

超國家法 (Non-State Norms)을 통한 私法の 국제적 통일에 관한 小考

- 大陸法과 普通法이라는 法系的 시각을 중심으로 -

김기영

조선대학교 법과대학 교수

Non-state Norms : Summary over the Development of International Contract Law with particular focus on the Civil and Common law tradition.

Prof., Kim, Ki Young

법의 系統으로 분류할 때 사회주의 국가권을 제외하면 일반적으로 성문제정법 중심의 대륙법계와 보통법 및 법원의 판례법을 법으로 인식하는 영미법계의 兩大 法界가 존재한다. 법은 일반적으로 국가를 전제로 한 개념으로 인식되고 있으며, 따라서 사법의 경우 국가마다 자신의 私法을 가지고 있고, 국제 사회의 발달과 함께 사법의 통일노력은 꾸준히 지속되어 왔다. 사법의 통일방식에는 다양한 유형이 있고, 그 중 하나가 超國家法(Non-State Norms)의 제정을 통한 통일이다. UNIDROIT Principles와 유럽 계약법원칙은 초국가법의 제정을 통한 사법통일의 대표적 실례이다. UN계약법원칙이라고도 불리는 UNIDROIT Principles은 중세 상인법(*lex mercatoria*)의 현대적 부활로 불리며, 대륙법과 영미법이 조화를 이룬 잘 된 입법으로 평가받고 있고 향후 사법통일의 지표와 시금석 역할을 하고 있다. 그러나 초국가법의 제정에 의한 사법통일은 그 法源性 및 대륙법계와 영미법계의 법문화적, 지적 차이, 국제사회의 현실적 여건과 통일에 있어 범기술적 문제로 인하여 국제사회의 다른 법통일 노력과 비교할 때 여러 가지 특징을 보이고 있다. 따라서 본고는 초국가법의 의미, 법원성을 간략히 살펴보고, 사법통일 운동 내지 초국가법에 의한 사법통일의 특징을 살펴본다. 나아가 초국가법에 의한 사법통일은 대륙법계식 사법통일을 대변하므로 그에 대한 보통법국가의 비판적 기본 시각을 정리해 보고, 대륙법계식 통일의 불가피성에 관하여 논한다. 사법통일에는 많은 變數가 존재하고 그 나름대로의 특징이 존재한다. 1893년 헤이그 국제사법회의 이래 최근 UN을 중심으로 한 사법통일운동의 노력에 이르기까지, 사법통일 운동은 향후 많은 변수 속에서 진행될 것이다. 그리고 초국가법을 통한 사법통일운동은 그 방식, 법적 성격, 法文化的 차이로 인하여 여러 가지 특징을 보이고 있으며, 이는 사법통일의 주체가 되는 각국 정부나 이를 국제거래분쟁해결의 준거규범으로 적용하여야 하는 司法官들이 참고할 필요가 있다고 본다.

I. 序說

국제화 시대는 국제거래의 양적·질적 확대를 가져오고 있다. 우리 기업은 물론이고 세계의 기업들은 자신의 상품, 용역, 자본을 수출하거나 수입하기 위하여 날마다 교섭하고 계약을 체결하고 있다. 계약이라는 법적 도구는 굳이 Maine이 언급한 “신분에서 계약으로”라는 명구

를 인용할 것도 없이 근·현대 자유주의와 자본주의를 대변하고 있다. 로마법상 “계약은 지켜져야 한다”라는 법언, 근대법에 이르러 “계약 자유의 원칙”으로 대변되는 계약법 영역은 많은 나라의 경제를 법적으로 지탱하고 있다. 나라마다 약간의 차이가 있을 수 있으나 계약은 본질상 당사자자치의 원칙이 지배할 수밖에 없고, 계약법의 대부분의 규정은 임의규정으로서의

성격을 가진다는 것은 주지의 사실이다. 국내계약과 달리 국제계약에 관한 법영역에 관하여 보면, 사회주의 국가를 논외로 하는 경우 대륙법과 영미법상의 여러 유습들이 영향력¹⁾을 행사하고 있다. 이러한 원칙적 성격의 법 중 대표적인 것으로 소위 UNIDROIT Principles(UN 계약법원칙)와 유럽계약법원칙, 최근의 인터넷 상거래에 관한 국제관습 등을 들 수 있다.²⁾ 국제계약법 영역은 계약의 서면체결관행, 계약서 형식이나 영문계약서 선호 등 영미계약법의 유습이 강력하게 지배하고 있는 한편, 이러한 원리적 성격의 계약법은 대륙법계의 영향력의 산물이라고 할 수 있다. 따라서 이에 관한 고찰은 범문화적 문제이기도 하고, 한편 매일 국제계약사건을 다루어야 하는 법률전문가에게 닥친 문제로서 실용법학적 관점에서도 의의를 갖는다. 국제계약에 있어 소위 초국가법(Non-State Norms)의 정제³⁾와 국제교역의 확대에 의한 최근의 초국가법의 영향력 증대에 관한 법적 신화와 그 배경이 되는 범문화 내지 법계에 관한 일고는 의미를 갖는다고 본다. 우리나라가 세계 11위의 경제대국으로 도약하고, 국제교역에 있어서 중요한 파트너국의 하나가 되고 있으며, UN 사무총장까지 배출하는 등 정치·외교적으로 성장하고 있는 현실에서 私法の 국제적 통일운동에 관한 국제적 동향의 파악과 적극적 참여자세가 필요하다고 보는 것이다.

II. 超國家法の 의의

1. 國際去來法과 超國家法

국제거래법은 학설상 다툼이 있지만 일반적으로 서로 다른 국가 또는 법체계를 달리하는 지역간에 행해진 상거래를 규율하는 법규범으로서 공법적 성격의 법규범을 제외한 나머지 국제규범의 총체로 이해되고 있다. 국제거래법의 연혁은 보편적 상관습을 중심으로 한 중세 상인법시대, 국내법으로의 편입기인 민족국가시대, 2차세계대전 이후 상인법의 현대적 부활시기 등 3단계로 대별된다. 제2단계 민족국가시대에는 국내제정 사법과 국제사법을 중심으로 국제거래관계가 규율되었고, 준거법 선택이라는 國際私法 원리를 초월하여 보편적 국제규범을 중심으로 국제거래관계가 규율되는, 즉 독자적 학문분과로서의 국제거래법은 2차세계대전 후 국제사회의 통합분위기와 함께 발전되어 왔다. 2차세계대전 후 국제사회의 통합분위기는 사법의 통일운동을 가속하게 되고, 다양한 유형의 국제거래법이 탄생하게 된다.⁴⁾ 따라서 국제거래법의 존재형태, 즉 法源은 국내법과 달리 다양한 법적 성격을 갖는 규범으로 구성되고 있는바, UNIDROIT 또는 UNCITRAL 등 정부간 기구(Inter-governmental organization)가 법률제정기관이 되는 사법통일협약, 모범법, 리스테이트먼트와 국제상인협회(ICC)가 법률제정기관이 되는

1) Symeon C. Symeonides, CONTRACTS SUBJECT TO NON STATE NORMS, American Society of Comparative Law (2006)

2) 가장 대표적인 UNIDROIT Principles에 관하여, Reinhard Zimmermann, THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE, Tulane University School of Law (2006) 참조

3) James A. Carter, TRANSNATIONAL LAW : WHAT IS IT? HOW DOES IT DIFFER FROM INTERNATIONAL LAW AND COMPARATIVE LAW? Penn State International Law Review (Spring, 2005).

4) 사법을 국제적으로 통일하는데 있어 전통적으로 다음 세 가지 방법이 이용되어 왔다. 즉, 국제 다자조약을 체결하는 방법, 모범법 또는 통일법을 제정하여 각국이 이를 국내법으로 채택하도록 표준을 제공하는 방법, 국제상거래계의 관행을 근거로 상관습과 실무요령을 확립하는 방법 등이 그것이다. 사법통일운동의 가장 큰 문제점은 통일의 속도가 느리고, 장기간의 노력에도 불구하고 법규의 통일을 위한 노력이 헛되어 끝나는 경우가 많다는 것이다. 최준선, 국제거래법, 삼영사 (2005) 27면

통일규칙 및 표준계약조항⁵⁾ 등이 대표적 법원이 된다. 이러한 국제거래법의 법원 중 1980년 UN 매매협약, 1988년 UN 어음협약, 1988년 UNIDROIT 금융리스협약 등 소위 사법통일협약은 국가간 조약의 형태로 법규범화 된 것으로 그 법적 성격이나 효력에 관하여 별다른 문제가 없지만, 그 밖의 법원은 그 법원성이나 규범적 효력에 관하여 학술상 다툼은 물론 실무적으로 문제를 가지고 있다.

본고의 主題인 초국가법은 근자에 등장한 사법통일형식으로서 국제거래법의 법원 중 리스테이트먼트(restatement) 형식을 취하고 있다. 즉, 국가간 조약에 근거한 사법통일협약도 아니고, 각국의 국내 사법을 제정함에 있어 국제적 표준을 제공하는 模範法이라고 할 수도 없으며, 상인협회의 상관습을 중심으로 한 統一規則이라고도 할 수 없다. 우리는 일응 정부간 기구가 제정한 사법에 관한 공통적이고 추상적 법원칙을 담은 문서를 초국가법이라고 이해할 수 있다. 따라서 초국가법은 상인협회가 제정하고, 상인간 보편적 관행에 근거하며 실질적 상관습에 바탕하고 보다 구체적 내용을 담고 있는 통일규칙과 구별되며, 정부간 기구가 제정하지만 조약의 형태로 제정되는 사법통일협약과 구별된다. 또한 추상적 법원칙보다는 보다 구체적 내용을 담

고 있으며, 단순히 모범적인 기준을 제공하고 국내법으로 편입되는 경우에 한하여 법으로서 효력을 갖는 모범법과도 구별된다.⁶⁾ 초국가법(Non-State Norms)은 語義 그대로 국가를 초월한 즉, 법의 전통적 기초가 되는 국가개념이 전제되지 않으면서도⁷⁾ 성문 민법전의 일반 원칙과 같이 국제 상거래를 규율할 수 있는, 즉 통일법원칙으로서의 면모를 갖추고 있다는 점에서 국제거래에 관한 사법통일에 있어 큰 잠재력을 갖지만, 법계의 차이에서 오는 갈등이 발생할 소지도 많다 할 것이다.

