer which purports to accept it but is conditional on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer.

11) 우리 민법의 경우 제534조는 “청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 따라서 실질적으로 변경된 승낙에 대한 청약자의 침묵은 동의한 것으로 되지 않으며 따라서 새로운 청약에 대한 승낙으로 간주되지 않는다. 승낙이 청약과 본질적으로 다르지 않는 경우에만 청약자의 침묵은 신의칙에 따라 변경을 가하여 승낙한 자에 의하여 승낙으로 평가될 수 있다. 곽윤직, 「민법주해 XII」, 박영사, 1997., 227쪽(지원림 집필부분).

12) A. G. Guest et al., *Benjamin's Sale of Goods*(5th Ed.), Sweet & Maxwell, 1997, p. 111.

하는 문제를 해결하여야 할 것이다.

이러한 경우를 해결하는 방식에는 몇 가지가 있다. 먼저 “계약의 내용은 최후의 청약에 따른다.”라는 일종의 의제적인 원칙인 last shot rule¹³⁾이 있다. 이 원칙에 의하면 당사자가 계약을 이행하는 행위를 그 직전의 서식에 대한 승낙으로 보아 그 서식조건에 따른 계약의 성립을 인정한다. 예를 들어 매수인이 매도인의 담보책임을 담은 서식을 보내어 매수청약함에 대하여 매도인은 담보책임면제의 서식을 보내면서 물품을 인도하였는데 그 후 매수인은 그 인도를 수령하고 대금을 지급한 경우, 매도인이 송부한 서식은 매수청약에 대한 거절인 동시에 반대청약이 되고, 이에 대하여 매수인이 물품을 수령하고 대금을 지급한 행위가 승낙이 되어 매도인의 서식에 있는 조건, 즉 담보책임면제를 내용으로 하는 계약이 성립되는 것이다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 실무상 매수인의 매수주문서에 대하여 매도인이 매도확인서(confirmation of sale)를 보내는 것이 통상의 경우이므로¹⁶⁾ last shot rule에 의할 경우 매도인에게 유리하다고 할 수 있다. 다음으로 ‘청약자가 청약의 지배자(master of offer)’라는 사고를 기초로 하여 최초의 청약조건이 계약조건으로 된다는 first shot rule이 있다. 이 원칙에 의하면 청약과 상이한 조건은 배제되는데 위의 예에서 매도인이 담보책임을 부담하는 조건의 계약이 성립되는 것으로서 대개의 경우 매수인에게 유리한 결론에 이르게 된다. 셋째로 knock-out rule이 있다. 이 원칙에 의하면 양 당사자의 서식에 공통한 조건을 제외한 나머지 조건은 서로 배척되고 그 부분에 대하여는 그 계약에 적용될 준거법에 의하여 보충되게 된다. 마지막으로 best shot rule이 있다. 이에 의하면 양 당사자의 서식 중에서 법원이 보다 공정하다고 판단하는 서식조건이 계약의 조건이 된다.

3. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 의미

(1) 개관

개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 의미는 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, common law상의 승낙의 의미를 수정한 것이다. 둘째, 청약에 부가된 추가적 조건의 일반적 지위와 상인들 간에 있어서의 특별한 지위에 대하여 규정한 것이다. 셋째, 양 당사자의

13) Last shot rule은 국내에서는 최후서식발송자 승리의 원칙이라고 번역되어 사용되기도 하나(예컨대 오세창, 앞의 책, 103쪽) 이 논문에서는 원문 그대로 사용하기로 한다.

14) Last shot rule에 의한 이러한 결론은 담보책임면제에 관한 내용이 조그만 글자로 인쇄되어 있었을 뿐이어서 매수인이 이를 읽어보지 않았다는 사정으로 인하여 달라지지 않는다. Martin A. Frey · Terry H. Bitting · Phyllis Hurley Frey, *An Introduction to the Law of Contracts* (3rd Ed.), West, 2000, pp. 137-138.

15) 만약 위의 예에서 매도인이 담보책임면제를 담은 반대청약 후 매수인이 다시 담보책임을 담은 서식을 보냄으로써 재반대청약을 하였는데 그 후 매도인이 물품을 인도하였다면 매수인이 다시 보낸 서식상의 담보책임을 조건으로 하는 청약에 대하여 매도인이 물품의 인도로써 승낙한 것이 될 것이다. Frey et al., *op. cit.*, p. 139.

16) James F. Hogg · Carter G. Bishop · Daniel D. Barnhizer, *Contracts*, Thomson West, 2008, p. 199.

서면에 의하면 매매계약이 성립하지 않음에도 불구하고 계약의 존재를 승인하는 양 당사자의 행위에 의하여 매매계약이 성립할 수 있음을 밝히면서 그러한 경우에 있어서의 계약조건을 결정하는 기준을 제시하고 있다.

(2) 개정 전 §2-207조 (1항)의 의미

§2-207조 (1항)은 승낙의 의미에 대한 common law의 원칙을 수정하고 있다. ‘승낙’은 사전적 의미로는 청약의 조건에 대한 피청약자의 수락(compliance by offeree with terms and conditions of offer)으로 정의되고, 미국 계약법 제2차 Restatement 제50조에서는 청약에서 요구한 방식에 따라 계약을 성립시키기 위하여 피청약자가 청약자가 작성한 계약 조건들에 대하여 하는 동의의 표명(acceptance of an offer is a manifestation of assent to the terms thereof made by the offeree in a manner invited or required by the offer)으로 정의된다. 즉, common law에 의하면 청약의 조건에 대한 엄격한 일치, 즉 소극적인 동의만을 승낙으로 보게 된다. 그러나 미국통일상법전은 common law의 원칙을 수정하여, 승낙의 의사표시 또는 서면확인에 청약에 규정된 내용이나 합의된 내용에 추가적 또는 상이한 조건이 언급되어 있는 경우에도 추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 하지 않는 이상 이는 반대청약이 아니라 승낙이 된다고 규정하고 있다. 이는 청약과 승낙의 엄격일치가 없는 경우에도 양 당사자 사이의 상업적인 차원에서 이루어진 거래 자체를 계약으로 인정하는 것으로, 형식으로서의 거래(a bargain in form)가 아니라 사실로서의 거래(a bargain in fact)에 초점을 맞춘 점에 그 의미를 가진다.¹⁷⁾ 즉, (1항)에 의하면 피청약자가 추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 명시하지 않은 한 청약과 승낙의 불일치에도 불구하고 계약은 성립하게 되는 것이다.¹⁸⁾

승낙에 관한 (1항)에 대하여는 다음과 같은 몇 가지 점들이 지적되고 있다. 첫째로, 이 규정이 ‘명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시(definite and reasonable expression of acceptance)’의 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 않다는 점이다. 즉, 합리적인 사람이 청약에 대한 응답을 ‘명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시’로 해석할 것인지 여부를 판단함에 있어서, 객관적인 기준을 적용하여야 하는지 아니면 피청약자가 주관적으로 의도하였던 것을 고려하여야 하는지에 대하여 미국통일상법전이나 그 해당 주석에 아무런 언급이 없다는 점이다. 둘째로, 어떤 의사표시가 ‘명확한 승낙의 표시(definite expression of acceptance)’가 되는가에 대하여 아무런 설명이 없다는 점이다.¹⁹⁾ 셋째, ‘서면확인(written confirmation)’이라는 불필요한 단어사용으로 인하여 혼란을 초래하고 있는 점이다. ‘written confirmation’이라는 표현이 기재된 이유는 명확하지 않지만, 만약에 ‘written confirmation’이 청약을 승낙하는 의미라면 이미 ‘expression of acceptance’가 있으므로

17) Corneill A. Stephens, “On Ending the Battle of the Forms: Problems with Solutions”, Kentucky Law Journal, Vol. 80, 1991/1992, p. 823.

18) Farnsworth, *op. cit.*, p. 169.

19) 이에 대하여는 (2)항의 의미와 관련하여 아래 항에서 자세히 살펴보기로 한다.

불필요한 것이 될 것이고, ‘written confirmation’이 청약자의 청약을 승낙하는 취지가 아니라면 이는 승낙의 의사표시로서의 역할을 수행할 수 없는 것이므로 ‘확인(confirmation)’이 될 수 없기 때문이다.²⁰⁾

(3) 개정 전 §2-207조 (2)항의 의미

(1)항에서 본 바와 같이 승낙의 의사표시에 추가적 조건(additional terms) 또는 상이한 조건(different terms)이 부착되어 있는 경우에도 그에 대한 청약자의 동의를 조건으로 명시하지 않은 이상 승낙으로서 효력이 있으므로 계약이 성립된다. 다음으로 논의하여야 할 것은 이렇게 성립한 계약의 내용은 어떠한가 하는 문제인데 이는 위와 같은 추가적 조건 또는 상이한 조건의 지위가 어떠한가에 따르게 될 것이다. §2-207조 (2)항은 승낙에 부착된 추가적 조건에 대하여 당사자 중의 어느 일방이 상인이 아닌 경우와 양 당사자 모두 상인인 경우를 나누어 규정하고 있다. 즉, (2)항 제1문은 당사자 일방이 상인이 아닌 경우에는 추가적 조건은 계약 성립시에 추가하기를 원하는 제안(proposal)으로 간주한다. 따라서 이 경우 계약내용은 청약자의 청약조건에 따르게 되는 것으로서 이 점에서 first shot rule을 채택하고 있다고 할 수 있다.²¹⁾ 다음으로 (2)항 제2문은 양 당사자가 모두 상인인 경우 (a) 승낙은 청약의 조건에 한정한다고 청약에서 명시한 경우, (b) 추가적 조건이 청약을 중대하게 변경시키는 경우 및 (c) 추가적 조건에 대하여 거절의 통지가 이미 이루어졌거나 추가적 조건에 대한 통지를 받은 후 상당한 기간 내에 거절통지가 이루어진 경우를 제외하고는 청약자가 그러한 조건의 계약 편입에 대하여 동의하든 아니하든 상관없이 추가적 조건은 자동적으로 계약의 일부가 된다고 규정함으로써 last shot rule과 유사한 결론을 취하고 있다.

한편 (2)항에는 추가적 조건에 대하여만 규정할 뿐, 상이한 조건(different terms)에 대하여는 언급이 없다. 이에 대하여 다수의 법원과 학자들은 상이한 조건이 있는 경우에는 knock-out rule에 따라 서로 상이한 양 조건은 모두 배척되고 그 부분은 미국통일상법전의 보충조항에 의하여 보완된다는 입장을 취하고 있다.²²⁾ 그에 반하여 일부 학자들은 청약 조건이 그 계약을 지배한다는 입장을 취하고 있다.²³⁾ 이에 대하여 공식주석에는 서로 상반된 내용의 언급이 있어서 혼란을 주고 있다. 즉, 공식주석 제3항은 추가적 조건 또는 ‘상이

20) Stephens, *op. cit.*, p. 824.

21) 물론 청약자는 자신의 의사에 따라 피청약자가 제시한 추가적 조건을 계약의 내용으로 하여 그에 구속되겠다는 의사를 명시함으로써 계약내용을 수정할 수도 있다. Farnsworth, *op. cit.*, pp. 170-171.

22) Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp., 741 F.2d 1569, 1578-80 (10th Cir. 1984); Idaho Power Co. v. Westinghouse Elec. Corp., 596 F.2d 924, 927 (9th Cir. 1979); Southern Idaho Pipe & Steel Co. v. Cal-Cut Pipe & Supply, Inc., 567 P.2d 1246, 1253-55 (Idaho 1977). Giesela Rühl, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 24, Spring 2003, p. 200.

23) James J. White · Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*(5th Ed.), West Group, 2000, pp. 32-36의 Summers가 그러한 입장에 서 있다.

한’ 조건이 계약의 일부가 될 것인지 여부는 (2)항에 의하여 결정된다고 하여 상이한 조건도 추가적 조건과 마찬가지로 취급되는 듯한 인상을 주고 있는 한편 공식주석 제6항에서는 양 당사자가 송부한 확인서식에 있는 조항들이 상충하는 경우 서로 그 조항에 대하여는 거절한 것으로 보아야 하고, 따라서 이는 (2)항의 거절의 통지가 이루어진 경우에 해당되어 상충하는 조건은 계약의 일부가 될 수 없을 것이며, 그 부분은 미국통일상법전의 보충조항에 의하여 보완될 것이라고 한다. 생각건대 추가적 조건과는 달리 상이한 조건의 경우에는 청약 조건과 승낙의 의사표시상의 조건 자체가 서로 충돌되므로 승낙에 수반된 상이한 조건이 그 계약의 내용이 된다고 볼 수는 없고, 따라서 이 부분은 미국통일상법전의 보충조항에 의하여 보완되는 것으로 보아야 한다는 입장도 논리적으로 일응 수긍이 간다. 그러나 상이한 조건의 경우 추가적 조건의 경우와는 달리 knock-out rule이 적용된다고 한다면 다음과 같은 악용의 소지가 발생할 수도 있게 된다. 즉, 피청약자가 계약의 성립은 원하되 청약자의 청약조건 중에서 자신의 마음에 들지 않는 조건의 무력화를 위하여 상이한 조건을 제시, knock-out rule이 적용되게 함으로써 상이한 부분에 대하여 청약자의 조건과 피청약자의 조건이 모두 배척되는 결과 미국통일상법전의 보충조항에 의하여 그 조건이 보완되도록 할 수 있을 것이다.²⁴⁾ 피청약자가 청약조건과 상이한 조건을 제시하는 경우 그러한 조건은 대부분 중요한 조건인 동시에 다툼의 소지가 큰 조건일 것이기 때문에 상이한 조건에 대하여 knock-out rule이 적용되면 위에서 본 바와 같이 청약자가 예기치 않은 피해를 입을 우려가 있게 될 위험성이 있다. 따라서 추가적 조건과 상이한 조건을 구별하지 않고 양자를 단일한 기준으로 취급하여야 할 것으로 생각한다.²⁵⁾

다음으로 (1)항에서 언급하였듯이 (1)항의 ‘명확한’ 승낙의 표현(‘definite’ expression of acceptance)이라는 문구와 (2)항 (b)호의 청약을 중대하게 변경하는 추가적 조건(the additional terms which materially alter the offer)이라는 문구가 서로 모순된다는 문제가 있다. (2)항과 개정 전 §2-207조의 공식주석 제3항에 의하면 비록 그러한 응답이 청약을 중대하게 변경하는 조건을 담고 있는 경우라 할지라도 계약의 존재는 승인하되 그러한 조건은 계약의 일부가 되지 않는다고 규정한다. 이에 의하면 청약을 중대하게 변경하는 조건을 포함한 응답도 ‘명확한 승낙의 표현’이 될 수 있는 것이고 다만 계약의 일부가 될 수 없을 뿐이다. 그러나 피청약자가 그러한 조건을 담은 응답을 보낼 경우 과연 그 피청약자가 ‘명확한’ 승낙의 표현을 발송한 것으로 볼 수 있는 것인지 의문이 있다. 그것은 잘해야 ‘모호한’ 승낙의 표현이고, 나쁘게 말하면 명확한 불승낙(non-acceptance), 즉 거절(rejection)의 표현일 뿐이기

24) 추가적 조건에 대하여는 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (2)항에 따라 청약자가 이를 청약의 조건에 한정하거나 청약의 조건을 중대하게 변경하는 것임을 들어 항변하거나 피청약자가 제시한 추가적 조건에 대한 거절을 통하여 청약의 조건으로 한정할 수 있음에 반하여 상이한 조건에 대하여는 이러한 조항의 적용이 없이 knock-out rule이 적용되어 상이한 양 조건은 배척되고 미국통일상법전의 보충조항에 따라 보완되기 때문이다.

25) 또한 청약에 일치하지 않은 조건을 추가적 조건과 상이한 조건의 두 가지 범주로 완벽히 나눌 수 없는 경우도 있을 수 있다는 점을 생각할 때 양 조건을 구별하지 않고 같이 취급하는 것이 더 안전할 수 있다고 생각한다. 이 부분에 대한 상세한 논의에 관하여는 김효정, “국제물품매매계약상 서식전쟁의 해결방안에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 2009., 111-123면 참조.

때문이다. 이렇듯 중대한 변경은 그와 같은 응답을 승낙으로 취급되지 못하게 하는 것이므로 승낙이 없는 것이고 따라서 계약도 성립되지 않아야 하는 것이다.²⁶⁾

(4) 개정 전 §2-207조 (3)항의 의미

(3)항은 양 당사자 사이에 교환된 서면들에 의하여서는 매매계약이 성립되지 않지만 그럼에도 불구하고 당사자들은 매매계약이 존재함을 승인하는 행위를 한 경우에 적용된다. 예컨대 당사자 사이에 교환된 서면 사이의 불일치로 인하여 계약이 성립되었다고 할 수 없는 사정임에도 불구하고 매도인은 물품을 선적하고 매수인은 이를 수령하여 매매대금을 지급하였는데 그 이후에 분쟁이 발생한 경우 당사자의 어떠한 행위 또는 문서가 청약 또는 승낙을 구성하는지 여부를 가려 계약의 성립 여부를 논하는 것은 무의미하므로 이 경우 계약 성립을 전제로 하여 그 계약조건이 어떤 것인가를 결정하는 것이 현실적일 것이다.²⁷⁾ (3)항은 이러한 경우를 예상하여 양 당사자의 서면상 합치하는 조건과 미국통일상법전에 따라 편입되는 보충조건으로써 계약조건을 구성하도록 규정하고 있다.²⁸⁾

4. 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (2)항의 청약의 중대한 변경

(1) 문제의 제기

개정 전의 미국통일상법전 §2-207조 (2)항 제2문 (b)호에 의하면 상인간의 계약에 있어서는 승낙의 의사표시에 부가된 추가적 조건이 청약의 내용을 중대하게 변경하는 것이 아닌 한²⁹⁾ 계약의 내용으로 된다고 규정하는바 아래에서는 ‘중대한 변경’에 대하여 검토하기로 한다.

(2) 청약의 중대한 변경

(가) 총설

조건의 부가로 인하여 승낙이 될 수 없는 기준으로서의 미국통일상법전 §2-207조 (2)항

26) Stephens, *op. cit.*, p. 824.

27) 공식주석 제7항.

28) Hogg et al., *op. cit.*, pp. 199-200에 의하면 양 당사자가 그들 사이의 합의조건을 명확히 하지 않은 경우에 last shot rule에 의하여 매도인이 최후의 서식을 보냈다는 단지 그 하나의 이유 때문에 매수인을 매도인의 서식상의 조건에 구속되게 하는 것을 불공평하다는 차원에서 미국통일상법전은 last shot rule을 거부하고, 양 당사자가 합의한 조건과 미국통일상법전에 의하여 보충되는 조건을 그들 사이의 합의조건으로 한다는 기본원칙을 규정하게 되었다고 한다.

29) 청약의 조건을 중대하게 변경하는 경우 외에 청약에서 청약조건에 한정한 경우와 추가적 조건에 대하여 사전 또는 상당한 기간 내의 거절통지가 이루어진 경우에도 추가적 조건이 계약조건이 되지 않으나 청약의 조건을 중대하게 변경하는 경우를 제외한 나머지 두 가지 경우는 사실관계에서 명백히 될 수 있는 것이므로 논의를 생략한다.

의 「중대한 변경」에 대하여 공식주석에 약간의 설명과 예가 적시되어 있으나 그것만으로는 「중대한 변경」이라는 기준의 의미를 명확히 하는 데 어려움이 있다. 한편 유엔의 국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 주도하여 만든 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 'CISG'라고 약칭함)과 미국 계약법 제2차 Restatement 및 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙(Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, 이하 'PICC'라고 약칭함) 및 유럽계약법(The Principles of European Contract Law 1998, 이하 'PECL'이라고 약칭함)에도 계약의 성립에 관한 규정을 두고 있으므로 이들 규정을 미국통일상법전 §2-207조와 비교하며 검토하기로 한다.

(나) 미국통일상법전 §2-207조 (2)항의 공식주석

미국통일상법전 §2-207조 (2)항의 공식주석 제4항에 의하면 「중대한 변경」의 의미를 「계약의 내용을 중대하게 변경함으로써 상대당사자가 이를 명백히 인식하지 못한 상태에서 그 내용이 계약에 편입될 경우 상대당사자에게 기습(surprise) 또는 곤란(hardship)을 초래하는 것」으로 정의하고 있다. 그리고 그러한 「중대한 변경」의 예로서 통상적으로 상품성이나 특정목적에의 적합성 등의 어느 하나는 담보되어야 함에도 불구하고 그러한 표준담보책임을 모두 부인하는 조항, 통조림계약(contract by cannery)과 같이 거래관행상 더 많은 양의 유실분을 허용하는 사안에서 90% 또는 100%의 인도보증을 요구하는 조항, 매수인이 송장(送狀)에 기재된 기한 내에 지급하지 않는 경우 매도인에게 계약을 취소할 권리를 유보하는 조항, 관례나 합리성에 비추어 극히 단기간 내에 제소할 것을 요구하는 조항을 들고 있다. 한편 공식주석 제5항은 거절통지가 적기에 이루어지지 않는 한 불합리한 기습 요소가 없어 계약의 내용으로 되는 조항의 예로서 예정조건을 불이행한 경우의 상인의 면책에 관한 미국통일상법전 제2편의 규정이 적용되는 경우와 유사하게 매도인이 통제할 수 없는 후발적 원인에 따른 매도인의 면책을 규정하는 것과 그 면책범위를 약간 넓히는 조항 또는 사전에 그러한 상황에 적용될 합리적인 안분비례방식을 정하는 조항, 관례적으로 허용되는 범위 내에서 이의제기를 위한 합리적인 기간을 설정하는 조항, 전매를 위한 매입의 경우에 전매취득자에게 물품의 검사를 허용하는 조항, 거래관행의 범위 및 협상한 신용장조건의 범위 내에서 기한이 지난 송장에 대한 이자를 규정하거나 매도인의 표준신용장조건(standard credit terms)을 정하는 조항, 물품의 하자를 조정하여(with adjustment) 수령하는 것이 거래관행상 용인되는 범위 내에서 하자를 원인으로 한 물품을 거절하는 권리를 제한하거나 기타 합리적인 방법³⁰⁾으로 구제방법을 한정하는 조항을 들고 있다.

(다) CISG 제19조

CISG 제19조³¹⁾ 제1항에는 “승낙을 의도하고 있으나, 추가, 제한 그 밖의 변경을 포함하

30) 공식주석에서는 그 예로서 UCC §2-718조(손해배상의 예정 또는 제한)와 §2-719조(구제방법의 계약에 의한 변경 또는 제한)를 들고 있다.

는 청약에 대한 응답은 청약에 대한 거절인 동시에 새로운 청약이 된다.”라고 규정하고 제2항에서 “승낙을 의도하고 있고, 청약의 조건을 중대하게 변경하지 아니하는 추가적 조건 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만, 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 구두로 이의를 제기하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약조건이 계약조건으로 된다.”라고 규정하며, 제3항에서는 “특히 대금, 대금지급, 물품의 품질과 수량, 인도의 장소와 시기, 당사자 일방의 상대방에 대한 책임범위 또는 분쟁해결에 관한 추가적 조건 또는 상이한 조건은 청약 조건을 중대하게 변경하는 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 즉, CISG도 제19조 제1항에서는 전통적인 계약이론에 따라 계약상의 의무를 발생시키기 위하여는 상호합의, 달리 말하면 청약과 승낙의 정확한 합치를 필요로 함을 선언하고 있으나 제2항과 제3항에서는 제1항의 원칙에 대한 예외를 두어 승낙을 의도하고 있고 또 청약의 조건을 중대하게 변경하지 않는 추가적 또는 상이한 조건을 담고 있는 청약에 대한 응답은 승낙이 되어 그 응답에 대하여 청약자가 합리적인 기간 내에 이를 거절하지 않는 한 그 승낙에 기재된 조건에 따라 계약이 성립한다고 규정하고 있다. 따라서 청약의 조건을 중대하게 변경하지 않는 추가적 또는 상이한 조건이 담긴 승낙을 의도하는 응답이 도달하는 때에 계약은 성립하게 되는 것이다(CISG 제23조, 제18조 제2항 제1문, 제24조).³²⁾ 이러한 입장은 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (1)항 및 (2)항의 입장과 다음 몇 가지 점에서 차이가 있다. 첫째, 미국통일상법전 §2-207조 (2)항에 의하여 청약을 중대하게 변경하지 않는 응답에 담긴 추가적 내용이 계약의 일부가 되는 것은 상인³³⁾간의

31) 해당 원문은 아래와 같다.

CISG Article 19.

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

32) 피청약자의 응답이 중대한 변경을 초래하는 경우에는 이는 승낙이 되지 않고 반대청약을 구성하게 되는데 만약 원래의 청약자가 이러한 반대청약에 대하여 물품을 선적하거나 대금을 결제함으로써 응답을 한 경우에는 그러한 선적 또는 결제에 관하여 원래의 피청약자에게 통지함으로써 계약이 체결될 수 있을 것이다. Secretariat Commentary on CISG Article 19.

33) 미국통일상법전 §2-104조 (1)항은 상인(merchant)의 개념에 대하여 “특정 물품을 취급하는 자 또는 당해 거래에 관련된 관행이나 물품에 특유한 지식 또는 기술을 가진 것으로 직업상 알려진 자 또는 직업상 그러한 지식 또는 기술을 가진 것으로 알려진 대리인이나 중개인 또는 그 외의 매개인을 고용함으로써 그러한 지식이나 기술을 자신의 것으로 돌릴 수 있는 자”로 정의하고 있다.

매매의 경우에 한정되나³⁴⁾ CISG는 모든 국제물품매매계약에 적용된다는 점에 차이가 있다.³⁵⁾ 둘째, 미국통일상법전 §2-207조 (2)항의 계약의 일부가 되는 승낙에 부가된 조건은 추가적인 것에 한정되나³⁶⁾ CISG의 경우에는 추가적 조건은 물론 상이한 조건도 포함됨을 명문으로 밝히고 있다는 점에서 차이가 있다. 셋째, CISG 제19조 제3항은 청약의 조건을 중대하게 변경하는 예를 구체적으로 적시하고 있는 반면에 미국통일상법전 §2-207조에는 그러한 구체적인 기준을 두고 있지 않다(공식주석에 있는 예시는 별론으로 한다).³⁷⁾ 입법론으로는 청약의 조건에 대한 중대한 변경에 관한 구체적인 기준을 제시하고 있는 CISG의 입장이 보다 발전적인 것으로 평가할 수 있을 것이다. 넷째, 청약의 조건을 중대하게 변경하는 승낙은 CISG에서는 승낙이 아니라 반대청약이 되므로 계약이 성립하지 않음에 반하여 미국통일상법전에 의하면 계약은 성립하나 청약을 중대하게 변경하는 추가적 조건이 계약의 내용으로 되지 못한다는 점에서 차이가 있다.³⁸⁾

(라) 미국 계약법 제2차 Restatement 제61조

미국 계약법 제2차 Restatement 제59조는 “청약에 대한 승낙을 의도하기는 하지만 청약의 조건에 부가적 또는 상이한 조건에 대하여 청약자가 동의할 것을 조건으로 하는 청약에

한편 §2-104조 (3)항은 ‘상인간’을 “양 당사자가 상인의 지식 또는 기술을 가지고 책임을 지는 거래관계”로 정의하고 있다. 해당 원문은 아래와 같다.

(1) “Merchant” means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill.

(3) “Between Merchants” means in any transaction with respect to which both parties are chargeable with the knowledge or skill of merchants.

34) 미국통일상법전은 상인간의 매매에 한정하고 있으나 그 외 CISG, 미국 계약법 제2차 Restatement, PICC 및 PECL 모두 상인에만 적용된다는 제한을 두고 있지 않다.

35) 물론 CISG도 영업소가 상이한 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약을 규율하는 규범이고(CISG 제1조 제1항), 개인용·가족용 또는 가정용으로 구입된 물품의 매매에는 원칙적으로 적용되지 않으므로(CISG 제2조 (a)호 본문), 대개의 경우 그 규율대상인 당사자들이 상인일 것이어서 사실상 차이가 없을 수도 있다. 그러나 CISG는 그 적용 여부를 결정함에 있어서 당사자나 계약의 민사적·상사적 성격을 고려하지 않으므로(CISG 제1조 제3항), 상인이라는 용어 자체를 사용하고 있지 않는 반면 미국통일상법전 §2-207조 (2)항에는 상인이라는 개념을 기준으로 법률효과를 구분하고 있다는 점에 차이가 있다고 할 수 있다.

36) 상이한 조건에 대하여는 위에서 본 바와 같이 해석상의 다툼이 있다.

37) 기타 승낙을 의도한 응답에 담긴 추가적 조건이 계약의 일부로 되지 않는 예외에 대하여 CISG 제19조 제2항에는 청약의 조건을 중대하게 변경하는 경우와 부당한 지체 없이 그러한 응답에 대한 구두 또는 서면통지에 의한 반대가 있는 경우만을 적시하고 있는 반면에 미국통일상법전 §2-207조 (2)항에는 위 두 가지 경우 외에 청약이 그 청약의 조건에 대하여만 승낙할 것을 명시적으로 제한하고 있는 경우((a)항)도 규정하고 있으나 위 (a)항은 당연한 것이므로 CISG에서도 동일하게 해석되어야 할 것이다.

38) 상이한 조건의 경우 추가적 조건과 같이 보아야 한다는 견해와 knock-out rule이 적용되어야 한다는 견해 등이 대립하고 있으나 어느 입장을 취하더라도 미국통일상법전에 의할 경우 계약은 성립하게 된다는 점에서는 같은 입장을 취하고 있으므로 이 점에서 CISG와 차이가 나게 된다.

대한 응답은 승낙이 아니고 반대청약이다.”라고 규정함으로써 승낙은 청약의 거울이미지 (mirror image)이어야 한다는 common law상의 입장을 채택하고 있다.³⁹⁾ 한편 미국 계약법 제2차 Restatement 제61조는 “청약의 조건을 변경하거나 그 조건에 대한 추가를 요청하는 승낙은 그 승낙이 변경되거나 추가된 조건에 대한 동의를 요건으로 하지 않는 이상 그로 인하여 무효가 되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 그리고 위 조문에 대한 주석에는 승낙은 명확하여야 하나 제시된 조건에 대한 변경을 요청하는 것이 단지 포함된 것만으로는 그것이 계약을 성립시키는 것을 방해하지 않는다고 한다. 그리고 그 예로서 A가 B에게 어떤 가격에 강철 100톤을 매도하겠다고 청약함에 대하여 B가 응답하기를 “당신의 청약을 승낙한다. 만약 당신이 25톤씩 매주 분할하여 인도할 수 있다면 그렇게 해주기를 바란다.”라고 응답한 경우 계약은 성립하되 A는 분할인도에 구속되지 않는다고 한다. 즉, 미국 계약법 제2차 Restatement 제61조는 전통적인 common law의 mirror image rule을 고수하지 않고 청약의 조건에 대한 변경 또는 추가를 요청하더라도 그러한 변경 또는 추가를 조건으로 하지 않는 한 그 청약과 승낙의 불일치에도 불구하고 계약이 성립하며 이 경우 변경 또는 추가 부분은 계약의 내용으로 되지 아니한다는 입장을 취하는 것으로서 개정 전 미국통일상법 전 §2-207조 (1)항과 같은 내용으로 해석된다. 미국 계약법 제2차 Restatement에는 청약의 조건에 대한 추가적 또는 상이한 조건이 계약의 내용으로 되는 경우에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

(마) PICC 제2.1.11조 제2항

PICC 제2.1.11조 제1항은 “승낙을 의도하고 있으나 추가, 제한 또는 다른 변경을 포함한 청약에 대한 응답은 청약에 대한 거절임과 동시에 반대청약이 된다.”라고 원칙을 규정하고, 제2항에서는 “그러나 승낙을 의도하고 있으나 청약의 조건을 중대하게 변경하지 않는 추가적 또는 상이한 조건을 포함한 청약에 대한 응답은 청약자가 부당한 지체 없이 그 불일치에 대하여 거절하지 않는 한 승낙이 된다. 청약자가 거절하지 않는 경우에는 그 계약의 조건은 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약의 조건으로 된다.”라고 규정함으로써 제1항에 대한 예외를 인정하고 있다.⁴¹⁾⁴²⁾ 위 제2항의 내용은 CISG 제19조 제2항의 규정과 거의 유사

39) Henry Deeb Gabriel, *Contracts for The Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, 2004, p. 75. CISG 제19조 제1항도 같은 내용을 규정하고 있다.

40) 해당 원문은 아래와 같다.

§61. Acceptance Which Requests Change of Terms

An acceptance which requests a change or addition to the terms of the offer is not thereby invalidated unless the acceptance is made to depend on an assent to the changed or added terms.

41) 해당 원문은 아래와 같다.

PICC Article 2.1.11 (Modified Acceptance)

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

한데 이는 PICC와 CISG 양자 공히 다루는 사항(issue)에 대하여는 PICC가 CISG를 따르기 때문이다.⁴³⁾ PICC 또한 청약의 조건에 대한 추가적 또는 상이한 조건이 계약의 내용으로 되는 구체적인 경우에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으나 주석의 예시에는 A가 B에게 기계를 주문하는 청약을 하면서 “그 기계는 A의 영업장에서 시험가동되어야 한다.”라는 조건에 대하여 B가 주문확인서(acknowledgement of order)에서 위 청약에 대한 수락을 하면서 다만 “B도 그 기계의 시험가동현장에 참석하기를 원한다.”라는 조건을 추가한 경우에는 청약을 중대하게 변경하는 것이 아니지만, 만약 B의 주문확인서에 중재조항이 추가된 경우에는 중대한 변경에 해당한다고 한다. 그러나 그러한 중재조항의 삽입이 당해 상품거래 분야에서 표준적인 관행인 경우에는 그러한 조항 때문에 A가 기습을 당하는 것은 아니므로 청약의 조건을 중대하게 변경하는 승낙이 아니고, 따라서 A가 부당한 지체 없이 거절하지 않는 한 중재조항은 계약의 일부가 된다고 한다.⁴⁴⁾

PICC의 계약의 성립에 관한 규정은 CISG와 두 가지 점에서 차이를 보이고 있다. 첫째, PICC는 CISG 제19조 제3항에서 규정하는 청약의 중대한 변경에 해당하는 구체적인 예를 거시하고 있지 않다. 둘째, PICC는 CISG에는 없는 표준계약서식을 이용한 계약(standard terms contracts)에 대한 특별한 계약성립원칙을 규정하고 있다. PICC 제2.1.19조 제2항에 의하면 표준계약서식조건(standard terms)은 ‘일반적이고 반복적인 사용을 위하여 일방당사자에 의하여 사전에 준비된 그리고 타방당사자와의 협의 없이 실제로 사용되는 서식에 나타나는 (계약의 내용으로 기재한) 제반 조항들’로 정의된다.⁴⁵⁾ 즉, 표준계약서식조건은 서식전쟁(battle of forms)과 깊은 관련이 있는 것으로서 서론에서 상술한 바와 같이 양 당사자가 각자 자신에게 유리한 내용을 담아 이를 사전에 인쇄해두고 청약 또는 승낙시에 사용하는 서식에 기재되어 있는 것으로서 작성자가 이를 계약의 내용으로 삼고자 의도하는 것이다. 이러한 표준계약서식에 의한 계약에 대하여 PICC 제2.1.22조에서 “양 당사자 모두가 표준계약서식을 사용하고 그 각 표준계약서식에 기재된 조건을 제외하고는 합의에 도달한 경우에 있어서의 계약은 양 당사자가 합의한 조건과 양 당사자의 표준계약서식에 실질

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

- 42) 변경을 가한 승낙에 대한 이 조항의 내용은 1994년판 PICC와 동일하다.
- 43) PICC(1994) 서문(Introduction)에는 “당연히, PICC와 CISG가 공히 다루고 있는 문제에 관하여는 CISG(PICC의 고유한 성격과 범위를 반영하는데 적합한 한도 내에서의 수정을 포함)의 지침에 따른다(Naturally, to the extent that the UNIDROIT Principles address issues also covered by CISG, they follow the solutions found in that Convention, with such adaptations as were considered appropriate to reflect the particular nature and scope of the Principles).”라고 명시되어 있다.
- 44) 공식주석 제2항에 의하면 청약에 대한 중대한 변경인가 여부를 검토함에 있어서는 추가적 또는 상이한 조건이 그 거래 영역에서 흔히 이용되는 까닭에 청약자에 대한 기습(surprise)이 되지 않는 것인가 여부에 달려있다고 한다.
- 45) 이 내용은 1994년판 PICC 제2.19조 제2항과 동일하다.

적으로 공통하는 조건을 기초로 하여 체결된다. 다만, 일방당사자가 사전 또는 사후 그리고 부당한 지체 없이 상대방당사자에 대하여 자신은 그러한 계약에 구속될 의사가 없다는 내용을 통지한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 즉, 양 당사자가 표준계약서식을 사용하는 경우 각 서식상으로 충돌하는 조건은 서로를 상쇄시킴으로써 어느 조건도 계약의 일부가 되지 않으며, 만약 그렇게 충돌하는 조건들이 너무 많아 계약을 인정할 기초가 마련되지 않을 경우에는 그러한 합의는 동의 흡결로 인하여 성립하지 않게 될 것이다.⁴⁷⁾ 이렇듯 양 당사자 사이에 계약성립에 관한 일정한 정도의 합의가 있으나 그 세부적인 조건에 대하여 불일치가 있는 경우 양 당사자가 합의한 조건과 각자가 제시한 서식에 공통하는 조건을 그 성립한 계약의 내용으로 삼는 태도는 뒤에서 서술할 개정 미국통일상법전 §2-207조의 입장과 대체적으로 일치하는 것으로 보인다.

(바) PECL 2:208

PECL 2:208 (1)항에는 “청약의 조건을 중대하게 변경하는 추가적 또는 상이한 조건을 기재하거나 암시하는 피청약자의 응답은 거절인 동시에 새로운 청약이다.”라고 규정하고, (2)항에는 “청약에 대한 명확한 동의를 표시하는 응답은 청약의 조건을 중대하게 변경하지 않는 한 추가적 또는 상이한 조건을 기재하거나 암시하고 있더라도 승낙으로서 효력이 있다. 이 경우 추가적 또는 상이한 조건은 계약의 일부가 된다.”라고 규정하며, (3)항에는 “그러나 (a) 청약에서 청약의 조건에 대하여만 승낙하도록 명시적으로 제한하거나, (b) 청약자가 지체 없이 추가적 또는 상이한 조건에 대하여 거절하거나 또는 (c) 피청약자가 추가적 또는 상이한 조건에 대하여 청약자가 동의하는 것을 조건으로 승낙하고 그에 대한 동의가 합리적인 기간 내에 피청약자에게 도달하지 않은 경우, 그러한 응답은 청약의 거절로 취급된다.”라고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 즉, PECL은 CISG와 거의 동일한 내용을 규정하나 ‘청약의 조건에 대한

46) 해당 원문은 아래와 같다.

PICC Article 2,1.22 (Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

47) Gabriel, *op. cit.*, p. 77.

48) 해당 원문은 아래와 같다.

PECL Article 2:208 [Modified Acceptance]

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.

(3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if: (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or (b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or (c) the offeree makes its acceptance

‘중대한 변경’의 예시규정을 두고 있지 않는 점에서 CISG와 차이가 있는 한편 약관에 의한 계약의 성립에 관련한 규정을 두고 있는 점에서는 PICC와 동일하다. 즉, PECL 2:209에는 상호 충돌하는 약관(conflicting general conditions)⁴⁹⁾에 관하여 규정하고 있는데 그 (1)항에는 “청약과 승낙이 상호 충돌하는 약관을 원용하는 것을 제외하고는 당사자들이 합의에 이른 경우 그럼에도 불구하고 계약은 성립한다. 이 경우 약관은 실질적으로 공통하는 한도 내에서 계약의 일부가 된다.”라고 규정하고, (2)항에서는 “그러나 일방당사자가 (a) (1)항에 기초한 계약에 구속될 의사가 없음을 약관을 통하여서가 아닌 사전에 명시적으로 밝힌 경우 또는 (b) 지체 없이 상대방당사자에 대하여 그러한 계약에 구속될 의사가 없음을 통지한 경우에는 계약이 성립되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 한편 PECL 2:210에는 전문직업인(professional)의 서면확인에 관하여 “전문직업인들이 계약을 체결하였으나 이를 최종서면으로 구체화시키지 않은 경우, 일방이 그 계약을 확인하기 위한 목적으로 지체 없이 타방에게 발송한 서면에 추가적 또는 상이한 조건이 포함되었더라도 이는 계약의 일부가 된다. 그러나 (a) 그러한 조건이 계약의 조건을 중대하게 변경하는 경우 또는 (b) 위 서면의 수령인이 지체 없이 거절한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

(3) 평가

위에서 살펴본 바와 같이 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (2)항에 의하면 상인들 간의 거래에 있어서 승낙을 의도한 응답에 붙은 추가적 조건이 계약의 일부가 되는지 여부는 그 추가적 조건이 청약의 내용을 중대하게 변경하는가 여부에 따르게 되는데 개정 전 미국통일상법전 §2-207조의 공식주석 제4항과 제5항의 예시에도 불구하고 변경의 ‘중대성’이라는 불확정개념의 사용으로 인하여 개개의 사건마다 청약 내용의 중대변경성을 판단하기 위하여 소송이 이어지는 부작용을 낳게 되었다.⁵⁰⁾ 또한 상이한 조건에 대하여도 추가적 조건의 경우와 같이 해석하여야 할 것인가 아니면 knock-out rule이 적용되어 미국통일상법전의 보충조항에 의하여 보충되어야 할 것인가에 대하여 명확한 기준을 설정하지 않음으로써 논란의 소지를 제공하고 있는 것이다.

conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

49) PECL 2:209 (3)항에는 약관(general conditions of contract)을 ‘일정한 성격을 가진 모든 계약에 적용하기 위하여 사전에 작성하여 둔 그리고 당사자 사이에는 개별적으로 협의가 되지 않은 조건’으로 정의하고 있다.

50) Farnsworth, *op. cit.*, pp. 171-172.

III. 미국통일상법전의 개정조항 및 그에 따른 해결방식

1. 개정 미국통일상법전의 내용

개정 전 미국통일상법전 §2-207조는 개정 후 미국통일상법전 §2-206조 (3)항과 §2-207조로 나누어 규정되어 있다. 즉, 개정 전 미국통일상법전 §2-207조 (1)항은 개정 후 미국통일상법전 §2-206조 (3)항으로 위치를 변경함과 아울러 그 내용도 “기록상 명확하고 시기적 절한 승낙의 의사표시는 청약에 추가적 또는 상이한 조건이 포함되어 있더라도 승낙으로서 효력이 있다.”로 변경되었다.⁵¹⁾ 또한 개정 후 미국통일상법전 §2-207조는 ‘계약조건; 확인의 효과’라는 제목 하에 “2-202조⁵²⁾의 제한 하에서 만약 (i) 양 당사자의 기록만으로는 계약이 체결되었다고 할 수 없으나 그들의 행동으로는 모두 계약의 존재를 인식하고 있는 경우, (ii) 계약이 청약과 승낙에 의하여 성립한 경우 또는 (iii) 어떠한 방식에 의하여 성립된 계약이 기록에 의하여 확인된 한편 그 기록에는 위와 같이 확인된 계약내용 외에 추가적 또는 상이한 조건을 포함되어 있는 경우, 그 계약의 조건은 (a) 양 당사자의 기록에 공히 나타나는 조건과 (b) 기록에 있는지 여부를 불문하고 양 당사자가 합의한 조건 및 (c) 통일상법전의 각 조항에 따라 보충되거나 편입된 조건으로 구성된다.”라고 규정하고 있다.⁵³⁾

2. 개정 미국통일상법전 §2-206조 (3)항과 §2-207조의 의미

(1) 개정 §2-206조 (3)항의 의미

개정 미국통일상법전에서는 첫째, 개정 전 해당 조문에 있던 ‘written confirmation’을 삭제하였다. 이는 위에서 이미 언급한 바와 같이 ‘written confirmation’이라는 표현의 사용으로 인한 혼란을 제거한 것으로 타당한 것으로 평가된다.⁵⁴⁾ 둘째, 개정 전의 ‘a

51) 개정 미국통일상법전 §2-206조 (3)항의 원문은 “A definite and reasonable expression of acceptance in a record operates as an acceptance even if it contains terms additional to or different from the offer.”이다.

52) 미국통일상법전 §2-202조는 외부증거제법칙(parol or extrinsic evidence)에 대하여 규정하고 있다.

53) 해당 원문은 아래와 같다.

§2-207. Terms of Contract; Effect of Confirmation.

Subject to Section 2-202, if (i) conduct by both parties recognizes the existence of a contract although their records do not otherwise establish a contract, (ii) a contract is formed by an offer and acceptance, or (iii) a contract formed in any manner is confirmed by a record that contains terms additional to or different from those in the contract being confirmed, the terms of the contract are:

(a) terms that appear in the records of both parties;
 (b) terms, whether in a record or not, to which both parties agree; and
 (c) terms supplied or incorporated under any provision of this Act.

definite and seasonable expression of acceptance(명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시)’ 뒤에 ‘in a record(기록을 통한)’가 추가되었다. 여기서의 ‘기록(record)’은 2003년 미국통일상법전 개정 시 서면(writing)을 대체하나 서면보다는 수단중립적(medium-neutral) 개념으로 새로이 사용된 용어로서 ‘유형적 수단에 기재되거나 전자적 또는 기타 수단에 의하여 저장되어 인식할 수 있는 형식으로 검색할 수 있는 정보’로 정의되고 있다.⁵⁵⁾ 즉, 청약은 구두 또는 기록의 어떠한 형식으로 이루어지더라도 상관이 없으나 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시는 반드시 기록의 형태로 이루어져야만 하는 것이다. 셋째, 개정 전의 ‘승낙이 추가적 또는 상이한 조건에 대한 청약자의 동의를 명백히 조건으로 하는 것이 아닌(unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms)’이라는 문구를 삭제하였다. 이 문구는 피청약자가 “내가 제시한 조건으로만 계약하겠다”는 뜻을 명시한 의사표시⁵⁶⁾로서 이러한 의사표시가 있는 경우에는 ‘명확한(definite)’ 승낙의 의사표시가 될 수 없으므로 제외시키는 것은 당연하다는 인식에서 삭제한 것이다.⁵⁷⁾ 결국 개정 미국통일상법전 §2-206조 (3)항은 기록형태로 이루어진 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시는 그 의사표시 속에 청약에 추가한 또는 청약의 조건과는 상이한 조건이 포함되어 있는 경우에도 승낙으로서 효력이 있고 따라서 계약이 성립하게 된다는 의미로 정리할 수 있을 것이다.

(2) 개정 §2-207조의 의미

개정 미국통일상법전 §2-207조는 계약이 성립되었음을 전제로 하여 그 계약의 내용을 확정하기 위하여 규정된 것이다.⁵⁸⁾ 즉, (i) 양 당사자 공통의 계약존재 인식행위, (ii) 청약과 승낙에 의한 계약체결, 또는 (iii) 추가적 또는 상이한 조건을 불인 기록에 의한 계약화 인행위 중 어떤 경우에 해당하든 상관없이 일단 계약이 성립한 경우에 있어서 계약의 구체적인 내용을 구성하는 기준을 제공하고 있다.

(a)항은 양 당사자가 모두 계약의 체결 또는 확인에 있어서 기록을 이용한 경우에만 적용되는 것으로, 이 때 양 당사자의 기록에 공통적으로 나타나는 조건이 계약의 일부가 된다. (a)항은 기록형태의 청약과 기록형태의 승낙에 의한 계약의 성립의 경우에는 물론이고 양 당사자가 구두로 계약을 하고 각자가 기록형태의 확약서를 서로에게 보낸 경우에도 마찬가

54) 개정 전의 미국통일상법전 §2-207조 (1)항의 written confirmation은 승낙의 의미로서가 아니라 개정 미국통일상법전 §2-207조 (iii)호에서 ‘기록에 의한 계약 확인(confirmed by a record)’으로서의 본래의 의미로 사용되고 있다.

55) 미국통일상법전 §2-103조 (1)항 (m)호.

56) 이를 express my terms only clause라고도 표현한다. Gabriel, *op. cit.*, p. 81.

57) *Ibid.*

58) 공식주석 제2항 제2문. 개정 전과는 달리 계약의 성립문제는 개정 미국통일상법전 §2-204조 또는 §2-206조에 의하고 개정 §2-207조는 계약이 성립된 경우를 전제로 한 계약내용의 확정문제만을 다루고 있다.

지로 적용된다. 만약 계약의 체결 또는 확인에 있어서 양 당사자 모두 또는 일방당사자만이 기록을 이용한 경우에는 (a)항은 적용되지 않고 (b)항과 (c)항에 의하여 계약의 조건이 결정된다.

(b)항은 개정 전의 §2-207조에 따라 도출되는 결론을 변경하기 위하여 의도된 것이다.⁵⁹⁾ 예컨대 매수인이 기록을 통한 매수청약을 하고 매도인이 기록을 통하여 추가적 또는 상이한 조건을 포함한 승낙을 한 후 물품을 인도하고 매수인은 이를 수령, 보유하는 경우를 상정할 때 common law에 의하면 매도인의 승낙은 반대청약이 되고, 매수인의 물품수령이 승낙으로 평가될 것이다. 한편 개정 전의 §2-207조에 의하면 위의 예에서 ① 매수인과 매도인 중의 일방이 상인이 아닌 동시에 승낙에 포함된 조건이 추가적 조건일 경우에는 계약은 청약의 조건에 따라 성립하고 승낙에 포함된 추가적 조건은 청약자가 동의하지 않는 한 계약의 일부가 되지 못하고 단지 계약에 부가된 제안으로 취급되고, ② 매수인과 매도인 양자가 상인이 동시에 승낙에 포함된 조건이 추가적 조건일 경우에는 청약자가 청약의 조건에 명시적으로 한정하였는가, 추가적 조건이 청약의 조건을 중대하게 변경하는가 또는 그러한 승낙 전에 이미 거절통지를 하였거나 승낙의 통지를 수령한 후 합리적인 기간 내에 거절의 통지를 하였는가 여부에 따라 추가적 조건이 계약의 일부가 되는지 여부가 결정될 것이다, ③ 승낙에 포함된 조건이 상이한 조건일 경우에는 이를 추가적 조건과 같이 파악하는 입장과 knock-out rule이 적용된다는 입장에 따라 그 결론이 달라지게 된다. 그러나 개정 §2-207조에 의하면 이 경우 (a)항에 따라 청약과 승낙의 기록상 공통되는 조건이 계약의 일부가 될 뿐이고 나머지 조건은 (c)항에 따라 미국통일상법전에 의하여 보충되거나 편입되는 조건에 의하게 되는 것이다. 즉, (b)항은 양 당사자가 실제로 합의한 조건만이 계약의 내용이 된다고 하므로 위의 예에서 합의되지 않은 추가적 또는 상이한 조건은 계약의 내용이 될 수 없다는 결론에 이르게 되는 것으로서, 이는 매수인과 매도인이 상인인지 여부나 승낙에 포함된 조건이 추가적인지 아니면 상이한 조건인지 여부와 전혀 무관하다. 다만, 여기서의 ‘합의(agreement)’에는 양 당사자의 구두합의는 물론이고, 일방당사자의 기록에 있는 조건에 반대당사자가 구속받고자 의욕한 경우⁶⁰⁾도 포함된다. 또한 위의 합의는 이행과정, 거래과정 및 무역관습으로부터 도출되는 내용들을 포함할 수 있다.⁶¹⁾

59) Gabriel, *op. cit.*, p. 82.

60) 양 당사자가 기록을 송부하는 경우에도 두 기록의 한 쪽에만 나타나는 추가적 또는 상이한 조건에 대한 비언어적 합의가 있을 수 있다고 하면서 예컨대 양 당사자의 서식들은 70만개의 너트와 볼트의 매매를 요구하는데 매수인의 매수주문서 또는 다른 기록에는 그러한 너트와 볼트가 제대로 작동하는지에 대하여 확인해보기 위하여 샘플에 대한 시험을 조건으로 한 경우, 매도인이 매수인에게 한 개의 조그만 샘플을 송부하는 것은 매수인의 조건에 대한 동의로 해석될 수 있을 것이라고 한다(공식주석 제3항). 여기서도 알 수 있는 바와 같이 합의 또는 동의 여부에 대하여는 법원이 당사자가 행한 각종의 언어적 또는 비언어적 행동을 해석함으로써 판단하게 되는 만큼 법원은 폭넓은 재량을 가지게 된다. 공식주석 제3항 및 Jeffrey T. Ferriell · Michael J. Navin, *Understanding Contracts*, LexisNexis, 2004, p. 245.

61) 그러나 특정한 조건을 반복적으로 사용하거나 상대방의 기록에 있는 조건에 대하여 거절함이 없이 거래를 해왔다는 것만으로는 이행과정, 거래과정 또는 거래관습을 창설하였다고 하기에는 불충분하다. 공식주석 제4항.

(c)항은 성립된 계약의 조건을 확정하는 마지막 기준을 제시하고 있다. 즉, (c)항은 성립된 계약의 내용을 확정함에 있어서 먼저 양 당사자의 기록에 공통하는 조건, 양 당사자가 합의한 조건의 순서로 계약의 내용을 채워가되 그럼에도 불구하고 계약의 조건의 일부가 불명확한 경우에는 통일상법전의 특정조항에 의하여 보충 또는 편입되는 조건이 계약의 조건이 된다고 한다. 여기서 말하는 통일상법전의 보충 또는 편입조건은 미국통일상법전 §2-305조의 가격조건, §2-306조의 수량조건, §2-308조의 인도장소조건, §2-309조의 인도시기, §2-310조의 지급시기와 지급장소조건, §2-503조의 매도인의 인도조건, §2-509조의 손해 위험조건, §2-511조의 매수인의 지급조건, §2-513조의 매수인의 물품검사조건 등을 지칭하는 것으로서 이를 ‘gap filler provision(흡결보충조항)’이라고 부른다. 한편 개정 미국통일상법전 개정 §2-207조 (c)항에서 ‘통일상법전의 특정조항에 의하여 보충되거나 또는 편입되는 조건(terms supplied or incorporated under any provision of this Act)’⁶²⁾에 대하여 Gabriel은 ‘보충조건(supplied terms)’을 ‘implied-in-law terms(법률상 의제되는 조건)’로, ‘편입조건(incorporated terms)’을 ‘implied-in-fact terms(사실상 추정되는 조건)’으로 각각 표현하고 있다.⁶³⁾

3. 개정 미국통일상법전의 해결방식 –knock-out rule의 통일적 적용

개정 미국통일상법전에서는 계약의 성립과 성립한 계약의 조건확정의 문제를 분리하여 규정하고 있다. 청약과 승낙에 의한 계약의 성립에 관하여는 개정 §2-206조 (3)항을 두어 청약조건에 추가적 또는 상이한 조건이 포함된 의사표시이더라도 그것이 기록형태로서 명확하고 시기적절한 승낙의 표현인 경우에는 승낙으로서 효력이 있다고 하여 전통적인 mirror image rule을 수정하여 계약의 성립을 인정하고 있다. 계약성립에 관한 mirror image rule의 수정입장은 개정 전 미국통일상법전의 입장도 마찬가지였으나 개정 전 §2-207조 (1)항은 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시이면 모두 승낙이 된다고 한 데 반하여 개정 §2-206조 (3)항은 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시가 ‘기록형태(in a record)’로 이루어진 경우에만 승낙으로서의 효력을 부여한 점에서 차이가 있는 것이다. 이렇게 개정법에서 ‘기록형태’라는 제한을 추가한 이유는 승낙의 의사표시가 있었는지 여부와 그 의사표시가 명확하고 시기적절한 것인지 여부를 명백히 하는 사전적 조치를 함과 아울러 이에 관하여 다툼이 있는 경우를 대비하여 사후적 심사를 명료하게 하기 위한 것으로 보인다.

다음으로 개정 §2-207조는 성립한 계약조건의 확정문제를 다루고 있다.⁶⁴⁾ 개정 전의

62) 개정 전 §2-207조 (3)항에서는 이를 ‘통일상법전의 다른 특정조항에 따라 편입되는 보충조건(any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act)’이라고 표현하였다.

63) Gabriel, *op. cit.*, p. 82. Implied-in-law terms는 사건의 사실관계로부터 도출될 수 있는 추론에 의하여서가 아니라 법작용(operation of law)에 의하여 제공되는 조건인 한편 implied-in-fact terms는 사건의 사실관계로부터 추론되는 조건으로 서로 구별되기는 하나 구별의 실익은 별로 없다. Farnsworth, *op. cit.*, p. 521.

§2-207조 (2)항과 (3)항도 성립한 계약내용의 확정기준을 제시하고 있었으나 개정 전 §2-207조 (2)항에는 청약과 승낙에 의한 계약의 내용을, 그리고 §2-207조 (3)항에는 당사자의 행위에 의한 계약의 내용을 각각 다른 기준에 의하여 확정하였다. 즉, 개정 전 §2-207조 (2)항은 청약과 승낙 방식의 계약에 있어서 당사자의 어느 일방이 상인이 아닌 경우 승낙에 포함된 추가적 조건은 단지 계약에 의한 추가적 제안으로만 간주되어 계약의 내용으로 되지 않는 한편 당사자 쌍방이 상인인 경우 승낙에 포함된 추가적 조건은 계약의 내용이 되나 다만 ① 청약에서 명시적으로 청약조건에 한정한 경우, ② 추가적 조건이 청약을 중대하게 변경하는 경우 및 ③ 추가적 조건을 포함한 승낙에 대하여 이미 거절통지를 하였거나 또는 승낙의 의사표시를 수령한 후 상당한 기간 내에 청약자가 그러한 조건에 대한 거절을 통지한 경우에는 추가적 조건은 계약의 내용으로 되지 못하도록 하였다. 한편 청약에 포함된 상이한 조건에 대하여는 위에서 살펴본 바와 같이 분명한 기준을 제시하지 않음으로써 혼란이 있었으며 이에 대하여는 견해의 대립이 있었다. 또한 개정 전 §2-207조 (3)항은 당사자의 행위에 의한 계약에 있어서 ① 양 당사자의 서면상 합치하는 조건과 ② 통일상법전의 다른 조항에 의하여 편입되는 보충조건이 계약의 내용이 되는 것으로 하였다. 그러나 개정 §2-207조는 개정 전과는 달리 계약이 당사자들의 행위에 의하여 성립하든 청약과 승낙에 의하여 성립하든 또는 어떠한 방식으로 성립한 계약에 대하여 추가적 또는 상이한 조건이 부가된 서면확인에 의한 확인이 이루어진 경우이든 이를 구별하지 아니하고, 성립한 계약의 내용은 (a) 양 당사자의 기록에 공통으로 나타나는 조건, (b) 기록형태로든 아니든 상관없이 양 당사자가 합의한 조건 및 (c) 통일상법전에 의하여 보충되거나 편입되는 조건에 대하여 확정되는 것으로 규정하였다. 그리고 이 기준은 개정 전과는 달리 당사자가 상인인지 여부나 청약과 승낙에 의한 계약의 성립에 있어서 그 승낙에 포함된 부가적 조건이 추가적 조건인지 아니면 상이한 조건인지 여부와도 전혀 무관하게 일률적으로 적용된다. 이러한 개정 §2-207조의 취지는 어떻게 계약이 성립하였던 간에 양 당사자의 기록에 공통하는 조건과 양 당사자가 합의한 조건 외의 추가적 또는 상이한 조건들은 knock-out rule에 따라 서로 충돌하는 범위 내에서 모두 배척되고 그 대신 미국통일상법전의 보충 또는 편입조건에 의하여 결정하겠다는 것으로 이해된다.

4. 개정 미국통일상법전의 입장에 대한 평가

개정 전 §2-207조 (1)항은 명확하고 시기적절한 승낙의 의사표시 또는 상당한 기간 내에 발송된 확인서는 그 의사표시 또는 서면확인에 청약내용 또는 합의내용에 추가적 또는 그와 상이한 조건이 포함되어 있다고 하더라고 그러한 추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 명시하지 않은 한 승낙으로 효력을 가진다고 하여 common law의 대원칙인 mirror image rule을 폐기하여 가급적 계약의 성립을 폭넓게 인정하였다. 이어 개정 전

64) 한편 §2-207조의 공식주석에는 추가적 조건에 관하여 당사자 사이에 합의가 있었는지 여부를 결정하는 지침도 제공하고 있다.

§2-207조 (2)항에서는 청약과 승낙에 의하여 성립한 계약에 있어서 당사자 모두가 상인이 아닌 한 추가적 조건에 대하여는 이를 단순한 제안으로 취급하여 청약조건에 따라 계약내용이 확정되도록 함으로써 first-shot rule을 채택하고, 당사자 쌍방이 상인인 경우에는 ① 원칙적으로 승낙조건에 따라 계약의 내용이 확정되도록 하며,⁶⁵⁾ ② 예외적으로 청약조건에 한정하거나 청약의 조건을 중대하게 변경하거나 청약자가 이미 또는 상당기간 내에 거절통지를 한 경우에는 추가적 조건은 계약의 내용이 되지 못한다고 하여 first-shot rule이 적용되도록 하였다.⁶⁶⁾ 그리고 개정 전 §2-207조 (3)항에서는 당사자들의 행위에 의하여 성립된 계약의 경우에는 당사자들 사이에 서면으로 합의된 내용 외에 추가 또는 충돌하는 조건은 제외 또는 배척되고 이 부분에 대하여는 미국통일상법전의 보충규정에 따라 내용이 확정된다고 하여 knock-out rule을 채택하였다.

개정 §2-206조 (3)항은 명확하고 시기적절한 기록형태의 승낙의 의사표시가 있으면 설령 그 의사표시에 추가적 또는 상이한 조건이 포함되어 있다고 하더라도 승낙으로서의 효력을 인정함으로써 계약이 성립되는 범위를 확장하는 개정 전의 입장을 재확인하되 위에서 살펴본 바와 같은 문제점을 지닌 ‘서면확인(written confirmation)’이라는 문구와, 당연한 것으로 생각되었던 ‘추가적 또는 상이한 조건에 대한 동의를 조건으로 명시하지 않은 한’이라는 문구를 삭제함으로써 보다 정리된 모습을 갖춘 것으로 평가된다. 또한 개정 §2-207조는 어떠한 방식으로든 계약이 성립한 경우 그 계약내용은 (a) 양 당사자의 기록에 공통으로 나타나는 조건, (b) 기록형태로든 아니든 무관하게 양 당사자가 합의한 조건 및 (c) 통일상법전에 의하여 보충되거나 편입되는 조건에 의하여 확정되는 것으로 하여 knock-out rule을 단일한 기준으로 채택하고 있다.

이상의 개정법의 입장을 요약하면 개정 전과 같이 계약의 성립은 용이하게 하되 개정 전과는 달리, 성립한 계약조건의 확정에는 knock-out rule이라는 단일한 기준을 통일적으로⁶⁷⁾ 적용하겠다는 것이 될 것이다. 생각건대 미국통일상법전이 개정 전후를 막론하고 가급적 계약이 성립된 것으로 취급하려는 기조는 옳다. 청약과 승낙의 엄격한 일치에 의하여 서면 계약이 성립한다는 mirror image rule을 고수할 경우 경우에 따라서는 엄격한 일치가 이루어지지는 않았으나 당사자들의 인식이나 행위에 의하여 또는 진행과정상 mirror image rule에 부합하지 않았기 때문에 계약이 성립하지 않았다고 할 수는 없는 예외적인

65) 그렇다고 하여 이것이 last-shot rule을 채택한 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 last-shot rule은 mirror image rule을 기본전제로 하여 청약과 다른 승낙은 청약의 거절인 동시에 새로운 청약, 즉 반대청약이 되고, 이러한 반대청약에 대하여 원청약자가 이의 없이 물품을 수령하는 등의 행위를 할 때 반대청약을 승낙한 것으로 보는 원칙임에 반하여 이 경우는 mirror image rule을 폐기하고 있을 뿐만 아니라 청약자의 청약과 청약의 조건에 추가적 조건이 있는 승낙만 있는 상태에서 승낙조건이 계약내용이 된다는 점에 차이가 있기 때문이다. 다만, last-shot rule과 비슷한 결론에 도달하는 것은 사실이다.

66) 상이한 조건에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않아 견해가 대립하여왔음에 대하여는 누차 기술한 바와 같다.

67) 즉, 서식전쟁상황을 포함하여 계약이 어떤 방식으로 성립하였는지 여부에 상관없이 knock-out rule을 적용한다(개정 §2-207조의 공식주석 제1항).

경우가 존재할 수 있기 때문이다. 다만, 문제는 그러한 경우에 성립한 계약의 내용, 즉 구체적인 계약조건은 어떤 것이냐 하는 것이다. 이 부분에 대하여 개정 전의 미국통일상법전 §2-207조는 계약성립의 유형에 따라 청약과 승낙에 의한 계약의 성립에는 (2)항을 두어 계약당사자 쌍방이 상인인가 아니면 적어도 일방은 비상인(非商人)인가 여부 및 청약에 불일치하는 조건이 추가적인가 아니면 상이한 것인가 그리고 그러한 불일치조건이 중대한 것인가 아닌가 등에 따라 계약내용을 확정하는 기준을 달리 규정하는 한편 행위에 의한 계약의 성립에는 (3)항을 두어 당사자간의 서면합의와 미국통일상법전에 의한 보충조건으로서 계약 내용을 확정하도록 하는 여러 기준을 제시하였고 이로 인하여 많은 혼란이 초래되어 왔다. 이에 반하여 개정법은 knock-out rule이라는 단일한 기준을 채택하였는바 이로써 지금까지의 혼란을 제거할 수 있을 것으로 기대된다.⁶⁸⁾ 그러나 다양한 기준의 채택으로 인한 기존의 혼란을 제거하였다고 하여 더 이상 아무런 문제가 없는 것은 아니다. 첫째, 양 당사자의 기록에 공통적으로 나타나는 조건과 양 당사자가 (기록의 형태이든 아니든) 합의한 조건을 제외한 나머지 조건은 모두 미국통일상법전에 의하여 보충된다고 한다면 양 당사자가 계약의 과정을 둘러싸고 상대방에게 일방적으로 제시한 기록 또는 구두형태의 조건은 나름대로는 유의미(有意味)한 것임에도 불구하고 전후사정에 상관없이 상대방의 조건과 충돌한다는 이유만으로 모두 배척되는 결론에 도달하게 된다. 이는 당사자의 의사표시를 무시한다는 지적을 받을 수도 있을 뿐 아니라 악용될 소지를 제공할 수 있는 위험이 있다. 예를 들어 피청약자는 청약자와의 거래를 원하면서도 청약의 제조건 중 일부를 피청약자에게 유리하게 변경하기 위한 의도로 청약과 상이한 조건을 기재하고 거래를 진행함으로써 후일 청약시에 제시된 조건과 피청약자가 제시하였던 상이한 조건이 서로 배척되고, 미국통일상법전에 따른 흡결보충조항으로 그 부분을 보충하도록 할 수도 있을 것이다. 둘째, 미국통일상법전상의 흡결보충조항의 완전성에 대한 의문이 있다. 양 당사자의 기록에 공통적으로 나타나는 조건과 양 당사자가 (기록의 형태이든 아니든) 합의한 조건으로 계약조건이 완전해지지 않을 경우 마지막으로 미국통일상법전에 의하여 보충되거나 편입되는 조건으로 계약내용이 채워지게 되는데 이 경우 과연 미국통일상법전이 그 기능을 완벽히 행할 수 있는가가 문제인 것이다. 만약 불완전하다면 결국 계약내용확정의 마지막 보루가 불완전하다는 것이 되어 문제이지만 설령 완전하다고 하더라도 문제가 있다. 미국통일상법전상의 흡결보충조항의 일부는 흡결이 있는 경우 구체적인 기준을 제시하기도 하지만⁶⁹⁾ 상당부분은 합리성이라는 추상적 기준을 설정해두고 있을 뿐이다.⁷⁰⁾ 이러한 ‘합리성’의 기준은 추상적이기 때문에

68) 다만 아직 미국의 어느 주도 개정조항을 채택한 바 없으므로 아직은 현실화되지 않은 예측일 뿐이다.

69) 예컨대 미국통일상법전 §2-308조의 경우 특정장소에서 인도하기로 하는 약정이 없는 경우의 인도장소에 관한 기준으로 매도인의 영업소나 매도인의 영업소가 없는 경우에는 매도인의 거소 등으로 구체적인 규정을 두고 있다.

70) 예컨대 미국통일상법전 §2-305조는 가격조건에 대한 보충조항으로서 인도기의 ‘합리적(reasonable)’ 가격, 미국통일상법전 §2-306조는 생산전량 또는 필요전량공급계약에서의 생산전량 또는 필요전량의 구체적 수량에 대한 보충조항으로서 ‘신의칙상(in good faith)’의 실제 생산전량 또는 필요전량, 미국통일상법전 §2-309조는 선적 또는 인도시기에 대한 보충조항으로서 ‘합리적(reasonable)’

당사자 사이에 합리적인 것인가에 대한 다툼이 있을 수 있고, 이는 결국 법원에 의하여 그 당부가 결정될 것이다. 그렇게 될 경우 성립될 계약의 구체적 내용에 대한 당사자들의 예측 가능성이 떨어지게 됨으로써 당사자들로 하여금 계약을 기피하거나 또는 당사자들을 위축 시키는 현상이 초래될 수도 있을 것이다.

IV. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 계약의 성립과 성립된 계약조건의 확정 문제에 관하여 미국 통일상법전은 2003년 개정을 전후하여 큰 변화를 가져왔다. 즉, 개정 전에는 계약의 성립 문제와 내용확정 문제를 §2-207조에 같이 담아 규율하면서 승낙의 의사표시에 청약조건에 대한 추가적 조건이 포함된 경우 계약당사자가 모두 상인인 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 계약당사자가 모두 상인인 경우에는 그 추가적 조건이 청약조건을 중대하게 변경하는 등의 예외적인 사유가 없는 한 계약의 내용이 되도록 하고, 계약당사자의 일부가 비상인인 경우나 위의 예외적인 사유가 있는 경우에는 단순한 제안으로 취급하도록 규정하는 한편 행위에 의한 계약성립의 경우에 그 내용은 당사자의 서면합의 외에는 미국통일상법전에 따라 보충하도록 규정하였다. 한편 개정 후에는 계약의 성립문제는 미국통일상법전 §2-206조에, 계약내용의 확정문제는 §2-207조에 각각 나누어 규정하면서 계약성립을 용이하게 하기 위한 *mirror image rule*의 폐기기조는 개정 전의 입장을 대체적으로 유지하되 계약내용의 확정기준에 대하여는 개정 전의 다양한 기준을 폐기하고 *knock-out rule*이라는 단일한 기준을 통일적으로 적용하기로 그 입장을 변경하였다.

미국통일상법전의 2003년 개정내용 중에서 §2-207조의 *knock-out rule*의 단일기준 채택에 대하여는 아직 많은 논의가 있지는 않지만 과연 그것이 실효성 있는 개정인지 여부에 대하여는 위에서 논한 바와 같이 의문이 있으며, 개정한 지 수 년이 지난 오늘까지도 미국의 어떠한 주(州)도 개정안을 채택하지 않은 점도 이러한 의문과 관련이 있을 것으로 생각한다. 또한 미국통일상법전은 미국의 국내법이기는 하지만 CISG나 PICC 및 PECL 등과 같이 국제거래에 관한 강력한 규범력을 가지고 있다는 점에서 볼 때 다른 국제규범과 대체적으로 같은 입장을 취하다가 미국통일상법전의 입장만 달리함으로써 이로 인한 혼란도 예상된다.

이상과 같이 개정 미국통일상법전 §2-207조는 여러 가지 문제를 내포하고 있으므로 이에 대한 재검토가 필요할 것으로 생각한다.

시기, 미국통일상법전 §2-503조는 매도인의 인도제공방식에 대한 보충조항으로서 '합리적(reasonable)' 시간, 미국통일상법전 §2-513조는 매수인의 물품검사권에 대한 보충조항으로서 '합리적(reasonable)' 장소와 시간을 기준으로 각각 제시함으로써 '합리성(reasonableness)'이라는 추상적인 기준을 제시하고 있다.

◊ 주제어 ◊

미국통일상법전 § 2-207조, mirror image rule, 청약, last shot rule, 승낙, 추가적 조건, 상이한 조건, first shot rule, knock-out rule, CISG, PICC, PECL

◆ 참 고 문 현◆

1. 국내문헌

〈단행본〉

양명조, 「미국계약법」, 법문사, 1996.

오원석 · 최준선 · 허해관, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, 2006.

오세창, 「국제상거래계약법」, 학문사, 2004.

이기수 · 신창섭, 「국제거래법」, 세창출판사, 2010.

이은섭, 「국제거래법」, 부산대학교 출판부, 2006.

이태희, 「국제계약법」, 법문사, 2001.

사법연수원, 「미국민사법」, 사법연수원, 2000.

서정일, 「국제거래법」, 두남, 2001.

서현제, 「국제거래법」, 법문사, 2006.

석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010.

최준선, 「국제거래법」, 삼영사, 2008.

〈논문〉

김선국, “비교계약법적 관점에서 본 CISG: 앞으로의 과제”, 국제거래법학회, 「국제거래법연구」, 제 18집 제1호, 2009.

김효정, “국제물품매매계약상 서식전쟁의 해결방안에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 2009.

2. 외국문헌

〈Volumes〉

A. G. Guest et al., *Benjamin's Sale of Goods*(5th Ed.), Sweet & Maxwell, 1997.

E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999.

Henry Deeb Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, 2004.

James F. Hogg · Carter G. Bishop · Daniel D. Barnhizer, *Contracts*, Thomson West, 2008.

James J. White · Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*(5th Ed.), West Group, 2000.

Jeffrey T. Ferriell · Michael J. Navin, *Understanding Contracts*, LexisNexis, 2004.

Lon L. Fuller · Melvin Aron Eisenberg, *Basic Contract Law*, West Group, 1996.

Martin A. Frey · Terry H. Bitting · Phyllis Hurley Frey, *An Introduction to the Law of Contracts*(3rd Ed.), West, 2000.

Robert S. Summers · Robert A. Hillman, *Contract and Related Obligation*, Thomson West, 2006.

〈Articles〉

- Corneill A. Stephens, "On Ending the Battle of the Forms: Problems with Solutions", *Kentucky Law Journal*, Vol. 80, 1991/1992.
- Giesela Rühl, "The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 24, Spring 2003.
- John D. Wladis, "The contract formation sections of the proposed revisions to U.C.C. Article 2", *SMU Law Review*, Vol. 54, Spring 2001.
- Kevin C. Stemp, "A Comparative Analysis of the Battle of the Forms", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 15, University of Iowa College of Law, 2005.
- Linda J. Rusch, "Is the saga of the Uniform Commercial Code Article 2 Revisions over? A brief look at what NCCUSL finally approved", *Delaware Law Review*, Vol. 6, No. 1, 2003.
- William H. Danne, "What are additional terms materially altering contract within meaning of UCC §2-207(2)(b)", *American Law Report*, Vol. 72, 1976.

〈국문 초록〉

미국통일상법전(UCC) §2-207조 개정의 의미

– 계약의 성립 및 그 조건확정을 중심으로

안 강 현

미국통일상법전은 계약의 성립과 성립된 계약조건의 확정 문제에 관하여 2003년 개정을 통하여 그 입장을 크게 변경하였다.

즉, 개정 전에는 계약의 성립문제와 내용확정 문제를 §2-207조에 같이 담아 규율하면서 승낙의 의사표시에 청약조건에 대한 추가적 조건이 포함된 경우 계약당사자가 모두 상인인 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 계약당사자가 모두 상인인 경우에는 그 추가적 조건이 청약조건을 중대하게 변경하는 등의 예외적인 사유가 없는 한 계약의 내용이 되도록 하고, 계약당사자의 일부가 비상인인 경우나 위의 예외적인 사유가 있는 경우에는 단순한 제안으로 취급하도록 규정하는 한편 행위에 의한 계약성립의 경우에 그 내용은 당사자의 서면합의 외에는 미국통일상법전에 따라 보충하도록 규정하였다.

그러나 개정된 미국통일상법전은 계약의 성립문제는 미국통일상법전 §2-206조에, 계약 내용의 확정문제는 §2-207조에 각각 나누어 규정하면서 계약성립을 용이하게 하기 위한 mirror image rule의 폐기기조는 개정 전의 입장을 대체적으로 유지하되, 계약내용의 확정 기준에 대하여는 개정 전의 다양한 기준을 폐기하고 knock-out rule이라는 단일한 기준을 통일적으로 적용하기로 하였다.

이 논문에서는 미국통일상법전의 위와 같은 입장변경과 관련하여 개정 전후의 조문을 비교하면서 개정조문이 가질 수 있는 문제점에 대하여 검토하였다. 이를 행함에 있어서 CISG나 PICC 및 PECL 등과 같은 국제규범의 관련규정들에 대한 검토도 함께 하였다.

〈Abstract〉

The Meaning of the Revision to the UCC §2-207

–Focusing on the formation of the contract and the determination
of terms of the contract–

Gang Hyeon An

The Uniform Commercial Code(hereinafter referred to as the ‘UCC’) had significantly modified its stance concerning the formation of the contract and the determination of terms of the contract by the revision in 2003.

Prior to such revision, the UCC had regulated both the formation of the contract and the determination of terms in the same §2-207, in that if the expression of acceptance has the additional terms to the offer, the UCC had classified into two cases from the criteria whether or not the parties are both merchants. In case the parties are both merchants, such additional terms have incorporated into the terms of the contract provided it has not materially altered the terms of the offer, while either in case where not all the parties are merchants or in case where there are material alteration, such additional terms have been regarded as the simple proposals for addition to the contract, further regulating that in a contract-by-conduct situation, the terms of the contract shall be complemented according to the UCC except for the written agreement.

On the contrary, the revised UCC has ruled the formation of the contract in the UCC §2-206, separately from the determination of the terms of contract in the UCC §2-207, in that the revised UCC has maintained the previous stance on the abolishment of the mirror image rule to facilitate the formation of the contract, while it has adopted the single unified standard of the knock-out rule to fix the terms of the contract, by repudiating the diversified rules in the previous UCC.

This paper has scrutinized the problems likely to arise from the revision of the UCC by comparing the prior clauses with the revised ones, along with reviewing the relevant international regulations such as CISG, PICC as well as PECL.

◊ KEY WORDS ◊

Uniform Commercial Code §2-207, mirror image rule, offer, last shot rule, acceptance, additional term, different term, first shot rule, knock-out rule, CISG, PICC, PECL

항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 무과실 책임에 관한 소고

최준선*

[目 次]

I. 서언	IV. 책임한도
II. 상법 제6편 항공운송 제3장의 제정경과	V. 섭외적 적용 문제
III. 운송인의 엄격책임	VI. 단순한 공역통과로 발생한 손해
1. 무과실의 엄격책임	VII. 손해발생의 대상
2. 입법례	VIII. 결어
3. 테러에 의한 손해의 경우	

I. 서언

국제항공운송의 경우에는 1999년 몬트리올협약이 적용되지만, 국내항공운송의 경우에는 적용될 현재 법률이 없어서 항공사가 마련한 약관에 의하거나 몬트리올 협약 등 국제조약을 유추적용 할 수밖에 없는 문제점이 있다. 이러한 현실을 극복하기 위하여 정부는 항공운송편을 제정하여 이를 상법에 포함시키기로 하였다. 이로써 분쟁의 해결기준을 명확히 규정하여 당사자 간의 합리적이고 공정한 이해관계의 조절이 가능하게 된다. 이에 2008. 1. 28. 학계, 법조계 및 항공운송업계 대표로 구성된 ‘법무부 법무자문위원회 상법 항공운송편제정 특별분과위원회’가 구성되었는데, 이 위원회가 ‘상법 항공운송편 제정안’을 마련하였다. 정부는 이 항공운송편 제정안에 대하여 2008. 6. 25. 정부의 타 부처 및 학계, 항공업계 등 각계 관계자가 참석한 가운데 공청회를 개최하였고, 2008. 8. 입법예고절차를 거쳐 2008. 12. 31. 국회에 정부안으로서 ‘상법 일부 개정법률안’을 제출하여, 현재 법제사법위원회 제1 소위원회에서 심의 중이다. 필자는 법무부 상법 항공운송편 제정 특별위원회에 참여하였다. 이 상법 개정안은 2010년 11월 현재 국회를 통과하지 못하고 있는데, 11월 19일 국회 공청회가 예정되어 있어서 조속히 통과될 것으로 기대된다.

