

무역학석사 청구논문

국제상사계약에서 신의칙의 해석과 적용에 관한 연구

무 역 학 과

김 석 환

지도교수 심 중 석

2012년 12월

대구대학교 대학원

국제상사계약에서 신의칙의 해석과 적용에 관한 연구

이 논문을 무역학석사 학위논문으로 제출함.

무역학과

김 석 환

지도교수 심 종 석

김석환의 무역학석사 학위논문을 인준함.

2012년 12월

심사위원장 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

대구대학교 대학원

목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 내용과 방법	3
제3절 선행연구의 검토	4
제2장 신의칙의 법적 기준	6
제1절 신의칙의 의의와 특질	6
1. 신의칙의 의의	6
2. 신의칙의 특질	7
제2절 신의칙의 해석	9
1. 대륙법계의 처지	9
2. 영미법계의 처지	13
3. 학리해석	17
제3장 국제상사계약법규범하에서 신의칙의 해석	18
제1절 국제상사계약법규범의 의의	18
1. 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)	18
2. 국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)	21
3. 유럽계약법원칙(PECL)	23
제2절 CISG에서 신의칙의 수용과 규정해석	26
1. 계약의 해석원칙	26
2. 신의칙의 의제	27
제3절 PICC에서 신의칙의 수용과 규정해석	28
1. 신의성실 및 공정거래	28
2. 불성실한 교섭	28
3. 계약공백의 보충	29

4. 현저한 불균형	30
5. 비밀유지의무	31
제4절 PECL에서 신의칙의 수용과 규정해석	32
1. 해석과 보충	32
2. 신의성실 및 공정거래	32
3. 협력의무	33
4. 합리성	33
5. 신의성실에 반하는 교섭	34
6. 비밀유지의무의 위반	34
7. 계약상의 채무를 발생시키는 진술	35
제4장 국제상사계약법규범의 신의칙 적용	37
제1절 CISG를 적용한 판결례	37
1. 신의칙에 기한 관행과 관습의 구속력	37
2. 불성실한 행위로부터의 신의칙 위반	38
제2절 PICC를 적용한 판결례	39
1. 신의칙에 관한 합의의 구속력과 묵시적 적용	39
2. 사기적 불실표시에 의한 계약조건의 해석	39
제3절 PECL을 적용한 판결례	41
1. 계약의 해석에 있어서의 신의칙	41
2. 실질적 기대의 박탈	41
제5장 요약 및 결론	43
참고문헌	45
Abstract	50

제1장 서론

제1절 연구의 목적

법률체계는 일반적으로 대륙법계(continental law)의 성문법체계와 영미법계(anglo-american law)의 불문법체계로 구분된다. 이 경우 성문법체계는 법률의 내용이 법전 형식으로 존재하고, 논리해석에 주안점을 두고 있는 반면에, 불문법체계는 법전 이외에 판례가 그 법원이 되고 있음과 동시에, 문언에 기한 문리해석의 방법에 주안점을 두고 있다는 차이점이 있다.¹⁾

이러한 법체계에서 ‘신의성실의 원칙’(the principle of good faith : 이하 ‘신의칙’)은 법체계 전반에 걸쳐 수용되어 있는 기본원칙으로서, 이 경우 신의칙은 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 것으로 설명·요약할 수 있다.

신의칙은 이해당사자 간 상호 신뢰를 저버리지 않도록 성의를 가지고 행동해야함을 의미하며, ‘법률행위[계약] 자유의 원칙’, ‘소유권 절대의 원칙’과 더불어 근대 사법을 지배하는 기원원칙으로서의 지위를 보유한다.

특히, 신의칙은 주로 권리의 행사와 의무의 이행에 적용되기에 재산법 중에서도 채권법 영역에서 그 기능은 매우 중요하게 작용한다. 아울러, 신의칙은 채권법 이외에도 사법과 사회법 그 밖에 공법영역에까지 적용되는 일반원칙으로서 기능한다.²⁾ 결국, 신의칙은 다양한 법역에서 공공적·사회적 기본 역할을 하고 있다.

그럼에도 불구하고 신의칙은 법계 및 각양의 법체계하에서 대개 계약법상 준수되어야 할 일반원칙 또는 기본원칙으로서 불성실(bad faith)한 행위를 배제하는데 기능하는 것으로 존중되고는 있으나, 달리 객관적이고도 구체적인 개념이 명확히 확립되어 있지 않아 그 인식정도·접근시각·적용기준 등이 상

1) 한재필, “국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 「국제상학」, 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008, 108면.

2) 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003, 114면.

이하다는 특성이 있다. 이는 신의칙이 법계 또는 각양의 법체계 내에서 고유한 적용기준에 따라 계약단계별 종합적 사실 · 범위 · 해석 · 사정 등이 적의 고려되어 이에 상당한 법률효과를 발생시키는 개별특성이 있음을 함의한다.

결국, 신의칙은 계약관계 당사자 간 행위의 준칙으로서 널리 인정되고 있는 일반원칙임에도 불구하고 법계 내지 법체계간 적용 · 인정기준이 서로 상이하여 이로부터 신의칙은 대부분 기속력 있는 판결 또는 판정 및 소송절차로부터 제한되고 그 기준이 유추되는 법적 특수성이 있다.

이러한 신의칙은 ‘국제물품매매계약에 관한 UN협약’(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Good, ‘CISG’), ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ‘PICC’), ‘유럽계약법원칙’(Principles of European Contract law, ‘PECL’) 등과 같은 국제상사계약규범 전반에 해석원칙이나 일반원칙으로 수용되어 있다.³⁾

그렇지만, 국제상사계약규범에서 신의칙도 해석과 적용에 있어서 상이한 부분을 보이고 있다. 본 연구에서는 이러한 신의칙의 상이한 부분을 판결 · 판정⁴⁾에 대한 비교 · 분석을 통해 법리적 · 상무적 기능을 명확히 추론하여 그 해석과 적용에 있어 올바른 법적 기준 제시에 목적을 두고자 한다.

3) CISG, Art. 7 : “(1) 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. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.”, PICC Art. 1.7(Good faith and fair dealing) : “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty., PECL Art. 1:201(Good Faith and Fair Dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”

4) 달리 명시하지 않는 한, 이하 판결 · 판정례를 합체하여 ‘판결례’로 통일하여 사용한다.

제2절 연구의 내용과 방법

본 연구는 우선 주요 국가의 국내법상 신의칙 또는 이에 상당한 법리를 검토하여 그 의미를 명료히 하고, 동시에 국제상사계약법규범, 곧 CISG, PICC, PECL에서 규정하고 있는 신의칙 관련 규정해석과 이에 관한 판결례를 통하여 그 법적 기준 내지 의의를 추론하여 본 연구의 목적을 이루고자 한다. 이를 위한 본 논문의 구성체계는 다음과 같다.

제1장은 본 논문의 서론으로써 연구의 목적과 내용 및 방법에 대해 기술하고, 선행연구의 검토를 통해 본 논문의 연구목적을 명료히 하고자 한다.

제2장에서는 신의칙의 법적 기준을 살펴보고자 한다. 먼저, 신의칙의 의의와 특질에 대해 살펴보고, 대륙법계와 영미법계의 신의칙의 해석에 대해 검토하고 국제사법인 각 국가의 국내법의 신의칙 규정을 분석해 보고자 한다.

제3장에서는 국제상사계약법규범, 곧 CISG, PICC, PECL에서 신의칙의 법적 기준과 그 규정취지 및 의의를 비교·검토하고자 한다.

제4장은 CISG, PICC, PECL의 신의칙을 적용한 판결례를 중심으로, 우선 계약체결 전 교섭단계에서의 신의칙과 이행과정에서의 신의칙의 법리와 그 적용례를 살펴보고 각각의 신의칙 적용범위나 해석을 명료히 비교·분석하여 신의칙의 단계별 종합적 사실·범위·해석·사정 등을 검토하고자 한다.

제5장은 본 연구결과를 정리·요약하여, 이상의 결론으로 제시하고자 한다.

이상의 연구를 수행하기 위해 본 논문에서는 현재까지 발표된 국내 및 국외 관련 연구논문과 단행본, 학술 연구자료, 국제기구 및 연구기관 등이 간행한 기관지 등을 기초로 문헌중심의 연구방법을 취하고자 한다. 아울러, 국제적 법규범 및 판결례를 상호 비교하여 그 결과 최대한 연구에 반영하고자 한다.

제3절 선행연구의 검토

한낙현(2010)은 “CISG를 국제적인 시각에서 해석하여야 한다”고 강조하고 있다. 그 주요 내용은, 신의칙을 협의로 해석하면, CISG는 제반 규정을 해석함에 있어서 국내적이고 차별적인 법적 개념사용을 금지하는데 주안점을 두고 있다고 말할 수 있고, 광의로 해석하면 CISG의 규정에 직접적 근거를 두지 않는 새로운 규범을 창출할 수 있는 권한을 법원에 부여하는 것으로 보고 있다.⁵⁾ 본 논문은 CISG의 규정을 해석함에 있어서 국내적 사고가 아닌 국제협약의 지위를 고려하여 이를 통해 신의칙을 다룸으로써 CISG의 보충법원으로서 법의 일반원칙과 그 밖의 계약국의 선례를 국내규범보다 우선적으로 적용하여야 한다고 피력하고 있다.

오석웅(2011)은 신의칙의 적용범위와 내용을 CISG의 해석기준을 개별 규정의 내용을 중심으로 추론하고 있다. 곧, 신의칙의 해석뿐만 아니라 당사자의 권리와 의무의 이행에 직접 적용되는 일반원칙으로 취급하면서, 신의칙을 각국 국내법상의 개념에 의해 결정되는 것이 아니라 국제거래에 있어서의 공통의 법리에 기하여 이를 결정하여야 한다고 주장하고 있다.⁶⁾ 나아가, 계약국의 국내법원과 국제중재판정부는 국제물품매매계약에 기하여 발생한 분쟁에 신의칙을 적용함에 있어 다른 국가의 판결례를 적극 참조하여야 한다고 주장하고 있다.

위 두 논문의 결론은 상이한 부분을 보이고 있다. 전자는 신의칙을 국내규범의 예속하에 두지 않고 국제적인 부분에 초점을 맞추고 있는 반면에, 후자는 국제사법에 기한 국내법의 판례에 주안점을 두고 있다.

심종석(2009)은 신의칙을 근대사법체계를 지배하는 기본원칙으로 수용하고, 넓게는 당사자 간 행동의 원칙, 법률 및 계약해석의 원리, 나아가 입법원리로서도 기능하고 있음을 지적하면서, 신의칙이 계약관계 당사자 간 행위의 준칙

5) 한낙현, “국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 「무역상무연구」, 제46권 61호, 한국무역상무학회, 2010, 95면.

6) 오석웅, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 신의성실의 원칙”, 「원광법학」, 제27권 제4호, 원광대학 법학연구회, 2011, 88면.

으로서 널리 인정되고 있는 일반원칙임에도 불구하고 법계 내지 법체계 간 그 적용·인정기준이 서로 상이하여 판결 또는 판정 및 소송절차로부터 제한되고 그 기준이 유추되는 법적 특수성을 고려하여, 이를 국제상사계약법규범의 적용례를 통하여 신의칙의 법리 내지 법적용에 대한 시사점과 유의점을 제시하고 있다.⁷⁾

본 연구에서는 이상의 연구논문과 판결례를 포함하여, 각국의 국내법과 국제상사계약법규범의 신의칙 적용범위와 그 해석을 참조하여, 신의칙에 관한 법리적 접근을 통해 그 상무적 시사점 또는 유의점을 적의 제시하고자 한다.

7) 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 『무역상무연구』, 제 43권 제3호, 한국무역상무학회, 2009, 3-4면.

제2장 신의칙의 법적 기준

제1절 신의칙의 의의와 특징

1. 신의칙의 의의

‘신의성실의 원칙’(the principle of good faith)⁸⁾은 일괄하면 모든 사람이 사회 공동생활의 일원으로서 상대방의 신뢰에 반하지 않도록 성의있게 행동할 것을 요구하는 법원칙으로 취급할 수 있다.

신의칙은 본래 로마법에서 ‘신의 및 형평’을 기초로 일반적인 악의의 항변에서부터 유래된 것으로, 제정법의 엄격한 적용으로 인하여 초래될 수 있는 당사자 사이의 불공평한 결과를 형평에 기초하여 조정함으로써 구체적인 타당성을 형성하기 위한 것에 목적을 두고 있다.⁹⁾ 이러한 로마법으로부터 연유한 신의칙은 근세에 들어서 프랑스 민법에서 최초로 성문화되었다.