2. 초국가법의 法源性

초국가법의 법원성에 관하여 국내 학술은 법원성 부인론 또는 국내법 편입론의 입장에 있는 것으로 보인다. 예컨대 UNIDROIT Principles의 경우 당사자가 적용에 합의한 경우, 다른 국제협약의 해석과 보충의 수단으로서 적용될 수 있거나, 또는 모범법과 같이 국제조약 또는 국가법의 모델로서 기능한다고 보는 견해,⁸⁾ 통일법안이 아니고 단순한 원칙을 제정한 것으로, 조약과 같이 강력한 구속력을 갖지 못한다고 보는 견해 등⁹⁾ 임의법규 또는 강행법규로서 당연히 법원이 적용하여야 하는 법규범이라고 보지

5) 표준계약조항은 거래계의 관행의 내용이나 존재를 확인하는 자료가 될 뿐이므로 그 자체를 法源으로 볼 수 없다는 설이 유력하다. 예컨대, 서헌제, 국제거래법, 법문사 (2003) 20면

6) 따라서 모범법의 경우에는 국내법으로 편입되지 않는 한 법이 아닌 단순한 참고자료에 불과하다는 점에 학설이 일치하고 있는 것 같다.

7) 국가를 전제로 하지 않는 법 중에 EU법을 생각해 볼 수 있다. EU법은 EU가 완전한 연방국가는 아니지만, EU형성조약에 근거하여 유럽집행위원회, 유럽의회, 유럽사법재판소 등 준 통치기구를 가지고 있고, 따라서 EU법 중 형성조약(소위 Acts of States)은 물론이고 이들 기구들이 발한 EU법(소위 Community Acts)은 유럽사법재판소에 의하여 EU회원국법보다 상위법으로서 법적 구속력을 부여 받는다. 즉, EU는 통일헌법에 의한 완전한 정치적 공동체가 탄생하지 않는 상황에서도 EU법에 연방법과 동일한 법적 구속력을 부여하는 특이한 법체제를 이루고 있다. 또한 연방국가인 미국의 경우 제한적으로 연방보통법(federal common law)의 인정 여부가 논의되고 있는 현실에 비추어 보면 최근 EU차원의 통일 사법체정추진은 EU가 통일헌법이 없는 국제적 결합체이지만 사법영역에서는 연방국가인 미국보다 실질적으로 보다 공고한 결합체일 수 있다는 결론에 이른다. 이러한 차이는 후술하는 바와 같이 사법의 통일운동과 관련하여 자연법 사상이나 法院 중심의 보통법계 국가보다는 시민적 결단 즉, 의회제정법 중심의 성문법문화가 보다 효율적일 수 있다는 하나의 반증이 된다.

8) 서헌제, 전게서, 107~108면

9) 최준선, 전게서, 61~64면

는 않는 것 같다. 문제는 준거법에서 계약관계에 적용될 관련 규정을 찾을 수 없거나, 규정은 확인되어도 계약상의 분쟁에 대한 해결책이 없는 경우에 동 계약법원칙이 적용될 여지가 있으나, 그것이 국내사법이나 국제조약과는 다른 성격의 규범으로서 여전히 국내법원은 법정지법을 적용하는 경우가 많게 될 것이다.¹⁰⁾ 국내법원이 초국가적 상인법을 법으로서 적용함에 있어 이론적으로 다음과 같은 4가지 입장이 가능하다.¹¹⁾

(1) 法源性 否認論

국내법원은 초국가적 상인법을 법으로서 인식하지 않고, 사안에 적용될 법으로 보지 않는 입장이 있을 수 있다. 이러한 입장은 세계화와 법다원론자들의 주장과는 상반된다. 물론 초국가적 상인법을 법으로서 인식하지 않는 것과 초국가적 상인법에 기초한 중재판정의 승인과는 구별하여야 한다. 일반적으로 일국의 법원은 중재판정의 실체에 대하여는 심사할 수 없으므로 법원이 초국가적 상인법의 법원성을 부인하면서도 그러한 중재법원의 판정의 유효성을 승인할 수 있다. 이슬람 또는 세리아의 법도 초국가적 상인법과 유사한 성격을 갖는다. 이슬람법이 개별 이슬람국가에 의하여 국내법으로 편입되지 않는 한, 그것은 계약 당사자 간에 적용될 준거법이 되지 못한다. 국제계약에 적용될 준거법에 관한 미주협약은 초국가적 상인법이 성문화

된 형태로 존재하는 경우 준거법으로 적용될 수 있도록 하고 있으나, 멕시코와 베네주엘라 두 국가만이 비준한 상태에서 아직 협약으로 발효되지 못하고 있다. 대륙법계인 유럽의 경우에는 학자들의 지지와 함께 성문화된 초국가적 상인법을 준거법으로 지정할 수 있도록 유럽집행위원회 차원에서 노력하고 있으나, 아직 공식화되지 못한 상태이다. 따라서 초국가적 상인법은 현 단계에서는 아직 그 법원성을 인정하기 어렵다는 것이 법원성 부인론자들의 입장이다.¹²⁾

(2) 國家法으로의 編入

초국가적 상인법의 독자적 법원성을 부인하면서도 국가법으로의 편입을 통하여 법으로서 인식할 수 있다는 입장이 있다.¹³⁾ 영국의 보통법원은 대륙법계적 요소가 강한 중세상인법에 관한 특별법원을 설치한 바 있고, 실체법적으로도 중세상인법은 보통법의 한 내용을 구성한다고 보고 있다. 미국 통일상법전의 아버지인 칼(Karl)도 골드쉬미트의 법사상과 독일 상법에 영향 받아 그 초안을 작성한 바 있다. 이러한 영미법계의 태도는 유럽 대륙의 경제력과 대륙법계 법문화의 우수성에 따라 불가피한 현상이었지만, 그렇다고 하여 초국가적 상인법이 독자적 법원성을 갖는다고 보지는 않는다. 즉, 편입론에 의할 때 여전히 초국가적 상인법은 국제사법상 준거법으로 지정될 수 있는 ‘법’이 아니다.¹⁴⁾ 그러나 편입론에 의하면 국가는 法主權을 保持하

10) 이는 소위 국제사법상 대체법에 관한 문제인바, 이러한 경우 대부분의 국가는 상호주의의 또는 내국민보호경향으로 인하여 법정지법을 선호하는 경향이 있다. 특히, 국가를 전제로 하는 전통적 법관념상 초국가법은 법규범으로서의 성격을 결하고 있고, 단순한 원칙의 선언을 담고 있으면서 민감한 사안에 관하여 소극적인 입장을 견지하고 있으며, 그 개정이 자유로워 법적 안정성이라는 측면에서도 약점을 가지고 있다. 따라서 국내법원이 선뜻 동 원칙을 적용하려 하지 않을 것이다.

11) Ralf Michaels, THE RE STATE MENT OF NON STATE LAW : THE STATE, CHOICE OF LAW, AND THECHALLENGE FROM GLOBAL LEGAL PLURALISM, Wayne Law Review (Fall, 2005)

12) Id. 1228

13) Id. 1231

14) 미주협약이나 유럽집행위원회의 노력과 같이 국가간 합의에 의하여 이를 준거법으로 지정토록 하는 조약을 체결하거나, 원칙을 국내 실체법으로 수용·제정하지 않는 한 여전히 국가성을 결여한 초국가법에 불과하게 된다.

는 한편, 원칙에 불과한 초국가적 상인법의 실체적 내용을 국가가 자율적으로 보완할 수 있다는 장점을 갖는다.¹⁵⁾

(3) 法事實論과 禮讓

편입론과 마찬가지로 기본적으로 법원성을 부인하면서 국가법체계와 조화를 이루도록 하는 또 하나의 입장으로 초국가법 사실론이 있다. 관습, 합리적 기대 등과 유사하게 초국가적 상인법이 법원에 의하여 “사실”로서 국가법의 일부를 구성하고 적용된다는 것이다.¹⁶⁾ 초국가적 상인법은 국가법과 달리 사인간의 영역에 관한 하나의 사실요소를 구성한다고 보면서, 국가는 공적 영역과 사적 영역 구별원칙에 따라 이를 존중하고 예양한다는 입장이다. 예컨대, 법원은 법적 분석을 함에 있어 상인사회의 관행과 전문성의 존중을 통하여 “주의 의무의 정도” 또는 “합리적 기대”라는 법적 개념의 범주를 한정시킬 수 있고, 그러한 한도에서 초국가적 상인법은 법으로서 기능할 수 있다고 본다. 사실론과 예양은 초국가적 상인법을 본질상 “사실”로서 보게 되므로, 초국가적 상인법 제정기관의 주권성을 인정하는 것은 아니며, 국가법에 종속하여 국가법의 공백을 보충하는 한도에서 제한적으로 기능한다. 어쨌든 그것이 국가법과 동일한 차원에서 국제사법 또는 相互主義의 原則에 따라 적용되는 것이 아니고, 한 나라 법원의 재량에 따라 보충적으로 적용되거나 적용되지 않을 수 있다는 점에서 여전히 법원성 부인론의 입장과 같게 된다.

