

國際商事契約에 관한 UNIDROIT 原則의 意義

崔 竣 璿*

-
- I. 序 說
 - II. UNIDROIT 原則의 成立過程
 - III. UNIDROIT 原則의 性格
 - IV. UNIDROIT 原則의 適用範圍
 - V. 비엔나 協約과의 關係
 - VI. UNIDROIT 原則의 展望
 - VII. 結 言
-

I. 序 說

Clive M. Schmitthoff 교수에 의하면 현대는 신상관습법시대(the period of new lex mercatoria)라고 한다.¹⁾ 신상관습법은 중세의 상관습법과는 매우 다르다. 특히 두 가지 점에서 그러하다. 첫째는 신상관습법의 국제적 성격은 세계질서의 기초인 동시에 모든 법률의 원천(fons et origo)인 주권국가 개념(the concept of national sovereignty)과 조화를 이루고 있다는 점이다. 둘째로는 관행(usages)으로부터 관습(customs)으로, 그 다음에는 법률로 발전되어 가는 중세 상관습법의 성장 과정이 상당히 우발적이고 무계획적이었던 반면, 신상관습법은 법률제정기구(formulating agencies)의 의도적인 창조물로서 국제조약(international conventions), 모범법률(model laws) 또는 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)와 같은 기관이 간행하는 문서(documents)의

* 成均館大學校 法科大學 教授.

1) Clive M. Schmitthoff, "Commercial Law in a Changing Economic Climate," 1981, pp. 19~20; 이법찬·최준선 공역, 현대상사법의 과제, 성대출판부, 1986, 59면 참조.

형식으로 나타나고 있다는 점이다.²⁾

Schmitthoff 교수가 말하는 법률제정기구 중에서 현재 가장 활발한 활동을 하고 있는 정부간 기구는 UNCITRAL(국제연합 국제거래법위원회: The United Nations Commission on International Trade Law)과 UNIDROIT(私法統一國際協會: The International Institute for Unification of Private Law)이다.³⁾ UNIDROIT의 최근 활동 중에 주목할 것은 1994년 '국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙'(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)(이하 'UNIDROIT 원칙'이라 한다.)의 제정이다. 이 원칙은 1994년 5월 UNIDROIT의 실무반(working group)이 10여년간의 연구검토 끝에 확정하여 공표한 것이다.⁴⁾ 'UNIDROIT 원칙'은 본래 영어로 작성되었으나, 불어판, 독일어판, 이탈리아어판, 스페인어판, 아랍어판, 중국어판, 네델란드어판, 헝가리어판, 일어판, 러시아어판 등 11개국어로 번역되었다. 'UNIDROIT 원칙'은 前文(Preamble)과 7장 119개의 조문으로 구성되어 있고, 각 조문에는 comment가 붙어 있다. 이들 comment는 'UNIDROIT 원칙'의 일부를 이룬다(an integral part of the UNIDROIT Principles). Comment는 각 조문을 해설하는 기능 외에도 경우에 따라서는 조문을 보충하는 기능도 하기 때문이다.

각 장의 명칭은 제 1장 총칙(General provision), 제 2장 계약의 체결(Formation), 제 3장 계약의 유효성(Validity), 제 4장 계약의 해석(Interpretation), 제 5장 계약의 내용(Content) 제 6장 계약의 이행(Perforance), 제 7장 계약의

2) 이범찬·최준선, 상계서, 64면.

3) UNIDROIT의 역사에 관하여는, M. Matteucci, "Unidroit: The First Fifty Years," *Uniform Law Review*, 1976, vol. 1, pp. 15~32 참조. UNIDROIT는 1926년 국제연맹의 부속기구로서 탄생되었으나, 1940년 이래 독립된 정부간 기구로서, 각국의 국내법인 私法의 조화·조정, 私法의 국제통일을 목적으로 하는 각종의 활동을 매우 광범하게 수행하고 있다. 현재 가입국은 유럽 각국은 물론이고, 러시아를 비롯한 동구 제국, 미국, 캐나다, 아르헨티나 등 아메리카 대륙에 속한 여러 나라, 아프리카의 각국, 한국, 중국, 일본, 인도, 오스트랄리아 등 아시아·태평양 제국 등 56개국이며, 본부는 Italy의 Rome에 있다. UNIDROIT는 국제물품매매계약에 관한 비엔나협약의 전신인 1964년의 헤이그협약을 성립시킨 기구로도 유명하다.

4) 이를 게재한 commentary로서 UNIDROIT 본부에서 출판한 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994가 있다. 또한 이 원칙을 해설한 국내 논문으로는 박상기, "국제물품거래에서 '국제상업계약을 위한 UNIDROIT 원칙(1994)'의 역할과 적용가능성에 관한 연구," 「무역학회지」, 제 22권 제 4호, 1997. 12. 237면 이하; 박상기, "국제거래에서 '국제상업계약을 위한 UNIDROIT 원칙(1994)'의 역할과 그 가능성," 「중재」, 1998 봄호, 75면 이하; 박영복, "최근 서구의 계약책임 논의와 우리 민법상의 계약책임체계," 한국민사법학회, 민사법학 제 13·14 합병호, 1996, 316면 이하; 김동훈, "국제사법통일연구소의 '국제상사계약원칙'," 「인권과 정의」, 1998. 6, 97면 이하 등이 있다.

불이행(Non-Perforamce)이다. 제 6 장은 2 개의 절로 되어 있는데, 제 1 절은 계약의 이행 총칙(Perforamce in General)이고, 제 2 절은 사정변경의 원칙(Hardship; 계약의 失效라고도 한다)이다. 제 7 장은 4 개의 절을 두고 있고, 제 1 절은 계약불이행 총칙(Non-Perforamce in General), 제 2 절은 이행청구권(Right to Perforamce), 제 3 절은 계약의 종료(Termination), 제 4 절은 손해배상(Damages)으로 되어 있다.

II. UNIDROIT 原則의 成立過程

1971 년에 UNIDROIT의 운영위원회(Governing Council)는 UNIDROIT의 업무계획서에 'UNIDROIT 원칙'의 제정을 포함시키기로 결정하였다.⁵⁾ 먼저 예비적 조사를 위하여 대륙법 계통에서는 Aix-en-Provence 대학의 René David 교수, common law 계통에서는 City University of London의 Clive M. Schmitthoff 교수, 그리고 구 사회주의법 계통에서는 Bucharest 대학교의 Tudor Popescu 교수 등 3 인의 법학자로 이루어진 소위원회(the steering committee)가 구성되었다.⁶⁾ 이 위원회는 이 project의 수행에 필요한 사전조사와 project 수행방향을 결정하기로 하였다. 1974 년 소위원회는 이 project의 수행을 위한 장기계획을 설정하는 보고서를 만들었다.⁷⁾ 그러나 UNIDROIT가 다른 사업에 우선순위를 두는 바람에 몇 년간 사업이 시행되지 못하였다.

1980 년에 와서 'UNIDROIT 원칙'의 각 章의 초안을 작성하기 위한 실무반이 구성되었다. 이 실무반에는 사회주의 경제체제를 가진 국가의 학자는 물론 세계 주요 국가의 계약법 및 국제거래법 학자들이 참여하였는데, 각자는 각국의 정부를 대표하는 것이 아니라 모두 개인자격으로 참여하였다.⁸⁾ 또한 이들은 자국의 이익이나 法制를 고집하지 아니하고 세계적이고 대범한 시야를 가지고

5) UNIDROIT 1971, C.D. 50th Session, p. 9.

6) Gonalo Parra-Aranguren, "Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," in 69 *Tulane Law Review* (1995), p. 1240.

7) UNIDROIT 1974, Study L-Doc. 7.

8) Alejandro 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," in *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995, p. 1155.

