INCOTERMS와 CISG上의 諸問題點과 그 解決方案

吳 世 昌*

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. INCOTERMS와 CISG의 國際物品賣買上의 關係
Ⅲ. INCOTERMS와 CISG上의 問題點과 그 解決方案
Ⅳ. 結 論

Ⅰ. 問題의 提起

오늘날 국제물품매매에 적용되는 대표적인 국제규칙과 협약을 든다면 INCOTERMS와 CISG를 들 수 있다. 이들에 대한 논문이 많이 발표되고 있고 이로 인한 상당한 수준의 이해가 적어도 학계내에서만은 이루어 지고 있다고 볼 수 있다.

본인도 이들에 대해 연구를 하고 몇 편의 논문도 발표하였으나 늘 아쉽게 여기면서 부족하게 느낀 점은 국제물품매매에 적용되는 국제규칙이나 협약 등이 국제물품매매에서 차지하는 위치와 상호관계였다. 이들에 대한 정확한 확신이 없을 때 협약은 협약대로, 규칙은 규칙대로 별개의 것으로 파악하고, 특히 협약에 대한 깊이있는 연구의 접근을 꺼리며 피상적 연구에 그치는 경향이 작금의 우리 학계의 현실이다. 더 솔직히 말한다면 양자에 대해 많이 논의되고 발표되는 것 같으나 그들에 대한 기본적 이해는 약하다는 것이다.

물론 이들이 어느 특정 개인과 대학이나 학회 등의 전유물이 될 수 없으나 적어도 이들이 우리 학회가 주요하게 다루어 우리의 연구 결과를 국제기관과 과 무역업계에 알리고 반영시켜 이름에 걸맞는 학회로 발돋움해야 할 책무가 우리에게 있다.

* 啓明大學校 經商大學 敎授.

이러한 책무의 필요성에 따라 제 1 장 서론에 이어, 많이 사용되고 있으나 혼동의 소지가 있는 거래관습, 관행, 실무 상관습, 국제상관습, 관습 등에 대한 규정과 여러 교수들의 주장을 제시하고 나름대로 정의한 후, 양자의 위치와 관계를 제 2 장 INCOTERMS와 CISG의 국제물품매매상의 위치에서, INCOTERMS상의 몇 규정과 CISG에 관해선 적용원칙(1 (b)), 서식전쟁(19)에 국한하여 문제점과 해결방안은 제 3 장 INCOTERMS와 CISG 상의 문제점과 그 해결방안에서 제시한 후 제 4 장에서의 결론을 연구의 범위로 하고 주로 문헌조사와 실무를 연구방법으로 하였다.

Ⅱ. INCOTERMS와 CISG의 國際物品賣買上의 關係

1. 慣習과 慣行 등의 定義

(1) UCC

§1-205 : 1에선 거래관습(a uage of trade)을 일정한 장소나 업종 또는 거래에서 이루어지는 특정 상거래에 종사하는 자에게 그것이 무엇을 의미하는 지를 정당하게 기대되는 것으로, §1-205 : 18에선 거래관습(a usage of trade)을 계약기초의 일부이거나 달리 명시가 없는 한 계약의 내용을 구성함을 거래에 종사하는 합리적인 사람이 생각할 정도로 충분한 규칙성을 지니는 것으로 특정장소나 거래 또는 업종에서 이루어지는 관행(practice)으로, 그리고 상관습(customs)을 보편성과 전통에 의해 그것이 관련하는 목적물에 관해 법률적 효력을 지니는 관행(practice)으로 각각 정의하고 거래관습(a usage of trade)과 상관습(customs)은 같다고 규정하고 있다.

그리고 §1-205 : 30~31에선 거래과정(a course of dealing ; prior dealings)과 이행과정(a course of performance)과는 다른 것으로 전자를 당해 계약성립 전에 규칙적으로 일어난 기타 거래 하에서 이루어 진 행위와 관련한 것으로, 후자를 계약성립 후 문제가 된 계약 하에서의 당사자들의 행위에 관한 것으로 각각 규정하고 있다.

그리고 §1-205 : 44 에선 계약에 명시되어 있지 아니하는 묵시적 내용

(implied terms)은 거래관습, 거래과정, 이행과정에 의해 보완될 수 있음을 규정하고 있다.

