

國際商事仲裁에서 UNIDROIT 原則의 適用可能性

오 원 석*

〈 목 차 〉

I. 序 論

II. 基本性格

1. 거래의 一般原則 適用
2. 國際的 · 商事的 契約

III. 適用可能性

1. 前文에 明示된 경우
2. 前文에 明示되지 않은 경우

IV. 結 論

I. 서 론

국제상거래에서 계약당사자간 분쟁이 발생하면 당사자간 화해로 이를 해결하는 것이 가장 이상적이다. 그렇지만 당사자간 화해될 수 없는 분쟁은 결국 제3자의 결정에 의하게 되는데 대표적인 것이 訴訟과 仲裁이다.

* 성균관대학교 경영학부 교수

최근 국제상사분쟁의 해결에 있어서 仲裁에 대한 의존도가 상대적으로 높아지고 있다. 그 이유는 소송의 경우와 달리 중재는 중재절차나 준거법의 선택에 있어서 대부분 어느 한 당사자와 특별한 관련이 없는 중립적 성격이 강한 것을 선호하며 중재가 소송의 경우보다 이러한 요구를 충족시키기 쉬운 면을 갖고 있기 때문이다. 그러면서도 계약당사자는 국제거래에서 자신들의 기대를 반영하고 예측 가능한 상사법체계를 갖기를 원한다.

私法統一을 위한 國際協會」(International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)가 1994년에 채택한 「國際商事契約에 관한 UNIDROIT 原則」(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ; 본고에서는 이를 ‘UNIDROIT 原則’ 또는 ‘同原則’으로 부른다.)은 이러한 기대와 목적에 적합할 뿐만 아니라 기존의 불명료한 商慣習法(lex mercatoria)의 개념과 달리 자세하고 명료하기 때문에 적용상의 효과가 클 것으로 기대된다.

논자는 본고에서 먼저 동원칙의 기본성격을 고찰하고 국제상사중재에서의 적용 가능성을 둘로 나누어 검토하고자 한다. 즉, 하나는 동원칙 전문(preamble)에 명시된 경우와 그렇지 않은 경우이다.

결론에서는 동원칙을 적용할 경우 국제상사분쟁해결에 공정성과 확실성이 확보될 수 있음을 강조하고자 한다.

본 연구를 위하여 논자는 동원칙의 각 조항과 첨부된 註解(Comment) 및 實例(Illustrations), 先行論文 및 관련 國際協約이나 국내법을 참고하였다.

II. 基本性格

1. 거래의 ‘一般原則’

동원칙의 적용범위에 관하여는 전문에 나타나 있다. 즉, 동원칙은 강제성을 지닌 국제협약이나 조약이 아니라 당사자들이 선택하여 사용할 수 있는 契約原理이다. 동원칙은 이러한 취지를 제목이나 전문에서 강조하고 있다. 따라서 동원

칙의 적용범위내에 있으면서 구체적인 해결조항이 없는 많은 문제들이 이러한 一般原則에 따라 해결된다(제1.6(2)조). 그러면서도 각 조항은 논평과 실례가 첨부되어 구체적이며 자세한 적용지침을 제시하고 있다.¹⁾

동 원칙이 내포한 몇 가지 중요한 ‘一般原則’은 다음과 같다.

- 당사자 자치의 원칙을 규정하고 있다.(제1.1조).
- 強制規定의 우선 원칙을 규정하고 있다.(제1.4조).
- 單純合意의 유효성의 원칙을 규정하고 있다(제3.2조).
- 당사자간 협조의무를 규정하고 있다(제5.3조).
- 채무불이행에 대한 손해배상청구권을 인정하고 있다(제7.4.1조).
- 「적절한 착오」(relevant mistake)나 현저한 불공정」(gross disparity)의 경우에만 계약취소권을 인정하고 있다(제3.5조 및 제3.10조).
- 공공허가신청의 당사자를 규정하고 있다(제6.1.4조).
- 채무 불이행 당사자의 하자 치유권을 규정하고 있다(제7.1.4조).
- 금전채무 이외의 채무를 부담하는 당사자에게는 비금전채무의 이행을 허용하고 있다(제7.2.2조).
- 한 당사자의 중대한 계약위반시 상대방에게 계약해제권을 인정하고 있다(제7.3.1조).

이 외에도 관습 및 관행의 구속력(제1.8조), 선의 및 공정거래의 준수(제1.7조), 통지의무(제1.9조) 및 合理性의 준수 등이다. 이 가운데 20여개의 조항에서 ‘合理性의 標準’에 관하여 언급하고 있다.²⁾

한편 유엔 상거래법위원회(UNCITRAL)가 1980년에 제정하여 1988년부터 발효된 國際物品賣買契約에 관한 UN協約(United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods; 본고에서는 CISG라 부른다) 제7조 (2)항에는 동 협약을 해석함에 있어서는 당사자간의 명시적 약정이 없는 경우 동 협약이

1) A.M. Garro, "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", 3Tul. J. INT'L & COMP. L. 93(1995)

2) 승낙시기(제2.7조), 확인서(제2.12조), 불확정조건부 계약(제2.14조), 의의조항(제2.20조), 적절한 착오(제3.5조), 강박(제3.9조), 기한 제한(제3.15조), 일부취소(제3.16조), 당사자의 의도(제4.1조), 최선의 노력을 다할 의무(제5.4조), 이행의 질 결정(제5.6조), 가격결정(제5.7조), 무기한 계약(제5.8조), 이행기간(제6.1.2조), 면책조항(제7.1.6조), 불가항력(제7.1.7조), 현실가에 의한 손해의 입증(제7.4.6조) 등이다.

