

통 상 법 률

목 차

2021년 제4호 (통권 제153호)

◆ 논 단

1. 국제물품매매협약(CISG)의 본질적인 계약위반 관련 국내 법원
판례 평석 - 2010년 이후의 주요 판결들을 중심으로 정 홍 식 / 3
2. 국제투자중재에서의 자연인 투자자 관련 인적 관할
- 국적 판단 및 다중국적 관련 주요 판정례의 법리 분석 윤 석 준 / 34

◆ 연구노트

1. 대외무역법령의 개정에 대한 제언 이선희·박세운 / 65
2. Applying Economics Theory to International Business Transaction
Law and International Private Law 박 태 정 / 80

◆ 해외동향

1. 침체기에 빠진 WTO, 제12차 각료회의의 성과를 통해
부활할 수 있을까? 안 홍 상 / 92
2. UN 국제상거래법위원회 제1실무작업반 논의 동향 김 하 영 / 99

국제물품매매협약(CISG)의 본질적인 계약위반 관련 국내 법원 판례 평석

- 2010년 이후의 주요 판결들을 중심으로*

중앙대 법학전문대학원 교수 정 홍 식**

*논문접수 : 2021. 10. 16. *심사개시 : 2021. 11. 1. *게재확정 : 2021. 11. 15.

〈 목 차 〉

- | | |
|--|--|
| I. 서론 | IV. 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2010나29609
판결 |
| II. 협약에서 본질적 계약위반의 요건 및 효과 | 1. 인정된 사실관계 |
| 1. 본질적 계약위반의 효과 | 2. 당사자들의 주장 요지 |
| 2. 본질적 계약위반의 요건 | 3. 본안에 관한 대상판결의 판단 및 평석 |
| III. 서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나31258
(본소) 및 2011나31661(반소) 판결 | V. 결론 |
| 1. 인정된 사실관계 | |
| 2. 당사자 주장의 요지 | |
| 3. 본안에 대한 대상판결의 판단 및 평석 | |

I. 서론

우리 민법은 물품매매계약에 따른 책임을 채무불이행책임과 담보책임으로 나누

어 규정하고 있지만, 국제물품매매에 관한 유엔협약(CISG, 이하, “협약”)은 이러한 구분없이 계약위반(breach of contract)으로 책임관계를 통일하고 있다. 협약의 이러한

* 본고는 2021년 8월 25일 개최된 (사)국제거래법학회 산하 국제매매법연구회가 CISG 관련 판례평석집 발간을 목표로 기획하여 개최된 제65회 정기연구회에서 필자에게 할당된 판례들을 분석하여 발표한 논문을 수정·보완한 것임을 밝힌다. 심사과정에서 여러 가지 훌륭한 심사평을 해주신 익명의 심사자들에게 지면을 빌어 감사의 말씀을 드린다.

** 중앙대학교 법학전문대학원 교수

태도는 영미법계의 입장을 따른 것이다.¹⁾ 그리고 민법은 계약을 해제할 수 있는 사유로서 이행지체(제544조)와 이행불능(제546조)을 규정하고 있고, 대법원 판례²⁾는 불완전이행을 계약해제 사유로 추가하고 있다. 이에 대해 협약은 계약위반을 본질적 계약위반(fundamental breach of contract)과 그 밖의 계약위반(non-fundamental breach of contract, ‘비본질적 계약위반’ 또는 ‘단순한 계약위반’이라 함)으로 구별하여 양자의 효과에 차이를 두기에, 본질적 계약위반은 협약상 계약위반에 대한 구제체제에서 매우 중요하다. 협약이 적용되는 사건에 본질적 계약위반 여부의 검토는 가장 뼈대가 되는 사안이고, 이 쟁점을 제외하고 사건을 해결하기는 어려울 정도이다.

대한민국이 협약에 가입하여 효력을 발한 2005년 이후 국내에서도 협약이 적용된 판례들이 상당히 나오고 있는데, 본고에서는 협약이 적용되어 2010년 이후에 내려진 국내 법원 판결들 중 본질적 계약위반이 주된 논점으로 작용하였으며 논란이 되고 있는 서울고등법원 판례 2개를 집중적으로 분석해보고자 한다. 그러기 위해 본질적 계약위반의 요건과 효과에 대해 먼저 간략히 검토해 본 후, 판례 평석을 하도록

한다.

II. 협약에서 본질적 계약위반의 요건 및 효과

1. 본질적 계약위반의 효과

협약은 본질적 계약위반에 해당하는 경우에만 계약해제라는 구제수단을 인정하고(제49조, 제51조 및 제64조), 이를 이행기전 계약위반(제72조)과 분할인도계약(제73조)에도 관철하고 있으며, 대체물인도청구권을 인정하고(제46조 제2항), 위험이전 이후에도 매수인에게 여전히 구제수단을 행사할 수 있도록 한다(제70조). 한편 협약상 매수인은 물품을 수령할 의무를 부담하나(제60조), 본질적 계약위반의 경우 매수인은 물품수령을 거절할 수 있다. 추가로 본질적 계약위반으로 인하여 계약을 해제하였다고 하더라도 채권자는 여전히 채무자에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 있음은 물론이다(제45조 제2항, 제61조 제2항). 이렇듯 본질적 계약위반의 효과는 협약 전반에 걸쳐 대단히 큰 영향을 미치고 있고, 협약의 핵심 기준에 해당한다.

반면 비본질적 혹은 단순한 계약위반의

1) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사(2010), 101면.

2) 계약의 불완전이행이란 계약의 일부만을 이행하거나, 계약을 이행하였지만 그 내용에 하자가 있어서 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말한다(대법원 1994. 4. 12. 선고 93다45480, 45497 판결 등).

경우에는 손해배상청구권 등 계약해제 외의 구제수단만을 허용한다. 매도인과 매수인이 지리적으로 멀리 떨어져 있는 국제물품매매거래에서 물품에 사소한 하자가 있다는 이유만으로 계약을 해제할 수 있다면 물품의 반송을 위해 불필요한 운송을 다시 해야 하는 문제가 발생하기에 이는 타당하다. 그렇지 않으면 매수인이나 매도인은 계약체결 후 가격의 변동으로 자신에게 불리한 상황이 발생하면 사소한 하자를 이유로 계약을 해제하려고 할 것이다. 이처럼 협약에서는 손해배상을 통하여 손쉽게 구제될 수 있는 사소한 하자에 대해서는 계약해제를 인정하지 아니하고, ‘본질적 계약위반’이라는 엄격한 요건이 충족된 경우에만 계약해제를 허용하고 있다.³⁾

그렇다고 협약상 ‘본질적 계약위반’이라는 개념과 요건이 독자적인 의미를 갖기는 하지만, 아주 명확하게 규정된 것이라기보다 복잡하고 불투명한 개념이라는 비판이 있다.⁴⁾ 그 이유로는 협약성안을 위한 외교회의의 참가국간에 완전한 의견일치를 보

지 못하였을 뿐만 아니라 작성과정 중에도 여러 차례 바뀌고 최종적으로는 절충적인 타협물로 완성되었기 때문이라고 한다.⁵⁾

2. 본질적 계약위반의 요건

협약에서 본질적 계약위반은 매도인과 매수인에 따라 달리 규정하지 않고 제25조에서 통일적으로 규정하고 있다.

“당사자 일방의 계약위반은, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에 본질적인 것으로 한다. 다만, 위반당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다.”⁶⁾

위 조항에 따르면 본질적 계약위반의 요건은 ① 계약상 의무위반이 있어야 하고, ② 계약을 위반한 당사자의 상대방의 기대를 실질적으로 박탈할 정도의 손실이 있어야 하며, ③ 계약상 채무를 이행하지 아니

3) Ingeborg Schwenzer ed., Schlechtriem & Schwenzer's Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd ed., Oxford(2010), Art 25, para. 6. (written by Ulrich Schroeter).

4) 최흥섭, “유엔국제매매법(CISG)에서 본질적 계약위반”, 국제거래법연구 제16집 제2호(2007), 244면.

5) 상동. 보다 자세한 협약의 입법경위와 연혁에 대해서는 최흥섭, 242~244면과 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반” 법학논집 제23집 제2호(2006), 5-7면을 참조.

6) 제25조의 영문은 다음과 같다: “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

한 채무자의 예견가능성이 있어야 한다. 이 세 가지 요건의 상세는 아래와 같다.

가. 계약상 의무위반

본질적 계약위반이 되기 위해서는 계약에서 부과하고 있는 의무를 위반해야 한다. 설령 계약의 대상인 물품이 공공기관에서 요구하고 있는 안전기준을 위반했다고 하더라도 이러한 안전기준이 계약의 의무내용이 아니라면 계약위반이라고 할 수 없다. 한편 첫 번째 요건인 계약위반(breach of contract)의 문면상 의미는 ‘계약에서 규정하고 있는 당사자들간 약정을 불이행하는 경우’⁷⁾인데, 계약상 의무에 명시적으로 포함되지 않은 협약상의 의무는 여기에 포함되는지 의문이다. 만일 당사자들이 계약상 명시적으로 약정하지 않은 사항이지만 협약에서 규정하고 있는, 예컨대 협약 제35조 제2항에 따른 매도인의 통상의 사용목적 혹은 통상의 방법에 따른 포장의무를 위반하는 경우, 여기 첫 번째 요건을 구비하는가? 실제 실무에서는 협약상의 의무위반에 대해서 아래 두 가지 다른 요건이 구비된다면 본질적 계약위반으로 보는 것이 일반적임에도 불구하고, 여기 첫 번째 요건은 문면상 ‘계약위반’ 그 자체만을 의미하는 것으로 보이기에 그 범위의

해석에 있어 다소 논란이 있을 수 있다.

협약이 적용되는 수 많은 무역거래에서 세세한 계약조건을 담은 계약서를 작성하지 않고 거래가 이루어지는 경우는 허다하다. 계약서가 제대로 작성되지 않은 거래에서 일방당사자의 ‘협약상’ 의무위반에 대해 상대방이 (다른 요건들이 구비된다면 전제하에) 본질적 계약위반이라고 주장하며 그에 따른 구제를 구하고자 하는데, 채무자가 첫 번째 요건인 ‘계약상’ 의무위반은 존재하지 않기 때문에 본질적 계약위반이 아닌 비본질적 계약위반 정도로 취급해야 한다는 주장이 가능할지 의문이다. 반면 해당 계약이 협약의 적용범위에 포함된다면 ‘협약상’ 의무위반은 자동적으로 ‘계약상’ 의무위반으로 봐야 한다는 주장도 제기될 수 있다고 본다.

이러한 차이점에 대해 설명한 국내 문헌은 찾아보기 어려운데, 생각건대 설사 해당 계약이 세세한 계약조건을 담고 있지 않다고 하더라도 협약에서 규정하고 있는 의무의 위반에 대해서는 그것 또한 ‘계약위반’의 일부로 보는 것이 채권자 보호와 아울러 채무자의 주장, 즉 ‘계약상’ 의무위반은 존재하지 않기 때문에 본질적 계약위반이 아닌 비본질적 계약위반 정도로만 취급해야 한다고 주장하는 등의 악용을 방지

7) Black's Law Dictionary, 6th Ed.(West), p. 188.

할 수 있다고 본다. 그래야 협약에서 제공하는 구제도 그 의의를 갖게 된다. 따라서 여기 첫 번째 요건인 ‘계약상 의무위반’에는 ‘협약상의 의무위반’도 같이 포함되는 개념이라고 해석되어야 마땅하다.⁸⁾ 물론 협약 제25조의 문구를 ‘당사자 일방의 계약위반 또는 협약위반은...’으로 밀줄 친 부분이 추가된다면 그 의미는 더 명확해질 것이다.

나. 계약상 기대의 실질적 박탈

본질적 계약위반이 되기 위해서는 채권자가 그 계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈당할 정도의 손실(detriment)⁹⁾을 입어야 한다. 이 요건은 두 가지 요소로 나누어지는데, ‘실질적 손실’이 있어야 하고 이러한 손실은 ‘계약적 기대’에 관한 것이어야 한다.¹⁰⁾

당사자가 계약으로부터 무엇을 기대하

는가는 구체적인 계약과 계약조항에 의하여 당사자들이 예상한 위험의 배분에 달려 있는데, 여기에서 기대의 주체는 계약의 양 당사자가 아니라 계약위반의 상대방인 채권자이다.¹¹⁾ 결국 어떤 특정 의무의 위반이 본질적 계약위반이라고 단정할 수 없고, 개별 계약의 해석에 따라서 개별적·상대적으로 결정될 수 밖에 없다.¹²⁾ 이러한 점에서 본질적 계약위반이 되기 위한 계약상 의무는 주된 의무에 한정되지 아니하고 부수적 의무도 포함 된다.¹³⁾ 그러나 여기에서 더 나아가 제6조는 협약 일부 규정의 효과를 변경하는 것을 허용하고 있기 때문에, 만일 양 당사자들이 계약의 취지를 고려하고 본질적 계약위반의 요건구비가 불분명할 수 있음을 대비하여, 계약상 명시적으로 특정 의무위반은 다른 요건의 구비 여하를 따지지 않고 본질적 계약위반으로 간주한다는 합의는 가능하고 유효하다.¹⁴⁾

8) Schwenzer, *supra* note 3, Art 25 (written by Schroeter) paras. 13-14도 동지.

9) ‘detriment’라는 용어는 국제적 법률문서에서 잘 사용되지 아니하고, 영미법에서도 익숙하지 아니한 용어이다. 이러한 용어를 사용한 것은 ‘injury’, ‘harm’, ‘result’보다 더 넓게 해석되도록 하기 위해서이다. C.M Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, GIUFFRÉ(1987), pp. 210-211 (이현목, “국제물품매매협약(CISG)의 본질적 계약위반과 신용장 개설의무위반 - 대법원 2013.11.28. 선고 2011다 103977 판결을 중심으로” 통상법률, 통권 제119호(2014), 134면에서 재인용).

10) 최흥섭, 각주 4, 244면.

11) 석광현, 각주 1, 103면.

12) 상동, 104면.

13) 석광현, 각주 5, 471면.

14) 정홍식, “국제물품매매협약(CISG) 적용 하에서 매매계약 체결에 관한 실무적 고려사항”, 통상법률, 통권 제94호(2010), 3면.

한편, 계약해제를 위한 실질적 손실은 손해의 정도가 아니라 물품매매계약에서 규정하고 있는 채권자의 보호이익 또는 계약의 목적에 따라 결정되어야 한다.¹⁵⁾ 즉 제25조에서의 손실은 손해배상청구를 위하여 산출된 구체적 액수로서의 손해보다도 계약의 해석을 통하여 도출된 채권자가 가지는 본질적인 계약이익의 상실을 의미한다.¹⁶⁾ 따라서 계약을 해제하고자 하는 당사자는 반드시 구체적인 손해를 입증할 필요가 없다.¹⁷⁾ 그러므로 계약에서 정해진 날에 반드시 인도가 이루어져야 하는 정기행위의 경우에 인도가 지연된 결과 매수인이 입게 되는 실제 손해의 범위와 관련없이 매수인은 계약을 해제할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 계약상 이익이 전부 소멸되어야 본질적 위반이 되는지, 금전적 손해의 중대성은 어느 정도로 평가되어야 하는지 등 여전히 많은 문제가 제25조의 문언적 해석만으로 해결되지 아니한다는 비판이 가능하다.¹⁹⁾ 이러한 애매모호함을 해결하기 위해 앞서 언급한 대로 양 당사자들은 협약이

적용되는 것을 전제로 어떠한 계약위반의 경우에 본질적 계약위반에 해당되는 것인지 구체적으로 명시할 실익이 있다.

다. 예견가능성

본질적 계약위반의 결과를 채무자가 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 이와 같이 예견가능성의 요건을 요구하는 이유는 공평의 원칙을 근거로 하여 통상적으로 예상할 수 없는 비정상적 상황에서 당사자의 이익에 균형을 맞추기 위함이다.²⁰⁾ 주의할 점은 예견가능성의 대상은 계약위반 자체가 아니라 상대방의 기대의 실질적 박탈이라는 계약위반의 결과이다.²¹⁾ 여기에서 입증책임은 채무자에 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 채무자가 계약위반의 결과를 예견하지 못하였을 것이라는 주관적 기준과, 그와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한

15) Schwenzer, *supra* note 3, Art 25 (written by Schroeter) paras. 21-22.

16) 석광현, 앞의 책, 103면.

17) Schwenzer, *supra* note 3, Art 25 (written by Schroeter) para. 22.

18) *Id.*, para. 23.

19) Robert Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International (1999), p. 219 (이현묵, 각주 9, 135면에서 재인용).

20) Bianca, p. 215 (이현묵, 각주 9, 135면에서 재인용).

21) 석광현, 각주 5, 447면.

상황에서 그러한 결과를 예견할 수 없었을 것이라는 객관적 기준이 ‘모두’ 충족되어야 본질적 계약위반에 대한 책임을 면한다. 따라서 채무자가 예견하지 못했더라도 같은 부류에 속하는 합리적인 사람이 예견할 수 있었던 경우에는 예견가능성이 있으며, 그 반대의 경우도 마찬가지이기에 책임을 면할 수 없다.

한편 제25조에서는 예견가능성을 판단하는 기준시점을 명시하고 있지 않다. 이에 관해 계약체결시를 기준시점으로 봐야 한다는 견해와 계약체결 이후에 알게 된 사정도 고려해야 한다는 견해로 나누어지고 있다.²²⁾ 그런데 계약의 당사자는 계약체결 당시의 사정과 위험을 평가하여 계약조건을 결정하므로 계약체결 이후에 발생한 사정과 위험까지 고려하여 예견가능성을 판단하게 되면 채권자는 자신이 받을 반대급부는 그대로인 상태에서 더 높은 위험만 부담하게 되는 부당한 결과가 발생한다.²³⁾ 따라서 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 계약체결 후에 - 특히 일방적인 통지에 의하여 - 당초 당사자들이 인수한 위험에 변경이 발생되어서는 아니된다는 점을 고려하면 원칙적으로 전자의 견해가

적절해 보이고,²⁴⁾ 필자 또한 그러한 견해에 동의한다. 그러나 아직 채무자가 이행의 준비를 시작하지 아니한 상황에서 채권자가 그 이행에 대하여 특별한 이익을 갖고 있는 사실을 알게 되었고, 그에 맞추어 이행이 가능하였으며, 그러한 이행에 추가적 비용이 발생하지 아니한다면 계약체결 후에 알게 된 사정도 고려할 필요가 있다는 절충적 견해²⁵⁾는 신의성실의 원칙에 합당한 점이 있으므로 경청할 필요가 있다.

상기와 같은 본질적 계약위반의 요건을 감안하여 아래에서는 2010년대 협약이 적용된 판례들 중 본질적 계약위반에 관련된 논점이 주된 사안이었던 서울고등법원 판례 두 가지에 대해서만 살펴보도록 한다.

III. 서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나31258(본소) 및 2011나31661(반소) 판결

1. 인정된 사실관계

원고 매수인은 남아프리카공화국에 본사를 둔 회사이고, 피고 매도인은 대한민국에 본사를 둔 회사이다. 남아프리카공화

22) 석광현, 각주 1, 106면.

23) 이현묵, 각주 9, 136면.

24) 석광현, 각주 1, 106-107면.

25) Koch, p. 231 (이현묵, 각주 9, 136면에서 재인용).

국은 비체약국이다. 2009년 원고와 피고는 남아프리카공화국의 발전소 공사에 필요한 이음매 없는 페라이트 탄소-몰리브덴 합금 파이프 공급계약을 체결하였다. 총 파이프 개수는 30개였고, 계약대금은 미화 75,870달러였다(이하, “이 사건 1차 계약”). 계약상 이 파이프의 금속성분 함량은 국제 기준에 따르는 것으로 정하였다. 원고 매도인은 30개의 파이프 전량(이하, “이 사건 1차 물품”)을 소외 중국회사에게 제조하게 한 다음 중국 상해항에서 선적하게 하였다. 원고는 피고에게 이 사건 1차 물품의 납품 전에 계약금과 잔금 모두를 지급하였다.

원고는 추가 파이프 60개를 피고로부터 공급받기 위해 피고와 공급계약서를 작성하였고, 총 매매대금 미화 188,870달러 중 30%에 해당하는 계약금 56,660달러는 2010. 4. 5.까지 지급하고, 잔금 132,210달러는 2010. 4. 9.까지 신용장을 개설하여 지급하는 것으로 합의하였다(이하, “이 사건 2차 계약”). 원고는 2010. 4. 6. 피고에게 계약금 56,660 달러를 지급하였다.

원고는 이 사건 1차 물품을 현지에서 수령하여 켈빈 발전소에 납품하였다. 그런데 위 발전소는 이 사건 1차 물품 30개 중 대부분인 27개의 동일 스펙 파이프들(이하, “이 사건 파이프”)에 대해 현지에서 성분

분석을 의뢰하였는데, 파이프의 강도를 결정짓는 가장 중요한 성분인 몰리브덴이 국제기준인 0.25~0.35%에 훨씬 못 미치는 0.003%만 함유되어 있다는 결과를 통지받고 이 사건 파이프를 원고에게 반품하였다.²⁶⁾ 원고는 피고에게 이 사건 파이프를 정상품으로 교환해 줄 것을 요청했고, 이에 피고는 이같은 요구를 중국회사에게 전하여 이 사건 파이프를 정상품으로 교체하여 원고에게 보내달라고 요청하였다. 그러나 중국회사는 이 사건 파이프가 자신이 선적하여 보낸 물품과 상이하다는 이유로 위 요구를 거부하였다.

또한 원고는 이 사건 2차 물품에 대해 제3의 검사기관인 Bureau Veritas의 검사를 거쳐 이상이 없음을 확인해달라고 요구하였고, 이에 피고는 2010. 4. 28. 경 위 Bureau Veritas에 이 사건 2차 물품 전부에 대한 선적전 검사를 의뢰하였다. 원고는 피고와 중국회사의 이 사건 파이프의 교체를 거부하는 상황에서 2010. 5. 5. 피고에게 이 사건 파이프에 하자가 발생함에 따라 이 사건 2차 물품의 품질에 의문이 생겼음에도 이에 대한 피고의 시정조치가 제대로 이루어지지 아니하여 이 사건 2차 계약을 취소하니, 피고에게 이미 지급한 계약금 56,660달러를 환불해 달라는 취지의

26) 즉 협약 제51조에 따른 일부 하자가 발생한 것이다.

이메일을 보냈다.²⁷⁾ 이후 피고는 몇 가지 이유를 들어 2010. 5. 17 원고에게 계약금의 2/3에 해당하는 37,774달러를 반환하였다.

한편 원고는 켈빈 발전소로부터 이 사건 파이프를 반품받은 다음부터 이 사건 파이프를 위 발전소 내에 야적하여 보관하고 있었다. 그리고 원고는 2012. 8. 2. 이 사건 파이프를 남아프리카공화국 현지에서 50,850 랜드(한화 6,917,634원)에 매각하였다.

대사판결의 1심법원에 원고는 피고를 상대로 대금반환청구를 하여 대부분 인용되어 피고가 이에 불복하여 항소하였고, 대사판결에서는 피고의 항소를 기각하였다.

2. 당사자 주장의 요지

원고는 피고가 이 사건 1차 계약에 따라 원고에게 국제기준에 맞는 금속성분을 함유한 파이프를 제공할 의무가 있음에도 몰리브덴의 함량이 국제기준에 훨씬 못 미치는 이 사건 파이프를 제공하였기에, 피고의 채무불이행을 이유로 이 사건 1차 계약 중 이 사건 파이프 부분을 해제하였다. 따라서 피고는 원상회복으로서 이 사건 1차 계약대금 중 이 사건 파이프의 대금에 해당하는 금액에서 이 사건 파이프의 매각대금을 공제한 나머지를 원고에게 반환하고

이 사건 파이프의 하자로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다는 주장이다. 그리고 이 사건 2차 계약도 피고의 채무불이행에 따른 원고의 해제권 행사로 해제되었으므로 피고는 원고에게 그 계약금 중 아직 반환하지 않은 부분을 반환할 의무가 있다는 주장이다.

반면 피고는 ① 원고가 이 사건 1차 계약을 해제하기 위해서는 이 사건 1차 물품을 수령한 후 2주 이내에 하자를 통지하여야 하고, 이 사건 파이프가 훼손되지 않도록 보관하다가 피고에게 반환하여야 함에도 원고는 이러한 의무를 행하지 아니하였으므로 해제권을 행사할 수 없으며, ② 이 사건 파이프의 하자는 피고의 통제를 벗어난 장애로 인한 것이므로 피고는 책임을 부담하지 아니하고, ③ 피고의 손해배상의 의무가 인정된다 하더라도 배상의 범위는 하자 그 자체로 인한 손해에 한정되어야 하며, ④ 원고의 보관의무 불이행으로 인해 일반 강관으로 사용가능하던 이 사건 파이프가 부식되어 가치가 하락되었으므로 그에 기한 손해배상채권으로 피고의 원상회복의무 또는 손해배상채무를 상계하고, 이 사건 파이프의 하자 처리에 관한 원고의 과실을 고려하여 과실상계를 하여야 하며, ⑤ 피고의 대금반환의무 및 손해배상의무

27) 즉 원고는 피고에게 협약 제72조에 따른 이행기전 계약해제를 하고자 하는 의도인 것으로 해석된다.

는 이 사건 파이프 반환의무와 동시이행관계에 있고, ⑥ 피고에게 이 사건 2차 계약에 관한 채무불이행 사유가 없고 합의해제된 것도 아니며, 오히려 원고가 약정한 기간 내 신용장을 개설하지 아니하는 등 이 사건 2차 계약을 위반하였으므로 원고는 피고에게 이 사건 2차 계약에서 정한 위약금으로 계약금의 배액을 상환하여야 한다는 주장이다.

3. 본안에 대한 대상판결의 판단 및 평석

가. 준거법

원고와 피고는 2심 절차과정에서 이 사건에 적용될 준거법을 대한민국법으로 합의하였다. 대상판결에서는 원고 매수인이 협약 비체약국인 남아프리카공화국에 주된 사무소를 두고 있어 이 사건에는 협약 제1조 제1항 나호에 따라 법정지인 대한민국의 국제사법 규정에 따라 체약국인 대한민국의 법이 적용되도록 합의하였기에 이 사건에는 협약이 적용되고, 협약에서 직접적으로 규율되지 않고 있는 법률관계에 관하여는 보충적으로 대한민국의 상법, 민법 등이 적용된다고 판시하였다. 이러한 법원의 판단은 당연하다고 본다.

나. 이 사건 1차 계약의 해제와 원상회복 및 손해배상청구

1) 이 사건 파이프의 하자 존부 및 피고의 협약 제39조상 항변의 판단

대상판결에서는 원고와 피고가 이 사건 1차 계약에서 이 사건 파이프를 발전소에 납품하기 위하여 몰리브덴 함량이 국제기준인 0.25~0.35%를 충족하도록 합의하였고, 몰리브덴의 함량은 파이프의 강도를 결정짓는 가장 중요한 요소인 사실임을 인정하였다. 그런데 이 사건 파이프의 몰리브덴 함량은 0.001%에 불과한 사실도 인정하면서, 대상판결은 이 사건 파이프가 CISG 제35조 제2항 나호에 따라 물품이 계약체결 시 매도인에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 특별한 목적에 맞지 아니한 경우로 보아 이 사건 1차 계약에 부적합한 것으로 보았다. 기록을 접하지 않고 판결문에만 기반해 판단할 때, 양 당사자는 계약상 명시적으로 몰리브덴 함량의 수치까지는 합의하지 않은 것으로 보이며 다만 “금속성분이 국제기준에 부합해야 한다”라는 정도만 계약에 명시된 것으로 추정된다. 그렇다면 제35조 제1항에 따른 물품의 계약부적합이 아닌 제35조 제2항에 따른 부적합인데, 그 부적합의 판단 근거가 제35조 제2항 가호의 통상의 사용목적에 부합하지 않은 것이냐, 아니면 대상판결의

판단처럼 나호의 특별한 사용목적에 부합하지 않은 것으로 보느냐는 약간 논란의 소지가 있어 보인다. 다시 말해서 “파이프의 금속성분이 국제기준에 부합해야 한다”라는 당사자들 간 계약상 합의에서 국제기준이라는 통상의 사용목적이 존재하는데, 그 기준에 현저히 미달하였다고 볼 수도 있을 것이고, 아니면 법원의 판단처럼 이 사건 파이프가 일반용이 아니라 발전소 용도라는 특별한 사용목적이 존재하고 피고가 이를 계약체결 이전에 알 수 있었다고 한다면 법원의 판단이 맞다고 본다.²⁸⁾ 따라서 어느 쪽으로 판단해도 무방한 결론이라고 보인다.

대상판결에서는 피고가 원고의 하자통지가 2주 이내에 이루어지지 않았으므로 협약 제39조에 따라 그 하자로 인한 계약 해제권을 상실한다는 주장에 대해, 제39조가 요구하는 합리적인 기간 내에 하자통지 요건을 이 사건에서 2주라고 볼 아무런 근거가 없다고 판단하였다. 더욱이 원고는

2010. 2. 28. 이 사건 파이프를 인도받아 2010. 4. 12. 이의를 제기하여 6주가 경과한 뒤에 원고의 하자통지가 이루어졌다. 대상판결에서는 피고가 송부한 검사증명서에 이 사건 파이프의 몰리브덴 함량이 0.34%로 기재되어 있어 실제로 검사를 하기 전에는 하자를 알 수 없었다고 보아, 원고의 위 하자 통지는 합리적인 기간을 경과하였다고 볼 수 없다는 판단을 하였다.

필자는 이 사건에서 왜 6주 뒤에서야 부적합 통지가 이루어졌는지 그 구체적인 사정을 정확히 파악할 수는 없으나, 일단 피고의 2주 이내 부적합 통지가 이루어지지 않았기 때문에 협약 제39조 위반으로 계약 해제권을 상실한다는 주장을 배척한 것에 대해서는 수긍할 수 있다. 그러나 대상판결에서는 6주라고 하는 부적합 통지 기간이 제39조에서 요구하는 합리적인 기간 내에 이루어진 것인지 여부에 대해서는 좀 더 여러 가지 사유들을²⁹⁾ 고려하고 충분히 설시하면서 판단이 이루어졌으면 더 나았

28) 이 판례에 대한 다른 평석으로는 남궁주현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약(CISG) 제25조상 본질적 계약위반의 의미에 관한 소고 - 우리나라 하급심 판결의 동향을 중심으로”, 성균관법학 제32권 제1호(2020)이 있다. 남궁주현 교수는 이 사건 파이프가 “원고가 피고에게 명시한 특별한 용도나 목적에 맞지 아니하는 하자가 있었다는 점에서 이는 본질적 계약위반에 해당할 여지가 매우 큰 만큼 위 법원은 이러한 점을 당연한 전제로 하여 별도의 판단을 하지 아니한 것으로 보인다”고 하면서, “다만 이러한 판단의 구조만으로 위 판결이 협약 제35조 제2항을 위반하면 당연히 본질적 계약위반에 해당한다고 보기에는 무리가 있다”는 견해를 밝힌 바 있다. 그러나 남궁주현 교수의 대상판결 평석에는 해당 사건에 대한 상기 코멘트 이외 본고에서 다루는 다른 쟁점들을 세부적으로 다루고 있지는 않다.

29) 협약 제39조 상의 합리적인 기간 내의 부적합 통지 여부에 대한 상세한 고려사항에 대해서는 정홍식, “국제물품매매협약(CISG)상 매수인의 검사 의무와 물품부적합 통지의무”, 국제거래법연구, 제20집 제1호(2011), 44면 이하를 참조.

다고 본다. 아마도 대상판결에서는 약 6주의 부적합 통지기간 그 자체는 합리적인 기간이 아닐 수는 있을지라도, 잘못된 검사 증명서가 있었기 때문에 기간이 연장되어 합리적인 기간으로 본 것이라 짐작된다.

