

국제물품매대계약상 물품의 계약적합성 의무에 관한 비교 연구

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

이 병 문** Byung-Mun Lee

| 목 차 |

I. 서론	IV. 계약적합성 시기 및 계약적합성의무의 면제
II. 계약적합성 의무의 개념 및 성질	V. 결론
III. 계약적합성 요건	Abstract

국문초록

본 연구는 하자물품에 대한 매도인의 책임에 관한 CISG와 CESL상 매도인의 계약에 적합한 물품인도의무에 관한 비교연구라는 연구목적 하에 다음과 같은 주요 연구내용을 담고 있다. 첫째, CISG 및 CESL상 하자담보책임 관련 규정중 매도인의 계약에 적합한 물품인도의무의 내용을 구체적 내용의 검토와 더불어 그간 논의의 전개과정을 살펴본다. 둘째, 각 규범의 관련 규정과 상호 비교하여 살펴봄으로 근대입법의 흐름을 진단하여 무역업계의 하자담보책임 관련 이해의 차이를 좁히고 실무적 대응방안의 기초를 마련한다. 셋째, 비교연구를 통하여 상호 차이점에 대한 해석론적 내지 개정 의견을 제시하도록 한다. 이러한 비교연구의 시도는 특히 거래당사자로서 상

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A2A01014048).

** 송실대학교, 글로벌통상학과, 교수.

인과 소비자의 각자 이익의 관점에서 그들의 계약상 합리적 기대를 올바르게 반영하고 있는지를 평가하고자 한다.

<주제어> 국제물품매매, 계약적합성, 하자담보책임, 공통유럽매매법, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약

I. 서론

국제물품매매거래에서 계약당사자간 분쟁이 가장 빈번한 분야 중의 하나가 물품의 하자라고 할 수 있고, 이러한 물품의 하자 문제에 관하여 각국의 물품매매 관련 규범은 유사거래에서의 법적 형평성을 도모하고자 이에 관한 상세한 규정을 두고 있으나, 그 입법 형태는 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 물품인도 의무의 내용, 즉 하자의 개념과 그 양태, 하자의 존재 시기 등과, 동 의무 위반 시 구제제도에 관하여 명료한 답을 주지 못하는 실정이다. 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.

이처럼 다양한 입법형태를 통일한 규범은 크게 범세계적 그리고 지역적 차원에 살펴볼 수 있는데, 먼저 범세계적 차원의 통일규범은 “유엔국제물품매매협약”(United Nations Convention on International Sale of Goods 1980; 이하 CISG라 한다)을 들 수 있다. CISG는 영미법 체계와 유사하게 일원화된 계약책임체계 하에서 매도인의 채무로서 계약적합성물품 인도 의무를 부가하고 그 내용에 대하여 상세한 규정을 두고 있으며, 여타 매도인의 채무 위반에서와 같은 동일한 구제제도가 적용되고 있다. 한편 지역적 차원에서의 가장 최근 통일 규범은 유럽의 근대통일입법으로서 2011년 10월 제안되고 2014년 2월 유럽의회 본회의에서 채택된 선택적 규범으로서 공통유럽매매법(Common European Sales Law; 이하 CESL이라 한다)이 있다.¹⁾

1) 공통유럽매매법의 제정 경위 및 그 내용 개관에 관하여 박영복(2015, pp. 207-238), 하경효 외(2014, pp. 1 이하) 참조. 다만 유럽의회는 디지털단일시장의 형성을 목적으로 한 유럽의회의 2015년 Work Programme이 발표되면서 CESL의 추후 조정을 목적으로 철회되기에 이르렀다. 그러나 이는 CESL의 폐기를 의미하는 것이 아닌 디지털단일시장에 부합한 개정작업의 연장선상에 있다. CESL의 선택적 규범의 의미는 당사자간 준거법 선택에 의해 적용될 수 있는 규범을 의미하며, 당사자들에 의한 준거법 선택의 의미는

이에 본 연구의 주요 목적은 다음과 같다. 첫째, CISG 및 CESL상 매도인의 계약에 적합한 물품인도 의무의 내용을 구체적 내용의 검토와 더불어 그간 논의의 전개과정을 살펴본다. 둘째, 각 규범의 관련 규정과 상호 비교하여 살펴봄으로 근대입법의 흐름을 진단하여 무역업계의 하자담보책임 관련 이해의 차이를 좁히고 실무적 대응방안의 기초를 마련한다. 셋째, CISG 및 CESL상 관련 규정의 비교를 통해 상호 차이가 드러나는 부분에 대한 법적 시사점을 도출하도록 한다. 이러한 비교연구의 시도는 특히 거래당사자로서 상인과 소비자의 각자 이익의 관점에서 그들의 계약상 합리적 기대를 올바르게 반영하고 있는지를 기초로 한다.

II. 물품의 계약적합성 의무의 개념 및 성질

1. CISG

CISG상 책임체계의 구성은 “계약위반”(breach of contract)²⁾ 내지 “이행실패”(failure to perform)라는 개념 하에 이루어지고 있다.³⁾ 이러한 계약위반은 그 위반에서 있어 면책과 과실의 존재 여부와 무관하며, 계약 내지 협약상 당사자의 의무를 이행하지 않는 모든 경우를 말한다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 723). 다만 위반당사자는 그의 통제를 벗어난 불가항력적 장애에 기인한 계약위반의 경우 손해배상책임에 한하여 면책이 된다.⁴⁾ 또한 위반당사자는 계약위반이 타방당사자의 작위 또는 부작위에 기인한 것이라면 면책이 가능하다.⁵⁾ 한편 CISG상 모든 구제제도는 구제제도 상호간 양립하는 것이 불가능하지 않는 한 피해당사자는 손해배상을 포함하여 복수의 구제제도에 의존할 수 있다.⁶⁾

CISG는 이러한 책임체계 하에서 매도인의 의무에 관한 일반규정을 두고 있고, 이에는 물품의 인도 의무와 물품과 관련된 서류교부 의무 및 소유권 이전 의무를 명시적으로 규정하고 있다.⁷⁾ 동 규정은 비록 계약에 적합한 물품인도 의무를 매도인 의무

해당 사안이 CESL의 적용범위 내에 있는 한 국내법에 우선 적용됨을 의미한다(하경효, 2014, p. 5).

2) CISG Art. 25.

3) CISG Art. 45(1). CISG상 상기 두 개념은 그 의미에 차이를 두고 있는 것은 아니다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 722).

4) CISG Art. 79.

5) CISG Art. 80.

6) CISG Arts. 45(2), 46(1).

7) CISG Art. 30.

의 하나로 명시하고 있지는 않으나, 이는 일반규정이 아닌 별도 규정에 명시되어 있다.⁸⁾ 따라서 매도인의 계약에 부적합한 물품인도는 여타 매도인의 의무 위반과 마찬가지로 계약위반을 구성하며 계약위반에 관한 통합조항상 책임 발생의 한 요건으로 하고 있다 (von Bar and Clive, 2010, p. 1273; 박희호, 2015, p. 421).⁹⁾

CISG상 물품의 계약부적합성은 매도인 제공 물품이 명시적 내지 묵시적 계약상 또는 CISG상에서 요구된 내용과 일치하지 않는 모든 경우를 포괄한다. 이러한 계약부적합성과 관련하여 CISG는 먼저 당사자간 합의의 계약내용을 강조하며, 매도인에게 계약상 요구되는 품질, 수량 및 명세와 더불어 그 포장에 일치하는 물품을 제공해야할 의무를 부과하고 있다.¹⁰⁾ 한편 CISG는 물품이 가져야 할 성상에 관하여 당사자간 달리 합의한 계약내용이 없는 경우 매도인으로 하여금 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 포장해야할 의무를 부담토록 하고 있다.¹¹⁾

2. CESL

책임체계의 구성과 관련하여 CESL은 “채무불이행”(non-performance of an obligation)의 개념을 사용하고 있다.¹²⁾ 채무불이행의 개념은 의무를 이행하지 않은 것을 의미하고 이를 위해 불이행이 면책되는지 여부를 묻지 않으며, 그 예시로 물품 내지 디지털콘텐츠를 인도하지 않거나 지체한 경우, 계약에 적합하지 않은 물품 내지 디지털콘텐츠의 인도 내지 제공, 대금을 지급하지 않거나 지체하는 경우, 계약에 적합하지 않은 그 밖의 이행 등을 포함한다.¹³⁾ 이러한 채무불이행의 예시는 비망라적인 것으로 이 외에도 상황에 따라 다른 부류의 채무불이행 또한 인정될 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 401). 채무불이행이 있었는지의 여부의 판단은 채무의 내용에 대한 검토에서 비롯되며, 이는 계약 그 자체에서 결정된다 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 399). CESL상 채무불이행 개념의 도입은 다양한 종류의 채무불이행 사이의 모든 구분의 관련성을 줄이고 채무불이행의

8) CISG Art. 35.