2008년 완성된 국내항공운송법 제정시안(이하 제정시안이라 한다)의 편제는 대체로 해상운송편의 편제를 참조하여, 제1장 통칙, 제2장 운송, 제3장 지상 제3자의 손해에 대한 책임 등 총 3개의 장을 두었다. 그런데 이 중 특히 제3장 지상 제3자의 손해에 대한 책임에 관

* 논문접수일 2010.11.10, 논문심사일 2010.12.01, 게재확정일 2010.12.22

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

한 규정의 삭제를 주장하는 논의가 있다.¹⁾ 그 내용은 주로 피해자에 대한 보상이 미흡하다는 데 초점을 맞추고 있는 한편, 항공운송인이 무과실 책임을 져야 한다는 점, 및 항공운송인이 테리에 의한 지상 제3자에 대한 손해까지 항공운송인이 책임을 부담하는 것은 부당하다는 점을 강조하고 있다. 따라서 이 문제에 대한 재검토가 반드시 필요할 것으로 생각된다.

II. 상법 제6편 항공운송 제3장의 제정경과

제정시안 제3장 지상 제3자의 손해에 대한 책임은 항공기에 의한 지상 제3자에 대한 손해에 관한 협약(로마협약, 1952)²⁾ 및 이에 대한 1978년의 개정의정서를³⁾ 입법모델로 하였다. 로마조약 체계는 “사문화된 조약”이라는 일각의 비판이 있다. 그러나 1952년 협약은 2006. 12. 31. 현재 48개국이 가입하였는데, 2008. 12. 31. 현재 49개국이 가입하여 최근에도 가입한 국가가 있다. 1978년 조약은⁴⁾ 2005. 1. 10. 현재 9개국이, 2006. 12. 31. 현재 10개국이, 2008. 12. 31. 현재 12개국이 가입하고 있어서 이 조약도 가입국 수가 아주 조금씩 늘어나고 있다. 그러므로 이들 조약이 사문화된 조약이라고 주장하는 것은 근거가 없다.

지상 제3자의 책임에 관한 부분을 입법하지 않고도 국내법, 즉 민법 불법행위법(제758조)에 의하여 해결할 수는 있다.⁵⁾ 민법에 의하면 항공기 운항자는 “실손해 전부에 대하여 배상책임”을 지게 된다. 그러므로 특별법이 없는 것이 오히려 피해자에게 유리할 수 있다. 그러나 민법에 의하면 피해자로서도 가해자의 고의 과실을 입증하여야 하기 때문에 피해자에게 상당한 부담을 주면서, 피해자에 대한 신속한 배상을 어렵게 한다. 일반적으로 피해자는 항공기술의 발달로 항공기의 고도의 복잡성 및 운항정보에의 접근의 어려움 등으로 피해자가 가해자의 고의 또는 과실을 입증하기는 매우 어렵다.⁶⁾ 따라서 신속하고 충분한 피해자 보상과 항공기 운항자에 대한 적절한 위험분산을 가능하게 해 주기 위하여 지상 제3자의 손해에 대한 책임에 관한 규정이 필요한 것이다. 그리고 이것은 운항자의 무과실 책임으로 나타난다. 이에 대한 반대급부가 운항자의 책임제한이다. 예컨대 항공기 운항 중 인구

1) 정진영, “항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 무과실책임의 도입 문제”, 법률신문, 2010. 6. 24. 참조.

2) Convention On Damage Caused By Foreign Aircraft To Third Parties On The Surface, Rome Convention, 1952, 이하 ‘로마협약’이라 한다.

3) Protocol To Amend The Convention On Damage Caused By Foreign Aircraft To Third Parties On The Surface, Signed At Rome On 7 October 1952, Signed At Montreal, On 23 September 1978, Montreal Protocol, 1978.

4) 1978년 협약 제2조에 의하면 이 협약은 5개국 이상이 가입하면 발효하므로 현재 발효되고 있다. 미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본 등은 아직 가입하지 아니하였다.

5) 김선이·권민희, “로마조약의 개정과 국내입법의 필요성에 관한 소고”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6, 4면.

6) 김선이·권민희, 상계논문, 21면; 김종복·맹성규, “로마조약의 현대화와 쟁점에 관한 고찰”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6, 35면.

밀집지역에 추락한 경우, 항공기 운항자가 과도한 책임을 져야만 한다. 이 문제를 운항자의 책임제한의 법리로 해결하고자 하는 것이다. 예로부터 항공산업과 해운산업의 보호와 육성을 위하여 항공운송인과 해상운송인의 책임을 제한하여 왔다. 이는 현재에도 타당하여, 항공운송인이나 선주 또는 해상운송인에게 무한책임을 지우자는 주장은 찾을 수 없다. 현재 몬트리올 협약에 의하면 항공운송의 경우에도(특히 물건운송인의 경우) 일정부분 운송인의 책임이 제한되고 있다.

III. 운송인의 엄격책임

1. 무과실의 엄격책임

제정시안 제930조는 항공기 운항자의 배상책임을 규정하는데, 그 제1항은 “항공기 운항자는 비행 중인 항공기 또는 항공기로부터 떨어진 사람이나 물건으로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상 손해를 입은 지상(지하, 수면 또는 수중을 포함한다)의 제3자에 대하여 손해배상책임을 진다.”라고 규정하여 항공기 운항자의 무과실책임을 규정하고 있다.

우선 지상 제3자에 대한 책임의 주체는 항공기 운항자이다. 운항자의 개념은 운송인과는 다른 개념으로 제2항에 규정되어 있다.⁷⁾ 책임의 성격은 항공기 운항자의 과실을 요하지 않는 엄격유한책임(absolute and limited liability)이다.⁸⁾ 따라서 항공기 운항자의 과실을 입증할 필요가 없으며, 인과관계(causality link)를 증명할 필요도 없다. 항공기 운항자는 불가항력(force majeure)의 경우에도 책임을 져야 한다. 본조의 입법모델은 로마협약 제1조인데,⁹⁾ 로마협약체계, 즉 1933년 협약, 1952년 협약 및 1978년 협약 모두 엄격책임(절대책임)을 규정하고 있다.¹⁰⁾ 엄격책임주의 아래서는 가해자에게 고의나 과실이 없더라도 가해자

7) ② 이 편에서 “항공기 운항자”란 사고 발생 당시 항공기를 사용하는 자를 말한다. 다만, 항공기의 운항을 지배하는 자(이하 “운항지배자”라 한다)가 타인에게 항공기를 사용하게 한 경우에는 운항지배자를 항공기 운항자로 본다.

8) Jose Tomas Baganha, “The Utilization of the World’s Air Space and Free Outer Space in the 21st Century”, The International Conference on Air and Space Policy. Law and Industry for the 21st. (Session 3: Special Subjects of International Air Transport), 1997, p. 5; Katsutoshi Fujita, op. cit., p. 58; 이강빈, 전계논문, 항공우주법학회지 제22권 제2호, 30면.

9) Rome Convention Article 1. Any person who suffers damage on the surface shall, upon proof only that the damage was caused by an aircraft in flight or by any person or thing falling there from, be entitled to compensation as provided by this Convention. Nevertheless there shall be no right to compensation if the damage is not a direct consequence of the incident giving rise thereto, or if the damage results from the mere fact of passage of the aircraft through the airspace, in conformity with existing air traffic regulations. – 제1항에 해당되는 협약 원문임. Nevertheless 이하는 제1항의 해석을 통하여 해결될 것으로 보아 조문화 하지 아니하였다.

의 행위에 의하여 손해가 발생하였으면 그것만으로 손해배상책임이 발생하는 것으로 하는 입법방식으로서,¹¹⁾ 피해자는 고의나 과실에 대한 증명이 필요 없이 손해발생사실만 증명하면 손해배상을 받을 수 있는 방식이다.¹²⁾ 1982년 영국의 민간항공법(Civil Aviation Act, 1982) 제3편 민간항공규정 제76조도 동일한 규정방식을 채택하고 있다. 다만, 후술하는 바와 같이 손해배상청구권자의 고의나 과실이 기여한 경우에는 그 정도에 따라 운송인의 책임은 감면할 수 있다.

그런데 무과실책임 원칙을 도입하는 것은 과실책임을 근간으로 하는 자유시장경제질서의 원칙에 반하고, 항공기 운항자와 일반 국민의 재산권을 침해하는 위험적 요소가 상당히 존재한다는 주장이 있다. 물론 항공사의 입장에서는 무과실책임이 부당하다고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 주장은 조약체계가 잘못되었다는 것인데, 이 주장은 세계 각국의 입법추세에 비추어 조금의 설득력도 없다. 위에서 언급하였다시피 몬트리올 조약도 여객운송인에 대하여 10만 SDR까지는 무과실·유한책임을 부과하고 있다. 다만, 10만 SDR을 초과하는 부분에 대하여는 무한책임을 부과함과 동시에 과실을 추정하도록 하고 있다.

이와 같이 무과실책임을 규정한 이유는 모두 항공사고로 인한 피해의 광범위성, 원인규명의 어려움 등을 고려한 것이다. 항공기 사고의 경우 피해자가 그 사고원인을 입증하기가 사실 불가능하기 때문에 운항자의 무과실책임을 인정하는 것이, 진정으로 피해자의 입장에서 현법이 보장하는 국민의 재산권을 보호하는 것이라고 본다. 참고로 2002. 4. 15. 김해에서 추락한 중국 민항기 사건에서 항공기 탑승 피해자의 유족들이 항공사를 상대로 제기한 손해배상소송의 대법원 판결이 무려 7년이 지난 2009. 12. 24. 선고된 바 있다.¹³⁾ 이는 여객운송에 적용될 특별법인 국제항공운송조약이 존재함에도 불구하고 항공사의 책임과 관련된 소송절차나 항공사의 과실유무에 판단에 지나치게 장기간이 소요된다는 것을 실증적으로 보여 준다. 현재 특별규정이 없는 지상 제3자의 손해에 대한 소송의 경우 불법행위로 인한 손해배상청구소송에 맡겨 지루한 소송을 수년 이상 끌고 가서 피해자에게 남은 것이 무엇일지 궁금하다. 요컨대 지상 제3자의 손해에 대한 배상책임 규정은 항공기 운항자의 무과실책임을 규정함으로써 소송상 사고 및 손해금액에 대한 입증과정을 생략하거나 단축할 수 있도록 하여 불의의 사고를 당한 국민의 손해를 신속히 배상하도록 하는 한편, 항공기 운항자의 이익을 보호하기 위하여 그 책임을 일정한 범위 내로 제한하도록 한 것으로 양쪽의 입장은 균형적으로 고려한 입법이다. 이것이 자유시장경제질서의 원칙에 반하고, 항공기 운항자와 일반 국민의 재산권을 침해하는 위험적 요소가 상당히 존재한다는 주장은 받아들일 수 없다.

10) 김선이·권민희, 전계논문, 4면 이하; 김종복·맹성규, 전계논문, 36면.

11) 곽윤직, 채권각론, 2000, 643면.

12) 김선이·권민희, 전계논문, 5면; 이강빈, 전계논문, 국제거래법학회지 제17권 제2호, 2008. 12. 205면.

13) 대법원 2009.12.24 선고 2007다77149 판결; 대법원 2009.12.24 선고 2008다3527 판결; 대법원 2009.12.24 선고 2008다3619 판결; 대법원 2009.12.24 선고 2008다3640 판결.

2. 입법례

미국, 영국, 프랑스, 독일 등 주요 선진국은 로마조약을 채택하지 아니하였다. 그 이유는 조약상의 배상책임 한도가 낮아 피해자인 국민보호에 미흡하다고 보았기 때문이다. 이러한 이유 때문에 미국은 1920년 연방통일항공법에 의거, 영국은 1949년 민간항공법에 의거, 독일은 2007년 개정 항공운송법에 의거, 프랑스는 민간항공법에 의거, 중국은 1999년 개정 민용항공법에 의거, 러시아는 2007년 개정 항공법에 의거 항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 책임을 국내법으로 규정하고 있다. 미국, 프랑스, 중국, 러시아는 무과실책임이면서도 무한책임을 지도록 하고 있다. 영국과 독일은 무과실책임이면서도 책임한도를 설정하고 있다.

미국의 1920년 연방통일항공법(Uniform State of Law of Aeronautics)에서는 지상 제3자의 손해에 대한 운항자의 무과실 절대책임을 인정하고 있으며, 현재 California주, Delaware주,¹⁴⁾ Missouri주를 비롯한 23개주에서 채택하여 시행 중이다. 1943년 이래 절대책임을 규정한 주가 꾸준히 증가하고 있고, 책임한도액을 정하는 규정은 없다. 일정금액의 담보한도액을 하한으로 하는 보험가입이 의무화되어 있다.¹⁵⁾

영국은 1949년 민간항공법(Civil Aviation Act 1949)에서 항공기 운항으로 인한 제3자에 대한 손해에 대하여 무과실 유한책임을 규정하고 있다.¹⁶⁾ 나아가 항공기 운항자의 책임보험가입을 강제한다.¹⁷⁾

독일은 1943년 이래 독일항공운송법(Luftverkehrsgesetz) 제33조 이하에서¹⁸⁾ 지상 제3자에 대한 손해배상책임을 폭넓게 인정하고 있다. 그리고 항공기의 중량에 따라 유한책임부담한다.¹⁹⁾ 항공기 중량의 구체적인 분류 기준과 한도액은 독자적으로 규정하고, 배상한도액은 75만 SDR~7억 SDR(한화 약 13억원~1조 2,000억원)으로 우리 개정안보다는 상당히 고액이다. 그리고 인적 손해에 대하여는 최고 60만 유로(약 10억원)까지 배상이 가능하다.

14) Delaware 주법 제305조(Delaware Code-Section 305. Damage on land: Liability) : “텔라웨어 주의 영토와 영공에서 비행중인 모든 항공기 소유자는 그가 주의를 게을리하였는지 여부를 불문하고 항공기의 상승, 하강, 비행으로 인하거나 항공기로부터 떨어진 어떠한 물체에 의하여 발생된 지상 또는 수중에 있는 사람 또는 재산에 대하여 입한 손해에 대하여, 그 손해가 전적으로 또는 부분적으로 상해 피해자나 피해 재산의 소유자 내지 관리자의 부주의로 인한 경우가 아닌 한 절대적으로 책임이 있다.”

15) 연방항공규칙 14 CFR section 205.

16) 1949년 민간항공법(Civil Aviation Act 1949) 제40조 제2항: “비행 중 및 이착륙 중인 항공기, 항공기 안에 있는 사람, 항공기로부터 떨어진 사람 또는 물건으로 인하여 지상 또는 수면에 있는 사람 또는 재산에 대하여 실질적인 손해가 발생한 경우에는 그 손해가 피해자 자신의 과실에 기인한 것이 아닌 한 해당 손해가 의도적인 행위, 부주의 또는 항공기 소유자의 잘못에 기인한 것과 같이 손해는 고의 과실 또는 해당 행위의 원인에 대한 입증 없이도 배상되어야 한다.” 이 때 부칙 제5조(Fifth Schedule)에 따른 범위 내에서 유한책임을 부담한다(제42조).

17) 1949년 민간항공법 제43조.

18) Luftverkehrsgesetz 제33조 제1항 : “항공기 운항 중의 사고로 인하여 사람을 사망케 하거나, 신체상해를 입히거나 건강을 침해하거나 또는 물건에 손상을 가한 경우에 항공기보유자는 그 손해를 배상할 의무가 있다”

19) Luftverkehrsgesetz 제37조.

역시 항공기 운항자의 책임보험이 강제된다.²⁰⁾ 다만, 우리 개정안과는 달리 전쟁, 폭동 등 (테러 포함)의 경우에 대한 면책규정은 없다.

프랑스는 민간항공법에서 항공기운항자의 지상 제3자의 손해에 대한 무과실 배상책임 인정(Article L141-4)한다.²¹⁾ 손해가 운항 중인 항공기에 의하여 발생된 것인 한, 불가항력 또는 우발적 사고, 제3자의 행위로 인한 경우에도 항공기운항자의 책임은 면제되지 아니한다. 다만, 책임한도액 규정은 없다.

중국은 1995년에 제정되고 1998년에 개정된 민용항공법(Civil Aviation Law)에서 로마협약을 충실히 반영하여 무과실 책임 인정한다(제12장 제157조~제172조).²²⁾ 다만, 책임한도액 규정은 없으며, 항공기 운항자의 책임보험의 가입이 강제된다.²³⁾

러시아는 2007년에 개정된 항공법(Aviation Code of the Russian Federation)에서 연방 민법에 규정된 금액으로 책임지도록 규정한다.²⁴⁾ 다만, 책임한도액 규정은 없으며, 항공기 운항자의 책임보험 가입이 강제된다.²⁵⁾

일본은 지상 제3자 손해에 대한 법적책임을 규정한 국내법이 없어 민·상법 또는 국가배상법에 따라 해결한다. 그러나 무과실책임으로 규정하여야 한다는 것이 학계의 다수의견으로 국내 입법화 의견이 적극적으로 제시되고 있다.

이상을 요약하면, 미국(무과실 절대책임), 영국, 독일, 프랑스, 중국, 러시아 모두 무과실 책임을 규정하고 있다. 미국과 프랑스 및 중국은 무한책임을 지도록 하고 있고, 영국과 독일은 무과실책임이면서도 책임한도를 설정하고 있다.

3. 테러에 의한 손해의 경우

항공기에 의한 테러에까지 항공사가 무과실책임을 져야 하는가는 논의가 필요하다. 제정 시안 제931조(면책사유)는, “항공기 운항자는 제930조제1항에 따른 사망, 상해 또는 재산상 손해의 발생이 다음 각 호의 어느 하나에 해당함을 증명하면 책임을 지지 아니한다. 1. 전쟁, 폭동, 내란 또는 무력충돌의 직접적인 결과로 발생하였다는 것, 2. 항공기 운항자가 공권력에 의하여 항공기 사용권을 박탈당한 중에 발생하였다는 것, 3. 오로지 피해자 또는 피

20) Luftverkehrsgesetz 제43조.

21) 프랑스 민간항공법 Article L141-4: “항공기 소유자 및 임대차계약의 임대인은 개별적으로 또는 연대하여 제3자에게 야기한 손해에 대한 책임을 진다.”

22) 민용항공법 제157조: “비행 중의 민용 항공기 또는 비행 중의 민용 항공기로부터 떨어진 사람·물건으로 인하여 지면(수면을 포함한다. 이하 같다) 상의 인신 상해·사망 또는 재산손해를 초래한 경우 피해자는 배상받을 권리가 진다. 다만, 그 손해가 손해를 초래한 사고의 직접적인 결과가 아니거나 민용 항공기가 국가 유관의 공중교통규칙에 따라 공중을 통과하는 중에 초래된 것인 때에는 피해자는 배상을 요구할 권리가 있다.”

23) 민용항공법 제166조.

24) 항공법 제130조(운송 중 발생한 손상에 대한 책임액): “항공기운항자는 운행 중 제3자의 생명이나 건강에 끼친 상해나 재산에 끼친 손해에 대하여 러시아연방이 가입한 국제협약에 특별히 명시되지 않는 한 러시아연방 민법에 명시된 금액으로 책임을 진다”

25) 항공법 제131조.

해자의 사용인이나 대리인의 과실 또는 그 밖의 불법한 작위나 부작위에 의하여서만 발생하였다는 것”을 규정하고 있다. 여기서 “테러행위”는 운항자의 면책사유에 속하지 않는다. 즉, 테러행위로 인하여 발생된 손해에 대하여도 운항자가 책임을 져야 한다.

제정시안은 2009년 5월 2일에 성립한 ICAO의 신협약은 불법방해(unlawful interference)로 인한 제3자의 손해배상협약(테러 제3자배상협약 또는 불법방해배상협약)을²⁶⁾ 성립시켜 이 문제를 제3자의 손해배상협약(일반 제3자배상협약 또는 일반위험협약)과는²⁷⁾ 별개의 협약으로 처리하고 있다. 그러나 제정시안은 이와 같은 구분은 받아들이지 않았다.²⁸⁾

결과적으로 항공기에 의한 테러에까지 항공사가 무과실책임을 진다. 이 점과 관련하여 항공사 또는 항공기 운항자에게 지나치게 불리하다는 주장이 있다.

그러나 2009년의 불법방해배상협약도 테러의 경우에도 항공기 운항자가 책임을 지도록 규정하고 있다. 그 이유는 테러가 항공운송인의 책임을 배제할 만한 사유가 되지 않고 그로 인한 피해의 광범위성으로 인한 피해자 보호의 필요성이 더욱 절실하다는 인식의 공유가 있었기 때문이다. 특히 ICAO의 신협약이 논의되기 시작한 것은 2001년 9. 11. 테러에 의하여 그 필요성이 축발되었다는 점을 상기하여야 한다. 현재 항공운송인의 민사책임에 관한 몬트리올 협약에 의하더라도 항공기 테러의 경우에까지 항공운송인이 책임을 지도록 되어 있다. 그러나 항공사가 책임을 지는 부분은, 어느 경우에나 결국은 보험으로 해결된다.

제정시안에서 불법방해배상협약과 일반위험협약을 다루지 아니한 것은 2008년 6월 제정시안을 만들 당시만 해도 아직 성립조차 되지 못하였기 때문이다. 2009년 5월 신협약이 겨우 성립은 되었으나 항공 선진국은 어떤 나라도 서명하지 않고 있다. 아직 가입서를 기탁한 나라는 한 국가도 없다. 1978년 협약조차도 발효되지 못한 상황에서 신협약이 발효되기는 요원할 것으로 본다.

그러나 일단 신협약이 성립된 이상 이의 내용을 파악하고 법안에 반영할 필요가 있다.

26) 항공기에 의한 불법방해로 인한 제3자의 손해배상협약(불법방해배상협약)(Convention on Compensation for Damage to Third Parties, Resulting from Acts of Unlawful Interference Involving Aircraft)은 2009년 5월 2일 성립하여, 콩고, 코트드부아르, 가나, 세르비아, 우간다, 잠비아, 파나마 7개국이 서명하였다. 이 협약은 35개국이 가입서를 기탁한 후 180일 후에 발효되는데, 아직 가입서를 기탁한 나라는 하나도 없다.

27) 항공기에 의하여 발생된 제3자의 손해배상협약(일반위험협약)(Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties)은 2009년 5월 2일 성립하여 칠레, 콩고, 코트드부아르, 가나, 나이지리아, 파나마, 세르비아, 우간다, 잠비아 등 9개국이 서명하였다. 이 협약은 35개국이 가입서를 기탁하여 60일째부터 발효된다. 아직 가입한 나라는 한 나라도 없다.

28) 로마협약의 개편을 위한 논의에 관하여는, 김종복·맹성규, 전계논문; Katsutoshi Fujita, “Some Considerations for the Modernization of the Rome Convention in Case of Unlawful Interference”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6; Kang-Bin, Lee, “The Liability of the Operator for damage to Third Parties on the Surface Caused by Aircraft”, 항공우주법학회지 제21권 제1호, 2006. 6; 이강빈, “항공기에 의하여 발생된 제3자 손해배상에 관한 로마협약 개정안에 대한 고찰 – 불법방해배상협약안과 일반위험협약안을 중심으로”, 항공우주법학회지 제22권 제2호, 2007. 12; 이강빈, “항공기 운항자의 지상 제3자 손해에 대한 책임 – 로마협약개정안 및 상법 항공운송편 제정시안을 중심으로”, 국제거래법학회지 제17권 제2호, 2008. 12; 김두환, “항공기사고로 인한 지상 제3자의 배상책임에 관한 ICAO 조약초안에 대한 논평과 국내입법의 방향”, 항공우주법학회지 제21권 제2호, 2006. 12. 등 참조.

다행이 우리 법안이 아직 국회를 통과한 것은 아니기 때문에 이 단계에서라도 수정할 부분이 있으면 수정하는 것이 옳다.

신협약의 특징은 다음과 같다. 과거 지상 제3자 피해 배상에 관한 협약과는 달리 공중 충돌로 제3자가 피해를 볼 경우도 포함시켜 “지상”이라는 표현이 협약 제목에서 삭제되었다. 또한 과거 협약에서는 항공기를 테러로 이용하여 제3자 피해가 발생하는 사례를 포함하지 아니하였지만, 신협약은 9.11 사태와 같이 항공기를 이용한 테러 공격으로 제3자 피해가 발생할 경우의 배상문제를 포함하여 논의하였다. 결국은 조약 제정 편의상 테러 공격에 의한 제3자 피해에 대한 배상을 위한 “불법방해배상협약”과 일반위험으로 인한 제3자 피해 배상에 관한 “일반위험협약”으로 분리하여 2개의 조약을 채택하였다. 이 두 협약은, 대규모의 제3자 피해 발생을 염두에 두고 배상 상한을 대폭 인상하여 피해 배상을 현실화하였고, 신체적 피해로 인한 정신적 피해도 배상 대상에 포함시켰으며, 항공사고시 승객에게 적용되는 조건을 제3자 피해자에게도 적용하도록 하였다.

그런데 “불법방해배상협약”的 경우, 대규모 피해에 대비한 배상금 충당을 위하여 “국제민간항공배상기금”을 창설하도록 하고 있다. 이 기금은 상당히 큰 금액이 되어야 실질적인 배상이 가능할 것이기 때문에, 대규모의 자금의 모금이 문제이다. 항공사가 일부씩 부담한다고 해도 역부족이다. 따라서 여객항공권에 일정액을 추가하여 징구하는 방안이 강구되고 있다. 보통 항공기 테러는 국가 또는 범죄자에게 그 책임이 있다. 그럼에도 불구하고 테러에 의한 손해배상을 항공운송업자와 여객에게 부담시키는 것은 다소 부당한 측면이 있다. 불법방해배상협약은 테러의 대상이 되는 몇몇 국가가 부담하여야 할 위험을 아무런 보상도 없이 테러의 위험이 없는 다른 나라에까지도 분산시키는 결과를 가져온다. 테러와 무관한 제3국가로서는 항공료의 인상만을 가져올 뿐 아무런 이익이 없다. 따라서 테러와 무관한 국가, 즉 대부분의 국가와 항공사는 당연히 이에 반발할 것이기 때문에 이 협약의 장래는 매우 어둡다고 할 수 있다.

입법례를 보더라도, 테러의 경우를 운송인의 면책사유로 규정하고 있는 입법례는 없다. 독일항공운송법 및 미국 연방통일항공법은 전쟁, 폭동 등(테러 포함)의 경우에 대한 면책규정 없고, 프랑스 민간항공법에서도 손해가 운항 중인 항공기에 의하여 발생된 것인 한 불가항력 또는 우발적 사고, 제3자의 행위로 인한 경우도 면책되지 아니한다. 중국 민용항공법은 로마조약을 그대로 수용하여 “무장충돌 또는 소란의 직접적인 결과”에 의한 경우만 면책된다고 규정한다.²⁹⁾

이와 같은 사정이 있는데도 불구하고 로마협약을 대체하는 신협약이 발효될 때까지 국제적 가입 동향 등을 보아 국내법에 수용하는 것이 바람직하다는 주장이 있다. 따라서 이 조약이 과연 성공할지 의문이고, 적어도 10년 이상 기다려 보아야 한다. 따라서 신협약이 발효될 때까지 기다리자고 하는 것은 현실을 외면하고 회피하자는 것과 다름이 없다. 해상운송조약만하더라도 1978년 함부르크 조약(Hamburg rules)이 성립되어 있음에도 업계에서는 아직까지도 40년 이상 낡은 1968년 헤이그-비스비조약을 사용하는 것만 보더라도 조약이

29) 프랑스 민간항공법 제160조.

제대로 효력을 발휘하려면 얼마나 어려운 가를 보여주고 있다. 이와 같이 신협약이 발효되기를 기다리기는 요원하므로, 항공운송법안을 마련할 때 이 협약을 고려하지 아니하였다.

한편 “우리나라에서 많은 지상 제3자에 대한 사고가 발생되어 경험이 축적되어 실증적 분석 후에 입법을 하자”는 주장도 있으나,³⁰⁾ 항공사고는 언제 발생할지 아무도 모르기 때문에 “절실하고 급박하며, 실존하는 사회경제적 필요성”이 생길 때까지 기다린다면 그 때는 사고가 발생 후로서, 이미 늦은 것이 될 것이다.

IV. 책임한도

법안이 피해자에 대한 충분한 배상을 하지 못한다는 비난이 있다. 제정안의 책임한도액이 다소 저액인 것은 사실이다. 1SDR은 약 1,800원으로, 125,000SDR은 약 2억원이 조금 넘는 금액이다. 그러나 책임제한은 운항자의 무과실책임의 맷가이다. 몬트리올협약에서도 물건운송인에 대하여도 운송물 1킬로그램당 19SDR을 한도로 배상책임을 부담하도록 하되, 다만 송하인이 운송물의 가격을 신고하고 추가요금을 지급한 경우에는 신고가격을 한도로 배상하도록 규정하고 있다. 우리 상법상 해상운송의 경우에도 여객 및 여객 외의 사람 등이 입은 손해 전반에 대하여 선박톤수를 기준으로 책임을 일정한 범위 내로 제한하고 있다(제769조, 제770조 등). 지나친 저액의 한도액은 국회 심의과정에서 다소 상향조정하는 것으로 해결할 수 있을 것으로 본다.

한편 실무계에서는 지상 제3자에 대한 운항자의 책임이 강행법으로 도입될 경우 보험료가 인상되어 항공업계가 타격을 입을 것이라고 주장한다. 그러나 필자의 생각으로는 지상 제3자에 대한 손해배상책임에 한도가 있으므로 보험료를 합리적으로 계산할 수 있으므로, 보험가입이 가능하다고 본다. 현재는 이와 같은 손해는 예정하고 있지 않으므로 보험에 가입조차 되지 않고 있고, 만약 사고발생시 항공사가 전적으로 책임을 부담하여야 하므로 경우에 따라서는 항공사가 파산할 위험도 있다.

V. 섭외적 적용 문제

로마협약에 가입한 국가가 많지 않아서 관련 법규가 없는 외국 항공사의 항공기가 추락한 경우와 비교할 때, 우리 국내항공사에 대해서만 불리한 취급을 하는 것이 아닌가 의문이다. 즉, 지상 제3자에 대한 책임규정의 적용범위와 관련하여 외국항공사 항공기에의 적용문제나 소위 ‘forum shopping’의 문제가 발생할 수 있다는 것이다. 예컨대, 우리나라 항공기가 국제선 운항 중 태국에서 추락한 경우에 지상 제3자의 책임에 대한 규정을 두고 있지

30) 정진영, 전계 글.

않은 태국의 지상 피해자가 우리나라 상법(항공운송편)을 준거법으로 하여 무과실책임을 항공기 운항자에게 물어 온다면, 우리나라 항공사가 무과실 책임을 진다는 문제가 있다는 것이다.

기본적으로 제정시안은 외국 항공사의 불법행위가 대한민국 내라면 그 외국 항공사에 게도 적용된다(국제사법 제32조 제1항). 보통은 불법행위가 있으면 불법행위지법이 적용되므로 태국에서 사고가 났다면 태국의 불법행위법이 적용될 가능성이 크다. 다만 외국에서 소가 제기되더라도 반정(反定)(국제사법 제9조)에 의하여 다시 대한민국 법률이 적용될 가능성이 높다.

그런데 국제사법 제9조 제2항 제6호에 따르면 “이를 적용하는 것이 국제사법의 지정취지에 반하는 경우”에는 법원이 적용을 배제할 수 있으므로, 이와 같이 다시 한국법이 적용되는 예는 극히 드물 것으로 판단된다. 만약 국제사법에 따라 우리 항공운송법이 적용되고, 태국에서 발생한 지상 제3자의 손해도 우리 법에 따라 책임을 물어오면 우리 법에서는 엄격책임을 지고, 태국에서와는 달리 항공사에게 고의 또는 과실이 없어도 항공사가 책임을 져야 한다는 것은 피할 수 없다. 이 경우 태국에서 재판받는 것보다 한국에서 재판받는 것이 운항자에게 불리할 수 있다. 적어도 무과실책임면에서는 그렇다. 그러나 더 나은 점은 손해배상책임한도가 있다는 것이다. 이 점과 관련하여 태국에서는 손해배상한도도 낮다는 점을 주장할지 모르겠다. 그러나 만약 항공기가 일본 도쿄나 프랑스 빠리에 추락하였다면 사정이 달라질 것이다. 오히려 책임제한이 있는 것이 훨씬 유리할 것이다.

사법은 이해관계자들 간의 공평한 이해관계의 조정을 생명으로 한다. 이와 같은 견지에서 언제까지나 입법을 미룰 수는 없다. 위의 사례에서 태국의 항공사에게만 유리하고 우리 항공사에게만 특히 불리하게 되는 것은 없다. Forum shopping은 법률에 차이가 있는 한 어느 정도 피할 수 없는 것으로 이 때문에 조약이 체결되는 것이고, 그 외에도 대부분의 문제는 국제사법의 규율로 해결될 수 있는 것이다. 그리고 “우리나라에 취항하는 외국항공사에 대하여 책임제한의 혜택을 줄 필요가 있는가?”하는 문제도 있다. 그러나 이는 쉽게 말해 로마에서는 로마법을 따른다는 원칙으로 답할 수 있다. 외국항공사라고 해서 달리 취급할 이유는 없다.

VI. 단순한 공역통과로 발생한 손해

항공기가 항공법규에 따라 단순히 공역(air space)을 통과만 하였을 뿐인데도 손해가 발생하는 경우가 있는데, 이러한 경우에도 배상이 가능한가 의문이다. 로마협약상 항공법규에 따라(in compliance applicable air navigation rule) 단순히 공역을 통과한 항공기 운항자는 그 운항으로 인하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 책임을 지지 않는다는 것이 일반적인 해석이다.³¹⁾ 로마협약 제1조 제1항은 이러한 취지를 규정하고 있으며,³²⁾ 중국 민간

31) Baganha, op. cit., p. 5, 14: 김종복·맹성규, 전계논문, 36면.

항공법 제157조 제1항도 같은 취지를 규정하고 있다.³³⁾ 예컨대 항공기가 낮게 운항함으로써 큰 소음이 발생하고, 이에 놀란 가축이 유산하였더라도 항공기가 항공법규에 따라 단순히 공역을 통과한 이상, 그로 인한 손해배상은 본 협약 아래서는 배상되지 않는다.

그런데 문제는 로마협약과는 달리 우리의 제정시안은 이 점이 불명확하다. 즉, 제정시안 제930조 제1항은, “항공기 운항자는 비행 중인 항공기 또는 항공기로부터 떨어진 사람이나 물건으로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상 손해를 입은 지상(지하, 수면 또는 수중을 포함한다)의 제3자에 대하여 손해배상책임을 진다.”고 되어 있다. “비행중인 항공기로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상의 손해…”의 경우 또는 “항공기로부터 떨어진 사람이나 물건으로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상 손해…”의 경우에 항공기 운항자가 책임을 진다고 되어 있고, 그 항공기가 항공교통규칙에 따른 정상적인 운항 중이었는지는 묻지 않는다. 로마조약 제1조 제1항에는 단서(Nevertheless 이하)가 있어서, 항공교통규칙(air traffic regulation)에 따라 단순히 공역을 통과한 사실로부터 발생한 손해에 대하여는 보상청구권이 없다고 명시하고 있다. 이와 같은 단서가 없는 제정안의 경우에도 이와 똑같이 해석하기에는 무리가 따른다. 따라서 제정안의 이 부분은 수정되어야 할 것으로 본다. 이 부분에 대한 규정이 없으면 항공기가 운항법규에 따라 정상적으로 공역을 통과하기만 한 경우에도 항공사에게 책임이 없는지 여부 및 손해배상의 범위에 관하여 많은 논쟁을 야기하게 될 것이다. 이것은 항공기 내부에 테러가 있었던 경우와도 다르다. 단순히 공역을 통과(mere fact of passage of the aircraft through the airspace)만 한 것이다. 로마조약 제1조에 있는 것인데도 입법과정에서 누락된 것으로 보이므로, 이를 반영한다고 해서 잘못된 것은 전혀 아니다.

즉, “제930조(항공기 운항자의 배상책임) ① 항공기 운항자는 비행 중인 항공기 또는 항공기로부터 떨어진 사람이나 물건으로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상 손해를 입은 지상(지하, 수면 또는 수중을 포함한다: 필자 주- 후술하는 바와 같이 “지상”이라는 표현도 신협약의 취지에 따라 삭제되어야 할 것이다.)의 제3자에 대하여 손해배상책임을 진다.”에 단서를 신설하여 다음 문구를 보충하여야 할 것이다. 다만, 손해가 사고의 직접적인 결과로서 발생한 것이 아니거나, 항공기가 운항규정을 준수하여 단순히 공역을 통과함으로 인하여 발생한 손해에 대하여는 그러하지 아니하다.” 제정시안에서는 이와 같은 규정이 없어서 운항자는 운항규칙에 따라 단순히 정상운항만 하였더라도 제3자가 손해를 입었다면 그 손해를 배상하여야 한다. 한편 환경에 대한 피해도 보상이 가능한가 의문이나, 이 부분도 제외되고 있다.³⁴⁾ 그리고 영미법에서 인정되고 있는 징벌적 손해배상(punitive damages)도 인정되지 아니한다.³⁵⁾ 또한 항공여객 또는 화물운송인의 경우와는 달리 운항자의 경우에는

32) Nevertheless there shall be no right to compensation, if the damage results from the mere fact of passage of the aircraft through the airspace, in conformity with existing air traffic regulations.

33) 이강빈, 전계논문, 항공우주법학회지 제22권 제2호, 29면; 이강빈, 전계논문, 국제거래법학회지 제17권 제2호, 2008. 12. 205면.

34) 로마협약을 개정하기 위한 항공기에 의하여 발생된 제3자의 손해배상협약(일반위험협약)에서 환경적 손해는 그 손해가 발생한 영토의 체약국 법률에 의하여 규정되는 한 배상이 가능하다: 김종복 · 맹성규, 전계논문, 43면.

선급금의 지급에 관한 규정을 두지 아니하였다. 이에 대하여 최근 ICAO의 로마협약 현대화를 위한 두 협약 중 일반위험협약 제6조에서 선급금의 지급에 관한 규정을 두고 있는 점을 반영하여 이에 관한 규정을 두어야 한다는 비판론이 있다.³⁶⁾ 그러나 상법 이외에 민법에 의한 손해배상청구는 허용되지 않는다고 본다.³⁷⁾

VII. 손해발생의 대상

손해발생의 대상은 지상에 있는 제3자이다. 지상의 개념에는 지하, 수면 또는 수중을 포함한다. 중국민간항공법 제157조 역시 수면을 포함한 지상 제3자의 손해를 대상으로 하고 있다. 손해를 발생시킨 사고는 반드시 accident라고까지는 할 수 없고 event로 평가받는 경우에도 손해배상이 가능하다. 다만 항공기 운항의 직접적인 결과(direct consequence)이어야 한다.

전술한 바와 같이 ICAO 일반위험협약에서는 “지상”이라는 단어가 삭제되었다. 이는 항공기의 공중충돌과 같은 경우에는 반드시 지상의 제3자가 아닌 공중에 있는 자도 피해를 입을 수 있다는 것을 고려한 것이다. 우리 법률도 이 점을 참고하여 “지상”이라는 단어를 삭제하는 방안을 지금이라도 논의하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

VIII. 결 어

우리나라는 세계에서 처음으로 민간항공운송 관련 규정을 일괄적으로 규정한 최초의 시도를 하였다. 이와 같은 시도가 어떠한 평가를 받을지는 두고 볼 일이나, 충분히 가치 있는 일이라 생각한다. 로마협약체계가 아직 충분히 정착되지 아니하였고, 새로운 협약 역시도 그 비준 및 발효는 불투명한 상태에서 항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 손해문제를 마냥 방치할 수는 없지 않은가 생각한다. 이와 같은 점에서 우리의 시도는 의미가 있다고 여겨진다. 입법취지는 항공사를 보호하자는 것이면서, 동시에 피해자를 신속히 구제하자는 것이다. 우리나라의 항공수송량은 세계 10위권에 들고 있다. 이와 같은 국력에 걸맞는 항공운송법을 가지고자 하는 것이 필자와 학계 및 실무계의 열망이다. 필자와 항공운송법 제정위원회 위원들은 균형된 시각으로 global standard에 맞는 법률을 제정하려 노력하였다. 항공기 사고는 없어야 하지만, 피할 수 없이 발생한 경우에는 피해자 구제에 신속하고 충분하여야 한다. 그런 의미에서 제정시안은 신속한 분쟁해결과 어느 정도의 손해배상을 보장하기

35) 로마협약을 개정하기 위한 항공기에 의하여 발생된 제3자의 손해배상협약(일반위험협약)에서도 징벌적 손해배상은 인정하지 아니한다: 김종복·맹성규, 전계논문, 43면.

36) 이강빈, 전계논문, 국제거래법학회지 제17권 제2호, 2008. 12. 225면.

37) 비계약적 청구에 관하여는 제정시안 제899조에 규정되어 있다.

위한 장치를 마련한 것이다. 제정시안은 피해자 구제에 소홀하지 않도록 배려하였다고 말할 수 있다.

한편 운항자의 보험가입의무는 상법에서 강제하지 않고 있으나, 항공운송사업진흥법에서 이를 강제하고 있으므로³⁸⁾ 중복 입법하는 것은 법규의 낭비가 될 것으로 본다. 다만 2009년 신협약의 입법취지를 쫓아 “지상 제3자”라는 표현에서 “지상”이라는 단어를 제거하고, 항공기의 정상운항으로 인한 손해에 대하여는 운항자가 책임을 지지 아니하는 방향으로 전향적인 수정을 한다면 이를 반대할 이유가 없다.

◇ 주제어 ◇

국제항공운송, 항공기 운항자, 지상 제3자, 무과실 책임

38) 항공운송사업진흥법 제7조(항공보험의 가입의무) 항공사업자와 자가용항공기를 운용하고자 하는 자는 국토해양부령이 정하는 바에 따라 항공보험에 가입하지 아니하고는 항공기를 운용할 수 없다.〈개정 1997.12.13, 2008.2.29〉

◆ 참 고 문 현◆

- 김두한, “항공기운항자의 지상제3자에 대한 손해배상책임(상)–개정 로마조약과 각국의 입법례를 중심으로–”, 사법행정 제24권 제8호, 한국사법행정학회, 1983.
- 김두한, “항공기운항자의 지상제3자에 대한 손해배상책임(중)–개정 로마조약과 각국의 입법례를 중심으로–”, 사법행정 제24권 제9호, 한국사법행정학회, 1983.
- 김두한, “항공기운항자의 지상제3자에 대한 손해배상책임(하)–개정 로마조약과 각국의 입법례를 중심으로–”, 사법행정 제24권 제10호, 한국사법행정학회, 1983.
- 김두환, “항공기사고로 인한 지상 제3자의 배상책임에 관한 ICAO 조약초안에 대한 논평과 국내입법의 방향”, 항공우주법학회지 제21권 제2호, 2006. 12.
- 김선이·권민희, “로마조약의 개정과 국내입법의 필요성에 관한 소고”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6.
- 김종복·맹성규, “로마조약의 현대화와 쟁점에 관한 고찰”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6.
- 박현목, “지상 제3자의 손해에 대한 공중운송인의 책임에 관한 고찰”, 항공우주법학회지 제1권, 1989.
- 송승현, “항공기운항자의 민사책임 입법화에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위청구논문, 2003.
- 이강빈, “항공기에 의하여 발생된 지상 제3자의 손해에 대한 운항자의 책임”, 항공우주법학회지 제21권 제1호, 2006. 6.
- 이강빈, “항공기에 의하여 발생된 제3자 손해배상에 관한 로마협약 개정안에 대한 고찰–불법방해 배상협약안과 일반위험협약안을 중심으로”, 항공우주법학회지 제22권 제2호, 2007. 12.
- 이강빈, “항공기 운항자의 지상 제3자 손해에 대한 책임–로마협약개정안 및 상법 항공운송편 제정안을 중심으로”, 국제거래법학회지 제17권 제2호, 2008. 12.
- 전삼현, “항공운송법상 무과실책임”, 항공우주법학회지 제4권, 1992.
- Jose Tomas Baganha, “The Utilization of the World’s Air Space and Free Outer Space in the 21st Century”, The International Conference on Air and Space Policy. Law and Industry for the 21st. (Session 3: Special Subjects of International Air Transport), 1997.
- Christopher M. Petras, “An Alternative Proposal to Modernize the Liability Regime for Surface Damage Caused by Aircraft to Address Damage Resulting from Highjackings or Other Unlawful Interference”, 10 Gonz. J. Int’l L. 315, 2006–2007.
- I. H. Ph. Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air law, 7th Ed., 2001.
- Katsutoshi Fujita, “Some Considerations for the Modernization of the Rome Convention in Case of Unlawful Interference”, 항공우주법학회지 제23권 제1호, 2008. 6.
- Professor Stephan Hobe, “Conference on Security and Risk Management in a New Space Era: Military, Commercial, and Tourism Dimensions”, 86 Neb. L. Rev. 439, 2007.
- Harold Caplan, “Who Should Pay for Aerial Terrorism?”, 21 NO. 3 Air & Space Law. 11, 2007.

〈ABSTRACT〉

Liability for third party damage caused by aircraft

Choi, June-Sun

The Ministry of Justice has completed draft of Part VI of the Korean Commercial Code, "Carriage by Air". The international convention on air carriage such as the Montreal Convention 1999 and the Rome Convention 1952 and 1978 have affected seriously on the bill. This article discusses especially the liability for third party damages caused by aircraft. Some commentators criticise the draft because it has followed the principle [doctrine] of strict [absolute, no-fault] liability of the Rome convention. This writer has answered back in pointing that two treaties, which recently had been established by ICAO, one on the compensation for general risk damage caused by aircraft, the other one on compensation for damage from acts of unlawful interference involving aircraft, could not successfully in effect in the short future, although Both Conventions improved the old Convention/Protocol in many aspects. In the meantime, the Rome Convention System is still alive and it is urgently necessary for the Republic of Korea to have an alternative regulation on liability for third party damages caused by aircraft, because Korea has no other rules on air carriage but general conditions of air carriage made by air carrier. Blames to the principle of strict liability of the Rome convention also is groundless because this principle was adopted by consensus all participants to the Rome Convention.

◊ KEY WORDS ◊

**International Air Carriage, Aircraft operator, Damage Caused By Foreign Aircraft
To Third Parties On The Surface**

부실기재선하증권을 발행한 해상운송인의 포장당 책임제한조항 적용가능성에 대한 연구*

– 미국 Berisford Metals Corp. v. S/S Salvador, and A/S Ivarans
Rederi(1985) 판례를 중심으로 –

김상만**

[目 次]

I. 서 론	4. 부실기재선하증권의 효력
II. 해상운송인의 책임제한에 대한 국제규칙	IV. 미국 Berisford Metals Corp. v. S/S Salvador, and A/S Ivarans Rederi(1985) 판례 평석
1. 개설	1. 사건 개요
2. 헤이그규칙(1924)	2. 법원의 판단
3. 헤이그-비스비규칙(1968)	3. 판례 평석
4. 함부르그규칙(1978)	4. 국내 판례와의 비교
III. 해상운송인의 책임제한에 대한 상법규정	V. 결 론
1. 상법 개정 연혁	
2. 해상운송인의 책임	
3. 해상운송인의 포장당 책임제한	

I. 서 론

무역거래에서는 국경을 넘어 물품이 이동하기 때문에 국제운송이 필수적이며, 그 중에서도 해상운송의 비중은 매우 높다. 특히 우리나라는 남북분단으로 인하여 국제육상운송이 불가능하기 때문에 해상운송은 더욱 중요한 위치를 차지하고 있다.

해상운송(carriage by sea)이란, 해상에서 선박에 의해 물건이나 여객¹⁾을 운송하는 것을 말한다(상법 제791조, 제817조).²⁾ 한편, 상법에서는 해상운송의 ‘해상’에는 호천이나 항만은

논문접수일 2010.10.29, 논문심사일 2010.12.05, 게재확정일 2010.12.22

* 이 논문은 2010년도 경남대학교 교내연구비지원에 의한 것임.

** 경남대학교 경제무역학부 전임강사, 법학박사, 미국 뉴욕주 변호사

1) 우리나라에는 미국이나 영국과 달리 별도의 ‘해상물건운송법’이 없고, 상법 해상편에서 물건운송과 여객운송을 모두 규정하고 있다. 무역거래에서 주로 다루는 것은 물건운송이므로 본 논문에서는 해상물건운송을 중심으로 기술하고자 한다.

2) 참고로 미국 해상물건운송법(Carriage of Goods by Sea Act : 미국 연방법전 USC Title 46 Chapter 28을 말하며, 약자로 “COGSA”고 함)에서도 적용범위를 해상에서 선박에 의한 운송계약

제외되어 호수나 항만에서의 운송은 내륙운송으로 분류하고 있다.(상법 제125조) 해상운송은 대량운송, 원거리 운송, 안전성, 정확성, 편리성, 운송비 저렴 등의 장점이 있으나, 항만에서의 적재 및 하역장치가 필요하고, 운송에 상당한 시간이 소요된다는 단점도 있다.

운송법의 중심과제는 운송인의 책임에 관한 부분이며, 그 요체는 운송인의 책임을 합리적인 범위로 제한하여 운송업의 존립과 발전을 꾀하면서 동시에 송하인의 이익을 보호하는 것이다. 이에 따라 해상운송법에서도 해상운송인에게 어떠한 요건 하에서 그 책임을 인정하고 그 책임한도액을 어떻게 정할 것인가는 중요한 과제가 되어 왔다.³⁾

해상운송은 해상에서 이루어지는 운송이므로 해상고유의 위험이 있는데, 그 위험은 높을 뿐만 아니라 한 번의 사고로 대형손실이 초래될 수 있는 바, 일반적인 원칙에 따라 이러한 손실을 모두 해상운송인의 책임으로 한다면, 해상운송인은 단 한 번의 사고로 영업불능이나 파산상태에 처해질 수도 있다. 또한, 위험이 커서 해상운송인의 위험을 담보해 줄 보험을 쉽고 합리적인 가격으로 구입할 수 없게 된다. 이러한 이유로 오래전부터 해상운송인의 책임제한을 인정해 오고 있는 바, 해상운송인의 책임제한제도는 정의의 문제가 아니라, 역사에 기원을 두고 편리성에 그 정당성이 있는 공공정책의 법칙이라고 한다.⁴⁾

한편, 해상운송인은 경제력을 이용하여 면책약관을 남용하여 송하인의 권익을 침해하였고, 이 면책약관에 대한 각국 법원의 해석이 상이하여 국제해상운송에서 문제가 되었다. 이러한 폐단을 제거하기 위한 노력으로 1921년에 헤이그규칙이 제정되었다. 헤이그규칙의 핵심은 해상운송인의 책임을 제한하는 것이며, 각국은 헤이그규칙을 반영하여 해상운송인의 책임을 제한하는 규정을 두고 있다. 그러나 운송인 자신에게 잘못이 있는 경우까지 책임제한을 적용하는 것은 문제가 있다는 인식이 확대되어 헤이그-비스비규칙에서는 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 그 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한작위 또는 부작위로 인하여 생겼음이 증명된 경우에는 해상운송인은 포장당 책임제한을 주장할 수 없다고 규정하였다. 한편, 선하증권에 기재된 물품의 내용은 해상운송계약의 일부가 되며, 해상운송인은 선하증권에 기재된 내용과 일치하는 물품을 인도할 의무가 있다.⁵⁾ 이에 따라 부실기재선하증권(해상운송인이 실제 선적한 화물과 일치하지 않는 내용을 기재한 선하증권)의 경우에도 해상운송인에게 포장당 책임제한제도가 적용되는지 문제가 되고 있다. 이 경우에도 포장당 책임제한제도가 적용된다면, 선하증권의 유통성(negotiability)은 심하게 훼손될 것이고, 선하증권의 유통성으로 한 층 편리하고 신속해진 무역대금결제는 퇴보하게 될 것이다.

본고에서는 해상운송인의 책임제한제도에 대한 국제규칙 및 우리 개정상법의 규정에 대해 살펴보고, 부실기재선하증권을 발행한 해상운송인에게 포장당 책임제한제도가 적용되는

에 적용된다고 규정하고 있어 해상운송은 '해상에서 선박에 의한 운송'임을 유추할 수 있다.(USC Title 46 Chapter 28 제1301조)

3) 정동윤, 상법(하), 법문사, 2008, p.868

4) 김창준, "운송인의 책임제한 배제사유", 「한국해법학회지」, 제29권 제2호(2007), p.9-10

5) Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, "International Business Transactions", 8th Ed, West Group, 2009, p.112

지 여부에 대한 미국 연방법원판례를 분석하고, 유사 국내판례와 비교해 보고자 한다.

II. 해상운송인의 책임제한에 대한 국제규칙

1. 개설

해상운송에 적용되는 법규의 내용에서 가장 중요한 것은 운송물에 대해 발생한 손해에 대한 운송인의 책임인정 범위이다. 해상운송계약은 용선계약과 개품운송계약으로 나눌 수 있는데⁶⁾, 용선계약은 선박의 전부 또는 일부를 용선하는 것으로 선박소유자와 용선자의 지위가 어느 정도 대등하지만, 개품운송계약의 경우 송하인은 선박의 일부를 이용하는 것으로 해상운송인에 비해 열등한 지위에 있는 것이 보통이다. 이에 따라 해상운송인은 우월한 지위를 이용하여 개품운송계약에 각종 면책약관을 삽입하기 시작하였고, 19세기 말에 이르러서는 해상운송인의 과실로 인한 손해까지 면책되어 해상운송인은 아무런 책임을 지지 않게 되었고, 영국법원은 소위 계약자유의 원칙에 의해 이 면책약관을 전부 유효하다고 보았다.⁷⁾ 이러한 상황은 화주와 보험업자들의 반발을 불러일으켰고, 미국, 호주, 뉴질랜드, 캐나다 등의 국가에서 해상운송인의 횡포를 막기 위한 법률을 제정하였다.⁸⁾

이렇듯 19세기 후반기에 해상운송상의 면책약관을 중심으로 선주(船主)와 화주의 이해대립이 격화되었으며, 여러 나라의 입법과 판례는 크게 상치되었다. 선주와 화주간의 이해관계를 합리적으로 조정하고 선주의 면책약관을 국제적으로 통일하기 위하여 국제협약의 필요성이 제기되었다. 이에 헤이그 국제법협회에서 1921년에 헤이그규칙을 제정하였으며, 1968년에 헤이그규칙을 개정하였는데 이를 헤이그-비스비규칙이라고 한다. 그리고 1978년에 헤이그규칙을 2차 개정하였는데, 이를 함부르그규칙이라고 한다.

2. 헤이그규칙(1924)

해상운송은 영국을 중심으로 발달되어 왔기 때문에 영국법이 국제해상운송에 많은 영향을 주었는데, 종래의 영국 해상운송법이 지나치게 선주의 보호에 치우쳐있어 미국⁹⁾을 위시한 각

6) 최준선, 국제거래법, 삼영사, 2008, p.291

7) 심재두, 해상운송법, 길안사, 1997, p.333

8) 참고로 미국에서는 1893년에는 해상운송인의 면책약관을 제한하는 법률인 하터법(Harter Act(46 U.S.C.A. §§ 190-196))을 제정하였는데, 하터법 제정 당시 미국은 해운국의 입장이라기 보다는 화주국의 입장이었기 때문에 해운국에 대항할 필요에 의해 하터법을 제정하였다.(한광희, 해상운송인의 책임확대에 관한 연구(해상보험의 담보범위 및 복합운송인의 책임과 관련하여), 전북대 박사학위논문, 2002.8, p.13)

9) 미국의 하터법은 1924년 헤이그규칙에 큰 영향을 주었지만, 미국내 운송인, 화주, 보험업자 등 이해당사자들간의 입장차이로 헤이그규칙의 수용이 지연되었다. 결국 우여곡절 끝에 1936년에는

국의 반발이 커져 그 타협으로 성립된 것이 헤이그규칙(the Hague Rules)이다.¹⁰⁾ 헤이그규칙의 정식 명칭은 ‘선하증권에관한법규의통일을위한국제협약(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating Bills of Lading)¹¹⁾’으로 헤이그 국제법협회(the Hague International Law Association)에서 1921년에 제정하였고, 1922, 1923, 1924년 3차례에 걸쳐 외교회의가 열렸으며, 1924년 26개국 대표가 모인 브뤼셀 외교회의에서 국제협약으로 채택되었다(1932년 6월 1일 발효).¹²⁾ 이 규칙은 선하증권에 대한 최초의 국제협약이며, 총 16개 조로 구성되어 있다. 이 규칙은 해상운송계약에서 발행되는 선하증권의 법률관계에 대한 규정의 통일화를 목적으로 하고 있으며, 선주와 화주의 이해를 조정하려고 하였다. 헤이그규칙은 최초의 통일규칙이라는 점에서 의미가 있으나, 운송인의 의무를 최소화하고, 면책범위를 넓게 인정하는 등 선주중심의 통일규칙이라는 비판을 받고 있다. 헤이그규칙의 주요 내용은 다음과 같다.

- i) 적용범위는 체약국에서 발행된 선하증권에 적용된다.
- ii) 송하인이 선적 전에 화물의 성질과 가격을 고지하여 선하증권에 기재하지 않는 경우에는 포장당 또는 선적 단위당 100 파운드로 운송인의 책임을 제한하고 있다.
- iii) 운송인의 과실을 항해과실¹³⁾과 상업과실로 구분하여 상업과실과 감항능력주의의무위반¹⁴⁾의 경우 운송인의 책임을 인정하고, 항해과실은 운송인의 면책을 규정하고 있다. 그리고 항해과실, 화재, 천재지변, 불가항력, 전쟁행위 등 운송인의 면책사유 17가지를 규정하고 있으며, 헤이그규칙이 인정하지 않는 면책사유나 책임제한은 무효로 하고 있다.¹⁵⁾
- iv) 운송인의 과실책임주의를 채택하고 있다. 즉 화물의 손해에 관하여 화주가 화물의 멸실이 운송인의 과실에 의한 것임을 입증하면 운송인은 책임을 면할 수 없다.¹⁶⁾
- v) 선하증권은 선하증권에 기재되어 있는 운송물을 운송인이 수령한 것으로 추정한다. 즉 선하증권의 문언성을 부정하고 단순히 추정적 증거력만 인정하였다.

해상물건운송법(the Carriage of Goods by Sea Act)을 제정하였다. (Sweeney, “Prism of COGSA”, Journal of Maritime Law and Commerce, Oct, 1999, p.561)

10) 서현제, 국제거래법, 법문사, 2006, p.374

11) 간단히, ‘선하증권에 관한 통일조약’이라고도 한다.

12) Clive M. Schmitthoff, “Export Trade : The Law And Practice Of International Trade”, 9th ed, London Steven & Sons, 1990, p.562

13) 항해과실은 선장이나 선원의 선박운항과 관련된 과실을 말하며, 상업과실은 화물의 선적, 적부, 운송, 보관, 약류 등 화물의 취급과 관련된 과실을 말한다.

14) 해상운송을 위하여 해상운송인이 제공하는 선박은 안전하게 항해할 수 있는 능력이 있어야 하는데 이를 감항능력이라 하며, 그 감항능력에 대한 주의의무는 해상운송계약의 성질상 당연한 의무이다.

15) 이기수·신창섭, 국제거래법, 세창출판사, 2005, p.212

16) 참고로 상법에서는 입증책임이 운송인에게 전가되어 운송인이 적절한 주의의무를 해태하지 아니하였음을 증명하지 못하면 손해를 배상토록 규정하고 있다(상법 제795조).

3. 헤이그－비스비규칙(1968)

1924년 헤이그규칙이 제정된 이후 수십 년이 지나면서 국제해상운송에서는 컨테이너가 널리 보급되었고, 물가상승으로 운송물이 고액화되었기 때문에 헤이그규칙에서 정한 운송인의 손해 배상한도액은 비현실적이 되었다. 이에 따라 국제운송환경에 맞추어 1968년에 브뤼셀에서 선하증권에관한법규의통일을위한국제협약개정의정서(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating Bills of Lading)가 채택되었는데, 이를 비스비규칙(Visby Rules)이라고 하며, 비스비규칙에 의하여 개정된 내용을 포함하는 헤이그규칙을 헤이그－비스비규칙(the Hague－Visby Rules)이라고 한다(1977년 6월 23일 발효).¹⁷⁾ 헤이그－비스비규칙은 총 17개조로 구성되어 있으며, 주요 내용은 다음과 같다.

i) 적용범위는 선하증권이 체약국에서 발행된 경우, 운송이 체약국에서 개시된 경우, 선하증권에 본 규칙의 적용을 명시한 경우에 적용된다. 헤이그규칙에 비해 적용범위가 확대되었다.

ii) 운송인의 책임한도액을 포장당 1만 포앙카레 프랑(Poincare Franc)¹⁸⁾ 또는 화물중량 1kg에 대하여 30 포앙카레 프랑 중에서 큰 금액으로 정하였다(벌크화물(bulk cargo)을 고려하여 중량당 책임제한 도입). 프랑은 금본위 화폐단위인데, 1971년 금본위제가 폐지됨에 따라 1979년에 기준화폐를 국제통화기금(IMF)의 특별인출권(SDR : special drawing right)으로 바꾸는 내용(포장당 1만 프랑과 화물중량 1 Kg당 30 프랑을 각각 667 SDR(포장 또는 단위당), 2 SDR(Kg당)로 변경)으로 헤이그－비스비규칙을 개정하는 개정의정서가 다시 채택되었다(1984년 2월 14일 발효).

헤이그규칙이 포장당 책임제한만을 규정한 점에 비해, 헤이그－비스비규칙은 포장당 책임제한 외에 중량당 책임제한을 추가하였다. 그리고 포장당 책임제한이 헤이그규칙에서는 100 파운드였으나, 헤이그－비스비규칙에서는 666.67 SDR로 인상하였다.

iii) 운송인의 사용인이나 대리인도 운송인에게 인정된 책임제한이나 항변사유를 원용할 수 있다는 내용을 신설하였다. 다만, 선내하역업자와 같은 운송인 하청업자는 독립된 계약 주체이므로 적용되지 않는다.

iv) 화물손해배상액의 산정을 물건도착지가격을 기준으로 규정하였는데, 이는 헤이그규칙에는 없는 내용이다.

v) 선하증권의 소지인에 대해서는 선하증권기재의 증거력이 절대적이다. 이에 따라 선하증권의 추정적 증거력을 규정한 헤이그규칙에 비해 선하증권의 증거력이 강화되었다.

vi) 컨테이너조항을 신설하였다. 컨테이너나 팔레트 등이 이용됨에 따라 선하증권에 운송물의 포장 또는 단위가 기재되어 있으면 그것을 기준으로 하고, 그러한 기재가 없으면 컨테이너를 하나의 포장으로 간주하고 있다.

17) 정동윤, 전계서, p.868-869

18) 프랑스의 수상이던 Raymond Poincare의 성을 따라 붙여진 명칭으로 1 포앙카레 프랑은 순도 900/1000인 금 65.5mg의 금가치와 동일

vii) 해상운송인은 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 그 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생겼음이 증명된 경우에는 포장당 책임제한을 주장할 수 없다.

viii) 선하증권은 선하증권에 기재되어 있는 운송물을 운송인이 수령한 것으로 추정된다. 그러나 선하증권이 선의의 제3자에게 양도된 경우에는 반증은 협용되지 않는다.

4. 함부르그규칙(1978)

헤이그규칙 및 헤이그-비스비규칙은 영미법을 근간으로 하고 있으며, 운송인의 면책사유가 광범위하고 책임보상 범위도 제한되어 선주의 보호에 지나치게 치중하고 있어 화주에게는 상대적으로 불리했다.¹⁹⁾ 특히 해운회사는 선진국에만 있어, 개발도상국 화주들이 상대적으로 불리하게 인식되었다. 개발도상국의 발언권이 커지면서 새로운 국제협약의 제정이 논의되었고, 그 결과 1978년의 함부르그 유엔회의에서 UNCITRAL(유엔국제거래법위원회)은 헤이그-비스비규칙을 대체하기 위해 유엔해상물품운송협약(the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea)을 채택하였는데, 이를 함부르그규칙(the Hamburg Rules)이라고 한다. 함부르그규칙은, 비록 선하증권에 의한 운송이 아닌 경우에도 서로 다른 두 국가간의 해상물품운송계약(용선계약 제외)에 적용된다는 특징이 있다.²⁰⁾ 함부르그규칙은 총34개조로 기존의 규칙에 비해 조문수가 늘어나고 내용도 많이 추가되었다. 이 규칙은 운송인의 책임을 강화하는 협약으로 선진국들의 비준 거부로 발효요건인 20개국의 비준을 받지 못하다가 1992년 11월에 발효되었다. 함부르그규칙의 주요 내용은 다음과 같다.

i) 적용범위를 확대하여 선적항 또는 양하항이 체약국인 경우, 선하증권의 발행지가 체약국인 경우, 선하증권상 본 규칙의 적용을 명시한 경우에 적용된다. 또한, 헤이그규칙에서 제외된 산 동물이나 갑판적화물에도 적용을 확대하였다.

ii) 운송인의 책임한도액을 포장단위당 835 SDR, 1kg당 2.5 SDR로 증액하여 헤이그-비스비규칙에 비해 25% 인상하였다.

iii) 헤이그규칙과 비교하면, 함부르그규칙에서는 운송인의 면책사유 목록을 삭제하였고, 과실책임의 일반원칙으로 돌아가 운송인에게 운송물의 멸실·훼손에 대한 책임이 있는 것으로 추정하였다.

iv) 운송인의 책임구간을 확대하였다. 헤이그규칙에서는 운송인의 책임을 해상구간으로 한정했으나(from tackle to tackle), 함부르그규칙에서는 수취로부터 인도시까지로(from point to point) 확대하였다.

19) 서현제, 전계서, p.375

20) Clive M. Schmitthoff, op. cit., p.563

III. 해상운송인의 책임제한에 대한 상법규정

1. 상법 개정 연혁

1962년 1월 20일(1963년 1월 1일 시행) 상법 제5편으로 제정된 후 30년 만인 1991년 12월 31일(1993년 1월 1일 시행)에 일부 개정되었고, 2007년 8월 3일(2008년 8월 4일 시행) 대폭 개정되었다.²¹⁾ 1962년 제정 상법은 1924년의 헤이그규칙을 일부 수용하여 선가책임주의와 금액책임주의를 병용하였다. 그러나 해상운송계약을 용선계약을 중심으로 규정하였고, 정기용선계약에 대한 규정이 미비하였다. 이에 따라 헤이그-비스비규칙(1968), 함부르그규칙(1978), 선박소유자의 책임제한에 관한 런던 해사채권책임제한조약(1976) 등을 반영하여 1991년에 상법을 개정하였다. 1991년 개정상법의 개정 내용 중 가장 중요한 내용은 선박소유자 등의 책임제한에 관한 규정과 해상운송인의 손해배상책임에 관한 규정이다. 해상운송인의 책임한도액을 미국을 따라 포장단위당 500 SDR로 정하였으나, 중량에 따른 책임한도액은 정하지 않았다. 그리고 헤이그-비스비규칙을 일부 반영하여 선가책임주의·금액책임주의에서 금액책임주의로 일원화하였다.

2007년에는 세계 주요 해운국의 해상법체계를 참조하여 해상법의 전반적인 체계를 개편하였다. 2007년 개정상법은 여객에 대한 선박소유자의 책임한도액을 상향조정하였고(제770조), 해상운송인의 포장당 책임제한 500 SDR은 1991년에 정해진 금액으로 현재 너무 저액이라는 지적이 있어²²⁾ 헤이그-비스비규칙에 따라 666.67 SDR로 상향하였고, 중량에 따른 책임제한제도(1kg 당 2 SDR)를 새로 도입하였다.(제797조)²³⁾ 그리고 1980년의 국제물품복합운송에관한유엔협약 등을 참조하여 복합운송인의 책임에 대하여 규정하였으며(제816조), 전자선하증권에 대하여 규정하고(제862조), 해상화물운송장에 대해 별도로 규정하고 있다(제863조, 제864조).

2. 해상운송인의 책임

(1) 책임주체 및 청구권자

해상운송인은 해상물건운송과 관련하여 발생한 손해에 대해 원칙적으로 책임이 있다.²⁴⁾

21) 최종현, “한국 해상법의 발전방향”, 「한국해법학회지」, 제31권 제1호(2009), p.11

22) 김인현, “2007년 개정 상법 해상편의 개정 내용과 의의”, 「한국해법학회지」, 제31권 제1호(2009), p.117

23) 운송인의 책임은 매 포장단위당 또는 선적단위당 666.67 SDR(총전 500 SDR)과 1kg 당 2 SDR (총전 1 SDR) 중 큰 금액으로 제한(단, 중량에 대한 책임제한은 2010년 8월 4일부터 시행)

24) 해상운송인의 책임제한제도와는 별도로 선주책임제한제도(또는 해상기업주체의 책임제한제도)가 있는데, 선주책임제한제도는 선박충돌, 좌초 등으로 인하여 선주박소유자 등에게 총체적으로 발생한 채권을 제한하는 총체적 책임제한임에 비해, 해상운송인의 책임제한제도는 해상운송인측의 상업과실로 인하여 개개의 운송물에 대하여 생긴 개별적인 손해의 배상책임을 제한하는 개별적인

1991년 개정 전의 상법에서는 책임의 주체가 선박소유자로 되어 있었으나, 헤이그규칙에 따라 해상운송인으로 변경하였다. 따라서 선박소유자, 선체용선자, 정기용선자 등 해상물건운송을 하는 해상기업주체는 모두 책임주체가 될 수 있다.²⁵⁾ 한편, 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용인 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있는데(제798조), 이 조항은 헤이비-비스비규칙을 반영한 것이다. 이는 운송인의 사용인 또는 대리인이 운송인 보다 더 큰 책임을 부담하는 것이 불합리하기 때문에 둔 규정으로 이른바 ‘히말라야 조항(Himalaya Clause)’²⁶⁾을 수용한 것이다. 또한, 책임보험자는 보험법의 규정에 의하여 피해자가 보험자에게 보험금을 청구하는 경우에는 피보험자(운송인)의 항변을 원용할 수 있으므로(제724조), 이러한 책임보험자도 운송인의 면책사유나 책임제한을 주장할 수 있다고 본다.²⁷⁾

한편, 해상물건운송에 대하여 배상책임을 청구할 수 있는 자는 선하증권이 발행되어 있는 경우에는 그 소지인이고, 선하증권이 발행되지 아니한 경우에는 수하인이다.

(2) 책임발생원인

(가) 해상운송인이 책임을 부담하는 경우

해상운송인이 책임을 부담하는 경우는 감항능력주의의무위반이 있는 경우와 운송물에 대한 주의의무위반이 있는 경우이다. 감항능력주의의무위반과 운송물에 대한 주의의무위반은 모두 과실책임이며, 해상운송인에게 과실이 있는 것으로 추정된다. 첫째, 운송인은 감항능력주의의무²⁸⁾를 부담하는데 이를 위반하는 경우 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한

책임제한이다. 그리고 해상운송인의 개별적 책임제한은 선주의 총체적 책임제한에 영향을 미치지 않는다(제797조). 따라서 해상운송인이 선박소유자나 용선자인 경우에는 해상운송인의 자격에서 운송물에 대하여 개별적인 책임제한을 받고, 위 제한된 개별 채무액을 포함하여 선박소유자의 자격에서 총체적 책임제한을 받는다. 결과적으로 선박소유자인 해상운송인은 위 둘 중에서 유리한 하나님의 제도를 선택하여 책임제한을 주장할 수 있다.

25) 대법원 2002.5.28. 선고 2001다12621 판결‘선박의 운행 중 사고로 인한 손해배상에 대하여 그 선박의 이용자가 손해배상을 부담하기 위하여는 그 이용자가 사고 선박의 선장·선원에 대한 실질적인 지휘·감독권이 있어야 하고, 그와 같은 권한이 있는지 여부는 그 선박의 이용계약이 선박임대차계약인지, 정기용선계약인지 아니면 이와 유사한 성격을 가진 제3의 특수한 계약인지 여부 및 그 계약의 취지·내용에 선박의 선장·선원에 대한 실질적인 지휘·감독권이 이용권자에게 부여되어 있는지 여부 등을 구체적으로 검토하여 결정하여야 한다.’

26) 선하증권상 운송인의 사용인·대리인·하청운송인 등 이행보조자의 면책을 규정한 약관이다. 약관의 명칭은 지중해를 항해하는 여객선 히말라야호 사건에서 유래한 것으로, 히말라야호는 승선권에 운송인의 사용인에 대한 면책을 기재하지 않아 이에 대한 소송이 일어났다. 영국의 법원은 승선권에 운송인의 사용인 또는 대리인에게도 운송인의 면책약관이 적용된다는 사실이 명시되어 있지 않는 한 운송인의 사용인 등은 이를 주장할 수 없다고 판결하였다. 이에 따라 운송인보다 이행보조자가 더 큰 책임을 부담하는 불합리한 경우가 발생할 소지가 있으므로 이를 약관으로 규정한 것이다. 이 약관에 의해 운송인이 발행한 선하증권에서 이행보조자는 운송인과 동일한 면책과 책임제한을 받으며, 화물의 손상에 대해서 화주로부터 배상청구를 받지 않게 되었다.

27) 정동윤, 전계서, p.868정찬형, 상법(하), 박영사, 2008, p.857

28) 해상운송을 위하여 해상운송인이 제공하는 선박은 안전하게 항해할 수 있는 능력이 있어야 하는

손해를 배상할 책임이 있다.(제794조) 해상운송인은 항해과실에 대하여는 원칙적으로 책임을 부담하지 않지만, 예외적으로 감항능력주의의무위반에 대하여는 책임이 있다. 감항능력주의의무는 운송물에 대한 주의의무와는 독립된 별개의 의무이다.²⁹⁾ 둘째, 운송인은 자기 또는 선원 기타 선박사용인이 운송물을 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다(제795조).

(나) 해상운송인이 책임을 부담하지 않는 경우

다음의 경우에는 해상운송인은 운송물에 대해 발생한 손해에 대해 책임을 지지 않는다.

첫째, ‘운송인은 선장·해원·도선사 그 밖의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해’³⁰⁾를 배상할 책임을 면한다(제795조제2항). 항해과실을 면책사유로 인정한 이유는, 항해와 선박의 관리는 기술적인 사항으로 선장 등의 사소한 과실에 의해서도 엄청난 손해가 발생할 수 있고, 대부분 선박이 운송인의 통제범위 밖에 있는 때에 발생하기 때문이다. 그리고 선박에서의 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다(제795조제2항). 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우 운송인의 책임은 면제되지 않는다.

둘째, 화폐·유가증권 기타의 고가물에 대하여는 송하인이 운송을 위탁할 때에 그 종류와 가액을 명시한 경우에 한하여 운송인이 손해를 배상할 책임이 있다(제815조, 제136조의 반대해석). 송하인이 운송물의 종류 또는 가액을 고의로 현저하게 부실의 고지를 한 때에는 운송인은 자기 또는 그 사용인이 악의인 경우를 제외하고 운송물의 손해에 대하여 책임을 면한다(제797조제3항).

셋째, 운송인은 해상이나 그 밖에 항해할 수 있는 수면에서의 위험 또는 사고, 불가항력, 전쟁·폭동 또는 내란 등(‘법정면책사유’)³¹⁾의 사실이 있었다는 것과 운송물에 관한 손해가

데 이를 감항능력이라 하며, 선박이 감항능력을 갖추게 하는 의무를 감항능력주의의무라고 한다.

감항능력주의의무의 성질은 과실책임이며, 무과실의 입증책임은 운송인에게 있다(상법 제794조).

29) 이기수·최병규·김인현, 보험·해상법, 박영사, 2008, p.515

30) 이를 항해과실에 의한 손해라고 한다.

31) 제796조에서 정한 법정면책사유

- 해상이나 그 밖에 항행할 수 있는 수면에서의 위험 또는 사고
- 불가항력
- 전쟁·폭동 또는 내란
- 해적행위나 그 밖에 이에 준한 행위
- 재판상의 압류, 겸역상의 제한, 그 밖에 공권에 의한 제한
- 송하인 또는 운송물의 소유자나 그 사용인의 행위
- 동맹파업이나 그 밖의 쟁의행위 또는 선박폐쇄
- 해상에서의 인명이나 재산의 구조행위 또는 이로 인한 항로이탈이나 그 밖의 정당한 사유로 인 항로이탈
- 운송물의 포장의 불충분 또는 기호의 표시의 불완전
- 운송물의 특수한 성질 또는 숨은 하자
- 선박의 숨은 하자

그 사실로 인하여 보통 생길 수 있는 것임을 증명한 때에는 이를 배상할 책임을 면한다. 다만, 감항능력주의의무 및 운송물에 관한 주의의무를 다했다면 그 손해를 피할 수 있었음에도 불구하고 주의를 다하지 않은 경우에는 책임이 면제되지 않는다(상법 제796조).

3. 해상운송인의 포장당 책임제한

위에서 살펴본 바와 같이 해상운송인은 감항능력주의의무위반과 운송물에 대한 주의의무 위반의 경우에는 운송물에 대해 발생한 손해에 대해 책임이 있다. 그러나 손해액 전액에 대해 손해배상책임이 있는 것이 아니고 운송인을 보호하기 위해 포장당(또는 중량당) 책임한도액을 규정하고 있다. 포장당 책임제한의 한도액은 당사자의 합의로 인상할 수 있지만, 당사자의 합으로 한도액을 인하할 수는 없다고 본다.³²⁾ 참고로 상법에서는 포장당 책임한도 외에 해상운송인의 배상범위를 제한하는 규정도 두고 있다(제815조, 제137조)³³⁾.

