

## 「UNIDROIT Principles 2004」의 變更·新設內容의 概觀

오 원 석\* · 심 윤 수\*\*

- 
- I. 序論
  - II. 「UNIDROIT Principles 2004」의 目的
    1. 契約의 準據法
    2. 國際的 統一法の 解釋·補充手段
    3. 國內法の 解釋·補充手段
    4. 모델법적 機能
  - III. 「UNIDROIT Principles 2004」의 變更概要와 構成比較
    1. 「UNIDROIT Principles 2004」의 變更概要
    2. 「UNIDROIT Principles」 1994와 2004의 構成比較
  - IV. 「UNIDROIT Principles 2004」에서 變更·新設된 主要內容
    1. 前文(Preamble) 第4文과 第6文
    2. 翻覆行爲와 合意에 의한 債務免除
    3. 代理人의 權限
    4. 第3者의 權利
    5. 相計
    6. 債權讓渡, 債務移轉 및 契約讓渡
    7. 提訴期間
  - V. 結論
- 

\* 성균관대학교 경영학부 교수

\*\* 성균관대학교 경영학부 박사과정 수료

## I. 序論

「私法統一國際協會」(UNIDROIT)가 1994년에 「國際商事契約原則」(Principles of International Commercial Contracts; 이하 “UNIDROIT Principles 1994” 또는 “동 원칙(1994)”라 한다)을 공표했다. 미국법의 용어를 빌리자면, 이는 국제계약법의 再記述(Restatement)<sup>1)</sup>의 성격을 갖는다. 동 원칙은 불확실한 계약법을 확실하게 하고 불필요하게 복잡한 문제들을 단순화시킬 뿐만 아니라 법을 생활의 필요에 맞게 조정하는 기능을 한다.

“UNIDROIT Principles 1994”는 공표된 이후 국제상사계약법의 法源의 하나로 자리를 잡아가고 있다. ICC의 통계에 의하면 1996년부터 1998년까지 ICC중재판정건수 720건 가운데 “동 원칙(1994)”를 적용한 건수가 20건이며, 1999년부터 2000년까지 2년간 약 600건 가운데 14건이 이를 적용했다.<sup>2)</sup> 이를 백분율로 환산하면 대략 3%정도이다. 중재의 경우에도 “동 원칙(1994)”의 적용건수가 적은 것은 대부분의 경우 각 계약에서 특정국의 국내법을 준거법으로 지정하고 있기 때문이다.<sup>3)</sup>

“UNIDROIT Principles 1994”가 공표된 지 3년 후부터 세계의 주요 법계와 지역을 대표하는 법률가들로 구성된 작업반이 설립되어 “동 원칙(1994)”의 추가·개정작업을 시작하였다. 7년만인 2004년4월에 「UNIDROIT 國際商事契約原則 2004」(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004; 이하 “UNIDROIT Principles 2004” 또는 “동 원칙(2004)”라 한다)를 공표하였다.

---

1) 미국법률협회(American Law Institute)가 미국의 복잡한 판례법을 조문의 체제에 따라 재기술(restate)한 것으로 법적 구속력은 없지만 권위있는 문헌으로 높은 평가를 받고 판결에 자주 인용되는 것이 “Restatement of The Laws, Second of Contracts”인 바, “UNIDROIT Principles”은 국제계약법의 “Restatement”의 성격을 갖는다.

2) P. Mayer, *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice, in UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - Reflections on their Use in International Court of Arbitration(Special Supplement)*, ICC International Court of Arbitration, 2002, p.106.

3) ICC국제중재원이 다른 중재사건을 보면 당사자들이 특정국의 국내법을 준거법으로 지정한 경우가 대략 80%, “法の一般原則”(general principles of law)이 0.2%, 상관습법(*lex mercatoria*)이 적용된 경우가 0.2%, 그리고 국제거래관습이 적용된 경우가 0.4% 등이다. *ibid.*

이는 “동 원칙(1994)”의 개정이라기보다는 새로운 내용을 추가한 것이 그 특색이다. 즉, “동 원칙(2004)”에서는 “동 원칙(1994)”의 최소한의 개정과 함께 전통적 계약법에서 취급하지 않았던 전자적 계약체결(Electronic Contracting), 대리인의 권한(Authority of Agents), 제3자의 권리(Third Party Rights), 상계(Set-off), 채권양도(Assignment of Rights)·채무이전(Transfer of Obligations)·계약양도(Assignment of Contract) 및 제소기간(Limitation Periods) 등의 내용들이 추가되었다.

또한 “동 원칙(2004)”의 각조는 조항(Black Letter Rule), 주석(Comment) 및 例說(Illustration)로 구성되어 있는데, 어떤 조의 경우 조항 자체는 개정되지 않고 주석과 예설이 개정된 경우도 있다

본고의 목적은 2004년에 공표된 “UNIDROIT Principles 2004”의 목적과 변경된 내용을 학계에 소개하기 위함이다. 특히 오는 2005년 3월 1일부터는 우리나라도 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(이하 “CISG”라 한다)의 계약국이 되는 바, “동 원칙(2004)”은 CISG에서 커버되지 않는 많은 문제들을 규정하고 있으므로 그에 따른 CISG의 補充法的 기능이 기대되기 때문이다. 따라서 본고에서 “동 원칙(2004)”를 다루는 것은 시기적으로 적절하다고 판단된다. 그렇지만 지면의 제한으로 변경된 내용을 본고에서 상세하게 다룰 수 없어 부득불 주요내용을 중심으로 기술하고 상세한 내용은 차기에 주제별로 다루고자 한다.

중요한 추가내용 가운데 제2장 “代理人的 權限”(Authority of Agents)의 경우에는 1983년에 UNCITRAL이 제정한 「국제물품매매에서 대리에 관한 제네바 협약」(Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983); 이하 “제네바대리협약” 또는 “Geneva Agency Convention”이라 한다)<sup>4)</sup>과 비교·검토하며, 제10장 “제소기간”(Limitation Periods)의 경우에는 「國際物品賣買에서의 提訴期間에 관한 UN협약」(United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (1974 & 1980); 이하 “UN 제소기간협약” 또는 “UN Limitation Convention”이라 한다)과 비교·검토하고자 한다. 그 이유는 “동 원칙(2004)”가 CISG를 비롯한 국제적 통일법의 ‘Restatement’의 기능을 할 것으로 예상되기 때문이다.

4) 이 협약은 UNIDROIT 초안을 기초로 UNCITRAL이 제정한 협약으로 10개국이 비준해야 발효하지만 2004년 1월 현재 프랑스, 이태리, 멕시코, 남아프리카 및 네덜란드 등 5개국이 비준했다.

## II. 「UNIDROIT Principles 2004」의 目的

“UNIDROIT Principles 2004”는 前文(Preamble)에서 그 목적을 규정하고 있다. “UNIDROIT Principles 1994”의 前文에서 종래의 제4문이 삭제되고 대신에 2개의 문장이 추가됨과 아울러 각주<sup>5)</sup>(footnote)가 추가되었다.

“UNIDROIT Principles 2004”는 우선 “國際契約”에 적용된다. 여기에서는 계약의 “國際性”에 관하여 명확한 정의가 없다. 그러나 여기서 “國際”의 의미는 계약당사자가 서로 다른 국가에 營業所나 常居所를 두고 영업하는 경우를 말할 것도 없고, 계약의 모든 요소가 한 국가에 국한되는 경우를 제외하고 계약 내용에 국제적 요소가 조금이라도 있으면 이것은 적용될 수 있게 때문에 CISG보다 적용범위가 넓다고 볼 수 있다. 그렇지만 국내거래의 경우도 계약당사자가 이를 적용하기로 합의한 경우에는 적용될 수 있으나 이 경우에는 국내의 강행법규에 제한을 받는다.<sup>6)</sup>

또한 “UNIDROIT Principles 2004”는 “商事契約”에만 적용된다. 이를 상사계약에 국한하고자 하는 것은 그 적용범위에서 소비자거래(consumer transaction)를 배제하기 위함이다. 그 이유는 많은 법계가 소비자 보호를 위한 개별적인 강행법규를 갖고 있기 때문이다. 여기서 “商事”계약이란 용어는 이를 “民事”와 구별하거나 계약당사자가 “商人”임을 나타내기 위한 목적은 아니다. 같은 맥락에서, “商事”의 의미는 가능한 광의로 해석하여야 하며, 따라서 “物品”이나 “서비스”의 거래는 말할 것도 없고 “투자”나 “지식서비스”까지 동 범주에 속하는 것으로 보아야 한다.<sup>7)</sup>

---

5) 계약당사자가 계약시 “동 원칙(2004)”의 적용을 받기 원할 경우, 다음과 같은 준거법조항(Governing Law Clause)을 삽입하도록 권하고 있다. 즉, “This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles(2004)[except as to Articles....]”; 만약 계약당사자가 “동 원칙(2004)”를 특정관할지의 법에 추가하여 적용하기를 원할 경우 다음과 같은 조항을 둘 수 있다. 즉, “This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004) [except as to Articles....], supplemented when necessary by the law of jurisdictions X.”