9) CISG Art. 45. CISG상 일반 채무불이행 책임과 계약에 부적합 물품의 인도에 대한 책임을 엄격하게 구분한다는 견해에 대하여 박희호(2015, p. 422) 참조.

10) CISG Art. 35(1).

11) CISG Art. 35(2).

12) CESL Art. 87(1).

13) CESL Art. 87(1).

유형과는 무관하게 가능한 한 동종의 구제제도 세트를 적용토록 하고자 함이다 (Schulze(ed.), 2012, p. 399).¹⁴⁾ 불가항력과 같은 사유에 의한 채무불이행의 경우 위반당사자는 원칙적으로 면책에 해당하나,¹⁵⁾ 피해당사자는 그러한 경우에도 손해배상청구권과 이행청구권을 제외한 여타 구제수단의 원용이 가능하다.¹⁶⁾ 또한 피해당사자는 그가 야기한 불이행의 한도 내에서 CESL상 어떠한 구제권도 행사할 수 없으며,¹⁷⁾ 피해당사자는 구제제도 상호간 양립하지 않는 한, 복수의 구제제도를 원용할 수 있다.¹⁸⁾

이상과 같은 책임체계 하에 CESL은 매도인의 주된 의무에 관한 일반규정을 두고 이를 개관하고 있다. 동 규정에 개관된 매도인의 의무는 물품 내지 디지털콘텐츠의 제공 의무, 소유권 이전의무, 물품을 표창하거나 물품 내지 디지털콘텐츠에 관련된 문서의 교부의무 외에도 물품이나 디지털콘텐츠가 계약에 적합함을 보장할 의무를 포함하고 있다.¹⁹⁾

CESL상 계약의 부적합성은 CISG와 유사하게 계약상 달리 합의한 경우와 달리 합의하지 않은 경우로 나누어 규정되어 있다. 먼저 계약상 달리 합의한 경우 매도인은 계약상 요구된 수량, 품질과 명세 및 포장에 적합한 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 하며, 계약상 요구된 방식에 따라 물품 내지 디지털콘텐츠를 담거나 포장하여야 하며, 또한 계약상 요구된 부속물, 설치설명서나 기타 설명서와 같이 제공하여야 한다.²⁰⁾ 그리고 계약상 달리 합의하지 않은 경우라도 매도인은 다음과 같은 적합성을 지닌 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 한다. 이는 특정목적에의 적합성, 통상목적에의 적합성, 견본품 내지 모형이 제시하는 품질과의 적합성, 통상적인 또는 적절한 방법으로 담거나 포장할 것, 매수인이 수령을 기대하는 부속물, 설치설명서나 기타 설명서의 제공, 계약 체결 전 진술에서 나타낸 품질과 이행성능과의 적합성, 기타 매수인이 기대한 품질과 이행성능과의 적합성 등이다.²¹⁾ 이와 더불어 소비자거래의 경우에 한하여 물품 내지 디지털콘텐츠의 부정확한 설치로 기인한 부적합성은 물품 내지 디지털콘텐츠 자체의 부적합성으로 간주된다.²²⁾

14) 그러나 채무불이행의 유형 구분이 구제제도의 적용에 있어 완전히 무관한 것은 아니며, 예를 들어, 하자보수 내지 대체물인도청구권(CESL Art. 110) 및 대금감액권(CESL Art. 120)은 계약부적합성위무 위반의 경우에 한하여 매수인에 부여된다 (Schulze(ed.), 2012, p. 401).

15) CESL Art. 88(1).

16) CESL Art. 106(4).

17) CESL Art. 106(5).

18) CESL Art. 106(6).

19) CESL Art. 91.

20) CESL Art. 99(1).

21) CESL Art. 99(2).

22) CESL Art. 101(1). 이 외에도 계약적합성의 판단에 있어 매도인은 제3자의 권리나 클레임으로부터 자유로운 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 하나(CESL Art. 102), 이 내용은 본 논문의 적용범위에서 벗어나

한편 CESL은 소비자거래에서 상기 언급한 매도인의 계약에 적합한 물품 내지 디지털콘텐츠 인도 의무의 내용에 있어 소비자에게 불리하게 제한하는 합의를 할 수 없다고 규정하고 있다.²³⁾ 단 계약체결 시에 소비자가 물품이나 디지털콘텐츠의 구체적인 상태를 알았고 또한 물품이나 디지털콘텐츠가 계약체결 시에 계약에 적합한 것으로 승낙하였을 때는 그러하지 아니한다.²⁴⁾ 상기 내용은 소비자거래에서 강행규정의 성격을 지니며, 따라서 당사자는 소비자에게 불리하게 이를 배제 또는 제한하거나 그 효력을 변경할 수 없다.²⁵⁾ 이러한 강행규정은 특히 소비자의 인지 및 승낙요건을 소비자에게 불리하게 적용하고자하는 당사자들 간의 합의에 있어 의미를 지닌다 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 471).

3. 비교 및 평가

매도인의 계약에 적합한 물품의 인도 의무와 관련하여 CISG와 CESL은 각각 면책 등 과실 여부를 묻지 않는 “계약위반” 내지 “이행실패”와 “채무불이행”이라는 개념 하에 계약 부적합성을 구성하고 있다. 이들 개념의 사용으로 CISG 및 CESL은 공히 위반의 유형과는 무관하게 매수인으로 하여금 공통된 구제규정을 원용토록 하는 계약에 기초한 단일 책임체계를 구성하고 있음을 알 수 있었다. 그러나 이러한 공통점에도 불구하고 매도인의 계약적합성 의무와 관련하여 몇몇 차이점을 발견할 수 있으니 이는 다음과 같다.

첫째, CISG와 달리 CESL은 매도인의 계약에 적합한 물품의 인도 의무를 그 표현에 있어 매도인으로 하여금 물품이나 디지털콘텐츠가 계약에 적합함을 보장할 의무라고 명시하고 있다. 이는 유럽공통기준초안(Draft Common Frame of Reference; 이하 DCFR이라 한다)상의 내용을 이어 받은 것으로 평가되며, 독일법상 특정물 도그마에 기초해 전개되어온 내용을 답습한 것으로 평가 받는다(박희호, 2015, p. 425).²⁶⁾ 이러한 매도인

이를 제외토록 한다.

23) CESL Art. 99(3). 이러한 내용은 CESL상 CESL Arts. 100, 102, 103에 한하여 적용된다고 명시하고 있으나 이는 명백한 입법초안 작성상의 오류이며, CESL Art. 103대신에 CESL Art. 101이 적용되어야 바람직하다고 한다 (Schulze(ed.), 2012, p. 465).

24) CESL Art. 99(3). 그러나 이러한 요건을 충족하였다하더라도 약관에 의하여 CESL상 매도인의 계약적합성 의무를 배제 내지 변경하고자하는 당사자들의 합의내용은 CESL Chapter 8상의 불공정계약에 대한 규율에 따라 무효화 될 수 있다.

25) CESL Art. 99(4).

26) 독일의 이러한 특정물 도그마에 기초한 하자담보책임의 논의는 우리나라 민법에도 이어져왔으며, 특정물도그마란 특정물의 경우 계약체결 시 존재하는 그 성상으로 물품을 제공하면 매도인은 자신의 의무를 다한다는 법원칙을 말한다. 이로 인하여 발생하게 되는 당사자간 대가 관계의 불균형은 법에 의해 일반 채무불이행책임상의 구제제도가 아닌 무과실책임에 기초한 계약해제 내지 대금감액권을 인정하도록 한다(법정책임설). 다만 매도인에 채무불이행책임을 묻기 위해서는 매도인으로 하여금 매수인에게 물품의 계약적합성에

의 계약적합성 보장의무는 다음과 같은 이유에 의해 타당한 입법이라 사료되지 않는다. 먼저 매도인이 계약에 적합한 물품을 인도할 의무와는 별개로 이를 보장할 의무가 매도인에 부여된다는 점은 무역거래 실무에서 일반적으로 인정되지 않는다(박희호, 2015, p. 425). 이와 더불어 매도인이 이러한 보장의무를 이행하지 않는 경우 현행 CESL 규정상 이를 법적으로 매도인에 강제하고 그에 따른 계약부적합성 책임을 지워야 하는지에 대한 회의가 있다(박희호, 2015, p. 426). 또한 CESL은 유럽 내 다양한 법제도를 통일한 것으로 그 해석상 국내법의 내용과는 독립된 해석원칙이 유지되어야 하는바,²⁷⁾ 일부 국내법의 입장을 반영함으로써 매도인의 계약적합성 의무와 관련한 규정의 해석상 불필요한 오해를 부를 여지가 있어 문제로 지적된다.