(1) 포장당 책임한도액

1991년 개정상법은 해상물건운송인의 책임을 운송물의 포장당 또는 선적단위당 500 SDR로 제한하는 제도를 도입하였는데, 이는 헤이그-비스비규칙의 취지를 수용하되, 그 금액은 1936년의 미국 해상물건운송법을 참고하였다. 그러나 2007년 개정상법은 헤이그-비스비규칙을 충실히 도입하여 해상운송인은 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해배상책임에 대하여 그 운송물의 매 포장단위당 또는 선적단위당 666.67 SDR과 중량 1 Kg당 2 SDR 중 큰 금액을 한도로 한다고 규정하여(제797조제1항) 포장단위당 한도액을 500 SDR에서 666.67 SDR로 인상하고, 중량 당 책임한도액을 신설하였다. 중량당 책임한도를 도입하는 것은 우리 해운업의 실정에 비추어 시기상조라는 한국선주협회의 주장을 감안하여 중량당 책임한도규정은 2010년 8월 4일부터 시행하는 것으로 정했다.³⁴⁾ 포장 또는 선적단위의 수는 컨테이너 그 밖에 이와 유사한 운송용기가 운송물을 통합하기 위하여 사용되는 경우에 그러한 운송용기에 내장된 운송물의 포장 또는 선적단위의 수를 선하증권 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서에 기재한 때에는 그 각 포장단위 또는 선적단위를 하나의 포장 또는 선적단위로 본다.³⁵⁾ 이 경우를 제외하고는 이러한 운송용기 내의 운송물 전부를 하나의

32) Clive M. Schmitthoff, op. cit., p.603

33) 해상운송인의 손해배상액에 관하여는 육상물건운송인의 경우와 같이 특칙을 두고 있다. 운송물의 전부 멸실 또는 연착된 경우의 손해배상액은 인도할 날의 도착지의 가격에 의하고, 운송물이 일부 멸실 또는 훼손된 경우의 손해배상액은 인도한 날의 도착지의 가격에 의한다고 규정하고 있다.(제815조, 제137조) 이러한 정액배상주의의 특칙은 운송인을 보호하기 위한 것이다. 민법상 손해배상의 일반원칙에 의하면, 운송물의 멸실·훼손 또는 연착 등 운송인의 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 하고, 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다. 그러나 상법에서는 운송인을 보호하기 위해 특칙을 규정하고 있으므로 민법상의 손해배상의 일반원칙은 적용되지 않는다.

34) 최종현, “개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위”, 「한국해법학회지」, 제30권 제1호(2008), p.57

포장 또는 선적단위로 본다(제797조). 한편, 포장당 책임제한이 인정되는 책임은 상법 제794조 내지 제796조³⁶⁾의 규정에 의한 운송인의 손해배상책임으로 한정된다(제797조제1항).

상법에서는 포장당 책임제한외에 선박소유자 등의 총체적 책임제한규정도 두고 있는데(제769조), 해상운송인은 포장당 책임제한과 총체적 책임제한을 중첩적으로 주장할 수 있다(제797조제4항).

(2) 포장당 책임제한과 불법행위책임과의 관계

해상물건운송인의 운송계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에도 이를 적용한다.(제798조제1항³⁷⁾) 운송인의 채무불이행이 불법행위의 요건을 갖추는 경우도 있는데, 만일 이 경우에 책임제한이나 면책사유가 채무불이행의 경우에만 적용되고 불법행위의 경우에는 적용되지 않는다면, 피해자는 운송인을 상대로 불법행위를 주장하여 위 책임제한 규정을 벗어날 수 있게 되므로 이 경우 운송인을 보호하기 위한 입법취지가 의미가 없게 되는 바, 상법은 청구권경합설의 입장에서 불법행위가 성립하는 경우에도 책임제한과 면책사유를 주장할 수 있다는 점을 명확히 한 것이다.³⁸⁾ 이에 따라 불법행위에 대해서도 포장당 책임제한규정이나 운송인의 면책규정이 적용된다는 것에 대해서는 더 이상 다툼이 없게 되었다.³⁹⁾ 다만, 불법행위의 경우에도 다음에 기술한 책임한도의 적용배제사유는 그대로 적용된다고 본다.

35) 선하증권상에 대포장(pallet)과 그 속에 소포장(unit 또는 carton 등)이 모두 기재된 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한 소포장을 책임제한의 계산단위가 되는 포장으로 보아야 한다(대법원 2004.7.22 선고, 2002다44267).

36) 포장당 책임제한이 인정되는 책임은 다음과 같다.

- 감항능력주의의무위반으로 인한 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해배상책임(제794조)
- 상업과실로 인한 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해배상책임(제795조제1항)
- 운송인의 과실로 인한 화재로 생긴 운송물에 관한 손해배상책임(제795조제2항)
- 불가항력 기타의 면책사유로 운송물이 멸실·훼손 또는 연착되어 손해가 생긴경우에 적하이해 관계인이 운송인의 주의의무위반을 증명하여 운송인이 지는 손해배상책임(제796조)

37) 이 조항은 1991년 개정 상법에서 신설된 조항(제789조의3)이며, 현재 개정상법에도 조문표기만 바뀌었을 뿐 내용을 그대로 유지하고 있다.

38) 정동윤, 전개서, p.884

39) 이 문제에 대해 대법원에서는 처음에는 청구권경합설의 입장을 수용하여, 운송계약상의 면책특약이나 상법상의 면책조항은 오로지 운송계약상의 채무불이행책임에만 적용될 뿐 당사자 사이에 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 한 불법행위로 인한 손해배상책임에는 적용되지 않는다는 입장을 유지해 왔다.(대법원 1980.11.11자 선고, 80 다 1812 참조) 그러나 1983년 판결에서는 운송인이 발행한 선하증권상에 면책약관이 기재된 경우 당사자간에 불법행위책임에 관하여도 위 면책약관을 적용하기로 하는 묵시적 합의가 있다고 보고 있다.(대법원 1983.3.22선고, 82 다카 1533) 그러나 1991년 개정 상법에서 제789조의3(현재 제798조제1항)의 신설로 위 대법원의 판결은 사실상 효력이 없게 되었다.

(3) 포장당 책임제한의 적용배제

해상운송인의 책임제한은 해상운송인을 보호하기 위한 제도이지만, 해상운송인이 고의로 발생시킨 손해까지 해상운송인을 보호하는 것은 공서양속에 반한다.⁴⁰⁾ 상법에서는 이러한 취지를 반영하여 해상운송인의 책임한도가 배제되는 경우를 규정하고 있다.

첫째, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 때에는 책임한도액이 적용되지 않는다(상법 제797조제1항). 이는 헤이그－비스비규칙의 내용을 그대로 수용한 것이다(헤이그－비스비규칙 제4조제5항). 여기서 주의할 점은 운송인 자신의 고의나 무모한 행위만 해당되며, 사용인 또는 대리인의 고의 또는 무모한 행위는 해당되지 않는다는 것이다. 운송인이 법인인 경우 직원이 운송인 자신에 해당되는지에 대해 대법원에서는 법인의 대표기관뿐 아니라 적어도 법인의 내부적 업무분장에 따라 당해 법인의 관리 업무의 전부 또는 특정 부분에 관하여 대표기관에 갈음하여 사실상 회사의 의사결정 등 모든 권한을 행사하는 자가 있다면, 비록 그가 이사회의 구성원 또는 임원이 아니더라도 그의 행위를 운송인인 회사 자신의 행위로 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2006.10.26. 선고 2004다27082)⁴¹⁾.

둘째, 해상운송인의 손해배상액이 제한되는 것은 운송인에게 과실이 있는 경우에 한하며, 손해의 발생유형도 운송물의 멸실·훼손·연착인 경우로 제한된다(상법 제795조제1항, 제797조제1항). 따라서 운송물의 멸실·훼손·연착 이외의 경우에는 포장당 책임한도가 적용되지 않고 민법의 일반원칙(민법 제393조)에 따라 손해배상액의 범위가 정해진다.

셋째, 송하인이 운송인에게 운송물의 내용을 고지하고 선하증권 또는 운송계약을 증명하는 문서에 이를 기재한 경우에도 운송인의 책임제한이 배제된다(제797조제3항). 그러나 송하인이 운송물의 종류 또는 가액을 고의로 현저하게 부실의 고지를 한 때에는 운송인은 자기 또는 그 사용인이 악의인 경우를 제외하고는 운송물의 손해에 대하여 책임을 면한다(제797조제3항).

40) 김창준, 전계논문, p.10

41) 판결요지: ‘상법 제789조의2(개정상법 제797조에 해당)가 정하는 포장당 책임제한의 적용이 배제되는지 여부에 대하여 상법 제789조의2의 제1항 본문에 의하면, 해상운송인이 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송 등에 관하여 부담하는 손해배상책임은 당해 운송물의 매 포장당 500SDR을 한도로 제한할 수 있으나, 한편 같은 항 단서에 의하면, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 그 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 이러한 책임의 제한을 허용하지 않는다. 위 조항의 문언 및 입법연혁에 비추어, 단서에서 말하는 ‘운송인 자신’은 운송인 본인을 말하고 운송인의 피용자나 대리인 등의 이행보조자에게 귀책사유가 있는 경우에는 위 단서가 적용되지 않는다고 하겠으나, 법인 운송인의 경우에 있어, 그 대표기관의 고의 또는 무모한 행위만을 법인의 고의 또는 무모한 행위로 한정하게 된다면, 법인의 규모가 클수록 운송에 관한 실질적 권한이 하부의 기관으로 이양된다는 점을 감안할 때 위 단서조항의 배제사유는 사실상 사문화되고 당해 법인이 책임제한의 이익을 부당하게 향유할 염려가 있다. 따라서 법인의 대표기관뿐 아니라 적어도 법인의 내부적 업무분장에 따라 당해 법인의 관리 업무의 전부 또는 특정 부분에 관하여 대표기관에 갈음하여 사실상 회사의 의사결정 등 모든 권한을 행사하는 자가 있다면, 비록 그가 이사회의 구성원 또는 임원이 아니더라도 그의 행위를 운송인인 회사 자신의 행위로 봄이 상당하다.’

(4) 면책약관의 적용 여부

운송인의 책임 및 그 제한에 관한 상법의 규정(제794조 내지 제798조)에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다(제799조제1항). 물론 포장당 책임한도액을 인상하는 등 운송인에게 불이익한 특약은 유효하다.⁴²⁾ 나아가 대법원에서는 운송인의 손해배상책임제한에 관한 약관이 실질적으로 책임면제와 같은 경우에는 그 약관은 무효로 보고 있다(대법원 1988.9.27 선고, 86 다카 2377⁴³⁾). 또한, 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정은 효력이 없다(제799조제1항). 여기서의 보험의 이익은 보험금청구권을 의미하는데, 보험금청구권을 운송인에게 양도함으로써 실제로 운송인이 배상책임을 지지 않게 되는 결과를 초래하기 때문이다. 그러나 i) 산 동물의 운송 ii) 선하증권이나 그 밖에 운송을 증명하는 문서의 표면에 갑판적으로 운송할 취지를 기재하여 갑판적으로 행하는 운송에 대해서는 운송인의 책임제한특약이 유효하다(제799조제2항).⁴⁴⁾

4. 부실기재선하증권의 효력

공선하증권은 운송인이 운송물을 수령하지 않고 발행한 선하증권, 또는 운송인이 운송물을 선적하지 않고 발행한 선하증권을 말한다.⁴⁵⁾ 운송물의 수량이 선하증권의 기재내용보다 적거나, 운송물이 선하증권의 기재내용과 다른 운송물인 경우가 있는데, 이러한 선하증권은 공선하증권과 구별되는 바, 이를 ‘부실기재선하증권(misrepresented B/L)⁴⁶⁾’이라 부르고자 한다.

부실기재선하증권의 효력에 관한 현행 상법을 보면, 헤이그-비스비규칙을 수용하여 운송인과 송하인 사이에 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정하며,⁴⁷⁾ 선의로 취득한 소지자에 대해서는 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적

42) 미국 해상물건운송법에서도 당사자들이 포장당 책임한도액 500달러 이상의 금액으로 합의하는 것은 가능하다고 규정하고 있다.

43) 판결요지 : ‘해상운송인의 책임결과의 일부를 감경하는 배상액제한약관은 원칙적으로 상법 제790조에 저촉되지 않는다고 할 것이지만 배상책임을 면제하는 것과 다름없다고 할 정도로 적은 액수를 책임한도액으로 정한 배상액제한약관은 실질적으로는 책임제외약관과 다를 바 없는 것이므로 상법 제790조에 저촉되어 무효라고 할 것이고, 배상액제한약관에서 정한 책임한도액이 배상책임을 면제하는 것과 다름없는 정도의 소액인가의 여부는 그 책임한도액이 해상운송의 거래계에서 관행으로 정하여지고 있는 책임한도액 및 운송인이 받은 운임등과 비교하여 볼 때 실질적으로 운송인의 배상책임을 면제하는 정도의 명목상의 금액에 불과한 것인가의 여부에 따라 결정하여야 한다.’

44) i) 산 동물 : 산 동물의 운송에는 많은 위험이 수반되므로 면책약관을 허용하지 않으면 운임이 비싸지거나 운송이 거절될 수 있기 때문이다. ii) 갑판적화물 : 갑판적의 경우에도 산 동물과 마찬가지로 위험이 높기 때문에, 이는 헤이그규칙을 따른 것이다.

45) 최종현, “공선하증권의 효력”, 「한국해법학회지」, 제29권 제1호(2007), p.134

46) 정동윤, 전계서, p.905; 김창준, 전계논문, p.29

47) 참고로 2007년 개정 상법 이전의 상법의 규정을 살펴보면, 1991년 개정 상법 이전에는 선하증권의 채권적 효력에 대하여 화물상환증에 관한 상법 제131조(“화물상환증을 작성한 경우에는 운송

한 것으로 본다고 규정하고 있다(상법 제854조). 이에 따라 부실기재선하증권도 선하증권에 기재된 대로 효력이 있으며, 운송인이 운송물을 수령 또는 선적되지 아니하였음을 입증해야 선하증권이 무효로 된다. 그리고 선의의 제3자에 대해서는 운송물을 수령 또는 선적되지 아니하였음을 운송인이 입증해도 선하증권은 절대적으로 유효하며, 운송인은 선하증권에 기재된 대로 책임을 진다. 즉 선하증권의 문언증권성이 인정되며, 따라서 운송물을 인도하지 못한 경우 운송인은 계약불이행책임을 진다.⁴⁸⁾ 다만, 선하증권에 기재되어 추정을 받는 ‘운송물의 외관상태’는 상당한 주의를 기울여 검사하면 발견할 수 있는 외관상⁴⁹⁾의 하자에 대하여서만 적용되는 것이지 상당한 주의를 기울이더라도 발견할 수 없는 운송물의 내부상태에 대하여서는 운송인은 책임이 없다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다49074⁵⁰⁾). 악의의 제3자에 대해서는 규정이 없으나, 당사자 사이에도 추정적 효력을 인정하므로 악의의 제3자에 대해서도 추정적 효력이 미친다고 본다.⁵¹⁾

다음으로 부실기재선하증권의 경우 운송인이 포장당 책임제한규정을 주장할 수 있는지 살펴보자. 위에서 본 바와 같이 상법 제797조제1항 단서에서는 “운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 때에는 책임한도액이 적용되지 않는다.”고 규정하고 있다. 운송인 자신이 선의의 소지인에게 손해를 입힐 고의로 부실기재선하증권을 발행하거나, 선의의 소지인에게

에 관한 사항은 운송인과 소지인간에 있어서는 화물상환증에 기재된 바에 의한다.”)을 준용하여, 공선하증권이나 부실기재선하증권이 무효인지 여부에 대해 다툼이 되었다.(대법원에서는 요인성을 중시하여 공선하증권의 경우 무효로 봄(대법원 1982.9.14. 선고 80다1325)그러나 1991년 개정 상법에서는 “제814조 제1항의 규정에 따라서 선하증권이 발행된 경우에는 운송인이 그 증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정한다. 그러나 운송인은 선하증권을 선의로 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.”라고 선하증권의 효력에 관한 규정을 신설하였다. 그러나 이 규정에서도 선하증권의 추정적 효력이 악의의 소지인에게만 미치는지, 송하인에게도 미치는지 다툼이 되었다. 전자의 견해의 경우 송하인에게는 추정적 효력이 없어 공선하증권 또는 부실기재선하증권은 무효라는 결론에 이르게 된다. 그러나 2007년 개정 상법에서는 운송인과 송하인 사이에 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정한다고 규정하여 이러한 다툼을 일소시켰고, 결과적으로 공선하증권 또는 부실기재선하증권은 송하인에 대해서도 추정적 효력이 있어 일단 유효한 선하증권이 된다.

48) 정동윤, 전계서, p.906

49) 즉 추정적 효력이 미치는 범위는 선하증권에 기재된 운송물의 종류, 중량 또는 용적, 포장의 종별, 개수와 기호, 운송물의 외관 상태이며, 운송인이 상당한 주의를 기울여도 알수 없는 품질이나 밀봉된 컨테이너 내부의 운송물의 상세에 관하여는 추정적 효력이 이치지 않는다.(최종현, 공선하증권의 효력, 「한국해법학회지」, 제29권 제1호(2007), p.150-151)

50) 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정되므로, 선하증권에 운송물이 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 기재가 있는 무고장선하증권이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 운송인은 그 운송물을 양호한 상태로 수령 또는 선적한 것으로 추정된다 할 것이고, 따라서 무고장선하증권의 소지인이 운송물의 훼손으로 인한 손해를 입증함에 있어서는 운송인으로부터 운송물을 수령할 당시의 화물의 손괴사실만 입증하면 되는 것이고 나아가 이러한 손해가 항해중에 발생한 것임을 입증할 필요는 없다 할 것이다. 그러나 선하증권에 기재되어 추정을 받는 ‘운송물의 외관상태’는 상당한 주의를 기울여 검사하면 발견할 수 있는 외관상의 하자에 대하여서만 적용되는 것이지 상당한 주의를 기울이더라도 발견할 수 없는 운송물의 내부상태에 대하여서는 위 추정규정이 적용될 수 없다 할 것이다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다49074).

51) 정동윤, 전계서, p.905

손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 부실기재선하증권을 발행한 경우 포장당 책임제한규정을 주장할 수 없다고 본다.⁵²⁾

한편, 선하증권상에 부지약관⁵³⁾이 기재된 경우, 부지문구가 선하증권상에 기재되어 있고, 선하증권을 발행할 당시 운송인도 그 컨테이너 안의 내용물 상태에 대하여 검사, 확인 할 수 있는 합리적이고도 적당한 방법이 없는 경우 등 상법 제814조 제2항⁵⁴⁾에서 말하는 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 부지문구는 유효하고, 위 부지문구의 효력은 운송인이 확인할 수 없는 운송물의 내부상태 등에 대하여도 미친다고 할 것이어서 선하증권상에 위와 같은 부지문구가 기재되어 있다면, 이와 별도로 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 취지의 기재가 있다 하여 이에 의하여 컨테이너 안의 내용물의 상태에 관하여까지 양호한 상태로 수령 또는 선적된 것으로 추정할 수는 없다고 할 것이므로, 이러한 경우 선하증권 소지인은 송하인이 운송인에게 운송물을 양호한 상태로 인도하였다는 점을 입증해야 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다49074).

IV. 미국 Berisford Metals Corp. v. S/S Salvador, and A/S Ivarans Rederi(1985)⁵⁵⁾ 판례 평석

1. 사건 개요

1983년 6년 23일 원고인 미국의 Berisford Metals사(이하 “Berisford사”) 브라질 상파울로에 소재한 Paranapanema International사(이하 “Paranapanema사”)와 A등급 주석 잉곳 50톤을 톤당 13,340 달러(추후 구매단가는 톤당 13,300으로 변경)에 구매하는 계약을 체결하였다. 가격조건은 FOB⁵⁶⁾ 브라질 산토스(도착항 뉴욕)이었다. 대금지급조건은 ‘선적서류 전통 제시 시 해상선하증권발행일로부터 45일 이내 현금결제(net cash)⁵⁷⁾’인데, F.O.B조건

52) 최종현, “공선하증권의 효력”, 「한국해법학회지」, 제29권 제1호(2007), p.155

53) 부지약관(부지문구)이란 수량, 중량, 상태 등 화물의 내용에 대해 운송인은 모르기 때문에 이에 대해 책임이 없다는 내용을 선하증권에 기재하는 것을 말한다. 운송인이 화물의 내용물에 대해 잘 모르는 경우가 많으며, 특히 컨테이너에 들어있는 물품에 대해서는 내용물이나 품질을 파악하기 어려운데, 이러한 문제를 해결하기 위해 운송인은 내용물에 대해서는 잘 모르며 이에 따라 선하증권과 일치하는 물품을 인도할 의무를 부담하지 않는다는 취지의 부지문구를 선하증권에 명시한다. 부지문구의 표현으로는 “.....이 들어 있다고 함(Said to Contain.....)”, “송하인이 적입하고 수량을 셈(shipper’s weight, load, and count)”, “포장의 내용 또는 상태에 대해 부지(contents or condition of contents of packages unknown)” 등이 있다.

54) ②제1항제2호의 기재사항 중 운송물의 중량, 용적, 개수 또는 기호가 운송인이 실제로 수령한 운송물을 정확하게 표시하고 있지 아니하다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 또는 이를 확인 할 적당한 방법이 없는 때에는 그 기재를 생략할 수 있다(현행 상법 제853조제2항).

55) 779 F.2d 841

56) 여기서는 인코텀즈가 아니고, 개정미국무역정의에 따른 FOB로, 매도인은 본선에 화물을 선적하면 된다.

과 관련되어 무고장선적선하증권이 요구되는 것으로 당사자들은 이해하고 있었다.

매매계약에 따라 Paranapanema사는 산토스에서 피고 Ivarans사(본건의 운송인)의 대리인인 Agencia de Vapores Grieg사(이하 “Grieg사”)에게 100 뮉음을 인도하였는데, 각 뮉음은 30개의 주석잉곳과 강판이 부착된 나무팔레트를 포함하고 있었다. 참고로 Grieg사는 선적부두로부터 5km 떨어진 장소에 터미널을 운영하고 있었다. Grieg사는 1983년 12월 29일 화물의 수령을 확인하였다. Grieg사는 100묶음을 터미널에 있는 4개의 TEU급 컨테이너에 각각 35묶음, 35묶음, 9묶음, 21묶음씩 적입하였다.

화물은 선박의 재량조항에 의거하여 컨테이너에 적입되었으며(containerization), Berisford 사도 이에 반대하지 않았다. 피고 Ivarans사는 피고가 발행한 선하증권 약관 6조에서는 “운송인은 콘솔화물을 운송하기 위해 컨테이너 또는 유사한 포장형태 중 운송인의 선택에 따라 수령한 대로 적입해야 한다.”라고 규정하고 있었다. 한편, 당해 화물 적입 이후 컨테이너 문이 잠기고 봉인되었다. 1984년 1월 3일에 Grieg사는 컨테이너들을 선적예정부두 인근의 정부운영보세장치장으로 운송하였다. 컨테이너들을 운송하던 트럭의 소리 및 작업상태로 볼 때, 보세장치장으로 화물이 인도된 시점에서는 컨테이너들은 공컨테이너 상태가 아니었던 것으로 보였다. 정부운영보세장치장에서는 선적서류상의 중량과 거의 일치하는 중량을 표기한 영수증을 발행하였다. 그리고 그 당시에도 컨테이너의 봉인과 잠금장치는 변함이 없었다.

1984년 1월 4일에 컨테이너들은 보세장치장에서 본선(S/S Salvador호)에 선적되었다. 그리고 같은 날 운송인 Ivarans사의 대리인인 Grieg사와 선장은 선적선하증권을 발행하였는데, 선하증권에서는 ‘마모어상표 순도 99.9%의 주석 잉곳 3,000개를 포함하고 있는 강철로 뮉인 100묶음을 수령하였다.’는 내용이 기재되어 있었다. 선하증권에 기재된 총중량은 50,647kg이고, 순중량은 49,845kg이었다. 선하증권 이면약관에는 “적재전 운송인의 보관을 포함하여, 운송인의 전 보관기간과 선박에서 하역할 때까지 전기간”에 대해 해상물건운송법(COGSA)⁵⁷⁾의 조항이 적용된다고 기재되어 있었다. 그리고 ‘인도전에 더 높은 가액이 서면으로 통지되고 선하증권에 기재되지 않는다면, 해상물건운송법에 명시된 포장당 책임제한 500 달러가 적용된다고 기재되어 있었다.

4개의 컨테이너를 본선에 선적할 때, Ivaran사나 동사의 대리인 Grieg사는 내용물을 확인하지 않았고, 선하증권에 의해 컨테이너에 들어있을 것으로 표시된 100묶음을 계산하지 않았다. 본선에 적재된 후, 선박이 1984년 1월 9일 뉴욕 브루클린에 소재한 레드훅 터미널에 도착할 때까지 적재장소에서 전혀 이동이 없었다. 레드훅 터미널에서 1984년 1월 20일에 4개의 컨테이너는 하역되었고, 11번 선석 밖 지상에 장치되어 적출작업을 대기하였다. 1984년 1월 24일에 Ivarans사의 하역업자인 Universal Maritime Services사가 봉인을 제

57) 판결문의 사실관계에서는 결제조건에 대해 이정도만 언급하고 있는데, 환어음이 발행되어 인수된 것으로 보아, 결제조건은 사실상 ‘D/A 45 Days after B/L date’로 보는 것이 합당한 것으로 보인다.

58) 미국의 해상물건운송법(the Carriage of Goods by Sea Act)은 1924년의 해이그규칙을 수용하여 1936년 7월 16일 제정되었으며, 포장당 책임제한은 500 달러로 규정하고 있다.(Thomas Edward Scrutton, Willaim Lennox Mcnair, Alan A, Mocatta, Charterparties and Bills of Lading, 16th ed, Sweet & Maxwell, 1955, p.545)

거하고 컨테이너를 개봉하여, 70묶음의 주석 잉곳이 적재된 두 개의 컨테이너가 비워있음을 발견하였다. 봉인을 제거하기 전에 봉인의 상태는 약간의 파인자국과 녹을 제외하고는 별다른 흔적 없이 선적 당시 그대로였다. 2개의 컨테이너의 바닥이나 눈이 덮여 있는 11번 선석근처의 장치장 지상에는 컨테이너로부터 화물을 꺼낸 흔적이 전혀 없었다. 각 묶음의 무게는 약 11,000 파운드였다.

1984년 1월 27일 Berisford사는 70묶음의 주석 잉곳 분실에 대해 책임을 청구하는 서신을 Ivarans사의 뉴욕 대리인인 U.S. Navigation사 앞으로 작성했다. 1984년 2월 7일 U.S. Navigation사가 선임한 해상손해사정인이 손해를 사정하여 보고서를 제출하였는데, 동 보고서에 따르면 70 묶음은 컨테이너에 적입되지 않았다고 한다.

한편, 주석잉곳의 매도인이자 송하인인 Paranapanema사를 대리하는 뉴욕의 멜론 은행은 매매계약에 따라 운송인(Ivarans사)가 발행한 선하증권 원본 3통, 송장, 중량 명세서, 그리고 선하증권일로 45일내에 지급조건인 662,963.50 달러의 환어음을 포함하여, Berisford사가 구매한 주석 잉곳 100 묶음과 관련된 선적서류 한 세트를 매매계약에 따라 Berisford사에 제출하였다. 선적서류들은 매매계약과 일치하였기 때문에, Berisford사는 환어음을 인수하고, 1984년 2월 17일에 매매대금 전액을 Paranapanema사의 추심대리은행인 멜론은행에 지급하였다. 또한, Berisford사는 Ivarans사의 운임청구금액 10,101.67 달러를 지급하였다.

1984년 8월 31일자에 Berisford사는 화물분실에 대해 525,000 달러의 본건 손해배상청구소송을 제기하였다. 피고들은 응소장에서 주석잉곳 묶음의 수령을 인정하였지만, 해상물건운송법상의 포장당책임제한 500달러를 포함한 해상물건운송법과 선하증권 상의 자신의 권리를 주장하였고, 과실없이 업무처리를 했다고 주장했다.

증인신문을 포함한 당사자들에 대해 증거조사를 실시한 후, 1985년 2월 5일에 Berisford사는 분실된 70묶음이 선적되었다고 기술한 선하증권 상 Ivarans사의 기재내용을 신뢰하여 대금지급한 점, 매도인이 서류를 제시하면, 매매계약상 매매대금을 지급해야 하는 점, Ivarans사가 사실상 70묶음을 수령하지 않았음에도 불구하고 무고장선하증권을 발행한 것은 유사이로(quasi-deviation)를 구성하여 운송인의 포장당책임제한을 포함하여 선하증권 상의 운송인의 혜택을 박탈당한다는 것을 주장하면서 약식재판(summary judgement)⁵⁹⁾을 신청하였다. Berisford사는 483,214.90 달러 및 이자를 청구하였다.

이에 대해 피고는 정부운영보세장치장은 운송인의 통제범위 밖이므로 여기서의 화물분실에 대해서는 피고는 책임이 없다고 항변하였고, 해상물건운송법에 따라 운송인의 책임은 포장당 500 달러로 제한된다고 주장하였다.

59) 현재 밝혀진 사실로 충분히 판결할 수 있으므로 더 이상 심리를 진행할 필요가 없다는 당사자의 신청에 대해 법원이 심리를 종결하고 판결을 내린다.

2. 법원의 판단

(1) 연방지방법원(1심)의 판단

1심 연방법원에서는 화물이 산토스 소재 브라질 정부운영보세장치장에서 분실되었다는 것이 입증되었으므로 추가변론이 불필요하다고 판단하였다. 그리고 화물이 정부운영보세장치장에 있는 동안에 손실이 발생했으므로 자신은 책임이 없다는 피고의 주장을 채택하지 않았다. 또한, 본 사안이 유사이로(quasi-deviation)에 해당되어 해상물건운송법상의 포장당 책임제한이 적용되지 않는다는 원고의 주장도 채택하지 않았다. 그 대신, 화물이 선적되지 않았다는 것을 운송인이 알고 있었다는 것을 적시하면서 금반언의 원칙상 운송인은 화물이 선적되었다는 사실을 부인할 수 없다고 판시하였다. 결론적으로 법원은 원고의 청구를 일부 수용하여 35,000 달러의 손해배상을 인정하였다. 즉 부실기재선하증권을 발행한 운송인의 책임을 인정하되 해상물건운송법상의 포장당 책임제한 500 달러를 적용하였다. 이 판결에 대해 원고 및 피고 모두 항소하여 연방항소법원에서 다시 심리하였다.

(2) 연방항소법원(2심)의 판단

항소법원은 피고는 산토스항에서 선적당시 분실된 화물 전액에 대해 책임이 있으며, 해상물건운송법상의 포장당 책임제한을 주장할 수 없다고 판시하였다. 운송인은 100 묶음을 수령해서 30 묶음만 선적했음에도 불구하고 100 묶음을 선적했다는 것을 내용을 담보하는 부실기개선하증권을 자신 스스로 발행했고, 선하증권이 고의로 위조되었는지 여부와 관계없이 선하증권으로 인해 매도인은 원고에게 100 묶음 전체에 대한 매매대금을 청구할 수 있었으며, 만약에 운송인이 70 묶음이 선적되지 않았다는 것을 밝혔다면, 원고는 매매대금의 지급을 거절할 권리가 있고 화물 손실은 매도인이 부담하게 되었을 것이므로, 운송인의 부실표시(misrepresentation)는 운송계약의 본질에 대한 근본적 위반(fundamental breach)이 되어 운송인은 해상물건운송법상의 포장당 책임제한조항을 주장할 수 없다고 판시하였다.

또한, 법원은 운송인이 직접 선하증권을 기재하는 경우에는 운송인은 자신의 행위에 대해 인식하고 있을 것으로 기대되기 때문에 주의의무에 대해 보다 높은 기준이 적용되며, 이는 운송인이 직접 화물을 선적했는지 여부와는 관계없다고 보았다. 그리고 법원은 화물이 선하증권 내용대로 선적된 경우에는 화물의 상태에 대해 운송인에게 약의나 고의가 있다고 입증된 경우에만 운송인이 화물의 상태에 대해 책임이 있다. 그러나 운송인이 화물을 선적하면서 선하증권에 부실기재한 경우 운송인은 부실기재에 대해 책임이 있으며, 해상물건운송법상의 포장당 책임제한을 주장할 수 없다고 판시하였다.

3. 판례 평석

본 판례의 핵심쟁점은 화물이 선적되지 않았음에도 불구하고 화물이 본선 적재되었다고 부실기재된 무고장선하증권을 발행한 운송인에게 해상물건운송법상의 책임제한조항이 적용되는지 여부이다. 미국은 부당한 이로(deviation)의 법리를 비자리적이고까지 확대하는, 즉 항로의 변경을 수반하지 않는 계약위반의 경우에도 그 계약위반이 본질적 위반에 해당되는 경우에는 이를 유사이로(quasi-deviation)로 보아 이로법리를 적용하여 운송인의 포장당 책임제한을 배제하는 방식으로 운영해왔다.⁶⁰⁾

종전 판례인 Oliver Straw Goods Corporation v. Osaka Shosen Kaisha(1928년) 사건⁶¹⁾에서 미국 연방법원은 허위선하증권을 발행한 운송인에게 물품가액 전액에 대한 책임을 인정하였다. 이 사건에서 선하증권에 기재된 내용은 화물이 그 기재내용대로 선적되었다는 담보(warranty)이므로, 선하증권의 권리자는 운송인의 직접적인 의무를 취득하였고, 운송인은 화물을 선적하지 못함으로써 담보의무를 위반했으며, 이러한 담보의무위반은 운송인이 책임제한조항을 원용할 권리를 박탈한다고 판시하였다. 즉 선하증권의 담보책임에 근거하여 운송인의 책임제한을 부정하였다.

본 판례에서는 부실기재선하증권을 발행한 운송인에 대해서도 Oliver 사건에서 허위선하증권을 발행한 운송인과 동일하게 선하증권의 담보책임을 들어 운송인에게 포장당 책임제한조항을 적용시키지 않았다.

4. 국내 판례와의 비교

본건 판례와 유사한 국내판례로는 2005.3.24 선고 2003다5535판결이 있다. 이 사건에서 해상운송주선인이 수출자의 요청에 따라 실제 화물의 선적없이 허위의 선하증권을 발행하였고, 선하증권에 부지약관을 부기하였다. 그리고 이 선하증권을 이용하여 수출자는 은행에 수출환어음을 매도하였다. 1심과 2심에서는 부지약관을 인정하여 운송주선인은 책임이 없다고 판결하였다. 그러나 대법원에서는 선하증권은 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권인 바, 이는 운송계약에 기하여 작성되는 유인증권으로 상법은 운송인이 송하인으로부터 실제로 운송물을 수령 또는 선적하고 있는 것을 유효한 선하증권 성립의 전제 요건으로 삼고 있으므로 운송물을 수령 또는 선적하지 아니하였는데도 발행된 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흡결이 있는 것으로서 무효라고 봄이 상당하고 이러한 경우 선하증권의 소지인이 운송물을 수령하지 않고 선하증권을 발행한 운송인에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다.

이 사안에서는 선의의 소지인이 해상운송인에게 채무불이행책임을 묻지 않고 선하증권이

60) 김창준, 전계논문, p.29

61) 27 F.2d 129(2d Cir. 1928)

무효임을 전제로 불법행위책임을 청구하여 대법원에서는 선하증권이 무효라고 판시하였는데, 1991년 개정 상법에서는 운송인이 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정되며, 나아가 운송인은 선하증권을 선의로 취득한 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있어 본 사안에서 선하증권은 선의의 소지인에 대해 유효하며, 선하증권의 선의의 소지인은 해상운송인에게 채무불이행책임을 청구하였다면 받아들여졌을 가능성이 높다고 사료된다. 다만, 본 사안에서 원고가 공선하증권이 무효임을 전제로 불법행위책임을 청구하여 대법원에서는 공선하증권을 무효라고 판시하고 불법행위책임만을 인정하여 미국 연방법원입장과 직접 비교할 수 없는 점이 아쉽다.

V. 결 론

해상운송은 해상에서 이루어지므로 위험이 높아 해상운송인은 단 한 번의 사고로 파산상태에 처해질 수 있다. 이에 따라 해상운송인의 위험을 담보해 줄 보험을 쉽고 합리적인 가격으로 구입할 수 없게 될 우려가 있다. 해상운송인을 보호하고, 아울러 화주로 하여금 합리적인 가격으로 보험을 구입할 수 있도록 하기 위해 헤이그규칙, 헤이그-비스비규칙, 그리고 각국의 해상법에서는 포장당 책임제한 규정을 두고 있다. 미국 해상물건운송법은 물론 우리 상법에서도 해상운송인의 포장당 책임제한규정을 두고 있다. 그러나 해상운송인에게 고의가 있는 경우까지 책임을 제한하는 것은 공서양속에 반한다는 지적이 있으며, 우리 상법은 헤이그-비스비규칙을 수용하여 해상운송인에게 고의가 있거나 무모한 행위에 대해서는 포장당 책임제한규정을 배제하고 있으나, 미국 해상물건운송법에서는 우리 상법과는 달리 해상운송인의 포장당 책임제한을 배제하는 규정을 두고 있지 않다.

한편, 실무에서 선하증권의 내용과 실제 선적내용이 불일치하는 부실기재선하증권이 발생되는 경우가 있는데, 이 경우에도 해상운송인이 포장당 책임제한을 주장할 수 있는지 문제가 되고 있다. 부실기재선하증권에 관한 Berisford 사건에서 미국 연방법원은 선하증권에 기재된 내용은 화물이 그 기재내용대로 선적되었다는 담보(warranty)이므로, 선하증권의 권리자는 운송인의 직접적인 의무를 취득하였고, 운송인은 화물을 선적하지 못함으로써 담보의무를 위반했으며, 이러한 담보의무위반은 운송인이 책임제한조항을 원용할 권리를 박탈한다고 판시하였다. 즉 선하증권의 담보책임에 근거하여 운송인의 포장당 책임제한주장을 인정하지 않았다.

우리나라에서는 아직 부실기재선하증권과 유사한 공선하증권에 대한 판례가 있는 바, 공선하증권에 대한 최근 판례에서 대법원은 운송물을 수령 또는 선적하지 아니하고 발행된 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흡결이 있는 것으로서 무효라고 판시하였는데, 이 판례에서는 원고가 공선하증권이 무효임을 전제로 불법행위책임을 청구하여 대법원에서는 공선하증권이 무효임을 전제로 불법행위책임만을 인정하여 미국 연방법원입장과 직접 비교할 수 없어 아쉬움이 남는다. 다만, 상법에서는 “운송물에 관한 손해가 운송

인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 때에는 책임한도액이 적용되지 않는다.”고 규정하고 있어, 운송인 자신이 선의의 소지인에게 손해를 입힐 고의로 부실기재선하증권을 발행하거나, 선의의 소지인에게 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 부실기재선하증권을 발행한 경우 포장당 책임제한규정을 주장할 수 없다고 본다.

◇ 주제어 ◇

해상운송인, 운송인의 책임제한, 포장당 책임제한, 부실기재선하증권, 해이그규칙, 해이그-비스비규칙

◆ 참 고 문 현◆

- 김인현, “2007년 개정 상법 해상편의 개정 내용과 의의”, 「한국해법학회지」, 제31권 제1호(2009).
- 김창준, “운송인의 책임제한 배제사유”, 「한국해법학회지」, 제29권 제2호(2007).
- 서현제, 국제거래법, 법문사, 2006.
- 심재두, 해상운송법, 길안사, 1997.
- 이기수, 해상물품운송-영국법을 중심으로, 한국해법학회지 제11권 제1호, 한국해법학회, 1990.
- 이기수·최병규·김인현, 보험·해상법, 박영사, 2008.
- 이기수, 신창섭, 국제거래법, 세창출판사, 2005.
- 정동윤, 상법(하), 법문사, 2008.
- 정찬형, 상법(하), 박영사, 2008.
- 최종현, “공선하증권의 효력”, 「한국해법학회지」, 제29권 제1호(2007).
- _____, “개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위”, 「한국해법학회지」, 제30권 제1호(2008).
- _____, “한국 해상법의 발전방향”, 「한국해법학회지」, 제31권 제1호(2009).
- 최준선, 국제거래법, 삼영사, 2008.
- 한광희, “해상운송인의 책임확대에 관한 연구(해상보험의 담보범위 및 복합운송인의 책임과 관련하여)”, 전북대 박사학위논문, 2002.
- Clive M. Schmitthoff, “Export Trade : The Law And Practice Of International Trade”, 9th ed., London Steven & Sons, 1990.
- Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, “International Business Transactions”, 8th Ed, West Group, 2009.
- Sweeney, “Prism of COGSA”, Journal of Maritime Law and Commerce, Oct, 1999.
- Thomas Edward Scrutton, Willaim Lennox Mcnair, Alan A. Mocatta, “Charterparties and Bills of Lading”, 16th ed, Sweet & Maxwell, 1955.

참고판례

- Oliver Straw Goods Corporation v. Osaka Shosen Kaisha(1928)
- Berisford Metals Corp. v. S/S Salvador, and A/S Ivarans Rederi(1985)
- 대법원 1980.11.11 자 선고, 80 다 1812.
- 대법원 1983.3.22 선고, 82 다카 1533.
- 대법원 1988.9.27 선고, 86 다카 2377.
- 대법원 1982.9.14. 선고 80다1325).
- 대법원 2001.2. 9. 선고 98다49074.
- 대법원 2002.5.28. 선고 2001다12621.

〈ABSTRACT〉

**A study on a misrepresented B/L and Package
Limitation to a Carrier's Liability**

Kim, Sang-Man

It has been widely acknowledged that a carrier's liability shall be limited to certain amount per package or per an accident. In this respect, the Hague Rules, which was adopted in 1924, limits a carrier's liability to 100 pounds per package. Numerous countries including U.S.A, Korea, accepted the Hague Rules.

Nevertheless, it has been criticized that a carrier's liability is limited even though the damage is caused by its willful or gross negligent conduct. The Hague-Visby Rules, which is an amendment to the Hague Rules, provides some an exception to the package limitation of a carrier's liability. Korea accepted the Hague-Visby Rules, but U.S.A. didn't. However, U.S. federal courts recognized some exceptions in case of vacant B/L, or misrepresented B/L.

In Berisford case regarding misrepresented B/L, the federal court concluded that carrier must held responsible for full value of the lost cargo and cannot invoke the \$500 package limitation of liability provision of COGSA. The court applied a higher standard in the event that a carrier makes a representation in a B/L with respect to its own conduct since it is reasonably expected to be aware of its own actions, including whether or not it has loaded cargo. Furthemore, the court held that the carrier's misrepresentation amounted to a fundamental breach going to the very essence of its contract and precluding it from invoking those package limitation of liability provision.

◊ KEY WORDS ◊

carrier, limitation of liability of a carrier, package limitation, misrepresented B/L, the Hague Rules, the Hague-Visby Rules

로테르담규칙과 중재

이정원*

[目 次]

I. 들어가며	1. 총설
II. 로테르담규칙의 적용범위(Scope of Application)	2. 중재합의와 중재지의 선택
1. 일반적 적용범위	3. 대량화물운송계약의 경우
2. 로테르담규칙의 적용배제사유	4. 부정기선운송과 중재합의
III. 중재합의 (Arbitration Agreement)	5. 분쟁발생 후의 중재합의
	IV. 맷으며

I. 들어가며

해상물건운송계약과 관련한 운송인의 책임법제에 대한 국제적 단위의 통일법제 형성을 위한 시도가 여러 차례 있었으며, 이는 1924년 소위 ‘Hague규칙¹⁾’으로부터 시작해서 마침내 지난 2008년 ‘로테르담규칙²⁾’의 제정으로 일단락이 되었다. 지면 관계상 로테르담규칙의 주요 내용에 대하여 본고에서 상세히 논할 수는 없으나, 위 규칙은 해상운송계약과 관련한 주요 분쟁해결절차 중 하나인 중재제도에 관하여 별도의 장을 마련하고 있다. 로테르담규칙의 제정 이전에도 해상운송계약의 당사자 사이에는 분쟁해결과 관련하여 각 국 법원에 의한 사법적 판단에 따른 해결보다는 국제상사중재제도를 활용하고자 하는 경향이 강하였고, 이에 따라 대표적인 해상운송계약이라고 할 수 있는 개품운송계약의 선하증권 이면약관이나 각종 용선계약서에 중재조항(Arbitration clause)이 삽입되어 있었다. 이와 관련해서는 특히 개품운송계약 하에서 운송인에 의해 발행되는 선하증권 이면약관에 삽입되어 있는 중재조항 상 중재지의 선정과 관련해서 미국에서는 외국 중재지의 선정이 운송계약의 당사

논문접수일 2010.11.01, 논문심사일 2010.12.09, 게재확정일 2010.12.22

* 부산대학교 법학전문대학원(부교수/변호사)

1) 정식 명칭은 “International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills Of Lading and Protocol of Signature, 1924”이다.

2) 정식 명칭은 “United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea”이며 2008. 12. 11. UN총회 결의에 따라 성안이 되었다 (<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=ch&id=23000> 참조, 최후 방문 2010. 10. 24.). 2010. 10. 23. 현재 위 협약은 미국, 프랑스, 스페인을 비롯한 23개국이 가입을 하였으며 특히 세계 최대의 화주국 중 하나인 미국이 위 협약에 가입함으로써 비록 우리나라라는 아직 위 협약에 가입하지 않았지만 향후 해상운송계약과 관련해서 실무상 중요하고도 의미 있는 변화들이 있을 것으로 예상된다.

자인 송하인 등의 계약상 지위를 부당하게 침해하는 것이 아닌가 하는 점이 논의된 바 있으며, 용선계약 상의 중재조항과 관련해서는 용선계약 하에서 선박소유자 등에 의해 발행되는 선하증권에 용선계약의 중재조항이 유효하게 편입되었는지 하는 문제에 대하여 우리나라를 포함하여 각국에서 논의가 있었다.

로테르담규칙은 위에서 언급한 해상물건운송계약과 관련한 여러 가지 법률적 문제에 대하여 완전한 해답을 주고 있지는 않지만, 해상운송제도의 발달, 특히 복합운송(Multi-modal Transportation, Combined Transportation)과 관련하여 이를 동 규칙에 포섭하고자 하는 시도와 함께 운송계약 당사자 사이의 계약상 지위의 불균형에 따른 송하인 등의 보호를 위해 중재지를 법정하는 등 여러 가지 제도를 마련하고 있다. 즉 먼저 로테르담규칙은 동 규칙의 적용을 받는 정기선운송과 관련해서는 해상운송계약과 관련한 분쟁의 중재지를 법정하고 있다. 또한 현대 해상물건운송계약의 발달, 특히 컨테이너를 이용한 복합운송제도의 발전을 감안하여 복합운송과 관련한 중재제도의 정비 및 소위 「대량화물운송계약 (Volume Contract)³⁾」에 관한 별도의 조항들을 둘으로써 운송계약 당사자 사이의 협상력이 균등화된 계약 하의 중재조항에 대하여 별도로 규정하고 있다.

한편 로테르담규칙은 「해상이행당사자(Maritime Performing Party)」라는 개념을 도입하여 운송인의 이행보조자 중 해상이행당사자에 대하여 별도의 규정을 두고 있다. 해상이행당사자는 운송인의 운송계약상 채무의 이행을 보조하는 자로서 운송계약의 주체가 아니므로 원칙적으로 송하인 등 운송계약 당사자에 대하여 운송계약상 독자적인 권리의무를 부담하지 않는 것이 원칙이나, 로테르담규칙에서는 해상이행당사자에 대하여 송하인 등에 대하여 직접적인 권리의무를 부담하도록 규정하고 있다. 따라서 이러한 해상이행당사자에 대한 또는 해상이행당사자에 의한 분쟁에 대해서도 로테르담규칙의 중재조항이 어떻게 적용되는지를 살펴볼 필요가 있다.

이하, 본고에서는 로테르담규칙 하의 중재제도에 관하여 살펴보면서 필요한 경우 로테르담규칙이 새로이 도입한 각 제도들에 대해서도 이해의 도모를 위해서 간략히 언급하고자 한다.

3) 통상, 해상운송계약의 특수한 형태로서 구제적인 운송일시·선박명칭 등을 미확정인 채로 1년 또는 그 이상의 장기간에 걸쳐 일정한 수량의 대량화물을 일정한 운임률로 운송할 것을 약정한 계약을 「수량계약 (Contract of Amount)」 또는 「대량화물운송계약 (Volume Contract)」 또는 「장기운송계약」이라고 부른다. 이균성,『신해상법대계』, 한국해양수산개발원, 782-783면 참조. 편의상 본고에서는 Volume Contract를 「대량화물운송계약」으로 부른다.

II. 로테르담규칙의 적용범위(Scope of Application)

1. 일반적 적용범위

로테르담규칙의 정식 명칭에서 알 수 있는 것처럼 로테르담규칙은 해상운송이介入된(운송의 전체로서 또는 운송의 일부로서든) 경우에만 적용이 된다. 로테르담규칙 제5조⁴⁾는 로테르담규칙의 일반적 적용범위에 관하여 규정하고 있는 바, 이에 따르면 먼저 로테르담규칙은 국제적 운송계약에 적용이 되는 것을 전제로 하고 있다. 즉 동 규칙 제5조 제1항에 따르면 동 규칙 제6조에서 규정하고 있는 로테르담규칙의 적용제외 사유를 제외한 일정한 운송계약에 적용이 되는데, 운송물의 수령지와 인도지가 다른 국가인 운송계약에 적용되고, 한편 운송계약에 따라 운송물의 수령지, 선적지, 인도지, 또는 양하지 중 하나가 로테르담규칙의 체약국에 소재한 경우에 해상운송의 선적지와 양하지가 다른 국가인 운송계약에 적용이 된다. 따라서 로테르담규칙은 개념적으로 국제운송계약을 그 적용의 전제로 삼고 있는데, 동 규칙의 체약국 여부에 상관없이 다른 두 국가 사이의 국제운송계약이어야 하고, 또한 선적지와 양하지가 반드시 다른 국가에 소재하는 경우에 동 규칙이 적용됨을 명시하고 있다. 한편 로테르담규칙은 동 규칙 제5조 제1항에서 규정한 운송물의 수령지 등 4개의 장소가 동 규칙의 체약국 내에 존재하는 경우에만 적용이 있다. 특히 컨테이너를 이용한 복합운송계약에 적용이 있다.⁵⁾ 또한 로테르담규칙이 기존의 Hague규칙이나 Hague-Visby규칙⁶⁾과 다른 점은, 로테르담규칙이 복합운송에 관한 단일책임법제를 구축하고 있다⁷⁾는 점이다. 즉 Hague규칙 또는 Hague-Visby규칙은 해상운송계약에만 적용이 있을 뿐이고 로테르담규칙과 달리 해상운송을 제외한 여타 다른 운송수단을 이용한 복합운송에는 그 적용이 없었다. 그러나 로테르담규칙은 Hague규칙 등과 달리 해상운송구간의 장·단에 불구하고

4) Article 5. General scope of application

1. Subject to article 6, this Convention applies to contracts of carriage in which the place of receipt and the place of delivery are in different States, and the port of loading of a sea carriage and the port of discharge of the same sea carriage are in different States, if, according to the contract of carriage, any one of the following places is located in a Contracting State:

(a) The place of receipt;
(b) The port of loading;
(c) The place of delivery; or
(d) The port of discharge.

2. This Convention applies without regard to the nationality of the vessel, the carrier, the performing parties, the shipper, the consignee, or any other interested parties.

5) 로테르담규칙은 제1조(정의규정)에서 동 규칙이 적용되는 운송계약을 해상운송 뿐 아니라 해상운송과 기타 운송수단을 이용한 운송계약을 말한다고 규정함으로써 로테르담규칙이 해상운송 뿐 아니라 복합운송계약에도 적용이 됨을 명시적으로 규정하고 있다.

6) 정식 명칭은 “The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 1924, as amended by the Protocols of 1968 and 1979”이다.

7) Yvonne Baatz *et al.*, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, Informa(2009), p. 16.

해상운송과 기타 운송수단의 복합계약에도 적용이 있으며 이 점이 기존 Hague규칙 등과 구분되는 점으로 평가받는 이유이다.

2. 로테르담규칙의 적용배제사유

(1) 동 규칙 제6조에 의한 적용배제

로테르담규칙은 일정한 거래의 경우에는 그 적용이 배제됨을 명시하고 있다. 즉 동 규칙 제6조⁸⁾는 비록 제5조에서 규정한 운송계약이라고 하더라도 일정한 운송계약에 대해서는 동 규칙의 적용이 배제된다고 규정하고 있다. 로테르담규칙 제6조 제1항은 정기선운송⁹⁾이라고 하더라도 용선계약과 선박이나 선박의 일정한 공간의 이용을 목적으로 하는 계약에는 로테르담규칙의 적용이 없음을 명시하고 있다. 또한 동 조 제2항은 부정기선운송¹⁰⁾에 대해서는 (a) 용선계약이나 선박이나 선박의 일정한 공간의 이용을 목적으로 하는 계약이 아니고 (b) 운송증서나 전자적 운송기록이 발행된 경우를 제외하고는 로테르담규칙의 적용이 없음을 명시하고 있다. 여기서 용선계약과 그 밖에 선박이나 선박의 일정한 공간을 이용하는 계약과의 관계가 로테르담규칙의 해석과 관련해서는 명확하지 않으나 해석상 용선계약에는 선박의 상업적 이용계약이라고 볼 수 있는 항해용선, 정기용선, 선체용선, 그리고 선복용선계약(Slot charter or Space charter)이 모두 포함된다고 해석하여야 할 것이다.¹¹⁾ 즉 로테르담규칙 제6조의 규정취지는 정기선운송이라고 하더라도 개품운송계약과 달리 용선계약이나 선박 등의 이용계약에 대해서는 동 규칙의 적용을 배제¹²⁾하면서, 부정기선운송의 경우에도

8) Article 6. Specific exclusions

1. This Convention does not apply to the following contracts in liner transportation:
 - (a) Charterparties; and
 - (b) Other contracts for the use of a ship or of any space thereon.
2. This Convention does not apply to contracts of carriage in non-liner transportation except when:
 - (a) There is no charterparty or other contract between the parties for the use of a ship or of any space thereon; and
 - (b) A transport document or an electronic transport record is issued.
- 9) 정기선운송이란 공표나 유사한 수단을 통해 일반 공중에게 제공되고, 공개된 운항일정에 따라 특정 항구 간을 정기적인 일정에 따라 운항하는 선박에 의한 운송을 포함하는 운송의 제공을 말한다. 로테르담규칙 제1조 3호 참조.
- 10) 로테르담규칙 제1조 4호는 부정기선운송을 정기선운송이 아닌 여하의 운송을 의미한다고 규정하고 있다. 그러나 일정 이러한 로테르담규칙의 규정에 비추어 본다면 부정기선운송의 개념이 명확한 것 같지만, 그 실체를 들여다보면 과연 어떤 경우가 부정기선운송인지가 여전히 불명확하다. 이는 로테르담규칙에서 부정기선운송에 관한 개념정의를 적극적으로 하지 않고 정기선운송에 대응하는 여타의 운송수단을 부정기선으로 소극적으로 정의하고 있음에 기인한다. 따라서 해석상으로는 로테르담규칙에서 규정하는 정기선운송에 포함되지 않는 모든 운송은 부정기선운송에 해당한다고 해석할 수 있다.
- 11) Yvonne Baatz, *op. cit.*, p. 20.
- 12) 김인현 교수는 용선계약이나 기타 선박이나 선박의 공간의 이용계약의 경우에는 비록 정기선운송

원칙적으로는 동 규칙의 적용이 없지만 용선계약 등이 체결되지 않았고 운송증서가 발행된 경우에는 운송증서의 유통성과 선의의 제3자를 보호하기 위해 로테르담규칙이 적용된다고 규정한다.

(2) 동 규칙 제7조에 의한 로테르담규칙의 적용

로테르담규칙 제7조¹³⁾에서는 제6조에 의하여 동 규칙의 적용이 배제되는 경우에도 일정한 경우에는 다시 동 규칙이 적용되는 경우를 규정하고 있다. 즉 동 규칙 제6조에 의하여 로테르담규칙의 적용이 배제되는 경우에도 운송인과 동 규칙의 적용이 배제되는 용선계약이나 다른 운송계약의 당사자가 아닌 수하인, 처분권자¹⁴⁾ 또는 운송증권 소지인 사이에는 로테르담규칙이 적용이 된다. 따라서 용선계약에 기하여 선하증권이 발행된 경우에는 선박소유자와 선하증권의 정당한 소지인 간에는 로테르담규칙이 적용될 것이다.

III. 중재합의 (Arbitration Agreement)

1. 총설

기본적으로 로테르담규칙은, 운송계약의 당사자들인 운송인, 해상이행당사자 그리고 손해배상청구권자인 송하인 등에게 로테르담규칙이 정한 중재를 통하여 이전의 해상운송에 관한 책임법제인 Hague규칙 등에 비해 운송계약 당사자들이 좀 더 효율적이고 편리하게 분쟁을 해결할 수 있는 방안을 제시하고자 한다. 이에 따라 로테르담규칙은 해상운송계약에 있어서 균등한 협상력을 보유하고 있다고 인정되는 경우에는 좀 더 많은 계약상 자유(Freedom of Contract)를 보장하고 그렇지 않은 경우에는 중재지를 일정하게 법정하는 등 기존의 Hague규칙 등과 같이 운송인의 계약 상대방을 보호하고자 한다. 즉 로테르담규칙이 적용되는 운송계약과 관련된 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 약정한 경우에는 운송계약의 종류에 따라 정기선운송의 일반적 형태인 개품운송계약 등의 경우에는 중재지가 동 규

의 형태를 띠고 있다 하더라도 대등한 당사자 사이의 계약이므로 강행적 성질을 가지는 로테르담규칙을 적용할 필요가 없다고 한다. 김인현,『로테르담규칙 - 제정과 발효, 협약의 주요내용해석, 우리나라 대책-』, 한국선주협회 (2009. 8.), 20면.

13) Article 7. Application to certain parties Notwithstanding article 6, this Convention applies as between the carrier and the consignee, controlling party or holder that is not an original party to the charterparty or other contract of carriage excluded from the application of this Convention. However, this Convention does not apply as between the original parties to a contract of carriage excluded pursuant to article 6.

14) 처분권자 (Controlling party)란 운송인에 대해 운송과 관련하여 미리 약정된 대체적 수단에 대해 지시를 하거나 운송물의 인도 그리고 수하인의 교체 등에 관한 권한을 가지고 있는 자를 말한다. 로테르담규칙 제1조 13호 참조.

칙에서 정한 일정한 장소로 제한이 되고, 대량화물운송계약의 경우에는 원칙적으로 중재지의 선정을 당사자의 자유에 맡기고 있으나 이 경우에도 제3자의 보호를 위한 일정한 제한을 가하고 있다. 한편 로테르담규칙이 적용되는 부정기선운송의 경우에는 원칙적으로 중재합의에 대해 당사자의 자치를 인정하지만 운송증서가 발행된 경우 등 일정한 경우에는 로테르담규칙이 규정한 중재조항들이 적용이 되게 된다. 이에 따라 대량화물운송계약, 용선계약, 그리고 용선계약에 기반하여 발행되는 선하증권 등과 같은 소위 용선계약 운송증서 또는 전자기록의 당사자 사이에는 상대적으로 중재지 선정에 관한 당사자의 자치가 폭넓게 인정되나, 대량화물운송계약의 당사자들이 대량화물운송계약 중의 중재조항을 대량화물운송계약에 따라 발행된 운송증서나 전자기록의 소지인인 제3자에게도 적용하고자 하는 경우에는 중재지 선정과 관련해서 상대적으로 적은 당사자 자치가 인정된다.¹⁵⁾

중재지 선정과 관련한 운송계약 당사자의 자유에 대해서 이전의 Hague규칙이나 Hague-Visby규칙은 이를 제한하는 규정을 두고 있지 않았다. 중재지 선택에 관한 운송계약 당사자의 자유를 제한하는 규정은 Hamburg규칙¹⁶⁾에 나타나고 로테르담규칙은 Hamburg규칙의 관련 규정과 그 취지가 동일하다.

한편 중재에 관한 로테르담규칙 제15장(Arbitration)의 규정들은 동 규칙 제91조에 따르면 규칙 제15장의 적용을 받겠다고 선언(Declare)한 체약국에 대해서만 선택적 적용(Opt-in)이 된다.¹⁷⁾ 로테르담규칙은 원칙적으로 체약국이 로테르담규칙에 가입하거나 비준함에 있어 특정 조항이나 특정의 장(Chapter)에 대한 적용의 유보(Reservations)를 허용하지 않는다. 그러나 동 규칙 제14장(Jurisdiction)과 제15장(Arbitration)에 대해서는 체약국으로 하여금 해당 조항들의 적용을 받지 않겠다는 선언을 할 수 있도록 허용하고 있다. 로테르담규칙 중재판관할(Jurisdiction)과 중재(Arbitration)에 관한 선택적 적용(Opt-in chapter)의 인정은 로테르담규칙 중 중재조항들의 적용에 대한 규제를 원하는 국가들과 그렇지 않은 국가들 사이의 타협의 산물이라고 한다.¹⁸⁾ 만일 로테르담규칙 제14장의 적용을 선언한 국가의 경우, 동 규칙이 규정한 중재조항과 양립하지 않는 운송계약 당사자들의 중재조항이나 중재부탁합의는 그러한 한도에서 효력이 없다.¹⁹⁾

15) Alexander von Ziegler *et al.*, *The Rotterdam Rules*, Wolters Kluwer(2008), pp. 321-322.

16) Hamburg규칙 제22조 참조. Hamburg규칙의 정식 명칭은 “United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea”이다.

17) 로테르담규칙 제87조(Application of chapter 15) The provisions of this chapter shall bind only Contracting States that declare in accordance with article 91 that they will be bound by them.

18) Alexander von Ziegler, *op. cit.*, p. 323.

19) 로테르담규칙 제75조 제5항

The provisions of paragraph 1, 2, 3 and 4 of this article are deemed to be part of every arbitration clause or agreement, and any term of such clause or agreement to the extent that it is inconsistent therewith is void.

2. 중재합의와 중재지의 선택

(1) 중재합의의 의의

중재합의(Arbitral agreement)라 함은 일반적으로 ‘현재 발생하고 있거나 장래 발생할지도 모르는 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자 사이의 약정’을 말한다.²⁰⁾ 로테르담규칙 제75조 제1항은, 동 규칙이 적용되는 운송계약의 당사자들은 운송계약과 관련하여 발생하는 여하한 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 약정할 수 있다라고 규정하고 있다.²¹⁾ 이와 관련해서는 운송계약상 중재조항의 포섭범위에 채무불이행을 원인으로 한 분쟁 뿐 아니라 불법행위 등 비계약적 청구를 원인으로 한 분쟁도 포함되는지 하는 의문이 있다. 왜냐하면 로테르담규칙은 원칙적으로 운송계약과 관련한 당사자들의 계약상 권리와 의무, 책임 등에 관하여 규정하고 있기 때문이다. 이에 대해 우리 중재법 제3조 2호는 “중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다”라고 규정하여 계약적 청구든 비계약적 청구든 중재합의의 대상에 포함되는 것으로 규정하고 있다. 한편 1996년 영국 중재법(The Arbitration Act 1996) 제6조 제1항도 명문으로 분쟁이 계약상 또는 비계약상 발생한 것이든 구분 없이 동 법이 적용됨을 명확히 하고 있다.²²⁾ 따라서 비계약적 청구에 기한 분쟁도 그러한 분쟁이 계약적 청구와 밀접하게 연관된 경우에는 비록 당초 중재조항이 계약적 청구에 기한 분쟁에 적용될 것으로 예정된 경우에도 그러한 비계약적 청구에 기한 분쟁에 대해서도 중재조항의 적용이 있다고 볼 것이다.²³⁾ 우리 대법원²⁴⁾은 “영업양도계약서의 중재조항에 본 계약내용에 관하여 당사자 간에 해결할 수 없는 법적 분쟁을 중재대상으로 규정하고 있는 경우, 본 계약내용에 관한 법적 분쟁이라고 함은 단순히 계약 내용의 의미 해석에 관한 분쟁만이 아니라 계약 내용의 성립과 그 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁까지도 포함하는 취지로서, 양도 목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행책임으로서 본 계약내용의 이행과 직접 관련된 책임인 바, 동일한 사실관계에 기하여 하자담보책임과 불법행위책임이 경합하는 경우에는 그 불법행위책임의 존부에 관한 분쟁은 본 계약의 이행과 밀접하게 관련된 분쟁으로서 중재조항이 규정하는 중재대상에 포함된다고 보는 것이 타당하다”고 판시하여 동일한 취지로 해석된다.²⁵⁾ 로테르담규칙의 경우에도 동 규칙이 적용되는 여하한

20) 목영준,『상사중재법론』, 박영사, 34면.

21) Article 75. Arbitration agreements

1. Subject to this chapter, parties may agree that any dispute that may arise relating to the carriage of goods under this Convention shall be referred to arbitration.

22) In this Part an “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).

23) David St. John Sutton, *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, p. 30.

24) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 91다17153 판결.

분쟁(Any dispute)도 중재에 의하여 해결하기로 약정할 수 있다고 규정함으로써 계약적 청구에 기한 분쟁 뿐 아니라 비계약적 청구에 기한 분쟁도 로테르담규칙이 적용됨을 명확히 하고 있다.²⁶⁾

(2) 중재지의 선택

(가) 로테르담규칙 제75조 제2항의 중재지

로테르담규칙 제75조 제2항²⁷⁾은 운송인에 대한 청구권자의 선택에 따라 동 조에서 규정하는 일정한 장소에서 중재가 개시됨을 규정하고 있다. 즉,

- (a) 중재합의에서 지정된 장소 (place); 또는
- (b) 아래 장소들이 소재하는 국가의 일정 장소:
 - (i) 운송인의 주소지;
 - (ii) 운송계약에서 합의된 운송물의 수령지;
 - (iii) 운송계약에서 합의된 운송물의 인도지; 또는
 - (iv) 운송물의 최초 선적항 또는 최종 양하항.

여기서 로테르담규칙은 중재합의에서 지정된 '장소(place)'나 그러한 '장소들(places)'과 관련해서 구체적으로 이러한 장소가 어디를 의미하는지 규정하고 있지 않다. 동 규칙 제75조 제2항에서 규정하는 장소가 특정 국가 전체를 의미하는지, 또는 특정 국가의 일정지역을 의미하는지 또는 특정 항구나 한 국가의 행정구역을 의미하는지 명확하지 않다. 그러나 이 문제는 각 국의 재판관할권의 배분에 관한 규정에 따라 정해져야 할 사항으로서, 예를 들어, 운송과 아무런 연관이 없는 목적지 국가의 특정 장소에서 중재절차 개시신청이 있는 경우 법원은 사건의 실체와 좀 더 관련이 있고 당사자에게 편리한 장소에서 중재절차가 개시되도록 하여야 할 것이다.²⁸⁾

한편 후술하는 바와 같이 로테르담규칙은 제80조에서 대량화물운송계약과 관련된 중재에

25) 동지, 정해덕, “중재에 관한 몇 가지 법률문제 고찰－해사중재를 중심으로－”, 해상·보험법연구 제2권 1호(2006), 179-180면.

26) 위 각주 21) 참조.

27) Article 75. Arbitration agreement

2. The arbitration proceedings shall, at the option of the person asserting a claim against the carrier, take place at:

- (a) Any place designated for that purpose in the arbitration agreement; or
- (b) Any other place situated in a State where any of the following places is located:
 - (i) The domicile of the carrier;
 - (ii) The place of receipt agreed in the contract of carriage;
 - (iii) The place of delivery agreed in the contract of carriage; or
 - (iv) The port where the goods are initially loaded on a ship or the port where the goods are finally discharged from a ship.

28) Alexander von Ziegler, *op. cit.*, p. 325.

대하여는 중재지에 대해서 제75조 제3항과 제4항에서 별도로 규정하고 있다. 또한 동 규칙 제76조는 부정기선운송에서의 중재에 관하여 규정하고 있으므로 로테르담규칙 제75조 제2항에서 규정하는 여섯 군데의 중재지는 정기선운송 중 대량화물운송계약을 제외한 운송계약에 그 적용이 있다.

(나) 중재지 선택과 소비자보호의 법리

중재지(The seat, forum or place of arbitration)란 중재가 이루어지는 곳을 말한다.²⁹⁾ 우리 중재법 제21조 제1항은 “중재지는 당사자 간의 합의로 정한다”라고 규정하여 중재지의 결정은 당사자의 자치에 맡겨져 있음을 천명하고 있으며, 영국법 하에서도 중재계약의 당사자는 중재지를 자유롭게 선택할 수 있다.³⁰⁾ 한편 우리 상법 제799조 제1항은 “제794조부터 제798조의 규정³¹⁾에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다”라고 규정하고 있고, 로테르담규칙 제79조 제1항³²⁾도 우리 상법 제799조와 동일한 취지의 규정을 하고 있다. 우리 상법 제799조 제1항과 로테르담규칙 제79조 제1항의 취지는 개품운송계약 등 운송계약의 당사자 사이의 협상력이 대등하지 못한 운송계약에서 운송인의 상대방인 개별 운송소비자를 보호하기 위한 입법자의 의지의 표현으로서 강행규정이라고 해석하고 있다³³⁾

이와 관련하여, 개품운송계약의 당사자 사이에서 선하증권 등 운송증서의 이면약관에 전속적 외국중재합의를 규정한 중재조항이 우리 상법 제799조 제1항 또는 로테르담규칙 제79조 제1항과 관련하여 그 효력이 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 관해 미국 연방대법원은 개품운송계약의 선하증권 이면약관에 규정된 전속적 외국중재조항이 미국 해상물건운송법 (U.S. COGSA) 제3조 제8항³⁴⁾에 위반되어 무효가 아닌가 하는 점에 관한 *Vimar Seguros y Reaseguros v. M/V Sky Reefer*사건(이하, *Sky Reefer*사건이라 함)³⁵⁾에서 선하증권 이면약관의 전속적 외국중재조항은 운송인의 상대방인 원고의 중재비용을 과도하게 증가시킴으

29) 목영준, 전재서, 93면.

30) David St John Sutton, *op. cit.*, p. 85.

31) 상법 제794조부터 제798조까지의 규정은 운송인의 감항능력주의의무 (제794조), 운송인의 운송물에 관한 주의의무 (제795조), 운송인의 면책사유 (제796조), 책임의 한도 (제797조), 그리고 비계약적청구에 대한 적용 (제798조)를 말한다.

32) Article 79 General provisions

1. Unless otherwise provided in this Convention, any term in a contract of carriage is void to the extent that it:

(a) Directly or indirectly excludes or limits the obligations of the carrier or a maritime performing party under this Convention;

(b) Directly or indirectly excludes or limits the liability of the carrier or a maritime performing party for breach of an obligation under this Convention; or

(c) Assigns a benefit of insurance of the goods in favour of the carrier or a person referred to in article 18.

33) 최종현,『해상법상론』, 박영사, 318면 참조.

34) 46 U.S.C. App. § 1303 (8)

35) 515 U.S. 528, 115 S.Ct. 2322, 132 L.Ed.2d 462, 1995AMC 1817 (1995).

로써 운송인의 책임을 경감시킨다는 원고의 주장을 기각하면서 전속적 외국중재조항은 미국 해상물건운송법 제3조 제8항에 위배되지 아니한다고 판시하였다.³⁶⁾ 이 점에 관해서는 아직 국내에서는 대법원의 판례가 없는 것으로 보이며, 국내 학자들의 논의도 제한적인 것으로 보인다. 위에서 언급한 Sky Reefer사건의 미국 연방대법원은 외국 법정지 및 중재조항은 불편한 법정 (forum non convenience)으로서 운송인으로 하여금 소송비용을 증가시키는 절차법상의 문제와 미국 해상물건운송법에 위반되어 운송인의 책임을 경감시키는 실체법상의 문제를 구별하여 외국의 전속적 중재조항은 불편한 법정에 해당될 수는 있어도 미국 해상물건운송법 제3조 제8항 소정의 강행규정에 위반되어 무효가 되지는 않는다고 판시하였다.³⁷⁾ 이에 대해서는 운송인과 그 계약 상대방 사이에 체결되는 중재약정도 일종의 특약으로서 상법 제799조 제1항과 미국 해상물건운송법 제3조 제8항에서 금지하고 있는 당사자 사이의 특약과 구분할 수 없으며, 중재약정에 의하여 운송인의 책임을 경감하는 결과를 가져 오는 경우에도 상법 제799조 제1항 내지 미국 해상물건운송법 제3조 제8항의 취지를 감안할 때 이러한 중재약정은 운송인의 책임을 감경 내지 면제하는 특약으로서 무효로 보아야 한다는 견해가 있다.³⁸⁾

그러나 이미 잘 알려져 있는 바와 같이 우리 상법 제799조 제1항과 미국 해상물건운송법 제3조 제8항은 그 입법적 연원이 Hague규칙 제3조 제8항으로서, Hague규칙의 해당 조항은 부합계약 (Adhesive contract)의 일종인 선하증권 이면약관을 이용한 해상물건운송에 있어서 경제적으로 우월한 지위에 있던 해상운송인의 경제력 남용을 규제하고자 하는 이해 대립되는 당사자 사이의 타협의 산물이다.³⁹⁾ 이에 따라 우리 상법은 제799조 제1항을 소위 ‘편의적 강행규정’화 하여 동 법 제794조부터 제798조까지의 특정된 조항들에 한해서 운송인의 책임 또는 의무를 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약만을 무효로 하고 있다. 따라서 우리 상법 제799조 제1항의 해석상 운송계약 당사자 간의 특약으로서 외국의 전속적 중재조항을 선하증권 등 운송증서의 이면약관에 삽입하여 결과적으로 운송인의 계약 상대방인 화주측에 손해가 발생하더라도 이는 상법 제794조 내지 제798조의 어느 것에도 해당하는 부분이 아니므로 이러한 중재조항은 최소한 상법 제799조 제1항에 위반되어 무효가 되지는 않는다고 보아야 한다. 로테르담규칙 제79조 제1항은 그 편제상 중재에 관한 제15장의 뒤에 위치하고 있고, 그 문언상 “직접적이든 간접적이든 운송인의 책임과 의무를 배제하거나 제한하는 운송계약의 어떠한 조항 (any term)도 무효”라고 규정하고 있으므로 운송

36) T. J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 4th Ed., Thomson West., p. 592. Sky Reefer사건의 상세는 나중갑, “선하증권상 외국해사중재조항의 유효성-뉴욕협약 제5조 제2항(나)호 공공정책과 Sky Reefer 사건을 중심으로-”, 한국해법학회지 제20권 제2호(1998), 237면 이하 참조.

37) 위 Sky Reefer 판례 이후 미연방법원은 외국 중재조항이 미국 해상물건운송법에 저촉되지 않는다고 판시한 바 있다. 제5순회 항소법원의 Mitsui & Co. (U.S.A.). Inc v. Mira M/V, 111 F.3d 33, 1997 A.M.C. 2126 (5th Cir.1997)과 제9순회 항소법원의 Fireman's Fund Ins. Co. v. Cho Yang Shipping Co., 131 F.3d 1336, 1998 A.M.C. 583 (9th Cir.1997) 등이 대표적이다.

38) 나중갑, 전계 논문, 267-268면 참조.

39) 이주홍,『해상운송법』, 박영사 (1992), 177면 참조.

인과 계약 상대방과의 특약에 의해 동 규칙 제75조 제2항 소정의 중재지 이외의 장소에서 중재가 진행됨으로 인하여 운송인의 상대방의 중재비용증가 등으로 인하여 결과적으로 운송인을 상대로 한 중재의 진행이 어렵게 되는 경우에도 동 규칙 제79조 제1항에 위배되어 무효라고 볼 소지도 있다. 그러나 우리 상법 제799조 제1항과 미국 해상물건운송법 제3조 제8항의 모법인 Hague규칙 제3조 제8항 그리고 로테르담규칙의 모법이라 할 수 있는 Hamburg규칙 제23조 제1항의 규정을 살펴보면 비록 그 규정의 태도나 용어의 차이는 있을지라도 해당 조항들의 규정 취지는 동일한 것으로 파악되므로 운송증서의 이면약관에 전속적 외국중재조항이 삽입되어 있어 설령 운송인의 상대방이 자신에게 익숙하지 않은 외국에서 중재를 진행하게 되는 사태가 발생하는 경우에도 이를 이유로 부당하게 운송인의 책임과 의무를 경감하는 것으로 무효라고 볼 수는 없다고 본다. 또한 로테르담규칙 제75조 제2항은 이미 운송인과 그 상대방이 약정한 중재지를 운송인의 상대방이 선택할 수 있는 동 조 제2항의 6개의 법정 중재지 중 하나 [동 조 제2항 (a)호]로 규정하고 있으므로 과거 미국 Sky Reefer사건에서와 같은 논의는 발생할 가능성이 없는 것으로 보인다.

(3) 중재합의 방식의 문제

중재합의는 당사자 사이의 현재 또는 장래의 일정한 분쟁을 국가기관인 법원의 재판이 아닌私人에게 맡기는 제도인 만큼 당사자들의 의사내용의 진정성과 내용의 확실성을 담보하기 위해 각국의 입법례와 조약은 중재합의의 방식에 일정한 요건을 구비할 것을 요구하고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 중재합의의 방식과 관련해서는 우선 중재합의의 서면성(Agreement in writing) 구비여부가 우선적 검토대상이 되고, 해사중재와 관련해서 특별히 언급할 부분은 선박소유자⁴¹⁾와 용선자 사이의 용선계약(Charter-party contract) 중의 중재조항이 용선계약에 기해 발행되는 선하증권과 같은 운송증권에 유효하게 편입(Incorporate)되는지 하는 문제가 있다. 용선계약 중 중재조항의 선하증권에의 편입과 관련한 문제에 관해서는 로테르담규칙 하에서도 여전히 문제의 소지가 있는 것으로 판단되므로 로테르담규칙이 새로이 규정한 대량화물운송계약 중의 중재조항의 운송증권에의 편입과 관련해서 논하기로 하고 여기서는 중재합의의 서면성과 관련해서 로테르담규칙의 관련 규정을 간략히 살펴보기로 한다.

중재합의 서면성 요건이란 중재합의가 서면으로 이루어져야 한다는 것이다. 이와 관련해서는 국제중재에 관한 가장 중요한 규범들 중 하나인 “1958년 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약⁴²⁾”(이하, 뉴욕협약이라고 함) 제2조 제2항⁴³⁾에서 “서면에 의한 중재합의란,

40) 목영준, 전제서, 37면 참조.

41) 우리 상법은 운송인중심주의를 채택한 개품운송계약과 달리 항해용선 (제827조), 정기용선 (제842조), 그리고 선체용선 (제847조) 등 용선계약에 대해서는 여전히 선주 즉 선박소유자 중심주의 입각해 용선계약을 규율하고 있다. 따라서 우리 상법상 각 용선계약의 당사자는 ‘선박소유자 (Owner)’와 ‘용선자 (Charterer)’가 된다.

42) 정식 명칭은 “The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958”이며, 우리나라에는 1973. 2. 8. 이 협약 가입하였다.

43) Article II

당사자들에 의하여 서명되었거나, 서신 또는 전보교환 속에 포함된, ‘주된 계약 속의 중재 조항’ 또는 ‘중재합의’를 포함한다”라고 규정하고 있다.

한편 우리 중재법 제8조는

“① 중재합의는 서면으로 하여야 한다(제2항).

② 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 이를 서면에 의한 중재합의로 본다(제3항).

