

國際商事契約에 있어信義則의適用基準과法規制에 관한比較研究

A Comparative Study on the General Provisions and Legal Enforcement
Related to the Principle of Good Faith in International Commercial Contracts

심 중 석 (경영학박사, 법학박사)

목 차

I. 序論

II.信義則의 概念과 法的機能

1.信義則의 概念과 特性

2.信義則의 機能과 制限

가. 英美法系에서의信義則

나. 大陸法系에서의信義則

다.信義則適用範圍의 差異와 制限

III.信義則의 適用基準과 法的規制

1. CISG에서信義則의 適用基準과 判定例

가. 適用基準

나.信義則에 기한 慣行과 慣習의 拘束力

다. 不誠實한 行爲로부터의信義則違反

2. PICC에서信義則의 適用基準과 判定例

가. 適用基準

나.信義則에 관한 合意의 拘束력과 默示의適用

다. 詐欺的 不實表示에 의한 契約條件의 解釋

3. PECL에서信義則의 適用基準과 判定例

가. 適用基準

나.信義則 및 公正去來義務에 관한 合理的基準

IV. 結論 :信義則適用基準의 比較

I. 序論

辭典的 의미에서 信義誠實은 ‘믿음과 의리를 저버리지 않고, 정성스럽고 참되게 거짓없이 행동하는 것’으로 풀이된다. 이 같은 추상적·도덕적 개념이 법률에 있어 존중되어, 모든 법률행위는 신의성실에 부합되게 형성·유지·행사되어야 한다고 할 때, 법률상 이른바 ‘信義誠實의原則’(the principle of good faith : 信義則)이라 일컫는다.¹⁾

본래 신의칙은 채권법 영역을 규율하는 법적 지위에서, 복잡다단한 사회적 유동성에 대응하며 각양의 법체계에 널리 인식되는 과정을 통해, 결국 사법영역 전반을 규율하는 일반원칙으로 발전하였다. 다만 신의칙은 그 특정범위를 계약법 분야에 두고 있는 까닭에, 이 분야에서 본질이 여실히 부각되는 특성이 있다. 즉 신의칙은 계약교섭단계로부터 성립·이행·종료기의 과정을 거치는 全段階에서 마땅히 인식되어야 할 一般原則(general principle)으로써 법적 의의를 구할 수 있다. 예컨대 채무불이행에 따른 귀책사유와 면책요건, 고의·과실에 기한 책임귀속 및 배상책임, 계약종료 후 以前의 계약단계에 있어 조치의무 및 상환청구 등에서 법률행위의 해석기준으로써 기능한다.

한편 신의칙은 ‘商去來의 安全과 經濟秩序의 維持를 위한 實踐原理’로써 각양의 법체계에 널리 인식되어 있으나, 다른 한편 그 개념이 명확하게 확립되어 있지 않아 신의칙의 적용, 인정 정도, 보충적 해석범위 등의 기준이 상이하다.

또한 신의칙은 법적 규제의 관점에서 계약단계별 ‘事實의 實情’, ‘經濟的動向’, ‘商慣習法(*lex mercatoria*) 및 慣行’, ‘倫理的觀念’, ‘商去來系의 規範體系’ 등 종합적 사정의 충분한 검토와 고려가 있어야 하는 不特定性(unspecificness)을 내재한다. 이는 법적용의 흠결이 있는 경우 유추해석에 의하여 법적 문제점을 해결하여야 함에도 불구하고, 신의칙의 ‘補充的解釋機能’²⁾이 개입하게 될 경우 제한을 받게 될 수 있음을 의미한다.

요컨대 신의칙은 법계 또는 각양의 법체계내에서 고유한 적용기준에 따라 계약단계별 종합적 사실·범위·해석·사정 등이 고려되어 이에 상당한 법률효과를 발생시키는 개별특성이 있다. 따라서 신의칙은 계약관계 당사자 간 행위의 준칙으로써 널리 인정되고 있는 일반원칙임에도 불구하고, 법계 내지 법체계 간 적용·인정기준이 서로 상이하다. 이로부터 신의칙은 대개 羈束力 있는 判決 또는 判定 및 訴訟節次로부터 제한되고 그 기준이 유추되는 법적 특수성이 있다.

