

# 이슬람법상 계약위반에 대한 구제방법에 관한 연구

손태우\*·김분태\*\*

## 차 례

- I. 서 론
- II. 이슬람법상 계약위반
  - 1. 이슬람법에서의 계약
  - 2. 이슬람법상 계약위반에 대한 책임
- III. 이슬람법상 계약위반의 구제방법
  - 1. 계약해제
  - 2. 손해배상
  - 3. 특정이행청구
  - 4. 계약의 종료
  - 5. 민사구급
  - 6. 추인
  - 7. 우호적 화해
  - 8. 기타
- IV. 결론

\* 이 논문은 2013년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2011-330-B00106)

\*\* 이 논문은 2010년 동서대학교 동서프론티어 과제지원으로 수행되었음

\* 부산대학교 법학전문대학원 교수 (제1저자)

\*\* 동서대학교 경영학부 부교수 (교신저자)

접수일자 : 2013. 10. 30. / 심사일자 : 2013. 11. 30. / 게재확정일자 : 2013. 12. 10.

## I. 서론

세계 법체계를 대륙법과 영미법으로만 보는 이분적 사고방식 아래에서 이슬람법(Sharia: 샤리아)은 여전히 국제적으로 그 존재와 가치를 인정받지 못하고 있는 것이 현실이다. 우리나라에서도 역시 이슬람법에 대한 관심은 이슬람국 중 아랍 이슬람국을 중심으로 국내 일부 연구소와 학회를 중심으로 주로 인문학·지역학적 측면에서 연구하고 있다. 그러나 최근 이슬람국가와 우리나라간의 경제 교류의 확대, 고유가 상황, 산유국의 인프라 투자 증대와 상품수입 증대 그리고 오일머니의 대규모 국내투자가 예상됨에 따라 통상 및 경제교류에 따른 이슬람법에 대한 관련 자문과 체계적인 연구가 절실히 요구되고 있다.

최근 제2의 중동 붐으로 많은 우리 기업들이 아랍 이슬람국가에 진출하고 있으며, 파스키탄, 방글라데시, 인도네시아, 말레이시아 등 남아시아 및 동남아시아 이슬람국가에도 한류문화 등의 소프트웨어적 영역 뿐만 아니라 기업의 투자와 교역이 증가일로에 있다. 이러한 투자와 교역은 계약이라는 법률행위로 이루어지고 있으며, 그러한 계약은 당사자의 계약자유의 원칙에 따라 한쪽 당사자인 이슬람국가의 법이 준거법으로 되거나 상대방 당사자측인 우리나라를 포함한 비무슬림국가의 법이 준거법으로 될 것이다. 또 국제물품매매에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980: 아래에서 'CISG'라고 약칭함)<sup>1)</sup>과 같은 국제협약을 준거법으로 삼을 수 있다. 즉 이슬람국가 시장에 진입하기 위해서나 무슬림과의 원활한 협상과 계약체결을 위해서 준거법으로써 뿐만 아니라 상대국의 법제도에 대한 이해와 습득이라는 측면에서도 이슬람법을 알아야 함은 지극히 당연한 일이다. 여기서 말하는 이슬람법은 세계인구의

---

1) CISG는 물품매매를 중심으로 한 국제거래에 적용되는 法源으로 국제무역거래에서의 법적 장애를 제거함으로써 국제무역증진을 목적으로 1980년 비엔나에서 체결되어 1988년 1월 1일부터 그 효력이 발생되었다. 2013년 7월 현재 우리나라를 위시한 79개국이 계약국으로 가입하고 있으며, 그 중 이슬람국가 7개국인 이집트, 이라크, 시리아, 모리타니아, 키르기스스탄, 우즈베키스탄, 키프로스 등이 가입하고 있다. CISG는 물품매매에 관한 주요 국제협약으로 국제물품매매라는 특정부분에서 국제적 통일사법이라는 성공적인 평가를 받고 있다. 출처:<[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>(2013.7.8 접속).

16억 정도를 차지하는 무슬림(이슬람인)<sup>2)</sup>에 적용되는 법이자 인구의 대다수가 무슬림으로 구성되어 있는 국가인 이슬람국가에 적용되는 법이다.<sup>3)</sup> 물론 19세기 중엽부터 당시 아랍지역을 지배하고 있었던 오스만제국은 프랑스를 위시한 유럽열강으로부터 근대화에 필요한 법계수를 통해 프랑스식 상법 및 형법 등을 제정하였다.<sup>4)</sup> 아울러 동시기에 다수파인 하나피학과<sup>5)</sup> 학자들은 매매, 신탁, 조합 등과 같은 일상생활 및 상거래에 관련된 내용을 포함한 동 학파의 가르침을 집대성한 마자라(Majalla)를 편찬·시행하였다.<sup>6)</sup> 이처럼 서구식 사법체계를 도입한 아랍국가도 여전히 샤리아에 입각한 법원리를 유지하고 있을 뿐만 아니라 동일한 법률용어라 하더라도 서구식 해석과 다른 샤리아에 입각한 해석을 많이 해 오고 있다. 특히 1970년대 시작한 이슬람중흥과 서구 열강에 대한 불신으로 일상 생활관계를 다루는 계약 부분에 샤리아의 영향력이 더욱 커지고 있다.

이 논문은 이슬람국가와의 교역, 투자 및 무슬림과의 계약체결시 필요한 사전 지식과 계약불이행과 같은 사후 분쟁해결에 필요한 이론을 제공하고자 이슬람법의 계약법리, 그 중에서도 계약위반의 구제방법에 초점을 두고 있다. 물론 이슬람법의 계약법리는 크게 계약의 성립과 효력에 관한

2) 참조 <[http://en.wikipedia.org/wiki/Islam\\_by\\_country](http://en.wikipedia.org/wiki/Islam_by_country)>(2013.7.8 접속).

3) 참조 손태우, “샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구”, 『법학연구』제54권 제1호, 2013.2, 143-144쪽.

4) See Nabil Saleh, “How will the Sharia influence Middle East contract law over the next 20 years?”, 24 No. 7 Middle E. Executive Rep. 9, West page 3 (July 2001); 타임 안샤리(류한원 번역), 이슬람의 눈으로 본 세계사, 뿌리와 이파리, 2011, 393-425쪽.

5) 이슬람에는 다수학파인 순니(Sunni)파와 소수파인 시아(Shiites)파로 나뉜다. 순니파는 다시 4개의 학파, 즉 하나피(Hannafi), 말리키(Maliki), 샤프(Shaffi) 및 한발리(Hanbali)가 있다. 하나피학파는 샤리아에 대해 비교적 유연하고 관대한 해석을 그 특징으로 하며, 전체 무슬림의 약 3분의 1정도가 하나피학파의 입장을 따르고 있다. Lu'ayy Minwer Al-Rimawi, “Relevance of Shari'a in Arab Securities Regulation with Particular Emphasis on Jordan as an Arab Regulatory Model”, 27(8) Comp. Law. 227, 229 (2006); 한스 쿵 (손성현 번역), 이슬람 -역사·현재·미래-, 시와 진실 출판사, 2012, 496-501쪽.

6) See Nabil Saleh, supra note 4, p.4-5(Westlaw pages); Chibli Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, 2007, p.239-243: 마자라는 1869년부터 1876년까지 서문과 16권책으로 완성된 오스만제국의 민법전으로 샤리아에서 종교적 의례를 제외한 민·상사거래와 관련된 백과사전적 규범집이었다. 이는 당시 오스만제국과 튀니지에서 통용된 일세대 근대성문법규로 이세대인 산후리(Sanhuri)법규와 더불어 오늘날 중동국가의 민상법의 기초토대 역할을 하고 있다. id.

것)과 계약위반에 대한 구제방법으로 나눌 수 있으며, 이 논문은 후자에 관해서만 논하고자 한다. 여기서 말하는 계약법리는 신분계약을 제외하고 상사계약을 중심으로 한 사법적 계약을 중심으로 설명하고자 한다. 이를 위해 현 국제사회의 주된 법체계인 대륙법과 영미법 나아가 국제협약인 CISG상의 계약위반에 대한 구제방법을 이슬람법과 상호비교하면서 이슬람법상 계약위반의 구제방법을 논할 것이다. 이렇게 이슬람법이 대륙법 및 영미법과 병행할 수 있는 또 다른 법체계로서의 가치와 이념이 있음을 밝힘으로써, 우리 정부와 기업이 이슬람국가 혹은 무슬림과의 계약에서 준거법으로서 이슬람법에 대한 편견과 우려를 없애고 나아가 이들 계약법에 대한 필요한 지식을 제공할 수 있을 것이다.

## II. 이슬람법상 계약위반

### 1. 이슬람법에서의 계약

이슬람국가를 포함한 동서양에서 계약(al Aqd: 알 아크드)<sup>8)</sup>은 기본적인 법률행위의 형태이다. 계약은 자신의 의사표시에 의하여 스스로 구속되는 자율적 의사표시로 그 목적이 도덕적 한계 속에서 자유롭게 이루어진다.<sup>9)</sup> 이러한 계약이 법질서의 승인을 받을 때에 구속력을 갖는다.<sup>10)</sup> 이슬

7) 참조 손태우, “이슬람법상 계약의 성립과 효력에 관한 연구”, 『상사판례연구』 제26집 제1권, 2013.3.

8) 계약을 아랍어로 알 아크드(al Aqd)로 칭하며, 원래 의미는 ‘의무(obligation)’ 혹은 ‘구속(tie)’을 의미한다. see Abdur Rahman I. Doi, *Sharia: The Islamic Law*, A.S. Noordeen Publisher, 2011, p.355.

