

## 미국 사법상 신의성실에 대한 비교법적 연구 - 계약교섭단계를 중심으로 -\*

### Comparative Research on the Good Faith in American Private Law : Good Faith in Precontractual Stage

정 성 현\*\*  
Jeong, Seong-Heon

#### 목 차

- I. 서론: 우리법의 문제점
- II. 미국법상 계약의 이행과 집행에서의 신의성실
- III. 미국법상 계약교섭단계에서의 신의성실
- IV. 결론에 갈음하여: 우리법에의 시사점

#### 국문초록

민법 제2조에 규정되어 있는 신의성실은 계약의 이행과 집행의 경우 뿐만 아니라 우리사법 전반에 걸쳐 적용되는 원칙으로, 우리 대법원은 계약교섭단계에서의 의무를 인정함에 있어서도 이를 근거이자 기준으로 활용하고 있다. 그런데, 신의성실의 구체적 내용에 대해서는 명확히 제시된 바가 없고, 나아가 그 추상성으로 말미암아 많은 문제점이 지적되고 있는 것이 현실이다. 때문에 우리

논문접수일 : 2017. 01. 30.

심사완료일 : 2017. 02. 13.

게재확정일 : 2017. 02. 13.

\* 이 논문 또는 저서는 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5B5A07040474).

\*\* 법학박사·경남대학교 법학과 교수

법에서는 이러한 신의성실의 운용에 있어 주의할 필요가 있다는 견해들이 많이 존재한다.

우리과 같은 대륙법에서 신의성실을 널리 인정해 오고 있었음에 반하여, 영미법의 경우에는 신의성실에 해당하는 Good Faith를 인정함에 있어 소극적이다. 다만 미국의 경우는 Good Faith를 아예 부정하는 영국과는 달리 계약의 이행과 집행에 있어 Good Faith를 인정하고 있다. 그러나 계약교섭단계에서는 이를 인정하지 않고, 부실표시(부작위의 경우에는 정보제공의무위반) 그리고 약속적 금반언과 같은 개별제도에 의해서 이 영역의 문제를 규율해 오고 있다. 이러한 제도들은 Good Faith와는 직접적인 관련이 없다고 할 것인데, 이는 영미법에서 추상적인 개념의 인정에 있어 소극적이라는 점 이외에도 계약교섭단계에서는 계약의 이행과 집행과는 달리 당사자의 자유가 더 중시된다는 점에서 쉽게 책임을 인정하지 않는다는 점이 작용한 것으로 볼 수 있다. 하지만 최근에는 Good Faith의 인정에 대해 보다 적극적인 견해도 제기되고 있다.

본 논문에서는 위와 같이 우리법과 큰 차이를 보이고 있는 계약교섭단계를 중심으로 미국법의 내용을 소개하였고, 차이점에 비추어 우리법상 신의성실의 역할을 재조명하고 우리의 문제를 개선해 나가야 함을 제안하고자 하였다. 특히 최근 영미법이나 통일사법연구에서 Good Faith에 대한 관심이 증대되고 있는 현상을 바탕으로 우리의 경우에도 신의성실을 구체화하는 노력이 필요함을 주장하고 이에 있어 특히 영미법계에서의 경험이 도움이 될 수 있음을 지적하였다.

**주제어** : 신의성실, 미국사법, 계약교섭단계, 부실표시, 약속적 금반언, 정보제공의무위반

## 1. 서론: 우리법의 문제점

“우리 사회의 통념상으로는 공동묘지가 주거환경과 친한 시설이 아니어서 분양계약의 체결 여부 및 가격에 상당한 영향을 미치는 요인일 뿐만 아니라 대규모 공동묘지를 가까이에서 조망할 수 있는 곳에 아파트단지가 들어선다는 것은

통상 예상하기 어렵다는 점 등을 감안할 때 아파트 분양자는 아파트단지 인근에 공동묘지가 조성되어 있는 사실을 수분양자에게 고지할 신의칙상의 의무를 부담한다.”<sup>1)</sup>

위 대법원 판결은 계약을 체결함에 있어 상대방에게 일정한 사항을 고지할 의무를 신의칙, 혹은 신의성실의 원칙<sup>2)</sup>을 토대로 인정하고 있다. 위 의무가 위반될 경우 손해배상은 물론 더 나아가 계약의 취소가 가능한 것이기에 이러한 의무가 인정될 수 있는지 여부는 법적 분쟁에 있어 매우 중요한 차이를 가져오는데, 때문에 의무 인정의 토대이자 기준인 신의성실이 의미를 가짐은 자명하다고 할 것이다. 그런데 위 대법원 판결에서도 확인할 수 있다시피 신의성실에 대해서는 명확한 내용을 파악하기가 어렵다.

우리 사법의 가장 일반적인 내용을 규정하고 있는 민법에서는 제2조에서 ‘신의성실’이라는 표제 하에 “① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다.”고 규정하고 있다. 그 내용은 매우 한정적으로 보이나, 우리의 이론은 제2조의 문언적 의미를 넘어 신의성실을 민법 더 나아가 사법 전반을 규율하는 기본원칙의 하나로 이해하는 것이 일반적이다.<sup>3)</sup> 따라서 위 대법원 판결과 같은 경우에도 신의성실이 적용될 수 있음은 기존의 논의에 따르면 부당하지 않다. 하지만 이에 따를 경우에도, 오히려 위와 같이 이해함에 따라, 신의성실의 명확한 내용은 제시된 바 없고 더욱 이해하기가 어려워지게 되었다.