본 연구는 國際商事契約에 있어 국제적 통일계약법규를 중심으로, 신의칙의 법적 기능, 적용 기준, 법규제의 결과로써 判決·判定例³⁾를 비교법적으로 고찰하고자 한다. 이를 위해 우선 신의칙의 개념과 특성 및 법계 간 접근시각과 그 차이점을 분석하고, 국제적 통일계약법규하에

1) Gifis S. H., *Law Dictionary*, 4th ed., Barron's Educational Series, Inc., 1996, p.220.

2) 신의칙의 ‘補充的解釋機能’이란 법률행위의 내용에 欠缺이 있는 경우에 이를 보충하는 것으로 이는 당사자의 실제의사를 확정하는 것이 아니라 법률행위를 할 당시 및 보충적 해석 당시의 사정·신의칙·상거래관행에 의하여 인정되는 당사자의 ‘假定的意思’, 곧 당사자가 법률행위 내용의 흠결을 알고 있었거나 알았더라면 보충하였을 의사를 확정하는 것이다. 그러므로 임의법규로 법률행위의 흠결을 규율할 수 있는 경우에는 문제가 되지 아니한다. 법률행위 해석의 기준으로써 신의칙에 관한 자세한 기능에 관하여는 金俊禧, 「民法講義 : 理論과 事例」, 法文社, 2001, 47면. ; 양형우, “財産法과 信義誠實의 原則”, 「연세법학연구」(연세법학회, 2001.), III.

3) 본 연구에서는 法院(court)의 의미상 仲裁判定府(arbitral tribunal)를 포함한 의미로 새긴다. 따라서 이하에서 표현되는 ‘判定例’라고 함은 문맥상 달리 표현되지 않는 한 판례 및 판정례를 포함하는 의미이다(참고로, PICC 제1.10조 및 PECL 제1:301조, (2)의 규정도 이와 같다.).

서 신의칙에 관한 규정, 판례 등을 통해 적용기준 및 법적 규제의 결과를 분명히 하고자 한다. 그 결과 개별 통일계약법규에 확립되어 있는 신의칙에 관한 입법취지 및 적용기준을 올바르게 인식하고 분별할 수 있는 법적 기초를 제공하고자 한다.

비교법적 분석대상으로써 국제적 통일계약법규는, ① 國際商事法委員會(UNCITRAL)가 제정한 ‘國際物品賣買契約에 관한 UN 協約(1980)’(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : 이하 ‘CISG’라 한다.),⁴⁾ ② 私法統一國際協會(UNIDROIT)⁵⁾가 공표한 ‘國際商事契約에 관한 原則(1994)’(Principles of International Commercial Contract : 이하 ‘PICC’라 한다.), ③ 유럽契約法委員會(Commission on European Contract Law : 이하 ‘CECL’이라 한다.)⁶⁾에 의해 제정된 소위 유럽契約法原則(Principles of European Contract Law : 이하 ‘PECL’이라 한다.)⁷⁾ 등을 말한다.

이상의 국제적 통일계약법규를 본 연구의 분석대상으로 둔 이유는 ① 개별 법규 공히 오랜 입법기간을 통해 심도있는 법리적 연구와 비교법적 연구결과를 바탕으로 제정된 연혁을 보유하고 있을 뿐만 아니라, ② 현재까지 각국 간 널리 수용되는 가운데 국제상사계약에 있어 당사자간의 법률효과 발생에 미치는 영향이 지대하다고 하는 法理的示唆과, ③ 상이한 법체계 간 충돌로부터 비롯되는 당사자 利害를 적절히 均分하고 調停할 수 있다고 하는 商務的實益을 부각하고 있다는 사실에 연유한다.

