

UN 統一賣買法(CISG)에서 國際貿易慣習의 受容與否에 관한 考察*

吳元爽**

-
- I. 序論
 - II. CISG에서 貿易慣習 受容의 必要性
 - III. CISG 第9條와 貿易慣習과의 關係
 - IV. CISG內的 貿易慣習關 關聯條項
 - V. 結論
-

I. 序論

UN 統一賣買法(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG)은 UN 商去來法委員會(United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)의 주도로 1980년 4월 11일 62개국 대표가 참석한 외교회의에서 만장일치로 승인되었다.

1930년대부터 싹트기 시작한 국제물품매매에 관한 통일법의 제정노력이 50여년 만에 결실을 거둔 셈이다. CISG는 그후 1988년 7월 1일부터 발효하였으며 1997년 7월 31일 현재 49개국이 가입 또는 비준하여 국제통일법으로 자리를 잡아가고 있다. 이것은 1958년 제정된 仲裁協約인 뉴욕협약¹⁾과 함께 가장 빠르게 국제적인 지지를 확보해 가고 있다.

* 本論文은 成均館大學校의 1997學年度 成均學術研究費에 의해 研究되었음.

** 成均館大學校 經營學部 教授.

1) 1958년 뉴욕의 UN 본부에서 체결된 '外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 UN 協約'(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)을 말하며, 우리나라는 1973년 42번째로 가입하였고 1997년 3월 17일 112개국이 가입하고 있다.

CISG의 뿌리는 國際私法統一協會(International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)가 1964년에 제정한 '國際物品賣買에 관한 統一法'(Uniform Law for the International Sale of Goods: ULIS)과 '國際物品賣買 契約의 成立에 관한 統一法'(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods: ULF)이다. 이들 협약은 1972년 5개국의 비준으로 발효했으나 초안과정에 참여하지 않았던 미국의 비판적 태도와, 1964년 외교회의에 참가하지 않은 제3세계 및 사회주의 국가들의 이익이 고려되지 않았다는 이유로 통일법으로 확산되지 못하고 말았다.

國際物品賣買은 거래내용이 다양하고 거래절차가 복잡하기 때문에 예상되는 모든 문제를 계약서에 명시하는 것은 현실적으로 불가능하다. 실무적으로는 당사자간에 합의한 거래의 基本條件만 계약서에 명기하고 나머지는 대부분 去來慣習에 의존하는 실정이다. 물론 당사자간에 합의한 慣行이나 국제무역에서 같은 부류의 당사자들에 널리 알려진 慣行이 없다면 당사자간 계약에서 약정된 準據法에 따를 것이다. CISG의 제정과 확산은 국제적으로 통일된 準據法의 확립이란 측면에서 매우 의미 있는 일이다.

CISG에서도 慣行에 법적 효력을 부여하고 있다. 당사자가 서로 합의하고, 당사자간에 알려져 있고 지켜지고 있는 慣行은 굳이 계약서에 명시할 필요가 없으며, 이러한 慣行을 믿고 거래하는 것은 신속하고 간결하게 업무를 처리하는데 필수적인 것이다. 다행히 CISG도 慣行에 이러한 法的效力을 인정하고 있으므로 앞으로 慣行은 契約의 一部로서 明示的 契約의 공백을 보충하는 기능을 할 것이다.

本稿에서는 먼저 CISG에서 去來慣習을 수용하여야 할 필요성과 去來慣習受容에 관한 제9조 및 CISG의 해석에서 補完的 機能을 할 수 있는 UNIDROIT 原則의 제1장 8조를 고찰한 후 CISG에서 어떻게 구체적으로 慣習 또는 慣行을 수용하고 있는지를 검토하고자 한다.

총 100개가 넘는 CISG의 모든 조항이 慣習이나 慣行과 관련이 있겠지만 본고에서는 이들 모든 조항과 慣習 또는 慣行과의 관계를 검토하는 것은 불가능하다. 따라서 物品의 引渡(delivery of goods), 代金の 支給(payment), 危險의 移轉(transfer of risk) 등에 관해서만 중점적으로 去來慣習과의 관계를 고찰하고자 한다. 결국 論者가 CISG의 조항들과 비교·검토하려 하는 慣習이나 慣行의 중심은 定型去來條件에 관한 해석규칙인 INCOTERMS상의 定型去來條件

(trade terms)이다.

CISG에서는 慣行(usage)또는 慣習(practice)에 관해 定義가 없다. 따라서 論者は UCC나 각종 문헌을 통해 이들 용어의 의미를 규명하려 노력하겠지만 경우에 따라서는 이들 용어를 통합하여 '去來慣習' 또는 '國際貿易慣習'이란 포괄적 용어를 사용하고자 한다. 위의 두 용어간의 의미차이도 애매하지만 이들 용어를 굳이 구별하여 사용할 실익도 없기 때문이다. 이것은 마치 계약조건을 'terms and condition'이라고 할 때 'terms'와 'conditions'를 구별할 필요가 없는 경우와 유사한 것이다. 실제로 CISG의 여러 곳에서 'practice'와 'usage'가 병행되어 사용되고 있다.

CISG와 慣習과의 관계에 관해서 구미에서는 선행연구가 있었으나 아직 우리나라에서는 이에 관한 연구가 없다. 따라서 論者は 구미의 先行論文과 UNCITRAL Yearbook, UNIDROIT 原則 및 각종 문헌을 참고하여 논리를 전개하고자 하며 結論에서는 무역상무의 입장에서 慣習과 CISG의 위치에 관한 논자의 견해를 피력하고자 한다.

II. CISG에서 貿易慣習 受容의 必要性

1. CISG에서 貿易慣習의 役割

국제거래는 비록 契約法에 전문지식이 없는 매매당사자라도 신속하고 편리하게 거래를 하는 것이 중요하다. 국제무역은 매매행위를 통하여 당사자가 모두 경제적 효과를 얻는 것이 목적이므로 법규는 이러한 목적을 달성할 수 있도록 도움을 주어야 하며 장애가 되어서는 안된다. 또한 계약서도 당사자간 거래내용이나 의무를 분명히 하기 위하여 필요하지만 이것이 당사자에게 큰 부담이 되어서는 안되며 準據法도 만일의 경우를 대비하여 정하여 두는 것이지 이것이 당사자간의 일상적인 거래의 흐름을 차단하거나 거래 자체에 지나치게 부담이 되어서는 안된다.

따라서 대부분의 국제거래는 貿易慣習에 의해 수행된다. 여기에는 보편적인 貿易慣習도 있고 特定地域이나 特定業種의 慣習도 있다. 국제거래가 활발할수

록 당사자간 共通認識分母인 貿易慣習의 비중이 커지고 契約에서 慣習의 領域이 확대되는 것이 당사자간의 원활한 거래에 도움이 된다.

이에 CISG에서도 CISG와 去來慣習간의 관계를 설정한 제 9 조와, 契約의 解釋을 위한 貿易慣習의 적용에 관한 조항인 제 8 조, 引渡와 危險移轉 등에 관한 조항에서 貿易慣習의 적용 가능성을 남겨두고 있다.

이들 조항에 관해서는 다음 장에서 검토하기로 하고 本障에서는 CISG에서 이러한 去來慣習의 수용조항을 둔 이유를 살펴보고자 한다.

첫째, 통일법에서 모든 去來慣習을 구체적으로 규정하는 것을 물리적으로 불가능하다. 통일법은 모든 거래의 공통적·기본적 사항만을 규정하기 때문에 다양한 거래의 세세한 慣習까지 모두 여기에 규정하는 것은 물리적으로 불가능하며, 그렇게 할 필요도 없다. 統一法이 去來慣習을 수용하므로 빈번히 개정을 하지 않아도 된다.

둘째, 法規는 한번 제정되면 개정되기가 쉽지 않는 靜態的 性格을 지니고 있다. 국제협약의 초안자들은 그들의 입법이 변화하지 않는 기념물로 보고 있다.²⁾ 그렇지만 去來慣習은 살아있는 生物 같아서 주변상황이나 환경이 바뀌면 계속 변화되어 간다. 만약 통일법에서 去來慣習을 수용하지 않는다면 시기에 맞는 것이 되지 못하기 때문에 去來慣習을 수용함으로써 상황의 변화에도 불구하고 統一法으로서의 지위를 누릴 수 있다. 즉, 통일법의 去來慣習 수용은 계속 변화하는 기술적·경제적 무역조건에 유연하게 대처하기 위한 것이다.³⁾ 예를들면 定型去來條件의 解釋規則인 INCOTERMS가 1953, 1967, 1976, 1980 및 1990년에 追補나 改正을 통해 運送環境의 변화나 通信革命을 수용하고 있다.

셋째, 去來慣習의 受容은 統一法의 法的 空白을 메우고 해석에 유연성을 부여할 수 있다. CISG에서도 “本 協約에서 明示的으로 해결되지 아니하는 문제는 本 協約이 기초하는 一般原則에 따라 解釋되어야 하며”라고 규정하고 있다.(제 7 조 2 항)

CISG 제 7 조 2 항의 전신은 ULIS 제 17 조⁴⁾로 여기에서도 법원으로 하여금

2) M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Juris Pub., Irvington, 1994. (A. Rosett, “Critical Reflection on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 45 Ohio St. L.T.(1984) 265.)

3) M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, Transnational Juris Pub., 1994, p. 61.

본 협약에서 명시적으로 규정되지 않은 문제를 해결하기 위해 一般的 原則을 찾도록 요구하고 있다. 법원에서 CISG가 기초하는 一般原則을 개발할 때 去來慣習이 중요한 기준이 될 수 있다고 論者는 생각한다. 왜냐하면 CISG에서는 去來慣習을 수용하고 있을 뿐 아니라 여러 조항에서 去來慣習이 적용될 수 있는 여지를 남겨두고 있기 때문이다. 또한 去來慣習이 狀況과 環境에 따라 다를 수 있기 때문에 해석상 유연성이 요구된다.

넷째, 去來慣習은 契約解釋의 기준을 제시할 수 있다. CISG 제 8조에는 契約의 해석에 있어 당사자의 의도가 중요함을 규정하고 있고 당사자의 의도를 파악하기 위해 去來慣習을 고려하도록 하고 있다. 오늘날 당사자간 賣買契約의 체결은 간단한 請約(offer)과 承諾(acceptance)으로 이루어지기 때문에 거래당사자의 의도가 모두 계약에 明示될 수 없다. 당사자간 분쟁이 발생할 경우 契約解釋의 문제가 발생한다. 이 경우 去來慣習은 계약해석의 통일된 기준이 될 수 있다.

2. 慣行受容의 양대조류

계약의 해석에 있어서 慣行의 관련성에 대한 각국법의 입장에는 2가지가 있다.⁵⁾ 하나는 慣行을 다른 契約條項과 같이 당사자 사이에 상응하는 명시 또는 묵시의 의도가 있는 경우에 한해서만 적용할 것을 고려하는 경향이다.

다른 하나는 객관적 근거에서 慣行의 拘束力을 설명하기를 원하는 경향이다. 이 경우에는 慣行이 객관적이고 일반적 유효성을 갖는 법규와 같은 것으로 간주하거나 그렇지 않으면 慣行을 계약해석의 수단으로 언급한 것이 法 자체이기 때문에 특정한 경우에 慣行의 적용은 당사자간 의도에 따른 것이 아니라 바로 법에 따른 것이라고 지적함으로써 慣行의 구속력을 설명한다.

이러한 서로 다른 접근방식에 비해 CISG 제 9조가 취하고 있는 입장은 분명히 두 주장을 타협한 것이다. 그렇지만 각국의 국내법에 있어서까지 주관적

4) '국제물품매매에 관한 통일법에 관한 협약'(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods)의 부록인 ULIS 제 17 조; "Questions concerning matters governed by the present Law which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which the present Law is based."

5) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, Guiffre · Milan, 1987, p. 110.

접근방식과 객관적 접근방식의 차이는 처음 보이는 것보다는 훨씬 덜 두드러진다는 것을 간과하지 말아야 한다. 즉, 慣行의 적용을 거래당사자의 상응하는 의도에 따르는 法系에서까지 그러한 의도는 양 당사자가 종사하는 거래부문에서 特定慣行이 일반적으로 준수된다는 단순한 사실에서 추정한다는 것이다. 반대로 객관적 접근방식을 갖는 法系에서 우세한 경향은 特定慣行의 적용을 위해 이에 상응하는 당사자의 의도나 당사자의 인식을 요구하고 있다는 점이다.

결국 CISG는 이러한 2가지 접근방식을 타협한 것으로 구체적인 내용을 다 음장에서 검토하기로 한다.

III. CISG 第9條와 貿易慣習과의 關係

제 II 장에서 언급한 이유로 CISG는 去來慣習에 明示的으로 法律的 效果를 부여하고 있다.⁶⁾ 즉, CISG와 去來慣習과의 관계를 규정한 조항이 제 9 조이다. 따라서 본장에서는 제 9 조의 制定背景, 主要內容 및 問題點을 검토하고자 한다.

1. CISG 第9條의 制定背景

CISG 제 9 조의 전신은 ULIS 제 9 조이다. ULIS 제 9 조는 3 개항으로 구성되어 있는데 제 (1) 항은 “양 당사자는 본 계약에 명시 또는 默示的으로(expressly or impliedly) 적용되는 慣行과 당사자간 확립된 慣習에 구속된다.”고 규정하고 있고,

제 (2) 항은 “양 당사자는 역시 그들과 같은 입장에 있는 합리적인 사람(reasonable person)이 통상 그들의 계약에 적용될 것이라고 생각되는 慣行에 구속된다. 현재의 법과 慣行이 충돌할 경우 당사자가 달리 합의한 바가 없는 한 慣行이 우선한다.”고 규정되어 있으며,

제 (3) 항은 “商慣習(commercial practice)에서 일반적으로 사용되는 契約의 표현, 조항 또는 형식이 사용될 경우 그들은 관련 거래에서 통상 주어지는 의

6) Jokela, *The Role of Usage in the Uniform Law on International sales*, 10 Scan. Studies 81.

미에 따라 해석된다.”고 규정하고 있다.

이렇게 3개항으로 구성된 ULIS 제 9 조는 CISG에서 2개항으로 축소되었으며 그 내용도 바뀌었다. 바뀐 내용과 이유는 다음과 같다.⁷⁾

CISG 제 9 조 (1) 항은 “당사들은 당사자 자신들이 합의한 慣行과 당사자간에 확립되어 있는 모든 慣習에 구속된다.”고 규정하고 있고, 제 (2) 항은 “별도의 합의가 없는 한 당사자가 알았거나 알았어야 했던 慣行으로서 국제거래에서 그 해당거래에 관련된 종류의 계약을 하는 자에게 널리 알려져 있는 또한 통상적으로 준수되고 있는 慣行은 당사자가 이를 자신들의 계약 또는 계약의 성립에 默示의으로 적용하는 것으로 본다.”고 규정하고 있다.

위의 ULIS가 CISG로 발전하는 과정에서 다음과 같이 몇 가지 차이점이 발견된다. 첫째, ULIS 제 9 조 (2) 항에서 규정한 “ULIS와 慣行이 충돌할 경우…… 慣行이 우선한다.”는 문구가 CISG에서는 삭제되었다. 그 이유는 私法三大原則의 하나인 當事者自治의 原則(the principle of the parties autonomy)을 구현한 제 6 조에 따라 당사자가 합의한 明示 또는 默示의 慣行은 계약의 일부를 구성하여 準據法인 CISG보다 우선하는 것은 당연한 것이기 때문에 이를 별도로 명시할 필요가 없다는 것이다.⁸⁾

둘째, 慣行의 적용대상을 ULIS 제 9 조 (1) 항에서는 ‘契約’(to this contract)에만 국한하고 있으나 CISG 제 9 조 (2) 항에서는 “契約이나 그것의 成立(to their contract or its formation)에 적용된다.”고 규정하고 있다. 이것은 CISG가 契約成立(제 2 편)과 그것의 효과(제 3 편)에 적용하기 위하여 ULF와 ULIS를 통합하였다는 점에서 볼 때 당연한 논리의 결과이다.⁹⁾

셋째, ULIS 제 9 조 (2) 항 “양 당사자는 그들과 같은 입장에 있는 합리적인 사람이 통상 그들의 계약에 적용될 것이라고 생각되는 慣行에 구속된다.”는 文言을 CISG에서는 삭제했다. 그 이유는 ‘合理的인 사람’(reasonable person)이라는 개념은 너무 막연하여 지역과 法系에 따라 달리 해석될 수 있기 때문에 이 조항을 그대로 두는데 대하여 제 3 세계 국가들과 일부 동구권 국가들로부터

7) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 104~105.

8) UNCITRAL Yearbook VI(1975), 53; Vienna Conference Official Records, II, 263 et seq.

9) UNCITRAL 실무위원회(Working Group)는 ULIS와 ULF를 기초로 1978 UNCITRAL Draft를 작성하였고 여기에 약간의 수정을 가하여 채택된 것이 CISG이다. 위의 Draft의 제 8 조가 CISG 제 9 조에 해당하는데, 제 8 조 (2) 항의 ‘contracts’가 CISG 제 9 조 (2) 항에서 ‘contract or its formation’으로 수정되었다.

강한 반발이 있었다. 또한 정치·경제적 관점에서 보면 ULIS 제 9조 (2) 항과 같이 '慣行'에 너무 지나친 효력을 부여하면 대부분의 去來慣行이 선진국에 의하여 형성되기 때문에 개발도상국은 선진국에 경제적으로 예측된다는 주장이다.¹⁰⁾ 많은 국가의 대표들이 CISG의 조항을 규율하는 독립된 法源을 또다시 설정하므로 CISG의 유효성을 위협한다고 생각하였다.¹¹⁾

넷째, ULIS 제 9조 (3) 항이 CISG에서는 삭제되었는데 그 이유는 제 (2) 항의 경우와 마찬가지로 "관련거래에서 통상 주어지는 의미"가 당사자 가운데 어느 한 당사자에게 알려지지 않을 수도 있다는 우려 때문이었다.¹²⁾ 물론 이에 대한 반발도 많았으나 근소한 표차로 삭제안이 통과되었다. ULIS 제 9조 (3) 항을 그대로 두자고 주장하는 자들은, 만약 제 (3) 항을 삭제한다면 계약에 定型去來條件이 사용되는 경우 당사자간 거래에서 준거법이 UCC이거나 법정지가 미국일 때 판사는 이들 定型去來條件을 INCOTERMS가 아닌 자신들이 익숙한 UCC상의 定型去來條件의 解釋原則을 적용할 수도 있다고 우려를 표명했다. 또한, 그들은 제 (3) 항은 해석규칙으로 제 (1) 항과 (2) 항과는 다르다고 주장했다.

그렇지만 비록 ULIS 제 9조 (3) 항이 삭제되었다 하여도 INCOTERMS, UCP, URC 등에 관한 언급이 있으면 이들 규칙들은 'usage'인지 'practice'인지 논의할 필요가 없이 적용된다고 생각된다. 이들 규칙들은 민간경제기구 ICC가 오랜 去來慣行을 명문화한 것이며 UNCITRAL의 지지를 받고 있기 때문이다. 또한 계약에 INCOTERMS에 관한 언급이 없어도 "F.O.B. ... named port of shipment"라고 표기된 定型去來條件이 사용되었다면 그것은 特定國의 國內慣習이 아닌 INCOTERMS의 해석규칙에 따른다고 보아야 한다.¹³⁾

결국 ULIS 제 9조 (3) 항은 삭제되었지만 CISG 제 9조를 적용함에 있어 큰 차이가 없다고 볼 수 있다.

10) Kastly, *Uniformation and Community: A Rhetorical Analogis of the United Nations Sales Convention*, 8 Nw. J. Int'l L & B., pp. 607~613(Winter, 1988)

11) W.A. Hancock, *Guide to Int'l Sales of Goods Conventions, Business Laws, Inc*, 1994, 100. 002.

12) Feltham, *C.I.F. and F.O.B. Contracts and Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, J. Bus. L. (Sept. 1997) 416.

13) F. Enderlein & D. Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana, 1992, pp. 70~71

2. CISG 第9條의 內容

(1) 第(1)項의 內容

제(1)항은 “당사자는 그들이 합의한 모든 慣行과 당사자간에 확립되어 있는 모든 慣習에 구속된다”고 규정하고 있다. 즉, 제(1)항에 당사자를 구속하는 것은 合意된 慣行과 確立된 慣習이다.

먼저 당사자는 ‘合意된 慣行’에 구속을 받는다. 여기서의 ‘합의’는 명시적이거나 합의된 것으로 推論이 가능한 경우만을 의미한다. 이와 달리 ULIS 제9조(1)항은 明示的 合意와 默示的 合意를 모두 포함한데 반하여 여기서 明示的 合意만을 강조한 이유는 제9조(2)항의 ‘確立된 慣習’을 默示的 合意로 보기 때문이다.

合意된 慣行이 구속력을 갖는 것은 當事者自治의 原則(제6조)에 따른 것이다. 계약서에 “The trade term shall be governed by the INCOTERMS(1990)” (定型去來條件은 INCOTERMS(1990)에 의하여 규율된다)와 같은 조항은 明示的 合意의 대표적인 예가 될 것이다. 그렇지만 법원이 제8조의 契約의 解釋原則에 따라 그러한 慣行은 당사자의 의도일 것이라고 결론을 내린다면 그러한 慣行도 구속력을 갖게 되는데 이는 합의된 것으로 推論하는 것이다. 이러한 推論이 가능하기 위해서는 당사자가 이러한 慣行을 알았거나 알 수 있었어야 하며(제8조(1)항), 상대방과 같은 부류의 합리적인 사람이 같은 이해력을 갖고 있어야 한다.(제8조(2)항)

비록 당사자가 합의했다 하더라도 제4조에서 규정한 “契約 또는 그 어떠한 조항이나 慣行의 有效性” 및 “物品의 所有權이 계약에 미칠 수 있는 효과”등에는 본 협약이 적용될 수 없다. 또한 당사자의 영업지가 있는 국가가 CISG에 가입할 때 제96조의 선언을 하였다면 제12조의 不要式契約의 原則이 적용되지 않기 때문에 이 경우에도 當事者自治의 原則이 제한을 받는다.

