

국제물품매매거래에서 매도인의 계약적합성물품 인도의무에 관한 비교연구*

오 원 석 ** · 이 병 문 ***

-
- I. 서 론
 - II. 계약적합성 요건
 - III. 계약적합성 시기
 - IV. 계약적합성물품 인도의무의 면제
 - V. 결론
-

I. 서 론

국제물품매매거래에서 계약당사자간 분쟁이 가장 빈번한 분야 중의 하나가 물품의 하자라고 할 수 있고, 이는 결국 매도인과 매수인간 하자 없는 물품을 인도해야 할 매도인의 의무내용에 관한 분쟁이라 할 것이다. 이러한

* 본 연구는 성균관대학교 성균학술연구비 및 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

** 주저자, 성균관대학교, 경영학부, 교수.

*** 교신저자, 숭실대학교, 국제통상학과, 조교수.

물품의 하자에 관하여 각국의 매매법은 유상거래에서의 법적 형평성을 도모하고자 이에 관한 상세한 규정을 두고 있으나 그 입법형태는 다양하게 전개되고 있다. 우선 대륙법계의 하나인 한국 민법에서는 채무불이행책임과 하자담보책임이라는 양대 책임 체계 하에서 주로 하자담보책임의 문제로 다루어지고 있다. 그러나 하자담보책임의 법적성질에 관한 치열한 논쟁의 결과로 매도인의 하자 없는 물품인도의무의 내용, 즉 하자의 개념과 그 양태, 하자의 존재 시기 등에 관하여 기존의 채무불이행책임과 연계하여 복잡한 결과를 내고 있다.¹⁾ 이에 반하여 영미법계의 대표국인 영국에서는 우리와 달리 일원화된 계약책임체계 하에서 계약당사자의 의무를 조건(conditions)과 담보(warranties)로 구분하여 그 구분에 따라 구제제도가 상이하게 결정되는 독특한 법제도를 유지하고 있다.²⁾

이처럼 다양한 입법형태를 통일한 법제로서 “유엔국제물품매매협약”(United Nations Convention on International Sale of Goods 1980; 이하 CISG라 한다)은 영미법 체계와 유사하게 일원화된 계약책임체계 하에서 매도인의 채무로서 계약적합성물품 인도의무를 부가하고 그 내용에 대하여 상세한 규정을 두고 있으며,³⁾ 여타 매도인의 채무 위반에서와 같은 동일한 구제제도가 적용되고 있다.⁴⁾ 한편 매도인의 하자담보책임에 관련한 유럽의 근대통일입법인 “소비자물품매매의 특정양상과 관련보증서에 관한 유럽연합지침”(EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees; 이하 EC Directive라 한다)에서는⁵⁾ CISG와 유사하게 일원화된 계약책임체계 하에서 매도인의 계약적합성물품 인도의무를

1) Cf. 우리 민법상 하자담보책임에 관한 논의에 관하여 김형배, 채권각론, 박영사, 1997, pp. 309-351.

2) SGA ss. 14, 15.

3) CISG Arts. 35 이하.

4) CISG Arts. 45 이하.

5) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25th May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (1999) O.J.L171/12, 7 July 1999. EC는 EC 내부시장의 조화, EC 내의 모든 시민들을 위한 소비자권리의 창출과 공통된 유럽소비자매매법의 신설의 취지하에 1999년 5월 25일 다년간의 제안서 및 초안의 검토와 수정 끝에 이러한 유럽지침의 궁극적 목적은 유럽연합 내에 소비자보호를 위한 최소수준을 정하고 그러한 기준에 부합하게 각국이 국내법을 개정토록 하여 유럽의 단일시장화에 기여하는 것이라고 말할 수 있다.

부가하고 그 내용을 상세히 규정하면서 상인인 매도인의 책임을 보다 강화하는 방향으로 제정되었다.⁶⁾

유럽에서는 이러한 EC Directive에 의해 소비자물품매매에 한정된 하자담보책임 관련 최초의 통일이 이루어 졌고, 그 이후 유럽은 통일된 민법전(Europian Civil Code)의 집대성을 목표로 총론으로서의 “유럽계약법원칙”(Principles of European Contract Law; 이하 PECL이라 한다)과 더불어 그 각론의 하나로서 Principles of European Sales Law 초안(이하 Draft PESL이라 한다)을⁷⁾ 작성하여 그 논의 중에 있다.⁸⁾ 비록 이러한 법원칙은 구속력을 지닌 통일입법이 아니라는 점에서 그 가치가 떨어지기는 하다. 그러나 이는 EC Directive에 이은 가장 최근 논의의 하나이면서 소비자거래에 한정되지 않고 국제물품매매거래를 포함한 모든 물품매매거래에 적용되기 때문에, 본 논문의 주제라 할 수 있는 매도인의 계약적합성물품 인도 의무가 Draft PESL상에서는 CISG 이후 어떠한 방식으로 구현되고 있는지 살펴보는 것은 중요한 의미를 지닌다고 생각된다.

이러한 배경 하에서 본 연구의 목적은 다음과 같다. 첫째, CISG상 매도인의 계약적합성 물품인도 의무에 관련한 구체적 내용을 고찰하되 주요 논쟁의 대상이 되는 규정과 그 해석상의 문제점을 중심으로 살펴본다. 둘째,

6) EC Directive Arts. 2, 3. EC Directive에 대한 문헌으로 예를 들어 C. Twigg-Flesner, “The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, *Consumer Law Journal*, vol. 7(2), 1999, pp. 177-187; T. Krummel & R. D’Sa, “Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: A Minimalist Approach to Harmonised European Consumer Protection”, *EURLR*, vol. 26(3), 2001, pp. 312-322; 이병문, “EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교연구”, *무역상무연구*, 제19권, 2003, pp. 33-66.

7) 가장 최근 초안은 2004년 12월의 것으로 <http://www.sgecc.net/media/downloads/sales04_12.pdf; visited on 5 January, 2008>. PESL에 대한 전반적인 소개로 V. Heutger, “Steps towards a European Sales Law”, (December 2003) 7.5 *Electronic Journal of Comparative Law* <<http://www.ejcl.org/75/art75-3.html>; visited on 5 January, 2008>.

8) 현재의 논의는 PECL에 이어 “Common Frame of Reference (CFR)”의 제정을 위한 준비 작업 중에 있다. 이는 EC의 기존 통일입법이라 할 수 있는 다양한 Directive들 간의 충돌 등을 회피 및 조정하기 위하여 회원국으로 하여금 기존 국내법의 개정 내지 새로운 규정 신설시 그 모델을 제공하기 위한 것으로 EC의 공식기구(Joint Network on European Private Law-EU Sixth Framework Programme “Network of Excellence”)하에서 준비 중에 있다. CFR의 주요 내용은 계약법의 기본원칙 및 주요개념에 대한 정의와 모델 규정이 될 것이다.

Draft PESL상 계약적합성물품 인도 의무를 CISG와 비교하여 그 차이점 및 유사점을 지적함으로써 근대입법의 흐름을 진단하여 제 입법의 개정 또는 해석 시 고려해야할 점을 제공한다. 셋째, 여러 법규의 비교연구를 통하여 특정 법률을 준거법으로 하고자 하는 경우 실무가들이 그들의 영업에 있어 유의할 점이 무엇인가를 파악해 보고자한다.

본 연구의 내용은 물품 하자의 양태 중 권리의 하자를 제외한 물품의 물리적 하자(품질, 수량 등)에 한정하며, 그 연구방법으로서 주로 문헌에 의한 연구를 시도한다.

II. 계약적합성 요건

1. 계약적합성 물품인도 의무의 개념 일반

(1) CISG

CISG는 매도인의 주요 채무의 하나로 계약에 적합한 물품인도 의무를 부과하면서,⁹⁾ 계약에 부적합한 물품인도를 매도인의 계약책임 발생의 한 요건으로 하고 있다.¹⁰⁾ CISG상 물품의 계약부적합성이란 먼저 매도인이 제공한 물품이 명시적으로 또는 묵시적으로 계약상 또는 CISG상에서 요구된 내용과 일치하지 않는 모든 경우를 포괄한다. 이러한 계약부적합성에 관련하여 CISG는 먼저 매도인에게 품질, 수량 및 명세와 더불어 그 포장에 있어 계약내용에 일치하는 물품을 제공해야할 의무를 부가하고 있다.¹¹⁾ 이는 명백하게 주관적 하자개념을 채택한 것으로 보여 진다.¹²⁾

9) CISG Art. 35.

10) CISG Art. 45. 계약부적합의 내용에 따라 매수인은 대체물의 인도청구권, 하자보수 청구권, 계약해제권, 또는 대금감액청구권을 행사할 수 있으며, 이와 더불어(또는 별도로) 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

11) CISG Art. 35(1).