기초한 一般原則(general principles)에 따르도록 하고 있다. 동 협약에서 무엇이 ‘一般原則’인지에 관한 구체적인 언급이 없다. 그렇지만 CISG의 모든 조항과 고전적 계약법의 法源으로부터 유추할 수 있는 것은 선의, 공정거래, 합리성, 통지의무 및 손해경감의 의무 등으로³⁾ UNIDROIT 원칙과 유사하다. 동 원칙은 CISG보다 자세하고 망라적이며 완전하기 때문에 동 원칙에 규정된 많은 원칙이 CISG의 법적 공백과 불충분성을 보완할 것으로 기대된다.

2. 國際的 · 商事的 契約

동 원칙의 전문에서 “본 원칙은 국제적·상사적 계약에 관한 一般原則을 규정한다”고 명시하고 있으나 ‘국제적’(international)과 ‘상사적’(commercial)에 관한 명확한 정의가 없다. 동 원칙의 제정 초기에 이들 용어의 정의를 포함시킬 계획이었으나 그럴 경우 동 원칙의 적용범위가 좁혀질 것을 우려하여 이를 제외하였다.⁴⁾

이에 반하여 CISG에서는 ‘international’에 관하여 매도인과 매수인이 상이한 국가에 영업소를 둘 것을 요구하고 있다(제1조 (1)항). 따라서 ‘international’의 의미도 동 원칙은 CISG보다 포괄적으로 해석할 여지를 남겨두고 있다.

‘commercial’의 의미에 관하여는 동 원칙이 전통적인 법개념에서 크게 이탈하고 있다. 즉, 대부분의 大陸法系에서는 거래형태를 民事的 去來와 商事的 去來로 구분하고 건축서비스, 법률서비스, 의료서비스와 같은 전문 서비스는 전통적인 상사법의 영역에 포함시키고 있지 않으나⁵⁾ 동 원칙은 이들 거래도 적용범주에 포함하고 있다.⁶⁾ 따라서 동 원칙에서 ‘commercial’의 의미는 개별 법계에서 이 용어에 부여하는 의미와는 상관이 없다.

또한 동 원칙에는 CISG에서 적용 제외 범주에 속하는 소비자매매⁷⁾까지 포함

3) J. Heller, “Gap Filling by Analogy, Art. 7 of the U.N. Sales Convention on its Historical Context”, *Mélanges Hjernier* 219, (1990).

4) UNIDROIT 원칙 초안(Draft Principles) 제1.1(2)조에서는 ‘국제적 계약’이란 서로 다른 국가의 법 가운데 어느 하나를 준거법으로 선택할 것을 요구하는 계약을 말하며 ‘상사계약’이란 당사자간의 거래과정에서 체결된 계약이라고 규정하고 있다.

5) J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, 2nd ed., 1985, pp. 90-100.

6) UNIDROIT 원칙 전문, Comment 2.

7) CISG 제2조 (a)항; UCC §1-102(2) (a) 및 UCC §2-102.

될 수 있다. 단, 동 원칙이 소비자 보호를 위한 법정지의 強制規定을 제한하지 못하게 하고 있다.⁸⁾ 그 이유는 동 원칙이 적용되더라도 자국의 공공정책은 영향받지 않기를 원하기 때문이다.

동 원칙의 제정시 초안자들은 ‘international’의 경우와 마찬가지로 ‘commercial’에 대하여도 정의를 내리지 않고 전문에 同種去來의 實例를 제시하므로 이 용어가 가능한 한 광의로 사용되기를 바랐다. 이러한 立法例는 UNCITRAL Model Law의 모형을 따른 것이다.⁹⁾

결국 동 원칙은 ‘international’과 ‘commercial’이란 용어를 전문에 사용하면서 그 개념을 定義하고 있지 않음에도 불구하고 많은 一般原則을 규정하고 있다. 이것은 전통적인 개념으로 보아 국제상사계약의 범주에 속하지 않는 계약에 동 원칙의 적용가능성을 남겨두고 있다. CISG에서 제외된 매매 즉, 개인구매, 경매, 강제집행, 주식 등의 유통증권이나 통화, 선박, 항공기, 전기 등의 거래(제2조)는 말할 것도 없고 서비스 거래(제3조) 등에도 적용될 수 있다. 특히 CISG 제정시 각 법계간의 마찰이 심했던 계약의 ‘有效性’(validity)에 대해서 까지 상세한 규정을 두고 있어 망라적이고 포괄적 성격을 띄고 있다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 適用 可能性

1. 前文에 明示된 경우

동 원칙의 전문에는 이것이 적용될 수 있는 경우를 다섯 가지로 나누어 규정하

8) UNIDROIT 원칙 제1.4조

9) UNCITRAL Model Law 제1조 (1)항 각주에 열거된 상사관계의 實例에 관하여는 다음과 같이 명기하고 있다. “Relations of a commercial nature include, but are not limited to ... any trade transaction for the supply of exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of work; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail, or road”.

고 있다. 동 원칙은 다른 국제협약과 같이 동 협약이 적용될 경우와 그렇지 않은 경우를 명시적으로 구분하지 않고, 「동 원칙이 적용되어야 할 때」(when the principles shall apply)와 「적용될 수도 있을 때」(when the principles may apply)로 나누어 규정하고 있다.

동 원칙의 전문을 보면 국제 법실무에 종사하는 판사, 변호사 또는 중재인들로 하여금 분쟁 해결시 이를 이용하도록 유인하는 인상을 주고 있다. 본고에서는 먼저 전문에 명시된 다섯 가지의 경우에 이들 각각이 국제상사중재에 적용가능한지를 검토하고자 한다.