이에 따라, 신의성실의 원칙은 그 요건이 백지로 되어 있어서 신의성실의 원칙의 적용은 예견가능성을 박탈하고 법적 안정성을 파괴할 우려가 있을 뿐 아니라 법원의 형평감각(billigkeitsempfinden)에 의하여 자의로 법률효과를 부정

1) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812 판결.

2) 그것을 원칙이라고 파악하는지에 따라 신의성실의 원칙, 혹은 단순히 신의성실이라고 지칭될 수도 있다 할 것이어서, 아래에서는 양자를 구별하지 않고 사용하기로 한다.

3) 이와 같은 우리법의 태도에 대한 보다 자세한 설명은 윤용석, “신의칙의 재조명”, 『재산법 연구』 제20권 제2호, 한국재산법학회, 2003 참조. 특히 21면에서는 신의칙은 급기야 민법 전반을 지배하는 기본원리에서 더 나아가 헌법, 행정법, 세법, 소송법 등 뿐만 아니라 심지어 형사법에도 적용되는 법체계의 전반을 지배하는 일반원칙으로 고양되기에 이르렀다고 한다.

할 수 있는 위험을 내포하고 있기 때문에 개개의 사례를 유형적으로 분류하여 신의성실의 원칙이 적용되는 경우를 유형화함으로써 ‘경험적인 것으로부터 규범적인 것으로 승화시키는 작업’이 필요하다고 하다고 하거나,<sup>4)</sup> 우리 민법 제2조는 그 내용이 일반적이고 추상적인 일반조항(혹은 백지조항)의 대표적인 예로 개별적·구체적 사건에 적용함에 있어서 법적 안정성 내지 예측가능성을 확보하기 위하여 이 일반조항은 보다 상세하게 구체화되어야 한다고 하는<sup>5)</sup> 등 신의성실의 역할을 소극적으로 제한하자는 주장이 타당하게 받아들여진다. 물론 신의성실의 적극적인 역할을 주문하는 입장도 동시에 주장되고 있다.<sup>6)</sup>

어느 입장에 따르더라도 신의성실에 대한 구체적인 내용은 언급되고 있지 않다. 때문에 우리법이 자칫 그 기준을 확인할 수 없어 최소한의 예측가능성, 더 나아가 법적안정성을 확보할 수 없는 위험을 안고 있다고 볼 수 있다. 하지만 신의성실은 우리법에 유연성을 더하는 등 긍정적 기능을 하고 있기에, 이를 단순히 소극적으로만 제한할 수 없는 것이며, 우리의 현실도 신의성실의 기준은 더 많이 활용되고 있는 실정이다.

본 논문에서는 이 문제의 해결에 대해 조금이라도 실마리를 제공하고자 하는 시도의 일환으로 영미법, 특히 신의성실에 대응한다고 할 수 있는 ‘Good Faith’<sup>7)</sup>를 인정하고 있는 미국법의 내용을 살펴보고자 한다. 다만 ‘Good Faith’ 역시, 우리의 ‘신의성실’과 마찬가지로 그 분야가 다양하여 통일적 이해가 쉽지 않아 그 영역을 좁힐 필요가 있고, 무엇보다 계약의 이행(performance)이나 집행(enforcement)에 있어 규정하고 있는 ‘Good Faith’를 그 외, 예컨대 계약체결 단계에서는 이를 인정하지 않아 위 대법원 판결에서 보여진 우리법과 매우 큰

4) 이영준, 「민법총칙[한국민법론]」, 박영사, 2005, 60면.

5) 지원림, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011, 46-47면.

6) 예컨대, 송덕수, 「신민법강의(제5판)」, 박영사, 2012, 58면. 이 문헌에서는 신의칙을 엄격한 요건 하에 사용하되, 그 사용에 있어서는 적극성을 보여야 한다고 하며, 일반조항에의 도피라는 비난이 무서워 지레 당사자의 보호를 포기하는 것은 법률가의 올바른 자세가 아니라고 비판한다.

7) 법계의 차이로 정확히 일치하지는 않는다고 보는 것이 오히려 자연스러우며, 경우에 따라서는 Fair Dealing과 병기되고도 한다. 다만 본 논문에서는 Good Faith 혹은 Good Faith and/or Fair Dealing이 우리의 신의성실과 ‘큰 틀에서’ 일치하며 그 역할이 다르지 않음을 전제로 한다. 특히 Fair Dealing이 병기되고 있는 것은 우리법에서 ‘공평’과 같은 개념이 신의성실을 대신하여, 혹은 병행하여 사용되고 있는 점과 유사하다.

차이점을 보이고 있어, 특히 사법 중 계약교섭단계에서의 ‘Good Faith’에 집중하는 것이 오히려 우리법의 문제점을 파악하고 이를 개선함에 있어 더 큰 시사점을 줄 수 있다고 볼 수 있어, 이에 따라 논의를 전개하고자 한다. 다만, ‘Good Faith’의 기본적인 정의가 이루어지고 있는 계약의 이행과 집행에서의 내용을 먼저 소개하고(Ⅱ), 다음으로 본 논문의 주 대상인 계약교섭단계에서의 내용에 대한 논의를 전개한다(Ⅲ). 마지막으로 결론에 갈음하여 지금까지의 논의를 바탕으로 한 우리법에의 시사점을 언급함으로써(Ⅳ) 본 논문을 마무리하고자 한다.