둘째, CESL은 소비자거래에서 계약적합성 의무 관련 규정을 강행규정으로 하고 있다. 이는 CISG가 소비자거래를 그 적용범위에서 배제하고 있기에²⁸⁾ CESL과의 차이점이라고 할 수는 없으나, CESL의 입법취지인 소비자보호에 부합하는 내용으로 타당한 규정이라 할 수 있다. 다만 소비자가 물품의 부적합성에 대하여 실제로 인지하였는지의 여부에 대한 입증은 사실상 매우 어려운 부분이라 할 수 있으며, 이러한 어려움을 약용할 여지가 있는 블랙컨슈머에 대한 대비책이 마련되어 있지 않은 점은 아쉬움으로 남는다.²⁹⁾ 따라서 CESL을 준거법으로 하여 유럽의 소비자를 상대로 한 거래를 하고자하는 실무가 들은 CESL상 매도인의 계약적합성의무를 배제 내지 변경하고자 한다면 이에 대한 소비자의 인지 및 승낙요건의 충족을 위하여 각별한 주의가 필요할 것이다.

대한 보증을 하여야 할 의무를 부과하고 그 위반시 채무불이행책임을 부담토록 한다. 우리나라 민법상 하자 담보책임에 대한 논의에 관하여 박희호(2006); 김대정(1993)을 참조.

27) CESL Art. 4(1); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 2011/0284 (COD), Recital (8), Art. 1; Explanatory Memorandum 1. Context of the Proposal.

28) CISG Art. 2(a).

29) CISG상 중과실의무를 요구하는 그러한 문구로 하였으면 어떨까 한다.

Ⅲ. 물품의 계약적합성 요건

1. 당사자간 달리 합의한 경우

1) CISG

CISG는 매도인으로 하여금 당사자간 계약상 요구되는 수량, 품질 및 명세에 일치하는 물품을 제공해야하고, 계약에서 요구되는 방법으로 물품을 용기에 담거나 포장하여 인도해야 할 의무를 부담토록 하고 있다.³⁰⁾ 이는 당사자들간 합의의 내용이 물품의 계약적합성 판단의 최우선 기준임을 강조하고 있는 것이다(Kröll et al., 2011, p. 498). 계약상 수량부적합성은 수량에 있어 부족 내지 초과인도를 모두 포괄하는 개념으로 물품의 부분 불인도를 의미하는 것은 아니다(Kröll et al., 2011, p. 494).³¹⁾ 그리고 품질적합성과 관련하여 품질의 개념은 물품의 물리적 성상뿐만이 아니라 비물리적 성상을 포함한다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 596). 따라서 매도인은 계약상 요구되는 공법적 규제, 기술 및 생산 표준, 문화적 전통 및 종교적 신념, 원산지 등에 적합한 물품을 인도하여야 한다(Kröll et al., 2011, p. 495). 다음으로 명세적합성과 관련하여 CISG는 이종물(aliquid)과 계약부적합성을 구분하여 규정하고 있지 않아, 이를 계약부적합성의 일부로 보아야 할지 아니면 불인도의 하나로 보아야 할지 논란이 있다.³²⁾ 마지막으로 용기 내지 포장 적합성과 관련하여 일부 국내법과 달리 CISG는 이를 계약부적합성의 일부로 다루고 있다. 용기 내지 포장의 유일한 목적이 계약물품의 운송중 멸실 내지 손상으로부터의 보호이고 동 목적이 계약상 요구되는 용기 내지 포장에 부합하지 않더라도 달성된 경우라면, 매수인은 CISG상 신의칙 원칙에 따라 계약부적합성을 주장할 수 없다(Kröll et al., 2011, p. 498).³³⁾

30) CISG Art 35(1). 여기서 당사자간 계약상 요구되는 내용이 당사자간 명시적 합의에 한하여 국한되는지 아니면 묵시적 합의를 포함하는지에 대하여 학자들간 의견의 차이가 존재한다(이병문 외, 2008, p. 10).

31) 초과인도의 효과에 대하여 매수인은 초과분 수량에 대한 선택권이 있으며, 이 경우 계약비용에 따라 대금을 지급하여야 한다. CISG Art 52(2).

32) 불인도의 하나로 보아야 한다는 견해에 관하여 Bianca and Bonell(1987, p. 270), United Nations Secretariat (1979, Art. 29, no. 3). 이와 반면에 부적합성의 일부로 보아야 한다는 다수견해에 대하여 Schwenzer (ed.)(2016, p. 598), Kröll et al.(2011, p. 497).

33) 용기 내지 포장의 목적은 계약물품만이 아닌 여타 물품 내지 인체에의 손상 내지 손해로부터의 보호도 있을 수 있다(Kröll et al., 2011, p. 498).

2) CESL

CESL은 매도인으로 하여금 계약에 따라 요구된 수량, 품질과 표시에 적합한 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 하며, 그러한 물품 내지 디지털콘텐츠는 계약에 따라 요구된 방식에 따라 담거나 포장하여야 할 의무를 부과하고 있다. 또한 매도인은 물품 내지 디지털콘텐츠와 함께 계약에 따라 요구된 부속물, 설치설명서나 기타 설명서를 제공하여야 한다.³⁴⁾ 먼저 계약에 따라 요구된 수량과의 적합성과 관련하여 수량부적합성이란 계약내용에 비해 수량이 부족한 경우뿐만 아니라, 명시적이지는 않으나 수량초과의 경우를 포함하는 것이라 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 466). 이러한 초과인도의 경우 매수인은 초과분을 그대로 보유하거나 거절할 권한이 있다.³⁵⁾ 다만 매수인이 초과분을 그대로 보유하기로 한다면 이는 계약에 따라 인도된 것으로 간주되며, 매수인은 동 초과분에 대하여 계약상 비율에 따라 대금을 지급하여야 한다.³⁶⁾ 그러나 소비자거래에서 매도인이 수량을 초과하여 주문한 바가 없다는 사실을 인지하고도 일부러 그리고 착오의 여지없이 수량을 초과하여 인도하였다고 소비자가 합리적으로 믿을 만한 사유가 있다면 초과분에 대한 대금지급을 하지 않아도 된다.³⁷⁾ 계약상 요구되는 품질 및 명세 적합성과 관련하여 CESL은 이종물 인도(aliquid ad alia)를 계약 부적합성의 일부로 보는지에 대한 명시규정을 두고 있지 않아 모호한 부분이 있다.³⁸⁾ 이러한 모호성은 채무불이행을 정의하는 일반규정상 계약에 적합하지 않은 물품 내지 디지털콘텐츠의 인도와 계약에 적합하지 않은 그 밖의 이행을 구분하여 규정함에서 비롯되었다 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 468).³⁹⁾ 매도인의 포장적합성 의무와 관련하여 계약상 요구되는 방식에 따라 담아야 한다(be contained)는 것은 포장하여야 한다(be packaged)는 것과 그 의미상 차이가 없으며, 포장이 계약과 일치하지 않는 경우 이는 물품 내지 디지털콘텐츠 자체가 계약에 부적합한 것으로 간주된다. 계약상 요구되는 부속

34) CESL Art. 99(1).

35) CESL Art. 130(3).

36) CESL Art. 130(4). 매수인이 초과수량분을 보유하기로 결정한다면 매도인의 초과인도는 더 이상 계약에 부적합한 것으로 간주되지 않는다. 다만 보유키로 한 초과수량분에서 품질 등 여타 계약부적합성이 발견된다면 그에 따른 구제제도를 원용할 수 있을 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 467).

37) CESL Art. 130(5).

38) 이종물의 인도를 계약부적합성의 일부로 인정하지 않는다면 당사거래에서 매도인은 계약체결 시 부적합성에 대한 매수인의 악의에 기초하여 면책을 주장할 수 없을 것이다. CESL Art. 104.

39) CESL상 채무불이행의 하나로 “계약에 적합하지 않은 그 밖의 이행(any other purported performance which is not in conformity with the contract)”은 이종물 인도를 염두해 둔 것이라는 견해가 있는 것은 사실이다(Schulze(ed.), 2012, p. 402). 그러나 조문의 구성상 그 밖의 이행을 수식하는 “계약에 적합하지 않은(which is not in conformity with the contract)”은 사실상 CESL Art. 99상 계약적합성의 개념 안에 포함되어야 함을 의미하는 바, CESL Art. 99에 이종물 관련 내용을 명시적으로 규정하고 있지 않아 이종물 인도를 계약부적합성의 일부에 해당하는지에 대해서는 여전히 모호하다 할 수 있다.