(1) 당사자간 명시적 선택

동 원칙이 적용되어야 될 가장 대표적인 경우는 계약당사자가 자신들의 계약에 이에 따르기로 합의한 경우이다.

계약당사자간 명시적 합의는 契約自由의 原則에 따라 당사자를 구속하지만 이러한 합의가 유효한지의 여부와 강제성이 있는지의 여부는 본 계약의 준거법인 국내법에 제한을 받는다.¹⁰⁾ 그렇지만 대부분의 국가의 법원은 당사자간 적용하기로 명시적으로 합의한 경우 이것이 자국의 강행법규를 침해하지 않는 적용할 것이다. 이러한 경우 동 원칙은 당사자간 계약을 규율하는 계약법의 일부가 되어 국내법을 대체하게 된다.

비록 당사자가 계약에서 동 원칙을 적용하기로 합의하였다 하여도 제기되는 문제에 관하여 명시적 조항이 없는 경우에는 앞장에서 언급한 一般原則이 적용된다. 그렇지만 동 원칙의 적용범위를 벗어나는 문제, 예를 들면 청구권의 양도나 계약당사자를 대리하는 대리점의 권리와 의무 등에 관하여는 지정된 특정 국가의 국내법에 따른다. 만약 계약당사자가 이를 지정하지 않았다면 국제사법 규칙에 따라 정해진 국가의 국내법을 따른다.¹¹⁾

10) UNIDROIT 원칙 전문, Comment 4(a).

11) 동 원칙의 초안자들은 계약당사자가 동 원칙의 보충을 위하여 특정국가의 국내법에 관하여 합의할 것을 권유하고 있다. 따라서 자신들의 계약서에 "This contract is governed by the UNIDROIT Principles supplemented by the law of country X"라고 명기하도록 권유하고 있다.(C.M. Gertz, "The Selection of Choice of Law Provision in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depeçage", 12 NW. J. Int'l L. & Bus.

한편 계약당사자들은 종종 분쟁발생시 중재를 통하여 해결할 것을 약정하고 이러한 중재조항에 준거법을 지정한다. 당사자간의 준거법 선택시 가장 우려하는 것은 한 당사자에게 생소한 상대편 국가의 법이 선택되는 경우이다. 당사자들은 공평하고 중립적이며 분쟁을 조속히 해결하는데 도움이 되는 법이 선택되기 원한다.¹²⁾ 이를 위하여 대부분의 국가의 중재법, 중재규칙 및 국제협약이 당사자들에게 그들의 분쟁을 규율할 준거법 선택의 자율권을 명시적으로 규정하고 있다.¹³⁾

동 원칙이 국제중재의 준거법으로 채택될 경우 이것은 앞에서 언급한 당사자들의 기대와 요구를 충족할 수 있을 뿐 아니라 중재인들로 하여금 어느쪽으로 편향됨이 없이 중립적 입장에서 법을 적용하도록 할 것이며, 당사자들은 자신들이 이탈할 수 없는 중재지의 강행규정과 충돌되지 않는 범위내에서 이를 적용하여야 한다.

제기된 문제가 동 원칙의 적용범위에 속하지만 동 원칙에 이에 관한 명시적 규정이 없는 경우에는 중재인들은 동 원칙의 기초가 되는 一般原則을 적용할 수 있다.¹⁴⁾

이와 반대로 법원에서 당사자간의 분쟁을 처리할 때는 중재의 경우와는 달리 동 원칙의 적용에 장애가 발생할 수 있다. 대부분 국가의 법원은 당사자간의 준거법 선택의 자유가 국내법에 따라 제한을 받는다. 즉, 국내법에 근거가 없는 법계의 법은 배제될 수 있다. 경우에 따라서 商慣習法(*lex mercatoria*)이 국내상사법의 관점에서 국내법과 분리될 수 있는지에 관하여 의문을 나타낼 수 있다.¹⁵⁾ 특히 국내법은 법정지의 國際私法原則에 따라 지정된 적용가능한 국내법의 배제를 주저할 지도 모른다.

그 이유는 대부분의 국내법원의 눈에는 동 원칙이 국내법의 보충적 기능을 하는 것으로 보기 때문이다. 이러한 의미에서 동 원칙의 구속력의 정도는 사건이

163, 178-180(1991)

12) F.J. Higgins, *et al.*, "Pitfalls in International Commercial Arbitration", 35 BUS. LAW, 1035, 1041(1980)

13) UNCITRAL Model Law Art. 34(2)(a)(i); New York Convention Art. V(1)(a); American Arbitration Association International Arbitration Rules, Art. 29; 대한민국 중재법 제2조

14) UNIDROIT 원칙 제1.6(2)조

15) M.J. Mustill & S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed., 1991, pp. 80-82.

중재에 회부된 경우와 소송에 회부된 경우가 다를 가능성이 있고, 중재의 경우가 훨씬 강한 구속력을 갖게될 것이다.

(2) 법의 一般原則이나 商慣習法の 적용합의

동 원칙의 전문에는 “본 원칙은 당사자들이 자신들의 계약이 법의 一般原則이나 商慣習法을 적용하기로 합의한 경우에 적용될 수 있다.”고 규정하고 있다.

계약당사자들이 동 원칙을 명시적으로 선택하지 않았음에도 불구하고 법의 일반원칙이나 상관습법을 적용하기로 합의한 것을 기준으로 판사나 중재인이 자율적 판단에 따라 이를 선택할 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우 동 원칙이 적용되기에 적절하다고 판단되는 이유는 3가지가 있다.

