

국제물품매매계약에 있어서
상관습법(Lex mercatoria)의 발전과
전개, 그리고 향후 과제
- CISG와 PICC 원칙을 중심으로 -

The Development and Application of Lex Mercatoria
in the international commercial transaction
: Focus on CISG and PICC Principles

정재우* Jae-Woo Jung

이길남** Kil-Nam Lee

목 차	
I. 서론	IV. 국제물품매매계약 있어서 상관습법 (Lex mercatoria) 평가 및 향후 과제
II. 상관습법(Lex mercatoria)의 발전과 유형	V. 결론
III. 국제물품매매계약에 있어서 상관습법 (Lex mercatoria) 적용과 실제	참고문헌 Abstract

국문초록

본 연구는 국제무역거래의 법적 뒷받침인 상관습법을 알아보고 어떻게 상관습법이 국제무역거래에서 영향력을 행사하는지를 알아보고자 하였다. 또한 상관습법은 크게 국제 협약, 모델법, 국

* 경인여자대학교 국제무역과 조빙교수, 제1저자

** 가천대학교 글로벌경제학과 교수, 교신저자

제규칙으로 구분됨을 밝히고 국제물품매매계약의 대표적인 국제협약인 국제물품매매계약유엔협약(일명 'CISG')과 국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙(일명 'PICC 원칙')을 적용 범위와 해석 원칙에 근거하여 살펴보았다. 논의 결과, 먼저 CISG는 국제물품매매계약의 통일과 조화를 위하여 기획된 제정법이며 PICC 원칙은 국제규칙에 불과한 것으로 파악되었다. 둘째, CISG와 PICC 원칙은 모두 양당사자의 의사 합의를 존중하였으며 합의에 의해 명시적으로 배제 가능하다. 셋째, CISG는 모든 나라가 가입이나 비준한 것은 아니기 때문에 CISG 적용상 지역적 불균형이 있다. 또한 CISG 계약국이라도 각 국가의 국내법과 연결 정도에 따라 적용상의 차이가 있다. 지금 미국의 법에서는 약인 이론, 사기방지법, 구두증거배제의 원칙이 있지만 CISG는 이런 규정이 없다. PICC 원칙은 계약에 준거법으로 활용되는 것이 아니라 계약의 준거법에 모충하거나 해석 시 고려되는 원칙에 불과하지만 향후에는 소송보다는 중재가 더욱 선호되는 것임을 감안하면 중재판정부에 의한 계약의 준거법 해석에 보완하는 역할로 더욱 힘을 발휘할 것으로 판단된다.

<주제어> 상관습법, 유엔국제물품매매계약, 사법통일국제협회, 국제 협약, 모델법, 국제규칙, 국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙, 사기방지법, 구두증거배제의 원칙

I. 서 론

국제무역거래는 그 동안 국제물품매매계약의 양당사자의 이해관계를 모두 충족시키는 방향으로 법과 제도를 구축해 왔다. 대표적인 것으로는 신용장제도가 있다. 세계적인 국제기구인 국제상업회의소(International Chamber of Commerce : 이하 'ICC'라 한다)는 신용장결제법법적 안정성을 확보하도록 화환신용장통일규칙(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits : 이하 'UCP'라 한다)을 제정하였고 그때그때마다 시대적 변화를 수용하여 버전도 향상시켜 왔다. 이러한 법과 제도의 덕택으로 지금까지의 국제무역거래가 가능하여 왔고 일부 학자들은 이를 상관습법(Lex mercatoria : 이하 'Lex mercatoria'이라 한다) 범주에 속한다고 하였다. 매도인과 매수인 중 어느 한 당사자라도 이런 법과 제도, 규칙에 의심이 있다면 국제무역거래는 절대 이루어질 수 없다.

한편, 국제물품매매계약을 체결하고 이를 이행함에 있어서는 국내물품매매계약보다는 상당한 금액이 소요될 수 있다. 국경을 초월하는 상거래를 이행함으로써 계약 이행과 관련된 운송비, 보험비 등의 비용은 국내거래 보다 더욱 많이 소요된다. 만약 항공운송이라도 이용한다면 관련 비용은 훨씬 더 소요된다.

이와 같은 논리는 매매계약 체결과 분쟁의 해결 방안에도 그대로 적용된다. 만약 국제물품매매계약의 한 당사자가 계약서를 영어로 작성해야 하고 계약서에 관한 전문적인

지식이 없다면 외국법 자문회사나 번역 전문회사에 자문을 의뢰하고 관련 비용을 지불해야 한다. 혹 당사자 사이에 매매계약 불이행이 발생하여 소송을 통해 분쟁을 해결하려면 외국어를 잘 하는 변호사를 선임해야 하기 때문에 더욱 많은 비용이 초래된다. 이러한 이유 때문에 외국과의 교역에서 발생할 수 있는 분쟁 해결은 비용이 많이 소요되는 소송보다는 비용도 적게 드는 중재를 더욱 선호해 왔다. 또한 유엔국제무역법위원회(United Nations Commission on International Trade Law : 이하 'UNCITRAL'이라 한다)는 중재를 통한 분쟁 해결이 원활하게 이루어지도록 중재에 관한 협약(일명 '뉴욕 협약')을 제정하였다. 세계 다수의 국가도 이를 인정하고 수용해 왔고 우리나라도 1973년에 뉴욕협약에 가입하여 중재판정에 대한 집행력을 보장하였다. 이런 법과 제도적 뒷받침이 있었기에 우리나라 법원의 재판은 외국에서 강제 집행될 수 없지만 국제 및 국내중재기관에 의해 내려진 중재판정은 뉴욕협약을 가입한 국가끼리는 그 집행이 보장되고 있다.

또한 국제물품매매계약에 있어서도 이러한 국제적인 규범이 일찍이 제정되었는데 이는 바로 1980년에 제정된 유엔국제물품매매계약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 'CISG'이라 한다)이다. 이러한 규범이 제정되자 국내외 대표적인 학자들은 CISG가 조기에 정착될 수 있도록 엄청난 연구를 하여 왔다. 국내에서 대표적인 연구자로는 석광현(2009), 김선국(2009, 2015), 김용의(2011), 하충룡(2012), 오현석·심종석(2013), 윤광운(2015), 최성수(2015) 등이 있다. 또한 오원석·심윤수(2005)은 계약관련 국제규칙을 연구하였다. 외국에서는 이에 대한 연구가 더욱 활발하다.

이에 본 연구는 국제물품매매계약 분야에 있어서 관한 가장 기초적이고 기본적인 연구로 먼저 국제무역거래의 법적인 기본 골격을 형성하는 Lex mercatoria의 발전과 개념을 Goode(2010), Mustill(1998), Goldman(1986) 등 다양한 문헌을 참고하고 검토하여 Lex mercatoria의 개념을 정립하고자 하였다. 또한 최근에 전개되고 있는 국제물품매매계약 분야의 국제관습인 유엔국제물품매매계약(United Nations Convention on Contracts International Sale of Goods)과 국제상사계약의 UNIDROIT 원칙을 검토하여 평가와 향후 과제를 제시하고자 하였다.

본 논문은 미시적 관점의 다양한 판례를 검토한 것이 아니라 거시적 관점에서 논의하였다. 본 논문은 판례나 법조문에 대한 구체적인 해석에 대해서는 논리 전개가 미비하지만 Lex mercatoria이 무엇이고 최근에 전개되고 있는 국제물품매매계약의 주요 논리는 잘 알 수 있어 그 논의의 의의는 있다고 하겠다. 향후 기회가 된다면 국가별로 다양한 판례를 인용하여 본 연구에 추가하여 국제물품매매계약의 적용 여부 등에 관한 연구를 진행할 예정이다.

II. 상관습법(Lex mercatoria)의 발전과 유형

1. 상관습법(Lex mercatoria)의 발전과 개요

1) 상관습법(Lex mercatoria)의 발전

‘The Romance of the Law Merchant¹⁾’를 비롯해 국제상거래 관련 분야에서 저명한 저술가로 알려졌고 영국 링컨셔(Lincolnshire)주(州)의 링컨(Lincoln)에서 법정 변호사로 활동한 바 있는 Wyndham A. Bewes(1857-1942)가 있다. 그가 작성한 저서에 의하면 상인법(Law merchant 혹은 mercantile law)의 시작이 고대의 히타이트(Hittites, 기원전 18세기경~기원전 8세기) 문명에서부터 유래되고 이루어졌다고 기록되었다. 그 이후에는 페니키아, 그리스, 로마, 아랍 등의 한 때 화려했던 문명을 거쳐 중세에 이르러서야 비로소 로마법(Roman law)을 활용하는 이탈리아 상인에 의해 전(全)세계로 전파되었다고 한다(Donahue Jr, 2004).