현재 신의칙은 모든 법규범에 다름없이 수용되어 있으며, 나아가 계약법 분야를 비롯한 사법 전반을 지배하는 최고 원리로 그 지위를 보유하고 있다. 그러나, 신의칙은 법계 및 각종 법체계하에서 통상 계약법상 준수되어야 할 일반원칙(general principle) 또는 근본원칙으로서, 불성실한 행위를 배제하는데 기능하고는 있으나, 그럼에도 불구하고 객관적이고 구체적인 개념이 명확히 확립되어 있지 않은 까닭에, 서로 다른 법계 또는 법체계상 인식정도 · 접근방법 · 적용기준 등에서 그 차이를 보이고 있다.¹⁰⁾

8) 신의칙의 사전적 의미로는 권리의 행사나 의무의 이행은 ‘신의’에 좇아 ‘성실’히 하여야 한다는 근대 민법의 수정 원리로서, 공공복리, 거래안전, 권리남용의 금지와 함께 민법의 기본원리를 이루고 있다. 로마법에서 유래한 신의칙은 프랑스 민법에서 근대 사법으로 처음으로 명문화하였고, 우리 민법과 같이 총칙편에서 일반원칙으로 적용하여 모든 사인관계를 포괄적으로 규율하게 된 것이다. 이러한 신의칙으로 인해서 ‘사정변경의 원칙’과 ‘실효의 원칙’ 등이 파생되었다.

9) Zimmerman, W., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, Good Faith in European Contract Law, 2000, pp.16-17.

10) 김종석, 전게논문, 3-5면.

한편, 신의칙은 ‘공정성’(fairness), ‘합리적 기준’(reasonable standards), ‘합리성’(reasonableness), ‘공정행위’(fair conduct), ‘공동일치의 정신’(a spirit of solidarity), ‘공평한 행동’(fair behavior) 등에 의제되고 있음이 상례이다.

신의칙이 적용되기 위해서는 당사자 사이에 법적인 특별한 계약 또는 법률행위가 존재하여야 한다. 즉, 신의칙은 계약 등의 채권관계 그 밖의 일정한 사회적 접촉을 가지는 당사자 간에 적용된다.

2. 신의칙의 특징

신의칙은 권리와 의무의 내용을 구체적으로 명정하는 기능을 수행한다. 이것은 당사자 사이에 법률관계, 특히 채권관계가 존재하는 경우 세부적인 내용이 법률이나 계약으로부터 명확하게 정해지지 아니한 사항에 한하여, 그것을 법률이나 계약의 의미에 적합하게 보충·발전시키는 것이라고 할 수 있다.

법률행위 해석의 기준으로서 신의칙이 적용은 필수적인 사항으로 취급된다. 다만, 여기서는 계약 내지 제반 법률의 규정에 부합하게 이를 보충하는 정도에 그쳐야 하며, 이와는 별도로 다른 법리를 형성하여서는 안 된다.

신의칙은 개별사안에 법률을 형식적·획일적으로 적용함으로써 발생하는 부작용을 제거하는데 기능함으로써 그 구체적 타당성을 실현하는 역할을 감당한다. 예컨대, 사소한 채무불이행을 이유로 채권자가 계약을 해제하는 것을 허용하지 않거나, 권리의 발생에 법적 제한이 없다고 하더라도 일정한 경우에 그 권리를 실효시키는 것이 그러하다. 그러나, 이것은 법적 안정성을 해칠 정도로 자의적으로 적용되어서는 안 된다.

신의칙은 법률이나 관습법에 정함이 없는 경우 또는 유추해석을 통해서도 타당한 결론을 얻을 수 없는 경우에 조리로서 이를 보충하는 법 창조적 기능이 있다. 그러나, 이 또한 당해 보충성의 원칙에 그쳐야 한다.

한편, 신의칙은 법적인 권리와 지위가 가지는 내적 한계를 설정함으로써 형식논리의 관철에 따른 부당한 결과의 도출을 막는 한정기능을 한다. 이를테면, ‘실효의 원칙’¹¹⁾, ‘권리남용 금지의 원칙’¹²⁾ 등이 그 예이다. 이 경우 실효의

11) 실효의 원칙은, 권리자가 상당한 기간 권리를 행사하지 아니하고 그로 말미암아 상대방에

원칙에 기하여 권리 그 자체가 소멸하는 것인지 아니면 권리는 소멸하지 아니하고 권리의 행사만이 허용되지 않는 것인지, 또한 실효를 항변권으로 취급하여 그로 인한 이익을 받을 자가 이를 주장한 때에 법원이 고려하면 족한 것인지 아니면 법원이 직권으로 판단해야 하는 것인지에 관해, 신의칙은 권리실효의 근거로 기능하고 있음에 따라 당해 권리의 행사가 허용되지 않는 것으로 보고, 이것은 법원이 직권으로 판단하여야 할 것으로 해석하고 있다.¹³⁾

권리남용의 원칙의 효과로는 권리남용으로 인정되면 그 권리행사는 위법한 것으로 되어 그 권리를 행사한 것으로 되지 않는다.¹⁴⁾ 따라서, 권리의 행사를 전제로 하는 법률효과가 발생하지 않는다. 그 밖에 권리남용의 과정에서 상대방에게 피해를 준 경우 불법행위로 인한 손해배상의무가 발생할 수도 있지만, 이것은 권리남용 그 자체의 효과로는 볼 수 없다.

요컨대, 신의칙은 형식적인 법적 지위의 수정을 통해 정의로운 법률관계의 도출을 도모하는 기능을 한다. 이른바, ‘행위기초론’ 내지 ‘사정변경의 원칙’을 그 예로 들 수 있다.¹⁵⁾

게 더 이상 권리를 행사하지 않을 것이라는 정당한 신뢰를 준 경우, 그 후 권리자가 권리를 행사하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다는 것이다.

12) 우리 민법에서는 그 요건이나 효과에 대해서는 구체적으로 정하고 있지 않다. 이는 권리의 종류에 따라 그 내용과 성질이 극히 다양하므로, 이에 고나한 공통의 요건과 효과를 정하는 것이 어렵기도 하고 또 타당하지 않은 면도 있는 점에서, 일반조항으로서의 형식은 의미가 있다고 할 수 있다. 권리남용으로 되기 위해서는 우선 권리가 존재하고, 그 권리가 권리자에 의하여 적극적이든 소극적이든 행사되었을 것을 전제로 한다.

13) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2011, 54-56면.

14) 김준호, 상계서, 58-61면.

15) 사정변경의 원칙을 다음과 같이 정의하면, “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 제의할 수 있고, 상대방이 이를 거절하는 때에는 당해 계약을 해제할 수 있는 규범”이라 한다. 김준호, 상계서, 56-57면.

제2절 신의칙의 해석

1. 대륙법계의 처지

통상 대륙법계(continental law)¹⁶⁾에서는 신의칙을 법문의 규정에서 인정하고는 있으나, 앞서 본 바와 같이 국가마다 신의칙의 적용범위 내지 그 해석이 상이하다.

법문으로서 현대 신의칙의 효시는 프랑스 민법 1134조 제3항에 표창되어 있는데,¹⁷⁾ 본 규정은 계약자유의 원칙 하에서도 계약당사자의 의사표시는, 사실상 극히 불충분하고 불명확한 것이므로, 채권자가 기대하고 있는 ‘신의칙’에 관한 기대이익을 보호하기 위한 것에 취지를 두고 있다. 결국, 본 조항은 주로 채무내용 내지 이행방법 등에 관한 법률상의 표준으로서, 그 기본적 의미를 강조하고 있는 선언적 규정이라고 볼 수 있다.¹⁸⁾

프랑스 민법에서의 계약의 의사표시는 해석에 있어서 사적자치에 의한 주관적인 해석이 강하다. 따라서, 프랑스 민법에서의 신의칙은 계약에 있어서 내용과 이행방법에 관한 표준적인 의미를 강조하고 있다고 볼 수 있으며, 계약은 당사자의 진정한 합의를 표창하는 것이지 신의칙에 의한 바가 곧 당사자의 합의를 대체하는 것은 아님을 천명하고 있다.¹⁹⁾

독일 민법 제157조에서는, “계약은 거래의 관행을 고려하여 신의성실의 요

16) 대륙법계는 ‘프랑스’, ‘독일’을 중심으로 하는 ‘유럽대륙’의 법계를 말한다. 대륙법계는 ‘영미법계’의 불문법주의와는 다른 성문법주의로 되어있다. 성문법주의는 이론적이고 논리성이 우수하고 공법과 사법이 구분되어 있다. 대륙법계의 기원은 로마법계와 게르만법계에 기초하였다. 로마법계는 성문법주의, 논리적 체계, 공법과 사법의 구분, 개인주의사상 등을 내포하고 있고, 게르만법계는 관습법주의, 상징주의, 공법과 사법의 융합, 단체주의사상 등을 내용으로 하고 있다.

17) ‘Code civil des Français’, Art.1134. : “1. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. 2. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. 3. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

18) 심종석, 「국제상사계약의 이론과 실제」, 대구대학교출판부, 2008, 63면.

19) 최명구, “유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리민법의 시사점”, 「재산법연구」, 제 27권 제1호, 한국재산법학회, 2010, 63면.

구에 좇아 해석되어야 한다”고 규정하고 있고²⁰⁾, 제242조에서는 “채무자는 거래의 관습을 고려하여 신의성실에 좇아 급부할 의무를 진다”고 명시하고 있다.²¹⁾ 이는 신의칙을 계약의 해석과 채무이행의 원칙을 기초로 하는 채권법의 최고이념인 것을 나타낸 것이다. 이상과 같이 독일법과 프랑스법에서는 신의성실의 원칙을 채권법상 최고원칙으로 하고 있음을 살필 수 있다.

한편, 스위스 민법에서는 신의칙을 “모든 사람은 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서 신의성실에 따라 행동하여야 한다.”고 규정하고 있다.²²⁾ 이는 위의 프랑스법계와 독일법계와는 달리, 신의칙을 채권법상의 범위를 넘어서 모든 법률행위에서 권리의 행사와 의무의 이행에 일반원칙으로 신의칙을 확대·수용하고 있는 특징을 보이고 있다.

우리 민법에서는 제2조 제1항에서 신의칙을 스위스 민법을 참조하여 모든 법률에 확대·수용하고 있음과 동시에 일반원칙으로 선언하고 있다.

보통법계에서 신의칙은 계약의 이행에서만 적용되고 대개의 경우 법률의 규정에 의하여 인정된다고 보아 이를 좁게 인정하는데 비하여 대륙법계에서는 계약의 이행에서는 물론 계약의 성립이나 나아가 계약의 성립 전인 협상단계에서도 신의성실의 원칙이 적용되는 것으로 보아 이를 넓게 인정하고 있는 특징이 있다. 곧, 대륙법계에서는 계약의 체결 전에도 계약당사자는 공정하고 정직하게 협상하여야 하는 신의성실의 의무를 부가하고 있고, 나아가 당해 의무를 계약의 이행과정에 이르기까지 확장하고 있는 특징이 있다.

1) 독일

독일에서의 의무법(the law of obligation), 특히 계약체결에서 창출되는 관계를 규제하는 ‘신의성실’ 및 ‘공정거래’의 준수를 강행하는 원칙과 규칙은 모든

20) BGB, §157 Auslegung von Verträgen : “Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

21) BGB, §242(Leistung nach Treu und Glauben) : “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

22) SCC, Art. 2 : “1. Every person must act in good faith in the exercise of his or her rights and in the performance of his or her obligations. 2. The manifest abuse of a right is not protected by law.”

법률제도에서 발견되는 공통적인 내용이다. 독일의 민법전은 1900년에 발효된 것인데 신의칙은 제157조, 제242조에 수록되어 전 민법전의 조문에 더욱 상세하게 그 내용이 반복적으로 규정되고 있으며 독일의 사법에 광범위하게 영향을 미치고 있다.

독일에서 신의칙은 법률해석의 기초가 되는 것으로서, 곧 어떠한 결론에도 응답할 수 있는 역할을 하고 있다. 신의칙에 주요 기능은 다음과 같다. 첫째, 신의성실 기능은 당사자 간에 계약에서 아무리 상세하게 규정한다고 하더라도 모든 사항을 기술하여 규정한다고 하는 것은 불가능하다고 보아, 가령 계약에 기술치 못한 사소한 문제는 계약상 표출되지 않으며 이는 신의칙에 의하여 법원의 결정에 의존하고 이에 승복하는 것이다.