(4) 委任論

초국가적 상인법의 法源性 肯認論으로 위임론을 들 수 있다. 위임론에 의하면 초국가적 상인법은 법이며, 다만 국제조약과 달리 국가의 가설적 간접적 위임에 바탕하여 제정된 것으로 국가법의 下位法으로 기능한다고 본다.¹⁷⁾ 위임론은 기업의 윤리강령이나 노동조합의 단체협약 등이 국가의 강제력을 통하여 집행되는 경우 법으로서 효력을 갖는 것과 마찬가지로 초국가적 상인법도 국가에 의하여 집행될 수 있고, 국가의 가설적 간접적 위임에 따라 성문화되는 경우 법으로서 기능한다는 것이다. 또한 위임론은 당사자 간의 국내 계약도 본질상 민·상법의 강제력을 통하여 그 규범력이 인정되므로 일면 위임법으로서의 성격을 가지며, 이는 프랑스 나폴레옹 민법전 제1134조가 옹변하고 있다고 주장한다. 즉, 위임론은 이러한 국내계약의 법적 효력과 유사하게 국가 아닌 사인, 즉 상인사회를 대변하는 국제계약법 전문가 그룹에 의하여 만들어진 초국가적 상인법도 국가의 가설적 간접적 위임에 따라 법으로서 인식할 수 있으며,¹⁸⁾ 다만, 국가법에 종속한다고 본다.

III. 私法統一運動 내지 超國家法 制定의 特徵

법의 본질은 다양한 관점에서 규정되고 있지만 가장 평이하게, 그리고 전통적으로, 또한 개념적으로, “국가(state)”를 전제로 하고 있다. 최초의 성문법전인 함무라비 법전이나 로마법의 전통을 언급하지 않더라도 법은 일정한 정치권

15) 영국의 중세상인법에 관한 특별법원과 같이 국내법에 근거하여 관련 특별법원을 설치하는 경우, 법원은 자국의 실체사법을 근간으로 초국가적 상인법을 보충적으로 적용할 수 있을 것이다.

16) Ralf Michaels, *supra* note 11, 1233

17) *Id.* 11, 1234

18) 따라서 위임론에 의하면 국제사법상 대체법의 문제가 발생하는 경우 법원은 “기타 유사한 법” 또는 “법의 일반원칙”으로 보아 당연히 UNIDROIT 계약법원칙을 적용할 수 있다.

력 및 국가와 긴밀한 연관성을 갖는다. 중세 교회법은 교황과 종교적 정치세력과 그들에 의한 통치를 뒷받침한 바 있고, 근대 민족국가의 탄생으로 각국은 자국의 법체계를 갖추게 된다.¹⁹⁾ 서구법 문화의 지배가 보편화된 현실에서 법제사적 관점에서 영국의 보통법(common law)에 바탕한 법치주의(rule of law)와 유럽 대륙의 시민적 결단(civilian resolution)에 바탕한 법치국가의 이상은 근현대 민주국가의 법문화와 국가법체계의 수립에 있어 결정적 영향력을 행사하게 된다. 예컨대, 우리나라만 하더라도 건국 이래 일본법을 기초로 유럽 대륙의 성문법 문화를 계수하였다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 법은 일용 국가법을 그 전형(소위 “State norms”)으로 하고 있다고 할 수 있다. 그런데 정치적 통일에의 욕구와 경제적 교류의 확대는 법의 통일에의 욕구로 나타나고 현실적 조건이 성숙하게 되면 실제로 통일운동이 있어 왔으며, 그 통일운동은 성공하기도 하고 실패하기도 하였다.²⁰⁾

私法統一을 위한 국제기구 법률제정기관(소위 formulation agency)의 첫 번째 특징은 전통적으로 변호사나 법학자 등 학자 그룹의 영향력(Republic of scholar)하에 있어 왔다는 점이다. 그것은 두 가지 이유에 기인하는바, 첫째 전통적

으로 국가는 公法의 국제적 통일, 즉 국제거래의 규제에 관한 국제경제법, 국제환경법, 인권법 등 국제공법적 영역과 달리 민·상법, 즉 사법영역은 사인의 자치영역이라는 사고가 강하게 지배하여 왔고 지금까지도 그러한 경향은 법의 국제적 통일운동에 그대로 반영되고 있다.²¹⁾ 즉, 국가의 사법경시현상은 사법통일을 위한 국제기구 법률제정기관의 활동에도 영향을 미쳐 사법통일운동은 주로 학자들의 주도하에 이루어져 왔다. 둘째, 사법의 통일운동, 특히 초국가법을 통한 통일은 구체적이고 실질적 성격의 법을 통하여 이루어진다고보다는 “법원칙”과 “보편적 원리” 중심의 입법을 한다는 특징을 갖는다. 따라서 실제적용에 있어 법해석상의 문제를 야기할 수 있다는 단점을 갖는 한편, 각 나라 법원의 해석과 보충을 전제로 시간과 장소에 상관없이 효율적인 법으로서 기능할 수 있다는 장점을 갖는다. 또한 개별적 사안에 따라 기존 국제협약에 배치되지 않는 범위 내에서 기존 법원칙의 개념 범주를 한정하고 특별 사안에 관한 이해관계국간 협약을 체결할 수 있으므로 추상적 법원칙 중심의 입법이 포괄적이고 보편적이어서 구체적 사안에 관한 국제협약체결과 발전에 장애가 된다고 할 수도 없다.²²⁾

19) Friedrich K. Juenger, American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant, 28 Vand. J. Transn'l L. 487, at 490 (1995) (“The assumption that rules and institutions cannot be called ‘law’ unless they emanate from a sovereign is, of course, thoroughly ahistoric. Long before Jean Bodin promoted the notion of sovereignty and John Austin espoused legal positivism, there was law”).

20) 예컨대, 우리나라에 있어 최근 통일헌법논의가 활성화된다거나, 미국 건국에 있어 연방헌법회의를 통하여 연방헌법을 제정한다거나, 나폴레옹이 점령지국에 대하여 자신의 성문민법을 제정·시행한 것 등은 현실적 여건이 성숙되면 法의 統一이 필연적으로 뒤따른다는 것을 보여 준다. 부결되기는 하였지만 최근의 EU헌법의 제정과 비준의 실패도 그러한 맥락에서 이해할 수 있다.

21) 현실적으로 미국과 영국 등 보통법 국가들이 私法의 統一에 많은 관심을 가지고 적극적 역할을 하여 왔지만, 법이론상으로는 법의 국제적 통일운동에 있어 사법통일에 관한 국가의 소극성은 보통법의 전통을 가진 국가의 경우에 두드러질 수밖에 없다. 보통법 국가의 경우 의회의 제정법이 중요하게 기능하는 영역은 공법영역이 되고 사법영역의 경우에는 보통법의 전통에 따라 법원의 판례법에 의하여 사인의 법률관계를 규율하게 되므로(물론, 보통법국가도 사법영역에 관하여 필요한 입법을 할 수 있고, 이때에는 당해 의회제정법률이 우선적으로 적용되지만, 국가의 사적 영역에의 관여는 최소화되어야 한다는 最小國家·自由國家의 전통에 따라 私法領域에서의 의회제정법의 역할은 최소화된다) 私法을 통일한다는 것은 보통법국가에게는 生硬할 수 있다. 예컨대, 미국 통일상법전의 제정은 그들에게는 매우 異例의 성과로 받아들여지고 있다.

22) 예컨대, 자동차부품에 관한 케이프타운협약과 UN동산담보부금융협약의 체결에 있어 UNDRIT계약법원칙상 善意公正의 원칙에 관한 개념 범주를 놓고 이해관계국간에 첨예하게 대립하였다. 그러나 立法實務班은 기존 국제조약에 배치되지 않고, 당해 사안을 적절하게 규율할 수 있는 개념 범주를 한정지움으로써 무난히 협약체결의 성과를 올린 바 있다.

두 번째 특징으로는 원리나 원칙에 충실한 대륙법계의 법원칙과 실용주의 간의 갈등과 접목이 이루어지는 장으로서의 성격을 갖는다는 점이다. UNIDROIT의 활동과 관련하여 로버트 스코트(Robert Scot) 같은 학자는 단순한 추상적 법원칙 중심으로 구성된 유엔통일매매법협약(CISG)은 복잡한 계약을 체결해야 하는 당사자들에게 아무런 도움이 되지 않으며, 당사자들은 그러한 국제규범에 따라 계약체결하는 것을 강력하게 반대하는 경향이 있고, 내용이 적고 평이한 계약체결의 경우에 당사자의 비용절감에 기여하는 정도의 의미만이 있으며, 계약 당사자의 “보다 나은 법(better law)”의 선택과 법의 지역간 경쟁을 저해할 뿐이라고 비판한다.²³⁾ 그러나 추상적 법원칙이 국내적으로나 국제적으로 유용하지 않은 것은 아니다. 추상적 법원칙의 유연성과 일관성은 국내 법원의 실무상 적용에 있어 또는 타 국제규범의 정립에 있어 상당한 장점으로 기능할 수 있다.²⁴⁾

셋째, 방법론상의 자유(methodical freedom)를 들 수 있다. 관련 문제의 성격과 이해 관계국의 관심도, 입법환경에 따라 그때 그때 편리하게 스터디그룹을 구성하고 적절한 절차에 따라 초안의 작성과 입법활동을 할 수 있다는 특징을 갖는다.²⁵⁾ 다른 국제공법적 성격의 조약체결절차에 있어 엄격한 프로토콜(protocol)이 요구되는 것과 대비된다. 사법통일을 위한 가장 대표적 기구인 유엔사법통일기구(UNIDROIT)는 그동안 다양한 立法環境 속에서 방법론상의 장점을 살려 많은 성과를 올린 바 있다.

넷째, 국제사회의 법통일을 공사법 구별론에 개관하면, 국제사회를 지배하는 공법, 즉 엄격한 의미의 국제법의 통일에 관하여는 국가나 정부가 관심을 갖고, 적극적으로 협상에 나서고 이해관계를 표출하는 것이 관례이다. 반면에 사법의 통일운동과 관련해서는 그것이 사적 영역인 한편 당사자자치의 원칙이 지배하는 영역이기 때문에 국가의 관심과 참여가 비교적 적다는 특징을 갖는다. 또한 이러한 국가의 소극적 태도는 전통적으로 국가는 사경제적 작용이나 가족문제와 같은 사적 영역에는 중립을 지키고 최소한의 규제만을 하여야 한다는 자유국가적 이데올로기가 암묵적으로 영향을 미친다고 본다. 따라서 전술한 바와 같이 사법의 통일은 학자적 그룹의 주도로 이루어지는 경우가 많다.