첫째, 계약당사자들은 자신들의 계약이 특정 국가의 국내법과 관련 없는 국제상사법에 의하여 규율되기를 원하기 때문에 동 원칙을 이러한 당사자들의 기대를 충족시킬 수 있다.

둘째, 동 원칙은 정교한 내용으로 구성되어 있기 때문에 법의 一般原則과 商慣習法을 구성하는 國際去來慣習 본래의 불확실성과 불안정성을 감소시켜 준다. 대부분의 국가의 법원은 계약당사자가 비록 법의 일반원칙이나 상관습법을 적용하기로 합의했다 하여도 이들 용어나 그 내용이 애매하기 때문에 실제로 찾아서 적용하기를 회피하고자 할 것이다. 이에 반하여 동 원칙은 너무나 명료하고 면밀하게 제정되었기 때문에 이를 적용함에 있어서 아무런 어려움이 없다. 계약당사자들도 동 원칙을 준거법으로 적용할 경우 국내의 강행법규에 제한을 받지 않는 한 자신들의 권리·의무가 이에 규율됨을 확신할 수 있다.¹⁶⁾

마지막으로 동 원칙은 각국 민·상법전의 조항과 달리 동 원칙상의 각 조항은 국제상사분쟁에 초점을 맞추어 규정하고 있기 때문에 범실무적 차원에서 적용이 용이하다.

결국 법의 一般原則이나 商慣習法の 적용에서 가장 큰 문제는 이들의 개념이나 적용범위가 명료하지 않아 그 결과를 예측하기 어렵고, 계약당사자들도 자신들의 권리와 의무가 자신들의 기대대로 확정된다는 것을 확신할 수 없다. 또한 중재인

16) O. Lando, "Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law", 3 Tul. J. INT'L & COMP. L. 129, 137(1994)

의 입장에서 보면 무역관습이나 관행 또는 법학자의 견해 가운데 적절한 원리를 찾아야 하는 어려움을 동 원칙을 통하여 해소할 수 있다. 또한 동 원칙은 계약 당사자중 일방이 상대방 국가의 법을 받아들이기를 거절할 때의 어려움도 피할 수 있다.

만약 商慣習法이 국제적으로 확실하게 정의되고 이해된다면 동 원칙에 대한 의존은 감소될 것이다. 그렇지만 현재로서는 이에 대한 충분한 공감대가 형성되어 있지 않는 상태이므로 동 원칙은 이러한 불확실성을 줄이는 효과가 매우 크다고 할 수 있다.

비록 동 원칙의 제정시 실무반(Working Group)은 이에 관한 명료성, 객관성, 일반성 및 공공적 승인을 구체적으로 표명하지는 않았지만 동 원칙이 商慣習法의 중요한 구성요소가 되며 결국 국제상사중재에 적용될 수 있음을 전문에 규정하고 있다.¹⁷⁾ 그렇지만 동 원칙 본래의 세밀함과 개별조항의 구체성은 이러한 법학적 문제에 관한 탐구를 불필요하게 하여 법실무상의 효용을 증대시킬 것이다.

(3) 적용법규의 확인이 불가능한 경우

특정의 문제에 적용할 적절한 법규를 찾아내는 것이 어렵거나 많은 비용의 지출을 수반할 경우 동 원칙을 적용한다면 어느 한 당사자에게 유리할 수도 있는 법정지국의 국내법의 적용을 피할 수 있다. 동 원칙이 국내법의 代替로 선택되는 경우는 관련 문제에 관하여 국내법중 어느 것을 적용할 것인지 불가능한 경우는 말할 것도 없고 국내법을 찾는 데 지나친 노력이나 비용이 수반된 경우에도 동 원칙의 적용이 정당화될 수 있다.¹⁸⁾ 결국 ‘확인불능’의 의미는 절대적 불가능은 말할 것도 없고, 특정 법계에 따라 그 문제를 처리하는 것이 실용적이고 경제적인지 여부에 따라 판단되어야 하는 것으로, 보다 유연한 기준으로 판단되어야 한다.

그렇지만 단순히 적용법규의 확인이 불가능하다고 하여 당사자간 합의되었거나 國際私法規則에 따라 선택된 준거법의 적용이 배제되지는 않는다.¹⁹⁾ 또한 ‘확인불능’은 당해 사건에 관한 공정한 해결이 불가능하게 여겨질 경우로까지 확대

17) A.M. Garro, 전계논문, p. 114.

18) UNIDROIT 원칙 전문 Comments.

19) O. Lando, "European Contract Law", 31 AM. J. COMP. L. 635, 654(1983)

해석될 수 있다. 적용될 국내법의 불완전한 성격이나 불충분성이 중재인들로 하여금 관련 문제를 공정하게 해결하는데 장애가 된다면 동 원칙이 적용될 수 있을 것이다.

결국 적용법규의 확인이 지연될 경우에는 중재가 소송의 경우보다 훨씬 쉽게 동 원칙에 접근할 것이다. 소송의 경우 판사는 끝까지 法源을 추적하면서 동 원칙을 피하려 할 것이기 때문이다.