2) 보관 및 반환의무 불이행으로 해제권을 상실하는지 여부

대상판결에서는 이 사건 파이프는 그 두께가 22.2mm인 고온·고압의 발전소 보일러 급수 공급용 파이프로 일반 사업용 파이프와 규격이 달라서 발전소에서 사용하지 못할 경우 다른 용도로 사용하기 적합하지 아니한 사실, 그리하여 원고가 발전소로부터 이 사건 파이프를 반품받은 당시에도 이 사건 파이프를 다른 용도로 전용할 곳을 찾을 수 없었던 사실, 원고가 이 사건 파이프를 위 발전소 내에 야적하여 보관하는 바람에 이 사건 파이프에 부식이 생긴 사실, 현지에서 이 사건 파이프를 고철로 판매할 경우 약 54,288랜드에 판매가 가능하였던 사실, 한편 이 사건 파이프를 한국으로 운송할 경우 포장, 통관비를 포함한 운송비로 약 50,476.06랜드가 필요하다는 사실, 피고는 이 사건 소송과정에서

자신이 이 사건 파이프를 대한민국 혹은 중국으로 운송하는 비용을 부담할 의사가 없다고 진술한 점, 그리고 원고가 그 당시 이 사건 파이프를 현지에서 50,850랜드에 매각한 사실을 인정하였다. 이러한 사정을 종합해 볼 때, 대상판결에서는 비록 이 사건 파이프가 야지에 보관되어 부식이 진행되었으나 부식되기 이전에도 다른 용도로 사용하기 어려워 결국 고철과 동일한 정도의 가치밖에 가지지 못하였다고 보아야 하므로, 그 당시 이 사건 파이프가 부식되었다고 하더라도 이러한 변화로 인해 이 사건 파이프가 실질적인 동일성을 상실하였다고는 할 수 없어 원고가 협약 제82조 제1항30)에 따라 해제권을 상실하였다고 볼 수 없다고 판시하였다. 또한 매수인이 계약해제 등으로 물품의 수령을 거부할 권리를 행사하려 하거나 행사하였을 경우 매수인에게 물품보관을 위한 합리적인 조치를 취할 의무를 부과하는 협약 제86조를 위반하는 경우 피고의 주장처럼 원고의 계약해제권이 상실된다고 설령 간주하더라도, 본 사건에서의 위반 정도로는 해제권을 상실한다고 볼 수 없다 판시하였다. 이러한 판단에 대해서는 제86조 제1항31)의 위반이

- 30) 협약 제82조 제1항에서는 매수인이 물품을 수령한 상태와 실질적으로 동일한 상태로 그 물품을 반환할 수 없는 경우에는 매수인은 매도인에게 대체물을 청구할 권리를 상실하도록 되어 있다.
- 31) 협약 제86조 제1항은 매수인이 물품을 수령한 후 그 물품을 거절하기 위하여 계약 또는 이 협약에 따른 권리를 행사하려고 하는 경우에는, 매수인은 물품을 보관하기 위하여 그 상황에서 합리적인 조치를 취하도록 하고 있다. 또한 매수인은 매도인으로부터 합리적인 비용을 상환받을 때까지 그 물품을 보유할 수

있다고 하더라도 해제권을 상실하는 근거가 될 수는 없으며, 제86조 제1항의 위반에 따라 제82조 제1항에 따른 물품을 수령한 상태와 실질적으로 동일한 상태로 반환하지 못하게 되는 경우라야 계약해제권이 제한될 것이다.(물론 제2항에 따른 예외사유에 해당하지 않아야 한다) 따라서 피고의 주장 자체는 전혀 인정될 소지가 없다고 본다.

3) 이 사건 1차 계약의 적법한 해제

대상판결은 이 사건 1차 계약이 적법하게 해제되었다고 판단하면서 그 근거로 ① 원고가 2010. 4. 12.경부터 이 사건 파이프에 하자가 있음을 발견하고 피고에게 그 하자의 보완을 요청했고, 이에 따라 피고도 이 사건 중국회사에 대하여 이 사건 파이프를 정상품으로 교체하여 달라는 요구를 하였던 점, ② 그 후 원고가 2010. 5. 5. 경 피고에게 이 사건 파이프에 하자가 발생함에 따라 이 사건 2차 물품의 품질에 관하여 의문이 생겼음에도 이에 대한 피고의 시정조치가 제대로 이루어지지 아니하여 이 사건 2차 계약을 취소한다는 이메일을 보내고, 이에 대하여 피고가 2010. 5. 6. 경 원고에게 이 사건 각 계약에 대한 사고처리를 진행할 것이라는 이메일을 송부하였던 점, ③ 피고가 2010. 5. 7. 이 사건 중

국회사에 이 사건 파이프에 관한 계약을 취소한다는 통지를 하였던 점 등을 들고 있다. 그리고 이 같은 사정을 종합하여, 원고가 2010. 5. 5.경 피고에게 이 사건 2차 계약에 대한 해제의 의사표시를 할 무렵 이 사건 1차 계약 중 이 사건 파이프 부분에 관한 계약도 해제한다는 의사표시를 하였다고 봄이 상당하고, 피고의 앞서 본 바와 같은 불이행은 이 사건 1차 계약 중 이 사건 파이프 부분에 관한 본질적인 계약위반이라고 보아야 하므로 ‘협약 제64조 제1항’에 따라, 이 사건 1차 계약 중 이 사건 파이프 부분은 적법하게 해제되었다고 판시하였다.

우선 대상판결은 위와 같이 판단함에 있어 부적절한 협약 조항을 적용하였으며, 본질적인 계약위반이라고 판단하는데 있어 제25조의 요건에 대한 세세한 분석과 판단을 결여하고 있다. 대상판결에서는 제64조 제1항에 따라 계약해제가 가능하다고 하나, 제64조는 매수인의 계약위반에 따른 매도인의 계약해제 조항이다. 이 사건의 계약해제 당사자는 매수인 원고이고 이 사건 계약은 분할인도계약 유형이 아니기에 제64조가 아닌 제49조에 따른 계약해제권이어야 하는데, 이러한 잘못된 조문 적용은 재판부의 단순 착오인 것으로 보인

있도록 하고 있다.

다. 그리고 제49조에 따른 계약해제권이 인용되기 전에 본 사건에서 매수인 원고는 이 사건 물품 30개 중 27개인 일부 파이프만을 계약해제하고 있기 때문에, 제51조 제1항³²⁾에 따라 일부 부적합한 부분에 대해서만 제49조 제1항 가호에 따라 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우에 해당하여 일부 계약해제가 가능한 것으로 판단했어야만 했다. 이러한 점이 고려되지 않은 법원의 판단은 다소 아쉽다.

더욱이 제51조 및 제49조에 따른 계약해제권을 인정하려 하더라도 제25조에 따른 본질적 계약위반이 증명되어야 하고, 그러기 위해서는 제25조상의 3가지 요건이 모두 충족되어야 하는데 그 요건에 대한 분석이 생략된 점도 아쉽다. 우선 앞서 살펴본 바와 같이 매도인 피고가 몰리브덴 함량이 현저히 떨어지는 파이프를 인도한 것은 계약위반이 될 수도 있고, 설사 ‘국제적인 기준’라는 다소 포괄적인 계약문구의 위반이 아니라 하더라도 협약 제35조 제2항의 위반임은 분명해 보인다.

제25조의 두 번째 요건으로서 그 계약위반이 원고 매수인이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 가져다

줄 정도이냐의 판단이 수반되어야 한다. 이 사건 파이프는 남아프리카공화국의 발전소 공사에 필요한 이음매 없는 페라이트 탄소-몰리브덴 합금 파이프이고, 금속성분은 국제기준에 부합해야 한다는 계약상 당사자간 명시적인 합의가 존재한다. 그럼에도 불구하고 피고 매도인은 몰리브덴 성분이 국제기준인 0.25~0.35%에 훨씬 못 미치는 0.003%만 함유된 이 사건 파이프를 인도하였고, 그 파이프는 발전소의 고온·고압에 견딜 수 있는 정도의 파이프가 전혀 아니기 때문에 원고 매수인 입장에서는 자신의 계약상 실질적 기대를 박탈할 정도의 손실을 야기할 정도의 계약위반에 해당한다.

그리고 위반당사자인 피고 매도인은 자신의 의무불이행이 원고의 계약상 실질적 기대를 박탈할 정도의 손실이 야기될 것이라는 점을 주관적으로나 객관적인 차원에서 보았을 때 예견할 수 있었다고 보며, 채무자가 두 가지의 예견가능성을 모두 부정할 만한 사정도 보이지 않는다. 따라서 제25조의 세 가지 요건이 모두 구비되었음을 설시하면서 피고 매도인은 본질적 계약위반을 한 것으로 판단할 수 있다. 대상판결은 아쉽게도 이러한 요건들 하나하나를 실시하지 않고 쉽사리 본질적 계약위반으로 결론내리면서 원고 매수인의 계약해제가

32) 협약 제51조 제1항에서는 매도인이 인도된 물품의 일부만이 계약에 적합한 경우에 (즉 나머지는 부적합한 경우에, 제46조 내지 제50조는 부족 또는 부적합한 부분에 적용되도록 하고 있다.

적법하다고 판단하고 있다. 물론 필자도 본 사건 피고의 계약위반이 본질적 계약위반에 이를 정도라고 판단하는데 이견이 있지는 않지만, 그 결론에 이르는데 근거를 삼은 조항들의 적용 오류와 제25조의 요건에 대한 보다 세밀한 판단의 결여가 다소 아쉬울 뿐이다.

4) 이 사건 2차 계약의 해제와 원상회복 청구

원고는 피고의 채무불이행을 이유로 이 사건 2차 계약을 이행기전 해제하였다고 주장하여 그 원상회복으로 원고가 피고에게 지급한 계약금의 반환을 구하고 있다. 원고는 이 사건 파이프의 하자에 대하여 피고가 그 해결수단을 마련하지 못하고 이 사건 중국회사가 이 사건 2차 물품을 공급할 만한 능력이 있는 것으로 보이지 아니하므로 이 사건 2차 계약을 해제하였다고 주장한다. 이러한 원고의 주장에 대해 대수판결은 이 사건 2차 계약에 따른 피고의 물품인도가 이루어지지 않은 상태이기에 CISG 제72조 제1항에 기한 이행기전 해제 주장으로 선해하여 판단하면서, 제72조 제1항이 말하는 본질적 위반을 할 것이 ‘명백한’ 경우라 함은 채무자의 의무이행 능력을 해하는 상황이 발생하여 장래의 불이행이 명백한 경우를 말한다고 하였다. 그러면서 이 사건 2차 계약의 매도인은 피고

이므로 설사 이 사건 중국회사가 이 사건 2차 계약에서 요구하는 수준의 물품을 공급할 능력이 없었다고 하더라도 이로써 바로 피고가 장래 불이행할 것이 명백하다고 할 수 없다고 보았다. 한편 피고가 이 사건 중국회사가 생산한 이 사건 2차 물품 전체에 관하여 원고의 요구에 따라 Bureau Veritas에 검사를 의뢰하기로 한 사실을 인정하면서 이 사건 중국회사의 공급능력이 없음이 ‘명백한’ 상황이었다고 할 수 없어 원고의 법정해제권 주장은 더 이상 살피지 아니하고 원고가 주장하는 합의해제 부분만 살펴보았다.

대수판결의 이러한 판단에 필자도 동의한다. 기본적으로 이 사건 2차 계약의 매도인인 피고와 실제 그 물품을 제작하는 중국회사와는 구분되어야 하고, 피고 자체에게 제72조에 따른 이행기전 계약위반이 명백한 상황이라고 보기는 어렵다. 따라서 원고의 이 사건 2차 계약에 대한 이행기전 계약위반에 따른 계약해제권은 인정되기 어렵다고 본다.

IV. 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2010나29609 판결³³⁾

1. 인정된 사실관계

원고 매도인은 농산물수출업 등을 목적

으로 하는 호주 퀸즐랜드주 법에 의해 설립되어 그 곳에 주된 사무소를 둔 법인이고, 피고 매수인은 곡물 가공·판매업 등을 목적으로 하여 대한민국 법에 의해 설립되어 그 곳에 주된 사무소를 둔 법인이다. 원고와 피고는 2008. 8. 22 면실 총 2,000톤을 톤당 미화 465달러의 가격으로 매매하는 계약을 체결하였다(이하, ‘이 사건 계약’이라 하고, 면실 총 2,000톤을 ‘이 사건 면실’이라고 한다). 계약조건 중 포장은 ‘컨테이너 벌크’로 하고, 지급조건은 ‘선적마감일 30일 전 일람불 신용장 개설’에 의하고, 인도기간은 2009. 5.부터 2009. 9.까지 균등분할하도록 한다. 그리고 인도조건은 ‘CFR 부산항’이고, 특별조건으로서 ‘광양항 인도시 부산항 대비 톤당 미화 5달러 할증’이 포함되어 있다.

피고 매수인은 2009. 4. 30 이 사건 계약에 따라 이 사건 면실 중 5월 선적분 400톤에 대한 신용장(이하, ‘이 사건 신용장’)을 개설하였는데, 일부 주요 조건은 다음과 같다.

- 분할선적: 불허용
- 환적: 불허용
- 하역항: 대한민국 광양항
- 포장: 40피트 컨테이너에 벌크 포장
- CFR 대한민국 광양항
- 요구서류: 호주 정부기관 또는 주무기관이 발행한 각 원산지 증명서, 중량 증명서, 품질 및 분석증명서, 식물위생증명서, 가축병증명서, 방역증명서, 잔류농약에 관한 증명서, 비유전자변형생물체(NON-GMO) 증명서³⁴⁾ 등.

이에 대해 원고는 신용장 내용이 이 사건 계약에서 정해진 내용과 다르고 당초 합의된 바도 없을 뿐 아니라 실행불가능한 조건이 포함되어 있음을 이유로 환적 허용, 20피트 컨테이너로 포장 변경, 요구서류의 일부 삭제, 유전자변형생물체(LMO) 관련 추가조건의 일부 삭제 등을 요구하였다. 그 후 피고가 이 사건 신용장의 조건 변경에 관하여 원고와 수 차례 이메일을 교환하면서 2009. 5. 18. 이 사건 신용장의 내용 일부를 변경하였으나 ‘환적 허용, 20피트 컨테이너로의 포장 변경’ 등은 수용

33) 이 사건과 비슷한 시기에 유사한 사건으로 서울고등법원 2011나8463 판결이 존재하는데, 원고 매도인은 동일회사이고, 피고만 다른 매수인이면서 다툼이 되는 쟁점들과 재판부 및 법원의 판단이 여기 사건과 거의 동일하여 해당 판례의 분석은 생략한다. 그리고 여기 서울고등법원 2011나8463 판결에 대해 피고는 대법원에 상고하였으나(대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결), 기각된 바 있다.

34) 이와 관련해 추가조건으로 “유전자변형생물체(LMO)인 경우 대한민국 정부에 의하여 허용된 모든 LMO 사항이 송장에 명시되어야 하고, 이와 관련하여 발생하는 모든 문제는 수익자의 책임이다. 또한 비유전자변형생물체(NON-GMO)인 경우 수익자는 이와 관련된 증명서를 선적서류에 첨부하여야 한다”는 내용이 포함되어 있었다.

하지 아니하였다. 그러자 원고 매도인은 2009. 5. 26. 피고가 이 사건 계약에 부합하는 신용장을 개설하지 아니하여 이 사건 계약을 위반하였음을 이유로 이 사건 계약 전체를 해제한다고 통지하였다. 그 후 원고는 그 다음 날인 2009. 5. 27. 미쓰비시 주식회사와 사이에, 당초 피고에게 수출하기로 하였던 이 사건 면실 총 2,000톤을 톤당 미화 306달러에 매도하는 계약을 체결하였다.

1심법원에서 원고는 피고를 상대로 손해배상청구를 하였으나 1심법원에서는 이 사건 선택적 청구 중 한화 지급을 구하는 청구를 일부 인용하면서 나머지 청구를 기각하여 대상판결에서는 이를 부당하다고 판단하여 1심 판결을 취소하고 피고에 대하여 대상판결에서 인용하는 미화 금액의 지급을 명하며, 원고의 나머지 청구는 기각하고 있다.

2. 당사자들의 주장 요지

원고의 입장은, 피고 매수인이 이 사건 계약을 체결한 후 금융위기로 면실가격이 급락하자 이 사건 계약의 합의해제 또는 단가조정을 시도하다가 원고가 피고의 제

안을 거절하자 피고는 결국 원고를 수익자로 하는 이 사건 신용장을 개설하였다. 그러나 피고는 (1) 호주에서 광양항으로의 직항편이 없는데도 불구하고 이 사건 신용장에 ‘환적 불허용, 하역항 광양항’의 조건을 붙이고, (2) 호주의 면실 포장설비상 20피트 컨테이너로 포장하는 것만이 가능하여 20피트 컨테이너에 포장하기로 합의하였는데도 불구하고 이 사건 신용장에서 포장을 40피트 컨테이너로 지정하였으며, (3) 이 시간 신용장의 요구서류 중에 상호 합의되지 않고 발급이 곤란하거나 불필요한 서류들³⁵⁾을 포함시키는 등으로 신용장 개설의무를 위반하였고, 이에 대하여 원고가 시정을 요구하였으나 피고는 요구서류 목록에서 일부만을 삭제한 신용장을 다시 개설하면서 나머지 부분은 시정하지 않았다고 원고는 주장한다.

이에 원고는 피고의 계약위반을 이유로 협약 제64조, 제72조, 제73조 등에 의하여 이 사건 계약 전체를 해제하였으므로, 피고는 제75조 대체거래에 따른 손해배상 조항에 의하여 이 사건 계약에서 정한 대금과 미쓰비시에게 재매각한 대체거래 대금과의 차액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

35) 여기 서류들에는 원산지 증명서 이외에 호주 정부기관 또는 주무기관이 발행한 원산지 증명서, 중량증명서, 품질 및 위생증명서, 식물위생증명서, 가축병증명서, 방역증명서, 잔류농약에 관한 증명서, 유전자변형생물체(LMO)인 경우, 비유전자변형생물체(NON-GMO) 증명서 등이 포함되어 있었다.

반면 피고는 이 사건 신용장에 관해서는 (1) 이 사건 계약 당시 원고와 피고 간에 포장을 20피트 컨테이너로 한다는 합의가 존재하지 않았으므로 피고가 이 사건 신용장에 국제표준인 40피트 컨테이너를 포장 방법으로 적시한 데 아무런 문제가 없고, (2) 피고가 이 사건 신용장에 하역항을 광양항으로 하고 환적 불허용 조건을 붙였더라도 제6차 개정 신용장통일규칙상 컨테이너 포장의 경우 환적이 허용되므로 역시 원고의 계약이행에 지장이 없으며, (3) 피고가 이 사건 신용장에 포함시킨 요구서류들은 모두 상관행상 또는 대한민국 법령상 요구되는 서류들이고, 피고는 원고의 요구를 일부 수용하여 요구서류 중 일부를 삭제하였다는 주장이다. 그럼에도 불구하고 원고는 피고의 계약위반을 이유로 이 사건 계약을 해제하였는 바, (1) CFR 조건상 원고는 선적마감일 30일 전에 선적 세부사항을 피고에게 제공할 의무가 있고 이는 피고의 신용장개설 의무에 앞선 선이행 의무인데도 원고가 이를 이행하지 않은 채 이 사건 계약을 해제한 것은 원고에게 처음부터 계약이행 의사가 없었기 때문이므로, 이와 같은 원고의 선적 세부사항 제공의무 위반은 CISG 제72조의 이행기전 계약위반에 해당하여 원고가 아닌 피고에게 계약해

제권이 있고, (2) 이 사건 신용장의 내용 중 원고가 문제삼은 것들은 계약상 원, 피고 간의 합의, 국제표준이나 관행에 비추어 문제가 없을 뿐 아니라 만약 원고가 추가수정을 요구할 경우 피고로서도 일부 협상의사가 있었으므로 원고의 일방적 계약해제는 부당하며, (3) 가사 피고가 신용장개설 의무를 위반하였다 하더라도 피고의 의무위반은 이 사건 신용장에 관련된 2009. 5. 선적분 400톤에 한정되므로 나머지 계약은 해제할 수 없고, (4) 이 사건 계약이 해제되었다 하더라도 원고가 주장하는 대체거래는 원고의 관계사인 미쓰비시와 사이에 당시의 시세보다 현저하게 낮은 가격에 체결된 것이고 그 계약 이행과정에 의심스러운 점이 있으므로 이를 바탕으로 손해액을 산정하는 것은 부당하다는 주장이다.

3. 본안에 관한 대상판결의 판단 및 평석

가. 이 사건 계약의 해제 여부

대상판결은 이 사건 계약 및 협약 제53조36), 제54조37)의 규정에 의하면, 피고 매수인은 원고 매도인에게 물품대금을 지급할 의무가 있고, 그 대금지급 의무에는 그

36) 제53조에 매수인은 계약과 이 협약에 따라, 물품의 대금을 지급하고 물품의 인도를 수령하도록 되어 있다.

37) 제54조상 매수인의 대금지급 의무에는 그 지급을 위하여 계약 또는 법령에서 정한 조치를 취하고 절차를

지급을 위하여 계약 또는 법령에서 정한 조치를 취하고 절차를 따르는 것이 포함되는 바, “대금지급을 신용장에 의하기로 합의한 이 사건에 있어서 피고는 이 사건 계약에서 합의된 조건에 따라 신용장을 개설할 의무가 있고, 피고가 단순히 합의된 조건에 따라 신용장 개설을 거절한 경우 이는 본질적 계약위반에 해당하므로, 원고는 협약 제64조 제1항 가호에 기하여 이 사건 계약을 해제할 수 있다”고 보았다. 또한 피고의 신용장개설 의무는 제54조의 규정에 따라 대금지급 의무에 포함되므로, 피고의 신용장개설 의무 지체 시에 원고가 피고에게 합리적인 부가기간을 정하여 이행을 청구하였는데도 불구하고 피고가 그 부가기간 내에 이 사건 계약상의 합의조건에 부합하는 신용장을 개설하지 않거나 그 개설을 거절한 경우, 원고는 제63조 제1항³⁸⁾, 제64조 제2항 나호³⁹⁾에 기하여 피고의 계약위반이 본질적인지 여부에 관계없이 이 사건 계약을 해제할 수 있다고 보았다.

대상 판결에서는 “계약에서 합의된 조

건에 따라 신용장의 개설을 거절한 경우에 본질적 계약위반이 된다”고 판시하였는데, 이를 달리 생각해 보면 신용장의 개설 그 자체를 지체한 것은 본질적 계약위반이 되지 아니하는지 의문이다. 즉 계약에서 약정한 시기까지 매수인이 신용장을 개설하지 아니하였다면 당연히 계약위반이 되겠지만, 문제는 이러한 계약위반이 협약상 본질적 계약위반에 해당하는가에 있다. 이 문제에 관한 학설로는 정해진 기간 내에 신용장을 개설하지 아니한 것은 항상 본질적 계약위반에 해당하므로 매도인은 계약을 해제할 수 있다는 견해⁴⁰⁾, 매도인은 지급담보 없이 물품을 선적할 의무가 없으므로 적어도 선적기간의 첫 날에는 신용장이 개설되어야 한다는 견해⁴¹⁾, 그리고 신용장 개설의 지체가 항상 본질적 계약위반이 되는 것은 아니고 당해 사안의 구체적 사정을 고려하여 판단할 사항이며 신용장의 개설지체가 그 후의 거래의 진행을 위하여 필요한 신뢰의 기초를 파괴하는 경우에 비로소 본질적 계약위반이 될 수 있다는 견해⁴²⁾가 있다.

따르는 것이 포함되기에, 신용장에 의해 대금지급을 하기로 합의한 경우에는 신용장 개설 자체를 대금지급 의무에 포함되는 것으로 본다.

38) 제63조 제1항에서는 매도인은 매수인의 의무이행을 위하여 합리적인 부가기간을 정할 수 있도록 하고 있다.

39) 제64조 제2항 나호에 따르면, 매수인이 제63조 제1항에 따라 매도인이 정한 부가기간 내에 대금지급을 이행하지 아니하거나 그 기간 내에 그러한 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 경우 매도인은 계약해제권을 갖도록 되어 있다.

40) Koch, fn.108 (이헌묵, 각주 9, 140면에서 재인용).

41) Schwenzer, *supra* note 3, Art 54 (written by Florian Mohs) para. 7.

신용장 개설의 지체 자체가 대상판결의 쟁점은 아니었고, 대상판결의 사건에서는 계약상 약정한 기한 내 신용장은 개설되었으나 계약상 합의된 조건이 포함된 것에 대해 다투고 있기에 본고에서 전자의 쟁점을 깊이있게 다룰 필요는 없다.⁴³⁾

한편 대상판결은 이 사건 면실의 포장방법에 관해, 원고 등 호주의 곡물 수출업체들이 20피트 컨테이너 적재시설을 갖추고 있었던 반면 40피트 컨테이너 적재시설은 갖추지 못하여서 40피트 컨테이너 포장은 사실상 곤란하거나 과도한 비용이 소요되었던 점, 이에 따라 원고와 피고가 종전에 면실, 귀리 등에 관하여 체결한 수출계약에 있어서도 20피트 컨테이너 포장조건으

로 계약을 체결해 왔고 수출중개업자인 A가 다시 위와 같은 사정을 피고 측에 설명하여 피고 또한 이 사건 계약 당시 20피트 컨테이너에 의한 포장만이 가능하다는 사실을 알고 있었던 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합하면, 원고와 피고는 이 사건 계약을 체결함에 있어서 면실을 20피트 컨테이너에 적재하기로 합의하였다고 인정하였다.

가사 위와 같은 합의가 당사자 간에 명시적으로 성립하지 않았다 하더라도, 이 사건 계약상 포장방법을 “컨테이너 벌크(bulk in container)”로만 합의하고 컨테이너 규격을 특정하지 않은 이상, CFR 조건에 따라 하역항까지의 운송비를 부담하는 원

42) 석광현, 각주 1, 234면.

43) 이 쟁점에 대해서는 이헌묵, 각주 9, 14-145면을 참조. 필자는 이헌묵 교수의 ‘신용장을 개설할 수 있는 최후의 날까지 매수인이 신용장을 개설하지 아니하면 협약 제25조의 본질적 계약위반이 된다’는 견해에 대부분 동의한다. 그 최후의 날은 신용장 개설일이 계약상 확정일인 경우 그 확정일까지이고, 신용장 개설일에 대해 약정이 없는 경우 물품의 선적일을 기준으로 하여 매수인의 신용장을 개설해야 하는 마지막 날을 찾아야 한다는 것이다. 만일 선적일(shipment date)이 아니라 선적기간(shipment period)이 정해져 있다면 선적기간은 매도인의 선적준비를 위한 기간이므로 늦어도 선적기간의 첫째 날까지 신용장이 개설되어야 한다. 그리고 선적기간이 아니라 선적일이 정해져 있다면 매도인은 선적을 위한 최소한의 준비기간이 필요하므로 선적일 전부터 기산하여 매도인이 선적준비를 하기에 충분한 기간 전까지 신용장이 개설되어야 한다는 것이다. 선적준비에 충분한 기간이란 구체적으로 물품을 분류하여 포장하고 항구까지 운송하는 기간을 의미한다. 만일 이러한 최후의 날까지 신용장이 개설되지 아니한다면 매도인으로서 계약상 이익을 상실하고 매수인도 이러한 결과를 충분히 예견했다고 할 것이므로 본질적 계약위반이 된다는 입장이다. 다만 필자 사건으로는 인코텀즈 중 도착항에서 인도가 이루어지는 D그룹의 조건을 사용하여 거래가 이루어지는 경우, 매수인 입장에서 매도인의 선적일이나 선적기간을 알 필요가 없는 사항이기에 그때 신용장 최후의 개설일을 어떻게 판단해야 할지 의문이다. 매도인 입장에서는 D그룹의 인코텀즈 조건이라도 당연히 선적국에서 국제운송이 시작되기 이전에 신용장 개설이 이루어져 하는 계약적 이익이 존재하기 때문에 신용장 개설의 최후의 날이라는 논리가 유리하다. 그러나 매수인 입장에서 D그룹의 인코텀즈 조건이 사용되는 경우에는 매도인이 매수인에게 선적일을 통지할 필요가 없는 사항이기에 그 일자가 절대 기준이 되어서는 곤란하다고 주장할 것이다. 결국 이러한 상황을 합리적으로 해결하기 위해서는 계약상 신용장 개설을 확정일로 약정하는 것이 바람직하리라 본다.

고로서는 20피트 컨테이너와 40피트 컨테이너 중에서 포장방법을 선택할 수 있다 할 것이고, 피고가 주장하는 바와 같이 40피트 컨테이너가 좀 더 일반적으로 사용되는 컨테이너이고 40피트 컨테이너의 육상 운송비 부담이 크다 하더라도 당사자 사이에 별도의 합의가 없이 당연히 40피트 컨테이너 포장이 계약조건이 되었다 할 수는 없으며, 피고가 40피트 컨테이너를 신용장 조건에 부가하기 위해서는 이 사건 계약 당시에 원고와 사이에 이 점에 관하여 합의하였어야 할 것인데, 이 같은 합의가 성립하였다는 점을 인정할 증거가 없다고 판단하였다. 그렇다면 피고가 신용장의 포장 방법 및 추가조건에 40피트 컨테이너 포장을 요구한 것은 이 사건 계약에서 합의되지 않은 조건을 임의로 부가한 것으로 보았다.

다음으로, 이 사건 계약에서는 인도 지시사항에 “CFR 부산항”, 특별조건에 “광양항 인도시 부산항 대비 톤당 미화 5달러 할증”이라고 합의하였을 뿐 환적의 허부에 관하여 별도로 명시한 바가 없었고 당시 호주에서 광양항까지의 직항선편이 없었는데도 불구하고, 피고는 임의로 광양항을 하역항으로 지정하면서 환적 불허용 조건을 부가하였는데, 이 또한 대상판결은 이

사건 계약상에서 합의되지 않은 조건을 임의로 부가한 것에 해당한다고 보았다.

피고가 이 사건 계약에서 명시적으로 합의되지 않은 각종 요구서류를 추가한 것과 관련해서 우선 NON-GMO 증명서에 관하여 원고와 피고 간에 합의가 성립하지 않았던 이 사건에서 위 증명서를 신용장 요구서류로 임의로 추가하는 것은 위 서류의 취득을 매도인의 위험과 비용으로 귀결시키는 것으로서 허용될 수 없다고 하면서, NON-GMO 증명서를 신용장 요구서류에 추가한 것은 이 사건 계약위반에 해당한다고 판단하였다. 그렇다면 피고는 이 사건 계약에 부합하는 신용장을 개설하지 않고 실현이 곤란하거나 원고의 책임과 비용으로 돌릴 수 없는 조건을 신용장조건 또는 요구서류에 추가하였으며, 원고가 열흘이 넘는 합리적인 부가기간을 정하여 신용장의 수정을 요구하였음에도 피고가 핵심적인 부분의 수정을 거절한 이상, 피고의 행위는 본질적인 계약위반 및 대금지급 의무 위반 모두에 해당한다고 판시하였다.

대상판결처럼 기본적으로 매수인이 합의되지 아니한 조건을 신용장에 추가하는 행위는 본질적 계약위반에 해당한다는 결론은 타당하다.⁴⁴⁾ 그러나 대상판결은 합의

44) 최성수, “우리나라 판례에 나타난 CISG상의 본질적 계약위반” 가천법학 제8권 제1호(2015), 55면 동지. 그러나 최성수 교수는 대상 판결의 이러한 판단이 적절하다고만 언급하고, 본고에서 다루는 대상판결의

되지 아니한 신용장 조건을 추가하는 매수인의 행위가 본질적 계약위반에 해당하는지 여부의 판단에 중점을 두기 보다는, 피고가 요구한 각 신용장 조건의 성취의 어려움을 설시하는데 주로 판결이유를 할애한 점은 대단히 아쉽다.⁴⁵⁾ 즉 앞서 살펴본 본질적 계약위반이 되기 위한 요건들에 비추어 볼 때, 매수인이 당사자 사이에 합의되지 아니한 조건을 신용장에 포함시키면, 매도인은 이러한 조건을 성취하기 위해서 합의되지 아니한 의무를 부담하게 되므로 결국 위와 같은 행위는 매수인의 계약위반이 되는 것은 분명하다. 따라서 첫 번째 요건에 해당함은 두말할 나위가 없다.

그러나 대상판결에서는 두 번째 요건에 구비이유를 제대로 설시하지 않고 있다. 본질적 계약위반은 손해의 중대성이 판단기준이 아니라 상대방의 계약상 이익 또는 기대의 박탈이 판단기준이다. 그런데 매도인은 계약에서 합의되지 아니한 의무를 이행할 책임이 없는데, 합의되지 아니한 신용장 조건을 포함시키는 매수인의 행위는

사실상 물품대금의 지급을 거절하고자 하는 의도를 표현한 것에 다름 아니라고 해석할 수 있고, 결국 매도인이 계약에서 기대하는 이익을 실질적으로 박탈하는 결과를 가져오는 것이다. 이러한 결론은 적극적인 행위를 요구하는 신용장 조건뿐 아니라 대상판결에서의 환적금지와 같이 부작위의무를 부과하는 신용장 조건이라도 의무를 부과한다는 점에서는 차이가 없으므로 마찬가지이다.⁴⁶⁾

한편 대상판결처럼 계약상 당사자들 사이에 합의가 성립되지 않은 각종 서류를 요구하는 것과 신용장에서 ‘비서류적 조건’의 부가는 구분되어야 한다. ‘비서류적 조건(non-documentary conditions)’이란 발행된 신용장에서 서류를 요구하지 않는 조건이 포함되는 경우를 말한다.⁴⁷⁾ 이는 개설은행 또는 개설의뢰인이 자신을 보호하기 위하여 수익자가 준수하기 곤란한 특수조건을 삽입함으로써 여차하면 이를 구실로 면책을 주장하기 위한 수단으로 악용할 부정한 목적으로 삽입하는 것을 말한다.⁴⁸⁾

다른 쟁점들에 대해서는 상세히 다루고 있지 않다.