서 보다 나은 규범을 작성하려 노력하였다. 물론 후에 참여 구성원의 교체가 빈번히 이루어졌으나, 최종적인 working group의 구성원으로는 이탈리아의 M.J. Bonell 교수가 座長으로 활약하였고, 오스트랄리아의 Patric Brazil, 캐나다의 Paul-André Crépeau, 가나의 Samuel K. Date-Bah, 이탈리아의 Alfredo Di Majo, 독일의 Ulich Drobniig, 미국의 E. Allan Farnsworth, 벨기에의 Marcel Fontaine, 영국의 Michael P. Furmston, 아르헨티나의 Alejandro Garro, 네델란드의 Aryhur S. Hartkamp, 일본의 Hisakazu Hirose(廣瀨久和), 중국의 Danhan Huang, 러시아의 Alexander S. Komarov, 덴마크의 Ole Lando, 독일의 Dietrich Maskow, 프랑스의 Denis Tallon, UNIDROIT 사무국의 Lena Peters 등이었다.⁹⁾

실무반은 'UNIDROIT 원칙' 초안 각 장에 대한 보고자를 임명하고 각 장의 초안의 작성 및 전체회의에서 독회(reading)와 토론을 가졌고, 초안을 계속 보완하였다. 이것은 년 2회, 1회에 1주일간 계속하였다. 'UNIDROIT 원칙' 예비 초안은 세계 각국의 학자와 업계에 배포하여 의견을 구하였고, UNIDROIT 운영위원회(Governing Council)의 년차총회에 상정되어 실무반에서 합의를 이룰 수 없었던 부분에 대한 검토를 거쳤으며, UNIDROIT의 56개 회원국에 보내었다. 1994년 2월 각 장에 대한 최종독회가 마무리되자, text는 미국 Columbia University in the City of New York School of Law의 E. Allan Farnsworth 교수가 위원장으로 있었던 Editorial Committee로 넘겨졌다. 이곳에서 최종 편집을 監修하였고, 1994년 5월 UNIDROIT 운영위원회는 동 원칙에 대한 공식적인 출판허가(imprimatur)를 하였으며, 이를 실무에 이용하도록 널리 배포할 것을 권고하였다.

III. UNIDROIT 原則의 性格

1. 序 言

UNIDROIT 원칙은 조약이 아니다. UNIDROIT가 단순히 현재의 실무·관행

9) M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 1994, pp. 18~19.

을 집적해 놓은 것일 뿐이다. 따라서 이 원칙은 조약과 같은 강력한 구속력을 갖지는 못한다.¹⁰⁾ 동 원칙은 처음부터 조약으로서 성립될 것을 기대하고 제정된 것도 아니다. 이 점에서 유엔국제물품매매협약(비엔나협약)과¹¹⁾ 그 성격에 있어서 차이가 있다.

이 원칙의 목적은 동 원칙의 前文에 나타나 있는 바와 같이 특히 실무에서 본 원칙의 내용 그 자체가 갖는 합리성과 설득력(persuasive authority)을 근거로 당사자간에 임의로 적용될 것을 그 목표로 한다.¹²⁾

2. 國際商事契約法の 再記述

(1) 非拘束性

국제거래법의 法源으로 가장 중요한 것은 국제조약이다. 국제거래법 분야에 있어 가장 바람직한 방법은 국제거래법을 통일하여 이 세계의 모든 국가가 하나의 법률을 가지는 것이다. 그러나 전 세계에 적용될 수 있는 하나의 법률을 창설하여 시행한다는 것은 현재로서는 理想(utopia)이나 다름 없다. 그러므로 결국 조약에 의하여 각국이 이에 가입하는 방법으로 국제거래에 관한 법률을 통일하는 수밖에 없다. 그러나 조약은 다음과 같은 문제점이 있다.

(2) 國際去來法の 法源으로서 條約의 短點

국제거래법의 법원으로서 조약의 문제점은, 첫째로 단편적이라는 점이다. 국제적으로 유명한 법학자들이 모여서 지대한 노력을 기울여 만든 국제거래관계 조약들은 예컨대 대리(agent), 리스, 팩토링계약 등 특정 주제만을 다루는 협약과 같이 내용과 적용범위가 단편적인 경우가 많다. 그리고 모든 문제를 포괄하여 다루는데 한계가 있다. 예컨대 1980년 비엔나협약만 하더라도 소유권이전

10) Garro, *op. cit.*, p. 1163; Hernany Veytia, "The Requirement of Justice and Equity in Contract," in *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995, p. 1192.

11) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Vienna Convention.

12) H. Raeschke-Kessler, "Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure apply the UNIDROIT Principles?" in Institute of International Business Law and Practice (ed.), "UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New lex Mercatoria?," ICC Publication n° 490/1. 1995, p. 167 ff., pp. 171~173.

문제나 계약의 유효성 문제, 표준약관에 의한 계약문제, 특정 물품에 대한 정부의 수출입 내지 외환 통제문제는 다루지 아니한다.¹³⁾

조약의 둘째 문제는 그 개정이 매우 어렵다는 것이다. 어떤 조약은 이미 사문화되었거나, 거의 사문화되기에 이른 것도 있다.¹⁴⁾ 더구나 국제회의에서 제정된 법률은 一회의인 法制化에 그치는 경우가 많다.¹⁵⁾ 국제사회는 너무도 급속히 변화하므로, 이미 성립된 조약은 현실과 도저히 맞지 않게 되는 예가 흔히 있다(inflexibility).¹⁶⁾ 어떤 종류의 성문법이든 그 제정 당시에는 완벽해 보이지만, 곧 새로운 상황의 전개로 인하여 낡고 비현실적인 법규로 변질되고 만다. 심지어는 조약을 통하여 “법률을 통일한다고 하여 반드시 법률의 조화가 이루어지는 것도 아니고, 오히려 법전화가 개정을 어렵게 하며 正義의 質(quality)을 실질적으로 개선하는 데 장애가 된다.”고 하는 사람도 있다.¹⁷⁾

셋째, 또한 조약은 각국에서 국내법의 영향을 받아 자의적으로 해석되는 예도 많았다.

이와 같은 의미에서 법률과 조약의 체결만이 국제거래법을 확립하기 위한 유일하고 가장 중요한 수단이라고는 할 수 없다. 최근에 와서 조약 이외에도 국제상관습, 관련 업계에서 널리 사용되는 계약서식, 통일법이나 모범법률 등을 통하여 법률의 조화가 바람직하다는 의견이 강하게 제기되고 있다.¹⁸⁾

13) H. Kötz, “Rechtsvergleichung-Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele,” in *Rabels-Zeitschrift*, 1986, p. 1 ff., p. 3.

14) 사문화 된 예로는 1980 Convention on International Multimodal Transport of Goods; 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods 등이 있다. 어느 것도 발효에 필요한 수만큼의 국가의 비준을 받지 못하였다. 또한 1974 Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods는 1988년 겨우 12개국의 비준을 얻어 시행되고 있다. R.M. Goode, “International Restatement of Contract and English Contract Law,” in *Uniform Law Review*, 1997, p. 231 ff., pp. 232~233에 의하면 이와 같이 국제조약이 사문화되는 이유는 ① 조약 제정 당시부터 그 조약이 해결해 줄 수 있는 문제의 심각성에 대한 인식 부족, ② 조약에 대한 압력단체의 적대감, ③ 입법일정에 쫓기는 각국 정부로 하여금 관심을 갖게 할 압력 내지는 이해관계의 부족, ④ 다른 국가는 가입하였나 눈치보기 등을 들고 있다.

15) A. Rosett, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law,” in 40 *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 688; P.H. Neuhaus-J. Kropholler, “Rechtsvergleichung-Rechtsverbesserung?,” in *RabelsZeitschrift*, 1981, p. 73 ff., p. 80.

16) A.L. Diamond, “Conventions and Their Revision,” in *Unification and Comparative Law in Theory and Practice*. Contribution in Honour of J.G. Sauveplanne, 1984, p. 45 ff., p. 60.

17) Rosett, *op. cit.*, p. 683 ff.: “Recent experience suggests that unification does not always produce harmonization, and that codification can be the enemy of reform and substantive improvement in the quality of justice.”

결국 국제거래법이 장래의 발전상황에 적응하기 위한 유연성을 유지하려면 세밀한 규정방식은 바람직하지 아니하며, 법률의 일반 원칙의 통일에 포커스(focus)를 맞추어 규칙을 만들되, 그 적용에 사정변경을 고려할 여지를 충분히 주어야 한다.¹⁹⁾ UNIDROIT 원칙이 조약체결의 방식을 취하지 아니한 것도 이 점을 충분히 고려한 것이다.

