

국제상사중재에서 UNIDROIT원칙 (2004)의 적용과 전망*

The Application and Prospects of UNIDROIT
Principles(2004) in International Commercial Arbitration

홍 성 규** Sung-Kyu Hong

〈 목 차 〉

- I. 서론
- II. UNIDROIT원칙의 의의와 구성체계
- III. UNIDROIT원칙의 역할
- IV. UNIDROIT원칙의 적용유형과 사례분석
- V. UNIDROIT원칙의 적용과 전망
- VI. 결론

주제어 : 국제상관습법, 국제상사중재, 준거법, 국제상거래, 중재판정.

* 이 논문은 2006년 (사)한국중재학회 국제상사중재 정책세미나(2006.5.13)에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 유익한 논평과 지적을 해준 정선주 교수님(서강대 법대), 석종현 교수님(한양대 법대)께 감사드립니다.

** 충주대학교 경영학부 부교수

I. 서론

1. 글로벌 상거래법 시대의 도래

1970년대 후반에 들어서면서부터 국제상거래분쟁의 해결수단으로서 국제상사중재가 진전을 보이고 있으며, 여기서는 「법의 일반원칙」이나 「선의·공정거래의 원칙」이 정면에 등장하게 되었다. 프랑스민사소송법 제1496조 1항이나 스위스국제사법 제187조 1항 등도 중재에 있어서 「법의 일반원칙」이나 비국가법적인 「*Lex Mercatoria*(국제상관습법)」가 적용가능하다는 점을 명확히 하고 있다. 또한 UNCITRAL모델중재법(이하 'UNCITRAL모델법'이라 함)을 비롯하여 대부분 각국의 중재법 및 중재규칙)에서도 당사자들이 명시적으로 권한을 부여한 경우 형평과 선 또는 우의적 중재인(*ex aequo et bono or as amiable compositeur*)으로서 중재판정을 내릴 수 있고, 당해 거래에 적용될 수 있는 상관습(usages of the trade)을 고려하여야 한다고 규정하여 계약에 있어서 당사자의 의사존중의 입장에서 국제적인 실무관행 중시의 태도를 강하게 규정하고 있다. 이에 더하여 ICC의 중재판정도 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 이하 'CISG'라 한다)에 포함되어 있는 규칙이 세계적인 상관습을 반영하고 있는 것으로서 국제사법이 지정한 준거법에 우선하여 적용됨을 지적하고 있다.²⁾

또한 1994년 멕시코에서 채택된 「국제계약의 적용법에 관한 범미조

- 1) UNCITRAL모델중재법 제28조 3항 및 중재규칙 제33조 2항, 한국중재법 제29조 3항 및 4항, ICC중재규칙 제13조 4항, 워싱턴협약 제42조 3항 등 대부분의 각국 중재법 또는 중재규칙에서 이를 명문화하고 있다.
- 2) Ramberg, J., *International Commercial Transactions*, ICC(Publication No.588), Kluwer Law International, 1997, p.21.; 野和曾明, “國際契約”, 「*ジュリスト*」, No.1126, 1998.1(合併號), p.121.

약」 제9조 2항에서는, 당사자가 선택한 준거법이 무엇이든 간에 법원은 「국제기관에 의해서 인식된 국제거래법의 일반원칙을 고려하여야만 한다」고 한 것이 주목된다. 그리고 제10조에서 「……국제거래법에 있어서 관습 및 제원칙(customs and principles)과 함께 일반적으로 받아들여진 상관습 및 관행(commercial usage and practices)이 각 개별사건에 있어서 정의와 형평의 요구를 충족시키기 위하여 적용되는 것으로 한다」고 규정하고 있는바, 초국가적인 글로벌한 규칙이 이미 존재하고 그 결과 국제계약에 있어서는 지금까지와 같은 국가법에 의존하는 시대는 끝나가고 있다고 할 수 있다.

글로벌한 상거래법중 CISG와 동일하게 가장 중요한 것은 국제상사 계약에 관한 UNIDROIT³⁾원칙(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004; 이하 ‘UNIDROIT원칙’ 또는 필요에 따라 ‘UNIDROIT원칙 2004’로 칭한다)일 것이다. 물론 국제상업회의소(ICC)가 제정한 인코텀즈(INCOTERMS)와 신용장통일규칙(UCP)과 같은 국제규칙은 글로벌한 상거래법의 중요한 일부를 구성하고 있으나, 한정된 영역에서 문제의 일부를 해결하고 있는 것에 지나지 않는다.

한편, 협약의 형식을 취하고 있는 CISG는 그 자체의 경성법적인 성격과 법적흡결로 인하여 적지 않은 문제점들이 나타나고 있다. 결국 통일사법이 존재하고 있음에도 불구하고 흠결이 자주 발견되고 있는바, 이를 보완하기 위해서는 법의 일반원칙(general principles of law)이나 *Lex Mercatoria*⁴⁾를 활용하지 않으면 안 되게 되었다.

UNIDROIT원칙의 가장 큰 특징은 CISG와 같은 협약(convention)이

3) UNIDROIT(The International Institute for the Unification of Private Law)는 1926년에 설립되었으며, 다양한 법·경제·정치 및 문화적 특성을 갖고 있는 60개의 회원국으로 구성되어 있다.

4) 이에 대한 자세한 내용은 홍성규, “*Lex Mercatoria*로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 역할”, 「貿易學會誌」, 第29卷 第4號, 韓國貿易學會, 2004, pp.191-195 참조.

아니기 때문에 각국에서 비준절차를 통하여 국내법화할 필요가 없으며, 비구속적(non-binding)이고 연성법(soft law)적 성격을 갖고 있다는 점이다.

2. 중재제도의 국제화

국제상사중재제도가 범세계적으로 통일되어 중재제도의 국제화가 이루어진다면 각국 법제의 상충으로 인한 불편과 불안이 해소되고, 분쟁 당사자들은 동일한 법적 지위를 갖고 분쟁해결에 임하게 되는 바, 신속한 중재절차의 진행이 가능하고 중재제도의 이용이 활성화될 것이다. 이는 결국 국가간 상거래활동을 촉진시키는 계기가 되어 국가간 무역이익의 증대에도 크게 기여할 것이다. 이를 위해 세계 각국은 중재제도의 통일화를 위한 노력을 경주해 왔는데, 그 중에서도 뉴욕협약과 UNCITRAL모델법의 제정은 중재의 국제화를 위해 크게 기여하였다.

특히 뉴욕협약은 국제중재절차를 중재지법의 지배로부터 해방시켜 계약국들의 중재법을 통일시키는데 기여하였다. 그러나 뉴욕협약은 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 특정분야만 취급하였고 중재절차에 관해서는 언급하고 있지 않는 바, 중재절차에 관한 별도의 규정을 두어 중재절차를 국제적으로 통일시킬 필요성이 제기되었다.⁵⁾ 이에 UNCITRAL은 절차법인 중재법에 대하여 조약에 의한 통일은 곤란하다는 점을 고려하여 조약보다는 유연성을 갖는 UNCITRAL모델법」을 제정하였다.

UNCITRAL모델법은 오랜기간 동안 각국의 대표전문가들이 비교법적 연구를 통하여 최대공약수적인 내용을 축적하였기 때문에 어느 정도 국제성을 띠고 있으며, 말 그대로 조약이 아닌 모델법(Model Law)

5) Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2001, p.829.

의 형태를 취함에 따라 많은 국가들이 이를 채택하는데 큰 문제가 없다는 점이 큰 장점으로 되고 있다. UNCITRAL모델법의 수용정도에 있어서도 대부분 전면적 수용방식을 채택함으로써 중재의 통일화에도 크게 기여하였다. 따라서 중재선진국들은 UNCITRAL모델법을 대폭 수용함으로써 중재의 국제화에도 크게 기여하는 동시에 이를 보다 개선하여 새로운 독창적인 내용들을 추가시킴으로써 국제중재를 자국으로 유치하려는 노력을 하고 있다.⁶⁾ 최근 각국의 중재법의 동향⁷⁾을 살펴보면, 1985년 이후 거의 매년마다 세계각국에서 개정작업이 이루어져 왔음을 알 수 있다. 다만 모델법은 모델법의 수용국이 그 내용을 자의적으로 변형·수정하여 국내법으로 제정하기 때문에 공통적인 해석기준을 제공하지 못하는 경우가 있을 수 있다.