## Ⅱ. 미국법상 계약의 이행과 집행에서의 신의성실

### 1. ‘Good Faith’의 인정

미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code; UCC)과 계약법 리스테이트먼트(Restatement of Contracts)에서는 계약의 이행과 집행의 경우에 명시적으로 ‘Good Faith’를 언급하고 있음을 확인할 수 있다.<sup>8)</sup> 이는 ‘Good Faith’를 원칙적으로 부정하는 영국<sup>9)</sup>과도 오히려 다르고, 신의성실을 사법 전반에 걸쳐 인정하고 있는 대륙법의 태도<sup>10)</sup>와도 같지 않다.

8) 미국법의 태도를 살펴봄에 있어서는 통일상법전과 계약법 리스테이트먼트를 중심으로 본다. 두가지 모두 의회에서 제정된 법률이 아니라는 점에서 순수한 ‘법’이 아니라고 할 것이지만, 통일상법전의 경우 대부분의 주에서 이를 채택하고 있어 실질적인 법으로 기능하고 있으며, 리스테이트먼트는 미국의 판례법을 집대성하였다는 점에서 개별 법원의 판결을 살펴보는 것 보다는 더 의미가 있기 때문이다. 다만 본논문에서는 통일상법전의 경우 최근에 개정되어 법 조문의 위치 등이 달라졌지만 그 내용이 크게 달라지지 않아 기존 문헌에서 많이 인용되었던 것을 바탕으로 하고 리스테이트먼트는 앞으로의 서술에서도 인용되는 바와 같이 두 번째로 작성된 내용을 중심으로 함을 미리 밝혀둔다.

9) 영국법 하에서는 이러한 원칙이 없는 것으로 받아들여지고 있다. 예컨대, Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007, p.58.

10) 우리법과 같은 대륙법계 국가들은 일반적으로 ‘신의성실(프랑스법의 ‘bonne foi’, 독일법의 ‘Treu und Glauben’)’의 적용을 긍정하고 있다. 대표적으로 프랑스 민법은 계약의 구속력에 관한 제1134조 제3항에서 “계약은 성실하게 이행되어야 한다.”고 규정하고, 독일민법은 제157조에서 계약해석의 준칙으로 규정함과 동시에 제242조에서 채무이행의 준칙으로 규정하

미국의 통일상법전에서는 “이 법상의 모든 계약이나 의무는 그 이행이나 집행에 있어서 신의성실의 의무를 부과한다(Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement).” 라고 정하고 있고,<sup>11)</sup> 제2차 계약법 리스테이트먼트는 “모든 계약은 각 당사자에게 그 이행과 집행에 있어서 신의성실과 공정한 거래의 의무를 부과한다(Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement).”고 하였다.<sup>12)</sup> 그 내용은 표현의 차이가 있을 뿐 동일하다고 할 수 있으며, 시기적으로 통일상법전에서 먼저 정한 바에 영향을 받아 제2차 계약법 리스테이트먼트의 제정에 있어 도입한 것이다. 미국법의 모범이라고 할 수 있는 영국법에서 애초에 인정하지 않았던 개념을 어떻게 도입되었는지에 대해서는 통일상법전의 제정에 주된 역할을 한 Karl Llewellyn 교수가 독일에서 수학 및 연구한 경험이 있고, 따라서 독일법상의 ‘신의성실(Treu und Glauben)’에 영향을 받았던 것으로 추측될 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

## 2. ‘Good Faith’의 의미

미국법상 Good Faith가 어떤 의미를 가지고, 어떠한 역할을 수행하는지를 미국 통일상법전의 규정을 통해 살펴볼 수 있다. 통일상법전 Section 1-201(19)에서는 ‘Good Faith’를 ‘관련된 행위 혹은 거래에서의 정직성(honesty in fact in the conduct or transaction concerned)’이라고 정의하고 있다. 이는 원래 ‘Good Faith Purchase’의 경우를 염두에 둔 것이지만,<sup>14)</sup> 일반적인 정의로도 사

---

고 있다. 이러한 규정형식에 비추어 신의성실의 원칙이 채무의 이행에만 관련된 것이라고 이해할 수도 있지만, 대체적으로 우리법이론에서 그러하듯이 민법 전반을 지배하는 원칙으로 이해하고 있는 것으로 보인다.

11) Uniform Commercial Code, Section 1-203.

12) Restatement(Second) of Contracts, Section 205.

13) Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Univ of Oklahoma Pr, 1985, p.312 참조.

14) ‘Good Faith Purchase’는 현재로서는 우리법의 ‘선의취득(민법 제249조)’에 대응될 수 있다고 할 것인데, 이행과 집행에 있어서 행위의 기준을 제시하는 ‘Good Faith’와는 사뭇 다르다. 본 논문에서는 이를 자세하게 다루지 않았다.

용될 수 있다. 그리고 Section 2-103에서는 매매(Sales)의 경우에 정직성 이외에 ‘거래에 있어서 공정거래의 합리적이고 상업적인 기준을 준수(observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade)’하는 것을 ‘Good Faith’라고 하기도 한다. 이것은 이행에 있어서의 ‘Good Faith’에 좀 더 부합한 정의라고 할 수 있을 것이다.