(3) 先例로서의 美國의 Restatements

UNIDROIT 원칙은 현재 국제계약법의 발전 상황이 매우 불만스럽고 불명확하며 복잡다기한 점에 착안하여, 오늘날의 국제계약법의 기본 원칙은 무엇인가, 즉 국제계약법의 현주소를 발견하기 위하여 제정된 것이다. 이는 바로 미국의 Restatements(美國法の 再記述)가 각주마다 서로 다른 계약법 체계의 통일을 시도한 것과 그 근본적인 접근방식이 꼭 같다. 즉, 각국의 국내법에 대하여는 간섭하지 않고 국제적 차원에서 적용할 현행법규를 재기술한 것이다. 이 'UNIDROIT 원칙'을 제정하는 project는 말하자면 미국의 Restatements에 대응하여 계약법의 국제적 Restatements (International Restatement of Contract Law)라고 할 수 있다.²⁰⁾ 차이가 있다면 미국의 Restatement는 현재의 미국법을 기술한 것임에 비하여 'UNIDROIT 원칙'은 좀 더 창조적인 과정을 거쳐 계약법을 통일하려 한 점이다.²¹⁾

리스테이트먼트(再記述)란 본래 선례로 정착된 주요 판례의 요지를 정리한

-
- 18) C.M. Schmitthoff, "The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, Report to the IVth Meeting of Organizations concerned with the Unification of Law," in UNIDROIT, Yearbook, 1967~1968, p. 93 ff.; J.P. Carver, "Uniform Law and Its Impact on Business Circles; The Experience of the Legal Profession," in *International Uniform Law in Practice, Acts and Proceedings of the 3rd Congress on Private Law* (1987), UNIDROIT, 1988, p. 411 ff.; Rosett, op. cit., p. 685; H.-J. Mertens, "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff," in *RabelsZeitschrift*, 1992, S. 8. ff.
- 19) P. Behrens, "Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung," in *RabelsZeitschrift* 1986, p. 19 ff., p. 32.
- 20) 이는 Bonell 교수(Michael Joachim Bonell)가 The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts에 관한 저서를 집필하면서 그 저서의 제목을 "An International Restatement of Contract Law," 1994라고 정한 것도 UNIDROIT 원칙의 바로 이와 같은 성격을 반영한 것이다.
- 21) Ferrari Franco, "Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," in 69 *Tulane Law Review*, 1995, p. 1229.

것을 말한다. 美國法の 가장 큰 문제점은 불확실성(uncertainty)과 복잡성(complexity)이다. 각 주마다 법률이 다르고 판례도 달라, 법적 안정성이 결여되어 있고, 전통적으로 쌓여 내려온 판례법의 현주소가 어디인지 알 길이 없었던 것이다. 이러한 상황은 쓸데 없는 소송을 남발케 하였고, 법원의 정당한 권리 집행을 방해하였다. 당사자의 권리가 무엇인지를 알 수 없게 하였고, 訴가 제기된 경우에는 절차의 지연과 이로 인한 과도한 비용을 야기시켰다.²²⁾ 이에 1923년 미국법조협회(American Legal Institute : ALI)가 카네기재단의 지원을 받아 방대한 판례법을 조문화하고, 斯界의 권위자(reporter)의 주석(comment)을 첨부한 것이 바로 Restatements이다. 이것은 法典 그 자체는 아니지만 대단한 권위를 갖고 있으며, 정리된 주요 법률분야는 계약(contract), 불법행위(tort), 대리(agency), 원상회복 restitution), 저촉법(conflict of laws), 用役權(servitudes), 보증(suretyship) 저당권(mortgages), 변호사법(the law governing lawyers), 제조물책임법(product liability), 부정경쟁방지법(unfair competition) 등이다. Restatements는 판을 거듭하면서 수정·보완되고 있다. 예컨대, 계약법 리스테이트먼트는 1944년에 완성되어, 1981년에 개정되었다. 미국은 不文法國家로서 成文法은 判例法을 보충하는 제2차적 法源이지만, 행정법 분야와 소비자보호 분야에서는 상당한 制定法이 集積되어 있고, 판례법의 성문화작업도 활발하게 진행되고 있다. ALI도 統一州法全國會議(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws : NCCUSL)와 공동작업으로 州法統一作業을 하고 있고, 미국통일상법전(The Uniform Commercial Code : UCC)은 이들 두 기구의 共同業績의 결과물이다.²³⁾

(4) 國際的 次元에서의 商事契約法の 再記述

이와 같이 국제적 차원에서 계약법을 통일하고자 하는 시도는 1978년 EU(당시는 EEC)의 'Principles of European Contract Law'가 있다.²⁴⁾ 이는 덴마크

22) Report of the Committee on the Establishment of a Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute (reproduced in The American Law Institute 50th Anniversary), 1973, p. 3 ff, p. 15.

23) 최준선, 국제거래법, 1997, 353면.

24) EU의 계약법전, 특히 계약법원칙에 관하여는 O. Lando and H. Beale, *The Principles of European Contract Law*, 1995 참조. EU 계약법 원칙과 'UNIDROIT 원칙'과의 유사성을 비교한 논문으로는 A.S. Hartkamp, "Principles of European Contract Law," in A.S. Hartkamp et al. (ed.), *Towards a European Civil Code*,

Copenhagen School of Economics and Business Administration의 Ole Lando 교수의 착상에 기한 것인데, European Restatement of Contract Law를 제정한다는 것이다. 이를 위하여 1982년 EU 회원국에서 1 내지 2명의 법학자가 참여하여 20여명의 특별위원회, 즉 Lando 위원회(Lando Commission)가 구성되었는데, 이 위원회는 계약의 이행 및 불이행에 관한 주제에 관하여 약 134개의 條文(articles)을 완성하였고, 완성판은 1998년에 출판될 예정이다.²⁵⁾ Lando 교수를 비롯한 수명의 위원들은 다시 'UNIDROIT 원칙' 제정을 위한 working group에도 참여하여 활동하였다. 따라서 이들은 이전의 경험을 살려 훨씬 순조롭게 작업을 진행시킬 수 있었다.

EU의 'Principles of European Contract Law'를 지역적으로 보다 확대시킨 것이 'UNIDROIT 원칙'이다. 나아가 'UNIDROIT 원칙'은 보다 멀리 세계적인 의미에서의 契約法의 금후의 방향성을 제시하고 있다는 것도 간과할 수 없는 중요한 점이다. 그만큼 'UNIDROIT 원칙'은 先見性과 普遍性을 지니고 있으며, 앞으로 우리 민법과 상법의 계약관계 규정의 개정에도 있어서도 중요한 과제를 던져 주는 것이다.

(5) 小 結

결론적으로 'UNIDROIT 원칙'은 구속력 있는 법률을 제정할 의도로 제정된 것이 아니다. 따라서 그 제정과정에도 많은 재량권이 주어졌다. 'UNIDROIT 원칙'은 구속력이 있는 법률체계는 아니므로, 이 점은 그 단점이라고 할 수도 있다. 반면에 이를 이용하는 실무가나 중재인, 판사들이 이 원칙을 계약서나 분쟁해결에 원용함에 있어 최대한의 재량권을 줄 수 있다는 점과 미래의 국제거래환경에 유연하고도 신속하게 대응할 수 있다는 장점이 있다.²⁶⁾ 'UNIDROIT 원칙'의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있다.²⁷⁾

1994, pp. 37~50 참조.

26) O. Lando and H. Beale (ed.), *The Principles of European Contract Law*, vol. I, "Performance, Non-Performance and Remedies"; U. Drobnig, "Ein Vertragsrecht für Europa," in *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, p. 141 ff.; O. Lando, "Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation," in 40 *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 573 ff.

26) Bonell, *op. cit.*, pp. 18~19, p. 15.

27) E.A. Farnsworth, "Closing Remarks," in 40 *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 699 ff., pp. 699~700.