본 협약에서는 ‘慣行’의 개념을 정의하고 있지 않으나 그 의미는 독립적으로 그리고 국제적 통일을 기할 수 있도록 결정되어야 한다. 이것은 각국의 國內法에서 사용하고 있는 용어와는 관계가 없다.¹⁴⁾

14) ‘custom’, ‘proved trade usage’, ‘Gewohnheitsrecht’, ‘Handelsbräuche’, ‘usages de

여기서의 '慣行'은 가능한 가장 광의의 의미로 국내법에서는 어떻게 이해되던 관계없이 특정시장이나 특정의 거래부문에서 규칙적으로 지켜지는 慣習이나 行動樣式이다. 그것은 등록될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있으며, 그것이 공식적 발행집에 포함여부가 구속력에 영향을 주지 않는다. 매수인에게 공급된 물품의 검사를 위하여 國際慣行이 확립된 예를 찾기는 어렵지만 곡물, 양모, 면, 금속 등 품질표준이 정해져 있는 경우에는 교환매매가 가능하고 이 경우에는 交換慣行(Exchange Usage)에 따라 통제된다. 그렇지만 대부분의 매매계약에서 통제방법은 지역성을 지니고 있다.¹⁵⁾

다음으로 당사자는 그들간에 '確立된 慣習'에 구속된다. '慣習'이란 이러한 행위가 앞으로도 지속될 것이라고 기대를 갖게 하는 行爲過程(course of conduct)을 통하여 확립된다. 제 8 조 (2) 항에는 "당사자의 행위는 상대방과 같은 종류의 합리적인 자가 동일한 사정에서 가질 수 있는 이해력에 따라 해석된다."고 규정하고 있다. 그러므로 제 9 조 (1) 항에서는 과거의 거래에서 행한 당사자의 행위과정은 그가 미래에도 그렇게 행동할 것으로 믿는 상대방의 기대를 반영하기 때문에 양 당사자는 이에 구속받게 된다.

CISG의 '確立된 慣習'은 UCC의 '去來過程'(course of dealing)을 의미한다. UCC의 去來過程은 한 당사자가 명시적으로 적용배제를 선언한 경우를 제외하고는 계약조항을 보충하고 당사자의 의도를 결정하는데 적용된다.¹⁶⁾ 대개의 경우 '去來過程'은 법적 계약적 시간요건의 위반이나 인도된 물품의 수량 또는 품질의 하자 허용, 대금감액이나 통지절차와 같은 사소한 사항에 관계된다.

(2) 慣行, 慣習, 契約條項 및 CISG의 關係

(가) 慣習 또는 慣行과 契約條項과의 關係

제 9 조는 당사자간의 確立된 慣習이나 去來慣行이 당사자들의 기대의 중요

droit', 'usages conventionnels'등의 국내용어의 의미와 관련시켜 이해하여서는 안 된다. (Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 111.)

15) A.H. Kritzer, *Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Pub., 1994, p. 98.

16) UCC에서는 'course of dealing'을 "당사자들의 표현이나 행위를 해석하기 위한 공통적인 이해의 기초를 확립하는 것으로 간주되는 특정거래 당사자간의 일련의 연속적인 행위로서 합의조건에 특정의미를 부여하거나 보충 또는 제한하는 기능을 한다."고 정의하고 있다. (UCC §1-205 (1), (3))

한 부분이 된다는 사실에 효력을 부여하고 있다. 이러한 기대는 당사자간의 契約에 의하여 부인될 수 있다. 제 9 조 (2) 항은 이러한 慣習이나 慣行을 자신들의 契約에 明示的 合意가 없는 경우에 한하여 默示的으로 適用되는 것으로 규정하고 있기 때문에 明示的 契約은 이러한 慣行이나 慣習보다 우선한다. 또한 제 8 조 (3) 항도 당사자의 의도가 명시적으로 契約에 나타나 있지 않을 경우에 당사자들의 의도를 파악하기 위하여 慣習이나 慣行을 고려하도록 한 것과도 같은 맥락이다.

慣習이나 慣行은 契約的 效力을 가질 수 있지만 당사자간 별도의 명시가 없는 경우에 한한다. 契約自治의 원칙에 따라 慣習이나 慣行의 契約的 效力을 부인할 수 있기 때문에 明示的 契約과 충돌할 경우에는 明示的 契約이 우선한다.

(나) 慣習 또는 慣行과 CISG와의 關係

뒤에서 언급하겠지만 物品의 引渡場所 및 引渡時期 또는 危險移轉時期 등에 관하여 慣習 또는 慣行이 본 協약 제 31 조, 제 33 조 및 제 67 조와 충돌할 경우 어느 것이 우선하느냐 하는 것은 중요한 관심사이다. 이를 위하여 CISG 제 6 조에는 “당사자는 이 協약의 적용을 배제하거나 또는 제 12 조에 따라 이 協약의 어느 규정에 관해서는 그 효력을 감퇴시킬 수 있다.”고 규정하고 있다. 적용가능한 慣習 또는 慣行 즉, 제 9 조의 적용을 받는 慣習이나 慣行은 당사자간의 契約의 일부가 되기 때문에 CISG보다 우선한다. 물론 여기에도 하나의 제한이 있다. 같은 효력을 갖는 契約이 國內法에서 無效가 될 경우에는 慣習이나 慣行도 無效가 된다. 예를들면 CISG가 準據法이 될 경우 CISG의 적용에서 제외된 消費者去來나(제 2 조 (a) 항), 慣行이 契約조항의 有效性문제등에 관해서는 國際私法原則에 따라 적용되는 국가의 國內法에 따르도록 하였기 때문에 慣習이나 慣行이 적용되지 않는다.

慣習이나 慣行이 CISG보다 우선하는 것은 준거법에 따른 것이기 때문에 CISG에서 제외하는 거래형태나 대상의 문제에 관해서는 적용되지 않는다.

(다) 慣行과 慣習의 關係

CISG에서는 慣行과 慣習의 定義와 이들간의 관계에 관하여 분명한 규정이 없다. 여기서 慣行(Usage)은 당사자가 알고 국제무역에서 널리 알려져 있으며, 相關국제거래의 당사자에 의해 통상적으로 준수되는 것이다.

이에 반하여 慣習(practice)은 당사자간의 반복된 행위과정을 통하여 형성된

것으로 앞으로도 반복될 것이라고 기대감을 갖게 하는 것이다.

앞의 慣行이 同種業種에서 보편적인 것이라면 慣習은 계약당사자간의 행위 과정을 통해 형성되어 당사자가 이에 구속받으리라고 기대되는 보다 구체적인 것이다. 慣習과 慣行과의 관계에서는 慣習이 우선한다. 이러한 慣習은 당사자간의 묵시적 합의로 해석될 수 있으며 종종 원래의 합의를 변경할 수도 있다. 慣習은 慣行보다 개별적이고 구체적인 성격을 지니고 있기 때문에 구체적인 계약관계의 특성에 더 잘 적용될 수 있다.¹⁷⁾

UCC에서는 'usages'나 'practice'와 유사한 용어는 '去來過程'(course of dealing), '去來慣行'(usage of trade) 또는 '履行過程'(course of performance)등이 사용되고 있다(§ 1-205, § 2-208). 이 가운데서 CISG의 'practices'에 해당하는 것은 'course of dealing'이나 'course of performance'이다. 여기서 'course of dealing'은 특정거래의 당사자간의 과거의 연속적 행위로 그들의 표현이나 다른 행위를 해석하는데 공통적인 이해의 기준을 확립하는 것으로 간주되는 것을 말한다(§ 1-205).

또한 매매계약이 양 당사자의 반복된 이행과정을 포함한 경우 승낙되었거나 묵인된 'course of performance'은 당사자간 합의의 의미를 결정하는 데 관련된다(§ 2-208 (1)). 이에 반하여 'usage of trade'는 어떤 장소, 어떤 직업 또는 어떤 거래에서 준수의 정규성을 갖는 거래방법이나 慣習으로 관련거래에서는 준수될 것으로 기대되는 것으로(§ 1-205(2)) CISG의 'usage'에 해당한다고 생각한다.

UCC에서는 明示條件이 'course of performance'보다 우선하고 'course of performance'가 'course of dealing'과 'usage of trade'보다 우선한다고 규정하고 있다(§ 2-208(2)). 이에 반하여 'custom'(慣習)이나 'customary law'(慣習法)이라는 용어는 종종 CISG 제 9 조에서 언급한 'usages'나 'practice'란 용어와는 별도로 당사자와의 의도와는 관계없이 法源(source of law)으로서 효력이 인정될 경우 사용된다.¹⁸⁾

韓國民法은 CISG처럼 'usages'와 'practice'를 구별하지 않고, 제 106 조에 “법

17) F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 68; Goldstagn, *Usages of Trade*, Dubrovnik Lectures, p. 99.

18) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law, 1991, pp. 175~176.

령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 慣習이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 慣習에 의한다.”고 규정하고 있다. 본 취지는 公序良俗에 반하지 않는 한 법률행위의 성립과 내용 및 효과를 당사자의 자유의사에 맡긴다는 것을 명확하지 않을 경우에는 慣習이 任意法規에 우선하여 적용됨을 천명한 조항이다. 여기서 任意法規에 우선하여 적용되는 慣習은 양 당사자의 직업이나 계급 등에 공통되는 보편적인 것이어야 한다. 결국 韓國民法도 CISG 제 9 조와 모순되지 않는다.

(3) 第(2)項의 內容

제 9 조 (2) 항은 “별도의 합의가 없는 한 당사자가 알았거나 또는 당연히 알았어야 하는 慣行으로서 국제무역에서 特定貿易에 관련된 종류의 契約當事者에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 慣行은 당사자가 이를 그들의 계약 또는 契約目的에 묵시적으로 적용되는 것으로 본다.”고 규정하고 있다.

여기서는 慣行이 적용되기 위하여 필요한 당사자의 묵시적 의도를 추정할 수 있는 정당한 기준을 제시하고 있다. 여기에는 主觀的 基準과 客觀的 基準의 두 가지 요건을 필요로 한다. 主觀的 基準은 “당사자가 알았거나 당연히 알았어야 하는 慣行”이어야 한다는 점이며 客觀的 基準은 “特定貿易에 관련된 계약당사자에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되는 慣行이어야 한다.”는 重疊의 요건을 필요로 한다. 결국 慣行이 적용되기 위해서는 주관적 한가지 기준과, 객관적인 두 가지 기준에 충족되어야 한다. 이렇게 세 가지 중첩된 기준을 설정한 것은 慣行의 적용가능성과 해석의 유연성을 줄이려는 정책에 기인한 것이다.

비록 위의 세 가지 요건이 충족된다 하여도 별도의 명시가 있으면 적용되지 못한다. 왜냐하면 제 9 조 (2) 항은 묵시적 적용을 규정한 것이기 때문에 별도의 명시적 합의가 있으면 이는 무시된다.

(가) 主觀的 基準

주관적 기준인 “당사자가 알았거나 당연히 알았어야 하는 慣行”을 적용하고자 하는 것은 特定慣行의 적용과 당사자의 의도 사이에 항상 유효한 관계가 있을 것임을 확인하고자 하는 것이다. 즉, 이것은 양 당사자간 반대의 명시적 진술이 없는 경우 양 당사자가 그들의 계약에 慣行을 묵시적으로 수용할 뜻이

있다는 추론을 정당화하기 위해서는 양 당사자가 그들의 慣行을 실제로 알고 있어야 한다는 것이다. 그렇지만 양 당사자중 하나나 둘이 慣行을 ‘마땅히 알아야만’(ought to have known)하기 때문에 적용되는 경우에는 그렇지 않다. 이 경우 慣行에 구속력을 부여하는 것은 法 자체이며 당사자 사이에 묵시적 합의라는 기초에서 慣行의 적용을 설명하는 것은 法的擬制(legal fiction)에 불과하다.¹⁹⁾ 물론 ‘당사자가 알았거나 또는 알았어야 했던 慣行’이 적용되기 위해서는 ‘당사자간 별도의 합의’가 없는 경우에 한한다.

제9조 (2) 항과 ULIS 제9조와의 가장 큰 차이는 후자의 경우 主觀的 基準을 두고 있지 않다. 主觀的 基準이 삽입되면 당사자가 모르는 慣行이 적용될 수도 있다는 문제점이 있다. 또한 이러한 主觀的 基準은 大企業이나 國際企業의 경우 실제 적용상의 어려움이 있고 立證에도 문제점이 있다.