UCC에 의하면 상관습과 거래관습을 특정장소나 거래 또는 업종에서 널리 인정되고 있는 것으로 보고 거래의 과정과 이행과정을 개별기업이 안전성과 합리성을 보다 확실히 하기 위하여 과거의 경험을 토대로 해서 당해 거래에 적용하거나 지금까지의 거래에 적용해 온 관행으로 보고 있는 것 같으며, 이러한 개별기업의 관행이 거래관습으로 발전된다고 볼 수 있다.

(2) CISG

8조와 9조에서 교섭(negotiations), 관습(a usage, usages), 관행(any practices), 계약체결 후의 행동(any subsequent conduct)이라는 용어를 사용하고 있는 바, 합의했건 아니했건 관계없이 관습은 UCC의 거래관습과 같으며, 관행과 계약체결 후의 행동, 그리고 교섭은 UCC의 거래과정과 이행과정으로서의 관행과 같다고 볼 수 있다.[1]

(3) 朝岡良平 敎授

어느 특정의 집단에 속한 사람들의 오랜 기간에 걸친 상습적 행위에 의해 널리 승인되어온 행동양식이 일반적으로 관습(customs)이다.

반면에 상업에 종사하는 모든 사람들이 승인하고 준수하는 전통적인 거래양식은 상관습(merchantile custom ; trade usages, usage commercial)이라 한다. 이러한 상관습은 광의와 협의로 나누어지며, 전자가 상인이 일상 반복해서 행하고 있는 여러 활동에 관한 관습으로서 상법상의 상행위를 의미하며, 후자는 상품의 매매거래에 적용되는 매매관습 즉, 거래관습을 의미한다.

거래관습과 종종 동일시되는 것으로서 상인이 일상반복해서 행하는 거래행위 또는 관례(관행 : practice)로 된 행위가운데서 그대로 상습적 또는 관례적으로 이행되는 것으로서 분별력이 있는 자가 계약당사자로서 동일한 상황에 처

1) 그러나 양자의 차이가 있다면 UCC의 기준은 주관적 기준이고 CISG의 기준은 객관적 기준이며, UCC는 명시적 합의내용, 거래과정, 거래관습순으로 우선순위를 정하고 있으나 CISG에는 우선순위가 없다(A.H. Kritzer, *Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods,* Boston, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1989, pp. 131~2 ; UCC, § 1-205(4), § 2-208(2)).

할 경우에 그 계약에 적용할 것으로 생각될 정도로까지 확립된 거래관행 또는 방법인 거래관습(a usage of trade)을 관행이라 한다.

협의의 상관습인 매매관습 즉, 거래관습은 지역별 상관습, 업종별 상관습으로 분류되고 그 내용에 따라 계약성립에 관한 관습, 품질, 수량, 가격, 기타 계약조건에 관한 관습, 선적, 하역, 기타 항만운송에 관한 관습, 화환어음, 신용장 등의 대금결제에 관한 관습 등으로 분류할 수도 있다.

반면에 상품의 종류나 거래장소 또는 당사자의 직업을 불문하고 널리 일반적으로 적용되는 매매관습 즉, 거래관습으로 어떤 의미에선 지역별 상관습과 업종별 상관습의 국제적 통일이라 할 수 있는 정형거래조건이 있다.

협의의 상관습인 매매관습 즉, 거래관습의 실태조사를 하여 최대공약수적인 확인사항에 근거해서 국제상업회의소 등에서 거래관습의 해석기준으로서 제정한 것이 통일규칙인 통일상관습 즉, 통일거래관습이다.

그리고 이러한 상관습에 법률적인 확인이 가해졌을 때 당사자들의 의사에 관계없이 법으로 당연히 인정되는 상관습법(merchantile customary law : legal custom of merchants)이 된다.[2]

(4) Honnold 교수

당사자들이 명시적으로나 묵시적으로 계약에 적용키로 합의한 관습(usage)을 상관습(commercial usage) 또는 거래관습(trade usage or a usage of trade)이라 한다.