첫째, 동 원칙은 통일법안이 아니라 단순한 원칙을 제정한 것이다. 따라서 계약의 당사자이든 법원이든 특정 거래에서든 분쟁해결에서든 당사자가 쉽게 사용할 수 있게 한 것이다.

둘째, 동 원칙은 신의성실 및 공정한 거래(good faith and fair dealing)와 같은 일반 원칙(generality) 및 '다른 사정이 없으면'(unless the circumstances indicates otherwise)과 같은 안전장치를 두었기 때문에 충분한 유연성을 가지고 있으며, 판사와 중재인에게 상식을 가지고 판단할 수 있게 하여 독단적이고 부당한 결과가 발생하지 아니하도록 하였다.

셋째, 동 원칙은 민감한 사안에 관하여는 소극적인 입장을 견지하였다(예컨대 代理, 제3자를 위한 계약, 권리·의무의 양도 등 본고 VI. 4. 미결된 문제 참조).

넷째, 동 원칙은 그 개정이 자유로워 원칙 제정 후에 나타나는 문제들도 추후에 이를 다룰 수 있다. UNIDROIT는 추후에 발생하는 문제점들에 대응하기 위하여 이 원칙을 수시로 개정해 나갈 것임을 천명하고 있다.²⁸⁾

3. UNIDROIT 原則의 內容上의 特徵

(1) 모든 契約에의 適用可能性

'UNIDROIT 원칙'은 국제거래에 있어서 상인간의 계약을 그 주요 대상으로 하면서(前文 제1문), 매매계약만을 대상으로 하지 아니하고 계약 일반을 널리 규정한다. 예컨대 운송계약, 보험계약 그리고 은행거래에 관한 계약에까지도 이 원칙이 적용될 수 있다.²⁹⁾ 또한 내용면에 있어서는 착오 등 계약의 유효요건까지도 다루고 있는 점에서, 매매계약만을 대상으로 하면서 계약의 유효성 등에 대하여는 명시적으로 언급을 피하고 있는 비엔나협약과 구별된다.³⁰⁾

그렇다고 하여 'UNIDROIT 원칙'이 유용한 제도로 알려지고 있는 여러 가지 제도를 난삽하게 조합해 놓은 것은 아니다. 'UNIDROIT 원칙'의 각 규정은 전

28) Farnsworth, *op. cit.*, p. 699~700.

29) Garro, *op. cit.*, p. 1155.

30) 'UNIDROIT 원칙'과 비엔나협약의 비교에 관한 문헌으로는 J.M. Perillo, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the Black Letter Text and a Review, *Fordham Law Review*," vol. 63, 1994, pp. 218~344; Garro, *op. cit.*, p. 1149 ff. 참조.

체적으로 기본적 원리하에 질서있게 배열되어 있다. 그 기본적 원리 중에서도 계약자유의 원칙, 관습의 우선, 계약유지의 원칙(favor contractus), 신의성실 및 공정거래의 원칙 등을 들 수 있다.

(2) 明瞭하고 單純한 用語 使用

‘UNIDROIT 원칙’은 특정 법체계에 고유한 용어는 배제하였다.³¹⁾ 이 ‘UNIDROIT 원칙’은 법률가가 아니더라도 보통의 교육을 받은 지식인이라면 쉽게 이해할 수 있도록 명료하고 단순한 언어로 구성되어 있다. 예컨대 제2장 제2절은 사정변경(hardship)인데, 이것은 ‘impracticability’, ‘frustration of purpose’, ‘imprévision’, ‘Wegfall der Geschäftsgrundlage’, ‘eccessiva onerosità sopravvenuta’ 등 나라 마다 그 명칭이 다르고, 개념도 조금씩 다르다.³²⁾ 그러나 ‘UNIDROIT 원칙’은 국제계약서에서는 흔히 Hardship Clause(사정변경조항)를 두므로,³³⁾ hardship이라는 개념을 사용하여 실무가들도 쉽게 이해할 수 있도록 하였다.

그리고 무엇보다도 ‘UNIDROIT 원칙’은 단순·명료하여 누구든 쉽게 이해할 수 있도록 되어 있다. 그 내용에 있어서도 전통적인 분야와 새로운 분야를 적절히 수용하여, 대부분의 법체계에 이미 존재하는 개념을 채택하였고 국제거래법이라는 특수한 상황 하에서 문제해결에 필요한 것이라면 소수설이라 하더라도 과감히 반영하였다. 예컨대 계약불이행을 표현할 때 법학에서는 일반적으로 ‘non-performance’라는 개념은 잘 사용하지 아니하고, ‘breach of contract’, ‘Nichtleistung wegen Unmöglichkeit’, ‘Verzögerung der Leistung’, ‘positive Vertragsverletzung’, ‘inadempimento’, ‘ritardo’ 등의 용어를 사용하고 있으나, ‘UNIDROIT 원칙’은 이들을 모두 수용하는 용어로서 ‘non-performance’라는 표현을 사용하고 있다.³⁴⁾ 또한 불가항력(force majeure)이라는 용어도 각국마다

31) Parra-Aranguren, *op. cit.*, p. 1243.

32) Comment 2 to Art. 6.2.1.

33) 특히 플랜트 輸出契約 중에는 경제적 의미에서 당사자의 계약이행을 곤란케 하는 사정의 변경이 생긴 경우에 당사자 일방이 타방에 대하여 대가(계약금액)의 增減·工期의 연장 등 계약조건외의 변경을 요구할 수 있고, 타방은 반드시 교섭에 응하여야 하는 뜻의 조항을 두는데, 이를 hardship조항(hardship clause)이라 한다. 교섭이 불발로 끝나면 최종결정은 중재에 맡기기로 하는 것이 보통이다: 최준선, 국제거래법, 1997, 258면.

34) Comment to Art. 7.1.1.

그 개념과 인정범위에 있어 조금씩 차이가 나지마는 이 개념의 정확한 의미는 'UNIDROIT 원칙' 자체 내에서 발견하여야 하며, 다른 어떤 국내법상의 개념에 의존하여서도 안된다.³⁵⁾

(3) 英美法과 大陸法과의 調和

'UNIDROIT 원칙' 제정작업을 개시하였던 초기에는 이탈리아의 Michael Joachim Bonell교수가 working group의 좌장으로서, 그 자신이 유럽대륙법에 익숙하였기 때문에 'UNIDROIT 원칙' 자체도 넓은 의미에서 대륙법계 법제의 영향을 강하게 받았다고 할 수 있었다. 그러나 1980 년대에 들어 미국 Columbia 대학교의 Farnsworth 교수가 작업에 참여함으로써 영미법의 영향을 상당히 받게 되었다. 따라서 본 원칙의 조문 중에는 단순히 말하여 대륙법과 영미법이 융합된 것이라고 평가할 수 있는 것이 상당수 있다. 예를들면 '부당하고 현저한 불공정'(gross disparity)(제 3.10 조)은 미국법상의 비양심성(unconscionability) 및 부당한 위압(undue influence)의 법리와 대륙법의 불공정한 법률행위(민법 제 104 조) 내지는 신의성실의 법리를 융합한 것으로 볼 수 있다.

IV. UNIDROIT 原則의 適用範圍

'UNIDROIT 원칙'은 그 前文에서 "국제상사계약을 위한 일반적인 규칙을 정한다."(set forth general rules for international commercial contracts)라고 규정하였다. 여기서 ① 'UNIDROIT 원칙'은 '국제'계약에만, 그리고 ② '상사'계약에만 적용된다는 점을 유의할 필요가 있다.

1. '國際'契約

먼저 'UNIDROIT 원칙'은 국내계약에는 적용이 없고 '국제'계약에만 적용되도록 그 적용범위를 제한하고 있는 이유는 두가지 이다.³⁶⁾ 첫째로, 법규의 충

35) Comment 1 to Art. 7.1.7.

36) Bonell, *op. cit.*, p. 30.