12) P. Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 2nd ed., Clarendon, 1997, p. 276. 객관적 하자 개념과 주관적 하자개념의 구분은 대륙법계에서 하자담보책임법상 논의되는 개념설정

한편 CISG는 당사자가 물품이 가져야 할 성상에 관하여 달리 합의하지 않는 경우 보충적으로 적용되도록 다음과 같은 의무를 매도인에게 부과하고 있다; 통상적으로 사용되어지는 목적에 적합한 물품을 인도할 의무, 특정목적에 적합한 물품을 인도할 의무, 견본품 또는 모형에 일치하는 물품을 인도할 의무 및 통상적인 또는 적절한 방법으로 용기에 담거나 포장해야 할 의무.¹³⁾ 이러한 의무의 부과는 객관적 하자개념을 채택한 것으로 보여 진다.¹⁴⁾

(2) Draft PESL

CISG와 유사하게 Draft PESL은 매도인에게 모든 면에 있어 계약에 적합한 물품인도 의무를 부과하고,¹⁵⁾ 그 위반 시 매수인은 매도인의 계약위반 책임을 물어 Draft PESL상 각종 구제제도에 의존할 수 있다.¹⁶⁾ 매도인의 계약적합성 물품인도 의무에 관하여 Draft PESL은 먼저 매도인으로 하여금 계약에서 요구하는 품질, 수량과 명세에 일치하는 물품을 인도하도록 요구하고, 또한 계약에서 요구하는 방법으로 내용물을 용기에 담거나 포장하여 인도하도록 하고 있다.¹⁷⁾ 이와 더불어 Draft PESL은 매도인에게 계약상 요구하는 부속품(accessories), 설치설명서(installation instructions) 또는 기타 설명서(other instructions)를 제공해야 할 의무를 부과하고 있다.¹⁸⁾ 이는 CISG와 유사하게 주관적 하자개념에 기초한 것은 분명하다.

으로 그 구분은 다음과 같다. 먼저 전자에 따르면 인도된 목적물이 객관적 의미에서 그 물건이 갖추어야 할 통상의 성질이 결여된 경우 하자가 존재한다고 보는 견해로, 그 종류의 물건이 보통 갖추어야 할 일반적 용도에 부적합하면 당사자의 합의 내용에 관계없이 하자가 존재하는 것으로 보아 매도인은 하자담보책임을 지게 된다. 반면 후자에 따르면 전자와 달리 목적물이 계약체결 시 당사자 쌍방이 전제로 한 성질을 갖지 않으며, 그로 말미암아 매수인이 불이익을 입게 되는 경우 하자가 존재한다고 보는 견해로 계약당사자의 계약목적에 하자여부를 결정하는 유일한 요소가 된다. 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, p. 335.

13) CISG Art. 35(2).

14) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 278.

15) Draft PESL Art. 2:001(c).

16) Draft PESL Art. 4:201. 따라서 매수인은 대체물 인도, 하자보완 또는 기타 수단에 의한 하자치유청구권, PECL상의 이행정지권, 계약해제권, 대금감액청구권, 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

17) Draft PESL Art. 2:201(a), (b).

18) Draft PESL Art. 2:201(c).

한편 Draft PESL은 당사자간에 달리 합의하지 않는 한 매도인에게 다음과 같은 묵시적인 계약적합성 물품인도 의무를 부과하고 있다; 특정목적에 적합한 물품을 인도할 의무, 견본품 또는 모형에 일치하는 물품을 인도할 의무, 통상적으로 사용되어지는 목적에 적합한 물품을 인도할 의무, 통상적인 또는 적절한 방법으로 용기에 담거나 포장해야 할 의무, 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서 제공의무, 매수인의 기타 합리적 기대에 일치하는 품질 및 성능을 지닌 물품인도 의무.¹⁹⁾ 이외에도 Draft PESL은 (소비자거래에 한하여)²⁰⁾ 매도인으로 하여금 제3자에 의해 제공된 진술에 표시된 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야 할 의무를 부과하고 있다.²¹⁾ 이러한 의무의 부과는 객관적 하자개념에 기초한 것으로 보여 진다.²²⁾

이외에 Draft PESL은 소비자거래의 경우에 한하여 물품이 매도인에 의해 또는 그의 책임 하에 설치되었던 경우 물품의 부정확한 설치에 기인한 부적합성은 물품 자체의 계약부적합성으로 간주한다.²³⁾ 이는 Draft PESL상 명시적이지는 않으나 설치의무의 내용이 계약의 일부인 경우에 한하는 것으로 여겨진다.²⁴⁾ 한편 물품의 설치가 계약상 소비자에 의해 설치되도록 의도되었고, 그에 의한 부정확한 설치가 그 설치설명서의 결함에 기인한 경우 물품 자체의 계약부적합성으로 간주한다.²⁵⁾

(3) 비교·평가

CISG 및 Draft PESL상 계약적합성의 개념은 주관적·객관적 하자개념이 복합된 절충적인 입장을 취하고 있으며,²⁶⁾ 이는 품질, 수량 및 종류와

19) Draft PESL Art. 2:203(1).

20) Draft PESL은 이러한 의무를 부가함에 있어 소비자거래에 한정할 것인지 여부에 대해 결론을 내지는 못하고 있다. Draft PESL Art. 2:203(3). 그러나 EC Directive의 예를 들어 소비자거래로 한정될 것이 확실시 된다. EC Directive Art. 2.2(d).

21) Draft PESL Art. 2:204(1).

22) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 278.

23) Draft PESL Art. 2:205.

24) Cf. EC Directive Art. 2.5.

25) Draft PESL Art. 2:205.

26) 다만 CISG상 당사자들이 물품의 성상에 관하여 계약에 명시적으로 언급하지 않은 경우 당사자들은 묵시적으로 통상적인 품질·성능으로 합의한 것으로 보아야 하기에

포장 등을 포괄하는 통일된 단일 개념으로 설명된다 할 수 있다.²⁷⁾ 이러한 입장은 그간 대륙법계, 특히 한국민법과 독일민법을 중심으로 논의되어오던 하자담보책임의 법적성질과 이를 바탕으로 한 하자의 개념 설정에 대하여 주관적 내지 객관적 하자개념 논쟁의 절충적인 입장을 견지한 것으로 보인다. 또한 이러한 하자담보책임의 법적성질에 대한 논쟁으로부터 비롯된 이종물 인도의 경우를 하자담보책임의 법리 안에서 해결해야하는지의 여부의 문제에 대해서, CISG와 Draft PESL은 계약적합성의 개념을 단순히 품질과 수량만의 문제가 아닌 물품의 종류와 포장 등을 포괄하는 통일된 단일 개념으로 설정하여 그 이해를 보다 용이하게 한 점은 높이 평가 받을 만하다.

한편 Draft PESL은 소비자거래의 경우에 한하여 물품의 부정확한 설치에 기인한 부적합성을 물품 자체의 계약부적합성으로 간주하는데, 이러한 점은 CISG상 설치부분이 노무 또는 기타 용역의 제공으로 해석되어 계약내용의 압도적인 부분을 차지하지 않는 경우에 동일하다.²⁸⁾ Draft PESL이 매도인의 계약적합성물품 인도 의무를 CISG처럼 설치부분의 비중을 감안하지 않고 확대하여 적용토록 한 것은 국내법에 따라 소비자의 권리가 축소되는 것을 막고 그 권익을 보호하기 위한 것으로 타당한 입법이라 사료된다.²⁹⁾

2. 당사자간 합의에 의한 계약적합성 물품인도 의무

(1) CISG

이는 결국 주관적 하자개념으로 모든 것을 설명할 수 있다는 견해도 있다, 김범철, "하자담보책임에 있어 하자개념에 대한 비교법적 고찰", 비교사법, 제8권 2호, 2001, pp.499-501. Cf. 김증한, 김학동 공저, 채권각론, 박영사, 2006, pp. 268-269.

27) 품질, 수량 및 포장에 있어서의 부적합성은 물론 대륙법계에서 그간 논쟁의 대상이었던 이종물의 경우도 계약부적합성의 개념에 포섭된다. P. Schlechtriem (ed.), op cit., pp. 277-278; F. Enderlein & D. Maskow, International Sales Law, Oceana, 1992, pp. 142-143. Cf. OLG Düsseldorf, 6U119/93, 10-2-1994 (<http://www.uncitral.org/en-index.htm> (CLOUT No.82)).

28) CISG Art. 3(2). 압도적인 부분(preponderant part)에 대한 해석은 계약상 노무 또는 기타 용역의 계약상 그 상대적 가치가 50% 이상을 의미한다. P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 39; F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 37.