예컨대 "FOB, CIF and the like are governed by ICC's INCOTERMS"와 같은 경우는 명시적 합의의 경우이다. 묵시적 합의의 상관습이 되기 위한 조건으로는 ① 당사자들이 당연히 알았거나 당연히 알았어야 하고, ② 국제거래에 널리 알려져 있으면서 관련된 특수거래에 이루어지고 있는 종류의 계약당사자들에 의해 정규적으로 준수되어야 한다.

그리고 당사자들간의 확립된 거래과정(a course of dealing)을 거래관행 또는 관례라 한다.

거래과정인 관행과 거래관습은 당사자들이 합의한 내용에 대해 특별한 의미를 부여하므로 그 내용을 보완 내지 제한하는 역할을 한다.

---

2) 朝岡良平, 貿易賣買と商慣習, 東京 : 布井出版, 昭和 51年, pp. 40~46.

반면에 상관습과 기본적으로 다른 관습(customs)이나 관습법(customary law)은 엄격하게 한정되며 다수의 사람을 구속하기 위하여 관습은 오랜 기간 동안 확립되거나 오래되어야 하며 국제공법의 법원(a source of public international law)이다.[3]

(5) Schmitthoff 교수

가. 규범적 거래관습(normative trade usages)

국내법정에서 법률의 효력을 지니는 거래관습(상관습)으로서 다음과 같이 두 가지로 분류된다.

① 제정적 거래관습(statutory trade usages)

ICC나 UNCITRAL 등에서 제정한 협약이나 통일상관습이 국내법이 된 것을 의미한다. 예컨대 영국에서는 Hague-Visby Rules을 1971년에 해상물품운송법(Carriage of Goods by Sea Act)으로, 1967년에 ULIS와 ULF를 국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Laws on International Sales Act)으로 명명하여 국내법으로 인정하였다.

반면에 1976년 9월 10일 스페인은 INCOTERMS를 수출입거래의 계약조건(contractual terms and conditions in export and import transaction)으로, 1971년 12월 이라크는 INCOTERMS를 모든 외국무역거래를 위한 법적효력(statutory force for all foreign trade transaction)으로, 1951년 유고는 INCOTERMS를 일반거래관습(the general usages of trade)으로 명명하여 국내법으로 각각 인정하였다.

② 보편적 거래관습(universal trade usages)

모든 거래국가에서 보편적으로 인정되고 있는 법률격언(maxims)을 말한다.

나. 계약적 거래관습(contractual trade usages)

계약자유의 원칙에 따라 계약상에 삽입하는 상관습으로 계약의 내용이 되는 것으로 다음과 같은 두 가지가 있다.

① 다국적용 표준(transnational formulations)

---

3) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Boston : Kluwer Law & Taxation Publishers, 1982, pp. 145~147.

국제경영사회에서 사용을 위해 ICC나 UNCITRAL과 같은 표준화기관에서 초안하여 발표하는 문서를 말한다. 예컨대 ICC의 INCOTERMS나 UCP 그리고 UNCITRAL의 CISG 등을 말한다.

② 기타 계약적 거래관습(other contractual trade usages)

무역협회, 전문기관, 관련 무역단체나 정부기관이 초안하여 발행하는 문서를 말한다. 예컨대 1951 년의 영국의 수출협회(the Institute of Export)에 의한 FOB의 정의 등이다.

다. 사실적 거래관습(factual trade usages)

종합적인 이해를 부여하기 위해 추가되는 관습을 의미한다.[4]

이상의 내용을 토대로 다음과 같이 결론을 내릴 수 있다.

안전성과 합리성을 보다 확실하게 하기 위하여 과거의 경험을 토대로 하여 생각해낸 개인과 기업의 합리적인 거래방법 즉, 당사자들간에 이미 확립되어 있는 거래과정을 관행[5] 즉, 관례(practice)라 할 수 있다.

이러한 관행이 동 업종의 상인들에 의해서나 동 지역의 상인들에 의해서 반복해서 사용되어 질 때 이를 업종별 상관습(거래관습 : 매매관습), 지역별 상관습(거래관습 ; 매매관습)이라 하며 이들 상관습에는 그 내용에 따라 다양한 상관습이 존재하게 된다.

이러한 양 상관습에 공히 적용되는 것으로 양자의 통일이라고 할 수 있는 정형거래조건이 있을 수 있다.