둘째, 법률제정에 있어서 아무리 이상적인 입법자라 하더라도 이러한 사소한 문제에 이르기까지 규정하려 하지 않는다. 그러므로 신의칙은 입법자가 미처 규정하지 못한 중요한 공백을 메우고 또한 불명확하게 처리하여 놓는 법률 규정 또는 계약조건규정 상의 의미를 명백히 밝히기 위한 불가결의 기능을 보유한다.²³⁾

요컨대, 독일에서 신의칙은 최상의 주요가치가 부여되고 있으며, 헌법에서 규정한 인격권이 보호되고, 사적거래계약에서 일반 조항의 수단을 통하여 인간의 인격권에 관한 헌법상의 보호가 준수되는 형태를 보여주고 있다.

2) 일본

일본의 신의칙은 독일민법의 신의칙과 유사한 입장을 보이고 있다. 곧, 일본 민법에서는 신의칙에 관하여 이를 일반원칙으로 보고 신의칙의 기능과 그 구조를 제시하고 있다. 곧, 기능적으로는 직무적 기능, 공평적 기능, 사회적 기능, 권한수여적 기능 등으로 구분하여 시대와 사회가 요청하면 제정법에 반하여 이를 수정하고 새로운 입법을 창조할 수 있다고 하고 있다. 예컨대, 사정변경 원칙의 경우 일본 판례는 사정변경의 원칙을 수용하고 있으며, 그 적용요건은 신의칙의 일반적인 적용요건을 따르고 있다.

23) 한재필, 전제논문, 115면.

3) 중국

중국 통일계약법(Contract Law of the People's Republic of China, 'CLPRC')²⁴⁾ 제6조에서는 신의칙에 관하여, “당사자가 권리를 행사하고, 의무를 이행함에는 신의성실의 원칙을 준수해야 한다”고 규정하고 있다.²⁵⁾

신의칙을 수용하고 있는 본조는 그간의 ‘경제계약법’이나 ‘섭외경제계약법’에는 없고 ‘기술계약법’ 제4조에 규정된 것을 계승한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 신의칙은 대륙법계에 있어서는 채권법에 있어서의 최고의 지도원칙 혹은 ‘제왕조항’ 또는 ‘일반조항’이라고도 칭하고도 있다.

중국 통일계약법상 신의칙은 당사자가 민사활동을 하는 경우에 반드시 성실하게 하고 또한 선의의 내심상태를 구비하는 것을 요구하고, 법원이 법적으로 문제를 해결하는 경우에도 명문의 규정이 없는 경우, 신의칙을 적용해서 재판할 수 있는 효능을 가진다. 이를테면, 계약체결에 있어 당사자는 신의칙에 기하여, 상대방에 대해 진실하게 계약에 관련된 상황을 진술하고, 당사자 간에는 서로 협력하고 계약의 성립에 노력할 필요가 있다. 나아가, 계약체결 후 계약 당사자는 계약이행을 향한 진지한 준비를 하지 않으면 안 되며, 계약이행 과정에 있어서 적극적으로 법률이나 계약에서 규정한 의무를 이행하지 않으면 안 된다. 또한 계약의 종료단계에서 당사자는 또 신의칙에 기하여 필요한 부수적 의무를 이행하지 않으면 안 된다.

4) 한국

한국 민법 제2조에서는 신의칙에 관하여, “권리의 행사와 의무의 이행은 신

24) 중국계약법[中國合同法]은 1982년 이후 ‘경제계약법’[經濟合同法], ‘섭외경제계약법’[涉外經濟合同法], ‘기술계약법’[技術合同法] 등으로 분할되어 있던 계약법을 동시에 폐지하고, 1999년 이를 통합하여 자연인, 법인 그 밖의 조직 간의 설립, 변경, 폐지 등 민사상 권리의 무관계의 협의에서도 평등한 계약을 이룰 수 있는 기초를 마련하였다. 논제에 기하여 CLPRC는 계약주체의 범위를 확대·수용하여, 종래 계약법에서 배제되었던 외국의 자연인 및 경제조직이 체결하는 계약관계상 법률관계를 일원화 하였다. 경우에 따라 ‘중국합동법’(中國合同法)이라고도 칭하고 있다(王一凱, 1999, 18頁.). 본고에서는 계약법의 통일화 및 일원화에 주안점을 두고 이하 ‘중국통일계약법’(CLPRC)이라 칭한다.

25) 中國合同法, 第六條: “當事人行使權利、履行義務應當遵循誠實信用原則.”

의에 좇아 성실히 하여야 하고, 이에 그 권리는 남용하지 못한다”고 규정하고 있다. 한국 민법상 신의칙은 계약관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여, 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 그 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 법적 의의를 표창하고 있다. 나아가, 신의칙에 위배된다는 이유로 상대방 당사자가 가지는 권리행사를 부정하려면, 상대방에게 신의를 공여하였거나 또는 객관적으로 상대방의 당사자가 신의를 가짐이 정당하다고 인정되는 상태에 이르러야 한다.

신의칙과 더불어 한국 민법에서 중요한 원칙은, 이른바 ‘권리남용금지의 원칙’이다. 권리남용에 해당하는 권리행사는 주관적으로 권리행사의 목적이 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는데 있을 뿐, 자신에게는 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고 객관적으로는 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하며, 권리행사자가 얻는 이익이 상대방이 잃는 손해보다 적더라도 권리남용이라 할 수 없다. 이는 신의칙에 포섭될 수 있는 법원칙으로 취급할 수 있다.

2. 영미법계의 처지

영미법계(anglo-american law)²⁶⁾에서는 ‘신의칙’의 해석기준을 계약 당사자 간의 권리와 의무에 따른, 곧 계약관계에서의 책임귀속을 요건으로 ‘경제적 중요성’에 주안점을 두고 있다. 아울러, ‘신의칙’의 법적 규제에 있어서는, ‘도덕적 의무의 최소범위’를 규율하고 있는데, 그 배경은 공평과 정의의 차원에서 합리적인 ‘신의칙’의 기준을 형성하기 위한 의도에 기인한다. 영미법에서는 대륙법과 달리 당사자는 신의칙에 의하여 계약체결을 해야 하는 일반원칙이 존재하지 않는다.²⁷⁾

26) 영국과 연방 제국 및 미국에서 시행되고 있는 법계이다. 성문법을 중심으로 하는 독일·프랑스 등의 대륙법계와 달리 영미법은 판례법주의를 중심을 특색으로 한다. 영미법계는 법질서의 조직화, 일반화보다 구체적인 사실은 존중하고, 구체적인 사건의 판례에 의한 법의 형성, 발전 등이 중심이 되어 있다. 앵글로 색슨 부족법에 기원하여 영미법은 앵글로 색슨 법이라고도 불린다. 대륙법만큼 로마법의 영향을 받지 아니하고 보존되었으며, 또한 미국법으로서 현저히 발전하였다. 현대에 와서 영미법은 성문법의 중요성이 증가되고 있다.

27) 보통법이 18세기 중엽에 계약체결상 신의칙을 인정하였음에도 불구하고, 오늘날 영국에서는 원칙적으로 신의칙에 별다른 의미를 두고 있지 않다.

영국법에는 계약당사자는 계약성립 이전에는 언제든지 계약교섭을 파기할 자유가 있다. 곧, 영국법에서는 신의칙이 계약상의 의무와 비계약상의 의무 간의 구별을 모호하게 한다는 점, 신의칙을 명확하게 정의할 수 없음으로 말미암아 법적 안정성과 예측가능성을 저해한다는 점, 사법기관이 당사자를 대신하여 계약의 내용을 만들 수 없는데 사법기관이 공정한 해결책을 모색한다는 구실 하에 지나친 재량을 행사하게 된다는 점을 들어 신의칙에 비판적인 입장을 취하여,²⁸⁾ 신의칙의 범위의 불공정한 문제들을 개별적으로 해결하여 왔다.

그 예로는 착오, 비진의 표시, 강박, 부당한 위압, 계약의 객관적 해석, 불공정법률행위, 묵시적 조항, 포기, 금반언 등을 들 수 있다.²⁹⁾ 또한, 계약체결 전의 교섭과 준비단계에서는 당사자의 자유로운 책임에 있어서 교섭과 준비가 이루어지고 교섭이 결렬되거나 계약준비가 실패로 끝나도 그 결과에 대해서는 원칙적으로 당사자에게 신의칙상 책임은 없다고 주문하고 있다.³⁰⁾

영국법에는 계약당사자는 계약의 성립 이전에는 언제든지 계약교섭을 파기할 자유가 있다. 계약성립 이전의 행위에 대한 책임은 단지 사기의사표시 또는 허위진술과 같은 제한된 환경에서만 문제가 된다.³¹⁾

영국에서는 신의칙에 관하여, ‘good faith’보다는 ‘fair dealing’의 용어를 더 많이 사용하고 있다. 영미법계 입장에서는 ‘fair dealing’이 계약조항에 편입되어 공정성과 관련될 때에 신의칙의 의미를 내포하고 있다고 취급하고 있다.

미국에서는 본래 신의칙을 인정하지 않았다. 그러나 ‘2nd 리스테이트먼트’³²⁾와 ‘통일상법전(Uniform Commercial Code : ‘UCC’)³³⁾에서 신의칙에 관한 규정

28) 오석웅, 전제논문, 72면.

29) 김인호, “국제물품매매협약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위” 「법조」, 제55권 제9권, 법조협회, 2006, 210면.

30) 한낙현, 전제논문, 109면.

31) 최명구, 전제논문, 64면.

32) 리스테이트먼트(Restatement of the law)는 판례의 요점을 정리한 것으로 1923년 미국법률협회가 처음 발간하였다. 1980년에 두 번째 리스테이트먼트(Second Restatement of the law)를 발간하였다. 모범법전의 형식을 띠며, 공식법전은 아니나 많은 판결에 인용되고 있다.

33) 미국통일상법전은 ‘미국연방통일상법전’이라고도 하며, 통일법의 필요성을 느낀 것은, 미국은 연방정부와 주정부로 구성되어 있으며, 주정부에서는 독립적인 입법권이 인정되어 각 주마다 법이 서로 상이하여 법의 적용에 있어서 많은 문제와 혼란이 생겼다. 상법에서 중간 거래의 활성화와 혼란을 없애기 위하여 1890년부터 논의되어 1942년부터 법률을 입안하

을 존치해 두고 있다. 리스테이트먼트의 제205조는 UCC에서 영향을 받아 후에 제정되었으며, UCC 제1조는 민사거래에 적용되었고, 제2조는 상사거래에 적용되었다.

신의칙부분에서도 신의칙은 상인에게는 UCC 제2-103조를 비상인에게는 UCC 제1-201조를 적용하였다.³⁴⁾ 그러나, 최근의 신의칙 관련 조항의 개정으로 상사거래에서 비상인에게 적용되는 신의칙 근거조항인 UCC 제1-201조나 제2-103조에서 신의칙을 동일하게 규정하여 현행법제상으로는 신의칙에 한하여, 상사거래에서는 당사자가 상인이건 비상인이건 동일한 신의칙 기준을 적용하고 있다.³⁵⁾ UCC상에서의 신의칙은 ‘사실상 정직한 것과 공정거래의 합리적이고 상법적인 기준의 준수’를 의미한다.³⁶⁾

1) 미국

미국에서는 2nd 리스테이트먼트와 UCC에서 계약당사자에게 신의칙 의무를 부여하고 있다. 전자의 경우 제1-203조에서 모든 계약 또는 이 법의 테두리 안에서 계약의 이행 또는 강행에 있어서 신의성실의 의무를 부여하고 있다고 규정하고 있다. 제205조는 모든 계약은 양당사자에게 이행 및 강행에 있어서 신의성실 및 공정거래의 의무를 부여하고 있다.

미국에서의 신의칙은 대부분 보통법체계에서와 마찬가지로 계약의 이행과정에서의 신의칙과는 달리, 그 과정에서의 신의칙에 관한 참조조항은 인정하지 않는다. 그러나, 그 목적에 따라서 분야별로 신의칙에 관한 다양한 개념이 정립되어 있다.³⁷⁾ 다른 한편, 미국에서의 신의칙은 성문법으로 규정되어 있으나, 신의칙 이행의 관점에서 서로 다른 관점을 지향하고 있기도 하다. 예컨대, 신

였으며, 1952년에 공포하였다.

34) UCC, §2-103 : “(4) In addition Article 1 contains general definitions and principles of construction and interpretation applicable throughout this Article.”

35) 김영호, “상사거래에서의 신의칙법리의 체계”, 「상사판례연구」, 제24집 제2권, 한국상사판례학회, 2011, 53면.

36) UCC, §1-201 : “(20) Good faith, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.”

37) UCC, §1-201, UCC, §2-103.

의칙 이행의무는 계약상 묵시적 조건에 해당한다고 보고 있고, 이는 다양한 판결례에서 수용되고 있다.³⁸⁾

2) 영국

영국에서는 신의칙을 명문화하고 있지 않은 특징이 있다. 곧, 신의칙을 일반적인 의무로 취급하고 있지 않다.³⁹⁾ 이러한 입장은 다수의 판례에서 엿볼 수 있는데, 이 같은 판결은 저항 없이 수용되고 있다.