29) 국내법에 따라 설치 등 매도인의 의무는 그의 과실여부에 따라 책임여부가 결정된다. 한국민법 제667조 이하; Supply of Goods and Services Act 1982 s. 13.

CISG는 매도인의 계약적합성 물품인도의무에 관련하여 당사자간 합의에 의한 경우 매도인에게 품질, 수량 및 명세와 더불어 그 포장 및 용기에 담는 방법에 있어 계약내용에 일치하는 물품을 제공해야할 의무를 부가하고 있다.³⁰⁾ 여기서의 계약내용은 명시적인 경우에 한하는 것인지, 아니면 묵시적인 경우도 포함되는지에 대해선 불분명하나,³¹⁾ 국내에선 명시적인 경우로 한정한다는 견해가 있다.³²⁾

(2) Draft PESL

CISG와 유사하게 Draft PESL은 계약적합성 물품인도의무에 관련하여 당사자간 합의에 의한 경우 매도인으로 하여금 계약에서 요구하는 품질, 수량과 명세에 일치하는 물품을 인도하도록 요구하고, 또한 계약에서 요구하는 방법으로 내용물을 용기에 담거나 포장하여 인도하도록 하고 있다.³³⁾ 한편 Draft PESL은 CISG와는 달리 매도인에게 계약상 요구하는 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서를 제공해야할 의무를 부과하고 있다.³⁴⁾

이러한 의무부과는 계약에 기초한 것으로 그 계약내용이 명시적인 경우에 한하는 것인지, 아니면 묵시적인 경우도 포함되는지에 대해선 불분명하나, Draft PESL Art. 2:203의 제목이 “묵시적요건”(Implied Requirement)인 것으로 보아 전자의 해석이 보다 설득력이 있어 보인다.

(3) 비교·평가

위에서 살펴본 바와 같이 Draft PESL은 CISG와 달리 매도인의 계약적합성 물품인도의무 부과에 있어 당사자간에 달리 합의한 경우 매도인으로

30) CISG Art. 35(1).

31) CISG Art. 35(1)상 요구되는 계약적합성은 명시적인경우로 국한된다는 견해에 관하여 H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, 1997, pp. 53-56, 59-64; cf. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, p. 258. 반면 명시적인 계약내용 외에 묵시적인 계약내용도 포함되어야 한다고 보는 견해에 관하여 P. Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 276; F. Enderlein & D. Maskow, *op cit.*, p. 141.

32) 오원석, “국제물품매매계약에서 물품에 대한 매도인의 계약적합의무 - UN통일매매법 제35조를 중심으로 -”, *무역학회지*, 제27권 3호, 2002, p. 4.

33) Draft PESL Art. 2:201(a), (b).

34) Draft PESL Art. 2:201(c).

하여금 계약상 요구하는 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서를 매수인에게 제공해야 할 의무를 부과하고 있다. 이러한 규정은 물품의 계약적합성여부가 물품 그 자체에서만 비롯된다고만은 할 수 없어 물품의 사용 또는 작동 등에 직간접적으로 연관된 기타 부수적인 의무도 매도인의 계약적합성물품인도 의무에 포함됨을 명시한 것으로 지극히 타당한 규정으로 사료된다. CISG에서는 이러한 내용이 명시적으로 규정되고 있지는 않으나, 품질에 관련한 계약적합성 물품인도 의무에서의 품질 개념에 이러한 기타 부수적 의무를 포괄하여 해석하는 것이 타당할 듯하다.³⁵⁾

한편 CISG와 Draft PESL 공히 당사자간에 달리 합의한 경우 매도인의 계약적합성 물품인도 의무가 명시적인 계약내용에 적합할 것만을 요구하는 것인지 아니면 묵시적인 계약내용에도 적합하여야 함을 요구하는지 여부가 명료하지는 않다. 그러나 이 문제는 당사자간 달리 합의가 없는 경우 매도인의 계약적합성물품인도 의무의 내용이 CISG와 Draft PESL 모두 공히 수량적합성의 문제를 다루고 있지 않음을 고려하여 판단하여야 할 듯하다. 다시 말하여 만일 매도인의 계약적합성 물품인도 의무가 명시적인 계약내용에 적합할 것만을 요구하는 것으로 해석한다면 당사자간에 묵시적으로 합의에 이를 수 있는 수량적합성의 문제는 어느 곳에서도 다루어지지 않는 문제의 소지가 있는 것이다.

3. 당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 계약적합성 물품인도 의무

(1) CISG

CISG는 당사자가 물품이 가져야 할 성상에 관하여 달리 합의하지 않는 경우 매도인에게 다음과 같은 의무를 부과하고 있다. 첫째, 매도인은 해당물품과 동일한 명세사항을 가진 물품이 통상적으로 사용되어지는 목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.³⁶⁾ 여기서 통상적 사용목적이란 동일한 명세의 물품을 구매하는 자들이 그러한 물품이 일반적으로 가지고 있으리라고 기대하는 성상을 의미한다.³⁷⁾ 통상적 사용목적이 복수인 물품의 경우 CISG는 매도인의

35) P. Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 277.

36) CISG Art. 35(2)(a).

로 하여금 모든 통상목적에 적합한 물품을 제공하도록 요구하고 있다.³⁸⁾ 한편 통상적 사용목적 적합성의 의미가 그 품질에 있어 중등품질을 의미하는지에 대해선 학자에 따라 불명료하다.³⁹⁾

둘째, 매도인은 계약체결당시 자신에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 특정목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁴⁰⁾ 다만 매수인이 동 목적을 매도인에 알렸다하더라도 주변상황으로 보아 그가 매도인의 기술과 판단을 신뢰하지 않았거나 신뢰하는 것이 불합리했을 경우는 그러하지 아니하다.⁴¹⁾ 이러한 의무의 발생은 매도인에게 특정목적을 명시적 내지 묵시적으로 알려주는 것으로 충분하며⁴²⁾ 당사자간 계약에 합의되었을 것을 요구하는 것은 아니다.⁴³⁾ 한편 그러한 특정목적은 매도인이 실제로 인지해야하는지에 대해선 확실치 않다.⁴⁴⁾

셋째, 매도인은 그가 매수인에게 제시한 견본 또는 모형에 일치한 물품을 인도하여야 한다.⁴⁵⁾ 이러한 견본 또는 모형의 품질과 관련한 모든 속성에 일치하여야 하는지에 대하여 그 해석에 문제가 있을 수 있으나, 이는 견본 또는 모형이 제공되는 근본적인 이유에 의해 해결되어야 할 것이다. 먼저 견본의 경우는 인도될 물품 중 선택되어 제공되는 것이기에 매도인은 견본이 제시하는 모든 속성에 일치하는 물품을 제공하여야 할 것이다.⁴⁶⁾ 반면 모형의 경우는 실제 제공될 물품이 현재 존재하지 않거나 입수 불가능하기에 모형의 제

37) CISG Art. 35(2)(a).

38) Secretariat's Commentary, O.R., p. 32, Art. 33, No. 5.

39) 중등품질을 의미한다는 견해에 대하여 P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 279, n. 46. 중등품질만을 의미하는 것은 아니라는 견해에 대하여 F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 144; H. Bernstein & J. Lookofsky, op cit., p. 59. Cf. C. Bianca & M. Bonell, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, 1987, pp. 281-282.

40) CISG Art. 35(2)(b).

41) Id.

42) 이에 대한 추후 통지를 요구하지는 않는다. P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 282.

43) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 281.

44) 실제 인지를 요구하는 견해에 대하여 Secretariat's Commentary, O.R., p. 32, Art. 33, No. 8. 그 반대견해에 대하여 P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 281; F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 145.

45) CISG Art. 35(2)(c).

46) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 282.