(나) 客觀的 基準

객관적 기준은 慣行이 “국제거래에서 … 널리 알려져 있고, 또한 통상적으로 준수되고 있는 …”요건을 충족하여야 한다. 이 객관적 기준은 다시 둘로 나뉘어 진다. 즉, ‘… 널리 알려져 있고’와 ‘통상적으로 준수되는’의 두 가지 요건을 필요로 한다. 예를 들면 밀이나 기계와 같은 당사자가 속한 特定去來에 관련된 계약에서 통상적으로 준수되어야 한다는 사실은 ULIS 제9조 (2) 항의 내용과 실제적으로 같은 내용으로²⁰⁾ 후자의 요건을 충족한 것이다. CISG가 ULIS와 다른 점은 전자의 요건이 하나 더 추가된다는 점이다. 전자의 요건을 추가한 이유는 지금까지 國內賣買에 국한되어온 慣行이 국제거래에 적용되는 것을 막기 위함이다.²¹⁾ 따라서 영국의 기계수출상은 인도나 나이지리아의 수입상과 거래할 때 英國 國內의 기계거래의 慣行에 더 이상 의존할 수 없을 것이다. 그렇다고 CISG 제9조 (2) 항이 어떤 경우에도 어느 일국의 慣行의 적용을 배제한다고 이해하여서는 안된다. 한가지 예외는, 예를 들면 무역전시장이나 항구에서 어떤 상품의 교환시에 존재하는 慣行의 적용가능성이다. 이러한 관행이 구속력을 갖기 위해서는 이것이 외국인과의 거래에도 國內慣行에 따라 정구적으로 지켜진다는 전제가 있는 경우이다.

19) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 108.

20) “…… reasonable persons on the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract.”

21) P. Schlechtriem, UN-Kaufrecht, 28; Uniform Sales Law, 41.

아무튼 CISG는 地域慣行을 매우 제한적으로 인정하기 때문에 서로 다른 慣行間의 갈등은 거의 발생하지 않을 것이다. 만약 서로 다른 慣行 사이에 갈등이 생기면 둘 다를 배제하고 CISG의 관련조항에 따라 해결하거나 관련 조항이 없는 경우 제 7조의 補充原則(gap-filling)에 따라 해결하여야 할 것이다.

객관적인 첫번째 기준으로 “국제거래에서 그 해당거래에 관련된 종류의 계약을 하는 자에게 널리 알려져 있고”란 文言은 적용가능한 慣行이 모든 계약에 유효하여야 할 필요가 없으며 특정종류의 매매계약의 종류별로 널리 알려져 있으면 충분하다. 賣買契約의 유형은 賣買物品의 종류, 引渡方法, 契約期間, 決濟方式등에 따라 달라질 수 있으며 慣行의 유형도 이에 따라 다를 수 있다.²²⁾

객관적인 두번째 기준인 ‘통상적으로 준수되는 慣行’이란 文言은 불필요한 것이 아니라 매우 중요한 것이다. 예를 들면 산업화된 국가에 적용되는 구체적인 규칙이 개발도상국에서는 알려져 있으나 적용되지 않을 수 있다.²³⁾

3. CISG 第9條의 問題點

CISG 제 9 조는 계약에서의 去來慣習의 위상을 규정하고 있으나 다음과 같은 문제점을 안고 있다.²⁴⁾

첫째, 제 9 조는 계약의 해석에 있어 去來慣習의 관련성을 결정하는 기준을 정하고 있다. 다시 말하면 계약당사자가 特定慣行에 구속받게 되는 條件을 명시하고 있으나 ‘usage’의 개념이나 ‘usage’의 입증 및 有效性의 문제는 다루고 있지 않다. 또한 ‘usage’와 ‘practice’의 충돌시 우선순위에 관한 언급이 없다. 물론 제 9 조 (1) 항과 (2) 항을 종합해 보면 去來慣習이 구속력을 갖기 위해서는 오래되어야 한다거나 일반적으로 알려져 있어야 할 필요가 없음을 암시하고 있다. 비록 일반적으로 알려져 있지 않아도 특정거래의 당사자에게 통상적으로 준수되는 것은 본 조의 범주에 속하는 去來慣習이 될 수 있다. 또한 法源으로서의 ‘慣習’이 아님을 알 수 있다.²⁵⁾

22) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 101.

23) F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, pp. 69~70.

24) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 110~115.

25) 각국의 국내법에서 구별하고 있는 개념 즉, ‘custom’과 ‘usage’, ‘Handelsbräuche’와 ‘Gewohnheitsrecht’, ‘usages de droit’와 ‘usages conventionnels’, ‘usi’와 ‘clause d’uso’ 등의 개념과는 관계가 없다.

둘째, 特定去來慣習이 직권에 의하여 적용되는지 그렇지 않으면 그 관련성을 당사자가 주장하여야 하는지는 法廷地의 재판과정에서 결정된다는 것이다. 즉, 대부분의 法系에서 去來慣習의 존재가 당사자에 의하여 입증되면 판사는 그러한 慣習이 特定契約에 적용가능한지 여부를 결정한다. 그렇지만 분쟁이 仲裁에 회부되는 경우 결과가 다를 수 있다. 왜냐하면 많은 국내 및 국제 입법이나 仲裁機關이 채택한 仲裁規則은 명시적으로 仲裁判定時 관련되는 去來慣習을 고려하도록 규정하고 있다.²⁶⁾

셋째, 제 4 조 (a) 항에는 “本 協約은 어떤 慣行의 有效性에는 관계하지 않는다.”고 규정하고 있기 때문에 비록 去來慣習이나 慣行의 제 9 조의 모든 조건을 충족한다 하여도 國內法과의 모순 때문에 그 效果가 부정될 수도 있는지에 관한 결정은 국내법에 따른다는 것이다. 즉, 어떤 慣行의 내용이 법률적 금지사항에 해당하거나 공공정책과 모순될 수도 있으며 그러한 慣行을 적용하고자 하는 당사자의 의도에 瑕疵가 있을 수도 있기 때문에 유효하지 않을 수도 있다. 후자의 경우 당사자의 동기가 詐欺, 借誤, 強壓에 의할 수도 있다. 당사자의 합의는 당사자의 진정한 뜻에 따라 이루어져야 한다. 본 협약의 제정과정에서 ‘合理的인 慣行’(reasonable usage)만 당사자를 본 협약에 구속한다고 본 협약에 규정하자는 제의는 거절되었다. 이러한 제의에 대한 반대의 주장은 信義誠實에 배치되는 慣行은 일반적으로 수용되고, 慣行으로 발전할 수 없다는 것이다. 英美法系에서도 ‘合理的 基準’(reasonable test)은 慣行의 有效性 문제와는 관계없고 단지 당사자가 明示적으로 합의하지 않는 慣行의 適用條件을 정의하는데 도움이 된다.²⁷⁾ 따라서 去來慣習이 비록 제 9 조 (1) 항 및 제 (2) 항의 요건을 충족하고 있다고 하여도 信義誠實의 原則에 위배되어 무시될 수 있다.

결국 去來慣習의 有效性 問題를 각국의 國內法에 위임하면 그것의 법적 효력과 強行성에 不確實성이 유발될 가능성이 있다.

넷째, 國際賣買契約에서 당사자들은 자신들의 계약서에 物品의 引渡方法, 危險의 分擔 및 代金の 支給方法 등 거래의 구체적인 측면들에 대한 자세한 규

26) Geneva Convention on International Commercial Arbitration(1961) 제 7 조, UNCITRAL Rules of Arbitration 제 33 조; International Chamber of Commerce Rules on Conciliation and Arbitration 제 13 조; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 제 28 조 (4) 항.

27) Restatement(second) of the Law of Contract, § 222 Official Comment 및 CISG 제 7 조 (2) 항.

정을 두고 있지 않다. 대신 그들은 國際貿易慣習인 F.O.B., C.I.F., 또는 F.A.S. 등의 定型去來條件을 사용하며 D/A, D/P 또는 L/C 등의 용어를 사용한다. 이 경우 이들 용어들에 관한 정확한 의미에 관하여 문제점이 제기될 수 있다. 이들 용어들의 의미가 特定國家의 國內法에 따라 해석된다면 어느 국가의 법에 따르며, 그렇지 않을 경우 개별 무역분야에서 발달된 慣習에 따를 것인지가 문제가 된다. 물론 당사자간 체결되는 계약에 “Trade Terms under this agreement shall be governed and interpreted by the latest INCOTERMS”(本 協約 下의 定型去來條件은 가장 최근의 INCOTERMS에 따라 규율되고 해석된다)라는 명시기가 있으면 이것은 바로 當事者間 合意된 慣行으로 당사자를 구속한다.

만약 定型去來條件의 解釋規則에 관한 명시적 합의가 없었다면 법원은 CISG 제 8조 (2) 항에 따라 “상대방과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 가질 수 있는 이해력”이 해석의 기준이 될 수 있다. 그렇지만 제 8조 (2) 항의 기준도 특수한 계약형태나 조건에 있어서는 서로 다른 지역적 의미로 인하여 해석상의 충돌을 가져올 수 있다. 따라서 양 당사자는 그들이 사용하는 契約條件이나 形式을 해석할 규칙을 명시하는 것이 현명할 것이다. 당사자가 그렇게 하지 못하였을 경우 판사는 국가 내에서의 기준이나 의미를 적용하기 전에 국제적으로 통일된 定義나 規則이 제 9조 (1) 항에 따라 당사자들의 묵시적 참조의 기준이 될 수 없는지를 조심스럽게 검토할 것이다. 그렇지만 적어도 INCOTERMS나 UCP 등은 ICC에서 준비하여 UNCITRAL의 지지를 받고 그동안 범세계적으로 승인된 것이기 때문에 묵시적으로 언급을 받는다는 별 어려움이 없어야 한다.

4. UNIDROIT 原則과 去來慣習의 關係

(1) UNIDROIT 原則의 意義

‘國際私法統一을 위한 國際協會’(International Institute for the Unification of Private Law : UNIDROIT)는 1994년에 ‘國際商業契約을 위한 UNIDROIT 原則’을 간행하였다. 이 원칙은 國際商業契約의 모든 분야에 보편적으로 적용될 수 있는 一般原則을 제공하는 것이 그 목적이다. UNIDROIT 原則은 모두 7개 항 119개 조항으로 이루어져 있으며 그 가운데 제 1 장은 一般條項(General

Provision)으로 몇 가지 기초적인 法原則을 규정하고 있는데 이 가운데 ‘慣行 및 慣習’(Usages and Practices)조항을 두고 있다.²⁸⁾

UNIDROIT 原則은 CISG와는 달리 締約國의 당사자에게 강행적으로 적용되지 않고 당사자가 그들의 계약에 이를 적용하기로 합의한 경우에 적용되며 또한 당사자간 계약에서 ‘一般的 法原理’(general principles of law)의 적용을 받도록 약정한 경우에 적용될 수 있다.²⁹⁾ UNIDROIT 原則의 目的은 3가지로 나눌 수 있다.

첫째, 국제거래에서 準據法을 정하기 어려울 때 적용될 수 있다.

둘째, 국제거래에서 統一法을 解釋하거나 補充하는데 이용될 수 있다.³⁰⁾

셋째, 이 원칙은 국내나 국제적 입법모델로 사용될 수 있다.

CISG가 國際物品賣買에만 적용되는데 반하여 이 원칙은 物品, 서비스, 投資 등 모든 國際的 商去來에 적용될 수 있다는 점에서 보편성을 갖고 있다.