6) UNIDROIT Principles 2004, PREAMBLE, Comment 1.

7) UNIDROIT Principles 2004, PREAMBLE, Comment 2.

## 1. 契約의 準據法

“UNIDROIT Principles 2004”의 前文에는 “동 원칙(2004)”가 적용될 수 있는 경우를 3가지로 규정하고 있다. 즉, 당사자에 의하여 이를 계약의 준거법으로 합의된 경우, 당사자가 자신들의 계약을 “法の 一般原則”(general principles of law) 또는 商慣習法(lex mercatoria) 등에 의하여 규율되기로 합의한 경우, 그리고 당사자들에 의한 법의 선택(choice of law)이 없는 경우 등으로 구분되어 규정되어 있다.

### 1) 當事者에 의한 明示的 選擇

계약당사자는 “UNIDROIT Principles 2004”가 각 법계와 국제상거래에 적합한 계약법의 원리를 수용하고 있다고 생각하고 이를 자신들의 계약의 준거법으로 명시적으로 합의할 수 있다. 이 경우 당사자들은 “동 원칙(2004)”만을 준거법으로 명시할 수도 있고 “동 원칙(2004)”로 커버되지 않는 문제는 특정국의 국내법에 규율되도록 국내법과 동시에 명시할 수도 있다.

전자의 경우 다음과 같은 문구를 계약서에 삽입한다. 즉, “The contract shall be governed by UNIDROIT Principles (2004).”(본 계약은 UNIDROIT Principles(2004)의 적용을 받는다.)

후자의 경우 다음과 같은 문구를 계약서에 삽입한다. 즉, “The contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004), supplemented when necessary by the law of [Jurisdiction X].”(본 계약은 UNIDROIT Principles(2004)의 적용을 받으며 필요한 경우에는 보충적으로 X국의 법이 적용된다.)

당사자들이 계약에서 “동 원칙(2004)”를 준거법으로 명시하고자 할 때에는 분쟁해결방법으로 仲裁條項(Arbitration Clause)을 삽입하는 것이 좋다. 그 이유는 분쟁이 소송에 회부되면 법원은 준거법의 명시에도 불구하고 법정지의 국제사법규칙에 따라 어느 특정 국가의 국내법을 준거법으로 결정하므로 “동 원칙(2004)”의 적용합의는 단지 계약내용의 일부로 간주되어 선택된 준거법에 영향을 주지 않는 범위내에서 당사자를 구속할 것이기 때문이다.

이와 반대로 계약당사자들이 자신들의 계약에서 발생하는 분쟁을 중재로 해

결하기로 합의한 경우에는 중재인은 특정국가의 국내법에 구속되지 않는다. 특히 중재인이 당사자들로부터 「우의적 중재인」(amiable compositeur or ex aequo et bono)으로 행동하도록 수권된 경우에는 말할 것도 없다. 비록 그러한 수권이 없는 경우에도 중재인은 자신들의 판정의 근거가 될 규범으로 어느 국가의 국내법이 아닌 법의 규칙(rules of law)을 선택할 수 있다.<sup>8)</sup>

## 2) “法の 一般原則” 또는 “商慣習法”

계약당사자들이 국제계약에 적용한 법의 선택에 합의하지 못하면 자신들의 계약을 “법의 一般原則”(general principles of law) 또는 “商慣習法”(lex mercatoria)에 규율된다고 약정할 수 있다.

이 경우에 당사자들이 잘 알지 못하는 초국가적 원리나 규정을 적용할 경우 그 개념이 불명확하고 불확실하므로 “UNIDROIT Principles 2004”와 같이 체계적이고 정교한 “일단의 규칙”(set of rules)을 적용하는 것이 바람직하다.<sup>9)</sup>

## 3) 當事者들에 의한 法選擇이 없는 경우

계약에서 준거법에 관한 언급이 없는 경우에도 “동 원칙(2004)”가 적용될 수 있다.

만약 당사자들이 자신들의 계약을 규율할 준거법을 선택하지 않는 경우 준거법은 법정지의 국제사법규칙에 따라 결정되어야 한다. 그렇지만 분쟁사건이 중재에 회부되면 중재판정부는 준거법의 선택에 있어 소송보다 매우 탄력적이기 때문에 적절하다고 판단되는 법칙을 적용할 수 있고<sup>10)</sup>, 이 경우에 “동 원칙(2004)”가 선택될 수 있다.

통상 중재판정부도 특정국가의 국내법을 계약의 준거법으로 선택한다. 그렇지만 예외적으로 “동 원칙(2004)”와 같은 국제적 규범을 적용할 수 있다. 대표적인 경우는 계약당사자들이 계약체결이 특정국가의 국내법을 배제할 의도가 있거나 계약의 성격상 여러 국가와 연결점을 갖고 있으면서도 그 중 어느 국가도 지배적이지 않다면 특정국가의 국내법 대신 국제적 통일규범을 적용할 수 있다<sup>11)</sup>.

8) UNCTRAL Model Law on International Commercial Arbitration(1985) Art. 28.

9) UNIDROIT Principles 2004, Preamble, Comment 4(b).

10) I.C.C., *The Rule of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, 1998, Art. 17(1).

## 2. 國際的 統一法の 解釋·補充手段

“UNIDROIT Principles 2004”의 前文 제5문은 “동 원칙(2004)”사 국제적인 통일법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다고 규정하고 있다.

국제적인 통일법은 개별 조항의 정확한 의미에 관하여 의문이 생길 수 있고 경우에 따라서는 법적 공백이 있을 수 있다. 전통적으로 국제적 통일법은 국내 법상의 원칙(principle)과 기준(criteria)에 따라 해석되어 왔으며 이들에 의하여 보충되어 왔다.

최근 법원과 중재판정부는 이 같은 국제사법적 접근법을 버리고 국제적으로 통일된 원칙과 기준을 통하여 국제적인 통일법을 해석 또는 보충하고 있다. 이러한 접근법이 CISG와 같은 통일법에 잘 반영되어 있다.<sup>12)</sup>

지금까지는 국제적 통일법을 해석 및/또는 보충하기 위한 원칙이나 기준을 매 사건마다 판사나 중재인이 여러 법계를 비교·검토하므로 그 근거를 찾으려고 했으나 이제는 “UNIDROIT Principles 2004”가 바로 이러한 기능을 수행할 수 있을 것이다.

특히 “UNIDROIT Principles 2004”의 보충법적 기능을 높이기 위하여 계약 당사자들은 자신들의 계약에 다음과 같이 준거법조항을 둘 수 있다.<sup>13)</sup>

“This contract shall be governed by CISG, and, with respect to matters not governed by Convention, by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract (2004).”(본 계약은 CISG의 적용을 받으며, CISG에 적용되지 않는 문제는 UNIDROIT 國際商事契約原則(2004)의 적용을 받는다.)

---

11) 이 경우는 계약당사자의 일방이 정부이거나 정부기관이며, 또한 양당사자의 합의에서 누구도 상대국의 국내법이나 제3국의 국내법의 적용을 동의하지 않은 경우이다.

12) CISG, Art. 7(2): “본 협약에 의하여 규율되는 사항에 관한 문제로서 본 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는 본 협약이 기초하고 있는 一般原則에 따라 해결되어야 하며, 이러한 원칙이 없는 경우 國際私法原則에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다.”

13) M.J. Bonell, *An Restatement of Contract Law 2nd Enlarged ed.*, Transnational Pub., Inc., 1997, p.82.

### 3. 國內法の 解釋・補充手段

“UNIDROIT Principles 2004”는 국내법을 해석하고 보충하는 수단으로 사용될 수 있다. 법원이나 중재판정부가 특정의 국내법을 적용하여 채택한 해결방법에 의문을 가질 수 있다. 그 이유는 복수의 대체적 해결방법이 가능하거나 아니면 마땅한 해결방법이 없기 때문이다. 특히 국제상사계약과 관련된 분쟁의 경우 “UNIDROIT Principles 2004”를 해결을 위한 「착상의 근원」(source of inspiration)으로 삼을 수 있다. 그렇게 함으로서 문제의 국내법을 국제적으로 승인된 기준 및 또는 국제거래관계의 특별한 요구에 부합되게 해석 및/또는 보충할 수 있다.