이하 본 연구에서는 UNIDROIT원칙과 국제상사중재로 연구범위를 한정하여 기술하고, 선행연구에 대한 검토도 인용문헌으로 대신하고자 한다.

II. UNIDROIT원칙의 의의와 구성체계

1. UNIDROIT원칙의 의의

UNIDROIT원칙은 기존 국제거래법과는 달리 완전히 새로운 접근방식을 채택하였다.⁸⁾ 첫째, CISG를 포함하는 국제조약과는 달리 대상을

6) 松浦 馨·青山善充, 「現代仲裁法の論点」, 有斐閣, 1998, pp.68-69.

7) 1986년 캐나다상사중재법, 네덜란드민사소송법, 1987년 스위스국제사법, 1988년 스페인중재법, 1989년 홍콩중재법, 오스트레일리아국제중재법, 1990년 미합중국연방중재법, 1991년 스코틀랜드중재법, 1993년 러시아중재법, 1994년 싱가포르중재법, 1995년 중화인민공화국중재법, 1996년 영국중재법, 브라질중재법, 1997년 독일민사소송법, 뉴질랜드중재법, 1998년 대만중재법, 1999년 스웨덴중재법, 2000년 한국중재법 등이 개정되어 시행되고 있다.

8) Michael J. Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

특정거래에 한정하지 않고 계약법 전반을 포괄하고 있다. UNIDROIT 원칙은 소비자거래(consumer transaction)⁹⁾를 제외한 모든 국제상사계약, 즉 물품이나 서비스의 공급·교환을 위한 무역계약뿐만 아니라 투자 및 양허계약·전문서비스계약 등 다양한 경제적 거래에 원용될 수 있다. 따라서 UNIDROIT 원칙은 그 규정의 내용상 일반적 성격을 띤 규정들이 많으며, 대륙법의 체계상 민법총칙·채권총칙·계약총칙에 해당하는 규정들이 대부분이다. 이와 같은 UNIDROIT 원칙의 범용성은 개별적 특수한 계약의 적용에 있어서 오히려 한계가 되기 때문에 별로 원용되지 못할 것이라는 주장도 있으나,¹⁰⁾ 오히려 매매계약법에 규정이 없는 사항에 대하여 일반적인 계약법으로 적용될 가능성이 크다.¹¹⁾

둘째, UNIDROIT라고 하는 권위있는 협회에서 입법권을 갖지 않는 민간전문가 그룹이 작성한 UNIDROIT 원칙은 특별입법에 의한 국내법의 통일을 목표로 하지 않고, 기존의 국제계약법을 리스테이트(restate)하는 것을 목표로 하고 있다. 그러나 미국의 리스테이트먼트에서 미국 법률가협회가 법을 리스테이트하는 것뿐만 아니라 동협회가 바람직한 방향으로 보통법을 정적추진한 방식(gently push approach), 즉 Pre-Statement 방식을 UNIDROIT 작업반도 채택하였다. 이는 기존의 법이론 내지 사상과 모순되는 점이 있더라도 현재의 관행 또는 관습과 일치하고 이를 적용하는 것이 보다 합리적이라고 판단되면 이를 적극 수용하는 방식을 말하는 것으로써, ICC가 INCOTERMS에 컨테이너거래조건을 추가한 방식 등이 이에 해당한다.¹²⁾ 국제상거래에 있어서 설

and Harmonization of International Sales Law" in Ian Fletcher et al., *Foundation and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001, pp.298-301.

- 9) 소비자거래는 각국이 소비자보호를 위한 특별법을 두고 있어 계약자유 원칙이 배제되기 때문에 적용대상에서 제외시켰다(UNIDROIT 원칙 2004, 전문, official comment 2).
- 10) 崔興燮, “「國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則」의 적용문제”, 「國際去來法研究」, 第8輯, 國際去來法學會, 1999, pp.88-89.
- 11) Michael Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp.54-56.

득력있는 모든 규범을 리스태이트, 즉 명문의 형식으로 기술함으로써 사실상 법원(source of law)으로서 기능을 하게 된다. 이러한 점은 UNIDROIT원칙 입법자들의 의도이다.

셋째, 초안에 있어서의 결정적인 기준은 어느 규칙이 얼마나 많은 국가에서 채택되고 있는가 하는 방식(common core approach)이 아니고, 고려대상이 된 규칙중 어느 규칙이 국제상거래에 가장 적합하고 설득력을 갖는가 하는 방식(better rule approach)이었다. 따라서 UNIDROIT원칙은 단순한 계약서나 국제협약의 형식을 취하지 않으며, 일체의 구속력을 갖지 않고 오로지 설득력(persuasive value)에 의해서만 실무상 적용가능하게 된다.¹³⁾

2. UNIDROIT원칙 2004의 구성체계

UNIDROIT원칙은 구속력있는 협약이 아니며, CISG에서 완전히 제외되었거나 또는 불충분하게 취급된 많은 문제를 다루고 있다.

UNIDROIT집행위원회는 1994년 UNIDROIT원칙의 제정 당시부터 미래 어느 시점에서의 재검토를 상정하고 있었으며, 1997년에는 이미 확대판(제2판)의 발행을 염두에 두고 세계 각지의 주요법제와 지역을 대표하고 가장 전문적인 식견을 가진 17명¹⁴⁾의 작업반(working group)을 선정하여 개정작업에 착수하였다. 특히 동 작업반에는 1994년 제정 당시의 전문위원들이 대거 참여하였고, 국제기구 및 중재기관의 전문 위원들도 읊저버로 동 작업반 회의에 참석하였다. 결과적으로 UNCITRAL의 대표자, ICC국제중재법원, 밀라노중재원, 스위스중재기

12) Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp.154-156.

13) M.J. Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, 1999, p.3.

14) 작업반에는 의장인 M.J. Bonell교수(이탈리아, 로마 I 대학 법과대학)를 비롯하여, 브라질, 캐나다, 가나, 이탈리아, 이집트, 미국, 오스트레일리아, 벨기에, 영국, 네덜란드, 중국, 프랑스, 러시아, 덴마크, 독일, 일본 등의 저명한 교수들이 참여하였다.

관 등이 적극 참여하였으며, 정확히 10년이 지난 2004년 4월 집행위원회 제83차 회기에서 만장일치로 승인되어 「UNIDROIT원칙 2004」가 채택되었다.¹⁵⁾ 이는 UNIDROIT원칙 1994의 개정이라기보다는 확대판이라고 할 수 있는데, 작업반은 대리인의 권한(authority of agents), 제3자의 권리(third party rights), 상계(set-off), 채권양도(assignment of rights), 채무이전 및 계약양도(transfer of obligations and assignment of contracts), 제소기간 및 권리포기(limitation periods and waiver) 등을 우선적 논의과제로 선택하였다.

UNIDROIT원칙 2004는 UNIDROIT홈페이지¹⁶⁾에 따르면, 1994년판에 비하여 전문(Preamble)이 확대되었으며 모순행위금지(Inconsistent Behavior)(제1.8조)와 합의에 의한 채무면제(release by agreement)(제5.1.9조)뿐만 아니라 5개의 추가적인 장(additional chapters)을 포함하고 있다. 특히 UNIDROIT원칙 2004는 증가하고 있는 전자계약체결(electronic contracting)의 수요에 부응하기 위하여 제1장과 제2장의 많은 주석(official comment) 및 예시(illustrations)를 개정하였다.

UNIDROIT원칙 2004는 전문(1994년판에 문장 4와 문장 6 및 각주 추가)과 제10장 185개 조항으로 구성되어 있다. 즉 제1장 총칙(제1.8조 및 제1.12조 추가), 제2장 제1절 계약의 성립 및 제2절 대리인의 권한(신설), 제3장 유효성(1994년판), 제4장 해석(1994년판), 제5장 제1절 계약내용(1994년판에 제5.1.9조 추가), 제2절 제3자의 권리(신설), 제6장 제1절 이행일반과 제2절 이행곤란, 제7장 제1절 불이행일반, 제2절 이행청구권, 제3절 계약해제 및 제4절 손해배상, 제8장 상계(신설), 제9장 제1절 채권양도(신설), 제2절 채무이전(신설), 제3절 계약양도(신설), 제10장 제소기간(신설) 등으로 구성되어 있다. 결국 UNIDROIT원칙

15) Michael Joachim Bonell, "UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law," *UNIFORM LAW REVIEW*, 2004, pp.5-40. (<http://www.unidroit.org>에서 출력).

