creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

**저작자표시**. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

**비영리**. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

**변경금지**. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000267215

2019年 2月

博士學位 論文

# 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석

-국제물품매매계약에 관한 유엔협약 제7조 신의 요건을 중심으로-

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 卓 泌

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석

-국제물품매매계약에 관한 유엔협약 제7조 신의 요건을 중심으로-

Functional Interpretation of the Principle of Good Faith: Focused on the Good Faith element under CISG Article 7

2019年 2月 25일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 卓 泌

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석

-국제물품매매계약에 관한 유엔협약 제7조 신의 요건을 중심으로-

指導敎授　金　凡　鐵

이 論文을 法學 博士學位 申請論文으로 提出함

2018年　10月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金　卓　泌



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 金卓泌의 博士學位論文을 認准함

委員長　全南大學校 教授　宋之植 (印)

委　員　全南大學校 教授　金華 (印)

委　員　朝鮮大學校 教授　李燦馥 (印)

委　員　朝鮮大學校 教授　鄭求宅 (印)

委　員　朝鮮大學校 教授　金凡鐵 (印)

2018年　12月

朝鮮大學校 大學院

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 대 목 차

ABSTRACT ····· xiii

## 제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적 ····· 1
제2절 연구의 방법 및 범위 ····· 5
1. 연구의 방법 ····· 5
2. 연구의 범위 ····· 9

## 제2장 신의성실의 원칙의 배경

제1절 서언 ····· 12
제2절 신의성실의 원칙의 기원 ····· 13
1. 신의성실 개념의 철학적 기원 ····· 13
2. 로마법의 신의성실과 그 기원 ····· 23
제3절 신의성실에 기초한 권리구제체계의 발전 ····· 29
1. 로마법의 권리구제체계와 신의성실 ····· 30
2. 성의소송에 의한 권리구제체계의 발전 ····· 35
제4절 소결: 협약상 신의성실의 원칙에 대한 시사점 ····· 52

## 제3장 신의성실의 원칙의 기능적 확장

제1절 서언 ····· 57



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

**제2절 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 58**
1. 대륙법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의 ····· 58
2. 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 70
**제3절 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 98**
1. 영미법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의 ····· 100
2. 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 107
**제4절 소결: 신의성실의 원칙에 관한 비교법적 분석 및 시사점 ····· 132**

## 제4장 협약상 신의성실의 원칙에 관한 규범적 이해

**제1절 서언 ····· 138**
**제2절 협약의 해석원칙으로서 제7조 일반론 ····· 138**
1. 신의 준수 요건의 입법연혁 ····· 139
2. 협약의 해석원칙의 규범적 의의 ····· 142
**제3절 협약 제7조 제1항 해석원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 145**
1. 신의성실의 원칙의 기능에 관한 학설 ····· 146
2. 국제거래상 신의 준수의 구체적 의미 ····· 158
3. 협약의 해석원칙과 신의 준수 요건 ····· 164
**제4절 협약 제7조 제2항 흠결보충수단으로서 신의성실의 원칙 ····· 173**
1. 법적 흠결 및 일반원칙에 관한 일반론 ····· 173
2. 협약의 일반원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 183
3. 협약 외재적 법원에 기초한 신의성실의 원칙 ····· 199
**제5절 소결: 협약상 신의칙에 관한 규범적 고찰의 한계 ····· 212**

## 제5장 우리 민법의 일부로서 협약상 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 접근 및 해석



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1절 서언 ····· 215
제2절 우리 민법의 일부로서 협약의 신의 준수 요건 ····· 216
1. 우리 민법 제2조 신의성실의 원칙의 의의 ····· 216
2. 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 적용 ····· 221
제3절 신의성실의 원칙과 기능적 동질체로서 합리성의 원칙 ····· 232
1. 신의 준수 요건에 관한 기능주의적 접근 ····· 232
2. 협약에서 합리성의 원칙과 신의성실의 원칙과의 관계 ····· 236
3. 보통법의 합리성 원리와 협약이 기초한 합리성의 원칙의 기능 ····· 243
제4절 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 267
1. 우리 민법 및 협약에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 268
2. 기능주의적 해석의 한계와 판례의 태도 ····· 301
3. 우리 민법에 대한 시사점 ····· 306
제5절 소결: 협약의 재판규범 및 행위규범으로서 신의성실 ····· 310

제6장 결론

참고문헌 ····· 320



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 세 부 목 차

## 제1장 서론

**제1절 연구의 배경 및 목적 ····· 1**
**제2절 연구의 방법 및 범위 ····· 5**
1. 연구의 방법 ····· 5
2. 연구의 범위 ····· 9

## 제2장 신의성실의 원칙의 배경

**제1절 서언 ····· 12**
**제2절 신의성실의 원칙의 기원 ····· 13**
1. 신의성실 개념의 철학적 기원 ····· 13
가. 실존적·이념적 자연법론의 발달과 형평개념 ····· 14
나. 아리스토텔레스적 형평과 신의성실의 원칙 ····· 16
다. 신의성실의 사상적 기초와 스토아철학의 영향 ····· 19
2. 로마법의 신의성실과 그 기원 ····· 23
가. 로마인의 신의, 피데스의 의의 ····· 23
나. 종교적 개념으로서 피데스의 신성성 ····· 24
다. 사회적 공익가치로서 피데스 ····· 26
**제3절 신의성실에 기초한 권리구제체계의 발전 ····· 29**
1. 로마법의 권리구제체계와 신의성실 ····· 30
가. 방식서소송과 권리구제체계의 전환 ····· 30
나. 법무관의 명예법 체계와 신의성실 ····· 31
다. 신의성실에 기초한 권리구제체계 ····· 33
2. 성의소송에 의한 권리구제체계의 발전 ····· 35



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 성의소송의 의의와 기원 ····· 35
(1) 성의소송의 의의 ····· 35
(2) 성의소송의 기원 ····· 36
나. 엄정소송과의 차이 ····· 38
다. 성의소송 도입의 의의 ····· 42
(1) 엄격한 법질서에 대한 형평법적 쇄신 ····· 42
(2) 권리구제 체계의 현대화·실질화 ····· 43
라. 성의소송의 범위와 특징 ····· 44
(1) 성의소송의 범위 ····· 44
(2) 성의소송의 특징 ····· 46
(가) 사법적 권리구제수단으로서 특징 ····· 46
(나) 형평적 권리구제수단으로서 특징 ····· 48
**제4절 소결: 협약상 신의성실의 원칙에 대한 시사점 ····· 52**

## 제3장 신의성실의 원칙의 기능적 확장

**제1절 서언 ····· 57**
**제2절 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 58**
1. 대륙법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의 ····· 58
가. 근대 민법 최초의 신의성실 ····· 58
(1) 프랑스 계약법상 신의성실과 형평 ····· 59
(2) 계약법의 기본원칙과 신의성실의 원칙의 관계 ····· 63
나. 현대 민법의 지도원리로서 신의성실의 법적 지위와 의의 ····· 66
(1) 독일 민법 제242조, 제157조의 법적 성격 ····· 66
(2) 채권관계에서 신의성실의 의의 ····· 68
2. 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 70
가. 근대 민법 최초의 신의성실 ····· 72
(1) 계약의 교섭, 체결, 종료와 신의성실의 원칙 ····· 72



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 계약 해석 및 흠결의 보충수단으로서 신의성실의 원칙 ····· 74
(가) 계약의 해석원칙에 관한 비교법적 차이 ····· 74
(나) 신의성실과 계약의 해석 및 보충 ····· 75
(3) 협력·충실의무를 통한 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 77
(가) 신의성실의 원칙의 파생의무와 기능적 확장 ····· 77
(나) 정보제공의무를 통한 기능적 확장 ····· 79
나. 현대 민법의 지도원리로서 신의성실의 기능적 확장 ····· 81
(1) 실정법상 채무구조에서 계약책임 법리의 확장과 신의성실 ····· 81
(2) 계약상 위험의 분배요소로서 신의성실의 원칙 ····· 85
(가) Clausula rebus sic stantibus 이론의 재탄생 ····· 86
(나) 독일법상 행위기초론에 의한 계약상 의무의 수정 ····· 88
(3) 채권관계의 객관적 규범체계로서 신의성실의 원칙 ····· 92
(가) 합리성, 공평성에 기초한 규범적 해석기준 ····· 92
(나) 부당한 권리내용 및 그 행사에 관한 제한규범 ····· 94
**제3절 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 98**
1. 영미법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의 ····· 100
가. 전통적인 보통법상 신의성실 개념의 한계 ····· 100
나. 영국 및 미국 계약법상 신의성실의 의의 ····· 103
2. 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 107
가. 영국 계약법상 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 107
(1) 영국 계약법상 계약관계의 불공정성에 대한 입법론적 규제 ····· 107
(가) 합리성의 원칙과 불공정 계약조건에 관한 법률 ····· 108
(나) 유럽연합지침의 이행법률과 신의성실 개념 ····· 110
(2) 신의성실에 대한 긍정적 검토: Yam Seng v. ITC 판결 ····· 115
(가) Yam Seng v. ITC 판결과 신의성실의 의무 ····· 116
(나) 신의성실의 의무의 내용과 적용범위 ····· 118
(다) Yam Seng v. ITC 판결의 영향에 대한 검토 ····· 119
나. 미국 계약법상 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 121
(1) 미국 계약법 체계와 신의성실 개념의 수용 ····· 123



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(가) UCC상의 신의성실의 원칙 ····· 123
(나) 계약법에 관한 Restatement (2nd) § 205의 신의성실 ····· 124
(2) 미국 계약법상 신의성실의 의미에 대한 기능주의적 이해 ····· 127
(가) bad faith의 배제기제로서 신의성실 ····· 127
(나) 재량권 행사의 제한기제로서 신의성실 ····· 129
(다) 포기한 기회의 억제기제로서 신의성실 ····· 130
**제4절 소결: 신의성실의 원칙에 관한 비교법적 분석 및 시사점 ····· 132**

## 제4장 협약상 신의성실의 원칙에 관한 규범적 이해

**제1절 서언 ····· 138**
**제2절 협약의 해석원칙으로서 제7조 일반론 ····· 138**
1. 신의 준수 요건의 입법연혁 ····· 139
2. 협약의 해석원칙의 규범적 의의 ····· 142
가. 협약 제7조의 의의 ····· 142
나. 협약 내재적 실효성 유지장치 ····· 143
다. 협약 제7조 제1항과 제2항의 기능 ····· 144
**제3절 협약 제7조 제1항 해석원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 145**
1. 신의성실의 원칙의 기능에 관한 학설 ····· 146
가. 문제의 배경 ····· 146
나. 학설 및 비판적 검토 ····· 146
(1) 해석원칙 제한설 ····· 146
(2) 개별조항 확장설 ····· 148
(3) 계약적 일반원칙설 ····· 150
(4) 협약 내재적 일반원칙설 ····· 152
(5) 국내법 적용설 ····· 154
(6) 국제통일규범 적용설 ····· 155
다. 소결 ····· 156



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 국제거래상 신의 준수의 구체적 의미 ····· 158
가. 신의 준수의 구체적 의미 ····· 158
나. 국제거래상의 의미 ····· 160
(1) 상사계약의 특수성 ····· 160
(2) 국가 간의 상거래 ····· 161
(가) 권리관계의 균형성 ····· 161
(나) 국제거래의 국제성 ····· 163
(3) 국내법적 사고의 배제 ····· 164
3. 협약의 해석원칙과 신의 준수 요건 ····· 164
가. 국제적 성격에 대한 고려 ····· 164
(1) 국제적 성격 고려의 의미 ····· 164
(2) 국내법 편향적 해석의 문제점 ····· 167
나. 적용상의 통일성의 증진 ····· 169
(1) 적용상의 통일성의 의미 ····· 169
(2) 협약 적용상의 한계와 과제 ····· 170
다. 협약 제7조 제1항의 신의 준수 요건과 다른 해석원칙과의 관계 ····· 171
**제4절 협약 제7조 제2항 흠결보충수단으로서 신의성실의 원칙 ····· 173**
1. 법적 흠결 및 일반원칙에 관한 일반론 ····· 173
가. 협약의 흠결과 신의칙 ····· 173
(1) 협약의 흠결 ····· 173
(2) 확장해석과 법적 흠결의 구분 ····· 175
(3) 협약의 규율사항과 일반원칙 ····· 175
나. 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 법적 성격 ····· 176
(1) 일반원칙의 의의 ····· 176
(2) 규정과 원칙의 구분 ····· 177
(가) 긍정설과 부정설 ····· 177
(나) 학설의 검토 ····· 178
(3) 소결 ····· 179
다. 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 기능 ····· 180



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 규범적 기능 ····· 180
(2) 법형성적 기능 ····· 181
(3) 논리적·통합적 기능 ····· 181
(4) 교정적 기능 ····· 182
2. 협약의 일반원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 183
가. 일반원칙으로서 신의성실의 원칙 개요 ····· 183
(1) 협약 제7조 제2항 신의성실의 원칙 적용의 전제 ····· 183
(2) 일반원칙으로서 신의성실의 규범성 ····· 183
(3) 일반원칙의 도출과 신의성실 ····· 184
나. 협약 제7조 제1항에 기초한 일반원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 186
다. 협약의 개별조항에서 구체화된 신의성실의 원칙 ····· 187
(1) 합리적 신뢰 보호의 원칙 ····· 188
(2) 선행행위와 모순되는 권리행사의 제한 ····· 189
(3) 실효의 원칙 ····· 190
(4) 권리남용 금지의 원칙 ····· 191
(5) 정의와 공평의 원칙 ····· 192
(6) 합의의 준수 및 유지의 원칙 ····· 194
(7) 사정변경의 원칙 ····· 197
3. 협약 외재적 법원에 기초한 신의성실의 원칙 ····· 199
가. PICC상 신의성실의 원용가능성 ····· 200
(1) 일반원칙으로서 신의성실의 원칙의 비교 고찰 ····· 201
(2) PICC의 원용 가능성 검토 ····· 205
나. PECL, DCFR상 신의성실의 원용 가능성 ····· 207
(1) PECL의 신의성실 ····· 207
(2) DCFR의 신의성실 ····· 210
**제5절 소결: 협약상 신의칙에 관한 규범적 고찰의 한계 ····· 212**

**제5장 우리 민법의 일부로서 협약상 신의성실의 원칙에 관한**



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 기능주의적 접근 및 해석

**제1절 서언 ····· 215**

**제2절 우리 민법의 일부로서 협약의 신의 준수 요건 ····· 216**

1. 우리 민법 제2조 신의성실의 원칙의 의의 ····· 216

가. 스위스 민법 제2조 수권규범으로서 신의성실 ····· 216

나. 우리 민법에서 신의성실의 기능적 확장성 ····· 218

다. 일반적인 법원칙으로서 신의성실의 원칙 ····· 220

2. 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 적용 ····· 221

가. 민법과의 관계에서 협약상의 신의성실 ····· 221

나. 협약의 적용요건과 신의성실의 원칙 ····· 222

(1) 협약의 외부적인 적용요건 ····· 223

(가) 협약의 직접적용 ····· 223

(나) 협약의 간접적용 ····· 224

(2) 협약의 내부적인 적용요건 ····· 225

(가) 내부적 적용의 의의 ····· 225

(나) 내부적 적용과 우리 민법과의 관계 ····· 225

다. 협약 제7조 해석원칙의 특징 및 시사점 ····· 226

(1) 협약 제7조 해석원칙의 특징 ····· 226

(가) 협약 자체적 해석체계로서 신의성실 ····· 227

(나) 협약 내재적 규범체계로서 신의성실 ····· 228

(다) 협약 제7조 해석원칙의 규범력 ····· 229

(2) 협약 제7조 해석원칙의 시사점 ····· 230

(가) 해석원칙의 기능적 신축성 ····· 230

(나) 협약 제7조 해석원칙의 시사점 ····· 231

**제3절 신의성실의 원칙과 기능적 동질체로서 합리성의 원칙 ····· 232**

1. 신의 준수 요건에 관한 기능주의적 접근 ····· 232

가. 기능주의적 접근의 목적 ····· 232



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 기능주의 비교법학의 성과로서 협약 ····· 234
다. 협약상 묵시적인 신의칙 의무의 가정 ····· 235
2. 협약에서 합리성의 원칙과 신의성실의 원칙과의 관계 ····· 236
가. 명시적인 합리성의 원칙에 의한 기능적 확장 ····· 237
(1) 합리성과 신의성실의 기능적 동질성 ····· 237
(2) 신의성실 개념의 기능적 확장 ····· 239
나. 묵시적인 합리성의 원칙에 의한 기능적 확장 ····· 240
(1) 합리성에 기초한 의무와 신의성실 ····· 240
(2) 신의성실의 원칙이 발현된 개별조항 ····· 241
3. 보통법의 합리성 원리와 협약이 기초한 합리성의 원칙의 기능 ····· 243
가. 보통법의 합리성 원리와 협약이 기초한 일반원칙의 의의 ····· 243
(1) 협약이 기초하고 있는 합리성의 원칙 ····· 243
(2) 보통법이 기초하고 있는 합리성 원리 ····· 244
나. 보통법 및 협약에서 합리성의 원칙의 기능 비교 ····· 246
(1) 계약상 흠결의 보충수단으로서 합리성의 원칙 ····· 246
(가) 보통법상 묵시의 의무에 관한 법리와 합리성 ····· 246
(나) 협약에서 합리성의 원칙과 흠결의 보충기능 ····· 250
(2) 계약관계의 객관적 행위규범으로서 합리성의 원칙 ····· 252
(가) 보통법상 계약관계의 공정성에 관한 법원칙 ····· 252
(나) 협약에서 객관적 행위규범으로서 합리성의 원칙 ····· 258
(3) 계약관계의 해석원칙으로서 합리성의 원칙 ····· 260
(나) 협약상 계약의 해석원칙으로서 합리성의 원칙 ····· 266
**제4절 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 267**
1. 우리 민법 및 협약에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 268
가. 신의성실의 원칙의 기능적 확장성 개요 ····· 268
(1) 우리 민법의 신의성실 ····· 268
(2) 협약에서의 신의성실 ····· 269
나. 우리 민법 및 협약에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장 ····· 270
(1) 채권관계에서 급부의무와 신의칙의 기능적 확장 ····· 270



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(가) 우리 민법상 급부의무의 확장 및 감면요소로서 신의성실 ····· 270
(나) 협약상 급부의무에 관한 기능적 확장 ····· 274
(2) 계약상 위험의 분배요소로서 신의성실의 원칙 ····· 277
(가) 우리 민법상 계약 위험의 분배요소로서 신의성실 ····· 277
(나) 협약상 계약 위험의 분배요소로서 기능적 확장 ····· 284
(3) 채권관계의 객관적 규범체계로서 기능적 확장 ····· 289
(가) 우리 민법의 객관적 규범체계로서 신의성실 ····· 290
(나) 협약의 객관적 규범체계로서 기능적 확장 ····· 294
2. 기능주의적 해석에 기초한 판례와 한계 ····· 301
가. 기능주의적 해석의 한계 ····· 301
나. 기능주의적 해석에 기초한 판례 ····· 303
3. 우리 민법에 대한 시사점 ····· 306
**제5절 소결: 협약의 재판규범 및 행위규범으로서 신의성실 ····· 310**

## 제6장 결론

**참고문헌 ····· 320**



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# Abstract

## Functional Interpretation of the Principle of Good Faith

### -Focused on the Good Faith element under CISG Article 7-

Kim, Takpil
Advisor : Prof. Kim, Bum-chul Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

Every culture introduces the notion of good faith into the legislation dealing with one form or another of it. The functional importance of good faith in the national level is also reflected in CISG. CISG Article 7 adopted good faith doctrine which serves literally as an interpretative principle to the Convention. However, the compromise of different legal families and methodologies made the interpretation of its provisions uncertain and Article 7(1) particularly controversial thereby causing homeward interpretation and inconsistent case law among courts, tribunals and scholars.

One of the contested issue is whether the principle of good faith may be applied directly to the rights and obligations of contracting parties. In this respect, the value of the comparative law method especially for Article 7 cannot be overestimated although it needs great caution because the solution for good faith issue in CISG must be acceptable in different legal systems with different legal traditions. Therefore this dissertation focuses on the functional equivalents of good faith embedded in CISG as a whole and try to approach functionally to the meaning and role of its own good faith based on the conclusion drawn by the comparative analysis on civil law and common law concept of good faith with some thoughts on the most fertile agents in the development of Roman contract



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

law, 'bona fides'.

The principle of good faith rooted in ancient Roman legal tradition and Greek philosophy is considered in most modern civil law systems, a general principle of contract and a central feature of the civil law traditions. Furthermore, some civil law systems has come to consider the notion of good faith as one of the most important legal principle of private law in general as well as contract law. Indeed, most civil codes prescribe the notion of good faith including the well-known German Civil Code Section 242 in which the concept has been regarded as an overriding legal principle as referenced in a vast body of cases and doctrines. The legal concept of good faith originated from Roman civil procedure where the trier of facts, so called iudex, were directed by a standard bona fides clause "quidquid...dare facere oportet ex fide bona" in the Praetor's formula.

This standard bona fides clause was known as the exceptio doli and the purpose of the clause was to prevent the plaintiff from taking advantage of rigorous nature of actio stricti iuris. The instruction of the formula in iudicia bonae fidei directed the iudex to ascertain whether the plaintiff had done something in bad faith and the iudex had to determine based on equitable nature of bona fides. Therefore the meaning and role of good faith in Roman law was judicial and remedial one allowing the judge to decide the case in equitable and reasonable manner. In this respect, the functional nature of good faith derived from judicial principle of interpretation which deals with rights and obligations of the contracting parties.

The functional nature of good faith is embedded in CISG Article 7 as well. The uniform law project of UNIDROIT for international sale of goods started in 1926. The resolution to develop a uniform international sales law was passed in 1978 and it resulted in CISG or 1980 Vienna Convention, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, that took effect in 1988. The purpose of the Convention as stated in the Preamble is to "contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade" through "the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods" and taking into account the different social, economic and legal systems.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Indeed, the Convention has provided unified framework of statute law to meet the legal needs of international trade or sales transactions and also provided a good mechanism for the courts and arbitration tribunals around the world to resolute trade disputes in an equitable manner. Today the Convention came to be considered and referred to as the most successful international treaty.

However, the substantive contents of the Convention could only be adopted by compromise among different legal families, particularly between civil law countries and common law countries. The compromise has been necessary in the process of legislation to obtain widespread acceptance from participants with heterogenous legal culture and it made the Convention a great success while predecessors of it had been unsuccessful, ie the Uniform Law on the International Sale of Goods and the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods. On the other hand, these compromises made one of the weakness of the Convention. Especially the compromise of different legal families and methodologies made the interpretation of its provisions in general and Article 7(1) particularly controversial thereby causing homeward interpretation and inconsistent case law among courts, tribunals and scholars. Further, Article 7 adopted autonomous principle of interpretation to warrant its international character and to meet the need to promote uniformity in its application. Accordingly and paradoxically, the compromising legislative character together with the autonomous principle of interpretation has been causing serious legal uncertainty in the interpretation of good faith of Article 7.

Article 7(1) states that "in the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade." Article 7 good faith serves as an interpretive principle but in the normative respect the role and meaning of good faith is by no means clearly deduced. Various issues arise in connection with the requirement to observe good faith in international trade when interpreting the Convention, such as whether the notion of good faith is different from the traditional civil law concept of good faith which has been received



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

directly from the concept of bona fides under ancient Roman law, whether good faith obligations extends to the legal relationships of the contracting parties or whether it applies only to the interpretation of the Convention, what is the meaning of the standard of good faith, whether the contested issue falls on the legal gap of the Convention and if that is the case how to fill the gap of the Convention.

The problem of the interpretation of good faith within the Convention varies. The competing national approaches to good faith aggravates the variety because the difference exist between legal families or legal systems and even within the same legal family and single legal system. Particularly civil law and common law scholars had different opinions in the drafting stage of the Convention with regard to the legal implications of good faith. Of course the civil law scholars were of the opinion that the good faith is universally and traditionally recognized legal concept in contract law as well as in private law. So there seemed little harm in including the principle of good faith in the draft Convention. Further, many national codes contained good faith provisions dealing with one form or another of it which played an important role in the development of rules regulating commercial activity. Rather, it was considered that the extension of this provision into an instrument regulating an aspect of international trade was so valuable that deletion would open the Commission to the criticism that it opposed such principle when it was well recognized in public international law as well as in international trade regime. On the other hand, the common law scholars were of the opinion that the concept of good faith is simply a matter of moral exhortation and inherently embedded in all legal instruments therefore antithetical to the spirit of legal certainty in commercial contract law. There was no need for them to include the ambiguous concept of good faith in the Convention.

However, legal uncertainties of the Convention centering on Article 7 good faith are contrary to the purpose of the Convention as stated in the Preamble to remove the legal barriers in international trade and promote the development of international trade. Further, legal uncertainty in connection with the role and meaning of good faith aggravates legal barriers and hinders uniformity in its



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

application as a whole because the good faith provision belongs to general provisions of the Convention which has significant influence and importance in interpreting the Convention. In this vein, it cannot be overstated that there is a significant scepticism in connection with the normative effect of the Convention as a governing law for contracting parties in international trade at least in interpretation and application of good faith in Article 7.

Therefore, this dissertation focuses on the functional equivalents of good faith embedded in CISG as a whole and try to approach functionally to the meaning and role of its own good faith based on the conclusion drawn by the comparative analysis on civil law and common law concept of good faith with some thoughts on the most fertile agents in the development of Roman contract law, 'bona fides'. Finally, functional interpretation of good faith in CISG will point out that indirect application of the notion of good faith in the form of implied terms to the contract relations may be harmonized with strict perspectives on Article 7 and try to deduce an autonomous and internal solution for the meaning and role of the Convention's own good faith, reasonableness.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 배경 및 목적

오늘날 신의성실 개념은 로마법의 권리구제절차에서 일반적으로 사용된 소송방식서의 성의구절(ex bona fide)이나 엄정소송에서 피고에게 부여된 악의의 항변(exceptio doli)에서 유래한다.[1] 악의의 항변은 상대방으로 하여금 시민법상의 엄격한 법적용을 악의적으로 이용하지 못하도록 고안된 제도로서 로마법의 신의성실이 역사적으로 당사자의 권리관계를 대상으로 한 사법기관의 해석원칙으로부터 시작되었음을 확인시켜준다. 또한 전통적으로 신의성실에 근거한 권리구제는 기원상 종국적으로 피고의 이익으로 귀결되는 다양한 사실관계를 법원이 직권으로 고려함으로써 피고의 항변 없이도 이를 판단할 수 있는 성의소송(bonae fidei iudicia)으로부터 기능적인 차원에서 진화하였다.[2] 법개념으로서 신의성실(bona fides)의 기초가 된 피데스(fides)는 로마인이 지향한 규범적·도덕적 완전주의가 내면화된 시민법적 윤리개념이었으나, 이처럼 권리구제절차의 진화 과정에서 신의성실이란 이름으로 제도적 법원성을 획득하면서 권리관계의 최종적인 해석주체에 대하여 구속력 있는 해석원칙으로서 법과 도덕의 가교 기능을 지니고 법적 정의의 교정기제 역할을 수행하였다.

고대 로마법 이후 2000여년이 지난 오늘날에도 영미법계와 대륙법계 국가를 비롯해 다양한 법문화에서 전승하고 있는 신의칙은 특히 상사법상의 계약관계에서 압도적으로 큰 영향력을 미친 법원칙으로 평가받고 있다. 여러 이질적인 법문화에서 법규범화된 신의칙은 비록 국제적으로 통일된 정의는 부재하나 법적·사회윤리적 행위기준의 준수에 관한 당사자의 주관적인 신의와, 합리성 및 공정성에 기초한 행위의무에 관한 객관적인 규범체계로서의 중요한 의의를 지니고 있다. 신의칙의 정신은 어느 시대, 어느 문화, 어느 규범체계에서나 법적 정의의 교정기제로서 어떤 형태, 어떤 용어로든 입법에 의하여 명문화되어 엄격한 법적용이 구현할 수 없는 법률관계의 공평·형평·균형이라

1) Reinhard Zimmerman/Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000, p. 16; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 115~116면. 성의 구절이란 '피고가 신의성실에 따라 이행하여야 한다면(quidquid...dare facere oportet ex fide bona)'이라는 소송방식서의 청구표시 내용의 일부로서 로마법의 권리구제절차에서 심판인이 행사하는 재량권의 근거가 되었다.

2) 상세는 Berthold Kupisch, 일반적 악의의 항변과 성의소송: 성의계약에 있어서의 내재성의 문제에 대하여, 서을오 역, 법학논집 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008, 222~225면 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 공통적인 목적을 성취하는 기능체 역할을 수행하였다. 그러나 신의칙이 지닌 규범적 개방성으로 인해 이에 대한 법규범성의 차이는 법문화마다 매우 다양하게 존재한다. 특히 신의성실의 규범적 의미와 역할에 관한 문제에서는 대표적으로 영미법계와 대륙법계 사이의 법학방법론적 차이와 경직된 법적용의 부작용에 대한 형평법적 쇄신 방법의 차이에 따라 첨예하게 대립되고 있다. 무엇보다 국내법적 사고에 의하여 적지 않은 대립양상을 보이는 근본적인 견해의 차이는 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(이하 협약이라고 한다)[3]의 신의칙에 있어서도 극명하게 나타나고 있다.

협약은 1926년 UNIDROIT에서 국제물품매매에 관한 통일규범의 기초 작업을 시작한 이후 지난한 작업을 거쳐 62개국 및 8개 국제조직 대표단이 참석한 비엔나 외교회의에서 1980년 4월 11일 최종 채택되어 1988년 1월 1일 최종 발효되었다.[4] 협약의 제정 목적은 전문에서 명시된 바와 같이 '국제거래의 발전이 국가 간 우호를 증진하는 중요한 요소'임을 인식하고 국제물품매매계약에 관하여 '상이한 사회적·경제적 및 법적 제도를 고려한 통일규칙'을 마련하기 위함이었다. 그러나 이질적인 법문화를 포용하는 통일된 매매규범의 제정을 위해서는 구체적인 사안을 규율하는 상당수의 조항에서 각국의 충돌되는 이견들이 협상에 의하여 절충되어야 했다. 또한 발효 이후에도 이질적인 법문화의 다양한 사법주체로 하여금 판례의 축적에 의하여 협약 적용상의 통일을 공통적으로 담보할 수 있도록 제7조에서 협약 자체적인 해석원칙을 규정하였다. 그러나 역설적이게도 불가능해보였던 협약의 태생을 촉진시킬 수 있었던 절충적인 입법 방식과 협약 제정목적의 성취를 위해 명문화한 제7조 해석원칙으로 인하여 협약의 신의칙에 관한 학계 및 실무의 평가는 오늘날 가장 많은 논쟁을 야기하고 있다.

협약 제7조 제1항은 이 협약의 해석에 있어서 '그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다'고 규정한다. 즉 협약에서 신의칙은 법문상 명확히 협약의 해석원칙으로 예정되어 있다. 그러나 규범적 측면에서 살펴보면 협약상 신의칙의 적용에 있어서 그 의미와 기능은 결코 명확하게 도출되지 않는다. 협약 자체적인 해석규정을 자임하는 제7조의 특성상 신의(good faith)[5]의 의미

3) CISG: United Convention on Contracts for the International Sale of Goods.
4) Colin King, The CISG-Another One of Equity's Darlings? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 8, 2004, p. 250; Bonell, M., The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives or Complementary Instrument?, Uniform Law Review, 1996, p. 26.
5) 신의성실은 bona fides, bonne foi, Treu und Glauben, good faith 등 다양한 입법례에서 각기 다른 방식으로 표현되고 있지만 의미상 실질적 차이가 있는 것은 아니다. 이하에서는 해당 법제나 문맥에 따라 구분할 필요가 있을 경우 해당 언어로 표기하고, 협약 법문이 직접 강조될 필요가 있을 때에는 공포[제1611호, 2005.02.28



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 과연 고대 로마법 이후 동서양의 법전통에서 전승하고 있는 법과 도덕의 기능적 가교로서의 신의성실을 의미하는지 아니면 이와는 구분되는 협약 자체적인 법개념인지, 전자이든 후자이든 신의가 구체적으로 의미하는 바는 무엇인지, 나아가 법문상 계약관계에서의 신의칙은 명시적으로 부인된 것으로 보아야 하는지 아니면 계약당사자에 대한 직접적인 적용을 긍정할 수 있는지, 이 경우 신의칙 문제를 협약의 흠결로 보아야 하는지 등 실무적인 관점에서 해결해야 할 다양한 문제가 내재되어 있다.

사실 제7조 제1항의 규범적 불명확성에 관한 논의는 협약의 제정시에도 이에 대한 찬반으로 뚜렷하게 나뉘어 있었다. 즉 신의성실 개념에 대한 대륙법계와 영미법계의 기본적인 인식의 차이에서부터 규범적 불명확성의 문제는 이미 심화되어 있었다. 물론 찬성의견은 오늘날 계약의 모든 단계를 비롯하여 사법상 최고원리로 격상된 신의칙을 다수의 국가에서 보편적으로 수용하고 있는 법원칙으로 인식하고 협약에 존치시켜도 전혀 문제될 것이 없으며 국제공법상으로도 널리 인정된 개념으로 간주하였다.[6] 대륙법에서는 기본적으로 이러한 긍정적인 인식하에 설령 신의칙 위반의 효력을 명시하지 않더라도 판례의 축적에 의하여 신의칙 조항의 효력 및 범위에 관한 규범적 불확실성의 위험은 제거될 것이고, 오히려 거래 당사자로 하여금 국제거래상의 높은 기준에 대한 주의를 환기시키는 효과가 있다는 등 입법론상 잠재적인 부작용 문제에 있어서 대체로 수용적인 시각을 취하였다.[7] 반면 영미법계에서는 신의칙을 단순한 도덕적인 권고에 지나지 않고 법개념으로서 요구되는 명확성이 결여되어 있으며 신의에 따른 행위는 모든 법률에 기본적으로 내재된 것으로 보아야 하므로 별도로 명문화할 필요가 없는 개념으로 인식하고 있었다.[8] 이처럼 반대의견의 기초적인 근거에는 애초부터 신의칙의 개념상의 불명확성과 법규정으로서의 실체가 결여된 데 따른 불필요성이 주를 이루고 있었다.

그러나 문제는 이러한 규범적 불명확성이 오늘날 협약이 제정되고 규범력을 발휘한 이후에도 여전히 지속되고 있다는 점이다. 이처럼 협약 제7조에 내재된 신의칙에 관한 규범적 불명확성은 국제거래상 법적 장애의 제거를 위해 제정된 협약의 목적에 정면으로 배치된다. 더욱이 협약에서 해석원칙으로 규정된 제7조는 협약 전체 규정의 총론 규정으로서 매도인과 매수인의 권리와 의무를 규율한 각 개별조항의 해석에 있어서 무

---

제정]된 문언에 따라 '신의'로 표기한다. 그 밖의 경우에는 문맥에 따라 '신의성실', '신의칙'을 혼용하기로 한다.

6) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35. No. 46.
7) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35. No. 47.
8) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35. No. 44.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

엇보다 중요한 의미를 지닌다. 이에 따라 신의칙의 의미와 기능에 관한 규범적 불명확성은 협약의 적용에 있어서 전체적인 통일을 저해하며 국제거래 당사자 사이의 법적 장애를 더욱 가중시킨다. 특히 이러한 규범적 불명확성으로 인하여 신의칙의 원론적인 수용여부와 실질적인 효용성에 있어서 차이가 극명하게 나뉘어 있는 영미법계와 대륙법계 법원 및 중재법원에서 실제로 자국편향적[9]인 해석이 나타나고 있다. 심지어 이를 넘어 자국편의적인 해석까지 우려됨에 따라 적용상의 통일성을 비롯한 협약의 제정 목적이 심각한 수준으로 저해되고 있다.[10] 따라서 적어도 협약 제7조 제1항 신의칙의 해석 및 적용의 문제에 있어서는 국제거래상의 통일규범 및 계약당사자 간 준거법으로서 협약의 규범력에 적지 않은 의구심이 존재한다고 보아도 과언이 아니다.

이에 따라 이 논문에서는 영미법계 및 대륙법계 국가에서 전통적으로 인식되어온 신의칙의 의미와 고유의 규범론적 관점에서 벗어나 독립된 체계로서 협약에서의 신의칙에 대한 접근방법을 고찰해보고자 한다. 즉 협약의 최종적인 해석주체가 모두 강행성을 지닌 제7조 해석원칙의 직접적인 수범자라는 관점에서 협약자체적 및 협약내재적 해석체계[11]를 통해 협약상 신의칙의 의미와 기능에 있어서 이질적인 법문화에서 모두 수용할 수 있는 해석론적 접근방안이 가능한지 고찰해보고자 한다. 무엇보다 고대 로마법 이후 동서양의 법전통에서 전승하고 있는 법과 도덕의 기능적 가교로서의 신의성실의 원칙이 우리 실정법의 일부에 포함된 협약에서도 동일한 의미로 수용될 수 있는 것인지, 아니면 우리 민법과는 구분되는 협약 자체적인 법개념인지 구분할 필요가 있다. 특히 협약의 기초 과정에서 지난한 협상과 절충의 결과 상당수의 개별조항에서 다양하게 발현된 합리성 개념에 주목하여 협약에서 신의칙의 의미와 기능에 관한 문제의 해결에 있어서 신의성실과 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 합리성 개념의 관계에 대하여 규명함으로써 협약상 신의칙의 의미와 기능에 관하여 규범적 재정립을 시도해보고자 한다. 협약의 최종적인 해석주체인 우리 법원에게도 제7조에 의하여 단순히

---

9) John O. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sale, Deventer, 1989, p. 1.

10) 신의칙의 이해와 적용에 있어서 자국편향적 해석이란 자체적인 법체계를 지향하는 협약의 특성을 간과한 체 신의칙에 관한 국내법적 관점을 협약의 해석에 그대로 적용하는 경향을 의미한다. 자국편의적 해석이란 자국편향적 해석을 전제로 구체적인 사안에서 협약의 해석원칙으로서 신의칙의 의의를 별도로 규명하지 아니한 체 강행규범으로서 제7조 제1항이 부여하는 신의 준수 요건이 마치 성취된 것처럼 해석하는 경향을 의미한다.

11) 협약자체적 해석이란 국내법 체계와 구분된 협약만의 독자적인 해석을 의미한다. 즉 전통적인 국내법의 프레임을 벗어나 이질적인 법체계나 다른 법문화에서도 무리 없이 수용 가능하도록 협약의 국제적인 성격을 고려한 해석을 의미한다. 협약자체적 해석에 의하면 국내법의 다양한 해석원칙과 절연된 협약의 독자적인 해석이 요청되는 반면, 협약내재적 해석에 의하면 구체적 사안에 적용되는 규범의 실체적인 내용에 있어서 협약 외재적인 규범보다 협약 내재적 해결방안이 우선된다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약을 우리 실정법 가운데 일부로서만 보는 것이 아니라 개별 판결례에 의하여 신의의 태양에 대한 구체적인 판단을 적극적으로 축적시킴으로써 국제사회와 함께 협약의 적용상의 통일을 증진시키기 위해 통일된 국제물품매매규범의 사법주체로서 보다 신중하게 접근할 필요가 있기 때문이다.

## 제2절 연구의 방법 및 범위

### 1. 연구의 방법

이 논문에서는 신의성실의 원칙의 의미와 역할에 관한 문헌연구를 중심으로 협약상의 신의칙에 대하여 법사학적, 비교법적, 법사회학적 연구방법을 취한다. 이에 따라 협약 제7조를 중심으로 영미법계 및 대륙법계의 법학방법론에서 극명하게 나뉘어 있는 규범적 인식을 재정립할 것을 제안하고자 한다.

신의칙에 관한 법사학적 연구는 신의칙의 생성과 변천, 발전과 쇠퇴에 관한 기원적 배경을 고찰함으로써 현대법에서의 역사적 의의와 규범적 이해를 제공하는 데 의의가 있다. 또한 신의칙에 관한 비교법적 연구는 이러한 법사학적 연구를 토대로 현행법의 역사적 이해와 함께 우리 민법의 일부로서 협약의 신의칙에 대한 해석방향을 제시하는 데 의의가 있다. 특히 신의칙에 관한 비교법적 고찰을 위해 채택한 기능주의적 방법론은 사회학에서 정립된 이론으로서 사회적 체계이론과 밀접한 관련이 있다. 따라서 이 논문에서 제시하는 기능주의를 정의하기 위해서는 우선 법에 대한 체계이론적 인식이 필요하며 법과 법외적 요소와의 기능적 상호관계에 대한 이해가 선행되어야 한다.

법규범은 다른 다양한 사회적 요소와의 관계에서 독립적인 지위를 지닌 사회규범 중의 하나이다. 그러나 법규범이 이러한 비규범적 사회질서로부터 고립되어서는 온전한 기능을 수행할 수 없다.[12] 법외적 요소와의 상호관계성 속에서 법을 인식할 때에 법에 대한 이해가 올바른 방향성을 갖추고 기능적인 측면에서도 실질적인 법의 효력을 나타낼 수 있다.[13] 법에 대한 이러한 관점은 사회적 체계이론을 법규범에 적용한 결과이기도 하다. 즉 법규범과 같이 외부적 환경세계(Umwelt)[14]로부터 독립성을 지닌 단위를

12) 강희원, 법에 대한 체계이론적 파악: 기능주의적 법학방법론을 위하여, 경희법학 제29권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 1995, 11~12면.
13) 강희원, 위의 논문, 11~12면.
14) Umwelt는 대체로 환경으로 번역되는데 체계와 상호작용하는 체계외적인 총체를 의미한다. 체계외적인 의미



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

체계·구조·기능이라는 관점에서 일체적으로 고찰하는 이론이 곧 사회적 체계이론이다.[15] 우선 체계란 질서가 존재하면서도 외부로부터 경계를 지을 수 있는 정리된 전체를 의미하는데 이러한 체계를 구성하는 요소 간의 관계에 있어서 일정한 법칙성이 작용하는 안정적인 결합관계를 구조라 한다.[16] 그리고 기능이란 체계의 일정한 상태의 생성·유지·변화를 위해 구성요소가 나타내는 기여를 의미한다. 그러나 어떠한 체계의 기능을 위하여 반드시 특정한 구조가 존재할 필요는 없다. 체계의 기능에 있어서 구조요소는 다른 형태를 취하면서도 체계의 유지를 위하여 유사한 기여를 할 수 있기 때문이다. 따라서 하나의 체계로서 법의 기능에 관한 분석은 각 체계의 '기능적 동질체'에 관한 고찰에 초점을 둔다.[17]

체계·구조·기능의 관점에서 법을 인식하는 체계이론적 사고는 체계로서의 법의 구조가 스스로 규율하고 재생산하는 하나의 유기체로 파악되는 것에서부터 시작된다. 체계이론에 의하면 사회적 체계는 스스로의 구조를 자기 방식으로 재생산해내는 자기생산성(autopoiesis)을 지니는데 이는 법에 대한 인식에서도 동일하게 적용된다.[18] 즉 법체계도 스스로의 조건을 스스로 생산하며 체계 구조의 재귀적 생산을 통해 자신의 개념구조를 구축함으로써 체계 내에서의 불확정성을 제거한다.[19] 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석도 체계의 이러한 순환과정이라는 관점에서 설명될 수 있다.[20] 신의성실의 원칙을 사회적 체계이론의 관점에서 살펴보면 오늘날 신의성실 개념이 수행하는 복합적인 기능은 하나의 법체계에 내재된 구성요소가 체계의 일정한 상태의 생성·유지·변화를 위해 수행하는 기여와 동일시된다.[21] 즉 신의칙은 오늘날의 법규범이 폐쇄적인 정태체계에 그치지 아니하고 법외적 요소와의 상호작용을 법이해 안으로 포섭되게 하는 동태적인 구성요소이다. 이 논문에서는 계약관계에 있어서 법을 계약적 정의와 형평을 구현하는 하나의 체계로서 파악하고 신의칙을 포함한 체계 내부적 구성

---

를 강조하거나 체계외적인 것과 체계의 재귀적 기능관계를 강조하는 의미에서 환계(環界)로 번역하는 것이 적절하다는 견해도 있다. Niklas Luhmann, 법사회학, 강희원 역, 한길사, 2015, 66면.

15) 강희원 앞의 논문, 12~17면 참조.

16) 강희원, 위의 논문, 17~18면. 사회학에서 체계는 개인이나 집단과 같은 사회적 단위의 상호작용을 분석하는 데에 기본적인 범주로 사용된다.

17) 이상은 강희원, 위의 논문, 17~18면.

18) Thomas Vesting, 시작도 없고, 끝도 없다-법의 체계이론: 법학과 법도그마틱에 대한 도전, 김성돈 역, 법과사회 제21권, 법과사회이론학회, 2001, 301면; 김연식, 체계이론에 따른 국제투자법의 이해: 세계화 시대에서 법의 기능과 개념을 중심으로, 법학논집 제18권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013, 427면; 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사, 2000, 198면.

19) Thomas Vesting, 위의 논문, 301면.

20) Niklas Luhmann/강희원 역, 위의 책, 596면.

21) 강희원, 위의 논문, 15면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

요소 간의 상호작용뿐만 아니라 신의칙을 매개로 법과 외부적 환경세계와의 상호작용까지 포섭하는 일체로서의 법에 대한 이해를 기능주의적 방법론이라 한다.[22]

특히 체계이론은 비교법적 연구방법에서 필수불가결한 사고를 제공한다. 각각 다른 체계에서도 유사한 구조를 지닐 수 있고 전혀 다른 구성요소를 지닌 체계에서도 구조적 동일성이 있을 수 있기 때문이다.[23] 이에 따라 법률관계의 형평을 구현하는 방법론에 있어서 신의칙에 관한 기능주의적 해석의 출발점은 기본적으로 하나의 규범체계는 특정 법문화에서 발생하는 사회적 필요나 이익들에 대한 일종의 대응체계에 해당된다는 기능주의의 기초적인 인식에서 출발한다.[24] 이러한 인식으로부터 각 체계는 구조요소로서 신의칙의 기능에 의존하여 법률관계의 형평이라는 공통된 목적을 지향하고 있으며 비록 신의칙을 명문화하지 아니한 체계에서도 동일한 기능을 지닌 상이한 구성요소의 안정적 결합관계에 의하여 이러한 목적이 성취되고 있음을 비교법적 관점에서 논증할 수 있게 된다. 체계구조의 기능성에 관한 유사성을 비교한다는 측면에서 이를 비교법 기능주의라 한다.[25] 따라서 이 논문에서 제시하는 신의칙에 관한 기능주의적 해석이란 계약관계의 형평·공평·균형이라는 법적 이상을 성취하는 데 있어서 대륙법계·영미법계를 비롯해 협약과 같은 각각의 독립된 법체계마다 합목적적으로 내재된 체계구조의 기능성의 관점에서 그 결과론적 유사성에 접근하는 해석방법을 의미한다.[26]

기능주의적 관점에 의하면 국제사회의 지난한 협상과정을 통해 탄생한 협약은 국제물품매매에 관한 통일규범으로서 이를 준거법으로 설정한 특정 사회체계의 하부체계에 해당된다. 동시에 협약은 물품매매에 관한 국제적 갈등을 해결하는 하나의 기능체 역할을 수행한다.[27] 협약 내에서도 특히 대륙법에서 계수된 신의성실 개념에 의하면 타 규정과 동일 선상에서 그 자체로서 고유의 기능을 갖는 것이 아니라 사안에 따라 상이한 재판규범이 형성되기도 한다. 이처럼 신의칙과 같이 추상적이고 일반적인 법원칙에 대하여는 기능체로서의 역할에 대한 충실성과 합목적적인 관점에서 해석해 나갈 필요가 있다. 이와 같은 문맥에서 신의칙에 관한 기능주의적 해석은 무엇보다 협약상 신의

22) 이상에서 강희원, 앞의 논문, 12면 이하 참조.
23) 강희원, 위의 논문, 14면.
24) 김도균, 법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론, 법사학연구, 제34호, 한국법사학회, 2006, 296면.
25) 김도균, 위의 논문, 296면.
26) Pierre Legrand, Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions, Cambridge University Press, 2003, p. 102.
27) 김도균, 위의 논문, 296면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

칙의 의미와 그 실질적 역할에 관한 관점에 대하여도 제7조 및 개별조항을 비롯한 협약 내재적 구조를 통해 계약관계에서 일반적인 신의칙을 적용한 것과 유사하거나 동일한 기능적 동질체(functional equivalents)를 도출할 수 있을 것인지에 근본적인 초점을 둔다.[28] 이를 긍정할 경우 적어도 오늘날 협약 제7조의 신의칙에 관한 규범적 불명확성의 문제에 있어서는 통일규범으로서 협약의 실질적 효용성을 담보할 수 있을 것이기 때문이다. 이처럼 협약상 신의성실 개념에 대한 기능주의적 접근은 국제적 기준의 신의성실에 대한 이해와 판단에는 상이한 체계에 대한 비교법적 연구가 필수적으로 선행되어야 함을 전제하므로 비교법 기능주의적 연구방법을 채택한다.[29]

마지막으로 이상에서 신의칙에 관한 기능주의적 방법론은 법을 사회현상의 일부로 파악하고 서로 다른 법체계에 존재하는 법제도의 작용체계와 법문화적 형성 요인에 관한 분석 및 비교를 요구하는 점에서 법사회학과도 긴밀한 상관관계에 놓여있다.[30] 사회적 현상으로서 협약의 제정은 법발전에 따른 역사적 현상이기도 하며 다양한 법체계 사이의 상호관계성 속에서 유기적으로 생성되고 발전한 새로운 환경세계의 결과물이다. 특히 기능주의의 관점에서는 협약의 신의칙 개념은 인접한 이질적인 법체계 사이의 상호 관련성이 증가함에 따라 대륙법 및 영미법의 방법론적 결합에 의하여 형성된 협약 자체적인 법개념인 점에서 국제거래질서에 새로이 생성된 법사회학 현상에 해당된다. 이러한 관점에 의하면 협약의 신의칙은 특정 법체계와 무관한 독자적인 국제거래질서이며 여기서의 법규범성이란 사실상 존재하는 국제적 기준의 보편적 신의를 의미하므로 협약상의 체계구조 속에 '살아 있는' 신의성실의 발굴을 과제로 한다.[31]

따라서 본 논문에서 채택한 신의성실의 원칙의 기능주의적 해석에 관한 연구는 오늘날 신의칙에 관한 법문의 기초시에 주요한 대립을 이루었던 영미법 체계와 대륙법 체

28) Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press, 2016, Art. 8, para. 31. 따라서 본 논문에서 제안하는 기능주의적 해석은 종래 '합리성'과 '신의성실'에 대한 일부 기능주의적 관점을 확장한 견해로서, 실질상 계약적 일반원칙설을 취하는 국내외 선행연구 및 우리나라 다수설적 견해를 포괄하여 '기능주의'라는 이름으로 형식적 외관을 부여하고자 한다. 기능주의적 접근은 해석론에 의하여 협약상 신의칙의 규범성을 확장시키는 점에서 역동적인 접근(dynamic approach)이나(Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary, C. H. Beck, 2018, Art. 7, para. 26), 자유주의적 접근(liberal approach)과(UNILEX USA : U.S. District Court, S.D., New York, 98 Civ. 861, 99 Civ. 3607, 10.05.2002) 실질상 큰 차이가 없다.

29) Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, Manz, 1986, p. 38~39; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 24.

30) 조규창, 비교법 상, 소화, 2005, 91~92면; Niklas Luhmann, 사회의 법, 윤재왕 역, 새물결, 2014, 30면 이하 참조.

31) 조규창, 위의 책, 92면; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2018, 113면; 변용완, 계약구속력의 근거로서 관계적 계약이론에 관한 연구, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2013, 132면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계를 중심으로 신의성실 개념의 규범적 이해에 관한 법사학적, 비교법적, 법사회학적 연구를 기초로 한다. 무엇보다 협약이 오늘날 기능주의 비교법학의 중요한 성과 중 하나로 평가되는 점은 본 논문에서 채택한 기능주의적 연구방법의 주요한 근거가 될 수 있다.[32] 기능주의적 비교방법에 의하면 대륙법 체계와 영미법 체계처럼 방법론적으로 상호 조화 불가능한 구조를 지닌 법문화 사이에서도 신의칙과 같은 구체적인 법적 문제에 대하여 전통적으로 형성된 법원칙에 의하여 일견 유사하거나 동일한 결론에 도달할 수 있음이 주장되었고 이러한 시도의 결과가 국제물품매매규범의 통일을 위한 연구의 시초가 될 수 있었기 때문이다.[33]

## 2. 연구의 범위

협약 제7조의 신의 준수 요건에 관한 기능주의적 접근 및 해석은 '국제적 기준의 신의성실'에 대한 이해와 판단에는 비교법적 연구가 필수적으로 선행되어야 함을 전제한다.[34] 이에 따라 제2장에서는 협약이라는 동일한 규범체계 내에서 영미법과 대륙법 각각의 법학방법론에 따라 규범성의 차이가 큰 것으로 판단되는 신의성실 개념의 기원적인 배경에 관하여 고찰한다. 적어도 유럽 문화권의 사법질서가 유럽대륙법권과 앵글로색슨법권으로 크게 구분되기 이전에 전승된 것으로 볼 수 있는 신의성실의 원칙은 인류 공통의 사법유산으로서 각 법문화마다 공통적인 기원을 공유하고 있을 것이고 이는 각 법문화에서 공통으로 채택한 협약에서도 신의칙의 의미와 기능에 관한 규명에 있어서 중요한 시사점을 제공할 수 있을 것이기 때문이다. 무엇보다 오늘날 물품매매규범에 관한 세계민법으로서 협약이 적용되는 법률영토는 고전기(古典基)[35] 로마법의 신의

32) 권철, 동아시아 비교민법학의 현황과 과제: '법계수'에서 '법비교'로, 저스티스 통권 제158-2호, 한국법학원, 2017, 305면.

33) 라벨(Rabel)의 연구를 기초로 협약에 관한 제1차 초안이 1935년 작성될 수 있었다. 박정기, 비교법의 성과로서의 사법의 국제적 통일, 법학논고 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 153면; 신의칙과 같이 각 법문화에 본질적으로 내재된 법원칙의 기능적 공통성에 관한 연구는 Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000 참조.

34) Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, Manz, 1986, p. 38~39. "Whether or not effective international standards of good faith can actually be determined must be left to the studies in comparative law."; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 24.

35) 로마법사의 시대구분은 크게 귀족정(B.C. 753~B.C. 367), 공화정(B.C. 367~A.D. 27), 원수정(A.D. 27~284), 전주정(A.D. 284~565)으로 구분되는데, 로마법문화의 발전은 법제도뿐만 아니라 정치, 경제, 사회 모든 영역에서 전성기를 구가한 원수정기에 가장 융성하였다. 고전기 로마법이란 원수정기 중에서도 로마법학이 가장 발달한 절정기를 법문화 일반에 대한 가치평가의 측면에서 칭하는 용어이다. 최병조, 로마법강의, 박영사,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성실이 영향력을 미쳤던 적용범위에 비견될 수 있다. 따라서 그 기원에 관한 고찰을 통해 협약에서도 신의칙의 기능에 대한 이해에 중요한 착안점을 제공할 수 있을 것이다.

제3장에서는 영미법 체계에서 전통적으로 인식되고 있는 신의칙과 중세의 법학방법론을 거쳐 대륙법 체계에 의하여 전승되고 있는 신의칙의 의미와 기능에 관한 규범적 태도를 기능적 확장성의 관점에서 고찰한다. 역사적으로 법체계상의 형평을 위한 법적 쇄신의 필요성은 영미법뿐만 아니라 대륙법에서도 공통적으로 요구되었던 문제의식이었지만 형평의 구현을 위한 방법론에 있어서 양자는 특히 신의칙에 관한 규범적 관점에 있어서 전혀 다른 방법론을 취하였다. 그러나 고전기 로마법 이후 신의칙은 인류 법문화의 공통적인 사법유산에 해당하므로 설령 각각 다른 체계 내에서 명문의 신의칙을 채택하지 않았다고 하더라도 그 적용과 기능적으로 유사한 결과를 성취하는 것으로 판단되는 구성요소가 존재한다면 이에 대한 고찰은 협약에서도 일반적인 신의칙을 적용한 것과 유사하거나 동일한 기능체를 도출할 수 있을 것인지에 관한 본 논문의 목적에 응당 부합하는 방법론에 해당할 것이다. 이를 토대로 영미법 체계와 대륙법 체계에서 기능적으로 확장된 신의칙에 관한 비교법적 분석을 통해 협약 제7조 제1항 신의 요건의 문제 해결에 중요한 단서가 될 시사점을 도출해보고자 한다.

제4장에서는 국제물품매매계약에 관하여 독립적이고 통일적인 규범체계인 협약의 연혁과 신의칙의 입법과정을 개관하고 제7조의 해석원칙 중에서도 종래 학설과 판례에 의하여 적용되어 왔던 신의 준수 요건에 관한 규범적 관점을 종합적으로 고찰하고자 한다. 특히 다음의 제5장과의 관계에서 제4장의 역할은 본 논문이 제시하는 신의칙에 관한 기능주의적 해석을 제시하기 위한 규범적 이해를 제공한다는 점에서 그 의의가 있다. 이에 따라 신의성실의 원칙은 협약 내에서 단순히 해석원칙에 그친다는 견해와 계약당사자 사이의 법률관계에 직접적으로 영향을 미친다는 대립되는 견해를 중심으로 협약 제7조 제1항 및 제7조 제2항에서 종래 학설 및 판례에 의하여 규범적으로 도출해 왔던 신의칙을 비판적인 관점에서 검토한다.

제5장에서는 앞서 신의칙에 관한 기원적 배경, 영미법 및 대륙법의 신의칙에 관한 비교법적 분석, 협약 제7조 신의칙의 규범적 이해에 관한 고찰을 토대로 협약이라는 단일체계 내에서 이질적인 법문화에서도 공통적으로 수용할 수 있는 신의칙의 의미와 역할을 고찰하고자 한다. 특히 제4장에서의 규범적 이해와 제3장에서의 비교법적 고찰

1999, 264면, '로마법사 시대구분 및 각 시대별 중요사항' 표 참조; 현승종/조규창, 로마법, 법문사, 1996, 62면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 연장선상에서 협약 제7조의 신의성실과 협약의 개별조항에서 발현된 합리성 개념과의 관계를 재설정함으로써 협약에서 대륙법계 신의칙의 기능을 대체할 수 있는 기능적 동질체에 관하여 고찰하고자 한다. 이를 토대로 영미법과 대륙법을 비롯해 고대 로마법에서부터 공통적으로 확인되는 신의칙의 기능적 확장성의 관점에서 협약상의 체계구조에서 합리성의 원칙과의 관계에서 신의칙의 기능을 재검토한다.

마지막으로, 제6장에서는 이상의 고찰 결과를 종합하여 국제물품매매계약에 관한 유엔협약에 적용될 협약 자체적인 신의성실의 원칙에 대한 기능주의적 접근방법의 결론을 제시하고자 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제2장 신의성실의 원칙의 배경

## 제1절 서언

협약 제7조 제1항에서 규정된 신의칙은 그 법규범성에 관한 다양한 이견에도 불구하고 법이 지향하는 형평의 정신을 안정적으로 구현하기 위해 협약상의 체계구조에 유입된 점에서 로마법의 신의칙과 그 기원을 같이 한다. 역사적으로 오늘날의 신의칙에 관한 모든 논의는 로마사회 특유의 정신유산이었던 피데스(fides)로부터 신의성실(bona fides)이란 이름으로 법원성이 부여되는 과정에서 연유한다. 즉 신의칙의 법원성은 비규범적 사회윤리의 규범력이 결과적으로 로마법의 권리구제기능에 미쳤던 실질적인 법제도적 영향력에서 기원한다. 신의성실의 규범력은 역사적으로 엄격한 시민법적 권리구제의 한계상황에서 성의소송을 통해 법률상 최대한의 적용범위를 획득하였다. 이에 따라 정태적인 실정법질서에도 법외적 요소를 지닌 법개념을 통하여 개방적인 규범성이 허용된 것으로 볼 수 있으므로 이에 관한 자연법적 기원을 고찰할 필요가 있다. 법에 대한 체계이론의 관점에서는 협약의 신의칙이 어떠한 법규범성을 지니든지 전통적으로 신의칙의 기능에 의하여 구현되어 왔던 법적 이상은 협약상의 체계구조에서도 동일하게 성취되어야 할 동일한 가치이기 때문이다.

신의칙의 자연법적 기원에 관한 전제는 오늘날 이미 보편화되어 있다. 신의칙을 최초로 규정한 나폴레옹 법전이 편찬될 당시에도 신의성실에 관한 규범적 이해를 규명할 학문적 논의는 거의 찾아볼 수 없었으나 이러한 자연법적 기원에 관한 점에는 이견이 없었다고 한다.[36] 성의소송에 의하여 제도적 법원성이 부여되기 이전의 신의성실은 로마 사회 특유의 사회윤리적 행위가치였던 피데스에 그 기원을 두고 있다. 피데스는 그리스 철학의 영향을 적지 않게 받은 비규범적 사회질서로 추측된다.[37] 특히 아리스토텔레스적 형평은 로마적 형평에 영향을 미치고 로마인의 법체계에서는 신의성실이라는 행위가치의 이름으로 한 차원 더 구체화되었다. 로마의 신의칙은 영국의 형평법이나 독일의 신의칙과 같이 근대 실정법 체계에 신의칙이 정립되는데 중요한 이론적·사상적 토대를 제공하였다. 이와 함께 로마의 자연법사상에 중요한 이론적 토대를 제공하

36) Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, European Contract, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guding Principles, Model Rules, Sellier, 2008, p. 155.
37) C. C. Turpin, Bonae Fidei Iudicia, Cambridge Law Journal, Vol. 23, Issue 2, 1965, p. 262.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

며 영향력을 미쳤던 스토아철학도 로마법문화의 근저에 자리하며 신의성실을 중심으로 한 권리구제체계에 실질적인 변화를 야기하였다. 로마법의 신의성실 개념도 스토아 사상의 영향을 받아 구체적인 시민법적 윤리개념으로 전환된 다양한 사례 가운데 하나로 볼 수 있다.

이와 같이 신의칙의 기원에 관한 배경을 살펴보면 비단 협약뿐만이 아니라 오늘날 제2의 법전편찬시대라 할 수 있을 만큼 활발해진 사법통일에 관한 논의에 있어서도 법이 지향하는 가장 본질적인 가치를 기능적으로 어떻게 구현할 것인가라는 기능주의적 관점에서 접근해야 한다는 시사점을 얻을 수 있다. 따라서 이하에서는 우선 철학적인 관점에서 로마법의 신의성실에 중요한 사상적 기반을 제공하고 실질적인 형평법적 쇄신의 토대가 된 아리스토텔레스적 형평과 스토아 사상에 대하여 개관해보고자 한다. 다음으로 역사적인 관점에서 로마인이 공유했던 사회유대적 윤리개념인 피데스의 의의를 규명하고 고대 권리구제체계의 발달과정에서 형성된 신의성실의 동태적인 기능성과 규범적 개방성 그리고 성의소송을 통해 최대한의 법원성을 획득한 신의성실의 의의에 대해서 고찰해보고자 한다.

## 제2절 신의성실의 원칙의 기원

### 1. 신의성실 개념의 철학적 기원

오늘날 신의성실의 원칙은 로마인의 시민법적 윤리개념이었던 피데스가 로마법에서의 권리구제절차에 유입되면서 획득하게 된 제도적 법원성에서 연유한다. 법원칙으로서 신의칙의 의미와 기능을 고찰하기 위해서는 우선 그 사상적 원류를 먼저 이해할 필요가 있다. 법사상적인 측면에서 신의칙의 정신은 피데스가 법원성을 획득하기 이전, 즉 로마적 형평의 입법적 결과물이라 할 수 있는 신의성실이 규범력을 나타내기 이전에 로마인의 공적 행위가치 개념을 형성시킨 자연법적인 요소에서 발원하기 때문이다. 이러한 신의칙의 자연법적 기원성에 관하여는 대체로 이견이 없어 보인다. 동일한 국가 질서 내에서 실정법 질서와 자연의 법이 구분되었을 시기에 후자인 자연법은 공동체의 현실생활에도 영향을 미치며 실정법의 적용이 부적절한 경우에 규범력을 나타냈다. 특히 아리스토텔레스적 형평은 현실적으로 부적절한 실정법질서에 대한 보정기제로서 오늘날 우리에게 신의성실의 정신이 터 잡고 있는 자연법상의 가치가 실정법질서



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

내에도 존재함을 시사하고 있다.

이하에서는 오늘날 법과 도덕의 기능적 가교 역할을 수행하는 일반적인 법원칙으로서 신의칙의 사상적인 원류에 관해 고찰해보고자 한다. 현대적 의미에서의 신의성실도 법이 지향하는 근본 가치에 의한 2차적 보충이 요구되는 법개념이므로 이러한 한계를 벗어나서는 아니 되기 때문이다.

### 가. 실존적・이념적 자연법론의 발달과 형평개념

신의성실이 내포하고 있는 인류의 정신유산은 자연상태의 인류에게 보편적인 가치의 세계가 존재한다고 믿은 그리스 사상가들에 의해 처음 주장되었다. 이들 중 초기 사상가에 해당하는 소피스트는 그리스 아테네의 정치적 혼란기를 배경으로 처음 등장하였다.[38] 소피스트의 자연관은 아테네 시민 대부분이 정치에 대한 독립적인 통찰력을 지닌 낙관적 인간상을 전제로 함으로써 개별적 인간의 정치형성적 역할을 긍정했다는 점에서 민주질서의 인간학적 기초를 놓은 것으로 평가되기도 한다.[39] 그러나 이러한 기여에도 불구하고 오늘날 신의성실의 법개념이 터 잡은 보편적이고 절대적인 가치의 세계를 알지 못함으로써 더 나은 시민사회를 만드는 데에는 기여하지 못했다는 한계가 존재한다.[40] 이는 인간의 본성을 통해 법을 밝히려 하는 자연법 이념에 있어서 소피스트가 취했던 실존적인 관점에서 기인한다. 이에 따르면 법이란 중요한 생존요구에 대한 행위에서 기인하거나 각각의 상황에 따른 결정에 불과하다.[41] 즉 존재로서의 인간을 바라볼 때에 감정이나 충동에 좌우되는 것으로 인식한 점에서 소피스트를 실존적 자연법론자라 한다면 이에 대하여 이념적 자연법론자들은 인간의 본성을 이성, 즉 로고스로 규정하고 이성적 통찰을 통해 법을 도출하려는 경향을 보인다.[42] 따라서 신의성실과 사상사적으로 동일한 계보에 서 있는 '정의'나 '선'과 같은 보편적 가치에 대한

38) 폴리스를 기반으로 형성된 그리스의 도시국가 중에서도 아테네가 자연법사상의 주요한 등장 배경이 될 수 있었던 이유는 작은 도시국가 중 하나에 불과했던 아테네가 세 차례의 페르시아와의 전쟁에서 최종 승리(B.C. 480)를 거두면서부터였다. 대국과의 전쟁에서 승리하면서 아테네는 전에 겪어보지 못한 인적・물적 풍요를 누리게 되었는데 이러한 사회・정치적 환경변화로 인하여 강성해진 아테네의 권력자들은 효율적인 지배체계를 구축하기 위한 사상적 기반에 갈급해 있었다. 이때 외부인으로서 정치적 혼란기의 아테네로 유입되어 지배층의 이익을 대변한 지식인들이 바로 떠돌이 지식인이라 불리는 소피스트들이었다. 김상용, 자연법론과 법정책, 피앤씨미디어, 2015, 20면.

39) Hans Welzel, 자연법과 실질적 정의, 박은정 역, 삼영사, 2001, 26면.

40) Hans Welzel/박은정 역, 위의 책, 109면.

41) Hans Welzel/박은정 역, 위의 책, 20~21면.

42) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

믿음은 오히려 이후 소피스트를 대항하며 나타난 이념적 자연법론자들로부터 두드러지게 확인된다.

소크라테스는 소피스트의 실존적 자연법론에 대항하여 모든 회의로부터 벗어나 보편적이고 객관적인 질서의 세계가 존재함을 인식하고 문답을 통하여 정의, 선과 같은 보편적 진리를 추구하였다. 소피스트의 사상은 절대가치를 부인한 상대주의로부터 시작하였지만 결국 집단적 주관주의로 발현하여 아테네의 지배계층과 영합하면서 소크라테스와 같은 초기 이념적 자연법론자들의 비판적 성찰을 야기하였다.[43] 소크라테스의 보편적이고 객관적인 진리의 세계에 대한 탐구는 그의 제자 플라톤에 의하여 이데아론이라는 이름으로 지속되었다. 플라톤이 이원론적 이데아론을 통하여 법이론의 이념적 토대를 제공하면서 현실의 실정법 체계에 대한 근본적 한계를 인식하고 이데아 상태의 자연법 가치, 즉 정의에 접근하였다면, 아리스토텔레스는 이데아적 가치와 현실 세계는 분리되어 있지 않다고 하면서 현실주의적인 접근방식을 보였다. 즉 이데아의 세계를 현실에서 접근하는 방식을 취함으로써 자연법도 현실 법질서의 일부를 구성하는 것으로 인식하였다.[44] 따라서 국가 질서 내에서 실정법 질서와 자연의 법이 구분되었고, 자연법은 공동체의 현실생활에 영향을 미치는 점에서 실정법의 세계를 초월하여 존재하는 것이 아니고 실정법의 적용이 부적절한 경우에 규범력을 나타내는 이른바 실정법 체계의 해석론적 역할을 하였던 셈이다.[45]

아리스토텔레스를 기점으로 고대 그리스의 자연법론은 법과 자연상태, 즉 노모스(nomos)와 피지스(physis)의 분리로부터 양자의 통합된 개념으로서 자연법의 개념을 인지한다.[46] 플라톤은 현실의 실정법이 모두에게 정의로운 최상의 것을 담아내기란 불가능하며 어떠한 방법에 의하여도 항구불변의 지속가능한 법질서를 세울 수는 없을 것이라는 실정법적 한계를 인식하였는데[47] 아리스토텔레스는 여기서 한걸음 나아가 이러

43) 소크라테스는 내적으로는 소피스트의 주관성을 심화시키는 한편, 외적으로는 회의로부터 벗어나 객관적 진리를 추구함으로써 주관주의와 상대주의를 극복하고 윤리적 인격성을 심화시켰다고 평가된다. Hans Welzel/박은정 역, 앞의 책, 32~34면.

44) 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, 115면.

45) 박은정, 위의 책, 116면.

46) 플라톤에 이르러 두드러진 대립관계에서 확인되듯 이전까지 자연법은 그 자체로 성립할 수 없는 모순에 가까운 개념이었다. Plato, Laws 889e, reprinted in John M. Cooper, ed., Plato: Complete Works 1318, 1546-47, 1997. 그러나 아리스토텔레스 이후 처음으로 이 둘은 정치이론에 의하여 통합의 전기가 마련된다. 다만 저서를 통해 확인 가능한 그의 사상에서 자연에 따른 법개념은 심화되지 않았으므로 자연법이라는 용어 또한 상세하지 아니하다.

47) Hessel E. Yntema, Equity in the Civil Law and the Common Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, Issue 1-2, 1966, p. 63.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 비판에 정면으로 직면하여 정의의 영역에 형평 개념을 통합하고자 하였다. 아리스토텔레스 이전 시기에 형평이란 선, 중용, 관용, 용서, 경직된 실정법의 완화, 관대한 처분과 같은 여러 가지 의미를 내포한 불명확한 개념이었다.[48] 플라톤에 이르러 실정법의 경직성을 논할 때에도 형평개념은 그 한계를 보완하는 법원칙으로 전혀 고려되지 아니하였고 법의 영역 밖에 머물러 있었지만, 아리스토텔레스는 형평개념을 한 차원 정교하게 다듬어 무엇이 정의롭고 합리적인 것인가라는 단일개념으로 재설정하였다.[49] 이데아의 세계에 대한 상이한 접근방식으로 인하여 자연법적인 가치인 형평개념에 대하여 플라톤은 현실세계의 법질서로부터 벗어난 변형된 개념으로 인식했던 반면, 아리스토텔레스는 현실적으로 부적절한 실정법질서에 대한 보정기제로 인식하면서 큰 차이를 나타냈다.

결국 아리스토텔레스에 따르면 형평이란 엄격한 실정법질서와 분리된 것이 아니라 이데아의 세계, 즉 법적 정의를 목적적으로 실현하고자 하는 과정에서 발생하는 필수적인 발전과정의 부산물[50]로서 오늘날 우리에게는 신의성실의 정신이 터 잡고 있는 자연법상의 가치가 실정법질서 내에 존재한다는 중요한 시사점을 제공한다.

### 나. 아리스토텔레스적 형평과 신의성실의 원칙

아리스토텔레스는 법질서에 의해 규율되는 인간 상호관계의 평등을 통해서 정의를 분별해 냈다.[51] 따라서 그에게 법적 정의는 소유에 있어서 부정의(不正義) 상태의 회복과 깊은 연관이 있었다. 또한 그에게 법이란 인간사회의 부정의 상태를 해소하기 위해 존재하는 것으로서 거래당사자간 평형관계의 교란요소를 분별해 내는 것이 곧 법적 정의의 실현과 밀접하게 맞닿아 있었다.[52] 형평은 이 과정에서 정의의 가치와 문맥을

48) 아리스토텔레스 이전의 형평에 대하여는 Max Hamburger, Morals and Law: the Growth of Aristotle's Legal Theory, Yale University Press, 1951, p. 90~91. 예컨대 형평의 의미에 대하여 헤로도투스는 엄격한 법적용보다 선호되는 것으로, 투키디데스는 연민, 수사(修辭)에 대한 감수성과 함께 국가를 위험에 빠뜨리는 3요소 중 하나로, 고르기아스는 완고한 정의, 법의 가혹함과 반대되는 것으로, 데모크리투스는 호전성(好戰性)의 반대개념으로, 아리스토파네스는 옳고 적절하다는 의미로 사용하였다. 플라톤은 관용의 의미로 사용하면서 이는 진정한 법과 완전한 것으로부터의 이탈을 의미한다고 하였다.

49) Hessel E. Yntema, op. cit., p. 63.

50) Ibid.

51) 아리스토텔레스는 정의로부터 사회적인 덕으로서의 특징을 발견했다는 점에서 플라톤보다 더 정확하고 구체적으로 정의를 규정하고 있다. 그에게 정의란 다른 사람과 관계된 덕이었다. Hans Welzel/박은정 역, 앞의 책, 55면.

52) Hessel E. Yntema, op. cit., p. 65.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

같이하는 개념으로서 기능적으로는 실정법 질서의 교정적 역할을 수행하였다.

아리스토텔레스 당대에도 오늘날 현대법학의 입법론적 한계와 마찬가지로 현실세계의 실정법질서로는 모든 사례의 합리적인 타당성을 고려한 구체적인 법적 정의를 실현하기란 불가능하였다. 따라서 그에게 법적 정의란 실정법의 적용과 강제를 통해서만 실현되는 제한된 의미의 정의가 아니라 오히려 실정법 체계의 생래적인 한계를 극복하면서까지 지향하고 응당 실현해야 할 정치공동체의 절대적 정의에 보다 가까웠다. 이러한 맥락에서 엄격한 실정법체계에 의한 일반적인 규칙들로는 해결할 수 없는 문제의 본성을 담아내기 위해서도 권리구제에 있어서 형평은 반드시 필요한 가치였던 것으로 이해된다. 나아가 형평개념은 재판과 같은 사법적 권리구제절차에 있어서 실정법 체계의 흠결 및 엄격한 법형식주의로 인하여 고려하기 어려운 특수한 경우의 구체적 타당성에 있어서도 법적 정의를 실현할 수 있는 보정체계로 이해되기도 하였다.[53]

형평과 실정법적 질서의 관계에 대한 이러한 교정적인 관점은 곧 사법체계에 있어서 법적 정의의 실현을 위해서는 필연적으로 기존 법질서로부터의 이탈이 수반됨을 의미하기도 하였다. 왜냐하면 형평개념의 실천적 적용에 있어서 일정한 규칙에 의할 경우에는 곧 실정법 질서의 경직성이라는 한계를 다시 드러낼 것이기 때문이다. 반대의 경우, 즉 일정한 방향성이 없이 자의적일 경우에는 형평개념에 의한 법적 정의의 실현은 그 자체로 통일성의 결여라는 문제에 직면하게 된다. 따라서 아리스토텔레스의 형평에는 단순한 준법을 의미하는 법률적 정의와 자연법적 가치를 상징하는 법적 정의의 가교 역할까지 요구되었는데, 이점에서 아리스토텔레스의 형평개념은 법적 안정성과 실천적 타당성 사이의 균형적인 조화 요소로 평가되기도 한다.[54]

아리스토텔레스적 형평이 시사하는 바를 현대적 의미에서 재해석해보면, 우선 형평개념은 실체 면에서 실정법 질서에서 무엇이 정의로운 것인가라는 표준을 제공하였다. 물론 형평의 실질적인 내용에 대한 이러한 언급은 성질상 매우 다양한 문제와 논쟁을 야기할 수 있다. 그러나 적어도 아리스토텔레스에게 형평의 정신에 부합하는 행위는 대체로 인간적임과 공평개념에 포괄되는 것으로 이해된다.[55] 수사학에 나타난 아리스토텔레스적 형평의 명제를 의미단위의 순서대로 정리한 내용을 요약하면, 첫째 형평은 행위의 총체적인 상황에 대한 인간애적 고려를 나타냄으로써 행위의 판단자는 구체적

53) 이상에서 김비환, 플라톤과 아리스토텔레스의 정치철학과 변증법적 법치주의, 성균관대학교 출판부, 2011, 223면.
54) Hessel E. Yntema, op. cit., p. 65.
55) Max Hamburger, op. cit., p. 102.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

타당성을 지향해야 함을 강조한다. 둘째, 형평은 유일한 존재로서의 개인이 아닌 타인과의 관계 하에서만 존재하는 사회적 동물로서의 인간이 갖추어야할 도덕적 상호성, 즉 로마에서는 법개념으로서의 신의성실과 일면 유사한 개념으로 이해된다.[56] 셋째, 형평은 언어를 갖고 타자와의 교류 속에서 화합을 추구하며 살아가는 정치적 동물로서의 인간이 갖추어야 할 도덕적 특성을 의미한다.[57] 아리스토텔레스적 형평의 의미에 대하여는 이상의 세 가지 명제가 모두 인간적임과 공평으로 수렴된다고 한다.[58] 이에 따르면 형평은 인간생활 영역에서 가장 높은 차원의 정의의 실현임을 의미한다.[59] 결국 인간적임과 공평이란 실천적인 면에서 과하거나 부족하지 않게 각각의 몫을 부여하는 형평의 기능적 특징을 의미한다.[60] 그리고 이 기능적 특징은 동시에 형평의 본질과 일치한다.[61] 형평과 정의의 개념상의 차이를 구분하지 아니한 로마에서도 정의란 마찬가지로 "각자에게 각자의 몫을 부여하려는 항구적인 의지"를 의미하였고 이는 본질적으로 형평의 기능적 특징과 일치한다.[62]

이상에서 살펴본 형평의 본질을 통해 앞서 문제의 출발점이었던 실정법의 한계로 다시 돌아가면, 형평이란 실정법의 일반적인 질서로는 적절한 해결을 도모할 수 없는 구체적인 사례에 있어서도 과하거나 부족하지 않게 각자에게 각자의 몫을 부여함으로써 법적 정의를 실현하고자 적용되는 예외적인 질서로 정의내릴 수 있다. 이 점에서 형평은 실정법 질서의 교정제라기보다 오히려 실정법을 통한 법적 정의의 교정제에 더 가까운 것으로 이해된다.[63] 이에 따르면 아리스토텔레스적 형평이란 엄격한 실정법에 의한 법적 정의와는 명확히 구분되며, 실정법적 한계상황에서는 이보다 우위에서 절대적 정의를 지향하기도 하는 정의의 한 방편인 것으로 이해된다.[64] 따라서 아리스토텔레스

56) 남궁술, 형평에 대하여: 그 역사적 조명과 아리스토텔레스的 정리, 법철학연구 제8권 제2호, 한국법철학회, 2005, 141면.
57) 남궁술, 위의 논문, 142면. 형평의 도덕적 특성을 '도량' 또는 '관용'과 일치하는 것으로 보는 견해도 존재한다.
58) Max Hamburger, op. cit., p. 102.
59) 아리스토텔레스는 법과 정의를 필연적으로 인간생활의 영역에서 정의하였다. 따라서 인간적임이란 한편에는 신의 본성 그리고 다른 한편에는 동물의 본성과 반대되는 영역임을 의미하였다. Max Hamburger, op. cit., p. 101~102.
60) 남궁술, 위의 논문, 144면.
61) 남궁술, 위의 논문, 144면.
62) Justinian, Digest, 1. 1. 10 pr. "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi(정의(Iustitia)란 각자에게 각자의 권리를 부여하고자 하는 확고하면서도 항구적인(constans et perpetua voluntras) 의지이다)".
63) Aristotle, Nicomachean Ethics(translated by David Ross, Oxford University Press, 2009, 1137b 30~35, "Equity, a corrective of legal justice".
64) Ibid, 1137b; Anton Hermann Chroust, Aristotle's Conception of Equity(Epieikeia), Notre Dame Law



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 형평에 터 잡아 그 사상적 원류를 찾을 수 있는 신의성실 개념을 불명확한 표준에 의한 실정법적 교정제로 이해하는 것은 형평의 실질을 다소 오인한 결과에 가까운 것으로 이해된다. 오히려 신의칙을 매개로 한 형평의 적용은 실정법으로부터의 자의적 이탈을 묵과하는 법허무주의의 산물이 아니라 입법자의 입법기능을 존중하고 입법의 경직적 한계에 탄력기제를 제공함으로써 절대적 정의를 실현하고자 하는 법순응주의의 성과로 이해하는 견해가 더 바람직할 것으로 생각된다.[65]

아리스토텔레스적 형평은 이후 로마에서는 선과 형평(aequum et bonum), 즉 신의성실(bona fides)과 로마적 형평(aequitas)의 모범이 되었고,[66] 로마법에 있어서도 더 이상 눈에 띄는 개념적인 발전을 찾아보기 힘들 정도로 한편으로는 진일보한 정의의 한 방편이었으며, 다른 한편으로는 정의의 본성을 온전히 담아내기에는 그 자체로 본질적 한계를 지닌 개념이었다. 형평은 로마인의 법체계에서 법원성을 획득하면서 신의성실이라는 행위가치의 이름으로 한 차원 더 구체화되어 영국의 형평법과 독일의 신의성실(Treu und Glauben) 등 근대 실정법 체계에 신의성실의 원칙이 정립되는데 중요한 철학적 토대를 제공하였다.[67] 나아가 자연법 이념을 기반으로 편찬된 근대의 법전들은 우리 민법에 대하여도 법의 계수에 의하여 직접적인 법사상적 계보를 형성하고 있는 점에서 아리스토텔레스의 형평개념은 다양한 법문화에서 신의성실의 원칙의 사상적 기초를 이해하는 출발점으로 평가 할 수 있다.

### 다. 신의성실의 사상적 기초와 스토아철학의 영향

앞서 스토아학파 이전에 활동한 이념적 자연법론자들로부터 신의성실의 원칙이 터 잡은 인류 보편적 가치의 세계, 즉 자연법사상의 원류가 존재해 왔음을 알 수 있었다. 그러나 이전까지의 논의가 자연법과 실정법 모두 법이라는 울타리 안에서 이루어진 것이었다면, 양자를 구분함으로써 실정법을 초월한 자연법의 개념을 비로소 주장한 것은 스토아학파에 이르러서였다. 다시 말해 플라톤과 아리스토텔레스가 이념적 자연법론의 원류를 형성했다면 스토아학파는 여기에 실질적인 외관을 부여한 것으로 이해되고 있다.[68] 스토아철학은 개인의 윤리적 행위가치에 대한 책임을 내면세계의 양심과 직접적

Review, Vol. 18. Issue 2. p. 125.
65) Max Hamburger, op. cit., p. 104.
66) Ibid, p. 104~105.
67) Ibid, p. 105.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로 결부지음으로써 주관적인 도덕성의 독자성을 인정하였다. 스토아철학의 이러한 도덕적 사고의 자율성은 고대에 사례를 찾기 힘들 정도로 어느 때보다 강조되었는데[69] 자연히 스토아철학의 영향을 받은 로마에서도 자유의 개념은 자연법상의 판단 개념으로 이해되었다.[70] 나아가 자유는 법체계의 한계 내에서 비로소 실제로 향유되는 성질을 지니므로 이는 정치영역 뿐만 아니라 사법차원에 있어서도 자연법적 평가와 일치하는 개념이었다.[71][72]

스토아철학으로부터 발전하여 로마에 정착한 자유주의 원리는 제국의 확장과 사회경제적 환경변화를 배경으로 종래의 가(家)를 중심으로 형성된 농경위주의 법문화를 해체하였고, 개인을 법률생활의 기초단위로 인식하는 개인주의적 법문화를 형성하였다. 이러한 로마 법문화 속의 자유주의 원리는 신의성실의 원칙과 형평을 기본정신으로 하는 개인주의적 상거래법의 발달을 촉진시켰다.[73] 고대 그리스의 자연법론은 공화정 후기 제국의 확장으로 상거래 중심의 만민법이 발달하고 경직된 시민법체계의 만민법화가 빠르게 진행되는 과정에서 스토아철학을 통하여 로마상류층을 중심으로 전해졌다.[74] 스토아철학의 영향은 로마의 법제도 자체를 윤리적으로 순화시키는 긍정적인 작용을 수행하여 권리구제체계의 변화에 있어서도 인도주의적인 법발전을 견인하였다.[75]

로마의 자연법사상에 중요한 영향력을 미쳤던 스토아철학은 로마법문화의 근저에 자리하며 실질적인 변화를 야기하였는데, 특히 고대 초기의 법을 기반으로 한 전형적인 행동윤리가 스토아 사상에 의하여 구체적인 신념윤리로 전환되면서 신의성실을 비롯하여 다양한 구체적인 시민법적 윤리개념이 형성되게 되었다.[76] 결과적으로 스토아 철학은 오늘날 신의성실의 원칙의 모태라 할 수 있는 로마법의 신의성실에 있어서 사상적

68) Hans Welzel/박은정 역, 앞의 책, 61면. 시대적으로 스토아학파의 주요 활동시기(B.C. 300~A.D. 200)는 로마 공화정 후기(B.C. 200~A.D. 27) 및 원수정(B.C. 27~A.D. 283)기와 일치하여 로마법의 전성기라 일컬어지는 고전기 로마법의 발전에 비중있는 철학적 기반을 조성하였다. Id. p. 61; 김상용, 자연법론과 법정책, p. 36.

69) Hans Welzel/박은정 역, 앞의 책, 72면.

70) Dimitar Apasiev/Trajce Stojanov, Stoicism and its Influence on the Roman Law, International Journal of Sciences: Basic and Applied Research, Vol. 23, No. 1. 2015, p. 89.

71) Dimitar Apasiev/Trajce Stojanov, p. 89.

72) 로마법(ius romanum)이 'ius perfectus(perfect law)'라 불리는 이유는 이처럼 자연법상의 가치를 담아내고 국가권력이라는 외부적 변수가 아니라 스토아철학의 영향으로 자연법상의 내적 가치에 사상적 기초를 두고 있기 때문인 것으로 이해된다. Dimitar Apasiev/Trajce Stojanov, p. 89.

73) 현승종/조규창, 앞의 책, 29면.

74) 현승종/조규창, 위의 책, 219면.

75) 현승종/조규창, 위의 책, 123면.

76) 조남진, 스토아사상과 로마법, 서양고대사연구 제2집, 한국서양고대역사문화학회, 1994. 46면; 이태재, 법철학사와 자연법론, 법문사, 1984, 101면; 최병조, 로마법·민법논고, 박영사, 1999, 7면. 스토아철학의 지대한 영향으로 후대에 이르러서는 스토아학파를 로마법학의 어머니라고 부르기도 하였다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기반이 된 것으로 평가할 수 있다.[77]

한편 신의성실의 원칙의 형성은 스토아 철학의 영향을 받은 명예법 및 만민법과 밀접한 관련이 있다. 우선 스토아학파의 영향을 받은 로마법은 명예법체계에 의하여 형식주의적인 시민법 질서의 한계로부터 해방된 권리구제시스템을 고안해냈다.[78] 명예법이란 주로 실체법이 아닌 소송상의 절차나 민사소송지휘권을 지닌 법무관의 고시권을 통해 발달한 법체계였다.[79] 명예법은 로마법에서 사실상 법의 창설적 기능을 수행하면서 권리구제를 위한 다양한 법개념의 출현을 촉진시켰는데 신의성실의 원칙도 여기에서 기원하였다.[80] 명예법에서는 공통적으로 법률관계의 규율에 있어서 예컨대 형평이나 신의성실과 같은 최소한의 도덕률이 요청되었다.[81] 고위정무관의 사법기능을 통해 신의칙과 형평이라는 자연법의 정신이 로마의 권리구제체계에서 실질적인 효용성을 발휘함으로써 엄격한 형식주의 탓에 사회경제적 변화로부터 도태된 시민법의 한계가 어느 정도 극복될 수 있었다.

스토아학파의 법사상에서 강조된 올바른 이성과 내면세계의 양심은 인간애를 바탕으로 로마에 전해진 인도주의와 보편주의 세계관과 결합하여 로마 특유의 권리구제체계를 형성하였다. 무엇보다 로마사법에서 법의 창설방법에 따라 시민법과 명예법 체계로 구분된 것과는 별도로, 자연법과 만민법 체계가 존재하였다.[82] 계급 간 갈등에 따른 정

77) 스토아철학이 로마법에 영향을 미치며 신의칙과 같은 자연법상의 가치를 법제에 반영하게 된 결과론적인 과정을 살펴보면 우선, 현대의 역사학자와 철학자들은 로마의 자연법사상에서 발견되는 그리스적 철학 요소를 강조한다. 유스티니아누스 대제의 학설휘찬의 제일 첫 문장에는 스토아학파 법사상의 영향이 선언적으로 나타나 있다. 여기에서 고전기 법학자 켈수스는 법이란 선과 형평의 기술(ius est ars boni et aequi)이라 하였다. Justinian, Digest, 1. 1. 1 pr; 울피아누스는 켈수스의 말을 인용하여 법이라는 명칭 ius는 정의를 의미하는 iustitia로부터 나왔다고 하면서 법학자란 바로 정의를 발굴하고 무엇이 선하고 형평한지를 분별하며 부정의로부터 정의를 그리고 불법으로부터 합법을 구별해내는 선과 형평의 기술을 지닌 성직자로 표현하였다. Justinian, Digest, 1. 1. 1. 1; 나아가 울피아누스는 법학은 옳은 것과 옳지 않은 것을 아는 지식이자, 신의 일과 인간의 일에 대한 분별이라고 함으로써 사법의 문제가 특정 도그마에 의하지 아니한 자연법상의 가치문제임을 명확히 하였다. 이는 초기 로마법학자가 권리구제의 적용 원칙 및 법발견에 있어서 법이론의 일반화 및 추상화의 과정을 거치지 아니하고 사례법학이라는 실용적인 법학방법론을 통해 자연법상의 가치를 법제도에서 구현하고자 한 취지와도 일치한다. Justinian, Digest, 1. 1. 10. 2; 법률가 파울루스의 정의도 켈수스의 정의와 크게 다르지 않은데 그에 따르면 '우리는 항상 형평에 맞고 선한 바 즉 선과 형평(aequum et bonum)을 법이라 부른다'고 하였다. Justinian, Digest, 1. 1. 11 pr; 국문 번역은 한동일, 법으로 읽는 유럽사, 글항아리, 2018, 33면 참조; 통설에 의하면 유스티니아누스의 법전은 자연법사상에 기초하였고, 스토아철학의 자연법사상은 로마법의 기본이념으로 자리하면서 동시대의 법사상을 지배해 왔다. 조남진, 앞의 논문, 49면.

78) C. C. Turpin, op. cit., p. 267.

79) 이 점에서 명예법은 법무관법(ius praetorium)이라고도 불렸지만, 법무관 뿐만 아니라 집정관, 고등안찰관, 재무관, 지방총감 등 무보수의 다른 고위 정무관의 권한으로부터 형성된 법제를 총칭하였다.

80) 남궁술, 앞의 논문, 151~152면.

81) Dimitar Apasiev/Trajce Stojanov, op. cit., p. 91.

82) 현승종/조규창, 앞의 책, 28면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

치적 타협에 의하여 법무관 영역으로 분리된 로마의 사법제도는 이후 로마법의 발달에 중요한 역할을 하였는데, 2명의 법무관이 선출되었던 B.C. 247년에는 추가로 선출된 법무관이 외국인 간의 소송을 관장함으로써, 로마시민만을 대상으로 적용되는 시민법과는 확연히 구분된 만민법이 형성·발달하게 된 계기가 되었다.

고래로부터 축적된 관습법과 12표법을 중심으로 발달한 로마시민법은 고대사회와 마찬가지로 특정 정치공동체의 구성원에게만 유효한 법률로서 발달하였는데[83] 속인주의에 따라 로마라는 지역공동체 구성원에 대하여만 적용된 시민법은 그 폐쇄성과 함께 자연히 엄격한 형식주의적 성격을 지니게 되었다. 정치·사회·경제적 환경변화에 따라 사법기능이 분리된 이후에는 법률생활 공동체의 범위가 로마시민뿐만 아니라 외국인까지 확장되었고, 이에 따라 형식주의로 특징 지워진 시민법과는 달리 외국인까지 포섭하는 개방적인 상거래 중심의 비형식주의적 만민법이 시대적 수요에 부응하면서 발전하였다.[84] 만민법은 비약적인 영토 확장과 넓어진 법률생활권을 통해 자생적으로 발달한 상거래 중심의 법이었다. 따라서 만민법은 특정한 지역공동체를 지향하지 않는 보편성과 다양한 당사자 및 사안에 적용될 수 있는 일반성을 지녔다. 외국인을 관할하는 법무관 제도가 도입되면서 독립된 사법관할의 증가에 따라 독자적으로 축적된 법무관법이 형성되었고, 이는 다시 만민법의 발달을 더욱 촉진시킴으로써 당시의 형식주의적 시민법이 지배한 사법제도에서는 구현하기 어려웠던 형평과 신의에 따른 법원칙이 안착할 수 있는 로마 특유의 법문화가 형성되었다. 결국 법무관의 명예법에서 진화한 만민법으로부터 신의성실의 원칙과 밀접한 관련성이 있는 법사학적 원류가 발견되며[85]

---

83) 현승종/조규창, 앞의 책, 214면.

84) 현승종/조규창, 위의 책, 214~216면.

85) 만민법의 의미는 관점에 따라 다르지만 크게 두 가지로 정리가 가능하다. 우선 자연법상의 보편적 원칙으로부터 만인에 대한 적용가능성을 발견하고 여기에 구속력을 부여하는 관점이 존재한다. 가이우스에 의하면 모든 국가는 고유의 법제와 관습의 적용을 받지만 그 중에는 국가를 불문하고 인류 보편적으로 적용 가능한 법원칙도 함께 존재하는데, 해당 국가에 대하여만 구속력을 갖는 해당국의 고유 법체계를 시민법(civil law)이라 하고 자연법상의 이유로 국가 간의 경계를 막론하고 누구에게나 보편 타당하게 구속력을 부여하는 법체계를 일컬어 만민법(ius gentium)이라 부른다(Justinian, Digest, 1. 1. 9; Gaius Institutes 1). 그러나 이러한 관점에 따르면 시민법의 일부에도 자연법적인 요소가 존재한다는 점에서 시민법과 만민법의 구분이 모호한 경우가 발생하여 만민법은 때로는 시민법의 동격으로, 때로는 자연법의 동격으로 이해되기도 한다(Justinian, Institute, 1. 2. 1). 이상의 자연법으로서 만민법에 관한 관점은 김상용, 앞의 책, 62~63면; 현승종/조규창, 앞의 책, 28면, 218~221면 참조. 만민법을 이해하는 또 다른 관점은 앞서 언급한 분업화된 법무관 운영체계로부터 시작된다. 종래의 법무관 체제로는 지중해 일대 로마의 영토 확장에 의하여 급격하게 증가한 정치·경제적 요구를 수용할 수 없었다. 영토의 확장에 따라 대외적 상거래 관계의 영역도 증가하였고 자연히 법률관계에 있어서도 이질적인 법문화를 로마라는 단일법정 내에서 조화롭게 해결해야하는 어려운 과제가 생겨나게 되었다. 이에 따라 기존의 법무관 체제는 외국인을 상대로 하는 분쟁만을 전담하는 외국인 전담 법무관(Praetor Peregrinus)을 다른 한 축으로 추가하여 이원화된 체제로 변모해 나감으로써, 이민족과의 법률관계가 발생할 경우에 이질적인 법관습을 로마 법질서 내에서 조화롭게 해결할 수 있는 방안을 모



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

만민법이 형성시킨 제도적 기초는 방식서소송(per concepta verba, id est per formulas)체계와 함께 개인 권리구제체계에 신의성실과 형평의 정신이 유입될 수 있는 계기가 되었다.

## 2. 로마법의 신의성실과 그 기원

### 가. 로마인의 신의, 피데스의 의의

로마사회 특유의 행위가치인 피데스(fides)는 그리스 자연법론의 영향 아래 아리스토텔레스적 형평의 정신으로부터 발현하여 스토아 사상에 의하여 구체적인 신념윤리로 전환된 시민법적 윤리개념이자 법적 정의의 교정기제였다. 피데스는 인간의 생활영역 가운데 도덕적 상호성을 갖는 모든 유형의 유대 속에서 보편적 정의를 실현하기 위한 선과 형평의 기술을 함의하였으며 올바른 이성과 입법자 사이의 끊임없는 대화창구 역할을 하였다. 로마인은 이러한 피데스를 인간의 기본 덕목으로서 가장 중요한 요소 중 하나로 생각하고[86] 피데스를 저버리는 행위는 곧 사회적 관계의 단절로 이해하였다.[87] 카토는 로마인이 그들의 지고지선의 주신이었던 유피테르(Jupiter)[88] 신전 옆에 피데스의 신전을 세운 사실을 강조하며 상거래에 있어서 피데스의 준수를 역설했고, 키케로와 막시무스도 피데스에 대하여 각각 “인간 생활의 가장 성스러운 것”이며 “인간 행복에 대한 최후의 담보”라고 하였다.[89] 현대적 의미에서 피데스는 그리스도교의 영향으로 영문 표현상 믿음(faith)으로 받아들이기도 하나 오늘날 특정 용어로 대치하기에는 쉽지 않을 정도로 로마인의 피데스는 훨씬 광범위한 의미를 내포하며 현대적 영문의 의미를 넘어서는 특별한 가치를 지녔다.[90]

---

색하게 되었다. 따라서 종래 시민법의 사각지대에 놓여있던 대외 상거래를 중심으로 한 법률관계는 외지인에게 적용이 곤란했던 유형적인 시민법의 틀을 벗어나 이민족을 포섭하는 새로운 영역의 법체계를 발전시켜 나가기 시작했으므로 좁은 의미에서 만민법은 이민족의 법률관계를 통할하는 법무관 법체계로부터 발전했다고 볼 수 있다. 이상에서 자생적인 상거래법으로서 만민법에 관한 관점은 현승종/조규창, 앞의 책, 214~216면 참조.

86) 현승종/조규창, 위의 책, 54~55면.

87) 현승종/조규창, 위의 책, 54~55면.

88) 로마에서는 라틴어로 ‘유피테르’라 부르는데, 영어식 발음으로는 ‘주피터(Jupiter)’, 그리스식으로는 ‘제우스(Zeus)’라 불리기도 한다.

89) 현승종/조규창, 위의 책, 54~55면.

90) Sara Perley, Fides Romana: Aspects of Fides in Roman diplomatic relations during the conquest of Iberia, A thesis submitted in fulfillment of the degree of Master of Arts, University of Otago, 2012, p.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

피데스의 의미는 법률관계에서는 합의에 따라 의무를 이행하는 것 또는 약속을 정직하게 준수하는 것, 그 밖의 사전적 의미에서 상대방의 의무이행에 대하여 갖는 확신, 신뢰, 믿음의 의미를 내포하고 있고, 정직과 진실성과 같은 윤리적 가치까지 포함한 개념이었다.[91] 키케로도 피데스란 정의의 근간으로서 구체적으로는 말과 합의에 대한 일관성 있는 충실성(constantia)과 진실성(veritas)을 뜻한다고 하였다.[92] 키케로는 피데스의 어원에 대하여 스토아 학파 철학자들이 면밀히 조사한 내용을 차용하여 설명하였는데, 이에 따르면 약속된 것이 잘 이루어졌다는 사실이 피데스라 불리는 주요한 이유가 된다고 하였다.[93] 이를 종합하여 살피건대 본인 또는 상대방 간에 이루어지는 언행으로 구분하여 보면 말은 신뢰를 받을 수 있도록 지켜질 때, 행동은 믿음을 줄 수 있도록 투명한 경우에 피데스가 온전한 상태로 볼 수 있다. 이러한 이해는 오늘날 신의칙의 주관적·객관적 측면이라 할 수 있는 정직성 및 공정성 요소와 비교해보아도 서로 맞닿아 있는 관점으로 생각된다. 이처럼 로마인에게 피데스는 도덕·윤리적인 의미뿐만 아니라, 사회적·종교적·법률적으로 광범위한 의미를 지닌 개념으로서 공동체 생활의 기초를 이루고 있었다.[94]

## 나. 종교적 개념으로서 피데스의 신성성

오늘날까지 이어지는 로마인의 가치였던 피데스의 신성성은 포에니 전쟁으로 거슬러 올라가 처음 확인된다. 이때는 로마가 한창 도시국가로서의 입지를 다지고 이탈리아 반도 내에서의 군사·외교적 영토의 확장을 도모하던 시기였다. 피데스 여신은 로마인의 가치였던 신뢰, 약속, 충성 등의 개념을 의인화한 피데스의 전형으로서 로마인의 피

1.

91) Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, 1953, p. 471; C. C. Turpin, op. cit., p. 262.

92) Marcus Tullius Cicero, De Officiis with an English Translation by Walter Miller, London Heinemann, 1913, p. 25. 로마인은 피데스와 함께 엄숙함(gravitas), 충실성(constantia)을 인간의 기본 덕목으로서 가장 중요하게 생각하였다고 한다. 특히 엄숙함이란 로마에서 '고위공직자로서의 위엄'을 뜻하는 덕목이었는데 후에 영국에서 영국 신사로서의 인격을 나타내는 개념적 토대가 된 것으로 평가된다. 현승종, 앞의 책, 54~55면; Philip Mason, The English Gentleman: The Rise and Fall of an Ideal, 1982, Reprinted 1993, London: Pimlico, p. 22; Jane Webster/Nicholas J. Cooper, Roman Imperialism: post-colonial perspectives. School of Archaeological Studies, University of Leicester, Leicester Archaeology Monographs No. 3, 1996, p. 37.

93) Marcus Tullius Cicero, op. cit., p. 25.

94) Paul J. du Plessis, Cicero's law: rethinking Roman law of the late Republic, Edinburgh University Press, 2016, p. 147.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

데스 가치를 수호하고 영감을 불어넣는 존재였다.[95] 피데스는 혼인에 있어서의 신의, 합의에 의한 계약, 국가에 대한 군인의 의무 등 로마인의 생활 전반에 걸쳐 일상의 명예와 신뢰를 모두 포함하는 개념이었으며 스스로 행한 맹세에 대한 위반행위도 피데스의 포기를 의미하였다.[96]

고대법에서는 법적으로 유의미한 행위에 종교적 의미가 내포되기도 하므로 피데스에 대한 이해에는 법과 종교가 명확히 구분되지 않는 고대법의 관점에서 접근할 필요가 있다. 로마시대의 맹세란 종교적인 신성성에 기한 확고한 약속이었다.[97] 따라서 신 앞에서 신을 증인으로 행한 엄숙하고 성스러운 약속은 신성하게 지켜야할 의무가 있었다. 또한 맹세행위에 있어서 고려해야 할 중요한 점은 맹세를 위반한 경우 이에 따라 일정한 의무가 발생한다는 것이었다.[98] 이 지점에서 피데스에 포섭된 어원에 법적 의미와 종교적 관점이 교차한다. 즉 신성한 약속의 위반에 대한 반대급부는 인간의 인식체계 밖에서 발생할지도 모를 무형적인 것에 대한 두려움이 아니라 바로 인간의 행동체계 내에서 이행가능한 유형적인 의무라는 점에서 피데스의 종교적 색채는 법률적 의미로 전환된다.

맹세의 위반으로 인하여 발생하는 문제는 신의 진노와는 관계없이 정의와 신의 의무의 준수 문제로 귀결되므로 맹세에 반하는 행위는 마찬가지로 신의에 반하는 행위와 동일시되었다.[99] 피데스의 종교적 색채가 법률적으로 유의성을 지니게 된 것은 로마의 영토확장과 인구구성의 복잡화에 따른 법률관계의 다변화에서 기인하였는데, 그 이전까지 로마인에게 피데스는 신성성에 기한 윤리적 행위가치로서 일상 전반에 걸쳐 중요한 가치로 인식되었다.[100] 로마 사회의 현실이나 역사적 평가에 있어서 피데스의 실제가 본래의 신성성을 반영하지 못하고 로마인의 이상과 행동 사이의 괴리만큼 다양하게 표출되기도 하였으나 피데스의 신성성은 이후 법률적으로 유의미한 법원칙들의 태동에

95) 피데스 신전은 B.C. 254년에 집정관이었던 아울루스 아틸리우스 카이아티누스(Aulus Atilius Calatinus)에 의해 카피톨리노 언덕 위에 처음 건립되었으며, 주신이었던 유피테르(그리스 신화의 제우스) 신전 바로 옆에 위치하여 그 중요성을 추측할 수 있게 한다. Samuel Ball Platner, A Topographical Dictionary of Ancient Rome, revised by Thomas Ashby. Oxford University Press, 1929, p. 209; Sara Perley, op. cit., p. 13~14.

96) Marcus Tullius Cicero, op. cit., p. 383.

97) Ibid.

98) Ibid.

99) Ibid.

100) 피데스 신전은 그 자체로서 유피테르에 버금가는 피데스의 신성불가침성을 상징하였다. 로마의 원로원에서는 법률적으로 효력을 지닌 외국과의 조약이나 중요한 협정문을 피데스 신전에 보관하였는데, 이는 피데스에 기하여 법적 합의를 성실하게 지키겠다는 존중의 정신을 피데스의 신성성에 기대어 표현한 것이었다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기반을 제공함으로써 로마법에 중요한 영향을 미쳤다.

로마시대의 피데스와 그 신성성은 그리스 로마 문학에서도 빈번하게 다뤄진 주제였다. 공화정 말기의 시인이었던 카툴루스의 현존하는 시에서도[101] 그리스 로마 신화에 투영된 피데스의 신성성이 발견되는 것으로 분석되기도 한다.[102] 카툴루스가 재인용하면서 전하는 크레타의 공주 아리아드네와 아테네의 왕자 테세우스의 신화에서는 피데스에 헌신된 관계에서 한 당사자의 신뢰가 배신당하고 신의 징벌이 이어지는 전형적인 이야기를 통하여 유한한 존재는 신성의 가치와 맹세를 배반할 수 있지만 무한한 영역에 존재하는 신성성은 이를 용납하지 않고 징계함으로써 공동체에서의 피데스의 가치가 영속된다는 점을 보여준다.[103] 이처럼 로마사회의 피데스에는 단순히 법규범에 상당하는 사회윤리적 행위가치를 넘어서서 신성성에 기한 구속력의 인식이 존재하였다.[104]

### 다. 사회적 공익가치로서 피데스

피데스의 가장 두드러진 역할은 개인 신뢰성의 척도이자 사회적 평판, 공익가치의 평가 수단에서 나타난다.[105] 로마사회에서 스스로 행한 맹세나, 약속 등을 위반한 자의 피데스는 훼손되었고, 이는 사회관계적 신뢰를 저하시켜 이후에 행해지는 합의에 따른 이행을 담보하지 못하게 하였으며 사회적 평판을 잃게 함으로써 사회 유대의 형성과 유지를 어렵게 하였다.[106] 맹세・약속・합의 위반의 주요한 동기는 공익가치의 보존보다 사적 이익의 우선에 기인하는데, 피데스는 개인 이익보다 공익 가치에 우선을 두는 고귀한 정신에 대한 무형의 사회적 보상수단이었다는 점에서 일견 정당한 명분이나 대의와도 문맥을 같이한다.[107]

사회적 공익가치로서의 피데스는 키케로의 문헌에서 구체적으로 확인된다. 키케로 당대의 피데스는 타자와의 관계를 형성하는 사회적 근간이 되는 가치였다. 그는 플라

101) Caius Valerius Catullus, The Poems of Caius Valerius Catullus, in English Verse, Vol. I, 1795, p. 84. “Of the Argonauts and an Epithalamium for Peleus and Thetis”.
102) Gian Biagio Conte, Latin Literature: A History translated by Joseph B. Solodow/Johns Hopkins University Press, 1994, p. 149.
103) Sara Perley, op. cit., p. 15.
104) Caius Valerius Catullus., op. cit., p. 84; Sara Perley, op. cit., p. 15.
105) Sara Perley, op. cit., p. 5.
106) Ibid.
107) Ibid, p. 16.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

톤이 말했듯이, 인간은 홀로 고립되어 존재하려고 태어난 것이 아니므로 우리가 속한 공동체는 그 구성원이라는 사실에 기하여 소속 구성원 모두에게 일정한 몫을 주장할 수 있고 이는 심지어 친구관계에도 마찬가지로 적용된다고 하였다.[108] 키케로에 의하면 우리는 모두 공동체 속에서 서로에게 피데스를 빚진 상태에 있는 셈이 된다. 마찬가지로 스토아사상에서도 이 지구의 모든 생산물이 인간의 사용을 위해 창조된 것처럼 인간도 자신과 같은 타자를 위해 태어났고 서로에게 도움을 주는 존재이므로, 자연의 지침에 따라 서로 친절하게 교류하고 도움을 주고받으며, 사회유대 속에 존재하는 일반 선에 기여하고 인간이 가진 재능과 기술, 산업을 통하여 사회적 유대를 더욱 공고히 하여야 한다고 하였다.[109] 키케로에게 피데스는 공동체와 일반 선에 기여하는 사회유대의 근간이자 사회적 의무로 이해된다.

자연법상 인간사회의 유대를 공고히 하는 피데스 의무는 국가나 지역 공동체에서 제정한 실정법에 의하여 더욱 강조되어 공동체의 공익유지 수단이 되기도 하였다. 키케로는 국가론에서 어떠한 국가도 최상위 수준의 완벽한 정의 없이는 번영을 누릴 수 없다고 하면서 어떤 가치보다도 정의를 우위에 두었다.[110] 정의의 근간이 되는 핵심 가치가 피데스라고 한 의무론의 연장선에서 공동체에서의 피데스의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않았다. 결국 말과 합의에 대한 진실되고 성실한 태도를 통해 사회적 차원의 합리적 기대를 보호하는 것이 피데스의 구체적인 실상인 점에서[111] 국가공동체와 인간사회의 거시적인 유대는 개인 차원의 미시적인 언어생활과 행동양식으로 강화되고, 이는 다시 국가 번영의 핵심가치가 되는 논리구조를 형성하는 것이다. 이에 반하여 피데스의 대척점에서 그 가치를 훼손하는 행위는 대개 사적 이익에서 비롯된다.[112] 비록 타자에 대한 해악이 방어적 의미에서 수동적으로 행하여진 것이라 하더라도 이는 사익을 위한 탐욕의 결과물이므로 피데스를 훼손하고 유대를 분열시키는 것으로 이해되었다.[113] 즉 키케로에게 피데스 준수는 정의의 구현이었고, 국가의 존속을 의미하였다. 따라서 국가공동체는 자연법상의 피데스를 실정법으로 구체화하여 그 가치를 지켜나가게 되었다.

---

108) Marcus Tullius Cicero, op. cit., p. 25.
109) Marcus Tullius Cicero, op. cit., p. 25; Sara Perley, op. cit., p. 3.
110) George William Featherstonhaugh, Republic of Cicero translated from the Latin, G.&C. Carvill, 1829, p. 113.
111) C. C. Turpin, op. cit., p. 262.
112) Sara Perley, op. cit., p. 4.
113) Marcus Tullius Cicero, op. cit., p. 25.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로마사회에서 피데스는 국가 존속을 결정하는 중대한 가치였으므로 권력의 정점에서부터 피지배계급까지 사회 전반을 지배한 법문화의 중요 요소이기도 하였다.[114] 공적인 차원의 피데스는 원로원, 집정관처럼 공직을 수행하는 관료에게 퍼블리카 피데스(publica fides)로 더욱 강조되었다.[115] 공직 수행에 있어서 피데스는 사적 이해관계에 우선되므로 공무수행의 주요한 행위가치로 작용하였고, 법규범의 외형을 넘어서는 일탈에 대하여도 정당성을 부여하거나 면책기준이 되기도 하였다.[116] 공직 수행에 있어서 관행, 관습 그밖에 실정법 질서에 의하여 해결이 불가한 사안은 마치 오늘날의 실정법이 구체적인 한계상황에 직면할 경우 신의칙의 보충적 기능에 의존하는 것과 마찬가지로 피데스가 의사결정 및 행위상의 보충기준이 되었다.[117] 집단적 형식의 신의를 지지기반으로 하는 공익가치는 로마 정치세계를 실질적으로 지배하였고 실정규범에 의한 법치는 공익가치에 있어서 최소한의 외형으로 작용한 경우가 많았다.

물론 피데스는 공익보존을 위한 추상적 행위가치였으므로 구체적 사안에 대하여는 명확하고 객관적인 행위기준을 제시하지는 못하였고 주관적 해석에 따른 가치 편향에도 취약하였다. 그러나 로마사회는 전체적으로 사적 유대[118]와 가계 신분적 보호관계(patronatus),[119] 공익가치를 우선하는 피데스 관계로 결속되어 있었다.[120] 따라서 피데

114) Sara Perley, op. cit., p. 4.

115) John Mannix Barry, Fides in Julius Caesar's Bellum Civile: A Study in Roman Political Ideology at the Close of the Republican Era, Doctoral Dissertation, University of Maryland, 2005, p. 61 이하 참조.

116) 피데스의 비중은 불법의 회복가능성에서 두드러지게 발견된다. 로마 사회의 공익 가치 피데스는 민주주의 관점에서도 오늘날의 공익 가치와 구별된다. 피데스의 공익성은 내전기(內戰記, B.C. 49년 루비콘 강을 건넌 율리우스 카이사르와 폼페이우스를 위시한 원로원 세력 사이의 전쟁을 서술한 책)이후와 동시대 문헌 평가에 따르면, 실정법 질서에 반하는 행위도 제재를 받지 아니하고 사회적 정당성을 지니는 초법성을 지닌 점에서 오늘날의 공익가치와 명확히 구분된다. 카이사르의 반역행위에 대한 트롤로프의 평가를 살펴보면 카이사르가 속주의 군대지휘권을 유지한 체 루비콘강을 건너 로마에 진입한 행위는 로마법에 반하며 반역에 해당하는 엄중한 사건이었다. 그러나 카이사르의 행위는 당시 로마의 정치사회에서는 합법과 불법의 법역(法域) 문제라기보다 피데스의 충돌과 해석문제로 인식되었다. John Mannix Barry, op. cit., p. 119.

117) 예컨대 앞선 카이사르의 사례에서 내전을 앞두고 논의된 카이사르의 제안은 기존의 규범 질서에는 전무하였으므로 피데스에 기한 의사결정이 선행되었어야 하지만 원로원의 의사결정에는 피데스가 결여되었다고 보고 카이사르는 실정법 질서에 근거한 합법성 보다는 피데스에 근거한 정치적 타당성에서 행위의 정당성을 찾고자 하였다. Caesar, Bellum Civile, Book I. 7-9 참조.

118) 로마에서 피데스는 개인 우호관계에서 중요한 역할을 하는 덕목 중 하나였다. 로마인의 사회적 유대는 피데스가 지배하였고 이는 일상생활에서 amicitia로 불리는 개인 간의 유대로 구체화되었다. 로마사회에서 친교는 당연히 그에 따른 의무와 보상이 수반됨을 의미하였다. 피데스의 구체적 발현인 amicitia 관계에서는 누구나 상대방과 이를 바탕으로 도움을 주고받을 수 있었다. 로마법에서는 채권의 담보를 위한 제도로서 인적 보증제도가 잘 발달한 반면 질권과 저당권과 같은 물적담보를 찾아보기 힘든 점, 그리고 권리구제를 위한 소송제도에서도 사무관리에 의한 소송대리제도가 발달한 점도 로마사회가 피데스에 의하여 결속된 사회였음을 반증한다. Sara Perley, op. cit., p. 8; 현승종/조규창, 앞의 책, 58면.

119) Teresa Morgan, Roman Faith and Christian Faith, Oxford University Press, 2015, p. 60~65.

120) Teresa Morgan, op. cit., p. 60~65; 최병조, 앞의 책, 322면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

스는 다수의 민의를 기반으로 한 집단신의체계를 형성함으로써 구체적 사안에 대하여도 점차 행위기준화 되었다. 나아가 피데스에 근거한 행위기준은 개인 차원의 사회유대적 윤리의식을 넘어 집단적 객관성을 유지하였으므로 형평이나 신의성실에 터 잡은 법원칙의 추상적 한계에도 불구하고 대내외적으로 오랫동안 로마사회의 통합 및 확장에 기여하면서 로마법의 발달을 촉진한 것으로 추측된다.

## 제3절 신의성실에 기초한 권리구제체계의 발전

신의성실의 의미는 이처럼 규범적·윤리적 차원의 사회유대적 행위가치에서 기원하지만 신의성실의 원칙에서 의미하는 신의란 법률관계에 있는 당사자에게 일정한 법적 권리와 의무를 구체적으로 창설하는 법원칙에 해당되므로 일반적인 도덕원칙과는 명확히 구분되어야 한다. 법원칙으로서의 신의를 신의성실의 원칙이라 하며, 이에 따라 당사자 합의에 의하여 성립된 계약관계는 문언 등에 의하여 구체화되지 않았을지라도 당사자 간에 성립된 법률관계의 흠결이나 합의의 근저를 이루는 당사자의 의도나 계약목적을 보호하는 순기능을 수행한다.[121]

로마인에게 있어서도 신의는 도덕률에서 한걸음 더 나아가 법률적 의의를 지니는 법원칙으로 발전하였다. 키케로는 이러한 신의의 법에 따르면 “계약관계에서 부정직한 거래나 거짓 계산, 은폐 및 배신행위 그리고 순진함이나 무지함 또는 잘 믿는 성격을 이용하여 노련하게 행하는 악의적 행위는 모두 배척된다”고 하였다.[122] 즉 신의칙은 기원적인 측면에서 이미 계약관계에서의 불합리, 불공정 요소에 관한 배제 또는 억제를 통해 그 규범적 의미나 기능적 영역이 보다 명료해지는 특성을 지니고 있었다. 현대적 의미에서의 신의성실의 법원칙을 태동시킨 피데스 개념은 로마 당대의 법률생활에도 큰 영향을 주어 법무관법으로부터 기인한 명예법과 가장 일반적인 거래법인 만민법을 비롯하여 로마사회 특유의 다양한 법체계를 발달시켰다.

이하에서 고찰하는 바와 같이 신의에 근거한 로마 권리구제체계의 발전과정도 주로 개인의 권리구제를 중심으로 규범적·도덕적 완전주의 개념으로서의 신의성실의 가치

121) Disa Sim, *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in* Pace International Law Review, ed., Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003, Kluwer Law International, 2004, p. 47 이하 참조.

122) De Officiis, 3. 17; Emanuela Iftime, Good Faith in Greek Civil Code, Journal of Public Administration, Finance and Law, Special Issue, 2015, p. 133.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 형평사상의 영향으로 법제화되는 과정과 일치하는 것으로 이해된다.

## 1. 로마법의 권리구제체계와 신의성실

### 가. 방식서소송과 권리구제체계의 전환

로마법의 권리구제 체계에서 종래 경직된 법률소송(leges actio)[123]으로부터 방식서소송체계[124]로의 전환은 이후 법에 의한 세계지배를 가능하게 한 로마 법학의 발달에 중요한 배경이 되었다. 방식서소송을 매개로 로마인의 일상을 지배한 신의성실의 가치체계가 법원성을 획득하면서 비로소 로마의 권리구제체계에 반영될 수 있었기 때문이다. 터핀(Turpin)은 로마의 권리구제제도에 있어서 신의의 가치체계가 도입된 시점을 이처럼 방식서소송의 발전 과정과 연계하여 설명한다.[125] 그의 추론에 따르면 외국인 관할 법무관이 도입되기 이전에 외국인을 당사자로 하는 분쟁에서 시민법의 적용이 불가능하여 권리구제의 기회를 갖지 못하였던 불합리한 상황은 비단 외국인에게만 해당되었던 것은 아니었다.[126] 즉 분리독립에 의한 평민계급의 지속적인 투쟁의 결과 정무관으로부터 법무관에게 사법권이 독립 및 분화되면서 외국인이 일방 당사자인 경우처럼 시민법의 적용이 어려운 국내의 분쟁들도 법무관의 관할에 속하게 되었다.

법률소송과 방식서소송은 일정기간 혼용되었으므로 방식서소송의 초기에는 소송당사자가 법무관의 주재에 따라 법률소송과 마찬가지로 구두에 의하여 법정절차를 진행하

123) 역사적으로 로마법의 발달을 민사소송제도를 중심으로 구분하면 가장 초기에 구술에 의하여 엄격한 요식행위가 요구되었던 법률소송이 고대시민법시대(B.C. 753~200)에 쭉 이어졌다. 법률소송이란 명칭은 법무관법 이전의 법률로서 채용된 소송제도로서 법률이 정한 엄격한 요식문언을 사용하지 않으면 권리구제가 불가능한 엄격성에서 기원한다. 법률소송에서는 분쟁사건의 쟁점을 확정하는 법정절차와 쟁점에 따라 사실을 심리하는 심판절차로 구분되어 심리가 진행되었다. Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary by the Edward Poste, Oxford at the Clarendon Press, 1904, p. 454~455; 현승종/조규창, 앞의 책, 21~22면 참조.

124) 고대시민법시대 이후 만민법시대(B.C. 200~A.D. 300)에는 법정방식에 따라 서면화한 소송방식으로부터 로마 특유의 방식서소송(per concepta verba, id est per formulas)이 등장하여 법률소송을 대체하였는데 이를 중심으로 고전기 로마법학이 융성하였다. 방식서소송도 기성의 법률소송과 마찬가지로 법정절차와 심판절차로 구분되었는데 고전후기 비잔틴로마법시대(A.D. 300~565)에는 특별심리소송이 통상의 민사소송이 되면서 종래 법률문제와 사실문제로 분리된 심리체계가 일원화되어 법관이 모든 재판업무를 관장하게 되었다. 방식서소송의 당사자처분권주의도 배제되고 직권주의로 전환되었고 공개재판의 원칙은 비공개 원칙으로 변경되었다. 현승종/조규창, 위의 책, 21~22면 참조.

125) C. C. Turpin, op. cit., p. 260~263.

126) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고, 법정절차를 거친 진술을 기초로 법적 쟁점이 형성이 되면 심판인의 심리절차가 진행되었다.[127] 이 과정에서 반복된 특정 유형의 분쟁은 유사한 소송의 답습에 따라 정형화되었는데, 법률소송에서는 애초부터 엄격한 요식문언[128]에 의하여 법정절차가 진행되어 구두진술로도 충분하였지만 방식서소송에서는 상대적으로 자유로운 문언[129]이 사용되어 이를 통해 도출된 법적 쟁점을 방식서와 같은 일정한 소송양식에 따라 서면화할 필요가 발생하였다.[130] 초기의 방식서가 법무관 중에서도 내국인관할인지 아니면 외국인관할에 의하여 먼저 사용되었는지는 이를 밝혀줄 법문헌의 부재로 규명하기 어렵다.[131] 그러나 방식서를 채용한 새로운 형식의 소송체계는 법무관 체제 이후로부터 초기에는 법률소송의 부작용을 보완하면서 진화하다가 종국에는 법률소송을 대체하면서 자연스럽게 법제화된 것으로 보인다.

### 나. 법무관의 명예법 체계와 신의성실

법무관 체제하의 법률소송이 방식서소송으로 점차 전환되고 동시에 로마의 세계 제국화가 진행되면서 영토와 인구구성의 확장, 대내외 사회·경제적 환경변화로 인하여 시민법에 근거한 분쟁의 해결이 곤란한 경우가 발생하였다. 이에 따라 방식서 자체가 당시의 실정법적 근거가 아닌 법무관의 직권에 기초해야할 법적 수요도 증가하였는데, 시민법상의 법적흠결을 법무관의 직권에 의하여 입법론적으로 보정하기 위해서는 이를 정당화할 시민법 이상의 합리적인 근거가 필요하였다.[132] 왜냐하면 법무관이 법적 흠결에 직면하여 원고의 주장에 따라 소권(actio)[133]을 부여하고 방식서를 발급해주기 위

127) 법정절차상의 구두진술을 기초로 하여 법적 쟁점이 '형성된다'는 의미에서 방식서의 명칭 formula의 어원을 설명하는 견해에 대하여는 C. C. Turpin, op. cit., p. 261. 참조.

128) Adolf Berger, op. cit., p. 761. "Verba certa ac (et) sollemnia" 참조. 법률행위의 효력이 유효하기 위해 요구되는 요식문언(verba certa ac sollemnia)으로서 초기 법에서는 명확하고(certa), 종교적인 의미에서 격식에 맞게 형식을 갖춘(sollemnia) 문언이 아니면 거래행위 전체가 무효가 되었다.

129) Gaius, 4. 30; Nuovi Dizionari Online Simone. "Litigare per concepta verba" 참조. Retrieved December 18, 2018, from https://www.simone.it/newdiz. B.C. 2세기 중반 Lex Aebutia에 의하여 '자유로운 변론(libere discussioni; concepta verba)'을 통해 분쟁해결을 위한 기준을 제시할 수 있었다고 한다.

130) C. C. Turpin, op. cit., p. 261.

131) Ibid, p. 260.

132) Ibid, p. 262.

133) 통상의 민사소송에서 당사자의 권리보호에 관한 청구권을 소권(訴權)이라 칭하였다. 오늘날의 계약 자유의 원칙에 따르면 모든 적법한 합의에 효력이 발생하는 것과 달리 로마법은 법에 따라 정해진 소수의 법률관계에만 채권적 효력을 부여하였고 이러한 실체적 권리는 소권을 통해서만 실현될 수 있었다. 따라서 채권은 있으나 소권이 없는 경우는 자연채무로서 실현할 수 없는 권리에 해당되었다. 현승종/조규창, 앞의 책, 658면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해서는 피고의 의무에 대한 명확한 법적 근거가 필요하였는데, 이는 비록 시민법상의 명시적 의무는 아니더라도 적어도 실정법이 지향하는 가치에 부합하는 의무일 것이 요구되었기 때문이다.[134] 따라서 사실상 시민법을 대체하지만 법률상 시민법에 반하지 아니할 중대한 요구에 부합했던 법원칙이 바로 자연법상의 보편적 원칙으로부터 만인에 대한 적용가능성을 발견할 수 있는 신의성실의 원칙이었던 것으로 이해된다.[135]

신의성실이 시민법의 법적 흠결을 보정하는 시민법 이상의 법적 근거가 될 수 있었던 배경은 법(ius)과 법률(lex)을 구분하고 분화적으로 사고하는 로마법 특유의 기본원리에서 찾아볼 수 있다. 무엇보다 로마의 법관념은 자연적인 법 ius와 규범적인 법률 lex를 구분하고 전자를 압도적으로 우월시하였다.[136] 로마 법학자의 법사고에서 발견되는 특징 중 하나는 법의 발견에 있어서 규범체계의 중심을 단순한 법률보다 ius에 둔 점이었다. 통설에 의하면 로마인이 인식하는 법개념이었던 ius는 초기 개별 사건에 관한 신관(神官)[137]의 판결이 축적되고 그 판결 내용의 유형화로 형성된 기준이 후에 사회공동체를 중심으로 규범화된 것이었다.[138] 이러한 객관적 법질서 속의 ius는 개인에게는 주관적으로 권리화되어 나타나므로 로마법은 소권 위주의 채무구조를 기반으로 권리구제체계를 형성하게 되었던 셈이다. 이처럼 로마의 법은 주관적 권리의 실현을 통해 자연법상의 보편적인 가치를 추구한다는 점에서 변화하는 사회환경에 자유롭게 적응하는 동태적이고 탄력적인 개념이었다. 따라서 로마의 법관념 속에서 시민법화된 윤리개념 피데스가 시민법 이상의 법적 근거가 될 수 있었던 것으로 추측된다.

법과 비법의 영역을 명확히 구분하는 로마법의 분리적 사고 또한 신의성실이 법원성을 획득하게 된 주요한 배경이 되었다. 신의성실은 법영역으로부터 분리된 비규범적 윤리세계에 대하여도 역설적으로 강화된 규범력을 나타냈다.[139] 단적인 예가 호구총감

---

134) C. C. Turpin, op. cit., p. 261~262.

135) Ibid, p. 262.

136) ius와 lex의 구분된 법관념에 대하여는 남기윤, 법학방법론, 고려대학교 출판부, 2014, 169~171면 참조.

137) B.C. 510년 로마가 왕정에서 공화정으로 전환되면서 통치권 및 군사권에 관한 정치권력은 집정관이, 종교권력은 최고 대제사장에게로 분할되었다. 종교권력의 분할이 있기 전, 즉 왕정기 초기 이전의 법적용은 고대국가와 마찬가지로 관습법에 의하였는데 당시의 관습법 지식은 신관이 독점하였다. 역사적으로 인간의 법 ius는 종교 및 관습규범으로부터 점차 분화되었는데 신법으로부터 ius가 완전히 분리되기 이전에는 신과 인간을 연결하는 신관단(pontifices)이 인간관계를 규율하는 법에도 관여하였다. 신관은 ius가 신법으로부터 분리된 이후에도 최상급 귀족으로서 법률지식과 이에 대한 해석, 소송지휘권을 지니고 특권적인 지위를 누렸다. 문자적 의미에서 신관을 칭하는 pontifex는 '다리'를 뜻하는 라틴어 pons와 '만들다, 연결하다'를 뜻하는 facio의 현재분사 faciens의 합성어로서 신과 인간의 매개체라는 의미에서 오늘날의 교황 Pontifex Maximus의 어원이 되고 있다. 남기윤, 위의 책, 151~152면; 현승종/조규창, 앞의 책, 88면; 한동일, 앞의 책, 46면.