다섯째, 공사법 구별론과도 관련이 있지만, 사법의 통일운동은 공법영역에 비하여 다양한 방식으로 전개된다는 특징을 갖는다. 공법통일의 경우에도 유엔헌장이나, 리오(Rio)환경선언 등 그 법으로서의 효력문제가 다투어지는 소위 軟性法으로서의 성격을 갖는 법규범이 없는 것은 아니지만, 사법통일운동과 관련해서는 그러한 연성법적 통일이 보다 빈번하고 그 유형도 다양하다는 특징을 갖는다. 예컨대 전술한 UNIDROIT 계약법원칙, ICC 신용장통일규칙, 다양한 모델법 등 원칙(principle), 상인간 통일규칙, 모델법의 형식으로 다양한 유형의 연성법적 통일이 전개되어 왔다.

여섯째, 사법통일운동은 공법의 통일에 비하여 법제적·법문화적 차이로 인하여 복잡한 양

23) 따라서 Gillette나 Scott 교수의 견해에 의하면 유엔통일매매법협약(CISG)은 당사자의 準據法 선택에 있어 “보다 나은 법의 선택(better law)” 즉 地域間 法の 競争을 저해하고 법문화의 독창성을 무시하게 되는 결과를 가져오며, 특히 영미계약법의 실용주의적 전통을 파괴하는 결과를 낳는다고 한다.

24) Roy Goode, RULE, PRACTICE, AND PRAGMATISM IN TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW International & Comparative Law Quarterly (July, 2005)

25) Herbert Kronke, Brendan Brown Lecture Series : Unidroit Symposium METHODOICAL FREEDOM AND ORGANIZATIONAL CONSTRAINTS IN THE DEVELOPMENT OF TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW, Loyola Law Review (Summer, 2005)

상을 갖는다. 공법의 통일은 단적으로 국가의 외교통상협상, 헌법적 대표(delegation), 조약체결권 등의 문제를 중심으로 평이하게 해결되지만, 사법의 통일은 법계와 법문화, 관련국의 법제 등과 관련하여 복잡한 양상을 띤다.²⁶⁾ 즉, 공법의 통일에서는 대륙법과 영미법의 구별이 별다른 의미를 갖지 않고, 국제법상 주권국가로서 조약체결권이 있는가, 국내 헌법상 적법한 조약 체결권을 가지고 있는 자에 의하여 적법한 절차에 따라 조약이 체결되었는가 등이 중요한 문제가 된다. 이에 비하여 사법의 통일에 있어서는 대륙법계와 영미법계의 구별이 의미를 갖는다. 영미법계는 소위 판례법 국가로서 法院에서 말하는 것이 법이고, 先例拘束의 原則이 역사적으로 엄격하게 지켜져 왔다. 반면에 대륙법계는 소위 성문법국가로서 市民的 決斷(civilian resolution)으로서의 의회 제정법을 법으로 인식하여 왔고, 법원은 단순히 이러한 성문제정법을 해석하고 적용하는 권한을 헌법적으로 부여받을 뿐이다. 즉, 대륙법계는 로마법에 근원을 두고, 17세기 근대국가의 출범과 국가제정법 중시 사상, 유럽대륙의 시민혁명, 루소의 일반의사론 등에 그 法史的 전통을 두고 있는 반면에, 영미법계는 萬民法·自然法思想이 반영된 보통법의 원리, 보통법원과 형평법원의 분리, 대륙의 혁명으로부터의 분리 등의 역사적 전통에 따라 보통

법국가로 남아 왔고, 이러한 전통은 미국 독립에도 불구하고 미국의 법문화에 영향을 미치게 된다.²⁷⁾ 이러한 차이는 법통일에 있어서도 영향을 미친다. 즉, 공법과 달리 사법의 국제적 통일의 경우에 일국의 법원이 그 통일을 선례구속의 원칙에 입각한 통일로 보아야 할 것인가가 문제되기 때문이다. 즉, 단순히 통일사법 조문이나 원칙적 몇 개 조문의 통일로 보아야 할 것인가, 아니면 조문의 통일은 물론이고, 외국법원의 선례까지도 자국법원을 구속하는 것으로 보아야 할 것인가가 문제된다. 대륙법계 국가의 법원의 경우에는 문제가 간명하지만, 보통법 국가의 사법권을 행사하는 법관에게는 심각한 문제가 될 수 있다. 보통법 국가의 법관은 물론이고 그러한 나라의 시민은 法原理的으로나, 情緒的으로 “法院의 法”을 “법”으로 인식하고 법과대학에서도 그렇게 훈련받고 있으며, 판결문에서도 선례를 법으로 인용하고 있으므로, 사법통일의 경우 혼란이 야기될 것이다.²⁸⁾ 사법통일에 있어 법사회학적 전제가 되는 세계경제를 개관하면 누구나 미국과 EU를 중요 행위자로 지목하는데 주저하지 않을 것이다. 따라서 미국법원과 법관의 고뇌는 사법통일에 있어 무시할 수 없다. 문제는 미국의 연방국가 시스템으로 인하여 더욱 복잡하다. 미국기업의 경제문제나 혼인, 이혼, 입양 등 가정문제, 소위 사법적 영역은 判例法的

26) Lars Meyer, SOFT LAW FOR SOLID CONTRACTS? A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE VALUE OF THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW TO THE PROCESS OF CONTRACT LAW HARMONIZATION, *Denver Journal of International Law and Policy*(2006).

27) 재미있는 것은 프랑스의 정치철학자 몽테스키외가 영국의 통치시스템으로부터 자신의 3권분립론을 창안하였다는 점이다. 영국은 유럽 대륙국가와는 달리 전통적으로 왕과 의회와의 오랜 투쟁을 통하여 민주주의를 발전시켜 왔다. 그리고 이는 권력분립에 있어 입법권과 집행권의 2권분립론을 탄생시켰고, 법원의 권력작용은 왕의 법정으로서 귀족들의 왕권보좌 역할 정도, 즉 대권 또는 집행권의 당연한 일부로 생각되었다. 이러한 유습은 지금도 엄격한 권력분립보다는 권력의 융화경향, 의회주권의 원칙, 사법부와 영국상원의 관계 등에 반영되어 있다. 반면에 혁명적 전통을 갖고 있는 프랑스 출신의 몽테스키외는 이러한 영국식 민주주의로부터 국민주권론에 기초하여 보다 엄격한 권력분립론을 탄생시키게 되고, 이러한 3권분립론은 역시 독립전쟁이라는 혁명적 전통을 갖고 새로이 건국되는 미국의 연방헌법 탄생에 영향을 미치게 된다.

28) 따라서 미국의 경우 사법통일화의 경향을 반영하여 법과대학 교육을 재검토하려는 일부노력이 있다. Mathias W. Reimann, Globalizing Legal Education Symposium Educating Lawyers for Transnational Challenges, MAKING TRANSNATIONAL LAW MANDATORY : REQUIREMENTS, COSTS, BENEFITS, *Penn State International Law Review* (Spring 2005).

법 전통이 확고한 영역이다.²⁹⁾ 따라서 이는 미국 50개 주법원의 사법통치권 영역이고 연방정부가 연방헌법상 권한에 근거하여 국제통일사법조약을 체결한 경우 그러한 통일사법조약이 당해 조약 당사국 법원의 선례의 구속성까지도 인정하는 것으로 보면 연방정부의 월권문제가 제기될 수 있으며, 사안마다 외국 법원의 선례를 찾아야 하고, 또 상대국 법원의 美國 法院 판례의 法源性 인정문제, 즉 소위 국제법상 상호주의(reciprocity)의 문제 등이 발생할 수 있다. 반면에 조문의 통일에 불과한 것으로 보면, 미국 각 주법원의 법관은 이를 形骸化된 法으로 인식하거나 법해석에 관한 대륙법 문화에 익숙하지 않은 법관에게 법기술적 곤란을 야기할 수 있다.

일급제, 사법통일에 있어 이러한 대륙법계와 영미법계의 변수는 兩 法界의 知的·哲學的 전통이나 사고체계와도 관련을 갖는다. 대륙법계의 抽象과 일반원칙 중심의 사고체계, 즉 演繹的 사고방식과 영미법계의 실용주의적·歸納法的 사고방식은 私法統一에 있어 하나의 변수로 작용한다. 전통적으로 국제거래법 영역에 있어 영미법지배의 경향에 대하여는 학설이 일치하고 있다. 계약체결에 있어 서면주의의 원칙, 변호사의 자문을 받아 체결한 계약자체를 法으로 보는 경향, 발생할 수 있는 문제를 기존 법원선례를 참조하여 상세하게 계약서에 조문화하는 경향 등은 영미법적 유습이고, 이러한 법계의 법률전문가 시각에서는 원칙과 추상적 기준위

주의 사법통일을 異例的으로 받아들이는 경향이 있다. 반면에 대륙법계 국가의 경우에 당사자의 계약은 결국 국가의 제정사법에 의하여 강제적으로 집행되는 것이고, 원리론적으로 구두 계약체결도 유효하며, 계약의 내용은 법원의 해석에 보충되는 경우가 많다. 국제 사법통일운동은 前述한 바와 같이 학자적 그룹의 주도로 이루어지는 특성을 갖는바, 이러한 사고체계의 차이는 통일에 있어 저항의 한 요소가 되기도 하고,³⁰⁾ 상호보완과 발전의 正機能的 작용을 하기도 한다.

