

국제물품매매에서의 대금불확정계약의 미정대금결정에 대한 연구*

A study on Determination of the Price in Open-price
Contracts in International Sale of Goods

오 수 용**
Oh, Soo-Yong

목 차

1. 서문
2. 대금불확정계약에 대한 비교법적 고찰
3. CISG 제55조 입법의 역사
4. 제14조와 제55조의 관계
5. 제55조 대금 결정 방식 적용의 전제조건
6. 미정대금의 결정
7. 입증책임
8. 마치는 글

국문초록

국제물품매매계약에 관한 UN협약 제55조는 계약이 유효하게 성립하였으나 그 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하고 있지 아니하거나 이를 정하기 위한 규정을 두고 있지 아니한 경우(대금불확정계약)의 대금 결정 방식에 대하여 규율하고 있다. 반면에 동 협약 제14조에 따르면 특정인에 대한 계약체결의 제안

논문접수일 : 2018.10.30.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

* 이 논문은 2018학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.

** 제주대학교 법학전문대학원 부교수

은 충분히 확정적이고, 승낙 시 그에 구속된다는 청약자의 의사가 표시되어 있는 경우에 청약이 되며, 이때 제안이 충분히 확정적이라 함은 제안이 물품을 표시하고, 명시적 또는 묵시적으로 수량과 대금을 지정하거나 그 결정을 위한 조항을 두고 있는 경우라고 함으로써, 청약에서 대금을 정하도록 규정하고 있다.

사실 대금불확정계약의 미정대금 결정에 관한 협약 제55조는 협약의 성안과정에서 이미 커다란 문제거리가 되었다. 특히 일부국가의 법 예컨대 오스트리아, 벨기에, 네덜란드, 프랑스, 소비에트법에서 매매계약이 성립하기 위해서는 대금규정을 명시하도록 하고 있다는 사실로 인하여 논란이 되었다.

더욱이 제55조는 제14조와 함께 분석되어야 하는 바, 제14조와 제55조 사이에 모순이 존재하는지, 제14조와 제55조 중에 어느 조항이 우선하는지 여부는 논란의 대상이다. 이 문제는 이론적인 면에서 뿐만이 아니라 실제 상거래에서도 그 중요성의 면에서 관심을 끌지 않을 수 없다. 예를 들자면 매수인이 특정 물품에 대한 긴급한 필요가 있어서 전화로 대금에 대한 언급 없이 이를 주문한 후 나중에 이 물품이 필요하지 않다고 매도인에게 고지하였지만, 매도인이 해당 물품을 이미 배송하였거나 그 물품의 생산에 착수하여 비용이 발생한 경우에, 제14조와 제55조 중에 어느 조항이 우선하는지 여부가 관건이 되지 않을 수 없다.

본 논문은 이와 관련해서 야기되는 두 가지 문제, ‘첫째, 제55조가 적용가능한 경우는 언제인가, 둘째, 그러한 상황에서 어떻게 대금을 확정할 것인가’를 중심으로 해서 제반 이슈를 고찰하려 한다.

주제어 : 청약의 요건, 구속의 의사, 충분히 확정적인 제안, 대금의 확정가능성, 대금불확정 계약

1. 서문

CISG 제14조 제1항에 따르면 계약체결의 제안이 청약이 되기 위한 세 가지 요건으로 첫째, 그 제안이 1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 것이어야 하고, 둘째, 충분히 확정적이며, 셋째, 승낙이 있는 경우에 이에 구속된다는 청약자의

의사를 표시하여야 한다. 그리고 그 제안이 충분히 확정적이기 위해서는 그 제안이 물품을 표시하고 또한 명시적 또는 묵시적으로 그 수량과 대금을 정하고 있거나 이를 정하는 규정을 두고 있을 것을 요구하고 있다. 따라서 대금을 정하지 않고 있거나 이를 정하는 규정을 두고 있지 않다면 그 계약체결의 제안은 청약이 될 수 없다.

이처럼 제14조 제1항이 계약체결의 제안이 청약이 되기 위해서는 대금을 정하고 있거나 이를 정하는 규정을 두고 있을 것을 요구하고 있는 반면에, CISG 제55조는 “계약이 유효하게 체결되었으나 동 계약에서 그 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하지 아니하거나 이를 정하는 규정을 두지 아니한 경우”의 대금결정 방식을 규정하고 있다. 본 협약의 성안과정에서도 제14조와 제55조의 상호관계는 CISG 전반에 걸쳐서 제기된 가장 까다로운 문제 중 하나였다. 오늘날에도 대금불확정계약에 대해 제14조와 제55조를 적용함에 있어서 두 조항의 의견상의 상호 충돌을 둘러싸고 견해의 대립이 여전히 발생하고 있다. 본 논문은 이와 관련해서 야기되는 두가지 문제, ‘첫째, 제55조가 적용가능한 경우는 언제인가 둘째, 그러한 상황에서 어떻게 대금을 확정할 것인가’를 중심으로 해서 제반 이슈를 학설과 판례를 통해 고찰하며 제14조와 제55조가 모순되지 않고 제55조가 광범한 상황에서 적용가능함을 파악하는 것을 목표로 한다.

2. 대금불확정계약에 대한 비교법적 고찰

대금에 대해 명시적 또는 묵시적으로 규정하지 않고도 계약이 성립될 수 있는지 여부에 대해서는 해당 국가의 국내법 체계에 따라 상이하다. 유럽 대륙의 중세 관습법에 기원을 둔 *pretium certum* (대금의 확정가능성)이라는 전통적 개념은 유럽 대륙의 법체계 일부에 강한 영향을 미쳤다. 프랑스민법전은 대금에 대한 합의가 없을 경우 매매계약 체결이 유효하지 않다고 하였고 프랑스법에 기반하여 법체계를 구축한 국가들 예컨대 스페인과 멕시코에서는 이 요건을 답습하고 있다. 오스트리아법 역시 유효한 매매계약 체결을 위해서는 대금에 대한 합의를 필수적 요건으로 하고 있다.¹⁾ 이와 달리 다른 대륙법 체계, 특히 독일

법은 대금에 대한 합의가 없더라도 유효한 매매계약 체결이 가능하며 이 경우 매도인이 대금을 결정한 권한을 갖도록 하고 있다.²⁾ 좀 더 유연한 입장을 취하고 있는 경우도 있다. 영국 미국 등의 불문법 국가 그리고 스위스 등의 일부 성문법 국가에서는 대금에 대한 합의가 없을 경우 합리적 가격 또는 시장가격으로 대금을 결정하도록 하고 있다.³⁾ 그러나 전반적으로 볼 때 대금불확정계약에 대한 유연한 접근법에 따라 미정대금을 합리적 가격 또는 시장가격으로 결정할 수 있도록 하는 것이 일반적 추세이다. 프랑스 대법원 조차 *pretium certum* 원칙을 실질적으로 포기하였고 러시아 법도 대금불확정계약을 수용하게 되었다.