들이 발생하고 국제적 입법이 존재하지 아니하며, 통일규칙이 있다고 하더라도 정확한 의미에 관한 통일적 해석원칙이 없거나 애매한 경우는 바로 국제계약이고, 국내계약에서는 이와 같은 문제점이 발생할 여지가 거의 없다. 둘째로, 지역과 국가 간에 경제적·정치적 구조와 발전 단계에 있어서 차이가 많고, 순수한 국내 계약법체계도 나라마다 상당히 다른 반면, 국제거래에 있어서는 외국의 경쟁자가 누리는 것과 동일한 기회를 보장해 주기 위하여도 일국의 국내법을 강요하기보다는 당사자 자치를 가능한 한 폭넓게 허용하는 경향이 있다는 점이다.

어떠한 계약이 국제계약이고, 어떤 계약은 국내계약인가를 구분하는 기준은 매우 다양할 수 있다. 예컨대 당사자의 국적이나 영업소·주소·거소를 기준으로 할 수도 있고, 서로 다른 국가간의 법률을 선택하여야 할 필요성이 있는 계약 또는 국제거래상의 利害에 영향을 미치는 계약(affecting the interests of international trade)³⁷⁾ 등을 기준으로 구별할 수도 있다.

주지하는 바와 같이 1980년 국제물품매매계약에 관한 UN협약은 영업소를 기준으로 한다.³⁸⁾ 그러나 UNIDROIT는 이들 기준 중 어느 것을 채택하는지를 명시적으로 규정하고 있지 아니하다. 이것은 국제거래적 요소가 전혀 없는 계약, 즉 문제가 된 계약의 어떠한 측면에서 보더라도 오직 하나의 국가와 관련이 되는 계약만을 제외한, 모든 계약이 'UNIDROIT 원칙'의 적용을 받는 것으로 해석하여야 한다.³⁹⁾ 국제성(internationality)에 대한 이와 같은 광범위한 규정방식은 이미 1985년 '국제상사중재에 관한 모범법률'⁴⁰⁾ 제1조 제3항에서도 도입된 바 있다. 동조에 의하면 중재계약의 당사자가 중재계약체결시점에 당사자가 서로 다른 국가에 영업소가 존재하는 경우뿐만 아니라 중재지 또는 문제된 분쟁이 된 목적물(소송물)과 가장 밀접한 관계가 있는 장소가 당사자의 영업소 소재지국 외에 소재하는 때, 심지어는 당사자가 명시적으로 합의한 중재계약의 목적물이 1개국 이상 관련을 가지고 있는 경우에도 이를 국제중재사건으로 보도록 하고 있다.

그러나 순수한 국내계약이라고 하더라도 당사자가 'UNIDROIT 원칙'을 자신

37) 프랑스 민사소송법 제1492조 참조. "est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international."

38) CISG 제1조 제1항 (a) 참조.

39) Comment 1 to the Preamble.

40) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

들의 계약에 적용시키기로 합의할 수 있다. 이와 같은 합의는 국내 강행법규가 허락하는 한도 내에서 유효한 것이다.⁴¹⁾ 이는 1980년 '계약상의 의무에 적용할 법률에 관한 로마협약'⁴²⁾ 제3조 제3항에서 "당사자가 외국 법률을 선택하였다는 사실은, 외국 法廷(tribunals)까지 선택하였는지를 불문하고 또한 그 외국 법을 선택할 당시 모든 다른 관련 요소가 오직 한 나라에만 관계되고 있다고 하더라도, 그 외국의 법규 적용을 방해하지 아니한다."고⁴³⁾ 규정한 것과 그 취지와 같은 것이다.

2. '商事'契約

우리와 같은 대륙법 계통에서는 전통적으로 인정되어 온 '상사거래'와 '민사거래' 또는 '상인'과 '비상인'의 개념은 현대에 와서는 점점 구분하기 어려워지고 있다.⁴⁴⁾ 그럼에도 불구하고 'UNIDROIT 원칙'이 상사계약에 한하여 이를 적용시키기로 한 것은 구태의연한 것이 아닌가 라는 비난의 여지가 있다. 그러나 'UNIDROIT 원칙'이 '상사'계약에 그 적용범위를 한정시킨 것은 이른바 '소비자거래'(consumer transaction)에 대하여 'UNIDROIT 원칙'의 적용을 배제하기 위한 것이지, 구태의연한 상인·비상인 개념을 답습하려 한 것은 아니다.⁴⁵⁾ 오늘날 대부분의 국가는 소비자보호를 위한 법률을 가지고 있다. 이들 법률에서의 '소비자'의 개념은 '비상인' 개념과 반드시 일치하는 것은 아니다. 그리고 소비자보호법의 기본 이념은 상법의 그것과는 확연히 다르다.⁴⁶⁾ 이 점은 비엔나협약의 경우와 매우 흡사하다. 비엔나협약은 제2조 (a)에서 명시적으로 '개인용, 가족용 또는 가사용'(personal, family or household use)으로 구입되는 물품의 매매에 대하여는 동 협약이 적용되지 아니한다고 정한다.⁴⁷⁾ UCC 역시도

41) Comment 3 to the Preamble : Franco, *op. cit.*, p. 1237.

42) The 1980 Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations.

43) *Cheshire and North's Private International Law*, 12th ed., 1992, p. 480 ff.

44) D. Tallon, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII, Specific Contracts, chap. 2, Civil and Commercial Law, 1983, p. 82.

45) Bonell, *op. cit.*, p. 32.

46) Tallon, *op. cit.*, p. 84.

47) 제2조(협약의 적용제외) 이 협약은 다음과 같은 매매에는 적용되지 아니한다.
(a) 개인용, 가족용 또는 가사용으로 구입되는 물품의 매매. 다만 매도인이 계약의 체결전 또는 그 당시에 물품이 그러한 용도로 구입된 사실을 알지 못하였거나 또는 알았어야 할 것도 아닌 경우에는 제외한다.

상사거래(commercial transaction)를 규율하면서⁴⁸⁾ 소비자 거래(consumer transaction)에 대하여는 그 적용을 배제한다.⁴⁹⁾

물론 소비자의 개념도 국가에 따라서 큰 차이가 나는 것도 사실이다. 'UNIDROIT 원칙'은 소비자의 개념을 명시적으로 규정하지는 아니한다. 다만 前文에 대한 comment 2에서 '商事'(commercial)의 개념은 최대한 넓게 해석하여야 한다고 설명하고 있다.⁵⁰⁾ 따라서 물품과 서비스의 매매와 교환은 물론이고, 投資 및 讓許協定(investment and/or concession agreements), 전문용역계약(contracts for professional services) 등 여타의 계약유형도 상사계약에 포함된다. 이와 같은 광의의 상사계약의 개념은 1985년 '국제상사중재에 관한 모범법률'에서도 찾아볼 수 있다.⁵¹⁾ 또한 소비자 개념과 관련하여서도 소비자계약에서의 불공정 조건에 관한 EU 지침(Directive)에도 소비자(consumer)에 대응하는 개념으로서 '매도인 또는 공급자'(seller or supplier)라는 개념을 설정한 것 과도 유사하다.⁵²⁾

V. 비엔나協約과의 關係

1. 序 言

먼저 비엔나협약은 매매계약에 관한 규정이고 UNIDROIT 原則 역시도 상사 계약에 관한 규범으로서, 양자가 모두 '계약'에 관한 규범이다. 그렇다면 양자 간에 대립과 모순, 중복과 혼란은 없을지 의문이다. 그러나 그와 같은 걱정은 필요 없는 것처럼 보인다. 비엔나협약의 적용범위는 매매계약에 한하여 적용되므로 매매계약 이외의 국제상사거래에 관하여는 양자간에 충돌이 생기지 아니한다. 그리고 매매계약분야에서도 적어도 현재의 시점에서는 양자간의 심각한

48) UCC § 1-102 (2) (a).

49) UCC § 2-104 (1) (b).

50) Comment 2 to the Preamble.

51) Footnote to Art. 1 of the Model Law.

52) Art. 2 (c) of the EEC Directive 93/13 of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, in *Official Journal of the European Communities of 21 April 1993*, L 95, p. 29 ff.

대립은 없는 것으로 여겨진다. UNIDROIT 原則은 비엔나협약의 존재를 위협하는 것이 아니라 오히려 동 조약의 권위를 높여주고 있다고 할 수 있다. 무엇보다도 양자의 성격이 비엔나협약은 국제조약이고, UNIDROIT 原則은 Restatement로서 큰 차이가 있고, 이로부터 구체적인 차이가 나타난다.