물론 위와 같은 규정상 정의(definition) 이외에 이론적인 측면에서 이행에 있어서의 ‘Good Faith’를 더 세부적으로 정의하고 그 역할을 재조명하고자 하는 논의가 이루어진 바 있다. 예컨대, Farnsworth 교수는 계약에서의 묵시적 조건(implying terms)의 근거로 파악한 바 있고,<sup>15)</sup> Summers 교수의 경우는 ‘Good Faith’는 아무런 적극적인 기능이 없으며, 오히려 ‘배제도구(excluder)’로서의 기능을 수행하여 반신의 행위, 소위 ‘Bad Faith Behavior’를 배제하고 이를 유형화하고자 하였다.<sup>16)</sup> 이러한 태도는 제2차 계약법 리스테이트먼트의 주석(comment)에서도 발견될 수 있는데, 이에 따르면 이러한 배제되어야 할 행위를 완전히 나열하는 것은 불가능하다고 지적되기도 한다.<sup>17)</sup> 그리고, Burton 교수의 경우는 지금까지 Good Faith의 기준이 제대로 언급되지 않았음을 비판하면서도 Summers 교수와 마찬가지로 ‘Bad Faith’에 초점을 두어 어떤 경우에 이에 해당할지에 있어 ‘재량의 행사(exercice of discretion)’가 지나칠 경우 이를 제한할 수 있다고 설명하면서 계약을 체결함으로써 포기한 기회(forgone opportunity)를 다시 회복하고자 하는 경우가 이에 해당할 것이라고 하였다.<sup>18)</sup> 학자들 간, 특히 Summers 교수와 Burton 교수 사이에서는 추가적인 논쟁이 있기도 했지만,<sup>19)</sup> 실제 재판

15) Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”, *Chicago Law Review* Vol.30, 1963, p.679.

16) Summers, “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review* Vol.54 No.2, 1968, pp.232-233.

17) Restatement(Second) of Contract, section 205, comment d.

18) Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review* Vol.94 No.2, 1980, pp.372-373.

19) 이후의 논쟁에 대해서는 Summers, “The General Duty of Good Faith -Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review* Vol.67, 1982과 Burton, “More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers”, *Iowa Law Review* Vol.69, 1984 등 참조.

례에서는 위 견해를 따로 혹은 함께 고려하기도 하는 등,<sup>20)</sup> 현재는 위의 세가지 견해 모두 제각각 다른 관점에서 ‘Good Faith’를 구체화하고자 한 것이고 이 관점들을 양립시킬 수 있다고 볼 여지가 있다.

### Ⅲ. 미국법상 계약교섭단계에서의 신의성실

#### 1. ‘Good Faith’의 원칙적 부정

그 원류라고 할 수 있는 영국에 비해 ‘Good Faith’에 대해 비교적 관대했던 미국의 경우에도 ‘Good Faith’를 계약의 이행 더 나아가 집행의 경우에만 인정하고자 하였다. 이러한 태도는 제2차 계약법 리스테이트먼트의 주석(comment)에서도 확인할 수 있는 바인데,<sup>21)</sup> Section 205는 계약 교섭단계(negotiation), 즉 계약 성립 단계(the formation of a contract)에는 적용이 없다고 한다. 따라서, 계약교섭단계에서의 ‘Good Faith’는 미국법상 인정되지 않는다고 보는 것이 일반적이다.<sup>22)</sup>

계약교섭단계에서 발생할 수 있는 다양한 법적 문제에 대해서는 개별제도들이 활용되고 있다. 부당이득(unjust enrichment), 부실표시(misrepresentation), 약속적 금반언(promissory estoppel) 등이 이에 해당하는데,<sup>23)</sup> 특히 부실표시와

20) 예컨대, *Foley v. Interactive Data Corp.*, 765 P.2d 373(Cal.1988).

21) Restatement(Second) of Contract, section 205, comment c.

22) Summers, “The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account”, *Good Faith in European Contract Law*, 2000, p.134에서는 계약의 이행(performance)와 집행(enforcement)에만 국한하여 신의성실에 따른 의무(duty of good faith)를 인정한다고 하고, 윤진수, “미국계약법상 Good Faith 원칙”, 「서울대학교 법학」 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 79면에서도 학자들 가운데에는 미국의 법원도 계약 체결 단계에서도 Good Faith의 의무를 인정해야 한다고 주장하기도 하지만 일반적으로 받아들여지지 않는다고 소개한다.

23) Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, p.101. 동지: Cartwright, op.cit., p.67. 특히, 미국의 Farnsworth 교수는 부당이득(unjust enrichment), 부실표시(misrepresentation), 교섭중에 이루어진 약속(specific promise), 성실교섭약정(agreement to negotiate in good faith)의 4개 그룹으로 나누어 미국법원이 계약교섭단계에서의 의무위반에 대한 개별적인 구제를 인정하고 있다고 설명한다(Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers, 2004, pp.190-201).



약속적 금반언의 경우가 계약교섭상 발생할 수 있는 신의위반 혹은 부정의 (injustice)와 관련지을 수 있다고 볼 것이어서 양자에 대해서 간략히 살펴보자면, 다음과 같다.

부실표시는 주로 계약법과 불법행위법상 논의되는데 ‘사실과 일치하지 않는 언급(assertion that is not in accord with the fact)’으로,<sup>24)</sup> 계약법에서는 부실표시를 근거로 계약의 효력을 부정할 수 있는지를, 불법행위법에서는 부실표시로 인해 발생한 손해를 배상시킬 수 있는지를 다룬다.<sup>25)</sup> 부실표시는 그 정의에서도 알 수 있듯이 사실(fact)에 대한 것이 원칙이나 의견(opinion)이나 약속(promise)의 경우에도 인정될 수 있고, 침묵(silence)의 경우에도 부작위에 의한 부실표시가 인정될 수 있는데 이는 특히 정보제공의무위반(non-disclosure)의 문제로 다루어지기도 한다.<sup>26)</sup> 어떤 경우에 부실표시가 인정될 수 있는지, 혹은 부작위의 경우 적극적 작위의무를 인정할 수 있는지에 대한 판단은 결국 교섭단계에서 지켜야 할 것들에 대한 판단과 다르지 않지만, 별도의 Good Faith와 관련성 속에서 논의되는 것은 아니다. 다만 계약법 리스테인먼트의 경우에는 정보제공의무위반이 의미를 가지기 위한 요건으로 Good Faith를 제시하기도 한다.<sup>27)</sup>

동시에 이 견해는 기존의 청약과 승낙의 전통적 결과로는 계약교섭에 관련된 문제를 충분히 다루지 못한다고 한다. 청약과 승낙에 대한 전통적인 입장 하에서는 청약에 대한 승낙에 의해 계약이 성립하지 않으면 계약책임(contractual liability)은 발생하지 않는데, 현대의 계약성립 과정의 모습은 훨씬 복잡하기 때문이다. 이에 대해서는 Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review* Vol.87, 1987, p.219 참조.