9) 일부 학자는 계약의 구속력을 명문으로 규정한 것으로 1804년 프랑스 민법 제1134조를 들고 있다. 동 규정은 많은 중동 아랍국가를 위시한 여러 동서양국가에 영향을 미쳤으며, 그 내용은 다음과 같다: “합법적으로 성립된 계약은 당사자 사이에 법적 구속력을 가진다.” 일부 개도국에서는 위 규정 중 ‘합법적’으로 성립된 계약을 국가 제정법에서 규정하고 있는 계약만을 말하고 그렇지 않는 것은 구속력이 없다고 해석하지만, 현대 프랑스민법에서는 계약의 내용이 명확하다면 당사자의 의사는 그러한 내용으로 해석되어야 한다고 규정함으로써 당사자의 의사가 계약구속력의 본질적 요소로 파악하고 있다. see Jacqueline McCormack, “Commercial contracts in Muslim countries of the Middle East: A comparison with the United States”, 37 *Int'l J. Legal Info.* 1, 13 (Spring 2009).

람법에서 계약의 구속력 역시 기본법인 샤리아에서 찾을 수 있다. 예컨대 알라는 계약당사자의 증인이기 때문에 개인이건 공적 실체이건 간에 계약을 따를 의무가 있으며<sup>11)</sup>, 꾸란에서도 계약준수의 의무를 강조하고 있다.<sup>12)</sup>

계약의 개념에 대해 이슬람법은 대륙법 및 영미법과 공통된 요소를 많이 가지고 있지만, 구체적인 계약의 성립 및 효력에 있어서 다소 차이점이 있다. 일반적으로 이슬람국가에서도 계약은 이잡(ijab: 청약)과 꾸불(qubul: 승낙)으로 성립된다.<sup>13)</sup> 즉 계약을 체결할 의사를 가지고 상대방에 의사표시를 하는 것이 이잡이며, 이에 상대방이 그러한 의사표시를 수락하는 의사표시가 꾸불이다. 또한 샤리아 역시 영미법과 대륙법처럼 계약의 성립요건<sup>14)</sup>과 효력요건<sup>15)</sup>을 대체적으로 인정하고 있다. 예컨대 청약과

- 
- 10) 참조 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009, 12쪽; 김형배, 민법학강의-이론·판례·사례-, 신조사, 2004, 906쪽; 곽윤직, 채권각론(민법강의IV), 박영사, 2005, 59쪽; 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 법문사, 2012, 447쪽.
- 11) 참조 Fatima Akaddaf, “Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible with Islamic Law Principles?”, *13 Pace Int'l L. Rev.* 1, 21-22 (2001), p.25-26
- 12) 예컨대 꾸란 제5장 제1절: “그대들 믿는 자들이여, 모든 의무를 다할지어다.”; 꾸란 제17장 제34절: “계약을 이행하여라. 계약은 반드시 힐문(詰問)당한다”.
- 13) 일반적으로 대륙법상 계약은 청약과 그에 대한 승낙으로 이루어지지만, 영미법에서 거기에다 컨시더레이션(consideration: 約因)이라는 요소가 필요하다. 그러나 CISG에서는 대륙법적 입장을 취하여 청약과 승낙만을 계약의 성립요건으로 본다(참조 CISG 제23조). 유의할 것은 경제적 가치교환인 컨시더레이션에 대한 영미법상의 중요성이 상실되어 가고 있다는 점이다. 한편 샤리아는 영미법과 같이 컨시더레이션을 계약의 일반적 요소로 보고 있지 않은 학자가 있는 반면에, 일부 학자는 계약은 한쪽 당사자가 상대방에게 컨시더레이션으로 볼 수 있는 어떤 것을 제공하고 상대방이 그러한 청약을 수락하는 경우에 성립된다고 보아 컨시더레이션을 계약의 성립요건으로 본다. 그러나 샤리아상 계약의 성립요건으로 컨시더레이션을 인정하는 학자도 영미법처럼 엄격한 의미로 해석하고 있지 않다. see Abdur Rahman I. Doi, *supra* note 8, p.356; 손태우, 앞의 글(주7), 169-173쪽.
- 14) 법률행위의 성립요건이란 법률행위로서 인정받기 위한 최소한의 외형적 요소로써 그 법률행위의 효력이 발생하기 위한 적극적 요건이다. 예컨대 법률행위의 당사자, 목적 그리고 의사표시의 존재가 일반적인 성립요건이다. 한편 법률이 법률행위의 성립에 특별한 요건을 요구하는 경우가 있는데, 이를 특별성립요건이다. 참조 김형배, 앞의 책, 94쪽; 곽윤직, 민법총칙(민법강의I), 박영사, 2007, 199쪽.
- 15) 법률행위의 효력요건이란 성립요건을 갖춘 법률행위가 그 내용대로의 법률효과(권리, 의무의 발생)를 발생하는 데 필요한 요건으로써 그 법률행위의 효력을 부인하는 규정에 해당하지 않는다는 소극적 의미를 말한다. 일반적 효력요건으로는 법률행위

승낙의 효력요건으로 행위자의 행위능력이 이슬람법에서도 요구된다.<sup>16)</sup> 계약성립의 형태에 관해서는 샤리아는 대륙법과 영미법의 절충적 성격을 가진다. 즉 샤리아는 대륙법과 CISG<sup>17)</sup>처럼 계약이 성립하는데 어떤 양식을 요구하지 않고 구두에 의해 성립된다. 그러나 꾸란에서는 계약의 서면성을 강조<sup>18)</sup>하고 있는 바, 이는 사후 분쟁방지를 위한 추천사항으로 보고 의무사항으로 보고 있지 않다.<sup>19)</sup> 그 밖에도 꾸란에 나타난 상관습과 계약 관행과 관련된 사항으로는 계약준수의 원칙, 계약성립의 명확성, 계약의 윤리성, 당사자 의무준중의 필요성, 리바(riba: 이자)<sup>20)</sup>의 엄격한 금지 등이 대표적이다.

---

시 당사자의 권리능력·행위능력·의사능력이 존재하여야 하며, 법률행위의 목적이 확정되어야 하고 실현할 수 있어야 한다. 또한 그 목적이 적법성과 사회적 타당성을 있어야 한다. 마지막으로 의사표시에 있어서 의사와 표시가 일치하여야 하며, 자유로워야 한다. 참조 김형배, 앞의 책, 94-95쪽; 곽윤직, 앞의 책(민법강의I), 199-200쪽.

- 16) See Abdur Rahman I. Doi, *supra* note 8, p.357; 손태우, 앞의 글(주7), 173-174쪽.
- 17) CISG 제11조: “매매계약은 서면에 의하여 체결되거나 입증될 필요가 없고, 방식에 관한 그 밖의 어떠한 요건도 요구되지 아니한다. 매매계약은 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 입증될 수 있다.”
- 18) 꾸란 제2장 제282절: “그대들은 액수의 다소를 불문하고 그 기한에 대하여 기록하는 것을 싫어하여서는 안 된다. 이렇게 하는 것이 알라께서 보신다 하더라도 공정하며 증언의 형식으로서도 타당하고 의혹이 생기는 일도 적다.”
- 19) See Fatima Akaddaf, *supra* note 11, p.28; Nabil Saleh, “Remedies for breach of contract under Islamic and Arab laws”, 4 *Arab L. Q.* 269, 270 (1989).
- 20) 이슬람에서 리바는 가난한 자를 착취하는 억압의 근원이자 계약을 무효화시키는 요인으로 보아 모든 상거래에서의 리바를 금지하고 있다. 이는 다음과 같이 꾸란에 엄중한 계시로 표현되어 있다: “믿는 신앙인들이여 이자를 거둬서 삼키지 말라. 그리고 하나님을 두려워 하라. 그러면 너희가 번성하리라.”(꾸란 제3장 제130절); “믿는자들이여 하나님을 공경하라. 만일 너희들이 믿음이 있다면 추구하는 이자를 포기하라. 만일 너희가 행하지 않는다면 하나님과 선지자께서 너희에게 경고할 것이며 너희가 회개한다면 원금을 가질 것이니 부정을 저지르지 말 것이며 부정을 당해서도 아니 되니라.” (꾸란 제2장 제278절-제279절) 유의할 것은 이슬람에서는 이자획득은 금지되고 있지만 이윤획득은 성실한 노동의 대가이며 책임이 따르는 경제활동으로 보아 이를 인정하고 있다. 따라서 많은 이슬람국가는 은행을 위시한 금융활동에서 발생하는 이자를 각종 이슬람금융기법을 통해 이윤획득으로 전환해서 경제활동을 하고 있다. 참조 Hesham M. Sharawy, “Understanding the Islamic prohibition of interests: A guide to aid economic cooperation between the Islamic and western worlds”, 29 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 153, 161 (2000); 손태우, “아랍 이슬람국가에서의 국제물품매매에 관한 유엔협약(CISG)의 법적 적용가능성에 관한 연구”, 『법학연구』, 2010.5, 373-374쪽.

