

프랑스계약법: 근래의 변화와 미래의 전망

베르나르 그로스*

南 孝 淳** 譯

먼저 저를 초청하여 국제심포지움에 참석하는 영광을 주신 존경하을 학장과 서울대학교 법과대학 교수께 감사의 말씀을 드립니다. 특히 학위논문을 준비하면서 함께 일을 하였던 수년 동안 저로 하여금 처음으로 한국법을 접하게 해 준 남효순 교수를 이번 기회에 다시 보게 되어 기쁜 마음 금할 길이 없습니다.

귀 대학교가 저에게 보여준 특전을 생각하면, 저는 제가 다루게 될 주제를 앞에 놓고 두려움을 느낍니다. 20세기 말의 契約法을 언급하고 또 프랑스법을 통하여 다가올 21세기의 전망을 이끌어낸다는 것은 실로 하나의 도전이라고 하지 않을 수 없습니다. 이러한 작업은 사실 복잡한 것입니다. 하나의 면을 다른 면보다 부각시킴으로써 잘못된 모습을 드러내는 위험이 있기 때문입니다.⁽¹⁾

새로운 1000년이 시작되는 2004년은 프랑스民法典이 200주년을 맞게 되는 해입니다. 프랑스民法典 제정 후에 나타난 일련의 법률들 특히 家族法과 行爲無能力에 관한 법률에 의하여 전체적인 면모가 개조되었다고는 하지만, 나뵈레옹의 업적이라고 할 수 있는 프랑스民法典의 다른 부분들은 실질적으로는 원래의 모습을 그대로 유지하고 있습니다. 계약총론을 규율하고 있는 프랑스民法典 제3권 제3편과 交換, 賣買, 貸借, 任置, 委任과 같은 전형계약을 규율하고 있는 여러 편들이 바로 그렇습니다. 프랑스民法典을 쭉 읽으면서 契約法을 연구해 보면 누구나 법의 항구성이라는 것에 대하여 놀라게 됩니다. 契約法의 기본적 윤곽이 2000년 전에 짜여졌다는 사실, 예를 들면 프랑스民法典은 아직도 로마법의 유산을 간직하고 있다는 사실을 접하게 되면 법의 안정성이라는 것에 대하여 더욱더 깊은 인상을 받을 것입니다.⁽²⁾ 그러나 법적 골격에 아무런 변화가 없었으므로 契約法은 전혀 변하지 않았다고 결

* Bernard GROSS : Professeur à la Faculté de Droit de Nancy, Doyen honoraire(프랑스 남 시 제2대학교 법경대학 교수, 명예학장)

** 서울대학교 法科大學 助教授

(1) Ph Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 7^e éd. 1997, n° 301; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41.

(2) J. L. Gazzaniga, Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Acien Régime, *Droits*, n° 12, 990, p. 37 s.

론 짓는 것보다 더 어리석은 일은 없을 것입니다. 19세기 이래로 프랑스도 여느 나라와 마찬가지로 정치, 경제 및 사회에 있어서 심대한 변화를 겪었습니다. 변화하는 사회에서는 契約法도 변화하지 않을 수 없습니다. 그러나 契約法의 변화는 프랑스 民法典 밖에서 이루어진 것이고 적어도 프랑스 民法典상의 문자는 변함이 없었습니다. 이러한 현상은 좀 덜 명확하기는 하지만 다른 국가의 법, 예를 들면 독일법의 경우에도 마찬가지로 확인할 수 있습니다.⁽³⁾

契約法이 변화하게 된 원동력은 바로 경제생활을 규제하고 또 강자로부터 약자를 보호하고자 하는 정치적 의도라고 할 수 있는 바, 그러한 정치적 의도는 제1차 세계대전 후에 나타나기 시작하였고 1945년 이후에는 더욱더 강화되었습니다. 이러한 정치적 의도로 인하여 공적질서에 관한 立法이 증가하였습니다. 그러한 法律들은 때로는 불안정한 것이거나 보잘 것 없는 것이어서 전통적인 法原則들을 오도하는 경우도 있었습니다. 그리고 국내법뿐만 아니라 유럽공동체의 法律들도 점점 증가하였는데, 후자는 消費者保護法과 公正競爭法이라는 새로운 분야의 중요한 法源이 되었습니다.

위의 법률들은 여러 契約들과 관련되어 있는데 그 결과 위 契約들은 債權法의 일반원칙의 적용을 받지 않게 됩니다. 그 특성으로 말미암아 이제는 독자적인 범영역을 구축한 勤勞契約은 말할 것도 없고, 새로운 법률들은 부동산매매뿐만 아니라 保險契約, 貸借契約——住宅貸借, 商事貸借, 農地貸借——, 소비자가 체결한 賣買契約 및 貸借契約, 下都給契約, 商事仲介契約 또는 流通契約 등도 그 대상으로 합니다. 流通契約의 경우는 그 법체계의 핵심을 규정하고 있는 것은 바로 유럽공동체법입니다.

강행법들이 급격히 증가하자 언젠부턴가 학자들은 契約이 이들 법률에 의하여 점령되고 말 것이 아닌가 하는 우려를 나타내기 시작하였습니다. 학자들은 혹은 “契約의 폭발”,⁽⁴⁾ 혹은 “契約의 위기”라고⁽⁵⁾ 말하였습니다. 같은 시기에 외국의 학자들도 “契約의 죽음”을 예언하기까지도 하였습니다.⁽⁶⁾ 그러나 이러한 표현들은 물론 과장된 것입니다. 다행히도 “法の支柱”라고⁽⁷⁾ 하거나 혹은 “그 발명은 도로의 발명에

(3) Cl. Witz et F. Furkel, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, *Chronique de droit civil allemand*, p. 265. 위 두 저자는 “비록 프랑스법의 경우보다는 덜 두드러지기는 하지만, BGB는 민법전에 편입되지 않은 법률들과 경쟁관계에 있다. 여러 점에서 제2의 독일민법전의 역할을 하고 있는 그 유명한 보통거래약관법은 소비자보호에 관한 법률들과 함께 독일민법의 탈민법전화의 가장 전형적인 징표라고 할 수 있다”라고 지적하고 있습니다.