### 4. 모델법적 機能

“UNIDROIT Principles 2004”는 계약법이나 특수한 거래에 관한 입법의 모델법적 기능을 할 수 있다. 특히 국제적 수준의 계약관련 立法體系를 갖추고 있지 않는 국가나 國內法을 국제적 수준으로 향상시키고자 하는 국가에서는 “동 원칙(2004)”가 유용한 모델법의 기능을 할 수 있다.

이러한 현상은 입법체계를 갖추고 있는 국가의 경우에도 마찬가지다. 왜냐하면 자국의 사회·정치적 구도에서 급격한 변화를 겪은 후 國際去來關聯法을 개정할 필요가 있는 경우에도 매우 유용한 모델법이 될 수 있다.

또한 국제기구에서 국제적 수준의 협약이나 모델법을 초안할 때도 참고할 수 있는 유용한 자료가 될 수 있다.



### Ⅲ. 「UNIDROIT Principles 2004」의 變更概要와 構成比較

#### 1. 「UNIDROIT Principles 2004」의 變更概要

“UNIDROIT Principles 2004”에 대한 작업을 시작할 때, 작업의 초점을 개정보다 확대에 두었다.

작업반은 「대리인의 권한」, 「제3자의 권리」, 「상계」, 「채권양도, 채무이전 및 계약양도」, 「제소기간」 등의 추가를 우선적 과제로 선택했다. 그 후 「권리포기」(waive)의 문제를 번복행위(inconsistent behaviour)(제1.8조)에 국한시키고 전문에 2개의 문장을 추가하며 제5장에 「합의에 의한 채무면제」(release by agreement)(제5.1.9조)를 두기로 결정했다.

「UNIDROIT Principles 1994」의 각 章은 이미 그 내용들이 공인되어 실제적으로 사용에 있어 큰 문제점이 없기 때문에 개정하는 것을 적절하지 않다는 판단에 따라 변경을 최소화 하였다.

유일하게 개정된 조항은 승낙을 위한 청약자에 의해 확정된 기간동안 또는 그 기간의 만료시에 발생하는 공휴일의 효과에 관한 제2.8조(2)항으로, 이것은 “UNIDROIT Principles 2004”에서는 “관련 時域”(relevant time zone)에 관한 새로운 항이 추가되어 시간의 계산에 관한 새로운 조항인 제1.12조로 흡수되었다.

한편 주석(Comment)에 관한 개정폭은 늘어났다. 제1.3조의 Comment 3은 “UNIDROIT Principles 2004”에서 새로운 장(Chapter)과 절(Section)이 추가됨에 따라 재초안되었다. 또한 제1.7조의 Comment 1과 2는 「신의와 공정거래」(good faith and fair dealing)의 원칙이 적용되는 추가조항을 언급하고 권리남용(abuse of rights)의 실효를 구체적으로 규정하고 있다. 또한 제2.1.15조의 Comment 2는 당사자가 선의로 협상할 것을 명시적으로 명기하고 있으며, 제6.2.2조의 Comment 2에서는 계약이행비용이나 이행가액의 50%이상의 변동은 “이행가혹”(hardship)을 구성한다는 주석내용을 삭제했다.<sup>14)</sup>

한편 “UNIDROIT Principles 1994”가 계속 증가하는 전자적 계약체결의 현

상을 커버하기 위해 추가 또는 개정이 필요한지를 검토한 결과 그렇게 큰 변경이 필요하지 않음이 판명되었다. 제1.2조 및 제2.18조의 “writing”이 “a particular form”으로 대체되었으며 제2.8조(1)항의 “전보나 서신”이란 문언이 모든 통신수단을 커버하기 위하여 삭제되었다. 그리고 전자문서에도 적절한 승낙시기에 관한 일반법칙이 채택되었다. 또한 제1장과 제2장의 많은 주석(Comment)과 예설(Illustration)이 전자계약을 구체적으로 언급하기 위하여 개정되었다.<sup>15)</sup>

결국 “UNIDROIT Principles 2004”는 총185개 조항으로 120개 조항이었던 “UNIDROIT Principles 1994”보다 크게 그 적용범위가 확대되었다.

---

14) H.V. Houtte, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration: Their Reciprocal Relevance”, *Institute of International Business Law and Practice(ed), The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria*, ICC Pub., No 496/1(1994), p.181 et. seq.

15) Art. 1.2의 Comment 1, Art.19의 Comment 1 및 4, Illustration 1 및 2, Art. 2.1의 Comment 3, Illustration 1, Art. 2.7의 Comment 및 Illustration 2, Art. 2.8의 Comment.

2. “UNIDROIT Principles” 1994와 2004의 構成比較

UNIDROIT Principles 1994	UNIDROIT Principles 2004	備考
前文(Preamble)	左同	1994상의 4문이 削除되고, 2004의 2문의 각주에 계약조항을 示意하고, 4문과 6문이 新設·追加됨.
第1章	左同	제1.8조(齟齬行爲: Inconsistent behaviour)와 제1.12조(당사자들이 정한 기간의  계산)이 追加됨.
第2章 契約의 成立	第2章 契約의 成立과 代理人의 權限 第1節 契約의 成立 第2節 代理人의 權限	제2절 대리인의  권한(Authority of Agents)이 新設되고, 그에 따라 장(Chapter)의 題名이 契約성립과 대리인의  권한(Fornation and Authority of Agents)으로 變更됨.
第3章 契約減却(validity)	左同	
第4章 解釋	左同	
第5章 契約內容	第5章 契約內容과 第三者의 權利 第1節 契約內容 第2節 第三者의 權利	제2절 제3자의  권리(Third Party Rights)가 新設되고, 그에 따라 章의 題名이 變更됨. 또한, 제5.1.9조(합의에  의한  채무면제)가 新設됨.
第6章 履行 第1節 履行一般 第2 履行苛酷	左同	
第7章 不履行 第1節 不履行一般 第2節 履行請求權 第3節 契約解除 第4節 損害賠償	左同	
	第8章 相計	新設
	第9章 債權讓渡, 債務移轉, 契約讓渡 第1節 債權讓渡 第2節 債務移轉 第3節 契約讓渡	新設
	第10章 提訴期間	新設

(자료:논자작성)

## IV. 「UNIDROIT Principles 2004」에서 變更·新設된 主要内容

### 1. 前文 第4文 및 第6文

“UNIDROIT Principles 2004”의 전문 제4문의 “동 원칙은 당사자가 자신들의 계약을 규율한 법을 선택하지 않았을 때 적용될 수 있다”는 규정과 제6문의 “동 원칙을 국내법을 해석하거나 보충하는데 사용될 수 있다”는 규정이 추가되었다. 추가 이유는 1994년부터 지난 10년간 중재판정부와, 비록 건수는 적지만 국내법원에서 “UNIDROIT Principles 1994”에 언급되지 않은 목적, 즉, 당사자가 준거법을 합의하지 못했거나 “동 원칙”이 국내법의 법해석이나 보충에 적용되는 사례가 늘어난 것을 반영한 것이다.

### 2. 飜覆行爲와 合意에 의한 債務免除

반복행위의 금지원칙, 즉, 禁反言의 원칙은 제1.7조에 규정된 신의의 원칙으로도 커버될 수 있다. 그럼에도 불구하고 별도의 조항(제1.8조)을 둔 것은 동 원칙이 중요하기 때문만이 아니고 동 원칙이 적용되는 조건, 즉, 일방에 의하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되었고, 상대방이 이를 신뢰하고 행동했는데도 일방이 이와 모순되는 행동의 결과 상대방이 손해를 입게 되는 경우를 보다 명료하게 정리하기 위함이다.

또한 “UNIDROIT Principles 2004”는 채권자가 자신의 채권을 포기하기 원하는 경우를 규율하기 위하여 새로운 조항(제5.1.9조)을 두었다. 동조에서는 비록 채권자가 어떠한 대가없이 권리를 포기하더라도 당사자간에 합의할 것을 규정하고 있다.

### 3. 代理人의 權限

#### 1) “UNIDROIT Principles 2004” 제2장 제2절

“UNIDROIT Principles 2004”는 제2장에 제2절을 신설하여 “代理人의 權限”에 관하여 10개 조항을 두고 있다.

代理制度는 本人(principal)으로부터 代理權을 부여받은 자, 즉, 代理人(agent)이 제3자를 상대로 한 행위의 법률적 효과를 本人에게 귀속시키는 제도이다.