IV. 成文化에 의한 초국가법 형성에 대한 普通法 國家의 기본 시각

1. 法多元性論과 政治 그리고 제도

국가가 초국가법 형식의 통일사법에 대하여는 法源으로서, 즉 법으로서의 지위를 부여하지 않음에 대하여 외국의 사법에 대하여 자국의 國際私法을 통하여 법으로서의 지위를 부여하는 이유는 무엇인가? 그것은 국가 내지 주의 정책적 이유 내지 통치권의 보존과 맞물려 있는 문제이다. 즉, 외국법을 법으로 인식하고 적용하는 것은 주(State)의 통치권 보존과 강화에 긍정적으로 적용하는 반면, 초국가법 형식의 통일사법(Non-State Norms)의 경우에는 부정적으로 작용한다고 본다.³¹⁾

29) 미국은 역사적으로 州를 국가로 인식하여 왔다. 물론 현재에 이르러 국가의 통합이 단일국가의 수준으로 진전되었지만(지금도 연방의회가 못할 일이 없다고 할 정도로 국가의 통합이 이루어졌다), 사경제적 문제나 가정문제 등 소위 사법적 영역은 판례법의 전통에 따라 주법과 주법원의 통치권 영역이다. 물론 전술한 바와 같이 보통법 국가의 경우에도 사적영역의 규제에 관한 주나 연방의회의 제정법이 있는 경우 당해 제정법은 판례법에 우선하여 적용되고, 주의 국가성 내지 주법원의 통치권과 관련하여 연방차원의 보통법이 존재하는가 존재한다면 그 내용은 무엇인가가 논의되고 있다.

30) 예컨대, 일부 미국의 법률전문가들은 추상적 성격의 원칙만을 제시한 사법통일은 쉽고 간단한 계약의 체결이나 관련된 것으로 이해하거나, 판례법 문화의 實用性을 강조하면서 사법통일에 부정적인 경우가 있다. 또한 사법통일은 後衛하는 바와 같이 성문제정법에 의한 통일의 방식을 취할 수밖에 없는바, 그렇게 되면 법학교육이나 보수교육 등의 관점에서 보통법국가 법과대학 학생이나 변호사에게 이중의 부담을 주게 된다는 문제가 있다.

31) 이는 국제법, 국제거래법, 국제통상법 및 국제관계 일반에서 인식되고 받아들여지는 국제예양 내지 상호주의의 원칙과도 관련이 있다. 예컨대, 미국의 주법원이 다른 나라의 私法을 적용하게 되면, 상호주의에 따라 그 나라의 법정에서도 그 미국의 州 私法을 적용하여야 한다. 그러나 초국가법의 경우에 州政府은 상호주의에 따른 아무런 혜택을 받지 못한다.

법이 무엇인가 즉, 법의 본질에 관한 문제는 법인식의 기준이라고 볼 수 있고, 역사적으로나 학문적으로 다양한 개념과 기준정립의 시도가 있어 왔다. 주지하다시피 초국가법의 범으로의 인식, 즉 법원성의 문제는 세계화시대의 법다원성론과 관련되며, 법의 본질에 관한 개념론적 문제와 정치적 문제를 동시에 배태하고 있다. 법다원성론은 과거 식민지시대 보편법으로서의 자연법, 국가법, 토착지법 문화와의 갈등과 융화의 정치학 속에서 식민지 엘리트가 식민정부를 세우고 지배하기 위하여 사용된 바 있다. 따라서 법다원성론과 법원성의 문제는 단순한 개념론적인 문제를 넘어 정치적 성격을 가지고 있으며, 현재의 세계적 차원에서의 법다원성론은 法文化 및 法制의 “認識擴散의 政治學(politics of recognition)”으로서의 성격을 갖는다고 보아야 한다.

국가나 주정부의 통치권도 本元性을 갖는 것은 아니며, 사회적 산물에 불과하다. 따라서 국가나 주정부도 세계공동체의 요구를 묵과할 수는 없는 것이다. 주정부나 국가가 조약의 형태가 아닌 초국가법 형식의 통일사법을 법으로 인식하고 강권적으로 적용하는 경우 어떠한 문제가 발생할까? 다음과 같은 몇가지로 요약해 볼 수 있다.

2. 多元的 法間의 저촉확산

세계화 시대의 다원적 법규범은 저촉법적 관점에서 법 간의 저촉을 확산시킨다. 국가 내지

주법과 초국가법 형식의 통일사법 간의 저촉은 물론이고, 다양한 유형의 통일사법 간 저촉문제까지 발생하게 된다. 또한 국제거래와 전통적 섭외사법, 즉 국가나 주정부를 중심으로 한 법적 해결 외에 법문화 내지 법경제적 문제에 관심을 갖고 있는 다양한 비정부적 성격의 국제자율공동체 간의 갈등을 야기한다. 이러한 자율공동체의 주장은 국제적 압력단체와 동일한 성격을 가지고 있고, 오랜 전통을 가진 섭외사법적 해결방식과는 달리 국가나 주정부에 의한 일원적 사법통치작용을 어렵게 하는 다양한 갈등양상으로 전개된다.³²⁾

3. 法文化葛藤의 심화

추상적 성격의 통일사법은 법문화와 법제 간 갈등의 심화를 가져올 수 있다. 국가나 정부성을 결한 연성법의 법원성 문제는 국제법상 국가관할권 문제와 UN 등 국제적 차원의 공공정책이라는 관점에서 형평의 문제를 야기할 수 있다. 사담후세인이나 중동 테러리스트의 국가주권과 통치작용이 붕괴가 그 한 예이다. 이들의 국가관할권은 법적으로는 국제법상 테러공격에 대한 자위권이라는 이유로, 실제적으로는 미국의 거의 일방적 군사행동을 통하여 부인되면서, 법문화의 다원성을 주장한 중동국가들에 경종이 되고 있다. 또한 테러리스트 그룹도 하나의 공동체에 불과하므로 이들에 대한 국제법적 취급은 국제법상 전쟁이나 국가관할권의 문제가 아닌 공공정책적 성격의 문제가 된다. 이와 비

32) 예컨대, 최근의 야후인터넷 경매사건은 좋은 본보기가 된다. 프랑스 법원은 야후 이용자가 경매 사이트에 구 나찌 장비를 경매에 부친 데 대하여 그러한 청약은 프랑스 인터넷 이용자에게는 有效한 請約이 될 수 없다고 판시한 바 있다. 그러나 미국 캘리포니아 주법원은 자신의 주내에서 동 판결의 법적 구속력을 인정할 수 없다고 판시한 바 있다. 미국은 프랑스 법원의 판결의 구속력을 인정하는 것은 “國內法의 域外適用”으로서 법리상 불가하다고 하지만, 그 판결의 법적 구속력을 부인하는 것은 다른 한편 미연방 수정 헌법 제1조 표현의 자유조항을 역외적용하는 문제를 가지고 있다. 이러한 갈등은 전통적인 섭외사법적 이론으로 포섭할 수 있지만, 동 사건은 더 나아가 국제 자율공동체, 예컨대, 국제인터넷경매공동체, 대학살생존자단체, 대학살 부인·반대단체, 표현의 자유옹호단체, 나찌전물유적수거회 등 다양한 단체들이 자신들의 司法的 管轄과 판단을 주장함으로써, 법제와 법문화 간 갈등양상을 확산시키고 있다.

숫하게 세계화 시대의 법문화 다원성론자들의 경우에도 그들이 국가가 아닌 단순공동체에 불과하다는 관점에서 법리상으로 국제법상 공공정책적 문제로서의 수준을 가질 뿐이다. 법문화 다원성을 주장하고 조화를 모색함에 있어 전통 섭외사법적 해결방식보다 국제법상 공공정책적 접근방식이 보다 효율적인가? 확실히 답하기는 어려운 문제이다. 세계화 시대의 법문화 다원성론자와 사법통일론자들의 입장에서는 두 가지 불만이 제기될 수밖에 없다. 그 첫째는, 부정의 하거나 비민주적인 국가의 법은 국제법상 엄연한 법으로 인정받고 존중되는 “實體的 모순”이고, 그 둘째는, 항상 법의 합리성과 설득력을 주장하고 다수의 지지를 얻고 있는 통일사법은 국가성이 없다는 이유로 법원성이 부인되고 잠자고 있는(즉, 미개국 법) 극소국가의 법(인구 수천에 불과한 나라를 상상해 보자)은 법(state norms)으로서 당연히 인정받고 있는 국제사회 또는 연방국가의 법체계(예컨대, 인구가 작은 주정부의 법)와 논리에서 파생하는 “量的 次元의 모순”이 그것이다. 따라서 세계화 시대의 법다원성론은 과거의 다원성론과 같이 갈등의 심화와 향후의 해결을 배경으로 하고 있다. 이러한 갈등은 국제거래를 규율하는 전통적인 섭외사법적 해결방식과 달리 매우 다차원적이고 보다 심각한 갈등의 가능성을 내포하고 있다.³³⁾

4. 法과 權力

超國家法과 같이 통일사법이 국가관할권을 갖지 못한 軟性法의 형태인 경우 일반 법원칙상 섭외사법에 따라 “적용할 수 있는 법”으로 인정받지 못한다. 따라서 그러한 연성법과 이를 지지하는 공동체는 국가권력 아닌 단순한 “사회권력(power)”이나 “법의 설득력(jurispruasion)”에

의존할 수밖에 없다. 그러나 사회권력이나 법의 설득력도 중국적으로는 법원에 의하여 채택되어 실제로 적용되어야 의미를 갖기 때문에 실제 사건에서 관할권을 행사하는 국가나 주의 섭외사법을 무시할 수 없다. 국제거래의 발전에 따라 섭외사법의 성격도 변화하고 있으며, 엄격한 Savigny식 규율체계로부터 이익법학 등 실용주의적 이론의 융화경향 등으로 인하여 연성법과 조화할 수 있는 여지가 있다 할 것이다. 섭외사법의 국가간 “법융화 도구로서의 성격(gentle civilizer of nations)”을 감안할 때 새로운 세계적 차원의 법다원성론이 단순한 사회권력에 머무르는 것이 아니라 섭외사법영역에서도 기능할 가능성이 있다.