(4) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{re} série, Panorama des mutations, 3^e éd., 1964, p. 21 s.

(5) H. Biffol, *La crise du contrat et sa portée*, Arch. Philo. droit, t. XIII, 1968, p. 13 s.

(6) G. Gilmore, *The Death of Contract*, 1974.

(7) J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1983, p. 253 s.

견줄 수 있는 유익한 발명”이라고까지⁽⁸⁾ 한 契約은 살아 남았습니다. 그래서 오히려 현대에는 사람들은 契約의 생명력을 강조하고 있습니다.

이러한 변화에 직면하여 학자들은 契約의 근거에 대하여 자문하지 않을 수 없게 되었습니다. 사람은 자신의 意思에 의하여 자신의 法을 스스로 창조한다는 意思自治原則은 그 파생원칙인 契約自由의 원칙, 契約拘束力の 원칙 그리고 意思主義原則과 함께 현대에 출현한 여러 법률로 인하여 그 적용이 감소되면서 더 이상 적절치 않은 것이 되었습니다. 意思自治原則에 대한 비판은 獨逸法과⁽⁹⁾ 英美法과⁽¹⁰⁾ 같은 外國法에서도 찾아 볼 수 있습니다. 프랑스民法典은 결코 사람들이 말하는 것처럼 意思自治原則을 하나의 도그마로 규정하고 있지는 않습니다. 현재의 학자들은 더 이상 당사자의 의사를 契約의 구속력을 유일하게 근거짓는 절대적 권원으로 보지는 않습니다. Kelsen의 그 유명한 표현을 빌리자면, “힘은 외부에서 유래합니다”. 즉 힘은 法으로부터 나온다는 것입니다. 의사의 합치에 효력을 부여하는 것은 바로 法이고 그것도 法이 정하는 범위내에서 그러한 것입니다.⁽¹¹⁾

다른 외국법에서와 마찬가지로 프랑스民法에서도 意思自治原則의 쇠퇴는 분명합니다. 그러나 이는 약간 과장되어 있습니다. 적어도 전문가 사이의 법률관계에 있어서는 契約自由의 원칙은 사람들이 말하는 것보다 훨씬 역동적입니다.⁽¹²⁾ 契約自由原則에 의하여, 거래의 실체는 창조적인 모습을 보여주고 있습니다. 프랜차이즈契約, 리스契約, 팩토링契約, 엔지니어링契約, 技術移轉契約, 스폰서契約 등 최근 30년 동안에 출현한 契約의 대부분은 바로 契約自由原則에 의하여 탄생된 것입니다. 물론 이는 대부분의 경우 外國法の 영향을 받은 것인바, 이는 현대의 법체계의 상호침투성을 잘 드러내 주고 있습니다.⁽¹³⁾

현대에 제정된 여러 법률에 의하여 전통적인 법원칙에 초래된 예외를 열거하는 것으로는 20세기 말의 契約法을 이해하기에 충분하지 않습니다. 그러한 방법론은

(8) J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Francis Lefébre, 1989, n° 5.

(9) Cl. Witz, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 106. Cl. Witz는 私의自治를 비판하고 있다; M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993, p. 24 s.)

(10) D. Tallon, L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif, *Droits*, 1990, n° 12, p. 82. Tallon씨는 이에 관하여 1979년에 출간된 “契約自由原則의 탄생과 쇠퇴”이라는 P. Atiyah의 저서를 인용하고 있다.

(11) J. Ghestin, La notion de contrat, *Droits*, 1990, n° 12, p. 7 s.

(12) J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, n° 5.

(13) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6° éd., p. 996; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, Cujas, 10° éd., 1997, n° 30; B. Gross, *L'apport du droit de l'entreprise au droit des contrats*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1997, n° 2, p. 20.

契約法은 1804년 이래로 그 본질에서는 변화가 없다는 것을 전제로 합니다. 그러나 契約法이 받은 영향은 상당합니다. 그리고 그 영향은 매우 다양합니다. 한편 이러한 변화는 法에 의하여서만 초래된 것은 아니고, 근래의 판례에 의하여 초래된 것이기도 합니다. 法이 진부해지거나(민법전의 경우가 그러합니다), 법률이 잡다하여 통일성을 상실한 때에는(현대에 제정된 법률들의 경우가 그러합니다) 法官은 커다란 재량을 가지고 무엇이 法人가를 선언하게 됩니다.⁽¹⁴⁾ 다른 한편 이러한 변화는 거래의 실제에 의하여서도 상당히 영향을 받았음을 언급하지 않을 수 없습니다. 요컨대 法律, 判例 그리고 실제거래가 미친 영향으로 말미암아 契約法은 혁신되지 않을 수 없었습니다. 그 반면에 부분적으로는 불명확해지고 분해현상이 뒤따랐습니다. 이러한 상황에서 契約法을 재구성하자는 목소리가 커지고 있는 것은 놀랄 일이 아닙니다. 그러나 이 강연에서는 간단히 이에 대하여 지적하는 것으로, 달리 말하면 전망을 말하는 것으로 그치겠습니다.