(4) 통일된 法律文書(instrument²⁰)의 해석 또는 보충

매매계약의 당사자가 자신들의 계약에서 사용되는 定型去來條件의 해석을 INCOTERMS(1990)에 따르기로 약정했을 경우 물품의 인도나 위험의 이전 등은 INCOTERMS에 따르지만, 당사자간의 權利救濟 등 INCOTERMS로서 해결되지 않는 문제는 동 원칙에 의존할 수 있다. 만약 양 당사자가 속한 국가가 CISG의 계약국인 경우 權利救濟 등에 CISG가 적용되지만 CISG에서 제외한 계약의 有效性問題²¹(제4조 (a)항)나 서비스거래 등에 관하여는 동 원칙이 적용될 수 있다. 동 원칙이 이러한 국제협약이나 규칙의 보충적 기능을 하므로 국제상사법의 일관성 있는 적용을 가능하게 한다. 국제상사중재에서 중재인들은 통일된 법률문서의 정신에 일치하는 동 원칙을 적용하므로 통일된 판정의 가능성을 높일 수 있다.²² 동시에 동 원칙은 국제상사사건의 판정에 공정성을 제공할 것으로 예상된다. 왜냐하면 그것은 계약당사자중 어느 한 당사자에게 훨씬 익숙하고 접근하기 쉬운

20) 'instruments'란 용어는 '국제조약'보다 훨씬 포괄적 의미를 지닌 것으로, 국제전문단체나 무역협회 등에서 제정한 "INCOTERMS, UCP, FIDIC Conditions of Contract, UNIDO Model Form" 등을 포함한다.(M.J. Bonell, "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", 40 AM. J. COMP. L. 623(1992))

21) CISG 제4조 (a)항: "…… 특히 이 협약에서 별도의 명시적 규정이 있는 경우를 제외하고 이 협약은 다음과 같은 사항에는 관계하지 아니한다. (a) 계약 또는 그 어떠한 조항이나 어떠한 관행의 유효성." 따라서 계약의 유효성에 영향을 주는 '錯誤', '詐欺', '強迫' 및 '非良心'과 같은 문제는 국내법에 따라 결정된다.(H.E. Hartnel, "Rousing the Sleeping Dogs: The Validity Exception to the Convention on Contracts for International Sale of Goods", 18 Yale J. INT'L. L. 11, 14-15 (1993))

22) CISG의 해석과 적용에 문제가 있을 때 "그것의 국제적 성격과 적용상의 통일성의 촉진 그리고 국제무역의 신의의 준수" 등을 고려하도록 규정하고 있다.(제6조)

법정지의 법을 피할 수 있도록 하기 때문이다.

(5) 국내 또는 국제적 입법모델

동 원칙은 국제계약이나 국제거래에 관한 협약 또는 모델법을 초안함에 있어 모형이 될 수 있으며, 반세기 전에 제정된 민·상법이나 상사법으로는 규율할 수 없는 국내 국제적 계약법의 제정과 중재법의 제정에 참고가 될 수 있다.²³⁾

더구나 동 원칙은 원래 영어로 작성되었고 여러 국가의 언어판이 현재 채택중에 있기 때문에 계약용어의 국제적 표준을 제공하고 있다. 이것은 세계 각국에서 통일되고 일관성 있게 사용되고 있지 않은 법률개념을 통합하는데 기여할 것으로 기대된다. 그 결과 국제 협약이나 규칙의 법률용어가 통일되어 그 불일치로 인한 분쟁해결에 도움이 될 것이다.²⁴⁾

2. 前文에 明示되어 있지 않은 경우

동 원칙이 전문에 명시된 경우 외에도 동 원칙이 국제상사중재에 적용될 수 있다. 예를 들면 국제상사계약을 협상하거나 작성시 동 원칙의 체제나 내용이 계약에 관여하는 변호사에게 유용한 지침이 될 수 있다. 이 외에도 동 원칙의 전문에 명시된 경우 외에도 동 원칙이 국제상사계약에 적용될 수 있는 경우를 검토해 보면 다음과 같다.

(1) 衡平과 良心에 의한 판정시

만약 중재인들이 동 원칙을 준거법으로 하여 판정하여야 할 경우에는 비록 판정이 형평에 맞지 않더라도 양 당사자는 이에 구속된다. 그렇지만 중재인들이 친

23) 반세기 전 민·상법의 입장에서 보면 동 원칙이 갖는 혁신적인 조항은 '변경된 승낙과 확인서'(제2.11조), '서식의 교전'(제2.22조), '해당 채무종류의 결정'(제5.5조), '송금에 의한 변제'(제6.1.8조), '불이행 당사자에 의한 하자보완'(제7.1.4조), '손해배상청구권에 대한 이자'(제7.4.10조) 등이다.

24) M.J. Bonell, 전게논문, p. 626.

절한 화해자(amicable compositeurs)로서 판정할 권한을 받았다면 자신들의 판정에 동 원칙을 참고할 의무는 없지만 동 원칙을 참고하려는 의도를 방해받지는 않는다. 이 경우 중재인들은 자신들의 정의감 보다 형평과 신의성실에 기초하여 판정하기를 원할 경우 이를 적용할 수 있다. 친절한 화해자의 권한이 주어진 것은 동 원칙을 준거법으로 선택하는 것을 의미하지는 않지만 중재인이 사건을 형평과 양심에 따라 판정할 경우 자신이 적절하다고 판단되는 범주까지 동 원칙을 적용할 수 있을 것이다.²⁵⁾

(2) 準據法 未選定時

국제상사계약에서 당사자들은 가끔 준거법 조항에 합의하지 못할 경우가 있다. 또한 당사자들이 서로 논쟁의 여지가 있다고 생각되는 문제에 관하여 이를 계약 체결시에 거론하지 않고 분쟁발생시까지 연기하는 경우도 있다.²⁶⁾