5. 涉外私法の 政治學

세계적 차원의 법다원성을 주장하는 입장에서 초국가법 형식의 통일사법을 법으로 인식할 것인가의 문제를 이데올로기적 차원에서 살펴본다. “이데올로기를 중시하는 左派의 시각”에서는 이러한 연성법규를 법이 아닌 단순한 사회적 약속 정도로 보는 것은 동 규범의 긍정적·적극적·법적 성격을 간과하는 오류를 범한다고 본다. 반면에 “국가의 규제를 중시하는 左派的 시각”에서는 새로운 중세 상인법과 같은 추상적 성격의 통일사법은 법의 본질에 관한 고전적 견해, 즉 법의 국가성과 민족성을 중시하는 법의 본질에 관한 고전적 전형과 배치되는 문제점을 가지고 있다고 볼 것이다. 右派的 시각에서 보면 초국가법 즉, 현대에 부활한 중세 상인법은 국가의 규제로부터 자유시장체제를 수호하는 긍정적 기능을 한다고 본다. 이를 법으로서 인식함으로써 그러한 연성법규의 규범력을 쉽게 확산시킬 수 있다. 그러나 많은 나라

33) Ralf Michael, supra note 11, 1250~1255.

에서 중세 상인법의 법규범성을 쉽게 인정하지 않는 것은 이러한 극단적 자유, 즉 완벽하게 규제가 없는 상태를 주장하는 우파시각의 문제점을 알고 있기 때문이다.³⁴⁾ 법다원성론은 중도적 입장을 취할 수 있을 것이다. 중도적 입장의 법다원성론자이면서 연성법의 법원성을 주장하려면, 국가와 동일한 수준의 세계정부가 존재하고 기능하고 있다는 점을 입론할 수 있어야 할 것이다.

초국가법을 법규범으로 인식하는 것은 연성법의 고유한 기능과 고전적 법논리를 무시하는 오류를 범할 수 있다. 법의 본질과 존재는 문명사에 있어 서구의 국가전형을 전제로 하여 발전하여 왔다.³⁵⁾ 이와 달리 연성법의 본질은 “국가 아닌 다른 자(othersness)”에 의한 법이며 법이라기보다는 일종의 사회권력으로서의 성격을 갖는다는 데 있다. 한편 연성법을 국가 내에서 법으로 인식하고 구성한다면, 이는 국가에 종속할 수밖에 없고, 전통적인 국가 중심적 사고를 초월하지 못하고 그러한 사고를 영구화시킬 뿐이다. 따라서 연성법은 사회권력으로서 존재하고 법리보다는 형평이 중시되고 법질차적으로도 덜 엄격한 중재절차 등에서 당사자의 편의를 위해 봉사할 때에 본래의 의미를 가지게 된다. 초국가법을 일반법과 동일하게 취급하는 경우, 前述한 “인식의 정치학”이라는 관점에서 두 가지 문제가 발생할 수 있다. 국가가 외부의 자에 의하여 자신의 법을 정하게 되는 오류, 국가 아닌

단순한 공동체의 법을 법으로서 인식시키기 위하여 그러한 법이 국가법과 동일하다는 논증을 하여야 하는 모순이 그것이다. 이는 결국 “상호간 認識의 擴散”이라기보다는 “合意없는 相好流用”을 결과할 뿐이라고 본다. 따라서 섭외사법에 바탕한 전통적 국제거래의 분쟁해결 접근방식은 여전히 현재에도 중요한 의미를 갖는다고 본다.³⁶⁾

V. 實用主義(pragmatism)? : 普通法國家의 패러독스

법원의 판결(rule)을 법으로 생각하는 보통법 국가는 추상적 원칙을 중시하는 대륙법계식 접근방식에 비하여 자신의 법문화가 보다 詳細性과 精緻性을 갖추고 있으며 대륙법은 그 추상적 성격으로 인하여 예측가능성과 법적 안정성이라는 관점에서 신뢰가 덜하다는 생각을 가지고 있다. 즉, 보통법 문화가 보다 예측가능성, 법적 안정성, 司法效率性 및 司法接近性의 관점에서 우수하다는 관념이 보통법 200여 년의 역사를 관통하여 왔다. 그러나 전술한 바와 같이 국제거래의 활성화는 이러한 전통관념에 수정을 가져오고 있다. 私法統一에 있어 추상적 성격의 성문법이 보다 편리할 뿐만 아니라, 그러한 보통법 우위사상은 문화적 선입견과 관행 또는 정서적 산물에 불과하다는 견해가 주장되고 있다. 이에 관한 하나의 실험이 있다. 계약법과 이를

34) 따라서 리차드 포드 같은 학자는 인터넷 공동체에 대하여 비판적이다. 인터넷 공동체의 추상화와 이를 중심으로 한 연대, 나아가 인터넷 공동체의 법규범을 法으로서 인식하자는 주장은 법의 전통과 법규범의 본질과 관련하여 필요한 公的 論議를 결여하고 있다고 한다. 그에 의하면 인터넷 공동체와 연대는 기존 질서하에서 극단적 자유를 주장하는 右派 내지 사회변혁을 위하여 수단과 방법을 가리지 않는 極端的 左派에서나 환영받을 수 있다고 비판한다. 즉, 포드의 시각에서는 이러한 그룹의 경우 국가, 질서, 법, 철학의 본질과 관련하여 가장 原初的인 自己規制(self-regulation)가 가능한가가 의심된다.

35) 법의 개념 및 본질과 관련하여 인류학자나 사회학자들마저 추상적 성격의 연성법규범이 법인가에 관하여 회의적 시각을 보이고 있는 자가 많다. 이미 시몽 로버츠 등 일반 사회과학자들이 국가권력에 의하여 보장되지 않는 법규범(non-official law)을 법으로 보는 데에 否定的 시각을 개진한 바 있다. 이들의 주장은 단순공동체에 대한 국가의 상대적 우위라는 관점보다는 秩序와 決定의 법의 고유한 속성을 무시하고 다른 질서, 다른 결정방식에 따른 합의를 똑 같은 법으로 인식하는 것은 법의 본질에 관한 분석에 있어 방법론 및 인식론상의 혼란을 야기시킨다고 한다. 즉 協商과 合意에 의하여 탄생한 일정한 질서(대표적으로 특정 국가법이 될 것이다)는 그 고유의 합리적 체계를 가지고 있다는 것이다.

36) Ralf Michael, supra note 11. 1250~1255.

둘러싼 법적 분쟁의 해결에 있어 어떠한 법이 법이 추구하려는 목적인 예측가능성, 형평과 정의, 사법접근성, 사법효율성의 관점에서 기능적으로 더 우수한가에 관한 실증적 분석을 소개한다.³⁷⁾ 물론 동 실험은 현재 세계의 법문화와 法系를 대표하는 판례법(case law), 호주의 국내 모범성문법(model Australian law) 및 계약에 관한 초국가법인 UNIDROIT Principles을 중심으로 이루어졌다.

실험은 계약의 성립과, 계약의 내용 및 해석, 의무이행의 면제 및 계약위반 시 구제수단 등의 법적 쟁점을 중심으로 호주 항소법원의 “*Base Metals v. Precious Metals*”사건의 모의해결을 통하여 이루어졌다.³⁸⁾ 실험 1에서는 계약법 강좌를 수강하는 300명의 법과대학 학생 그룹에 분쟁대상이 된 계약 사실을 제시하고 각 세 가지 유형의 법 아래서 사안에 적용될 수 있는 법이 무엇이고, 동 법을 적용하여 판사의 입장에서 사안을 해결하도록 하였다. 실험 2에서는 똑같은 일을 2명이 짝을 지어, 즉 600명의 법과대학 학생에게 법의 발견과 사안의 해결을 행하도록 하였다. 실험 3은 일반과정 대학생 900명에게 실험 1, 2에서 산출된 판결을 읽고 평가토록 함으로써 이루어졌다. 먼저 예측가능성의 측정은 원고승소 또는 피고승소에 대한 일반 학생의 예상과 산출된 판결과의 일치도를 중심으로 측정하였고, 사법접근성의 측정은 각 실험대상의 학생에게 자신이 적용한 法 및 판결의 技術性 정도를 물어 행하였다. 학생법관과 판결을 읽고 평가한 학생들은 추상적 원칙중심의 법규범과 판결이 덜 기술적(less technical)이고, 전문용어가 비교적 적으며(less jargon-laden), 판례법의

정치한 선례체계는 복잡한 사건의 해결에는 유용하나, 쉬운 사건을 어렵게 만드는 경향이 있다고 보았다. 한편 법의 지향하는 正義와 衡平에 어떤 유형의 법이 보다 유효한가의 문제에 관하여, 법과대학 학생법관들은 법원의 판례법보다 추상적 성격의 법원칙을 보다 정확히 적용하였으며, 공평한 결과의 도달에 있어 추상적 법원칙 중심의 법규범이 덜 기술적이지만 보다 유용하다고 평가하였다. 또한 일반 학생의 경우에도 추상적 법원칙을 덜 기술적 성격의 규범으로 보았고, 이를 준거법으로 한 경우 판례의 불공정성에 대하여 보다 신랄한 비판을 하였다.³⁹⁾ 사법효율성의 측정은 판결을 함에 있어 소요된 시간을 기준으로 삼았는바, 가장 추상적 법원칙 위주의 법규범인 국내 성문모범법은 판결에 도달하는 데 약 25분, 추상적 법원칙 위주의 법규범이지만 성문모범법보다는 자세한 UNIDROIT 계약법원칙은 28분, 판례법은 약 30분의 시간이 소요되었다.