45) 이현목, 각주 9, 147면 동지.

46) 상동, 146면 동지.

47) 비서류적 조건의 예를 구체적으로 든다면, 지급, 인수, 매입의뢰서에 수익자가 입수하여 제시할 수 없는 수입지에서의 검사증명서 등을 요구하거나, 또는 원산지증명서를 요구하지 않으면서 한국산일 것을 요구하는 경우이다. 정홍식, “국제상업회의소 신용장통일규칙(UCP600) 최종본의 주요 개정내용과 제 문제에 관한 연구”, 국제거래법연구 제16집 제1호(2007), 21면.

48) 이러한 신용장에서 비서류적 조건에 대한 문헌으로 석광현, “신용장의 비서류적 조건의 유효성”, 무역상무연구, 제22권 (2004), 137면 이하를 참조.

신용장통일규칙(UCP600), 제14조(f)에서는 “조건과 일치함을 나타낼 서류를 명시함이 없이 신용장에 어떠한 조건이 담겨 있다면, 은행은 그러한 조건이 기재되지 아니한 것으로 간주하고 무시할 것이다”라고 규정하여 은행은 비서류적 조건을 무시하고 마치 그것이 명시되지 않은 것처럼 취급하도록 하고 있다. 그러나 대상판결의 사건에서 발행된 신용장에서 요구하는 것은 비서류적 조건이라고 보기는 어렵고, 당사자들간 합의되지 않은 각종 추가 서류 및 조건을 요구하는 ‘서류적 조건’으로 봐야 할 것으로 보인다. 설사 일부 조건이 비서류적 조건이라고 볼 수 있을지라도 신용장통일규칙상의 ‘비서류적 조건’의 유효성 여부와 협약이 적용되는 계약상 그러한 조건이 포함된 신용장을 발행하여 채권자가 본질적 계약위반을 이유로 계약을 해제하려는 것과는 맥락이 다른 차원이기에 유추 적용을 하기도 어렵다고 본다.

대상판결에서 피고 매수인이 계약상 합의된 조건과 달리 규정된 서류나 조건을 요구하는 신용장 발행시, 원고 매도인은 피고에게 신용장 조건을 한번쯤 변경할 기회를 주어야 하는지의 문제가 있다. 이에 대해 매도인은 합의되지 아니한 신용장 조건이 추가된 사실을 발견하면 매수인에게

이러한 조건을 변경할 기회를 주지 아니하고 즉시 계약을 해제할 수 있다고 보는 견해⁴⁹⁾가 있으나, 필자의 견해는 다소 다르다. 대상 사건에서처럼 한 번 정도는 매도인이 계약상 합의되지 아니한 매수인의 신용장 조건 제시에 대해 변경할 기회는 주어야 본질적 계약위반으로 판단하는데 무리가 없을 것으로 본다. 이러한 필자의 견해에 대해 기재된 신용장 조건이 합의된 조건과 대단히 상이하고 그것이 본질적 계약위반을 구성할 정도가 되는 경우에는 그러한 조건을 변경할 기회를 줄 필요는 없지 않느냐는 견해도 있을 수 있다. 그러나 개별 사건마다 다를 여지는 있겠으나, 개설은행이 수익자인 매도인에게 제공한 신용장 상의 상이한 조건만으로 매수인의 본질적 계약위반으로 판단하기에는 무리가 있다고 본다. 왜냐하면 매수인이 아닌 제3의 개설은행이 수익자를 상대로 개설한 신용장이기 때문이다.

거래 당사자는 보통 본인에게 유리한 조건 하에 모든 거래를 하고자 하는 것이 당연한데, 신용장 조건에서 계약과는 다른 조건을 부과하여 상대로 하여금 그에 따르도록 강제하는 경우는 종종 발생할 수 있다. 그러한 상황에서 매도인이 매수인으로 하여금 신용장 조건을 계약상 합의와 일치

49) 이현묵, 주 9, 147면.

하도록 수정할 기회를 부여하지 않고 그와 관련 없는 자신의 별도 사정을 감안해 계약을 즉시 해제할 수 있다면 거래관계의 불안정성을 야기할 수 있다. 반대로 매도인의 신용장 조건 수정요청에 따라 매수인이 이를 따른다면 굳이 당사자들의 거래관계를 해소시킬 필요는 없지 않을까 생각된다. 따라서 한 번 정도의 조건 변경 기회를 매수인에게 제공할 필요는 있다고 본다. 이는 협약상 상대방의 불이행에 대해 부가기간을 설정하는 것과 유사한 취지이고, 협약의 일반원칙에도 부합하는 것이라 본다. 또한 신용장통일규칙상에서도 한번 발행된 신용장은 취소불능이고 조건변경을 하기 위해서는 상대방의 동의가 필요한바, 처음 제시된 신용장에 계약과 다른 조건이 들어가 있는 경우 이를 정정하도록 요구하는 것이 보통이기에도 더욱 그러하다.

또 한가지 대상판결에서 아쉬운 부분은 원고 매도인은 피고에게 이행을 위한 부가기간 부여 후 피고가 불이행하였기 때문에 제25조에 따른 본질적 계약위반의 요건 각각이 구비되었는지 판단할 필요 없이 제64조 제1항 나호에 따른 원고 매도인의 계약해제가 가능하다고 판단할 수 있었는데 그렇지 않은 점이다. 즉 대상사건에서처럼

신용장 정정을 위한 부가기간 설정 후 (물론 그 기간이 합리적인 기간이어야 하지만) 그 기간 내에 그러한 의무를 이행하지 아니한 경우에는 본질적 계약위반 여부와 관계없이 곧바로 계약해제를 할 수 있었다는 점이다. 대상판결은 이 점에 대해 다루고 있지 않다.

마지막으로 이 사건 신용장은 2009년 5월 선적분에 관한 것이나, 앞서의 판단에 의하면 피고는 이 사건 계약에 위반한 신용장조건의 수정을 거듭 거부하였고 2009년 6월 이후의 나머지 분할선적분에 관한 신용장 개설에 관해서도 피고가 동일한 태도를 유지할 것임이 충분히 추단되므로, 이는 당사자 일방의 의무불이행이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는 데에 충분한 근거가 되는 경우에 해당하여, 원고는 제73조 제2항50)에 따라 장래에 향하여 나머지 부분의 계약 또한 해제할 수 있다고 보았다. 따라서 이 사건 계약은 그 전체가 원고의 2009. 5. 26.자 해제통보에 의해 적법하게 해제되었다고 판시하였다. 이러한 법원의 판단에 대해서도 필자는 다른 이의없이 동의한다.

50) 협약 제73조 제2항에서는 어느 분할부분에 관한 당사자 일방의 의무 불이행이 장래의 분할부분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는 데에 충분한 근거가 되는 경우에는, 상대방은 장래에 향하여 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다. 다만, 그 해제는 합리적인 기간 내에 이루어져야 한다.

V. 결론

협약의 체계에서 본질적 계약위반 여부가 차지하는 비중은 앞서 살펴본 대로 절대적이다. 협약상 구제의 범위를 확정하는 사항이기 때문이다. 때문에 상대방의 본질적 계약위반을 주장하며 그에 상응하는 계약해제권이나 대체물 인도청구권을 구하는 당사자는 본질적 계약위반의 요건이 모두 충족되어야 함을 입증해야 하고, 반대로 상대방은 그 요건들이 충족되지 않아 본질적 계약위반의 정도에는 이르지 않았다고 주장할 수 있다. 그런데 본고에서 살

펴본 두 개의 서울고등법원 판결에서는 피고의 본질적 계약위반이 존재해 원고의 계약해제권을 인정하는 결론 자체에는 문제가 없으나, 그 결론에 이르는 데 있어 본질적 계약위반의 요건들이 어떻게 구비되었는지 상세히 설시하고 있지 않다는 문제를 발견하게 된다. 이렇게 되면 패소한 당사자가 그 판결의 결과를 수긍하기 어려울 수도 있기 때문에 협약이 적용되는 국제물품매매계약을 둘러싼 분쟁에서는, 특히 본질적 계약위반 여하에 따른 구제를 구하는 사건에서는 그 요건에 대한 상세한 판단이 필요하다고 본다.

참 고 문 헌

석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사(2010)

Ingeborg Schwenzer ed., Schlechtriem & Schwenzer's Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd ed., Oxford(2010)

C.M Bianca and M.J. Bonell, Commentary on the International Sales Law, GIUFFRÉ(1987),

Robert Koch, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International(1999)

남궁주현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약(CISG) 제25조상 본질적 계약위반의 의미에 관한 소고 - 우리나라 하급심 판결의 동향을 중심으로”, 성균관법학 제32권 제1호(2020)

석광현, “신용장의 비서류적 조건의 유효성”, 무역상무연구, 제22권(2004)

석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반” 법학논집 제23집 제2호(2006)

이현묵, “국제물품매매협약(CISG)의 본질적 계약위반과 신용장 개설의무위반 - 대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결을 중심으로” 통상법률, 통권 제119호(2014)

정홍식, “국제상업회의소 신용장통일규칙(UCP600) 최종본의 주요 개정내용과 제 문제에 관한 연구”, 국제거래법연구 제16집 제1호(2007)

정홍식, “국제물품매매협약(CISG) 적용 하에서 매매계약 체결에 관한 실무적 고려사항”, 통상법률, 통권 제94호(2010)

정홍식, “국제물품매매협약(CISG)상 매수인의 검사의무와 물품부적합 통지의무”, 국제거래법연구, 제20집 제1호(2011)

최성수, “우리나라 판례에 나타난 CISG상의 본질적 계약위반” 가천법학 제8권 제1호 (2015),

최홍섭, “유엔국제매매법(CISG)에서 본질적 계약위반”, 국제거래법연구 제16집 제2호 (2007)

서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나31258(본소) 및 2011나31661(반소) 판결

서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2010나29609 판결

[국문초록]

국제물품매매협약(CISG)의 본질적인 계약위반 관련 국내 법원 판례 평석

- 2010년 이후 주요 판결들을 중심으로

정 홍 식

국제물품매매협약(CISG)(이하, “협약”)은 국내법과 달리 계약위반을 본질적 계약위반(fundamental breach of contract)과 그 밖의 계약위반(non-fundamental breach of contract, ‘비본질적 계약위반’ 또는 ‘단순한 계약위반’이라 함)을 구별하여 양자의 효과에 차이를 두기에, 본질적 계약위반은 협약상 계약위반에 대한 구제체제에서 매우 중요하다. 영미법의 요소가 다분히 반영된 결과이다. 협약이 적용되는 사건에 본질적 계약위반 여부의 검토는 가장 뼈대가 되는 사안이고, 이 쟁점을 제외하고 사건을 해결하기는 어려울 정도이다. 협약 제25조는 본질적 계약위반의 요건으로 3가지를 두는데, 첫째, 계약 및 협약상의 무위반의 존재, 둘째, 계약을 위반한 당사자의 상대방의 기대를 실질적으로 박탈할 정도의 손실이 있어야 하며, 셋째, 계약상 채무를 이행하지 아니한 채무자의 예견가능성이 있어야 한다.

본고에서는 협약 제25조의 본질적 계약위반의 요건에 대해 간단히 정리한 후, 국내에서 2010년 이후에 내려진 협약이 적용되는 판례들 중 본질적 계약위반 여부가 주된 논점으로 다뤄진 주요 사건들 중 서울고등법원 판례 두 개를 선별하여 나름의 평석을 제공하고 있다. 일단 두 가지 사건의 유형은 다르지만 공통적으로 발견되는 부분은 제25조 상의 본질적 계약위반의 요건을 상세히 다루고 있지 않다는 점을 발견할 수 있다. 그리하여 판결문 상에서는 다소 선불리 본질적 계약위반이라는 결론에 이르면서 채권자에게 구제를 제공하고 있다. 두 개의 판례 모두에서 그 결론 자체에는 문제가 없으나, 그 결론에 이르는 데 있어 본질적 계약위반의 요건들이 어떻게 구비되었는지 상세히 실시하지 않기에 패소한 당사자가 그 판결의 결과를 수긍하기 어려울 수 있다. 따라서, 협약이 적용되는 국제물품매매계약을 둘러싼 분쟁에서는, 특히 본질적 계약위반 여하에 따른 구제를 구하는 사건에서는 그 요건에 대한 상세한 판단이 필요하다.

주제어

국제물품매매에관한유엔협약, 본질적 계약위반, 비본질적 계약위반, 계약해제, 계약상
기대의 실질적 박탈, 예견가능성

[Abstract]

Critics on Korean Court Cases Regarding Fundamental Breach of Contract in CISG

Focusing on a Few Important Cases Rendered in 2010s

Hong-Sik CHUNG

UN Convention on International Sale of Goods (“CISG”), unlike Korean domestic civil codes, has a unique concept of ‘fundamental breach of contract’ under Article 25. The definition of ‘fundamental breach of contract’ contained therein constitutes a precondition for a number of remedies defined elsewhere in the CISG although Article 25 does not in itself grant a remedy to the parties. Thus, the notion of the fundamental breach of contract has been characterized as the ‘linchpin’ of the CISG’s system of remedies. It is a result of reflection of the common law feature into CISG. Article 25 provides three elements that the obligee has to prove in order to seek for remedies such as avoidance of contract or replacement of substitute goods in case of the obligor’s fundamental breach of contract, the three elements of which are breach of contract by the obligor, substantial detriment occurring to the obligee, and foreseeability from the obligor’s standpoint.

This article provides a brief overview of the three elements and critics of a couple of primary judgments that Korean courts have rendered since 2010, having in regard to the notion of fundamental breach of contract in issue. Although Korean courts confirmed that there were fundamental breach of contract by the obligor so that the obligee was entitled to be awarded the remedies sought, it is found that the courts lacked detail analyses of each of the elements so as for them to jump into a conclusion that there was the fundamental breach of contract by the obligor. Even though the author has no objection to the conclusion itself in the judgments considering all of the circumstances thereof, he opines that the courts have to render more detail reasoning of why the obligor has committed the fundamental breach of contract that will easily enable the losing party to accept the conclusion of the judgment.

Key Words

CISG, Fundamental Breach of Contract, Non-Fundamental Breach of Contract, Substantial Detriment, Foreseeability, Avoidance of Contract

국제투자중재에서의 자연인 투자자 관련 인적 관할

- 국적 판단 및 다중국적 관련 주요 판정례의 법리 분석

김·장 법률사무소 변호사 윤 석 준

*논문접수 : 2021. 11. 17. *심사개시 : 2021. 11. 17. *게재확정 : 2021. 11. 25.

〈 목 차 〉

I. 서론	2. 국적 판단의 주체와 근거(Soufraki v. UAE 사건)
1. 투자자 개념의 체계적 지위	3. ICSID 협약에 따른 투자자 요건과 그 심사(Siag v. Egypt 사건)
2. 투자자 개념의 근거 규범	4. 신청인의 이중국적(Al Tamimi v. Oman)
II. 외교적 보호권 행사의 요건으로서의 국적	5. 국적 보유의 시기(Seo v. Korea)
III. 국제투자중재에서의 자연인 투자자에 대한 인적 관할 관련 주요 쟁점과 법리	IV. 결론
1. 주요 쟁점	

I. 서론¹⁾

국제투자중재의 근거 규범인 투자협정²⁾

에서는 그 적용범위를 정하면서 “타방 체
약국의 투자자”를 그 판단 기준 가운데 하

1. 투자자 개념의 체계적 지위

- 1) 줄고를 검토해 주시고 귀중한 의견을 주신 심사위원들께 이 자리를 빌려 깊이 감사드린다.
- 2) 전통적으로는 양자 간 투자조약(bilateral investment treaty)의 형태였으나, 최근에는 양자 간 또는 다자간 자유무역협정(free trade agreement)에 투자라는 표제를 단 하나의 장(Investment Chapter)으로 포함되는 형태도 많아졌다. 전자의 예로는 이란의 다야니 가문이 대한민국을 상대로 투자 중재를 신청하면서 근거로 삼았던 대한민국 정부와 이란회교공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Protection of Investments, 이하 “한-이란 BIT”라고 한다)을 들 수 있고, 후자의 예로는 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America, 이하 “한-미 FTA”라고 한다) 중 제11장 투자(Chapter 11 Investment)를 들 수 있다.

나로 규정한다. 예를 들어, 한-미 FTA 제 11.1조 제1항은 적용범위(Scope and Coverage)라는 표제 아래 “이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다(This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to)”라고 규정하는데, 그 가목은 “다른 쪽 당사국의 투자자(investors of the other Party)”이다. 따라서 투자협정에서 부여하는 보호와 혜택을 받기 위해서는 우선 투자자에 해당하여야 한다.³⁾

한편, 투자유치국이 투자협정상의 의무를 위반하여 자신에게 부여된 보호와 혜택을 침해하였다고 주장하는 청구인은 투자유치국을 상대로 국제투자중재를 신청할 수 있는데 이러한 청구인의 지위도 투자자에게만 인정된다. 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조는 정의(Definitions)라는 표제 하에 “청구인이라 함은 다른 쪽 당사국과의 투자분쟁의 당사자인 어느 한 쪽 당사국의 투자자를 말한다(claimant means an investor

of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party)”라고 규정한다. 나아가 상당수의 국제투자중재는 세계은행 산하의 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 “ICSID”라고 한다)에서 ICSID 협약⁴⁾ 및 ICSID 중재규칙에 의하여 해결⁵⁾되는데, ICSID 협약 제25조 제1항은 국가와 타방 계약국 국민(national of another Contracting State) 사이의 분쟁에 관하여 ICSID가 관할을 가진다고 규정하면서 제2항에서 타방 계약국 국민을 정의하고 있다. 따라서 국제투자중재의 신청인이 되기 위해서는 투자협정이 정하는 투자자에 해당하여야 하며, ICSID 중재의 경우에는 추가로 타방 계약국 국민이기도 해야 한다.

위와 같이 투자자라는 개념은 실체적으로 투자협정이 적용되기 위한 요건임과 동시에 절차적으로 국제투자중재의 소송(내지 중재)요건⁶⁾이기도 하다.⁷⁾ 국제투자중재의 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추

3) 박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012, 75면.

4) 공식 명칭은 국가와 타방 계약국 국민 사이의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)이다.

5) 이하 이러한 중재를 중재기관의 명칭을 따라 ICSID 중재라고 한다.

6) 소송요건은 소제기로 성립된 소송이 적법해져서 본안재판을 받을 수 있는 요건, 즉 본안재판요건을 말한다. 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 295면. 국제투자분쟁의 형태가 소송이 아니라 대안적 분쟁 해결방법인 중재라는 점에 착안한다면 민사소송에서 소송요건에 해당하는 개념을 중재요건이라고 부를 수 있을 것이다.

7) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.01.

지 못한 경우 중재판정부가 중재신청을 어떻게 처리해야 하는지에 관해서 대부분의 투자협정은 명문의 규정을 두고 있지 않으나 ICSID 협약은 제25조에서 이를 관할(jurisdiction)⁸⁾의 문제로 다루고 있으며, 실무에서도 국제투자중재의 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추지 못하였다고 판단할 경우 중재판정부는 투자협정이 적용되지 않음을 이유로 청구를 기각하는 것이 아니라 관할이 없음을 이유로 신청을 각하⁹⁾한다.¹⁰⁾ 즉, 투자자로서의 요건을 갖추었는지 여부는 실무상 중재판정부의 인적 관할(jurisdiction *ratione personae*)¹¹⁾ 문제로

다루어지는바, 이하에서도 두 용어를 상호 호환적으로 사용하고자 한다.

2. 투자자 개념의 근거 규범

투자자의 정의는 기본적으로 개별 투자협정에서 정하는데, 투자협정에 따라 차이는 있으나 대체로 투자자를 자연인과 법인으로 나누고 자연인의 경우는 국적을, 법인의 경우에는 설립지, 본사소재지, 영업활동지 등을 기준으로 삼아 투자자 요건 구비 여부를 판단하도록 한다.¹²⁾ 최근 들어서는 이중국적자인 자연인의 투자자 판

8) 여기서 말하는 관할은 영미법상의 관할 개념에 터잡은 것으로, 우리 민사소송법상 관할과는 다르다. 우리 법상으로는 행정소송의 원고적격(인적 관할), 대상적격(물적 관할), 제소기간(시적 관할)을 합한 개념에 가깝다고 볼 수 있는데, 이러한 면을 포함하여 국가 행위의 적법성(투자협정 위반)을 다룬다는 점에서 국제투자중재는 행정소송과 유사한 부분이 있다.

9) 우리 민사소송에 비유하여 “신청을 각하”한다고 설명하였으나, 국제투자중재 실무에서는 각하(*abweisen als unzulässig*)와 기각(*abweisen als unbegründet*)을 구별하지 않는다. 이는 영미법계 실무가 대륙법계 실무보다 우세하기 때문인 것으로 생각된다.

예를 들어, 한-미 FTA에 기하여 대한민국을 상대로 제기된 *Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. 18117* 사건에서는 투자 요건이 갖추어지지 않았다고 판단하였는데, 그 주된 주문은 아래와 같다.

1. DETERMINES that the Respondent's Preliminary Objection No. 1 be upheld;
2. DETERMINES that the Tribunal has no jurisdiction over the Claimant's claims;
3. ORDERS that the Claimant's claims be dismissed[.]

10) 우리 민사소송에서도 소송요건에 관한 판단이 본안에 관한 판단에 우선한다. 법원은 소송요건이 갖추어져 있지 않다고 판단할 경우 본안요건이 갖추어져 있지 않다는 판단을 이미 한 경우에도 청구를 기각하지 않고 소를 각하한다. 상세는 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 295면 이하 참조.

11) 투자자라는 인적 요소를 근거로 한 관할이라는 의미이다. 이에 대비하여 투자라는 물적 요소를 근거로 한 관할은 *jurisdiction ratione materiae*, 제소기간이라는 시적 요소를 근거로 한 관할은 *jurisdiction ratione temporis*라고 부른다.

12) 예를 들어, 한-이란 BIT 제1조(정의) 제2호는 투자자를 가목의 자연인과 나목의 법인으로 나누고, 각각을 “어느 일방 계약당사자의 법에 의하여 그 국민으로 간주되고 투자유치국의 국적을 가지지 아니한 자연인(natural persons who, according to the laws of either Contracting Party, are considered to be its national and have not the nationality of the host Contracting Party)”, “어느 일방 계약당사자의 법에 의하여 설립되고 그 일방 계약당사자의 영역 안에 본사나 실제 경제활동이 있는 그 일방 계약당사자의 법인(legal persons of

단 기준을 구체적으로 명시¹³⁾하거나, 법인 외에도 다양한 형태의 기업이 투자자에 포함됨을 명시¹⁴⁾하는 등 더욱 상세한 규정을 두는 것이 추세이다.¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 실제 국제투자중재 사건에서는 신청인이 투자자에 해당하는지 여부가 문제 되는 경우가 적지 않으며, 특히 ICSID 중재에서는 ICSID 협약 제25조 제2항 각호에서 정하는 타방국 국민의 정의와 투자협정이 정하는 투자자 정의 사이의 관계 내지 적용상

의 우열¹⁶⁾ 등이 추가로 다투어지기도 한다. 한편, 국제투자중재에서 ICSID 협약 다음으로 널리 활용되는 유엔국제상거래법위원회(United National Commission on International Trade Law, 이하 “UNCITRAL”이라고 한다) 중재규칙의 경우 당초 국제상사중재를 염두에 두고 제정되었으므로 중재규칙에 투자자의 정의에 관한 조항을 두고 있지 않다.¹⁷⁾

국제투자법과 국제투자중재에 관한 통

either Contracting Party which are established under the laws of that Contracting Party and their headquarters or their real economic activities are located in the territory of that Contracting Party)”으로 정의한다.

- 13) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조(정의)는 “이중국적자인 자연인은 그의 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 본다(a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality)”고 규정한다.
- 14) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조(정의)는 자연인이 아닌 투자자를 법인(legal person)이라고 하지 않고, 기업(enterprise)으로 지칭한 다음, 한-미 FTA 제1.4조(정의)에서 기업을 “회사, 신탁, 파트너십, 단독소유기업, 합작투자, 협회 또는 유사한 조직을 포함하여, 영리목적인지의 여부와 민간이나 정부가 소유하거나 지배하고 있는지의 여부에 관계없이 [...] 모든 실체(any entity [...] whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization)”로 정의한다.
- 15) 상세는 C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.58 이하 참조.
- 16) 투자 개념의 경우에도 투자협정이 명시적으로 규정하고 있지 않은 요건들을 ICSID 협약 제25조 제1항의 해석에 의하여 추가적으로 요구할 것인지가 다투어졌는데, *Salini v. Morocco* 사건의 중재판정부가 투자자의 출자(contribution), 일정 기간 동안의 지속(a certain duration), 위험의 인수(participation in the risks), 투자유치국의 발전에 대한 기여(contribution to the host state's development) 요건이 (투자협정과 무관하게 추가적으로) 요구된다고 판시한 이후, 이것이 국제투자중재 실무의 주류적 견해가 되었다. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001 참조.
위 법리를 이른바 *Salini test*라고 부르는데, 그에 관한 상세는 우선 박덕영 편저, *국제투자법*, 박영사, 2012, 65면 이하, 439면 이하; E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2016, p. 97 이하 참조.
- 17) UNCITRAL 중재규칙의 활용을 공식적으로 권장하고 UN 사무총장으로 하여금 중재규칙의 광범위한 확산을 도모하도록 한 1976. 12. 15.자 유엔총회 결의31/98호는 “국제상사(법률)관계의 맥락에서 발생하는 분쟁의 해결방법으로서의 중재의 가치를 인정([r]ecognizing the value of arbitration as a method of settling

일적인 규범 또는 분쟁해결기구가 존재하지 않는 상황에서 투자자 요건에 관하여 일반적으로 통용되는 법리를 찾기는 쉽지 않다. 따라서 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추었는지(더 널리 쓰이는 실무상 표현으로는 중재판정부의 인적 관할이 인정되는지)가 문제되는 국제투자중재에서 중재판정부는 해당 사건에 적용되는 투자협정의 구체적인 문언과 ICSID 협약의 해석론을 종합적으로 고려하여 판단하게 되는데, 이 과정에서 유사한 문언을 가진 투자협정을 적용하거나 유사한 쟁점에 관하여 ICSID 협약을 해석한 다른 국제투자중재 사건 판정례는 영미법상 선례구속과 같은 효력은 없으나 설득력 있는 근거(persuasive authority)가 된다.¹⁸⁾ 한편, 타국으로부터 권리 또는 이익을 침해받은 개인에 대한 구제라는 점에서 국제투자중재와 유사한

측면이 있는 외교적 보호권과 관련된 법리도 국제투자중재에 시사점을 줄 수 있다.

이에 이하에서는 외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적에 관하여 간략히 살펴본 다음, 투자자가 자연인인 경우에 요구되는 인적 관할 요건에 관한 주요 국제투자중재 판정례를 중심으로 관련 법리를 분석한다.¹⁹⁾ 실제 사건에서는 중재판정부의 인적 관할 내지 투자자 요건 외에도 다양한 사실관계와 쟁점이 다투어졌으나, 본고에서는 연구 주제에 관련된 부분에 한정하여 검토를 진행하였다.

disputes arising in the context of international commercial relations)”하고 “그러한 분쟁의 해결에 UNCITRAL 중재규칙을 활용하도록 권장([r]ecommends the use of the Arbitration Rules of the [UNCITRAL] in the settlement of disputes arising in the context of international commercial relations)”하였다.

한편, 이후 UNCITRAL 중재규칙이 국제투자중재에서도 널리 활용됨에 따라 2010년 개정 중재규칙의 활용을 공식적으로 권장한 2010. 12. 6자 유엔총회 결의 65/22호는 “중재규칙이 투자자-국가 분쟁 등 다양한 분쟁을 포함하는 다양한 상황에서 활용된다는 점에 주목([n]oting that the Arbitration Rules are [...] used in a wide variety of circumstances covering a broad range of disputes, including [...] investor-State disputes)”하기에 이르렀다.

18) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.39. 특히 Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, para. 46은 그렇게 하지 않을 강력한 근거가 있지 않은 한, 중재판정부에게는 일련의 국제투자중재 판정례들이 일관되게 채택하여 온 견해를 따를 의무(duty)가 있다고 판시한 바 있다.

19) 투자자는 자연인과 기업으로 구분되므로 투자자가 기업인 경우의 투자자 요건을 다른 주요 판정례도 살펴봐야 할 것이나, 지면 제약상 이는 다음 기회로 미루고자 한다.

II. 외교적 보호권 행사의 요건으로서의 국적

투자협정의 주요한 목적 가운데 하나는 외국, 구체적으로는 상대방 계약당사국으로부터의 투자를 유치하는 데에 있다.²⁰⁾ 따라서 자연인의 경우 투자자로 인정받기 위해서는 투자유치국의 관점에서 볼 때 외국인이어야 하며 그 판단 기준은 국적이 다.²¹⁾

이와 관련하여 외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적에 관하여 먼저 살펴볼 필요

가 있다. 외교적 보호권이 국제법상 자국민 보호를 위한 전통적 제도로 존재해 왔으며 국제투자중재도 그에 터잡아 발전한 측면이 있기 때문이다. 또한 개별 투자협정이나 ICSID 협약 등에서 국적 판단의 기준 내지 준거법에 관한 명시적인 지침을 제공할 경우에는 그러한 규정이 특별법(*lex specialis*)으로서 우선 적용되고 외교적 보호권에 관한 일반 법리는 적용되지 않을 것이나,²²⁾ 그렇지 않을 경우에는 국적 관련 쟁점에 관하여 이미 판례가 축적되어 있는 외교적 보호권 관련 논의가 방향을 제시해 줄 수 있다.²³⁾ 예를 들어, ICSID협

20) 예를 들어, 한-이란 FTA 서문 참조. 자연인이 투자자의 국적과 관련하여 투자유치국의 상대방 계약당사국 국적을 보유할 것(적극적 요건)과 투자유치국의 국적을 보유하지 않을 것(소극적 요건)을 요구하는 ICSID 협약 제25조 제2항도 이러한 고려에 기한 것이다.

한편, 박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012, 75면은 절차적인 측면에서 투자유치국 국적을 보유한 투자자(소극적 요건을 갖추지 못한 투자자)는 자국민 투자유치국 국내 법원의 소송을 통하여 분쟁을 해결할 수 있기 때문에 굳이 국제투자중재를 허용할 필요가 없다는 취지로 설명하나, 국가에 따라서는 국내 법원이 국가와 국민 사이의 분쟁에서 공정하고 합리적인 판결을 내릴 것이라고 기대하기 어려운 경우도 있다. 실제로 투자유치국 국적을 보유한 투자자가 국내 법원의 소송이 아닌 국제투자중재에 호소하는 사례가 발생하고 있다는 사실이 이를 방증한다.

21) A. Sinclair, “The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 20, Issue 2, Fall 2005, p. 357 이하; R. Wisner and R. Gallus, “Nationality Requirement in Investor-State Arbitration”, The Journal of World Investment and Trade, Volume 5, Issue 6, 2004, p. 927 이하 참조. 이때 국적 외에 투자 자금의 출처는 투자자 요건 판단과 무관하다. Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p. 314 이하; R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 46 참조.

22) 2006년 채택된 유엔 국제법위원회(International Law Commission)의 외교적 보호에 관한 규정 초안(Draft Article on Diplomatic Protection, 이하 “ILC 초안”이라고 한다) 제17조 참조. 원문은 다음과 같다.

“The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments.”

23) Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, para. 108; McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.37.; R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 47; 박덕영 편저, 국

약 제25조 제2항 제1호는 국자투자중재의 신청인이 투자유치국 국민이어서는 안 된다고 규정하고 상당수의 투자협정에서도 비슷한 규정을 두고 있으나, ICSID 중재²⁴⁾가 아닌 국제투자중재에서 투자협약도 그에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은 경우라면 투자유치국 국민이라는 이유만으로 신청인 적격이 당연히 배제되는 것은 아니고 실효적 국적이 어디인지에 따라 국제투자중재를 신청하는 것이 허용된다는 주장이 가능할 수 있는 것이다.²⁵⁾

우선, 국제법상 각국은 누가 자국의 국적을 가지는지 결정할 수 있고, 이를 위해 그 기준이 되는 규범(국내법)을 창설할 권리가 있다. 다른 국가들은 조약이나 국제관습법에 반하지 않는 이상 이를 존중하여

야 한다.²⁶⁾ 그러나 국가가 특정 사안에 있어 외교적 보호권을 행사할 수 있는지 여부는 국제법상의 문제이므로, 피해를 입었다고 주장되는 사람이 외교적 보호권을 행사하고자 하는 국가의 국적을 보유하고 있는지 여부에 관한 심사 권한은 당해 사건을 심리하는 국제재판부에 독립적으로 귀속하며 국가의 국내법적 판단에 구속되지 않는데, 이러한 원칙은 국제투자중재에서도 그대로 적용된다.²⁷⁾

한편, *Nottebohm* 사건에서는 외교적 보호권 행사를 위해서 특정인이 국적국의 국적을 형식적으로 보유하고 있는 것만으로는 부족하고 그 특정인과 국적국 사이에 진정한 관련성(*genuine connection*)이 필요하다고 판시하였다.²⁸⁾ 그러나 이후 *Italia*—

제투자법, 박영사, 2012, 76면.

24) ICSID 협약 제27조 제1항은 국제투자중재가 제기된 경우 그 국적국이 해당 분쟁과 관련된 외교적 보호권 행사를 포기한 것으로 간주하므로, ICSID 중재의 경우에는 외교적 보호권과 관련된 법리가 적용될 여지가 거의 없다. *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, para. 69.

25) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, paras. 5.14, 5.89.

26) 1930. 4. 12. 헤이그에서 체결된 국적법의 충돌에 관한 협약(*Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Laws*, 이하 “국적법 협약”이라고 한다) 제1조. 원문은 다음과 같다.
“It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality.”
위 협약은 1937년 발효되었고 현재까지 24개국이 비준 또는 가입하였으나 비회원국들에게도 국제관습법으로서의 효력을 가지는 것으로 받아들여진다. Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p. 375 참조.

27) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.18. 박덕영 편저, *국제투자법*, 박영사, 2012, 76면.

28) *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 4. 같은 태도를 보인 판례로 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgium v.

US Conciliation Commission Tribunal은 진정한 관련성이 모든 사건에서 요구되는 것이 아니라, 문제된 특정인이 리히텐슈타인에는 거의 거주하지 않은 반면 과테말라에서는 34년 이상 거주하면서 사업 활동을 하였던 Nottebohm 사건과 같이 특수한 경우에만 요구된다고 판시하였고,²⁹⁾ ILC 초안 제4조도 같은 입장을 취하였다.³⁰⁾

반면, Iran-United States Claims Tribunal은 Nottebohm 사건을 원용하면서 국제법의 일반원칙에 따라 외교적 보호권 행사에는 실질적이고 효과적인 국적(real and effective nationality)이 요구된다고 판시하였다.³¹⁾ 이와 같은 진정한 관련성 요건은 국제투자중재의 신청인이 자신이 원용한 국적 뿐 아니라 투자유치국의 국적도 동시에 보유하고 있는 경우에 국제투자중재 목적

상 최종적인 국적을 판단하기 위한 기준으로 다수의 BIT에 반영되어 있으며, ILC 초안 제7조도 특정인이 외교적 보호권을 행사하는 국가와 그 상대방 국가의 국적을 동시에 보유하고 있는 경우에는 더 우월한 국적³²⁾을 기준으로 행사 가부를 판단한다고 하고 있다.³³⁾

또한, 전통적으로 국가가 외교적 보호권을 행사하기 위해서는 상대방 국가의 행위로 피해를 입은 국민이 외교적 보호권을 행사하는 국가의 국적을 피해가 발생한 시점으로부터 일정 시점까지 계속 유지하여야 한다는 국적계속(continuity of nationality)의 원칙이 인정되어 왔다.³⁴⁾ 구체적으로 어느 시점까지 국적이 유지되어야 하는지에 관해서는 관련 분쟁에서 판결 또는 판정이 내려질 때까지라고 보는 것이 다수

Spain) (Second Phase), Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 3; Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 582 도 참조.

29) Flegenheimer Claim (United States v. Italy), Judgment of 20 September 1958, 25 I.L.R. 91.

30) ILC 초안 제4조에 대한 commentary는 ILC 초안 제4조가 Nottebohm 사건에서 요구된 특정인과 국가 사이의 실효적 또는 진정한 관련성을 요구하지 않는다는 점을 명시하였다. United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, p. 29 이하.

31) Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R. 251, p. 265.

32) 이 때 고려할 기준으로는 상거소, 이익의 중심지, 가족관계상 유대, 공적 영역에의 참여 등이 있다. C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.94.

33) United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, p. 34 이하. 다만, 특정인이 외교적 보호권을 행사하는 국가의 국적과 그 상대방 국가가 아닌 제3국의 국적을 동시에 보유하고 있는 경우에는 더 우월한 국적이 어느 것인지를 판단할 필요 없이 외교적 보호권 행사가 가능하다. ILC 초안 제6조 제1항.

34) Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p. 40 참조.

설이었다.³⁵⁾ 그런데 ILC 초안 제5조는 문제된 국적이 청구가 공식적으로 이루어진 때(official presentation of the claim)까지만 유지되면 족하다는 입장³⁶⁾을 취하고 있는 바, 앞으로 ILC 초안이 국제관습법으로서의 지위를 인정받고 기존의 국적계속 원칙의 내용은 변경되었다고 평가될 수 있을지 주목된다.³⁷⁾

III. 국제투자중재에서의 자연인

투자자에 대한 인적 관할 관련 주요 쟁점과 법리

1. 주요 쟁점

국제투자중재 판정례에서 자연인인 투자자에 대한 인적 관할과 관련하여 주요 쟁점으로 다루어진 것들은 앞서 살펴본 외교적 보호권에서도 주로 문제되는 것들이

거나 외교적 보호권 행사시 요구되는 요건들을 국제투자중재에서도 요구할 것인가라는 문제와 관련된 것이 대부분이다. 구체적으로는, 국적 판단의 근거는 무엇인가, 최종적인 국적 판단을 내릴 권한은 누가 가지는가(중재판정부는 개별 국가의 국적 판단에 종속되는가), 국적 보유 외에 국제공법에서 요구하는 진정한 관련성(genuine connection or link)을 추가로 요구할 것인가, 투자협정의 투자자 요건³⁸⁾과 ICSID 협약의 투자자 요건 사이의 관계는 어떠한가, 신청인이 이중국적을 보유하고 있다면 이는 투자유치국(소극적 요건)과 그 상대방 계약당사국(적극적 요건)과의 관계에서 어떻게 문제되는가, 투자자로서 보유해야 할 국적은 어느 시점부터 어느 시점까지 유지하고 있어야 하는가 등을 들 수 있다.

아래에서는 위 쟁점들을 다룬 국가투자중재 판정례 중 각종 문헌과 후속 판정

35) R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, Oxford University Press, 1996, pp. 512-513; Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p. 460.

36) 그에 관한 상세는 United Nations, *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, pp. 31-32; P. Bernardini, "Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration", *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 165 이하 참조.

37) 국제관습법이 이미 본문과 같이 변경되었다고 보는 견해는 P. Bernardini, "Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration", *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 166 이하 참조.

38) 아래에서 상세히 살펴보는 바와 같이, 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 법령을 기준으로 국적을 판단하도록 하는 것이 일반적이거나, 투자협정에 따라서는 국적국이라고 주장하는 국가에 거주할 것을 추가로 요구하는 경우도 있다. K. Yannaca-Small, "Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges", *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, p. 214.

례에서 선례로 자주 인용되는 판정례³⁹⁾를 구체적으로 살펴보고 그에 드러난 관련 법리를 검토한다.

2. 국적 판단의 주체와 근거

(Soufraki v. UAE 사건⁴⁰⁾)

가. 쟁점

본 건에서 원용된 투자협정은 이탈리아와 피신청인 아랍에미리트 연합 사이의 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty between Italy and the United Arab Emirate)이며, 그 제1조 제3항은 투자자를 “해당 국가의 법령에 따라 그 국가의 국적을 보유하고 있는 자연인(natural person holding the nationality of that State in accordance with its law)”이라고 정의한다. 따라서 투자협정에 근거하여 피신청인을 상대로 국제투자중재를 신청하기 위해서는 신청인이 이탈리아 국민이어야 한다.

신청인은 당초 이탈리아 국적을 보유하고 있다가 이후 캐나다 국적을 취득하였는

데, 이탈리아의 법령에 따르면 이 경우 이탈리아 국적을 상실하게 되며, 이탈리아에 1년 이상 주거를 두는 등 별도의 요건을 갖춘 경우에 한하여 국적을 회복할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 이탈리아 정부는 신청인을 이탈리아 국민으로 인정하고 있었는데, 이러한 상황에서 중재판정부가 그와 달리 판단하여 신청인의 이탈리아 국적을 부인할 수 있는지 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

우선, 신청인이 1991년 당시 이탈리아 국적을 보유하고 있었다는 사실에 관해서는 당사자 사이에 다툼이 없다. 피신청인은 신청인이 1991년경 캐나다 국적을 취득하고 캐나다에 거주하게 됨에 따라 당시 적용되던 이탈리아 법령⁴¹⁾에 의하여 이탈리아 국적을 상실하였다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 주위적으로 국적 상실을 부인하면서 자신은 이탈리아 국적을 포기할 의도가 없었고 본건 중재에 이르기까지 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식조차 하지 못하였다고 주장하였다.

39) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.83과 K. Qureshi QC, *Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 33 이하에 수록된 판정례 중 관련 쟁점을 최초로 다루었는지, 후속 판정례가 이를 선례로 인정하고 따르고 있는지를 주요한 고려 요소로 삼았다. *Seo v. Korea* 사건 판정은 위 문헌이 출판된 이후인 2019년에 내려진 최근 판정이나, 대한민국이 당사자인 사건으로 자연인 투자자 요건의 시점을 다룬 드문 판정례라는 점에서 포함하였다.

40) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7.

41) Article 8, paragraph 1 of the Italian Law No. 555 of 1912.

다음으로 피신청인이 1992년 이후 이탈리아 법령⁴²⁾에 따라 신청에 의해 또는 이탈리아에 1년 이상 주거를 함으로써 자동으로 이탈리아 국적을 회복할 수 있었다는 사실에 관해서도 당사자 사이에 다툼이 없다. 이에 관하여 신청인은 자신이 이탈리아 국적 회복 신청을 한 바 없다는 사실은 자인하면서도, 예비적으로 자신이 1993. 3. 경부터 다음 해 4.경까지 이탈리아에 거주하였고 그에 따라 이탈리아 국적을 회복하였다고 주장하였다.

마지막으로 신청인은 이스탄불 주재 이탈리아 영사관에서 2003. 5. 5.자로 발급받은 증명서 등을 비롯하여 자신이 소지하고 있는 이탈리아 여권, 신분증 및 이탈리아 외무부의 공문에 자신이 이탈리아 국적자로 기재되어 있는바, 이탈리아 법령을 해석, 적용하는 것은 이탈리아 정부의 소관이므로 위와 같은 문서들이 사기적으로 취득되었다는 사실이 인정되지 않는 한 중재판정부는 자신을 이탈리아 국민으로 인정한 이탈리아 정부의 판단을 존중해야 한다

고 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 우선, 신청인이 1991년경 캐나다 국적을 취득함에 따라 이탈리아 국적을 상실하였다고 판단하면서 이탈리아 법령의 해석상 신청인의 의도나 국적 상실에 대한 인식은 고려할 사항이 아니라는 취지로 판시하였다.⁴³⁾

다음으로 중재판정부는 국제법상 국적의 득실에 관한 규정을 입법하는 것은 해당 국가의 권한에 속하는 사항⁴⁴⁾이라는 점을 인정하면서도, 동시에 국제중재 내지 사법절차에서 특정인의 국적이 문제될 때에는 중재판정부가 이를 판단할 권한을 가진다고 판시하였다. 그 과정에서 해당 국가 정부의 판단을 매우 중시(accord great weight)하기는 하지만, 궁극적으로 그 국적이 다투어지는 특정인이 해당 국가의 국민인지 아닌지는 중재판정부가 독자적으로 판단할 사항이라는 것이다.⁴⁵⁾

한편, 국적 판단을 위한 증거에 관하여

42) Article 17(1) or Article 13(1)(d) of the Italian Law No. 91 of 1992.

43) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 52.

44) 앞서 살펴본 바와 같이 국적법 협약은 국제관습법으로서의 효력을 가지는 것으로 이해되는바, 중재판정부가 이를 명시적으로 언급하지는 않았으나 위 본문과 같이 판시하면서 “[i]t is accepted in international law”라고 표현한 것은 위와 같은 점을 고려한 것으로 생각된다.

45) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 55.

중재판정부는 ICSID 중재규칙 제34조 제1항에 따라 ICSID 중재에 제출된 증거의 증거능력과 증명력을 판단하는 것은 중재판정부의 전권에 속하는 사항이라고 판시한 다음, 이탈리아 정부의 증명서나 공문이 신청인의 주장을 일응(*prima facie*) 증명한다고 보면서도, 이들은 신청인이 1992년 이후 이탈리아 국적을 “회복”하였음을 전제로 하지 않고⁴⁶⁾ 오히려 신청인이 이탈리아 국적을 애초에 상실하지 않았다는 잘못된 전제를 바탕으로 하고 있으므로 결국 신청인의 국적을 증명할 수 없다고 보았다.⁴⁷⁾

마지막으로 중재판정부는 위 문서 외에 다른 증거를 근거로 신청인이 이탈리아에 1년 이상 거주함으로써 국적을 회복하였다고 인정할 수 있는지를 검토⁴⁸⁾하고, 신청인이 제출한 증거⁴⁹⁾만으로는 이를 인정할 수 없다고 판단하였다.⁵⁰⁾

라. 검토

판단 근거가 되는 규범 면에서 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 법령에 따라 신청인의 국적을 판단해야 한다는 것과, 판단 주체 면에서 신청인 국적을 판단하는 최종적인 주체가 (신청인이 국적국이

46) 신청인은 (당사자)신문과정에서 자신이 1991년경 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식하지 못하였고 따라서 이탈리아 정부로부터 증명서를 발급받을 때 (자신이 이탈리아 국적을 계속 유지하고 있다고 생각하였으므로) 1년 이상 거주 요건을 갖추어 이탈리아 국적을 회복하였다는 주장은 한 바 없다고 진술하였다. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 67.

47) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 68.

48) 중재판정부는 신청인이 이탈리아에 상거소(*habitual abode*)를 두었는지 및 이탈리아에 영업 활동의 중심지를 둘 의사를 명시하였는지를 판단 기준으로 삼았는데, 이는 이탈리아 법령의 국내법적 해석론에 따른 것으로 보인다. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 73, fn. 9.

49) 이는 거주 사실에 대한 입증책임이 신청인에게 있음을 전제로 하는데, 이와 관련하여 중재판정부는 특정한 사실을 주장하는 당사자가 그에 대한 입증책임을 부담한다는 것이 국제적인 (그리고 대부분 국가의) 실무라고 판시하였다. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 58. 입증책임에 관한 상세한 논의는 C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.49 이하 참조.

50) 한편, 중재판정부는 세계 각지에서 사업을 영위하며 끊임 없이 여행하는 신청인이 10년도 더 지난 과거 시점의 거주 사실을 증명하는 것은 어려운 일이고, 자신이 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식하기만 했더라도 국적 회복 신청을 통하여 쉽게 이탈리아 국적을 회복할 수 있었을 것이며, 자연인 자격에서 아랍에미리트 정부와 직접 계약을 체결하지 않고 이탈리아 법인을 통하여 계약을 체결하였더라면 투자자 지위를 인정받는 데에 아무런 문제도 없었을 것이라는 등 신청인의 억울함에 공감하면서도 중재판정부로서는 (증거를 통하여) 인정된 사실관계에 더 잡아 판단할 수 밖에 없다고 덧붙였다. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 83.

라고 주장하는 국가가 아니라) 중재판정부는 라는 것은 논리적으로 서로 별개의 명제이며 양립가능하다. 앞서 살펴본 국적법 협약 제2조도 특정인의 특정 국적이 문제된 경우 문제된 “국적국의 법령에 의하여” 판단한다고 규정할 뿐, 그 “국적국이” 판단한다고 규정하지는 않는다. 중재판정부는 문제된 법령에 관한 해당 국가의 해석이나 신청인의 국적에 관한 해당 국가의 판단을 일응 존중할 것이지만, 그에 구속되는 것은 아니며 그와 달리 판단하는 것이 필요하다고 생각할 경우 독자적으로 판단한다.⁵¹⁾

3. ICSID 협약에 따른 투자자 요건과 그 심사(Siag v. Egypt 사건⁵²⁾)

가. 쟁점

본건에서 원용된 투자협정은 이탈리아와 피신청인 이집트 사이의 투자의 촉진

및 보호에 관한 협정(Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Italy and the Arab Republic of Egypt)이며, 그 제1조 제3항은 투자자를 “해당 국가의 법령에 따라 그 국가의 국적을 보유하고 있는 자연인(natural person holding the nationality of that State in accordance with its laws)”이라고 정의한다.

한편, 투자협정에는 명문의 규정이 없으나, ICSID 협약 제25조 제2항 가호 단서는 투자유치국의 국적을 (투자유치국의 상대방 계약당사국의 국적과) 함께 보유하고 있는 자연인은 투자자에 포함되지 않는다고 규정한다.⁵³⁾ ICSID 협약에 따르면, 신청인들이 이탈리아의 국적과 함께 피신청인 이집트의 국적도 보유하고 있을 경우, 즉 이탈리아와 이집트의 이중국적자일 경우, ICSID 중재의 중재판정부는 본건 분쟁에 관한 관할이 없게 되는데, 이 때 누가 무엇을 근거로 신청인들의 이집트 국적 보

51) 아래 살펴보는 Siag v. Egypt 사건과 Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2; Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20; Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 사건의 중재판정부들도 그에 따랐다. 상세에 관하여는 C. Schreuer, “Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016, p. 153 이하 참조.

52) Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15.

53) 원문은 다음과 같다.

(2) “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person [...], but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute[.]

유 여부를 판단할 것인가가 문제되었다. 또한 투자협정이나 ICSID협약에 명문의 규정이 없는 상황에서 ICSID 중재의 중재판정부가 자연인의 국적을 판단할 때 주된 국적 또는 실효적 국적을 고려할 것인가도 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인 Siag는 출생한 때로부터 이집트 국적을 보유하고, 1989년 레바논 국적을 취득하였으며, 이후 이탈리아 국민과 결혼함에 따라 1993. 5. 3. 이탈리아 법령⁵⁴⁾에 의하여 이탈리아 국적을 취득하였다. 신청인 Vecchi는 Siag의 모로서, 출생한 때로부터 이탈리아 국적을 보유하고, 이집트 국민과 결혼하면서 1957년 이집트 법령⁵⁵⁾에 의하여 이집트 국적을 취득하였으며⁵⁶⁾, 1993년 이탈리아 법령⁵⁷⁾에 의하여 이탈리아 국적을 회복하였다. 신청인들이 현재 이탈리아 국적을 보유⁵⁸⁾하고 있다는 사실

에 관해서는 당사자 사이에 다툼이 없다.

이집트는 신청인들이 이탈리아 국적과 함께 이집트의 국적도 보유하고 있으므로 ICSID 협약에 따라 중재판정부에 관할이 없다고 주장하였다. 한편, 이집트는 인적 관할 심리를 위하여 신청인들의 국적을 판단함에 있어 주된 국적 또는 실효적 국적을 기준으로 판단(dominant or effective nationality test)해야 한다고도 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

피신청인은 신청인들이 이집트 국적을 보유하고 있다는 취지의 이집트 내무부 명의 공문서 등을 증거로 제출하였으나, 중재판정부는 앞서 살펴 본 Soufraki v. UAE 사건 판정을 인용하면서 이는 일응의 증거(*prima facie evidence*)일 뿐이며 신청인들의 국적에 관한 최종적인 판단은 중재판정부가 이집트 법령을 해석하여 내린다고 판

54) Article 5 of the Italian Nationality Law No. 91 of 1992.

55) Article 9 of the Egyptian Nationality Law No. 391 of 1956.

56) Soufraki v. UAE 사건에서와 같이 이탈리아가 아닌 외국의 국적을 취득함에 따라 이탈리아 국적은 자동으로 상실되었다.

57) Article 17 of the Italian Nationality Law No. 91 of 1992. 흥미롭게도 이 조문은 앞에서 살펴 본 Soufraki v. UAE 사건의 중재판정부가 신청인이 국적 회복 신청을 통하여 쉽게 이탈리아 국적을 재취득할 수 있었을 것이라고 판시하면서 적시한 바로 그 조문이다.

58) 신청인들의 국적 취득이 국제투자중재 신청을 위한 수단(device)으로 보인다는 견해가 있다. K. Qureshi QC, *Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 33 이하. 그러나 중재판정부는 신청인들의 이탈리아 국적 취득이 본건 국제투자중재를 신청하기 위한 수단이 아니라고 보았다. Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, para. 200.

시하였다.⁵⁹⁾

다음으로 중재판정부는 신청인 Siag가 레바논 국적을 취득한 후에도 이집트 국적을 유지하기 위해서는 이집트 법령⁶⁰⁾이 정하는 1년의 기간 내에 이집트 내무부에 (외국 국적 취득에도 불구하고) 이집트 국적을 유지하겠다는 선언을 하였어야 하는데 그렇게 하지 않았으므로 결국 이집트 국적을 상실하였다고 판단하였다.⁶¹⁾

한편, 피신청인은 이집트 국민과의 혼인을 통하여 이집트 국적을 취득한 외국인 여성이 혼인의 종료에도 불구하고 본래의 국적을 회복하거나 외국인과의 새로운 혼인을 통하여 그 외국인의 국적을 취득하지 않는 한 이집트 국적을 상실하지 않는다는

이집트 법령⁶²⁾이 신청인 Vecchi에게는 적용되지 않는다고 주장하였으나,⁶³⁾ 중재판정부는 해당 조항이 위와 같은 상황에 처한 이집트 국민 일반에 적용되는 것이지 1975년 국적법 시행 이후에 혼인으로 인하여 이집트 국적을 취득한 여성들에게만 적용된다고 해석할 수는 없다고 판시한 다음,⁶⁴⁾ 신청인 Vecchi가 1993년 이탈리아 국적을 회복함에 따라 이집트 국적을 상실하였다고 판단하였다.

마지막으로 중재판정부는 ICSID 제25조 제2항 가호가 국민의 정의와 이중국적에 적용될 규범을 독자적으로 마련해 두고 있는 이상 국제(관습)법에서 발전된 주된 국적 또는 실효적 국적 심사(dominant or ef-

59) Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 150-153.

60) Article 10 of the Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975.

61) Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, para. 172.

62) Article 8 of the Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975.

63) 피신청인은 해당 조항(1975년 국적법 제8조)이 “외국 여성이 전 2조(즉, 제6조 및 제7조)의 규정에 의하여 이집트 국적을 취득한 경우(If a foreign woman acquires the Egyptian nationality under the provisions of the two previous articles)”에 적용되는데, 신청인 Vecchi는 (1975년 국적법 제6조 또는 제7조가 아니라) 1956년 국적법 제9조에 의하여 이집트 국적을 취득하였기 때문이라는 점 및 1975년 국적법 제1조에 따르면 신청인 Vecchi는 이집트 국민이지 더 이상 외국인이 아니라는 점을 이유로 들었다. 그런데 1956년 국적법 제9조와 1975년 국적법 제7조는 같은 내용이었고, 국적법 제1조는 잠시 동안 아랍공화국 연합(United Arab Republic)을 형성했던 이집트와 시리아가 분리되면서 연합 이전부터 이집트 국민이었던 사람과 그렇지 않은 사람을 구별하기 위해 입법된 조항이었을 뿐, 이집트 국민과의 혼인을 통하여 국적을 취득한 사람을 출생한 때로부터 이집트 국민이었던 사람과 동일하게 처우하기 위한 목적을 가진 조항은 아니었다. Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 184, 190.

64) Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 183-187, 191.

fective nationality test)는 적용될 여지가 없을 뿐만 아니라,⁶⁵⁾ 본건에서 신청인의 이중국적이 인정되어 그 가운데 어떤 국적에 따를 것인지가 문제되거나 또는 신청인이 비자발적으로 보유하게 된 국적을 부인할 것인지가 여부가 문제되지 않는다는 점에서도 국내법상 인정되는 국적을 국제법적으로 부인하기 위한 위 심사는 적용되지 않는다고 판시하였다.⁶⁶⁾

라. 검토

당사자들이 다투지 않음에 따라 명시적으로 다루어지지 않는 않지만, 중재판정부는 투자협정에 투자자가 투자유치국 국민이어서는 안된다는 소극적 요건이 포함되어 있지 않더라도 ICSID 협약에 따라 이를 심사해야 한다는 점을 전제하였다.⁶⁷⁾

앞서 살펴 본 *Soufraki v. UAE* 사건의 중재판정부는 신청인이 이탈리아 국적을 상실하였다고 판단하는 과정에서 신청인의 이탈리아 국적을 증명하는 취지의 이탈리

아 정부 명의의 공문서들이 이탈리아 정부가 신청인의 캐나다 국적 취득이라는 사실을 알지 못한 상태에서, 즉 사실관계를 오인한 상태에서 작성된 것들이라는 이유로 이들을 배척하였다. 반면, *Siag v. Egypt* 사건의 중재판정부는 신청인들이 외국 국적을 취득함에 따라 이집트 국적을 상실하였다고 판단하면서 그와 반대되는 이집트 정부의 이집트 국내법(국적법) 해석을 정면으로 배척하였다는 점에서 중재판정부 판단의 독자성이 더욱 선명하게 드러났다고 할 수 있다.

4. 신청인의 이중국적(*Al Tamimi v. Oman*)⁶⁸⁾

가. 쟁점

본 건에서 원용된 투자협정은 미국과 피신청인 오만 사이의 자유무역지역 설립에 관한 협정(Agreement between the Government of the United States of America and the

65) 중재판정부는 위 심사를 적용한 *Iran-United States Claims Tribunal*, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R. 251에서도 위 심사가 “명시적인 예외가 없는 한(unless an exception is clearly stated)” 적용된다는 점을 밝혔다고 언급한 *Champion Trading Company et. al. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003의 설시에 동의하였다. *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 197-198.

66) *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 199, 201.

67) 투자 개념에 있어서 투자협정과 ICSID 협약의 관계에 관하여는 앞의 각주 16 참조.

68) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33.

Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area)이며, 그 제10.27조는 투자자를 투자유치국의 상대방 계약당사국 국민인 자연인으로 정의하면서 “이중국적자인 자연인은 주되고 실효적인 국적국의 국적만을 보유한 것으로 간주한다(a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality)”라고 규정한다. 한편, 같은 협정 제1.2조는 미국의 국민을 “(미국의) 이민 및 국적법 제3편에 정의된 ‘미합중국 국민’(‘national of the United States’ as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act)”으로 정의한다.

제10.27조의 문언에 따르면 일견 신청인이 이중국적자일 경우 그 주되고 실효적인 국적국이 어디인지를 살펴봐야 할 것으로 보이나, 해당 조문의 영문 원문은 주되고 실효적인 “국적국”을 “State”로 표현하고 있다⁶⁹⁾는 점에서 위 심사가 이중국적자 일반이 아니라 투자협정의 두 계약당사국 국적을 모두 보유한 이중국적자에게만 적용되는 것은 아닌지 여부가 먼저 문제되었

다. 만약 위 심사가 이중국적자 일반에 적용되는 것이 아니라면 피신청인의 주장에 따르면 신청인이 피신청인의 국적을 보유하고 있는 것은 아니므로, 신청인이 미국 외에 제3국의 국적을 추가로 보유하고 있는지 여부나 만약 보유하고 있다면 주되고 실효적인 국적국이 어디인지를 살펴볼 필요가 없게 되기 때문이다. ⁷⁰⁾

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인은 아랍에미리트 연합을 구성하는 7개 토후국(emirate) 가운데 하나인 Sharjah에서 태어났다. 이에 피신청인은 신청인이 미국과 아랍에미리트 연합의 국적을 모두 보유하고 있는 이중국적자이고, 그 주되고 실효적인 국적국이 아랍에미리트 연합이므로 투자자의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다. 이는 신청인이 투자협정의 당사국인 미국과 오만의 이중국적자가 아니라, 당사국 중 한 국가와 제3국의 이중국적을 보유한 경우에도 주되고 실효적인 국적 심사가 적용됨을 전제로 한 것이다. 한편, 피신청인은 신청인이 미국 국민임은 다투지 않는다.

이에 대하여 신청인은 자신이 1980년 미

69) 이러한 의미에서 “State”를 단순히 “국적국”으로 번역하기 보다는 “계약당사국인 국적국”으로 번역하는 것이 보다 정확할 것이다.

70) 즉, 이 쟁점이 신청인의 이중국적 보유 여부 및 주되고 실효적인 국적국 판단보다 앞서서 해결되어야 할 선결문제라고 할 수 있다.

국 국적을 취득하면서 아랍에미리트 연합의 국적을 상실하였다고 주장하였다. 신청인은 나아가, 설령 자신이 미국과 아랍에미리트 연합 국적을 모두 보유하고 있는 이중국적자라고 하더라도 자신의 주되고 실효적인 국적국이 미국이므로 투자자 요건을 갖추었다고 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 신청인이 미국 국적을 취득하였을 때 아랍에미리트 연합 법령⁷¹⁾에 따라 아랍에미리트 연합의 국적을 상실하였으므로 신청인은 이중국적자가 아니라고 판단하였다.⁷²⁾

중재판정부는 또한, 투자유치국 국민이 자신의 주되고 실효적인 국적국을 상대로 투자협정을 원용함으로써 투자유치국의 상대방 계약당사국 국민에 한하여 투자협정상의 보호를 제공하려 한 협약의 취지를

몰각⁷³⁾시키지 못하도록 하는 것이 투자협정 제10.27조의 목적이므로, 이중국적자인 신청인이 주되고 실효적인 국적국의 국적만을 보유한 것으로 간주되는 위 조항은 그가 투자협정 계약당사국의 국적을 모두 보유한 이중국적자인 경우에 한하여 적용된다고 판시하였다. 그런데 본건에서는 신청인이 오만 국적을 보유하고 있지 않으므로, 그가 미국 국적과 함께 제3국 국적을 보유하고 있다는 사정은 국제투자중재를 신청하는 데에 아무런 방해가 되지 않고 주되고 실효적인 국적 심사도 할 필요가 없다는 것이다.⁷⁴⁾

라. 검토

앞서 살펴 본 *Siag v. Egypt* 사건에서는 ICSID 협약 제25조 제2항 가호가 주되고 실효적인 국적 심사의 적용을 배제하는 “명시적인 예외”로 작용한다⁷⁵⁾고 판시하

71) Article 15(C) of Federal Law No 17 for 1972 Concerning Nationality, Passports and Amendments thereof.

72) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, paras. 271-273.

73) 투자협정의 목적은 상대방 계약당사국, 즉 외국으로부터의 투자를 유치하는 대신 그 반대급부로 일정한 보호와 특혜를 제공하는 데에 있으므로 자국에 대한 자국 국민의 투자에는 그러한 보호와 특혜를 제공할 필요가 없다는 논리이다. 앞의 각주 17도 참조.

74) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 274.

75) 그와는 달리 투자협정에 명시적인 근거가 없음에도 국적의 실효성(effective nationality)이 인정되어야 한다는 취지로 판시한 판정례로는 *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, paras. 61-62 참조.

한편, ICISD 중재가 아닌 국제투자중재에는 주되고 실효적인 국적 심사의 적용을 배제하는 명시적인 예외 규정, 즉 ICSID 협약 제25조 제2항 가호가 적용되지 않으므로 위 심사가 여전히 적용된다고 보는 견

였는데, 이것이 ICSID 중재에서는 어떠한 경우에도 이중국적자의 국적 판단에 위 심사를 적용할 수 없다는 의미는 아니다. 즉, 본건에서와 같이 계약국들은 투자협정에 명시적인 규정을 둬으로써 중재판정부로 하여금 이중국적자의 국적 판단에 위 심사를 적용하도록 할 수 있다.⁷⁶⁾ 다만 본건에서는 투자협정의 해석상 주되고 실효적인 국적 심사가 투자협정 계약당사국의 국적을 모두 보유하고 있는 경우에 한하여 적용될 뿐, 계약당사국 중 한 국가의 국적과 제3국의 국적을 보유하고 있는 경우에는 적용되지 않는다고 본 것이다.