다양한 업종별 · 지역별 상관습과 정형거래조건 등에 대한 해석상의 오해와 이로 인한 거래의 위험과 그 결과의 어려움 등을 없애기 위해 이들 상관습의 최대공약수적인 확인사실에 근거한 국제적인 통일해석기준을 통일국제상관습 또는 통일상관습이라 할 수 있다.

이러한 통일 상관습은 UNCITRAL 등에 의해 협약(Convention)의 형태로, ICC 등에 의해 통일규칙(Uniform Rules)이나 통일관습과 관행(Uniform Customs and Practices) 형태로 표현되며, 이들이 국내법으로 인정될 때 이를 제정적 거래관습(statutory trade usages)이라 할 수 있다. 그리고 이러한 국제기

---

4) C.M. Schmitthoff, *International Trade Usages*, ICC, 1987, pp. 26~29.

5) 이러한 거래과정은 UCC 상의 교섭, 이행과정을 포함한다. 그러나 엄격하게 말하면 교섭과 이에 근거한 이행과정 그리고 이행과정에 근거한 거래과정으로 구분할 수 있다.

구들이 초안하여 발표하는 통일 상관습 그 자체를 다국적용 표준(transnational formulations)이라 할 수 있다.

무역관련 기관이나 단체 등에서 초안하여 발표하는 상관습을 기타 계약적 거래관습(other contractual trade usages)이라 할 수 있다. 그리고 국제무역거래에 보편적 거래관습으로 널리 인정되고 있는 수많은 법률격언이 있는 바, 예컨대 "소유하지 아니한 자는 양도할 수 없다"(nemo dat qui non habet ; no one can give who does not possess)와 같은 법률격언은 보편적 거래관습으로서 규범적 성격을 지닌 거래관습이라 말할 수 있다.

이상의 거래관습으로도 이해되지 아니하는 경우를 대비하여 종합적인 이해를 주기 위하여 그러면서 실제 존재하는 추가되는 거래관습을 사실적 거래관습(factual trade usages)이라 할 수 있다.

반면에 일반적인 의미의 관습(customs)은 한정적이며 다수를 구속하고 오랜 기간동안 확립되거나 오래된 것으로서 국제공법의 법원 역할을 한다고 볼 수 있어 매매관습인 상관습 즉, 거래관습과는 엄연히 구분이 된다.

2. 국제통일상관습으로서의 INCOTERMS와 CISG

Schmitthoff 교수의 주장에 따르지 아니한다 해도, 토의과정, 사례, 규정, 국제적인 적용 등을 고려할 때 양자를 통일 상관습 또는 국제통일 상관습이라 할 수 있다.

3. 兩者의 關係

특수한 목적을 위해 국가들이 모여 약속하여 국내법으로 하려는 하나의 약속이 협약(convention)으로 UNCITRAL의 CISG 등을 들 수 있고, 각 국가들의 법을 통일하기 위한 모범답안을 만들어 놓고 통일하자는 하나의 제안이 통일법(uniform law)으로서 UNIDROIT의 ULIS와 ULF를 들 수 있으며, 자율적 성격의 단체에서 기업이나 단체가 자율적으로 지키고자 만들어 놓은 것이 규칙(Rules)으로 ICC의 INCOTERMS, UCP 등을 들 수 있다.

그러나 통일법과 규칙이 협약으로 될 수가 있는 바, ULIS와 ULF에 대한

1964 년의 Hague 협약이, 그리고 Hague 규칙과 Hamburg 규칙에 대한 1924 년의 국제협약과 1978 년의 UN 협약이 그 예이다.

이렇게 볼 때 협약의 성격은 명칭 그 자체에 구애되지 아니함을 알 수 있어 INCOTERMS나 UCP도 협약이 될 수 있다.

본인의 생각으로는 비록 초안기관이 다양하다 해도 국제통일상관습으로서 협약이나 통일법(협약으로 채택을 전제)은 법의 성격을, 규칙은 국내법에서 말하는 시행령이나 시행세칙의 성격을 지니는 상호관계로 이해하는 것이 어떨까 생각한다.

특히 CISG와 INCOTERMS에 국한하여 생각해 볼 때 CISG는 물품매매 전반에 관한 대 원칙 규정이고 INCOTERMS는 CISG의 제 3 부 물품매매에 관한 규정의 보완 내지 각론규정으로 이해할 수 있다.