일반적으로 중세(Medieval)라고 하면 5th세기 로마 제국(Roman Empire)의 붕괴와 함께 시작되어 15th세기 르네상스(Renaissance) 시기까지 약 1,000여 년의 시기를 가리킨다. 이 중세 시대의 초기에 유럽에서는 대(大)로마 제국이 북아프리카와 중동에서부터 서유럽까지 세력을 확장하기도 했다. 또 다른 중세 시대에는 유럽이 오히려 무시무시한 외부 민족인 훈족, 이슬람교도, 스칸디나비아인, 마자르인 등에 의한 침입을 받기도 하였다.²⁾ 이 당시는 봉건 시대였고 상거래는 미비했으며 공작과 남작과 같은 지역 통치자가 국왕보다 더 강력한 권한과 힘을 가졌었다. 학습이나 배움은 오직 로마 카톨릭(Catholic) 교회에서만 수행되었다(Tamanaha, 2008).

중세 시대에는 법의 적용과 집행에 있어서도 계층이나 조직별로 서로 다르게 적용하는 다원성(Pluralism)이 있었다. 옳고 그름을 판단하는 기관인 법원도 다양한 형태가 함께 공존했었다. 예를 들면, 영주(領主)재판소, 지방 법원, 상사 법원, 길드 법원, 교회 법원 그리고 왕립법원 등이 각각 따로 존재했었다. 판사는 귀족이나 영주(領主), 도시 거주민을 이끄는 시민, 상인, 길드 구성원, 주교(主教)나 교황, 왕 등의 다양한 계층이나 신분에서 대표자가 담당하였다. 즉, 요즘과 같이 변호사 자격시

1) Wyndham A. Bewes(1923), *The Romance of the Law Merchant*, Sweet & Maxwell, London, reprint Rothman 1986.

2) 먼저 훈족(Huns)은 몽고 및 투르크계의 기마 유목 민족을 의미한다. 이 훈족(Huns)이 4세기 후반, 유럽에 침입한 적이 있다. 이슬람교도(Moslems)인은 이슬람교를 믿는 사람을 의미한다. 스칸디나비아인(Norsemen)은 고대 스칸디나비아 사람을 일컫는 것으로 현재의 북(北)유럽인을 지칭하는 단어이며 마자르인(Magyars)은 현재의 헝가리인을 의미하는 것으로 파악된다.

험을 통과한 사람 중에서 일정한 요건을 갖춘 사람이 판사 업무를 맡는 것이 아니라 사람과 관련된 분야별, 주제별로 대표성이 있는 사람이 판사 업무를 맡아 관련 업무를 처리하였다. 재판권할권(Jurisdiction)은 사람의 신분, 가문이나 혈통, 시민권 취득 여부, 직업 혹은 종교 등에 의해 정해졌고 이에 따라 관련법이 지정되고 적용되었다(Tamanaha, 2008). 이런 사실은 국제거래법학자인 Roy. Goode(1933-현재)의 문헌에서도 자세히 알 수 있다. 만약 영국에서 무역관련 분쟁이 발생하면 영국 법원에 의해 관리되었는데 상인들 자신이 그 법원에 소속된 판사였다고 하였다. 또한 배심원(juror)도 함께 존재했는데 그 배심원이 영국의 법으로 널리 알려진 보통법(common law : 이하 'common law'라 한다)과 독일 등의 법령으로 널리 알려진 대륙법(civil law : 이하 'civil law'라 한다)의 개념과 함께 그 당시 국제상거래 관습에 정통했다고 한다(Goode, 2010).

이와 같은 논리의 전개에서 보면, Lex mercatoria를 제정한 당사자는 바로 다른 아닌 상인이다. 1622년에 Gerard. Malynes(1585-1641)는 최초로 라틴어가 아니라 영어로 작성된 Lex mercatoria에 관한 문헌을 기록했는데 그도 역시 법률가가 아니라 상인이라고 확인되었다(Donahue Jr, 2004). 이런 상인이 중심이 되어 국경을 초월한 상거래를 이행하기 위한 규범을 만든 것이 현재의 Lex mercatoria에 해당한다. 이와 같이 Lex mercatoria는 원래 중세 시대에 유럽을 중심으로 상인간에 발생한 관습법이지만 common law뿐만 아니라 civil law도 영향도 받은 것으로 알려졌고 오늘날에는 국경을 초월하여 이루어지는 국제거래를 충칭하여 사용된다. 일부에서는 현재의 Lex mercatoria를 중세의 것과 구별하기 위해 new Lex mercatoria라고 지칭하기도 한다(Michaels, 2007).

2) 상관습법(Lex Mercatoria)의 개요

세계의 법체계를 크게 보면 독일, 프랑스나 일본이 사용하는 civil law system과 영국과 미국이 구축한 common law system으로 구분된다. 일반적으로 전자는 성문법 체계, 후자는 판례법 체계로 알려져 있다. 그런데 국경을 초월하여 이루어지는 국제상거래를 규제하는 법규는 civil law system과 common law system과는 다른 제3의 영역에 해당된다. 일부의 문헌에서는 초국적 법(transnational law : 이하 'transnational law'라고 한다), 초국적 상사법(transnational commercial law : 이하 'transnational commercial law'라고 한다) 그리고 lex mercatoria 등으로 확인된다. 이러한 용어들 중에서 transnational law는 Philip C. Jessup(1897-1986)이 처음으로 사용하였다. Jessup은 세계 제2차 대전 이후에 인류사회의 부흥과 재건을 위해 미

국에서 개최된 브레튼우즈(Bretton Woods)협상에 미국 대표의 일(一)구성원으로 참여하였고 그 이후에는 외교관, 교수 등의 신분으로 다양한 사회적 활동을 하였다(Brouder, 2006).³⁾ 지금도 그의 이름을 딴 국제모의재판에 많은 대학과 학생들이 열성적으로 참여하고 있는데 이것이 그 유명한 ‘The Philip C. Jessup International Moot Court Competition’이다(홍광식, 2004). 이와 같은 다양한 활동에 힘입어 그는 transnational law를 ‘국경을 초월하는 제행동과 사건을 규율하는 모든 법⁴⁾’으로 정의한 바 있다.

한편, 국제상거래 영역과 관련해서 또 다른 유명 저술가임과 동시에 학자인 Roy. Goode(1933-현재)는 transnational law 용어보다 transnational commercial law라는 용어를 더욱 선호한다. 그 이유로는 transnational law 개념이 국제사법 등의 영역까지 포괄하여 다소 광범위하기 때문이다. 이밖에도 Roy. Goode는 transnational commercial law를 common law와 civil law의 직접적인 영향을 받은 일련의 초국적 규칙이라고 하였다(Maniruxxaman, 1999). 특히 프랑스에서 왕성한 연구 활동을 한 Berthold. goldman(1913-1993)는 국제규칙을 의미하는 Lex mercatoria 용어를 상당히 선호하였다.⁵⁾

영국에서 한 때 변호사였고 상급법원 판사였던 Michael. Mustill(1931-2015)은 상인간에 형성된 자율적 법규범인 Lex mercatoria와는 다르게 transnational commercial law의 제정 목적은 국가간에 상이한 법과 제도상의 간극을 조금이라도 줄이기 위함에 있다고 하였다(Gopalan, 2003). Gopalan도 2003년에 발표되고 기록된 그의 문헌에서, transnational commercial law와 Lex mercatoria는 속성상 절대 분리될 수 없다고 단언하면서 transnational commercial law의 형성과 제정에 가장 큰 원천(quarry)은 다름 아닌 바로 Lex mercatoria이라고 하였다. 또한 transnational commercial law는 이미 상관습으로 존재하고 있는 Lex mercatoria를 단순히 법리적으로 표현(법전화 : codification)하는 것에 불과하다고 하였다. 이 사실은 Goode도 과거에 동일한 의견을 표방한 것으로 파악된다(Gopalan, 2003).

이와 같이 Lex mercatoria는 지금까지 국제무역거래를 가능하게 한 바탕이 되었고 최근에는 이런 Lex mercatoria가 현대적 환경에 적합한 법리적인 구조를 갖추어 가고 있음을 확인 할 수 있다.

3) Brouder으로 알려진 저자는 Philip C. Jessup을 다음과 같이 기술했다. : “No man in the world of international law aroused more universal admiration and affection than did Philip Jessup.”)

4) ‘All law which regulated actions or events that transcend national frontiers.’ 표현된다.

5) Berthold. goldman은 상관습법(Lex mercatoria)을 “a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law.”으로 표현하였다.

2. 상관습법(Lex Mercatoria)의 구체적인 유형

상관습에 대하여 예리하게 분석한 Mustill(1931-2015)은 상관습법의 유형을 여러 가지로 열거하고 있으며 근원은 다음 사항을 포함한다고 언급하였다(Mustill, 1998). <표 1>과 같이 열거된 유형 중에서 오직 무역 관습과 관행(trade usages)과 법의 일반원칙(general principles of law)만이 진정한 형태의 상관습법으로 고려된다고 하였다. 이러한 의견은 과거 Goode의 주장과도 상당히 일맥상통하고 유사한 것으로 파악된다(Maniruxxaman, 1999).