I. 20세기 말의 프랑스契約法의 現況

금세기말에 있어서 프랑스契約法의 상태를 어느 정도 전반적으로 그려본다는 것은 쉬운 일이 아닙니다. 모든 契約이 동일한 변화를 겪은 것은 아니기 때문입니다. 어느 契約들은 여전히 전통적인 법원칙의 적용을 계속 받다가 하면 반대로 다른 契約들은 특별한 규율을 받고 전통적인 법원칙의 적용을 거의 받지 않게 되었습니다. 民法典의 경향과는 정반대로 현대법은 각 개별 契約에 특유한 법원리——特殊契約法——에 중요성을 주는 경향이 있습니다. 그 결과 일반 契約法은 뒷전으로 물러나게 되어 버렸습니다. 이러한 현상은 契約法 일반을 재구성하기보다는 특정의 契約關係를 특별히 규율하는 데에 더 몰두하는 현대의 입법정책에서 비롯된 것입니다. 이러한 법률들은 그 강제성으로 말미암아 법적 권위를 가지게 되었는바, 이는 典型 契約에 적용되는 民法典상의 보충규정들에서는 찾아볼 수 없는 것입니다. 이로 인하여 그동안 소홀히 하였던 特殊契約에 관한 연구가 최근 몇 년 동안 커다란 흥미를 자아내고 있습니다.

현재 契約에 적용되는 법원칙들이 다양하기는 하지만, 사람들은 커다란 흐름을 발견하려고 노력하였습니다. 그 결과 프랑스法은 契約의 “衡平과 效率性(l'équilibre et l'efficacité)” 혹은 J. Ghestin 교수의 말을 빌리자면 “效用과 正義(l'utile et le

(14) Ch. Atias, *Les maux du droit et les mots pour le dire*, D. 1997, ch., 233.

juste)”라고⁽¹⁵⁾ 하는 두 가지 목적을 가지고 있음을 발견하게 됩니다. 물론 전통적인 契約法에서도 이 두 가지 목적이 존재하지 않았던 것은 아닙니다. 그러나 그 강도는 현대에서와 같지 않았습니다. 그리고 다른 한편으로 사람들은 契約自由原則만 으로는 위의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 생각하였었습니다. 그러나 현대법은 契約에 대하여 보다 객관적인 개념을 가지고 있습니다. 이는 契約의 체결과 契約의 이행에 관한 法規들과 判例 속에 분명하게 나타나고 있습니다.

1. 契約의 締結

현대 사회에서는 契約을 체결하는 방식과 契約의 내용을 결정하는 데에 있어서 많은 변화가 초래되었습니다.

(1) 契約締結의 方式

프랑스民法典에서 意思表示의 합치가 契約의 유일한 효력요건은 아니지만(제 1108조는 행위능력, 목적과 원인도 함께 규정하고 있습니다), 契約의 체결을 결정 짓는 것으로 명백하게 규정되어 있습니다. 아직까지도 완전히 사라지지 않고 있는 意思主義原則이 이러한 규정을 두게 하였습니다. 그런데 현대법은 전문가와 소비자 사이에서 뿐만 아니라 일반 契約當事者 사이에서도 나타나고 있는 불평등성을 고려하여 보다 더 엄격한 것을 요구하고 있습니다. 현대법은 義務者가 의무를 부담하는 것을 원하고 있다는 것으로는 부족하고 그가 상황을 정확히 인식하고 결정을 내릴 것을 요구하고 있습니다. 契約상의 衡平을 달성하기 위해서 사정을 잘 알고 있는 자가 사정을 알지 못하는 자에게 정보를 제공할 것을 요구합니다. 정보를 제공함으로써 비로소 당사자 사이의 교육, 지식, 경제적 또는 사회적 영향력의 차이를 수정할 수가 있습니다. 뿐만 아니라 契約當事者의 합의의 내용을 보다 명확하게 하기 위한 방법들이 판례상 또는 입법상으로도 존재합니다. 예를 들면 判例는 意思의 瑕疵 특히 기망을 원용할 수 있는 계기를 확장시켜 놓았습니다. 契約의 일방이 상대방이 합의를 하게 된 결정적 요소에 대하여 의도적으로 침묵을 지키는 것만으로도——이를 침묵에 의한 기망이라고 부릅니다—— 기망을 이유로 한 契約無效의 訴가 인정됩니다. 다른 예를 들어 보면 소비대차에 수반되는 보증의 경우 法이 보증인을 보호하기 위하여 개입하는 경우 이외에도 判例는 보증인이 갖는 정보를 고려하고 있습니다. 그리고 立法의 경우를 보면 일정한 정보 때로는 아주 상세한 사항을 명시할 것을 강제함으로써 형식주의를 부활시키고 있는데, 대부분의 消費契約이

(15) J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat: formation*, LGDJ, 1988, 2^e éd., n° 174-1 s.

나 또는 프랜차이즈契約과 같이 전문가들이 체결하는 契約에서 그러합니다. 더 나아가 法律은 소비자에게 최종적으로 契約을 체결하기 전에 숙고기간을 강제하거나(건축예정부동산의 매매 또는 不動產用貸付의 경우) 또는 일정한 기간내에 자신의 意思를 철회할 수 있는 철회권을 부여함으로써(방문매매 또는 소비대차의 경우) 소비자를 충동적인 결정으로부터 보호하고 있는바, 이는 契約法의 일반원리에 커다란 예외를 인정하는 것입니다.