16) <http://www.unidroit.org>

2004는 기본구조는 변화되지 않고 기존의 체계를 유지하고 있으나 본문은 상당히 증가하였으며, 법원 및 중재판정부에서 해석·적용되었던 또는 세계 각지에서 보고되었던 많은 사례의 적용방식에 관련된 최근의 내용들이 추가되었다.¹⁷⁾

따라서 전체 조항수도 120개 조항에서 185개 조항으로 증가하였다. 그리고 UNIDROIT원칙 2004는 공식적으로 영어, 프랑스어, 독일어, 이탈리아어, 스페인어로 발행되었으며, 이 밖에 중국어¹⁸⁾, 러시아어, 터키어, 한국어판¹⁹⁾ 등이 출판되어 있다. 이러한 노력의 결과로 UNIDROIT원칙은 INCOTERMS의 제정 이래 국제거래법분야의 가장 중요한 업적으로 평가되고 있다.

Ⅲ. UNIDROIT원칙의 역할

UNIDROIT원칙은 국제무역실무(international trade practice)의 특별한 요구에 부응하기 위하여 고안되었으며, 세계 각지의 다양한 사회·경제적 조건을 반영하고 있는 규범이다.²⁰⁾ 동 원칙은 협약(convention)이 아니기 때문에 비구속적·연성법적 성격을 가지며 설득력에 의해서만 실제 적용가능하다. UNIDROIT원칙 2004의 전문(Preamble)에 의하면 적어도 다음과 같은 상황에서 중요한 역할을 할 것으로 기대된다. 그리고 이러한 규정은 예시적인 것에 불과²¹⁾하므로 다양한 상황에서 확대적용이 가능하다.

17) Michael Joachim Bonell, *AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW*, 3rd Edition, Transnational Publishers, Inc., 2005, 서문(ix).

18) 중국어판은 현재 2종(Zang Yuqing 편역, 2005 및 상무부조약법률사 편역, 2004)이 출판되어 있다.

19) 오원석·최준선·허해관 공역, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, 2006.

20) Bonell, *op.cit.*, pp.50-56.

21) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 8.

1. *Lex Mercatoria*로서의 역할

국제거래당사자는 특정 국가법을 계약의 준거법으로 선택하는 대신에 국제적 수준을 염두에 두고 제정된 포괄적이고 공정한 국제규칙을 선호한다. 중재인, 특히 우의적 중재인(*amiable compositeurs*)으로서 또는 확실하지 않은 국제거래관습 내지는 국제상관습법(*Lex Mercatoria*)에 따라 결정을 하도록 되어 있는 경우, 철저한 연구와 장기간의 심의 과정을 거쳐 탄생된 UNIDROIT원칙이 그 기능을 다할 것이다. UNIDROIT원칙의 전문(Preamble)에서는 “당사자들이 자신들의 계약에 「법의 일반원칙」이나 「*Lex Mercatoria*」, 또는 이와 동일한 원칙을 적용하기로 합의한 경우에는 UNIDROIT원칙이 적용될 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 UNIDROIT원칙은 분쟁의 실체를 규율하는 법으로 적용되고 있으며, 당사자들은 종종 자신들의 계약자체에 또는 중재 절차의 개시전에 중재판정부로부터 동 원칙의 적용에 동의해 줄 것을 요청받는다.

2. 탈지역적 준거법 역할

계약이 준거법(*applicable law*)에 대하여 침묵하고 있어도 UNIDROIT원칙의 적용이 가능하다. 만일 당사자들이 계약의 준거법을 선택하지 않은 경우에는 국제사법(*private international law*)의 관련 규정에 근거하여 결정되어야 한다. 국제상사중재에서 이러한 법리는 매우 유동적이어서 “중재판정부가 적합하다고 결정한 법리(*rules of law*)”의 적용이 가능하다.²²⁾

22) 중재판정부가 분쟁의 실제적인 해결에 적용할 규범에 대하여 UNCITRAL모델법 제 28조 1항은 1차적으로 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하려고 선택한 법규에 따라 판정을 하고, 2항은 당사자들에 의한 준거법 지정이 없는 경우에 국제사법(*conflict of law*)의 규정에 따라 결정되는 법을 적용하는 것으로 하고 있다. 그러나 2항에서 규정하고 있는 당사자간의 준거법 지정이 없는 경우에 대해서는 모델법에서와 같이

일반적으로 중재판정부는 계약의 준거법(the proper law)으로 특정한 국내법을 지정하지만 예외적으로 UNIDROIT원칙과 같은 탈지역적 또는 초국가적 규칙(a-national or supra-national rules)에 호소할 수 있다.²³⁾ 이러한 경우는 계약당사자들이 특정국가의 국내법을 배제할 의도를 갖고 있거나(예를 들면, 당사자중 한쪽이 국가나 정부기관인 경우 및 양당사자가 다른 국내법이나 제3국의 국내법 적용을 수락하지 않은 경우), 계약이 많은 국가와 연결점(connecting factors)을 갖고 있으나 다른 국가를 배제하고 특정 국내법의 적용을 정당화할 만큼 지배적 위치에 있지 아니한 경우에 발생한다.

3. 국제규칙의 해석 · 보충

UNIDROIT원칙은 각국의 법원이나 민간의 중재인으로 하여금 기존의 국제규칙을 해석하고 또는 보충하는데 유용한 규칙 · 기준을 제공할 수 있다. UNIDROIT원칙의 전문에서는 “이 원칙은 국제적으로 통일된 법률문서의 해석 또는 보충에 사용될 수 있다”고 규정되어 있는 바, CISG의 흠결을 보충한다는 점은 의심의 여지가 없다. 실질적으로 CISG 제25조를 구체화시킨 UNIDROIT원칙 제7.3.1조(계약해제권), CISG 제78조를 구체화시킨 UNIDROIT원칙 제7.4.9.조 1항(연체에 따른 이자), CISG 제79조 5항을 구체화시킨 UNIDROIT원칙 제7.1.7조 4항(이자청구권의 행사) 등은 이러한 예에 해당한다.

저촉법에 따라 적용법을 결정하는 것이 아니고, 당해 분쟁과 가장 밀접한 관련있는 국가의 법을 적용한다는 취지의 규정을 두고 있는 중재법이 점차 증가하고 있다. 구체적으로는 이집트법 제39조 2항, 인도법 제1051조 2항, 한국법 제29조 2항 및 ICC중재규칙 제17조 1항, 스톡홀름상업회의소의 중재규칙 제24조 1항 등이다. 캐나다의 많은 주(州)중재법에서도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 멕시코법 제1445조는 당해 사건의 성격과 관련성을 고려하여 중재판정부가 결정하는 것으로 되어 있지만 실질적 의미는 이와 동일하다고 할 수 있다.

23) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 4(c).

4. 국내법의 해석 · 보충

UNIDROIT원칙은 적용가능한 국내법의 해석 · 보충수단으로 활용될 수 있다.²⁴⁾ 따라서 각국의 법원이나 중재인이 적용가능한 국가법의 대체법으로서 법의 내용을 확실히 아는 것이 불가능하거나 적용이 상당히 곤란한 경우에 UNIDROIT원칙을 원용하는 것이 가능하다. 특히 각국의 중재법에서 규정하고 있듯이 당사자들이 자신의 계약에 UNIDROIT원칙의 적용을 명시하거나, 중재인이 국제상사계약에 적용할 규정을 보충(fill a gap)하기 위한 규칙이 필요할 때 중재판정에서 많이 원용될 것으로 기대된다.²⁵⁾

더욱 중요한 점은 문제가 된 사건에서 개별계약을 지배하는 국내법이 후진국이나 시장경제로 이행중인 국가들뿐만 아니라 상당히 세련된 법체계를 갖고 있는 오스트레일리아, 프랑스, 이탈리아, 스위스, 뉴욕주 법들도 현재의 국제상거래의 특수한 요구에 명확하거나 만족스러운 해결책을 반드시 제시하고 있지 않으나, 동 원칙은 이러한 해결을 실질적으로 제공할 수 있다는 점이다.²⁶⁾

5. 국내적 · 국제적 입법모델

국내외 입법자가 일반계약법의 분야에서 또는 특정의 거래영역에서 새로운 입법을 준비할 때 UNIDROIT원칙에서 채택된 근대적 내지는 기능적인 해결책으로부터 아이디어를 얻을 수 있다. UNIDROIT원칙이

24) 1994년판에서는 구체적인 언급이 없이 법리상 가능한 것으로 해석하였으나 2004년 개정판에서는 이를 명시적으로 규정하고 있다.