Kritzer는 이러한 사실을 두고 상호보완 역할이지만 매우 상이한 역할을 주장하고 있고, Honnold 교수는 국제협약으로부터 기대할 수 있는 수명보다 자주 상세한 거래조건을 현실화하고 개정하려는 하나의 욕구의 대안이 INCOTERMS라 하고 있다.[6]

가능하다면 협약이나 통일법은 UNCITRAL이나 UNDROIT 등이, 규칙은 ICC 등이 제정하는 것이 보다 바람직하다고 생각된다.

Ⅲ. INCOTERMS와 CISG上의 問題點과 그 解決方案

1. 問題點

(1) INCOTERMS

가. 引渡完了時點

E Group과 D Group의 경우 물품을 매수인의 임의처분완료 시를, F Group의 경우 물품을 선측인도완료 시, 물품을 운송인의 보관에 인도완료 시, 물품의 선적완료 시(선측난간 통과완료 시)를, C Group의 경우 물품의 선적완료 시

6) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 229.

(선측난간 통과완료 시), 물품을 운송인의 보관에 인도 완료 시를, 매도인의 인도 의무의 완료시점으로 하고 있고 이 이후의 물품에 관한 위험과 비용은 매수인 부담으로 하고 있다.

따라서 이 시점은 대단히 중요하다. 그러나 인도완료 후에서 운송수단에 적재완료 시까지, 또는 선창에 적재완료 시까지, 매수인의 보관에 입고완료 시까지 상황에 따라서 그 물품에 대한 위험과 비용이 발생할 경우 이론적으로는 아무런 문제가 없다해도 현실적으로 위험과 이에 따른 책임문제가 제기될 수 있다.

나. 다양한 비용표현

INCOTERMS에 의하면 다양한 비용의 표현(costs, charges, expense…)을 사용하고 있다. A6와 B6에 의하면 그 명칭이야 어떠하든 모두 costs로 보고 있다.

본인의 생각으로는 나라마다 항구마다 운송기관마다 비용에 대하여 표현의 방법의 다양성때문에 이들을 수용한다는 의미에서 다양하게 표현한 것으로 생각할 수 있다.

그러나 예컨대 적재와 관련한 비용의 표현은 costs of loading으로, 양하와 관련한 비용의 표현은 charges for unloading으로, 환적(T/S)과 관련한 표현은 costs로,[7] 운송계약과 관련한 비용의 표현은 all other costs로 표현되고 있다.

일반적으로 물품과 관련한 비용을 costs로, 업무수행에 따른 비용을 expense, 화폐의 지급은 charge[8]로 구분하고 있으나 INCOTERMS의 규정은 부분적으로만 일치할 정도이다.

다. C Group하의 運送書類規定의 相違

C Group은 서류거래이다. 따라서 운송서류가 중요할 수밖에 없다.

그러나 전통적인 해상거래조건인 CFR과 CIF 그리고 복합운송을 전제로 한 CPT와 CIP의 A9간에는 다음과 같은 차이점이 있다.

① CFR과 CIF의 경우 운송서류의 제시기간을 지체없이(without delay)로 규정하고 있으나 CIP와 CPT의 경우 관례라면(if customary)으로 규정되어 있다.

유통가능 선하증권(a negotiable Bill of Lading)의 경우 사본에 의해 국내에

7) INCOTERMS 1990, Introduction, p. 12.
8) Webster.

서 T/R이나 L/G 등에 의해 수입물품을 찾을 수 있으나 근본적으로 선하증권 없이는 물품을 선박회사를 상대로 요구할 수 없다.

그럼에도 불구하고 서류제공시기에 관해 이렇게 다르게 규정하는 원인은 어디에 있는가.

CPT나 CIP의 경우 유가증권인 선하증권이 중심이 아니고 복합운송에 따른 운송서류가 중심이 되고 이러한 서류의 경우 서류의 제공없이도 수화인으로 확인만 되면 인도가 가능하다는 이유와 그러면서 서류거래이기에 제공하는 것이 관례로 되어 있다면 제시기간에 구애없이 제공해도 좋다는 이유에서 CFR이나 CIF와 다르게 규정하였는지 모른다. 달리 기타운송서류는 위와 같은 이유가 적용되나 선하증권의 경우는 CFR이나 CIF의 경우와 같이 지체없이 제공해야 함을 묵시하고 있는지 모른다. 이 CPT나 CIP의 경우에도 유통가능 선하증권을 요구할 수 있게 되어 있다.