한편, transnational commercial law는 그 법리적 성격에 따라 다양하게 나타나는데 크게 분류하여 보면 국제 협약(international convention : 이하 ‘국제 협약’이라 한다)이나 조약, 모델법(model law : 이하 ‘모델법’이라 한다), 국제규칙(principles : 이하 ‘국제규칙’이라 한다) 등으로 구분이나 분류가 가능하다.⁶⁾ 국제 협약의 가장 대표적 사례는 1980년에 UNCITRAL가 제정한 CISG가 함께 국제중재에 관한 뉴욕 협약도 있다(Sweet, 2006) UNCITRAL에서는 그밖에도 다양한 분야의 국제 협약을 제정하고 있다.⁷⁾

또한 UNCITRAL에서는 다양한 모델법을 주요 이슈에 따라 제정하고 있는데 관련 주제는 중재, 운송 등으로 비교적 다양하다. UNCITRAL에서 제정한 모델법의 대표적인 사례로 국제중재 규칙에 관한 모델법(Model Arbitration Rules)이 있다.⁸⁾ 그밖에도 다양한 모델법이 존재한다.

6) <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/tcl-teachers/definition.html>

7) 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL)에서 제정한 국제협약(International Conventions)으로 국제 결제 결제 분야에는 국제 환어음 및 약속어음에 관한 유엔협약(United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes, 1988년 채택), 독립보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 1995년 채택)이 있다. 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL)에서 제정한 국제협약(International Conventions)으로 국제물품운송 분야에는 국제운송에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008년 채택, 일명 로테르담 규칙(Rotterdam Rules)), 해상물품운송에 관한 유엔협약(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978년 채택, 1992년 11월 1일 발효, 일명 ‘함부르크 규칙(Hamburg Rules)’ 등)이 있다.

8) 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL)는 다양한 영역에서 모델법(model laws)을 제정하고 있는데 국제상사중재 분야에 1985년 국제무역법위원회(UNCITRAL)의 Model Law on International Commercial Arbitration, 국제 상업적 화해에 관한 UNCITRAL에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002년 채택), 국제파산에 관한 UNCITRAL 모델법(UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency, 1997년 채택), 국제신용이체에 관한 UNCITRAL 모델법(UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992년 채택), 전자상거래에 관한 UNCITRAL 모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, 1996년 채택) 등이 있다.

<표 1> Michael. Mustill의 상관습법(Lex mercatoria) 유형

- ㉠ 국제공법(public international law)
- ㉡ 통일법(uniform laws)
- ㉢ 법의 일반원칙(general principles of law)
- ㉣ 국제기구의 규칙(the rules of international organizations)
- ㉤ 상관습(customs and usages)
- ㉥ 표준형태계약(standard form contracts)
- ㉦ 중재판정보고서(reporting of arbitral awards)

국제규칙에 관한 대표적인 사례는 국제상업회의소(ICC)가 1933년에 신용장 관련 국제규칙으로 제정한 화환신용장통일규칙(UCP)가 있다. 또한 국제상업회의소(ICC)는 1936년에는 인코텀즈(Incoterms)도 제정하여 국제무역 규칙 제정에 일조한 바 있다(Cranston, 2007).

이와 함께 Mustill은 중재관련 분야에 적용 가능한 규칙을 20여 개 정도 파악하였다(Mustill, 1998). 이와 관련된 웹 사이트도 있는 것으로 파악된다.⁹⁾ 이를 일부만 요약적으로 정리하면 다음과 같다.

첫째, 20개의 중재규칙 중 가장 첫 번째로 기술되는 것은 “계약은 계약의 조건에 따라 분명히(*prima facie*) 이행되어야 한다는 것이 일반원칙이며 합의를 통해 이루어진 계약은 반드시 지켜져야 한다(*pacta sunt servanda*)¹⁰⁾”는 것이다.

둘째, 20개의 중재규칙 중 다섯 번째로 기술되는 것으로 “계약은 신의성실에 근거하여 이행되어야 한다¹¹⁾”고 하였다.

셋째, 20개의 중재규칙 중 열한 번째로 기술되는 것으로 “만약 계약의 다른 당사자가 계약 위반을 한다면 한 당사자는 의무가 면제되는 권한을 가지게 된다. 그러나 계약 위반이 실질적이고 상당할 경우에만 적용된다¹²⁾”고 하였다.

넷째, 20개의 중재규칙 중 열세 번째로 기술되는 것으로 “재판부는 당사자들이 체결한 계약의 성격에 영향을 받지 않는다¹³⁾”고 하였다.

9) <http://www.trans-lex.org/>

10) A general principle that contracts should *prima facie* be enforced according to their terms : *pacta sunt servanda*.(Trans Lex Principle No.IV.1.2 - Sanctity of contracts)

11) A contract should be performed in good faith.

12) One party is entitled to treat itself as discharged from its obligation if the other party has committed a breach, but only if the breach is substantial.(Trans Lex Principle No.VI.1 - Termination of contract in case of fundamental non-performance)

13) A tribunal is not bound by the characterisation of the contract ascribed to it by the parties.

Ⅲ. 국제물품매매계약에 있어서 상관습법(Lex Mercatoria) 적용과 실제

국제 협약이나 조약은 일(一) 국가의 의회 동의를 거쳐 비준되면 국내법과 동일한 효력을 가진다. 따라서 UNCITRAL이 제정한 CISG을 우리나라가 2004년 가입했기 때문에 우리나라 입장에서 CISG은 반드시 지켜야 하는 강행 법규이다. 그러나 국제 협약 체결 시 수정이 있다면 그 협약은 유보되어야 한다.

한편, UNCITRAL이 제정한 모델법이나 ICC가 제정한 인코텀즈(Incoterms), 그밖에 국제기구가 제정한 표준계약서 등은 국제 협약과 같은 강성법(hard law)이 아니라 연성법(soft law : 이하 ‘soft law’라 한다)에 해당된다. 이런 종류의 soft law 규범은 반드시 이행해야 되거나 꼭 지켜야 하는 강행규정이 아니다.

먼저 모델법과 같은 soft law를 만드는 제정취지는 이 모델법이 개별 국가의 입법 활동을 위한 하나의 모델을 제공하기 위함이다. 이 soft law에 해당하는 모델법은 여러 국가의 개별 입법기관들(national legislatures)에 의해 채택 및 수용을 위해 새롭게 디자인되기도 한다. 또한 같은 유형의 soft law라고 하더라도 ICC가 제정한 UCP와 같은 국제규칙은 당사자의 채택 여부에 따라 그 적용이 상당히 유연하다. 이 국제규칙은 반드시 국제거래의 매매당사자간의 합의에 의해서만 그 효력이 발휘된다. 양당사자 합의를 통해 만들어진 서류를 계약서에 첨부(incorporation by reference)함으로써 가능하다.¹⁴⁾ 그러나 soft law가 강행규정이 아니라고 해서 그 효험이나 가치를 낮게 평가해서는 아니 된다. 오히려 협약이나 조약보다 모델법이나 국제규칙이 국제무역에 미친 영향은 상당한 것으로 알려져 있고 실제로도 그러하다(Gopalan, 2003).

이에 본 논문에서는 국제물품매매계약 분야에 있어서 대표적인 국제 협약인 CISG에 논의하기로 한다. 그 이후에는 국제물품매매계약에 있어서 대표적인 국제규칙인 ‘국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : 이하 ‘UNIDROIT 원칙’ 혹은 ‘PICC 원칙’이라 한다)’에 대해 논의하기로 한다.

14) 신용장(Letter of Credit)이나 국제물품매매계약서에 화환신용장통일규칙(UCP)에 의해 법적인 규제를 받고자 할 경우 다음과 같이 삽입함으로써 국제규칙 적용 여부가 결정된다. “다음 : We hereby issue this irrevocable documentary credit in your favour which, except so far as (unless) otherwise expressly stated herein, this credit is subject to the “Uniform Customs and Practice for Documentary Credits(2007 Revision), International Chamber of Commerce Publication No.600.” 또한 국제물품매매계약의 당사자가 국제상업회의소(ICC)에서 제정한 인코텀즈(Incoterms)의 적용받고자 할 경우에도 동일한 방식에 의해 적용 가능하다. 그런데 화환신용장통일규칙(UCP)나 인코텀즈(Incoterms)는 매매당사자에 의해 선택되기 이전에는 임의법에 불과하지만 실제 적용이 이루어지면 규칙(rule)이 아니라 법(law)이 된다.