한편, 본건에서도 신청인은 자신이 미국 국적자임을 증명하기 위하여 귀화증명서와 미국 여권을 증거로 제출하였는데, 피신청인은 그 효력을 다투지 않았고, 중재판정부는 피신청인이 신청인의 미국 국적을 부정할 만한 사실관계상의 근거를 제시

하지 않았다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 공문서를 존중하고 (앞서 살펴 본 두 사건에서와 달리) 이를 뒤집을만한 구체적인 증거나 법리가 없는 상황에서 그에 따른 국적을 인정한 사례라고 볼 수 있다.

5. 국적 보유의 시기(Seo v. Korea)⁷⁸⁾

가. 쟁점

본건에서 원용된 투자협정은 한-미 FTA로, 그 제1.4조(정의)는 협약의 적용을 받는 투자, 즉 적용대상투자(covered investment)⁷⁹⁾를 “이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된 [...] 다른 쪽 당사국 투자자의 투자로서 제11.28조(정의)에서 정의된 것(an investment, as defined in Article 11.28 (Definitions), [...] of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of

해가 있다. C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.95. 이에 반대되는 취지의 판정례로는 Serafin García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, 15 December 2014 참조.

76) 이 점에서 계약당사국들이 투자협정에 투자를 정의하면서 Salini test에 비하여 완화된 요건을 명시하더라도 Salini test에서 요구하는 투자의 요건들은 그와는 독립적으로 추가 적용된다는 것과 차이가 있다. Salini test의 독립성에 관해서는 E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 107 참조.

77) Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 270.

78) Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117.

79) 한-미 FTA 제11장(투자)에서 보호와 혜택을 부여하는 대상은 투자 일반이 아니라 적용대상투자이다.

this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter)”으로 정의하고, 제11.28 조(정의)는 투자자를 “다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 [...] 당사국의 국민(national [...]) of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party)”으로 정의한다.

위 정의에 따르면 적용대상투자자로 인정받기 위해서는 투자자의 투자여야 하는바, 투자자로서의 요건을 갖추어야 하는 시점이 투자가 이루어지는 시점인지 아니면 투자유치국의 투자협정 위반이 있는 시점인지가 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인은 출생으로부터 한국 국적을 보유하였으나, 2013년 미국에 귀화하면서 한국 국적을 상실하였다. 앞서 살펴본 사건들과는 달리, 이러한 신청인의 국적 자체에 대해서는 다툼이 없었다. 신청인은 2001년 문제된 부동산⁸⁰⁾을 매수하고 (소유권이전)등기를 마쳤다. 서울지방토지수용위원회는 2016년 도시재개발사업을 위하여 문제된 부동산을 수용하는 재결을 하였

다. 한편, 같은 해 신청인의 국적 변동 사실이 등기부에 기재되었다.

피신청인은 적용대상투자가 되기 위해서는 한-미 FTA가 발효된 2012년 당시 투자자였던 자의 투자였거나 이후 투자자에 의하여 설립·인수 또는 확장된 투자이어야 하는데, 신청인이 한-미 FTA가 발효된 이후인 2013년에야 미국 국적을 취득하여 투자자가 되었으므로 전자의 요청은 충족되지 않았고, 신청인이 투자자가 된 이후 문제된 부동산을 설립·인수 또는 확장한 바 없으므로 후자의 요건도 충족되지 않았다고 주장하였다. 피신청인의 관할 항변은 이 사건 부동산이 적용대상투자가 아니라는 것으로 물적 관할을 문제 삼는 취지이며, 신청인의 투자자 지위나 인적 관할을 문제삼고 있지는 않다. 그러나 피신청인의 주장을 구체적으로 살펴보면 투자가 적용대상투자자로 인정받기 위해서는 한-미 FTA가 발효된 시점 또는 투자가 설립·인수 또는 확장된 시점에 투자자인 자의 소유였어야 한다는 취지이므로, 이에 주목한다면 본건의 쟁점은 투자자 요건이 갖추어져야 할 시점이 언제인지의 문제로도 볼 수 있다.

이에 대하여 신청인은 자신이 국적 변동 사실을 등기부에 기재하면서 투자를 재설

80) 신청인은 위 부동산 중 토지의 일부 지분을 2003년 배우자에게 양도하였으나, 본건의 쟁점과는 무관하므로 이하에서는 이러한 사실관계를 무시한다.

립(reestablish)하였고, 2014년 주차장을 포장하는 등 문제된 부동산을 확장하였다고 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 구체적인 이유를 제시하지는 않은 채, 문제된 부동산이 적용대상 투자로 인정되기 위해서는 한-미 FTA 발효 당시 신청인이 투자자, 즉 미국 국적자였어야 하고, 그렇지 않을 경우 한-미 FTA 발효 당시 문제된 부동산은 “투자자의” 투자가 아니게 된다고 판시하였다. 중재판정부는 이어서 신청인이 투자자 요건을 갖춘 이후 등기부에 자신의 국적 변동 사실을 기재하거나 주차장을 포장하는 등 행위를 한 것은 투자의 설립·인수 또는 확장에 해당하지 않는다고 보았다.⁸¹⁾

라. 검토

ICSID 협약 제25조 제2항 가호에 따르면 투자자 요건은 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 때 및 사건이 ICISD에 등록된 때(“on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on

which the request was registered”) 충족되면 된다.⁸²⁾ 그러나 투자협정에서 그보다 더 이른 시점에 투자자 요건이 갖추어져 있어야 한다고 요구하는 것이 금지되지는 않는다.

한-미 FTA 제1.4조가 적용대상투자를 정의하면서 한-미 FTA가 발효되는 시점이나 투자자가 투자를 취득하는 시점에 투자자 요건이 갖추어져 있어야 한다고 명시적으로 규정하는 것은 아니다. 그러나 앞서 본 바와 같이 투자협정의 목적이 상대방 계약당사국, 즉 외국으로부터의 투자를 유치하는 대신 그 반대급부로 일정한 보호와 특혜를 제공하는 데에 있다고 본다면, 이미 투자가 이루어진 상황에서 그 소유자의 국적이 상대방 계약당사국으로 바뀌었다는 이유만으로 새로운 투자의 유치 없이 보호와 특혜를 제공할 필요는 없을 것이다.

한편, 같은 논리라면 원칙적으로는 한-미 FTA 체결 이전에 이미 이루어진 투자자의 투자에 대해서도 보호와 특혜를 제공할 필요가 없을 터이나, 한-미 FTA의 당사국들은 (정책적인 목적으로) 위와 같은 투자에까지 보호와 특혜를 제공하기 위하여 적용대상투자의 범위에 이를 명시적으

81) Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117, Final Award, 27 September 2019, para. 144 이하.

82) P. Bernardini, “Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016, p. 172.

로 포함시켰다고 이해할 수 있을 것이다.

IV. 결론

이상으로 자연인인 투자자를 중심으로 국제투자중재에서의 인적 관할에 관하여 살펴 보고, 관련 쟁점을 다룬 주요 국제투자중재 판정례들을 검토해 보았다. 자연인의 경우 주로 출생, 혼인, 귀화로 인한 국적의 취득, 변경, 상실을 국제투자중재의 관점에서 어떻게 평가할 것인지, 국적에 관한 해당 국적국의 주장과 그 명의의 증거를 얼마나 존중할 것인지, 투자유치국, 그 상대방 계약국 및 제3국의 국적 가운데 일부를 동시에 보유한 자연인의 국적은 어떻게 확정할 것인지, 국적 평가의 근거 규범 면에서 각국의 국내법, 개별 투자협정, ICSID 협약 사이의 관계를 어떻게 볼 것인지 등이 문제되는데, 대부분의 쟁점에 관하여 국제투자중재 판정례가 어느 정도 일관된 입장을 형성하고 있어서 향후 제기될 개별 사건에 있어서도 길잡이가 되어 줄 것으로 기대된다. 물론 투자협정 및 ICSID 협약 등 중재절차에 적용될 규범의 구체적인 문언에 따라 비슷한 사실관계에서도 얼마든지 다른 판단이 내려질 수 있다는 점

은 항상 염두에 두어야 할 것이다.

투자협정과 ICSID협약 등 국제투자중재 관련 규범 체계가 투자자의 정의, 이중국적의 평가 등의 쟁점과 관련하여서는 대부분 구체적인 규정을 두고 있고 실제 국제투자중재 사건에서 새롭게 제기되는 쟁점들에 관해서도 투자협정의 규정을 더욱 정교하게 함으로써 대응⁸³⁾하고 있는 반면, 국적 판단의 근거 규범 및 판단 주체와 같은 가장 기본적인 측면에서는 외교적 보호권 분야에서 정립된 법리를 그대로 수용하여 여전히 활용하고 있다는 점은 흥미롭다. 또한 투자협정 등에 명문의 규정이 없는 경우, 특히 ICSID 중재가 아닌 국제투자중재에서는 외교적 보호권 관련 법리가 꾸준히 검토되고 적용될 것으로 생각된다. 따라서 국제투자중재를 신청인으로서의 구체적인 사실관계에 따라 위와 같은 점을 감안하여 ICSID 중재를 선택할 것인지 아니면 예를 들어 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 신청할 것인지 전략적인 판단을 내려야 할 수 있다.

예를 들어 개별 투자협정에서는 자연인의 국적과 관련하여 진정한 관련성(genuine connection or link)을 요구하거나 주되고 실질적인 국적(dominant and effective na-

83) 이와 같이 투자협정 등에서 구체적이고 명시적인 규정을 둬으로써 문제를 ‘해소’해 버리는 경향에 관하여는 졸고, “COVID-19와 국제투자조약상 완전보호·보장의무”, 법무부, 통상법률, 2020년 제3호(통권 제148호), 2020. 8., 68면도 참조.

tionality) 기준을 적용하는 사례가 많지 않고, 적용하는 때에도 투자유치국과 상대방 계약당사국의 국적을 모두 가지고 있는 경우 등에 한정⁸⁴⁾하는데, ICSID 협약의 경우에는 개별 투자협정의 구체적 규정이 없는 이상 진정한 관련성이나 주되고 실질적인 국적 심사를 요구하지 않는다고 해석되므로 해당 쟁점이 문제될 여지가 없는 반면,

UNCITRAL 중재규칙은 이에 관하여 침묵하고 있으므로 외교적 보호권 관련 법리가 (개별 투자협정에서 명시적으로 금지하지 않은 이상) 적용될 수 있는 것이다. 결국 일반법으로서의 외교적 보호권 관련 법리와 그에 대한 특별법으로서의 투자협정 및 국제투자법 법리의 연구가 균형 있게 요구된다고 하겠다.

84) 이는 법인 내지 기업의 경우 그 실제 내지 실질성이 자주 문제되는 것과 대비된다. 법인의 경우 원할 때 원하는 곳에 설립 또는 이전하기가 상대적으로 용이한 반면, 자연인의 경우 국적 취득 내지 변경에 시간과 비용이 적지 않게 소요되고 이중국적도 허용하지 않는 국가가 많기 때문에 법인에 비하여 투자협정의 혜택을 받거나 국제투자중재를 신청하기 위한 목적으로 실질과 무관하게 투자자 요건을 충족시키기가 어렵기 때문인 것으로 보인다.

참고 문헌 및 판결/판정례

단행본 및 논문

박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012

윤석준, “COVID-19와 국제투자조약상 완전보호·보장의무”, 법무부, 통상법률, 2020년 제3호(통권 제148호), 2020. 8.

호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016

P. Bernardini, “Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

I. Brownlie, Principle of Public International Law, Oxford University Press, 6th ed., 2003

R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008

Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009

E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

R. Jennings & A. Watts, Oppenheim’s International Law, Vol. I, Oxford University Press, 1996

C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017

K. Qureshi QC, Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016

C. Schreuer, “Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)”, Building

International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

A. Sinclair, “The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 20, Issue 2, Fall 2005

United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006

R. Wisner and R. Gallus, “Nationality Requirement in Investor-State Arbitration”, The Journal of World Investment and Trade, Volume 5, Issue 6, January 2004

K. Yannaca-Small, “Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges”, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Oxford University Press, 2010

판결/판정례

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955

Flegenheimer Claim (United States v. Italy), Judgment of 20 September 1958

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970

Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007

Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001

Champion Trading Company et. al. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9,

Decision on Jurisdiction, 21 October 2003

Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008

Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009

Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010

Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Award, 24 November 2010

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012

Serafín García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, 15 December 2014

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3
November 2015

Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117, Final Award, 27
September 2019

[국문초록]

국제투자중재에서의 자연인 투자자 관련 인적 관할

- 국적 판단 및 다중국적 관련 주요 판정례의 법리 분석

윤 석 준

투자협정에서 부여하는 보호와 혜택을 받기 위해서는 투자자에 해당하여야 한다. 국제 투자중재의 신청인이 되기 위해서도 투자협정과 ICSID 협약 등이 정하는 투자자로서의 요건을 갖추어야 한다. 즉, 투자자 요건은 실체적으로 투자협정이 적용되기 위한 요건임과 동시에 절차적으로 국제투자중재를 신청하기 위한 요건이기도 하다. 그런데 실무상으로는 이를 중재에서의 소송요건에 해당하는 중재판정부의 인적 관할로 다루고 있다.

투자자 개념의 근거 규범으로는 각 투자협정 외에도 ICSID 협약 제25조 제2항을 들 수 있다. 투자자의 정의가 투자협정에 따라 다르고 국제투자중재의 절차에 적용될 규범도 ICSID 협약 뿐 아니라 UNCITRAL 중재규칙 등으로 다양하므로 투자자 요건에 관하여 일반적으로 통용되는 법리를 찾기는 쉽지 않다. 따라서 국제중재판정례나 외교적 보호권과 관련된 법리를 종합적으로 검토할 필요가 있다.

외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적 관련 법리는 연혁적인 측면에서 뿐만 아니라 ICSID 중재가 아닌 국제투자중재에서 투자협약의 문언에 따라서는 직접 적용될 여지가 있다는 점에서도 여전히 의미를 갖는다. 특히 각국이 국적 관련 규범의 창설 권한을 가지면서도, 국제 분쟁에서 국적 판단이 문제되었을 경우 그 최종적인 판단 권한은 국제재판 부 내지 중재판정부에 귀속된다는 법리는 국제투자중재에서도 그대로 받아들여지고 있다. 진정한 관련성 또는 주되고 실효적인 국적 관련 법리와 국적계속의 원칙은 국제투자중재에서 적용될 여지가 상대적으로 크지 않다.

자연인인 투자자가 갖추어야 할 요건인 국적과 관련한 다양한 쟁점들은 *Soufraki v. UAE* 사건, *Siag v. Egypt*, *Al Tamimi v. Oman*, *Seo v. Korea* 사건에서 다루어진 바 있다. 이들은 비슷한 쟁점이 문제된 후속 사건에서 선례로 인정받아 왔거나 또는 선례적인 의미를 가질 것으로 생각되는 사건들이다. 다만, 이들 사건의 법리를 검토하고 다른 사건에 적용

할 때에는 각 사건의 구체적인 사실관계 뿐 아니라 투자협정 및 ICSID 협약 등 중재절차에 적용될 규범의 구체적인 문언에 따라서도 결론이 달라질 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 사안에 따라서는 중재에 적용될 절차 규범을 선택할 때 전략적인 차원에서 그러한 차이를 고려할 필요도 있을 것이다.

주제어

국제투자중재, 자연인, 투자자, 인적 관할, 국적 판단, 다중(이중)국적, 외교적 보호권, 진정한 관련성, 주되고 실효적인 국적, 국적계속의 원칙, ICSID 협약 제25조 제2항

[Abstract]

Jurisdiction *Ratione Personae* With Respect To Natural
Persons In International Investment Arbitration

- Analysis Of Major Arbitral Awards Surrounding Determination Of Nationality
And Multiple Nationalities Of Natural Persons

Seokchun Yun

Protections and privileges under an investment treaty extend only to those who are qualifying investors. In order to bring an international investment claim, purported claimants must satisfy the requirements under the relevant investment treaty and the ICSID Convention, as the case may be. In other words, one needs to be an investor not only for the purposes of invoking substantive protections of the relevant investment treaty, but also for the purposes of commencing an investment arbitration as a procedural matter. In practice, the question of whether these requirements are satisfied is categorized as one of jurisdiction *ratione personae*, in the absence of which the tribunal must dismiss the claim.

The sources governing the definition of an investor include the relevant investment treaties as well as Article 25(2) of the ICSID Convention. The definition of an investor varies from treaty to treaty, and the applicable procedural framework for an international investment arbitration ranges from the ICSID Convention to UNCITRAL arbitration rules, which makes it difficult to identify generally accepted principles. Therefore, it is necessary to comprehensively review the relevant investment arbitration awards and, in addition, jurisprudence on diplomatic protection.

Jurisprudence on the nationality requirement as a prerequisite for diplomatic protection still matters in the field of international investment arbitration not only because it provides historical and theoretical background but also because it may be applicable in non-ICSID arbitrations, subject to specific provisions of the relevant investment treaty. In particular, the principle that each State settles, by its own legislation, the rules relating to its nationality, but when the nationality of a person is challenged in international arbitral or judicial proceedings, the international tribu-

nal is competent to pass upon that challenge is just as applicable in the context of international investment arbitrations as it is in the context of diplomatic protection. On the other hand, the requirement of genuine connection or jurisprudence on dominant and effective nationality are less likely to be applicable in international investment arbitrations.

Various issues surrounding nationality as a requirement for a natural person who seeks to qualify as an investor have been dealt with in *Soufraki v. UAE*, *Siag v. Egypt*, *Al Tamimi v. Oman*, and *Seo v. Korea*. These awards have provided or are expected to provide guidance in subsequent cases involving the same or similar issues. That said, it is important to note that, when reviewing the reasoning and findings of the above arbitral awards, the outcome of each case would ultimately depend on the facts of the matter at hand as well as specific provisions of the relevant investment treaties and the applicable procedural framework, such as the ICSID Convention. Further, it would be prudent for purported claimants to take those differences into account in choosing the applicable procedural framework for their arbitration.

Keywords

international investment arbitration, natural person, jurisdiction *ratione personae*, nationality determination, multiple (dual) nationality, diplomatic protection, genuine connection, dominant and effective nationality, continuity of nationality, Article 25(2) of the ICSID Convention

대외무역법령의 개정에 대한 제언

대전대학교 국제통상학과 강사 이 선 혜

창원대학교 경영학과 명예교수 박 세 운

*논문접수 : 2021. 11. 5. *심사개시 : 2021. 11. 15. *게재확정 : 2021. 11. 18.

〈 목 차 〉

- | | |
|------------------------|---------------------|
| I. 문제의 제기 | 2. 플랜트 수출승인 규정 |
| II. 대외무역법의 연혁 및 법령체계 | 3. 특정거래형태 수출입 정의 규정 |
| 1. 대외무역법의 연혁 | IV. 맺음말 |
| 2. 대외무역법의 법령체계 | |
| III. 삭제 필요 조항 검토 | |
| 1. 외화획득용 원료·기재 수입승인 규정 | |

I. 문제의 제기

대외무역법은 1967년 무역거래법이 제정된 이후 1986년에 그 명칭이 변경되면서 새로이 제정된 법으로서 이후 33차례에 걸쳐 개정되면서 우리나라 무역 발전의 초석이 되었다. 특히 외화획득용 원료·기재의 수입승인 및 구매확인서 규정은 다른 나라 대외무역법에는 없는 독창적인 것으로 우리나라의 수출 진흥에 기여한 바가 크다고 볼 수 있다. 그러나 오늘날 전세계적인 무역자유화와 같은 글로벌 무역환경의 변화로 인해 대외무역법의 외화획득용 원료·기

재 수입승인 및 사후관리 규정과 플랜트 수출승인 규정은 존치의 필요성이 사라졌으므로 삭제하는 것이 바람직하다고 보인다.

외화획득용 원료·기재 수입승인 제도는 김태인·한상현(2007) 및 김태인·김명수(2008)의 선행연구에서 규정의 개정을 주장한 바가 있으나 현재까지 관련 규정이 개정되지 않고 있다. 이러한 선행연구와는 달리 이 연구에서는 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받고 수입하는 것이 수입자에게 부가가치세 측면에서 별다른 혜택이 없고, 수입승인 여부가 결정될 때 외화획득용이라

고 하여 내수용과 별다른 우대를 받지 못하고 있을 뿐만 아니라 외화획득용 원료의 사후관리가 제대로 이루어지고 있지 않은 현실을 소개함으로써 이 규정 삭제의 당위성에 대해 논거를 제시하고 있다는 점에서 선행연구와의 차별성을 가진다. 또한 플랜트 수출승인 규정과 특정거래형태 수출입정의 규정의 삭제도 역시 검토되었다.

현실과 동떨어진 사문화된 규정의 존치로 인해 대외무역법령은 매우 복잡하고 혼란스러운 것이 사실이다. 따라서 대외무역법 이용자의 편의성을 높이기 위하여 관련 규정의 삭제가 시급한 실정이다. 대외무역법의 해당 규정이 삭제되면 대외무역법 시행령, 대외무역관리규정 및 통합공고의 관련 규정도 정비되어야 한다.

대외무역법 개정 시 정부 유관부처의 대외무역법 개정 TF와의 협의 하에 한국무역협회에서 연구용역을 받은 관련 단체가 주도하여 개정안을 마련한 것으로 보이나, 그 개정 작업의 프로세스가 현장의 환경변화를 제대로 반영하지 못하고 있는 것으로 판단되므로 현장의 목소리가 반영되도록 무역업계 실무자가 개정 작업에 더 많이 참여해야 할 것으로 보인다.

이 연구의 목적은 대외무역법의 외화획득용 원료·기재의 수입승인 조항, 플랜트 수출승인 조항 및 대외무역관리규정의 특

정거래형태 무역의 정의에 관한 조항의 존치 필요성을 검토하여 대외무역법령 개정에 대한 제언을 하는 것이다. 저자는 대외무역법령의 적용 실태를 파악하기 위하여 대외무역법의 소관 정부 담당 부서인 산업통상자원부 무역정책과 및 신북방통상총괄과와 수입승인 기관인 한국항공우주산업진흥협회의 관련 업무 실무자와 전화 인터뷰를 하였다. 저자는 이 전화 인터뷰와 대외무역법령 문헌 연구를 바탕으로 대외무역법령 개정에 대한 제언을 도출하였다.

II. 대외무역법의 연혁 및 법령체계

1. 대외무역법의 연혁

1986년에 제정된 대외무역법은 1967년 제정된 무역거래법의 명칭이 변경되면서 이를 대폭 개정한 것이다. 무역거래법에서는 이 법의 목적을 수출을 진흥하며 수입을 조정하여 대외무역의 건전한 발전을 촉진함으로써 국제수지의 균형과 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 한다고 규정하고 있었다. 무역거래법의 목적인 수출진흥과 수입 조정 대신에 대외무역법에서는 대외무역의 공정한 질서를 확립하여 국제수지 균형과 통상의 확대를 도모함으로써 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 하는 것으로 개정되었다.

1986년에 제정된 대외무역법은 제1장 총칙, 제2장 무역업 및 무역대리업, 제3장 수출입의 승인, 제4장 수입에 의한 산업영향조사, 제5장 수출입의 질서유지, 제6장 수출조합 및 수입조합, 제7장 무역정책심의회, 제8장 보칙, 제9장 벌칙으로 구성되었다. 제23조에 외화획득용 원료·기재의 수입을 규정하고 있었는데, 외화획득용 원료·기재는 우선적으로 수입을 승인하는 것으로 규정되었다. 1989년 12월 대외무역법 개정에서는 구제조치의 건의 및 조치 규정이 신설되었으며 1992년 12월 개정에서는 무역업이 허가제로부터 등록제로 전환되었고, 전략물자의 수출입과 원산지표시 규정이 신설되었다. 1994년 12월 개정에서는 무역대리업이 등록제에서 신고제로 전환되었다.

1996년 12월에는 무역자유화를 반영하여 대외무역법이 전면 개정되었다. 무역업이 등록제로부터 신고제로 전환되었고, 물품의 수출입이 종전에는 원칙적으로 통상산업부장관의 승인을 얻도록 하던 것을 원칙적으로 자유롭게 하도록 하고, 예외적으로 승인을 받도록 개정되었다. 통합공고 규정이 신설되어 수출입 관련 개별법을 통상산업부장관이 일괄적으로 고시하게 되었다. 또한 외화획득용 원료·기재의 수입에 수출입공고와 통합공고를 적용하지 않는 것으로 개정되었다. 1999년 2월에는 물

품의 수출입승인제도와 수출입관련 조합 제도가 폐지되었다. 또한 산업설비수출 승인이 강제규정이 아닌 임의규정으로 변경되었다.

2000년 12월에는 전자무역이 추가되고 무역업과 무역대리업 규정이 삭제되었다. 2003년 9월에는 무역금융 규정에 있던 구매승인서 제도가 폐지되면서 대외무역법에 구매확인서 제도가 신설되었다. 수출자가 외화획득용 원료·기재를 국내에서 구입할 때 구매확인서를 발급받으면 부가가치세 영세율이 적용되고, 공급자에게는 수출실적으로 인정되도록 하였다. 2007년에는 두 차례의 개정이 있었다. 1월에는 전략물자 수출통제제도가 정비되면서 전략물자관리원 설립을 규정하는 것으로 개정되었고, 4월에는 법률 내용에는 변동이 없고 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰며 복잡한 문장을 간결하게 하도록 개정되었다. 2008년 12월에도 두 차례의 개정이 있었다. 첫 번째 개정에서는 다른 사람의 지적재산권을 침해하는 물품이나 원산지를 거짓으로 물품을 수출·수입하는 불공정무역행위를 금지하는 규정이 다른 법에도 동일하게 규정되어 삭제되었다. 두 번째는 양벌(兩罰) 규정에 영업주가 종업원에 대한 관리 감독상 주의의무를 다한 경우에는 처벌을 면하도록 개정되었다. 2009년 4월에는 종합무역상사와 전문무역상사 제도가

폐지되었다.

2010년 4월에는 전략물자수출 관련 규정과 원산지표시 의무위반자에 대한 벌칙 규정이 개정되었다. 2013년 7월에는 전략물자에 대한 통제를 강화하고, 원산지표시 제도의 실효성을 강화하는 것으로 개정되었다. 2014년 1월에는 전문무역상사제도와 정부 간 수출계약 규정이 신설되었다.

2016년 1월에는 물품의 수출 또는 수입이 제한 또는 금지되는 사유에 교역상대국과의 경제협력 증진, 국방상 원활한 물자 수급을 명시하고 전략물자수출통제 제도를 강화하였다. 2020년 3월에는 전략물자수출 통제 제도를 강화하는 방향으로 개정되었다.

대외무역법의 주요 연혁은 <표 1>에 요약되었다.

<표 1> 대외무역법의 주요 연혁

제·개정 일자	시행일자	주요 내용
1986년 12월 31일	1987년 7월 1일	무역거래법이 대외무역법으로 명칭 변경되면서 대폭 개정됨
1989년 12월 21일	1989년 12월 21일	구제조치의 건의 및 조치 규정 신설
1992년 12월 8일	1993년 7월 1일	무역업을 허가제로부터 등록제로 전환, 전략물자의 수출입 및 원산지 표시 규정 신설
1994년 12월 31일	1995년 7월 1일	무역대리업을 등록제에서 신고제로 전환
1996년 12월 30일	1997년 3월 1일	무역업이 등록제에서 신고제로 전환, 수출입이 원칙적 자유로 개정, 통합공고 규정 신설, 외화획득용 원료·기재 수입에 수출입 공과와 통합공고 적용하지 않는 것으로 개정
1999년 2월 5일	1999년 2월 5일	물품의 수출입승인제도와 수출입 관련 조합 제도 폐지, 산업설비 수출승인을 임의 규정으로 변경
2000년 12월 29일	2001년 3월 30일	전자무역 추가, 무역업과 무역대리업 규정 삭제
2003년 9월 29일	2003년 12월 30일	구매확인서 제도 신설
2007년 1월 3일	2007년 4월 4일	전략물자관리원 규정 신설
2007년 4월 11일	2007년 4월 11일	쉬운 우리말로 풀어쓰고, 복잡한 문장의 간결화
2008년 12월 26일	2008년 12월 26일	불공정무역행위 금지 규정 삭제
2008년 12월 19일	2009년 6월 20일	영업주에 대한 양벌규정 완화
2010년 4월 5일	2010년 10월 6일	산업설비수출을 플랜트 수출로 명칭 변경, 전략물자 수출 관련 규정과 원산지표시 의무위반자에 대한 벌칙 규정 개정
2013년 7월 30일	2014년 1월 31일	전략물자통제 및 원산지표시 제도의 실효성 강화
2014년 1월 21일	2014년 7월 22일	전문 무역상사 제도와 정부 간 수출계약 규정 신설
2016년 1월 27일	2016년 7월 28일	물품의 수출 또는 수입이 제한 또는 금지되는 사유에 교역상대국과의 경제협력 증진, 국방상 원활한 물자 수급 명시, 전략물자 수출통제 제도 강화
2020년 3월 18일	2020년 6월 19일	전략물자 수출통제 제도 강화

2. 대외무역법의 법령체계

대외무역법은 일반 법령과 마찬가지로 헌법, 법률, 시행령, 행정규칙의 법령체계를 가지고 있다. 헌법 제125조에서는 “국가는 대외무역을 육성하며, 이를 규제, 조정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 헌법을 근거로 제정된 대외무역법을 법률로 하여, 시행령으로 대외무역법시행령과 중소기업 수출지원센터의 설치 및 운영 등에 관한 규정이 있다.

산업통상자원부의 대외무역법 법령 체계도에서 대외무역법 시행령에 대한 행정규칙으로는 대외무역관리규정, 전략물자 수출입 고시, 국내 유통 수출입물품의 원산지표시 검사에 관한 훈령, 양자(兩者)산업 협력사업 운영지침, 국제평화 및 안전 유지 등 의무이행을 위한 무역에 관한 특별조치 고시 및 수출물품 원산지증명서 발급규정이 있다. 중소기업 수출지원센터의 설치 및 운영에 관한 규정의 행정규칙으로는 수출 유망 중소기업 지원요령이 있다.

산업통상자원부의 대외무역법 법령 체계도에서 대외무역법에 대한 행정규칙으로는 대외무역관리규정, 수출입공고, 통합공고, 전략물자 수출입통관에 관한 고시, 국내 유통 수출입물품의 원산지표시 검사에 관한 훈령, 농축산물 시장접근물량 양허관세 추천 및 수입관리 요령, 눈다랑어

및 황새치 통계문서제도 이행에 관한 고시, 원산지표시 검사업무 및 과태료 부과업무 처리요령, 원산지표시 제도 운영에 관한 고시, 원자력발전 수출진흥에 관한 고시 및 황다랑어 수입확인 요령이 있다. 대외무역관리규정은 대외무역법 시행령의 행정규칙과 대외무역법의 행정규칙에 동시에 나타나 있는데, 대외무역법인지 아니면 대외무역법 시행령의 행정규칙인지를 명확하게 할 필요가 있다.

III. 삭제 필요 조항 검토

1. 외화획득용 원료·기재 수입승인 규정

대외무역법 제16조 외화획득용 원료·기재의 수입승인에 관한 규정은 다른 국가에는 없는 독창적인 규정으로 우리나라의 수출 진흥에 크게 기여하였다. 일본에서는 우리나라의 대외무역법에 해당되는 수출입거래법(輸出入取引法)이 있는데, 일본의 수출입거래법에는 외화획득용 원료·기재의 수입승인에 관한 규정이 애초에 없었다. 중국의 대외무역법에도 이와 같은 규정이 없고 다만 수탁가공무역에 대하여는 수입 제한을 하지 않는 것으로 수탁가공용 원료 수입에 대하여 혜택을 주고 있다. 베트남도 중국과 비슷한 제도를 운영하고 있다.

우리나라 수출 진흥에 기여한 대외무역법의 외화획득용 원료·기재의 수입승인에 관한 규정은 무역자유화에 따라 수입제한 승인 품목이 대폭 축소됨에 따라 존재의 필요성이 사라지게 되었다.

1986년 대외무역법이 제정될 당시에는 대외무역법 제23조(외화획득용 원료·기재의 수입 등)에서 “상공부장관은 물품의 수출 등 외화획득을 위하여 사용되는 원료·시설·기계 및 제품의 수입에 대하여는 우선적으로 승인할 수 있고, 다만 국산의 원료·기재의 사용을 촉진하기 위하여 필요한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여, 수출자가 외화획득용 원료·기재를 수입하는 것에 편의를 제공하였다.