한편, 영국계약법상 계약의 체결과정에서 신의칙의 유지의무는 통상 배제되고 있다. 곧, 계약당사자는 허위진술을 하지 않는 한 계약을 통하여 최선의 이익창출을 위하여 행동할 수 있는 권리를 가지고 있는 것이기 때문에, 신의칙에 의하여 상담을 실행하여야 한다는 논리는 원천적으로 협상을 통해 최대한의 이익을 창출하고자 하는 당사자의 입장에서는 모순되는 사실이기에, 그 실효성이 없다고 하는 것에 기초한다.⁴⁰⁾

또한 계약조건의 이행에 있어서도, 영국계약법에서는 “당사자는 계약 또는 계약위반에 관한 법률에서 발생하는 제 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐, 신의칙에 관한 일반적 학설이나 원칙이 없다. 그러므로 계약당사자 어느 일방도 계약내용에 비추어 그 조건을 위반하지 않는 한, 각자 원하는 바대로 행동할 수 있는 자유재량을 향유할 수 있다.⁴¹⁾ 한편, 계약 또는 그 밖의 증서에 의하여 수권된 권리를 가진 자는 이를 행사함에 있어, 해당 권리의 특성, 예컨대 선량한 것이어야 한다는 여부 또는 정당한 이유의 유무에 상관없이 유효하게 행사할 수 있다.

결국, 영국법에서 신의칙의 일반원칙은 계약의 이행과 관련하여 제외되고 있으며, 권리의 악용에 관한 논리도 일반적으로 거절되고 있다.

38) Allen E. Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code,” *University of Chicago Law Review*, pp.666-679.

39) Whittaker, S. · Zimmermann R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p.39.

40) 한재필, 전제논문, 112-113면.

41) Borkowski J. A., “Testamentary Construction. The Liberal Approach”, *The Modern Law Review*, Vol. 30, No. 6 (Nov., 1967), Blackwell Publishing, pp.709-712.

3. 학리해석

신의칙은 각양의 법계 및 법체계하에서, 보통 계약법에서 준수되어야 할 일반원칙, 또는 기본원칙으로서, 불성실한 행위를 배제하는데 기능하는 것으로 그 의의가 존중되고는 있으나, 그럼에도 불구하고 객관적이고도 구체적인 개념이 명확히 확립되어 있지 않다.

이는 신의칙이, 법계 또는 각양의 법체계에서 그 고유한 적용기준에 따라, 계약단계별 종합적 사실·범위·해석·사정 등이 적의 고려되어, 이에 상당한 법률효과(legal effect)를 발생시키는 개별특성이 있음을 함의한다.

결국, 신의칙은 계약관계 당사자 간 행위의 준칙으로서 널리 인정되고 있는 일반원칙임에도 불구하고, 법계 내지 법체계 간 적용·인정기준이 서로 상이하여, 이로부터 신의칙은 보통 기속력 있는 판결 또는 판정 및 소송절차로부터, 그 의미가 제한되고 또한 그 기준이 유추되는 법적 특수성이 있다.

앞서 본 바와 같이 법리적으로 신의칙은 통상 부당가능성에 대립하는 개념으로 기능하는데, 때로는 공정성, 공정행위, 합리성, 합리적 기준, 공정거래, 공동일치의 정신, 공평한 행동, 사실상의 정직, 양심과 선의 등과 같은 추상적·포괄적 개념에 의제된다.⁴²⁾

그렇지만, 신의칙은 계약당사자의 합의의 정신을 존중하고 증진하기 위한 기대를 보호하는 것에 본질적 기능을 두고 있음은 공통한 사실이다. 따라서, 당사자는 계약체결을 위한 합의과정에서 고려할 수 없었거나, 또는 예견하지 못했던 장래 수많은 우연의 분쟁소지를, 신의칙의 적용하에 둘 수 있다는 기대를 통해, 이에 상당한 필요외적 경비를 절감할 수 있는 실익을 향유할 수 있다. 결국, 신의칙은 계약당사자의 권리행사와 의무이행에 있어, 상호 간의 이해를 결합하거나, 보장할 수 있는 기준으로 그 의미를 바로 새길 수 있다.

42) 김종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 『무역상무연구』, 제43권, 한국무역상무학회, 2009, 5면.

제3장 국제상사계약법규범하에서 신의칙의 해석

제1절 국제상사계약법규범의 의의

1. 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)

국제상사계약(international commercial contract)은 당사자의 자치를 넓게 인정하여, 당사자들이 자치적으로 형성한 정형적 약관에 의하여 달성되고 있다. 그러나 현대의 국제상사계약은 빠르게 변화되고 복잡 · 다양해지고 상거래의 문제를 일일이 당사자의 권리 · 의무를 규정하는 것에는 한계가 있으며, 시간적 · 공간적 제한으로 인한 대립이 있을 수 있다.⁴³⁾

이러한 경우 국제사법(private international law)의 질서 아래서는, 당해 상거래와 관련이 있는 어느 당사자의 국내법에 의할 수밖에 없게 되는데, 이는 문제해결을 상거래에 관한 국제사법이 준거법에 의하게 됨을 의미한다. 따라서, 당사자는 그들 간의 상거래 관행상 합의로써 준거법을 계약에 지정하여 이를 국내법에 일임해 둘 수 있다.

그러나, 국제상거래가 다변화되어 가는 현시점에서는 상대방 국가의 국제사법을 법적 문제가 생길 때마다 파악하여 당사자가 의도한 바 특정계약의 내용에 편입하는 일은 매우 번거롭고도 어려운 일이 아닐 수 없다.

뿐만 아니라 국제상사계약을 규율하는 각국의 법률은 서로 상당한 차이를 보이고 있으며, 심지어 같은 내용의 국제상사계약에 관한 법규정을 두고 있는 국가들도 그 해석에 있어서 큰 차이를 보이고 있는 경우가 많다.⁴⁴⁾

이러한 문제를 해결하기 위하여 국제사회는 당사자들의 이해를 돕기 위하여 많은 노력을 하였다. 이러한 노력은, 두 가지 흐름으로 진행되었는데, 하나는 국제적 관습의 확립을 위하여, 각양의 표준계약서식을 통일하고, 상거래 약관

43) 심종석, 전제논문, 6면.

44) 심종석, 상제논문, 7면.

(trade terms)을 통일하는 것이고, 다른 하나는 국제매매에 관한 법통일화 작업이었다.

이 둘은 상호간에 순기능적인 영향을 미치면서 국제상거래의 발전과, 이와 관련한 고유한 법규범 확립의 길을 단절 없이 지속적으로 개척하여 왔다. 그 가운데 후자인 법통일화는 국내의 법은 그대로 두고 국제상거래에서 적용되는 법규범을 따로 마련하여, 통일화된 법규범을 수용한 국가 간의 상거래와 이를 채택한 당사자들 사이에 적용될 수 있도록 하는 것이다. 이러한 노력은 국가 간의 이해관계를 원만하게 조정할 수 있고, 현실적인 대안으로서 국제적 통일입법을 위한 노력은 꾸준히 전개되어 왔다.

통일입법으로서 가장 성공한 선도적 입법례로서 CISG는, 물품매매계약에 관하여, 국제적으로 통일된 관습을 성문화함으로써, 국제상거래에서의 법률적인 장벽을 제거하는데 공헌하기 위한, 국제적 협약으로서의 지위를 점한다. 현재 CISG를 특별법으로서 국내법으로 수용하고 있는 계약국(contracting states)은 총 78개국이다. 우리나라는 2004년 2월 17일에 가입서를 기탁하여, 2005년 3월 1일부터 국내법으로 그 효력이 발생되었다. 이에 따라 CISG는 국제물품매매에 관해서는, 우리 민·상법에 우선하는 특별법의 지위를 점한다.

CISG의 특징으로는 첫째, ‘헤이그협약’⁴⁵⁾에서는, 계약국의 법원은 당해 계약이나 당사자가 계약국과 관련이 없는 국제매매에도 이를 적용할 수 있도록 함으로써, 그 적용범위가 너무 광범위하다는 비판을 받아왔다. 이에 비하여, CISG는 당사자의 영업소(business place)가 모두 계약국 내에 있거나, 국제사법의 규정에 따라 어느 계약국의 법률이 적용되는 국제매매만 이를 적용할 수 있도록 하였다.

둘째, 헤이그협약은 계약위반(breach of contract)의 형태를 물품 인도의 시기·장소 등에 따라 세분하고, 그 구제수단(remedy)도 상이하게 규정함으로써, 이러한 부류에 속하지 않는 계약위반에 대해서는, 오히려 복잡한 문제를 야기할 수 있는 개연성이 다분하였다. 이 같은 개연성 등을 고려하여, CISG는 계약위

45) 1964년 UNIDROIT에 의해 확정된 ‘헤이그협약’(Hague Convention), 곧 ‘국제물품매매계약의 성립에 대한 통일법에 관한 협약’(Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, ‘ULF’)과 ‘국제물품매매에 대한 통일법에 관한 협약’(Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, ‘ULIS’)을 말한다.

반의 유형을 세분하지 않고, 단순히 ‘매도인에 의한 위반’과 ‘매수인의 위반’으로만 구분하고, 이와 관련한 상대방의 구제수단만을 규정하고 있다. 그리고 헤이그협약은 계약위반에 관하여, 계약의 자동적 해제를 규정하고 있으나, CISG는 이를 인정하지 않고, 다만 그것이 ‘중대한 계약위반’(fundamental breach of contract)에 해당하는 경우에만 계약을 해제(cancellation)할 수 있도록 하였다.

셋째, CISG는 헤이그협약과는 달리, 그 해석에 있어서 CISG의 ‘국제적 성격’과 ‘적용상 통일성의 증진을 위한 필요성’과 국제상거래에 있어 ‘신의칙의 준수에 대한 고려’를 추가로 명시하고 있다.

CISG의 적용범위는 먼저, 계약 당사자가 서로 다른 국가에 영업소를 갖고 있어야 한다. 영업소가 없는 경우는 서로 다른 국가에 거주지가 존재하여야 한다.⁴⁶⁾ 이는 CISG의 국제성을 갖춘 국제매매계약을 적용대상으로 하고 있다. 당사자가 둘 이상의营业소를 가지고 있는 경우에는 영업소는 계약의 체결전이나 체결당시, 당해 계약 및 이행에 가장 밀접한 관련이 있는 장소를 영업소로 본다. 또한, CISG는 당사자가 CISG 전체 · 일부적용을 배제할 수 있거나, 일부 규정에 관하여 그 효력을 감퇴 또는 변경시킬 수 있도록 하고 있다.⁴⁷⁾

2. 국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)

국제상사계약에 관한 일반원칙(PICC)은 그 자체가 구속력 없으나, 국제상사계약의 일반원칙을 집적한 것으로, 현존하는 국제거래를 규율하고 있는 규범들을 재기술(restate)하는 방법을 채택하였다. 현실적인 국제거래에 있어 설득력

46) CISG, Art. 1 : “(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.”

47) CISG, Art. 6 : “The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.”

을 갖는 규범을 명문의 형태로 기술함으로써 사실상의 법원으로서 기능을 하도록 하였다.

이러한 PICC는 국제상사계약에 관한 각국의 국내법이나 국제법규의 해석에 있어서 보충적 기준 내지 표준이 될 수 있고, 당사자에게는 계약서 작성의 지침으로서 그리고 각국의 법원이나 중재기관에게는 이를 유연하게 적용하게 하여 국제상사계약의 분쟁의 해결책으로서 사용할 수 있다.

공표된 이후 PICC(1994)는 그간의 추가개정작업을 거쳐 PICC(2004, 2010)로 새롭게 공표되었는데, 그 내용은 개정작업이라고 보기보다는 새로운 내용을 추가한 것이 그 특색이다. 또한, PICC는 국제상사계약의 준거법으로 적용할 수 있다는 점, 국제적 통일법 및 국내법의 해석 및 보충수단으로서 그 역할을 감당할 수 있다는 점, 계약법이나 특수한 거래에 관한 입법의 모델법(model law)으로서의 기능을 할 수 있다는 점에 있다.⁴⁸⁾

PICC의 특징을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 국제협약이나 국제조약과는 달리 대상을 특정거래에 한정하지 않고 소비자거래(consumer transaction)를 제외한 계약법 전반을 포괄하고 있다. 이는 대부분의 국가가 소비자보호를 위한 강행법규를 두고 있기 때문에, 이로부터 소비자거래에 관한 법 적용상의 충돌을 방지하기 위함이다. 이에 PICC는 모든 상사계약, 즉 매매계약뿐만 아니라 건설·투자·서비스·금전대차계약 등 모든 계약에 원용될 수 있다. 여기서 ‘상사’의 의미는 가능한 광의로 해석하여야 한다. 따라서, PICC는 규정의 내용상 일반적 성격을 띤 규정들이 많다고 하는 특징이 있다.