(2) UNIDROT 原則의 去來慣習受容

UNIDROT 原則의 제 1 장 8 조에는 去來慣習 受容에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 제 (1) 항에는 “당사자는 그들간에 합의된 慣行이나 그들간에 확립된 慣習에 구속된다.”고 규정하고, 제 (2) 항에는 “당사자는 국제무역에서 관련 특정거래의 당사자에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 慣行에 구속된다. 단, 그러한 慣行의 적용이 非合理的인 경우는 제외한다.”고 규정하여 CISG와 유사하나 CISG의 主觀的 적용기준인 ‘당사자가 당연히 알아야 하는’이라는 文言을 배제함으로써 보다 보편적인 객관적인 입장을 취하고 있다.

위의 두 개항을 종합하여 보면 慣行은 양 당사자가 합의했을 때는 물론이고 그러한 합의가 없을지라도 어떤 客觀的 기준을 충족하면 적용될 수 있음을 명시적으로 규정했다는 점에서 본 조항의 중요성이 있다고 하겠다.

28) UNIDROIT의 일반조항에 나타난 基本原則에는 契約自由의 原則(제 1 장 1 조, 제 1 장 5 조), 信義誠實의 原則(제 1 장 7 조), 去來慣習收容 原則(제 1 장 8 조), 契約維持의 原則(제 2 장 1 조), 解析 및 補充의 原則(제 1 장 6 조), 通知의 原則(제 1 장 9 조) 등이 있다.

29) UNIDROIT Principle 서문 참조.

30) A.M. Garro, “The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law; Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG”, 69 *Tulane Law Review* 1149, 1995.

CISG가 당사자의 의도와 慣行의 적용 사이에는 명시 또는 묵시적인 합의를 전제로 하였다는 점에서 이러한 전제를 배제한 UNDRUIT 原則은 큰 차이가 있는 것으로 보이지만 실제적으로는 별 차이가 없다. 왜냐하면 CISG의 묵시적 합의의 기준을 당사자가 알고 있고 동종의 계약당사자에게 알려져 있으며 통상적으로 준수되어야 한다는 요건 자체는 묵시적 합의로 간주하기 때문이다.³¹⁾ UNDRUIT 原則에도 'usages'가 'principles'보다 우선하는지에 관하여 구체적 언급이 없으나 'usages'는 묵시적 계약조건으로 간주되기 때문에 'principles'보다 우선하지만, 단 'principles'이 強行的 性格(mandatory character)을 갖는 경우는 예외다. 또한 特定履行이 특정거래분야의 당사자들 사이에 보편성을 갖고 통상적으로 준수된다 하여도 非合理的일 경우에는 배제된다.

IV CISG內的 貿易慣習 關聯條項

1. 序論

CISG를 실제로 적용함에 있어서 모든 조항에 去來慣習이 적용될 수 있다.

앞장에서 고찰한 바와 같이 당사자간의 계약에서 明示的으로 합의한 바가 없는 한 당사자간 합의된 모든 慣行과 당사자간 確立된 모든 慣習은 本協約에 우선하여 적용된다.

本稿에서 모든 條項에 적용될 수 있는 去來慣習의 유형을 검토하는 것은 원래의 研究目的을 초월하는 것이기 때문에 契約履行過程에서 去來慣習, 보다 구체적으로 말하면 契約履行過程에서 定型去來條件과 본 협약과의 관계를 검토하고자 한다. 이러한 검토의 의의는 CISG를 準據法으로 채택할 경우 이것이 定型去來條件의 보완적 기능을 수행할 수 있는지의 여부를 이해하는데 도움이 될 것이기 때문이다. 또한 貿易學徒의 주 관심사는 去來慣習이며 실제로 국제 무역은 대부분 이러한 去來慣習에 따라 履行되기 때문이다. 準據法은 단지 當事者간 분쟁이 발생한 경우 계약이나 去來慣習이 없으므로 생긴 法的 空白을 메우기 위한 최후의 안전장치에 불과하기 때문이다.

31) M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 62~64.

따라서 貿易學徒는 去來慣習에 관한 이해를 전제로 法律에 관한 지식을 갖는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 이것이 法學徒와의 차별화의 방법이기도 하다.

2. 物品의 引渡

(1) 引渡의 의미

CISG의 전신인 ULIS 제 19 조에는 '인도'(deliverance)를 契約에 일치하는 物品을 인계하는 것으로 구성된다고 규정하고 있다.³²⁾ 이 규정대로라면 물품이 契約에 일치된 경우에만 引渡가 성립된다. 만약 瑕疵있는 물품이 인계되었다면 비록 매수인이 물품을 사용했거나 재매각했다더라도 인도가 성립되지 않는 것이다.

더구나 ULIS에서는 危險의 移轉이 引渡와 연계되어 있으며,³³⁾ 代金の 支給은 危險移轉과 연계되어 있다.³⁴⁾

이에 대하여 CISG는 '引渡'의 의미를 定義하지 않고 "賣渡人의 物品引渡義務를 구성하는 행위"(the acts which constitute the seller's obligation to deliver the goods)를 구체적으로 규정하고 있다. 더구나 危險의 移轉을 引渡義務와 연계시키지 않고 매도인의 引渡義務를 구성하는 어떤 행위를 할 때 危險이 移轉하는 것으로 규정하고 있다. 또한 매수인의 代金支給義務도 '引渡'나 '危險移轉'과는 분리하고 있다.

한편 CISG보다 우선 적용될 去來慣習인 定型去來條件의 해석에 관한 국제규칙인 INCOTERMS(1990)에는 매도인이 契約에 일치할 물품을 제공할 것을 전제로 引渡義務의 구체적인 행위를 규정하고, 危險의 移轉은 引渡義務와 분리하여 어떤 구체적인 행위가 이행될 때 이전되도록 규정하므로 CISG와 같은 接近方式을 취하고 있다.

(2) 引渡場所

매매계약에서 매도인이 特定場所에서 物品을 인도할 의무가 없는 경우에

32) ULIS Art. 19(1); "Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract."

33) ULIS Art. 97(1); "The risk shall pass th the buyer when delivery of the goods is effected..."

34) ULIS Art. 96: "Where the risk has passed th the buyer, and he shall pay th price..."

CISG 제 31 조는 매도인이 물품을 인도할 자신의 의무를 어떻게 이행할지를 결정하고 있다. 본조에서는 賣買契約이 運送을 포함하는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 규정하고, 특히 후자의 경우 물품이 인도될 장소를 규정하고 있다.

(가) 契約이 運送을 包含하는 경우

모든 賣買契約의 이행을 위하여는 물품의 이동이 이루어져야 하지만 여기서 “계약이 運送을 포함한다.”는 뜻은 매도인이 매수인에게 물품을 전달하기 위하여 물품을 인계할 당사자인 運送人에 의한 수송을 의미한다. 따라서 여기서 ‘運送人’은 계약당사자가 운영하는 運送施設은 포함되지 않는다.

제 31 조 (a)항에서는 계약이 운송을 포함하는 경우 매도인의 인도의무는 매수인에게 전달을 위하여 물품을 최초의 운송인에게 인계할 때 종료된다고 규정하고 있다. 여기서 운송인의 정의는 영업지국의 國內法에 따라 결정된다.³⁵⁾

대부분의 國際物品賣買契約은 定型去來條件을 사용하고 있다. 국제거래에서 가장 사용빈도가 높은 FOB 조건의 경우 引渡場所가 特定되기 때문에 本條의 적용여지가 없다. FCA 조건의 경우에도 引渡場所가 特定된다. CIF나 CFR 조건의 경우는 引渡場所는 특정되지 않지만 선적항의 本船에 물품이 인도될 때 매도인의 引渡義務가 종료되는 것이 일반적이다.(INCOTERMS (1990): CFR 및 CIF, 매도인의 의무 제 4 항)

CIP나 CIP 조건의 경우 CISG 제 31 조 (a) 항과 같이 매수인에게 전달을 목적으로 最初の 運送人에게 물품이 인도될 때 매도인의 引渡義務가 종료된다.³⁶⁾

따라서 定型去來條件이 사용될 경우에는 제 31 조의 중요성은 줄어든다. CISG의 一般規定보다 定型去來條件의 特別規定이, 또한 準據法보다 去來慣習이 우선하기 때문이다.

그렇지만 定型去來條件의 표현이 애매하거나 定型去來條件을 명기하지 않고, 예를 들면 ECE의 “General Condition for the Supply of Plant and Machinery No. 574”를 사용하기로 합의한 경우, 거래조건은 ‘Ex Works’로 매매된 것으로 간주되며(제 6 조 (1) 항) Ex Works의 해석은 매도인 국가의 國內法에

35) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 31.; 독일법에서는 forwarding agent가 운송인이지만, 영국법하에서는 계약에 따라 운송인이 될 수 있다.

36) CPT나 CIP 조건에서는 물품이 ‘운송인의 관리하에’(into th custody of carrier)라고 표현함에 반하여, CISG는 ‘최초의 운송인에게 인계’(handing the goods to the first carrier)로 표현하고 있다.

따르도록 하고 있다(제 15 조 (2) 항). 이 경우에 CISG가 法的 空白이나 契約條件의 해석을 위하여 사용될 수 있다.

(나) 契約이 運送을 包含하지 않는 경우

국제거래에서 운송도 포함되지 않고 매도인이 特定場所에서 물품을 인도할 의무도 없을 때 제 31 조 (b) 항과 (c) 항이 적용되지만 실제로 그럴 경우는 매우 드물다.³⁷⁾ 매도인과 매수인이 서로 가까운 거리에 있거나 매수인이 운송수단을 갖고 물품이 있는 장소나 매도인이 營業所에 출현할 경우에 해당하는 것으로 전자의 경우에 (c)항이 적용되고 후자의 경우에 (b)항이 적용된다.

전자의 경우 매도인은 물품을 契約締結時에 매도인의 營業所에서 買受人의 처분에 맡긴다. 이 경우 物品占有의 주도권은 매수인이 갖는다.

후자의 경우 特定物에 관한 계약이거나 특정한 재고품에서 인출할 不特定物인 경우 계약체결시 당사자가 그 물품이 특정한 장소에 존재하거나 거기서 생산된다는 사실을 알 때 매도인은 그곳에서 물품을 매수인의 임의처분에 두면 자신의 인도의무를 이행한 셈이 된다. 이 경우는 예를 들면 매도인이 國際市場에 물품을 갖고 출현하여 그곳에서 판매하는 경우이다.

運送이 포함되지 않는 국제매매에 관한 定型去來條件은 EXW, FAS, DES 및 DEQ 등이 있으나 이들 조건은 引渡場所가 特定되어 있기 때문에 위의 (b) 항이나 (c)항과는 다르다. 따라서 운송을 포함하지 않는 경우는 이들 조건들을 이용하는 것이 바람직하지만 계약에 이들 조건이 사용되지 않았을 경우나 이들 조건에 관한 去來慣習이 인정되지 않는 경우에 본 조항이 法的空白을 메울 수 있다.

(3) 引渡時期

引渡時期에 관하여 CISG 제 33 조는 3 가지 기준을 제시하고 있다.

첫째, 引渡日字가 계약에 의하여 지정되어 있거나 결정될 수 있는 경우에는 그 기일안에 인도하여야 한다((a)항). 이 내용은 제 6 조의 當事者 契約自治의 原則을 재천명한 것이다.

둘째, 어느 기간(period)이 계약에 의하여 지정되어 있거나 결정될 수 있는 경우에는, 매수인이 기일을 선택하여야 하는 사정이 명시되어 있지 않는 한 그

37) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 289.

기간내의 어떤 시기에 매도인은 물품을 인도하여야 한다((b)항).

FCA나 FOB 조건에서는 매수인이 引渡時期를 통지하여야 한다(INCOTERMS(1990) 매수인의 의무 제 7 항). 즉, 매수인이 引渡時期를 선택하여야 한다. 그렇지만 CFR이나 CIF 조건에서는 船積時期를 결정할 수 있는 시기, 즉 引渡時期를 결정하는 권한이 매도인에게 있다. 그 이유는 CFR이나 CIF 조건에서는 運送契約과 船腹手配의 의무가 매도인에게 있기 때문이다.