2. 비엔나協約의 限界

1980년 비엔나협약은 본래 1929년에 최초로 발의되어 50여년간의 긴 세월을 거쳐 완성되었다. 이 협약의 제정자들은 제정 당초부터 당연히 구속력을 갖는 통일법 규범을 제정한다는 것을 염두에 두었다. 당시에는 구속력 있는 조약의 성립에 관하여 전혀 의문을 제기하지 아니하였던 것은 당시 法實證主義가 지배하였기 때문에 법과 국가법을 동일시 하는 견해가 법학자들의 신념이었다. 따라서 법률을 통일함에 있어서도 먼저 국가가 국제적 차원에서 법률안에 합의한 후에 그 합의된 법률을 국내법 체계에 도입한다는 형식을 채택할 수밖에 없었다.

그 당시에는 그럴 수 밖에 없는 사정이 있었다. 즉, 당시에 통일법의 목표는 동유럽의 사회주의국가 및 제3세계의 신생독립국까지도 비엔나협약의 규범체계 내에 끌어들이려는 보다 큰 목표가 있었다. 당시 이들 국가의 공통적인 특징은 엄격한 중앙집권적인 계획경제라는 것이다. 이들 나라의 사업자가 국제상거래에 참여함에는 시장경제체제에 속하는 각국의 사업자와 똑같은 계약의 자유를 인정할 필요가 있었다. 이를 위하여는 국제조약이라는 입법방식에 의존할 수밖에 없었다.

그런데 UNCITRAL이 통일법의 방식을 선택함으로써 기초자들의 행동반경이 좁아지는 것은 피할 수 없었다. 초안작성에 참여한 각국의 대표들은 법률 전통이 서로 다른 물론이고, 때로는 보다 중요한 문제로서 각국의 사회·경제구조가 상이함에 따라, 어떤 문제는 처음부터 규율의 대상에서 제외시키기도 하였고, 어떤 사항에 관하여는 대립하는 견해를 타협하는 방식으로 처리하기도 하였으므로, 결국에 가서는 많은 문제를 미해결된 상태로 남겨 두게 되었다.

그 결과 비엔나협약에는 다수의 중대한 法的 欠缺이 있게 되었고, 애매하거나 불명료한 규정도 다수 나타나게 되었다. 예컨대 계약의 유효성, 물품의 소

유권에 관하여 계약이 미치는 효과(동 협약 제 4 조 참조), 물품이 원인이 되어 매수인 기타 사람의 사망 또는 신체상해에 관한 매도인의 책임(동 협약 제 5 조 참조) 등에 관하여는 동 협약의 적용이 없음을 명문으로 규정하고 있는 바이다. 나아가 이 외에도 대리인에 의한 계약의 체결, 일방 또는 쌍방 당사자가 정형계약서를 사용하는 경우에 발생하는 문제, 물품의 수출입허가관계, 외환에 관한 각국의 통제가 매매계약 및 매매계약상의 채무의 이행에 미치는 영향 등에 관하여는 동 협약에 아무런 규정이 없는 것이다.

대립하는 견해를 타협적으로 해결한 예로는 서면계약의 요구에 관한 제 12 조 및 제 96 조, 특정이행에 관한 제 28 조, 대금이 명시적 또는 묵시적으로 정하여지지 아니한 경우에도 유효하게 계약이 성립할 수 있다고 정한 제 55 조 등이 있다. 또 원칙규정 외에 광범위한 예외규정을 두어 구체적인 경우에 결국 어느 규정이 적용되는지 의문스럽게 되는 예도 흔히 있으니, 예컨대 청약의 철회가능성에 관한 제 16 조, 물품 및 권리의 하자에 대한 통지의무에 관한 제 39 조 제 1 항, 제 43 조 제 1 항, 제 44 조, 운송중인 물품의 매매에 있어 위험의 이전에 관한 제 68 조 등이다. 또한 영미법 학자들은 어떤 규정은 너무 애매하여 실제 문제해결에 아무런 도움도 되지 않는다고 주장하기도 한다. 예컨대 신의성실의 원칙에 관한 제 7 조 제 1 항, 본질적인 계약위반을 정의한 제 25 조, 지연자의 지급에 관한 제 78 조 등이 그것이다.

3. UNIDROIT 原則

이에 대하여 UNIDROIT 原則은 전술한 바와 같이 미국의 리스테이트먼트와 같은 것을 국제적인 규칙(rule)으로 실현한다는 것이다. UNIDROIT 原則을 제정하는 작업의 목적은 국내법을 통일하자는 것이 아니라, 현존하는 국제계약법을 단순히 재기술(restatement)하는 것이므로 세계의 특정 국가나 특정 법률을 특히 고려할 필요는 없었다. 즉, 대립하는 rule 중에서 어느 하나를 선택하여야 할 필요가 있는 경우에 선택의 기준은 단순한 다수결, 즉 어느 rule이 가장 많은 나라에서 채택되고 있는가를 기준으로 한 것이 아니라(common core-approach), 어느 rule이 가장 설득력이 있느냐, 또는 특히 국제거래에 적합하다고 생각되는 rule은 무엇이냐 하는 것이었다(better rule-approach). 이와 같

은 노력의 결과는 매우 만족스러운 것으로 평가되고 있다. UNIDROIT 原則은 '法的 思考의 글로벌(global)화에 있어 극히 중요한 진전'이라는 평가를 받고 있다.⁵³⁾

4. 兩者의 適用關係

(1) 兩者의 調和

비엔나협약과 UNIDROIT 原則은 상호 대립하는가 아니면 양자는 공존하는가의 문제가 있다. 먼저 비엔나협약은 물품매매계약만을 대상으로 하는데 대하여 UNIDROIT 原則은 보다 광범위한 계약, 즉 국제상사계약 전반에 대하여 적용되므로 매매계약 이외의 계약에 관한 양자간에 적용상의 중복은 발생하지 아니한다. 그러나 매매계약분야에 관하여서도 서로 모순하는 것은 아니고 서로 조합될 수 있다. 예컨대 비엔나협약은 세계 51 개국이 이를 채택하고 있으나 계약국이 아닌 국가에 영업소를 둔 2 당사자간의 매매계약과 같이 비엔나협약이 적용되지 않는 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 경우에는 이를 대신하는 국제통일규칙으로서 UNIDROIT 原則이 적용될 여지가 있다. 양당사자 자신의 명시적인 선택 등의 방법으로 계약상 준거법으로서 '법의 일반원칙' 또는 'lex mercatoria' 등에 의한다고 언급하고 있는 경우에 UNIDROIT 原則이 바로 이에 해당한다고 본다.

한편 비엔나협약이 적용되는 경우에도 그 구속력에 비추어 통상은 비엔나협약이 UNIDROIT 原則에 우선한다. 예컨대 비엔나협약 제6조는 당사자가 조약의 전부 또는 일부의 적용을 배제할 수 있다는 규정을 두고 있다. 그러나 당사자가 비엔나협약의 각 조항 대신에 그에 대응하여 보다 적합하다고 생각되는 UNIDROIT 原則의 조항으로써 대체할 수 있을 법도 하다. 그러나 비엔나협약 전체를 UNIDROIT 原則으로 대체하는 것은 생각하기 어렵다. 실제 당사자가 비엔나협약의 규정을 배제하는 예가 더러 있으나, 이는 보통 새로운 법률의 적용에 따른 불확실성을 피하기 위함이다. 이와 같은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당사자의 의도는 본질적으로 비엔나협약보다도 새로운 UNIDROIT 原則을 적용하는 것 보다는 국내법을 적용하려 하였던 것으로 추단할 수 있을 것이다.

53) Perillo, *op. cit.*, p. 281 et seq.(p. 282).