II. 信義則의 概念과 法的機能

1. 信義則의 概念과 特性

法史學的으로 신의칙은 로마法(*ius gentium*)상 확립되어 있는 信義(*bona fides*)의 개념으로부터 發顯한다. 이 경우 신의는 ‘法律關係에서 約束을 正直하게 遵守하고 合意에 의한 義務를 誠實히 履行하는 것’으로 타인의 행위, 곧 채무의 이행에 관한 계약법상 신의와 동일한 개념으로 해석된다.⁸⁾

특별히 로마법상 신의칙은 계약 또는 법의 해석에 있어 특정문구 또는 규정에 拘碍되지 않고 객관적 사정과 합의의 내용을 고려하여 이에 상당한 적정한 기준이 적용되었는데, 로마인은

4) 본 연구 제출 시까지 동 협약의 締約國은 총 62개국이다. 제약국별 현황, 가입일, 효력발생일 등의 사항에 관하여는 www.unilex.info에서 Hyperlink에 따라 CISG, Instrument, 「Contracting States」. 우리나라는 동 협약에 아직 가입하지 않고 있다. 이하 본 연구에서 인용하는 모든 URL(Uniform Resource Locator)은 본 연구 제출 시까지 웹상에 顯示(display)되고 있다. 편의상 프로토콜명(즉, <http://>)은 생략하였다.

5) UNIDROIT는 ‘Institut International pour l’unification du Droit Privé’(International Institute for the Unification of Private Law)의 약칭으로 2003년 말 기준, 우리나라를 포함하여 59개국이 이에 참여하고 있다.

6) CECL은 위원장인 덴마크 Ole Lando 교수의 이름을 원용하여 소위 ‘Lando 委員會’(Lando Commission)로 略稱된다(www.ufsia.ac.be/~estorme/CECL.html; Riedl, R., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative View point*, Kluwer Law International, 2000, Issue 1.).

7) PECL의 제정연혁은 European Parliament Directorate General for Research, “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, *Working Paper, Legal Affairs Series*, JURI 103 EN, 1999, 6, Chapter III. pp.127~136.

8) Klein J., “Good Faith in International Transactions”, *Liverpool Law Review*, 1993, Chap. I. A.

이 과정에서 신의칙에 관한 해석·절차·사고방식 등을 통상 “*합意*은 반드시 지켜져야 한다(*pacta sunt servanda*).”는 원칙하에서 법적 당위성을 확보하였다. 다만 이 같은 신의칙은 異民族 간 상거래에 관한 특정영역에서 기능한 특성이 있다.

이후 로마법상 신의칙의 개념은 근세 대륙법체계에 繼受되어 성문화되는 과정을 거쳐,⁹⁾ 널리 ‘相互協力과 寬容’(co-operation and tolerance)이라는 인식하에서 계약법분야를 비롯한 사법전반을 지배하는 최고원리로 자리매김 되었다.

그러나 신의칙은 법계 및 각양의 법체계하에서 대개 계약법상 준수되어야 할 一般原則(general principle) 또는 ‘基本的原則’(fundamental principle)으로써, 不誠實(bad faith)한 행위를 배제하는데 기능하는 것으로 존중되고 있으나,¹⁰⁾ 달리 객관적이고도 구체적인 개념이 명확히 규정되어 있지 않은 까닭에, 법계 또는 법체계상 認識程度(degree of recognition), 접근시각, 적용기준 등이 상이하다고 하는 특성이 있다.

또한 신의칙은 不當可能性(unconscionability)에 대립하는 개념으로써, 경우에 따라 公正性(fairness), ‘公正한 行爲’(fair conduct), 合理性(reasonableness), 公正去來에 있어 ‘合理的基準’(reasonable standards), ‘公同一致의 情神’(a spirit of solidarity), ‘公平한 行動’(decent behavior), ‘事實上の 正直’(honesty in fact), ‘良心과 善意’(white heart, empty head)¹¹⁾ 등과 같은 추상적·포괄적 개념과 擬制되거나 同一視 되고 있다.