25) Joern Rimke, "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>.; 崔興燮, 前揭論文, p.91.

26) Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Transnational Publishers, Inc., 2002, 서문 III.

각국의 저명한 비교법학자들이 모여 세계 공통의 최대공약수적인 내용을 찾아 국제상거래에 가장 적합한 법을 제시하고 있다는 점에서 국내 및 국제입법에 유용한 표본이 될 것으로 보인다.²⁷⁾ 특히 국제적 수준의 계약법 체계를 갖고 있지 않은 국가나 국내법을 국제적 수준으로 개정하려는 국가, 또는 훌륭한 입법체제를 유지하고 있으나 급격한 사회·정치적 변화를 겪은 후 국제상거래법을 개정할 필요를 느끼는 국가들에게 유용하다. 후술하는 바와 같이 남북상사계약에서도 유용한 입법모델이 되기를 희망한다.

6. 계약서 작성의 지침 역할

UNIDROIT원칙의 전문에서는 명시적으로 언급하고 있지 않으나 주석(official comment)에 따르면, UNIDROIT원칙이 국제상사계약을 체결하는데 있어서 하나의 지침서로서 사용될 수 있음을 규정²⁸⁾하고 있다. 따라서 서로 다른 법체계를 갖고 있거나 언어를 사용하는 당사자는 계약을 체결할 때 UNIDROIT원칙을 지침서로서 활용할 수 있다. 나아가 보다 중요한 점은 관련된 다양한 형태의 계약에 포함된 주요 법적논점(the main legal issues)을 파악하고 가능한 해결책을 제시하는데 양당사자에게 도움을 줄 수 있다는 점에서 ‘교육적’ 기능(‘pedagogical’ function)도 갖고 있다는 점이다.²⁹⁾

국제적 측면에서 종종 동일한 개념과 내용이 국제협약마다 서로 달리 표현되어 잘못된 이해와 해석을 가져올 수 있으므로 동 원칙은 이러한 법률용어의 통일에도 기여하게 된다. 결국 UNIDROIT원칙은 국제상사계약의 중요한 지침서의 역할을 하게 되어 상사분쟁의 예방적 기능도 담당하게 된다.³⁰⁾

27) 홍성규, 前揭論文, p.200.

28) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 8.

29) Bonell, *supra* note 17. p.249.

30) 崔興燮, 前揭論文, pp.103-104.

IV. UNIDROIT원칙의 적용유형과 사례분석

1. UNIDROIT원칙의 적용사례 개요

UNIDROIT원칙 2004에서는 ‘중재(arbitration)’ 관련 용어를 직접적으로 기술하고 있는 조항³¹⁾은 그리 많지 않고 오로지 ‘법원(court)’이라는 용어만을 사용하고 있는데, 이는 언어의 불필요한 중복을 피하기 위한 것으로 법원뿐만 아니라 중재판정부도 포함하는 개념으로 이해하여야 한다.³²⁾

다음 <표 IV-1>에서 보는 바와 같이 UNIDROIT원칙을 원용한 사례는 현재까지 122건으로서, 그 중에서 중재판정부에 의한 판정은 98건(80.3%)이고, 법원에 의한 판결은 24건(19.7%)으로 UNIDROIT원칙이 분쟁해결을 위해 직·간접적으로 원용된 예는 그리 많지 않다고 할 수 있다. 그 이유는 UNIDROIT원칙이 거래당사자들에게 널리 알려져 있지 않으며, 중재합의가 이루어진 사건들도 대부분 특정 국내법을 명시적 준거법으로 채택하고 있는 경우가 80%이상이기 때문이다.³³⁾

이를 CISG의 적용과 비교하였을 경우, CISG가 발효된 1988년 이후 현재까지 691건의 분쟁해결시도가 있었는데 이 중에서 619건(89.6%)이 각국의 법원판결에 적용되었고, 72건(10.4%)만이 중재판정부에서 중재판정이 이루어졌다. 이와 같이 국제사건의 경우 법원에서 CISG가 많이 원용되었던 이유는 대체입법의 부재와 CISG의 국내법적 효력(한국 헌법 제6조 1항 등), 발효시기의 상대적 기간 등에 연유하는 것으로 볼 수 있다. 이는 UNIDROIT원칙이 향후 중재판정부에서 원용될 가능성이 상대적으로 높음을 시사하는 것이라고 할 수 있다.³⁴⁾

31) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 4(a), 제10.6조 등. 그리고 제10.7조는 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)이라는 용어를 사용하고 있다.

32) UNIDROIT원칙 2004, 제1.11조, official comment 1.

33) Bonell, *supra* note 15.

〈표 IV-1〉 UNIDROIT원칙의 적용사례

| 연도별 건수 | | 분쟁해결기관별 건수 | | | |
|--------|-----|------------------------------|----|-----------|----|
| 연도 | 건수 | 중재판정부 (Arbitral Tribunal) | | 법원(Court) | |
| | | 연도 | 건수 | 국가 | 건수 |
| 0000 | 4 | 0000 | 4 | 오스트레일리아 | 4 |
| 1990 | 1 | 1990 | 1 | 벨로루시 | 2 |
| 1994 | 3 | 1994 | 3 | EC대법원 | 1 |
| 1995 | 5 | 1995 | 5 | 프랑스 | 3 |
| 1996 | 16 | 1996 | 14 | ICSID | 1 |
| 1997 | 14 | 1997 | 10 | 이탈리아 | 2 |
| 1998 | 12 | 1998 | 9 | 네덜란드 | 5 |
| 1999 | 11 | 1999 | 10 | 뉴질랜드 | 2 |
| 2000 | 10 | 2000 | 8 | 폴란드 | 1 |
| 2001 | 16 | 2001 | 13 | UN보상위원회 | 1 |
| 2002 | 12 | 2002 | 9 | 미국 | 1 |
| 2003 | 10 | 2003 | 6 | 베네수엘라 | 1 |
| 2004 | 4 | 2004 | 4 | | |
| 2005 | 3 | 2005 | 2 | | |
| 2006 | 1 | | | | |
| 합계 | 122 | | 98 | | 24 |
| | | 122 | | | |

자료: <http://www.unilex.info>에서 Data인용하여 저자가 구성함.(2006.5.3.방문).

** UNIDROIT원칙의 발효(1994) 이전의 사례는 UNIDROIT에서 발표한 초안(draft)을 인용한 사례로 판단된다.

34) <http://www.unilex.info>에서 기초자료 분석함.

〈표 IV-2〉 UNIDROIT원칙의 전문(Preamble)에 관련된 사례분석

| 주요내용 | 건수 |
|---|-----|
| UNIDROIT원칙의 실질적 적용범위 | |
| 국제상사계약 | 1 |
| 국제계약 v. 국내계약 | 1 |
| UNIDROIT원칙의 적용가능성 | |
| 제소전 분쟁 | 1 |
| 중재신청전 분쟁 | 10 |
| 계약상 'lex mercatoria'의 표현으로서의 원칙 | 3 |
| 계약상 '법의 일반원칙(general principle of law)'의 표현으로서의 원칙 | 12 |
| 일체의 법선택약관(choice-of-law clause) 부재시 적용된 원칙 | 1 |
| 중재인이 적용하기 위해 결정하는 법리(rules of law)로서의 원칙 | 11 |
| 중재인에 의해 모든 사건에서 고려되도록 하기 위한 '관련 무역관습(relevant trade usages)'으로서의 원칙 | 10 |
| 동 원칙과 형평과 선에 의한 중재(arbitration ex aequo et bono) | 3 |
| 기타 적용가능한 국내법의 해석·보충수단으로서의 원칙 | 53 |
| 동 원칙과 CISG | 14 |
| 동 원칙과 기타 국제규범들(international instruments) | 4 |
| 계약서 작성을 위한 지침으로서의 원칙 | 1 |
| 모범계약약관(model contract clauses)으로서의 원칙 | 1 |
| 동 원칙과 유사 규범들(예를 들면, 유럽계약법 원칙) | 8 |
| 합 계 | 134 |

자료: 상동.; 홈페이지에는 115건으로 되어 있으나 실제상으로는 134건으로 중복 적용된 것으로 판단됨.