공을 통해 매수인으로 하여금 계약물품에 대한 사전검사의 기회를 가지도록 하는데 그 의의가 있다. 따라서 계약 당사자들의 의사에 대한 해석을 통해 모델이 예시하고 있는 속성이 무엇에 해당하는지에 따라 매도인의 의무는 달라질 수 있다.⁴⁷⁾ 한편 매도인이 제공한 물품이 견본 또는 모형에는 일치하나 상기 언급한 특정목적에는 부적합한 경우 그 해석에 대해선 협약상 불분명하다. 그러나 견본 또는 모형에 의한 매매의 목적은 궁극적으로 매수인에게 물품을 검사할 기회를 부여하거나, 또는 물품을 시험사용 할 기회를 부여하는데 있다. 따라서 매수인은 매도인에게 그의 특정 목적을 알게 하였더라도 매수인에 의한 견본 또는 모형의 검사 내지 시험사용은 결국 매도인의 기술이나 판단에 신뢰하지 않았음을 드러내는 것으로 간주되기에 매도인은 그가 제공한 물품이 견본 또는 모형에 일치하는 한 매수인의 특정목적에 적합한 물품을 인도할 의무는 없다고 사료된다.⁴⁸⁾

넷째, 매도인은 그가 제공해야 할 물품을 통상적인 방법으로 용기에 담거나 포장하여 제공하여야 하며, 통상적인 방법의 부재 시 물품의 보존 및 보호에 적절한 방법으로 용기에 담거나 포장하여 물품을 제공하여야 한다.⁴⁹⁾ 이러한 의무는 여타 대륙법계의 입장과는 달리 물품의 계약적합성 의무에 물품의 포장적합성을 포괄하고 있다.⁵⁰⁾

(2) Draft PESL

Draft PESL은 CISG와 유사하게 당사자가 물품이 가져야 할 성상에 관하여 달리 합의하지 않는 경우 매도인에게 다음과 같은 묵시적 의무를 부과하고 있다. 첫째, 매도인은 계약체결당시 자신에게 알려진 특정목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁵¹⁾ 이러한 의무는 CISG와 유사하게 매도인의 기술과 판단을 신뢰하지 않았거나 신뢰하는 것이 불합리했을 경우는 적용되지 않는다.⁵²⁾ 동 의무에 관한 규정은 CISG와 매우 흡사한 것으로 보아 그 해석에 있

47) Id. Cf. 오원석, 전제논문, p. 9.

48) C. Bianca & M. Bonell, op cit., p. 276; P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 283.

49) CISG Art. 35(2)(c).

50) Cf. 한국민법의 경우에 관하여 김동석, "매수인의 하자통지의무의 성립요건", 고시계, 제33권 12호, 1988, pp. 99-100.

51) Draft PESL Art. 2:203(1)(a).

어 특정목적을 매도인에게 알려주는 것으로 동 의무가 발생되지 특정목적에 대한 당사자간 계약적 합의를 요구하는 것은 아니다. 한편 매도인이 특정목적 을 실제로 인지해야 동 의무가 발생하는지에 대해선 여전히 불분명하다.

둘째, 매도인은 그가 매수인에게 제시한 견본 또는 모형에 일치한 물품을 인도하여야 한다.⁵³⁾ 이러한 의무는 CISG의 그것과 정확히 일치하는 것으로 규정되어 있다.

셋째, 매도인은 해당물품과 동일한 유형(the same type)의 물품이 통상적으로 사용되어지는 목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁵⁴⁾ 여기서 “동일한 유형의 물품”이란 CISG상 “동일한 명세의 물품”을 의미하는 것으로 해석이 가능할지 모르나, CISG의 명세와는 달리 유형이라는 의미 자체가 너무 모호한 개념에 해당하여 이에 대한 해석상의 문제가 예상된다.⁵⁵⁾ 한편 “통상적 사용목적”이란 동일 유형의 물품을 구매하는 자들이 일반적으로 기대하는 물품의 성상을 의미한다.

넷째, 매도인은 계약 물품을 통상적인 방법으로 용기에 담거나 포장하여 제공하여야 할 의무를 진다.⁵⁶⁾ 다만 통상적인 방법의 부재 시 매도인은 물품의 보존 및 보호에 적절한 방법으로 용기에 담거나 포장하여 물품을 제공하여야 한다.⁵⁷⁾ 이러한 의무는 CISG상 규정 내용과 정확히 일치한다.

다섯째, 매도인은 그가 제공해야 하는 물품과 더불어 매수인이 합리적으로 기대할 수 있는 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서를 제공하여야 한다.⁵⁸⁾ 이러한 의무는 모든 경우에 적용되는 것은 아니며, 규정에 명시된 바와 같이 계약내용으로 보아 매수인이 수령할 것으로 합리적으로 기대되는 경우로 한정된다.

52) Id.

53) Draft PESL Art. 2:203(1)(b).

54) Draft PESL Art. 2:203(1)(c).

55) Cf. EC Directive상 "Type"의 해석에 대한 모호성에 관하여 R. Bradgate & C. Twigg-Flesner, *Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford University Press, 2003, pp. 60-61.

56) Draft PESL Art. 2:203(1)(d).

57) Id.

58) Draft PESL Art. 2:203(1)(e).

여섯째, 매도인은 매수인이 달리 합리적으로 기대할 수 있는 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공하여야 한다.⁵⁹⁾ 여기서 달리 합리적으로 기대할 수 있는 것이란 물품의 성질(the nature of the goods), 가격, 매도인에 의한 공공진술(public statements), 광고(advertising) 및 판매촉진자료(promotional materials) 등을 통하여 매수인이 합리적으로 기대 가능한 것을 의미한다.⁶⁰⁾ 여기서 물품의 성질이란 그 해석상 앞서 물품의 유형과는 다른 것으로, 예를 들어 거래의 내용상 중고물품, 진열되었던 제품 등의 내용을 의미한다 할 수 있다.⁶¹⁾

일곱째, 매도인은 해당 물품거래 이전의 거래경로에서의 특징인, 물품의 제조업자(producer) 내지 그의 대리인(representative)에 의해 물품의 특정 성질에 관한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야 한다.⁶²⁾ 이러한 진술에는 매도인 및 매수인을 제외한 제3자에 의한 공공진술, 광고 및 판매촉진자료 등을 포함 한다. 한편 이러한 매도인의 의무는 소비자거래의 경우로 국한된다.⁶³⁾ 그러나 매도인의 이러한 의무는 다음의 경우에는 적용되지 아니 한다; (a) 매도인이 동 진술을 인지하지 않았으며 또한 합리적으로도 인지할 수 없었을 경우, (b) 계약 체결 시 동 진술이 정정된 경우, (c) 동 진술이 물품을 구매하려는 매수인의 의사결정에 영향을 미칠 수 없었을 경우.⁶⁴⁾ 예를 들어 제3자에 의한 진술이 제조업자의 지역에 한정하여 이루어져서 소비자가 동 진술의 내용을 합리적으로 인지할 수 없었을 경우, 또는 문제의 진술이 특정지역에 한정하여 이루어졌고 소비자가 그 내용을 구매결정을 한 뒤에야 인지한 경우 매도인은 그 책임을 피할 수 있을 것이다.⁶⁵⁾ 또한 문제의 제3자 진술이 공개적으로 철회되거나 또는 매도인에 의해 정정된 경우 매도인은 이를 입증함으로써 매수인은 동 진술에 의존할 수 없게 된다.⁶⁶⁾

59) Draft PESL Art. 2:203(1)(f).

60) Cf. R. Bradgate & C. Twigg-Flesner, op cit, pp. 61-63.

61) Cf. Id., p. 61.

62) Draft PESL Art. 2:204(1).

63) Draft PESL Art. 2:204(3).

64) Draft PESL Art. 2:204(2).

65) Cf. C. Twigg-Flesner, op cit., p. 182.

66) Cf. DTI, The Sale and Supply of Goods to Consumers regulations 2002: A brief

그러나 동 진술의 철회 내지 정정은 통상적인 소비자들에 주의를 줄 수 있는 효과적인 공개적인 수단에 의해 이루어져야 한다.⁶⁷⁾ 따라서 동 진술의 철회 내지 정정이 잘 알려지지 않은 무역관련 잡지에 실려 있다면 매도인은 동 진술에 구속되게 될 것이다.

(3) 비교·평가

CISG와 Draft PESL은 공히 당사자가 물품이 가져야 할 성상에 관하여 달리 합의하지 않는 경우 매도인에게 다양한 묵시적 의무를 부과하고 있는 바, 그 의무내용으로서 매도인으로 하여금 통상목적적합성, 특정목적적합성, 견본 내지 모형적합성, 포장적합성 물품을 매수인에 인도토록 하고 있다. 다만 Draft PESL은 이외에도 매도인에게 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서 제공의무, 달리 합리적으로 기대가능 한 품질 및 성능에 적합하고, 제3자에 의한 진술에 적합한 물품 인도의무를 부과하고 있다. 이에 대한 내용의 차이점과 주요 시사점을 중심으로 비교·평가한다면 다음과 같다.

먼저, 통상목적적합성 물품인도 의무에 관하여 CISG는 동일 명세(description)를 중심으로 한 통상목적적합성을 규정하고 있는 반면, Draft PESL은 동일 유형(type)을 중심으로 통상목적적합성이 결정되도록 하고 있다. 문제는 Draft PESL에 있는데 이는 앞서 기술한 바와 같이 동일 유형에 대한 개념 정의의 모호함에 있다. 가령 플라스틱손잡이의 드라이버가 나무손잡이 드라이버와 동일한 유형으로 취급 가능할까? 또한 승용차와 SUV(4x4 off-road)가 자동차라는 유형으로 동일시 취급 가능할까? 가능하다손 치더라도 모든 SUV(예를 들어 코란도와 베라크루즈)가 동일한 통상목적적합성을 지닐 수 있을까? 동일 유형에 대한 해석에 따라 그 답은 상당히 유동적이라 할 수 있다. 따라서 이에 대한 해석의 명료성을 위해서도 CISG와 같은 동일 명세를 중심으로 한 통상목적적합성이 보다 타당할 것으로 주장된다. 한편 CISG에서는 복수의 통상목적적합성 가능한 물품의 경우 모든 통상목적적합성 물품제공의무를 부과하고 있는 바, 이는 상인간의 거래를 염두해 둔 CISG의 취지상 타당한 해석이라 할 수 있다. 다시 말해 재판매 목적의 상인은 물품의 구매

Introduction - full Version, p. 7.