138) 남기윤, 위의 책, 170면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(戶口摠監; censor)[140]에 의한 법외적인 윤리생활의 감시 및 제재기능이었다. 예를 들어 법적으로는 가장권(家長權)처럼 친생승인권, 유기 및 매각권을 주요내용으로 하는 절대적 지배권조차도 호구총감에 의한 강력한 비규범적 제재하에 있었다.[141] 로마의 법은 발생적인 면이나 기능적으로도 사회윤리, 관습과 같은 법외적 요소와 밀접하게 결부되어 있었으므로 피데스에는 이미 사회적으로 시민법 이상의 강력한 규범력이 형성되어 있었다. 따라서 로마의 세계제국화, 이민족의 로마화 과정에서 제도화된 피데스의 동태적인 규범력은 오히려 현실 법수요에 부응하는 자연스러운 현상이었다.[142]

피데스는 앞서 고찰한 바와 같이 신성성으로부터 기원한 윤리적 행위가치로서 자연법에 따라 실정의 법역을 넘어 로마의 일상을 지배하였다. 또한 도덕적인 면에서나 법규범적인 면에서 완전성을 지향하고자 하는 명예로운 로마인들의 사회적 행위가치로 작용하였다. 따라서 대내적 법률관계나 영토의 확장에 따른 이민족과의 대외적 상거래 질서에 있어서 양 당사자의 합의나 일방의 약속에 의하여 신의의 가치가 준수되어야 함에도 불구하고 이를 강제할 시민법적 근거가 부재할 경우, 자연법상의 가치체계인 신의성실의 의무에 근거하여 권리구제의 가능성이 도모되고 법정절차가 진행될 수 있었다. 이러한 법정절차는 초기에는 법률소송의 요식문언과 유사한 형태의 구두진술로 행해지다가 후에 방식서에 의하여 정형화되었다.[143] 예를 들어 법률소송에서 취하는 요식문언 “너는 나에게 줄 의무가 있다고 (나는) 말한다(Aio te mihi dare oportere)”에 신의에 근거한 판결이 가능하도록 ‘신의성실로부터(ex fide bona)’를 명시하여 “피고가 신의에 따라 성실히 이행하여야 한다면(quidquid Nm Nm Ao Ao dare facere oportet)”과 같은 방식서상의 정형화된 문구가 사용되었다.[144]

### 다. 신의성실에 기초한 권리구제체계

법무관으로 분리된 사법 체제는 점차 확대 운영되었는데 이와 함께 매년 공표하는 칙령을 통하여 방식서소송이 점차 정비되면서 권리구제가 가능한 소송의 영역도 확대

139) 로마법의 기본원리 중 분리(Isolierung)의 원리에 대하여는 남기윤, 앞의 책, 171~173면 참조.
140) 민회에서 선출되는 정무관으로서 호구총감의 권위는 로마의 최고정무관인 집정관에 필적하는 것이었다. 현승종/조규창, 앞의 책, 71면 참조.
141) 현승종/조규창, 위의 책, 71~72면.
142) C. C. Turpin, op. cit., p. 263.
143) Ibid, p. 262.
144) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되었다. 자국민이었던 로마시민만을 대상으로 하는 법률소송체제에서는 찾아볼 수 없었던 신의에 기한 사법절차가 아이러니하게도 외국인이 포함된 분쟁만을 관할하는 법무관이 도입되면서부터 가능하게 되었던 것이다.[145] 외국인관할 법무관은 담당 분쟁의 당사자가 외국인인 사정으로 인하여 로마시민과 마찬가지로 방식서에 의한 쟁점결정(litis contestatio) 형식을 취할 수 없었고, 앞서 살펴본 바와 같이 외국인에 대하여는 로마시민에게만 강행성이 있었던 당시의 시민법을 적용할 수 없었으므로 법무관 자신의 직권으로 직접 창설한 법체계에 따라 분쟁의 해결을 도모하였다. 이러한 분쟁해결수단을 별도로 구분하여 성의소송이라 칭하였다.[146]

시민법상의 의무라 불리는 oportere에 근거하지 아니하고 신의성실의 위반과 같이 로마인의 일상을 지배한 사회적 행위반가치에 근거하여 소송이 가능해진 시점은 법문헌의 부재로 정확히 특정하기는 어렵다. 또한 성의소송에 있어서 신의의 역할이 단순히 시민법 체계를 보완하는 것이었는지 아니면 이를 완전히 대체하는 것이었는지도 아직 해결되지 않은 의문이다.[147] 그러나 성의소송이 가능할 수 있었던 배경을 거슬러 올라가면 기존의 법률소송이 방식서소송으로 전환되어 갔던 시점과 대략 일치할 것으로 보인다. 왜냐하면 엄격한 형식주의로 특징 지워지는 법률소송의 성격상, 신의에 따른 법적 의무는 시민법으로 대변되는 실정법체계에서는 고려하기 힘든 개념일 뿐만 아니라 오히려 기존의 법률소송 체계에 방식서소송 형식이 유입되면서 법무관이 방식서상에 적시한 신의성실 조항에 근거하여 실체적 정의를 실현하려는 심판인의 재량이 더욱 확대될 수 있었다고 보는 관점에 더 설득력이 있기 때문이다.[148]

외국인관할 법무관의 활동으로 외국인들은 방식서소송 체계 하에서도 신의에 기한 권리의 구제를 도모할 수 있었고 권리보호의 범위도 차츰 그 영역이 넓어지면서 초기의 성의소송은 종국에는 내국인관할 법무관에 의해 로마시민을 대상으로 하는 시민법에도 영향을 미쳐 그 범위가 더욱 확장되었다. 이에 따라 손해배상액의 산정 등과 같

145) 물론, 이전에도 후견(tutela), 신탁(fiducia), 조합(societas), 위임(mandatis), 등 신의의 가치가 내재된 법제가 존재하였지만, 이는 실정법적 질서에 신의의 개념이 명시적으로 도입된 것은 아니라는 점에서 구별된다. Lex Aebutia 시행 이전에 행해진 초기의 방식서소송은 법원의 관행으로부터 점차 진화했을 것으로 보인다. 그러나 방식서의 관행이 내국인관할 법무관으로부터 있어왔는지 아니면 외국인관할 법무관이 도입되면서 기원하였는지는 명확하지 아니하다. 그러나 시민법적 근거 이상의 권리구제를 요하는 법적 수요에 비추어 볼 때 외국인관할 법무관의 활동이 활발한 시기에 방식서소송 체계하의 성의소송이 도입된 것으로 보인다. C. C. Turpin, op. cit., p. 260~264; Henry Sumner Maine, 고대법, 정동호/김은아/강승묵 역, 세창출판사, 2009, 40~42면.

146) C. C. Turpin, op. cit., p. 263.

147) Simon Whittaker, op. cit., p. 74.

148) Ibid, p. 76.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

은 분야에서는 신의에 따른 법관의 재량권이 더욱 폭넓게 인정될 수 있었다.[149] 결론적으로 로마법의 계약관계에 있어서 신의성실에 기한 권리와 의무관계가 창설될 수 있었던 근저에는 방식서소송에 의한 권리구제와 법무관을 중심으로 한 명예법 체계의 발달이 주요한 역할을 한 것으로 볼 수 있다.

## 2. 성의소송에 의한 권리구제체계의 발전

### 가. 성의소송의 의의와 기원

#### (1) 성의소송의 의의

성의소송은 연혁적으로 경직된 시민법적 권리구제 수단의 한계를 극복하기 위한 형평적 권리구제수단으로서 발전하였다. 로마법에서 시민법상의 방식서소송 형식을 취하는 대인 권리구제 수단은 엄정소송과 성의소송이 있었는데 이는 심판인의 재량권 유무와 그 범위를 기준으로 한 분류이기도 하였다.[150]

대인소송의 방식서상 초기에는 원고가 주장하는 권리의 근거가 되는 법률관계 대신에 확정금청구소송(condictio certae pecuniae)의 경우에는 '피고가 지급하여야 한다면', 확정물청구소송(condictio certae rei triticia)의 경우에는 '피고가 인도하여야 한다면'과 같이 추상적인 청구표시가 사용되었다.[151] 이후 가이우스 문헌에 따르면 시민법에 따른 대인권리의 구제는 일반적으로 condictio라 칭하는 엄정소송이 불확정청구소송까지 포섭하면서 재산의 지급이나 인도 또는 의무의 이행을 주장하는 대인소송의 전형이 되었다.[152] 그러나 반환청구소송의 주요 목적이었던 시민법상의 의무를 국가가 개입하는 엄정소송에 의하여 강제한 이후 사회·정치·문화적 환경이 급격하게 변화함에 따라 시민법적 권리구제체계가 한계에 봉착하게 되었다. 따라서 새로운 법률환경을 중심으

149) 남궁술, 앞의 논문, 151면.
150) 현승종/조규창, 앞의 책, 259~260면.
151) 현승종/조규창, 위의 책, 258~259면.
152) Gaius, Institute, 4. 5; 현승종/조규창, 위의 책, 258면; Justinian, Digest, 12. 6. 14; Adolf Berger, op. cit., "condictio" 참조; Gaius, Institutes, 4. 17~19. condictio는 특별한 소송으로 분류되지 않는 경우 대부분의 권리구제를 위한 수단으로 활용된 가장 일반적인 소송형식이었다. 법률소송에서 사용된 것과 거의 유사한 소송양식(capiendi judicis)이 Lex Varia 법률이 통과되면서 이후에는 condictio로 불리기 시작했다고 한다. J. T. Abdy/Bryan Walker, op. cit., p. 270.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 다양한 분야의 권리구제 수요가 점차 증가하였고 심판인의 폭넓은 재량권이 허용된 성의소송에 의하여 신의와 형평에 따른 권리구제에도 국가가 개입하게 되었다.[153]

로마법에서 권리구제절차의 발달과정은 한편으로는 엄격한 시민법 체계의 경직성을 극복하기 위하여 신의와 형평에 따라 권리보호의 사각지대를 보정하는 방식으로 진화해 나갔다. 엄격한 시민법 체계의 한계는 오히려 성의소송 체계의 형성 및 발달을 촉진하였고 반대로 신의에 기한 사법절차의 효율적인 권리구제 기능은 종국에는 시민법 체계에도 실체법적 변화를 야기하면서 시민법과 형평법 체계의 긍정적인 상호작용이 존재하였던 것으로 보인다. 따라서 상거래 질서의 복잡화와 사회·문화적 환경변화에 따른 법률 수요의 변화는 로마법 체계에 있어서 시민법을 중심으로 한 성문율과 자연법으로부터 발달한 불문율의 병존관계를 형성하였고, 이러한 권리보호기능상의 대표적인 병존구도는 외관상 시민법상의 엄정소송과 성의소송으로 나타나게 되었다.[154] 성의소송의 발달은 연혁적으로 시민법상의 방식서소송이었던 엄정소송에 대한 반성에 기인하였으므로 적용범위, 해석방법, 책임범위, 손해배상, 항변 등의 분야에서 현저한 차이를 나타냈다.[155]

(2) 성의소송의 기원

성의소송이 도입된 구체적인 시기는 정확한 고증이 가능하지 아니하다.[156] 다만 법무관 체제하에서 초기의 방식서소송이 법률소송을 완전히 대체하지 못하고 혼용된 점에 비추어 법률소송의 한 형식으로부터 초기의 방식서 양식이 발전하고 이 과정에서

153) 엄격한 시민법적 경직성에 대한 대안으로 등장한 성의소송은, 형평법적 권리와 의무에 생소했던 엄정소송 체계에 대하여 상대적으로 이질적인 권리구제수단이었다. 그러나 로마의 일상 생활영역과 법률관계를 모두 지배했던 피데스의 가치가 시민법적 법률관계에 전혀 존재하지 않았던 것은 아니었다. 예를 들어 condictio가 활용된 가장 초기의 분쟁유형중 하나였던 소비대차는 엄정·무상·편무 계약으로서 대주가 대체물이나 일정금액에 대한 소유권을 차주에게 제공할 경우, 특정 기일에 동종·동량·동질의 목적물을 반환한다는 차주의 약정만으로 성립이 가능하였다. C. C. Turpin, op. cit., p. 264; 현승종/조규창, 앞의 책, 721~724면.

154) 남궁술, 앞의 논문, 152면; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491. “Hence alongside of stipulatio and expensilatio existed Real and Consensual contracts; alongside of Condictio existed Judicis arbitrive postulatio; alongside of formulae stricti juris existed formulae bonae fidei.” 즉 의역하면 엄정소송과 성의소송의 대비구도는 편무계약이었던 문답계약(stipulatio)과 문서계약(expensilatio), 그리고 요물계약(real contract)과 낙성계약(concensual contract), 출정통고소송(condictio)과 심판인신청소송(judicis arbitrive postulatio)의 경우에서도 확인할 수 있다고 한다.

155) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491~494.

156) Christiaan Zevenbergen, Karakter en Geschiedenis der Iudicia Bonae Feidei, Vrije Universiteit te Amsterdam, 1920, p. 50.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성의소송이 기원했을 것이라는 추론이 합리적인 것으로 이해되고 있다.[157] 실질적인 측면에서 성의소송의 기원은 당시 법률소송의 과도한 형식주의로 인한 폐해와 권리구제의 제한성 그리고 사회 경제적 환경변화로 인한 법적 수요의 증가로 기원전 1~2세기경 행해진 민사소송절차상의 법률개혁과 밀접한 관련이 있을 것으로 추측된다.[158] 이때 행해진 사법개혁은 Lex Aebutia와 Iulia 법에 의해 법률소송이 사실상 폐지되고 방식서소송이 법제화되면서 완성된 것으로 알려져 있다.[159] 그러나 성의소송이 실제로 Lex Aebutia 이후에 실무에 도입되었는지, 아니면 그 전에 이미 시행되고 있다가 사법개혁에 의해서 법률상 비로소 제도화 되었는지는 정확하지 아니하다.[160] 성의소송의 가장 초기의 기록은 키케로의 문헌에서 확인된다. 키케로는 형사상 사기죄에 대한 처벌근거가 12표법에 존재하였고, 미성년자를 대상으로 한 사기에 대한 처벌근거는 법무관법에서 찾을 수 있었다고 하면서 이러한 금지사항은 법률의 규정이 없더라도 성의소송에 의하여 가능함을 밝히고 있다.[161]

Lex Aebutia 이전에 로마시민에게 적용되었던 방식서소송의 흔적이 발견되는 점도 성의소송의 기원에 대한 단서를 제공해준다.[162] 시민법의 적용을 받지 아니하는 당사자 간의 방식서소송은 Lex Aebutia 이전에는 가능하지 않았을 것이므로 적어도 형평법상의 권리구제체계인 성의소송의 수요가 이미 Lex Aebutia 전에 존재하였음은 어렵지 않게 추측할 수 있다. 그러나 시민법적 권리구제수단의 불완전성에도 불구하고 당시 일반적인 소송형식은 제도적으로 엄정한 법률소송체제였다는 점을 고려하면 이러한 법적 수요로 미루어 Lex Aebutia 이전에 시민법 영역 밖의 권리보호를 위한 성의소송이 존재하였음을 단언하기에는 적지 않은 논리의 간극이 존재한다. 다만 문헌상 비교적 정확히 고증되는 바에 의하면 Lex Aebutia 시행이전에도 시민법적 권리구제수단의

157) Turpin은 Arngio-Ruiz의 견해를 인용하며 법률소송에서 진화한 방식서 형식에 소송의 반복으로 정형화된 사항(사실관계 및 심판인에 대한 지시사항 등) 외에 객관적 기준(una norma obiettiva)으로서 신의성실(bona fides)이 포함된 것을 성의소송의 기원으로 보았다. C. C. Turpin, op. cit., p. 263에서 재인용; 원저는 “Le Formule con Demonstratio: e la loro Origine” Studi Economico-Giuridici Universita di Cagliari 4, 2 (1912) 75, reprinted in Rariora, Storia e Litteratura 11 (1946) 25.

158) C. C. Turpin, op. cit., p. 267.

159) 현승종/조규창, 앞의 책, 254면; Margarita Fuenteseca Degeneffe, El significado de la lex Aebutia en el ordenamiento procesal romano, Revue internationale des droits de l'antiquite, No. 54, 2007, p. 245~247 참조.

160) C. C. Turpin, op. cit., p. 267; Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 50.

161) Cicero, De Officii, III, 15, 61. 12표법에서도 금지되어 있지만, 미성년자에 대한 사기는 법무관법에 의해서도 금지되었다. 그러나 명문의 규정이 없더라도 성의소송에서는 신의성실이 요구하는 바에 따르므로 이러한 규정의 효력은 여전히 유효하였다.

162) Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 51; 권리구제절차의 발달과정에 있어서 Lex Aebutia의 의미에 관한 상세는 Margarita Fuenteseca Degeneffe, op. cit., p. 245~274 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

경직성으로 인하여 상대적으로 법무관의 재량권 및 새로운 영역의 권리구제가능성이 폭넓게 존재하였던 점,[163] 그리고 당시 로마 정무관의 사회·정치적 위상 및 계급 간 갈등에 따라 법무관의 사법기능이 분화된 연혁적 배경에 비추어 적어도 법무관의 기능은 단지 소극적인 소송심사적 역할에 지나지는 않았으며 성의소송과 같은 새로운 영역의 권리구제를 위한 보다 진보적인 제도적 토대의 구축에 기여하였을 것이라는 견해가 설득력을 얻는다.[164]

결론적으로 Lex Aebutia 시행이전에 법무관을 중심으로 한 형평법적 권리구제수단 및 방식서소송 형식의 태동이 법원 실무상 존재하였음에도 불구하고[165] 동 법제로부터 방식서소송이 처음 제도화된 점, 그리고 방식서소송체제는 그 이전의 법률소송에서의 권리구제의 경직성 및 불완전성에 대한 사법적 개혁의 연장선에서 존재한다는 점으로부터 성의소송의 실질적인 형평법적 권리보호기능의 기원은 적어도 Lex Aebutia을 전후로 한 방식서소송의 도입 이후에서 찾는 것이 합리적이다.[166]

### 나. 엄정소송과의 차이

신의성실은 고전기 초기부터 로마법 lex에 준하는 구속력을 지닌 것으로 인식되면서 시민법상의 방식서소송에 원용됨으로써 제도적 법원성을 획득하였다.[167] 이에 따라 신의성실의 원칙의 기능 또한 단순히 당사자 간 계약관계에서 독자적인 채무의 내용을

163) C. C. Turpin, op. cit., p. 261.
164) C. C. Turpin, op. cit., p. 267; Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 52~53.
165) C. C. Turpin, op. cit., p. 260.
166) 이상에서 Lex Aebutia에 의하여 법률소송이 폐지되고 방식서소송이 도입된 것으로 전해지지만, 이러한 사법개혁과 Leges Iulia와의 관계에 대하여는 명확히 규명된 바가 없다. Leges Iulia는 동시대 사법개혁을 논할 때 Lex Aebutia와 함께 언급되는 중요한 권리구제절차를 규정한 법률로서, 사법분야(Lex Iulia iudiciorum privatorum)와 공법분야(Lex Iulia iudiciorum publicorum)의 정무관 및 심판인, 당사자 및 대리인, 증인 등 소송절차 전반에 관한 내용을 다루고 있었던 것으로 전해진다. Adolf Berger, op. cit., p. 394. "Lex Iulia iudiciorum publicorum"; 두 법률 모두 법률소송의 폐해와 동시대 권리구제체계 개선을 위한 개혁조치의 일환으로 채택되었지만, 이 법률들의 역할에 대한 구체적인 규명의 부재로 인하여 다양한 견해가 존재한다. 사법개혁에 있어서 Lex Aebutia의 범위와 내용이 Iulia법보다 더 중요한 의미를 지니고 있다거나 또는 Lex Aebutia는 Iulia법의 사실상 전신으로서 후에 채택된 Iulia법의 핵심내용을 포함하고 있다는 견해 등이 존재한다. Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 56~57; 현승종/조규창, 앞의 책, p. 254. 대체로 Lex Aebutia와 Iulia법의 실체는 사법개혁 조치를 위한 일련의 과정에 있었던 것으로서 상반되거나 전혀 다른 방향성을 지니지는 않았던 것으로 이해되고 있다. 성의 소송의 기원에 관한 상세는 Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 60 이하 참조.
167) Max Kaser, Roman Private Law, Second Edition, A Translation by Rolf Dannenbring, Butterworths, 1968, p. 142.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

구성하는 수준을 넘어서서 법률관계의 심리과정에서 심판인이 반드시 조사해야 할 법적 표준으로 격상되었다.[168] 무엇보다 성의소송은 심판인에게 폭넓은 재량권을 허용함으로써 엄정소송과의 관계에서 권리구제기능상의 효율성 측면에서 현저한 변화를 가져왔다.

기존의 엄정소송(iudicia stricta)[169]에서는 채권자인 원고는 청구의 목적이 되는 권리의 전부에 대하여 구제를 받거나 아니면 채권자체가 부인되었다. 원고의 청구내용이나 사실관계에 관한 심판인의 심리 및 최종 판단은 소송방식서의 문언에 근거하였으므로 심판인의 재량권은 달리 인정될 여지가 없었다.[170] 또한 엄정채무는 문서계약, 문답계약[171], 소비대차와 같이 시민법상의 요식계약·요물계약으로부터 발생하였는데, 예를 들어 문답계약이 체결된 경우 피고는 채무 상당 가액 전체에 대한 배상책임을 부담하였고 권리구제절차에서 일단 피고의 엄정채무가 식별된 이상 청구내용에 대한 조정의 여지는 전혀 존재하지 않았다.[172] 엄정채무는 시민법상 제도화된 규범적 채무였으므로 엄정소송의 당사자 중 일방은 반드시 그릇된 주장의 책임을 부담하는 구조였다. 엄정채무의 목적물은 법적쟁점결정시에 규명이 되었는데, 금전일 경우에는 해당액을 지급하여야 했고 금전이 아닐 경우에는 쟁점결정시를 기준으로 해당 가액이 산정되었다.[173] 엄정채무를 내용으로 하는 청구에는 상계가 인정되지 않았고, 일단 계약이 성립되면 당사자는 체결내용에 구속되었으므로 계약체결과정상 사기나 해석상 불공정 계약을 이유로 계약 성립의 무효를 다툴 수 없는 불합리가 존재하기도 하였다.[174]

그러나 엄정채무와 달리 성의채무의 성립에는 특별한 요식행위가 요구되지 않았고

---

168) Max Kaser, op. cit., p. 142.

169) 이하에서는 엄정소송(stricta iudicia)에 의하여 보호되는 채무를 엄정채무라 하고, 성의소송(bonae fidei iudicia)에 의하여 보호되는 채무를 성의채무라 하기로 한다.

170) 현승종/조규창, 앞의 책, 259면; 최병조, 앞의 책, 527면; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491 이하 참조.

171) 로마법에서 문답계약은 전형계약이 아니었고, 계약의 내용은 당사자의 선택 및 용도에 따라 다양하게 체결할 수 있는 언어계약으로서 일반적·추상적 계약이었다. 따라서 로마사법의 법률행위와 일반적인 계약이론이 모두 문답계약을 중심으로 서술되어 로마 법률가들 사이에서 일반적인 계약의 의미로도 사용되었고, 이에 따라 로마 계약법 이론의 구성과 발달에 있어서 중요한 역할을 하였다. 현승종/조규창, 위의 책, 703~704 참조.

172) 최병조, 위의 책, 527면.

173) Justinian, Digest, 13. 6. 3. 2; 현승종/조규창, 앞의 책, 286~288; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 493.

174) 엄정채무의 이러한 엄격성으로 인한 폐해는 이후에 도입된 사기의 항변, 사기소송에 의하여 보완되기도 하였다. 구체적인 도입시기는 불명확하나 상계를 목적으로 한 사기의 항변은 마르쿠스 아우렐리우스에 의하여 허용된 것으로 알려져 있다. Henry John, Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Vol. 2, Cambridge at the University Press, 1902, p. 10~11.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

당사자 사이의 합의가 주요한 요건이 되었다. 무엇보다 성의채무에 관한 권리구제에 있어서 심판인은 신의성실의 원칙에 따라 폭넓은 재량권을 행사할 수 있었다.[175] 신의성실의 의무로 인하여 계약상 부담하는 채무의 근거와 내용에 있어서 일정한 형식에 의하지 아니한 합의사항 뿐만 아니라, 합의에 이르지 못한 부분에 대하여도 개별 사안에 따라 관습 및 관행에 의하여 채무의 내용을 구성할 수 있게 되었다.[176] 따라서 심판인이 성의소송에 의하여 고려해야 할 사항은 구체적인 사건에 따라 상이하였다. 성의채무의 존부와 범위의 판단에 있어서 심판인의 재량권은 광범위하였고 그 행사는 신의성실의 원칙에 의하여 통상의 상거래활동에서 기대되는 공정한 권리관계, 즉 신의와 형평이 중요한 판단기준이 되었다.[177] 계약 체결시에 성립한 부수적 합의도 계약의 일부를 구성할 수 있었다.[178] 오늘날 계약의 해석에 관한 대륙법의 경향과 마찬가지로 표시의사와 내심의사가 충돌하는 경우에는 계약당사자의 의도가 무엇보다 중요한 고려사항이 되었다.[179]

신의칙의 주요내용을 구성한 형평의 원칙에 따르면 책임의 범위에서도 엄정소송과 성의소송 사이에는 큰 차이가 있었다. 성의소송에서는 피고 책임으로 야기된 과실 및 부합물은 모두 원고 반환청구의 대상에 포함되었다.[180] 이자나 과실 기타 부차적으로

175) 최병조, 앞의 책, 527면.

176) Max Kaser, op. cit., p. 143.

177) 심판인은 신의성실의 원칙에 따라 원고에게 부담하여야 할 피고의 채무를 판단하였다. 로마인의 법률생활에서 중요한 역할을 담당한 성의소송은 로마시민 사이의 사회적 관계로부터 기원하였으나, 로마인의 중요한 공적 행위가치로서 약속을 준수한다는 의미의 피데스는 국적을 불문하고 적용되었으므로 성의소송의 기원은 일응 로마시민과 외국인 사이의 상거래질서에 근거하고 있다고도 볼 수 있다. 따라서 매매와 같이 로마시민사이에 체결되기도 하고 로마시민과 외인사이에 체결되기도 한 계약의 성의소송에 의한 권리구제는 로마의 대내외적인 상거래질서 양자로부터 그 기원을 찾아야 할 것이다. 물론 신의에 근거한 로마의 법제가 일반적으로 로마의 대내적인 사회·법문화적 배경에 기원을 두고 있음은 부인할 수 없는 역사적 사실이다. 그 근거는 특히 후견(tutela)이나 신탁(fiducia)과 같이 로마상거래관계나 로마시민이 아니면 적용되지 않았던 법률관계의 범위 밖으로부터 찾아볼 수 있다. C. C. Turpin, op. cit., p. 264. 참조.

178) 최병조, 위의 책, 527면; Justinian, Digest, 2. 14. 7. 5; Justinian, Digest, 18. 1. 72. 부수적 합의란 당사자간 계약체결시 유보한 사항이나 특별한 권한을 유보함으로써 계약상 합의에 부가하는 합의를 말한다. 예를 들어 매매에서는 특정기간동안 더 나은 조건의 매수인이 나타날 경우를 고려한 최고가청약유보부(in diem addictio)매매(Justinian, Digest, 18. 2. 1.), 약정기간 내에 대금을 지급하지 아니한 경우를 고려한 해제약관부(lex commissoria)매매(Justinian, Digest, 41. 4. 2. 3.), 매수인이 약정기간내에 목적물이 "마음에 들지 않는다"고 통지함으로써 해제가능한 비수의 약관부(pactum displicentiae)매매(Justinian, Digest, 18. 1. 3.) 등이 있다.

179) 최병조, 위의 책, 527면; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 492; Justinian, Digest, 50. 16. 219(약정한 계약조건보다 계약당사자의 의도가가 먼저 고려되어야 한다는 취지).

180) Justinian, Digest, 22. 1. 38. 7(형평의 원칙상 법률쟁점결정시에는 이후에 발생하는 과실을 포함해서 원상회복되어야 한다는 취지); Justinian, Digest, 16. 3. 1. (23)~(24)(여성노예의 자손들도 여기에 포함되었다. 성의소송의 보호를 받을 경우 원물뿐만 아니라 과실이나 부합물 가축의 생산물이 모두 반환청구의 대상이 된다는 취지); Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary by the Edward



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부담하는 채무의 내용은 엄정소송보다 폭넓게 인정되었다.[181] 소송목적물 가치평가의 기준이 판결시였다는 점에서 법률쟁점결정시가 기준이었던 엄정채무와 차이가 있었다.[182] 마찬가지로 이자의 지급도 법률쟁점결정시가 아닌 이행지체시가 기준이었다.[183] 성의채무에 대하여는 심판인의 재량으로 반소에 의한 손해배상액의 상계가 가능하였다.[184] 성의소송에서는 피고의 법률행위에 기망행위 또는 악의[185]가 존재하는 경우 원고의 선서에 의한 소송물평가액이 손해배상액으로 산정되었고, 과실의 경우 손해배상의 산정은 심판인의 재량판단에 의하였다.[186]

한편, 성의소송에서 심판인의 재량사항은 악의의 항변에 의하여 더욱 크게 확장될 수 있었다. 원고, 피고를 불문하고 사기 또는 강박은 자동으로 심판인의 재량판단사항에 포함되었다.[187] 악의의 항변은 크게 두 가지 경우로 나누어볼 수 있는데 소송 전에 발생한 실제 사기를 dolus라 하였고, 이로부터 사기의 항변 또는 악의의 특별항변(exceptio doli specialis)이라 하였다.[188] 특히 과거의 계약 체결시에 발생한 채권자의 사기가 여기에 해당하였다. 반면 시민법에 따라 당사자의 법률행위가 유효하게 성립하였지만 채무의 이행이 신의와 형평의 원칙에 반하다고 판단되는 경우에는 법무관이 악의의 항변을 부여함으로써 채무자를 보호하였는데 이를 악의의 일반항변(exceptio doli generalis)이라 하였다.[189] 예를 들어 채권자가 자신의 채권자에게 변제한 채무자에게 소송에 의하여 변제를 청구하는 경우처럼 원고의 부적절한 소의 제기는 신의칙에 반하는 행위로서 악의의 일반항변에 의하여 보호되었다.[190] 성의채무의 강제를 위한 소송

---

Poste, p. 492~493.

181) 최병조, 앞의 책, 527면.

182) Justinian, Digest, 13. 6. 3. 2(비록 엄정소송에서는 목적물 가치평가시 고려해야하는 시점은 법률쟁점결정시이더라도 성의소송에서는 판결의 결정시가 고려되어야 한다); Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary by the Edward Poste, p. 492~493.

183) Justinian, Digest, 22. 1. 32. 2(채무불이행시로부터 이자를 산정한다는 취지).

184) 심판인은 방식서에서 명시적으로 지시된 바가 아니라면 상계를 거절할 수 있으나 성의소송에서는 이러한 권한은 위임된 것으로 간주된다. Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 511.

185) 로마법에서 악의를 주요 내용으로 하는 개념은 세분화되어 있지 않아서 사기, 악의, 고의 등의 개념이 혼용되거나 동의어로 사용되었다. 로마법에서 악의는 고의와 유사한 개념으로서 알고 있다는 의미뿐만 아니라 타인에게 해를 가하려는 주관적 내심의사와 이에 대한 윤리적 비난이 포함된 개념이었지만, 오늘날의 사기보다 광의의 개념이었다. 현승종/조규창, 앞의 책, p. 441~442.

186) Justinian, Digest, 12. 3. 5; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 492~493.

187) 현승종/조규창, 위의 책, 445면(사기), p. 449(강박).

188) 현승종/조규창, 위의 책, 443면.

189) 현승종/조규창, 위의 책, 443면.

190) Justinian, Institutes, 44. 4. 8 pr; Justinian, Digest, 50. 17. 173. 3; 현승종/조규창, 위의 책, 283면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

방식서에는 성의구절이 항상 포함되어 엄정채무와 판단기준을 달리하였으며,[191] 성의소송은 본질적으로 악의의 항변이 내재된 소송이었으므로 당사자는 별도로 이를 주장할 필요가 없었다.[192] 무엇보다 성의채무의 이행에 있어서 당사자의 재량에 의한 판단이 필요할 경우 당사자는 신의칙에 따른 판단을 하여야 했다.[193]

### 다. 성의소송 도입의 의의

#### (1) 엄격한 법질서에 대한 형평법적 쇄신

성의소송의 의미는 피고가 원고에 대하여 로마시민법상의 의무가 아닌 단순히 신의성실을 바탕으로 한 윤리적 채무를 부담하는 경우에도 법관이 당해 사건을 심리하고 판결을 선고할 때 신의성실에 기한 판단이 가능한 점으로부터 찾을 수 있다.[194] 내국인관할 법무관의 활동에 따라 제한적으로 운용되었던 초기의 모습과는 달리 제국의 영토확장과 외국인관할 법무관의 활동이 증가함에 따라 신의의 개념은 시민법의 실체에도 심오한 변화를 일으켰다. 즉 형평법을 알지 못하는 기존의 경직된 법체계에 정의와 공평을 주요 축으로 하는 신의의 정신이 법적 쇄신을 일으켰다는 의미이다.[195]

시민법영역까지 확장된 성의소송에서 법관은 신의성실에 따라 판결을 선고할 수 있었는데 이러한 변화는 방식서의 내용에서 발견된다. 방식서상에 신의에 따른 판결을 가능케 하는 별도의 규정을 두는 경우 신의에 기한 사법심사가 가능했기 때문이다.[196] 물론 이때 법관은 재량에 따라 신의를 규정하는 법문을 일정범위에서 임의로 해석할

191) 최병조, 앞의 책, 332면; Gaius, Institute, 4. 47.

192) 채권자의 사기, 강박의 경우, 사기의 항변(exceptiones doli), 강박의 항변(exceptiones metus)은 성의소송에 내제되었으므로, 이를 소송방식서에 적시할 필요가 없었다. Justinian, Digest, 24. 3. 2. 1; 고전기법상 부제소 합의의 항변(exceptiones pacti)도 마찬가지로 성의소송에 내제되었다. Justinian, Digest, 2. 14. 7. 5; 현승종/조규창, 앞의 책, 804면.

193) 성의계약에서는 소유권자나 그 대리인이 목적물의 조건에 관한 어떤 재량을 가질 경우 신의성실에 적합한 판단이 요구되는 것으로 이해되고 있다 Justinian, Digest, 50. 17. 23.

194) Fritz Schulz, Classical Roman Law, Clarendon Press, 1951, p. 36.

195) 이러한 법적 쇄신의 필요성은 이후 영미법계뿐만 아니라 대륙법계에도 공통적으로 인식되었지만 형평의 구현을 위한 방법론에 있어서 양자는 전혀 다른 길을 걸었다. 상세는 '제3장 신의성실의 원칙의 기능적 확장' 제1절 서언 참조.

196) 예를 들어 물품매매계약상 물품가격에 대한 분쟁이 있는 매도인소권(action venditi)의 경우, 방식서상 청구취지의 표시(intentio)에 별도의 성의구절을 두어 법관으로 하여금 신의성실에 기하여 원고에게 원인이 있는 사유로 인해 가격을 조정할 수 있는 권한을 갖도록 할 수 있었다. 성의구절을 두는 방식에는 몇 가지가 사용되었으며 소송방식서의 구성양식에 일관된 통일성이 있었던 것은 아닌 것으로 보인다. 별도 규정을 두고 있는 방식서의 상세는 Fritz Schulz, op. cit., p. 35 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수 있었고, 고대의 법률 전문가들도 신의에 기한 사법심사의 근거가 되는 규정을 해석하기 위해 별도의 해석기준들을 마련해 두었던 것으로 전해진다.[197] 한편 시민법체계에까지 영향을 미친 신의성실 개념은 원래는 법무관법으로부터 시작하여 성의소송을 통해 구체화되었지만 로마법에서 성의소송을 통한 권리구제절차가 법무관법을 중심으로 한 별도의 명예법 체계에 속하는 것으로 구분되어 인식된 것은 아니었다. 성의소송은 로마인의 보편적인 행위가치였던 신의 개념을 통하여 엄격한 시민법적 의무의 범위를 확장시키는 중요한 계기를 제공하였고, 이에 따라 공화정 후기 법률전문가들에 의해 수용과정을 거치면서 점차 시민법상의 권리구제수단으로 포섭되었던 것으로 이해되고 있다.[198]

(2) 권리구제 체계의 현대화・실질화

성의소송을 통해 신의성실 개념이 엄격한 시민법 질서에 유입되었다는 점에 대하여는 이견이 없다. 그러나 과연 종래의 실정법제에 신의를 기반으로 한 제도나 권리구제의 개념이 전혀 존재하지 않았는가라는 질문에 대하여는 이를 부인하기도 쉽지 아니하다. 왜냐하면 로마의 일상 및 대내외적 유대관계에서 시민법적 윤리개념으로서 피데스의 가치가 차지하였던 비중을 고려한다면, 성의소송을 전후하여 이를 알지 못하는 시민법 체계에 갑자기 형평법적 쇄신이 일어나 제도화되었다고 하는 견해에 오히려 논리적 비약이 있다고 볼 수 있기 때문이다. 더욱이 시민법체계 내에서도 피데스로 볼 수 있는 자연법적 가치를 기초로 한 법률관계가 애초부터 존재하지 않았던 것도 아니었다.[199]

시민법에 의하면 후견제도는 자주권자[200]인 여성, 심신이상자, 낭비자, 미성숙자 등 행위무능력자의 후견업무를 위하여 마련된 신의에 기초한 법률관계였고[201], 신탁은 소

197) Fritz Schulz, op. cit., p. 36.
198) C. C. Turpin, op. cit., p. 268.
199) Ibid, p. 264.
200) 로마법은 절대적 지배권을 중심으로 구성되어 있는데 특히 사법관계에서의 재산권은 주인의 소유권을 중심으로, 가족법은 부의 가장권을 중심으로 편성되었다. 여기서 가장과 가장권에서 해방된 자, 즉 자주권자에게만 완전한 권리능력이 부여되었다. 설령 고위 정무관이라 할지라도 가장권에서 해방되지 아니한 가남(家男), 즉 타주권자에게는 권리능력이 제한되었다. 반면 가장이 사망하면 미성숙자나 미성년자라 할지라도 모두 자주권자가 되었다. 그러나 이때에도 권리능력은 있으나 행위능력은 제한되었으므로 이들을 보호하기 위한 제도가 발전하였다. 현승종/조규창, 앞의 책, 386~388면.
201) 현승종/조규창, 위의 책, 789면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유권을 이전하고 양수인의 신탁목적 달성과 동시에 이를 반환할 것을 약정하는 상호 신의에 기초한 법률관계로서 피데스와 어원을 같이하고 있다.[202] 공동의 영리를 목적으로 상사조합의 형태로 발전한 조합도 초기에는 혈연관계를 기초로 한 필요적 상속인들이 공동상속재산을 통하여 전재산조합(全財産組合)을 구성한 데서 기원하였으므로 초기의 조합 societas도 신의에 기한 법률관계로 볼 수 있다.[203] 위임 또한 상대방 업무를 위하여 당사자 간 합의에 따라 체결하는 무상의 낙성계약이었다는 점,[204] 그리고 우호적인 개인적 상호성이 존재하는 로마 특유의 유대로부터 기원하였다는 점에서 신의성실 개념이 그대로 반영된 시민법제로 보기에 전혀 부족하지 아니하다.[205] 이와 같은 제도들은 이미 종래 시민법의 틀 안에서 존재하였으므로 엄격한 형식주의적 법률소송 체계에도 불구하고 권리구제 가능성을 전혀 찾아볼 수 없었던 것은 아닌 것으로 이해되고 있다.[206]

법문헌상 가장 초기 성의소송의 범위 안에 이와 같이 신의를 기초로 고안된 시민법적 권리의 구제 수단이 포함되었다는 점에서 적어도 성의소송의 의미는 권리구제 가능성의 발견 이상의 것에서 찾아보아야 할 당위성이 있다. 따라서 법무관의 법체계로부터 성의소송이 도입된 이후 이로 인한 권리구제 영역의 새로운 발견을 넘어, 이미 종래 시민법 체계의 권리보호 기능이 존재하였음을 전제로 한다면 오히려 심판인의 심리기능이 신의에 근거하여 더욱 확장됨으로써 로마법에서의 권리구제체계가 현대화·실질화 되었다고 보는 견해가 더욱 설득력을 얻는다.[207]

### 라. 성의소송의 범위와 특징

(1) 성의소송의 범위

---

202) Adolf Berger, op. cit., p. 471. "fiducia". 장악행위를 통한 재산의 양도에 부가되는 합의를 의미한다. 즉 채권담보의 목적으로 담보물의 소유권을 장악행위에 의하여 채권자에게 이전하고 후에 채무를 변제하면 이를 반환할 것을 약정함으로써 성립된다; Oxford Latin Dictionary Second Edition, Vol. 1, Oxford University Press, 2012, "fiducia" "1 (leg.) Transference of a property on trust...2 Trust, reliance, confidence (in a source of help...)". 여기서는 신용에 기초한 재산의 양도 또는 신뢰 그 자체를 의미한다고 한다.

203) 현승종/조규창, 앞의 책, 765면.

204) Gaius III, 135; C. C. Turpin, op. cit., p. 264.

205) Gaius III, 155; C. C. Turpin, op. cit., p. 264.

206) C. C. Turpin, op. cit., p. 264.

207) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성의소송은 공화정 말기 문헌상 키케로가 열거한 리스트에 따르면 크게 네 분야, 즉 후견 및 조합, 신탁 및 위임, 매매계약, 고용 및 임대 분야에서 가능하였고, 이를 비롯해 일상생활에서 사회적 관계가 수반되는 거래관계에서도 폭넓게 성의소송이 가능했던 것으로 보인다.[208] 키케로 당시에도 피데스 개념은 그 특성상 매우 광범위한 적용이 가능했으며 이에 따라 법관은 상대방의 반소나 항변이 인정되는 대부분의 사건에서 당사자가 부담하는 의무의 범위를 결정하는 데 있어서 폭넓은 재량권을 행사할 수 있었다.[209]

성의소송은 문헌상 처음 발견되는 키케로 리스트(B.C. 44)로부터 이후 점차 변화 양상을 보이는데 가이우스 및 유스티니아누스 대를 지나며 개인 간의 사법 분야에서 확장된 범위를 보인다.[210] 키케로의 의무론 이후 약 200여년 후인 A.D. 161년에 발간된 가이우스(A.D. 130~180)의 법학제요에서는 무권대리, 임치, 결혼지참금 등이 추가되었다.[211] 유스티니아누스(A.D. 483~565)의 학설휘찬에서는 사용대차, 저당, 공유재산분할[212], 상속재산회복소송 등이 추가되었다.[213] 이 밖에 유스티니아누스 대에 결혼지참금에 관한 문답계약소송, 전가문소송(前加文訴訟; actio praescriptis verbis)[214]이 성의소송에 포함되었다.[215]

이처럼 성의소송이 가능한 분야는 키케로 리스트에서 시작하여 가이우스와 유스티니아누스에 걸쳐 약 600년 동안 추가되거나 삭제되기도 하면서 다소의 변화를 겪은 것으로 분석할 수 있다. 성의소송이 가능했던 구체적인 범위는 문헌상 명확히 특정할 수 없지만 반대로 신의에 기한 권리구제가 불가능했던 분야에 대하여도 분명한 범위가 정

208) Marcus Tullius Cicero, De Officiis(1914), p. 341; Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 129 이하 참조.
209) Marcus Tullius Cicero, De Officiis, 1914, p. 341.
210) 신의에 기한 권리구제 범위의 변화에 대한 논의는 문헌별로 구체적으로 일치하지는 않는다. 대체로 제한된 범위에서 확장되었지만 현저한 변화가 있었던 것은 아닌 것으로 보인다. Simon Whittaker, op. cit., p. 70; 가이우스 리스트에 관한 상세는 Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 152 이하 참조.
211) Gaius, Gai Institutiones, Clarendon Press 1904, p. 511.
212) 로마법에서는 공동소유의 유형으로 합유나 총유를 인정하지 않았고, 오직 공유만이 존재했다. 물론 특정물에 대한 합유나 총유적 이용은 사실로서 존재 했으나, 이는 단순한 사실관계에 그치고 법률관계에는 별도의 공동소유로 규정되지 않았다. 그러므로 로마법에는 자유주의 법원리의 영향에 따라 개인의 단독소유와 단독소유로의 분할이 가능한 공유만이 존재한다. 현승종/조규창, 앞의 책, 30면.
213) Justinian's Institutes, Cornell University Press, 1987, p. 133.
214) 중세학자들의 분류에 의하면 일상생활에서 전형계약에 포함되지 않는 계약관계, 즉 무명계약관계에서 상대방의 반대급부이행의 강제를 위해 도입된 다양한 방식의 소송을 의미한다. 계약관계에서 분쟁이 발생하면 당사자는 소송방식서의 작성을 위해 법률가의 도움을 받았는데 이들의 활동으로 인해 전에 없던 새로운 형식의 방식서가 생성되기도 하였다. 전가문이란 명칭은 앞에 부가하는 문언(praescriptis verbis)에 의하여 각 방식서에 소송의 배경이 되는 사실관계를 기술해야 하는 점에서 유래하였다. Adolf Berger, op. cit., p. 344. "Actio praescriptis verbis"; 현승종, 위의 책, 780면; 이태재, 로마법, 진솔, 1990, 166면.
215) Max Kaser, op. cit., p. 142.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해지지 않은 점과 신의의 개념이 시민법의 실체에까지 미친 영향으로 미루어 성의소송이 로마 소송의 전반에 걸쳐 적지 않은 역할을 수행한 것으로 추측된다.[216]

(2) 성의소송의 특징

(가) 사법적 권리구제수단으로서 특징

① 시민법상의 방식서소송

실체법을 기준으로 분류하면 성의소송은 시민법상의 방식서소송이었다.[217] 법무관의 칙령에 의하여 채택된 소송방식서는 초기에는 시민법상 권리 보호를 위한 수단으로서 소수에 불과하였으나 이후 상거래 수요의 다양화와 분쟁유형의 복잡화로 인하여 고전기 이후 크게 증가하였다. 고전기 초기부터 성의소송은 시민법상의 방식서소송으로 채택되기 시작하였는데 그 이유는 신의성실의 원칙이 당시 로마법에 준하는 구속력을 지닌 것으로 인식되었기 때문이었다.[218] 이때부터 신의성실의 기능은 단순히 당사자 사이의 계약관계에서 독자적인 채무의 내용을 구성하는데 그치지 아니하고 법률관계의 심리과정에서 심판인이 반드시 조사해야 할 법적 표준을 구성하게 된 것으로 평가되고 있다.[219] 시민법상의 방식서소송은 명예법상의 사실소송(actio in factum)에 대응하는 소송개념이었는데,[220] 여기서 시민법상의 방식서란 시민법에 근거한 권리구제를 위해 서면화한 소송방식서를 의미하였다. 반면 명예법상의 방식서는 시민법의 경직된 권리구제 체계를 보완하고 사회·문화적 환경 변화에 따라 새로 발생하는 권리보호 영역을 위해 명예법에 근거한 소송방식서를 의미하였다.[221]

---

216) Fritz Schulz, op. cit., p. 36.
217) C. C. Turpin, op. cit., p. 268.
218) Max Kaser, op. cit., p. 142.
219) Ibid.
220) C. C. Turpin, op. cit., p. 268.
221) 시민법상 방식서소송의 청구표시(intentio)는 '피고의 의무가 명백하다면(si paret oportere)'과 같이 삼단논법의 결론에 해당하는 형태를 취하였다. 방식서상 원고 청구 내용의 논리를 대전제, 소전제, 결론으로 구성된 삼단논법에 따라 재구성하면, 예를 들어 대전제는 '노예를 매수한 모든 사람은 매매에 따른 급부의무를 이행하여야 한다', 소전제는 '피고는 본건 사안의 노예를 원고로부터 매수하였다', 따라서 결론은 청구표시와 같이 '피고의 의무가 명백하다면', '피고는 원고에 대하여 매매에 따른 대금지급의무를 이행하여야 한다'로 정리할 수 있다. 시민법상의 방식서소송에서 대전제가 되는 근거는 시민법체계뿐만 아니라 프라이토르법을 중심으로 한 형평법적 법원칙도 여기에 해당되었다. 따라서 시민법상 방식서소송에 의한 권리구제에서는 대전제가 되는 법률관계와 소전제가 되는 사실관계에 대한 쟁점이 모두 심리대상이 되었다. 반면,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성의소송의 방식서에는 일반적인 시민법상 방식서의 청구표시에 성의구절이 추가되었다.[222] 소송방식서상 신의와 형평의 원칙에 따라 발견된 피고의 의무를 시민법상 의무개념이었던 oportere에 포함시켰다는 점에서 시민법상의 방식서소송이었음을 추측할 수 있다.[223] 성의소송은 초기에는 법무관의 칙법을 중심으로 발달한 명예법 체계의 성과였지만 공화정후기를 거치면서 시민법상의 권리구제수단으로 인식된 것으로 보인다.[224] 이와 같이 오늘날 법원칙으로서의 신의의 개념은 법무관법으로부터 태동하여 성의소송을 통해 구체화된 것으로 평가할 수 있다. 그러나 실정법의 경직성에 따라 고착화된 시민법적 의무가 신의와 형평의 가치로부터 영향을 받아 일종의 '묵시적 의무'로의 변화과정을 거치면서 확장됨으로써 엄격한 의미에서 명예법상의 권리구제 체계였던 성의소송이 점차 시민법상의 권리구제수단으로 포섭된 것으로 이해된다.[225]

② 불확정 대인소송

형식적인 측면에서 계약관계의 권리구제수단으로서 성의소송은 불확정 대인소송 형식을 취하였다.[226] 소송방식서에는 피고와의 법률관계를 중심으로 한 정형적인 성의문구가 표기되었다. 대인소송이란 상대방과의 계약이나 불법행위에 근거한 채권관계를 보호하기 위해 제기하는 소송으로서 소송방식서의 청구표시에는 원고의 청구사항을 표기하였는데 여기에는 피고를 대상으로 한 물건의 인도나 일의 완성, 의무의 이행이 주요 내용을 이루었다.[227] 대인소송의 방식서에는 '피고가 지급 또는 이행하여야 한다면'이라고 표기하고 청구권의 근거가 되는 구체적인 법률관계는 포함이 되지 않았다.[228]

---

사실소송에서는 대전제가 되는 권리구제 청구의 법적 근거에 대한 쟁점이 심리대상에서 애초부터 제외되었고 단지 소전제에 해당하는 청구표시상의 사실관계에 관한 쟁점만이 심리 대상이 되었다. E. Koops/W. J. Zwalve, Law and Equity: Approaches in Roman Law and Common Law, Martinus Nihoff Publishers, 2013, p. 131; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary by the Edward Poste, Clarendon Press, 1904, p. 489.

222) Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 27 이하 참조.

223) oportere는 문맥에 따라 유연한 해석이 가능하지만 법률적으로 쓰일 때에는 매우 기술적이고, 제한적인 의미로 쓰였다. 로마법에서 Oportere는 시민법(ius civile)에 근거한 법적 의무를 의미하였고, 시민법에 근거한 소권이 인정되는 경우에만 일정한 법적 의무가 발생하였다. 소송방식서에서는 심판인으로 하여금 피고가 원고에게 부담하는 채무의 존부 및 범위를 판단하도록 하였는데 이때 피고가 부담하는 시민법상의 채무를 표시하기 위한 전문용어로 oportere를 사용하였다. 초기 로마법에서 부분적으로 사용되었지만 고전기에도 성의채무와 함께 시민법상의 엄정채무에 사용되었다. Max Kaser, op. cit., p. 141.

224) Cicero, De Officii, III, 15. 61; C. C. Turpin, op. cit., p. 268.

225) C. C. Turpin, op. cit., p. 268.

226) Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 15 이하 참조.

227) Gaius, Institute, 4. 2; 현승종/조규창, 앞의 책, 247면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

또한 성의소송은 소송방식서의 청구표시 항목에서 성의구절에 근거하여 신의와 형평을 구현하는 권리구제 수단이었으므로 방식서소송의 형식상 불확정소송(actiones incertae)에 해당되었다.[229]

엄격한 시민법적 틀에 제한받지 아니하고 신의에 근거한 의무에 근거하여 피고의 책임을 발견하는 성의소송체계에서는 원고의 청구표시가 애초부터 소송성격상 불확정한 청구표시에 의존할 수밖에 없었다. 이에 따라 피고의 급부책임이 인정된다고 할지라도 소송의 성격상 책임 내용과 범위가 청구시부터 확정되어 있지는 않았기 때문에 심판인은 종래 성립된 법률관계를 비롯하여 심리절차상 모든 사실관계를 고려하여 신의와 형평에 따라 이러한 성의소송 본래의 목적을 달성하기 위하여 폭넓은 재량권을 행사하여야 하였다.[230] 반면 엄정소송에서는 심판인의 심리절차가 방식서의 엄격한 형식요건에 따라야 했으므로 재량권 행사의 여지가 전혀 존재하지 않았다.[231] 심판인에게는 단지 법무관에 의하여 법정절차를 거치며 생산된 소송방식서의 문언에 따라 심리절차를 진행하고 제기된 문제에 대한 가부를 결정하는 수동적인 소송심사권이 부여되었을 뿐이었고 그 밖에 신의와 형평이 요구하는 권리보호의 기준에도 제한받지 않았다.[232]

(나) 형평적 권리구제수단으로서 특징

① 계약관계의 형평적 권리구제

성의소송과 엄정소송의 구분은 시민법상의 방식서소송 중에서도 특히 상호간의 신뢰가 요구되는 계약적 법률관계의 권리구제에서 의의가 있었다. 다른 분야의 권리구제는 이 분류에 속하지 않으면서도 성의소송의 규칙을 준용하며 독자적인 분야에서 권리구제 작용을 수행하였다.[233] 여기에서 계약이란 성의소송에 의하여 보호를 받을 수 있는

228) Gaius, Institute, 4. 2; 현승종/조규창, 앞의 책, 247면.
229) C. C. Turpin, op. cit., p. 267; Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 25 이하 참조.
230) C. C. Turpin, op. cit., p. 266.
231) O. E. Tellegen-Couperus, The Role of the Judge in the Formulary Procedure, Legal History, Vol. 22, No. 2, 2001, p. 2 이하 참조.
232) O. E. Tellegen-Couperus, op. cit., p. 2 이하 참조.
233) 일부 불법행위소송(Aquilia 불법행위소권)은 엄정소송의 규칙이 적용되었고, 사실소송이나 대물중재소송(actiones in rem arbitrariae), 특별심리소송의 경우에는 성의소송의 규칙이 일부 준용되었던 것으로 추측되고 있다. 원수정초기에 창설된 특별심리소송은 신탁유증, 후견, 부부간 부양의무, 자유신분사건, 고급노무의 보수청구사건 등의 분야에서 활용되기 시작하여 독자적인 영역의 권리구제 작용을 하다가 점차 범위가 확장되었다. 이에 따라 방식서소송의 관할권이 감소하면서 특별심리소송은 이후 A.D. 342년 콘스탄스와 콘



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계약, 즉 성의계약으로서 시민법의 엄정계약에 대응하는 개념이었다. 성의계약은 특히 상거래의 발달로 인하여 당사자 간의 신의를 기초로 형성되고 신의칙의 발달과 함께 진화한 낙성계약을 의미하였다.[234] 낙성계약은 요식행위나 목적물의 인도를 필요로 하지 아니하고 단순한 합의에 의하여 성립되었으므로 가장 많이 이용되었고, 동시에 가장 높은 분쟁가능성과 권리구제에 대한 법적 수요가 존재하였다.[235]

원래 로마법에서 계약은 2인 이상의 의사가 합치되어 창설된 법률관계를 의미하였다.[236] 초기의 고대 시민법에 의하면 계약으로 발생한 법률관계는 엄격한 요식행위가 요구되었으므로 법정방식에 의하지 아니하면 법적효력 자체가 부인되었다. 그러나 이후 법정원인에 관한 합의와 목적물의 인도를 요건으로 성립하는 요물계약으로부터 단순히 법정원인에 관한 합의만으로 성립하는 낙성계약으로 발전하면서 로마의 채권법은 당사자 간 의사의 합치, 즉 합의(conventio)가 계약의 성립요건이라는 기본원칙을 중심으로 구성되고 진화하였다.[237] 따라서 법률관계 성립의 편의성으로 인해 가장 널리 이용된 낙성계약은 공화정 후기에 이미 시민법 영역에서 규율되면서 성의소송에 의한 권리구제 가능성이 열려 있었고 계약관계에 기반한 의무 외에 불법행위에 기반한 의무는 성의소송의 보호대상에 해당되지 않았다.[238]

② 당사자 의도・합의의 고려

성의소송은 주로 쌍무계약으로 인한 법률관계에서 양당사자 모두에게 적용되는 권리구제 수단이었다.[239] 쌍무계약이란 그리스어의 synallagma, 즉 견련관계와 유사한 개념으로서 일방의 권리가 상대방의 반대급부를 전제로 하여 성립하는 채권관계를 의미하였다.[240] 이에 반해, 엄정소송은 편무계약으로 인한 분쟁을 그 적용대상으로 하였으므로 일방에 대한 권리구제 가능성에 상대적으로 취약했던 것으로 보인다. 예를 들어 매

---

스탄티누스의 칙법에 의하여 기존의 방식서소송 체계를 완전히 대체하였다. Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 494; 현승종/조규창, 앞의 책, 302~304면; Christiaan Zevenbergen, p. 26 이하 참조; C. C. Turpin, op. cit., p. 266.

234) 현승종/조규창, 위의 책, 56면.

235) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 366.

236) Justinian, Digest, 2. 14. 1. Ulpianus, on the Edict, Book IV.

237) 현승종/조규창, 위의 책, 688~690면 참조.

238) Justinian, Institutes, 4. 6. 28; Gaius, Institutes, 4. 62; Cicero, De Officii, 3. 70.

239) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491.

240) 현승종/조규창, 위의 책, 747면 각주 195) 참조; Justinian, Digest, 50, 16, 19.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

매계약에서 매매대금의 채무가 문답계약을 근거로 하는 경우에 문답계약은 편무계약으로서 낙약자인 매수인 일방만이 대금지급채무를 부담하였는데, 이 경우 문답계약의 무인성으로 인하여 매수인은 법률행위의 하자가 있는 경우에도 매도인에게 대항할 수 없었다.[241] condictio나 시민법상의 엄정소송에 의하면 이러한 불합리는 악의의 항변에 의하여 개선될 수 있었는데, 이는 시민법상 일응 유효한 법률행위로 인하여 일방이 채무를 부담하게 될지라도 형평의 원칙상 그 이행청구의 불합리가 인정될 경우에 법무관이 피고에게 부여할 수 있는 방어권 중의 하나였다.[242] 그러나 악의의 항변을 제외하고는 상계와 같은 피고의 항변작용이 채권의 소멸사유로서 인정되지 아니하였다.[243] 5현제의 마지막 황제였던 마르쿠스 아우렐리우스 이후에야 황제칙법에 의하여 피고의 방어권이 확장될 수 있었다.[244] 이와 같이 엄격한 요식주의가 지배한 엄정소송과 달리 성의소송은 양당사자의 형평적인 권리관계를 중심으로 하는 쌍무계약에서 일찍이 신의와 형평에 의한 법원칙에 의하여 상대적으로 균형적인 권리구제 가능성이 확보될 수 있었다.[245]

한편, 당사자의 합의에 근거한 법률관계에서 신의와 형평의 원칙을 실현하는 가장 효율적인 방법 중 하나는 권리관계를 판단하는 최종적인 심리절차에 당사자의 의도를 반영하는 것이라 할 수 있다. 그러나 엄정소송에서는 형식주의적 엄격성으로 인하여 이에 대한 고려가 크게 제한되었다. 반면, 성의소송에서는 심판인에게 부여된 재량권에 의하여 상대적으로 실현가능성이 높았다. 엄정소송의 형식주의적 경직성은 표시행위를 의사표시의 본체로 간주한다는 점에서 가장 두드러진다.[246] 초기의 엄정소송 하에서는 현대 민법학에서 의사표시의 구성요소로 보는 효과의사, 표시의사, 표시행위를 구분하지 아니하고 단순히 표시행위라는 외형에 의하여 당사자의 의사를 추단하고 이에 대한 법적효력을 인정하였다.[247] 그러나 성의소송에서는 이를 구분함으로써 실체적인 권리관계와 당사자의 의도에 보다 더 근접할 수 있었던 것으로 보인다.[248]

구체적으로 성의소송에서는 합의 내용에 관한 분쟁이 발생할 경우 당사자 간의 명시

241) 현승종/조규창, 앞의 책, 710면.
242) 현승종/조규창, 위의 책, 443면.
243) Henry John, op. cit., p. 10~11.
244) Henry John, op. cit., p. 10~11; Gaius, Institutes, 4. 6. 30. “엄정소송에서는 황제의 칙령에 따라 사기의 항변이 있는 경우 상계가 허용되었으나 우리 법률에서는 명백한 정의에 근거한 경우에 있어서 상계가 폭넓게 도입되었다”.
245) C. C. Turpin, op. cit., p. 266.
246) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491 이하 참조.
247) 현승종/조규창, 위의 책, 56~57면.
248) 현승종/조규창, 위의 책, 57면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적인 계약사항뿐만 아니라 묵시적인 조건까지 심판인의 심리·판단사항에 포함되었다.[249] 그리고 심판인의 심리절차에서는 법률행위시의 당사자의 의도와 원고의 권리 및 피고의 의무를 보다 분명히 규명하기 위하여 당사자 간에 확립되어 있는 관습 및 관행이 폭넓게 고려되었다.[250] 예를 들어 로마의 계약방식중 문답계약은 채무불이행에 관한 손해배상, 하자담보를 위한 2배 배상책임, 보증채무의 발생 등 장래 소송상의 권리보호를 위하여 주채무에 부수하여 폭넓게 이용되었는데[251], 2배 배상의 하자담보 책임에 관한 문답계약이 성립된 경우에는, 비록 매도인이 이에 대한 담보를 제공하지 않았더라도 신의에 근거하여 당사자간에 확립된 관습이나 관행을 판단의 기초로 활용할 수 있었다.[252]

③ 사실관계, 항변의 고려와 신의

성의소송의 심리절차에서 심판인은 당사자들의 행위와 해당 사실관계가 기초로 하고 있는 제반상황 및 항변사유에 대하여 폭넓게 고려할 수 있었다.[253] 예를 들어 심판인은 사기, 강요, 강박과 같이 의사표시의 하자를 야기할 수 있는 악의의 행위를 비롯하여 피고의 항변과 같이 신의의 원칙에 근거하여 피고의 이익으로 귀결되는 다양한 사실관계를 고려할 수 있었다.[254] 성의소송상 심판인은 당사자 간의 법률관계를 신의칙에 근거하여 심리할 수 있었으므로 기본적으로 피고의 항변이 없이도 이를 판단할 수 있는 소송 즉 악의의 항변이 내제된 소송이었다.[255] 사기의 경우에는 합의에 따라 법

249) Justinian, Digest, 3. 5. 6; Justinian, Digest, 34. 5. 22; Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 492.
250) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 492.
251) 문답계약은 서약과 함께 대표적인 구두계약인데, 일정한 형식을 요한다는 점에서 서면계약과 함께 요식계약으로 분류된다. 로마 계약법상 계약은 요식계약(언어계약(서약, 문답계약), 문서계약), 요물계약(소비대차, 임치, 사용대차, 신탁, 질권설정), 낙성계약(매매, 임약(임대차, 고용, 도급), 조합, 위임), 무명계약(교환, 위탁판매계약, 허용대차, 화해, 부담부증여, 가자(嫁資)반환의 합의), 준계약(사무관리, 사체매장, 채권유증, 허용유증, 일방적 약속, 시주(施主)의 약속, 비채변제, 부당이득, 우연의 공유, 후견)으로 분류된다. 현승종/조규창, 앞의 책, 697면, <계약의 종류와 분류> 표 참조.
252) Justinian, Digest, 21. 1. 31. 20. “2배 배상에 관한 문답계약은 영속하므로 비록 매도인이 노예가치의 2배에 관한 담보계약을 제공하지 않았더라도 소송이 가능하다; 관습이나 관행은 항상 성의소송에 내재된 것으로 보아야 하기 때문이다”. 즉 담보계약이 없다는 이유로 매도인이 책임을 면하는 것은 성의계약의 본질에 반하므로 법무관에 의하여 매수인 소송이 창설되었다. 현승종/조규창, 위의 책, 743.
253) Simon Whittaker, op. cit., p. 76; Gaius, Institutes, 4. 63; Justinian, Digest, 50. 17. 23; Fritz Schulz, op. cit., p. 36; C. C. Turpin, op. cit., p. 266.
254) C. C. Turpin, op. cit., p. 266~267.
255) Kupisch, Berthold/서을오 역, 앞의 논문, 222면 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

률관계가 발생한 경우에는 항변권만 발생하고 별도의 소권이 인정되지 아니하였으므로 권리보호에 취약했으나 기망행위를 중심으로 한 사실관계에 대하여 법무관의 직권 심리가 가능하였으므로 사기를 원인으로 한 법률행위의 실효나 원상회복에 의한 권리구제의 길이 열려 있었다.[256]

한편, 심판인은 소송의 원활한 진행이나 실체법상 손해배상의 담보를 위하여 특히 대물소송의 피고에게 담보문답계약을 강제하였다.[257] 그러나 성의소송에서 성의구절에 근거하여 발견할 수 있는 피고의 의무는 별도의 담보문답계약에 근거하지 아니하고도 가능하였고[258] 일반적 악의의 항변은 성의소송에 내재하였으므로, 신의에 근거한 권리구제 절차에 있어서는 당사자의 행위 및 제반 상황에 대한 형평적 고려를 위해서 별도로 사기방지를 위한 담보문답계약이 요구될 필요도 없었다.[259] 사기에 따른 책임을 배제하는 내용의 합의는 로마법에 의하면 무효였다.[260] 강박의 경우에도 별도의 항변이 없는 경우에도 법무관의 직권심리 대상에 포함되었으므로 강박을 이유로 한 법률행위의 실효를 통하여 시민법의 제한을 넘어서는 폭넓은 권리구제가 가능하였다.[261]

이와 같이 성의소송에서는 악의의 항변의 내재성으로 인하여 심판인의 심리권한이 기존 시민법제의 흠결을 보정하는 수단으로 작용하였고, 신의를 이유로 한 심리기능은 동시에 형평을 실현하고자 하는 심판인의 직무에 기본적으로 내재된 의무로 인식되었다. 이러한 내재성에 따라 성의소송에서는 항변과 같은 피고의 방어권이 법정절차에서 행사되지 아니하고 심리절차에서 처음 제기되었더라도 무방했던 반면,[262] 시민법상의 엄정소송에서는 피고가 행사할 수 있는 방어권은 예를 들어 변제나 경개와 같이 법률상 채무의 소멸효가 있는 법률행위에 한하였고, 피고의 항변이 이유 있는 경우에도 법무관의 법정절차에 의하여 소송방식서의 기재요건을 충족하는 경우에만 심리절차에서 다툴 수 있었다.[263]

## 제4절 소결: 협약상 신의성실의 원칙에 대한 시사점

256) 현승종/조규창, 앞의 책, 445~446면.
257) 현승종/조규창, 위의 책, 270면.
258) C. C. Turpin, op. cit., p. 266.
259) Justinian, Digest, 4. 3. 7. 3; Kupisch, Berthold/서을오 역, 앞의 논문, 222~225면 참조.
260) Justinian, Digest, 50. 17. 23.
261) 현승종/조규창, 위의 책, 449면.
262) 엄정소송과 성의소송의 일반적인 차이에 관한 상세는 Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 491 이하 참조.
263) Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary, p. 492 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의성실 개념이 형성된 철학적 기초와 역사적 배경에 대한 고찰은 오늘날의 신의칙의 작용 및 역할에 대한 이해에 중요한 시사점을 제공한다. 신의칙에 관한 오늘날의 학문적 논의도 역사적으로 권리구제를 위한 체계의 진화과정에서 비규범적 사회윤리로서의 신의성실이 법제도에서 획득하게 된 규범력으로부터 기원하기 때문이다.

그리스 철학에서 실정법적 정의와 자연법적 정의의 경계에 아리스토텔레스적 형평이 있었다면 로마인에게는 피데스가 있었다. 로마법이 아리스토텔레스적 형평의 기술을 함의한 배경을 살펴보면 과하지도 부족하지도 않게 각자에게 각자의 몫을 부여하는 형평의 본질을 환기시킨다. 아리스토텔레스적 형평은 결국 인간적임과 공평으로 수렴되는데, 이는 오늘날 현대적 의미에서 신의성실의 원칙의 주관적 및 객관적 요소에 각각 대응한다. 아리스토텔레스적 형평이란 곧 인간생활 영역에서의 공평을 의미하는 점에서 로마인의 신의체계에 사상적 기초를 제공하였다. 아리스토텔레스에 의하면 인간은 사회적, 정치적 존재로서 타자와의 관계와 교류를 통해 사회적 화합을 추구하므로 그 행위양식은 결코 합리적인 법원칙에만 종속되어 유형화되지 아니하고 오히려 사회적 유대를 통해 표출되는 다양한 인간적인 요소의 영향을 받는다. 필리아(philia)란 이러한 사회적 유대의 이상형을 의미하는데 아리스토텔레스는 유형적인 유대가 존재하는 모든 곳에 정의가 요청된다는 점에서 필리아와 정의의 동질성을 강조하고 다시 이를 형평과 연관 짓는다.[264] 결국 형평이란 인간생활영역 내에서 법적 정의의 한계상황에 대하여 작용하는 실질적이고 기능적인 구제수단인 것이다. 필리아나 형평과 같은 사회유대 속의 도덕적 상호성은 스토아사상의 영향으로 로마에서도 윤리적 또는 사회경제적 의무를 형성하였다. 그러므로 로마법의 신의성실은 그리스 철학에서 발아한 사회유대적·종교적 의무와 아리스토텔레스적 형평의 사상이 영토의 확장 및 대내외적 환경변화에 따른 법적 정의의 요청에 가장 효율적으로 반응한 시대적, 사회문화적 결과물이었다.

자연법에서 기원한 신의성실의 의무는 명예법의 발달과 함께 로마법에서 성의채무로 강제되고 법원성을 획득하면서 법적 의무로 전환되었다.[265] 이처럼 신의칙의 규범력은

---

264) Max Hamburger, op. cit., p. 130 이하 참조. 넓은 의미에서 '필리아'는 선한 우정, 사랑, 진정한 동료와의 이상적인 관계로부터 시작하여 사회적 유대의 모든 유형을 포괄한다.

265) 성의채무는 엄격한 시민법적채무인 엄정채무(stricta iudicia)에 대응하며, 성의계약으로부터 발생하고 성의소송으로 구제를 받는다. 무상계약으로는 점유의 이전을 목적으로 하는 사용대차(commodatum), 임치(depositum), 질권설정(pignus)과 노무의 제공을 목적으로 하는 위임(mandatum), 사무관리(negotiorum gestio)가 있다. 유상계약으로 물건의 이전을 목적으로 하는 매매(emptio venditio)와 물건의 사용이나 노무의 제공을 목적으로 하는 임약(locatio conductio), 그리고 마지막으로 공동의 경제적 목적달성을 위한 조합(societas)이 있다. 현승종/조규창, 앞의 책, 697면, <계약의 종류와 분류> 표 참조. Marcus Tullius Cicero,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

방식서소송 체계의 도입과 비슷한 시기에 형성되었지만 수세기에 걸쳐 축적된 로마법의 유산이기도 하였다. 상거래 활동 영역이 지중해를 중심으로 규모나 종류, 주체나 대상 면에서 이전과 비교할 수 없이 복잡해지면서 다양한 분야에서 권리구제에 관한 법수요가 자연히 증가하였다. 이 때 신의성실이 근거하고 있는 성의구절은 시민법의 경직성이 야기한 권리구제의 인적·물적 사각지대를 해결하고 사회·문화적 환경 변화에 민감하게 대응할 수 있는 효율적인 사법적 고안물이었다. 이를 통해 심판인은 시민법적 틀에 제한받지 아니하고 다양한 상황에서도 유연한 심리를 함으로써 로마법상의 권리구제체계에서도 새로운 법수요에 대한 대응체계로서 자기생산적 특징이 형성되게 되었다. 신의칙에 기초한 권리구제가 확장됨에 따라 해당 사실관계가 시민법에 근거한 명확한 법률관계를 보장하지 않더라도 단지 신의를 기초로 형성된 사실관계만으로도 법률관계를 구성하여 시민법적 흠결을 보정할 수 있는 기회가 열린 것이다. 이처럼 로마 사회에서 피데스는 권리구제체계에 유입되는 과정에서 다양한 상황에 따라 법적 의무가 창설되는 기능적 확장과정을 거침으로써 오늘날 신의칙의 기원을 형성하였다.

기원적 측면에서 신의칙이 지닌 규범적 개방성과 이에 따른 기능적 확장성은 오늘날 협약 제7조의 신의칙이 지닌 규범적 불명확성 문제에도 몇 가지 시사점을 제공한다.

첫째, 신의성실은 법률관계의 형평을 성취하는 기능체로서 제국의 확장과정에서 급격하게 증가한 상거래실무 수요와 이에 따른 법률분쟁의 복잡화·다양화 그리고 여기에 현실적으로 대응했던 권리구제체계상의 변화와 밀접하게 맞물려 형성되었다. 기성의 로마법은 상거래 규제에 대한 실정법의 한계와 실무 수요의 증가에 직면하여 피데스에서 벗어나지 않으면서도 종래의 엄격한 법질서와 새로운 형평법적 대안 사이의 균형점을 찾을 수 있었다. 이처럼 하나의 체계로서의 로마법이 상거래상의 현실적인 법수요에 대응하여 시민법, 만민법, 명예법 등 다양한 법률계층의 병존적 발전과정을 통해 신의성실의 의무를 창설하고 법제화한 점은 전통적으로 보통법에서 나타난 권리구제상의 대응체계와도 유사하다. 즉 보통법에서는 기성의 엄격한 법제와 구분되어 있는 형평법과의 병존적인 발전과정을 통해 신의칙이 지향하는 본질적인 기능을 유사하게 성취하고 있다.[266] 따라서 기능주의적 관점에 의하면 신의칙이 지향하는 법적 이상에 관한 성취기제는 오늘날의 국제거래에서 협약이 지닌 체계구조에서도 해석원칙으로서 협약 제7조의 신의칙을 중심으로 응당 동일하게 작용하고 있다고 보아야 한다.

둘째, 성의채무의 존부와 범위의 판단에 있어서 심판인에게 부여된 재량권의 광범위

---

De Officiis, 1914, p. 341; Christiaan Zevenbergen, op. cit., p. 129.

266) Max Kaser, 로마법제사, 윤철홍 역, 법원사, 1998, 199면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성을 고려하면[267] 기원적인 측면에서 신의성실은 협약에서도 법수범자에 대한 중요한 판단기준을 제시하고 일정한 재량권을 부여한다는 시사점을 제공한다. 로마법의 재판규범으로서 신의와 형평이라는 판단기준은 심판인이 반드시 고려해야할 법적 표준으로서[268] 체계이론에 따른 법의 기능과 유사하게 규범적 기대를 안정화시키는 기능을 수행한다.[269] 그러나 재판규범으로서 신의성실은 동시에 계약관계에서 요구되는 행위규범이라는 양면성이 있으므로 심판인이 지닌 재량권은 필연적으로 계약당사자에게도 직간접적인 영향을 미친다. 이러한 양면성에 따라 대륙법계 신의성실은 계약관계에서도 계약당사자가 준수하여야할 행위기준의 객관적인 표준이 되었다. 따라서 협약에서도 재판규범에 해당되는 제7조의 신의칙은 계약관계에도 어떠한 형식으로든 영향을 미치는 행위규범에 해당되며 이를 적용하는 사법주체에 대하여도 일정한 재량권이 허용될 수 있다는 착안점을 제공한다.[270] 무엇보다 도덕적 상호성이 요구되는 계약관계에서는 당사자 간 합의된 진정한 의도가 중요한 고려사항이 된다. 따라서 성의소송에서 심판인이 지녔던 폭넓은 재량권의 의미를 감안하면 협약에서도 별도의 입증책임과는 무관하게 신의와 형평에 따른 다양한 권리구제기능이 고려될 여지가 있다.[271]

셋째, 자생적인 상거래 중심의 만민법으로부터 신의성실의 법사학적 원류를 찾을 수 있다는 점도 국제통일규범으로서 협약상의 신의칙에 중요한 시사점을 제공한다.[272] 로마에서 만민법 발달의 의미는 i) 로마인의 법체계에 이민족들의 이질적인 법문화에도 불구하고 이를 동일한 법체계 내에 성공적으로 수용해낸 통합기제가 존재하였음을 의미한다. 또한 ii) 만민법의 존재는 로마인이 자연상태와 마찬가지로 세계국가의 법에 있어서도 자연법적 질서의 존재를 인식하였음을 의미한다. 로마인은 세계국가의 상거래질서를 규율하는 만민법을 통하여 자연법의 본질을 이해하고 그 정신을 구현하려 하였다.[273] 만민법이 형성시킨 제도적 기초는 방식서소송체계와 함께 개인 권리구제체계에 신의와 형평의 정신이 유입될 수 있는 계기가 되었다. 오늘날 국제물품매매계약에 관한 협약도 고대의 만민법과 같이 이민족 사이의 국제거래를 규율하는 통일된 규범체

267) 최병조, 앞의 책, 527면.
268) Max Kaser, op. cit., p. 142.
269) 김연식, 앞의 논문, 437~438면.
270) 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 2005, 26면.
271) 이 논문에서 제2장, 제3절, 2, 나, '엄정소송과의 차이' 참조.
272) 현승종/조규창, 앞의 책, 214~216면 참조.
273) 만민법은 로마인과 비시민의 신분구별을 하지 않고 자연의 이성에 기초하였으므로 부분적으로 자연법과 동일시되기도 하였다. 그러나 로마인은 자연법을 만민법과 일치하는 개념으로 보지는 않았다. 예컨대, 울피아누스는 만민법은 사람에게만 적용되는 반면, 자연법은 사람과 동물을 비롯한 모든 생명체에 적용되는 자연질서라고 하였다. 김상용, 로마민법학사 중심 법사와 법정책, 한국법제연구원, 2004, p. 62~63.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계 역할을 수행한다. 따라서 로마법에서 만민법이 지닌 의의를 고려하면 협약에서도 이질적인 법문화를 단일 법체계 내에 조화롭게 수용하는 통합기제가 존재하며 이러한 체계구조의 기능성은 자연법 질서와의 기능적 가교역할을 수행하는 협약 제7조의 신의칙을 통해 도출될 수 있다는 긍정적인 시사점을 제공한다.

넷째, 로마법에서 신의성실의 의무는 시민법의 경직성이 야기한 권리구제의 사각지대를 제거하고 사회·문화적 환경 변화에 민감하게 대응할 수 있는 기능적 유연성을 지닌 사법장치였다. 특히 성의소송을 통해 원용되면서 법원성을 획득한 신의성실은 새로운 법률상황과 계약관계의 구체적인 쟁점에 대하여 피데스의 반대개념 즉 bad faith에 기초한 부정의의 배제기제 역할을 수행함으로써 형평과 정의 관념에 터 잡은 다양하고 구체적인 새로운 법원칙의 개발 및 적용을 가능하게 하였다. 이러한 개방적인 규범력에 기초한 권리구제기능에 터 잡아 오늘날 다양한 파생적인 법원칙에 의하여 신의칙이 유형화되는 것으로 설명되기도 한다.[274] 따라서 신의칙의 의의는 발생적인 측면에서도 구체적인 사례에 따라 법률관계의 교정적 효과를 기대할 수 있는 신의성실의 규범적 개방성에서 찾을 수 있으며 이는 협약에서도 마찬가지라 할 수 있다.

다섯째, 확장된 상거래 질서에서 신의성실에 근거한 심판인의 심리기능은 상당부분 실질적 의미의 관습법 체계에 의존할 수밖에 없었던 점을 주목할 필요가 있다. 성문법 및 정무관 칙령 그리고 법률전문가의 해답서 등에 수용된 기존 관습법 체계는 연혁적으로 소멸과정을 거치지만 여전히 실질적인 법원성을 지니고 있었다. 현대법학에서도 법체계의 형식적 변화에도 불구하고 관습규범에 대한 의존은 적지 않게 잔존하고 있다. 전통적인 관습체계의 규범력은 법문화를 막론하고 사회적으로 폭넓게 승인된 합리성의 원리에 기초한 점에서 오늘날 동서양의 법원칙이 기초하고 있는 합리성의 원리와도 조화롭게 이해된다. 즉 이질적인 법문화의 체계구조에서도 합리성의 원리라는 기능적 동질체가 내재함으로써 신의칙이 지향하는 법적 이상을 동일하게 성취하는 토대가 되고 있다. 기능주의적 관점에 의하면 협약에서도 상당수의 개별조항이 원용하고 있는 합리성의 원리와 이에 대한 신의성실에 따른 해석구조를 통하여 국제거래상의 보편적인 신의의 기준이 유입될 수 있는 기능적인 입법장치가 내재된 것으로 보아야 한다. 예컨대 이에 따르면 사안에 따라 당사자 간 합의에 이르지 못한 사항에 대하여도 국제거래상의 상관습이나 상거래활동에서 기대되는 보편적인 신의의 기준이 계약의 일부를 구성할 여지가 있다.

---

274) 김상용, 민법총칙, 113면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제3장 신의성실의 원칙의 기능적 확장

## 제1절 서언

협약 제7조 신의 준수 요건으로부터 계약관계에서 일반적인 법원칙으로서의 신의칙을 도출하기 위해서는 우선 협약 제7조에서 법문상 협약의 해석기능에 제한된 신의성실 개념을 계약관계에 있어서도 기능적으로 확장시킬 수 있어야 한다. 물론 협약의 국제적 성격과 적용상의 통일성을 고려하면 이러한 해석론은 영미법계를 비롯해 대륙법계에서도 공통적으로 수용가능할 것을 전제로 한다. 그러나 기원적인 측면에서 규범적 개방성을 지니고 계약관계에서 형평적 권리구제기능을 수행하였던 신의칙은 대륙법계와 영미법계에서 각각 전혀 다른 규범성을 형성하고 있다. 중세 이후 근현대에까지 법적용상의 경직성과 엄격한 형식주의에 대한 법적 쇄신의 필요성은 영미법뿐만 아니라 대륙법에서도 공통적으로 지니고 있던 문제의식이었다. 그러나 법체계 내에서 형평의 구현을 위한 방법론에 있어서는 법형성작용 및 법문화양식의 현저한 차이로 인하여 양자는 전혀 다른 길을 걸었다.

보통법에서는 기존 법체계의 형식주의에 대한 반작용으로 형평법이라는 독특한 법체계를 통해 영국적인 형평을 발전시키고 영미법이 이를 전승하였다면, 프랑스나 독일 등 대륙법에서는 신의성실에 관한 일반적인 법규정을 별도로 명문화함으로써 동일한 법체계 내에서 정반대되는 이상 간의 충돌·조화를 통해 법과 정의의 간극을 제거하려 했다.[275] 이에 따라 대륙법의 전통을 따르는 우리 민법에서 신의성실의 원칙은 입법에 의하여 널리 수용되었고 민법상의 지도원리일 뿐만 아니라 사법상의 최고원리로서 채권관계를 비롯해 다양한 분야에서 적용된다. 그러나 영미법의 관점에서는 신의성실 개념의 수용에 있어서는 상대적으로 부정적이거나 소극적인 관점이 유지되고 있으면서도 보통법 및 입법에 의하여 신의칙의 점진적인 확장 경향이 확인되기도 한다. 또한 보통법의 전통적인 방법론에 의하면 구체적 형평의 성취에 있어서 추상적이고 일반적인 신의칙에 의존하기보다 개별 사안에서 대륙법의 신의칙 개념과 기능적 동질성을 지니는 대안적인 법원칙에 의존하며 단편적인 접근방식을 취함으로써 계약관계에서의 불공정성·불합리성의 문제를 해결하고자 한다.[276]

---

275) Simon Whittaker, op. cit., p. 63-66.
276) Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, op. cit., p. 202.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이하에서는 대륙법계 신의칙과 영미법계 신의칙의 기능적 확장성에 대하여 고찰한 후 이에 대한 비교법적 분석을 통해 독자적인 법체계로서 협약상 신의칙의 기능적 확장가능성에 관한 시사점을 도출하고자 한다.

## 제2절 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장

### 1. 대륙법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의

#### 가. 근대 민법 최초의 신의성실

신의성실에 법원성이 부여되면서 객관화된 형평은 중세 유스티니아누스 로마시민법의 재발견 이후 대륙법에서는 법체계의 일의성(一意性)과 완결성을 지향한 17세기 중반부터 점차 쇠퇴하였다. 18세기 후반부터 시작된 자연법적 법전편찬의 움직임과 함께 실제 조문으로 명문화된 형평은 독자적인 법원성을 상실하였고, 영미법에서는 제도적인 형평법체계로 발전하였다. 근세 자연법사상의 법전화 흐름에 따라 18세기 이후 편찬된 민법전[277] 중에 프랑스 민법전(1804)은 시민혁명의 성과를 제도화한 최초의 사례이자 자연법원리에 기초한 가장 성공적인 법전으로 평가되고 있다.[278] 무엇보다 프랑스 민법 제4조는 실정법질서의 배후에 존재하는 조리와 같은 자연법 정신을 통해 실정법상 법규정의 불완전성 및 모호성을 극복하고 흠결 없는 법질서를 예정하고 있는 것으로 이해된다.[279] 프랑스 민법전이 근대 민법전에서는 처음으로 신의성실(bonne foi)을 명문화한 점도 이와 같은 맥락에서 설명이 가능하다.[280]

로마사회의 시민법적 윤리개념이었던 신의성실 개념은 대부분의 유럽국가에서 근대법체계를 통해 계수되었는데, 프랑스는 이를 입법화한 최초의 근대국가이며 여기에서

277) 1745~1747년 토스카나법전, 1756년 바이에른민법전, 1770년 피에몬테법전, 1771년 에스텐스국가법전, 1794년 프로이센 일반란트법, 1804년 프랑스민법전, 1811년 오스트리아 일반민법전 등이 있다. 상세는 조규창, 독일법사, 고려대학교 출판부, 2010, 819면 참조.

278) 조규창, 위의 책, 837~844면.

279) 프랑스민법 제4조 “법률의 흠결, 불명확, 불충분을 이유로 재판을 거절하는 법관은 재판거부죄로 소추될 수 있다.” 명순구 역, 프랑스민법전, 법문사 2004, 3면(이하 2016년 개정 전 프랑스 민법의 국역문은 명순구 역 참조).

280) 독일이나 프랑스 민법도 실체적 내용의 대부분이 로마법의 소재로부터 재구성된 것이므로 결국 로마법의 상속에 해당된다. 이에 따라 19~20세기 모든 법전에서 발견되는 통일성은 대체로 유스티니아누스 로마법대전의 재간행에서 찾아지기도 한다. Rolf Knütel, 로마법 산책, 신유철 역, 법문사, 2008, 100면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 신의성실은 법과 사회유대적 윤리개념의 가교역할을 수행한다.[281] 프랑스에서 신의칙은 원래 1804년 민법전 제정 이래 최근 채권법이 개정되기까지 구프랑스민법[282] 제1134조 제3항에 의하면 '합의는 신의에 따라 성실히 이행되어야 한다'고 규정함으로써 계약의 이행단계에서만 명문으로 인정되고 있었다.[283] 그러나 프랑스 법원에서 신의칙의 적용범위는 계약의 교섭 및 체결단계까지 기능적으로 확장되었다.[284] 종래 계약전 단계의 신의칙이 명문화되지 않은 배경에는 이미 입법상 다른 법리의 적용을 통해 교섭 및 체결상의 악의적 요소를 통제할 수 있었거나 신의칙과 유사한 결과를 도출할 수 있었기 때문이었다.[285]

(1) 프랑스 계약법상 신의성실과 형평

프랑스법에 계수된 신의성실 개념은 두 가지 측면에서 중요한 의의를 갖는다. 우선 신의칙규정에 따라 계약관계에서 모든 당사자는 신의성실의 의무를 부담하는 점에서 로마의 권리구제체계상 엄격법상의 채무와 신의성실에 기초한 성의채무의 형식적인 구분이 실질적으로 폐기되었고 단일법체계 내에서 채무의 유형이 통합되었다.[286] 또한

281) Hesselink, Martijn W., *The Concept of Good Faith, in* Hartkamp Arthur et al., eds., Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business, 2011, p. 621.

282) 이하에서는 2016년 채권법개정 이전의 내용이 현행 프랑스민법과 다르거나 조문이 변경된 경우 구프랑스민법이라 한다. 프랑스 민법전은 1804년 제정 이후 많은 개정이 있었다. 그러나 전면적인 재산법 분야의 개정은 2016년의 채권법개정이 유일하며 약 200여 년 동안 유럽연합 지침의 수용에 따른 것을 제외하고는 거의 없었다. 대표적으로 1926년, 1948년, 1982년 개정된 임대차계약부분처럼 두드러지는 개정사항이 있긴 하지만 그동안 극히 제한적인 분야에 그쳤다. 최근의 개정사항으로는 2006년의 담보법과 상속법 개정, 2007년의 신탁규정 도입, 2008년의 시효법 개정이 있었다. 남효순, 프랑스민법전의 개정의 역사, 민사법학 제52권, 한국민사법학회, 2010, 54면; 염동섭, 민법개정, 무엇을 어떻게 할 것인가?-최근의 외국의 사례를 참고하여, 한국민사법학회 2018년 추계 학술대회 발표 논문, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움 자료, 한국민사법학회, 2018, 78면; 남효순, 프랑스채권법의 개정과정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하여: 제3권 제3편(채권의 법원), 제1부속편(계약)의 제1장(통칙) 및 제4장(계약의 효력)의 제1절(계약의 당사자 사이의 효력), 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016, 99면.

283) 구프랑스민법 제1134조 제3항. "합의는 신의에 따라 성실히 이행되어야 한다". 명순구 역, 프랑스민법전, 법문사 2004, 519면.

284) Solène Rowan, The new French law of contract, International & Comparative Law Quarterly, 2017, p. 7. Retrieved December 18, 2018, from http://eprints.lse.ac.uk/75815; Hartkamp Arthur. et al, Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business, 2011, p. 628.

285) 예를 들어 프랑스민법에서는 불공정 행위에 관한 다양한 사례에 대하여 사기의 법리를 적용할 수 있는데 여기서 신의칙 규정과 독립되어 있는 사기에 관한 법리는 독일이나 스위스법에 의하면 신의칙 규정을 중심으로 논의되어 왔다. J. F. O'Connor, Good Faith in English Law, Dartmouth, 1990, p. 95; 현행 프랑스민법상 사기의 법리에 관한 상세는 John Cartwright/Simon Whittaker, The Code Napoleon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms, Hart Publishing, 2017, p. 99~107.

286) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 399.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

프랑스 계약법상 단일한 권리구제체계 내에서 모든 채무는 사회유대적 신의성실에 터 잡고 있음에도 이를 별도로 명문화한 점으로부터 계약법상의 기본원칙으로서 신의칙의 정신이 더욱 강조되고 있다.[287]

구프랑스민법에서 신의칙은 1804년 민법전 제정 이래 계약의 이행단계에 한하여 명문으로 인정되었으나 계약의 체결단계에서도 사회적 요소를 강조하는 인식에 따라 이미 당위적 의무로 인식되고 있었다.[288] 현행 프랑스민법 제1104조은 이러한 인식을 계승하여 '계약은 신의성실에 따라 협상되고, 형성되고 또 실행되어야 한다'라고 규정하면서 계약의 이행뿐만 아니라 계약의 교섭 및 체결에 있어서도 신의칙의 효력을 그대로 인정하고 이를 명문화하였다.[289] 한편, 독일법상 신의칙 규정이 1896년에 제정되고 1900년에 효력을 발한 점을 고려하면 프랑스법의 신의칙 규정은 이보다 약 100년을 앞서는 셈이지만 프랑스 판례상 신의칙의 중요성은 독일법 만큼의 위상과 중요성이 크게 부여되어 있지는 않았다. 즉 프랑스 계약법상 권리남용이론이나 그 밖에 외관법리의 적용을 통해 결과적으로 신의칙을 적용한 결과와 유사한 효과를 나타냄으로써 신의칙의 실질적 기능은 미약하였던 것이다.[290]

종래 현실의 판례나 학설에서도 신의칙은 실질적 내용이 없는 관념(notion vide de tout contenu réel)이라거나 실체가 없어 무력한 원칙으로 인식되어 실질적으로 원용되지 않았고 사실상 죽은 개념(concept mort)에 지나지 않았다.[291] 즉 계약 자치에 따른 주관적 해석이론이 우선되어 프랑스법상 신의성실의 요청이 그다지 효용성을 나타내지 못하였다.[292] 일부에서는 프랑스법상 신의성실에 관한 법리의 발달이 독일이나 스위스와 같이 큰 진전을 나타내지 못한 이유로는 개념적으로 추상적이거나 이상적인 법원칙보다 법원에서 실제적으로 적용 가능한 실용적인 법개념을 선호하는 법문화가 언급되기도 한다.[293] 무엇보다 프랑스법에서는 독일처럼 신의칙 법리의 사법적 전환이 요구

---

287) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 399.
288) 남효순, 앞의 논문, 118면.
289) 프랑스 민법 제1104조 "계약은 신의성실에 따라 협상되고, 형성되고 또 실행되어야 한다".
290) 박현정, 신의칙에 관한 프랑스법상 최근 논의, 동아법학 제59호, 235면; Cristiano Pettineli, Good Faith in contract law: Two paths, two systems, the need for harmonization, Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet, 2005, p. 7; J. F. O'Connor, op. cit., p. 97~98. 우리 민법이 스위스 민법과 마찬가지로 권리남용과 신의칙을 동일 규정 내에서 구분하여 유기적으로 보는 반면 프랑스 민법상 권리남용의 법리는 별도로 명문화되지는 않았지만 독일과 마찬가지로 판례를 통해 발달하였다. 스위스법에서 신의칙과 권리남용은 엄밀히 구분되며 신의칙은 법규범의 해석 및 보충적인 역할을 수행하지만, 독일법상 신의칙 규정은 권리남용의 관점에서 원용되기도 하는 점에서 차이가 있다.
291) 박현정, 위의 논문, 249면.
292) 양창수, 민법 제2조 신의칙 총론, 민법주해 I, 박영사, 1992, 78~79면.
293) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 95; J. F. O'Connor, op. cit., p. 95.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되었던 제1차 세계대전 이후의 경제적 혼돈과 같은 극적인 경험의 부재가 주요 원인이 되었다.[294]

이에 따라 불과 지난 수십 년에 와서야 판례나 입법적 개입에 의하여 계약자유의 원칙에 반하는 변화가 나타나고 의사자치의 지배적인 우위가 쇠락하면서 신의성실에 대한 전향적인 해석이 등장할 수 있게 되었다.[295] 프랑스 계약법상 명문의 규정에도 불구하고 신의칙 법리의 발달에 있어서 이러한 정체 현상은 비교적 최근 수십 년 동안 프랑스 판례를 통해서 계약당사자에 대한 정보제공의무, 협력의무, 충실의무가 인정되고 면책조항이나 불공정조항의 효력의 제한기제로서 신의칙이 원용되면서 점차 변화하였다.[296] 이러한 의미에서 프랑스 법원이 신의칙 규정에 의존하여 종래 민법상 제2의 생기를 불어넣으려 하였다면, 최근 2016년 개정된 현행 프랑스민법에서 강화된 신의칙 규정은 제3의 생기를 부여하려는 노력으로 평가되기도 한다.[297]

한편 1970년대 이후 프랑스에서 신의칙의 원용은 계약적 정의 관념에 기초한 정보제공의무를 중심으로 본격화되었다. 이후 프랑스 계약법상 신의칙의 적용에 있어서 형평의 역할이 두드러지는 점을 주목할 필요가 있다. '형평에 반하는 결과를 야기하는 해제권의 행사는 신의칙 위반이다'고 판시한 파기원의 판결처럼 지난 수십 년간 계약관계의 구조적 불평등 문제는 형평과 신의성실에 기초하여 법률 규범과 자연법 규범 상호간의 근접을 통해서 해결방안이 모색되어 왔다.[298] 구프랑스민법 제1135조에서 형평의 정신을 명문화하면서 '합의는 그것에 표시된 것뿐만 아니라 형평, 관습 또는 법률이 합의의 성질에 따라 부여하는 결과에 의하여도 의무를 발생시킨다'고 규정한 점도 이와 같은 문맥에서 이해된다.[299] 이처럼 형평에 따른 구프랑스민법상의 의무 규정은 현행 프랑스 민법 제1194조에서도 그대로 이어받았다.

프랑스 민법체계 내에서 형평개념의 통합에 관한 시도는 법률을 통해 체계적으로 지속되었다. 이러한 시도는 추상적이고 일반적인 법원칙의 명문화를 통해서 이루어졌는데 형평의 명문화 현상은 프랑스법이 종래 보통법적 한계의 비판에 대하여 취해온 전형적인 대응방식으로 이해할 수 있다. 즉 권리구제수단으로서 한계로 지적되는 보통법

294) Frank E. Cooper, Effects of Inflation on Private Contracts: France, 1916-26', Detroit Law Review, Vol. 6, 1936, p. 64.
295) 박현정, 앞의 논문, 25면.
296) O. Lando/H. Beale, Principles of European Contract Law Parts I and II (Combined and Revised), Kluwer Law International, 2000, p. 118~119.
297) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 399.
298) Ibid.
299) 박현정, 위의 논문, 250면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 경직성과 당사자주의에 기초한 구체적 사실관계 중심의 판례법체계와 달리 프랑스 사법은 법관으로 하여금 재량권의 행사가 가능하도록 추상적인 법원칙을 명문화함으로써 그 자체로 흠결 없고 영속적인 법체계를 지향하였다.[300] 그 결과 신의성실이나 공공질서[301]와 같이 법적으로 정의되지 않는 불명확한 법원칙을 통해 입법상 단일 법체계 내에서 법과 형평을 주요 축으로 하는 권리구제체계를 모색했던 것이다.

앞서 언급한 현행 프랑스민법 제1194조를 예로 들자면, 당사자는 계약관계에서 합의의 범위를 벗어나 형평, 관습, 법률 규정에 근거한 묵시적 의무를 부담하는데 법률상 이러한 묵시적 의무는 신의칙에 기초하거나 이로부터 도출되는 계약상 의무를 보충하는 역할을 수행한다. 즉 현행 프랑스민법 제1194조는 같은 법 제1104조 신의칙의 적용에 있어서 계약상 권리와 의무의 보완규정 역할을 수행하는 셈이다. 이에 따라 신의성실 의무에 형평의 원용이 가능해지면서 권리구제체계상 법과 함께 형평의 직접적인 개입이 현실화 되었다고 평가할 수 있다. 다만 프랑스 민법 체계에서 신의성실 규정과 형평 규정은 형식상 구분되어 있으므로 신의칙 규정만으로 일반적 형평법으로의 확대 해석은 가능하지 않다.[302]

앞서 살펴본 바와 같이 연혁적으로 신의칙은 아리스토텔레스적 형평에 기초하거나 또는 이와 동류의 질서로서 사법기관의 권리구제체계상 계약의 해석과 당사자의 의무이행에 관한 추상적인 평가수단 역할을 수행해 왔는데, 프랑스 계약법에서 법제화된 형평개념도 그 연장선상에서 신의칙에 따른 계약상 의무의 강화기제 또는 보충기제로 작용한다. 프랑스법에서 신의성실의 의무도 계약당사자간 권리관계의 형평적 균형을 담보하기 위한 입법장치에 해당하는 셈이다. 그리고 균형적인 권리관계를 기초로 한 계약적 정의는 실무상 신의칙 조항에 근거한 법관의 사법적 개입에 의하여 법과 형평에 따른 실질적인 계약 내용이 결정됨으로써 달성이 가능하다. 결국, 프랑스 계약법상 신의성실의 법리는 당사자 사이에 개별규범화된 계약적 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서도 계약적 정의를 지향하면서 공정하고 형평적인 계약관계를 유지시키는 행위기준으로 작용한다. 따라서 프랑스 계약법에서 명문화되고 개별규정에 내재된 형평 사상은 신의칙의 기능적 확장에 기여하는 점에서 협약이 제정된 현대 법체계에 있어서도 신의성실의 개념정립 및 그 기능적 확장가능성에 관한 중요한 시사점을 제공한다.

---

300) 박현정, 앞의 논문, 246면.
301) 구프랑스민법 제1133조 "원인은 그것이 법률에 의하여 금지되거나 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우에 불법적인 것으로 한다".
302) 박현정, 위의 논문, 252면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 계약법의 기본원칙과 신의성실의 원칙의 관계

2016년 2월 10일 개정되어 2016년 10월 1일부터 시행된 현행 프랑스 민법에서는 계약법의 3대 기본원칙으로서 제1102조[303]는 계약자유의 원칙을, 제1103[304]조는 계약구속력의 원칙을, 제1104조[305]는 신의성실의 원칙을 규정하고 있다.[306] 프랑스 채권법의 개정은 2015년 2월 16일 수권법에 따라 정부가 제정한 오르도낭스 제2016-135호를 의회가 승인함으로써 이루어졌는데 수권법 제8조 제1호에서도 신의성실이나 계약의 자유와 같은 계약법상의 기본원칙의 공언이 현행 프랑스민법의 주요한 목적중 하나로 설정되어 있었다.[307] 구프랑스민법에서는 계약자유의 원칙에 관하여 종래 별도의 법문을 두지 않았으나 이 원칙은 '누구도 개별적 합의에 의하여 공적 질서와 양속에 관한 법률을 위반할 수 없다'고 규정한 제6조[308]의 반대해석에 의하여 이미 계약법상의 원칙으로 인정되어 있었고 개정된 현행 프랑스민법 제1102조에서는 이를 처음으로 명문화하였다.[309] 또한 구프랑스민법 제1134조 제1항에서는 '적법하게 성립한 합의의 효력이 당사자 사이에서 법률을 대신한다'고 규정하면서 계약의 구속력에 대한 상징적인 의미를 부여하였고, 현행 프랑스민법 제1103조는 같은 취지의 법문으로 계약 구속력의 원칙의 근거규정 역할을 계승하였다.[310]

현행 프랑스 민법상 명문화된 계약자유의 원칙(제1102조)에 의하면 계약당사자에게는 계약의 체결과 상대방 선택 그리고 계약내용 및 형식상의 자유가 보장되고, 적법하게 체결된 계약은 계약당사자 간 개별규범으로서 구속력이 부여된다. 그러나 다른 한편으로 계약자유의 원칙은 같은 조 제2항[311]의 공서양속의 규범적 제한을 받는다. 즉

303) 현행 프랑스민법 제1102조 제1항 "당사자 각자는 계약을 체결하거나 체결하지 않고, 자신의 상대방계약자를 선택하고 또 법률이 정하는 한계 내에서 그 내용과 형식을 결정할 자유를 갖는다." 제2항 "계약의 자유는 공서약속에 관련된 규정을 위반할 수 없다." 이하 현행 프랑스민법의 국문 번역문은 남효순, 앞의 논문, 152면 이하 [별첨부록 2] 참조.
304) 현행 프랑스민법 제1103조 "적법하게 성립한 계약은 이를 체결한 당사자 사이에서는 법률의 지위를 갖는다".
305) 현행 프랑스민법 제1104조 "계약은 신의성실에 따라 협상되고, 형성되고 또 실행되어야 한다".
306) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 45. 비록 용어상 계약법의 지도원칙로 명명되어 있지는 않지만 계약법상 이와 동일한 중요성을 갖는다.
307) 남효순, 앞의 논문, 103면.
308) 구프랑스민법 제6조. "누구도 개별약정에 의하여 공공질서와 선량한 풍속에 관한 법률을 배제할 수 없다".
309) 남효순, 위의 논문, 115~116면.
310) 현행 프랑스민법 제1103조.
311) 현행 프랑스민법 제1102조 제2항. "계약의 자유는 공서양속에 관련된 규정을 위반할 수 없다".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

현행 프랑스민법의 규정에 따라 계약법의 지도원칙으로 격상된 계약자유의 원칙에 의하더라도 당사자의 합의는 공서양속에 우선할 수 없는 점에서 프랑스 계약법상 계약관계의 공정성에 관한 개념은 계약당사자를 벗어나 사회유대적 윤리의식이 개입된 측면에서 객관성을 획득할 수 있다.

한편 오늘날 보편적으로 받아들여지는 신의칙의 사회유대적 측면과 달리 1970년대 이전까지 프랑스에서 신의칙은 채권자보다 채무자의 악의를 통제함으로써 계약의 구속력 원칙을 오히려 강화시키고 계약자유의 정신을 유지하는 자유주의적 역할을 수행하였다. 즉 구프랑스민법 제1134조 제3항의 신의칙 규정은 같은 조 제1항의 계약자유의 원칙에 따라 체결된 계약내용을 채무자가 합의한 바대로 신의성실의 요청에 부합하게 성실하게 이행할 것을 요구하였다. 당사자 합의의 자유주의적 요소는 강력하여 법관도 구속하였으며 비록 공서양속에 반하는 경우에는 효력을 상실함에도 이를 이유로 계약을 변경할 수도 없고, 형평에 반하는 이유로 적용을 배제하거나 효력을 변경할 수도 없었다.[312] 구프랑스민법상 신의칙 규정의 기능적 확장이 제1148조의 불가항력이나 사정변경의 경우를 제외하고 독일과 같이 단순히 계약 이행상의 부담이 지나치게 과중하게 된 경우까지 미치지 못한 점도 이와 같은 문맥에서 이해된다.[313]

반면 자유주의적 관점에서 신의칙 규정은 계약의 강제력을 강화시키지만, 다른 한편으로 현행 프랑스민법 제1102조의 공서양속 규정과 함께 프랑스법상 계약자유의 원리에 일정한 한계를 설정하는 의미에서 계약법상의 채무에 사회유대적 요소로 작용하기도 한다. 즉 프랑스법상 신의칙의 명문화는 무한정한 계약자유의 원칙의 폐기를 의미한다.[314] 계약은 당사자 합의에 기초한 공동의 목표이기도 하므로 계약관계에 내재된 사회유대적 윤리개념은 공동의 목표달성을 위해 상호 협력의무 및 충실의무를 요구하고 신의칙은 이에 대해 법적 근거로 작용함으로써 법과 도덕의 가교기능을 수행한다.[315] 판례에 의하면 1995년 이후 신의성실의 사회유대적 측면의 주요한 목적은 예컨대 계약해제조항을 악용하는 등의 채권자의 악의로부터 사회적 약자에 해당하는 채무자를 보호하는 데 주안점을 두어왔다.[316] 이처럼 역사적으로도 계약법상의 기본원칙으

312) 김성수, 프랑스민법의 사정변경의 원칙: 현행법과 개정안의 주요내용을 중심으로, 재산법연구 제31권 제3호, 2014, 한국재산법학회, 28~29면.

313) 프랑스법에서는 오히려 계약의 구속력 또는 합의 준수의 원칙 pacta sunt servanda의 기본적인 정신이 확고하였다. 사정변경의 관점에서 보다 형평적인 계약조건을 위한 법원의 개입에 부정적인 입장이 견지되어 온 점에서 프랑스 계약법상 pacta sunt servanda는 자유주의적 요소를 함의한 것으로 이해된다. J. F. O'Connor, op. cit., p. 95.

314) 남효순, 앞의 논문, 116면.

315) Hartkamp Arthur et al, op. cit., p. 621.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로서 신의칙은 외관상 계약을 중심으로 성립한 계약당사자 사이의 개별규범[317]이 주관적 측면에서는 도덕성을, 객관적 측면에서는 공정성을 잃지 않도록 조정하면서 상호간의 정당하고 합리적인 기대를 보호하는 역할을 수행해 왔다.

공서양속과 같은 계약상 의무에 관한 사회유대적 요소는 균형적인 권리관계 속에서 계약당사자 간 상호이익의 조화를 중심으로 계약적 정의를 구현하고자 하는 영미법의 자유주의 원리와 대비된다. 특히 구프랑스민법 제1134조 제3항은 '합의는 신의에 따라 성실히 이행되어야 한다'고 규정한다. 계약자유의 원칙 및 구속력의 원칙에 의하면 당사자 합의만으로 계약이 성립하고, 합의에 기초하여 법적 구속력이 발생하므로 프랑스 계약법상 법관이 당사자가 합의한 계약내용에 개입할 여지가 없는 것으로 이해된다. 그러나 당사자 사이의 자유롭고 구속력 있는 개별규범에도 불구하고 같은 조 제3항 신의칙 규정으로 인해 계약자유의 원칙에는 일정한 한계가 설정된다.

전통적인 자유주의적 관점에 의하면 신의칙은 현행 프랑스 민법상 계약당사자 간 행위의 제한기제로 작용하지만 계약관계의 개별규범을 새로이 창설하지는 않는다.[318] 또한 계약상 기 설정된 범위를 넘어서서 법원이 신의칙에 근거하여 새로운 규범을 창설하고 적용하는 부정적인 측면이 경계된다. 그러나 사회주의적 요소를 강조하는 관점에 의하면, 신의칙은 계약상 권리행사나 법적용상의 엄격성으로 인한 부작용을 완화시키면서 계약적 정의를 실현하고 사회적 유대에 따른 합리적 이익을 보호한다.[319] 현행 프랑스 민법 제1102조 제2항의 공서양속도 이와 같은 기능적 문맥에서 설명이 가능하며, 나아가 이러한 관점에 의하면 공서양속의 영역에 명시적으로 신의칙 규정도 포함된다(제1104조 제2항).[320]

계약상 의무에 관한 사회유대적 요소는 계약자유의 원칙을 제한하기도 하지만, 반대로 신의칙의 적용범위 또한 계약자유의 원칙의 관점에 따르면 일정한 한계가 존재한다. 예컨대 계약당사자에게는 상대방의 합리적 기대를 보호할 신의칙상의 일정한 의무가 요청되나 계약자유의 원칙에 기초한 경제적 이익을 희생하면서까지 상대방의 이익을 고려할 의무를 부담하지는 않는다.[321] 즉 계약 자유의 원칙이 법률상 인정되는 한편, 다른 한편으로 개인 사이에 적용되는 계약자유의 원칙은 일반조항으로서 신의칙의

316) Solène Rowan, op. cit., p. 7.
317) 구프랑스민법 제1134조 제1항 "적법하게 성립된 합의는 그것을 행한 자들에게 대하여는 법률을 대신한다".
318) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 45.
319) Ibid.
320) 프랑스 민법 제1104조 제2항. 이 규정은 공서양속의 문제에 해당된다고 규정한다.
321) 박현정, 앞의 논문, 251면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적용에 따라 간접적 효력을 지니므로 계약당사자의 중대한 경제적 자유를 제한할 수 없다.[322] 공서양속의 준수 및 신의성실의 의무에 의한 계약자유의 원칙의 제한은 당사자 간 합의에 의하여도 변경 또는 배제될 수 없는 강행성을 지닌다. 그리고 법문상 현행 프랑스 채권법에 나타난 형식적인 변화에도 불구하고 종래 민법의 개정으로 신의칙에 관한 법리에 실질적인 변경이 존재하는 것은 아닌 것으로 평가된다.[323]

결론적으로 자유주의 원리에 기초한 보통법에서는 개인 경제활동의 효율성을 위해 계약자유의 원칙과 계약의 구속력이 강조되는 반면 프랑스 계약법은 이를 보장하면서도 규범적·윤리적 차원의 사회적 요소에 의하여 명문의 한계를 설정하고 있다.

## 나. 현대 민법의 지도원리로서 신의성실의 법적 지위와 의의

앞서 프랑스 입법례에서 살펴본 바와 같이 근대 민법 최초로 신의칙이 명문화된 이후 근래 불과 수십 년 전의 평가에 의하더라도 신의칙은 실체가 없고 무력한 원칙으로서 현실의 판례나 학설에서 실질적으로 거의 원용되지 않는 사실상 "죽은 개념(concept mort)"에 지나지 않았다.[324] 사적 자치에 기초한 주관적 해석이론이 지배했던 프랑스법에서 신의성실의 요청에 전향적인 관점이 나타나기 시작한 것은 비교적 최근의 현상으로 해석된다.[325] 신의칙의 기능적 정체는 독일법에서도 크게 다르지 않았다. 실정법상 채권관계에서 단지 부차적 의미에 정체되었던 신의칙이 개별규정에 대하여 확실한 우위를 점하며 채권법상의 일반화된 법원칙으로서 중요한 의미를 부여받은 계기는 세계대전 이후의 경제변동에 대응하는 과정에서 형성된 법발전 현상에서 기인하는 것으로 평가된다. 나아가 스위스 민법 및 우리 민법 제2조의 신의칙은 민법 규정 중에서도 총칙에서 규정됨으로써 입법에 의하여 오늘날 대륙법계 실정법 질서의 기본원리에 상응하는 일반적인 법원칙의 지위를 획득하였다.

### (1) 독일 민법 제242조, 제157조의 법적 성격

독일 채권법의 신의성실은 프랑스법보다 규율범위를 확대하고 있다. 즉 독일에서 신

322) 박현정, 앞의 논문, 251면.
323) 남효순, 앞의 논문, 118면.
324) 박현정, 위의 논문, 249면; 양창수, 앞의 책, 78면.
325) 양창수, 위의 책, 78~79면; 박현정, 위의 논문, 25면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의칙은 계약상 의무이행 및 권리행사와 법률행위의 해석뿐만 아니라 채권법을 통할하는 일반적인 법원칙으로 발전하였다.[326] 독일 채권법상 신의칙 규정으로 일컬어지는 제242조는 '채무자는 거래 관행을 고려한 신의성실의 요청에 따라 급부이행 의무를 부담한다'고 규정하고 있다. 문언적 해석에만 의존하면 독일 민법상의 신의칙 규정은 단순히 채무자의 이행방법만을 규율할 뿐 다른 구체적인 의미가 부여되어 있지 않고 명확성이 결여되어 있다. 따라서 엄격한 의미에서 채무자의 계약상 의무의 존부나 의무불이행 책임의 면제에 관한 사안은 제242조의 문제에 해당하지는 않는다.[327]

그러나 독일법상 신의칙은 판례와 학설을 통한 법발전 과정을 거치면서 적지 않은 기능적 확장을 경험하였다. 이에 따라 신의칙은 스위스 입법례상 명문화된 신의칙의 기능과 마찬가지로 계약의 이행에 있어서 채무자의 의무를 비롯해 채권자의 권리 행사를 규율하고 私法 분야에서 모든 법률관계 당사자를 구속할 뿐 아니라 공법 및 절차법에서도 독일 법체계상 일반적으로 내재된 중요한 법원칙으로 자리를 잡았다.[328] 그러므로 독일법에서 신의칙의 지위는 스위스나 우리 민법과 같이 입법을 기초로 성취한 것이 아니라 오히려 판례 및 학설과 함께 일정한 법발전을 통해 획득한 결과물이라 할 수 있다.[329] 스위스 민법전의 신의칙은 구체적인 적용에 있어서 많은 경우에 결과적으로 독일과 유사하다고 평가되는데, 독일과 달리 우리나라나 스위스 민법전은 총칙에서 신의칙을 규정하고 개인의 이익과 함께 사회적 이익도 동시에 고려하도록 함으로써 입법적인 방식에 의하여 신의칙의 근본적인 제도적 중요성을 강조한 점에서 독일과 대비된다.[330]

판례를 통해 발달한 독일의 신의칙에는 독일 민법 제242조와 함께 제157조가 기여한 바가 적지 않았다. 제157조에 의하면 계약은 '거래관행을 고려한 신의성실의 요청에 따라 해석되어야 한다'고 규정되어 있다. 즉 제157조는 계약해석상의 지도원칙으로서 당사자의 의도에 비중을 두고 주관적인 관점에서 신의칙을 규정하고 있다. 제157조가 계약당사자뿐만 아니라 계약 내용에 대한 최종적인 해석주체인 법원을 구속한다면, 제

326) 곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2013, 75면.
327) Werner F. Ebke/Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law, in* Jack Beatson/Daniel Friedmann, eds., Good Faih and Fault in Contract Law, Clarendon Press, p. 1997, p. 171.
328) Munchener Kommentar BGB Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil(241-432), 5. Auflage, 2007; Stefan Leible/Matthias Lehmann, European Contract Law and German Law, Wolters Kluwer, 2014, p. 27; Werner F. Ebke/Bettina M. Steinhauer, op. cit., p. 171; 양창수, 앞의 책, 80면; Reiner Schulze, Burgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage 2009, BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben Rn 1.
329) 양창수, 위의 책, 82면.
330) 양창수, 위의 책, 82면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

242조는 문언상 객관적인 관점에서 법률관계에서의 채무자를 구속한다.[331] 이에 따라 계약의 이행과 관련한 구체적인 합의의 결여 또는 구체적인 이행방법 및 이행시기 등에 관한 분쟁으로 계약 내용에 대한 해석이 문제될 경우 제242조 및 제157조의 신의칙은 각각 중복되거나 독립적으로 계약관계에서 거래 관행을 고려한 객관적인 행위기준 및 해석기준으로서 계약법상 중요한 권리구제기능을 수행한다.[332] 물론, 구체적인 사례에서 계약의 보충적인 해석[333]과 신의칙에 따른 해석의 차이는 성질상 명확한 구분이 어렵다. 따라서 실무에서는 사안의 해결 근거로서 계약 및 관련 법률규정을 동시에 인용하는 방식을 취하기도 한다.

(2) 채권관계에서 신의성실의 의의

독일 민법상 신의칙 규정의 기능적 중요성에도 불구하고 신의성실이 의미하는 바는 신의칙 규정 자체로부터 도출이 어려운 개념이다. 제242조의 신의성실이 채권법의 선두 규정에서 모든 채권관계와 관련된 법개념임을 공언함에도 그 실체적인 개념은 선결되어 있지 않으며 스스로 특정한 의미의 법원칙임을 자임하지도 않는다. 따라서 신의성실은 미시적인 법개념의 의미로서 정의되지 아니하고 오히려 거시적인 측면에서 독일 법체계로부터 획득되는 독립적이고 객관적인 규준에 의하여 결정되는 특징을 지니고 있다.[334]

오늘날 신의칙이 실정법상의 지도원리인가에 관한 논의가 가능하게 된 배경에는 신의칙 규정이 지닌 독특한 법구조와 제1차 세계대전 이후 판례를 통해 나타난 신의칙의 현저한 기능적 확장이 적지 않은 역할을 차지하고 있다. 사실 독일에서 신의칙은 입법상 계약의 해석(제157조)과, 채권관계(제242조)에서 채무자가 부담하는 급부의무의 구체적인 내용에 관하여 명문화되었을 뿐이었다. 즉 채권관계의 형성에서 신의칙은 뚜렷

331) Boris Kozolchyk, Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development, West Academic Publishing, 2014, p. 960; Reiner Schulze, op. cit., BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben Rn 6.

332) BGHZ 48, 301, 87, 317, BGH NJW 89, 2626; Reiner Schulze, op. cit., BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben Rn 6.

333) 윤진수, 법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가? 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 44면. 계약의 보충적 해석에 대하여 당사자 간 명시의 합의의 부재로 분쟁이 발생한 경우를 계약상 흠결로 간주하고 이를 당사자의 가정적인 의사에 의하여 보충하는 해석방법을 의미한다고 한다.

334) Stefan Leupertz, The Principle of Good Faith in German Civil Law, The International Construction Law Review, Vol. 33, No. 1, 2016, p. 68.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 기능이 없었고 채권관계의 내용에서도 부차적인 기능을 수행하는 데 불과하였다. 그러나 세계대전 이후 심각한 경제변동으로 인한 사정변경과 권리관계 균형의 파괴 현상으로 인하여 종래의 신의칙에 이전과는 다른 차원의 위상이 부여되었다.[335] 연방대법원에 의하여 전적으로 새로운 지위를 부여받은 신의칙은 비아커의 말을 빌리면 '채권관계 내용의 교정수단이나 해석의 기준으로서만이 아니라 채무 자체의 통일적인 기초로 파악되어 모든 채권법 규정을 구체화하고 수정'할 수 있는 가능성을 열어 주었던 것이다.[336]

이후 근대 민법에서 신의칙을 처음으로 명문화한 프랑스 계약법상의 신의성실이 사회유대적 윤리개념과 법체계 사이의 가교역할을 수행한 것[337]과 마찬가지로 독일 채권법상의 신의성실 또한 독일의 법체계가 지향하는 법적 가치를 실정법에 유입시키는 중간기제 역할을 수행할 수 있었다.[338] 특히 일부에서는 신의성실 개념을 통해 사법(私法)체계에 유입 가능한 독일 법체계상의 법적 가치와 객관적인 규준에 대하여, 헌법상의 기본권적 가치와 EU법뿐만 아니라 나아가 성문법체계를 넘어서서 사회유대적 가치와 이상까지 연장시켜 포함시키고 있는 점을 주목할 필요가 있다.[339] 이에 따르면 신의칙의 구체적인 적용범위나 의미는 별론으로 하더라도 독일법상 신의칙은 사회적으로 승인된 윤리적 가치평가를 실정법의 영역까지 유효하게 확장시키는 점에서 이론적인 측면에서는 프랑스법상의 신의성실과 유사한 기능을 수행하는 것으로 해석된다. 독일의 신의칙은 로마법의 신의성실과 같은 문맥에서 전통적인 권리구제 수단으로 활용되면서 정의와 형평 관념에 터 잡아 경직된 성문법의 불합리에 관한 대응 방편이 될 수 있었다. 즉 신의칙의 적용을 통해 고착화된 실정법체계에 기능적 유연성이 부여됨으로써 실정법적 정의의 교정기제 역할을 수행할 수 있었던 것이다.

결론적으로 독일 민법에서 신의칙이 가장 중요한 법원칙 중 하나로 인식되는 이유를 한가지로 요약한다면 신의성실은 법률관계 당사자 간 존재하는 불합리한 권리관계 및 법익의 격차를 조정하는 최후의 실정법적 수단인 점을 들 수 있다. 다만, 독일법상 신의칙이 프랑스법에서의 위상과 중요성을 넘어서는 객관적 규범체계로 인식되고 있고,

335) 상세는 Boris Kozolchyk, op. cit., p. 960~964; 양창수, 앞의 책, 78~80면 참조.
336) F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl.(1967), S. 527(양창수, 위의 책, 91면 에서 재인용).
337) Hartkamp Arthur et al, Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business, 2011, p. 621.
338) Stefan Leupertz, op. cit., p. 68.
339) Stefan Leupertz, op. cit., p. 68; 양창수, 앞의 책, 80면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

통설에 의하면 고의·과실과 같은 주관적 기준이 요건상 부정되는 점[340]을 고려하면 신의칙을 통해 유입 가능한 규준에는 사회적으로 널리 수용될 것과 그것으로 인해 보호가능한 법익만큼 당사자 간 권리관계 격차의 조정에 있어서 법체계상의 안정성을 저해하지 않아야 할 과제가 함의되어 있다.

## 2. 대륙법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장

대륙법계 국가란 보통법에 대응하여 시민법의 전통을 잇는 국가를 일반적으로 지칭하는 말로서 영미법체계를 제외한 광범위한 영역에서 각국 고유의 법체계가 발달해 왔다.[341] 이 국가들은 정도의 차이는 있지만 대체로 6세기 유스티니아누스제 때 집대성된 로마법의 전통에 그 기원을 두는 점에서 법문화적 공통성을 지닌다.[342] 대부분의 국가에서 지난 2세기 동안 근대 성문법전의 편찬에 의하여 유스티니아누스법을 비롯한 종래 구속력 있는 法源을 대체하였으나 판례법체계와 달리 대부분 선결된 법개념을 원용하는 특징이 있다. 신의성실 개념은 그 중에서도 로마법의 전통으로부터 직접적으로 계수되어 온 법개념에 해당한다.[343]

현대 대륙법 체계의 법전화 현상은 국가 수만큼 다양한 형식으로 나타났지만 공통적으로 시민법 이론에 따라 발달해 온 일반적인 법개념을 사용하고 개별 사례에 대한 구체적 해결이 가능하도록 견고하게 고안된 추상적인 법원칙을 제시하고 있다.[344] 이에 따라 신의성실(Treu und Glauben)이나 공평(Billigkeit)과 같은 백지개념이 명문화됨으로써 사법적 권리구제절차에서 법관을 구속하고 일정한 재량의 여지가 존재하는 특징까지 공유하고 있다.[345] 근대법에서는 프랑스 민법이 계약에 관하여 신의칙을 명문화한 최초의 사례라 할 수 있다.[346] 법문상 신의성실의 원칙은 개별 사례에서 구체적인 법규정으로 존재하기도 하지만 스위스 민법 제2조의 경우처럼 입법례에 따라 일반조항

340) 이영준, 신의성실의 원칙에 관한 소고, 현대 민법학의 제문제(청헌 김증한 박사 화갑기념 논문집), 박영사, 1981, 32면.
341) John Henry Merryman/David S. Clark/John Owen Haley, Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia, LexisNexis, 2010, p. 174.
342) John Henry Merryman/David S. Clark/John Owen Haley, op. cit., p. 174.
343) J. F. O'Connor, op. cit., p. 81.
344) Max Rumelin, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930, translated by M. Magdalena Schoch, in The Jurisprudence of Interests, Harvard University Press, 1948, p. 17~18.
345) Max Rumelin, op. cit., p. 17~18.
346) 구프랑스민법 제1134조. 프랑스는 협약의 가입국이면서 초안단계에서도 제정과정에 적극적으로 참여했던 국가이기도 하다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로서 민법 전반의 권리와 의무를 통할하는 최고원리로 존재하기도 한다.

대륙법의 전통을 잇는 우리 민법 제2조도 스위스 입법례를 모범으로 하여 신의칙을 민법 전체에 걸친 지도원리로 채택한 경우에 해당된다. 그러나 특정 영역에 한해 신의칙상 의무가 요청되는 경우에도 독일 민법 제242조의 경우처럼 판례와 학설을 통해 법률이 규정하고 있는 법률행위의 해석과 채무의 이행뿐만 아니라 채권법 전체를 관통하는 법원칙으로 기능적 확장현상이 나타나기도 한다. 이처럼 대륙법계 국가에서는 강력한 중앙집권체제에 의하여 독자적인 형평법을 발달시킨 보통법과 달리 로마법의 일정한 영향 아래 신의성실의 정신을 기존 법질서 내에서 제도화시킨 점에서 법원칙으로서 신의칙에 대한 보통법계의 인식과 큰 차이를 보인다. 따라서 주요 대륙법계 국가들의 신의칙 규정에 대한 이해는 협약상 신의성실의 개념을 정립하고 이에 따라 조화로운 적용방안을 도출하는 데 적지 않은 영향을 미친다. 또한 이질적인 법문화 사이의 방법론적 차이와 명문상 협약의 해석원칙에 제한된 신의성실 개념의 형식적 한계에도 불구하고 협약 제7조 및 개별규정에 내재된 신의성실의 정신의 실질적인 이해를 위해서는 대륙법계에서 적용되어온 신의성실의 원칙에 대한 분석이 필수적이다.

대륙법계의 법전통에서 채권관계의 신의칙이 기능적 확장가능성을 지니고 발달해온 영역을 유형화하면 다음 세 가지로 구분된다. 첫째, 불완전이행이나 계약체결상의 과실책임과 같이 기본채무 이외의 용태의무에 기초하여 권리창설적 효력을 나타내는 기능, 둘째 계약 성립의 기초 정황을 구성하는 행위기초의 장애와 실질적 계약정의의 실현을 이유로 기성립된 계약관계의 수정을 가능케 하는 권리변경적 기능, 그리고 계약관계에서 존재하는 모든 권리는 신의성실의 요청에 적합하게 행사되어야 하고 이때의 신의칙은 권리행사의 한계를 설정하는 점에 비추어, 당사자 간 법률관계에서 기부여된 권리의 내재적인 한계를 벗어나는 부당한 권리행사의 효력을 저지하는 권리소멸적 기능이 존재하는 것으로 요약할 수 있다.[347] 이에 더하여 당사자 간 권리관계의 불균형과 구체적 타당성이 현저하게 결여되는 불합리가 야기되는 경우에 채권관계에서 합리성과 공평성을 구현하는 최종적인 규범체계로서 신의칙의 규범적 해석기능을 들 수 있다.[348] 이하에서는 신의칙의 기능적 확장의 관점에서 근대 민법에서 최초로 입법화된 신의칙과 현대 민법에서 입법상 최고의 적용범위를 획득한 신의칙의 특징적인 전개와 발달과정을 중심으로 대륙법계 신의칙의 기능적 확장 현상을 고찰해보고자 한다.

347) 이영준, 앞의 논문, 35면.
348) 김상용, 민법총칙, 461면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

## 가. 근대 민법 최초의 신의성실

### (1) 계약의 교섭, 체결, 종료와 신의성실의 원칙

구프랑스민법에서는 계약전 단계에 관한 신의칙 규정은 없었지만 이미 1970년대 이후 판례에서 불법행위 책임에 관한 일반원칙에 의존하여 계약전 단계에서 정직성, 공정성과 같은 신의칙의 요구에 대한 수용경향이 나타나고 있었다.[349] 구프랑스민법상 명문의 규정 없이 판례에 의해 수용된 신의칙은 2016년 개정된 현행 프랑스민법 제1104조에 의하여 계약의 교섭 및 체결단계에서도 명문화되었다. 이는 입법상 계약 이행에 한정되었던 신의칙에 대하여 계약전 단계까지 기능적으로 확장시킨 종래 판례의 태도를 수용한 것이라 할 수 있다.[350] 이와 함께 제1112조는 제1문에서 계약전 교섭의 개시, 유지, 중단에 관한 자유를 보장하면서도 제2문에서 이 경우에도 반드시 신의성실의 요건을 충족할 것을 규정하고 있다.[351] 즉 제1112조는 계약전 단계의 신의칙 규정에 해당한다. 그러나 제1104조의 신의칙은 총칙규정이므로 제1112조 및 제1104조와의 관계를 고려할 때 계약전 단계의 신의칙은 공서양속의 문제에 포함된다.[352] 따라서 계약전 단계의 신의칙은 강행규정이며 당사자 합의에 의하여 임의로 배제할 수 없다.

계약전 신의칙 규정에 의하면 계약 체결 전의 과실이란 계약 교섭의 개시, 유지, 중단에 관한 행위가 신의성실에 반하는 경우를 의미하는 것으로 이해된다. 즉 교섭행위에 있어서 교섭 중의 당사자에게 가해 또는 기망의 의사가 있는 경우나 계약의 성립전이라도 악의적인 방식으로 교섭을 중단하는 행위는 신의칙에 의하여 금지된다.[353] 이

---

349) Barry Nicholas, The French Law of Contract, Oxford University Press, 1992, p. 70; J. F. O'Connor, op. cit., p. 96~97; 예컨대 1972년 판례(Com. 20.3.1972, JCP 1973.II.17543)를 살펴보면 원고는 프랑스지역에서 미국 X회사 제품을 독점 배급하던 피고와 계약 교섭에 착수하면서 실제로 미국 X회사에 방문하여 다양한 생산가능 제품 라인을 확인한 후 최종 결정을 위해 피고에게 추가 정보를 요청하였다. 그러나 피고는 원고의 요청에 답변하지 않고 견적을 보류하였는데 원고는 이 사실을 나중에야 알게 되었다. 이후 피고가 원고의 경쟁업체에 제품공급계약을 체결하면서 동일지역에 42개월간 다른 제품을 공급하지 않겠다는 조항을 둔 사안에서, 법원은 원고와의 교섭을 중단한 피고에게 불법행위책임을 인정하였다. 파기원(Cour de cessation)에서도 원고에게 큰 피해가 발생할 것을 알면서도 피고가 고의로 견적을 보류하고 진행 중이던 교섭을 중단한 행위는 상거래상의 신의칙에 반한다고 판시하였다. Barry Nicholas, op. cit., p. 71.