동 실험은 가상적이긴 하지만, 판례법은 법원의 구체적 선례에 바탕하여 보다 전문적이고, 기술적이어서 사법효율성이나 일반인의 사법접근성 내지 친근성의 관점에서 UNIDROIT 계약법원칙이나 국내 성문모범법 등에 비하여 뒤지는 것으로 나타났다.⁴⁰⁾ 판례법은 복잡하고 어려운 사건의 경우 그에 딱 들어맞는 선례를 통하여 신속하고 효율적인 해결이 가능한 반면, 간단한 사건의 경우에는 오히려 사실의 확정과 법의 적용을 어렵게 만드는 경향이 있어 추상적 성격의 국내 성문모범법이나, 초국가법이 보다 효율적인 측면이 있다. 더욱이 판례법의 경우 전문성과 기술성으로 인하여 오히려 당사자 간

37) M.P. Ellinghaus & E.W. Wright, THE COMMON LAW OF CONTRACTS : ARE BROAD PRINCIPLES BETTER THAN DETAILED RULES? AN EMPIRICAL INVESTIGATION, Texas Wesleyan Law Review (2005)

38) Id. 403-410

39) Id. 411-419

40) Id. 411-419

형평의 관점에서 추상적 원칙위주로 성문화된 다른 두 가지 유형의 법에 비하여 단점을 노출하기도 하였다. 이 점과 관련하여 보통법 국가의 경우 보통법 법원 외에 형평법 법원이 역사적으로 중요한 기능을 한 바 있다는 것은 주지의 사실이다. 또한 보통법 국가의 경우 로스코 파운드(Roscoe Pound)가 말한 관례법의 과도한 축적으로 인하여 법률전문가조차도 적용할 法, 즉 法院先例가 무엇인가를 발견하기 어려운 면이 있다고 한다.

VI. 超國家法에 의한 私法統一에 있어 成文化 文化의 불가피성

현재와 미래에 있어 국제계약법 영역의 지도 원리로서 보편성이 고려되어야 한다. 나폴레옹 민법전과 독일의 예에서 볼 수 있듯이 계약법의 성문화는 다양한 계약법의 난립을 통일함에 있어 보다 효과적이다. 따라서 私法의 통일에 있어 지정학적인 장애가 제거되는 경우 국제계약법의 성문화는 국제적으로 보다 효율적일 수 있다. 또한 계약법의 성문화는 성문법이 갖는 장점인 보편성과 개념론적 완벽성으로 인하여 계약법 적용에 있어 공백을 발생시킬 우려가 없다.⁴¹⁾ 물론 이러한 성문화는 국제거래에 종사하는 기업인과 법률전문가의 노력으로 가능할 것이다.

국제계약법의 성문화는 국제조약법과 연방국가 시스템과도 보다 조화할 수 있다. 연방국가의 경우 연방헌법상 연방정부에 귀속되지 않은 통치권은 포괄적으로 주정부의 권한사항이고,

일반적으로 민·상사문제는 주정부의 통치권능 하에 있다.⁴²⁾ 따라서 보통법 원칙에 따른 국제계약법의 통일은 선례구속의 원칙에 따라야 하고, 따라서 주법원은 외국 법원의 관례에 기속되어야 한다.⁴³⁾ 이는 연방국가 시스템하에서 연방국가를 구성함에 있어 주정부의 동의, 통치권의 연방정부에의 위임론과 국제조약에 있어 합의의 범위 등 법원칙에 반하는 결과를 야기한다. 예컨대, 연방국가가 연방정부를 통하여 유엔 통일매매법협약에 가입하는 경우 그 나라가 보통법 국가인 경우 주법원은 무한정으로 외국 법원의 관례에 기속됨으로써, 조약체결권만을 위임한 주정부로서는 영구히 외국 법원에 자신의 사법권능을 종속케 하는 불합리를 감수해야 하는 것이다. 따라서 계약법의 국제적 통일은 대륙법계식의 통일, 즉 국제계약법의 성문화가 同意의 原則에 보다 부합할 수 있다.

국제계약법의 성문화는 법사회학적으로도 상황이 성숙되어 있다고 본다. 로스코 파운드가 나폴레옹 민법 제정 150주기 기념식에서 갈파했듯이 보통법에 바탕한 영미법도 중국적으로는 대륙법계식 성문화가 불가피할 것이라고 했다. 로스코파운드는 법의 成文化는 두 가지 유형의 국가들이 결단하였으며, 4가지 상황하에서 요구되어진다고 하였다. 두 가지 유형의 국가 중 첫 번째는 발전된 법체계를 가진 국가로서, 법적 전통이 풍부하고, 향후 보다 발전할 수 있는 국가들의 경우로서, 유스티니아 법전 시대의 로마, 혁명 당시의 프랑스, 1700년대 오스트리아, 19세기 말 독일의 경우가 이에 해당하며, 두 번째 유형은 일거에 법의 선진화를 이룰 필요가 있는

41) Wayne R. Barnes, CONTEMPLATING A CIVIL LAW PARADIGM FOR A FUTURE INTERNATIONAL COMMERCIAL CODE, Louisiana Law Review (Winter, 2005)

42) 예컨대 미국의 경우에 연방차원의 보통법(Federal common law)을 인정할 수 있는가, 있다면 그 실체는 무엇인가가 논의되고 있다는 점은 전술한 바와 같다.

43) 현재 연방국가로서 보통법 국가인 나라는 미국, 캐나다, 호주 등을 들 수 있다. 독일이나 프랑스는 연방국가이지만 대륙법계 국가로서 성문법 국가이고, 선례구속의 원칙을 인정하고 있지 않다. 따라서 대륙법계 국가 및 이를 계수한 나라의 법원이 국제계약에 관한 조약에 같이 가입하고 있는 보통법 국가법원 선례의 구속력을 인정하지는 않을 것이다.

국가들로서, 1896년의 일본, 1930년 중국, 1922년 소비에트 러시아 등이 이에 해당한다고 한다. 그리고 성문화가 요구되는 네 가지 상황이란 첫째, 전통법이 무력하거나 없는 상황에서 새로운 법질서를 구축할 필요가 있어야 하고, 둘째, 법이 있지만 시대에 뒤떨어지고 불확실한 경우, 셋째, 법의 성숙이 성문입법을 할 정도로 성숙해 있는 한편 이를 수행할 수 있는 효율적인 입법기관이 존재하여야 하고, 넷째, 법이 지역적으로 分岐하여 정치공동체를 위하여 통일법이 필요한 경우 등이라고 한다.

선례구속의 원칙(stare decisis)이 지배하는 보통법 국가에서도 법의 성문화현상이 역사적으로는 물론 현재에도 진행되고 있다. 영국은 이미 헨리 8세, 베이컨, 제레미 벤담시대에 대륙의 성문법 문화를 동경한 바 있고, 이는 19세기 더드리(Dudley)로 이어져 뉴욕주 민사소송법이 제정되기에 이른다. 뉴욕주 민사소송법은 그후 연방 민사소송법 제정의 모태가 되었고, 또한 전술한 바와 같이 독일 상법에 기초한 카알 레웰린(Karl Lewellyn)의 미국통일상법전 제정주도의 노력도 보통법 국가의 성문화 경향을 대변한다.⁴⁴⁾ 또한 법적 구속력은 없지만 대리인, 저촉법, 물권법, 원상회복, 불법행위, 신탁, 증권, 판결, 외교와 국제법, 보증 및 담보 등에 관하여 법원선례를 대륙법계 체계에 따라 재구성한 리스테이먼트(Restatement)도 보통법 국가에 있어 성문화 현상의 한 예가 될 수 있다. 전술한 바와 같이 보통법 국가와 성문법 국가의 본질적 차이는 소위 선례구속의 원칙이라고 할 수 있다. 최근의 미국 대법원은 선례구속의 원칙이 절대적인 것은 아니라고 한 바 있다. 이것은 법문화 나아가 법원칙이 상대적이라는 것을 의미하는 것이며, 성문법과 보통법의 융화 및 창조적 발전

가능성을 암시하고 있다. 대륙법계 국가가 보통법 문화에 영향을 받지 않는 반면, 영국의 경우에는 대륙법문화를 수입하여 창조적으로 발전시키려는 움직임이 있는 것도 범통일에 있어 성문법의 효율성을 암묵적으로 증명한다고 본다.

계약법의 국제적 통일에 있어 성문법이 보다 효율적인 것은 통계적으로도 입증된다. 현재 세계에 보통법 국가로 분류될 수 있는 나라는 26%인 51개국, 그 인구는 세계 인구 대비 34.81% 정도인 반면, 성문법국가로 분류되는 나라는 60.21%인 115개국에 이르고 세계 인구 59.01%를 차지하고 있다. 이러한 상황하에서 로마법 이래 2,000년의 역사를 가진 성문법 문화를 폐기하고, 11~12세기 영국에서 기원한 보통법 문화에 의한 계약법 또는 사법통일을 고집하는 것은 무리한 면이 있다. 현재 EU의 통합발전은 유럽 차원의 私法統一을 가능케 하고 있는 바, 통일법초안의 작성자 그룹의 성향에 관계없이 성문법에 의한 통일이 부득이하다고 보고 있다. 그리고 보통법의 원칙에 따라 통일이 이루어지는 경우 연방보통법(federal common law)의 문제와 유사하게 국제보통법의 문제가 발생할 수 있다. 왜냐하면 연방국가에서도 연방보통법에 관하여 명확한 범주를 설정하기 어려운 상황에서 각 나라의 법원(연방국가의 경우는 각 주법원)이 외국 법원 선례의 구속성을 인정하고 이를 판결문에서 법으로 인용하면서 국제적 차원의 보통법을 유지·발전시킬 수 있다고 보기는 어렵기 때문이다.

또한 전술한 바와 같이 선례의 구속성을 인정하고 있는 보통법 국가의 경우에 선례의 집적으로 인하여 법이 무엇인가를 발견하기 어려운 경우가 많다. 파운드 교수의 연구결과에 의하면 이미 1885년 뉴욕주 관례법 1권에 포함된 79가

44) 물론 대륙법계 국가의 관점에서는 미국 통일상법전을 완전한 성문법으로 보지 않을 수 있다. 그것은 법원 중심의 법문화 및 선례구속의 원칙이 지배하고 있는 보통법국가하에서의 제정입법은 성격이 다른 측면이 있을 수 있기 때문이다.

지 사건에서는 당사자가 적용될 법이라고 원용한 5,300 선례 중 법원에 의하여 법이라고 인용된 선례가 449케이스에 달하였으며, 이러한 법원의 선례 집적은 시간이 감에 따라 가중되고 있다. 이는 법률전문가조차도 법이 무엇인가를 발견하기 어려운 법의 迷路現象을 결과하고 있다고 한다.⁴⁵⁾ 물론 성문법에 의한 통일은 보통법 국가에서 교육받은 법률전문가에게 불리할 수 있다. 그러나 미국의 경우에서 볼 수 있듯이, 성문화에 의한 법의 국제적 통일이 이루어지는 경우 그에 관한 많은 해설서와 방법론에 관한 서적을 통하여 법학도나 법률전문가는 필요한 법률지식을 보충할 수 있으므로, 국제화 시대의 법률전문가에게는 항변이 될 수 없다고 본다.