67) Id.

시 다양한 고객의 요구에 부응하여야 하기에 그들의 합리적 기대란 복수의 통상목적에 적합한 물품에 있을 것이기 때문이다.⁶⁸⁾ 그러나 이러한 해석이 소비자거래에도 가능할 것인가? 소비자들의 구매는 주로 자신에 의한 단일의 또는 복수의 특정 통상목적의 구매가 일반적이기에 이들에게도 모든 복수의 통상목적에 적합한 물품을 제공받을 권리를 부여하게 된다면, 자칫 동 권리를 시장상황 내지 기타 다른 원인에 의하여 기회주의적으로 악용할 우려가 있어 부당한 결과를 낳을 수 있을 것이다.⁶⁹⁾ 따라서 소비자 및 일반 상거래에 동시 적용되는 Draft PESL은 그 해석에 있어 주의가 요망된다 할 수 있다.

둘째로, 특정목적적합성 물품인도 의무에 관하여 CISG는 동 의무의 발생 요건으로 매수인은 매도인에게 그의 특정목적에 대해 명시적 내지 묵시적으로 알려주어야 함을 요구하고 있다. 반면 Draft PESL은 CISG와 달리 “명시적 내지 묵시적”이라는 문구가 생략되면서 특정목적에 매도인에게 알려주어야 함을 요구하고 있다. 그러나 이에 대한 해석상의 차이는 없을 것으로 판단되기에 CISG와 같이 “명시적 또는 묵시적”이라는 문구가 있는 것처럼 해석하여도 무방할 듯하다. 다만 특정목적에 대한 매도인의 실제 인지가 필요 요건인지에 대해선 CISG와 Draft PESL상 공히 불분명한 바, 이로 인한 피해가 없도록 계약당사자들은 특정목적에 대한 내용을 계약서에 명시적으로 언급하는 것이 타당할 것이다.⁷⁰⁾

셋째로, 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서 제공의무에 관련하여 Draft PESL과 달리 CISG상에는 이와 유사한 명시적 규정은 존재하지 않는다. 물론 설치설명서 또는 기타 설명서 등은 CISG Art. 30의 물품과 관련한 서류제공의무와 연계하여, 그리고 부속품의 문제는 CISG Art. 35(1)의 당사자간 합의에 의한 품질적합성의 문제와 연계하여 이해 할 수 있기는 하다. 그러나 Draft PESL은 이러한 매도인의 의무를 당사자들이 달리 합의하지 않는 경우

68) R. Bradgate and C. Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: All Talk and No Do?", No. 2, Web Journal of Current Legal Issues, 1997
<<http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>; visited on 2 January, 2008>.

69) Id.; M. Bridge, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, 1999, pp. 80-81. 물론 일부 소비자들은 동 물품을 소비한 후 미래에 재판매를 목적으로 구매할 수도 있기는 하다.

70) P. Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 281.

에도 적용토록 하여 매도인의 의무를 가중시키면서, 매수인으로 하여금 물품의 계약부적합성에 대한 각종 구제제도를 원용가능토록 한 점에서 그 의의가 있다 하겠다.⁷¹⁾ 더군다나 Draft PESL은 이러한 의무를 소비자거래의 경우에 한하여 강행규정으로 함으로 소비자의 권익을 강하게 보호하고 있다.⁷²⁾

넷째로, Draft PESL은 CISG와 달리 매도인으로 하여금 매수인이 달리 합리적으로 기대가능 한 품질 및 성능에 적합한 물품을 제공할 의무를 명시적으로 부과하고 있다. 이러한 의무는 Draft PESL과 CISG상 통상목적에 적합한 물품인도의무와 일부 중복되는 것이 사실이기는 하나, 그 실제에 있어서는 물품의 통상목적과는 관련이 없는 품질 내지 성능 부분에 대해서 그 의미가 있다 하겠다. 한편 Draft PESL상 이러한 의무 내용의 판단 시 고려하는 요소들 중 매수인이 달리 합리적으로 기대할 수 있는 각종 정황의 내용들은⁷³⁾ CISG Art. 35(1)상 당사자간 합의에 의한 품질에 적합한 물품인도의무 내용의 판단을 위한 동일 고려사항이기도 하다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 Draft PESL상 합리적 기대가능 품질 및 성능 물품제공의무의 의의는 당사자들이 달리 합의하지 않는 경우에도 적용토록 함으로서 매도인의 의무를 가중시키고, 소비자거래의 경우에 한하여 강행규정으로 함으로 소비자의 권익을 보호하고 있다는 점에서 찾을 수 있다.

다섯째로, Draft PESL은 CISG와 달리 매도인에게 해당 물품거래 이전 거래경로에서의 특징인, 물품의 제조업자(producer) 내지 그의 대리인(representative)에 의해 물품의 특정 성질에 관한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야할 의무를 부과하고 있다. 이러한 의무는 소비자거래에 한하여 인정되기에 상인간의 거래를 주로 하는 CISG에 규정되지 않은 것은 상인들이 통상적으로 지니는 그들의 전문성을 가정하였을 때 정당하다 할 수 있다. 이는 상인들의 경우 그들의 구매결정에 있어 제3자에 의한 광고 등에 의존하기 보다는 그들의 전문성에 의존하는 경우가 보다 일

71) Draft PESL Arts. 4:201 et seq.

72) Draft PESL Art. 2:203(2).

73) 물품의 성질(the nature of goods), 가격(price), 매도인에 의한 공공진술(public statements), 광고(advertising) 및 판매촉진자료(promotional materials) 등

74) 이는 CISG Art. 35(1)의 적용범위가 당사자간 명시적 합의에 국한되는 경우를 전제로 한다.

반적이기 때문이다.⁷⁵⁾

Ⅲ. 계약적합성 시기

1. CISG

매도인의 계약적합성물품 인도 의무 이행에 있어서 물품이 어느 시점에 계약에 일치하여야 하는지 여부에 관하여 CISG는 “매도인은 위험이 매수인에게 이전되는 시점에 존재하는 부적합에 대하여 계약 및 본 협약에 따른 책임을 지며, 이는 비록 그 부적합성이 그 시점 이후에 드러나더라도 마찬가지다”라고 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 즉 물품이 계약에 적합하여야 하는 기준 시점을 위험이전 시로 하고 있는 것이다.⁷⁷⁾ 다만 유의할 점은 그 단서 조항에서 언급하고 있는 바와 같이 부적합성의 원인이 위험이전 시에 존재하는 한 매도인은 위험이전 시 이후에 밝혀지는 어떠한 물품의 부적합성에 대하여도 책임을 면할 수가 없다.⁷⁸⁾ 예를 들면, 최초 세탁 후 통상적인 수준 이상으로 수축되거나 탈색되는 의류 또는 포장의 하자로 인하여 운송기간 동안 발생한 물품의 손상 등이 이에 해당한다.⁷⁹⁾

한편 물품의 부적합성이 위험이전 시 이후에 발생하더라도 그 부적합성의 원인이 매도인의 의무위반에 기인하는 경우 매도인이 책임을 지도록 하고 있다.⁸⁰⁾ 그 의무위반에는 일정한 기간 동안 물품이 그 통상목적이거나 어떤 특정목적에 적합하게 유지될 것이라는 보증이나, 또는 특정 품질이나 특

75) Cf. O. Lando & H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, pp. 299-300,

76) CISG Art. 36(1).

77) 이는 통상적으로 계약당사자간 다양한 정형거래조건중의 하나를 선택함에 따라 달라진다.

78) 이는 일명 잠재하자의 경우에도 매수인을 보호하기 위한 규정으로 인식된다. 오원석, *전개논문*, p.11.

79) P. Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 291.

80) CISG Art. 36(2).