(2) 契約의 內容

전통적인 契約理論에 의하면 契約當事者들은 공서양속에 반하지 않는 한 자유롭게 자신의 의무를 결정할 수 있습니다. 오랫동안 공서양속의 개념은 난공불락이었습니다. 그러나 이 분야에서도 변화는 상당합니다. 즉 공서양속은 契約이 공정하고 유익할 것도 함께 요구하게 되었습니다. 현대법의 이러한 경향에 대하여는 몇 가지만 언급하겠습니다. 위에서 언급한 두 가지의 목적을 달성하기 위하여 현대법이 취한 조치는 혁신적인 것이었습니다. 예를 들면 일정한 契約의 경우 그 내용의 전부나 일부가 법률에 의하여 정해지거나 또는 그 일부가 그러하게 되었습니다(예를 들면 住宅貸貸借). 국내법을 유럽권고안에 일치시키기 위하여 소비자보호법전은 전문가와 소비자 사이에 체결되는 契約의 경우 契約當事者 사이의 심각한 불평등을 초래하여 소비자의 권리를 침해하는 조항은 무효라고 규정하고 있습니다(소비자보호법전 제 L.132의 1조 제1항). 한편 判例도 이러한 경향에 부응하여 契約을 도덕적으로 타당하도록 하는 데에 일조를 하고 있습니다. 그 契約의 내용이 일방 당사자가 우월한 지위에서 사전에 결정한 것일 경우에는(附合契約) 判例는 상대방이 契約 체결 당시에 알지 못한 조항의 효력을 부인하거나 또는 상대방이 그 내용을 결정함에 있어서 아무런 영향을 미치지 못한 조항은 상대방에게 유리하도록 해석합니다.⁽¹⁶⁾ 判例는 심지어 契約에 규정되어 있지 않은 의무를 당사자에게 부과하기도 합니다. 바로 情報提供義務, 현대의 契約에서 아주 중요한 의미를 갖는 注意義務 또는 安全義務가 여기에 해당합니다. 마지막으로 判例는 전문가 사이에 체결된 契約에서도 의무불이행이 중대한 것인 경우에는 책임제한조항은 존재하지 않은 것으로 간주하는 데에 주저하지 않습니다.⁽¹⁷⁾ 어느 학자가 지적한 바와 같이,⁽¹⁸⁾ 法官은 正義와 衡平이라는 보다 일반적 이익에 기초하여 契約 조항을 무효화하는 데에 주저하지 않습니다. 이는 意思自治原則을 희생하는 것입니다. 이러한 현상, 즉 法官이 契約 부문에서 이러한 권한을 행사하는 데에 대하여 이를 찬성할 수도 있고 개탄할 수도 있습니다. 契

(16) J. Mestre, *op. cit.*, p. 48-50.

(17) Cass. com., 22 oct. 1996, aff. Chronopost.

(18) D. Cohen, *JCP*. 1997, II, 22661.

約의 체결에서 나타나는 현대법의 이러한 이념은 이제 契約의 이행에서도 동일하게 나타나고 있습니다.

2. 契約의 履行

契約에 대한 접근태도의 변화는 현대법에서 契約의 이행에 대하여 인정하는 중요성에서도 잘 나타납니다. 전통적인 법이론에 있어서는 主知主義者들의 공리에 따르면 본질적인 것은 契約의 체결입니다.⁽¹⁹⁾ 그러나 현대법은 契約의 핵심을 契約의 이행으로 옮겨 버렸습니다. 오늘날에는 더 이상 契約의 이행이란 약정된 채무를 엄격하게 이행하면 된다는 소극적인 면에 지나지 않는다고는 보지 않고 따라서 契約은 체결 순간에 결정화되어 버린다는 생각은 더 이상 존재하지 않습니다. 이러한 태도 변화의 상당부분은 바로 오늘날 많은 契約이 계속적 契約이라는 사실과 衡平과 效率性에 대한 배려에 의하여 잘 설명될 수 있습니다. 그 결과 契約의 효력을 지배하고 있던 전통적 2대 원칙인 契約相對效의 원칙과 契約拘束力의 원칙에 커다란 변화가 초래되었습니다.

(1) 契約의 相對效

프랑스民法典 제1165조는 契約은 契約을 체결하는 당사자 사이에서만 효력을 발생한다고 규정하고 있습니다. 따라서 契約은 제3자에 대하여는 아무런 효력을 발생할 수 없습니다. 이 원칙은 명백한 원칙으로서 엄격히 적용되어야 할 것처럼 보입니다. 그러나 契約의 효율성을 추구하는 나머지 法律과 判例는 여러 면에서 이를 완화하기에 이르렀습니다. 法은 여러 경우에 契約을 체결하지 않은 자에게도 契約의 효력이 미치는 것을 허용하게 되었습니다. 예를 들면 부동산의 매수인은 자신의 매도인이 부동산을 대상으로 체결한 貨貸借契約에 의하여 구속됩니다. 마찬가지로 判例는 契約은 제3자에게 효력을 미칠 수는 없지만 제3자에게 대항할 수는 있음을 인정합니다. 이러한 이유에서 契約의 불이행에 관여한 제3자도 손해배상책임을 지게 됩니다. 契約의 효율성을 제고하려는 의도에서, 하나의 목적물에 대하여 순차적으로 매매가 이루어진 경우 최종매수인은 契約不履行責任에 의거하여 자신의 매도인에 대하여서뿐만 아니라 중간에 어느 매도인을 상대로 하여서도 하자담보책임을 물을 수 있게 되었습니다. 이는 순차적으로 체결된 여러 契約들이 하나의 契約的 단일체를 구성한다는 것을 인정하는 것이 됩니다. 이러한 集合契約의 개념은 1980년대 말에 최초로 등장하였는데, 그 영향이 매우 커서 최후의 契約者들이 契約當事者의 지위에서 소송을 제기할 수 있도록 동일한 목적하에 체결된 일련의 契約에도

(19) J. Carbonnier, *Droit civil, Obligations*, PUF, 20^e 2d., 1996, n° 13, p. 42.