3. CISG 제55조 입법의 역사

CISG 제55조 성안의 과정은 CISG 제정과정에서도 가장 뜨거운 논쟁과 혼란의 대상이었다. 1956년 초안 67조에서는 대금에 대한 규정이 없을 경우 매매계약 체결이 유효하지 않다고 하는 국내법 조항을 당사자가 주장할 수 없으며 대금불확정계약에서는 계약체결 시점에 매도인이 청구하는 통상적 대금 (the usual price) 또는 현재의 시장가격 (the current market-price)에 근거한 합리적 대금 (a reasonable price)을 매수인이 지불하도록 하였다.⁴⁾ 대금 규정이 없는 한 계약이 유효할 수 없다는 UN 국제거래법위원회(United Nations Commission on

1) Ingerborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 3rd Edition*, Oxford University Press, 2009, p. 815.

2) Ibid., P. 816.

3) Ibid., P. 816.

4) 법의 상이함으로 인한 장애를 극복하기 위하여 1930년대에 “사법통일을 위한 국제회의” (International Institute for the Unification of Private Law : UNIDROIT)가 일군의 유럽법학자들에게 국제물품매매에 적용한 통일법 예비초안을 요청하여 1935년 예비초안을 마련하였다. 그러나 2차 세계대전의 발발로 통일법제정작업이 중단되었다가 종전후 재개되었고 1956년과 1963년에 각각 수정초안이 각국 정부에 회람되었다. 1964년에 헤이그에서 개최된 28개국 외교회의는 두 초안을 집중심의한 후 “국제물품매매계약에 관한 통일법 (Uniform Law for the International Sale of Goods : ULIS)에 관한 협약” (통상적으로 ‘헤이그매매협약’이라 지칭된다)과 “국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법” (Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods : ULF)에 관한 협약” (통상적으로 ‘헤이그계약성립협약’이라 칭해진다)이 체결되었다. 이 두 협약의 가입국들은 대부분 유럽의 국가들이다.

Trade Laws : UNCITRAL)⁵⁾의 주장에도 불구하고 당해 수정초안의 해법이 채택되었고 이는 1963년 초안에서도 별 변화가 없었다.

UNCITRAL내에서 헤이그협약 67조를 CISG에 도입할지 여부를 둘러싸고 오랜 토의와 논쟁이 벌어졌다.⁶⁾ 주요 논점은 첫째로 대금이 계약체결을 위한 당사자 간의 사전 교섭의 필수적 부분이므로 대금을 정하고 있거나 이를 정하는 규정을 두고 있지 아닐 경우 계약이 성립될 수 없다는 점, 둘째로 헤이그협약 67조는 CISG적용범위에서 명시적으로 벗어나는 계약의 유효성에 관한 문제를 포괄하고 있다는 점이었다. 사회주의 국가와 개발도상국가의 대표들은 대체로 본 조항을 CISG에 포함시키지 않기를 주장한 반면 기타 국가들과 국제기구 대표들은 본 조항을 지지하였다. CISG 초안은 “계약이 성립하였으나 그 대금을 정하는 규정을 두지 아니한 경우, 매수인은 계약이 성립한 때에 매도인에 의하여 일반적으로 청구되는 대금을 지급하여야 한다”고 규정하였다. 여러 대표들의 찬반 토론 끝에 “계약이 성립....한 경우”를 “계약이 유효하게 성립....한 경우”로, “계약이 성립한 때에 매도인에 의하여 일반적으로 청구되는 대금”을 “계약성립시에 일반적으로 청구되는 대금”으로 수정한 끝에 CISG 제55조가 성안되었다.⁷⁾

5) ‘헤이그매매협약’과 ‘헤이그계약성립협약’이 그 중요성에도 불구하고 범세계적 차원의 참여와 후원이 부족하다는 판단 아래 1966년 UN 제21차 총회는 “국제거래법의 점진적 조화와 통일”을 촉진하기 위한 범세계적인 대표기구의 설립을 의결하였고 이에 따라 UNCITRAL이 발족되었다.

6) UNCITRAL은 ‘헤이그매매협약’과 ‘헤이그계약성립협약’에의 가입을 장려할 것인지 아니면 새로운 협약을 성안할지 여부를 확인하기 위하여 UN 사무총장을 통해 각국 정부에 두 협약에 가입할 의향이 있는지 여부를 타진한 결과 “상이한 법적배경을 가진 대표들이 두 협약의 성안 작업에 적절하고 광범할 정도로 참여하지 못했다”는 공론이 형성되어 새로운 협약을 성안키로 하고 1980년 4월 11일 “국제물품매매계약에 관한 UN협약” (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG)이 채택되었고, 1988년 1월 1일부터 발효되었다. 우리나라는 2004년 2월 17일 협약가입서를 UN 사무총장에게 기탁하였고, 2005년 3월 1일부터 협약이 발효되었다. 2018년 11월 1일 현재, 협약에 가입하여 동 협약을 발효한 나라는 총 89개국이다 (UNCITRAL Secretariat, Status of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods).

7) Gyula Eörsi, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan, 1987, para. 1.1-1.3.

4. 제14조와 제55조의 관계

청약의 요건으로서 대금을 정하거나 대금을 정하는 규정을 둘 것을 요건으로 하는 제14조와 그러한 규정이 없이도 유효한 계약이 성립할 수 있다는 제55조의 전제요건을 둘러싸고 대표적으로 3가지 해석이 존재한다.

첫 번째 견해는 제55조를 제14조 보다 우선시하는 주장으로서, 대금을 정하지도 않았을 뿐 아니라 대금을 정하는 규정을 두지도 않음으로써 제14조의 요건을 충족하지 못할 경우에도 제55조라는 대금 결정방식이 존재하므로 그에 근거하여 유효한 대금불확정계약이 성립할 수 있다는 것이다. 청약에는 물품, 수량, 대금 3요소가 확정되어야 하지만 대금에 관한 사항이 결여되어 있을 경우에는 (제55조라는) 보충규정을 통하여 이 문제를 해결한다는 것이다.⁸⁾ 이러한 견해를 따른 판례에서는 제14조에 따라 대금을 정하거나 이를 정하기 위한 규정을 두지 않았더라도 당사자가 일부 의무의 이행을 한 경우에는 계약이 유효하게 성립하였고 따라서 제55조에 따라 대금을 결정할 수 있다 하였다.⁹⁾ 이러한 견해는 대금을 정하거나 이를 정하기 위한 규정을 두지 않은 계약의 의무를 일부 이행함으로써, 계약당사자는 대금을 정하거나 대금을 정하는 규정을 두어야 한다는 제14조의 요건을 배제하였다는 것이다.¹⁰⁾ 국제거래상의 필요로

8) 최준선, 「국제거래법」, 三英社, 2015, 157면(“그런데, 이 규정은 계약의 성립에 관한 규정이고 계약의 해석에 관한 규정”이므로 “가격에 관한 정함이 없더라도 계약이 성립한다는 것이 아니고, 당사자가 가격에 관하여 정하지 않고 계약을 이미 체결한 경우에 그 계약에 대한 사후적 해석상 당사자의 반대 표시가 없는 한 가격은 묵시적으로 정한 것으로 본다는 의미이다”). 이기수 신장섭, 「國際去來法」, 세창출판사, 2013, 41면 (“일반적으로 청약자의 제안에 가격에 관한 사항이 결여되어 있는 경우에 유효한 청약이 되지 못한다고 보아야 할 것이다. 그러나 비엔나 협약은 제55조에서(라고) 규정함으로써, 가격에 관한 사항이 결여된 청약에 관해서 예외적으로 그 유효성을 인정할 수 있도록 하였다.”)