1. 상관습법(Lex mercatoria)으로서 CISG

1) 일반적 개요

CISG 제정에 있어 가장 최초이자 초기의 시도는 1920년대로 거슬러 올라간다. 1929년에 그 당시 법률가인 Ernst. Rabel(1874-1955)이 유럽에 있는 사법통일국제협회(International Institute for the Unification of Private Law : 이하 ‘UNIDROIT’라 한다)에 국제물품매매계약에 관한 통일을 위한 방안을 제출함으로써 시작된다. UNIDROIT은 유럽에 있는 여러 학자들로 구성된 위원회를 조직하여 국제물품매매에 관한 통일법 협약(Uniform Law for the International Sale of Goods : 이하 ‘ULIS’라 한다)을 제정하도록 하였다. 그러나 ULIS는 곧 이어서 발생한 제2차 세계대전 때문에 법으로써 완성되지 못하고 있다가 1964년이 되어서야 비로소 국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법 협약(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods : 이하 ‘ULF’라 한다)과 함께 제정되었다. 그러나 ULIS와 ULF는 유럽을 벗어나 세계적으로 확산되지 못하였고 1980년에 UNCITRAL에 의해 통합 제정되었다. Rabel의 최초 제안부터 이 협약이 실제로 제정되기까지는 약 50여 년의 세월이 소요된 것이다(Cross, 2007).

그런데 이 협약의 효력은 1988년부터 발효되었다.¹⁵⁾ 초기에 이 협약에 가입한 국가는 10개 국가밖에 없었지만 지금은 85개 국가가 이 협약에 가입하고 있다. 이미 미국과 중국은 이 협약을 1988년 1월 1일, 일본도 2009년 8월 1일부터 발효되는 것으로 파악되었다. 그러나 영국, 인도, 인도네시아 등의 국가는 가입되지 않은 것으로 확인된다. 우리나라도 2003년에 국회의 비준 동의를 얻어 2004년 2월 17일에 가입서(Accession)를 제출하였고 그 결과 2005년 3월 1일부터 정식으로 CISG가 발효되었다.¹⁶⁾ 이와 같이 미국, 중국, 일본 등의 무역강국의 나라가 이 CISG에 가입됨에 따라 국내 기업이 이들 국가에 영업소를 둔 기업과 수출입 계약을 체결할 때 이 CISG 적용을 명시적으로 배제하지 않으면 자동 적용이 되는 것으로 본다.¹⁷⁾

한편, CISG가 common law와 civil law을 아무리 잘 조화시켜 만들었다고 하더라도 국가별로 적용함에 있어서는 국내법보다는 생소하거나 불편한 점이 있는 것은 분명한 사실이다. 미국만 하더라도 미국 계약법 분야에 대표적인 법령인 통일상법전(Uniform Commercial Code : 이하 ‘UCC’라 한다)에 사기방지법(statute of frauds)¹⁸⁾과 함께

15) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
(2016년 9월 28일 최종 검색하였다)

16) CISG 제1조.

17) CISG 제6조.

구두증거배제의 원칙(parol evidence rule : 이하 ‘parol evidence rule’이라 한다)이 있지만 CISG에서는 이와 같은 규정이나 규범이 없다. 그러나 미국 법원도 이제는 MCC-Marble¹⁹⁾의 판례를 통해 그 이후에는 CISG를 받아들이고 있다.

2) 주요 내용 및 특징

(1) CISG의 적용 여부

CISG는 국제성(internationality)이라는 전제가 있어야 적용된다. 매매계약의 당사자가 서로 다른 국가에 존재한다는 사실이 계약, 협상 등의 정보에 의해 드러나야 CISG가 적용된다.²⁰⁾ 그러나 당사자의 국적, 당사자의 법적 성격, 상사계약인지 민사계약인지 여부 등은 CISG 적용과 아무런 관련이 없다.²¹⁾ 또한 CISG는 모든 영역에 대해 규율하는 법이 아니라 오직 계약 성립, 이행 및 구제에 국한해서 기술하고 있으며 계약의 유효성, 적법성, 소유권에 대해서는 규율하지 않는다.²²⁾

먼저 CISG가 어떠한 경우에 적용되는지 여부에 대한 판단이다. 물론 계약자유의 원칙에 의해 당사자끼리 합의해서 명시적으로 CISG를 배제 할 수 있다.²³⁾ 만약 국제매매계약의 당사자끼리 CISG를 적용하기로 합의한 경우에는 별 문제없이 CISG가 적용된다. 그런데 문제는 국제매매계약의 당사자끼리 CISG의 적용에 대한 합의가 없는 경우에는 과연 CISG가 적용될 수 있는지 여부이다. CISG에서는 이런 문제를 두 가지로 구분하여 명시하였다.

- 첫째, ㉠ : 양 당사자의 영업 소재지가 모두 계약국인 경우²⁴⁾(직접 적용),
- 둘째, ㉡ : 국제사법(rules of private international law)에 따라 계약국의 법이 준거법으로 되는 경우(간접 적용)²⁵⁾

첫째의 경우(㉠ 해당)에는 CISG가 직접 우선적으로 적용된다. 이와 관련 판례로는 *BP Oil International, Ltd. and BP Exploration & Oil, Inc. V. Empresa Estatal*

18) UCC §2-201.

19) *MCC-Marble*, 144 F.3d at 1385-1386.

20) CISG Preamble.

21) CISG 제1조 제1항 c호.

22) CISG 제4조.

23) CISG 제6조.

24) CISG 제1조 제1항 a호.

25) CISG 제1조 제1항 b호.

Petroleos De Ecuador.가 있다.²⁶⁾ 이 사건은 미국에 영업소를 가진 석유회사 BP Oil International, Ltd.(매도인)이 에콰도르(Ecuador)에 영업소를 소유한 Empresa Estatal Petroleos de Ecuador(매수인, 이하 ‘PetroEcuador’이라 한다)에게 140,000 배럴(barrels)에 해당하는 무연 휘발유를 정형거래조건 ‘CFR La Libertad-Ecuador’ 조건으로 판매하기로 합의했다. 그런데 이 매수인(PetroEcuador)이 무연 휘발유를 품질상의 이유로 인수를 거절하자 BP Oil International, Ltd.(매도인)이 소송을 제기하였다. 그런 이유는 매도인은 계약 당사자 모두 CISG 체결 국가이고 정형거래조건인 CFR 조건이기 때문에 선적시 품질은 이상이 없었고 도착시의 품질로 인해 물품 인수를 거부한 것은 계약 위반이라고 주장하였다. 이에 미국의 항소법원인 제5 연방 순회법원(Court of Appeals for the Fifth Circuit)에서는 미국과 에콰도르가 CISG를 1986년과 1993년에 각각 비준했기 때문에 매도인인 미국의 법인 BP와 매수인인 에콰도르 법인 PetroEcuador 사이에 물품매매계약에 관한 분쟁은 본 사건에서 CISG가 우선적으로 적용된다고 보았다. 그리고 CISG가 본 계약을 직접적으로 지배하는 준거법이라면 정형거래조건인 CFT조건인 인코텀즈(Incoterms)도 CISG의 일부로 적용된다고 보았다.²⁷⁾

그러나 CISG 간접 적용(㉞ 해당)의 경우에는 사례마다 다르고 한다. 언급된 내용을 바탕으로 만약 한국(체약국)의 기업과 영국(비체약국)의 기업이 물품을 대상으로 한국 제매매계약에서 우리나라 법원에서 재판(법정지가 한국)하는 경우, 준거법이 영국법이면 CISG가 적용되지 않지만 준거법이 한국법이면 CISG가 적용된다. 그런데 미국은 CISG 제 95조를 유보했기에 위의 ㉞에 해당되는 것은 적용되지 않는다. 미국은 직접 적용의 경우에 한정해서 오직 국제물품매매계약에서 양당사자가 체약국일때만 적용된다고 하였다(McQuillen, 2007). 이 사실은 *Bruno v. Connor*²⁸⁾ 사건에서 알 수 있는데 미국 법원은 일관되게 당사자의 영업소가 모두 체약국에 있고 당사자가 협약의 적용을 명시적으로 배제하지 않는 한 CISG가 적용된다고 하였다(김선국, 2015).

한편, CISG는 모든 물품에 대해 적용되는 것은 아니다. 개인, 가족 또는 가정형 용도로 구입된 물품의 매매는 적용되지 아니한다. 경매, 강제집행 또는 그 밖의 법령에 의한 매매에도 적용되지 않는다.²⁹⁾ 또한 주식, 지분, 투자증권, 유통 증권 또는 통화의 매매에도 적용되지 않고 선박 및 항공기, 전기 등의 매매에도 적용되지 않는

26) 332 F.3d 333, 2003 WL 21221724, 200 A.L.R. Fed. 771, C.A.5 (Tex.), June 11, 2003 (No.02-20166)

27) CISG 제7조.

28) *Bruno Rimini(Furniture) Limited v. connor Marketing, Inc.*, 2015 WL 4530991(E. D. Cal. 2015.7.27.).

29) CISG 제2조 a, b, c호.