24) 이러한 정의는 Restatement(Second) of Contracts, section 159에 따른 것으로, 불법행위에 관한 Restatement(Second) of Torts, section 525에서도 ‘assertion not in accordance with the truth’라고 하여 마찬가지로 정의하고 있다.

25) 특히 계약의 효력을 부정하는 문제에 대해서는 정성현, “영미계약법상 부실표시에 대한 연구 -우리법과의 비교와 우리법에의 시사점을 중심으로-”, 「법과정책」 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 267-277면 참조.

26) Restatement(Second) of Contracts, section 161; Restatement(Second) of Torts, section 551 참조. 특히 정보제공의무에 대한 자세한 논의는, 정성현, “계약체결과 정보제공의무 -민법상 일반규정의 신설에 대한 논의를 계기로-”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2014 참조.

27) Restatement(Second) of Contracts, section 161(b) 참조.

약속적 금반언은 약속자(promisor)가 상대방(promisee)에게 한 약속(promise)과 반대되는 행동을 하는 경우 이를 제한하는 법리로서, 이는 특히 약인(consideration)의 부재 등으로 인하여 약속이 구속력을 갖지 못하는 경우의 문제점을 시정하기 위해 영국에서 개발 및 발전된 법리이다.<sup>28)</sup> 미국의 경우에도 기본적으로는 마찬가지이나, 단순히 약속의 구속력을 인정하는 결과를 도출하는 것에 그치지 않고, 적극적으로 손해배상책임을 인정하고 있다.<sup>29)</sup> 때문에 미국법의 경우에 영국법보다 훨씬 넓게 이 법리를 활용하고 있다고 할 수 있다.<sup>30)</sup> 아직 성립되지 않은 계약의 구속력을 언급할 수 없는 상황에서 약속에 대한 신뢰(reliance)가 토대가 된다는 점에서<sup>31)</sup> 이 법리 역시 계약교섭단계에서의 신의와 밀접한 관련이 있다고 할 수 있다. 하지만 이 경우에도 별도로 Good Faith 자체 혹은 이와 관련성은 언급되지 않는다.

## 2. 원칙적 부정의 근거와 새로운 경향

이상에서 살펴본 바와 같이 ‘Good Faith’ 자체에 대해서 부정적이었던 영국과 달리 계약의 이행과 집행에 있어서는 명시적으로 ‘Good Faith’를 인정하고 있는 미국도, 계약교섭단계에서는 영국과 마찬가지로의 태도를 취하고 있다. 이는 미국이 계약교섭단계에서의 책임인정에 대해 다소 관대한 태도를 취하고 있다고 해도 마찬가지이다.

미국법의 토대가 된 영국법은 교섭단계에서 법적으로 보호되는 관계를 인정

28) 이에 대한 소개로는, 정성현, “영미법상 약속적 금반언에 대한 연구 -법리의 국내적용에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 「법학연구」 제18집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2015, 225-226면 참조.

29) 이는 Hoffman v. Red Owl Store 판결과 이에 이은 Restatement(Second) of Contracts, section 90에서 “약속자가 그 약속이 약속의 상대방이나 제3자의 작위나 부작위를 유도할 것을 합리적으로 예상할 수 있고 또 그와 같이 작위나 부작위를 유도한 경우에, 오직 그 약속을 집행함으로써 부정의를 피할 수 있을 때에는, 그 약속은 구속력이 있다. 위반에 대한 구제는 정의가 요구하는 바에 따라 제한될 수 있다.”고 한 것을 기반으로 한다. 이에 대한 자세한 설명은 정성현, 위의 논문(주 28), 227-230면 참조.

30) Cartwright, op.cit., p.137.

31) Restatement(Second) of Contracts, section 90, comment a. 참조.

하는 것에 소극적이고, 따라서 신의성실을 다하여 교섭할 일반적인 의무나 대륙법의 ‘culpa in contrahendo’와 같은 관념은 가지고 있지 않다.<sup>32)</sup> 즉, 계약이 성립하기 전에는 -사기(fraud), 강박(duress), 부실표시(misrepresentation) 등을 하지 않는 한- 누구도 상대에 대해 의무를 부담하지 않으므로 신의성실(good faith)에 따라 행동해야 할 의무는 없다.<sup>33)</sup>

미국의 법원은 계약교섭단계에 있는 당사자는 이유를 막론하고 교섭을 파기할 수 있는 것이 원칙이고 교섭으로 인해 발생한 비용은 각 당사자가 부담할 부분이라는 입장에 서 있다.<sup>34)</sup> 이에 따라, 교섭에 참여한 당사자는 계약이 파기됨으로 인한 어떤 명목으로의 손실을 감당해야 한다. 그리고 이러한 관점은 교섭의 자유를 제한하는 것은 자칫 당사자가 교섭에 참여하고자 하는 의욕을 저해(discourage)할 수 있다는 점에 근거하여 타당성을 얻고 있다고 한다.