그러나 일단 분쟁이 발생하여 중재에 회부되면 준거법을 결정하여야 하는데 현행 중재에 관한 국제협약이나 규칙에 이에 관한 결정방법을 규정하고 있지는 않다. 이 경우 중재인들은 계약체결지의 國際私法規則에 따라 이를 결정할 수도 있고, 자신들의 판단에 따라 결정할 수도 있다. 후자의 경우 중재인들은 자신들이 적절하다고 판단되는 國際私法規則에 의존할 수도 있고 직접 준거법을 선택할 수도 있다. 전통적으로는 중재법정이 위치한 국가의 법을 선택하는 방법을 취한다. 이것은 중재법정도 일반 법원과 같이 법정지의 법이 적용되어야 한다는 이론에 기초한 것이다.²⁷⁾

일반적으로 당사자의 계약의무에 관하여 각국의 國際私法規則은 준거법에 관하여 당사자간 명시적 약정이 없을 때 이를 결정하는 구체적 기준을 두고 있다. 즉, 관련 계약이나 논쟁이 되고 있는 문제와 가장 긴밀한 관계를 가지는 국가를 결정하는 것이다. 그렇지만 많은 경우 어느 국가가 가장 긴밀한 관계에 있는지에 관

25) D. Rivkin, "Enforceability of Arbitral Award Based on Lex Mercatoria", 9 ARB. INT'L. 67, 71-72(1993)

26) H.P. de Vries, "International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts", 57 TUL. L. Rev. 42, 74-75(1982)

27) C. Croff, "The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Laws Problems?", 16 INT'L LAW. 613, 626-627(1982)

한 기준은 명료하지 않다.

준거법 선정에 관하여 중재인들이 사용하는 현대적 방법중의 하나는 중재인들 자신이 특정 계약에 적용될 법을 직접 선택하는 방법으로 이 경우에는 선택된 법이 반드시 중재지법이 아닐 수도 있다.²⁸⁾

준거법 선택에 있어 중재인들은 법원의 판사의 경우와 다르다. 후자의 경우 일반적으로 법정지의 國際私法規則을 따르지만 중재인들은 분쟁과 관련 있는 국가의 國際私法規則을 누적적으로 또는 비율별로 적용할 수도 있고²⁹⁾, 국제상거래에 가장 민감한 國際私法規則을 선택할 수도 있으며³⁰⁾ 분쟁과 가장 긴밀한 관계에 있는 국가의 국제사법규칙을 적용할 수도 있고 경쟁적인 법계의 내용을 비교하여 준거법을 고안할 수도 있다.³¹⁾

이러한 절차들이 대부분 매우 힘들고 복잡하기 때문에 앞으로는 중재인들이 특정국가의 國際私法規則에 의존하지 않고 분쟁에 가장 관련이 있다고 생각되는 실증법이나 국제규칙을 준거법으로 선택할 수 있도록 허용되고 있는 추세이다.³²⁾ 이러한 추세에 따라 동 원칙이 준거법이 되는데 타당한 몇 가지 이유가 있다.

첫째, 동 원칙은 국제성과 통일성을 천명하고 있기 때문에 중재인들이 안심하고 이를 준거법으로 선택할 수 있다.

둘째, 동 원칙은 어떤 국내법 보다 국제상사관련 사건에 대하여는 명료한 해답을 제공할 수 있다.

셋째, 몇몇 중재규칙에서는 중재에서 동 원칙의 적용을 인정하였다.³³⁾

마지막으로 각종 국제계약에 명시하고 있는 중재조항이 동 원칙의 적용을 위한 근거를 제공한다.

28) Geneva Convention Art. VII(1); UNCITRAL Model Law Art. 28.2; ICC Arbitration Rules Art. 13(3)

29) Y. Derains, "L'application cumulative par l'arbitre des systems de conflit de lois interesses au litige"[The Cumulative Application by the Arbitrator of Conflict of Law System Relative to Litigation], 2 REVUE DE L'ARBITRAGE 105(1972)

30) V. Danilowicz, "The Choice of Applicable Law in International Arbitration", 9 HASTINGS INT'L. & COMP. L. REV. 258(1986)

31) A.T. von Mehren, "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", 88 HARV. L. Rev. 347(1974)

32) C. Croff, 전제논문, pp. 632-633.

33) R. Hyland, "On Setting Forth the Law of Contract: A Forward", 40 AM. J. COMP. L. 117-118(1992)

(3) 法律的 공백 발생시

당사자가 합의했거나, 國際私法規則에 따라 정해진 준거법이 문제가 된 계약에 관하여 명료한 해결방안을 제공할 수 없을 때 중재인은 이러한 법률적 공백을 메우기 위하여 동 원칙을 사용할 수 있다. 그렇지만 동 원칙에는 이러한 보충법적 역할은 國際統一法을 적용하는 사건에 국한되고 있다.³⁴⁾

동 원칙의 보충적 기능의 중요성은 국제상거래에 관한 대부분의 국제협약이나 규칙이 파편적 성격을 지니고 있기 때문이다. 이러한 국제협약의 해석에는 그들의 국제적 성격과 통일성을 감안하도록 규정하고 있다.³⁵⁾ 특히 CISG의 경우 동 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는 동 협약이 기초한 ‘一般原則’에 따르도록 규정하고 있고 동 원칙이 바로 이러한 일반원칙의 구성요소로 간주될 수 있다.

그렇지만 준거법이 특정 국가의 국내법인 경우에는 사정이 다르다. 즉, 동 원칙의 보충법적 기능은 대륙법계에서는 민법의 기능과 유사하며, UCC에 있어서는 Common Law나 衡平法의 기능과 유사하다고 볼 수 있다.³⁶⁾ 동 원칙이 국내법과의 관계를 전문에 나타난 바와 같이 “적용 가능한 관련법규를 확인하지 못할 때”(when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law) 동 원칙이 적용될 수 있다. 여기서 적용가능한 국내법규를 확인하지 못할 경우와 확인은 되었지만 관련 문제에 관한 법조문이 없는 경우를 구별할 필요가 있다. 전자의 경우는 전문에 나타난대로 동 원칙이 적용될 수 있으나 후자의 경우에는 대부분의 법계가 유추, 관습 또는 법의 일반원리 등을 이용하여 이러한 법적 공백을 메우고 있다.