물, 설치설명서나 기타 설명서의 제공 의무와 관련하여 부속물의 개념은 계약의 주목적인 물품 내지 디지털콘텐츠의 사용에 영향을 미치는 모든 부속품 또는 디지털콘텐츠를 포함하는 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 468). 당사자들은 어떠한 부속물 내지 디지털콘텐츠가 부속물에 해당하는지를 결정할 자유가 있으나, 이는 소비자거래에서 소비자에 불이익이 되는 방향의 합의라면 그 효력이 없다.⁴⁰⁾

3) 비교 및 평가

당사자간 달리 합의한 경우 매도인의 계약적합성의무와 관련하여 CISG 및 CESL은 공히 계약상 요구되는 품질 및 명세에 일치할 것을 요구하고 있으며, 이들 물품의 제공에 있어 계약상 요구되는 방식으로 담거나 포장할 것을 요구하고 있다. CISG와 CESL간의 유일한 차이라면 CESL은 CISG와 달리 매도인에게 계약상 요구되는 부속물, 설치설명서나 기타 설명서를 제공하여야할 의무를 부과하고 있고 이를 계약적합성의무의 일부로 구성하고 있다. 실무상 물품의 계약부적합성이 물품 그 자체의 성상에서만 비롯된다고만 할 수 없기에, 물품의 사용 등에 직간접적으로 영향을 미치는 매도인의 부속물, 설치설명서나 기타 설명서 제공 의무를 매도인의 계약적합성의무의 일부로 구성하는 것은 바람직한 접근법이라 사료된다(이병문 외, 2008, p. 11). 이와 관련하여 CISG는 명시규정을 두고 있지는 않으나, 이러한 내용을 품질의 개념에 포함하여 해석하는 것이 타당할 것이다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 597; Kröll et al., 2011, p. 496).

한편 CISG와 CESL은 공히 이종물의 인도를 계약부적합성의 일부로 구성하는지 여부에 대해 명료하지 않다. 다만 CESL은 채무불이행을 정의하는 일반규정상 계약에 적합하지 않은 그 밖의 이행을 따로 구분하여 규정하고, 이를 통해 이종물의 인도와 같이 채무 이행 목적의 인도는 있었으나 계약상 요구되는 내용에 부합하지 않는 그러한 이행을 채무불이행의 범주에 두고자 하였다(Schulze(ed.), 2012, p. 403). 그러나 CESL은 계약에 적합하지 않은 그 밖의 이행을 계약의 부적합성과 구분하여야 하는지에 대해 명료치 않으며, 이러한 유형의 위반에 대한 별도의 규정을 갖추고 있지 않다. 이와 관련한 실무상 문제는 품질 등 계약적합성을 다루는 물품의 성상과 이종물과의 구분에 있어 상당히 모호한 측면이 있어 이를 구분하여 당사자의 구제제도를 별개로 하는 것은 실무당사자들의 합리적 기대에 반할 위험이 있다는 점에 있다(이병문 외, 2013, p. 31 이하). 이에 이종물과 관련한 모호성의 해소를 위해 이종물의 인도는 계약부적합성의 일부임을 명시적으로 하는 규정을 둬야 바람직할 것이다.

40) CESL Art. 99(3).

2. 당사자 간 달리 합의하지 않은 경우

1) CISG

당사자 간 달리 합의가 없는 경우 CISG상 매도인은 다음과 같은 묵시적 계약적합성 의무를 부담하게 된다.⁴¹⁾ 첫째, 매도인은 해당물품과 동일한 명세의 물품이 통상적으로 사용되는 목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁴²⁾ 만일 물품이 복수의 통상적 사용목적이 있고 매도인이 그 모든 목적이 아닌 일부 목적에만 적합한 물품을 매수인에게 제공한 경우라면 동 의무의 위반에 해당하게 된다(Schwenzer (ed.), (2016), p. 600; Kröll et al., 2011, p. 507).⁴³⁾ 한편 CISG상 통상적 사용목적 적합성 의무는 종류물의 경우 매도인으로 하여금 매수인에게 중등품질의 물품을 제공토록 하고 있는지에 대해서 명료치 않다(Schwenzer (ed.), (2016), p. 602).⁴⁴⁾ 또한 통상적 사용목적 적합성에 대한 판단이 매도인 국가에서의 기준인지 아니면 매수인 내지 물품의 최종목적지 또는 사용 장소에서의 기준인지 여부도 명료치 않다.⁴⁵⁾

둘째, 매도인은 계약체결당시 명시적 또는 묵시적으로 그에게 알려진 특정목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁴⁶⁾ 그러나 제 사정으로 보아 매수인이 매도인의 기술과 판단을 신뢰하지 않았거나 이를 신뢰하는 것이 불합리했던 경우에는 이러한 의무가 매도인에 부과되지 아니한다.⁴⁷⁾ 한편 동 의무의 부과를 위해 매수인의 특정목적이 매도인에게 명시적 내지 묵시적으로 알려지는 것으로 족하며, 이에 대한 매도인의 동의를 필요로 하는 것은 아니다(Kröll et al., 2011, p. 518; Schwenzer (ed.), (2016), p. 607). 다만 매도인이 매수인의 특정목적에 대해 실제로 인지해야하는지에 대해선 확실치 않으나, 규정상 매수인의 특정목적이 명시 내지 묵시적으로 알려질 것을 요구하고 있는 것으로 보아 매도인의 실제 인지는 아니더라도 매도인이 알았어야했던 경우도 포함하는 것으로 해석

41) CISG Art. 35(2).

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

43) 따라서 이 경우 매도인은 매수인에 이러한 사실을 알림으로 CISG Art. 35(3)에 따라 이에 대한 책임을 면할 수 있을 것이다.

44) 중등품질을 의미한다는 견해에 대하여 Kröll et al.(2011, p. 508, 각주 126), 석광현(2010, p. 140). 중등품질만을 의미하는 것은 아니라는 견해에 대하여 Kröll et al.(2011, p. 508, 각주 125, 129), Enderlein and Maskow(1992, p. 144).

45) 매도인의 국가를 기준으로 하여야 한다는 견해에 대하여 Enderlein and Maskow(1992, Art. 35, note 8), Bianca and Bonell(1987, p. 274), Kröll et al.(2011, p. 512), Gillette et al.(2016, p. 225), Ferrari et al. (ed.), (2007, Art. 35, para. 14). 이와 반대되는 견해에 대하여 Schlechtriem(1984, p. 6-20). 이러한 논쟁에 관한 보다 상세한 대응에 관하여 이병문 외(2017, pp. 336 이하).

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

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

되어야 할 것이다(Kröll et al., 2011, p. 519; Schwenger (ed.), (2016), p. 607).⁴⁸⁾

셋째, 매도인은 매수인에게 제시한 견본 내지 모형에 일치하는 물품을 제공하여야 한다.⁴⁹⁾ 매도인의 견본 내지 샘플의 제시는 사실상 물품의 표시에 해당하기에, CISG 상 매도인이 별도로 매도인 제공 물품이 견본 내지 모형과 일치할 것이라는 약정을 요하지는 않는다(Kröll et al., 2011, p. 522).⁵⁰⁾ 한편 매도인이 그가 제시한 견본 내지 모델의 품질 관련 모든 속성에 일치하는 물품을 제공하여야 하는지 여부는 기본적으로 모델 내지 견본을 제공하는 목적 등에 대한 당사자들의 의사에 따라 결정하여야 할 것이다(Kröll et al., 2011, p. 523; DiMatteo et al. (ed.), 2016, p. 398).⁵¹⁾

넷째, 매도인은 계약 물품의 포장에 있어 통상적인 방법으로 용기에 담거나 포장하여 제공하여야 한다.⁵²⁾ 그러나 통상적인 방법의 부재시 매도인은 물품의 보존 및 보호에 적절한 방법으로 용기에 담거나 포장하여 물품을 제공하여야 한다.⁵³⁾ 여기서 통상적인 방법이란 해당 물품의 종류에 일반적으로 적용되는 포장 방법이며, 이는 매도인이 물품의 운송수단을 인지하고 있지 않거나 매도인의 영업장소에서 물품의 인도가 이루어지는 경우 등이 아닌 한 계약상 예상되는 물품의 운송수단 등의 고려 하에 결정되어야 할 것이다(Kröll et al., 2011, p. 525).⁵⁴⁾ 한편 적절한 방법이란 해당 계약과 유사한 계약상 유사 물품이 처하게 될 통상적인 위험에 대비하여 물품을 보존하고 보호하는데 적합한 방법을 의미한다(Kröll et al., 2011, p. 525). 적절한 방법의 결정을 위해 물품의 가치 및 성질, 운송의 종류 및 기간, 운송 경로, 기후조건 및 특정 운송수단과 연계된 특이 위험 등이 고려되어야 할 것이다(Kröll et al., 2011, p. 526).