대리의 경우는 (i) 本人과 代理人, (ii) 代理人과 제3자 및 (iii) 本人과 제3자 사이에 법률관계가 개제된다. (i)의 법률관계를 內部關係(internal relationship)라 하고, (ii)와 (iii)의 법률관계를 外部關係(external relationship)라 한다. “UNIDROIT Principles 2004”에서는 상기의 언급한 관계 중에 외부관계만 다루고 있으며<sup>16)</sup> 내부관계는 代理店契約과 그 準據法에 따른다.

本人에 의한 대리권의 부여는 명시적이거나 묵시적일 수 있으며(제2.2.2조(1)항), 대리인은 대리권이 부여된 목적을 이루기 위하여 사정에 따라 필요한 모든 행위를 할 수 있다(제2.2.2조(2)항).

“UNIDROIT Principles 2004”는 대리를 顯名代理(“disclosed” agency)와 非顯名代理(“undisclosed” agency)로 나누어 대리의 법률효과를 규정하고 있다. 전자는 대리인의 행위가 대리권의 범위내에서 행하여지고 대리인의 행위의 상대방인 제3자도 동 대리인이 대리인으로서 행위를 하고 있음을 알거나 알았어야 하는 경우의 대리를 말한다.

후자는 대리인의 행위가 당해 대리권의 범위내에서 행하여지기는 했으나 제3자는 동 대리인이 대리인으로서 행위하고 있음을 알지 못했고 또한 알았어야 하지도 않은 경우의 대리를 말한다. 顯名代理의 경우에는 그 효과로서 대리인의 행위는 본인과 대리인 사이에 법률관계를 직접 낳지만 대리인과 제3자 사이에는 아무런 법률관계도 생성하지 않는다(제2.2.3조(1)항). 그러나 대리인이 본인의 동의를 얻어 당해 계약의 당사자가 되기로 한 경우에는 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이에만 법률관계를 생성시킨다(제2.2.3조(2)항).

16) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.1(2).

한편 非顯名代理의 경우에는 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이에만 법률관계를 생성시킨다(제2.2.4조(1)항).

“UNIDROIT Principles 2004”는 無權代理人(agent acting without it's authority)과 越權代理人(agent exceeding it's authority)을 규정하여 이들의 행위는 본인과 제3자간의 법률관계를 생성하지 않는다고 규정하고 있다(제2.2.5조(1)항). 그렇지만 無權代理人이나 越權代理人이 대리권을 갖고 있음과 자신들의 대리권의 범위내에서 행위함을 제3자가 합리적으로 믿게 된 것에 본인이 원인을 제공한 경우에는 본인은 제3자에 대하여 대리권의 결여를 주장할 수 없다(제2.2.5조(2)항)고 규정하므로 表見代理(apparent authority)制度를 도입하고 있다.

無權代理人이나 越權代理人은 본인에 의한 추인이 없는 한 그가 無權代理나 越權代理를 하지 않았더라면 제3자가 놓이게 되었을 입장에 이르도록 하는 정도의 損害賠償責任을 진다(제2.2.6조(1)항). 따라서 無權代理人과 越權代理人의 책임의 범위가 소위 信賴利益(reliance interest)혹은 消極利益(negative interest)에 국한되지 않고 期待利益(expectation interest) 혹은 積極利益(positive interest)도 손해배상의 대상임을 분명히 하고 있다.<sup>17)</sup> 다시 말하면 제3자가 無權代理人이나 越權代理人과 체결한 계약이 그 효력을 가졌더라면 그로 인하여 그가 취득했을 이익을 손해배상으로 회복할 수 있다. 다만 제3자가 無權代理나 越權代理의 사실을 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그렇지 않다(제2.2.6조(2)항).

한편 대리인은 대리인으로서 자신의 임무를 수행함에 있어, 만약 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌, 즉, 利益相反(conflict of interests)이 생기면 자신의 이익보다 본인의 이익을 우선시켜야 한다.

利益相反이 생기는 가장 흔한 경우는 1인의 대리인이 2인의 본인 모두의 대리인으로 행위를 하는 二重代理와 대리인이 그 자신이나 자신과 밀접한 관계가 있는 회사를 계약의 일방으로 하고 본인을 계약의 상대방으로 하여 계약을 체결하는 경우이다. 대리인이 체결한 계약에 의해 利益相反의 상태가 현실화된 경우에는 제3자가 이익상반의 사실을 알았거나(제3자의 實際認知) 알았어야만 했다(제3자의 擬制認知)는 전제 하에 본인은 계약을 취소할 수 있다<sup>18)</sup>(제2.2.7조(1)항).

17) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.6, Comment 1.

18) 그러나 동 제2.2.5조(2)항에 의해 본인은 (a) 본인이 대리인의 利益相反行爲에 동의

또한 “UNIDROIT Principles 2004” 제2.2.8조에는 複代理(sub-agency)를 규정하고 있다. 즉, 대리인은 그가 직접 수행할 것을 기대하는 것이 합리적이지 않는 행위를 수행하기 위하여 복대리인을 선임할 묵시적 권한(implied authority)을 갖고 있다. 복대리에는 “동 원칙(2004)” 제2장 제2절의 규칙이 적용되며, 그 법률효과는 대리인의 그것과 동일하다. 그 결과 대리인에 의해 적법하게 선임된 복대리인의 행위는 동 행위가 대리권의 범위를 초과하지 않고 또한 복대리인의 권한이 대리인에 의해 보다 제한적으로 부여되지 않는 한 本人과 제3자를 서로 구속시키는 효과를 갖는다.

代理制度하에서 “UNIDROIT Principles 2004”는 실제로는 無權代理 혹은 越權代理였더라도 본인은 그러한 대리인의 행위를 사후 승인할 수 있는 追認(ratification)을 인정하고 있다. 대리인의 행위는 추인과 동시에 그것이 마치 처음부터 권한 있게 수행한 것과 동일한 효과를 갖는다.<sup>19)</sup>

代理權의 終了는 그 사유가 무엇이건 간에 제3자가 그 사실을 알았거나 알았어야 하지 않는 한 제3자와의 관계에서는 효력이 없다(제2.2.10조(1)항). 다시 말해 대리권이 어떤 이유로 종료되더라도 이를 제3자가 몰랐고 또한 알았어야 하지도 않았다면 대리인의 행위는 여전히 本人과 제3자와의 법률관계를 발생/변경/소멸시키는 결과를 낳는다. 대리인은 그의 대리권의 종료에도 불구하고 本人의 이익에 반하는 해악을 방지하기 위하여 여전히 필요한 행위를 수행할 수 있다(제2.2.10조(2)항).

## 2) 제네바대리협약과의 관계

“UNIDROIT Principles 2004”의 내용은 제네바대리협약(Geneva Agency Convention)과 대부분 일치한다. 후자는 많은 대륙법계처럼 代理人이 本人의 명의로 행동하는 직접대리(direct representation)와 자신의 명의로 행동하는 간접대리(indirect representation)를 구별하지 않고, 本人과 제3자와의 직접적 관계의 입증을 위해서는 顯名代理, 즉, 대리인이 本人을 대신하여 행동하고 있음을 제3자가 알았거나 알았어야 하는 것으로 충분하다고 규정하고 있다.<sup>20)</sup>

하였거나 그러한 행위를 알았거나 알았어야 했던 경우나, (b) 대리인이 본인에게 利益相反의 사실을 고지했으나 본인이 합리적인 기간내에 이에 반대하지 않았던 경우에는 계약을 취소할 수 없다.

19) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.9(1).

본 절의 내용이 제네바대리협약과 상이한 규정도 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 대리인의 채무불이행의 경우, 제네바대리협약은 非顯名代理에서 本人에게 제3자를 상대로 한 직접적 소송권을 부여하는 반면, 본 절은 계약이 대리인과 제3자만을 구속한다는 일반원칙을 고수하고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 규정은 국제상거래에서 상대방과 계약을 체결한 후 바로 그때까지 완전히 알려지지 않은 사람이 本人이라고 주장할 경우 제3자는 이와 소송에서 대치하게 된다면 그것은 한 당사자의 합리적 기대와는 배치되기 때문에 본 절의 규정이 정당화될 수 있다.<sup>22)</sup>

둘째, 利益相反의 문제에 대하여 제네바대리협약은 침묵하고 있으나 본 절에서는 이를 다루고 있다.<sup>23)</sup>

마지막으로, 제네바대리협약은 그 적용범위에서 기관, 기업의 직원 또는 동업자들을 제외하고 있는 반면, 본 절은 이점에서 보다 실용적 접근을 하고 있다. 즉, 본 절에서는 법에서 부여한 대리인의 권한을 규율하지 않는다고 규정하면서도<sup>24)</sup> 사회법(*lex societatis*)의 강행조항에서 규율되는 기업의 임원의 권한만은 본 절의 적용범위를 넘어선다는 점을 분명히 하고 있다. 이에 반하여 임원의 권한에 관한 성문법의 조항과 본 절에서 규정한 대리인의 권한에 관한 일반법칙간에 충돌이 없는 한 전자대신 후자의 적용을 방해할 장애는 없다.<sup>25)</sup>

#### 4. 第3者의 權利

통상 계약은 계약당사자간의 권리·의무를 발생시킬 목적으로 체결된다. 비록 당사자간의 계약의 이행과정에서 제3자가 어떤 이익을 누린다고 하여도 그 사실만으로는 제3자가 계약상의 권리를 취득했다고 할 수 없다. 그렇지만 當事者自治의 原則에 따라 제3자로 하여금 권리를 취득하도록 약정할 수 있다. 이러한

20) Geneva Agency Convention, Art. 12; UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.3(1).