성을 보유할 것이라는 보증위반(breach of guarantee)을 포함한다.⁸¹⁾ CISG Art. 36(2)상 매도인의 의무위반은 위험이 이전되기 이전이나 이후에 발생할 수 있으나, 전자의 경우는⁸²⁾ CISG Art. 36(1)에 의해 매도인이 책임을 피할 수 없기에 CISG Art. 36(2)은 후자의 경우에서 보다 의미가 있다 하겠다.⁸³⁾ 한편 매도인의 의무위반은 그에 의하여 작위 또는 부작위(무 act or an ommission)에 의해 발생하면 되었지 그의 어떤 과실(fault)에 의해 발생할 필요는 없다.⁸⁴⁾ 한편 매도인의 의무위반에는 보증의 위반 또한 포함되는데 매도인에 의한 보증은 명시적 또는 묵시적으로 이루어질 수 있다.⁸⁵⁾ 묵시적 보증은 물품의 성질 또는 관행 등에서 유추될 수 있다. 보증의 기간 또한 명시적 내지 묵시적일 수 있는바, 묵시적인 보증의 경우 그 기간의 산정은 물품의 성질 등을 고려한 경우에 따른 합리적 기간이 될 것이다.⁸⁶⁾

2. Draft PESL

Draft PESL은 물품의 계약적합성 시기에 관련하여 “매도인은 위험이 매수인에게 이전되는 시점에 존재하는 어떠한 부적합에 대하여 책임을 지며, 이는 비록 그 부적합성이 그 시점 이후에 드러나더라도 마찬가지다”라고 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 이는 CISG와 같이 물품이 계약에 적합하여야 하는 기준 시점을 위험이전 시로 하고 있는 것이다. 또한 CISG의 단서 조항에서 언급하고 있는 바와 같이 부적합성이 위험이전 시 이후에 드러나더라도 그 부적합성의 원인이 위험이전 시에 존재하는 한 매도인은 어떠한 물품의 부적

81) Id.

82) 예를 들어, 신뢰할 수 없는 운송인의 선택, 잘못된 운송경로의 선택 또는 하자있는 사용설명서의 제공 등. P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 292.

83) 예를 들어, 위험이전 이후에 매도인의 컨테이너를 수취하는 과정에서 발생하는 물품의 하자 등. Id.

84) Id.

85) Id., p. 293.

86) Id.

87) Draft PESL Art. 2:209(1).

합성에 대하여도 책임을 면할 수가 없다.

한편 Draft PESL은 소비자거래의 경우에 한하여 매수인에게 위험이 이전되는 시점으로부터 6개월 이내에 드러나는 물품의 어떠한 부적합성도 위험이전 시점에 그 부적합성이 존재하는 것으로 추정된다고 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 다만 예외적으로 해당 물품의 성질 또는 부적합성의 성질로 보아 이러한 추정이 모순되는 경우는 적용되지 않는다.⁸⁹⁾ 동 추정규정의 효과는 위험이 이전된 이후 물품의 부적합성의 입증책임은 기존에 매수인에게 두었던 것을 물품에 대한 위험이 이전된 날로부터 6개월 이내에 드러나는 부적합성의 경우, 그 입증책임을 매도인에게 두도록 하는 부분적인 입증책임의 전환이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 따라서 위험이전일로부터 6개월 이내의 물품의 부적합성에 대해서는 매도인이 위험이전 시 물품의 계약적합성을 입증하여야 하며, 그 이후로는 기존의 원칙대로 매수인이 물품의 부적합성을 입증하여야 한다.

3. 비교·평가

이상에서 CISG와 Draft PESL은 공히 물품의 계약적합성의 시기에 관하여 기본적으로 매도인은 위험이전 시 물품이 계약에 적합한 물품을 인도하도록 하고, 그 부적합성이 위험이전 시 이후에 드러나더라도 부적합성에 대한 원인이 위험이전 시 존재하는 한 매도인은 물품의 부적합성에 대한 책임을 지도록 하고 있다.

다만 Draft PESL은 CISG와 달리 물품의 부적합성이 위험이전 시 이후에 발생하더라도 그 부적합성의 원인이 매도인의 의무위반에 기인하는 경우 책임을 지도록 하는 규정을 결하고 있다. 이러한 흠결은 그 의무위반이 특정기간 물품의 적합성, 품질 내지 특성의 보유에 관한 보증위반에 해당한다면 문제는 없을 듯하다. 이는 보증의 위반이라는 것이 결국은 물품의 위험이전 시점에 일정기간 동안 적합하게 유지될 수 있는 그러한 상태에 있

88) Draft PESL Art. 2:209(2).

89) Draft PESL Art. 2:209(2).

90) Cf. C. Ervine, "The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002", Scots Law Times August 2003, p. 70.

지 않았다는 점에서 매도인은 위험이전 시에 보증위반이 있었던 것으로 여겨지고, 계약적합성의 시기는 여전히 위험이전 시로 유지될 수 있기 때문이다.⁹¹⁾ 그러나 보증위반이 아닌 여타 의무위반의 경우 CISG와 같은 예외 규정을 두지 않은 점은 많은 문제가 있어 보인다.

한편 CISG는 소비자거래를 그 적용범위에 두지 않기 때문에 Draft PESL과 같은 6개월간의 위험이전 시 물품의 부적합성의 존재에 대한 추정 규정을 두고 있지는 않다. 이러한 Draft PESL의 추정규정에 의한 입증책임의 전환은 물품에 대한 전문지식을 결여하면서, 협상력에 있어 비교열위이고 물품의 하자에 대한 문제해결에 있어 법정보다는 매도인과의 직접협상을 통해 통상 해결하는 소비자들에게 환영할 만하다.⁹²⁾ 이는 소비자에 필요한 저렴한 비용으로 일상적인(순취운) 소송절차를 유지하면서 당사매도인과의 정보력의 차이를 극복해 줄 수 있어, 특히 하자의 존재를 입증하는 것이 비용과 기술 양 측면에서 어려운 경우 타당하다고 판단된다.⁹³⁾ 그러나 입증책임의 전환이 위험이전일로부터 6개월이라는 기간으로 국한되어 있다는 점이 합리적 기간으로 인정될 수 있는지에 대한 의문은 여전히 남는다.⁹⁴⁾

IV. 계약적합성 물품인도 의무의 면제

1. CISG

CISG상 매도인의 계약에 적합한 물품인도 의무는 계약체결 시 매수인이 물품의 계약부적합성을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우(could not have been unaware of)에 면제되어, 그 부적합성에 대한 어떠한 책임도 지

91) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 292.

92) Cf. 이병문, "영국물품매매법(The Sale of Goods Act (1979)) 개정안에 관한 연구", 국제상학, 제18권 2호, 2003, p.18.

93) 10th Report by Select Committee, Session 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57, p. 32.

94) CISG Art. 35(3).

지 않게 된다.⁹⁵⁾ 이러한 계약적합성 물품인도 의무의 면제에 관련하여 그 해석상 유의할 점은 다음과 같다. 첫째, 동 면제는 CISG Art. 35(2)상 당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 계약적합성 물품인도 의무에 한하여 적용된다.⁹⁶⁾ 따라서 매수인이 물품의 계약부적합성에 관하여 계약체결 시 이미 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우라도 매도인은 그 계약부적합성이 CISG Art. 35(1)상 당사자간 합의에 의한 계약적합성 물품인도 의무에 기초하고 있는 한 그 책임을 피할 수 없다.⁹⁷⁾ 98) 그러나 그 실제에 있어서는 당사자간 합의의 내용이 무엇인지를 결정하는 과정에서 경우에 따라 매도인은 면책이 가능하기도 하다. 이는 다시 말하여 당사자간 합의 내용에 대한 판단 시 그 내용이 계약체결 시 매수인이 인지하고 있는 품질 등이 될 수도 있기 때문이다.⁹⁹⁾

둘째, 계약적합성 물품인도 의무의 면제는 매수인이 계약부적합성을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우(could not have been unaware of)에 한하는 것으로 되어있는데, “모를 수 없었던 경우”의 의미는 그 내용상 매수인에게 물품의 적합성에 대한 조사의무를 부과하지는 않는다.¹⁰⁰⁾ 한편 “모를 수 없었던 경우”란 매수인에 의한 중과실(gross negligence) 이상의 상황을 의미하는 바, 그 실제에 있어선 매수인이 실제 알았던 경우와 그 의미 차이가 없는 것으로 해석된다.¹⁰¹⁾ 다만 모를 수 없었던 경우의 면책은 매수인에 의한 실제 인지를 입증하기 매우 어려운 경우에 입증책임을 조금이나마 경

95) CISG Art. 35(3).

96) CISG Art. 35(3).

97) 반대 견해에 대하여 F. Enderlein & D. Maskow, op cit., pp. 147-148.

98) 이러한 CISG의 입장은 한국민법의 내용과 다르다. Cf. 대법원 1968.11.5. 선고 68다 1832 판결.

99) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 286. 한편 경우에 따라 당사자간 합의의 내용은 계약체결 시 매수인인이 인지하고 있는 품질 등이 아니고, 매도인은 인도 시까지 동 품질 등과 연관된 물품의 계약부적합성을 치유하여 제공하여야 하기도 하다. Id.

100) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 285; J. Honnold, op cit., p. 260; H. Bernstein & J. Lookofsky, op cit., p. 59. 반면 CISG의 규정상 일방당사자가 알아야만 하는 사항(facts that a party ought to know)으로 명시된 곳에서는 그에게 물품의 조사의무를 부과하고 있다. 예를 들어, CISG Arts. 38(3), 39(1), 43(1) 등.

101) P. Schlechtriem (ed.), op cit., pp. 285-286; J. Honnold, op cit., pp. 260-261; 오원석, 전제논문, p. 13.

감해 주는 데에 그 의의가 있다 하겠다.¹⁰²⁾

2. Draft PESL

Draft PESL은 CISG와 유사하게 계약체결 시 매수인이 물품의 계약부적합성을 알았거나 또는 알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 (could reasonably be expected to have known) 경우에 매도인의 계약에 적합한 물품인도의무는 면제되도록 하고 있다.¹⁰³⁾

이러한 계약적합성 물품인도의무의 면제는 CISG상의 것과 비교하여 매수인이 물품의 계약부적합성을 알았던 경우의 의무면제는 정확하게 그 구문상 일치하고 있다. 다만 CISG상 “모를 수 없었던 경우”(could not have been unaware of)의 면제는 Draft PESL상 “알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 경우”(could reasonably be expected to have known)의 면제와 그 명시 구문에 있어 차이가 있기는 하다. 그러나 그 실제 해석내용은 별반 차이가 없는 바, CISG에서 처럼 매수인에게 물품에 대한 조사의무를 부과하지 않는다. 그리고 “알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 경우”란 매수인에 의한 중과실(gross negligence) 이상의 상황을 의미하며, 그 실제에 있어선 매수인이 실제 알았던 경우와 그 의미차이가 없는 것으로 해석하여야 할 것이다.

한편 이러한 Draft PESL상 매도인의 계약적합성 물품인도의무 면제는 Draft PESL Art. 2:203, 2:205, 2:206, 2:207상 규정된 매도인의 의무에 한하여 적용된다.¹⁰⁴⁾ 따라서 상기 논술한 Draft PESL상 당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 계약적합성 물품인도의무의 대부분이 해당된다. 그러나 그중에서 해당 물품거래 이전 거래경로에서의 특정인, 물품의 제조업자 내지 그의 대리인에 의해 물품의 특정 성질에 관한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야할 매도인의 의무는 그 예외로 하고 있다.

102) P. Schlechtriem (ed.), op cit., p. 286.

103) Draft PESL Art. 2:208.

104) Draft PESL Art. 2:208.

3. 비교·평가

CISG와 Draft PESL은 매도인의 계약적합성 물품인도 의무의 면제에 관하여 명시적인 구문에 약간의 차이가 있기는 하나 계약체결 시 매수인이 물품의 계약부적합성을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우에 면제되도록 하고 있다. 그 면제사유 중 매수인이 물품의 계약부적합성을 “모를 수 없었던 경우”(CISG) 내지 “알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 경우”(Draft PESL)는 그 해석에 있어 차이가 없으며, 매수인에 의한 중과실(gross negligence) 이상의 상황을 의미하며, 그 실제에 있어선 매수인이 실제 알았던 경우와 그 의미차이가 없다 하였다. 그러나 이러한 CISG와 Draft PESL의 입장은 다음과 같은 경우에 그 형평성에 문제가 발생할 수 있다. 가령 중고차에 있어 전문가라 할 수 있는 중고차 중개인이 전문가가 아닌 일반인으로부터 중고차를 매입하였다 하자.¹⁰⁵⁾ 그리고 동 중개인이 그 분야에 있어 합리적인 자가 통상적인 검사에 의해 발견하였을 수 있는 중고차의 하자에 대해 매도인을 상대로 소송을 제기하려 한다.¹⁰⁶⁾ 이 경우 매도인이 그 책임을 회피하기 위해 매도인이 동 하자에 대해 실제로 알았던 경우라고 주장할 수는 없을 것이다. 또한 매도인이 몰랐다 하더라도 “모를 수 없었던 경우”(CISG) 내지 “알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 경우”(Draft PESL)에 해당한다고 주장하기도 어려울 것이다. 이는 CISG와 Draft PESL상 이러한 면제사유를 통해 매수인에게 물품검사의무를 부과하는 것도 아니고, 모두 매수인의 중과실 이상의 상황을 의미하며, 그 실제에 있어 매수인이 실제 알았던 경우와 그 의미차이가 없기 때문이다. 따라서 상기 가정에서 전문가로서의 매수인은 그가 손쉽게 발견하였을 수 있을 하자부분에 대해 언제든 매도인에게 그 책임을 전가할 수 있게 되는 것이다. 이러한 불합리한 상황은 매도인과 매수인이 모두 상인인 경우에도 얼마든지 발생할 수 있는 것이 사실이다.¹⁰⁷⁾ 그러나 만일 상기 가정상의

105) Cf. Byung-Mun Lee, "The Seller's Duty to deliver the Goods in Conformity with the Contract under the E.C. Directive in Comparison with the CISG and Korean Law", *Journal of Korea Trade* vol. 6(1), 2002, p. 136.

106) Id.

107) Id.

매수인이 소비자라면 어떨까? 소비자는 일반적으로 그들의 물품구매에 있어 물품을 꼼꼼히 살펴보는 것 없이 상표명이라든지 또는 매도인의 평판만을 믿고 의지하는 것이 일반적이라는 것을 감안한다면, 매수인을 두텁게 보호하고 있는 CISG와 Draft PESL은 오히려 합리적이라 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

한편 CISG와 Draft PESL은 공히 매도인의 계약적합성 물품인도의무의 면제를 당사자간 달리 합의하지 않은 경우 적용되는 계약적합성 물품인도의무에 한정되도록 하고 있다. 그러나 Draft PESL은 해당 물품거래 이전 거래경로에서의 특정인, 물품의 제조업자 내지 그의 대리인에 의해 물품의 특정 성질에 관한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야 할 매도인의 의무는 그 예외로 하고 있다. 이는 Draft PESL상 매도인의 계약적합성 물품인도의무의 면제사유가 결국 매수인이 이미 인지하고 있을 하자에까지 매도인에 책임을 부과하지 않기 위한 신의칙에 기반을 둔 것이라는 점을 감안한다면, 제3자 등에 의한 진술에 대한 계약적합성 물품인도의무를 예외로 하고 있는 것이 쉽게 납득이 가지 않는다.¹⁰⁹⁾

V. 결 론

이상에서 본 논문은 그 연구목적에 따라 먼저 CISG상 매도인의 계약적합성 물품인도의무에 관련한 구체적 내용을 계약적합성 물품인도의무의 내용, 계약적합성의 시기, 계약적합성 물품인도의무의 면제로 나누어 살펴보았다. 그리고 이러한 내용을 Draft PESL상의 계약적합성물품 인도의무와 비교 고찰한 후, 그 차이점 및 유사점을 지적하면서 이에 대한 평가를 시도하여 보았다. 이러한 비교 고찰을 통하여 드러나는 문제점들에 비추어 CISG 내지 Draft PESL의 적용 시 실무가들이 그들의 영업에 있어 유의할 점이 무엇이 있는가를 결론에 갈음하여 지적하여 보고자 한다.

108) Id.

109) Draft PESL Art. 2:208의 전신이라 할 수 있는 EC Directive Art. 2(3)는 그 예외를 두지 않고 있다.

첫째, Draft PESL은 CISG와 달리 물품의 설치관련 매도인의 의무 비중을 감안하지 않고 소비자거래의 경우에 한하여 물품의 부정확한 설치에 기인한 부적합성을 일률적으로 물품 자체의 계약부적합성으로 간주하고 있다. 이는 Draft PESL의 규정에 의해 국내법에 따라 소비자의 권리가 축소되는 것을 막고 그 권익을 보호하기 위한 것이기에 실무자들의 각별한 유의가 요망된다.

둘째, Draft PESL은 CISG와 달리 매도인의 계약적합성 물품인도 의무 부과에 있어 당사자간에 달리 합의한 경우 매도인으로 하여금 계약상 요구하는 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서를 매수인에게 제공해야 할 의무를 명시적으로 부과하고 있다. 물론 CISG에서도 이러한 기타 부수적 의무내용을 품질에 관련한 계약적합성 물품인도 의무에서 유추할 수 있겠으나, 만일의 경우를 대비하여 계약당사자들은 이를 계약서에 분명히 할 것이 요구된다.