결국 제 33 조 (b) 항은 INCOTERMS(1990)의 F Group이나 C Group의 모든 定型去來條件의 引渡時期의 決定方法과 모순되지 않는다. 만약 F Group의 定型去來條件이 사용된다면 '매수인이 기일을 선택하여야 하는 사정'이 되므로 매수인이 引渡期日을 매도인에게 통지하고 이에 따라 매도인은 물품을 인도하면 될 것이다.

그렇지만 C Group의 定型去來條件이 사용되면 '매수인이 기일을 선택하여야 할 사정이 아니므로' 매도인은 약정된 기간내의 어느 시기에 물품을 인도하면 된다.

따라서 引渡時期의 결정권자에 관한 한 定型去來條件인 去來慣習이 본 협약에 우선하여 적용되므로 제 35 조 (b) 항은 定型去來條件이 없거나 그 條件으로 引渡時期를 누가 결정할 것인지 애매할 경우에 補完的 機能을 할 수 있다.

셋째, 위의 (a)항이나 (b)항이 적용되지 않을 때에는 (c)항이 적용된다. 즉, 기타의 모든 경우에는 계약체결 후 상당한 기간³⁸⁾내에 인도되어야 한다. 여기서 상당한 기간은 事實의 問題로 계약서에 引渡日字나 기간을 정하지 않고 단지 '속히' 또는 '가능한 한 빨리' 등으로 표현된 경우가 여기에 해당할 것이다. 또 매도인의 引渡義務가 어떤 不確實한 사실과 연계된 경우에도 본항이 적용될 수 있다.

INCOTERMS의 모든 定型去來條件은 引渡日字나 期間이 사전에 約定될 것을 전제로 한다. 그렇지만 EXW 조건에서는 引渡日字가 약정되지 않는 경우 通常的인 時期에 인도하도록 규정하고 있다. 여기서 '通常的'이란 의미는 당사자간의 증전의 거래방식이나 慣行에 따르며 그러한 慣行이 없다면 상당한 기간내에 인도하여야 한다고 생각된다. 따라서 CISG는 定型去來條件의 補完的 機能을 한다고 생각된다.

38) UCC §2-309(1), SGA(1893) 29(2) 참조.

(4) 船腹手配, 運送 및 保險契約

(가) 特定

CISG 제 32 조 (1) 항은 매도인이 물품을 운송인에게 인도할 때 特定(identification)을 이행할 것을 요구하고 있다. 特定の 방법으로는 荷印(marking)이나 船積書類 또는 기타의 방법을 규정하고 있고 그렇지 않을 경우에는 매도인이 매수인에게 탁송통지서(notice of consignment)를 송부하도록 하고 있다.

통상적인 特定方法은 운송인이 발행하는 流通性 運送書類의 通知處(notify party)란에 매수인을 기명한다.³⁹⁾ 그렇지 않을 경우 물품에 荷印을 표시하므로 물품과 매수인을 연결시킬 수 있다. 만약 이러한 방식으로 特定되지 않을 경우 매도인은 매수인에게 물품을 특정하는 탁송통지서를 보낼 수 있다.

국제무역에서 定型去來條件을 사용할 경우 물품이 契約에 充當(appropriation)되지 않는 한 危險이 移轉되지 않는다.⁴⁰⁾ 그렇지만 INCOTERMS(1990)에는 구체적인 充當의 방법을 명기하고 있지 않다. INCOTERMS(1990)의 '充當'의 개념은 CISG의 '特定'과 같은 의미이다. 따라서 특정의 定型去來條件이 사용되더라도 INCOTERMS에는 '特定'의 방법을 규정하고 있지 않기 때문에 CISG는 Trade Terms의 해석을 위해서나 法的空白을 메우기 위하여 필요하다고 할 수 있다.

한편 CISG의 탁송통지에 관하여는 定型去來條件에서는 유사한 통지의무를 규정하고 있다(INCOTERMS(1990): FOB 또는 CIF 조건의 매도인의 의무 제 2 항).

(나) 運送手配 및 運送契約

CISG 제 32 조 (2) 항은 매도인이 운송수배의무가 있는 경우에는 매도인은 적절한 운송수단을 수배하고 통상적인 조건의 運送契約을 체결하도록 규정하고 있다. 매도인의 이러한 의무는 英美의 보통법의 입장을 반영한 것이다.⁴¹⁾

본 조에서는 어떤 경우에 매도인이 운송수배의 의무가 있는지 명시하고 있지 않다. 그렇지만 계약에서 특정의 定型去來條件이 채택된 경우, 'C' Group의

39) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 295.

40) INCOTERMS(1990) FOB 등의 매수인의 의무 제 5 항.

41) SGA(1979) Sec. 32(2); UCC §2-504(a).

경우는 매도인이, 'F' Group의 경우 매수인이 運送手配와 運送契約를 체결하기 때문에 이러한 문제는 명확하게 된다. 즉, 운송계약체결의 당사자, 運送의 형태, 運送의 方法 등 定型去來條件에 따라 자동적으로 결정되며 이러한 貿易慣習이 본 협약을 우선하기 때문에 運送手配 및 運送契約締結과 관련하여 貿易慣習이 주도적 역할을 하며 본 협약은 단지 補充法的의 구실을 한다.

(다) 保險情報提供의 義務

제 32조 제 (3) 항은 매도인이 운송물품에 대하여 附保義務가 없는 경우 매수인에게 附保에 필요한 모든 정보를 제공하도록 규정하고 있다. 제 (3) 항은 당사자간 협조의무로 英美法의 내용을 수용한 것이다.⁴²⁾ 국제무역에서 운송중의 위험은 대부분 매수인이 부담하기 때문에 계약에서 별도의 명시가 없는 한 매도인은 매수인에게 附保에 필요한 정보를 제공하여야 한다.

定型去來條件 가운데 매도인에게 附保義務가 없는 FOB나 CFR 조건에서는 매도인에게 附保에 필요한 정보를 제공하도록 규정하고 있다.⁴³⁾

결국 附保에 관한 정보제공에 대하여는 CISG나 INCOTERMS가 같은 규정을 두고 있지만, 定型去來條件은 保險契約의 체결의무가 누구에게 있는지를 나타내기 때문에 보다 명료하다.

(5) 引渡書類

CISG 제 34조의 첫 문장은 매도인이 물품인도에 관한 서류를 교부할 의무가 있는 경우에 계약에서 요구되는 시기와 장소와 형식에 따라 서류를 교부하도록 규정하고 있다.

매도인이 물품과 교환으로 대금을 받지 않고 물품을 신용으로 인도하는 경우 매도인은 流通性 船貨證券과 같은 物品의 統制를 지배하는 서류를 소지하게 된다. 이러한 慣行은 國際去來慣習이나 국내법에서도 인정되고 있다.⁴⁴⁾

제 34조 첫 문장의 '계약에서 요구되는 시기와 장소와 형식에 따라'라는 문구에 따라 특정의 定型去來條件이 채택되면 제공할 서류의 종류와 형식 및 제

42) UCC § 2-319(1)(c) 및 (3), SGA(1983) 32(3).

43) INCOTERMS(1990) FOB 또는 CFR, 매도인의 의무 제 10항 참조: "The seller must provide the buyer, upon request, with the necessary information for procuring insurance."

44) INCOTERMS(1990) CFR, CIF, CPT, CIP 조건 매도인의 의무 제 8항; UCC § 2-505, § 2-507(2).

공시기가 결정된다. 예를 들어 CIF 조건이 채택되면 매도인은 無故障流通性船貨證券, 商業送狀, 保險證券 및 필요하다면 原產地證明書나 領事送狀 등을 제공하여야 한다. 만약 계약에서 이러한 서류의 종류와 제공시기 장소 및 형식에 관하여 별도의 명시가 있으면 이에 따라야 할 것이다.

만약 去來慣習이 없다면 CISG 제 7 조 (1) 항에 따른 信義誠實의 原則은 매수인이 물품 도착시 운송인으로부터 이를 취득하고 통관할 수 있도록 하는데 필요한 형식의 서류를 매도인이 교부할 것을 요구할 것이다.⁴⁵⁾

제 34 조 첫 문장의 진정한 의미는 계약에서 서류제공에 관하여 언급이 없을 경우에는 去來慣習이나 信義誠實原則이 적용되어야 한다는 것이다.

3. 代金の 支給

(1) 買受人의 代金支給을 위한 措置

CISG 제 54 조는 국제거래에서 매도인이 引渡義務를 개시하기전에 매수인이 사전에 해야 할 일을 명시하고 있다.

즉, 매수인은 “계약 또는 이러한 법률 및 규정에 따라 요구되는 조치를 취하고 또한 그러한 절차를 준수하도록” 규정하고 있다. 이것은 去來慣習의 해석규칙인 INCOTERMS, 국제조약 또는 國際私法上的의 매수인의 의무규정에 따르는 것을 의미한다.

만약 貨換信用狀去來의 경우 매수인은 사전에 L/C를 개설하여야 하며, 그렇지 않을 경우 保證의 確保가 요구될 수 있다. 또한 필요하다면 사전에 정부의 輸入許可나 外貨支給認定이 필요할 수 있다.

FOB나 CIF와 같은 定型去來條件이 채택된 경우 INCOTERMS는 輸入에 따르는 認可, 許可 및 節次를 이행할 책임을 매수인에게 부과하고 있다. 이러한 ‘認可, 許可 및 節次’에 輸入承認이나 外貨支給約定이 포함될 수 있다.

결국 실무에서는 계약에 다른 명시적 규정이 없는 한 信用狀慣習과 定型去來條件의 선택에 의하여 매수인이 취할 조치와 절차의 내용이 결정되며 이러한 慣行이 없는 한 본 조항이 적용될 여지가 있다.

45) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 266.

(2) 買受人의 代金支給 時期

代金支給時期에 관하여 CISG 제 58 조는 當事者間의 계약이 제일 우선하며 (제 6 조), 그다음 慣習 또는 慣行이 우선하고(제 9 조) 그 다음에 準據法이 적용됨을(제 7 조) 전제하고 있다.

원래 代金支給時期는 物品의 引渡와 同時履行條件이어야 한다. 그렇지만 物品引渡가 국제거래에서는 운송인을 통하여 이루어지기 때문에 引渡方式에 따라 代金支給時期를 달리 규정하고 있다.

먼저 제 58 조 (1) 항은 제 31 조 (c) 항에 대응하는 조항으로 物品이나 書類를 매수인의 처분하에 두는 경우에는 이들을 매수인의 임의처분에 인도한 때 대금이 지급되어야 한다고 규정하고 있다. 이 경우에 해당하는 定型去來條件은 EXW이다. 또한 물품이 운송도중 특정한 장소를 통과하는 경우 FAS, DES, 및 DEQ 등의 조건이며, 물품의 도착지가 매수인의 영업지가 되는 경우, DDP조건이다. 이들 定型去來條件에서는 매도인이 물품이나 서류를 매수인의 임의처분에 둘 때 매수인은 대금을 지급하여야 한다. 단 매도인은 물품 또는 서류를 代金支給을 조건으로 교부할 수 있다. 그렇지만 비록 이들 定型去來條件에서도 별도의 約定, 즉 貨換約定이 있으면 이 원칙이 지켜질 수 없다.