2. UNIDROIT원칙의 적용유형과 사례분석

(1) CISG의 해석·보충 수단

국제매매계약에서 CISG를 적용하기로 합의한 경우 CISG는 협약이므로 CISG와 UNIDROIT원칙이 충돌하면 당연 CISG가 UNIDROIT원칙에 우선하여 적용된다. 물론 당사자는 CISG 제6조에 의해 동 협약의 일부 또는 전부를 배제할 수 있으므로 CISG의 일부규정에 대신하여 보다 적합하다고 생각되는 UNIDROIT원칙의 대응규정을 선택할 수 있을지도 모른다. 그러나 CISG전체를 배제하여 UNIDROIT원칙을 적용한 사례는 지금까지 찾아볼 수 없다. 그 이유는 당사자가 CISG를 배제하기로 합의하는 것도 대부분의 경우 새로운 협약의 적용에 따른 불확실성을 꺼리기 때문인 것이므로 당사자는 안전하다고 생각되는 국가법을 선택하는 것이 보통이고 새로운 UNIDROIT원칙에 따르는 것은 생각할 수 없기 때문이다.³⁵⁾

CISG를 배제하는 준거법 지정이 갖는 효과는 CISG 제6조의 당사자 자치의 원칙에 따라 UNIDROIT원칙의 적용이 CISG의 모순규정에 우선하는 경우일 것이다. 양자가 모순되지 않는 규정 및 UNIDROIT원칙에 규정되어 있지 않은 사항(예를 들면, 하자있는 물품에 대한 매도인의 책임, 매수인에게 인정된 특정이행 등)에 대해서는 CISG가 준거법으로 지정된다고 할 수 있다. 유사한 문제로서, 준거법으로 지정된 법에 이 사건에 대한 해결책이 전혀 없는 경우에는 UNIDROIT원칙의 적용이 부인되어야 할 것이다. 이때에는 원칙적으로 그 공백의 보충을 외부에서 빌려올 것이 아니라 그 법의 내부에서 찾아야 하기 때문이다. 다만 흠결보충을 위한 여러 가지 학문적 대안의 하나로서 UNIDROIT원칙이 고려될 수 있을 것이다.³⁶⁾

실제 소송·중재에 있어서 법원 및 중재판정부의 동향을 보면

35) Bonell, *supra* note 8, pp.304-305.

36) 崔興燮, 前掲論文, p.101.

UNIDROIT원칙을 CISG의 해석·보충수단으로서 사용하고 있음은 주지의 사실이다.

비엔나 연방상업회의소 국제중재법원의 2건의 중재판정에서 중재인은 CISG의 흠결을 보충하기 위해서 UNIDROIT원칙의 제7.4.9조 2항을 원용하여 금리를 적용하였다. 그 근거로서 중재인은 UNIDROIT원칙의 규정은 UNIDROIT원칙과 CISG의 쌍방의 기초가 되고 있는 완전보상의 일반원칙의 표현이라고 보여지기 때문이라고 한다. 또한 프랑스의 그로노블(Grenoble) 공소법원은 CISG하에서 매수인이 부당하게 지불한 대금을 반환하는 장소를 결정할 때 UNIDROIT원칙 제6.1.6조는 CISG 제57조 1항의 기초라고도 되어 있어, 금전채무는 채권자의 영업장소에서 이행되어야만 하는 원칙을 일반적으로 표현한 것이라고 적고 있다.³⁷⁾ 이밖에도 UNIDROIT원칙 제7.4.9조 2항을 금전채무불이행에 대한 이자의 이율에 대하여 적용한 ICC중재판정부의 중재판정이 2건이 있다. 한 건은 특히 정당한 이유를 들지 않고 적용하였고³⁸⁾, 또 다른 건은 CISG 제7조 2항에 의한 일반원칙의 하나라고 보여지기 때문이라고 설명하고 있다.³⁹⁾ 또한 ICC중재판정부는 별도의 사건으로 「CISG규정 및 UNIDROIT원칙에 포함되어 있는 일반원칙」을 적용한 경우,⁴⁰⁾ 또는 CISG를 적용한 경우에 「UNIDROIT원칙은 계약법 대부분의 기초적 사항에 있어서 세계적인 합의(consensus)를 반영하고 있는 것이기 때문에 동 원칙을 참조하는 것은 유익하다」고 일반적인 표현으로 기술하고 있다.⁴¹⁾ 이와 같이 UNIDROIT원칙은 주로 국제상

37) Cour D'Appel de Grenoble, October 23, 1996, *Uniform Law Review*, 1997, p.182.

38) ICC Award No.8769 of December 1996, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p.75.

39) ICC Award No.8128 of 1995, *Journal de droit international* 1996, p.1024. with note by D. Hascher, *Uniform Law Review*, 1997, p.810.

40) ICC Award No.8817 of December 1997, ICC International Court Arbitration Bulletin, pp.75-78.

41) ICC Award No.9117 of March 1998, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp.96-101.

사중재에 있어서 앞으로 CISG를 해석·보충하는 역할을 할 것으로 기대된다.

(2) 준거법의 대체수단

국제매매계약에서 CISG가 적용되지 않는 경우에는 UNIDROIT원칙이 CISG의 차선택으로 되어 당사자의 명시적 합의에 의해서 또는 계약이 법의 일반원칙이나 *Lex Mercatoria*에 의해서 지배되는 경우에 그 권위있는 표현으로서 적용된다. 즉, UNIDROIT원칙은 글로벌한 상거래법의 전형적인 것으로서 CISG가 적용되지 않는 계약에 적용된다.⁴²⁾ Bonell교수에 의하면, 실무적으로 CISG가 적용되지 않는 국제매매계약의 계약법으로서 UNIDROIT원칙이 적용되는 사례가 점차 증가하고 있다.⁴³⁾

1997년 러시아 상공회의소의 국제중재법원에 의한 중재사례⁴⁴⁾에서는 계약 그 자체에는 준거법이 없었으나 분쟁이 발생한 후 당사자는 명시적으로 계약에서 정하고 있지 않은 문제에 대하여 중재판정부가 UNIDROIT원칙을 적용한다는 점에 동의하였다.

또 다른 사례에서는 당사자가 일체의 명시적 언급을 하지 않았기 때문에 UNIDROIT원칙이 적용되었다. 본 사례는 베트남의 수출업자와 프랑스 및 네덜란드의 수입업자간에 체결된 쌀공급계약에 관한 ICC중재판정 제8502호로서 계약서에는 준거법조항이 없었다. ICC중재판정부는 상관습과 국제거래에서 일반적으로 받아들여지고 있는 원칙에 따라 중재판정을 내리고, 국제거래법하에서 인정되어진 관습을 입증하는 것

42) 新堀 聰, “グローバル商取引法 各論, その二: ユニドロワ國際商事契約原則(1)”, 「JCAジャーナル」, 第50卷 2號, 日本商事仲裁協會, 2003.2., p.20.

43) Bonell, *supra* note 8. pp.302-304.; Bonell, *supra* note 26. pp.349-702.; TSCHE, Kwang-Jun, *ARBITRATION CASES OF UNIDROIT OF PRINCIPLE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS*, Kyung Hee University Press, 2004. 및 <http://www.unilex.info>에서는 약 122건의 UNIDROIT원칙을 인용한 판정사례를 소개하고 있으며, 해당 사건을 클릭하면 내용(FullText 또는 Abstract)을 볼 수 있다 (2006.5.3.방문).

44) Award No.116 of January 20. 1997.