1. 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우

2. 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우

3. 일방 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 않는 경우“라고 규정하여 중재합의의 방식에 관하여 뉴욕협약과 달리 규정하고 있다. 특히 중재법 제3항 3호에 대해서는 중재합의의 방식이 지나치게 완화되어 중재합의의 방식과 관련된 분쟁이 증가할 것으로 예상된다고 하면서 우리 중재법의 입법태도에 대해 비판적인 견해가 있다.⁴⁴⁾ 중재합의에 서면성을 요구하는 이유가 중재합의를 신중하게 체결하고 중재합의의 확실성을 보장하여 중재합의와 관련한 분쟁을 억제하고자 하는 데 있다는 점을 감안한다면 현 우리 중재법 제8조 제3항 3호의 규정은 중재합의의 방식을 뉴욕협약 등 다른 입법례에 비하여 지나치게 완화한 감이 없지 않으며, 이로 인하여 국제상사중재와 관련하여 우리 중재법에서는 유효한 중재합의가 뉴욕협약에 의해서는 무효가 됨으로 인하여 예측하지 못한 불이익을 입을 가능성을 배제할 수 없으므로 우리 중재법 제8조 제3항 3호는 국제적 기준에 맞게 수정하는 것이 타당한 것으로 생각된다. 한편 로테르담규칙은 제3조⁴⁵⁾에서 대량화물운송계약의 당사자가 아닌 제3자에 대해 대량화물운송계약 당사자 사이의 중재지 지정 조항의 구속력을 인정하기 위해서는 동 규칙 제75조 제4항의 그러한 중재합의가 반드시 서면에 의하여야 함을 규정하고 있을 뿐 대량화물운송계약을 포함한 운송계약 당사자 사이의 중재합의가 서면에 의하여야 하는지 여부에 대해서는 규정하고 있지 않다. 물론 대부분의 경우 운송계약은 선하증권이나 용선계약서의 발행에 의하지 않은 경우에도 계약의 성립에는 영향이 없다. 따라서 구두에 의한 운송계약의 경우에도 그로 인한 분쟁해결 수단으로서의 중재에 관한 합의는 반드시 서면에 의하여야 할 것이다. 한편 로테르담규칙 제75조 제4항 뿐 아니라 동 규칙 제15장과 관련해서는, 그 대상인 분쟁이 국제 간의 운송계약과 관련한 분쟁으로서 중재의 승인과 집행에 관해서는 대부분의 경우 뉴욕협약에 따라야 할 것이므로 로테르담규칙 하의 중재의 경우에도 뉴욕협약에서 요구하

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

44) 목영준, 전제서, 40면, 석광현,『국제상사중재법연구 제1권, 국제상사중재에서 중재합의』, 박영사, 135-136면 참조.

45) Article 3 Form requirements The notices, confirmation, consent, agreement, declaration and other communications referred to in articles …75, paragraph 4 shall be in writing.

는 중재합의의 방식을 따라야 할 것이다.

(4) 중재합의와 해상이행당사자 (Maritime Performing Party)

로테르담규칙은 운송인의 운송계약상 채무의 이행보조자 중 해상이행당사자⁴⁶⁾에 대해서는 일정한 경우 여타 이행당사자와 달리 운송인의 상대방에 대하여 로테르담규칙에서 정한 운송인의 의무와 책임을 부담함과 동시에 운송인의 항변권 및 책임제한을 원용할 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 즉 해상이행당사자에 대해서는 운송인의 여타 이행보조자와 달리 운송인의 상대방 등에 대해 직접적으로 운송계약상 권리와 의무를 부과하고 있다는 특징이 있다. 만약 운송인과 그 상대방 사이의 운송계약에 로테르담규칙이 적용되는 경우 운송인의 상대방 등의 해상이행당사자에 대한 분쟁도 운송계약의 원 당사자 사이에 체결된 중재약정에 따라 규율될 수 있는지가 의문이다. 이에 대해서는 중재합의의 효력은 원칙적으로 중재합의의 당사자에게만 미치지만 예외적으로 일정한 상황 하에서 범인격을 부인함으로써 중재합의로부터 발생하는 이익과 의무가 동일한 기업집단의 다른 구성원들에게까지 확장된다 는 기업집단(Group of company)의 법리와 양도, 대리, 승계 등과 같은 私法의 일반원칙의 적용에 의해서 제3자도 중재합의에 구속되는 경우가 있다고 본다.⁴⁸⁾ 운송인의 상대방 등의 해상이행당사자에 대한 분쟁도 운송계약의 원 당사자 사이에 체결된 중재약정에 따라 규율될 수 있는지 하는 문제에 관해서는, 우리 민법 제539조의 제3자를 위한 계약 법리의 유추 적용에 의하여 운송인이 그 상대방과 중재합의의 체결시 중재조항의 원용권자로서 해상이행당사자를 명시하는 방법에 의해 운송계약 당사자 사이의 중재합의가 해상이행당사자에게도 미칠 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 한편 중재합의의 서면성 요건 상 해상이행당사자와 해상이행당사자의 중재조항의 원용권의 명시는 명확하게 표시가 되어야 할 것이다.

46) 로테르담규칙 제1조 7호는 해상이행당사자를 동 조 6호의 이행당사자 중 선적항에서 운송물의 도착과 양하항에서 운송물의 출발 사이의 기간 동안 운송인의 운송계약상 의무를 이행하거나 이행하기로 인수한 자를 의미한다고 규정하고 있다. 또한 육상운송인은 항만구역(Port area) 내에서 용역을 제공하거나 제공하기로 약정한 경우에만 해상이행당사자로 본다. 로테르담규칙의 해상이행당사자는 그 개념적 표지가 해상운송을 반드시 필요로 하지 않고 선적항에서의 운송물의 도착과 양하항에서의 운송물의 출발이라는 시간적 요소와 육상운송인의 경우 항만구역 내라고 하는 공간적 요소에 따라 해상이행당사자 여부를 결정한다는 특징이 있다.

“Maritime performing party” means a performing party to the extent that it performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship. An inland carrier is a maritime performing party only if it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area.”

47) 로테르담규칙 제19조.

48) 석광현, 전개서 127면.

3. 대량화물운송계약의 경우

(1) 대량화물운송계약의 의의

대량화물운송계약은 일정기간 동안 특정 수량의 운송물을 연속된 일련의 운송을 통해 수행하는 운송계약이다.⁴⁹⁾ 대량화물운송계약은 상법 제827조 제3항의 기간용선계약의 일종으로서 실무의 “장기운송계약(Contract of Amount, COA)”을 말하는 것이라고 본다. 이러한 장기운송계약의 수행형태는 일정한 기간 동안 여러 항해에 대한 항해용선계약 또는 운송계약이 포괄적으로 결합된 것으로 정기선해운에서는 개품운송계약의 형태로 이행되기도 한다.⁵⁰⁾ 로테르담규칙 제1항 2호는 대량화물운송계약의 요건으로서 ① 일정한 수량의 운송물, ② 연속된 일련의 운송, ③ 일정한 약정된 기간이라는 세 가지가 필요하다고 규정하고 있다. 이러한 요건들이 구비된 경우 대량화물운송계약의 당사자들은 로테르담규칙 제79조에 불구하고 계약 당사자들의 책임과 의무에 대하여 로테르담규칙에 정한 것과 달리 정할 수 있다.⁵¹⁾ 즉 로테르담규칙이 적용되는 대량화물운송계약에 대해서는 용선계약과 유사하다고 보아서 계약자유의 원칙이 적용된다. 한편 로테르담규칙 제80조 제1항에 따라 계약자유의 원칙이 적용되는 대량화물운송계약은 그 개념상 로테르담규칙이 적용되는 범위 내에서 인정된다는 점이다. 따라서 만일 대량화물운송계약이라도 로테르담규칙의 적용 밖의 사항, 예를 들어 연속된 항해용선계약이나 정기용선계약과 같은 경우에는 로테르담규칙 제80조가 적용되지 않는다.⁵²⁾ 한편 로테르담규칙 제1조 2호에서는 대량화물운송계약의 요건과 관련하여 최소수량의 기준, 기간의 최소단위나 빈도 그리고 운송회수의 최소한의 기준 등이 명시되어 있지 않으므로 극단적인 경우, 예를 들어 두 개의 컨테이너를 연속해서 운송한다 든지 하는 경우에도 로테르담규칙이 적용된다는 난점이 있다. 이에 대해서는 로테르담규칙 제80조 제3항에서 규정하고 있는 운송인에 의한 운송용역과 가격의 공표, 운송증서나 전자적 운송기록 등을 대량화물운송계약의 조건으로 편입할 수 있으므로 이러한 편입의 가능성 이 로테르담규칙의 적용대상이 되는 대량화물운송계약인지 여부의 판단기준으로 작용할 수 있을 것이다.⁵³⁾

(2) 대량화물운송계약과 중재약정

로테르담규칙 제75조 제3항⁵⁴⁾은, 대량화물운송계약의 경우 일정한 조건 하에서 대량화물

49) 로테르담규칙 제1조 2호.

50) 이균성, 전계서, 211면 참조.

51) 로테르담규칙 제80조 제1항.

52) Yvonne Baatz, *op. cit.*, p. 248.

53) *Ibid.*

54) Article 75 Arbitration agreements

3. The designation of the place of arbitration in the agreement is binding for disputes between the parties to the agreement if the agreement is contained in a volume contract that clearly states the names and addresses of the parties and either:

운송계약에 포함된 중재합의 중 중재지의 지정이 대량화물운송계약의 당사자 사이에 효력이 있다고 규정한다. 즉 대량화물운송계약 자체에 당사자의 이름과 주소가 명확하게 기재가 되고, 추가적 요건으로서 중재지 지정이 계약 당사자 사이의 개별적 협상의 결과이거나 또는 계약서에 중재합의의 존재와 대량화물운송계약 중 중재합의를 포함하고 있는 부분을 명확히 특정하고 있는 경우에 이러한 중재지의 지정은 대량화물운송계약의 당사자 사이에서 효력이 있다. 대량화물운송계약에 있어서의 중재지 지정과 관련한 로테르담규칙 제75조 제3항은 운송계약의 실제에 있어 계약상 협상력 내지 지위가 운송인의 상대방이 더 크거나 대등한 경우도 있다⁵⁵⁾는 점을 감안하여 이러한 운송계약 당사자 사이에서는 일정한 조건 하에서 중재지 선정에 대한 당사자의 자유를 인정하고자 한 것이다.

(3) 대량화물운송계약 중 중재지 지정의 제3자에의 적용

(가) 제3자에의 적용의 요건

대량화물운송계약 중 중재지 지정에 대한 운송계약 당사자 사이의 약정이 제3자에 대하여 효력을 미치는지 여부에 관하여, 로테르담규칙 제75조 제4항⁵⁶⁾은 동 조 제3항의 요건을 충족하고 추가적으로 제4항의 요건을 구비하는 경우에는 운송계약 당사자 사이의 중재지 지정이 제3자에게도 미친다고 규정하고 있다. 따라서 ① 당사자 사이의 약정에 의한 중재지가 로테르담규칙 제75조 제2항 (b)호에서 규정하는 장소들⁵⁷⁾ 중 하나이고, ② 중재지 지정에 관한 약정이 운송증서 등에 삽입되어 있고, ③ 중재지에 대해 제3자가 적시에 적절하게 고지를 받았으며, ④ 적용될 법(Applicable law)이 제3자로 하여금 운송계약 당사자의 합의에 구속되는 것을 허용하는 경우에만 대량화물운송계약 당사자 사이의 중재지 지정에 대한 약정이 제3자에게도 효력이 있다.

-
- (a) Is individually negotiated; or
 - (b) Contains a prominent statement that there is an arbitration agreement and specifies the sections of the volume contract containing the arbitration agreement.

55) 특히 정기선운송의 경우에는 운송인보다 경제력이 훨씬 큰 상대방(대량의 화물을 정기적으로 제공할 수 있는 유통업체나 제조회사 등이 그러한 자들이다)이 있는 경우도 있으며, 이런 화주와의 운송계약의 경우에는 미국 1998년 선해운법(The Shipping Act of 1998, 46 App. U.S.C. 1702) 상 운임에 관한 보증계약제의 일종인 “서비스계약(Service Contract, S/C)”이 인정되고 있다.

56) Article 75 Arbitration agreements

4. When an arbitration agreement has been concluded in accordance with paragraph 3 of this article, a person that is not a party to the volume contract is bound by the designation of the place of arbitration in that agreement only if:

- (a) The place of arbitration designated in the agreement is situated in one of the places referred to in subparagraph 2 (b) of this article;
- (b) The agreement is contained in the transport document or electronic transport record;
- (c) The person to be bound is given timely and adequate notice of the place of arbitration; and
- (d) Applicable law permits that person to be bound by the arbitration agreement.

57) (i) 운송인의 주소지, (ii) 운송계약상 운송물 수령지, (iii) 운송계약상 운송물 인도지, (iv) 운송물의 최초 선적항 또는 최종 양하항

대량화물운송계약 당사자의 중재지 지정 약정이 제3자에게도 미치는가 하는 문제는 용선 계약 상 중재조항의 제3자에 대한 효력문제, 즉 소위 용선계약 선하증권의 편입문제와 그 논리적 구조가 유사하다. 따라서 이 문제에 대한 고찰은 로테르담규칙이 규정하고 있는 대량화물운송계약 상의 중재지 지정합의의 운송증서 등에의 편입의 요건에 대한 문제에 적절한 해답을 줄 수 있을 것으로 사료되므로 간략히 언급하기로 한다.

이에 대해 우리 대법원⁵⁸⁾은, “일반적으로 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되기 위해서는 우선, 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 ‘편입’된다는 규정이 선하증권에 기재되어 있어야 하고, 그 기재 상에서 용선계약의 일자와 당사자 등으로 해당 용선계약이 특정되어야 하며(다만 위와 같은 방법에 의하여 용선계약이 특정되지 않았더라도 선하증권의 소지인이 해당 용선계약의 존재와 중재조항의 내용을 알았던 경우는 별론으로 한다), 만약 그 편입문구의 기재가 중재조항을 특정하지 아니하고 용선계약상의 일반조항 모두를 편입한다는 취지로 기재되어 있어 그 기재만으로는 용선계약상의 중재조항이 편입 대상에 포함되는지 여부가 분명하지 않을 경우에는 선하증권의 양수인이 그와 같이 편입의 대상이 되는 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하고, 중재조항이 선하증권에 편입됨으로 인하여 해당 조항이 선하증권의 다른 규정과 모순이 되지 않아야 하며, 용선계약상의 중재조항은 그 중재약정에 구속되는 당사자의 범위가 선박 소유자와 용선자 사이의 분쟁뿐 아니라 제3자 즉 선하증권 소지인에게도 적용됨을 전제로 광범위하게 규정되어 있어야 할 것이다”라고 판시하였다. 대법원의 판시를 분석해 보면, 먼저 특정편입의 요건과 관련해서는 ① 용선계약상 중재조항의 선하증권에의 편입을 허용하는 편입문구(*Incorporation clause*)가 선하증권에 기재되어야 하고, ② 그 기재 상에서 용선계약의 일자와 당사자 등으로 용선계약을 특정할 수 있는 소위 ‘특정편입문구’가 기재되어 있으면 유효하나, ③ 만일 용선계약이 특정되지 않았더라도 선하증권 소지인이 해당 용선계약의 존재와 중재조항의 내용을 알았다면 유효하다고 보고 있다. 한편 일반편입의 요건과 관련해서는 ① 선하증권의 기재 상으로 용선계약 자체는 특정되어 있어야 하고, ② 선하증권의 양수인이 편입되는 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하고, ③ 중재조항이 편입됨으로 인해 선하증권의 타 규정과 모순이 되지 않아야 하고, ④ 중재조항이 선하증권에 편입되어 중재조항에 구속되는 당사자의 범위가 선하증권 소지인 등 제3자도 포괄할 정도로 광범위하여야 한다는 것이다.⁵⁹⁾ 한편 이 문제에 대한 영국법의 태도를 살펴보면, 용선계약 중의 중재조항이 선하증권에 편입되기 위해서는 ① 선하증권에 특정편입문구(*Specific words of incorporation*)가 기재되어 있어야 하고, ② 특정편입문구가 선하증권의 명시적 조항들과 모순되지 않아야 한다.⁶⁰⁾ 한편 영국법 상으로도 일반편입문구로도 용선계약 상의 중재조항이 선하증권에 편입된다고 보는 판례들도 있으나 최근의 판례들은 용선계약상 중재조항의 선하증권에의 편입을 위해서는 선하증권의 편입문구가 용선계약 상 중재조항을 편입할 정도로 광범위하여야 한다고 판시

58) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결.

59) 석광현, 전계서, 484면.

60) Stewart C. Boyd *et al.*, *Scrutton on Charterparties and Bill of Lading*, 21st Ed., Sweet & Maxwell., pp. 75-76.

하고 있다고 한다.⁶¹⁾

우리 중재법 제8조 제4항은 “계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한 한다”라고 규정하고 있다. 우리 중재법의 문리적 해석에 의할 경우 “계약”이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 용선계약에 포함된 중재조항의 선하증권에의 편입의 요건과 관련해서도 용선계약 당사자 중 하나인 선박소유자와 제3자인 선하증권의 정당한 소지 간에 계약이 체결되었다고 보게 되면 이 경우에도 중재법 제8조 제4항에 따라 일반편입문구가 있어도 족하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 우리 상법상 선하증권은 선박소유자가 운송물을 수령한 후 용선자의 청구에 의하여 발행하는 것으로서(상법 제855조 제1항, 제852조 제1항), 선박소유자와 제3자인 선하증권 소지인 사이에 선하증권의 발행과 관련한 일련의 계약이 체결되어 있다고 보기는 어렵다. 따라서 중재법 제8조 제4항의 해석으로는 동 법 제8조 제4항은, 당사자 간의 계약이 중재조항을 포함한 다른 일반문서(약관 등)의 경우에는 적용이 가능하더라도 용선계약 상의 중재조항의 선하증권에의 편입여부에 대한 문제에는 그 적용이 없다고 보아야 할 것이다.

(나) 대량화물운송계약에 관한 로테르담규칙과 용선계약상 선하증권에 관한 대법원 판례의 對比

위 (1)항의 논의를 대량화물운송계약에 대비하여 보면, 대량화물운송계약 중의 중재지 지정 약정이 제3자를 구속하기 위해서는 ① 당사자 사이의 약정에 의한 중재지가 로테르담규칙 제75조 제2항 (b)호에서 규정하는 장소들⁶²⁾ 중 하나이고, ② 중재지 지정에 관한 약정이 운송증서 등에 삽입되어 있고, ③ 중재지에 대해 제3자가 적시에 적절하게 고지를 받았으며, ④ 중재합의에 적용될 법이 제3자로 하여금 운송계약 당사자의 합의에 구속되는 것을 허용하는 하여야 하는데, 로테르담규칙 제75조 제4항의 이러한 요건은 용선계약에 포함된 중재약정의 선하증권에의 편입과 관련한 우리 대법원의 판시와 거의 동일한 취지인 것으로 해석된다. 즉 우리 대법원은 특정편입의 요건으로서 위 (1)항에서 언급한 세 가지 요건을 요구하고 있는 바 로테르담규칙 제75조 제4항의 요건들은 그 중 (d)호를 제외하고는 우리 대법원이 요구하는 특정편입요건과 그 취지가 동일하다고 해석된다.

(다) 중립적 중재지의 지정

로테르담규칙 제75조 제4항 (a)호에 따르면 대량화물운송계약의 당사자가 약정한 중재지의 지정이 제3자에게 효력을 미치기 위해서는 동 조 제2항 (b)호에서 규정한 장소이어야 하므로, 동 조 제2항 (a)호의 ‘운송계약 당사자가 약정한 장소’는 제3자를 구속하지 못한다. 로테르담규칙 제75조 제2항 (b)호의 각 장소들 중 (i)항의 ‘운송인의 주소지’를 제외하고는

61) *Ibid.*

62) (i) 운송인의 주소지, (ii) 운송계약상 운송물 수령지, (iii) 운송계약상 운송물 인도지, (iv) 운송물의 최초 선적항 또는 최종 양하항

기타 장소들은 그 성질상 운송계약의 성립이나 이행과 일정한 관련이 있는 장소로서 이를 장소들은 운송인이나 그 상대방 당사자 모두에게 중립적인 장소로서 해당 중재지에서 중재가 개시된다고 하더라도 운송계약 당사자에게 유·불리를 따지기 어려운 장소들이다. 따라서 운송인과 그 계약 상대방인 송하인이 대량화물운송계약을 체결하면서 로테르담규칙 제75조 제3항의 요건들을 충족함으로써 계약 당사자 사이에는 중재지의 지정에 관한 약정이 효력이 있더라도, 만일 합의된 중재지가 동 조 제2항 (b)호의 중재지가 아니라면 그러한 합의는 제3자에게 대해서는 효력이 없게 된다.⁶³⁾

(라) 적용될 법(Applicable law)

로테르담규칙 제75조 제4항은 대량화물운송계약 당사자 사이의 중재지 지정의 합의가 제3자에 대해서도 효력을 가지기 위한 요건으로서 “적용될 법이 제3자로 하여금 운송계약 당사자의 합의에 구속되는 것을 허용(Applicable law permits that person to be bound by the arbitration agreement)”할 것을 요구하고 있다. 여기서 적용될 법이 과연 무엇인가 하는 의문이 있다. 여기서 적용될 법은, 대량화물운송계약 중의 중재지 약정이 운송증서의 정당한 소지인 등 제3자에게 효력을 가지기 위한 요건과 용선계약 중의 중재조항의 선하증권에의 편입에 관한 법률적 구조가 유사하다는 점을 감안할 때, 선하증권 등 로테르담규칙 제75조 제4조 (b)호의 운송증서나 전자적 운송기록의 준거법을 의미하는 것으로 파악하여야 할 것으로 판단된다.

이에 대해 우리 대법원은 위 2000다70064 판결에서 용선계약상 중재조항의 선하증권에의 편입의 준거법과 관련해서 “용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되어 선하증권의 소지인과 운송인 사이에서도 효력을 가지는지 여부는 선하증권의 준거법에 의하여 판단하여야 할 것이다”라고 판시하면서, 선하증권의 준거법에 대해서는 “선하증권이 그 약관에서 명시적으로 적용할 나라의 법을 정하고 있는 경우에는 그 정한 법률에 의하여, 선하증권의 발행인이 선하증권에 적용될 법을 명시적 혹은 묵시적으로 지정하지 않은 경우에는 선하증권이 발행된 나라의 법에 의하여 이를 판단하여야 한다”라고 규정하여 용선계약의 중재조항의 선하증권 편입에 대한 준거법은 선하증권의 준거법에 의해 판단하되, 선하증권의 조항이 명시적 혹은 묵시적으로 선하증권에 적용될 법을 정하고 있는 경우에는 그 법을 원칙적으로 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 선하증권 발행지의 법을 적용하여야 한다고 본다. 용선계약상 중재조항의 편입의 준거법의 결정에 관해서는 견해가 나뉘는데⁶⁴⁾ ① 선하증권의 준거법에 따른다는 견해로서, 위 대법원 판결의 태도, ② 용선계약의 준거법에 의할 것이라는 견해, ③ 중재합의의 성립의 준거법에 따른다는 견해, ④ 중재합의의 방식의 준거법에 따른다는 견해가 있다. 생각건대 용선계약 중의 중재조항의 선하증권에의 편입의 요건에 관한 우리 대법원 판례의 태도와 영국법 상의 요건들을 고려할 때, 특히 일반편입의 요건으로 우

63) Yvonne Baatz, *op. cit.*, pp. 238-239.

64) 용선계약의 중재조항의 선하증권 편입에 대한 국제사법적 논의의 상세는 석광현, 전계서, 496면 이하 참조.

리 대법원이 들고 있는 “중재조항이 편입됨으로 인해 선하증권의 타 규정과 모순이 되지 않아야 하고, 중재조항이 선하증권에 편입되어 중재조항에 구속되는 당사자의 범위가 선하증권 소지인 등 제3자도 포괄할 정도로 광범위하여야 한다”는 요건을 고려하면 용선계약상 중재조항이 선하증권에 유효하게 편입되어 그 효력을 가지기 위해서는 선하증권의 준거법에 따라서 편입의 준거법을 결정하는 것이 타당하다고 본다.

그렇다면 선하증권의 준거법과 관련해서는, 대법원의 견해와 같이 선하증권 자체에 준거법이 명시되어 있거나 묵시적으로 파악할 수 있는 경우에는 그것이 선하증권의 준거법이 된다고 본다. 문제는 선하증권 자체에서 준거법을 명시적으로 지정하지 않았거나 묵시적으로도 준거법을 알 수 없는 경우인데, 이에 대해서는 구 섭외사법 제9조와 같이 당사자가 법률행위의 준거법을 정하지 않은 경우 행위지법인 선하증권 발행지법이 선하증권의 준거법이 된다는 견해⁶⁵⁾, 운송계약인 용선계약의 준거법이 선하증권의 준거법이 되어야 한다는 견해와 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것이라고 판단되는 가정적 의사를 추정하여 선하증권의 준거법을 지정하여야 한다는 견해⁶⁶⁾, 그리고 선하증권과 가장 밀접한 관련을 가지는 법이 준거법이 되어야 한다는 견해⁶⁷⁾가 있다. 사견으로는 운송계약 당사자 사이의 합의인 용선계약의 준거법을 운송계약의 당사자가 아닌 제3자와의 관계에서 선하증권의 준거법으로 보는 것은 무리이고, 당사자의 가정적 의사가 무엇인가를 파악한다는 것이 언제나 명확하고 용이한 것이 아니라는 점과 국제사법 제26조 제1항⁶⁸⁾ 및 제8조⁶⁹⁾의 입법 취지를 감안할 때, 선하증권의 준거법은 선하증권과 밀접한 관련을 가지는 법이 준거법이 되어야 한다고 본다.

이러한 용선계약상 중재조항의 선하증권에의 편입과 관련한 논의를 대량화물운송계약상 중재지 지정합의의 운송계약에의 편입에 적용될 법에 관하여 대입하여 보면, 대량화물운송계약상 중재지 합의가 운송증권에 편입되어 운송증서 소지인과 운송인 사이에서도 그 효력이 있는지 여부에 대해서는 운송증서의 준거법에 따라야 할 것이며, 이러한 운송증서의 준거법에 대해서는 해당 운송증서에 명시적 또는 묵시적으로 준거법이 지정된 경우에는 그 준거법이, 운송증서에 준거법의 지정이 없는 경우에는 운송증서와 가장 밀접한 관련을 가지는 법이 준거법이 되어야 한다고 본다. 그러면 무엇이 운송증서와 가장 밀접한 관련을 가지

65) 대법원 2000다70064 판결의 태도이다.

66) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결은 “계약 당사자 사이에 준거법 선택에 관한 명시적 합의가 없는 경우, 법원은 계약 당시 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 가정적 의사를 추정하여 준거법을 결정할 수 있다”라고 판시한 바 있다.

67) 석광현,『선하증권의 준거법에 관한 몇 가지 문제점-국제해상물건운송계약법의 서론적 고찰-, 국제사법과 국제소송』제2권, 박영사, 85면 참조.

68) 국제사법 제26조[준거법 결정시 객관적 연결]

① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.

69) 제8조[준거법 지정의 예외]

① 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.

② 제1항의 규정은 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

는 법인가 하는 문제가 있으나, 이는 일률적으로 단정할 수는 없고 구체적 사안에서 운송증서의 발행지, 운송인의 주소지, 운송물의 수령지, 인도지 등 운송계약과 관련한 제반 사정을 감안하여 사안별로 결정하여야 할 것이다. 그러나 우리 대법원 2000다70064 판결의 판시에 따른다면 이 경우 운송증서의 발행지의 법이 운송증서의 준거법이 될 것이다.

4. 부정기선운송과 중재합의

(1) 부정기선운송과 중재합의의 자유

로테르담규칙 제76조 제1항⁷⁰⁾에 따르면, 동 규칙의 어떠한 조항도 동 규칙 제7조가 적용된다거나 운송계약 당사자들이 자발적으로 달리 로테르담규칙이 적용되지 않는 운송계약에 로테르담규칙을 편입시켰다는 이유로, 로테르담규칙 또는 동 규칙의 조항들이 적용되는 부정기선운송계약 중의 중재합의의 집행에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 즉 로테르담규칙 제6조 제2항에 따르면, 부정기선운송일지라도 용선계약이나 선복 등의 사용에 관한 계약이 체결되지 않고 운송증서 등이 발행된 경우에는 로테르담규칙이 적용되므로, 따라서 이와 같은 로테르담규칙이 적용되는 부정기선운송의 경우에는 부정기선운송계약 중의 중재합의는 유효하고 집행이 가능하다.

한편 로테르담규칙 제7조에 따르면 부정기선운송에서 동 규칙이 적용되지 않을 경우(예를 들어 용선계약이나 선박이나 선박의 공간의 이용을 위한 계약이 체결되어 있거나, 또는 운송증서 등이 발행되지 않은 경우)⁷¹⁾에도, 용선계약의 당사자가 아닌 수하인, 처분권자, 또는 운송증서의 소지인과 운송인 사이에는 동 규칙이 적용된다. 그러나 용선계약은 용선계약 당사자 사이의 법률관계만을 규율할 뿐이며, 용선계약에 따라 선하증권 등 운송증서가 발행된 경우에는 용선계약 당사자와 운송증서 등의 소지인 사이의 법률관계는 선하증권 등 운송증서에 의하여 규율된다.⁷²⁾ 즉 로테르담규칙 제76조 제1항에 의하면, 동 규칙은 부정기선운송의 용선계약 당사자와 제3자 사이에서는 운송증서 등에 삽입된 중재합의의 실행에 영향을 주지 않는다는 것이다.⁷³⁾

70) Article 76 Arbitration agreement in non-liner transportation

1. Nothing in this Convention affects the enforceability of an arbitration agreement in a contract of carriage in non-liner transportation to which this Convention or the provisions of this Convention apply by reason of:

(a) The application of article 7; or

(b) The parties' voluntary incorporation of this Convention in a contract of carriage that would not otherwise be subject to this Convention.

71) 로테르담규칙 제6조 제2항.

72) 같은 취지, 최종현, 전계서, 384면 참조.

73) Alexander von Ziegler, *op. cit.*, p. 329.

(2) 용선계약 선하증권과 중재조항

로테르담규칙 제76조 제2조⁷⁴⁾는 동 조 제1항의 규정에 불구하고 동 규칙 제7조의 적용 대상이 되어 로테르담규칙이 적용되는 운송증서 등에 삽입되어 있는 중재합의는 동 규칙이 규정하고 있는 중재 관련 조항(제15장)의 적용대상이 된다는 점을 명시하고 있다. 한편 동 조는 다시 그러한 중재합의가 삽입되어 있는 운송증서 등이, 로테르담규칙 제6조가 적용되어 동 규칙의 적용이 배제되는 용선계약 등의 당사자와 그 계약체결 일자를 명시하고 있고 운송증서상의 특정편입문구에 의하여 용선계약서상 중재조항을 편입하고 있는 경우에는 로테르담규칙 제15장이 규정하는 중재에 관한 제반 규정들이 적용되지 않는다고 규정한다. 이는 용선계약으로부터 중재조항을 선하증권에 편입하기 위해서는 특정편입문구가 필요하다는 영국법의 태도를 입법화한 것으로서,⁷⁵⁾ 로테르담규칙 제76조 제2항의 취지는, 용선계약 등의 당사자와 운송증서 등의 소지인인 제3자와의 관계에서는, 운송증서 등이 용선계약과 용선계약상 중재조항을 특정하여 편입하지 않는 한 그러한 운송증서에는 제75조를 포함한 로테르담규칙의 중재에 관한 제반 조항들이 적용된다는 것이다.⁷⁶⁾ 이것은 Hamburg규칙 제22조 제2항⁷⁷⁾의 입법취지와 동일한 것이다.

5. 분쟁발생 후의 중재합의

로테르담규칙 제77조⁷⁸⁾는 분쟁이 발생한 이후에는 당사자들이 자유롭게 중재지를 선정할 수 있음을 천명하고 있다. 이는 분쟁이 발생한 이후에 당사자들이 중재지를 선정하도록 허용하더라도 분쟁 당사자들의 이해관계에 큰 영향을 미치지 않기 때문이다.

74) Article 76 Arbitration agreement in non-liner transportation

2. Notwithstanding paragraph 1 of this article, an arbitration agreement in a transport document or electronic transport record to which this Convention applies by reason of the application of article 7 is subject to this chapter unless such a transport document or electronic transport record:

(a) Identifies the parties to and the date of the charterparty or other contract excluded from the application of this Convention by reason of the application of article 6; and
(b) Incorporates by specific reference the clause in the charterparty or other contract that contains the terms of the arbitration agreement.

75) 각주 59) 참조.

76) Alexander von Ziegler, *op. cit.*, p. 329.

77) Article 22. Arbitration.

2. Where a charter-party contains a provision that disputes arising thereunder shall be referred to arbitration and a bill of lading issued pursuant to the charter-party does not contain special annotation providing that such provision shall be binding upon the holder of the bill of lading, the carrier may not invoke such provision as against a holder having acquired the bill of lading in good faith.

78) Article 77 Agreement to arbitrate after a dispute has arisen Notwithstanding the provisions of this chapter and chapter 14, after a dispute has arisen the parties to the dispute may agree to resolve it by arbitration in any place they desire.

IV. 맷으며

로테르담규칙은 컨테이너운송으로 대표되는 개품운송계약 또는 복합운송과 관련한 법률 문제, 특히 운송의 전부 또는 일부에 해상운송이 포함된 국제운송계약에 관한 통일적인 규정들을 도입하여 법적 안정성을 도모하고 국제운송계약에 관한 효율성을 증진하고자 하는 점에 주안점을 두고 있으며⁷⁹⁾, 이미 동 규칙의 적용범위에 관하여 살펴본 바와 같이 비록 우리나라가 동 규칙에 가입하지 않았다 하더라도 운송계약의 당사자 중 하나가 우리나라 기업이나 개인일 경우 동 규칙의 적용을 받게 될 가능성을 배제할 수 없다. 특히 우리나라의 주요 교역 대상국인 미국이 동 규칙에 이미 가입하였다는 사실은 직·간접적으로 우리 기업과 법조계에 동 규칙과 동 규칙의 각 조항들의 해석 및 적용과 관련한 법률적 문제를 발생시키게 될 것으로 예상되므로 우리 학계에서도 동 규칙의 제반 조항에 대한 이해를 도모할 필요가 있다고 본다.

특히 로테르담규칙은 Hague규칙이나 Hague-Visby규칙과 달리 자체에서 중재에 관한 장을 별도로 마련하여 운송계약 당사자 사이의 중재합의와 관련한 일정한 사항에 관하여 규정하고 있다. 또한 동 규칙 상 중재에 관한 제반 조항들은 체약국이 동 규칙 제15장의 적용을 수용한 경우에만 선택적으로 적용되는 특징이 있으며, 동 규칙은 해상이행당사자 (Maritime Performing Party), 대량화물운송계약(Volume Contract) 등 새로운 개념과 제도를 도입함으로써 이러한 제도들과 동 규칙이 규정하는 중재제도와의 관계를 새롭게 규정하고 있다.

로테르담규칙상 중재제도의 세부적 특징은, 우선 동 규칙이 적용되는 운송계약에 관해서는 원칙적으로 6군데의 법정 중재지를 명시함으로써 운송인과 상대방 사이의 중재지 선택의 자유를 인정하면서도 운송인의 계약상대방을 보호하고자 하는 방식을 채택하고 있다. 또한 대량화물운송계약과 관련한 중재지 선정에 있어서도 계약 당사자 사이의 중재지 선정과 관련한 문제와 운송계약의 당사자와 제3자인 운송증서 등의 소지인 사이의 관계를 구분하여 규율하는 점이 특징이다. 한편 대량화물운송계약의 해석과 적용에 관해서는, 이미 우리 판례와 학계에서 익히 논의가 되었던 용선계약상 중재조항의 선하증권에의 편입요건과 관련한 논의를 대량운송계약에 삽입된 중재지 지정에 관한 당사자 사이의 약정의 효력을 제3자인 운송증서 등의 소지인에 대해서 주장할 수 있는가 하는 문제에 대해 비교 및 분석을 하여 보았다. 이러한 작업들은 대량화물운송계약과 중재합의에 관한 주요 법률적 문제에 대한 적절한 지침이 될 것으로 생각된다.

로테르담규칙은 해상운송이 포함된 운송계약의 해석·적용과 관련해서 일면 운송인의 상대방인 송하인 등의 권리를 보호하는 한편, 운송계약에 있어서 대등한 협상력을 소지한 계약 당사자 사이에는 계약자유의 원칙을 폭넓게 인정하고자 한다. 동 규칙의 이러한 태도는 중재합의, 특히 중재지 선정과 관련해서도 그대로 인정되어 대량화물운송계약과 로테르담규칙이 적용되는 용선계약의 당사자 사이에는 계약자유의 원칙을 폭넓게 인정하되, 운송 소

79) 로테르담규칙 서문 참조.

비자의 보호가 필요한 경우에는 중재지 선정에 제한을 가함으로써 운송인의 상대방을 보호하고자 한다.

위에서 본 바와 같이 로테르담규칙은 현대 국제운송의 변화 추세에 맞추어 이러한 운송계약에 대해 유효하고도 명확한 통일적 지침을 제공하고자 하였으며, 일정 부분 소기의 성과를 달성하고 있는 것으로 보인다. 그러나 로테르담규칙의 중재조항과 관련해서는 그 규정방식이 지나치게 복잡하고 혼란스러워 일반인들이 쉽게 이해하기가 어렵다는 점과 각 조항의 해석과 관련해서도 명확성이 결여 되어 있다는 비판⁸⁰⁾이 제기되고 있는 실정이다. 이러한 점들은 추후 동 규칙의 해석과 적용을 거쳐 명확히 되어야 할 부분이라고 본다.

◇ 주 제 어 ◇

해상물건운송계약, 로테르담규칙, 대량화물운송계약, 중재합의, 중재조항, 중재지, 해상이행당사자, 용선계약

80) 대표적으로 동 규칙 제75조 제4항 (d)호의 “Applicable law” 등.

◆ 참 고 문 현◆

- 김인현, 『로테르담규칙－제정과 발효, 협약의 주요내용해석, 우리나라 대책－』, 한국선주협회(2009. 8.).
- 목영준, 『상사중재법론』, 박영사.
- 석광현, 『국제상사중재법연구 제1권』, 박영사.
- 석광현, 『선하증권의 준거법에 관한 몇 가지 문제점－국제해상물건운송계약법의 서론적 고찰－, 국제 사법과 국제소송 제2권』, 박영사.
- 이균성, 『신해상법대계』, 한국해양수산개발원.
- 이주홍, 『해상운송법』, 박영사(1992).
- 최종현, 『해상법상론』, 박영사.
- 나종갑, “선하증권상 외국해사중재조항의 유효성－뉴욕협약 제5조 제2항 (나)호 공공정책과 Sky Reefer 사건을 중심으로－”, 한국해법학회지 제20권 제2호(1998).
- 정해덕, “중재에 관한 몇 가지 법률문제 고찰－해사중재를 중심으로－”, 해상·보험법연구 제2권 1 호(2006).
- Alexander von Ziegler, et. al., The Rotterdam Rules, Wolters Kluwer(2008).
- David St John Sutton, Russell on Arbitration, Sweet & Maxwell.
- Stewart C. Boyd, et. al., Scrutton on Charterparties and Bill of Lading, 21st Ed., Sweet & Maxwell,
- T. J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, 4th Ed., Thomson West,
- Yvonne Baatz, et. al., The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, Informa(2009).
- <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src>

〈국문 초록〉

로테르담규칙과 중재

이정원

해상물건운송계약과 관련한 운송인의 책임법제에 대한 국제적 단위의 통일법제 형성을 위한 시도가 여러 차례 있었으며, 이는 1924년 소위 'Hague규칙'으로부터 시작해서 마침내 지난 2008년 '로테르담규칙'의 제정으로 일단락이 되었다. 위 규칙은 해상운송계약과 관련한 주요 분쟁해결절차 중 하나인 중재제도에 관하여 별도의 장을 마련하고 있다. 로테르담 규칙은 운송제도의 발달, 특히 복합운송과 관련하여 이를 동 규칙에 포섭하고자 하는 시도와 함께 운송계약 당사자 사이의 계약상 지위의 불균형에 따른 송하인 등의 보호를 위해 중재지를 법정하는 등 여러 가지 제도를 마련하고 있다. 즉 먼저 로테르담규칙은 동 규칙의 적용을 받는 정기선운송과 관련해서는 해상운송계약과 관련한 분쟁의 중재지를 법정하고 있다. 또한 현대 해상물건운송계약의 발달, 특히 컨테이너를 이용한 복합운송제도의 발전을 감안하여 복합운송과 관련한 중재제도의 정비 및 소위 「대량화물운송계약 (Volume Contract)」에 관한 별도의 조항들을 둘으로써 운송계약 당사자 사이의 협상력이 균등화된 계약 하의 중재조항에 대하여 별도로 규정하고 있다. 한편 로테르담규칙은 「해상이행당사자 (Maritime Performing Party)」라는 개념을 도입하여 운송인의 이행보조자 중 해상이행당사자에 대하여 별도의 규정을 두고 있다. 로테르담규칙상 중재제도의 세부적 특징은, 우선 동 규칙이 적용되는 운송계약에 관해서는 원칙적으로 6군데의 법정 중재지를 명시함으로써 운송인과 상대방 사이의 중재지 선택의 자유를 인정하면서도 운송인의 계약상대방을 보호하고자 하는 방식을 채택하고 있다. 또한 대량화물운송계약과 관련한 중재지 선정에 있어서도 계약 당사자 사이의 중재지 선정과 관련한 문제와 운송계약의 당사자와 제3자인 운송증서 등의 소지인 사이의 관계를 구분하여 규율하는 점이 특징이다. 로테르담규칙은 해상운송이 포함된 운송계약의 해석·적용과 관련해서 일면 운송인의 상대방인 송하인 등의 권리를 보호하는 한편, 운송계약에 있어서 대등한 협상력을 소지한 계약 당사자 사이에는 계약자유의 원칙을 폭넓게 인정하고자 한다. 동 규칙의 이러한 태도는 중재합의, 특히 중재지 선정과 관련해서도 그대로 인정되어 대량화물운송계약과 로테르담규칙이 적용되는 용선계약의 당사자 사이에는 계약자유의 원칙을 폭넓게 인정하되, 운송 소비자의 보호가 필요한 경우에는 중재지 선정에 제한을 가함으로써 운송인의 상대방을 보호하고자 한다.

〈ABSTRACT〉

The Rotterdam Rules and an arbitration agreement

Lee, Jung Won

There were several attempts to make an uniform rules for contracts of the carriage of goods by sea on the international level from the making of so called 'the Hague Rules' in 1924, these attempts were eventually settled with the establishment of so called 'the Rotterdam Rules' in 2008. The Rotterdam Rules has several provisions for an arbitration agreement which is one of the dispute settlement procedures arising from contracts of the carriage of goods by sea. The Rotterdam Rules has tried to catch up with the development of transportation, especially in relation to the development of the multi-modal transportation. In addition, to protect the shippers whose contractual position in contracts of the carriage of goods by sea might be recognized as unstable the rules have introduced various kinds of systems, i.g. fixing the places of arbitration within the rules. In this regards, the Rotterdam Rules has fixed the places of arbitration for the disputes arising from the liner transportation. On the other hand, by providing separate provisions for 'the volume contract' in which it was presumed that the bargaining powers between the shipper and the carrier is well balanced and for the multi-modal transportation which is characterized with the use of containers for the carriage of goods, the rules have put forwarded some provisions for the arbitration agreement. Also with the definition of 'the maritime performing party', the rules has tried to regulate the said maritime performing party who is regarded as being employed for the benefit of the carrier with some provisions. Even though the Rotterdam Rules enhances the parties' freedom of contract by allowing the places of arbitration to six places which were stipulated in the rules for the disputes arising from contracts of carriage, it also tries to protect the cargo sides by fixing places of arbitration to the said six places. As to the selection of forum for the volume contract, the Rotterdam Rules has separately enacted the effect of an arbitration agreement between the parties of contract of the carriage and that of between the parties of contract of the carriage and the third party who is a bona fide holder of the transportation documents. With the forum selection clauses in the rules, even if the rules declares the freedom of contract to the parties of

the charter-party agreement as well as the volume contract where the Rotterdam Rules applies, when protection of the consumers of contract of the carriage is needed, on the other hand, the rules also restricts the places of arbitration by limiting forums to six places.

◊ KEY WORDS ◊

Carriage of goods by sea, Rotterdam Rules, Volume Contract, Arbitration agreement, Arbitration clause, Place of arbitration, Maritime performing party, Charter party

국제거래에서 판매점계약(Distribution Agreement)의 판매자의 보상청구권에 관한 비교법적 고찰*

이 헌 묵

[目 次]

I. 들어가기	
II. 판매점계약의 기능과 종류	
1. 판매점계약의 기능	IV. 우리 법상 판매자의 보상청구권을 인정할 수 있는지 여부
2. 판매점계약의 종류	1. 판매자의 보상청구권 인정의 필요성
III. 판매자의 보상청구권에 관한 주요 국가의 입장	2. 판매자의 보상청구권의 법률적 근거
1. 개괄적 내용	3. 판례의 입장
2. 벨기에 판매점계약법의 내용	V. 맷음말
3. 기타 주요 국가의 입장	

I. 들어가기

전세계적으로 수많은 판매점계약(Distribution Agreement 또는 Distributorship Contract)이¹⁾ 체결되고 있다. 뒤에서 자세히 논하겠지만 판매점계약은 판매자(distributor)²⁾가 일정한 지역³⁾에서 물품을 판매하기 위하여 공급자(supplier)로부터 일정 기간 동안 물품을 공급받기로 하는 계약이다. IT산업의 발전에 따라서 판매점계약은 물품에 한정되지 않고 소프트웨어

논문접수일 2010.11.10 논문심사일 2010.12.06, 계재확정일 2010.12.22

* 본 글에 대하여 아낌없는 조언과 정밀한 검토를 하여 주신 서울대학교 법학전문대학원의 석광현 교수님께 감사드립니다

- 1) 국내에서는 ‘판매점계약’이란 용어와 함께 ‘특약상계약’, ‘특약점계약’ ‘판매권계약’, ‘판매권수여계약’이란 용어도 사용한다. 그러나 ‘판매점계약’이란 표현이 계약의 특징을 잘 나타내고 있으므로 본 글에서는 이 용어를 사용하도록 한다.
- 2) 영어로 작성된 판매점계약서는 통상 제품을 공급하는 자를 supplier라 지칭하고, supplier로부터 물품을 구매하여 판매하는 자를 distributor라고 지칭한다. 본 글에서는 supplier를 ‘공급자’, distributor를 ‘판매자’라고 부르기로 한다. 판매점계약을 ‘특약점계약’으로 지칭하는 경우에 판매자를 ‘특약점’ 또는 ‘특약판매점’ 등으로 부르기도 한다.
- 3) 영어로 작성된 판매점계약에서 판매자가 물품을 판매할 수 있는 지역을 통상 ‘Territory’라고 표현한다. 이러한 지역에서의 판매자의 판매권한이 독점적(exclusive)인지 아니면 비독점적(non-exclusive)인지 결정되어야 한다.

산업에서도 많이 이용되고 있다.⁴⁾ 이러한 면에서 판매점계약은 국제거래에서 중요한 위치를 점하고 있다. 국내의 판매자가 판매점계약으로 통하여 구입한 물품의 판매를 촉진하기 위하여 많은 비용과 시간을 투자하였고, 그 결과 시장에서 물품에 대한 인지도가 높아지고 판매량이 대폭 증가한다면 해외의 공급자는 더 많은 이익을 얻기 위하여 판매점계약을 종료시키고 직접 판매를 추진하고자 한다. 이에 따라서 해외의 공급자는 판매자에 의하여 구축된 물품의 인지도와 판매망을 이용하여 안정적인 판매량을 확보하는 반면에 판촉활동에 전념하느라 아직 수익을 얻지 못한 판매자는 손해만 입게 되는 문제가 발생한다. 실제로 위와 같은 문제들이 국내에서 종종 발생하고 있지만 대부분의 판매점계약에는 중재합의가 있어서 위와 같은 문제가 표면화되지 못하고 있다.⁵⁾ 게다가 국내의 영세한 판매자들이 선진국의 공급자를 상대로 법적 대응을 하는 것을 몹시 꺼려하는 경향도 위와 같은 문제가 부각되는데 장애 요소로 작용하고 있는 것으로 본다. 한편, 우리 상법은 제92조의2에서 대리상의 보상청구권만을 인정하고 있으나 판매점계약에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 결과 판매자가 공급자에게 보상청구를 할 수 있는지 여부가 법률적으로 해결되어 있지 않다. 아래에서는 비교법적 고찰을 통하여 위 문제에 대한 해답을 찾고자 한다. 먼저 본 글의 적용대상인 판매점계약의 범위를 확정하기 위해 판매점계약이 무엇인지에 대하여 논하도록 한다.

II. 판매점계약의 기능과 종류

1. 판매점계약의 기능

사업자가 외국 시장에 진출하고자 하여도 그 외국에서 제품의 인지도가 높지 않거나 판매망을 갖고 있지 않다면 사업자로서는 상당한 마케팅 비용을 소모하여 제품의 인지도를 높이고 판매망을 갖추어야 한다. 그러나 성공의 확신이 없다면 막대한 마케팅 비용만 낭비 할 수 있기 때문에 사업자로서는 당해 국가에서 영업망과 영업력이 있는 판매자를 이용하여 그 지역의 특성에 맞는 최적의 영업을 하고자 한다. 이러한 이유에서 판매점계약이 체결된다. 물론 판매자가 중간 마진을 가져가기 때문에 공급자는 직접 판매하는 경우에 보다도 적은 수익을 얻지만, 판매자를 이용함으로써 새로운 지역에 진출하는데 수반되는 리스크를 판매자에게 전가할 수 있다는 이점이 있다. 하지만 공급자로서는 단순히 신규시장 진출의 리스크를 줄이거나 판매자에게 제품을 판매하고자 하는 것이 아니라 궁극적으로 판매자가

4) 소프트웨어의 경우에는 공급자가 소프트웨어를 CD등에 저장하여 판매자에게 공급하는 경우와 공급자가 CD등을 공급하지 않고 판매자에게 소프트웨어를 CD등에 저장하여 판매하도록 하는 경우가 있다.

5) 판매점계약의 공급자는 판매자의 보상청구권을 피하기 위하여 준거법을 보상청구권을 인정하지 않는 국가의 법으로 지정하고, 보상청구권이 국제적 강행법규로 인정되는 것을 대비하여 당해 계약지역이 아닌 외국을 중재지로 하는 중재합의를 많이 한다.

구축한 영업망을 이용하여 자신의 영업망을 구축하고자 하기 때문에 판매자의 독자적 영업 활동을 방임하지 않고, 반대로 깊숙이 관여하여 판매자의 영업망을 사실상 자신의 영업망으로 포섭시키고자 한다. 이러한 목적에서 판매점계약에는 판매자를 사실상 공급자의 하나의 영업부서의 지위에 높기 위한 수단들이 많이 이용되는데,⁶⁾ 일단 이러한 수단들이 판매점계약에 편입되면 당사자의 지위는 개별적 경우에 따라서 정도의 차이는 있지만 수평적이 아니라 수직적이 된다. 이러한 점에서 판매점계약은 기능적으로는 수직적 성격을 갖고 있는 대리점계약⁷⁾ 또는 프랜차이즈계약과 가깝다.⁸⁾ 하지만 판매자가 자신의 이름과 계산으로 재판매활동을 한다는 점에서 본인의 이름과 계산으로 판매활동을 하는 대리상과 구별되고, 소규모의 소매를 목적으로 하고 가맹본부의 영업표지를 사용하고 기타 경영 및 영업활동의 지원을 받는 프랜차이즈와 차이가 있다.

2. 판매점계약의 종류

(1) 전형적 판매점계약

판매점계약은 계약의 내용에 따라서 다양한 모습을 가질 수 있지만, 공통된 점을 모아보면 “공급자가 일정기간에 걸쳐서 자신이 직접 제작하거나 또는 공급받은 제품을 하나 또는 그 이상의 판매자에게 판매하고, 판매자에게 공급받은 제품을 특정지역에서 판매할 수 있는 권리를 수여하는 계약”이라고 정의할 수 있다. 벨기에는 유럽에서 유일하게 판매점계약에 관하여 별도의 법을 제정하고 있는데 그 법인 「불획정기한 독점적 판매점계약의 일방적 종료에 관한 법률」(a statute on the unilateral termination of exclusive distribution agreements of indefinite duration; 이하 ‘벨기에 판매점계약법’이라 한다) 제1조 제2항에서도 판매점계약을 위와 유사하게 같이 정의하고 있다.⁹⁾ 전형적 판매점계약의 모습을 살펴보면 판매점계약은 물품매매계약을 기본으로 한 혼합계약이므로¹⁰⁾ 물품의 내역, 판매가격, 대금의 지불방법, 물품의 인도방법 등

6) 구체적으로 판매점계약에서는 판매자로 하여금 일정한 시설과 인력을 갖추도록 의무를 부과하거나, 제품의 판매에 관련된 장부를 작성하여 비치한 후 공급자가 열람할 수 있도록 하거나, 광고에 있어서 공급자의 광고전략을 따르게 하거나, 판매자의 경영진의 변경에 있어서 사전승인 또는 사후승인을 얻도록 하거나, 재판매가격의 결정에 관여하는 등의 규정을 두고 있다.

7) 판매점계약과 대리점계약의 비교에 관하여는 이태희, 국제계약법, 법문사, 2001, 588면 참조.

8) 2009. 8. 21. 폐지된 공정거래위원회의 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조의 제목은 ‘수입대리점계약상의 불공정거래행위 등’이었지만 규정내용을 보면 대리점계약뿐만 아니라 판매점계약도 적용범위에 포함시키고 있었다.

9) 공급자가 장기간에 걸쳐서 자신이 직접 제작하거나 또는 공급하는 제품에 대하여 하나 또는 그 이상의 판매자에게 판매자의 이름과 계산으로 특정지역에서 판매할 수 있는 권리를 수여하는 계약 (any agreement under which a principal grants to one or more distributors the right to sell, in their own name and for their own account, products manufactured or distributed by the principal; 영문번역은 Hammonds LLP 벨기에 사무소의 영문번역이며, 벨기에 정부의 공식 영문번역이 아님을 밝힌다. 이하 동일.).

10) 당사자가 UN물품매매협약(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)의 체약국에 소재한다면 물품매매계약적 성질에 대하여는 위 협약이 적용될 것이

물품매매계약에 들어가는 기본적 계약조항이 들어간다. 하지만 판매자의 매수에 관한 사항에 멈추지 않고 판매자의 재판매와 관련한 사항도 포함된다. 이러한 점에서 판매점계약은 수평적이 아니라 수직적이다. 구체적으로 판매자가 재판매를 할 수 있는 지역적 범위인 판매지역에 관한 조항(territory)¹¹⁾, 판매자가 당해 지역에서 독점적 판매권자인지 아니면 비독점적 판매권자인지 여부에 관한 조항(exclusivity), 재판매가격에 관한 조항(resale price)¹²⁾, 판매자가 당해 제품의 경쟁제품을 취급하는 것을 금지하는 조항(non-competition)¹³⁾, 판매자가 공급자의 광고정책에 따라야 한다는 조항(compliance with advertising policies)¹⁴⁾, 판매자가 갖추어야 하는 최소한의 인력과 시설을 규정한 조항(sales organization), 판매자가 공급자로부터 구매해야 하는 최소의 물량을 규정한 최소구매량에 관한 조항(minimum purchase)¹⁵⁾, 판매자가 판촉활동을 위하여 공급자의 상표를 사용하는 것을 허용하는 사용허락에 관한 조항(license to use supplier's trademarks), 계약기간에 관한 조항(supply period), 판매자의 판촉활동의 결과 또는 고객에 대한 정보를 공급자에게 보고하도록 하는 조항(report) 등으로 구성된다.¹⁶⁾

(2) 비전형적 판매점계약

전형적 판매점계약이 많이 사용되고 있지만, 필요에 따라서 대리점계약 또는 프랜차이즈 계약 등의 다른 성격의 계약과 혼재되어 있는 비전형 판매점계약도 적지 않게 볼 수 있다. 이러한 계약도 판매자가 장기간에 걸쳐서 공급자로부터 물품의 구매하여 제3자에게 재판매하는 구조를 갖고 있다면 이 글의 논의의 대상인 판매점계약에 포함된다고 할 것이다.¹⁷⁾ 비전형 판매점계약에는 저작권, 특허권, 상표권 등 무형적 재산에 대한 사용권을 수여하는

다. 하지만 위 협약은 물품매매에 한정되어 규정되어 있기 때문에 판매점계약 판매자의 보상청구권에 관하여는 전혀 언급이 없다.

- 11) 2009. 8. 21. 폐지된 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조 제2호에서는 국내 판매지역을 분할하기 위한 행위를 불공정국제계약으로 규정하고 있었다. 본 고시의 폐지로 인하여 발생하는 공백을 메우기 위하여 공정거래위원회는 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」을 개정하여 이 지침이 국내시장에 영향을 미치는 외국사업자의 행위에 대하여도 적용되도록 하였다. 이 개정지침은 2010. 4. 7. 시행되었다.
- 12) 2009. 8. 21. 폐지된 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조 제4호에서는 공급자가 재판매가격을 지정하는 행위를 불공정국제계약으로 규정하고 있었다.
- 13) 2009. 8. 21. 폐지된 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조 제5호에서는 판매점계약이 비독점계약인 경우에 경쟁제품취급제한을 불공정국제계약으로 규정하고 있었다.
- 14) 2009. 8. 21. 폐지된 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조 제7호에서는 외국사업자가 계약제품에 대한 광고·선전비등 판매촉진비의 규모를 과다하게 정하여 국내사업자로 하여금 지출하도록 하는 경우를 불공정국제계약으로 규정하고 있었다.
- 15) 2009. 8. 21. 폐지된 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 제8조 제3호에서는 판매점계약에서 최소판매목표량을 설정하고 이러한 목표를 달성하지 못하면 공급자가 계약을 해지할 수 있도록 하는 것을 불공정국제계약으로 규정하고 있었다.
- 16) 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)에서는 표준판매점계약서(The ICC Model Distributorship Contract)를 작성해서 보급하고 있는데, 전형적 판매점계약의 모습을 보여주고 있다.
- 17) Joost Everaert, Termination of Distribution Agreements with Belgian Distributors, I.C.C.L.R. 1991, 2(5), p.172.

라이선스계약(License Agreement)이지만 사용자(licensee)의 직접적 사용을 허용하기 위해서 체결되는 것이 아니라 사용자가 무형적 재산을 복제하여 제3자에게 판매하기 위한 한도에서 무형적 재산의 사용을 허락하는 경우가 있다.¹⁸⁾ 대표적인 경우가 판매목적의 컴퓨터 소프트웨어 라이선스계약이다. 이 경우에는 허락자(licensor)가 자신의 소프트웨어를 고정물에 복제한 후 사용자에게 판매하는 것이 아니라 사용자가 허락자의 동의하에 소프트웨어를 고정물에 복제하여 판매한다.¹⁹⁾ 이와 유사한 경우가 캐릭터 사용을 위한 라이선스계약이다. 이 경우에는 사용자가 허락자의 동의하에 캐릭터를 복제한 후 인형 등에 부착하여 판매한다. 이러한 라이선스계약은 허락자가 아닌 사용자가 제품을 제작하여 판매한다는 점에서 판매점계약의 거래구조와 다르다. 하지만 이러한 라이선스계약도 기능적으로는 판매점계약과 동일하고, 사용자는 허락자(licensor)에게 사용료(royalty)²⁰⁾를 지급하는데 그치는 것이 아니라 판매점계약과 마찬가지로 허락자에게 영업상황을 보고하고 허락자의 광고정책을 준수해야 한다면 사용자의 지위는 판매점계약의 판매자의 지위와 동일하기 때문에 본 글에서의 모든 논의는 위와 같은 비전형 판매점계약에도 동일하게 적용될 수 있다고 본다.

III. 판매자의 보상청구권에 관한 주요 국가의 입장

1. 개괄적 내용

세계적으로 판매점계약에 대하여 별도의 법률을 마련하고 있는 나라는 벨기에 등 극소수의 국가에 불과하며, 우리나라를 포함한 대부분의 국가는 별도의 법률을 두고 있지 않다.²¹⁾ 다만, 판매점계약에 관하여 몇 가지 국제적으로 확립된 원칙이 있는데²²⁾ 모두 불공정거래

18) 이러한 유형의 계약에 대하여는 공정거래위원회에서 제정한 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」에서 규율하고 있다. 이 지침에서는 국내에 영향을 미치는 행위에 대하여 외국사업자에게 역외적용을 인정하고 있다.

19) 물론 소프트웨어의 권리자가 소프트웨어를 고정물에 복제하여 판매자로 하여금 판매하도록 하는 경우도 있다. 이런 경우에는 통상 계약서의 제목을 판매점계약(Distribution Agreement)이라고 붙이며, 실제로 그 내용도 전형적 판매점계약과 동일하다.

20) 라이선스계약에서 사용료를 지급하는 방법은 크게 고정액(lump sum royalty)방식과 경상액(running royalty)방식이 있다. 고정액방식은 일정기간 동안의 사용료를 미리 정하는 방식이고, 경상액방식은 판매액 또는 판매량에 비례하여 사용료를 산정하는 방식이다. 어떠한 방식에 의하여 사용료를 산정하는가에 관계없이 판매점계약에서의 보상청구권에 관한 논의가 그대로 적용될 수 있다고 본다. 다만, 고정액 방식보다는 경상액방식이 사용자가 허락자의 판매망에 속해 있었다는 점을 입증하기가 수월할 것이다.

21) ICC, The ICC Model Distributorship Contract: Sole Importer-Distributor, 2002, ICC Publishing, Inc.

22) 유럽연합에서는 EC Treaty 제81조 내지 제86조에서 공정거래에 관한 규정을 두고 있다. 이 중 제81조 제3항에서 판매점계약에 대하여 예외규정을 둘 수 있도록 수권하고 있다. 이러한 수권에 따라서 제정된 것이 “Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and

에 관한 것이다. 우리나라에서는 공정거래위원회에서 고시한 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」에서 판매점계약에서의 불공정거래의 유형을 규정하고 있었는데, 이 고시는 2009. 8. 21. 폐지되었다. 하지만 위 고시에서도 판매자가 판매점계약이 종료된 후에 공급자를 상대로 보상청구를 할 수 있는지에 관한 문제에 대하여 어떠한 단서도 제공하고 있지 못하고 있었다.²³⁾

2. 벨기에 판매점계약법의 내용

(1) 법률의 취지

벨기에 판매점계약법은 1961년 7월 27일 제정되었다. 유럽의 다른 국가들은 판매점계약의 종료도 계약당사자의 계약의 자유에 해당한다고 생각하여 이에 관여하는 것을 거부하였지만, 벨기에 입법자들은 판매점계약에 대하여 엄격한 규칙이 필요하다고 보았다. 벨기에 의회는 판매점계약의 판매자가 외국의 공급자를 위하여 지역시장을 개척하였고, 이제 그 과실을 수확하려는 순간 공급자가 판매점계약을 일방적으로 종료시킴으로써 그 과실을 자신의 것으로 하는 것을 방지하고자 위 법을 제정하였다.²⁴⁾

(2) 적용요건

(가) 판매점계약(Distributorship)

공급자가 판매자에게 판매자의 이름과 계산으로 공급자가 생산 또는 공급하는 물품을 제3자에게 판매할 권한을 수여하는 계약이 판매점계약이다. 벨기에 법원은 다른 계약요소와 혼합적 성격의 계약이라고 하더라도 위와 같은 기본적 계약구조를 갖고 있으면 판매점계약으로 보고 있다.²⁵⁾

(나) 독점적 계약(Exclusivity)

본 법은 독점적 계약에만 적용된다. 다만, 동법 제1조 1항 제2호에서는 판매자가 계약상 독점적 판매권한을 갖고 있는 경우뿐만 아니라 판매자가 당해지역에서 판매의 대부분을 담당하고 있는 경우(quasi-exclusivity)도 독점적 계약으로 보고 있다.²⁶⁾ 후자의 경우에는 계

concerted practices”이다. 하지만 이 규정에도 판매점계약의 판매자가 공급자에게 보상청구를 할 수 있는지에 관하여 아무런 언급이 없다.

23) 판매점계약 일반에 관한 세계 각 국의 입법례와 판례에 관하여는 “Dennis Campbell, International Agency and Distribution Law, 2007, Lulu.com.” 참조.

24) Joost Everaert(註 17), p.172.

25) *ibid.*

26) Distribution agreements pursuant to which the distributor sells in the licensed territory, almost all the products covered by the agreement. 어느 정도가 되어야 “대부분”이라고 인정할 수 있는지에 관하여 벨기에법원은 제품의 90퍼센트를 판매하는 것은 “대부분”에 해당하지만,

약서에서 명시적으로 비독점적 계약이라고 규정하고 있어도 독점적 계약으로 본다. 심지어 계약상 또는 사실상의 독점적 판매자가 아니라고 하더라도 공급자가 판매자에게 상당한 의무를 가하고, 그 의무의 성격상 계약의 종료로 인하여 판매자에게 상당한 손해를 끼칠 수 있는 경우에는 본 법이 적용된다. 판례에서 인정하고 있는 이러한 의무는 최소구매의무, 애프터서비스의무, 광고의무 등이다.²⁷⁾

(다) 불확정기한의 계약(Indefinite duration)

계약기간이 정해지지 않은 판매점계약만이 본 법의 적용대상이다. 하지만 1971년 개정에 의하여 계약이 세 번 갱신된 후부터는 계약기간이 정해져 있어도 불확정적인 것으로 보고 있다. 한편, 계약기간이 정해진 판매점계약의 경우에는 계약기간이 만료되기 전 6월에서 3월 사이에 계약종료의사를 통지해야 하는데, 만일 이 기간에 계약종료의사를 통지하지 아니하면 판매점계약은 효력을 유지하고, 계약기간은 없는 것으로 본다.²⁸⁾

(3) 판매자의 보상청구권

벨기에법상 판매점계약의 판매자의 보상청구권에는 손실보상(compensatory indemnity)과 보충보상(complementary indemnity)이 있다. 전자는 계약의 당사자 일방이 합리적 기간을 정하지 아니하고 계약의 종료를 통지한 경우에 상대방에게 지급해야 하는 보상을 말한다. 이 보상은 통상 합리적 기간²⁹⁾에 해당하는 기간 동안의 이익 중 세금을 공제한 순이익과 임대료·급여·보험료 등 즉시 지급을 중단할 수 없는 고정비로 구성된다. 후자는 합리적 기간을 정하였는지에 관계없이 공급자가 계약을 일방적으로 종료시킬 경우에 공급자가 판매자에게 지급해야 하는 보상을 말한다. 다만, 계약종료가 판매자의 중대한 계약위반으로 인한 경우에는 공급자에게 보상의무가 없다. 보충보상은 i) 매출이 급격하게 증가한 경우에 인정되는 영업권, ii) 계약종료 후에도 공급자가 계속하여 이익을 얻게 되는 판매자의 투자비, iii) 계약의 종료로 인하여 판매자가 해고해야 하는 피용자에 대한 퇴직금으로 구성된다.

30퍼센트 내지 35퍼센트를 판매하는 것은 “대부분”에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다(Joost Everaert(註 17), FN 4).

27) Van Bael & Bellis (Firm), *Business Guide to Belgium*, Kluwer Law International, 2003, p.432.

28) When an exclusive distribution agreement governed by the present law is granted for a fixed-term, the parties are deemed to have agreed on the renewal of the contract, either for an indefinite duration or for a duration specified in a for tacit extension, in the absence of a notification by the parties of a reasonable notice by registered mail at least three months and six months before the agreed term.

29) 합리적 기간을 산정하는데 있어서 벨기에 법원은 계약기간, 매출액, 매출액의 증가량, 계약지역 등을 고려한다고 한다(Van Bael & Bellis (Firm)(註 27), p.434).

3. 기타 주요 국가의 입장

벨기에 이외의 유럽국가들은 판매점계약에서의 판매자의 공급자에 대한 보상청구권을 인정하는 별도의 법률을 두고 있지 않다. 다만, 유럽연합회원국들은 유럽연합 대리상 지침³⁰⁾에 따라서 대리상의 본인에 대한 보상청구권을 인정하고 있는데, 많은 국가들이 이 규정을 유추적용하여 판매자의 공급자에 대한 보상청구권을 인정하고 있다. 한편, 스위스는 유럽연합의 회원국이 아니지만 아래에서 보는 바와 같이 다른 유럽국가와 마찬가지로 대리상의 보상청구권에 관한 규정을 유추적용하여 판매자의 보상청구권을 인정하고 있다. 하지만 아래에서 보는 바와 같이 스페인은 최근 판례입장을 변경하였고, 프랑스의 경우에는 판매자의 보상청구권에 대하여 부정적 입장이다.

(1) 독일

독일 판례는 대리상의 보상청구권을 규정하고 있는 상법(Handelsgesetzbuch: HGB) 제89조b를 유추적용하여 판매점계약 판매자에게 공급자에 대한 보상청구권을 인정하고 있다. 이와 같이 유추적용을 인정하는 이유는 판매점계약이 종료된 후에 공급자가 얻는 이익에 대하여 판매자가 충분히 보상받지 못했다는 형평의 원칙에 기초하고 있다고 한다.³¹⁾ 판매점계약의 판매자에게 보상청구권이 인정되는 구체적인 요건은 다음과 같다.³²⁾

i) 판매자가 단순한 매수인이 아니라 대리상과 같이 공급자의 영업조직과 결합되어 있을 것(하지만 판매자가 독점적 판매자일 필요는 없다³³⁾): 만일 판매자가 대리상과 유사한 방법으로 제품의 판매촉진행위를 한다면 판매자가 공급자의 영업조직과 결합되어 있다고 볼 수 있다. 구체적으로 공급자가 판매자의 영업조직을 지휘 또는 감독하거나 판매자가 마켓팅함에 있어서 공급자의 정책을 준수하도록 하거나 판매자로 하여금 최소물량을 구매하도록 하거나 판매자로 하여금 애프터서비스를 위한 조직을 갖추도록 하거나 공급자에게 판매자의 영업장소 출입권과 회계장부 열람권을 수여하거나 판매자에게 고객에 대한 정보를 제공하도록 하는 경우에는 판매자가 공급자의 영업조직과 결합되어 있다고 볼 수 있다.³⁴⁾

ii) 판매자가 판매점계약이 유효한 동안 또는 종료된 후에 공급자에게 고객정보의 이전 등 영업양도를 할 의무를 부담할 것³⁵⁾: 이러한 의무는 계약서에 명시되어 있을 필요는 없으며 공급자가 판매자의 회계장부를 열람하고 영업상황에 대하여 계속적으로 보고받는 것

30) Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents. 본 지침의 내용에 관하여는 “윤남순, “유럽연합 대리상법”, 상사법연구 제17권 제1호, 한국상사법학회, 1998.” 참조.

31) Ulf Wauschkuhn, “The Distributor’s Compensation Claim under German Law”, I.C.C.L.R. 1997, 8(4), p.124.

32) *ibid.*

33) *ibid.*

34) *ibid.* p.126.

35) *ibid.*

만으로도 충분하다.³⁶⁾

iii) 계약이 종료될 것: 계약이 해지통지 또는 계약만료 후 갱신거절 등과 같이 정상적으로 종료되어야 한다.

iv) 공급자가 계약이 종료된 후에도 판매자가 형성한 고객관계로부터 상당한 이익을 얻고 있을 것: 공급자가 기존에 고객과 영업관계를 형성하지 아니한 이상 새로운 고객으로 본다. 기존의 공급자의 고객이라도 판매자에 의해서 영업관계가 확장된 경우에는 새로운 고객으로 본다. 자동차의 경우에는 고객이 자동차의 브랜드를 보고 구매하는 것이지 판매자의 개인적 노력으로 인하여 구매하는 것이 아니므로 판매자가 고객관계를 형성한 것이 아니라란 자동차제조업자의 주장에 대하여 독일 연방 대법원은 경험칙상 고객은 자동차의 브랜드뿐만 아니라 판매자의 영업행위 및 애프터서비스를 고려하여 자동차를 구매한다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다.³⁷⁾ 한편, 판매자에 의해서 형성된 고객관계는 판매점계약이 종료된 후에도 공급자와의 관계에서 지속되어야 하며, 공급자는 이로 인하여 계속적 수익을 얻어야 한다. 그런데 이러한 지속적 고객관계는 추정된다는 것이 독일 판례의 입장이다.³⁸⁾

v) 판매자가 계약의 종료로 인하여 손해를 입을 것: 판매자의 손해는 판매자가 개발한 고객으로부터 향후 예견되는 주문량에 의하여 결정된다.³⁹⁾

vi) 구체적인 사안에서 보상금을 지급하는 것이 형평에 합당할 것: 형평의 원칙은 판매자의 보상청구권을 인정할 것인가의 문제와 함께 얼마의 보상을 할 것인가를 결정하는데도 영향을 미친다. 예를 들어 잘 알려진 브랜드상품의 경우에는 소비자가 브랜드로 인하여 구매하는 경우가 많으므로 판매자의 보상액을 결정하는데 어느 정도 공제를 인정하고 있다.⁴⁰⁾

하지만 i) 판매자가 계약을 종료시키거나(공급자가 원인을 제공한 경우는 제외), ii) 계약 종료의 이유가 판매자의 사망·질병 등 이외에 판매자에게 과실이 있는 경우, 또는 iii) 당사자간의 약정으로 판매자의 권리와 의무를 제3자가 인수한 경우에는 판매자의 보상청구권이 인정되지 아니한다.

(2) 스위스

스위스 연방법원(Tribunal fédéral)은 1962년 판결에서 판매점계약의 판매자에게는 대리상의 보상청구권에 관한 규정인 상법 제418조(u)가 유추적용되지 아니한다는 이유로 판매자의 보상청구권을 인정하지 아니하였다.⁴¹⁾ 하지만 스위스 제네바 연방법원(Tribunal fédéral)은

36) *ibid*

37) *ibid.* p.127.

38) *ibid.* p.128.

39) *ibid.*

40) *ibid.*

41) Micha Bühler, "Indemnity for Goodwill and Termination of Distribution Contracts under Swiss Law", *Walder Wyss & Partners NewsLetter* No.79 Septermber 2008, http://www.legal500.com/assets/images/stories/firmdevs/no_79_2008-09_-_indemnity_for_goodwill_and_termination_of_distribution_contracts.pdf.

2008년 5월 22일 다양한 브랜드의 향수의 판매를 목적으로 하는 판매점계약을 일방적으로 종료시킨 공급자에게 판매자에 대한 보상의무를 인정함으로써 기존의 입장을 변경하였다.⁴²⁾ 스위스 연방법원은 판매자와 공급자 간의 수직적 결합(vertical integration)을 중요시 하여, 판매자의 경제적 지위가 대리상과 유사하다면 대리상의 보상청구권에 관한 규정인 상법 제418조(u)를 유추적용 할 수 있다고 판시하였다. 그리고 이 법원은 독점적 판매자의 위치가 경제적 관점에서 대리상과 유사한지 여부에 대한 판단기준으로 아래와 같은 두 가지 요건을 제시하였는데, 이러한 요건이 충족되었는지 여부에 대하여는 판매자에게 입증책임이 있다고 보았다.

- i) 판매자가 공급자의 판매조직과 밀접하게 결합되어 있을 것.
- ii) 판매점계약이 종료된 후에도 영업권이 공급자에게 여전히 남아 있을 것.

위 법원은 어떠한 경우가 위와 같은 요건을 충족하는지에 대하여 판시하였는데, i) 공급자가 판매자로 하여금 매년 최소물량을 주문하도록 하고, 판매자로 하여금 공급자의 일방적 계약가격이나 조건의 변경에 대하여 승낙하도록 하며, 판매자에게 광고의무를 부과하고, 정기적으로 판매실적에 대하여 보고하도록 하며, 고객정보를 제공하도록 했다면 판매자와 공급자의 판매조직이 밀접하게 결합되어 있다고 인정되고, ii) 향수와 같은 브랜드 소비제품 등과 같이 계약 종료 후에도 소비자가 계속하여 구매할 것이 기대되는 상품의 경우에는 계약종료 후에도 여전히 영업권이 공급자에게 남아있는 것으로 보았다.⁴³⁾ 덧붙여 본 판결에서는 판매자의 보상청구권은 강행적 성격을 갖고 있으므로 사전에 포기할 수 없다고 판시하였다.

(3) 스페인

스페인 대법원은 판매점계약에 대하여 대리상에 관한 법률(Act 12/1992 of May 27 1992 on Agency Contracts)⁴⁴⁾을 유추적용하여 판매점계약 판매자의 공급자에 대한 보상청구권을 인정하여 왔다.⁴⁵⁾ 하지만 스페인 대법원은 2004년 2월 5일 Exclusivas Comerciales A.G.J., SL v Mantequerfas Arias, SA사건에서 대리점계약과 판매점계약은 그 법적 성격으로 다르므로 판매점계약에는 대리상에 관한 법률이 유추적용되지 않는다고 판시하여 기존의 입장을 변경하였다. 하지만 판매자가 판매점으로부터 직접 영업권을 취득하였고, 판매자가 이러한 영업권으로부터 이익을 얻었다면 보상청구가 가능하다고 보았다.⁴⁶⁾ 이에 더하여 스페인 대법원은

42) Case No. 4A_61/2008.

43) 브랜드 상품에 대한 독일 판례의 입장과 스위스 판례의 입장이 다른 것이 매우 흥미롭다. 전자는 브랜드상품의 경우에는 고객이 판매자보다는 브랜드를 보고서 제품을 구매한 것으로 보아 브랜드 제품에 대한 판매자의 영업권을 엄격하게 인정하려는 입장인데 반하여, 후자는 오히려 브랜드 제품이기 때문에 판매점계약이 종료된 후에도 판매자의 영업권이 공급자에게 계속 남아 있는 것이라고 인정하여 하나의 사실에 대한 다른 시각을 보여주고 있다.

44) 이 법은 註 30의 대리상지침을 변경한 법이다.

45) Laura Poncela, Spain: "Commercial Contracts-Distribution Agreements", I.C.C.L.R. 2005, 16(4), p.23.

46) 판결의 구체적 내용에 대하여는 Sonia Cortes, "Spain: Commercial Contracts-Distribution And

2004년 3월 18일 소위 “Iveco”사건⁴⁷⁾에서 판매점계약의 판매자의 보상청구권을 배제하는 계약조항에 대한 효력을 인정하여 계약내용에 따라서 적법하게 계약을 해지한 공급자는 판매자에게 보상할 의무가 없다고 판시하였다. 또한, 영업권 손실의 주장에 대하여 계약에 의하여 어떠한 권한을 수여받은 자(concessionnaire)는 판촉활동의 대가로 보수를 받는 자이므로 영업권에 대한 손실을 청구할 수 없다고 판시하였다. 이 스페인 대법원 판결은 판매자의 보상청구권을 배제하는 계약조항은 대리상에 관한 법률에 반하는 것이어서 무효라는 항소심판례를 뒤집은 것이어서 더욱 주목받고 있다.⁴⁸⁾ 위 두 개의 판결이 일치되는 면도 있지만 상호 모순되는 점도 있기 때문에 스페인 대법원의 입장이 무엇인지 확실하지 않다고 한다.⁴⁹⁾

(4) 프랑스

프랑스 법원은 계속하여 판매점계약이 공급자에 의하여 부당하게 종료되지 아니하는 한 판매자에게 손실보상청구권이 없다고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 판매자는 자신의 이름과 계산으로 거래하는 독립적 상인이고, 판매자는 계약이 체결될 당시에 이미 계약이 종료되면 고객이 떠날 것이란 점에 대하여 알고 있었기 때문이라고 한다.⁵¹⁾

(5) 상사대리, 프랜차이즈, 판매점계약에 관한 유럽계약법원칙

상사대리, 프랜차이즈, 판매점계약에 관한 유럽계약법원칙(Principles of European Law Commercial agency, Franchise, Distribution Contract: PEL CAFDC)⁵²⁾ 1:305에서는 계약종료의 이유를 묻지 아니하고, i) 일방당사자가 상대방의 영업의 규모를 상당히 증가시키고 상대방이 이로부터 상당한 이익을 얻을 뿐만 아니라 ii) 보상금의 지급이 모든 상황에 비추어 합리적인 경우에는 가맹점사업자, 대리상, 판매점계약의 판매자의 보상청구권을 인정하고 있다.⁵³⁾ 본 유럽계약법원칙은 판매점계약이 무기한인지 아니면 기한부인지 묻지 아

Agency Agreements”, I.C.C.L.R. 2002, 13(12) 참조.