다만 어느 경우에서나 신의칙은 ‘계약당사자 간 合意의 정신을 尊重하고 增進하기 위한 期待를 保護하는 것’에 본질적 기능을 두고 있다. 따라서 계약당사자는 계약체결을 위한 합의과정에서 고려할 수 없었거나 또는 예견치 못했던 장래의 수 많은 偶然的 분쟁의 소지를 신의칙의 적용하에 둘 수 있다고 하는 기대를 통하여 이에 상당한 필요의적 경비를 절감할 수 있는 實益을 享有한다. 이는 經濟的觀點에서 구할 수 있는 신의칙의 특성이다.

결국 신의칙은 ‘계약관계 당사자 간 權利의 行事와 義務의 履行에 있어 상호 간 利害를 結合하거나 保障할 수 있는 基準’으로써 정체성을 확보할 수 있다.¹²⁾

2. 信義則의 機能과 制限

가. 英美法系에서의 信義則

영미법계에서는 신의칙의 해석기준을 당사자 간 계약관계에 있어 책임귀속에 따른 ‘經濟的 重要性’(economic consequences)에 주안점을 두고 이를 적극적으로 반영하고 있다. 아울러 신의칙의 법적 규제에 있어 ‘道德的義務의 最小範圍’(a minimum range of moral duties)를 규율하고 있는데, 이는 公平(equity)과 定義(justice)의 차원에서 衡平法의 법적 보충기능을 통하여 普通法의 미비점을 보완하기 위한 법체계상의 특성을 신의칙에 관하여도 적용하여 합리적 신

9) ‘Code civil des Français’, Article 1134, (3) : “Elles doivent être exécutées de *bonne foi*.”의 규정이 최초의 입법례로 인정된다.

10) Lücke H. K., “Good Faith and Contractual Performance”, *Essays on Contract*, The Law Book Company Ltd., 1987, p.160.

11) Klein, *op. cit.*, p.116~117.

12) Sim D., “The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace Law*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2001, II. A.

의칙 기준을 형성하기 위한 법적 의도에 기인한다.¹³⁾

한편 미국에서는 신의칙의 기준을 公正去來(fair dealing)를 위한 ‘事實上의 正直’(honesty in fact)이라는 포괄적인 개념하에 包攝하여 두고, 이를 계약의 이행과 연계하여 적용하고 있다.¹⁴⁾ 규정례로써 統一商法典(Uniform Commercial Code : 이하 ‘UCC’라 한다.)에서는 신의칙을 ‘實際로 관련된 行爲 또는 去來에서의 正直’이라고 명시하고 있다(UCC, §1-201, (19)). 그러나 賣買에 있어 商人(merchant)에게 적용되는 신의칙은 “사실상의 정직과 나아가 공정한 거래라는 합리적인 상기준의 준수를 의미한다(UCC, §2-103, (1), (b).).”고 규정하여 보다 구체적·직접적인 적용기준을 두고 있다. 따라서 ‘商人間契約’과 ‘商人과 消費者間契約’은 서로 다른 법원칙이 적용되고(UCC, §2-104, (3). ; UCC, §2-207, (2).),¹⁵⁾ 그 기준은 상인의 정의에 의하여 보충된다(UCC, §2-104, (1).).¹⁶⁾

또한 UCC상의 신의칙에 연관되는 개별규정은 계약의 이행에 있어 신의칙의 준수를 강조하고 있는 강행규정, 즉 “당사자는 본 법에 별도 규정이 없는 한 본 법의 제반 규정취지를 합의에 의해 변경할 수 있으나 본 법이 규정하는 신의칙, 合理性(reasonableness), 誠實(diligence) 및 注意(care)의 제반 의무는 합의를 통해서도 배제하여서는 아니 된다. 다만 당사자의 합의에 의하여 이들 의무의 이행기준을 구체적으로 정할 수 있으나, 그 기준이 명백하게 불합리한 것이어서는 아니된다(UCC, §1-102, (3).).”는 규정에 의해 제한된다.