1996년 12월 개정된 대외무역법 제19조

에서는 “외화획득용 원료·기재는 수출입공고 및 통합공고의 적용을 받지 않고 수입을 할 수 있는 것”으로 개정되어, 외화획득용 원료·기재 수입승인에 대한 혜택의 범위가 명확하게 되었다(표 2 참조). 국산 원료·기재의 사용을 촉진하기 위하여 필요한 경우에는 그러하지 아니하다는 단서 조항은 그대로 유지되었다. 또한, 이전에는 외화획득용으로 수입하는 모든 물품을 승인대상으로 하여 외국환은행장이 승인하도록 하였으나, 개정 후에는 수입제한품목을 외화획득용으로 수입하는 경우에만 수입승인가관장의 승인을 얻도록 변경되었다. 이 개정으로 1997년부터 외화획득용 원료·기재의 수입승인 대상이 대폭 축소되었다.

<표 2> 수출입의 원칙 및 외화획득용 원료·기재의 수입승인 규정 개정 내용

(1996년 12월 개정 대외무역법)

	개정 전	개정 후
수출입의 원칙	상공부장관의 승인	이 법의 목적 범위 내에서 자유롭게
외화획득용 원료·기재의 수입승인	우선적으로 승인	수출입공고 등의 적용 배제

WTO의 출범과 자유무역협정의 확대로 인한 무역자유화로 수출입공고에 수입금지품목은 고시되지 않고, 수입제한품목의 숫자는 크게 줄어들게 되었다. 1979년 상반기 수출입 기별공고 책자에서는 수입제한품목이 59쪽부터 151쪽까지 기재되어

있을 정도로 많았으나 현재 수출입공고(산업통상자원부 고시 제2021-123호, 2021.6.30. 일부 개정)에서는 항공기와 동 부품만 수입제한품목으로 고시되어 있다 (표 3 참조).

수출입공고에 수입제한품목으로 고시된

항공기와 동 부품은 HS 10단위를 기준으로 하여 116개 품목으로, 우리나라의 HS 10단위 품목 숫자가 12,243개 품목임을 감안하면 전체 품목 중 수입제한품목의 비중은 1%도 되지 않는다. 또한 관세청의 품목별 수출입실적 통계에 따르면 2021년 1월부터 11월까지 우리나라 수입금액 총액이 4,962억 달러인데 반하여 항공기와 우주선

및 이들의 부품 수입액(HS 코드 88)은 15억 달러로 전체 수입금액에서 차지하는 비중이 0.3%에 불과하다. 따라서 외화획득용 원료·기재가 수출입공고상 수입제한품목임에도 불구하고 수입승인을 받을 수 있다는 대외무역법 제19조의 준치의 필요성에 대해 의문을 가지는 것은 당연하다.

<표 3> 수출입공고의 수입제한품목

HS code	품목
3920.99.	플라스틱제의 기타 판 중 항공기용
4011.30	고무제 공기 타이어(신품) 중 항공기용
4012.	고무제의 공기타이어(재생품, 중고품) 중 항공기용
4013.	고무제의 인터튜브 중 항공기용
4016.99	가황고무제품 중 비행기계류의 부품 등
7007.	강화안전유리, 합판안전유리
8407.10.	불꽃 점화식의 왕복식 또는 로터리식의 피스톤식 내연기관 중 항공기용
8409.10	불꽃 점화식의 왕복식 또는 로터리식의 피스톤식 내연기관 부분품 중 항공기용
8411.	터보제트엔진, 터보 프로펠러 엔진, 가스터빈 엔진, 부분품
8412.	램제트 및 펄스 제트엔진, 기타 반동엔진, 부분품
8413.30	연료, 윤활유급유용 또는 냉각냉매용의 펌프 중 항공기용
8414.	진공펌프 또는 팬 중 항공기용
8802.	항공기, 인공위성, 우주선 운반로켓, 서보비털
8803.	프로펠러 등 부분품, 우주선 및 항공기 부분품
8804.	낙하산, 로토슈트 및 그것의 부분품
8805.	항공기 발진장치, 군경용 갑판착륙장치, 공중전 장치 및 그것의 부분품
9014.	방향탐지용 콤팩스 등
8421.	내연기관용 유류여과기 등
8466.	가공용 홀더 등
8483.	전동총과 크랭크 등
8511.	점화플러그 등

HS code	품목
8526.	레이다 기기 및 무선기기 등
8544.	점화용 와이어링 세트 등
8801.	글라이더, 행글라이더, 기구와 비행선 등
8802.	헬리콥터, 터보 프로펠러식 항공기, 터보 제트식 항공기
9032.	가변식 온도 자동조정용 기기, 자동조절기
9401.	항공기용 의자

자료원: 산업통상자원부 고시 제2021-123호, 2021.7.1. 시행 제구성.

수출입공고상 수입제한품목이 항공기와 동 부품밖에 없으므로 외화획득용 원료·기재 수입승인 대상 품목이 항공기와 동 부품밖에 없고, 수입승인기관도 한국항공우주산업진흥협회가 유일하다. 수출입공고에서 항공기와 동 부품을 수입제한 품목으로 고시한 것은 취약한 국내 항공기 산업을 보호하기 위한 것이다.

수입승인기관인 한국항공우주산업진흥협회의 항공기 및 동 부품품 수입승인 요령에서 항공기와 동 부품의 수입승인을 할 때 내수용과 외화획득용을 구분하지 않고 있다. 따라서 한국항공우주산업진흥협회에서는 국내에서 해당 품목이 생산되지 않으면 수입승인을 하고, 국내에서 해당 품목이 생산되면 수입승인을 거절하고 있다. 즉, 한국항공우주산업진흥협회가 수입승인을 할 때 외화획득용이라고 하여 내수용과 다르게 혜택을 주지 않는다는 것이다. 따라서 항공기와 동 부품에 대한 수입승인 시 대외무역법 제19조의 “국산 원료 기재

의 사용을 촉진하기 위해서는 외화획득용 원료에 대하여도 수입승인을 거절할 수 있다”는 단서 조항이 적용되고 있다. 그러므로 대외무역법 제19조는 실제로 존치 필요성이 없는 것이다.

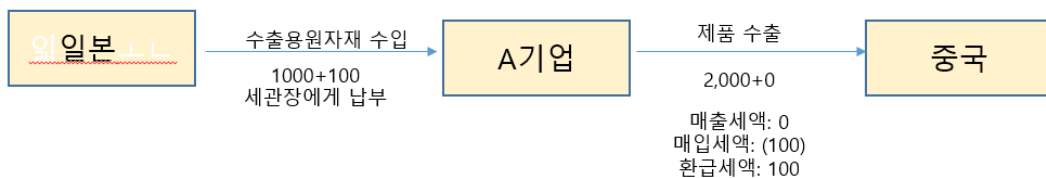
외화획득용 원료·기재 수입승인을 받으면 원료 수입자가 수입통관을 할 때 부가가치세 영세율이 적용되어 부가가치세를 납부하지 않는다. 당장 현금 부담이 없다는 것이 혜택이기는 하지만 큰 의미는 없는 것으로 보인다. 왜냐하면, 외화획득용 원료·기재로 수입승인을 받지 않으면 수입통관 시 10%의 부가가치세를 납부해야 하지만, 일반과세자는 부가가치세법 제59조에 따라 매년 두 차례의 부가가치세 확정 신고기한(1월 25일, 7월 25일)이 지난 후 30일 이내에 매입세액 공제를 받아 세무서로부터 부가가치세 환급을 받을 수 있기 때문이다. 따라서 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받으면 수입통관 시 부가가치세 영세율을 적용받아 부가가치세를 납부

하지 않으므로 현금흐름 측면에서는 다소 도움이 될지 모르나 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받지 않더라도 실제로 부가가치세를 부담하는 것은 아니다.

[그림 1]은 일본으로부터의 수출용 원자재 수입자가 이것을 가공한 제품을 중국에 수출한 후 매입세액 공제로 부가가치세를 환급받는 사례를 예시하고 있다. 일본으로부터 수출용 원자재 1,000원을 수입한 A기업은 세관장에게 수입금액의 10%에 해당하는 100원의 부가가치세를 납부하였다. 몇 달 후 A기업은 이것을 가공한 제품을 2,000원에 중국에 수출하였다. A기업이 중국에 수출하면서 중국 수입자로부터 부가가치세를 징수할 수 없으므로 매출세액은

0원이 된다. A기업은 부가가치세 확정 신고기한에 매입세액 100원을 공제 받아 100원의 부가가치세를 세무서로부터 환급을 받게 된다. 따라서 A기업이 수출용 원자재를 수입하면서 부가가치세를 실제로 부담하는 것은 없다. 이 사례에서 부가가치세는 최종 소비자 부담 원칙에 따라 중국의 소비자가 최종적으로 부담하게 된다. 여기서 중국으로 수출한 후 부가가치세를 환급받는 사례를 예시하고 있으나, 실제로는 수출을 하지 않더라도 수출용 원자재 수입자는 부가가치세 확정 신고기한에 매입세액 공제를 받아 부가가치세를 환급받을 수 있다.

[그림 1] 부가가치세 매입세액 공제



또, 부가가치세법 시행령 제91조의 2)에 서 정하고 있는 수출 비중이 높은 제조업

- 1) 부가가치세 납부유예 기업의 자격요건은 다음의 모두를 충족시켜야 한다(제91조의 2: 재화의 수입에 대한 부가가치세 납부유예).
 - ① 직전 사업연도에 중소기업 또는 중견기업에 해당하는 법인으로 제조업을 영위하는 기업
 - ② 직전 사업연도의 수출액이 중소기업은 매출액 중 수출 비중이 30% 이상이거나 수출액이 50억 원 이상이어야 하고, 중견기업은 수출 비중이 30% 이상인 기업
 - ③ 세무서에 확인 요청한 일자 현재 다음의 요건에 모두 해당될 것
 - (가) 최근 3년간 계속하여 사업을 경영하였을 것
 - (나) 최근 2년간 국세를 체납한 사실이 없을 것
 - (다) 최근 3년간 조세범 처벌법 또는 관세법 위반으로 처벌받은 사실이 없을 것
 - (라) 최근 2년간 부가가치세 납부유예가 취소된 사실이 없을 것

중소·중견기업의 경우, 부가가치세 납부 유예기업으로 지정받으면 부가가치세 영세율 적용을 받아 수입통관 시 부가가치세를 납부하지 않기 때문에 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받아 수입할 때와 마찬가지로 효과를 누릴 수 있다. 여기에 해당하지 않는 기업은 부가가치세법 제59조 2항과 부가가치세법 시행령 제107조 및 부가가치세법 시행규칙 제70조에 따라 부가가치세 조기환급 제도를 이용하여 부가가치세를 조기에 환급받을 수도 있다. 부가가치세 예정 또는 확정 신고기한이 지난 후 또는 조기환급 기간(매월, 매2월)이 끝난 25일 이내에 기업이 조기환급 신고를 하면 조기환급 신고기한이 지난 15일 이내에 부가가치세를 환급해 준다.

부가가치세 조기환급 신청은 수출용 원자재 수입자가 이 원자재를 사용하여 수출을 한 경우에만 가능한 것으로 규정하고 있다. 그러나 수출은 외국으로의 직접 수출뿐만 아니라 내국신용장 또는 구매확인서를 받고 물품을 국내에 공급하는 내국 수출도 포함한다. 따라서 조기환급 신청자는 수출 사실을 증빙하기 위하여 부가가치세법 시행령 제101조에서 규정하고 있는 수출실적명세서, 내국신용장·구매확인서 전자발급명세서 또는 외국환은행 발행 외화입금증명서를 세무서에 제출해야 한다.

외화획득용 원료·기재의 수입승인을 받아 수입한 자는 이처럼 실제 혜택은 별로 받지 못하고 있는 반면에, 대외무역법 제16조 3항에 따라 이 원료·기재를 사용한 물품을 직접 수출하거나 국내 공급을 해야 하며, 대외무역관리규정 제47조와 48조에 따라 이것을 직접 수출하거나 국내에 다른 업자에게 공급한 경우에는 수출 또는 국내 공급 후 3개월 이내에 외화획득이행신고 또는 공급이행신고를 수입승인기관인 한국항공우주산업진흥협회에 해야 할 의무를 부담한다. 또한 수입승인기관은 대외무역법 시행령 제28조에 따라 수입자의 직접 수출 또는 국내 공급 여부를 사후 관리해야 한다.

그런데 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받은 수입자의 외화획득이행신고 또는 공급이행신고가 제대로 되고 있지 않으며, 사후관리기관인 한국항공우주산업진흥협회도 사후관리를 하지 않고 있다. 한국항공우주산업진흥협회 수입승인 실무자는 이와 같은 사후관리 의무에 대해서 인지하지 못하고 있다.

대외무역법 별칙 조항인 제16조 3항에서는 외화획득용 원료·기재 수입승인을 받은 자가 수입에 대응하는 외화획득을 하지 않거나 또는 제17조 3항에서는 외화획득용 원료를 양수받은 자가 대응하는 외화획

득을 하지 않으면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 외화획득용 원료·기재를 승인을 받지 않고 목적 외 용도로 사용하거나 양도한 자도 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어 벌칙이 무겁게 적용된다. 그러나 외화획득 이행신고 또는 공급이행신고를 하지 않는 것에 대하여는 대외무역법에 벌칙 규정이 없어 수입자의 외화획득이행신고 또는 공급이행신고를 강제할 방법이 없다. 수입승인기관이 사후 관리를 하지 않은 것에 대하여도 대외무역법에서는 벌칙 규정을 두지 않고 있다.

일반 업체는 국내에서 해당 부품이 생산되지 않으면 외화획득용 원료·기재로 수입승인을 받지 않고 내수용으로 필요한 부품을 수입할 수 있는 반면에, 외화획득용 원료·기재로 수입승인을 받아 수입하면 외화획득행위를 행위를 하지 않거나, 승인을 받지 않고 목적 외 사용 또는 양도한 경우 벌칙이 매우 크다. 그러나 대응외화획득이행 신고와 이에 대한 사후관리가 실제로 되지 않고 있다. 또한 기술한 바와 같이 외화획득용 원료·기재 수입승인 대상 품목이 별로 없고, 수입승인을 받고 수입하는 것의 실익이 거의 없다는 점을 고려할 때 대외무역법에서 외화획득용 원료·기재의 수입승인 관련 규정을 삭제하는 것이 마땅한

것으로 판단된다.

대외무역법에서 외화획득용 원료·기재 수입승인에 관한 제16조와 제17조가 삭제되면 대외무역법 제54조 벌칙 4,5,6항도 따라서 삭제되어야 한다. 대외무역법 시행령에서는 제24조 외화획득용 원료·기재의 수입승인, 제25조 외화획득용 원료·기재의 품목 및 수량, 제27조 외화획득 이행 기간, 제28조 외화획득용 원료·기재의 사후 관리, 제29조 외화획득용 원료·기재의 사후 관리 면제, 제30조 외화획득용 원료·기재의 사용 목적 변경승인 등이 삭제되어야 한다.

대외무역관리규정에서는 제33조 외화획득용 원료의 수입승인, 제34조 농림수산물, 제35조 외화획득용 원료 수입승인 시 확인 등, 제39조 외화획득의 이행 기간, 제40조 농림수산물의 외화획득 이행 기간 등, 제41조 원료 등의 사후관리대상, 제42조 원료 등의 사후관리기관, 제43조 자율관리기업, 제44조 사후관리대상 원료의 분류 등, 제45조 외화획득용 원료 등의 구매 내역 신고, 제46조 사후관리카드정리, 제47조 외화획득이행 신고, 제48조 공급이행 신고, 제49조 사용 목적 변경승인, 제50조 양도 승인, 제51조 지도 감독, 제52조 제재, 제54조 기준 소요량 책정방법, 제55조 기준 소요량의 고시, 제56조 자율소요량계산서

작성, 제57조 세부절차, 제58조 지도 감독이 삭제되어야 한다.

통합공고에서는 제12조 요건면제에 대한 조항 중 1항 1호에서 외화획득용 원료·기재의 수입물품은 통합공고의 요건면제 물품으로 규정되어 있으므로 이 조항이 삭제되어야 한다.

2. 플랜트 수출승인 규정

대외무역법이 처음 제정되었을 때에는 산업설비 수출승인으로 규정되었으나 2010년 4월 대외무역법 개정에서 플랜트 수출승인으로 명칭이 변경되었다. 플랜트 수출승인은 원래 강제규정이었으나 1999년 2월 임의규정으로 대외무역법이 개정되어 플랜트 수출자가 플랜트 수출승인을 받을 필요가 없게 되었다. 1996년 12월 대외무역법 개정에서 수출입이 원칙적으로 자유롭게 할 수 있도록 개정된 것과 발맞추어서 3년 후에 플랜트 수출승인을 임의규정을 개정한 것으로 보인다. 일반 물품 수출에 비하여 플랜트 수출에 대한 통제가 강하였던 것은 플랜트 해외수주 출혈경쟁의 폐단을 막기 위한 것이었던 것으로 보인다. 최근까지도 우리나라 기업의 플랜트 해외수주 출혈경쟁이 문제로 제기되고 있다.

플랜트 수출승인이 임의규정으로 개정된 후 플랜트 수출자가 산업통상자원부로

부터 수출승인을 받는 일이 감소하여, 최근 10년 동안 플랜트 수출승인을 한 실적이 전혀 없다고 산업통상자원부 신북방통상총괄과 실무자가 말하고 있다. 플랜트 수출승인 실적이 전혀 없는 것은 플랜트 수출이 없기 때문이 아니다. 우리나라 기업의 플랜트 수주실적은 산업통상자원부의 해외플랜트 수주동향 통계에 따르면 2000년에는 84억 달러에 불과하던 것이 2011년에는 649억 달러로 정점을 찍은 후 다소 감소 추세에 있으나 2020년에도 275억 달러를 보이고 있다.

플랜트 수출승인 기관인 산업통상자원부 조직도의 직원별 담당 업무를 보면 신북방통상총괄과에서 플랜트 수주 지원 총괄업무를 담당하고 있는 것으로 표시되어 있으나 플랜트 수출승인 업무는 별도로 표시되어 있지 않다.

이와 같은 현황을 볼 때 사문화된 대외무역법의 플랜트 수출규정인 제32조는 삭제되어야 한다고 판단된다. 대외무역법 제32조가 삭제되면, 대외무역법 제50조 수출승인의 신청 등의 규정도 삭제되어야 한다. 일본의 수출입거래법과 중국의 대외무역법에도 플랜트 수출승인 규정이 없다.

3. 특정거래형태 수출입 정의 규정

특정거래형태의 수출입은 종전의 대외

무역관리규정에서 산업통상자원부 장관에게 신고하여야 하는 것으로 정하고 있었다. 2014년 9월 2일 대외무역관리규정 개정(2014년 9월 3일 시행)에서 제22조 특정 거래형태의 수출입인정절차, 제23조 특정 거래형태의 수출입인정의 유효기간이 삭제됨으로써 특정거래형태 수출입 신고제가 폐지되었다.

이에 따라 대외무역관리규정 제2조 정의에서 제4항 위탁판매수출, 제5항 수탁판매수입, 제6항 위탁가공무역, 제7항 수탁가공무역, 제8항 임대수출, 제9항 임차수입, 제10항 연계무역, 제12항 외국인수수입, 제13항 외국인도수출, 제14항 무환수출입에 대한 규정은 더 이상 존치 이유가 없게 되었다. 따라서 대외무역관리규정에서 제2조 제4항부터 제14항까지의 규정 중 제11항 중계무역을 제외하고는 삭제되어야 한다. 대외무역관리규정 제26조 수출·수입실적의 인정금액에서 중계무역의 수출금액 계산 방식을 규정하고 있으므로 중계무역의 정의는 존치의 필요성이 없는 것은 아니다.

IV. 맺음말

대외무역법, 대외무역법 시행령 및 대외무역관리규정은 제정된 후 무역자유화, 전

략물자 수출입에 대한 통제 및 원산지관리 강화의 필요성에 따라 개정을 거듭해왔다. 그런데 현재 시행되고 있는 대외무역법령의 규정 중 외화획득용 원료·기재의 수입 승인, 플랜트 수출승인 및 특정거래형태의 수출입의 정의에 대한 규정은 존치의 필요성이 없어 사문화되었으므로 삭제되어야 한다. 이 규정이 아직도 삭제되지 않고 있는 것은 규정의 존치 자체가 무역업계에 별다른 피해를 주지는 않기 때문에 이해관계단체에서 적극적으로 규정의 삭제를 요구하고 있지 않기 때문인 것으로 보인다.

이들 규정이 대외무역법령에 그대로 존치하더라도 실무 적용에 큰 문제가 있는 것은 아니다. 그러나 이러한 규정이 계속 존재한다면 법령의 복잡성이 가중되어 법률 이용자의 편의를 심각하게 저해할 것으로 예상된다. 예컨대 항공기 부품을 수입하기 위해서 한국항공우주진흥협회로부터 내수용이 아니라 외화획득용으로 수입승인을 신청하더라도 국내에서 해당 부품이 생산되면 수입승인을 받을 수 없으므로 외화획득용으로 수입승인을 신청하는 것의 실익이 없고, 내수용으로도 수입 가능한 항공기 부품을 외화획득용으로 수입승인을 받아 수입을 하면 대응외화획득행위를 하지 못할 경우 처벌을 받을 수 있으므로 오히려 불리해진다. 플랜트 수출승인은 임의 규정으로 전환된 후 최근 10년 간 수출

승인 실적이 전혀 없어 사문화되었다.

이 논문이 장래 대외무역법령의 개정 시
이미 필요성이 없어 사문화된 이러한 규정

의 삭제가 적극적으로 검토되는데 기여하
기를 바란다.

참 고 문 헌

- 김태인·한상현 (2007), 외화획득용 원료·기재의 수입승인 제도 개선에 관한 연구(대외 무역법령 및 관리규정의 합리적 개정방안을 중심으로), e-비즈니스 연구, 제8권 제4호, 366-378.
- 김태인·김명수 (2008), 항공우주산업의 외화획득용 수입승인제도 개선연구: 대외무역법 규 개정 방안을 중심으로, 상품학연구, 제26권 3호, 81-94.
- 김화섭·이진면 (2013), 중국 가공무역의 구조변화와 정책 전개방향, 산업연구원.
- 법제처 (2016), 중화인민공화국 대외무역법(경제법, 2016.11.7. 개정).
- 안광구 (1976), 무역거래법 요론, 영문사.
- 베트남 개정 수출입세법 시행령 주요 내용 - 수출용 수입원재료 외주 임가공 시 수입 세 면제 명시화 (2021-05-20 베트남 호치민무역관 박주희)
- 浜谷 源藏 (2008), 最新 貿易實務, 同文館出版.
- 대외무역법, 대외무역법 시행령, 대외무역관리규정
- 부가가치세법, 부가가치세법 시행령, 부가가치세법 시행규칙
- 항공기 및 동 부분품 수입승인 요령 (한국항공우주산업진흥협회)
- 품목별 수출입실적 (관세청) https://unipass.customs.go.kr/ets/index.do?menuId= ETS_MNU_00000107
(2021년 11월 22일 접속)
- 해외플랜트 수주 동향 (산업통상자원부·한국플랜트산업협회) https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=1139 (2021년 11월 10일 접속)

Applying Economics Theory to International Business Transaction Law and International Private Law

인천대학교 교수 박 태 정

*논문접수 : 2021. 9. 24. *심사개시 : 2021. 9. 24. *게재확정 : 2021. 9. 30.

〈 목 차 〉

I. Introduction

II. Contract Theory

III. Applying Contract Theory to International
Business Transaction and Pri

IV. Conclusionate Law

I. Introduction

It may surprise you that the goal of criminal law is not to eliminate all crime. Eliminating all murders would require expanding the numbers of police stations and police officers as well as prison capacity to create a near certainty that murderers would be caught and receive punishment. However, pouring public money into preventing murder is not a sen-

sible policy because of huge opportunity costs, such as the government's other life-saving policies (e.g., expenditures on road safety or for combatting disease). In this regard, economists came up with the concept of an optimum level of crime or an optimum level of deterrence, which maximizes the benefits to society, considering the social costs.¹⁾ Likewise, economists calculated an

* Assistant professor, Department of Law, Incheon National University. (Email: tjpark81@gmail.com) A formal legal expert in the International Legal Affairs division of the Ministry of Justice, Republic of Korea, and a former investment and services chapters PTA negotiator in the Ministry of Trade, Industry and Energy, Republic of Korea. The views or opinions expressed herein are the author's alone and do not reflect the views or opin-

optimum level of pollution protection that maximizes the benefits to society in consideration of social costs because zero pollution is undesirable and unattainable.²⁾

Based on these, what is the optimum level of incompleteness in international business contracts? All existing contracts are incomplete in nature because negotiating and concluding contracts require high transaction costs. Instead of negotiating over a detailed damage clause, they may adhere to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) clauses or provisions in the previously concluded contract, given the low probability of disputes. Simply put, the parties compare benefits and transaction costs to determine the level of incompleteness in the contract. Therefore, an incomplete contract is not necessarily indicative of failure, inefficiency, or error. Rather, leaving things undecided or un-

specified is rational if transaction costs are high.

To what extent should the parties complete their contracts to maximize their economic benefits given their associated transaction costs? As in the murder and pollution scenarios, zero incompleteness is undesirable or unattainable.

This article employs contract theory and marginal analysis to answer this question. First, the article explains the concept of a complete contract and shows that such a contract never exists in reality, and all existing contracts in reality are incomplete in nature. Then, the article uses marginal analysis to show the optimum level of incomplete contracts in theory.

While contract theory has recently been applied to international law,³⁾ international trade law,⁴⁾ or international investment law,⁵⁾

ions of the Ministry of Justice or the Ministry of Trade, Industry and Energy of the Republic of Korea. All remaining errors and misconceptions are entirely the authors' responsibility.

1) Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, *Law and Economics*, 442 (2008).

2) Economists extend this analysis to various areas and they seek to find optimum levels of debt, optimum levels of crime prevention, optimums level of food waste prevention, etc.

3) See generally Anne Van Aaken, *To Do Away with International Law? Some Limits to 'The Limits of International Law'*, 17 *Eur. J. Int'l L.* 289 (2006); Kenneth Abbott, *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers*, 14 *Yale J. Int'l L.* 335, 348-54 (1989); Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, 24 *Yale J. Int'l L.* 1 (1999); Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (2005); Andrew Guzman, *How International Law Works: A*

applying it in international business transaction or private law is still in its infancy. Some have applied transaction cost analysis to the provision of duty to inspect in CISG,⁶⁾ while others have used economic criteria to assess the efficiency of provisions in CISG.⁷⁾

No researchers have applied incomplete contract theory and marginal theory to international business transaction or private law in a systematic manner. This article is the first to apply incomplete contract theory and

marginal analysis in international business transaction and private law. Section II explains contract theory. Section III applies contract theory and marginal analysis to international business transaction and private law, and section IV concludes by introducing perspectives from behavioral economics.

II. Contract Theory

Coase pioneered the concept of transaction costs and their applications,⁸⁾ arguing that a

Rational Choice Theory (2008); Joel P. Trachtman, *The Economic Structure of International Law* (2008); Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law* (2013). (It is the application of economic incomplete contract theory, assuming that states are rational actors when they conclude the international agreements. For instance, Andrew Guzman introduced “3 Rs” (i.e. reputation, reciprocity, and retaliation) that encourages compliance with international law).

- 4) See Simon A.B. Schropp, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO* (2009). (applies the incomplete contract theory to the WTO system to seek various trade policy flexibility mechanisms).
- 5) Alan O. Sykes, *The Economics Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design*, 113 *Am. J. Int'l L.* 482, 482 (2019); Anne Van Aaken, *International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory*, 12 *J. Int'l Econ. L.* 507, 507 (2009) (arguing that contract theory could be utilized in international investment law similar to how its used in international trade law); Wolfgang Alschner, *Interpreting Investment Treaties as Incomplete Contracts: Lesson from Contract Theory* (July 18, 2013) (unpublished manuscript), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241652. (last visited Sep 22, 2021). (observes that first generation investment treaties are highly incomplete contracts containing only brief and vague provisions and delegating much of the gap-filling to tribunals, whereas the degree of incompleteness in the second-generation investment treaties is considerably lower. He argues that the second-generation investment treaties should assist arbitral gap-filling in first generation treaties); Richard C. Chen, *A contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes*, 40 *Yale J. Int'l L.* 295, 298 (2015)(argues that investment tribunals should look to contract law and theory for new tools to address the challenge posed by regulatory disputes).
- 6) Laura Ratniece, *An economics analysis of the duty to inspect goods pursuant to the CISG and CESL*. RGSL Research Papers No. 8 (2012).
- 7) Larry A. Dimatteo & Daniel Ostas, *Comparative Efficiency in International Sales Law*, *Am. U. Int'l L.R.* 371 (2011).
- 8) See R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 286 (1937).

market transaction requires search costs and negotiation costs, among others.⁹⁾ Williamson subsequently refined the concept of transaction costs.¹⁰⁾ According to Williamson, transaction costs consist of (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs.¹¹⁾ Search costs are costs to find preferred goods or partners who are willing to exchange goods in the market. Bargaining costs are all the required costs to complete an agreement between the parties. Enforcement costs are the costs to regulate parties to comply with the terms of the agreements such as monitoring or dispute costs.

Contract theory starts with an assumption of the concept of a perfect and complete contract. What if transaction costs are zero and both parties enjoy perfect and complete information of the world? All future in-

cidents would be completely anticipated, and associated risks would be efficiently allocated between the parties. Each resource is allocated to the party that values it the most, and each risk is allocated to the party that bears the risk at the lowest cost.¹²⁾ Zero bargaining costs would make it easier for both contracting parties to agree on any special circumstances.

In reality, however, there is no such thing as a complete contract because parties always face incomplete information and cannot predict the future.¹³⁾ A contract always requires parties to find the right partners, a certain period of negotiation and extent of monitoring, and others. Simply put, a contract will always be incomplete in the sense that the parties will fail to include all the variables that are potentially relevant to it.¹⁴⁾

9) R. H. Coase, *The Problems of Social Costs*, 3 *J. Law & Econ.* 1, 15 (1960). ("In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on").

10) Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 15-32 (1985).

11) Carl Dahlman suggests that transaction costs include: 1) search and information costs; 2) bargaining and decisions costs; and 3) policing and enforcement costs. Dahlman points out that what these three elements have in common is that they represent resource loss due to lack of information (*The Problem of Externality*, 22 *J. Legal Studies* 141, 148 (1979)).

12) Se Il Park, *Law and Economics* (2nd), 84 (2019).

13) Cooter & Ulen, *Law and Economics* 369 (Hansungu Interpreted, 2013).

14) Robert E. Scott and Paul Stephan, *The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law*, 76 (2006). For incomplete contract theory in legal studies, see Richard Craswell, *The*

Due to incomplete information and the difficulties of predicting the future, parties face risks such as natural disasters. For instance, the parties may agree to defer the delivery of goods in case of an earthquake but may leave undetermined who bears the risk. This is called a ‘gap’ in the contract.

The amount of effort and costs of anticipating possible contingencies determines the level of gap.¹⁵⁾ For instance, parties would not be willing to specify the low probability event and leave a gap because the expected loss from the gap would be minimal whereas the bargaining cost of including the terms would be significant. It will not be worthwhile to include a provision for alternative delivery options in case of an earthquake on the delivery date.

III. Applying Contract Theory to International Business Transaction and Private Law

What is a perfect and complete interna-

tional business contract in the world of complete information with no transaction costs? All contracting parties would be able to acquire complete information and calculate the benefits and costs of each provisions, and the agreed contracts will maximize the benefits of the contracting parties given various associated transaction costs. There would be no disagreement or dissatisfaction between the parties throughout the contract period because they could completely predict negative future contingencies and reflect those in the contract in advance.

The agreed contract would not require any provisions associated with breach of contract such as revocation, rejection, remedy, or damage clause because of complete information acquired by the parties. If parties draft a contract on July 1, 2021, and know in advance that an earthquake would occur on December 13, 2021, they would either modify a delivery date or transportation to avoid any possible disaster that may trigger the provisions relating to breach of contract. Perhaps most provisions in the CISG would

“Incomplete Contract” Literature and Efficient Precautions, 56 Case W. Res. L. Rev. 151, 151 (2005); *See also*, Robert E. Scott and George G. Triantis, Incomplete Contract and the Theory of Contract Design, 56 Case W. Res. L. Rev. 187, 193 (2005).