다.³⁰⁾ 이와 같이 CISG는 물품에 국한시켜 적용된다고 하였다. 그러나 물품공급계약에서는 매도인과 매수인 중 누가 실질적 부분을 제공하느냐에 따라 CISG가 적용되기도 적용되지 않기도 한다고 하였고³¹⁾ CISG 제3조에서는 서비스계약의 적용 제외를 정하였다.³²⁾

(2) CISG의 해석원칙

협약의 제7조에서는 협약 적용의 통일성을 증진시키기 위한 것으로 동 협약 적용시 해석에 관한 기본 원칙을 제공하고 있다. 이 규정은 각 체약국 법원이 협약을 자국 국내 물품매매법에 근거해 편의적으로 해석하는 것을 금지하기 위한 조치이다. 협약의 제7조에서는 협약의 일반적 해석원칙으로서 신의성실의 원칙을 규정하였다. 이것은 협약 적용상의 통일성을 증진할 필요성에 근거하여 제정된 것이다.³³⁾ 또한 이 조항은 ‘흠결보충’에 우선순위에 대해 언급하고 있는데, 동 협약에서 규정하고 있는 조항만으로 명시적인 해결이 어려운 경우에는 협약이 근거하고 있는 일반원칙에 따라 해결하도록 규정하고 있으며 그런 원칙도 없는 경우에는 국제사법에 의해 적용되는 법에 따라 해결하도록 명시하고 있다.³⁴⁾ 협약 제8조에는 당사자의 진술이나 행위의 해석원칙에 관하여 정하고 있는데, 동 협약에서는 당사자 의사의 존중 원칙을 규정하고 있다. 먼저 당사자끼리의 의사표시가 우선적임을 정하고,³⁵⁾ 만약 그러한 의사표시가 정해지지 않으면 객관적으로 해석되어야 하며 이 때 고려 요소를 예를 들어 설명하고 있다.³⁶⁾ 협약의 제9조에서는 관행이나 관례가 존중되어야 함을 규정하고 있다.³⁷⁾

2. 상관습법(Lex mercatoria)으로서 PICC 원칙

1) 일반적 개요

국제매매계약법 분야에 있어 또 다른 세계적인 규범을 제정하는 국제기구 중 하나는

30) CISG 제2조 d, e, f호.

31) CISG 제3조 제1항.

32) CISG 제3조 제2항.

33) CISG 제7조 제1항.

34) CISG 제7조 제2항.

35) CISG 제8조 제1항.

36) CISG 제8조 제2, 3항.

37) CISG 제9조.

UNIDROIT가 있다. 이 기관은 유엔(UN)의 바로 앞 전신인 국제연맹(League of Nations)의 부속기관으로서 1926년에 만들어졌으나, 국제연맹 해체 후 다자협정에 의거하여 1940년에 다시 설립되었다. 이 기관은 국가 사이에 서로 상이한 사법(私法)의 점진적 조화 및 현대화를 위한 방안을 연구하는 국제기구로 주로 각국 정부가 참여한다. 2016년 10월 현재 회원은 63개국이며 한국은 1981년 1월 1일에 가입하였다.³⁸⁾

UNIDROIT의 주된 역할은 국제거래와 관련된 다양한 분야로의 입법 활동이며 UNIDROIT의 성문화 작업은 국제 협약, 모델법, 원칙 및 지침(Guides)으로 이루어진다. 무엇보다 UNIDROIT에서는 1994년에 계약법 분야에서 대표적인 성과물을 제정하고 공표했는데 그것이 다름 아닌 바로 PICC 원칙이다. 그 이후 2004년에 제1차 개정 작업이 이루어졌고 2010년에 2차 개정이 이루어졌다. 현재 PICC 원칙은 조문, 주석(Comment) 그리고 주석에서는 조문의 이해를 돕기 위해 필요한 경우에 따라 예시(Illustration)를 두고 있으며 총 211개 조문으로 구성되어 있다.

PICC 원칙은 법조문 형식으로 이루어졌고 성문법이 취하고 있는 형식을 갖추고 있지만 강제력이 있는 법은 아니다. 더욱이 국가가 비준 등의 절차를 통해 국내법으로 강구될 수 있는 국제조약이나 협약은 더욱 아니다(오원석·최준선·허해관, 2006). 단순히 국제물품계약과 관련된 일련의 규칙을 명문화시킨 것에 불과하다(Michaels, 2014) 그런데 이 PICC 원칙 그 자체가 국제계약 분야에 있어서 국제적인 보편성을 갖추고 있고 당사자간 형평성을 어느 정도 반영하였기에 각국 법원의 소송이나 국제상사중재의 중재에 있어 활용되는 사례가 증가하고 있다(안건형, 2011). 또한 내용면에서도 착오 등 계약의 유효요건까지 다루고 있다는 점에서 매매계약만을 대상으로 하면서 계약의 유효성 등에 대해서는 전혀 관여하고 있지 않는 CISG와는 구별된다(이시환, 2011).

2) 주요 내용 및 특징

(1) PICC 원칙의 적용 여부

먼저 PICC 원칙을 매매계약의 양당사자가 직접 지정해서 적용받는 것으로, PICC 원칙의 전문에서는 매매계약의 양당사자들이 그들의 계약을 규제하는 준거법으로써 PICC 원칙을 채택하기로 합의한 경우에는 PICC 원칙이 적용된다고 명시적으로 규정하고 있다.³⁹⁾ 이와 같은 경우에 매매계약의 양당사자들은 PICC 원칙만을 준거법으로 명

38) <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

39) PICC Preamble, pp.2-3.

시할 수도 있고 PICC 원칙으로 해결되지 않는 문제는 특정국가의 법과 함께 PICC 원칙을 준거법으로 명시할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 매매계약의 양당사자들이 PICC 원칙을 준거법으로 직접 지정하지 않는다고 해서 PICC 원칙의 적용이 배제되는 것은 당연히 아니다. PICC 원칙의 전문에서는 법의 일반원칙이나 그밖에 Lex mercatoria의 적용을 받는다고 합의한 경우에는 PICC 원칙이 적용될 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 다만 이러한 PICC 원칙 적용은 어떤 특정국가의 국내법 적용을 배제하는 경우 등의 환경에 놓였을 때에 가능한 것으로 추론된다.

PICC원칙 전문에서는 PICC원칙이 일(一)국의 국내법이나 국제적인 통일법규를 해석 또는 보충하는데 사용될 수 있다고 명시하고 있다. 여기서 국제적인 통일법규는 CISG로 지정하고 있으며 CISG와 같은 국제적 통일법규들은 개별 조문의 정확하고 분명한 의미의 해석이 이루어지지 않는 경우도 일부 있어 공백이 발생하게 되는데 이러한 틈을 PICC원칙이 매우 효과적으로 채워주고 있는 것이다. 즉, PICC원칙이 CISG가 보다 잘 활용될 수 있도록 지원하는 기능을 가지고 있다.⁴¹⁾

(2) PICC 원칙의 해석원칙

PICC 원칙은 계약자유 원칙을 채택하여 당사자끼리 자유롭게 국경 없는 거래에 참가할 수 있도록 하고 있으며,⁴²⁾ 계약충실의 원칙(*pacta sunt servanda*)을 고수한다.⁴³⁾ 이와 함께 예외적으로 등가관계의 파괴가 있는 경우에 한하여 이행곤란(*hardship*)이 인정되는 것으로 규정하는 등 유동성을 부여하고 있다.⁴⁴⁾ 그리고 국제무역에서의 신의성실과 공정거래의 원칙을 당사자 사이에 협상과정 뿐만 아니라 계약의 모든 단계에 적용하도록 함으로써 PICC 원칙의 가장 기본적인 이념으로 하고 있다.⁴⁵⁾ 결국 PICC 원칙은 대부분의 조항을 통하여 합리성과 공정성을 추구하여 항시 변화하는 국제상거래에 즉각 대응할 수 있도록 하고 있음을 알 수 있다(홍성규, 2013). 또한 PICC 원칙의 해석에 있어서는 물품매매계약은 당사자의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁴⁶⁾ PICC 원칙은 의사표시 및 그 밖의 당사자 행위의 해석에 관해서는 당사자의 의사에 따라 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾

40) PICC Preamble, p.4.

41) PICC Preamble, p.5.

42) PICC 제1조 제1항.

43) PICC 제6조 제2항 a호.

44) PICC 제6조 제2항 b호.

45) PICC 제1조 제7항 a호.

46) PICC 제4조 제1항, a항.

47) PICC 제4조 제2항.