개별적인 책임을 긍정적인 판결들로부터 일반적인 신의성실의 의무를 도출할 수 있는지에 대해 미국의 법원은 부정적이다.<sup>35)</sup> 미국의 Farnsworth 교수에 따르면, 계약교섭에 대해 사행적인 관점을 유지하는 영미법의 태도는 통상적인 계약의 교섭에 있어 당사자들이 자유를 가질 수 있는 영역을 제공하는 데 대해 관심을 가지지만 특정한 교섭의 결과에 대해서는 무관심하고, 계약교섭 과정에서 구체적으로 어느 시점에 그러한 의무가 발생하는지를 결정하는 것이 어렵기 때문에 일반적 의무의 인정은 결과적으로 불확실성(uncertainty)을 만들어 낸다고 한다. 나아가, 이러한 일반적인 의무를 부과하면 계약교섭이 성공할 가능성이 빈약한 경우에는 당사자들로 하여금 교섭에 들어가지 않도록 하는 위축효과

32) Cartwright, op.cit., pp.66-69에 따르면 이러한 영국법의 태도는 영국법 자체가 일반적 인 의무를 인정하는 것보다 사례별로 해결책을 도출하고자 하는 접근방식을 더 선호하기 때문이고, 보다 세부적으로는 불확실성(uncertainty)으로 인하여 의무를 정의할 수 없고, 의무의 정함이 없으므로 위반이 있었는지 위반이 있다고 볼 경우 어떤 구체책을 인정할 것인지를 판단할 수 없기 때문이라고 한다. 또한 Cartwright 교수는 대륙법에서는 의무의 내용의 결여는 신의성실의 원칙에 의해 보완된다고 주장될 수 있지만, 영국에서 이러한 접근방식은 the House of Lords에 의해 명시적으로 부정되었다고 한다.

33) Atiyah, op.cit., p.101. 더 나아가, Cartwright, op.cit., p.58 이하에서는 영국법상에는 ‘good faith’와 같은 원칙 자체가 존재하지 않으며, 이 점이 미국법과 큰 차이점이라고 한다.

34) Farnsworth, op.cit., p.189. 특히 Farnsworth 교수는 이러한 영미법의 태도를 ‘aleatory view (사행적 관점)’이라고 표현한다(ibid., p.190).

35) Farnsworth, op.cit., p.198.

(chilling effect)와 당사자들이 성급하게 교섭을 빨리 끝내 버리는 가속효과 (accelerating effect)를 낳을 텐데, 어느 쪽이든 바람직하지 못한(undesirable) 결과가 될 것이다. 따라서 명확한 이점이 없는 한 현재의 태도를 유지하는 것이 타당하다고 한다.<sup>36)</sup>

영국의 학자들도 마찬가지로 입장을 취하고 있다. Cartwright 교수는 계약이 성립되기 전까지 교섭을 철회할 자유와 자신의 이익을 추구할 자유가 인정되고, 각 당사자는 계약이 성립되지 않을 수 있다는 위험과 그 경우에 교섭 중 발생한 비용을 회복할 수 없다는 위험을 감당해야 한다고 하며, 계약의 성립시가 그러한 위험이 전환(shift)되는 시점이라고 한다.<sup>37)</sup> Atiyah 교수도 계약체결 이전 단계에서 계약교섭자들로 하여금 서로 상대방에 대하여 주의의무를 부담하도록 하는 것은 일종의 집단주의적이거나 복지주의적인 이데올로기의 반영이라고 비판한다.<sup>38)</sup>

다만, 이러한 태도가 Good Faith를 폭넓게 받아들이는 대륙법의 경우보다 영미법에서 더 많은 책임을 인정함을 의미하는 것은 아닐 것이다. 미국의 Farnsworth 교수도 유럽에서는 일반적인 의무를 인정하는 데 보다 적극적이라고 하지만, 미국 법원이 책임을 인정하지 않은 사례에서 유럽도 다른 결론을 내리기는 어려울 것이라고 한 바 있고,<sup>39)</sup> 영국의 Giliker 교수도 일견 프랑스법(혹은 대륙법)이 계약교섭단계에 보다 적극적으로 개입하는 것으로 보이지만, 이들도 나름의 기준을 갖고 판단하므로 결론에 있어서는 큰 차이를 가져오지 않는다고 한다.<sup>40)</sup>

그런데 최근에는 이상의 원칙적 입장과는 반대되는 입장이 영미 양국에서 확

36) Farnsworth, op.cit., p.199.

37) Cartwright, op.cit., pp.69-70.

38) Atiyah, op.cit., p.104. 다만 이 견해는 특정한 종류의 소비자거래의 경우에는 계약체결 이전 단계에서도 계약교섭자의 주의의무를 인정할 수 있을 것이라고 한다.

39) Farnsworth, op.cit., p.198.

40) 좀 더 비교법적 견지에서 접근한 Giliker, "A Role for Tort in Pre-contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law", *The International and Comparative Law Quarterly* Vol.52 No.4, 2003, p.991. 이 문헌에서는 접근방식의 차이는 계약의 자유와 법원의 감독능력(regulatory force)에 대한 믿음 중 어느 쪽을 선택하느냐에 따라 달라진다고 한다.

인되고 있다. 영국에서는, 현재의 영국법은 일반적 주의의무를 인정하지 않고 개별적 제도를 통해서만 이 경우의 문제를 단편적으로 해결하고 있다는 평가와 함께 프랑스법을 예로 들어 불법행위(tort)를 통해 이 문제가 해결될 여지가 있음을 시사하는 견해<sup>41)</sup>가 있고, 계약교섭단계에서 일반적 의무, 즉 신의성실(good faith)에 따라 교섭할 의무를 인정할 수 있다는 견해<sup>42)</sup>도 주장되고 있으며, 미국에서도 Good Faith가 계약교섭단계에도 적용될 수 있다는 주장이 지속적으로 제기되고 있어,<sup>43)</sup> 그 귀추가 주목된다고 할 것이다.