그러나 CFR나 CIF의 경우처럼 운송서류의 성격과 유통방법 및 제공방법 등에 관한 규정이 명시되어 있지 않다. 이는 위에서도 언급하였듯이 CFR이나 CIF에서 요구하는 서류가 중심이 아니기 때문에, 그러나 CFR이나 CIF에서 요구하는 서류가 제공될 때는 CFR이나 CIF의 규정이 그대로 적용됨을 묵시하고 있는지 모르겠다.

② CFR과 CIF의 경우 운송 중에 물품을 매각할 수 있는 방법으로 유통가능 선하증권의 경우 물품의 처분권이 유통방식에 따라 이전하는 양도(by transfer)로 표시하고 있고, 이 유통가능 운송서류와 EDI 운송서류의 경우 운송인에 통지(by notification to the carrier)로 가능하게 표시하고 있다.

전자의 경우와는 달리 후자의 경우 특히 EDI 운송서류가 아닌 비유통가능 운송서류의 경우 통지에 의한 전매 즉, 양도가 가능하다고 할 경우 이에 대한 별도의 규정이 없어 전매절차방법이 문제가 된다.

라. DAF 하의 運送書類提供義務

INCOTERMS는 운송서류의 제공의무에 관해 자신의 책임 하에 이루어져야 하는 의무(당연의무)에 관해 "provide"로 표현하고 있고 타방의 책임 하에 이루어져야 하는 의무(협조의무)에 관해 "render"로 표현하고 있으나 오직 DAF만은 당연의무와 협조의무 모두 "provide"로 표현하고 있다.

이러한 사실은 육상운송의 특성상 비록 매수인의 책임 하에 매도인이 매수

인을 대신해서 수입지까지 운송계약을 체결한다해도 이 경우 통용운송서류(a through document of transport)를 당연의무로서 제공해야하는 인도의 증거서류 대신으로 제공하기 때문인지 모르겠다.

(2) CISG

가. 協約適用의 追加基準

협약 1(1)에 의하면 물품의 매매와 그 성립에 협약의 적용을 위한 기본원칙(basic criterion)으로서 당사자들의 영업장소가 상이한 국가에 있어야 한다는 국제성(internationality)과 상이한 나라에 영업장소를 갖고 있다해도 다음의 요건중 하나를 충족시켜야 한다는 추가기준(additional criterion)을 두고 있다.

① 당사자들이 자신의 영업소를 두고 있는 나라가 협약국일 것.

② 국제사법의 원칙이 일방 협약국의 법률의 적용을 하게 되어 있을 것.

그러나 협약 95조는 협약국이 비준서, 승낙서, 가입서를 기탁할 때 1조 1항 b호 즉, 상기 ② 에 구속되지 아니한다는 취지의 선언을 인정하고 있고, 미국과 중국이 이러한 선언을 했다.

따라서 미국과 중국의 경우 당사자가 영업장소를 두고 있는 국가가 모두 협약국인 경우에만 협약이 적용되게 되어 있다.국제협력의 산물로서 몇가지의 특징을 언급한 가운데 다음과 같은 언급이 있다.

CISG의 초안에 큰 기여를 한 Honnold 교수는 CISG의 몇 가지 특징 가운데 "… 위원들은 효과적인 통일법안을 초안하는데 있어 관세협약처럼 자국의 국내법을 최대한으로 사용하기 위하여 협상을 통하여 자국의 이익이 반영되어서는 아니된다는 전제를 포용하는 융통성이 있는 국제적인 접근에만 신경을 썼다."[9]

이 외에도 많은 찬사를 아끼지 아니하고 있다.

그러나 이러한 주장과 협약의 가장 중요한 적용기준의 일부제외 선언은 모순이 되며 협약의 국제적인 적용에 의문이 제기된다. 사실 95조는 미국의 강력한 주장에 의해 협약에 규정되었는 바 그 이유는 다음과 같다.