으로서 CISG 또는 UNIDROIT원칙을 참조하도록 결정하였다. 실제 중재판정부가 참조한 것은 손해배상에 관한 CISG 제76조와 UNIDROIT원칙 제7.4.6조였다.⁴⁵⁾

또한 터키회사와 필리핀에 주사무소를 두고 있는 합작회사간의 고가 장비계약과 관련된 분쟁(2002.5.17)에서는, 계약서에 영국법과 스위스법을 법선택 규정(provisions on the choice of law)으로 명시하고 있었는데, 분쟁이 발생하자 당사자들은 UNCITRAL중재규칙에 따라 임시중재(ad hoc arbitration)로 당해 분쟁을 해결하기로 합의하였다. 스위스 로잔(Lausanne)상공회의소 중재원의 중재판정부는 동 사건에 적용가능한 실체법의 불확실성을 이유로 준거법으로 UNIDROIT원칙을 선택하도록 양당사자에게 제시하였고 당사자들은 이를 수용하였다. 이에 중재판정부는 UNIDROIT원칙 제1.7조, 제4.6조, 제2.1.6조, 제7.4.1조, 제7.4.2(1)조 및 제7.4.4조를 원용하였으며, 불이행당사자에 대한 손해배상액 산정에 관한 최종판정(2003.1.31)에서도 제7.4.2조, 제7.4.7조, 제7.4.9(2)조, 제7.4.10조 등을 원용하여 판정을 내렸다.⁴⁶⁾

(3) 국내법의 적용배제

UNIDROIT원칙은 국내법계(national legal system)에 공통적으로 존재하거나 국제상거래의 특별한 요구에 가장 적합한 계약법의 원칙 및 규범체계(a system of principles and rules of contract law)로서, 당사자들은 자신들의 계약을 지배하는 법리로서 명시적으로 동 원칙을 선택할 충분한 이유가 있다.⁴⁷⁾

한편, 당사자간에 분쟁을 중재로 해결하고자 합의하는 경우 중재인은 특정한 국내법(a particular domestic law)에 반드시 구속되지 않는다. 이러한 점은 중재인이 우의적 중재인 또는 형평과 선에 따라(as

45) ICC Award No.8502 of 1996. in ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp.72-74.

46) <http://www.unilex.info/case>. 참조.

47) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 4(a).

amiable compositeurs or ex aequo et bono) 활동하도록 당사자로부터 수권받은 경우에는 보다 자명하지만, 이러한 수권이 없어도 중재인은 그들의 결정에 국내법 대신에 ‘법리(rules of law)’를 선택하는 것이 일반적으로 허용된다.⁴⁸⁾ 그리고 이러한 경우에도 중재인은 반드시 법리에 따라 중재판정을 내려야 할 의무는 없다. 중재인은 탈지역적 또는 탈국가적 법리(a-national or transnational rules of law)를 포함하여 다른 영감(sources of inspiration)에 의지하는 것이 더 좋을 수도 있다. 다만, 중재인은 공공질서(public order)에 반하지 않는 범위에서 상관습(commercial usage), 신의성실 또는 자연적 정의의 원칙(principles of good faith or natural justice)에 따라 중재판정을 내려야 할 것이다.⁴⁹⁾

1997년에 브에노스 아이레스의 임시중재판정부에서 행하여진 중재판정사례는 아르헨티나회사와 칠레회사의 주주간의 주식매매계약에 관한 것으로 계약에는 준거법조항이 없었다. 당사자는 중재판정부에 대하여 우의적 중재인으로서 행하는 권한을 부여하였다. 양당사자가 아르헨티나 법의 특정의 규정에 의하여 청구권을 주장하였음에도 불구하고 중재판정부는 UNIDROIT원칙의 적용을 결정하였다. 중재판정부는 UNIDROIT원칙은 다른 법체계간의 분쟁해결을 반영한 국제거래와 국제계약 실무의 관습을 구성하고 있어서 국제상사중재에 관한 UNCITRAL모델법 제28조 4항⁵⁰⁾에 따라 국내법에 우선한다고 판정하였다. 이 사건에서 적용된 UNIDROIT원칙의 조항은 제3.12조(추인), 제3.14조(취소의 통지) 및 제4.6조(작성자 불리의 원칙) 등 이었다.⁵¹⁾

또한 State Contracts라고 불리고 있는 국가기관간의 계약에서는 당사자에 의해서 명시적으로 지정되어 있지 않아도 자주 UNIDROIT원칙

48) 이러한 경우에는 계약의 준거법으로 국내법을 적용하는 것이 오히려 많은 비용과 노력을 요하는 경우에 흔히 발생할 수 있다.

49) Bonell, *supra* note 17. p.194.

50) ~중재판정부는 계약조건에 따라 결정하여야 하며, 당해 거래의 적용가능한 상관습을 고려하여야 한다.

51) Award of December 10. 1997, *Uniform Law Review*, 1998, p.178.

이 적용되고 있다. 예를 들면, ICC중재판정부에 의해 1995년, 1998년 및 1999년에 일부중재판정(partial award)이 내려진 사례는, 영국의 회사와 중동의 정부기관간의 설비공급계약에 관한 분쟁사건이다. 계약의 대부분에는 준거법약관이 없었으나 일부의 계약에는 분쟁은 「자연적 정의의 원칙(rules of nature justice)」에 따라 해결하는 것으로 되어 있었다. 준거법 문제가 다루어진 최초의 일부중재판정에서 ICC중재판정부는 다수결에 따라 당사자는 특정국가의 국가법의 적용을 배제하고, 국제적인 합의(consensus)를 얻은 일반원칙에 의해 지배되는 계약을 체결할 의도를 갖고 있었다고 판정하였다. ICC중재판정부에 따르면 관련된 일반원칙은 주로 UNIDROIT원칙에 반영되어 있고, 실질문제를 다룬 다른 일부중재판정에서는 UNIDROIT원칙의 제1.7조(신의성실 및 공정거래), 제2.1.4조(청약의 철회), 제2.1.14조(불확정기간부계약), 제2.1.18조(서면에 의한 변경조항), 제7.1.3조(이행담보) 및 제7.4.8조(침해의 경감)를 일반적으로 수용하고 있는 법원칙을 표현하는 것으로 이해하고 있다.⁵²⁾

국가기관과의 계약에 있어서 UNIDROIT원칙이 적용된 또 다른 사례는 ICC중재판정 7375와 8261이 있다. 전자는 미국회사와 중동의 정부기관,⁵³⁾ 후자는 이탈리아회사와 다른 중동의 정부기관과의 물품공급 계약에 관한 사건이었다.⁵⁴⁾ 두 사건 모두 계약은 준거법에 저촉되지 않았다. ICC중재판정부는 당사자가 상대방 국가법을 수용할 의사가 없다는 점을 전제로 하여, 전자는 “일반적으로 수용되고 있는 원칙 및 규범을 반영하고 있는 것으로 고려될 수 없는 한 UNIDROIT원칙을 포함하여 국제계약상의 의무에 적용가능한 법의 일반원칙 및 규범을 적용하여야 한다”고 결정하였다. 후자에 대하여도 “당사자가 상대방

52) Case No.7110, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol.10. No.2., 1999, pp.39-57.

53) ICC Award No.7375 of June 5. 1996. 11 Mealey's International Arbitration Report 1996, *Uniform Law Review*, 1997, p.598.

54) ICC Award No.8261 of September 27. 1996. *Uniform Law Review*, 1999, p.171.

국가법을 수용할 의사가 없다는 점을 전제로 하여 *Lex Mercatoria*로 표현되고 있는 거래의 일반원칙에 의해서 보완되어지는 계약조항에 따라 결정한다”고 선언하고, 그 이상의 추가적인 설명없이 결국 UNIDROIT원칙의 일부규정을 적용하였다.

또한 ICC중재판정 7365도 중요하고 흥미롭다.⁵⁵⁾ 이 사건은 1977년에 미국회사와 이란공군간에 체결된 공군조종사 훈련용 장비판매계약이었다. 계약에는 계약일에 유효한 이란정부의 법에 따른다고 하는 취지의 준거법조항이 있었다. 그러나 분쟁이 발생하면 당사자는 최종적으로 국제법과 상관습의 일반원칙의 보완적 적용에 따른다고 합의하였다. ICC중재판정부는 관련된 일반원칙 및 규칙의 내용에 대하여 UNIDROIT원칙을 참고한다고 선언하고, 실질적으로 논점의 시비에 관하여 명시적·묵시적 채무에 관한 제5.1.1조와 제5.1.2조, 이행곤란의 효과에 관한 제6.2.3조 4항, 원상회복에 관한 제7.3.6조 및 금전의 미지급에 따른 이자에 관하여 제7.4.9조 등 UNIDROIT원칙의 개별규정에 따라 판정하였다. 이 사건에서 흥미있는 점은 피제소자였던 미국의 Cubic사가 ICC중재판정부의 중재판정을 미국 캘리포니아 남부지구 연방지방법원에 중재판정취소소송을 제기하였다는 점이다. Cubic사는 당사자는 분쟁의 실체문제에 적용될 규칙으로서 ‘국제적인 법의 일반원칙’을 언급하였기 때문에 UNIDROIT원칙의 적용은 중재부탁합의의 범위를 일탈하였으므로 1958년의 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(뉴욕협약) 제5조 1항 (c)에 위반된다고 주장하였다. 뉴욕협약 제5조 1항 (c)는 중재부탁합의의 범위를 일탈한 중재판정의 승인과 집행은 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 법원은 명시적으로 이러한 주장을 기각하고, UNIDROIT원칙은 중재인이 당사자에 의한 명시적인 수권이 없어도 원용가능한 국제법과 관습의 일반원칙에 대한 법원(source of law)이 된다는 ICC중재판정부의 암묵의 전제를 다시 확

55) ICC Award No. 7365 of May 5, 1997, *Uniform Law Review*, 1999, p.796.