셋째, 통상목적적합성 물품인도 의무에 관하여 CISG는 동일 명세(description)를 중심으로 한 통상목적적합성을 규정하고 있는 반면, Draft PESL은 모호한 개념이라 할 수 있는 동일 유형(type)을 중심으로 통상목적적합성이 결정되도록 하고 있다. 이러한 모호성을 회피하기 위해서라도 계약당사자들은 통상목적적합성은 동일 명세를 기준으로 함을 계약서에 명시해 둘 필요도 있을 것이다. 한편 CISG에서는 상인간의 거래를 염두에 두고 있기에 복수의 통상목적이 가능한 물품의 경우 모든 통상목적에 적합한 물품제공 의무를 부과하고 있는데, 이러한 내용은 소비자거래의 경우도 그 적용범위에 두고 있는 Draft PESL에 동일하게 적용되지 않는다는 점에 유념하여야 할 것이다.

넷째, CISG와 Draft PESL 공히 특정목적적합성 물품인도 의무의 발생요건으로서 특정목적에 대한 매도인의 실제 인지가 필요한지에 대해 불분명한바, 이로 인한 피해가 없도록 계약당사자들은 특정목적에 대한 내용을 계약서에 명시적으로 언급하는 것이 타당할 것이다.

다섯째, Draft PESL은 당사자간 달리 합의하지 않은 경우에도 부속품, 설치설명서 또는 기타 설명서 제공의무를 매도인에 부과하고 있다는 점에 유념하여야 할 것이다. 이는 CISG와 달리 소비자거래의 경우에 한하여 매도인의 의무를 당사자들이 달리 합의하지 않는 경우에도 적용토록 하여 매도인의 의무를 가중시키면서, 매수인으로 하여금 물품의 계약부적합성에 대한 각종

구제제도를 원용가능토록 한 점에서 계약당사자들의 주의를 요한다.

여섯째, Draft PESL은 CISG와 달리 매도인으로 하여금 매수인이 달리 합리적으로 기대가능 한 품질 및 성능에 적합한 물품을 제공할 의무를 명시적으로 부과하고 있다. 이러한 의무는 CISG상 통상목적에 적합한 물품인도의무와 일부 중복되는 것이 사실이나, 그 실제에 있어서는 물품의 통상목적과는 관련이 없는 품질 내지 성능 부분에 대해서 그 의미가 있는 바, 특히 소비자거래의 경우에 이에 대한 보다 각별한 주의가 요망된다 할 수 있다.

일곱째, Draft PESL은 CISG와 달리 매도인에게 해당 물품거래 이전 거래 경로에서의 물품제조업자(producer) 내지 그의 대리인(representative) 등 제3자에 의한 물품의 특정 성질에 관한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야할 의무를 부과하고 있다. 이러한 의무는 소비자거래에 한하여 인정되기에 소비자를 상대로 한 매도인은 계약과정상에 나타나지 않는 내용이라 할지라도 제3자에 의한 광고 내지 진단지 등의 내용이 무엇이 있었는지를 사전에 파악하여야 할 것이다.

여덟째, Draft PESL은 CISG와 달리 물품의 부적합성이 위험이전 시 이후에 발생하더라도 그 부적합성의 원인이 매도인의 의무위반에 기인하는 경우 책임을 지도록 하는 규정을 결하고 있다. 이러한 흠결은 그 의무위반이 특정기간 물품의 적합성, 품질 내지 특성의 보유에 관한 보증위반에 해당한다면 문제는 없을 듯하나, 보증위반이 아닌 여타 의무위반의 경우 매도인은 면책이 될 수 있기에 이에 대한 명시적인 계약조항을 둘 필요가 있다 하겠다.

아홉째, Draft PESL은 소비자거래의 경우에 한하여 6개월간의 위험이전 시 물품의 부적합성의 존재에 대한 추정규정을 두고 있다는 점에 유념하여, 매도인은 그 품질관리에 더욱 유념하여야 할 것이다.

열째, CISG와 Draft PESL상 매도인의 계약적합성 물품인도의무의 면제 사유 중 “모를 수 없었던 경우”(CISG) 내지 “알았었을 것으로 합리적으로 기대될 수 있었던 경우”(Draft PESL)는 실제 “알았던 경우”와 차이가 없을 정도의 매수인에 의한 중과실(gross negligence) 이상의 상황을 의미한다. 이러한 해석은 매수인에 의한 일상적이면서도 손쉬운 검사에 의해 발견되었을 수 있을 하자에 대해서도 매도인은 그 책임을 매수인에 전가할 수 있게 하기에, 이러한 불합리한 상황을 회피하기 위해서라도 계약당사자들은

계약서에 이에 대한 명시적 규정을 두는 것이 타당할 것이다.

마지막으로 Draft PESL은 매도인의 계약적합성 물품인도 의무의 면제 사유가 해당 물품거래 이전 거래경로에서의 제3자등에 의한 진술에 나타난 물품의 품질 및 성능에 일치하는 물품을 제공해야 할 매도인의 의무에는 적용되지 않고 있다는 점이다. 이에 대한 이유가 분명치는 않으나 소비자와의 거래를 주로 하는 상인은 이에 대한 각별한 주의가 요망된다.

참 고 문 헌

- 김범철, “하자담보책임에 있어 하자개념에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법, 제8권 2호, 2001.
- 김증한, 김학동 공저, 채권각론, 박영사, 2006.
- 김형배, 채권각론, 박영사, 1997.
- 오원석, “국제물품매매계약에서 물품에 대한 매도인의 계약적합의무 - UN 통일매매법 제35조를 중심으로 -”, 무역학회지, 제27권 3호, 2002.
- 이병문, “영국물품매매법(The Sale of Goods Act (1979)) 개정안에 관한 연구”, 국제상학, 제18권 2호, 2003.
- 이병문, “EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교 연구”, 무역상무연구, 제19권, 2003.
- 김동석, “매수인의 하자통지의무의 성립요건”, 고시계, 제33권 12호, 1988.
- Bernstein, H., & Lookofsky, J., Understanding the CISG in Europe, Kluwer Law International, 1997.
- Bianca C., & Bonell, M., Commentary on the International Sales Law, Giuffre, 1987.
- Bradgate, R., & Twigg-Flesner, C., “The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: All Talk and No Do?”, Web Journal of Current Legal Issues, No. 2, 1997 <<http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>; visited on 2 January, 2008>.
- Bradgate, R., & Twigg-Flesner, C., Consumer Sales and Associated Guarantees, Oxford University Press, 2003.
- Bridge, M., The International Sale of Goods, Oxford University Press, 1999.
- DTI, The Sale and Supply of Goods to Consumers regulations 2002: A brief Introduction - full Version.
- Ervine, C., “The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002”, Scots Law Times, August 2003.
- Heutger, V., “Steps towards a European Sales Law”, Electronic Journal

of Comparative Law, vol. 7.5, December 2003

<<http://www.ejcl.org/75/art75-3.html>; visited on 5 January, 2008>.

Honnold, J., Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer Law International 1999.

Krummel, T., & D'Sa, R., "Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: A Minimalist Approach to Harmonised European Consumer Protection", EURLR vol. 26(3), 2001.

Lando, O., & Beale, H., (ed.), Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, 2000.

Lee, Byung-Mun, "The Seller's Duty to deliver the Goods in Conformity with the Contract under the E.C. Directive in Comparison with the CISG and Korean Law", Journal of Korea Trade, vol. 6(1), 2002.

Schlechtriem P., (ed.), (Eng. trans. by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 2nd ed., Clarendon, 1997.

Twigg-Flesner, C., "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", Consumer Law Journal, vol. 7(2), 1999.

10th Report by Select Committee, Session 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57.

ABSTRACT

A Comparative Study on the Seller's Duty to Deliver the Goods in Conformity with the Contract in the Sale of Goods

Oh, Won Suk · Lee, Byung Mun

This study primarily concerns the seller's duty to deliver the goods in conformity with the contract under the United Nations Convention on International Sale of Goods(1980) in comparison with the Draft Principles of European Sales Law. It describes and analyzes the provisions of the CISG as to the seller's duty, focusing on main controversial issues among scholars in their application.

It also attempts to compare the rules of the CISG with those of the Draft PESL and to evaluate them in light of the discipline of comparative law. This is for the purpose of facilitating the systematic development and reform of one jurisdiction by any solution from the other jurisdiction found by the comparative study.

In addition, this study provides legal and practical advice to the contracting parties when they intends to insert the CISG or the Draft PESL in their contract as a governing law. The comparative study particularly focuses on the following aspects; first, requirements for conformity with the contract which deals with the concept of conformity with the contract, contractual requirements agreed between contractual parties, and implied requirements otherwise not agreed between contractual parties, second, the time when the goods must be in conformity with the contract, third, exclusions of the seller's duty to

deliver the goods in conformity with the contract.

Key Words: European Sales Law; CISG; Conformity of Goods with Contract; Sale of Goods; Seller's Duty