다음으로 제 58 조 (2) 항은 제 31 조 (a) 항에 대응하는 조항으로 계약이 운송을 포함하는 경우이다. 이 경우에는 매도인의 인도와 매수인의 인도수령이 서로 다른 장소에서 발생한다. 이 경우에는 代金支給時期가 물품의 인도시가 아니라 매수인이 물품이나 서류의 수령시이다. 여기에 해당하는 定型去來條件은 'C' Group에 해당하는 것으로 매도인은 통상 서류에 환어음을 첨부하여 貨換就結을 통하여 대금을 회수한다. 결국 CFR이나 CIF와 같은 定型去來條件에서 별도의 약정이 없는 한 매도인은 본조에 따라 대금이 지급되지 않는 한 서류를 매수인에게 인도할 의무가 없다.

代金支給時期와 관련하여 제 58 조 (3) 항은 매수인에게 物品檢査機會를 갖기 까지 代金支給義務가 없다고 규정하면서도 서로간에 합의된 인도 또는 지급절차가 이와 모순되지 않아야 한다는 전제조건을 두고 있다. 예를 들어 당사자가 先給을 합의했거나 貨換信用狀에 의한 결제를 전제로 하고 신용장에서 요구하는 서류에 매수인이나 그의 대리인의 검사증명서를 첨부하도록 요구하지 않는 경우가 이에 해당한다. 결국 매수인의 物品檢査는 합의된 인도절차와 모순되지

않아야 한다.

代金支給時期와 관련하여 定型去來條件은 구체적인 명시가 없다. 단지 賣買契約에 약정된대로 대금을 지급하도록 규정하고 있다. 통상 매매계약에는 결제방식을 L/C 베이스, D/A, 또는 D/P, T/T 등으로 표시된다. 決濟方式에 관하여 명시하지 않는 계약은 거의 없다. 따라서 代金支給時期에 관하여 본 조항이 적용될 소지는 거의 없다고 할 수 있다.

또한 어떤 서류가 제출되어야 하고, 또한 그들 서류들이 물품의 處分權을 갖는 서류인지의 여부는 계약이나 去來慣行에 따른다. 定型去來條件의 해석에 관한 INCOTERMS는 각 조건마다 引渡의 證據서류와 일치물품의 제공서류인 商業送狀, 또는 保險書類에 관하여 구체적으로 명시하고 있으며, 信用狀方式이나 D/A 또는 D/P 방식인 경우 이들에 관한 慣習인 UCP나 URC도 참고가 될 수 있다. 대금지급시기에 관하여 이에 관한 契約과 定型去來條件, UCP, URC 및 본 협약을 종합적으로 검토할 필요가 있다.

제 58 조 2 항에 언급한 물품의 處分權을 지배하는 서류로 船貨證券, 倉庫受領證(warehouse receipt), 또는 複合運送證券 등과 商業送狀이 필요하다. 왜냐하면 후자는 물품의 통관에 필수적인 서류이며 매수인이 물품의 처분권을 갖기 위하여는 통관이 이루어져야 하기 때문이다.⁴⁶⁾

4. 危險의 移轉

CISG는 賣買物品의 危險移轉에 관하여 3 가지 경우로 나누어 규정하고 있다. 즉, 賣買契約이 운송을 포함하는 경우와(제 67 조) 賣買契約이 운송을 포함하지 않는 경우(제 69 조) 및 특수한 경우로, 運送中賣買物品의 危險移轉(제 68 조)으로 나누고 있다.

또한 賣買契約이 운송을 포함하는 경우를 다시 매도인이 특정장소에서 물품을 인도할 의무가 없는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 危險移轉時期를 규정하고 있다. 그렇지만 실제 국제거래에서는 定型去來條件이 사용되고 이러한 조건의 해석규칙에 따라 위험이전시기가 결정되기 때문에 CISG가 적용될 경우 상기 조항들과 定型去來條件과의 관계를 검토할 필요가 있다.

46) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 427.

(1) 賣買契約이 운송을 포함하는 경우⁴⁷⁾

(가) 매도인이 特定場所에서 물품을 인도할 의무가 없는 경우

매매계약이 운송을 포함하고 매도인이 특정장소에서 물품을 인도할 의무가 없는 경우에는, 危險은 물품이 최초의 운송인에게 인도⁴⁸⁾될 때 매수인에게 이전된다.(제 67 조 (1) 항 첫째문장)

INCOTERMS(1990)상의 定型去來條件 가운데 引渡場所가 特定되지 않는 경우는 CFR, CIF, CPT 및 CIP로, ‘最初の 運送人’이라는 文言으로 보아 複合運送을 수용한 점에서 CPT나 CIP 조건이 이에 해당된다고 볼 수 있다.

INCOTERMS(1990)상의 CPT나 CIP 조건도 본조항과 마찬가지로 ‘운송인이 나 최초의 운송인의 관리하에’(into the custody of the carrier or, if these are subsequent carriers, to the first carrier) 물품이 인도될 때를 위험이전의 分岐點으로 보고 있기 때문에 서류간의 충돌이나 모순이 없다고 생각된다.

(나) 매도인이 特定場所에서 물품을 인도할 의무가 있는 경우

매도인이 特定場所에서 물품을 운송인에게 인도할 의무가 있는 경우에는 위험은 그러한 장소에서 물품이 운송인에게 인도되기까지는 매수인에게 이전되지 아니한다(제 67 조 (1) 항 둘째문장).

賣買契約에서 引渡場所가 특정되고 그곳에서 매수인에게 송부할 목적으로 운송인에게 인도될 경우 물품에 대한 統制權이 運送人에게 이전될 때 매수인의 危險負擔責任이 개시된다. 特定場所까지 매도인이 물품을 자신의 운송수단을 이용하여 운반했던 다른 운송인을 이용했던 상관이 없다.

定型去來條件에서 여기에 해당하는 것은 FCA, FAS, FOB 조건이다.⁴⁹⁾ FCA는 지정된 장소에서 운송인의 관리하에, FAS는 지정된 항구의 지정된 적재장소에서 지정된 本船의 선측에, 그리고 FOB는 지정된 항구의 지정된 本船에 물품

47) “賣買契約이 運送을 포함한다.”는 뜻은 명시 또는 묵시의 계약조항에서 운송이 주선되도록 요구하거나 수권하는 조항이 있어야 한다(Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 490).

48) ‘引渡’(handing over)는 인계작업의 시작보다 인계작업의 종료시에 매수인이 위험을 부담한다고 봄이 적절하다. CISG에서는 ULIS 제 19 조와 같이 ‘delivery’란 용어 대신 ‘handing over’란 용어를 사용하고 있으며 후자는 統制權의 移轉事實만을 의미한다.

49) Enderlein & Maskow, *op. cit.*, p. 267.

을 인도하여야 한다. CISG의 규정에 定型去來條件에 관한 INCOTERMS(1990)의 규정과 모순되지 않으나 당사자간의 계약에서 特定定型去來條件이 합의되면 당사자간의 위험이전은 구체적으로 그 조건의 해석기준에 따른다. 따라서 실제 거래에서는 CISG 제 67 조 (1) 항이 적용될 여지는 별로 없는 것 같다.

(2) 處分權의 留保와 危險移轉

제 67 조 (1) 항의 셋째 문장은 앞서의 두 문장에서 규정한 危險移轉의 원칙이 비록 매도인이 대금지급에 대한 담보용으로 船積書類를 留保하고 있다고 하여도 번복되지 않음을 명시하고 있다. 이 문장은 危險과 所有權을 연계시키는 法系에 익숙해져 있는 자들의 오해를 막기 위한 것이다. 본 협약에서는 危險移轉은 代金の 支給時와도 관계가 없다.

INCOTERMS도 危險移轉을 引渡나 代金支給時와 별도로 규정하므로 본 협약과 같은 接近方式을 취하고 있다.

(3) 特定과 危險移轉

제 67 조 (2) 항은 特定과 危險移轉을 연계시키고 있다. 또한 구체적인 特定の 방법의 예를 들고 있다. 즉, 荷印, 船積書類, 매수인에 대한 통지 및 기타의 방법이 그것이다. 이 조항을 둔 정책적 이유는, 통상 매매계약에서 약정된 수량이상을 선적하거나 복수의 계약을 이행하기 위하여 한꺼번에 많은 물품을 선적하고 운송중 손해가 발생하면 매수인은 자신이 구매한 물품이 손상을 입었다고 허위로 주장할 것에 대비한 조항이다. 위에서 通知에 의한 特定の 경우 통지의 발송이 곧 特定이 된다.

定型去來條件에 INCOTERMS(1990)도 危險이 이전되기 위하여 充當될 것을 요구하고 있으나 구체적인 充當의 방법을 명시하고 있지 않기 때문에 본조항이 '充當'의 해석에 도움이 될 수 있다.

(4) 제 67 조에 해당하지 않는 경우

제 67 조에 해당하지 않는 경우로 제 68 조에도 해당하지 않는 경우는 다음 3가지로 나누어 볼 수 있다. 즉, 賣買契約에서 물품이 운송을 포함하지 않고 매수인이 매도인의 영업지에서 물품을 인수할 때, 賣買契約에서 물품이 운송을

포함하지 않고 매수인이 매도인의 영업지가 아닌 제 3자의 창고에서 물품을 인수할 때, 마지막으로 賣買契約에서 물품이 운송을 포함하지만 매도인이 特定場所에서 물품을 매수인에게 인도하는 경우이다.

(가) 買受人이 賣渡人의 영업지⁵⁰⁾에서 물품을 인수할 경우

CISG 제 69 조 (1) 항은 매수인이 매도인의 영업지에서 물품을 인수할 경우에는 매수인이 물품을 인수할 때나, 매수인이 적시에 물품을 인수하지 아니한 때는 물품이 매수인의 임의처분에 적치되고 매수인이 이를 수령하지 아니하여 契約違反을 범하게 된 때로부터 위험은 매수인에게 이전한다고 규정하고 있다.

“매수인이 물품을 수령하지 않아 契約違反을 범하게 될 때”까지 매도인이 위험을 부담하도록 한 것은 매도인이 자신의 영업지에서 물품을 통제할 수 있기 때문에 자신이 위험을 부담하여야 한다는 것이다. 매도인이 물품을 보호하고 保險을 제공하기에 보다 나은 입장에 있기 때문이다. 그렇지만 매수인이 인수를 지연하여 그것이 契約違反에 이르게 되면 매수인이 책임을 부담해야 한다.

定型去來條件 가운데 이에 해당하는 것은 EXW 조건이다. INCOTERMS (1990)는 EXW 조건의 경우 위험은 물품이 買受人의 임의처분에 놓일 때 매수인에게 이전된다고 규정하여 CISG와 별 차이가 없다.

(나) 買受人이 賣渡人의 영업지 이외의 장소에서 물품을 인수할 때

매수인이 매도인의 영업지 이외의 장소에서 인수할 경우에는 매매계약에서 운송이 포함되지 않는 경우와 운송이 포함되는 경우로 나누어 볼 수 있다.

전자의 경우는 매도인이 수입지의 保稅倉庫나 공공창고에 적치한 물품을 매수인이 인수하는 경우로 이때에는 위험은 인도기일이 도래하고 물품이 그러한 장소에서 매수인의 임의처분에 적치된 사실을 매수인이 안 때 위험은 매수인에게 이전한다(제 69 조 (2) 항). 이 경우는 매도인이 매수인보다 물품을 보호하고 손해시 보상을 청구하기에 나은 입장에 있지 않으므로 매수인이 물품을 수령할 수 있는 입장, 즉 물품이 자신의 임의처분에 적치된 사실을 안 때 이전되어야 한다.

여기에 해당하는 INCOTERMS(1990)상의 定型去來條件은 없으나 실제로

50) 아주 드문 경우이긴 하지만 매수인이 어느 特定場所에서 물품을 인수할 의무가 없을 때도 본 조항이 적용된다(Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 503). 이 경우도 EXW 조건으로 커버된다.(INCOTERMS (1990), EXW A.4.).