350) 남효순, 앞의 논문. 118면.

351) 프랑스민법 제1112조. "계약전 교섭의 개시, 유지, 중단은 통제로부터 자유롭다. 이러한 행위는 반드시 신의성실의 요건을 충족하여야 한다. 교섭상의 과실의 경우에 결과적 손실의 배상은 체결되지 못한 계약에서 기대되는 이익의 배상을 위해 산정되지 아니한다".

352) 프랑스민법 제1104조. "계약은 신의성실에 따라 교섭, 체결, 이행되어야 한다. 이 조항은 공서양속에 해당된다".

353) Civ l, 12 April 1976, Bull Civ., l, No. 122, Def. 1976, a. 31434, No. 5, 389, note Aubert.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

때 같은 조 제3문[354]에 관하여 교섭의 실패로 인한 손해 가운데 예컨대 교섭과정에서 기지출한 경비나 제3자와의 계약체결에 관한 기회비용은 손해배상의 범위에 포함되나 계약체결로부터 기대되는 이익의 상실은 계약외적 손해배상인 점에서 여기에는 포함되지 않는다.[355] 나아가 계약체결 단계에서도 상대방에게 해를 가하는 방식으로 기망적으로 계약체결을 유도하는 등의 행위는 신의칙상 금지된다.[356] 물론, 이와 같은 행위는 정보제공의무나 계약의 무효에 관한 법리에 해당되는 내용이기도 하나 법원에 의하여 확장된 신의칙의 기능으로 해석되기도 한다.[357] 요약건대 계약전 단계의 신의칙이 요구하는 바는 계약자유의 원칙에도 불구하고 신의성실이라는 사회유대적 윤리요소의 한계 내에서 계약의 교섭 및 체결상 충실성 있는 태도를 견지하는 것을 의미한다. 이는 계약전 신의칙에 대한 전통적인 보통법의 관점에 반하는 것으로 일부에서는 프랑스적 신의칙의 공공성 및 사회성에 주목하고 그 사회주의적 특징에 착안하여 이를 일컬어 사회유대주의자(solidarist)나 복지주의자(welfarist)로 표현하기도 한다.[358]

한편, 현행 프랑스민법에서 계약종료 단계에서의 신의칙은 명문화되지 않았다. 그러나 입법상 규정이 불비함에도 채권자에게 악의의 사정이 있거나,[359] 계약관계의 공동의 목표에 있어서 충실성이 결여된 권리구제는 법원에서도 부인되어 왔다.[360] 예를 들어 판례에 따르면 채권자의 악의로 인한 계약해제는 당사자 합의에 기초한 계약해제조항에도 불구하고 강제되지 않는다.[361] 계약종료단계에서의 신의칙은 2016년 개정 당시

354) 프랑스민법 제1112조.

355) Cass com 26 Nov 2003, no 00-10243, RTD civ 2004, 80 obs J Mestre and B Fages, JCP G I 163 [18] obs G Viney.

356) Sara Hourani, The Conceptualization of good faith in the CISG through a comparative study of the principle in French Law, the Shari'a, English Law and the UCC, Doctoral Dissertation, University of Essex, 2014, p. 65.

357) Sara Hourani, op. cit., p. 65.

358) John Bell/Sophie Boyron/Simon Whittaker, Principles of French Law, Oxford University Press, 2008, p. 334; John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 60~61.

359) Court of Appeal of Poitiers, 1st Civ Chamber, 4 July 2006, Juris-data no 2006-313835.

360) Civ (3) 3 June 1992, GP 1992.II.656.

361) Civ (1) 31 Jan 1995, D 1995.389. 신의칙 위반을 이유로 계약해제를 부인한 사례를 살펴보면, 15년간 상환조건부로 대출(200,000 francs)을 받아 주택을 매수한 부부는 1983년 10월 남편의 실직으로 이듬해 2월 1일을 만기로 3개월분의 대출금을 상환해야하는 처지에서 놓였다. 만기가 도래했음에도 부부가 대출금 상환에 실패하자 은행은 1984년 1월 24일 편지로 대출금, 이자 등의 피해보상 의무가 있음을 통지하였는데, 실제로 은행이 소송을 제기하거나 이를 강제하지 않았고 이 상태로 약 6년이 지나는 동안 부부는 이자를 제외하고 대출금을 모두 상환하기에 이르렀다. 이후 1990년 7월 2일 은행이 비로소 상환 요청을 하고 소를 제기하였는데 이때는 6년이 훨씬 지난 시점으로 파기원은 부부가 이미 이자만 남기고 원금을 모두 상환했고 만기일 이후 6년 이상의 기간이 경과한 점에서 채권자에게 악의가 있다고 보았다. 따라서 법원은 당사자가 합의한 계약해제조항에도 불구하고 합의의 이행에 있어서 신의칙이 적용되므로 이 조항에 근거하여 계약을 해제하는 것은 신의칙 위반이라고 판시하였다. Cour de Cassation, Chambre civile 1, Audience



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에도 명문화되지 않았다. 그러나 1995년 이후 판례를 통해 정립된 신의칙과 계약의 해제사이의 밀접한 상호작용은 현행 민법에서도 여전히 유효한 것으로 해석된다.[362] 다만, 판례에 의하면 예컨대 계약효력의 중단 조건이 충족된 경우와 같이 일단 계약관계가 종료된 이상 신의칙은 더 이상 적용되지 않는 것으로 이해되고 있다.[363]

(2) 계약 해석 및 흠결의 보충수단으로서 신의성실의 원칙

(가) 계약의 해석원칙에 관한 비교법적 차이

대륙법계 국가에서 계약법상 당사자 행위가 신의성실의 의무를 준수하는지에 대한 판단은 통상 구제척인 사안에 추상적인 법규정을 적용하는 법원의 해석에 따른다. 특히 계약의 이행단계에서 신의칙 준수 여부의 관한 판단은 필연적으로 당사자가 체결한 계약의 해석문제를 선결과제로 내포하므로 신의칙은 계약의 해석과도 밀접한 관련이 있다. 그러나 계약 해석에 있어서 대륙법의 시각은 대체로 보통법의 접근방법과 큰 차이를 보인다.

우선, 계약해석의 기본원칙에 있어서 대륙법 및 보통법의 시각에는 원칙적인 차이가 있다.[364] 예컨대 영국법상 계약내용에 대한 해석은 문언적 해석이 우선되므로 문언상 표현의 차이는 명시적 또는 묵시적 의미의 차이를 야기한다. 또한 명시의 의미가 존재하는 사정에서는 명확성을 이유로 당사자의 진정한 의사에 대한 고려가 기피된다.[365] 그러나 프랑스나 독일과 같은 대륙법의 관점에서는 당사자의 합치된 내심의 의사가 문언적 해석보다 우선되는 특징이 있다.[366] 다음으로, 이러한 계약해석에 관한 기본원칙의 차이는 당연히 계약의 해석에 관한 신의칙의 기능과 비중에 중요한 차이점을 야기한다. 즉 보통법 체계에서는 일반적인 신의성실 개념에 관하여 전통적으로 부정적인 관점이 견지되는 것과 마찬가지로 계약의 해석에 있어서 신의칙의 기능도 미약한 것으로 평가되고 있다. 그러나 대륙법에서는 법률규정에 따른 적용범위 및 기능적 차이를

publique du mardi 31 janvier 1995, N de pourvoi: 92-20.654, Publié au bulletin.

362) Solène Rowan, op. cit., p. 7.

363) Civ. (3) 14 Jul. 2005, D 2006.761. note Mazeaud, JCP 2005.II.10173.

364) P. D. V. Marsh, Comparative Contract Law England, France, Germany, Gower Publishing, 1994, p. 38. Chapter 2 English common law and the civil law systems of France and Germany-primary distinctions.

365) Solène Rowan, op. cit., p. 8.

366) 프랑스민법 제1188조; 곽윤직, 민법주해 Ⅰ : 총칙 1, 박영사, 1992, 79면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

별론으로 하더라도 신의칙은 실무상 계약 해석의 기준 역할을 함께 수행한다.[367]

(나) 신의성실과 계약의 해석 및 보충

계약의 이행단계에서 신의성실의 기능은 계약의 해석에 관한 기본원칙과 밀접한 관련성이 있다. 특히 현행 프랑스민법 제1188조 제1문은 계약해석상 당사자의 공통된 의도를 강조하므로 당사자 간 공통된 주관적 의도는 법원의 해석에 중요한 고려사항이 된다.[368] 이때 신의칙은 계약체결시 당사자가 진정으로 의도한 계약내용의 규명에 비중 있는 역할을 수행한다. 나아가 현행 프랑스민법 제1188조 제2문은 공통된 의도의 규명이 곤란할 경우의 해석기준에 관하여 '동일상황의 합리적인 사람'이 이해할 바를 추가함으로써 계약해석에 있어서 주관적 및 객관적 기준을 종합적으로 고려하도록 규정하고 있다.[369] 이와 함께 통상 합리적인 사람에게 기대되는 행위기준 즉 거래 관행을 규정한 현행 프랑스민법 제1194조[370]와 계약관계의 불공정요소를 방지하기 위한 제1190조[371]도 계약해석에 관한 객관적 기준 가운데 일부를 구성한다.

마찬가지로 계약해석의 지도원칙으로서 신의칙의 기능은 계약체결단계에서도 중요한 기능을 수행한다. 계약의 해석에 대한 프랑스법의 접근방식은 보통법보다 상당히 주관주의적이므로 착오의 법리와 같이 일방당사자 의사의 하자에 관한 법리에는 보다 중요한 의미가 부여되어 있다. 예컨대 상대방의 착오를 인지한 경우라면 단순히 묵인하는 수준의 경우에도 진정한 동의라 볼 수 없으므로 신의칙은 계약체결의 효력에도 영향을 미친다.[372] 계약관계에서의 신의칙은 계약해석의 지도원칙으로서 판례를 통해 정립됨으로써 구프랑스민법상 제1134조의 명시적인 원용이 기피되었던 신의칙의 기능적 부재상태를 대체하는 역할을 수행해 왔다.[373] 이처럼 계약해석의 지도원칙으로서 신의칙은

367) P. D. V. Marsh, op. cit., p. 38~39.
368) 프랑스민법 제1188조. "계약은 그 용어상의 문언적 의미에 그치지 아니하고 당사자의 공통된 의도에 따라 해석되어야 한다".
369) 프랑스민법 제1188조. "...이러한 의도를 규명할 수 없을 경우, 계약은 동일한 상황하에서 합리적인 사람이 해석하였을 바에 따라야 한다".
370) 프랑스민법 제1194조. "계약은 명시적으로 규정된 것 뿐만이 아니라 형평, 관행, 입법에 의하여 부여되는 결과에 관하여도 의무를 창설한다".
371) 프랑스민법 제1190조. "모호할 경우에는, 채권자의 이익에 반하면서 채무자의 이익에 부합되게 해석되며, 약관에 의한 계약은 이를 제시한 자의 이익에 반하여 해석하여야 한다".
372) Barry Nicholas, op. cit., p. 48.
373) 예컨대 임차인에게 집수리에 필요한 정보를 임대인에게 제공하게 한 경우, 운송업자에게 송하인이 제일 유리한 루트로 운송하도록 한 경우, 제조업자에게 제품사용 및 주의사항의 설명의무를 적시한 판례의 관점은 모두 계약의 해석상 지도원칙 역할을 수행하는 신의칙에 의존하여 계약관계의 묵시적 의무를 부여함으로



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

결과적으로 계약적 정의구현에도 기여하는 바가 적지 않은 것으로 평가할 수 있다. 왜냐하면 계약조건의 해석에 있어서 지나치게 엄격한 방식을 적용할 경우 일방에게는 유리하지만 상대방에게 결과적으로 불공정한 의무를 부담시킬 수 있는데 이 경우 신의칙은 계약적 정의를 위한 교정적 역할을 수행할 수 있기 때문이다.[374] 결론적으로 사회유대적 행위기준 역할을 수행하는 신의칙에 관한 객관주의적 관점은 프랑스 계약법에서 당사자 의도가 불분명할 경우를 가정하고 있는 객관주의적 계약해석기준과 상호 밀접하게 교감하는 점에서 신의칙은 계약의 해석에 있어서도 지도원칙 기능을 수행하는 것으로 평가할 수 있다.

한편 권리구제 측면에서 보면, 프랑스 계약법상 최종적인 계약해석 과정의 연장선에서 신의칙의 기능은 계약상 의무의 구체적 흠결을 보충하기도 한다. 즉 흠결보충수단으로서 신의칙의 기능은 계약상 의무의 내용이 최종적인 계약의 해석과정에서 신의성실의 객관적 요소와 교감하며 이를 기초로 묵시적 의무로 구체화되어 나타난다. 이에 더하여 신의칙의 기능은 계약관계의 구조적 불평등 문제를 법률 규범과 자연법 규범 상호 간의 근접을 통해 해결하고자 한 현행 프랑스민법 제1194조에 의하여도 확장되는 경향을 나타낸다. 제1194조에 의하면 계약관계에서 당사자는 명시적 합의의 범위를 벗어나 법률 규정뿐만 아니라 형평이나 관행에 근거하여 묵시적 의무를 부담할 수 있다. 즉 신의칙 규정 제1104조에 근거하여 계약상 묵시의 의무가 인정되거나 새로이 창설될 경우에도 제1104조뿐만 아니라 제1194조에 의하여도 묵시적 의무의 법적 근거가 확장된다.[375] 따라서 계약상 결과적 불평등의 문제해결을 위해 형평에 직접적으로 근거한 묵시의 의무를 인정할 수 있고, 합리적인 사람에게 기대되는 객관적 행위기준으로서 관행에 기초하여 묵시의 의무를 인정할 수도 있다. 이처럼 제1194조에 의하면, 형평, 관행, 법률규정에 따라 묵시적 의무가 인정될 수 있고 묵시적 의무는 신의칙에 기초하거나 이로부터 도출되는 계약상 의무 및 그 흠결을 보충하는 역할을 수행한다. 결국, 현행 프랑스민법 제1194조는 같은 법 제1104조 신의칙의 적용에 있어서 계약관계상 권리와 의무의 보완규정 역할을 수행하는 점에서 흠결보충수단으로서 신의칙의 기능이 더욱 강화되는 셈이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 프랑스 민법 제1104조상 계약의 이행이 신의성실의 요구

---

써 정립되었다. Paris 28.3.1939, DH 1939.231; Civ. 28.11.1905, D. 1909.1.193, S. 1909.1.269; Com. 25.11.1963, Gaz. Pal. 1964.1.281.

374) Eva Steiner, French Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010, p. 317.

375) Barry Nicholas, op. cit., p. 153.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 부합하는지에 대한 판단은 계약의 이행단계에서 당사자 행위에 대한 해석 및 최종적인 계약 내용에 대한 해석과 밀접한 관련을 맺는다. 나아가 권리구제절차에 있어서 신의칙은 최종적인 계약해석 과정에서 계약관계에 기초한 구체적 의무의 흠결을 보충하는 역할을 수행한다. 2016년 채권법을 개정한 오르도낭스 제2016-135호에서도 계약해석의 지도원칙 및 흠결보충수단으로서 신의칙 규정의 취지가 잘 나타나 있다.[376] 결론적으로 계약의 이행단계에서의 신의칙은 해당행위가 최종적인 계약해석에 따라 계약체결시에 지녔던 상대방의 진정한 의도 및 합리적 기대에 부합하는지에 대한 판단작용과 밀접한 관련을 맺으며 기능적으로 확장된다.

(3) 협력·충실의무를 통한 신의성실의 원칙의 기능적 확장

프랑스 계약법상 신의성실에 기초한 파생적 의무에 관한 법리는 신의성실뿐만 아니라 형평에 근거하여 판례 및 입법을 통해 발달하였다. 종래 프랑스 계약법상 신의칙의 기능에 실체가 없어 미약하다는 지적이 있었던 반면[377] 2016년 개정된 현행 프랑스민법 및 1970년대 이후 최근 수십 년 동안 프랑스 판례와 입법을 통해서 계약당사자에 대한 정보제공의무, 협력의무, 충실의무가 인정되고, 면책조항이나 불공정조항의 효력의 제한기제로서 신의칙이 원용되면서 기능적 확장 현상이 두드러지게 나타났다.

(가) 신의성실의 원칙의 파생의무와 기능적 확장

현행 프랑스 계약법에서도 신의칙은 모호할 뿐 아니라 기능상 법원으로 하여금 재량권 행사의 여지를 남기므로 계약관계의 명확성에 반한다는 비판이 가능하다. 구프랑스민법과 마찬가지로 현행 프랑스민법에서도 신의칙에 관한 구체적인 정의는 별도로 규정된 바 없기 때문이다. 따라서 이에 대하여는 민법 개정 이전의 판례의 태도가 유효한 것으로 이해되는데, 판례에 따르면 신의칙상의 의무는 무엇보다 사회유대적 윤리의식에 기초하여 행위기준화 되었으며 구체적으로는 일관성의 요청과 함께 충실의무와 협력의무를 요구한다.[378] 이처럼 프랑스 계약법상 계약의 이행단계에서의 신의칙은 크

376) Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035 of 11 February 2016; Solène Rowan, op. cit., p. 7.
377) 박현정, 앞의 논문, 235면.
378) 예를 들어 Com 8 March 2005, Bull civ IV, no 44; Com 20 oct 1998, Bull civ IV, no 244. 상세는 J.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

게 협력의무와 충실의무를 통해 기능적으로 확장되는 것으로 이해된다.[379]

협력의무는 계약관계에서 신의칙상의 의무에 의하여 부여되는 보다 구체적이고 파생적인 의무라 할 수 있다. 계약당사자는 공동의 계약 목적 달성을 위해 계약의 이행에 있어서 상대방의 계약 이익을 함께 고려할 의무를 부담하는데 프랑스 계약법상 계약전 단계에서 명문화된 정보제공의무도 큰 틀에서 협력의무로 이해된다. 이에 따르면 협력의무의 당사자는 계약의 이행단계에서 중요한 영향을 미칠 수 있는 다양한 내용에 대하여 일정 수준의 정보의식을 갖추고 이를 상대방과 공유할 수 있어야 한다.[380] 물론, 상호 협력에 관한 구체적인 내용과 범위는 계약관계에서의 구체적인 사실관계와 체결된 계약의 성격에 따라 달리한다. 특히 협력의무는 양당사자가 존재하는 계약과 깊은 관련이 있는데, 예를 들어 프랑스법상 고용계약의 사용자는 고용자가 직업상의 커리어 개발을 할 수 있는 자유를 보장할 의무를 부담한다.[381] 또한 계약에 따라 전속적 영업권을 양도한 사안에서 상대방으로 하여금 경쟁력 있는 가격으로 영업할 수 있는 수단을 박탈하는 행위도 협력의무의 위반에 해당한다.[382] 물품매매에 있어서도 시장가치의 등락이 심한 물품의 장기공급계약에 대하여는 경제 환경의 변화에 따른 적절한 이행을 담보하기 위해서 당사자 간 협력의무가 요청된다.

한편 프랑스에서는 구프랑스민법에서부터 법원의 해석에 의하여 계약의 이행단계에서 명문화된 신의칙의 역할이 더욱 확장되었는데, 특히 판례에 의하면 신의칙은 악의의 제한기제라는 측면에서 충실의무를 통해 보다 구체화되었다.[383] 신의칙의 기능은 그 본질적인 특성상 구체적인 사례에서 다양한 사안에 따라 다의적이다. 그러나 실무적인 측면에서는 신의칙의 정의에 충실성이 포함되는 점에는 이견이 없어 보인다.[384]

---

Bell/S. Whittaker/S. Boyron, op. cit., p. 332 이하 참조.

379) Alberto M. Musy, The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures, Working Paper Series, International Center for Economic Research, 2000, p. 3.

380) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 89; Sara Hourani, op. cit., 72.

381) Cass. soc., 25 February 1992, D. 1992, 390.

382) Com. 3 Nov. 1992, Bull. civ. IV no. 338.

383) 무엇보다 프랑스 계약법에서 충실의무는 신의칙의 정신에 기초하면서 악의에 따른 행위의 효력을 제한하는 측면에서 법원에 의하여 폭넓게 원용될 수 있었던 것으로 이해되고 있다. 예를 들어 1977년 목적물에 관한 권리를 조카에게 양도한 대가로 매년 일정 금액을 물가연동해서 원고에게 지급하기로 하고 불이행시에는 통지에 의하여 원고가 해제권을 행사할 수 있도록 계약을 체결한 사안에서, 파기원은 피고의 채무불이행이 발생한지 12년이 지난 1990년에야 비로소 원고가 소송을 제기하고 그동안 지급청구를 해태한 사정에 비추어 원고의 계약해제는 신의칙에 반한다고 보았다. 즉 이 경우 계약관계에서 충실의무는 신의칙에 기초하여 악의에 따른 계약해제권의 행사를 제한하는 역할을 하는 셈이다. Civ. (1) 16 Feb. 1999, Bull. civ. I no. 52.; John Bell/Sophie Boyron/Simon Whittaker, op. cit., p. 333.

384) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 60.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

따라서 신의칙의 강행적 규범성은 충실의무에도 영향을 미치므로 별도로 충실의무를 명시하지 아니하고도 당사자 간 계약관계에서 묵시적 조건화되어 계약상 의무에 포함되는 것으로 이해된다. 이처럼 충실의무는 신의칙에 기초한 파생의무의 일종으로 계약의 이행에 있어서 당사자에게 충실성있는 태도를 요구한다. 여기서 충실성 있는 이행이란 상대방이 합리적인 기대에 따라 계약목적을 성취할 수 있도록 하는 이행을 의미한다.[385] 바꾸어 말하면, 계약 체결시에 상호 간에 가졌던 합리적인 기대에 부응하는 방식으로 적절한 이행이 이루어질 경우에 신의성실에 기초한 충실의무가 충족되는 것으로 볼 수 있다. 따라서 채무자 관점에서는 합리적 기대에 따른 이행의 의사가 없으면서도 고의로 허위의 사실을 제공함으로써 계약 체결을 유인하는 행위나, 채권자 관점에서 채무자의 적절한 이행제공을 저해하는 행위 등이 충실의무에 반할 수 있다.[386]

(나) 정보제공의무를 통한 기능적 확장

정보제공의무는 구프랑스민법상 제1134조 신의칙 규정과 형평을 토대로 파생된 의무이며 협력의무의 일종으로서 계약전 단계뿐만 아니라 이행에서도 당사자를 구속해 왔다.[387] 1970년대 이후 지난 수십 년 간 프랑스에서는 계약적 정의 관념에 기초한 정보제공의무를 중심으로 다양한 상황에서 신의칙의 원용이 본격화되었다.[388] 종래 입법에 의하면 계약전 단계의 정보제공의무에 대하여 민법상의 일반 규정을 두지는 않았으나 전통적인 보험법을 비롯해 은행, 도매업자, 증권업자 등 다양한 경제주체에 대하여 구체적인 상황에서 정보제공의무가 부여되어 왔다.[389] 나아가 입법론적으로 소비자보호를 위한 목적으로 물품매매 및 서비스 제공에 종사하는 모든 직종에 대하여 일반적인 정보제공의무를 긍정하는 방향으로 발전해왔다.[390] 이와 함께 판례에 의하여 구체적인 사례에서 적절한 정보가 제공되지 않은 경우 착오나 사기를 이유로 계약전 및 체결단계에 관한 구제수단이 제공됨으로써 간접적으로 정보제공의무에 관한 입법적 불비가 보완되었다.[391]

385) Sara Hourani, op. cit., 72; Cass. Req., 31 Jan. 1887, S. 87.1.420.
386) Cass civ., 17 Jan. 1906, S. 1909.1.205
387) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 88; 고영남, 앞의 논문, 162면.
388) Alberto M. Musy, op. cit., p. 3; 박현정, 앞의 논문, 235면.
389) 상세는 Jack Beatson/Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997, p. 100~102 참조.
390) John Bell/Sophie Boyron/Simon Whittaker, op. cit., p. 309 이하 참조; Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit.. p. 101; John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 81.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2016년 개정된 현행 프랑스민법 제1112-1조는 계약전 정보제공의무를 처음 명문화하였다. 이 조항의 의무는 계약전 단계에 일반적으로 요구되는 법적 의무로서 종래 판례에서 인정되지 않았던 일반적인 정보제공의무를 규정한 점에서 계약전 단계를 규율하는 보편적인 신의칙과 밀접한 관련이 있는 것으로 해석된다.[392] 제1104조에서 신의칙 규정이 공서양속의 문제임을 선언한 것과 마찬가지로 제1112-1조의 5문은 법문상 공서양속을 명시하지는 않았지만 정보제공의무의 배제 및 제한을 금하고 강행성을 부여한다.[393] 즉 계약전 단계의 정보제공의무는 i)일방이 상대방의 동의에 결정적인 영향을 미칠만한 중요한 정보를 알고 있고, ii)정보제공자가 상대방의 신뢰를 받고 있거나 상대방과 정보격차가 존재하는 경우에 한하여 강행성이 인정되는 법적 의무에 해당된다.[394] 상대방의 동의에 결정적인 중요성을 지닌 정보란 해당 정보가 객관적인 측면에서 계약의 내용이나, 주관적인 측면에서는 계약관계에 기초한 당사자의 상황과 관련하여 직접적이고 필요적인 관련성이 있는 경우를 의미한다.[395]

계약체결단계의 정보제공의무도 종래 판례에 의하면 기본적으로 신의칙에 기초한 것으로 이해되었다. 그러나 이후 신의칙과는 별개로 계약 성립에 관한 해석의 법리를 중심으로 독립적으로 발달해 왔다. 즉 적절한 정보를 제공하지 않거나 계약목적물에 관한 중요 사안 또는 하자에 대하여 침묵하는 경우에도 착오나 사기를 이유로 매수인의 동의가 결여된 것으로 보고 계약 체결의 효력을 부정함으로써 정보제공의무를 강제해 왔다.[396] 현행 프랑스민법 제1112-1조도 예컨대 사기와 같이 동의의 하자에 관한 법리나 신의칙과는 별개로 독립적으로 규정되어 강행성이 부여된 점에서 정보제공의무의 자치적인 성격이 더욱 강조된 것으로 평가되고 있다.[397] 한편 현행 민법에서 정보제공의무는 비록 제1112-1조에 의하면 계약전 단계에 한하여 명문화되었으나 계약체결 및 이행에서도 일반적인 정보제공의무로서 확장이 가능한 것으로 해석된다.[398] 따라서 당

391) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit.. p. 101; 이상욱, 프랑스에서의 계약상 정보제공의무, 영남법학 제1권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 1994, 117~118 참조.
392) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 61.
393) 프랑스민법 제1112-1조. "...당사자는 이 의무를 제한하거나 배제하지 못한다...".
394) 프랑스민법 제1112-1조. "상대방의 동의를 얻는데 있어서 결정적으로 중요한 정보를 알고 있는 당사자는 상대방이 이를 알지 못하거나 당사자를 신뢰하고 있는 경우에는 반드시 고지할 의무가 있다".
395) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 68.
396) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit.. p. 101.
397) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 61.
398) Ibid, p. 89. 정보제공의무 위반에 대한 구제수단은 제1112-1조의 제공당사자가 해당정보를 i) 과실로 제공했거나 제공하지 못하고 계약이 체결되지 않은 경우, ii) 같은 상황에서 계약이 체결된 경우, 그리고 제1137조에서 iii) 고의로 제공하지 않은 경우로 각각 구분된다. John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 64~69 참조. i)의 경우의 손해배상은 기지출한 경비나 제3자와의 계약체결에 관한 기회비용에 한정된다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사자는 제품의 사용설명이나 매수인이 알고 있어야 할 주의사항 등 계약의 체결 및 이행에 관하여 문제가 될 수 있는 어떠한 사안에 대하여도 상대방에게 정보제공의무를 부담할 수 있다. 이 조항에서 '상대방의 동의에 결정적인 영향을 미칠만한 중요한 정보'란 법문상 계약의 체결에 대한 동의만을 전제로 하지는 않는 것으로 해석되기 때문이다.[399]

결론적으로 제1112-1조의 정보제공의무는 신의칙의 정신에 터 잡아 계약당사자 간 경제적 격차로 인한 권리관계의 불균형을 제거하고자 했던 전통적인 프랑스법의 관점이 반영된 것으로 평가할 수 있다. 유럽 대부분의 국가에서 이러한 정보제공의무가 신의칙의 적지 않은 영향 아래 있었던 것으로 이해된다. 또한 정보제공의무를 통해 신의칙의 기능적 확장 경향이 나타난 점에서 유럽국가 사이에 강한 동화현상이 나타나는 것으로 평가할 수 있다.[400] 그러나 프랑스 계약법의 정보제공의무가 다른 대부분의 유럽국가의 입법례와 차별화되는 점은 본질적으로 신의칙의 파생적 의무에 해당함에도 사기의 법리나 신의성실의 요청과는 형식상 독립적으로 규정되어 있는 자치적인 특징에서 찾아볼 수 있다.[401]

## 나. 현대 민법의 지도원리로서 신의성실의 기능적 확장

### (1) 실정법상 채무구조에서 계약책임 법리의 확장과 신의성실

대륙법계 신의칙의 기능적 확장에 있어서 가장 특징적인 현상은 부수적 의무의 창설기능이나 실정법의 보충기능을 통하여 채권법상 실질적인 권리구제수단으로 격상된 점을 들 수 있다. 즉 실정법상 엄격한 법적용에 의하여 개별규정에 따른 권리구제가 불

---

반면 ii)와 iii)의 경우는 손해배상과 함께 계약의 무효를 주장할 수 있는데 이때 계약의 무효는 ii)의 경우 제1130조의 요건을 충족해야 한다. 즉 정보제공 및 미제공행위에 과실을 요하고 이로 인해 착오나 사기가 야기되었어야 한다. 제1112-1조를 통해 정보제공의무를 명문화함으로써 종래 판례를 통해 인정되었음에도 정보제공의무의 내용 및 권리구제에 관한 구체적 기준의 결여로 계약관계에 잔존했던 권리관계의 불확실성이 어느 정도 개선된 것으로 평가된다. 제1112-1조상 정보제공의무의 내용 및 구제수단에 관한 해석을 통해 종래 판례의 태도보다 구체적인 기준이 마련된 것으로 평가할 수 있다. John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 89~90.

399) 그러나 정보제공의무의 부담이 적절한지 그리고 구체적인 상황에서 일련의 요건이 충족되었는지에 대하여 법원의 평가가 선행되어야 하므로 반드시 계약의 전과정에 획일적으로 적용되는 의무로 보기는 힘들다. John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 80.

400) Alberto M. Musy, op. cit., p. 9~10.

401) J. F. O'Connor, op. cit., p. 95; John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 86.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가능한 경우에 신의칙은 각 계약단계에 있어서 실정법적 근거에 대한 보충적 기능을 수행함으로써 실질적인 권리구제를 위한 근거규정 역할을 수행하였다. 또한 신의칙은 부수적 의무의 창설근거로서 법률규정이나 계약에 따라 명시적 의무에 포함되지 않은 계약의 이행방법에 관한 사항을 묵시의 의무에 의하여 구체화시킨다. 즉 신의칙에 기초한 부수적 의무의 위반도 계약위반을 구성하는 점에서 명시적 의무의 부재로 인해 야기되는 계약관계의 불공정, 불합리의 영역에서 실질적인 권리구제기능이 유지될 수 있었다.[402]

독일에서 신의성실의 원칙은 대략 20세기 이후 민법 제242조를 중심으로 계약책임 법리의 기초적인 토대를 제공하면서 기능적으로 확장되었다. 독일 민법의 신의칙 규정에 해당하는 제242조의 내용은 문언적 해석에 의하면 채무자의 이행 방법에 관한 사안에 국한되므로 엄격히 말하면 채무 자체의 존부나 그 책임의 면제에 관한 사안과는 일견 거리가 멀어 보인다.[403] 그러나 독일법상 신의칙의 기능론에 관하여는 전통적으로 입법론에 의한 선결된 방식보다 판례의 역할이 두드러지는 특징이 있다. 즉 독일법에서 신의칙의 적용은 판례를 통한 해석론적 접근에 의하여 제242조와 함께 계약해석상의 지도원칙으로서 제157조가 원용됨으로써 실정법적 근거가 빈약한 사안에 대하여도 일반적인 계약책임 법리의 전개가 가능할 수 있었다.

우선, 계약체결상의 과실 책임에 있어서 대부분의 유럽 국가에서는 허위의 사실을 통한 계약의 유인을 금하고 있는데, 독일에서도 현행 독일민법 제311조에서 계약체결상의 과실 제도를 입법화하기 훨씬 이전부터 이미 판례에 의하여 계약관계에서 계약전 단계의 정보공개의무를 비롯한 계약체결상의 과실을 수용해 왔다.[404] 즉 계약 교섭의 개시만으로 교섭당사자 사이에 계약전 단계의 신뢰관계의 성립을 긍정하고 각 교섭 당사자에 대하여 주의의무를 부여할 수 있었다.[405] 주의의무의 내용에는 합리적인 필요에 따른 정보공개의무가 포함되며 판례는 제242조가 정보공개의무의 주요한 법적 근거가 된다고 보았다.[406]

다음으로, 독일법에서 계약 체결단계뿐만 아니라 계약 이행단계에서의 신의칙도 판례에 의하여 입법을 보충하는 기능적 확장을 거친 경우에 해당한다. 예를 들어 종래

402) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit.. p. 177; Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, The German Law of Contract; A Comparative Treaties, Hart Publishing, 2006, p. 123.
403) Werner F. Ebke/Bettina M. Steinhauer, op. cit., p. 171.
404) RGZ 97, 326; RGZ 120, 351; Werner F. Ebke/Bettina M. Steinhauer, op. cit., p. 172.
405) Mark Abell, The Law and Regulation of Franchising in the EU, Edward Elgar, 2013, p. 104.
406) Ibid, p. 104.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권법상의 채무불이행 유형에 따라 채무의 내용에 좇은 이행이라 볼 수 없는 불완전 이행으로 인하여 채권자에게 특정한 손해가 야기된 경우, 즉 적극적 채권침해[407]에 관한 이론은 2002년 독일 민법 개정 전까지 슈타우프의 문제제기 이후 채무불이행 제도의 법적 흠결을 보충해 온 특수한 법리로 평가된다.[408] 종래의 입법에 의하면, 이 경우 계약위반을 구성하는 실정법적 근거를 찾기 어려운 사안에 해당함에도 판례는 사실상 채무불이행의 유형을 확장하는 취지로 이행지체 및 이행불능에 대한 유추해석과 함께 제242조 신의칙을 직접적인 근거규정으로 원용함으로써 적극적 채권침해 유형에 대하여 신의칙에 기초한 계약책임을 구성할 수 있었다.[409] 판례를 통해 정립된 적극적 계약침해에 따른 계약위반은, 보호의무의 위반으로 부가적 손해가 발생한 경우에 한하여 의미가 있는 점에서 일단 계약의 성립을 전제로 i) 이행지체나 이행불능에 해당하지 않고, ii) 불법행위에 준하는 위법성과, iii) 작위 또는 부작위에 의한 주된 급부의무 또는 부수의무의 위반 iv) 의무위반과 손해사이의 인과관계 그리고 v) 채무자의 과책을 요구하였다.[410]

이처럼 신의칙이 수행하는 실정법상 계약책임의 보충기능은 의무불이행에 관한 권리구제체계에 있어서 영미법과 다른 대륙법체계 사이의 기능주의적 유사성을 결과적으로 확장시키는 효과를 나타냈다. 실상 '계약의 위반'이라는 단일 유형의 이벤트로부터 시작되는 영미법 및 협약상의 계약책임 구조는 독일법에서는 전혀 생소한 개념이라 할 수 있었다. 그러나 1907년 이후 축적된 판례에 따르면, 종래 채무불이행 법리는 별론으로 하더라도, 신의칙은 거시적인 관점에서 외관상 단일 유형의 계약상의 의무 위반을 상정하여 부차적인 실정법적 권리구제의 근거를 제공하는 점에서 기능적 확장가능성을 지니고 채권법상 계약책임 체계의 새로운 국면을 개척한 것으로 평가할 수 있다.[411] 특히 신의칙에 기초한 권리구제에 있어서 판례가 계약당사자와 견련관계에 있지 않은 제3자에게도 소구가능성을 확장시킴으로써 이상의 계약위반에 대한 책임법리의 효용성이 보다 증진될 수 있었다.[412]

---

407) 슈타우프의 문제제기 이후 그가 예로 든 여러 사례가 분석·정리되어 적극적 계약침해(positive Vertragsverletzung)라 명명되었으나, 후에 계약상의 채권 이외의 경우를 고려하여 채무불이행의 제3유형으로서 적극적 채권침해(positive Forderungsverletzung)로 일반적인 승인을 얻었고, 이들 용어는 불완전이행(Schlechterfüllung)과 함께 독일에서 동의어로 사용되었다. 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2007, 94~97면.

408) 지원림, 민법강의 홍문사, 2017, 1041~1042면.

409) BGH, 13.11.1953, BGHZ 11, 80, 84 ff, NJW 1954, 229; 곽윤직, 위의 책, 94~97면; Werner F. Ebke/Bettina M.. Steinhauer, op. cit., p. 172~174 참조.

410) Werner F. Ebke/Bettina M.. Steinhauer, op. cit., p. 175; 지원림, 앞의 책, 1043~1045면.

411) Werner F. Ebke/Bettina M.. Steinhauer, op. cit., p. 173.

412) 22.01.1968, BGHZ 49, 350, 353; 10 February 1930, RGZ 127, 218.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 채권관계에서 채무의 구체적 내용 및 그 분류는 채무불이행과 관련한 다양한 구제수단의 성립에 있어서 전제가 된다. 계약상의 채무에 한정해 볼 때, 채무는 상대방과 견련관계에 놓이면서 채권관계의 성질 및 유형의 결정에 직접적인 영향을 미치는 주된 급부의무와 이에 부수하는 의무로 구성된다.[413] 독일법상의 계약책임 법리에서 전통적으로 신의칙의 중요성이 강조되어온 이유는 부수의무 및 그 위반에 따른 계약책임상의 발생근거를 바로 신의칙으로부터 찾을 수 있는 데 있었다.[414] 부수의무란 구체적 사실관계 및 급부의무에 따라 내용을 달리하지만 그 본질은 채권관계에서 기본채무 외에, 채무의 내용에 좇지 않은 급부행위를 금지하는 일종의 용태의무를 의미한다.[415]

부수의무는 계약 목적의 성취를 위하여 주된 급부의 준비, 확보, 실현에 기여하는 의무를 모두 포괄하며, 법률의 규정이나 계약에서 명시되지 않았더라도 묵시적으로 폭넓게 인정될 수 있는 것으로 해석된다.[416] 판례에 의하면 계약체결상의 과실 책임도 부수의무를 매개로 한 신의칙의 권리 창설적 효과에 해당하며,[417] 이 밖에도 계약이행에 있어서 상대방에 대한 협조의무, 채권자의 이익을 고려한 고지·보고 등 정보제공의무, 기타 계약 목적의 달성을 저해하는 모든 행위가 주된 급부의무의 내용에 따라 부수의무에 포함될 여지가 있다.[418] 특히 부수의무에는 계약상대방의 생명, 신체, 자유, 소유권 기타 재산 등에 해를 가하는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 주의의무도 포함된다.[419] 급부의무와의 직접적인 관련성이 없다는 이유로 부수의무와 다른 특성을 갖는 다는 견해도 있으나[420] 우리 민법상 다수설과 같이 독일법에서도 보호의무는 계약상의 부수적 주의의무의 한 유형으로 파악되고 있다.[421] 당초 보호의무는 불법행위나 채무불이행에 의하여도 민법상 일반조항의 부재로 권리구제가 불가능했던 경우에

413) 지원림, 앞의 책, 879면; 김준호, 채권법, 법문사, 2018, 9~10면; 곽윤직, 앞의 책, 94~97면.
414) Werner F Ebke/Bettina M. Steinhauer, op. cit., p. 177~178; 황적인/이은영, 독일법, 박영사, 1987, 137면.
415) 곽윤직, 위의 책, 97면.
416) 지원림, 위의 책, 880~881면.
417) 계약성립 이전의 보호의무(Schutzpflicht)라고도 하며, 거래접촉(geschäftliche Kontakt)이나 계약성립 이후뿐만 아니라 계약관계가 소멸된 후에도 유효하고 계약관계 설정과 무관한 제3자에게도 효력이 미치는 점에서 반드시 계약관계의 성립으로 비로소 발생하는 의무는 아니다. 실상은 불법행위책임에 가까우나 독일의 판례와 학설은 이 의무의 위반이 계약 목적의 좌절과 관련이 있고 계약관계에서 발생하는 보호의무의 위반인 한 신의칙에 기초하여 계약책임으로 구성하여 왔다. 서달주, 적극적 계약침해에 관한 비교법적 연구: 로마법, 불란서민법 및 독일민법을 중심으로, 전남대학교대학원 박사학위논문, 1988. 91~92면.
418) 상세는 Werner F. Ebke/Bettina M.. Steinhauer, op. cit., p. 177~178 참조.
419) BGH, NJW 1983, 2813, 2814(sog. Schutzpflicht, vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, BGB, 42. Aufl., 242 Anm. 4 Bb; BGH, NJW 1979, 1651 (1652) = WM 1979, 726 (727)).
420) 안춘수, 계약법, 동방문화사, 2018, 310면.
421) 지원림, 위의 책, 874~875면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있어서 피해자의 권리보호를 위해 부득이 판례 및 학설을 통해 해석론에 의존하여 인정되어 오다가 2002년 개정된 현행 독일민법 제241조 제2항을 통해 명문화되었다.[422] 이처럼 보호의무는 신의칙에 기초하여 채권관계로부터 당연히 발생하는 부동적인 성격을 지니면서 계약법의 적용영역 및 계약책임의 확장을 가져왔다. 즉 신의성실의 원칙으로부터 계약상대방의 정당한 이익을 배려할 의무가 발생하는데, 당사자 사이의 이러한 배려의무가 개별적인 채권관계에서 구체화된 형태가 바로 보호의무에 해당한다.[423]

요약건대 독일법상 부수의무의 위반은 곧 신의칙의 위반을 의미하고, 마찬가지로 신의칙상의 의무위반도 채권법상의 계약책임 법리를 구성하는 점에서 신의성실에 기초한 채무구조의 확장이 가능해졌다. 이에 따라 앞서 계약위반의 법적 근거로서 신의성실과 마찬가지로 신의칙이 거시적인 관점에서 계약책임상의 근거규정을 구성함으로써 실정법의 보충이 필요한 영역에서 판례에 의하여 실질적 권리구제가 가능하게 된 셈이다. 현행 독일민법에서는 2002년 개정시에 도입한 새로운 채무구조에 따라 판례 및 학설을 통해 형성된 신의칙의 기능적 확장영역 상당부분을 입법화할 수 있었다. 즉 구성요건상 여러 급부장애 유형들을 의무위반(Pflichtverletzung)이라는 단일개념으로 일원화하여 이에 따른 법률효과로서 손해배상청구권 및 계약해제권을 규정하였다. 따라서 현행 독일민법 하에 모든 급부장애의 성립요건은 의무위반에 포섭되고 동시에 채무불이행체계상 단일 유형화된 의무위반은 채무자가 채권관계로부터 부담하게 되는 모든 종류의 의무를 포괄하면서 계약책임구조상의 법률효과와 그대로 연결되는 구조가 성립되었다.[424]

(2) 계약상 위험의 분배요소로서 신의성실의 원칙

이상에서 살펴본 바와 같이 대륙법계에서 신의성실의 원칙은 계약위반의 직접적인 법적 근거가 되고 이에 따라 계약책임의 확장이나 감면의 기초가 되는 역할을 수행하기도 한다. 따라서 대륙법의 신의칙은 실정법 질서를 보충하거나 계약상 부수의무의 성립 등을 통해 결과적으로 채권법상의 채무구조에 사실상의 변경을 가함으로써 권리구제에 있어서 기능적 확장의 측면에서 발달해 온 것으로 평가할 수 있다. 다른 한편

422) 독일 민법 제241조 제2항. “채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무를 지울 수 있다”.
423) 지원림, 앞의 책, 876면.
424) 김성룡 외, 독일법, 신론사, 2013, 240면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로, 신의성실은 채권관계에서 권리행사의 측면을 비롯해 정의 관념에 반하는 부당한 권리행사를 방어하는 측면에서도 계약상 위험부담의 분배요소로 작용해 왔다. 특히 대륙법의 전통에서는 독일 채권법 영역과 같이 현실적으로 입법에 의한 권리구제기능을 기대할 수 없는 상황에서 현저한 기능적 확장 현상을 나타낸 것으로 분석할 수 있다.

(가) Clausula rebus sic stantibus 이론의 재탄생

독일법상 계약 성립이나 실현의 토대가 되는 사정, 이른바 계약 체결시의 행위기초가 당사자가 예상하지 못한 사정에 의하여 사후에 현저하게 변경 또는 소멸된 경우에 신의칙은 각각의 권리행사의 방어수단으로서 계약상 위험을 분배하는 역할을 수행해 왔다. 12세기 후반 이후 pacta sunt servanda에는 계약법상의 기본원칙으로서 중요한 위상이 부여되어 있었다.[425] 당초 로마법에서 채무에는 특정 유형의 계약에서만 구속력이 인정되고 이행이 강제되었던 반면 중세의 교회법에서는 약속에 대한 배반을 죄악시하여 이러한 경향에 큰 변화가 나타났다.[426] 즉 세속법에 따른 계약의 형식적 요건과는 별개로 중세 교회법에서는 모든 합의의 준수에 대한 중요성이 pacta sunt servanda 원칙에 의하여 법률적 차원에서 강조되었고 이에 대한 예외로서 clausula rebus sic stantibus 법리가 함께 발전하였다.[427]

본래 clausula rebus sic stantibus는 교회법상 약속을 어기는 것을 죄악시하면서도 이를 정당화시키는 사정의 변경을 법률적 관점에서 구체화시킨 이론이었다.[428] 따라서 오늘날 사정변경에 관한 법리의 기원은 로마법에서 직접적인 법원을 찾기보다 중세 교회법을 기원으로 주석학파에 의해 발전된 clausula rebus sic stantibus 법리에서 찾는 것이 일반적이다.[429] 이 법리는 18~19세기 초 유럽의 여러 법전에서 독립된 법제도로 정착하기도 하였으나 근세 법학자의 비판으로 프랑스 민법전에는 수용되지 않았다. 독

425) Ewoud Hondius/Hans Christoph Grigoleit, Unexpected circumstances in European contract law, Cambridge University Press, 2011, p. 19.
426) Hans Wehberg, pacta sunt servanda, The American Journal of International Law, Vol. 53, Issue 4, 1959, p. 776.
427) 그라시아누스 법령집에서 합의의 준수 원칙이 반영되었다. Gratian, Decretum Magistri Gratiani, 1140, 2nd Section, Ch. 23, qu. 1, c. 3.
428) James Gordley, Impossibility and Changed and Unforseen Circumstances, American Journal of Comparative Law, Vol. 52, 2004, p. 524.
429) 유럽역사에서 중세 시기는 서로마 멸망으로부터 초기(476~1000), 중기(1000~1300), 그리고 동로마 콘스탄티노플이 함락되기까지의 후기(1300~1453)로 나뉜다. Daniel Power, The Central Middle Ages: Europe 950~1320, The Short Oxford History of Europe, Oxford University Press, 2006, p. 304.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

일법에서도 이 이론은 이미 19세기에 접어들어 개인주의의 우세와 계약법상 의사이론의 영향과 함께 계약충실의 원칙에 압도당하여 크게 쇠퇴해 있었다.[430] 따라서 독일의 민법전도 이러한 쇠퇴기에 제정되었기 때문에 별도로 사정변경의 원칙이 일정한 형식으로 명문화되지는 못하였다. 민법전의 기초에 기여했던 빈트샤이트(Windscheid)가 사정변경의 원칙과 관련된 이론으로 행위기초론의 전신이라 할 수 있는 전제론(Vorausetzungslehre)을 제안하기도 하였지만 최종적으로 수용되지 못하였다.[431] 전제론은 계약체결시점에서 장차의 사정을 계약내용에 포함시키지 않았더라도 그 영향을 배제할 수 없는 점에서 clausula rebus sic stantibus와의 관련성을 찾을 수 있으나 결과적으로 동기의 착오를 폭넓게 인정하게 되어 거래 안전의 측면에서 많은 비판을 받았다.[432] 이에 따라 계약성립 이후의 후발적인 사정 변경으로 인한 계약관계의 불합리성의 문제는 대체로 착오나 이행불능의 법리등이 적용되었다.[433]

그러나 독일에서 clausula rebus sic stantibus의 쇠퇴기에 적용되었던 법리에 의하면 사정 변경에도 불구하고 계약관계의 해체를 원치 않는 당사자에 대하여는 적절한 구제책이 제공될 수 없었다.[434] 예컨대 이행불능은 원칙적으로 계약의 이행이 물리적 불능과 같이 객관적인 의미에서 불가능할 경우에 한하여 이행 의무를 면하는 것으로 해석되어 단순히 어떠한 사정에 따라 계약의 이행이 현저하게 곤란하게 된 경우에는 적용이 불가한 측면이 있었다.[435] 또한 착오의 법리도 기본적으로 당사자 간 계약 체결시점을 중심으로 착오의 당사자에 대하여 계약을 취소할 수 있도록 권리를 부여한다는 점에서 소급적인 취소라는 특별한 구제책을 장차 사정의 예측 실패에까지 확장하는 데에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없었다.[436]

이에 따라 판례는 clausula rebus sic stantibus 원칙을 토대로 계약체결시에 기초한 사정의 현저한 변경에도 불구하고 계약관계를 지속하고자 하는 구체적인 사례에 있어

---

430) Daniel Behn, The Confusing Legal Development of Impossibility and Changed Circumstances: Towards a Better Understanding of Contractual Adaptation at Common Law, Center for Energy, Petroleum, and Mineral Law and Policy, Annual Review, The University of Dundee, 2009, p. 5; James Gordley, op. cit., p. 526.

431) 박정기, 사정변경의 원칙에 관한 비교법적 고찰, 법학논고 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 227면.

432) 이재목, 독일 민법 상 행위기초상실 법리에 관한 일고, 재산법연구 제31권 제2호, 한국재산법학회, 2014, 5~6면.

433) 박정기, 위의 논문, 227~228면.

434) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 180~181.

435) 박정기, 위의 논문, 227~228면.

436) Christoph Brunner, Force majeure and hardship under general contract principles, exemption for non-performance in international arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 241.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서 채무자의 급부의무 강제에 제한을 두기 시작하였다.[437] 즉 제1차 세계대전 이후 경제상황의 급격한 변동으로 계약당사자가 의도했던 급부의무의 의미가 경제적 의미에서 완전히 달라졌음에도 계약관계를 유지하고자 하는 경우, 법원은 민법 제242조 및 제157조 신의칙 규정에 기초한 해석론에 의존하여 변경된 사정에 따라 채무를 조정할 수 있는 여지를 마련하게 되었다.[438] 이전에도 법원은 이행불능의 적용을 확대하여 경제적 불능론을 수용함으로써 전쟁의 발발로 대량의 이행곤란이 야기된 데 대하여 대안을 마련하고자 하였지만 이후 파멸적인 경제변동 상황에서는 이마저도 역부족이었던 것으로 이해되고 있다. 그러므로 독일 법체계에 수용된 신의칙의 법형성적 기능에 기초한 새로운 이론의 수요는 전후 독일의 법상황에서 나타난 자연스러운 현상이었다.

(나) 독일법상 행위기초론에 의한 계약상 의무의 수정

무엇보다, 독일 채권법 영역에서 신의칙의 역할이 두드러진 배경에는 20세기 초반 판례와 학설을 통해 발달한 계약상 의무의 수정이론으로서 행위기초론의 영향이 적지 않았다. 행위기초론은 독일법상 정의 관념에 반하는 권리행사를 방어하고 계약관계에서 부여된 의무에 수정을 가함으로써 계약상 위험의 분배요소로서 신의칙의 기능적 영역을 현저하게 확장시켰다. 행위기초의 상실[439]에 관한 이론은 제1차 세계대전 이후의 급격한 경제변동에 직면하여 민사상의 법률적 불합리를 해결하기 위하여 1921년 외르트만(Oertmann)에 의해 고안되었다.[440] 행위기초론은 기본적으로 독일 민법상 신의성실의 원칙에 터 잡고 12세기 중세 교회법상의 clausula rebus sic stantibus[441]을 토대로 재정의된 이론이라 할 수 있다.[442] 이에 따르면 행위기초란 계약의 내용으로 되지는 않았으나 계약상 의도의 기초를 구성하고 일방에 의하여 간주되고 있는 일정한 사정이 계약의 성립과정에서 상대방에게도 명확해진 경우, 즉 양당사자가 가정하고 있는

437) RGZ 100, 129.
438) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 182.
439) 2002년 개정된 독일 민법 제313조는 장애(Störung der Geschäftsgrundlage)로 표현.
440) 권영준, 위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙, 민사법학 제51권, 한국민사법학회, 2010, 208면.
441) 본래 사정존속약관은 문자적인 의미에서 기초적인 사정이 변하지 않고 그대로 존속되는 한 계약의 구속력 또한 그대로 지속된다는 명시의 약정을 뜻하였는데, 이후 이와 같은 약정이 계약내용에 묵시적으로 포함된 것으로 보게 되었다. 행위기초론이 계약내용 이외의 사정에 초점을 두는 반면 사정존속약관은 계약내용 자체를 중요시하는 점에 차이가 있다. 백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 저스티스 제25권, 제1호, 1992, 53~54면.
442) 사정변경의 원칙과 행위기초론의 구분에 관한 상세는 권영준, 위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙, 208면 이하; 백태승, 사정변경의 원칙, 고시연구 제26권 제6호, 고시연구사, 1999, 48면 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계약 성립의 기초에 관한 공통된 사정을 의미한다.[443]

행위기초라는 새로운 개념으로 20세기 초반에 재등장한 사정변경에 관한 법리는 clausula rebus sic stantibus이나 불예견론[444]이 후발적 사정변경에 관한 이론인데 반하여 이를 비롯해 양당사자의 공통된 착오까지 포섭하는 점에서 구분된다.[445] 다만, 행위기초론에서 논의의 중심은 계약관계에서 현실의 상황이 계약 체결단계의 당사자의 표상이나 기대에 반하는 사정에서 계약상의 위험부담을 어떤 방법으로 공평하게 분배할 것인가에 놓여 있다.[446] 이러한 논의는 결국 독일 민법상 신의성실의 원칙의 해석에 따른 기능적 확장가능성 및 적용상의 문제로 귀결된다. 종래 clausula rebus sic stantibus은 독일 민법전의 기초시에는 매우 예외적인 상황에서만 한정적으로 적용되고 일반적으로 부정되어 오다가 신의칙 규정에 관한 판례 및 학설의 해석론에 의해 민법상의 근거가 마련되었을 뿐이었다.[447] 이후 2002년 개정된 현행 독일민법에서는 이전에 사용되었던 행위기초의 결여나 소멸이라는 표현 대신 행위기초의 장애(Störung)라는 표제로 일종의 일반조항으로서 비로소 명문화되었다.[448] 그러나 행위기초론은 2002년 민법 개정 이전에도 판례와 학설을 통해 널리 수용되어 계약체결상의 과실 및 적극적 채권침해와 마찬가지로 이미 민법상의 일반적인 법제도로 인식되고 있었다.[449]

행위기초의 의미와 적용상의 요건 및 한계에 관한 견해는 1921년 이후 다양하게 제기되었는데[450] 라렌츠(Larenz)에 이르러 행위기초론은 외르트만의 주관설이나 이에 대

---

443) E. J. Cohn, Frustration of Contact in German Law The Treatment of Frustration of Contract in Foreign Legal Systems, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 28, Issue 1 and 2, 1946, p. 20.

444) 상세는 정상현, 프랑스 민법상 불예견이론과 우리 민법에의 시사점, 민사법학 제41호, 한국민사법학회, 2008, 495면 참조.

445) 백태승, 사정변경의 원칙, 49면.

446) 백태승, 위의 논문, 49면.

447) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 182.

448) 지원림, 앞의 책, 46~47면; 김성룡 외, 앞의 책, 259면.

449) 황적인, 현대민법론 4, 박영사, 1983, 49면.

450) 외르트만의 저서에서 새로운 법개념으로 주창된 행위기초론은 계약당사자의 주관적 요소를 강조하는 점에서 주관설로 분류된다. 주관적인 요소로서 행위기초가 의미하는 바는 계약 교섭단계에서 당사자에 의하여 명확히 분별됨으로써 최종적인 계약체결을 위한 유인이 되는 사정을 가리킨다. 외르트만의 이론은 단순히 후발적 사정변경에 한하여 예외적으로 적용되는 법리로 설정되지 않고 애초에 존재하지 않은 사정을 포괄하는 일반이론으로 구성된 점에서 독일의 특수한 법상황에서 판례(RGZ 103, 328, 332; (BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231)를 통해 용이하게 수용될 수 있었다. 이에 대하여 카우프만, 크뤼거, 로허 등이 대표하는 객관설은 양당사자의 '공통된 계약목적'을 강조한다. 객관적 요소로서 행위기초란 엄격히 말해서 계약 목적의 성취를 위해서만 존재하는 사정 이외에는 고려되는 바가 없다. 객관설에 의하면, 행위기초의 장애라는 내포에는 당사자를 기준으로 계약체결시에 고려된 주관적 요소가 배제되므로 객관적으로 모든 경우의 사정변경에 대하여 적용가능성이 확장된다. 박정기, 사정변경의 원칙에 관한 비교법적 고찰, 228면; 백태승, 사정변경의 원칙, 49면; Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 184; Jack Beatson/Daniel



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 객관설 어느 한편에 의해서는 행위기초의 문제해결에 한계가 있다는 인식에 따라 양요소를 포괄하는 것으로 심화되었다.[451] 이러한 이론의 근저에는 제2차 세계대전 이후의 급격한 사회경제적 변동에 직면하여 당시 무용했던 행위기초론을 개조함으로써 법이론을 통한 실무적 해결을 도모하고자 했던 학계의 의도가 주요한 배경을 이루었다. 이에 따르면 행위기초는 주관적 행위기초와 객관적 행위기초로 구분할 수 있다. 당사자 의사결정에 관한 주관적 기초, 곧 공통된 착오의 문제가 전자의 경우에 해당하고, 후자는 당사자의 인지여부와는 무관하게 계약의 당연한 전제로 설정된 객관적 사정만을 문제로 삼는다.[452] 일반적으로는 후자를 clausula rebus sic stantibus 법리의 발전으로 파악하는데 계약목적의 좌절이나 등가관계의 파괴의 경우가 객관적 행위기초의 전형적인 예에 해당한다.[453] 이후 행위기초의 의미와 요건을 중심으로 주관적 행위기초와 객관적 행위기초의 통합을 주장하거나, 계약위험 및 기대불가능성의 요건을 강조하는 견해, 그리고 행위기초론의 문제를 계약 해석의 관점에서 접근하는 견해 등 다양한 논의가 전개되었다.[454]

행위기초론이 독일법에서 신의칙을 토대로 발전할 수 있었던 이유는 전후의 파괴적인 인플레이션 현상으로 계약상 목적물의 가치와 반대급부 간 등가관계에 현저한 불균형이 발생했기 때문이었다. 이에 따라 인플레이션 이전에 성립한 계약관계의 해소 여부나 가격조건 재협상에 관한 법적 문제가 다수 제기되었는데, 판례는 당사자 간 합의의 등가관계에 기초하거나,[455] 계약관계의 성립조건이 되는 기초사정의 변경 또는 소멸을 강조하면서 당사자 간 권리관계에 현저한 불균형이 야기된 경우에는 이행을 거절하거나 새로운 현실에 따른 재협상이 가능하다고 판시하고 증액판결로써 행위기초론을 광범위하게 원용하였다.[456] 그러나 이 경우에도 계약사회의 기반을 고려하여 실무상 행위기초론의 적용에 있어서 채무의 강제 자체가 신의칙의 정신에 반할 것을 엄격히 요구하고, 동시에 채무자의 통제불가능성, 등가관계의 불균형성의 요건을 강화하였다.[457] 이후 종래 판례의 연장선에서 1992년의 채무법개정위원회의 최종보고서에 의해

---

Friedmann, op. cit., p. 184; 백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 저스티스 제25권, 제1호, 1992, 54면.

451) 백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 저스티스 제25권, 제1호, 한국법학원, 1992, 54면.
452) 이재목, 앞의 논문, 7면.
453) 백태승, 사정변경의 원칙, 50면.
454) 백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 54면.
455) RGZ 103, 177.
456) RGZ 103, 328.
457) Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 183.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제안된 행위기초의 장애에 관한 법리는 다양한 이견에도 불구하고 대부분 현행 민법체계에 수용되었다.[458] 이처럼 사정변경의 원칙에 따른 계약의 해소 내지 수정에 관하여는 독일법상 다양한 영역에서 명문화되어 가는 추세이고 학설과 판례도 이를 뒷받침하고 있는 것으로 이해된다.

독일 민법전에 수용된 행위기초론의 특징은, 무엇보다 독일법에서 계약상 위험의 분배요소로서 신의칙의 기능에 터 잡아 종래 쇠퇴했던 clausula rebus sic stantibus 법리의 부활의 측면에서라기보다, 변동된 법상황에 따라 학설 및 판례를 통해 널리 수용된 법리의 기초를 제공받으면서 일종의 일반조항으로 도입된 점에서 찾을 수 있다.[459] 규정상의 특징을 요약하면 행위기초의 결여나 상실의 문제는 대체로 계약상의 채권관계에서 예정된 것으로 보고 제313조에서 규율하며 그 요건으로는 객관적 행위기초뿐만 아니라 주관적 행위기초의 결여까지 포함한 점을 들 수 있다.[460] 특히 변경된 사정에 따른 적응 또는 수정에 우선적인 효력을 설정하고 계약 및 법률에 따른 위험의 분배를 고려하여 당사자에게 기대할 수 없어야 한다는 표지를 설정하고 이러한 조정을 기대할 수 없는 경우에 한하여 부차적으로 계약관계를 해소할 수 있도록 한 점에 그 특색이 있다.[461] 따라서 권리구제절차에서 행위기초의 결여나 상실의 고려는 독일 민법상 법원의 직권에 따르지 아니하고 당사자에 의한 청구권의 대상으로 구성되었다. 결론적으로 독일 민법전에 수용된 행위기초론과 별개로 독일의 법현실에 나타난 정의 관념에 반하는 유사한 사안의 해결에서 제242조 신의칙 규정에 대한 직접적인 원용 또한 판례의 일반적인 태도인 점에 비추어 20세기 이후 행위기초의 장애에 따른 계약관계의 수정을 통해 신의칙의 기능적 확장 현상이 보다 구체화될 수 있었다.

---

458) 즉 현행 독일민법 제313조는 사정변경, 동기의 착오, 그리고 계약관계에 대한 조정이 불가능한 경우의 해제권을 규정한다. 제1항은 종래의 객관적 행위기초의 장애 요건에 관한 규정으로 실제로 계약체결의 기초가 된 사정의 변경, 곧 행위기초 상실의 경우 계약관계를 파기하지 않고 이를 조정할 수 있는 청구권을 규정한다. 제2항은 비교법적으로 특이한 경우로, 주관적 행위기초의 장애를 규정하는데 실제 사정변경은 없더라도 양당사자 공통된 착오의 경우를 전항과 마찬가지로 취급한다. 제3항은 제1~2항에도 불구하고 계약조정이 불가한 경우나 계속적 계약관계에서 해제권과 해지권을 부여하는 법적 근거규정으로서 적용범위를 확대하고 있다. 현행 독일 민법 제313조에 의하여 명문화되었다고 해서 종래 학설과 판례를 통해 인정되었던 행위기초론의 내용에 달리 변경사항이 존재하는 것은 아니다. 입법에 따라 행위기초론의 적용에 있어서 민법상 독립적인 법률적 근거를 갖게 되었으므로 더 이상 제242조 신의칙 규정으로부터 그 근거를 찾을 필요가 없을 뿐, 제313조의 해석에 있어서는 2002년 독일채권법현대화법률이 시행되기 이전에 원용되었던 자료는 여전히 유효하다고 볼 수 있다.

459) 박정기, 사정변경의 원칙에 관한 비교법적 고찰, 230면.

460) 정진명, 사정변경의 원칙의 명문화 방안, 비교사법 제18권 3호, 한국비교사법학회, 2010, 653면.

461) 정진명, 위의 논문, 653면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 채권관계의 객관적 규범체계로서 신의성실의 원칙

세계대전 이후 인플레이션 기간 동안 독일 법원은 해석론에 의하여 상대적으로 유연성 있게 신의칙 규정을 적용해왔다. 그러나 판례나 학설의 역할과 달리 이 시기에 채권관계에서 나타난 불합리, 불공정의 문제에 대한 입법론적 해결시도나 그 성과는 현저히 부족한 실정이었다.[462] 이에 따라 2002년 채권법 개정 전까지 독일법상 신의칙의 기능은 광범위한 영역에서 계약 목적 좌절이나 당사자 관점의 이행불능, 곧 hardship을 비롯해 행위기초의 변경 또는 소멸의 경우에 계약관계를 수정하거나, 장기계약관계에서와 같이 계약 해제의 근거를 구성하는 규범체계 등으로서 폭넓은 기능을 수행하였다.[463] 또한 신의칙은 오늘날 독일에서 현행 독일민법 제311조 제2항에 명문화된 바와 같이, 입법적 불비가 방치되는 기간 동안 계약전 단계에서 발생하는 당사자 악의에 대하여도 폭넓은 권리구제 기능을 담당하였다. 이처럼 현행 독일 민법 하에서 그동안 판례 및 학설을 통해 형성된 신의칙의 기능적 영역이 제도화되기 이전까지 신의칙은 채권관계의 객관적인 규범체계 기능을 수행하며 발달하였다. 다른 한편으로 신의칙 규정은 법수범자에 대한 행위규범으로서 뿐만 아니라 최종적인 법해석기관에 대하여도 객관적인 해석기준으로서 재판규범 역할을 비롯해 악의로 간주되는 권리행사 즉 권리의 남용과 그 제한에 관한 객관적인 규범체계 역할을 수행하였다.

(가) 합리성, 공평성에 기초한 규범적 해석기준

앞서 계약상 의무의 수정을 통해 확인되는 계약상 위험의 분배요소로서의 신의칙의 기능은 채권관계에서 객관적 해석기준으로서의 신의칙과 밀접한 연관관계에 놓여 있다. 계약상 의무의 수정이 필요한지에 대한 검토여부는 결국 합리성, 공평성에 기초한 계약의 해석의 문제로 귀결되기 때문이다.[464] 무엇보다 계약 체결의 기초가 되는 사정, 즉 행위기초가 계약 체결시부터 존재하지 않았거나 후발적으로 변경 또는 소멸된 사실을 인지하였음을 전제한다면 거래관행을 비롯한 객관적인 해석기준에 따라 당사자가

462) 제242조 신의칙 규정에도 불구하고 계약체결상의 과실(culpa in contrahendo), 불완전이행, 과실로 인한 생명・신체・건강・재산상의 손해에 대한 일반적인 불법행위 책임 등에 관한 입법적 흠결이 방치되었다.
463) Nathalie Hofmann, Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to The UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe, Pace International Law Review, Vol. 22, 2010, p..160~161; Jack Beatson/Daniel Friedmann, op. cit., p. 180~189.
464) 지원림, 앞의 책, 46~47면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

약정하였을 내용을 가정하는 과정이 요구되기 때문이기도 하다. 이 지점에서 채권관계 해석의 객관적인 표준으로서 신의칙의 역할이 강조될 필요가 있다. 즉 신의칙에 따라 계약관계에 존재하는 급부의무를 변화된 사정에 적합하게 적응시키거나 아니면 계약관계 자체를 해소시켜야 할 필요가 법적 근거를 찾게 된다.

우선 계약의 해석에서 신의칙은 합리성과 공평성의 실천원리 역할을 수행한다. 대륙법계의 신의칙은 앞서 계약상 위험의 분배요소 기능을 통해 고찰한 바와 같이 실정법에 따른 엄격한 법적용으로 법적 안정성이 담보되는 상황임에도 결과적으로 당사자 간 권리관계의 불균형과 구체적 타당성이 현저하게 결여되는 불합리가 야기되는 경우에 실정법에 대한 최후의 교정적 기능을 수행하는데 이때의 신의칙은 당사자 간 객관적인 규범체계로서 채권관계에서 합리성과 공평성의 실천원리로서의 성격을 지니는 셈이다. 따라서 객관적인 규범체계로서의 신의칙은 계약관계에서 합리성과 공평성을 구현하는 객관적 해석기준으로 한 단계 구체화되고 해석기준으로서 신의칙은 다시 계약의 문언적 의미뿐만 아니라 당사자의 진정한 의도에 대한 규명을 통해 계약을 비롯한 채권관계에서 최종적인 교정적 역할을 수행한다. 한편, 실제 계약관계에서 계약상 흠결에 관한 보충적 해석이 필요한 경우는 계약목적 달성을 위해 당사자 간 합의된 내용에 의하여도 해결되지 않는 문제가 발생하는 때이다. 다만, 이 경우에도 계약 내용이 권리와 의무에 관한 최종적인 합의임을 의도한 경우에는 법원이 개입할 여지는 존재하지 않는다. 따라서 당사자 간 개별규범을 정립하는 관점에서, 보충적 해석의 목적은 계약상 명시되지는 않았으나 미결로 남은 문제에 관하여 이를 사전에 알았더라면 명시하였을 내용을 규명하는 데 있다.[465] 독일의 판례에 의하면 이처럼 당사자의 가정적인 의도의 규명에는 신의칙과 함께 일반적인 거래관행이 규범적 해석기준으로서 중요한 고려사항이 된다.[466]

다음으로 신의칙은 거래관행과 계약의 보충적 해석기능을 수행한다. 신의칙이 요구하는 객관적 행위기준에 따를 의무는 각 계약관계의 종합적 사실관계에 따라 구체적 내용을 달리한다. 따라서 합리성과 공평성을 구현하는 객관적 해석기준으로 구체화된 신의칙은 우선 사회적으로 규범화된 관습이나 상거래상 기성립된 관행에 대한 고려를 강조한다.[467] 독일 민법 제157조에서 계약해석의 기준으로서 '거래관행을 고려한' 신의성실을 강조한 점도 당사자 간 신의칙의 규범체계적 문맥에서 이해된다. 규범적 해석

465) Jan M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar, 2012, p. 441.
466) Ibid, p. 441.
467) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기준으로서 신의성실에 의하면 거래관행에 의하여 기성립된 계약 주체 사이의 행위규범은 곧 당사자 간 개별규범에 대한 보충 또는 교정가능성을 의미하기 때문이다. 이 점에서 독일 민법 제242조에 명시된 거래관행의 고려 또한 신의칙에 상사거래에 관한 객관적인 해석기준으로서의 특징을 부여하는 것으로 해석할 수 있다. 이는 일반적인 신의성실 개념에 관하여 전통적으로 부정적인 관점이 견지되고 있는 보통법체계와 상반되는 부분이다. 즉 전통적인 보통법의 관점에서는 신의칙이 부정되는 것과 같은 문맥에서 계약의 해석에 있어서도 신의칙의 기능은 미약한 것으로 평가된다. 더욱이 보통법상 관습이나 관행이 당사자 사이에 규범화되기 위해서는 입증에 의해 계약내용에 편입되어야 하는데, 이는 당사자 간 명시적·묵시적 합의에 반하지 않고 계약조건 전반의 내용과 일관성을 저해하지 않는 경우에 한해서만 제한적으로 가능하다.[468]

요약건대 독일법상 계약의 해석기준으로서 신의칙은 계약관계에서 당사자 간 객관적 규범체계와 동일시된다. 계약관계의 보충적 해석의 주안점은 당사자의 가정적 의도에 대한 규명에 있고, 이는 '거래관행을 고려한 신의성실'을 기초로 규범화된 계약내용에 따라 결정되기 때문이다.[469] 독일법에서는 규범적 해석기준으로서 제242조 신의칙의 지도적 기능에 의존하여 계약관계에서 요구되는 새로운 의무의 창설이 가능하였고 이는 독일법의 영향을 받은 다른 대륙법계의 입법례에서도 마찬가지였다.[470] 제1차 세계대전 이후 판례를 통해 주의의무, 협력의무, 정보제공의무, 고지의무, 보호의무 등 다양한 계약상 의무가 인정될 수 있었던 배경에도 계약관계의 해석기준으로서 계약상 또는 입법적 불비를 보충하기도 하는 신의칙의 보충적 해석기능에 기인하는 바가 적지 않았다.[471]

(나) 부당한 권리내용 및 그 행사에 관한 제한규범

독일법에서 신의칙의 적용은 판례와 학설을 통해 파생적인 법리에 의하여 유형화됨으로써 입법적 불비에 대한 규범적 역할을 수행하였다. 이러한 현상은 유형화된 특정 상황에 한정하여 신의칙의 적용을 강제함으로써 역설적으로 새로운 학설·이론에 의한 무분별한 신의칙의 원용을 경계하는 효과를 가져오기도 하였다.[472] 이 가운데 독일법

468) Jan M. Smits, op. cit., p. 442.
469) Ibid, p. 441.
470) 예를 들어 아르헨티나 민법 제1198조; 그리스 민법 제200조; 불가리아 민법 제20조; 이탈리아 민법 1366조.
471) Jan M. Smits, op. cit., p. 443; Reiner Schulze, op. cit., BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben Rn 2.
472) Alberto M. Musy, The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose:



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상 가장 특징적인 신의칙의 적용 중 하나는 권리의 남용을 수반하는 계약의 해석에서 두드러진다. 앞서 계약의 위반 및 부수의무의 기초로서의 신의칙은 채권법상의 채무구조를 변경 및 확장시킴으로써 신의칙의 기능적 영역을 담당하였다. 또한 행위기초론은 정의 관념에 반하는 계약관계의 위험에 직면하여 계약상 의무에 수정을 가할 여지를 마련함으로써 신의칙의 기능적 영역을 수행하였다. 반면 신의칙 위반의 효과로서 권리남용 이론은 신의성실에 반하는 권리행사를 bad faith의 일종으로 간주하고 제242조를 중심으로 그 효력에 관하여 제한적인 규범체계를 설정한 점에서 독일 채권법상 신의칙 법리의 기능적 확장을 가져온 것으로 평가할 수 있다.[473] 독일법에서는 입법례상 우리 민법 제2조 제2항과 같은 별도의 규정을 두지 않으면서도 신의칙에 의존하여 권리남용 금지의 원칙을 도출하는 것이 일반적이다. 이에 따라 권리남용에 관한 이론은 채권관계를 비롯해 모든 법률관계에 적용이 가능한 것으로 이해되고 있다.

우선 신의칙은 권리의 행사에 관한 제한규범 역할을 수행한다. 독일법상의 권리남용의 법리는 프랑스법에서의 전개양상과 유사한 발달과정을 거치면서도 민법상 입법적 근거를 갖추고 발달한 점에서 차이가 존재한다.[474] 권리의 절대성이 강조되었던 프랑스 민법에서는 권리남용에 관한 법리가 명문화되지 못했으나 1850년대에 접어들어 판례에 의하여 전면 수용되었다.[475] 그러나 독일법에서 권리남용은 프랑스법과 마찬가지로 판례를 통한 해석론에 의존한 바가 적지 않았음에도 초기부터 명문화된 상태에서 발달해온 특징이 있다.[476] 독일 민법 제226조에서 일정 요건에 따라 명문화된 권리남용 법리에는 이밖에도 신의칙의 일반규정 제242조와 선량한 풍속에 관한 규정 제826조가 간접적인 영향을 미쳤다. 독일 민법 제226조에 의하면, 권리의 행사가 타인에게 손해를 가하는 것만을 목적으로 하는 경우, 즉 가해의사 요건으로 인해 권리남용 법리의 적용상 상당한 제한을 받는 구조가 성립되었다. 그러나 이러한 제한 구조는 판례의 해석론에 의하여 권리의 행사가 실제로 제226조가 요구하는 엄격한 bad faith에 기초해 있는가라는 질문을 넘어서서, 단순히 신의칙 및 공서양속의 일반적인 요건을 충족하는가로 수렴 및 해소됨으로써 신의칙의 기능적 영역에 포함되기에 이르렀다.[477] 상술하

---

Comparative Analysis of New Difference in Legal Cultures, 2001, Berkeley Electronic Press. 2. The Principle of Good Faith in Europe, b. German Law.

473) 상세는 Vera Bolgar, Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine, Louisiana Law Review, Vol. 35 No. 5, 1975, p. 1023~1030 참조.

474) Vera Bolgar, op. cit., p. 1026.

475) 김용담, (주석) 민법, 한국사법행정학회, 2010, 223면; 김상용, 민법총칙, 122면.

476) 독일 민법의 기초에 있어서 시카네 금지에 관한 일반규정의 입법적 배경에 대하여는 양창수, 앞의 책, 185~186면 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

면, 권리남용의 법리에는 가해의사라는 주관적 요건이 강조되어 실제 입증곤란으로 인해 적용상의 불합리가 야기되었는데, 학설과 판례는 한편으로 우선 제826조에 따라 공서양속에 위배되는 권리행사의 제한규범으로서 권리남용의 법리를 확장시키면서도, 다른 한편으로는 공서양속 규정에 반하는 양태로 발현되지 않는 권리의 행사 문제에 대하여도 제242조를 매개로 하여 절대권에까지 확장시킴으로써 이른바 "가해의사라는 주관적 징표에서 객관적 이익교량"을 강조하는 방향으로 발전한 것으로 분석되고 있다.[478]

독일 법원의 판례에 의하면 일반적으로 신의성실에 반하는 권리의 행사는 신의성실에 반하는데 권리의 남용에 관한 법리는 이러한 행위의 제한규범으로서 다양한 상황에서 유형화되어 발달한 것으로 분석된다. 예컨대 권리자 스스로의 행위로 채무자의 신뢰를 야기하였음에도 권리의 행사에 있어서 이에 반하는 행태를 보이는 경우(venire contra factum proprium),[479] 태만 또는 시간의 경과와 함께 권리 행사를 유보한다는 인상을 제공함으로써 실제로 조기에 권리의 소멸을 야기하는 경우(Verwirkung),[480] 권리의 발생이 애초부터 신의성실에 반하거나 법률위반의 사정이 있는 경우,[481] 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 해를 가하는데 있는 경우(Schikane)[482]가 여기에 해당한다. 이 밖에도 채권자가 불공정한 방식으로 파산절차상 우선권을 확보한 경우,[483] 외관상 적법하게 계약체결에 관한 권한을 위임받은 대리인이 본인의 이익을 현저히 침해하면서 이를 남용하는 경우,[484] 계약위반으로 인한 손해가 계약목적 달성과 무관하게 경미함에도 이를 이유로 권리구제를 주장하는 경우[485] 등 신의성실에 반하는 다양한 사례들이 유형화되어 권리남용에 관한 법리를 통해 규율되어 왔다.

무엇보다, 독일법상 권리남용 법리에 투영된 신의칙에는 계약이행 단계의 당사자 행

477) Vera Bolgar, op. cit., p. 1029.
478) 양창수, 앞의 책, 186면.
479) BGHZ 18, 340(변호사가 이전 사건에서 제시했던 금액 이상을 청구할 수 없다고 한 사례), BGHZ 50, 191(관할권을 이유로 중재를 거부했음에도 소송 전에 중재조항을 근거로 중재를 주장하는 경우), BGHZ 63, 140(위험한 스포츠 활동에 자발적으로 참여한 경우), 이 밖에 venire contra factum proprium 법리를 적용하여 선행행위와의 모순을 이유로 계약해제의 효력을 부인한 사례로는 Juristische Wochenschrift 67, 860, (1938).
480) BGHZ 21, 66.
481) BGHZ 10, 319; BGHZ 12, 328; BGHZ 13, 67.
482) RGZ 72, 251. BGB 제226조에 명문화되었다.
483) BGHZ 57, 108.
484) BGH NJW 1999, 2883.
485) BGHZ 21, 122, 136, obiter(보험료를 소액 연체한 사례); RGZ 92, 208(경미한 이행지체); 계약목적 달성과 무관하게 단순한 기술적인 위반으로도 계약책임을 인정한 사례로는 BGH NJW 1981, 2686, BGHZ 88, 91.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위를 규율함에 있어서 제242조 법문의 제한을 넘어서서 적용된 점에서 보다 특별한 의의를 발견할 수 있다. 독일 민법 제242조에 의하면 신의성실의 요청에 따른 급부이행의무의 부여 대상은 법문상 채무자에 한정되어 있기 때문이다. 달리 말해, 제242조에 명시된 신의칙의 규율범위, 즉 '채무자의 급부이행 방식'에 관한 법문상 의미는 독일법상 신의칙의 광범위한 적용범위 가운데 일부에 불과할 뿐인 점에서 신의칙에 반하는 특별한 형태의 권리남용만을 명문화시킨 입법적 의도는 무시되었고 해석론에 의하여 신의칙의 기능적 영역이 확장된 것으로 분석된다.[486] 따라서 권리남용의 법리에 의하면 채무자의 급부이행 방식뿐만 아니라 채권자의 권리행사 방식 또한 신의칙의 객관적인 규범체계 및 그 규율대상에 포함된다. 다만 권리남용의 법리와 관련하여 신의칙의 적용에 있어서 문제되는 것은 권리 행사상의 방식에 한하므로 권리의 존부 자체에 대하여는 해당사항이 없다.

이상에서 살펴본 바와 같이 독일법상 신의성실의 원칙은 민·상사 거래에 있어서 계약책임 법리의 확장과 계약 위험의 분배요소로서 계약전 단계부터 계약의 성립 이후 소멸까지 계약관계의 생애주기 전반에 걸쳐 적용되고 채권법상 합리성과 공평성을 구현하는 객관적인 규범체계 역할을 수행하였다. 주의할 것은 독일법상 신의칙이 일반적인 법원칙으로서 법원으로 하여금 실질적인 정의의 관점에서 명시적인 계약조건 자체에 대한 감찰기능을 수행하는 것은 아니라는 점이다.[487] 오히려 권리의 남용에 있어서 구체적인 사례를 통해 유형화된 신의칙은 권리관계의 절차적인 공정성을 기초로 논의되는 특징이 있다. 다만 독일법상 신의칙의 적용에 있어서 계약관계의 실질적인 내용에 법원의 직접적인 개입이 나타나는 부분은 다음 세 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 신의칙 규정을 통해 사법 관계에 헌법상의 기본권 가치의 수평적 영향력, 이른바 기본권의 간접적인 제3자적 효력[488]이 존속될 수 있는 점에서 법원은 사법관계에서도 계약의 실질적인 내용에 개입할 여지를 얻는다.[489] 신의칙 규정이 지니는 개념적 모호성은 공서양속 규정(제138조)과 함께 사법체계에 있어서 헌법적 가치와 성문법체계를 넘어서는 법적 이상의 유입점이 되기 때문이다.[490] 판례도 독일 기본법 제1조 및

486) Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, op. cit., p. 125.
487) Ibid, p. 131.
488) 이부하, 앞의 논문, 64면. 기본권의 간접적인 제3자효설에 의하면, 독일 민법 제138조(양속위반의 법률행위), 제242조(신의성실에 좇은 급부), 제315조(당사자 일방에 의한 급부지정) 등 일반조항이나 불황적한 법개념을 통해 헌법상 기본권의 효력이 사인 간에도 간접적인 영향을 미치므로 사법관계에서도 기본권을 존중해야할 의무가 발생한다. 즉 사적 자치를 훼손하지 않으면서도 사인간의 기본권 효력이 인정된다.
489) Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, op. cit., p. 132.
490) Stefan Leupertz, op. cit., p. 68



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2조 제1항의 불가침의 기본권 규정에 반하는 해고사유는 민법 제242조 신의칙에 반하므로 무효에 해당한다고 판시하였다.[491]

둘째, 독일 민법의 초안시점이 상대적으로 법적 안정기에 해당하였고, 법실증주의 사조에 따르면 인플레이션과 같은 경제변동을 고려하지 못한 안정기의 법체계에서는 미처 담아낼 수 없는 법상황이 존재할 수밖에 없었다. 따라서 객관적인 규범체계로서 신의칙에 의존한 법원의 해석작용을 통하여 계약상 의무의 재설정이 가능해지면서 이른바 신의칙의 교정적 기능이 판례를 통해 정립될 수 있었다.[492]

마지막으로, 약관의 규제에 관한 법률영역에서 독일법원은 과거에 입법적 규제가 정비되기 이전에도[493] 이미 제242조 신의칙에 근거하여 특정 계약조건의 효력을 제한함으로써 기울어진 권리관계로 인해 야기되는 계약관계의 불합리와 불공정 요소를 규율하여 왔다.[494]

## 제3절 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장

계약관계에서 신의칙의 적용에는 법적 안정성과 구체적 타당성의 조화라는 본질적인 과제가 수반된다. 그러나 영미법 및 대륙법 각각의 전통에서는 법률관계의 형평·공평·균형의 성취라는 동일한 기능을 구현해나가는 과정에서 저마다 고유의 방식으로 명확한 법률관계 속에서 결과적으로 구체적 타당성을 잃지 않으면서도 전혀 다른 방법론을 발달시켜 왔다.[495]

기능주의적 관점에서 로마적 형평의 제도적 결과물이라 할 수 있는 신의성실이 법률관계의 형평·공평·균형을 성취하고자 한 기능체라 할 수 있다면, 영미법에서는 대륙법이 전승한 추상적인 방법론 대신에 보통법을 통해 발달한 여러 가지 단편적이고 구체적인 법원칙들이 합목적적으로 이를 성취하고 있다. 특히 이러한 법원칙들은 선례구속의 원칙과 당사자 중심의 소송구조를 토대로 권리관계의 명확성과 균형성을 유지하면서도 견고한 판례법을 형성시키며 발전하였다. 영미법상의 탄핵주의적 소송구조에서는 소송의 주도적 지위가 당사자에게 주어지고 소송물뿐만 아니라 사실과 증거에 대

491) BAG NZA 1994, 1080.
492) Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, op. cit., p. 131.
493) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen of 1 April 1977.
494) Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, op. cit., p. 131.
495) Simon Whittaker, op. cit., p. 63-66.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 자유가 부여되므로 계약관계에 기초한 권리구제적 측면에서는 상호 다양한 공격과 방어수단을 통해 결과적으로 명확한 법적용이 담보되고 법적 안정성이 유지된다. 이러한 법적 안정성을 토대로 대륙법의 추상적인 신의칙과 기능적 동질성을 지니면서도 방법론적으로 상이한 보통법의 다양한 법원칙들이 발달할 수 있었다.

19세기 이후 형성된 상거래상의 자유주의적, 실용주의적 경향도 보통법 체계의 사법작용과 자연스럽게 교감하면서 긍정적인 효과를 가져올 수 있었다. 즉 보통법에서 형성된 법원칙에 대하여 선례에 따른 엄격한 구속력이 부여되면서 계약당사자는 다시 예측 가능한 법률관계를 기초로 계약 자유의 원칙의 혜택을 누리는 선순환이 나타났다.[496] 이와 함께 보통법의 법문화에서 선례로서 오랜 기간 축적되어 그 합리성이 법적 확신에 이른 상사관습법도 사법체계에 조화롭게 수용되면서 상사거래상의 규범적 안정성은 더욱 공고하게 유지될 수 있었다.[497] 그러나 선례구속의 원칙 및 당사자 중심의 탄핵주의적 소송구조를 기반으로 발달해온 보통법 특유의 방법론은 추상적인 법원칙의 발달을 더욱 어렵게 했다.[498] 이에 따라 영미법에서 신의칙의 발달과 전개 양상은 대륙법계와 구분되는 뚜렷한 특징이 발견된다. 일반적으로 전통적인 대륙법의 방법론에서는 법률관계의 명확성이란 구체적인 사실관계를 포괄하면서도 일반적인 법명제를 체계적으로 제시하는 입법론적 결과에 의하여 획득된다.[499] 즉 대륙법 체계에서 법적 안정성은 복잡한 판례법과 달리 명확한 법의 실체에 대한 공공의 접근성에 비례한다. 그러나 모든 생활관계를 포괄하는 연역적 입법이 불가능하므로 필연적으로 보편적인 법원칙의 수요가 상존하고 전통적으로 신의칙과 같은 추상적인 법개념이 발달해 왔다.[500] 반면 영미법의 방법론은 철저히 구체적인 사실관계를 중심으로 발달한 복잡한 판례법에 기초하므로 신의칙과 같이 애초에 구체적인 사례를 전제로 선결되지 아니하고 판례의 축적을 통해서도 실체를 특정하기 어려운 추상적인 법원칙은 방법론적으로 개입될 여지가 거의 없었다.

결국 오늘날 신의칙에 대한 영미법의 소극적인 태도에는 추상적인 법원칙에 대한 부정적인 관점이 상당부분 그대로 반영된 것으로 이해할 수 있다. 그리고 이러한 관점의

496) Royston Miles Goode, Commercial Law in the Next Millennium, Sweet & Maxwell, 1998, p. 12.
497) 보통법에서 상사관습법의 수용에 관한 상세는 J. H. Baker, The Law Merchant and the Common Law Before 1700, Cambridge Law Journal, Vol. 38, No. 2, 1979, p. 297 이하 참조.
498) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 31~32.
499) Ibid, p. 30~31.
500) Arthur Taylor von Mehren/James Russel Gordley, The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, Little Brown, 1977, p. 93~94. 여기서는 신의성실을 선량한 풍속(boni mores)의 일부로 보고 이 밖에도, good morals, fairness를 예로 들고 있다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

차이는 협약상의 신의칙에도 적지 않은 영향을 제공한 것으로 평가할 수 있다. 왜냐하면 신의성실의 개념을 법문상 협약 조문의 해석기능에 한정하는 방식은 한편으로 대륙법이나 영미법에서의 전통적인 태도와도 모두 일치하지 않는 독특한 입법론에 해당하면서도 다른 한편으로 이러한 관점은 오히려 영미법의 시각에 근접한 것으로서 일반적이고 선결되지 않은 법원칙과 그에 따른 권리구제기능의 효용성에 대한 의구심이 담겨있기 때문이다. 따라서 우리 민법과 같은 대륙법의 시각에서는 보통법의 관점에서 형성되어 온 신의칙의 의미와 기능에 대한 분석은 우선 협약에서 신의칙에 대한 중립적인 개념정립에 요구되는 폭넓은 규범적 이해를 제공받을 수 있다는 점에서 그 의의가 있다. 또한 영미법은 대륙법과 전혀 다른 방법론을 발달시켜 왔으므로 협약 제7조의 신의칙 문제에 있어서 이질적인 법문화에서 모두 수용가능한 통일적인 해석론을 강구하는 데에도 중요한 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다.

## 1. 영미법계 신의성실의 원칙의 법적 지위와 의의

### 가. 전통적인 보통법상 신의성실 개념의 한계

초기 영미법은 대륙법과 달리 로마법의 영향으로부터 상대적으로 자유롭게 자체적인 보통법 체계를 구축해 나갔다. 이러한 방법론의 차이는 시간이 갈수록 재판 실무에서도 대륙법계 신의칙의 규범성과의 관계에서 큰 차이를 야기하였다. 즉 영국 계약법에서는 현재까지도 계약 교섭에 있어서 당사자에게 신의성실의 의무를 부여하는 것은 계약이익의 추구활동에 있어서 상호 충돌관계에 있는 교섭당사자의 지위에 반할 뿐만 아니라[501] 권리관계의 불명확성을 야기하므로 실무상 적용이 불가한 것으로 인식되고 있다.[502] 이에 따라 계약관계에서의 일반적인 법원칙으로서 신의칙의 법원성도 공식적으로 부인되어 왔다. 이처럼 영국 계약법에서는 Walford v. Miles 판결 이래 일반적인 신의성실의 의무에 관한 부정적인 관점을 대체로 그대로 견지해오고 있다.[503]

---

501) Walford and others v. Miles and another, [1992] 2 AC 128, House of Lords, [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 WLR 174, 64 P & CR 166, [1992] 11 EG 115, [1992] EGLR 207.

502) 고영남, 고전적 계약법이론의 한계에 관한 연구: 영미법상의 신뢰이론을 중심으로, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 164면.

503) Walford and others v. Miles and another, [1992] 2 AC 128. Walford v. Miles에서 핵심이 된 문제는 계약전 단계에서 i) 상대방과 교섭을 하기로 한 합의(lock-in agreement)와 ii) 제3자와 교섭을 하지 않기로 한 합의(lock-out agreement) 양자의 법적 효력에 있었다. Walford v. Miles 사건이 영국법상 신의성실의



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

무엇보다 보통법의 전통에서 신의칙상의 의무가 부정되는 이유로는 근본적인 법형성 작용 및 법학방법론적 차이에서 비롯된다. 보통법의 방법론에 의하면 신의성실이 법개념으로서 지나치게 추상적이고 보편적인 개념이므로 규범적 불명확성을 야기한다는데 그 원인이 있다. 즉 본질적인 모호성으로 인하여 법원의 해석에 있어서도 불명확한 재량권 행사의 여지가 존재하므로 법적 불안정을 야기하는 점이 가장 중요한 비중을 차지하고 있다. 다음으로 자유주의 원리에 기초한 영미법은 사회유대적 정의관념을 강조하는 대륙법의 신의칙과 기본적으로 조화되기 어려운 것으로 간주되고 있다. 신의칙은 기본적으로 사회유대적 정의 관념에 기초한 법원칙으로서 무엇보다 당사자 간 기대되는 합리적 신뢰의 보호에 그 의의가 있으나 보통법상 계약자유의 원칙에 기초한 계약관계는 신의칙과의 조화가 본질적으로 어려운 것으로 인식되는 것이다. 특히 영미법상의 계약관계란 상반된 이익구조를 지니고 있는 당사자 사이에 최대한의 자유가 부여된 거래관계를 의미하며 이러한 특성은 당사자 중심의 탄핵주의적 소송구조에 의하여 더욱 강화된다. 따라서 대륙법의 계약관계와 같이 계약상대방을 고려하고 합리적 기대에 대한 배려의무가 법률적으로 우선되는, 이른바 계약당사자를 벗어나 사회유대적 윤리의식이 개입되는 거래와는 적지 않은 거리가 있는 것으로 인식된다.[504] 특히 신의칙은 경쟁적인 시장경제 환경 속에서 다양한 기회를 통한 이윤추구를 허용하고 자유주의 원리에 기초한 영국 계약법의 정신과 일치되기 어려운 이질적인 개념으로 인식되고 있

---

원칙에 관한 중요한 판결로 평가되는 이유는 3월 17일의 당사자 합의가 제3자의 배제(lock-out)뿐만 아니라 상대방과의 교섭의무(lock-in)까지 부여한 합의 즉, 'lock-in agreement'로 해석되기 때문이다. 법원은 교섭의무에 관한 합의에는 두 가지 이유로 계약관계의 명확성이 결여되었다고 보고 강제할 수 없다고 판시하였다. 첫째, 법원이 교섭의무를 인정한다고 하더라도 교섭의무의 위반여부를 구별할 수 없다고 하였다. 법원이 교섭의무를 부담하는 당사자의 주관적인 관점에 서서 교섭을 종료할 정당한 사유가 존재하였는지를 판단하기란 사실상 가능하지 않기 때문이다. 또한, 교섭당사자 사이의 교섭의무는 계약목적물에 관한 처분권주의 및 계약자유의 원칙에 기초한 교섭당사자의 지위에 반하는 것으로 해석될 수 있었다. 계약의 교섭에 있어서 양당사자의 지위 및 상호 이해는 충돌관계에 있고 허위표시의 금지와 같은 법적 한계 내에서 최대한의 이익을 추구하고 언제든지 어떤 사유로든 교섭행위를 철회할 자유가 보장된다고 보아야 하기 때문이다. 다시 말해, 계약 교섭 단계의 당사자에게 신의성실의 의무를 부여하는 것은 계약당사자가 아닌 교섭당사자의 법적 지위에 반할 뿐만 아니라 권리관계의 불명확성을 야기하므로 실무상 적용이 어렵다고 판단하였다. 둘째, 법원이 설령 교섭의무와 함께 해당 의무의 위반을 인정한다고 하더라도 손해의 산정은 가능하지 않다고 판시하였다. 교섭의무의 이행이나 불이행의 판단기준뿐만 아니라 그 결과에 따른 손해의 산정에 있어서도 명확한 기준을 설정하기 어렵기 때문이다. 이에 따라 계약관계에서 일반적인 신의성실의 의무를 인정하기 위한 이후의 어떠한 시도도 Walford v. Miles 판결과 그 적용범위에 대한 대법원의 재고 없이는 가능하지 않게 되었다. Walford and others v. Miles and another, [1992] 2 AC 128; Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, Anson's Law of Contract, 29th Edition, Clarendon Press, 2010, p. 65~66; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 491.

504) Reshma Korde, Good Faith and Freedom of Contract, UCL Jurisprudence Review, Vol. 142, 2000, p. 159.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.

보통법에서 신의칙은 계약 자유의 원리를 비롯해 시장 원리와도 조화되기 어려운 것으로 인식된다. 자유주의 원리에 기초한 영미법에서 개인은 당사자 중심의 탄핵주의적 소송구조를 전제로 각자만의 자유로운 의사에 의하여 계약자유의 원칙에 기초한 법률관계를 형성할 권리를 향유한다. 계약 자유의 원칙은 사적자치라는 대원칙의 하부구조를 형성하는 계약법 원리로서,[505] 이에 따르면 당사자에게는 계약 체결의 상대방을 선택할 자유와 계약 내용을 결정할 자유가 부여된다. 따라서 경제활동에 있어서 각자만의 합리적 기대를 계약관계 속에 자기만의 방식으로 자유롭게 구현할 재량권이 허용되는 것이다.[506] 굳이 신의성실의 본질적인 개념상의 모호성이나 적용상의 한계로 인한 계약관계의 불안정 문제를 언급하지 않더라도 일방에 대하여 신의성실의 의무를 부담시키는 것은 각자만의 계약이익을 고려하기로 고안되어 있는 영국 계약법상의 계약자유의 정신과 소송구조상의 당사자주의와 조화되기 어려운 것으로 인식되고 있다.[507]

계약자유의 원칙과 함께 영국법상 상사계약에 있어서 일반적인 신의성실의 의무를 인정할 경우 그 결과가 다양한 상사거래상의 구체적 수요 및 시장경제를 통한 계약이익의 극대화와 과연 조화될 수 있는 성질인지도 신의칙의 한계의 관점에서 검토해보아야 할 문제로 지적되기도 한다.[508] 왜냐하면 시장가치의 과도한 등락현상을 포함하여 구체적인 사실관계와 다양한 기회를 통한 이윤추구 활동을 전제로 하는 자유로운 시장경제체제에서 법적용 과정에 있어서 계약 당사자에게 윤리적 표준 기능을 담당하는 일반적인 신의성실의 의무를 부여하는 것은 곧 시장경제활동 자체를 위축시키는 저해요소로 작용할 우려가 있기 때문이다.[509] 특히 경쟁적인 시장질서 및 상거래 환경에서 발생할 수 있는 다양한 권리분쟁의 유형에 있어서 보편적인 신의성실 개념에 의한 획일적인 규율방식은 계약관계의 비효율 및 권리관계의 불안정을 야기할 수 있다. 따라

505) 박규용, 사정변경의 원칙과 행위기초론, 법학연구 제40집, 한국법학회, 2011, 86면.
506) Reshma Korde, op. cit., p. 143.
507) 영국 보통법상 Walford v. Miles 판결에서 아크너(Ackner)는 계약 교섭 단계에 있는 당사자에게 신의성실의 의무를 부여하는 것은 본질적으로 당사자주의에 반한다고 하면서 각 계약당사자는 허위의 사실을 제공하는 등의 행위로 상대방에게 해를 가하지 않는 한 자신의 이익을 최대한 추구할 계약 자유의 원칙이 자유롭게 보장되어야 한다는 점을 강조하였다. Walford v. Miles [1992] 2 WLR 174 at 181. 이에 따르면 계약당사자는 본인의 자유로운 의사에 의하여 적절하다고 판단되는 경우는 물론이고, 제3자와의 교섭을 재개함으로써 계약이익을 극대화한다는 이유로도 교섭 중에 있는 계약을 자유롭게 종료할 수 있어야 한다. 결국, 아크너에 의하면 교섭당사자에 대한 신의칙의 적용은 계약자유의 원칙 또는 탄핵주의적 소송구조의 취지와 조화되기 어려운 법적용에 해당된다.
508) Reshma Korde, op. cit., p. 151.
509) Sara Hourani, op. cit., p. 100~101.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서 보통법에서는 신의성실의 개념을 대체하는 개별적이고 세분화된 법원칙에 의하여 사안에 따라 명확한 권리관계 속에서 독립적으로 해당 쟁점을 취급하는 것이 더 효율적이라는 견해에 타당성이 실리고 있다.[510]

이처럼 신의칙에 관한 다양한 이슈로 인해 영국 계약법상 신의성실 개념의 도입은 아직까지 기대하기 어려운 상황으로 평가 할 수 있다. 그중에서도 계약상 권리관계의 불명확성 문제의 해결이 주요한 쟁점이라 할 수 있다. 신의칙에 대한 이러한 부정적인 견해는 실제로 판례를 통해서도 확인할 수 있다.[511] 예를 들어 로드 호프만은 다양하게 존재하는 계약유형에서 계약에 따른 권리관계의 예측가능성은 강제대상이 되는 계약조건의 명확한 의미에 달려있다고 하면서 해석주체에 의하여 재량권의 행사가 수반되는 비양심적인과 같은 용어나 신의성실의 개념과 같이 정의되기 어려운 법원은 계약관계의 불안정을 야기한다고 비판하였다.[512] 요약건대 영국 계약법상 일반적인 신의칙의 적용에 대한 이상의 부정적인 관점은 신의성실의 본질적인 개념상의 모호성 그리고 적용상의 한계로 인한 계약관계의 불명확성에 깊이 터 잡고 있다.

### 나. 영국 및 미국 계약법상 신의성실의 의의

대륙법의 전통을 따르는 우리 민법에서 신의성실의 원칙은 널리 수용되어 있고 민법상의 지도원리일 뿐만 아니라 사법상의 최고원리로서 채권관계를 비롯해 다양한 분야에서 적용된다. 그러나 영미법의 관점에서는 한편으로 신의성실 개념의 수용에 상대적으로 소극적인 관점이 유지되고 있으나, 다른 한편으로는 기능적 영역에서 신의칙의 점진적인 확장 경향이 지속적으로 확인되기도 하는 복합적인 현상이 나타난다. 보통법계에 해당하는 영국 및 미국의 법체계에서 신의성실 개념의 역할은 대륙법의 전통에서와 다른 형식으로 발달해왔다. 그러나 영미법의 신의칙에도 대륙법적 사고의 지속적인 영향 아래 점차 기능적 변화가 나타났다. 또한 각각 다른 체계구조의 기능성에 관한

510) 물론 이 견해에 따를 경우에도 계약관계에서 신의성실의 개념이 전혀 고려될 수 없다는 의미는 아니다. 신의칙의 적용과 결과적으로 유사한 효력을 지니는 기능적인 법원칙에 의하여 구체적인 적용가능성을 검토하고 해결방안을 모색함으로써 불명확한 재량권 및 개념적 모호성에 따른 계약관계의 부작용을 최소화하자는 의미로 해석된다. Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2014, p. 499; Ewan McKendrick, *Good faith: A Matter of Principle?, in* A. Forte, ed., Good Faith in Contract and Property Law, Hart Publishing, 1999, p. 39.

511) Union Eagle Ltd v. Golden Achievement [1997] 2 All ER 215.

512) Union Eagle Ltd v. Golden Achievement [1997] 2 All ER 215. 비양심적이라는 이유로 계약을 강제하지 못하게 하는 불명확한 재량권은 법적 불안정을 야기한다고 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유사성을 비교한다는 비교법적 관점에 의하면 영미법에서는 당사자 간 법률관계에 있어서 합리성의 원칙에 기초한 다양한 법원칙이 판례법을 통해 형성되면서 대륙법계 신의칙의 기능적 영역이 대체되는 현상을 보인다.[513]

종래 보통법계의 법문화는 협약의 입법과정과 창설에 적지 않은 영향을 미쳤다. 신의칙이 법문상 협약의 해석원칙에 제한된 점도 당사자 간 계약관계에 대한 직접적인 구속력을 경계해 왔던 보통법의 태도와 문맥을 같이한다. 학계의 일부에서는 협약의 해석원칙으로서 제7조 제1항에 신의성실 개념이 명기된 점으로부터 영국이 현재까지 협약 미가입국으로 남게 된 이유를 찾기도 한다.[514] 보통법을 대표하는 영국도 협약을 채택하지 않았고 협약 가입국인 미국의 사법체계에서도 신의칙은 단지 협약의 해석원칙에 그칠 뿐 협약의 적용을 받는 당사자 간 계약관계에서 구체적인 신의칙상의 의무를 발생시키는 것으로 해석되지 않는 경향이 지배적이다. 이처럼 대표적인 보통법 국가에서 협약을 비준하지 않은 점이나 신의칙의 기능이 대륙법에서와 달리 제한적인 점으로부터 신의칙에 대한 영미법 전통의 부정적인 관점이 간접적으로 확인된다.

영미법계에서 신의성실의 법리는 계약 이행 단계에서 영국법의 전통에서보다 미국의 법체계를 통해서 안정적인 정착을 이루고 기능적으로 확장되었다. 미국 계약법에서는 계약의 이행과 강제 단계에서 신의성실의 의무를 일반적으로 인정함으로써 이를 원칙적으로 부정하는 영국법의 태도와 차이를 보인다. 그러나 미국법의 전통에서도 계약이 성립되기 전 단계에서는 당사자 사이의 교섭과 체결과정에서 보편적인 신의칙상의 의무를 인정하지 아니하고, 영국법의 태도와 마찬가지로 신의칙을 대체하는 구체적인 법원칙에 의하여 단편적인 해결 방식을 고수하고 있다. 물론 이러한 접근 방식을 취하더라도 당사자 간 계약관계의 불공정성 및 불합리성 문제의 해결에 결과적으로 신의칙과 유사한 효과를 얻을 수 없는 것은 아니다. 그러나 계약관계에서 보편적인 법원칙으로서 신의성실의 개념을 적용하는 일반적인 방식과는 직접적인 관련성을 찾아보기 힘들다. 미국법의 전통에서 신의성실에 따른 계약 이행의 법리는 상대적으로 새로운 개념으로 인식되고 있지만 후술하는 바와 같이 영국의 Yam Seng 판결에서 제안된 신의칙은 이보다도 더 시기적으로 최근에 해당하면서도 전향적인 개념으로 인식되고 있다.[515] 영국의 법체계에서는 아직까지 계약상 권리관계의 불명확성을 이유로 대체로

513) Reiner Schulze, Burgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage 2009, BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben Rn 10.
514) Nathalie Hofmann, op. cit., p. 55, Retrieved December 18, 2018 from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hofmann.html.
515) [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All ER (Comm) 1321.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부정적인 관점이 유지되고 있다.

앞서 보통법상 신의성실 개념의 한계에서 본 바와 같이 구체적인 내용 면에서 전통적으로 영국법상 신의성실의 개념에 특정한 실체적 의미를 부여하기는 힘들다. 그러나 미국법에서 신의성실의 개념은 정반대의 양상을 보인다. 오늘날 미국법체계에서 계약이행과 강제에 있어서 신의칙이 차지하는 비중은 적지 않은 편이며 최근에는 신의성실 개념에 대해 보다 적극적인 견해가 제기되기도 한다. 대표적으로 미국 계약법상 신의칙이 원용된 법원으로는 국제규범으로서 협약과 함께 통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 UCC라 한다)과 계약법에 관한 제2차 리스테이트먼트(the Second Restatement of Contract, 이하 Restatement (2nd)라 한다)[516]가 주요하다.[517] 이러한 긍정적인 움직임은 UCC가 제정되기 이전에도 판례를 통해 신의칙이 적용되어 온 점으로부터 이미 확인되어 왔다.[518] UCC상의 신의칙은 i) 계약의 이행 및 강제가 적절하게 이루어지고 있느냐에 대한 기준을 제시한다는 점에서 계약위반의 판단기준에 해당하며, 동시에 ii) 당사자의 신의성실이 상대방의 합리적 기대와 계약상 합의된 내용에 따른 계약 이행을 담보한다는 점에서 계약이행의 보장수단 역할을 수행한다. Restatement (2nd)에서도 신의성실 개념은 보다 폭넓은 적용범위를 지니면서 마찬가지 기능을 나타내고 있다. 이에 따르면 신의성실의 의미는 합의된 목적에 대한 성실성과 상대방의 정당한 기대에 대한 일관성을 요구하는 점에서 계약관계에서 공정성과 합리성의 보장수단으로 요약될 수 있다.[519]

미국법상 UCC와 Restatement (2nd)가 신의성실 법리의 형성에 기여한 바는 적지 않다. 실제로 신의칙을 도입한 법제를 통해 일반적인 신의칙 의무에 근거하여 구체적인 사례에서 직접적인 해결이 모색되면서 일관성 있는 판례법이 형성되어 왔다. 반면 영국 법체계에서는 UCC와 Restatement (2nd)와 같은 구체적인 법형성 작용이 나타나고 있지는 않다. 따라서 당연히 신의성실 법리의 형성 작용도 동일한 정체현상을 보이고 있다. 다만 레가트(Leggatt)가 최근의 판결에서 전통적인 영국법상의 부정적 관점에 전향적인 수용을 제안하면서 UCC와 Restatement (2nd) 그리고 그밖에 이를 긍정하는 다양한 법제를 원용하고 있는 점은 주목할 필요가 있다.[520] 이는 신의칙에 대한 비교

516) The American Law Institute's Restatement (2nd) of Contracts 205 (1979).
517) E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 155.
518) Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon 222 NY 88, 118 NE 214; Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co. 263 NY 79, 188 NE 163.
519) Comment on Restatement (2nd) § 205.
520) [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All ER (Comm) 1321. 미국법과 비교해볼 때 캐나다나 호주는 영국 보



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법 기능주의적 관점이 영국법체계의 발달에 중요한 역할을 수행할 수 있음을 최소한 영국법원도 인식하고 있음을 시사한다. 물론 Yam Seng 판결에서 레가트가 취한 관점에 따르면 신의성실 개념은 계약 이행의 단계에서 당사자를 구속하는 외부 변수로 작용한다기보다는 오히려 계약상 묵시적 조건화된 개념으로서 당사자의 의도에 진정한 효력을 부여하는 내적인 변수로 작용하고 있는 것으로 해석된다. 그러나 다른 한편으로 신의칙에 대한 비교법적 관점 및 대륙법적 사고의 지속적인 영향 아래 신의성실 개념이 특정 법제에 입법화 된 점을 고려하면 영국법상 당사자가 부담하는 계약 의무에 있어서 신의칙이 새로운 변수로 작용할 가능성을 전적으로 부인할 수만은 없다.

영국법상 신의성실에 대한 논의가 계약의 이행단계 혹은 이보다 더 넓은 적용범위에서 이를 긍정할 수 있는가라는 추상적이고 이상적인 측면에 답보되어 있다면 미국법상의 논의에서는 여기서 한 걸음 더 나아가 신의성실의 의무의 구체적인 의미나 역할에 대한 실체적이고 현실적인 측면이 강조되고 있다. 원칙적으로 신의칙의 적용을 부정하는 영국법의 전통과 달리 미국 법체계에서는 신의칙에 대한 긍정적인 수용 태도가 확인되는데, 특히 미국법상의 논의에는 신의성실의 실체적 의미에 집중하는 듯한 경향을 보인다.[521] 이러한 배경에는 미국적인 신의칙을 안착시킬 수 있는 미국의 법문화적 개방성과 포용성이 중요한 원인을 제공한 것으로 보인다. 미국법상의 논의에서는 신의성실 개념에 대한 기능주의적 관점이 나타난다. 이에 따르면 소극적인 측면에서 bad faith에 기초한 행위의 배제기제로서의 역할과 포기된 기회의 의미로 한 단계 더 구체화된 bad faith의 억제기제로서의 역할, 그리고 적극적인 측면에서 계약관계의 묵시적 작위의무로서 재량권의 부당한 행사를 제한하는 역할이 주장되기도 하였다.

무엇보다 미국 판례를 통해 확인되는 신의성실에 대한 객관화된 태도를 종합하면 신의칙에 대한 기능주의적 관점이 서로 충돌하는 모습 없이 이러한 이론들을 모두 수용

---

통법의 전통과 유사한 점에서 신의칙에 대해 중립적인 태도를 취하는 것으로 이해되나 호주의 경우 보통법의 한계를 뛰어넘은 것으로 언급되기도 하고 뉴질랜드는 유럽법에 수용된 신의칙에 대해 보다 개방적인 태도를 유지하는데 이는 판결에도 반영된 것으로 분석된다. William Tetley, Good Faith in Contract, Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 35, No. 4, 2004, p. 35. 캐나다는 대체로 신의칙상의 의무 부여에 대해 부정적인 시각을 보이고 보통법상 대안적인 법원칙에 의존하는 해결방식을 선호한다. W. Tetley, op. cit., p. 31.

521) 윤진수, 미국계약법상 Good Faith 원칙, 서울대 법학 제28권 제1호, 서울대 법대, 1987, 50~51면; Summers R. S. Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, Virginia Law Review, Vol. 54, Issue. 2, 1968, p. 201; Farnsworth E. Allan, Good Faith in Contract Performance, in Beatson, Jack/Daniel Friedmann, eds., Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford University Press, 1997, p. 159~160; Robert S. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account, in R. Zimmermann/S. Whittaker, eds., Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000, p. 130.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는 경향을 확인할 수 있다.[522] 예컨대 Bank of China v. Chan와 Market St. Assocs. Ltd. Partnership v. Frey은 신의성실을 bad faith가 결여된 상태로 보는 경우에 해당하고,[523] bad faith로 보는 경우에도 Kham & Nate's Shoes No. 2 v. First Bank of Whiting에서는 포기된 기회로 구체화되었으며,[524] TYMSHARE, Inc. v. William J. Covell v. TYMSHARE, Inc. 판결에서는 통상 계약법상의 법원칙을 준수하는 태도[525]를 신의성실에 부합하는 것으로 이해하는 등 판례법상 신의칙에 대한 다양한 관점이 상호 충돌하지 않고 수용되는 현상을 나타내고 있다.[526] 이처럼 미국법체계에서 발달해온 신의성실 개념은 주관적인 측면에서 사실상의 정직성을, 그리고 객관적인 측면에서 공정거래 및 합리적인 기준에 대한 준수의 의미를 함의하면서 bad faith에 기초한 행위의 효력을 제한하고 계약 이행에 있어서 재량권의 부당한 남용을 억제함으로써 상사 거래분야에서 계약의 이행에 관한 일반적인 의무로서 뚜렷한 기능적 효용성을 나타내고 있다.

## 2. 영미법계 신의성실의 원칙의 기능적 확장

### 가. 영국 계약법상 신의성실의 원칙의 기능적 확장

#### (1) 영국 계약법상 계약관계의 불공정성에 대한 입법론적 규제

보통법에서는 구체적인 사안에서 신의성실을 대체하는 단편적인 법원칙에 의하여 계약당사자의 악의의 제한 또는 배제기제로서 형평적 권리구제기능을 수행하는 기능주의적 법원칙을 발달시켜 왔다.[527] 보통법의 방법론에서는 이밖에도 다양한 영역에서 추상적인 신의칙의 적용 결과를 합목적적으로 대체하는 구체적인 법원칙에 의하여 대륙법이 지향하는 법적 가치와 유사한 형평적 권리구제를 성취해 왔다. 나아가 단편적인

522) Farnsworth E. Allan, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, No. 1-2, 1995, p. 60; Sara Hourani, op. cit., p. 143.
523) Bank of China v. Chan, 937 F. 2d 780, 789 (2d Cir. 1991); Market St. Assocs. Ltd. Partnership v. Frey, 941 F. 2d 588, 593 (7th Cir. 1991).
524) Kham & Nate's Shoes No. 2 v. First Bank of Whiting, 908 F. 2d 1351, 1358 (7th Cir. 1990).
525) TYMSHARE, Inc. v. William J. Covell v. TYMSHARE, Inc., 727 F. 2d 1145.
526) TYMSHARE, Inc. v. William J. Covell v. TYMSHARE, Inc., 727 F. 2d 1145
527) 이 논문에서 제5장, 제3절, 2. '협약에서 합리성의 원칙과 신의성실의 원칙과의 관계' 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법원칙이 규율하지 못하는 실체적인 영역에서 계약관계의 불공정성이 문제가 되는 경우에는 계약의 성립단계 뿐만 아니라 계약조건의 편입 이후에도 계약의 해석에 관한 법리를 통하여 일반적인 신의칙의 적용과 유사한 결과를 간접적으로 성취해 왔다.

그러나 보통법의 단편적인 법원칙이나 계약의 편입통제 및 해석통제에 의하여도 제거되지 못한 불공정 요소는 입법론적 접근에 의한 해결방안이 모색되기도 하였다.[528] 이러한 시도는 물품의 매매와 서비스 공급에 관한 계약에 적용되는 영국의 물품 및 서비스 공급에 관한 법률(Supply of Goods and Services Act 1982)과 물품매매법(Sale of Goods Act 1979) 그리고 소비자계약의 경우에 적용되는 소비자권리에 관한 법률(Consumer Rights Act 2015) 등 다양한 법률에서 확인된다.[529] 그중에서도 연혁적으로 살펴보면 불공정 계약조건에 관한 법률(Unfair Contract Terms Act 1977; 이하 UCTA라고 한다)과 소비자계약의 불공정 계약조건에 관한 규제(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999; 이하 UTCCR이라고 한다) 그리고 양 법률을 통합한 소비자권리법(Consumer Rights Act 2015; 이하 CRA라고 한다)이 대표적이다.

사실 UCTA가 제정되기 이전의 보통법에서는 계약책임의 제한 또는 면책에 관한 조항의 유효성 문제를 단순히 계약 내용상의 불합리에 근거하여 무력화할 수 있는 방안은 실질적으로 존재하지 않았다. 특히 소비자 계약이나 약관에 따른 과실책임의 면책에 관한 계약조건에 있어서는 더욱 그러하였다.[530] 이에 따라 법원에서는 면책조항에 관한 계약 해석의 법리에 의하여 간접적으로 계약관계의 불합리를 규제해 왔었다.[531] 그러나 UCTA 입법에 따라 이러한 간접적인 규율방식에는 상당부분 과도기적 전환이 이루어져 왔으며 이러한 현상은 UTCCR에 의하여 더욱 넓은 범위에서 촉진된 것으로 평가할 수 있다.[532]

(가) 합리성의 원칙과 불공정 계약조건에 관한 법률

UCTA는 불공정한 계약조건에 관한 규제로서 소비자계약 뿐만 아니라 거의 대부분의 계약 유형을 대상으로 적용되며 특히 면책조항에 관한 불공정 이슈를 취급한다.[533]

528) 이병문, 영국의 불공정조항 관련 규제의 동향과 우리의 대응, 한국무역학회 세미나 및 토론회, 제2004집, 제8권, 한국무역학회, 2004, 136면.
529) Uli Foerstl, The general Principle of Good Faith under the CISG, Verlag Dr. Muller, 2011, p. 30~31.
530) Richard Stone, The Modern Law of Contract, Routledge, 2011, p. 235 이하 참조.
531) J Spurling Ltd v. Bradshaw [1956] 1 WLR 461.
532) Michael Furmston/Andrew Grubb, The Law of Contract, LexisNexis, 2010, p. 770.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

영국법상 불공정 계약조건에 관한 법률은 보통법에 대하여는 특별법 기능을 수행한다. 다만 종래 보통법상의 계약의 해석에 관한 법리의 적용이 이러한 특별법에 의하여 대체되는 과도기적 상황이었다는 점에서 일부에서는 규범적 명확성이 다소 결여된 것으로 평가되기도 하였다.[534] 따라서 특히 계약책임을 제한하거나 이를 면하는 규정은 보통법에서 계약의 해석뿐만 아니라 이러한 입법론적 규제수단의 엄격한 요건을 충족시킬 필요가 있었다.

UCTA의 일부 규정은 계약 유형에 따라 적용범위를 달리한다.[535] 주요 내용을 개관하면[536] 예를 들어 중과실에 따른 상해 또는 사망의 책임을 배제하는 면책조건은 항상 효력이 발생하지 않는다.[537] 그러나 그 밖의 다른 손실의 경우에는 합리성 요건이 충족되면 책임을 면하거나 이를 제한할 수 있다.[538] 또한 물품의 매매나 공급에 관한 소비자 계약에서 당사자는 법령상 부담하는 묵시적 의무에 대한 책임을 면하거나 이를 제한할 수 없다.[539] 다만 소비자 계약이 아닌 경우에는 마찬가지로 합리성의 요건이 충족되는 경우의 예외가 인정된다.[540] 특히 제3조는 약관(standard terms)에 의한 소비자 계약에서 합리적인 경우를 제외하고는 계약위반에 면책을 허용하지 않는 점에서 계약관계의 불공정 요소에 대해 강력한 규제력을 나타낼 수 있었다.[541]

이처럼 UCTA의 주요 규정에 의하면 계약상 책임을 면하거나 이를 제한하는 경우 합리성의 요건을 충족시켜야 하는데, 합리성의 요건은 결국 계약 당사자가 처한 전후 상황에 비추어 쟁점이 되는 계약 내용의 최종적인 확정이나 계약으로의 편입이 실제로 공정한가의 문제로 수렴된다.[542] 즉 UCTA에서 요구하는 합리성의 요건은 계약당사자에 대하여 일반적인 신의칙을 적용할 경우 기대되는 객관적인 신의 준수에 따른 의무와 마찬가지로 공정거래의 표준으로서 기능한다. 나아가 합리성의 기준의 적용 및 판

533) 법률명과 달리 계약관계에 있어서 모든 유형의 불공정 요소가 규율대상에 포함되는 것은 아니고, 주로 면책규정(exclusion clause)이나 책임의 제한 규정(limitation clause)에 주안점이 설정되어 있다.
534) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 485.
535) 예를 들어 면책범위의 설정상 중과실에 따른 상해 또는 사망의 책임을 배제한 제2조(Negligence Liability)는 모든 계약에 적용되지만, 제6조(Sale and hire purchase)나 제7조(Miscellaneous contracts under which goods pass)는 소비자계약에 한하여 적용된다.
536) Christian Twigg-Flesner, The implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom, 2007, p. 2~4. Retrieved December 18, 2018, from http://ssrn.com/abstract=1399631.
537) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 2(1).
538) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 2(2).
539) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 6(2) and Section 7(2).
540) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 6(3) and Section 7(3).
541) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 3(1)(a).
542) Unfair Contract Terms Act 1977 Section 11(1).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

단에 있어서 법원에서 참조하는 가이드라인의 고려요소[543]들은 합리성의 요건과 일반적인 신의칙 사이의 기능적 유사성을 확증시켜 주는 역할을 수행하였다. 이에 따르면 합리성 요건의 충족 여부는 당사자 간 경제적 위치 및 교섭력의 차이로 인한 권리관계의 불공정 요소에 의하여 좌우되기도 하고 다른 대체가능한 거래수단의 존부나 계약조건의 인지여부 및 그 내용에 대한 투명성이 보장되었는지, 일정 조건의 불충족을 전제로 면책이 되는 경우 해당 조건의 충족이 실현가능성이 있는지 여부 등이 중요한 고려요소가 되었다.[544]

물론 합리성 여부의 판단에 있어서 법원에서 고려되는 다양한 요소를 감안해 보면 적지 않은 재량권의 행사가 가능하므로 상사 및 소비자 계약분야에서 규범적 명확성이 결여될 수 있다는 우려도 없지는 않았다.[545] 그러나 뒤집어 보면 이는 오히려 일반적이고 추상적인 신의성실의 의무를 적용한 결과 엄격한 법적용에 대한 형평적 권리구제 기능의 효용성이 나타나는 부분으로 볼 수 있고, 구체적 타당성의 실현도구로서 신의칙의 특징이 영국 성문법 체계에서도 확인되는 것으로 해석할 수 있었다. 앞서 합리성이 심각하게 결여되었거나 불공정한 결과를 야기하는 개별 계약 사례들이 신의칙을 대체하는 보통법상의 구체적인 법원칙을 통해 해결방안이 모색됨으로써 일반적인 신의칙에 의한 해결방식보다 단편적인 양상을 보였다면, UCTA에서 채택된 합리성의 원칙의 경우에는 계약관계에서 일반적인 신의칙을 적용한 경우와 마찬가지의 보편적인 적용가능성을 확인시켜 주는 것으로 이해된다.[546] 물론 UCTA에서 이처럼 보편적을 특징을 지닌 합리성의 원칙이 채택되었다는 사실만으로 계약관계에서 신의성실 개념이 수용되었음을 의미한 것은 아니다. 또한 이러한 일반적인 법원칙의 적용으로 인한 효용성은 계약 당사자 간 책임의 제한규정이나 면책 규정에 한하여 유효하다는 점에서도 일정한 한계가 존재하였다.

(나) 유럽연합지침의 이행법률과 신의성실 개념

계약관계의 불공정 요소에 관하여 이상에서 살펴본 영국 입법론적 접근 방안 외에도 유럽연합의 관련 지침(Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC)이 채택된 이후에

543) Guidelines for Application of Reasonableness Test. UCTA Schedule 2; 이 밖에도 UCTA Section 11에서도 관련 고려요소를 제시한다.
544) Christian Twigg-Flesner, op. cit., p. 2~4; Sara Hourani, op. cit., p. 123.
545) Sara Hourani, op. cit., p. 121.
546) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 770.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이에 따라 국내법상으로 소비자계약의 불공정 계약조건에 관한 법률(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)[547]이 이행된 점을 주목할 필요가 있다. 무엇보다 UTCCR에서는 거래의 공정성에 관한 객관적 표준이 되는 신의성실의 원칙의 특징을 법문상 명확하게 확인할 수 있기 때문이다. 더욱이 UTCCR에 관한 입법론의 기원은 유럽연합지침으로부터 연유하므로 UTCCR상 신의성실 개념의 해석에 관하여도 영국법상의 전통적인 관점보다 유럽연합지침상의 관점을 고려해야하는 점에서 영국법상 신의칙에 관한 이해에도 중요한 시사점을 제공한다.[548]

그러나 유럽연합지침의 채택으로 전통적으로 소비자 계약에 적용되어 온 불공정 요소에 관한 보통법상의 법원칙에 어떠한 영향이나 변화가 존재하였는지에 대하여는 명확히 논의된 바가 없다.[549] UTCCR은 영국법에서는 이전에 채택되지 않았던 신의성실의 개념을 도입함으로써 종래 UCTA 및 전통적으로 적용되어 온 보통법상의 법원칙과 함께 계약관계의 불공정 요소에 대한 규제적 기능을 담당하였다.[550] UTCCR상 신의성실 요건의 해석에 있어서 영국법원의 태도에 전통적인 국내법의 시각이 대체로 배제된 점에 비추어 특별한 해석상의 혼란이 발생한 것으로 보이지는 않는다.[551]

UTCCR에 의하면, 불공정한 계약조건이란 i) 신의성실의 요청에 반하면서도 ii) 계약관계에 기초한 당사자의 권리와 의무에 현저한 불균형이 발생하여 소비자에게 손해를 야기하는 계약조건을 의미한다.[552] Director General of Fair Trading v. First National Bank[553] 판결은 1심에서 신의칙의 해석에 대하여 명시적으로 대륙법적 시각을 요청하고 있고[554] 상급심에서도 이러한 관점은 그대로 견지되었다. UTCCR에서 신의성실의 요건의 독립적인 기능을 부정하는 견해도 있지만,[555] 이를 긍정하는 견해에 따르면 신

547) UTCCR은 유럽연합지침이 국내계약법에 개입된 최초의 사례로서, 1995년 7월 1일에 'UTCCR 1994(SI No 1994/3159)이 발효되었으나 이후 1999년 10월 1일에 'UTCCR 1999(SI No 1999/2083)'으로 대체되었다.
548) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 457.
549) Picardi v. Cuniberti [2002] EWHC 2923 at paras. 124~128.
550) 해당 분야에 있어서 유사 법제의 동시 적용으로 불필요한 입법적 중복이 발생하고 있다는 비판이 존재한다. UCTA와 UTCCR의 중요한 차이는 UCTA에 의하면 일정한 경우 해당 계약 조항이 자동으로 불공정한 것으로 취급되는 반면 UTCCR에서는 이처럼 당연히 효력을 상실하지는 않는다. Christian Twigg-Flesner, op. cit., p. 5.
551) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 490.
552) UTCCR Art. 5(1).
553) [2000] 1 WLR 98, 109.
554) [2000] 1 WLR 98, 109. 여기서 해당 법원은 신의성실(good faith)이라는 법문은 영국적인 의미에서 부정직하지 않다라는 의미 보다 오히려 대륙법적인(the continental civil law sense) 의미에서 해석되어야 한다고 한다.
555) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 462.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의성실은 계약조건상의 불공정성을 판단하는 중요한 기능을 수행하며 공정한 거래, 투명한 거래와 의미상 동일시된다.[556] 공정한 거래(fair dealing)란 매도인으로 하여금 소비자의 필요, 곤궁, 무경험, 경제적 약자로서의 위치나 매매 목적물에 대한 무지의 사정 등을 이용하지 않는 것을 의미하며, 투명한 거래(open dealing)에 의하면 매도인은 관련된 모든 정보를 식별할 수 있도록 표시해야 하며, 특히 소비자에게 불리할 수 있는 계약조건은 잘 인지할 수 있도록 특별한 조치를 취해야 하고 불측의 함정을 은닉하는 행위는 금지되는 것으로 이해된다.[557]

일단 당사자가 체결한 계약 내용이 불공정 계약조건으로 판단되면 해당 조항은 효력을 상실하였는데,[558] 불공정규제로 볼 수 있는 계약에 관한 가이드라인에서는 17가지 판단기준을 예시로 제시하고 있다. 즉 매도인의 법적 책임 및 소비자의 권리를 제한 또는 배제하는 규정, 소비자에게는 조건 없이 구속력 있는 합의를 요구하면서 서비스 제공에 대한 합의에는 매도인에게 유리한 조건을 두는 경우, 계약 미체결시 환불을 불허하면서 매도인의 계약 취소시에는 보상을 배제하는 경우, 소비자의 의무불이행시 과도한 배상액을 약정하는 경우, 매도인이 일방적으로 계약조건을 변경하거나 매매목적물의 상세를 변경하는 경우 등이 여기에 해당된다. 이에 따라 이상의 예시에 대하여는 신의성실의 요청에 반하고 계약조건상의 현저한 불균형을 야기하므로 불공정한 계약조건으로 간주되어 합의의 효력을 배제하도록 하였다.[559]

UTCCR에서 나타난 신의칙의 내용은 소비자 계약상의 논의에 불과하다는 한계가 있지만 영국법상 종래 인정되지 않았던 일반적인 신의성실의 개념이 현실화된 점에서 적지 않은 의미를 지닌 것으로 평가할 수 있다. 계약관계에서 상대방에 의하여 야기된 소비자의 신뢰관계를 보호하고 계약적 정의를 실현하는 의미에서 UTCCR의 신의성실 개념은 대륙법계에서 전통적으로 수용되어 온 것과 크게 다르지 않은 것으로 볼 수 있기 때문이다. 특히 가이드라인의 예시기준에서 계약조건상 현저한 불균형을 이유로 불공정한 것으로 간주되는 사례에서는 신의성실이 절차적인 의미에서 투명하고 공정한 거래 요소를 강조할 뿐만 아니라 실체적인 의미에서도 계약관계에서 불공정성의 판단기준을 구성하고 법적 근거로 작용함을 확인할 수 있다.[560] 이처럼 소비자 계약에서

556) Director General of Fair Trading v. First National Bank [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481.
557) [2001] 3 WLR 1297, 1308.
558) UTCCR Art. 8(1).
559) UTCCR Schedule 2 Indicative and Non-exhaustive List of Terms Which May Be Regarded As Unfair, Regulation 5(5); Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 471.
560) Hugh Beale, *Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts,*



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사실상 신의성실의 요건이 도입되고 불공정 계약조건의 규제에 있어서 신의성실의 개념이 폭넓게 적용됨에 따라 영국법상 UTCCR의 적용범위를 넘어 일반적인 상사거래 영역에서도 적용될 수 있을 것인가에 대한 논의가 활성화되는 계기가 되기도 하였다.[561]

한편 이상에서 여러 분야에 산재되고 불필요하게 중복되거나 실무상 복잡하게 인식되었던 소비자규정을 단일화하자는 움직임에 따라 2015년에는 CRA(Consumer Rights Act 2015)가 제정되었다.[562] CRA는 실질 면에서는 불공정 계약조건에 관하여 내용통제를 도입하였던 UCTA와 UTCCR을 보완하였고 형식 면에서는 소비자권리에 관한 유럽연합지침[563]의 이행을 위해 UCTA 및 UTCCR을 비롯해 소비자계약에 관한 종래의 법제를 통합한 점에 의의가 있다.[564] 특히 CRA는 계약관계에서 실체적 공정성에 관한 객관적 표준개념으로서 신의성실을 명시하였으므로 여기서도 신의성실은 곧 계약조건상의 불공정성의 의미와 맞닿아 있다.