이를 확장하려고까지 하였습니다. 그러나 파기원은 예측불가능성이라는 이유를 들어 이러한 시도는 인정하지 않았습니다.⁽²⁰⁾ 契約相對效의 원칙에 대한 예외현상은 오늘날 전통적인 법원칙의 적용에서도 잘 드러나고 있습니다. 자연인 또는 법인이 두 사람의 契約當事者들과 별개로 두 개의 契約을 체결하는 경우, 두 契約은 독립한 契約이므로, 어느 하나의 契約의 운명은 다른 契約의 운명에 아무런 영향을 미치지 못합니다. 이는 契約의 상대효의 당연한 결과입니다. 그러나 만일 두 契約이 하나의 동일한 거래를 실현하기 위하여 관여하는 경우에는, 경제적 현실상 양자를 결합하는 것이 필요합니다. 이것이 바로 최근의 判例의 입장입니다. 파기원은 두 契約은 불가분의 관계에 있어서 하나의 契約이 소멸하게 되면 다른 契約도 소멸한다고 판시함으로써 契約相對效의 원칙을 제껴두었습니다. 契約이 처한 현실이 법원칙에 우선하게 되는 것입니다.⁽²¹⁾

(2) 契約의 拘束力

契約의 이행을 규율하는 두 번째의 중요한 법원칙은 바로 契約拘束力의 원칙입니다. 이 원칙은 그 프랑스民法典의 가장 유명한 조항들 중의 하나인 제1134조 제1항에 규정되어 있습니다: “적법하게 체결된 합의는 이를 체결한 당사자에게는 법을 대신한다”. 최근에 이르기까지 사람들은 위 규정으로부터 두 개의 간단한 법원칙을 도출해냈습니다. 첫째, 契約當事者들은 契約을 체결하거나 체결하지 않을 자유가 있지만, 일단 契約을 체결한 이상에는 반대의 약정을 하지 않는 한 이를 엄격히 준수하여야 합니다. 둘째, 契約拘束力의 법원칙은 法官을 구속하므로 法官은 어떠한 형태로든 당사자들의 계약관계에 개입하여 이를 변경할 수 없습니다. 이러한 이유에서 파기원은 契約의 이행과정에서 예상하지 못한 경제적 상황의 도래로 인하여 契約상의 형평이 깨어지더라도 이에 개입하는 것(즉, 사정변경이론)을 부정하여 왔습니다. 그러나 다른 중요한 契約法原則들과 마찬가지로 契約拘束力의 원칙도 세월과 함께 침식되어 왔습니다. 그 주요한 원인은 바로 正義와 衡平의 이념입니다. 正義와 衡平의 이념에 의하면 契約은 그 이행 단계에 있어서도 당사자들을 실망시켜서는 안됩니다. 이러한 의도에서 법률은 契約拘束力의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있습니다. 예를 들면 終身定期金契約이나 商事貸借契約과 같은 契約에서는 내용의 수정을 인정합니다. 그러나 최근 몇 년간에 있어서 가장 중요한 현상은 무엇보다도 信義則의 출현이라고 할 수 있습니다. 물론 프랑스民法典 제1134조 제3항은 합의는 信義則에 좇아 이행하여야 한다고 규정하고 있습니다. 그러나 20년 전까지만 하더

(20) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6^e éd., 1996, p. 399 s.

(21) Com., 4 avril 1995, *D.* 1996, p. 14, note S. Piquet.

라도 학설도 판례도 이 규정에 대하여 특별한 의미를 거의 인정하지 않았고 따라서 본 조항은 무용지물의 규정으로 생각되었습니다. 이 점이 다른 입법례 예를 들면 獨逸法(독일민법전 제242조), 스위스法(스위스채무법 제2조 제1항) 또는 信義則에 상당히 중요성을 부여하고 있는 국제상사법과 다른 커다란 차이라고 하겠습니다.⁽²²⁾ 그러나 20년 전부터는 판례는 信義則을 자주 원용하고 있습니다. 信義則은 각 契約當事者들이 성실하게 행위를 할 것을 요구합니다. 예를 들면 수급인이 契約에 규정되어 있지 않음을 이유로 기술상 요구되는 작업을 실행하지 않는 것은 信義則에 따르는 것이 아니라고 합니다.⁽²³⁾ 또 임차주택단지의 소유자가 대금을 지급하지 않았음을 이유로 회사가 물의 공급을 끊자 소유자가 오히려 회사를 상대로 대금청구를 지체하였음을 이유로 손해배상을 청구하는 것은 信義則에 따르는 것이 아니라고 합니다. 이 사건에서 과기원은 소유자는 공급된 물의 대금을 지급하여야 함을 알았어야만 하였고 또 공급회사에게 대금청구의 지체사실을 통지하였어야 한다고 판시하였습니다.⁽²⁴⁾ 또 信義則에 의하면 채권자가 권리를 남용하여 해제권을 행사하거나, 변제를 받거나, 보증금을 받거나 또는 공급물품의 가격을 증액하는 것은 비난받아 마땅합니다.⁽²⁵⁾ 信義則은 契約의 정신에 합당한 이행, 즉 유익하고 공정한 이행을 요구합니다. 그리고 信義則은 당사자에게 적극적인 행위를 요구합니다. 이를테면 당사자들에게 정보제공의무 또는 협력의무를 요구합니다. 또 契約을 상황에 부합하게 할 의무도 信義則상의 의무에 포함된다고 볼 수 있으므로, 언젠가는 판례도 사정변경의 원칙을 완강히 배척하는 현재의 태도를 버리게 될지도 모릅니다.

이상에서 살펴본 것만으로는 프랑스契約法の 모든 면모를 다 살펴보았다고 할 수는 없습니다. 契約의 무효, 契約의 이행 또는 契約의 이전을 연구하여 보면 흥미있는 사실을 발견할 수 있을 것입니다. 이러한 사실들은 위에서 언급한 사실들과 일치할 것이고, 현재까지 발생한 여러 변화들을 확인하여 줄 것입니다.