나. 大陸法系에서의 信義則

대륙법계에 있어 신의칙은 앞서 살핀 바와 같이 프랑스 민법 제1134조를 통해 최초로 성문화되었다. 당해 규정은 ‘契約의 自由’(freedom of contract)¹⁷⁾ 원칙하에서도 계약 당사자의 의사표시는 사실상 극히 불충분하고 불명확한 것이므로, 채권자가 신의에 좇아 이행될 것이라고 기대하는 바 이익을 보호하기 위하여 주로 채무의 내용 내지 이행의 방법 등에 관하여 법률상

13) Klein, *op. cit.*, p.117.

14) Farnsworth E. A., “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws”, 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, V.

15) UCC, §2-104, (3). : “Between Merchants means in any transaction with respect to which both parties are chargeable with the knowledge or skill of merchants.” ; UCC, §2-207, (2). : “The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer. (b) they materially alter it. or (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.”.

16) UCC, §2-104, (1). : “Merchant means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill.”.

17) 본 연구의 범위 내에서 PICC 제1.1조 및 PECL 제1:102조는 ‘契約의 自由’(freedom of contract)에 관한 명시적인 규정을 두고 있다. 양 법규 공히 “당사자는 계약의 체결과 그 내용의 결정에 있어 자유를 갖는다.”고 규정하고 있으나, PECL은 이에 덧붙여 “(1)...다만 신의성실과 공정거래의 요구와 이 원칙에 의하여 정하여진 강행규정에 따라야 한다.” 및 “(2) 당사자들은 이 원칙의 어떠한 규정도 배척하거나 원칙이 달리 정하지 않는 한 규정의 효과를 배제하거나 변경할 수 있다.”고 규정하고 있는 차이가 있다.

표준으로 선언하고 있다.

독일민법에서도 “계약은 거래의 관행을 고려하여 신의성실의 요구에 좇아 해석되어야 한다(제157조).”¹⁸⁾ 및 “채무자는 거래의 관행을 고려하여 신의성실에 좇아 급부할 의무를 진다(제242조).”¹⁹⁾고 하여 신의칙을 법률행위의 해석과 채무이행의 한 원칙으로 규정하고 있다. 이후 신의칙은 채권자에게도 적용되는 과정을 통해 채권법 이외의 영역에서도 모든 권리와 의무의 이행에 관하여 적용되어 그 범위가 확대되었다.

스위스 민법에서는 “모든 사람은 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서 신의성실에 따라 행동하여야 한다(제2조, 제1항).”²⁰⁾고 규정하고 있다. 이는 신의칙을 의무이행을 포함하여 권리행사에도 적용한다고 하는 규정취지로부터, 결국 채권법 뿐만 아니라 사회전반의 권리의무에 공통된 원칙으로써 신의칙을 최대한 확대·수용하고 있다.²¹⁾

우리 나라의 민법의 경우에도 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다(제2조, 제1항).”고 규정하여 신의칙을 일반원칙으로 선언하고 있다. 이 또한 윤리적·도덕적 규범으로써의 신의칙을 수용한 것이다. 다만 동 조는 어떠한 경우에 신의칙이 적용되는가에 대한 구체적 기준을 정하고 있지 않으므로, 신의칙에 관한 동 규정은 민법 전반에 관한 일반조항의 성격을 지닌다.²²⁾

다.信義則 適用範圍의 差異와 制限

계약법상 신의칙은 사실적·지속적 계약관계에서 당사자 간 물품[契約의 目的物]의 공급과 대금의 지급이라는 ‘對價的目的’을 달성하기 위하여 협력해야 할 상호 의무를 지배하는 이념으로써, 채무의 내용 및 이행의 방법을 정하거나 또는 채권의 내용 및 행사의 방법을 규율하는 일반원칙으로써의 기능을 감당한다. 다만 신의칙의 추상성과 불특정성에 연유하여 개념상 법계 간 해석기준 및 제한범위가 상이한데 구분하면 다음과 같다.