CRA는 사업자(trader)와 소비자(consumer)[565] 사이의 '계약' 및 '통지(notice)'에 관하여 적용되는데 여기서 불공정 계약조건의 의미는 UTCCR과 동일하게 소비자 이익을 침해하는 방식으로 계약당사자의 권리관계에 현저한 불균형을 야기하고 신의성실

---

*in* Jack Beatson/Daniel Friedmann., eds., Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997, p. 245.

561) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 489.

562) CRA는 2015년 3월 26일 국왕의 승인을 받고 일부 그 시급성에 따라 5월 27일 발효한 규정을 제외하고 같은 해 10월 1일 발효하였다. 종래 UTCCR은 UTCA와 중복되기도 하고 조화로운 법적용이 곤란하다는 지적에 따라 CRA가 제정되었는데 이로써 소비자계약에 한하여 법원이 원용하는 법은 CRA로 단일화되었다. 최난설헌, EU 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)이 영국 소비자법제에 미친 영향, 법학연구 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015, 213면; Paul S. Davies, The Law of Contract, Oxford University Press, 2018, p. 219.

563) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, 25 October 2011, OJ [2011] L 304/64, 22 November 2011.

564) 유럽연합의 지침(directive)은 이로 인해 성취해야 할 결과에 대해서만 회원국에게 구속력을 발하고 형식이나 수단에 있어서는 어느 정도의 재량권이 인정된다. 소비자권리지침에서도 각 내용이 의무사항인 것은 아니고 선택적으로 수용여부를 판단할 수 있는 규정과 상당한 재량이 인정된 규정이 있다. 최난설헌, 위의 논문, 207면.

565) UTCCR에서 소비자 개념은 '전적으로 사업 이외의 목적으로 행위하는 개인'으로 정의하였으나 CRA에서는 "전적으로 또는 대체로, 그의 거래, 사업, 기술, 직업 이외의 목적으로 행위하는 개인"으로 정의함으로써 개인적 목적과 사업적 목적을 함께 지닌 계약에까지 소비자 개념을 확장시킨 것으로 평가된다. 유럽연합지침의 이행을 위한 법률인 점에서 CRA의 해석도 이러한 지침과의 조화로운 관점이 유지되어야 한다. 따라서 지침에 관한 종래 판례의 태도는 그대로 유지되는 반면 판례의 원용에 있어서 CRA와의 관계에서 대체된 종래의 소비자 관련 규정에 관한 부분은 배제되어야 한다. Paul S. Davies, op. cit., p. 219; 최난설헌, 위의 논문, 214면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(good faith)에 반하는 계약을 의미한다.[566] 불공정성에 관한 판단에 있어서 법원은 해당 계약 조건 체결시의 구체적인 사정, 다른 계약내용, 계약목적물의 성질 등을 고려해야 하는데 이를 공정성기준(fairness test)이라 한다.[567] 이와 같은 공정성기준을 충족시키지 못한 계약 내용에는 효력이 부여되지 않으며 이러한 기준은 소비자 통지에도 동일하게 적용된다. 특히 공정성기준에서는 소비자의 권리와 의무의 불균형이 문제되는데 이는 사업자와의 관계에서 고려된다.[568] '통지'에 관하여 예를 들면 정기구독계약에서 단기간의 통지만으로 사업자가 계약을 취소할 수 있는 규정을 두는 경우 법원은 같은 조건으로 소비자의 취소권이 인정되는가를 동등하게 판단하거나 취소에 따른 환불가능성 등에 관한 사항을 폭넓게 고려한다. 이 밖에도 CRA에서는 종래 다른 법제와 달리 약관이나 개별적으로 합의된 조건을 서로 구분하지 않는다. 앞서 UTCCR에 의하면 계약내용이 불명확한 경우 외에는 개별약정에 대한 심사가 고려되지 않았는데 CRA는 모든 계약조건에 대하여 공정성기준을 적용한 최초의 법률이 되었다.[569]

무엇보다 이러한 공정성기준에도 불구하고 어떠한 경우에도 소비자에 대한 사업자 책임을 제한하거나 이를 면케 할 수 없는 점에서 분명한 특징이 있다. 물품매매계약을 예로 들면 사업자는 만족할만한 품질이나 특별한 목적 또는 기술된 물품에 관한 책임에 있어서 어떠한 경우에도 이를 제한하거나 배제할 수 없다.[570] 이러한 규정은 계약의 성격상 본질적인 부분에 해당되므로 디지털 품목 공급계약[571]이나 서비스 제공에 관한 계약[572]에 있어서 합리적 주의 및 기술에 따른 제공의무에 있어서도 마찬가지이다. 이처럼 CRA에 의하면 이상의 불공정한 계약조건에는 효력이 부여되지 아니하고 소비자는 달리 이에 대한 입증책임도 부담하지 아니하며 사업자는 과실에 따른 사망 또는 상해 책임을 배제할 수 없는 점에서 소비자 권리보호가 더욱 강화되었다.[573]

이상에서처럼 보통법에서는 단편적인 법원칙이나 계약의 편입통제 및 해석통제에 의하여도 제거되지 못하는 불공정 요소에 있어서 입법적 해결방안을 모색해 왔다. 물론 이상에서 적용된 신의성실 개념에 의하여도 영국법체계의 특징에 비추어 계약관계의

566) CRA Section 62(4).
567) Consumer Rights Act 2015 Explanatory notes Chapter 15, Section 62: Requirement for contract terms and notices to be fair(계약조건 및 통지의 공정성에 관한 요건), para. 298.
568) Consumer Rights Act 2015 Explanatory notes Chapter 15, Section 62, para. 297.
569) 최난설헌, 앞의 논문, 216면. 다만, CRA Section 64에 따르면 소비자계약상의 공정성기준에 관한 판단으로부터 배제되는 일부 계약조건들이 규정되어 있다.
570) CRA Section 31(1).
571) CRA Section 47(1).
572) CRA Sedtion 57(1).
573) Paul S. Davies, op. cit., p. 220.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

불명확성을 야기하지 않는 범위에서만 그 법원성이 유효하다고 볼 수 있으므로 아직까지는 소비자 계약이라는 한정된 분야에서만 적용이 가능할 뿐이며 일반적인 상사계약에서는 여전히 규범적 불명확성을 야기하는 법개념으로 경계되고 있다. 또한 불공정한 계약조건에 관한 법원의 해석에 있어서도 여전히 보수적인 태도가 그대로 견지되고 있다. 그럼에도 소비자 계약상 신의성실의 요건의 도입을 계기로 종래 계약관계에서의 일반적인 신의칙에 대한 회의적인 시각에 유의미한 변화가 나타난 것만은 분명해 보인다.[574] 계약관계에서 불공정성의 판단요소로서 신의성실의 개념이 요건화 됨으로써 종래 신의칙을 대체하는 대안적인 법원칙에 의하여 단편적인 접근방식을 보였던 것과는 사뭇 다른 보편적인 효용성을 기대할 수 있기 때문이다.

(2) 신의성실에 대한 긍정적 검토: Yam Seng v. ITC 판결

이상에서 살펴본 바와 같이 대륙법에서 널리 원용되고 있는 신의성실 개념이 영국 계약법상 전통적으로 부정되어 온 점은 주지의 사실이다. 그러나 같은 영미법체계에 속하는 미국법에서는 계약의 이행 및 강제 단계에서 신의성실 개념이 수용된 이후 그 기능적 영역이 점차 확장되어 가는 경향에 비추어 보면 최근의 영국 판례에서도 신의성실이라는 이른바 새로운 개념에 있어서 긍정적인 변화가 전혀 나타나고 있지 않는 것은 아니다. 영국 판례상 신의칙에 대한 회의적인 입장의 변화는 예를 들어 Petromec Inc v. Petroleo Brasileiro SA Petrobras에서 확인되는데 이에 따르면 신의칙에 따른 교섭의무에 대하여 당사자 간 사전합의가 존재하고 계약내용에 포함되었음을 전제로 이러한 의무가 Walford v. Miles의 취지에 반하지 않는다고 판시 하였다.[575] 즉 신의성실의 의무를 일반적인 계약관계에서 인정하면서도 당사자 합의가 존재하는 경우에 한정시킨 점에서 제한적인 적용가능성을 확인시켜 준다. 또한 Yam Seng Pte Limited v. International Trade Corporation Ltd (ITC)[576]에서는 일반적으로 수용된 상관행의 범위에 한정하여 거래당사자가 가지는 합리적인 기대가 존중되어야 한다고 하면서 계약의 이행단계에서 신의성실에 따른 의무가 묵시의 계약조건에 포함될 수도 있다고 하였다. Yam Seng Pte Limited v. International Trade Corporation 판결은 특히 계약의 이행단계에서 신의성실의 의무를 묵시적 조건화 한 점에서 영국법상 긍정적인 변화가

574) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 489.
575) [2005] EWCA Civ 891.
576) [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All ER (Comm) 1321.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나타나는 것으로 평가할 수 있다.

(가) Yam Seng v. ITC 판결과 신의성실의 의무

ITC는 2009년 5월 향수제품의 중동, 아시아, 아프리카, 호주 지역 독점권을 Yam Seng에게 매도하였다. 독점권은 대부분 면세거래에 한정되었으며 독점기간은 1년으로 체결되고 이후 2011년 12월로 연장되었으나 계약위반을 이유로 2010년 7월 Yam Seng이 계약을 해제하였다. ITC는 계약체결 당시 Yam Seng에게 독점권을 양도할 권한이 없었고 계약서도 8개 조항으로 구성되어 필수내용만 포함되었다. 이후 ITC는 Yam Seng에게 제때에 제품을 인도하지 못하였고 독점권을 부여한 지역에 대하여 다른 업체에게 Yam Seng의 가격보다 낮은 가격의 판매를 허용하였다. 이에 따라 Yam Seng은 ITC가 허위정보 제공으로 계약체결을 유인하고 다른 업체와의 거래를 이유로 이행을 거절했으므로 ITC가 묵시적인 신의성실 의무를 위반했다고 주장하였다.

판결의 쟁점을 요약하면 i) ITC가 물품의 인도를 지체하였는가, ii) ITC가 허위정보를 제공하지 않을 의무를 부담하는가, iii) 면세가격을 Yam Seng보다 저가로 공급하지 않을 의무를 부담하는가로 정리할 수 있다.[577] 신의성실의 의무와 관련된 쟁점은 ii)와 iii)에 해당한다. ii)에 관하여 원고의 주장하는 계약상 묵시적 의무에 의하면 피고 ITC는 물품을 공급할 능력이나 의사도 없는 상태에서 허위정보를 제공하면서 원고의 영업손실을 야기하였으므로 계약을 위반했다고 한다. iii)에 관하여 원고가 주장하는 계약상 묵시적 의무에 의하면, 피고는 독점권 부여 지역에 타업체에게 원고보다 저가의 가격을 제시하고 계약을 체결함으로써 원고에게 손실을 야기하는 행위는 금지된다고 한다.

레가트 판사는 iii)에 관하여 계약상 묵시적 조건에 의하여 ITC에게 신의성실의 의무가 인정되지만 이를 위반하지 않았다고 하면서, ii)에 대하여는 계약상 묵시적 의무가 지나치게 광범위하게 표현된 것으로 판단했다. 즉 ii)에 관한 묵시의 계약조건에 의하면 피고에게 고의로 원고의 합리적 신뢰를 야기할 수 있는 허위정보제공은 금지되지만 단순한 허위정보제공 금지의무에 대하여는 부정하는 견해를 취하면서도 피고가 의도적으로 제품가격에 관한 허위의 정보를 제공한 행위는 묵시의 의무에 반한다고 판단하였다. 이는 사실상 계약관계에서 당사자에게 일반적인 신의성실의 의무를 묵시적 형태로

577) Hock Beng Lee, The Yam Seng Case and Its Aftermath: Possible Directions of Good Gaith in Contract Law, Faculty of Law Victoria University of Wellington, Laws, 525, 2016, p. 9. Retrieved December 18, 2018, from http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/handle/10063/6315.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

인정하는 견해에 해당하므로 영국법상 전통적으로 고수되어 온 신의성실 개념에 대한 부정적 관점을 거스르는 판결로 볼 수 있다.

이러한 전향적인 태도는 실제로 판결문의 서두에 레가트가 직접적으로 언급한 종래 영국 판례상의 신의칙에 대한 부정적인 관점과 대비되면서 더욱 명확히 확인된다. 앞서 살펴본 Walford v. Miles[578]와 Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd[579] 판결이 여기에 해당하는데,[580] 레가트는 종래 영국법상 신의칙에 대한 부정적인 관점의 근거들을 직접적으로 언급하면서 전통적으로 고수되어 온 신의칙에 대한 부정적인 견해에 문제가 있음을 비판하였다.[581] 레가트의 견해에 의하면 대체로 세 가지 이유로 신의칙의 도입을 제안하는 것으로 요약된다. 우선 영국 계약법상 신의성실 개념은 이미 특정 법체계 내에서 수용되어 원용되고 있음을 그 근거로 제시한다. 즉 판례의 태도를 종합하면 정직한 상대방이 가진 합리적인 기대는 보호되어야 하며[582] 계약상 묵시의 조건에 따라 상대방에게 협조 의무가 부여되기도 하고,[583] 특별한 부담을 야기하는 계약조건의 편입을 위해서는 상대방에게 이를 잘 인지시킬 합리적인 조치의무가 인정되며,[584] 상대방의 특정행위에 당사자의 동의가 필요한 경우 묵시의 계약조건에 따라 해당 동의를 불합리하게 유보하지 않을 의무[585] 등이 이미 보통법상 인정되고 있다고 한다. 따라서 판례에 의하면 계약당사자에게 허용된 재량권은 정직하게 행사되어야 하며 계약상 부여된 목적의 범위 내에서 신의칙에 부합하게 합리적으로 행사되어야 한다고 한다.[586]

다음으로 신의칙에 대한 부정적인 관점의 근거들을 고려하더라도 신의성실의 의무를 부정하는 견해에는 설득력이 결여되어 있다고 한다. 왜냐하면 일반적인 신의성실의 의무를 인정하더라도 종래 영국법상 신의칙과 유사한 효과를 나타내는 단편적인 방법론이 배제되어야할 이유는 없으므로 계약상 권리관계의 불명확성을 지나치게 우려할 필요가 없기 때문이다. 또한 신의칙은 계약 자유의 원칙을 제한하는 법원칙이라기보다

578) [1992] 2 AC 128.
579) [1989] 1 QB 433, 439.
580) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd. [2013] 1 C.L.C. 662, 695.
581) 종래 언급되었던 부정적인 근거로는 i) 신의성실의 개념적 불명확성으로 인한 계약관계의 불안정성과 ii) 계약상 합의된 의무의 위반이 아닌 한 영국법상 최대한 허용되는 계약자유의 원칙과의 부조화 그리고 iii) 신의성실의 한계에 따른 대안적 법원칙의 발달 및 단편적인 해결방식의 명확성 등을 예로 들 수 있다.
582) First Energy (UK) Ltd v. Hungarian International Bank Ltd [1993] 2 Lloyd's Rep 194, 196.
583) Mackay v. Dick (1881) 6 App Cas 251, 263.
584) Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433.
585) Gan Insuarance Co Ltd v. Tai Ping Insurance Co Ltd (No 2) [2001] 2 ALL ER (Comm) 299.
586) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, 701.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

오히려 당사자의 진정한 의도에 효력을 부여함으로써 진정한 계약 목적을 성취하기 위한 법원칙이기 때문이며, 이를 긍정하더라도 신의성실에 따른 묵시의 의무는 당사자의 선택에 따라 명시적 합의에 의하여 유보가 가능하기 때문이라고 한다.[587]

마지막으로 비교법적 관점에서 신의성실의 의무는 대부분의 유럽국가를 비롯한 대륙법계 국가뿐만 아니라 미국, 캐나다,[588] 호주[589] 등 영미법계 국가들에 의해 채택된 법원칙임을 근거로 제시한다. 더욱이 협약과 같은 다양한 국제협약[590]이나 다른 법체계[591]에서도 신의성실의 개념은 폭넓게 수용된 법원칙에 해당하므로 이를 부정하는 관점은 세계법의 시류와 현대법의 발달에 역행하는 태도인 점을 지적 한다. 이에 따르면 Yam Seng 판결의 관점은 신의칙에 대한 비교법적 시각이 영국법체계의 발달에 중요한 역할을 할 수 있음을 시사하기도 한다.[592]

(나) 신의성실의 의무의 내용과 적용범위

Yam Seng 판결의 신의칙은 구체적인 상황에 따라 당사자에게 계약상 묵시의 의무를 긍정한다. 특히 이러한 의무는 상대방과의 관계에서 특별한 신뢰관계가 요구되는 계약에 부수하므로 레가트에게 신의성실의 개념은 모든 상사계약에서 법률상 인정되는 묵시적 의무는 아니라고 할 수 있다. 그러나 레가트는 신의성실 개념을 당사자의 의사가 추정되는 모든 상사계약에 사실상 인정되는 묵시의 의무로서 인식한다. 무엇보다 Yam Seng 판결이 영국법상 신의칙에 대한 관점에 중요한 의미를 갖는 이유는 구체적인 사건에 종래 전통적인 방법론에 따라 신의성실 개념을 대체하는 법원칙을 통해 단편적인 접근방식을 취할 수 있었음에도 계약 이행단계에서의 일반적인 신의칙을 제안하였다는 점에서 찾을 수 있다.[593] Yam Seng 판결에서 원용되는 일반적인 신의성실의 의무의 구체적인 내용은 대체로 다음 네 가지로 정리할 수 있다.[594]

---

587) Ewan McKendrick, *Good Faith in Contract Performance-England, in* Larry A DiMatteo/Martin Hogg, eds., Comparative Contract Law: British and American Perspectives, Oxford University Press, 2016, p. 202.

588) Transamerica Life Inc v. ING Canada Inc. 2003 68 OR (3d) 457, 468; Bhasin v. Hrynew 2014 SCC 71.

589) Renard Constructions (ME) Pty v. Minister for Public Works (1992) 44 NSWLR 349.

590) 협약 제7조 제1항.

591) 예컨대 영국의 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999와 EU Directives 그리고 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Art. 1.7이나 Principles of European Contract Law Art. 1.106(1) 등이 있다.

592) 상세는 Ewan McKendrick, Good Faith in Contract Performance-England, p. 198~199 참조.

593) Ewan McKendrick, Good Faith in Contract Performance-England, p. 204.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

첫째, 묵시적 의무로서 신의성실은 정직성이 가장 중요한 핵심내용을 이루고 거의 모든 계약관계에서 상대방의 정직성에 대한 합리적인 기대가 신의성실이 구성하는 법규범의 전형에 해당된다.[595] 정직성이란 단순히 허위의 정보의 미제공 이상을 의미하며 계약이행에 필요한 정보 요청에 명확한 답변을 회피하는 행위도 bad faith에 해당된다.[596] 요구되는 정직성의 수위에서도 특수한 신뢰관계 아래 긴밀한 상호협조나 의사소통이 요청되는 이른바 관계적 계약이나 장기 계약에서 더 높은 의무가 인정된다.

둘째, 계약 이행에 있어서 신의성실이란 정직성과 함께 구체적으로 명시하지 않더라도 합리적인 사람이라면 계약상 의무에 포함된 것으로 이해되는 상거래 기준의 준수를 의미한다.[597] 이에 따르면 영국법상 bad faith에 해당하는 행위가 반드시 정직성의 요건에 반하지 않는 경우 즉 정직한 행위이지만 부적절하거나, 상거래상 수용되기 힘든 또는 비양심적인 행위도 신의성실의 규율범위에 포함될 수 있다.[598]

셋째, 신의성실에 대한 판단은 당사자의 주관적 의사가 아니라 특정상황에서 정직하고 합리적인 인간이 인식한 바에 따라 해당 행위가 상거래상 수용가능성이 있는지, 즉 신의성실의 객관적 요소가 중요한 기준이 된다.[599] 이는 특히 계약의 해석에 있어서 객관주의적 판단을 견지하는 영국 법원의 관점을 원용함으로써 계약상 권리관계의 불명확성의 우려를 불실시키고자 한 것으로 이해된다.[600]

넷째, 신의성실 요건의 충족 여부는 획일적 판단이 어렵고 다양한 사례의 구체적 사실관계에 따라 달리 해석되어야 한다.[601] 비록 해석상의 불명확성이 신의칙에 대한 부정적인 견해의 주요 근거가 되는 점은 분명하지만 획일적이고 지나치게 구체적인 판단기준은 오히려 신의칙의 긍정적인 기능을 상쇄시킬 수 있다. 또한 사실관계에 따른 구체적 타당성의 고려는 종래 계약 관계의 해석에 관한 전통적인 영국 법원의 관점과도 일치하는 점에서 더욱 설득력이 부여된다.

(다) Yam Seng v. ITC 판결의 영향에 대한 검토

---

594) Ewan McKendrick, Good Faith in Contract Performance-England, p. 203.
595) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 135.
596) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 142.
597) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 138.
598) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 138.
599) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 144.
600) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 144.
601) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 141.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Yam Seng v. ITC 판결은 종래 영국법상 단편적인 법원칙에 의한 방법론이 존재함에도 계약 이행에 있어서 일반적인 법원칙으로서 신의칙을 제안한 점에서 전향적인 판결로 이해된다. 그러나 여기에서 논의된 일반적인 신의성실 의무는 사안의 해결과 직접적으로는 무관한 방론(obiter dictum)에 그치고 구체적 사안의 해결에 필수적인 주론(ratio decidendi)에 미치지 못한 점에서 판례법으로서 기속력이 높다고 할 수 없다. 이에 따라 Yam Seng 판결을 인용하고 있는 2013년 이후의 판결에서도 대체로 신의칙에 대한 종래 전통적인 부정적인 관점이 그대로 고수되고 있다.[602] 그중에는 예컨대 Mid Essex Hospital Service NHS Trust v. Company Group UK and Ireland Ltd[603] 판결처럼 영국법상 일반적인 신의성실의 의무를 원칙적으로 부정하면서도 당사자 간 명시적 합의를 조건으로 하거나 특정 계약유형에 한하여 법률상 묵시적 조건화함으로써 이를 긍정하는 판결도 존재한다.[604]

그러나 신의칙에 대한 영국법의 전통적인 관점에 비추어 Yam Seng 이후에도 계약자유의 원칙에 대한 영국법원의 일관적인 선호 경향은 큰 변화가 없는 것으로 보인다. 이는 계약관계의 불안정 우려를 감수하면서까지 개념적 명확성이 결여된 법원칙을 적용할 만큼 당사자의 구체적인 합의에 기초한 전통적 방법론에 특별한 문제의식이 존재하지 않음을 시사한다.[605] 이러한 관점은 Yam Seng 판결에서 논의된 신의칙이 이후의 판결에서 직접적으로 인용되지 않고 구별되어 논의되는 점으로부터 확인된다.[606] 이처럼 모든 상사계약에서 당사자의 추정된 의도를 기초로 신의성실에 관한 사실상의 묵시적 의무를 긍정하는 해당 판결의 취지는 이후에 큰 영향력을 나타내지 못하고 있다. 이러한 경향은 특히 계약상 허용된 재량권의 제한이라는 관점에서 살펴볼 수 있다.

602) Hock Beng Lee, op. cit., p. 16~22.
603) [2013] EWCA Civ 200.
604) [2013] EWCA Civ 200. no. 105.
605) Hock Beng Lee, op. cit., p. 17.
606) Yam Seng 이후 판결에서 신의칙에 대한 부정적인 관점이 견지되고 있는 이유를 종합하면 대체로 묵시적 계약조건의 내용이 명시적 계약조건에 반할 가능성이 있다는 점(Carewatch Care Services Ltd v. Focus Care Services Ltd [2014] EWHC 2313 (Ch)), 명시적 계약조건이 매우 구체적이어서 묵시의 계약조건에 따라 일반적인 신의성실 의무를 인정할 여지가 없다는 점(Acer Investment Management Ltd v. Mansion Group Ltd [2014] EHWC 3011 (QB)), 묵시의 계약조건의 내용이 지나치게 광범위하거나 모호하므로 인정하기 곤란하다는 점(Carewatch Care Services Ltd v. Focus Care Services Ltd [2014] EWHC 2313 (Ch)), 묵시의 계약조건으로 인하여 당사자 사이에 실제로 합의된 내용보다 더 과중한 의무가 부여될 우려가 있다는 점(Hamsard 3147 Ltd v. Boots UK Ktd [2013] EWHC 3251 (Pat), [2013] All ER (d) 12 (Nov)) 계약관계의 특성상 상사거래 당사자에 대해서는 적용이 적합하지 않다는 점(Acer Investment Management Ltd v. Mansion Group Ltd [2014] EHWC 3011 (QB)), 당사자 간 계약이 특별한 신뢰관계를 요하지 않거나 장기계약이 아니라는 점(Camurat v. Thurrock Borough Council [2014] EWHC 2482 (QB)) 등이 언급된다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

예를 들어 Monde Petroleum SA v. Westernzagros Ltd,[607] Portsmouth City Council v. Ensign Highway Ltd,[608] TSG Building Services plc v. South Anglia Housing Ltd[609] 등의 판결에서는 계약관계에서 당사자에게 허용된 재량권 행사에 관한 쟁점을 다루면서, 이를 규율하는 종래 계약 해석에 관한 보통법상의 법원칙이 존재함에도 묵시의 계약조건에 의하여 신의칙의 적용이 가능한지를 검토하였다. 이에 따르면 요약건대 재량권의 존부에 대한 해석이 불필요한 절대적인 재량권의 경우에는 신의성실에 관한 묵시적 의무에 의하여도 제한될 여지가 없다.[610] 마찬가지로 계약관계에서 절대적 재량권이 존재함을 전제로 그 행사여부의 결정권한만이 문제되는 경우에도 해당 재량권은 신의성실에 관한 묵시적 의무에 제한을 받지 않는다.[611] 다만 재량권의 행사상 당사자의 균형적인 권리관계의 측면에서 가치판단의 문제가 존재하는 경우에는 해당 재량권은 묵시의 의무에 제한을 받을 여지가 존재한다.

판례에 의하면 재량권이 허용된 계약에서 상대방에 대해 일반적인 신의성실의 의무가 인정되지 않을지라도 재량권의 행사는 정직하고, 적절한 방법으로 행사되어야 하며 독단적이거나, 불합리하고, 일관성 없이 행사해서는 안 된다고 한다.[612] 그러나 이와 같은 보통법상 계약해석에 관한 법원칙 외에 신의성실의 의무를 인용한 사례에서는 정직성과 같은 신의칙의 주관적 요소가 강조된 경우로 해석된다.[613] 이는 바꾸어 말하면 신의칙의 주관적 요소가 강조되지 않는 경우에는 묵시의 계약조건에 해당되지 않음을 의미하기도 한다. 물론 신의성실 요건의 충족 여부는 획일적 판단이 곤란하고 구체적 사실관계에 따라 달리 해석되는 점을 고려해보면 이러한 재량권이 허용된 경우 신의성실에 관한 묵시의 의무가 인정될 가능성은 더 확장될 여지도 없지 않다.[614]

## 나. 미국 계약법상 신의성실의 원칙의 기능적 확장

607) [2016] EWHC 1472, no. 267.
608) [2015] EWHC 1909, no. 85.
609) [2013] EWHC 115, no. 31~34.
610) TSG Building Services v. South Anglia Housing Ltd [2013] EWHC 1151 (TCC), [2013] BLR 484.
611) Ewan McKendrick, Good Faith in Contract Performance-England, p. 207.
612) Portsmouth City Council v. Ensign Highways Limited [2015] EWHC 1969.
613) Richard Hoolay, Controlling Contractual Discretion, The Cambridge Law Journal, Vol. 72, Issue 1, 2013, p. 67; Hock Beng Lee, op. cit., p. 18.
614) 예를 들어 신의성실에 관한 묵시의 의무를 인정할 경우에도 직원들의 보너스 지급에 관한 이사회의 재량권 행사는 스스로의 이익을 위해 존재하는 상사계약상의 재량권에서보다 더 넓은 적용가능성을 지닌 것으로 해석된다. [2014] EWHC 1156.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의성실의 법리는 영국법의 전통에서보다 미국의 법체계를 통해서 현실적인 측면에서 안정적인 정착을 이루고 기능적으로 확장되었다. 심지어 미국 계약법에서는 입법에 의하여 계약의 이행과 강제 단계에서 명문화함으로써 이를 원칙적으로 부정하는 영국법과 큰 차이를 보인다. 다만 이러한 기능적 확장에도 불구하고 민법 전반에 걸친 지도원리로 승격된 우리 민법상의 위상과는 상당한 차이가 있다. 신의칙에 대한 미국법의 전향적인 시각의 근저에는 1920~1930년대 입법과 사법뿐만 아니라 미국법의 사고에 특히 신의칙을 중심으로 적지 않은 영향을 미쳤던 독일식의 법도그마가 주요한 배경을 이룬 것으로 알려져 있다.[615] 이에 따라 합리적 신뢰, 신의성실과 같은 추상적인 법개념이 연방 및 주법과 판례법에도 스며들게 되었다.

미국 계약법상 신의칙이 원용된 법원으로는 국제규범으로서 협약과 함께 UCC와 Restatement (2nd)가 주요하다.[616] 미국에서 본격적으로 신의칙이 논의되기 시작한 시기는 1970년대 이후로서 비교적 오래되지는 않았지만 입법적 도입 이전에도 이를 인정한 초기의 판례들을 찾아 볼 수 있다.[617] 그러나 초기 판례들의 논의는 일부 주에 한하여 제한적으로만 신의성실 개념을 원용하고 묵시적 의무를 긍정한 점에서 이를 일반적인 수용으로 보기는 어렵다. 당대의 대표적인 학자들의 저술에서도 신의성실의 의무에 관한 인식은 찾아볼 수 없는 것으로 알려져 있다.[618] 이처럼 전통적인 보통법의 관점에서 강조된 사적자치의 원칙은 미국계약법의 근대적인 법사고에도 중요한 영향을 미쳤다. 20세기 초부터 비로소 미국에서도 보통법상 비양심성의 법리나 금반언의 법리가 수용되면서[619] 신의칙도 이러한 시대적 배경과 함께 일반적인 수용론이 제기될 수 있었던 것으로 보인다.[620] 따라서 적어도 미국의 계약법상 1960년대 이전에는 로마법에서 기원하여 대륙법의 방법론으로 전승된 일반적인 신의성실의 원칙은 사실상 단절되어 있었던 것으로 봄이 타당하다. 미국법상의 계약관계에서 신의칙의 일반적인 수용이 있었다고 볼 수 있는 시기는 대체로 UCC에 신의성실 개념이 도입된 시기와 일치한다.[621]

---

615) 상세는 Mathias Reimann, United States in The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820~1920, Duncker & Humblot, 1993, p. 90~97 참조.
616) E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 155.
617) 뉴욕 주 대법원에서 각각 선고했던 Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon 222 NY 88, 118 NE 214 판결과 Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co. 263 NY 79, 188 NE 163 판결이 주로 인용된다.
618) Robert S. Summers, op. cit., p. 119.
619) 김영주, 미국 판례법상 비양심성 법리의 전개. 기업법연구 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013, 96~97면; Larry A Dimatteo, op. cit., p. 362~364.
620) 김영주, 미국통일상법전상 신의성실의 원칙, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014, 136~137면 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 미국 계약법 체계와 신의성실 개념의 수용

(가) UCC상의 신의성실의 원칙

UCC § 1-304에 의하면 '이 법이 규율하는 모든 계약상 의무의 이행 또는 강제'에 있어서 각 당사자는 신의성실 의무를 부담한다. 여기서 계약상 의무의 이행 또는 강제란 UCC의 적용대상이 되는 계약상 권리의 실현과정을 의미하므로[622] 특히 물품매매에 관한 계약의 이행 및 강제 단계에서 일반적인 신의칙이 인정되는 것으로 해석된다. 다만 이 조항에서 계약의 교섭 및 체결단계의 신의칙은 명시된 바가 없다. 즉 계약 전 당사자의 행위는 신의칙과의 관계에서 일반적으로 계약의 자유가 더 중요시된다. 이와 함께 UCC § 1-201(20)에서는 신의성실을 정의하면서 '사실상의 정직'과 '공정거래에 관한 합리적인 기준의 준수'를 의미한다고 규정한다. 이는 2001년 UCC의 정의 규정이 개정된 것으로 사실상의 정직이라는 기존 내용에 공정거래에 관한 합리적 기준의 준수 요소가 추가로 삽입된 것이었다.[623] UCC Artcle 1의 통칙은 거래주체의 성격을 불문하는 반면 UCC Article 2의 매매규정은 원칙적으로 상인에 한하여 적용되는데 UCC Article 2의 § 2-103(b)에서도 마찬가지로 상인의 경우에 물품매매에 관하여 신의성실을 규정하면서 사실상의 정직 뿐만 아니라 해당 거래에 있어서 공정거래에 관한 합리적인 기준의 준수를 의미한다고 규정한다. UCC Article 1이 상인과 비상인을 구분하는 반면 UCC Article 2는 원칙적으로 상인에 한하여 적용되는 점에서 각 신의칙 규정의 적용도 이와 같다고 할 수 있으나 각 규정상의 신의성실의 판단요소에는 특별한 차이가 없으므로 실질적으로는 동일한 판단기준이 적용된다.[624]

UCC에서 의미하는 사실상의 정직이란 계약관계에서 일반적으로 인정되는 신의성실의 주관적 측면으로서 동일부류의 합리적인 사람이 지녔을 내심의 상태가 아니라 당사자의 실제 주관적 의도나 의사가 신의칙상 의무 이행의 중요한 판단기준이 된다.[625]

621) Jack Beatson/Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997, p. 155.
622) UCC § 1-304, comment 2.
623) 2001년 개정전의 UCC § 1-201(19)는 신의성실을 정의하면서 '행동이나 당해 거래에 있어서 사실상의 정직성이라고만 정의되어 있었다. 이는 원래 초안과도 다른 것으로 당초 초안에서는 이와 함께 객관적인 기준도 함께 포함되었다. 최종 채택과정에서 보통인의 인식에 의하면 신의성실이란 단지 정직성만을 의미한다고 하여 미국변호사협회의 제안으로 제외되었으나, 2001년 개정된 UCC § 1-201(2)은 종래 주관적 요소와 함께 객관적 요소를 추가하였다. 윤진수, 앞의 논문, 46~48면.
624) 김영호, 상사거래에서의 신의칙법리의 체계, 상사판례연구 제24집 제1권, 한국상사판례학회, 2011, 62~63면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

반면 신의성실의 객관적인 요소는 해당 거래에 있어서 공정거래에 관한 합리적인 기준의 준수에 반영되어 있는 것으로 평가된다. 신의성실의 정의에 대한 객관적인 요소는 거래당사자가 상인인 경우에 해당 거래에서 공정거래에 관한 합리적인 표준이 존재하는 경우에 적용되며, 이는 계약의 이행이나 강제에 있어서의 공정성과 합리성을 의미하는 것으로 이해된다.[626] 신의성실의 의무에 부합하는가에 대한 객관적인 판단 즉 공정성에 대한 판단은 정직성이라는 주관적인 판단보다도 더 많은 입증을 요한다.[627] 2001년 신의성실의 정의 규정이 개정되면서 종래 주관적 요소였던 사실상의 정직에 추가적으로 객관적 요소로 평가되는 공정거래에 관한 합리적 기준이 포함됨으로써 신의성실의 적용상의 범위가 넓어졌을 뿐만 아니라 법원의 최종적인 판단에 있어서 해석상 재량의 범위가 확장됨으로써 미국법 및 사법체계상 신의성실 개념의 일반적인 수용 태도가 보다 폭넓게 나타날 수 있었던 것으로 보인다.[628]

### (나) 계약법에 관한 Restatement (2nd) § 205의 신의성실

UCC의 신의성실 규정은 미국의 보통법 즉 계약법에 관한 Restatement (2nd)에 직접적인 영향을 준 것으로 알려져 있다.[629] 판례법을 정리했다는 의미에서 법재록(法再錄)[630]이라고도 불리는 Restatement는 판례법 체계에서는 2차적 법원으로서 그 자체로 강행성을 지니지는 않지만 보통법의 원칙을 재정리한 법원으로서 폭넓게 원용되고 있고 입법에 의한 법률은 아니나 사실상 법으로서의 권위를 인정받고 있다.[631]

---

625) First Nat. Bank of Cicero v. Lewco Securities Corp., 860 F. 2d 1407, 1416 (7th Cir. 1988); 1 William D. Hawkland, Uniform Commercial Code Series S. 1-203: 1 at art. 1-218 (1998); Harry M. Flechtner, Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality, Pace International Law Review, Vol. 13 Issue 2, 2001, p. 302.

626) Harry M. Flechtner, op. cit., p. 304.

627) Robert S. Summers, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, Cornell Law Review, Vol. 67, 1982, p. 828; Jeffrey A. Shapiro, Illinois Standard of Good Faith under Section 1-208 of the UCC: Watseka First National Bank versus RUDA creates a Subjective Standard, Depaul Business Law Journal, Fall/Winter, 1991, p. 200.

628) 이 밖에도 UCC 약 400개 규정 중에서 50개 이상의 규정에서 신의성실의 개념을 구체적으로 언급하고 있는 점에서 미국법상의 계약관계에서 신의칙의 일반적인 수용 경향을 확인할 수 있다. E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 155.

629) E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 155.

630) 권재열, 미국의 연방주의와 주요법원, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제2권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2009, 172면.

631) 1920년대부터 착수된 작업은 첫 번째 Restatement가 공포된 1932년에야 첫 번째 결실을 보았다. Restatement (2nd) of Contracts이 나오기까지 약40년의 격차는 특히 § 205에서 두드러진다. Robert S. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, p. 119~120; 권재열, 위의



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Restatement (2nd) § 205[632]에 따르면 UCC와 마찬가지로 '모든 계약의 이행 또는 강제'에 있어서 당사자는 신의성실 및 공정거래의 의무를 부담한다. 비록 계약법에 관한 Restatement (2nd)가 UCC와 같은 분야에서 입법적 효력을 나타내는 것은 아니지만 UCC가 적용되지 않는 분야에서는 중요하게 적용되는 법원이라 할 수 있다. 그러나 당초 1932년 제정된 최초의 Restatement에서는 현재의 § 205와 같은 규정을 두고 있지 않았다. § 205는 종래 1968년에 제정되었던 UCC § 1-203[633]에 관하여 이후 축적된 판례의 내용과 학계의 견해를 반영하는 측면에서 전혀 새로운 내용이 추가된 것이었다.[634] 즉 Restatement가 제정된 이후 법원실무에서의 법원성이 점증함에 따라 1980년대에는 Restatement (2nd) § 205의 추가와 함께 상당수의 미국 주에서도 계약관계에서 일반적인 신의칙을 명시적으로 원용하기에 이르렀고 모든 주에서 당시 UCC § 1-203을 채택하게 되었다.[635] 따라서 Restatement (2nd)에 한해서는 현재의 규정(§ 205)이 추가된 점으로부터 미국 계약법상 신의칙에 관한 진일보한 성과가 있었던 것으로 이해된다.[636] 다만 계약의 이행 및 강제의 단계에서는 일반적인 신의칙이 인정되는 반면 계약의 교섭 및 체결단계에서는 UCC와 마찬가지로 계약 자유의 원칙이 강조되어 신의칙을 명문화하지 않고 있다.[637] 이 점에서 전통적으로 신의성실과 같은 추상적인 개념의 도입에 있어서 소극적이었던 영미법계의 태도가 반영된 것으로 볼 수 있다.

Restatement (2nd) § 205의 공식 코멘트를 종합하면 신의칙의 의미와 기능은 세 가지로 요약된다. 첫째, 신의성실의 의미는 획일적 판단이 어렵고 다양한 사례의 구체적 사실관계에 따라 달리 해석된다.[638] 이 점에서 실체적 의미에 대하여 상황별 민감성을 요구한 Yam Seng 판결의 신의성실과 큰 차이가 없다.[639] 대체로 합의된 목적에 대한 성실성과 상대방의 정당한 기대에 대한 일관성이 계약의 이행 및 강제 단계의 신의칙에서 핵심을 이룬다.[640] 따라서 이에 반하는 불공정, 불합리 또는 부적절한 행위는 배

---

논문, 172면.

632) Restatement (2nd) of Contracts 205 (1979).

633) UCC § 1-203. "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement(이 법상의 모든 계약이나 의무는 그 이행이나 집행에 있어서 신의성실의 의무를 지닌다)".

634) Robert S. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, p. 119~120.

635) Ibid, p. 120.

636) Robert S. Summers, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, p. 810.

637) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts.

638) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts. a. Meanings of "good faith".

639) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] 1 C.L.C. 662, no. 141.

640) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts. a. Meanings of "good faith".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제되고 적절한 구제수단도 상황에 따라 달라진다.[641] 또한 계약 체결 단계에서는 신의칙의 특별한 실익을 배제하고 사기나 강박의 법리와 같이 이를 대체하는 구체적인 법원칙에 의하여 bad faith를 규율하는 점에서 영국법의 태도와 유사하다.[642] 둘째, 계약 이행 단계에서는 당사자 행위가 신의성실의 주관적 요소를 충족하더라도 신의칙에 반할 수 있는 점에서 더 큰 의미가 부여된다. 즉 공정거래의 관점에서는 행위의 정직성에 문제가 없거나 정당하다고 믿는 경우를 비롯해 심지어 부작위도 bad faith에 해당될 수 있다.[643] 셋째, 신의칙은 계약상 권리에 관한 소의 제기, 조정, 항변 등 계약 강제 단계에서도 영향을 미친다. 신의성실의 객관적인 요소에 반하는 행위로는 분쟁의 조장이나 사실관계의 조작 그리고 스스로의 이해에 반하는 계약해석을 주장하는 행위를 들 수 있고, 공정거래의 측면에서 신의성실의 객관적 요소에 반하는 행위로는 상대방의 궁박을 이용하여 계약 수정을 강요하거나 고의로 손해를 경감하지 않는 행위, 계약해제권의 남용 등이 그 예시에 해당된다.[644]

이처럼 계약법에 관한 Restatement (2nd) § 205에서 제시된 신의칙에서는 앞서 UCC에서와 같이 신의성실 개념을 언급하면서 공정거래를 포함시킴으로써 신의성실의 객관적인 요소를 잘 반영하고 있는 것으로 평가된다. 다시 말해 신의칙상 의무의 준수 여부에 대한 해석 및 판단에 있어서 해당 거래에서 특별히 존재하는 공정거래에 관한 객관적인 기준의 검토가 요청된다. 따라서 UCC 및 계약법에 관한 Restatement (2nd)의 태도를 종합하면 미국법체계상 객관적인 신의성실의 기준이 계약의 이행과 강제에 있어서 폭넓은 수용 경향을 보이고 있는 것으로 요약된다. 이는 계약관계에서 법적 불안정성 및 개념상의 모호성을 이유로 부정적인 입장을 보였던 영국법의 태도와 달리 신의성실 개념이 중요한 기능성을 함의하고 있음을 시사하며 신의성실의 실체적인 의미부여에 관한 측면에서도 영국법체계와는 상당한 시각차이가 존재함을 확인할 수 있다.

641) 다만 good faith purchase에서의 신의성실은 매수인의 정직성을 강조하는 점에서 계약 이행상의 신의성실과 다른 의미를 지닌다고 한다.

642) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts. b. Good faith purchase, c. Good faith in negotiation.

643) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts. d. Good faith performance. 신의칙에 반하는 행위는 열거가 불가능하지만 제시된 예시에 의하면, 거래의 정신에 어긋난 행위, 성실성이 결여되었거나 나태한 행위, 고의로 완전한 이행을 제공하지 않는 행위, 계약 조건의 구체화 과정에서 권한을 남용하는 행위, 상대방의 이행을 방해하거나 필요한 협조를 제공하지 않는 행위가 여기에 해당한다고 한다.

644) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts. e. Good faith in enforcement.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 미국 계약법상 신의성실의 의미에 대한 기능주의적 이해

이상에서 미국 계약법에서 도입된 신의성실 개념의 규범적 의의를 살펴봄으로써 원칙적으로 법원칙으로서 신의성실 개념에 회의적이었던 영국법의 전통적인 관점과 달리 미국 계약법에서는 폭넓은 영역에서 신의칙에 대한 긍정적인 수용이 있었음을 확인할 수 있었다. 나아가 영국법상 신의성실에 대한 논의가 법원칙으로서 원용가능성에 대한 추상적인 측면에서 대체로 정체되어 있었다면 미국법상의 논의는 신의성실의 의무의 구체적인 의미 및 기능에 대하여 현실적인 적용에 이르기까지 진일보한 것으로 이해된다. 이러한 현상은 미국법상의 계약관계에서 신의성실의 역할에 관해 주장되었던 종래의 기능주의적 이론을 통해 확인할 수 있다.

(가) bad faith의 배제기제로서 신의성실

미국 판례법상 신의성실이 강조하는 바는 합의된 계약 목적 달성을 위한 당사자의 성실한 태도와 이에 수반되는 합리적 기대에 관한 일관성으로 요약되는데 이는 획일적으로 적용되지 않고 계약관계의 구체적인 상황에 따라 다양한 적용가능성을 내포한다.[645] 그러나 이러한 적용상의 유연성은 신의칙의 실체적인 의미에 있어 불명확성을 야기하기도 한다. 이러한 관점에서 1968년 신의칙을 분석한 서머즈(Summers) 교수의 견해는 신의성실 개념의 역할은 정의 관념에 반하거나 불합리하다고 판단되는 특정 행위를 배제하는 기능에 있음을 강조하면서 법적 이상을 성취하는 데 있어서 추상적인 신의성실의 이해에 기능주의적 관점을 취한다. 이에 따르면 신의성실은 bad faith의 배제기제로서 배제대상과 대비되는 경우에 비로소 특정 의미가 부여되는 것이지 그 자체로는 일반적인 의미를 지니고 있지 않은 개념이라고 한다.[646]

이처럼 배제기제로서의 신의칙은 실제 의미부여에 있어서는 소극적인 관점을 취한다. 서머즈는 아리스토텔레스가 특정 단어에 실체적인 의미가 부재하더라도 다른 의미의 배제기능을 통해 결과적으로 유의미한 존재가 될 수 있다고 한 점에 주목한다.[647] 그에 따르면 신의성실 개념도 마찬가지로 이해되는데, 즉 신의성실에 사실상의 정직과

645) Comment on Section 205 Restatement (2nd) of Contracts.
646) 윤진수, 미국 계약법상 Good Faith 원칙, 50~51면; Summers R. S. Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, p. 201.
647) Robert S. Summers, Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, p. 201.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

같은 실체적 의미를 부여하더라도 그 실제는 신의성실의 기능과 일치하지는 않는다. 예를 들어 계약 체결 후 경미한 하자를 이유로 수령을 거절하는 경우 매수인이 제3자로부터 더 낮은 가격에 매입할 수 있다고 하면서 정직하게 거절사유를 통지하는 경우에는 정직을 요소로 하는 신의성실의 의미에는 반하지 않으나 여전히 계약상 권리 남용에 따른 불공정성은 잔존한다. 따라서 서머즈에 의하면 신의성실은 그 자체로 명확한 의미부여가 적절치 않은 불명확한 개념이며 오히려 bad faith에 기초한 행위나 이를 배제하는 개념으로 간주하는 기능주의적 접근방식을 취한다. 신의성실의 의미는 bad faith와 대조됨으로써 비로소 개념상의 불명확성이 제거되는 성질을 지닌다는 것이다.[648]

신의성실에 대한 서머즈 교수의 관점은 이에 따른 사법적 판단에 있어서 법관의 관심이 실제로 신의성실의 의미규명에 있지는 않다는 점에서 출발한다. 즉 서머즈의 기능주의에 의하면 법관의 관심은 신의성실을 원용함으로써 이에 반하는 행위의 효력을 배제하는데 있다. 따라서 서머즈의 견해는 신의칙의 의의가 반드시 개념상의 명확성을 규명해내야만 존재하는 것은 아니므로 구태여 배제기제로서의 신의성실의 기능적 효용성이 인정됨에도 개념적 모호성을 문제 삼을 이유는 없다는 취지로 이해된다.[649] 이에 따를 경우 신의성실에 부합하는 행위란 신의성실의 구체적인 요건을 충족하는 행위라기보다는 오히려 예컨대 상대방의 손해를 경감하는데 있어서 성실성이 결여된 행위나 bad faith에 기초한 행위를 지양함을 의미한다.[650] 따라서 신의칙을 배제기제로 보는 기능주의적 관점에 따를 경우 신의성실의 실제 의미는 bad faith가 모두 배제된 잔여요소로 구성되므로 결국 논리적 측면에서 무엇이 bad faith인가라는 문제로 귀결된다.

신의칙에 대한 서머즈의 기능주의적인 접근방식은 계약법에 관한 Restatement (2nd)에 대체로 그대로 반영된 것으로 평가할 수 있다. 예를 들어 Restatement (2nd)상의 신의성실은 다양한 유형의 계약에서 bad faith라 불리는 행위와 그 효력을 배제하는 기능을 수행하며, bad faith의 예시는 모두 열거될 수 있는 성질이 아니지만 여기에는 계약관계에 존재했던 거래의 정신을 훼손하는 행위[651]나 손해 경감의무를 고의로 해태하는 행위, 상대방의 필요를 이용해 계약을 변경하는 행위, 그밖에 성실성이 결여되었

---

648) Robert S. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, p. 126.
649) Ibid, p. 127.
650) Ibid.
651) Parev Prods. Co. v. I & Sons, 124 F. 2d 147, 150(2d Cir. 1941). 매도인이 상품을 개발하고 이에 대한 권리를 양도하면서 매수인이 로열티 지급을 약정한 경우, 매수인이 이와 다른 상품을 개발하고 로열티 지급의무를 해태하는 것은 거래의 정신에 반한다고 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

거나 권리를 남용하여 계약조건을 구체화하지 않는 행위 등 앞서 Restatement (2nd)의 코멘트에서 제시된 행위가 폭넓게 포함된다.[652] 신의칙의 배제기제로서의 역할이 계약의 이행뿐만 아니라 강제에 있어서도 bad faith에 관한 예시를 통해 동일하게 나타나는 점도 앞서 살펴본 바와 같다. 즉 여기에는 상호이해에 반하는 해석을 주장하거나 사실관계를 곡해하는 행위, 권리를 남용하여 계약을 해제하려는 행위 등이 해당될 수 있다.[653]

(나) 재량권 행사의 제한기제로서 신의성실

미국 계약법상 신의칙은 계약 이행 단계의 다양한 상황에서 계약당사자를 구속한다. 1963년 신의성실에 관한 논문을 발표한 판스워드(Farnsworth)는 신의칙의 이러한 구속력이 외관상 각 당사자가 계약관계에서 행사하는 재량권의 제한으로 나타나는 점에 주목한다. 예를 들어 UCC § 2-306상 매도인의 산출량에 따라 수량이 지정되는 계약(output contract)이나 매수인의 수요에 따라 수량이 결정되는 계약(requirement contract)에서 수량조건의 의미는 계약상 별도의 특정이 요구되지 아니하고 신의칙에 따라 실제 매도인이 산출하거나 매수인에게 발생하는 수요에 따른 수량을 뜻한다.[654] 다만 이러한 기준을 초과하거나 미달하는 산출 또는 수요분에 대하여는 신의성실이 요구하는 바가 충족되어야 한다. 따라서 이에 따른 계약에서 매수인이나 매도인은 각각 투기를 목적으로 과도한 수량을 요청한다거나 부당하게 산출을 늘리는 행위가 금지되므로 사실상 재량권에 제한을 받는 것으로 볼 수 있다.[655]

계약당사자에 대한 재량권의 제한은 UCC가 적용되지 않는 계약에서도 마찬가지로 적용된다. 예를 들어 상대방이 동의한 경우에 한하여 당사자의 계약 양도를 허용하는 계약에서 동의가 없는 경우의 계약 양도는 신의칙에 따라야 하며,[656] 출판사가 승인한 원고에 한하여 출판을 약정하는 출판계약에서도 아직 원고가 승인되지 않은 경우의 출판 여부는 신의칙에 따른 제한을 받는다.[657] 이처럼 외관상 계약당사자가 행사하는 재량권의 제한기제로 작용하는 신의칙은 단순히 불공정하거나 정의 관념에 반하는 특정

652) Robert S. Summers, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, p. 820.
653) Ibid, p. 838.
654) UCC § 2-306(1).
655) E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 159.
656) Cheney v. Jemmett, 693 P 2d 1031, 1034 (Idaho 1984).
657) Doubleday & Co Inc Curtis, 763 F 2d 495 (2nd Cir 1985).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유형의 행위를 배제하는 역할만 하는 것이 아니라 권리의 행사를 신의에 따라 성실하게 할 묵시적인 의무를 부담시키는 것으로 이해된다.

판스워드의 견해에 따르면 신의칙의 일반적인 의미는 상대방이 가진 합리적 기대의 박탈을 방지하기 위해 상대방에 대한 협조를 요구하는 묵시적인 작위의무이자 재량권 행사의 제한기제로 이해할 수 있다.[658] 이에 따르면 신의성실의 의무는 계약관계에서 묵시적으로 포함된 계약 조건에 해당하며 당사자는 상대방의 합리적인 기대를 충족시키고 신뢰를 배반하지 않으면서 상호 간의 계약목적을 달성하기 위한 협조의무를 부담한다.[659] 따라서 앞서 원고의 승인을 전제로 한 출판계약의 예시에서 저자가 초안을 제출하면서 편집자에게 이에 대한 의견을 요청하였음에도 고의로 답변을 제공하지 아니한 경우에는 이러한 협조의무의 위반에 해당하며 신의성실에 따른 계약이행으로 볼 수 없다.[660] 같은 문맥에서 UCC § 2-603(3)에 의하면 매수인이 정당하게 물품을 거절한 때에는 해당 물품의 처분에 관하여 매도인의 합리적인 지시에 따를 의무를 부담하고 이러한 지시가 없을 경우에도 물품의 성질에 따라 가치 하락이 예상되는 상황에서는 매각을 위한 합리적인 조치를 취해야 한다. 이와 같은 협조의무 또한 상대방의 합리적인 기대에 따라 계약관계에서 묵시적으로 내재된 신의성실의 의무로 볼 수 있다.

이처럼 계약상 묵시적 의무를 추단케 하는 신의칙은 계약관계의 불공정성 문제의 제거를 위해 단순히 특정 의미를 배제하는 소극적인 차원을 넘어서서 적극적인 작위의무를 요청하는 점에서 앞서 배제기제로서의 신의성실의 역할과 구분되는 것으로 평가할 수 있다. 또한 이러한 묵시적 작위의무에 관하여 법창설적 효력을 지닌 신의칙은 재량권의 부당한 행사를 제한하고 계약목적 달성을 위해 적극적인 행동을 요청하는 점에서 공정거래의 관념에 터 잡고 있는 것으로 이해된다. 이러한 관점은 계약의 이행 및 강제 단계에서 신의성실의 의무와 함께 명시적으로 공정거래 의무를 부여한 Restatement (2nd)의 태도와도 일치한다.[661] 이에 따르면 묵시적인 작위의무에 해당하는 신의성실의 의무는 계약관계의 다양한 상황에 따라 달리 해석되지만 합의된 목적에 대한 성실성과 상대방의 정당한 기대에 대한 일관성을 요구하기 때문이다.[662]

(다) 포기한 기회의 억제기제로서 신의성실

658) E. Allan Farnsworth, Good Faith in Contract Performance, p. 159~160.
659) Ibid, p. 160.
660) Doubleday & Co Inc Curtis, 763 F 2d 495, 500 (2nd Cir 1985).
661) Restatement (2nd) of Contracts 205 (1979).
662) Comment on Restatement (2nd) § 205.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

앞서 배제기제로서의 신의칙이 소극적 측면에서 bad faith에 기초한 행위에 법률효과를 부여하지 않도록 함으로써 신의성실 의무의 구체적인 의미에 근접하였다면, 버튼(Burton)은 배제되는 행위의 의미를 더욱 구체화하는 관점을 취한다. 이에 따르면 신의성실에 대하여 bad faith의 배제기제로서의 의미가 부여되는 점은 서머즈의 기능주의적 관점과 유사하지만 배제기제의 객체가 되는 bad faith에 기초한 행위는 기본적으로 계약관계가 최종적으로 성립되면서 포기되었던 기회를 추구하는 속성이 있다는 측면에서 더욱 구체화된다.[663] 즉 버튼의 견해는 당사자에 의하여 이미 '포기된 기회'를 추구할 때에 발생하는 불성실을 기준으로 신의칙의 위반여부를 판단하는 이론이라 할 수 있다. 여기서 포기된 기회란 계약의 이행에 수반되는 기대 비용을 의미한다.[664] 특히 계약관계에서 이행시기나 수량, 가격과 같은 다른 계약조건의 특정에 있어서 일방 당사자가 계약상 허용된 재량권을 행사할 때에 포기된 기회를 추구하는 행위가 bad faith에 기초한 행위로 간주된다.[665]

일반적으로 채권자인 상대방이 가지는 합리적인 기대에는 이행이익만이 아니라 채무자가 계약 이행에 부담하는 비용까지 포함되는데 계약의 이행을 위해 포기된 비용을 만회하고자 하는 채무자의 노력은 이러한 기대에 반하는 행위라 할 수 있다. 왜냐하면 상대방은 당사자가 계약 이행에 수반되는 재량권을 포기된 이익을 위해 행사하지 않을 것이라는 점을 신뢰하고 계약을 체결할 것이기 때문이다.[666] 버튼의 포기된 기회 이론에 의하면 신의성실 의무에 반하는 계약이행이란 결국 상대방의 합리적이고 정당한 기대에 반하는 목적을 위하여 계약상의 재량권을 행사하는 것을 의미한다.[667] 바꾸어 말하면 계약 당사자가 기대되었던 이행 비용의 지급을 거부하는 방향으로 재량권을 행사할 때 bad faith가 발생한다. 따라서 계약관계에서 포기된 기회를 추구하였는가라는 최종적인 해석의 문제는 의무를 부담하는 당사자의 주관적인 의도의 해석문제이기도 하지만 동시에 당사자 간에 확립된 통상의 관행이나 관례에 비추어 결정될 수도 있는 점에서 계약의 해석에 관한 객관적인 측면을 함께 내포하고 있다.[668]

---

663) Robert S. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, p. 130.
664) Ibid.
665) 윤진수, 미국 계약법상 Good Faith 원칙, 52면.
666) Steven J. Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to perform in Good Faith, Harvard Law Review, Vol. 94, No. 2, 1980, p. 369.
667) 윤진수, 위의 논문, 52면.
668) 윤진수, 위의 논문, 53면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이처럼 버튼의 견해는 신의성실 개념의 구성요소를 적극적으로 규명하고자 하기보다 이에 반하는 bad faith의 경우를 포기된 기회 이론에 의하여 한 단계 구체화시킨 점에서 배제기제로서의 기능에 주목한 서머즈의 기능주의적 관점과 일견 유사하다고 볼 수 있다. 같은 문맥에서 버튼의 이론은 배제기제로서 신의성실의 원칙에 대한 기능주의적 관점이 잘 반영된 것으로 평가되는 점에서 앞서 계약법에 관한 Restatement (2nd) § 205와도 일치한다.[669] 버튼에 의하면 신의칙에 대한 판례의 태도도 포기된 기회이론에 부합한다고 한다. 예를 들어 Centronics Corp. V. Genicom Corp. 판결은 UCC가 적용되는 계약관계에서 신의성실의 개념이 포기된 기회'이론의 관점에서 적용되었다고 본다. 이 판결에서 양당사자가 체결한 계약에 의하면 목적물의 가치에 대하여 다툼이 있는 경우에는 최종적인 가치산정이 있기까지 매도인이 주장하는 가격을 제3자에게 보관하게 하고 중재가 끝난 경우에 한하여 이를 지급하도록 하였는데, 원고는 피고가 에스크로의 자금을 지급하지 않는 행위가 신의성실 의무에 반함을 이유로 소송을 제기하였다. 묵시적인 신의성실의 의무의 위반여부가 쟁점이 된 사안에서 판사는 신의성실의 개념이 상대방의 약속으로부터 야기되는 특별한 문제를 해결할 수 있다고 보았다. 특히 계약위반으로 인해 다양한 구제수단이 존재할 수 있지만 해당 약속의 이행에 있어서 재량권이 허용되는 상황에서 포기되는 이익이 존재할 경우에 신의성실의 개념이 구제수단으로서 유의미한 기능을 나타낸다고 강조하였다.[670]

## 제4절 소결: 신의성실의 원칙에 관한 비교법적 분석 및 시사점

이상에서 영미법계와 대륙법계의 신의칙은 그 규범적 위상과 역할이 각각 판이하게 다르면서도 신의칙이 지닌 본질적인 정신에 터 잡아 각 법체계에서의 위상이 기능적으로 확장되어가는 경향을 보이고 있음을 확인할 수 있었다. 그러나 협약과 같이 강행성 있는 법규범 내에서 이처럼 법문화에 따라 규범적인 관점의 차이가 큰 신의칙의 의미와 기능에 대하여 법문의 엄격한 해석에 따라 조화로운 접근방안을 도출하기란 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

신의칙 문제에 있어서 앞서 영미법과 대륙법 각각의 전통적인 관점을 비교법적으로 고찰한 결과를 종합해보면, 우선 대륙법은 영미법처럼 계약당사자의 주관적 의사를 중

669) Robert S. Summers, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, p. 838.
670) Contronics Corp. v. Genicom Corp. 132 N.H. 133, 145.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

요시하면서도 다른 한편으로는 이를 사회적 정의 관념에 기초하여 제한한다. 예컨대 근대에 이르러 최초로 신의칙을 규정한 프랑스는 현행 프랑스민법 제1104조에 규정된 신의칙을 통해 계약자유의 원칙에 기초한 개인의 경제활동을 사회유대적 정의관념과 조화시키고자 한다. 보통법에서는 자유주의 원리에 따라 개인의 경제활동을 위한 계약자유의 원칙(프랑스 민법 제1102조)과 계약의 구속력(프랑스 민법 제1103조)이 보다 강조되는 데 반해 프랑스 계약법은 이를 보장하면서도 규범적·윤리적 차원의 사회적 요소에 의하여 명문의 한계를 두는 점에서 서로 대비된다. 이처럼 계약법의 기본원칙에서 드러나는 법체계상의 사회적 요소는 대륙법의 전통에서 발견되는 공통적인 현상인데 이는 몇 가지 관점에서 자유주의 원리에 기초한 영미법의 시각과 현저한 대조를 이룬다.

첫째, 전통적인 대륙법의 방법론에 의하면 법률관계의 명확성은 구체적인 사실관계를 포괄하고 일반적인 법명제를 체계적으로 제시하는 입법론적 결과에 의하여 획득된다.[671] 그러나 모든 사실관계를 포괄하는 연역적 입법이 불가능하므로 필연적으로 일반적이고 보편적인 법원칙의 수요가 상존하고 전통적으로 신의성실의 원칙과 같은 추상적인 법리가 발달해왔다. 반면 영미법의 방법론은 철저히 구체적인 사실관계를 중심으로 발달한 복잡한 판례법에 기초한다. 따라서 법의 실체에 대한 공공의 접근이 현저히 떨어지는 단점이 있지만, 판례가 기초한 구체적인 사실관계 및 이에 대한 귀납적 법형성 과정을 통해 고도의 법적 안정성이 담보되는 특징이 있다.[672] 따라서 의당 신의성실의 원칙과 같이 애초에 구체적인 사례를 전제로 하지 않는 추상적인 법원칙은 방법론적으로 개입될 여지가 거의 없다. 더욱이 신의칙은 법관으로 하여금 실무상 재량권행사의 여지를 남김으로써 법률관계의 명확성을 저해하는 개념으로 인식되고 있다.[673]

둘째, 스위스 입법례 및 이를 모델로 입안된 우리 민법상의 신의칙은 특히 사법질서의 일반법에 해당하는 민법 중에서도 총칙에 규정한 점에서 입법에 의하여 사법 전반에 적용 가능한 기본 원리로 격상되었다. 이와 함께 권리남용의 법리도 사권(私權)의 사회성과 공공성을 강조함으로써 사권의 존재 및 그 행사에 있어서도 사회적 이익에 반해서는 아니 된다는 기본적인 사회유대적 인식에 터 잡고 있다. 나아가 민법상 신의칙 및 권리남용 법리의 배후에는 법체계상으로 공공복리에 관한 헌법정신이 자리하고

671) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 30~31.
672) Ibid.
673) Solène Rowan, op. cit., p. 8.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있는 것으로 이해된다. 반면 영국법에서는 최근 신의성실의 원칙에 대한 기능적 확장 가능성의 움직임이 일부 존재함에도[674] 계약법상 법적안정성을 획득하는 방법론적 차이로 인하여 계약관계에서 일반적인 신의성실의 의무에 대하여 전통적으로 부정적인 관점을 견지해 왔다.[675] 미국법체계에서는 영국과 달리 신의칙의 이러한 기능적 확장 현상이 입법적으로 두드러지게 확인되면서도 미국 계약법상 계약의 체결단계에 있어서 신의칙에 관한 부정적인 관점은 여전히 확고하게 유지되고 있다.[676] 그러나 계약당사자의 정직하고 합리적인 기대를 보호하고자 하는 계약적 정의 관념에 기초하여 영미법체계에서는 신의칙에 의존하지 아니하고도 보통법 및 입법론적 방법론에 의하여 구체적인 법원칙을 적용함으로써 대륙법체계의 신의칙이 지향하는 바를 기능주의적 관점에서 동일하게 성취하고 있는 것으로 분석된다.[677]

셋째, 대륙법체계에서는 실질적 계약정의의 실현 및 계약상 위험의 분배를 이유로 기성립된 계약관계의 재조정에 관한 법리를 원론적으로 허용하고, 나아가 법률관계에서 이미 부여되어 있는 권리임에도 내재적인 한계를 벗어나는 부당한 권리행사의 효력을 저지하거나 권리행사의 한계를 설정하는 신의칙의 기능이 폭넓게 수용되어 있다. 그러나 보통법은 소비자계약을 제외하고는 계약조건의 유효성 문제를 신의성실의 원칙과 같은 일반적인 법원칙에 의하여 규제하지 않는다.[678] 마찬가지로 입법론적으로 신의성실 개념을 도입한 표준약관계약에 대한 규제에서도 이러한 방식은 큰 틀에서 그대로 유지되고 있다. 즉 면책규정에 관한 규제방식을 제외하고는[679] 입법론적 규제로나 보통법상의 법원칙[680]에 의하여도 단지 일반적이고 추상적인 법원칙에 해당하는 합리성의 원칙이나 공정성의 원칙을 적용함으로써 계약 내용의 유무효를 논하지는 않는다.[681]

---

674) Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd. [2013] 1 C.L.C. 662, 695.

675) Walford v. Miles [1992] 2 AC 128, House of Lords [1992] 1 All ER 453.

676) 예컨대 Uniform Commercial Code § 1-304, § 1-201(20), § 2-103(b); Restatement (2nd) of Contracts § 205. 특히 Bank of China v. Chan, 937 F. 2d 780, 789 (2d Cir. 1991); Market St. Assocs. Ltd. Partnership v. Frey, 941 F. 2d 588, 593 (7th Cir. 1991)은 신의성실을 bad faith가 결여된 상태로 보고, bad faith로 보는 경우에도 Kham & Nate's Shoes No. 2 v. First Bank of Whiting, 908 F. 2d 1351, 1358 (7th Cir. 1990)에서는 포기된 기회로 구체화되었으며, TYMSHARE, Inc. v. William J. Covell v. TYMSHARE, Inc., 727 F. 2d 1145 판결에서는 통상 계약법상의 법원칙을 준수하는 태도를 신의성실에 부합하는 것으로 이해하는 등 판례법상 신의칙에 대한 다양한 관점이 상호 충돌하지 않고 수용되는 기능주의적 현상을 보이고 있다.

677) John Steyn, Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men, Law Quarterly Review, Vol. 113, 1997, p. 433.

678) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 31.

679) 예컨대 Unfair Contract Terms Act 1977.

680) S Pearson & Son Ltd v. Dublin Corp [1907] AC 351.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

넷째, 전통적으로 신의성실에 근거한 대륙법체계의 권리구제는 피고의 이익으로 귀결되는 다양한 사실관계를 법원의 직권사항으로 고려함으로써 기본적으로 피고의 항변이 없이도 이를 판단할 수 있는 소송 즉 악의의 항변이 내제된 소송에서 진화하였다. 따라서 기원상 이를 본받은 우리 민법의 신의칙은 강행법규적 성질을 지니므로 당사자 주장이 없더라도 법원이 직권에 따라 위반 유무를 판단할 수 있다.[682] 한편, 전통적인 보통법 체계에서는 보통법상의 법원칙에 의하여 계약당사자를 직접적으로 규율하기도 하지만 계약관계를 기초로 묵시적 의무를 부여함으로써 간접적인 규범력을 나타내기도 한다. 그러나 보통법에 의한 규범력이 특정한 계약 유형을 전제로 강행규범화한 것은 아니므로 계약당사자는 계약자유의 원칙에 기초하여 당사자 합의에 따라 자유롭게 그 효력을 변경하거나 배제할 수 있다.[683] 따라서 일견 보통법상 계약관계의 묵시적 의무에 의하여 신의성실의 원칙의 효과를 유사하게 성취할 수 있는 것도 사실이나 이때에도 보통법체계에서는 당사자 합의에 의하여 그 효력을 변경 또는 배제할 수 있다.

다섯째, 보통법 법원에서 당사자주의에 기초한 계약관계의 상반된 이익구조는 사회유대적 윤리성에 터 잡아 공동의 목표달성을 위해 상호 협력의무 및 성실성을 요구하는 대륙법 전통의 신의성실 개념과 전통적으로 서로 조화되기 어려운 것으로 인식되고 있다.[684] 계약의 자유 및 구속력과 관련된 추상적인 법원칙을 각각 긍정함에도 이에 반하는 신의성실 또는 공평의 원칙을 수용하지 않는 이유는 계약당사자의 상반된 이익구조라는 미시적인 이유보다도 원론적으로 계약의 자유 및 구속력의 원칙에 반하는 법원칙은 인정되어서는 안 된다는 보다 본질적이고 거시적인 이유가 존재한다. 따라서 보통법 체계의 개별사례에서는 신의칙을 부정하는 입법론적 관점에도 불구하고 구체적인 법원칙에 따른 예외적 관점을 수용함으로써 구체적 타당성의 수요를 충족시킨다. 즉 신의성실의 원칙은 계약법상의 지도원칙이 아니라 오히려 계약법상 기본원칙의 예외를 구성하는 점에서 보다 근본적인 차이가 존재한다.[685]

---

681) anti-competition clause와 같은 경업피지의무(競業避止義務)에 관한 약정에는 합리성의 원칙이 적용되기도 한다. 최근 대법원 판결은 처벌조항과 같은 보통법적 제재에 대하여 계약자유의 원칙을 우선하기도 하였다. Cavendish Square Holding BV v. El Markdessi, ParkingEye Ltd v. Beavis [2015] UKSC 67, [2016] AC 1172.

682) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다42129 판결.

683) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 31.

684) Lord Ackner는 계약의 교섭단계에서 신의성실에 따른 교섭 개념은 그 자체로 협상에 임하는 당사자 사이의 적대적 지위에 배치되는 것이며 실무상으로도 실현가능하지 않다고 한다. Walford v. Miles [1992] 2 AC 128, 138; Solène Rowan, op. cit., p. 8.

685) 물론 입법상 소비자계약에서는 계약법의 일반법칙으로서 신의성실 개념이 부분적으로 인정되고 있으나 이는 법률상 명시의 규정에 의하지 아니하고는 사법적 개입이 어렵다는 점에서 구분된다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여섯째, 계약해석에 관한 대륙법 및 보통법의 시각에는 원칙적인 차이가 존재하는데[686] 이러한 기본원칙의 차이는 자연히 계약의 해석상 신의칙의 기능 및 비중에 관한 중요한 차이점을 야기하고 있다. 예컨대 영국계약법상 계약내용에 대한 해석은 문언적 해석이 우선되므로 명시의 의미가 존재하는 경우에는 명확성을 이유로 당사자의 진정한 의사에 대한 고려가 기피되는 경향이 있다.[687] 따라서 보통법체계에서 신의칙에 대한 전통적인 부정적인 관점은 계약의 해석에 있어서 신의칙의 기능에도 부정적인 영향을 미친다. 그러나 대륙법체계의 관점에서는 문언적 해석보다 당사자의 합치된 내심의 의사가 중요시되는 특징이 있으므로[688] 프랑스나 독일과 같은 대륙법체계에서는 적용범위 및 기능상의 차이를 별론으로 하더라도 신의칙은 실무상 계약 해석의 기준 역할을 함께 수행한다.[689]

이상에서 요약한 바와 같이 대륙법에서는 전통적으로 의사자치 및 계약자유의 원칙 그리고 계약 구속력의 원칙의 중요성을 인식하면서도 이에 반하는 신의성실의 원칙이나 계약적 정의 관념에 기초한 일반규정을 통해 계약관계에서의 권리와 의무의 합리적인 균형을 모색해왔다. 반면 보통법체계의 계약법에서는 철저히 계약의 자유와 구속력이 우선되고 일반적인 신의칙상의 의무를 부정하고 있다. 다만 예외적으로 보통법의 단편적인 방법론 및 이와 구분된 다양한 입법을 통해 계약법상의 자유주의적 요소를 완화시킴으로써 기능주의적 측면에서 신의칙과 유사한 결과를 성취하고 있다. 특히 신의칙에 대한 최근 2016년 개정된 현행 프랑스민법의 태도에 비추어 보통법과 대륙법체계의 방법론적 차이는 더욱 극명하게 구분되고 있음을 확인할 수 있다.[690]

종래 중세 이후 근현대에까지 법적용상의 경직성과 엄격한 형식주의에 대한 법적 쇄신에 관한 방법론에 있어서 영미법계와 대륙법계는 법형성작용 및 법문화양식의 현저한 차이로 인하여 전혀 다른 길을 걸어 왔다. 이에 따라 영미법계와 대륙법계 신의성실 개념에 대한 비교는 대륙법의 전통에서 발견되는 법체계상의 사회적 요소와 자유주의 원리에 기초한 영미법의 시각 사이에 조화되기 어려운 극명한 규범론적 간극이

686) P. D. V. Marsh, op. cit., p. 38.
687) Solène Rowan, op. cit., p. 8.
688) 예컨대 프랑스 민법 제1188조. 독일 민법 제133조.
689) P. D. V. Marsh, op. cit., p. 38~39.
690) 예컨대 실제 실무적 적용은 별론으로 하더라도 적어도 입법론적 관점에서 신의칙뿐만 아니라 형평의 역할이 두드러진다. 지난 수십 년간 계약관계의 구조적 불평등 문제는 신의성실뿐만 아니라 제1135조의 '형평'에 기초하여 법규범과 자연법규범 상호 간의 근접을 통해 해결방안이 모색되었는데, 현행 프랑스민법 제1194조에서도 구프랑스민법 규정을 그대로 이어받아 신의성실이나 공공질서와 같이 법적으로 정의되지 않는 추상적이고 불명확한 법원칙을 통해 입법상 단일 법체계 내에서 법과 형평을 주요 축으로 하는 권리구제체계를 유지하고 있다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

존재함을 확인시켜 준다. 그러나 다른 한편으로는 신의칙에 대한 비교법적 관점에서 조망해보면, 이질적인 법문화 속에서 신의칙의 의의와 규범적 기능에 있어서 다양한 차이점이 존재함에도 각각의 객관적 규범체계에 존재하는 법원칙들의 기능적인 유사성은 법계의 구분을 막론하고 법률관계의 공평·형평·균형이라는 공통적인 가치를 지향하고 있음을 확인할 수 있다.[691] 다시 말해 신의칙의 규범적 관점에 의하면 그 법원성에 대한 태도는 법문화에 따라 극명하게 나뉘어 있는 반면 기능주의적 관점에 의하면 법(Gesetz)규범으로서 법(Rechts)이 지향하는 본질적인 가치를 성취하고 있는 신의성실과 같은 기능적 동질체는 각 법문화 특유의 방법론에 따라 다양한 구성요소의 형식을 지니고 체계구조의 유지에 기여하고 있다.

결론적으로 신의성실의 원칙에 대한 비교법적 고찰의 시사점은 협약이라는 동일한 국제규범 내에서 상호 긴장상태에 있는 영미법계와 대륙법계의 신의칙 문제에 있어서, 각 규범체계의 이러한 기능주의적 유사성을 어떻게 하면 해석론적 해결방법에 의하여 협약상의 체계구조를 통해 기능적으로 조화시킬 수 있을 것인가라는 문제로 수렴된다.

691) Alain A. Levasseur, Comparative Law of Contracts: Cases and materials, Carolina Academic Press, 2008, p. 100.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제4장 협약상 신의성실의 원칙에 관한 규범적 이해

## 제1절 서언

협약 제7조에서 신의성실의 원칙의 의미와 기능은 개념적 불명확성으로 인하여 다양한 논쟁을 야기하고 있다. 대표적으로, 신의성실의 원칙은 협약 내에서 단순히 해석원칙에 그친다는 견해와 계약당사자 사이의 법률관계에 직접적으로 영향을 미친다는 견해가 대립된다. 특히 협약에서 합리성의 기준이 사용된 다수의 개별조항은 신의 개념을 직접적으로 사용하고 있지는 않지만 계약관계에서 가상의 합리적인 인간을 상정하고 객관적인 행위기준을 제시한 점에서 신의칙의 발현규정으로 평가되고 있다. 따라서 협약에서 신의칙에 관한 규범적 불명확성의 문제는 신의칙의 발현 또는 구체화 조항으로 평가되는 협약 전반의 개별조항에 의하여 더욱 가중된다.

이에 따라 이번 장에서는 협약 제7조 제1항 및 제7조 제2항에서 각각 협약의 해석원칙과 흠결보충수단으로 규정된 신의칙의 의의에 대하여 고찰한 후, 종래 제7조를 통해 학설 및 판례에 의하여 도출되어 왔던 신의칙에 대하여 종합적으로 검토하고자 한다. 특히 다음 장에서 제시하는 기능주의적 접근방안의 필요성을 제시하기 위해 이번 장에서는 제7조를 중심으로 야기되고 있는 신의칙에 관한 규범적 불명확성 문제를 규범적인 접근방안의 태생적인 한계라는 측면에서 비판적으로 드러내고자 한다. 이러한 규범적 한계의 원인은 대체로 신의 요건이 입법기술적 논의가 명확히 정리되지 아니한 채 협약 제정을 위한 마지막 단계에서 영미법계와 대륙법계의 타협에 의하여 법문에 삽입된 점으로부터 기인한다.[692]

## 제2절 협약의 해석원칙으로서 제7조 일반론

신의성실의 원칙은 협약 법문에 의하면 제7조 제1항에서 협약의 해석 원칙으로 제시

692) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under 1980 United Nations Convention, Wolter Kluwer, Art. 7. para. 94; Arthur Rosett, Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ohio State Law Journal, Vol. 45, 1984, p. 289~290, '3. Compromises Reached by Leaving Disagreements Unmended: Article 7 and Good Faith and Fair Dealing' 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되어 있다. 협약에서 신의칙의 도출방법에는 여러 가지 이견이 있을 수 있지만 규범적인 관점에 의하면 제7조 제1항과 같은 조 제2항이 주요한 근거를 구성하고 있다. 이 중 제7조 제1항에 기초하고 있는 신의 준수 요건의 규범적 기능에 관한 고찰은 세 가지 측면에서 강조된다. 첫째, 신의칙에 관하여 법문의 의미 및 구조상 해석기준을 제시하는 제7조 제1항이 법적 흠결의 보정기능을 제시하는 제7조 제2항에 우선한다. 따라서 신의칙 문제를 제7조 제1항에서 명시적으로 해결된 문제로 볼 경우 제7조 제2항에 의한 흠결보충은 애초에 문제되지 아니한다. 둘째, 제7조 제1항에 따른 해석원칙이 제7조 제2항의 협약 외재적 법원에 의한 해결보다 국제통일규범으로서 협약의 입법정신에 더 부합한다. 셋째, 제7조 제1항의 신의 준수 요건에 의한 해석은 제7조 제2항의 흠결보충 규정에 대하여도 마찬가지로 적용되는 협약의 해석원칙에 해당된다.

따라서 이하에서는 우선 협약에서 신의 준수 요건의 입법연혁을 통해 제7조에서 야기되고 있는 규범적 불명확성 문제의 배경을 이해한 후, 제7조에서 규정된 다른 해석기준과의 조망과 함께 협약의 해석기준으로서 신의 준수 요건의 규범적 의미와 역할에 관하여 고찰해 보고자 한다.

## 1. 신의 준수 요건의 입법연혁

UNCITRAL은 국제무역관련 규정의 점진적 조화와 통일을 위하여 설립된 기구로서 설립 이후 1968년 개최된 첫 번째 세션에서 국제매매규정의 통일에 관한 조사보고서가 만장일치로 채택되었다. 협약 제7조 제1항의 '국제거래상의 신의 준수' 규정은 협약의 전신인 ULIS나 ULF[693]에서도 찾아 볼 수 없는 내용인데 협약의 초안단계에서는 신의 개념의 모호성과 다의성으로 인하여 국제거래상의 신의 준수의 의미에 대하여 합의를 도출하기 힘들 것이라는 견해가 지배적이었다. 협약의 해석기준에 한하여 신의 준수를 요구하는 입법례는 국내법적 사고에서도 일반적이지는 아니하다.

국제적 성격과 적용상의 통일 요건이 채택된 것은 1971년 2차 세션이었다. 신의 요건의 도입은 최초로 1972년 스페인 대표로부터 제안되었지만, 1977년까지는 주목을 받지 못하고 앞선 두 요건은 큰 틀에서 이때까지 그대로 유지되었다.[694] 1977년 8차 세

693) Uniform Law on the International Sale of Goods(ULIS)는 계약의 성립에 관한 Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods(ULF)과 함께 UNIDROIT(International Institute for the Unification of Private Law)에서 제정한 국제통일매매법으로서 협약의 전신이다.

694) UNCITRAL Yearbook Vol. III, p. 76, No. 52.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

션(뉴욕, 1977년 1월 4일~14일)에서 헝가리 대표가 계약의 성립분야에서 신의칙을 도입할 것을 제안하였는데 이는 ULF에는 없었던 새로운 내용이었다.[695] 헝가리의 제안에 대해 독일에서는 일방이 공정거래 요건을 위반할 경우 상대방이 지출한 비용을 청구할 수 있는 내용의 추가를 요청하기도 하였다.[696] 헝가리의 제안은 9차 세션(제네바, 1977년 9월 19일~30일)으로 검토가 보류되기도 하였지만,[697] 초기에는 상사분야의 바람직한 표준으로 다수국의 지지를 받았고 1978년 Working Group에서 채택되었다.[698]

신의칙 문제는 계약의 성립 분야에서 논제에 포함되면서 논의의 중심이 되기 시작하였는데 특히 영미법계 국가의 반대가 심하였다. 미국 대표는 미국법에서는 계약의 교섭과 실제 계약의 체결을 구분하므로 신의 요건은 계약 성립에 영향을 미치지 않는다고 하였다.[699] 영국은 개념상 모호하고 법률 효과가 불명확하므로 신의칙 규정의 삽입은 바람직하지 않다고 하였다.[700] 그러나 영미법계 국가에서의 반대는 계약전 단계의 문제에 한하지만은 않았다. 다양한 대안이 나오기도 하였는데 신의칙을 협약 전문에 규정하자는 안, 당사자의 진술 및 진술의 해석 규정에 포함시키자는 안, 협약의 해석 및 적용 규정으로 이동하자는 안 등이 있었다.[701] 그 밖에도 11차 세션(뉴욕, 1978년 5월~6월)에서 신의칙 관련 조항의 존치여부에 대한 이견으로 오랜 논의가 오갔다.[702]

반대의견을 종합하면, 신의칙은 단순한 도덕적인 권고에 불과하고 개념상 명확하지 않으며 신의에 따른 행위는 모든 법률에 내재된 것으로 보아야 하므로 별도로 규정화할 필요가 없다고 한다.[703] 또한 협약에는 신의칙 위반에 대한 효력이 명시되지 않았으므로 결국 이에 대한 해결을 국내법에 의존해야하는데 이 경우 적용상의 통일성에 저해되고, 위반 정도에 따른 취급도 상세히 명시해야하는 문제가 발생한다고 하였

695) A/CN.9/WG.2WP.30, annex, para. 3; Gyula Eörsi, Comments on Article 7. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/erosi1.html.
696) Ibid.
697) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 66, No. 70. I.
698) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 67, No. 87.
699) Farnsworth E. Allan, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol. 3, No. 1-2, 1995, p. 57.
700) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 132, No. 69.
701) Nives Povrzenic, Interpretation and Gap-filing, 2. History of Article 7. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html.
702) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 42~48. 네덜란드는 대체로 신의칙 규정에 대해 호의적이었고, 오스트리아는 결국 삭제될 것이라고 예측을, 핀란드와 스웨덴은 삭제하거나 위반의 효력을 구체적으로 규정하는 방안을 추가할 것을, 호주는 개념상 불명확성으로 인해 삭제를, UK는 모호하므로 바람직하지 않다는 의견이었다. UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 132, No. 64~69.
703) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 44.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.[704] 이처럼 반대의견은 신의칙의 개념상의 불명확성과 법규정으로서의 실체가 결여된 데 따른 불필요성이 주를 이루었다. 반면 찬성의견에 의하면 신의칙은 다수의 국가에서 수용하는 보편적인 법원칙이므로 협약에 존치시켜도 문제될 것이 없고, 국제공법상으로도 인정된 개념이라고 하였다.[705] 또한 신의칙 위반의 효력을 명시하지 않더라도 판례의 축적에 의하여 신의칙 조항의 효력 및 범위에 대한 불확실성의 위험은 제거될 것이고, 오히려 거래 당사자로 하여금 국제거래상의 높은 기준에 대한 주의를 환기시키는 효과가 있다고 하였다.[706]

긴 논의 끝에 신의칙 조항에 관한 6개국 대표[707]의 협의체(ad hoc Working Party)를 구성하여 상반된 의견을 가진 대표단이 수용할 수 있는 타협안을 도출하기로 하였다.[708] 협의체에서는 신의 요건을 그대로 유지하되 협약의 해석조항으로 이동할 것을 제안하였다.[709] 이 제안은 신의칙을 계약의 성립, 이행을 비롯해 계약관계 전반에 걸쳐 계약당사자를 직접적으로 구속하는 일반원칙으로 규정하는 찬성 의견과 법문 자체의 삭제를 원하는 반대 의견에 관한 일종의 절충안이었다.[710] 협의체의 제안에도 불구하고 이견이 존재하였지만 일반적으로 양측의 의견을 반영한 현실적인 안으로 받아들여져 최종적으로 채택될 수 있었다.[711] 그러나 반대 측도 신의 준수의 당위성을 인정하지 않은 것은 아니었다.[712]

타협안을 도출하기까지 각국 대표단에서는 이 조항이 실무상 사문화될 것으로 예측했다고 한다.[713] 실제로 협상된 최종안에 대한 설명에서 국제거래상의 신의 준수의 요건이 계약당사자에게 요청되는 것인지 법문상 명확하지 않다는 점이 지적된 바 있다.[714] 최종안의 채택에도 불구하고 협약 기초의 마지막 단계에 한하여 볼 때 제7조

704) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 45.
705) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 46.
706) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 47.
707) 핀란드, 헝가리, 멕시코, 싱가폴, 우간다, 영국.
708) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 55; 법무부, 유엔국제거래법위원회 자료집(V): 국제물품매매통일법, 법무자료 제162집, 1993. 91면.
709) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 36, No. 56.
710) Alejandro M. Garro, Reconciliation of Legal Traditions in the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Lawyer, Vol. 23, 1989, p. 467; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 8; John O. Honnold, UN통일매매법, 오원석 역, 삼영사, 2004, 140면.
711) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 36, Id, No. 60.
712) Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, Manz, 1986, p. 38~39.
713) Gyula Eörsi, Comments on Article 7. p. 2-6. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/erosi1.html.
714) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 58.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1항의 신의 요건은 법률적 문제의 제거와 입법기술적 협의에 의하여 도출된 최종적인 해결안이라기보다 이질적인 법문화의 다양한 국내법적 사고를 절충한 타협안이라는 점에서 입법 연혁으로부터 협약의 체계구조상의 내재적인 한계가 확인된다.[715] 한편 현재의 제7조 제1항에 해당하는 1978년 초안(The 1978 Draft) 제6조의 사무국 주석에는 초안의 해석상 신의 준수 요건이 적용되는 다양한 개별 조항의 예시가 나타나 있다.[716]

## 2. 협약의 해석원칙의 규범적 의의

### 가. 협약 제7조의 의의

협약은 강행성 있는 국제조약이지만 국제사회에는 협약의 해석과 적용상의 통일성을 담보할 사법기구가 존재하지 않는다. 따라서 국제물품매매거래에 있어서 협약의 성공적인 안착은 해석주체들의 협약 해석과 흠결보충에 있어서 통일성의 실현에 달려있다. 이를 위해 협약은 스스로 통일적인 해석 및 흠결보충규정을 둠으로써 협약이 적용되는 구체적인 사례에 대한 통일된 가이드라인 역할을 수행하도록 하고 있다. 먼저 제7조 제1항은 “이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다”고 통일적인 해석기준을 규정하고, 제7조 제2항은 “이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다”고 흠결보충기준을 규정한다.

협약은 통일된 법규정으로서의 실효성을 담보하기 위해 제7조 제1항에서 협약의 국제적인 성격과 적용상의 통일성, 국제거래상의 신의 준수를 규정하고 제7조 제2항에서

715) 이에 따라 일부에서는 협약 제7조 신의 요건에 관한 법문을 불행스러운(unfortunate), 이상한 협상(ackward compromise), 다소 독특한 조항(a rather peculiar provision), 정치인스러운(statesmanlike), 미스테리같은(something of a mystery) 등의 표현으로 기술한다. Farnsworth E. Allan, op. cit., p. 55; Alejandro M. Garro, op. cit., p. 467; Gyula Eörsi, A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, American Journal of Comparative Law, Vol. 31. 1983, p. 348-349 (신의칙의 발판이 되었으나 이상한 결과라고 한 사례).

716) 예를 들어 1978년 초안에서 제14조 제2항, 제19조 제2항, 제27조 제2항, 제35조, 제38조, 제44조, 제45조 제2항, 제60조 제2항, 제67조, 제74조, 제77조. 그러나 이 조항은 예시에 불과하며 신의칙은 협약 모든 조항의 해석 및 적용에 폭 넓게 적용된다고 한다. Secretariat Commentary, Art. 6(draft counterpart of CISG Art. 7(1)). No. 3~4.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 협약에 내재된 일반원칙에 의한 흠결보충규정을 두고 있다. 제7조 제2항에 의한 흠결보충은 협약이 규율하는 사항임에도 협약에 명시되지 아니한 내부적 흠결(lacunae praeter legem)과 협약의 규율범위에 해당하지 않는 외부적 흠결(lacunae intra legem)로 구분된다.[717] 협약의 해석규정은 다양한 입법참여주체 사이의 타협의 결과였지만,[718] 협약 이전의 국제규범과 명확히 구별되는 것이었다. 예컨대 ULIS는 국제사법규칙에 대한 의존을 배제하긴 하였지만, 협약처럼 통일법으로서의 지도적인 해석규정을 별도로 두지는 않았다.[719]

협약 제7조는 국제거래상의 관행, 당해 거래와 동종의 계약 주체에게 보편적인 관행의 해석에도 영향을 미치므로 협약의 통일적인 해석을 위한 지도규정으로서 중요성이 강조된다.[720] 제7조의 명시적인 해석원칙에 따라 국제물품매매계약의 해석 및 적용에서 우려되는 이른바 포럼쇼핑(forum shopping) 방지의 효과도 존재한다. 다시 말해 협약에 통일적인 해석규정을 둠으로써 국제사법 규칙에 따른 법률리스크를 회피하고자 계약의 일방 당사자에게 더 우호적인 법정지를 선택하려는 동기를 사전에 차단하는 기능을 수행한다.

### 나. 협약 내재적 실효성 유지장치

협약은 국제물품매매계약에 관한 법규범의 성공적인 사례로서, 제정 및 발효시기가 오래 지났음에도 불구하고 여전히 그 실효성을 유지하고 있다. 이러한 이면에는 협약의 제정당시부터 협약의 특성을 고려하여 법문에 장치한 실효성 유지장치(anti-aging tool)의 역할이 적지 않다.[721] 이러한 실효성 유지장치가 법문에 장치된 이유는 협약의 초안단계에서 협약의 태동시부터 제정에 이르기까지 그 탄생을 지켜보기 위해 지난한 과정을 경험하였기 때문인데 여기에서 시도된 입법론·해석론적 해결방안은 제정과정을 통해 얻은 깊은 고려에서 기인한다. 즉 시간의 흐름에 따라 노화할 수밖에 없는 협약의 법문을 새로운 상황 및 시대의 변화에 맞게 최신화하기 위해 제정당시에 버금가는 복잡한 개정 절차를 반복하는 것은 현실적으로 불가능하다. 더욱이 지속적으로 최

717) André Janssen/Olaf Meyer, CISG Methodology, Sellier, 2009, p. 264.
718) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 18.
719) 1964 Convention on Sale Annex Uniform Law on the International Sale of Goods(ULIS) Article 2.
720) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 6.
721) Joachim Froehlich, Gap-filling within the CISG, VDM Verlag, 2011, p.11.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신성을 담보하고 국제거래상의 법현실을 반영하기 위해 동일한 개정과정을 되풀이 하는 것은 매우 비효율적이다.[722] 따라서 협약의 기초자들은 초안단계에서부터 법문의 노화에 기인하는 법현실과의 괴리를 예방하기 위해 협약 내재적인 해석론적 해결방안을 법문상 구현하고자 하였고 이러한 입법 시도의 결과가 제7조 제1항과 제7조 제2항에서 구체화되었다.

### 다. 협약 제7조 제1항과 제2항의 기능

협약 제7조 제1항과 제2항은 각각의 고유한 협약의 해석 및 흠결보충기능을 수행하지만 제7조 내에서 긴밀한 상관관계를 맺으며 적용상의 통일성을 증진하는 역할을 한다.[723] 즉 제7조 제1항의 해석원칙은 제2항의 흠결보충기능의 수행에 있어서도 동일하게 적용되는 해석규정이다. 마찬가지로 제7조 제2항에서 '협약이 기초하고 있는 일반원칙'은 같은 조 제1항의 해석원칙에 따라 협약 내재적 법문 및 개별조항의 해석에 의하여 도출될 수도 있다. 나아가 협약의 통일적인 적용을 위한 해석기준은 동시에 흠결보충 기준이기도 한 점에서 두 조항의 명확한 기능상의 차이점을 구분하기는 어려울 뿐만 아니라 제7조의 입법취지에 비추어 불필요하다는 견해도 존재한다.[724]

이론적인 관점에서는, 협약의 해석 시에 고려해야 하는 사항을 규율한 제7조 제1항은 일견 협약상 법적 흠결의 보정장치로 작용하는 제7조 제2항과 각각 다른 내용을 규율하는 것으로 보일 수 있다. 그러나 실무적인 관점에서 두 조항의 기능적 영역은 뚜렷한 차이를 구분하기 어렵다.[725] 문제가 되는 이슈에 대하여 어떤 규정을 적용할 것인지는 각각의 사례마다 달리 판단하여야 할 문제이고, 해석의 기준과 흠결보충의 기준은 특정 이슈에 대하여 각각 다른 관점에서 해석론적 해결방안을 제시할 뿐이므로 분명한 경계를 맞대고 상호 배타적으로 작용하는 것이 아니기 때문이다.[726] 오히려 대부분의 경우에는 양 규정의 적용에 있어서 명확한 범위를 획정하기 곤란한 경우가 많다. 다만 양 규정은 협약 내재적인 해석론적 해결방안의 단서를 제시하고 근거 규정이 된다는 점에서는 공통의 기능을 담당하고 있다.

---

722) Joachim Froehlich, op. cit., p.11.
723) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 5.
724) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 5.
725) Ibid.
726) Eldon H. Reiley, International Sales Contracts, Carolina Academic Press, 2008, p. 70.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 제7조 제1항과 제2항의 기능적 유사성에도 불구하고 구체적 사안에서 동일한 이슈와 관련하여 양 규정은 각각 완전히 다른 접근방법을 제시한다. 예를 들어 계약의 체결을 전자적 통신수단에 의하는 경우, 청약과 승낙의 의사표시가 분명한 경계를 지니지 아니하고 잠재적 매도인과 매수인 사이를 오가는 경우, 이러한 전자적 통신수단을 이용한 의사표시를 협약상의 청약 또는 승낙으로 인정할 수 있느냐의 문제에 대하여 제7조 제1항과 같은 조 제2항은 각각 다른 해결방안을 제시한다.[727] 제7조 제1항의 해석기준에 의하는 경우 전자적 의사표시는 협약상 청약 또는 승낙을 규율한 규정을 확대 또는 유추 해석하여 그 실효성을 인정하는 방향으로 접근방법을 취할 수 있는 반면, 제7조 제2항은 전자적 통신수단에 의한 의사표시를 협약 법문에 의하여 해결되지 아니하는 법적 흠결로 보고 전혀 다른 해석론을 보이게 된다.[728]

이와 같이 제7조 제1항과 같은 조 제2항 각각의 적용여부는 구체적 사례에 따라 판단을 달리하지만 동일한 이슈에 대하여 각각 독립적인 협약 내재적 해석론을 가능하게 하고 실무적 관점에서 기능적인 차이를 보이지는 않는다.[729] 다만 제7조 제1항의 해석기준에 따라 협약내 특정 법문의 확대 또는 유추에 의한 해석론이 유효하다면, 협약상의 규율사항이지만 협약에서 명시적 해결이 어려운 문제일 것을 전제로 하는 제7조 제2항에 따른 해결방안은 적용상 제7조 제1항보다 후순위에 놓이게 된다.[730] 이는 제7조 법문의 구조상 해석기준을 제시하는 제7조 제1항이 법적 흠결의 보정기능을 제시하는 제7조 제2항의 상위에 놓인 점에서 재확인된다. 나아가 제7조 제1항의 접근방법은 협약의 개별 조항에 대한 해석을 기초로 하므로 제7조 제2항의 흠결보충수단 중 협약 외재적 법원에 의한 해결보다 협약의 입법정신에 더 부합하기 때문이다.

## 제3절 협약 제7조 제1항 해석원칙으로서 신의성실의 원칙

727) Joachim Froehlich, op. cit., p. 13.

728) 이러한 관측은 협약상의 법적 흠결 여부자체가 논의의 가능성이 있는 경우에도 마찬가지인데 예를 들어 협약상 손해배상액 산정이 이슈가 되는 경우 협약 제78조는 이자의 청구는 가능케 하는 반면 그 산정방법에 대하여는 명시하지 아니하므로 연체된 금액에 대한 이자의 계산 문제에 대하여 어떠한 접근방법을 취할지에 대하여도 앞서 예로든 전자적 통신수단에 의한 의사표시와 동일한 양상의 전개를 생각해 볼 수 있다.

729) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 5.

730) Joachim Froehlich, op. cit., p. 13. 이러한 관측이 협약 자체적 해결방안에 더 부합한다. 왜냐하면 협약 제7조 제2항은 협약 내재적 해석론을 제시하나 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결될 여지, 즉 규범적 불명확성의 문제가 여전히 존재하기 때문이다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

## 1. 신의성실의 원칙의 기능에 관한 학설

### 가. 문제의 배경

협약 제7조 제1항이 제시하는 국제거래상의 신의 준수 요건은 법문에 의하면 협약의 해석원칙으로 예정되어 있을 뿐 계약당사자에 대하여도 요청되는 것인지에 대해서는 법문상 명시되어 있지 않다. 이에 따라 학설 및 실무상 다양한 이견이 존재한다. 이러한 기능상의 모호성은 신의칙의 구체화 또는 발현으로 평가되기도 하는 협약의 다양한 개별조문에 의하여 더욱 가중된다. 그러나 제7조 제1항은 이질적인 법문화 사이의 상이한 견해를 절충한 타협안 형식으로 논의된 점에서 해석원칙으로서 신의 준수 요건의 기능에 관한 이견 문제는 입법 단계부터 어느 정도 예견된 것이었다. 실제로 입법안의 협의과정에서 협약상의 신의 준수 요건이 계약당사자에게도 요청되는 것인지 불명확하여 비판의 대상이 되기도 하였다.[731]

### 나. 학설 및 비판적 검토

학설은 협약 제7조 제1항의 신의 준수 요건은 i) 엄격한 문자적 해석에 따라 협약의 해석기능에 한하여 적용된다는 견해, ii) 해석원칙에 한정하더라도 개별조항의 확장해석을 통해 계약당사자에 대하여 신의칙상의 의무를 인정할 수 있다는 견해, iii) 신의칙의 기능은 해석원칙에 그치지 않고 협약이 적용되는 계약당사자에게도 직접적으로 효력을 발생한다는 견해, iv) 신의칙에 따른 계약당사자의 의무는 제7조 제1항에서는 부인되거나 명시적으로 해결되지 않은 법적 흠결에 해당하지만 같은 조 제2항의 일반원칙에 의하여 인정된다는 견해, 그 밖에 v) 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 없는 경우에는 협약 외재적 법원에 의존하므로 국내법에 의하여 해결해야한다는 견해와, vi) 이 경우에도 협약의 국제적 성격 및 적용상의 통일성을 위해 국제통일규범에 의하여 해결해야한다는 견해로 구분할 수 있다.

(1) 해석원칙 제한설

731) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 58.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의칙의 의미를 제한적으로 보는 관점에서는 신의칙의 기능은 단순히 협약 조항의 해석원칙에 지나지 않는다. 이에 따르면 계약당사자는 협약상 신의칙에 따른 일반적인 의무를 부담하지 않는다. 반면 신의칙에 따른 의무는 재판규범으로서 오히려 협약의 최종적인 해석 및 적용 주체인 법관이나 중재인에 한하여 발생한다. 이처럼 신의칙의 기능을 엄격하게 협약의 해석기준에 한하여 적용하는 입장은 제7조 제1항의 협약 내의 구조적·기능적 측면을 강조한다.[732] 즉 협약 법문의 엄격한 문자적 해석을 강조할 경우, 제7조 제1항의 해석상 '국제거래상의 신의 준수'의 기능은 해석원칙에 한정된다고 한다. 나아가 일부에서는 신의 준수는 국제적 성격 및 적용상의 통일과 함께 반드시 협약 해석의 고려대상이 되어야 하지만, '증진할' 필요성이 있는 고려대상에서는 문자적으로 제외된다고 한다.[733] 이와 함께 제7조 제1항의 입법연혁에서 신의칙이 계약당사자의 일반적인 의무로서 명시되어 있지 않은 점도 신의칙 기능을 제한하는 근거로 제시한다.

그러나 해석원칙 제한설은 국제거래관련 규범의 대상에는 계약당사자도 포함되어 있다는 사실을 간과하고 있다. 무엇보다 신의 준수의 정신은 국제상사거래 분야의 지도원칙이라 할 수 있으므로 특정 거래의 당사자 행위에 대하여 엄격한 책임을 부여하는 일반적인 기준을 둘 필요가 있다. 더욱이 국내법이 적용되는 상사거래보다 상대적으로 위험성이 높은 국제거래 분야에서는 국내법상의 기준보다 높은 수준의 성실성과 공정성이 요구된다.[734] 나아가 협약 개별조항에서 신의칙이 발현된 법문이 상당수 존재하는 점을 고려하면 제7조 제1항의 신의 요건은 계약당사자에게도 유효한 의미로 넓게 해석하는 것이 타당하다.[735] 또한 협약의 적용을 받는 계약당사자를 신의칙상 의무의 적용범위로부터 제외한 상태에서 국제거래상의 신의 준수의 목표를 설정한 것은 협약의 해석 체계 및 구조적인 면에서도 논리적이라 할 수 없다는 비판이 가능하다.[736] 이에 따르면 제7조 제1항은 계약당사자의 악의(bad faith)에 대하여 면책을 부여함으로써

732) E. Allan Farnsworth, Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles. Relevant international conventions and national laws, p. 56~57.

733) Uli Foerstl, op. cit., p. 49; Troy Keily, Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 3, 1999, p. 23.

734) Nives Povrzenic, Interpretation and Gap-filing under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 3(B). Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html.

735) Nives Povrzenic, op. cit., 3(B).

736) Troy Keily, op. cit., p. 23.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

스스로 제시한 협약의 목표를 훼손하는 역설을 야기하기 때문이다.[737] 협약 자체적 해석을 강조하는 국제적 성격을 고려해 볼 때에도 협약에서 신의칙의 기능을 단순히 기본적인 해석원칙으로 제한하게 될 경우에는 협약의 적용을 받는 각 계약당사자로 하여금 신의칙에 따른 행위의무를 강제할 근거는 실무상 존재하지 않기 때문이기도 하다.[738]

실제로 협약 제7조 제1항에서 제시된 신의 준수를 충분히 고려한 해석론에 따르더라도 협약의 개별조항에서 계약당사자의 악의로 인한 행위에 대하여 구체적인 사례에 따라 적절한 구제수단을 제공하지 못하는 경우에는 계약당사자에게 일반적인 신의칙 의무를 부담시키는 견해에는 분명한 실익이 존재한다고 할 수 있다.[739] 더욱이 신의칙을 협약의 해석기준에만 엄격히 제한할 경우 제7조 제1항과 매도인 및 매수인의 의무와 권리를 규정한 개별 조항과의 관계에서도 해석상 문제의 소지가 존재한다. 왜냐하면 제7조 제1항에 따르면 국제거래상 신의의 준수는 협약 조항의 기본적인 해석원칙이지만 계약당사자의 행위에 간접적으로 영향을 미치지 아니하는 '신의에 따른 협약의 해석'은 사실상 가능하지 않기 때문이다.[740] 결국 신의칙 기능의 제한적 해석에 따르면 국제물품매매계약의 통일규범으로서의 목표와 실효성 달성이 더욱 어려워질 가능성이 존재한다.

(2) 개별조항 확장설

협약의 해석에 있어서 제7조 제1항의 신의 준수 요건에 따를 경우에도 협약 개별조항에서 규정된 당사자의 권리와 의무가 어디까지 구체화될 수 있는지는 법문상 명확하지 아니하다. 이에 따라 제7조 제1항에 의하여 협약 개별조항의 해석으로부터 계약당사자에 대하여 신의칙상의 의무를 인정할 수 있는지가 문제된다. 제7조 제1항의 신의 준수 요건을 엄격히 협약의 해석원칙에 제한하는 경우에도 제7조 제1항의 신의 준수에 따른 해석에 의하여 개별 법문의 구체화 과정에서 그 의미가 변경될 여지가 존재한다.

737) Troy Keily, op. cit., p. 23.
738) Phanesh Koneru, The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an approach based on general principles, Pace University School of Law. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html.
739) Troy Keily, op. cit., p. 26.
740) Johan Steyn, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy, The Denning Law Journal, Vol. 6, 1991, p. 133; Troy Keily, op. cit., p. 25.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

어떤 경우에는 제7조 제1항의 해석에 의하여 계약당사자에게 결과적으로 신의칙상의 의무를 부담시키는 효과를 가져 올 수 있는데, 그 결과가 계약당사자의 권리관계에 큰 영향을 미치는 경우에는 협약상 이러한 해석이 과연 허용될 수 있는 것인지 검토해보아야 한다. 개별조항 확장설은 이를 긍정한다.

예를 들어 계약 해제의 의사표시 요건을 규정한 협약 제26조에서, 계약 해제의 통지는 해제의사의 명확성과 함께 매수인이 상대방에게 통지할 것을 요하지만 상대방의 수령여부는 해제의 효력과 무관하다.[741] 왜냐하면 협약에서 별도의 규정이 없는 한 당사자 사이의 의사표시는 발신주의(mailbox rule, dispatch rule)에 의하는데(협약 제27조), 계약해제의 의사표시에 관하여는 별도로 도달주의에 대한 규정이 없으므로 발신주의가 적용되기 때문이다. 따라서 해제의 효력이 발생한 후 매도인에게 그 통지가 도달하기 전까지 매도인은 이를 알지 못한 체 계약관계에 기한 의무를 계속 이행할 위험이 존재한다.[742] 개별조항 확장설에 의하면 이 문제는 제7조 제1항의 해석에 따른 신의성실의 원칙과 손해경감의무로 해결이 가능하다.[743] 즉 협약 제77조에서는 계약위반을 주장하는 당사자는 이로 인한 손실을 경감하기 위한 합리적인 조치를 취해야 할 의무를 부과하고 있으므로 매수인은 매도인으로 하여금 계약해제의 사실을 알 수 있도록 적절한 조치를 취해야 한다. 마찬가지로 협약 제77조의 손해경감의무에 대하여 제7조 제1항에 따른 해석에 의하면 구체적 사안에 따라 다르겠지만 신의 요건에 따라 매수인은 매도인과의 협상의무를 부담한다는 해석이 가능하다.[744] 결국 해석원칙 제한설에서 부정된 신의칙 의무가 협약 제77조의 확장해석에 의하여 계약당사자에게도 적용이 가능한 것으로 볼 수 있다.

그러나 개별조항 확장설에 대하여는 협약 제7조 제1항에 의한 법문의 구체화는 신의 준수 요건에 따른 해석의 당연한 결과로 볼 수 있으므로 이로 인해 해석원칙에 한하여 엄격히 제한된 신의 준수 요건에 계약당사자가 포함된 법창설적 효력이 발생하는 것은 아니라는 비판이 가능하다. 따라서 제7조 제1항의 신의 준수 요건에 따라 개별조항의 해석의 범위를 벗어나는 권리와 의무의 창설은 경계되어야 할 필요가 있다. 특히 입법

741) 협약 제26조; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 26, para. 3.
742) Fritz Enderlein/Dietrich Maskow, International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications, 1992, p. 117.
743) Anna Kazimierska, The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), p. 116.
744) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 19.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

단계에서 고려하지 못한 사안에 대해 개별 조항의 해석을 과도하게 확장하거나 명시적인 법률 요건을 무력화하는 해석은 제7조 제1항 신의 준수 요건에 적합하지 아니하다.[745] 물론 이러한 비판적인 관점을 따를 경우에도 제7조 제1항에 의하여 개별조항의 확장해석의 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 예를 들어 협약 제13조의 서면에는 전보나 텔렉스만이 아니라 오늘날의 다양한 전자적 통신수단도 포함되는 것으로 이해된다. 마찬가지로 앞선 예시에서 계약의 해제와 관련하여 이행기 전에 매매계약 당사자 가운데 일방의 종국적인 이행거절이 있는 경우에는 어느 쪽에게도 계약상 의무의 이행이 기대되지 아니하므로 계약 해제 후의 대체물 또는 재매각을 규정한 협약 제75조의 경우 상대방의 해제통지 또한 불필요하다는 견해가 다수설에 해당한다.[746]

(3) 계약적 일반원칙설

신의칙의 기능을 단순히 해석기준에 제한하지 아니하고 계약당사자의 법률관계로 확장하는 견해는 협약의 적용대상에 포함되는 계약의 해석과 협약의 해석 사이에 뚜렷한 경계를 확정하기 어려운 점을 강조한다.[747] 이에 따르면 제7조 제1항에 의한 협약 조항의 해석은 필연적으로 당사자가 체결한 계약의 해석에도 적지 않은 영향을 미친다. 그러므로 설령 제7조 제1항의 입법 연혁 및 법문의 해석에 비추어 신의칙의 기능이 협약의 해석기준에 명확히 한정된다고 할지라도, 제7조 제1항에서 규정된 신의 준수 요건은 명시적인 협약 조항의 해석뿐만 아니라 계약당사자에 대하여도 일반적인 의무를 창설하는 법적 효력을 지닌다고 한다.[748] 또한 계약적 일반원칙설은 국제거래상 신의 준수를 증진할 필요성의 주체는 협약 및 개별 계약당사자를 대상으로 하는 점에서 넓게 해석되어야 한다고 강조한다.[749] 특히 계약당사자가 협약 제6조[750]에 따라 협약의

745) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 19.
746) Ibid.
747) 협약 제7조 제1항을 광의로 해석하는 견해에 대하여는 Bruno Zeller, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vondobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Issue 1, 1999, p. 27~28; 우리나라의 경우도 제7조 제1항을 광의로 해석하여 계약관계의 적용을 긍정하는 견해가 유력한 것으로 언급된다. 김선국, 국제물품매매협약과 미국계약법, 국제거래법연구 제13집, 국제거래법학회, 2004, 20~21면; 김인호, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위, 법조 55권 9호, 법조협회, 2006, 211면; 오석웅, 국제물품매매계약에 관한 UN협약상 신의성실의 원칙, 원광법학 제27권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 76~77면; 한재필, 국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구, 국제상학 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008, 121면.
748) Uli Foerstl, op. cit., p. 50.
749) Johan Steyn, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy, p. 133; Troy Keily, op. cit., p. 23.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적용을 배제하거나 일부 규정의 효력을 변경하지 아니하는 한 협약 조항은 곧 그 자체로 당사자의 계약조건을 구성하므로 협약의 해석과 계약의 해석은 그 효력에 있어서 더욱 분리하여 생각하기 어려운 성질을 지닌다고 한다.[751]

당사자 간 계약관계에서 직접 효력을 발하는 제7조 제1항의 신의칙 의무는 앞서 해석원칙 제한설을 비판하는 논거에 의하면 당연한 귀결로 볼 수 있다. 신의칙의 기능을 협약의 기본적인 해석원칙에만 한정할 경우 신의칙 의무의 부담주체는 계약 당사자가 아니라 오히려 협약의 해석주체와 동일시된다. 그러나 계약당사자를 배제하고 협약의 해석주체, 즉 사법기관에 대하여만 신의칙상의 의무를 부과하는 입법태도는 종래의 전통적인 신의칙 법리뿐만 아니라 다른 국제규범의 태도에 비추어도 통상적인 입법방식과 상당히 거리가 멀다.[752] 더욱이 협약의 해석에 있어서 해석주체의 재량이 허용되는 경우, 협약상의 법적 프레임 내에서 공정하게 해석해야 할 신의칙상의 의무는 일견 제7조 제1항이나 독립적인 규정에 의하지 아니하고도 사법주체에게 당연히 부여된 의무라 할 것이다. 이에 따르면 제7조 제1항의 신의 준수 요건에 대하여 해석원칙 이상의 규범적인 요청을 기대하는 것은 자연스러운 결론에 해당한다.[753] 나아가 일부에서는 제7조 제1항의 신의칙 의무는 당사자의 계약관계뿐만 아니라 개별 계약의 해석에도 당연히 적용된다는 견해가 통설이라는 관점도 존재한다.[754] 이와 같이 신의칙의 기능에 대한 다양한 견해는 입법 연혁상 상이한 법계의 타협으로부터 기인하기도 하지만 통일규범으로서의 협약의 목표 달성이 그만큼 지난한 과제라는 반증으로도 이해된다. 그러나 협약 법문이나 입법연혁을 고려한 해석에 의하더라도 이처럼 대륙법계 신의칙과 같이 계약관계에 대한 일반적이고 직접적인 적용은 협약에서 의도한 신의칙의 규범성과는 다소 거리가 먼 해석론에 불과하며 명시적인 근거를 찾을 수 없는 점이 가장 큰 문제라 할 수 있다.

---

750) CISG Article 6 "당사자는 이 협약의 적용을 배제할 수 있고, 제12조에 따를 것을 조건으로 하여 이 협약의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다".

751) Gyula Eorsi, International Sales: The United Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, 1984, p. 2-7~2-8.

752) 예를 들어 PICC(The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts(국제상사계약원칙))에서 신의칙은 계약당사자를 직접 구속한다. PICC Article 1.7 Good Faith and Fair Dealing. "(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade(각 당사자는 국제거래에서 신의성실과 공정거래에 따라 행위하여야 한다). (2) The parties may not exclude or limit this duty(당사자는 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다)".

753) Uli Foerstl, op. cit., p. 50.

754) Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, Pace International Law Review, Vol. 10, 1998, p. 90.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 이상에서 계약적 일반원칙설이나 개별조항 확장설에 의하여 협약 제7조 제1항으로부터 계약당사자에게 신의칙상의 묵시적인 의무를 부여하는 입장은 제7조 제2항에서 협약이 기초하고 있는 '일반원칙', 즉 신의칙으로부터 발생하는 의무와는 그 근거를 달리한다. 제7조 제2항에 의하여 도출된 일반원칙으로서의 신의칙은 협약의 해석기준에 제한된 기능을 넘어 당사자의 계약관계에 직접적으로 영향을 미치는 점에서 제7조 제1항에 근거한 신의칙과 일면 유사하다. 그러나 제7조 제1항에 근거한 신의칙 의무는 여전히 법문상의 구조적·문자적 제한을 극복해야하는 한계를 지닌 점에서 이러한 한계로부터 상대적으로 자유로운 제7조 제2항 일반원칙으로서의 신의칙과 명시적으로 구분된다. 따라서 이하에서 살펴볼 제7조 제2항에 근거한 협약 내재적 일반원칙설은 제7조 제1항에 근거한 신의칙의 기능 문제를 협약에서 규율하는 사항이지만 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 법적 흠결의 문제로 간주한다.

(4) 협약 내재적 일반원칙설

신의칙의 기능을 계약당사자의 법률관계로 확장하는 견해에는 앞서 제7조 제1항에 근거한 개별조항 확장설, 계약적 일반원칙설과 별개로 제7조 제2항에 근거하여 협약이 기초하고 있는 일반원칙 가운데 신의칙 의무를 도출하는 협약 내재적 일반원칙설이 가장 큰 설득력이 있는 것으로 보인다. 협약 내재적 일반원칙이란 일반적으로 협약의 법문과 각 개별조항의 입법 연혁으로부터 분별이 가능하면서도 협약의 기초에 내재된 보편적인 법원칙을 의미한다.[755] 협약 내재적 일반원칙의 중요성이 특히 강조되는 이유는 국제사회의 합의 절차에 의하여 협약이 제정될 당시 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 대표국의 이해 및 동의에 의하여 공통적인 합의사항을 대변하는 것으로 간주될 뿐만 아니라 국제규범의 통일성 증진에도 가장 도움이 되는 합리적인 방안으로 평가되기 때문이다.[756] 사실 성문법의 방법론상 국제 계약에 관한 통일 규범을 통해서도 모든 상황을 예견하고 이를 명문화하여 법체계상의 완결성을 획득하기란 생래적인 한계가 존재한다. 이러한 한계를 보완하기 위해 국제통일규범에서는 법적 흠결의 보충장치를 두는 것이 일반적인데, 협약이 기초한 일반원칙은 그중에서도 협약 해석의 통일성을 증진하는 방안으로 평가되는 점에서 제7조 제2항에 의한 법적 흠결의 보충 절차에

755) Troy Keily, op. cit., p. 28.
756) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서 최우선 순위에 놓여 있다.

협약 내재적 일반원칙설에 따르면 협약에서 신의성실의 원칙은 제7조 제2항에 의하여 협약이 기초한 일반원칙에 해당하므로 제7조 제1항의 입법 연혁 및 법문상 해석원칙에 한정되는 문제를 내포하지 않으면서도 협약에 내재된 일반원칙으로서 계약당사자에 대하여 직접적으로 효력을 발생할 수 있다.[757] 한편 제7조 제1항을 엄격하게 해석하는 견해에 따르면 이 조항의 입법연혁에 비추어 제7조 제2항에서 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 기능은 협약에서 규율하지만 명시적으로 해결되지 아니하는 문제의 흠결보충에 한정된다. 그러나 당사자 법률관계의 일반원칙으로서 신의칙 인정 여부는 이미 제7조 제1항에서 규율하지만 법문의 엄격한 해석에 따라 명시적으로 부정된 것으로 볼 경우, '명시적으로 해결되지 아니하는 문제'에 해당하지 않으므로 제7조 제2항은 적용될 여지가 없다.[758]

그러나 협약 내재적 일반원칙설은 이에 대하여도 제7조 제1항은 법문상 협약의 해석문제에 한하므로 해석원칙으로서의 신의칙 이외에 다른 기능에 대하여는 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제, 즉 법적 흠결에 해당하므로 일반원칙으로서의 신의칙을 긍정한다.[759] 예컨대 보넬(Bonell)은 제7조 제1항에 내재된 법문상의 문제에도 불구하고 신의칙이 발현된 다수의 개별 조항[760]으로 미루어 보아 신의칙의 기능은 협약의 해석원칙에 그치지 아니하고 협약 전체에 걸쳐 내재된 일반원칙의 기능을 지닌다고 한다.[761] 따라서 제7조 제2항에 근거한 협약 내재적 일반원칙설에 의하면 신의칙은 당사자의 계약관계에서 일정한 의무를 창설하는 법형성적 기능뿐만 아니라 제7조 제1항의 기본적인 해석원칙의 역할도 함께 수행하게 된다.

협약 내재적 일반원칙설은 종래 신의칙을 원용한 학설과 판례에서 가장 많이 원용되고 있는 견해인 것으로 보인다. 그러나 협약 내재적 일반원칙으로서 신의칙을 긍정할 경우 결과적으로 협약 법문에 따라 해석원칙으로 제한된 신의칙의 기능은 제7조 제2항을 통하여 폭넓은 규범성을 획득하는 점에서 제7조 제1항의 의의를 크게 경감시킨다는 한계를 극복할 과제를 안고 있다. 무엇보다 신의칙이 규정되지 아니한 제7조 제2항으

757) John Klein, Good Faith in International Transactions, Liverpool Law Review, Vol. 15, Issue 2, 1993, p. 141.
758) Uli Foerstl, op. cit., p. 51.
759) E. Allan Farnsworth, op. cit., p. 56.
760) 예를 들어 코네루(Phanesh Koneru)는 신의성실은 협약 내에서 신의칙의 변형된 형태, 즉 합리성이나 공정거래 개념으로 개별조항에 각각 발현되었다고 한다. Phanesh Koneru, op. cit., Footnote 152 참조.
761) Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sales Law, Article 7, 2.4.1. Retrieved December 18, 2018, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로부터 계약관계의 직접적인 법규범성을 원용하면서도 정작 명시적으로 신의칙을 규정하고 있는 제7조 제1항의 의의에 대한 규명에는 침묵하는 점에서 스스로 일정한 한계를 인정하고 있다.

(5) 국내법 적용설

협약 내재적 일반원칙설과 국내법 적용설은 협약 제7조 제1항의 신의칙 문제를 협약에서 해결이 어려운 법적 흠결로 보는 점에서 유사하다. 그러나 앞서 협약 내재적 일반원칙설은 협약이 기초하고 있는 일반원칙 가운데 신의칙을 포함시키는 반면, 국내법 적용설에 의하면 협약에 내재된 일반원칙 중에서 신의칙은 제외된다. 이에 따르면 물론 계약당사자에 대한 신의칙 의무의 창설문제는 제7조 제2항에 따라 협약의 규율사항으로서 명시적으로 해결되지 않은 문제에 해당하지만 협약 내재적 일반원칙에 의하여도 해결되지 아니한 사항이므로 결국 '국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법', 즉 국내법의 적용을 허용한다.[762]

한편 신의성실 개념의 법원성의 근원을 자연법으로부터 발원한 것으로 보는 전통적인 관점에 의하면 신의칙은 로마법에서 제도적 규범력이 수용된 이래 실정법의 엄격한 법질서를 보완하는 형평법(ius aequum)적 권리구제기능을 수행해 온 것으로 볼 수 있다. 이때 고착화된 실정법에 대한 신의칙의 예외적 기능을 강조하는 관점에 의하면, 적어도 신의칙 문제의 규범적 한계와 관련하여 협약의 적용은 엄격법(ius strictum)으로서 구체적 상황에 대한 형평적 해결 방안을 제시하지 못하는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 이러한 경우에 국내법적용설은 예외적인 권리구제수단으로서 국제사법 규칙에 따라 국내법의 적용을 허용할 수 있다고 한다.[763]

그러나 제7조의 입법 연혁 및 협약 법문에 비추어 계약당사자에 대한 신의칙 의무의 창설은 입안단계에서 이루어진 타협의 취지에 정면으로 반하며 의도되지 않은 것으로 보아야 한다.[764] 비록 흠결보충수단으로서 법문상 근거가 명시되어 있지만 국내법의 적용은 협약에서 제시한 국제적 성격의 고려 원칙으로부터 애초부터 엄격히 제한된 해결방안이며 협약의 목표인 적용상의 통일성 증진에도 저해되므로 국제통일규범으로서

762) E. Allan Farnsworth, Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles. Relevant international conventions and national laws, p. 56~57.
763) Uli Foerstl, op. cit., p. 52.
764) Ibid, p. 57.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약의 의의를 크게 반감시킨다. 특히 국내법 적용설이 유효하기 위해서는 i) 제7조 제2항에 의한 법적 흠결의 보충 수단 중에서 국내법이 최후의 수단으로 설정된 점과 ii) 법적 흠결의 보충기능에 있어서 협약이 기초한 일반원칙에 의한 방법보다 협약 적용상의 통일성을 침해할 가능성이 높은 방안임에도 이를 적용해야할 타당성을 입증해야하는 점에서 실효성이 크다고 할 수 없다.

(6) 국제통일규범 적용설

국제통일규범에 따른 신의칙의 적용은 이상에서 살펴본 견해의 실질적인 한계로부터 협약 외재적인 법원의 필요성을 강조한다. 신의칙의 기능을 제7조 제1항 법문에 따라 가장 엄격하게 단순히 협약의 해석기준으로 한정하는 경우에도 제7조 제1항에 따른 '국제거래상의 신의 준수'에 적합한 협약의 구체적인 해석방법은 여전히 해결해야 할 과제로 남는다. 또한 계약당사자의 행위에 간접적으로 영향을 미치지 아니하는 '신의에 따른 협약의 해석'은 가능하지 않으므로 제7조 제1항 및 매도인과 매수인의 의무와 권리를 규정한 조항과의 관계에서도 해석의 문제는 상존한다. 그 밖의 견해에 의하여도 개별 사례에 따라 신의칙의 구체적 의미와 적용범위의 결정에는 어려움이 따르므로 신의칙 문제는 제7조 제1항에 의하여는 해결이 어려운 것으로 간주한다. 따라서 국제통일규범 적용설은 국내법을 적용하기보다 PICC나 보편적으로 수용된 상사관습법과 같은 외재적 법원을 통해 이미 객관화된 일반원칙, 즉 신의칙을 차용할 것을 강조한다.[765]

국제통일규범 적용설은 협약 외재적인 국제적 통일규범의 차용이 필요하다고 하면서 그 주요한 근거로 협약의 국제적인 성격을 강조한다. 즉 계약당사자를 구속하는 일반원칙으로서의 신의칙 문제를 국내법 적용에 의하는 경우 국제규범의 성격과 통일규범의 정신을 훼손하므로 협약보다 구체적이고 이와 비슷한 입법정신을 지닌 것으로 평가되는 PICC[766]나 동류의 국제적인 통일규범 생태계 내에서 해결하는 것이 바람직하다고 한다.[767] 그리고 국제규범 적용의 근거가 되는 규정에 대하여는 신의칙 문제를 협약에서 명시적으로 해결되지 아니한 법적 흠결로 보고 협약 제7조 제2항을 든다. 한편

765) Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith, op. cit., p. 90.
766) The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts(국제상사계약원칙).
767) Alejandro M. Garro, The Gap-filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, Tulane Law Review, Vol. 69, 1994~1995, p. 1152.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제7조 제2항의 법문을 강조하는 관점에 의하면, 협약이 기초하고 있는 일반원칙이란 협약 이전에 제정된 국제규범으로부터 도출하는 것이 법문의 해석상 논리적이라 할 수 있으므로 PICC는 협약 이후에 제정된 점에서 여기에 포함될 수 없다는 반론이 가능하다. 그러나 국제통일규범 적용설은 이에 대하여도 협약 내재적 해결이 곤란할 경우에는 법문 해석상의 기술적인 문제에도 불구하고 국내법의 적용으로 협약의 정신이 훼손되는 위험보다는 국제규범에 내재된 해결방안의 실익이 더 큰 점을 강조한다.[768]

이와 같은 문맥에서 일부에서는 협약 자체적인 해석원칙으로서 제7조의 입법취지를 고려하면 협약 외재적인 일반원칙의 수용은 일반적으로 배제되는 것이 마땅하다고 할 것이나 그 중에서도 국제적 협의를 통해 일반적으로 수용된 것으로 볼 수 있는 일반원칙에 대하여는 특별히 예외를 인정할 필요가 있다고 강조하는 견해도 있다. 다시 말해 폐쇄적인 해석원칙에 의하여 협약이 스스로 화석화의 길을 자초하기보다 이미 국제적으로 일반화된 원칙을 수용함으로써 통일규범으로서 수용하지 못한 새로운 상황 및 시대의 변화에도 지속적인 실효성을 유지할 수 있도록 길을 열어 놓아야 한다는 것이다.[769] 물론 이에 대하여는 적어도 신의칙 문제에 있어서 국내법 적용설과 유사한 관점에서 비판이 가능하다. 더욱이 제7조 제2항은 협약 외재적인 법원의 유입을 일반적으로 허용하지 않는 점을 고려해 볼때 비록 PICC나 국제사회의 상사관습법이라 할지라도 협약 내에 그러한 유입가능성이 명시적으로 확인되는 경우에 한하여 제한적으로만 활용되어야 한다고 봄이 타당하다.[770]

### 다. 소결

이상에서 제7조 제1항 신의칙의 의미와 기능에 관한 학설에 의하면, 신의칙에 관한 해석론은 크게 i) 계약관계에서 신의칙상의 의무를 원론적으로 부정하는 견해와 ii) 명시적 규정이 없더라도 이를 인정하거나 협약이 기초하고 있는 일반원칙 및 외재적 법원에 의하여 묵시적 의무를 인정하는 견해로 구분된다.