미국은 UCC의 내용이 매매법으로서 협약보다 우수하다고 확신하고 국제사법의 원칙에 따라 미국법이 준거법으로서 적용되는 경우 협약이 아닌 UCC를 적용하는 편이 유리하다고 생각하고 있다.[10]

---

9) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 6.

나. 書式戰爭

오늘날 국제무역에 있어 서식전쟁으로부터 일어날 수 있는 문제점에 대한 대책으로서 영미 보통법 상의 원칙, UCC의 원칙, CISG의 원칙이 있다고 볼 수 있다.

영미 보통법의 경우 승낙은 청약의 내용과 완전히 일치해야 하며 승낙이 조금이라도 청약과 다를 경우 반대청약이 되어 승낙이라 말할 수 없으며, 계약은 성립되지 아니한다는 계약성립의 대 원칙인 "경상의 원칙"(mirror image rule)을 고수하여 왔으나 이 원칙만으로는 현실의 서식전쟁을 대비하는데 한계가 있어 새로 개발한 것이 최후서식발송자 승리의 원칙(the last shot doctrine)이다.

이는 최후에 서류를 발송한 자의 서류를 청약(반대청약)으로 보고 이에 대한 타방의 이행을 행위에 의한 절대무조건 승낙으로 하며 즉, 전통적인 경상의 원칙이 이루어진 것으로 하여 분쟁발생 시 최후에 발송된 서류의 내용이 당사자를 지배한다는 것이다.

UCC의 경우 ① 최종서식을 제공한 자가 종종 달성할 수 없었던 계약상실로부터의 보호, ② 최종적으로 보낸 자에게 부당한 이익의 부인, ③ 서식전쟁의 경우 계약성립이유와 계약내용의 구성 등을 위한 영미 보통법의 원칙을 효과적으로 수정하여 현실에 적합시킨데 있다.[11]

CISG의 경우 19 (1)을 통해 승낙에 관한 영미 보통법의 대원칙인 경상의 원칙을 채용하고 19 (3)을 통해 실질적인 변경을 가져오는 조항을 사실상 대부분의 계약조항으로 하므로 수정조항을 포함한 회답이 반대청약으로 되는 확률을 높이고 있기 때문에 최후에 서식을 발송한 자가 승리한다는 영미 보통법의 수정원칙을 인정하는 입장이라고 볼 때 전체적으로 보아 서식전쟁에 관한 영미 보통법의 접근방법에 가깝다고 생각된다.

이렇게 볼 때 UCC는 아무런 문제가 없을 경우 당사자들간의 주된 관심이 되는 내용인 서식의 전면의 내용이 일치한다면 성실히 이행한 경우에는 문제시 되지 아니하는 서식의 이면내용이 근본적으로 다르다 해도 계약을 성립시키며, 문제가 되면 형평의 원칙에 입각하여 당사자간에 충돌되는 조항을 배제하여 보충규정에 따라 해결한다는 것이다.

---

10) 新堀 聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1991, p. 11.

11) S. Emanuel & S. Knowls, *Contract*, Emanuel Laws Outlines Inc, N.Y., 1986, p. 29.

CISG는 서식의 전면과 이면을 공히 중요한 것으로 보고 경상의 원칙을 따르고 있다.

비록 계약체결과정에서 합의하지 아니한 경우에도 양당사자를 구속하는 개정전 UCC §2-207 (3)의 규정을 따르도록 한 것은 통탄할 일이라고 주장[12]하고 있으나 CISG의 원칙에 따른다면 매도인이 매수인의 구입주문서에 따라 마지막 통신 즉, 확인서를 보내기 때문에 매도인을 지지하는 규정이라 볼 수 있다.[13] 이에 대한 대비책이 마련되어야 한다.

2. 解決方案

(1) INCOTERMS

가. 規定의 修正

위험과 비용이전 등과 밀접한 관계가 있는 인도시점에 관하여 인도완료시점으로 할 것이 아니라 인도완료와 동시에 인수증교부시점으로 규정수정이 바람직하다.