한편 이슬람국가 역시 대륙법과 영미법 국가와 마찬가지로 계약당사자간의 공정성과 상호호혜를 계약상의 의무에 중요한 요소로 본다.<sup>21)</sup> 또한 계약당사자간의 의무가 불균형을 이루고 있다면 계약상 부당한 착취가 있는 것으로 보아 계약의 성립요건인 상호간 동의가 없는 것으로 간주되어 그 계약은 무효가 될 수 있다.<sup>22)</sup> 유의할 것은 이슬람은 종교와 정치나 일상생활을 구분하지 않고 있으며, 세속적인 영역과 거룩한 영역을 구분하고 있지 않다. 이에 무슬림은 일상생활에 요구하는 꾸란의 여러 의무사항을 계약으로 회피하거나 무효화시킬 수는 상당히 어려울 것이다. 왜냐하면 계약의 효력요건인 급부의 적법성이나 사회적 타당성은 결국 이슬람사회에서의 샤리아의 법적 지위와 영향력과 관련되기 때문이다. 그 중에 음주, 돈육 및 돈육가공식품의 지식, 음란물과 관련된 계약이나 도박, 지나친 불확실성(gharar: 가라르)<sup>23)</sup>, 이자가 포함된 계약은 샤리아상 무효이다.<sup>24)</sup>

21) See C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence -An International Perspective*, St. Martin's Press, 1988, p.66.

22) See Hussein Hassan, "Contracts in Islamic Law: The Principles of Commutative Justice and Liberty", *13:3 Journal of Islamic Studies*, 257, 288 (2002). 이슬람학파들은 이 문제에 관해 의견의 차이를 보고 있는 바, 말리키학파와 하나피학파는 계약당사자중 한쪽이 계약 경험이 없거나 무지하여 계약내용을 잘못 표시하거나 계약의무가 불균형을 이루고 있다면 그 계약은 무효가 될 수 있다. 이에 반해 샤피학파와 한발리학파는 계약 무효가 되기 위해서는 계약의무가 상당히 불균형이어야 하고 사기에 의한 계약이어야 한다고 한다. id.

23) 가라르 역시 다음과 같이 코란에 금지되어 있는 바, 이는 위험부담계약으로 도박과 같은 사행성계약이기 때문이다: "술과 도박에 관하여 그대에게 물을 때 일러가르되 그 두 곳에는 큰 죄악과 인간에 유용한 것이 있으나 그것의 죄악은 효용보다 크다" (코란 제2장 제219절) ; "믿는자들이여 술과 도박과 우상숭배와 점술은 사탄이 행하는 불결한 것들이거늘 그것들을 피하라. 그리하여 너희가 번성하리라"(코란 제5장 제90조). 유의할 것은 가라르는 리바와 더불어 샤리아에서 엄격하게 금지하고 있는 거래형태이지만, 상거래의 편리성을 위해 예언자 모하메드가 예외적으로 인정한 살람(Salam: 선물매매계약)이 있다. 이것은 장래 특정기일에 물품을 이전하기로 하는 물품매매계약으로 계약성립시에 매매대금이 즉시 지급되어야 하거나 분할대금지급에 따라 분할금 일부가 지급되어야 하는 등 일정한 요건을 요구한다. 이슬람학파에 따라서는 가라르를 억제시켜야 한다는 취지에서 살람의 유효성을 인정하기 위해 보다 엄격한 요건을 추가하고 있다. 참조 손태우, 앞의 글(주7), 183-184쪽.

24) See Raj Bhala, *Islamic law(Sharia)*, LexisNexis, 2011, p.542.

## 2. 이슬람법상 계약위반에 대한 책임

우선 계약위반에 대한 각국의 태도는 크게 채무불이행책임과 담보책임으로 구분하는 이원적 계약책임체제와 전자의 체제를 계약위반 (혹은 계약불이행)으로 묶어서 보는 일원적 계약책임체제로 나뉜다.<sup>25)</sup> 전자는 우리 민법과 개정전 독일민법과 같이 전통적 대륙법이 취하는 입장으로 채무불이행책임은 채무자가 그의 귀책사유로 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않은 경우에 이를 이행지체·이행불능·불완전이행으로 유형으로 나누어 검토하고, 담보책임은 채무자(매도인)가 제공하여야 할, 또는 제공한 권리나 물건의 하자에 대하여 매도인의 과실 유무를 불문하고 매도인이 부담하는 책임이다.<sup>26)</sup> 후자는 영미법계, CISG 및 2002년 독일개정민법에서와 같이 계약상의 의무위반 혹은 계약불이행이라는 개념하에 계약상 의무를 위반하는 모든 행위들을 통일적으로 파악하는 견해이다.<sup>27)</sup> 양자의 차이는 예컨대 우리 민법상으로는 하자 자체로 인한 직접적 손해(하자손해)에 대하여는 하자담보책임을 묻고, 하자로 인하여 추가적으로 발생한 손해(하자결과손해)에 대하여는 불완전이행 및(또는) 불법행위로 이유로 손해배상책임을 물을 수 있으나, CISG상으로는 양자를 계약위반에 기한 손해배상책임으로 물을 수 있다.<sup>28)</sup>

샤리아상 책임(daman: 다만)은 대륙법계나 영미법계처럼 형사적 범죄에서 뿐만 아니라 민사적 잘못에서 오는 불법행위나 계약불이행에서 나온

25) 참조 최준선 외 공저, 로스쿨 국제거래법-이론과 사례-, 박영사, 2011, 85쪽; 김형배, 앞의 책, 711-712쪽.

26) 참조 김형배, 앞의 책, 1015-1021쪽; 곽윤직, 채권총론(민법강의III), 박영사, 2007, 77쪽; 김상용, 앞의 책, 94-95쪽.

27) 참조 김형배, 앞의 책, 1018쪽; 김상용, 앞의 책, 95쪽; 최준선 외 공저, 앞의 책, 85-86쪽.

28) 최준선 외 공저, 앞의 책, 86쪽; 우리나라에서 불완전이행과 하자담보책임과의 관계에 관하여 다수설은 목적물 그 자체에만 하자가 있고 확대손해가 발생하지 아니한 경우에는 하자담보책임만이 문제로 되며, 불완전이행은 문제되지 아니한다고 한다. 왜냐하면 하자담보책임에 관한 규정을 채무불이행에 관한 규정에 대하여 특별법 관계로 보기 때문이다. 이에 비해 소수설은 하자담보책임은 무과실책임이고 그 손해배상의 범위는 신뢰손해에 국한되므로, 채무자의 귀책사유를 요하고 이행이익의 손해배상이 가능한 불완전이행과의 경합을 인정하고 있다. 참조 곽윤직, 앞의 책(채권각론), 136-138쪽; 김상용, 앞의 책, 131쪽.

다.<sup>29)</sup> 즉 샤리아상 계약상 책임이 발생하는 경우는 당사자가 계약상 의무를 이행하지 않은 경우와 계약관계와 관련해서 민사적 잘못 혹은 불법행위의 효과를 초래하는 죄를 저지른 경우이다. 여기서 샤리아는 채무불이행책임과 담보책임을 구분하지 않은 일원적 계약책임을 취하고 있으며, 불법행위의 책임과 계약책임을 구분<sup>30)</sup>하고 있다.<sup>31)</sup>

### III. 이슬람법상 계약위반의 구제방법

#### 1. 계약해제

일반적으로 계약해제[khiyar(rescission): 키야르]란 유효하게 성립한 계약의 효력을 일방당사자가 의사표시에 의하여 소멸하게 하는 것을 말한다.<sup>32)</sup> 어떠한 범위내에서 계약의 해제를 허용할 지는 각국의 입법정책의 문제이나, CISG는 계약의 해제를 가능한 한 억제한다.<sup>33)</sup> 우리나라 민법은 해제권의 발생을 위한 전제로서 채무자의 채무불이행<sup>34)</sup>이 있을 것으로

29) See Raj Bhala, supra note 24, p.582.

30) 불법행위와 채무불이행은 모두 위법행위이지만, 전자는 법률에 반하는 행위이고 후자는 계약에 반하는 행위라는 점에서 다르다. 또한 계약책임은 특정인과 특정인, 즉 당사자의 특별한 계약관계를 전제로 하는 책임이나, 불법행위책임은 불특정 다수인 사이에 존재하는 일반적 책임이라는 점에서 양자는 구별된다. 또한 불법행위는 과실 책임주의(민법 제750조)에 따라 손해를 입는 피해자가 불법행위의 규정이 요구하는 가해자의 과실을 입증해야 하나, 계약책임에서는 채무자가 자신의 급무의무를 이행할 채무를 부담하는 자이므로 채무를 이행하지 않은 (혹은 할 수 없는) 경우에 자기에게 귀책사유 없음을 적극적으로 입증해야 한다. 따라서 양 책임이 경합한다면 채권자 (혹은 피해자)는 계약책임을 묻는 것이 유리하다. 참조 김형배, 앞의 책, 1244-1245쪽; 박윤직, 앞의 책(채권각론), 383-386쪽.

31) See Raj Bhala, supra note 24, p.583.

32) 참조 최준선 외 공저, 앞의 책, 101쪽; 박윤직, 앞의 책(채권각론), 80쪽; 김형배, 앞의 책, 966쪽; Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1982, p.152.

33) 기본적으로 CISG는 계약이 일단 유효하게 성립하면 당사자는 계약에 구속되고 임의로 이를 해제할 수 없으며, 다만 일방당사자의 본질적 계약위반이 있는 경우처럼 당사자 간의 신뢰관계가 훼손된 경우 일정한 요건하에서 당사자에게 계약해제권을 부여한다. 참조 CISG 제49조.

34) 참조 민법 제544조~제546조.

요구하나, CISG는 해제를 채무자의 귀책사유를 전제로 하지 않은 급부장애의 청산제도로 파악한다.<sup>35)</sup> 유의할 것은 해제권은 각국의 사법 혹은 CISG처럼 법률의 규정에 의해 발생하는 법정해제권과 당사자가 해제권을 미리 유보하는 약정해제권이 있다. 양자는 그 행사 및 효과에서 다를 바 없으나, 특약이 있으면 그 특약이 우선한다.<sup>36)</sup> 또한 약정해제권은 당사자가 이행 여부가 불확실한 계약의 구속으로부터 벗어날 수 있기 때문에 계약위반의 중요한 구제책이며 법원의 관여없이 행사할 수 있다.