47) Iveco는 1988년 판매자와 판매점계약을 체결하였다. 이 계약에서는 계약기간을 정함이 없이, 단지 계약을 종료하기 위해서는 12개월의 해지통지를 요건으로 하였고, 계약이 종료되더라도 공급자는 판매자에게 보상의무가 없다고 정하였다. Iveco는 1992년 판매자에 대하여 계약종료를 통지하였고, 판매자는 대리상에 관한 법률을 유추적용하여 공급자를 상대로 영업권 손실을 이유로 손실보상청구를 하였다.

48) Laura Poncela (註 45), p.24.

49) *ibid.*

50) Dennis Campbell (註 23), p.104.

51) *ibid.*

52) 이 원칙은 구속력 있는 법 또는 국제협약은 아니다. 유럽민법연구회(Study Group on a European Civil Code)는 범유럽 차원에서 민상법의 통합을 위하여 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law: PECL)을 마련하였는데, 이 원칙이 일반원칙인 이유로 너무 추상적이어서 상사대리, 프랜차이즈, 판매점계약에 대하여 별도의 원칙을 마련하였다.

53) (1)When the contract come to an end for any reason(including termination by either party for non-performance), a party is entitled to an indemnity from the other party for goodwill if and to the extent that (a)the first party has significantly increased the other party's volume

니하고, 또한 계약종료의 원인(계약기간의 만료, 종료의 의사표시, 계약위반에 따른 해지 등)을 묻지 않는다는 점에서 독특한 성격을 갖는다. 이와 같이 판매자의 보상청구권을 넓게 인정하는 근거는 i) 단순한 기대이익이 아닌 영업권이 판매자에게 존재한다면 계약의 존속 기간이나 계약종료의 원인에 관계없이 계약의 종료에 의해서 영업권이 공급자에게 이전된다는 점, ii) 이러한 영업권의 이전에 의하여 공급자는 부당이득(unjust enrichment)을 얻게 되므로 판매자에게 이에 대한 반환청구를 인정해야 한다는 점에 기초하고 있다.⁵⁴⁾ 여기서 판매점계약의 종료에 의해서 영업권이 이전되기 위해서는 공급자가 고객명단 등을 제공 받았거나 계약종료 후 제공받기로 약정하는 등 고객 데이터에 접근하거나 접근할 수 있어야 한다.⁵⁵⁾ 참고로 브랜드 상품이라도 판매자가 시장을 개척한 이상 보상청구권을 갖는다고 한다.⁵⁶⁾

(6) 국제상업회의소 모델계약서

국제상업회의소(ICC)에서 마련한 판매점계약 모델계약서(The ICC Model Distributorship Contract) 제21조에서는 보상청구권을 포기하는 조항과 보상청구권을 인정하는 조항을 모두 규정해 놓고서 모델계약서의 사용자가 이 중에서 선택할 수 있도록 하고 있다. 하지만 국가에 따라 보상청구권을 포기하는 조항이 강행법규에 반하여 무효가 될 수 있음을 밝히고 있다.⁵⁷⁾

(7) 영미법계

영국과 미국 등 영미법계에서는 판매점계약 판매자의 보상청구권을 인정하고 있지 않다. 이러한 이유로 판매자에 대한 보상을 회피하고자 하는 공급자는 판매점계약에서 영미법계의 법을 준거법으로 지정하고 있다.⁵⁸⁾

of business and the other party continues to derive substantial benefits from that business, and (b)the payment of the indemnity is reasonable havign regard to all the circumstances.

54) Martijn Willem Hesselink, Martijn Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann, Commercial agency, franchise and distribution contracts: (PEL CAFDC), sellier. european law publishers, 2006, p.141.

55) *ibid.* p.142.

56) *ibid.*

57) ICC, The ICC Model Distributorship Contract: Sole Importer-Distributor, 2002, ICC Publishing, Inc.

58) <http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/17a34d0c-03aa-4a66-aeaf-f025b861e2d1/Presentation/PublicationAttachment/bc97d271-03ab-474b-a079-3371fc00e32/TerminationComp.pdf>

IV. 우리 법상 판매자의 보상청구권을 인정할 수 있는지 여부

1. 판매자의 보상청구권 인정의 필요성

판매점계약에서 판매자로 하여금 공급자의 광고정책을 준수하게 하고, 판매자의 광고물에 대한 사전 검수를 통하여 제품의 브랜드와 공급자에 대한 인지도를 높이는 방안을 강구하며, 판매자로 하여금 고객에 대한 정보를 제공하도록 하고, 계약이 종료된 후에 모든 관련된 정보를 공급자에게 제공하도록 하는 것은 공급자가 판매점계약이 종료된 후에 보다 쉽게 판매자의 영업권을 이용하고자 하기 위해서이다.⁵⁹⁾ 이와 같이 판매자가 소위 영업권⁶⁰⁾이라 일컫을 수 있는 정도로 제품의 브랜드에 대한 인지도와 영업망을 구축했다면 판매점계약이 종료된 후에 사실상의 영업양도가 발생하여 판매자는 부당하게 영업권을 잃고, 공급자는 부당하게 영업권을 얻게 되는 결과를 가져온다.⁶¹⁾ 무엇보다 판매자로서는 영업권을 구축한 후에 상당한 기간이 경과해야 비로소 투자금을 회수하고 순이익을 얻게 되기 때문에 이를 위한 최소한의 기간 동안 영업이 지속될 것을 기대하고 투자를 하게 된다. 물론 공급자도 판매자의 위와 같은 기대를 충분히 인식하기 마련이다. 판매자의 입장에서 볼 때 위와 같은 최소한의 기대기간 동안의 수익에 대한 보상은 최소한의 보상이라고 할 것이다.

한편, 사견으로는 ‘영업권의 사실상의 이전’이라는 결과만을 근거로 하여 공급자에게 보상의무를 부담시키는 것은 충분하지 못하다고 본다.⁶²⁾ 영업권이 사실상 공급자에게 이전되어 판매자가 영업권을 상실하였다는 사실은 판매자가 보상받아야 한다는 점에 대한 근거가 될 뿐이지, 공급자가 보상해야 한다는 점에 대한 근거가 될 수 없기 때문이다. 공급자에게 보상책임을 지우려면 공급자의 보상책임의 근거가 필요하다. 이러한 책임의 근거는 공급자와 판매자와의 계약관계에서 찾을 수 있을 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 판매점계약은 일종의 물품매매계약이지만 기능적으로는 판매자가 공급자를 대신하여 물품을 판매한다는 점

59) 물론 이러한 계약조항들이 공급자의 직접 판매 목적만을 위하여 계약서에 편입되는 것은 아니므로, 그 목적이 어디에 있는가를 정확히 판단하기 위해서는 계약서를 전체적으로 볼 필요가 있다.

60) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두7804 판결에서는 ‘영업권’을 “그 기업의 전통, 사회적 신용, 그 입지조건, 특수한 제조기술 또는 특수거래관계의 존재 등을 비롯하여 제조판매의 독점성 등으로 동종의 사업을 영위하는 다른 기업이 올리는 수익보다 큰 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말하는 것”라고 보고 있다. ‘고객권(clientele)’이란 용어도 사용되고 있는데 (정동윤, “대리상의 보상청구권”, (제남강위두박사화갑기념)상사법논총, 상권, 형설출판사, 1996, 2면 및 심재한, “특약상의 보상청구권”, 경영법률 제12집, 한국경영법률학회, 2001, 66면) 영어로 영업권(goodwill)과 고객권(clientele)은 동일한 의미로 사용하고 있는 점에 비추어 볼 때, 양자는 번역의 차이일 뿐이지 의미에 있어서 차이가 있어 보이지 않는다.

61) 앞서 언급한 바와 같이 판매자의 보상청구권을 인정하는 벨기에, 독일, 스위스와 유럽계약법원칙은 모두 ‘사실상의 영업권 이전’을 판매자의 보상청구권을 인정하는 근본적인 이유로 보고 있다.

62) 상사대리, 프랜차이즈, 판매점계약에 관한 유럽계약법원칙(Principles of European Law Commercial agency, Franchise, Distribution Contract: PEL CAFDC)은 이러한 사실상의 영업권 이전만으로 판매자의 보상청구권이 인정된다는 입장이다. 하지만 위 유럽계약법원칙은 판매점계약 판매자에게만 보상청구권을 인정해야 한다는 점에 대하여 설명하지 못하고 있다.

에서 대리점계약 또는 프랜차이즈계약과 가깝다. 그리고 이러한 기능적 관점에서의 공급자와 판매자의 계약관계, 수직적 관계, 즉 판매자를 공급자의 판매망에 포섭시키는 관계가 공급자의 보상책임의 근거가 될 것이다. 하지만 공급자와 판매자 간에 어느 정도의 관계가 설정되어야 공급자의 책임이 정당화 될 수 있는지는 쉽지 않은 문제이다. 앞서 벨기에의 경우에는 판매점계약이 독점적 계약이란 것으로 족하고 더 이상의 관계를 요구하지 않는다. 보충적으로 독점적 계약이 아니라면 최소판매량 제한 등 기타 판매자에게 의무가 부과되어 적어도 준독점적 관계가 인정되어야 공급자에게 책임을 지우고 있다. 반면에 독일이나 스위스의 경우에는 독점적, 비독점적인지 관계없이 판매자가 공급자의 영업조직에 편입되어 수직적 관계가 형성될 정도의 관계를 요구하고 있다.⁶³⁾ 판매자가 장기적 수익을 창출하기 위하여 투자를 하였다면 투자대비 수익을 얻을 수 있는 최소한의 기간 동안⁶⁴⁾ 영업을 할 수 있을 것으로 기대하고 투자를 하였을 것이다. 만일 판매자의 이러한 장기투자에 대하여 공급자가 명시적 또는 묵시적으로 동의하였다고 인정된다면 공급자로서는 명시적 또는 묵시적으로 위 최소기간을 보장하였다고 보는 것이 합리적이다. 벨기에법과 같이 판매점계약이 독점적 계약이고 계약기간이 무기한 또는 수차례의 갱신을 포함한 장기간이라면 공급자에게 보상책임이 있다고 본다. 만일 독점적 계약이 아니라면 판매점계약에서 판매자에게 최소구매량의무, 최소광고비지출의무 등⁶⁵⁾을 부담시킴으로써 공급자가 사실상 위 최소기간을 보장하였다고 볼 수 있다면 공급자에게 보상책임이 인정하는 것이 합당하다고 본다.

2. 판매자의 보상청구권의 법률적 근거

현재 우리나라에는 판매점계약 판매자의 보상청구권을 인정해야 한다는 견해가 지배적이다. 그리고 이러한 긍정설 모두가 독일 판례를 인용하면서 판매점계약 판매자가 공급자의 영업조직에 편입되어 대리상과 유사한 지위에 있다면 대리상의 보상청구권에 관한 상법 제92조의2를 유추적용하여 판매자의 보상청구권을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁶⁶⁾ 하지만 상법 제92조의2를 유추적용하는 것만으로는 보상청구권발생의 요건, 보상액 산정의 방법 등 구체적으로 해결되어야 하는 문제들이 여전히 남는다. 앞서 언급한 판매자의 보상청구권의

63) 정동윤 (註 57), 69면에서는 판매자가 공급자가 정한 가격에 구속되고 일정한 판매구역을 보장받는 경우에 판매자가 대리상과 가까운 지위를 갖는다고 한다. 하지만 판매점계약에서는 공급자가 판매자의 재판매가격을 구속하는 경우보다는 판매자의 최소구매물량을 구속하는 경우가 많으며, 판매점계약의 특성상 재판매가격을 구속이 공급자의 영업조직에의 편입을 인정하는데 반드시 필요하다고 생각하지 않는다.

64) 장기투자를 하면 고정부담이 크고, 투자비도 계속 증가하기 때문에 매출액이 상당히 늘어나고 도 상당 정도의 기간이 경과해야 투자비를 회수하고 비로소 순이익이 발생하게 된다.

65) 물론 이러한 의무가 공정거래법위반에 반하는 경우가 많지만, 약자인 판매자가 공급자를 상대로 법적 구제수단을 강구할 것을 기대하기는 어렵다.

66) 정동윤 (註 60), 69면; 심재한 (註 60) 65-66면; 김정호, “대리상의 보상청구권”, 상법거래의 이론과 실제, 석영안동법교수학회기념논문집간행위원회, 세창출판사, 1995, 286면. 그러나 긍정하는 견해들도 엄격한 요건을 제시하는 견해와 완화된 요건을 제시하는 견해로 나뉜다(석광현, “국제거래에서의 대리상의 보호”, 국제사법과 국제소송 제4권, 박영사, 2007, 13면).

필요성을 고려하여 우리 법에서 판매자의 보상청구권을 인정할 수 있는 법률적 근거를 찾아보면 상법 제92조의2 대리상의 보상청구권의 유추적용을 포함하여 민법 제741조 부당이득반환청구권의 원리, 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙 등을 제시할 수 있다고 본다. i) 판매점계약은 기능적으로 대리점계약과 유사하므로 대리상의 보상청구권을 인정하는 법리는 판매자에게도 유추적용 할 수 있을 것이다. ii) 공급자가 판매자의 영업권을 무상으로 취득하는 것을 정당화 시킬만한 법률적 이유는 없어 보인다.⁶⁷⁾ 왜냐하면 공급자는 그 동안 제품을 판매자에게 판매하여 수익을 얻었을 뿐만 아니라, 만일 직접 판매를 하였다면 실패하였거나 적어도 투자비를 지출했을 것이기 때문이다. 계약에 따른 행동으로 인하여 고객이 증대된 것이므로 법률상의 원인이 없는 것이 아니어서 대리상의 보상청구권이 본인의 부당이득 반환청구권은 아니라고 한다는 견해가 있다.⁶⁸⁾ 하지만 대리상과 달리 판매자는 공급자를 위하여 영업망을 구축한 것이 아니라 판매자 자신을 위하여 영업망을 구축한 것이므로 대리상과 다른 관점에서 볼 필요가 있다. iii) 판매자는 공급자의 명시적 또는 묵시적 동의하에 장기투자를 하는데, 판매자가 투자비를 회수하거나 또는 기대되는 수익을 얻기도 전에 공급자가 판매점계약을 종료시킨다면 공급자가 판매자에게 신뢰를 갖게 한 후 이를 이용하여 이익을 얻게 되는 것이므로 신의칙에 반한다고 할 수 있다.

3. 판례의 입장

대법원 1997. 5. 28. 선고 95누18697 판결에서는 “원심이 원고 회사의 영업실적과 전망 등에 비추어 원고 회사가 소외 피자헛회사와 사이에 상표 및 기술도입계약을 체결함에 있어 상표 등에 관한 권리를 취득할 수 없고 계약종료시 상표 및 기술에 관한 모든 권리를 기술제공자에게 반환하기로 약정하였다고 하더라도 그러한 사실만으로는 그 영업권이 발생할 여지가 없었다고 볼 수는 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 이유불비 내지 이유모순의 위법이 있다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다. 비록 이 판결의 사안이 판매자의 보상청구권에 관한 것이 아니라 법인세부과에 관한 것이지만 우리나라 회사와 미국회사 간의 상표 등 라이센스계약을 통하여 영위된 사업의 영업권을 인정하였다는데서 향후 판매점계약 판매자의 영업권을 인정하는데 큰 무리가 없을 것으로 보이며,⁶⁹⁾ 일단 영업권의 존재를 인정한 이상 보상청구권이 인정될 가능성도 높다고 본다.

67) 독일 판례(BGH, 25.10.1984, NJW 1985, 859)에서는 공급자의 이익은 추정된다고 한다. 하지만 통상의 판매점계약에서는 시장점유율, 매출액, 공급망, 고객관계, 향후 전망 등에 관하여 객관적 자료가 갖추어져 있으므로 굳이 공급자의 이익을 추정할 이유는 없다고 본다.

68) 정동윤 (註 60), 63-62면.

69) 앞서 언급한 바와 같이 라이센스계약 중에는 제품의 제조를 사용자가 한다는 점만을 제외하면 계약의 기능과 계약관계가 판매점계약과 동일한 계약이 있고, 이러한 계약에는 본 글에서의 논의가 모두 적용될 수 있다.

V. 맷음말

이상과 같이 비교법적 논의를 통하여 우리의 경우에 있어서도 판매점계약의 판매자에게 보상청구권이 인정될 수 있다는 점을 논하였다. 그러나 이 논의는 여기서 그치지 않는다. 판매점계약의 판매자에게 보상청구권을 인정할 필요와 법적 근거가 있다고 할 때 구체적으로 어떤 요건에 따라서 보상청구권을 인정할 것인지 추가로 연구할 필요가 있다. 판매점계약은 계약의 특성상 매우 다양한 형태를 띠고 있고, 계약이 운용되는 현상도 매우 다양하기 때문에 일반적인 요건이 아니라 매우 구체적인 요건이 제시될 필요가 있다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 판매점계약은 영미법을 준거법으로 지정하고 중재합의를 하는 경우가 대부분이다. 이 두 가지 조항으로 말미암아 국내법상 판매자의 보상청구권이 인정되어도 실제로 판매자가 보상을 받을 가능성은 상당히 줄어들게 된다. 이와 관련하여 두 가지의 논점이 제시되는데, 첫째는 판매자의 보상청구권이 국제적 강행법규에 해당하여 당사자의 준거법의 합의에 의하여 판매자가 보상청구권을 포기할 수 없는지 여부이고⁷⁰⁾, 둘째는 판매자의 보상청구권을 배제할 목적의 중재합의가 무효인지 여부이다. 위 문제들에 대하여는 추후 기회가 있을 때 논하고자 한다.

◇ 주제어 ◇

판매점계약, 특약상계약, 특약점계약, 보상청구권, 대리상의 보상청구권, 상법 제92조의2, 영업권

70) 유럽법원(European Court of Justice)은 Ingmar(Case C-381/98)사건에서 대리상지침이 국제적 강행법규에 해당한다는 취지의 판결을 한 바 있다. 이에 대한 구체적인 논의는 석광현 (註 66) 24면 이하 참조.

◆ 참고문현◆

단행본

- 석광현, 국제사법과 국제소송 제4권, 박영사, 2007.
- 이태희, 국제계약법, 법문사, 2001.
- 한국수출입은행, 영문국제계약해설, 한국수출입은행, 2006.
- ICC, The ICC Model Distributorship Contract: Sole Importer-Distributor, ICC Publishing, Inc, 2002,
- Dennis Campbell, International Agency and Distribution Law, Lulu.com, 2007.
- Martijn Willem Hesselink/Martijn Rutgers/Odavia Bueno Diaz/ Manola Scotton/Muriel Veldmann, Commercial agency, franchise and distribution contracts: (PEL CAFDC), sellier. european law publishers, 2006.
- Van Bael & Bellis (Firm), Business Guide to Belgium, Kluwer Law International, 2003.

논문 및 기타 자료

- 심재한, “특약상의 보상청구권”, 경영법률 제12집, 한국경영법률학회, 2001.
- 정동윤, “대리상의 보상청구권”, (제남강위두박사화갑기념)상사법논총, 상권, 형설출판사, 1996.
- 김정호, “대리상의 보상청구권”, 상법거래의 이론과 실제, 석영안동섭교수화갑기념논문집간행위원, 세창출판사, 1995.
- 이철송, “대리상의 보상청구권”, 고시연구 (96.6), 고시연구사, 1996.
- 윤남순, “유럽연합 대리상법”, 상사법연구 제17권 제1호, 한국상사법학회, 1998.
- Joost Everaert., Termination of Distribution Agreements with Belgian Distributors, I.C.C.L.R. 1991, 2(5).
- Ulf Wauschkuhn, “The Distributor’s Compensation Claim under German Law”, I.C.C.L.R. 1997, 8(4).
- Laura Poncela, Spain: “Commercial Contracts—Distribution Agreements”, I.C.C.L.R. 2005, 16(4).
- Sonia Cortes, “Spain: Commercial Contracts – Distribution And Agency Agreements”, I.C.C.L.R. 2002, 13(12).
- Carl Svernlov, “Agency and Distribution in Sweden”, I.C.C.L.R. 1994, 5(11).
- Roger Marquilles, “Spain: Contract—Distribution Agreements”, I.C.C.L.R. 2004, 15(7).
- Paul H. Vishny, “Distribution Law in the European Union”, ALI-ABA Course of Study Fundamentals of International Business Transactions, May 8-10, 2008, Toronto, Ontario, Canada, <http://www.ali-aba.org/doc/courseware/pdf/toc/CN056.pdf>.
- Micha Bühler, “Indemnity for Goodwill and Termination of Distribution Contracts under Swiss Law”, Walder Wyss & Partners NewsLetter No.79 September 2008,

http://www.legal500.com/assets/images/stories/firmdevs/no_79_2008-09_-_indemnity_for_goodwill_and_termination_of_distribution_contracts.pdf.

〈ABSTRACT〉

A Comparative Analysis of the Distributor's Right to Compensation in the Distribution Agreement

Lee, Hun Mook

The distribution agreement is broadly used in many areas of business. The nature of it is very similar to the agency agreement in that both agreements functionally have the same purpose of establishing vertical relationships between the parties to the agreements. However, while Section 92(2) of the Commercial Act grants the agency a right to compensation against the principal upon termination of the agency agreement, there is neither legislation nor case law with regard to the distributor's right to compensation. Under the above circumstances, this article discusses whether the distributor's right to compensation may be recognized. In order to discuss such an issue, this article first analyzes whether the distributor's right to compensation is recognized in other countries, especially developed countries, *inter alia*, Belgium, Germany, Switzerland, Spain and France including PEL CAFDC and the ICC Model Distributorship. Belgium has its own law regarding the distribution agreement; however, other European countries do not have such laws. Instead some European countries recognize the distributor's right to compensation in the case law by applying the agency laws to the distribution agreement by analogy. On the contrary, French courts have denied the distributor's right to compensation. In this regard, the later part of this article is focused on the possibility of applying Section 92(2) of the Commercial Act to the distribution agreement by analogy.

◇ KEY WORDS ◇

Distribution Agreement, Compensation, Indemnity, Agency Agreement, Section 92(2) of Commercial Law, clientele, goodwill

석유·가스전 개발에서의 양허계약

류 권 흥*

[目 次]

I. 서 설	1. 새로운 양허계약의 등장
II. 중동의 전통적 양허계약(Traditional Concession Agreement)과 미국에서의 리스(Lease)	2. 새로운 양허계약의 주요 내용
1. 미국의 초기 리스계약과 중동의 양허계약 사이의 공통점	3. 양허계약(Concession Agreement)의 개념과 특징—일반적 정리
2. 1930년대 이후 미국 리스의 변화	V. 우리나라의 양허계약에 있어서의 문제점
III. 전통적 양허계약	1. 법제적 미비
1. 전통적 양허계약의 중요한 요소들	2. 개발권의 종류에 대한 재정립 및 표준 계약서의 필요성
2. 전통적 양허 계약에 대한 비판과 변화	3. 조광권 포기
IV. 새로운 양허계약	4. 기존에 체결된 개발 계약의 문제점
	VI. 결 어

I. 서 설

인류의 생존과 경제 개발을 위해 필요 불가결한 재화인 화석연료 특히 석유와 가스의 개발과 이에 대한 의존은 환경문제와 지속가능한 개발이라는 국제적 화두에 의한 제한에도 불구하고 향후 200년간은 지속될 수밖에 없을 것이다.

특히 우리나라와 같이 자원빈국의 경우, 적극적인 해외 자원개발이 절대적으로 요구되며 이 경우 개발회사(IOC)¹⁾는 석유·가스의 개발과 관련된 정치적, 기술적, 재정적 위험을 포함한 수많은 위험들을 감수하지 않을 수 없다. 이 분야의 법률가들에 의해 그 위험의 분석과 해소를 위한 방안이 법적으로 검토되고 연구되어 왔으며, 이 모든 위험들은 개발계약서라는 법적 합의에 어떻게 반영되는가의 문제로 귀속된다.

석유나 가스는 다른 보통의 재화와는 다른 고도의 정치성, 경제적 민감성, 문화적 관련성 등이 복합된 특수한 재화로 분류된다. 즉, 석유나 가스의 개발은 자원소유국의 정치적 이해

* 논문접수일 2010.11.30, 논문심사일 2010.12.12, 계재확정일 2010.12.22

* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사.

1) 개발자라는 표현을 사용할 수도 있으나, 대부분이 다국적 회사들이므로 개발회사라는 표현을 사용한다. 이를 영어로는 International Oil Company라 하고 간단히 'IOC'라 한다.

관계, 국가적 목적, 경제적 상황, 국제 정치적 상황 등과 직결되어 있으며, 동시에 국제시장에서의 유가, 석유 생산국 단체(OPEC)의 행태, 소비국들의 단결력 기타 경제적 상황 등과도 밀접한 관련성을 가지고 있다.

국제적 석유 개발의 초기 모델은 양허계약(Concession)의 형태였으며, 이 모델은 멕시코에서 미국의 스탠더드(Standard) 오일이 취득한 개발권, 중동에서의 개발권 등에 적용되었다. 그 이후 자원 주권개념의 형성과 초기 양허계약의 약용에 대한 반동으로 자원 국유화 또는 자원 보유국의 지분 참여 형식으로의 변화가 이루어졌다. 한편 이런 양허계약과 다른 생산물분배계약(Production Sharing Agreement)이라는 새로운 방식이 널리 사용되게 되었는데, 이는 개발에 관한 일체의 권리를 개발회사에 부여하는 대가로 로열티와 세금 등을 취득하던 양허방식에서, 생산물에서 개발비에 해당하는 부분을 제외한 나머지를 자원보유국과 개발회사가 일정한 비율로 배분하는 방식의 계약 형식으로 변화하게 된 것이다. 한편, 자원보유국의 헌법 또는 법률이 외국인에게 개발권을 부여하는 것이 금지된 경우 사용되는 개발 방식이 서비스제공계약(특히, Risk Service Contract)인데, 현재 이 방식은 널리 사용되고 있지는 않다. 이런 기본적인 계약의 형태들은 석유나 가스의 개발이라는 공통된 목적을 위해 이용되지만, 근본적으로 그 성격과 내용을 달리함에도 불구하고 많은 경우 혼합된 형태로 사용되고 있다는 점도 미리 지적해두고자 한다.²⁾

본 논문에서는 이상의 계약 방식 중 가장 오랜 역사를 가지고 있고, 현재도 널리 사용되고 있는 양허방식의 개발권 부여계약에 대해서 알아보고자 한다. 우선, 이와 유사한 개념이 리스(Lease)라는 형태로 미국에서도 사용되었는데, 양자의 공통점과 차이점을 비교 검토하고, 양허계약에 대한 전반적 개념과 특성을 정리한 다음, 전통적 양허계약과 새로운 형식의 양허계약에 대하여 살펴보고, 마지막으로 우리나라의 석유·가스 개발과 관련된 법적 쟁점 사항을 정리하고자 한다. 본 논문은 실무적·이론적 검토를 동시에 실행하고자 하며, 따라서 계약서의 실례가 최대한 많이 인용될 것이다.

II. 중동의 전통적 양허계약(Traditional Concession Agreement)과 미국에서의 리스(Lease)

중동에서 사용된 전통적 양허계약과 미국에서 발달된 리스계약은 충격적일만큼 공통점을 가지고 있다. 전통적 양허계약은 자원보유국과 개발회사 사이에 체결되는 계약으로, 개발회사는 생산되는 모든 석유의 소유권자가³⁾ 되며, 자원보유국은 계약서에 정해진 로열티에 따

2) 대부분의 서유럽 국가들은 라이센스 방식을, 중동국가들은 양허계약 방식을, 그리고 아프리카나 아시아 지역에서는 생산물 분배계약 방식을 주로 사용하고 있으며, 중앙 및 남아메리카 지역에서는 서비스제공계약을택하고 있다. Frank L. Cascio, A Practical Look at the Major differences between Domestic and International Exploration Agreements, 43, Rocky Mountain Mineral Law Institute (1997).

3) Claude Duval, Honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, International

라 생산물의 일정한 부분을 취득하는 것을⁴⁾ 주된 내용으로 하는 한편, 미국에서의 리스계약은 일반적으로 석유의 탐사, 개발에 필요한 자본과 경험이 부족한 석유와 가스의 소유권자⁵⁾가 석유 개발에 관한 자본과 능력을 갖춘 회사에 개발권을 양도하는 것을 의미한다.⁶⁾ 이런 리스계약의 법적 성격은 한편으로는 자원 소유권의 이전(일종의 물권계약)을, 다른 한편으로는 개발에 관한 당사자들의 합의를 포함하는 계약(일종의 채권계약)으로 해석되고 있다.⁷⁾

1. 미국의 초기 리스계약과 중동의 양허계약 사이의 공통점

가장 놀라운 것은 미국에서의 전통적 리스형태가 법원의 판결들에 의해 변경되기 전까지 양자가 상당한 부분의 공통점을 가지고 있다는 점이다.

개발권이 부여되는 영역과 관련해서, 중동 국가들에 있어서는 그 면적이 하나의 국가 영토를 차지할 정도로 넓었지만, 미국의 리스는 40acre에서 8,000acre에 이르는 규모에 불과했다.⁸⁾ 하지만 양자에 있어서 개발권이 부여된 물리적 범위는 다르지만, 이는 협상의 문제가 아니라 중동의 경우 국가가 대규모 영토의 개발을 위해 체결한 계약이고 미국의 경우 개인이 소유한 토지에서의 개발을 허용하기 위한 계약이라는 차원에서 보면 이는 오히려 당연한 결과이다.

미국 리스계약에서 개발기간은 많은 경우가 확정된 기간(Fixed-Term)을 정하고 있었는데 약 99년의 유효기간을 정하고 있는 경우도 있었다. 다른 방법으로, 사실상 항구적 개발기간을 인정하는 경우가 있었는데, 계약기간이 정해져 있지 않은 리스의 경우(No-Term Lease), 매년 리스비용(Delay Rentals)⁹⁾을 지불하면 개발권자의 리스는 무한한 기간 동안 그 유효성이 인정되었다.¹⁰⁾ 아래에서 보는 것처럼 중동의 경우 그 양허기간이 66년부터 99년에 이르는 장기였으며 이는 미국의 리스와 대단히 비슷했다는 점을 보여준다.

리스의 경우, 로열티는 생산된 석유의 톤(ton)당 확정된 금액 방식보다는 생산물 자체의 일부를 토지 소유자에게 지급하는 방식의 로열티 계약을 통해 배분되었다.¹¹⁾ 물론 그 배분의 비율은 개별 리스마다 달랐다. 가스의 경우는 이와 달리 생산된 가스의 양에 기초한 분

4) Petroleum Exploration and Exploration Agreements (2009) 57.

5) 물론 현금으로 지불되는 방식도 있다. 자세한 것은 뒤에 설명한다.

6) 미국은 다른 나라들과 달리 자원의 소유권이 국가가 아니라 토지의 소유자에게 속하므로 원칙적으로 리스를 설정하는 주체가 토지소유자이면서 동시에 자원의 소유자가 된다. 류권홍, 자원소유권의 귀속-석유와 가스를 중심으로, 원광법학 제25권 제2호, 2009, 43면.

7) John S. Lowe, Owen L. Anderson, Ernst E. Smith, David E. Pierce, Oil and Gas Law, 2002, 126.

8) John S. Lowe, Oil and Gas Law, 2003, 172.

9) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements, (1989) 24 Texas International Law Journal 10.

10) 탐사정을 굴착할 의무를 이행하지 않았더라도, 자체 사용료를 지불하는 경우 리스 기간이 연장되는 계약을 의미한다. John S. Lowe, above n 6, 202.

11) Ibid.

12) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 7, 10.

배보다는 가스정(井)당 연간 일정한 금액을 지급하는 방식이 채택되었다¹²⁾¹³⁾. 석유의 경우 중동에서도 일정한 비율의 생산물을 로열티로 지급하는 방식의 양허계약이 주류였으므로 미국의 리스와 거의 유사했다.

2. 1930년대 이후 미국 리스의 변화

1930년대 이후, 미국에서는 표준 리스계약이 시행되었다. 이때로부터 미국의 리스는 중동의 양허계약과 상당한 부분에서 차이점을 보이기 시작했다. 리스설정자의 대지 전체에 대한 개발권이 설정된다는 점에서는 차이가 없지만, 기간이 확정되거나 계약기간이 정해져 있지 않는 계약 형태는 사라지게 되었다. 즉, 현대적 리스 형태와 유사하게 되었는데, 대개 5년에서 10년의 기간 동안(이를 기초약정기간(Primary term)이라 한다.)¹⁴⁾ 리스가 유효하며, 그 이후에도 석유나 가스가 생산되는 동안은 개발권자의 개발기간이 보장되는 형태로 변화되었다.¹⁵⁾ 그리고 기초약정기간 내에 탐사정의 굴착이나 생산이 이루어지지 않는 한, 리스는 종료된다.

개발권 설정자인 토지소유자에게 귀속되는 로열티의 비율은 석유의 경우 생산물의 1/8로, 가스의 경우 판매 가격 또는 동등한 시장 가격의 1/8 또는 그에 상당하게 정해졌다.¹⁶⁾

미국의 리스가 중동의 양허계약보다 자원소유자에게 유리했던 점은 개발권의 존속기간과 개발회사의 개발의무에 있었다. 즉, 중동의 양허계약은 개발회사가 약정기간 내에 탐사정(drilling)을 굴착하지 않더라도 개발권을 잃지 않는 반면, 리스의 경우 리스 계약에서 탐사정 굴착을 약정하지 않는 경우, 토지소유권자는 약간의 연간 사용료를 받는다는 이유로 자신의 토지가 무한정 구속될 필요는 없었다.¹⁷⁾

12) Ibid.

13) Consumers' Gas Trust Co v Lillter 162 Ind. 320, 70 N.E. 363 (1904)은 당시의 리스 계약에 서의 로열티 지급방법을 판시하고 있다. 'if oil is found, the landowner shall have one-sixth part, and, if gas, he shall have \$100 each year for each well, and that the one-sixth of the oil, or \$100 per well, shall be in lieu of the annual acreage rental, which shall no longer be paid. There is nothing in the subject-matter of the contract to limit the power of the parties to enter into such mutual obligations as they liked'.

14) 미국 리스의 경우 약정기간에 관한 조항을 Habendum 조항이라고 하며, 약정기간의 안정성 문제 가 에너지 법 분야에서 커다란 쟁점이다.

15) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 8, 12.

16) 이런 형태의 로열티 계약은 American Association of Petroleum Landmen(AAPL)이 승인한 표준 리스계약서와, 대형 텍사스 석유회사들이 사용하는 Oil and Gas Texas Company Lease Form에서 현재까지 널리 사용되고 있다. Oil and Gas Texas Company Lease Form 제2조는 다음과 같다. 'The royalties to be paid by Lessee are : (a) on oil, one-eighth of that produced and saved from said land, the same to be delivered at the wells or to the credit of Lessor into the pipeline to which the wells may be connected; -중간 생략- (b) on gas, including casinghead gas or other gaseous substance, produced from said land and sold or used off the premises or for the extraction of gasoline or other product therefrom, the market value at the well of one-eighth of the gas so sold or used -이하 생략-'.

석유나 가스가 발견된 경우, 미국이나 중동의 어떤 계약 형태에서도 유정으로부터 생산을 시행해야 하는 의무를 명시적으로 정하고 있지는 않다. 양허계약의 형태에서는 만약 개발회사가 원한다면 생산을 하지 않을 수 있었던 반면(shut in), 미국 리스의 경우 만약 최초로 개발에 성공한 유정에서의 생산을 중단한다면 기초약정기간이 종료될 때 생산량의 부족을 이유로 개발권을 잃게 될 위험에 처할 수 있었다.¹⁸⁾ 또한 개발회사가 기초약정기간 내에 약속된 개발¹⁹⁾을 시행하지 않은 경우 개발권을 상실할 수 있었으며, 지연 로열티(Delay Royalty)의 지급 약정과 그 지급이 없는 경우에도 개발권을 상실할 수 있었다.²⁰⁾

이러한 변화는 주로 미국 법원들의 토지소유자를 보호하기 위한 해석들을 통해 이루어졌다. 전통적인 리스 형식은 주로 개발회사에 의해 작성되고 그들의 이익이 더욱 많이 반영되었다고 판단한 법원은 그 불균형을 해소하기 위한 의지를 강력히 표현했다.²¹⁾ 그 가장 대표적인 사례는 약정기간의 정함이 없는 리스(No-Term Lease)는 약인(Consideration)이 부족하다는 이유로 그 집행 가능성(Enforceability)에 문제가 있다고 판단했으며, 묵시적 의무(Implied Covenant) 약정의 선언을 통해 약정기간이 없는 리스 약정이 역사 속으로 사라지게 했다.²²⁾

20세기 말을 기점으로, 미국의 법원은 석유와 가스의 리스에 의한 개발회사는 자신과 대지소유자의 공통 이익을 위하여 리스 목적 부동산을 탐사, 개발하고 생산할 묵시적 약정이 있다는 결론에 이른다.²³⁾ 대표적인 사례는 1905년 Brewster v. Lanyon Zinc Co.이며, 여기서 제8항소 순회 법원은 리스계약에 굴착되어야 할 정(井)의 수가 정해지지 않은 경우, 개발회사는 목적 대지를 합리적으로 개발할 묵시적 의무²⁴⁾가 있음을 확인했다.²⁵⁾ 물론 묵시적 의무의 존재여부와 그 의무의 범위에 관한 다툼이 있었지만, 묵시적 의무의 존재 자체에 대해서는 심각한 도전을 받지 않았다.²⁶⁾ 또한 20세기 초에는, 개발회사가 개발 대상 토지의 보호를 위해 상용 시추정(Offset Well)²⁷⁾을 굴착해야 한다는 의무까지 법원에 의해

17) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 8, 12.

18) Ibid.

19) 주로 탐사정의 굴착을 의미한다.

20) Owen L. Anderson, John S. Dzienkowski, John S. Lowe, Robert J Peroni, David E. Pierce, Ernst E. Smith, Hemingway Oil and Gas Law and Taxation (2004) 211-272.

21) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 8, 13.

22) National Oil & Pipe Line Co. v. Teel, 67 S.W. 545. 이 사례에서는 약인(Consideration)이 무엇인지가 쟁점이었으며, 이전부터 인정되어 온 \$1 약인의 유효성을 부정하지 않으면서도 이 사건 계약에서의 진실한 약인은 목적 부동산의 개발에 있었다는 점을 확인했다.

23) 류권홍, 위 주석 5), 46면. 이런 의무는 미국에서의 석유, 가스의 소유권 취득과 관련된 '선점의 원칙'과, 석유나 가스의 소유권이 토지 소유권자에게 속한다는 원칙이 합해져서 발생되었다.

24) 계약서를 전체적으로 검토하고, 계약의 이행과 관련된 상황을 고려할 때 법률상 인정되는 약정으로 정의된다. 이에 관한 자세한 내용은 John S Lowe, Owen L. Anderson, Ernst E. Smith, David E. Pierce, above n. 6, 285-329.

25) 'Under an oil lease which is silent as to the number of wells to be drilled, there is an implied covenant that the lessee shall reasonably develop the lands and reasonably protect the lines'.

26) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n. 8, 14.

확인하게 되었다.²⁸⁾

이런 법원의 판결들로 인해 현대적 리스가 탄생하게 되었는데, 그 내용으로 확정적이고 상대적으로 짧은 초기약정기간, 초기약정기의 각 연도에 시행해야 할 시추정 굴착의무의 이행 지침에 대한 대가의 지불, 초기약정기간의 종료 전에 굴착이 없거나 생산이 이루어지지 않은 경우리스의 자동적 종료 등을 들 수 있다.²⁹⁾ 결국, 미국 연방대법원은 1934년 개발회사의 묵시적 의무가 일반적으로 수용되는 원칙이라고 선언하게 되었다.³⁰⁾

이런 경향에 따라 형성된 중동의 양허계약과 미국의 리스에서의 차이점을 두 가지 면에서 설명하면 다음과 같다. 첫째, 양허계약이나 리스에 생산이나 개발 의무에 관한 명시적 약정이 없는 경우 중동의 개발회사는 자신의 판단에 따라 생산량을 정하지만, 동일한 경우가 미국에서 발생한다면 ‘비용보상 가능 생산량(In Paying Quantity)³¹⁾’까지는 생산을 지속해야 한다. 또 하나의 문제는 중동의 개발회사들은 일단 개발에 성공한 유전에서 지속적인 개발을 하면서도 가능하면 높은 가격에 판매하기 위해, 언제, 얼마만큼의 석유나 가스를 생산하느냐를 스스로 정하도록 양허계약에 정하고 있었으며, 동시에 개발회사들은 공동투자(Consortium) 형태를 취하면서 대형 메이저 회사들 사이에 공동인수약정(Joint Offset Agreement)을 체결했다. 이 공동인수약정으로 인해 개발회사들은 사실상 거의 모든 대형 양허계약으로부터의 전체 생산량을 통제했으며, 이로 인해 각 회사들이 시장에 판매할 수 있는 양이 제한되었고 결국, 새로운 유전의 개발에 대한 욕구를 제한하는 결과에 이르게 되었다.³²⁾ 하지만, 미국에서 이런 행위는 공정거래법 위반의 불법행위로 판단되었고, 합리적인 개발을 해야 하는 묵시적 의무로 인해 개발권을 부여한 자에게 공정한 보상이 이루어질 수밖에 없었다.³³⁾

27) 유전(油田)이 목적 토지와 인접한 토지 아래에 동시에 존재하는 경우, 인접 토지에서의 개발자가 자신의 토지 아래에 있는 석유를 개발하는 것에 대한 대응으로 자신의 토지 경계 내에서 굴착하는 정(井)을 의미한다. Norman J. Hyne, *Dictionary of Petroleum Exploration, Drilling & Production* (2006) 349.

28) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 8, 14. *Davis v. Mose*, 112 Okla. 38, 239 P. 447 (1925).

29) *Ibid.*

30) *Ibid* 15. *Sauder v Mid-Continent Petroleum Corp.*, 292 U.S. 272(1934). This definition of the scope of the implied covenant has been generally adopted in decisions of federal and state courts.

31) John S Lowe, Owen L. Anderson, Ernst E. Smith, David E. Pierce, above n 6, 187. 비용 보상 가능 생산량은 ‘비록 절대로 굴착과 징비에 사용된 비용이 보상되지 않고, 전제적으로 판단하여 손실에 이를 것이라 예상되더라도, 운영비용과 마케팅 비용을 넘어서는 수익을 창출하기에 충분한 양에 해당하는 생산’이라고 정의하고 있다.

32) Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, above n 8, 16.

33) *Ibid*, 17.

III. 전통적 양허계약

1. 전통적 양허계약의 중요한 요소들

석유가 개발된 이후부터 1970년대 초까지 일반적인 석유 개발 계약인 양허계약은 다음과 같은 성격을 가지고 있었다. 첫째, 양허권은 광대한 영역에 대한 개발권이었으며 둘째, 상대적으로 아주 긴 양허 기간 동안 셋째, 개발회사에게 개발에 관한 스케줄과 방법을 결정할 수 있는 권한이 있었고 넷째, 자원 소유국은 생산량에 비례해서 지급되는 로열티의 수령을 제외하고, 아주 제한적인 권한만을 행사할 수 있었다.³⁴⁾

구체적으로 양허기간의 경우, 이란, 이라크, 쿠웨이트 및 사우디아라비아 4개 나라에서의 양허 계약은 약 60년에서 75년에 이르는 아주 장기의 계약 기간을 정하고 있었다.³⁵⁾ 페르시아로부터 개발권을 부여 받은 다르시(D'Arcy)는 66년 동안의 개발권을 취득했고,³⁶⁾ 쿠웨이트와 아부다비의 경우, 그 계약 기간이 75년이었으며,³⁷⁾ 99년에 이르는 계약이 쿠웨이트 와 체결된 경우도 있었다.³⁸⁾ 오만(Oman)의 경우, 1937년 개발 계약서 제2조는 '이 계약 기간은 서명일로부터 75년이다'³⁹⁾라고 명시하고 있다.⁴⁰⁾ 이렇게 장기간의 양허기간을 정하고 있음에도 불구하고 수정하기 위한 개정 절차에 대한 규정이 없었으며,⁴¹⁾ 오만 양허의 경우 오히려 계약의 불변성이 강조되었다.⁴²⁾

양허권자들은 개발권이 부여된 지역에서 발견된 석유자원(Petroleum Reserves)에 대한 배타적 소유권과 스스로의 판단에 따라 석유를 처분할 수 있는 권리를 취득했다. 자원 주권 개념의 형성 전에 이루어진 전통적 양허계약에서는 자원의 소유권 자체가 개발권자들에게 이전

34) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, *International Petroleum Transaction* (2000) 412.

35) Ibid, 60.

36) 물론 1901년 체결된 D'Arcy의 계약이 최초의 석유 개발 계약은 아니지만, 이 계약은 전통적인 양허 계약의 전형으로 인정되고 있다.

37) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 34, 412.

38) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n. 3, 60.

39) Agreement between Petroleum Concessions, LTD and Sultan of Muscat and Oman, Article 2;The period of this agreement shall be 75(Gregorian) Calendar years from the date of signature.

40) 이 1937년 계약은 2012년까지 유효했으나, 1967년의 후속 협약에 의해 대체되었다. 이 계약은 오만 전체 석유 생산의 80% 이상을 차지한다. 그 이후에도 계속 계약의 수정이 있었으며, 주된 내용은 조세 제도의 변경과 1975년에 25%의 오만 정부 지분 참여에 대한 합의이다. 이 합의는 후에 60%까지 확대되었다. 2004년 겨울에는 2044년까지 양허기간을 연장하는데 합의가 되었으며, 이 합의에 의한 양허지역은 114,000km²에 이르며 현재 유효한 면적의 약 90%에 이른다. 이런 계약 변경에 대한 대가는 영허권자의 생산에 대한 대규모 투자였다.

41) Atef Suleiman, *The Oil Experience of the United Arab Emirates and its Legal Framework*, (1988) 2.

42) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n. 3, 62.

되었다는 것은 위에서 본 바와 같다. 오만의 1937년 양허계약의 경우, 국왕(Sultan)에게 일정한 로열티를 지급하는 반대급부로 약정기간 동안 양허권이 부여된 구역 내에 존재하는 석유에 대한 탐사, 탐색, 시추정의 굴착 생산, 취득, 정제, 수송, 판매, 수출, 거래 또는 처분에 대한 배타적 권리와 이상의 모든 또는 어떤 목적 수행에 필요한 일체의 행위를 할 수 있도록 하고 있다.⁴³⁾

전통적 양허계약에서 투자비용은 전적으로 개발회사에 의해 제공되었으며, 자원보유국의 참여(Participation)에 관한 규정도 없었다. 이런 정부의 참여가 이루어진 것은 1950년대부터 1960년대 이후이며, 본격적인 참여는 1970년대에 이루어졌다. 개발회사는 양허지역에서의 탐사, 개발활동에서 과도한 특권과 독점적인 운영상의 자유를 누리는 반면, 자원보유국은 운영과 관련된 내부 결정절차에 대한 직접 참여로부터 배제되었다.⁴⁴⁾

양허권 부여에 대한 대가로 자원보유국이 취득하는 뜻은 놀랍고 극단적으로 적었다. 자원보유국 또는 그 통치자가 취득했던 것은 약간의 보너스와 로열티에 불과했다. 다르시와 페르시아 사이에 체결된 양허계약에서는 16%의 로열티를 지급했으나, 다른 양허계약에서는 생산물 자체의 시장가치나 매출액을 기준으로 하지 않고, 톤당 일정한 비율의 양에 대해 산출된 금액을 지급했다.⁴⁵⁾ 아랍 에미리트의 아부다비 양허계약을 예로 들면, 톤당 약 3루피(Rupee)(당시 달러로 약 75센트) 또는 배럴당 약 8센트 정도의 로열티를 지급하도록 되어 있었다.⁴⁶⁾ 오만 1937년 양허에 있어서도 초기 5년 동안은 매년 84,000루피 또는 톤당 3루피를 지급하고, 6년차 이후에는 매년 96,000루피 또는 톤당 3루피를 로열티가 지급되었다.⁴⁷⁾

이들 계약에서 주어진 석유 개발권의 대상 범위는 자원 소유국의 영토 중 상당한 부분을 차지했으며, 경우에 따라서는 포기 조항(Relinquishment clause)⁴⁸⁾도 없이 거의 전 국토에 권한이 미치는 경우도 있었다. 위 오만 계약에서도 다르시와 체결한 1901년 계약은 500,000 평방 마일에 이르는 면적에 대한 개발권이, 1939년 아부다비나 쿠웨이트 계약의 경우 아부다비 육상과 해상 모든 지역에 대한 개발권이 부여되었다.⁴⁹⁾

43) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n. 3, 60. Inconsideration of the payments prescribed in Article () the Sultan hereby grants to the Company for the remainder of the period of this Agreement the exclusive right to explore, search for, drill for, produce, win, refine, transport, sell, export, and otherwise deal with or dispose of the Substances and to do all things necessary for all or any of the above purposes within the Leased Area.

44) Atef Suleiman, above n 51, 3.

45) Ernest E. Smith, From Concession to Service Contract, Tulsa Law Journal (1992) 497.

46) Atef Suleiman, above n 51, 3.

47) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 44, 412.

48) 이처럼 광대한 영역에 대한 개발권을 가지고 있는 개발회사에게 주어진 기간 내에 상업성이 인정되는 개발을 하거나 일정한 지역을 자원보유국에 다시 반환하도록 하는 약정을 의미한다. Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 44, 431.

49) Atef Suleiman, above n 51, 3. 이 계약은 아부다비 통치자와 Trucial Coast Petroleum Development Company와 체결된 계약이다. 이 회사는 1962년 Abu Dhabi Petroleum

2. 전통적 양허 계약에 대한 비판과 변화

이상과 같은 내용의 개발권 양허계약이 체결되고, 거대한 양의 석유가 발견된 후, 자원보유국인 주권국가들은 다국적 회사인 개발회사들과 일방적이고 불공평한 계약을 체결했다는 사실을 인식하게 되었다.

그 비판의 가운데에 양허계약이 위치했으며, 비판의 대상은 개발회사에 주어진 권한에 비해 자원보유국에 귀속되는 대가가 너무 미미했다는 점, 자원보유국은 개발의 운영과 관련하여 통제나 참여권이 부여되지 않았다는 점, 개발회사가 제공하는 자원 개발과 관련된 인력의 양성이나 정보의 제공이 미흡했다는 점, 양허 대상 구역이 극히 광범위했다는 점, 과도한 장기계약이 체결되었다는 점 등이었다. 그 중 개발회사에 주어진 가장 중요한 특권은 석유, 가스의 개발과 관련된 운영과 통제에서의 절대적 권한이었다.

이런 비판은 개발회사가 주권의 일부를 박탈했다는 주장에까지 이르게 되었으며, 결국 전통적 양허계약은 자원 주권의 원칙과 양립할 수 없는 것으로 간주되게 되었다.⁵⁰⁾

이런 비판에 대한 자원보유국들의 대응은 3 가지 방식으로 나타났다. 첫째는 1938년 멕시코와 같이 석유 산업 전체를 국유화하고 이와 관련된 모든 것을 국영회사에 이전시키는 방식이었고, 둘째는 자원보유국이 아무런 조치를 취하지 않고 기존의 계약을 존중하는 방식이며, 마지막으로는 중동의 여러 나라의 예와 같이 계약의 균형을 맞추기 위해 새로운 협상을 추진하는 것이었다.⁵¹⁾ 특히 중동의 경우 1950년대부터 1960년대까지는 재정적 조항의 변화를 추구했는데, 주로 이익의 분배·세율의 상승 등에 중점을 두었으며, 1970년대에는 자원보유국의 지분참여 확대로 그 방향이 전개되었다.

IV. 새로운 양허계약

1. 새로운 양허계약의 등장

전통적 양허계약의 문제점이 지적되고, 이에 대한 개선이 이루어지면서 제2차 세계대전 이후, 특히 1970년대부터 새로운 내용의 양허계약이 등장하게 되었다. 이러한 새로운 형식의 양허계약은 기존 특권부여(conceded)의 개념에서 허가(License)의 개념으로 전환된 것을 의미한다. 하지만, 개발회사에게 석유·가스에 대한 개발권을 부여하면서 개발과 관련된 상

Company(ADPC)로 명칭을 변경했고, 그 지분은 BP 23.75%, Shell 23.75%, CFP 23.75%, Exxon-Mobil 23.75%, 그리고 Gulbenkian Interest(Partex) 5%로 구성되었다.

50) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n 35, 62–63.

51) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 44, 418.

당한 정도의 재량권을 부여한다는 의미에서 본질적 부분에 변화가 있는 것인 아니라는 점도 지적되어야 한다.⁵²⁾

새로운 양허계약의 개괄적 내용은 석유의 탐사와 생산에서 자원보유국의 좀 더 활동적인 감독권의 확보, 개선된 재정적 조건들, 개발회사들의 최소탐사의무 확인 등을 들 수 있다.⁵³⁾ 아래에서, 이상의 내용에 개발계약 체결의 주체,⁵⁴⁾ 개발권역 및 이에 관련된 포기조항, 개발기간, 최소탐사의무, 자원보유국이 취득하는 몫, 자원보유국의 통제 및 정보의 제공 등에 대하여 정리한다.

다만, 여기서 두 가지 지적되어야 하는 점은 첫째, 새로운 양허계약이 전통적 양허계약과 다른 점을 가지고 있다 하더라도 본질적으로 동일한 종류의 개발 계약이라는 점과 둘째, 새로운 양허방식은 전통적 양허방식의 문제점과 단점들을 상당부분 제거하여 자원 보유국들의 입장에서 상당히 만족스러운 계약형식으로 받아들여지고 있다는 점이다.⁵⁵⁾ 왜냐하면 첫째에 대해서는 아부다비의 예에서 보듯이 자원보유국은 개발회사에게 개발 권역 내에서 석유의 탐사, 생산, 저장, 수송 및 판매에 관한 배타적 권한을 부여하고 있기 때문이며,⁵⁶⁾ 둘째에 대해서는 개발권역 · 개발기간 · 자원 보유국 권리의 확대 등 세부적 사항에서 자원보유국에 유리한 방향으로의 변화가 이루어졌기 때문이다.

2. 새로운 양허계약의 주요 내용

(1) 계약주체의 변화(Parties to the Contract)

자원보유국의 측면에서, 전통적 양허계약에서의 계약주체는 국가의 수장이었으나, 새로운 양허계약에서의 계약주체는 에너지 담당 장관 · 대리인 · 국영석유회사(National Oil Company, 이하 'NOC'라 한다.)이다.⁵⁷⁾

계약주체의 문제는 법적으로 아주 심각한 문제와 연결되어 있다. 정당한 당사자와 계약이 체결되지 않은 경우, 자원 보유국의 국내법상 유효한 계약이 될 수 없다는 것이다. 특히 소비에트 연방에서 독립한 국가들처럼 새로이 성립된 국가에서는 계약의 주체가 누구이며 어떤 절차를 거쳐야 하는지 법적으로 주의 깊게 살펴봐야 한다.

한편, 개발권을 취득하는 개발회사의 경우 전통적 양허계약에서는 특별한 요구사항이 없었으나 새로운 양허계약에서는 자원보유국의 법이나 규정에 의해 자원보유국에서 설립된

52) Ernest E. Smith, above n 54, 4.

53) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n 3, 63.

54) 전통적 양허방식에 의한 시절에는 국왕 또는 통치자와 개발회사의 비밀스러운 협약에 의해 계약이 체결되었으나, 새로운 양허방식의 등장과 더불어 기존의 협상 방식과 달리 입찰 방식에 의한 개발권 부여가 이루어지게 되었다.

55) Atef Suleiman, above n 51, 6.

56) The Government grants to the company the exclusive rights to explore, search and drill for, produce, store, transport and sell Petroleum within the Concession Area.

57) 물론 이런 경향은 생산물분배계약 및 서비스계약의 형태에서도 나타나게 된다.

법인일 것을 요구하는 경우가 많다.⁵⁸⁾ 따라서 석유개발회사들은 개발권을 취득하기 위해서 자원보유국에 자회사를 설립하거나, 자원보유국의 국영석유회사와 함께 합작회사를 설립하도록 강제되는 경우가 있다.⁵⁹⁾

(2) 개발 권역과 포기 조항(Concession Area and Relinquishment)

전통적 양허방식에서는 거의 국가의 전역에 이르는 지역에 대한 개발권이 부여된 반면, 새로운 양허방식에서는 개발구역이 블록 단위로 구분하여 부여된다. 즉, 대부분의 자원보유국은 개발권과 관련된 협상 또는 입찰 절차에서 개발권이 부여되는 구역을 특정하기 위한 서술과 도면을 첨부한다. 어떤 방식으로 개발권역을 표시할 것인가는 각 국가에 따라 다를 수 있지만,⁶⁰⁾ 새로운 양허방식에서는 이렇게 개별적 구역을 확정하고 그에 대한 개발권을 부여한다.

1988년 앙골라 표준 개발계약서 제4조는 양허지역은 첨부 A에 표시된 내역과 첨부 B의 도면에 따르며, 양 첨부 서류의 불일치가 발생하는 경우, 첨부 A의 표시 내역이 우선하는 것으로 정하고 있다.⁶¹⁾ 또한, 2009년 아일랜드의 락을 해저분지(Rockall Basin)의 개발에 관한 개발권 부여에서도 ‘첨부서류 I’에서 약 117,200km²에 이르는 지역에 대한 위도상의 위치를 설명하면서 동시에 ‘첨부서류 II’에서는 개발권역에 대한 지도를 통해 개별적 권역을 분명히 해주고 있다.⁶²⁾

그리고 그 개발권역의 면적에서도 전통적 양허계약과 상당히 다르다. 예를 들어, 아부다비의 1990년 개발계약에서 개발 권역은 약 2,500km²이다.⁶³⁾ 또한 최근인 2009년 우루과이 개발 라운드의 경우 전체 개발 구역이 약 74,000km²이며, 이를 다시 11개 구역으로 세분화하고 있다. 이를 통해 실질적 개발구역이 절대적으로 감소한 것을 알 수 있다.⁶⁴⁾

개발권역과 관련하여 전통적 양허방식에는 없었던 조항이 새로운 양허계약에 추가되었는데 이것이 포기조항(Relinquishment)이다.⁶⁵⁾

58) Ernest E. Smith, above n 55, 4.

59) Atef Suleiman, n 51, 6. 전형적인 새로운 양허방식을 택하고 있는 아부다비의 경우, 정부가 60%에 이르는 지분 참여에 대한 참여권이 보장되어 있다. 다만 이런 참여는 석유의 개발에서 그 상업성이 인정된 이후에 실행할 수 있다.

60) 위도상의 표시 방법을 택할 것인지, 아니면 지도상에 표시하는 방법을 택할 것인지 또는 양자 모두를 택할 것인지의 판단 문제이다. 많은 경우 양자를 모두 이용하되, 불일치가 발생하는 경우 무엇이 우선하는지에 대한 기준을 사전에 명시하고 있다.

61) 1. The Concession Area is that described in Annex A and shown in the map in Annex B, both of this Decress

2. In the event of any discrepancy between the two Annexes referred to in the preceding paragraph, the description contained in Annex A shall prevail.

62) IRELAND – 2009 Rockall Round Notice, Barrows Company.

63) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n 3, 65.

64) Maria Victoria Vargas, Uruguay's Call for Upstream Investment : the 2009 Offshore Round, (2009) 295 Advisor, AIPN, 6–7. 다만, 우루과이 라운드는 양허계약이 아니라 생산물 분배약정의 형식을 택하고 있다.

포기조항은 개발권의 포기를 의미하는데, 자국 내의 자원을 최대한 빠른 시간 내에 개발 하려는 자원보유국의 이해와 한정된 인력·기술·재정을 세계적으로 어떻게 합리적으로 배분하여 투자할 것인가를 고려해야 해야만 하는 개발회사의 이해가 합치되어 나타난 조항이다. 포기조항의 추가로 인해, 개발회사는 주어진 개발기간 내에 상업화 가능한 자원을 개발하거나 또는 당해 개발구역을 자원보유국에 다시 반환해야 하는 선택의 문제에 처하게 된다.

대표적인 새로운 양허계약인 아부다비 1986년 계약 제12조는 계약의 유효일로부터 3년 이내에 25% 이상의 지역을, 계약일로부터 8년 이내에 원래 개발구역의 25%를 추가로 포기해야 하도록 정하고 있다.⁶⁶⁾

포기의 방식은 강제적인 방법(Mandatory)과 자발적인 방법(Voluntary)⁶⁷⁾이 있으며, 포기되는 개발구역의 확정, 원래의 개발구역을 기준으로 것인지 아니면 잔존 개발구역을 기준으로 할 것인지에 대한 문제 등이 포기약정과 관련된 중요한 쟁점들이다.⁶⁸⁾

(3) 탐사·개발기간(Duration)

새로운 양허방식에서 탐사·개발기간은 기간이 확정되는 경우가 많다. 다만 당사자들의 합의에 의해 기간이 연장될 수 있다는 것을 전제로 한다.

많은 경우 새로운 양허방식에서 개발기간은⁶⁹⁾ 20년에서 30년으로 정해지며, 특수한 경우 40년으로 확정된 경우도 있다. 가장 대표적인 아부다비 양허계약은 35년의 개발기간을 정하고 있으며,⁷⁰⁾ 터키는 석유법에서 20년을 개발기간으로 정하고 있다.⁷¹⁾ 다만 심해저의

65) 'Surrender'라는 표현을 사용하는 경우도 많다. Licensing Terms Summary for Offshore Oil & Gas Exploration Development & Production, 2007, Section 17 (3) Surrender of acreage : At the end of the first phase of the license the licensee shall surrender 50% of the licensed area.

66) Article 12. Relinquishment

(A)(i) The company shall relinquish to the Government not less than 25% of the Concession Area within three years from the effective date and shall further relinquish another 25% of original size of the Concession Area within eight years from the effective date.

67) 대표적인 예로, 1989년 인도네시아 표준 개발약정서 제3조 제6항은 다음과 같이 정하고 있다. Upon thirty(30) days written notice to PERTAMINA prior to the end of the second Contract Year and prior to the end of any succeeding Contract Year, Contractor shall have the right to surrender any portion of the Contract Area, and such portion shall then be credited to that portion of the Contract Area which Contractor is next required to surrender under the provisions of subsections 3.1, 3.2 and 3.3 hereof.

68) Host Government Contract Handbook (1999) 1, AIPN, 62-101.

69) 이 기간은 탐사기간에 대한 것이라, 생산기간에 대한 것이다.

70) 1981년 아부다비와 독일의 데미넥스(Deminex)에 의해 주도된 합작개발회사와 체결된 양허계약의 개발기간은 35년이며, 또한 1990년에 체결된 개발계약에서도 'The term of this Agreement shall be a period of thirty-five(35) years, from and after the Effective Date.'이라고 명시 하여 35년의 개발기간을 지켜오고 있다.

71) Turkish Petroleum Act Article 65 : The validity of a lease, as of date the lease enters into effect, is 20 years.

개발과 같이 개발기간을 장기로 부여할 필요가 있는 경우 50년에 이르기도 한다. 예를 들어, 1988년 영국에서 심해저 개발을 위한 약정의 경우 초기 8년, 2차 16년을 포함한 총 48년에 이르는 개발기간이 부여되었다.⁷²⁾ 한편, 2009년 락올 해저분지 개발에서는 16년의 총 기간이 4년 단위의 4단계로 나뉘어져 있다.

(4) 최소탐사의무(Minimum Exploration Commitments)⁷³⁾

석유협상가협회(AIPN)의 정의에 따르면 최소탐사의무란 탐사의 각 단계에서 개발회사가 시행해야 하는 작업 프로그램 또는 재정적 투자를 의미한다.⁷⁴⁾ 전통적 양허계약에서는 탐사의 실행 여부, 실행 방법, 재정적 투자 방법 등은 모두 개발회사의 판단에 따랐으나, 새로운 양허방식에서는 개발협정에 개발회사가 실행해야 하는 작업의 범위를 구체화하고 있다.

최소탐사의무는 개발회사의 계약상 의무를 정함과 동시에 개발회사의 다음 단계 탐사로 진행하기 위한 조건으로서 기능을 한다. 대부분의 약정은 지질조사·지진파(탄성파) 조사 및(또는) 탐사정의 굴착 등을 의무의 내용으로 담고 있으며, 한편 이상과 같이 구체적 작업 의무를 정하는 방식과 달리 최소투자비용을 정하는 방식이 있다. 최소탐사의무 위반에 대한 효과로는 배상액의 예정(Liquidates damages)에 관한 규정을 두는 경우가 많다. 이로 인해 최소탐사의무는 개발계약의 체결 여부에 있어서 개발회사가 검토해야 하는 가장 중요한 요소의 하나가 되었다.

대표적인 예로, 1995년 트리니다드 토바고의 표준개발약정서의 최소탐사의무는 우선, 계약의 유효일로부터 90일 이내에 탐사작업을 시작해야 하며, 최소 탐사프로그램의 내용으로 지질·지구물리학적 조사와 탐사정의 굴착을 예로 들고 있다.⁷⁵⁾

(5) 자원보유국의 뜻(Government Take or Financial Benefits)

전통적 개발계약의 내용 중에서 자원보유국들의 가장 큰 불만이었던 부분이 이 부분이었으며, 새로운 개발계약에서는 상당히 자원보유국에 유리한 조항들이 추가되었다. 자원보유국의 뜻으로 돌아가는 항목은, 생산량에 기초한 로열티(Royalty)·세금(Tax), 사용료

72) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 44, 431.

73) 최소작업의무(Minimum Work Program)라고도 하지만, 작업의무와 비용지출의무를 포함하여 최소탐사의무로 정리한다.

74) Host Government Contract Handbook, above n 78, ix.

75) 7.1 IOC shall commence Exploration Operations hereunder within ninety(90) days after the Effective Date. 이하 생략.

7.2 During the initial phase of the Exploration period, IOC shall carry out at least the following Minimum Exploration Programme.

(a) Geological: [blank]

(b) Geophysical : 이하 생략.

(c) Drilling :Drilling at least [] Exploratory wells, to a depth of at least [] metres, 이하 생략.

(Rental Royalty)와 다양한 보너스(Bonus)⁷⁶⁾ 등이 있다.

아부다비 양허계약에 따르면, 12.5%의 로열티를 지급하되, 생산량이 100,000 bpd⁷⁷⁾에 이르면 16%, 200,000 bpd에 이르면 20%의 로열티를 지급하게 된다.⁷⁸⁾ 보너스는 계약의 효력 발생일 · 상업적 생산량의 발견일로부터 30일 이내에 각 4백만 달러 및 5백만 달러, 연속 30 일 동안의 통상 판매가 50,000 bpd에 이르는 경우 4백만 달러, 100,000 bpd · 200,000 bpd에 이르는 경우 각 6백만 달러를 지급된다. 석유에 부과되는 소득세(Income Tax)는 55%이지만, 생산량에 100,000 bpd에 이르는 경우 65%로, 200,000 bpd에 이르는 경우 85%로 상승하게 되어 있다. 이 외에 매년 사용료를 100,000 달러씩 지불하도록 되어 있다.

1970년대 이후에는 미국, 노르웨이 등에서 세금과 관련해서 기준의 소득세 외에 유가의 급격한 상승에 따른 개발회사의 부당이득을 방지하기 위한 세금이 부과되는 경향이며, 초과 소득세(Excess Profits Tax) 또는 부당이득세(Windfall Profits Tax)라는 명목으로 기존의 세금에 추가되어 부과되고 있다.

(6) 자원보유국의 통제(Control)

전통적 양허계약에서는 개발회사에게 탐사 · 개발에 관한 재량권이 부여되어 있었고, 자원보유국은 이에 대한 통제를 할 수 없었다. 이로 인해 개발회사가 생산에 필요한 유정을 하나만 굽착하더라도 아무런 문제가 되지 않았고, 과거에 국영석유회사들의 재정적 · 기술적 능력의 결핍으로 인해 많은 양허계약들이 개발회사에게 상당한 재량권을 부여할 수밖에 없었으며, 이런 과대한 재량권은 자원보유국의 주권침해하고 있다는 주장이 강하게 제기되었다.⁷⁹⁾

새로운 양허계약에서는 이런 문제를 해소하기 위해, 탐사 · 개발관련 정책 결정 과정에 참여하고, 관련 계획과 예산을 승인하는 권한을 유보하게 된다. 물론, 위에서 본 것처럼 최소탐사의무도 일종의 재량권 통제의 기능을 한다.

예를 들어, 이집트의 1963년 개발협정은 이집트 국영석유회사와 개발회사가 공동으로 구성하는 자문위원회를 구성하고, 이 자문위원회는 작업 프로그램 및 그 수정 · 예산 및 그 수정 · 기타 당사자의 합의에 의해 정해진 사항에 대한 보고를 받을 권한이 부여되어 있으며, 개발회사는 매 분기 말에 국영석유회사에 지출된 비용에 관한 자료를 근거서류와 함께 제출하도록 하고 있다.

76) 보너스는 서명(Signing), 석유의 발견(Discovery of Petroleum), 상업성 선언(Commerciality Declaration), 일정한 생산 단계에 이르렀을 때(Reaching certain level of Production) 등을 지급시기로 정할 수 있으며, 구체적 합의에 따라 제공 시기와 금액이 정해진다.

77) 'Barrels per day'의 약자이다.

78) The company shall pay to the Government a royalty equal to twelve and one half per cent of the Posted Price of Crude oil produced and saved in the Concession Area each year, excluding Crude Oil used by the Company... if the production of Crude during a calendar year shall reach an average rate of [100,000 barrels per day, the company shall pay 16%; 200,000 barrels per day - 20%].

79) Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Own L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, above n 44, 432.

아일랜드는 적법한 권한 있는 담당자에게 개발 관련 부동산·탐사선·시추시설·생산시설 등에 대한 접근·체류권, 일체의 기록·장부 등에 대한 열람·감독권, 개발회사의 의무 불이행에 대한 조치권, 의무 불이행에 대한 조치로서의 작업 중단 명령 등에 관한 포괄적 권한을 부여하고 있다.⁸⁰⁾

(7) 정보의 제공(Information to the Government)

새로운 양허계약은 전통적 양허계약보다 개발회사의 정보제공의무를 강화하고 있다. 탐사·개발 등의 과정에서 취득하게 되는 정보는 자원보유국 입장에서 아주 중요한 가치를 가지는데, 이는 자원보유국의 탐사·개발능력 개발, 향후 인근 지역의 개발 가능성 판단 및 탐사 비용의 감소 등의 효과가 있기 때문이다.

오만의 1967년 양허계약은 매년도 말의 3개월 안에 개발회사가 취득한 지질 정보, 탐사정의 시추로 인해 취득한 정보, 인력의 현황 및 기타 오만 정부에 필요하다고 인정되는 정보를 제공하도록 하고 있으며, 매년 작업의 시작 2개월 전까지 당해 연도에 시행하기로 예정된 지질·지구물리학적 탐사의 성질과 범위, 탐사정의 굴착에 대한 설명을 하도록 되어 있다.⁸¹⁾

3. 양허계약(Concession Agreement)의 개념과 특징 – 일반적 정리

(1) 양허계약의 개념

양허(Concession)와 허가(License)를 혼용하여 사용하고 있는 것이 사실이지만, 양허라는 표현이 주로 사용된다. 반드시 양허와 허가를 구분한다면, 양허의 경우 자원의 소유권이 지하에 있는 그대로의 상태로(in situ) 개발권자에게 이전되는 계약을 의미하는 한편, 허가의 경우 실질적으로 개발되어 추출되었을 때(extracted) 개발권자에게 그 소유권이 이전된다는 점에서 그 차이점을 찾을 수 있었다.⁸²⁾ 통상 양허는 계약, 승인, 허가 또는 합의서등 다양한 방식에 의해 이루어진다.

80) Ireland, Licensing Terms Summary for offshore Oil and Gas Exploration Development & Production (2007) section 50.

81) 1. The Company shall present to the Sultan within three months of the end of each year a report of its operations within the Sultanate including geological data, drilling operations carried out, employment statistics and such other data as may be required by the Sultan.

2. The company shall present to the Sultan at least two months before the commencement of each year a statement of its intended operations in the Sultanate including a description of the nature and extent of the geological and geophysical exploration and drilling operations planned to be carried out in that year in the Leased Area.

82) 이런 구분은 Oklahoma 대학의 Professor Own L. Anderson의 강의 자료에 근거한 구분이다. 다만, 이런 개념 구분은 전통적 양허의 경우에만 유효하다. 미국의 몇 개 주를 제외한 양허계약에서는 모든 자원의 소유권은 국유로 정의하고 있다. 뒤에서 다시 정리한다.

석유, 가스의 개발은 일반적으로 탐사(Exploration)와 생산(Exploitation)의 2 단계로 나누어지는데⁸³⁾, 각 단계에 따라 탐사단계에서는 탐사승인 또는 허가를, 생산단계에서는 양허, 리스 또는 생산 리스라는 표현을 사용하기도 한다. 영국과 노르웨이에서는 탐사단계에서 상업성(Commercial Discovery)이 인정되는 정도의 석유를 발견하는 경우 생산에 관한 권한을 부여하는 방식으로 양 단계를 모두 포함하는 계약을 체결하면서 석유 생산 허가(Petroleum Production License) 또는 단순히 허가(License)라고 표현하고 있는 반면, 나이지리아는 탐사에 관한 권한 부여인 ‘석유 조사 허가(Oil Prospecting License)’와 생산에 대한 권한 부여인 ‘석유 생산 허가(Oil Mining Lease)’를 구분하여 사용하고 있다.⁸⁴⁾

양허계약의 개념은 다양하게 이루어질 수 있지만, 경제협력개발기구(OECD)의 정의를 따르기로 한다. 특히 경제협력개발기구가 발행한 ‘양허계약에 관한 법의 기초적 요소(Basic Elements of a Law on Concession Agreements)⁸⁵⁾’에서는 양허계약이란 ‘건설, 재건 또는 사회간접자본의 공급 또는 천연자원의 탐사와 개발과 관련하여 정당한 권한이 있는 자가 이에 대한 권리를 부여하고 수행되어야 하는 의무를 정하는 계약’⁸⁶⁾이라고 정의하고 있다.

또한, 경제협력개발기구의 자료는 양허계약의 요소들을 열거하고 있는데,⁸⁷⁾ 그 중 중요

83) 여기에 더하여 3 단계로 나누는 입법도 발견된다. 호주의 몇 개 주에서는 탐사와 개발의 중간 단계로 평가를 위한 단계를 정하고 있다. Michael Crommelin, ‘Mining and Petroleum Titles’, Australian Law Journal (1988) 864. 여기에 조사권(Reconnaissance or Prospecting Permits)을 부여하는 방식도 있다.

84) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n 3, 58.

85) OECD, 이스탄불에 있는 ‘민간부문에 의한 개발 센터(Center for Private Sector Development’의 온라인 도서관에서 자료를 찾아 볼 수 있다. 2009년 11월 9일 현재, 유용한 홈페이지 주소는

http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_33816563_33816964_33959803_1_1_1,00.html이다.

86) 13.2 (b) Concession Agreement means an agreement pursuant to which a Contracting Authority grants rights and agrees the obligations to be undertaken in relation to the construction, refurbishment or provision of Infrastructure or the exploration for and/or exploitation of Natural Resources (including any related treatment or transport facilities);

87) Elements of the Concession Agreement

15. The Concession Agreement shall, unless the Contracting Authority determines otherwise, contain provisions, *inter alia*, on the following matters:

(a) Nature and scope of works to be performed and services to be provided by the Contractor;

(b) Any conditions precedent to the entry into force of the Concession Agreement;

(c) Duration of the Concession Agreement;

(d) Degree of exclusivity;

(e) Nature of the property interests of the parties in real and personal assets which are to be constructed or provided (if any) or which are the subject of any works or services to be provided pursuant to the Concession Agreement;

(f) The date or dates by which any works have to be completed;

(g) Such restrictions or conditions as may be agreed on the transfer of a controlling interest in the capital of a Contractor;

한 것은 계약자에 의해 수행되어야 하는 작업의 성격과 범위, 양허계약의 효력 발생을 위한 선행 조건, 양허기간, 양허에 의해 이루어져야 하는 목적과 그 기간, 계약자의 권리와 의무, 개발권 부여에 대한 권한 있는 자(Contracting Authority)의 권리와 의무, 개발권에 대한 대가의 지급, 채무불이행에 대한 배상, 세금 및 회계에 관한 사항, 불가항력 및 준거법과 분쟁해결 조항 등이다. 특히 천연자원의 개발과 관련하여 특별히 추가되어야 하는 내용으로 양허계약에 의해 부여되는 지질학적 구역의 정의, 로열티 기타 지불해야 하는 비용에 대한 정의 및 계약자가 취득하게 되는 생산물의 양, 관련 천연자원의 소유권 귀속, 관련 천연자원의 판매와 마케팅에 관한 약정 등이 지적되고 있다.⁸⁸⁾

- (h) Any payments that the Contracting Authority is required to make in consideration for services provided or work done by the Contractor;
 - (i) The obligations, if any, of the Contractor to ensure continued and non-discriminatory access for third parties to the facility and/or services provided pursuant to the Concession Agreement;
 - (j) The rights, if any, of the Contractor to charge third parties for services provided pursuant to the Concession Agreement;
 - (k) Methods for the adjustment of payments due to the Contractor by the Contracting Authority or by third parties;
 - (l) The rights of the parties to assign their rights, whether by way of security or otherwise and any conditions applicable thereto;
 - (m) Any requirements concerning guarantees of performance that the Contractor may be required to provide or any insurance policies that the Contractor may be required to maintain in connection with the construction or the operation of the facility;
 - (n) Obligations of the Contractor, if any, relating to the protection of the environment;
 - (o) Obligations of the Contracting Authority to provide land and/or other facilities;
 - (p) Any rights of the Contracting Authority to monitor the performance of the Contractor's obligations, including the Contracting Authority's rights to inspect the relevant facilities;
 - (q) The circumstances under which either party may terminate or seek renegotiation of the Concession Agreement;
 - (r) Any payments required to be made by either party to the other or for any reason other than as consideration for works or services;
 - (s) Remedies available to the Contracting Authority and the Contractor in the event of default by the other party;
 - (t) The circumstances under which the Contracting Authority or a designated third party may (temporarily or otherwise) take over the operation of the facility or any other function of the Contractor for the purpose of ensuring the effective and uninterrupted supply of services or goods which are the subject of the Concession Agreement in the event of serious failure by the Contractor to perform its obligations;
 - (u) Taxation and fiscal matters;
 - (v) The relationship between the Concession Agreement and other relevant agreements;
 - (w) Any applicable provision on force majeure and the consequences of changes in law;
 - (x) Governing law;
 - (y) Settlement of disputes;
- 88) (z) In relation to Natural Resources, provisions, *inter alia*, on the following matters;
- (i) A description of the geographical area covered by the Concession Agreement;
 - (ii) The determination of and provisions for the payment of royalties and other fees

(2) 양허계약의 주요 특징

석유, 가스의 개발과 관련하여 현재 통용되고 있는 양허계약의 주요 특징을 정리하면 다음과 같다.⁸⁹⁾

첫째, 개발회사는 주어진 개발구역 내에서, 특정된 기간 내에, 자신의 위험과 비용 부담으로 석유를 탐사하고, 상업적 발견이 이루어진 경우 이를 생산할 수 있는 권리를 가진다.