9) SWITZERLAND Tribunal Cantonal Valais 27 April 2007 (레스토랑 주인이 오븐을 긴급히 주문한 사안에 대하여, 판례는 “매도인이 인도되는 물품의 대금을 명시하지 않은 경우에 그 대금은 해당 물품에 대하여 현재 청구되는 가격으로 간주하여야 한다”고 하였다); GERMANY Landgericht Neubrandenburg 3 August 2005 (); RUSSIA Arbitration ruling of 3 March 1995 (Arbitral award No. 309/1993); SWITZERLAND Bezirksgericht St. Gallen 3 July 1997; AUSTRIA Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz 4 March 1993; AUSTRIA Oberster Gerichtshof 10 November 1994.

10) 계약체결방식에는 청약과 승낙에 의한 방식외에도 작성된 계약문안에 대한 공동의 동의라는

인해서 당사자가 대금을 명확히 하지 않은 계약에 대해서도 효력을 부여하는 중재판정도 있다.¹¹⁾

두 번째로는 당사자가 대금을 명확히 하지 않은 경우에는 계약이 성립하지 않는다고 함으로써 제14조를 제55조 보다 우선시 하는 견해이다.¹²⁾ 제55조는 계약의 성립에 관한 협약 제2편을 유보한 국가에 대해서만 적용되기 때문에 제2편과 제3편을 모두 수용한 국가에 대해서는 제14조가 우선한다고 보는 견해가 지배적이라는 것이다.¹³⁾ 이러한 견해를 따른 판례에서는 항공기 엔진을 판매하겠다는 제안이 모든 유형의 엔진에 대한 대금을 포함하지 않았다는 이유로 계약이 성립하지 않고 따라서 계약이 유효하게 성립하지 않았으므로 제55조를 적용할 수 없다고 하였다.¹⁴⁾

세 번째 견해로는 당사자가 대금을 명확히 하지 않은 계약이 유효한지 여부는 CISG가 아니라 국내법의 적용에 따라 판단해야 한다는 것이다. 왜냐하면 본 협약 제4조 가호에 따르면 계약의 유효성은 본 협약의 적용대상이 아니기 때문이다. 이러한 견해에 따르면 대금을 정하지도 않았을 뿐 아니라 대금을 정하는 규정을 두지도 않은 매매계약에 대해, 제55조를 적용하기에 앞서, 국제사법규칙에 따라 적용가능한 국내법이 허용하는지에 대해 먼저 확인해야 한다. 이러한 견해를 따른 판례에서는 “CISG는 계약자체의 유효성에 대해 다루지 않

방식등이 존재하며 전자의 경우에는 제14조가, 그리고 후자의 경우에 매매대금의 정함이 없다면 그 보충방법으로서 제55조가 적용된다는 견해(이기수 이병준, “매매대금의 합의와 계약의 성립요건”, 『國際去來法研究』 제7집, 國際去來法學會, 1998, 24-28면)도 이와 유사한 주장이다. 본 논문도 기본적으로 이기수 이병준의 견해와 궤를 같이 하지만 제55조가 적용되는 경우에 대해 좀 더 주안점을 두어 기술한다.

11) ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, September 1999 (Arbitral award No. 9819) (본 판례에서는 “사전에 가격을 확정하지 않은 매매가 국제거래에서는 흔한 일이며....”라고 하였다); BULGARIA Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Bulgaria, 30 November 1998, (Praktika Blgarska trgovskopromishlena palata) (본 판례에서는 “CISG 제55조에 따르면 실령 계약가격이 명시적 또는 묵시적으로 정하여 있지 않다하더라도 계약은 유효하다”라고 하였다).

12) ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, France, 1995 (Arbitral award No. 8324) (“당사자 사이에 계약에서 대금을 명시하지 않은 경우에, 제14조에 따른 대금을 지정하거나 그 결정을 위한 조항을 두었다라는 결론에 도달하기 위하여서는, 제8조와 제9조에 따라 계약을 해석해야 한다”).

13) 서헌제, 『國際去來法』, 法文社, 2006, 188면.

14) HUNGARY Legfelsbb Bíróság, Budapest 25 September 1992.

므로 (제4조 가호) 대금불확정계약의 유효성은 적용가능한 국내법인 러시아 법에 따라 결정되어야 하며 러시아 민법전 제424조에 따르면 대금을 정하지 않고도 계약이 성립한다”라고 하였다.¹⁵⁾

제14조를 제55조 보다 우선시 하는 두 번째 견해는 타당하다 할 수 없다. 대금 규정이 없는 계약체결의 제안은 그 자체로는 청약이 될 수 없으나, 그러한 제안에 대한 상대방의 승낙이 청약을 의도한 제안자에게 도달하였으며 그 제안자/청약자가 이에 대해 별도의 이의를 즉시 제기하지 않는다면 계약이 성립한다. 이 경우 계약체결의 제안은 승낙 시 그에 구속된다는 의사가 표시되었고 따라서 그 제안은 당사자에 의해서 청약으로 간주되었다 할 것이며 대금은 제55조에 의해서 결정된다.¹⁶⁾ 판례에서도 승낙 시 구속의 의사가 명확하다면 대금규정이 없아도 제안이 충분히 확정적이라 하였다.¹⁷⁾ 더욱이 두 번째 견해를 취하게 되면 국제물품매매와 관련해서 여러 가지 심각한 문제가 초래될 수 있다. 실제로 당사자 간의 유효한 대금불확정 합의를 무효화한다면 당사자는 계약에 근거한 일체의 권리를 갖지 못하게 된다. 예를 들면, 매도인의 경우에는 대금을 청구하지 못할 수 있고 (제35조, 제62조), 대금을 지급받지 못했는데도 계약위반을 근거로 계약을 해제하지 못함으로써 물품을 반환받지 못할 수도 있으며 (제64조 제1항, 제81조 제2항), 매수인의 경우에는 물품이 적합성 기준(제35조)에 미달함에도 불구하고 그 부적합에 대한 손해배상청구권(제45조, 제74조)을 갖지 못하게 된다.¹⁸⁾

대금불확정계약의 유효성 여부를 국내법의 적용에 따라 판단해야 한다라는 세 번째 견해는 본 협약 제55조의 입법 역사와 긴밀한 관련이 있다. ‘3. CISG 제55조 입법의 역사’에서 살펴보았듯이 제55조의 “유효하게 성립한”이라는 문

15) RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 30 May 2001; RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 22 November 1995.