이 같은 PICC의 범용성은 개별적 특수한 계약의 적용에 있어서 오히려 한계가 되기 때문에 별로 원용되지 못할 것이라는 주장도 있으나, 오히려 매매계약에 규정이 없는 사항에 대하여 일반적인 계약법으로 적용될 가능성이 크다는 시각에서 그 의의를 구할 수 있다.

둘째, UNIDROIT라고 하는 권위있는 협회에서 입법권을 갖지 않는 민간전문가 그룹이 작성한 PICC는 특별입법에 의한 국내법의 통일을 목표로 하지 않고, 기존의 국제계약법을 재기술하는 것을 목표로 하고 있다.⁴⁹⁾

48) 심중식, 전제논문, 13면.

49) 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석”, 「중재연구」, 제21권 제1호,

셋째, 초안의 특징은 어느 규칙이 얼마나 많은 국가에서 채택되고 있는가 하는 방식이 아니고, 고려대상이 된 규칙 중 ‘어느 규칙이 국제상거래에 가장 적합하고 설득력을 갖는가 하는 방식’[better rule approach]이었다. 이에, UNIDROIT 원칙은 단순한 계약서나 국제협약의 형식을 취하지 않고 있다.

넷째, PICC는 구속력 있는 협약이 아니며, CISG에서 완전히 제외되었거나 또는 불충분하게 취급된 많은 문제를 다루고 있다. 즉 계약성립에 관한 규정 내용에는 계약체결의 방법, 당사자가 계약의 성립을 특정사항에 대하여 또는 특정형식으로 합의하는 것을 조건으로 하는 경우, 의도적으로 결정하지 않은 조항을 갖는 계약, 약의의 교섭, 기밀 유지의무, 합병조항, 표준조건에 따른 계약, 표준조건에서 예기치 못한 조항, 표준조건과 개별교섭으로 이루어진 조건과의 차이 및 서식전쟁에 관한 새로운 규정이 추가되었다.

특히, 계약의 유효성(Validity)에 관한 규정내용을 추가하고 있는데, 곧, 착오, 사기 및 강박이라고 하는 3개의 흠결에 한정하지 않고 ‘현저한 불균형’(gross disparity)의 문제도 언급하고 있다.

그 밖에 PICC는 ‘문서작성자 불이익의 원칙’(contra proferentem), 언어상의 차이, 누락된 조항의 보충, 묵시적 채무, 수표 등에 의한 지불, 어음에 의한 지불, 지불통화, 계약에서 정하고 있지 않은 경우의 지불통화결정, 이행비용, 지불충당, 공적허가의 필요성, 이행곤란(hardship), 이행청구관리, 면책조항, 피해 당사자에게 부분적으로 귀착되는 침해, 이자 및 불이행에 대한 지불합의 등을 다룰 수 있는 명시적인 규정을 포함하고 있다.

나아가, 계약당사자뿐만 아니라 제3자가 개입하는 경우를 상정하고 있으며, 제8장(상계), 제9장(채권양도, 채무인수, 계약양도), 제10장(제소기간) 등에 관하여도 규정하고 있다. 다만, PICC는 국제상사계약에 적용될 수 있음에도 불구하고, 국제성(internationality)에 관한 명확한 정의가 없다. 그러나, 계약당사자가 서로 다른 국가에 영업소나 거주지를 두고 영업하는 경우와, 계약의 모든 요소가 한 국가에 국한되는 경우를 제외하고, 계약내용이 국제적인 요소가 조금이라도 있으면 그 적용이 가능하다. 결국, CISG와 비교하였을 경우 PICC의 적용범위가 보다 포괄적이라고 할 수 있다.

한국중재학회, 2011, 135면.

3. 유럽계약법원칙(PECL)

유럽연합(European Union, 'EU')은 유럽경제공동체(European Economic Community, 'EEC')의 창설을 기원으로 1994년 마스트리히트조약의 조인을 통한 지역통합의 수순을 거쳐, 1999년 단일경제권의 실현을 이루었다.⁵⁰⁾

EU의 단일경제권 형성은 단일통화[EURO]의 발행으로 이루어져 세계최대의 단일시장을 형성하였다. 이러한 통합·단일화는 세계경제질서에 다양한 면으로 파급효과를 양산하고 있다. 이와 동시에 EU 역내 국가 간 공통으로 적용되는 제정법을 정립하기 위한 법통일화 작업이 활발히 전개되었는데, 전개과정에 있어 회원국 간 직접적 구속력을 갖는 규칙(regulation)과 지침(directive) 등의 공표는 그 작업을 더욱 촉진하는 계기가 되었다.

그러나, 공표된 규칙과 지침 등이 단순히 각국의 국내법에 수용되어 조화되는 것보다는 단일한 실정법으로 통일하는 것이 보다 바람직하고, 이를 위해 유럽 각국의 사법에 대한 법이론적·비교법적 공동 작업을 통해 새로운 유럽의 법문화 창출을 도모하여야 한다는 인식이 제고되었는데, 결국 1982년 유럽계약법위원회(CECL)의 발족은 그 구심점을 마련하게 된 계기가 되었다.

CECL은 개인자격으로 참가한 학자와 법률가 및 옵서버를 중심으로 구성되었다. 그렇지만 인적 구성면에서 UNIDROIT와 같이 전 세계적이 아니라 현재 EU 역내 회원국에 한정되어 있다는 차이점이 있다. 따라서 PECL은 EU 역내 계약법의 일반원칙이라는 법적 지위를 통하여 EU 각국의 국내법을 조율하는 통일규칙으로서 의의를 찾을 수 있다.

이 같은 지역적·경제적 상황하에서 EU 역내 통일법 형성을 위한 노력이 자연스럽게 주창되었는데, 그 대표적 결실이 CECL에 의해 제정된 PECL이다. PECL은 EU의 계약법상 일반원칙을 법전형식으로 구성하고 있으나, PICC와 마찬가지로 그 자체가 구속력 있는 법규범은 아니고, EU 역내 회원국 간 상거래를 용이하게 하기 위한 법적 기반제공을 주된 목적으로 하고 있다. 아울러, 계약법의 법리적 기초와 통일적 해석기준의 정립, 각국 법원 및 중재판정부의

50) 김종석 외, “유럽계약법원칙(PECL)하에서 계약책임에 관한연구”, 「관세학회지」, 제6권 제3호, 한국관세학회, 2005, 308면.

판결 · 판정 시의 지침제공, 역내 법체계 간 타협을 구할 수 있는 역할을 도모, 향후 유럽통일계약법전의 입법기반 형성 등을 의도하고 있다.

PECL의 제정목적과 특징을 요약하면, 우선 PECL은 장차 EU 역내 계약법 제정을 위한 법적 기반제공을 위해 마련되었다는 점, PECL은 EU 회원국 계약법이 서로 조화를 이루도록 하기 위한 모델법(model law)으로서의 지위를 의도하고 있다는 점, PECL은 EU 내부에서 서로 다른 법체계에 존재하는 공통의 법리를 확인하는 작업의 산물로서 마련되었다는 점, PECL은 국내법을 새로이 개선하고자 하는 입법자들에게 열린의 표본으로서 기능하고자 의도하고 있다는 점 등이다. 결국, PECL은 PICC와 마찬가지로 계약법의 일반원칙 또는 EU 역내 상관습법 및 국제적으로 통용될 수 있는 계약법원칙이라고 할 수 있다.

PECL은 EU 회원국 간 공통으로 적용될 수 있는 계약법 원칙을 통일하여 제시한 것으로, 적용범위는 국내계약 및 상인과 소비자 간 계약 등을 포함한 모든 계약에 적용된다. 계약관계에서 급부장애 또는 불이행책임을 포괄하는 PICC와 유사한 체계로 구성되어 있으나, 적용범위를 국제물품매매로 한정하고 있는 CISG와는 근본적인 차이점이 있다.⁵¹⁾ 또한, PECL은 EU 회원국에게 직접적으로 적용되는 구속력 있는 강행법규는 아니고, 통상의 일반원칙을 법전의 형식을 빌려 정형화하고 있는 비구속적 입법표준이라는 법적 지위를 점한다.

PECL의 구성체계는 2차에 걸쳐 각각 제1부(1995년)와 제2부(1998년), 제3부(2003년) 나누어 공표되었다. 제1부의 내용은 일반원칙을 포함하여 급부의 이행방법과 장애에 관한 것으로 총4장 제59조로 되어 있다. 내용으로는 제1장 총칙, 제2장 계약의 조건과 이행, 제3장 불이행과 일반적 구제, 제4장 불이행에 대한 특수한 구제 등으로 구성되어 있다.

제2부는 총 9장 131개 조문으로 이루어져 있고, 이행과 불이행 책임에 관하여는 제1부의 것을 그대로 수용하고 있으나, 전자의 편제를 재구성하고 규정내용을 평이하게 재기술하여 객관적 이해를 도모하고 있다.

제3부는 그에 앞서는 제1부 및 제2부에 이어지는 것으로서, 규정이 제10장에서 시작하는 것에서 보듯 그 편서는 물론이고, 규정내용에 있어서도 종전의 작업결과를 전제로 하고 있다.

51) 심종석, 상계논문, 17면.

제2절 CISG에서 신의칙의 수용과 규정해석

1. 계약의 해석원칙

CISG 제7조에서는 “본 협약의 해석에 있어서는, 협약의 국제적인 성격과, 또한 그 적용상의 통일성 및 국제거래에서 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다. 본 협약에 의하여 규율되는 사항에 관한 문제로서, 본 협약에서 명시적으로 해결되지 안하는 문제는, 본 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라서 해결되어야 하며, 만약 그러한 원칙이 없는 경우에는, 국제사법의 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다”고 규정하고 있다.⁵²⁾

본조는 CISG를 적용함에 있어, 그 통일성을 확보하기 위해 CISG의 해석 및 흠결보충에 관한 일반원칙을 제시하고 있다. 통일된 국제법원이 없는 상황에서, 각국이 CISG를 해석하고 적용할 경우 일련의 국내법 적용으로부터, 편향 또는 왜곡되어 적용될 수 있는 개연성을 방지하기 위함이 본조의 취지라고 할 수 있다.

결국, CISG 해석기준으로는 국제적 성격과 통일의 적용, 신의의 준수를 들고 있으며, 흠결보충의 방법은, 먼저 CISG의 일반원칙에 의하고, 당해 일반원칙이 부재한 경우에는 최종적으로 국제사법에 의하게 됨을 규정하고 있다.

본조 (1)항에서, CISG의 국제성을 규정하고 있는 취지는, 각국 법원이 국내법에 의해 자의적으로 CISG를 해석하는 것을 방지하기 위해서이다. 따라서, 법원은 CISG를 해석함에 있어, 그 어떠한 특단의 기준에 구속됨이 없이, 자치적으로 본 협약을 해석하여야 한다.

아울러, 본조에서는, 본 협약을 해석함에 있어 국제거래에서 신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다고 명시하고 있다. 비록, CISG에서의 신의칙

52) CISG, Art. 7 : “(1) 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. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.”

은 CISG의 해석원칙을 규정하고 있는 본조에서만 언급되고 있지만, CISG 그 밖의 조항에 깊숙이 개입되어 있는 기본원칙이라고 할 수 있다.⁵³⁾

2. 신의칙의 의제

CISG상 신의칙은 여타 제반 규정의 입법적 기초가 되었거나, CISG 내에 적절히 반영되어 당해 규정의 의의 또는 취지를 보충하고 있다. 신의칙은 합리성(reasonableness), 공정거래(fair dealing) 등과 같이 동일시할 수 있는 개념을 통해 반영되고 있는데, 특히 신의칙에 의제되고 있는 합리성은 여러 규정에서 다양하게 언급되면서 CISG내에 수용되어 있다.

신의칙에 상응하는 합리성의 개념에 관한 각종 견해를 살펴보면 ‘CISG의 일반원칙과 관련하여 그들 스스로가 합리적인 자의 기준에 따라 행동하는 당사자간의 규칙’,⁵⁴⁾ ‘분별력 있고 공정하게 행동하는 당사자의 윤리적 기준’,⁵⁵⁾ ‘합리성의 적용기준은 당해 처지하에서 상당한 주의의무(due diligence)에 따라 행동하여야 하는 것으로 CISG내에 기초하고 있거나 적어도 현재 적용되는 여타 실정의 법체계하에서의 기준’,⁵⁶⁾ ‘국제상거래에서 통상적이고도 수용 가능한 것을 결정함에 있어서의 판단기준’,⁵⁷⁾ ‘당사자 간 확립된 관행과 관습에 대한 구속력의 접근방식에 기초한 계약적 의무의 기준’⁵⁸⁾ 등으로 설명하고 있다.