(4) 국내법이 불충분하다고 판단될시

대부분 국가의 계약법은 국내분쟁을 해결하기 위하여 제정되었기 때문에 국제

34) UNIDROIT 원칙 전문: “They may be used to interpret or supplement international uniform law instrument”

35) CISG 제7조 (1)항

36) U.C.C. §1-102 (2)(a)(1994)

상사분쟁에 이를 적용하기에는 부적절한 경우가 많다. 어떤 국가의 국내법은 자국의 이익과 국가의 정책을 반영할 수 있기 때문에 국제거래의 계약당사자에게 공평하다고 볼 수 없는 조항을 포함하고 있다.

당사자간 계약의 준거법이나 법정지의 國際私法規則이 특정국의 국내법을 배타적으로 적용하도록 하였으나 관련법규가 애매하거나 또한 그것이 당해 업계의 합리적인 기대를 반영하지 못할 때 중재인이 그러한 법규의 적용을 피하고 동 원칙을 적용할 수 있는가에 관하여 문제가 제기될 수 있다. 동 원칙에는 국내법의 적용이 불충분하다고 하여 중재인으로 하여금 이를 배제하는 것을 허용하고 있지 않다. 동 원칙이 적용되기 위해서는 계약당사자가 자신들의 계약을 동 원칙이나 商慣習法에 의하여 규율될 것을 합의했을 때나 관련 국내법의 확인이 불가능하여야 한다.

일단 계약에서 중재인에게 특정 국가의 국내법을 적용하도록 약정하였다면 이에 따라야 한다.³⁷⁾ 그렇지만 이 경우 양식있는 중재인은 지정된 국내법에서 규정된 法源을 사용하거나 동 국내법을 국제거래관습에 맞도록 해석하므로 외견상 불공평한 국내법의 적용을 회피할 수 있다³⁸⁾ 동 원칙은 이 경우 해석의 기초가 되는 국제거래관습의 많은 원리를 포함하고 있기 때문에 동 원칙이 간접적으로 적용된다고 볼 수 있다.

V. 結 論

UNIDROIT 원칙의 제정은 國際商事法の 體系에 중요한 의미를 갖는다. 기존의 CISG에 대한 보충법적 기능을 할 뿐 아니라 국제상사중재에도 큰 기여를 할 것으로 기대된다. 동 원칙은 계약의 성립, 이행 및 분쟁해결에 관한 조항을 두고 있

37) UNIDROIT 이사회는 동 원칙 전문에 “동 원칙은 적용가능한 특정 국내법을 확인하거나 관련 법규를 확인하는 것이 불가능하거나 불충분하여 제기된 문제에 해결책을 제공할 수 있다.”는 문언을 포함시킬 것을 제의하였으나 채택되지 않았다(UNIDROIT Summary Records of the Meeting held in Rome from 29 June to 3 July, 1992).

38) A.F. Lowenfeld, "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View", 6 ARB. INT'L. 133, 147 (1990)

기 때문에 당사자들이 이를 준거법으로 채택하여 제기되는 문제를 이에 따라 해결할 수 있다. 종종 계약당사자간의 협상이 준거법 선택의 문제로 연기되기도 하고, 당사자간 협상력의 불균형으로 한 당사자에게 생소한 국내법이 준거법으로 채택되기도 하며 어떤 때는 당사자간 의견조율에 장애로 인하여 중립적 국가의 국내법을 적용하기로 합의하는 경우가 있다. 그렇지만 국제거래관습의 입장에서 보면 이럴 경우 동 원칙을 준거법으로 채택하면 중립성과 통일성 및 법적 안정성이 확보된다.

동 원칙의 전문에는 동 원칙이 적용될 수 있는 경우를 열거하고 있다. 당사자간의 명시적 선택의 경우는 말할 것도 없고 法の '一般原則'을 적용할 때나 적용법규의 확인이 불가능할 때 그리고 통일된 국제규칙의 보충법적 기능 등으로 그 기능이 다양하다. 특히 분쟁이 법원 대신 중재에 회부된 경우 중재인의 재량과 판단에 따라 적용범위가 훨씬 확대될 수 있다.

또한 동 원칙은 중재의 경우 전문에 명시된 경우 외에도 적용될 여지가 있다. 즉, 중재인 자신의 선택, 형평법과 양심에 따른 판정이 요구될 때, 계약당사자간 준거법을 정하지 않았을 때 그리고 법의 공백이 발견되거나 불충분할 때에도 적용될 수 있다. 이러한 경우 특정 국가의 국내법 보다 동 원칙이 적절한 이유는 동 원칙이 중립성과 국제적 통일성을 지니고 있기 때문이다.

특히 중재에서 동 원칙의 적용이 확대될 수 있는 경우는 당사자간의 계약에서 법의 '一般原則'을 적용하기로 합의한 경우이다. 동 원칙의 많은 조항들이 바로 법의 '一般原則'을 반영하고 있기 때문이다. 동 원칙은 商慣習法이 근거하고 있는 중립성, 공정성 및 적절성을 갖고 있으면서 商慣習法의 문제점인 애매성과 불확실성이 거의 없으므로 그 적용이 장차 크게 확대할 수 있다.