대륙법과 영미법처럼 샤리아 역시 계약해제권의 행사를 너무 엄격하게 하거나 너무 쉽게하지 못하도록 하고 있다. 현재 영미법상 계약해제와 계약취소[faskh(cancellation): 파스크]<sup>37)</sup>의 사유가 되는 불가능, 이행불능 및 계약목적의 달성불능 등은 아래에서 보는 바와 같이 샤리아상 인정되는 해제권의 사유와 상당부분 유사하다.

한편 당사자가 해제권을 행사하면 일반적으로 손해배상의무를 제외하고 당사자는 계약상의 의무를 면하고 이미 계약을 이행한 당사자는 상대방에게 이행한 것의 반환을 청구할 수 있다.<sup>38)</sup> 이때 해제권의 행사는 일

35) 참조 최준선 외 공저, 앞의 책, 101쪽; 서헌제, 국제거래법-국제계약법·국제사법-, 법문사, 1997, 178-181쪽.

36) 참조 김형배, 앞의 책, 969쪽; 광윤직, 앞의 책(채권각론), 84쪽.

37) 우리나라 민법 제140조 내지 제146조가 적용되는 취소를 통상적으로 ‘협의를 취소’라고 하고, 그러한 규정이 적용되지 않고 다른 관련규정이 적용되는 취소개념도 있다. 협의의 취소는 의사표시가 행위무능력 상태에서 행하여지거나 또는 착오·사기·강박에 의하여 행하여진 경우에 의사표시의 효력을 일방적으로 소급해서 소멸시킨다. 참조 김형배, 앞의 책, 254쪽; 배재식·손주찬·이재상 감수, 큰글 법률학사전, 법률출판사, 2001, 1825-1827쪽; 이에 비해 샤리아상 계약은 “어느 당사자가 자신의 의무를 이행하지 않으면 계약을 취소할 수 없다”는 원칙 때문에 예외적으로 계약취소권이 행사되어진다. 예컨대 계약목적물의 소멸로 계약 그 자체를 이행할 수 없게 될 때와 같이 계약당사자가 자신의 의무를 이행할 수 없게 될 때이다. 그렇지 않으면 계약불이행으로 손해를 본 당사자는 원칙적으로 계약을 취소할 수 없고, 상대방에게 이행청구를 하거나 손해배상청구를 해야 한다. Chibli Mallat, *supra* note 6, p.283.

38) CISG상 계약해제는 계약을 존재하지 않는 것으로 만드는 것이 아니라, 급부의무가 이행되지 않았다면 그 급부의무만을 소멸시킨다 (CISG 제81조 제1항 제1문). 즉 해제효과에 대한 법리구성에서 청산관계설을 취하고 있는 것으로 해제의 의사표시에 의하여 기존의 계약관계가 청산관계로 변경되어 미이행채무는 소멸되고, 계속 존속되는 채권관계를 바탕으로 원상회복의무(반환의무)가 성립된다. 따라서 손해배상청구권의 기초는 그대로 있을 뿐만 아니라, 재판관할합의나 중재조항과 같은 분쟁해결조항, 그 밖에 해제 또는 장애의 경우의 해결과정으로부터 예컨대 계약법, 특별한 반

방적 의사표시로 기존의 법률관계에 변동을 가져오므로 그 법적 성질이 취소권과 마찬가지로 형성권이다.<sup>39)</sup> 유의할 것은 샤리아상 해제권과 취소권은 때때로 상호 교환적으로 사용된다는 사실이다. 이는 법률행위를 취소하면 그 법률행위는 처음부터 무효인 것과 마찬가지로 취소된 법률행위를 원인으로 하는 채무가 아직 이행되지 아니한 경우에는 그 채무를 이행할 필요가 없고, 이행된 채무는 원상회복되거나 부당이득으로 반환되어야 함으로 해제권의 효과와 유사하기 때문이다.

이러한 해제권은 일반적으로 당사자의 약정이나 법률의 규정에 의하여 행사기간이 정하여져 있고 원칙적으로 그 기간내에 행사되어야 한다.<sup>40)</sup> 샤리아상 해제권은 그 행사기간이 정해진 경우에는 그 기간내에 행사되어야 할 것이 요구되며, 만일 그 기간내에 행사되어지지 않으면 합의된 계약은 완성된다.<sup>41)</sup> 이때 당사자의 해제권 행사기간의 시점이 문제될 수 있는바, 샤리아에서는 그 시점을 당사자가 해제권을 실질적으로 행사할 필요성을 느낄 때로 본다. 예컨대 물품매매계약 혹은 교환계약에서 구매자가 해당 물품을 수령해서 그 물품을 검색할 수 있는 기회를 가진 이후에야 그 물품의 하자를 이유로 해제권을 행사할 수 있기 때문에 해당 목적물을 확인할 수 있을 때부터 기간이 시작된다.<sup>42)</sup>

다음으로는 샤리아상 인정되는 해제권의 4가지 경우<sup>43)</sup>를 살펴보면, 첫

---

환방법 또는 손해배상액과 같은 특별한 규정으로 된 계약조항 등은 계속해서 유효하다(CISG 제81조 제1항 제2문). 이에 비해 해제권이 행사되면 그 직접적인 효과로서 계약상의 채권 및 채무는 처음부터 존재하지 않았던 것처럼 소급하여 소멸한다는 직접효과설이 있다. 이에 의하면 아직 이행하지 않은 채무는 이제 더 이상 존재하지 않게 되고, 이미 이행된 급부는 법률상 원인을 상실하게 되므로 부당이득이 되어 부당이득반환의무를 발생시킨다. 다만, 반환의무의 범위가 현존이익의 한도에 그치지 아니하고 원상회복까지 확대된다고 한다. 참조 김형배, 앞의 책, 982-98쪽; 최준선 외 공저, 앞의 책, 196쪽.

39) 참조 박윤직, 앞의 책(채권각론), 81쪽; 김형배, 앞의 책, 245-246쪽.

40) 우리나라 민법 역시 해제권은 그 행사기간에 행사되어야 하며, 만일 행사기간이 미정인 경우에는 해제권이 형성권이란 점에서 10년의 제척기간에 걸린다. 그러나 법정해제권은 채무불이행을 전제로 한다는 점에서, 계약상의 채무가 소멸시효의 완성으로 소멸되는 때에는 해제권도 함께 소멸된다고 본다. 참조 박윤직, 앞의 책(채권각론), 85쪽; 김형배, 앞의 책, 981쪽.

41) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.585; Joseph Schacht, *supra* note 32, p.152.

42) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.585.

째, 해제권 행사기간이 포함된 약정해제권 (khiyar al shart<sup>44</sup>): 키야르 알 샤프트)이 있다. 샤리아상 해제권은 당사자의 약정 유무에 불구하고 샤리아에 의해 보호된다. 그러나 당사자는 계약 그 자체에 해제권의 행사기간을 명확하게 합의할 수 있으며 그러한 해제권 합의기간이 명시되어 있는 해제권이 키야르 알 샤프트이다.<sup>45</sup>

둘째, 중요한 하자로 인한 해제권(khiyar al aib: 키야르 알 아이브)이다.<sup>46</sup> 이러한 해제권은 물품매매 혹은 용역매매에서 해당 계약이 성립되고 계약이행시 관련 물품 혹은 용역에 하자가 존재하는 경우에 발생한다. 이는 샤리아상 매도인이 물품 혹은 용역을 매매하려고 하는 경우 관련 목적물에 대한 진실한 내용을 적절한 시기에 온전하고 정확하게 매수인에게 전달하여야 하며, 거기에 하자에 관한 부분도 포함시켜야 한다. 따라서 매도인이 해당 목적물의 하자를 은닉하려고 했다면 매수인은 해제권을 행사할 수 있다.<sup>47</sup> 유의할 것은 그러한 하자는 중요한 하자이어야 하며, 매수인은 부도덕한 매도인이 선의의 매수인에게 팔아치우려는 수준 이하의 물품 혹은 용역을 구매하였다는 사실을 인식할 필요가 없다는 것이다.

셋째, 대면상태에서의 해제권(khiyar al majlis<sup>48</sup>): 키야르 알 마즈리스)이다. 이것은 당사자가 서로 시간을 갖고 계약내용을 정하는 등 계약합의에는 도달했지만 서로 대면하고 있는 동안에는 그러한 합의가 적절하지 못

---

43) See Jamila Hussain, *Islamic Law and Society -An Introduction*, Annandale (New South Wales, Australia: The Federation Press), 1999. p.172

44) 샤프트(shart)는 아랍어로 ‘조건’ 혹은 ‘전제요건’을 의미한다. see Raj Bhala, *supra* note 24, p.586.

45) See Chibli Mallat, *supra* note 6, p.280.

46) Joseph Schacht, *supra* note 32, p.153: 즉 매도인이 약속한 양보다 적게 인도한 경우에는 매수인은 계약을 해제하거나 비율에 따른 대금감액을 청구할 수 있다고 한다. *id.*; see Mohd. Masum Billah, “Caveat Emptor versus Khiyar al-Aib: A Dichotomy”, *13 Arab L. Quarterly* 278 (Feb. 1998).

47) 그러나 매수인이 고의로 매매물인 노예를 죽이거나 해방시켜줄 때 혹은 구매한 음식물을 소비한 때는 해당 매매물에 대한 계약해제권을 상실한다. see Joseph Schacht, *supra* note 32, p.153.

48) 마즈리스(Majlis)는 아랍어로 모임(meeting) 혹은 회합(session)을 의미한다. see Raj Bhala, *supra* note 24, p.586.