16) Gyula Eörsi, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan, 1987, p.141.

17) [SWITZERLAND Handelsgericht des Kantons St. Gallen 5 December 1995].

18) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), P 155.

구는 원래 대금에 대한 합의를 필수적 요건으로 하고 있는 pretium certum (대금의 확정가능성)이라는 적용가능한 국내법상의 요건을 염두에 두고 삽입되었다. 그러나 오늘날 pretium certum은 형식적 또는 실질적으로 사문화 되어가는 추세이고 따라서 그 문구는 적용가능한 국내법이 아니라 협약 제14조를 겨냥하여 해석되는 것이 타당하다. 협약 제14조가 대금을 정하거나 이를 정하기 위한 규정을 두도록 할 것을 요구함에 의해서 매수인은 더 이상 과도한 대금을 지불해야할 위험에 처하지 않을 수 있게 되었다. 따라서 pretium certum에 관한 적용가능한 국내법에 따른 계약의 유효성 여부는 제14조에 의해서 배제되었다 할 것이므로 세 번째 견해 역시 타당하지 않다고 생각한다.

결론적으로 제14조는 청약에 국한해서 그리고 제55조는 계약체결과 관련해서 규정한 것이므로, 일단 계약이 체결되었다면 청약의 유효여부는 문제되지 않으며 계약이 체결되었다는 그 자체가 대금 규정의 존재 여부와는 무관하게 청약이 충분할 정도로 확정적이라는 것을 입증하기에 제55조가 제14조에 우선한다는 첫 번째 견해가 타당하다고 본다.

5. 제55조 대금 결정 방식 적용의 전제조건

제55조 대금 결정방식을 적용하기 위해서는 첫째로, 당사자사이에 계약이 유효하게 체결되고,¹⁹⁾ 둘째로, 그 계약이 명시적 또는 묵시적으로 대금을 정하지 아니하였거나 대금을 결정할 수 있는 조항을 두지 아니하여야 한다. 우선, 제55조 대금 결정 방식 적용의 전제조건으로서 유효한 대금불확정 계약의 어떤 경우에 성립할지 여부에 대한 견해의 대립부터 살펴 볼 필요가 있다.

(1) 유효한 대금불확정 계약의 성립 (1) - 협약의 제2편을 배제하는 92조 유보

19) CZECH REPUBLIC Nejvyšší soudské republiky 25 June 2008 (“매매계약이 체결되었는지 그리고 그 계약이 유효하게 체결되었는지를 판단하는 것이 긴급하다”); SWITZERLAND Handelsgericht Zürich 22 December 2005 (Retail fashion clothes case) (“제55조에 따라 가격을 결정하기 위해서는 계약이 유효하게 체결되어야 한다”).

이와 관련해서, 당사자 간에 대금에 대한 합의가 없음에도 계약이 유효하게 성립하는 경우를 매우 엄격하게 해석하는 견해가 있다. 그러한 견해에 따르면 당사자 중에 일방이 영업소를 계약국에 두고 있지만 그 계약국이, 협약의 비준 또는 승인, 가입 시에 협약의 제3편(물품의 매매)에는 구속되나 제2편(계약의 성립)에 구속되지 않겠다는 선언을 하였고(제92조 제1항), 해당국가의 국내법이 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하지 아니하거나 이를 정하는 규정을 두지 아니한 경우에도 계약이 유효하게 성립할 수 있다고 규정하고 있는 경우에 한하여 제55조가 적용된다.²⁰⁾ 다시 말해서 제14조가 제55조에 우선하므로 계약에 대한 합의가 없다면 계약이 성립하지 않는다는 것, 결국 92조 유보선언을 한 경우 이외에는 대금불확정계약은 유효하지 않다는 것이다.

반면에, 유효한 대금불확정계약의 성립을 이처럼 협약의 제2편을 배제하는 92조 유보의 경우로 국한시킬 수 없다는 견해도 있다. 예컨대 공해상에서 일부 부품의 고장으로 인해 선박이 표류하고 있는 긴급상황에서 매수인이 대금에 대한 합의 없이 대체품을 전신을 통하여 급히 보내달라는 주문을 하고 매도인이 별도의 통지 없이 즉시 물품을 발송하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 상황은 표준화된 물품의 증가로 인해 점점 더 빈발하고 있다.²¹⁾

전술한 바의 엄격한 해석의 문제점은 비록 대금에 대한 합의가 없음에도 불구하고, 말이나 글 또는 행동으로 당사자가 자신들의 합의에 구속된다는 점을 밝히고 있는 거래를 무효화하는 결과를 초래할 수 있다는 것이다. 그리고 설령 긴급상황이 아니더라도, 대금에 대한 합의가 없는 상황에서 매도인이 이미 물품을 제조 또는 송부하였거나 매수인이 전매나 생산을 위해 물품이 공급되기를 기대하고 있을 경우 엄격한 해석에 따른다면 그 결과가 심각할 수 있다. 합의에 기초한 신뢰를 바탕으로, 물품이 공급, 인수 나아가 사용된 경우에는 더욱 심각한 결과를 초래할 수 있다.

두 견해 중에 후자의 견해가 타당하다할 것이다. 왜냐하면, 당사자간의 유효한 대금불확정 합의를 무효화한다면 당사자는 계약에 근거한 일체의 권리를 갖

20) Secretariat Commentary on article 51 of the 1978 Draft [draft counterpart of CISG article 55].

21) Gyula Eörsi, *Ibid.*, p.401-409.

지 못하게 되며 그 위험성은 전술한 두 번째 견해에 대한 비판에서 언급한 바 있다. 결국, 본 협약 제14조 제1항은 대금을 정하지도 또는 대금을 정하는 규정을 두지도 않은 제안은 청약이 아니며 따라서 상대방이 승낙한다는 회신을 하더라도 계약이 성립되지 않는다는 것을 의미하는 것일 뿐이지, 당사자들이 구속 받고자 하는 의사를 표시하는 합의 또는 행위(예컨대 물품의 선적 또는 물품의 수령·사용 등)으로써 계약을 체결하는 것까지 금하는 것이 아니며²²⁾ 따라서 후자의 경우가 바로 본 협약 제55조의 “계약이 유효하게 성립하였으나 그 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하지 아니하거나 이를 정하기 위한 규정을 두지 아니한 경우”에 해당된다할 것이다.

(2) 유효한 대금불확정 계약의 성립 (2) - 92조 유보 선언 이외의 경우

그렇다면, 92조 유보선언을 한 경우이외에, 어떤 경우에 대금불확정계약이 유효하게 성립되고 그에 따라 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 있을까?