둘째, 생산국 시장에 공급해야 하는 계약상의 의무와 로열티로써 현물(in kind)로 자원보유국에 지급해야 하는 경우를 제외하고, 개발회사는 생산된 석유를 완전히 소유하며, 자유롭게 처분할 수 있다.

셋째, 탐사기간, 때로는 생산기간 동안, 개발회사는 자원보유국에 지표(대지) 사용료(Surface Rental)를 지불해야 한다.

넷째, 양허계약이 로열티 면제를 규정하고 있지 않는 한, 개발회사는 자원보유국의 선택에 따라 현물 또는 현금으로 로열티를 지급한다.

다섯째, 개발회사는 생산 활동으로 인해 발생한 소득에 대한 소득세(Income Tax)와 더불어 다른 부과대상인 세금을 지급해야 한다.

여섯째, 석유 생산을 위한 장비와 시설은 양허기간 동안에는 개발회사의 소유에 속하지만, 양허계약이 종료되는 경우, 자원보유국이 그 제거를 요구하지 않는 이상, 무상으로(at no cost) 자원보유국에 승계된다(transfer).

여기서 지적하고 넘어가야 할 것은 개발회사가 언제 석유나 가스에 대한 소유권을 취득하는가의 문제이다. 전통적인 양허계약이나 미국의 텍사스 주 등에 있어서와 같이 석유나 가스가 지하에 존재하는 그 상태에서 소유권이 개발회사에 귀속되는 경우가 있으나, 현재는 자원주권개념의 형성⁹⁰⁾과 자원 자체를 외국인에게 양도할 수 없다는 경향에 따라 개발회사는 채취 단계 이후 특별히 합의된 경우는 그 지점, 그 외의 경우는 유정의 끝부분(wellhead)에서 소유권을 취득하는 것으로 해석하고 있다.⁹¹⁾

V. 우리나라의 양허계약에 있어서의 문제점

1. 법제적 미비

통상적인 자원개발에 관한 법제는 자원 소유권의 귀속·자원의 개발을 통해 달성하고자

payable or for the quantities of product shared by the Contractor;

(iii) Ownership rights in relation to the relevant Natural Resources;

(iv) Arrangements regarding marketing and sale of the relevant Natural Resources.

89) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n. 3, 58.

90) 류권홍, 위 주석 5), 38-41면.

91) Claude Duval, honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, above n. 3, 59.

하는 국가적 목적·탐사, 개발권의 취득에 필요한 절차 및 요건·개발회사들이 어떻게 비용을 회수하고 어느 정도의 이득을 취할 수 있는지에 대한 기준·유가의 상승 등으로 인해 발생하게 되는 부당이득의 회수를 위한 조치·환경문제에 대항 해소책 등을 포함하고 있어야 한다. 이런 내용들은 개발회사들의 기본적 요구사항을 역(逆)으로 고려하면 쉽게 이해되는 부분들이다. 개발회사들의 고려사항은 개발권의 보장·안정적 조세제도·개발 및 상업적 개발기간 동안의 정부 승인 문제·개발에 필요한 장비와 재료의 조달·개발에 필요한 모든 서비스 및 자산의 사용·국내, 국외의 인력 또는 도급업자의 사용·개발한 자원의 국내, 국외 판매·생산물의 자유롭게 환전 가능한 화폐에 의한 거래·판매 수익을 경화로 자유로운 환전 가능성 및 적정한 환율·자금의 조달 및 수익과 투자금의 본국 송금 여부 등이다.⁹²⁾

이상의 기본적 기준에 헌법, 광업법, 해저광물자원 개발법 등 우리나라의 자원 개발 관련 법제를 비추어보면, 석유·가스의 소유권 귀속에 관한 문제가 불분명하고,⁹³⁾ 자원의 개발에 중점을 둘 것인지 아니면 국가 주권적의 행사에 중점을 둘 것인지 여부·기술의 획득 및 인력의 양성·환경보호 등 어떤 국가적 목적을 어떻게 추구하겠다는 것인지도 명확하지 않으며, 개발회사들이 취득하게 될 몫과 국가에 귀속되는 세금에 관한 부분도 외국 개발회사들의 입장에서 쉽게 이해되지 않게 되어 있다.⁹⁴⁾ 물론 부당이득의 환수에 관한 세제는 논의조차 되지 않고 있는 상황이다. 따라서 이런 문제들에 대한 종합적 검토와 제도적 해결방안에 대한 논의가 요구된다.

또한, 석유·가스의 개발권을 협상의 방식으로 부여할 것인지 아니면 입찰의 방식으로 부여할 것인지에 대한 기준도 제시되지 않고 담당 부처의 자의적 판단에 따라 개발권이 부여되고 있는 것도 문제이다. 왜냐하면 예측가능하고 투명한 절차 및 전문가의 참여를 통한 개발권 부여가 밀실 행정에 의한 개발권 부여보다 장기적 관점에서 보다 적극적인 개발을 유도할 것이기 때문이다.

2. 개발권의 종류에 대한 재정립 및 표준 계약서의 필요성

우리나라는 일본 법제의 영향을 받아 자원개발권을 광업권과 조광권으로 구분하고, 각 권리에 탐사권과 채취권 2개의 권리가 존재한다.⁹⁵⁾ 광업권은 물권으로 유권적 해석이 이루어지고 있으며,⁹⁶⁾ 조광권⁹⁷⁾은 일종의 용익물권으로 보고 있다. 하지만 구체적으로 어떤 성

92) Elizabeth Bastida, Thomas Wlde and Janeth Warden-Fernandez, International and Comparative Mineral Law and Policy, (2005) 76.

93) 류권홍, 위 주석 5), 55-58면. 광업법에 따르면 채굴과 분리된 광물을 구분하고 있고, 채굴은 채굴권 없이 불가능하도록 하고 있는 반면, 광구 밖에서 광물이 토지로부터 분리된 경우 이는 그 취득자의 소유로 하도록 하고 있다.

94) 로열티의 경우는 해저광물자원 개발법 제18조 제1항 별표 제2에 정해져 있으나, 현실성이 있는 기준인지의 문제와 구체적 탐사 결과에 따라서 조광료를 개발회사와 상의해서 정하는 방식을택하는 것이 유리한 것 아닌지에 대한 재평가가 필요하다. 즉, 법에 의해 확정된 조광료는 협상에서 자원 보유국에 결코 유리하지 않다.

95) 광업법 제3조 제3호, 제4호 및 해저광물자원 개발법 제4조, 제5조.

격의 물권이나 용익물권인지 해결되지 않은 채로 남아 있다. 즉 광업권이 물권이라면 광물에 대한 직접·배타적 권리를 가진다는 의미인데, 위 양허계약의 성격에서 본 바와 같이 자원의 개발이라는 행위는 자원의 개발권 부여에 대한 측면과 이로 인해 취득하게 되는 광물의 소유권 귀속이라는 양 측면이 모두 고려되어야 하므로 개발권 부여에 따르는 채권적 성격과 더불어 광물의 소유권 귀속에 대한 물권적 성격을 모두 가지는 복합적 권리로 이해되어야 한다.

또한, 광업권, 조광권 방식의 개발권 부여는 석탄·철광석 등 경성자원(Hard Mineral)에 적합한 방식이며, 현대적 석유·가스 개발에 관한 계약 형식인 새로운 양허방식·생산물분배방식 또는 서비스 제공계약의 형태와 조화되기 어려운 점들이 많다. 따라서 어떤 방식에 의해 개발권을 부여하는 것이 우리나라의 현실에 적합한지 검토해야 하며, 기존의 방식에서 벗어나 국제적 기준에 맞도록 석유와 가스의 개발에 적합한 제도를 수립할 것이 요구된다.

나아가 표준 계약서 또는 석유·가스 개발에 관련된 표준 지침을 작성할 것이 요구된다. 이를 통해 반복되고 일상적인 내용에 대한 협의 절차 및 비용을 줄이는 효율성을 추구함과 동시에 외국 개발회사들에게 어느 정도의 예측 가능한 기준을 제시해 줄 필요가 있다. 다만 중요한 내용인 개발된 석유·가스의 몫 분배 또는 최소탐사의무의 구체적 내용 등은 개별적 협상에서 정할 수 있도록 재량권이 우리나라 측 협상 주체에게 주어져야 하는 것은 물론이다.

3. 조광권 포기

개발구역의 포기는 위에서 본 것처럼 강제적 포기와 임의적 포기가 있는데, 우리나라의 해저광물자원 자원법은 임의적 표기만 입법화하고 있다.⁹⁸⁾ 개발구역의 포기는 개발회사로 하여금 개발의 신속성을 강제하는 의미가 있으며, 많은 양허계약에서 이를 채택하고 있으므로 우리나라도 개발권역의 강제적 포기에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

4. 기존에 체결된 개발 계약의 문제점

우리나라의 석유·가스 개발에 관한 계약서 상의 비밀준수의무를 이유로 공개되지 않아서 구체적으로 검토하기는 어렵지만 현재까지 공개된 내용을 기초하여 검토해보면, 정부가 탐사 단계에서 행사할 수 있는 통제가 제한적이라는 문제와 정부 또는 국영기업의 개발 참여는 탐사 단계가 아니라 탐사 성공 후 생산단계에서 구체화함으로써 자원 보유국은 그 위험을 최소화하는 것이 통상적인데,⁹⁹⁾ 우리나라는 탐사단계에서의 참여가 이루어지고 있으

96) 광업법 제10조 제1항.

97) 김연승, 광업법총조연구, 1988, 91면. 조광권은 과거 채권적 성격의 덕대계약(德大契約)이 제도화된 것이다.

98) 해저광물자원 개발법 제19조.

며 그 비용과 위험을 분담하도록 되어 있다는 문제가 지적될 수 있다.

탐사단계에서 정부나 국영석유회사가 직접 비용이나 위험을 부담하지 않더라도, 위에서 본 것과 같은 공동 운영위원회를 구성하여 탐사를 통제하거나, 최소탐사의무 범위를 강화하고 그 감독을 철저히 함으로써 자원보유국의 주권을 행사할 수 있으므로 향후 양허계약의 체결에서는 이런 점이 고려되어 개발계약이 체결되어야 한다.

VI. 결 어

다른 나라에서 석유나 가스를 개발하려는 회사는 해당국과의 계약을 통해서 이를 실현하게 되므로, 그 계약의 성격이나 내용에 대한 이해는 필수적인 사항이다. 이런 개발계약은 통상 양허계약, 생산물분배계약 그리고 서비스 제공계약의 형태가 있으며, 그 중 양허계약과 생산물분배계약이 가장 널리 사용되는 개발협정의 형태이다.

양허계약은 전통적 방식과 새로운 방식으로 구분되며, 전통적 방식에서의 주권침해성에 대한 비판으로 자원보유국의 권한이 대폭 확대된 새로운 방식의 양허계약이 발달되었다. 그 중 가장 중요한 변화는 석유나 가스의 소유권 귀속·최소탐사의무·자원 보유국의 참여·분배의 뜻(자원 보유국 뜻의 획기적 증가)·개발에 있어서의 자원 보유국의 실질적 통제 등에 있다.

또한 전통적 양허방식은 미국에서의 리스와 상당부분 유사했으나, 1930년대 이후 법원의 판결을 통해 개발회사의 입장보다는 자원의 소유권자인 토지소유자에게 유리한 방향으로 계약의 내용이 변경되었다.

한편, 우리나라의 석유·가스전 개발에 관한 법제적 미비로 인해 주권적 권한을 제대로 행사하지 못하고 있는 면이 있으며, 자원 빈국이라는 열등한 지위에서 유리하지 못한 조항들을 그대로 받아들이고 있는 경향이 있다. 이런 문제를 해소하기 위해 국가는 석유·가스 전의 개발과 관련된 국가적 목표를 분명히 하고, 이에 관한 법적·제도적 틀을 재정비해야 할 필요가 있다. 더불어 국영기업들이 해외에서 체결하고 있는 개발계약의 법적 적절성에 대한 검토도 시행되어야 할 것이다. 본 논문은 이런 작업들을 시행하기 위한 기본적 자료로서의 역할을 수행하게 될 것이다.

◊ 주제어 ◊

석유·가스, 석유·가스전 개발, 양허계약, 리스, 로열티, 세금, 최소탐사의무, 개발권역 포기, 참가, 생산물분배계약, 서비스제공계약

99) 이를 'Carried' 방식이라고 한다. 이는 개발회사가 스스로의 기술·비용 및 위험 부담으로 탐사에 성공한 후, 상업성이 인정된 생산 단계에서 자원 보유국 정부 또는 국영석유회사가 참여하는 방식이다.

◆ 참 고 문 현◆

김연승, 광업법축조연구, 1988.

류권홍, 자원소유권의 귀속-석유와 가스를 중심으로, 원광법학 제25권 제2호, 2009.

Atef Suleiman, The Oil Experience of the United Arab Emirates and its Legal Framework, (1988).

Claude Duval, Honor Le Leuch, Andr Pertuzio, Jacqueline Lang Weaver, International Petroleum Exploration and Exploration Agreements (2009).

Elizabeth Bastida, Thomas W lde and Janeth Warden-Fern dez, International and Comparative Mineral Law and Policy, (2005)

Ernest E. Smith, From Concession to Service Contract, Tulsa Law Journal (1992).

Ernst E. Smith, John S. Dzienkowski, A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements, (1989) 24 Texas International Law Journal

Ernest E. Smith, John S. Dzienkowski, Owen L. Anderson, Gary B. Conine, John S. Lowe, Bruce M. Kramer, International Petroleum Transaction (2000).

Frank L. Cascio, A Practical Look at the Major differences between Domestic and International Exploration Agreements, 43, Rocky Mountain Mineral Law Institute (1997).

Host Government Contract Handbook (1999) 1, AIPN.

Ireland, Licensing Terms Summary for offshore Oil and Gas Exploration Development & Production (2007)

John S. Lowe, Oil and Gas Law (2003).

John S Lowe, Owen L. Anderson, Ernst E. Smith, David E. Pierce, Oil and Gas Law, (2002).

Maria Victoria Vargas, Uruguay's Call for Upstream Investment : the 2009 Offshore Round, (2009) 295 Advisor, AIPN.

Michael Crommelin, 'Mining and Petroleum Titles', Australian Law Journal (1988)

Norman J. Hyne, Dictionary of Petroleum Exploration, Drilling & Production (2006).

Owen L. Anderson, John S. Dzienkowski, John S. Lowe, Robert J Peroni, David E. Pierce, Ernst E. Smith, Hemingway Oil and Gas Law and Taxation (2004).

Consumers' Gas Trust Co v Lillter 162 Ind. 320, 70 N.E. 363 (1904).

National Oil & Pipe Line Co. v. Teel, 67 S.W. 545.

Sauder v Mid-Continent Petroleum Corp., 292 U.S. 272(1934).

〈ABSTRACT〉

Concession Agreement in Oil and Gas Development

Ryu, Kwon Hong

The development of oil and gas which are necessarily required for the existence and economical development of human beings and the strong addiction to those materials will be continuous for the next 200 years, in spite of its restriction by environmental problem and the principle of sustainable development in the international arena.

The Korea as the representative nation which has rare resources of oil and gas has to keep the development of those resources in overseas on. In development of oil and gas, there is variety of risks such as political, technical and financial risk which the developer, called International Oil Companies, has to face. To alleviate or avoid those risks, the legal researches have been done by lawyers. All risks should be boiled down to the contract for exploration or development.

The character of oil and gas as a product is different from others because those are political, economical and cultural goods.

The early contract form for development of oil and gas was 'concession'. The origin of it was that used between Standard Oil of America and Mexico and in Middle East. Since the movement of permanent sovereignty over natural resources and the reaction to the abuse of concession agreement by IOCs, the trend of development contract shifted from older concession to modern concession, production sharing agreement or service contract with the participation or taking of the host Governments. Therefore, there are three kinds of general forms in oil and gas development; concession, production sharing agreement, service contract. The point to which notice has to be given is that there are so many variations in actual field; in other words, it is difficult to find a homogeneous style of development contract. Among those, the representative forms are concession and production sharing agreement.

The substantial issues in old and modern concession are ownership of oil and gas in situ, the minimum exploration commitment, participation of the host Government, sharing of the product, and the effective control of development and operation by the host Government.

In this article, the form of concession will be dealt with because this form has the longest history and widely used till now. There is very similar form of

development contract in America, Lease. The similarity and difference between two forms and older concession and modern concession will be discussed. Then the legal issues in Korea will be the point because the system is not clear and transparent from the legal view. This research will be theoretically and practically and there will be given many actual contract contents as a practical proof.

With legal reform, sovereign right over oil and gas might be exercised more materially in Korea. In order to do this, to set up the goal of development of resources and to research the system for oil and gas development in overseas and reform law on mineral development are absolutely required.

◊ KEY WORDS ◊

Oil and Gas, Development of Oil and Gas, Concession, Lease, Royalty, Tax, Minimum Exploration Commitment, Relinquishment, Participation, Production Sharing Agreement, Service Contract

가상세계에 대한 저작권법의 새로운 접근

손승우*

[目 次]

I. 서 론	2. 가상세계에서의 저작권 침해 문제
II. 가상세계에서의 창작의 특징	3. 이용자의 창작물에 대한 권리
1. 창작과정	IV. 현실세계의 거리를 가상세계로 구현한 경우의 저작권 문제
2. 창작물	1. 건축물의 저작권 보호
3. 이용허락	2. '801 타워' 사건
III. 이용자의 창작물에 대한 권리	V. 결 론
1. 컴퓨터프로그램으로 구현된 콘텐츠	

I. 서 론

가상세계(假想世界)는 컴퓨터프로그램 등 정보처리 장치와 정보통신망을 이용하여 입체적 환경 등으로 구현된 가상사회(virtual society)로서 아바타(avatars) 등의 가상인물과 현실 세계의 모방적 표현을 통하여 시간과 공간의 한계를 초월하여 활동할 수 있도록 제작된 가상의 공간이다.¹⁾ 가상세계에서는 건축, 부동산거래, 음반·서적 등의 판매와 패션디자인, 교육, 사회네트워크, 정보검색, 게임서비스 등 현실세계에서의 많은 일들이 그대로 일어나

논문접수일 2010.11.30, 논문심사일 2010.12.12, 제재확정일 2010.12.22

* 단국대학교 부교수. 법학박사. 이 연구는 단국대학교 대학원 연구보조장학금의 지원으로 이루어진 것임. 이 논문은 2010년 12월 말에 발행예정인 한국콘텐츠진흥원의 “가상세계산업진흥법 제안방안에 관한 연구” 보고서의 출저 제4장 제2절 “가상세계와 지적재산권”的 일부를 실질적으로 보완·발전시킨 것이며, 또한 한국저작권위원회의 “게임과 저작권 제4회 워킹그룹 보고서” 중 “가상세계와 저작권의 법적 쟁점”을 기초로 본 학술지 논문게재를 위해 수정·편집한 것임을 밝힙니다.

1) 가상세계의 특징에 관하여, Working in Second Life,

[〈http://wiki.secondlife.com/wiki/Second_Life_Work〉](http://wiki.secondlife.com/wiki/Second_Life_Work) (최종 방문일: 2010. 11. 10); David B. Whittle, *Cyberspace: The Human Dimension*, W H Freeman & Co (1997). 가상세계는 컴퓨터를 통해 3차원 그래픽 등으로 생활하면서 마치 현실 세계와 같은 느낌을 느끼게 하는 것으로 인공현실(artificial reality), 가상환경(virtual environment), 합성환경(synthetic environment) 등이라고도 하며, 대표적인 것으로 미국의 유명한 린든 랩의 “세컨드 라이프(Second Life)”와 다다월즈가 있다. 세컨드 라이프의 경우 약 1천만명 이상의 이용자(주민)가 다른 아바타와 상호작용을 할 수 있는 등 소셜 네트워크 서비스를 제공하고 있다. 실제 세컨드 라이프에서는 아바타간에 혼인을 하고, 상점을 열어 사업을 하며, 불륜을 저지른 남편을 상대로 이혼청구소송을 제기하기도 하고 아바타를 살해하는 사건 등도 발생하고 있다.

고 있으며, 새로운 비즈니스 모델이 지속적으로 창출되고 있다. 또한 이용자는 타인의 정보를 활용하기도 하지만 창작자로서 스스로의 시간과 노력을 투여하여 새로운 창작물들을 만들어내고 있다. 이와 같이 가상세계는 정보통신망상의 새로운 커뮤니티 공간으로서 차세대 성장산업으로 주목받고 있다.

가상세계에서 창작되어 이용되고 있는 다양한 콘텐츠의 대부분은 저작물 등 지적재산으로서 가상공간뿐만 아니라 현실세계의 다른 저작물, 상표, 디자인, 특히 등과의 상호작용을 통하여 재생산·활용되고 있다. 이 과정에서 지적재산권의 침해가 발생하기도 하고²⁾ 현실세계의 법률이 완전하게 해결하지 못하는 법적 쟁점들도 등장하고 있다. 즉 타인의 저작물을 무단으로 복제하거나 아이템을 도용하여 저작권 침해의 문제가 발생하고 있으며, 현실세계의 상표를 가상세계에서 무단으로 사용하여 상표권 침해의 문제도 발생한다. 또한 유명인의 초상을 허락 없이 영리적으로 사용하여 퍼블리시티권 침해가 발생하기도 하고 패션 디자인이나 특허를 무단으로 사용함으로써 디자인보호권이나 특허권을 침해하기도 한다.³⁾ 반면 가상세계는 참여자 모두가 함께 건설해 가는 공간이고 공유와 참여를 바탕으로 한 혁신적인 방법으로 창작활동이 일어나므로 현실세계의 엄격한 라이선스 방식으로는 가상세계의 발전을 극대화시킬 수 없다. 또한 현실세계의 거리를 그대로 가상세계의 3차원 그래픽으로 구현하려고 할 경우 그 구성요소인 건축물이 저작물에 해당하는지 여부와 저작물에 해당한다면 저작권자로부터 이용허락을 받아야 하는지 등의 문제해결이 명확하지 않다.

따라서 이 글은 가상세계와 관련된 지적재산권 문제 중 가장 많은 부분을 차지하고 있는 저작권을 중심으로 현실세계의 법제가 가상세계의 특수한 환경에 적합한지를 검토해 보고, 가상공간에서 일어나는 새로운 형태의 저작물 이용으로부터 파생되는 몇 가지 법적 쟁점에 대한 해결책을 제시하고자 한다.

II. 가상세계에서의 창작의 특징

1. 창작과정

가상세계에서 지적재산권을 보호하는 동시에 창작을 증진시키려면 가상세계의 창작자와 이용자 간의 이해관계를 고려하고 창작과정의 특성을 이해할 필요가 있다. 이를 통해 잠재적인 지적재산권과의 충돌문제를 해결하면서 가상세계산업을 활성화하는 새로운 기준과 원칙을 정

2) 최경진, 가상세계산업 활성화를 위한 법제도 개선방안 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2009.12, 22면; “세컨드 라이프-현실세계 골치 아픈 일 다 있네!”, 한국경제, 2007. 8. 24. (2007년 미국의 스티븐 리버맨 변호사는 세컨드 라이프 이용자들의 특허권과 저작권 관련 소송으로 2만 달러를 벌었다고 하였다.)

3) 가상세계에서 특허권 침해문제는 주로 가상세계의 시스템 및 인프라 초기 구축단계에서 발생되므로 가상세계 내의 문제라고 보기 어렵다.

립할 수 있을 것이다. 가상세계에서의 창작과정의 특징을 정리해 보면 다음과 같다.⁴⁾

첫째, 가상세계의 이용자들은 대부분 창작자들이다. 이러한 창작자들과 가상세계 주민간의 관계에는 매우 강한 상호작용이 존재하며, 이용자들이 구성하는 친교집단에 의한 ‘공동체성’과 이용자들의 상태정보를 실시간으로 교환하는 ‘즉시성’을 가지고 있다. 이러한 점에서 가상세계는 현실세계와 완전히 다른 모습을 나타낸다.

둘째, 가상세계의 많은 이용자들은 혁신과 창작의 가치를 함께 추구하면서 창작의 자유와 저작물에 대한 개방적 접근 및 혁신(open innovation)을 향유하기를 원한다. 그러나 동시에 무단 복제로부터 일정한 정도의 보호를 원한다.⁵⁾

셋째, 가상세계의 창작은 대부분 2차적 저작물⁶⁾의 형태로 이루어진다. 이용자들은 디자인을 복제할 수 있고, 현실세계의 구체적인 의복·머리모양·풍경·보석·생활모습 등으로부터 영감을 받아 작성한다.

넷째, 가상세계 이용자들은 현실세계로부터 이미지 등을 차용하기도 한다. 차용의 방법은 직접적이기도 하고, 때로는 혁신적인 방법으로 이루어지기도 한다. 직접적으로 복제가 이루어지는 가상세계의 아이템은 시각적으로 동일한 모습을 띠게 되는데, 예를 들면, 현실세계의 프라다가방을 가상세계에서 동일하게 표현하는 경우이다.

다섯째, 가상세계를 구성하는 모든 풍경, 캐릭터, 빌딩, 의류, 보석 기타 아이템 등은 기본적으로 컴퓨터프로그램이지만 그래픽으로 표현된다.⁷⁾

여섯째, 가상세계는 넓은 의미에서 이용자가 공동으로 만든 공동저작물의 성격이 강하다. 이러한 점에서 가상세계 자체에 대한 독점적 권리를 개별적으로 인정하기는 어렵다.

일곱째, 가상세계의 대부분의 저작물들은 가상세계에서 이탈할 수 없다. 왜냐하면 이러한 콘텐츠들은 가상세계에 존재하기 때문에 의미가 있기 때문이다.

2. 창작물

가상세계에 존재하는 캐릭터, 의류, 빌딩 등을 복제하는 것은 정확한 의미에서 프로그램 코드를 복제하는 것이다. 그러나 시각적 현상으로 나타나는 것은 가상세계 상품의 복제라는 점에서 현실세계에서 일어나는 저작물의 복제와 구별된다. 또한 가상세계 상품은 현실세계의 상품과 저작권 보호의 정도에서 차이가 있을 수 있다.

4) Yuval Karniel & Stephen Bates, *Copyright in Second Life*, 20 Alb. L.J. Sci. & Tech. 433, 453 (2010).

5) LindenLab.com, *Linden Lab Ushers in a New Era of Second Life with Initiative to Customize the Experience for Each User*, Apr. 22, 2009.

〈http://lindenlab.com/pressroom/releases/21_04_09〉 (최종 방문일: 2010. 11. 8.)

6) 저작권법 제5조 ① 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적저작물”이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

② 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

7) SecondLife.com, Create: Designers. 〈<http://secondlife.com/whatis/create/designers>〉 (최종 방문일: 2010. 10. 29)

예를 들면, 가상세계의 의류나 가구는 현실세계의 의류나 가구와 다른 특징이 있다. 일반적으로 현실세계에서는 기능성이 강한 의류나 가구는 저작권의 보호를 받지 못하는 경우가 많다. 그런데 가상세계에서 아바타가 착용하는 옷과 사용하는 가구는 실용성이나 기능성을 가지지 않는다. 가상세계의 의류는 아바타의 체온을 유지하거나 몸에 편안한 착용을 위한 기능을 수행하기 보다는 이용자의 개성이나 미적 감각이 표현된 의상이다. 또한 가상세계에서 의자나 침대는 아바타가 앉거나 잠을 자기 위한 것이 아니므로 현실세계의 가구의 기능을 가지지 않는다. 이러한 점에서 가상세계의 의류나 가구는 현실세계의 것과 달리 저작권 보호의 대상이 될 가능성이 높다.

다음으로 가상세계의 아바타는 단순한 의상이나 가구와 달리 가상 캐릭터로서 독자적인 논의가 필요하다. 일반적으로 창작성이 있는 시각적 캐릭터의 경우에는 만화, 소설, 영화 등 작품으로부터 분리하여 독자적으로 보호받을 수 있다.⁸⁾ 가상세계의 아바타는 단순한 초기 아바타를 기초로 하여 이용자들이 자신만의 캐릭터를 만들게 되므로 외모와 같은 미술적 표현이 가장 많은 비중을 차지하는 동시에 이용자의 분신으로서 행동, 명칭, 용모, 평판 등으로 형성된 인격을 가지게 된다.

그런데 아바타를 구성하는 다양한 요소 중에서 일부를 복제하는 것이 저작권 침해를 구성하는지가 문제된다. 아바타의 시각적 표현은 그 독자적 보호가 인정될 수 있다. 그러나 아바타가 가지는 인격은 추상적 개념으로 저작권법상 아이디어 영역에 두는 것이 타당하다고 본다.⁹⁾ 반면, 아바타의 시각적 표현은 이용자의 인격적 발현이므로 저작인격권의 강한 보호를 받을 수 있다.

한편, 미국의 경우는 캐릭터의 독자적 보호를 보다 넓게 인정하고 있다. 법원은 TV에 등장하는 바니(Barney) 공룡의 시각적 모습의 한 부분을 차지하는 복장과 유사한 복장을 판매한 피고의 행위에 대하여 저작권 침해를 인정함으로써,¹⁰⁾ 바니 공룡 자체뿐만 아니라 그를 구성하는 독특한 요소들까지 보호하고 있다. 이러한 캐릭터의 독자적 보호는 어문 및 다른 예술 저작물의 캐릭터에도 미치고 있다.

3. 이용허락

세컨드 라이프(Second Life)의 경우 콘텐츠의 안전한 이용을 도모하기 위하여 ‘크리에이티브 커먼스 라이선스(Creative Commons License:CCL)’를 사용할 수 있는 도구를 제공하고 있다. 그리고 서비스협약조건에서 이용자가 제작한 콘텐츠의 소유권을 명시적으로 인정하고 있다. 현실세계에서 저작권 이용허락의 절차는 복잡하고 용이하지 않은 경우가 많은 반면, 가상세계의 저작물 이용허락의 표시와 저작물에 대한 이용자의 권리를 인정하는 것은 가상세계산업의 활성화에 매우 중요한 동인이 된다.

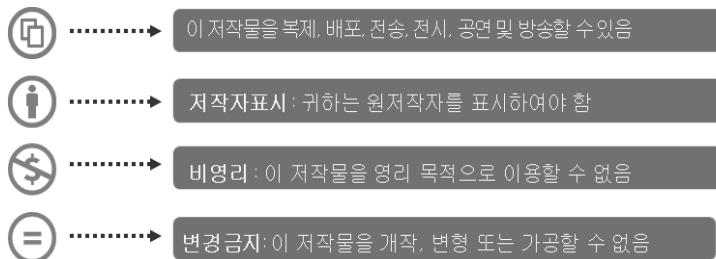
8) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결.

9) 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007, 154면.

10) Lyons P'ship v. Morris Costumes, 243 F.3d 789, 794-96, 802-06 (4th Cir. 2001).

CCL은 저작권자가 자신의 저작물에 대한 이용방법 및 조건을 표시하여 이용자들이 그 방법과 조건 내에서 자유롭게 저작물을 이용할 수 있도록 하는 방법을 말한다. 예를 들면, 상업적 이용 금지·변경 금지 등과 같은 규정을 붙여 놓는 것으로 저작자는 그 중에 필요 한 라이선스 유형을 선택하여 저작물에 표시함으로써 자신의 저작물에 대한 이용범위를 설정하여 자유롭게 공유하도록 할 수 있다.¹¹⁾

〈CCL의 4가지 표시방법 및 활용 예시〉



앞서 살펴본 바와 같이, 가상세계에서는 직·간접적인 복제, 혁신을 통한 다양한 창작물이 양산되고 있다. 이러한 특성을 고려하여 보다 풍성한 가상세계를 건설하려면 저작권의 이용허락 여부가 명확히 표시될 필요가 있다. 이용자가 사전에 그 이용의 범위가 명확하게 표시된 저작물을 자유롭고 안전하게 이용할 수 있다면 저작물의 활용이 증대되어 다양하고 창작성이 높은 저작물의 탄생도 기대해 볼 수 있다. 또한 이를 위하여 보호받고자 하는 창작자는 자신의 권리를 표시하는 최소한의 노력이 요구된다. 이러한 점에서 가상세계는 인터넷 3.0 시대에 발생되고 있는 현실적 문제와 저작권 체제의 갈등을 해결할 수 있는 대안을 모색하는 시험장인 동시에 저작물 이용의 새로운 패러다임의 초석이 될 것으로 기대한다.

III. 이용자의 창작물에 대한 권리

1. 컴퓨터프로그램으로 구현된 콘텐츠

세컨드 라이프(Second Life)와 같은 가상세계에서 최초 캐릭터와 상품에 접근하려면 이용자가 우선 자신의 컴퓨터에 콘텐츠를 다운받아야 하고, 이러한 행위는 정당한 복제에 해당한다. 그러나 가상세계에 존재하는 타인의 캐릭터나 상품을 복제하는 것은 다른 결과를 야기할 수 있다. 가상세계에 존재하는 캐릭터나 상품은 시각적 저작물이지만 보다 엄밀한 의미에서 컴퓨터프로그램코드이다.

저작권법은 컴퓨터프로그램을 보호하면서 프로그램으로 구현된 미술적 표현 등을 별개의

11) Creative Commons 웹페이지 <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/kr/>>

예술저작물로 보호하고 계속적으로 움직이는 영상은 영상저작물로 보호한다. 또한 컴퓨터프로그램의 보호는 ‘룩 앤드 필(look and feel)¹²⁾’이라고 지칭되는 예술적인 표현과 구조적 기능적 요소들을 포함한다. 후자의 구조적-기능적 요소의 예로서 미로찾기, 닷 고블링 캐릭터(dot-gobbling characters), 점수가감 방식 등을 들 수 있다. 위의 요소들은 창작적이지 않은 프로그램의 화면과 음향, 인터페이스 및 그래픽 요소 등으로 구성된 기능적인 표현이나 디자인으로서 저작권 보호를 받지 못한다. 미국 제 7 연방항소법원은 원고 팩맨(Pac-man)社의 게임과 유사한 방식의 컴퓨터 미로찾기 게임을 개발하여 판매한 피고의 행위는 원고의 저작권을 침해하지 않지만, 원고의 것과 유사한 ‘고스트 몬스터(ghost monsters)’를 제작하여 사용한 것은 저작권 침해에 해당한다고 판결하였다.¹³⁾

2. 가상세계에서의 저작권 침해 문제

앞서 설명한 바와 같이, 가상세계는 캐릭터에서부터 의상, 헤어디자인, 가구, 예술작품, 자연환경, 건물의 외관 등에 이르기까지 모두 시각적 디자인으로 표현되어 있으면서도 그 근본은 컴퓨터프로그램이다. 따라서 가상세계 저작물들은 컴퓨터프로그램이나 기타 시각적 미술 작품처럼 저작권법으로 보호를 받을 수 있다. 그런데 가상세계의 저작물은 해당 사이버공간에 존재하고 그 공간에서 주로 이용된다는 점에서 현실세계의 저작물과 차이가 있다.¹⁴⁾ 그러나 가상세계에서 창작된 저작물이 반드시 해당 사이버공간에서만 이용되는 것이 아니라 현실세계에서 이용되기도 하고, 반대로 현실세계의 저작물이 가상세계에서 동일·유사하게 구현되기도 한다. 이 과정에서 저작권 침해의 문제가 발생한다. 최근 세컨드 라이프(Second Life) 상에서 Eros라는 회사를 설립하고 아바타의 성행위와 관련된 프로그램, 상품 등을 제조·판매하는 원고의 프로그램(SexGen Bed)을 피고가 유사하게 제작하여 판매한 사건에서 법원은 저작권 침해를 인정한 바 있다.¹⁵⁾

가상세계 저작물은 이용자가 현실세계 또는 가상세계 내의 타인 저작물을 번역·편곡·변

12) 컴퓨터에 명령을 내릴 때, 화면에 나타난 그림 또는 메뉴를 보고 난 후 어떤 명령을 내릴 것인가를 생각하는 상황, 즉 사용자 인터페이스(UI)로 디스플레이 화상(display image)에 표시하는 방법이나 키보드, 마우스 등을 조작하는 방법을 의미하기도 한다. 이는 기존의 입력 장치인 키보드 앞에서 명령을 생각하고 난 후 키를 쳐서 입력하는 방식(think-and-type)과 달름을 강조하는 표현이다. 그래픽 사용자 인터페이스(GUI) 환경의 발달로 보편화된 매우 중요한 개념이다. 네이버 백과사전.

13) Atari, Inc. v. North Am. Philips Consumer Elec. Corp., 672 F. 2d 607 (7th Cir. 1982).

14) 가상세계사업자에 의해 제공된 제작 도구를 사용하여 이용자들이 작성한 저작물들은 해당 가상공간에 존재할 때 의미가 있다는 점에서 이를 ‘기생적 저작물’이라고도 한다. 정해상, “사이버재산권의 법적 성질과 한계”, 『한양법학』제27집, 2009, 8, 12면.

15) Eros, LLC, Linda Baca, Teasa Copprue, Shannon Grei, Kasi Lewis and De Designs, Inc. v. Simon, Complaint. <http://www.virtuallyblind.com/files/07_10_24_eros_et_al_v_simon_complaint.pdf>; “Six Major Second Life Content Creators Sue Alleged Copyright Infringer in NY Federal District Court”, October 27, 2007. <<http://virtuallyblind.com/2007/10/27/content-creatorssue-rase-kenzo>>; 정연덕, “세컨드라이프에서의 저작권 관련 소송”, 『Law & Technology』, 제4권 2호, 서울대 기술과 법센터, 2008. 3, 169면 이하.

경 등의 방법으로 작성한 2차적 저작물인 경우가 많으며 그 침해여부 및 권리관계는 저작권법에 따라 해결할 수 있을 것이다.¹⁶⁾ 그런데 가상세계의 모든 저작물이 저작권법에 의해 동일하게 보호되는 것은 아니며 보다 복잡한 문제들을 내포하고 있다. 예를 들어, 가상세계에서 제작된 아바타를 해리 포터(Harry Potter)로 이름붙이고, 현실세계의 저작자인 조恩 롤링(J. K. Rowling)의 소설 속 인물과 동일하게 제작할 수 있는지 여부, 또는 건축물 및 주변 환경디자인과 풍경과 같은 가상세계 저작물뿐만 아니라 가구, 인형, 게임, 의류, 보석 및 기타 패션상품과 같은 가상 상품에 대한 보호도 문제된다. 즉 가상세계와 관련된 위 사안들은 종국적으로 프로그램에 의한 복제인지 아니면 가구, 의류, 보석 등과 같은 실질적인 상품에 대한 복제를 의미하는 것인지를 명확하지 않다.

그리고 세컨드 라이프에서 콘텐츠를 복제하기 위해 제공되는 카피봇(CopyBot)¹⁷⁾이 프로그램코드를 복제하는 장치인지 아니면 대상물을 복제하는 장치인지가 명확하지 않다. 프로그램저작권적 측면에서 보면 카피봇(CopyBot)을 이용하여 가장 기초적이고 기능적인 요소들을 복제하는 경우를 제외하고는 저작권 침해를 구성하는 것으로 보아야 할 것이다. 카피봇의 불법적인 사용이 증가하면서 신성장산업인 가상세계에서도 저작권 등 지적재산권 침해의 문제가 부각되고 있다.

한편, 가상세계 내에서 이용자에 의해 행해지는 저작권 침해에 대하여 가상세계운영자에게 그 책임을 물을 수 있는지가 문제된다. 저작권법 제2조 제30호는 온라인서비스제공자(Online Service Provider: OSP)를 “다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자”로 정의하고 있다. 가상세계운영자들은 이용자들이 가상세계에서 저작물을 복제 또는 전송할 수 있는 서비스를 제공하므로 저작권법상 온라인서비스제공자에 해당될 수 있다. 따라서 가상세계운영자가 저작권법 제103조에 따른 저작권자의 요청으로 침해라고 여겨지는 복제물을 가상세계에서 삭제하고 즉시 그 복제물을 복제·전송하는 자에게 삭제사실을 통보하는 등의 적절한 조치를 취함으로써 관련 책임을 감경 또는 면제받을 수 있다.

그러나 소리바다 사건¹⁸⁾에서 본 바와 같이, OSP가 인터넷서비스 공간에서 이용자들에 의한 저작권 침해를 미필적으로 알면서 이용자들의 저작권 침해를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 않은 경우에는 해당 저작권 침해에 대한 방조책임을 질 수 있다. 따라서 가

16) 저작권법 제22조 “저작자는 그의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리 를 가진다.”

17) 카피봇(CopyBot)은 세컨드 라이프와 같은 가상세계에 존재하는 이미지를 복제할 수 있는 도구로서, 예를 들면 이용자가 나무 하나를 제작한 다음 이를 복제하여 숲을 만들 때 유용하게 사용된다. 그러나 카피봇이 타인의 저작물을 무단으로 복제하는데 사용되면서 가상세계에서의 저작권 침해가 이슈로 대두되고 있다.

18) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결(“…침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 할 것이다.”); Metro-Goldwyn-mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S.Ct. 2764 (Jun 27, 2005)(저작권을 침해하기 위한 사용을 장려하기 위한 목적을 가진 프로그램 등을 배포하는 자는 그 프로그램 등을 사용한 제3자의 침해에 대해 책임을 진다.).

상세계운영자는 자신의 가상세계에서 저작권 침해가 만연하지 않도록 기술적 보호조치를 적용하고 이용자 계몽 및 일정한 모니터링 등의 조치를 취할 필요가 있다. 한편, 가상세계 운영자는 저작권법 제104조 제1항에서 규정하고 있는 특수한 유형의 OSP, 즉 P2P, 파일 공유형 웹스토리지 등과 같은 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 서비스운영자에 해당하지 않으므로 불법적인 전송을 차단하는 기술적 보호조치에 관한 의무는 지지 않는다.

가상세계에서의 저작권침해의 발생을 미연에 방지하고 가상세계산업의 활성화를 도모하기 위하여 정부는 가상세계에서 지적재산권 보호를 위해 이용자를 계도할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있으며, 동시에 가상세계산업의 활성화를 위하여 그 특징에 적합한 저작권 정책 및 가이드라인을 마련할 필요가 있다.

3. 이용자의 창작물에 대한 권리

가상세계 서비스는 이용자에게 그림그리기, 작곡 및 연주, 건축 등 자유로운 저작활동을 할 수 있는 창작적 도구프로그램을 제공하고 있다. 예를 들어, 이용자는 이 창작도구를 사용하여 아바타의 머리스타일, 눈동자의 색깔, 피부색, 얼굴 및 신체의 형태 등 미세한 사항 까지 자산의 의사에 따라 구체적으로 창작할 수 있다. 그리고 세컨드라이프(Second Life)의 경우를 보면 이용자가 이러한 창작도구를 사용하여 제작한 아바타, 가구, 자동차 등 창작물에 대한 이용자의 권리를 명시적으로 인정하고 있다.¹⁹⁾ 반면, 국내 가상세계 운영자의 경우에는 이용자가 제작한 저작물에 대해 그 권리귀속 관계를 합구하는 경우가 대다수이다.

최근 공정거래위원회는 블리자드엔터테인먼트(이하 ‘블리자드’라고 한다.)의 배틀넷(Battle.net)²⁰⁾ 이용약관 중 이용자 콘텐츠 권리귀속 조항, 사업자 콘텐츠에 대한 이용자 권리 불인정 조항 및 사업자 면책조항 등 이용자에게 일방적으로 불리한 불공정 약관 17개 조항을 자진 수정 또는 삭제하도록 조치한 바 있다.²¹⁾ 특히 이용자가 제작한 콘텐츠에 대한 권리와 관련하여, 블리자드는 이용자가 제작한 콘텐츠(이용자콘텐츠)를 비롯해 게임과 관련된 모든 콘텐츠에 관한 저작권 등 일체의 권리가 블리자드에 귀속된다고 약관에 규정하고 있다. 이에 대해 공정거래위원회는 이용자 콘텐츠를 게임과 결합된 콘텐츠와 게임과 분리된 게시물 등의 콘텐츠로 구분하여, 전자는 사업자가 서비스제공과 홍보 목적으로만 이

19) Second Life Website, Terms of Service

〈<http://secondlife.com/corporate/tos.php>〉 (최종방문일 : 2010. 11. 25.)

20) 블리자드는 1994년 미국에서 설립된 게임소프트웨어 개발 및 서비스제공업체로서 스타크래프트(Star Craft) 성공을 기반으로 세계 최대의 게임업체로 성장한 다국적기업이다. 또한 배틀넷은 이용자들이 동시에 접속하여 블리자드의 게임을 이용할 수 있도록 하는 온라인 네트워크시스템이다.

21) 공정거래위원회, 이용자 콘텐츠에 대한 권리는 이용자에게 있다! 블리자드의 배틀넷(Battle.net) 이용약관 중 17개의 불공정조항 시정, 보도자료, 2010. 6. 18.

용하는 것으로 제한하고, 후자와 같이 이용자 게시물이 게임과 분리된 경우에는 원칙적으로 이용자의 권리를 인정하도록 하였다. 즉 공정거래위원회는 저작물의 소유를 실제로 창작한 자에게 귀속하는²²⁾ 저작권법 등으로 게임이용자의 권리가 인정될 수 있는 콘텐츠의 권리를 사업자에게 귀속시키는 약관조항은 고객의 법률상의 권리를 제한하므로 약관규제법상 무효라고 보았다.

또한 포털사이트 이용약관에서 포털이 일방적으로 이용자의 저작물을 사용할 수 있도록 한 조항에 대해 공정거래위원회는 고객이 독자적으로 작성하여 게시판에 게시한 저작물의 저작권은 고객이 가지므로 이용약관에서 고객의 게시물을 임의로 사용·복제하거나, 미디어, 통신사 등 제3자에게 임의로 제공할 수 있도록 규정한 것은 고객의 저작권을 침해하는 경우에 해당한다고 보았다.²³⁾

이상의 내용을 고려해 볼 때, 가상세계 내에서 제공된 창작도구를 사용하여 이용자들이 창작한 작곡, 그래픽디자인 및 기타 독자적으로 생성한 저작물에 대해서는 이용자에게 그 권리를 인정하는 것이 타당하고 가상세계의 활성화를 위해서도 창작의 동인을 제공하는 것이 바람직하다고 본다.

IV. 현실세계의 거리를 가상세계로 구현한 경우의 저작권 문제

현실세계의 거리를 그대로 가상세계의 3차원 그래픽으로 제작한 경우에 저작권 침해가 발생하는지가 문제된다. 예를 들어, 가상세계 게임 중 ‘미러월드(Mirror World)’는 현실세계의 건물을 3D 그래픽으로 그대로 구현하고 현실세계의 상점을 입점하여 영업하도록 하고 있다. 이러한 경우 가상세계운영자들이 현실세계 건축물을 그대로 가상세계에 구현할 때 현실세계 건축물 권리자의 이용허락을 받아야 하는지의 여부 및 가상세계 건축물에 대한 저작권은 누구에게 귀속되는지의 여부가 쟁점이 된다.²⁴⁾

1. 건축물의 저작권 보호

현행 저작권법 제4조 제1항 제5호에서 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물을 보호하고 있다. 그러나 일반적으로 주택이나 사무실과 같은 건축물은 주거와 사무를 위한 공간으로 기능성이 강한 건축물이므로 저작물성이 인정되지 않는다. 이를 인정할 경우 동일·유사한 형태의 주택이나 사무실을 지을 수 없게 되어 인간의 기본적 권리인

22) 저작권법 제2조 제2호.

23) 공정거래위원회 의결 제2008-251호, 사건번호 207서이3007; 손승우, 디지털콘텐츠 부문별 표준 약관 및 표준계약서 제정 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2009, 77면.

24) 이러한 문제는 현실세계의 골프코스를 그대로 구현한 스크린 골프, 네비게이션상의 전자지도, 영 화제작시 미니어처 등에서도 동일하게 발생할 수 있다.

주거 및 사무를 어렵게 할 수 있다. 따라서 건축물은 다른 예술적 창작물과 달리 높은 정도의 창작성을 요구하는 편이다. 건축물의 전체적인 외적 모습이 인간의 사상이나 감정의 개성이 가미된 창작적 표현이라고 여겨질 정도의 창작성이 있는 경우에는 저작물로서 보호받을 수 있다. 예컨대, 궁전, 사원, 박물관, 개선문 등 예술성이 높은 건축물에 한하여 저작권 보호가 인정된다.²⁵⁾ 다만, 기능성이 강한 건축저작물은 그 구성요소에 창작성이 있더라도 저작권의 보호를 제한하고 합체의 원칙(merger doctrine)을 엄격하게 적용해야 한다.²⁶⁾ 또한 창문이나 출입문 등과 같은 개개의 구성요소는 건축저작물로 보지 않으며 탑, 정원, 다리 등은 건축물의 일부를 구성하더라도 독립된 건축저작물로 볼 수 있다.²⁷⁾ 그리고 건축물에 부속된 조각이나 문양 등에 예술적 요소가 강하게 표현되어 있다면 그 부분은 미술저작물로 볼 수 있을 것이다.

2. '801 타워' 사건

(1) 사실관계

1994년 로스앤젤레스 다운타운에 위치한 '801 타워'와 그 빌딩의 남쪽에 스트리트월(streetwall)을²⁸⁾ 형성하는 4개 타워들은 피고 워너브러더스사의 영화 'Batman Forever'에서 고담 제2은행(Second Bank of Gotham)이 되었고, 피고는 특수효과를 위하여 촬영용 소형세트(miniature) '801 타워'를 제작하였다. '801 타워'는 CRA(LA Community Redevelopment Agency)로부터 토지를 구매한 R&T(R&T Development Corporation)가 24층의 고층빌딩건축계획을 세우고 이를 디자인하기 위해 고용한 건축업자인 TAC와 퍼센트법(Percent for Art)에²⁹⁾ 따른 예술적 부분을 건축물에 가미하기 위해 의뢰한 예술가인 원고의 공동작품이다. CRA는 전통적인 모습으로 스트리트월(streetwall)을 조성하고 빌딩의 전면부와 입구에 예술적이고 건축적인 요소를 공유하도록 요구하였고, 원고는 예술적 요소를 위한 도면을 발전시켜 잔자 마드레(Zanja Madre)를 창작하였다.

1991년 원고와 R&T는 본 작업이 원고와 TAC의 공동작품임을 명시하는 서면계약서를 작성하였다. 그런데 본 계약서에서 원고는 R&T측에 잔자 마드레의 복제물을 만들 수 있는 영구적이고 취소할 수 없는 라이선스를 제공하였고, 잔자 마드레와 동일한 3차원 복제물을 만들거나 다른 사람에게 이용허락을 하지 않기로 약속하였다. 그런데 원고는 잔자 마드레 전체를 '조각 저작물(sculptural work)'로 등록하고 잔자 마드레에 있는 예술작품과 801 타워에 대한 저작권을 주장하면서 피고를 저작권 침해로 고소하였다.³⁰⁾

25) 송영식 외 2인, 「지적재산권법(下)」, 제5전정판, 육법사, 1998, 433면.

26) 오승종, 저작권법, 박영사, 2007, 104면.

27) 오승종, 위의 책, 99면.

28) A street wall is the part of a building that faces the street, but it generally refers to how and where several buildings line up to define a proper walking environment

29) 공공건물이나 공공시설물을 건축하는 경우, 건축비용의 일정비율을 미술작품의 제작과 설치에 의무적으로 사용하도록 하는 법이다.

30) Andrew Leicester v. Warner Brothers, 232 F.3d 1212(9th Cir. 2000).

(2) 법원의 판결

이 사건을 맡은 하급심 법원은 스트리트월 타워들이 예술적인 요소를 가지더라도 건축저작물의 일부에 해당하며 건축물과 분리하여 존재하지 않는다고 판시하였다. 따라서 법원은 801 타워와 함께 스트리트월을 찍은 피고의 영화는 1990년 건축저작권법(Architectural Works Copyright Protection Act; AWCPA) 제120조 (a)항을 근거로³¹⁾ 회화적 표현에 대한 면책에 따라 저작권을 침해하지 않는다고 판결하였다.

다음으로 피고가 특수효과를 위하여 유형의 미니어처 801 타워를 제작한 것에 대하여, 법원은 원고와 R&T가 체결한 계약서에서 원고는 모든 3차원 복제물을 만들 권리(권리를 포기하였으므로 피고가 미니어처를 제작하도록 허락할 권리가 R&T에게 있다고 판단하였다. 따라서 피고가 받은 이용허락은 정당하다고 보았다. 항소심도 하급심 판결과 동일한 취지로 판결하였다.

한편, 1990년 건축저작권법(Architectural Works Copyright Protection Act; AWCPA) 제120조 (a)항의 입법목적은 3차원 건축물을 바탕으로 회화, 사진 등의 2차원 표현으로 복제하여 이용하는 것을 방해하지 않기 위한 것으로 당시 우편엽서 시장 등에서 건축물 사진의 상업적 이용을 고려한 것이다.³²⁾ 따라서 동 조항의 입법취지를 고려해 볼 때 가상세계에서 건축물을 3차원 그래픽으로 표현하는 것이 2차원적인 회화 등의 표현은 아니더라도, 유형의 건축물을 동일한 유형의 건축물 형태로 복제하는 것이 아니라면 저작권 침해를 구성하지 않는 것으로 보아야 한다.

그러나 우리나라 저작권법 제35조 제2항에서 가로·공원 등 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 건축저작물 등을 복제할 수 있도록 하면서 건축물을 건축물로 복제하거나 판매의 목적으로 복제하는 경우에는 예외로 허용하지 않고 있다. 예외 중 후자와 관련하여 저작물성이 있는 건축물을 엽서제작을 위해 사진이나 그림으로 복제하여 판매하는 경우에는 저작권 침해를 구성하는 것으로 보는 것이 다수의 견해이다.³³⁾ 이러한 점에서 우리

31) 제120조 건축저작물에 대한 배타적 권리의 범위

(a) 허용되는 회화적 표현 : 저작물이 구체화된 건물이 공공장소에 위치하거나 또는 공공장소로부터 일반적으로 보일 수 있는 곳에 위치하는 경우, 건축저작물의 저작권은 당해 저작물을 그림, 회화, 사진이나 기타 회화적 표현물로 제작하여 배포하거나 공개 전시하는 것을 금지하는 권리까지를 포함하지 아니한다.

32) “Congress was aware of the commercial market for posters and postcards of famous or interesting buildings, and it did not want its extension of copyright protection to constructed architectural works to affect that market. But Congress did not address the commercial market for posters and postcards of specific, copyrighted PGS works that are embedded in, or in some other way a part of, a building. Entrepreneurs desiring to sell postcards that featured a building's attached artwork always needed to obtain a license from the PGS artist or risk a copyright infringement suit. In this way, the PGS artists were in a position to control the commercial exploitation of two-dimensional reproductions of their independent, creative contribution to a larger work. I interpret the absence of explicit congressional intent to eliminate that ability to be further evidence that the AWCPA was not intended to affect the separate copyrightability of PGS works incorporated into buildings.” 232 F.3d 1212, 1230–31(9th Cir. 2000).

저작권법은 1990년 미국의 건축저작권법과 차이를 보이고 있다.

3. 가상세계 거리와 저작권과의 관계

저작권법 제35조 제1항에서 미술저작물, 사진저작물, 건축저작물의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다고 규정하고, 다만 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시할 수 없도록 하고 있다. 또한 동조 제2항에서 가로·공원 등 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물 등을 어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다고 규정하면서, 건축물을 건축물로 복제하는 경우, 조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우, 앞서 언급한 개방된 장소 등에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우, 판매의 목적으로 복제하는 경우에는 예외로 복제이용을 허락하지 않고 있다.³⁴⁾ 또한 저작권법 제2조 제22호에서 복제의 정의를 규정하면서 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다고 규정하고 있다.

앞서 설명한 바와 같이, 저작물성이 있는 건축물이 되려면 높은 수준의 창작성이 요구되므로 가상세계에서 구현된 거리의 구성요소인 현실세계의 일반 건축물들은 대부분 저작권 보호를 받지 못할 것이다. 비록 가상세계에 구현된 일부 건축물이 저작물성을 가지는 경우라도 이는 현실세계에서 건축물을 건축물로 복제하는 것이 아니고 현실세계에 존재하는 거리라는 공간적 사실을 그대로 구현하는데 중심을 둔 것으로 해당 거리에 당연히 위치하고 있어야 하는 곳에 해당 건물을 구현하는 것이 저작권을 침해한다고 볼 수 없다. 왜냐하면 거리를 사실적으로 표현함에 있어서 어떤 건물이 저작권보호를 받고 있다고 하여 그 거리에 있어야 하는 건물을 생략한다면 사실적인 거리구현의 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 따라서 사실적 거리를 구성하는 저작권의 보호를 받는 건축물을 가상세계에 그대로 표현하였다고 하여 당연히 저작권 침해로 귀결할 수는 없다고 본다.

그리고 가상세계에서 구현된 3차원 그래픽은 건축물 자체를 복제하여 판매하는 것이 주된 것이 아니므로 판매의 목적으로 복제하는 것에 해당하지 않는다. 따라서 현실세계 건축물을

33) e.g., 장인숙, 「저작권법원론」, 보진재출판사, 1989, 106면; 이해완, 앞의 책, 443면; 동경지법 2001. 7. 25. 선고 平13(7)56 판결(법원은 “버스 차체에 그려진 미술작품의 사진을 유아를 대상으로 자동차를 설명을 하는 책의 표지 등에 게재하고 판매한 행위에 대해 일본 저작권법 제46조 제4호 소정의 ‘오로지 미술저작물의 복제물의 판매를 목적으로 하는 행위 등’에 해당하지 않는다”고 판시하였다.).

34) 저작권법 제35조 제2항 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물 등은 어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 건축물을 건축물로 복제하는 경우
2. 조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우
3. 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소 등에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우
4. 판매의 목적으로 복제하는 경우 <이하 생략>

3차원 그래픽으로 만들어 거리를 제작하는 것은 저작권 침해를 구성한다고 볼 수 없다.

한편, 가상세계에서 3차원 그래픽으로 구현된 거리는 사실상 컴퓨터프로그램에 해당하므로 해당 프로그램에 대한 저작권은 이를 직접 창작한 자에게 귀속된다. 이는 현실세계의 유형적 재산과 달리 가상공간에서 프로그램코드로 구현된 새로운 창작물로서 저작권이 독립적으로 발생한다고 본다.

V. 결 론

가상세계는 컴퓨터를 기반으로 현실 세계의 이용자가 아바타를 만들고 거주하면서 시간과 공간을 초월하여 현실 세계와는 다른 삶을 영위할 수 있는 시뮬레이션 환경으로서 미래의 성장 동력으로 주목받고 있다. 가상세계는 현실과 달리 거의 대부분의 이용자들이 그 세계의 주민인 동시에 창작자로서 강한 상호작용을 통해 저작물을 가공한다. 또한 참여자들은 이용자 친화적인 환경 속에서 혁신과 창작의 가치를 함께 추구하고 창작물에 대한 개방적 접근을 통해 공동의 가상세계를 건설하고 있다.

그리고 가상세계에 존재하는 캐릭터, 의류, 빌딩 등은 시각적 회화로 표현되지만 보다 정확한 의미에서 컴퓨터프로그램이다. 이러한 회화적 표현과 컴퓨터프로그램은 각기 독립하여 보호받을 수 있다. 그리고 현실에서 기능성이 강한 의류나 가구는 저작권법으로 보호를 받지 못하지만 가상공간에서 그러한 기능은 중요하지 않으며 이용자들은 예술적 외연에 더 큰 관심을 가진다. 따라서 현실세계의 저작권법은 이러한 가상세계의 특성을 고려한 기준과 원칙을 정립하여 적용할 필요가 있다.

또한 세컨드 라이프(Second Life)와 같이 이용자가 제작한 콘텐츠에 대해 그들의 저작권을 인정하고 CCL을 적용함으로써 이용자들이 합법적이고 안정적으로 콘텐츠를 이용할 수 있도록 하는 것은 가상세계 산업의 활성화에 있어서 매우 중요한 요소가 된다. 이러한 점에서 가상세계는 현행 저작권법이 디지털 환경을 적절히 규율하지 못하는 문제에 대한 해결방안을 모색할 수 있는 훌륭한 시험장이 된다고 본다. 가상세계에서 지적재산권을 보호하는 동시에 창작을 증진시키기 위해서는 가상세계의 특성과 창작자 및 이용자간의 이해관계를 고려하여 가상세계 산업이 활성화될 수 있도록 새로운 기준과 원칙을 정립할 필요가 있다.

끝으로 ‘미러월드(Mirror World)’와 같이 현실세계의 거리를 그대로 가상세계의 3차원 그래픽으로 구현한 경우 과연 저작권 침해가 발생하는지 여부와 관련하여, 가상세계에 구현된 대부분의 건축물들은 저작물성을 가지지 못하는 경우가 많고, 특정 건축물이 저작물성을 가지는 경우라도 이는 현실세계에서 건축물을 건축물로 복제하는 것에 해당되지 않으며 현실세계에 존재하는 거리라는 공간적 사실을 그대로 구현하는 것에 중점을 둔 것이므로 현행 저작권법 제35조 제2항에서 규정하고 있는 판매의 목적으로 복제하는 것에 해당되지 않는다고 볼 수 있다.

◊ 주제어 ◊

가상세계, 세컨드라이프, 미러월드, 저작권, 801 타워, 크리에이티브 커먼스, 아바타

◆ 참고문헌◆

1. 국내문헌

- 손승우, 디지털콘텐츠 부문별 표준약관 및 표준계약서 제정 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2009.
- 송영식 외 2인, 「지적재산권법(下)」, 제5전정판, 육법사, 1998.
- 오승종, 「저작권법」, 박영사, 2007.
- 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007.
- 장인숙, 「저작권법원론」, 보진재출판사, 1989.
- 정연덕, “세컨드라이프에서의 저작권 관련 소송”, 「Law & Technology」, 제4권 2호, 서울대 기술과 법센터, 2008.3.
- 정해상, “사이버재산권의 법적 성질과 한계”, 「한양법학」제27집, 2009, 8.
- 최경진, 가상세계산업 활성화를 위한 법제도 개선방안 연구, 한국콘텐츠진흥원, 2009.12.
- 공정거래위원회, 이용자 콘텐츠에 대한 권리는 이용자에게 있다! 블리자드의 베틀넷(Battle.net) 이용약관 중 17개의 불공정조항 시정, 보도자료, 2010. 6. 18.
- 공정거래위원회 의결 제2008-251호, 사건번호 207서이3007.
- “세컨드 라이프-현실세계 골치 아픈 일 다 있네!”, 한국경제, 2007. 8. 24.

2. 국외문헌

- David B. Whittle, Cyberspace: The Human Dimension, W H Freeman & Co (1997).
- Yuval Karniel & Stephen Bates, Copyright in Second Life, 20 Alb. L.J. Sci. & Tech. 433 (2010).
- Second Life Website, Terms of Service <<http://secondlife.com/corporate/tos.php>>
- LindenLab.com, Linden Lab Ushers in a New Era of Second Life with Initiative to Customize the Experience for Each User, Apr. 22, 2009.
 <http://lindenlab.com/pressroom/releases/21_04_09>
- SecondLife.com, Create: Designers. <<http://secondlife.com/whatis/create/designers>>
- Working in Second Life. <http://wiki.secondlife.com/wiki/Second_Life_Work>
- Creative Commons Website <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/kr>>

〈ABSTRACT〉

A New Approach of Copyright to Virtual World

Son, Seung woo

A virtual world such as Second Life is a genre of online community that takes the form of a computer-based simulated environment, through which users create avatars and virtual products and interact strongly with one another. Many users in a virtual world are creators who create it together through mutual interaction. Also, they share the same views of open innovation and creativity, and wish to enjoy freedom of access to works, but at the same time want some form of protection against illegal copy. The entire world appears in visual expression, but is computer program. Articles of clothing and furniture are not protected under the copyright law because they are useful articles. Virtual clothing and furniture, however, may not possess any functional attribute, but the design of them incorporates artistic and nonfunctional aspects, which can be considered copyrightable.

Second Life adopts a Creative Commons License (CCL) policy into its virtual world, and admits the users' rights for virtual products created by them. This article emphasizes that the policy for licensing and ownership playes a significant role to enhance creative activities and promote relevant industries. The special features of virtual world provide good opportunities for reconsidering a new paradigm of copyright law. CCL enables the free, and legal copying, and remixing of virtual content, as long as attribution is given to original creators.

This article also examines a copyright issue on 3D mirror world based on real street and cities. It is an issue whether a consent from the copyright owners for architecture in real world, should be obtained when you wish to design a virtual mirror world. A duplication for a real building in 3D computer graphic, which is a part of the virtual streets may not raise copyright infringement under current copyright law.

◊ KEY WORDS ◊

virtual world, Second Life, copyright, 801 tower, Creative Commons License(CCL),
Mirror World, avatars

국제투자법상 최혜국대우조항에 관한 연구

김 여 선* · 오 영 기**

[目 次]

I. 서 설	III. MFN조항의 ISD조항 적용문제
II. MFN조항의 규정형태	1. 개설
1. 연혁과 국제관습법	2. 궁정 판정사례
2. 규정형태와 적용범위	3. 부정 판정사례
3. 적용예외와 유보	4. 소결
	IV. 결 론

I. 서 설

국제투자협정('BIT')에 규정되어 있는 외국인 투자와 투자자에 대한 대우조항으로는 최혜국대우(Most-Favored-Nation Treatment, 'MFN'), 국민대우(National Treatment, 'NT') 그리고 공평·공정대우(Fair and Equitable Treatment, 'F&ET')등이 있다. F&ET는 외국 투자자 및 그 투자에 대하여 절대적으로 부여하는 대우이며, NT와 MFN은 상대적 대우라고 할 것이다. NT 및 MFN 대우가 일정한 기준인 동종원칙이라는 비교대상에 따라 부여하는 대우가 결정된다. 이에 반하여 F&ET는 비교기준 없이 관습국제법에 따라 대우를 부여하게 된다.¹⁾ 이 중에서 MFN은 무역, 투자, 외환, 지적재산권, 외교적 보호 그리고 외국판결의 승인과 집행 등 다양한 분야에서 광범위하게 적용되고 있다. MFN조항이 국제조약에서 최초로 나타난 것은 18세기이다.²⁾ 다자조약인 GATT와 WTO에 이르기까지 국제통상조약에서 가장 기본적인 원칙으로 자리매김하고 있다. 그 동안 주로 국제무역 분야에서 확립되어온 MFN은 자본거래 확대로 국제투자규범에서 중요한 의미를 가지게 된다.

논문접수일 2010.11.20, 논문심사일 2010.12.06, 게재확정일 2010.12.22

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

** 제주 산업정보대 강사

1) NAFTA의 투자분쟁 사례에서는 MFN, NT 그리고 F&ET의 위반을 동시에 주장하는 것이 대부분이다. 이는 F&ET개념이 불분명하여 이들을 같이 취급하는 경향에 의한 것이다. *Metalclad v. Mexico* 사례에서 NAFTA 1105조(F&ET)의 기본적인 성격을 인정하고, NT와 MFN은 상대적이고 F&ET는 절대적 성격이라고 하였다. *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB/97/1, paras. 68-71.

2) *Treaty of Amity and Commerce*, February 6, 1778, France–United–States, Article 3, 8 Stat. 12 Art. 4 (similar provision with respect to U.S. nationals in France).

MFN은 체약국이 타국이나 타 국민에 대하여 가장 좋은 대우를 부여하는 것을 제삼국이나 그 국민에게 동일하게 부여하여야 하는 것을 말한다.³⁾ MFN조항은 부여국(granting state)이 제삼국에게 부여한 또는 장래에 수여할 특혜를 수혜국(beneficiary state)에게 제공하는 것을 약속하는 조항을 말한다.⁴⁾ MFN은 조약에서 양 당사자만 존재하는 경우 전혀 의미가 없고, 반드시 제삼국BIT가 존재하여야 한다. MFN기능은 타 국가와 체결한 BIT가 존재하는 경우, 기존 BIT혜택을 제삼국 BIT에게 부여하는 이전효과(spill-over effect)라고 할 수 있다. 즉, MFN은 외국투자자에게 공정한 경쟁기회를 보장하는 기능이 크다

최근까지 BIT는 서로 유사한 내용으로 체결되어, 원용 문제는 그렇게 크지는 않았다. 그러나 MFN조항은 이전효과 때문에 향후 만능조항이 될 가능성이 있다. 기본BIT의 체약국들은 상대국이 체결한 좀 더 유리한 제삼국 BIT를 살펴볼 것이며, 이를 경쟁적으로 원용하고자 할 것이다. 왜냐하면, FTA등의 국제투자 장(章)에서 자유화가 고도로 실현되고 있고, BIT 자체의 입법기술의 발전으로 분쟁사례에서 문제가 되었던 쟁점들을 해소하는 방향으로 전개되어가고 있기 때문이다.

MFN의 연원과 BIT에 MFN조항을 규정하지 않은 경우 즉, 관습국제법 여부를 살펴본다. 둘째, MFN의 관련 법적 문제는 조항의 사용용어와 규정방식의 다양성에서 출발된다. BIT를 중심으로 MFN조항 유형과 특징을 고찰한다. 셋째, BIT에서 MFN조항과 ISD조항의 관계에 대하여 살펴본다. 기본BIT의 MFN조항을 근거로 제삼국BIT 투자분쟁해결조항(Investor– State Dispute Settlement, 'ISD조항')의 적용에 대한 쟁점을 고찰한다. 마지막으로 우리나라 BIT의 MFN조항에 대하여 살펴보고, 정책적 제언을 첨언하고자 한다.

II. MFN조항의 규정형태

1. 연혁과 국제관습법

MFN은 18~19세기의 우호통상항해조약(Treaty of Friendship, commerce and Navigation, 'FCN')에서 본격적으로 규정되기 시작하였다. 1713년 영국과 프랑스가 체결한 Universiteit 상사조약에서 "한 국가가 제 3국에게 부여하는 통상·항행에 관련한 혜택을 체약 상대국에게도

3) MFN조항의 통일된 정의가 없기 때문에 ILC의 MFN초안 원문을 표시한다. The International Law Commission (ILC) has defined MFN treatment as follows: "Most-favoured nation treatment is a treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State or to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State", Article 5 of the Draft articles on most-favoured-nation clauses (ILC Draft), in Yearbook of the international Law Commission, 1978, Vol. II, Part Two, p. 21.

4) 보통 부여국과 수여국간 체결된 조약은 기본BIT(basic treaty)라 하고, 수여국과 제삼국과 체결된 조약은 제삼국BIT(third-party- treaties)로 구분한다.

부여한다”고 규정한 것이 문서화된 최초의 규정이었다.⁵⁾ 당시 MFN은 조건부개념으로 특정의 무와 조건을 만족하여야만 혜택을 향유할 수 있었다. 1860년 영국과 프랑스의 코브던(cobden) 조약에서 무조건부 MFN조항이 규정되었다. 후에 ITO현장과 GATT는 MFN조항을 다자조약에 도입하였다. 현재는 대부분 통상조약에서 MFN은 상호주의(reciprocity)에 의한 무조건부 개념으로 사용되어진다.

한편, MFN을 규정하지 않은 무규정형 조약도 존재한다. 예를 들어, 한국·싱가포르 FTA와 한국·인도 CEPA에서는 MFN조항이 존재하지 않는다. 이 경우 MFN은 이미 관습국제법인 만큼 자동 적용여부에 의문이 있다. 왜냐하면, 대부분 MFN을 규정하는 상황에서 MFN이 규정되지 않은 조약은 매우 특이한 경우이기 때문이다. 물론 최근까지 MFN을 관습국제법으로 주장하는 학설이나, 판결 그리고 중재판정사례가 있는 것은 아니다.

국제연합국제법위원회(ILC)는 MFN조항에 관한 「MFN대우조항초안」(Draft Articles on MFN Treatment Clauses, 'MFN초안')을 제출하였다. MFN초안은 30조로 구성되어 관련 내용을 거의 포괄하고 있다. MFN초안의 핵심 내용은 MFN조항은 조약 규정에 근거하여 체약 일방이 타방체약국에게 의무를 지고, 약정범위 내에서 MFN을 제공하는 규정이라고 한다. 그리고 MFN 적용범위는 '동종범위'(limits of the subject matter)내에 있어야 한다고 한다. MFN초안은 다자조약으로 체약되지 못하였지만 중요한 가이던스 역할을 한다고 할 것이다. 한편, ILC주도의 '국영무역이 각 국가의 무역법에 대한 영향'의 회의에서 MFN 혹은 평등대우원칙이 관습국제법 여부에 대한 논의가 있었다. 여기에서 국제경제법상 평등대우는 절대적이거나 상대적일 수도 있고, 각 국가는 방법상 선택기준을 가지는데 MFN과 NT가 대표적이라고 한다.⁶⁾

이상의 근거로 보면 MFN은 관습국제법은 아닌 것 같다. MFN조항은 체약국간 합의에 따라 부여와 수혜의 범위가 결정된다고 할 것이다. 체약국은 선택적으로 상대방에게 MFN을 부여해서는 안 된다. 창설된 MFN조항의 권리·의무관계는 조건이 되기 때문에, 합의하지 않으면 MFN관계도 발생하지 않는다고 할 것이다.

2. 형태와 적용범위

(1) 동종원칙

MFN조항은 매우 보편화된 규정이지만, 실체법적으로 통일된 적용범위는 없다고 할 것이다. 특히, BIT의 MFN조항 적용범위는 체결목적의 상이함에 따라 다양하게 규정된다. 적용범위의 가장 기초적인 것이 동종원칙(ejusden generis rule)으로 이미 많은 사법판결과 국

5) OECD, MOST-FAVoured-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT Number 2004/2), p 3.

6) Norbert Horn, *Enforcing Contractual Claims:From Schmitthoff to Investment Arbitration, Economic Law as an Economic Good Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Berlin, New York (Sellier de Gruyter) 2009, pp. 139-148.재인용.

제중재에서 해석기준으로 활용되었다.⁷⁾ 동종원칙은 동일상황 혹은 유사상황에서 제삼국 조약에서 부여된 모든 대우를 원용할 수 있는 것을 말한다. 다르게 말하면, 동종원칙은 현대조약에서 부여해주는 특혜활동과 대상의 범위라고 할 것이다. 그리고 통상적으로 수혜국과 확정관계가 있는 인적 혹은 물적범위(the same subject matter and the same category of subject)에 한정된다.⁸⁾

Ambatielos사례에서 원고는 재판거부가 통상·항해와 관련이 있다고 주장하였다. ICJ재판부는 재판거부를 별개의 사유로 보면 관련이 없고, FCN에 MFN조항이 규정되어 있어 통상·항해의 권리 보호라는 측면에서 보면 동종원칙에 해당된다고 하였다. Lloyds Bank사례에서는 MFN조항을 일반적으로 규정하면 동종원칙의 엄격한 해석으로 유효성을 상실할 가능성이 있다고 하였다. 그리고 MFN조항을 지나치게 명확하게 규정하면, 적용범위를 특정하여 열거하게 될 수밖에 없다고 한다. 따라서 그 기준도 불완전하게 되어 새로운 문제가 발생될 가능성이 있다고 하였다.⁹⁾

BIT에서는 동종원칙의 표현 방식으로 ‘유사환경 혹은 상황’(in like circumstances, in like situations)¹⁰⁾ 혹은 ‘동종상황’(in same circumstances; in same situations)이라고 표현하기도 한다.¹¹⁾ 적용범위를 아주 포괄적으로 규정하는 경우에는 이러한 문구를 생략하는 경우도 있다.

(2) 구체적 적용범위

MFN조항에서 동종범위를 아주 구체적으로 규정하는 BIT도 있다. 알바니아·영국 BIT제3(1)(2)조는 NT와 MFN을 동시에 규정하고 있다. 제3항에서 “제3조 규정을 명확히 하기 위하여, 체약국은 본 조 제1항과 제2항의 대우가 본 조약 제1~11조의 규정에 적용되는 것을 확인한다”고 한다.¹²⁾ MFN과 NT를 동일 조항내 규정하는 경우도 적용대상이 매우 포괄적이라고 할 것이다. 이러한 입법형식은 아주 원론적인 규정만 두고, 특별한 제한을 두지 않는다. 이는 일반적인 조항으로 MFN이 어떠한 의무에 대하여서도 제한되지 않는다.¹³⁾ 독일

7) ICJ의 MFN관련 기준 판결인 Anglo-Iranian Oil Company case (1952)ICJ Reports, 1952, p. 93. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ifussummary>, Rights of Nationals by the United States of America in Morocco (1952)United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, United Nations, 1963, Ambatielos case (1956) Ambatielos Case(Greek v. U.K.), ICJ, Pleading, 1953, p 420. UNR.I.A.A., Vol. XII , 1963, p.107에서 동종원칙이 선결조건임을 확인하고 있다. OECD, Supra note 5, p. 9.

8) MFN초안 제9 내지 10조에서 자세하게 규정되어 있다.

9) OECD, Supra note 5, pp. 10-11 재인용.

10) 에너지 현장조약(ECT), 독일BIT(2008), 영국BIT(2005), 프랑스BIT(2006) 그리고 중국 BIT(2003) 등에서 동일한 표현을 사용한다.

11) NAFTA, 미국BIT, 캐나다BIT, 미국·칠레FTA, 캐나다·칠레FTA(제G-03조) 그리고 미국·싱가포르 FTA제15.4조 등이 이에 해당한다.

12) 동 BIT는 11조로 구성되어 있으며, 그 중 제8조가 ISD 규정으로 ICSID 관할권 동의 규정이다. 다음의 논점으로 제시되는 MFN조항의 분쟁해결절차의 원용과 관련하여, 체약국 의도가 MFN조항 적용범위에 ISD조항을 포함하는 것으로 추정해 볼 수 있다.