2) CESL

CESL은 계약상 달리 합의하지 않은 경우 매도인에게 다음과 같은 적합성을 지닌 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 할 의무를 지우고 있다. 첫째, 매도인은 계약체결 시 매도인에게 알려진 특정목적에 적합한 물품을 매수인에게 제공하여야 한다.⁵⁵⁾ 이러한 의

48) 이와 반대로 당사자간의 합의를 요한다는 견해에 관하여 석광현(2010, p. 142) 참조.

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

50) 이에 반대되는 견해로 United Nations Secretariat (1979, Art. 33), Hyland(1987, p. 320) 참조.

51) 이와 반대로 당사자간의 합의를 요한다는 견해에 관하여 석광현(2010, p. 142) 참조.

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

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

54) 통상적인 방법이 매도인 국가의 기준이어야 하는지 또는 매수인 국가의 기준이어야 하는지의 문제는 앞서 언급한 통상목적 적합성의 기준에 대한 논쟁의 결과에 따라 유사하게 적용될 것이다(Gillette et al., 2016, p. 243)

55) CESL Art. 100(a).

무는 CISG상 관련규정과 유사한 것으로 동 의무의 발생을 위해 매수인의 특정목적은 매도인에게 알려주는 것으로 족하지 당사자간 계약상 합의를 요구하는 것은 아니다.⁵⁶⁾ 따라서 이 의무는 매수인의 특정목적에 대한 의사전달에 대해 매도인이 응하지 않는 경우의 효과를 다루는 것으로 매도인의 침묵은 곧 동 목적에 대한 동의로 인정되는 것이다 (Schulze(ed.), 2012, p. 473). 단 정황상 매수인이 매도인의 기술과 판단을 원용하지 않았거나, 매수인이 이를 원용함이 불합리하지 않는 경우는 예외로 한다.⁵⁷⁾ 이러한 예외는 계약적합성 여부의 결정에 있어 매수인의 적법 타당한 기대를 강조하는 것으로, 정황으로 보아 매수인이 그의 특정목적에 부합한 물품을 매도인이 제공할 수 있을 것으로 실제로 기대할 수 없는 경우 또는 매수인의 그러한 기대가 불합리한 경우에 한하여 적용된다(Schulze(ed.), 2012, p. 473).

둘째, 매도인은 동일 표시의 물품이나 디지털콘텐츠가 통상적으로 이용되는 목적에 적합한 물품을 인도하여야 한다.⁵⁸⁾ 이러한 의무는 특정부류의 물품이나 디지털콘텐츠가 일정수준의 품질이나 성능을 가질 것이라는 매수인의 적법한 기대에 기초한 의무라 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 474). 이와 관련한 주요 문제점은 일련의 물품이나 디지털콘텐츠를 어떻게 동일 표시의 물품으로 인정할 것인지에 있다. 이는 물품 내지 디지털콘텐츠의 기술적 차이가 존재하기는 하나 매수인이 가진 정보를 고려했을 때 그가 기대할 수 있는 필적할 만한 물품의 특성을 지닌 한 동일 표시의 물품으로 보아도 될 것이다 (Schulze(ed.), 2012, p. 474).⁵⁹⁾

셋째, 매도인은 매수인에게 견본이나 모델로 제시한 물품이나 디지털콘텐츠의 품질을 지닌 물품이나 디지털콘텐츠를 제공하여야 한다.⁶⁰⁾ 이러한 견본과 모델에 의해 설정된 품질의 기준은 계약의 일부를 구성한다 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 474). 그러나 당사자들이 CESL Art. 99(2) 내지 (3)에서와 같이 달리 합의한 것이 아니라면 매도인 제시 견본과 모델은 CESL Art. 100상의 여타 묵시적 적합성요건에 부합하여야 한다 (Schulze(ed.), 2012, p. 474). 한편 매도인 제공물품이 견본 내지 모델에 일치하는지 여부는 물품 내지 디지털콘텐츠의 성질, 그들의 목적지, 당사자들에게 알려진 계약의 목적 등에 따라 결정된다. 따라서 일부 물품의 경우 견본 내지 모델로부터의 일부 편차를 피할 수 없을 것이며, 이는 결국 당사자들의 합당한 기대가 무엇인지가 궁극적인 견본 내지 모델 적합성의 결정기준이라 할 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 474).

56) 이와 관련한 유럽매매법초안(Draft Principle of European Sales Law)상 논의에 관하여 이병문 외(2008, p. 12).

57) CESL Art. 100(a).

58) CESL Art. 100(b).

59) 가령 특정 물품이 매수인이 기대할 필요가 없는 기술적 특성을 가진 경우가 이에 해당한다.

60) CESL Art. 100(c).

넷째, 매도인은 계약상 물품을 통상적인 방법으로 담거나 포장하여 인도하여야 한다. 그러나 그러한 방법의 부재시 물품의 보존 및 보호에 적절한 방법으로 담거나 포장하여 인도하여야 한다.⁶¹⁾ 이러한 매도인의 의무는 디지털콘텐츠의 성격상 적용되지 아니하나, 디지털콘텐츠가 유형매체에 보관되는 경우라면 그러하지 아니하다(Schulze(ed.), 2012, p. 475).

다섯째, 매도인은 매수인이 수령할 것으로 기대하는 그러한 부속물, 설치설명서나 그 밖의 기타 설명서를 함께 제공하여야 한다.⁶²⁾ 이러한 의무는 매수인의 합당한 기대에 기초한 것으로, 동 의무상 설명서는 최소한 쉽게 접근 가능한 것이어야 한다(Schulze(ed.), 2012, p. 475). 설명서를 이용가능토록 하는 방법의 문제는 물품 또는 디지털콘텐츠의 성질에 따라 다를 것이며, 디지털콘텐츠는 대부분 설명서가 온라인에 의하여 이용가능하면 족할 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 475). 한편 어떠한 부속물이 제공되어야 하는지의 여부에 관한 명료한 기준을 마련하는 것은 어려우나, 이는 보통의 매수인 내지 소비자의 관점에서 물품 내지 디지털콘텐츠의 사용을 위해 필요한 부속물이 되어야 할 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 475).

여섯째, 매도인은 CESL Art. 69상 계약조건의 부분이 되는 계약이전의 진술에서 나타난 품질과 성능에 일치하는 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 한다.⁶³⁾ 매도인을 위해 광고 또는 마케팅에 종사한 자가 한 계약이전의 진술은 매도인의 진술로 간주된다.⁶⁴⁾ 또한 매수인이 소비자인 경우 그의 계약체결로 이끈 거래연쇄의 선행단계에서 제조업자 또는 그를 대신한 다른 자에 의해 이루어진 공개진술 또한 매도인의 진술로 간주된다.⁶⁵⁾

일곱째, 매도인은 매수인이 기대한 품질과 성능을 지닌 물품 내지 디지털콘텐츠를 제공하여야 한다.⁶⁶⁾ 여기서 매수인의 기대는 계약물품 내지 디지털콘텐츠와 유사한 종류, 기능 및 수명의 물품 내지 디지털콘텐츠가 통상적으로 지닌 품질 및 성능을 의미한다(Schulze(ed.), 2012, p. 476). 매도인 제공 디지털콘텐츠에 대한 소비자의 기대가 합당한지에 대한 결정에 있어 디지털콘텐츠가 대금지급의 대가로 제공되었는지 여부를 고려하여야 할 것이다.⁶⁷⁾ 따라서 무상계약상 내지 개인정보제공에 대한 대가로 제공되는 디지

61) CESL Art. 100(d).

62) CESL Art. 100(e).

63) CESL Art. 100(f). 다만 매수인이 계약체결 당시 동 진술이 부정확하거나 그렇지 않더라도 그러한 종류의 내용을 신뢰할 수 없었음을 알았거나 알았을 것으로 기대될 수 있었거나, 매수인의 계약체결 결정이 동 진술에 영향을 받지 않았을 경우는 동 진술이 계약의 일부로 구성되지 아니한다(CESL Art. 69(1)).

64) CESL Art. 69(2).

65) CESL Art. 69(3). 다만 매도인이 계약체결 당시 이러한 진술을 알지 못했고 알았을 것으로 기대될 수 없었던 경우는 매도인의 진술로 간주되지 아니한다.

66) CESL Art. 100(g).

67) CESL Art. 100(g).