요컨대 만일 契約이 변하여 시대의 요구에 적용하여 왔다면 그 결과 契約은 그 개념 자체의 정체성을 상당히 상실하였을 것이 분명합니다. 저명한 법학자들이 강조하고 있는 바와 같이, 契約을 규율하는 법원칙들이 상대적인 것이 되고 말았습

(22) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n. 622.

(23) Com., 31 mars 1992, Rev. trm. dr. civ. 1992, p. 760 obs. J. Mestre.

(24) Civ. 1, 23 janv. 1996, Rev. trm. dr. civ. 1996, p. 900 obs. J. Mestre.

(25) 상세한 것은 Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Obligations*, n° 752; *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 898, obs. J. Mestre를 참조. 유통계약에 있어서 가격의 결정에 대하여는 F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3^e éd., 1996, p. 126을 참조.

니다.⁽²⁶⁾ 즉, 현재 契約은 어느 정도만 契約自由의 원칙에 따르고, 어느 정도는 제3자에게 대항할 수 있고 또 어느 정도만 구속력이 있는 것인 셈입니다. 이러한 현상은 契約法の 체계에 불확실성을 초래하므로 많은 불편을 야기하게 됩니다. 이러한 면은 法官들이 契約相對效의 원칙 또는 信義則을 취급하는 태도를 보면 명백하게 알 수가 있습니다. 法院의 이러한 태도는 결국 司法의 간섭과 불확실성을 초래하고 맙니다. 이러한 상황에서는 누구나 적어도 契約法을 재구성하여야 하는 것이 아닌가 하는 문제를 제기하지 않을 수 없습니다.

II. 21세기의 프랑스契約法の 展望

최근 어느 학자가 “다른 학문분야의 미래를 전망하는 것에 못지 않게 입법학의 미래를 전망한다는 것도 무모한 일이라 하지 않을 수 없다. 모든 예견은 실제 있을 변화와 빗나가고 말 것이다”라고 갈파하였습니다.⁽²⁷⁾ 만약 50년 전에 어느 법률가가 20세기 후반부의 契約法을 전망하였다면, 그의 전망은 틀림없이 빗나가고 말았을 것입니다. 왜냐하면 프랑스가 2차대전을 겪으면서 국가규모가 축소되었음에도 불구하고 10년 후에 이룩한 엄청난 경제적 도약과 그에 따른 법률적 변화를 그는 거의 예측할 수 없었을 것이기 때문입니다. 저의 동료인 어느 경제학자가 최근에 저에게 현재 판매되고 있는 제품의 거의 반은 10년 전에는 존재하지도 않았다고 말한 적이 있습니다. 이러한 상황에서 누가 契約法の 미래를 전망할 수 있겠습니까? 기술의 발전 또는 사회의 진화로 인하여 초래될 혼란을 예견할 수 없는 마당에 누가 20년 또는 30년 후의 우리 사회에서의 契約의 변화를 안다고 주장할 수 있겠습니까? 바로 이러한 점에서 여러분은 제가 契約法の 미래를 전망함에 있어서 신중하고 조심스럽지 않을 수 없음을 잘 이해하실 것입니다.

현대의 契約法에는 어떤 지표가 없다는 것은 분명한 사실입니다. 그러나 누구도 이에 만족할 수는 없습니다. 契約法の 미래가 어떻게 될 것인가가 문제라고 하지 않을 수 없습니다. 契約法の 미래를 보장하는 방법에는 두 가지가 있습니다. 하나는 순전히 국내법의 차원에서 契約法の 변화 또는 개혁을 이룩하는 것입니다. 다른 하나는 契約法을 국제적으로 통일하는 것인데 이것이 오히려 미래 세계의 현실에 보다 부합하는 것이라고 볼 수도 있습니다.

(26) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, n° 301.

(27) B. Oppetit, *L'avenir de la codification, Droits*, n° 24, p. 73.

1. 국가적 차원의 契約의 革新

契約法을 혁신하여야 한다고 주장하는 학자들은 많지만, 그 방법론은 각양각색입니다. 어떤 학자들은 법을 개정하여 契約法을 재구성하여야 한다고 주장하고, 다른 학자들은 학문적인 심사숙고를 거쳐 법의 일반원칙을 다시 고쳐 씌으로써 契約法을 재구성하여야 한다고 주장합니다.⁽²⁸⁾

입법을 통하여 契約法을 혁신하고자 하는 시도는 과거에도 두 번 있었습니다. 한번은 1904년 민법전제정 100주년에 있었고 또 한번은 제2차 세계대전 후인 1960년대에 있었습니다. 그러나 두 번 다 성공하지 못했습니다. 특히 1960년대에는 장래에 있을지도 모를 유럽법의 통일을 기다리다가 실기하고 말았습니다.⁽²⁹⁾ 현재는 프랑스民法典 중 契約法에 관한 부분을 개정하려는 계획은 전혀 없습니다. 가까운 장래에 契約法이 혁신된다고 하더라도 이러한 방법을 택할 것 같지는 않습니다(반대로 네덜란드와 퀘벡과 같은 나라들은 새로운 민법전을 채택하였습니다).

契約法의 일반원칙을 학문적으로 재구성하는 것이 보다 더 신뢰할 수 있는 방법입니다. 이러한 방법에는 학문적인 숙고를 거친 후 새로운 제안이 따를 것입니다. 우선 학문적인 숙고란 다름 아니라 契約法은 통제주의와 자유주의를 조화하여야 한다는 요구입니다. 국가는 일련의 금지를 가할 수 있다는 것이 일반적인 것이기는 하지만, 그렇다고 모든 것을 지도할 수는 없습니다. 개인 사이의 경제적 관계를 조정하기 위해서는 개인에게 자유를 주고 이에 대하여 책임을 묻는 것이 필요합니다.⁽³⁰⁾ 게다가 낙관론자들은 지나치게 규제를 하는 것은 과거로 회귀하는 것이라고 생각합니다. 요컨대 契約의 신자유주의를 찬양하는 것입니다.