53) 오석웅, 전제논문, 76-80면.

54) Schlechtriem, P. *Uniform Sales Law : The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Vienna Manz, 1986, pp.1088-1091.

55) Frans, J. A. · van der Velden, “The Law of International Sales : The HaGue Convention 1964 and the UNCITRAL Uniform Sales Code 1980”, *Hague-Zagreb Essay 4 on the Law of International Trade*, Hague Nijhoff, 1983, p.52.

56) Bonell, M. J., *Article 7 : Interpretation. Gap-Filling*, in *Bianca-Bonell Commentary*, Milan Giuffre, 1987, pp.81-82.

57) Honnold, J. O, *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law Publishers, 1999, p.99.

58) Honnold, J. O, *op. cit.*, p.33.

제3절 PICC에서 신의칙의 수용과 규정해석

1. 신의성실 및 공정거래

PICC 제1.7조(신의와 공정거래)에서는 “각 당사자는 국제거래에서의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다. 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다”고 규정하고 있다.⁵⁹⁾

PICC에서는 신의와 공정거래의 원칙의 직·간접적 적용에 해당하는 다수의 규정들을 존치해 두고 있다. 본조 (1)은 일반적인 용어으로써 “각 당사자는 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다”고 규정함으로써 신의칙을 PICC가 기초하고 있는 기본원칙으로 수용하고 있다. 본조항은 PICC 내에 특별한 규정이 없는 경우에도 계약체결전의 협상단계를 포함하여 계약의 이행 및 종료단계의 전 과정에 걸쳐 당사자의 행위가 신의와 공정거래에 부합하여야 함을 분명히 하고 있다.

2. 불성실한 교섭

제2.1.15조(악의의 협상)에서는 “당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의에 부도달에 대하여 책임을 지지 아니한다. 그러나, 악의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다. 특히, 당사자가 상대방과의 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의이다”라고 명시하고 있다.⁶⁰⁾

당사자는 계약체결의 목적으로 언제 그리고 누구와 협상을 할 것인지 나아

59) PICC, Art. 1.7 : “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”

60) PICC, Art. 2.1.15 : “(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party. (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.”

가 협상이 개시된 후 합의에 도달하기 위하여 어떻게 그리고 어느 정도 노력할 것인지를 자유로이 결정할 수 있다. 이는 국제상거래에 임하는 당사자 간의 건전한 경쟁을 담보하기 위하여 필수적인 것이다. 그렇지만, 계약을 체결할 자유와 그 협상기간을 결정할 자유에는 일정한 제한요건이 수반되는데, 곧 이러한 자유는 제1.7조에 기하여, 소정의 ‘신의와 공정거래의 원칙’에 반할 수 없다. 약의의 협상의 예로 본조 (3)은 특히, 당사자가 상대방과의 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것으로 명시하고 있다.

3. 계약공백의 보충

PICC 제4.8조에서는 “당사자들이 그들의 권리 · 의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 때에는, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로써 그러한 공백을 보충한다. 무엇이 적절한 계약조건인가를 결정함에 있어서는 특히 당사자의 의사, 계약의 성격과 목적, 신의와 공정거래, 합리성 등을 고려하여야 한다”고 규정하고 있다.⁶¹⁾

제4.1조 내지 제4.7조에서는 계약의 공백을 보충하는 문제를 다루고 있다. 계약공백의 보충문제는 계약이 성립된 이후에 발생하는 것이 통례이다. 이 경우 계약공백이 발생하는 것은 당사자들이 당해 계약에서 의도적으로 침묵하였기 때문이거나 혹은 단순히 미처 예견하지 못하여 다루지 못하였기 때문이다.

계약에 공백이 있는 경우 PICC에서 이를 보충할 수 있는 기준으로는, 계약내용은 반드시 당해 사안의 제반 상황에 적절한 것이어야 하며, 무엇이 적절한 것인지를 결정함에 있어서는, 특히 계약의 내용이나 당사자 간의 사전협상의 내용 그 밖에 계약체결 후의 당사자들의 행위로부터 추단되는 당사자들의 의사가 우선적으로 고려되어야 한다고 명시하고 있다.

61) PICC, Art. 4.8 : “(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.”

4. 현저한 불균형

PICC 제3.10조에서는 현저한 불균형에 관하여, 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결 시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우에는 당사자는 계약의 전부를 취소하거나 당해 계약조건에 한하여 계약의 일부를 취소할 수 있다고 하고, 이 경우 무엇보다도 당사자의 종속상태, 경제적 궁핍이나 긴박한 결핍 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 이용한 사실 그리고 계약의 성격과 목적 등을 고려하여야 한다고 명시하고 있다.

한편, 취소권을 가진 당사자의 요청이 있는 때에는 법원은 공정거래의 기준에 부합되도록 당해 계약이나 계약조건을 변경할 수 있도록 하고 있다. 또한, 법원은 계약취소의 통지를 받은 당사자의 요청이 있는 때에도 당해 계약이나 계약조건을 변경시킬 수 있으나, 이 경우 당사자가 그러한 통지를 수령한 후 신속하게 또한 상대방이 그러한 통지를 신뢰하여 행동하기 전에 자신은 그러한 요청을 할 것임을 상대방에게 통지해야 함을 조건으로 두고 있다.⁶²⁾

본 규정은 양당사자의 의무에 현저한 불균형이 있고 이로 인해 일방이 부당하게 과도한 이익을 얻는 경우 당사자가 계약을 취소할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 ‘과도한(excessive)⁶³⁾ 이익’은 반드시 계약체결 시에 존재하여야 한다. 계약체결 당시에는 현저한 불균형이 없었으나, 그 후 현저한 불균형이 발생하는 경우에는 계약은 제6장 제2절 소정의 이행가혹규칙에 따라 계약을 변경 또는 종료할 수 있다.

62) PICC, Art. 3.10 : “(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance. (2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.”

63) 과도한(excessive) 이익이라는 표현은, 가치나 가격 혹은 이행과 반대이행 간의 균형을 파괴하는 기타 어떤 요소의 면에서 상당한 불균형이 있더라도, 그러한 상당한 불균형만으로는 계약의 취소 또는 변경이 긍정되기에 부족한 것을 의미한다.

5. 비밀유지의무

PICC에서는 제2.1.16조에서 비밀유지의무에 관하여, “협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다. 이 의무의 위반에 대한 구제는 상대방이 수취한 이익에 기초한 배상을 포함한다”고 규정하고 있다.⁶⁴⁾

일반적인 고지의무가 없는 것과 동일한 맥락에서, 통상 계약체결을 위해 협상에 임한 당사자들이 협상과정에서 그들 간에 교환된 정보를 비밀로 취급할 의무는 없다. 즉, 협상에 임하는 당사자는 통상 당해 거래에 관한 사실들 중에서 어떤 사실만을 상대방에게 공개할지를 자유로이 결정할 수 있다.

한편, 특정한 정보가 누설되거나 그 제공목적 외의 목적으로 사용되지 않을 법익을 정보제공 당사자가 갖는 경우에는 정보제공자가 정보를 비밀로 유지할 것을 밝힌 경우이다. 이 경우 설령 밝히지 않았더라도 정보수령 시 정보를 누설하거나 혹은 협상이 결렬된 후에 자신의 목적을 위해 사용하는 것은 ‘신의와 공정거래의 원칙’에 반하는 경우에 해당한다.

64) PICC, Art. 2.1.16 : “Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.”

제4절 PECL에서 신의칙의 수용과 규정해석

1. 해석과 보충

PECL 제1:105조에서는 “이 원칙은 그 목적에 상응하여 해석되어야 한다. 특히, 신의성실 및 공정거래, 계약관계의 명확성과 적용에 있어서 통일성의 제고와 그 필요성이 고려되어야 한다. 이 원칙에 의하여 규율되는 사항이나 원칙이 이를 명시적으로 해결하고 있지 않는 경우에는, 가능한 한 이 원칙이 기초하고 있는 이념에 따라 해결하여야 한다. 그러한 것이 없는 때에는 국제사법에 의하여 적용되는 법체계에 따라 해결하여야 한다”고 명시하고 있다.⁶⁵⁾

본조에 따르면, 신의성실과 공정거래에 의거하여 계약당사자는 자유롭게 계약을 체결하고 그 내용을 결정할 수 있다. 이 원칙은 강행규정이다. 따라서, 신의성실의 원칙에 위한하는 계약은 효력이 없다. 한편, 본조에서는 신의성실과 공정거래의 원칙에 위배되지 않는 한, 그 적용의 배제와 내용변경의 가능성을 열어두고 있다. 따라서, 본조는 원칙적으로 계약자유를 인정하되, 계약의 내용 및 그 결정은 신의 성실과 공정거래의 원칙에 따라야 한다는 것이다.⁶⁶⁾

2. 신의성실 및 공정거래

PECL 제1:201조에서는, “권리의 행사나 의무의 이행 시 각 당사자는 신의와 공정의 원칙에 따라야 한다. 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다”고 명시하고 있다.⁶⁷⁾

본조에서는 계약당사자의 신의성실과 공정거래에 의한 행위를 할 의무와 당

65) PECL, Art. 1:105 : “(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves. (2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.”

66) 최명구, 전제논문, 67면.

67) PECL, Art. 1:201 : “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”

해 의무를 배제하거나 제한할 수 없도록 규정하고 있다. 이 규정은 PICC 제 1.7조와 동일한 내용을 담고 있다. 그리고 본조는 강행규정으로서 당사자 합의로 신의성실과 공정거래를 배제 또는 제한할 수 없게 함으로써 신의성실과 공정거래의 효과를 그대로 따르도록 하고 있다. 어떤 것이 신의성실인가에 관하여는 계약당사자가 그 계약에 관하여 어떤 합의를 하였는가에 대한 해석에 의하여 계약상 좌우될 수 있다.

3. 협력의무

PECL 제1:202조에서는, “각 당사자는 상대방에 대하여 계약의 완전한 실행을 위한 협력 의무를 진다”고 명시하고 있다.⁶⁸⁾ 곧, PECL에서는 불이행 또는 계약위반을 계약상 의무의 내용에 위반되는 경우를 통일하여 규정체계 내에 수용하고 있다.

이 경우 불이행의 내용은 계약상 의무의 이행이 행사되지 아니한 것으로서 이는 면책여부와 관계없이 이행지체, 하자있는 이행을 포함하고 있을 뿐만 아니라 계약의 완전한 실행을 위한 협력의무를 명시적으로 규정하고 있다.

4. 합리성

PECL 제1:302조에서는, “이 원칙하에서 합리성은 신의를 가지고 행위하는 자가 동일한 상황에서 합리적이라고 볼 수 있는 바에 의하여 판단된다. 특히 무엇이 합리적인가를 평가함에 있어서 계약의 성질과 목적, 구체적 제반사정, 그리고 거래나 해당 직업의 관행과 관례가 고려되어야 한다”고 규정하고 있다.⁶⁹⁾

68) PECL, Art. 1:202 : “Duty to Co-operate Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

69) PECL, Art. 1:302 : “Reasonableness Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract,

PECL에서의 합리성은 신의를 가지고 행위하는 자가 동일한 상황하에서 합리적이라고 볼 수 있는 바에 의하여 판단되는 것으로, 특히 무엇이 합리적인가를 평가함에 있어서는 계약의 성질과 목적·구체적 제반사정 그리고 거래나 해당 직업의 관행과 관례가 고려된다. 따라서, 본조는 제반규정에서 언급되고 있는 합리성과 관련된 개념을 해석함에 있어서 명확한 기준이 되고 있다.

5. 신의성실에 반하는 교섭

PECL 제2:301조에서는, “(1) 당사자들은 교섭의 자유를 가지며, 합의에 이르지 못한 것에 대해 책임을 지지 아니한다. (2) 그러나 신의성실 및 공정거래에 반하여 교섭하거나 교섭을 중단한 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다. (3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 이를 진정한 의도 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 것은 신의성실 및 공정거래에 반한다.”⁷⁰⁾

계약체결을 위한 교섭단계에서의 법규제가 여타 국제통일계약규범에 견주어 보다 구체적이고 충실하다. 우선 PECL은 계약체결을 위한 ‘교섭상 책임’으로써 ‘신의성실에 반하는 교섭’에 대한 명시적인 규정을 보유하고 있다.

6. 비밀유지의무의 위반

PECL 제2:302조에서는, “계약교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 주어졌다면, 계약체결 여부에 상관없이, 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아니할 의무를 진다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단은 발생한 손해의 배상 및 상대방이 얻은 이익의 반환을

the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.”