IV. 국제물품매매계약에 있어서 상관습법 (Lex Mercatoria)의 평가 및 향후 과제

만약 영국에 영업소를 가진 기업과 프랑스에 영업소를 둔 기업이 국제매매계약을 체결할 경우 준거법으로서 영국의 법과 프랑스의 법을 고려할 수 있다. 또한 영국의 기업과 독일의 기업이 이탈리아에 공장 건설을 위해 계약을 맺는다면 준거법으로서 영국의 법, 독일의 법 그리고 이탈리아의 법이 적용될 수 있다(Connerty, 2014). 그러나 앞으로는 미국에 영업소를 둔 기업과 프랑스에 영업소를 둔 기업이 국제매매계약을 체결하면 미국의 법과 프랑스의 법이 아니라 CISG가 고려될 가능성이 상당히 높다. 왜냐하면 미국이나 프랑스 모두 CISG 가입 국가이고 미국을 비롯한 선진국에서는 CISG의 직접 적용은 당사자들이 명시적으로 배제하지 않는 한 법원에서 이를 일관되게 인정하고 있기 때문이다. 뉴욕 협약이 중재 분야에 상당한 법적 뒷받침을 하고 있는 것처럼 CISG도 멀지 않아 계약 분야에 튼튼한 뼈대가 될 것으로 믿는 학자들이 상당히 많다. 즉, CISG에 의한 Lex mercatoria가 더욱 확산 될 것으로 예상된다. 이와 같이 CISG의 활용이 증가하면 이 CISG 해석에 보충적인 역할을 하는 PICC 원칙 활용도 증가할 것으로 예상된다.

그러나 이에 대한 반론도 상당히 있다. 그 중 하나를 살펴보면 다음과 같다.

최근에 Lex mercatoria와 관련해서 데이터를 확보하기 위한 노력이 있어 왔지만 이는 쉽지 않은 것으로 파악된다. 그 이유는 대부분의 국제거래의 상업적 계약은 공적 영역이 아니라 사적 영역에서 이루어지는 것으로 기밀성(confidentiality) 규정에 따르고 심지어는 공개조차 하지 않는다(Cuniberti, 2014). 특히 중재는 비공개로 전제로 하기 때문에 중재기관, 중재인, 그리고 중재당사자 외에는 원칙적으로 증거자료를 열람 및 복사하거나 중재심리를 방청할 수 없다. 중재판정문은 물론이고 심지어는 중재가 있었다는 사실조차 외부에 알려지지 않는 경우도 많다.⁴⁸⁾

Cuniberti는 그의 연구에서, 1999년에서 2012년까지 공표된 ICC 자료를 검토하였다. 약 14년의 기간 동안에 8,911건의 중재 요청이 ICC 국제중재법원에 제기된 것을 확인하였다. 그 사례들 중 80~85%는 매매계약의 양당사자들이 계약 체결에 있어 일(一)국의 국내법을 준거법으로 선택하였고 오직 1~2%(148건)에 해당하는 사례들이 CISG를 포함한 비(非)국가적 규칙(CISG, PICC원칙, 형평의 원칙, Incoterms)을 준거법으로

48) 중재판정부와 당사자의 동의가 없는 한 제3자의 심리기일 참석이 허용되지 않는다는 국제상업회의소(ICC) 중재규칙 제26조 제3항 및 대한상사중재원(KCAB)의 개정국제중재규칙 제30조 제2항, 그리고 중재는 비공개로 진행한다고 명시한 대한상사중재원(KCAB)의 개정국제중재규칙 제57조가 그 예라고 할 수 있다.

적용하였다(Cuniberti, 2014).

이와 같은 데이터로 보면, 국제물품매매계약에서 준거법 선정시 CISG을 선택하는 경우는 현저히 낮다. 이 사실은 아직까지 CISG이 충분히 활용되지 않음을 반영한 것으로 판단된다.

1. 유엔국제물품매매계약의 평가와 향후 과제

CISG은 PICC 원칙과는 다르게 협약 제정의 초기부터 성문법 형식을 취한 제정법(statute law)으로 계획되었다. CISG의 제정 목적은 국제물품매매계약의 양당사자들에게 보다 양호하고 신뢰성 있는 국제무역환경을 제공하고자 하는 취지에서 만들어졌다. 이것이 곧 바로 이어져 PICC 원칙과 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)가 심도 있게 제정한 ‘유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law : 이하 ‘PECL’이라 한다)’등의 제정에도 커다란 영향을 끼쳤다. 이에 CISG의 제정 의의가 있는 것이다. CISG의 제정과 확산이 또 다른 계약법 규범과 규칙 형성과 성립에 가장 큰 역할을 한 것이다.

CISG의 적용은 나라마다 경제발전이나 어떠한 법체계를 갖추고 있느냐에 관계없이 모든 국가에 적용될 수 있다. 그 이유는 CISG 자체가 비교적으로 civil law와 common law을 잘 조화시켰기 때문이다. 그리고 UNCITRAL에서는 CISG과 함께 1958년 뉴욕 협약, 1978년 해상물품운송에 관한 유엔협약(일명 ‘함부르크 규칙(Hamburg Rules)’), 1985년 UNCITRAL의 국제 상업적 중재에 관한 모델법, 1996년 UNCITRAL의 전자상거래에 관한 모델법, 1997년 도산에 관한 모델법 등에 관한 판례(case law on UNCITRAL texts : ‘clout’라고 한다)를 인터넷을 통해 6가지 언어(아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어, 스페인어)로 접근하도록 하고 있다.⁴⁹⁾ 이것은 비록 초록에 불과한 것이지만 국제 협약이나 모델법의 적용 여부에 있어서 귀중한 자료가 되며 많은 판례를 통해 관련 내용을 정립, 발전시킬 수 있는 여건을 제공하고 있다.

이처럼 CISG가 성과도 있지만 한계가 있는 것으로 파악된다. 먼저 CISG를 아직 가입하지 않은 나라가 다수 있다. common law의 요람인 영국은 가입조차 하지 않았다. 이것은 아직도 국제물품매매계약에서는 여전히 국내법을 계약의 준거법으로 사용하려는 국가가 많기 때문일 것으로 판단된다. 이와 같이 ‘CISG 가입상의 지역적 불균형’이 CISG의 이행이나 적용에 불균형을 야기시키고 이 부분이 향후 CISG의 발전에 걸림돌이 될 수도 있음을 시사한다. 앞으로 국가별로 CISG를 비준하도록 독려할 필요가 있다.

49) http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

둘째, CISG에 가입된 국가라 하더라도 각국의 법원이 CISG를 적용하여 판례나 중재판정을 한 사례는 나라마다 상당한 차이가 있는 것으로 파악된다. 즉, 'CISG에 국가별 판례 수의 불균형'이 있다. 독일 법원은 CISG를 적용한 사례가 수천 건수가 있지만 미국은 최대 교역국임에도 불구하고 미국 법원이 CISG를 적용한 사례는 그 수가 독일보다는 훨씬 낮다. 참고로 국가별로 확인된 법원이나 중재 절차에 있어 CISG의 적용에 관한 일정표(Schedule of court and arbitral proceedings)를 보게 되면 총 3,152건 중에서 독일 534건, 중국 432건, 러시아 305건, 네덜란드 268건, 스위스 212건, 미국 183건, 프랑스 164건 순으로 나타난다.⁵⁰⁾

미국 법원에서 CISG 적용한 판례가 상대적으로 유럽의 여러 나라들 보다 낮은 이유는 소송보다는 중재에 대한 높은 선호도, 미국 법원의 CISG 등에 대한 생소함 등 여러 가지가 있다(Kilian, 2001). 또한 미국의 입장에서 봤을 때, CISG는 외국법에 해당하고 CISG에는 미국의 법에서는 너무나 전통적인 이론으로 자리매김하고 있는 약인에 대한 이론, 사기방지법에 관한 법, 그리고 parol evidence rule이 없어 미국 법원이 CISG 적용을 꺼려했다는 분석도 있다(Kilian, 2001). Murray에 의하면, 한 때 미국 변호사들이 국제물품거래의 당사자들에게 CISG 제6조를 이용하여 명시적으로 CISG 배제를 권고하기도 했었다고 한다. 또한 1998년까지 미국의 CISG 관련 미국 법원의 판례가 *Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.*⁵¹⁾ 포함하여 오직 3건만이 있었다고 확인되었다.⁵²⁾ 그리고 1998년~2006년 사이에 미국 연방법원이 CISG와 관련된 판결을 약 50여 건 하였는데 이 중 10건 만 국제법의 적용 여부를 따져보고 나머지는 CISG가 가이드 역할에 국한되었다(McQuillen, 2007). 이와 같이 미국의 CISG에 대한 판례가 유럽의 여러 국가들보다는 CISG에 대한 판례가 상당히 부족한 것은 분명한 사실이다. 이와 같이 CISG 관련 판례의 수의 불균형이 또 다른 CISG 적용상의 지역별 불균형을 조장한다고 볼 수 있다.