어떠한 제안에 따를 것인지는 매우 흥미있는 문제인데, 그것은 오래전부터 전형적인 시계추운동을 보여 왔습니다. 즉, 각 시대에 따라서 혹은 特殊契約法이 혹은 一般契約法이 각각 우위를 차지하였습니다.⁽³¹⁾ 프랑스民法典 제정 당시에는 一般契約法이 特殊契約法보다 훨씬 중요하였음을 부인할 수 없습니다. 그러나 최근의 수십년간에는 입법의 개입으로 말미암아 전술한 바와 같이 特殊契約法이 다시 중요성을 띠게 되었습니다. 오늘날에는 학자들은 특별법에 발아하고 있는 새로운 법원칙들을 일반법원리에 통합하여야 한다고 보며, 판례에 대하여도 마찬가지로 말을 하고 있습니다. 그렇지 않으면 전통적 법원칙들에 너무나 많은 예외를 인정하여 결국

(28) C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 358-359.

(29) J. Carbone, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 29.

(30) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, n° 41.

(31) B. Gross et Ph. Bihl, *Contrats*, PUF, 1993, p. 20 s.

법의 일반원리는 그 의의를 상실하여 사문화되어 버리고 말 것입니다. 그렇게 되면 特殊契約法을 일반법원리에 통합되지 못하게 되어 契約法은 파국을 맞아야 할 것입니다.⁽³²⁾ 그리고 심지어 학자들은 새로운 원칙을 제안하기까지 합니다. 평등의 원칙, 형평의 원칙 그리고 박애의 원칙이 바로 그것입니다. 이 원칙들은 契約의 체결과 契約의 이행도 초월하는 것이라고 합니다.⁽³³⁾ 우선 평등의 원칙이란 우월한 지위에 있는 契約當事者는 그 지위를 남용하여서는 안된다는 것을 지향하는 모든 원칙들을 포괄합니다(意思表示의 하자론의 확대, 정보제공의무, 契約의 해석방법). 또 형평의 원칙은 契約의 객관적 접근을 요구합니다. 이 원칙은 각 당사자의 의무와 권리 사이에 그리고 契約의 각 규정 사이에 형평을 꾀하려 합니다. 특히 이 원칙은 사정변경을 이유로 契約의 내용을 수정하는 것을 허용합니다. 마지막으로 박애의 원칙은 契約의 체결과 이행을 용이하게 하기 위하여 충실의무와 협력의무의 관계를 대립적 관계에 대체하려고 합니다(예를 들면 信義則에 따른 협상의무, 契約의 재협상의무). 이러한 제안은 실익이 있는 것으로서 더 심화할 필요가 있습니다. 다만 새로운 원칙들과 전통적인 법원칙들을 조화하여야 한다는 문제가 남습니다. 전통적인 원칙들도 재정립되어 계속 유지될 수밖에 없는 것입니다. 그러나 학자들의 노력에도 불구하고 일반법원리의 재구성작업이 진정 이루어졌다고 말하기는 어렵습니다. 달리 말하면 앞으로 몇 년 동안에도 契約法의 변화는 특별법의 속도와 판례의 대담한 태도에 뒤떨어질 것이라는 것입니다. 그리고 이러한 방법이 미래에 契約法의 장래를 충실히 보장할지도 의문입니다.

2. 국제적 차원의 契約의 革新

契約法을 국제적으로 통일한다는 것은 분명 매력적인 것입니다. 뛰어난 비교법학자였던 Tallon은 프랑스民法典의 제정자 중의 한 사람이었던 Portalis의 말을 빌려, 법의 통일은 대혁명에 의해서만 가능하다고 설교하였습니다.⁽³⁴⁾ 그런데 국제경제관계에서 두 가지 차원에서 두 가지 혁명이 일어났습니다. 유럽의 차원에서, 유럽의 통합이 실현되었습니다. 그리고 전세계 차원에서, 경제의 세계화가 실현되었습니다. 그 결과 경제관계를 규율하는 기본법인 契約法을 계속 국가적 차원에서만 규율하는 것은 시대착오적인 것처럼 되어 버렸습니다.

(32) C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*, 1997, p. 371.

(33) C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*, 1997, p. 377 s.

(34) D. Tallon, *Vers un droit européen du contrat?* in *Mélange offerts à A. Colomer*, Litec, 993, p. 485.

(1) 유럽契約法の 통일

현재까지 유럽통합이 契約法에 미친 영향은 매우 미약합니다. 契約法의 영역에서 유엔가입국에 공통으로 적용된 국제일반법을 정립하고자 하는 1980년 6월 19일자 로마조약을 제외하고는, 유럽통합의 영향은 소비자를 보호하거나 保險契約, 商事仲介契約과 같은 몇몇 契約에 있어서 각국의 법을 조화시키기 위하여 몇몇 권고안이 채택된 것에 그쳤습니다. 각국의 법을 조화시키고자 하는 노력이 계속되더라도, 이에는 불편한 점이 따릅니다. 즉 권고안을 각국의 국내법에 이식한다고 해서 국가들 사이의 불균형이 반드시 해소되는 것은 아닙니다. 그렇게 해서 확고한 기반을 가진 유럽契約法이 정립될지도 의심스럽습니다.⁽³⁵⁾