VII. 要約과 結論

국제적으로 교류의 증대와 상호의존도의 비약적 증가, 특히 국제거래의 확대는 법통일의 욕구로 발전하게 된다. 국제경제 내지 통상법적 차원에서 規制에 관련한 公法的 性格의 법규통일은 각국의 관심과 함께 어느 정도 안정된 다자조약체제를 가능케 하였다. 즉, WTO로 대변되는 국제통상관리체제는 많은 비판과 건설적 대안 속에서 성과를 나타낸 바 있고, IMF나 IBRD 기타 국제금융체제도 제 몫을 하고 있다. 국제거래와 관련된 이러한 공법적 차원의 통일의 경우 비교적 연성법규의 문제가 발생하지 않는다.

반면에 국제계약을 중심으로 한 私法の 통일에 있어서는 로마법 이래 공·사법 구별론, 정치경제적으로는 私的 領域과 公的 領域 구별론 등으로 인한 국가의 無關心과 그에 따른 학자

그룹의 주도, 그리고 당사자자치의 원칙 및 계약자체를 일종의 法으로 類推하는 보통법 법률전문가의 사고방식, 판례법상 선례구속의 원칙 등 法系間 差異 등이 변수로 등장한다. 이러한 변수는 한편으로는 통일에의 조건을 보다 유리하게 하기도 하고, 다른 한편으로는 불리한 여건으로 작용하기도 한다. 우리나라도 이제 세계 11위의 경제대국이 되었고, 우리 기업은 세계 각국에서 수출 역군으로 뛰고 있으며, 무역이 아니면 생존하기 어려운 경제의 높은 해외의존도를 고려할 때에 사법통일의 문제에 있어 기존의 소극적인 태도로부터 적극적인 검토와 참여로의 변화가 필요한 시점이 되었다고 본다.

첫째, 주어진 정치·경제적 조건을 이해할 필요가 있다. 현재 교역량이나 정치·경제적 헤게모니라는 관점에서 미국과 EU가 큰 영향력을 행사하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 그리고 미국과 영국, EU는 법문화적으로 판례법과 대륙법계 법문화를 대표하는 나라이다. 주어진 정치·경제적 조건은 법문화에 영향을 미친다. 영국은 판례법 국가이면서도 그동안 사법통일에 있어 성문화된 형태의 통일에 있어 상당한 역할을 하여왔고, 이는 유럽 대륙과의 교역이 불가피한 현실에서 부득이하다. 영국은 EU 회원국이지만 아직도 유로화 아닌 자국화폐를 고수하고 있고, 섬나라라는 특수성으로 인하여 일찍이 대륙의 혁명으로부터 보통법 문화를 지키고 키울 수 있었으며, 신대륙의 식민지에 자국의 법문화를 이식시킬 수 있었다 또한, 현재에도 정치·외교적으로 미국과 유럽 대륙을 중개하는 역할을 행해오고 있다. 유럽 대륙, 특히 프랑스는 전통적으로 세계 외교의 중심지이고, 독일, 프랑스, 스위스 등에는 국제사회를 리이드하는

45) 이러한 Roscoe Pound 교수의 진단은 그후 영국 아더 굤하트 교수의 예언을 결과한다. 동 교수는 미국 법원에서 확인된 법원칙은 조만간 대륙법계국가의 성문법문화에 동화되어 갈 것이다. 그러한 同化는 불가피한데 그것은 첫째, 판례의 집적과 방대화, 둘째, 미국 법원 판례의 현법문제 중심경향 셋째, 미국법의 발전에 있어 성문법과의 융화필요성, 넷째, 미국 법과대학의 교수방법, 다섯째, 리스테이트먼트의 발전 등에 기인할 것이라고 한다.

많은 국제기구들이 존재한다. 법의 통일과 관련한 국제기구는 말할 것도 없다. 또한 사법의 통일과 관련하여 독일, 프랑스 등 유럽 대륙의 법학자·변호사 등이 중요한 역할을 하고 있다는 현실도 간과해서는 안 된다.

둘째, 법통일은 일반적으로 성문법의 형태로 이루어져 왔다. 또한 이는 原理的으로도 부득이다. 로마의 유스티니아누스법전, 나폴레옹의 성문민법제정은 당시의 정치·경제적 현실을 반영하고 있다. 어쨌든 십나라라는 특수성으로 인하여 영국의 보통법 문화가 살아남고, 이것이 미국에 이식되어 세계적으로 양법계가 대립하고 있는 현실이다. 그렇다고 하여 私法統一에 있어 보통법 국가가 무관심한 것은 물론 아니다. 전술한 바와 같이 이미 영국은 대륙을 연하고 있는 현실적 조건으로 인하여 성문법과 보통법의 조화에 많은 역할을 하고 있고, 미국도 많은 관심과 참여를 보이고 있다. 어쩌면 통일사법의 성문화에 있어 암묵적인 후원자이면서 자신들의 기존 법체계 혹은 법문화와의 갈등과 조화문제를 생각하고 있다고 볼 수 있다. 미국의 경우에도 사법통일운동이 역사적으로 있었다. 전술한 바 있는 미국변호사단체 제안의 통일상법전(UCC : Uniform Commercial Code)이 그것인데, 이는 미국 스스로도 매우 잘된 입법으로 자찬하고 있으며, 대륙법계의 전통을 갖고 있는 루이지아나 한 주만을 제외한 미국 49개주 의회가 모두 이를 자신의 州法으로 입법화한 바 있다. 이는 보통법 국가의 경우에도 정치·경제적 여건이 성숙한 경우에는 成文化에 의한 법통일을 시도하고 있다는 하나의 예가 되며, 이러한 경향은 UN이나 국제기구를 중심으로 한 법통일운동에도 알게 모르게 영향을 미치고 있다.

셋째, 대륙법과 영미법의 兩存 속에서 성문화에 의한 사법통일에 있어 機關과 方法論上의 自由(methodical freedom & institutional freedom)가 보장되고 학자적 그룹에 의한 주도로 통일이 가능하다고 보면,⁴⁶⁾ 양법계간 知的·哲學的 접근 방식이 변수가 될 수 있다. 추상적·연역적 사고와 抽象化된 原則 위주의 성문화, 그들 말로 소위 “planned light house”와 영미법계식 實用主義(pragmatism)가 어느 정도 조화될 수 있을 것인가가 문제된다.⁴⁷⁾ 통일상법전(UCC)에 의한 사법통일 경험을 고려해 볼 때 그것이 계약서 작성과 검토로 인한 법률전문가 자신들의 收入을 감소시킨다는 단순한 이유로 그럴리는 없겠지만, 일부 미국의 변호사들은 초국가법에 의한 사법통일을 “認識의 政治學(politics of recognition)”이라는 典型하에 無認識의 대상으로 취급하는 경향을 보이기도 한다. 그러한 무인식에는 선례 구속의 원칙 등 법계의 본질적 차이, 국제법상 相互主義, 조약이나 연성법규에 의한 私法統一의 경우 憲法的 대표 또는 위임문제 등 제도론적 문제들, 事實로부터 일정한 법을 도출하고 法院의 判例를 法으로 인식하는 그들의 歸納法的 사고방식이 작용하고 있다. 즉, 추상적 법원칙이 과연 각국의 법원에 의하여 일관되고 보편적으로 적용될 수 있을 것인가, 즉 법이 추구하는 이념인 예측가능성(predictability)이 담보될 것인가에 관한 영미법계 국가의 暗默的 불신과 懷疑가 내재되어 있다고 볼 수 있다.

사법통일과 관련한 변수와 주어진 여건은 論者에 따라 다양할 수 있지만, 나름대로 몇 가지 현실과 여건을 짚어 보았다. 私法統一運動에 있어 주어진 與件에서 대화와 진전은 계속되리라고 본다. 나폴레옹 성문민법이나 미국의 통일상

46) 그러나 예컨대 학자적 그룹에 의한 유럽 계약법의 성문화 노력에 관하여 代議制 등 통치권의 관점에서 비판이 있다. Norbert Reich, A EUROPEAN CONTRACT LAW : GHOST OR HOST FOR INTEGRATION? University of Wisconsin (2006).

47) Roy Goode, supra note 24, 540~541

법전과 같이 사법통일은 주어진 현실 여건과의 갈등과 조화속에서 改良되어 나갈것으로 전망된다. 추상화된 법원칙과 많은 부분을 法院에 남겨놓은 대륙법계식 법문화 및 법제, 상세하고 보다 具體的인 보통법 전통(rule of law)을 갖고 있는 국가간의 사법통일에 있어 실제 문제되는 점은 어찌면 “어느 정도 내용을 갖는 성문화”가 가능한가의 문제인지도 모른다. 즉, 미국의 통일 상법전이나 판례법을 대륙법계 제정법의 형태로 집대성해 놓은 리스테인먼트(restatement)와 같이 비교적 상세한 성문화에 의한 통일인가의 문제에 불과한 것일 수도 있다. 한편 그 이면에는 法院 中心의 법체계와 法學教育 및 改良主義적 사고방식, 그리고 혁명과 중앙집권적 전통의 역사속에서 형성된 사고체계와 법문화간의 교류와 갈등의 조정이라는 긴 여정이 있을 것이다. 그리고 그것은 단순한 문화의 문제가 아니라, 미국과 EU라는 정치·경제적 현실을 배경으로 하고 있다.

주제어 : 超國家法, 私法의 국제적 통일, 국제거래법, 法源, 법의 성격, 효율적 司法, 私法統一의 전망

Key Words : non-state norms, unification of private laws, international trade law, efficient administration of justice, prospect of unification in the province of private laws