768) Alejandro M. Garro, op. cit., p. 1189; Michael Joachim Bonell, The UNIDROIT Principles and CISG. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell.html.

769) Ulrich Magnus, General Principle of UN-Sales Law, translated by Haberfellner, L., CISG W3 database, Pace University School of Law. Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law, Vol. 59, Issue 3-4, 1995. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html.

770) Ulrich Magnus, Remarks on good faith. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/ uni7.html.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

전자 i)에 관하여 살피건대 제7조 제1항의 해석원칙이 제시하는 것처럼 협약상 신의칙의 기능을 법문의 엄격한 해석에 따라 예컨대 우리 민법상의 신의칙과 달리 협약의 해석원칙에 한하여 보는 것이 과연 실무상 가능한지는 의문이다. 첫째, 제7조 제1항에 따르면 국제거래상 신의의 준수는 협약 조항의 기본적인 해석원칙에 해당하지만 구체적인 계약관계에서 법률행위 당사자의 행위에 간접적으로 영향을 미치지 아니한 채 신의에 따른 협약의 해석론을 강구하는 것은 사실상 가능하지 아니하다.[771] 둘째, 협약 법문을 강조하는 규범적 관점은 협약의 해석 체계 및 법문 구조적인 측면에서도 논리적 일관성이 결여되어 있다. 협약의 실제 적용대상에 해당하는 계약당사자를 신의칙상 의무의 적용범위로부터 완전히 배제한 상태에서 협약의 해석에 의존하여 국제거래상 신의 준수의 목표를 설정한 것은 적어도 엄격한 법문 및 논리구조를 강조하는 견해에 부합하지 않는 모순에 해당하기 때문이다.[772] 셋째, 협약 자체적 해석을 강조하는 협약의 국제적 성격을 고려해 볼 때 신의칙의 기능을 단순히 해석원칙에 한정시킨다면 협약의 적용을 받는 각 계약당사자로 하여금 신의칙에 따른 행위의무를 강제할 근거란 최소한 재판실무에서는 존재하지 않는다.[773] 넷째, 개별조항의 확장해석의 경우에도 제7조 제1항에 의한 법문의 구체화는 신의 준수 요건에 따른 해석의 당연한 결과이므로 이로 인해 해석원칙에 한하여 엄격히 제한된 신의 준수 요건에 규범적 확장성이 인정되는 것은 아니라 할 수 있다.

후자 ii)에 관하여도 첫째, 계약적 일반원칙설과 같이 계약당사자에 대한 직접적인 신의칙의 적용은 법문에 의하면 명시의 근거가 존재하지 아니한다. 둘째, 제7조 제2항의 협약 내재적 일반원칙의 관점에서 제7조 제1항으로부터 계약관계에서의 신의칙 의무를 직접적으로 도출하는 것은 신의칙 문제를 협약의 법적 흠결로 간주하는 제7조 제2항의 해석론의 전제와 모순되므로 타당하다고 볼 수 없다. 신의칙 문제를 제7조 제1항에서 이미 해결되지 아니하는 문제로 간주하였으면서도 다시 제7조 제2항을 통해 제7조 제1항으로부터 도출한 일반원칙에 의하여 신의칙 문제를 해결하는 것은 적어도 신

771) Johan Steyn, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy, p. 133; Troy Keily, op. cit., p. 23; 프랑스 민법 제1104에서도 계약의 이행이 신의성실의 요구에 부합하는 지에 대한 판단은 계약의 이행단계에서 당사자 행위에 대한 해석 및 최종적인 계약 내용에 대한 해석과 밀접한 관련을 맺고 있음을 확인할 수 있다.

772) Troy Keily, op. cit., p. 23.

773) Phanesh Koneru, The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an approach based on general principles, Pace University School of Law. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html. 신의성실의 원칙은 당사자에게 요구되지 아니하고는 실무상 법원칙으로 존재할 수 없다고 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의성실 개념의 규범적 의미에 있어서 정의상의 왜곡에 해당하기 때문이다.[774] 셋째, 제7조 제1항으로부터 도출한 일반원칙에 따라 신의칙의 적용을 긍정하더라도 협약이 제시하는 행위기준의 표준으로서 신의 준수 요건의 구체적 의미는 여전히 해결해야 할 법적 흠결로 남는다.

결론적으로 협약에서는 계약당사자 간 신의칙의 의미와 기능에 관한 명시적 규정의 부재와 함께 이상의 문제점으로 인하여 어떠한 학설을 취하더라도 신의칙의 적용범위 및 기능에 관한 엄격한 규범적 접근에는 본질적인 한계가 내재되어 있는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 한계는 협약의 초안 단계에서도 이미 예견된 것이기도 하다. 협약 제7조의 규범적 불명확성 문제가 입법기술적 논의를 통하여 명확히 해결되지 아니한 채 협상의 결과로 채택됨으로써 그 부작용이 오늘날 그대로 반복되고 있는 것이다. 생각건대 해석원칙 제한설의 관점에서 협약이 초안된 시점으로 돌아가 제7조 제1항 신의 준수 요건에 대한 기능주의적 접근을 통하여 이상의 규범적 한계에도 불구하고 최종 입법에 이르게 된 협약 내재적 입법장치를 규명함으로써 협약 자체적인 신의성실의 원칙의 해석에 관한 규범적 재정립이 요구된다.

## 2. 국제거래상 신의 준수의 구체적 의미

### 가. 신의 준수의 구체적 의미

협약상 신의칙의 구체적 의미에 관한 문제는 신의칙상의 의무가 도덕에 기초한 의무는 아니라는 점에서 시작될 필요가 있다. 로마사회에서 기원상 스토아사상의 영향 아래 시민법적 윤리개념으로 전환되었던 신의성실 개념은 근대 유럽 국가들에서는 대부분의 법체계를 통해 계수되었는데 이를 입법화한 최초의 프랑스 민법 이후에도 신의성실의 의의는 법과 사회유대적 윤리 사이의 가교적 기능에서 찾아야 한다.[775] 그러나 법을 통해 규범화되는 도덕은 다양한 문화권의 규범에 기초한 사회유대적 행위의무이므로 도덕적인 관점의 접근방법은 신의칙의 적용상의 통일성에 도움이 되지 못한다. 이는 협약의 입법 연혁에서 강조된 사실이기도 하다.[776] 따라서 법원칙으로서 신의성

774) John Felemegas, op. cit., p. 198.
775) Martijn W. Hesselink, op. cit., p. 621.
776) John O. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sale, p. 369.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

실의 원칙은 협약의 국제적인 성격과 적용상의 통일성과 마찬가지로 강행성을 지니며 일정한 행위 준칙의 이행을 요청하는 것으로 이해될 필요가 있다.

협약 제7조는 협약의 해석에 있어서 국제거래상의 신의 준수를 고려할 것을 명시적으로 요청하지만 협약에서 제시하는 신의의 구체적 기준은 최소한 협약 내에서 일반적으로 도출하기 힘든 행위준칙임에는 이견이 없어 보인다. 물론 이는 협약뿐만 아니라 협약 외재적인 법원에 의하여도 마찬가지이다. 특히 협약 제9조에서 수용된 관행을 비롯해 국제거래에 있어서 신의칙의 기준을 명시적으로 구체화한 강행성 있는 법원이 존재한다고 볼 수는 없으므로 이러한 어려움은 더욱 가중된다.[777] 더욱이 제7조는 협약 내재적 해석론의 접근방법을 선언하는 규정이므로 협약 내에서 구체화 되지 아니한 준칙을 협약의 범위를 벗어나 국내법적 사고와 법문화를 통해 도출하여 규범화시키는 것 또한 협약의 입법 정신에 비추어 적절하지 아니하다.

이처럼 신의칙 기준의 객관화에 관한 어려움은 국제사회에서 보다 수용적인 해결방안이 요청되고 있음을 의미한다. 다시 말해 '국제거래상의 신의 준수'의 기준은 이를 설명해 줄 수 있는 국제거래상 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 협약 제9조 제2항에 따른 관행이나 협약 내재적인 일반원칙 그리고 기타 상이한 국제통일규범으로부터 도출할 수 있는 가능성이 있는지 검토해 보아야 한다.[778] 예를 들어 Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc. 판결에서 법원은 계약의 성립과 관련하여 '협약은 보다 개방적인 입장을 취하고 있으므로 적어도 협약이 적용되는 계약이라면 당사자나 동종업계에서 확립된 관례나 관행은 당사자 간의 합의에 자동적으로 포함된 것으로 보아야 한다'고 판시하였다.[779] 이는 동종업계에서 제3자에 의하여 관습적으로 수용되어온 의무를 신의칙의 범주에 포함시킨 것으로 이해된다. 해당 판례는 특정 상거래에 한하여 당사자 간에 성립된 관례를 예시한 것으로서 명확히 신의의 행위준칙을 일반화한 것이라고 단정 짓기는 어렵다. 다만 이처럼 개별 판결례에서 신의의 태양에 대한 판단이 축적됨에 따라 협약 제7조 제1항에서 명시된 신의 준수 요건은 보다 구체적인 기준으로 규범화가 가능하다고 할 수 있다.

물론 이 경우에도 신의의 태양에 대한 판단은 협약 내재적 해석론에 따라야 한다. 이러한 판단의 문제는 구체적인 사실관계에 직면하여 협약 법문을 해석하고 적용하는

777) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 18.
778) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 17.
779) CLOUT Case 579, United States : U.S. District Court for the Southern District of New York [Federal Court of 1st Instance], 98 CIV 961 RWS, 99 CIV 3607 RWS, 21.08.2002. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법정지나 중재재판부 등 최종적인 분쟁해결기관의 몫이라 할 수 있다. 따라서 협약의 해석 및 적용 주체는 제7조의 해석원칙에 따라 국제거래상의 법적 장애를 제거하고 당사자 권리관계의 균형성을 담보하며 국제거래의 증진에 도움이 되는 방향으로 신의의 구체적인 태양을 판단하여야 한다.[780] 따라서 협약에서는 이를 통해 국제거래상 신의의 기준에 대한 법원칙이 보다 구체화되고 규범화됨을 예정한 것으로 봄이 타당하므로 해석원칙으로서 신의칙의 의의에 대한 구체적인 판단이 결여된 채 제7조가 부여하는 신의 준수의 의무를 성취한 것으로 간주하는 자국편의적인 해석론은 협약의 국제적인 성격과 적용상의 통일성 요건에 비추어 지양되어야 한다.[781]

## 나. 국제거래상의 의미

협약 제7조 제1항은 협약의 해석에는 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다고 규정한다. 국제거래상의 문맥에서 요청되는 신의 준수에 따른 해석이란 협약의 해석에 국가 간의 '상거래'가 요구하는 특수성과 합리성 그리고 '국제성'이 고려되어야 하고, 국내법적 사고로부터 형성되고 도출된 신의칙의 내용은 배제됨을 의미한다.[782]

### (1) 상사계약의 특수성

국제거래상의 신의 준수 요건에 적합한 해석은 협약의 적용대상인 '상거래'상의 특수성과 합리성이 고려된 해석을 의미한다. 협약 제2조에 의하면 협약이 적용되는 국제거래는 상사계약에 한정되며 소비자계약은 협약의 적용대상에 포함되지 않는다.[783] 이에 따르면 개인용·가족용 또는 가정용으로 구입된 물품매매의 경우 매도인이 계약체결 전이나 체결시에 그와 같은 용도로 구입된 사실을 알지 못하였고, 알았어야 했던 것도 아닌 경우를 제외하고는 협약의 적용이 명시적으로 배제된다.[784] 상사계약의 해당 여

780) 협약 전문 참조.
781) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 18.
782) John Felemegas, *The UN Convention on CISG: Article 7 and Uniform Interpretation, in* Pace International Law Review, ed., Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) 2000-2001, Kluwer Law International, 2002, p. 244.
783) John Felemegas, Article 7 and Uniform Interpretation, Chapter 3, 5, (d). Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부는 물품의 실제 용도보다는 거래의 목적에 의해 결정되고 개인 또는 가정의 소비자 물품이라 할지라도 상거래를 위한 목적일 경우에는 협약이 적용된다.[785] 협약이 이처럼 적용범위에 있어서 상사계약과 소비자계약을 구분하는 점으로부터 협약의 해석에 있어서도 상인간의 거래에 요청되는 신의성실과 합리적인 상사기준을 준수할 것을 의도하고 있는 것으로 이해할 필요가 있다.[786]

국내법체계의 입법례에 의하면 상인간의 거래를 규율하는 법률은 경제적 약자보호를 위해 제정된 소비자계약에 관한 법률과 구분되기도 하는데 이 경우 신의칙상의 의무에 관한 법리도 상인간의 거래에서는 보다 특수성을 지니고 규율됨을 확인할 수 있다.[787] 예를 들어 앞서 미국법상의 신의칙에 서 본 바와 같이 2001년 개정 전의 미국통일상법전에서는 신의성실의 의미규정 UCC § 1-201(19)에서 “신의성실이란 해당 행위 또는 거래에 있어서 사실상의 정직을 의미한다”고 하면서도, 이와 별개로 UCC § 2-103(b)에서 “상인의 경우에 신의성실이란 사실상의 정직성과 거래에 있어서 공정거래에 관한 합리적인 상사기준의 준수를 의미한다”고 규정함으로써 상사계약만의 특수성을 반영하고 있다.[788] 따라서 이로부터 국제거래상의 신의 준수 요건에 적합한 해석이란 협약 자체적인 해석체계에 따르면서도 상거래상의 특수성과 합리성이 고려된 해석을 의미한다는 시사점을 도출할 수 있다.

(2) 국가 간의 상거래

국제거래는 상사계약이면서도 본질적으로 ‘국제성’이 내재되어 있으므로 국제거래상의 신의 준수에 따른 협약의 해석은 i) 거래당사자 사이의 균형적인 권리관계를 고려하여야 하고 이때에도 권리관계의 균형성에 있어서 ii) 국내법상의 신의칙에 대한 고려와 실질적으로 구분되어야 한다.

(가) 권리관계의 균형성

784) 이 외에도 경매, 강제집행 그 밖의 법령에 의한 매매와 주식, 지분, 투자증권, 유통증권, 통화(money)나 선박, 소선(小船), 부선(浮船), 항공기, 전기의 매매는 제7조 제1항의 국제거래에 포함되지 않는다.
785) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 2 para. 4.
786) John Felemegas, op. cit., Chapter 3, 5, (d).
787) 김영주, 미국통일상법전상 신의성실의 원칙, 139면 이하 참조.
788) 김영주, 위의 논문, 139면 이하.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의 준수에 따른 해석에는 상사계약의 성격뿐만 아니라 국제거래가 요구하는 특수한 국제적인 환경과 조건이 중요한 고려사항이 된다. 국내거래와 비교하여 법률리스크가 상대적으로 현저히 높은 국제거래의 특성상 거래당사자 사이의 균형적인 권리관계를 유지하는 해석을 통하여 국제거래상의 신의 준수를 증진할 수 있기 때문이다. 무엇보다 협약의 해석에 의하여 권리관계의 현저한 불균형이 야기될 우려가 있다면 경제적 약자 보호에 비중을 둔 해석이 우선되어야 한다는 견해에 적지 않은 설득력이 실린다.[789]

이러한 해석의 근거는 국내법의 사례에서 신의칙상의 의무가 입법례에 따라 실체적으로 구분되는 점과 문맥을 같이 한다. 예를 들어 상인 간의 상사계약과 일방이 경제적 소수자인 소비자계약에서 요구되는 신의 준수에 따른 해석에는 차이가 있을 수밖에 없다. 학계에서 지적되는 바와 같이 국제거래에서 일방이 경제적 약자에 해당하는 경우에도 협약의 해석상 권리관계의 균형을 유지하기 위해서는 그렇지 않은 경우와 대비하여 신의 준수에 따른 해석에 보다 신중을 기하여야 한다.[790] 특히 고도로 산업화된 강대국과 개발도상국 및 제3세계 국가 사이의 물품매매계약에서 경제적 위상의 차이는 곧 교섭력의 차이로 이어질 수 있기 때문이다. 나아가 교섭력의 차이는 복잡다기한 국제정치역학을 비롯해 사회·환경적인 외부 변인에 종속되는 바가 적지 않으므로 국내법상의 거래에서 요청되는 경제적 약자보호 및 권리관계 균형의 논리는 국제거래에서도 동일하게 적용되어야 한다는 견해가 타당하다고 생각된다.[791]

같은 문맥에서 협약의 전문으로부터도 균형적인 권리관계의 측면에서 신의 준수에 따른 해석 요건이 도출될 수 있는 것으로 이해된다. 즉 신의 준수에 따른 협약의 해석에는 양당사자의 “평등과 상호이익을 기초로 한 국제거래의 발전이 국가 간의 우호관계를 증진하는 중요한 요소인 점”이 고려되어야 한다.[792] 그러나 다양한 외적 변수가 존재하는 국제관계의 특수성으로 인하여 경제적 약자가 포함된 국제거래에서 현실적으로 이러한 해석이 가능한가는 의문이다. 이 점에서 국제거래상 신의 준수를 증진하는 해석은 협약 제7조 제1항이 규범적으로 제시하는 협약의 기본적인 해석원칙인 한편, 다른 한편으로는 각 해석주체에게 남겨둔 협약의 해석상 지향해야 할 과제라 할 수 있다.

789) John Felemegas, op. cit., p. 245.
790) John Felemegas, Article 7 and Uniform Interpretation, Chapter 3, 5, (d). Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html.
791) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 87; John Felemegas, op. cit., p. 244.
792) 협약 전문 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 국제거래의 국제성

다음으로 국제거래에 함의된 국제성으로 인하여 국내법의 전통에 따라 각각 상이하게 형성 및 발전된 신의칙은 국제거래상의 신의칙과는 구분된다고 볼 수 있다.[793] 따라서 국제거래상 신의 준수에 따른 해석은 국내법상의 신의칙에 대한 고려와 실체적으로 구분되는 것이 타당하다.[794] 신의칙은 나라마다 상이한 법규정을 통해 그 법원성이 인정되고 있지만 그 연원을 거슬러 올라가 고전기(古典期) 로마법에 이르면 시민법적 윤리개념의 단계를 거친 과도기적 법개념이었다.[795] 로마적 형평에 근거하여 시민법에 의하여 법개념화되기 이전에는 로마인 특유의 시민윤리인 피데스가 존재했었다. 신의칙의 구체적인 의미와 기능은 이처럼 전통적으로 상이하게 형성되고 발전되어온 사회적 시민윤리에 기인하는 바가 적지 않으므로 법문화별로 계수된 신의의 규범적 의미는 일관되게 통일되어 있지 않다.

이처럼 신의칙은 국가 간의 거래에 있어서 특정 국가의 일정한 기준에 의하여 획일적으로 해석될 수 없는 성질을 지녔다.[796] 구체적인 상사계약에서 합리적으로 기대할 수 있는 일정한 행위 유형이 특정 국가의 특정 분야에서 형성되고 일반화된 상사 관행이나 행위준칙으로부터 기인한다면 이를 국경을 넘어 전혀 다른 법문화의 당사자에게 확대하여 적용하는 것은 타당하다고 할 수 없다.[797] 그러므로 국내거래 및 국제거래에서 준수되어야 할 신의칙의 내용은 실체적으로 구분되어야 한다. 나아가 협약의 각 해석주체는 국내거래 및 국제거래상의 신의개념이 구분되는 점을 인식하는데 그치지 않고 협약 자체적 및 내재적 해석에 의하여 국제거래상의 신의를 적극적으로 준수하여야 할 의무를 부담한다고 보아야 한다. 따라서 체약국의 각 해석주체는 나라마다 “상이한 사회적·경제적 및 법적 제도를 고려"하고 “국제거래상의 법적 장애를 제거하는데 기여”함으로써 국제거래의 발전을 증진하기 위해서[798] 국내법상의 신의칙과 실질적으로 구분되는 협약 자체적인 방법론에 의하여 국제거래상의 신의 준수에 따른 해석 의무를 부담한다.

---

793) John Felemegas, op. cit., p. 232.
794) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 33.
795) 조남진, 앞의 논문, 46면.
796) John Felemegas, op. cit., p. 232.
797) Ibid.
798) 협약 전문 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 국내법적 사고의 배제

앞서 협약의 해석에 있어서 체약국의 각 해석주체에게 국제거래상의 신의를 적극적으로 준수하여야할 의무가 존재한다면, 다른 한편으로는 국내법적 사고에 의한 신의칙의 적용을 배제하여야할 소극적인 의무도 함께 부여되어 있다고 볼 수 있다.[799] 예를 들어 독일법에 의하면 매매계약의 당사자가 구두로 계약을 체결한 후 일방이 기성립한 구두계약의 내용을 확인서면으로 통지하면서 사실상 구두계약의 내용과 상이한 조건이나 추가조건을 포함시킨 경우, 수령인이 해당조건을 원하지 않거나 법적 효력을 부정하기 위해서는 발송인에게 즉시 상이한 부분에 대하여 반대의사를 표시하여야 한다.[800] 그러나 확인서면에 관한 법리나 침묵에 의한 동의의 법리는 일부국가에서는 존재하지만 이에 대한 규정은 나라마다 상이하다.[801] 이와 같이 각기 다른 국내법적 사고에 기초한 신의칙은 최소한 해당 법리가 비교법적으로 각각 동일하게 인정되는 경우에 한하여 고려될 수 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 예시의 법리는 협약상의 계약에는 적용될 수 없다고 보아야 하고, 이를 주장하는 경우에도 최소한 양당사자의 국가에 신의칙에 기초한 유사한 적용사례가 존재하는 경우에 한하여 고려할 여지가 있다고 봄이 타당하다.[802]

## 3. 협약의 해석원칙과 신의 준수 요건

### 가. 국제적 성격에 대한 고려

(1) 국제적 성격 고려의 의미

협약 제7조 제1항에 의하면 어떤 해석방법을 취하더라도 협약의 해석과 적용에는 각

799) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 17.
800) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 86; John Felemegas, op. cit., p. 244.
801) Rudolf B. Schlesinger, Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems, Vol. II, p. 1120; Id, p. 1173. UCC § 2-207에 의하면 해당법리는 수정된 방식으로 존재하는데, 상이한 조건이나 추가조건이 기성립한 계약 내용을 현저하게 변경시키는 경우에 한하여 적용되기도 한다.
802) Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 86.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법계의 법문화에 따른 국내법적 사고를 배제하고 국제적인 성격을 고려하여야 한다.[803] 제7조 제1항에서 제시한 해석기준 중에서도 협약의 국제적 성격이 모두(冒頭)에 위치한 이유는 관련 당사국 또는 법정지에서 협약을 적용하고 해석하는 주체에 의하여 국내법적 사고와 시각에 따른 판단을 사전에 배제하기 위함이다.[804] 즉 법문의 해석은 협약의 법적 성격상 국내법의 프레임을 벗어나 이질적인 법체계나 다른 법문화에서도 무리 없이 수용 가능하도록 협약 자체적 해석에 의하여야 한다는 것을 의미한다.[805] 따라서 국내법상의 법문과 동일한 용어가 협약 법문에 사용되고 국내법적 사고와 통찰이 해당 법문의 해석에 유효적절한 경우라 할지라도 국제적 성격에 대한 고려는 별개의 문제로 취급하여야 함이 타당하다.[806]

구체적인 사안에서 특정한 법사고의 원류가 일부 법문화권의 국내법적 전통에 기인한다거나 이로 인해 협약 자체적 해석과 각국의 국내법적 관측에 의한 해석이 상호 충돌할 여지가 존재한다면 이는 협약의 국제적 성격을 올바로 반영하지 못하고 있을 수도 있음을 의미한다. 협약 자체적 해석론의 존재가치는 다양한 국내법적 시각이 상호 충돌하는 지점에서 찾을 수 있기 때문이다. 예를 들어 협약 제74조상 손해배상의 제한기능으로 작용하는 예견가능성의 원칙은 일반적으로 영국의 Hadley v. Baxendale 판결에서 정립된 원칙을 모범으로 하여 협약에 반영된 것으로 알려져 있다.[807] 그런데 이 조항에서의 법문의 해석이 영국법상의 예견가능성의 법리에 따른 해석과 일치하느냐의 여부를 판단할 때에는 국내법적 사고를 벗어나 협약 법문에 근거를 둔 협약 내재적 해석론에 따라야 한다.[808] 따라서 여기에 영국법상의 법원(法源)이 협약의 해석을 위해 원용되는 것은 협약 내재적 해결 방법이라 할 수 없고, 설령 외관상 결론을 같이 한다고 할지라도 이는 국제적 성격을 고려한 해석 방법에 해당하지 않는다.

협약의 법문과 여기에 내재된 법리는 국제적 성격으로부터 기원한 것으로 각 체약국의 법문화로부터 절연된 국제적인 법사고가 요청된다.[809] 그러므로 이에 따른 해석론적 해결방안도 마찬가지로 이질적인 법문화에 속하는 다양한 해석주체에 의하여 공감

803) John Felemegas, op. cit., p. 232 이하 참조.
804) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 9.
805) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 8.
806) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2018). Art. 7 para. 19.
807) 이우영, 영미 불법행위법상의 예견가능성 법리, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 289면.
808) John Felemegas, Article 7 and Uniform Interpretation, Chapter 5, 2. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html.
809) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2018). Art. 7 para. 18~19.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 얻을 수 있는 국제적 수용가능성이 존재하여야 한다.[810] 협약의 국제적 성격에 대한 고려는 협약의 효력이 각 체약국의 실정법적 프레임 내에서 발원하므로 자국편향적인 해석의 우려가 존재한다는 점에서 더욱 강조되는 해석원칙이다.[811] 특히 협약 법문의 공식언어로 6개 국어가 채택되었고 각 법문에는 효력상의 차이가 없는 점을 감안하면 협약에서 원용된 용어의 의미와 사용상의 일관성을 담보하기 어려운 가능성도 상존한다고 볼 수 있다. 따라서 제7조 제1항은 협약의 해석상 외재적인 법원에 대한 의존을 엄격히 경계하고 있다.[812] 특히 협약이 해당 법문에 대하여 특정 법문화에 존재하지 않는 협약만의 내재적인 의미나 기능성을 함의하지 않는 경우에는 국내적 법사고에 의한 해석론이 더욱 문제된다.[813] 이 경우에도 제7조 제1항에서 명시한 국제적인 성격의 고려 요건에 의하면 협약 내에서의 자체적인 방법론이 요구된다.[814] 협약의 특정 법문이 영국이나 독일과 같은 특정 국가의 법문화에 함의된 용례와 유사한 경우에도 해당 법문의 협약상 문맥을 통해 협약만의 법창설적 함의가 존재하는지에 대한 판단이 요청된다는 의미이다.[815]

물론 합리성 개념이나 신의성실과 같이 법계를 불문하고 공통적으로 발견되는 용례에 대하여는 이견이 존재할 수 있다.[816] 그러나 이 경우에도 i) 협약에서 채택된 법문이 함의한 바는 특정 법문화로부터 중립적이고, ii) 협약에서 특정 법문이 채택된 결과는 협상을 통하여 이질적인 법문화 사이에서 도출된 타협안으로부터 기인하므로 애초부터 특정 법문화만의 특유한 법문이란 협약에서 계수될 가능성이 없는 것으로 보는 것이 타당하다.[817] 다만 예외적인 경우에 특정 법문의 입법연혁으로부터 특정 국내법체계의 관점에서 일정한 해석방법이 명시적으로 의도된 것으로 판단되는 경우에는 국내법적 배경에 대한 고려도 가능하다는 견해가 존재한다.[818]

---

810) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 8.
811) Franco Ferrari, Have the Dragons of Uniform Sales Law Been Tamed? Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts, Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 138~139.
812) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 8.
813) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2018). Art. 7 para. 19.
814) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2018). Art. 7 para. 9.
815) Ibid.
816) Shani Salama, Pragmatic Responses to Interpretative Impediments: Article 7 of the CISG, An Inter-American Application, University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 28, p. 232.
817) Frank Diedrich, Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts under the CISG, Pace International Law Review, Vol. 8, 1996, p. 310.
818) Franco Ferrari, Have the Dragons of Uniform Sales Law Been Tamed? Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts, p. 140.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 국내법 편향적 해석의 문제점

협약 제7조 제1항의 해석원칙에 따라 실제로 다양한 해석주체의 판결에서 협약의 국제적인 성격에 대한 고려가 명시되어 있고, 상당수의 판결을 통해 이렇게 제7조 제1항의 해석원칙을 준수한 사례가 축적되고 있다.[819] 이러한 경향은 협약 체약국 수의 점진적인 증가, 협약과 관련된 1차적·2차적 법원의 양적 상승 및 접근성 제고, PICC·PECL[820] 등 타 통일규범의 국제사회에서의 성공적인 안착, 국제상사중재의 양적·질적 발전, 국제통일규범 연구에 대한 국내법 및 비교법학의 기여 등에 따른 것으로 평가된다.[821] 이처럼 협약의 해석상 체약국의 국내법과 같은 협약 외재적 법원에 의한 해석은 엄격히 경계되고 있지만 그럼에도 협약의 국제적인 성격을 충분히 고려하지 않은 판결도 다수 생산되고 있는 사실도 부인할 수 없다.[822] 특히 국내법 규정과 유사한 조항이 협약에 존재할 경우에는 협약의 해석에 대하여 해당 국내법 조항에 관한 판례를 원용한 사례도 다수 발견된다.[823] 그 중에는 명시적으로 특정 국가의 실정법을 협약의 해석 법원으로 원용할 수 있다고 한 취지의 판결도 다수 존재한다.[824] 이에 대한

819) 미국 판결로는 예컨대 Calzaturificio Claudia S,n.c. v. Olivieri Footwear Ltd., U.S. District Court for the Southern District of New York, 6 April 1998; St. Paul Cuardian Insurance Co. et al. v Neuromed Medical Systems & Support GmbH, et al. U.S. District Court for the Southern District of New York, 6 March 2002, 2002 WL 465312(S.D.N.Y.); 유럽 판결로는 예컨대 Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 25 June 1997. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625gl.html; Bundesgerichtshof, Germany, 2 March 2005. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050302gl.html; Tribunale di Modena, Italy. 9 December 2005. Retrieved December 18, 2018, from http://cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf; Tribunale di Padova, Italy, 11 Jan 2005. Retrieved December 18, 2018, from http://www.unilex.info/case.cfm?pid=l&do=case&id=1005&step=FullText. 마찬가지로 중재법원 판결에서도 국제적 성격이 고려되고 있다. Netherlands Arbitration Institute, Arbitral award no. 2319. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021015nl.html.

820) The Principles of European Contract Law(유럽계약법원칙).

821) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 20.

822) 예를 들어 Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited, U.S. District Court, Minnesota, 31 January 2007. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html; Genpharm Inc. v. Pliva-Lachema A.S., U.S. District Court for the Eastern District Court of New York, 19 March 2005. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050319u1.html.

823) UCC § 2-714와 협약 제50조와 관련하여 CISG-Online 19 : US District Court, Southern District of New York, USA, 22 May 1990, Interag Company Ltd. v. Stafford Phase Corporation; UCC § 2-615와 협약 제79조와 관련하여 CISG-Online 925 : US District Court Nothern District of Illinois Eastern Division, USA, 6 July 2004, Raw Materials Inc., v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG; CISG-Online 1645 : Interim Arbitral Award, AAA, 23 October 2007, Macromex Srl. v. Globex International Inc.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우려는 협약의 초안시에 이미 존재하였으나, 이를 염두에 두고 고안된 제7조의 해석원칙에도 불구하고 협약의 국제적인 성격이 충분히 고려되지 않고 적용상의 통일성까지 저해하고 있다.

이러한 국내법 편향적인 해석은 다음과 같은 이유로 협약 제7조 제1항의 입법취지에 반한다. 첫째, 국내법 조항과 관련한 판례법은 국내법적 기원에 근거하여 국내법 해석에 따라 편향적으로 발전하였으므로 협약의 국제적 성격상 국내법체계와 유사한 협약 법문이나 법리의 해석에 적합하지 않다.[825] 둘째, 협약 법문은 특정국 언어로 성문화되었으나 중립성을 지니므로 특정 국내법과 협약의 법문이 외견상 동일할지라도 각각 다른 함의를 내재한 연혁적 발전과정을 거쳤다.[826] 다시 말해 국내법의 법문은 협약과 동일하지 않은 실제로는 다른 법문으로 보아야 한다.[827] 셋째, 협약의 해석에 국내법 편향적인 해석기준을 적용할 경우 국제적 성격을 고려한 해석과 법률적으로 다른 결과를 야기할 우려가 있다.[828] 따라서 앞서 살펴본 바와 같이 체약국의 실정법과 같은 협약 외재적 법원에 대한 원용은 i) 협약의 입법연혁으로부터 특정 국내법체계의 관점에서 일정한 해석방법이 명시적으로 의도된 경우이거나 ii) 협약 내재적인 해석론 및 다른 모든 흠결보충 수단에 의하여도 해결방안을 도출할 수 없는 경우에 한하여 엄격히 제한하는 것이 타당하다.[829]

무엇보다 협약의 해석원칙은 국제적인 성격을 고려하여 협약 내재적 해결을 의도하고 있으므로 구체적 사안의 해결에 있어서 국내법적 관점을 적용할 경우, 이는 협약이 전제하고 있는 다른 해석원칙과 충돌을 야기한다.[830] 이 점에서 협약 제7조 제1항의 국제적인 성격과 적용상의 통일성에 대한 고려는 긴밀한 상호관련성이 있는 것으로 볼

824) Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG, US. District Court, U.S. Northern District of Illinois, Eastern Division, 6 July 2004. 2004 WL 1535839(N.D.Ill); Schmitz-Werke GmbH & Co v. Rockland Industries, Inc, U.S. Circuit Court of Appeals(4th Circuit), 21 June 2002, 2002 WL 1357095(4th Cir. Md); Chicago Prime Packers, Inc. v. Nothern Food Trading Co., et al, 2 May 2004, 2004 WL 1166628(N.D.Ill).

825) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 19.

826) Ibid.

827) Franco Ferrari, Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholary Writing, Journal of Law and Commerce, Vol. 15, 1995, p. 10.

828) 이러한 우려는 독일판례에 잘 명시되어 있다. CLOUT Case 774, Germany : Bundesgerichtshop, VIII ZR 67/04, 02.03.2005. 연방법원이 하급심판결에 대하여 국내법원의 판결을 원용하는 오류를 범했다고 한 사례.

829) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 19. 외재적 법원에는 협약을 적용한 외국의 판례법, 협약 외의 다른 통일규범, 그 밖의 법률문헌으로서 2차적 법원이 포함되는 것으로 이해된다.

830) Franco Ferrari, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 24, 1994-95, p. 202.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수 있다. 특정 법문의 해석에 적용된 국내적 법원은 비단 협약의 국제적 성격뿐만 아니라 제7조 제1항의 두 번째 해석원칙인 적용상의 통일성까지 저해할 수 있기 때문이다.[831]

## 나. 적용상의 통일성의 증진

### (1) 적용상의 통일성의 의미

협약 제7조 제1항의 적용상의 통일성은 협약의 근본적인 제정 목적이 국제물품매매 규범의 통일이라는 점에서 가장 중요한 요건이며 협약을 적용하는 해석주체, 즉 국내법원 및 중재법원을 직접적으로 구속하는 해석원칙이다.[832] 법정지의 법원이나 중재재판부는 협약의 해석 및 적용상의 통일을 구현할 수 있는 실질적으로 유일한 주체이기 때문이다. 여기서 적용상의 통일은 해석상의 통일과 구분되어야 한다. 해석상의 통일이란 협약의 법문에 대한 법적 의미부여가 서로 소재를 달리하는 법정지와 중재 재판부에서 동일한 내용으로 이루어져야 함을 의미한다.[833] 적용상의 통일이란 마찬가지로 각기 다른 법정지와 중재재판부가 해석한 법문의 내용을 동종 유사한 구체적 사실관계에 적용한 결과가 서로 상이하지 않아야 함을 의미한다.[834] 그러나 국제물품매매계약에 관한 분쟁 해결은 통일된 사법주체가 부재하므로 협약의 해석 및 적용상의 통일은 각 법정지의 법원과 중재재판부에서 생산되는 판결문에 오류가 존재하지 않는다는 가정 하에, 해당 분쟁해결기관이 소재를 달리하는 곳의 해석 및 적용 주체의 선결판결례를 검토하고 이에 충돌하지 않는 판결을 내릴 경우에만 가능하다.[835] 따라서 각 해석주체는 협약 제7조 제1항 적용상의 통일성 원칙에 따라 다른 체약국 판결문을 상호 참조함으로써 자체적으로 국내법상의 심급체계와 같은 수준의 적용상의 통일성을 구현할 의무를 부담하는 점을 유의하여야 한다.[836] 협약이 국내 실정법체계의 일부에 포함됨에도 오히려 협약의 국제성을 고려해야 하는 측면에서 가장 간과되기 쉬운 해석

831) John Felemegas, Article 7 and Uniform Interpretation, Chapter 5, 2. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html.
832) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 10.
833) Joseph Lookofsky, Understanding the CISG, Kluwer Law International, 2008, § 2.9.
834) Joseph Lookofsky, op. cit., § 2.9.
835) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 10.
836) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 10; Joachim Froehlich, op. cit., p. 16.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

원칙으로 생각된다.

(2) 협약 적용상의 한계와 과제

체약국 및 중재법원 판결례에 대한 상호참조는 적용상의 통일성을 확보하기 위해서 협약의 입안단계에서부터 이미 전제로 설정된 과제이기도 하다.[837] 이에 따라 선결 판결례 검토를 통해 협약의 해석 및 적용상의 통일을 기하기 위해 1차적·2차적 법원에 대한 다양한 정보원이 활용된다.[838] 그러나 판례의 기속력이 국경을 넘지 못하므로 기축적된 판결례의 참조기능을 통해 통일성을 실현하기란 현실적으로 매우 어려운 일이다. 이러한 사정은 협약의 해석 및 적용에 있어서 선례 구속의 원칙의 역할과 그 범위에 대한 논의를 야기하기도 한다.[839] 기속력의 인정여부는 별론으로 하더라도 단순히 외국 법정지나 중재 재판부가 내린 선결례의 법리를 따른 것만으로 협약의 적용상의 통일성이 구현되는 것은 아니기 때문이다.

협약의 적용상의 통일은 이미 축적된 판결문뿐만 아니라 해당 판결문의 참조 판례 및 이들의 법리를 수용한 따름 판례들에도 오류가 존재하지 않을 것을 전제로 한다. 또한 이를 바탕으로 대상 판결의 해석 및 적용 주체가 검토대상 판결례의 태도와 충돌하지 않는 판결을 내릴 경우에만 실질적인 적용상의 통일이 가능하다고 볼 수 있다. 나아가 판결례의 상호 참조방식에 의하여 적용상의 통일성을 증진하기 위해서는 해당 판결문이 참조판례에 의하여 해석·적용상 전개된 논의과정을 엄격하게 검토함으로써 그 흠결을 줄여나가는 경우에 점진적으로 실현가능하다.[840] 물론 이러한 논의의 배경에는 참조판례와 해당 판결에 적시된 구체적 사실관계에 대한 구분된 인식이 충분히 반영되어야 한다. 협약의 특정 규정에 대한 해석상의 통일을 담보할 수 있다고 가정하더라도 6개 공식 언어로 채택된 협약 법문상의 불일치를 감안하면 구체적인 당해 사실

837) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 11.

838) CLOUT, UNILEX, CISG-online 등을 통해 판결자료의 수집 및 검토가 가능하다. 이와 함께 협약에 관한 UNCITRAL Digest에서 다양한 분쟁해결기관의 판결례를 제공하고 있다. 협약 법문상의 태생적인 법적 흠결과 논쟁이 되는 이슈들은 필연적으로 분쟁해결기관들의 해석문제를 야기하고 이는 다시 이를 분석하고 검토한 2차적 법원에 의하여 논의되는 과정을 거침으로써 자연스럽게 협약에 관한 1차적 법원과 2차적 법원이 상호 교차 참조되는 순작용이 발생한다. 따라서 협약을 연구하고 논의한 2차적 법원들은 아직 구체적 사실관계에 적용된 바 없는 법적 쟁점과 협약상 논쟁이 되는 이슈에 대하여 통일적 해석에 대한 기틀을 마련해 주므로 협약 적용상의 통일성을 증진하는 역할을 한다. Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 12.

839) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 13.

840) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 13.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

관계 자체가 다양한 해석 및 적용 주체에 의하여 동일하게 다루어지지는 않을 것이므로 통일성의 달성은 결코 쉽지 않은 일이다.[841] 설령 판결의 상호참조 시스템이 정상적으로 작동한다고 할지라도 오류가 포함된 판결을 시정할 수 있는 법적·제도적 체계가 사실상 미비하므로 협약 적용상의 통일은 판례의 축적 및 시간에 비례하여 각국의 분쟁해결기관이나 협약의 해석 및 적용주체들이 공동으로 지향해야할 과제라 할 수 있다.[842]

적용상의 통일성은 이처럼 협약이 지향하는 지상 우위의 목표이자 지난한 과제이지만, 다른 한편으로 협약 법문의 다의적인 적용가능성은 구체적 타당성 실현을 위해 입안단계에서부터 의도된 것이기도 하다. 예를 들어 협약상 사용빈도가 높은 법문 '합리적인'의 의미는 구체적 사실관계에 따라 다의성을 내포하므로 적용상의 통일성을 저해하기도 하는 반면, 구체적 타당성 실현을 위한 입법기술의 부산물이기도 하다. 따라서 협약 제7조 제1항에서 제시된 국제거래상의 신의 준수의 중요성이 보다 강조되는 이유는 협약 법문의 다의적 적용가능성이 구체적 타당성을 위한 협약 내재적 실현장치이기도 한 점에서 기인한다.[843]

### 다. 협약 제7조 제1항의 신의 준수 요건과 다른 해석원칙과의 관계

국제거래상의 신의 준수 요건은 법문상 협약 제7조 제1항이 제시하는 해석기준 중 제일 마지막으로 언급되고 있으나 협약 전반에 걸쳐 개별조항에서 광범위하게 구체화[844]되어 나타나는 점으로 미루어 그 비중은 앞선 해석기준 보다 결코 적지 않은 의

841) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 8.

842) 이러한 태생적인 연유로 인해 협약의 통일적인 해석과 적용을 위해 별도로 CISG-AC(Advisory Council on the CISG)가 설립되었다. 여기에서는 당사자 및 관련 분쟁해결기관의 신청이나 직권으로 국제물품매매계약을 중심으로 논쟁이 되는 특정 이슈에 대하여 공식 의견서를 발행한다. 이 의견서에 의하여 협약 제7조 제1항에서 명시한 기준에 따른 해석 및 적용상의 통일을 도모하고 있다. 의견서는 기존의 판결례와 학술자료 검토가 선행된 후 제7조의 기준에 따라 협약의 국제적 특성과 적용상의 통일성 증진에 가장 부합하는 방식이 채택되면서 작성된다. 비록 의견서가 현실적으로 협약의 해석 및 적용주체에 대하여 강행성이 있는 1차적 법원(mandatory authority)을 구성하지는 아니하나 설득력 있는 권위(persuasive authority)를 지닌 법원으로 인용됨으로써 협약이 추구하는 지상우위의 목적인 통일성의 달성을 실질적으로 구현하는데 일조한다.

843) 예를 들어 물품부적합 발견 후 통지에 관한 협약 제39조 제1항의 합리적인 기간은 구체적 사실관계 및 법문화마다 다의적이므로 특정 판결례의 입장은 새로운 사실관계에 관한 합리적이고 추가적인 이유(good and additional reasons)없이 단순 인용되어서는 안 된다. Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 13.

844) 협약의 체계별로 신의성실의 원칙이 구체화된 조항을 정리해보면, 제1편 적용범위와 총칙(제8조 제2항 내지 제3항), 제2편 계약의 성립(제16조 제2항 (나)호, 제18조 제2항, 제21조 제2항), 제3편 물품의 매매 제1장



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

미를 지닌다. 협약이 구체적인 개별규정에서 당사자 간 행위의 지침으로 규정하지 아니하고 폭넓게 해석기준에서 신의 준수에 의한 규율방식을 취한 이유는 이러한 방식이 협약의 실효성 유지장치로서 유효할 뿐만 아니라 입법 연혁에 비추어 다수의 개별 법문의 불명확성을 피하는 방식으로 여겼기 때문으로 보인다.

제7조 제1항에서 제시된 세 가지 요건은 협약 전체에 걸쳐 각각 적용되는 일반적인 해석원칙이다. 제7조 제2항이 흠결보충에 관한 일반규정인데 대해 제7조 제1항은 협약 자체적인 해석을 담보하기 위한 일반규정인 점에서 세 요건은 서로 공통점을 지닌다.[845] 반면, 협약 자체적 해석요건의 의의는 이질적인 법문화에서의 다양한 국내법적 시각이 상호 충돌하는 부분에서 찾을 수 있는 점에서 제7조 제1항의 해석 요건은 각각 고유한 기능을 지닌다고 할 수 있다. 일부에서는 적용상의 통일성 증진 요건은 국제적 성격의 고려 요건의 당연한 논리적 귀결이므로 독립적인 기능이 부여되어 있지 않은 것을 이해하기도 한다.[846] 그러나 국제적 성격에 대한 고려는 협약 자체적 해석에 의하더라도 서로 다른 법정지에서 각각 다른 결론으로 이어질 수 있으므로 적용상의 통일성을 담보하지 못한다.[847] 더욱이 양 해석 요건이 서로 충돌하는 경우도 가능하므로, 적용상의 통일 요건에 의하여 각 해석주체는 다른 체약국 판결문에 대한 상호고려·참조의무를 부담하며 이를 통해 전체적으로 통일성 있는 적용 메커니즘을 지향할 의무를 지니는 것으로 이해된다.

무엇보다 제7조 제1항의 해석기준은 협약의 특유한 국제적 성격과 적용상의 통일을 기할 것을 요구하면서도 이에 더하여 신의 요건을 추가하여 협약 자체적 해석 의도를 공고히 하고 있다. 즉 협약의 태생적인 국제적 성격을 고려하고 적용상의 통일성을 유의한 해석이라 할지라도 그 결론은 동시에 국제거래상의 신의 준수를 증진하는 방향에 놓여있어야 함을 분명히 한 것이다. 마찬가지로 신의 요건은 협약 자체적 해석에 의하

---

총칙(제25조, 제29조 제2항) 제2장 매도인의 의무 제1절 물품의 인도와 서류의 교부(제33조 (다)호, 제34조), 제2절 물품의 적합성과 제3자의 권리주장(제35조 제2항 (나)호, 제37조, 제38조 제3항, 제39조 제1항, 제40조, 제42조 제2항 (나)호, 제43조 제1항, 제44조), 제3절 매도인의 계약위반에 대한 구제(제46조 제2항 내지 제3항, 제47조 제1항, 제48조 제1항 내지 제3항, 제49조 제2항 (나)호, 제50조 2문), 제3장 매수인의 의무 제2절 인도의 수령(제63조 제1항, 제64조 제2항 (나)호, 제65조 제1항 내지 제2항), 제5장 매도인과 매수인의 의무에 공통되는 규정 제1절 이행이전의 계약위반과 분할인도계약(제72조 제2항, 제73조 제2항), 제2절 손해배상액(제75조, 제76조 제2항 제77조) 제4절 면책(제79조 제4항, 제80조) 제5절 해제의 효력(제82조), 제6절 물품의 보관(제85조 제86조 제1항 내지 제2항, 제87조, 제88조 제1항 내지 제3항) 등이 있다.

845) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 5.

846) Nives Povrzenic, Interpretation and Gap-filing under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html.

847) Joachim Froehlich, op. cit., p. 16.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여 적용되어야 하므로 국내법 편향적인 해석이 배제되고 각 해석주체는 다른 체약국 판결문에 대한 상호고려를 통해 그 적용상의 통일성을 지향하여야 한다.

## 제4절 협약 제7조 제2항 흠결보충수단으로서 신의성실의 원칙

이상에서 고찰한 제7조 제1항의 신의칙과 달리, 제7조 제2항에 근거한 협약의 일반원칙으로서 신의칙에 대한 고찰은 세 가지 측면에서 강조된다. 첫째, 제7조 제1항 신의준수 요건의 적용범위를 협약에서 명시적으로 해결되지 않은 문제로 보는 견해에 따르면 제7조 제2항은 협약 내재적 일반원칙에 의한 구체적 해결방안을 제시한다. 둘째, 같은 견해에 따를 경우 국내법이나 다른 국제통일규범과 같은 협약 외재적 법원을 적용함으로써 신의칙 문제에 대한 해결방안을 제시할 수 있다. 셋째, 협약상 신의칙의 문제를 제7조 제2항의 관점에서 바라볼 경우에도 신의칙에 관하여 법적 흠결이 존재하지 않는 것으로 판단할 경우, 즉 협약에서 명시적으로 해결된 문제로 보는 관점에서는 제7조 제1항에 의한 해결방안이 더욱 명확해진다. 이하에서는 협약상 신의칙의 문제를 제7조 제2항에서 규정한 흠결보충의 관점에서 협약 내재적 일반원칙과 협약 외재적 법원의 활용 문제로 구분하여 고찰해보고자 한다.

### 1. 법적 흠결 및 일반원칙에 관한 일반론

#### 가. 협약의 흠결과 신의칙

(1) 협약의 흠결

법적 흠결의 원인은 법률의 설계에 맞지 않는 불완전성에 있다.[848] 협약상의 법적 흠결의 문제는 대체로 제4조에서 협약의 규율사항으로 명시된 '매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리·의무에 관한 사항'이 협약의 개별 조항에서 충분히 구체화 또는 명문화되지 않았기 때문에 발생한다.[849] 협약상 법적 흠결이란 협약에서 의도하지 않은 법적 불비를 의미하므로[850] 계획된 부존재나 의도된 침

848) 남기윤, 앞의 책, 785면.
849) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 30.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

묵에 해당하는 경우에는 법적 흠결이라 할 수 없다.[851] 따라서 협약 제78조 이자문제와 같이 입법 연혁에 비추어 의도적인 법적 불비이거나, 제2조, 제3조, 제4조, 제5조, 제28조, 제54조에 의하여 명시적으로 협약의 적용이 배제된 사항은 법적 흠결에 해당하지 않는다.[852]

협약의 흠결은 크게 협약에 의하여 규율되는 흠결(praeter legem)[853]과 규율되지 않는 흠결(intra legem)[854]로 구분된다. 제7조 제2항은 협약의 흠결에 대하여 비교적 명확한 원칙을 제공하지만 특정 사안이 협약의 규율범위에 포함되는지 아니면 명시적으로 해결되지 않은 법적 흠결에 해당하는지는 명확한 구분이 어렵다. 따라서 제7조 제1항의 해석원칙 및 협약의 입법연혁을 고려하여 구체적 사안에 따라 종합적으로 판단해야 한다. 협약에 의하여 규율되지 않는 흠결(intra legem)에는 제7조 제2항이 적용되지 않으므로 법정지의 국제사법규정에 의하여 해결방안을 도출해야 한다.[855] 그러나 협약상 신의칙의 기능을 제7조 제1항에서 명시적으로 해결되지 않은 법적 흠결(praeter legem)로 보는 견해에 의하면 이 사안에는 제7조 제2항이 적용된다. 이에 따르면 다시 신의칙 문제는 제7조 제2항의 협약 내재적 일반원칙이 적용되는 내재적 흠결(interna gaps) 또는 일반원칙이 부재할 경우에는 협약 외재적 법원에 의존하는 외재적 흠결(external gaps)로 간주된다.[856]

---

850) Gert Brandner, Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG, 1999, I, B. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html.

851) 남기윤, 앞의 책, 785면; Joachim Froehlich, op. cit., p. 18.

852) Joachim Froehlich, op. cit., p. 19. 협약의 적용범위에 있어서 제2조는 개인용・가족용・가정용 물품, 경매물품, 강제집행에 따른 물품, 주식・지분・투자증권・유통증권・통화, 선박, 소선(小船), 부선(浮船), 항공기, 전기의 매매를, 제3조는 물품을 주문한 매수인이 재료의 중요한 부분을 공급하는 매매와, 물품을 공급하는 매도인의 의무가 주로 노무와 서비스의 공급으로 구성된 매매를, 제4조는 계약이나 그 조항, 관행의 유효성 문제와 물품의 소유권에 관해 계약이 미치는 효력의 문제를, 제5조는 물품으로 인해 발생한 사망・상해에 대한 매도인의 책임 문제를 명시적으로 배제한다. 또한 제28조에 의하면 상대방에 대한 이행청구권이 명문화되었지만, 이행청구권의 강제는 국내법에 따라 일정한 제한을 받는다. 이 규정은 대륙법과 달리 손해배상이 적절한 권리구제기능을 하지 못하는 경우에 한하여 예외적으로 이행청구(specific performance)를 허용하는 영미법의 전통을 유보한 조항으로 평가된다. 마지막으로 제54조는 매수인의 대금지급을 위한 다른 법령상의 의무이행을 명시하고 있다. Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 78 para. 27; 제78조의 이자에 관한 쟁점에서는 학계, 판례상 다양한 이견이 존재한다. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 56.

853) Franco Ferrari, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, p. 217.

854) Ibid, p. 217.

855) Evelien Visser, Gaps in the CISG, Chapter II, 2. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/visser.html#fn29.

856) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 27.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 확장해석과 법적 흠결의 구분

협약상 법적 흠결의 보충기제 역할을 하는 신의칙은 제7조 제2항에 근거한 일반원칙에 해당한다. 따라서 제7조 제1항으로부터 직접 도출되는 신의칙이나 제7조 제1항의 해석기준에 따라 개별조항의 확장해석을 통해 도출되는 신의칙과 협약상 근거를 달리하므로 구분되어야 한다. 예를 들어 협약 전체에 걸쳐 다수 사용되는 합리적인 기간[857]의 의미는 협약의 개별조항에서 제7조 제1항의 신의칙에 따른 해석이 가능한 경우로서 법적흠결에 포함되지 않는 반면, 협약 제13조의 '서면'에 팩스가 포함되는지[858]의 문제는 협약 제7조 제2항이 적용되는 명시적인 법적 흠결로 볼 수 있다.[859]

한편 협약상 특별한 설명이 없는 사안에 대한 해결방안으로서 협약 제7조 제2항의 법적 흠결 보충에 의하거나 제7조 제1항에 의한 확장해석을 적용한 경우에는 각각의 결론이 유사할 수 있으므로 양자의 법률적 구분이 명확하지 않을 수 있다. 예컨대 위의 협약 제13조의 서면에 팩스가 포함되는지의 문제를 비롯해, 제14조 '특정인'에 법인이 포함되는지,[860] 제75조의 계약의 '해제'에 묵시적 해제가 인정되는지[861]의 문제는 협약 법문에 의하면 특별한 설명이 없으므로 관점에 따라 다른 해결방안이 적용될 수 있다. 다시 말해 제7조 제1항은 해당 사안을 협약의 해석문제로 간주하고, 제7조 제2항은 법적 흠결의 보충 문제로 볼 수도 있고 그 밖에 이와 다른 견해가 존재할 수도 있다. 그러나 신의칙 문제를 규범적인 관점에서 벗어나 기능적으로 접근하는 관점에서는 실무상 제7조 제1항과 제7조 제2항에 기초한 각 신의칙의 구분은 실익이 없고 이론적인 구분에 불과하다.[862] 어느 경우에도 협약상 신의칙에 따른 문제의 해결이 가능하고 그 작용면에서는 달리 큰 차이가 존재하는 것은 아니기 때문이다.

(3) 협약의 규율사항과 일반원칙

857) 협약 제18조 제2항, 제33조 (다)호, 제39조 제1항, 제43조 제1항, 제46조 제2항 내지 제3항, 제47조 제1항, 제48조 제2항, 제49조 제2항, 제63조 제1항, 제64조 제2항 (나)호, 제65조 제1항 내지 제2항, 제73조 제2항, 제75조, 제79조 제4항.
858) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 13 para. 7.
859) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 29.
860) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 14 para. 4.
861) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 75 para. 5.
862) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 5; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 29.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약상 법적 흠결의 보충 장치로 설정된 제7조 제2항의 일반원칙은 협약에 의하여 규율되는 사항, 즉 협약의 적용범위에도 간접적으로 영향을 미친다. 특정 사안의 해결에 있어서 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 존재하는 것으로 판단되는 경우에는 해당 사안은 협약의 규율범위에 포함되는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 일반원칙은 협약의 규율 여부를 결정짓는 기준원칙이기도 한 점에서 일반적인 법원칙으로서의 명확성이 요청된다. 일반원칙이 모호하여 적용상의 명확성을 담보하기 어려운 경우에는 새로운 사안에 대하여 구체적인 법원칙 기능을 수행할 수 없으므로 해당 사안은 '협약에 의하여 규율되는 사항'으로 볼 수 없다.[863]

신의칙의 기능 문제를 제7조 제1항에서 명시적으로 해결된 문제로 볼 경우에는 제7조 제2항의 일반원칙으로서 신의칙이 문제될 필요가 없지만, 이를 부정하는 관점에 의하면 제7조 제2항의 흠결 보충 기제로서 신의칙은 협약의 적용범위에도 영향을 미치는 일반원칙에 포함된다. 이에 따르면 협약의 개별조항에서 구체화된 신의칙에 기초한 파생원칙, 즉 합리성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 선행행위와 모순되는 행위의 제한 또는 금반언의 원칙, 실효의 원칙, 권리남용 금지의 원칙, 정의와 공평의 원칙, pacta sunt servanda, 사정변경의 원칙으로부터 일반적인 법원칙으로서의 신의칙이 인정된다.

## 나. 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 법적 성격

협약 제7조 제2항은 협약의 규정과 일반원칙을 법문상 명확히 구분하지만 일반원칙에 대한 명시적인 정의를 내리지 않고 있다. 그러나 협약에서 일반원칙은 법적 흠결이 존재하는 사안에 대하여 규정과 같은 강행성 있는 규범력을 나타내므로 협약 개별 규정과의 관계에서 법적 성격이 문제된다.

### (1) 일반원칙의 의의

일반원칙이란 법적용에 대한 기본적인 가이드라인 역할을 하는 일반적인 원리를 뜻한다.[864] 입법에 의하여 특정 규정을 제정할 때에는 해당사안의 규율에 있어서 여러 가지 요소를 고려하기 마련이고 그 결과는 단일 또는 복수의 입법취지로 수렴된다. 여

863) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 30.
864) Klaus Peter Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, Kluwer Law International, 1999, p. 164.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기서 입법취지는 법규정의 제정목적 또는 제정을 위한 논리적인 근거에 해당하기도 하므로 그 이면에는 입법 목적이 기초하고 있는 일반적인 원리가 존재하는 것이 일반적이다. 따라서 일반원칙이란 특정 규정의 입법 목적이 기초하고 있는 일반적인 원리가 구체화된 것으로 볼 수 있다. 한편 입법을 위한 여러 가지 논거들이 충돌하는 경우에는 그 타당성을 평가하여 상호 비교형량할 필요가 있는데, 이 과정을 통해 한 규정의 제정을 위하여 입법권자에 의하여 최종적으로 고려된 원칙이 해당 규정이 '기초하고 있는' 원칙에 해당한다.[865] 그러므로 협약이 기초하고 있는 일반원칙이란 협약의 전문 및 개별조항을 통틀어서 해당 규정의 입법목적에서 최종적으로 고려된 일반적인 원리가 구체화된 원칙으로 정의할 수 있다.

(2) 규정과 원칙의 구분

(가) 긍정설과 부정설

법이론적으로 규정과 원칙사이에 법체계상의 위계가 존재하는지에 대하여는 이견이 존재한다. 긍정설은 양자를 논리적으로 구분하며 특히 효력에 있어서 엄격한 차이를 둔다.[866] 즉 규정의 요건이 충족되면 이에 따른 법률효과가 발생하지만 그렇지 않은 경우에는 아무런 효력이 없다고 한다. 따라서 드워킨(Dworkin)에 의하면 규정은 당연히 규율되는 사안에 대하여 강행성이 있는 1차적 법원(法源)을 구성하는데 반해 원칙은 형식상 규정에 미치지 아니하므로 요건의 충족과 같은 단적인 변수로 인하여 효력의 유무가 결정되지는 않는다고 한다.[867] 이에 따르면 원칙은 반드시 규정처럼 해석주체에 대하여 요건의 충족으로 인하여 강행성이 발생하는 법원에 해당하지는 않지만 중요성의 척도로서 원용할 수 있는 법원에 해당하고, 경우에 따라서는 결과적으로 규정과 같은 효력을 지닌다고 한다.

부정설은 양자의 논리체계가 유사하므로 달리 구분해야할 실익이 존재하지 않는다고 한다.[868] 이에 따르면 규정과 원칙 사이에는 일견 일정한 조건의 성립으로 결론이 도출되는 점에서 논리적으로 유사한 체계를 지닌 것으로 볼 수 있다.

865) Verheij, Bart et al, An Integrated View on Rules and Principles, Artificial Intelligence and Law, 1998, p. 7.
866) R. M. Dworkin, Taking rights seriously, Harvard University Press, 1977, p. 24.
867) Ibid.
868) Marion Panizzon, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, Hart Publishing, 2006, p. 37.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 학설의 검토

부정설은 규정과 원칙이 지닌 논리적 유사성에 근거하여 양자를 구분하지 않는다. 그러나 규정과 원칙을 구체적으로 비교해보면 명확히 구분된 논리체계를 확인할 수 있다.[869] 즉 규정은 명확한 사실상태에 대하여 명확한 법적 의미를 부여하는 행위준칙에 해당한다.[870] 따라서 요건의 충족여부가 효력의 발생과 밀접한 관련이 있고, 규정의 조건이 충족된 경우에는 법률효과에 해당하는 결론과 해당 규정은 직접적으로 맞닿아 있다고 볼 수 있다.[871] 반면 원칙에 의하여 결론이 도출되는 과정에서는 이를 뒷받침하는 근거의 규명 작업이 충분하게 선행되어야 한다. 원칙은 구체적인 사안에 있어서 법적 사고의 권위가 부여되는 출발점이라 할 수 있으므로, 실정법에 의하여 명확한 해결책이 제시되지 않는 부분에 대하여도 여전히 합법적으로 원용할 수 있는 법원에 해당한다.[872] 원칙에 의하면 규정처럼 명확한 사실상태에 대하여 명확한 법적의미가 부여되지는 않는다.[873] 원칙은 명확히 설정된 적용요건을 필요로 하지 아니하므로 다양한 수준에서 원칙에 따른 의무의 이행 또는 준수가 가능하다.[874] 따라서 규정과 효력 사이의 거리는 매우 가깝지만, 원칙과 효력 사이의 거리는 법적 사고의 타당성이 충분이 규명되어야 하는 점에서 상대적으로 한 단계 더 먼 것으로 평가된다.[875]

이 밖에도 규정과 원칙은 작용체계와 법규 충돌에 따른 결과적인 관점에서 각각 다른 성격을 지니고 있다.[876] 우선 작용체계의 관점에서 단일 규정의 강행성은 다른 규정이나 원칙과 무관하게 독립적으로 작용하므로 단일한 결론이 독립적으로 도출된다. 반면 단일 원칙의 효력은 다른 원칙과의 관계에서 더욱 강화되기도 하고 약화되기도 하며 복수의 원칙이 밀접한 연관성을 맺고 결과적으로 규정과 같은 강행성을 나타낸다고 한다.[877] 따라서 단일 원칙의 작용은 규정처럼 독립적이기도 하지만 반드시 고립되

869) Marion Panizzon, op. cit., p. 37~38.
870) Roscoe Pound, Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, Tulane Law Review, Vol. 7, Issue 4, p. 482.
871) 김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008, 199면.
872) Roscoe Pound, op. cit., p. 483.
873) Ibid.
874) Klaus Peter Berger, op. cit., p. 164.
875) Marion Panizzon, op. cit., p. 37.
876) Verheij, Bart et al, An Integrated View on Rules and Principles, Artificial Intelligence and Law, 1998, p. 5.
877) Marion Panizzon, op. cit., p. 37.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

어 작용하지는 않으므로 다른 원칙과 밀접한 상관관계가 존재한다고 할 수 있다. 다음으로 법규 충돌의 측면에서, 규정은 효력과 직접적으로 맞닿아 있으므로 다른 규정과의 충돌은 곧 상반된 효력간의 충돌을 의미한다.[878] 따라서 규정 사이에 충돌이 발생하는 경우에는 조화되기 어려운 법규의 모순이 발생한다. 반면 원칙의 충돌은 결론을 뒷받침하는 근거 사이의 충돌을 의미하므로 이로 인하여 법규의 충돌처럼 병존하기 어려운 모순이 발생하지는 않는다. 오히려 원칙 사이의 충돌로 인하여 상호간에 각 논거의 타당성이 가감됨에 따라 충돌하는 논거의 비교형량을 통해 더욱 타당성 있는 결론을 도출할 수 있게 된다.[879] 결론적으로 규정과 원칙은 세 가지 측면, 즉 논리체계와 작용체계 그리고 법규충돌의 측면에서 구분된다.

(3) 소결

규정과 원칙을 구분하는 견해를 취하더라도 제7조 제2항에 의하면 협약 규정과 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 법적 성격은 뚜렷한 구분이 어렵다. 이 조항에서는 협약 규정과 일반원칙을 법문에 따라 명시적으로 구분하지만, 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 법적 흠결이 존재하는 사안에 대하여 협약 규정과 동일한 강행성 있는 규범력을 나타내기 때문이다. 즉 협약에서 일반원칙의 규범력은 제7조 제2항에 의하여 명시적으로 해결된 사안에 해당한다. 이처럼 규정과 원칙이 기능적으로 동일한 결과를 가져올 경우에는 법적 성격에 있어서 실질적으로 차이가 존재하지 않는다.[880] 실제로 협약의 규정과 협약이 기초하고 있는 일반원칙도 형식적인 측면에서 규정과 원칙으로 나뉠 뿐이지 실질적으로 동일한 기능과 규범성을 지니고 있다.

특히 일반원칙으로서 신의칙과 같은 추상적인 법원칙의 경우에는 법규정과의 관계에서 차이가 더욱 불명확하다는 특징을 지닌다.[881] 입법례에 따라서는 규정이 실질적으로 원칙에 해당하기도 하고, 원칙이 실질적으로 규정 역할을 하기도 한다. 드워킨의 예를 빌리자면, 미국의 셔먼법(The Sherman Antitrust Act of 1980)에 의하면 외국과의 교역이나 주(州)간 상거래를 제한하는 모든 계약은 효력에 제한을 받는다.[882] 연방대법

878) R. M. Dworkin, op. cit., p. 27.
879) 장영민, R. 드워킨의 법·사회·철학사상, 지식의 지평 제14호, 대우재단, 2013, 207~208면; R. M. Dworkin, op. cit., p. 27~28; Marion Panizzon, op. cit., p. 37.
880) R. M. Dworkin, op. cit., p. 27~28.
881) Ibid, p. 27.
882) 15 U.S. Code 1 "Every contract...in restraint of trade or commerce among the several States, or with



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

원은 해당 법문의 내용이 규정에 해당하는지 아니면 원칙에 해당하는지에 대하여 형식상으로는 규정으로 보았으나, 상거래의 제한이 불합리한 경우에 한하여 계약의 효력을 제한하는 것이 타당하다고 함으로써 실질적으로는 원칙으로 취급하였다.[883] 이처럼 합리성과 같은 추상적인 가치판단이 내재된 경우에 규정은 입법목적이 기초하고 있는 일반원리와의 경계가 불분명해는 특징이 있다. 따라서 이 경우에는 규정의 논리체계가 원칙의 논리체계에 근접하고 실질적으로 법적 성격에도 차이가 존재하지 않게 된다.

결론적으로 일반원칙으로서 신의칙의 법적 성격은 적어도 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 흠결을 전제로 하는 한 협약의 규정과 동일하다고 볼 수 있다. 협약의 해석에 있어서 신의칙에 관한 기능주의적 접근은 제7조 법문에 대한 엄격한 해석에 기초하지만 양자를 특별히 구분할 실익이 없을 것으로 생각된다.

### 다. 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 기능

협약이 기초하고 있는 일반원칙은 입법목적이 기초하고 있는 일반적인 원리를 내포하고 있다. 따라서 협약에서 일반원칙은 규범적 기능뿐만 아니라 협약의 해석 및 적용에 있어서 통합적인 기능과 교정적인 기능을 하기도 한다.

#### (1) 규범적 기능

제7조 제2항에 의하면 협약이 기초하고 있는 것으로 판단되는 일반원칙은 협약에 의하여 규율되는 사항 중 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제에 대하여 규범적인 해결책을 제시한다. 따라서 일반원칙은 협약에서 규율되는 사항의 밀집도를 높이고 적용범위를 구체화하는 규범적 기능을 수행한다.[884] 일반원칙의 규범성은 무엇보다 협약에서 흠결의 보충을 통해 구체적으로 나타난다. 개별 사안에 있어서 협약 자체적 규범체계에 따른 해석론이 우선됨에도 불구하고 입법적 불비로 인하여 협약 외재적 법원에 의존할 필요가 있는 경우, 일반원칙은 협약 내재적 해결방안에 있어서 최후 수단성을 지닌다. 예를 들어 계약관계에서 적법하게 성립한 권리행사로 인하여 현저하게 불

foreign nations, is declared illegal(여러 주나 국가 상거래나 무역에 제한을 가하는 모든 계약은 무효이다)".

883) R. M. Dworkin, op. cit., p. 27~28.

884) Robert Kolb, Good Faith in International Law, Hart Publishing, 2017, p. 5.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공정한 결과가 야기되거나 일방의 합리적인 신뢰를 보호할 필요가 있는 경우 또는 법률행위의 전제가 되는 사정에 상당한 변화가 발생하여 계약상 급부의무의 성질이 현저하게 변경되었음에도 불구하고 협약 규정에 의한 교정적 기능을 전혀 기대할 수 없을 때에는 일반원칙에 의한 규범적 해결방안을 기대할 수 있다. 특히 일반원칙에 내재된 규범적 추상성과 일반성은 해석주체에 대하여 협약의 해석상 유연성을 허용함으로써 새로운 상황 및 시대의 변화에 적응한 법적용을 가능하게 한다.[885]

(2) 법형성적 기능

일반원칙 사이에 법규충돌 현상이 발생하는 경우에는 협약의 법형성적인 측면에도 영향을 미친다고 볼 수 있다. 규정의 충돌로 조화되기 어려운 법효력상의 모순이 발생하는 것과 달리, 원칙의 충돌은 병존하기 어려운 모순을 야기하지 않으면서도 상호간에 각 논거의 타당성이 비교형량되므로 구체적인 사안에서 합리적인 결론을 도출할 수 있는 기반이 된다.[886] 예를 들어 합의 준수의 원칙 pacta sunt servanda와 사정변경의 법리로 이해되는 clausula rebus sic stantibus가 상호 충돌하는 경우 세부적인 사실관계에 대하여 보다 합리적인 법적 사고가 형성될 수 있으므로 그 결과는 합리적인 해결방안과 정교한 판례법으로 수렴한다. 이는 다시 협약 내재적 해석론에도 영향을 미치므로 결과적으로 협약의 법형성적인 측면에 기여한다. 일반원칙의 법형성적 기능은 일반원칙의 추상성과 일반성으로부터 기인하므로 협약의 해석 및 적용에 있어서 유연성이 부여됨으로써 새로운 상황에 적합한 법적용에 기여할 수 있는 점도 앞서 규범적 기능에서 살펴본 바와 같다.[887]

(3) 논리적·통합적 기능

논리적인 측면에서 협약에서 제시된 물품매매에 관한 법질서는 협약이 기초하고 있지만 명문화 되지 않은 일반원칙에 의하여 통합되어 있다고 볼 수 있다.[888] 협약의 전체적인 논리구조는 협약 개별조항의 통합 기능을 지닌 일반원칙에 의하여 체계적으로

885) Robert Kolb, op. cit., p. 9. Adapting function 이하 참조.
886) R. M. Dworkin, op. cit., p. 27~28.
887) 이상에서 R. M. Dworkin, op. cit., p. 27~28 참조.
888) Robert Kolb, op. cit., p. 4~8.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

형성되고 모순되지 않는 규범력이 발생한다. 예를 들어 국제물품매매계약에 관하여 계약당사자의 의무를 명시한 개별규정은 모두 합의의 준수를 내용으로 하는 일반원칙 pacta sunt servanda의 규범력 아래에 놓여 있으면서 각각 독자적인 규율범위를 지닌다. 즉 매수인의 의무이행 청구권을 규정한 협약 제46조, 계약당사자로서 매도인과 매수인의 가장 기본적이고 필수적인 의무를 각각 명시한 제30조, 제53조, 그 밖에 이행이전 단계의 이행정지권 규정(제72조), 계약해제에 관한 규정(제72조, 제73조) 등은 모두 일반원칙으로서 합의는 준수되어야 한다는 정신을 기초로 하고 있다. 특히 계약의 해제에 관한 규정에 명시된 요건들은 이러한 일반원칙을 전제로 하지 아니하고는 설명될 수 없는 엄격성을 내포하고 있다.[889] 따라서 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 매도인과 매수인의 권리와 의무를 규정한 각 개별조항의 논리구조에서 정점에 위치하면서 서로 다른 분야에서 독자적인 규율영역을 지닌 규정들을 통합하는 역할을 수행한다.

(4) 교정적 기능

일반적으로 법이란 인간사회의 부정의의 상태를 해소하기 위해 존재하는 것으로서 거래당사자간 평형관계의 교란요소를 분별해 내는 것이 곧 법적 정의의 실현과 밀접하게 맞닿아 있다.[890] 일반원칙의 교정적 기능은 계약당사자 일방이 가진 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하는데 있어서 권리관계의 현저한 불균형을 수정하거나 일단 적법하게 성립한 권리에 일정한 제한을 둠으로써 구체화된다. 특히 이러한 교정적 기능은 부수적이거나 보조적인 일반원칙보다는 협약이 기초하고 있는 가장 본질적인 일반원칙에서 잘 나타난다.[891] 예를 들어 신의성실의 원칙과 같이 협약이 본질적으로 기초하고 있는 일반원칙은 법형성적·규범적 기능에 의하여 협약의 규범력에 명확성을 부여함으로써 구체적인 사실관계에 대하여 형평법적 권리구제 기능을 수행하기도 한다.[892] 이처럼 신의성실 개념의 태동에 사상적 기초를 제공한 아리스토텔레스적 형평은 엄격한 실정법체계에 의한 일반적인 규칙들로는 해결할 수 없는 문제의 본성을 담아내기 위해서 권리구제체계에 일반적으로 요청되는 가치로 볼 수 있다. 나아가 형평은 사법적 권리구제절차에 있어서 실정법 체계의 흠결 및 엄격한 법형식주의로 인하여 고려하기 어

889) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law, Vol. 59, Issue 3-4, 1995, part 5. b). (2).
890) Hans Welzel/박은정 역, 앞의 책, 65면.
891) Robert Kolb, op. cit., p. 8.
892) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

려운 특수한 경우의 구체적 타당성에 있어서도 법적 정의를 실현할 수 있는 보정기제로 이해되기도 한다.[893] 그러므로 협약이 기초하고 있는 본질적인 일반원칙은 협약에서 규율하지만 명시적으로 해결되지 아니하는 법적 흠결이 존재하는 사안에 있어서 협약의 적용에 의하여도 권리구제수단으로서 효용성을 기대할 수 없는 경우에 구체적 타당성 있는 교정적 기능을 수행할 수 있다.

## 2. 협약의 일반원칙으로서 신의성실의 원칙

### 가. 일반원칙으로서 신의성실의 원칙 개요

#### (1) 협약 제7조 제2항 신의성실의 원칙 적용의 전제

협약 제7조 제2항의 일반원칙으로서 신의칙을 긍정하는 견해, 즉 협약 내재적 일반원칙설과 협약 외재적 법원의 적용설은 제7조 제1항의 신의 요건을 계약당사자에게도 적용가능한지에 대해 협약상 명시적으로 해결되지 않은 법적 흠결의 관점에서 접근한다. 이에 따르면 당사자의 계약관계에 직간접적으로 영향을 미치는 일반원칙으로서의 신의칙은 협약의 개별조항이나 협약 외재적 법원으로부터 도출할 수 있다. 따라서 제7조 제1항에서 신의칙 문제를 협약의 흠결로 보지 않는 경우, 즉 신의칙의 법규범성이 제7조 제1항에서 명시적으로 해결된 문제로 볼 경우에는 제7조 제2항에서 일반원칙으로서 신의칙의 적용여부를 고려할 여지가 없다. 신의칙을 제7조 제2항의 일반원칙으로 수용하기 위해서는 우선 계약당사자의 신의칙상의 의무를 협약 내재적 방법론에 의하여 규명할 필요가 있다. 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 협약의 개별조항으로부터 연역적으로 도출될 수 있는데, 법적 안정성을 고려하여 법원칙으로서의 명확한 기능성과 일반성을 갖추어야 한다.[894]

#### (2) 일반원칙으로서 신의성실의 규범성

신의칙의 의미와 구체적인 적용범위에 대한 견해는 법계와 국내법체계에 따라 매우

893) 김비환, 앞의 책, 223면.
894) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 30.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다양하며 일치하지 않지만 학계에서는 제7조 제2항으로부터 일반원칙으로서의 신의칙과 신의칙의 일부를 구성하는 다양한 일반원칙이 정의되어 왔다. 제7조 제2항은 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 신의칙에 기초한 다양한 파생원칙의 근거가 되는 규정이므로 신의칙의 의미 및 적용범위의 문제는 별론으로 하더라도 그 형식적인 규범성의 존부에 대하여는 다툼의 여지가 없다.[895] 다만 구체적인 사안에 있어서 실질적인 규범성을 지니고 실무적 해결방안이 될 수 있느냐에 대하여는 이견이 존재할 수 있다.[896]

신의칙이 적용되는 경우에는 명문의 규정이 없더라도 당사자가 부담하는 급부의 태양은 합리적으로 용인되는 시간과 장소, 방법에 의하여야 하는 법적 제한이 설정되고, 경우에 따라서는 계약관계에서 불충분한 점들이 양당사자의 균형적인 권리관계를 고려하여 보완되기도 한다. 또한 각 당사자는 상대방의 보호를 위해 계약관계의 테두리 안에서 계약에 부수하는 다양한 주의・배려・협조・통지의무가 요청되기도 하고 권리관계의 현저한 불균형이 야기될 경우에는 계약상 의무의 내용이 새로운 환경에 적응하여 수정되거나 계약관계 자체를 해소해야 하는 경우가 발생하기도 한다. 다만 신의칙의 기능이 인정되는 경우에도 구체적으로 어떠한 의무가 발생하고 어느 범위까지 적용할 수 있는지의 문제는 협약상 획일적으로 결정될 수 없고 계약관계의 특수성 및 협약 자체적 규범체계와 함께 무엇보다 당사자들의 고려가 중요한 의미를 갖는다.

특히 협약이 기초하고 있는 일반원칙 중에서도 협약 전반에 걸쳐 다수의 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 계약당사자로 하여금 합리적인 사람의 기준에 따라 행동해야 할 신의칙상의 의무를 부여하는 점에서 그 일반원칙성을 찾을 수 있고 이로부터 다양한 신의칙상의 의무가 파생되기도 한다. 제7조 제1항의 신의 요건에 대하여 일반적인 신의칙 의무를 부정하는 입장에서도 개별조항의 합리성의 원칙을 신의칙이 발현된 일반원칙으로 보는 점에는 이견이 없다.[897]

(3) 일반원칙의 도출과 신의성실

협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 신의칙의 존재는 이론적으로 크게 네 가지 방

895) 한낙현, 국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구, 무역상무연구 제46권, 한국무역상무학회, 2010, 83면.
896) 실질적 규범성을 부정하는 견해에 대하여는 예컨대 Steven D. Walt, The Modest Role of Good Faith in Uniform Sales Law, Boston University International Law Journal, Vol. 33, Issue 1, 2015, p. 38 이하 참조.
897) Steven D. Walt, op. cit., p. 38.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법에 의하여 파악이 가능하다. 즉 i) 협약에서 명시적으로 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 신의칙 내용이 규정된 경우, ii) 제7조 제1항의 신의 준수 요건으로부터 일반원칙으로서 신의칙이 도출되는 경우, iii) 협약의 개별조항에서 신의칙의 내용이 발현 또는 구체화된 경우, iv) 협약이 기초하고 있는 협약 외재적 법원을 통해 일반원칙으로서 신의칙이 존재하는 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

i)과 관련하여 우선 협약 제6조의 당사자 자치원칙, 제9조의 관행 및 관습 존중의 원칙, 제11조의 계약방식의 자유 원칙 등 다양한 원칙들이 협약이 명시적으로 규정한 일반원칙으로 평가된다.[898] 그러나 일반원칙의 관점에서 제7조 제1항의 신의칙은 앞서 살펴본 다양한 이견에도 불구하고 협약 법문상 해석원칙에 한정되므로 명시적으로 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서의 기능에 제한을 받는다. 다음으로 ii)와 관련하여 제7조 제2항의 일반원칙의 관점에서 제7조 제1항으로부터 신의칙 의무를 직접적으로 도출하는 것은 제7조 제1항을 법적 흠결로 간주하는 제7조 제2항의 해석론과 모순되므로 타당하지 않다. 따라서 iii)과 관련하여 제7조 제2항에 의하면 협약의 개별조항으로부터 일반원칙으로서 신의칙이 구체화된 것으로 보는 것이 타당하다. 이와 함께 iv)의 협약 외재적 법원을 통해 일반원칙으로서 신의칙을 인정할 수 있는지 검토해볼 필요가 있다.

한편, 협약의 개별조항으로부터 일반원칙을 도출하는 경우 단일 조항을 근거로 한 일반원칙이 일반성의 조건을 충족할 수 있을 것인가에 대해 검토할 필요가 있다.[899] 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 단일 조항에 한하여 유효할 경우 통상 일반성을 지니고 있지 않다고 보는 것이 합리적이기 때문이다. 반면 여러 조항을 통해 일반원칙의 근거를 찾을 수 있는 경우, 예컨대 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 평가되는 당사자 자치의 원칙은 협약 제9조 제2항, 제29조 제2항, 제33조 (다)호, 제35조 제1항, 제41조 등 여러 조항에 걸쳐 확인되므로 일반원칙으로서의 일반성을 갖추었다고 평가할 수 있다.[900] 따라서 일반원칙으로서 신의칙을 도출하기 위해서는 단일조항에 근거하는 경우나 여러 조항을 통해 신의칙이 발현된 경우를 포함하여 일반원칙으로서의 적용가능성을 종합적으로 검토해보아야 한다. 이하에서는 ii), iii) 그리고 iv)의 관점에서 일반원칙으로서 신의칙을 고찰해보고자 한다.

---

898) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 32; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 58.

899) Thomas neumann, The Duty to Cooperate in International Sales, Sellier, 2012, p. 37.

900) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

## 나. 협약 제7조 제1항에 기초한 일반원칙으로서 신의성실의 원칙

제7조 제1항은 협약 해석의 기본원칙으로 신의(good faith) 준수 요건을 규정하면서 협약의 전체 법문 중에서 유일하게 신의 개념을 원용하고 있다. 따라서 앞서 일반원칙으로서 신의칙의 존재를 이론적으로 구분한 네 가지 방법 중 'ii) 제7조 제1항의 신의 준수 요건으로부터 일반원칙으로서 신의칙이 도출되는 경우'에 대한 가능성을 검토할 여지가 있다. 비록 제7조 제1항의 신의칙은 협약상 기본적인 해석원칙의 기능에 한정되나 법문상 협약이 기초하고 있는 일반원칙임에는 일견 타당성이 있어 보인다.[901] 이에 따라 일부 법원에서는 이와 관련하여 신의칙 의무의 위반을 이유로 상대방에 대하여 손해배상을 인정한 사례도 존재한다.[902]

협약상 신의칙 법리에 대한 혼란이나 오해는 바로 이 지점에서 발생한다. 즉 제7조 제1항은 명문으로 신의칙의 기능을 해석원칙에 한정하므로 계약관계를 직접적으로 규율하는 법원칙이 될 수 없지만, 제7조 제2항에 의하면 제7조 제1항으로부터 일반원칙으로서 신의칙의 기능을 도출할 수 있는 여지가 분명히 존재하기 때문이다. 나아가 제7조 제1항에서 도출된 일반원칙으로서 신의칙을 다시 협약의 해석원칙에 그대로 적용할 경우 제7조 제1항에서 법문상 기본적인 해석원칙에 한정되었던 신의칙의 기능은 계약관계 전반에 걸쳐 확장되어 당사자에게 직접적인 효력을 발생하게 된다. 물론, 이러한 해석은 협약의 입법연혁에 비추어 명백히 제7조의 법리를 오해한 결과이다. 그러나 이러한 정의상의 왜곡현상으로 인해 실제로 협약상 신의칙의 기능에 관하여 더욱 다양한 논쟁이 야기되기도 한다.[903] 이러한 논쟁과 견해의 다양성으로 인해 신의칙 문제는 더욱 복잡한 양상을 띠고 전개되며 이는 전체적으로 법리상의 일관성 없이 자국편향적 해석으로 생산되는 각국의 판례를 통해서도 확인된다.[904]

그러나 제7조 제2항의 일반원칙의 관점에서 제7조 제1항으로부터 신의칙 의무를 직접적으로 도출하는 것은 제7조 제1항의 신의칙 문제를 협약상 법적 흠결로 간주하는 제7조 제2항의 해석론의 전제와 모순되므로 타당하지 않다. 더욱이 협약상 명확히 해

901) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 32.
902) Cour d'appel de Grenoble, Chambre Commerciale (France), 22 February 1995. Retrieved December 18, 2018, from http://www.unilex.info/case.cfm?id=83.
903) John Felemegas, Article 7 and Uniform Interpretation, Chapter 2, 5. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html.
904) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

결되지 않는 문제에 대한 대안 또는 흠결의 보충수단으로 기능하기에는 제7조 제1항의 신의칙은 개념상의 본질적인 모호성뿐만 아니라, 이를 언급하지 않더라도 협약 체계상 규범적인 불명확성으로 인하여 일반원칙으로서의 구체성이 결여되어 있는 것으로 보는 것이 합리적이다. 반면, 제7조 제2항의 일반원칙으로서 신의칙에는 제7조 제1항 해석원칙으로서의 신의칙보다 일반원칙으로서의 구체성이 더 요청되는 점에서 신의칙의 구체적인 적용례 또는 유형화로 평가되는 파생원칙을 일반원칙으로 검토해볼 여지는 존재한다. 선행행위에 모순되는 권리행사의 제한, 금반언의 원칙, 권리남용 금지의 원칙 등은 흠결보충수단으로서 일반원칙의 구체성을 갖추고 있고, 상대방의 신뢰보호를 위해 가정된 다양한 상황에 대하여 적용가능 하며, 특히 협약의 여러 개별조항에 걸쳐 신의칙의 구체적인 발현 형태로 평가되기 때문이다.

한편, 협약의 규범체계 내에서 제7조 제1항은 해석원칙으로서의 신의칙과 일반원칙으로서의 신의칙 기능이 이론상 상호 교차되는 규정이므로 제7조 제2항에 따른 일반원칙으로서 신의칙의 기능을 검토하기에 앞서, 문제 되는 사안에 법적 흠결이 실제로 존재하는지에 대한 확인이 선행되어야 한다. 해당 사안이 협약상 명시적으로 해결된 것으로 판단되는 경우에는 제7조 제1항의 신의칙은 애초부터 문제될 여지가 없기 때문이다. 즉 신의칙상의 의무가 문제된다고 할지라도 엄밀한 의미에서 협약의 개별규정에 기초한 해석론에 의존하여 명시적으로 해결된 문제로 볼 수 있는 경우에는 법적 흠결의 보충수단으로서 제7조 제2항에 따른 일반원칙으로서 신의칙의 문제는 여기에 개입될 여지가 없다. 따라서 제7조 제2항에 따른 일반원칙으로서 신의칙의 기능이 문제되는 경우에는 법적 흠결의 존재여부에 대한 판단이 항상 선행되어야 한다.

### 다. 협약의 개별조항에서 구체화된 신의성실의 원칙

협약의 개별조항으로부터 협약의 해석을 위해 실효성 있는 일반원칙을 도출하기 위해서는 각 조항을 통해 발현된 '신의' 개념의 구체적인 내용을 검토할 필요가 있다. 협약 제7조 제2항에 의하여 사안의 명시적인 해결을 도모할 때에는 신의칙이라는 모호한 개념이 아니라 개념상의 불명확성이 상대적으로 제거된 일반원칙이 요구되기 때문이다. 따라서 제7조 제2항 '일반원칙으로서 신의칙'에는 제7조 제1항 '해석원칙으로서 신의칙'과 달리 개념상의 구체성이 요청된다. 다만, 신의칙의 본질적인 개념상의 불명확성으로 인하여 구체성을 지닌 협약 내재적 일반원칙과 신의칙 사이의 명확한 경계설정



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

은 가능하지 않고 실무상 구분의 실익이 없다.[905]

(1) 합리적 신뢰 보호의 원칙

합리적 신뢰 보호의 원칙은 상대방 행위의 기초가 된 합리적 신뢰를 제공한 당사자가 이에 반하는 행위를 할 경우 법적 책임을 직접 부담하도록 하고 상대방의 정당한 신뢰 보호를 강조한 법원칙이다.[906] 합리적 신뢰 보호의 원칙은 구체적인 사안에서 상대방이 가진 신뢰가 합리적인 것으로 판단되고 이러한 신뢰의 배반이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 경우에 당사자의 권리행사에 일정한 제한을 둠으로써 법적 정의를 실현하고자 한다. 따라서 합리적 신뢰 보호의 원칙은 신의칙의 구체적인 적용례 또는 유형화 원칙으로 평가되는 다른 일반원칙들과도 기본정신을 공유한다. 즉 합리적 신뢰의 보호 원칙은 이후에 살펴볼 신의칙의 다양한 파생원칙과 기능적 유사성을 공유하므로 협약이 기초하고 있는 신의칙에 관한 일반원칙과도 상당부분 동일한 근거조항을 공유하는 특징을 지녔다.[907]

특히 선행행위와 모순되는 행위의 제한 원칙은 당사자의 적극적인 선행행위 및 후행행위와의 모순으로부터 상대방의 합리적 신뢰보호가 요청되는 점에서 일반원칙으로서 근거규정을 상당부분 공유한다. 이 경우 상대방이 지닌 합리적 신뢰와 그 보호의 필요성은 후행행위에 반하는 선행행위로부터 야기되기 때문이다. 이에 따라 신의칙의 다양한 파생원칙 간의 경계가 불명확해진다는 문제점도 존재하지만 실무적인 측면에서는 이로 인해 실질적인 기능상의 차이가 존재하는 것은 아니다.[908] 다만, 적용상의 차이를 긍정하는 견해에 의하면 합리적 신뢰의 보호 원칙은 상대방이 실제로 당사자의 구체적인 행위를 신뢰했다고 인정되는 경우에 한하여 적용이 가능한 반면, 선행행위와 모순되는 행위에 제한을 두는 법리에는 이러한 요건이 불필요하므로 명확한 구분의 실익이 존재한다고 하기도 한다.[909] 우리 민법의 판례는 특별히 모순행위 금지의 원칙을 명시적으로 언급하지는 않으면서도 선행행위와의 모순으로 신의칙에 반한다고 하는 원심판결을 긍정하거나, 신의칙 위반을 이유로 동일한 결과를 인정하고 있다.[910] 나아가

905) Joachim Froehlich, op. cit., p. 38.
906) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 5. b). (4), Reliance protection.
907) 예를 들어 협약 제16조 제2항 (나)호, 제29조 제2항, 제35조 제2항 (나)호 제42조 제2항 (나)호를 들 수 있다.
908) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 5. b). (4).
909) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

'금반언과 신의칙' 또는 '신의칙이나 금반언의 원칙'을 명시한 판결도 있고,[911] 실효의 법리와 중복 적용이 가능한 경우도 있는 점에서 기능적인 측면에서 동일한 원칙으로 보고 법원칙으로서 신의칙의 파생원칙임을 긍정하는 견해도 존재한다.[912]

한편, 합리적 신뢰의 보호 원칙이 신의칙의 다양한 파생원칙과 공통적인 기능적 유사성을 보이는 점으로부터 법규범에 따른 방법론적 차이와 무관하게 협약 또한 법률관계의 형평·공평·균형이라는 현대 법규범이 지향하는 공통적인 가치를 공유하고 있음을 추측해 볼 수 있다. 이는 오히려 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서의 기능성을 뒷받침하는 근거가 된다고 볼 수 있다.

(2) 선행행위와 모순되는 권리행사의 제한

추상적인 규범인 신의칙으로부터 구체적인 실체적 규범으로 인식되는 하위원칙들이 파생되기도 한다. 신의칙의 이러한 파생원칙은 추상적인 신의칙 규범의 원리가 구체적인 사례에 적용되면서 유형화되는 것으로 볼 수 있다.[913] 이러한 인식은 전통적으로 대륙법계 법학에서 일반적이다. 구체적으로 유형화된 추상적인 신의칙의 원리 가운데 선행행위와 모순되는 권리행사 또는 후행행위의 제한에 관한 법리(venire contra factum proprium)가 그 대표적인 예 중 하나이다. 이와 유사한 법리는 다른 법계에서도 공통적으로 발견되는데 영미법에서는 이와 유사한 법리가 금반언(禁反言, estoppel)의 원칙으로 불리며 판례법을 통해 발달했다.[914]

협약상 신의칙의 기능을 단순히 협약의 해석원칙에 한정하는 입장에서도 실제 사례에서 해석주체의 법률적 판단에 대한 기능적인 역할을 위해 보다 구체성 있는 일반원칙으로 금반언의 원칙을 인정한다.[915] 금반언의 원칙에도 상대방에 대한 합리적 신뢰 보호의 의미가 내포되어 있는데, 이에 따르면 당사자가 진술이나 행위에 의해서 상대방에게 특정 형태로나 특정 시기에 권리의 행사를 하지 않을 것이라는 인지를 주고 상대방도 이를 신뢰한 경우 당사자는 선행행위와 모순되는 권리행사나 특정행위에 제한

910) 대법원 1995. 9. 26. 선고 94다54160 판결.
911) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결.
912) 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2018, 73면.
913) 김형배 외, 민법학 강의, 신조사, 2013, 43면.
914) Restatement (Second) of Contracts (1981) 90 Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance.
915) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, Issue 3-4, part 5. b) 3). Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Art. 7 para. 32.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 받는다.[916] 대륙법계와 영미법계에 공통으로 존재하는 양 법리는 내용상의 차이점이 존재한다는 견해도 있지만 이러한 관점에서도 상대방의 신뢰를 보호하는 일반원칙이라는 점에서 실질적으로 명확한 기능상의 차이가 나타나지는 않는다.[917]

(3) 실효의 원칙

신의칙의 또 다른 파생원칙 가운데 하나로 평가되는 실효의 법리도 선행행위와 모순되는 행위의 제한 법리와 기본 정신이 유사하다고 볼 수 있다.[918] 일정한 요건을 갖춘 경우 상대방에 대하여 권리의 불행사에 관한 신뢰를 주고 추후에 이에 반하는 권리 행사를 주장하는 것이 신의칙의 정신에 반하므로 법적 제한을 두는 점에서 두 법리는 공통점을 지닌다. 그러나 선행행위와 모순되는 후행행위의 제한 법리는 권리자가 권리행사를 전혀 하지 않을 것이라는 신뢰를 주거나 아니면 특정한 시기 동안 또는 특정한 방식에 의해 권리행사를 하지 않겠다는 적극적인 인지를 주는 선행행위와 이에 반하는 후행행위와의 모순관계로부터 신의칙의 위배 또는 상대방이 가진 신뢰에 역행하는 근거를 찾는다. 반면, 실효의 법리에서 상대방이 기초하고 있는 신뢰는 권리자로부터 적극적인 의미에서의 일정한 선행행위가 요구되지 않고 단순히 권리자가 실제로 권리행사의 기회와 충분한 행사기간이 존재했음에도 불구하고 이를 행사하지 않고 상당한 기간이 경과한 사실 자체와 이로부터 상대방이 가진 정당한 기대에서 기인한다 할 것이다.[919] 따라서 실효의 원칙의 적용여부는 권리를 행사하지 아니한 기간, 즉 실효기간의 장단과 권리가 행사되지 않을 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지 여부 그리고 양당사자의 상황과 객관적으로 존재하는 구체적인 사정을 고려하여 보다 신중하게 합리적으로 판단할 필요가 있다. 실효의 원칙에 따라 적법하게 성립된 권리 자체가 소멸하거나 아니면 권리는 유효하나 그 행사가 불허된다고 보기 위해서는 상대방의 신의에 반하는 권리행사가 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르는 경

916) 협약상 상대방의 신뢰에 기반한 일반원칙인 금반언의 원칙은 판결문에서 정의되기도 하였다. Moorgate Mercantile v. Twitchings, 1976, 1 QB 225, 241. "...when a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so(일방이 진술이나 행동에 의하여 상대방으로 하여금 특정 사안에 관한 상태를 신뢰하도록 만든 경우에는 이를 되돌리는 것이 불공정하거나 형평에 반할 경우 허용되지 아니한다)"; 김형배 외, 앞의 책, 50면.

917) Joachim Froehlich, op. cit., p. 40.

918) 김형배 외, 위의 책, 52면. 관점에 따라서는 일정한 요건을 충족할 경우 실효의 법리를 권리의 남용으로 보는 견해도 존재한다.

919) 김형배 외, 위의 책, 52면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우로 엄격히 한정하는 것이 타당하기 때문이다.[920]

(4) 권리남용 금지의 원칙

계약관계에서 신의칙은 계약당사자 사이에 상대방의 신뢰를 헛되이 하지 않도록 성의 있게 행동해야 한다는 법원칙을 의미한다. 이러한 법원칙으로부터 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서 일정한 사회적 한계가 내포되어 있음을 알 수 있다. 같은 맥락에서 권리남용 금지의 원칙은 권리의 사회성과 공공성을 중요시하여 그 행사에 사회적 한계를 설정한 것으로 볼 수 있다.[921] 이처럼 권리남용 금지의 원칙과 신의칙은 거래당사자 사이에 계약관계의 작용면에서 기능적인 공통점이 존재한다. 따라서 양 원칙의 구별을 위하여 일정한 표준을 정하기 어려울 뿐만 아니라 때로는 불필요하기도 하다. 다만, 견해에 따라서는 연혁 및 기능적인 측면에서 양자를 구분하기도 한다.[922] 이에 따르면 신의칙은 채권관계로부터 발달한 채권법상의 지배규정으로서 보다 적극적인 의미를 갖는다. 즉 권리의 행사만이 아니라 의무의 이행에도 영향을 미치고 법률과 계약규정의 해석기준이 되기도 하는 광범위한 역할을 수행한다.[923] 반면, 권리남용 금지의 원칙은 연혁 면에서 물권관계로부터 발달한 소유권법 중심의 일반원칙에 해당한다. 작용면에서는 소극적인 의미에서 부당한 권리행사에 대한 신의칙위반의 효과를 강조하기 위한 법원칙에 해당한다.[924]

권리남용 금지의 원칙은 신의칙과의 관계에서 견해의 차이가 존재할 수 있지만, 앞서 살펴본 금반언의 원칙과 마찬가지로 부당한 권리행사를 제한하는 신의칙의 구체적인 발현 원칙으로 평가된다.[925] 금반언의 원칙이 전통적으로 판례법에 의해 발달해 온 반면 권리남용 금지의 원칙은 입법에 의해 명문화되었다. 권리남용 금지의 원칙은 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)에 그 기원을 두고 있다. 이에 따르면 시민법에 따라 적법하게 성립한 법률행위라 할지라도 권리의 행사가 신의칙과 형평에 반하는 경우 피고는 악의의 항변권에 의하여 원고의 권리행사를 저지할 수 있었다.[926] 따라서 권리남

920) 대법원 2007.4.13 선고 2005다47236 판결.
921) 정현식, 권리남용의 이론과 판례의 경향, 사법논집 제3집, 법원행정처, 1972, 37면.
922) 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2018, 95면
923) 정현식, 위의 논문, 37면.
924) 정현식, 위의 논문, 37면.
925) 김형배 외, 앞의 책, 49면.
926) Justinian, Digest, 44. 4. 12.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

용 금지의 원칙에서는 주관적 의사가 강조되는 신의의 특성상 무엇보다 당사자의 악의가 일단 적법하게 성립한 권리의 행사를 제한하거나 이를 법적 보호로부터 제외시키는 주요한 근거가 된다. 독일 민법 제226조는 권리남용 금지의 원칙에 내포된 주관적 요소를 강조한 규정으로서 권리의 행사가 타인에게 손해를 가할 목적만을 가질 경우 여기에 제한을 두고 있다.[927] 그러나 독일 민법 제242조 신의칙 규정이 원용되는 경우에는 보다 넓은 의미에서 적용되기도 한다.[928] 입법례에 따라서는 그리스 민법[929]이나 스위스 민법[930]처럼 법적 안정성을 중요시하여 객관적인 요소가 강조되면서 권리의 남용이 객관적으로 명백한 경우에 한하여 법의 보호를 배제하기도 한다. 프랑스에서도 1804년 시행된 민법에서 명문화되지는 않았지만 1850년대 판례에 의해 권리남용금지의 원칙이 전면적으로 수용되었다.[931] 반면, 영미법계에서는 법적으로 상반되는 권리의 행사와 남용의 개념을 직접적으로 대응시키지 않고, 법적 안정성을 위해 객관적으로 사회적 부작용과 관련되는 권리행사에 일정한 제한을 두는 방식으로 구체화되어 나타난다. 예를 들어 악의적 이득을 목적으로 권리취득을 하는 경우 적용되는 clean hand 원칙이나 악의적인 절차의 남용(malicious abuse of process), 악의적인 소추(malicious prosecution)가 여기에 해당한다.[932] 협약에서도 권리남용의 금지 원칙은 신의칙의 구체적인 적용례에 해당하며 개별 조항을 통해 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 평가할 수 있다. 대표적인 예로 협약 제80조는 면책규정으로서 상대방의 의무불이행이 당사자의 작위 또는 부작위에 기인하는 경우 계약상 의무불이행으로 인한 권리구제를 구할 수 없도록 규정하고 있다.

(5) 정의와 공평의 원칙

927) BGB 226 Schikaneverbot.
928) 김형배 외, 앞의 책, 56~57면; BGB 242 Leistung nach Treu und Glauben.
929) Greek Civil Code Article 281. "the exercise of a right shall be prohibited where it manifestly exceeds the bounds of good faith, morality or the economic or social purpose of that right.(권리의 행사가 명백하게 신의성실, 도덕이나 해당권리의 사회적 또는 경제적 목적의 한계를 넘어서는 경우에는 금지되어야 한다)". Emanuela Iftime, op. cit., p. 134.
930) Swiss Civil Code, Art. 2(2). 세계법제정보 참조. http://world.moleg.go.kr.
931) 백태승, 민법총칙, 제5판, 집현재, 2011, 105면.
932) 정현식, 앞의 논문, 11~12면; 권혁재, 판결의 집행에 있어서 권리남용 법리의 적용요건, 인권과 정의, Vol. 431, 대한변호사협회, 2013, 92면; Sarah Worthington, 형평법, 임동진 역, 소화, 2009, 96~97면. 보통법에서는 원고의 위법행위가 있을 경우 권리구제에 일정한 제한을 가하는데 형평법에서는 원고의 행위가 비록 위법은 아니지만 부적절한 경우에 대하여 형평법상의 권리구제에 제한을 둠으로써 형평법의 보호를 구하는 자는 스스로에게도 결함이 없어야 한다는 이른바 clean hands원칙이 정립되었다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약 제80조[933]는 당사자가 자신의 작위 또는 부작위로 인해 상대방에게 적절한 협조를 제공하지 못한 상황을 가정한다. 이 경우 당사자가 상대방의 불이행에 일정부분 책임이 있음에도 불구하고 불이행에 대한 구제수단까지 갖게 되는 것은 신의칙에 어긋난다는 취지로 해석된다. 이에 따르면 법률 요건 면에서 당사자에게는 계약관계에서 적절한 작위 또는 부작위의무의 이행이 요청되고 법률 효과 면에서는 신의칙상의 의무위반의 효과와 근접한 결과가 도출될 수 있다.[934] 이처럼 협약 제80조의 기본 법리에는 일반원칙으로서 신의칙의 정신과 기능적인 유사성이 존재하는 것으로 볼 수 있다.

신의칙의 기원은 근본적으로 인간생활에서 법적 정의와 형평의 구현에 대한 고민으로부터 연유한다. 앞서 살펴본 바와 같이 고전기 로마법의 형평(aequitas)도 정의(iustitia)의 의미와 명확히 구분되지 않을 만큼 개념적으로 불가분의 관계에 놓여 있었다. 공화정 후반기 키케로의 정의관에서부터 확인되는 이러한 불가분의 경향은 밀라노 칙령으로 그리스도교가 공인되면서 더욱 촉진되어 형평법의 전성기로 이어졌다.[935] 고전기 로마법의 신의성실에 법원성이 부여되면서 객관화된 형평법적 사고는 중세를 거쳐 근대로 전승되었는데, 형평론의 성과는 유스티니아누스 로마시민법의 재발견 이후 대륙법에서는 17세기 중반부터 점차 쇠퇴하다가 18세기 후반부터 시작된 자연법적 법전편찬의 움직임과 함께 법문화되었다. 마찬가지로 영미법에서는 독자적인 형평법 체계(Court of Chancery; Court of Equity)로 구체화되면서 제도적인 발전과정을 거쳤다. 이처럼 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 정의와 공평의 원칙은 앞서 살펴본 형평론의 역사적 배경과 문맥을 같이 한다. 즉 협약에 내재된 정의와 공평의 원칙은 다양한 법문화 사이에서 국제물품매매계약에 관한 일반법에도 신의칙의 정신을 내재시키고자 한 타협과 노력의 산물이었다.

역사적으로 신의칙의 개념적인 불명확성에도 불구하고 그 법원성이 로마법 이래 면면히 이어져 다른 국제통일규범체계와 마찬가지로 협약의 개별조항에서도 공통적으로 발견되는 이유는 양자가 근본적으로 정의와 공평의 정신을 나란히 공유하는 점에서 기인한다. 신의칙의 다른 명칭이라 할 수 있는 정의와 공평의 원칙은 협약의 여러 개별조항에서 발견되지만 그 중에서도 제80조는 다른 부수적인 파생원칙을 비롯해 신의칙의 기본적인 정신이 다양한 적용가능성을 지니고 구체적으로 발현된 일반조항으로 평

933) 협약 제80조. “당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위에 기인하는 한, 상대방의 불이행을 주장할 수 없다”.
934) Thomas Neumann, op. cit. p. 119.
935) Cicero De Officiis, 1. 16. 42.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가된다.[936]

(6) 합의의 준수 및 유지의 원칙

합의의 준수에 관한 일반원칙은 명시적으로 규정되지는 않았지만 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 평가된다.[937] pacta sunt servanda는 가장 기본적인 신의칙의 구체화 원칙으로 인식되며 키케로의 정의론으로부터 유래한다.[938] 합의의 준수는 법과 도덕의 경계에 서있기도 한 신의칙의 일반원칙이기도 한 점에서 법사학적인 측면에서 그 법원성의 기원에 대한 이해가 무엇보다 중요하다. 합의의 준수는 전통적으로 신의칙의 가장 기본적인 구성요소이지만 그 기원에 대한 고찰은 신의칙에 대한 정의나 그 위반을 직접적으로 언급한 사례를 제일 찾아보기 힘든 중세의 법학으로부터 시작하는 것이 이해에 도움이 된다. 문헌을 통한 법원성의 고증이 가장 어려운 시대에도 '합의의 준수'는 신의칙의 일부로서 구속력을 지니고 있었기 때문이다.

우선 결론을 앞세우면, 고전기 로마법에서는 pacta sunt servanda에 내포된 단순한 합의에 오늘날과 같은 의미의 구속력이나 법적 지위가 부여되었던 것은 아니었다.[939] 이 원칙의 법원성은 중세 이후에야 그리스도교적 신앙과 자연법상의 형평을 근거로 신의칙의 객관적 요소로서 계약법상의 일반적인 기초를 구성하게 되었다.[940] 중세 법학에서 계약은 일반적으로 당사자 합의만으로 구속력을 갖는다는 견해가 통설이었다. 이러한 견해는 유스티니아누스법의 권위를 성서처럼 신성시한 주석학파 시대부터 철저히 원전의 법문을 근거로 일반화되었다. 즉 Digest 2. 14. 1. 3에 의하면 모든 유형의 계약에는 당사자 간의 합의가 존재했는데, 주석학자는 일정한 법률관계에서 당사자 합의에 의하여 발생하는 채무(obligatio)의 효력은 자연법과 시민법에 근거하는 것으로 이해하였다.[941] 자연법상 모든 인간은 신분을 불문하고 합의의 주체가 될 수 있으므로 모든

936) Joachim Froehlich, op. cit., p. 46~47; Thomas neumann, op. cit., p. 109.
937) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 5. b). (2); Joachim Froehlich, op. cit., p. 44.
938) Cicero, De officiis III, 92: "Pacta et promissa semperne servanda sint"; Marion Panizzon, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, Hart Publishing, 2006, p. 27.
939) 예컨대 Ulpian, Digest, 2. 14. 7. 4은 단순한 합의는 채무를 창설하지 아니한다고 한다(nuda pactio obligationem non parit).
940) Konrad Zweigert/Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, Oxford University Press, 1998, Section 24.
941) James Gordley, *Good faith in the medieval ius commune, in* Reinhard Zimmermann, ed., Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Pres, 2008, p. 98.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계약에 존재하는 합의로 인해 채무가 발생하였다. 그러나 로마법에 의하면 시민법으로 보호되지 않는 채무는 소권에 의하여 강제할 수 없었으므로, 예컨대 가남(家男)이나 노예의 채무는 시민법상의 채무와 달리 소구불가능한 자연채무로 구분되었다.[942]

유스티니아누스법에 의하면 이러한 채무는 "국법에 따라 어떤 물건을 급부할 필요에 의하여 구속되는 법의 굴레"로 정의되었다.[943] 주석학파는 이를 자연채무와 시민법상의 채무 모두에 적용된다고 보았다.[944] 자연채무의 이행은 시민법에 의하여 강제될 수 없었으므로 자연채무에 구속되는 경우는 모두 만민법상의 법률관계로부터 발생하였다. 만민법은 인간 생활영역의 수요에 따라 자생적으로 발달한 법체계였으므로 거의 모든 계약유형을 포괄하였다. 결혼과 같이 로마인에게만 적용되었던 시민법과 달리 만민법상의 법률관계에서는 국적과 무관하게 자유로운 법률행위가 가능하였다. 따라서 중세의 법학자는 형식과 내용에 있어서 엄격성을 요하는 계약을 시민법에 속하는 것으로, 자생적 수요로 인해 형성된 법률관계는 만민법에서 규율하는 것으로 보았던 것이다. 만민법상의 자연채무는 시민법적 개념은 아니었으나 중세의 법학에서는 시민법에 의하여 절차적으로 이를 소구할 수 있도록 허용함으로써 사실상 시민법 제도로 편입되었다.[945] 그 밖에 로마법의 언어·문서·요물·낙성계약과 같은 시민법상의 전형계약과 비전형계약인 무명계약은 단순한 실정법 규정에 의한 형식상의 구분에 불과한 것으로 이해되었다.[946] 결국 중세의 법학에 의하면 만민법에 근거하여 비로소 당사자 합의만으로 계약이 성립하고 채무의 효력이 발생하였다.

이처럼 중세 법학이 합의의 준수를 구속력 있는 신의칙의 기본 구성요소로 본 기원을 한 단계 거슬러 올라가보면 디게스타 법문에서 도출된 일반 원리로부터 그 근거를 발견할 수 있다. '합의에 관하여(De pactis)'를 다룬 디게스타 2권 14장의 서두에서 울피아누스는 '당사자 사이의 합의의 준수보다 인간의 신의(fides)에 더 합당한 것이 있겠는가'라고 하면서 일정한 유형의 합의에 법적 강제성을 부여한 법무관의 고시는 자연 형평(aequitas naturalis)에 근거한다고 명시하였다.[947] 이는 중세 이후 신의칙의 기

942) 현승종/조규창, 앞의 책, 671면. 통설에 의하면 로마 신분제도상 가남(家男)이나 노예가 자유인에게 부담하는 채무는 법적 구속력이 없어 소구가 불가능했다. 자유인이 이들에게 부담하는 채무도 마찬가지였다.

943) Justinian, Institutes, 3, 13.

944) James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford University Press, 1991, p. 42.

945) James Gordley, op. cit., p. 42.

946) Ibid, p. 41.

947) 울피아누스는 합의에 대한 법무관의 칙령이 자연법상의 형평(aequitas naturalis)에 근거했다고 하면서, 그 이유로 당사자 간 합의의 준수만큼 인간의 신의(fides humana)에 더 적합한 것이 없기 때문이라고 했다. 이는 로마법에서 '합의', '형평', '신의'의 관계를 직접적으로 언급한 대목으로 전통적인 신의성실의 개념 정



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

본원리 가운데 합의의 준수가 포함된 배경에 피데스로 구체화된 로마적 형평이 자리하고 있었음을 의미한다. 울피아누스는 모든 계약이 합의만으로 성립하는 것은 아니지만 합의의 존재는 모든 계약에서 발견되는 것이라 하였다.[948] 합의의 준수는 계약 당사자 간의 신의로부터 요청되는 것이므로 이는 곧 로마법에서 신의칙으로 구체화된 형평에 부합하는 가장 기본적인 일반원칙에 해당하였다.

한편 이처럼 당사자 사이에 이미 성립된 계약은 합의된 내용에 따른 각 당사자의 적절한 이행제공에 의하여 준수되지만 합의의 준수와 마찬가지로 합의 유지의 원칙, 즉 favor contractus도 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 평가할 수 있다.[949] 다만 이는 pacta sunt servanda와 구분되어야 한다. 중세 이후 pacta sunt servanda의 법원성은 그리스도교적 신앙과 자연법상의 형평에 기초하여 획득되었으나 일반적인 법원칙으로서 법사학적인 문맥을 고려해 볼 때, pacta sunt servanda에는 단순히 계약을 유지하는 수준의 일반원칙 favor contractus와 달리 계약관계에 기초한 특수한 신의가 요청되는 것으로 이해된다. pacta sunt servanda로부터 요청되는 이러한 신의의 의미는 계약적 헌신의 의미를 내포한 신성성으로 표현되기도 한다.[950] 이에 따르면 계약관계에 기초한 신성성으로부터 강조되는 것은 계약의 유지가 아니라 오히려 계약의 준수에 더 가깝다.[951] 즉 계약조건 중 어느 하나라도 준수되지 않을 경우 양당사자는 각각 이를 이유로 계약을 종료할 수 있는 점에서 계약법상의 광범위한 권리에 의하여 신성성이 엄격하게 보장된다.

반면, 계약의 준수보다 유지의 의미가 강조되는 favor contractus에 의하면, 계약으로부터 발생하는 채무에는 계약의 준수에 관한 헌신의 의미보다 계약관계로 표상되는 구속성이 더욱 강조된다. 따라서 favor contractus에 의하면 계약조건이 적절히 준수되지 않음을 이유로 섣불리 계약적 구속 상태를 종료시키는 것보다 이미 성립된 계약을 존중하여 그 구속성이 유지될 수 있는 방향의 해결책이 요구되는 점에서 pacta sunt servanda와 구분된다.[952] 이처럼 계약관계의 구속성이 유지되어야 하는 근거는 네 가

---

립에 시사하는 바가 크다. 원문은 Justianian, Digest, 2. 14. 1 pr. “이 칙령의 정의는 자연법상의 형평에서 온 것이다. 왜냐하면 당사자 간 합의한 것들을 준수하는 것만큼 인간의 신의에 가장 적합한 것이 없기 때문이다”.

948) Justinian, Digest, 2. 14. 1. 3.

949) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 35.

950) Camilla Andersen/Ulrich Schroeter, Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2008, p. 248. Bertram Keller, 'favor contractus': Reading the CISG in Favor of the Contract.

951) Ibid, p. 248.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지 측면에서 살펴볼 수 있다. 첫째, 계약의 성립은 곧 합의에 의한 교환적 정의의 실현을 의미하므로 계약의 유지는 당사자 간 권리관계가 균형상태를 이루고 있음을 의미한다.[953] 둘째, 계약의 구속성은 상호 신뢰를 전제로 하면서도 동시에 이를 증진시키는 효과가 있으므로 favor contractus는 국제거래관계의 안정성을 담보하는 역할을 하기도 한다.[954] 계약관계의 구속성으로 인하여 양당사자에게 공통적으로 계약 준수에 대한 헌신이 요구되는 점에서 favor contractus는 pacta sunt servanda와 일치한다. 셋째, 장거리 및 장기간이 소요되는 국제거래의 특성상 계약관계의 청산은 곧 경제적 손실로 직결되므로 단순한 계약관계의 유지만으로 잠재적 경제가치가 보호되는 점에서 favor contractus의 근거가 된다. 마지막으로 계약 유지의 원칙의 근거는 무엇보다 당사자 자치에 있다. 즉 계약적 구속관계는 합의로 표상되는 당사자 의사의 구체적인 발현형태이며 동시에 각각의 선택에 따라 계약 목적과 이에 따른 위험을 배분한 교섭의 결과이다. 따라서 당사자 자치의 결과물인 합의는 국제물품매매규범의 생성 및 발전의 이면에 존재하는 원동력으로서 계약 유지의 원칙과 밀접한 관련을 맺으면서 그 근거를 구성한다.[955]

협약이 기초하고 있는 일반원칙 favor contractus의 근거규정으로는 다양한 조항이 언급되지만,[956] 그 중에서도 특히 계약관계의 해제에 대하여 협약 제25조는 계약위반의 경우에 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 경우에만 본질적 계약위반을 구성한다고 한다. favor contractus는 협약에 명시되지 않거나 당사자 합의에 따라 협약을 적용하기로 합의한 의무불이행의 경우에도 적용된다.[957]

(7) 사정변경의 원칙

당사자 사이의 합의에 따라 구속력이 발생하는 pacta sunt servanda 원칙에 의하면

952) Camilla Andersen/Ulrich Schroeter, op. cit., p. 248.
953) Nagla Nassar, Sanctity of Contracts Revisited: A study in the theory and practice of long-term international commercial transactions, Dordrecht, 1995, p. 235.
954) Camilla Andersen/Ulrich Schroeter, op. cit., p. 249.
955) Klaus Pter Berger, op. cit., p. 162.
956) 마그누스는 협약에서 favor contractus의 근거규정으로 제25조, 제34조, 제37조, 제47조, 제48조, 제49조 제63조 제64조를 예로 든다. Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 5. b). (2); 켈러는 협약상 계약의 성립, 이행, 구제수단에 관한 규정 전반에 걸쳐 계약유지의 원칙이 내재된 것으로 평가한다. 상세는 Camilla Andersen/Ulrich Schroeter, op. cit., p. 248; Bertram Keller, 'favor contractus': Reading the CISG in Favor of the Contract, p. 251 이하 참조.
957) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 5. b) (10).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

모든 계약당사자에게 계약이 정하는 의무이행이 요청되고 이는 계약사회의 근간을 형성한다. 그러나 계약과 같은 법률행위의 전제가 되는 사정이 현저하게 변경 또는 소멸되거나 그러한 사정이 처음부터 존재하지 않은 경우에도 그 구속성을 그대로 유지하도록 한다면 당사자 사이의 권리관계에 결과적으로 현저한 불균형이 발생한다. 따라서 신의칙에는 현저한 사정변경이 존재하는 경우에 계약의 내용을 재협상하여 수정하거나 계약관계의 해소와 같은 수정적 기능이 포함될 수 있다.[958] 다시 말해 신의칙에 입각하여 계약상의 급부의무를 현저하게 변경된 사정에 새로이 적응시키거나 적응이 불가능한 경우에는 계약관계 자체의 소멸도 인정할 수 있다.

이와 같은 사정변경에 따른 권리관계 불균형을 이유로 다수의 국가마다 법적, 사회적, 역사적 경험의 차이에도 불구하고 사정변경의 원칙이나 이와 유사한 법리를 인정하고 있다.[959] 특히 국가 간의 물품매매에서는 경제주체 사이의 거래에 소요되는 기간이나 거리·비용을 비롯해 경제적인 측면에서 국내법상의 거래보다 이러한 사정변경의 영향을 받을 가능성과 위험의 폭이 상대적으로 현저하게 크다. 따라서 사정변경의 원칙의 필요성은 국제물품매매계약에서 더욱 증대된다고 할 수 있다. 이에 따라 PICC, PECL, DCFR[960]과 같은 국제통일규범에서는 사정변경의 원칙을 명문으로 채택하였다.[961] 특히 PECL Art. 6.111은 법문상 사정변경의 원칙에 관한 가장 진일보한 국제규범으로 평가할 수 있다. PECL은 사정변경에 따른 재협상 문제를 당사자 자율에 맡긴 PICC의 입장에서 한 단계 나아가, 현저한 사정변경이 존재하는 경우 계약의 수정 또는 계약관계의 종료를 위하여 양당사자에게 재협상의 의무를 부담시키고 있다.[962] 또한 이를 위반하는 경우를 신의성실의 원칙과 결부시켜 법원으로 하여금 손해배상을 부담시킬 수 있는 적극적인 권한을 명시한 점에서 다른 법제와 차별화하고 있다.[963]

958) 김형배 외, 앞의 책, 42면; 지원림, 앞의 책, 46~47면.

959) 사정변경의 원칙은 다수의 국가에서 명문규정이나 판례에 의하여 인정된다. 법률상 인정하는 국가는 유럽권에서는 독일, 이태리, 그리스, 네덜란드, 프랑스, 동아시아권에서는 중국, 대만, 기타 지역에서는 아르헨티나, 페루, 파라과이, 브라질, 러시아, 리투아니아, 우크라이나, 이집트 등이 있고, 판례상 인정하는 국가는 우리나라, 일본, 오스트리아, 스위스, 스페인, 콜롬비아 등이 있다. 그 밖에 영국이나 미국과 같은 영미법계 국가나 대륙법계 국가로서 벨기에, 칠레, 우루과이 등은 사정변경의 원칙을 인정하지 않는 국가로 분류된다. 상세는 김규진, 국제계약상 사정변경원칙에 관한 연구: UNIDROIT 국제상사계약법원칙의 Hardship 조항을 중심으로, 연세대학교 박사학위논문, 2017, 78~128면 참조.

960) 정식 명칭은 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference(유럽민사법 공통참조기준안).

961) PICC Art. 6.2.1 (Contract to be observed), PICC Art. 6.2.2 (Definition of hardship), PICC Art. 6.2.3 (Effects of hardship)/PECL 6:111 (Change of Circumstances)/DCFR Art. 1:110 (Variation or termination by court on a change of circumstances).

962) PECL Art. 6:111(2).

963) PECL Art. 6:111(3)(c).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

DCFR의 요건도 PICC나 PECL과 유사한 한편, 재협상 문제에 대해서는 채무자에 한하여 신의칙상의 의무와 결부지어 성실하게 시도할 의무를 부담하게 하고 이를 사정변경의 원칙의 적용요건에 포함시킨 점에서 차이가 있다.[964]

협약에서도 오늘날 사정변경의 원칙을 인정하고 있는 것으로 대체로 의견이 일치한다.[965] 협약 제79조가 사정변경의 원칙을 내포하는지에 대해서는 제79조의 입법연혁과 ULIS와의 법문과의 차이로부터 부정하는 견해[966]도 존재하지만 학설과 판례는 이를 모두 긍정한다.[967] 그러나 사정변경의 원칙에 의하면 pacta sunt servanda로 표상되는 계약사회의 근간이 위태로워지고 법적 불안정성이 야기될 수 있으므로 이에 따른 급부의무의 수정이나 계약관계 자체의 해소는 극히 예외적인 경우에 한해 인정되어야 한다. 더욱이 법률행위의 특성상 의무이행이 필요한 계약관계 자체가 장래의 환경변화에 대한 위험의 배분 및 그 합의이기도 하고 거래당사자는 마찬가지로 계약조건에 의해 사전에 이를 조정 및 대비할 수 있으므로 협약이 기초하고 있는 일반원칙이라 할지라도 그 적용에 있어서는 신중을 기하여야 한다.[968]

## 3. 협약 외재적 법원에 기초한 신의성실의 원칙

협약상 구체적인 사안의 해결에 있어서 신의칙의 문제가 협약에 의하여 규율되는 사항이지만 명시적으로 해결되지 아니하고, 협약이 기초하고 있는 일반원칙도 적용되기 어려운 경우에는 협약 외재적 법원의 활용이 가능한지 검토해볼 필요가 있다. 협약 외재적 법원의 유입은 제7조 제2항에 의하면 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 국내법에 의하므로 협약의 국제적 성격과 적용상의 통일성이 저해될 위험이 있다. 따라서 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 현재 다양하게 논의되고 있는 국제통일규범과 같은

964) DCFR Art. 1:110(3).
965) Ingeborg Schwenzer, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, Victoria University Wellington Law Review, Vol. 39, 2008, p. 713.
966) Hans Stoll, *Comment on Art. 79, para 39, in* Peter Schlechrtiem, ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 2nd ed, Clarendon Press, 1998.
967) CISG-Online Case No. 102 : Tribunale Civile di Monza, 29 Mar 1993; CISG-Online No. 371 : Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 2 May 1995; CISG-Online No. 436 : Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 12 Feb 1998; CISG-Online Case No. 694 : Courd'Appel de Colmar, 12 Jun 2001; CISG AC Opinion No. 7 Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, 12 Oct 2007, Opinion 3.1; Niklas Lindstrom, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale fo Goods, Nordic Journal of Commercial Law, Issue 1, 2006, p. 23-24.
968) 지원림, 앞의 책, 46~47면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약 외재적 법원을 원용할 수 있는지가 문제된다. 그 중에서도 PICC는 협약의 흠결 보충에 있어서 대표적으로 언급되는 국제통일규범에 해당한다. 이하에서는 PICC, PECL, DCFR상 신의성실의 원용가능성을 검토하고자 한다.[969]

### 가. PICC상 신의성실의 원용가능성

PICC가 협약 제7조 제2항의 흠결보충 수단에 활용될 수 있는가에 대하여는 논쟁의 여지가 존재한다. PICC 자체는 전문에서 명시적으로 밝힌 것처럼 그 제정 목적에서부터 국제적인 통일규범의 해석이나 보충을 위하여 활용 가능성을 제시하므로 문제되지 않는다.[970] 국제중재분야의 실무에서는 실제로 PICC가 흠결보충수단으로 활용되어 왔다.[971] 협약이 기초하고 있는 원칙 중 상당부분은 PICC와 일치하거나 법문을 통해 규정화되기도 하였다. 무엇보다 긍정설은 PICC와 같은 국제계약과 관련된 일반법의 제정에 있어서 협약이 기초역할을 하는 점에서 그 근거를 찾는다.[972] 그러나 협약에서 흠결 보충수단에 PICC를 직접적으로 원용하는 것은 타당하지 않다. 협약 제7조 제2항은 협약 내재적 해결수단이 존재하지 않는 경우에 한하여 국내법의 적용만을 규정할 뿐 달리 협약 외재적 법원에 대하여는 직접적으로 명시한 바가 없기 때문이다. 또한 PICC의 제정목적으로부터 협약상 PICC의 원용이 정당화되는 것도 아니다.

물론 PICC의 원용을 부정하는 관점을 취하더라도 협약상의 흠결보충 절차에 있어서 PICC의 효용성이 완전히 부정되는 것만은 아니다. 자체적 해석 시스템을 채택한 협약의 특성상 PICC의 직접적인 일반원칙으로서 기능은 부정됨이 타당하지만, 협약이 기초하고 있는 다른 일반원칙이 존재하는 사안에 있어서 해당원칙의 확증수단으로 PICC 활용이 가능하다. 비록 형식적인 요건 측면에서 PICC는 협약이 기초하고 있는 일반원칙에는 해당하지 않지만 실질적으로 국제거래상의 통일규범을 채택함으로써 국제상사

969) 협약의 초안작업에는 영미법계와 대륙법계의 이질적인 법문화나 이해관계의 차이로 인하여 합의가 어려운 문제는 포함되지 못하였다. 이에 따라 국제거래상의 새로운 법수요의 요청으로 1994년에는 CISG의 보정판 성격을 지니는 PICC가 제정되었는데 적용상 매매계약에 한정되지 않고 그 범위가 확장되었다. 1998년에는 영미법과 대륙법을 종합하여 유럽연합의 틀 안에서 통일유럽민법전을 마련하기 위한 기초작업으로서 PECL이 제정되었다. PECL은 PICC와 달리 상업관계에 한정하지 않고 소비자거래를 포함하며 국내외 계약 채무 일반에 폭넓게 적용된다. 이후 2008년에는 유럽계약법 스터디 그룹중 하나인 Acquis Group에 의하여 DCFR이 발표되고 2009년 공간되었는데 계약법에 관한 부분은 대체로 PECL을 따르며 이를 수정·보완하고 있으며 PICC, PECL과 같이 모델규범의 제시 성격을 지니는 연성규범에 해당된다.

970) PICC Preamble.

971) CISG-Online 526 : Arbitral Award, ICC 8128/1988.