털컨텐츠의 경우 매수인의 기대는 유상제공 디지털컨텐츠 제공의 경우와 달리 취급되어야 할 것이다. 또한 시험용(beta version) 제공 디지털컨텐츠 관련 매수인의 기대는 그 실질상 완전 상용화된 디지털컨텐츠의 경우와 달라야 할 것이다(Schulze(ed.), 2012, p. 476).

3) 비교 및 평가

CISG 및 CESL상 당사자간 달리 합의하지 않은 경우 매도인의 계약적합성 의무와 관련하여 나타나는 주요 차이점 및 그 시사점은 다음과 같다.

첫째, CISG상 통상목적적합성 요건은 물품이 복수의 통상목적에 지닌 경우 매도인으로 하여금 이들에 모두 적합한 물품을 제공토록하고 있다. 그러나 이러한 취지의 내용은 상인은 일반적으로 다양한 구매목적에 지닌 고객에게 재판매 등을 목적으로 하고 있기에 타당한 접근이라 할 수 있으나, 소비자거래의 경우 올바른 접근인지에 대해서는 의문이 남는다(Bradgate and Twigg-Flesner, 2000; 이병문 외, 2008, p. 11). 이는 소비자가 단일 내지 복수의 일부 특정된 통상목적으로 구매를 하는 것이 일반적이기에 복수의 모든 통상목적에 부합하는 물품의 제공의무를 매도인에 부과하는 것은 소비자로서 하여금 자신의 권리를 기회주의적으로 악용하는 부작용을 낳을 수 있어 문제로 지적된다(Bradgate and Twigg-Flesner, 2000; Bridge, 1999, pp. 80-81; 이병문 외, 2008, p. 11). 한편 CISG상 통상적 사용목적 적합성 의무는 중등품질을 요구하는 것인지에 대해 명료치 않으나, 이는 CISG의 일반원칙으로서 국제적인 성격의 협약이라는 관점에서 국내법과는 독립된 해석이 필요하기에 합리적인 품질을 요구하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다(Kröll et al., 2011, pp. 509-510). 이러한 부분에 대해 침묵하고 있는 CESL은 그 해석에 있어 앞서 CISG상 논의를 충분히 고려하여야 할 것이다.

둘째, CISG 및 CESL상 매도인의 특정목적 적합성 의무는 사실상 매수인으로 하여금 그의 특정목적에 관하여 매도인에게 일방적 통지에 의해 계약의 내용을 정할 수 있는 그러한 권리를 부여하고 있는 것이라 할 수 있다(Kröll et al., 2011, p. 518). 이와 반면에 이는 매수인에 의해 전달된 특정목적에 대해 매도인이 명료히 동의하지 않는 경우라도 동 목적에 대한 불확실성을 줄이는데 일조하고 있다(Kröll et al., 2011, p. 518). 또한 CISG상 다수설이 취하고 있는 바와 같이 특정목적 적합성의무의 부과는 매수인이 매도인에 특정목적에 알리는 것만으로 족하며 매도인이 동 목적을 실제인지 하지 않아도 되는 매수인에 상당히 유리한 규정이라 할 수 있다. 이러한 매도인의 의무는 소비자 거래에서 타당한 접근법이라 사료되나 상인간의 거래에서 당사자간 합의가 없는 경우는 물

론 매도인의 실제 인지의 결여에도 매도인이 계약상 이러한 의무를 부담하고 그에 대한 책임을 지는 것이 타당한 것인지에 대해서는 의문이 남는다. 한편 이러한 의무는 변경을 가한 승낙관련 규정(CISG Art. 19; CESL Art. 38)과 서로 상충되는 문제를 안고 있다. 가령 매수인이 매도인의 청약에 대한 응답으로 그에 대한 승낙과 함께 청약에 대하여 실질적 변경에는 미치지 않는 그의 특정목적을 매도인에게 전달하였다하자. 이 경우 CISG Art. 19(2) 내지 CESL Art. 38(3)에 우선하여 CISG Art. 35(2)(b) 내지 CESL Art.100(a)가 적용되어 특정목적 적합성 의무는 주변 정황으로 보아 매수인이 매도인의 기술과 판단을 원용하지 않았거나, 매수인이 이를 원용함이 불합리하지 않는 경우에 한하여 매도인에 부과되는 것이다. 이와 달리 매수인의 특정목적이 청약에 대한 실질적 변경에 해당하고 매도인이 이에 침묵하는 경우라도 이는 매수인에 의한 청약의 거절 및 새로운 청약으로 간주되지 않는다(Schulze(ed.), 2012, pp. 473 이하).

셋째, CESL과 달리 CISG는 부속품 내지 설치설명서 제공의무에 관련한 명시규정을 두고 있지 않다. 그러나 물품의 사용을 위해 필요한 부속품 내지 설치설명서 제공의무는 CISG Art. 35(1)의 품질의 개념에 포함되는 것으로 이해되고 있어 큰 차이가 없다 할 수 있다(Kröll et al., 2011, p. 496). 그러나 CESL상 이러한 의무는 당사자간 달리 합의되지 않는 경우에도 적용되는 것으로 이를 계약적합성의무의 일부로 이해하여 매도인이 이를 위반시 물품의 계약부적합에 대한 각종 구제제도를 원용가능토록 하고 있다는 점에서 의의가 있다. 다만 CESL상 이러한 의무의 기준이 매수인이 수령할 것으로 기대하는 바(“as the buyer may expect to receive”)에 따르도록 하고 있는데, 이는 자칫 매수인의 주관적인 기대로 해석될 여지가 있기에 이를 매수인의 합리적 기대로 문구의 수정이 이루어져야 할 것이다.

넷째, CESL과 달리 CISG는 매도인의 계약이전 진술에서 나타난 품질과 성능에 일치하는 물품 제공의무를 명시적으로 규정하고 있지 아니하다. 그러나 이러한 내용은 사실상 CISG Art. 35(1)상 당사자의 합의 내용에 관한 해석에 있어 충분히 포섭 가능한 것에 해당한다. 이러한 관점에서 CESL상 매도인의 동 의무는 사실상 불필요한 규정이라 할 수 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 476).

다섯째, CESL은 CISG와 달리 매도인에게 매수인이 기대한 품질과 성능을 지닌 물품 내지 디지털컨텐츠를 제공하여야 할 의무를 부과하고 있다. 동 의무는 사실상 CISG상 매도인의 통상목적적합성 인도 의무와 유사한 내용으로 이들 의무내용의 판단을 위한 고려요소 또한 일부 중복되는 것이 사실이다. 그러나 CESL상 이러한 의무는 물품의 통상 목적과는 관련이 없는 품질 내지 성능 부분에 대해서 그 의의가 있다 하겠다.⁶⁸⁾ 다만

68) Draft PESEL상 동 규정의 비교법적 고찰에 관하여 이병문(2008, p. 18) 참조.

CESL은 관련 규정상 매수인 기대의 합리성 요건을 명시하지 않고 있어 이는 매수인의 주관적 기대로 해석가능하기에 문제로 지적되는 바, 이에 대한 문구수정이 불가피 할 것으로 사료된다.

IV. 물품의 계약적합성 시기 및 계약적합성 물품인도 의무의 면제

1. 물품의 계약적합성 시기

1) CISG

물품의 계약적합성 시기에 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.⁶⁹⁾ 즉 물품이 계약에 적합하여야 하는 기준 시점을 위험이전 시로 하고 있는 것이다. 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.⁷⁰⁾

한편 물품의 부적합성이 위험이전 시 이후에 발생하더라도 그 부적합성의 원인이 매도인의 의무위반에 기인하는 경우 매도인이 책임을 지도록 하고 있다.⁷¹⁾ 그 의무위반에는 일정한 기간 동안 물품이 그 통상목적이나 어떤 특정목적에 적합하게 유지될 것이라는 보증이나, 또는 특정 품질이나 특성을 보유할 것이라는 보증위반을 포함한다.⁷²⁾ CISG Art. 36(2)상 매도인의 의무위반은 위험이 이전되기 이전이나 이후에 발생할 수 있으나, 전자의 경우는 CISG Art. 36(1)에 의해 매도인이 책임을 피할 수 없기에 CISG Art. 36(2)은 후자의 경우에서 보다 의미가 있다 하겠다. 한편 매도인의 의무위반에는 보증의 위반 또한 포함되는데 매도인에 의한 보증은 명시적 또는 묵시적으로 이루어질 수 있다

69) CISG Art. 36(1).

70) 이는 잠재해자의 경우에도 매수인을 보호하기 위한 규정으로 인식된다.

71) CISG Art. 36(2). 매도인의 의무위반은 그에 의하여 작위 또는 부작위에 의해 발생하면 되었지 그의 어떤 과실에 의해 발생할 필요는 없다(Kröll et al., 2011, p. 546; Schwenzer (ed.), (2016), p. 626).