모델BIT('독일BIT') 제3조와 미국·싱가포르 FTA 등이 이에 해당된다.¹⁴⁾

MFN조항 적용범위를 '투자' 또는 '그에 관련된 활동'(Investment and activities associated with such investment)으로 규정하는 경우도 있다. 예컨대 한·중 BIT 제3조에서 "각 체약국은 자국 영역 내 타방 체약국의 투자자와 그들의 투자 및 투자 관련 활동에 대하여 유사한 상황(in like circumstances)에서 제3국의 투자자와 그들의 투자 및 투자 관련 활동에 대하여 투자의 허용을 포함한 투자 및 기업 활동(with respect to investments and business activities, including the admission of investment)에 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다"고 규정하고 있다. 투자와 투자에 관련된 활동은 투자의 확장·운영·관리·유지·사용·향유·판매 또는 그 밖의 처분으로 정의하고 있다(동조1항).¹⁵⁾ 그 외의 상황에 대해서는 모두 유보의 형식으로 적용을 제한하고 있다.¹⁶⁾

2004년 미국모델 BIT('미국BIT') 제4(1)조는 "자국 영역내 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업 운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황(in like circumstances)에서……투자자에게 부여한다." 제2항에서 "……적용대상투자에 부여한다"고 규정하고 있다. MFN 적용범위를 투자와 투자자로 분리하여 그 적용 대상을 규정하고 있다. 이에 반하여 브라질·네덜란드BIT제3(2)조는 '투자자의 투자'에 대하여서만 적용한다고 규정한다.¹⁷⁾

BIT에 나타난 MFN조항 적용범위를 정리하여 보면, 첫째, 포괄적으로 적용하는 경우이다. MFN조항에 해당 BIT전체에 적용된다는 것을 명시적으로 규정한 것이다. 그리고 NT와 MFN을 동시에 규정하는 입법형태로서, 원론적인 내용만을 규정한다. 둘째, 적용범위를 투자 또는 그에 관련된 활동으로 규정하는 경우이다. 셋째, MFN을 투자자와 투자를 분리하거나 통합하여 규정하는 경우가 있다.

(3) 시간적 적용범위

(가) 설립 전·후 MFN

BIT에서 MFN 적용은 일반적으로 투자설립 후 단계에서 적용된다. BIT가 투자보호보다 투자자유화에 목적이 있는 경우, 투자 설립 전·후에 적용이 되기도 한다. 대부분 BIT에서 MFN조항을 투자설립 후에 적용하는 것으로 규정하고 있다. 즉, 외국인투자가 투자수용국에 설립된 후에 투자에 관련된 경영·확장·유지·사용·향유·판매 또는 처분 등 활동에 대하

13) OECD, *Supra note 5*, p. 3.

14) 미국·싱가포르 FTA 제15.4조.

15) 프랑스BIT 제4조와 에너지 현장조약 (ECT)에서 이와 동일한 규정을 두고 있다.

16) 제4조와 5조에서 MFN 유보를 규정하고 있는데 첫째, 일방 체약국이 다음의 사항에 의하여 부여 한 어떠한 대우·특혜 또는 특권의 혜택을 타방 체약국 투자자에게 부여해야 한다는 것으로 해석 되지 아니한다. ①관세동맹·자유무역지대·경제 동맹 및 그러한 동맹이나 유사한 기관으로 귀결 되는 국제 협정 ②전적으로 또는 주요하게 조세와 관련된 국제 협정 및 약정 ③국경지역에서 소규모 국경무역을 촉진하는 약정 등이 있다. 둘째, 권리를 구제하고 변호하기 위해 법원, 행정재판소 및 행정기관을 이용하는 것과 관련하여 일방 체약국의 영역 내에서 타방 체약국의 투자자에게 자국의 투자자나 제3국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우가 부여된다.

17) NAFTA(제1103조), 미국BIT(제4조), MAI(초안), 독일BIT(제3조), 인도 BIT(제4조) 등이 있다.

여 MFN를 부여받을 수 있다는 것이다. 그러나 미국BIT 제4조는 투자에 관련된 설립과 인수(acquisition) 활동에 대하여서는 이른바 투자 설립전 단계에서도 적용되는 것으로 보인다.¹⁸⁾ 실질적으로 투자수용국의 투자유치 촉진이라는 측면에서 본다면, 투자 촉진규정과 전문의 내용을 근거로 투자에게 설립전·후 구분없이 MFN의 적용을 인정하는 측면도 있다.¹⁹⁾

(나) 소급효와 미래효 MFN

체약국은 BIT에서 부여하는 특혜가 지나치다고 생각할 수 있다. 이 경우 체결한 BIT에서 특혜범위를 축소하거나 제한하려고 한다. 수혜국은 MFN조항을 원용하여 체결한 BIT의 일부 특혜까지 향유하려고 한다. 따라서 어떤 국가는 MFN 조항에 소급효 금지규정을 두기도 한다. 예를 들어, 2004년 캐나다모델BIT('캐나다BIT') 부속서Ⅲ 제1조(MFN조항 예외)는 "제4조 (MFN조항)는 본 협정 발효일 이전 유효하거나 체결한 모든 양자간 혹은 다자간 협정이 부여한 대우에 적용할 수 없다"고 규정하고 있다. NAFTA 제1108(7)조도 "체약당사자는 부속서Ⅳ에서 규정한 조약과 체약당사자가 부속서Ⅳ에서 규정한 영역에 의하여 부여한 대우에 적용하지 않는다"고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 캐나다는 부속서Ⅳ에서 "제1103조(MFN)는 NAFTA 발효 전 이미 유효하거나 혹은 체결한 국제협정(양자간 혹은 다자간)에는 적용하지 않는다"고 유보하였다.

Tecmed v. Mexico사례에서²⁰⁾ 청구인은 Maffezini v. Spain판정을 인용하여 스페인·멕시코 BIT의 MFN조항으로 멕시코·오스트리아 BIT의 더 혜택적인 내용을 소급효하여 원용할 수 있다고 주장하였다. 중재판정부는 소급효 규정은 절차 혹은 관할권 규정보다 실체조항의 적용범위 문제(dimension of application its substantive provisions rather than matters of procedure or jurisdiction)라고 하였다. 이것은 체약국간 합의이고 외국인투자에 직접 적용되는 실체조항으로 조약체결의 결정적 요소(determining factors for their acceptance of the Agreement)라고 하였다. 중재판정부는 소급적용 규정은 MFN 조항의 적용대상이 될 수 없다고 판정하였다.²¹⁾

소급효를 금지하면서 반대로 미래효를 규정하는 경우도 있다. 우리나라가 체결한 FTA에는 발효 후, 타국과 체결한 FTA의 혜택을 자동적으로 적용되는 것을 금지하고 협의하도록 하고 있다.²²⁾ 한·미FTA 부속서 II(투자분야)는 소급효를 금지하고 자동적으로 미래효가 발생하도록 규정하고 있다.²³⁾ 한·EU FTA도 체결 후 제삼국과 경제통합협정에서 더

18) 미국BIT, NAFTA 그리고 ECT 등에서 투자설립전 단계의 설립, 인수와 확장 단계에서도 협용하고 있다. GATS와 프랑스BIT에서는 투자자에게만 설립전 MFN을 협용해 주고 있다.

19) 캐나다 BIT, 노르웨이BIT(2007), NAFTA, 한·미 FTA, 한·일 BIT 등이 있다.

20) Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID CASE No. ARB /00/2 (May 29, 2003).

21) Ibid., para. 69.

22) 한·칠레 FTA와 한·ASEAN FTA에서는 발효 전 체결한 FTA는 MFN이 배제되고, 발효 후 체결한 FTA의 MFN 적용여부는 협의하도록 하고 있다. 한·칠레 FTA 제10.4(3)조; 대한민국과 동남아시아 국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정 하의 투자에 관한 협정 제4(3)조.

23) 부속서 II에서 "한국은 이 협정 이후 발효되거나 체결되는 다음의 분야에 관한 양자간 또는 다자

높은 수준의 개방을 약속한 경우, 그러한 개방혜택을 상대국에게 자동적으로 부여하는 미래효률 인정하고 있다.²⁴⁾ 그리고 과거에 체결된 경제통합협정은 제외하고 있어, FTA의 혜택내용이 소급적용 되는 것은 방지하고 있다.²⁵⁾

3. 적용예외와 유보

수혜국이 MFN조항을 원용하는 목적은 특혜향유 때문이다. 부여국은 MFN조항에서 제한적 용어를 사용하여 제삼국 BIT당사자에게 부여하는 특혜를 제한할 수 있다. 이러한 적용예외는 BIT예외조항과 부속서에서 상세한 유보규정을 두는 방식으로 한다. 즉, 적용예외 범위가 일반적이면 BIT에 규정하고, 광범위하게 제한하는 경우는 별도 부속서(Annex)에서 유보하게 된다. BIT에서는 원칙적인 규정만을 두고, 부속서에서 업종 혹은 절차별 MFN유보를 규정하는 경우가 대부분이다.²⁶⁾

첫째, BIT에서 일방체약국이 국가안전, 공공건강, 공공질서 그리고 도덕 등을 일반적 예외(general exceptions)조항을 두고 있다. 일반적 예외조항은 보통 MFN 조항에 적용될 뿐만 아니라 기타 조항에서도 적용되고 있다. 캐나다BIT 제10(7)조는 일반적 예외에서 ‘국제 평화와 안전의 보호’, ‘국가기밀’ 그리고 개인프라이버시 보호 등도 포함하고 있다.²⁷⁾

둘째, 유보를 통하여 특정대우를 부적용하는 경우이다. 미국BIT 제14조는 “제4조에서 규정한 MFN은 현행 및 부속서Ⅱ에서 열거하는 모든 불 부합 조치에 대하여 적용하지 않는다”고 규정하고 있다. 그리고 세부적으로 체약국이 제공하는 모든 보조와 특허, 즉 정부의 금융성 대부, 보증과 보험 등이 포함된다고 한다. 미국·싱가포르 FTA 제15.12조는 “MFN 조항은 ① 부속서8B에서 열거한 어떤 분야, 일부분 혹은 행위가 취하거나 유지하는 어떠한 조치, ②정부조달 ③ 체약당사자가 제공하는 모든 보조금 혹은 특허에는 적용하지 않는다”고 규정한다. 캐나다BIT 제9조도 MFN 예외를 규정하고 있다. 부속서에서 과세에 관한 조약·입법, 지적재산권에 관한 국제조약, 국경지역에서 소규모 국경무역의 촉진, 금융에 관한 특정조치, 세이프가드 조치, 투자인센티브조치, 정부조달 그리고 상호주의에 의한 BIT 등

간 국제협정에 따라 당해협정 당사국에 대하여 차등대우 부여하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다”고 규정하고 있다.

- 24) “상대국의 서비스 및 서비스 공급자에게 제3국의 동종서비스 및 서비스 공급자보다 불리한 대우를 하여서는 안 된다”고 규정하고 있다(제7.8조). 그리고 부속서에서 “제7.7(1)조에서 국경간 서비스의 영향을 미치는 이질의 적용대상이 되는 모든 조치에 대하여 이조에서 달리 규정되어 있지 않는 한 각 당사자는 다른 쪽 당사자 서비스와 서비스 공급자에게 대하여 이 협정 발효 후 서명된 경제통합협정의 맥락에서 자신이 동종서비스와 서비스 공급자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다”고 규정하고 있다.
- 25) 한·EU FTA 제7.8조 각주에서 “이 조의 어떠한 규정도 이질의 범위를 확대하는 것으로 해석하지 않는다”고 규정하고 있다.
- 26) 자세한 것은 UNCTAD, PRESERVING FLEXIBILITY IN IIAs: THE USE OF RESERVATIONS, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/ITE/IIT/2005/8 참조.
- 27) 미국 BIT 제18조에서도 거의 유사하게 규정하고 있다.

의 특정관계에 대하여 MFN적용을 유보하였다. 그리고 체약국은 국내경제와 사회개혁 등을 고려하여 협정에서 적용이 면제되는 특정한 산업부문을 열거할 수 있다고 하였다.

셋째, MFN조항에서 세부적인 예외를 규정하는 방법이다. 예를 들어, 체약국이 관련국가(association of states)에 부여한 특혜대우는 타방체약국에 대한 MFN위반이라고 볼 수 없다는 것이다. 관련 국가는 통상적으로 지역경제공동체(RTA) 회원국 등을 말하고, 대부분의 BIT에서 이러한 규정을 두고 있다. 캐나다BIT 부속서Ⅲ 제2항에서 “제4조(MFN대우)는 이미 있거나 혹은 장래에 의거하여 아래와 관련한 양자간 혹은 다자간협정이 부여한 대우에 적용을 할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉, ① 어떠한 자유무역, 관세동맹 설립, 강화 혹은 확장하는 것 ② 항공, 어업, 해상구조를 포함한 해사(海事)활동 등이다.²⁸⁾

III. MFN조항의 ISD조항 적용문제

1. 개설

기본BIT의 MFN조항을 근거로 제삼국BIT의 혜택을 원용하는 범위는 명백하지 않은 것 같다. 그러나 MFN조항을 통하여 부여국과 제삼국BIT에 포함된 실체적 권리 또는 대우를 부여받을 수 있다는 것은 이론이 없는 것 같다. 즉, 기본BIT의 MFN조항으로 수혜국 투자자는 부여국으로부터 제삼국에게 부여하는 실체적 권리(substantive rights) 또는 대우를 원용할 수 있다는 것이다.²⁹⁾ 실제로 많은 MFN판정사례는 실체규정과 관련되어 있는 것이다. Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka사례³⁰⁾, MTD Equity Sdn. Bhd & MTD Chile S.A. v. Chile 사례³¹⁾ 그리고 CME Czech Republic B.V. v. Czech 사례

28) NAFTA 부속서 IV 제2항, 한·미 FTA에서도 거의 동일한 유보를 하고 있다.

29) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008, p. 254. Stephan W. Schill, *Investment Treaties; Instrument of Bilateralism or Elements of an Evolving Multilateral System?* Paper for the Global Administrative Law Seminar, Viterbo, 2008, p. 12.

30) 스리랑카·영국 BIT 제3조 MFN 조항은 투자의 관리, 유지, 사용 그리고 항유에 대하여 MFN을 부여하도록 하고 있다. 그리고 제2(2)조에서는 F&ET와 완전한 보호와 안전(full protection ad security)을 규정하고 있다. 제삼국BIT인 스리랑카·스위스 BIT의 ‘전쟁조항’(war clause) 또는 ‘시민 소란’(civil disturbance)에 따른 세금면제는 ‘완전한 보호 및 안전 기준’(full protection and security standard)으로 구성되어 있어 이를 원용할 수 있다고 주장하였다. 이 사례에서 쟁점이 된 것은 첫째, 더 혜택적인 규정의 범위 여부 둘째, 특별한 합의가 일반적 합의보다 우선한다(generalia specialibus non derogant)는 원칙이었다. 중재판정부는 이를 부정하였다. Jarrode Wong, *The Application of Most-Favored-National Treatment Clauses to Dispute Resolution Provision in Bilateral Investment Treaties*, 32 Yale J. Int'l L., 125(2007), pp. 183-186.

31) MTD와 칠레정부는 투자계약에서 MTD가 관권기관에서 투자용지 취득 협의를 받아야 한다고 규정하였다. 그러나 주관기관은 MTD사업용지 취득을 협의하지 않았다. MTD는 일방체약국이 투자의 투자설립을 협의한다면 국내법에 의하여 기타 필요한 협의를 하여야 한다는 논거로 F&ET 위반이라고 하였다. 신청인은 말레이시아·칠레 BIT제3조(MFN적용범위 ‘투자’)를 근거로 제삼국

등이 대표적이다.³²⁾

최근 대부분 BIT가 ISD에서 국제중재를 분쟁해결방법으로 규정하고 있다. 단순하게 보면, MFN조항을 근거로 제삼국BIT의 ISD를 원용할 필요는 없다. 그러나 BIT는 ISD대상과 절차에서 많은 차이가 있다. 예를 들어 첫째, ISD대상에 의무위반, 투자계약 그리고 인가 등의 포함여부³³⁾ 둘째, 국제중재를 신청 전 일정한 대기기간 설정유무 셋째, 국내국제완료 원칙의 적용여부 넷째, 국제중재와 국내구제절차를 선택유무³⁴⁾ 등 차이점이 많다. 따라서 신청인 입장에서는 좀더 유리한 제삼국 BIT의 원용은 당연하다. 물론 MFN조항에 ISD적용 혹은 배제를 명시하면 문제가 없다. 그러나 대부분 MFN조항은 적용범위를 포괄적으로 규정하기 때문에 다툼이 발생한다. 이는 결국 중재에서 해석문제로 귀결된다고 할 것이다. MFN조항의 적용범위가 ISD를 포함하는지 여부는 ICSID의 *Maffezini v. Spain* 사례가 시발점이 되었다. 후에 국제중재 사례에서는 긍정과 부정판정이 대립되고 있다. 긍정 판정의 중재사례도 ISD조항이 자동으로 적용되는 것은 아니라고 한다. 여러 가지 제한 또는 예외를 열거하고 있지만 구체적인 내용에서도 일치되지 않는다. 아래에서는 대표적인 긍정과 부

BIT인 칠레·덴마크BIT 및 칠레·크로아티아 BIT의 F&ET조항을 원용할 수 있다고 하였다. 중재 판정부는 F&ET가 투자보호와 우호적 투자환경 창설하는 것으로 해석되어야 BIT체결목적에 부합된다고 하였다. 그리고 칠레·덴마크BIT 및 칠레·크로아티아BIT 규정은 이 목적과 일치된다고 하였다. 말레이시아·칠레BIT 제3(3)(a)(b)조에서 조세와 지역협력을 배제하고 있어, 반대해석 (contrariosensu)을 하면 그 이외의 기타 사항은 F&ET범위에 포함되는 것으로 볼 수 있다고 하였다. www.biicl.org/files/3915_2004_mtd_v_chile.pdf -Similar (MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Award Case No. ARB 01/7 May 24. 2004). 이 외에 *Pope & Talbot v. Canada*, *Bayindir v. Pakistan* 사례 등에서 MFN조항을 근거로 F&ET조항을 원용할 수 있다고 판정하였다.

- 32) 네델란드 CME회사는 체코정부 행위가 수용이라고 하고, 네델란드·체코BIT 제3조 MFN 조항을 근거로 미국·체코BIT의 더 혜택적인 규정인 '공정한 시장가치'(fair market value)라는 보상기준을 적용하여야 한다고 주장하였다.(네델란드·체코BIT에서 규정된 '공정한 보상'(just compensation)은 '영향을 받은 투자의 진정한 가치'(genuine value of the investment affected)라고 해석되고) 중재 판정부는 '진정한 가치' 즉, '공정한 가치'는 '공정한 시장가치'보다 불리한 것으로 해석되므로, 체코 정부가 청구인의 투자에게 '공정한 시장가치'보다 불리하지 아니한 제공의무를 진다고 하였다. www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf -Similar(CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Final Damages Award, UNCITRAL Arbitration)
- 33) ISD의 대상이 되는 것을 특정적으로 명시하게 되는데, 이를 분쟁원인 특정형이라고 할 수 있다. 예를 들어 ① ISD의 대상을 수용의 보상 문제에 한정하는 청구원인 제한형이 있다. 그리고 손실보상, 수용 그리고 송금에 한정하는 경우 등도 있다. ② 분쟁주제특정은 ISD대상을 BIT상의 권리·의무 만을 열거하는 것과 BIT위반과 수용국에 의한 허가(authorization) 혹은 투자계약의 위반 등의 포괄형이다. 포괄형으로는 미국BIT가 가장 전형적이다.
- 34) ISD 규정에서 선택조항(fork-in-the-road clause)은 외국인투자자가 국내법원 또는 국제 중재 절차 중 선택적할 수 있는 규정이다. 일단 국내법원 또는 국제 중재절차 중 하나를 선택하면 병합제기는 불가능하며, 종국적이다. 미국·아르헨티나 BIT가 대표적으로 제7(3)조는 (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, ...라고 규정하고 있다. 완전한(full) 선택조항과 달리 절충형 선택조항 (semi-fork in the road)도 있다. 이는 일단 국내구제절차를 선택한 이후에도 당해 사건을 국제 중재절차를 진행하는 것이 가능한 경우이다.

정판정사례를 살펴본다.

2. 적용판정사례³⁵⁾

(1) 무조건적 적용

① Siemens v. Argentina³⁶⁾ 사례는 MAffezini v. Spain 사건의 종재판정부의 견해를 기초로 관련된 해석이론을 발전시킨 긍정 판정사례이다. 독일 Siemens사는 아르헨티나 정부와 출입국통제시스템 구축과 ID카드 생산 및 배포에 관한 계약을 체결 후, 금융위기 때문에 계약이 취소되어 발생한 분쟁이다. 아르헨티나·독일 BIT제3조 MFN조항 적용범위는 '관련투자와 이와 관련된 행위'(relevant investments and their related activities)로 규정되어 있다. 제10조는 분쟁 발생 후 투자자는 국내법원에 소를 제기하여야 하고, 18개월 후 ICSID에 중재를 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 반면에 아르헨티나·칠레BIT 제10조는 투자자가 18개월간 대기기간 없이 ICSID에 중재를 신청하도록 하고 있다. 청구인은 Maffezini v. Spain 사례를 인용하면서, 18개월 국내구제기간 없이 ICSID에 중재를 신청할 수 있다고 주장하였다. 아르헨티나는 기본BIT의 MFN조항이 투자에 관련된 상사거래에만 적용되고, ISD는 포함하지 않는다고 하였다. 그리고 MFN조항의 적용범위는 '투자'이고 '투자자'가 아니라고 주장하였다.³⁷⁾

② 중재판정부는 「조약법에 관한 비엔나 협약」(VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES, 「조약법협약」)제31조를 적용하여 BIT의 MFN조항을 해석하였다. MFN조항 해석은 문장의 전·후문, BIT목적과 목표를 고려하여야 한다고 한다. 해석내용을 보면 첫째, 기본BIT 목적이 투자촉진과 보호에 있다는 것은 우호적 투자환경을 조성하여 외국인투자 유인을 위한 것이라고 하였다. 즉, BIT표제와 서언은 그 목적이 투자 보호와 촉진에 있고, 체약국의 회사/국민의 투자에 특혜 대우를 규정한다고 한다. 둘째, BIT의정서에서 '활동'은 투자의 관리, 사용과 수익에 제한하지 않는다고 규정한 것은 매우 보편적인 의미라고 하였다. 셋째, MFN조항에서 '-이외의-에 한정한다'는 규정이 없어 범위가 포괄적이라고 하였다. 따라서 기본BIT의 MFN조항의 '대우와 투자에 관련된 활동'의 의미는 일반적으로 합의된 유보사항 외 ISD조항을 포함한 모든 규정에 적용된다고 하였다.³⁸⁾

③ 부가적으로 중재판정부는 소위 BIT체결정책에 대하여서는 아르헨티나가 1991년에 체결한 다른BIT에서 18개월 국내소송 대기기간을 두지 않고 있어 고려사항이 아니라고 하였

35) 절차적 조항의 적용을 긍정한 판정 사례는 Emilio Augustin Maffezini v. Spain, Siemens A.G. v Argentina, Camuzzi International S.A. v. Argentine, Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine, Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexican, Suez, Sociedad General de Aguas de barcelona S.A., and InterAguas Servicios Intergrales del Agua S.A. v. Argentine 등의 사례가 있다.

36) Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Germany/Argentina BIT). Decision on Jurisdiction, (3 August 2004).

37) Ibid., paras. 37, 83, 85, 92.

38) Ibid., paras. 82-89.

다. 그리고 주체요건은 일반적 조항으로 자산이동, 분쟁해결 그리고 투자활동에 관한 조항 등과 같은 의미라고 한다. 이러한 활동은 모두 특정주체에 의하여 완성되어 지기 때문에 MFN조항의 운용 목적상 투자와 투자자의 구별은 무의미하다고 하였다.³⁹⁾

(2) 제한적 적용

① Maffezini v. Spain 사례는 아르헨티나인 Maffezini가 스페인에서 화학약품 생산·판매 기업에 투자한 후 지방정부와 분쟁발생으로 중재를 신청한 것이다.⁴⁰⁾ 기본BIT인 아르헨티나·스페인BIT제4조는 “동 협정에 관련된 모든 사항에(in all matters subject to this Agreement)MFN이 적용된다”고 규정하고 있다. 제10조에서는 분쟁이 발생된 후 6개월간 우호적 분쟁해결이 이루어지지 않은 경우, 분쟁을 수용국 국내법원에 제기하도록 규정하고 있다. 국내법원에 소송 제기 18개월 후, ICSID에 중재를 제기할 수 있도록 규정하였다. 청구인은 기본BIT의 MFN조항을 근거로 칠레·스페인 BIT를 원용할 수 있다고 주장하였다. 칠레·스페인BIT 제10조는 분쟁 발생 6개월간 우호적 협상 후, ICSID에 중재를 제기할 수 있도록 하였다. 스페인은 기본BIT MFN조항의 ‘사항’(matter)은 실체적 사항 또는 대우라서 동종원칙에 부합하지 않는다고 주장하였다.⁴¹⁾

② 중재판정부는 MFN조항의 ISD조항 적용여부는 체약의사 판단이라고 하였다.⁴²⁾ ‘본 협정의 모든 사항’은 ISD규정이 MFN에 포함된다는 명백한 의사가 표현된 것은 아니라고 하였다. Ambatielose사례의 중재판정부와 같이 ISD조항을 포함한다는 체약당사자 의사의 생략여부 혹은 투자자들이 투자과정에 이를 인지하고 관행화 하였는지를 추론하였다. 그리고 ISD조항은 투자자 보호에 불가결한 요소이며, 이는 무역조약하의 상인 권리 보호와 같은 이치라고 하였다. 역외관할권과 과거의 영사재판권은 상인권리 보호에 매우 중요하게 인식되어 왔다고 한다. 국제중재는 여러 가지 분쟁해결제도를 대체하는 제도이며, 투자자는 국제중재, 수용국은 국내구제를 선호하는 방향으로 변화되어 왔다고 하였다.⁴³⁾ ISD조항과 투자보호는 밀접한 관계이므로, 제삼국BIT의 ISD조항이 투자자 권리·이익 보호에 더 유리하다면 동종원칙에 부합한다고 하였다.⁴⁴⁾ 그리고 아르헨티나·스페인 BIT의 ‘모든 사항’은 적용범위가 광범위하고, 동 BIT에서만 나타난다고 한다. 스페인이 우루과이와 칠레 등과 체결한 BIT에서는 ‘당해대우’(this treatment)라고 협의적 규정을 두었다고 하였다.⁴⁵⁾ 중재판정부는 MFN조항은 합법적으로 투자자의 권리와 이익을 확대할 수 있지만, 기본BIT의 정책목표를 심각하게 해손할 가능성도 있다고 하였다.⁴⁶⁾

39) Ibid., paras. 80, 81, 103, 110.

40) Emilio Augustin Maffezini v The Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction.

41) Ibid., paras. 38-45.

42) Ibid., paras. 32, 48-50. Ambatielose 사례를 인용하면서 해석이 선결조건임을 제시하고 있다.

43) Ibid., paras. 54-55.

44) Ibid., paras. 54, 55, 56.

45) Ibid., para. 60.

③ 중재판정부는 MFN조항의 적용범위에 ISD를 포함하고 있다. 하지만 BIT체결정책(public policy)에 제한을 받는다고 하였다. 스페인 BIT체결정책은 MFN조항이 신청인으로부터 훼손되는지 여부가 쟁점이 되었다.⁴⁷⁾ 중재판정부는 스페인 BIT체결정책을 검토하였다. 동BIT 협상과정에서 아르헨티나는 자본수입국으로서 현지구제를, 스페인은 자본수출국으로 국제중재를 선호하였다고 한다. 중재판정부는 스페인이 기타국가와 체결한 BIT를 검토하면서, 일관된 입장은 6개월간 우호적 해결기간 후 국제중재를 허용하는 것이었다. 대부분 BIT가 ICSID중재를 허용하였지만 일부는 기타 분쟁해결제도도 선택할 수 있도록 하였다.⁴⁸⁾

3. 부정 판정사례⁴⁹⁾

(1) 제한적 부적용

① Salini v. Jordan 사례는 Salini가 요르단 정부와 체결한 댐 건설계약 관련 분쟁이다. 양자는 관련 투자계약에서 관할권을 국내사법 또는 중재로 할 것을 합의하였다.⁵⁰⁾ 이탈리아·요르단 BIT제3조는 MFN적용범위를 ‘투자자의 투자 및 그의 수익’(investments effected by, and the income accruing to)으로 규정하고 있다. 제9조는 “양자가 투자계약에서 분쟁 해결절차를 합의한 경우에는 그 합의에 의하고(제2항), 다른 경우에는 6개월 협상기간이 경과한 후 투자자가 국내구제(territorial-jurisdiction)와 ICSID에 중재를 선택적으로 제기할 수 있다(제3항)”고 규정하고 있다. 이에 반하여 미국·요르단 BIT 제9조와 영국·요르단 BIT 제6조는 “투자계약상 어떤 분쟁해결절차를 규정한지 불문하고, 투자자는 ICSID에 중재를 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 청구인은 기본BIT를 근거로 제삼국BIT를 원용할 수 있다고 주장하였다.⁵¹⁾

② 중재판정부는 MFN조항으로 ISD조항을 원용할 수 없다고 하였다. 그 이유는 첫째, 기본BIT에 규정된 분쟁해결절차는 체약국 의지를 반영하는 것이므로, MFN 조항의 일반적 원칙

46) Ibid., para. 63.

47) 중재판정부는 기본BIT의 MFN 조항을 근거로 ISD조항을 원용할 수 없는 소위 4가지 ‘BIT체결정책’을 예시하고 있다. 첫째, 국내구제완료(exhaustion of local remedies) 원칙은 국제법의 기본 원칙이므로 기본BIT의 국내구제완료 요구를 우회할 수 없다. 둘째, 선택조항(fork in the road clause)을 규정한 경우에는 일반적으로 최종적이고 변경될 수 없는 것이기 때문에 적용되지 않는다. 셋째, 기본BIT에서 ICSID 등 특정 이용 가능한 중재기구를 한정한 경우에 MFN조항을 적용할 수 없다. 넷째, NAFTA 등과 같이 상세한 절차규정을 두고 있고, 고도로 제도화된 중재시스템에 합의한 경우에 예외로 본다. 왜냐하면 MFN 조항의 적용으로 이러한 시스템의 구체적 규정자체를 변화시킬 수 있고, 또한 이러한 규정은 기본BIT의 체약국의 명확한 의지에 반영하기 때문이라고 한다.

48) Maffezini v. Spain, para. 60.

49) 부정사례로는 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan, Plama Consortium Limited v. Bulgaria, Telenor Mobil Communications A.S. v. Hungary 등이 있다.

50) Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Morocco, Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4 (Award, 23 July 2000).

51) Ibid., para. 21.

을 근거로 배제될 수 없다. 그리고 체약당사자는 계약분쟁을 ICSID관할권 범위에서 배제하는 의도가 분명하였다. 둘째, MFN조항 적용범위인 ‘투자자의 투자 및 그의 수익’은 MAffezini 사례의 ‘협정에 관련된 모든 사항’보다 협의적이라고 하였다. 셋째, Maffezini사례의 스페인 체약정책을 충분히 입증되지 않아 이의 검토는 중재판정에서 제외한다고 하였다.⁵²⁾

③ 부가적으로 판정에서 중재판정부는 MFN조항 확대적용에 대한 우려를 나타내고 있다. 특히 Maffezini사례에서 체약정책의 예외는 실무에서 응용하기 어렵기 때문에 조약남용위험(risk of treaty shopping)의 불확실성을 증대시킨다고 하였다.⁵³⁾

(2) 완전 부적용

① Plama v. Bulgaria사례는 Plama가 불가리아의 차별조치는 간접수용이라고 중재를 신청한 것이다.⁵⁴⁾ 불가리아·사이프로스BIT제3(1)조는 MFN적용범위를 ‘투자’라고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 그리고 제4(4-1)조는 “수용보상액에 관한 분쟁은 협상 3개월 후, 협상이 이루어지지 않은 경우에 임시중재(Ad Hoc Arbitration)에 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 비하여 불가리아·핀란드 BIT 제8조는 즉시 ICSID 중재신청을 하도록 규정하고 있다. 신청인은 기본BIT의 MFN조항을 근거로 불가리아·핀란드 BIT의 ISD조항을 원용할 수 있으며, 에너지 현장조약(Energy Charter Treaty, ECT)의 광범위한 분쟁해결조항을 원용할 수 있다고 주장하였다.⁵⁶⁾

② 중재판정부는 중재협의에 대한 논리를 전개하면서 당사자자치의 중요성을 강조하고 있다. 즉, 국내법이나 국제법에 상관없이 중재협의를 요구하고 있다. 중재를 규정하는 조항은 본래 계약/조약의 일부분으로 이루어지고 있다. MFN조항의 존재로 당사자는 중재협의에 동의했다고 할 수 없다. 중재협의는 자치성을 가지기 때문에, 체약당사자는 MFN조항을 ISD 조항에 적용하려는 의도가 없었다고 할 것이라고 하였다. 그리고 중재판정부는 Maffezini사례에서 MFN조항으로 절차규정을 원용하였지만, 오히려 중재협의의 명확성과 당사자자치를 소홀히 하였다고 비판한다.⁵⁷⁾ 중재판정부는 기본BIT의 당사국은 ISD를 BIT에 규정하고 있어, MFN조항으로 확장하려는 의도가 없었다고 보고 있다. ISD를 MFN조항 적용범위에 포함하는 경우에는 체약의도가 명확하고 조금도 의심스러운 점이 없어야 한다고 하였다.⁵⁸⁾

③ 중재판정부는 기본BIT의 ISD조항은 MFN조항의 범위에서 배제되고, MFN조항에서 명

52) Ibid., paras. 22–24.

53) Ibid., paras. 118, 119, 179.

54) Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (ECT). Order on Provisional Measures, 6 September 2005.

55) 불가리아·사이프로스(Cyprus) BIT 제3(1)조, Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states.

56) Ibid., paras. 216–221.

57) Ibid., paras. 222–224.

58) Ibid., paras. 195–197.

확하게 규정하는 경우에만, 절차적 대우를 포함한다고 하였다. MFN조항의 적용범위를 ‘본 협정의 포함한 모든 권리’ 혹은 ‘본 협정하의 모든 사항’이라고 규정하여도, 절차조항은 배제된다고 하였다. 중재판정부는 Maffezini 사례의 체약정책에 대하여 “체약국 의사가 명시된 경우에만 MFN 조항이 적용될 수 있다”는 통일된 원칙으로 대체되어야 한다고 비판하였다. 그 이유는 첫째, 불가리아·사이프로스 BIT제4조에서 규정된 국내구제완료는 체약국 간 협상에서 합의된 특별제한 조건이다. 둘째, 체약국의 명시적 약정이 있는 경우를 제외하고, 기본BIT의 ISD조항은 MFN조항으로 제삼국BIT의 다른 분쟁해결 메커니즘으로 대체될 수 없다고 하였다.⁵⁹⁾

4. 소결

사례에서 긍정판정을 완전적용과 조건부적용으로 나누고, 부정판정을 조건부 부적용과 완전 부적용으로 나누어 살펴보았다. 판정사례를 통하여 몇 가지 검토할 만한 점이 있다. 먼저, Maffezini사례에서 MFN조항을 근거로 ISD조항에 적용할 때 주목할 점이 있다. 첫째, BIT에서 체약국이 MFN조항 적용범위에서 ISD조항을 배제하는 것이 명백하지 않은 경우이다. 체약당사자가 “MFN조항은 ISD조항을 포함한다”는 합의를 한 것이 아니고, 체약당사자가 묵시적 동의 혹은 완전한 부인 여부를 검토하는 것이다. 둘째, 투자유치국 BIT체결정책은 MFN조항을 통하여 ISD조항을 원용하는데 실질적으로 제한하지 않는다는 것이다. 따라서 BIT의 현지구제에 대하여서는 체약국이 일관되고 통일된 정책을 구체적으로 명시하여야만 할 것이다.

Salini v. Jordan사례는 기본BIT의 적용범위가 협의적이어서 제한적 부정 판정이었지만, 실제로 적용범위가 광범위하게 해석된다면 긍정판정이 될 것으로 보여진다. 다른 부정판정도 당사자 의도의 명확성을 요구하고 있다. 즉, MFN조항 적용범위에 모든 권리 혹은 모든 사항 이라고 규정하거나, MFN조항에 ISD를 포함한다는 규정을 둘 것을 요구하고 있다.

BIT의 MFN조항의 입법형식과 표현의 다양성으로 인하여, 각 중재판정부가 사안별로 관련BIT의 해석을 하게 되는데, MFN초안에서는 조약법협약에 의하도록 하고 있다. 그러나 특정BIT의 MFN조항 해석방법은 일부 사례에 대하여서만 적용될 수 있다. 왜냐하면 BIT의 문구 또는 용어로 ISD적용여부를 판단할 수 없는 경우도 많이 존재한다. 따라서 중재판정에서 MFN조항의 ISD조항 적용에 관한 일반원칙이 도출되는 것은 매우 어렵다. 체약국이 명시적 반대규정을 규정하지 않은 경우를 제외하고, 중재판정부는 투자자의 시각에서 투자보호를 이유로 MFN조항 적용범위가 ISD로 확대된다는 자유재량 해석의 가능성성이 높다. 사례에서는 조약법협약에 따라 BIT체결 목적을 보호와 촉진에 두고 있다. 하지만 이를 추단(推斷)만 하여야지 한정하거나 제한해서는 안 될 것으로 보인다.

59) Ibid., para. 214.

IV. 결 론

MFN은 관습국제법이 아니기 때문에 그 적용범위는 체약국간 합의에 의하여 결정된다. 체약당사국이 BIT의 MFN조항에 적용범위를 명시하면 ISD조항을 적용할 수 있는 것에는 의문이 없다. MFN 조항은 다른 조항과 달리 기본BIT가 제삼국BIT에 영향을 미치는 것으로 특별한 의미를 가진다. 만일 체약국간 분명한 약속이 없는 경우에 MFN조항을 ISD조항 까지 확대 적용한다면, 체약국은 예전할 수 없는 결과에 직면하게 된다. 적극적인 BIT체결에 영향을 줄 수 있고, 국제자본이동에 심각한 제약을 초래할 수도 있다.

MFN조항은 오랜 연혁을 가지고 발전되어온 국제투자법의 중요한 원칙이라고 할 것이다. 그러나 아직 통일되고 원칙적인 해석기준이나 조약상의 입법기준도 정립되어 있지 않다. 이것이 MFN조항을 둘러싼 법적 문제의 시발점이라고 할 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 우리나라가 체결한 BIT의 MFN조항 적용범위를 살펴보면, ① 투자와 투자와 관련한 활동의 대우,⁶¹⁾ ② 투자자 및 그들의 투자에 대하여 투자 및 영업활동⁶²⁾, ③ 국민 또는 회사에 대하여, ④ 그들이 행한 투자의 관리·사용·향유 또는 처분과 관련하여⁶³⁾ 그리고 ⑤ 투자가 행한 투자의 관리·유지·사용·향유 또는 처분(investors of the other Contracting Party as regards management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments)⁶⁴⁾등의 표현으로 적용범위를 규정하고 있다. 거의 대동소이한 표현으로 보여진다. 이를 근거로 우리나라가 MFN과 관련하여 취할 입장을 정리하여 볼 수 있다.

첫째, BIT에서 최소한 MFN의 일관된 입장을 가져야 할 것이다.⁶⁵⁾ 우리나라의 모델BIT 제3조는 MFN조항의 적용범위로 ‘투자자’로 규정하고 있다. 모델BIT의 규정만을 놓고 보면 매우 협의적으로 표현되어 ISD조항이 적용될 가능성은 적어 보인다. 만약 MFN조항을 통하여 ISD의 원용을 제한하고자 한다면 MFN조항에서 적어도 모든 권리 혹은 모든 사항 등의 용어

60) MFN조항에 대하여 “각 조약의 기초자들은 항상 일종의 시스템 형식 혹은 논술형식으로 BIT를 체결하였다. 체약 담당자들은 종종 다른 BIT모델을 서로 복제하는 경향이 있다. 각국은 BIT에서 MFN조항이 분쟁해결에 적용되는지 여부는 언급하지 않았다는 사실은 각국이 무심결에 MFN조항을 분쟁해결절차에 적용하도록 방관하였다고 설명할 수 있다.”고 하여 주의 깊지않은 BIT체결을 지적하고 있다. Thomas Walde, “The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration”, *J. World Investment&Trade*, vol. 6, No. 2, 2005. p. 222.

61) 한·중BIT(개정) 제3(2)조.

62) 한·일 BIT 제2(2)조.

63) 한·영 BIT 제2(2)조.

64) 가장 최근에 발효한 한·부(BURKINA FASO) BIT 제3(2)조 ; 한·가(GABON) BIT 제3(2)조.

65) BIT의 MFN조항 중에 특이한 것은 “각 체약당사자는 자국의 영역안에서 타방체약당사자의 투자자에게 투자의 관리·유지·사용·향유 또는 처분과 관련하여 공정하고 공평한 대우(treatment which is fair and equitable)를 부여하며, 자국 또는 제3국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다”고 규정되어 있는 BIT도 있다. 한·카(QATAR) BIT 제3(2)조; 한·홍(Hong Kong) BIT 제3(2)조. 이 규정은 MFN조항과 F&ET조항을 동시에 규정한 것으로 보인다. 일반적으로 MFN과 NT를 동시에 규정하는 입법례는 많지만, MFN조항과 F&ET조항은 완전히 서로 별개의 내용이며, 적용범위 규제법리 모두가 확연히 다르다. 이것은 최소한 지금의 BIT체결 입법기술이나 규정방식에 있어서도 현저한 혼란을 초래할 가능성이 있다.

를 사용해서는 안될 것이다. 미국에서도 이러한 입장을 가지고 있는 것은 틀림없어 보인다.⁶⁶⁾ 그리고 전술한 캐나다, 미국, 멕시코가 NAFTA 부속서IV에서 MFN조항이 체결된 국제 협정의 적용 제한을 참고할 필요가 있다. 그러나 사례에서 본 바와 같이 Maffezini 중재판정과 같은 관점을 취한다면, 우리나라의 MFN조항은 ISD를 배제했던 것이 아니라 적용을 묵인한 것이 될 수도 있다. 또한 ISD의 대상으로는 ① 국유화와 배상으로 인하여 발생한 분쟁 ② BIT상의 의무 위반 ③ 위무위반과 투자계약 그리고 투자인가 모두를 규정하는 경우등 아주 혼란하게 규정하고 있다. ISD의 방법으로도 국제중재, 국내구제 후 국제중재, 국제중재와 국내구제의 선택형 등 다양하게 규정하고 있다. 이에 의하면 분쟁발생시 우리나라가 통일적으로 현지구제 우선정책을 취한다는 BIT체약정책이 있었다고 할 수는 없다. 이는 급격히 증가한 외국투자자들에게 손쉽게 국제중재(ICSID구제)를 허용해 줄 가능성이 크다고 할 것이다.

둘째, MFN조항으로 제삼국BIT를 원용하는 것은 기존 체결된 모든 BIT를 무력화시키고, BIT정책을 혼란스럽게 하는 것만큼은 틀림없다.⁶⁷⁾ 따라서 우리나라도 적용 제한적 입장을 견지하여야 할 것이다. 왜냐하면 우리가 기존에 체결한 BIT가 다수이며 앞으로 체결할 BIT는 그 보다도 적을 수 밖에 없을 것이다. 특히 우리나라가 체결한 조약중에서 한·미 FTA가 가장 혜택적인 내용을 담고 있는데, 한·미 FTA는 소급효를 금지하고 있기 때문이다.

마지막으로, BIT에서 ISD조항의 가장 바람직한 입법방식은 수용국 입장에서는 국내구제를 수출국 입장에서는 국제중재일 것이다. 그러나 한·미FTA에서 보듯이 굳이 MFN조항을 원용하지 않아도 ISD조항이 국제중재에 아주 폭넓게 적용되게 된다. 한·미FTA만 놓고 본다면 이제 구제방법상으로는 국제중재, 대상으로 국제투자에 관한 모든 분쟁을 포함하게 되었다. 따라서 앞으로 체결될 모든 BIT나 FTA에서는 투자계약만큼은 분쟁해결을 당사자 자치에 의하도록 협정에 명시하여야 할 것이다.

◇ 주 제 어 ◇

국제투자법, 양자간투자협정, 최혜국대우조항, 투자자와 정부간 분쟁해결, 동종원칙, 국제 투자분쟁해결센터

66) 미국과 중남미자유무역협정(CAFTA) 초안 '투자' 장에서 MFN조항의 적용범위에 한 개의 해석 각주를 두었다. 그 내용을 보면 다음과 같다. 체약당사자는 최근 Maffezini 중재판정부가 내린 결정에 주의했다. 즉, ISD에 적용하기 위하여 아르헨티나·스페인 BIT에서는 광범위한 MFN조항 적용범위가 확립되었다. 반대로 본 협정은 MFN조항은 분명하게 아래사항의 범위 '투자에 대한 확립, 구매, 확장, 관리, 생산, 운수, 판매 혹은 기타 처리'로 제한할 것을 각 당사자는 동의한다: 당해조약은 국제분쟁해결제도를 포함하지 않는다. 예를 들어 본장 제11절에 포함된 국제분쟁 해결제도이다. 체약당사자가 MFN조항과 Maffezini에 대한 공통이해를 반영하기 위해서, 체약당사자는 그것을 협상과정 문건 중에 포함하는 것을 동의한다. OECD, International Investment Law: A Changing Landscape, A Campane Volume International Investment Perspectives, OECD Publishing, 2005. p 132.

67) Rudolf Dolza & Cristoph Schreuer, Supra note 29, pp. 253-257.

◆ 참고 문 헌◆

서현제, 「국제경제법」, 울곡출판사, 1998.

Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008.

Thomas Walde, "The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration", *J. World Investment&Trade*, vol. 6, No. 2, 2005.

OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape, A Campane Volume International Investment Perspectives*, OECD Publishing, 2005.

OECD, *MOST-FAVoured-NATION TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT Number 2004/2)*.

UNCTAD, *PRESERVING FLEXIBILITY IN IIAs: THE USE OF RESERVATIONS*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, (UNCTAD/ITE/IIT/2005/8).

〈ABSTRACT〉

**A Study on Most-Favored-Nations Clause in
International Investment Law**

Kim, Yeu-Sun · Oh, Young-Gi

Bilateral Investment Treaty has a treatment clause on investor and investment which include most-favored-nation treatment(MFN) and national treatment(NT) and fair and equitable treatment(F&ET). Among these, MFN applies to the various areas including trade, investment, foreign exchange(currency), intellectual, rights of diplomatic protection and recognition and enforcement of commercial arbitral awards. As of now, most of the economy-related treaties have the MFN clause as one of the fundamental principles. The MFN is a clause in which a granting state promises offering a special privilege to a third state or beneficiary state.

The legal problems of MFN arise mainly due to the fact that the MFN clause have a wide range of terms and regulation. Accordingly, it is the right time to look into the types and characteristics of the MFN clause to get a better understanding of it. Recently, there is a case of awards in which the basic treaty of MFN is applied to the investor-state dispute settlement(ISD) of the third party treaties.

This means that the basic treaty of MFN can be applied to substantive rights or treatment. MFN-related case is related to the substantive stipulation, which is because the range of application of MFN in BIT is stipulated widely. Therefore, the Award on the clause of MFN turns out to positive or negative depending on the case. The awards should meet the limits of the subject matter. The ways BIT expresses the limits of the subject matter include 'in like circumstances; in like situations, in same circumstance; in same situations.' And the awards become the matter of interpreting BIT at the arbitral tribunal. The interpretations of BIT are based on Vienna Convention on the Law of Treaties(Art.31).

If BIT of the third-party applies as the MFN clause, the existing BIT can be nullified. The confusing results arise. Consequently, it is advised that Korea should keep the unified position on the MFN Clause in BIT. This is because the MFN clause of BIT Korea is going to enter into applies to the various areas. Such case has an expansible application. It may be that Korea has to limit its expansible application.

The situation is similar to the application of the MFN clause in the United States and Canada. The legal establishment of the ISD clause in BIT, host state prefer exhaustion of local remedies and export state international arbitration. However, the ISD clause in the contract of FTA between Republic of Korea and the United States can apply to the international arbitration in various ways. Accordingly, investment contract in BIT entrusts ISD to the principle of private autonomy.

◊ KEY WORDS ◊ —

International Investment Law, Bilateral Investment Treaty, Most-Favored-Nation Clause, ISD, Ejusden Generis Rule, ICSID

Hedge Funds and Financial Stability in Global Financial Markets^{*}

Yoon, Seung-Young^{**}

[目 次]

I . Introduction	III. The Limitation of Direct Hedge Fund Regulation
II. Hedge Funds and Financial Crisis	1. Intrinsic Limitation
1. The Historical Examples of Hedge Funds and Financial Crisis	2. Leverage
2. The Role of Hedge Funds In the Subprime Mortgage Crisis	3. Mandatory Disclosure
3. Regulatory response after subprime mortgage financial crisis	IV. Indirect Regulatory Approach: Market Discipline
	1. Check and Balance by Counterparties
	2. Improving Disclosure
	V. Conclusion

I . Introduction

Hedge funds are complex financial products which have grown exponentially during the past decade. While hedge funds provide benefits to the world's financial markets, they also pose systemic risks in financial markets. Hedge funds suffered huge losses last financial crisis, notably from investments in securities backed by subprime mortgages.¹⁾ In January 2009, two senators were proposing new government oversight over hedge fund industry that operate largely in secrecy and have been pinned as potential threats to financial market stability.²⁾ On July 21, 2010, President Barack Obama signed into

논문접수일 2010.11.25, 논문심사일 2010.12.10, 게재확정일 2010.12.22

* This article is based on a part of my J.S.D. dissertation: "Hedge Fund Regulation in Global Financial Markets: Implications for the Korean Financial Markets."

** Visiting Scholar, Washington University in St. Louis, School of Law.

1) David Weidner, *Commentary: Wall Street faces big questions as 2008 nears finish*, MarketWatch, Dec. 18, 2008, available at http://www.marketwatch.com/news/story/five-year-end-questions-wall-street/story.aspx?guid=%7BB23A5CB4%2D6DA1%2D46D1%2D9523%2D15686F32D47A%7D&dist=msr_2

2) "The problem is that hedge funds have gotten so big and are so entrenched in U.S.

law the most sweeping set of changes to the U.S. financial regulatory system since the Great Depression. The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (the “Dodd-Frank Act”) will, among other things, significantly increase the regulation of money managers, in particular managers of hedge funds, by the registration of hedge fund advisers and restrictions on the relationship and activities of banking organization with hedge funds.

There is no judicial definition of term “hedge funds.” Traditionally, hedge funds are investment vehicles from a wide range of asset classes, which seek short-term capital gains regardless of market trends. Hedge funds have tried a lot cutting-edge strategies that were not used in the past. Hedge funds are distinguishable from other investment vehicles, such as mutual funds. Mutual funds are highly regulated investment vehicles, while hedge funds are not highly regulated. The differences are especially noticeable with regards to liquidity and leverage, as well as investor fees.

Hedge funds provide important advantages to financial markets, as well as private benefits for their investors and advisers. Other regulated investment vehicles, such as mutual funds, are encumbered by mandates and required to index and track. Consequently hedge funds bring market liquidity to the capital markets by actively participating in secondary markets and the market for derivatives. Furthermore, hedge funds help in reallocation of financial risk and play an important role in financial innovation.

While there are many positives associated with hedge funds, there are also some negatives which should not be overlooked. Hedge funds are some of the best alternative investment vehicles available to investors, but they are also some of the most dangerous, in terms of risks to investors and market strategy. While hedge funds have helped make financial markets more efficient, they may hurt investors and the financial markets through investor fraud and market manipulation. The hedge fund industry has grown significantly in recent years,

financial markets that their actions can now significantly impact market prices, damage other market participants and can even endanger the U.S. financial system and economy as a whole,” Floor Statement of Senator Carl Levin of Michigan (as prepared), January 29, 2009, available at

http://grassley.senate.gov/news/Article.cfm?customel_dataPageID_1502=19024 (last visit Oct. 2010).

“A major cause of the current crisis is a lack of transparency. The wizards on Wall Street figured out a million clever ways to avoid the transparency sought by the securities regulation adopted during the 1930s.” Floor Statement of Senator Chuck Grassley of Iowa, January 29, 2009, available at

http://grassley.senate.gov/news/Article.cfm?customel_dataPageID_1502=19024 (last visit Oct. 2010).

largely due to enormous benefits derived from 'high-risk and high-return' strategies. As a result of this rapid growth,³⁾ these minimally regulated investment vehicles poses an increasing threat to the global financial markets. Concern over this threat has prompted many commentators to question whether hedge funds should be subject to regulation. The collapse of two major hedge funds—Long Term Capital Management ("LTCM") and Amaranth Advisors ("Amaranth")—has further fueled questions about the need for hedge fund regulation.

The aim of this article is to identify the optimal form of hedge fund regulation in Global financial markets. The preliminary question is whether hedge funds should be subject to greater regulations, similar to other investment vehicles. In connection with this issue, this dissertation will argue why direct regulation of hedge funds is not the optimal form of regulation. On the contrary, this article concludes that an indirect approach is best for protecting the financial system in Global financial markets.

II. Hedge Funds and Financial Crisis

1. The Historical Examples of Hedge Funds and Financial Crisis

(1) LTCM Debacle

In 1991, John Meriwether, a legendary bond trader at Salomon who had resigned after the firm disclosed a series of improper bids at U.S. Treasury note auctions, began to contact his peers within the finance and investment banking communities with an idea to start a hedge fund. Meriwether proceeded to hire trading community stars and finance experts for his fund, Long-Term Capital Management, L.P. ("LTCM").⁴⁾ As

3) By the end of the first quarter of 2007, the hedge fund industry had experienced record growth, with total assets invested in over 11,000 hedge funds to \$1,568 trillion. *See Hedge Fund Research, "Hedge Fund Industry Report—Q1 2007"*, available at www.hedgefundresearch.com; George P. Van, chairman of Van Hedge Fund Advisors International, LLC predicted that assets managed by hedge funds will double to \$2 trillion by 2009, swell to \$4 trillion by 2013, and \$6 trillion by 2015. *See The Barclay Group, "Hedge Fund Demand and Capacity 2005–2015"*, reported in *Pensions & Investments*, available at www.psionline.com

4) Roger Lowenstein, *When Genius Failed: The Rise and Fall of Long-Term Capital Management* 27 (2000); Meriwether worked closely with a cast of finance stars, including David Mullins

a result, LTCM⁵⁾ was founded in early 1994 with equity of 1.3 billion,⁶⁾ and the fund began trading on February 24, 1994, just after the Federal Reserve's rate hike.⁷⁾ U.S. General Accounting Office ("GAO") described LTCM as a unique hedge fund due to the large scale of its activities and size of its positions in certain markets.⁸⁾ LTCM specialized in a variety of trading strategies, including convergence trades and dynamic hedging.⁹⁾ According to Andre Perold:

LTCM generally sought to hedge the risk-exposure components of its positions that were not expected to add incremental value to portfolio performance and to increase the value-added component of risk exposures by borrowing to increase the size of its positions.¹⁰⁾

LTCM charged a two percent annual fee, plus 25 percent of any profits¹¹⁾, and the fund required a minimum investment of US\$ 10 million.¹²⁾ Moreover, investors

Jr., a former Harvard Business Professor and Vice Chairman of the Federal Reserve Board, and two Nobel Prize winners, Robert Merton of the Harvard Business School and Myron Scholes of Black-Scholes model fame. Additionally, Meriwether was able to convince David W. Mullins, Vice-Chairman of the Federal Reserve under Alan Greenspan, to join his hedge fund.

- 5) The hedge fund was named Long-Term Capital Management to signify the group's desire to have investors commit long-term to the fund to enable it to withstand short-term changes in the market without having to go back into the market for more capital.
- 6) The hedge fund raised an initial \$ 1.3 billion from private and public foreign banks, wealthy businessmen such as celebrity agent Michael Ovitz and Phil Knight, CEO of Nike, and pension funds such as the Black & Decker Corporation's pension fund. Lowenstein, *supra* note 4, at 27-28.
- 7) The President's Working Group on Financial Markets, Report on Hedge Funds, Leverage, and the Lessons of Long-Term Capital Management 10 (1999) [hereinafter Working Group]; Although LTCM itself is a Delaware limited partnership with its main offices in Connecticut, the fund that it operates, Long-Term Capital Portfolio, L.P., is a Cayman Islands partnership.
- 8) United States General Accounting Office, *Long-Term Capital Management: Regulators Need to Focus Greater Attention on Systemic Risk*, Report to Congressional Requesters GGD-00-3, Oct. 1999, at 1, 5 [hereinafter GAO Report].
- 9) Working Group, *supra* note 7, at 10.
- 10) Andre F. Perold, *Long-Term Management*, L.P. (A), (Harvard Bus. School Publ'g 1999).
- 11) The fund returned 19.9 percent after fees in 1994 to its investors, 42.8 percent in 1995, 40.8 percent in 1996, and another 17.1 percent in 1997. By late 1997, the equity in LTCM had grown to over \$7 billion. In December 1997, however, the fund returned \$2.7 to its investors, claiming diminished investment opportunities, leaving equity of about \$4.8 billion at the start of 1998. Franklin R. Edwards, *Hedge Funds and the Collapse of Long Term Capital Management*, *Journal of Economic Perspective* Vol. 13, Number 2, 189, 197 (Spring 1999).
- 12) Frank Partnoy, *Infectious greed: How Deceit and Risk Corrupted the Financial Markets*

could not withdraw their money for three years, hence the name “Long-Term.”¹³⁾ LTCM’s investors included individuals, corporations and academic institutions.¹⁴⁾ Meriwether and his LTCM’s partners contributed a total of US\$146 million of their own money to start the fund.¹⁵⁾ This is one of the representative characteristics of hedge funds.

LTCM’s prospectus entrusted the fund with almost absolute powers, and warned investors about the volatility of its strategies.¹⁶⁾ The prospectus explained relative-value and convergence trades and described a couple of examples of such trades from Salomon’s Arbitrage Group, noting that new strategies were expected but could not be specified in advance.¹⁷⁾ The prospectus also mentioned that the firm was allowed to make directional bets, although the fund did not plan to engage in much thorough speculation.¹⁸⁾

Several commentators, including regulators, legislators and market participants, concluded that LTCM was unique both in terms of size and leverage.¹⁹⁾ Over 80 percent of the LTCM Fund’s balance-sheet positions were in G-7 country government bonds.²⁰⁾ LTCM’s balance sheet leverage ratio was 25 to 1, as compared with the average leverage ratio of 2 to 1 for all hedge funds.²¹⁾ Nevertheless, the fund was active in many other financial markets, such as securities markets, exchange-traded futures, and OTC derivatives, as well as other geographical markets.²²⁾ As a result involvement in a wide range of financial and geographic markets, LTCM’s most “lucrative trades” were not the product of luck but rather close-knit relationships with central bankers

251 (OWL BOOK 2003).

13) *Id.* at 252

14) Lowenstein, *supra* note 4, at 38.

15) *Id.*

16) Partnoy, *supra* note 12, at 252.

17) *Id.*

18) *Id.* at 253.

19) Brandon Becker & Colleen Doherty-Minicozzi, *Hedge Funds in Global Financial Markets* (April 2000), in *New Directions in Unregistered Investment Vehicles* 180 (Suffolk University Law School 2000). [hereinafter *New Directions*]

20) Working Group, *supra* note 7, at 11.

21) Hal S. Scott, *International Finance: Transaction, Policy and Regulation* 707 (Foundation Press, 13th ed 2006).

22) Working Group, *supra* note 7, at 11; According to the Working group report, LTCM fund participated numerous markets, including: i) government bond markets, mortgage-backed securities markets, corporate bond markets, emerging bond markets; ii) equity markets; iii) futures, with positions in over a dozen futures exchanges worldwide (in some cases positions were quite large in relation to total open interest); iv) OTC derivatives, in which it conducted business with about 50 counterparties; and v) options, with volatility positions in a number of markets, including short volatility positions in equity markets.

and government officials. This, in turn, allowed the fund to learn about regulatory arbitrage trades.²³⁾ These strategies were not a theoretical method in finance.²⁴⁾ For example, in Italy, LTCM employed the former Italian treasury official responsible for debt management, and recruited the Bank of Italy, Italy's central bank, to invest US\$100 million.²⁵⁾ In other trades, LTCM took advantage of Italian tax loopholes for foreign investors.²⁶⁾

LTCM was mainly engaged in "market-neutral arbitrage."²⁷⁾ The fund's main holdings were generally long positions in bonds that the fund considered overvalued.²⁸⁾ More specifically, LTCM bought high-yielding, less liquid bonds, such as Danish mortgage backed securities, bonds issued by emerging market countries and "junk" corporate bonds. LTCM sold short low-yielding, more liquid bonds, such as U.S. government bonds.²⁹⁾

For example, recently issued (so-called on-the-run) US Treasury bonds typically traded at slightly lower yields (higher prices) than comparable maturity but older (so-called off-the-run) Treasury bonds. If the spread were sufficiently wide, LTCM might purchase the off-the-run bond, and sell short the lower-yielding on-the-run bond. With attractive financing rates, this position would make money if held to maturity. The position also stood to make significant profits if the yield spread, and hence the value differential narrowed.³⁰⁾

Even a small reduction in yield spreads would mean huge profits for LTCM because of its enormous leverage.³¹⁾ LTCM also stood to gain or lose as yield spreads changed due to LTCM's large number of derivatives contracts.³²⁾ LTCM's vulnerability to

23) Partnoy, *supra* note 12, at 254; Regulatory arbitrage trades are buying and selling to profit from mis-pricings due to various countries' legal rules and regulations.

24) *Id.*

25) *Id.*

26) *Id.*

27) Edwards, *supra* note 11, at 197.

28) *Id.* at 198.

29) *Id.*

30) Harvard Business School, Long-Term Capital Management, L.P. (A), Case N9-200-007 (October 27, 1999).

31) Edwards, *supra* note 11, at 198.

32) For example, LTCM entered into interest rate "swaps" in which it agreed to make periodic payments to its contractual counterparty if yield spreads between LIBOR-based instruments and government bonds widened, but would receive payments from its counterparty if yield spread on bonds narrowed. *Id.*

widening yield spreads was aggravated because the fund's portfolio was composed of illiquid financial instruments with no equipped market, and in some cases the funds was a substantial holder in these instruments.³³⁾ Thus, in the event that yield spreads moved against LTCM, any effort by the fund to contain its losses by liquidating its positions would put heavy pressure on prices and expose LTCM to even larger losses.³⁴⁾

(2) LTCM Crisis and Financial Stability

The LTCM crisis and subsequent government bailout triggered early discussion regarding hedge fund regulation.³⁵⁾ Following the LTCM crisis, a couple of regulatory agencies produced detailed reports and recommendations for hedge fund regulation.³⁶⁾ The regulatory agencies found that the a hedge fund collapse, such as LTCM's collapse could threaten "global financial stability," harming financial institutions and investors worldwide, as a result of the fund's size and extensive positions. John Eatwell explains:

The spark was the financial crisis that overwhelmed many of the Asian economies in 1997, and spread to Russia in 1998. But the center of the conflagration was the near failure of the LTCM. More than any of the other problems in the Fall of 1998, the threats that LTCM's difficulties posed to financial stability throughout the world illustrated beyond all reasonable doubt that the international financial system entered a new era. This was not a problem of sovereign debt, or macroeconomic imbalance, or even a foreign exchange crisis. Instead it was the manifestation of the systemic risk³⁷⁾

33) *Id.*

34) *Id.*

35) Erik J. Greupner, *A Call For Increased Regulation?*, 40 San Diego L. Rev. 1555, 1557 (2003).

36) Studies were undertaken by nearly every major central bank, regulatory agency, and international "regulatory" committee (such as the Basel Committee and IOSCO).

37) Katz identified five types of systemic risk:

"The first type of systemic risk in the framework occurs when the failure of a financial institution threatens the health of parties in second tier privity with that institution (e.g. one bank failure triggering others); the second occurs when problems at financial institutions spread through complex systems (e.g. payment systems); the third occurs when a problem with a financial institution or market causes unrelated third parties to engage in self defeating behavior (e.g. the stock market crash of 1987, where portfolio insurance programs encouraged institutions to sell some their of shares, heavily devaluing those they still held); the fourth occurs when the sale of a financial institution's assets at distress prices affects the solvency of other financial institutions

created by the market driven decisions of a private firm.³⁸⁾

As a result, early discussions concerning hedge fund regulation focused on the financial stability posed by very large, unregulated, and excessively leveraged hedge funds.³⁹⁾ These discussions demonstrated that federal regulators and legislators were beginning to question whether hedge funds should be subject to a more comprehensive regulatory scheme.⁴⁰⁾ The regulators were concerned that that a highly leveraged hedge fund, such as LTCM, could incur substantial losses which would increase the likelihood of a financial market domestically and internationally.⁴¹⁾

The main issue raised by the LTCM crisis concerned “how to restrain excessive leverage more effectively.”⁴²⁾ The Working Group identified excessive leverage as the core problem in its report.

As events in the summer and fall of 1998 demonstrated, the amount of leverage in the financial system, combined with aggressive risk taking, can greatly magnify the negative effects of any event or series of events. By increasing the chance that problems at one financial institution could be transmitted to other institutions, leverage can increase the likelihood of a general breakdown in the functioning of financial markets.⁴³⁾

In a volatile market, highly leveraged hedge funds are more vulnerable to failure, because the size of hedge fund's losses can seriously deplete its net worth.⁴⁴⁾ Without sufficient capital to absorb losses, hedge funds can potentially default on their payment obligations to creditors and trading counterparties.⁴⁵⁾ Creditors and counterparties may try to loosen their positions by liquidating the collateral

(e.g. property liquidations during the Savings and Loan crisis of the 1990's); and the fifth occurs when problems at financial institutions disrupt important economic function (e.g. banks unable to extend new credit because of poor loans elsewhere). ” J. Katz, A Framework for Understanding Systemic Risk, Harvard Law School p 3, April 2001

38) John Eatwell, *The New International Financial Architecture: Promise or Threat?*, at 6, May 22, 2002, available at <http://www.cerf.cam.ac.uk/publications/files/Cambridge-MIT%20lecture%2022,5.pdf>.

39) Willa E. Gibson, *Is Hedge Fund Regulation Necessary?*, 73 Temp. L. Rev. 681, 682 (2000).

40) *Id.* at 704.

41) See Working Group, *supra* note 7, at 38.

42) *Id.*

43) *Id.*

44) See *Id.* at 23.

45) *Hedge Fund Hearing 1998* at 141, 142 (1998) (statement of William McDonough, President of Federal Reserve Bank of New York) [hereinafter McDonough Testimony].

securing the obligation to protect themselves from hedge fund losses.⁴⁶⁾ If there is a disorderly liquidation, hedge funds' creditors and counterparties may be exposed to further losses from liquidation of collateral.⁴⁷⁾ Default or disorderly liquidation not only harms creditors and counterparties, but also affects unaffiliated market participants.⁴⁸⁾

(3) The Lack of Market Discipline in the LTCM crisis

The exercise of market discipline by trading counterparties and creditors can serve as an effective instrument to control the risks of excessive leverage.⁴⁹⁾ If a firm seeks to take on greater risks by increasing its leverage, creditors can react by cutting off the credit limit to the firm.⁵⁰⁾ The exercise of credit discipline in a trading relationship can be an effective tool to maintain a balance between the benefits and risks of leverage.⁵¹⁾ However, counterparty discipline failed to impact LTCM's excessive leverage.⁵²⁾

In the case of LTCM, securities firms, Futures Commission Merchants ("FCMs"), and banks did not exercise prudent judgment when they decided to extend credit to LTCM.⁵³⁾ Thus, the LTCM collapse illustrates that market discipline failures can create systemic risk.⁵⁴⁾ The creditors and counterparties were not fully aware of the size of LTCM's trading positions and the risk that those positions might pose to the stability of the financial markets.⁵⁵⁾ To enhance market discipline in the wake of the LTCM collapse, financial regulators applied guidelines for regulated entities when extending credit either through lending or counterparty relationshi

46) *Id.*

47) Working Group, *supra* note 7, at 17.

48) See Gibson, *supra* note 39, at 705.

49) Working Group, *supra* note 7, at 25.

50) *Id.*; Patrick M. Parkinson, an Associate Director of the Division of Research and Statistics of the Board of Governors of the Federal Reserve System, explained the Committee: *"In our market-based economy, the primary mechanism that regulates firms' risk-taking is the discipline provided by creditors and counterparties. If a firm seeks to achieve greater leverage, its creditors and counterparties will ordinarily respond by increasing the cost or reducing the availability of credit to the firm. The rising cost or reduced availability of funds provides a powerful economic incentive for firms to restrain their risk-taking."* Dec. 16th Hearing (statement of Patrick M. Parkinson) ("Parkinson statement").

51) Working Group, *supra* note 7, at 25.

52) *Id.*

53) Gibson, *supra* note 39, at 707.

54) GAO Report, *supra* note 8, at 10.

55) *Id.*

p.⁵⁶⁾ The LTCM crisis has increased traders' awareness of their risk management practices and procedures.⁵⁷⁾

(4) Amaranth Debacle

Amaranth Advisors ("Amaranth"), a Connecticut hedge fund, informed investors that it lost roughly US\$ 6 billion, or 65 percent of its assets, primarily on bad bets in the volatile natural-gas market.⁵⁸⁾ Amaranth's assets, under management of 32-year-old trader Brian Hunter, fell to roughly US\$ 4.5 billion during the first week of September 2006.⁵⁹⁾ Amaranth's demise took less than a month and was the largest collapse in hedge fund history.⁶⁰⁾ Hunter's bets often paid off, and at the end of April 2006, he was up by US\$ 2 billion for the year.⁶¹⁾ However, the market quickly changed and gas prices fell drastically.⁶²⁾ As a result, Amaranth's net asset value dropped sixty-five to seventy percent by October 2006, which sent investors scrambling.⁶³⁾

56) Gibson, *supra* note 39, at 708.

57) GAO Report, *supra* note 8, at 13.

58) See Ann Davis, *Moving the Market: Regulators Scrutinize Amaranth*, Wall St. J., Sep. 25, 2006, at C3.

59) Ann Davis, *Blue Flameout: How Giant Bets on Natural Gas Sank Brash Hedge-Fund Trader*, Wall St. J., Sept. 19, 2006, at A1 [hereinafter Davis-Blue Flameout]

60) Amaranth's failure is linked to Hunter's aggressive trading in natural gas futures. Hunter employed a trading strategy focused on exploiting futures contracts for natural gas, while relying heavily on "borrowed money to double-down on his bets." With generous lines of credit from banks, Hunter leveraged aggressively and increased his exposure in an extremely volatile commodities market. Hunter's strategy involved making complex wagers on natural gas by analyzing weather conditions and other factors in an attempt to predict how prices would fare at some point in the future. Based on his analysis, Hunter would bet against market prices and attempt to take advantage of large price swings from both declines and surges. Melissa Antoszewski, *Las Vegas style investing: In the absence of regulation, risky hedge fund bets can win big and lose even more*, 8 *Transactions* 381, 409; See also Katherine Burton, *Amaranth to Get Advice From Fortress Investment on Asset Sales*, Bloomberg, Oct. 2, 2006, available at

<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601087&sid=aPz3nvmZNWP4&refer=home>

61) Davis-Blue Flameout, *supra* note 59.

62) *Id.*; See also Ann Davis et al., *What Went Wrong at Amaranth—Mistakes at the Hedge Fund Include Key Trader's Confusing Paper Gains With Cash Profits*, Wall St. J., Sept. 20, 2006, at C1. [hereinafter Davis-Amaranth]

63) Alistair Barr, *Amaranth to sell all remaining positions: Hedge fund suspends redemptions to try to boost proceeds from asset sales*, MarketWatch, Sept. 29, 2006, available at

<http://www.marketwatch.com/news/story/amaranth-sell-all-positions-suspends/story.aspx?guid=%7B59B167B2%2D2D4D%2D4C80%2D9BFC%2D996F997C20DD%7D>

The market barely blinked. J.P. Morgan Chase & Co. (Amaranth's prime broker) and T. Boone Pickens were among those who quickly swooped in to scoop up discounted chunks of Amaranth's decimated natural gas futures portfolio.⁶⁴⁾ Despite limited interest in the large and complicated holdings, J.P. Morgan and Citadel believed that Amaranth's investments would be more valuable than the market assumed, and that J.P. Morgan and Citadel could balance the risk of the trades with other investments.⁶⁵⁾ Moreover, with the assistance of Fortress Investment Group LLC, Amaranth suspended client redemptions in order to liquidate the three billion dollars remaining in investments.⁶⁶⁾ Amaranth's collapse affected many investors 3M Co.'s pension fund, funds of hedge funds run by Goldman Sachs and Morgan Stanley, and the San Diego County Employees Retirement Association.⁶⁷⁾

(5) Big Difference between LTCM and Amaranth

Despite Amaranth's US\$6 billion one-week loss, the largest in hedge fund history, industry sources agree that the impact was little more than a blip.⁶⁸⁾ The fund did not default on any of its counterparty obligations, and the impact on global financial systems was negligible.⁶⁹⁾ Does the Amaranth debacle show us that hedge funds pose serious systemic risk by hedge funds, as LTCM crisis demonstrated? The distinction between LTCM and Amaranth is important when considering the impact of hedge funds in the global financial stability. Amaranth's fall had some similarities to the LTCM collapse. Both funds managed assets for accredited investors such that they qualified for exemptions under SEC rules. And both funds put money on the market's direction and guessed wrong. One big difference, though, was that Amaranth lost its own money, while LTCM lost other counterparties' money.⁷⁰⁾ From an economics perspective, if a group of millionaires wants to get together and bet on natural gas futures or Russian bonds, this is not a big problem in sound financial markets. If

64) Edward Pekarek, *Pruning the Hedge: Who is a "client" and Whom does an adviser advise?*, 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 913, 962.

65) Gregory Zuckerman, *How the Wreck from Amaranth was Contained*, Wall St. J., Oct. 5, 2006, at C3.

66) Barr, *supra* note 63.

67) *Id.*; See also Davis-Amaranth, *supra* note 62.

68) See Bill Holland, *Are There More Amaranths Lurking?*, BusinessWeek.com, Sep. 20, 2006.

69) *Id.*

70) James McCusker, *The Fed needs to act decisively on hedge funds*, available at http://www.heraldnet.com/stories/06/10/01/100bus_mccusker001.cfm, Oct. 1, 2006.

they want to borrow their betting money from the financial markets, that is another matter.⁷¹⁾

Over the past decade, after LTCM crisis, progress has been made.⁷²⁾ Risk management practices have been improved to decrease some of the larger risks and excessive leverage has been reduced.⁷³⁾ Also, liquidity mismatches, which arise when managers invest in illiquid and inefficient markets, have been mitigated.⁷⁴⁾ In brief, market participants have responded to the LTCM crisis with market based improvements.

2. The Role of Hedge Funds In the Subprime Mortgage Crisis

Many commentators blamed that hedge funds did initiate the subprime mortgage crisis. They argued that there were a large number of hedge funds with tremendous assets available to invest in collateralized debt obligations (“CDOs”) during the build-up to the subprime crisis.⁷⁵⁾ However, this view of hedge funds’

71) *Id.*

72) See Barry Eichengreen and Bokyeong Park, *Hedge Fund Leverage Before and After the Crisis*, *Journal of Economic Integration*, Sep. 2001, at 20; Timothy F. Geithner, the President and Chief Executive Officer of the Federal Reserve Bank of New York, made several observations about the advances of our financial systems since the collapse of LTCM in a speech on Nov. 17, 2004. i) The number of hedge funds and the total assets under management has increased dramatically since 1998, significantly more rapidly than total financial assets. ii) Total exposure of the major bank and non-bank financial intermediaries to hedge funds as a group may be larger today, but that exposure is probably more diversified than in 1998. iii) Lenders to and counterparties of hedge funds have substantially improved the quality of their risk management since 1998. iv) The capital in banks measured relative to their risk has stayed the same. v) The infrastructure of out trading system, its clearing and settlement system, is much stronger and more resilient than it was in 1998. Timothy F. Geithner, the President and Chief Executive Officer of the Federal Reserve Bank of New York, *Keynote Address: Hedge Funds and Their Implications for the Financial System* (Nov. 17, 2004) available at <http://www.newyorkfed.org/news/events/speeches/2004/gei041117.html>.

73) See Tomas Garbaravicius and Frank Dierick, *Hedge Funds and Their Implications for Financial Stability*, *European Central Bank Occasional Paper Series No. 34*, Aug. 2005, at 22.

74) See *Id.* at 32.

75) See Alon Brav, Wei Jiang, Frank Partnoy & Randall Thomas, *Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance*, 63:4 *J. of Fin.* 1735 (Aug. 2008); see also Jenny Anderson & Julie Creswell, *In the Race for Riches, Hedge Fund Managers Top Titans of Wall Street*, *Int'l Herald Trib.*, Apr. 24, 2007, <http://www.iht.com/articles/2007/04/23/business/hedge.php>.

role in the subprime crisis is misleading and is not supported by evidence of their actual activities in the structured credit markets.⁷⁶⁾

Some commentators have claimed that hedge funds helped to create an excessive demand for mortgages and other forms of credit by being ready buyers of securities ultimately backed by such loans.⁷⁷⁾ However, hedge funds were never the primary drivers of the CDO market.⁷⁸⁾ According to the data reported by the IMF, it is estimated that hedge funds accounted for approximately 10 percent of the investor base of equity CDO securities, the riskiest type of CDO security; whereas the primary investors were banks, other structured finance assets managers, insurance companies, and pension funds.⁷⁹⁾ At this point, hedge funds were not the primary investors in securities backed by mortgages and therefore did not create an excessive demand for banks to make risky mortgage loans.

In general, hedge funds have been placed in the dual position of being one of the aggravating causes of the subprime mortgage crisis while also being a victim of the financial crisis through its suffering of great losses. A number of factors showed that hedge funds would have a subsidiary role in this subprime mortgage credit crisis. One of the earliest signals of the subprime mortgage financial crisis was the failure of two Bear Stearns hedge fund in 2007.⁸⁰⁾ The unexpected bankruptcy of the two Bear Stearns mortgage hedge funds in the summer of 2007 reverberated through the financial industry.⁸¹⁾ The downfall of Lehman Brothers Holdings Inc., a government rescue plan for giant insurer American International Group Inc., and Merrill Lynch & Co. selling itself to Bank of America Corp. has generated concern the collapse of one or more hedge funds could trigger a broader financial crisis. It has become more urgent as the crisis has plunged global economies into recession. With the surge of delinquent loans and subsequent foreclosures, the hedge

76) Houman B. Shadab, *Hedge Funds and The financial Crisis*, Mercatus on Policy No. 34, Mercatus Center at George Mason University Jan. 2009.

77) Roger Merritt & Eileen Fahey, FitchRatings, Credit Policy, *Hedge Funds: The Credit Market's New Paradigm*, June 5, 2007

78) According to data provided by Credit Suisse and reported by the International Monetary Fund (IMF), as of July 2007, the total size of the U.S. CDO market was \$900 billion. IMF, Global Financial Stability Report, Financial Market Turbulence:Causes, Consequences and Policies, 16 Figure 1.12 (October 2007), <http://www.imf.org/External/Pubs/ FT/GFSR/2007/02/index.htm>.

79) *Id.*

80) Barbara Crutchfield George, Lynn V. Dymally, Maria K. Boss, *The Opaque and Under-regulated Hedge Fund Industry: Victim or Culprit in The Subprime Mortgage Crisis?*, 5 N.Y.U.J.L. & Bus. 359, 398 (2009).

81) *Id.*

funds became entangled in the subprime crisis when credit rating agencies downgraded their ratings on the investment grade subprime mortgage-backed bonds held by the hedge funds.⁸²⁾ Since banks held the mortgage-backed bonds as security against their loans, the banks wanted hedge funds to provide additional collateral, but hedge funds did not have sufficient liquidity to cover their debt obligations, so the funds attempted to sell bonds to make case.⁸³⁾ In short, hedge funds did not initiate the financial crisis, but the collapse of hedge funds initiated a crisis of confidence in the overall financial market.