우선 영미법계에서는 원칙적으로 계약자유의 원칙 및 신의칙에 기하여 계약체결을 위한 교섭상의 자유와, 달리 계약교섭과정에 있어 당사자 임의로 아무런 법적 책임을 지지 않고 당해 교섭을 破棄할 수도 있는 자유를 동시에 보장하고 있다.²³⁾ 다만 제한적으로 계약교섭상 책임이 인정되는 경우는 ① 계약교섭과정상 일방이 타방으로부터 이득을 얻은 경우에 계약 전 책임으로 ‘不當利得에 대한 返還責任’(liability for unjust enrichment), ② 사기적 불실표시를 하였을 경우에 그 ‘不實表示에 대한 責任’(liability of misrepresentation), ③ 계약교섭에 임한 일방이

18) Bürgerliches Gesetzbuch(BGB), §157. : “Verträge sind so auszulegen, wie *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”.

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

20) Schweizerisches Zivilgesetzbuch(ZGB), Art. 2(Handeln nach *Treu und Glauben*). : “Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach *Treu und Glauben* zu handeln.”.

21) Sim, *op. cit.*, II. B. 1.

22) 金俊稿, 前掲書, 45면.

23) Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 2nd ed., 1998, pp.345~394. ; Lando O. · Beale H., *Principles of European Contract Law, Part I, Part II, prepared by the Commission of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, [“Lando and Hugh(2000)”]. p.192. ; 金相容, 「比較契約法」, 法英社, 2002. 9 8~100면.

타방에게 특정한 약속을 한 경우에 그 ‘特定한 約束에 대한 責任’(liability of specific promise) 등이다. 영미법은 계약교섭이 시작되었다고 하더라도 이상의 요건에 해당하지 않은 경우 계약교섭의 파기에 따른 별단의 의무 또는 책임이 발생하지 않음이 원칙이다. 따라서 당사자의 합의에 따라 유효한 계약이 체결된 경우 계약체결을 위한 교섭과정에서 비롯된, 예컨대 不實表示(misrepresentation), ‘不當한 影響力’(undue influence), ‘非良心的的行爲’(unconscionability), 強迫(duress) 등으로부터 법적 효과 내지 책임은 문제되지 아니한다.

반면에 대륙법계에서는 계약체결을 의도하고 계약교섭에 임하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 교섭을 파기한 경우에는 ‘信義則違反’(breach of good faith)으로 간주되어 상당한 ‘契約締結上의 過失責任’²⁴⁾을 인정하고 있다. 결국 영미법계와 비교하여 대륙법계에서는 신의칙 의무를 폭 넓게 적용하고 있는 차이점이 있다.

요컨대 법계 간 신의칙 적용범위에 있어 구별할 수 있는 차이점은 계약체결을 위한 交渉段階(the negotiation stage)를 포함하는지의 여부, 즉 당사자 임의로 아무런 책임 없이 계약교섭과정을 임의로 파기할 수 있는지의 여부가 핵심이다.²⁵⁾

한편 계약교섭단계에 적용되는 신의칙의 공통기준은 ① 고의·과실에 기하여 상대방에게 손해를 발생시킨 경우, ② 계약교섭단계에서 획득한 상대방의 신원·자격·상거래 정보 등에 관한 ‘秘密維持義務違反’(breach of confidentiality)으로부터 손해가 발생한 경우, ③ ②로부터 일정한 이익을 侵奪하거나 달리 享有한 경우 등이다. 이상의 각 요건은 계약체결이라는 공동의 목적을 향하여 상호 협력하여야 할 의무의 위반, 즉 신의칙 위반으로 간주되며 이에 상당한 과실책임이 인정된다.²⁶⁾

계약당사자 간 계약교섭단계에 진입하게 되면, 동시에 양 당사자는 필연적으로 상호 信賴關係를 형성하게 된다. 가령 상호 손해를 방지하여야 할 當然義務(reasonable duty)와 계약체결을 기대하고 있는 상대방의 의사결정에 참고가 되어야 할 정보를 제공·설명·통지하여야 하는 協力義務(duty to co-operate)가 발생하는데 이는 신의칙의 기능으로부터 비롯된 당사자 간 신뢰관계의 要諦라 할 수 있다.