하다고 생각되면 계약을 해제시킬 수 있다.<sup>49)</sup> 즉 당사자가 설령 계약성립에 합의했다고 하더라도 대면상태에서는 다시 한번 그 합의를 반복시키는 합의에 법적 효력을 부여함으로써 당사자로 하여금 신속히 첫 번째 합의를 도출할 수 있게 하고, 최종적 계약합의를 위해 당사자의 선택의 폭을 넓혀주고 있다.<sup>50)</sup> 동 해제권의 인정여부에 대한 이슬람학과간의 논란<sup>51)</sup>은 있지만, 다수 학파에서는 이를 인정하고 있다. 유의할 것은 대면상태의 기간이다. 실제적으로 키야르 알 마즈리스의 원칙이 받아지는 곳에서는 마즈리스의 시간제한이 없다. 대체적으로 마즈리스 상황은 즉석거래와 같이 조속히 계약완료가 예정될 때이거나 계약합의가 성립되는데 몇 시간의 협상이 요구되는 경우이다.<sup>52)</sup> 따라서 마즈리스가 끝나는 시점은 단순히 물을 마시거나 화장실에 가는 것과 같은 일시적인 휴식을 의미하는 것이 아니고 회합의 영구적 종료를 의미한다고 본다.

넷째, 미확인된 목적물 수령 · 검사후 해제권(khiyar al ruya: 키야르 알 루야)이다.<sup>53)</sup> 매수인이 계약목적물을 사전 확인함이 없이 계약을 체결하고 이후 목적물을 수령하여 검사할 수 있는 기회를 가지는 경우에 하자

49) See Nabil Saleh, "Freedom of contract: What does it mean in the context of Arab laws?", *16 Arab Law Quarterly* 346, 348 (2001); Chibli Mallat, *supra* note 6, p.280.

50) See Jamila Hussain, *supra* note 43, p.172

51) 대체적으로 말리키학과와 한나피학파는 키야르 알 미즈리스를 인정하고 있지 않지만, 한발리학과와 샤피학파는 이를 의무적으로 인정하고 있다. see Nabil Saleh, *supra* note 49, p.348; 특히 말리키학파의 이맘인 말리크(Malik)는 키야르 알 마즈리스에 대한 관행이 당시 메디나에는 행해지지 않을 뿐만 아니라 그 관행에 관한 정의도 알려지지 않아서 그에 관한 하디스가 없다고 주장한다. 그러나 카말리(Kamali)교수는 키야르 알 마즈리스의 원칙에 대해, 하디스가 당사자가 "헤어지지 않는- 즉 계약의 장소에서 떠나지 않는" 동안에 완성된 계약을 취소할 수 있는 선택권을 허락한다고 설명하고 있다. Mohammad Hashim Kamali, *Shariah Law: An Introduction*, Oneworld Publication, 2008, p.74. 그러나 그는 다수 학파가 인정하는 키야르 알 마즈리스의 법적 타당성에 대해 다음과 같이 의문을 제기할 수 있다고 한다. 즉 당시 메디나에 널리 통행되는 관행은 당사자가 함께 있거나 떨어져 있는 것과는 관계없이 합의에 의해서 계약이 최종적으로 된다는 점과 당사자가 대면상태이면 이미 합의가 완료된 계약도 쉽게 철회될 수 있다면 이슬람계약법의 기본원칙인 정직과 공정한 거래를 저해시킬 수 있다는 점을 든다. Abdur Rahman I. Doi, *supra* note 8, p.560-561; Mohammad Hashim Kamali, *id.*, p.74.

52) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.588.

53) See Joseph Schacht, *supra* note 32, p.152; Chibli Mallat, *supra* note 6, p.280.

있는 물품수령에서 오는 위험을 피할 수 있도록 부여된 해제권이다. 즉 매수인이 이 해제권을 행사함으로써 인도된 목적물 수령을 거절하고 계약을 해제할 수 있다. 만일 이러한 해제권이 없다면 비양심적인 매도인이 아무런 제재없이 매수인에게 하자있는 물품을 보낼 수 있기 때문이다.

마지막으로 계약내용 기술(記述) 불일치로 인한 해제권(khiyar al wasf: 키야르 알 와스프)이다.<sup>54)</sup> 계약당사자는 계약목적물에 대한 내용을 계약서에 상세히 기술하는 것이 일반적이다. 특히 계약의 목적물이 의료장비, 수술장비 혹은 첨단과학장비와 같은 정밀물품인 경우에는 상세한 계약내용의 기술이 요구된다. 또한 매도인이 경우에 따라서 계약목적물이 다른 유사품과 다르다는 것을 보여주기 위해 목적물을 상세히 기술할 수 있다. 만일 매도인이 계약상의 기술내용과 실질적으로 다른 목적물을 인도한 경우 설사 매도인이 악의가 없었다고 하더라도 이러한 해제권을 매수인에게 부여하지 않는다면 매수인에게 부당한 결과를 초래된다. 물론 계약기술상의 불일치가 중대한 것이냐 사소한 것이냐를 판단하는 기준과 특별한 경우에 그러한 기준을 적용하는 것이 타당한지는 계약당사자간의 주요 논쟁거리가 될 수 있다.

위에서 살펴 본 여러 형태의 계약해제권은 합리적인 기간내에 행사되어야 한다. 유의할 것은 샤리아상의 계약해제권은 모두 매수인의 이익을 위한 것으로 영미법상의 매수자위험부담의 원칙(caveat emptor)<sup>55)</sup>이 배제된다는 점이다. 즉 계약해제권 때문에 이슬람법에서는 매수인이 계약불성립의 위험을 스스로 인식해야 한다는 원칙이 없다.<sup>56)</sup> 또한 매도인이 매수인으로 하여금 계약해제권을 포기하도록 강요할 수 없기 때문에 계약으로 동 해제권을 배제시키는 어떠한 합의도 할 수 없다.

---

54) See Chibli Mallat, *supra* note 6, p.280 note 224.

55) 매수자위험부담의 원칙(caveat emptor)은 매도인의 명시 혹은 묵시의 담보가 있거나 사기가 있는 경우가 아니면 매수인은 스스로의 위험으로 매수하는 것으로서, 목적물의 하자 등을 이유로 구제를 구할 수 없다고 하는 코먼로 상의 격언이다. 자유방임주의 경제사상 하에 확립한 매매법상의 원리를 나타낸 격언이다. 이상도 편저, 법률영한사전, 청림출판, 2002, 86-87쪽; Mohd. Masum Billah, *supra* note 46, p.278.

56) See Jamila Hussain, *supra* note 43, p.172.

## 2. 손해배상

일반적으로 손해배상청구권은 채무불이행 및 불법행위와 같은 위법행위로 일어나거나 손해담보계약과 같은 계약에 의해서도 발생한다. 또한 형평의 원칙상 위법이라고 할 만한 행위가 없더라도 손해배상의무가 과하여진다. 예컨대 우리 민법처럼 채무불이행에 의한 손해배상을 채무자에게 부담시키기 위해서는 채무자에게 불이행에 대한 귀책사유를 요구하거나<sup>57)</sup> 영미법 및 CISG처럼 당사자가 계약상의 의무를 위반하기만 하면 귀책사유와 관계없이 손해배상의무를 부가한다.<sup>58)</sup> 또한 계약위반시 구제수단으로 대륙법과 CISG는 가능한 한 계약에서 약속되었던 급부내용을 그대로 실현시키는 것이 계약 취지에 부합한다고 판단하여 현실적 이행강제를 원칙으로 하고 있으나, 영미법에서는 계약위반의 경우 계약상 급부내용을 대체하는 보상적 구제인 금전배상을 원칙으로 한다.

샤리아에서도 영미법과 같이 금전배상을 중요한 계약구제수단으로 삼고 있다. 다만 샤리아에서는 법원의 관여없이 피해당사자가 금전배상을 받을 수 있지만, 대륙법 및 영미법상에서는 법원을 통해서만 금전배상을 받을 수 있다.<sup>59)</sup> 샤리아상 금전배상 구제수단이 이용되는 경우<sup>60)</sup>를 살펴보면, 첫째, 매도인의 채무불이행에 대해 매수인이 대금지불을 거부하거나, 매수인의 상계권행사로 대금지불을 거절하는 경우와 같이 매수인의 대금지불 거절형태의 배상구제책이 있다. 또한 일반적인 손해배상액의 예정조항<sup>61)</sup>과 같은 규정을 근거로 피해당사자가 상대방에게 손해배상을 행사하는 경우이다. 유의할 것은 다음과 같이 손해배상액의 예정이 영미법

57) 민법 제390조.

58) CISG 제45조.

59) See Raj Bhala, supra note 24, p.589; 김형배, 앞의 책, 1295쪽.

60) See Raj Bhala, supra note 24, p.589.

61) 손해배상액의 예정조항(liquidated-damages clause)에서 예정에 해당되는 'liquidated'은 계약 혹은 소송에 의해 "채무를 없애거나, 지불 혹은 다른 조정을 통해 (의무를) 갚는 것"을 의미한다. Bryan A. Garner, ED., *Black's Law Dictionary*, West Publication, 2009, p.1014. 이러한 손해배상액의 예정조항으로 계약당사자 어느 쪽이 계약을 위반한다면 어느 정도의 손해를 배상해야 하는지가 계약이행전에 연역적으로 결정된다. see id., p.1015.