3. Regulatory response after subprime mortgage financial crisis

(1) The Dodd Frank Act: “Volcker Rule”

Subprime mortgage crisis resulted in calls for more effective monitoring of financial markets to prevent a similar crisis in the future, including calls to subject hedge funds to greater scrutiny from regulators.⁸⁴⁾ The Dodd Frank Act aims in part to address systemic risk by granting regulators the authority to impose prudential requirements on hedge funds.⁸⁵⁾ The provisions that will likely be of most direct consequence to hedge fund managers and other money managers will increase regulation of investment advisers under the Investment Advisers Act of 1940.⁸⁶⁾ A hedge fund manager that is an affiliate of a bank or bank holding company will be subject to the Dodd-Frank Act’s provision implementing the “Volcker Rule,”⁸⁷⁾ which generally prohibit hedge fund managers from engaging in proprietary trading⁸⁸⁾ or investing in or sponsoring private funds,⁸⁹⁾ subject to certain significant exceptions.⁹⁰⁾ Implementation of the Volcker Rule

82) Vikas Bajaj, More Trouble in Subprime Mortgages, N.Y. Times, June 15, 2007, at <http://www.nytimes.com/2007/06/15/business/15mortgage.html>.

83) Vikas Bajaj & Julie Creswell, Bear Stearns Staves Off Collapse of 2 Hedge Funds, N.Y. Times, June 21, 2007, at <http://www.nytimes.com/2007/06/15/business/15mortgage.html>.

84) Department of the Treasury, Financial Regulatory Reform: A New Foundation 2, 12 (2009).

85) *See Id.*

86) *See* Pub. L. 111-203 (21 July 2010), (Dodd-Frank Act).

87) The Volcker Rule as Section 619 of the Dodd-Frank Act, and, upon enactment, became new Section 13 of the Banking Holding Company Act of 1956 and new Section 27A of the Securities Act of 1933.

88) Dodd-Frank Act Section 619(b).

89) Dodd-Frank Act Section 619(c).

90) The Dodd Frank Act makes exceptions for (1) investment in obligations or the US

will also present many challenges. The scope and impact of the Volcker Rule will ultimately be determined by how the statutory definitions and other provisions are interpreted and implemented through regulations promulgated by relevant financial regulatory agencies.⁹¹⁾

(2) Basel III

The Basel III Accord strengthens capital requirements: the new rules will require banks to almost double the amount of capital they must hold as a buffer against possible losses.⁹²⁾ These new requirements will affect banks and the amount and cost of credit on a global scale. Basel III requires banks to observe four different levels of capital requirements: 1) the core “Tier 1” (common equity) capital ratio is raised to 4.5%, 2) banks must hold a Capital Conservation Buffer of an additional 2.5%, bringing the total of common equity to 7%, 3) banks may be required by national authorities to hold an additional Countercyclical Capital Buffer of up to 2.5% in loss-absorbing capital, 4) banks that national authorities designate as “systemically important” may be required to maintain additional loss-absorbing capital capacity beyond the three preceding levels of capital requirements.⁹³⁾ The precise amount of this Capital for Systemically Important Banks will be worked out in future meetings of the Basel Secretariat and the Financial Stability Board (“FSB”) that was newly established by the G-20.⁹⁴⁾

government; (2) financial instruments issued by Ginnie Mae, Fannie Mae, Freddie Mac, a Federal Home Loan Bank, the Federal Agricultural Mortgage Corporation or a farm credit system institution; (3) obligations of a state or local government; (4) underwriting and market making activities not to exceed the near-term demands of customers; (5) risk mitigating hedging activities designed to reduce specific risks to the banking entity; (6) investments in small business investment companies; (7) insurance company general account investment activities; (8) organizing a hedge fund or private equity fund if the bank provides bona fide trust services or investment advisory services; and (9) activities conducted by a foreign company solely outside the United States as long as the company is not directly or indirectly controlled by a US company. Dodd-Frank Act Section 619(d).

- 91) A. Patrick Doyle, David F. Freeman, Jr., Alan W. Avery, and Andrew J. Shipe, *New “Volcker Rule” to Impose Significant Restrictions on Banking Entities, Other Significant Financial Service Companies*, 127 Banking L.J. 686, 692 (2010).
- 92) See BCBS, ‘Strengthening the Resilience of the Banking Sector’, at 23 para. 96, (Consultative Document, December 2009), <http://www.bis.org/publ/bcbs164.pdf> (visited Oct. 2010); See also BCBS, ‘Press Release: The Group of Governors and Heads of Supervision Reach Broad Agreement on Basel Committee Capital and Liquidity Reform Package’ 26 July 2010, <http://www.bis.org/press/p100726.htm> (visited Oct. 2010).
- 93) Thomas J. Schoenbaum, *Saving The Global Financial System: International Financial Reforms and United States Financial Reform, Will They Do The Job?*, 43 No. 1 UCC L.J. ART 3 (2010).

III. The Limitation of Direct Hedge Fund Regulation

1. Intrinsic Limitation

The aim of direct regulation would be to prevent the excessive risk-taking by hedge funds that could lead to systemic risks in financial markets. However, there are some difficulties that have to be faced by regulators. Any direct regulation of hedge funds is confronted with the problem that hedge funds can move their domicile quite easily from one country to another and, therefore, easily engage in regulatory arbitrage.⁹⁵⁾ This possibility would be reduced if governments and others put pressure on offshore centers to implement an international consensus with regard to hedge fund regulation.⁹⁶⁾ This is basically why all international initiatives regarding hedge funds since the LTCM debacle have tried to influence the activity of hedge funds through their interactions with regulated firms, and in particular banks.⁹⁷⁾ However, despite the recent collapse of several famous funds, differences among the national regulators over any proposals to regulate hedge funds are likely to generate more talk than action.⁹⁸⁾

94) *Id.*

95) See Tomas Garbaravicius and Frank Dierick, *Hedge Funds and Their Implications for Financial Stability*, European Central Bank Occasional Paper Series No. 34, Aug. 2005, at 22, at 49.

96) See Reserve Bank of Australia, *Hedge Funds, Financial Stability and Market Integrity*, Finance and Public Administration's Inquiry into the International Financial Markets Effects on Government Policy, (Jun. 1999) at 7. [hereinafter Australia-Government Policy]

97) See European Central Bank, *Hedge funds: Developments and policy implications*, Monthly Bulletin, (Jan. 2006) at 73; In the survey, most banks indicated that they usually used leverage as provided by hedge funds in order to track it on a consistent basis over time, as information necessary to develop a more complex, uniform measure for all hedge funds was not always available. *Id.* at 34.

98) Kara Scannell, Joellen Perry and Alistair MacDonald, *No consensus on regulating hedge funds—Officials around globe aim to protect markets but differ on methods*, Wall. St. J. Jan. 5, 2007, at C1; Another difficulty is that direct hedge fund regulation is possible to lead to other institutions developing outside the expanded regulatory net, with the end result being little change in the degree of systemic risk. A further complication is that the case for regulating hedge funds arises from their ability to gain large positions in markets. Thus, the case for direct regulation of all hedge funds is unpersuasive, because not all hedge funds have such positions. See Australia-Government Policy, *supra* note 96, at 7.

2. Leverage

Most hedge funds are heavily leveraged.⁹⁹⁾ A 1999 study found that a majority of hedge funds were leveraged at almost 2 to 1, but that some hedge funds, at the extreme end of the spectrum, were leveraged more thirty times.¹⁰⁰⁾ Hedge funds are exempt from regulatory restrictions on leverage or trading strategies.¹⁰¹⁾ Hedge funds are limited in their use of leverage only by the consent of creditors and counterparties to extend such leverage.¹⁰²⁾ The primary mechanism for regulating excessive leverage and other aspects of risk-taking in a market economy is the discipline provided by creditors, counterparties and investors.¹⁰³⁾ If a hedge fund seeks to assume greater risks, its creditors will respond by increasing interest rates or reducing the availability of credit to the firm.¹⁰⁴⁾ By increasing credit terms either directly, through trading and credit limits or initial margin, or indirectly, through credit spreads on transactions that would lower the returns from leveraged positions, counterparty discipline can also serve as an effective tool to mitigate the risks of excessive leverage.¹⁰⁵⁾ For example, fund managers and counterparties better recognized the risky nature of highly-leveraged positions as a result of the collapse of LTCM and adjusted their behavior accordingly.¹⁰⁶⁾

Discussions concerning direct regulation of hedge fund leverage usually give way when the participants approach the problems in a detail-oriented fashion.¹⁰⁷⁾ Balance-sheet leverage is not an adequate risk measurement and would push avoidance behavior with off-balance sheet strategies.¹⁰⁸⁾ For instance, Value-at-Risk (“VaR”) to net worth offer more meaningful risk measurement.¹⁰⁹⁾ Given the exceptional mobility of hedge funds, however, the result remains uncertain.¹¹⁰⁾ Banks

99) See Working Group, *supra* note 7.

100) *Id.* at 5.

101) *Id.* at 3.

102) *Id.* at 5.

103) *Id.* at 25.

104) *Id.*

105) *Id.*

106) See Eichengreen and Park, *supra* note 72, at 20.

107) See Dale A. Oesterle, *Regulating Hedge Funds*, Center for Interdisciplinary Law and Policy Studies Working Paper Series No. 47, (June 2006) at 26.

108) *Id.*

109) The absence of an up-front requirement on foreign currency swaps has allowed very large and leveraged positions to be generated in the foreign exchange market. If these positions had to be funded through on-balance sheet financing, rather than through derivatives, they would imply much higher leverage than the commonly quoted figures.

110) See Barry Eichengreen, *The Regulator's Dilemma: Hedge Funds in the International Financial Architecture*, International Finance 2-3, 1999, at 411, 436. [hereinafter

also argue that VaR is not necessarily an appropriate measure for the market risk posed by hedge funds, due to illiquidity, fat tails and relative non-transparency.¹¹¹⁾ Thus, any direct regulation of leverage would likely be old-fashioned, because of these measurement problems. On the contrary, impatient direct regulation restricts positive roles¹¹²⁾ of hedge funds in global financial market. As stated above, direct regulation can also increase moral hazard costs as lenders and counterparties may relax their vigilance in reliance on the government rules.¹¹³⁾

3. Mandatory Disclosure

Regulatory authorities, motivated by concerns about hedge fund opacity and possible liquidity risk, created and now maintain a database of hedge funds' trade level information.¹¹⁴⁾ Since the issuance of the President's working group report, various alternatives for the public database have been discussed.¹¹⁵⁾ One of the proposed alternatives is a system in which hedge funds submit trade level information to an authority that aggregates the information and discloses it to the public. Another proposed alternative is to create a confidential database maintained by regulators.¹¹⁶⁾

However, publicly disclosing trade level information to regulators is likely to erode the private benefit from research.¹¹⁷⁾ Such disclosure would undermine a hedge fund's ability to provide the market efficiency benefits discussed above.¹¹⁸⁾ The alternative to public disclosure is to require hedge funds to privately disclose position level information to the regulators. As a practical matter, commentators are skeptical that a system of

Eichengreen—Regulator's Dilemma]

- 111) European Central Bank, Large EU bank's exposures to hedge funds, (Nov. 2005) [hereinafter ECB - Large Bank], at 42.
- 112) For example, hedge funds have become increasingly prominent in markets, they have contributed to enhancing market functions by using their diverse and sophisticated trading techniques as well as arbitrage trades across diverse markets.
- 113) Oesterle, *supra* note 107, at 26.
- 114) Ben S. Bernanke, Chairman, Fed. Reserve Bd., *Remarks at the Federal Reserve Bank of Atlanta's 2006 Financial Markets Conference* (May 16, 2006) [hereinafter Bernanke 2006], transcript available at <http://www.federalreserve.gov/Boarddocs/speeches/2006/200605162/default.htm>.
- 115) See Oesterle, *supra* note 107, at 26.
- 116) Bernanke 2006, *supra* note 114.
- 117) See Jón Danielsson, Ashley Taylor and Jean-Pierre Zigrand, *Highwaymen or Heroes: Should Hedge Funds be Regulated?*, London School of Economics and FMG (Sep. 2005), at 22.
- 118) Public disclosure would most likely be little benefit since it would have to be assessable by its intended audience.

private disclosure will be successful.¹¹⁹⁾ Most large and successful hedge funds employ complicated pricing models and trading strategies involving complex derivatives. Calculating the risk of a portfolio of derivative instruments requires technical expertise at the highest level.¹²⁰⁾ For regulators, such a task is beyond their capabilities, because it would involve running a risk engine that simultaneously covers the positions of all hedge funds.¹²¹⁾

If mandatory disclosure were instituted, how would such information be put to use by the regulator?¹²²⁾ Practically, the rapid leverage buildup may not be captured by regulatory disclosure given the time lags between extreme leverage and the liquid crisis.¹²³⁾ Furthermore, regulators are unlikely to require detailed private disclosure, because of the possible future political implications of intervening.¹²⁴⁾ Regulators may be exposed to criticism for such intervention, or lack thereof, in the event that problems relating to hedge fund activity arise.¹²⁵⁾

IV. Indirect Regulatory Approach: Market Discipline

1. Check and Balance by Counterparties

(1) hedge fund and bank

Generally, a banking system is designed to guard against bank failures¹²⁶⁾

119) Bernanke 2006, *supra* note 114.

120) See Danielsson, Taylor and Zigrand, *supra* note 117, at 22.

121) *Id.*

122) *Id.*

123) *Id.*

124) *Id.* at 23.

125) *Id.*

126) The term “systemic risk” is commonly used to describe the possibility of a series of correlated defaults among financial institutions—typically banks—that occurs over a short period of time, often caused by a single major event. A classic example is a banking panic in which large groups of depositors decide to withdraw their funds simultaneously, creating a run on bank assets that can ultimately lead to multiple bank failures. Banking panics were not uncommon in the United States during the nineteenth and early twentieth centuries, culminating with an average of 2,000 bank failures per year during the 1930-33 period (according to Mishkin 1997) and which in turn prompted the passing of the Glass-Steagall Act of 1933 and the establishment of the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) in 1934. Nicholas Chan, Mila Getmansky, Shane M. Haas, and Andrew W. Lo, *Do hedge funds increase systemic*

because any one bank failure has a great impact on the international financial market through the risk of system wide contagion.¹²⁷⁾ However, hedge fund collapses are a normal and expected part of the hedge fund business.¹²⁸⁾ At this point, banking supervisors are faced with a dilemma: even a far-off possibility that a hedge fund collapse would cause a systemic crisis demands having some type of regulatory system.¹²⁹⁾ Simultaneously, the current regulatory systems of greater disclosure and activity restriction are too blunt to be able to effectively regulate the hedge fund industry.¹³⁰⁾ Banks prefer to have discrete self-regulatory frameworks, but may also desire supervisory oversight relationships as additional checks and balances on hedge funds.

Banks' direct exposures to hedge funds are the most obvious way in which hedge funds may cause financial stability problems.¹³¹⁾ The traditional bank lending and depository activities are becoming less significant as global competition leaves banking institutions with diminishing opportunities to profit from traditional business lines.¹³²⁾ The banking industry's expansion into new and increasingly complex activities has significantly increased competition both within the banking industry and between the banking industry and other financial service industries.¹³³⁾ The expansion of large and complex banking organizations ("LCBO") into non-traditional, diverse activities and cross-border structures has established even more complex risks and linkage within and among banking systems and financial markets in developed and developing nations alike.¹³⁴⁾ These risks and linkages have influenced the scope of the banking-customer relationship particularly over the past decade.¹³⁵⁾ Over-the-counter ("OTC") derivatives markets, proprietary trading activities in

risk?, *Economic Review* Vol. 91, Fourth Quarter 2006, at 49. [hereinafter *Economic Review*]

127) Oesterle, *supra* note 107, at 27.

128) *Economic Review*, *supra* note 126 at 51.

129) Dan elsson, Taylor and Zigrand, *supra* note 117, at 25.

130) *Id.*

131) European Central Bank, *Large EU bank's exposures to hedge funds*, Nov. 2005, at 8. [hereinafter EU bank's exposure]

132) Marc R. Saidenberg & Philip E. Straban, *Are Banks Still Important for Financing Large Business?*, in Federal Reserve Bank of New York, *Current issues in economics and finance*, vol. 5, no. 12 (Aug. 1999).

133) Joseph Norton & Christopher Olive, *Regulation of the Securities Activities of Banks: A Comparison of U.S. Deregulation and Japanese Liberalization*, in *Investment Banking: Theory and Practice* (Edward P. M. Gardener & Philip Molyneux eds. 2d ed., 1996).

134) See generally Robert C. Effros (ed.), *Current legal issues affecting central banks*, vol. 5 (1998).

135) Joseph J. Norton, *A perceived trend in modern international financial regulation: Increasing reliance on a public-private partnership*, 37 *Int'l Law.* 43, 45.

capital markets, and structured finance markets have become the new “cash cow” of the modern global banking business.¹³⁶⁾ Complex hedge fund operations and active investment strategies require considerable operational support, financing, and substantial trading volumes.¹³⁷⁾ Banks are keen to provide such services. In fact, many banks have developed prime brokerage platforms which facilitate the financing, risk management, execution, clearance and settlement of transactions for hedge funds.¹³⁸⁾ Currently, given that prime brokerage activities are concentrated among a limited number of LCBOs, a serious mismanagement of these exposures at an individual large bank or group of banks could lead to a systemic crisis via contagion effects on other banks and other financial markets.¹³⁹⁾ Furthermore, the interplay between banks and hedge funds is not limited to banks’ direct exposures and probable losses arising from such exposures.¹⁴⁰⁾

Large banks have an incentive to work with the banking authorities, directly or indirectly, to ensure that monetary, supervisory, and regulatory policies are effectively balanced and developed.¹⁴¹⁾ LCBOs allow banking authorities to view the “highly confidential information,” including sensitive proprietary information such as risk management and internal control systems, in order to protect against risks within their control and anticipate risks beyond their control.¹⁴²⁾ As aforementioned, information asymmetries and moral hazards are important concerns demanding hedge fund regulation.¹⁴³⁾ Banks have particular advantages over other financial intermediaries in solving asymmetric information problems.¹⁴⁴⁾ Banks have an advantage in preserving the safety and soundness of the domestic and international banking system through non-transparent but quasi-orderly workouts of large distressed borrowers and other counterparties, such as hedge funds.¹⁴⁵⁾ In other words, banks can use the

136) Susan M. Phillips & Alan N. Rechtschaffen, *Essay, International Banking Activities: The Role of the Federal Reserve in Domestic Capital Markets*, 21 Fordham Int’l L. J. 1754, 1765–66 (1998).

137) EU bank’s exposure, *supra* note 131, at 8.

138) *Id.*

139) *Id.*

140) Banks also face indirect exposures related to their exposures to other hedge fund counterparties and the impact of hedge fund activities in financial markets on their proprietary trading portfolios. *Id.*

141) Norton, *supra* note 135, at 49.

142) *Id.*

143) Wulf Alexander Kaal, *Hedge Fund Regulation by Banking Supervision: A Comparative Institutional Analysis* 218 (2006).

144) Mishkin, Frederic S., *Prudential Supervision: What works and what does not*, Papers presented at a conference held at Cheeca Lodge, The University of Chicago Press, Chicago (2001) at 4.

threat of cutting off future lending to improve a borrower's behavior.¹⁴⁶⁾ Banks also have incentives in reducing moral hazards because they can engage in lower cost monitoring than can individuals. Furthermore, banks' information collection activity advantages are enhanced by their ability to engage in long-term customer relationships and to issue loans using lines of credit arrangements.¹⁴⁷⁾ In short, banking supervision is an advantageous mechanism to address concerns regarding the regulation of hedge funds.

(2) Basel II

Regulators have refined supervisory methodologies for measuring and managing risk, as the risks associated with hedge funds have continued to increase. In the global bank supervisory context, the evolution of LCBOs have been explicitly addressed and implicitly supported through consistent efforts of the Basel Committee on Banking Supervision (the "Basel Committee"). In effect, the Basel Committee and key national bank regulators have attempted to meet the challenges presented by the global banking consolidation trend, new complex activities, and risks, by developing "risk-sensitive" frameworks.¹⁴⁸⁾ The risk-sensitive supervision approach is intended to be more "forward looking" than the "transaction testing" approach, and to focus on bank risk management practices.¹⁴⁹⁾ The risk-sensitive framework essentially provides banks with substantial discretion to develop internal control systems and enforce risk management.¹⁵⁰⁾ Finally, the banking authorities sustain substantial discretion on how to conduct supervisory oversight of LCBOs.¹⁵¹⁾

The movement towards risk-sensitive supervision and qualified "self-regulation" became evident through the Basel Committee's introduction of the Market Risk Amendment to the Capital Accord in January 1996, as implemented by the U.S. banking authorities and other authorities at the domestic level.¹⁵²⁾ The "internal

145) Norton, *supra* note 135, at 50.

146) Kaal, *supra* note 143, at 218.

147) *Id.*

148) Federal Reserve Board, SR 97-24, *Risk-Focused Framework for Supervision of Large Complex Institutions* (Oct. 27, 1997) and related SR 99-15 and 99-18 (1999).

149) Norton, *supra* note 135, at 47.

150) *Id.* at 54.

151) *Id.*

152) See Federal Reserve Bank of New York, Consultative Paper on a New Capital Adequacy Framework, available at <http://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/1999/mcd990603.html> (June 3, 1999); There is little question that banks were the "primary drivers" behind the Basel

models" approach provides LCBOs with significant discretion to determine their own market risk capital requirements using individually tailored VaR methodologies.¹⁵³⁾ The significant impact of the Market Risk Amendment was a clear signal that an "internal models" approach could eventually be introduced for credit risk, in the form of revised credit risk-based capital requirements under a new Basel Capital Accord.¹⁵⁴⁾

Generally, banks are required by supervisors to hold regulatory capital in relation to the risks they undertake.¹⁵⁵⁾ Currently, capital requirements are based on rough credit risk measures as laid down by the BCBS in its Capital Accord of 1988 ("Basel I").¹⁵⁶⁾ As the need for a risk-sensitive framework increased, in January 2001, BCBS issued a proposal for a New Basel Capital Accord ("Basel II") that, once finalized, would replace the current Basel I.¹⁵⁷⁾ Basel II outlines a series of measures which, taken collectively, amount to a fundamental revision to the Committee's Basel I. Basel II is more extensive and complex than Basel I.¹⁵⁸⁾ The Committee's objective was to lay the groundwork for a flexible capital adequacy framework that has the capacity to adapt to changes in the financial system and will enhance safety and soundness.¹⁵⁹⁾

The final stages of the New Framework's preparation began in the aftermath of the rescue operation for LTCM and the turbulent financial markets. This followed

Committee's adoption of the Market Risk Amendment in its current form and its most significant aspect, the "internal models" approach for determining market risk capital requirements as a basis for capital adequacy regulation for LCBOs with significant trading activities. The "internal models" approach authorizes certain qualifying LCBOs to develop and utilize their own risk management systems to measure capital requirements using models tailored from the collection of VaR methodologies, subject only to certain quantitative and qualitative parameters established by the Basel Committee. Norton, *supra* note 135, at 55.

153) Norton, *supra* note 135, at 55.

154) *Id.*

155) See European Central Bank, *Hedge funds: Developments and policy implications*, Monthly Bulletin, Jan. 2006, at 74. [hereinafter ECB Policy Implications]

156) As noted above, the Accord was extended to cover market risk by introduction of the Market Risk Amendment in 1996. *Id.*

157) See Bank for International Settlements, Basel II: The New Basel Capital Accord - The Second Consultative Paper, available at <http://www.bis.org/bcbs/bcbscp2.htm> (Jan. 2001), [hereinafter The Second Basel II]; The Second Consultative Paper has been superseded by the Third Consultative Paper, published in April 2003.

158) See Bank for International Settlements, Basel II: The New Basel Capital Accord - The Third Consultative Paper, available at <http://www.bis.org/bcbs/bcbscp3.htm> (Apr. 2003), [hereinafter The Third Basel II]

159) See Bank for International Settlements, A New Capital Adequacy Framework - Basel Committee Publications, A Consultative paper issued by the Basel Committee on Banking Supervision (Jun. 1999), [hereinafter BIS 1999]

the Russian government's obligatory restructuring of its own short-term debt and moratorium on servicing private-sector external obligations in August 1998.¹⁶⁰⁾ Thus, it may be assumed Basel II was motivated by the events surrounding LTCM and, therefore, by the same concerns and problems.¹⁶¹⁾ A fundamental change in the capital rules came about in 2009 when the much more developed Basel II was adopted, which countries will implement in the coming years.¹⁶²⁾

Whereas Basel I only covered minimum capital requirements, the Basel II framework is based on three complementary pillars¹⁶³⁾: 1) Pillar I—minimum capital requirements, which seek to refine the measurement framework set out in the Basel I, 2) Pillar II—the supervisory review of an institution's capital adequacy and internal assessment process, 3) Pillar III—market discipline.

The Basel Committee is in the process of revising Basel II capital requirements and adding liquidity requirements in light of the financial crisis.¹⁶⁴⁾ First, in July 2009, the Basel Committee adopted new capital requirements for 'resecurizations'¹⁶⁵⁾ and increased capital required to support institutions' trading books.¹⁶⁶⁾ As for securization, the basic reforms increased the risk-weightings of Basel II, which will demand more capital against such exposures.¹⁶⁷⁾ With Basel II's implementation, banks and prime brokers in global financial markets will be using more sophisticated credit and market metrics to measure and monitor hedge fund exposures.

One remaining challenge in the Basel Committee's approach to both capital and liquidity is that its requirements are only focused on banks. As we saw in the

160) Fleming, S., *Disarming bank credit risk*, *Institutional Investor*, (Aug. 1999), at 33.

161) Kaal, *supra* note 143, at 220.

162) See Basel Committee on Banking Supervision, "International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards", (Jun. 2009), [hereinafter BCBS]

163) Basel II is supposed to meet the following supervisory objectives:

i) It should continue to promote safety and soundness in the financial system and, as such, the New Framework should at least maintain the current overall level of capital in the system;

ii) It should continue to enhance competitive equality;

iii) Constitute a more comprehensive approach to addressing risk; and

iv) Should focus on internationally active banks, albeit its underlying principles should be suitable for application to banks of varying levels of complexity and sophistication.

BIS 1999, *supra* note 159, at 5–7.

164) Hal S. Scott, *Reducing Systemic Risk Through The Reform of Capital Regulation*, 13 *J. Int'l Econ.* L. 763, 766. (2010).

165) Resecurizations include collateralized debt obligations (CDOs), in which existing asset-backed securities are repackaged into new securities.

166) BCBS, 'Enhancements to the Basel II Framework', July 2009,

<http://www.bis.org/publ/bcbs157.pdf>.

167) Scott, *supra* note 164 at 766.

Subprime Mortgage financial crisis, banks are not the only institutions that can be the culprit or be the victims of a liquidity crisis.¹⁶⁸⁾ While the conversion of U.S. investment banks to banks serves to decrease the scope issue with the Basel Rules, future systemic risks could still be raised by liquidity crisis experienced at hedge funds.¹⁶⁹⁾ The G-20 and FSB should collaborate with the Basel Committee to address this problem.

(3) Hedge Funds and Prime Brokers

Other than hedge fund advisers, "Prime Brokers" are the primary third party service providers to hedge funds.¹⁷⁰⁾ "Prime Brokerage" is a service provided by certain broker-dealers to facilitate the clearance of securities trades and other services to substantial retail and institutional customers, including hedge funds.¹⁷¹⁾ Prime brokers' services may include: trading, securities lending, margin lending, customized reporting, research, valuation, technology, operation services, and other services needed by hedge funds.¹⁷²⁾

Some people have argued that, while prime brokers, such as investment banks, are subject to regulation, the added risks of working with the hedge funds call for further risk management.¹⁷³⁾ In particular, when a hedge fund works through multiple prime brokers, it may be difficult for the brokers to understand the risk exposure that results from working with that hedge fund.¹⁷⁴⁾ The competitive pressure amongst prime brokers for lucrative hedge fund business has eroded market disciplines.¹⁷⁵⁾ In some cases, prime brokers are providing seed capital to hedge funds in exchange for establishment of a business relationship.

However, prime brokers are one potential and important source of hedge fund information. For example, in the U.S., unregistered advisors file an annual census form or audited financials with SEC.¹⁷⁶⁾ This requirement is a straightforward

168) *Id.* at 774.

169) *Id.*

170) Cristine Bruenn, *Sampling of Recent State Regulatory Actions, Coping with Broker/Dealer Regulation & Enforcement 2007*, Corporate Law and Practice Course Handbook Series , Oct. 24, 2007, at 317.

171) *Id.*

172) *Id.*

173) Financial Services Authority, Financial Risk Outlook 2006, at 51 [hereinafter Financial Risk Outlook], available at www.fsa.gov.uk/pubs/plan/financial_risk_outlook_2006.pdf.

174) *Id.* at 44.

175) See Gieve, Sir J. "Hedge Funds and Financial Stability." Speech delivered at the HEDGE 2006 Conference, Oct. 17, 2006.

method of obtaining information. Prime brokers are central to providing liquidity to hedge funds. Imposing further disclosure obligations on a prime broker is an easy way to acquire information about hedge fund activities.¹⁷⁷⁾

Prime brokers generate substantial revenue from those hedge fund clients in exchange for many kinds of services.¹⁷⁸⁾ Prime brokers generate about US\$10 billion per year from servicing hedge funds in U.S.¹⁷⁹⁾ For the three largest brokerage firms,¹⁸⁰⁾ this represent about one-third of their revenues.¹⁸¹⁾ Thus, there is often a conflict of interest between largest hedge funds and prime brokers because of this mutually beneficial relationship.¹⁸²⁾ Thus, the regulator need to ensure that prime brokers do not compromise their fiduciary duties in the interest of their own financial benefit.

2. Improving Disclosure

(1) The Necessity of Disclosure

Generally, financial stability will increase due to improved disclosure. In addition, financial instability will decrease due to better credit assessments, which reduce the probability of credit extension practices.¹⁸³⁾ Disclosure can also prevent market panic

176) See Paul S. Atkins, Comm'r, Sec. & Exch. Comm'n, Keynote Address at the Inaugural Edward Lane-Reticker Speaker Series sponsored by the Morin Center for Banking and Financial Law: *Protecting Investors Through Hedge Fund Advisor Registration: Long on Costs, Short on Returns* (March 30, 2006), in 25 Ann. Rev. Banking & Fin. L. 537, 539 (2006).

177) See Anthony Hanlon, Proposals for Reform of Hedge Fund Regulation 108 (Apr. 24, 2002) (unpublished LL.M. written work requirement submission, Harvard Law School), available at www.law.harvard.edu/programs/pifs/pdfs/tony_hanlon.pdf.

178) Bruenn, *supra* note 173, at 310.

179) Press Release, TABB Group, *Hedge Funds Now Spend \$10 Billion on Prime Brokerage, \$1 Billion on Data, and \$500 Million on SEC Registration as Expansion to New Markets Continues Says*, TABB Group Report (May 10, 2006), <http://www.tabbgroup.com/PageDetail.aspx?PageID=16&ItemID=59>

180) Morgan Stanley, Goldman Sachs, and Bear Stearns control more than sixty percent of the prime brokerage market. Pascal Lambert, *Trends in Prime Brokerage*, Hedge Funds Rev., Aug. 2005, at 2, 3, available at www.incisivemedia.com/hfr/specialreport/primebroking.pdf; Bill McIntosh, *JP Morgan Exploits Derivatives Trading Growth*, HedgeWorld, Dec. 28, 2006.

181) See Alix Nyberg Stuart, *Are Your Secrets Safe?*, CFO, Oct. 2006, at 64, 64.

182) See David Enrich, *J.P. Morgan Climbs Hedge Fund Ranks*, Wall St. J., Sept. 27, 2006, at B5. See John Hechinger, *Hedge Funds Gift Grabs*, Wall St. J. Online, June 28, 2007, at C3; Jenny Anderson, *Banks' Leases to Hedge Funds Are Questioned*, N.Y. Times, Jan. 2, 2007, at A1.

by reducing uncertainty about the extent of exposures.¹⁸⁴⁾

Another key element in the credit assessment process is the VaR of an institution's portfolio.¹⁸⁵⁾ VaR is an important part of financial regulation relating to market risk.¹⁸⁶⁾ VaR does a reasonable job in capturing risk for similar small portfolios without derivative or fixed income assets.¹⁸⁷⁾ As a portfolio gets larger and more complicated, a VaR risk measurement becomes increasingly irrelevant.¹⁸⁸⁾ Usually, hedge funds employ very complicated trading strategies focused on derivatives, rapidly changing positions and styles. In addition, because a VaR measure is only 'a quantile of the distribution of profit and loss,' it doesn't indicate the losses that may happen during exceptional circumstances.¹⁸⁹⁾ During such times, a VaR measure may miscalculate the amount of risk being incurred. Since systemic risk is only about exceptional tail events, disclosure of a VaR measure needs to be supplemented with additional information.¹⁹⁰⁾ It is possible that better risk measurement techniques available may not appropriately calculate a hedge fund's the systemic risk factor.¹⁹¹⁾

(2) Counterparty Disclosure

An alternative approach is to work through the counterparties that are already subject to prudential regulation. Counterparties observe the whole trading activity of client hedge funds, and often run its risk engines.¹⁹²⁾ For example, one method is to use the Basel capital arrangements to create an incentive for institutions to disclose relevant information.¹⁹³⁾ If a participant in financial markets complies with a selected set of disclosure requirements, the standard capital charges on exposures to that participant would apply.¹⁹⁴⁾ A set of penalty capital charges would then apply to

183) See Australia – Government Policy, *supra* note 96.

184) *Id.*

185) *Id.*

186) One way of providing this data is for institutions to disclose a matrix of risk exposures by country and individual asset type – for example, institutions might be required to disclose the VaR of their foreign exchange positions in both major markets and emerging markets, as well as the VaR on positions in equity and securities markets. See Dan elsson, Taylor and Zigrand, *supra* note 117, at 21.

187) *Id.*

188) See Dan elsson, J. and Shin, H. S. *Endogenous risk in Modern Risk Management – A History*. Risk Books. (2003).

189) Dan elsson, Taylor and Zigrand, *supra* note 117, at 21.

190) See Australia – Government Policy, *supra* note 96, at 7.

191) Dan elsson, Taylor and Zigrand, *supra* note 117, at 21.

192) *Id.*

193) See Australia – Government Policy, *supra* note 96, at 11.

non-complying participants.¹⁹⁵⁾ Counterparties have a strong incentive to monitor fund exposures closely, which can provide early warning signs for systemic risk. One advantage of such an approach is that it recognizes that exposures to institutions which fail to comply with basic disclosure requirements are inherently more risky, and therefore require more capital.¹⁹⁶⁾ In brief, to the extent that further enhancements need to be made to strengthen market integrity, many recommendations appear to be focusing on improving the transparency of hedge funds to their credit counterparties and investors, so that the improved credit and risk management practices that have been implemented can be used more effectively.¹⁹⁷⁾

The Counterparty Risk Management Policy Group (“CRMPG”) recently published a review of its guidance, taking into account the financial, regulatory and supervisory developments that have occurred since 1999.¹⁹⁸⁾ CRMPG II recommended that banks and broker-dealers seek greater disclosure from hedge funds in conducting counterparty credit assessments and monitoring prime brokerage relationships, including more measurement and reporting by the funds.¹⁹⁹⁾ CRMPG II also recommended that financial firms i) implement improved documentation policies and practices and new netting and closeout procedures, ii) adopt policies for complex financial products, iii) review client relationships, iv) change trade execution practices and v) improve risk management.

V. Conclusion

As an optimal solution for protecting financial stability, the indirect regulatory approach through market discipline has been effective in reducing the potential systemic risks in global financial markets. In this regard, risk management by counterparties is an important tool in disciplining hedge fund activities in global financial markets. If risk management systems of counterparties related to trades and investments in hedge funds could be more sophisticated through examination by regulators, such disciplinary effects could be made more effective.

Banks, as counterparties to hedge funds, should devise their own systems for risk

194) *See Id.*

195) *See Id.*

196) *See Id.*

197) Scott J. Lederman, *Hedge Fund Regulation*, Practising Law Institute 3–8, (2009).

198) *See Report of the Counterparty Risk Management Policy Group II, “Toward Greater Financial Stability: A Private Sector Perspective,”* (Jul. 27, 2005).

199) *Id.*

management, allowing banks to promptly respond to the fast evolving environment. In this regard, it is reasonable to suggest that the government regulator implement revised Basel II, wherein banks are required to employ their own procedures and systems to ensure capital to cover various risks. The three pillars of Basel II constitute a set of rules applicable to financial counterparties, such as banks, which indirectly regulate hedge funds. An indirect regulatory approach via revised Basel II or Basel III extinguishes problems of lacking jurisdictional authority. Prime brokers would also be important counterparties for monitoring hedge funds in global financial markets because prime brokers are i) within the regulator's reach and ii) the single most important link to the markets for the hedge funds.

In seeking to close the loopholes in disclosure and reporting by hedge funds, several difficult issues will need to be resolved, including: who should report, what market segments should be covered and what data should be gathered. There is also a need to maintain a check and balance between avoiding undue reporting burdens and infringements of proprietary information on the one hand, and the benefits to market efficiency that can result from enhanced disclosure, on the other. In respect to information disclosure on hedge fund activities, it is more efficient and effective to have counterparties obtain necessary information to manage risks from hedge funds than uniformly imposing statutory requirements on hedge funds.

◊ KEY WORDS ◊

Hedge funds, financial stability, systemic risk, LTCM, Subprime mortgage credit crisis, Dodd-Frank Act, Basel II, Basel III, Market discipline, prime-broker, disclosure.

◆ References ◆

- Alon Brav, Wei Jiang, Frank Partnoy & Randall Thomas, Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance, 63:4 J. of Fin. 1735 (Aug. 2008).
- Andre F. Perold, Long-Term Management, L.P. (A), Harvard Bus. School Publ'g (1999).
- Bank for International Settlements, A New Capital Adequacy Framework – Basel Committee Publications, A Consultative paper issued by the Basel Committee on Banking Supervision (Jun. 1999).
- Bank for International Settlements, Basel II: The New Basel Capital Accord – The Third Consultative Paper, available at <http://www.bis.org/bcbs/bcbscp3.htm> (Apr. 2003).
- Barbara Crutchfield George, Lynn V. Dymally, Maria K. Boss, The Opaque and Under-regulated Hedge Fund Industry: Victim or Culprit in The Subprime Mortgage Crisis?, 5 N.Y.U.J.L. & Bus. 359 (2009).
- Barry Eichengreen and Bokyeong Park, Hedge Fund Leverage Before and After the Crisis, Journal of Economic Integration, (Sep. 2001).
- Barry Eichengreen, The Regulator's Dilemma: Hedge Funds in the International Financial Architecture, International Finance, (1999).
- Basel Committee on Banking Supervision, "International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards", (Jun. 2004).
- BCBS, 'Strengthening the Resilience of the Banking Sector', para. 96, (Consultative Document, December 2009), available at <http://www.bis.org/publ/bcbs164.pdf> (visited Oct. 2010).
- BCBS, Enhancements to the Basel II Framework, (July 2009).
- Ben S. Bernanke, Chairman, Fed. Reserve Bd., Remarks at the Federal Reserve Bank of Atlanta's 2006 Financial Markets Conference, (May 16, 2006).
- Brandon Becker & Colleen Doherty-Minicozzi, Hedge Funds in Global Financial Markets (April 2000), in New Directions in Unregistered Investment Vehicles 180 (Suffolk University Law School 2000).
- Cristine Bruenn, Sampling of Recent State Regulatory Actions, Coping with Broker/Dealer Regulation & Enforcement 2007, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, (Oct. 24, 2007).
- Dale A. Oesterle, Regulating Hedge Funds, Center for Interdisciplinary Law and Policy Studies Working Paper Series No. 47, (June 2006).
- Dan elsson, J. and Shin, H. S. Endogenous risk in Mordern Risk Management–A History. Risk Books. (2003).Department of the Treasury, Financial Regulatory Reform: A New Foundation 2, (2009).
- Edward Pekarek, Pruning the Hedge: Who is a "client" and Whom does an adviser advise?, 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 913.

- Erik J. Greupner, *A Call For Increased Regulation?*, 40 San Diego L. Rev. 1555, (2003). European Central Bank, *Hedge funds: Developments and policy implications*, Monthly Bulletin, (Jan. 2006).
- European Central Bank, *Large EU bank's exposures to hedge funds*, (Nov. 2005).
- Federal Reserve Board, SR 97-24, *Risk-Focused Framework for Supervision of Large Complex Institutions* (Oct. 27, 1997) and related SR 99-15 and 99-18 (1999).
- Financial Services Authority, *Financial Risk Outlook* (2006).
- Fleming, S., *Disarming bank credit risk*, *Institutional Investor*, (Aug. 1999).
- Frank Partnoy, *Infectious greed: How Deceit and Risk Corrupted the Financial Markets* (OWL BOOK 2003).
- Franklin R. Edwards, *Hedge Funds and the Collapse of Long Term Capital Management*, *Journal of Economic Perspective* Vol. 13, Number 2, 189 (Spring 1999).
- Gieve, Sir J. "Hedge Funds and Financial Stability." Speech delivered at the HEDGE 2006 Conference, (Oct. 17, 2006).
- Hal S. Scott, *International Finance: Transaction, Policy and Regulation* (Foundation Press, 13th ed 2006).
- Hal S. Scott, *Reducing Systemic Risk Through The Reform of Capital Regulation*, 13 J. Int'l Econ. L. 763, (2010).
- Harvard Business School, *Long-Term Capital Management*, L.P. (A), Case N9-200-007 (October 27, 1999).
- Hedge Fund Hearing 1998, statement of William McDonough, President of Federal Reserve Bank of New York, (1998).
- Houman B. Shadab, *Hedge Funds and The financial Crisis*, Mercatus on Policy No. 34, Mercatus Center at George Mason University (Jan. 2009).
- J. Katz, *A Framework for Understanding Systemic Risk*, Harvard Law School, (April 2001).
- Jón Danielsson, Ashley Taylor and Jean-Pierre Zigrand, *Highwaymen or Heroes: Should Hedge Funds be Regulated?*, London School of Economics and FMG (Sep. 2005).
- Joseph J. Norton, *A perceived trend in modern international financial regulation: Increasing reliance on a public-private partnership*, 37 Int'l Law. 43.
- Joseph Norton & Christopher Olive, *Regulation of the Securities Activities of Banks: A Comparison of U.S. Deregulation and Japanese Liberalization*, in *Investment Banking: Theory and Practice* (Edward P. M. Gardener & Philip Molyneux eds. 2d ed., 1996).
- Nicholas Chan, Mila Getamnsky, Shane M. Haas, and Andrew W. Lo, *Do hedge funds increase systemic risk?*, *Economic Review* Vol. 91, Fourth Quarter (2006).
- Marc R. Saidenberg & Philip E. Straban, *Are Banks Still Important for Financing Large Business?*, in *Federal Reserve Bank of New York, Current issues in economics and finance*, vol. 5, no. 12 (Aug. 1999).

- Melissa Antoszewski, Las Vegas style investing: In the absence of regulation, risky hedge fund bets can win big and lose even more, 8 *Transactions* 381 (2008).
- Mishkin, Frederic S., Prudential Supervision: What works and what does not, Papers presented at a conference held at Cheeca Lodge, The University of Chicago Press, (2001).
- Paul S. Atkins, Comm'r, Sec. & Exch. Comm'n, Keynote Address at the Inaugural Edward Lane-Reticker Speaker Series sponsored by the Morin Center for Banking and Financial Law: Protecting Investors Through Hedge Fund Advisor Registration: Long on Costs, Short on Returns (March 30, 2006), in 25 *Ann. Rev. Banking & Fin. L.* 537, (2006).
- Report of the Counterparty Risk Management Policy Group II, "Toward Greater Financial Stability: A Private Sector Perspective," (Jul. 27, 2005).
- Reserve Bank of Australia, Hedge Funds, Financial Stability and Market Integrity, Finance and Public Administration's Inquiry into the International Financial Markets Effects on Government Policy, (Jun. 1999).
- Robert C. Effros (ed.), Current legal issues affecting central banks, vol. 5 (1998).
- Roger Lowenstein, When Genius Failed: The Rise and Fall of Long-Term Capital Management 27 (2000).
- Roger Merritt & Eileen Fahey, Fitch Ratings, Credit Policy, Hedge Funds: The Credit Market's New Paradigm, (June 5, 2007).
- Scott J. Lederman, Hedge Fund Regulation, Practising Law Institute, (2009).
- Susan M. Phillips & Alan N. Rechtschaffen, Essay, International Banking Activities: The Role of the Federal Reserve in Domestic Capital Markets, 21 *Fordham Int'l L. J.* 1754, (1998).
- The President's Working Group on Financial Markets, Report on Hedge Funds. Leverage, and the Lessons of Long-Term Capital Management 10 (1999).
- Thomas J. Schoenbaum, Saving The Global Financial System: International Financial Reforms and United States Financial Reform, Will They Do The Job?, 43 No. 1 *UCC L. J. ART* 3 (2010).
- Tomas Garbaravicius and Frank Dierick, Hedge Funds and Their Implications for Financial Stability, European Central Bank Occasional Paper Series No. 34, (Aug. 2005).
- United States General Accounting Office, Long-Term Capital Management: Regulators Need to Focus Greater Attention on Systemic Risk, Report to Congressional Requesters GGD-00-3, (Oct. 1999).
- Willa E. Gibson, Is Hedge Fund Regulation Necessary?, 73 *Temp. L. Rev.* 681, 682 (2000).
- Wulf Alexander Kaal, Hedge Fund Regulation by Banking Supervision: A Comparative Institutional Analysis 218 (2006).

〈국문 초록〉

국제금융시장에서의 헤지펀드와 금융 안정

윤 승 영

헤지펀드는 그 특성상 잘 운용될 경우 국제금융시장에서 상당히 긍정적인 역할을 할 수 있으나, 그 반대의 경우에는 금융시장에 미치는 충격이 매우 크다. 비근한 예로 미국 금융 시장 및 전 세계 금융시장에 많은 충격을 가져왔던 LTCM의 파산을 들 수 있겠다. 또한, 미국의 서브프라임 모기지로 인한 금융 위기 당시 베어스턴스사 헤지펀드의 파산으로 촉발된 리먼 브러더스 그룹과 여러 금융 그룹들의 몰락은 국제 금융시장에서의 헤지펀드의 영향력을 직, 간접적으로 보여준 예라 할 수 있겠다.

이러한 이유로, 금융 위기의 미국을 포함 유럽 등의 금융 선진국은 헤지펀드의 규제를 한층 높여가는 추세이다. 미국은 오바마 대통령의 주도로 도드-프랭크 법안을 통해서 헤지펀드의 규제를 강화하고 있다. 하지만, 헤지펀드는 그 특성상 다른 집합투자기구와 달리 직접적인 규제방식이 효과를 거두기가 힘들다. 이 논문에서는 직접적인 규제방식의 한계성을 지적하고 그 대안으로 시장 규율을 통한 간접적인 규제 방식이 더욱 효율적인 규제 방식임을 제시하겠다.

그 첫째는, 헤지펀드의 가장 중요한 거래상대방 이라 할 수 있는 은행을 통한 헤지펀드의 간접적인 규제방법이다. 구체적으로 바젤2를 기반(장기적으로 바젤3)으로 국제금융시장에서 헤지펀드가 야기할 수 있는 위험을 규제할 수 있을 것이다. 국제 금융기관들과 국가들의 적절한 공조를 통해서 바젤2를 국제금융시장에 따라 개선하여 철저하게 이행하여 나간다면, 헤지펀드의 거래상대방인 은행을 중심으로 국제금융시장의 안정성을 곤고히 할 수 있을 것이다. 또 다른 중요 거래상대방인 프라임브로커를 통한 규제도 효율적일 것이다. 프라임브로커를 철저히 모니터링하고 때로는 관련 제도의 정비를 통해서 헤지펀드를 적절히 규제할 수 있을 것이다. 또한, 헤지펀드 스스로의 정보 공개뿐만 아니라 거래상대방들과 투자자들을 통한 정보 공개를 통한 헤지펀드의 신용 위험을 면밀히 분석함으로써 금융 안정을 유지할 수 있을 것이다.

◇ 주제어 ◇

헤지펀드 규제, 금융 안정, 시스템 리스크, 금융위기, 서브프라임 모기지 위기, LTCM, 바젤2, 바젤3, 시장규율, 간접규제, 도드-프랭크 법안



부 록

- ▶ 국제거래법학회 임원명단
- ▶ 2010년 국제거래법학회 활동일지
- ▶ 국제거래법학회 연구윤리규정
- ▶ 心堂국제거래학술상 규정
- ▶ 『국제거래법연구』 편집 및 심사 규정
- ▶ 『국제거래법연구』 논문기고규정

국제거래법학회 임원명단

(2010년 12월 31일 현재)

임 원	성 명	소 속
고 문	최준선	성균관대 교수
	송상현	서울대 교수
	최공웅	법무법인 화우 변호사
	이기수	고려대 교수
	김문환	국민대 교수
	서현제	중앙대 교수
	조대연	김앤장 변호사
	손경한	성균관대 교수
자문역	이승훈	충북 부지사
수석부회장	이호원	변호사
부회장	김준규	대전고검 검사장
	석광현	서울대 교수
	최승환	경희대 교수
	이동근	지경부 무역투자실장
	이수철	삼성물산 부사장
국제매매법연구회장	석광현	서울대 교수
국제에너지법연구회장	최승환	경희대 교수
국제금융법연구회장	박훤일	경희대 교수
ISD 연구회장	장승화	서울대 교수
수석연구이사	심영	연세대 교수
연구이사	박원석	중앙대 교수
수석총무이사	서완석	경원대 교수
수석출판이사	최창렬	동국대 교수
출판이사	손승우	단국대 교수

학술정보이사	최경진	경원대 교수
재무이사	송양호	전북대 교수
국제이사	유혁수	Yokohama National University
국제이사	이용식	시드니 대학
섭외이사	김병태	영산대 교수
홍보이사	정형진	경북대 교수
감사	박훤일	경희대 교수
감사	김갑유	변호사
기획운영이사	강정혜	시립대 교수
	김기창	고려대 교수
	김대규	서남대 교수
	김동근	전북대 교수
	김선국	한양대 교수
	김선정	동국대 교수
	김순석	전남대 교수
	김영균	대진대 교수
	김인현	고려대 교수
	김지환	경남대 교수
	김태진	한양대 교수
	나윤수	원광대 교수
	문기석	전남대 교수
	박덕영	연세대 교수
	박홍우	법무법인 미래
	백기봉	법무부 국제법무과 과장
	이상용	법무부 국제법무과 과장
	서정일	대한상사중재원
	신창섭	고려대 교수
	왕상한	서강대 교수

기획운영이사	안강현	연세대 교수
	이대희	고려대 교수
	이승호	변호사
	이영종	카톨릭대 교수
	이영철	열린사이버 교수
	장문철	경찰대 교수
	정영진	법무법인 율촌 변호사
	정홍식	중앙대 교수
	주기종	청주대 교수
	가정준	외대
이사	강승훈	제주항공 이사
	강용현	태평양 변호사
	경익수	대전대 학장
	고동원	성대
	권영애	세명대
	김광록	충북대
	김건식	서울대
	김동훈	한국외대
	김명아	한국외대
	김상만	법무법인 세종
	김성태	연세대 교수
	김여선	제주대
	김용구	군산대
	김용길	원광대
	김용덕	숭실대
	김은경	한국외대
	김재형	조선대
	김정호	고대

이 사	김진우	외대
	김효신	경북대
	맹수석	충남대
	박세민	고려대
	박세화	충남대
	박영복	외대
	박정우	연세대
	박준	서울대 교수
	박준우	서강대
	박철영	증권예탁원
	박홍진	원광대
	서성호	조선대
	서세원	서남대
	성윤모	산자부 팀장
	손종학	산업은행
	송옥렬	서울대
	송종준	충북대
	신창선	전남대
	신현윤	연세대
	신희택	서울대
	손태우	부산대
	안성포	전남대
	안수현	외대
	양동석	조선대
	오성근	제주대
	오수근	이대
	오창석	창원대
	유진희	고려대

이 사	윤남순	충북대
	이경규	인하대
	이재기	법무법인 화우 변호사
	이재형	고대
	이재홍	법무법인 하나로
	이태종	인천지방법원 판사
	이효경	관동대
	장상균	서울행정법원
	정준우	인하대
	정찬모	인하대
	정쾌영	신라대
	채동현	법무법인 화우 변호사
	최병규	건국대
	최성근	청주대
	최승재	경북대
	최우석	변호사
	최윤범	우석대
	하강현	영산대
	하삼주	건국대
	한석훈	성균관대
	허해관	성균관대 강사
	허은숙	건양대

2010년 국제거래법학회 활동일지

1. 제3회 心堂 국제거래학술상

- ◆ 일시: 2010. 3. 12. (금) 18:00-20:00
- ◆ 장소: 스칸디나비아클럽
- ◆ 수상자: 이용식 교수(Director and Professorial Research Fellow of the Law and Development Institute)
- ◆ 수상논문: Theoretical Basis and Regulatory Framework for Microtrade: Combining Volunteerism with International Trade towards Poverty Elimination
《수상 소감 및 심사평 : 제19집 제1호》

2. 학술대회

(1) 2010년 국제거래법학회 춘계학술대회

- ◆ 일시: 2010. 3. 12. (금) 18:00-21:00
- ◆ 장소: 을지로 6가 국립의료원 내 스칸디나비아 클럽
- ◆ 제1주제: 국제매매협약(CISG)상 손해배상책임 – 예견가능성을 중심으로
발표: 정진세 교수(홍익대)
- ◆ 제2주제: 에너지 자원의 소유권 귀속문제
발표: 류권홍 교수(원광대)

(2) 대법원과 공동세미나

- ◆ 일시: 2010. 6. 24. (목) 18:00-21:00
- ◆ 장소: 서초동 대법원
- ◆ 제1주제: 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)상의 물품의 계약적합성과 입증책임
발표: 강정혜 교수(서울시립대학교 법학전문대학원)
- ◆ 제2주제: 외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제
발표: 권혁준 판사(서울 중앙지방법원)

(3) 2010년 국제거래법학회 국제학술대회

- ◆ Date: 2010. 10. 1. (Fri.) 09:00–18:30
- ◆ Venue: Sungkyunkwan University School of Law Room 206, Seoul, Korea
- ◆ Session 1: The unification of legal systems concerning foreign-founded and domestic companies – On the reform of the laws of foreign-invested enterprises

Presenters: Wang BaoShu(Tsinghua Univ., School of Law, China)

Session 1: The prosperity of Chinese cross-border M&A and the construction of relative legal system

Presenters: Zhu Ciyun(Tsinghua Univ., School of Law, China)

Session 1: Study on the Effectiveness of the Unauthorized Stock transfer Contract of Overseas-funded Enterprises

Presenters: Cai Lidong(Jilin Univ., School of Law, China)

- ◆ Session 2: The Main Issues of Financial Regulation after A World Financial Crisis of 2008–2009 : From Taiwanese Perspectives

Presenters: Spencer, Wang Chih-Cheng(Professor of Law, National Chung Cheng University)

Session 2: 金融市场・資本市場の国際化と国内規制当局の対応について

Presenters: Yasuhiro OSAKI(Waseda Univ., School of Law, Japan)

Session 2: An Experimental Research about Corporate Bankruptcy Procedure: Is DIP Effective?

Presenters: Hideaki OTSUKA(Waseda Univ., School of Law, Japan)

Session 2: Abstractive Debts in Japanese Private Law

Presenters: Satoru SHIBAZAKI(Waseda Univ., Graduate School of Law, Japan)

- ◆ Session 3: Corporate Governance–promoting the Interest of Stockholders and Stakeholders alike

Presenters: Eugene Espedido(Univ. of San Carlos, College of Law, Philippines)

Session 3: Dispute Settlement Mechanisms of International Free Trade in the
North America Free Trade Agreement Context

Presenters: John Lee(Barrister & Solicitor, Lee Associate PC, Canada)

3. 산하 연구회 학술활동

(1) 국제매매법연구회

《국제매매법연구회 제11차 연구회》

- ◆ 일시: 2010. 2. 4. (목) 19:30-22:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 제1세미나실(역삼동)
- ◆ 주제: 국제물품매매계약에서 매도인의 서류교부의무 – CISG와 Incoterms를 중심으로
- ◆ 발표: 허은숙 교수(건양대)

《국제매매법연구회 제12차 연구회》

- ◆ 일시: 2010. 3. 12. (금) 18:30-20:00
- ◆ 장소: 스칸디나비아클럽(을지로6가 국립의료원 내)
- ◆ 주제: 국제매매협약(CISG)상 손해배상책임 – 예견가능성을 중심으로
- ◆ 발표: 정진세 교수(홍익대)

※ 위 2010년 국제거래법학회 정기총회 및 춘계학술대회 참조

《국제매매법연구회 제13차 연구회》

- ◆ 일시: 2010. 4. 8. (목) 19:30-22:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 제1세미나실(역삼동)
- ◆ 주제: 개정 미국통일상법전(UCC) 제2편(물품매매) 계약성립 조항의 비교법적 고찰
- 서식전쟁 부분을 중심으로
- ◆ 발표: 정홍식 교수(중앙대 법학전문대학원)

《국제매매법연구회 제14차 연구회》

- ◆ 일시: 2010. 5. 6. (목) 19:30-22:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 제1세미나실(역삼동)
- ◆ 주제: CISG의 해석과 적용
- ◆ 발표: 이진기 교수(숙명여대)

《국제매매법연구회 제15차 연구회》

- ◆ 일시: 2010. 6. 3. (목) 19:30-22:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 임시사옥 제1세미나실(논현동)
- ◆ 주제: CISG에 따른 분할인도계약의 해제

- ◆ 발표: 김진우 교수(한국외대 법학전문대학원)

『국제매매법연구회 제16차 연구회』

- ◆ 일시: 2010. 7. 8. (목) 19:30-21:30
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 임시사옥 제1세미나실(논현동)
- ◆ 주제: 한국법의 관점에서 본 로테르담규칙
- ◆ 발표: 김인현 교수(고려대 법학전문대학원)

『국제매매법연구회 제17차 연구회』

- ◆ 일시: 2010. 9. 7. (목) 18:40-21:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 임시사옥 제1세미나실
- ◆ 주제: “CISG상 손해배상의 범위”
- ◆ 발표: 가정준 교수(한국외대)

『국제매매법연구회 제18차 연구회』

- ◆ 일시: 2010. 10. 7. (목) 18:40-21:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 임시사옥 제1세미나실(3층)
- ◆ 주제: “국제물품매매협약(CISG) 적용 하에서 매매계약 체결에 관한 실무적 고려사항”
- ◆ 발표: 정홍식 교수(중앙대 법학전문대학원)

『국제매매법연구회 제19차 연구회』

- ◆ 일시: 2010. 12. 2. (목) 18:00-20:00
- ◆ 장소: 한국고등교육재단 임시사옥 제1세미나실(3층)
- ◆ 주제: “국제물품매매계약에 관한 UN협약(비엔나, 1980)의 손해배상책임”
 - 예전가능성의 주체, 대상, 기준시기, 입증책임 등 적용에 관한 제문제
- ◆ 발표: 정진세 교수 (홍익대)

(2) 국제에너지법연구회

* 2010년도 제19차 연구발표회부터는 원자력법연구회(한국과학기술법학회 산하)와 공동으로 ‘원전수출 및 건설에 관련된 법적 쟁점’을 중심으로 연구발표회를 개최하기로 함

『국제에너지법연구회 제19차 연구발표회』

- ◆ 일시: 2010. 3. 31. (수) 19:30-21:00
- ◆ 장소: 정부법무공단 4층 회의실(서초구 방배동 구산타워)
- ◆ 주제: 한·미 원자력 협정의 개정방안
- ◆ 발표: 함철훈 연구교수(서울대 원자력공학과)

《국제에너지법연구회 제20차 연구발표회》

- ◆ 일시: 2010. 4. 28. (수) 19:30-21:00
- ◆ 장소: 정부법무공단 4층 회의실(서초구 방배동 구산타워)
- ◆ 주제: 원자력손해 책임에 관한 국제조약체제와 우리 법제에의 시사점
- ◆ 발표: 김대원 교수(서울시립대학교)

《국제에너지법연구회 제21차 연구발표회》

- ◆ 일시: 2010. 5. 19. (수) 19:30-21:00
- ◆ 장소: 정부법무공단 4층 회의실(서초구 방배동 구산타워)
- ◆ 주제: 원자력 이용과 글로벌 거버넌스
- ◆ 발표: 최영명 박사(원자력통제기술원)

《학술세미나 개최》 (원자력법고구회와 공동으로 주관)

- ◆ 일시 : 2010. 6. 24. (목) 13:30-18:30
- ◆ 장소 : 한국전력공사 강당(서울시 강남구 영동대로 411)
- ◆ 주최 : 한국과학기술법학회 · 국제에너지법연구회 · (사)기술과 법 연구소
- ◆ 제1주제: 프랑스의 원자력법제와 원전 수출
- ◆ 발표: 전 훈 교수(경북대학교), 토론: 남궁술 교수(경상대학교)
- ◆ 제2주제: 독일의 원자력법제와 원전 수출
- ◆ 발표: 안경희 교수(국민대학교), 토론: 오준근 교수(경희대학교)
- ◆ 제3주제: 원자력배상책임에 관한 국제조약체제와 원전 수출
- ◆ 발표: 김대원 교수(서울시립대), 토론: 박기갑 교수(고려대학교)
- ◆ 제4주제: 원전수출계약의 법적문제
- ◆ 발표: 곽중훈 변호사(법무법인 광장), 토론: 함철훈 교수(서울대)

《국제에너지법연구회 제22차 연구발표회》

- ◆ 일시: 2010. 6. 30. (수) 19:30-21:00
- ◆ 장소: 정부법무공단 4층 회의실(서초구 방배동 구산타워)
- ◆ 제1주제: 원전건설 관련 물자의 수출 및 이전에 대한 국제수출통제체제상의 통제
- ◆ 발표: 최승환 교수(경희대학교)

- ◆ 제2주제: 원자력 비확산 국제규칙의 위반사례
- ◆ 발표: 박언경 교수(경희대학교)

『국제에너지법연구회 제23차 연구발표회』 (원자력법고구회와 공동으로 주관)

- ◆ 일시 : 2010년 9월 30일(목) 19:00~21:00
- ◆ 장소 : 서초동 정부법무공단 3층 대회의실

- ◆ 주제 : 원자력안전규제에 관한 국제동향
- ◆ 발표 : 박윤원 박사(국제원자력안전학교 교장)

『국제에너지법연구회 제24차 연구발표회』 (원자력법고구회와 공동으로 주관)

- ◆ 일시 : 2010년 10월 26일(화) 19:00~21:00
- ◆ 장소 : 서초동 정부법무공단 3층 대회의실

- ◆ 제1주제 : “원자력손해에 관한 보완적 보상협정 (CSC)의 쟁점과 전망”
- ◆ 발표 : 이대성 미국변호사 (원자력연구원 정책법무팀)

- ◆ 제2주제: “원자력수출통제의 현황과 발전방향”
- ◆ 발표: 김시선 박사 (원자력통제기술원 정책위원)

국제거래법학회 연구윤리규정

제1장 총칙

제1조(목적) 이 규정은 국제거래법학회(이하 “학회”라 한다) 학회지인 『국제거래법연구』나 기타 학술지 등(이하 “학회지 등”이라 한다)에 게재되는 논문이나 자료, 연구노트 등(이하 “논문 등”이라 한다)과 관련하여 연구윤리를 확립하고 연구부정행위를 사전에 예방하며, 연구부정행위의 발생 시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(적용 대상) 이 규정은 학회 회원 및 학회지 등에 논문 등을 게재 신청하는 자에 적용한다.

제3조(연구부정행위의 금지) 학회지 등에 논문 등을 게재 신청하는 자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 안된다.

1. 공표된 학술지 등에 이미 게재된 논문의 내용 중 상당 부분이 학회지 등의 투고 논문 등의 핵심적인 내용과 중복되는 논문을 제출하는 행위
2. 타인의 아이디어, 연구내용 또는 결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 도용하는 행위
3. 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 자에게 정당한 이유 없이 논문 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문 저자 자격을 부여하는 행위
4. 본인 또는 타인의 연구부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해(危害)를 가하는 행위
5. 기타 국제거래법학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어나는 연구 부정 행위

제2장 연구부정행위의 조사

제4조(연구부정행위의 제보 및 자체 조사) ① 제3조 각호의 어느 하나에 규정된 연구부정행위의 의심이 드는 경우에는 제보자는 학회 편집위원회 위원장에게 구술·서면·전화·전자우편 등의 방법으로 그러한 연구부정행위를 제보할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 제보는 실명으로 함을 원칙으로 한다. 다만, 익명으로 제보하고자 할 경우에는 서면 또는 전자우편으로 대상 논문명 및 구체적인 부정행위의 내용과 증거를 제출하여야 한다.

③ 학회 편집위원회는 논문 등의 게재 신청자가 제3조 각호의 어느 하나에 규정된 연구부정행위의 의심이 되는 경우에는 자체 조사를 할 수 있다.

제5조(조사 착수 및 기간) ① 편집위원회는 제4조에 따른 제보자의 제보 또는 자체 조사 를 하는 경우에는 제6조에 규정된 조사위원회를 구성하여 조사를 실시한다.

② 조사는 시작일로부터 60일 이내에 완료하여 판정을 해야 한다. 다만, 조사위원회가 동 기간 내에 조사를 완료할 수 없다고 판단하는 경우에는 편집위원회에 그 사유를 설명하고 기간 연장 요청을 할 수 있다.

제6조(조사위원회의 구성) ① 조사위원회는 편집위원회가 위촉하는 3인 이상의 위원으로 구성한다.

② 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 자는 조사위원회 위원이 될 수 없다.
 ③ 편집위원회는 조사 착수 이전에 제보자에게 조사위원 명단을 알려야 하며, 제보자가 조사위원 기피에 관한 정당한 이의를 제기하는 경우에는 이를 받아들여야 한다.

제7조(출석 및 자료제출 요구) ① 조사위원회는 제보자 · 피조사자 · 증인 및 참고인 등에 대하여 진술을 위한 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 반드시 응하여야 한다.

② 조사위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 증거자료의 보전 을 위하여 피조사자의 소속 기관장의 승인을 얻어 해당 연구자료의 보관 등의 조치를 취할 수 있다.

제8조(비밀유지) 제보 · 조사 · 심의 · 의결 및 건의조치 등 조사와 관련된 일체의 사항은 비밀로 하며, 조사에 직 · 간접적으로 참여한 자는 조사 및 직무 수행 과정에서 취득한 모든 정보를 누설해서는 안된다. 다만 타당한 공개의 필요성이 있는 경우 편집위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제9조(이의제기 등) 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 변론의 권리와 기회를 보장하여야 하며, 관련 절차를 사전에 통지해주어야 한다.

제10조(판정 및 통지) ① 조사위원회는 이의제기 또는 변론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정하여 학회 편집위원회에 보고하고, 학회 편집위원회는 이를 제보자 및 피조사자에게 통보한다.

② 조사위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 의결한다.

제11조(조사결과보고서의 제출) ① 조사위원회는 판정 후 10일 이내에 조사결과보고서를 편집위원회에 제출하여야 한다.

② 조사결과보고서에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 포함되어야 한다.

1. 제보의 구체적인 내용 및 제보자 정보
2. 연구부정행위 혐의 및 관련 논문 등
3. 관련 증거 및 증인
4. 조사결과에 대한 제보자와 피조사자의 의견진술, 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리 결과
5. 조사위원 명단

제3장 조사 결과 조치

제12조(결과에 대한 조치) ① 편집위원회는 연구부정행위를 한 당사자에 대하여 5년간 학회지 등에의 논문 게재 금지 조치 및 학회지 등에의 사과문 게재 요구 등 필요한 제재 조치를 취할 수 있다.

② 제재 조치 등에 대한 자세한 사항은 학회 편집위원회가 정한다.

제13조(기록의 보관 및 공개) ① 조사와 관련된 기록은 편집위원회에서 보관하며, 조사 종료 이후 5년간 보관하여야 한다.

② 조사결과보고서는 판정이 끝난 이후에 공개할 수 있으나, 제보자 · 조사위원 · 증인 · 참고인 · 자문에 참여한자의 명단 등 신원과 관계된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우 공개 명단에서 제외할 수 있다.

제4장 보 칙

제14조(위임) 이 규정의 개정 및 이 규정에서 정하지 아니한 기타 사항에 대하여는 학회 이사회가 정한다.

부 칙

이 규정은 2007년 10월 10일부터 시행한다.

心堂국제거래학술상 규정

제정 2007. 4. 4. 규정 제2호
개정 2008. 2. 15

제1조(목적) 이 규정은 국제거래법학회(이하 “학회”라 한다)가 수여하는 心堂국제거래학술상의 추천·심사·결정·시상에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(학술상의 취지) 본 학술상은 국제거래분야 연구에 대한 의욕을 고취하고 국제거래의 진작에 기여하는데 그 취지를 둔다.

제3조(시상대상) ① 1년에 1회 시상하되 시상 전해 1. 1.부터 12. 31.까지 1년동안 국내외 학술지에 공표되었거나 출간된 한국인의 국제거래에 관한 논문, 저술 또는 잡지(이하 논문이라 약칭한다) 중에서 심사위원회의 심사결과 결정된 논문 1편에 대하여 시상한다.

② 법학논문에 한하지 아니하고 국제거래에 관련된 모든 주제에 관한 논문을 그 대상으로 한다.

제4조(심사위원회) ① 시상논문을 심사하기 위하여 학회에 학술상 심사위원회 (이하 “위원회”라고 한다)를 둔다.

② 위원회는 5인 이상 7인 이하의 위원으로 구성된다.

③ 위원의 임기는 위촉시로부터 당해년 시상논문을 결정할 때까지로 한다.

제5조(위원의 위촉) 회장은 이사회에 심의를 거쳐 사계의 전문가를 위원으로 위촉한다.

제6조(위원회 구성) ① 학회의 직전회장은 위원회의 위원장이 된다.

② 위원장이 유고시에는 회장이 지명하는 위원이 위원장의 직무를 대행한다.

③ 위원장은 위원회를 대표하며, 위원회를 소집하여 그 의장이 된다.

④ 연구이사는 위원장의 업무를 보조하며 필요한 경우에는 회장이 추천하는 회원을 간사로 둘 수 있다.

제7조(시상논문의 추천) ① 시상후보 논문을 추천하고자 하는 자는 누구든지 그 논문 사본 1부(제재 잡지 등을 확인할 수 있는 것)에 필자의 이력서를 첨부하여 연구이사에게 송부한다.

② 추천 및 심사서류는 일체 공표하지 아니한다.

제8조(심사위원의 심사사항) ① 연구이사는 추천된 논문 전부를 각 위원에서 송부하여 심사하게 한다. 다만 논문의 질이 현저히 낮아 심사의 필요가 없다고 판단되는 논문은 제외할 수 있다.

② 위원은 다음 사항을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 주제의 유용성
3. 접근방법의 참신성
4. 결론의 독창성
5. 전개의 논리성
6. 참고문헌의 광범성 및 적절성
7. 논문작성법의 준수여부
8. 필자의 학문적 공헌도

제9조(평가) 위원은 심사 사항별로 (1) 매우 우수함, (2) 우수함, (3) 양호함, (4) 괜찮음, (5) 보통임 중의 하나로 평가하여 연구이사에게 송부한다.

제10조(위원회 심사대상 논문의 선정) ① 연구이사는 평가 자료를 취합하여 집계표를 만들어 위원장에게 제출한다.

② 위원장은 집계표에 의거 상위평가논문 6~8편을 선정한다.

제11조(위원회의 결정) ① 위원회는 위원장이 심사대상으로 선정한 논문을 대상으로 시상 논문을 토론을 거쳐 결정한다.

② 토론 결과 시상논문 결정을 하지 못한 때에는 표결로 결정한다.

③ 시상논문의 결정은 재직위원 3분의 2이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다. 가부동수인 때에는 위원장이 결정권을 갖는다.

④ 위원회는 본 학술상의 권위를 존중하여야 하며 추천된 논문 중에서 시상할 만한 논문이 없을 때에는 시상 결정을 하지 아니 할 수 있다.

⑤ 위원회의 의사와 경과는 비밀로 하며 결정 내용을 누설하여서는 아니된다.

제12조(결정통지) 위원장은 시상 논문 결정의 결과를 지체없이 회장에게 통지하여야 한다.

제13조(수상자 발표) 회장은 위원장으로부터 시상논문결정 통지를 받은 때에는 이사회의 심의를 거쳐 이를 공표한다.

제14조(시상식) ① 시상식은 본 학회 정기총회에서 거행한다.

② 시상식에서 수상자는 수상소감을 발표하여야 한다.

③ 수상자의 수상소감을 학회지에 게재하여야 한다.

제15조(시상내용) ① 수상자에게는 상패 및 부상을 수여한다.

② 부상(副賞)의 내용은 이사회에서 정한다.

제16조(수상자에 대한 예우 등) ① 학회는 기수상자의 학회 참석을 권유하여야 한다.

② 학회는 기수상자가 학회에 참석할 시에는 참석회원들에게 수상자임을 주지시키는 등 적절히 예우하여야 한다.

③ 학회는 매 10년 마다 또는 이사회가 정하는 시기에 시상논문을 모아 책으로 발간하여야 한다.

④ 학회는 시상논문의 게재 및 출판을 위한 저작물 이용 허락 등의 조치를 취하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 4월 4일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2008년 2월 15일부터 시행한다.

『國際去來法研究』 편집 및 심사 규정

제1조(목적) 본 규정은 國際去來法學會(이하 “학회”라 한다)의 학회지인 『國際去來法研究』(이하 “연구집”라 한다)와 학회가 발간하는 연구보고서, 서적, 논문집 등의 연구간행물을 발간하기 위하여 기고된 논문 및 연구노트 등의 게재 여부를 결정하기 위한 심사절차에 관한 사항을 정한다.

제2조(발행) ① 연구집은 연 2회 이상 발행함을 원칙으로 한다.

② 발행일은 매년 12월 31일, 7월 31일로 한다. 또한 편집위원회가 특별한 필요성을 인정하는 경우에는 추가발행을 할 수 있다.

제3조(게재논문대상) ① 학회가 발간하는 모든 종류의 연구간행물에 게재하고자 기고된 논문과 연구노트 등을 심사의 대상으로 한다.

② 논문과 연구노트 등은 독창적인 것으로서 이미 발간된 다른 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.

③ 논문과 연구노트 등은 학회가 정한 논문투고규정에 따라 작성되어야 한다. 편집 위원장은 투고규정에 따르지 않은 논문 또는 연구노트 등의 기고자에 대하여 수정 또는 보완을 요청할 수 있다.

④ 논문과 연구노트 등의 기고자는 학회가 정한 심사료를 학회에 납부하여야 한다.

제4조(심사절차) ① 편집위원장은 논문 또는 연구노트 등의 원고를 접수하면 기고자에게 접수를 통보하고 편집위원회에 심사위원의 위촉을 의뢰한다.

② 편집위원회는 한 편의 원고에 대하여 3인의 심사위원을 위촉한다. 심사위원은 자신의 논문 또는 연구노트 등을 심사할 수 없다.

③ 심사위원은 학회가 정한 양식에 따라 다음과 같이 편집위원회에 심사결과를 제출한다.

1. 수정 없이 게재
2. 수정 후 게재
3. 수정 후 재심사
4. 게재 유보

④ 전항 제2호와 제3호의 경우 편집위원장은 기고자에게 논문 또는 연구노트 등의 수정을 요청할 수 있다.

⑤ 제3항 제4호의 경우 심사위원은 그 구체적 이유를 명시하여야 한다.

⑥ 편집위원회는 심사위원들의 심사결과를 기초로 하여 논문 또는 연구노트 등의 게재 여부를 결정한다.

⑦ 편집위원장은 각 기고자에게 심사결과를 통보하고 기고자의 요청에 따라 게재예

정증명서를 발급할 수 있다.

제5조(심사기준) 논문 또는 연구노트의 게재 결정을 위한 기준은 다음과 같다.

1. 연구주제의 참신성
2. 주제연구의 필요성
3. 기존연구와 차별성
4. 연구방법의 적절성
5. 논문내용의 독창성
6. 논문구성의 명확성
7. 연구결과의 기여도

제6조(논문게재료) 게재가 확정된 논문 또는 연구노트의 기고자는 학회가 정한 게재료를 납부하여야 한다.

제7조(비밀유지) ① 심사위원에게 원고의 기고자에 대한 일체의 정보를 제공하지 아니한다.
② 논문 또는 연구노트 등의 기고자에게 심사위원에 대한 일체의 정보를 제공하지 아니한다.
③ 심사위원은 심사사실 및 심사결과 등 심사와 관련하여 취득한 정보를 공개하지 않아야 한다.

제8조(세부사항) 본 규정에 정하지 않은 논문심사와 관련된 세부사항은 편집위원회에서 정한다.

부 칙

본 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

부 칙

본 규정은 2005년 1월 1일부터 시행한다.

『國際去來法研究』 논문 기고 규정

1. 『국제거래법연구』에 게재하기 위하여 기고되는 논문은 독창적인 것으로서 이미 발간된 다른 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.
2. 원고마감은 매회 발간일을 기준으로 2개월 전으로 한다.
3. 논문의 기고자는 편집위원회가 정하는 게재료를 납부하여야 한다.
4. 원고의 분량은 A4지 25매 내외로 한다.
5. 원고는 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 다음과 같이 제출한다.
 - (1) 디스켓
 - (2) 출력본 1부
 - (3) 원고표지-원고표지에는 논문제목(괄호 안에 영문제목 표기), 필자성명(괄호 안에 영문 성명 표기), 소속, 직책, 학위, 주소, 전화번호, 팩스번호, email 주소를 기재한다.
 - (4) 이메일 제출시 디스켓 및 출력본 제출은 생략한다.
6. 공동연구논문의 경우에는 각주란에 *표를 하고 제1저자 및 공동저자를 구분하여야 한다.
7. 주는 각주로 표시하는 것을 원칙으로 하며, 다음과 같이 표기하도록 한다.
 - (1) 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 면수.
 - (2) 정기간행물 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제oo권 o호(년도), 면수.
 - (3) 기념논문집 인용 : 저자명, “논문제목”, ooo선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
 - (4) 판결인용 : 대법원 19oo,oo.oo. 선고, oo다oooo 판결
대판 19oo,oo.oo, oo다oooo
8. 논문의 끝부분에 국문과 영문 주제어(key word)를 10개 이내로 기재한다.
9. 국문 원고는 별지로 외국어(영어·독어·프랑스어)로 작성된 논문초록을 첨부하여야 한다.

〔편집위원장〕 석광현 교수 (서울대)

〔편집부위원장〕 최창렬 교수 (동국대)

〔편집위원〕 김선국 교수 (한양대)

손승우 교수 (단국대)

서완석 교수 (경원대)

송양호 교수 (전북대)

주기종 교수 (청주대)

國際去來法研究 (第19輯 第2號)

2010년 12월 31일 1版 1刷 印刷

2010년 12월 31일 1版 1刷 發行

發行處 國際去來法學會

編輯・製作 國際去來法學會

印 刷 한국학술정보(주)

© 國際去來法學會 2010, Printed in Seoul, Korea,

本書의 내용은 著作權法의 保護를 받으며, 著作權者의
동의없는 無斷複製・轉載를 금합니다.

限定・非賣品