21) Geneva Agency Convention, Art. 13(1); UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.4(1).

22) UNIDROIT 1999, Study L\_Misc. 21, paras. 266~274.

23) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.7.

24) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.1(3).

25) UNIDROIT Principles 2004, Art. 2.2.1, Comment 5.



계약을 「제3자를 위한 계약」(contract in favor of third party)이라고 한다.

“UNIDROIT Principles 2004”는 제5장 제2절에서 이러한 제3자의 권리를 다루기 위하여 6개 조항을 두고 있다.

제3자를 위한 계약을 체결하는 양당사자를 行約者(promisor)와 受約者(promisee)라 하고 동 계약에서 권리를 취득하는 제3자를 受益者(beneficiary)라 한다(제5.2.1조(2)항).

행약자와 수약자는 수익자에게 명시 또는 묵시적 합의로 권리를 부여할 수 있으며, 행약자에 대한 수익자의 권리의 存否와 내용은 당사자의 합의에 의하여 결정되며 또한 동 합의사항의 조건 또는 기타 제한에 제약을 받는다(제 5.2.1조(2)항).

수익자는 계약에 의하여 적절한 정도로(with adequate certainty) 확정되어야 하나 계약체결시에 반드시 존재할 필요는 없다(제5.2.2조). 수익자에게 부여하는 권리는 수익자의 책임을 배제 또는 제한하는 계약조항을 원용할 권리를 포함한다<sup>26)</sup>(제5.2.3조). 행약자는 그가 수약자에게 주장할 수 있는 모든 항변사유를 수익자에 대하여도 주장할 수 있다(제5.2.4조). 또한 계약당사자들은 계약에 따라 수익자에게 부여한 권리를 변경 또는 취소할 수 있으나 다만 동 수익자가 동 권리를 합리적으로 신뢰하여 행동한 후에는 그러하지 아니하다(제 5.2.8조). 물론, 수익자는 자신에게 부여된 권리를 포기할 수 있다(제5.2.6조).

## 5. 相計

相計(set-off)는 채권자와 채무자가 상대방에 대하여 동종의 채권·채무를 가지는 경우 일방의 의사표시로서 상호 대등한 금액만큼의 채권과 채무를 소멸시키는 것을 말한다.

“UNIDROIT Principles 2004”는 제8장에 5개항을 두어 이를 규정하고 있다.

상계에서 자신의 채무를 상계될 채무로 생각하고 상계를 요구하는 당사자를 相計當事者(the first party)라 하고, 상계당사자의 상대방을 被相計當事者(the other party)라 한다. 상계의 대상이 될 채무중 상계당사자의 채무를 自動債務

26) 계약당사자가 아닌 자의 의무나 책임을 제한하는 조항은 특히 운송계약에서 흔히 볼 수 있다, 그 대표적인 예가 선하증권에 흔히 볼 수 있는 히말라야約款(Himalaya Clause)이다.

라 하고, 피상계당사자의 채무를 受動債務라 한다.

상기의 각 당사자는 서로 상대방에 대하여 채무자이자 동시에 채권자이어야 하며, 自動債務와 受動債務는 同種의 債務이어야 한다.

상계당사자는 자신의 채무를 이행할 권리를 가졌어야 한다(제8.1조(1)항(a)호). 자신의 채무가 아직 확정되지 않았거나 이행불가피한 상태에 있지 않으면서 자신의 채무를 이행할 것이라고 주장할 수 없기 때문이다. 또한 피상계당사자의 채무도 그 존재와 금액이 확정되어야 하며(제8.1조(1)항(b)호) 역시 이행이 불가피한 상태에 있어야 한다. 채무의 존재를 더 이상 부정할 수 없을 때 채무의 존재가 확정되며, 이것은 계약에 의할 수도 있고 법원의 판결이나 중재판정에 의할 수도 있다. 또한 채무의 존재에 관하여는 다툼이 없으나 損害賠償額이 확정되지 않은 경우는 상계가 가능하지 않다.

한편 피상계당사자의 채무가 이행불가피하기 위해서는 채권자의 청구에 채무자가 아무런 항변사유가 없어야 한다.

자동채무와 수동채무가 동일한 계약에서 발생하였다면 상계당사자는 피상계당사자의 채무가 그 존재와 금액 면에서 아직 확정되지 않았더라도 자신의 채무와 상대방의 채무를 상계할 수 있다(제8.1조(2)항).

손해배상액의 하한선이 더 이상 부정될 수 없다면 전체 손해배상액은 아직 알 수 없더라도 상계당사자는 자신의 채무를 자동채무로 하고 상대방의 손해배상채무를 수동채무로 하여 동 최소손해배상액을 한도로 상계할 수 있다. 복수의 채무 중 어느 하나에 다툼이 있더라도 상계권의 행사가 가능하다. 왜냐하면 상계될 수 있는 관련 모든 채무들이 동일한 계약에서 나왔고 이는 쉽게 확정될 수 있기 때문이다.<sup>27)</sup>

상이한 통화로 지급되어야 하는 채무의 경우 양 통화가 자유로이 상호 환전 가능하고 또한 양 당사자가 오직 특정한 통화로만 지급할 것을 약정하지 않는 한 상계권은 행사될 수 있다(제8.2조).

상계가 자동으로 또는 법원의 선언에 의해서만 이루어지는 法界와는 반대로 본 장(Chapter)에서의 상계권은 상대방에 대한 통지로 행사될 수 있다(제8.3조). 이러한 방법은 한편으로는 국제상거래에 법적 확실성을 제공하는 장점이 있고, 다른 한편으로는 법원에 불필요한 의존을 피할 수 있다.

27) UNIDROIT Principles 2004, Art. 8.1., Comment 7.

일단 상계가 선언되면 양 당사자의 채무는 마치 상호간 지급이 이루어진 것처럼 소멸되며, 양 당사자의 채무가 금액 면에서 다를 경우 상계의 효과는 금액 면에서 적은 채무의 한도로 소멸된다(제8.5조). 상계는 통지시에 그 효력을 발생한다(제8.5조(3)항). 물론 통지의 효력은 도달주의에 따른다(제1.10조(2)항).

## 6. 債權讓渡, 債務移轉 및 契約讓渡

「UNIDROIT Principles 2004」에서 신설된 제9장은 「債權讓渡, 債務移轉 및 契約讓渡」(assignment of rights, transfer of obligations and assignment of contract)에 관하여 규정하고 있다.

이러한 주제에 관한 국제적인 통일법은 오랫동안 외면당해왔으나, 20세기에 이르러 2개의 통일법이 제정되었다. 즉, 「국제팩토링에 관한 UNIDROIT 협약」(UNIDROIT Convention on International Factoring; 이하 “UNIDROIT 팩토링협약”이라 한다)(1988)과 「국제거래에서의 債權讓渡에 관한 UN협약」(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade; 이하 “UN채권양도협약”이라 한다)(2001)은 그 적용범위가 제한되고 널리 확산되지 못하여 실제로 성공을 거두지 못하고 있다.<sup>28)</sup>

본 장은 3개의 절을 두어 제1절은 “債權讓渡”, 제2절은 “債務移轉” 그리고 제3절은 “契約의 讓渡”에 관하여 규정하고 있으며 국제적 수준에서 포괄적인 규정을 제정하는 첫 번째 시도이다.<sup>29)</sup>

### 1) 債權讓渡

채권양도(assignment of right)란 채권자, 즉, 양도인(assignor)이 양수인(assignee)에게 담보를 목적으로 한 양도를 포함하여 제3자로부터의 금전지급에 대한 모든 권리와 기타의 급부를 합의로(by agreement) 양도하는 것을 의미한다(제9.1.1조). 본 절에서는 합의에 의한 채권양도만을 다루기 때문에 법률

28) UNIDROIT 팩토링협약은 2004년 4월 30일 현재 6개국(프랑스, 독일, 이태리, 헝가리, 라트비아 및 나이지리아)이 비준했으며, UN 채권양도협약은 3개국(미국, 룩셈부르크, 마라카스카르)이 비준했다.