상 위약금(penalty)으로 되는 경우에는 그 효력이 없다는 사실이다.<sup>62)</sup> 즉 손해배상 예정액이 계약위반에서 예상되는 손해를 훨씬 초과하는 경우, 그 예정액이 계약위반의 정도에 관계없이 적용되는 경우 그리고 단순한 대금지불지체를 손해배상 예정액을 초래하는 계약불이행으로 보는 경우이다. 이처럼 손해배상 예정액이 위약금으로 되어 그 효력이 인정되지 않은 경우는 샤리아에서도 비슷하게 일어난다.<sup>63)</sup>

한편 매수인의 대금지불거절은 모든 상황에 합당한 절대적 구제수단이 아니라는 것이다. 예컨대 대금지불거절, 계약이행보류 혹은 상계권행사는 법원의 제재없이 피해당사자가 이용할 수 있는 구제수단으로 이는 계약 해제권과 명확히 구별되는 것으로 보는 학자가 있는가 하면, 물품매매계약에서 계약목적물의 하자를 이유로 대금지불거절이나 대금감액청구를 할 수 없다는 학자도 있다.<sup>64)</sup> 후자의 견해에 의하면 계약목적물의 하자의 경우 피해당사자는 계약해제를 하여 수령한 목적물을 반환하고 대금을 환수하면 된다고 한다. 다만 매수인이 목적물을 반환할 수 없는 경우, 예컨대 분실하거나 목적물이 사용되어 원래 상태로 반환할 수 없는 경우에만 상대방은 대금지불반환을 유예하거나 반환대금감액을 청구할 수 있다. 또한 계약당사자가 금전배상액이나 누가 손해배상의무를 지는지에 대해 합의를 하지 못하면 결국 우호적 합의를 할 수 없는 경우로 보아, 법원 혹은 중재원 등 공식적 기관에 소를 제기하여 그 기관의 결정에 따를 수밖에 없다.

### 3. 특정이행청구

샤리아상 계약당사자에게 주어진 또다른 구제방법은 대륙법 및 영미법과 같이 특정이행(specific performance)청구이다. 계약당사자가 상대방의 계약위반으로 자신의 계약의무이행을 보류할 수 있지만, 그러한 권리를 정당화할 수 있도록 미리 계약상 의무이행과 대금지불의 보류에 관한 명

---

62) See id., p.1015.

63) See Raj Bhala, supra note 24, p.590.

64) See Joseph Schacht, supra note 32, p.153.

확한 합의를 해 두는 것이 이상적이다. 만일 계약당사자가 우호적 화해로 서로의 분쟁을 해결하지 못한다면 법원 등 공식적 기관에 소를 제기할 수 있는 것인 바, 여기서 금전배상청구는 피해당사자에게 보상적 측면이 강한 반면 특정이행청구는 당사자가 계약을 집행하려는 의지적 측면이 강하다. 즉 이슬람법 역시 영미법처럼 ‘특정이행’이란 “가능한 한 판결 혹은 결정으로 약속한 이행을 제공하는 것, 부동산매매 혹은 회소 물품이 포함되어 있을 때와 같이 금전배상이 부적당하거나 적절하지 않을 때 법적 혹은 계약상의 의무의 완전한 이행을 요구하는 법원 명령의 구제책”<sup>65)</sup>이다.

이처럼 특정이행은 금전배상의 산정이 어렵거나 불가능한 때, 손해가 비록 정량화할 수 있지만 피해자에게 적절한 보상되지 못하는 경우처럼 금전배상을 대체하는 수단으로 사용된다.<sup>66)</sup> 유의할 것은 특정이행 구제수단은 법원 혹은 중재원의 관여로 이루어지기 때문에 정당한 이유 없이는 위 기관이 무리하게 개입하여 특정이행을 강요하려고 하지 않는 경향이 있다는 것이다.<sup>67)</sup>

#### 4. 계약의 종료

계약의 종료(termination)는 일정한 사유로 당사자간의 계약관계가 해소되는 것을 의미한다.<sup>68)</sup> 이에선 당초 예정된 계약기간의 만료에 의한 만기종료(expiration)와 만기가 도래하기 전에 해제의 의사표시 또는 계약 종료의 합의에 의한 조기종료(termination)이 있다. 일반적으로 계약의 종료라 하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 사유가 발생하여 계약만료일 이전에 계약의 효력을 소멸시키는 후자를 말한다.<sup>69)</sup> 그러나 국내외 계약에서 계

65) Bryan A. Garner, ED., supra note 61, p.1529.

66) See Raj Bhala, supra note 24, p.591. 그러나 일부 이슬람법학자는 특정이행이 상대방의 계약불이행에 대한 가장 완벽하고 자연적이며 원칙적인 구제수단이며, 이것이 가능하지 않는 경우에 한하여 금전배상을 청구해야 한다고 한다. see Nabil Saleh, supra note 19, p.281.

67) See Raj Bhala, supra note 24, p.591.

68) 참조 서헌제, 앞의 책, 45쪽; 서정두, 국제무역계약-물품·기술·서비스·투자·인터넷 계약 포함-, 삼영사, 153쪽

약종료의 사유나 효과 등과 관련된 분쟁 가능성을 사전에 제거하기 위해 미리 관련된 사항을 계약에 명확히 약정해 두는 것이 일반적이다.

샤리아에서도 계약당사자의 상호합의로 계약이행을 종료시킬 수 있으며, 계약의 종료와 관련된 여러 문제점을 해결하기 위해 사전에 종료일, 종료방법으로써의 통지요구, 구체적인 종료사유를 명시한 계약을 인정한다. 또한 당사자간의 종료합의가 없더라도 다음과 같은 5가지의 사유가 발생하면 일반적으로 계약이 종료된다.<sup>70)</sup>

첫째, 강박으로 협상 혹은 흥정을 강요당한 자는 거래를 종료할 수 있는 위치에 놓이게 된 순간에 일방적으로 그 거래를 종료시킬 수 있다. 둘째, 통상적으로 자연인으로부터 부당한 압력을 받거나 어떤 환경으로부터 부당한 위압을 받아 계약이 성립되려고 할 때 그 피해자는 일방적으로 계약을 종료시킬 수 있다. 셋째, 대부분 국가에서 인정되는 계약종료의 사유인 사기인 경우이다. 이 때 사기는 계약의 사소하지 않은 부분에 대해 작위 또는 부작위를 통한 부실표시(misrepresentation)의 형태를 취할 수 있다. 넷째, 계약목적은 달성하는 것이 불가능한 경우이다. 계약성립 후 발생한 사건으로 인해 계약목적이 달성될 수 없을 때도 해당된다. 다섯째, 부당한 부담도 계약종료를 정당화할 수 있다. 계약성립 후 실질적이고 중요한 환경변화가 일어날 수 있고, 그러한 변화가 어느 당사자가 계약이행을 하는데 부당한 부담을 줄 수 있다. 이러한 경우에 부당한 부담을 진 당사자는 계약을 종료시킬 수 있다. 그러나 단순히 불편하다는 이유로 계약을 종료시킬 수는 없다.

## 5. 민사구금

구금[Habs(imprisonment): 하브스]은 반드시 법원의 관여가 필요한 계약상의 구제방법이다. 영미법상 계약당사자가 만일 특정이행에 대한 법원의 이행명령을 따르지 않는다면 이는 일종의 법정모독으로 취급하여 불이행

---

69) 참조 서헌제, 앞의 책, 45쪽.

70) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.583-584; 유의할 것은 사례에 따라서 법원의 개입없이 당사자가 계약을 종료시키거나 그러한 효과를 발생시킬 수 있다는 점이다.

당사자가 이행에 동의할 때까지 구치소에 구금할 수 있게 하였다.<sup>71)</sup> 샤리아에서 구금은 계약상 의무 혹은 재산과 관련된 사건에서의 구제책 중 하나이다. 이러한 구금의 제재를 '하브스'라 칭하며, 단순한 이론적 구제수단 성격이 짙은 영미계약법에서와 달리 일반적인 구제수단으로 이용된다. 이전 미국계약법에서의 '채무자의 구금(debtor's prisons)'은 채무자의 인권을 저해하고 역효과가 발생한다고 하여 그 사용이 중지되었다.<sup>72)</sup> 샤리아에서 구금의 구제수단을 사용할 수 있는 경우로 대가성 교환이 있는 소위 컨시더레이션이 포함된 계약에 한정한다. 구체적으로 물품매매계약, 금전대여계약, 보증 혹은 마르(mahr: 예컨대 예물 및 구체적으로 즉시 이행해야 할 부분)<sup>73)</sup> 등이다.<sup>74)</sup> 그 이외의 모든 채무에 대해선 채권자가 무자력 채무자가 채무를 갚을 수단이 있음을 증명하는 경우에만 구금을 신청할 수 있다. 이러한 구금은 관련 당사자가 형사적 처벌로 구금되는 것이 아니기 때문에 '민사구금'으로 본다.<sup>75)</sup>

샤리아상 민사구금의 기간은 관련 판사(qadi: 까디)가 채무자가 갚을 수 있다면 갚을 것이라고 확신될 때까지 구금시킨다. 즉 판사는 채무자의 변제능력보다는 변제의지에 초점을 둔다. 통상적으로 구금기간은 2개월에서 3개월 정도이며, 그 기간 정도면 채무자가 구금되는 것보다 변제하는 것이 훨씬 낫다고 생각될 수 있는 기간으로 본다.<sup>76)</sup> 유의할 것은 판사는 채무자가 질병에 걸린 경우에는 어느 때라도 구금을 해제한다는 것이다. 또한 판사가 채무불이행자의 변제의지를 고려하여 구금으로부터 석방시켰지만 결국 동 채무자가 채무를 변제할 수 없게 되었다면 재구금하는 것이 아니라 파산을 선고한다. 동 파산선고로 서구식 파산법처럼 채무자가 자신의 채무로부터 면제되는 지에 대해선 학자간의 의견차이가 있다. 어

71) See Bryan A. Garner, ED., *supra* note 55, p.1529.

72) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.592.

73) See Schacht, *supra* note 32, p.197.

74) 이처럼 구금이 일반적으로 금전대부계약의 채무자에게 적용되지만, 채무불이행자 혹은 횡령자(ghasib)에게도 적용될 수 있다. 구금의 적용범위는 이슬람국가에 따라 정도의 차이는 있지만, 어느 국가도 이러한 구제책을 선호하거나 빈번하게 이용하고 있지 않다. see Raj Bhala, *supra* note 24, p.592.

75) Jamila Hussain, *supra* note 43, p.173.

76) See Raj Bhala, *supra* note 24, p.592.

편 이는 그 채무자의 모든 채무는 면제된다고 하나, 다른 이는 채권자가 채무자를 감시하여 채무자의 여유수입원을 가져가게 함으로써 관련 채무가 파산선고에 의해 소멸되지 않는다고 한다.<sup>77)</sup>

## 6. 추인

일반적으로 추인(追認)[imda(ratification): 이므다]은 사후 동의를 말하며, 다양한 경우에 적용된다. 예컨대 우리 민법에는 취소할 수 있는 행위의 추인<sup>78)</sup>, 무권대리행위의 추인<sup>79)</sup>, 무효행위의 추인<sup>80)</sup> 등이 규정되어 있다. 추인을 하면 취소권이 소멸하고 법률행위가 처음부터 유효한 것으로 확정된다.<sup>81)</sup>

추인은 아랍어로 ‘이므다’이며, 샤리아에서도 계약당사자는 자신의 계약을 추인할 권리를 가지지만 일정기간내에 사용해야 한다. 또한 추인은 계약 상황에 따라 서면 혹은 구두에 의한 명시된 언어로 이루어질 수 있다. 예컨대 계약이행에 관한 새로운 약속을 하거나 “나는 추인하고 승인한다.”의 효과를 나타낼 때이다. 중요한 것은 그러한 언어가 계약은 성립되었지만 이행되지 않았다는 단순한 인식의 표현이 아니라 더 실질적으로 명확하게 계약의 추인의사로서 전달되어야 한다.<sup>82)</sup>

이러한 추인은 계약해제인 키야르와 다음과 같은 유사점이 있다. 첫째, 추인과 해제는 상대방의 동의나 승낙을 필요로 하지 않는 단독의사표시이다. 둘째, 양자는 일정 기간내에 행사되어야 한다. 셋째, 양자는 계약당사자의 합의로 사전에 계약 그 자체에 규정할 수 있고 혹은 법률에 의해서도 보장받는다.

---

77) See id., p.593.

78) 예컨대 취소할 수 있는 법률행위에는 무능력자의 재산적 법률행위(민법 제5조 제2항, 제13조, 제10조)와 의사표시에 하자가 있는 경우(민법 제110조)이다.

79) 민법 제130조.

80) 민법 제139조.

81) 참조 이상도 편저, 앞의 책, 1813-1814쪽.

82) See Bryan A. Garner, ED., supra note 55, p.1376.

## 7. 우호적 화해

계약당사자는 언제나 자신의 분쟁을 우호적 화해[sulh(amicable settlement): 술]로 해결할 수 있는 자유가 있다. 이러한 자유는 샤리아상 문서화되어 있지 않지만 인정하고 있다. 우호적 화해를 아랍어로 ‘술’이라 칭한다. 술이 발생될 수 있는 방법은 분쟁의 대상인 기존 계약에 수정을 가하는 것이다. 계약을 취소하기 보다는 계약을 유지시키는 것이다. 즉, 계약의 본질적 요소가 유지되어 그 계약의 효력이 존속되는 것이다. 유의할 것은 계약해제권을 행사하는 것과 계약상의 의무를 화해 혹은 조정을 통해 결국 계약이 취소되는 것과 구별해야 한다. 화해는 우호적이지만 계약해제권은 그렇지 않기 때문에 상호간 필요에 의한 변경 혹은 변화로의 합의는 컨시더레이션의 지지로 계약이 종료되지만, 계약해제에 경우에는 그렇지 않다.

## 8. 기타

그 밖에도 금지명령[hajr(interdiction): 하지르], 여행금지(prevention of travel), 유치권[habs al ayn(lien): 하브스 알 안]에 의한 구제방법을 드는 학자도 있다.<sup>83)</sup> 금지명령은 채무자가 자신의 자산을 다른 곳으로 빼돌리려고 할 때 그 자산을 채권자가 압류해서 채권액을 변제받는 방법이다. 다른 학자들은 이 구제방법에 대해 채무자의 능력을 훼손하고 자연인을 동물로 취급하는 것으로 보아 반대한다.<sup>84)</sup> 여행금지의 구제방법은 채무가 만기된 경우 채권자가 채무자를 구금할 수 있는 권리가 있으며, 이때 채무자는 보증을 한 상태에서 여행을 할 수 있다는데서 채권자의 간접적인 구제권리의 일종으로 본다.<sup>85)</sup> 유치권은 우리 민법에서의 유치권의 행사와 같이 특정물 제조계약이나 구매계약처럼 관련물품의 제조 혹은 구매 후 상대방의 의무이행이 없는 경우에는 계속해서 특정물을 유치할 수 있다.<sup>86)</sup>

83) See Nabil Saleh, *supra* note 19, p.282.

84) *Id.*

85) *Id.*

86) 참조 민법 제320조; see Nabil Saleh, *supra* note 19, p.283; 이라크민법과 같이 일부 아

#### IV. 결론

동서양을 막론하고 법률행위의 기본적 형태는 계약이다. 특히 이슬람국가, 특히 아랍이슬람국가는 오랜 역사를 통해 축적된 상거래 관습과 전통에 따라 샤리아 출현 이전인 1400여년 이전부터 일상생활과 상거래 등에서 다양한 형태의 계약과 그 운영원리를 개발·유지해 오고 있다. 그러한 전통은 샤리아에 따라 재정립되었는 바, 계약은 당사자의 자율적 의사표시에 의해 스스로 구속되지만 그 목적은 샤리아가 설정해 놓은 한계 속에서 자유롭게 이루어지고 있다. 이러한 이슬람법상의 계약원리는 크게 계약의 성립과 효력에 관한 것과 계약위반에 대한 구제방법으로 나눌 수 있지만, 이 논문에서는 후자의 부분을 대륙법, 영미법 그리고 CISG와 상호비교하면서 논하고 있다.

계약위반에 대한 각국의 태도는 크게 채무불이행책임과 담보책임으로 구분하는 이원적 계약책임체제와 전자의 체제를 계약위반으로 묶어서 보는 일원적 계약책임체제로 나누고 있으나, 샤리아는 일원적 계약책임체제를 취하고 있다. 샤리아는 CISG와 같이 계약위반에 대해 해제권행사를 억제시킴으로써 계약당사자의 신뢰를 바탕으로 한 계약을 유지하려고 한다. 샤리아상 인정되는 계약해제권은 해제권 행사기간이 포함된 약정해제권인 키야르 알 사르트, 중요하자로 인한 해제권인 키야르 알 아이브, 대면상태에서의 해제권인 키야르 알 마즈리스, 목적물 검사후에 시행되는 해제권인 키야르 알 루야, 계약내용 불일치로 인한 해제권인 키야르 알 와스프 등이다. 이들 계약해제권은 합리적인 기간내에 행사되어야 한다. 또한 샤리아는 영미법과 같이 금전배상을 중요한 계약구제수단으로 삼고 있다. 유의할 것은 매수인의 대금지불거절을 샤리아상 금전배상의 한 방법으로 보는 견해가 많다는 점과 영미법처럼 손해배상액의 예정이 위약금으로 되어 그 효력이 없어질 수 있다는 점이다. 샤리아상 계약당사자에게 주어진 또다른 구제방법으로 특정이행청구가 있다. 이러한 특정이

---

람국가는 매도인은 매수인이 계약금액을 전액 지불하기 전까지 계약물을 유치할 수 있다고 하여 계약유치권을 쌍무계약일반에 적용하고 있다. see Chibli Mallat, *supra* note 6, p.283.

행청구는 영미법처럼 금전배상의 산정이 어렵거나 불가능한 때, 손해가 정량화될 수 있지만 피해자에게 적절한 보상이 되지 못하는 경우에 금전 배상을 대체하는 수단으로 사용된다. 그 밖에도 샤리아상 계약당사자는 계약종료를 주장할 수 있는 사유가 발생한 경우에 그 사유를 주장함으로써 계약을 종료시켜 구제받을 수 있다. 또한 채권자가 무자력 채무자가 채무를 갚을 수단이 있음을 증명함으로써 채무자를 구금시켜 채무자로 하여금 채무변제를 강요하게 하는 민사구금제도가 있다. 그리고 샤리아상 계약당사자는 자신의 계약을 추인할 권리인 이므다를 가지고 있으며, 샤리아상 언급되어 있지 않지만 계약당사자는 언제나 자신의 분쟁을 우호적으로 화해하여 해결할 수 있는 자유도 있다. 이처럼 샤리아상 계약위반에 대한 당사자의 구제방법은 대륙법, 영미법 나아가 CISG상의 계약위반에 대한 구제방법과 상당히 유사한 점이 많다는 점은 이슬람법이 국제사회에서 준거법으로써의 가치와 역량을 가지고 있음을 보여준다.