70) PECL, Art. 2:301 : “(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.”

포함한다”라고 규정하고 있다.⁷¹⁾

당해 비밀유지의무의 위반은 계약교섭의 결과로써 계약체결에 이르렀는지의 여부에 관계가 없고, 또한 손해배상의 범위는 신뢰이익의 손해를 그 범위로 하여 이행이익의 손해를 초과하지 못하는 제한이 있다.⁷²⁾

7. 계약상의 채무를 발생시키는 진술

PECL 제6:101조에서는, “계약체결 전 또는 계약체결 시에 일방당사자에 의해 행하여진 언명은, 상대방이 당해 사정하에서 상대방에 대해 언명의 현저한 중요성, 그 당사자가 그 언명을 거래의 과정에서 행하였는지 여부, 양당사자의 상대적인 전문지식 등과 같은 사정을 포함하여 이를 고려할 때 계약상 의무를 발생시키는 것으로 합리적으로 이해한 경우에는, 계약상 의무의 발생으로 본다”고 하고 있다.

한편, 당사자 일방이 ‘전문적 공급자’(professional supplier)로서, 용역이나 물품 그 밖에 재산이나 그 이용에 관한 정보를 그것의 판매활동이나 선전과정에서 또는 다른 방식으로 계약체결 전에 제공한 경우에는, 그 언명은 계약상 의무를 발생시키는 것으로 취급된다. 다만, 상대방이 그 언명이 정확하지 않다는 것을 알았거나 모를 수 없었음이 입증된 경우에는 그러하지 아니하다.

나아가, 본조에 따라 전문적 공급자를 위하여 용역, 물품 그 밖의 재산을 판매 또는 선전하는 자 또는 거래상 연결관계에서 선행 위치에 있는 자에 의해 제공된 그러한 정보나 보장은 전문적 공급자 측에 계약상 의무를 발생시키는 것으로 취급된다. 다만 그가 그 정보나 보장을 알지 못하였고 또 그것을 알 이유가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.⁷³⁾ 이 경우 ‘상대방에 대해 당해 진

71) PECL, Art. 2:302 : “If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.”

72) 심중석, “유럽계약법원칙(PECL)의 일반원칙 및 계약의 성립에 관한 규정과 CISG, PICC 규정과의 비교 연구”, 「국제상학」, 제19권 제1호, 한국국제상학회, 2004, 14-15면.

73) PECL, Art. 6:101 : “Statements giving rise to Contractual Obligations (1) A statement made by

술의 현저한 중요성’, ‘그 당사자가 진술을 상거래과정에서 행사하였는지의 여부’, ‘양당사자의 상대적인 전문지식’ 등에 대한 사정이 포함되어 있는지의 여부를 고려하여야 함을 조건으로 두고 있다.

one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account: (a) the apparent importance of the statement to the other party; (b) whether the party was making the statement in the course of business; and (c) the relative expertise of the parties. (2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect. (3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking.”

제4장 국제상사계약법규범의 신의칙 적용

제1절 CISG를 적용한 판결례

1. 신의칙에 기한 관행과 관습의 구속력⁷⁴⁾

매도인과 매수인은 무연휘발유를 구매하는 계약을 체결하였다. 물품은 매도인의 영업소에서 매수인의 영업소까지 CFR 조건으로 인도하도록 하였다. 물품은 선적 시에 제3의 검사기관이 검수를 하도록 되어 있었다.

본 계약을 이행하기 위하여 매도인은 물품을 구매하여 전문검사기관에게 검사를 마친 후, 선박에 선적하여 운송하였다. 물품은 매수인이 수령한 후, 재검사를 하였다. 검사결과 계약상 한도를 초과한다는 사실을 알게 된 매수인은 물품인수를 거부했다.

매도인은 매수인의 계약위반을 이유로 손해배상을 청구하였다. 매도인은 국제상관습에 따라 CFR 조건은 물품이 선박에 선적되는 때에 그 위험이 매수인에게 이전된다는 것에 당사자가 합의한 것이라고 주장하였다. 그러나, 법원은 이러한 매도인의 주장을 기각하고, 매수인의 국내법에 의해 매수인에게 유리한 판결을 내렸다. 이에 매도인은 항소하였다.

항소법원은 본건에 기하여, CISG 제9조⁷⁵⁾에 따라 관행과 관습에 구속력을 가짐은 불성실한 행위를 배제하는데 기능하는 것으로 이는 국제상거래에서 다름없이 존중되어야 한다고 하고, 매도인의 주장을 인정하였다.

74) Unilex, 「02-20166」 (2003.11.06).

75) CISG, Art. 9 : “(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and any practices which they have established between themselves. (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.”

2. 불성실한 행위로부터의 신의칙 위반⁷⁶⁾

매도인과 매수인은 물품을 여러 차례 분할인도하는 것을 조건으로 계약을 체결하였다. 당사자는 특정 날짜까지 인도하여야 계약이 유효함에 합의하였고, 은행의 보증을 통해 인도에 대한 물품대금 지급을 확보하였다. 기간은 매수인이 날짜를 지정하지 않으면 매도인이 지정한 날짜까지 인도하도록 하였다.

매도인이 물품을 제공하였으나 매수인이 물품대금 지급을 하지 못하여 매도인은 계약해제를 선언하였다. 이후 당사자 간의 합의를 통해 계약을 변경하고 매도인은 물품을 인도하였지만, 매수인은 은행의 보증기간의 만료를 이유로 재차 물품대금 지급을 거절하였다. 이에 매도인은 중재를 신청하였다.

중재판정부는 CISG 제53조(매수인 의무의 총괄⁷⁷⁾)와 제62조(매도인의 이행 청구권⁷⁸⁾)에 의거, 매수인이 물품대금을 매도인에게 다름없이 지급하여야 한다고 판정하였다. 곧, 중재판정부는 이미 유효기간이 만료된 은행 보증을 발행하는 것은 신의칙에 반하는 것이라고 하여, 매도인은 매수인이 유효한 은행 보증을 통해 물품대금지급을 거절하였으므로 CISG 제71조(이행정지)에 따라,⁷⁹⁾ 계약해제를 선언할 수 있는 권리가 있다고 판결하였다.

결국, 중재판정부는 매도인의 계약해제권을 인정하고, 매수인의 물품대금지급을 명하였다.

76) Unilex, 「VB/94124」 (1995.11.17).

77) CISG, Art. 53 : “The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.”

78) CISG, Art. 62 : “The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.”

79) CISG, Art. 71 : “(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of: (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.”

제2절 PICC를 적용한 판결례

1. 신의칙에 관한 합의의 구속력과 묵시적 적용⁸⁰⁾

매도인과 매수인은 물품공급에 관한 계약을 체결하였다. 본건 계약에 따르면, 천연가스는 계약당사자가 아닌 제3자에게 인도하고 직접 물품대금을 지급받도록 합의하였다.

계약체결 후 제3자가 물품대금을 지급하지 못하자, 매도인은 계약당사자인 매수인에게 물품대금 지급을 요청하였으나, 매수인은 제3자를 앞세워 당해 요청을 거절하였다. 이에 매도인은 중재를 신청 하였다.

중재판정부는 다음과 같은 이유로 매도인의 신청을 기각하였다. 첫째, 매도인은 물품대금을 지급하는 제3자와 계약체결을 하지 않았다는 사실을 알았음에도 불구하고 의도적으로 물품대금지급에 대한 위험을 인지하고 계약을 체결하였다. 둘째, 계약에 규정된 사전 중재분쟁의 해결절차에 관한 요구사항을 준수하지 않았다. 이에 중재판정부는 본건을 매도인의 신의칙 위반으로 취급하고 매도인의 신청에 대해 이유가 없다고 최종 판정하였다.

2. 사기적 불실표시에 의한 계약조건의 해석⁸¹⁾

매도인과 매수인은 운송 및 산업장비 설치에 대한 두 개의 계약을 체결하였다. 매수인은 매도인이 운송한 장비에 결함을 발견하고, 장비를 반환을 통지하였고, 이에 매도인은 중재요청을 제기하였다.

매수인은 매도인이 협상기간에 사기적 불실표시를 하였고, 운송을 지연하였으며, 인도된 물품에 결함이 있어 계약이 무효라고 주장하였다. 이에 중재판정부는 본건 계약에 포함되어 있는 적용법 조항의 해석은 PICC상 당사자들 간에 합의되어 있지 않는 경우 당사자와 같은 부류의 합리적인 자의 기준에 따

80) Unilex, 「18/2007」, (2008.02.08).

81) Unilex, 「9651」, (2000.08.25).

라 동일한 상황에서 당사들에게 적용하여야 한다고 판정하였다.

중재판정부는 PICC상 당사자가 불성실한 의도로 협상하거나 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임을 진다는 규정과⁸²⁾ 사기적인 불실표시에 의하거나, 합리적인 상업적 공정거래의 기준에 반하는 경우, 상대방이 고지하였어야 한 사실의 사기적인 불고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있는 규정과⁸³⁾ 상대방의 부당한 강박으로 인한 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다는 규정⁸⁴⁾을 언급하며 매도인의 중재신청을 기각하였다.

82) PICC, Art. 2.1.15 : “(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.”

83) PICC, Art. 3.8 : “A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party’s fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.”

84) PICC, Art. 3.9 : “A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party’s unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract.”

제3절 PECL을 적용한 판결례

1. 계약의 해석에 있어서의 신의칙

매수인과 매도인은 서로 다른 표준약관을 원용하였다. 매도인의 표준약관은 매수인의 표준약관보다 후에 발송하였다. 이후 매도인은 표준약관에서 자신에게 유리한 조건을 적용한다는 주장을 피력하고, 매수인의 계약부적합에 이유가 없다고 하여, 분쟁의 소지가 되었다.

법원은 이 경우 물품의 계약부적합에 관하여는 매도인이나 매수인의 표준약관이 모두 적용되지 아니하므로 계약부적합에 대한 매도인의 책임은 적용법에 의하여 규율되어야 한다고 판시하였다. 판시요지는, 우선, ‘knock-out 이론’을 적용하면 당사자의 표준약관은 모두 배척되고 적용법이 적용된다는 것과, 둘째, 매도인의 표준약관이 매수인의 표준약관보다 후에 발송된 경우 매도인이 매수인의 표준약관조건 중 자신에게 유리한 것만이 적용된다고 주장하는 것은 신의칙에 반하므로 ‘last-shot 이론’을 적용하여도 그 결과는 ‘knock-out 이론’의 경우와 다르지 않다고 최종 판결하였다.⁸⁵⁾

2. 실질적 기대의 박탈

매도인과 매수인은 물품인도와 관련하여 불가항력조항을 포함한 계약을 체결하였다. 이후 매도인은 물품에 대한 원재료의 가격상승을 이유로 가격인상을 통보하였다.

매수인은 가격인상을 거절하였다. 이에 매도인은 협상조건으로 물품명세에 대한 기준완화와 인도시기 연장을 요구하였다. 매수인은 매도인의 요구 중 물품명세에 대한 기준완화는 동의하였으나 인도시기 연장은 거절하였다.

이에 매도인은 원재료 가격상승을 이유로 계약을 체결한대로 공급할 수 없다는 이유와, 인도시기를 준수 할 수 없는 바를 사정변경 내용으로 매수인을

85) 심종석, 전제논문, 17면.

상대로 배상을 요구하면서 실질적 손해배상에 대한 소를 제기하였다.

법원은 매수인의 인도기일에 대한 기대를 매도인이 알고 있었다는 바에 기하여 매도인의 인도시기 연장을 중대한 계약위반에 해당된다고 하였다. 이에 매도인은 매수인이 지정한 부가기간이 제시되지 않는다고 항소하였다.

법원은 국제상거래에 있어서 신의칙의 준수를 명시한 규정을 원용하여 매도인이 주장하고 있는, 대체거래시의 손해배상규정은 적용 될 수 없다고 하였다. 또한, 매도인이 명시적으로 당해 인도기일의 준수가 그가 통제할 수 없는 범위에 해당되는 경우 면책될 수 있다고 하는 단서를 부가하였다.

그리고 당해 계약에서 불가항력에 의한 면책조항을 포함하고 있으나, 매도인의 지연과 관련하여서의 매도인의 인도의무에는 이에 해당하지 않는 사안이라고 하였다.

제5장 요약 및 결론

신의칙은 권리의 행사나 의무의 이행을 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 원칙으로서, 다양한 법계에서 계약상 준수하여야 할 일반원칙으로 인정되고 있다. 그러나, 객관적이고 구체적인 개념이 명확히 확립되어 있지 않은 까닭에, 서로 다른 법계 또는 법체계상 인식정도·접근방법·적용기준 등에서 차이가 있다.