따라서 각 의무의 위반으로 상대방에게 여하의 손해가 발생하게 되는 경우에는 당해 계약에 무효나 취소의 법률효과가 발생하더라도 상거래 안전과 경제질서의 유지를 위한 신의칙의 기능적 차원에서 상당한 信賴利益의 배상책임이 공히 인정된다. 이 경우 신뢰이익은 계약이 유효하다고 믿었기 때문에 입은 손해를 의미하는데, 예컨대 계약의 이행을 위한 준비로 지출된 조사비용, 대금의 차용, 운송수단의 준비에 소요된 비용, 제3자로부터 보다 유리한 매수제의를

24) ‘契約締結上 過失責任’이란 계약체결을 위한 교섭단계 또는 계약의 성립과정에 있어서 당사자의 일방이 자기의 책임있는 사유로 인하여 상대방에게 손해를 준 경우 상대방에 대하여 부담하여야 하는 손해배상책임을 포괄적으로 지칭한다. 1861년 독일의 Rudolf von Jhering이 발표한 “契約締結上의 過失 또는 無效 혹은 完成될 수 없는 契約에 있어서의 損害(Culpa in Contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen : fault in negotiating, or Damages for Void or Unperfected Contracts)”이라는 논문에서 주창된 바가 始初이다(Farnsworth, *op. cit.*, Chap. IV. A.).

25) Klein, *op. cit.*, Chap. I. C.

26) CISG의 경우 계약교섭단계에서 발생할 수 있는 여러 가지 문제를 해결하는 명시적 규정이 존재하지 않는다. 연혁적으로 CISG 제정 시 계약체결상 과실책임에 관한 입법논의가 있었으나, 동 사안은 CISG가 규율하는 영역 외에 속하는 문제와 관련된다는 이유로 지지를 얻지 못하였다. 따라서 현실적으로 CISG하에서 국제상거래에 있어 계약체결상 과실책임이 문제가 되는 경우에는 국내법에 의한 별단의 규율문제가 중요시 된다(Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, pp.62~70. ; 吳元爽 譯, 「UN 統一買賣法」, 三英社, 1998, 85~92면.).

거절한 경우 기회비용, 매매목적물에 瑕疵가 없다고 믿고 일정한 대금을 지급하기로 약정한 경우 등이 해당될 수 있다.

요컨대 계약교섭단계에서 법계 간 신의칙의 적용범위와 법적 효과에 구별되는 차이점이 있다고 하더라도 계약당사자 간 당연의무와 협력의무에 대한 위반 내지 제한요건을 참고로 할 때 신의칙의 기능상 공통의 목적과 접근시각을 견지하고 있다고 간주된다.

Ⅲ. 信義則의 適用基準과 法的 規制

1. CISG에서 信義則의 適用基準과 判定例

가. 適用基準

‘國際物品賣買契約에 관한 UN 協約’(CISG)은 국제계약법의 통일·조화작업 중에서 가장 성공한 先導的 입법례로 평가되고 있다. 연혁적으로 동 협약이 주요 국가에서 批准을 통해 국내 법으로 수용되어 효력을 갖게 된 것은 1988년부터이다.

CISG는 영미법계와 대륙법계 간 타협의 산물로써 양 법체계의 차이를 극복하고 조화시키는데 성공한 국제적 통일법이라는 것과, 구속력 있는 실정의 법률로써 가지는 법적 효력 및 비교법적 작업의 결과로 수용된 법리의 보편타당성 등에서 입법적 의의를 구할 수 있다.

CISG는 營業所(place of business)가 서로 다른 국가에 있는 당사자 간의 國際物品賣買契約에 적용되는데(제1조, (1), (2).), 이 경우 國際契約(international contracts)의 당사자 간 신의칙에 관한 별단의 의무를 명시하고 있는 규정은 보유하고 있지 않다.²⁷⁾ 이것은 법계 간 시각차로부터 비롯된 타협의 결과인데, 다만 외견상 신의칙의 적용이라는 명분하에 동 협약의 정신에 ”