#### IV. 결론에 같음하여: 우리법에의 시사점

계약교섭단계에서만 국한해서 보면 미국의 경우는 Good Faith의 적용을 인정하지 않는다. 대신, 부실표시나 약속적 금반언과 같은 개별제도를 통해 이 영역에서의 법적 문제에 대해 대응해 왔다. 이 두가지 제도가 우리법에는 다소 생소한 것이라고 할 수 있지만, 위에서 이미 언급한 대로 구체적인 법률 문제에서의 결론은 우리의 경우라고 해도 크게 다르지는 않을 것이다. 결국 이 영역에서 보여지는 차이점은 접근방식의 차이라고 할 수 있을 것이다.<sup>44)</sup>

실제로, 본 논문의 서두에서 제시한 우리 대법원판결의 경우를 미국법의 시각에서 분석해 보면, 정보제공의무위반 혹은 부작위에 의한 부실표시가 적용된 것과 마찬가지로 할 것이어서 미국과 크게 다르지 않은 결론이 인정되고 있다고 할 수 있다. 다만 그 과정에서 ‘신의성실’이 중요한 역할을 하고 있음을

41) Giliker, op.cit., p.978.

42) Peel, “Agreements to Negotiate in Good Faith”, *Contract Formation and Parties*, 2010, pp.37-60. 이 견해는 부당파기에 있어 가장 중요한 판결인 Walford v. Miles 판결의 내용과 그 영향에 대해 비판적으로 접근하면서, 계약상의 good faith가 인정되는 것과 마찬가지로 교섭단계에서도 이를 인정할 수 있을 것이라고 한다.

43) 예컨대, Houh, “The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?”, *Faculty Articles and Other Publications*, 2005에서는 Good Faith에 대한 기준을 제시하고자 하는 시도 속에서 계약교섭단계에도 적용될 수 있음을 주장한다.

44) Giliker, op.cit., p.991에서는 접근방식의 차이는 계약의 자유와 법원의 감독능력(regulatory force)에 대한 믿음 중 어느 쪽을 선택하느냐에 따라 달라진다고 한다.

확인할 수 있다. 이 점에서 우리는 미국의 경우와, 보다 크게는 대륙법은 영미 법과, 다르다고 할 것이다.

이러한 차이점에 비추어 볼 때, 우리의 대법원이 반드시 신의성실을 원용하였어야만 하였는지에 대해서는 다소 의문이 든다. 왜냐하면 영미의 경우에는 이러한 경우에 신의성실없이도 구체적인 제도를 통해 충분히 해결하였기 때문이다. 어쩌면 우리의 경우에 신의성실에 너무 쉽게, 그리고 무책임하게 의존하고 있는 것은 아닌지, 그래서 그 구체적 기준을 더더욱 알 수 없게 된 것은 아닌지 모를 일이다.

왜 영미의 경우에 신의성실 혹은 Good Faith의 원용이 불필요하였는지는 이미 설명했거니와, 그 외에도 Good Faith 자체는 미국에서 최근에서야 도입된 것이고, 그 자리에 다른 제도들이 이미 기능하고 있었다는 점을 고려하면 Good Faith의 폭넓은 도입에 회의적이라는 점은 오히려 당연하다고도 할 수 있다. 때문에 보다 구체적인 제도들과 기준들이 형성될 수 있었다고 할 것이다.

하지만 그렇다고 해서 신의성실 혹은 Good Faith가 의미가 없다고는 할 수 없다. 미국에서 계약이행과 집행에 있어서의 Good Faith 도입에서 미루어 보듯이 앞으로 계약교섭단계와 같은 다른 영역에서 Good Faith의 역할이 더 커질 수도 있을 것이다. 이는 최근에 영미법과 대륙법의 입장을 조화시켜 통일법을 작성하고자 하는 시도에서도 확인될 수 있는 바이다.<sup>45)</sup> 이미 확인한 대로 계약 교섭단계에서의 문제해결에 있어서 그 저변에 깔려 있는 토대는 크게 다르지 않기 때문이기도 하다.

다만 그럼에도 우리의 경우에 있어 지금까지와 같이 단순히 신의성실에 간편하게 의존하는 것보다는 예측가능한 구조와 그 기준을 개발해야 할 것이다. 본 논문에서 논의한 것처럼 분명 법에 대한 접근방식의 차이도 관측되지 않는 바

45) 대표적으로 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law; PECL)과 DCFR(Draft Common Frame of Reference; DCFR)의 경우에는 신의성실에 해당하는 Good Faith를 보다 적극적으로 규정하기에 이르렀다. 예컨대 유럽계약법원칙 Article 1:201(1)에서는 “각 당사자는 신의성실에 맞게 행동해야 한다.”고 규정하고 있고, 부당파기에 대해서도 Article 2:301(1)에서 신의성실에 반하여 교섭하거나 교섭을 파기한 당사자는 상대방에게 야기된 손실에 대하여 책임이 있고, 특히 합의에 도달할 의사 없이 교섭을 개시하거나 계속하는 것은 신의성실에 반한다고 정하고 있다.