29) M. Fontaine, “Harmoniser Régime de la Transmission des Obligations”, *Liber Amicorum Jacque*, Herbot, 2002, pp.131-146.

에 의한 채권이전은 포함되지 않는다. 또한 여기서는 어음이나 선하증권, 주식, 채권 등의 유가증권의 양도나 기업양도에 의한 양도도 그 적용범위 내에 들지 않는다(제9.1.2조).

양도가능한 채권은 금전채권에 국한되지 않고 비금전채권도 포함된다. 다만 비금전채권은 양도로 인하여 그 이행이 현저하게 가중되지 않는 경우에 한하여 양도가능하다(제9.1.3조).

금전채권은 분할양도가 가능하지만 비금전채권은 당해 채권이 분할가능하고 또한 양도로 인하여 그 이행이 현저하게 가중되지 않는 경우에 한하여 양도가능하다(제9.1.4조). 장래의 채권(future rights)도 양도가능하며(제9.1.5조) 또한 포괄양도도 가능하다(제9.1.6조).

동 절에서 중요한 점은 채무자에게 통지없이 단지 양도인과 양수인 사이에 단순한 합의만으로 채권양도가 가능하고 또한 채무가 일신전속적(of an essentially personal character)이지 않는 한 채무자의 동의를 필요로 하지 않는다(제9.1.7조).

채무자는 채권양도로 인하여 발생한 추가비용을 양도인 또는 양수인으로부터 보상받을 수 있다(제9.1.8조).

채권자와 채무자 사이에 讓渡禁止特約(non-assignment clause)이 있더라도 금전채무의 경우에는 이 조항은 이들 사이에서만 효력이 있을 뿐 양도는 유효하다. 그렇지만 이 경우 양도인, 즉, 채권자는 채무자에 대하여 契約違反에의 책임을 질 수 있다(제9.1.9조 (1)항).

채권양도는 양도인과 양수인 사이의 합의로서 그 효력이 발생하나(제9.1.7조) 채무자는 그가 양도통지를 수령할 때까지는 양도인, 즉, 원채권자에게 변제하므로 자신의 채무를 이행할 수 있다(제9.1.10조).

양도인이 동일한 채권을 둘 이상의 양수인에게 양도했다면 우선권은 양도통지를 수령한 순서에 따라 변제함으로써 채무가 소멸된다<sup>30)</sup>(제9.1.11조).

양도통지는 양도인과 양수인 중 누가 해도 무방하다. 다만 양수인이 양도통

30) 그렇지만 본 조항은 양도인의 파산시 양수인과 일반채권자 또는 양수인과 양도인의 잇따른 압류채권자간에 우선순위에 대하여는 규정하고 있지 않다. "UNIDROIT Principles 2004"에서 이러한 문제들에 대한 규정화를 자제하는 이유는 이 문제는 소유권 문제를 포함하기 때문에 "동 원칙"과 같은 "soft law"의 성격을 지닌 원칙에서 만족스럽게 다룰 수 없기 때문이다. 이러한 문제를 국제사법규칙에 따라 적용 가능한 국내법에 따라 해결되어야 한다. UNIDROIT Principle 2004, Art. 9.1.1, Comment 4.

지를 하는 경우에는 채무자는 당해 채권양도의 적절한 증거제시를 요구할 수 있다(제9.1.12조).

채권이 양도된 후에도 채무자는 자신이 양도인에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변사유를 양수인을 상대로 주장할 수 있으며(제9.1.13조(1)항), 양도통지를 수령하기까지는 그가 양도인을 상대로 행사할 수 있던 상계권(rights of set-off)을 양수인에 대하여 행사할 수 있다(제9.1.13조(2)항).

채권이 양도되면 채권의 이행을 담보하는 모든 권리도 아울러 이전된다(제9.1.14조).

## 2) 債務移轉

제9장 제2절은 債務移轉(transfer of obligation)을 규정하고 있다.

채무가 채무자간의 합의에 의하여 원채무자에게서 신채무자에게 이전하든, 채권자와 신채무자간의 합의로 원채무자에게서 신채무자에게 이전하든 채권자의 동의가 필요함을 규정하고 있다<sup>31)</sup>(제9.2.1조).

채권자는 미리 동의할 수 있으며(제9.2.4조 (1)항) 채무이전은 신채무자가 채권자에게 인수 통지를 한 때 또는 채권자가 채무이전의 사실을 안 때에 그 효력을 발생한다(제9.2.4조 (2)항).

채권자는 (i) 원채무자를 그 채무에서 벗어나게 하거나, (ii) 신채무자가 자신의 채무를 정히 이행하지 않을 경우에 대비하여 2차적 채무자로 남게 하거나, (iii) 원채무자를 신채무자와 연대채무자로 남게 할 수 있다(제9.2.5조). 채권자의 다른 의사표시가 없다면 원채무자는 연대채무자로 남는다. 채무자는 채권자의 동의 없이 제3자와 합의하여 제3자가 채무이행에 동의한 경우, 그러한 합의는 이들 두 당사자간에는 유효하나 채권자는 여전히 채무자에 대한 청구권을 갖는다(제9.2.6조).

신채무자는 원채무자가 채권자에게 주장할 수 있는 모든 항변사유를 채권자에 대하여 주장할 수 있으며, 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 행사할 수 있었던 相計權을 채권자를 상대로 행사할 수 있다(제9.2.7조).

또한 원채무자가 제9.2.5조(1)항 하에서 그의 채무에서 벗어난 경우에, 신채무자외의 제3자가 당해채무의 이행을 위하여 제공한 담보는 소멸한다. 다만 그

31) UNIDROIT Principles 2004, Art. 9.2.1, Comment 3.

제3자가 채권자에게 담보제공을 계속하기로 합의한 경우에는 그러하지 아니하다(제9.2.8조(2)항). 원채무자가 자신의 채무에서 벗어난 경우에는 그가 그 채무의 이행을 위하여 제공한 담보도 소멸한다. 다만 그 담보의 목적인 재산이 원채무자와 신채무자 사이의 거래의 일부로서 양도되는 때에는 그러하지 아니하다(제9.2.8조 (3)항).

### 3) 契約讓渡

「契約讓渡」(assignment of contract)란 제3자와 계약에서 발생하는 양도인(assignor)의 권리와 의무를 양수인(assignee)에게 합의로 이전하는 것을 말한다(제9.3.1조). 따라서 계약양도의 경우에는 자동적으로 債權讓渡와 債務移轉이 따르게 된다. 계약양도도 제3자 즉 피양도계약의 상대방의 동의를 요한다(제9.3.3조). 피양도계약의 상대방인 제3자는 미리 동의할 수 있다. 계약양도는 제3자에게 양도통지를 한 때 또는 제3자가 계약양도의 사실을 안 때에 그 효력이 발생한다(제9.3.4조).

피양도계약의 상대방은 양도인을 (i) 그의 채무에서 벗어나게 하거나, (ii) 양수인이 정히 이행하지 않는 경우에 대비한 2차적 채무자로 남게 하거나, (iii) 양수인과 연대채무자로 남게 할 수 있다. 다른 표시가 없으면 양도인은 연대채무자로 남는다(제9.3.5조).

계약양도의 일부를 구성하는 채권양도의 점에서는 제9장 제1절의 관련규정이, 그리고 채무이전의 점에서는 제9장 제2절의 관련규정이 준용된다.

## 7. 提訴期間

제10장 제소기간의 제한에 관한 모든 주요 내용, 즉, 제소기간, 기간개시일, 제소기간의 정지 여부와 그 요건, 기간재개시 여부와 그 요건, 당사자의 합의에 의한 기간의 축소 또는 확장 여부 등을 규정하고 있다.

한편 “동 원칙(1994)”의 제정과정에서 前記한 UN제소기간협약이 필수적인 참고가 됐지만, 동 협약의 적용범위가 국제물품매매에 국한된다는 점에서 “UNIDROIT Principles 2004”는 다소 이와 이탈한 측면이 있다.<sup>32)</sup>

## 1) 第10章 提訴期間

提訴期間(limitation periods)이란 기간의 만료로 “동 원칙(2004)”에서 규율되는 권리의 행사가 방해받는 것을 말한다(제10.1조(1)항).