셋째, CISG의 동일 법조항이라고 하더라도 각 국가의 법원에 의해 다르게 해석될 수 있다는 점이다. 이런 것도 혼란의 여지를 국제매매계약 당사자에게 줄 수 있다. 그러나 이것은 준거법을 국내법 보다는 국제조약이나 협약을 우선 적용하여 해석한다면 다소 회피될 수 있다는 의견도 있다(Gopalan, 2003). 또한 CISG 적용에 있어서도 미국은 오직 CISG가 '직접 적용(체약국)'일 때만 적용되지만 다른 나라는 '직접 적용(체약국)' 뿐만 아니라 '간접 적용(국제사법)'일 때도 CISG가 적용될 때도 있다. 나라마다 다른 'CISG 적용상의 불균형'도 또 다른 혼란을 야기시킬 여지가 있다.

50) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>(2016년 10월 10일 최종 검색하였다.)

51) 71 F.3d 1024(2d Cir. 1995)

52) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murray1.html>.

넷째, CISG는 지금은 하나이고 유일무이(唯一無二)한 버전이지만 향후에는 이를 수정한 새로운 형태의 제2의 CISG가 나올 가능성도 있다. 이는 해상운송 분야와 관련해서 논의할 수 있다. 해상운송을 규율하는 분야에는 지금 몇 가지 형태의 협약이 다양하게 함께 존재한다. 가장 최초로 만들어진 조약은 1931년에 발효된 선하증권에 관한 일부 규칙의 통일을 위한 국제적인 조약(일명, 헤이그 규칙 ; Hague Rules), 1977년에 발효된 헤이그 의정서(Hague-Visby Rules), 1992년에 발효된 함부르크 규칙(Hamburg Rules) 등이 있다. 이와 같이 해상 운송 분야에는 적어도 세 가지의 이상의 서로 다른 법령이 함께 존재한다. 이렇게 내용이 서로 다른 규칙이 존재하면 가장 초기에 제정된 헤이그 규칙의 목적은 상실될 가능성이 높다. 그러나 이러한 해상운송 관련 국제 조약은 비록 여러 형태의 조약이 존재하더라도 비교적 선주와 화주 사이에 발생하는 이해관계를 잘 조율하고 있기 때문에 여전히 강력한 힘을 발휘한다. 지금은 CISG가 하나의 버전에 국한되지만 앞으로는 제정된 CISG도 다시 만들어져 제2의 CISG, 제3의 CISG가 나올 가능성이 있다. 그러면 초기에 제정된 CISG의 제정 목적은 상실될 가능성이 높다. 그러나 국제물품매매계약의 당사자들간의 이해관계를 잘 조율하고 법원이나 중재판정부에 의해 충분하고 다양한 판례가 있다면 이런 혼란을 줄 여지는 없어질 것으로 판단된다.

2. PICC 원칙의 평가와 향후 과제

CISG가 국제물품매매계약의 통일을 목적으로 제정된 것이라면 PICC 원칙은 이를 해석하거나 보완하기 위해 국제규칙 형태의 soft law으로써 제정되었다. PICC 원칙은 강행법규가 아니라 선택의 사항이라는 것이다. 그럼에도 불구하고, 일부 국가들은 새로운 관습법을 제정하는데 PICC 원칙을 활용하였다. PICC 원칙은 네덜란드의 민법전(Dutch Civil Code), 퀘벡의 신(新)민법전(The New Civil Code of Quebec), 러시아의 새로운 민법전(The New Civil Code of the Russian Federation) 형성에 중요한 근원을 제공하였다. 리투아니아, 에스토니아, 체코, 스코틀랜드, 튀니지, 뉴질랜드 그리고 아프리카의 15개 국가들은 새로운 법의 초안을 작성하고 제정하는데 있어서도 PICC 원칙을 참조하였다(Kilian, 2001). 이 PICC 원칙은 법은 아니고 하나의 규칙에 불과하다. 또한 이와 같은 PICC 원칙은 원래 초국적 계약법의 일부로 리스테이트먼트(restatement : 기존의 판례 법리를 조문의 형태로 다시 기술하여 설명을 추가함과 동시에 나아가야 할 방향도 제시한 것)으로서 만들어졌다(Michaels, 2014).

그런데 요즘은 이 PICC 원칙이 국제중재 분야에 활용도가 증가하고 있다. 그 이유는 세계경제의 글로벌화 추세에 따라 국제거래도 활발하지만 덩달아 국제무역 관련 분

쟁도 증가하고 있다. 그런데 최근의 국제거래의 분쟁해결 수단은 소송보다는 비용 측면에서나 기업의 보안 측면에서 중재에 대한 선호가 더욱 뚜렷하게 나타나고 있다. 그 이유는 여러 가지가 있겠지만 중재절차나 판정은 소송과는 달리 공개되지 않는다. 즉, 중재는 소송과는 달리 기밀성 유지라는 특성이 있다. 이와 같은 장점이 있기에 그 선호도가 높은 것이 사실이다. 또한 중재를 하도록 범질서나 기구도 잘 갖추고 있는데 대표적인 것으로 국제상업회의소(ICC)의 국제중재법원(International Court of Arbitration)이 있다. 이 기관은 세계 최대 국제중재기구 가운데 하나이며 투자관련 중재만을 취급하는 세계은행의 국제투자 분쟁센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes)와 함께 대표적인 세계적인 중재기관이다. 국제상업회의소(ICC)는 매년 제기되는 600~800여 건의 국제중재를 처리하고 있다. 그 중 30~40건이 한국 기업과 관련된 것이다. 우리나라에서도 중재를 위한 기관이 있는데 이는 대한상사중재원이 이에 해당한다.

이와 같이 중재가 선호됨에 따라 PICC 원칙의 이용이나 활용도 높아질 것이다. 만약 소송이라면 이 PICC 원칙이 지정될 수 없지만 국제중재에서는 중재판정부가 계약의 일반적인 원칙만을 명시한 PICC 원칙을 사건을 해석하거나 법과 규정의 보완책으로서 활용할 가능성이 상당히 높다. 따라서 국제물품매매계약의 양당사자들은 PICC 원칙을 계약의 준거법으로 선택해서 적용하지 않았다고 하더라도 중재판정부 등에 의해 PICC 원칙을 계약의 준거법을 해석하거나 보충하는데 사용될 여지가 충분이 있고 그 가능성이 높아지고 있다. 즉, PICC 원칙이 법은 아니지만 계약체결이나 이행에 있어 범질서의 일부가 되어가고 있는 것이다.

또한 PICC 원칙이 국제무역관습 혹은 관행으로서 사용되고 있는 것이 증가하고 있는 추세이다. 우크라이나(Ukrainian) 법원과 중국 법원에서는 PICC 원칙을 관습으로 간주하는 사례가 있는 것으로 확인된다.

최근에는 법원에서도 중재인만큼 종종 PICC 원칙을 적용하려고 한다. <표 2>에서 보듯이, 재판이나 중재에서 판사나 중재판정부가 준거법의 해석과 재판이나 중재판정을 내림에 있어 PICC 원칙을 적용한 건수는 2001년에 소송 5건과 중재 14건, 2002년에 소송 7건과 중재 17건, 2003년에 소송 5건과 17건에 불과했지만 2008년에는 소송에 15건과 중재에 8건, 2009년에는 소송 18건과 중재에 10건이 있어서 해마다 법원이 PICC 원칙을 활용하는 것이 증가하고 있다(Michaels, 2014).

<표 2> 매년 법원과 중재판정부에서 보고된 PICC원칙 활용 보고 수

연도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
법원	5	7	5	4	9	12	16
중재 판정부	14	17	17	18	7	3	8
연도	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
법원	15	18	18	13	11	13	5
중재 판정부	8	10	9	5	4	0	0

자료 : Ralf. Michaels(2014), "The UNIDROIT Principles as global background law," *Unif. L. Rev.*, Vol.19, p.650.

이와 같이 PICC원칙의 활용은 증가하더라도 PICC원칙은 계약의 준거법을 해석하거나 보완하는 것으로 사용되고 실제 양당사자에 의해 준거법으로 활용되는 경우는 드물다. Michaels에 따르면, PICC원칙이 언급된 186건의 중재결정 계약의 준거법에 해석에 대한 일련의 규칙을 제공하는 것은 오직 19건에 불과했고 그 가운데 4건 만이 매매계약의 준거법으로 선택하여 적용한 것으로 파악되었다(Michaels, 2014).

이와 같이 PICC원칙은 Lex mercatoria의 범주에 해당하는 것으로 지금은 그 활용이 미비하지만 향후에는 더욱 발전될 가능성이 있을 것으로 판단된다.

V. 결 론

본 연구는 Goode(2010), Mustill(1998), Goldman(1986) 등의 다양한 문헌을 검토하여 Lex mercatoria의 개념을 정립하고 어떻게 Lex mercatoria가 국제물품매매계약에 영향을 미치고 적용되는지 알아보았다. 이와 함께 국제물품매매계약에서 국제 협약의 대표적인 사례인 CISG와 국제규칙의 대표적인 사례인 PICC를 적용 범위와 해석 원칙을 중심으로 살펴보고 평가와 향후 과제를 제시하였다. 본 연구는 다양한 관례를 미시적 관점에 근거해서 분석하기 보다는 비교적 거시적 관점에서 논의되고 기획되었다. 이에 대한 논의 결과를 요약하면 다음과 같다.