15) Steven Shavell, *Foundation of Economic Analysis*, 299 (2004).

never be used in the world of complete information with no transaction costs. Arts. 45 to 52 in the CISG stipulates remedies for breach of contract by the seller, Arts. 61 to 65 regulates remedies for breach of contract by the buyer, and Arts. 74 to 77 states damage provisions.¹⁶⁾ All these provisions will not be necessary at all in the world of complete information because they presume a breach of contract, which the parties can easily avoid in advance. The parties know what impedes contract performances and can easily detour or carve out such incident in the contracts.

A complete contract, however, only exists in theory, and all existing international business transaction contracts are incomplete in nature. The parties cannot foresee every possible scenario that will arise between the parties, and therefore, an incomplete contract does not necessarily indicate failure, inefficiency, or error.

An incomplete contract would have numerous incomplete provisions and gaps due to incomplete information. Parties may leave gaps such as ambiguous or vague carve-out

provisions if transaction costs are high. For instance, parties would not negotiate over alternative delivery options in case of a possible earthquake on December 13, 2021. It is simply not cost-effective to do so. Rather, the parties may leave a broad exception or force majeure clause without specifying such alternative delivery options.

Perhaps parties might have to bring back all the CISG provisions to the contracts because they need to protect themselves by inserting various clauses relating to remedies to breaches of contract such as revocation, rejection, remedy, damage clause, and others. The level of gaps or incompleteness will be determined depending on the transaction costs associated with specifying these articles. Dispute-related articles such as a choice of law or jurisdiction clause might also require a tremendous amount of transaction costs such as bargaining costs. Theoretically, the parties should thoroughly examine different candidates of the choice of law and compare benefits and costs of these that leave both parties better off. For instance, if the contract is about exchanging goods and the parties consider choice of law between U.S.

16) See the text of CISG at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf (last visited Sep 23, 2021).

law or Korean law, they might have to look up both and calculate their pros and cons. One may prefer Korean law, and the other may prefer U.S. law, and such a conflict will require high transaction costs given the low probability of dispute, and then the parties may not want to further calculate and specify the provisions but rather stick to the choice of law in the previously concluded contracts or CISG.¹⁷⁾

To what extent would international business contracts entail incompleteness? What is the optimum level of an incomplete contract in theory? Marginal analysis is applicable to achieve the optimum level of incomplete contract. Microeconomic theory explains that a constrained maximum can be described as a level where marginal costs equal marginal benefits. The marginal benefit is the amount by which an additional unit of an activity increases its total benefit, while the marginal cost is the amount by which an additional unit of activity increases its total cost.¹⁸⁾

The marginal analysis concludes that if the marginal benefit of an additional unit of an activity exceeds the marginal cost, the quantity of the activity should be increased. Meanwhile, if the marginal benefit is less than the marginal cost, the quantity should be reduced. Net benefit is maximized at the point at which the marginal benefit is equal to the marginal cost.¹⁹⁾ Simply put, if the additional benefit of one more unit exceeds the extra cost, do it; if not, do not. This simple logic is at the core of the economic way of thinking the analysis of choice.

In this regard, we find that the optimum level can be achieved when the parties negotiate until the expected marginal benefit of adding the provisions equals the marginal transaction cost of agreeing on them.²⁰⁾ The benefit of adding a provision is marginal, and its cost is marginal as well. The parties will continue to add provisions so long as the marginal benefit of the additional provision is greater than the marginal cost of the addition. The parties will continue to make

17) For further theories in the choice of law, see Seok Kwang Hyun, *International Private Law*, 29 (2013).

18) Cooter & Ulen *supra* note 12 at 32.

19) *Id.*

20) *Id.*; Tae Jung Park, *Incomplete International Investment Agreements: Causes, Problems and Solutions* (forthcoming in 2022, Edward Elgar)(This book applies marginal analysis to international investment law. Rest of the analysis in this article that explains the marginal analysis is included in the book).

these small adjustments as long as the marginal benefit exceeds the marginal cost and will stop adding a new term when the marginal cost of the last change made equals the marginal benefit. This level maximizes the parties' economic gain from the contracts and reflects the optimum level of incompleteness in the international business contracts.²¹⁾

It is important to note that the optimum level of incompleteness in the contracts is a purely theoretical concept that is practically impossible to quantify. It is difficult to determine the extent to which the parties should insert a damage clause or a revocation clause to reach the optimum level. In fact, the optimum level revolves around empirical matters, which vary significantly in different parties, markets and types of transactions, and others. Each business transaction has unique circumstances with varying levels of costs. The economic benefits and costs of different articles in contracts will also vary

within and across markets and countries, which make it more difficult to quantify the optimum level.

IV. Conclusion

This article concludes by noting that arguments can be extended to behavioral contexts. The arguments made in this article only hold under the assumption that the contracting parties are rational and self-interested. Behavioral economics, however, criticizes this assumption by offering a more realistic psychological foundation.²²⁾ Behavioral economics considers the psychological factors of a human being to explain their decision-making. The theories do not seek to replace the standard economic model but rather extend rational choice and the equilibrium model.²³⁾ For instance, behavioral economics categorizes human bias according to three types—bounded rationality,²⁴⁾ bounded will

21) Id.

22) C.F. Camerer & G. Loewenstein, *Behavioral Economic: Past, Present, and Future* 3 (Princeton University Press, 2004).

23) Teck H. Ho & Noah Lim, *Modeling the Psychology of Consumer and Firm Behaviour with Behavioural Economics*, 43 J Mktg. Res. 307, 308 (2006).

24) Jolls et al., *A behavioral approach to law and economics*, 50 Stanford L.R. 1471, 1477 (1998) (explains the bounded rationality "Bounded rationality, an idea first introduced by Herbert Simon, refers to the obvious fact that human cognitive abilities are not infinite.)

power,²⁵⁾ and bounded self-interest²⁶⁾—to illustrate that human beings are not always rational agents and self-interested when making economic decisions.

Under bounded rationality, for instance, the “status quo bias” explains that individuals tend not to deviate from their original position. Depending on how the default is set, people make different choices because they simply tend not to shift their decisions.²⁷⁾ Moreover, “over-optimism”²⁸⁾ shows how people are, on average, overconfident about their future and about their predictions for such a future. This relates not only to their own situation and their capacities but also to their evaluations of their control over a given situation.

All these behavioral economics theories may have significant implications for the international business transaction and private law context. While parties determine the level of comprehensiveness and incompleteness by comparing their benefits and costs under traditional contract theory, behavioral economics implies that the parties could take biased action without cost-benefit analysis.

For instance, status quo bias may encourage parties to adhere to the previously concluded choice-of-law provisions. If they have previously concluded a contract with Korean law as a choice of law even though U.S. law was in fact better for both parties, they could again follow Korean law hoping that they would not face any disputes as before.

25) *Id.* at 1479 (explains bounded will power “This term refers to the fact that human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests. Most smokers say they would prefer not to smoke, and many pay money to join a program or obtain a drug that will help them quit.)

26) *Id.* at 1479 (explains bounded self interest “They care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances. (Thus, we are not questioning here the idea of utility maximization, but rather the common assumptions about what that entails.) Our notion is distinct from simple altruism, which conventional economics has emphasized in areas such as bequest decisions. Self-interest is bounded in a much broader range of settings than conventional economics assumes, and the bound operates in ways different from what the conventional understanding suggests.)

27) Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* 3 (2008).

28) *See generally* Neil D. Weinstein, *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, 39 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 806 (1980). For more detail on studies of excess optimism, *see* Marie Helweg-Larsen & James A. Shepperd, *Do Moderators of the Optimistic Bias Affect Personal or Target Risk Estimates? A Review of the Literature*, 5 PERS. SOC. PSYCHOL. REV. 74 (2001).

Over-optimism may discourage parties to pay meticulous attention to articles such as revocation, rejection, damages, and others. They are simply confident about their future and contract performances and may not take extensive care in drafting dispute articles.

I wrote this article because academic literature has paid little or no attention to the ap-

plication of economics in international business transaction or private law. It was intended to be a useful and immediate contribution to academic and policy discussion, and I hope it will open new avenues in the discussion on the application of economics in international business transaction and private law.

[국문초록]

국제거래법 및 국제사법에의 경제학적 접근법 적용

모든 거래에는 거래비용(transaction cost)이 따르기 마련이다. 거래상대방을 찾아야 하는 검색비용, 그 상대방과 거래를 협상하는 협상비용, 그리고 거래된 계약서를 준수하도록 하는 준수 및 이행비용이 거래비용을 구성하는 세 요소이다. 만약 거래비용이 0 임을 가정하면, 즉 계약 당사자들이 거래 상대방을 찾는 비용, 거래에 필요한 정보 등이 0이라고 했을 때 계약 당사자들은 완전한 정보(complete information)를 바탕으로 미래에 발생할 모든 위험들이 계약서를 통해 미리 대비될 수 있게 된다. 가령 계약 당사자들은 특정일에 지진이 일어날 것을 쉽게 예측할 수 있기 때문에 그 전에 물품의 인도기일을 잡음으로써 위험(Risk)을 기피할 수 있게 된다. 즉 완전한 정보를 바탕으로 하는 명명백백한 완벽한 계약서는 계약당사자들이 위험 없이 상품의 교환을 완벽하게 이루어주는 수단이 될 수 있다.

하지만 현실에 존재하는 모든 계약서는 불완전한 계약서(Incomplete contract)에 불과하다. 계약 당사자들이 미래를 정확히 예측하지 못하고 거래비용이 높기 때문에 미래에 일어날 모든 상황을 규율할 수 있는 조항들을 전부 적시하지 못한다. 가령 지진이 일어나는 날을 예측할 수 없으므로 계약 당사자들은 본인들의 계약상 이익을 보호하기 위해 계약의 취소 및 준거법, 관할 등의 분쟁 관련 조항을 넣을 수 밖에 없다.

이와 관련하여, 본고는 국제거래계약서도 현실에 존재하는 모든 계약서와 마찬가지로 불완전계약서임을 설명하고 경제학의 계약이론 및 한계이론을 적용하여 국제거래계약서 상 최적의 불완전성 (optimum level of incompleteness)을 도출하여 본다. 또 도출과정에서 국제사법 하 계약서의 준거법 선택의 함의도 살펴본다.

주제어

법경제학, 계약이론, 한계비용이론, 국제거래법, 국제사법

[Abstract]

**Applying Economics Theory to International Business
Transaction Law and International Private Law**

Tae Jung Park

This article applies contract theory to the international business transaction and private law context. This article first shows that a complete contract only exists in theory, and all existing international business contracts are incomplete in nature due to high transaction costs associated with contracting. Then, the article employs marginal analysis to show the optimum level of incompleteness in international business contracts.

Key words

Law and economics, contract theory, marginal analysis, international business transaction law,
International private law

침체기에 빠진 WTO, 제12차 각료회의의 성과를 통해 부활할 수 있을까?

주제네바 대표부 참사관 안 홍 상

I. 머리말

4년만에 맞이한 WTO 제12차 각료회의(12th Ministerial Conference, 11.30~12.3, 제네바)가 갑작스레 무기한 연기(indefinitely postpone)되었다. 성과를 거둘 준비에 한창 분주했던 협상들이 거의 마무리되고 주말에 각료들을 맞이할 준비를 하던 금요일 저녁(11.26), 긴급 일반이사회가 저녁 9시 반에 소집되어 전격 연기가 결정된 것이다. 코로나-19 변이 바이러스(오미크론)가 전세계에 창궐하면서 같은 날 저녁 8시에 스위스 방역당국이 벨기에, 남아공, 홍콩 등 10여개국 입국자에 대해 백신 접종 여부에 무관하게 10일간 격리하도록 강제하는 등 일부 회원국에 출입국 제한 조치가 내려졌고, 일부 각료들의 회의 참석이 어려워짐에 따라 긴급하게 상황이 호전될 때까지 각료회의를 연기하기로 한 것이다.

일반이사회 결정에 대해 회원국들은 과

단성있는 연기 결정을 지지하면서도 그간 협상 성과 도출을 위한 지속적인 노력에 아쉬움을 표하고, 이어져온 협상이 모멘텀을 잃지 않고 계속되길 기대한다고 언급하였다. 또한, 어려운 상황일수록 회원국간 연대가 필요하며 무리한 회의 개최보다는 코로나-19 확산을 방지하고 사람의 생명이 우선되어야 한다고 밝혔다. 주요 분야별 논의가 평행선을 달리고 서로 일방적인 발언만 하던 과거와 달리, 최근 회원국들이 상호 의견을 청취하고 타협점을 제시하고자 하는 노력이 조금씩 일어나고 있었다는 점에 비추어 보면 연기 결정이 아쉬운 것은 사실이다. 특히, 응고지 WTO 사무총장(Ngozi Okonjo-Iweala, 나이지리아)도 취임 첫 해인만큼 열정적으로, 때로는 회원국들을 다그치면서 전체 협상을 이끌어가고 있었으며, 협상 의장들도 주말을 이용하여 협상 타결의 실마리를 찾는 등 성과를 거양하기 위해 모두가 매진하고 있는 터였

다.

그렇다면 회원국들은 어느 분야의 논의를 통해 어떤 성과를 기대하고 있었을까? WTO가 침체기에 빠지고 여러 해 동안 성과를 거두지 못하면서 과거에 비해 기대치가 낮아지긴 했지만, 무역의존도가 높고 다자무역체제의 수혜자라고 볼 수 있는 우리에게도 여전히 WTO 각료회의 성과가 의미 있다고 하겠다.

II. 주요 논의동향

최근 세계무역은 회복세에 접어들고 있으나 코로나-19 팬데믹이 큰 영향을 미친 만큼 WTO가 아직 유효하다는 것을 증명하기 위해 이에 대응하는 체계를 구축할 필요가 있다. 또한, 20여년간 이어져 온 다자협상인 수산보조금과 농업 협상을 결말 짓는 것도 회원국들의 숙원 중 하나이다.

WTO가 직면한 또 하나의 문제는 GATT 체제와 달리 무역원활화 협정 등 일부를 제외하면 세계무역에 영향을 미치는 다자무역규범을 창설하지 못한다는 점에 있다. 특히, 디지털 교역, 기후변화 등 무역환경의 변화에 뒤처진다는 비판을 받아오고 있는 바, 새로운 전환점이 필요하며 이는 자연스럽게 WTO 체제에 대한 개혁 문제로 이어진다. 이외에도 전자상거래, 환경 등에

새로운 규범을 형성할 수 있는지의 논의가 공동 관심국가 사이에서 활발하게 전개되고 있으며, 이를 통해 전체 회원국(다자협상)이 아닌 일부 회원국(복수국간 협상)만이라도 공통된 규범을 도입하자는 협의가 이루어지고 있다.

1. 수산보조금

수산보조금 협상은 7월 15일 장관회의를 개최하여 협정문에 대한 협상을 본격화하라는 지침을 받았으며, 9~10월에는 △과잉어획/과잉능력, △IUU (Illegal, Unreported and Unregulated; 불법, 비보고, 비규제) 어획, △개도국 특혜 (S&DT; Special & Differential Treatment) 등 주요 쟁점에 대한 집중 논의를 통해 대립되는 견해 사이에서 절충점을 모색해왔다. 그리고 11월 들어서는 협상 의장 (Santiago Wills 주제네바 콜롬비아 대표부 대사)이 회람한 통합 협정문안에 대해 조항별(line-by-line) 논의를 개시하였고, 분쟁해결, 영토성 등 회원국별 입장차가 크지만 9월 이후 논의되지 못한 쟁점에 대해 소규모 그룹별로 논의를 병행하고 있다.

수산보조금은 주로 선진국/개도국과 수산강국/연안·영세 어업국이나에 따라서 입장이 갈리며, 20년 이상 협상을 지속해 온 만큼 서로의 입장이 뚜렷하게 대립되어

있다. 개도국들은 특혜를 최대한 많이, 오래 부여받고자 하며, 선진국들은 영세어업 개도국에 대해서는 양보의 여지가 있으나 같은 개도국이라 하더라도 대규모 어획이 이루어지는 국가의 특혜에 대해서는 부정적이다. 이외에도 강제노동 금지, 편의치적 금지, 유류보조금 등에 대해서도 각국이 처한 상황 및 역량에 따라 회원국간 이견이 존재한다.

오랜 시간을 끌어왔으며, UN 총회에서 예정한 협상 기한(2020년)을 넘긴 터라 협정문안 협상까지 온 만큼 이번 기회를 놓치면 안 된다는 분위기가 감지되나, 국가별로 상업적 이익이 크게 달려있는 터라 지금까지 견지한 입장을 쉽게 바꾸기는 힘든 상황이다. 정치적으로 중요한 이슈들에 대해 마지막까지 합의 도출을 모색하기 위해 노력할 것인 바, 각료회의가 끝나는 순간에서야 타결 여부가 판가름 날 것으로 보인다.

2. 농업

농업은 협상 의장 (Gloria Abraham Peralta, 주제네바 코스타리카 대표부 대사)이 7월 29일 회람한 농업 분야 각료결정문안을 바탕으로 회원국간 논의를 진행하고 있다.

올해 상반기에는 7개 협상 분야별¹⁾로 실무그룹을 활용하였으나, 10월부터는 공조(like-minded) 그룹별 조정국을 대상으로 주제별 소규모 그룹 논의를 진행하고 있다. 다만, △무역왜곡을 유발하는 국내보조 감축에 대한 진전된 방안, △식량안보 목적 공공비축에 대한 영구적 해법 마련, △관세감축을 바탕으로 한 시장접근 등 핵심 쟁점에 대해 선진국과 개도국간 이견이 좁혀지지 않아 협상이 난항을 겪고 있다.

개도국/선진국 공히 농업 협상이 중요하며, 일부 개도국들은 농업 관련 반드시 성과가 있어야 한다는 입장을 강하게 표명하나, 선진·수출국들은 국내보조 감축 및 시장접근, 개도국들은 식량안보 목적 공공비축에 대한 영구적 해법과 개도국 특별긴급관세가 필요하다는 입장에서 전혀 물러서지 않고 있어 원론적인 수준에서의 작업 계획 정도만 합의될 가능성이 높다. 한편, 개도국의 식량안보 우려를 해소하면서 세계식량계획(WFP; World Food Program)이 인도적 목적으로 구매하는 식량에 대한 수출제한을 배제하는 사안에는 다수의 회원국이 공감하고 있으며, 농업 분야에 대한 통보 규정을 현행화하는 등 투명성을 제고하자는 논의에 대해서는 개도국의 역량 부족으로 합의가 모호한 상황이다.

1) ①국내보조, ②시장접근, ③수출경쟁, ④수출제한, ⑤면화, ⑥식량안보 목적 공공비축(PSH), ⑦개도국 특별 긴급관세(SSM)

농업 분야는 전체적인 협상 타결이 이미 어려운 단계지만, WFP의 식량 구매에 대한 수출제한 배제와 같이 어떠한 분야에 추가적인 합의를 도출할 수 있을지가 관건이다.

3. 코로나 대응 (WTO Response to the Pandemic)

코로나 판데믹 대응은 응고지 WTO 사무총장이 가장 역점을 두는 분야로서, 현재는 크게 2개 분야로 나누어서 생각할 수 있다.

첫 번째로는 코로나 대응을 위한 각료회의의 선언문 등 마련을 목적으로 6월에 조정자 (David Walker, 주제네바 뉴질랜드 대표부 대사)가 임명되었으며, 동 조정자 중심으로 △투명성, △수출제한 자제, △무역 원활화, △국제기구 협력 등의 항목이 검토 중이다. 각료회의를 앞두고 최종 수정 문안이 회람될 예정이며, 조정자는 동 문안이 정치적 약속으로서 새로운 의무를 창출하지 않는다는 입장이나, 개도국과 미국은 일부 문안이나 용어가 새로운 의무를 창출할 우려가 있다고 주장하고 있다.

두 번째는 인도·남아공을 필두로 60여 개도국들이 제기하는 TRIPs 협정에 대한 일부 면제이다. 과거 에이즈·조류독감 백신 확보에 어려움을 겪은 개도국들은 현재

에도 선진국 중심으로 코로나 백신이 불균등하게 배분되고 있으며, 이러한 현실을 타개하기 위해서는 특허권 등 TRIPs (무역 관련 지식재산권 협정) 일부 조항을 면제 (waiver)하는 방법밖에 없다는 것이다. 이에 EU·스위스 등 선진국들은 현재 TRIPs 협정내 유연성 조항인 강제실시권과 같은 기존 체제로도 충분히 동일한 효과를 누릴 수 있으며 기업의 백신 개발 인센티브 부족으로 정부-업계간 협력체제에 부정적 영향을 초래할 것이라고 하나, 개도국들은 강제실시권 이행을 위한 국내입법도 부족치 않은 상황이라고 반박하고 있는 등 대립된 견해를 보이고 있다. 최근 미국이 TRIPs 협정 일부 면제에 대한 문안 협상에 동의하고 나서면서 다수 국가들이 이에 동조하며 논의에 열려있다는 입장을 취하고 있으나, 여전히 합의점 도출에 어려움을 겪고 있다.

응고지 사무총장 등은 조정자의 코로나 대응을 위한 각료회의의 선언문에 TRIPs 협정 일부 면제 내용도 포함되어 코로나 대응을 위한 전체 패키지가 완성되기를 기대하고 있으나, 이는 TRIPs 협정 일부 면제에 대해 타협점을 찾을 수 있을지에 달려 있다. 동 분야에 대한 세간의 관심 및 각료회의의 역점 사항으로 간주되고 있는 점을 감안할 때, 각료회의의 막판까지 이견 조정 및 문안 협상이 이루어질 것으로 보인다.

4. WTO 개혁

WTO 개혁은 어느 회원국이나 중요하며 필요하다는 점을 인정하고 있고, 시급히 이루어져야 한다는 점에 공감대가 있으나 본격적인 논의가 진행되고 있지는 않다. 유일하게 논의되는 곳은 각료회의 선언문 안 작성 과정에서이며, 현재 ①협상 기능, ②통보·모니터링 기능 및 ③분쟁해결체제 기능 개선을 위해 논의를 계속하자는 것이 주요 내용이다. 또한, WTO 규범 이행을 담보하기 위한 수단으로 중요한 WTO 상소기구 기능 복원이 필요하다는 사항도 언급되어 있다.

WTO 개혁이 단순히 말이 아닌 행동으로 실천되기 위해서는 상기 문안으로 부족한 것이 사실이다. 이에 어떠한 수단으로 이를 실행할 것인지, 어느 시점까지 달성할 것인지 등 구체적인 사항들이 적시되어야 하나, 미국·개도국 등의 반대로 세부 내용이 생략되어 있다. 미국의 경우 미국 의회내 양당 모두 상소기구의 역할에 대해 불만을 가지고 있으며, 새로운 행정부도 아직 상소기구에 대한 구체적인 입장을 표명하지 않아서 구체적인 기한 및 내용 설정에 부정적이며, 개도국들도 WTO 기능 개선에 있어서 정책적 재량을 확보하고 소그룹 논의가 아닌 개방되고 투명한 공간에서의 작업을 선호하는 결과로 보인다.

최근 미국·EU·일본이 공정 경쟁 환경을 조성하기 위한 3자간 대화체를 재개한다고 발표하는 등 WTO내 여러가지 개혁·개선 사항에 대한 논의가 이루어질 여지가 충분하다. 우리도 우리 이익을 극대화하는 방향으로 WTO 개혁 논의가 진행되도록 유념하며 여러 논의에 임해야 할 것이다.

5. 복수국간 협상 : 공동성명 이니셔티브

2017년 부에노스 아이레스에서 열린 제 11차 각료회의에서는 급변하는 무역환경에 대비하고 시대에 뒤떨어진 무역규범을 새로 규율하기 위해 공동성명 이니셔티브(JSIs)를 복수국간 협상 형식으로 개시하기로 합의하였다. 이렇게 시작된 공동성명 이니셔티브는 ①서비스 국내규제, ②중소·중견기업 (MSMEs; Micro, Small and Medium-sized Enterprises), ③투자원활화 및 ④전자상거래 등 4개 분야이다. 복수국간 협상은 마음이 맞는 국가들끼리 협상을 하므로 비교적 손쉽게 합의를 이룰 수 있어 20여년간 협상이 지지부진한 다자협상에 비해 컨센서스 형성이 유리하다는 장점을 가지고 있으나, 인도·남아공 등은 복수국간 협상을 통해 형성된 규범을 협상에 참여하지 않은 나머지 국가들에게 강요하는 수단으로 이용될 여지를 우려하며, 이러한

복수국간 협정 또한 컨센서스를 통해 WTO 체제내로 편입되어야 한다고 주장하고 있다.

서비스 국내규제 협상은 서비스 관련 국내규제를 명확히 기재하여 교역장벽을 해소하고 투명성을 증진시키자는 취지이며, 최근 미국과 싱가포르, 필리핀의 참여에 힘입어 합의가 완료되었다. 세계 서비스 산업의 90%를 차지하는 총 66개국이 협상에 참여하고 있으며, 50여개 국가가 양허표를 제출하였고 각료회의시 별도의 장관회의를 개최하여 협상 타결을 선언하는 각료선언문을 발표할 예정이다.

국제무역에 다소 어려움을 겪는 중소·중견기업의 해외 진출을 활성화하려는 중소·중견기업 협상은 지난해 말 합의된 무역원활화·금융접근 등 7개 아젠다를 구체화하고 새로운 의제 발굴에 주력하고 있다. 총 95개 국가가 참여하고 있고 참여국의 확대를 위한 아웃리치를 추진 중이며, 2020년 합의된 아젠다를 각료선언문으로 구성하는데 합의를 도출하여 역시 각료회의시 별도 장관회의를 통해 공표할 계획이다.

각국의 투자 관련 조치의 투명성과 예측가능성을 높이고 행정절차를 간소화·가속화하자는 투자원활화 협상은 꾸준한 협상을 통해 각료회의까지 최대한 합의를 많이 도출하자는 목표 아래 진력 중이다. 현

재 105개 국가가 참여 중으로 여타 국가의 추가 참여를 호소하고 있으며, 각료 선언문안에 사실상 합의하여 각료회의시 발표할 예정이고, 이에 따라 2022년 말까지 협상을 타결하기 위해 노력할 전망이다.

전자상거래 협상은 전자상거래를 통한 신규 무역규범을 제정하자는 목표를 가지고 있으며, 현재 △스캠, △전자인증·서명, △전자계약, △투명성, △온라인 소비자보호, △개방정부데이터 등 총 6개의 문안에 합의하였다. 현재 86개 국가가 참여 중이며, 각료회의까지 최대한 많은 문안에 합의를 도출한다는 계획으로 협상을 진행하고 있다. 참고로, 그간 각료회의마다 연장을 거듭해 온 전자상거래 모라토리엄(전자적 전송물에 대한 관세 면제)은 제13차 각료회의까지 모라토리엄을 연장하는 방안을 두고 논의가 진행 중이며, 각료회의에서 최종 결정될 것으로 보인다. 선진국은 전자상거래 활성화를 위해 영구적인 관세 면제 또는 최소한 차기 각료회의까지 관세를 면제할 것을 주장하고 있으나, 인도·남아공 등은 세수 부족과 함께 전자적 전송물의 정의 및 범위를 명확히 해야 한다고 주장하며 모라토리엄 연장을 반대하고 있다.

복수국간 협상은 타결도 중요하지만 이를 WTO 체제내로 잡음없이 통합하는 방

안이 관건이며, 성공적으로 안착될 경우 여타 분야에 대해서도 유사한 복수국간 협상을 개시하여 다자협상에서의 협상 교착을 타개하는 대안으로 활용될 전망이다.

6. 기타 : 환경 · 여성 등 신규 분야

협상은 아니지만 무역에 있어서 중요한 영향을 미치는 분야들이 존재하는 바, 이 중 환경과 여성이 가장 각광을 받고 있다. EU에서 시행을 예고하고 있는 탄소국경조정제도(CBAM; Carbon Border Adjustment Mechanism)와 같이 기후변화 · 환경 등은 무역에 있어서 새로운 장벽으로 등장할 가능성이 있는 바, 이러한 기후변화 · 순환경제 등 환경적 지속가능성을 강조하는 무역과 환경(Trade & Environment)이 앞으로 중요해질 것이다. 또한, 전자상거래 등의 발달로 무역에 있어서 여성의 경제적 역량이 부각될 예정인 바, 여성의 역량을 강화하는 무역과 여성(Trade & Women)도 중요한 의제로 논의될 전망이다.

각료회의시 환경 · 여성 분야도 별도의 각료선언문을 발표하고 이를 홍보하는 세션이 개최될 예정이다. 또한, 미국 및 EU 등 선진국 중심으로 높은 관심을 가지고 있는 만큼, 향후 더욱 활발한 논의가 기대되는 바이다.

III. 맺음말

11월 19일 무역협상위원회에서 어느 대사는 금번 각료회의가 “불이 꺼지지 않는” 회의가 될 것으로 기대하며 각료들이 정치적 의지를 발휘하고 이견을 좁혀 끝까지 합의를 도출하기 바란다는 입장을 표명하였다. 그리고 응고지 사무총장도 최근 “우리는 다자무역체제를 통한 다자간 국제기구를 지향하지만 막상 다자협상 하나도 타결할 수 없는 모순에 빠져있다”라고 발언한 바 있다. 4년 전에는 회원국들이 공동 각료선언조차 도출하지 못하였으며 근래 WTO에 대한 신뢰가 매우 낮아졌다는 점을 감안했을 때, 이제 20여년 묵은 협상을 하나씩 털어내는 성의를 보일 수는 없을까.

11월 29일에는 제12차 각료회의 의장단²⁾이 협상 모멘텀을 상실하지 않기 위해 3월 첫째주에 각료회의를 개최하자고 제안하는 등 벌써 연기된 협상의 재개 논의가 조금씩 이루어지고 있다. 협상의 불씨를 잘 살리고, 아직도 갈 길이 멀지만 코로나 대응 및 수산보조금 협상 등 전세계에 유의미한 다자간 협상에 극적으로 합의하여 바닥으로 떨어진 WTO의 위상이 과거와 같은 영광을 되찾길 기대해 본다.

2) 의장 : 카자흐스탄 통상장관, 부의장 : 우간다, 호주, 바베이도스 통상장관

UN 국제상거래법위원회 제1 실무작업반 논의 동향

법무부 국제법무과 사무관 김 하 영

I. 회의 개요

1. 회의 경과

국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL)는 2013년 제46차 회의에서 소규모 기업(Micro, Small and Medium-sized Enterprises) 활성화를 위한 법제 마련을 향후 과제로 지정하였으며, 그 결과 2018년에는 「사업자 등록 핵심 원칙에 대한 UNCITRAL 입법 지침서」를, 2021년에는 「유한책임조직에 대한 UNCITRAL 입법 지침서」를 채택하였다.

UNCITRAL 제1실무작업반(이하 “작업반”)은 올해 상반기에 개최된 제35차 회의에서 「유한책임조직에 대한 UNCITRAL 입법 지침서」 성안 작업을 마무리하였다. 한편, 2019년 UNCITRAL 제52차 본회의에

서 위원회는 「UNCITRAL의 담보거래에 관한 모델법」을 기반으로 소규모기업의 신용대출 및 회수 등에 관한 자료 초안을 작성할 것을 사무국에 요청하였으며, 금번 제36차 회의에서는 최초로 위 자료 초안(Note by Secretariat, 이하 “작업 문건”)¹⁾을 논의하였다.

제36차 작업반 회의는 2021. 10. 4.부터 9.까지 오스트리아 빈 국제센터(Vienna International Center)에서 새롭게 선출된 크로아티아 출신 Sinisa Petrovic 의장의 주재하에 하이브리드 방식으로 진행되었다.

2. 회의결과 요지

작업 문건은 소규모기업 신용공여의 어려움, 신용대출 향상을 위한 법적 인프라 구축, 소규모기업과 금융기관의 역량강화

1) Access to credit for micro, small and medium-sized enterprises (MSMEs), A/CN.9/WG.I/WP.124, 28 July 2021.

등을 포함한 광범위하고 일반적인 내용으로 구성된 바, 작업반은 향후 전문가의 도움을 받아 Future Text(이하 “향후 문건”)를 작성할 필요가 있다는 점에 합의하였다.

작업반은 금번 제36차 회의 및 차기 제37차 회의에서 작업 문건을 검토한 후, 수정된 작업 문건을 토대로 내년에 개최될 UNCITRAL 제55차 본회의에서 향후 문건의 작성 방향에 관한 지침 등을 제공하기로 합의하였으며, 아직 향후 문건의 형식(모델법, 입법지침 등)을 구체적으로 규정하는 것은 시기상조라는 점에 동의하였다.

작업반은 제36차 회의 중 상당한 부분을 작업반 회의 진행 방향 및 작업 문건에 대한 향후 계획을 논의하는데 할애했으며, 그 외 작업 문건의 적용범위, 구조 및 세부내용에 대한 검토를 진행하였다. 차기 회의에서는 수정된 작업 문건에 대한 재검토를 진행할 예정이다.