첫 번째로, 당사자가 대금불확정계약에 구속되겠다는 공통의 의사가 있는 경우에는 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 있다.²³⁾ 왜냐하면, 그러한 경우는, 제6조에 따라, 당사자의 합의에 의해 제14조 제1항의 두 번째 문장의 적용을 배제 또는 변경한 것이라 할 수 있기 때문이다.²⁴⁾ 그러나 대조적으로 나중에 대금에 대한 합의에 이르지 못한다면 당사자가 구속될 의사가 없을 경우에는 구속력 있는 계약이 존재하지 않는다고 할 것이다. 대금에 대해 나중에 합의하기로 하였지만(agreement to agree) 결국 그 합의에 이르지 못한 경우에는 어떠한가? UCC와는 달리 CISG에서는 그러한 경우에 시장가격을 적용하지 않는다. 당사자가 나중에 대금에 대해 합의하기로 한 경우에는 제55조를 적용할 수 없다. 본 협약에 따르면 합의되지 않는 한 계약에 구속되지 않겠다는 의사

22) Gyula Eörsi, *Ibid.*, P 155.

23) FRANCE Cour d'appel, Grenoble 26 April 1995; AUSTRIA Oberster Gerichtshof 10 November 1994 (Chinchilla furs case).

24) ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, September 1999; BULGARIA Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Bulgaria, 30 November 1998, (Praktika Blgarska trgovskopromishlena palata).

가 있다할 것이므로 계약이 성립하지 않는다 (제8조 제1항). 판례에서도 대금에 대해 후속합의가 없는 경우에는 매매계약이 성립하지 않는다는 것을 확인하고 있다.²⁵⁾ 그러나 이 경우에도 당사자 간에 확립된 관례나 업계의 관행(제9조)이 있다면 그러하지 아니하다.

두 번째로, 대금이 미정이라 할지라도 당사자가 계약상의 의무를 이행하였거나 일부 이행하였다면 대금불확정계약이 유효하게 성립하였다할 것이다. 이는 “당사자의 의도 또는 합리적인 사람이 이해하였을 바를 결정함에 있어서는 당사자의 후속행위를 적절히 고려하여야” (제8조 제3항)하기 때문이다. 따라서 대금을 나중에 합의하기로 하고 대금을 미정인 상태로 두었다할 지라도 후속행위 (계약의 이행, 예컨대 물품의 인도와 수령)를 고려하여 제55조에 따라 대금을 결정할 수 있다. 그렇다면 당사자가 계약체결 중에 청약과 승낙을 의도한 과정에서 서로 다른 물품대금을 제시한 경우 (예를 들어 청약자가 특정 물품의 특정 수량을 미화 1,000달러에 구매하겠다는 청약을 하였는데 상대방이 1,500달러에 판매하겠다는 응답을 한 경우)에는 어떠한가? 그 응답은 대금에 관한 상이한 조건을 제시한 것이므로 청약을 실질적으로 변경한 것으로 보아야 한다(제19조 제3항). 따라서 이 응답은 승낙을 의도하고 있음에도 불구하고 (상대방이 마음을 바꿔, 애초의 1,000달러에 계약하겠다는 승낙의 의사표시가 대금을 변경하는 응답에 앞서 청약자에 도달케 하지 않는 한) 청약에 대한 거절이 되므로 유효한 계약이 성립하지 않고 그 응답 자체는 새로운 청약이 되어 (제19조 제1항) 원 청약자는 그 새로운 청약을 승낙하거나 거절하거나 또는 또 다른 청약 (예컨대 1,200달러에 매입하겠다는 수정 제안)을 할 수도 있다. 그러나 이처럼 청약과 승낙을 의도한 과정에서 당사자가 서로 다른 물품대금을 제시한 경우라 할 지라도 당사자가 계약상의 의무를 전부 또는 일부 이행하였다면 후

25) CHINA International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 25 December 1998; RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 22 November 1995; RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 3 March 1995 (Arbitral award No. 304/1993); RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 3 March 1995 (Arbitral award No. 309/1993).

속행위를 고려하여 대금불확정계약이 유효하게 성립하였다할 것이므로 제55조에 따라 대금이 결정되어야 한다.²⁶⁾

세 번째로, 당사자 중 일방 또는 제3자가 대금을 결정하기로 하였으나 그러지 못한 경우이다. 계약체결의 제안이 당사자 중 일방 또는 제3자가 대금을 결정하도록 하였고 해당 조항이 적용 가능한 국내법에 따라 유효한 경우,²⁷⁾ 이는 제14조 제1항의 “대금을 정하는 규정을 둔” 경우에 해당하므로, 다른 요건이 충족되는 한, 청약이 되며, 상대방이 이를 승낙하면 계약이 성립한다. 만약 제3자가 대금을 결정하도록 하였음에도 제3자가 그러하지 못하였다면, “본 협약을 해석함에 있어서는 국제거래에서 신의 준수를 고려할 필요가 고려되어야”(제7조 제1항) 하므로, 양 당사자는 또다른 제3자를 지명하기 위하여 협력할 의무가 있다. 그러나 결국 여러 사정으로 인하여 당사자 중 일방 또는 제3자가 대금을 결정하지 못한 경우에는 계약이 유효하게 성립한 대금 불확정계약이 되므로 제55조에 따라 대금이 결정되어야 한다. 왜냐하면, 예컨대 당사자 중 일방이 대금을 결정하기로 하였으나 그러하지 아니한 경우 그러한 대금미정이 대금 결정권을 가지고 있는 당사자 일방에게 유리한 결과를 초래할 수 있으므로 “본 협약을 해석함에 있어서는 국제거래에서 신의 준수를 고려할 필요가 고려되어야”(제7조 제1항) 하기 때문이다.

네 번째로 비전통적 방식으로 계약을 체결할 때에도 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 있다. 일반적으로 청약과 승낙의 의사표시의 상호 통신을 통해 계약을 체결하는 것이 전통적 방식이다. 이때 승낙은 청약에 대한 동의를 표시하는 진술 및 기타행위에 의하여 이루어지며 (제18조 제1항), 그 동의의 표시는 청약자가 정한 기간 내에 또는 기간이 지정되지 아니한 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성을 포함한 거래의 제 사정을 충분히 고려하여 합리적인 기간 내에 청약자에게 도달하여야 한다 (제18조 제2항 두 번째 문장). 이때 계약체결의 제안과 동의의 의사표시를 쌍방 간의 청약과 승낙의 상호통신을 통해 행하는 것이 전통적 계약체결 방식인데 특히, 행위에 의하여 승낙을

26) 이 경우에는 제19조 제1항을 묵시적으로 배제 또는 수정하였다 할 수 있다.

27) 이러한 계약 조항의 유효성 여부는 본 협약의 적용대상이 아니므로 (제4조 가호) 국내법에 따른다.