먼저 CISG은 PICC 원칙과는 다르게 협약 제정의 초기부터 성문법 형식을 취한 법으로 계획되고 제정되었다. 그런데 PICC 원칙은 CISG를 해석하거나 보충하는 데 사용될 목적으로 만들어졌다. CISG와 PICC는 양자 모두 계약자유의 원칙에 의거 당사자의 합의에 의해 적용되거나 배제될 수 있도록 했지만 제정 취지는 서로 다른 것으로 확인되었다.

CISG의 제정 목적은 국제물품매매계약의 양 당사자에게 보다 안정성 있는 신뢰할 만한 법적인 기반을 제공함에 있다. 이를 위해 CISG가 common law와 civil law를 조화시켰다고 한다. 이런 CISG를 토대로 매도인과 매수인은 더욱 예측 가능한 국제무역 법적 환경에서 비즈니스를 할 수 있도록 지원하고자 하였다. 그러나 이런 CISG도 그 한계가 있는 것은 사실이다. 대표적인 것으로 CISG는 영국 등 일부 CISG에 가입하지 않은 국가가 있어 CISG 가입상의 지역적 불균형이 있다. 또한 CISG에 관한 국가별 판례 수에 있어서도 지역적 불균형도 있다. 미국의 법령과 규범에서는 전통적인 약인이론, 사기방지법, parol evidence rule이 있지만 CISG에는 없는 것으로 분석되었다. 이런 것이 미국 법원이 CISG 적용을 꺼려하게 되는 원인을 제공한다. 미국은 CISG 관련 판례의 수가 독일 등 유럽 국가에 비해 상당히 부족하다. CISG에 동일 법조항을 적용하더라도 각 국가의 법원마다 해석이나 적용시 일부 차이가 있다. 또한 미국은 CISG 적용에 있어 직접 적용만 허용되지만 일부 다른 나라에서는 직접 적용과 간접 적용 모두를 수용하기도 한다. 같은 것이 앞으로 CISG 확산에 걸림돌이 될 수 있다.

한편, PICC 원칙은 제정법이 아니다. 바로 CISG를 해석하거나 보완하기 위해 국제 규칙 형태의 soft law으로써 제정되었다. PICC 원칙은 강행법규가 아니라 선택의 사항이라는 것이다. 또한 계약의 준거법을 사용되는 것은 미비하지만 계약의 준거법을 해석하거나 보완하는 것으로 사용되며 향후 소송보다는 중재 등의 해결방안이 지속된다면 이에 대한 적용도 확산될 것으로 전망한다.

참고문헌

- 김선국(2009), “비교 계약법적 관점에서 본 CISG : 앞으로의 과제 - Battle of Forms와 몇 가지 점을 중심으로 - ”, 「국제거래법연구」, 제18권 제1호, pp.30-44.
- 김선국(2015), “CISG에 관한 최근 미국 판례(2014-15년)의 동향 - 1 ”, 「국민대학교 법학연구소」, 제28권 제2호, pp.285-313.
- 김용의(2011), “CISG를 적용한 최근 미국 판례에 관한 연구”, 「국제거래법연구」, 제20권 제1호, pp.137-164.
- 석광현(2009), “국제물품매매협약(CISG)과 國際私法”, 「서울대학교 법학」, 제50권 제3호, pp.235-284.

- 안건형(2011), “UNIDROIT 원칙의 적용규칙에 관한 국제중재 판정사례 연구”, 「비교사법」, 제18권 제4호(통권 제55호), p.1073.
- 오원석·심윤수(2005), “「UNIDROIT Principles 2004」의 變更·新設內容의 概觀”, 「무역상무연구」, 제25권, p.45.
- 오현석·심종석(2013), “CISG상 계약당사자에게 공통적으로 적용되는 규정해석과 판결례에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제38권제5호, pp.183- 209.
- 오원석·최준선·허해관 공역(2006), 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, p.451.
- 윤광운(2015), “CISG상 매수인의 부적합통지의무에 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제20권 제2호, pp.185-213.
- 최성수(2015), “우리나라 판례에 나타난 CISG상의 본질적 계약위반”, 「가천법학」, 제8권 제1호, pp.29-66.
- 하충룡(2012), “국제물품매매계약의 형식에 관한 법적 문제 - UCC와 CISG 비교를 중심으로 -”, 「국제거래법연구」, 제20권 제2호, pp. 99-118.
- 홍성규, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙에 있어서 이행곤란(Hardship)의 범위”, 「무역상무연구」, 제57권, 2013, p.5.
- Bewes, Wyndham A.(2003), *The Romance of the Law Merchant*, Sweet & Maxwell, London, reprint Rothman 1986.
- Brouder, Alan.(2006), “A. Philip C. Jessup : The Original Transnational Lawyer,” *Essays in Transnational Economic Law*, No.50, p.10.
- Connerty, Anthony.(2014), “Lex Mercatoria : Reflections from an English Lawyer,” *Arbitration International*, Vol.30, No.4, 2014, pp.705-706.
- Cranston, Ross.(2007), “Theorizing Transnational Commercial,” *Texas International Law Journal*, Vol.42, pp.597-599.
- Cross, Karen Halverson.(2007), “Parol Evidence Under the CISG : The ‘Homeward Trend’ Reconsidered,” *Ohio State Law Journal*, Vol.68, pp.138-139.
- Cuniberti, Gilles.(2014), “Three Theories of Lex Mercatoria,” *Columbia Journal of Trans national law*, Vol.52, No.1, p.397.
- Donahue Jr, Charles.(2004), “Medieval and Early Modern Lex Mercatoria : An Attempt at the Probatio Diabolic,” *Chicago Journal of International Law*, Vol.5, No.1, 2004, p.22.
- Goode, Roy.(2010), *Commercial Law*, 4th Edition, London, Penguin, 2010, pp.3-6.

- Goldman, Berthold.(1986), The Applicable Law: General Principles of Law : the Lex Mercatoria, in CONTEMPORARY PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Julian D.M. Lew ed., pp.113-116.
- Gopalan, Sandeep.(2003), "Transnational Commercial Law : The Way Forward," *American University International Law Review*, Vol.18, No.4, 2003, p.810.
- Kilian, Monica.(2001), "CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions," *J. Transnational Law & Policy*, Vol.10, No.2, pp.227.
- Maniruxxaman, Abul F.M.(1999), "The Lex Mercatoria and International Contracts : A challenge for International Commercial Arbitration," *American University International Law Review*, Vol.14, No.3, p.660.
- McQuillen, Marlyse.(2007), "The Development of a Federal CISG Common Law in U.S. Courts: Patterns of Interpretation and Citation," *University of Miami Law Review*, Vol.61, Iss.2, pp.509-537.
- Michaels, Ralf.(2007), "The True Lex Mercatoria : Law Beyond the State," *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.14, Iss.2, p.453.
- Michaels, Ralf.(2014), "The UNIDROIT Principles as global background law," *Unif. L. Rev.*, Vol.19, pp.643-668.
- Mustill, Michael.(1998), "The New Lex Mercatoria : The First Twenty-five Years," *Arbitration International*, Vol.4, p.109.
- Sweet, Alec S.(2006), "The New Lex Mercatoria and Transnational Governance," *Journal of European Public Policy*, Vol.3, No.5, p.638.
- Tamanaha, Brian Z.(2008), "Understanding Legal Pluralism : Past to Present, Local to Global," *Sydney Law Review*, Vol.30, p.377.
- UNCITRAL(2010), A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2, p.2.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>
<http://www.ipr.uni-heidelberg.de/tcl-teachers/definition.html>
<http://www.trans-lex.org/>
http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html
<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

The Development and Application of Lex Mercatoria in the International Commercial Transaction

: Focus on CISG and PICC Principles

Jae-Woo Jung

Kil-Nam Lee

Abstract

Over the past couple of decades, we can see the emergence of a new lex mercatoria. It consists of international conventions or treaty, model laws and international principles. And such new lex mercatoria is driven by the international institutions such as UNCITRAL, UNIDROIT and ICC. The international convention and international principles in the field of international commercial transaction are considered : UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) and The UNIDROIT Principles(PICC Principles). The former is the statute law for the latter, and the latter sometimes supports the former as an interpretation and supplementation of CISG. So, the purpose of this article is to evaluate and investigate the current status of CISG and PICC Principles in terms of application and interpretation principles. The results are as follows.

First, PICC are used for the interpretation and supplementation of international law such as CISG, but CISG is a law, not a rule. Second, CISG and PICC Principles are not often chosen when parties chose the law governing their contract. The parties very often chose a national law ; the number of the parties choosing CISG and PICC Principles as a governing law was very low.

<Key Words> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), PICC principles, *Lex mercatoria*, International Convention, Model Law, international principles, UNCITRAL, UNIDROIT, ICC