단순히 각국가의 법을 조화시키는 것보다는 각국의 법을 통일하는 것이 더 바람직한 것일지도 모릅니다. 그리고 법의 통일에는 과거 전례가 있습니다. 비록 햇빛을 보지는 못했지만 1929에 제정된 프랑스-이태리 법안이 그것입니다. 이른바 법의 통일은 유럽연합의 모든 국가에 공통적인 것이어야 하므로 야심적인 작업이 될 것입니다. 그 옹호론자들에 의하면, 물량적 제한과 관세장벽을 제거하여야만 비로소 인력, 물자, 자본 그리고 용역의 자유로운 유통이 실현될 수 있고, 이에 의하여 비로소 각국가들의 법의 차이도 소멸하게 된다고 합니다.⁽³⁶⁾ 법의 통일을 위하여 코펜하겐의 Ole Lando 교수의 주도하에 1980년부터 위원회가 구성되었습니다. 이 위원회는 유럽연합의 기구와는 아무런 공식적 관계를 갖지 않고 독자적으로 유럽계약법원칙(The Principles of European Contracts Law)을 제정하였습니다. 이는 어디까지나 개인 몇 사람의 작업에 지나지 않은 것입니다.⁽³⁷⁾ 유럽연합 회원국의 국내 契約法을 조화시킬 목적으로 1989년과 1994년 두 차례에 걸쳐 결의안이 채택되었음에도 불구하고, 국내법의 조화는 더 이상 진척되지 않았습니다. 물론 국제연합은 장래에도 확장되어야 할 것입니다. 그러나 商事契約法뿐만 아니라 유럽연합의 모든 시민을 적용대상으로 하는 유럽법전을 제정하는 것을 반대하는 사람들도 있습니다. 어떤 사람들은 유럽법전의 제정은 유럽연합을 건설하는 데에 불가피한 조치라고 보지 않고,⁽³⁸⁾ 또 다른 사람들은 유럽은 로마법의 전통과 커먼로의 전통이라는 두 개의 다른 전통에 기초한 이원적 법체계를 가지고 있기 때문에 유럽법전의 제정은 현실적이지 못하다고 주장합니다.⁽³⁹⁾ 만일 유럽법이 통일되어야 한다면, 현재의 상태

(35) Cl. Witz, *Vers un droit européen des contrats*, *Journées de la Société de législation comparée*, 1995, p. 217 s.

(36) G. Gandolfi, *Pour un code européen des contrats*, *Rev. trim. dr. civ.* 1992, p. 707 s.

(37) G. Rouhette, *Les codifications du droit des contrats*, *Droits*, 1996, p. 12 s.

(38) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, p. 37.

(39) P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, *Rev. int. dr. comparé*, 1996, p. 779 s.

에서 예측하건대 이는 아주 먼 장래에나 가능할 것입니다. 그러나 어떤 학자들은 유럽법전이 탄생되기 위해서는 엄청난 준비작업이 필요하다고 보고, 그러한 작업에 의하여 개별국가들의 법 사이에 장벽이 허물어지고 마치 중세유럽과 같은 보통법(jus commune)이 부활될 것이라고 생각합니다.⁽⁴⁰⁾

(2) 世界契約法の 통일

세계의 契約法을 통일한다는 것은 아마도 공상과학의 영향을 받은 것이라고 생각할지도 모릅니다. 하지만 그러한 제안이 공상이 아닐 수도 있습니다. 실제로 그러한 제안이 있었습니다.⁽⁴¹⁾ 현재 50여 개 국가에 의하여 비준이 되어 그 분야에서 일반법이 되어 가고 있는 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(비인협약)을 생각한다면, 그러한 제안의 실현가능성이 그렇게 작은 것은 아닙니다.⁽⁴²⁾ 매매계약은 경제관계에 있어서 중요한 契約이라는 점을 생각한다면, 비인협약에 보인 호의는 契約法の 세계적 통일을 고무시키는 것이라고 할 수 있습니다. 바로 이러한 취지에서 Unidroit는 1994년 국제상사계약법원칙을 제정하였습니다. 그러나 이것도 개인적인 업적에 지나지 않습니다.⁽⁴³⁾ 이 법원칙은 국제상법을 점진적으로 법전화하려고 하였던 최초의 야망에 비추어 보면 지극히 미약한 업적에 지나지 않는 것입니다. 게다가 이 법원칙은 각 국가의 승인을 받을 것 같지도 않습니다. 이 법원칙은 기껏해야 국제입법기관이나 국내입법기관에 하나의 모델이 될 수 있을 뿐입니다. 그것도 먼 장래의 일에 불과합니다.

현재의 국제관계하에서 볼 때 유럽차원의 통일법이나 세계적 차원의 통일법은 특히 이를 제정한 사람들의 면면을 볼 때 권위가 전혀 없는 것은 아닙니다. Rouhette 교수가 현재의 법이라고 칭하고 있는 통일법이 실제로 영향을 미칠지는 이를 원용하는 契約當事者들의 선의에 달려 있다고 할 것입니다.

21세기중에 유럽차원 또는 세계적 차원에서 契約法の 통일이 이루어질 것인가를 예측하는 것은 마치 짐장이가 예언을 하는 것과 다를 바가 없습니다. 통일법이 나타나기까지는 각국가의 의회와 법원의 앞에는 아직도 무수히 많은 날들이 남아 있습니다. 그러나 비교적 진보적인 국가들의 법에서 찾아 볼 수 있는 공통적인 노력에 의하여 언젠가는 이 심포지움이 정하고 있는 목적이기도 한 통일법이 탄생할 수도 있을 것입니다.

(40) Cl. Witz, *Vers un droit européen des contrats, Journées de la Société de législation comparée*, 1995, p. 225.

(41) D. Tallon, *Vers un droit européen des contrats*, p. 488.

(42) Cl. Witz, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, D. 1997, somm. comm., p. 217.

(43) G. Rouhette, *Les codifications du droit des contrats*, p. 115.