972) Thomas neumann, op. cit., p. 41.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계약의 일반원칙을 제시하고 다른 통일규범의 모범이 되는 점에서는 국제거래상의 법적장애를 제거하고 국제거래의 발전을 증진하고자 하는 협약 전문상의 목표와 근본적인 입법취지를 공유하고 있다고 보는 것이 합리적이다.[973] 즉 PICC는 협약에 의하여 명시적으로 규정되지는 않았지만 사실상 협약의 근본을 이루는 일반원칙을 기술하고 있는 셈이다.[974] 따라서 협약상 외재적 법원의 유입가능성이 확인되는 경우에 한하여 일반원칙의 확증수단이나 다른 간접적인 추가근거로서 PICC의 활용을 고려해 볼 수 있다.[975]

학설도 형식적인 측면에서 협약상의 일반원칙으로서 PICC의 원용은 타당하지 않다고 하면서도, 실질적으로는 이를 긍정하는 것으로 보인다.[976] 주된 이유로는 PICC 내용의 상당부분이 협약의 개별조항뿐만 아니라 협약으로부터 도출되고 협약이 기초하고 있는 일반원칙과 일치한다는 점을 든다.[977] 이는 PICC 제정의 주요한 동력이 협약으로부터 나온 점을 고려하면 수긍이 가는 근거라 할 수 있다. 결론적으로 PICC는 제7조 제2항의 협약 내재적 일반원칙이 적용되는 내재적 흠결(internal gaps)의 확증수단 또는 일반원칙이 부재할 경우에는 협약 외재적 법원에 의존하는 외재적 흠결(external gaps)의 보충에 있어서 제한적으로 활용이 가능하다. 이러한 유입가능성은 제7조 제2항을 통하지 아니하고도 제9조의 관행 및 관습 존중의 원칙이나 협약의 기본적인 해석원칙으로서 제7조 제1항의 신의칙을 통해서도 검토해 볼 수 있다.

(1) 일반원칙으로서 신의성실의 원칙의 비교 고찰

신의칙과 관련하여 협약 제7조 제2항의 일반원칙으로서 PICC의 원용가능성을 검토하기 위해서는 우선 PICC와 협약상의 신의칙 규정을 비교 고찰할 필요가 있다. 양자간에 요청되는 신의의 의미와 기능이 서로 상이할 경우 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 PICC가 포함되는 것은 합리적으로 볼 수 없기 때문이다. 협약상 신의칙의 기능을 단순히 해석원칙에 제한하지 않는 견해에 의하면, PICC와 협약은 신의칙에 대한

973) PICC Preamble.
974) Peter Huber/Alastair Mullis, The CISG-A new textbook for students and practitioners, Sellier, 2007, p. 36.
975) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 36.
976) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 6. b). Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html; John Felemegas, op. cit., Chapter 2, 6.
977) John Felemegas, op. cit., Chapter 2, 6.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법문상의 차이에도 불구하고 내용에 있어서 실질적인 차이가 존재하는 것은 아니라고 한다.[978] 물론 다른 관점을 취할 경우 이견이 있을 수 있으나, 이 경우에도 분명한 것은 협약과 PICC에서 논의되는 신의칙에 관하여 통일규범으로서 국제적인 성격에는 차이가 없다는 점이다. 이로부터 양자가 모두 신의칙의 국내법적 함의을 벗어나 자체적 해석이 요청되는 점에서 공통분모를 확인할 수 있다. 그렇다면 협약과 PICC에서 공통적으로 신의칙상의 의무가 문제되는 주요 법문을 중심으로 각각 신의칙의 해석 및 적용가능성을 고찰해보면 양자의 신의칙 규정에 대한 내용뿐만 아니라 실제로 운용되는 기능적인 측면에서 실질적인 차이가 존재하지 않는지 규명이 가능하다는 결론에 이른다.

우선 협약 제7조 제1항의 신의 요건은 법문상 명시적으로 해석원칙에 한정되지만, PICC Art. 1.6은 해석원칙 규정임에도 신의 요건 자체를 명시하고 있지 않다. 그러나 이를 제외하고는 PICC와 협약에서 규정한 일반적인 해석원칙 규정은 다음 법문과 같이 실질적으로 그 내용이 동일하다.

PICC Article 1.6 원칙의 해석 및 보충

(1) 이 원칙의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일을 증진할 필요성과 함께 이 원칙들의 목적을 고려하여야 한다.[979]

협약 제7조

(1) 이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다.

반면, PICC Art. 1.7은 협약과 달리 계약당사자에 대하여 직접적으로 신의칙 및 공정거래 의무를 부여하고 당사자로 하여금 이를 제한하거나 배척할 수 없도록 규정한다.[980] 이와 함께 PICC Art. 4.8은 계약당사자의 권리와 의무의 해석에 있어서 중요하지만 누락된 조건이 존재할 경우 계약의 해석 및 흠결 보충과 관련하여 신의칙(good faith and fair dealing)을 고려할 것을 규정한다.[981] 나아가 PICC에서 신의칙은 PICC가 기초하고 있는 근본 목적이 잘 발현된 원칙으로서 PICC의 해석에도 적용될 수 있

978) John Felemegas, op. cit., Chapter 2, 6.

979) PICC Article 1.6 "(1)Interpretation and supplementation of the Principles. "In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and their purposes including the need to promote uniformity in their application".

980) PICC Article 1.7 "(1)Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade(각 당사자는 국제거래상 신의성실 및 공정거래에 따라 행동하여야 한다) (2)The parties may not exclude or limit this duty(당사자는 이 의무를 제한하거나 배제할 수 없다)".

981) PICC Article 4.8.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 것으로 평가된다.[982]

PICC와 협약의 개별조항에 관하여 좀 더 상세히 비교해보면, 우선 협약 제16조 제2항 (나)호의 철회 불가능한 청약 규정은 PICC의 원용가능성에 대한 좋은 예시에 해당한다. 철회 불가능한 청약을 규정한 PICC Art. 2.1.4(2)(b)는 협약과 완전히 동일한 법문을 취하고 있고, 협약 제16조 제2항 (나)호는 선행행위와 모순되는 권리행사를 제한하는 신의칙상의 파생원칙의 주요한 근거규정 중 하나에 해당하기 때문이다.[983]

PICC Art. 2.1.4 청약의 철회

(2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회될 수 없다. (b) 상대방이 청약이 철회될 수 없음을 신뢰하는 것이 합리적이고, 상대방이 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우[984]

협약 제16조

(2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회될 수 없다. (b) 상대방이 청약이 철회될 수 없음을 신뢰하는 것이 합리적이고, 상대방이 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우

또한 특정 방식의 계약변경을 규정한 PICC Art. 2.1.18(Modification in a particular form)은 서면 방식의 계약변경에 관한 협약 제29조 제2항과 사실상 동일한 법문을 취하고 있다.

PICC Art. 2.1.18 특정 양식에 의한 변경

서면에 의한 계약에 합의에 의한 변경 또는 종료는 특정 양식에 의하여야 한다는 조항이 있는 경우에, 다른 방법으로 변경 또는 종료될 수 없다. 다만, 당사자는 상대방이 자신의 행동을 합리적으로 신뢰한 한도까지는 그러한 조항을 원용할 수 없다.[985]

협약 제29조 제2항

서면에 의한 계약에 합의에 의한 변경 또는 종료는 서면에 의하여야 한다는 규정이 있는 경우에, 다른 방법으로 합의 변경 또는 합의 종료될 수 없다. 다만, 당사자는

---

982) Michael Joachim Bonell, The UNIDROIT Principles in Practice, Transnational Publishers, 2006, p. 80; John Felemegas, op. cit., p. 201.

983) 일부를 제외하고 협약 제16조는 PICC Art. 2.1.4와 완전히 동일한 법문을 취한다. 또한 협약 제16조 제2항 (나)호는 PICC Art. 2.1.4(2)(b), PECL Art. 2:202(3)(c)와 법문상 일치한다.

984) PICC Art. 2.1.4 "(2)However, an offer cannot be revoked. (b)if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer".

985) PICC Art. 2.1.18 Modification in a particular form. "A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상대방이 자신의 행동을 신뢰한 한도까지는 그러한 규정을 원용할 수 없다.[986]

협약 제29조 제2항은 PICC Art. 2.1.18의 '특정 방식'에 대응하여 서면 계약의 변경이나 종료를 반드시 서면 합의에 따르기로 한 경우 상대방이 자신의 행동을 신뢰한 한도까지는 당사자가 이를 원용할 수 없도록 한 규정이다. 따라서 협약 제29조 제2항은 신의칙의 구체적인 유형화 규정으로서 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 즉 금반언의 원칙이나 선행행위에 모순되는 행위의 금지 원칙뿐만 아니라 권리남용 금지의 원칙의 근거가 되는 개별조항으로 평가되는 점에서 PICC에서 요구되는 신의가 협약과 상당부분 일치함을 확인시켜준다.

이처럼 PICC와 협약에서 요청되는 신의에는 실제로 상당한 유사성이 확인되기도 한다. 반면, 양자 사이에 실질적인 차이가 존재하기도 한다. 예를 들어 PICC는 거래당사자 사이의 결과적인 합의 실패에 대하여 면책을 부여하고 계약 교섭상의 자유를 인정하지만, PICC Art. 2.1.15(2)에 의하면 교섭상의 악의(bad faith)나 악의적인 교섭 파기로 인해 상대방이 입은 손실에 대해서는 당사자에게 책임을 지운다.[987] 따라서 PICC에 의하면 최소한 계약 교섭단계에서 신의칙에 따른 거래 당사자의 의무에는 협약보다 훨씬 높은 수준의 신의가 요청되는 것으로 이해된다.[988] 이와 반대로 PICC보다 협약상의 신의칙 요소가 훨씬 강조되는 부분도 존재한다. 앞서 협약상 선행행위와 모순되는 후행행위의 제한 법리로서 협약 제35조 제2항 (나)호와 제42조 제2항 (나)호를 예로 들었는데, 우선 전자에 의하면 선행되는 종합적인 상황에 근거하여 매수인이 물품의 특별한 목적을 위하여 매도인의 기술과 판단을 신뢰한 것으로 보는 것이 불합리할 경우, 이에 반하는 매수인의 자기모순행위는 금지된다. 이는 매도인 측의 의무이행과 관련하여 PICC에서 적합성의 판단기준과 관련하여 합리성의 원칙을 규정한 Art. 5.1.6보다 훨씬 구체적이다.[989] 다음으로 후자에 의하면, 물품에 대한 제3자의 권리주장이 매수인의 선행행위, 즉 매수인이 제공한 기술설계, 디자인, 방식 등에 의하여 발생한 경우 매도인에게 면책이 부여되는데 이러한 조항은 PICC에서는 찾아볼 수 없고 협약에서만 구체화된 신의칙상의 의무로 이해된다.[990] 그 밖에도 협약과 PICC상 신의 요소의 실질

986) 협약 제29조 제2항. "A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct".

987) PICC Art. 2.1.15(1); Joachim Froehlich, op. cit., p. 70~71.

988) Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, 2009, Art. 2.1.15 para. 6.

989) PICC Art. 5.1.6 (Determination of quality of performance).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적인 차이로 볼 수는 없고 규율범위의 차이에 해당하지만, 협약에서는 계약의 유효성 문제를 적용범위에 포함시키지 않는 반면 PICC는 이를 포함시키면서 착오, 사기 등으로 인한 계약에 관하여 신의칙의 요소를 적용하고 있다.[991]

한편, 계약당사자에 대해 직접적인 신의칙상의 의무를 부여하는 PICC와 달리 협약상 계약관계에서는 이러한 의무가 협약 제7조 제1항의 법문상 부인되지만, 정의와 공평의 관점에서 매매당사자의 협조의무에 관한 일반원칙이 내재된 협약 제80조로부터 신의칙에 준하는 추가적인 의무가 발생하기도 한다. 학설은 협약 제80조에 내재된 상호 협조의 원칙에 따라 PICC 상의 신의칙 의무와 기능적인 동질성을 근거로 협약에서 PICC의 직접적인 원용가능성을 제시하기도 한다.[992] 이에 따르면 신의칙과 관련된 이러한 PICC의 원용은 법적 흠결의 보충뿐만 아니라 나아가 협약의 해석과 적용에도 영향을 미친다고 하는데 그 근거로 협약 제80조에 대응하는 PICC Art. 7.1.2가 협약과 내용상 상당부분 일치하는 점을 든다.

PICC Art. 7.1.2 상대방에 대한 방해

당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위나 부작위 또는 그의 책임으로 발생하는 다른 상황에 기인하는 한, 상대방의 불이행을 주장할 수 없다[993]

협약 제80조

당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위에 기인하는 한, 상대방의 불이행을 주장할 수 없다.[994]

협약 제80조에 내재된 정의와 공평의 원칙은 신의칙의 또 다른 명칭으로 이해되며, 협약상 다수의 개별조항에서 다양한 형태로 발현되어 있는 점에서 일반원칙으로서의 적용가능성이 확인되므로 협약 법문상의 제한에도 불구하고 일반원칙으로서의 신의칙에 있어서 PICC 원용의 근거로 언급되는 셈이다.

(2) PICC의 원용 가능성 검토

990) John Felemegas, op. cit., Chapter 2, 6.
991) PICC Art. 3.5 (Relevant mistake); PICC Art. 3.8 (Fraud); PICC Art. 3.10 (Gross disparity).
992) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 6. b).
993) PICC Art. 7.1.2. Interference of the other party. "A party may not rely on the nonperformance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event as to which the first party bears the risk".
994) 협약 제80조. "A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent such failure was caused by the first party's act or omission".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

PICC와 협약에서 신의칙의 내용은 앞서 비교 고찰한 바와 같이 한편으로는 형식과 실질 면에서 같은 요소를 일부분 공유하고 있으면서도 동시에 실질적인 간극이 존재하기도 하고, 다른 한편으로는 법문과 내용상의 차이에도 불구하고 협약 제80조를 중심으로 신의칙의 기능적인 동질성이 발견되기도 한다. 특히 주목할 부분은 PICC와 협약 모두 신의칙의 기능적인 측면을 고려해 볼 때 단순히 단일조항에 선언된 신의칙에 근거하지 아니하고, 이에 더하여 다수의 개별조항에서 이를 구체화 시키고 개별사안에 따라 신의칙의 독립된 파생원칙에 근거한 규율 방식을 병존시킨다는 점이다. 학설이 협약 법문상의 형식적인 측면에서 일반원칙으로서 PICC의 원용은 타당하지 않다고 하면서도, 실질적으로는 이를 긍정하는 이유도 PICC 내용의 상당부분이 협약의 개별조항뿐만 아니라, 협약으로부터 도출되고 협약이 기초하고 있는 일반원칙과 일치하다는 점에 근거한다.[995] 이처럼 양자 모두 신의칙의 세부적인 독립기능이 다수의 개별조항에서 공통적으로 확인되는 점을 고려하면 협약상 PICC의 원용가능성의 문제는 더욱 결론짓기 어려운 문제가 된다.

위에서 비교 고찰한 PICC와 협약상의 신의칙을 통해 분명해진 점은 개별사안의 해석 및 적용에 있어서 양자의 신의칙 요소를 모두 종합해서 고려하는 경우 국제물품매매계약상의 신의칙의 의미와 역할에 보다 명확성이 부여될 수 있다는 점이다. 그러나 이러한 효용성에도 불구하고 신의칙 문제에 관하여는 다양한 가능성에 무게를 두고 협약상 PICC의 원용가능성을 검토해보더라도 협약 자체적인 해석체계의 제한을 극복할 정도로 타당한 근거가 존재하지는 않는 것으로 보인다.[996] 협약 적용상의 통일적인 해석에 있어서 PICC의 실질적인 보충기능의 중요성을 전혀 인정할 수 없는 것은 아니지만 협약상 신의칙의 의미 및 실제 작용상의 범위와 관련하여 PICC가 직접적으로 원용될 수는 없다고 보는 것이 합리적이다.[997] 무엇보다 신의칙과 같은 불명확성이 내재된 법개념의 문제에서는 협약 법문 및 입법연혁에 비추어 협약 자체적인 해석체계의 의미가 더욱 간과되어서는 아니 되기 때문이다. 따라서 PICC의 원용가능성을 긍정하는 경우에도 협약 제7조 제2항에서 의도한 협약 내재적 해석체계를 고려하면, PICC상의 신의칙에 관한 일반원칙의 원용은 협약상 외재적 법원의 유입가능성이 명시적으로 확인되는 경우에 한 하여 엄격히 제한되며, 협약 내재적인 일반원칙의 확증수단이나 다른

995) Ulrich Magnus, General Principles of UN-Sales Law, part 6. b).
996) John Y. Gotanda, Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG, Villanova University Charles Widger School of Law, 2007, p. 16~17. Retrieved December 18, 2018, from http://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art88.
997) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

간접적인 추가근거로서의 기능에 한정되는 것으로 보아야 한다. 또한 PICC에 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 존재함을 근거로 협약상 흠결보충에 있어서 PICC의 원용가능성을 주장하기 위해서는 최소한 협약 제7조 제2항의 흠결보충 절차에 있어서 문제되는 PICC의 일반원칙이 국내법상의 법원에 기초하는 것이 아니라 협약 개별조항으로부터 실제로 도출될 수 있는 경우에 한정되고, 이때에도 PICC가 협약상의 일반원칙을 적절하게 수용하고 있는 것으로 판단되는 경우로 엄격하게 제한하는 것이 타당하다.[998] 물론, 이에 따를 경우 협약상 외재적 법원의 실무적 효용성은 크게 제한될 수밖에 없을 것이다.

### 나. PECL, DCFR상 신의성실의 원용 가능성

#### (1) PECL의 신의성실

PECL은 신의칙에 관한 입법론적 관점에서 협약과 공통점과 차이점을 모두 가지고 있다. 우선 통일규범으로서 조문의 해석에 있어서 PECL Art. 1:106[999]은 조문의 구조와 실질적 내용에 있어서 협약 제7조에서 해석원칙으로 예정된 신의성실 규정과 매우 흡사한 접근방식을 취한다.[1000] 즉 PECL에서도 공정거래, 계약관계의 명확성, 적용상의 통일성 요건과 함께 신의성실은 해당 조문의 해석원칙으로 규정된 점에서 협약과 공통된 입법방식을 보인다. 또한 PECL은 협약상 흠결보충규정에 해당되는 제7조 제2항과도 매우 유사한 조문을 두고 있다.[1001]

그러나 무엇보다 PECL Art. 1:201(1)은 계약당사자에 대하여 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서 신의성실과 공정거래의 의무를 부여하고 Art. 1:201(2)은 합의에 의하여도 이를 배제될 수 없도록 한 점에서 계약관계에서 신의칙의 규범성에 있어서 법문상 부정적인 관점을 보이는 협약과 큰 차이를 보인다.[1002] 여기서 PECL의 신의칙은 계약

998) Harry M. Flechtner, The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on "Hardship" Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court, University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-09. 2011, p. 95. Retrieved December 18, 2018, from https://ssrn.com/abstract=1785545.

999) PECL Art. 1:106 Interpretation and Supplementation.

1000) 한낙현/최석범/배정한, 국제거래계약상 신의칙에 관한 유럽계약법과 한국법제의 비교분석, 국제상학 제33권 제2호, 한국국제상학회, 2018, 12면.

1001) PECL Art. 1:106(2).

1002) 한낙현/최석범/배정한, 위의 논문, 11면; Ole Lando/Hugh Beale, 유럽계약법원칙 제1·2부, 김재형 역, 박



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 성립 단계를 비롯해 계약의 이행 및 강제 모든 과정에서 상사거래상의 합리성·공정성과 같은 사회유대적 행위기준을 함의하고 있다. 또한 계약당사자에게 부여된 신의성실과 공정거래의무는 법체계로서의 PECL의 완결성을 보완하는 보충규범에 해당된다. 따라서 신의성실 의무는 개별조항에서 해석상의 경직성으로 인하여 계약당사자에게 명백하게 부당한 결과가 예상되는 경우에도 PECL의 개별조항에 우선하고 계약상 기부여된 권리의 행사에 있어서도 동일하게 적용되는 점에서 대륙법계 신의칙에 부여된 위상과 비교해도 큰 차이가 없는 것으로 이해된다.[1003] 협약에서는 제7조 제1항 법문을 강조할 경우 계약관계에서의 신의칙은 명시적으로 부정되고 있고 협약이 기초하고 있는 일반원칙을 통하는 경우에 한하여 파생적인 법원칙에 의하여 제한적인 적용가능성이 제기되는 점을 고려하면 이처럼 계약관계에서의 신의칙에 대한 PECL의 관점은 매우 수용적인 특징이 있다.

보다 구체적으로 살펴보면, 양자의 신의칙은 해석기준으로서의 유사한 접근을 나타내면서도 계약관계에 대한 일반적인 신의칙의 규정방식은 적지 않은 차이점이 존재한다. 우선 신의칙과의 관계에 있어서 계약 자유를 보장하는 방법에서도 양자는 적지 않은 차이를 보인다. 예컨대 PECL Art. 1:102는 계약의 자유를 원칙적으로 인정하면서도 계약의 내용 및 결정에 있어서 신의성실과 공정거래의 요청에 따르도록 규정한다. 따라서 PECL Art. 1:102(2)에 의하면 비양심적인 계약상의 함의는 신의성실과 공정거래 원칙의 위반으로 제한 또는 배제될 수 있다.[1004] 계약전 단계의 신의칙에 관하여도 PECL 2:301(1)은 교섭의 자유와 교섭 실패의 자유를 보장하면서도 PECL 2:301(2)[1005]는 영미법에서 부정된 계약전 단계의 신의칙을 명문화하여 계약 교섭상의 신의성실의 의무를 부여한다.[1006] 특히 PECL 2:301(3)은 진정한 의사가 없으면서도 교섭에 착수하거나 이를 지속하는 행위를 신의성실과 공정거래에 반하는 행위로 간주한다.

PECL과 마찬가지로 협약에서도 계약 체결을 비롯해 당사자 합의만으로 그 변경이나 종료의 자유가 폭넓게 인정되지만 개별조항에서 보장하는 계약적 자유는 상대방의 합리적 신뢰라는 한계로부터는 자유롭지 못하다. 즉 협약에서는 신의칙의 파생원칙으

---

영사, 2013, 166면.

1003) PECL Comments B; John Felemegas, Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL, Pace International Law Review, Vol. 13. p. 400.

1004) 최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리 민법의 시사점, 재산법연구 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010, 64면.

1005) PECL Art. 2:301. Negotiations Contrary to Good Faith.

1006) 한낙현/최석범/배정한, 앞의 논문, 12면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로서 개별조항에서 발현된 합리적 신뢰의 원칙이나 선행행위와의 모순행위 금지의 원칙이 부여하는 행위의무나 정의와 공평의 원칙에 따라 요구되는 협조의무의 준수라는 한계 내에서 사적 자치를 허용하고 있다. 이 점에서 협약상의 계약의 자유는 PECL보다 단편적으로 보이는 듯하지만 오히려 협약에서는 제6조에 의하여 당사자 자치의 원칙에 더 큰 비중을 두고 있는 반면, PECL에서는 계약관계에서의 예견가능성, 권리관계의 명확성에 저해되는 경우에 있어서 법원의 해석에 의하여 신의성실 의무를 제한할 수 있도록 한 점에서 계약관계에서의 사회유대적 윤리요소로서 신의칙을 보다 강조하고 있는 것으로 이해된다.[1007] 따라서 PECL Art. 1:102의 강행성은 협약이나 PICC의 임의성[1008]과 달리 사적 자치에 대한 제한성이 상대적으로 강조되는 측면이 있다.[1009]

이 밖에도 협약에서는 매매계약의 성립과 이로부터 발생하는 권리관계만을 규율하고 계약의 유효성문제를 다루지는 않지만 PECL에서는 예컨대 PECL 4:109에 의하면 과도한 혜택이나 불공정한 이익이 개입된 계약의 유효성 문제에 있어서 당사자의 계약해제 및 그 요청에 따른 법원의 개입을 허용함으로써 신의칙의 기능적인 영역이 담보되어 있다.[1010] 또한 협약에서는 앞서 일반원칙으로서의 신의칙에서 본 바와 같이 개별조항이 규율하는 구체적인 사안에 따라 다양하게 유형화된 신의칙의 하부원칙이 신의칙상의 묵시적 의무와 기능적 동질성을 지니는 행위의무를 부여하는데 반해 PECL에서는 신의성실과 관련하여 이와 같은 명시적인 행위의무를 발견하기 어렵다.[1011] 대신에 PECL은 협약상의 단편적인 접근방식보다는 입법에 의하여 예컨대 PECL Art. 6:102에서 명문에 의하여 보편적인 신의칙상의 묵시적 의무를 부여함으로써 대륙법의 방법론과 같이 포괄적이고 일반적인 접근방식을 취하고 있다.[1012]

결론적으로 협약과의 관계에서 PECL의 신의칙에 대하여는 이상의 입법론상의 차이와 규범적 기능상의 차이로 인하여 협약외재적인 원용가능성은 사실상 크지 않다고 봄이 타당하다. 오히려 이러한 신의성실의 법규범성 및 기능상의 차이점으로 인하여 협약의 해석원칙(협약 제7조 제1항)으로서 PECL과의 관계에서 명확히 구분되는 협약만

---

1007) PECL Comments G; John Felemegas, op. cit., p. 400.
1008) 협약 제6조는 당사자가 협약의 전부나 일부의 적용을 배제할 수 있도록 하고, PICC Art. 1.5에서도 달리 규정된 바가 없으면 당사자는 PICC의 적용을 배제하거나 변경할 수 있다.
1009) 최명구, 앞의 논문, 66면; M. C. Dobrila, Establishing the Principle of Good Faith in the New Civil Code. Influences in Terms of European Contract Law, Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, Vol. 2015, p. 72.
1010) 한낙현/최석범/배정한, 앞의 논문, 14면; 최명구, 앞의 논문, 69~70면.
1011) John Felemegas, op. cit., p. 404.
1012) Ibid, p. 404~405; 한낙현/최석범/배정한, 앞의 논문, 331면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 독자적인 신의칙 규범의 의의를 규명하고 적용해야할 장래 판결례의 과제가 보다 분명해진 것으로 평가할 수 있다.[1013]

(2) DCFR의 신의성실

계약관계에서의 신의칙의 규범성에 관한 차이와 이에 따른 협약상의 원용가능성에 있어서는 DCFR에서도 PECL과 크게 다르지 않은 평가를 내릴 수 있다. 계약법에 있어서는 DCFR이 대체로 PECL을 수정·보완하는 성격을 지닌 점에서 더욱 그러하다.[1014] DCFR I.-1:102(3)에서도 PECL이나 협약과 마찬가지로 개별조문의 해석원칙으로서 적용상의 통일성, 법적 명확성 요건과 함께 신의성실과 공정거래의무를 규정하고 있고 DCFR I.-1:102(4)에서도 유사한 흠결보충규정을 두고 있다. 그러나 PECL과 마찬가지로 DCFR에서 신의칙은 계약관계에서 폭넓은 규범성을 지닌 점에서 협약과의 현저한 차이를 보이고 있다.

우선 DCFR은 거래의 안전을 위해 계약당사자에 대하여 신의성실의 의무를 부여하나 신의성실 및 공정거래의무의 의의는 추상적이고 규범적 불명확성을 야기하는 개방성을 지닌 법개념인 점에서 거래의 안전보장 이상의 의미가 있다.[1015] DCFR I.-1:103에서 정의하는 신의성실 및 공정거래 의무란 주관적 요소로서 사회통념적인 정직성과 함께 객관적 요소로서 당사자 행위의 투명성 그리고 상대방의 계약 이익에 대한 배려를 의미한다.[1016] 물론 이때 배려의 의미는 계약이익에 있어서 상대방에 대한 우선적 배려가 아니라 사회통념적으로 요구되는 수준으로 족하며 이익의 의미는 계약의 성격이나 상황에 따라 달리 해석될 성질을 지닌다.[1017]

이러한 정의에 따라 DCFR에서 신의칙은 개별조문의 해석뿐만 아니라 계약의 해석에 관한 기준역할을 함께 수행하는데(II.-8:101(3), II.-8:102, II.-8:201), 특히 II.-8:102(1)(g)는 계약의 해석에 있어서 신의성실과 공정거래의무를 명시적으로 규정하고 있다.[1018] 나아가 DCFR의 신의칙은 계약당사자에 대하여도 객관적인 행위규범 역

1013) John Felemegas, op. cit., p. 405.
1014) 많은 DCFR 규정이 유럽계약법위원회의 승인 하에 PECL로부터 도출되었고 이를 토대로 수정과 변경이 가해졌다. DCFR과 PECL과의 관계에 관한 상세는 Eric Clive/Christian von Bar, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition, Sellier, 2008, p. 24~25.
1015) Eric Clive/Christian von Bar, op. cit., p. 76.
1016) DCFR I.-1:103 Comments A.
1017) DCFR I.-1:103 Comments A.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

할을 수행하고 있다. 우선 계약전 단계의 신의칙에 있어서 DCFR II.-3:301(1)은 PECL과 마찬가지로 계약의 교섭 및 실패의 자유를 보장하면서도 II.-3:301(2)는 교섭단계에서의 신의성실과 공정거래의무를 부여하고 이에 반하는 교섭중단행위를 금하고 있고 당사자 합의에 의하여도 이상의 의무를 제한하거나 배제할 수 없도록 하고 있다. 따라서 진정한 의사가 결여된 채 상대방과의 교섭에 착수하거나 이를 지속하는 행위는 신의칙에 반한다. 이러한 규정은 계약관계에서의 신의성실 및 공정거래의무의 정의에 있어서 주관적 요소로서 정직성 및 객관적 요소로서 투명성 요소를 함의한 DCFR I.-1:103의 태도와 입법상 조화로운 규정으로 이해된다.

무엇보다 계약관계에서의 신의칙은 DCFR III.-1:103에서 명확한 규범성을 지닌다. 이에 따르면 계약당사자는 계약상 의무의 이행, 이행에 관한 권리의 행사, 의무불이행에 대한 구제수단을 비롯해 계약상 의무나 종료에 관한 권리행사에 있어서도 신의성실 및 공정거래의무의 부담한다. 이러한 의무는 물론 당사자 합의나 기타 법률행위에 의하여도 제한되거나 배제되지 못한다. 나아가 DCFR은 정보제공의무(DCFR II.-7:205)에 관하여 신의칙의 기능을 규정하고 있고, 이 밖에도 계약의 유효성과 관련하여 불공정한 이익을 배제하는 신의칙의 기능(DCFR II.-7:207)을 비롯해 계약의 내용에 있어서 명시적 합의뿐만 아니라 묵시적 계약조건에 있어서도 신의칙의 기능적인 영역(DCFR II.-9:101)이 규정된 점에서는 PECL과 큰 차이가 없다.

결론적으로 협약상 신의칙의 규범성과 관련하여 협약외재적 법원의 원용가능성은 높지 않은 것으로 분석된다. 무엇보다 협약은 형식상 국제조약으로 발효되었지만 일단 회원국에 편입된 후에는 국내의 실정법 질서에 포함되어 국내법적 효력이 발생하므로 연성규범(soft law)[1019] 형식을 취하는 국제통일규범(PICC, PECL, DCFR)과 법적 성격을 달리한다. 준거법으로서의 활용 측면에 있어서도 협약은 국내법과 마찬가지의 효용성 및 강행성을 지닌 반면 연성규범 형식을 취하는 국제통일규범의 그것은 협약에 미치지 못하고, 당사자가 이를 준거법으로 지정하는 경우에도 당해사건에 대한 실질적인 법원성을 인정할 수 있는가의 문제는 별개의 논점에 해당한다. 그러므로 협약 외재적 법원의 인정 및 활용 문제에 대하여는 국제통일규범의 법적 성격에 대한 부분도 고려하는 것이 타당하다고 본다. 더욱이 PICC, PECL, DCFR은 협약이 제정된 지 훨씬 이

1018) M.C. Dobrila, op. cit., p. 73.

1019) 최난설헌, 연성규범(Soft Law)의 기능과 법적 효력, 법학연구 제16권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013, 89면. Eisenberg 교수의 견해를 인용하며 연성규범의 제정주체는 공공기관이나 사적기관이 될 수 있고 여기서 제정한 기준, 원칙, 규정들의 규범력에 국가가 개입하는 것이 아닌 점에서 강행성을 지닌 다른 규범과 차이가 있다고 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

후에 규범화되었으므로 시기상 제7조 제2항에서 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 해당하지 않는 것으로 봄이 타당하다.[1020]

국제물품매매계약의 문맥에서 일반원칙으로서의 신의칙은 결국 협약상 신의칙에 관한 법적 흠결의 문제로서 협약의 해석문제로 귀결된다. 같은 맥락에서 국제거래상의 신의의 존재는 당위적인 것이며 현대적 기준의 신의칙은 협약의 관점에서 아직 존재하지 않는 일반원칙에 관한 협약의 해석의 문제이기도 하므로 협약의 해석원칙과 협약 자체적 해석체계에 따른 장래 판결례의 과제에 해당한다.

## 제5절 소결: 협약상 신의칙에 관한 규범적 고찰의 한계

이상에서 협약 제7조 제1항과 같은 조 제2항을 중심으로 신의칙에 관한 규범적 논의들을 종합적으로 살펴보았다. 협약에서 신의칙에 관한 이러한 규범적 고찰은 종래 다양한 국가의 학설과 판례에서 제7조 제1항 및 제2항을 중심으로 도출해왔던 신의성실의 원칙을 비판적으로 검토하고 본 논문이 다루고자 하는 기능주의적 접근 방안을 제시하기 위한 규범적 이해를 제공하는데 그 의의가 있다. 그러나 이상에서의 규범적 논의에 관한 고찰에도 불구하고 협약 법문에 대한 엄격한 해석에 의하면 협약 제7조 제1항 신의칙의 규범적 불명확성에 대한 합리적인 해결방안을 도출하는 데에는 한계가 있다.

협약에서 신의칙의 의미와 기능에 관한 학설 및 판례의 태도는 제7조 제1항 및 제2항의 법문 구조의 특성과 신의칙 개념의 불명확성 그리고 이질적인 법문화에 따른 각 해석주체 사이의 자국편향적인 법사고로 인하여 더욱 다양하다. 협약 제7조 제1항 법문의 엄격한 해석과 입법연혁에 의하면 신의칙은 협약의 적용대상인 계약당사자가 아니라 단지 협약의 해석 및 적용주체를 구속하는 재판규범으로서 기본적인 해석기준에 지나지 않는다. 그러나 이러한 해석론은 단순하고 명확한 반면, 실제 적용면에서는 결코 같은 결과가 나타나지는 않는다. 왜냐하면 제7조 제1항의 신의칙을 해석원칙의 제한적 기능에 한하여 볼 경우에도, 제7조 제1항은 계약당사자 간 진술, 행위, 의도에 관한 협약 제8조의 해석에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 협약의 해석은 필연적으로 협약상의 권리와 의무를 중심으로 당사자 간 계약 관계에도 적지 않은 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.[1021] 이처럼 협약의 해석과 계약의 해석 사이의 구분은 명확한 경계 설

1020) Eldon H. Reiley, op. cit., p. 62.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정이 가능하지 않으므로 신의칙은 기능적인 측면에서 당사자의 계약관계를 간접적으로 규율하는 행위규범 역할을 수행한다고 보아야 한다.

해석원칙 제한설은 전통적으로 판례법에 기반하여 보통법의 예외적 측면에서 성문법을 엄격히 해석하는 영미법계의 입장을 대변하는 것으로 보인다. 협약 법문과 입법연혁에 비추어 제7조를 제한적으로 해석하는 관점은 일견 이질적인 법문화를 수용한 협약의 국제적 성격을 고려하여 제7조 제1항 법문을 중심으로 협약 자체적 해석에 충실한 것으로 보인다. 그러나 뒤집어 보면 이는 제7조 제1항의 입법연혁을 고려해볼 때 영미법에 가까운 특정 법문화의 신의칙에 대한 부정적인 관점을 수용한 것으로서 오히려 국제통일규범의 해석상 국제적 성격의 반영이 충분하지 않다는 비판이 가능하다. 이에 따라 대륙법계 법원과 학계에서는 국제거래상 신의 준수 요건을 계약 당사자에게 직접적으로 적용하는 견해를 취하기도 한다.[1022] 그러나 이 경우에도 협약 법문의 제한적 의미와 조화로운 해석으로 보기는 힘들다. 이에 따라 제7조 제1항에 근거한 개별조항의 확장해석에 의하여 계약적 일반원칙설과 같은 결과를 가져오는 관점에는 일견 타당성이 있어 보인다. 그러나 이 경우에도 제7조 제1항에 의한 법구체적 해석과 법창설적 해석의 경계는 명확히 구분되어야 하므로 각 개별조항의 범위를 과도하게 벗어나거나 명시적인 요건을 무력화시키는 지나친 확장해석은 경계되어야 한다.

협약은 국제사회의 타협에 의하여 제정되었고 스스로 협약 자체적 해석 체계를 의도하고 있다. 국제사회에서 협약에 대하여 구속력 있는 사법기구가 존재하지 아니하고, 시대의 변화에 따라 법현실 수요의 반영을 위하여 지속적인 개정작업이 현실적으로 불가능한 상황에서 협약 자체적 시스템을 관철하는 것은 무엇보다 중요하다. 따라서 전통적인 신의성실 개념이 지닌 규범적 개방성에 착안하여 협약 스스로 새로운 상황에서도 구체적 타당성을 갖추고 실효성을 유지할 수 있는 기능주의적 접근이 요청된다.[1023] 이 점에서 제7조 제2항은 입법론적으로 협약의 흠결보충을 위하여 고안된 실효성 유지장치에 해당한다. 생각건대 신의칙은 대륙법적 사고에 의하여 전승되고 현대에는 영미

---

1021) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 17.

1022) 예를 들어 CISG-online 545 : RB Zwolle, 05.03.1997. 협약 제39조 제1항에 의한 물품부적합 발견 시기의 기준을 제7조 제1항의 신의칙에 의한 사례. Troy Keily, op. cit., p. 39; CISG-online 617 : BGH, 31.10.2001; CISG-online 1798 : Audiencia Provincial de Navarra, 27.12.2007. 표준약관 뒷면의 법정지 선택조항(forum selection clause)에서 작은 독일어 문구로 독일법원을 지정한 내용 자체에는 하자가 없으나, 매도인이 표준약관의 전면에서 뒷면의 법정지조항을 매수인이 잘 알 수 있도록 명시하지 않은 점은 신의칙에 반하므로 효력이 없다고 한 사례로서 제7조의 신의칙 의무를 계약당사자에게 직접적으로 적용하였다.

1023) Bernard Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, in* Thomas E. Carbonneau, ed., Lex Mercatoria and Arbitration, Juris Publishing, 1998, p. 186.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법에서도 점차 수용 경향을 나타내고 있는 점을 비롯해 법계 전반에 걸쳐 국제적으로 수용된 일반원칙에 해당하며 개별조항에서 보다 구체적인 파생원칙으로 발현되어 있으므로 제7조 제2항에 따라 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 보는 견해에는 일견 타당성이 있다.

같은 맥락에서 제7조 제2항은 협약 외재적인 법원의 유입을 일반적으로 허용하지 않으므로 협약상 신의칙의 의미와 기능에 대한 해석을 국내법적 사고에 의존하는 경우 국제통일규범이 기초하고 있는 정신을 훼손할 위험이 어느 경우보다 크다. 더욱이 국내법의 적용은 제7조에서 제시된 협약의 국제적 성격과 적용상의 통일성을 저해하므로 초안 단계부터 최후에 고려해야 할 해결방안으로 설정되었다. 그러므로 PICC나 국제사회에서 일반적으로 수용된 상사관습법에 대하여는 협약 내에 그러한 유입가능성이 엄격히 확인되는 경우에 한하여 제한적인 활용을 검토할 필요성이 있다.[1024] 다만 협약 제7조 제2항에 의존한 신의칙의 기능에 대하여는 협약상 신의칙의 문제를 제7조 제1항에서 해결되지 아니한 문제로 간주하고 법적 흠결로 보면서도 일반원칙으로서의 신의칙의 도출 근거를 다시 제7조 제1항에서 찾는 논리적 모순을 극복해야하는 한계가 존재한다.

결국 제7조 제1항에서 제시한 협약의 기본적인 해석원칙으로서 신의 준수 요건의 기능 및 적용범위에 관한 문제는 해석원칙 제한설처럼 협약 자체적 해석을 보다 강조하는 견해에 반하지 않으면서도 개별조항과의 관계에서 합목적적인 행위규범성을 유지할 수 있는 기능주의적인 접근방법을 취하는 것이 타당하다. 그러므로 일반적이거나 단정적인 해석론은 지양되어야 하며[1025] 협약 법문을 강조하되 법구체화적인 개별조문의 확장이나 협약 내재적 해석론에 의하여 구체적 사안에 따라 판단하여야 한다. 이에 따라 제5장에서는 앞서 i) 신의성실의 원칙에 관한 기원적인 이해, ii) 신의칙의 기능적 확장성에 관한 비교법적 분석, iii) 협약 제7조의 규범적 이해에 관한 종합적인 고찰을 토대로 우리 민법과의 관계에서뿐만 아니라 이질적인 법문화에서도 공통적으로 수용할 수 있는 협약상 신의칙에 관한 기능주의적 접근방안을 제시하고자 한다.

---

1024) Bernard Audit, op. cit., p. 174. 이러한 협약 외재적 법원의 필요성은 제7조 뿐만 아니라 협약의 다른 법문에 의하여도 더욱 구체화된다. 예를 들어 협약 제6조는 협약의 전부 및 일부의 적용을 배제하거나 일부의 효력 변경을 규정함으로써 당사자 자치를 허용하는데 이는 제9조에서 허용하는 국제거래상의 통상적인 관행과 함께 상사관습법의 수용 규정으로 평가되기도 한다.

1025) Uli Foerstl, op. cit., p. 55.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제5장 우리 민법의 일부로서 협약상 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 접근 및 해석

## 제1절 서언

법에 대한 체계이론적 관점에 의하면 협약의 해석원칙으로 제시된 제7조 제1항의 신의칙은 재판규범으로 제한된 법문에 반하지 아니하면서도 계약당사자에 대한 행위규범성을 잃지 아니하는 규범적 개방성의 관점에서 해석할 필요가 있다. 전통적인 의미에서 로마법에서 계수된 신의칙은 오늘날의 법규범이 폐쇄적인 정태체계에 그치지 아니하고 법외적 요소와의 상호작용을 법이해 안으로 포섭되게 하는 동태적인 기능성을 지니고 있기 때문이다. 법규범이 비규범적 사회질서로부터 고립되어서는 온전한 기능을 수행할 수 없는 것처럼[1026] 협약이 제시하는 행위규범도 법외적 요소와의 상호관계성 속에서 인식될 때에 국제거래상의 통일된 규범체계로서 협약에 대한 이해가 올바른 방향성을 갖추고 기능적인 측면에서도 실질적인 효력을 나타낼 수 있을 것이다.[1027]

이에 따라 신의칙의 적용 및 해석에 관한 기능주의적 방법론은 협약에 대한 체계이론적 관점에서 체계의 기능에 있어서 신의칙과 같은 동태적인 구조요소는 각각 다른 형태를 취하면서도 체계의 유지를 위하여 유사한 기여를 할 수 있음을 전제하고 있다.[1028] 따라서 신의칙에 관한 기능주의적 해석은 하나의 체계로서 협약의 기능에 관한 분석에 있어서 대륙법계 신의칙이 지향하는 바를 동일하게 성취하는 기능적 동질체를 규명하는데 초점을 둔다. 이번 장에서는 우리 민법의 일부로서 협약을 계약적 정의와 형평을 구현하는 하나의 체계로서 파악하고자 한다. 또한 협약 제7조 제1항의 신의칙을 포함한 구성요소 간의 상호작용을 통해 대륙법의 신의칙을 대체하는 기능적 동질체로서 합리성의 원칙을 제시하고 이에 대한 해석규범으로서 협약 자체적인 신의칙의 의의를 밝히고자 한다.[1029]

---

1026) 강희원, 앞의 논문, 11~12면.
1027) 강희원, 위의 논문, 11~12면.
1028) 강희원, 위의 논문, 17~18면.
1029) 이에 따르면 협약에서 신의칙의 문제는 제7조 제1항에서 명시적으로 해결된 문제에 해당되므로 제7조 제2항의 신의칙은 문제될 여지가 없다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

## 제2절 우리 민법의 일부로서 협약의 신의 준수 요건

법발전에 의하여 기능적으로 확장된 신의칙은 대륙법의 영향으로 우리 민법에도 전해지고 적지 않은 형평적 권리구제기능을 수행하고 있다. 전통적인 의미에서 신의칙의 본질적인 정신은 우리 실정법에 편입된 협약에서도 폭넓게 수용되어 있다. 그러나 형식면에서는 대륙법 전통의 관점에서 계수되어 기능적으로 확장된 직접적이고 광범위한 신의칙은 법문상 채택되지 아니하고 협약 자체적인 방법론을 통해 이를 구현하고 있다.

### 1. 우리 민법 제2조 신의성실의 원칙의 의의

우선, 우리 민법의 기본원리에 해당하는 신의칙 규정은 스위스의 입법례를 모범으로 채택하였다. 형식상 스위스 민법과 마찬가지로 총칙에 규정된 신의칙은 실제로도 입법에 의하여 사법상 최대한의 적용범위를 획득하면서 민법상 권리와 의무 일반에 대한 기본원리로 격상되었다.[1030] 입법론적 측면에서 이러한 방식은 오늘날 신의칙에 관한 가장 진일보한 입법례인 점에서 민법의 최고원리 또는 지도원리로 일컬어지기도 하며 학설 및 판례를 통한 법발전의 결과로 얻어진 독일법상의 신의칙과도 큰 차이를 보인다. 입법론에만 국한한다면, 계약의 해석(독일민법 제157)과 채권법의 앞부분(독일민법 제242조)에서 급부이행의 구체화에 관한 방편으로만 규정된 신의칙은 원래는 기능적 영역이 매우 제한되었다. 이러한 사정은 실질상 근대의 프랑스 민법에서도 크게 다르지 않아서 한때 신의성실은 규범적 의미에서 “죽은 개념”이라거나 실체가 없어서 무력한 개념으로 치부되기도 하였다.[1031] 따라서 우리 민법의 신의칙은 입법론에 한정해 볼 때 앞서 법전화된 대륙법의 전통에서 법발전에 의하여 기능적으로 확장된 신의칙의 성취결과를 명문화함으로써 전승하고 있는 셈이다.

#### 가. 스위스 민법 제2조 수권규범으로서 신의성실

민법전의 편제상 4개편[1032]으로 구성된 스위스 민법은 인의 권리를 규율하는 제1편

1030) 곽윤직/김재형, 앞의 책, 75면.
1031) 박현정, 앞의 논문, 249면; 양창수, 앞의 책, 78면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에서 신의성실의 원칙을 민법 전반의 해석에 영향을 미치는 일반규정으로 두고 있다. 즉 스위스 민법 제2조 제1항에 의하면 누구라도 자신의 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”라고 신의성실의 원칙을 규정하고 있다. 이는 우리 법의 모델이 되어 민법 제2조 제1항과 법문상 일치한다. 또한 제2조 제2항은 이와 함께 “권리는 남용하지 못한다”고 규정한 우리 민법과 마찬가지로 권리남용금지의 원칙을 명문화하면서도 한 단계 강화된 요건을 규정(어떠한 권리의 명백한 남용은 법의 보호를 받지 못한다)함으로써 입법례상 독일, 프랑스와 다른 차원에서 신의칙 규정의 새로운 국면을 연 것으로 평가할 수 있다.

입법상 스위스 민법의 진일보한 방식에서 한가지 더 확인되는 점은 오늘날 성문법의 태생적인 한계를 인식하고 법외적 요소를 통해 의도적으로 실정법의 경직성을 완화시키고자한 것으로 해석되는 부분이다. 스위스 민법의 기초자인 후버(Huber)가 지적한 바와 같이 법전화된 대륙법의 전통에서는 제정법의 태생적인 흠결성으로 인하여 법관에 의한 법발견 과정이 필연적으로 요구된다.[1033] 이를 위해서는 법을 해당 민족에 내재된 사상과 감정의 발현체로 보고 그 생활관계나 법감정과 동떨어지지 아니하면서도 형평적인 권리구제역할을 수행하는 동태적인 기능체가 필요하다.[1034] 이와 같은 입법적인 의도는 조문에 나타난 스위스 민법의 의식적인 방법론을 통해서 확인되는데, 무엇보다 스위스 민법 제2조에서 규정된 신의칙의 의미는 법의 적용순서를 규정한 제1조와의 유기적인 관계 속에서 보다 분명히 파악되는 특징을 지닌 점에서 더욱 그러하다.[1035] 즉 스위스민법은 제1조에서 법률의 규정이 없는 경우를 전제로 앞서 아리스토텔레스적 형평에서도 지적된 바와 같이 성문화된 실정법 질서에 인간생활의 모든 영역을 담아낼 수 없는 한계를 인식하고 최종적인 해석주체인 법관에 대하여 실정법에 기초한 판단 기준을 제시하고 있다.[1036] 그리고 비로소 제2조에서 규정된 신의칙은 제1조가 전제하고 있는 실정법의 불완전성을 보충하는 일종의 수권규범(授權規範; Ermächtigungsnorm)으로서 제1조에서 정한 입법자(Gesetzgeber)로서의 역할을 매개로 법관으로 하여금 재판상의 기준으로 삼아야 할 지침으로서 신의성실을 강조하고 있는 것으로 해석되는 것이다.[1037]

---

1032) 제1편: 인의권리(Droit des personnes), 제2편: 가족의 권리(Droit de la famille), 제3편: 상속(Des successions), 제4편: 물권(Des droits réels).
1033) 장재현, 채권법 각론, 경북대학교 출판부, 2006, 45면.
1034) 장재현, 위의 책, 45면.
1035) 양창수, 앞의 책, 81면.
1036) Schweizerisches Zivilgesetzbuch Art. 1. II.
1037) 양창수, 위의 책, 81~82면; 스위스 민법 제2조. “법률에 규정이 없으면 법원은 관습법에 따라야 하며 관습



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이처럼 법의 적용 순서와 신의칙 규정의 유기적 관계를 설정한 스위스 입법례와 같이 실정법의 배후에 존재하는 자연법 정신을 일견 긍정하는 입법방식은 앞서 프랑스나 독일 민법전에서도 공통적으로 확인된다. 즉 프랑스 민법 제4조는 '법'과 '법률'의 명확한 구분을 전제로 실정법 질서의 배후에 존재하는 자연법 정신을 통해 실정법상 불완전성의 극복을 예정하고 있고,[1038] 독일법에서도 신의성실 개념을 매개로 헌법상의 기본권적 가치와 성문법체계를 넘어서는 사회유대적 가치와 법적 이상을 사법(私法)체계에 유입 가능한 것으로 보고 있다.[1039] 이렇듯 대륙법의 전통에서는 일반적인 법원칙으로서 신의칙 규정에 대하여 윤리적인 것을 포함한 비규범적인 요소를 실정법 질서에 유입시킬 수 있도록 수권규범화한 특징이 발견되는데 이는 체계구조상 스위스 민법에서 가장 두드러진다고 할 수 있다.[1040] 신의칙이 권리 행사의 남용을 제한하고, 계약관계에서 거래 관행을 고려하여 묵시의 의무의 창설근거가 됨으로써 실정법적 권리구제의 보충 기능을 수행하는 점도 이러한 수권규범의 관점에 설 때 잘 이해될 수 있으며 우리 민법상의 신의칙 규정도 이와 유사한 연장선상에 놓여있는 것으로 평가할 수 있다.

## 나. 우리 민법에서 신의성실의 기능적 확장성

우리 민법은 개인주의와 자유주의 법사상을 기초로 출발한 근대민법의 기본원리를 바탕으로 하면서도 20세기에 접어들면서 수정된 기본원리를 수용하고 있는 것으로 평가된다.[1041] 즉 공공의 복리를 최고원리로 하면서 그 실천원리로서 민법전의 모두(冒頭)에 규정한 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙 등에 의하여 종래 19세기의 개

---

법이 없으면 입법자로서 제정할 법률의 내용에 따라야 한다".

1038) 프랑스 민법 제4조. "법률의 흠결, 불명확, 불충분을 이유로 재판을 거절하는 법관은 재판거부죄로 소추될 수 있다".

1039) Stefan Leupertz, op. cit., p. 68

1040) 양창수, 앞의 책, 82면. 한편 스위스 민법 제2조 제1항은 이미 존재하고 있거나 장차 성립될 법률관계를 상정하고 재판 및 행위규범으로서 신의칙에 따른 해석 및 보충기능을 예정하고 있는데, 학설에 의하면 동조에서 규정된 신의칙도 모든 상황하의 일반적인 당사자에게 요구되는 최소한의 법윤리보다 높은 수준의 신의성실을 요구하는 점에서 특별한 인적 결합관계를 가진 당사자에 한하여 적용됨을 긍정한다. 따라서 불공정 경쟁에 관한 당사자 일반이나 동일 채무에 대한 다수 채권자 간의 법률관계에는 신의칙의 적용이 배제되며 이 경우 일반적인 행위규범에 관한 1차적인 법원으로서 민법상 위법행위 관련 규정에 따른다. Bernard Dutoit, Good Faith and Equity in Swiss Law, in Ralph A. Newman, Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study, Etablissements Emile Bruylant, 1973, p. 310; 양창수, 위의 책, 94면.

1041) 곽윤직/김재형, 앞의책, 41면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

인주의에 기초한 3대 기본원리를 수정하고 그 폐해를 방지하기 위한 형평적인 권리구제를 도모하고 있다.[1042] 특히 우리 민법의 신의칙은 사법질서의 일반법에 해당하는 민법 중에서도 총칙에 규정된 점에서 스위스 민법과 마찬가지로 입법에 의하여 사법 전반에 적용 가능한 기본 원리로 설정한 점에는 이견이 없어 보인다.

이처럼 우리 민법에서도 입법에 의하여 자립적인 규범성을 획득한 신의칙은 기본적으로 근대 민법의 도입 초창기에 명문화된 사회유대적 가치요소를 그대로 전승한 것으로 이해된다. 즉 민법의 일반원리로서 모든 채무를 구속함으로써 이미 근대 민법에서도 제거된 엄격법상의 채무와 신의성실에 기초한 성의채무의 구분을 폐기하고 신의성실에 의하여 계약관계의 기본원칙을 이루는 사회유대적 정의관념을 명문에 의하여 근본적으로 강조하고 있다.[1043] 따라서 우리 민법의 신의칙 규정에도 로마법의 신의성실, 그리고 이를 전승하여 기능적으로 현저히 확장된 독일 민법상의 신의성실(Treu und Glauben)과 마찬가지로 현 법질서가 지향하는 가치와 조화될 수 있는 엄격한 방식에 의하여 고착화된 실정법적 정의의 교정기제로서 기능적 유연성이 부여되어 있다고 봄이 타당하다.

물론 신의칙은 실무에서의 실질적인 적용은 별론으로 하더라도 영미법의 방법론에서 적지 않게 우려되는 바와 같이 우리 학계에서도 추상적인 일반규정의 특징으로 인하여 그 기능적 영역을 축소해서 보아야 한다는 견해도 존재한다. 특히 신의칙의 법형성적 규범력을 제한해야한다는 견해도 적지 않은 설득력을 얻고 있다. 따라서 입법적으로는 설령 우리 민법상의 신의칙이 일반규정 성격을 지니고 있더라도 실제 사안에서 신의칙의 적용은 단순히 법률관계에서 구체화에 관한 명제로 한정시켜야 한다거나[1044] 기성립된 법률관계에서 이익교량의 수단으로서 소극적인 적용에 불과해야한다는 비판[1045]도 일견 규범적 불명확성이나 계약자유의 원리에 기초하고 있는 점에서 영미법의 부정적인 시각과 기본적인 논거를 일부 공유하고 있는 것으로 보인다.

그러나 성의소송의 도입 이후 대륙법 전통에서의 신의칙은 기원적인 측면에서부터 종래의 규범적 한계상황에 처한 엄격한 법질서와 새로운 형평적 대안 사이의 균형점을 도출해냄으로써 성공적인 기능체 역할을 수행하였다. 앞서 프랑스나 독일 민법에서의

1042) 즉 헌법이 정하는 제119조와 같은 재산권 관련 질서와 제23조 제2항의 공공복리가 최고원리가 되며, 소유권절대의 원칙, 계약자유의 원칙, 과실책임의 원칙은 수정된 행동원리의 한계 내에서 승인된다. 곽윤직/김재형, 앞의 책, 46면.
1043) John Cartwright/Simon Whittaker, op. cit., p. 399.
1044) 장재현, 앞의 책, 44~45면.
1045) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 64면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기능적 확장현상을 통해서도 이러한 동태적 기능체로서의 특징은 로마법의 신의성실과 마찬가지의 적지 않은 형평적 쇄신을 성취한 것으로 읽혀진다. 따라서 역사적으로 이러한 큰 흐름 속에 위치한 우리 민법에서도 신의칙 규정의 의의는 비단 소극적인 차원에 머무르지 않는 규범적 개방성을 지녀야 한다고 봄이 타당하다. 즉 현 법질서내의 가치기준이라는 엄격한 한계에 순응하면서도 법문상 개념적 불명확성을 그대로 지닌 수권규범으로 남은 채 구체적인 사안별로 제1조와의 유기적인 관계 속에서 적극적인 법규범성이 요구되는 것으로 보아야 한다.[1046] 무엇보다 이러한 기능적 확장가능성의 근거는 점차 복잡다기해지는 오늘날 거래관계에서 신의칙에 의하여 성취되는 바는 당사자 간 개별적인 규범에 불과한 계약관계에서도 공동의 이익을 위해 협력적 본질을 강조하는 사회유대적 정의관념에서 찾아져야 하기 때문이다.[1047]

### 다. 일반적인 법원칙으로서 신의성실의 원칙

우리 민법의 기본 원리로서 신의성실의 원칙에는 권리구제절차상의 주체와 객체를 포괄하는 객관적인 규범체계, 즉 i) 최종적인 사법 판단의 재판규범이자 ii) 법수범자에 대한 일반적인 행위규범의 역할이 동시에 함의된 특징을 지니고 있다. 우선 i)와 관련하여, 민법 제1조에서는 법률의 규정 및 관습법에 의하여도 규범적 흠결을 피하지 못하는 경우를 예정하고 조리를 통해 객관적인 법질서를 보충하도록 규정하는데, 이때 제2조의 신의칙은 스위스 입법례와 마찬가지로 실정법 질서의 불완전성을 보충하는 재판규범 역할을 수행한다.[1048] 즉 제1조의 조리를 통한 법인식에 있어서 신의에 좇아 성실히 행위하는 합리적인 인간형의 기준이 고려된다는 의미에서 제2조의 신의성실은 재판규범으로서 제1조와 유기적이고 긴밀한 불가분의 관계에 놓여 있다.

다음으로 ii)와 관련하여 신의칙은 대륙법에서 전승된 것과 마찬가지로 한편으로 실정법의 불완전성을 보충하는 최종적인 재판의 기준을 제공하기도 하지만, 다른 한편으로 권리의 행사 및 의무의 이행 주체에 대하여 각각 신의에 좇아 성실히 행할 것을 요청함으로써 법수범자에 대한 객관적인 행위규범으로서의 의미를 동시에 갖는 특징이 있다.[1049] 주의할 것은 우리 민법에서 일반조항으로서 신의칙은 통상의 법규범에서 요

1046) 박현정, 프랑스 민법상 계약의 목적: 신의칙에 기한 확정의 제한, 비교사법 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 2007, 45면.
1047) 박현정, 위의 논문, 36면에서 재인용.
1048) 양창수, 앞의 책, 90~91면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

구되는 법률 요건과 효과의 구조가 실상 명확하게 설정되어 있지 않거니와 신의성실에 따른 실체적인 가치의 규명에 있어서도 구체적인 기준이 부재하므로 자칫 앞서 영미법의 보통법적 방법론에서 우려하는 바와 같이 일반적인 법창조적 효력을 지니는 형평과의 구분이 모호하여 법적 안정성을 현저히 침해할 수 있다는 점이다.[1050] 또한 법률관계를 구성하는 행위가 과연 신의성실이 요구하는 기준에 적합하느냐에 관한 객관적인 가치판단의 문제에서도 사법주체나 개별 사례에 따라 일관성이 결여될 수 있는 점은 이러한 우려를 가중시킨다고 볼 수 있다.[1051] 이러한 측면에서 재판규범이나 행위규범으로서의 신의칙은 최소한 계약이나 법률의 해석 기준으로서 앞서 영미법의 단편적인 법원칙이나 대륙법계의 신의칙과 마찬가지로 bad faith의 제한기제의 의미를 지니는 점에는 의문의 여지가 없으나, 우리 민법상 법적 안정성의 견고한 토대위에 신의칙의 작용을 담보하기 위해서는 법과 도덕의 가교로서 법질서가 지향하는 2차적인 가치의 보충이라는 제한요소에 의하여 신의칙의 적용을 한정지을 필요가 있다.

## 2. 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 적용

### 가. 민법과의 관계에서 협약상의 신의성실

협약은 1980년 제정되어 1988년 가입국에 대하여 발효된 후 우리 법체계에서도 2005년 3월 1일부터 효력을 발생하였다.[1052] 이에 따라 신의칙의 적용문제에 있어서도 우리 민법상의 신의칙과의 관계에서 규범적인 재정립이 요구된다. 신의성실의 원칙이 고대 로마법 이후 동서양의 법전통에서 전승하고 있는 법과 도덕의 기능적 가교로서 우리 실정법의 일부에 포함된 협약에서도 동일한 의미로 수용될 수 있는 것인지, 아니면 우리 민법과는 구분되는 협약 자체적인 법개념인지 구분할 필요가 있기 때문이다. 또한 이러한 구분을 긍정하는 경우 신의성실이 의미하는 바에는 우리 실정법의 적용상 어떠한 차이가 존재하는지 규명할 필요가 있다. 협약의 법문상 계약관계에서의 적용은 명시적으로 부인된 것으로 보아야 하는지 아니면 계약당사자에 대한 직접적인 적용을 긍

1049) 양창수, 앞의 책, 92~93면.
1050) 양창수, 위의 책, 107면.
1051) 윤용석, 신의칙의 재조명, 재산법연구, 제20권 제2호, 한국재산법학회, 2003, 22면.
1052) 우리나라에서는 2002년 2월 22일 국제거래법연구단을 구성한 이후 약 2년 만인 2004년 2월 17일 협약 가입서를 기탁하였고 2005년 3월 1일부터 협약이 최종적으로 발효되었다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정할 수 있는지, 후자의 경우 우리 민법상 신의칙의 기능적 영역과 범위를 달리하는지, 무엇보다 신의칙 문제를 협약에서 해결되지 아니한 흠결로 보고 우리 민법과의 관계에서 국내법적 사고의 적용이 가능한지 등 실무적인 관점에서 해결해야 할 신의칙의 규범적인 의미와 기능에 관한 다양한 이슈가 발생할 수 있기 때문이다.

결론을 앞세우면 민법과의 관계에서 협약이 적용되는 경우에는 대륙법 전통의 관점에서 계수되어 기능적으로 확장된 신의칙과 같이 직접적이고 광범위한 적용은 타당하지 아니하다.[1053] 엄격한 규범적인 측면에서 협약 제7조 제1항의 법문에 의하더라도 신의칙은 명시적으로 협약의 해석원칙에 한정되므로 적어도 계약관계에서 적용가능한 직접적인 신의칙상의 의무는 명확한 근거에 기초한 해석론으로 볼 수 없기 때문이다. 더욱이 협약의 신의칙에 관하여 후술하는 기능주의적 관점에 의하더라도 협약 제7조 제1항의 신의칙을 국내의 다수설적 견해와 마찬가지로 마치 우리 민법의 시각과 동일선상에서 보는듯한 해석론은 협약 자체적 및 협약 내재적 해석체계를 의도한 협약만의 객관적인 규범체계와 조화로운 적용 방식으로 보기 어렵다.

이에 따라 대륙법의 전통 및 우리 민법에서 보편화된 방식과 마찬가지로 협약상 신의칙의 규범성을 계약관계에도 직접적으로 확장시킬 수 있다는 견해는 적어도 협약을 포함한 우리 실정법에서는 협약이 명시적으로 지양하고 있는 국내법적 사고에 의존한 점에서 단순한 일반조항으로의 도피로도 비쳐질 우려가 있다. 특히 신의칙은 협약 및 우리 민법 내에서 명문화에 이르게 된 기원적·연혁적 측면에서도 각각 법규범으로서의 결을 달리하고 있는 점을 감안해 볼 때 민법과의 동일선상에서의 법적용은 자국편향적[1054] 해석에 따른 법적 불안정으로 이어질 수 있으므로 협약 법문과의 조화를 훼손하지 않으면서도 규범적 기능을 성취할 수 있는 해석론이 요구된다.

이하에서는 우선 우리 민법과의 관계에서 협약의 해석원칙으로서 신의칙의 적용요건과 특징에 대해서 고찰한 후 이를 토대로 기능주의적 접근방법을 위한 시사점을 도출하고자 한다.

## 나. 협약의 적용요건과 신의성실의 원칙

협약의 적용은 국제통일규범으로서의 성격상 협약 제조 제1항의 '국제성' 요건을 충

1053) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2009, 65면; 오현석, 앞의 논문, 531면.
1054) John, O. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sale, p. 1.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

족하는 경우에 한정된다.[1055] 그러나 이 경우에도 이하에서 살펴볼 당사자와 체약국 사이의 직접적 및 간접적인 '관련성' 요건이 동시에 충족되는 경우에 한하여 우리 법체계에서도 협약의 규범력이 적용될 수 있다.[1056] 다만 국제성 및 관련성 요건이 모두 충족되었을지라도 협약 제6조에 기초하여 계약 당사자 사이에서 그 적용을 배제하기로 합의 한 경우에는 준거법으로서의 규범성을 상실한다.[1057] 협약의 임의규정성에 따라 제6조 외에도 체약국에 의한 유보선언이 있을 경우 적용이 배제되지만, 우리 정부는 협약 가입시 제95조의 유보를 선언하지 않았으므로 비체약국과의 관계에서도 국내법이 적용되는 경우는 원칙적으로 없다.[1058]

(1) 협약의 외부적인 적용요건

협약의 적용요건이 충족되지 않은 사안에 있어서 협약 제7조 제1항 신의칙이 적용될 여지는 없다. 즉 협약상 신의칙의 규범적 불명확성에 관한 논의는 협약이 적용되는 경우에 한하여 실익을 찾을 수 있다. 협약은 헌법 제6조 제1항[1059]에 따라 체결한 조약으로서 우리 법체계상 국내법과 같은 법률적 효력을 갖는다. 따라서 협약은 우리 법원에 대한 재판규범에 해당하며 국제물품매매에 관하여 준거법이 될 경우에는 국내 민·상법의 특별법으로서 협약의 우선적 효력이 인정된다. 그러나 협약의 적용을 위해서는 해당 매매계약과의 관계에서 직접적용 또는 간접적용의 요건을 갖추어야 한다.

(가) 협약의 직접적용

우선 직접적용은 매도인과 매수인 각각의 영업소가 소재하는 국가가 모두 협약의 가입국인 경우(협약 제1조 제1항 (가)호)를 의미한다. 이 경우에는 국제사법의 중개와 무관하게 협약이 직접적으로 적용된다는 의미에서 직접적용이라 한다. 외국의 체약국이

1055) 협약 제1조 제1항. 이 협약은 다음의 경우에, 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용된다. (a) 해당 국가가 모두 체약국인 경우, 또는 (b) 국제사법 규칙에 의하여 체약국법이 적용되는 경우.
1056) 석광현, 위의 책, 30면.
1057) 오석웅, CISG의 적용배제(Opt-Out)에 관한 판단기준-배제합의에 있어서 당사자의사의 해석, 국제사법연구, 제23권 제2호, 한국국제사법학회, 2017, 220면 이하 참조.
1058) 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005, 221면.
1059) 헌법 제6조 제1항. "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

설령 협약 제95조 유보국이라 할지라도 이와 무관하게 협약이 적용되며, 설령 법정지의 국제사법에 의하면 협약에 가입하지 않은 비체약국법이 준거법으로 지정되는 경우라 할지라도 직접적용의 경우에는 이와 무관하게 협약이 적용된다.[1060] 다만 법정지국 자체가 협약에 가입하지 않은 경우에는 법정지국은 자국법, 즉 법정지국의 국제사법규칙에 의하여 준거법을 지정할 뿐이고 달리 각 당사자가 협약에 가입했다는 이유만으로는 협약을 고려할 필요가 없으므로 협약이 적용되지 않을 수도 있음을 유의할 필요가 있다.[1061] 이처럼 직접적용의 요건을 충족하고 협약이 적용되는 경우에는 계약당사자는 국제사법의 개입에 따르는 국제물품매매계약에 관한 규범적 불명확성을 줄일 수 있는 효과가 있다.[1062]

(나) 협약의 간접적용

간접적용은 법정지의 국제사법 규칙에 의하여 체약국법이 적용되는 경우(협약 제1조 제1항 (나)호)를 의미한다. 이는 국제물품매매 거래에 관한 협약의 적용가능성을 확장시키는 적용요건으로서 앞서 직접적용 요건만 규정할 경우 협약의 협소한 적용범위로 인하여 협약이 지닌 통일규범으로서의 실효성이 경감되는 것을 예방하는 효과가 있는 것으로 이해된다.[1063] 간접적용에 의하면 직접적용을 충족하지 아니하는 국제물품매매계약은 법정지의 국제사법에 따르게 되는데, 국제사법 규칙에 따라 체약국법이 준거법으로 지정될 경우 협약이 간접적으로 적용됨으로써 협약의 규범력이 미치는 법률영토가 확장되는 효과가 있다.[1064] 그러나 간접적용에 의할 경우 법정지국의 국제사법규칙이 어떠한지에 따라 협약이 적용될 수도 있고 적용되지 않을 수도 있으므로 당사자 간에는 법적용상의 불확실성이 야기되는 문제가 있다. 우리나라는 체약국이고 국제사회에서도 체약국의 수가 늘고 있으므로 이상의 간접적용은 줄어드는 반면 직접적용되는 경우가 갈수록 늘어날 것으로 이해된다.[1065]

1060) 석광현, 국제사법과 국제소송 제5권, 박영사, 2012, 51면; 오원석, 한국 CISG 가입 10주년 회고와 전망, 중재연구 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015, 79면.
1061) 오원석, 위의 논문, 80면.
1062) 오석웅, 앞의 논문, 220면.
1063) 오석웅, 위의 논문, 221면.
1064) 오원석, 위의 논문, 80면.
1065) 오원석, 위의 논문, 80면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 협약의 내부적인 적용요건

(가) 내부적 적용의 의의

이상의 외부적인 적용요건을 충족하고 협약이 적용된다고 할지라도 협약에서 정한 내부적인 요건에 따라 일정한 경우 국내법이 적용될 가능성이 있다. 이는 일반적으로 법체계상의 완결성여부에서 야기되는 문제라 할 수 있다. 즉 우리 국내법은 완결된 법체계를 가지고 있으므로 그 일부에 해당하는 매매법의 적용에서도 적용범규가 달라지는 경우는 있더라도 구체적인 사례에 따라 달리 포섭되지 않는 사안은 존재하지 않는다.[1066] 반면 협약에 있어서는 완결된 법체계를 의도하고 제정된 것은 아니므로 적용대상에 있어서 규범적인 측면에서 포섭하지 못하는 사안이 존재하는 것이다.[1067] 이러한 내부적 적용요건을 충족하지 아니한 경우에도 협약상 신의칙의 규범적 불명확성에 관한 문제는 고려할 필요가 없는 셈이다.

협약의 적용에 관한 내부요건은 협약 제1조부터 제6조가 정하는 바에 따른다. 특히 제4조에 의하면 협약은 매매계약의 성립 및 이로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리·의무만을 규율하므로 별도의 정함이 없는 한 계약의 유효성에 관한 문제, 예컨대 강행법규 위반에 따른 유·무효나 계약체결과정상 착오·사기·강박에 따른 취소여부는 국내법의 적용을 받는다.[1068] 따라서 협약이 배제되는 문제에 있어서 제7조 신의칙이 적용될 여지는 없다. 다만 당사자 간 매매계약의 법체계상 위치는 계약의 유효성 문제에 있어서 우리 민법의 영향하에 있는 한편, 명시적으로 제6조의 유보조항 및 당사자 의사에 따르므로 협약에 대하여 항상 우선적 효력을 지닌다. 마찬가지로 제9조에서 규정하는 당사자 간 합의된 관행 및 확립된 관례에 있어서도 계약조건에 편입된 것으로 간주되므로 협약의 효력에 우선한다.

(나) 내부적 적용과 우리 민법과의 관계

1066) 최홍섭, 앞의 책, 222~223면.
1067) 최홍섭, 위의 책, 222~223면.
1068) 이 밖에도 매매물품의 소유권에 계약이 미치는 효력, 제조물책임, 국제거래상 서비스 부분의 비중이 큰 경우, 매매계약상 권리에 대한 소멸시효, 계약체결상의 과실, 채권양도, 대리권, 상계 등의 문제에 대해서는 국내법이 적용된다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이상의 내부적인 적용요건에 의하여 협약이 배제되는 경우가 아니라면 협약은 항상 제1조 제1항에 따라 우리 민법에 우선한다. 설령, 협약에서 규율하지만 명시적으로 해결되지 않은 문제라 할지라도 협약이 기초하고 있는 일반원칙(제7조 제2항)에는 폭넓은 법원성이 인정되므로 우리 민법에 대하여 항상 우선적 효력을 지닌다. 따라서 협약상 신의칙의 규범적 의미와 기능에 관한 논의와 별개로, 신의칙과 기능적 동질성을 지니고 협약이 기초한 것으로 판단되는 일반원칙은 법체계상 협약의 명시적인 개별조항 다음으로 우리 민법에 우선하는 효력을 지닌다. 요약건대 물품매매계약에 관한 구체적인 사안의 해결에 있어서 협약상 신의칙의 규범적 의미 및 기능과 무관하게 제7조 제1항 신의칙은 협약이 규율하는 사항에 대하여 강행성을 지니며, 제7조 제2항에서 신의칙과 기능적 동질성을 지닌 일반원칙은 협약이 규율하는 사항이지만 협약에서 명시적 해결이 어려운 문제에 대하여 강행성을 지닌다.

이처럼 우리 민법과의 관계에서 협약이 적용되는 경우이지만 이상의 내부적인 적용요건을 충족하지 못한 사례는 우리 판례에서도 확인된다. 예컨대 서울고등법원 2013. 2. 21. 선고 2012나52399 판결은 이 사건 계약에 관한 준거법을 국내법인 대한민국법으로 합의하였다는 점에서 협약의 관련규정이 없는 경우로 보고 국내법을 적용하였다. 해당법원은 “이 사건 계약은 일응 아르헨티나국에 영업소를 두고 있는 것으로 보여지는 피고와 대한민국에 영업소를 두고 있는 원고 사이에 체결된 물품매매계약인데 아르헨티나국 역시 협약의 체약국이므로 이 사건 계약에 관하여는 협약이 우선 적용되고... 국제사법 제25조는 계약에 관한 준거법은 당사자가 선택할 수 있도록 규정하고 있고, 원고와 피고는 당심에서 이 사건 계약에 관한 준거법을 대한민국법으로 합의하였으므로, 이 사건 계약을 둘러싼 법률관계에 관하여 협약에 규정이 없는 경우 보충적으로 대한민국법이 적용된다”고 판시하였다.[1069]

## 다. 협약 제7조 해석원칙의 특징 및 시사점

### (1) 협약 제7조 해석원칙의 특징

우리 민법과의 관계에서 협약이 적용되는 국제물품매매계약의 경우에는 신의성실의 원칙의 적용에 있어서 해석원칙으로서 제7조에 대한 규범적 이해가 선행되어야 한다.

1069) 서울고등법원 2013. 2. 21. 선고 2012나52339 판결; 오원석, 앞의 논문, 83면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

협약상 신의성실의 원칙의 의미와 그 적용은 협약의 해석원칙을 규정한 제7조의 관점에서 접근할 필요가 있기 때문이다. 무엇보다 제7조 신의 준수 요건의 규범적 의의에 대한 이해는 이 요건이 협약 자체적 및 협약 내재적 해석체계의 일부에 포함된 점으로부터 시작되어야 한다.

(가) 협약 자체적 해석체계로서 신의성실

협약 제7조 제1항에 따른 해석기준은 국내법의 다양한 해석원칙과 절연된 협약의 독자적인 시스템을 추구한다.[1070] 제7조 제1항이 제시하는 협약 자체적 해석체계는 이를 통해 상이한 법체계에 속한 체약국 사이에서 법문의 해석과 적용으로부터 발생할 수 있는 통일성의 저해요소를 경감시키고 실질적인 국제물품매매규범으로서 기능하기 위해 고안되었다.

국내법 체계와 구분된 협약만의 독자적인 해석규정에 대한 개념은 1978년 이후 시도된 물품매매법의 통일과정에서는 실제로 구현되지 못하다가 협약을 통해 처음 명문화되었다. 이에 따라 한편으로는 국내법체계에 따른 해석규정의 적용으로 인한 자국편향성의 문제를 제거하고 협약의 국제적인 성격을 반영하여 통일규범의 기능이 한층 증진된 것으로 평가된다.[1071] 다른 한편으로는 협약의 적용을 가정할 경우 우리 실정법과 구분된 협약만의 자체적인 해석기준으로 인하여 협약의 적용을 받는 우리 법원에게는 물품매매에 관한 국제통일규범으로서의 실효성 제고라는 강행성있는 과제가 부여된 것으로 이해된다.[1072] 따라서 협약 자체적 해석체계를 내재한 제7조는 우리 실정법에 편입되어 재형성된 대륙법의 프레임과 이질적인 법체계의 통일을 시도한 국제규범의 프레임을 상호 균형적으로 조화시키는 조정규정 역할을 하는 셈이다.[1073]

특히 협약에서 신의칙의 의미와 기능에 있어서는 입법론적 한계에 따르는 규범적 불명확성으로 인하여 해석론에 의존하는 바가 크다. 따라서 제7조는 우리 법원에 대하여 대륙법계 및 영미법계 국가의 전통적인 법사고가 배제된 협약 자체적인 해석론을 요구하는 것으로 봄이 타당하다. 이에 따르면 고대 로마법에서 기원하여 동서양의 법문화에서 계수하고 있는 법과 도덕의 기능적 가교로서의 신의성실 개념은 협약 자체적인

1070) Bernard Audit, op. cit., p. 187; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 7.
1071) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 7.
1072) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 7.
1073) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 7.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

측면에서 신의의 의미에 관한 종합적인 이해를 제공할 수는 있다고 하더라도, 제7조 제1항이 제시하는 엄격한 규범적 측면에서는 적어도 대륙법의 신의칙과는 구분되는 협약 자체적인 법개념으로 이해할 필요가 있다.[1074]

(나) 협약 내재적 규범체계로서 신의성실

이처럼 협약 제7조의 해석원칙은 체약국의 국내법체계로부터 명확히 구분된 협약만의 독자적인 해석을 요구하므로 체약국의 법체계와 유사한 법리나 용어의 해석에 있어서도 국내법적 사고의 적용을 최대한 배제하고 협약의 내재적인 해결을 우선해야 한다. 이러한 협약 내재적 관점은 협약 내재적 규범체계로 설정된 신의칙의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 살피건대 앞서 협약 자체적 해석체계에 의하면 국내법의 다양한 해석원칙과 절연된 협약의 독자적인 해석이 요청되므로 신의칙의 규범성도 협약 자체적인 법개념임을 전제로 한다. 반면 협약 내재적 규범체계에 의하면 구체적 사안에 적용되는 신의칙 규범의 실체적인 내용에 있어서 협약 외재적인 규범보다 협약 내재적 해결방안이 우선되는 것으로 보아야 한다. 따라서 협약의 해석 및 적용에 있어서 우리 민법을 비롯한 협약 외재적인 법규범의 유입은 협약 내재적인 규범체계 내에서 그 원용가능성이 명시적으로 판단되거나 직접적인 유입가능성이 확인되는 경우에 한하여 엄격히 제한되어야 한다.[1075]

한편 협약 제7조에 따른 통일적인 해석원칙에도 불구하고, 협약은 이질적인 법역과 법문화 사이의 타협에 의한 결과물이라는 점에서 신의칙의 적용을 비롯한 구체적인 사안에 있어서 애초에 입법론적 해결방안의 한계가 존재할 수밖에 없었다. 따라서 이러한 입법론적 한계에 대해서는 현실적으로 협약 자체적 해석체계에 의존하고 협약 내재적인 해결방안을 강구하는 해석론적 접근방법을 취하는 것이 바람직하다.[1076] 이러한 측면에서 제7조 제1항에서 규정된 신의 요건이 의미하는 협약 내재적 규범체계로서의 특징은 논리적으로 협약 내재적인 해석론에 의한 신의칙의 적용을 강조하는 것으로 볼 수 있다. 이처럼 협약에서 제시된 입법론적 해결방안의 한계는 제7조 제1항의 신의칙을 비롯해 예컨대 제16조 제2항 (가)호의 철회할 수 없는 청약[1077]에 관한 규정이나

1074) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 12~13.
1075) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 14. 협약상 법적 흠결의 보충 방법을 규정한 제7조 제2항에 의하면 협약이 직접 인용한 외재적 법원으로는 예컨대 '국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법'이 여기에 해당된다.
1076) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 15.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

대금조건의 확정이 결여된 계약(open-price term) 문제에 대하여 외관상 모순을 구성하는 제14조와 제55조의 관계[1078] 등에서 두드러지게 나타나는 것으로 평가된다.[1079] 이처럼 제7조 제1항에 근거한 신의칙의 의미와 기능에 관한 다양한 이견도 이질적인 법문화의 타협으로 발생한 입법론적 한계의 대표적인 사례인 점에서 협약 내재적인 해석론에 의한 조화로운 해결방안이 요청된다.

(다) 협약 제7조 해석원칙의 규범력

협약 제7조 제1항에서 명시된 협약의 해석원칙은 i) 국제적인 성격, ii) 적용상의 통일성, iii) 국제거래상의 신의 준수 세 가지로 구분된다. 이처럼 해석원칙으로서의 협약상의 규범체계는 우리 민법과의 관계에서 기능적으로 절연되어 있으면서 이상에서 고찰한 바와 같이 협약 적용상의 국제성 및 관련성 요건이 충족되는 경우 우리 민법과의 관계에서도 강행규범화 된다. 즉 제7조 제1항의 '고려하여야 한다'란 일반적으로 협약 가입국에 대한 국제법상 의무의 창설규정으로 이해된다.[1080] 이처럼 협약은 일단 회원국에 편입된 후에는 체약국의 실정법 질서에 포함되어 실질적인 국내법의 효력이 발생하므로 연성규범 형식을 취하는 다른 국제통일규범과 법적 성격을 달리한다. 다시 말

1077) 요약건대 대륙법계에서 승낙기간의 지정은 이 기간 동안 청약을 철회할 수 없다는 구속의사의 표명인 것으로 받아들여지는 반면 영미법계에서의 승낙기간은 단순히 지정된 기간이 경과하면 승낙할 수 없다는 의미일 뿐, 기간 내에는 언제든지 철회할 수 있는 것으로 인식된다. 즉 철회불가성에 대하여 법계에 따라 정반대의 입장을 취한다. 협약의 기초 작업 중에도 적지 않은 논란이 있었는데, 협약은 이에 대하여 승낙기간의 지정은 단순히 청약자의 구속의사를 표명하는 수단 중 일부에 지나지 않는다는 것으로 유연하게 정리되는 듯하였다. 그러나 승낙기간 지정에 의한 청약의 철회불가성에 대한 협약의 입장은 외견상 명확하지 아니하여 현재까지도 해석의 주체에 따라 일관되지 않은 잣대가 적용될 가능성이 여전히 존재하므로 이에 대한 해석론적 해결방안이 필요할 것으로 보인다. 법계에 따른 법률효과 해석의 차이를 배제하기 위해서는 승낙기간의 지정은 청약자의 구속의사 표명을 추단하는 추정효를 지닐 뿐이며 이는 언제든 당해 청약의 철회가능성을 주장하는 당사자에 의하여 뒤집을 수 있다는 통설의 입장이 비교적 명확해 보인다. Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 16 para. 9.; Enderlein/Maskow, Art. 16 note 7; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 16 para. 17.

1078) 학설은 위 문제에 대하여 i) 법규의 충돌이 있지만 협약 내의 규정에 의하여 해결가능하다는 견해, iii) 두 규정은 외관상 모순되어 보이나 사실상 적용범위가 다르므로 법문의 충돌이 없다고 보는 견해, iii) 이러한 법규의 충돌을 협약의 흠결로 보고 국제사법에 따른 준거법에 의하여 보정이 가능하다는 견해, iv) 제14조와 제55조의 일응 모순적인 관계에 관하여는 이론상 다양한 견해가 대립될 수 있으나 실무상 심각한 저해가 되는 협약상의 흠결로 보이지는 않으며 구체적 사안에 따라 해석론적 관점에서 판단하여야 한다는 견해가 존재한다. 그 중에서도 법규의 충돌이 있지만 협약 내의 규정에 의하여 해결가능하다고 보는 견해에는 제55조가 우선한다는 견해와 제14조가 우선한다는 견해로 크게 대별된다. Peter Mankowski, in: Franco Ferrari et al., eds., Internationales Vertragsrecht, C. H. Beck, 2007, Art. 14 CISG para. 31.

1079) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 15.

1080) Vienna Convention on the Law of Treaties Article 31 "General rule of interpretation".



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해 제7조 제1항에서 제시된 고려의 메시지는 단순한 권고에 지나지 않는 선언적 규정이 아니며 협약의 적용 및 해석 주체에 대하여 명시적인 준수의무를 부여한다. 일부에서는 이를 정제된 표현을 빌어서 체약국과 법정지에 대한 국제 공법상 명령이라고도 한다.[1081] 따라서 협약을 적용하는 우리 국내법원 및 중재법원은 제7조 제1항이 제시하는 신의 준수 요건을 포함한 세 가지 해석원칙에 직접적으로 구속된다.[1082] 즉 우리 법원에게도 구체적인 사안에서 개별 판결례에 의하여 협약상의 신의성실의 원칙에 대한 규범적 판단을 적극적으로 축적시키고 규범적 불명확성을 제거함으로써 적용상의 통일성을 증진할 직접적인 의무가 부여되어 있다고 봄이 타당하다.

(2) 협약 제7조 해석원칙의 시사점

(가) 해석원칙의 기능적 신축성

이상에서 고찰한 바와 같이 협약 자체적 및 협약 내재적 규범체계로만 한정할 경우에협약만의 독자적인 해석원칙의 기능은 일견 제7조에만 국한되어 있는 듯하다. 그러나 제7조는 협약 전체에 대한 일반적인 해석원칙이지만 협약의 각 개별조항과의 관계에서 구체적인 사안에 따라 기능적으로 축소되기도 하고 확장되기도 하는 신축성을 지녔다.[1083]

우선 협약이 적용되는 구체적인 사례에 대하여 협약 내에 독립된 해석원칙이 존재하는 경우에는 제7조 제1항이 반드시 적용되지 않을 수도 있는 점을 주목할 필요가 있다. 예컨대 당사자 일방이 둘 이상의 영업소를 가지고 있는 경우에 영업소에 대한 해석원칙은 제10조에 의하는데, 이에 따르면 계약체결 전 또는 체결시에 당사자 상호간에 계약 및 그 이행과 가장 밀접한 관련이 있는 곳을 영업소로 해석한다.[1084] 이처럼 일반규정에 해당하는 제7조에 대하여 특별규정 성격의 개별조항이 존재하는 경우에는 협약의 일반적인 해석원칙의 역할은 축소되기도 하는 특징이 존재한다.

반면 협약의 개별조항에서는 명확하게 정의되지 않거나 추상적인 용어가 사용되기도

1081) Joseph Lookofsky, Understanding the CISG, 2008, §2.8.; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 7.
1082) Joseph Lookofsky, Digesting CISG Case Law: How Much Regard Should We Have? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 8, 2004, p. 184~185.
1083) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 11.
1084) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는데 이때 제7조 제1항의 해석원칙으로서의 역할은 합목적적인 확장가능성을 지닌다. 이에 대한 대표적인 예시 규정으로 협약 제3조 제1항, 제25조, 제79조를 들 수 있다.[1085] 협약의 적용대상을 규정한 제3조 제1항에 의하면, 매수인이 재료의 '중요한 부분'을 제공하거나, 제3조 제2항에서 매도인 의무의 '주된 부분'이 노무 또는 서비스의 공급에 해당하는 계약의 경우 협약의 적용이 배제된다. 따라서 해당 규정의 해석에 있어서 추상적인 용어에 관한 다른 특별규정 성격의 개별 규정이 존재하지 않는 경우에는 제7조 제1항의 기능이 확장되는 것으로 이해된다.[1086] 마찬가지로 제25조의 '본질적인 계약위반'에 대한 정의나, 면책범위에 관한 제79조의 '통제할 수 없는 장애'의 정의에 관하여도 용어상의 추상성으로 인하여 협약의 해석주체에 따라 복수의 다른 해석결과가 야기될 우려가 상존한다.

이상에서 해석원칙의 확장 및 축소라는 기능적 신축성에 관한 문제들은 경우에 따라서는 용어상의 본질적인 추상성에 기인하기도 하지만 협약의 이면에 존재하는 다양한 법문화 사이의 타협과 같은 절충적인 입법배경에 따른 문제이기도 하다. 물론 이 경우 우리 실정법체계와 같이 체약국의 법문화에 기초한 편향적인 법사고가 협약의 해석에 적용된다면 한편으로 협약의 국제적인 성격과 통일규범으로서의 기능이 훼손될 수밖에 없는 문제점이 있다.

(나) 협약 제7조 해석원칙의 시사점

협약만의 독자적인 해석체계는 단지 제7조 해석원칙에 한정되어 있으면서도 이상에서 개별규정과의 관계에서 긴밀한 상관관계를 지니고 축소되거나 확장되기도 하는 기능적 신축성을 지니는 점으로부터 협약상 신의칙 개념에 대한 규범적 재정립에 있어서 중요한 착안점을 얻을 수 있다.

우선 해석원칙으로서 제7조의 기능적 축소에 관하여 보면, 이러한 기능적 신축성은 제7조 제1항의 신의 개념에 굳이 대륙법 전통의 신의성실과 같이 광범위하고 직접적인 법규범성이 부여되지 아니하더라도 기능주의적 관점에서는 협약의 개별조항과의 유기적인 상호관계 하에서 결과적으로 그 실질적인 법기능성이 훼손되지 않을 수 있다는 중요한 시사점을 제공한다. 다른 한편으로 제7조의 기능적 확장에 관하여 보면, 제7조

1085) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 12.
1086) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1항에 의하면 협약은 국내법적 해석과 절연된 독립적인 해석기준을 예정하므로 개별조항에 존재하는 용어상의 추상성은 개별사안에서 구체적 타당성을 담보하는 국제적 성격의 해석을 가능하게 하기도 한다. 예컨대 기능주의적 관점에 의하면 해석원칙의 기능적 신축성에 따라 협약의 각 개별조항에서 다양한 상황에서 원용되고 있는 '합리적인'과 같은 추상적이고 정의되지 않은 법개념에 의하여 이러한 합목적적 해석론이 가능하게 된다.[1087] 이러한 관점에 의하면 제7조 제1항 신의 개념이 비록 법문상의 엄격한 해석에 따라 협약의 해석원칙에 한정된다는 견해를 취하더라도 개별규정에서 원용된 합리성 개념과의 유기적인 관계 하에서 보다 명확한 규범적 의의를 지니고 그 기능적 확장성을 지닐 수 있다는 중요한 시사점을 제공한다.

결론적으로 신의성실의 원칙에 관한 협약 자체적 및 협약 내재적 해석체계와 제7조 해석원칙의 규범력을 종합하면 재판규범으로서 협약을 원용하는 우리 법원에게는 제7조 제1항의 법문에 대한 엄격한 해석에 따라 신의 개념의 규범적 의의와 기능을 우리 법체계에서 재정립해야 할 강행성 있는 의무가 부여되어 있는 것으로 해석된다. 특히 이상에서 해석원칙의 기능적 신축성이 시사하는 바에 의하면, 제7조 제1항의 신의 개념에 반드시 대륙법 전통의 광범위하고 직접적인 법규범성을 부여하지 아니하고도 다수의 개별규정에서 원용되고 있는 합리성과의 관계에서 협약상의 신의칙은 보다 넓은 규범적 의의를 지닐 수 있을 것으로 생각된다.

따라서 이하에서는 앞서 민법상 신의칙의 기능적 확장성의 연장선상에서, 보통법을 비롯해 협약에서 신의칙의 발현형태로 파악되는 합리성의 원칙의 기능을 고찰함으로써 협약상 신의칙의 의미에 관한 기능주의적 접근 방안의 토대를 제시하고자 한다.

## 제3절 신의성실의 원칙과 기능적 동질체로서 합리성의 원칙

### 1. 신의 준수 요건에 관한 기능주의적 접근

#### 가. 기능주의적 접근의 목적

협약에서 신의칙에 대한 기능주의적 접근의 출발점은 제7조 제1항에 대한 규범적 고

1087) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 7 para. 12.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

찰의 한계를 전제로 한다. 또한 하나의 규범체계는 특정 법문화에서 발생하는 사회적 필요나 이익들에 대한 일종의 대응체계에 해당한다는 기초적인 인식으로부터 출발한다.[1088] 여기서 비교법에 관한 기능주의적 방법론이란 법률관계의 형평·공평·균형이라는 법적 이상의 실질적인 성취에 있어서 법체계마다 합목적적으로 내재된 기능성의 관점에서 그 유사성에 접근하는 방법을 의미한다.[1089] 앞서 분석된 바와 같이 이질적인 법문화 간 신의칙은 규범적 기능에 있어서 상호 조화되기 어려운 다양한 차이점이 존재한다. 그러나 각각의 규범체계에 존재하는 법원칙들의 기능적 유사성에 의존하여 신의칙을 명문화하지 아니한 규범체계에서도 일반적인 신의칙의 적용과 유사한 결과를 성취해 왔다. 또한 이러한 법원칙들은 신의칙과 마찬가지로 법계의 구분 및 법학방법론적 차이와 무관하게 법률관계의 형평·공평·균형이라는 공통적인 가치에 공고히 터잡고 있다.[1090]

같은 문맥에서 기능주의적 관점에 의하면 국제사회의 협약은 국제물품매매에 관한 통일규범으로서 이를 준거법으로 설정한 특정 사회체계의 하부체계에 해당된다. 하부체계로서의 협약은 물품매매에 관한 국제적 갈등을 해결하는 하나의 기능체 역할을 수행한다.[1091] 결국 기능주의적 방법론은 상이한 규범체계마다 예정되어 있는 구체적인 법적 문제에 있어서 일정한 기능체로서 각 하부체계의 해결 기능은 상호 유사할 것이라는 기능주의 제1테제, 즉 “모든 비교법의 방법론적 근본원리는 기능성의 원리”라는 결론에 도달한다.[1092] 이에 따라 신의칙에 관한 기능주의적 해석은 각 법체계상 기능적 유사성의 추정(Presumptio similitudinis)[1093]에 따라 협약 제7조 및 개별조항을 비롯한 협약 내재적 체계구조를 통해 계약관계에서 일반적인 신의칙을 적용한 것과 유사하거나 동일한 기능체를 도출할 수 있을 것인지에 근본적인 초점을 두고 이에 대한 대안으로서 합리성의 원칙을 제시한다.[1094]

---

1088) 김도균, 앞의 논문, 296면.
1089) Pierre Legrand, Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions, Cambridge University Press, 2003, p. 102.
1090) Alain A. op. cit., p. 100.
1091) 김도균, 위의 논문, 296면.
1092) 김도균, 위의 논문, 297면에서 재인용.
1093) Konrad Zweigert/Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd edition, Oxford University Press, 1998, p. 40.
1094) 이처럼 협약상 신의성실 개념에 대한 기능주의적 접근은 국제적 기준의 신의성실에 대한 이해와 판단에는 비교법적 연구가 필수적으로 선행되어야 함을 전제하고 있다. Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, Manz, 1986, p. 38~39; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 24.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

## 나. 기능주의 비교법학의 성과로서 협약

무엇보다 협약 제7조가 제시하는 해석원칙에 반하지 아니하고 협약상의 체계구조에 관한 기능주의적 관점을 통해 계약당사자에 대하여 일반적인 신의칙상의 의무를 적용한 것과 유사하거나 동일한 효과를 담보할 수 있다면, 이러한 결과는 바꾸어 말하면 규범적인 측면에서 협약의 해석원칙으로 제시된 신의칙에 따른 해석에 응당 부합하는 해석론적 접근방법이라 할 수 있다. 이처럼 기능주의적 해석론이 협약 내에서 신의칙과 유사한 효과를 나타내는 각 개별조항의 기능성에 초점을 두는 이유는, 협약상의 체계구조에 관한 해석론적 접근 방법에 의하여 신의칙 규범에 관한 동질적인 기능체를 예정할 수 있다면, 이는 해석원칙으로서의 신의칙에 의존하여 부차적인 실정법적 권리구제의 근거를 제공받는 것에 다름 아닐 것이기 때문이다.

나아가 협약이 그 자체로 오늘날 기능주의 비교법학의 중요한 성과 중 하나로 평가되는 점 또한 기능주의적 고찰의 주요한 근거가 된다.[1095] 비교법학의 성과로서 협약을 통한 국제물품매매법의 통일에는 특히 기능주의적 비교방법을 주장하고 이를 실행에 옮긴 라벨(Rabel)의 연구가 밑바탕이 된 것으로 평가된다. 라벨이 채택한 기능주의적 비교법학에 의하면 대륙법계 및 영미법계와 같이 법학방법론적으로 상호 조화 불가능한 이질적인 법문화 사이에서도 구체적인 법적 문제에 대하여 동일한 결론에 도달할 수 있음이 주장되었고 그 논증에 관한 시도가 국제물품매매규범의 통일을 위한 연구의 첫 걸음이 될 수 있었다.[1096] 또한 신의칙과 관련하여 다양한 국가의 법제도에 관한 기능론에 있어서는 유럽사법의 공통 요소에 관한 토렌토 프로젝트에 의하면 신의칙과 관련된 법률문제 가운데 상당 수준의 사안에서 각각 다른 국가의 법제도를 통해서도 유사한 결론에 이를 수 있었던 것으로 전해진다.[1097] 즉 전혀 상이한 법제도가 대립 및 충돌하고 있는 영미법과 대륙법 사이에는 법리의 종류와 적용상 방법론에 있어서 다양한 법적·구조적 차이가 존재함에도 계약관계의 형평을 지향하는 법제도적 기능론의 관

1095) 권철, 앞의 논문, 305면.
1096) Rabel의 연구를 기초로 협약에 관한 제1차 초안이 1935년 작성될 수 있었다. 박정기, 비교법의 성과로서의 사법의 국제적 통일, 153면.
1097) Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000, p. 653. 토렌토 프로젝트(Torento Project on The Common Core of European Private Law)에서는 신의칙 문제에 있어서 동일한 30개 사안 중 10개를 제외한 나머지 법률문제에서 유사한 결론에 이를 수 있었다고 한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

점에서는 동일한 결론에 이르거나 적어도 일정한 유사성을 긍정할 수 있었던 셈이었다.[1098]

결론적으로 협약이 물품매매에 관한 국제통일규범으로서 이질적인 법계의 다양한 법문화를 수용하고 현재 가장 광범위한 규범력과 보편타당성을 지닌 성공적인 기능체로 평가되는 점을 고려한다면, 신의칙 문제에 있어서 지난한 협상과정을 거쳐 제7조 및 협약 개별조항에 구체화시킨 법률관계의 형평·공평·균형 요소에 관한 기능주의적 고찰은 이러한 비교법적 연구성과를 재논증한다는 측면에서도 자연스러운 귀결이라 할 수 있다.

### 다. 협약상 묵시적인 신의칙 의무의 가정

신의칙에 대한 기능주의적 접근은 이미 신의칙상의 의무를 협약내재적인 해석론에 의하여 묵시적 조건화된 것으로 가정한다. 또한 협약에서 신의칙이 부여하는 묵시적인 의무와 동일한 행위규범 역할을 수행하는 기능적 동질체를 도출하는데 초점을 둔다. 이처럼 묵시적 신의칙에 관한 가설의 근거로는 다음과 같은 이유가 근거로 제시된다.

첫째, 협약의 연혁에 의하면 초안과정에서 신의칙 조항의 문제는 협의체에 의하여 이견이 절충된 결과[1099] 우선 신의 요건을 그대로 유지하되 협약의 해석조항으로 이동시키는 타협안이 채택되었다.[1100] 그러나 애초에 반대의견을 제시한 대표들도 신의 준수의 당위성을 인정하지 않은 것은 아니었다.[1101] 둘째, 신의칙의 기능은 타협의 결과이므로 대륙법의 일반적인 법규범성과 영미법의 구체적인 법기능성의 특징을 모두 상실하고 협약의 해석기능에 그침으로써 개념적·기능적 불명확성이 가중되었다. 그러나 국제통일규범은 태생적으로 이질적인 법문화의 최종적인 타협안 형식으로 채택될 수밖에 없는 점을 고려한다면 규범적 한계를 이유로 신의칙의 기능적 한계까지 예단할 수는 없다. 셋째, 나아가 신의칙은 상사관습법의 기본원칙에 해당하므로 국제계약에서 직접적으로 적용가능한 일반적인 법원칙으로 평가된다.[1102] 넷째, 개념적·기능적 측면에서 일반성, 추상성, 불명확성을 이유로 대륙법계의 보편적인 신의칙을 부정하는 견해는 대체로 영미법의 관점을 수용한 것으로 보이나 이는 제7조 제2항에서 채택한 협약 내

1098) 박정기, 비교법의 성과로서의 사법의 국제적 통일, 154면.
1099) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 35, No. 55.
1100) UNCITRAL Yearbook Vol. IX, p. 36, No. 56.
1101) Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, Manz, p. 38~39.
1102) Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, op. cit., p. 167~168.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

재적 방법론과 모순된다. 즉 부정설을 취하더라도 협약에서 해결되지 아니한 법적 흠결의 경우 제7조 제2항에 따라 다양한 일반원칙을 도출할 수 있는데 협약이 기초하고 있는 일반원칙은 신의칙과 마찬가지의 일반성, 추상성, 불명확성을 지닌다. 게다가 협약에서는 법문상 일반원칙에 폭넓은 법원성까지 부여된 점을 고려하면 신의칙과 같은 추상적인 법원칙을 발전시킨 대륙법계의 방법론은 이미 협약에서도 명시적으로 채택된 것으로 볼 수 있다.[1103] 다섯째, 무엇보다 사무국 주석을 비롯해 학계에서는 일반적으로 협약의 각 개별조항에 각각 신의칙의 정신이 내재된 것으로 평가하면서도[1104] 신의칙은 협약 모든 조항의 해석과 적용에 폭 넓게 적용된다고 한다.[1105]

결론적으로 협약에서 신의칙에 준하는 기능적 동질체, 즉 이 논문에서 제시하는 합리성의 원칙을 매개로 신의칙은 묵시적 조건화됨을 가정할 수 있다. 그러나 이때의 묵시적 의무는 단순히 협약의 해석규범으로서 신의칙을 적용한 결과이며 이에 따라 계약관계에서는 간접적인 영향을 미칠 뿐이므로 대륙법계의 보편적인 법원칙 및 계약관계의 행위규범으로서 직접적인 효력을 지닌 신의칙과 엄격히 구분됨을 주의하여야 한다.

## 2. 협약에서 합리성의 원칙과 신의성실의 원칙과의 관계

협약에서 다수의 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 개별 사안에 따라 신의칙과 기능적 동질성을 지닌다. 협약 제7조의 신의칙은 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범에 대한 재판규범으로서 계약관계에도 간접적인 영향을 미치기 때문이다. 한편 협약의 개별조항에서 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범은 곧 재판규범이라는 양면성을 지니는데, 마찬가지로 제7조의 신의칙은 이와 동일한 사안에서 재판규범에 해당되는 점에서 합리성의 원칙을 매개로 계약관계에서 간접적인 행위규범 역할을 수행한다. 이처럼 협약상의 신의칙은 구체적인 사안에서는 보통법에서와 같이 단편적인 접근 방식을 취하는 합리성의 원칙과 기능적 동질성을 지니므로 협약 전체적으로 볼 경우에는 개별조항에서 종래 신의칙의 본질적인 정신에 터 잡아 명시적·묵시적 의미의 합리성

1103) Gary F. Bell, *More Uniformity by Accepting Good Faith in the CISG, in* Pace International Law Review, ed., Review of the Convention ofn Contracts for International Sales of Goods (CISG) : 2005-2006, Sellier, 2007. p. 17.

1104) Secretariat Commentary, Art. 6[draft counterpart of CISG article 7(1)]. No. 3. 현재 조문을 기준으로 제16조 제2항 (나)호, 제21조 제2항, 제29조 제2항, 제37조, 제38조, 제40조, 제49조 제2항, 제64조 제2항, 제80조, 제85조, 제88조가 예시되어 있다; 개별규정의 검토에 관하여는 오석웅, 앞의 논문, 82면 이하 참조.

1105) Secretariat Commentary, Art. 6(draft counterpart of CISG article 7(1)). No. 4.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로 발현된 일반원칙들의 종합적인 법개념 기능을 수행한다.[1106] 결국 협약의 신의칙은 대륙법에서 계수되어 계약당사자의 권리와 의무의 창설·변경·소멸적 효력의 근거가 되는 보편적이고 추상적인 신의칙과 명확히 구분되는 법원칙으로 보아야 한다.[1107]

이에 따르면 협약의 해석원칙으로서 신의칙은 i) 협약 전반에 걸쳐 명시적인 합리성으로 발현되어 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙과, ii) 특별히 합리성 개념을 원용하지 아니하고도 개별조항에서 묵시적인 합리성의 의미로 발현된 일반원칙과의 관계에서 기능적으로 확장된다.

## 가. 명시적인 합리성의 원칙에 의한 기능적 확장

### (1) 합리성과 신의성실의 기능적 동질성

협약에서 신의칙과 가장 유사한 기능적 동질성을 지닌 것으로 해석되는 일반원칙은 협약 전반에 걸쳐서 다수의 개별조항에서 공정성과 판단력을 요구하고 행위윤리의 표준 역할을 수행하는 합리성의 원칙이다.[1108] 기능주의적 관점에서 신의칙의 의의는 협약상 합리성의 원칙을 매개로 확장된다. 합리성이나 신의성실 각각에 반하는 당사자의 행위 역시 상호 간의 법개념에 다시 위배되는 긴밀한 상관관계에 놓여 있기 때문이다.[1109] 합리성의 원칙은 신의칙과 같이 방법론적으로 추상적인 법원칙을 발달시킨 대륙법계의 일반적인 법개념으로 인식된다. 반면 영미법계에서 합리성이란 종종 불가해한 법개념으로 인식되거나,[1110] 모두가 알고 있다는 의미에서 합리적이지만 불확실한 법명제로 평가되기도 한다.[1111] 따라서 영미법의 전통에 따르면 합리성의 개념은 구체

1106) Disa Sim, op. cit., p. 92.
1107) Ibid.
1108) Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the Internatinoal Sale of Goods, p. 38~39; Frans J.A. van der Velden, The Law of International Sales: The Hague Conventions 1964 and the UNCITRAL Uniform Sales Code 1980, Voskuil & Wade eds., Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade, The Hague: Nijhoff, 1983, p. 52, n. 2; 심종석, 국제상사계약에 있어 신의칙의 적용기준과 법적 규제에 관한 비교연구, 통상법률 No. 56, 법무처, 2004, 118면; 한낙현, 앞의 논문, 79면; 오현석, 국제상사계약상 신의성실의 원칙, 성균관법학, 제24권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 531면.
1109) 한낙현, 위의 논문, 79면; John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, p. 101.
1110) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 8, para. 22.
1111) Reigate v Union Manufacturing [1918] 1KB 592, 605.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적인 상황에 따라 상대적으로 인식된다. 예컨대 한때는 합리적이라 인식되었던 것도 시간이 흐른 뒤에는 비합리적인 것으로 판단되기도 한다.[1112]

그러나 전통적으로 신의칙 개념을 부정해온 영국법체계에서도 합리성의 원칙은 기능주의적 관점에서 신의칙을 대체하며 계약관계에서 일정한 행위규범 역할을 수행하고 있다. 즉 계약책임의 제한이나 면책 등의 불공정 계약조건에 관한 법률에서 합리성의 요건은 곧 공정거래의 표준이 된다.[1113] 보통법에서도 계약관계의 현저한 불공정, 불합리의 문제에 있어서 합리성의 원칙은 신의칙의 대안적인 법원칙으로서 법률관계의 형평적 권리구제 기능을 수행한다. 예컨대 보통법에서 전통적으로 발달해온 묵시의 계약조건에 의한 계약책임에서도 합리성의 기준은 권리구제수단의 중요한 고려요소가 된다. 또한 보통법체계에서는 계약의 해석기준에 있어서도 명문화된 계약 외관으로부터 추단되는 당사자 의도가 강조되고 합리적인 사람이 인지하였을 바가 객관적 해석기준을 구성하고 있다.

같은 문맥에서 협약의 개별조항에서 발현된 합리성의 원칙도 비교법 기능주의적 접근 방식에 의하여 상호 조화되기 어려운 이질적인 법문화 사이의 물품매매규범을 통일하는데 중요한 매개체가 된다. 즉 협약에서 신의칙은 합리성의 법개념에 대한 해석원칙으로서 비교법 기능주의 고유의 연구 성과에 해당하며 합리성에 의존하여 협약의 초안이 마련되기까지의 지난한 협상과정이 이를 반증한다. 협약의 합리성 개념에 대한 인식은 법문화에 따라 상이하거나 각각 일치하지 않을 수 있으므로 협약의 해석주체에 따라 협약 제8조가 신의칙과 동일한 기능적 효용성의 근거 규정으로 예시되기도 한다.[1114] 협약의 규범적 해석기준으로서 법문상 신의칙이 요구하는 합리적인 사람의 기준을 직접적으로 언급하고 있기 때문이다. 또한 협약 제9조는 명시적으로 합리성 개념을 원용하지는 않지만 이에 따르면 계약당사자의 합리적인 행위나 합리적인 기대는 묵시적으로 거래관행에 기초하고 있다.[1115] 즉 합리성의 의미는 이를 명시적으로 원용하지 아니한 개별조항에서도 묵시적인 신의칙의 추단 근거가 된다. 이밖에도 협약의 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 오늘날 협약이 이질적인 법문화를 성공적으로 수용할 수 있게 된 중요한 입법장치 중 하나로 평가할 수 있다.

---

1112) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 8, para. 22; Glamorgan Coal Co. v South Wales Miners' Federation [1903] 2 KB 545.
1113) 예컨대 Unfair Contract Terms Act 1977, Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.
1114) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 8, para. 22.
1115) 김인호, 앞의 논문, 217면; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 9, para. 1.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 신의성실 개념의 기능적 확장

이에 따라 협약 제7조 제1항의 해석원칙에 근거한 신의칙은 협약에서 신의 개념과 기능적 동질성을 지닌 합리성의 원칙에 의존하여 기능적 확장성을 획득한다. 기능주의적 관점에서 협약의 신의칙은 다음과 같은 이유로 외관상 및 실질상 협약의 개별조항에서 합리성의 원칙으로 발현된 것으로 볼 수 있다.[1116]

첫째, 협약이 기초하고 있는 합리적 신뢰 보호의 원칙의 연장선상에서 합리성의 원칙은 계약당사자로 하여금 합리적인 사람의 기준에 따라 행동하여야 할 신의칙상의 의무와 유사한 의무를 부여한다. 따라서 합리성의 원칙은 제7조 제2항에서 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 해당하며 신의칙의 적용에 준하는 기능적 유사성을 지닌다. 앞서 합리적 신뢰 보호의 원칙은 협약이 기초한 일반원칙으로서 상대방 행위의 기초가 된 합리적 신뢰를 제공한 당사자가 이에 반하는 행위를 할 경우 법적 책임을 직접 부담하도록 하고 상대방의 정당한 신뢰의 보호를 강조한 법원칙임을 확인하였다. 따라서 합리성 개념은 협약의 개별조항이 기초하고 있는 합리적 신뢰 보호의 원칙의 연장선상에서 신의성실과 기능적 유사성 내지 동질성을 지닌다.

둘째, 합리적 신뢰 보호의 원칙과 별개로 협약이 합리성의 일반원칙에 기초하고 있으며 신의칙과 유사한 기능을 수행하는 점은 협약 제1~3편의 약 3분의 1(제1조~제88조 88개 조항 중 30개 조항)에 걸쳐 합리성 개념을 상당수 원용하고 있는 개별조항을 통해 재확인된다.[1117] 나아가 CISG-AC에 의하면 합리성의 원칙은 신의칙과의 기능적 유사성 내지 동질성을 이유로 협약이 기초하고 있는 권리남용 금지의 원칙 그리고 선행행위에 모순되는 행위의 금지 원칙과 동일한 기원을 공유하고 있는 것으로 언급되기도 한다.[1118] 따라서 협약의 구체적인 사안에서 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 기능주의적 관점에서 계약관계에서 합리적인 사람의 기준에 따라 행동하여야 할 신의칙상의 의무와 유사한 의무를 부여하는 것으로 볼 수 있다.

셋째, 협약이라는 체계구조의 기능체로서 합리성의 원칙이 수행하는 역할은 신의칙과 유사한 기능적 동질성을 지닌다. 신의칙에 관한 비교법적 고찰에서 살펴본 바와 같

1116) 심종석, 앞의 논문, 118면; 한낙현, 앞의 논문, 79면; Frans J.A. van der Velden, op. cit., p. 52.
1117) 협약 제8조, 제16조 제2항 (나)호, 제18조 제2항, 제25조, 제33조, 제34조, 제35조 제2항 (나)호, 제37조, 제38조, 제39조 제2항, 제43조, 제44조, 제46조 제1항, 제47조, 제48조 제2항, 제49조 제2항, 제60조 (가)호, 제63조 제2항, 제65조, 제72조, 제73조, 제75조, 제76조, 제77조, 제79조 제1항, 제85조, 제86조, 제87조, 제88조.
1118) CISG Advisory Council Opinion No. 17, 4.26.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 영미법과 대륙법의 전통에서 신의칙이나 이와 기능적으로 유사한 법원칙은 공통적으로 법률관계의 형평·공평·균형의 정신에 공고히 터 잡고 계약관계 당사자에게 상대방의 합리적 신뢰와 기대에 반하지 아니할 의무를 부여한다. 이러한 의무는 특히 당사자의 합의를 비롯하여 확립된 거래관행이나 당사자 간에 구속력 있는 합리적인 규범체계에 따라 합리적으로 행동할 객관적인 행위규범 역할을 수행한다. 마찬가지로 협약이 기초하고 있는 합리성의 원칙 또한 i) 계약관계에서 법률행위의 해석의 표준이 되며(제8조), ii) 협약의 개별조항을 매개로 계약당사자에 대하여 직접·간접적인 규범력을 나타내며, iii) 협약이 기초한 일반원칙으로서 계약상 흠결의 보충수단이 된다. 이는 기능주의적 관점에서 전통적으로 계수되어온 신의칙의 역할, 즉 i) 계약관계의 해석원칙에 한하지 아니하고 ii) 계약관계 당사자에게도 직접적으로 요청되며 iii) 계약상 흠결의 보충수단이 되는 일반적인 법원칙으로서 신의칙의 기능과 일치한다.

결론적으로 일반원칙으로서 합리성의 원칙은 협약상 신의칙의 기능론과 무관하게 협약 전반에 걸친 개별조항을 매개로 계약당사자에게 신의칙상의 의무와 기능적 동질성을 지니는 행위규범으로 작용함을 확인할 수 있다.

## 나. 묵시적인 합리성의 원칙에 의한 기능적 확장

### (1) 합리성에 기초한 의무와 신의성실

보통법의 전통에서 구체적 형평의 성취는 대륙법의 보편적인 신의칙 개념과 기능적 동질성을 지니는 대안적 법원칙에 의존하여 계약관계의 불공정요소에 대한 단편적인 접근방식을 취한다. 즉 표시·약속·합의에 의한 금반언(estoppel), 부당한 영향(undue influence), 착오(mistake), 강박(duress), 허위표시(misrepresentation), 약인(cosideration), 신인의무(信人義務; fiduciary obligations), 계약조건의 편입(incorporation), 계약조건의 해석(construction of terms), 부당이득과 원상회복(unjust enrichment and restitution) 등 보통법체계에서 전통적으로 발달해온 단편적인 법원칙에 의하여 신의칙의 기능이 대체되고 있다.[1119]

이러한 기능주의적 관점은 영미법의 대안적인 법원칙들과 대륙법의 신의칙과의 기능적 동질성을 인식한 영국 판례[1120]를 통해서도 일찍이 널리 확인되고 있다. 즉 영국 판

1119) Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, op. cit., p. 202.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

례에 의하면 “대륙법계 국가, 아마도 보통법계를 제외한 대부분의 법체계에서는 계약의 성립 및 이행단계에서 계약당사자가 준수하여야 할 신의칙상의 행위의무를 채권법상의 최고원칙(overriding principle)으로 인식하고 이를 강제하고 있다”고 하면서 신의칙이란 상대방을 기망해서는 안 된다는 단순한 의미 이상으로 계약관계에서는 본질적으로 “공정한 거래(fair open dealing)에 관한 원칙”으로 인식하고 있다고 한다. 또한 영국법체계의 특성상 이러한 최고원칙을 수용하고 있지는 있지만 계약관계의 “불공정성의 문제에 대응하여 단편적인(piecemeal) 해결방안을 발전시켜 왔다”고 한다.[1121]

무엇보다 보통법의 계약책임 법리에서는 일반적이고 추상적인 신의칙상의 의무에 의존하기보다 계약관계에서 인정되는 구체적인 묵시의 의무를 통해 보다 명확한 권리관계 속에서 구체적인 계약목적 달성이 가능하도록 한 점이 눈에 띈다. 즉 묵시의 의무는 계약당사자의 합리적인 행위나 합리적인 기대의 의미가 함의된 i) 관행이나 관습[1122]뿐만 아니라 ii) 합리성의 기준이 적용되는 법원(法源)의 해석[1123]에 의하여도 성립되고, 심지어 iii) 입법수단[1124]에 의하여 직접적으로 명문화되기도 함으로써 계약관계에서 일반적인 신의칙 의무를 인정하는 것과 유사한 효과를 나타낸다. 이와 마찬가지로, 기능주의적 관점에 의하면 협약에서 앞서 그 외관 및 실질상 합리성의 의미로 발현된 신의칙은 묵시적으로 합리성이 추단되는 개별조항에서도 구체적으로 행위규범화 됨으로써 기능적 확장가능성을 지닌다. 즉 명시적으로 합리성 개념을 원용하지 아니하고도 신의칙의 정신은 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙에 내재되어 있으므로 이를 매개로 개별조항이 규율하는 구체적 사안에 따라 묵시적으로 합리성의 기준을 제시하며 객관적인 행위규범 역할을 수행한다.

(2) 신의성실의 원칙이 발현된 개별조항

신의칙이 발현된 개별조항에 관하여 사무국 주석은 최종 채택된 현재 조문을 기준으로 제16조 제2항, 제21조 제2항, 제29조 제2항, 제37조, 제38조, 제40조, 제49조 제2항,

1120) Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd, [1989] 1 QB 433, 439.
1121) Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd, [1989] 1 QB 433, 439.
1122) Hutton v. Warren, [1836] 1 M & W 466. 475.
1123) Elisabeth Peden, Policy Concerns Behind Implication of Terms in Law, Law Quarterly Review, Vol. 117, 2001, p. 459.
1124) The Sale of Goods Act 1979, Sec. 12. Implied terms about title, etc., Sec. 13. Sale by description, Sec. 14. Implied terms about quality or fitness, Sec. 15. Sale by sample; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 334.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제64조 제2항, 제80조, 제85조, 제88조에 각각 신의칙의 정신이 내재된 것으로 평가한다.[1125] 그러나 이 조항은 예시에 불과하며 신의칙은 협약 모든 조항의 해석과 적용에 폭 넓게 적용된다고 한다.[1126] 학계에서도 이러한 평가는 일반화되어 있다. 즉 사무국 주석을 비롯해 학계의 일반적 견해에 의하면 실질적인 측면에서 합리성의 의미로 발현된 묵시적인 신의칙상의 의무가 형식적인 측면에서는 합리성의 의미를 함의한 일반원칙에 의하여 협약 전반에 걸쳐 폭넓게 수용되어 있음을 확인할 수 있다.

이에 따라 협약 전반의 개별조항에서 발현된 신의칙의 정신은 명시적 또는 묵시적 의미의 합리성 개념을 원용함으로써 계약관계에서 객관적 행위규범 역할을 수행한다. 특히 이 가운데 신의칙과 기능적 동질성을 지닌 합리성의 원칙을 명시적으로 원용하지 아니하고도 협약에서 신의칙이 구체적으로 발현된 것으로 판단되는 개별조항은 협약 제16조 제2항 (나)호, 제21조 제2항, 제29조 제2항, 제40조, 제82조를 예로 들 수 있다. 물론 이는 예시에 불과하다. 이를 순서대로 살펴보면 제16조 제2항 (나)호에 의하면, 상대방이 청약의 철회불가능성을 신뢰하여 행동하고 그 신뢰가 합리적일 경우 계약관계에서 합리적 신뢰의 원칙에 따라 해당 신뢰를 배반하지 아니할 묵시적인 신의칙상의 의무와 동일한 의무를 긍정할 수 있다. 그리고 제21조 제2항은 연착된 승낙의 효력과 관련하여 전달이 정상적이었다면 기간 내에 청약자에게 도달했을 상황에서 승낙이 발송되었다고 인정되는 경우의 효력을, 제29조 제2항은 당사자 간 서면으로만 계약변경이 가능하도록 합의한 경우에도 상대방이 자신의 일정한 행동을 신뢰한 경우에 있어서 계약변경의 효력을, 제40조는 물품 부적합이 매도인이 알았거나 모를 수 없었던 사실이었으나 매수인에게 이를 밝히지 아니한 경우 제38조 내지 제39조에 따른 매수인 의무의 효력을, 제82조는 매수인이 물품의 수령상태와 동일하게 반환할 수 없는 경우에 매수인의 계약해제권의 효력을 각각 규율한다. 각 개별조항은 신의칙의 정신이 발현된 규정으로 이해되므로 묵시적인 의미에서 합리성의 의미로 발현된 신의칙상의 의무와 긴밀한 연관관계에 놓인 것으로 해석된다.

이밖에도 학계에서는 협약 전반에 걸쳐 상당한 비중의 개별조항에서 명시적으로 협약이 기초한 합리성의 원칙을 매개로 하지 아니하고도 각각 신의칙의 정신이 내재된 것으로 평가하고 있다.[1127] 예컨대 제35조 제3항은 매수인이 계약체결 시에 물품의 부

1125) Secretariat Commentary, Art. 6[draft counterpart of CISG article 7(1)]. No. 3.
1126) Secretariat Commentary, Art. 6[draft counterpart of CISG article 7(1)]. No. 4.
1127) 협약 제1~3편의 약 43%(제1조~제88조 중 38개 조항)를 차지한다. 즉 제2조, 제7조, 제8조, 제9조 제2항, 제14조 제2항, 제16조, 제18조 제2항, 제19조 제2항, 제21조 제2항, 제25조, 제26조, 제29조 제2항, 제33조, 제35조 제2항 (나)호, 제38조, 제39조 제2항, 제41조, 제42조 제2항 (나)호, 제44조, 제46조 제1항, 제47조,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적합을 알았거나 모를 수 없었던 경우에 있어서 매도인은 그 부적합의 책임을 부담하지 아니한다. 이와 유사하게 제38조는 매수인이 물품을 검사할 합리적 기회를 갖지 못한 채 운송중 배송지를 변경하고 매도인이 계약체결 시에 그 변경가능성을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 매수인의 검사의무를 연기할 수 있도록 하였다. 또한 제77조는 계약위반을 주장하는 당사자에게 합리적인 조치를 비롯한 손해경감의무를, 제80조는 상대방의 불이행이 자신의 작위나 부작위에 기인하는 경우 상대방의 불이행을 주장할 수 없도록 규정한다.[1128]

## 3. 보통법의 합리성 원리와 협약이 기초한 합리성의 원칙의 기능

### 가. 보통법의 합리성 원리와 협약이 기초한 일반원칙의 의의

체계·구조·기능의 관점에서 법을 인식하는 체계이론적 사고에 의하면 체계로서의 법의 구조가 스스로 규율하고 재생산함으로써 개방적인 규범성을 나타내는 법원칙은 구체적인 사례에서 신의칙과 다른 형태를 취하면서도 유사한 기여를 수행할 수 있다.[1129] 이러한 관점에서 협약 다수의 개별조항에서 원용되며 개별 사안에 따라 신의칙을 대체하는 합리성의 원칙은 보통법상의 단편적인 방법론을 채택한 결과라 할 수 있다. 즉 기능주의적 관점에 의하면 합리성의 원칙은 신의칙에 대하여 소극적인 수용태도를 보이고 있는 보통법 및 협약에서 공통적으로 신의칙이 지닌 기능과 동질성을 지니며 이를 대체하는 역할을 수행하고 있다.

(1) 협약이 기초하고 있는 합리성의 원칙

우선, 협약에서 합리성의 원칙을 매개로 확장된 신의칙의 기능적인 영역은 협약 전반에 걸쳐 법률관계의 해석 및 계약당사자의 권리와 의무에 직간접적 영향을 미친다. 합리성의 원칙은 협약의 총칙규정을 비롯한 개별조항의 법문에서 i) 직접적으로 합리

---

제48조 제2항, 제49조 제2항, 제54조, 제60조 (가)호, 제62조, 제64조 제2항, 제65조, 제66조, 제68조, 제71조, 제72조, 제73조, 제77조, 제79조 제1항, 제80조, 제88조.

1128) 이상의 예시 조항에 관하여 상세는 Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, op. cit., p. 168~169 참조.

1129) Thomas Vesting/김성돈 역, 앞의 논문, 301면; 김연식, 앞의 논문, 427면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적인 사람의 기준을 명시하는 경우와 ii) 사안에 따라 합리적이거나 비합리적인 기준의 판단을 요구하는 경우로 구분된다. 전자는 협약 제1편(적용범위와 총칙)의 총칙에 해당하는 제8조 그리고 제3편(물품의 매매)의 총칙규정 제25조에서, 후자는 특히 협약상 매매계약 당사자의 권리와 의무를 규율한 제3편의 개별조항 가운데 상당부분을 차지하고 법문상 합리성의 의미를 직접적으로 명시함으로써 일반원칙으로서 합리성의 원칙을 뒷받침하고 있다.

특히 전자 중에서도 직접적으로 합리적인 사람의 기준을 명시하는 제8조는 법률행위의 해석규정인 점에서 제7조 제1항에서 협약상 해석원칙으로 수용된 신의칙과 현저한 기능적 유사성 내지 동질성을 지니고 있다. 계약관계에서 법률행위의 해석과 협약의 해석의 경계를 명확히 확정지을 수 없는 규범적 고찰의 한계는 이러한 기능적 유사성 내지 동질성을 강화시킨다. 나아가 협약의 개별조항에서 기초하고 있는 합리성의 원칙은 계약당사자에게 직접적인 권리와 의무의 창설·변경·소멸적 효력을 지니는 점에서 앞서 비교법적 고찰에서 살펴본 바와 같이 대륙법의 신의칙에 준하는 기능적 유사성 내지 동일성을 확인할 수 있다.

(2) 보통법이 기초하고 있는 합리성 원리

다음으로, 보통법 전반에 수용된 합리성의 원리도 구체적인 개별 사안에서 대륙법의 신의칙을 대체하며 신의칙과의 기능적 동질성을 나타내고 있다. 영미법의 형평적 권리구제기능은 대륙법과 같이 신의칙의 일반적인 수용을 통해 성취되기보다 개별 사안에서 신의칙을 대체하는 기능주의적 법원칙을 통해 대안적인 발달과정을 거치면서 결과적으로 유사한 결과를 성취할 수 있었다. 즉 계약관계에서 발생하는 불공정성이나 현저한 불합리가 야기되는 개별 사례에 있어서 신의칙의 적용과 유사하면서도 선례 구속의 원칙을 기초로 발달한 보통법상의 법원칙에 의하여 명확한 권리관계 속에서 해결방안이 모색됨으로써 신의칙에 의한 보편적인 해결방식보다 단편적 접근방안에 의존하게 되었다.[1130] 주목할 부분은 이러한 단편적인 법원칙들이 합리성의 원칙과 긴밀한 상관관계에 놓여 있다는 점이다.

로마법과 대륙법의 방법론이 추상적이고 보편적인 법원칙에 의존하여 법률관계의 형

1130) Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd, [1989] QB 433, 439 (Bingham L.J); Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 347.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

평·공평·균형을 성취하고자 하였다면 영미법에서는 다양한 영역에서 이를 지향하는 합목적적이고 단편적인 법원칙들이 신의칙의 적용효과를 대체하는 것으로 평가되고 있다.[1131] 이러한 현상은 종래 로마적 형평이 그 입법적 결과물이라 할 수 있는 신의성실로 구체화되자 이에 반하는 bad faith 개념이 점차 명확해지면서 신의에 근거한 법제정비가 더욱 촉진되었던 현상과 일견 유사해 보인다.[1132] 즉 보통법에서는 비록 신의칙의 명확한 규범성이 부인되었을지라도 기능주의적 관점에 의하면 이에 반하는 bad faith 개념이 보통법상의 구체적이고 단편적인 법원칙들을 매개로 명료해지면서 법률관계의 형평·공평·균형 요소의 성취에 있어서 대륙법의 신의칙과 마찬가지의 결과를 동일하게 구현할 수 있었던 것이다.

특히 영국 보통법에서 합리성 개념은 신의칙의 도입에 관한 논의에 있어서 신의성실 개념과 서로 실질적인 구분이 어려울 정도로 명확하게 기능적인 균형관계(obvious symmetry)를 형성하고 있는 것으로 이해되고 있다.[1133] 이러한 합리성의 원리에 기초하여 다양한 단편적인 법원칙들이 개별 사안에서 신의칙을 대체하며 규범성을 확립해 나갈 수 있었다.[1134] 그러나 이러한 기능적 동질성에도 불구하고 보통법에서 합리성 개념에 대한 인식은 신의성실 개념과 달리 큰 반감을 불러일으키지는 않는 것으로 보인다. 오히려 합리성 개념은 오늘날 영국 계약법 법리 전반의 근간을 형성하고 있다고 해도 과언이 아니다.[1135] 살피건대 양자가 모두 일반적이고 추상적인 법개념임에도 보통법상의 단편적인 법원칙들은 대륙법의 신의칙이 지향하는 바를 합목적적으로 성취하면서도 공통적으로 합리성의 원리에 터 잡고 각각의 영역에서 신의칙에 준하는 규범적 기능을 수행하고 있다.