(2) 비엔나 協約의 適用에 대한 UNIDROIT 原則의 補充的 適用

국제물품매매계약이 비엔나협약에 준거하는 경우에도 UNIDROIT 원칙은 중요한 역할을 한다. 즉, 비엔나협약상 불명료한 규정을 해석함에 있어 UNIDROIT 원칙은 유용한 도구가 될 수 있다. 그것은 UNIDROIT 원칙이 법의 일반원칙으로 간주될 수 있기 때문이다. 예컨대 어느 당사자가 채무불이행을 저지른 경우 그것이 이 협약 제 25 조가 정한 본질적(중대한)인 불이행인가 아닌가를 판단함에 있어서는 UNIDROIT 원칙 제 7.3.1 조가 열거하고 있는 것이 기준이 될 수 있을 것이다. 마찬가지로 불이행당사자의 하자보완권은 피해당사자의 계약해제에 의하여 방해받지 아니한다고 규정한 제 7.1.4 조 제 2 항은 이에 대응하는 비엔나협약 제 48 조의 해석상 발생하는 의문을 해소하는데 도움이 될 것이다.

또한 UNIDROIT 원칙은 비엔나협약의 불명확한 문언을 명확하게 하는 역할을 하는 외에 비엔나협약상의 흠결을 보완하는 역할도 한다. 비엔나협약 제 7 조 제 2 항은 “이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 이 협약에서 명시적으로 해결되지 아니한 문제는 이 협약이 기초하고 있는 一般原則에 따라 해결되어야 하며,…”라고 규정한다. 종래에는 법관이나 중재인이 스스로 이와 같은 일반원칙을 확정하고 그 일반원칙으로부터 해결하여야 할 특정 문제에 대한 해답을 도출하였다. 이제는 UNIDROIT 원칙을 이용함으로써 그 원칙을 확정하는 일이 매우 용이하여졌다. 이제는 UNIDROIT 원칙의 관련조항이 비엔나협약이 기초하고 있는 일반원칙을 나타내고 있는가만을 확인하면 된다.

또한 UNIDROIT 原則은 비엔나협약보다는 그 성격이 훨씬 포괄적이므로 계약당사자가 비엔나협약에 추가하여 동 협약이 규정하고 있지 아니한 사항에 관하여 UNIDROIT 原則을 적용하기로 하는 방안을 고려할 수 있다. 이와 같은 취지로 당사자가 “본 계약의 준거법은 비엔나협약으로 정한다. 다만 동 협약이 적용하지 아니하는 사항에 관하여는 UNIDROIT 국제상사계약원칙을 준거법으로 한다.”는 조항을 계약서에 삽입할 수 있다.

VI. UNIDROIT 原則의 展望

1. 序言

입법권이 없는 UNIDROIT의 후원아래 전문가 그룹의 오랜 작업 끝에 내어 놓은 UNIDROIT 원칙은 강제성이 없기 때문에 이것이 처음 제정, 공포되었을 때 회의적인 시각으로 보는 시각도 있었다. 즉, 이 원칙은 실제로는 그 효용성이 없는 단순한 학문적인 실험(academic exercise) 정도로 생각하였던 것이다.⁵⁴⁾ 그러나 그와 같은 예측은 완전히 빗나갔다. UNIDROIT 원칙은 예상 외의 성공을 거둔 것이다. 그 이유는 첫째, 이 원칙이 단지 학자들의 탁상공론에 의존하지 아니하였기 때문이다. 학자들 뿐만 아니라, 세계 곳곳의 심지어는 라틴아메리카나 극동의 전문가까지 이 원칙의 제정에 관여하였다.

특히 이 원칙은 무슨 논문이 아니라, 현재 국제거래계의 실무에서 준수되고 있는 세계 공통의 규칙을 재기술(restate)하였기 때문이다. 이것은 당연히 현실적인 필요와, 남북문제와 동서문제까지도 포함하여 모든 국제경제·정치적 상황을 반영하고 있기 때문이다. 나아가 이 원칙은 광범위한 주제를 다루고 있으며, 현실에 맞는 해결책을 제시하고 있기 때문에 이미 학계와 실무계로부터 상당한 평가를 받고 있다.⁵⁵⁾ 이 원칙이 이와 같은 성공을 거두었다는 징표는 여러 곳에서 나타나고 있다.

2. UNIDROIT 原則에 대한 世界的인 關心

1997년 말 이미 UNIDROIT 원칙 본문이 3,000 부 이상 판매되었으며 영어,

54) C. Kessendian, "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit," in *Revue critique de droit international privé* 1955, p. 641 ff., p. 670; R. Hill, "A Businessman's View of the UNIDROIT Principles," in 13 *Journal of International Arbitration*, 1996, p. 121 ff., p. 163 ff.

55) F.K. Juenger, "American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant," 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, p. 487 ff., p. 495.

불어, 독어, 이탈리아어, 스페인어, 아랍어, 중국어, 일어, 포르투갈어, 러시아어, 한국어 등 이미 11 개국 언어로 번역되었으며, Internet을⁵⁶⁾ 통한 동 원칙 본문과 문헌이 급속히 확산되고 있다. 나아가 이 원칙은 그간 세계적인 세미나의 주요 테마가 되었다. 1992년 1월 Miami 법과대학 세미나에서는 M.J. Bonell, U. Drobnig, E.A. Farnsworth, M. Fontaine, M.P. Furmston, R. Hyland, D. Maskow, A. Rosett, D. Tallon 등 세계적인 국제거래법 학자가 대거 참석하였다.⁵⁷⁾ 이밖에 1994년 2월 New Orleans의 Tulane 대학교 법과대학의 세미나,⁵⁸⁾ 1994년 10월 Melbourne에서 열린 국제변호사회 세미나, 1994년 10월 국제상업회의소 세미나, 1994년 11월 Milan에서 열린 국내 및 국제 상사중재원 세미나 등 굵직한 세미나 들이 계속 개최되었다.

이 외에도 1995년 10월 로마, 1996년 11월 Venezuela의 Carabobo 대학교의 세미나, 1996년 11월 Mexico에서도 세미나가 개최되었으며, 1997년에도 Moscow, 동경, 북경, Shanghai, Basle, Paris, London 등에서도 세미나가 개최된 바 있다. 1998년 Bristol에서 열리는 국제비교법학회에서도 UNIDROIT 원칙에 대한 연구발표가 있게 된다.

뿐만 아니라 1997년 현재 미국의 Boston 대학교 법과대학, New York의 Columbia 대학교의 법과대학, Southern Methodist 대학교의 법과대학, Yale 대학교의 법과대학, Tulane 대학교의 법과대학, 동경대학교의 법과대학, Hamburg 대학교의 법과대학, Heidelberg 대학교의 법과대학, London 대학교의 King's College, Canada의 McGill 대학, Moskow 대학, 북경대학, Oxford 대학, Paris 대학, Rome 대학, Zürich 대학 등 이미 전 세계 97개 대학에서 UNIDROIT 원칙을 정규 교과목으로 curriculum에 포함시켜 강의와 세미나를 진행하고 있다.

3. 實務界에서의 使用

1996년도 실시된 한 조사에 따르면 5 대주 39개 나라에서 현재 실무에 이 원칙을 적용한 바 있다고 응답하였다. 이 원칙이 1994년에 제정되었던 점을

56) Internet site는 <http://www.agora.stm.it/unidroit/english/principles/pr-main.htm>이다.

57) 40 *American Journal of Comparative Law*, 1992 참조.

58) 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994 참조.

감안하면 이는 놀라운 반응이라 하겠다. 이 원칙의 이용 형태는 다양하다.⁵⁹⁾

첫째, 국제, 국내 입법에 활용되고 있다.⁶⁰⁾ 예컨대 퀘벡주의 민법전, 네델란드의 민법전의 제정에 이 원칙을 참고하였으며, 사정변경 및 본질적 계약위반의 경우 계약의 해지에 관한 규정과 관련하여 독일채무법, 러시아 민법전, 리투니아·에스토니아·체코·스코틀랜드·중국·투니시아·아르헨티나 등의 민법전 또는 상법전의 제정 또는 개정에서 이 원칙을 참고하였다고 한다. 미국에서도 그 통일상법전(UCC) 제2조의 개정에서 이 원칙을 참고하고 있다고 보고되고 있다. 그 외에도 아프리카 제국, 뉴질랜드 계약법의 개정에도 이 원칙을 고려하여 작업이 진행되고 있다고 한다.