인하였다.⁵⁶⁾

중앙유럽회사와 서유럽회사간에 체결된 판매계약분쟁(2004.3.4)에서는 판매계약서에 준거법으로 프랑스법을 명시하고 있었음에도 불구하고 분쟁당사자들과 중재판정부는 프랑스법에 규정된 해결책을 지지하기 위하여 UNIDROIT원칙을 원용하기로 합의하였다.

최근의 중재판정사례(2005.3.29)에서도 지브로올터(Gibraltar)에 등록된 무역회사(원고)와 중앙아시아공화국 국영기업 X(피고)와의 사건에서, 중앙아시아공화국이 새로운 국영기업 Y를 설립하여 국영기업 X의 자산을 이전시키고 부채는 그대로 남긴 채 동 기업을 파산시키자 신청인은 중앙아시아공화국을 상대로 미결제된 송장가액과 손해배상액의 지급을 위한 소송을 제기하였다. 중재판정부는 원고의 주장을 인용하면서 미결제된 송장가액의 손해배상을 판정하였다. 또한 이자의 지급에 관해서는 UNIDROIT원칙 제7.4.9조에 따라 국내기준이 아닌 국제적 수준으로 계산된 이자의 지급을 명하였다.⁵⁷⁾ 이와 같이 국제상사계약의 중재판정에 UNIDROIT원칙의 적용이 점차 증가하고 있음은 주목할 만하다.

V. UNIDROIT원칙의 적용과 전망

1. UNIDROIT원칙 2010(?)

UNIDROIT집행위원회는 UNIDROIT원칙 2004를 승인할 때 동 원칙을 UNIDROIT사업에 관한 계속적 프로그램으로 추천하고, 사무국으로 하여금 국제적 법조계 및 업계에 의한 활용을 점검하고, 향후 개정판

56) Michael J. Bonell, "A Significant Recognition of the UNIDROIT Principles by an United States Court," *Uniform Law Review*, 1999, pp.304-305.

57) <http://www.unilex.info/case>. 참조.

에서 다룰 새로운 의제에 관하여 의견을 요청하도록 지시한 바 있다. 실무적으로 UNIDROIT원칙의 수용을 점검함으로써, 특히 어떻게 계약 당사자들에게 활용되고 재판관 및 중재인들에게 인용되는지를 검토함으로써 새로운 의제(additional topics)나 현행 원칙의 개선점에 초점이 맞추어졌다.

이러한 새로운 의제로는 무효계약의 해결(*unwinding of failed contracts*), 불법성(*illegality*), 채무자 및 채권자의 복수성(*plurality of debtors and of creditors*), 조건들(*conditions*), 보증인의 지위 및 피보증인(*suretyship and guarantees*), 장기적·계속적 계약의 해제원인(*termination of long lasting contracts for cause*), 특정계약:매매, 서비스, 장기계약(*specific contracts: sales, service, long term contracts*), 대체채무(*alternative obligations*), 이자의 투자(*capitalisation of interest*), 표준약관의 통제(*control of standard terms*), *l'ethique du contrat au niveau transnational*, 조건부채무(*obligations with a term*), 임의채무(*facultative obligations*), 가분채무 및 불가분채무(*divisible and indivisible obligations*), 물권의 합의양도(*consensual transfer of real rights*), 지적재산권의 양도(*transfer of intellectual property rights*), 계약증거(*proof of contract*), 묵시적 담보(*implied warranties*), 현대자금이체에서의 지급에 관한 제6.1.6조-제6.1.8조의 재검토(*reconsideration of Art 6.1.6-6.1.8 on payment in the light of modern funds transfers*), 모조품(*simulation*), 혼동(*confusion*), 소송부정(*action oblique*), 중재 및 조정합의(*arbitration and conciliation agreements*), 권원약관의 유보(*reservation of title clauses*), 비밀준수 표준약관(*standard clause on confidentiality*), 일부무효와 중재합의(*partial nullity and arbitration agreements*), 감액(*price reduction*) 등이다. 집행위원회는 2005년 연차회기에서 향후 UNIDROIT원칙 제3판의 준비를 위해 작업반을 가동시켰는데, 특히 무효계약의 해결, 불법성, 채무자 및 채권자의 복수성, 조건들, 소송을 위한 장기계약의 해제 등이 주요 관심사가 되고 있다.⁵⁸⁾

2. UNIDROIT원칙의 실무적 시사점

(1) 국제상사중재에서의 활용

UNIDROIT원칙은 CISG를 해석·보충하는 역할을 하며, 국제상사분쟁의 준거법으로서 기능을 하게 되고 지금까지의 실무적용사례에서 나타난 바와 같이 앞으로 국제상사중재에서 많이 원용될 것으로 전망된다. UNIDROIT원칙의 개정을 위한 작업반회의에 UNCITRAL, ICC, 주요국의 중재원 등 중재기관의 대표자들이 읍저버로 참가하였던 점은 국제상사중재의 실무적 측면을 고려한 것으로 평가된다. 이렇게 원용된 중재판정은 중재인 교육에 활용되거나, 국제거래에 유용한 국제보통법(jus gentium)이나 *Lex Mercatoria*로까지 발전될 수 있다.

다만, UNIDROIT원칙의 적용에는 당사자간의 합의가 필요하며 국제상사계약에 한정되어 적용된다는 점에서, 그리고 업계에서 널리 홍보되지 못하고 축적된 실무적용사례가 그리 많지 않다는 점에서 실제 국제상사계약의 객관적인 준거법으로 적용되는 데에는 적지 않은 시간이 소요될 것이다.

(2) 남북상사계약에의 원용가능성

UNIDROIT원칙은 학계, 법조계, 정부관리 및 업계 등의 광범위한 의견수렴과 참여를 통하여 세계 각 법계의 공통적인 법규 또는 동서무역이나 남북무역(선·후진국간 무역) 관계에서 볼 수 있는 특별한 정치·경제상황까지도 반영하고 있다. 또한 국제상사계약에 관한 최대공약수적인 법규를 포괄·재기술(restate)하고 있으므로 일반계약법이나 남북상사계약과 같은 특별한 관계에 관한 새로운 입법준비를 위한 기초자료이자 영감을 얻을 수 있는 중요한 법원(source of law)이 될 수 있다. 따라서 남북상사계약에서는 한민족, 대륙법계의 동일법계(다소

58) Bonell, *supra* note 17. pp.363-364.

차이는 있지만), 언어의 공통성, 기타의 제반사정을 고려하여 남북상사 계약을 위한 공동기구(위원회)를 설치하고, 여기서 국제표준계약약관을 벤치마킹한 독자의 표준계약약관과 해석지침을 작성하여 사용하는 것은 UNIDROIT원칙의 목적을 달성하는 하나의 방안이 된다.⁵⁹⁾

(3) 계약법의 국제화 · 통일화

UNIDROIT원칙 2004는 계속 진행중인 작업이며 국제조약이 아니므로 현재의 상사관련 내용을 쉽게 반영할 수 있으며, 법조계 및 실무계의 의견을 광범위하게 수렴하여 앞으로도 지속적으로 개정·발전될 것으로 기대된다. 즉 UNIDROIT원칙 2004가 국제계약 및 중재실무에 관한 현재의 발전상황에 부응하기 위해서는 주기적으로 개정되어야만 한다. 이러한 일련의 개정작업은 각국의 계약법에도 영향을 끼쳐 각국은 자국의 계약법을 개정함에 있어서 이러한 국제적 환경변화를 적극 수용하지 않을 수 없을 것이며, 이는 결국 계약법의 국제화·통일화로 진전될 것이다. 이러한 점은 UNIDROIT원칙 입법자들이 추구하고 있는 공통의 목적이기도 하다.