할 경우에는, 매수인의 대금지불이나 물품의 항공운송 등의 경우를 제외하고는, 행위 그 자체로 승낙이 되지 않고 별도의 통지가 필요하다.²⁸⁾ 그러나 이와 달리 피청약자가 행위 그 자체를 행하는 것만으로 승낙이 되는 경우가 있고 그 경우가 바로 비전통적 방식으로 계약을 체결하는 경우라 할 수 있다. 제18조 제3항에 따르면, 피청약자는 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있고 그 행위가 수행되는 순간에, 별도의 통지의 발송 도착과 상관 없이, 승낙이 그 효력을 발생한다. 단 청약자에 대한 별도의 통지 없이 행위 수행만으로 승낙이 그 효력을 발생하기 위해서는, 청약에 의하여 또는 당사자 간에 확립된 관례 또는 업계의 관행에 의하여 그렇게 하는 것이 인정되는 경우에 한한다 (제18조 제3항). 이와 같이 비전통적 방식으로 계약을 체결할 때에는 대금이 불확정일 수 있으나 그럼에도 그 불확정계약은 제18조 제3항에 의거하여 유효하게 성립한 것인 바, 그 매매대금은 제55조에 따라 결정되어야 한다.

다섯 번째로, 제55조는 묵시적 대금결정의 가이드라인이 될 수 있다. 매매대금은 당사자 간의 묵시적 합의에 의해 결정될 수 있는데 이러한 당사자 간의 묵시적 합의는 제8조 제3항과 제9조에 따라 해석되어야 한다. 이때 묵시적 대금의 결정은 “본 협약에 의하여 규율되는 사항에 관한 문제로서 본 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제”(제7조 제2항) 즉 이른바 "gap"에 해당되므로 그 해법은 우선순위에 의거하여 우선적으로 본 협약의 특정조항을 유추 적용하여야 하는 바, 계약을 해석함에 있어서 법원은 제55조에 따라 대금의 묵시적 가격을 결정하여야 한다. 예를 들면, 이미 구입한 물품의 부품을 주문한 매수인은 계약 체결시에 해당 부품의 가격에 묵시적으로 합의한 것이라 할 수 있다.

(3) 대금의 미확정

제55조가 적용되기 위한 둘째 전제조건은 대금의 미확정이다. 따라서, 제14조에 따라 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하거나 이를 정하기 위한 규정을

28) 청약은, 제15조 제1항에 따르면, 상대방인 피청약자에게 도달한 때에 효력이 발생하고, 청약에 대한 승낙은 제18조 제2항에 따르면, 피청약자의 동意的 의사표시가 청약자에게 도달하는 때에 효력이 발생한다.

둔 경우에는 제55조를 적용할 수 없다. 판례에서도 제14조의 의미에서 대금이 충분할 정도로 확정적일 경우에는 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 필요가 없다고 하고 있다.²⁹⁾ 제55조는 본 협약의 바탕이 되는 자유계약의 원칙(제6조)에 따라 당사자간의 의사에 반하여 적용될 수 없다.³⁰⁾ 다시말해서, 당사자가 제14조에 따라 대금을 정하거나 이를 정하기 위한 규정을 둔 경우에 법원이 제55조에 근거하여 계약가격을 정할 수 없다. 그러므로 매수인이 물품을 검사한 후에 대금 액수를 조정할 수 있다는 규정을 둔 경우에는 설령 매수인이 그러한 권리를 행사하지 않았다고 할 지라도 제55조를 적용할 수 없다.³¹⁾ 당사자 사이의 확립된 관례나 업계의 관행(제9조)에 의해 대금 결정방법이 정해질 경우에는 대금에 관한 한 충분히 확정적이라 할 수 있으므로 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 없다. 판례에서도 대금에 대한 합의가 없다 할 지라도 당사자 사이의 확립된 관례상 가격이 있는 경우³²⁾, 그리고 매수인이 물품을 제3자에게 판매한 후 가격을 결정하기로 한 것이 해당 업계에서 일반적으로 준수되는 경우³³⁾에는 그 관례와 관행에 따라 가격이 결정되지 제55조를 적용하지 않는다 하였다. 그렇다면 매수인이 매도인이 배포한 카탈로그나 가격목록을 보고 물품을 주문한 경우에 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 있을까? 매수인의 주문 그 자체는 계약을 유효하게 성립하지 못한다. 매도인의 카탈로그나 가격목록은 제14조 제1항의 특정인에 대한 계약체결의 제안이 아니며 따라서 매도인이 반대의 의사표시를 하지 않는 한 청약의 유인에 불과하다(제14조 제2항). 그리고 매수인의 주문은 대금에 관한 한 충분히 확정적이라 할 수 있으므로 제14조 제1항에 따른 청약이 되며³⁴⁾ 따라서 제55조에 따른 대금 결정 방

29) GERMANY Landgericht Darmstadt 9 May 2000] (freedom of contract underlies United Nations uniform sales law).

30) GERMANY Landgericht Darmstadt 9 May 2000.

31) RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 February 1998.

32) FRANCE Cour d'appel, Paris 22 April 1992; FRANCE Cour de Cassation 4 January 1995.

33) ICC Award No. 8324 of 1995.

34) 매도인이 카탈로그나 가격목록에 기재된 가격에 따라 매수인의 주문수량에 응한다면 이 주문승낙은 청약에 대한 승낙이 되고 따라서 계약이 성립한다.

식을 적용할 수 없다. 왜냐하면 매수인과 같은 부류의 합리적인 자는 동일한 사정 하에서는 매수인의 주문이 카탈로그 또는 가격목록에 기재된 가격을 묵시적으로 언급하고 있다고 이해할 것이기 때문이다 (제8조 제2항).

6. 미정대금의 결정

ULIS는 대금불확정계약의 경우 그 미정대금을 매도인이 해당물품에 대하여 일반적으로 청구하는 가격으로 규정하였고 대금불확정계약에 대하여 유연한 접근법을 취하는 국가들의 국내법은 영국이나 미국의 경우에서처럼 합리적인 가격으로, 혹은 스위스의 경우에서처럼 의무의행 장소에서의 의무이행 시점의 시장평균가격으로 한다고 규정하고 있다. 본 협약에서는 유효하게 성립한 대금불확정계약의 경우, 그 미정대금은 제55조에 따른 대금 결정 방식에 따라, “반대의 표시가 없는 한, 계약체결 시에 당해거래와 유사한 상황에서 매도되는 그러한 종류의 물품에 대하여 일반적으로 청구되는 대금을 묵시적으로 정한 것으로 본다.” CISG가 매매물품의 가격결정에 있어서 이처럼 미정대금의 결정의 기준이 되는 시점, 상황, 거래분야와 관련해서 객관적인 기준을 취한 것은 매도인에 의해서 일방적으로 과도한 대금을 청구하는 일이 없도록 하기 위함이다.³⁵⁾