본 연구는 이상의 논점에 기하여, CISG, PICC, PECL에서의 신의칙 해석과 적용된 판례의 분석을 통해, 각 국제상사계약법규범의 신의칙의 해석과 적용을 비교·검토하였다.

CISG는 해석의 기준으로 국제적 성격과 통일의 적용, 신의의 준수를 들고 있으며, 흠결보충의 방법으로는, 먼저 CISG의 일반원칙에 의하고, 당해 일반원칙이 부재한 경우에는 최종적으로 국제사법에 의하게 됨을 규정하고 있다. CISG는 계약당사자 간 신의칙에 관하여 별단의 의무를 명시하고 있는 규정을 보유하고 있지 않다.

이는 CISG에 반하는 국제사법이 개입하는 것을 방지하기 위한 의도에 두고 있다. 따라서, CISG상 신의칙의 해석에는 한계가 있다는 특징이 있다. CISG는 각국이 해석하고 적용할 경우에, 계약의 성립에 관하여 신의칙을 규정하려는 국가들의 입장과 모호한 개념인 신의칙을 규정함으로써 야기될 수 있는 법적 불안정을 회피하기 위하여 신의칙의 개념을 수용하고 있지 않다. 이는 법원이 국내법에 의해 자의적으로 CISG를 해석하는 것을 방지하기 위해서 국내법 적용으로부터 편향 또는 왜곡되어 적용할 수 있는 부분을 배제하기 위함이다.

또한, CISG는 신의칙에 관한 의무를 명시하고 있는 규정이 없다. 이러한 CISG상의 신의칙에 관한 모호한 부분은 제7조 (2)의 일반원칙이 부재한 경우, 국제사법의 규칙에 의해 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다는 규정에 의해 보충된다. 이는 CISG에서 해석의 기능만을 다루고 결과적으로, CISG는 어떠한 일반원칙에 기초하고 있는지에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않기 때문에, CISG가 기초하고 있는 일반원칙은 CISG의 개별 조문을 통해 추론할 수 있다.

예컨대, 합리성, 공정거래 등과 같은 개념을 통해 수용되어 있다.

PICC는 국제상사계약에 있어서의 일반원칙으로서 신의성실 및 공정거래에 관한 규정을 존치해 두고 있다. 그 내용은 국제상거래에 있어 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 행동해야 한다는 규정과 계약당사자는 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다는 것이다. PICC는 신의칙을 강행규정으로 두고 있을 뿐만 아니라 불성실한 교섭과 관련한 규정도 이에 준하며, 여러 규정에 직 · 간접적으로 수용하고 있다.

PICC의 신의성실과 공정거래는 기본원칙으로 직 · 간접적으로 여러 규정에서 수용하고 있다. PICC의 신의칙은 전반에 반영되어 계약의 교섭단계와 계약의 이행관계에도 적용하고 있음과 동시에 계약당사자가 상호 권리와 의무의 확정에서 합의하지 않는 경우에는 보충적 요소로 적용된다. 또한, 당사자 간 계약상 현저한 불균형이 개입된 경우 계약의 취소와, 이 경우 법원의 개입에 의한 공정거래의 합리적인 상관습에 부합되도록 당해 계약 또는 조건을 변경할 수 있도록 하고 있다.

PECL은 유럽 역내 계약법의 일반원칙이라는 법적 지위를 통하여 유럽 각국의 국내법을 초월하는 통일규칙으로서 의의를 찾을 수 있다. PECL의 신의성실 및 공정거래의 규정을 존치해 두고 있는데, 그 내용은 권리의 행사나 의무의 이행에 있어 각 당사자는 신의성실과 공정거래의 원칙에 따라 행동하여야 한다는 것으로 요약할 수 있다. 이는 신의칙이 일반원칙으로 계약의 성립 · 이행 · 종료의 단계를 포함한 계약관계 전반에서 요구되고 있는 기본적 의무가 되고 있다. 다만, 신의칙의 적용은 유효한 계약의 존재를 전제하고 있어, 가령 계약 그 자체가 불공정하여 무효가 되는 경우에는 적용되지 않는다는 특징이 있다.

따라서 PECL은 합리성과 관련된 개념을 해석함에 있어 명확한 기준을 제시하고 있다. 아울러, PECL은 신의성실 및 공정거래에 반하는 경우를 당사자가 상대방과 합의에 이를 진정한 의도 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 경우로 두고 있다. 또한, PECL은 신의칙의 유사개념에 있어서 여타 국제상사계약규범이 보유하고 있지 않은 합리성에 관한 명시적인 규정을 보유하고 있는 특징이 있다.

참고문헌

■ 국내 단행본

- 강경호 외, 「핵심법률용어사전」, 청림출판, 2002.
- 김문현, 「법학입문 제4판」, 법문사, 2011.
- 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003.
- 김준호, 「민법강의」, 제17판, 법문사, 2011.
- 박정기 외, 「미국통일상법전」, 법문사, 2006.
- 법무부, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약해설」, 2005.
- 소재선, 「한국인을 위한 중국합동법 해설」, 청림출판, 2007.
- 심종석, 「국제상사계약의 이론과 실제」, 대구대학교출판부, 2008.
- 오원석 외, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, 2006.
- 이균성, 「법학입문」 법학입문, 육법사, 2009.
- 이상윤, 「영미법」, 박영사, 2003.
- 오원석 역, 「UN통일매매법」, 제2판, 삼영사, 2004.
- 현승중 외, 「로마법」, 법문사, 2004.

■ 국내 연구논문

- 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 원성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, 「법조」, 제55권 제2호, 법조협회, 2006.
- 김영두, “유럽계약법원칙의 계약불이행법의 특징”, 「민사법학」, 제27호, 한국민사법학회, 2005.
- _____, “신의칙 위반과 법리”, 「기업법연구」, 제23권 제4호, 한국기업법학회, 2009.
- _____, “신의칙위반의 소송상 주장방법과 쟁점”, 「상사판례연구」, 제22집 제

- 4권, 한국상사판례학회, 2009.
- _____, “상사거래에서의 신의칙법리의 체계”, 「상사판례연구」, 제24집 제2권, 한국상사판례학회, 2011.
- _____, “신의칙의 본질적 요소와 적용방법의 체계화”, 「상사법연구」, 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.
- 김인호, “국제물품매매협약에 관한 국제연합협약의 신의성실의 원칙의 적용범위”, 「법조」, 제55권, 법조협회, 2006.
- 김재완, “현대 계약법상 신의칙의 법규범성과 그 적용의 확장에 관한 고찰”, 「외법논집」, 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.
- 김진우, “CISG에 따른 매도인의 초과이행에 대한 매수인의 구제수단”, 「법조」, 제58권 제11호, 법조협회, 2009
- 손태우, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 적용상의 통일성에 관한 최근 미국판례의 태도와 그 개선책에 관한 고찰”, 「법학연구」, 제47권, 부산대학교 법학연구소, 2006.
- 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 「무역상무연구」 제43권 제3호, 한국무역상무학회, 2009.
- _____, “국제상사계약에 있어 계약불이행의 결정기준과 그 적용사례에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제33권, 한국무역학회, 2008.
- _____, “유럽계약법원칙(PECL)하에서 계약책임에 관한 연구”, 「관세학회지」, 제6권 제3호, 한국관세학회, 2005.
- _____, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 「무역상무연구」, 제43권 제3호, 한국무역상무학회, 2009.
- _____, “유럽계약법원칙(PECL)의 일반원칙 및 계약의 성립에 관한 규정과 CISG, PICC 규정과의 비교연구”, 「국제상학」, 제19권 제1호, 한국국제상학회, 2004
- 신창섭, “국제물품매매계약에서 상관습의 편입에 관한 연구”, 「국제거래법연구」, 제15권 제1호, 국제거래법학회, 2006.
- 안건영, “UNIDROIT원칙의 적용규칙에 관한 국제중재 판정사례 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위청구논문, 2010.
- 오석웅, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 신의성실의 원칙”, 「원광법학」,

- 제27권 제4호, 원광대학 법학연구소, 2011.
- 최명구, “유럽계약법상 신의성실의 원칙의 내용과 우리민법의 시사점”, 「재산법연구」 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.
- 한낙현, “국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 「무역상무연구」, 제46권 61호, 한국무역상무학회, 2010.
- 한재필, “국제상거래에서의 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 「국제상학」, 제23권 제3호, 한국국제상학회, 2008.
- _____, “CISG적용 국제물품매매에서 국내 강행법분쟁에 관한 연구”, 「중재연구」, 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009.
- 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석”, 「중재연구」, 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011.
- _____, “UNIDROIT원칙(2004)과 국제상사중재”, 「중재연구」, 제10집 제2호, 한국중재학회, 2005.

■ 국외 단행본

- Allen, E. F., *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, University of Chicago Law Review, 1963.
- Bonell, M. J., *Article 7 : Interpretation, Gap-filling, in Bianca-Bonell Commentary*, Milan Giuffre, 1987.
- Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention, Third Edition*, Kluwer Academic Publishers, 1999.
- Lando · Beale., *The principles of European Contract Law : Part I : Performance, Non-performance and Remedies*, Kluwer Law International, 1995.
- Schlechtriem, P., *Uniform Sales Law : The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Vienna Manz, 1986.
- Whittaker, S. et. al., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.

■ 국외 연구논문

- Frans, J. A. · van der Velden, “The Law of International Sales : The HaGue Convention 1964 and the UNCITRAL Uniform Sales Code 1980”, *Hague-Zagreb Essay 4 on the Law of International Trade*, Hague Nijhoff. 1983.
- Borkowski, J. A., “Testamentary Construction. The Liberal Approach”, *The Modern Law Review*, Vol. 30, No. 6 (Nov., 1967), Blackwell Publishing.
- Farnsworth, E. A., “Duties of Good Faith and Fair Dealing un der the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, *3 Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995.
- Keily, T., “Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sales of Goods”, *Vindobona Journal on International Law Arbitration (I)*, Pace Essay Submission, 1999.
- Lücke, H. K., “Good Faith and Contractual Performance”, *Essays on Contract*, The Law Book Company Ltd., 1987

■ 웹페이지 자료

- 「www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/NorthAmerica/US/overview」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/FR/overview」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/DE/overview」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/UK/overview」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/EU/overview」 (2012.12.10)
- 「world.moleg.go.kr/World/EastAsia/CN/overview」 (2012.12.10)

「world.moleg.go.kr/World/EastAsia/JP/overview」 (2012.12.10)

「www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html」 (2012.12.10)

「www.unilex.info」 (2012.12.10)

「www.unilex.info/case」 (2012.12.10)

「glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do」 (2012.12.10)

A Study on the Interpretation and Application of Good Faith under International Commercial Contracts

Seok-Hwan, KIM

Department of Foreign Trade
Graduate School, Daegu University
Gyeongbuk, Korea

Supervised by Prof. Chong-Seok SHIM

(Abstract)

CISG article 7 (1) specifies several considerations to be taken into account in interpreting the CISG, article 7 (2) describes the methodology for dealing with the CISG's gaps i.e. matters governed by CISG which are not expressly settled in it. Because national rules on sales diverge sharply in conception and approach, in interpreting the CISG it is important for a forum to avoid being influenced by its own domestic sales law.

Article 7, paragraph 1 therefore provides that, in the interpretation of the CISG, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application. According to a number of courts, article 7 (1)'s reference to the CISG's international character forbids from interpreting the CISG on the basis of national law, instead, courts must interpret the CISG autonomously.

Nevertheless, some courts have stated that case law interpreting domestic sales law, although not *per se* applicable, may inform a court's approach to the CISG

where the language of the relevant articles of the CISG tracks that of the domestic law. According to case law, reference to the CISG's legislative history, as well as to international scholarly writing, is admissible in interpreting the treaty.

The mandate imposed by article 7 (1) to regard the need to promote uniform application of the CISG has been construed to require interpreting the CISG to take into account foreign decisions that have applied the CISG. Article 7 (1) also requires that the CISG be interpreted in a manner that promotes the observance of good faith in international trade.

It has been held that requiring notice of avoidance where a seller has unambiguously and definitely declared that it will not perform its obligations would be contrary to this mandate. Although good faith is expressly referred to only in article 7 (1), relating to the CISG's interpretation, there are numerous rules in the CISG that reflect the good faith principle.

One arbitral tribunal, in deciding the rate of interest to apply to payment of sums in arrears, applied the rate specified in both article 7.4.9 of the PICC and in article 4.507 of the PECL, arguing that such rules had to be considered general principles on which the CISG is based. [here] In other cases, arbitral tribunals referred to the PICC to corroborate results under rules of the CISG, one court also referred to the PICC in support of a solution reached on the basis of the CISG. According to another court, the PICC can help determine the precise meaning of general principles upon which the CISG is based.