(4) 국제상거래 교육기회의 확대

무역거래나 직접투자 등의 국제비즈니스에서는 글로벌화에 따라 여러 가지 면에서 국제정치·경제변동의 영향을 받기 쉽고, 계약서 작성(contract planing)이 중요한 주제로 되어 계약형태가 변화하고 있다. 비교적 단순한 청약에 대하여 승낙이 있으면 성립하는 전통적인 수출입 계약과는 별도로 플랜트수출계약, 개발수입계약, 프로젝트계약 등의 장기계약이 등장하고, 관계적 계약 등의 법리도 설득력을 갖게 되었다. 이러한 것들은 우리나라의 민법에서 언급하고 있는 전형계약이 아닌 새로운 계약유형의 등장이라고 할 수 있다. 이와 같이 경제활동의 글

59) 홍성규·小林 晁, “장기계약에서 사정변경에 따른 대응방안”, 「무역학회지」 제30권 제6호, 한국무역학회, 2005, pp.215-216.

로벌화와 전통적인 계약이론의 현대화(다양화) 등에 따라 기존의 상거래교육만으로는 이를 모두 커버하기가 어렵다. 따라서 국제비즈니스계약에 따른 법제와 실무도 계속 발전하고 있으며 그 중요성이 점차 부각되고 있다. 따라서 국제상거래교육 체계도 이에 맞게 변화되어야 하는데 UNIDROIT원칙 2004의 학문적(법학)·실무적(무역학)인 학제적 연구(interdisciplinary research)는 이러한 환경변화에 부응하는 하나의 대안이 된다. 따라서 UNIDROIT원칙 2004는 각 대학의 Law School의 도입과 실무중심(수요자중심) 교육과정개편에 따라 각 전공분야에서 필수과목으로 자리매김할 것이다. 그리고 교재로서 사용되는 UNIDROIT원칙은 반드시 계약법의 고급강좌(advanced courses)에서만 사용되는 것이 아니며, 계약법에 관한 기초강좌에서도 동일하게 중요한 역할을 할 것이다. 만일 Law School의 국내법 강좌에서 동 원칙을 소개한다면 국내 계약법은 진정으로 활기를 띠게 될 것이다.⁶⁰⁾ 이는 결국 국 비교법에 따른 계약법의 교육을 촉진시킬 것이며,⁶¹⁾ 실무중심의 국제상거래(무역학) 교육에 확고하고 정치한 이론적 틀을 제공할 것이다.

VI. 결 론

국제상거래는 그 특성상 통일된 법규범을 규정·적용하기가 상당히 어렵다. 다양한 법적환경과 계속적으로 변화하는 국제비즈니스환경은 국제상거래에서 종종 상사분쟁을 야기시키고 있다. 이러한 이유로 국제거래를 담당하는 실무자들은 항상 불안과 분쟁을 예상하고 거래를 하게 되어 결과적으로 국제상거래의 위축과 추가비용을 유발시키게 된다. 여기서 국제거래실무자들은 세계 공통의 최대공약수적인 규범을 찾아 국제적인 법규범을 명문화하고자 하는 노력이 있어 왔는데, 국제

60) Bonell, *supra* note 17. pp.260-261.

61) UNIDROIT원칙 2004, 전문, official comment 8.

상거래법위원회(UNCITRAL)가 만든 CISG는 그 대표적인 예이다. 그러나 CISG는 경성법적인 성격으로 인하여 당사자들이 준거법으로의 적용을 기피하게 되고, 법적혼결의 결과로 개별사건에 적용할 수 없는 등의 문제가 나타나자 국제사법위원회(UNIDROIT)는 국제적인 통일규칙으로 적용가능한 UNIDROIT원칙(1994)을 제정·공표하였다. 따라서 UNIDROIT원칙은 CISG를 해석·보충하는 역할을 하며, 국제상사분쟁의 준거법으로서 기능을 하게 되고 지금까지의 적용사례에서 나타난 바와 같이 앞으로 활용가능성이 크게 확대될 것으로 전망된다.

특히 새롭게 개정·확대된 UNIDROIT원칙(2004)은 그동안 명확히 규정하지 못하였던 제3자의 개입문제를 비롯하여 제8장 상계, 제9장 채권양도 및 채무인수, 제10장 제소기간 등에 관하여 자세히 규정하고 있는바, INCOTERMS와 함께 국제상거래를 규율하는 가장 보편적인 통일규범으로서의 역할을 할 것으로 기대된다. 또한 국제상사계약에 관한 최대공약수적인 규범을 포괄·재기술(*restate*)하고 있으므로 일반 계약법이나 남북상사계약과 같은 특별한 관계에 관한 새로운 입법준비를 위한 기초자료이자 영감(*source of inspiration*)을 얻을 수 있는 중요한 법원(*source of law*)이 되어 결과적으로는 계약법의 국제화·통일화에도 크게 기여할 것이다. 더 나아가 UNIDROIT원칙(2004)의 학문적(법학)·실무적(무역학)인 학제적 연구(*interdisciplinary research*)는 실무 중심의 Law School 및 국제상거래(무역학) 교육에 확고하고 정치한 이론적 틀을 제공할 것이다. 그럼에도 불구하고 UNIDROIT원칙은 국제상거래 환경의 변화에 맞추어 계속적으로 수정·보완되어야하며 현실성을 가져야만 세계적으로 보편타당한 국제상사계약법으로서의 역할을 하게 된다는 아쉬움이 있다. 이러한 일은 국제거래분야를 연구하는 학자들의 몫이다.

참 고 문 헌

- 오원석·최준선·허해관 공역, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, 2006.
- 崔興燮, “「國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則」의 적용문제”, 「國際去來法研究」, 第8輯, 國際去來法學會, 1999.
- 홍성규, “Lex Mercatoria로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 역할”, 「貿易學會誌」, 第29卷 第4號, 韓國貿易學會, 2004.
- ____·小林 晃, “장기계약에서 사정변경에 따른 대응방안”, 「무역학회지」 제30권 제6호, 한국무역학회, 2005.
- 新堀 聰, “グローバル商取引法と國際商事仲裁”, 「貿易と關稅」, 第50卷 10號, 日本關稅協會, 2002.10.
- ____, “グローバル商取引法 各論, その二: ユニドロワ國際商事契約原則(1)”, 「JCAジャーナル」, 第50卷 2號, 日本商事仲裁協會, 2003.2.
- 野和會明, “國際契約”, 「ジュリスト」, No.1126, 1998.
- 松浦 馨·青山善充, 「現代仲裁法の論点」, 有斐閣, 1998.
- Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Bonell, Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Transnational Publishers. Inc., 2002.
- ____, *AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW*, 3rd Edition, Transnational Publishers, Inc., 2005.
- ____, *A New Approach to International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, 1999.

- _____, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Harmonization of International Sales Law" in Ian Fletcher et al., *Foundation and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001.
- _____, *An International Restatement of Contract Law*, 2nd ed., Transnational Publishers, Inc., Irvington-Hudson, New York 10533, 1997.
- Kwang-Jun, TSCHE, *ARBITRATION CASES OF UNIDROIT OF PRINCIPLE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS*, Kyung Hee University Press, 2004.
- Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2001.
- Ramberg, J., *International Commercial Transactions*, ICC(Publication No.588), Kluwer Law International, 1997.
- Rimke, Joern, "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>

ABSTRACT

The Application and Prospects of UNIDROIT Principles(2004) in International Commercial Arbitration

Sung-Kyu Hong

The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) established UNIDROIT principles, which could be applicable as international unified rules. The UNIDROIT Principles plays the role of interpreting and complementing CISG and functions as a law applicable to international commercial disputes. As shown by cases of practical application so far, the principles are expected to be applied frequently to international commercial arbitration in the future. In the situation that there is no internationally unified judicature, it is necessary to promote rational dispute resolution and legal stability through arbitration by adopting the UNIDROIT Principles of *Lex Mercatoria* as a governing law of international commercial contracts.

In conclusion, UNIDROIT principles, along with CISG, are expected to play a great role as the applicable law of international commercial contracts and as standards for resolving international commercial disputes.

Key Words : UNIDROIT, CISG, applicable law, *Lex Mercatoria*, International Commercial Arbitration.