제55조에 따른 미정대금 결정 방식의 첫 번째 요소는 시간으로서, 물품인도 시점이 아니라 계약성립 시점이 그 기준이 된다. 계약은 청약에 대한 승낙이 효력을 발생하는 순간(제23조)인데 그 승낙이 효력을 발생하는 것은, 일반적인 경우에는 청약에 대한 동의를 표시가 청약자에 도달한 순간(제18조 제2항 첫 문장), 또는 청약에 의하여 또는 당사자들 사이에 확립된 관례나 관행의 결과로 별도의 통지 없이 행위를 수행함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는 그 행위가 수행되는 순간(제18조 제3항)이다. 단, 청약에 대한 동의를 표시가 청약자에 도달한 다 할지라도 그 도달이 승낙 기한(청약자가 기간을 지정한 경우에는 그 지정한 기간 내에, 기간을 지정하지 아니한 경우에는, 합리적인 기간 내에)

35) 그러나 CISG의 이러한 접근법은 매도인이 해당물품에 대하여 일반적으로 청구되는 대금 이하의 가격으로 물품을 판매하려 할 시에는 오히려 매수인에게 불리하게 작용할 수도 있다.

을 지나 도달한다면 승낙의 효력이 발생하지 아니하고(제18조 제2항 둘째 문장) 따라서 당사자 간에는 계약이 성립하지 않으며 그 결과 제55조를 적용할 수 없다. 물론 이처럼 연락된 승낙이라 하더라도 그 연락의 사유가 피청약자의 발송지체 때문이라면, 청약자가 지체없이 그 연락된 승낙이 승낙으로서 효력이 있다는 취지를 피청약자에게 통지할 경우에는 대금불확정계약이 유효하게 성립하고(제21조 제1항)³⁶⁾ 따라서 그 미정대금은 제55조에 따라 결정될 수 있다. 반면에 그 연락의 사유가 전달과정의 지연으로 인한 경우라면, 청약자가 지체없이 피청약자에게 그 청약이 실효했음을 알리지 않는 한, 연락된 승낙은 자동적으로 효력을 발생하고 대금불확정계약이 유효하게 성립하고(제21조 제2항) 따라서 그 미정대금은 제55조에 따라 결정될 수 있다. 제55조는 장소라는 요인에 대해서 언급하지 않고 있으나 반대의 의사표시가 없는 한 해당 물품의 세계 시장의 사격이 특정 지역이나 국가에서 형성되는 가격에 우선한다 할 것이다. 실제 판례에서는 장소와 관련하여 매도인의 영업소가 있는 나라에서의 물품의 가격을 참조하고 있다.³⁷⁾ 그러나 매도인의 영업소가 있는 나라에서의 물품의 가격보다는 물품의 인도가 행해져야 할 장소에서의 가격을 참조하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 제76조 제1항에 따라서 배상 청구하는 손해(계약이 해제되고 물품의 시가가 존재하며 손해배상을 청구하는 당사자가 대체품을 구매하거나 대체매각을 하지 아니한 경우에 배상 청구하는 손해)액을 산정할 때 그 시가는 물품의 인도가 행해져야 할 장소에서의 가격”이고 물품의 인도가 행해져야 할 장소에서의 시가가 존재하지 않는 경우에는 인도장소까지의 운송비 차액을 감안하여 합리적인 대체장소에서의 가격을 말하기 때문이다(제76조 제2항). 제55조 적용과 관련하여 이처럼 물품의 인도가 행해져야 할 장소에서의 가격을 참조한 판례는 아직 없지만 제76조 제2항)의 시가 개념의 해석할 때 제55조를 기초로 한 판례는 존재한다.³⁸⁾ 그러나 물품의 인도장소 또는 합리적인 대체장소에서의 시가가 존재하지 않을 경우에는 제55조에 따른 미정대금 결정

36) 청약자가 별도의 통지를 하지 않을 경우에는 계약이 성립하지 않는다.

37) GERMANY Landgericht Neubrandenburg 3 August 2005; SWITZERLAND Tribunal Cantonal Valais 27 April 2007.

38) GERMANY Oberlandesgericht München 15 September 2004.

이 어려울 수 있다. 이 경우에는 해당물품에 대하여 일반적으로 청구되는 대금은 당해 물품의 통상적인 가격을 원용할 수 밖에 없으나 매수인의 특별한 목적에 맞도록 제조 생산되는 물품인 경우에는 그 원용이 어려울 수 있다.³⁹⁾

두 번째 요인은 너무나 당연한 것이지만 동종의 물품의 대금을 고려해야만 한다는 것이다.

세 번째 요인은 동종 물품의 매매계약의 조건에 관한 것이다. 이 조건은 실제 매매 조건 (대금결정에 영향을 미치는 인도 및 결제조건 특히 결제방식, 인도방법, 물품인도의 장소, 신용조건, 계약위반의 결과, 협정조항의 변경 및 배제에 관한 당사자 간의 합의, 당사자의 진술 및 기타 행위의 해석 등)과 동일한 필요까지는 없지만 유사해야만 한다.

마지막 요인은 해당 거래와 유관한 시장으로 국한한다는 것으로서 특정 거래업계의 관행이 고려되어야만 한다는 점이다.

상기의 제반 규정들과 고려요인들은 당사자 일방 또는 쌍방이 묵시적으로라도 대금을 언급하지 않았더라는 반대의 표시가 있는 한 적용되지 않는다. 따라서, 계약의 당사자 일방이 동일물품의 매매에 관하여 당사자 간에 체결된 예전 계약을 참조하거나 혹은 계약체결에 앞서 당사자 간의 사전교섭을 참조한 것이라면 대금은 거기에 근거하여 정해질 수 있다. 그리고 당사자 일방이 대금에 대한 묵시적 참조를 수용할 수 없다고 하였다면 마찬가지로 제55조를 적용할 수 없다⁴⁰⁾. 만약에 매수인이 매도인에게 물품의 가격목록을 요청하여 받은 바 있다면 가격목록을 수령했다는 사실은 그 자체만으로 승낙할 경우에 구속될 의사가 없음을 명확히 표시하고 있다할 것이지만 대금에 대한 아무런 조항을 두지 않은 채로 계약이 체결되었다면, 그러한 상황에서 가격목록을 수령했다는 사실은 반대의 의사표시가 있는 경우에 해당하므로 제55조의 대금결정방식을 적용할 수 없고 대금은 매도인이 송부한 가격목록에 따라서 결정되어야만 한다.

39) Ingerborg Schwenzer, Ibid., p. 821.

40) 대금은 결정될 수 없고 따라서 계약이 성립될 수 없다.