72) Id.

(Schwenzer (ed.), (2016), p. 626). 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 합리적 기간이 될 것이다(Schwenzer (ed.), (2016), pp. 626-627).

2) CESL

CESL은 계약적합성 시기에 관련하여 매도인은 위험이 매수인에게 이전하는 시기에 존재하는 부적합성에 대하여 책임을 진다고 규정함으로써 위험이전시점이 기본원칙임을 명확히 하고 있다.⁷³⁾ 이러한 기본원칙에 대한 몇 가지 예외가 있으니 이는 다음과 같다. 먼저 소비자매매의 경우 위험이 이전되는 시기로부터 6개월 이내에 드러나는 부적합은 위험이전 시에 존재하는 것으로 추정한다.⁷⁴⁾ 다만 물품이나 디지털콘텐츠의 성질 또는 부적합의 성질로 보아 이러한 추정이 모순되는 경우 동 추정은 부인된다.⁷⁵⁾ 이와 더불어 소비자매매에서 제공된 물품이나 디지털콘텐츠가 매도인 또는 그의 책임 하에 설치된 경우 동 설치의 부정확함으로 발생하는 물품 내지 디지털콘텐츠의 부적합성 여부는 위험이전시점이 아닌 이들 설치가 완료된 시점에 결정된다.⁷⁶⁾ 또한 소비자가 물품 내지 디지털콘텐츠를 설치하기로 의도되었고 그에 의한 설치에 있어 설치설명서의 결함에 의한 부적합성 여부는 소비자의 설치를 위한 상당한 기간을 참조하여 결정되어야 할 것이다.⁷⁷⁾ 한편 계약적합성 시기에 관련한 기본원칙과 달리 매도인이 디지털콘텐츠를 차후 업데이트하기로 한 경우 매도인은 디지털콘텐츠를 계약의 존속기간 동안 계약에 적합하게 유지하여야 한다.⁷⁸⁾ 마지막으로 CESL은 계약체결 후에 최신의 디지털콘텐츠가 존재한다는 사실만으로 디지털콘텐츠가 계약에 부적합한 것은 아니라고 규정함으로써,⁷⁹⁾ 디지털콘텐츠 최신판 관련 계약적합성의 판단 시기는 위험이전시가 아닌 계약체결 시가 됨을 밝히고 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 486). 한편 계약부적합성의 입증책임과 관련하여 소비자매매에서 위험이전 시 부적합성의 존재에 관한 추정규정에도 불구하고 매수인은 부적합성의 존재사실 외에도 동 부적합성이 위험이전 시 존재하였음을 입증하여야

73) CESL Art. 105(1). 물품 또는 디지털콘텐츠의 멸실 내지 손상의 위험이전 관련 규칙은 CESL Arts. 140 이하 참조.

74) CESL Art. 105(2).

75) CESL Art. 105(2).

76) CESL Art. 105(3).

77) CESL Art. 105(3).

78) CESL Art. 105(4). 소비자거래에서 당사자들은 소비자에게 불리하게 상기 내용의 적용을 배제 또는 제한하거나 그 효력을 변경할 수 없다(CESL Art. 105(5)).

79) CESL Art. 103.

한다(Schulze(ed.), 2012, p. 488).

3) 비교 및 평가

CESL은 CISG와 달리 계약부적합성이 위험이전 시 이후에 드러나는 경우에 대한 명시규정을 결하고 있다. 이와 관련하여 이러한 명시규정의 부재에도 위험이전시 이후 드러나는 부적합성 여부와는 무관하게 위험이전시점에 부적합성의 원인이 존재함을 입증함으로써 매도인은 책임을 면할 수 없다는 주장이 있다(Schulze(ed.), 2012, p. 476). 그러나 이 부분을 명시규정화 함으로 논란의 여지를 없애는 것이 타당할 것으로 사료된다.

또한 CESL은 CISG와 달리 위험이전 후 부적합성이 매도인의 계약위반에 의한 경우 매도인은 이에 대한 책임을 진다라는 규정을 두고 있지 않다. 매도인의 계약위반이 보증 의무의 위반인 경우는 크게 문제는 없을 듯하나, 그 외 매도인의 계약위반의 경우 CISG와 같은 예외 규정을 결여한 것은 문제로 지적된다.⁸⁰⁾

한편 CESL상 입증책임 관련하여 소비자매매에서 위험이전 후 6개월 이내 드러나는 부적합성 관련 입증책임은 여전히 매수인에게 있음이 주장되고 있다. 그러나 이러한 부적합성의 위험이전 시 추정 규정에도 불구하고 부적합성의 입증책임이 매도인에 있다는 주장은 추정규정의 효과 측면에서 문제로 지적된다. 즉 위험이전 후 부적합성의 입증책임은 원칙적으로 매수인에게 있었으나 상기 추정에 따라 위험이전 후 6개월 이내에 드러나는 부적합성의 경우 그 입증책임이 매도인에게 전환되는 것으로 해석함이 보다 타당할 것이다.⁸¹⁾

2. 계약적합성 물품인도 의무의 면제

1) CISG

CISG상 매도인의 계약에 적합한 물품인도 의무는 계약체결 시 매수인이 물품의 계약부적합성을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우에 면제되어, 그 부적합성에 대한 어떠한 책임도 지지 않게 된다.⁸²⁾ 동 면제에 관련하여 해석상 유의할 점은 다음과 같다. 첫째, 동 면제는 CISG Art. 35(2)상 당사자간 달리 합의하지 않은 경우의 계약적합성 물

80) Draft PECL상 유사한 문제점에 관하여 이병문(2011, p. 22) 참조.

81) Draft PECL상 추정규정의 효과에 관하여 이병문(2011, p. 21) 참조.

82) CISG Art. 35(3).

품인도의무에 한하여 적용된다.⁸³⁾ 따라서 매수인이 물품의 계약부적합성에 관하여 계약 체결 시 이미 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우라도 매도인은 그 계약부적합성이 CISG Art. 35(1)상 당사자간 합의에 의한 계약적합성 물품인도의무에 기초하고 있는 한 그 책임을 피할 수 없다. 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(Schwenzer (ed.), 2016, p. 615).

둘째, 계약적합성 물품인도의무의 면제는 매수인이 계약부적합성을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우에 한하는 것으로 되어있는데, “모를 수 없었던 경우”의 의미는 그 내용상 매수인에게 물품의 적합성에 대한 조사의무를 부과하지는 않는다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 613; Honnold, 2009, p. 339). 한편 “모를 수 없었던 경우”란 매수인에 의한 중과실(gross negligence) 이상의 상황을 의미하는 바, 그 실제에 있어선 매수인이 실제 알았던 경우와 의미차이가 없는 것으로 해석된다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 613; Honnold, 2009, p. 339). 다만 모를 수 없었던 경우 면책은 매수인에 의한 실제 인지를 입증하기 매우 어려운 경우에 입증책임을 조금이나마 경감해 주는 데에 의의가 있다 하겠다(Schwenzer (ed.), 2016, p. 613).

2) CESL

CESL은 사업자간의 거래에서 매도인은 매수인이 계약체결 시에 물품 내지 디지털콘텐츠의 부적합성을 알았거나 모를 수 없었다면 계약적합성 의무로부터 면제되고, 부적합성에 대한 책임을 지지 않는다.⁸⁴⁾ 이러한 원칙은 사업자간의 거래에 한하여 적용가능하여, 소비자거래에서 소비자가 계약체결 시 부적합성을 인지하였다하여 매도인이 면책되는 것은 아니다(Schulze(ed.), 2012, p. 486). 그러나 계약체결에 관한 일반원칙에 따라 계약체결 시의 부적합성이 계약내용이 되고 이에 대해 매도인은 면책이 가능할 것이다. 다만 이 경우 소비자는 계약체결 시 그러한 부적합성을 인지하였고 그러한 상태로 계약에 적합한 것으로 승낙한 경우에 한하여 그러하다.⁸⁵⁾ 한편 이러한 매도인의 면책사유는 제한적으로 해석되어야 하며, 따라서 종류물 거래의 경우가 아닌 특정물 내지 개별화된 물품의 경우에 한하여 적용되는 것이 바람직하다(Schulze(ed.), 2012, p. 487).

83) CISG Art. 35(3).

84) CESL Art. 104.

85) CESL Art. 99(3).