BWT(保稅倉庫渡去來)에서는 일어날 수 있는 일이다. 이 경우 CISG는 去來慣習의 法的空白을 메울 수 있다.

후자와 같이 賣買契約이 운송을 포함하고 있거나 매도인이 特定場所에서 물품을 매수인에게 인도하는 경우 전자와 마찬가지로 인도기일이 도래하고 그 장소에서 물품이 매수인의 임의처분에 적치된 사실을 매수인이 알 때 위험은 매수인에게 이전한다. 이것이 제 67 조와 다른 점은 물품을 운송인에게 인도하지 않고 매수인에게 인도한다는 점이다.

INCOTERMS(1990)상의 定型去來條件 가운데 이에 대항하는 것은 DES, DEQ, DDU, DDP, DAF 등이 여기에 해당한다고 할 수 있다. INCOTERMS(1990)에서는 이들 조건의 경우 지정된 장소에서 물품이 매수인의 임의처분에 놓였을 때 위험이 이전된다고 규정하는데 반하여 CISG는 “매수인이 그 사실을 안 때”란 文을 추가하고 있다. 이것은 INCOTERMS의 充當要件에 해당하기 때문에 INCOTERMS(1990)와 별 차이가 없다.

(5) 運送中賣買物品의 危險

CISG 제 68 조는 운송중 매매되는 물품의 危險移轉時期를 규정하고 있다.

運送中賣買物品은 “매수인에 송부를 목적으로”(for the transmission to the buyer)하지 않기 때문에 제 67 조가 적용되지 않는다. 실제로 국제거래에서 운송중 매매되는 경우는 석유나 곡물거래 등 극히 제한된 경우에 한한다.

제 68 조의 첫째 문장은 危險移轉時期를 계약체결시로 규정하고 있다. 그렇지만 둘째 문장은 사정에 따라서는 물품이 운송인에게 인도될 때로부터 매수인이 위험을 부담하도록 규정하고 있다.

(가) 契約締結時 危險移轉

계약체결시로부터 물품에 대한 위험이 매수인에게 이전한다면 통상 운송중에 손해가 발생하므로 손해발생시기를 입증하기 어렵다.

(나) 物品引渡時 危險移轉

物品引渡時에 위험이 이전한다는 주장에 대하여는 비판이 있다.⁵¹⁾ 즉, 계약도 체결하기전, 매수인이 물품에 대한 被保險利益도 갖기 전에 위험을 부담하

51) Bianca & Bonell, *op. cit.*, pp. 496~497.

는 것은 비합리적이고 부당하다는 것이다.

그렇지만 이를 찬성하는 주장은 “운송인에게 물품인도시 위험이전”은 국제 무역의 통상적 慣習이며 앞에서 제기된 被保險利益에 관한 문제는 무역이나 보험의 기술적 문제로 매수인이 추가로 부담하는 위험은 가격에 반영될 수 있다는 것이다.

인도시 위험이전의 전제는 “사정에 따라서 운송계약을 구현하는 서류를 발행한 운송인”에게 물품이 인도되어야 한다는 것이다.

이러한 원칙에서는 양당사자는 손해발생시기에 관한 立證責任을 면할 수 있고 또 운송중 손해를 매수인이 부담하기 때문에 매수인이 보험자에게 손해보상이나 운송인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 여기서는 보험보상의 不充分的 위험을 매수인이 부담한다.

여기서의 ‘사정에 따라서는’(if the circumstances so indicate)의 의미는 매매 계약내에 매도인으로 하여금 매수인에게 保險證券을 양도할 것을 요구하는 조항이 포함된 것을 의미한다. 定型去來條件 가운데 CIF나 CIP 조건이 사용되었다면 매도인은 매수인에게 保險證券의 양도의무가 포함된다.⁵²⁾

INCOTERMS에 나타난 13가지 定型去來條件 가운데 運送中에 매도인이 매수인에 인도할 물품에 적용되는 조건은 없다 따라서 본 조항의 의의는 매우 크다고 할 수 있다. 특히 一次產品의 경우 운송중에 수차례 매매행위가 이루어지는 현실을 고려할 때 실무적 효용이 매우 크다고 볼 수 있다.

V. 結 論

50년 동안의 제정노력의 결실로 탄생된 CISG는 英美法과 大陸法の 타협으로서 兩法系 사이에 타협될 수 없는 문제, 국제거래에서 去來慣習의 적용이 보편화 된 문제 및 자주 변화할 가능성이 있는 문제들은 去來慣習에 위임하고 있다.

계약에서 去來慣習을 수용하는데 있어서 主觀的 基準과 客觀的 基準의 양대

52) P. Sarcevic & P. Volken, *International Sale of Goods : Dubrovnik Lectures*, 1986, p. 294.

조류가 있었으며 이를 타협하여 CISG에 수용한 것이 제9조이다.

本稿에서는 제9조의 制定背景, 內容 및 그 問題點을 검토하였다. 문제점으로는 'usage'와 'practice'의 定義缺如, CISG에서 慣行의 有效性 배제, 재판과 중재에서의 慣行受容差異, 定型去來條件에 관한 해석의 不一致 可能性 등을 논급했다.

國際去來에서 統一法의 해석이나 보완을 위하여 UNIDROIT에서 정한 'principle'에 去來慣習을 중시하고 있음도 확인되었다.

CISG에서 去來慣習 가운데 定型去來條件과 가장 밀접한 내용들은 物品의 引渡, 代金의 支給, 危險의 移轉 및 物品검사라고 생각되나 物品검사에 관하여는 분량 관계상 부득이 다음 기회로 미루게 되었다.

物品의 引渡와 危險의 移轉은 실제무역에서 채택되는 定型去來條件에 의하여 결정되기 때문에 CISG가 적용될 여지는 적다고 할 수 있다. '引渡'와 관련되어 CISG의 규정은 FOB나 CIF와 같은 전통적 관습보다 現代的 慣習인 FCA, CIP 및 CPT와 내용이 일치함이 확인되었다. 그렇지만 INCOTERMS-(1990)에서 定義하지 않았던 '特定의 方法'을 구체적으로 언급한 것은 定型去來條件의 해석에도 도움이 될 것이다.

危險移轉에 관하여는 '運送中賣買物品의 危險'에 관하여와 운송이 포함되지 않으면서 제3자의 창고에서 引渡하는 경우는 定型去來條件에서 이에 해당하는 조건이 없으므로 그 의미가 크다고 할 수 있다.

비록 引渡나 危險移轉에 관하여 去來慣習인 定型去來條件이 CISG에 우선하여 적용되지만 이들 조건이 없거나 해석상 그 의미가 애매할 경우에는 CISG가 보완적 기능을 할 것으로 예상된다.

代金支給에 관하여도 INCOTERMS(1990)에는 支給時期와 支給場所에 관한 언급이 없는데 반하여 CISG는 이를 규정하고 있기 때문에 계약의 해석기준이 될 수 있다. 물론 무역실무에서는 代金支給에 관하여 信用狀慣習이나 추심에 관한 統一規則 등이 보완적 기능을 할 것이나 결국 國際去來에서는 去來慣習의 중요성이 아무리 강조되어도 지나치지 않는다.

통신의 발달과 더불어 당사자가 明示契約은 매매의 5大條件을 최소한에 그리고 대부분의 국제거래가 去來慣習을 중심으로 이행된다. 이러한 사실을 UN 統一賣買法에서 明示의로 인정하고 있다. 準據法은 단지 去來慣習이 없거나 그 내용이 불명확하거나 慣習의 적용에 당사자가 의견이 불일치 할 경우에 보

완적 기능을 할 뿐이다. 統一賣買法의 주 목적은 당사자의 契約違反時 救濟措
置를 취하는데 있다고 할 수 있다.

따라서 I.C.C.나 UNCITRAL, UNITROIT 등 국제기구는 統一된 去來慣習의
制定 및 개정 에 주력하여야 하고, 貿易學徒는 國際去來慣習에 관한 研究에 더
욱 매진하여야 한다.

參 考 文 獻

- 吳元奭 譯, U.N. 統一賣買法, 三英社, 1998.
- Baptista, L. O., "The UNIDROIT Principles for International Commercial Law
Project: Aspects of International Private Law", *69 Tulane Law
Review(1995)*
- Bonell, M. J., *An International Restatement of Contract Law : The UNIDROIT
Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Juris
Pub., N.Y. 1994.
- Bianca, C. M. & Bonell, M. J., *Commentary on the International Sales Laws :
The 1980 Vienna Sales Convention*, Guiffre, Milan, 1987.
- Enderlein, F. & Maskow, D., *International Sales Law : United Nations Con-
vention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana, 1992.
- Felthan, "CIF and FOB Convention on Contracts for the International Sales of
Goods", *J. Bus. L. (Sept, 1997)*
- Galston, N. M. & Han, S., *International Sales : The United Nations Convention
on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender,
1984.
- Garro, "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales
Law : Some Comments on the Interplay between the Principles and the
CISG", *69 Tulane Law Review(1995)*,
- Hancock, W. A., "Guide to Int'l Sales of Goods Convention", *Business Laws,
Inc.*, 1994, 100.002.
- Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United
Nations Convention*, Kluwer Law, 1991.
- Houtte, H. V., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Con-

- tract”, *Arbitration International*, vol. 11 #4.
- Jokela, “The Role of Usage in Uniform Law on International Sales”, *10 Scan. Studies*(1981),
- Kastly, “Unification and Community : A Rhetorical Analogies of the United Nations Sales Convention”, *8Nw. J. Int’l L. & B. (1988)*
- Kritzer, A. H., *Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Pub., 1994.
- Perillo, J. M., “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : The Black Letter Text and a Review”, *63 Fordham Law Review (1994)*
- Rosett, “Critical Reflection on the United Nations Sales Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *45 Ohio St. L. J. (1984)*
- Sarcevic, P. & Volken, P., *International Sale of Goods : Dubrovnik Lectures*, 1986.
- Schechtrm, P., *Uniform Sales Law : The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Mangsche, 1986.
- UNICITRAL : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.
- _____ Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)
- _____ Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods(ULF)
- _____ United Nations Conventions on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (N.Y. Comment)
- UNICITRAL Yearbook VI(1975)
- UCC(1953)
- Restatement(second) of the Law of Contract
- SGA(1979)
- INCOTERMS(1990)

ABSTRACT

**A Study on the Accomodation of Trade Usage or Practice
in CISG**

Oh, Won Suk

The CISG entrusts many problems to trade or practice : for example the problems which can't be compromised between civil law system and common law system ; the problems in which the application of usage or practice in universal ; the problems of rapid change according to trade circumstance.

The purpose of this paper is to confirm whether the CISG is accomodating the usage or practice in its Text, and to find which topic is most closely related to usage or practice in CISG.

The Article 9 in the CISG is a provision of usages or practices applicable to contract. But the problems of the CISG in the accomodation of usages or practices are that it lacks the definitions of 'usage' and 'practices', the CISG is not concerned with the validity of any usage according to Article 4, and the application of usage or practice may differ in litigation and arbitration

The topics such as delivery of goods, payment of price and the transfer of risk are most closely related to usages and practices.

The delivery of goods and the transfer of risk are determined by the trade terms like FOB or CIF. But the method of identification and the risk for the sale of goods in transit can't be determined by the trade terms in INCOTERMS(1990). So the CISG may serve as complementing role.

In payment of price, the trade term does not refer to the time and place of payment. So the CISG may be the basis of interpretation. Likewise the

200 「貿易商務研究」第12卷(1999. 2), 第1編 國際賣買

usages and practices such as trade terms, UCP and so on, can be expected to play a significant role in complementing and interpreting the CISG.

Key Word : CISG, Usage, Practice