는 아니나, 법의 공통적인 기능을 참고하면 그저 그 뜻으로 돌릴 일은 아니다. 결국 각 제도도 ‘최소한 우리법의 관점에서는’ 신의성실의 구체화라는 점을 고려한다면 더욱 그렇다. 이 경우에 있어 영미에서의 경험이 도움이 될 수 있을 것이기에<sup>46)</sup> 본 논문에서는 이를 소개하고자 한 것이다.

실제로, 서두에서 소개한 선례의 경우에는 신의성실이 각 제도가 전제로 하고 있는 위법행위를 근거짓기 위한 의무의 인정이라는 지점에서 적절히 기준으로 적용되고 있는 것으로 보이지만, 이는 원래 신의성실이 예상했던 형태, 즉 계약의 이행이나 집행 단계에서의 그것과는 일치하지 않는다. 그 외 다른 경우에도 신의성실이 어떤 역할을 담당하는지, 신의성실의 적용을 통일적으로 파악할 수 있는지 아니면 개별적으로 논의해야 하는지에 대한 구체적인 논의가 필요하다.<sup>47)</sup>

본 논문에서의 논의를 시작으로 이 분야에 대한 더 세밀한 논의를, 그리고 계약교섭단계 뿐만 아니라 사법의 전분야에 걸쳐 신의성실을 적용하는 우리의 경우에는 다른 영역으로도 그 논의를 확장해 나가야 할 것이다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

송덕수, 「신민법강의(제5판)」, 박영사, 2012.

이영준, 「민법총칙[한국민법론I]」, 박영사, 2005.

지원림, 「민법강의(제9판)」, 홍문사, 2011.

윤용석, “신의칙의 재조명”, 「재산법연구」 제20권 제2호, 한국재산법학회, 2003.

46) 영미에서의 구체적 이론은 결국 경험적으로 형성된 것이기 때문인데, 어찌면 대륙법이 신의성실에 의존하는 것도 영미와 같은 연속적 경험의 부재 탓인지도 모를 일이다.

47) 본 논문에서 계약교섭단계에 국한하여 논의한 이유이기도 한데, 현재 우리법에서 인정하는 신의성실은 매우 다양한 모습으로 그 통일적 이해가 가능한지조차 가늠하기가 쉽지 않다.

- 윤진수, “미국계약법상 Good Faith 원칙”, 「서울대학교 법학」 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 정성현, “영미계약법상 부실표시에 대한 연구 -우리법과의 비교와 우리법에의 시사점을 중심으로-”, 「법과정책」 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.
- 정성현, “영미법상 약속적 금반언에 대한 연구 -법리의 국내적용에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 「법학연구」 제18집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2015.
- 정성현, “계약체결과 정보제공의무 -민법상 일반규정의 신설에 대한 논의를 계기로-”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2014.

[외국문헌]

- Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995.
- Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007.
- Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers, 2004.
- Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Univ of Oklahoma Pr, 1985.
- Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review* Vol.94 No.2, 1980.
- Burton, “More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers”, *Iowa Law Review* Vol.69, 1984.
- Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”, *Chicago Law Review* Vol.30, 1963.
- Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review* Vol.87, 1987.
- Giliker, “A Role for Tort in Pre-contractual Negotiations? An Examination



- of English, French, and Canadian Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* Vol.52 No.4, 2003.
- Houh, “The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?”, *Faculty Articles and Other Publications*, 2005.
- Peel, “Agreements to Negotiate in Good Faith”, *Contract Formation and Parties*, 2010.
- Summers, “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review* Vol.54 No.2, 1968.
- Summers, “The General Duty of Good Faith –Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review* Vol.67, 1982.
- Summers, “The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account”, *Good Faith in European Contract Law*, 2000.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Commonframe of Reference(DCFR), Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law(Acquis Group), 2009.
- Principles of European Contract Law(PECL), Prepared by CECL, Edited by Lando O./Beale H., 2000.
- Restatement(Second) of Contracts, American Law Institute, 1981.
- Restatement(Second) of Torts, American Law Institute, 1977.

[Abstract]

Comparative Research on the Good Faith  
in American Private Law  
: Good Faith in Precontractual Stage

Jeong, Seong-Heon

*Professor, Kyungnam University Department of Law*

The 'Good Faith' stipulated in the Korean Civil Code section 2 is kind of principle which applies to our whole private law system, not only performance and enforcement of contract, but also negotiation of contract. The Korean Supreme Court has used it to recognize a specific duty(duty to inform in actual case) in precontractual stage. However, its details has never been presented, so lots of problems are indicated due to its ambiguity. So, lots of scholars mentioned that an attention is required when operating it.

While the Civil Law Jurisdictions like Korea recognize and use the Good Faith broadly, the Common Law Jurisdictions are reluctant to accept it. England as an origin of the Common Law Jurisdictions denies the Good Faith, but America(USA) explicitly adopt it through its codes and restatements. However it is restricted within performance and enforcement of contract when it comes to private law. That is, the Good Faith is not recognized in relation with the precontractual stage in American Private Law. Rather specific systems, such as misrepresentation(non-disclosure in case of omission) or promissory estoppel have dealt with related problematic situations. This is because freedom of negotiate is regarded more seriously and ambiguity is a kind of taboo in America(largely in the Common Law Jurisdictions). But counter-arguments are raised lately.

In this article, I introduced the Good Faith in American Private Law with precontractual stage as the central figure since we can find the big difference here. In view of the difference I tried to review its role in our legal system and suggested to improve our problems. In the situation that interest in the Good Faith is getting bigger nowadays, we should specify its details particularly its structures and its standards, and we can find our way through American (largely Common Law Jurisdictions') experience.

**Key words** : Good Faith, American Private Law, Precontractual Stage, Misrepresentation, Promissory Estoppel, Non-disclosure