여전히 국제사회는 세계 법체계를 대륙법과 영미법으로만 보는 이분적 사고방식에서 이슬람법의 존재와 가치를 제대로 인정하고 있지 않는 것 같다. 그러나 위에서 본 바와 같이 이슬람법이 대륙법과 영미법과 병행할 수 있는 또다른 법체계로서의 가치와 이념이 있기 때문에 우리 정부와 기업은 이슬람국가 혹은 무슬림과의 계약에서 준거법으로서 이슬람법에 대한 편견과 우려를 버리고 나아가 이슬람 계약법에 대한 보다 활발한 연구와 학문적 교류가 시급하다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 민법총칙(민법강의I), 박영사, 2007
- 곽윤직, 채권총론(민법강의III), 박영사, 2007
- 곽윤직, 채권각론(민법강의IV), 박영사, 2005
- 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009
- 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 법문사, 2012
- 김형배, 민법학강의-이론·판례·사례-, 신조사, 2004
- 배재식·손주찬·이재상 감수, 큰글 법률학사전, 법률출판사, 2001
- 서정두, 국제무역계약-물품·기술·서비스·투자·인터넷 계약 포함-, 삼영사
- 서헌제, 국제거래법-국제계약법·국제사법-, 법문사, 1997
- 손태우, 아랍 이슬람국가에서의 국제물품매매에 관한 유엔협약(CISG)의  
법적 적용가능성에 관한 연구, 법학연구, 2010.5
- 손태우, 샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구, 법학연구(제54권 제1호),  
2013.2
- 손태우, 이슬람법상 계약의 성립과 효력에 관한 연구, 상사판례연구(제26  
집 제1권), 2013.3
- 이상도 편저, 법률영한사전, 청림출판, 2002
- 최준선 외 공저, 로스쿨 국제거래법-이론과 사례-, 박영사, 2011
- 타임 안샤리 (류한원 번역), 이슬람의 눈으로 본 세계사, 뿌리와 이파리,  
2011
- 한스 쾅 (손성현 번역), 이슬람 -역사·현재·미래-, 시와 진실 출판사, 2012
- Abdur Rahman I. Doi, Sharia: The Islamic Law, A.S. Noordeen Publisher, 2011
- Bryan A. Garner, ED., Black's Law Dictionary, West Publication, 2009
- C. G. Weeramantry, Islamic Jurisprudence -An International Perspective, St.  
Martin's Press, 1988
- Chibli Mallat, Introduction to Middle Eastern Law, Oxford University Press, 2007
- Fatima Akaddaf, Application of the United Nations Convention on Contracts for  
the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the  
CISG Compatible with Islamic Law Principles?, 13 Pace Int'l L. Rev. 1

(2001)

Hesham M. Sharawy, Understanding the Islamic prohibition of interests: A guide to aid economic cooperation between the Islamic and western worlds, 29 Ga. J. Int'l & Comp. L. 153 (2000)

Hussein Hassan, Contracts in Islamic Law: The Principles of Commutative Justice and Liberality, 13:3 Journal of Islamic Studies, 257 (2002)

Jacqueline McCormack, Commercial contracts in Muslim countries of the Middle East: A comparison with the United States, 37 Int'l J. Legal Info. 1 (Spring 2009)

Jamila Hussain, Islamic Law and Society -An Introduction, Annandale (New South Wales, Australia: The Federation Press), 1999

Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law, Oxford University Press, 1982,

Lu'ayy Minwer Al-Rimawi, Relevance of Shari'a in Arab Securities Regulation with Particular Emphasis on Jordan as an Arab Regulatory Model, 27(8) Comp. Law. 227 (2006)

Mohd. Masum Billah, Caveat Emptor versus Khiyar al-Aib: A Dichotomy, 13 Arab L. Quarterly 278 (Feb. 1998)

Mohammad Hashim Kamali, Shariah Law: An Introduction, Oneworld Publication, 2008

Nabil Saleh, Remedies for breach of contract under Islamic and Arab laws, 4 Arab L. Q. 269 (1989)

Nabil Saleh, How will the Sharia influence Middle East contract law over the next 20 years?, 24 No. 7 Middle E. Executive Rep. 9 (July 2001)

Nabil Saleh, Freedom of contract: What does it mean in the context of Arab laws?, 16 Arab Law Quarterly 346 (2001)

Raj Bhala, Islamic law(Sharia), LexisNexis, 2011

## <국문초록>

최근 이슬람국가와 우리나라간의 경제 교류의 확대, 고유가 상황, 산유국의 인프라 투자 증대와 상품수입 증대 그리고 오일머니의 대규모 국내투자가 예상됨에 따라 통상 및 경제교류에 따른 이슬람법에 대한 관련 자문과 체계적인 연구가 절실히 요구되고 있다. 그 중에서 법률행위의 기본적 행태인 계약 역시 이슬람국가에서 일상생활과 상거래 등에서 중요한 법률행위로 샤리아 출현 이전인 1400여년 이전부터 이용되어오고 있다. 이러한 계약은 샤리아에 따라 재정립되었는 바, 계약은 당사자의 자율적 의사표시에 의해 스스로 구속되지만 그 목적은 샤리아가 설정해 놓은 한계 속에서 자유롭게 이루어지고 있다.

샤리아는 채무불이행책임과 담보책임을 계약위반으로 묶어서 보는 일원적 계약책임체제를 취하고 있다. 또한 샤리아는 CISG와 같이 계약위반에 대해 해제권행사를 억제시킴으로써 계약당사자의 신뢰를 바탕으로 한 계약을 유지하려고 한다. 샤리아상 인정되는 계약해제권은 해제권 행사기간이 포함된 약정해제권인 키야르 알 사르트, 중요하자로 인한 해제권인 키야르 알 아이브, 대면상태에서의 해제권인 키야르 알 마즈리스, 목적물 검사후에 시행되는 해제권인 키야르 알 루야, 계약내용 불일치로 인한 해제권인 키야르 알 와스프 등이다. 이들 계약해제권은 합리적인 기간내에 행사되어야 한다. 또한 샤리아는 영미법과 같이 금전배상을 중요한 계약구제수단으로 삼고 있다. 유의할 것은 매수인의 대금지불거절을 샤리아상 금전배상의 한 방법으로 보는 견해가 많다는 점과 영미법처럼 손해배상액의 예정이 위약금으로 되어 그 효력이 없어질 수 있다는 점이다. 샤리아상 계약당사자에게 주어진 또다른 구제방법으로 특정이행청구가 있다. 이러한 특정이행청구는 영미법처럼 금전배상의 산정이 어렵거나 불가능한 때, 손해가 정량화될 수 있지만 피해자에게 적절한 보상이 되지 못하는 경우에 금전배상을 대체하는 수단으로 사용된다. 그 밖에도 샤리아상 계약당사자는 계약종료를 주장할 수 있는 사유가 발생한 경우에 그 사유를 주장함으로써 계약을 종료시켜 구제받을 수 있다. 또한 채권자가

무자력 채무자가 채무를 갚을 수단이 있음을 증명함으로써 채무자를 구금시켜 채무자로 하여금 채무변제를 강요하게 하는 민사구금제도가 있다. 그리고 샤리아상 계약당사자는 자신의 계약을 추진할 권리인 이므다를 가지고 있으며, 샤리아상 언급되어 있지 않지만 계약당사자는 언제나 자신의 분쟁을 우호적으로 화해하여 해결할 수 있는 자유도 있다. 이처럼 샤리아상 계약위반에 대한 당사자의 구제방법은 대륙법, 영미법 나아가 CISG상의 계약위반에 대한 구제방법과 상당히 유사한 점이 많다는 점은 이슬람법이 국제사회에서 준거법으로써의 가치와 역량을 가지고 있음을 보여준다.

**주제어** : 이슬람법, 샤리아, 알 아크드, 리바, 키야르, 민사구금, 이므다, 우호적 화해, 계약위반, 계약해제

## Study on the Remedies for Breach of Contract under Islamic Law

Sohn, Tae-Woo\* · Kim, Bun-Tae\*\*

Islamic law deserves to be one of the world's largest legal system along with common law and civil law because of its history and academic resources. As the rapid globalization and huge international investment into Muslim countries, it is quite important for us to understand Islamic contract laws, especially the remedies in the breach of contract under Islamic law.

In Muslim society, Islamic law(Sharia) has a big impact on all aspects of life, including commercial transactions and any types of contracts. Islamic contract law basically adopts an unilateral way for the remedies in the cases of non-performance of a contract obligation and breach of its warranty just like the common law system and CISG(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). The right of rescission (khiyar) is a common tool for contracting parties to seek to unwind their deal before full performance of the obligations specified in the contract. There are also different kinds of rescission, such as khiyar al shart, khiyar al aib, khiyar al majlis, khiyar al ruya, and khiyar al wasf, under Sharia. Monetary damages are an important contractual remedy in both the Western and Islamic legal system. However, a main difference between them is that there are damages that an aggrieved party obtains without judicial intervention, and damages that can be had only through an adjudicatory order.

Another remedy available to contracting parties under the Sharia concerns performance. Specific performance is an alternative to monetary damages when a judge finds that the latter will not work. There are other remedies for breach of contract under Sharia. For example, one way is for contracting parties to terminate their arrangement by mutual agreement as well as by unilateral way in the situation of duress, undue influence, fraud, frustration or undue burden.

---

\* Professor, School of Law, Pusan National University (First Author)

\*\* Associate Professor, Division of Business Administration, Dongseo University (Corresponding Author)

Note that imprisonment is among the remedies in cases involving contractual obligations or property under Sharia.

**Key Words :** Islamic law, Sharia, al-Aqd, Riba, Khiyar, Imprisonment, Imda, Amicable settlement, Breach of contract, Rescission