3) 비교 및 평가

CISG와 CESL은 매도인의 계약적합성 의무의 면제에 관하여 공히 매수인이 계약 체결 시 부적합성을 인지하였거나 모를리 없었던 경우로 규정하고 있다. 차이라 한다면 CESL은 CISG와 달리 동 면제를 당사자간 달리 합의하지 않은 경우뿐만 아니라 달리 합의한 경우에 적용되는 계약적합성 의무에도 적용되도록 하고 있다. 이러한 CESL상 규정의 문제점은 당사자간 달리 합의한 경우라면 이미 계약 내용에 대한 해석에 따라 계약적합성의 내용이 정하여질 것인데, 이를 매수인의 계약체결 시 부적합성의 인지 등에 따라 계약상 합의에 이른 계약적합성 내용을 뒤집는 것이 타당한 것인지 의문으로 남는다. 물론 이와 관련하여 관련 규정의 해석상 CESL Art. 104의 내용은 계약내용의 해석에 있어 하나의 고려요소 일뿐이라고 주장할 수 있으나 (Schulze(ed.), 2012, p. 487), CISG에서와 같이 해석상의 불필요한 논쟁의 여지를 두지 않음이 보다 타당할 것이다.

한편 CESL은 매도인의 계약적합성 의무의 면제를 소비자거래에는 적용되지 않는 것으로 하고 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 계약해석원칙에 따라 계약체결 시의 부적합성이 계약내용이 될 수 있다고 한다. 다만 이를 위해 소비자의 부적합 물품에 대한 인지 및 합의요건을 충족시키는 경우에 그러하나, 이는 앞서 언급한 바와 같이 소비자를 보호하는데 있어 다소 과한 것은 아닌가 사료된다.

IV. 결 론

이상에서 본 논문은 그 연구목적에 따라 CISG와 CESL상 매도인의 계약적합성의무를 계약적합성의 개념 및 성질, 요건, 시기와 동 의무의 면제사유를 비교연구의 방식으로 나누어 고찰하여 보았다. 이에 본 결론에서는 이상의 분석고찰을 통해 비교연구를 통해 드러난 차이점을 중심으로 실무가들이 CESL을 준거법으로 지정하여 활용 시, 그들의 영업에 있어 유의할 점이 무엇인가를 지적하고자 한다.

첫째, 소비자거래를 적용배제하고 있는 CISG와 차이점이라 할 수 없으나, CESL은 소비자거래에서 계약적합성 의무 관련 내용에 대해 소비자에게 불리하게 제한하는 합의를 할 수 없다고 하고 있다. 다만 이는 소비자의 부적합성에 대한 인지 및 승낙 요건의 충족시 적용되지 아니하므로 실무가들은 CESL상 계약적합성 의무의 내용을 충분히 인지하

고, 추후 있을 분쟁에 대비 소비자의 인지 및 승낙요건의 충족을 위한 충분한 대비가 필요할 것이다.

둘째, CESL은 CISG와 달리 매도인의 계약적합성 의무의 일부로 계약상 요구되는 부속물, 설치설명서나 기타 설명서를 제공하여야할 의무를 명시적으로 부과하고 있다. 이는 실무상 물품의 계약부적합성이 물품 그 자체의 성상에서만 비롯된다고만 할 수 없으므로, 물품의 사용 등에 직간접적으로 영향을 미치는 매도인의 부속물, 설치설명서나 기타 설명서 제공 의무를 매도인의 계약적합성 의무의 일부로 구성하는 것은 타당하다. 다만 실무가들은 이러한 의무 내용을 충분히 숙지하고, 계약적합성 의무위반으로 인한 효과 부분에 대한 대비가 필요할 것이다.

셋째, CESL은 CISG와 달리 매도인의 계약적합성 의무의 하나로 매수인이 기대한 품질과 성능을 지닌 물품 내지 디지털컨텐츠를 제공하여야할 의무를 규정하고 있다. 이러한 의무는 CISG상 물품의 통상목적적합성 여부의 판단을 위한 고려요소의 하나가 되기에 문제는 없을 수 있으나, 매수인의 기대가 물품의 통상목적과는 관련이 없는 품질 내지 성능 부분에 대해서 의미가 있다. 이에 실무가들은 물품의 통상목적과는 거리가 있는 품질 내지 성능에 관한 매수인의 기대에 대한 면밀한 검토가 요망된다.

넷째, 매도인의 계약적합성 의무의 면제에 관하여 CESL은 CISG와 달리 동 면제를 당사자간 달리 합의하지 않은 경우뿐만 아니라 달리 합의한 경우에 적용되는 계약적합성 의무에도 적용되도록 하고 있다. 이는 결국 당사자간 합의에 이른 내용이라 할지라도 CESL Art. 104상 매도인의 면제사유가 적용될 여지가 있음을 의미한다. 이와 관련하여 당사자간 달리 합의한 내용에 대한 해석시 CESL Art. 104상 매도인의 면제사유가 하나의 고려요소라고 주장은 가능하나, 이 부분 분쟁의 소지가 있어 실무가들은 이에 대한 주의가 요망된다.

참고문헌

- 김대정(1993), “채무불이행책임설에 의한 하자담보책임설의 재구성”, 민사법학], 제9, 10호, pp. 242-293.
- 박영복(2015), “유럽 공통의 매매법”, 외법논집], 제39권 제1호, pp. 207-238.
- 박희호(2006), “우리나라 하자담보책임의 본질에 관한 재론”, 민사법학], 제34호, pp. 93-130.

- _____ (2015), “유럽공통매매법(CESL)의 계약합치성에 관한 연구 - CISG 및 DCFR과의 비교를 중심으로”, 「동북아법연구」, 제9권 제2호, pp. 417-438.
- 석광현(2010), 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사.
- 이병문 외(2013), “CISG, 한국민법 및 중국합동법상 매도인의 계약에 적합한 물품인도의 의무에 관한 비교연구”, 「국제상학」, 제28권 제3호, pp. 25-49.
- _____ 외(2008), “국제물품거래에서 매도인의 계약적합성물품 인도 의무에 관한 비교연구”, 「무역상무연구」, 제37권, pp. 3-33.
- _____ 외(2017), “국제물품매매거래에서 매도인의 공법적 규제에 적합한 물품인도 의무에 관한 연구”, 「지역산업연구」, 제40권 제1호, pp. 331-350.
- 하경효 외 공역(2014), 「보통유럽매매법」, 세창출판사.
- von Bar, C. and E. Clive(2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, Full Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Bernstein H. and J. Lookofsky(1997), *Understanding the CISG in Europe*, Holland: Kluwer Law International, 1997, pp. 53-56, 59-64.
- Bradgate R. and C. Twigg-Flesner(2000), “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
(<http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2000/issue2/flesner2.html>; visited on Nov. 2, 2017).
- Bridge M.(1999) *The International Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press.
- DiMatteo, L. (ed.)(2014), *International Sales Law: A Global Challenge*, New York: Cambridge University Press.
- DiMatteo, L. et al. (ed.)(2016), *International Sales Law: Contract, Principles & Practice*, Oxford: Hart Publishing.
- Ferrari, F. et al. (ed.)(2007), *Internationales Vertragsrecht*, München: Verlag C.H. Beck.
- Gillette, P. et al.(2016), *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, 2nd ed., New York: Cambridge University Press.
- Honnold, J. (2009), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United*

- Nations, Edited and updated by H. Flechtner, 4th ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- Huber, Peter and Alastair Mullis(2014), *The CISG - A New Textbook for Students and Practitioners*, 2nd ed., Munich: Sellier European Law Publisher.
- Hyland, R.(1987), “Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code”, in P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Kröll, S. et al. (eds.)(2011), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München, Germany: C. H. Beck.
- Slechtriem, P.(1984), “The Seller’s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, in: Galston and Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender, pp. 6-1 to 6-35.
- Schwenzer (ed.)(2016), *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG), Fourth Edition*, Oxford: Oxford University Press.
- Schwenzer, I., P. Hachem, C. Kee(2012), *Global Sales and Contract Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Lando, O. & Beale H. (ed.)(2000), *Principles of European Contract Law*, Oxford: Kluwer Law International.
- United Nations Secretariat (1979), *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat*, A/CONF.97/5.

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

Byung-Mun Lee

Abstract

This is a comparative and analytical study which comprises of the analysis of the rules of the seller's liability for non-conforming goods of four legal systems under the CISG and the CESL. A purpose of this study is to examine all the rules as to, first, the concept and the nature of the seller's duty to deliver the goods in conformity with the contract, second, the contents of the seller's duty to deliver the goods in conformity with the contract, third, the time when the goods must be in conformity with the contract and the cases where the seller is exempted from his liability for non-conforming goods. Another purpose is to compare the rules of the CISG with those of the CESL, 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 intend to use one of those regimes in their contract as a governing law.

<Key Words> Common European Sales Law, Seller's Guarantee Liability, Seller's Duty to Deliver the Goods in Conformity with Contract, United Nations Convention on International Sale of Goods, Defective Goods