7. 입증책임

대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하지 아니하거나 이를 정하기 위한 규정을 두지 아니하였음에도 불구하고 유효한 계약이 성립하였음을 입증해야 할 책임은 누가 제55조를 원용하느냐에 따라 다르다. 대부분의 경우에 해당되겠지만 매도인이 매수인에게 대금 결제할 것을 요구하며 대금청구소송을 제기할 경우에는 제55조를 원용하는 당사자가 매도인이므로 그 매도인이 유효한 대금불확정계약의 성립을 입증해야 한다. 그러나 물품의 대금문제는 계약의 성립과 연관되어 있다. 따라서 계약이 성립하였음을 주장하고 그에 근거하여 물품의 인도를 요구하는 매수인이 제55조를 원용하여 제55조 적용의 전제요건을 입증해야 하기도 한다.

당사자 중에 일방이 영업소를 계약국에 두고 있지만 그 계약국이, 협약의 비준 또는 승인, 가입 시에 협약의 제3편(물품의 매매)에는 구속되나 제2편(계약의 성립)에 구속되지 않겠다는 선언을 하였고 (제92조 제1항), 해당국가의 국내법이 대금을 명시적 또는 묵시적으로 정하지 아니하거나 이를 정하는 규정을 두지 아니한 경우에도 계약이 유효하게 성립할 수 있다고 규정하고 있는 경우에 제92조의 적용여부의 문제는 법적문제로서 양 당사자 중 누구도 입증할 필요가 없는 사안이다.

그러나, 일반적으로 청구되는 가격이 얼마인지에 대한 입증책임의 문제에 대해서는 견해가 대립된다. 주장하는 이에게 입증책임이 있다는 일반원칙에 의거해서 특정대금을 주장하는 당사자가 그 대금 액수를 입증해야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 반면에 제55조에 따른 가격의 결정은 법원 또는 중재판정부의 권한에 속하므로 법원 또는 중재판정부가 당사자에게 관련된 사실 여부를 확정하는데 협조를 요구할 수 있다는 견해도 있다.⁴²⁾

41) Petra Butler, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Hart Publishing, 2011, p. 816.

42) Ingerborg Schwenzer, Ibid., p. 823.

8. 마치는 글

대금불확정계약에 대해 제14조와 제55조를 적용함에 있어서 두 조항의 외견상의 상호 충돌을 어떻게 해결할 지에 대한 학설의 대립은 극단적이라 할 정도이다. 제14조가 제55조에 우선한다는 주장이 있는가하면⁴³⁾ 정반대로 제55조가 제14조에 우선한다는 주장도 있다. 그리고 이러한 주장의 양 극단 사이에도 다양한 스펙트럼의 견해가 존재한다. 그러나 본 논문에서 기술한 것처럼 제55조가 제14조에 우선한다고 봄이 타당하며 따라서 협약의 제2편을 배제하는 92조 유보선언을 한 경우이외에도 당사자가 대금불확정계약에 구속되겠다는 공통의 의사가 있는 경우, 당사자가 계약상의 의무를 이행하였거나 일부 이행하였을 경우, 당사자 중 일방 또는 제3자가 대금을 결정하기로 하였으나 그러지 못한 경우, 비전통적 방식으로 계약을 체결하는 경우에도 제55조에 따른 대금 결정 방식을 적용할 수 있다.

참고문헌

- 서헌제, 「國際去來法」, 法文社, 2006.
이기수·이병준, “매매대금의 합의와 계약의 성립요건”, 「國際去來法研究」 제7집, 國際去來法學會, 1998.
이기수·신창섭, 「國際去來法」, 세창출판사, 2013.
최준선, 「국제거래법」, 三英社, 2015.
Gyula Eörsi, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan, 1987.
Ingerborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 3rd Edition*, Oxford University Press, 2009.
John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United*

43) Farnsworth, Formation of Contract, Ghestine, RAD1 1988, pp5-6.

Nations Convention, 3rd ed.,1999.

Petra Butler, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Hart Publishing, 2011.

Secretariat Commentary on article 51 of the 1978 Draft [draft counterpart of CISG article 55].

〈판례〉

AUSTRIA Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz 4 March 1993.

AUSTRIA Oberster Gerichtshof 10 November 1994.

AUSTRIA Oberster Gerichtshof 10 November 1994 (Chinchilla furs case).

BULGARIA Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Bulgaria, 30 November 1998, (Praktika Blgarska trgovskopromishlena palata).

CZECH REPUBLIC Nejvyšší soudské republiky 25 June 2008.

CHINA International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 25 December 1998.

FRANCE Cour d'appel, Paris 22 April 1992.

FRANCE Cour de Cassation 4 January 1995.

FRANCE Cour d'appel, Grenoble 26 April 1995.

GERMANY Landgericht Darmstadt 9 May 2000] (freedom of contract underlies United Nations uniform sales law).

GERMANY Oberlandesgericht München 15 September 2004.

GERMANY Landgericht Neubrandenburg 3 August 2005.

HUNGARY Legfelsbb Bíróság, Budapest 25 September 1992.

ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, September 1999 (Arbitral award No. 9819).

ICC Award No. 8324 of 1995.

ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, France, 1995 (Arbitral award No. 8324).

RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 3 March 1995 (Arbitral award No. 304/1993).

RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 3 March 1995 (Arbitral award No. 309/1993).

RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 22 November 1995.

RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 February 1998.

RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 30 May 2001.

SWITZERLAND Handelsgericht des Kantons St. Gallen 5 December 1995.

SWITZERLAND Bezirksgericht St. Gallen 3 July 1997.

SWITZERLAND Handelsgericht Zürich 22 December 2005.

SWITZERLAND Tribunal Cantonal Valais 27 April 2007.

[Abstract]

A study on Determination of the Price in Open-price Contracts in International Sale of Goods

Oh, Soo-Yong

Professor, Law School of Jeju National Univ.

Article 55 deals with the question of how the price is to be calculated if the contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly

fix or make provision for determining the price. On the other hand, under Article 14 a proposal for concluding a contract constitutes an offer only if it is sufficiently definite. This is the case if the proposal indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

This provision was a problem throughout the preparation of the Convention. The difficulties, in particular, were due to the fact that under the law of some States, for example, Austrian, Belgian, Dutch, French and Soviet Law, a contract of sale must necessarily set forth the price or provide a mechanism for determining the price. In addition, Article 55 must be read in conjunction with Article 14. The question then arises whether there is a conflict between Articles 14 and 55. This question is not only interesting from a theoretical point of view. It might also be interesting to ascertain its practical importance.

For example, where a buyer has an urgent need for goods and orders them by phone, no reference being made by either party to the price, a strange situation can be arose where the buyer after ordering the goods informs the seller that he actually does not need them, but where the seller already ships the goods or has started production and incurred costs in an effort to assist the buyer.

I would like to address several issues with regard to two questions which usually arise in this provision, that first, in what situations Art. 55 applies and secondly, how one ascertains a given price.

Key words : requirements for an offer, intention to be bound, sufficiently definite proposal, pretium certum, open-price contracts