둘째, 이 원칙은 계약을 체결할 때 협상의 지침으로 활용되고 있다. 이 원칙은 영어로 되어 있으므로 일단 언어장애가 없고, 계약에서 발생하는 거의 모든 주체들을 포함하고 있기 때문에 계약체결시 계약서의 모델이 되면서 동시에 check list의 기능도 한다고 한다. 요컨대 이 원칙은 '법의 일반원칙'(general principle of law = *lex mercatoria*)으로 간주되고 있어서, 계약서에의 이용은 더욱 늘어날 전망이다.

셋째, 분쟁해결절차에서의 이용이다.⁶¹⁾ 즉, 계약법의 法源으로서의 기능을 한다. 이 원칙은 당사자가 소송이나 중재시의 변론에서 흔히 주장되고 있으며, 법원과 중재원이 판단할 때 유력한 근거자료로 활용되고 있음이 입증되고 있다. 이 원칙이 중재원과 법원에서 인용된 것으로 보고된 것도 27건에 이른다. 특히 ICC의 중재법원은 1995년부터 1997년까지 6건의 중재에서 UNIDROIT 원칙에 준거하여 중재를 한 것으로 보고되었고,⁶²⁾ 독일, 뉴질랜드, 체코, 영국 등 각국의 중재원에서 이 원칙이 활용된 예가 있다. 'UNIDROIT 원칙'의 각 조문 중 특히 제2장(계약의 성립), 제4장(계약의 해석), 제7장(불이행)이 주로 이용되고 있는 것으로 보고되고 있다.

이와 같이 이 원칙이 소송 또는 중재에서 이용되는 이유는 이것이 국내법 해석의 기준이 될 수도 있고, 동시에 국제통일법 해석의 기준으로도 작용할 수

59) Veytia, *op. cit.*, p. 1193.

60) 박상기, 전제논문, 247면 이하 참조.

61) Garro, *op. cit.*, p. 1153.

62) ICC Award No. 8240 등. K.P. Berger, "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," in *American Journal of Comparative Law*, 1997.

있으며, 계약서의 준거법으로 활용될 수도 있기 때문이다. 이 문제는 추후에 자세히 논의하겠지만, 당사자가 'UNIDROIT 원칙'을 준거법으로 한다는 문구를 계약서에 삽입하는 경우, 'UNIDROIT 원칙'이 준거법이 될 수 있는가 의문이다. 유연성이 큰 중재원의 경우라면 준거법이 될 수 있다고 보겠으나, 법원으로서 'UNIDROIT 원칙' 자체가 법률이 아니라는 이유로⁶³⁾ 이를 준거법으로 인정하지 아니하고 준거법 지정이 없는 것으로 보아 섭외사법에 의거 준거법을 새로이 선택할 가능성이 크다.

그런데 Mexico에서 1994. 3. 14-18에 개최된 Inter-American Conference on Private International Law에서 채택한 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contractual Obligations (Inter-American Convention) 제 7 조는 당사자가 합의한 법률이 준거법이 된다고 정하고, 제 9 조에서 당사자가 준거법을 합의하지 아니한 경우, 또는 그 합의한 준거법이 비효율적인 경우, 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법률을 준거법으로 한다고 정한다. 여기서 계약과 가장 관계가 있는 국가의 법률을 발견함에는 그 계약에 관한 모든 요소는 물론 '국제기구가 승인한 국제상법의 일반원칙'(the general principles of international commercial law recognized by international organizations)도 참고하도록 하였다. 'UNIDROIT 원칙'이 바로 '국제기구가 승인한 국제상법의 일반원칙'이 될 수 있음은 당연하다.⁶⁴⁾

넷째, 기타의 활용예로는 유엔보상위원회(United Nations Compensation Commission)의 위원들이 이라크의 쿠웨이트 침공으로 인한 쿠웨이트가 입은 손해보상청구와 관련하여 'UNIDROIT 원칙' 제 7.4.3 조 제 3 항(침해의 확실성 : 침해의 정도가 충분히 확실한 정도로 입증되지 아니하는 경우 그 평가는 법원에 재량에 의한다)을 원용하였으며, 나아가 제 7.1.7 조(불가항력), 제 7.3.5 조(해제의 일반적 효과), 제 7.3.6 조(원상회복), 제 7.4.9 조(금전의 불지급에 대한 이자), 제 7.4.8 조 제 1 항(침해의 경감) 등도 원용하였다.

63) 본고를 무역상무학회에서 발표할 때 석광현변호사가 'UNIDROIT 원칙'은 구속력 있는 법률이 아니므로 이것을 '준거법'이라고 하기는 어렵지 않느냐는 취지의 발언을 하였다.

64) Parra-Aranguren, *op. cit.*, 1250.

4. 未決된 問題

‘UNIDROIT 원칙’은 그 개정이 쉽다. 현재 상태에서 이 원칙이 완벽한 상태도 아니다. 따라서 지속적인 개정과 보완이 이루어질 것으로 본다. 현재 검토되고 있는 보완사항은 대리(Agency), 계약상의 권리·의무의 양도(Assignment of contractual rights and duties), 除斥期間(Limitation of action, Ex-tinctive prescription), 제 3자를 위한 계약(Contracts for the benefit of a third party), 대금감액청구권(Price reduction), 조건(Conditions), 相計(Set-off), 권리의 포기(Waivers) 등이고, 실무자들로부터 개정이 고려되어야 한다고 지적된 사항은 제 3.10 조(부당·현저한 불공정), 제 2.20 조(의외조항), 제 3.17 조(취소의 소급효), 제 6.2.2 조(hardship의 정의), 제 6.2.3 조(hardship의 효과), 제 7.4.13 조(불이행에 대한 지급의 합의) 등이다.

VII. 結 言

필자는 ‘UNIDROIT 원칙’의 의미를 다음 세 가지로 요약하고자 한다.

첫째, ‘UNIDROIT 원칙’은 현재 국제상사계약법의 일반규칙을 기술한 것이다.

둘째, ‘UNIDROIT 원칙’은 국제계약법의 총칙(general principles)에 해당한다.

셋째, ‘UNIDROIT 원칙’은 현재 구속력이 없어서, 이것이 유연성을 갖는다는 점에서 장점이기도 하나, 법적 안정성이 결여되는 단점도 될 수 있다.

넷째, ‘UNIDROIT 원칙’의 성립은 국제계약법의 통일을 위한 제1단계 작업을 완료한 것으로 본다. 장차 국제계약법에 관한 통일조약이 성립하면 법규의 완성이 이루어 진다.

ABSTRACT

The Purposes of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Choi, Jun Sun

In this Article the writer introduces the origin and preparation of “the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. In May 1994 the Governing Council of the UNIDROIT gave its formal imprimatur to the UNIDROIT Principles and recommended their widest possible distribution in practice.

After brief discussion of the establishment procedure of the UNIDROIT Principles the writer discusses the legal nature of the Principles as an international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles has more flexibility than international convention. But it has deficit in the sense of legal stability.

Also the scope of application of the Principles was discussed. It can be applied only to the international commercial contracts. It includes two basic principles in it's application, i. e. “commercial contracts” and “international contracts”.

For the rest of the Article the writer concentrates on the contents of the Principles and the basic ideas underlying the Principles from the point of view of the comparision between the UNIDROIT Principles and “the UN Convention on the International Sale of Goods” (CISG). The UNIDROIT Principles are only restatements and the CISG is an international convention. The application of the CISG is obligatory due to its nature as an international convention. In the contrary the possibility of the application of

the UNIDROIT Principles is more flexible. The UNIDROIT Principles is a more comprehensive instrument than CISG. Therefore it can be applied to all kinds of international commercial contracts. In the contrary the CISG can be applied only to international sales contract. Since CISG only deals with contracts for the sale of goods, and the scope of the UNIDROIT Principles is much wider, no overlap can occur where contracts other than sales contracts are concerned. Rather the UNIDROIT Principles can supplement the CISG and the CISG also can be criteria in interpreting the UNIDROIT Principles.

As the conclusion the writer summarizes the meanings of the UNIDROIT Principles and presupposed the futur perspectives of the Principles.

Key Words : UNIDROIT Principles.