1958년 뉴욕협약³⁹⁾이 분쟁발생시 중재절차를 중재지의 국내법에 예속시킬 필요성을 면제하므로 상사중재의 국제화에 도움을 준 것 같이 동 원칙도 국제거래를 특정국의 국내법에서 해방시키므로 불평등의 문제를 해석하는데 큰 기여를 할 것으로 생각된다.

현재로서는 동 원칙이 국제계약법의 설명집으로 간주되어 미국 계약법의 Restatement와 비교되고 있으나 앞으로는 범세계적으로 적용되는 商慣習法으로

39) '外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 UN 協약(The United Nations Conventions on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award)을 말한다.

정착될 것이다.

결국 동 원칙의 현실적 기여는 법원이나 중재에서 판사나 중재인이 자발적으로 이를 적용하기보다는 당사자간 계약의 준거법으로 채택된 경우 적극적인 활용이 기대된다.

국제상사계약에서 중재조항의 사용은 보편화되어 있다. 그렇지만 대부분의 경우 계약에서 준거법은 특정국가의 국내법을 언급하고 있다. 동 원칙의 사용이 국제적으로 보편화되기 위하여는 계약당사자가 그 존재를 인식하고 계약서에 이를 명기하는 것이며, 중재를 맡은 중재인들이 이를 인식하고 보급하는데 앞장선다면 조기에 널리 확산될 것이다.

ABSTRACT

The Applicability of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration

Won Suk Oh

The purpose of this paper is to examine the applicability of the UNIDROIT Principle in international commercial arbitration. For this purpose, I have studied the basic two characters of this Principles: One is of general rule(principle); Another is of international and commercial character.

According to CISG, questions concerning matters governed by the CISG which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles, so this Principles will cover many questions which are not expressly settled in the applicable law, by gap-filing, analogy or usage.

In the preamble of this Principles, there are five cases in which the Principles shall be applied or may be applied. If the disputes are submitted to the any national court, the application of this Principles would be restricted because of the mandatory rules of national, international or supranational origin. But the disputes are submitted to arbitration, the arbitrator would have more discretionary powers to apply the Principles than the judge. The reason is that in the arbitration, the arbitrators do not bear obligation to act in conformity with the law applicable by virtue of the rules of rules of private international law.

I also examined the applicability of the Principles in cases which there are

no mentions in preamble: When the international arbitrators choose the Principles; When the arbitrators decide *ex aequo et bono*; When the both parties have not chosen the governing law; When there are gaps in domestic law chosen by the parties; When the applicable domestic law is insufficient. In all these cases, the Principles may be applied more easily and conveniently in arbitration than in litigation.

Thus to envisage the application of this Principle in international arbitration, first both parties in international commercial contracts should incorporate this Principle as a governing law in their contracts, and second, the arbitrators should try to apply this Principles in their arbitrations by choice, analogy, general principles or usage.

참 고 문 헌

1) 著書

오원석 역, UN 統一賣買法, 삼영사, 1998

Merryman, J.H., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, 2nd ed., 1985

Mustill, M.J. & Boyd, S.C., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed., 1991

2) 論文

Baptista, L.O., "The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspect of International Private Law", 69 TUL. L. REV. (1995)

Bonell, M.J., "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", 40 AM. J. COMP. L. (1992)

Croff, C., "The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it Still a Conflict of Laws Problems?", 16 INTL LAW. (1982)

Ferrari, F., "Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", 69 TUL. L. REV (1995)

Garro, A.M., "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", 3 TUL. J. INT'L & COMP. L. (1995)

Gertz, C.M., "The Selection of Choice of Law Provision in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depeçage", 12 NW. J. INT'L. L. & Bus (1991)

Derains, Y., "L'application cumulative par l'arbitre des systems de conflict conflict de lois interesses au litige[The Cumulative Application by the Arbitrator of Conflict of Law System Relative to Litigation], 2 REVUE DE L'ARBITRAGE 105(1972)"

- Hartnel, H.E., "Rousing the Sleeping Dogs: Validity Exceptions to the Convention on Contracts for International Sale of Goods", 18 Yale J. INT'L L. (1993)
- Hautte, H.V., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", ARB. INT'L (1995)
- Heller, J., "Gap-Filling by Analogy, Art. 7 of the U.N. Sales Convention on Its Historical Context", Mélanges Hjernier (1990)
- Higgins, F.J., et al., "Pitfalls in International Commercial Arbitration", 35 Bus. Law. (1980)
- Hyland, R., "On Setting Forth the Law of Contract: A Forward", 40 AM. J. COMP. L. (1992)
- Danilowicz, V., "The Choice of Applicable Law in International Arbitration", 9 HASTINGS INT'L & COMP. L. Rev.(1986)
- Lowenfeld, A.F., "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View", 6 ARB. INT'L (1990)
- Lando, O., "Assessing the Role of the UNIDROIT Principles in the Harmonization of Arbitration Law", 3 TUL. J. INT'L & COMP. L. (1994)
- Perillo, J.M., "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter TEXT and Review", 63 Fordham Law Review, (1994)
- Rivkin, D., "Enforceability of Arbitral Award Based on Lex Mercatoria", 9 ARB. INT'L (1993)
- von Mehrem, A.T., "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", 88 HARV. L. REV. (1974)
- Vries, H.P., "International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National for National Courts", 57 TUL. L. Rev. (1982)

3) 국제법규(국내포함)

United Nations Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign
Arbitral (1958)(일명 N.Y. Convention)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994)

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
(1980)

Uniform Commercial Code (1994)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)

Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards (1927) (일명 Geneva
Convention)