채권자는 권리행사를 위한 합리적인 기회를 가져야 하며 채무자는 일정한 시간이 경과한 후에는 채권자의 인지여부와 관계없이 법률관계를 종결할 수 있어야 하기 때문에 이에 관한 최대기간이 설정되어야 한다. 이에 “UNIDROIT Principles 2004”는 2단계 체제(two-tier system), 즉, 3년의 一般提訴期間(general limitation period)과 10년의 最大提訴期間(maximum limitation period)을 정하는 방식을 취하고 있다. 일반제소기간은 채권자가 채권의 행사를 가능하게 하는 사실을 알았거나 알았어야 하는 일자의 익일에 개시되며, 최대제소기간은 채권자의 인지 여부와는 관계없이 채권자가 권리를 행사할 수 있었던 익일에 개시된다(제10.2조).

“동 원칙(2004)”하에서 합리적인 기간 내(within a reasonable period of time), 부당한 지체 없이(without undue delay) 혹은 지정된 추가기간 내(within another fixed period of time) 통지하지 않거나 어떤 조치를 취하지 않는 당사자는 당해 권리를 취득하지 못하거나 상실한다. “동 원칙(2004)” 제2.1.1조~제2.1.22조(계약성립에서의 통지), 제3.15조(의사의 흠결에 의한 계약취소), 제6.2.3조(이행가혹의 효과), 제7.2.2조(e)호(이행청구) 및 제7.3.2조(2)항(불이행에 기한 계약해제)의 규칙들이 본 장의 提訴期間과 유사한 기능을 하지만, 이들 규칙들은 특별한 목적으로 제정되었기 때문에, 시간제한에 관한 특별규칙으로 본 장의 제소기간보다 우선한다. 또한 이들 규칙상의 시간제한을 본 장의 제소기간에 비하여 매우 짧으므로 본 장의 규칙과 관계없이 그 효력을 발생한다.<sup>33)</sup>

기간의 길이(length)나 기간의 정지 또는 중단 및 재개, 나아가 당사자들이 기간을 변경할 수 있는지 여부와 관련하여 시간제한에 관한 각 국의 강행규정이나 국제적인 혹은 초국가적 기원을 갖는 강행규칙은 본 장의 규칙에 우선한다(제1.4조).

당사자들은 합의로 제소기간을 변경할 수 있다. 그렇지만 (i) 일반제소기간

32) UN제소기간협약은 CISG의 보충적 기능을 하고, 국제물품매매계약과 관련하여 제소기간의 제한에 관한 포괄적인 법규이다. 그렇지만 동 협약이 큰 성공을 거두지 못하고 있다. 왜냐하면 CISG 체결국의 1/3도 이를 비준하지 않고 있기 때문이다.

33) “UNIDROIT Principles 2004”, Art. 10.1, Comment 2.

은 1년보다 단기로 할 수 없고, (ii) 최대제소기간을 4년보다 단기로 할 수 없으며, (iii) 최대제소기간을 15년보다 장기로 할 수 없다(제10.3조).

일반제소기간이 경과하기 전에 채무자가 채권자의 권리를 시인한 경우 새로운 일반제소기간을 동 시인이 있는 일자의 익일에 개시된다. 이 경우에도 최대제소기간은 갱신되지 않으나 제10.2조(1)항에 따라 갱신된 일반제소기간의 개시에 의해 초과될 수 있다(제10.4조).

또한 제소기간의 진행 중 사법절차(judicial proceedings), 중재절차(arbitral proceedings) 또는 소송외분쟁해결절차(alternative dispute resolution: ADR)가 개시된 경우 기간진행의 정지가 인정된다(제10.5조~제10.7조).

제소기간이 만료되더라도 채권자의 권리는 소멸되지 않고 단지 그 강제력을 잃을 뿐이다(제10.9조(1)항). 따라서 제소기간이 만료된 채권이라 하더라도 채권자는 이를 항변사유로 주장할 수 있다. 예를 들어, 채권자는 기간만료된 채권을 기초로 자신의 이행을 보류할 수 있다. 또한 채권자는 채무자가 제소기간의 만료를 주장하기 전에는 상계권(right of set-off)을 행사할 수 있다(제10.10조). 채무를 변제하기 위한 이행이 이미 있었던 경우에는 단지 제소기간이 만료되었다는 이유만으로는 반환청구를 할 수 없다(제10.11조).

제소기간만료의 효과는 자동적으로 발생하지 않으며 채권자의 권리는 그대로 존재하되 채무자가 그 사실을 항변할 때 채무이행청구가 방해받을 수 있다.<sup>34)</sup>

채무자의 항변은 그 방법에 제한이 없으며, 채무자는 소송/중재에서 방어수단의 하나로 이를 주장할 수 있고 혹은 소송/중재 등과는 무관하게 주장할 수도 있다.

## 2) UN提訴期間協約과의 關係

UN제소기간협약도 “UNIDROIT Principles 2004”와 같이 一般提訴期間과 最大提訴期間을 규정하는 2단계체제를 고수하고 있다.

양자가 모두 10년의 最大提訴期間을 규정하고 있지만, “동 원칙(2004)”이 3년을 一般提訴期間으로 규정한 반면 UN 제소기간협약은 이를 4년으로 규정하고 있다(제8조). 이렇게 4년으로 정한 것은 산업화된 국가와 개도국간 타협안의 산물이었다.<sup>35)</sup>

34) “UNIDROIT Principles 2004”, Art. 10.9, Comment 3.



UN제소기간협약과 “UNIDROIT Principles 2004”의 몇 가지 중요한 차이를 검토하면 다음과 같다.

첫째, 一般提訴期間의 개시시기에 관하여 전자는 클레임의 발생시점을 기준으로 하는데(제9조(1)항 및 제10조(1)·(2)항) 후자는 채권자의 實際認知 또는 擬制認知 여하에 따라 그 시기를 결정한다(제10.2조(1)항).

이러한 차이에 대하여는 역사적이고 실질적인 이유가 있다. 클레임발생시기 기준(accrual test)은 과거에도 유행했지만, 물품의 경우 계약불일치가 인도시나 인도후에 즉시 증명될 수 있는 매매계약에서나 받아들일 수 있는 기준이다.

그렇지만 소위 認知基準(discoverability test)은 최근에 보편화되고 있는 기준으로 “동 원칙(2004)”이 주목표로 삼고 있는 노동이나 서비스 계약에 보다 적절하다고 생각된다. 왜냐하면 이러한 계약에서는 하자가 계약이행 후 수년 후에 나타날 수 있기 때문이다.

둘째, 提訴期間進行停止의 원인에 관하여 양자 모두 채무자에게 자신의 권리를 주장하는 사법절차나 중재절차를 시작하면 이러한 절차가 진행되는 동안은 一般提訴期間의 정지를 유발한다고 규정하고 있다.<sup>36)</sup> 그렇지만 “동 원칙(2004)” 제10장에서는 한 걸음 더 나아가 ADR, 즉, 당사자들이 제3자에게 자신들의 분쟁의 원만한 해결을 도와주도록 요청하는 경우에도 동일한 효과를 규정하고 있다.<sup>37)</sup>

셋째, 양자 모두 제소기간은 채권자가 불가항력, 사망 또는 능력상실과 같은 장애에 의하여 자신의 권리를 행사하지 못하면 그 진행이 정지된다고 규정하고 있다.<sup>38)</sup> 반면에 채권자의 권리나 청구권에 대한 채무자의 시인은 제소기간의 갱신을 가져와 시인전에 이미 경과된 기간은 고려되지 않고 새로운 제소기간이 개시된다.<sup>39)</sup>

넷째, UN제소기간협약은 당사자간의 합의로 제소기간의 수정가능성을 근본적으로 배제하고 있으나<sup>40)</sup> “동 원칙(2004)”은 一般提訴期間과 最大提訴期間을

35) N. Andrews, “Reform of Limitation of Action : The Oquest for Sound Policy”, *Cambridge Law Journal Vol.57.*, 1998, 589 et seg.

36) UN Limitation Convention, Art. 5 & 6; UNIDROIT Principles 2004 Art. 10.5 & Art. 10.6.

37) UNIDROIT Principles 2004, Art.10.4; UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation(2002) Art. 1.3.

38) UN Limitation Convention, Art. 15; UNIDROIT Principles 2004 Art. 10.8.

39) UN Limitation Convention, Art. 21(1); UNIDROIT Principles 2004 Art. 10.4.