보통법에서 발견되는 이러한 단편적이고 기능주의적인 관점은 오늘날 협약에서도 그대로 반영되어 외견상 불가능해 보였던 협약 초안의 채택을 가능하게 했던 것으로 평가할 수 있다. 즉 신의칙에 대한 보통법의 부정적인 관점에 따라 협약 제7조의 신의개념은 법문상 협약의 해석원칙으로 제한되고 계약관계에까지 영향을 미치지 못했던 반면 이와 기능적 동질성을 지닌 합리성의 일반원칙은 협약 전반에 걸쳐 개별조항이

1131) Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, op. cit., p. 202.
1132) Hessel E. Yntema, op. cit., p. 66.
1133) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 360.
1134) Ibid; 김서기, 계약구속력의 근거에 관한 법이론적 고찰, 원광법학 제27권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 163면. 아티야의 신뢰이론에 의하면 사적자치의 원칙이 쇠퇴해가고 있는 현대법에서는 사회유대적·집단적 도덕관념으로부터 합리성이라는 보다 근본적인 판단기준의 역할이 강조되고 있다.
1135) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 360.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

규율하는 구체적인 사안에 따라 폭넓게 원용됨으로써 보통법의 반감을 일으키지 않으면서도 결과적으로 대륙법의 신의칙이 지향하는 바를 성취할 수 있게 된 셈이다.

따라서 이하에서는 개별 사안마다 다양화된 합리성의 원리에 터 잡아 보편적인 신의칙의 적용과 유사한 결과를 성취하고 있는 보통법상의 단편적인 법원칙들을 상세히 고찰한 후, 협약에서 대륙법계 신의칙의 적용과 유사한 기능을 수행하고 있는 합리성의 원칙의 기능에 대하여 고찰하고자 한다. 기능주의적 관점에서 협약의 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙을 살펴보면 일반적인 신의칙의 역할과 마찬가지로 i) 계약상 흠결의 보충수단, ii) 계약당사자의 객관적 행위규범, iii) 계약관계의 해석원칙의 기능을 수행하며 이는 합리성의 원칙에 터 잡아 보통법에서 발달한 단편적인 방법론과 마찬가지로 법률관계의 형평·공평·균형의 성취에 있어서 유사한 작용을 수행한다.

## 나. 보통법 및 협약에서 합리성의 원칙의 기능 비교

### (1) 계약상 흠결의 보충수단으로서 합리성의 원칙

#### (가) 보통법상 묵시의 의무에 관한 법리와 합리성

보통법에서 계약의 내용은 당사자 합의에 기초한 명시적 방법 외에도 묵시의 계약조건에 의하여 추단됨으로써 계약상 흠결의 보충수단이 된다.[1136] 보통법의 계약관계에서는 묵시의 계약조건에 의한 권리구제를 통해 합의되지 아니한 계약상 의무의 위반에까지 계약책임이 확장됨으로써 대륙법계 신의칙의 적용과 유사한 형평적 효과가 발생한다. 묵시의 조건(implied terms)이란 계약체결시 당사자가 명시적으로 의도하지 않았음에도 권리관계의 명확성을 기하고 법적 불안정성을 제거하기 위하여 묵시적으로 인정되는 계약 조건을 의미하며 기본적으로 합리성의 원칙에 터 잡아 계약당사자 사이의 균형적인 권리관계와 공정한 거래관계를 도모하는데 그 목적이 있다.[1137] 영국 계약법이 비록 계약 자유의 원칙 및 당사자 자치의 원칙에 기초하는 바가 크다 할지라도 계약조건은 반드시 명시적일 것을 요하지 아니하고 묵시의 조건에 의하여도 법적 책임이 야기된다. 이에 따라 계약법 이론에서 뿐만 아니라 실무에서도 묵시의 조건에 관한 법

1136) Uli Foerstl, op. cit., 26~27; Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 680.
1137) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 151 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리는 신의칙과 기능적 유사성 또는 동질성을 지니며 계약법상 권리구제 수단으로서 중요한 역할을 수행하고 있다.

명시의 의사에 근거하지 않는 점에서 묵시의 계약조건에 관한 법리에는 특정 계약내용이 상호 합의되지 않았음에도 묵시적으로 계약의 실체를 구성하게 되는 합리적 근거와 그 판단기준이 중요한 쟁점을 이룬다.[1138] 물론 대륙법계 신의성실의 원칙도 일반적으로 계약 당사자가 직접 합의하지 아니한 사회적 가치를 계약상 의무의 일부로서 묵시적 추단에 의하여 부담시킨다는 점에서 묵시적 의무의 주요한 근거 중 하나에 해당된다. 그러나 보통법상 계약관계에서의 묵시적 계약조건은 일반적이고 추상적인 신의성실의 원칙에 의존하지 아니하고 합리성의 원칙에 기초한 점에서 큰 차이가 있다. 법적 불안정을 야기하는 추상적인 신의성실 개념보다 오히려 구체적인 사안에 있어서 i) 입법수단에 의하거나, ii) 법률의 규정이 없는 경우에는 관행이나 관습 또는 iii) 법원의 해석에 의하여만 묵시적 의무를 부여하고 이때에도 합리성 요건의 충족을 전제로 엄격한 관점을 취함으로써 명확한 계약관계 속에서 계약목적 달성이 가능하도록 하고 있다.

묵시적 의무에는 두 종류가 있는데, 특정 계약 유형에 대하여 묵시의 계약조건이 당사자의 의도에 의하여 추단되는 것으로 간주되는 경우에는 사실상의 묵시의 계약조건이라 하며 이에 반해 법률상 추단되는 경우를 법률상의 묵시의 계약조건이라 한다.

① 사실상 묵시의 의무와 합리성 요건

보통법에서 묵시의 계약조건이 법률에 의하지 아니하고 객관적으로 규명되는 당사자의 의도, 즉 사실의 문제로 추단되는 경우에는 계약 체결시의 합의내용을 비롯해 종합적인 사실관계가 고려되는데[1139] 우선 당사자 간 확립된 관행이나 해당 상거래에 관한 관습이 존재할 경우에 명시의 합의에 의하지 않더라도 합리성 요건이 충족되는 경우에는 묵시의 계약조건이 성립될 수 있다.[1140] 관행이나 관습이 구속력 있는 계약조건에 일단 포함되는 경우에는 실제 계약을 체결한 것과 같은 효력을 발생하므로 반드시 당사자 사이에 이에 대한 명시적 또는 묵시적 동의가 존재하여야 한다. 따라서 묵시적

1138) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 334.
1139) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 151; Ali v Christian Salvesen Food Services Ltd [1997] 1 All ER 721, Waite LJ at 726; Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 680.
1140) Hutton v. Warren, [1836] 1 M & W 466. 475.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

동의의 인정 여부에는 합리성 요건이 중요한 고려사항이 된다.[1141] 즉 해당 관행 또는 관습이 i) 내용상 명확하고 ii) 그 존재가 잘 알려져 있고 iii) 합리적이며 iv) 당사자가 그 구속력을 인지할 수 있는 경우에는[1142] v) 당사자 사이의 명시적 계약 조건이나 현행 법률의 입법취지에 반하지 아니한 경우에 한하여 묵시적 동의가 있는 것으로 간주된다.[1143] 물론 관행이나 관습이 존재하지 않는 경우에도 합리성을 기초로 한 법원의 판단에 의하여 묵시의 의무가 성립될 수 있다. 다만 계약의 자유 및 당사자 자치의 원칙을 고려하여 당사자 의도의 규범적 해석에 의한 묵시의 계약조건은 보통법상 매우 엄격한 기준에 따른다.

이처럼 법원의 해석에 의하는 경우에는 상거래상 명시되지 않은 당사자의 의도를 묵시적으로 추단함으로써 이를 계약 조건화하는 점에서 사실상의 묵시의 의무(terms implied in fact)라 하며, 이는 당사자의 의도와는 무관하게 계약의 성격에 따라 특정 유형의 모든 계약에 법률상 묵시의 의무를 인정하는 경우와 구분된다.[1144] 종래 보통법상 묵시적 계약조건에 대한 판단에 적용된 전통적인 기준[1145]에서는 비즈니스 효율이나 제3자의 관점에 따라 보수적인 관점을 취하여 당사자 사이의 경제적 지위 및 교섭력의 격차가 현저하게 존재하는 계약관계에서는 합리성이 결여된 결과가 야기될 위험이 늘 지적되어 왔다. 이에 따라 Attorney General of Beliz v. Belize Telecom Ltd 판결에서는 묵시의 계약조건의 성립에 합리성의 기준이 적용됨으로써 종래 보통법상의 지배적인 판단기준에 변화가 나타났다.[1146] 호프만(Hoffmann)이 제시한 합리성의 기준

---

1141) 상세는 Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 157~159 참조.

1142) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 340.

1143) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 151; Brown & Son Ltd v. SS Turid (Oweners) [1992] 1 AC 397.

1144) Elisabeth Peden, op. cit., p. 459. 이러한 구분의 실익은 사실상의 묵시의 의무가 법률상의 묵시의 의무보다 더 엄격한 판단 기준을 요구하는데 있다.

1145) 전통적으로 business efficacy test(Hamlyn & Co v Wood & Co [1891] 2 QB 488; KC Sethia (1944) Ltd v Partabmull Rameshwar [1950] 1 All ER 51)와 officious bystander test(Southern Foundries (1926) Ltd V. Shirlaw, [1939] 2 KB 206)가 적용되어 왔다. 'officious bystander test'란 참견하기 좋아하는 제3자(officious bystander)가 어떤 계약조건의 포함여부를 당사자에게 물어본다고 가정할 때 계약당사자 관점에서 굳이 명시하지 않더라도 상호 동의했다고 보는 내용을 묵시의 조건으로 본다. 판례를 통해 적용된 종래의 전통적인 기준을 종합하면 묵시의 계약조건은 i) 합리적이고 형평적이어야 하며, ii) 비즈니스 효율상 필요성 요건을 충족하여야 한다([1889] 14 PD 64, Court of Appeal). 또한 iii) 계약상 굳이 명시하지 않더라도 그 내용을 명확히 인정할 수 있고, iv) 명확히 표현될 수 있어야 하며, v) 당사자가 합의한 명시의 계약조건에 반하지 않아야 한다(BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. Shire of Hastings, [1978] ALJR 20, 26). 전통적인 기준에 의하면 당사자 의도의 규명은 법원이 당사자 간 명시의 합의에도 불구하고 사실상 새로운 계약을 창설하는 부정적인 결과를 방지하기 위해 다툼의 여지가 최소화된 영역에 한하여 엄격하게 제한되는 것으로 이해된다. Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 680.

1146) [2009] 2 AII ER 1127; [2009] UKPC 10.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 의하면 사실상의 묵시적 계약조건의 인정 여부는 결국 계약의 해석 문제로 귀결된다.[1147] 계약체결과 관련된 객관적이고 종합적인 사실관계에 비추어 계약조건이 당사자의 합리적인 기대를 충분히 반영하고 있느냐가 중요한 판단기준이 되기 때문이다.[1148] 호프만의 합리성의 기준을 비롯해 보통법상의 판례기준에도 불구하고 사실상의 묵시의 계약조건의 실질적인 인정여부는 개별 사례의 구체적인 사실관계가 종합적으로 고려된다. 물론 여기서는 당사자의 진정한 의도에 대한 객관적인 규명이 주요한 쟁점이 되므로 특정 계약조건의 묵시적 인정 여부에 있어서 당사자가 동의하지 않았을 것이라는 사정이 명확한 경우에는 법원의 해석에 의하여도 추단될 수 없다.[1149]

② 법률상 묵시의 의무와 합리성 요건

앞서 사실상의 묵시의 계약조건에 관한 법리는 당사자의 명시적인 합의가 부재한 계약내용에 있어서 구체적인 계약의 종합적인 사실관계에 의존하여 사실상의 흠결보충 기능을 수행한다. 반면 법률상의 묵시의 계약조건은 i) 정형화된 특정 유형의 계약관계에서 ii) 필요성 요건[1150]의 충족만으로 자동으로 계약내용을 구성하는 효력을 발생하는 점에서 차이가 있다.[1151] 예컨대 매도인과 매수인(특히 전기, 전화 등 독점적 공급자와 소비자), 사용자와 고용인, 임대인과 임차인 등과 같은 유형의 계약관계에서는 구체적인 사실관계에 따른 당사자의 진정한 의도와는 무관하게 일반적으로 고려해야할 정책적인 사항이 중요시되므로 법률에 따라 묵시의 의무가 부여된다.[1152] 따라서 이 경우는 가상의 거래를 가정하여 계약관계를 해석하기보다 특정 유형의 계약관계에서 발생하는 표준적인 내용을 규율하는 것으로 볼 수 있다.[1153]

이처럼 의회의 입법 작용에 의하여 묵시의 의무를 인정하는 방식은 계약상 권리관계의 명확성을 기하고 경제적 지위 격차로 인한 불공정 요소를 줄임으로써 계약 당사자

1147) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 680.
1148) [2009] UKPC 10, [2009] 2 All ER (Comm) 1. 법원에서 문제가 되는 것은 관련배경에 비추어 문서상의 계약조건이 당사자에게 합리적으로 이해될 바를 적시하고 있느냐에 있다고 한다.
1149) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 683.
1150) El Awadi v BCCI [1989] 1 All ER 242, Hutchinson J at 253.
1151) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 154~157 참조; Society of Lloyd's v Clementson [1995] CLC 117, Steyn LJ, at 131; Shell UK v Lostock Garages [1977] 1 All ER 481, Lord Denning MR at 487; Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 688.
1152) Industrie Chimiche Italia Centrale and Cerealfin SA v Alexander G Tsavlisis & Sons Maritime Co, The Choko Star [1990] 1 Lloyd's Rep 516, Slade LJ at 526.
1153) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 155.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 균형적인 권리관계를 도모하는 것으로 평가된다.[1154] 영국물품매매법(the Sale of Goods Act 1979)이 대표적인 예라 할 수 있는데 여기서는 매도인의 의무를 규율하면서 매매당사자로서 매수인이 통상 합리적으로 기대하는 바를 묵시의 계약 조건에 의하여 직접적이고 구체적으로 반영하는 입법방식을 취함으로써 매도인에게 일반적인 신의칙상의 의무를 인정하는 것과 유사한 효과를 나타낸다.[1155] 예를 들어 영국물품매매법 제12조는 매도인에 대하여 매매목적물의 소유권에 관한 묵시적 조건을 규정함으로써 소유권 이전에 있어서 매도인의 권리와 매매목적물에 관한 매수인의 권리행사상의 하자를 담보하는 기능을 한다.[1156] 마찬가지로 같은 법 제13조와 제15조는 매도인으로 하여금 기술한 물품의 상세나 샘플이 실제 물품과 일치하지 않을 경우에 대하여 책임을 부담하도록 함으로써 유사한 효과를 나타낸다.[1157] 특히 제14조는 물품의 품질에 관하여 매수인이 합리적으로 기대하는 통상의 목적 및 특별한 목적에 대한 적합성을 묵시의 계약 조건에 의하여 담보함으로써 신의칙에 따른 일반적인 묵시의 의무를 부담시킨 것과 유사한 효과를 성취하도록 하였다.[1158]

이와 같이 영국 계약법에 의하면 특별히 당사자 합의에 의하여 계약에 명시하지 않더라도 관행이나 입법수단 또는 사법적 판단기능에 의하여 당사자가 합리적으로 기대한 바를 묵시의 계약조건을 통해 성취하도록 함으로써 대륙법의 일반적인 신의칙을 인정하지 않으면서도 계약관계에 있어서 당사자 간 권리관계의 명확성을 기하면서 이와 동일한 효과를 기능주의적으로 성취하고 있는 것으로 평가할 수 있다.[1159]

(나) 협약에서 합리성의 원칙과 흠결의 보충기능

보통법에서 합리성의 원칙에 기초한 묵시의 계약조건에 관한 법리와 마찬가지로 협약에서도 합리성의 원칙은 계약관계에서 구체적인 사안에 따라 흠결보충 기능을 수행한다. 원거리 국제물품매매 계약의 체결 과정에서는 종종 계약의 성립에 요구되는 핵심문제에 한하여 당사자의 분명한 의도를 규명하고자 하면서도 세부적인 이행 관련 사

1154) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 334.
1155) The Sale of Goods Act 1979, Section 12. Implied terms about title, etc., Section 13. Sale by description, Section 14. Implied terms about quality or fitness, Section 15. Sale by sample.
1156) Sale of Goods Act 1979 Section 12.
1157) Sale of Goods Act 1979 Section 13, Sale by description, Section 15. Sale by sample.
1158) Sale of Goods Act 1979 Section 14. Implied terms about quality or fitness.
1159) 여기에는 앞서 Liverpool CC v. Irwin [1977] AC 239에서 합리성을 기초로 묵시의 조건을 인정하는 태도에 대하여 비판적인 관점도 존재한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

항에 대하여는 계약 체결상의 편의성과 함께 계약의 적법한 성립과 무관함을 이유로 구체적인 권리관계를 명확히 설정하지 않는 경우가 발생한다. 이 경우 통상의 경우라면 특정한 권리관계를 의도한 당사자로 하여금 입증책임을 부담하게 함으로써 계약상 흠결로 인한 계약위험의 분배작용을 기대할 수 있다. 그러나 이때 협약 제7조 제2항은 협약상 흠결의 보충규정 역할을 수행한다. 특히 국제거래상 신의 준수 요건은 제7조에 의하여 협약의 기본적인 해석원칙으로 설정되었지만 계약당사자의 행위에 간접적으로 영향을 미치지 아니하는 신의에 따른 협약의 해석은 사실상 가능하지 아니한 것으로 봄이 타당하다.[1160] 그러므로 협약의 해석원칙에 관한 규정은 계약의 해석에 있어서도 결과적으로 간접적인 영향을 미친다. 이 밖에도 협약 제9조는 별도로 당사자가 합의한 관행과 당사자 간 확립된 관행뿐만 아니라 별도의 합의가 없는 경우에는 묵시의 관행에 의한 보충가능성을 제시한다.

무엇보다 협약상 합리성의 원칙에 의하여 계약상 흠결의 보충기능이 확인되는 규정은 계약관계에서 당사자의 진술 그 밖의 행위에 의하여 주관적 의도를 규명하기 어려운 경우를 상정하고 규범적 해석기준을 제시한 협약 제8조 제2항에 해당한다. 이에 따르면 당사자의 진술 또는 행위의 해석은 상대방과 동일 부류로 가정된 합리적인 사람이 동일한 외부조건하에서 이해하였을 바가 객관적 기준이 되므로 불완전한 계약이 지닌 흠결의 보충기능을 수행하는 것으로 볼 수 있다.[1161] 이 점에서 합리성의 원칙은 협약 제7조 제2항에 근거한 일반원칙으로서 신의칙과 상당한 기능적 유사성 내지 동질성을 지닌다. 그 밖에 상대방이 이해한 내용에 관한 객관적인 판단에 있어서 협약 제8조 제2항이 제시하는 객관적인 해석에 의하면 양당사자 사이에 존재하는 협약 제8조 제3항의 사전 교섭, 확립된 관례, 관행뿐만 아니라 당사자의 후속 행위를 비롯하여 협약 제9조의 국제거래상의 관행 등 구체적인 사안에 따라 종합적인 상황이 고려되는 점에 비추어 흠결보충수단으로서 협약 제8조 및 개별조항이 기초한 합리성의 원칙의 기능은 더욱 강화된다고 할 수 있다.[1162]

이와 같이 보통법상의 개별 사안에서 대륙법의 신의칙을 대체하는 것으로 평가되는 합리성의 원칙은 협약에서도 계약상 흠결의 보충기능을 수행함으로써 협약에서 도출가능한 신의칙과 기능적 동질성을 지닌 것으로 평가할 수 있다.

---

1160) Johan Steyn, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy, p. 133; Troy Keily, op. cit., p. 25.

1161) 상세는 Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 8, para. 12 참조.

1162) Joachim Froehlich, op. cit., p. 38; Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (5). Standard of reasonableness.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 계약관계의 객관적 행위규범으로서 합리성의 원칙

(가) 보통법상 계약관계의 공정성에 관한 법원칙

보통법에서 합리성의 원칙은 계약관계에서 발달한 절차적 공정성에 관한 법원칙과 긴밀한 상관관계에 놓여 있다. 영국계약법에서는 계약당사자의 자유로운 의사결정 여부를 기준으로 계약체결 과정상의 절차적 공정성과 이에 따른 계약의 효력에 관한 법리가 발달해왔다. 예컨대 계약 체결 단계에서 일방 당사자의 부당한 영향, 강박, 허위표시 등에 의해 야기되는 계약관계의 절차적 불합리성, 불공정성 문제에 관하여 이를 규율하는 구체적인 법원칙에 의하여 신의칙 보다 단편적인 해결방식을 취하고 있다.

① 계약관계의 절차적 공정성에 관한 법원칙과 합리성

우선 계약관계에서의 강박은 부당한 영향의 일종으로서 일방의 부당한 압력행사로 인하여 합리적이거나 현실적인 대안이 없는 상대방으로 하여금 원치 않는 계약을 체결하거나 특정 계약 조건이 포함되게 하는 경우에 발생한다.[1163] 강박의 법리는 계약관계의 불공정·불합리를 근거로 계약의 효력을 부정하는 점에서는 외견상 계약 내용의 실체적 불공정성이 일반적인 특징으로 나타난다고 할 수 있다. 그러나 계약 외관의 기초는 계약의 성립 과정에서 일방의 동의의 결여와 위법한 해악의 고지라는 강박 자체의 불법적인 성질에서 기인한다.[1164] 따라서 후술하는 바와 같이 부당한 영향이나 허위표시의 법리와 마찬가지로 강박의 법리도 계약관계의 상대적·경제적 약자를 보호하며 계약내용의 실체적 공정성의 측면에서 실질적인 기능을 수행한다고 볼 수 있으나 오히려 계약 체결상의 절차적 불공정성을 기초로 형성된 법원칙으로 이해되고 있다.[1165]

보통법에서 발달한 강박의 유형은 사람·물건에 대한 강박을 비롯해 불법적 행위나 계약위반의 위협 등에 의하여도 다양하게 존재한다. 이처럼 초기의 법리에서 형식적으로 구분되었던 강박의 법리는 후에 법원에서 불법성을 지닌 압력이라는 요건으로 단일

1163) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 1039; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 623.
1164) 명순구, 미국계약법 입문, 법문사, 2008, 92면.
1165) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 1039.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

화되는 듯한 경향을 보이기도 하는데,[1166] 형식적인 구분에 의하면 물품매매에 관한 상거래에서 적용되는 강박의 양태는 대체로 경제적인 강박으로 나타난다.[1167] 판례에 의하면 경제적 강박이란 일방이 우월한 경제적 지위를 이용하여 상대방으로 하여금 일정한 계약조건을 수용하도록 함으로써 경제적 이익에 대하여 불법적인 위협을 행사하는 행위를 의미한다.[1168] 판례를 통해 일관되게 성립되어온 경제적 강박의 요건은 i) 일방이 행사하는 압력의 불법성과 ii) 상대방의 의사에 영향을 미치고 강박에 이르게 하는 해당 압력의 수위로 정리된다.[1169] 전자와 관련하여 상대방에 대한 압력의 불법성은 해당 압력 자체의 성격과 그 이유가 되는 요구사항의 성격이 함께 고려된다.[1170] 따라서 일방의 압력이 불법적인 것이면 통상 강박으로 볼 수 있으나 설령 적법한 경우라도 그 이유가 되는 요구사항에 합리성이 현저히 결여된 사정이 있다면 강박에 이를 수 있다.[1171] 이 밖에도 강박에 기초한 계약을 이유로 권리구제가 가능하기 위해서는 해당 압력의 행사와 계약의 성립 간의 인과관계가 인정되어야 하고 추가로 다른 합리적인 대체수단이 존재하지 않았을 것을 요한다.[1172]

강박의 법리와 함께 영국법상 부당한 영향의 법리도 상대방의 의사에 정의 관념에 반하는 부적절한 영향을 미침으로써 불공정한 계약이 성립된 경우를 규율하고 있다. 양자 모두 계약체결과정상의 공정성 유무와 이에 따른 실체적 공정성의 측면에서도 권리구제 기능을 나타내는 점에서 일견 대륙법의 신의칙을 대체하는 구체적인 법원칙으로 평가되고 있다.[1173] 전통적으로 보통법상 부당한 영향의 법리에는 실제로 부당한 영향이 존재하는 경우와 이를 추정할 수 있는 경우로 구분된다.[1174] 후자를 주장하는 경우 당사자 사이에 합리적 신뢰관계가 존재하고 상대방이 신뢰관계를 이용하여 비난의 대상이 되는 거래를 유도한 점을 입증해야 하는 반면[1175] 전자의 경우에는 부당한 영향은 당사자 간 관계로부터 추단될 수 없으며 실제로 특정 계약의 체결을 위해 부당한

1166) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 351.
1167) 최선영, 강박의 확장: 영국 판례 중심, 외법논집 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014, 93면 이하 참조.
1168) B & S Contracts & Design Ltd v Victor Green Publications Ltd [1984] ICR 419, 423; Occidental Worldwide Investment Corporation v. Skibs A/S Avanti [1976] 1 Lloyd's Rep 293.
1169) R v. Attorney-General for England and Wales [2003] UKPC 22. Privy Council.
1170) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 645.
1171) Ibid.
1172) Ibid, p. 649.
1173) 장재현, 계약법의 현대적 과제, 경북대학교 출판부, 2007, 71~76면; Reshma Korde, op. cit., p. 153.
1174) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 1055~1056.
1175) Barclays Bank plc v O'Brien [1994] 1 AC 180, 189~190.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

영향을 행사한 사정을 입증해야 하는 점에서 차이가 있다.[1176] 전자의 부당한 영향은 대체로 물리적이거나 정서적인 안녕의 위협을 포함하는 것으로 이해되므로 실제로 강박과의 구분에 있어서 명확한 경계설정이 용이한 것은 아니다.[1177] 또한 계약 체결에 이르게 하는 부당한 영향에 피고의 유책사유가 필요한가에 대하여 판례의 태도는 일관되지 않은 경향을 보이기도 한다.[1178] 그러나 부당한 영향이 추정되는 경우에는 당사자의 명백한 행위가 존재하지 않더라도 폭넓은 권리구제 가능성이 존재하는 점에서 강박의 경우보다 보통법상 적용범위가 상대적으로 넓은 것으로 평가할 수 있다.

같은 문맥에서 보통법상 허위표시의 법리에도 신의성실의 정신이 반영되어 있고 신의칙과 유사한 기능적 동질성을 나타내며 법률관계의 명확성을 고려한 구체적인 법원칙으로 평가할 수 있다.[1179] 특히 영국법상의 허위표시가 기망적이거나 과실 또는 유책사유가 없는 허위표시로 구분되어 각각 차별화된 구제수단이 제공되는 점에서 더욱 그러하다.[1180] 원래 영국법에 의하면 매매목적물과 관련하여 계약체결 전단계에서 신의칙에 따른 일반적인 고지의무가 인정되는 것은 아니다. 그러나 Walford v. Miles 판결에 의하면 설령 신의칙에 따른 교섭의무를 부담하지 않더라도 계약당사자 간 교섭행위는 허위표시가 발생하지 않는 범위 안에서 자유롭게 이루어질 수 있다고 판시된 바 있다.[1181] 여기서 허위표시란 사실 또는 법률에 관하여 명확한 허위의 진술을 함으로써 상대방에 대하여 계약체결을 유도하고 손해를 야기하는 행위를 의미한다.[1182] 이에 대하여는 예외적으로 정보를 제공하지 않은 행위 자체에 의하여도 허위표시가 성립될 수 있다는 취지의 판례도 존재한다.[1183] 따라서 단순한 침묵이 허위표시 요건을 충족하는 것은 아니지만 존재하지 않는 사실에 대하여 이를 긍정하는 단순한 행위나[1184] 물품의

1176) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 1055.
1177) Ibid, p. 1038.
1178) 예를 들어 R v. Attorney-General for England and Wales [2003] UKPC 22, National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v. Hew [2003] ULPC 51에서는 피고의 유책사유를 요한다고 하고, Resticcio v. Huet [2004] EWCA Civ 372, [2004] All ER (D) 36은 부당한 영향에 피고의 유책사유는 요건이 아니라고 한다.
1179) 정성헌, 미국 사법상 신의성실에 대한 비교법적 연구: 계약교섭단계를 중심으로, 법과정책 제23집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2017, 194~195면; Reshma Korde, op. cit., p. 153.
1180) 박영복, 현대 계약법의 과제, 한국외국어대학교 출판부, 2009, 219~222면; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 603. 즉 허위표시로 인하여 계약의 취소 및 손해배상청구가 가능하나, 유책사유가 없는 허위표시의 경우에는 계약을 취소하거나 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이며 양자가 모두 허용되지는 않는다.
1181) [1992] 2 AC 128, House of Lords.
1182) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 576.
1183) Walters v. Morgan, [1861] 3 D F & J 718.
1184) Spice Girls Ltd v. Aprilia World Service BV, [2002] EMLR 27.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하자를 적극적으로 은닉하려는 행위[1185] 자체에 의하여도 영국법상 권리구제가 가능한 허위표시가 성립된다. 그러나 영국법상 계약당사자에게 일반적인 고지의무가 직접적으로 인정되지는 않을 뿐만 아니라 단순한 침묵만으로 사기나 허위표시가 성립하는 것은 아니며, 이러한 행위가 규율되고 있지도 않은 점에서 일부에서는 신의성실의 기능을 대체하는 법원칙으로서 허위표시의 원칙의 한계를 지적하기도 한다.[1186]

이와 같이 계약 체결 단계에서 정의 관념에 반하는 일방 당사자의 부당한 영향, 강박, 허위표시 등에 따른 계약관계의 절차적 불공정성에 관한 문제는 영국법상 합리성의 원리에 터 잡아 신의성실의 정신이 반영된 구체적인 법원칙에 의하여 세분화된 영역에서 규율되고 있다. 이러한 방식은 계약 당사자에게 일반적인 신의성실의 의무를 부여함으로써 정의 관념에 반하는 구체적인 사안에 대하여 포괄적으로 접근하는 해결방식과 같은 기능적 유사성을 찾을 수 있다. 이 점에서 전통적으로 법률관계의 명확성을 해하지 않는 방식을 선호하고 개념적 모호성이 제거되지 않은 법원칙을 경계하는 영국법의 관점을 간접적으로 확인할 수 있다.[1187] 나아가 계약관계의 절차적 불공정성에 기초한 이상의 단편적인 법원칙들은 합리성의 원리에 터 잡아 계약관계의 상대적 약자를 보호하며 계약내용의 실체적 공정성의 측면에서도 법률관계의 형평·공평·균형을 도모하는 점에서 대륙법의 신의칙의 기능을 대체하는 것으로 평가할 수 있다.

② 표시, 약속, 합의에 의한 금반언의 원칙

금반언의 원칙도 신의칙 규범의 원리가 구체적인 적용 사례의 축적에 의하여 유형화된 법원칙 가운데 하나인 점에서[1188] 대륙법계 신의칙과 일부 기능적 동질성을 지니고 법률관계의 형평·공평·균형을 성취하는 기능주의적 법원칙으로 평가할 수 있다. 보통법상 판례에 의해 발달한 금반언(禁反言; estoppel)의 원칙은 대륙법계에서는 일반적이고 추상적인 신의칙으로부터 구체적인 하위규범으로 파생된 법원칙으로 이해되고 있다.[1189] 특히 영국법에서 금반언의 원칙은 합리성의 원리에 터 잡아 일관성의 강제수

1185) Schneider v. Heath [1813] 3 Camp 506; cf) Peek v. Gurney [1873] 8 LR 6 HL 377.
1186) Sara Hourani, op. cit., p. 418.
1187) 특히 허위표시의 원칙에서는 고의에 의하지 않은 경우에도 권리구제가 가능한 점에서 이러한 구체적인 법원칙에 의하여 때로는 신의칙에 의존할 때보다 더 넓은 범위에서 형평적 권리구제 기능을 기대할 수 있는 것으로 평가할 수 있다.
1188) 김형배 외, 앞의 책, 43면.
1189) 금반언이라는 단어 estoppel은 노르만어에서 유래하여 옛 프랑스에서는 estoupail로 사용되었다고 하나 기본적으로 stop, 즉 정지 또는 중단이라는 뜻을 지니고 있다. 최명구, 앞의 논문, 409면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

단[1190]으로 작용하면서 정의 관념에 터 잡은 형평적 권리구제 기능을 수행한다.[1191] 일방의 진술이나 행위에 의하여 상대방으로 하여금 합리적 신뢰를 갖도록 한 경우에는 이로 인해 계약상의 의무를 부담하지 않는다고 할지라도 선행된 진술이나 행위를 준수할 의무가 인정될 수 있기 때문이다.[1192]

이에 따라 대륙법과 달리 계약체결상의 과실에 보수적인 입장을 취하는 영국법에서도 주의의무의 해태로 인하여 상대방의 신뢰를 상실케 한 경우 과실에 의한 불법행위 책임에 의하여 신뢰가치의 배상이 요구될 수 있다.[1193] 또한 영국법상 약인의 부재로 계약이 성립하지 않음을 이유로 급부의 약속을 강제할 수 없을 경우에도 합리성의 원리에 터 잡은 금반언의 원칙에 의하면 일정한 법률효과를 달성할 수 있다.[1194] 판례를 통해 정립된 금반언의 원칙에 의하면 일방이 진술이나 행동에 의하여 상대방으로 하여금 특정 사실에 대한 합리적이고 정당한 신뢰를 갖도록 하고 상대방이 이를 기초로 특정 행위를 한 경우 이에 반하는 후행행위는 허용되지 않기 때문이다.[1195] 금반언의 원칙의 목적은 계약관계에서 선행행위와 일관성이 결여된 후행행위에 의하여 정의 관념에 반하는 불합리한 피해를 방지하는데 있다. 그러므로 금반언의 원칙은 적극적인 소의 제기를 위한 권리구제수단이라기 보다 합리성이 결여된 권리행사에 대한 제한 또는 항변의 원칙으로 작용한다.[1196]

선행행위의 종류에는 일방의 표시(representation)[1197]나 약속(promise)[1198], 합의(convention)[1199] 등 여러 가지가 있을 수 있으므로 선행행위의 형식에 따라 각기 다른 유형의 금반언의 법리가 성립할 수 있다.[1200] 예를 들어 은행에서 착오로 다른 계좌에 입금하면서 이에 대한 소유권에 이상이 없다고 확인해준 경우는 일방의 표시에 의한

1190) Elizabeth Cooke, The Modern Law of Estoppel, Oxford University Press, 2000, p. 1~2.
1191) 권혁재, 금반언의 원칙의 실체법적·소송법적 적용에 관한 유형별 고찰, 민사법의 이론과 실무 제7집, 민사법의 이론과 실무학회, 2003, 183면.
1192) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 123.
1193) 최명구, 영국계약법상 금반언의 원칙, 정당한 기대의 보호와 그 시사점, 동아법학 제53권, 동아대학교 법학연구소, 2011, 412면.
1194) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 144.
1195) Maclaine v. Gatty, [1921] 1 AC 376, 386.
1196) Roger Halson, The Offensive Limits of Promissory, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1999, p. 259~261.
1197) Maclaine v. Gatty, [1921] 1 AC 376, 386.
1198) Hughes v. Metropolitan Railway Company, [1877] 2 App Cas 439; Central London Property Ltd v. High Trees House Ltd, [1947] KB 130.
1199) Amalgamated Investment & Property Co Ltd v. Texas Commerce International Bank Ltd, [1982] QB 84, 130~131; ING Bank NV V. Ros Roca SA, [2011] EWCA Civ 353, [2012] 1 WLR 472.
1200) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 222~223.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

금반언의 법리가 적용 가능하므로 이러한 표시내용을 번복하면서 이를 신뢰하여 행동한 상대방에 대하여 해당 금액의 상환을 요청할 수 없다.[1201] 또한 계약 조항의 해석에 관하여 특정한 의미로 한정하여 해석하기로 상호 합의하였거나[1202] 계약체결의 전제가 되는 사실이 진실한 것으로 서로 합의하고[1203] 이에 대한 합리적 신뢰를 기초로 거래가 성사된 경우에는 해당 합의를 근거로 금반언의 법리가 성립할 수 있다. 마지막으로 계약상 임차인이 수리의무를 부담함에도 임대인이 대신 수리비용을 부담하기로 약속한 경우에는 약속에 근거한 금반언의 법리가 성립할 수 있다.[1204] 특히 Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd 판결은 이후 영국법상 약속에 근거한 금반언의 성립에 주요한 배경을 제공하였다.[1205] 판례를 통해 정립된 요건을 종합해보면 일방의 약속에 근거하여 금반언의 법리가 적용되기 위해서는 해당 약속이 i) 당사자의 법률관계에 영향을 미칠 만큼 내용상 명확하고 특정한 법적 권리의 포기의사를 분명하게 표시하여야 하며,[1206] ii) 상대방이 이에 대한 합리적 신뢰를 기초로 행동을 하였고,[1207] iii) 해당 약속을 번복하는 것이 정의 관념에 반하는 부당한 행위이어야 한다.[1208] 이에 따라 금반언의 법리가 적용되는 경우에는 해당 의무가 더 이상 강제되지 아니한다.

금반언의 원칙은 이와 같이 상대방의 합리적이고 정당한 신뢰를 야기하는 표시행위, 약속, 합의 등 다양한 유형의 선행행위에도 불구하고 계약의 불성립을 이유로 특정 의무의 이행을 강제하는 불합리에 대한 항변수단에 해당한다. 항변수단으로서 금반언의 법리는 정의 관념에 반하는 결과가 발생하는 구체적 사례에 있어서 형평적인 권리구제 기능을 나타냄으로써 대륙법적 사고에서 널리 수용되어 있는 일반적인 신의칙의 기능을 일부 대체하는 효과를 성취하고 있는 것으로 이해된다. 즉 금반언의 원칙은 엄격한 법적용에 의한 불합리를 교정하는 형평적 권리구제수단으로서 계약관계에서 상대방의 정당하고 합리적인 기대를 보호하는 기능을 수행하는 점에서 대륙법의 신의칙과 기능적 유사성 내지 동질성을 지닌 것으로 평가할 수 있다.

---

1201) Elizabeth Cooke, op. cit., p. 1~2.
1202) Ibid.
1203) Amalgamated Investment and Property Co Ltd v. Texas Commerce International Bank Ltd [1982] QB 84.
1204) Elizabeth Cooke, op. cit., p.1~2.
1205) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 359; [1947] 1 KB 130, King's Bench Division.
1206) Woodhouse AC Israel Cocoa SA v. Nigerian Produce Marketing Co Ltd [1972] AC 741, 757.
1207) [1982] 1 All ER 19.
1208) D & C Builders v. Rees [1966] 2 QB 617, Court of Appeal.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 협약에서 객관적 행위규범으로서 합리성의 원칙

협약에서도 합리성의 원칙은 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙으로서 협약 제8조와 제25조에서의 '합리적인 사람' 뿐만 아니라 협약에서 구체적인 사안에 따라 합리적이거나 비합리적인 기준의 객관적 판단을 요구하는 방식으로 행위기준을 제시하며 협약 전반의 개별조항에서 폭넓게 원용되고 있다. 특히 매도인과 매수인의 권리와 의무의 핵심을 이루는 협약 제3편(제25조~제88조)의 상당부분, 즉 64개 조항 중 27개 조항(약42%)[1209]에서 협약의 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙을 확인할 수 있다. 이밖에도 제1편의 총칙 1개 조항(제8조)과 제2편(계약의 성립)의 2개 조항(제16조, 제18조)을 포함하면 협약 전체 101개 조항 중 약 30%에 달하는 총 30개 조항이 합리성의 원칙에 기초하고 있는 것으로 분석된다. 이처럼 합리성의 원칙은 협약에서 다양한 법적 문제를 예정한 개별조항을 매개로 계약당사자에 대하여 객관적인 행위규범 역할을 수행하고 있다.

법문상 합리성의 원칙을 원용한 협약의 개별조항은 총칙부분의 제8조, 제25조를 제외하고 이를 긍정적인 의미로 원용한 경우와 부정적인 의미로 표현된 경우로 구분된다. 우선 합리성의 원칙은 이 원칙에 기초하고 있는 약 절반 이상의 개별조항, 즉 협약 제18조 제2항, 제33조 (다)호, 제39조 제1항, 제43조 제1항 제46조 제2항 내지 제3항, 제47조 제1항, 제48조 제2항, 제49조 제2항 (가)호 내지 (나)호, 제63조 제1항, 제64조 제2항 (나)호, 제65조 제1항 내지 제2항, 제73조 제2항, 제75조, 제79조 제4항에서 각각 합리적인 기간의 의미로 가장 많이 원용되었다. 그 밖에 제72조 제2항, 제88조 제1항은 합리적인 통지,[1210] 제85조, 제86조 제1항, 제87조, 제88조 제2항 내지 제3항은 합리적인 비용, 제75조는 합리적인 방법, 제77조, 제85조, 제86조 제1항, 제88조 제2항은 합리적인 조치,[1211] 제44조는 합리적인 이유, 제60조 (가)호, 제79조 제1항은 합리적인 기대, 제16조 제2항 (나)호는 합리적인 신뢰, 제38조 제3항은 합리적인 기회, 제76조 제2항은 합리적인 가격[1212]의 의미로 각각 합리성의 원칙을 명시하고 이를 원용하고 있다. 반면

1209) 협약 제25조, 제33조, 제34조, 제35조 제2항 (나)호, 제37조, 제38조, 제39조 제2항, 제43조, 제44조, 제46조 제1항, 제47조, 제48조 제2항, 제49조 제2항, 제60조 (가)호, 제63조 제2항, 제65조, 제72조, 제73조, 제75조, 제76조, 제77조, 제79조 제1항, 제85조, 제86조, 제87조, 제88조.

1210) 제72조 '시간이 허용하는 경우 합리적인 통지', 제88조 제1항 '합리적인 통지'.

1211) 제85조 '합리적인 조치'; 제77조, 제86조 제1항, 제77조, 제86조 제1항 '그 상황에서 합리적인 조치'; 제88조 제2항 '매각하기 위한 합리적인 조치.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

일반원칙으로서 합리성의 원칙은 개별조항에서 부정적인 의미로 사용되기도 하면서 구체적 사안에서 각각 합리성의 기준에 대한 준수의무를 부여하기도 한다. 즉 협약 제34조, 제37조, 제48조 제1항, 제86조 제2항에서는 불합리한 불편 또는 비용,[1213] 제48조 제1항, 제88조 제1항에서는 불합리한 지체,[1214] 제88조 제2항에서는 불합리한 비용, 제35조 제2항 (나)호에서는 불합리한 신뢰의 의미로 각각 원용되어 제8조와의 관계에서 구체적인 사안에 따라 객관적인 행위규범 역할을 수행한다.

이와 같이 협약의 각 개별조항에서 원용된 합리성 개념은 협약에서 구체적으로 예정된 다양한 법적 사안에 있어서 협약이 적용되는 계약당사자에 대하여 직접·간접적인 행위규범 역할을 수행한다. 나아가 합리성의 원칙은 매매계약의 당사자인 매수인 또는 매도인에 대하여 신의칙에 따른 의무와 기능적 유사성 내지 동질성을 지니는 행위의무를 각각 부여함으로써 권리관계의 창설적 효력을 발생시키거나 협약에서 기부여된 권리의 변경·소멸적 효력을 나타낸다. 예컨대 제79조가 기초하고 있는 합리성의 원칙은 권리관계의 변경적 효력으로서, 일방 당사자의 의무불이행이 통제 불가능한 장애에 기인하고 계약체결 시에 해당 장애의 고려나 그 결과의 회피 또는 극복에 대한 합리적인 기대가 존재하지 않았을 경우 이에 대한 면책 근거를 구성함으로써 협약상 사정변경원칙의 근거 규정으로 평가된다.[1215] 통설적 견해에 의하면 제79조는 객관적으로 완전한 이행불능이나 계약상 의무이행의 강제로 인하여 비합리적이고 현저한 권리관계의 불균형이 야기되는 경우를 모두 규율하므로 제79조에서 요구하는 합리성의 기준이 충족되는 경우에는 그 효과로서 손해배상책임이 면제된다.[1216] 나아가 계약수정권을 인정하는 일부 견해에 의하면 계약조건에 관한 재조정 의무에 따라 권리관계의 변경적 효력까지 인정될 여지가 있다.[1217] 이 밖에도 협약 전반에 걸쳐 명시적·묵시적 합리성 개념을

---

1212) 제76조 제2항 '합리적으로 대체할 수 있는 다른 장소에서의 가격'.

1213) 제34조, 제37조, 제86조 제2항 '불합리한 불편이나 비용'; 제48조 제1항 '불합리한 지체, 불합리한 불편이나 비용'.

1214) 제88조 제1항 '불합리한 지체'; 제48조 제1항 '불합리한 지체, 불합리한 불편 또는 불안'.

1215) Ingeborg Schwenzer, op. cit., p. 713.

1216) John O. Honnold/Harry M. Flechtner, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, 2009, p. 628; CISG-AC Opinion No. 7. Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, China, 12.10.2007, Opinion 3.1; Denis Talon in Cesare Bianca and Michael Bonell, eds., Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Convention, Giuffre, 1987, Art. 79 para. 1.3.

1217) UNILEX Belgium : Court of Cassation of Belgium, C.07.0289.N, 19.06.2009. 협약 제79조의 적용 효과로는 Hardship에 대한 협약상 흠결을 이유로 제7조 제2항에 의존한 해석론을 채택하였다. 즉 제7조 제2항에 근거한 일반원칙으로 PICC 규정을 보충적으로 적용하였는데 이에 대하여는 다양한 이견이 존재한다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

원용하며 계약관계에서 구체적인 행위규범을 제시하는 개별조항에 의하면 단편적인 방법론에 의하여 신의칙에 따른 의무와 기능적 유사성을 지닌 다양한 묵시적 의무를 통해 대륙법계 신의칙에 준하는 법률관계의 형평요소가 내재된 것으로 평가할 수 있다.

(3) 계약관계의 해석원칙으로서 합리성의 원칙

(가) 보통법상 계약의 해석과 합리성과의 관계

앞서 계약관계에서 사기, 강박과 같은 일방의 행위로 인하여 상대방이 원치 않는 계약이 성립하는 경우나, 상대방의 의사에 정의 관념에 반하는 부적절한 영향을 미침으로써 불공정한 계약이 성립된 경우에는 영국법상 신의성실을 대체하는 세분화된 법원칙에 의하여 권리구제 가능성을 기대할 수 있었다. 그러나 이러한 사유에 해당하지 않음에도 결과적으로 계약관계의 불공정성이 문제가 되는 경우에도 계약 내용의 효력을 제한할 수 있을 것인가라는 또 다른 문제가 존재한다. 앞선 경우가 계약 체결의 절차적 공정성과 관련된 이슈였다면, 이 경우는 예컨대 단순히 당사자 간 경제적 지위나 교섭력의 현저한 불균형으로 인하여 야기되는 계약 내용의 실체적 공정성에 관한 문제인 점에서 성격을 달리한다.

기능주의적 관점에 의하면 보통법에서 계약의 해석에 관한 법리는 합리성의 원리에 터 잡고 대륙법에서 수행하는 신의칙의 기능과 밀접한 관련이 있다. 무엇보다 보통법이 터 잡은 계약 자유의 원칙에 의하면 계약 내용의 결정은 계약 당사자의 재량에 속하므로 계약관계의 불공정성을 이유로 실체적 계약 내용에 제한을 둘 수 있다는 관점은 곧 계약 자유의 원칙과의 조화 가능성에 관한 반론을 불러일으킬 수 있다. 그러나 전통적으로 수용되어 온 보통법상의 제재수단을 살펴보면 계약조건의 확정 및 해석의 법리에 의하여 각각 불공정한 계약조건 자체를 계약 내용에 포함되지 못하게 함으로써 일견 신의칙과 유사하게 계약관계의 실체적 불공정성 문제를 직접적으로 해결하는 접근방식이 존재함을 확인할 수 있다.

① 계약 해석의 표준으로서 합리성의 원칙

계약의 해석은 사실의 문제가 아니라 법원에게 주어진 법률의 문제에 해당된다.[1218)]



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법률의 문제로서 법원의 해석에는 전통적으로 당사자의 진정한 의도에 대한 해석이 중요할 수밖에 없는데 영국법상 계약의 해석, 즉 당사자 의도의 규명방식에 관한 큰 흐름은 경직된 문언중심주의(literalism)에서 상대적으로 유연한 문맥중심주의(contextualism)로의 이동으로 요약할 수 있다. 종래 보통법에서 당사자 의도의 규명은 주관적 내심의 의사가 아니라 오히려 객관적으로 추단되는 의사에 더 큰 비중이 실려 있었다. 즉 영국법에서는 적법하게 성립된 계약의 해석문제는 전통적으로 당사자의 주관적 의도에 의하여 결정된다기보다 사실관계에 기초한 명문상의 의미가 더욱 강조되었다.[1219] 최종적인 계약의 해석에 있어서 당사자의 의도는 명문화된 계약의 외관에 의하여 추단되며 다툼이 있는 부분에 대하여도 가상으로 설정된 '합리적인 사람'이 인지하였을 바가 규범적인 해석기준이 되었다.[1220]

그러나 이러한 자구중심의 경직된 해석기준은 점차 당사자의 진정한 의도 규명에 해당 거래의 종합적인 요소를 고려하는 문맥중심적 접근방식[1221]이 채택되면서 유연성을 획득하였다. 이러한 문맥적인 접근에 의하면 계약내용의 해석에 종합적인 사실관계가 강조되고 당사자 의도의 해석에 유연성이 더해지면서 근본적인 변화가 나타나기 시작하였다.[1222] 이에 따르면 계약내용에 의하여 추단되는 당사자의 의도는 해당 거래를 목적으로 '동일 상황에서 합리적인 사람'이 응당 이해할 바를 따름으로써 진정한 의도에 보다 근접하는 방안을 모색할 수 있게 되었다.[1223] 이러한 해석은 Investors' Compensation Scheme v West Bromwich Building Society 판결에서 호프만의 표현을 빌리면 종래의 모든 해석방법을 폐기하는 것으로서 일상생활에서의 상식의 원칙(common sense principle)을 취하는 것이었다.[1224]

판례에 나타난 이러한 문맥지향적인 해석 혹은 목적적인 접근방식을 상술하면, i) 계약의 해석에는 객관적인 해석기준이 적용되지만 ii) 계약성립시를 기준으로 종합적인 사실관계가 고려되므로 iii) 최종적인 계약의 해석은 명문의 자구에 한하지 않고 구두의 증거도 배제되지 않는다.[1225] 마찬가지로 iv) 계약의 해석에 있어서 당사자의 의사

1218) Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co [1972] AC 741, 770; Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 449.
1219) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 367 이하 참조.
1220) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 718.
1221) 상세는 Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 166~169 참조.
1222) Michael Furmston/Andrew Grubb, op. cit., p. 718; Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society, [1998] 1 WLR 896.
1223) Wire TV Ltd v CableTel (UK) Ltd [1998] CLC 244, 256.
1224) Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society, [1998] 1 WLR 896.
1225) Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society, [1998] 1 WLR 896.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

표시로부터 추단되는 진정한 의도도 종합적인 사실관계에 비추어 평가되므로, v) 계약의 외관에 '합리적인 사람'이 인지한 바가 충분히 반영되지 않은 것으로 판단되는 경우에는 당사자가 진정으로 의도하지 않은 내용은 최종적인 계약해석에서 배제된다.[1226] 계약 성립의 배경이 되는 종합적인 사실관계란 합리적인 사람의 관점에서 계약과의 관련성이 있다고 판단되는 단순한 사실관계뿐만 아니라 예컨대 법률의 착오와 같은 법률관계까지 포괄한다고 한다.[1227] 따라서 거래의 종합적인 문맥을 고려한 판례의 경향을 종합하면 계약의 최종적인 해석에는 당사자의 의도규명을 위한 유연성이 어느 정도 확보된 것으로 평가할 수 있다.

오늘날 당사자 의도의 규명에 관한 문맥중심적 접근방식은 문언중심적 접근방식보다 계약의 해석상 유연성이 허용되는 진일보한 방식으로서 당사자에게 가장 합리적인 결과를 도출할 수 있는 장점이 있는 점에는 분명 이견이 없어 보인다. 그러나 다른 한편으로는 문맥중심주의에 관한 지나친 지상주의는 법원으로 하여금 사실상 계약 외관을 수정할 수 있는 재량권을 허용함으로써 법적 안정성을 저해할 수 있다는 우려가 존재한다.[1228] 일부에서는 종합적인 사실관계가 폭넓게 고려되는 나머지 소송경제적으로도 비효율성이 야기된다는 비판의 목소리도 있다.[1229] 그러나 해석상의 유연성은 명문의 계약 내용이 명확하지 아니하거나 당사자의 진정한 의도를 규명하는 데 있어서 꼭 필요한 경우에 한하여 허용되는 것이다. 또한 계약해석에 대한 문맥지향적인 접근방식의 취지가 반드시 당사자 의사에 대한 주관적인 규명을 목적으로 하는 것이 아니라 오히려 당사자의 합리적 기대에 대한 객관적 해석에 더 큰 비중이 실려 있는 것으로 이해된다. 따라서 해당 상거래의 종합적인 사실관계를 고려하는 접근방식은 해석상의 유연성을 제고하면서도 합리적 기대의 해석에 관한 방법론적 향상을 가져올 수 있는 점에서 계약의 모든 단계에 걸쳐 일반적인 신의칙이 부정되는 영국 계약법에서도 신의성실의 정신에 반하는 사안에 있어서 결과적으로 형평적인 권리구제 기능을 나타내는 것으로 평가 할 수 있다.[1230]

② 계약 내용의 확정 및 해석에 관한 법리

---

1226) Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society, [1998] 1 WLR 896.
1227) Bank of Credit and Commerce International SA v. Ali Lord, [2001] UKHL 8.
1228) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 167; Staughton LJ [1999] CLJ 303.
1229) Ibid, p. 167
1230) Sara Hourani, op. cit., p. 117~118.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

보통법에서 계약 내용에 법적 효력이 부여되기 위해서는 해당 조건이 당사자가 체결한 계약에 최종적으로 포함(incorporation)되고 확정되어야 한다. 특정 계약 조건의 편입을 위해서 일방 당사자가 취할 수 있는 방식은 크게 세 가지로 정리할 수 있다.[1231] 우선 상대방이 관련 계약 조건이 포함된 문서에 i) 서명을 한 경우가 가장 명확한 방식인데 이때 실제 내용의 인지여부는 문제되지 않는다.[1232] 다음으로 ii) 당사자 간에 확립된 관행이나 해당 거래상의 관습에 의하여 계약내용에 포함되는 방식이 있으나 이 경우 입증의 곤란이 문제가 된다.[1233] 마지막으로 상대방이 iii) 특정 계약 내용을 인지할 수 있도록 합리적인 조치를 취하는 방식이 있다.

계약 조건 편입의 법리에서 신의성실의 원칙과 유사한 기능적 효용성을 나타내는 분야는 특히 iii)과 관련이 있다. 이에 따르면 불공정한 계약조건에 대한 보통법의 규제방식은 최종 서명한 문서에 한해서는 특별한 효력이 없으나, 그 외의 경우에는 해당 계약조건의 편입을 배제하여 법률효력을 제거함으로써 정의 관념에 터 잡은 신의칙상의 권리구제 기능을 나타낼 수 있다. 계약조건의 편입 여부에 대한 판단에 있어서 배제되는 불공정한 계약조건이란 대개 일방에 대하여 불공정한 계약상 의무를 새로이 창설하거나 상대방이 쉽게 알 수 없는 계약의 위반사항에 대하여 면책범위를 설정하고 그러한 책임을 제한하는 형태를 취한다.[1234] 따라서 보통법에서 이러한 불공정한 계약 조건에 관한 규제는 계약조건의 편입에 있어서 불공정한 요소의 배제를 위한 명확한 요건이 요청된다.

특히 상대방의 인지가능성에 관한 합리적인 조치 의무는 불공정 요소의 배제를 위한 중요한 요건 가운데 하나에 해당된다.[1235] 즉 계약조건의 편입을 의도하는 당사자는 i) 계약 체결시 또는 그 이전에 ii) 상대방이 해당 조건을 잘 인지할 수 있도록 이에 대하여 합리적인 고지 의무를 부담한다.[1236] 이와 함께 iii) 계약상 효력을 부여하고자 하는 문서에 의하여 해당 계약 조건이 포함되어 있을 것을 요한다.[1237] 합리적인 조치에 대한 객관적인 판단은 구체적인 사실관계에 따라 상이하나, iv) 새로운 의무나 부담을 창

1231) 상세는 Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 173~177; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 310 이하 참조.
1232) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 73.
1233) Ibid, p. 177.
1234) Ibid.
1235) Ibid, p. 173~177 참조.
1236) Parker v. South Eatern Railway (1877) 2 CPD 416; Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 176.
1237) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 319; Chapelton v. Barry UDC [1940] 1 KB 532.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

설하는 계약조건일수록 상대방이 인지하고 합리적인 주의를 기울일 수 있도록 특별한 조치(예컨대 굵은 글씨나 빨간 잉크로 인쇄)를 취할 보다 명확한 의무가 부여된다고 할 수 있다.[1238] 따라서 계약조건을 표준약관에 따른다고 하면서 약관을 교부하지 않은 채 계약을 체결한 경우[1239]나 페널티 조항을 인지할 수 있도록 합리적인 조치를 하지 않은 경우[1240]에는 비록 계약이 체결되었더라도 해당 계약조건은 편입통제에 의하여 계약의 일부에 포함되지 않은 것으로 간주된다.

한편 보통법에서 계약조건 편입의 법리가 불공정한 계약조건이 최종 계약내용에 포함되지 않도록 사후에 이를 배제하는 방식을 취한다면, 계약조건 해석에 관한 법리는 계약상 의무나 이미 계약내용에 포함된 면책내용에 대한 엄격한 해석을 통하여 계약관계의 불공정성 이슈를 제거하는 형식을 취한다. 즉 계약내용에 명확성이 결여되어 있는 경우나 면책조항에 따라 일정범위의 책임이 면제 또는 제한되어 있는 경우에도 특정 이익을 의도한 것으로 의문시 되는 경우에는 해당 내용을 주장하는 자, 즉 작성자 불이익 해석의 원칙(Contra Proferentum)에 따라 해당 의미의 적용 및 그 효력을 부정할 수 있다.[1241]

예를 들어 계약상 면책조항에서 계약당사자 일방의 과실뿐만 아니라 이행보조자의 귀책사유로 발생한 손해까지 포함한다는 명시적 면책사항이 존재하는 경우에는 특정 범위의 계약책임이 배제될 수 있다. 그러나 이 경우 이행보조자의 면책 여부를 구체적으로 명시하지 않고 이를 단순히 '어떠한 손해도 책임지지 않는다'는 취지로 포괄적으로 기술함으로써 이행보조자의 면책범위의 쟁점에 명확성이 결여된 것으로 판단되는 경우에는 그 효력이 부정될 수 있다.[1242] 이에 따르면 이행보조자의 귀책사유로 인한 과실이 면책범위에 포함되도록 하려면 이행보조자의 과실이나 부주의와 같은 문구를 별도로 명기하여야 면책조항으로서 효력이 발생한다.[1243] 따라서 보통법에서 계약조건의 해석통제에 의하면 법원은 계약관계에서 책임을 제한하거나 면제하는 내용이 달리 해석될 여지가 존재하지 않는지, 면책의 의미에 명확성이 결여되어 있지 않는지 엄격한 해석 절차를 거침으로써 계약관계의 불공정성 이슈에 대한 해결방안을 모색한다.

---

1238) Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright, op. cit., p. 176.
1239) Poseidon Freight Forwarding Co. Ltd. v. Davies Turner Southern Ltd. [1996] 2 Llooyd's Rep 388.
1240) Interfoto Picture Library ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433.
1241) Tan Wing Chuen v. Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd [1996] 2 BCLC 69, 77; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 406.
1242) Canada Steamship Lines Ltd v. The King [1952] AC 192, 208.
1243) Shell Chemicals UK Ltd v. P & O Roadtanks Ltd [1995] 1 Lloyd's Rep 297, 301.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이상에서 보통법상 계약의 해석에 관한 법리의 고찰 결과를 분석해 보면 우선 보통법에서 불공정한 계약조건의 최종 확정에 관한 접근방식은 최종 서명된 계약이나,[1244] 계약 성립에 있어서 당사자 간에 확립된 관례 또는 관행이 존재하는 경우에는 효력이 제한된다.[1245] 바꾸어 말하면 계약조건 편입 및 확정의 법리에 의하여도 최종 서명된 계약이나 해당 거래에 확립된 관례 및 관행에 의하여 계약조건상의 실체적인 불공정성 이슈가 야기되는 경우의 제재효과는 기대하기는 힘든 것으로 해석된다.[1246] 마찬가지로 적용범위에 있어서도 계약조건의 편입에 관한 법리는 합리적인 조치의무를 이행하지 아니한 영역에만 머물러 있다. 즉 상대방이 인지할 수 있도록 합리적인 조치의무를 이행한 경우에도 계약조건상 불공정성 문제가 제거되지 아니한 경우에는 대륙법의 신의칙과 달리 실익을 기대할 수 없는 점에서 적용상의 명확한 한계도 병존하는 것으로 평가할 수 있다.[1247]

특히 계약 조건 해석의 경우에도 작성자 불이익 해석의 원칙을 적용하기 위해서 의도적으로 불명확한 계약내용을 포함시키는 경우에는 그 효력이 제한될 수 있는 점을 감안하면 계약조건 해석의 법리가 비합리적인 방식으로 오용될 가능성도 존재한다.[1248] 더욱이 계약위반의 수위가 중대한 경우에는 계약관계의 핵심요소를 기초로 하는 본질적인 계약위반에 대하여도 일응 내용상 명확성이 결여되어 있지 않은 것으로 판단되는 경우에는 이러한 계약책임 제한 규정의 효력을 배제할 수 없다는 점에서 적용상 한계를 나타내기도 한다.[1249] 특히 대륙법에서와 같이 일반적이고 포괄적인 신의성실의 의무를 부담하는 계약관계에서는 이 경우에도 일정한 요건에 따라 형평적 권리구제 가능성이 없지 않은 점에 비추어 보면 보통법의 단편적인 방법론으로서 계약조건 해석의 법리에는 적용상의 한계가 두드러진다고 할 수 있다.

그러나 계약조건 편입가능성에 대한 보통법상의 제약을 통해 불공정한 계약조건의 적용을 배제함으로써 간접적으로 계약관계에서 일반적인 신의성실의 의무를 부담시킨 것과 동일한 효력을 기대할 수 있는 것으로 이해된다. 이 점에서 계약조건 편입의 법

1244) P. S. Atiyah, *Form and Substance in Contract Law, in* P. S. Atiyah, ed., Essays on Contract, Clarendon Press, 1986, p. 109. 이에 대한 근거로 서명에 부여된 사회적·법률적 기능의 중요성을 언급한다.

1245) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 310~311; L'Estrange v. F. Graucob Ltd [1934] 2 KB 394, Divisional Court.

1246) Sara Hourani, op. cit., p. 121.

1247) Ibid.

1248) Andrews Bros (Bournemouth) Ltd v. Singer and Co Ltd [1934] 1 KB 17; Wallis, Son and Wells v. Pratt and Haynes [1911] AC 394.

1249) Sara Hourani, op. cit., p. 122; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, p. 414.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리는 영국의 법문화에서 합리성의 원리에 터 잡아 전통적으로 신의칙을 대체하거나 이와 유사한 구체적인 법원칙으로 작용해 온 것으로 평가할 수 있다. 신의성실에 반하는 계약조건에 의하여 계약관계의 불공정성 이슈가 야기되거나 부당한 권리행사의 우려가 있는 경우 보통법상 계약조건의 편입 법리에 의하여 일정 범위에 한하여 대안적인 해결방안을 모색할 수 있기 때문이다. 또한 보통법에서 계약조건 해석의 법리는 계약관계의 불공정 요소를 해석론적 해결방안에 의하여 사후에 직접적으로 제거하여 합리적인 결과를 도출할 수 있는 점에서 일반적인 신의성실의 의무를 부여한 것과 유사한 효과를 나타내는 것으로 평가할 수 있다.

(나) 협약상 계약의 해석원칙으로서 합리성의 원칙

협약에서도 합리성의 원칙은 협약의 해석원칙에 해당하는 제7조의 신의 개념과 기능적 동질성을 지닌 것으로 평가할 수 있다. 협약에서 합리성의 다양한 용례에도 불구하고 협약의 적용상 당사자의 진술 그 밖의 행위의 해석에는 제1편의 총칙규정 제8조가 적용됨을 주목할 필요가 있다. 협약 제8조는 제7조 제1항에서 해석원칙으로서 신의성실의 원칙과 부분적으로 기능적인 동질성을 지닌다. 협약 제8조 제1항에 의하면 당사자의 행위는 상대방이 “그 당사자의 의도를 알았거나 모를 수 없었던 경우에는 그 의도에 따라 해석”되어야 한다. 다만 제8조 제1항은 당사자 의도에 대하여 주관적인 접근방법을 취하는 점에서 객관적인 접근방법을 취하는 제8조 제2항과 구분된다. 이러한 차이에도 불구하고 현실적인 측면에서 협약에서 다툼이 있는 경우 양당사자의 의도를 증명해야하는 실무적 장애가 존재하는 점을 고려하면 제8조 제1항의 당사자 의도의 해석 문제는 대체로 제8조 제2항의 객관적 해석방법, 즉 규범적 해석의 문제로 귀결된다고 할 수 있다.[1250]

제8조 제2항에 의하면 당사자의 진술 또는 행위의 해석은 동일한 외부조건하에서 상대방과 동일 부류로 가정된 ‘합리적인 사람’이 이해하였을 바가 기준이 된다. 다시 말해 제8조 제2항은 합리적인 사람이 신뢰한 내용을 보호하는 이른바 신뢰보호의 의미를 간접적으로 내포하고 있다.[1251] 나아가 상대방이 이해한 내용의 판단에 있어서 제8조 제2항의 당사자 의도에 대한 객관적인 접근방법에 의하면 양당사자 사이에 존재하는

1250) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, p. 117.
1251) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 8, para. 20.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제8조 제3항의 사전 교섭, 확립된 관례, 관행 및 당사자의 후속 행위를 포함하여 모든 관련사항[1252]과 제9조의 국제거래상의 관행[1253]의 범위 내에서 구체적인 사안에 따라 종합적인 상황이 고려되어야 한다.[1254]

이처럼 협약 제8조는 계약관계에서 해석원칙으로서 사실상 계약당사자에 대한 객관적 규범체계 역할을 수행하는 점에서 협약의 해석원칙에 해당하는 제7조와 상당한 기능적 동질성을 지닌다. 또한 당사자 의도의 해석을 규정한 제8조 제2항뿐만 아니라 제3편의 총칙규정으로서 본질적 계약위반을 규정한 제25조도 법문상 제8조의 합리적인 사람을 직접적으로 원용한 점에서 한편으로 일반원칙으로서 합리성의 원칙의 주요한 근거 규정인 제8조의 역할을 강화시키고, 다른 한편으로는 제25조도 스스로 일반원칙으로서 합리성의 원칙의 근거규정에 해당한다. 즉 이 조항은 협약상 본질적 계약위반의 정의규정으로서 당사자 일방의 계약위반의 본질성은 상대방이 계약상 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 경우에 한하여 충족된다고 한다. 다만 통상적인 계약 위반을 현저히 넘어서는 중대한 계약위반이라 할지라도 매도인이나 동일 부류의 '합리적인 사람'도 그러한 결과를 전혀 예견하지 못하였을 경우는 계약 위반의 본질성이 조각된다고 한다.

## 제4절 우리 민법과의 관계에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장

앞서 대륙법의 전통에서 발견되는 신의칙의 기능적 확장현상은 로마법에서 기원하는 신의성실의 동태적인 법규범성을 일응 승계하는 것으로 기술적인 법계수의 관점에서는 입법에 의하여 우리 민법에서도 수용된 현상으로 볼 수 있다.[1255] 마찬가지로 신의칙의 본질적인 정신은 협약에서도 응당 지향해야할 보편화된 법의 이상이라 할 수 있다. 비록 협약상의 신의칙이 대륙법의 신의칙과 형식상 구분된 법개념이고 그 적용에 있어서도 합리성의 원칙에 대한 해석규범으로서 간접적인 형식을 취할지라도 협약 자체적인 방법론에 의하여 대륙법계 신의칙에 준하는 기능적 확장성을 지니고 있다.

무엇보다 기능주의의 관점에 의하면 협약에서 신의성실의 원칙은 인접한 이질적인

1252) 협약 제8조 제3항.
1253) 협약 제9조.
1254) Joachim Froehlich, op. cit., p. 38; Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (5).
1255) 최병조, 앞의 책, 321면. 신의성실의 원칙은 일반적으로 독일의 신의성실(Treu und Glauben)을 수용한 것으로 이해되므로 우리 민법도 직접적으로 로마법의 영향을 받은 것으로 볼 수 있다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법체계 사이의 상호 관련성이 증가함에 따라 대륙법 및 영미법의 방법론적 결합에 의하여 형성된 협약 자체적인 법개념에 해당된다. 이러한 관점에 의하면 협약의 신의칙은 특정 법체계와 무관한 독자적인 국제거래질서이며 여기서 신의칙이 지닌 법규범성이란 사실상 존재하는 국제적 기준의 보편적 신의를 의미하므로 협약상의 체계구조 속에서 살아 있는 신의성실의 발굴이 주요한 과제가 된다.[1256]

이하에서는 우리 민법과의 관계에서 협약에 내재된 신의성실의 원칙의 기능적 확장성에 관하여 고찰하고자 한다.

## 1. 우리 민법 및 협약에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장

### 가. 신의성실의 원칙의 기능적 확장성 개요

#### (1) 우리 민법의 신의성실

우선, 학설 및 판례를 통해 오랜 경험을 축적시켜온 우리 민법에서도 신의칙의 이러한 규범적 개방성에 터 잡아 적극적 및 소극적 측면에서의 기능적 확장성을 대체로 긍정하고 있는 것으로 보인다.

특히 우리 민법에서 신의칙이 지향하고 있는 정신은 부수적 의무의 창설이나 실정법의 보충기능을 통하여 가장 무리 없이 구현되고 있다. 이러한 특징이 결과적으로 채권법상의 채무구조에 사실상의 적극적인 변경을 가함으로써 채권자 관점에서 권리구제상의 기능성을 확장시킨 것이라면, 다른 한편으로는 사회유대적 정의 관념에 부합하지 아니하는 권리행사에 대한 방어적인 측면에서의 권리구제는 신의칙이 지닌 계약상 위험의 분배기능을 통해 성취되고 있다. 이때의 신의칙은 채무자 관점에서 입법에 의한 권리구제기능을 기대할 수 없는 규범적 한계상황에서 그 의의를 찾을 수 있는 점에서 기능적 확장현상의 소극적인 측면에 해당된다.

이 밖에도 신의칙은 채권관계에서 발생하는 다양한 유형의 bad faith에 대하여도 폭넓은 권리구제 기능을 담당하고 있는데, 이러한 특징은 채권관계의 객관적인 규범체계로서 부당한 권리행사를 제한하는 기능이나 권리관계의 객관적인 해석기능에 의하여 더욱 강화되는 것으로 평가할 수 있다. 이처럼 대륙법의 전통에서 발견되는 신의칙의

1256) 조규창, 위의 책, 92면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기능적 확장현상은 우리 민법에서도 유효한 것으로 평가할 수 있으며 신의칙의 이러한 규범적 개방성에 의존하여 계약을 중심으로 법률관계에서의 형평·공평·균형 요소를 성취하기 위한 매개체가 되어왔다. 마찬가지로 법이 지향하는 가치의 합목적적인 구현에 있어서 이질적인 법체계마다 존재하는 고유의 방법론을 강조하는 기능주의적 관점에 의하면 협약에서도 신의칙은 개별조항에서 원용된 합리성의 원칙을 매개로 기능적 확장성을 지니는 것으로 평가할 수 있다.

(2) 협약에서의 신의성실

앞서 고대의 국제거래에서 성의소송을 통해 확장된 권리구제체계는 오늘날과 굳이 비유하자면 결과적으로 신의칙이 입법론에 의하여 사법상 최대영역의 적용범위를 획득한 것에 비견된다. 오늘날 협약이 직면하고 있는 다변화된 국제거래질서와 복잡화된 법률환경 하에서도 협약 제7조 신의 준수 요건의 가치에 의존하여 새로운 사실관계와 새로운 법상황이 요구하는 실효성 있는 해석론을 전개할 당위성이 있다.[1257] 물론 영미법계와 대륙법계에 존재하는 극명한 규범적 간극을 감안하면 협약 자체적 및 협약 내재적 해석체계가 요구하는 요건에 따라 그 적용을 엄격히 제한시킬 필요가 있다. 기능주의적 해석은 이러한 당위와 필요 사이에서 신의칙의 규범성을 협약의 해석원칙으로 제한하면서도 개별조항이 명시적으로 기초하고 있는 합리성의 원칙과 합리성을 함의하며 묵시적으로 추단되는 일반원칙을 신의칙의 기능적 발현으로 간주한다.

기능주의적 관점에 의하면 협약에서 신의성실의 규범적 의미는 개별조항이 규율하는 구체적인 사례마다 궁극적으로 명시적 또는 묵시적 의미의 '합리성'으로 수렴되며 신의칙의 기능은 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙을 매개로 현저히 확장된다. 합리성 개념을 직접 명시하지 아니하고도 신의칙의 발현으로 파악되는 개별조항을 고려하면 명시적 또는 묵시적 합리성의 원칙은 협약 제1~3편의 약 52%(제1조~제88조 중 46개 조항)의 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙에 해당한다.[1258] 따라서 협약 내재적

1257) Bernard Audit, op. cit., p. 186~187; William N. Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 135, 1987, p. 1842.

1258) 협약 제2조, 제7조, 제8조, 제9조 제2항, 제14조 제2항, 제16조, 제18조 제2항, 제19조 제2항, 제21조 제2항, 제25조, 제26조, 제29조 제2항, 제33조, 제34조, 제35조 제2항 (나)호, 제37조, 제38조, 제39조 제2항, 제41조, 제42조 제2항 (나)호, 제43조, 제44조, 제46조 제1항, 제47조, 제48조 제2항, 제54조, 제60조 (가)호, 제62조, 제63조 제2항, 제64조 제2항, 제65조, 제66조, 제68조, 제71조, 제72조, 제73조, 제75조, 제76조, 제77조, 제79조 제1항, 제80조, 제85조, 제86조, 제87조, 제88조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법문구조 및 개별조항에서 발현되고 구체적 사안에 따라 신의칙을 대체하는 기능주의적 법원칙은 영미법의 방법론에서 채택된 단편적인 법원칙과 마찬가지로 계약당사자에 대하여 묵시적인 신의칙상의 의무를 적용한 것과 유사하거나 동일한 효과를 나타낸다.

살피건대 기능주의적 관점에서 재해석된 제7조 제1항의 신의 준수 요건의 기능은 협약의 해석주체에 대한 재판규범에 그치고 계약관계에서 당사자에 대한 직접적인 행위규범으로 작용하지는 않는다. 다만 협약 제7조에 근거한 신의칙은 개별조항의 합리성을 매개로 기능적으로 확장되고 개별조항의 해석기준에 관한 객관적 규범체계로서 묵시적인 신의칙상의 의무와 동일한 의무를 부여하며 계약관계에서는 결과적으로 간접적인 차원에서 최종적인 교정기제 역할을 수행한다. 개별조항에서 합리성이 부여하는 행위규범은 동시에 재판규범이라고 하는 이중성을 지닌 점을 고려한다면[1259] 결국 이에 대한 재판규범으로서의 신의성실은 합리성과 기능적 동질성을 지니므로 계약관계에서도 간접적인 행위규범 역할을 수행하기 때문이다.

결론적으로 협약의 신의칙은 합리적인 사람이 이해하였을 바, 즉 개별조항의 명시적·묵시적 합리성의 원칙이 부여하는 객관적 의무에 관한 해석원칙이자 계약당사자에 대한 간접적인 행위규범으로서 대륙법계 신의칙에 준하는 기능적 확장성을 지닌다.

## 나. 우리 민법 및 협약에서 신의성실의 원칙의 기능적 확장

대륙법계 신의칙의 적용 결과를 협약에서도 유사하게 성취하고자 하는 기능주의적 관점에 의하면 우리 민법상 신의칙의 기능적 확장성의 연장선상에서 협약에서도 합리성의 원칙이 부여하는 명시적·묵시적 합리성의 요건을 매개로 협약 제7조의 신의칙은 협약의 해석원칙으로서 계약관계에도 결과적으로 간접적인 행위규범 역할을 수행한다. 이하에서는 우선 우리 민법에서 신의칙의 기능적 확장성 여부를 살펴본 후 협약상의 신의칙에 대하여도 합리성의 원칙과의 체계 내부적 상호작용을 통하여 이러한 확장성을 긍정할 수 있을 것인지에 관하여 고찰하고자 한다.

### (1) 채권관계에서 급부의무와 신의칙의 기능적 확장

#### (가) 우리 민법상 급부의무의 확장 및 감면요소로서 신의성실

1259) 이병태, 법률용어사전, 법문북스, 2018; 김상용, 민법총칙, 11면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리 민법의 기본원리로서 최대한의 적용범위를 획득한 신의칙은 채무의 이행에 있어서 한편으로 급부의 내용과 방법을 비롯해 부수적 의무의 근거를 구성하고 채권관계를 구체화시킴으로써 앞서 대륙법계에서의 신의칙과 마찬가지로 민법상 채무구조의 보충적 역할을 수행하고 있다.[1260] 그러나 다른 한편으로는 계약이나 불법행위로 인해 발생한 급부의무에 현저한 불합리나 불공평의 문제가 존재하는 경우 신의칙은 해당 급부의무의 감면요소로 작용함으로써 결과적으로 채권법상의 채무구조에서 적극적인 역할을 수행하고 있다.

① 계약상 채무내용의 구체화 및 확장

우선 우리 민법상 채무의 이행에 있어서 신의칙은 계약 및 법률규정에 의하여도 급부제공의 시기, 장소, 방법에 대한 구체적인 내용이 결여된 것으로 판단되는 경우에 이에 대한 구체적인 기준을 제공할 수 있다.[1261] 예컨대 급부의 수령이 불가능한 상황이거나, 민법 제153조에서 정하는 바와 같이 기한의 이익이 채무자를 위한 것으로 추정되는 경우라도 이행기 전의 급부제공으로 채권자의 수령지체의 사정이 야기되는 경우라면 합의의 흠결에도 불구하고 신의칙은 채무이행의 구체적 기준이 될 수 있다.[1262] 이행의 장소에 대하여도 지참채무 원칙에 의한 채권자의 주소나 영업소가 급부의 제공에 현저히 부적절한 경우라면 마찬가지로 신의칙에 따른 장소가 기준이 된다.[1263] 또한 종류채무의 이행에 있어서 목적물이 특정된 이후라도 이에 대한 변경이 채권자에게 특별한 불이익 사유가 되지 않는다면 신의칙상 채무자의 변경권을 긍정하는 것이 통설적인 견해에 해당한다.[1264]

이처럼 신의칙에 의존하여 급부의 내용 및 방법의 구체화 기능이 확인되기도 하지만, 채권관계에서 신의에 좇아 성실하게 행동하여야 할 의무는 앞서 독일법상 계약책임법리의 확장현상에서 본 것과 마찬가지로 당사자 간 계약 및 법률규정에 의하여 정해진 주된 급부의무 외에도 부수적 의무로 구체화됨으로써 우리 민법상 채무구조의 보충적 역할을 수행하기도 한다.[1265] 예컨대 주된 급부의무에 기여하면서도 그 자체로 독

1260) 이 논문에서 제3장, 제2절, 2, 나, (1) '실정법상 채무구조에서 계약책임 법리의 확장과 신의성실' 참조.
1261) 지원림, 앞의 책, 45~46면; 김준호, 민법총칙, 법문사, 2018, 42면; 김상용, 민법총칙, 117면.
1262) 양창수, 앞의 책, 111면.
1263) 김용담, 앞의 책, 138면.
1264) 양창수, 위의 책, 110면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

립적인 목적을 지니지 못하는 비독립적인 주의의무, 즉 보호의무나 배려의무에 대한 권리구제수단으로는 개별적인 의무이행청구는 불가하더라도 적극적 계약침해에 따른 손해배상청구가 인정될 수 있다.[1266] 반면 보고·설명·안내 등 정보제공의무와 같은 독자적인 목적을 지닌 주의의무에 대하여는 직접적인 권리구제수단으로서 신의칙에 근거한 이행청구가 인정된다.[1267] 부수적 주의의무의 효력은 통상 계약관계의 지속기간과 일치하지만, 계약의 교섭 및 체결을 위한 제반 준비과정에서도 계약체결상의 과실책임으로 존속할 수 있다.

종래 독일법에서는 계약체결상 과실 이론의 배경으로 계약책임 및 불법행위책임에 관한 일반조항의 입법적 불비와 이로 인한 피해자 구제 공백이라는 현실적인 문제가 존재했었다.[1268] 이와 달리 우리 민법에서는 불법행위 법제의 포괄성을 이유로 일부에서는 원시적 불능으로 인하여 계약이 무효인 경우를 명문화한 제535조를 제외하고는 이를 부정하는 견해도 유력하지만, 학설은 대체로 이보다 진일보하여 계약체결의 준비단계를 비롯해 계약이 좌절된 경우에도 이를 긍정하고 있다.[1269] 계약체결상의 과실책임이란 계약의 준비단계에 있어서 계약 체결을 목적으로 하는 당사자 사이의 사회적 접촉에 착안하여 설정된 계약책임의 일종이라 할 수 있다. 이에 따라 당사자는 계약의 성립이전에도 계약과 유사한 관계를 이유로 상대방의 생명, 신체, 재산 등의 보호의무와 정당한 이익의 배려의무를 부담한다. 다만 우리 판례의 태도는 계약체결상의 과실책임 문제에 대하여 아직까지 계약책임으로 이해하지 아니하고 불법행위책임에 근접하여 해결하는 것으로 해석되고 있다.[1270]

② 계약상 급부의무의 감면요소

우리 민법상 신의칙은 채권관계에서 당사자가 부담하는 급부의무의 구체화 또는 계약책임의 확장 형태로 발현되는 반면에 이에 따른 주의를 다하지 못하는 경우에는 급부의무의 감면요소로 작용하는 특징이 존재한다.[1271] 즉 일방의 고의·과실로 귀책근거

1265) 김상용, 민법총칙, 115~116면.
1266) 김용담, 앞의 책, 141면.
1267) 김용담, 위의 책, 141면.
1268) 지원림, 앞의 책, 1303~1304면.
1269) 지원림, 위의 책, 1303면.
1270) 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059 판결; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301 판결.
1271) 이하 상세는 김용담, 위의 책, 209~219면 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 존재하는 경우가 아니라 할지라도 신의성실에 부합하는 주의에 미치지 못하는 때에는 과실상계에 따른 당연감면사유가 될 수 있다. 판례는 보증책임으로 귀결되는 주채무의 규모가 보증 시점의 예상범위를 크게 벗어난 경우, 즉 주채무자의 악화된 자산상태를 보증인에게 고의 또는 중대한 과실로 통지하지 않은 채 거래규모를 확대한 사안에서 이를 신의칙에 반하는 특별한 사정이 인정되는 경우로 보고 계속적 보증계약에서 보증인의 책임을 제한할 수 있는 것으로 판시하였다.[1272] 같은 문맥에서, 신용카드 이용대금의 미지급이나 이용한도초과에도 불구하고 신용카드발급은행이 연대보증인에게 거래정지에 관한 사정을 알리지 않고 해지권도 행사하지 않은 사안에 대하여 법원은 이용대금지급채무의 5할을 감면한 바 있는데 이 경우에도 신의칙은 급부의무의 감면에 있어서 과실상계의 주된 근거역할을 수행하였다.[1273]

한편 우리 민법에서 계약책임의 감면요소로서 신의칙의 기능에 관하여 특별히 문제되는 것은 급부의무의 당연감면을 인정할 수 없는 경우, 즉 과실상계에 해당되지 아니한 사안에서도 구체적인 채권관계에서 급부의 강제로 인하여 단순히 공평 관념에 부합하지 아니한 결과가 야기되는 경우에도 신의칙을 이유로 해당 급부의무의 책임범위를 제한할 수 있느냐에 있다.[1274] 이 경우는 보다 근본적인 측면에서 신의칙의 의의를 찾을 수 있는 사안으로서 판례는 이를 긍정하는 것으로 이해되고 있다. 즉 판례는 변호사보수약정이 과다하게 책정된 사안에서 특별히 예외적인 경우에 한하여 이에 대한 조정이 가능하다는 입장을 취하고 있는데 그 근거로서 신의칙이나 형평의 원칙에 반함을 주된 이유로 포함시키고 있다.[1275] 이처럼 구체적인 개별 채권관계에서 신의칙을 강조하는 판례의 관점은 경제적 사정의 변경에 있어서 급부의무의 등가관계에 현저한 불균형이 존재하는 경우라도 사정변경의 원칙보다 계약충실의 원칙을 우선하였던 종래 판례의 보수적인 입장[1276]과 비교해보면 더욱 두드러진다고 볼 수 있다.

---

1272) 대법원 2005. 10. 27. 선고 2005다35554 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다1791 판결; 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다 40444 판결; 대법원 1995. 4. 7. 선고 94다21931 판결; 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 91다9091 판결; 안춘수, 앞의 책,, 622면.

1273) 양창수, 앞의 책, 165면; 김용담, 앞의 책, 210면; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다3871 판결; 대법원 1986. 2. 25. 선고 94다카1587 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카8252 판결.

1274) 김용담, 앞의 책, 210면.

1275) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다50190 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다40677 판결; 서울민사지방법원 1993. 3. 23. 선고 92가합58712 판결; 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다29804 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다8722 판결.

1276) 대법원 1991. 2. 26. 선고 90다19664 판결; 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다414 판결; 대법원 1963. 9. 12. 선고 63다452 판결; 대법원 1956. 3. 10. 선고 1955민상234 판결; 종래 매매계약에서 사정변경의 원칙을 수요하지 않은 입장에 대하여 그 적용을 처음으로 긍정한 취지로는 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결 참조, 김재형, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름(채권법)-계약의 해제와 해지, 민사판례연구 제33집 하,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이상의 신의칙에 의존하여 급부의 강제로 인한 결과를 공평 관념에 부합시키고자 하는 판례의 태도는 호의동승에 있어서도 대체로 그대로 확인된다. 즉 판례에 의하면 호의동승의 경우에는 운행목적, 동승자와 운행자의 인적관계, 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성의 정도 등 종합적인 사정에 비추어 일반적인 교통사고의 가해자와 동일한 책임을 묻는 것이 신의칙이나 형평의 원칙에 반하여 불합리한 결과가 야기된다고 보일 경우에는 운행자의 책임을 감면할 수 있는 것으로 판시하고 있다.[1277] 이 밖에도 신의칙은 위험성 있는 노동에 종사하는 피용자의 사무집행으로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 사안의 경우에도 사용자배상책임에 있어서 해당 피용자에 대한 구상권을 제한하는 주된 감면 근거로 작용하고 있다.[1278]

(나) 협약상 급부의무에 관한 기능적 확장

협약에서도 제80조에 의하면 신의칙의 가장 기본적인 정신인 정의와 공평의 원칙에 근거하여 당사자의 의무이행에 있어서 상호간의 적절한 협조의 원칙을 내포하고 있고 이에 따라 급부의무의 구체화 및 확장성을 긍정할 수 있다.[1279] 협약 개별조항에서는 상대방의 적절한 이행제공이 가능하도록 합리적인 정보제공의무와 그 밖의 작위 또는 부작위의무를 규정하고 있다. 즉 제80조에서 기초하고 있는 정의와 공평의 원칙은 협약의 각 개별조항을 통해 구체적으로 유형화 되어 협조의 원칙으로 나타남으로써 협약상 급부의무에 관한 기능적 확장성을 뒷받침한다.[1280] 협약의 개별조항에 나타난 협조의무는 크게 정보제공의무와 작위의무 그리고 부작위의무로 각각 구분할 수 있다.

첫째, 국제물품매매의 특성상 계약상의 의무는 당사자 사이의 유기적이고 단계적인 협조를 통하지 않고서는 적절히 이행될 수 없는 경우가 많다. 따라서 협약에 의하면 다양한 상황을 고려한 다수의 개별조항에서 상대방의 협조의무가 합리적인 정보제공 또는 통지의무로 구체화 되어 있다.[1281] 예컨대 제19조 제2항 및 제21조 제2항은 상대

---

한국민사판례연구회, 2011 참조.

1277) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17788 판결; 대법원 1987. 12. 22. 선고 86다카2994 판결; 대법원 1989. 1. 31. 선고 87다카1090 판결. 다만 호의동승의 사정만으로 이를 감면사유로 삼지 못한다는 취지로 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다53141 판결; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다60769 판결 참조; 지원림, 앞의 책, 32면; 김준호, 민법총칙, 31면; 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2017, 572~573면.

1278) 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다17246 판결; 대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1045 판결; 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다17246 판결. 불법행위에 있어서 부진정연대채무자에게 구상권을 행사하는 경우 손해의 공평분담의 견지에서 책임의 감면사유로서 신의칙이 고려된 사례.

1279) Thomas Neumann, op. cit. p. 133 이하 참조.

1280) 이 논문 제4장, 제4절, 2. 다. (5) '정의와 공평의 원칙' 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

방의 이익을 위하여 청약자에게 협조의무를 부여하는데, 이에 따르면 상대방의 승낙이 경미한 부가조건을 포함한 경우나, 정상적으로 전달되었다면 기간 내에 도달되었을 상황에서 발송되었다고 인정되는 경우에는 부가조건이나 연착의 하자가 있는 승낙에도 각각 일정한 효력이 발생한다. 따라서 청약자는 이러한 효력을 의도하지 않을 경우에는 상대방에게 지체 없이 이 같은 취지의 의사표시를 발송할 협조의무를 부담한다. 또한 제39조 제1항이나 제71조 제3항에 의하면, 당사자가 물품부적합이나 이행의 정지를 주장하기 위해서는 각각 합리적인 기간 내 또는 즉시 상대방에게 부적합 또는 이행 정지를 내용으로 하는 의사표시를 발송해야 한다. 이밖에도 당사자 사이의 유기적인 정보제공에 관한 협조의 원칙은 협약 전반에 걸쳐 계약해제에 관한 의사표시(제26조, 제72조 제2항), 이행수령 문의에 대한 매수인의 의사표시(제48조 제2항), 물품 상세의 지정에 관한 매수인의 정보제공(제65조), 매도물품의 멸실·훼손에 관한 정보제공(제68조), 이행장애 사유의 통지(제79조 제4항), 보관물품 매각의사의 통지(제88조 제1항) 등 당사자 간의 권리관계에 중요한 영향을 미치는 사안에서 구체적으로 확인된다.[1282]

둘째, 협약 제80조에 의하면 당사자는 상대방의 불이행을 주장하기 전에 적절한 작위의무를 이행하여야 하는데 여기서 부여하는 행위의무란 사실상 부수적 의무를 비롯하여 합리적으로 기대될 수 있는 모든 행위를 내포한다.[1283] 따라서 협약상 급부의무에 있어서 신의칙은 개별 조항이 기초하고 있는 명시적·묵시적 의미의 합리성의 원칙을 매개로 기능적 확장성을 지니게 된다. 예컨대 매수인의 의무를 규정한 협약 제3편 제3장에서 제54조와 제60조 (가)호는 각각 매수인의 대금지급의무와 수령의무를 명문화하였다.[1284] 이에 따르면 매수인의 대금지급의무에는 대금의 지급뿐만 아니라 그 밖에도 대금지급을 위해 계약·법령이 정한 조치를 적절히 이행할 의무가 모두 포함된다. 또한 수령의무에는 매도인의 인도가 실제로 가능하도록 하기 위해 매수인에게 합리적으로 기대될 수 있는 모든 행위, 즉 수령의무의 부수적인 의무까지 포함된다. 이처럼 제80조의 작위의무는 당사자 사이의 유기적·단계적인 협조가 필수적으로 요청되는 국제계약의 특성상 자연스러운 귀결이라 할 수 있다. 나아가 물품의 보관에 관한 규정에서는 상대방의 이익을 위해 보다 사려 깊은 협조가 요구되기도 한다. 즉 제85조에 의하면 매수인의 수령지체나 대금미지급의 경우에 매도인은 합리적인 물품보관의무를 부담

1281) Joachim Froehlich, op. cit., p. 47.
1282) 이상에서 Thomas Neumann, op. cit. p. 110.
1283) Ibid.
1284) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한다. 특히 제86조 제1항은 물품 수령 후 이를 거절하고자 하는 경우에도 매수인에게 동일하게 합리적인 물품보관의무를 부담하도록 하고 있다.

셋째, 협약 제80조는 앞서 살펴본 바와 같이 마땅히 제공해야할 적절한 의무이행의 실패를 근거로 당사자의 권리행사를 부당한 권리행사로 규정한 점에서 후술하는 권리남용 금지의 원칙으로 원용되기도 한다.[1285] 즉 제80조는 자신의 적극적인 과실기여가 있음에도 이로부터 면책되어 부당한 이득을 얻는 행위를 금지하는 조항이다. 마찬가지로 이 조항에 의하면 계약 당사자는 상호 적절한 의무이행의 기대를 전제로 상대방의 이행을 방해하지 않는 부작위 의무를 부담한다.[1286] 이에 따라 제80조는 선행행위와 모순되는 행위의 금지 원칙이나 금반언의 원칙 등 다양한 일반원칙의 근거 조항으로 원용되기도 한다.[1287] 이러한 다양한 원용가능성으로부터 제80조에 내재된 정의와 공평의 원칙은 협약 내재적 원칙으로서 일반성을 획득하는 셈이다. 즉 이 조항에서는 다른 부수적인 파생원칙을 비롯해 신의칙의 본질적인 정신이 다양한 적용가능성을 지니고 구체적으로 발현된 점을 확인할 수 있다.[1288] 이러한 원칙들은 당사자에게 일정한 부작위 의무를 부여한다는 점에서 공통적으로 문맥을 같이 한다. 물론 제80조로부터 하나의 일반원칙의 내재가능성이 발견되는 것과 이를 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 볼 수 있는가의 문제는 별도로 검토해 보아야 하는 전혀 다른 문제라 할 수 있다. 그러나 제80조에서 기초하고 있는 정의와 공평의 관점에서, 상대방의 신뢰보호의 원칙이 발현된 것으로 판단되는 협약의 개별조항은 제16조 제2항, 제29조 제2항, 제35조 제2항 (나)호, 제42조 제2항 (나)호, 제47조 제2항외에도 협약 전반에 걸쳐 광범위하게 나타난다.[1289]

무엇보다 협약 제80조에 내재된 정의와 공평의 원칙은 신의칙의 또 다른 명칭으로 이해된다. 또한 이상에서 살펴본 것처럼 협약의 개별조항에서 다양한 형태로 발현되어 있는 점에서 일반원칙으로서의 적용가능성도 분명히 존재한다. 그러나 다른 한편으로는 신의칙의 개념상의 불명확성 문제와 마찬가지의 문제를 내포하는 점에서 협약상 구체적인 일반원칙으로서의 기능을 인정할 수 있는가는 구체적인 사안에 따라 다양한 관

1285) Ibid, p. 113.
1286) Joachim Froehlich, op. cit., p. 47.
1287) Fritz Enderlein/Dietrich Maskow, op. cit., p. 335.
1288) Joachim Froehlich, op. cit., p. 47.
1289) Thomas neumann, op. cit., p. 114. 이에 대한 근거조항으로는 이 밖에도 제2조, 제7조, 제8조 제3항, 제9조 제2항, 제14조 제2항, 제18조 제2항, 제19조 제2항, 제21조 제2항, 제25조, 제33조, 제39조 제2항, 제41조, 제46조 제1항, 제48조 제2항, 제49조 제2항, 제62조, 제63조 제2항, 제64조 제2항, 제66조 등이 제시되고 있다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

점에서 고려되어야 한다. 다시 말해 제80조에 내재된 정의와 공평의 원칙은 신의칙에 관한 추상적인 일반조항의 대표적인 한 예로서 상대방의 정당한 이익을 배려하고 신뢰에 어긋나거나 형평에 반하는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 아니 된다는 추상적인 법원칙을 제시할 뿐이다. 반면 구체적인 경우에 어떠한 방법과 행동이 이에 부합하는 지는 법문상 구체화되어 있지 않으므로 각 개별조항과의 관계를 통해 신중하게 적용되어야 한다. 물론 협약상 일반원칙으로서의 효용성을 부정하는 견해를 취하더라도 제80조에 내재된 정의와 공평의 원칙의 일반성으로 인해 이 조항은 신의칙의 다른 부수적인 파생원칙을 비롯해 다양한 적용가능성을 지니고 있다. 또한 이러한 부수적인 일반원칙은 협약 개별조항에서 다시 구체적으로 발현된 점이 확인되므로 정의와 공평의 원칙은 협약상 다양하게 존재하는 일반원칙의 확증수단으로서 활용할 수 있는 점에서 협약상 합리성의 원칙을 매개로 신의칙의 기능적 확장에 기여한다.

(2) 계약상 위험의 분배요소로서 신의성실의 원칙

(가) 우리 민법상 계약 위험의 분배요소로서 신의성실

우리 민법에서 사정변경의 원칙으로 논의되고 있는 계약 위험의 분배요소로서의 신의칙의 기능적인 영역은 특히 채권관계에서의 권리행사상의 측면을 비롯해 정의 관념에 반하는 부당한 권리행사에 관한 방어적인 측면에서 앞서 대륙법에서와 마찬가지로[1290] 대체로 기능적 확장성을 지닌 것으로 해석된다.[1291] 제2차 세계대전 이후의 독일의 해석론이나 2002년의 입법(제313조) 그리고 2016년 프랑스민법(제1195조)을 비롯해 다양한 분야의 국제규범[1292]과 동북아 국가에서 전개되고 있는 활발한 논의[1293]들도 이러한 신의칙의 기능적 확장성의 연장선상에서 비교적 일관된 이해를 제공한다.

① 현행 법규범상 계약 내용의 수정구조

1290) 이 논문에서 제3장, 제2절, 2, 나, (2) '계약상 위험의 분배요소로서 신의성실의 원칙' 참조.
1291) 이에 대한 종래 논의는 송덕수, 사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토, 법학논집, 제23권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 88면 이하 참조.
1292) 예컨대 PICC Art. 6.2.1~Art. 6.2.3, PECL Art. 6:111, DCFR Art. 1:110이 있다.
1293) 송덕수, 사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토, 89면 참조. 일부 국가에서는 입법론에까지 직접적인 성과로 이어지기도 하였다. 예컨대 1999년 이를 신설한 타이완 민법(제227조의 2)이나 2009년 발표된 중국 최고인민법원의 사법해석(제26조)이 언급되고 있다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리 법체계에서는 사정의 변경을 이유로 현행 법규범하에서 계약관계의 재조정을 상정할 수 있는 경우는 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 당사자 간 합의가 존재하는 경우와 이러한 합의가 부재한 상황에서 당사자나 제3자가 관여하는 교섭외적인 절차에 의하는 경우로 구분할 수 있다.[1294] 전자는 특약에 의하여 계약 체결단계에서 일정한 행위기초의 변동에 관한 사정을 계약관계의 일반적인 메커니즘에 명시적으로 포함시키든지, 아니면 사후적인 상황의 변동으로 계약당사자 간 교섭에 의하여 계약관계의 재조정이 가능한 경우로 볼 수 있다. 우리 민법에서 신의칙과 관련하여 기능적 확장가능성이 문제되는 영역은 후자의 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 후자의 경우 교섭외적인 조정이란 별도로 합의가 존재하지 않는 상황에서 계약관계의 전제가 되는 기초적 정황의 변동을 교섭외재적인 절차에 의하여 계약 내용에 반영하도록 하는 것을 의미한다.[1295] 교섭외재적인 절차는 법규정상 계약당사자 일방에 의하여 계약내용의 확정 및 그 변경이 허용되는 경우가 대표적이다.

이와 관련하여 우선 독일의 경우를 살펴보면, 독일 민법은 당사자 일방에 의한 급부지정에 관한 규정으로 제315조를 두고 급부지정방법에 관하여는 제1항에서 “급부가 계약당사자의 일방에 의하여 지정되어야 하는 경우, 의심스러운 때에는 공평한 재량에 좇아 행하여져야 한다”고 규정한다. 특히 일방의 급부지정은 상대방에 대한 의사표시만으로 족하다고 하면서도(제2항), 그 효력에 대하여는 ‘지정이 공평한 재량에 좇아 행하여져야 하는 경우에는 공평에 맞는 때에만 상대방에 대하여 구속력이 있다’고 하고, 공평에 맞지 아니하거나 급부지정이 지연되는 때에는 판결에 의하여 급부지정이 가능하도록 규정한다(제3항). 이밖에도 제317조 내지 제319조는 동일한 취지로 제3자에 의한 급부지정 규정을 두고 있다.

그러나 우리 민법에서는 이처럼 급부지정에 관한 객관적 기준이 되는 공평한 재량(billige Ermessen)에 관한 규정은 일방에 의하든지 제3자에 의하든지 찾아볼 수 없다. 다만 노무 제공의 전문성을 요하는 도급계약이나 위임계약과 같이 계약 체결단계에서 당사자 간 명시적 합의나 특별한 사정에 따른 묵시의 특약에 의하여 급부지정문제를 계약당사자 일방의 재량으로 남겨두는 사례는 적지 않은 것으로 보인다.[1296] 그리고 여기서 신의칙은 부여된 급부지정에 관한 권리행사의 객관적 기준역할을 수행한다. 종류

1294) 상세는 박영복, 체결된 계약 내용의 수정 및 조정, 외법논집 제33권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009, 339면 이하 참조.
1295) 박영복, 위의 논문 339면 이하 참조.
1296) 박영복, 위의 논문, 356면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채무의 이행에 있어서는 목적물이 특정된 이후라도 그 변경이 채권자에게 특별한 불이익 사유가 되지 않는다면 통설에 의하면 신의칙상 채무자의 변경권이 허용될 수 있음은 앞서 본 바와 같다.[1297]

한편 법률규정에 의하여 별도로 정하는 바가 없는 한 우리 민법에서는 원칙적으로 당사자에 의한 계약상 의무의 수정 또는 계약관계의 조정가능성은 기대하기 어려운 것으로 이해된다. 우리 민법에서는 종래 신의칙에 기초한 사정변경원칙의 효과로서 이 문제가 논의되어 왔다. 사정변경의 원칙을 매개로 우리 민법상 신의칙의 기능적 확장 가능성을 고려할 수 있는 영역으로는, 계약관계의 기초가 된 사정의 변경에 대하여 양 당사자 모두에게 귀책가능성이 배제된 경우로서 계약상 의무의 이행이 경제적 불능에 해당하는 경우이거나 설령 이행이 가능할지라도 계약목적 달성이 불가능하여 이행의 의미를 찾을 수 없는 경우, 그리고 계약관계에 요구되는 급부균형의 등가관계가 현저히 파괴된 경우 등을 들 수 있다.

② 사정변경에 관한 학설·판례의 경향

우리나라의 경우 독일법에서 논의되었던 행위기초의 장애로 인한 계약상 의무의 조정가능성에 관한 문제는 1950년대 후반 이후 사정변경의 원칙으로 설명되고 있다.[1298] 독일의 판례이론과 마찬가지로 학계에서는 계약관계에서 등가균형의 현저한 파괴현상이 나타나는 경우에 한하여 신의성실의 원칙에 기초하여 일정한 요건에 따라 이 원칙을 수용하고 있다. 즉 계약 체결이나 실현의 기초가 되는 일정한 사정이 애초에 존재하지 않았거나 후발적으로 변경 또는 소멸된 경우에는 실제로 해당 사정이 계약의 내용을 구성하지 않았더라도 급부의무의 내용을 조정함으로써 원래의 계약을 변동된 사정에 맞게 적응시키거나 적응이 불가능한 경우에는 계약관계를 해소하도록 하여야 한다고 한다.[1299] 과거 판례에서도 비슷한 취지로 사정변경의 원칙에 관하여 “채권을 발생시키는 법률행위 성립 후 당시 환경이 된 사정에 당사자 쌍방이 예견 못하고 또 예견할 수 없었던 변경이 발생한 결과 본래의 급부가 신의형평의 원칙상 당사자에 현저히 부당하게 된 경우, 당사자가 그 급부의 내용을 적당히 변경할 것을 상대방에게 제

1297) 양창수, 앞의 책, 110면.
1298) 사정변경의 원칙은 우리 문헌상 손주찬, 물가변동과 사정변경의 원칙-이대병원매매사건에 즈음하여, 법조 제6권 제8호, 법조협회, 1957에서 처음 논의된 것으로 보이며, 학설은 이후 다양한 견해의 대립에도 불구하고 전반적으로 이를 긍정하는 방향으로 수렴되어 왔다. 박규용, 앞의 논문, 89면.
1299) 지원림, 앞의 책, 46~47면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의할 수 있고, 상대방이 이를 거절하는 때에는 당해계약을 해제할 수 있는 규범"이라고 정의된 바 있다.[1300] 이러한 판례의 태도는 법원칙으로서 사정변경의 원칙의 개념설정에 있어서 1차적인 법적 효력을 계약관계의 수정에 두면서도 재조정이 불가한 경우에 한하여 계약관계의 해소를 의도한 것으로 이해되나 실상 실무적인 적용의 측면에서는 소극적인 것으로 평가되고 있다.[1301]

계약유지의 관점에서 사정변경의 법리를 부정하는 학설에 의하면, 민법상 사정변경의 법리가 일반조항으로 수용되어 있지 않고 매우 예외적으로 규정된 것과 마찬가지로 특별법에 의하여 개별 계약유형에 따라 구체적인 조건을 두는 방식이 더 선호되고 있다.[1302] 이외에도 계약 성립의 절대적 요건으로서 합의의 구속력을 강조하는 계약법 원리에 배치되는 점, 일반원칙으로서 사정변경의 법리의 수용은 곧 신의칙만으로 당사자 의사에 의하여 부여된 구속력에 제한을 두는 점에서 계약사회의 기반과 거래의 안전을 해치는 점 등이 부정적인 근거로 제시되고 있다.[1303] 그러나 이하에서 상술하는 바와 같이 사정변경에 관한 법리는 일반조항으로 직접 명문화되지는 않았지만 특정사안에서 사실상 간접 수용되어 있는 현행 민법의 연장선에서 학설도 전반적으로 이를 긍정하는 입장을 취하고 있다. 이에 따라 사정변경으로 정의관념에 반하는 부당한 결과가 야기되는 경우 기성립된 계약내용의 효력에 관하여는 계약해제를 포함하여 계약상 의무의 조정까지도 공통적으로 인정하는 한편 그 외 손해배상은 별도로 문제되지 아니한다고 한다.[1304] 다만 이를 긍정하는 다수설도 계약관계의 유지와 해소 가운데 어느 쪽에 주안점을 두느냐에 따라 세부적인 효과에 있어서 차이를 보이고 있다. 즉 사정변경의 경우 계약의 '유지'를 강조하면 요건상 계약해제는 원칙적으로 전시에 준하는 사회경제적 변동이나 법률이 정하는 특별한 경우에 한정하여 제한적인 긍정의 관점을 취하고,[1305] 계약관계의 '해소'를 강조할 경우에는 일반적인 계약해제권의 발생을 긍정한다.[1306]

---

1300) 대법원 1955. 4. 14. 선고 4286민상231 판결; 김준호, 민법총칙, 48면; 김범철, 사정변경의 원칙에 관한 연구, 숭전(崇田)대학교 대학원 석사학위논문, 1986, 60~61면.

1301) 김성수, 앞의 논문, 61면.

1302) 김증한, 주석채권각칙 I, 한국사법행정학회, 1985, 260면.

1303) 박규용, 앞의 논문 91~92면; 전체유추(Gesamtanalogie)의 방법에 의하면 부정설의 근거는 현행 민법에서 보다 명확히 이해된다. 전체유추에 의할 경우 다수 법률규정의 기조에 따라 일정한 규율원칙(Regelungsprinzip)을 도출할 수 있고, 나아가 법규에 내재된 공통적인 입법취지를 규명할 수 있으므로 법적 흠결의 보충작용을 기대할 수 있다. 결국 이에 따르면 현행 민법에서 사정변경의 원칙은 단지 개별규정에 한정될 뿐 일반규정에 의한 수용은 논리적으로 불가한 것이다. 김범철, 앞의 논문, 57~58면.

1304) 김준호, 민법강의, 51면.

1305) 이은영, 민법총칙, 박영사, 2009, 97면.

1306) 백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 66면; 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2002, 112~113면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 다수설과 달리 우리나라 판례는 초기의 의용민법 하에서는 일관되게 이를 부인하는 태도를 취하여 학설과 정반대의 관점을 취하였다.[1307] 특히 화폐개혁 관련하여 논의된 판례에서, 예컨대 법률규정에 따라 100분의 1 비율로 평가절하된 급부를 제공한 경우[1308]나 계약체결시 기준으로 매매목적물 평가액이 571배 상승한 경우[1309]에도 신의성실의 원칙에 배치된다거나 권리관계의 '형평'을 문제 삼지는 않았었다.[1310] 그러나 근래에는 일반론으로서 사정변경원칙을 수용하는 듯한 경향을 보이고 있다.[1311] 즉 대법원은 2007년 판결[1312]에서 "사정변경으로 인한 계약해제는, 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용 대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수의 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적 사정을 의미하는 것은 아니다"고 판시함으로써 일반적인 법원칙으로서 사정변경의 원칙을 일견 긍정하는 관점을 취하고 있다. 다만 이러한 태도는 이를 인용한 이후의 대법원 판결에서도 지속적으로 유지되고 있으면서도[1313] 실제로 이를 원용하여 계약상 의무의 수정 및 계약관계의 해소를 인정한 사례는 아직까지 찾아보기 힘든 것으로 보인다.[1314]

③ 계약상 위험분배에 관한 민법의 대응

---

1307) 대법원 1948. 1. 23. 선고 47민상183 판결; 대법원 1955. 4. 14. 선고 4286민상231 판결; 대법원 1955. 2. 10. 선고 4287민상109 판결; 대법원 1955. 9. 22. 선고 55민상161 판결; 대법원 1955. 12. 8. 선고 4288민상423 판결; 대법원 1956. 1. 18. 선고 4288민상411 판결; 대법원 1956. 3. 10. 선고 4288민상234 판결; 민법제정 이후로는 예컨대 대법원 1963. 9. 12. 선고 63다452 판결; 대법원 1991. 2. 26. 선고 90다19664 판결.

1308) 대법원 1959. 5. 28. 선고 4287민상459 판결.

1309) 대법원 1956. 3. 10. 선고 4288민상234 판결.

1310) 김범철, 앞의 논문, 61~62면.

1311) 권영준, 경제상황의 변동과 민법의 대응, 법과 정책연구 제12집 제4호, 한국법정책학회, 2012. 16면; 송오식, 계약법, 동방문화사, 2017, 160면.

1312) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결.

1313) 예를 들어 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결. 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다고 판시한 사례; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다24327 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다75892 판결; 대법원 2014. 5. 16. 2011다5578; 대법원 2013. 9. 26. 2012다13637; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다26746 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다85881 판결.

1314) 대법원이 심리불속행으로 상고기각판결(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다24371 판결)을 선고한 사례가 있는데, 항소심(서울고등법원 2008. 2. 19. 선고 2006나78277 판결)에서는 사정변경에 따라 계약관계의 해소를 긍정한 바 있다. 상세는 권영준, 위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙, 216면 이하 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리 민법에서는 독일 민법과 달리 행위기초에 관한 일반조항 성격의 규정은 현재 수용되어 있지 않다. 그러나 민법 규정에서 사정변경에 관한 법리가 완전히 부인되었다거나 전혀 존재하지 않는 것도 아니다. 즉 민법전의 일부 구체적인 개별규정에서 계약유형에 따른 행위기초의 변경 또는 소멸의 문제를 취급하고 있는 것으로 이해되고 있다. 예컨대 채권편에서는 증여규정에서 제557조가 증여자의 재산상태가 변경된 경우 증여의 해제를, 임대차규정에서 제628조가 경제사정의 변동에 따른 차임증감청구권을, 고용규정에서 제661조가 부득이한 사유가 있는 경우의 고용계약의 해지를 명문화하고 있다.[1315] 이 밖에도 물권편에서는 소유권규정에서 제218조가 사정의 변경이 있는 경우 타인의 토지를 통과하는 수도 등 시설의 변경 청구권을, 지상권규정에서 제286조가 조세 기타 부담이나 지가의 변동에 따른 지료증감청구권을, 전세권규정에서 제312조의 2가 경제 사정의 변동으로 인한 전세금 증감청구권을 명문화함으로써 채권편의 규정과 함께 민법상 사정변경의 법리를 부분적으로 수용하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 현행 민법상 개별규정의 단편적인 규율방식의 연장선상에서 학설도 전반적으로 이를 긍정하며, 판례도 원론적인 차원에서 그 필요성을 인식하고 있는 것으로 보인다.

그러나 학설·판례에 나타난 긍정적인 수용의 관점에도 불구하고 앞서 대륙법계 신의칙 개념에 있어서 기능적 확장의 국면에서 살펴 볼 때, 우리 민법에서는 사정변경의 원칙을 통해 실제로 계약상 의무의 수정 및 계약관계의 해소가 인정된 사례는 거의 찾아보기 힘든 것으로 보인다.[1316] 이 점을 고려하면 우리 민법상의 재판실무에서는 사정변경원칙을 통한 계약위험의 분배요소로서 신의칙의 현실적인 기능은 앞서 민법상 채무구조의 보충기제나 후술하는 채권관계의 객관적 규범체계로서의 신의칙과 비교해 볼 때에도 눈에 띄는 기능적 효용성이 있어 보이지는 않고 이를 일반화시키기도 힘든 것으로 평가할 수 있다. 따라서 독일법상 행위기초론의 기능이 급격한 사회경제적 변동 상황에서 학설·판례에 의하여 견인되어 큰 성과를 거두고 입법적 결과물까지 도출된 것과 달리 우리 민법에서는 계약법 영역의 실무적 적용에 있어서 아직까지 사정변경의 원칙보다 계약준수의 원칙에 상당한 비중이 실려 있는 것으로 이해된다. 실제로 오늘날 재판실무에 있어서 대법원의 적용사례가 드문 점을 비롯해, 과거 부동산 시장의 심각한 폭등상황에서도 계약상 급부의무의 조정을 배척한 1950~60년대 판례[1317]의 보수

1315) 이외에도 넓은 의미에서 임대차 규정 중 제627조는 일부멸실등의 경우 감액청구 및 해지권을 허용하고, 위임계약에 관한 규정 중 제689조는 당사자 일방의 부득이한 사유가 있는 경우 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지하더라도 손해배상의무를 면한다.

1316) 송덕수, 사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토, 94면 이하 참조.

1317) 대법원, 1956. 3. 10. 선고 55민상234 판결; 대법원 1963. 9. 12. 선고 63다452 판결.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적인 태도는 근래 급격한 환율변동으로 사정변경의 원칙이 문제될 수 있었던 키코(KIKO)의 사례에서도 큰 틀에서 실무상 유사한 관점을 유지하고 있다.[1318]

그러나 현행 민법체계에서도 사정변경의 원칙이 특별한 사안에 관하여 개별규정을 매개로 간접 수용되어 있는 점을 고려하면, 개별 규정을 넘어서는 영역을 포함하여 전시, 천재지변과 같은 심각한 위험상황이나 사회경제적 변동상황에서 현 법체계가 지향하는 가치질서와 조화될 수 있는 경우에는 신의칙은 계약위험의 배분 요소로서 보다 실질적인 의의를 찾을 수 있을 것으로 생각된다.[1319] 사정변경에 관한 입법론은 결국 당사자 간 '합의'를 핵심요소로 설정한 우리 민법의 기본적인 계약법 원리에 대하여 계약 외적 요소, 즉 계약관계 자체에 함의된 위험배분성의 내재적 한계를 넘어서는 외부적 사정을 이유로 어디까지 급부의무의 수정을 용인할 수 있을 것인가라는 문제로 귀결된다고 할 수 있다. 이상의 상황을 종합해 볼 때 일반조항으로서 사정변경의 원칙이 명문화되지 않은 우리 민법의 태도는 2002년 독일민법 개정 이전의 상황과 일견 입법례적 관점에서 유사하다. 따라서 근래에 나타난 우리 민법학상 학설·판례의 수용적인 경향과 종래 독일법에서 신의칙의 기능적 확장의 배경이 되었던 시대상황을 고려하면 우리나라의 법현실에서도 사정변경원칙을 매개로 계약 외적인 사회경제적 변동에 대응하여 신의칙의 기능적 확장가능성을 배제할 수는 없는 상황이다. 더욱이 법해석론적 관점에서도 판례가 명문의 근거 없이 사정변경의 원칙을 수용하는 것은 바람직한 모습이 아닌 것으로 평가되므로[1320] 입법에 의한 보완이 필요한 시점으로 생각된다.

오늘날 계약관계를 중심으로 한 법률관계는 외견상의 급격한 환경변화, 즉 복잡화·다양화에 직면해 있다. 이에 따라 법체계상의 완결성 측면에서 계약위험의 배분요소에 대한 수요 또한 필연적으로 증가할 수밖에 없다. 위험사회에서 일상화된 사회경제적 변동에 대응하여 신의칙에 기초한 파생적 법원칙으로서 사정변경의 원칙의 역할은 결코 적지 않은 의의를 지니는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 관점의 연장선에서 민법 개정에 관한 최근 논의에서도 사정변경의 원칙에 관한 입법의 움직임은 긍정적인 측면에서 큰 논란 없이 확인되고 있다.[1321] 다만 사정변경의 원칙의 무분별한 적용은 거래

---

1318) 예컨대 사정변경의 원칙을 적용하여 키코(KIKO) 통화옵션계약이 적법하게 해지되었다고 인정하고, 해지일 이후의 효력을 정지한 사례로 서울중앙지방법원 2008. 12. 30. 선고 2008카합3816 결정 참조.

1319) 이러한 관점에서 단순 수치로 볼 때, 분칙으로서의 사정변경의 원칙에 근거하여 약15년 간 서울도매물가지수가 304배 상승한 경우를 이보다 훨씬 짧은 약10년 간 1,474배 상승한 독일의 경우와 비교하려는 시도는 계약위험의 배분에 관한 대원칙으로서 신의칙의 규범적 의미를 숙고하지 못한 결과라 할 수 있다. 상세는 김범철, 앞의 논문, 59면 참조.

1320) 송덕수, 사회변화와 민법개정: 그 방법과 방향, 계약편(채권총칙 포함), 한국민사법학회 2018년 추계 학술대회 발표 논문, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움 자료, 한국민사법학회, 2018, 67면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 안전뿐만 아니라 계약법 원리가 기초하고 있는 계약사회 기반 자체에 심각한 부정적인 영향을 초래할 수 있는 점 또한 간과해서는 아니 된다. 또한 장차 급부의 이행이 요구되는 계약관계에는 성질상 사정변경에 대한 이해, 즉 계약의 성립 시점과 급부제공 사이에 존재하는 위험의 분배에 관한 고려가 이미 내포되어있다 할 것이므로 사정변경에 따른 계약상 의무의 수정 및 해소는 극히 특별한 경우에 한하여 허용되어야 할 것이다.[1322]

(나) 협약상 계약 위험의 분배요소로서 기능적 확장

① 합의의 준수원칙과 계약상 위험배분성

국제물품매매계약은 국경을 달리하는 원거리 거래의 특성상 계약당사자 사이의 소요기간이나 비용뿐만 아니라 개별 계약의 성질에 따라 합의된 내용의 준수와 계약 이익의 실현 사이에 긴밀한 관련성이 있다. 무엇보다 경제적인 측면에서 국내거래보다 합의의 미준수에 따른 계약 위험이 상당하므로 신의칙의 발현원칙으로서 합의의 준수 원칙은 그 자체로 협약에서 계약상 위험배분요소로 작용하는 측면이 크다고 할 수 있다. 이처럼 '합의는 준수되어야 한다'를 의미하는 일반원칙 pacta sunt servanda는 계약법상의 기초를 구성하지만 국제적으로도 수용된 법개념에 해당한다. 예컨대 1969년 조약에 관한 비엔나 협약 제26조는 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 신의성실하게 이행되어야 한다고 규정한다.[1323] 마찬가지로 PICC Art. 1.3에서는 유효한 계약은 당사자를 구속한다고 명시한다.[1324] 협약에서도 pacta sunt servanda는 명시적 규정은 존재하지 않지만 다수의 개별조항을 통해 내재된 일반원칙으로 평가된다.[1325]

협약 내재적 일반원칙으로서 pacta sunt servanda는 1969년 조약에 관한 비엔나협약이나 PICC보다 실용적인 측면이 강조되기도 한다. 예컨대 협약은 제46조에서 '매수인은 매도인에게 의무의 이행을 청구할 수 있다'고 규정하고 매수인의 적극적인 청구권을 명시함으로써 합의의 준수에 관하여 입법적으로 직접적이고 실용적인 접근방식을

1321) 권영준, 경제상황의 변동과 민법의 대응, 17~18면.
1322) 지원림, 앞의 책, 46~47면.
1323) The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties Article 26.
1324) PICC Art. 1.3.
1325) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (2).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

취한다. 그 밖에 대표적으로 언급되는 계약의 구속력에 관한 일반원칙 규정으로는 우선, 협약 제3편에서 매도인의 의무(제2장)와 매수인의 의무(제3장)를 각각 나란히 규정한 제30조와 제53조를 들 수 있다.[1326] 즉 매도인은 계약 및 협약에 따라 물품과 서류를 통해 소유권을 이전하여야 하며(제30조), 매수인도 마찬가지로 계약 및 협약이 정하는 대로 대금을 지급하고 물품을 수령하여야 한다. 제30조와 제53조는 협약의 적용을 받는 계약에서 각 당사자에게 요구되는 가장 기본적이고 필수적인 의무를 명시한 규정이다. 이 규정들은 양당사자가 부담하는 의무의 내용과 범위와 관련하여 당사자가 합의한 대로 구속력이 발생함을 강조하는 점에서 pacta sunt servanda의 근거규정으로 이해된다.[1327]

일반원칙으로서 pacta sunt servanda는 협약의 제3편 제5장 매도인과 매수인의 의무에 공통되는 규정에서도 이행이전의 계약위반(anticipatory breach)에 관한 규정을 통해 간접적으로 확인된다.[1328] 제71조는 계약체결 후 이행의 전단계에서 당사자가 상대방의 사정으로 이행을 제공받기 어려운 상황을 가정하고 당사자에게 이행정지권을, 제72조는 같은 경우에 일방의 이행거절로 인해 본질적 계약위반이 명백한 경우 상대방의 계약해제권을, 제73조는 분할인도 계약에서 분할급부의 의무불이행이 본질적 계약위반을 구성할 경우 당해 분할부분에 대한 상대방의 계약해제권을 각각 규정하고 이 중 제73조 제3항에서는 매수인만의 계약해제권을 규정한다. 각 규정은 당사자의 의무불이행 상황을 가정하면서도 합의의 준수에 대한 원칙을 강조하고 있다. 즉 특수한 사정을 고려할 필요가 있는 경우에도 협약이 정한 엄격한 요건이 충족된 경우에 한하여 그 예외가 인정됨을 명시함으로써 역설적으로 합의의 구속력을 강조하는 규정으로 언급된다.[1329] 협약이 기초한 일반원칙으로서 합의는 준수되어야 한다는 정신을 전제로 하지 아니하고는 이러한 엄격한 요건들이 제대로 설명될 수 없기 때문이다.[1330]

이처럼 당사자 사이에 이미 성립된 계약은 합의된 내용에 따른 각 당사자의 적절한 이행제공에 의하여 준수된다. 한편 합의의 준수와 마찬가지로 합의 유지의 원칙, 즉 favor contractus도 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 협약에서 신의칙의 기능적 확장성을 뒷받침 한다.[1331] 협약이 기초하고 있는 일반원칙 favor contractus의 근거규

1326) Joachim Froehlich, op. cit., p. 44.
1327) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 30, para. 1, Art. 53, para. 1.
1328) Joachim Froehlich, op. cit., p. 44.
1329) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (2).
1330) Ibid.
1331) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 35.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정으로는 여러 조항이 언급된다.[1332] 그 중에서도 특히 계약관계의 해제에 대하여는 모두 일정한 조건하에서 최후수단성이 인정되는 경우에만 허용하고 엄격하게 제한하는 점에서 공통점을 지닌다.[1333] 즉 계약 위반의 사정이 존재할지라도 양당사자 사이에 권리관계에 관한 현저한 경제적 불균형이 야기되는 경우에는 계약관계를 유지하도록 하고, 위반의 정도가 수용될 수 없는 경우에 한하여 계약적 구속관계의 해제를 허용한다. 예컨대 제25조는 계약위반의 경우에도 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 경우에만 본질적 계약위반을 구성한다고 한다. favor contractus는 협약에 명시되지 않거나 당사자 합의에 따라 협약을 적용하기로 합의한 의무불이행의 경우에도 적용된다.[1334]

② 일반원칙으로서 사정변경의 원칙

사정변경의 원칙은 계약상 위험배분성 요소에 관한 학설과 판례의 긍정적인 인식에 따라 우리 민법에서도 그 필요성이 제기되고 있고 협약에서도 국내거래보다 일상화된 국제거래상의 위험배분성의 수요에 따라 대체로 기능적 확장성을 긍정하는 방향으로 의견이 일치하고 있다.[1335] 물론 사정변경의 원칙에 따르면 물품매매계약에 있어서 pacta sunt servanda로 표상되는 국제상사거래상의 근간이 위태로워질 수 있고 무엇보

1332) 마그누스는 'favor contractus'의 근거규정으로서 제25조, 제34조, 제37조, 제47조, 제48조, 제49조, 제63조, 제64조를 예로 든다. Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (2); 켈러는 협약상 계약의 성립, 이행, 구제수단에 관한 규정 전반에 걸쳐 계약유지의 원칙이 내재된 것으로 평가한다. 상세는 Camilla Andersen/Ulrich Schroeter, op. cit., p. 248; Bertram Keller, 'favor contractus': Reading the CISG in Favor of the Contract, p. 251 이하 참조.

1333) 협약상 계약 해제규정은 총칙적인 규정을 별도로 분리하여 두지 아니하고 제3편에서 매매계약 당사자의 권리와 의무를 규율한 각 부분에 분산하여 규정하고 있다. 제49조는 매도인의 본질적 계약위반 또는 인도불이행시 매수인의 계약해제권의 주요내용을 규율하고, 제51조 제2항은 이에 더하여 일부이행의 목적물에 하자가 있는 경우 매수인의 계약해제권을 규정한다. 위험의 이전을 규율한 Chapter IV에서도 매수인의 계약해제 관련 규정을 찾아볼 수 있는데 제70조는 위험의 이전과 매수인의 계약해제권을 규정한다. 그리고 매도인의 계약해제에 대하여는 매수인의 의무를 규율한 Chapter III 중 제64조에서 매수인의 본질적 계약위반이나 대금지급 또는 물품수령 의무의 위반시 매도인의 계약해제권을 규정하고, 이는 형식상 제49조에 대응하는 법문을 취한다. 한편, 매수인과 매도인에게 공통되는 계약의 해제에 관한 규정으로서 Chapter I 총칙에 위치한 제26조는 계약해제의 통지를, Chapter V에 위치한 제72조는 이행기일 전 일방의 이행거절로 인해 본질적 계약위반이 명백한 경우 상대방의 계약해제권을, 제73조는 분할인도 계약에서 분할급부의 의무불이행이 본질적 계약위반을 구성할 경우 당해 분할부분에 대한 상대방의 계약해제권을 규정하고 이중 제73조 제3항에서는 매수인만의 계약해제권을 규정한다. 제79조는 불가항력의 경우와 계약해제권을 규정한다. 김탁필, CISG 제49조상 매수인의 계약해제에 관한 연구, 법학논총, 제25권 제1호, 조선대학교 법학연구소, 47~48면.

1334) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (10).

1335) Ingeborg Schwenzer, op. cit., p. 713.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다 권리관계에서의 명확성이 요구되는 국제물품매매계약에서 자칫 심각한 법적 불안정성이 야기될 수 있으므로 협약에서도 이에 따른 계약관계의 해소나 급부의무의 수정에 있어서 협약자체적 및 협약내재적인 해석에 따라 극히 예외적인 경우에 한정시킬 필요가 있다. 더욱이 원거리 국제거래에 있어서 요구되는 법률행위의 특성을 고려하면 당사자 간 체결되는 국제물품매매계약 자체가 국제거래상의 사회·경제·정치적 환경변화에 대한 장래 위험의 배분 및 그 합의로 봄이 타당하다고 볼 수 있다. 따라서 국제물품매매계약의 당사자는 품질·수량·가격·결제·선적·적하·보험·클레임 등 다양한 계약조건에 의하여 사전에 이러한 위험요소에 관한 합리적인 조정기회를 갖었다고 볼 수 있으므로 설령 사정변경의 원칙을 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 수용할 수 있다고 하더라도 실제 적용에 있어서는 엄격한 관점을 유지하여야 할 것이다.[1336]

협약 제79조가 사정변경의 원칙을 내포하는지에 대해서는 제79조에 관한 입법연혁과 ULIS와의 법문과의 차이로부터 부정하는 견해[1337]도 존재하지만 학설과 판례는 대체로 이를 모두 긍정할 수 있는 것으로 본다.[1338] 제79조는 당사자의 의무불이행이 '자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약체결 시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는 그 의무불이행에 대하여 책임이 없다'고 규정한다. 그러나 이러한 면책규정에도 불구하고 국제통일규범에 의하면 공통적으로 합의 준수에 관한 pacta sunt servanda가 강조되는 것으로 이해된다. 따라서 협약에서도 단순히 이행의 부담이 가중된 사정만으로는 계약체결시에 합리적으로 예측할 수 없었던 사정변경에 해당하지 아니하고, 계약에 기초한 권리관계에 현저한 불균형이 발생하고 원인이 되는 해당 사유가 채무자의 통제 불가능한 것인 경우에 한하여 제79조의 장애로 인정될 수 있다고 보아야 한다. 오늘날의 통설적 견해에 따르면 제79조의 장애사유는 객관적인 이행불능의 경우뿐만 아니라 기술적으로 이행이 불가능한 것은 아니지만 실질적으로 불가능할 정도로 현저하게 이행이 어려운 경우를 모두 포함한다.[1339] 따라서 실무

---

1336) 지원림, 앞의 책, 49면.

1337) Hans Stoll, *Comment on Art. 79, para 39, in* Peter Schlechrtiem, ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 2nd ed, Clarendon Press, 1998.