II. 제36차 회의 주요 논의사항

1. 적용범위

작업 문건의 적용 범위와 관련하여 소규모 기업 중 중형기업(Medium-sized Enterprises)을 배제하고 소상공인(Micro, Small-sized Enterprises)만을 대상으로 하자는 의견이 있었다. 그러나 작업반은 중형기업을 배제

할 필요는 없으며, 다만 신용공여의 문제는 소상공인과 중형기업을 구분할 필요가 있고, 소규모 기업의 형태(자연인/법인)에 따라 신용 공여의 어려움 등이 달라질 수 있는바, 이를 다르게 취급할 필요가 있다는 점에 동의하였다.

2. 향후 문건의 형식 등

작업반은 향후 문건의 구체적인 형식(협약, 모델법, 입법지침서)에 대해 논의하였으며, 이에 대해 다수 국가들은 법적 강제력이 약한 형식의 문건이 적합하다는 의견이었으나, 금번 회의에서 이를 논의하는 것은 시기상조라는 점에 의견이 일치하였다. 다만 현재 작업 문건은 일관성 및 가독성 측면에서 보완할 필요가 있어, 사무국은 이러한 작업반의 의견을 반영하여 작업 문건을 수정하기로 하였다.

3. 소규모 기업을 위한 신용대출의 중요성과 어려움

작업반은 신용대출을 용이하게 하기 위한 정책적 수단과 법적 제도는 소상공인의 기업 형태에 따라 달라질 수 있다는 점을 명확히 할 필요가 있으며, 자금 조달의 종류에 따라 그 수혜층이 달라질 수 있다는 점도 향후 문건에 반영할 필요가 있다는 점에 합의하였다. 또한 소규모기업의 설립

을 용이하게 할 수 있는 방안 등도 향후 논의될 필요가 있다는 점에 동의하였다.

작업반은 소규모기업의 신용대출 촉진을 위해서는 금융기관과 소상공인의 권리 보호에 대한 균형이 이루어져야 한다는 점을 강조하였고, 일부 국가들은 작업 문건이 금융기관에 대한 고려가 부족하다는 입장을 개진하였으며, 작업반은 이러한 입장을 고려하여 향후 문건을 작성하기로 하였다. 추가로 작업반은 신용조합, 모바일 은행 등 비공식적인 신용 제도를 소상공인들이 이용할 수 있는 방안에 대해 논의하였다.

4. 법적 인프라 개선을 통한 신용공여 방안

(1) 소규모기업을 위한 신용대출 촉진

일부 국가들은 본 조항을 제2장의 일부가 아닌 단독의 장(individual chapter)으로 규정하자는 의견을 개진하였으며, 작업반은 사무국에게 향후 소규모기업을 위한 신용공여와 관련된 규제 일반과 법적 제도 간의 관계에 대해 설명해줄 것을 요청하였다.

(2) 담보대출

작업반은 동산 담보대출 관련, 소규모기업의 신용 공여를 용이하게 하는 담보거래 제도에 대한 구체적 내용이 작업 문건에

반영되어야 하며, 동산 담보대출의 범위를 디지털 자산 및 지식재산권까지 확대하고, 효율적인 담보권 등기제도 수립에 관한 내용 등이 추가되어야 한다는 점에 동의하였다.

또한, 작업반은 작업 문건의 동산 담보대출 관련 부분은 UNCITRAL 다른 문서 등을 참조하되, 향후 문건의 독자들이 이에 관한 전문가가 아닐 수도 있다는 점을 주의할 필요가 있다고 언급하였다.

자산의 종류와 관련하여 미국은 소규모기업을 위한 신용대출을 용이하게 하기 위한 담보거래 제도는 (i) 담보권 설정 (ii) 담보권 집행 (iii) 담보권 순위 열람이 용이해야 한다는 의견을 개진하였으며, 담보권 등기 관련해서는 (i) 비점유 담보권 등록의 필요성 (ii) 권리의 우선순위에 대한 설명 및 (iii) 효율적인 등기제도의 고안 방법에 대한 지침이 작업 문건에 추가되어야 한다고 언급하였다.

한편, 작업반은 동산담보에서 합의된 주요 내용은 부동산 담보에도 동일하게 적용되어야 한다는 점을 합의하였으며, 부동산 담보권의 설정에 대한 내용이 보다 구체적으로 서술될 필요가 있다는 점에 동의하였다.

(3) 소규모 기업 대출을 위한 개인보증

일부 국가들은 개인보증의 경우에도 담

보대출과 유사한 기준이 적용되어야 한다는 의견을 개진하였으며, 금융기관과 보증인 사이의 관계를 명확히 할 필요가 있다는 점이 언급되었다. 또한 독립보증 관련해서는 “UN 독립보증 및 신용장에 관한 유엔 협약”이 소개되었다.

(4) 신용보증 제도

작업반은 작업 문건에서 공공신용보증 제도의 긍정적 및 부정적 측면이 서로 균형있게 서술되어야 한다는 점을 지적하였다. 또한 공공신용보증의 부정적 측면은 (i) 대주들이 적절한 실사를 수행하는데 저해 요인이 될 수 있으며, (ii) 납세자들의 세금을 부적절하게 이용할 가능성이 있고, (iii) 특히 소상공인에게 있어 공공신용보증 제도는 적합하지 않을 수 있다는 주장이 제시되었다. 이에 대한 해결책으로 일부 국가들은 적정성 기준을 통해 공적자금을 보호하는 방법을 다룰 필요가 있음을 지적하였으며, 작업반은 사무국에게 각국의 적정성 기준에 대한 정보를 수집해줄 것을 요청하였다.

작업반은 소규모 기업을 위한 공공지원 제도 및 국제보증제도 사례 등을 작업 문건에 추가하기로 합의하였다. 한편, 공적 신용보증 제도가 부재한 국가들의 경우 국제적 지원이 필요할 수도 있다는 점이 지적되었다.

(5) 신용 보고

다수 국가들은 신용보고 관련하여 여성이 직면한 특별한 어려움을 추가하자고 제안하였으나, 이후 논의 후반에 비법률적인 요소(경제 또는 사회적 어려움)들을 작업 문건에 추가하는 것은 부적절하다는 반대 의견이 표명되었다. 일부 국가들은 여성이 아닌 취약자 일반이 직면한 어려움을 추가할 것을 제안하였으나 이와 관련해서 작업반은 합의된 결론을 이끌어내지는 못하였다. 추가로, 신용등록(registry)과 신용조사(bureaux)의 용어적 차이를 명확히 할 필요가 있다는 점이 지적되었으며, 각국의 다양한 보고의무 등에 대한 의견이 교환되었다.

(6) 소규모기업을 위한 안전장치

작업반은 금융기관과 소규모 기업들 간의 이익의 균형이 이루어져야 한다는 점에 동의하였으며, 일부에서는 낮은 이율이 반드시 금융기관의 높은 수수료 비용을 절감시킨데 기여하지는 않을 수 있다는 점이 지적되었다.

(7) 재정적 어려움이 있는 소규모 기업을 위한 구조조정 지원

작업반은 구조조정 및 신규금융지원 방안에 관한 논의를 확대할 것을 제안하였으며, 국가의 직접적인 지원에 관한 내용을

반영할 필요가 있다고 강조하였다. 일부 국가들은 소규모 기업에 대한 금융지원 수단으로 인수합병의 적극적 도입을 주장하였으며, 국가 차원에서 특별한 법적 제도가 도입되어야 한다는 의견도 제시되었다.

(8) 금융 옴브즈만 및 기타 구제 제도

작업반은 금융 옴브즈만과 같은 좀 더 국가적 차원의 구제 제도를 포함시키는 것에 합의하였고, 금번 회의 이후 각국 사례를 사무국에 송부하기로 합의하였다.

(9) 디지털 금융 서비스

본 조항에서 제시된 은행상품 등은 디지털 금융서비스에 국한되는 것은 아니라는 점이 지적되었으며, 일부 국가들은 핀테크와 빅테크 회사들이 무엇이며, 이들이 금융 서비스를 제공하는 방식에 관한 설명 등이 추가될 필요가 있다는 점을 언급하였다. 또한 매출 채권 및 창고 영수증 등과 같은 것에 대한 금융 서비스를 제공하기 위한 플랫폼 이용 등에 관한 설명이 필요하다는 점이 지적되었다.

5. 소규모 기업과 금융기관의 역량 강화

작업반은 금융기관과 소규모 기업 간의 정보 교환을 위한 채널 구축, 금융 지식 향상, 인식 제고, 규제기관의 역량 강화 등을

추가하는 것에 동의하였다.

III. 평가 및 소감

향후 문건의 적용 범위와 관련하여, 금번 회의 결과 중형기업을 배제하지 않는 것으로 합의된 바, 신용 공여에 대한 문제는 소상공인과 중형기업을 구분하여 접근할 필요가 있고, 기업의 형태(자연인/법인)에 따라 신용 공여의 어려움 및 대출 형태 등이 달라질 수 있으므로 두 주체를 구분할 필요성이 있을 것으로 보인다.

금번 회의에서는 작업 문건 자체가 지나치게 광범위하여, 차기 작업반의 진행 계획 이외에 유의미한 결정을 도출하지는 못하였다고 생각된다. 우리 대표단은 소규모 기업이 직면한 장애 요소로 (i) 담보 부족, (ii) 자산 평가의 어려움, (iii) 과잉 담보, (iv) 담보권 실행의 곤란을 고려하면서 금번 회의에서는 동산·채권 등의 담보에 관한 국내법과 관련한 논의가 중점이 될 것으로 예상하였으나, 실제로는 소규모기업 신용 공여 전반에 관한 법적, 정책적 부문이 주로 논의되었다. 금번 회의 결과에 비추어 보면 담보에 관한 사항이 향후 문건의 핵심 주제가 될 가능성은 그리 높지 않을 것으로 예상된다.

차기 회의에서는 작업 문건에서 한국이

언급된 크라우드펀딩, 신용보증제도, ombudsman 제도 등과 관련되는 사실관계 및 실무례를 사전에 확인한 다음, 이를 사무국에 공유할 필요가 있어 보인다.

한편, 중소벤처기업부나 중소기업연합회 등 중소기업에 관한 정책 등을 추진하

는 관계부처나 기관과의 협조를 통해 우리 중소기업의 고충을 명확히 파악하고 이를 해결하기 위한 방안을 어떻게 앞으로의 성안 과정에 반영해나갈지를 염두에 두고 차기 회의에 대비할 필요가 있을 것으로 생각된다.

「통상법률」 연구윤리규정

2009. 6. 30 제정

제1장 전문

제1조(목적) 이 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 논문과 관련하여 논문의 저자, 편집위원, 심사위원 등이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 정함으로써 「통상법률」의 연구윤리를 제고하고 건전한 연구문화의 정착에 기여하는데 그 목적이 있다.

제2장 저자 등의 연구윤리

제1절 저자의 연구윤리

제2조(연구부정행위의 금지) 저자는 연구과제의 제안, 연구과제의 수행, 연구결과 등의 보고 및 발표 등에서 위조·변조·표절 등 연구부정행위(이하 부정행위)를 하여서는 안된다. 부정행위는 구체적으로 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 허구의 자료를 이용하는 등 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구과정 또는 연구자료 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형하거나 삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”은 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인이나 인용표시 없이 도용하는 행위를 말한다. 다만, 타인의 연구결과를 그 출처와 함께 인용하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. “부당한 논문저자 표시”라 함은 연구내용 또는 결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 정도에 따라 저자(역자)(단독연구의 경우)나 저자(역자)의 순서(공동연구의 경우)를 정확하게 표시하지 않는 행위를 말한다. 연구에 공헌이나 기여한 자에게 정당한 이유 없이 논문저자(역자) 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않는 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자(역자) 자격을 부여하여서는 아니된다. 다만, 연구나 저술에 대한 작은 기여가 있는 경우에는 이를 각주, 서문, 상의 등에서 감사를 적절하게 표한다.

5. 본인 또는 타인의 부정행위의 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제3조(연구결과에 대한 책임) 저자는 자신의 연구결과에 대하여 스스로 책임을 진다.

제4조(연구결과물의 중복게재 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 이전에 출판된 자신의 연구결과(출판예정이거나 출판심사 중인 연구결과 포함)를 새로운 연구결과인 것처럼 본 학술지에 투고하여서는 아니된다.

- ② 저자는 본 학술지에 투고한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 여타 학술지에 중복해서 투고하여서는 아니된다.

- ③ 투고 이전에 출판된 연구물(박사학위 논문 포함)의 일부를 사용하여 출판하고자 할 경우에는 학술지의 편집자에게 이전 출판에 대한 정보를 제공하고 편집자는 이에 대하여 중복게재나 이중출판에 해당하는지의 여부를 확인하여야 한다.

- ④ 저자가 연구물을 투고하는 경우에는 (별지1)의 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 작성하여 제출하여야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 투고 및 게재된 논문 등에 대하여는 본 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권에 동의한 것으로 간주한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 연구결과가 본 학술지에 게재된 이후 그 연구결과와 재분석을 통한 검증을 목적으로 연구 자료를 요청하는 경우에는 연구 참여자에 대한 기밀이 보호되는 범위 내에서 자료를 제공할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 자는 오로지 당해 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 본 학술지의 편집위원장 및 그 저자의 사전 동의를 얻어야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 활용하고자 하는 경우에는 본 학술지가 정한 원고 투고 규정에 따라 정확하게 표시하여야 하며, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

- ② 개인적인 접촉을 통해 얻은 비공개 학술자료의 경우에는 이를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에 인용할 수 있다.

제2절 편집위원의 연구윤리

제7조(편집위원의 편집방법) ① 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재여부를 결정하여야 한다.

② 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문을, 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사위원에게 의뢰하여야 한다.

제8조(비공개 의무) 편집위원은 투고된 논문의 출판 여부가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니된다.

제9조(통지 의무) 편집위원은 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지하여야 한다.

제3절 심사위원의 연구윤리

제10조(심사위원의 심사방법) ① 심사위원은 저자의 전문지식인으로서의 독립성을 존중하여야 하며, 심사의견서에는 논문에 대한 자신의 견해를 밝히되 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 설명하여야 한다.

② 심사위원은 본 편집위원회가 의뢰하는 논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여야 하고 그 결과를 본 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하기에 책임자가 아니라고 판단될 때에는 본 편집위원회에 그 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.

③ 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 이 규정의 제4조 제1항 또는 제2항의 중복투고 등의 문제를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(객관적이고 공정한 심사의 의무) 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 개인적 학술신념과 저자와의 사적친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사하여야 한다. 심사자가 충분한 근거를 명시하지 않거나 심사자 본인의

관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구해서는 아니된다.

제12조(비밀유지의무) ① 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수하여야 한다.

② 심사위원은 논문의 심사를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 그 내용에 관하여 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.

③ 심사위원은 자신이 심사한 논문이 게재된 본 학술지가 출판되기 이전에 해당 논문의 내용을 인용 또는 참조해서는 아니된다.

제3장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

제13조(서약) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정을 준수할 것을 서약해야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 편집위원장 및 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정에 서약한 것으로 간주한다.

② 편집위원장, 편집위원, 심사위원은 각각 (별지2)와 (별지3)의 연구윤리규정 준수서약서를 작성하여야 한다.

제14조(연구윤리규정 위반의 보고) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 본 연구윤리규정을 위반한 사실을 안 경우 연구윤리규정을 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 이 규정을 위반한 경우에는 제15조에 의한 연구윤리위원회(이하 ‘연구윤리위원회’라고 한다)에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니된다.

제15조(연구윤리위원회의 구성원칙) ① 제14조 제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 경우에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

- ② 이 경우의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회의 위원장이 되며, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

제16조(연구윤리위원회의 조사) ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

- ② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.
- ③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 조사결과를 확정하기 이전에 이의제기 및 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 이의가 없는 것으로 간주한다.
- ④ 연구윤리규정 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 행하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 경우에는 연구윤리규정의 위반으로 간주한다.

제17조(조사결과보고) ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
 2. 조사의 대상이 된 부정행위
 3. 조사위원회의 조사위원 명단
 4. 당해 연구에서의 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
 5. 관련 증거 및 증인
 6. 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과
- ② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권) 연구윤리위원회는 조사 결과 연구윤리규정에 위반한 사실이 있다고 판단되는 경우 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

제19조(징계의 절차 및 내용) ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있을 경우, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부 및 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고, 투고제한 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호) 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니된다.

제21조(연구윤리규정의 개정) 이 규정의 개정 절차는 본 편집위원회의 권한사항으로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

(별지1) 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서
(「통상법률」 제00호)

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

연구윤리규정준수 확인서

저자(들)은 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하여 논문을 작성하였으며 특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해한 바 없음
2. 저자는 투고논문의 작성에 실질적인 지적 공헌을 하였으며, 투고논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해한 바 없음
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복 게재를 위하여 투고하지 않았고, 투고할 계획이 없음
5. 「통상법률」 발행인은 투고논문에 대한 저작권 침해에 대하여 이의제기, 고소 기타 저작권 보호를 위한 제반 권리를 보유함

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

저자(들)은 본 논문이 「통상법률」에 게재될 경우, 논문사용권 및 복제·전송권을 「통상법률」에 위임합니다.

200 년 월 일

저 자	성 명	소 속	이메일(연락처)	위임여부(O,X)	서 명
제 1 저 자					
교 신 저 자					
공동저자1					
공동저자2					

(별지2) 연구윤리규정 준수 서약서(편집위원용)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 편집위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 투고논문에 대하여 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재 여부를 결정함
2. 투고논문에 대하여 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급함
3. 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사위원에게 의뢰함
4. 투고논문의 출판 여부가 결정될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 않음
5. 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지함

20 년 월 일

편집위원 ○ ○ ○ ㉠

(별지3) 연구윤리규정준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 심사위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며,
특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 본인은 당해 심사논문을 심사함에 있어 공정하고 합리적으로 심사할 수 있음
2. 심사논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여 그 결과를 본회
편집위원회에 통지하도록 함
3. 심사논문에 대하여 개인적 학술신념이나 저자와의 사적 친분을 떠나 객관적이고
공정한 기준에 의하여 심사함
4. 심사를 함에 있어 충분한 근거를 명시하도록 하고, 본인의 관점이나 해석과
상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구하지 않음
5. 심사논문의 중복투고 등 부정행위를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에
지체 없이 그 사실을 알림
6. 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수함, 부정인용 및 참조를 하지 않음

20 년 월 일

심사위원 ○ ○ ○ ㉠

「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

개정 2018년 1월 1일

개정 2020년 1월 1일

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 본 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」誌에 게재할 원고의 심사 및 편집에 관한 절차 및 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(대상) 심사대상 원고는 다른 학술지나 기타 간행물에 발표되지 않은 것이어야 하며, 원고의 체제와 분량은 「통상법률」 원고 작성방법에 따라야 한다.

제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(편집위원회의 설치) 「통상법률」誌의 학문적 수준을 제고하고 전문논문집으로서의 성격을 유지·발전시키기 위하여 「통상법률」誌에 게재될 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하는 ‘통상법률 편집위원회’(이하 “편집위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 편집위원장 및 7인 이내의 편집위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 편집위원은 해당분야 연구 성과가 뛰어난 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 해당분야의 법조실무경력 5년 이상의 판사, 검사, 변호사 및 관련분야 전문가 중 편집위원장이 위촉한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있으며 필요에 따라 편집위원 중 1인을 편집자문위원으로 둘 수 있다.

제5조(편집위원회의 임무)

- ① 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.
 1. 「통상법률」誌에 투고된 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집
 2. 원고 심사를 위한 심사위원 및 전문심사위원의 지정 및 위촉
 3. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재 취소 여부 결정
 4. 기타 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항
- ② 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항에 대하여 편집위원장의 자문에 응한다.
 1. 「통상법률」誌 발간을 위한 기본 방침과 편집방향
 2. 기획논단 주제 선정
 3. 기타 편집위원장이 필요하다고 인정하는 사항
- ③ 편집위원장의 권한은 다음과 같다.
 1. 제4조 제3항에 따른 편집위원의 위촉
 2. 제4조 제4항에 따른 간사 및 편집자문위원의 지명
 3. 제6조 제1항의 편집회의 주재
 4. 제6조 제1항에 따른 임시회의 소집
 5. 제8조 제4항에 따른 심사위원의 교체
 6. 제11조 제4항에 따른 원고 게재 여부의 결정
 7. 기타 「통상법률」誌 발간과 관련하여 필요한 사항의 결정

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 편집위원회는 매년 1회 이상의 편집회의를 소집하며 편집위원장의 판단에 따라 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원회는 재직 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우는 서면, 이메일 등을 통해 이를 진행할 수 있다.

제7조(편집위원의 임기)

- ① 편집위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있으며, 편집자문위원으로서의 임기는 편집위원 임기 만료시 함께 종료된다.
- ② 편집위원이 임기의 개시에 앞서 타 학술지의 편집위원으로 재직 중인 경우 또는 임기 중 타 학술지의 편집위원으로 재직하게 되는 경우에는 지체없이 편집위원

장에게 이를 통보하여야 한다.

- ③ 편집위원은 임기가 완료된 이후에도 후임자 충원 시까지 그 직무를 계속 수행하며 이미 착수한 업무는 충원 후에도 완결한다.
- ④ 특별한 필요성이 인정되는 경우 편집위원장은 임기가 종료되지 아니한 편집위원을 해촉할 수 있으며, 새로 임명된 편집위원은 전임자의 잔여 임기 동안만 편집위원의 직무를 수행한다.

제8조(편집위원의 임무)

- ① 편집위원은 「통상법률」誌의 발간과 관련하여 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집에 대해 필요한 사항의 결정을 그 직무로 하고, 이를 위해 편집위원장이 인정하는 부득이한 사유가 없는 한 제6조 제1항에 따른 정기회의와 임시회의에 참석하여야 한다.
- ② 편집자문위원은 편집위원의 직무를 수행하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우 「통상법률」誌의 발간과 관련한 추가적 자문을 제공할 수 있다.

제 3 장 원고의 심사

- 제9조(심사 대상) ① 「통상법률」誌에 게재될 모든 논문(판례평석 포함)은 심사의 대상이 된다. 다만 시론, 자료 및 기록물, 연구노트, 서평, 동향 등은 별도의 심사없이 편집위원회에서 게재여부를 결정할 수 있다.
- ② 「통상법률」誌에 게재하기 위해 제출되는 논문은 독창적인 것으로서 기존 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.
 - ③ 논문은 「통상법률」誌의 원고작성방법을 준수하여 작성된 것이어야 한다.
 - ④ 편집위원회는 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서가 제출되지 않은 논문에 대해서는 심사를 거절할 수 있다.

- 제10조(심사위원 선정 및 심사 의뢰) ① 편집위원회는 「통상법률」誌에 투고된 원고의 게재여부를 심사하기 위하여 논문당 3인의 심사위원을 선정해야 한다.
- ② 심사위원은 대학에 재직 중이거나 재직하였던 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 법조실무 경력 5년 이상의 판사·검사·변호사 중에서 위촉하되, 필요한 경우 편집위원회는 기타 국제통상 및 국제거래 분야의 전문가를 전문심사

위원으로 위촉할 수 있다.

③ 편집위원회는 다음 각호의 사항을 고려하여 심사위원을 위촉한다.

1. 해당 논문에서 다루는 주제와의 관련도
2. 해당 분야에서의 연구실적
3. 학계 또는 실무계에서의 인지도
4. 공정한 심사를 수행하기 어려운 사정이 있는지 여부

④ 심사 의뢰를 받은 심사위원은 지체없이 심사에 착수하여 심사 결과를 신속히 편집위원회에 제출하여야 한다.

⑤ 논문을 투고한 편집위원은 자신의 논문에 관한 심사위원의 선정이나 논문 게재 여부의 결정에 참여할 수 없으며, 해당 논문은 편집위원회 외부에 심사를 의뢰하여야 한다.

제11조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

1. 「통상법률」 원고작성방법 준수 등 형식적 적합성
2. 연구목적의 타당성과 그 목적 실현방법의 적합성
3. 연구의 구성과 내용의 독창성 및 논리성
4. 필요한 참고문헌 활용의 적정성 및 충실성
5. 연구결과의 학문적 기여 또는 사회적 활용 가능성
6. 연구윤리준수
7. 국문초록 및 외국어초록의 질적 수준과 분량
8. 기타 편집위원회에서 「통상법률」誌의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 기준

제12조(심사 절차) ① 편집위원회는 심사위원에게 투고된 논문의 원고와 심사결과서 양식, 연구윤리규정준수 서약서 양식을 송부한다.

② 투고된 원고는 투고자를 익명으로 하여 심사 과정을 거쳐야 하며, 심사 논문의 내용 중 투고자의 신원을 알 수 있을 만한 부분은 삭제하여 심사를 의뢰한다.

③ 논문의 심사는 제9조의 심사 기준에 따라 행하되 원고를 송부한 날로부터 2주일 이내에 완료하여야 한다. 단, 편집위원장의 허가에 따라 심사 기간은 1주일을 연장할 수 있다.

④ 심사 의뢰 후 3주일 이내에 심사 결과가 제출되지 아니할 경우, 편집위원장은 그 심사위원을 해당분야의 전문가 또는 편집위원 중의 한 사람으로 교체할 수 있다.

⑤ 심사위원은 게재여부의 결정과 관계없이 심사 의견을 반드시 작성하여야 하며,

심사결과서 원본 파일은 3년간 보관하여야 한다.

- ⑥ 법무부는 심사위원에게 소정의 심사료를 지급할 수 있다.

제13조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사결과를 위원회에 보고하고, 편집위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 수정·보완 없이 게재가 가능한 때: 게재 가능
 2. 수정·보완 후 게재가 가능한 때: 수정 후 게재
 3. 수정·보완 후 재심사가 필요한 때: 게재 유보
 4. 전면적 수정·보완이 이루어지지 않는 한 게재가 불가능한 때: 게재 불가
- ② 심사 결과는 <별표>에 따라 점수를 합산하여 총점에 따라 게재 여부를 결정하되, 심사위원 중 2인 이상이 ‘게재 유보’ 의견을 내거나, 1인 이상이 ‘게재 불가’ 의견을 낸 경우 편집위원회의 결정으로 게재하지 아니할 수 있다.
- ③ 편집위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ④ ‘수정 후 게재’로 판정된 원고에 대해서는 투고자로부터 수정본을 제출받아 편집위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
- ⑤ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 투고자가 수정하여 다시 제출하면 편집위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제14조(심사 결과의 통보) ① 편집위원회는 심사 결과를 투고자에게 통보하고, 필요한 경우에는 투고된 논문의 내용 수정 또는 보완을 요구할 수 있다.

- ② 수정 또는 보완의 심사 결과 내용을 통보받은 투고자는 논문을 수정 또는 보완하여 7일 이내에 다시 제출하여야 한다.
- ③ 게재가 결정된 논문은 특별한 이유 없이 투고 철회할 수 없으며, 편집위원장의 승인 없이 무단 철회할 경우 투고자는 향후 투고 제한 등 일정한 불이익을 받을 수 있다.

제15조(수정 후 게재 또는 게재 유보에 대한 이의제기)

- ① 투고자는 수정 후 게재 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며, 편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 수정·보완 요구 또는 게재 여부를 결정한다.
- ② 투고자는 게재 유보 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며,

편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 게재 유보 여부를 결정한다.

제16조(게재 불가에 대한 이의제기) ① 투고논문에 대하여 게재 불가 결정이 있을 경우 투고자는 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 이의서를 편집위원회에 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.

② 편집위원회는 투고자가 전항의 이의를 제기하면 3일 이내에 이의 내용의 당부를 협의한 다음 적합하다고 인정될 경우 해당 논문을 재심사에 회부한다.

③ 편집위원회는 전항의 재심사에 대해서는 당해 논문심사에 관여하지 않은 새로운 심사위원을 선정하여 심사를 의뢰하고, 해당 심사 결과에 대해서는 본 학술지의 심사 및 게재규정을 준용하되, 편집위원회가 게재여부를 최종 결정한다.

제 4 장 원고의 게재 등

제17조(원고의 게재) ① 위원회에서 ‘게재’로 판정한 원고는 「통상법률」誌에 게재한다.

② 「통상법률」誌의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 투고자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 「통상법률」誌는 매년 2, 5, 8, 11월 20일에 발행한다. 단, 발행예정일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 익일에 발행한다.

제18조(자료의 전송) ① 편집위원회는 「통상법률」誌를 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다.

② 편집위원회는 게재 결정 즉시 투고자에게 자료 전송 및 제공에 대한 의사를 물어야 하며 7일 이내에 반대의 의사표시가 없으면 동의한 것으로 간주한다.

제 5 장 보 칙

제19조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

부 칙(2003년 11월 1일)

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

부 칙(2018년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙(2020년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2020년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 현재 재직 중인 편집위원들은 재위촉되어 본 개정안이 시행되는 2020년 1월 1일부터 그 임기가 개시되는 것으로 본다.

「통상법률」 원고 작성 방법

제1조(원고의 양식) 원고는 본 요령에 따라 ‘한글’로 작성함을 원칙으로 한다.

제2조(원고의 요건) 원고는 독창성을 갖는 것으로서 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 요령) ① 원고는 연구논문, 사례연구, 연구자료, 해외동향 등으로 구별하여 작성한다.

② 원고는 원고지 150매 내외 (A4 용지 20~25매) 분량으로 작성함을 원칙으로 한다.

③ 원고는 표지, 본문, 참고문헌 목록, 국문 초록, 영문 초록으로 구성한다.

④ 원고의 표지에는 원고의 종류, 논문 제목(국문 및 영문 제목 모두 표기), 필자의 성명(괄호 안에 영문 표기), 소속, 직책, 학위, 연락처(주소, 전화번호, 이메일주소) 등의 인적사항, 은행계좌, 주민등록번호를 기재한다.

⑤ 공동으로 집필한 논문의 경우는 주 저자(책임 연구자)와 공동 저자를 구분하여, 주 저자·공동 저자의 순서로 표시한다.

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백 : 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15

2. 본 문 : 왼쪽 여백 0, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 2, 줄간격 160, 글꼴 신명조, 글자 크기 10

3. 각 주 : 왼쪽 여백 3, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 신명조, 글자크기 9

⑦ 목차는 I., 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “”(큰 따옴표)를 사용하고 강조할 때에는 ‘’(작은 따옴표)를 사용한다.

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 학술지명, 권·호수, 면수, 간행연월

3. 판례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는
대판 1900. 00. 00, 00다0000
4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에
서기를 표시한다.
5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기
한다.
- ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는
부호로 ‘-’을 사용한다.
- ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ()안에 원어를 표시한다. [예:
가석방제도(parole system)]
- ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에
유의하여 기재한다.
 1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 쉽표.로 구분한다.
 2. 출판관련사항의 경우, ‘출판지: 출판사, 출판연도’의 형식으로 표기한다.
 3. 서양인 저자의 이름을 적을 때에는 성을 먼저 쓰고, 공저의 경우에는 처음
나오는 저자만 성을 먼저 쓴다.
 4. 동일 저자가 작성한 문헌이 복수인 경우, 문헌이 출판된 연도순에 의하여 나
열한다.
- ⑬ 원고 뒷부분에 국문 및 영문 초록과 주제어(keywords, 국문 및 영문)를 10개
내외로 기재한다.
- ⑭ 기타 논문작성방법에 관하여는 사단법인 한국법학교수회에서 제정한 “논문작
성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.

제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 발행일 1개월 전까지 편집위원회 간사가
지정한 전자우편(e-mail)주소로 송부하거나, 온라인투고시스템에 제출한다.

[편집위원장]

박정현 (국제법무과장)

[편집위원]

강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)

강준하 (홍익대 법과대학 교수)

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)

안덕근 (서울대 국제대학원 교수)

이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

조성준 (일리노이공과대 시카고 켄트로스쿨 교수)

채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)

계 간 지 통 상 법 률

2021년 11월 30일 발행(통권 제153호)

1994년 5월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

eISSN : 2765-5962

발행인 : 법무부장관 박 범 계

편집인 : 법 무 실 장 이 상 갑

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무과 / 전화 : 02-2110-3664 / FAX : 02-2110-0327

주 소 : (13809) 경기도 과천시 관문로 47 정부과천청사 1동 514호

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

INTERNATIONAL TRADE LAW

Vol. 153

November 30, 2021

Publisher Park, Beom-Kye / Minister of Justice

Editor Lee, Sang-Gap / Deputy Minister for Legal Affairs

Edited in

International Legal Affairs Division

Published quarterly by

Ministry of Justice

※ “통상법률”에 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무부의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.