당사자가 자유롭게 축소 또는 확대하도록 허용하고 있다. 다만, 일반제소기간은 1년 이내로 단축할 수 없고, 최대제소기간은 4년 이내로 단축할 수 없으면서 15년 이상 연장할 수 없도록 제한하고 있다(제10.3조).

그렇지만 면밀히 검토해 볼 때 양규칙간의 차이는 실제로 크지 않다. 왜냐하면 UN제소기간협약은 당사자들에게 명시적으로 그것의 적용을 전체적으로 배제할 권리를 주기 때문에(제3조2항), 만약 당사자가 그렇게 한다면, 관련 국제사법규칙에 따라 적용가능한 법이 결정되겠지만 국제사법규칙은 통상 당사자들에게 선택권을 부여하기 때문이다.

마지막으로, 제소기간의 만료의 효력에 관하여 “동 원칙(2004)”는 이것이 채권의 효력을 소멸시키지 않으며 채무자가 이를 항변으로 주장하여야 기간만료의 효력을 갖는다고 규정하고 있다(제10.9조).

제10장은 영미법계의 전통적인 접근법, 즉, 채권자의 無行爲가 일정기간을 경과하면 채권자는 법원에서 권리행사를 방해받게 된다는 절차적 접근을 명시적으로 배격할 뿐 아니라 몇몇 대륙법계에서 나타나는 강력한 접근법, 즉, 시간경과의 효과는 채권자의 권리를 소멸한다는 주장까지 배격하면서 국제적 수준에서 현재 우세한 접근법, 즉, 채무자는 단지 이행을 거절할 권리를 갖는다는 실질적 접근방식을 선택하고 있다.

## V. 結論

“UNIDROIT Principles 2004”는 “동 원칙(1994)”보다 그 내용이 매우 풍부해졌다. 후자는 “양당사자”(parties)사이의 법률관계를 규율함에 반해 “동 원칙(2004)”는 새로운 법적 주제를 추가하여 제3자가 등장하는 경우도 다루고 있는 점이 특징이다. 따라서 여기에 등장하는 용어도 “대리인”, “제3자”, “채권양도”, “계약양도” 등 매우 다양하다.

논자는 “UNIDROIT Principles 2004”가 “동 원칙(1994)”보다 널리 통용되기를 기대한다. 당사자간의 계약에서 명시적 언급이 없는 경우에도 「法の一般原則」(general principles of law)으로 사용될 수 있다. 특히 중재의 경우 당사자

---

40) UN Limitation Convention, Art. 21(1).

들이 자신들의 계약을 이러한 一般原則이나 商慣習法(*lex mercatoria*)에 규율되기를 원할 경우 이를 적용할 수 있다. 또한 법원에서도 “동 원칙(2004)”를 적용가능한 국내법이나 국제적인 통일법을 해석하고 보충하는 수단으로 사용할 수 있다. 특히 “동 원칙(2004)”에 추가된 “代理人的 權限”, “債權讓渡” 등은 이 분야의 입법을 준비하거나 개정할 때 모델법으로 사용가능하다.

지금까지 사용추세로 보면 “UNIDROIT Principles 1994”는 어느 정도 성공적이라고 평가되나 판례에서 실제로 적용된 조항들은 그렇게 많지 않다. 즉, 제1.7조(신의와 공정거래), 제4.1-제4.4조(계약해석원칙), 제5.3조(협력의무), 제6.2.1조-제6.2.3조(이행가혹), 제7.1.3조(이행보류), 제7.4.3조(확실한 손해), 제7.4.8조(손해경감), 제7.4.9조(금전채권의 이자) 등의 조항들이 주로 적용되었다.<sup>41)</sup>

양 당사자가 자신들의 계약에서 “동 원칙(2004)”를 언급할 수도 있고<sup>42)</sup>, “동 원칙(2004)”를 준거법으로 지정할 수도 있다. 전자의 경우 국제사법규칙에 따라 결정되는 준거법에 영향을 주지 않고 범위에서 당사자를 구속하지만 후자의 경우에는 소의 국제적인 공공정책에 위배되지 않는 한 적용가능한 국내법의 강행규정보다 우선하여 적용된다.

결국 “동 원칙(2004)”는 當事者自治의 原則에 따라 당사자가 계약의 준거법으로 선택한 경우는 물론 그렇지 않은 경우에도 적용될 가능성이 있고 준거법을 해석하고 보충하는 기능을 하므로 그 활용이 더욱 확대될 것으로 예상된다. 특히 우리나라가 2005년 3월 1일부터 CISG의 체약국이 됨에 따라 CISG와 같은 계약법의 ‘Restatement’의 기능에 대한 기대가 매우 크다. 이러한 보충적 기능은 계약서에 명시하면 확실하지만 그렇지 않다 해도 판사나 중재인의 결정에 따라 그러한 기능이 가능하다.

“동 원칙(2004)”이 “동 원칙(1994)”보다 그 내용이 일부 개정되고 풍부해졌지만 앞으로 계속하여 확대·보충이 필요하다. 그렇지 않고서는 급변하고 다양한 국제상거래를 커버할 수 없을 것이다.

41) P. May, op. cit., p.107.

42) “언급”은 동 원칙(2004)”를 단순히 “계약조건”(contractual terms)으로 간주하는 것을 의미한다.

### 參考文獻

- Andrews, N., "Reform of Limitation of Action : The Quest for Sound Policy", *Cambridge Law Journal* Vol.57, 1988.
- Baptista, L.O., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Law Project : Aspects of International Private Law", *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995.
- Bonell, M.J., *An Restatement of Contract Law*, 2nd enlarged ed., Transnational Pub., Inc., 1997.
- Fontaine, M., "Harmoniser le regime de la transmission des obligations", *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2002.
- Garro, A.M., "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law : Some Comments, on the Interplay between the Principles and CISG", *Tulane Law Review*, Vol. 69., 1995.
- Hardkamp, A.S., *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Nejhoff Pub. 1994.
- Houtte, H.V., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration : Their Reciprocal Relevance", *Institute of International Business Law and Practice(ed), The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : A New Mercatoria*, ICC Pub. No. 496/1., 1995.
- Mayer, P., *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*, in *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - Reflections on their Use in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration, 2002.
- Perillo, J.M., "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : The Black Letter Text and A Review", *Fordham Law Review*, Vol.43., 1994.
- Rosett, A., "UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law : Focus on Chapter Seven's", *Uniform Law Review*, 1997.
- Viscasillas, P.P., "UNIDROIT Principles of the International Commercial

Contracts : Sphere of Application and General Provisions”, *Arizona Journal of International and Commercial Law*, Vol. 13., 1996.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)

I.C.C., The Rule of Arbitration of the International Chamber of Commerce (1998)

Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983)

UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods  
(1974 & 1980)

## ABSTRACT

### Outline of the Additions and Amendments in UNIDROIT Principles 2004

Oh, Won Suk · Sim, Yoon Soo

“UNIDROIT Principles 2004” focused on an enlargement rather than a revision. An additional Section or Chapter so to speak, which are about, the Authority of a Agents, Third Party Rights, Set-off, Assignment of Rights, Transfer of Obligations and Assignment of Contracts, and Limitation Periods have been added, while the only change of substance made to the 1994 Edition, apart from two paragraphs in the Preamble, and three new provisions in Chapter 1 and 2 which are necessary to adapt the Principles to the needs of electronic contracting.

The Principles which have the nature of the restatement of international uniform laws (for example CISG) are continuous exercise. Therefore we should note whether in the future our concerns would be on a additional topics on a improvement of the current text by monitoring the reception of the “UNIDROIT Principles 2004” in practice, and the application by contracting parties.

The purposes of the Principles may be classified into three ; the rules of law governing the contract, means of interpreting and supplementing international uniform law or domestic law, or models for national and international legislator. Among them, the function of governing law may be applied by the express choice by the parties or by the implied choice like “general principles of law” or “*les mercatoria*”, and it may be applied in the absence of any choice of law by the parties.

Among there importance functions, this writer would like to emphasize the function to supplementing international uniform law instruments. The reason is that the CISG which has been established as an international

uniform sales act and to which our country would be a contracting State from March, 2005, needs a lot of gap-filling. For this purpose it is advisable the parties to insert following provisions in their contract.

“This contract shall be governed by the CISG, supplemented when necessary by the UNIDROIT Principles 2004”

Thus success in practice of the UNIDROIT Principles over the last then years has surpassed the most optimistic expectations. It is hoped that the 2004 Edition of the UNIDROIT Principles will be just as favorably received by legislators, business persons, lawyers, arbitrators and judges and become even better known and more widely used throughout the World.

Key word : “UNIDROIT Principles 2004”