1338) CISG-Online Case No. 102 : Tribunale Civile di Monza, 29 Mar 1993; CISG-Online No. 371 : Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 2 May 1995; CISG-Online No. 436 : Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 12 Feb 1998; CISG-Online Case No. 694 : Courd'Appel de Colmar, 12 Jun 2001; CISG AC Opinion No. 7 Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, 12 Oct 2007, Opinion 3.1; Niklas Lindstrom, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale fo Goods, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, Issue 1, p. 23-24.

1339) John O. Honnold/Harry M. Flechtner, op. cit., p. 628.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적으로는 사실상의 이행불능의 경우에 실익이 있는 것으로 판단된다.[1340] 협약상 면책규정에 관하여는 제79조와 함께 앞서 신의성실의 원칙의 부수적 원칙에 관하여 다양하게 언급되는 제80조가 있는데, 제80조가 자신의 작위 또는 부작위로 인하여 책임 있는 일방에 대하여 상대방의 계약위반에 대하여 발생할 수 있는 모든 구제수단을 배제하는 규정이라면, 제79조는 손해배상에 한하여 책임을 면제하는 점에서 구분된다.[1341]

이처럼 협약 제79조는 신의성실의 원칙의 발현 규정으로서 사정변경의 원칙이 내포된 것으로 이해되므로 협약상 신의칙은 제79조에서 계약위험에 관한 통제불가능성 및 예견불가능성을 요건으로 적용되는 사정변경의 원칙을 매개로 기능적 확장성을 지닌다. 즉 국제물품매매계약상 위험배분성에 관한 예견불가능성 요건에 있어서 제79조에서 명시적으로 원용되고 있는 합리성의 원칙은 계약당사자에 대하여 계약체결시에 통제할 수 없는 장애에 대한 고려의무와 그 장애의 위험배분에 관한 의무를 중심으로 객관적인 행위규범 역할을 수행한다. 이때 계약관계에서 합리성의 원칙이 부여하는 의무에 관한 행위규범은 동시에 그 준수여부에 관한 재판규범에 해당되는 이중성을 지닌다. 또한 협약에서 합리성과 기능적 동질성을 지닌 신의성실은 협약 제7조 제1항에 의하면 제79조에서 함의된 합리성에 관한 재판규범이라 할 수 있으므로 계약당사자에 대하여도 간접적인 행위규범 역할을 수행하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 협약의 해석원칙으로서 제7조 제1항의 신의칙은 전통적인 의미에서 신의칙의 발현규정으로 평가되는 제79조에서 합리성의 원칙에 의하여 부여되는 명시적 의무 및 그 준수 여부에 관한 재판규범이면서 동시에 계약당사자에 대하여는 간접적인 행위규범 역할을 수행함으로써 기능적 확장성을 지닌 것으로 평가할 수 있다.

한편, 사정변경의 원칙에 의하면 일반적으로 현저한 권리관계의 불균형이 야기되는 경우 급부의무의 구체적인 내용에 수정을 가하여 새로운 환경에 적응시키거나 이것이 불가능한 경우 계약관계의 해소까지 허용되기도 한다. 그러나 협약 제79조에 따르면 장애사유에 해당하는 경우 손해배상책임 외에 재협상이나 계약의 수정에 대해서는 법원의 권한이 별도로 명시되어 있지 않다.[1342] 이에 따라 계약 수정권한의 부재를 협약상의 흠결로 보고 협약 외재적 법원에 의한 흠결보충이 가능한가에 대하여 이견이 존재한다. 예를 들어 PICC가 협약을 보조할 수 있는가라는 문제에 있어서는 설령 이를 긍정한다고 하더라도[1343] 당사자 관점에서의 이행불능(hadship)의 경우에 PICC의 관련

1340) John O. Honnold/Harry M. Flechtner, op. cit., p. 628.
1341) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 79, para. 3.
1342) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 79, para. 86.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

규정이 협약 제79조의 외재적 법원이 될 수 있는가의 문제는 별개의 논점으로 남게 된다. 이를 긍정한 경우는 벨기에의 사례로서 Scafom International BV vs. Lorraine Tubes s.a.s. 판결을 예로 들 수 있다.[1344] 이 판결에서 매도인은 계약체결시에 대비하여 원자재 가격의 급등으로 물품가격이 70% 상승하였으므로 Hardship에 해당한다고 주장하고 매수인에 대하여 계약상 물품가격조건에 대한 재협상을 요청하였다. 2심 법원에서는 계약 성립시에 당사자가 예측하지 못한 경제적 사정변경에도 불구하고 계약조건에 관한 재협상에 응하지 않은 행위는 신의성실의 원칙에 반한다고 하고 매수인에 대하여 손해배상책임을 인정하였다. 결론적으로 최고법원에서도 2심의 결과를 인용하긴 하였으나 협약상 Hardship으로 인한 재협상의무의 문제에 있어서는 협약에서 명확히 해결되지 않은 법적 흠결로 간주하였다. 즉 사정변경에 따라 발생한 권리관계의 현저한 불균형은 협약 제79조의 장애사유로 볼 수 있지만, 재협상의무에 관한 사정변경의 법리 자체에 대하여는 법적 흠결이 존재하는 것으로 보고 제7조 제2항을 적용하였다. 이에 따르면 PICC[1345]는 제7조 제2항을 통해 협약의 외재적 법원이 될 수 있으므로 매도인의 재협상청구권을 긍정하고 매수인에 대하여 재협상의무를 부과하였다.

그러나 이 경우에도 협약 외재적 법원에 의한 흠결보충을 부정하는 견해에 의하면 협약상 계약체결 후 현저한 이행 장애사유로 인한 면책의 문제는 경제적 장애를 포함하여 이미 협약에서 해결된 문제로 보고 법적 흠결성을 인정하지 아니한다.[1346] 부정설에 따르면 협약에서 사정변경의 원칙은 분명한 적용범위를 지니므로 법적 흠결을 전제로 하는 협약 외재적 법원의 보충을 필요로 하지 아니하고 협약이 기초하고 있는 일반원칙의 기능성을 인정할 수 있게 된다. 이와 함께 제74조도 상대방에 대한 손해배상의 범위를 계약체결시에 예견 가능했던 손실의 범위에 한정시키는 점에서 사정변경에 따라 책임의 범위를 경감시키는 조항으로 해석된다.

(3) 채권관계의 객관적 규범체계로서 기능적 확장

---

1343) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 79, para. 85~86; Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2nd ed., Oxford University Press, 2015, p. 809.

1344) UNILEX Belgium : Court of Cassation of Belgium, C.07.0289.N, 19.06.2009.

1345) PICC Art. 6.2.1~Art. 6.2.3.

1346) Harry M. Flechtner, The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court, University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-09, p. 92. Retrieved December 18, 2018, from https://ssrn.com/abstract=1785545.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(가) 우리 민법의 객관적 규범체계로서 신의성실

앞서 대륙법계의 독일민법에서는 그동안 학설과 판례에 의하여 전개된 신의칙의 기능적 영역이 실제로 법제도적 수용에 이르기까지 채권관계에서의 최고원리로서 객관적인 규범적 역할을 수행하였다.[1347] 우리 민법에서도 신의성실 개념은 이러한 법발전의 흐름과 조화로운 방향에서 권리와 의무를 중심으로 한 행위규범으로서만이 아니라 최종적인 사법주체에 대한 재판규범의 기능을 수행하면서 객관적인 측면에서 bad faith로 간주되는 권리행사를 억제하는 기능적 확장성을 지닌 것으로 평가할 수 있다.

① 합리성, 공평성에 기초한 규범적 해석기준

우리 민법에서 채권관계의 기본원리로서의 신의칙은 권리행사와 의무이행을 중심으로 법률관계를 규율하기도 하지만, 여기에 그치지 아니하고 해당 권리 및 의무의 실체에 대한 해석의 표준 역할을 수행한다.[1348]

우선, 객관적인 규범체계로서 신의칙은 독일법에서와 마찬가지로 계약관계에서 합리성과 공평성을 구현하는 규범적 해석기준으로서 구체화된다.[1349] 법률관계는 이로 인해 권리를 보호받는 자와 의무가 부여되는 자의 관계, 즉 통상 권리·의무의 관계로 나타나므로 대체로 사법관계 자체의 표상으로 이해되고 있다.[1350] 그런데 이미 성립된 권리와 의무의 실체에 대하여 법률적 보장을 제공할 것인지에 대한 판단은 일응 법률행위의 내용에 대한 명확성을 전제로 하므로 결국 법률행위의 해석, 즉 법률관계 당사자 간 의사표시의 해석 문제로 귀결된다. 이 때 우리 민법상 객관적인 규범체계로서 신의칙은 계약관계에서 합리성과 공평성을 구현하는 해석기준으로 구체화되며, 해석기준으로서 신의칙은 다시 계약의 문언적 의미뿐만 아니라 당사자의 진정한 의도에 대한 규명을 통해 채권관계에서 최종적인 교정적 역할을 수행한다.

의사표시의 해석에 따라 법률적 관점에서 표시행위가 함의하는 객관적 내용의 확정은, 앞서 살펴본 대륙법계의 입법례와 마찬가지로 당사자의 진정한 의도가 우선한다.

1347) 이 논문에서 제3장, 제2절, 나, (3) '채권관계의 객관적 규범체계로서 신의성실의 원칙' 참조.
1348) 곽윤직/김재형, 앞의 책, 77면; 김상용, 민법총칙, 461면.
1349) 김상용, 위의 책, 461면.
1350) 곽윤직/김재형, 위의 책, 77면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 다른 한편으로 주관적 해석에 따른 실제 의사의 확정이 곤란한 경우에는 상대방의 시각에 따른 표시행위에 대한 객관적 의미의 규명, 즉 규범적 해석이 요구된다.[1351] 판례는 문언해석을 중요시하면서도 표시문언에 의한 의미가 객관성을 담보할 수 없는 경우에는 해당 문언과 법률행위의 동기, 목적, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의 및 형평에 적합하게 논리, 경험법칙, 사회일반의 상식, 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 한다고 판시한다.[1352] 요약하면, 법률행위의 해석에는 i) 당사자의 진정한(가정적) 의도, ii) 관습, 거래관행, iii) 임의법규 등과 같은 객관적인 해석의 표준에 의한다. 그러나 이러한 당사자 간의 개별규범 및 객관적 표준에 의하여도 법률행위의 내용을 확정하기 힘든 경우에는 실정법상의 행위규범 또는 재판규범으로서 신의칙이나 실정법체계의 근본적인 이념을 구성하는 조리에 따라야 한다.[1353]

우리 민법은 독일 민법 제157조(계약은 거래관행을 고려한 신의성실이 요구하는 바에 따라 해석되어야 한다)와 달리 별도로 규범적 해석의 기준으로서 거래관행을 고려한 신의성실을 명문화하지는 않았지만 통설과 판례는 이를 당연한 것으로 해석하고 있다.[1354] 결론적으로 우리 민법상 신의칙은 권리행사와 의무이행을 중심으로 한 법률관계를 규율할 뿐만 아니라 거래관행과 함께 규범적 해석기준으로서 해당 권리 및 의무의 내용에 대한 해석의 표준으로 설정된 것으로 볼 수 있다.[1355]

② bad faith 및 권리행사에 관한 객관적 제한규범

채권관계의 기본원리로서의 신의칙은 총칙편 제2조 제1항에 대한 위반의 효과로서 같은 조 제2항에 규정된 권리남용금지의 법리를 통해 일정한 권리에 부여된 목적과 거리가 먼 부당한 권리 행사에 대하여 객관적인 제한규범을 설정한 것으로 평가할 수 있다. 우리 민법에서 권리남용금지의 원칙은 신의칙과 같은 문맥의 가치관에 터 잡고 있다. 앞서 독일의 법학계가 권리남용금지에 대한 법적 근거에 있어서 초기에는 시카네금지에 관한 독일 민법 제226조에 의존하다가 이후 점차 제826조의 공서양속을 통한 불법행위적 기준으로, 오늘날에는 제242조 신의칙 규정으로부터 찾고 있는 사실은 이를 잘 뒷받침해주고 있다. 당초 기원적인 측면에서도 권리남용금지의 원칙은 신의칙에

1351) 김용담, 앞의 책, 194면.
1352) 대법원, 1996. 7. 30, 선고 95다29130 판결; Bernard Dutoit, op. cit., p. 313.
1353) 곽윤직/김재형, 앞의 책, 303면.
1354) 김용담, 위의 책, 194면.
1355) 곽윤직/김재형, 위의 책, 77면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있어서는 구체적인 발현례의 일종으로서 로마법에서는 악의의 항변의 형식으로 원용되었다.[1356]

권리남용규정과 신의칙규정이 공통으로 기초하고 있는 가치는 명확성이 담보되는 경우에 한하여 일반조항으로서 재판규범적 효용성을 나타낸다. 그러나 해석상 규범적 명확성이 결여된 것으로 판단되는 경우에는 양규정 모두 가치의 보충을 요하는 가치보충규정의 성격을 지니는데 특히 권리남용의 구체화에 있어서는 위에서 본 해석의 표준으로서 신의칙의 적용결과에 대하여도 교정적 기능을 수행하는 특징이 존재한다.[1357] 다만 이러한 교정적 기능으로 인하여 우리 법체계 내에서 기수행된 동일한 가치판단이 요구되는 것은 아니며, 신의칙에 따른 합목적적 권리행사 이상의 요청에 의하여 비로소 권리남용을 구성하는 것으로 이해된다.[1358] 따라서, 우리 민법에서도 권리남용의 법리는 신의칙의 또 다른 이면으로서 일정한 권리에 주어진 목적 또는 사명과 거리가 먼 권리의 남용에 대하여 객관적인 제한규범을 설정한 것으로 평가할 수 있다.

우리 민법상 권리남용의 법리는 신의칙과 함께 입법례 측면에서 스위스 민법을 모범으로 명문화되어 이후 사법 전반에 걸친 지도원리로 격상되었다. 이러한 현상은 가깝게는 재산권 행사에 있어서 사권의 사회성과 공공성을 강조함으로써 사권의 존재 및 그 행사에 있어서도 사회적 이익에 반해서는 아니 된다는 기본적인 사회유대적 인식에 터 잡고 있다. 또한 보다 거시적인 관점에서는 권리남용 법리의 배후에는 법체계상으로 공공복리에 관한 헌법정신이 자리하고 있는 것으로 이해된다.[1359] 우리 민법은 제2조에서 제1항의 신의칙과 함께 제2항에 권리남용금지 규정을 두고 있는데, 명문의 규정이 없던 구민법시대에도 독일 민법의 영향으로 학설·판례를 통해 소유권과 생활방해를 중심으로 이미 동일하게 권리남용의 법리가 수용 및 전개되어 왔다. 앞서 시카네의 금지를 규정한 독일민법 제226조에 의하면 상대방에게 손해를 가할 목적이라는 주관적 요건이 강조되고, 해당요건을 충족하는 경우에도 공서양속이나 신의칙이 요구하는 객관적 요건으로 충분한 경우와 상호 중복됨으로써 실제 적용은 극히 제한적이었다.[1360] 반면 우리 민법 및 스위스 민법 제2조 제2항은 형식상 독일법상의 주관적 가해

1356) 김형배 외, 앞의 책, 56면; 로마법에 의하면 자기의 권리를 행사하는 자는 누구에 대하여도 불법을 행사하는 것은 아니라는 인식이 있었으나 오직 타인에 대하여 해를 가할 목적으로만 권리행사가 있는 경우에는 악의의 항변이라는 예외를 두고 있었다. 박찬주, 권리남용금지와 권리자의 주관적 요건, 인권과 정의 Vol. 386, 대한변호사협회, 2008, 8면.
1357) 박한우, 권리남용 금지법리에 관한 연구, 법학연구, 제8권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1997, 5면.
1358) 박한우, 위의 논문, 5면.
1359) 양창수, 앞의 책, 190면.
1360) 김용담, 앞의 책, 229면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의사 요건으로부터 탈피하여 부여된 목적으로부터 벗어난 권리 행사를 중심으로 민법상 객관적인 제한규범을 설정하는 입법례를 취하고 있다.[1361]

신의칙과 권리남용과의 관계에 있어서 신의칙은 기원상 채권법의 영역에서, 권리남용은 물권법 분야에서 발전해온 일반조항이라는 점에서 일부에서는 양 법리의 중복적용을 부정하기도 한다.[1362] 그러나 통설·판례는 신의칙과의 관계에 있어서 권리의 행사가 신의성실에 반하는 경우를 권리의 남용으로 보고 있다.[1363] 이에 따르면 동일한 권리행사에 대하여 신의칙은 권리행사의 적법한 측면을, 권리남용의 법리는 위법한 측면을 각각 규정한 것으로 해석되므로 사실상 중복적용을 부정하고 있는 것은 아닌 것으로 이해된다. 특히 판례에 의하면 권리의 행사에 있어서 남용의 사례를 분별하는 경우에는 주관적 기준으로 가해의사나 가해목적[1364]을 들면서도 객관적 기준으로는 공공복리, 사회질서, 공서양속 등 다양한 식별기준을 비롯하여 신의칙을 근거로 내세우는 점도 같은 맥락에서 이해되고 있다.[1365] 다만 신의칙은 권리남용의 법리보다 그 적용범위나 효과 면에서 비교적 다면적인 활용성을 지니는 규범체계로 설정되었다고 봄이 타당하다.[1366] 신의칙의 적용은 독일 민법에서는 학설·판례를 통해, 우리 민법 및 스위스 민법에서는 명문에 의하여 민법을 통할하는 기본원칙이 되었으며 그 효력에 있어서도 표면상 권리남용에 한정되지는 않기 때문이다. 다만 스위스 민법을 모범으로 명문화된 우리 민법 제2조 제2항의 권리남용이 채권관계에서 객관적 규범체계로서 제 기능을 다하기 위해서는 주관적 요건에 천착되어 있는 오늘날 판례의 태도에 객관주의적 전환이 요구되는 것으로 평가되고 있다.[1367]

한편, 권리남용금지의 원칙의 의의는 우리 민법상 신의칙과의 관계에 있어서 후자가 계약해석 문제에 관한 규범적 표준을 설정하는 특징이 있는 반면 전자는 계약해석의 기준이 될 수 없다는 점에서 일견 크게 상쇄되는 것으로 보는 견해도 존재한다.[1368] 그러나 권리남용금지의 원칙의 효용성은 오히려 독일법에서와 마찬가지로 민법상 채권관계 상대방의 합리적인 신뢰보호가 요구되는 다양한 상황에서 객관적 규범체계를 설정

1361) 김용담, 앞의 책, 137면.
1362) 예컨대 강태성, 앞의 책, 95면; 김주수, 민법총칙, 삼영사, 2000, 109면 참조.
1363) 대법원 2005.05.13 선고 2004다71881 판결; 김용담, 위의 책, 136면; 송덕수, 민법총칙, 박영사 2018, 67면; 최명구, 민법총칙, 법문사, 2018, 29면.
1364) 대법원 1959. 12. 10. 선고 4291민상730, 731 판결.
1365) 양창수, 앞의 책, 191면.
1366) 김용담, 위의 책, 137면.
1367) 김용담, 위의 책, 137면.
1368) 박한우, 앞의 논문, 3면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하고 당사자 간 특별결합관계의 존부와 무관하게 넓은 적용범위를 획득하는 점에서 찾을 수 있다. 다시 말해 권리남용금지의 원칙은 채권관계에서 불성실한 권리행사로 간주되는 특별한 사정이 있는 다양한 유형의 적용례에 있어서 권리행사를 허용하지 아니하고 법률행위의 효력을 저지하는 기능을 수행한다. 학계에서는 이러한 유형의 권리행사를 상대방의 법익을 침해하는 부당한 권리행사 내지 권리남용의 한 유형으로서 파악하고 있다. 예컨대 우리 민법상 금반언의 원칙으로 통용되는 선행행위와 모순되는 행위의 금지 원칙 그리고 실효의 원칙을 부당한 권리행사의 일종으로 유형화하여 독립적인 논의를 전개하고 있는 것이다.[1369]

특히 선행행위와 모순되는 행위의 금지 원칙의 주요한 요건으로는 i) 선행행위로 야기되고 보호가치가 있는 상대방의 신뢰를 비롯해 ii) 객관적으로 모순되는 행위에 대한 행위자의 주관적 귀책가능성이 요구되는데,[1370] 여기서 귀책가능성이란 반드시 행위자의 불성실한 의도나 귀책사유의 존재를 전제로 한 개념은 아닌 것으로 해석된다. 즉 선행행위로 야기된 신뢰에도 불구하고 이에 반하는 모순행위 자체에 대한 비난가능성만으로 귀책의 판단에 족한 것으로 해석된다.[1371] 판례는 이에 덧붙여 이러한 권리 행사가 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다고 판시하고 있다.[1372] 실효의 원칙 또한 선행행위와 모순되는 후행행위 금지의 원칙에 대한 일종의 특칙에 해당하는 것으로, 적용상 단순히 권리의 오랜 불행사라는 사실만으로 효력을 발생한다고 해석되지는 않는다. 즉 판례는 구체적인 경우마다 불행사 기간의 장단을 비롯한 객관적인 사정을 고려하며 그중에서도 지체를 이유로 불성실한 권리행사로 간주되는 특별한 사정을 요구함으로써 권리행사에 관한 객관적인 규범체계를 설정한 것으로 이해된다.[1373]

(나) 협약의 객관적 규범체계로서 기능적 확장

협약에서도 상당한 비중을 두고 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 구체적인 사안에서 계약 상대방의 합리적 신뢰를 보호하고 일정한 권리에 부여된 목적에 반하는 불공정하거나 불합리한 권리 행사에 대한 객관적인 제한규범 역할을 수행한다.

1369) 박한우, 앞의 논문, 7~13면.
1370) 지원림, 앞의 책, 56면.
1371) 김용담, 앞의 책, 158면.
1372) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결.
1373) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다27069 판결; 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이처럼 신의칙이 발현된 개별규정에서 명시적·묵시적 합리성의 의미로 원용된 합리성의 원칙은 협약 전반에서 기초하고 있는 일반원칙으로서 협약에서도 신의칙이 지니는 기능적 확장성을 뒷받침하는 기능주의적 입법장치에 해당된다. 특히 합리성과의 기능적 동질성을 고려하면 제7조 제1항의 신의 준수 요건은 각 개별조항의 객관적인 행위규범에서 요구되는 합리성의 요건과 마찬가지로 재판규범이면서도 합리성 요건의 해석원칙으로서 계약관계에서는 결과적으로 간접적인 행위규범 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 예를 들어 협약에서 합리적 신뢰의 보호원칙, 선행행위와의 모순행위 금지원칙, 실효의 원칙, 권리남용금지의 원칙은 신의칙과 같은 문맥의 가치관에 터 잡고 개별조항을 통해 발현된 것으로 평가할 수 있다.

① 합리적 신뢰의 보호에 관한 객관적 규범체계

협약이 기초하고 있는 합리적 신뢰 보호의 원칙은 이를 직접적으로 명시한 경우와 동일한 취지를 명문화한 경우로 구분된다. 우선, 협약 법문상 제16조 제2항 (나)호, 제35조 제2항 (나)호는 '합리적 신뢰'를 직접적으로 명시한 규정에 해당한다.[1374] 제16조는 청약의 철회가능성을 규정하면서도 다른 한편으로 제2항 (나)호에서 철회의 제한가능성을 병존시킨다. 즉 이 조항은 청약의 구속력으로부터 자유로울 수 있는 청약자와 철회불가능한 사정을 합리적으로 신뢰한 상대방 각자의 법익 간 균형을 도모한 규정에 해당한다. 제16조는 원칙적으로 청약의 철회를 규정하면서도 상대방의 합리적 신뢰가 존재하는 경우, 이를 특별히 보호하기 위한 권리구제수단을 별도로 설정한 규정인 점에서 협약이 기초하고 있는 기본 정신을 명문화한 것으로 볼 수 있다. 또한, 제35조 제2항은 물품 적합성과 관련하여 인도한 물품이 계약체결시 매도인에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 특별한 목적에 맞지 않는 경우를 원칙적으로 물품 부적합인 경우로 보면서도, 이 상황에서 매수인이 매도인의 기술과 판단을 신뢰하지 아니하였거나 오히려 신뢰하는 것이 불합리하다고 인정되는 경우, 즉 합리적 신뢰가 존재하지 아니한 경우를 매수인의 권리구제 대상에서 명시적으로 배제하고 있다(제35조 제2항 (나)호).

다음으로 제60조 (가)호[1375]와 제79조 제1항은 협약 내에서 합리적 신뢰 보호의 원칙에 기초한 법문으로서 특별히 합리적 신뢰를 명시한 경우는 아니지만 이와 유사하게

1374) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 7 para. 33.
1375) 협약 제60조 (가)호. "매도인의 인도를 가능하게 하기 위하여 매수인에게 합리적으로 기대될 수 있는 모든 행위를 하는 것"



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

'합리적인 기대'라는 표현으로 동일한 취지를 명시하고 있다. 즉 제60조 (가)호는 매수인의 수령의무를 명시하면서 매도인의 인도를 가능하게 하기 위하여 매수인에게 합리적으로 기대될 수 있는 모든 행위를 수령의무에 포함시킴으로써 구체적인 상황에서 매수인에 대하여 갖는 상대방의 합리적 신뢰의 보호 근거를 폭넓게 규정한 것으로 평가할 수 있다. 반면 제79조 제1항은 합리적 기대를 벗어나는 장애를 의무 불이행 책임의 면책 사유로 설정하는데 이 규정은 스스로 통제할 수 없는 장애를 비롯해 계약체결시 해당 장애를 고려할 수 없었거나 이에 대한 회피나 극복을 합리적으로 기대할 수 없는 경우를 모두 면책사항에 포함시킨다.

한편 선행행위를 신뢰한 상대방을 보호하는 원칙도 합리적 신뢰의 원칙의 연장선상에서 협약에 내재된 것으로 평가되며 이는 협약의 개별조항마다 합리성을 요건으로 각각 다른 객관적 행위규범으로 나타난다. 대표적인 예로, 협약 제2편(Part II) 제16조 제2항 (나)호의 철회 불가능한 청약 규정에서 상대방의 정당한 신뢰보호의 필요성을 확인할 수 있다. 제16조 제1항은 전통적인 보통법 이론에 따라 청약은 원칙적으로 승낙 전에 언제든지 철회할 수 있다고 한다.[1376] 그러나 제16조 제1항에서 규정한 청약의 철회는 제2항에 의하여 상당한 제한을 받는다. 이에 따르면 청약의 철회는 철회가능성을 배제한다는 청약상의 의사표시나 상대방의 신뢰를 해할 우려가 존재하지 않는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 제16조는 청약의 철회 및 그 제한 가능성을 병존시킴으로써 언제든지 청약의 구속력으로부터 해방되고자 하는 청약자의 이익과 철회불가능성을 신뢰한 상대방의 이익을 균형 있게 조화시킨 규정으로서 선행행위에 모순되는 후행행위의 금지 법리가 내재된 것으로 평가할 수 있다.[1377]

마찬가지로 협약 제3편에서는 제29조 제2항,[1378] 제35조 제2항 (나)호,[1379] 제42조 제

1376) 전통적인 보통법 이론에 따르면 청약은 원칙적으로 승낙 전에 언제든지 철회할 수 있다. 이는 철회 불가능한 청약이라고 명시한 경우일지라도 그러하며, 심지어 청약자가 상대방에게 일정기간의 승낙기간을 보장하였다고 할지라도 보통법상 약인이 없는 이러한 약속은 구속력이 없으므로 언제든지 철회 가능하다. 미국의 UCC에서도 청약은 승낙 전에 언제든 철회 가능하지만, 여기에 firm offer의 예외를 두고 있다. 즉 UCC § 2-205에 따르면 상인의 청약이 승낙기간을 정하거나 철회하지 않겠다는 약속을 명시한 경우, 약인이 없을지라도 일정한 조건하에 그 구속력을 인정하여 철회할 수 없도록 하고 있다. 제16조 제1항은 이러한 전통적인 보통법 원리를 그대로 수용한 것으로 볼 수 있다. 보통법계의 요소는 같은 항의 2문에서도 잘 나타난다. 보통법 이론에 따르면 계약의 성립은 상대방의 승낙이 발송된 때를 기준으로 한다. 따라서 상대방이 승낙의 통지를 발송한 때로부터 도달시까지 의사표시의 전달과정상 발생할 수 있는 위험부담은 청약자가 지게 되는데, 제16조 제1항 2문에서 승낙의 발송시를 기준으로 철회가능성의 유무가 결정되게 한 점은 보통법적 요소라고 할 수 있다.

1377) Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 16 para. 3 & Art. 7 para. 58; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 33.

1378) Schlechtriem/Schwenzer, Id; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Id.

1379) Joachim Froehlich, op. cit., p. 41.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2항 (나)호,[1380] 제47조[1381]에서 각각 상대방의 신뢰보호를 목적으로 하는 금반언의 원칙 또는 선행행위와의 모순행위 금지 원칙이 내재된 것으로 평가된다.[1382] 제29조 제1항은 당사자 자치원칙에 따라 계약의 변경 또는 종료를 규정한 반면 같은 조 제2항은 서면 계약의 변경이나 종료를 반드시 서면 합의에 따르기로 한 경우에 제2문에서 상대방이 자신의 행동을 신뢰한 한도까지는 당사자가 이를 원용할 수 없도록 하였다. 그리고 제35조 제2항은 물품부적합사유를 명시하면서 같은 항 (나)호에서 계약체결시 매도인에게 알려진 '특별한 목적'에 적합하지 않은 경우를 여기에 포함시키는데, 이에 따르면 물품부적합 책임의 핵심은 매도인의 물품이 계약체결시에 매도인이 인지한 물품 고유의 특별한 목적에 적합하지 않은 점에 있다. 따라서 선행되는 종합적인 상황에 의하여 매수인이 물품의 특별한 목적을 위하여 매도인의 기술과 판단을 신뢰한 것은 아니라고 보는 것이 합리적인 경우에는 이에 반하는 매수인의 자기모순행위는 금지된다.

또한 제42조 제1항에 의하면 매도인은 제3자의 권리주장으로부터 자유로운 물품의 인도의무를 부담하는데, 이에 대하여 같은 조 제2항 (나)호는 제3자의 권리주장이 매수인의 선행행위, 즉 매수인이 제공한 기술설계, 디자인, 방식 등에 의하여 발생한 경우 매도인의 의무에 면책을 부여한다. 이 밖에도 제47조 제1항은 매도인의 의무이행에 대하여 매수인이 부가기간을 정할 수 있도록 하는 한편 같은 조 제2항은 부가기간을 허용한 매수인의 선행행위에 모순되는 행위, 즉 계약위반에 대한 구제를 구할 수 없도록 함으로써 매도인의 신뢰를 보호하는 규정으로 평가된다. 협약 개별조항에서 나타난 금반언이나 선행행위에 모순되는 행위의 금지 법리는 이처럼 다양한 상황에서 각각 다른 유형과 수준으로 상대방의 신뢰를 보호하는 점에서 일반원칙으로서의 구체성과 명확성을 갖추고 있다. 반면 금반언의 원칙을 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 인정할 수 없다거나 협약의 규율사항을 벗어나는 것으로 보는 관점을 취하는 경우, 제7조 제2항에 의하면 문제의 해결에는 국내법이 적용된다. 실제로 일부 판례에서 금반언의 원칙의 일반원칙성을 부정하거나 제7조 제2항의 협약에 의하여 규율되는 사항이 아닌 것으로 보고 국내법을 적용한 사례도 존재한다.[1383] 그러나 학설과 판례는 금반언의 원칙을 부정하는 견해에 대하여 비판적이다.[1384] 이에 따르면 무엇보다 금반언의 원칙은 협약

1380) Joachim Froehlich, op. cit., p. 41.
1381) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, 1999, p. 100.
1382) Ibid; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas. Commentary(2011). Art. 16 para. 3 & Art. 7 para. 58; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7, para. 33.
1383) Tuzzi Trend Tex Fashion v. WJM Keifer-Somers, District Court (Arrondissementsrechtbank) Amsterdam 3 October 1994.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 전체적인 법적 틀과 개별조항의 원리에 비추어 협약에 존재하는 개념으로 보는 것이 타당하므로 협약내재적 수단을 배제하고 그 해석에 국내법적 사고를 적용하는 것은 협약의 정신에 반한다.[1385] 특히 반대의 견해는 제7조 제1항과 제7조 제2항의 신의칙 개념의 혼동으로부터 발생하기도 한다. 예를 들어 금반언의 원칙을 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 아니라 제7조 제1항에 근거한 신의칙의 유형화로 보고 단순히 제7조 제1항의 신의칙을 부정하는 관점에서 제7조 제2항에 따른 일반원칙성을 부정하기도 한다. 물론 이러한 견해는 제7조 제1항과 제7조 제2항의 종합적인 법리를 오해한 결과이다.[1386]

협약에 따른 당사자의 계약관계에서 직접적인 신의칙의 기능을 긍정하든지 부정하든지 금반언의 원칙이 신의칙의 구체적인 발현 원칙이라는 점에는 이견이 없다. 설령 이를 부정하는 견해를 취하더라도 제7조 제2항은 일반원칙으로서 협약에서 금반언의 원칙을 인정하는 주요한 통로가 되며 그 효용성이 인정된다.[1387] 금반언의 원칙은 협약 내 다수의 개별 조항에서 상대방의 신뢰보호 기능을 함으로써 일반원칙으로서의 구체성과 명확성을 지닐 뿐만 아니라 이를 기초로 협약이 규율하는 다양한 유사 상황에도 적용이 가능한 일반성이 확인된다.

② 일반원칙으로서 권리의 실효

제46조 제1항은 매도인에 대하여 매수인의 이행청구권을 명시한 규정인데, 해당 권리의 행사기간에 대한 시간적 제한이 명시되어 있지는 않다. 실효의 원칙을 인정할 경우 오랜 기간 권리의 불행사로 인해 상대방이 갖게 된 장래의 권리 불행사에 대한 기대가 보호되는 점에서 제46조 제1항과 관련하여 매수인이 상당한 기간 동안 권리를 행사하지 아니한 경우에는 실효의 원칙에 따라 해결하는 것이 타당하다고 본다. 다만 실효기간에 대하여는 견해에 따라서는 1년이 언급되기도 하고 판례에 따르면 기간에 관

1384) Tuzzi Trend Tex Fashion v. WJM Keifer-Somers, District Court (Arrondissementsrechtbank) Amsterdam 3 October 1994., Case comment by Marie-France Papandréou-Deterville, Maître de conferences, Université de Strasbourg.

1385) Russia 27 July 1999 Arbitration proceeding 302/1996.

1386) Russia 27 July 1999 Arbitration proceeding 302/1996. "more thorough analysis should have been carried out...before such conclusions...a simple statement that estoppel is based upon good faith cannot suffice...(그러한 결론이 도출되기 이전에 보다 철저한 분석이 선행되어야 한다. 단순히 금반언의 원칙이 신의성실의 원칙에 기초하고 있다는 것만으로는 충분하지 아니하다)". Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html. Editorial Remarks.

1387) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), 3).



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

계없이 실효의 원칙은 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 아니라고 하기도 한다.[1388] 실효의 원칙을 부정하는 판례를 살펴보면, 네덜란드 매수인은 자신이 물품의 일부를 수령하고 대금을 지급한 후 나머지 물품은 반품하고 편지로 이 사정을 통지하였는데 독일 매도인이 이에 대해 상당기간 달리 의사표시가 없었으므로 매도인의 권리는 실효되었다고 주장하였다.[1389] 해당법원은 2년 동안의 권리 불행사로 인하여 실효를 주장하는 사안에서 협약상의 실효의 원칙을 적용하지 않고 네덜란드 국제사법에 의하여 준거법이 된 독일법에 따라 실효의 원칙을 적용하였다.

이처럼 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 인정하지 않는 견해도 있으나 실효의 원칙도 선행행위와 모순되는 행위의 제한 원칙과 별개로 독립된 실익을 인정할 수 있으므로 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 보는 것이 타당하다.[1390] 따라서 국제사법규칙에 따른 국내법적 요건의 적용은 일반원칙으로서 실효의 원칙이 적용되는 경우에는 배제되어야 한다. 당사자의 신뢰보호를 비롯해 신의칙의 기본정신에 있어서 모순행위의 제한 법리와 상호 기능적인 공통점을 찾을 수 있으므로 실효의 원칙에서도 협약상 근거가 되는 개별조항으로 제16조 제2항과 제29조 제2항, 제35조 제2항 (나)호, 제42조 제2항 (나)호를 예로 들 수 있다. 다만 이에 더하여 협약상 신뢰보호의 원칙이 내재되어 있는 다수의 개별조항도 실효의 원칙의 일반적인 근거로 언급되기도 한다.[1391]

③ 일반원칙으로서 권리남용의 금지

협약에서도 권리남용의 금지 원칙은 신의칙의 구체적인 적용례에 해당하며 개별 조항을 통해 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 평가할 수 있다. 대표적인 예로 협약 제80조는 면책규정으로서 상대방의 의무불이행이 당사자의 작위 또는 부작위에 기인하는 경우 계약상 의무불이행으로 인한 권리구제를 구할 수 없도록 규정한다. 다시 말해 채권자의 귀책사유로 채무자는 손해배상 책임으로부터 면책되고 채권자는 모든 권리구제수단을 상실하므로 제80조는 과실기여가 존재하는 채권자의 권리행사를 일종의 부당한 권리행사로 간주한다.[1392] 예를 들어 매수인이 물품의 운송수단이나 배송지 주소 등

1388) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (6).
1389) Tuzzi Trend, Tex Fashion v. Keijer-Somers, Netherlands 5 October 1994 District Court Amsterdam. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005n1.html.
1390) Joachim Froehlich, op. cit., p. 63.
1391) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), (6) Forfeiture.
1392) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 80, para. 2.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 대해 매도인에게 잘못된 정보를 제공한 경우나 매수인이 물품의 수입허가를 받지 못하는 등 협조의무를 제대로 이행하지 않은 경우가 여기에 해당한다.[1393]

협약상 권리의 남용을 제한하는 근거규정에 관하여 견해에 따라서는 제80조와 함께 앞서 선행행위에 모순되는 행위의 제한 법리에서 근거로 제시된 제29조 제2항이 언급되기도 한다.[1394] 즉 제80조가 적절한 의무이행의 실패를 근거로 당사자의 권리행사를 부당한 권리행사로 규정하였다면, 제29조 제2항은 당사자가 형식적인 법적 지위를 악용하는 것을 신의칙상 부당한 권리행사로 간주한다.[1395] 후자의 경우, 제29조 제2항에 의하면 계약서 조항에서 계약의 변경은 반드시 서면에 의하기로 합의된 경우에도 상대방의 정당한 신뢰보호를 위해 구두의 계약 변경을 허용할 필요가 발생한다. 예를 들어 위의 예시에서 계약서 조항에도 불구하고 양당사자가 구두로 계약을 변경하기로 합의하였으나, 나중에 형식적인 서면 요건의 하자를 이유로 구두의 계약 변경의 효력을 부인하고 당사자의 신의에 반하여 권리행사를 시도하는 경우가 여기에 해당한다.[1396] 결론적으로 제29조 제2항은 신의칙이 구체적으로 유형화된 적용례로서 관점에 따라 협약이 기초하고 있는 금반언의 원칙 또는 선행행위에 모순되는 행위의 제한 원칙뿐만 아니라 권리남용 금지의 원칙의 근거가 되는 개별조항으로 볼 수 있다.

권리남용 금지의 원칙은 이처럼 신의칙의 유형화에 해당하며, 같은 맥락에서 CISG-AC(Advisory Council)에 의하면 신의칙이 구체화된 것으로 평가되는 합리성의 원칙을 그 기원으로 하는 점에서 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로 볼 수 있다.[1397] 그러나 권리의 행사가 단순히 부당하다는 이유로 신의칙이 함부로 적용되는 경우에는 객관적인 법질서 및 법적 안정성에 문제가 발생할 수 있다. 그러므로 일반적으로 권리남용 금지의 원칙은 적용에 있어서 엄격한 요건을 충족하여야 한다. 가해의 의사나 악의가 명백한 경우를 포함하여 주관적인 요소가 배척되어서는 아니 되며 객관적인 요소는 엄격하게 강조되는 것이 타당하다.[1398] 따라서 협약상 일반원칙으로서 권리남용 금지 원칙을 적용할 때에는 권리행사의 필요성 및 권리자 이익의 크기와 권리행사로 야

1393) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 80, para. 3.
1394) Joachim Froehlich, op. cit., p. 42; Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 29, para. 33~43 참조.
1395) Ulrich Magnus, op. cit., part 5, b), 3).
1396) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 29, para. 34.
1397) CISG Advisory Council Opinion No. 17, 4.26. "The principle of reasonableness...is at the origin of the prohibition against abuse of rights and the prohibition against contradictory behavior(venire contra factum proprium), both stemming from Article 7 CISG(합리성의 원칙은...권리남용금지의 원칙과 선행행위에 모순되는 행위 금지의 원칙의 기원에 위치해 있다)".
1398) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 80, para. 3.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기되는 상대방의 불이익 등을 비교형량하여 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 권리남용 여부를 신중하게 판단하여야 한다.

한편, 협약의 전신인 ULIS와 달리 협약이 기초하고 있는 일반원칙으로서 권리남용 금지의 원칙을 원용한 사례는 아직 구체적으로 나타나지 않는 것으로 보인다. ULIS 관련 사례의 원용가능성에 대해 이견이 있을 수 있지만, 일반원칙으로서의 권리남용 금지의 원칙에 관하여 협약과 ULIS는 완전히 다른 흠결보충규정을 두고 있고, 특히 ULIS는 흠결보충 수단에 국내법의 적용을 배제한 점이 고려되어야 한다.[1399] 따라서 권리남용 금지의 원칙에 관한 협약 외재적 법원으로서 ULIS에 대한 사례는 원용할 수 없거나 제한적으로만 허용되는 것이 타당하다.

## 2. 기능주의적 해석에 기초한 판례와 한계

### 가. 기능주의적 해석의 한계

이상에서 협약 내재적 법문 구조 및 개별조항을 통해 협약상 합리성의 원칙에 대한 보편적인 규범체계가 내재해 있으며 합리성의 원칙은 일반적인 법원칙으로서의 신의칙과 기능적 유사성 내지 동질성을 지닌 것으로 분석된다. 이에 따라 협약에서 신의칙은 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙을 매개로 기능적 확장성을 지닌다.

그러나 각각의 개별조항에서 요구되는 기준을 위한 합리성이 어떤 것인가는 특정하기 어렵다. 구체적인 합리성의 기준은 각 사례에 따라 명확하게 일치하지 아니하고 상대적이며 정의되기 어려우므로 구체적 사안에 따라 양당사자의 권리관계 및 사정을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다. 나아가 사안의 해결을 위해 합리성의 원칙이 고려되는 경우에도 협약의 해석원칙이 원칙적으로 준수되어야 한다. 즉 협약의 해석상 그 국제적인 성격과 적용상의 통일성, 국제거래상의 신의 준수가 원칙적으로 요청된다. 계약의 해석에 관한 규정인 협약 제8조를 비롯해 합리성의 원칙에 기초한 각 개별조항도 협약 제7조의 적용범위에 동일하게 포함되기 때문이다.[1400]

무엇보다 기능주의적 해석에 의한 협약 제7조 제1항 신의칙의 기능은 규범적인 측면

1399) 협약상 흠결보충규정에 국제사법 규칙에 따른 국내법의 적용이 허용된 반면 ULIS는 이를 불허한다. ULIS Art. 2.

1400) John O. Honnold/Harry M. Flechtner, op. cit., Art. 8 para. 105.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에서 계약관계에서 간접적인 적용에 그칠 뿐인 점을 유의하여야 한다. 즉 대륙법 전통의 관점에서 우리 민법의 신의칙과 같이 직접적이고 광범위한 신의칙의 적용은 타당하지 아니하다.[1401] 협약의 적용주체는 구체적 사안의 해결을 위해 개별조항의 해석이 문제되는 경우 협약의 해석원칙 및 개별조항의 법리를 우선 적용하여야 하며 협약상의 신의칙은 계약관계에서는 간접적인 해석규범으로서 최후의 교정적 역할만을 수행한다. 따라서 계약관계에서 제7조 제1항 신의 준수 요건의 의의는 계약관계의 불공정 및 불합리의 문제에 있어서 개별조항이 기초하고 있는 국제거래상 합리성의 원칙을 매개로 계약당사자에게 묵시적인 신의칙상의 의무와 동일한 의무를 도출할 필요가 있고, 협약상 최후의 교정적 기능이 기대되는 경우에 한하여 찾을 수 있다.

특히 구체적 사안에서 최종적인 계약의 해석주체, 즉 법원에 의한 계약의 보충적 해석 내지 흠결보충의 문제는 협약 제6조, 제7조 제2항, 제8조 제1항, 제9조, 제35조 제2항 등에 비추어 협약 내재적인 해석론에 의존하여 가능하다고 판단되므로 정작 문제는 합리성의 원칙에 있어서 기능적 보충의 한계에 관한 것으로 귀결되는 것으로 이해된다.[1402] 협약 제8조에 의하면 계약상 흠결의 보충에 있어서 규범적 해석기준은 당사자의 가정적 의도와 밀접한 관련이 있으므로 합리성은 협약상 독립적으로 기능하지 아니하고 협약의 법문구조 및 개별규정과 유기적인 관계에 놓이며 흠결의 보충은 어떠한 경우에도 규범적 측면에서 판단된 '당사자 의도'의 한계를 벗어날 수 없다고 보아야 한다.[1403]

한편 이상에서 분석된 바와 같이 당사자의 진술과 행위의 해석을 규정한 협약 제8조의 합리성의 원칙은 제7조 제1항의 신의칙과 일견 기능적 동질체로 볼 수 있는 점에서 제8조로부터 직접 신의칙의 의미를 협약이 아닌 계약 해석에 관한 일반원칙으로 확장해석할 수 있을 것인지가 문제된다.[1404] 기능적 측면에서 앞서 논의한 제7조 제1항 신의의 기능에 관한 문제와 제8조에서 합리성에 관한 문제에는 상당부분 기능적 유사성 내지 동질성이 존재하기 때문이다. 이에 대하여는 비록 제8조에서는 직접적으로 합리성의 일반원칙이, 간접적으로 합리적 신뢰보호의 의미가 내포된 것으로 이해되나 '신의준수'를 명시적으로 언급한 제7조 제1항과 달리 제8조는 신의 요건을 명시하지 않으므로 제8조로부터 직접 신의칙의 의미를 계약관계의 해석원칙으로 일반화하여 확장해석

1401) 석광현, 앞의 책, 65면; 오현석, 앞의 논문, 531면.
1402) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 8, para. 27.
1403) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 8, para. 28.
1404) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 8, para. 31.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는 견해는 타당하지 않다고 보아야 한다. 이는 협약상 신의칙 문제를 중심으로 다양한 논의가 존재하는 것과 별개로, 신의칙 문제를 명시적으로 제7조 제1항의 기능 문제에 한정시킨 협약의 규범적 태도에 반하기 때문이다.[1405] 따라서 직접적으로 제8조 및 신의칙상의 의무를 근거로 계약조건상의 불공정 요소를 다투는 것은 협약상 허용되지 않는다.[1406]

### 나. 기능주의적 해석에 기초한 판례

이상에서 분석된 바와 같이 협약상 신의성실 개념은 국제적으로 다수의 국가 및 중재법원의 판례에서 합리성의 원칙과 기능적 유사성 내지 동질성이 있는 법개념으로 원용되고 있다. 그러나 이러한 해석에 기초한 종래 판례의 태도에서도 합리성의 기준에 관한 해석원칙으로서 신의 준수의 의미에 대한 규명은 부족한 실정이다. 심지어, 협약의 해석에 관한 지도원칙으로서의 신의칙은 제8조에서 원용된 합리성의 원칙과의 관계에서도 계약관계에서 규범력을 지니는 것으로 다수의 판례에서 원용되고 있지만 신의칙의 명확한 협약상의 근거를 제시하지 못하고 있는 실정이다.

예컨대 스위스 판례에서는 제8조에 따른 당사자 의도의 규명을 위해서는 교섭과정, 확립된 관례, 합의된 관행, 후속행위 등 모든 관련 사정을 고려해야한다고 하면서 사안의 해결에 필요한 협약상의 이러한 객관적 규범체계가 유효하지 않은 상황에서는 '당사자 행위'가 계약내용의 규명에 결정적 요소로 작용한다고 판시하였다. 그러면서도 법원은 당사자의 '실제 행위'에 대한 해석 문제를 결국 신의칙에 따르는 것으로 이해하였다.[1407] 또한 네덜란드 법원은 물품 수령 후 '합리적인 기간' 내에 물품부적합의 사정을 통지하지 않은 사안에서 매수인이 계약위반을 주장할 권리를 상실하였다고 보았는데, 결론적으로 협약상 신의성실의 의무에 관한 객관적인 규범체계에 근거하여 매수인이 매매목적물을 가공 및 재판매하기 전에 이에 대한 조사 및 하자발견의무를 부담한다고 판시하였다.[1408] 이상의 판례는 제8조 및 개별조항이 기초한 합리성의 원칙을 매개로 기능적으로 확장된 신의칙을 적용한 경우에 해당되나 엄격한 규범적 관점에 의하면 법문상 명시적으로 협약의 해석원칙에 제한된 제7조 제1항 신의칙의 법리를 오인하고 계

1405) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 8, para. 31.
1406) Ibid.
1407) CISG-Online 1155, Switzerland : Obergericht des Kantons Zug, OG 2004/29, 05.07.2005.
1408) UNILEX Netherlands : Arrondissementsrechtbank Zwolle, HA ZA 95-640, 05.03.1997.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

약당사자에 대하여 직접적인 신의칙상의 의무를 부담시킨 사례라 할 수 있다.

반면 헝가리 중재법원의 판례는 계약관계에서 신의칙에 기초한 행위의무를 부담시키면서도 합리성의 원칙과 연계한 계약책임을 전개함으로써 기능주의적 관점에서 진일보한 태도를 보인다. 즉 오랜 비즈니스 관계에 있던 오스트리아 매수인이 헝가리 매도인에게 이미 유효기간이 만료된 지급보증서류를 제공한 행위는 신의칙에 반한다고 판시하고 이를 합리성의 원칙과 밀접한 연관성이 있는 것으로 이해하였다. 신의칙의 기능에 관하여 해당 법원은 "제7조 제1항의 신의칙은 협약의 해석원칙이자 계약의 이행에 있어서도 계약당사자가 준수하여야 할 행위기준에 해당 된다"는 입장을 취하였으나[1409] 다른 한편으로는 협약상 신의칙의 기능론과 무관하게 만료된 지급보증서류를 제공한 행위는 신의칙뿐만 아니라 제8조 제3항이 규정한 '합리적인 사람'이 가졌을 합리적 기대에 반한다고 판시함으로써 신의칙과 합리성의 원칙의 기능적 동질성을 전제로 계약위반의 법리를 전개하였다.[1410]

이밖에도 다양한 국가의 판례[1411]에서 제8조 및 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 기능적 유사성 내지 동질성을 이유로 신의칙의 법리와 일견 혼동된 현상을 보이고 있다. 물론, 이러한 해석론은 제7조 제1항에 관한 규범적 고찰에서 살펴본 바와 같이 협약의 해석원칙으로 엄격히 제한하는 신의칙의 입법론적 관점에 명백히 배치된다. 그러나 다른 한편으로 이러한 판례의 태도는 규범적 측면에서 신의칙 법리의 오해여부는 별론으로 하더라도 합리성의 원칙이 협약에서 신의칙과 마찬가지의 기능적 유사성 내지 기능적 동질성을 지니고 있음을 반증하는 결과라 할 수 있다.

한편, 신의칙의 기능을 협약의 해석원칙에 엄격히 제한하는 판례의 경우에도 어떠한 해석이 국제거래상 신의 준수를 증진할 수 있는지에 대한 충분한 고려를 하지 못하고 있는 점에 한계가 존재한다. 예컨대 ICC-Paris 중재법원[1412]은 계약관계에서의 제7조 제1항 신의칙의 적용을 법문에 따라 명확히 부정하면서도 정작 협약의 해석과정에 내재된 신의칙의 기능적 효용성에 대해서는 구체적인 설명을 제시하지 못하고 있다.[1413]

---

1409) UNILEX Hungry : Hungrian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration VB/94124, 17.11.1995.

1410) UNILEX Hungry : Hungrian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration VB/94124, 17.11.1995.

1411) CISG-Online 1739, Switzerland : Handelsgericht des Kantons Aargau, HOR.2006.79/AC/tv, 26.11.2008; CLOUT Case 839, France : Cour de Cassation, Y 01-15.964, 30.06.2004; CLOUT Case 334, Switzerland : Obergericht des Kantons Thurgau, ZB 95 22, 19.12.1995; CISG-Online 705, Germany : ICC International Court of Arbitration, 9187/1999, 01.06.1999.

1412) Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce-Paris.

1413) UNILEX : ICC Court of Arbitration-Paris, 8611/HV/JK, 23.01.1997.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 판례에서 기계제작자인 독일 매도인은 스페인 매수인과 함께 스페인 지역의 독점적인 물품공급계약을 체결하였는데 스페인 시장의 매출이 높지 않자 원래 매수인과의 독점계약을 위반하고 같은 지역에서 제3자에게 물품을 공급하기 시작하였다. 이후 원래 매수인이 해당 물품 및 이미 판매된 물품의 부품제공 의무와 신의칙상의 의무 위반 등을 이유로 소송을 제기한 사안에서, 해당 법원은 무엇보다 제7조 제1항 신의칙을 해석원칙에 명시적으로 제한하면서도 정작 그 기능적 의의에 대한 규명에 있어서는 뚜렷한 진전을 보이지 못하였다. 종래 논의되었던 협약상 신의칙에 대한 규범적 불명확성의 한계가 이 판례에서도 그대로 반영된 것으로 이해된다.

그러나 이 경우에도 기능주의적 해석을 가정해 본다면, 신의칙은 합리성의 원칙, 협조 의무, 정보제공의무와 같이 개별조항에서 기능적 동질성을 지닌 기능주의적 법원칙에 의하여 묵시적 조건화되는 것으로 해석된다. 즉 이 사안에 한하여 살펴보면 제71조 제3항[1414]을 비롯한 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙은 계약당사자에게 직접적인 행위의무를 부여하고, 제7조 제1항 신의칙은 예컨대 제71조 제3항에서 발현된 합리성에 기초한 묵시적 의무 및 그 준수여부에 대한 협약의 객관적 해석규범이 된다. 이 경우 제7조 제1항의 신의칙은 계약당사자에게도 간접적인 기능적 효용성을 기대할 수 있으므로 엄격한 규범적 관점에 반하지 아니하면서도 국제거래상 신의 준수 요건에 부합하는 해석론이 기대된다. 따라서 이러한 관점에서 이 판례의 실제 결과를 기능주의적 해석에 의하여 재구성하면, 이 사안에서 중재인이 찾은 당사자의 행위의무의 근거는 제9조 및 제33조 (다)호[1415]에 기초하므로 각각의 개별조항에 내재된 합리성의 원칙을 매개로 신의칙은 묵시적 조건화된다. 즉 제7조 제1항 신의칙은 협약의 해석규범으로서 제9조 및 제33조 (다)호에서 합리성의 원칙에 의하여 부여된 매도인의 행위의무 및 그 준수여부에 관한 객관적 해석규범에 해당된다.

반면 협약에서 합리성과 신의성실의 기능적 동질성을 인식하고 제7조 제1항 신의칙에 근거하여 기능주의적 관점에서 재해석된 법리를 전개하는 것으로 보이는 판례도 존재한다. 예컨대 중고기계 매매에 관한 독일 연방대법원의 판례는 계약관계에서 신의칙에 기초한 행위의무를 부담시키면서도 합리성의 원칙과 연계한 계약책임을 전개함으로써 기능주의적 관점에서 가장 진일보한 태도를 보인다. 즉 이 사안에서 독일 매도인은

1414) 제71조 제3항 “이행을 정지한 당사자는 물품의 발송 전후에 관계없이 즉시 상대방에게 이를 통지하고, 상대방이 이행에 관하여 적절한 보장을 제공한 경우에는 반드시 이행을 계속하여야 한다”.

1415) 협약 제33조. “매도인은 다음의 시기에 물품을 인도하여야 한다...(다) 그 밖의 경우에는 계약체결 후 합리적인 기간 내”.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

스페인 매수인에게 주문확인서를 제공하면서 여기에 인용되어 있는 약관을 첨부하지 못했음에도 약관의 내용을 근거로 면책을 주장하였다. 해당법원은 매도인이 약관을 제공하지 못한 행위는 제8조에서 부여하는 합리성의 의무에 대한 해석원칙, 즉 신의칙에 반한다는 취지로 판시함으로써 협약상 신의칙에 있어서 합리성의 원칙을 기초로 확장된 기능주의적 해석론을 전개하였다.[1416]

마찬가지로, 미국 판례에서는 의약품용 화학물질(clathrate)을 생산하는 매도인이 1994년 미국 매수인에게 샘플을 제공하면서 공급자로서 FDA 승인과정을 지원하기로 매수인 및 FDA 모두에게 약속했으면서도 1995년 비밀리에 제3자와 매매계약을 체결하였다. 이후 1997년 FDA 최종 승인을 받은 원래 매수인이 제품을 주문하자 매도인이 이를 거절한 사안에 대하여, 해당 법원은 계약관계에서 각 당사자는 상대방의 '합리적인 기대'에 부합하는 급부제공의무를 부담한다는 취지에서 제7조 제1항 해석원칙으로서 '신의 준수' 요건에 대한 기능주의적 접근에 따라 매도인으로 하여금 당사자 간 '확립된 관행'을 준수할 이행의무(제9조)를 부담하도록 하였다.[1417] 요약건대 이 판례에서 채택한 것으로 보이는 신의칙의 기능주의적(판례에서는 "liberal approach"로 언급됨) 해석에 의하면, 제9조를 비롯한 협약의 개별조항은 매도인에 대하여 확립된 관례(practices)에 따를 직접적인 행위의무를 부여하고 있다. 계약관계에서 관행 또는 관례에 대한 고려는 기본적으로 제8조에서 정하는 당사자 의도에 기초하고, 제8조, 제6조와의 관계에서 제9조 제1항은 단순히 선언적 효력을 지니는 점을 고려하면[1418] 이러한 행위의무는 해석규범으로서의 신의칙에 의하여 제9조에서 추단되는 합리성의 원칙을 매개로 묵시적 조건화 된다. 따라서 제7조 제1항 신의칙은 협약의 해석에 관한 객관적 규범체계로서 제9조 및 개별조항의 묵시적인 합리성의 원칙이 부여하는 의무에 관한 해석원칙으로서 기능적 효용성을 지닌다.

## 3. 우리 민법에 대한 시사점

1416) CLOUT Case 445, Germany : Bundesgerichtshof, VIII ZR60/01, 31.10.2001.
1417) UNILEX USA, : U.S. District Court, S.D., New York, 98 Civ. 861, 99 Civ. 3607, 10.05.2002.
1418) 협약 제9조는 명시적으로 합리성의 원칙을 원용하고 있지는 않다. 그러나 관행 또는 관례에 대한 고려는 기본적으로 제8조에서 정하는 당사자 의도에 기초하고 있기 때문에 이 경우 계약당사자의 합리적인 행위나 합리적인 기대는 묵시적으로 거래관행에 기초하고 있는 것으로 해석된다. 따라서 제8조 나아가 제6조에서 이미 합의된 관행이나 확립된 관례의 구속력이 규정되어 있는 점을 고려하면 제9조 제1항은 단순히 선언적 효력을 지니는 것으로 해석된다. Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2016), Art. 9, para. 1.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

산업과 자본을 통한 현대사회의 발전은 개인 및 집단 사이의 사회·경제·정치적 불균형으로 이어져 결국 계약자유의 원칙에 기초한 자유주의 원리와 사회유대적 정의 관념 사이의 균형점에 끊임없는 수정을 요구하고 있다. 이러한 사정은 복잡다기한 국제거래환경에서도 예외가 될 수 없어 신의칙을 중심으로 다양한 입법론이 제기되고 있다. 그러나 신의칙의 법규범성에 있어서 영미법과 대륙법 사이의 긴장상태로 요약되는 인식의 차이는 협약상의 입법론뿐만 아니라 해석론에 있어서도 일반조항으로서의 광범위한 법형성력을 경계하도록 하고 있다. 이러한 특징은 협약이 자국법체계에서 실정법의 효력을 지니는 점에 비추어 제7조 제1항의 신의칙이 연성규범성을 지닌 다른 국제통일규범과도 구분되는 점과 맞닿아 있다.

이에 따라 협약은 대륙법에서 포괄적인 법규범성을 획득한 신의칙을 제7조에서 협약의 해석원칙으로 제한하는 반면 개별조항에서는 보통법의 단편적인 법원칙들이 터 잡은 합리성의 원칙에 의존하여 구체적인 사안에 따라 묵시적 조건화시킴으로써 전통적인 신의칙이 부여하는 묵시적 의무와 유사한 효과를 성취하고 있다. 즉 협약은 제7조 제1항의 자체적인 신의칙에 의존하여 계약관계에서의 최종적인 형평적 권리구제기능을 모색한다. 이처럼 제7조 제1항의 신의칙에 관한 기능주의적 해석은 영미법에 폭넓게 수용된 합리성의 원칙을 매개로 신의성실의 기능적 확장성을 긍정하면서도 대륙법과 같은 직접적이고 광범위한 법규범성에는 엄격한 태도를 견지하는 점에서 우리 민법상 신의칙의 포괄적인 법형성기능에 있어서도 몇 가지 한계를 시사한다.

첫째, 협약에서 신의칙의 기능은 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범 및 그 준수 여부에 대한 해석원칙에 한정된다. 따라서 계약관계에서는 간접적인 해석규범이자 행위규범으로서 최후의 교정적 역할만을 수행한다. 이러한 관점에서 협약 제7조 제1항에 내재된 협약 자체적인 신의칙은 입법에 의하여 최후수단성을 명문화한 것이다. 따라서 우리 민법에서도 개별 사안의 해결에 있어서 제2조의 신의칙에 의존하여 권리관계의 이익조정이 가능하기 위해서는 최후수단성이 충족되어야 한다. 신의칙의 기능은 스위스 입법례 이후 우리 법체계에서도 실정법상 최대한의 적용범위에서 확고한 법적근거를 획득하였다.[1419] 이에 따라 민법의 신의칙 규정에는 현존하는 법질서의 가치기준과 충돌해서는 아니 될 것은 물론이고, 실제 적용에 있어서도 구체적인 사안에서 요구되는 2차적인 가치보충을 통해 오히려 현 법질서가 지향하는 가치를 보충하고 발전시켜 나갈 강행성 있는 과제가 부여되었다고 보아야 한다.[1420] 신의칙 규정으로 인해 현행

1419) Hartkamp Arthur et al, op. cit., p. 621.
1420) 양창수, 앞의 책, 95면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법질서로부터 독립된 법제도가 창설되는 것은 아니며 신의칙 규정 자체만으로 독자적인 청구권의 기초가 구성된다고 볼 수도 없기 때문이다.[1421] 나아가 신의칙이 우리 민법의 대원칙이라면 현재 법질서의 입법과정에서도 당연히 반영된 것으로 봄이 타당하고, 개별조항에 기초한 권리와 의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 현행 법질서에 내재된 가치기준과 조화로운 적용으로 볼 수 없기 때문이다.[1422]

둘째, 입법론상 대륙법의 신의성실과 같은 추상적인 방법론은 규범적 불명확성을 야기할 우려가 상존하므로 최소영역에 한하여 국한시킬 당위성이 있다.[1423] 그러나 이러한 당위성은 신의칙의 적용으로 인하여 체계구조상의 기능적 불안정성이 야기되는 경우로 한정되어야 한다. 예컨대 고전적인 계약법 즉 19세기의 의사이론에서는 당사자가 부담하는 의무가 자발적 인수인가 사회적 규준에 의한 부과인가에 따라 계약책임과 불법행위책임을 엄격히 구분하는데, 이러한 이분법적 사고는 오늘날 계약체결상의 과실책임에 의하여 상당히 완화되었다.[1424] 물론 엄격한 규범적 측면에서는 신의칙의 적용으로 민사책임론상의 규범적 불명확성이 야기된 측면도 일견 수긍이 가능하다. 그러나 기능주의적 관점에서 이는 우리 민법에서 계약책임의 근거 및 손해배상의 범위에 따라 형평적 권리구제기능이 제대로 작동하고 있느냐의 문제이지 반드시 계약법과 불법행위법 사이의 배타적 귀속에 관한 문제는 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.[1425] 따라서 신의칙의 적용은 개별사례의 구체적 타당성을 제고하면서도 법의 정신을 구체화시키는 방향으로 확장시키되 그 한계의 의미는 단순히 규범적 불명확성이 아니라 체계구조상의 기능적 불안정성이 야기되고 있느냐에서 찾아야 한다. 이러한 관점에서 우리 민법에서 신의칙의 규범적 개방성에 의존하여 종래 전통적인 책임이원론의 경직성에 대한 형평적 권리구제수단로서 채무관계의 구체화 및 부수의무의 다양화가 가능해진 점은 민사책임상의 기능주의적 접근을 통해 오히려 채무구조의 기능적 완결성이 견고해진 것으로 보아야 한다.

셋째, 우리 민법의 신의칙은 엄밀히 실정법적 정의의 교정기제에 한정되므로 기능주의적 관점에서는 제정법의 한계라는 입법론적 측면에 한하여 신의칙의 의의가 두드러

1421) 지원림, 앞의 책, 45~46면.
1422) 대법원 2008. 9. 18. 2007두2173 반대의견 참조.
1423) Justus Wilhelm Hedemann, 일반조항으로 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위험, 윤철홍 역, 법원사, 2018, 88~91면 참조.
1424) 김재완, 현대 계약법상 신의칙의 법규범성과 그 적용의 확장에 관한 고찰, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 147~148면.
1425) 김재완, 위의 논문, 148면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

질 뿐 이를 법해석론에까지 지나치게 확장시켜 그 의의를 찾으려 하는 경우에는 법적 사고의 유약화(Verweichlichung)가 야기될 가능성이 있다.[1426] 즉 우리 법질서와의 관계에서 신의칙법학이라 불리는 지나친 법형성적 기능은 민법에서 수용되지 아니한 것으로 보아야 한다.[1427] 따라서 우리 민법상의 신의칙은 대륙법에서 계수되어 온 바와 같이 전통적인 기능적 확장성의 관점에서 이해할 필요가 있지만 제1조의 법의 적용순서와의 유기적인 관계 속에서 조리 및 실정법에 기초한 보조적인 수단으로 한정될 필요가 있다.[1428] 이러한 관점에서 우리 민법에서 계약상 위험의 배분요소로서 신의칙의 역할은 적지 않은 기능적 확장성을 지니고 있다. 다만 학설·판례의 태도에도 불구하고 우리 민사상의 재판실무에서 사정변경원칙을 통한 계약위험의 분배요소로서 신의칙에는 뚜렷한 기능이 있어 보이지는 않는다. 그러나 계약위험의 배분에 관한 법수요는 필연적으로 증가할 수밖에 없으며 우리 민법도 계약 외적인 급격한 환경변화에서 예외가 될 수 없다. 그럼에도 이에 대한 입법적 대응은 오랜 기간 동안 정체된 상황이므로 우리 법현실에서도 계약 외적인 변동에 대응하여 신의칙의 기능을 명문화할 필요가 있다. 계약관계에서 위험배분적 요소로서 판례가 신의칙에 의존하여 명문의 근거 없이 이를 수용하는 것은 바람직한 모습이 아니기 때문이다.[1429] 예컨대 신의칙에 위반되지 아니한 경우에는 해당 계약을 변경할 수 있다거나(PECL Art. 4.109(2)), 신의칙에 반하지 않을 것을 요건으로 의무불이행에 대한 구제수단이나 착오 및 부정확한 정보에 대한 구제수단을 제한하거나 배제할 수 있도록 하는 방식을 비롯해 다양한 국제적 기준을 참고할 필요가 있다.[1430]

넷째, 법률행위의 해석에는 당사자 간의 개별규범을 비롯한 객관적 표준에 의하여도 그 내용의 명확성을 담보하기 힘든 경우에는 실정법상의 행위규범 또는 재판규범으로서 신의칙이나 실정법체계의 근본적인 이념을 구성하는 조리에 따라야 할 경우가 발생한다.[1431] 그러나 재판규범으로서의 신의칙은 민법 제1조의 조리와의 관계에서 수권규범화되므로 2차적 가치의 보충과정에서 자의성이 개입될 여지가 높다.[1432] 물론 이러한 외부적 관점들이 일반조항으로서 신의칙의 본질 내에서 명확히 준별될 수 있다면 적용상의 다양성과 구체적 타당성이 유지될 수 있는 긍정적인 측면도 없다고 할 수는 없

1426) Justus Wilhelm Hedemann/윤철홍 역, 앞의 책, 86~87면; 양창수, 앞의 책, 105면.
1427) 양창수, 위의 책, 105면.
1428) 양창수, 위의 책, 106면.
1429) 송덕수, 앞의 논문, 67면.
1430) 한낙현/최석범/배정한, 앞의 논문, 20면.
1431) 곽윤직/김재형, 앞의 책, 303면.
1432) Justus Wilhelm Hedemann/윤철홍 역, 위의 책, 92~94면 참조.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.[1433] 그러나 무엇보다 이러한 재판규범으로서 신의칙의 자의적 해석에 관한 우려는 윤리적 내용뿐만 아니라 경제적·정치적 이해라는 다양한 법외적 요소의 관점에서도 찾을 수 있다.[1434] 따라서 이러한 자의성은 우리 민법 제1조와의 관계에서 일반적인 법형성기능의 확장으로 이어질 수 있으므로 경계할 필요가 있다. 통설과 판례에 의하면 우리 민법에서도 신의칙은 계약관계에서 합리성과 공평성을 구현하는 규범적 해석과 보충적 해석의 표준으로 구체화되지만 이에 대한 명문의 규정은 없다.[1435] 이러한 관점에서 협약 제7조와 유사한 체계를 보이고 있는 PECL Art. 1:106, PICC Art. 1.6과 같이 법률행위의 해석 및 보충기능에 있어서 신의성실 및 공정거래 의무나 계약관계의 명확성, 적용상의 통일성 증진과 같은 규정을 명문화할 필요가 있다.[1436] 협약의 가입국이 됨에 따라 다양한 분야에서 정체되었던 우리 민법상의 법제도에도 세계화의 필요성이 전에 없이 강조되고 있고 협약이 실정법에 편입됨으로써 국제적 기준의 보편적인 신의 준수에 관한 요구가 현실화되었기 때문이다.

## 제5절 소결: 협약의 재판규범 및 행위규범으로서 신의성실

협약에서 신의칙에 관한 기능주의적 접근 및 해석의 의의는 신의칙의 규범적 역할을 비단 협약의 해석원칙에 한하지 아니하고 계약관계에서도 행위규범으로서의 기능성을 부여하고자 하는 다양한 학설 및 판례의 현실적이고도 실무적인 필요에 터 잡고 있다. 비교법적 고찰에 의하면 영미법에서도 일견 기술적인 측면에서 신의칙에 대한 수용현상이 나타나고 있고 대륙법에서도 기능적 측면에서 신의칙의 의미와 규범적 역할에 현저한 확장현상을 확인할 수 있다. 이러한 법발전의 흐름에 따라 우리 민법의 신의칙에도 권리관계에서의 최후의 교정기제로서 폭넓은 법규범성이 부여되어 있다.

이러한 비교법적 고찰에 의하면 신의칙의 기능적 확장성의 연장선상에서 협약에서도 신의칙이 지닌 중요한 가치와 역할을 응당 더욱 확장시켜야할 법문화적 공감대는 이미 형성되어 있다고 볼 수 있다.[1437] 그러나 법기술적인 측면에서는 신의칙과 같이 법문화별로 상이하고 일부 불명확한 것으로 인식되는 법개념의 역할을 광범위하게 인정한다

1433) Justus Wilhelm Hedemann/윤철홍 역, 앞의 책, 119면.
1434) 양창수, 앞의 책, 107면; Justus Wilhelm Hedemann/윤철홍 역, 위의 책, 92~94면.
1435) 김용담, 앞의 책, 194면.
1436) 한낙현/최석범/배정한, 앞의 논문, 17~18면.
1437) 김선광, 국제물품매매계약, 두남, 2017, 123면; 오원석/하강헌, 국제물품매매법의 이해, 삼영사, 2013, 44면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

면 그 결과는 본래 의도와는 다르게 실무적으로도 오히려 일관성이 결여되어 있는 자국편향적 해석과 혼란이 야기될 우려가 크다. 무엇보다 신의칙과 같이 계약관계에 광범위한 영향을 미치는 분야에서의 규범적 불명확성은 국제거래상의 법적 불안정과 불필요한 비용증가를 야기하며 준거법으로서 협약의 실질적인 실효성에 대한 회의로 이어질 가능성이 있다.

이에 따라 이번 장에서는 협약상 신의칙에 관한 기능주의적 관점에서 국제거래에 있어서 협약을 계약적 정의와 형평을 구현하는 하나의 체계로서 파악하고 체계의 기능에 있어서 신의칙과 같은 동태적인 구조요소는 각각 다른 형태를 취하면서도 유사한 기여를 할 수 있음을 전제로 협약상의 기능적 동질체를 제시하고자 하였다.[1438] 또한 협약 제7조의 신의칙을 포함하여 체계의 구성요소 간의 상호작용을 통해 개별 사안에서 대륙법의 신의칙을 대체하는 기능적 동질체로서 합리성의 원칙을 제시하고 이에 대한 해석규범으로서 협약 자체적인 신의칙의 의의를 밝히고자 하였다.

요약건대 협약의 개별조항이 명시적으로 기초하고 있는 합리성의 원칙과 그 밖에 신의칙의 발현원칙으로서 개별조항에서 묵시적으로 추단되는 일반원칙은 신의칙과 유사한 구체적인 행위의무를 부여한다. 협약 제7조의 신의칙은 협약의 해석원칙으로서 계약관계에서 명시적·묵시적 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범 및 그 준수 여부에 관한 재판규범 역할을 수행한다. 그러나 계약관계에서 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범은 곧 재판규범이라는 양면성을 지니므로 이상에서 고찰한 합리성 및 신의성실 개념의 기능적 동질성을 고려하면 제7조의 신의칙은 개별 사안마다 합리성의 원칙과 기능적 동질체 역할을 수행한다. 결국 협약에서 신의칙은 개별사안에서는 합리성의 원칙을 매개로 간접적인 묵시의 의무를 부여하면서 개별조항이 기초하고 있는 일반원칙들의 종합적인 법원칙 기능을 수행한다.

결론적으로 협약 자체적인 신의칙의 의의는 협약에 있어서는 개별조항의 해석규범으로서, 계약관계에서는 이에 따른 간접적인 행위규범으로서 합리성의 원칙과의 관계에서 최종적인 교정적 역할을 수행하는 점에서 찾아야 한다.

1438) 강희원, 앞의 논문, 17~18면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 제6장 결론

이 논문에서 다루고 있는 협약상 신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석은 신의칙을 협약의 해석원칙으로 간주하고 제7조 제1항의 법문에 대한 엄격한 관점을 견지한다. 그러면서도 신의칙의 기능을 예컨대 우리 민법의 신의칙과 달리 협약의 해석원칙에 한정하여 보는 것이 과연 실무상 가능한 것인지 의구심을 제기하고자 한다. 신의칙의 기능을 협약의 해석원칙에 한정하더라도 계약당사자에게 영향을 미치지 아니하는 '신의에 따른 협약의 해석'은 사실상 가능하지 않으며[1439] 협약의 해석은 필연적으로 협약상의 권리와 의무를 중심으로 계약 관계에도 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.[1440]

법에 대한 체계이론적 관점에 의하면 협약의 체계구조가 국제통일규범으로서 스스로 규율하고 재생산하는 하나의 유기체로 기능하기 위해서는 협약의 실효성 유지장치로 명문화된 제7조를 통해 법외적 요소와의 상호작용을 법이해 안으로 포섭되게 하는 동태적인 기능성을 갖추어야 한다. 법규범이 비규범적 사회질서로부터 고립되어서는 존재할 수 없듯이 협약의 행위규범도 법외적 요소와의 상호관계성 속에서 인식될 때에 실질적 기능을 나타내고 법적 효력을 유지할 수 있기 때문이다.[1441] 이에 따라 이 논문에서는 국제계약에 있어서 협약을 계약적 정의와 형평을 구현하는 하나의 체계로서 파악하고 신의칙을 포함한 체계 내부적 구성요소의 상호작용을 규명함으로써 영미법계와 대륙법계에서 공통적으로 수용할 수 있는 신의칙에 관한 규범적 재정립을 제안하고자 하였다.

법규범으로서 신의성실은 오늘날 법영역에서 자립적인 규범체계로 기능적 확장성을 획득하였으나 근대 민법전 편찬 이후 다른 법률규정과 동일선상에서 비교불가한 특수성을 지니고 있다. 즉 신의성실은 이미 발생적인 측면에서 도덕·종교·습속을 비롯해 정치·경제관계와 같은 비규범적 사회질서와 기능적으로 긴밀하게 연결되어 있었다.[1442] 법과 비법의 영역을 명확히 구분하는 로마법의 분리적 사고는 오히려 비규범적 사회윤리의 중요한 규범력을 인식하고 신의성실의 원칙에 현실 법수요에 부응하는 동

1439) Johan Steyn, op. cit., p. 133; Troy Keily, op. cit., p. 25.
1440) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 17.
1441) 강희원, 앞의 논문, 11~12면.
1442) 남기윤, 로마시대의 법사고와 법학방법론, 법학연구 제24권 제1호, 충북대학교 법학연구소, p. 107~108; C. C. Turpin, op. cit., p. 262.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

태적인 법원성을 부여하였다. 그러나 법과 비법 영역의 긴밀한 상관성에도 불구하고 로마 법학의 고찰 영역에서 후자는 철저히 배제되었다.[1443] 고전기 법학에서 확인되는 로마사법이 논리학적 수준의 완결성을 지닌 점을 고려하면, 이러한 현상은 실체법적 관념에서 신의성실의 의미와 기능론에 천착해 있는 오늘날 현대법학의 규범주의적 관점과 눈에 띄게 구분된다.

고대로부터 법을 의미하는 ius는 아리스토텔레스 이후 형성된 형평사상을 기초로 발전하였는데 iustitia(정의)의 실현을 위한 기능체라는 측면에서 선과 형평(bonum et aequum)의 기술로 표현되었다. 로마적 형평은 그리스 철학의 유산으로서 엄밀한 의미에서 로마법학의 독자적인 성과는 아니었으므로 법의 주변부에 머무는 반면, 신의성실은 로마적 형평에 터 잡아 현실 법수요에 부응하는 동태적 법원성을 획득하면서 고전기 로마법에 기여하였고 더욱 객관화되었다.[1444] 로마법학에서 전승된 아리스토텔레스적 형평은 실정법적 흠결을 보정하는 해석원칙이자 미래 법개혁을 위한 법적 양심으로서 로마적 형평을 기초로 구체화됨으로써 마침내 신의성실이라는 입법적 결과물을 탄생시켰다. 이에 따라 신의성실에 근거한 권리구제는 기원상 피고의 이익으로 귀결되는 다양한 사실관계를 법원이 직권사항으로 고려함으로써 피고의 항변 없이도 이를 판단할 수 있는 성의소송으로부터 진화하였다. 유스티니아누스법 이후 형평법적인 요소가 강조되면서 발생적 측면에서 소송절차상의 권리구제 국면에 적용되었던 신의성실은 비로소 실체법상의 이념이 되었다.[1445]

이와 같이 로마법에서 신의성실은 적어도 기원적 측면에서 객관적인 규범적 효력을 지니는 실체법의 관념은 아니었다. 권리구제절차에서 실질적인 소송지휘권을 행사하고 법창설적 입법작용을 수행한 사법주체의 기능적인 영역에 한정되었던 것이다.[1446] 그러나 법무관과 같은 전권적인 법창설기능(paretorian imperium)을 담보할 수 없는 현대법체계에서 신의성실의 명문화는 법과 비규범 영역의 기능적 가교로서 중요한 의의를 지닌다. 이를 최초로 입법화한 프랑스에서도 신의성실은 법과 사회유대적 윤리개념의 가교가 되며,[1447] 독일 채권법상의 신의성실 또한 법체계가 지향하는 법의 가치를 실정법에 유입시키는 중간기제[1448]로서 사회적으로 승인된 윤리적 가치를 실정법의 영역까

1443) 남기윤, 앞의 논문, 107~108면.
1444) Fritz Pringsheim, *Aequitas und bona fides*, in Fritz Pringsheim, ed., *Gesammelte Abhandlungen 1,* 1961, p. 159.
1445) 양창수, 앞의 책., 76면.
1446) 현승종/조규창, 앞의 책, 255면.
1447) Martijn W. Hesselink, op. cit., p. 621.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지 확장시킨다. 우리 민법에서도 법의 적용 순서와 신의칙의 유기적 관계를 설정한 스위스 입법례를 본받아 법외적 요소를 실정법 질서에 유입시킬 수 있도록 수권규범화한 특징적인 요소가 발견된다.

그러나 신의칙의 이러한 특징으로 인하여 상정 가능한 사실관계나 법률효과를 획일적으로 선결 지을 수 없고 실체성을 특정할 수 없는 문제가 야기되므로 법문화에 따라 신의칙에 관한 규범적 태도는 일치하지 않고 일관되어 있지도 아니하다. 무엇보다 중세 이후 근현대에까지 법적용상의 경직성과 엄격한 형식주의에 대한 법적 쇄신의 필요성은 영미법뿐만 아니라 대륙법에서도 공통적으로 지니고 있던 문제의식이었으나 법체계 내에서 형평의 구현을 위한 방법론에 있어서 양자는 전혀 다른 노선을 취하였다. 이처럼 신의칙의 법규범성에 있어서 영미법과 대륙법 간 인식의 격차가 적지 않은 이유는 역사적으로 로마법 원전에 대한 이해와 법계수 방식의 근본적인 차이에서 비롯된다.[1449] 이때부터 영미법과 대륙법의 방법론은 각자 전혀 다른 길을 걷게 되었고 신의칙에 대한 규범적 관점의 격차도 적지 않은 간극이 발생함에 따라 기능주의적 접근에 의하지 아니하고는 공통된 가치의 규명이 가능하지 아니하는 이질적인 법문화를 야기하였다.

우선 영미의 계약법은 계약당사자의 진정한 의도를 중심에 놓고 계약이라는 도구를 통해 경제적 교환활동을 위한 규범적 토대를 놓은 점에서 계약 자유의 원리를 기초로 발전하였다. 물론 보통법에서도 계약적 정의의 요청에 따라 계약관계의 공정성이 신의칙의 중요한 객관적 요소를 구성하고 있는 것은 분명하다. 그러나 보통법의 공정성 개념은 전통적으로 구체적인 사례에서 계약당사자의 권리관계에 한정하여 작용하며 이때에도 공정성에 대한 객관성은 균형적인 권리관계 속에서 당사자 간 상호이익의 조화를 통해 획득된다. 따라서 영미법에서 공정성의 의미를 대륙법계의 그것과 같이 계약당사자를 벗어나 사회유대적 윤리의식이 개입된 개념으로 이해하기에는 다소 무리가 있다. 더욱이 보통법에서는 계약관계에서 일반적으로 적용되는 신의성실의 의무를 법적 안정

1448) Stefan Leupertz, op. cit., p. 68.

1449) Arthur Taylor von Mehren/James Russel Gordley, p. 10~15. 이탈리아나 프랑스에서는 기존의 법질서에서 해결 불가능한 영역을 중심으로 로마법이 주요한 법원성을 획득하면서 점진적인 법의 계수가 이루어졌다면, 독일에서는 중세말까지 기존 질서를 그대로 유지하다가 전면적인 계수방식을 취하였으나 공통적으로 로마법의 규범력에 있어서는 그다지 큰 도전을 받은 바가 없었다. 반면, 영국 법원에서는 중앙집권구조 하에 세속법원에 의한 강력하고 효율적인 체제유지가 가능했으므로 상대적으로 로마법과 같은 외부적 법원에 의존할 필요가 크지 않았다. 다만 스코틀랜드는 영국이 처한 역사적 배경과 유사함에도 영국과의 관계에 있어서 정치적인 대립으로 인하여 로마법을 충실하게 계수하였고 이러한 계수방식의 차이는 양자 간의 법문화양식 및 법학방법론에 있어서 현저한 차이를 야기하였다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성을 해하는 개념으로 인식하는데 현재에 이르기까지 이러한 전통적인 관점이 유지되면서 신의칙은 일반적인 법규범성을 획득하지 못하였다. 그러나 정의와 공평의 관점에 의하면 보통법에서 신의성실의 부재로 인하여 계약관계에서의 형평적 권리구제 기능이 전혀 작용하지 않은 것도 아니었다.[1450] 즉 대륙법에서 일반화된 신의칙의 기능적 영역은 구체적인 사안을 중심으로 발달한 보통법상의 단편적인 법원칙을 통해 대안적인 발달과정을 거치면서 오히려 계약관계에서 발생하는 현저한 불합리, 불공정의 문제는 명확한 권리관계 속에서 해결방안이 모색됨으로써 신의칙에 의한 보편적인 해결방식보다 단편적인 접근에 의존하는 법문화의 특징을 강화시켰다.[1451]

반면 대륙법에서는 구체적인 사실관계를 포섭할 수 있는 일반적인 법명제에 관한 체계적인 입법론을 통해 계약관계의 명확성을 획득하고 있다. 신의칙이 대륙법계 입법례에 따라 특정 법분야의 일반적인 지도원리로서 다양한 방식으로 확고하게 자리잡게 된 배경도 추상적이고 보편적인 방법론에 의존하여 법체계상의 완결성과 구체적인 타당성을 획득하고자 하는 성문법체계의 전통적인 방법론에서 연유한다. 우리 민법에서도 신의칙의 이러한 규범적 개방성에 터 잡아 신의칙에 관한 규범적 활용에 있어서 적극적 및 소극적 측면에서의 기능적 확장성을 대체로 긍정할 수 있는 것으로 분석된다. 물론 이처럼 추상적이고 보편적인 법원칙을 원용하는 대륙법의 방법론은, 개별 사안에서 계약당사자의 구체적인 사실관계를 기초로 판례법을 발달시킴으로써 계약관계의 명확성을 담보하려는 영미법의 관점과 형식상 정반대의 노선을 취하고 있다. 그러나 계약적 정의를 실현하고자 하는 합목적적인 측면에서는 대륙법계나 영미법계의 방법론 사이에 실질적으로 구분되는 별다른 차이점이 존재하지는 않는다. 따라서 협약이라는 단일규범 내에서 이상의 영미법 및 대륙법이 인식하는 신의칙의 의미와 기능에 관한 견해의 차이는 신의성실이 지닌 개념적 불명확성과 이에 따른 규범적 불안정성이라는 추상적인 우려와, 계약적 정의의 실질적 구현을 위한 최종적인 교정기제로서의 구체적인 실익 사이의 긴장상태로 요약할 수 있다.

이 지점에서 이 논문은 비교법에 관한 기능주의적 방법론에 의하여 하나의 규범체계는 특정 법문화에서 발생하는 사회적 필요나 이익들에 대한 일종의 대응체계에 해당된다는 기초적인 인식에서 출발하여 협약에서 상호 긴장상태에 놓여 있는 대륙법계 및 영미법계 신의성실의 규범적 해석론에 관하여 조화로운 해결방안을 제시하고자 하였다.[1452] 비교법적 고찰을 통해 분석된 바와 같이 이질적인 법문화에서는 신의칙의 의의

1450) Reinhard Zimmermann, op. cit., p. 44.
1451) Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd, [1989] QB 433, 439.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

와 규범적 기능에 있어서 상호 조화되기 어려운 다양한 차이점이 존재하는 반면, 각각의 체계구조에 존재하는 법원칙들의 기능적 유사성에 의존하여 계약관계에서 일반적인 신의칙의 적용 결과와 유사한 합목적성을 획득하고 있음을 확인하였다. 또한 이러한 법원칙들은 신의칙과 마찬가지로 법계의 구분 및 법학방법론적 차이와 무관하게 법률관계의 공평·형평·균형이라는 공통적인 이상에 공고히 터 잡고 있다.[1453]

이상의 비교법적 고찰의 연장선상에서 협약상 신의칙에 관한 기능주의적 접근은 협약 제7조의 신의칙을 포함하여 협약 내재적 구성요소 간의 상호작용을 통해 개별 사안에서 대륙법의 신의칙을 대체하는 기능적 동질체로서 합리성의 원칙을 제시하고 이에 대한 해석규범으로서 협약 자체적인 신의칙의 의의를 밝히고자 하였다. 협약에서 신의칙에 관한 기능주의적 접근 및 해석에 의하면 제7조 제1항에서 신의의 규범적 의미는 개별조항이 규율하는 구체적인 사례마다 명시적 또는 묵시적 의미의 합리성으로 수렴되며 개별조항이 기초하고 있는 합리성의 원칙을 매개로 기능적 확장성을 획득한다.

살피건대 협약상의 신의성실의 원칙은 전통적 의미에서 계수되어 온 신의칙과 구분되는 협약 자체적인 법개념으로 보아야 한다. 협약의 개별조항에서 합리성의 원칙이 부여하는 행위규범은 계약관계에서는 곧 재판규범이라는 양면성을 지닌다. 마찬가지로 동일한 개별 사안에서 재판규범에 해당되는 제7조의 신의칙은 합리성의 원칙과 기능적 동질성을 지니므로 간접적인 행위규범 역할을 수행한다. 이에 따르면 협약에서 법창설적 효력을 지니고 독자적인 청구권의 기초가 되는 직접적이고 광범위한 신의칙은 존재하지 않는다고 보아야 한다.[1454] 따라서 협약 제7조 제1항의 신의칙은 협약의 개별조항에서 종래 신의칙의 본질적인 정신에 터 잡아 명시적·묵시적 의미의 합리성으로 발현된 구체적인 일반원칙들의 종합적인 법개념(compendious term)에 해당되는 것이다.[1455] 협약상의 신의칙은 개별 사안에서는 보통법의 방법론과 같이 단편적이고 구체적인 합리성의 원칙과 기능적 동질성을 지니므로 대륙법에서 계수되어 계약당사자의 권리와 의무의 창설·변경·소멸적 효력의 근거가 되는 보편적이고 추상적인 신의칙과 구분되는 법개념이다.[1456]

이상에서 신의칙에 관한 기능주의적 해석에 따르면 개별 사안에서 신의칙에 의하여 규율되고 신의칙을 구성하는 본질적인 요소의 위반은 합리성이 의미하는 본질적인 요

1452) 김도균, 앞의 논문, 296면.
1453) Alain A. op. cit., p. 100.
1454) Disa Sim, op. cit., p. 47 이하 참조.
1455) Ibid, p. 92.
1456) Ibid.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소의 위반과 동일시되며 반대의 경우도 마찬가지이다. 그러므로 협약 제7조 제1항에서 명시된 국제거래상의 신의 준수의 의미는 협약을 적용하는 각 판결례에서 계약당사자에 대한 간접적인 행위규범으로서의 신의칙, 즉 묵시적 의무로서의 신의의 태양에 대한 판단이 축적됨에 따라 구체적인 기준으로 규범화가 가능하다. 물론 이러한 판단의 문제는 구체적인 사안에 따라 협약을 해석하고 적용하는 법정지나 중재재판부의 몫이라 할 수 있다. 따라서 신의칙을 적용하는 각 법원에서는 협약의 개별조항이 문제되는 구체적인 사안에서 당사자의 합리적인 기대가 무엇인지, 이에 따른 합리적인 행위란 무엇인지, 해당되는 상사거래의 표준으로서 합리성이란 무엇을 의미하는지 그리고 최종적으로 그 준수여부를 판단하여야 한다.[1457] 예컨대 판례에 의하면 국제거래상 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되는 협약 제9조 제2항의 관행이나 당사자 간 확립된 관례나 관행은 동종업계 제3자에 의하여 관습적으로 수용되어온 의무로서 합리적인 기대의 의미에서 신의칙의 범위에 포함시킬 수 있다.[1458] 물론 이는 특정 상거래에 한하여 성립된 관례를 예시한 것으로서 신의의 행위준칙을 일반화한 것이라고 단정할 수 없지만 이처럼 개별 판결례에서 신의의 태양에 대한 판단이 축적됨에 따라 협약 제7조 제1항에서 명시된 신의 준수 요건은 보다 구체적인 행위기준으로 규범화가 가능하다.[1459]

결국 협약에서는 이상의 과정을 통해 국제거래상 신의의 기준에 대한 법원칙이 보다 구체화되고 규범화될 것을 예정하였다고 보아야 한다. 따라서 우리 민법과의 관계에서 협약이 적용되는 경우에는 대륙법 전통의 관점에서 계수되어 기능적으로 확장된 신의칙과 같이 직접적이고 광범위한 적용은 자국 편향적인 해석으로서 타당하지 아니하다.[1460] 마찬가지로 해석원칙으로서 협약 자체적인 신의칙의 의의에 대한 구체적인 판단이 결여된 채 협약 제7조가 부여하는 신의 준수의 의무를 마치 성취한 것처럼 간주하는 자국편의적인 해석론은 협약의 국제적인 성격과 적용상의 통일성 요건에 비추어 지양되어야 한다.[1461] 우리 민법의 보편적인 방법론과 달리 협약은 단편적인 방식으로

---

1457) Sara Hourani, op. cit., p. 181. 물론 협약을 적용하는 각 사법주체는 제7조의 해석원칙에 따라 국제거래상의 법적 장애를 제거하고 당사자 권리관계의 균형성을 담보하며 국제거래의 증진에 도움이 되는 방향으로 신의의 구체적인 태양을 판단하여야 한다.

1458) CLOUT Case 579, United States : U.S. District Court for the Southern District of New York [Federal Court of 1st Instance], 98 CIV 961 RWS, 99 CIV 3607 RWS, 21.08.2002. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html.

1459) 우리 법의 실무에서도 사안에 따라 문제되는 신의칙의 본질적인 요소가 무엇인지 규명하고 분쟁의 유형에 따라 신의칙의 적용기준을 달리할 필요가 있다. 따라서 대륙법의 신의칙에도 판례를 통해 일반조항으로서의 신의칙의 유형화와 체계화가 요구된다. 김영호, 신의칙의 본질적 요소와 적용방법의 체계화, 상사법연구 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.

1460) 석광현, 앞의 책, 65면; 오현석, 앞의 논문, 531면.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의칙이 발현된 개별 조항과의 상호작용을 통해서만 계약관계에서의 최종적인 교정기제로서 신의칙의 의의를 수용하고 있기 때문이다.

결론적으로 협약에서 신의칙에 관한 기능주의적 해석론은 신의성실의 실질 및 형식면으로 구분하여 살펴보면 영미법 및 대륙법적 형평 상호간의 기능적 결합현상으로 요약된다. 즉 협약 자체적인 신의칙의 기능적 효용성은 영미법상 상사거래상의 합리성이라는 객관적인 행위기준에 있어서 주관적인 측면에서 신의성실에 부합하는 행위가 객관적인 규범체계의 판단기준으로 수용됨으로써 대륙법적 요소와 영미법적 수요 간에 상호 결합현상이 발생한 것으로 이해할 수 있다.[1462] 또한 법에 대한 체계이론적 관점에서 살펴보면 이러한 해석론은 법률관계에서 공평·형평·균형을 성취하는데 있어서 한편으로는 합리성의 원리에 터 잡은 다양한 단편적인 법원칙과 묵시적 의무에 의존하는 보통법상의 구체적인 방법론을 채택하면서도, 다른 한편으로는 법체계상의 완결성 및 안정성을 추구하는데 있어서 일반적이고 보편적인 법원칙에 의존하는 대륙법의 추상적인 방법론이 결합되어 형성된 협약만의 독자적인 체계구조로 평가할 수 있다.

오늘날 우리 법원도 협약 제7조 해석원칙의 직접적인 수범자이므로 단순히 협약상의 신의칙을 우리 실정법 가운데 일부로서만 볼 것이 아니라 개별 판결례에 의하여 해석원칙으로서의 신의의 태양에 대한 판단을 적극적으로 축적시킴으로써 협약의 적용상의 통일을 증진시켜 나갈 통일된 국제물품매매규범의 사법주체로서 보다 신중하게 접근할 필요가 있다. 신의칙의 규범적 개방성으로 인해 상정 가능한 사실관계나 법률효과를 획일적으로 규정할 수 없고 실체적 규범성을 특정할 수 없는 문제가 야기되므로 어떠한 규범체를 특정하지 아니하더라도 신의칙의 실익은 개별 사안에 따라 객관적 구체화 과정에 의존할 수밖에 없다. 이는 기능주의적 해석에 따라 본 논문에서 재정립된 제7조 제1항 신의칙에 관한 규범적 의미에 있어서도 마찬가지이다.[1463] 고대로부터 현대에

---

1461) Schlechtriem/Schwenzer, Commentary(2010), Art. 7 para. 18.

1462) Sara Hourani, op. cit., p. 142. 흥미로운 점은 전혀 다른 이질적인 법체계였던 중세의 로마법과 교회법과의 관계에서도 이러한 현상이 발견된다는 점이다. 즉 교회법의 주관적인 신앙 차원에서 이해되었던 신의성실 요소는 로마법을 계수한 대륙법에서 '객관적인 사회윤리적 원리'로 변용(變容)되어 독일법적인 신의성실(Treu und Glauben)을 형성할 수 있었다. 이를 감안하면, 자연법 정신에서 발원한 주관적인 신의성실 요소와 객관적인 규범체계의 수요와의 결합현상은 법률관계의 공평·형평·균형을 목적으로 오늘날에도 협약에 의하여 반복되고 있는 셈이다. 가깝게는 근대 프랑스 민법전도 자연법 정신을 이념적인 지지대로 삼고 당시 이질적인 법체계였던 북부의 게르만 관습법과 남부지방의 로마법이 상호 융합되면서 나타난 결과물에 해당된다. 따라서 기능주의적 관점에 의하면 신의성실의 본질적인 구성요소는 이질적인 법문화에서도 동일하게 기능주의적 성취가 가능한 것으로 볼 수 있으므로 영미법의 방법론에도 응당 내재되어 있는 것으로 이해된다. 최병조, 앞의 책, 321면; 김상용, 민법총칙, 39면.

1463) Martijn W. Hesselink, op. cit., p. 622~623.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

까지 일관되게 이어지는 신의칙의 본질적인 정신을 고려해 볼 때 협약 자체적인 신의칙의 의의는 구체적인 사안에 따라 법률관계의 교정적 효과를 기대할 수 있는 신의성실의 동태적 기능성에서 찾아야 하기 때문이다.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

# 참고문헌

## I. 국내문헌

### [단행본]

강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2018.
곽윤직, 채권총론, 박영사, 2007.
_____, 채권각론, 박영사, 2002.
곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2013.
김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008.
김비환, 플라톤과 아리스토텔레스의 정치철학과 변증법적 법치주의, 성균관대학교 출판부, 2011.
김상용, 로마민법학사 중심 법사와 법정책, 한국법제연구원, 2004.
_____, 자연법론과 법정책, 피앤씨미디어, 2015.
_____, 민법총칙, 화산미디어, 2018.
김선광, 국제물품매매계약, 두남, 2017.
김성룡 외, 독일법, 신론사, 2013.
김용담, (주석) 민법, 한국사법행정학회, 2010.
김주수, 민법총칙, 삼영사, 2000.
김준호, 채권법, 법문사, 2018.
_____, 민법총칙, 법문사, 2018.
김증한, 주석채권각칙 I, 한국사법행정학회, 1985.
김형배 외, 민법학 강의, 신조사. 2013.
남기윤, 법학방법론, 고려대학교출판부, 2014.
명순구, 미국계약법 입문, 법문사, 2008.
_____, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
박영복, 현대 계약법의 과제, 한국외국어대학교 출판부, 2009.
박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007.
박정기/윤광운 공역, 미국통일상법전, 법문사, 2006.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 2005.
_____, 유엔국제거래법위원회 자료집(V): 국제물품매매통일법, 법무자료 제162집, 1993.
백태승, 민법총칙, 집현재, 2011.
송덕수, 채권법각론, 박영사, 2017.
_____, 민법총칙, 박영사, 2018.
송오식, 계약법, 동방문화사, 2017.
석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2009.
_____, 국제사법과 국제소송 제5권, 박영사, 2012.
안춘수, 계약법, 동방문화사, 2018.
양창수, 민법 제2조 신의칙 총론, 민법주해 I, 박영사, 1992.
_____, 독일민법전, 박영사, 2018.
양형우, 민법의 세계, 진원사, 2015.
오원석/하강헌, 국제물품매매법의 이해, 삼영사, 2013.
이병태, 법률용어사전, 법문북스, 2018.
이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사, 2000.
이영준, 신의성실의 원칙에 관한 소고, 현대 민법학의 제문제(청헌 김증한 박사 화갑기념 논문집), 박영사, 1981.
_____, 민법총칙, 박영사, 2007.
이은영, 민법총칙, 박영사, 2009.
이태재, 법철학사와 자연법론, 법문사, 1984.
_____, 로마법, 진솔, 1990.
장재현, 채권법 각론, 경북대학교 출판부, 2006.
_____, 계약법의 현대적 과제, 경북대학교 출판부, 2007.
조규창, 비교법 상, 소화, 2005.
_____, 독일법사, 고려대학교 출판부, 2010.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2017.
최명구, 민법총칙, 법문사, 2018.
최병조, 로마법강의, 박영사, 1999.
_____, 로마법・민법논고, 박영사, 1999.
최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 법무부, 2005.
한동일, 법으로 읽는 유럽사, 글항아리, 2018.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

현승종/조규창, 로마법, 법문사, 1996.

황적인, 현대민법론 4, 박영사, 1983.

황적인/이은영, 독일법, 박영사, 1987.

Hedemann, Justus Wilhelm, 일반조항으로 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위험, 윤철홍 역, 법원사, 2018.

John O. Honnold, UN통일매매법, 오원석 역, 삼영사, 2004.

Kaser, Max, 로마법제사, 윤철홍 역, 법원사, 1998.

Maine, Henry Sumner, 고대법, 정동호/김은아/강승묵 역, 세창출판사, 2009.

Rolf Knütel, 로마법 산책, 신유철 역, 법문사, 2008.

Luhmann, Niklas, 법사회학, 강희원 역, 한길사, 2015.

_____, 사회의 법, 윤재왕 역, 새물결, 2014.

Ole Lando/Hugh Beale, 유럽계약법원칙 제1·2부, 김재형 역, 박영사, 2013.

Sarah Worthington, 형평법, 임동진 역, 소화, 2009.

Welzel, Hans, 자연법과 실질적 정의, 박은정 역, 삼영사, 2001.

## [논 문]

강희원, 법에 대한 체계이론적 파악: 기능주의적 법학방법론을 위하여, 경희법학 제29권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 1995.

고영남, 고전적 계약법이론의 한계에 관한 연구: 영미법상의 신뢰이론을 중심으로, 고려대학교 대학원 박사학위논문. 2000.

권영준, 위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙, 민사법학 제51집, 한국민사법학회, 2010.

_____, 경제상황의 변동과 민법의 대응, 법과 정책연구 제12집 제4호, 한국법정책학회, 2012.

권재열, 미국의 연방주의와 주요법원, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제2권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2009.

권 철, 동아시아 비교민법학의 현황과 과제: '법계수'에서 '법비교'로, 저스티스 통권 제158-2호, 한국법학원, 2017.

권혁재, 판결의 집행에 있어서 권리남용 법리의 적용요건, 인권과 정의 Vol. 431, 대한변호사협회, 2013.

_____, 금반언의 원칙의 실체법적·소송법적 적용에 관한 유형별 고찰, 민사법의 이론과 실무



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제7집, 민사법의 이론과 실무학회, 2003.

김규진, 국제계약상 사정변경원칙에 관한 연구: UNIDROIT 국제상사계약법원칙의 Hardship 조항을 중심으로, 연세대학교 박사학위논문. 2017.

김도균, 법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론, 법사학연구 제34호, 한국법사학회, 2006.

김범철, 사정변경의 원칙에 관한 연구, 숭전(崇田)대학교 대학원 석사학위논문, 1986.

김서기, 계약구속력의 근거에 관한 법이론적 고찰, 원광법학 제27권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2011.

김선국, 국제물품매매협약과 미국계약법, 국제거래법연구 제13집, 국제거래법학회, 2004.

김성수, 프랑스민법의 사정변경의 원칙: 현행법과 개정안의 주요내용을 중심으로, 재산법연구 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014.

김연식, 체계이론에 따른 국제투자법의 이해: 세계화 시대에서 법의 기능과 개념을 중심으로, 법학논집 제18권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.

김영주, 미국 판례법상 비양심성 법리의 전개, 기업법연구 제27권 제2호, 한국기업법학회, 2013.

_____, 미국통일상법전상 신의성실의 원칙, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014.

김영호, 신의칙의 본질적 요소와 적용방법의 체계화, 상사법연구 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.

_____, 상사거래에서의 신의칙법리의 체계, 상사판례연구 제24집 제1권, 한국상사판례학회, 2011.

김인호, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위, 법조 55권 9호, 법조협회, 2006.

김재완, 현대 계약법상 신의칙의 법규범성과 그 적용의 확장에 관한 고찰, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.

김재형, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름(채권법)-계약의 해제와 해지, 민사판례연구 제33집 하, 한국민사판례연구회, 2011.

김탁필, CISG 제49조상 매수인의 계약해제에 관한 연구, 법학논총 제25권 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2018.

남궁술, 형평에 대하여: 그 역사적 조명과 아리스토텔레스的 정리, 법철학연구 제8권 제2호, 한국법철학회, 2005.

남기윤, 로마시대의 법사고와 법학방법론, 법학연구 제24권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2013.

남효순, 프랑스민법전의 개정의 역사, 민사법학 제52권, 한국민사법학회, 2010.

_____, 프랑스채권법의 개정과정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하여: 제3권 제3편



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(채권의 법원), 제1부속편(계약)의 제1장(통칙) 및 제4장(계약의 효력)의 제1절(계약의 당사자 사이의 효력), 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.

박규용, 사정변경의 원칙과 행위기초론, 법학연구 제40집, 한국법학회, 2010.

박영복, 체결된 계약 내용의 수정 및 조정, 외법논집 제33권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.

박정기, 사정변경의 원칙에 관한 비교법적 고찰, 법학논고 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011.

_____, 비교법의 성과로서의 사법의 국제적 통일, 법학논고 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013.

박찬주, 권리남용금지와 권리자의 주관적 요건, 인권과 정의 Vol. 386, 대한변호사협회, 2008.

박한우, 권리남용 금지법리에 관한 연구, 법학연구 제8권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1997.

박현정, 프랑스 민법상 계약의 목적: 신의칙에 기한 확정의 제한, 비교사법 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 2007.

_____, 신의칙에 관한 프랑스법상 최근 논의, 동아법학 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013.

백태승, 독일 행위기초론의 발전과 최근동향, 저스티스 제25권 제1호, 한국법학원, 1992.

변용완, 계약구속력의 근거로서 관계적 계약이론에 관한 연구, 박사학위논문, 중앙대학교 대학원. 2013.

_____, 사정변경의 원칙, 고시연구 제26권 제6호, 고시연구사, 1999.

서달주, 적극적 계약침해에 관한 비교법적 연구: 로마법, 불란서민법 및 독일민법을 중심으로, 전남대학교대학원 박사학위논문, 1988.

손주찬, 물가변동과 사정변경의 원칙-이대병원매매사건에 즈음하여, 법조 제6권 제8호, 법조협회, 1957.

송덕수, 사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토, 법학논집 제23권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018.

_____, 사회변화와 민법개정: 그 방법과 방향, 계약편(채권총칙 포함), 한국민사법학회 2018년 추계 학술대회 발표 논문, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움 자료, 한국민사법학회, 2018.

심종석, 국제상사계약에 있어 신의칙의 적용기준과 법적 규제에 관한 비교연구, 통상법률 No. 56, 법무처, 2004.

염동섭, 민법개정, 무엇을 어떻게 할 것인가?-최근의 외국의 사례를 참고하여, 한국민사법학회 2018년 추계 학술대회 발표 논문, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움 자료, 한국민사법학회, 2018.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

오석웅, 국제물품매매계약에 관한 UN 협약상 신의성실의 원칙, 원광법학 제27권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2011.

_____, CISG의 적용배제(Opt-Out)에 관한 판단기준-배제합의에 있어서 당사자의사의 해석, 국제사법연구 제23권 제2호, 한국국제사법학회, 2017.

오원석, 한국 CISG 가입 10주년 회고와 전망, 중재연구 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015.

오현석, 국제상사계약상 신의성실의 원칙, 성균관법학 제24권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

윤용석, 신의칙의 재조명, 재산법연구 제20권 제2호, 한국재산법학회, 2003.

윤진수, 미국계약법상 Good Faith 원칙, 서울대 법학 제28권 제1호, 서울대 법대, 1987,

_____, 법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가? 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009.

이병문, 영국의 불공정조항 관련 규제의 동향과 우리의 대응, 한국무역학회 세미나 및 토론회, 제2004집, 제8권, 한국무역학회, 2004.

이상욱, 프랑스에서의 계약상 정보제공의무, 영남법학 제1권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 1994.

이우영, 영미 불법행위법상의 예견가능성 법리, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

이재목, 독일 민법 상 행위기초상실 법리에 관한 일고, 재산법연구 제31권 제2호, 한국재산법학회, 2014.

장영민, R. 드워킨의 법·사회·철학사상, 지식의 지평 제14호, 대우재단, 2013.

정상현, 프랑스 민법상 불예견이론과 우리 민법에의 시사점, 민사법학 제41호, 한국민사법학회, 2008.

정성헌, 미국 사법상 신의성실에 대한 비교법적 연구: 계약교섭단계를 중심으로, 법과정책 제23집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2017.

정진명, 사정변경의 원칙의 명문화 방안, 비교사법 제18권 3호, 한국비교사법학회, 2010.

정현식, 권리남용의 이론과 판례의 경향, 사법논집 제3집, 법원행정처, 1972.

조남진, 스토아사상과 로마법, 서양고대사연구 2, 한국서양고대역사문화학회, 1994.

최난설헌, 연성규범(Soft Law)의 기능과 법적 효력, 법학연구 제16권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013.

_____, EU 소비자권리지침(Directive 2011/83/EU)이 영국 소비자법제에 미친 영향, 법학연구



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015.

최명구, 유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리 민법의 시사점, 재산법연구 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.

_____, 영국계약법상 금반언의 원칙, 정당한 기대의 보호와 그 시사점, 동아법학 제53권, 동아대학교 법학연구소, 2011.

최선영, 강박의 확장: 영국 판례 중심, 외법논집 제38권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014.

한낙현, 국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구, 무역상무연구 제46권, 한국무역상무학회, 2010.

한낙현/최석범/배정한, 국제거래계약상 신의칙에 관한 유럽계약법과 한국법제의 비교분석, 국제상학 제33권 제2호, 한국국제상학회, 2018.

한재필, 국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구, 국제상학 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008.

Kupisch, Berthold, 일반적 악의의 항변과 성의소송: 성의계약에 있어서의 내재성의 문제에 대하여, 서을오 역, 법학논집 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008.

Thomas Vesting, 시작도 없고, 끝도 없다-법의 체계이론: 법학과 법도그마틱에 대한 도전, 김성돈 역, 법과 사회 제21권, 법과사회이론학회, 2001.

## II. 국외문헌

### [단행본]

Abell, Mark, The Law and Regulation of Franchising in the EU, Edward Elgar, 2013.

Andersen, Camilla/Ulrich Schroeter, Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2008.

Aristotle, Nicomachean Ethics, translated by David Ross, Oxford University Press, 2009.

Arthur, Hartkamp, et al, Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2011.

Atiyah, Patrick Selim, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press, 1985.

_____, *Form and Substance in Contract Law, in* Essays on Contract, Clarendon Press, 1986.

Audit, Bernard, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, in* Thomas E. Carbon neau, ed., Lex Mercatoria and Arbitration, Juris Publishing, 1998.

Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, Kluwer Law International, 1999.

Beale, Hugh, *Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, in* Jack Beatson/Daniel Friedmann, eds., Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997.

Beatson, Jack/Andrew Burrows/John Cartwright, Anson's Law of Contract, 29th Edition, Clarendon Press, 2010.

Beatson, Jack/Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997.

Behn, Daniel, The Confusing Legal Development of Impossibility and Changed Circumstances: Towards a Better Understanding of Contractual Adaptation at Common Law, Center for Energy, Petroleum, and Mineral Law and Policy, Annual Review, The University of Dundee, 2009.

Bell, John/Sophie Boyron/Simon Whittaker, Principles of French Law, Oxford University Press, 2008.

Berger, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophically Society, 1953.

Bonell, Michael Joachim, *General provisions: Article 7, in* Commentary on the International Sales Law, Giuffrè Editore, 1987.

Brunner, Christoph, Force majeure and hardship under general contract principles, exemption for non-performance in international arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

Cartwright, John/Simon Whittaker, The Code Napoleon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms, Hart Publishing, 2017.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Catullus, Caius Valerius, The Poems of Caius Valerius Catullus, in English Verse, Vol. I, London : Printed for J. Johnson, 1795. Retrieved December 18, 2018, from https://archive.org/details/poemsofcaiusvale01catuiala/page/n5.

Cicero, Marcus Tullius, De Officiis, with an English translation by Walter Miller, Harvard University Press, 1913.

_____, De Officiis, with an English translation by Walter Miller, London Heinemann 1914.

Clive, Eric, Christian von Bar, Principles, Definitions and Model Rules of European Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, Sellier, 2009.

Conte, Gian Biagio, Latin Literature: A History translated by Joseph B. Solodow/Johns Hopkins University Press, 1994.

Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644.

Cooke, Elizabeth, The Modern Law of Estoppel, Oxford University Press, 2000.

Davies, Paul S., The Law of Contract, Oxford University Press, 2018.

Dimatteo, Larry, Comparative Contract Law: British and American Perspectives, Oxford University Press, 2016.

Dutoit, Bernard, *Good Faith and Equity in Swiss Law, in* Ralph A. Newman, ed., Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study, Etablissements Emile Bruylant, 1973.

Dworkin, Ronald, Taking rights seriously, Harvard University Press, 1977.

Ebke, Werner F./Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law, in* Jack Beatson/Daniel Friedmann, eds., Good Faih and Fault in Contract Law, Clarendon Press, 1997.

Enderlein, Fritz/Dietrich Maskow, International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications, 1992.

Eörsi, Gyula, International Sales: The United Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, 1984.

Farnsworth, E. Allan, *Good Faith in Contract Performance in* Beatson, Jack/Daniel Friedmann, eds., Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford University Press, 1997.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Fauvarque-Cosson, Benedicte/Denis Mazeaud, European Contract, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guding Principles, Model Rules, Sellier, 2008.

Featherstonhaugh, George William, Republic of Cicero translated from the Latin, G.&C. Carvill, 1829.

Felemegas, John, *The UN Convention on CISG: Article 7 and Uniform Interpretation, in* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001, Pace International Law Review, Kluwer Law International, 2002.

Ferrari, Franco, et al., Internationales Vertragsrecht, C. H. Beck, 2007.

Ferrari, Franco, Have the Dragons of Uniform Sales Law Been Tamed? Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts, Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occation of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008.

Foerstl, Uli, The general Principle of Good Faith under the CISG, Verlag Dr. Muller, 2011.

Froehlich, Joachim, Gap-filling within the CISG, VDM Verlag, 2011.

Furmston, Michael/Andrew Grubb, The Law of Contract, LexisNexis, 2010.

Gaius, Gai Institutiones, Clarendon Press, 1904.

Gaius, Institutes of Roman Law, with a translation and commentary by the Edward Poste, Clarendon Press, 1904.

Goode, Royston Miles, Commercial Law in the Next Millennium, Sweet & Maxwell, 1998.

Gordley, James, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford University Press, 1991.

_____, *Good faith in the medieval ius commune, in* Reinhard Zimmermann, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2008.

Hamburger, Max, Morals and Law: the Growth of Aristotle's Legal Theory, Yale University Press, 1951.

Hesselink, Martijn W., *The Concept of Good Faith, in* Hartkamp, Arthur S. *et al*, Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business, 2011.

Hondius, Ewoud/Hans Christoph Grigoleit, Unexpected circumstances in European contract law, Cambridge University Press, 2011.

Honnold, John O., Documentary History of the Uniform Law for International Sale, Deventer, 1989.

_____, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Kluwer Law International, 1999.

Honnold, John O./Harry M. Flechtner, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, 2009.

Huber, Peter/Alastair Mullis, The CISG-A new textbook for students and practitioners, Sellier, 2007.

Janssen, André/Olaf Meyer, CISG Methodology, Sellier, 2009.

John, Henry, Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Vol. 2, Cambridge University Press, 1902.

Lookofsky, Joseph, Understanding the CISG, Kluwer Law International, 2008.

Justinian's Institutes, Cornell University Press, 1987.

Kaser, Max, Roman Private Law, Second Edition, A Translation by Rolf Dannenbring, Butterworths, 1968.

Kazimierska, Anna, The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000.

Kolb, Robert, Good Faith in International Law, Hart Publishing, 2017.

Koops, Egbert/W. J. Zwalve, Law and Equity Approaches in Roman Law and Common Law, Martinus Nihoff Publishers, 2013.

Kozolchyk, Boris, Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development, West Academic Publishing, 2014.

Kröll, Stefan/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary, C. H. Beck, 2011.

_____, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary, C. H. Beck, 2018.

Lando, Ole/Hugh Beale, Principles of European Contract Law Parts I and II (Combined and Revised), Kluwer Law International, 2000.

Le Bras, Gabriel, *Essay on Cannon Law, in* The Legacy of the Middle Ages, C. G. Crump/E. F. Jacob eds., Oxford University Press, 1926.

Legrand, Pierre, Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions, Cambridge University Press, 2003.

Leible, Stefan/Matthias Lehmann, European Contract Law and German Law, Wolters Kluwer,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2014.

Levasseur, Alain A., Comparative Law of Contracts: Cases and materials, Carolina Academic Press, 2008.

Markesinis, Basil/Hannes Unberath/Angus Johnston, The German Law of Contract; A Comparative Treaties, Hart Publishing, 2006.

Morgan, Teresa, Roman Faith and Christian Faith, Oxford University Press, 2015.

Marsh, P. D. V., Comparative Contract Law England, France, Germany, Gower Publishing, 1994.

Mason, Philip, The English Gentleman: The Rise and Fall of an Ideal, Pimlico, 1993.

Merryman, John Henry/David S. Clark/John Owen Haley, Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia, LexisNexis, 2010.

McKendrick, Ewan, *Good faith: A Matter of Principle?, in* A. D. M. Forte, ed., Good Faith in Contract and Property Law, Hart Publishing, 1999.

_____, Goode on Commercial Law, Penguin, 2009.

_____, Contract Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2014.

_____, *Good Faith in Contract Performance-England, in* Larry A. DiMatteo/Martin Hogg eds., Comparative Contract Law: British and American Perspectives, Oxford University Press, 2016.

Mousourakis, George, Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition, Springer, 2015.

Munchener Kommentar BGB Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil(241-432), 5 Auflage, C. H. Beck, 2007.

Nassar, Nagla, Sanctity of Contracts Revisited: A study in the theory and practice of long-term international commercial transactions, Dordrecht, 1995.

Nicholas, Barry, The French Law of Contract, Oxford University Press, 1992.

Neumann, Thomas, The Duty to Cooperate in International Sales, Sellier, 2012.

O'Connor, John. F., Good Faith in English Law, Dartmouth, 1990.

Oxford Latin Dictionary Second Edition, Vol. 1, Oxford University Press, 2012.

Panizzon, Marion, Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, Hart Publishing, 2006.

Pettineli, Cristiano, Good Faith in contract law: Two paths, two systems, the need for



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

harmonization, Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet, 2005.

Platner, Samuel Ball, A Topographical Dictionary of Ancient Rome, revised by Thomas Ashby, Oxford University Press, 1929.

Plato, Laws, reprinted in John M. Cooper, ed., Plato: Complete Works 1318, 1546-47, 1997.

Plessis, Paul J. du, Cicero's law: rethinking Roman law of the late Republic, Edinburgh University Press, 2016.

Power, Daniel, The Central Middle Ages: Europe 950~1320, The Short Oxford History of Europe, Oxford University Press, 2006.

Pringsheim, Fritz, *Aequitas und bona fides, in* Fritz Pringsheim, ed., Gesammelte Abhandlungen 1, Cattolica Universita, 1961.

Reiley, Eldon H., International Sales Contracts, Carolina Academic Press, 2008.

Reimann, Mathias, United States in The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820~1920, Duncker & Humblot, 1993.

Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session, I UNCITRAL Yearbook, 1996.

Rumelin, Max, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930, translated by M. Magdalena Schoch, in The Jurisprudence of Interests, Harvard University Press, 1948.

Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Manz, 1986.

Schlechtriem, Peter/Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press, 2010.

_____, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press, 2016.

Schulz, Fritz, Classical Roman Law, Clearndon Press, 1951.

Smits, Jan M., Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar, 2012.

Steiner, Eva, French Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, 2010.

Stoll, Hans, *Comment on Art. 79, in* Peter Schlechrtiem, ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, Clarendon Press, 1998.

Stone, Richard, The Modern Law of Contract, Routledge, 2011.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Summers, Robert S., *The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account, in* R. Zimmermann/S. Whittaker, eds., Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000.

Taylor von Mehren, Arthur/James Russel Gordley, The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, Little Brown, 1977.

Tuor, Peter/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11 Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.

Verheij, Bart et al, An Integrated View on Rules and Principles, Artificial Intelligence and Law, 1998. Retrieved December 18, 2018 from https://www.researchgate.net/publication/225203161_An_Integrated_View_on_Rules_and_Principles.

Vogenauer, Stefan/Jan Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2nd ed., Oxford University Press, 2009.

_____, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2nd ed., Oxford University Press, 2015.

Webster, Jane/Nicholas J. Cooper, Roman Imperialism: post-colonial perspectives. School of Archaeological Studies, University of Leicester, Leicester Archaeology Monographs No. 3, 1996.

Whittaker, Simon, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000.

Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.

_____, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe, in* Hartkamp Arthur et al, eds., Towards a European Civil Code, Wolters Kluwer, Law & Business, 2004.

_____, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2008.

Zimmermann, Reinhard/Simon Whittaker, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000.

Zweigert. Konrad/Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd edition, Oxford University Press, 1998.

[논 문]



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Allan, Farnsworth E., Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol. 3, No. 1-2, 1995.

Apasiev, Dimitar/Trajce Stojanov, Stoicism and its Influence on the Roman Law, International Journal of Sciences: Basic and Applied Research, Vol. 23, No. 1, 2015.

Baker, J. H., The Law Merchant and the Common Law Before 1700, Cambridge Law Journal, Vol. 38, No. 2, 1979.

Barry, John Mannix, Fides in Julius Caesar's Bellum Civile: A Study in Roman Political Ideology at the Close of the Republican Era, Doctoral Dissertation, University of Maryland, 2005.

Bell, Gary F., *More Uniformity by Accepting Good Faith in the CISG, in* Pace International Law Review, ed., Review of the Convention ofn Contracts for International Sales of Goods CISG) : 2005-2006, Sellier, 2007.

Brandner, Gert, Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG, 1999, I, B. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html.

Burton, Steven J., Breach of Contract and the Common Law Duty to perform in Good Faith, Harvard Law Review, Vol. 94, No. 2, 1980.

Bolgar, Vera, Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine, Louisiana Law Review, Vol. 35 No. 5, 1975.

Bonell, Michael Joachim, Commentary on the International Sales Law, Article 7, 2. 4. 1. Retrieved December 18, 2018, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html.

_____, Michael Joachim, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives or Complementary Instrument?, Uniform Law Review, Vol. 1, 1996.

Catullus 64, 132-153; Catullus, Libellus II,The Long Poems: Carmina 61-64. Published at the Theatrum Pompei Project. Retrieved December 18, 2018, from http://www.theaterofpompey.com/catullus/ catullus_liber2.pdf.

Chroust, Anton Hermann, Aristotle's Conception of Equity(Epieikeia), Notre Dame Law Review, Vol. 18, Issue 2, 1942.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Cohn, E. J., Frustration of Contract in German Law The Treatment of Frustration of Contract in Foreign Legal Systems, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 28, Issue 1 and 2, 1946.

Cooper, Frank E., Effects of Inflation on Private Contracts: France, 1916-26′, Detroit Law Review, Vol. 6, 1936.

Degeneffe, Margarita Fuenteseca, El significado de la lex Aebutia en el ordenamiento procesal romano, Revue internationale des droits de l′antiquite, No. 54, 2007.

Diedrich, Frank, Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts under the CISG, Pace International Law Review, Vol. 8, 1996.

Dobrila, M. C., Establishing the Principle of Good Faith in the New Civil Code. Influences in Terms of European Contract Law, Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, Vol. 2015, 2015.

Eörsi, Gyula, A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, American Journal of Comparative Law, Vol. 31. 1983.

_____, Comments on Article 7. Retrieved December 18, 2018, from http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/erosi1. html.

Eskridge, William N., Dynamic Statutory Interpretation, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 135, 1987.

Farnsworth, E. Allan, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant Conventions and National Laws, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol. 3, 1995.

Felemegas, John, Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL, Pace International Law Review, Vol. 13, 2001.

Ferrari, Franco, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 24, 1994.

_____, Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholary Writing, Journal of Law and Commerce, Vol. 15, 1995.

Flechtner, Harry M., The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court, University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-09.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Retrieved December 18, 2018, from https://ssrn.com/abstract=1785545.

_____, Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality, Pace International Law Review, Vol. 13 Issue 2, 2001.

Garro, Alejandro M., Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Lawyer, Vol. 23, 1989.

_____, The Gap-filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, Tulane Law Review, Vol. 69, 1994~1995.

Goode, Royston Miles, International Restatements of Contact and English Contract Law, Uniform Law Review, Vol. 2, Issue 2, 1997.

Gordley, James, Impossibility and Changed and Unforseen Circumstances, American Journal of Comparative Law, Vol. 52, 2004.

Gotanda, John Y., Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG, Villanova Working Paper Series, Universtiy Charles Widger School of Law, 2007.

Halson, Roger, The Offensive Limits of Promissory, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1999.

Hofmann, Nathalie, Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to The UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe, Pace International Law Review, Vol. 22, 2010.

Hoolay, Richard, Controlling Contractual Discretion, The Cambridge Law Journal, Vol. 72, Issue 1, 2013.

Hourani, Sara, The Conceptualization of good faith in the CISG through a comparative study of the principle in French Law, the Shari'a, English Law and the UCC, Doctoral Dissertation, University of Essex, 2014.

Iftime, Emanuela, Good faith in Greek Civil Code, Journal of Public Administration, Finance and Law, Special Issue, 2015.

Keily, Troy, Good Faith & the Vienna Convention on Contracts fo the International Slae of Goods (CISG), Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 3, 1999.

King, Colin., The CISG-Another One of Equity's Darlings? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 8, 2004.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Klein, John, Good Faith in International Transactions, Liverpool Law Review, Vol. 15, Issue 2, 1993.

Koneru, Phanesh, The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an approach based on general principles, Pace University School of Law. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html.

Korde, Reshma, Good Faith and Freedom of Contract, UCL Jurisprudence Review, Vol. 142, 2000.

Lee, Hock Beng, The Yam Seng case and its aftermath: possible directions of good faith in contract law, Faculty of Law Victoria University of Wellington, Laws 525, 2016. Retrieved December 18, 2018, from http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/handle/10063/6315.

Leupertz, Stefan, The Principle of Good Faith in German Civil Law, The International Construction Law Review, Vol. 33, No. 1, 2016.

Lindstrom, Niklas, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, Issue 1, 2006.

Lookofsky, Joseph, Digesting CISG Case Law: How Much Regard Should We Have? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 8, 2004.

Magnus, Ulrich, General Principles of UN-Sales Law, Rabels Zeitschrift for foreign and international Private Law, Vol. 59, Issue 3-4, 1995.

_____, Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, Pace International Law Review, Vol. 10, 1998.

Musy, Alberto M., The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures, Working Paper Series, International Center for Economic Research, 2000.

Peden, Elisabeth, Policy Concerns Behind Implication of Terms in Law, Law Quarterly Review, Vol. 117, 2001.

Perley, Sara, Fides Romana: Aspects of fides in Roman diplomatic relations during the conquest of Iberia, A thesis submitted in fulfillment of the degree of Master of Arts,



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

University of Otago, 2012.

Pound, Roscoe, Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law, Tulane Law Review, Vol. 7, Issue 4, 1933.

Povrzenic, Nives, Interpretation and Gap-filing, 2. History of Article 7. Retrieved December 18, 2018, from http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html.

Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035 of 11 February 2016.

Rosett, Arthur, Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ohio State Law Journal, Vol. 45, 1984.

Rowan, Solène, The new French law of contract, International & Comparative Law Quarterly, 2017.

Salama, Shani, Pragmatic Responses to Interpretative Impediments: Article 7 of the CISG, An Inter-American Application, University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 28, 2006.

Schlesinger, Rudolf B., Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems, Vol. II, 1968.

Schulze, Reiner, Burgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage 2009.

Schwenzer, Ingeborg, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, Victoria University Wellington Law Review, Vol. 39, 2008.

Shapiro, Jeffrey A., Illinois Standard of Good Faith under Section 1-208 of the UCC: Watse-ka First National Bank versus RUDA creates a Subjective Standard, Depaul Business Law Journal, Fall/Winter, 1991.

Sim, Disa, *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in* Pace International Law Review, ed., Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003, Kluwer Law International, 2004.

Steyn, John, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy, The Denning Law Journal, Vol. 6, 1991.

_____, Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men, Law Quarterly Review, Vol. 113, 1997.



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Summers, Robert S., Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, Virginia Law Review, Vol. 54, Issue. 2, 1968.

_____, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, Cornell Law Review, Vol. 67, 1982.

Tellegen-Couperus, O. E., The Role of the Judge in the Formulary Procedure, Legal History, Vol. 22, No. 2, 2001.

Tetley, William, Good Faith in Contract, Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 35, No. 4, 2004.

Turpin, C. C., Bonae Fidei Iudicia, Cambridge Law Journal, Vol. 23, Issue 2, 1965.

Twigg-Flesner, Christian, The implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom, ResearchGate, 2007. Retrieved December 18, 2018, from http://ssrn.com/abstract=1399631.

Walt, Steven D., The Modest Role of Good Faith in Uniform Sales Law, Boston University International Law Journal, Vol. 33, Issue 1, 2015. Retrieved December 18, 2018, from https://www.bu.edu/ilj/files/2015/01/Walt-ModestRole-of- Good-Faith.pdf.

Wehberg, Hans, 'pacta sunt servanda', The American Journal of International Law, Vol. 53, Issue 4, 1959.

Yntema, Hessel E., Equity in the Civil Law and the Common Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, Issue 1-2, 1966.

Zeller, Bruner, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vondobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Issue 1, 1999.

Zevenbergen, Christiaan, Karakter en Geschiedenis der Iudicia Bonae Feidei, Vrije Universiteit te Amsterdam, 1920.

Zweigert, Konrad/Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd edition, Oxford University Press, 1998.



Collection @ chosun