나. 註釋이나 修正의 必要性

INCOTERMS 서문 상에 전통적인 선하증권의 법적 성격이나 운송인의 정의를 한 것 같이 다양한 표현의 내용에 대한 정의 내지는 구분의 명시가 필요하며, CPT와 CIP의 경우 운송서류제시기간과 운송서류의 성격, 유통방법, 제시방법 등에 대하여 그리고 DAF의 경우 협조의무에 관한 표현 등에 대한 설명이나 필요하다면 수정이 필요하다.

다. 規定制定

비유통 운송서류의 경우 운송 중에 있는 물품의 전매방법에 관하여는 비유통 운송서류를 선하증권과 같이 유통가능형태(지시식이나 소지인식)로 발급되며 유통가능형태의 절차를 취하도록 하고 전매에 따른 운송회사와의 명확한 확인과정을 거치도록 하는 등 별도의 규정제정이 필요하다.

---

12) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 193.
13) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 183.

(2) CISG

가. 規定의 削除와 修正

협약활용의 최대화를 기하기 위하여, 나라마다 수출입업자를 가지고 있기 때문에 계약자들에게 공평을 기하기 위해서나 강대국의 이익을 대변하는 인식을 불식하기 위해서 협약의 적용범위에 관한 추가기준인 (1) (b)의 규정을 삭제하고 이에 따른 95조의 내용을 수정해야 한다.

나. 몇 가지 代案

서식전쟁으로 인한 저촉규정에도 불구하고 계약을 이행한 경우 매매에 관한 어떠한 법도 완벽한 해답을 제공하지 못한다고 볼 수 있다. 따라서 몇 가지의 대안을 제시하면 다음과 같다.

① 자신의 모든 조건을 고수하길 원한다면 타방이 자신의 서식에 서명할 때까지 합의는 존재하지 아니한다는 조건부로 서식을 만드는 것.

② 자신의 시장과 거래를 오래하여 인쇄된 서식의 내용상에 실질적으로 상이한 것을 일치시키는 것이 필요하다.

③ 제품의 거래와 관련하여 위험이 발생할 가능성이 있는 경우로서 저촉규정이 있는 경우 상이한 내용을 일치시키지 아니하고 그러면서 최후에 서식을 발송하도록 한다.

④ ICC나 UNCITRAL이 서식전쟁에 대비하여 표준계약서를 제정하는 것.

⑤ 계약서상의 준거법규정의 활용.

⑥ 일반거래협정서 비슷한 것으로서 불확실성을 제거하기 위하여 기본계약서나 포괄계약서를 작성해 두는 일.

V. 結 論

상기의 내용을 통한 결론은 다음과 같다.

① 제정과정이나 제정목적 등을 고려해 볼 때 INCOTERMS나 CISG를 통일된 국제거래관습(상관습)으로 볼 수 있으므로 이러한 거래관습을 실무와 연계시켜 보다 완벽한 거래관습이 되도록 연구할 필요가 있으며, 이 양자는 물품의

매매에 관한 한 어떤 경우는 보완관계에 있는가 하면, 어떤 경우는 INCOTERMS가 협약의 내용을 보다 구체적으로 설명하고 있는 주종의 관계로 볼 수도 있다.

따라서 협약과 관련하여 보완 내지 각론적 성격을 지니는 규칙들은 관련 민간단체들이 제정하는 것이 바람직하다.

② ICC의 대표적인 규칙인 INCOTERMS는 그 내용면에서나 표현 등에서 미흡한 부분이 있는 바 이에 대한 적절한 보완조치가 필요하다.

③ 반세기의 작업끝에 결실을 보게된 협약의 국제적 적용을 통한 국제무역의 안전에 기여하기 위하여 협약적용의 추가기준의 개정이 요청되며, 서식전쟁에 대한 정확한 법리를 이해하고 이에 대한 무역업계 스스로의 자구책 마련이 필요하다.

參 考 文 獻

Kritzer, A.H., *Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods,* Kluwer, 1989.

Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales,* Kluwer, 1984.

Schmitthoff, C.M., *Export Trade,* 9th ed., Stevens & Sons, 1990.

_____, *International Trade Usages,* ICC, 1987.

ICC *Incoterm in Practice,* 1996.

Webster.

UCC.

新堀 聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1991.

朝岡良平, 貿易賣買と商慣習, 布井出版, 昭和 51.