

미국 통일상법전상 신의성실의 원칙

김 영 주*

-
- I. 서 론
 - II. UCC상 신의칙 규정의 구조
 - III. UCC상 신의칙 적용의 판단기준
 - IV. 우리법과의 비교 및 시사점
 - V. 결 론
-

주제어 : 통일상법전, 신의성실의 원칙, 사실상의 정직, 공정거래, 불성실

I. 서 론

신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’이라 한다)이란 사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰를 헛되이 하지 않도록 성의를 가지고 행동하여야 한다는

* 대구대학교 경상대학 무역학과 부교수

법원칙을 말한다.¹⁾ ‘신의’ 또는 ‘성실’의 개념은 사람의 행위나 태도에 대한 윤리적·도덕적 평가를 나타낸다.²⁾ 따라서 신의성실은 기술적인 의미에서 법적인 개념화가 불가능한 추상적인 관념에 해당한다.

그런데 인류의 문명사를 보면, 이러한 신의성실에 관한 개념을 법적 평가의 한 내용으로 도입하여 수천년간 운용해 왔었음을 확인할 수 있다.³⁾ 예컨대, 고대 그리스에서는 신의성실과 유사한 의미로써, 시민들의 관계를 지배하는 보편적이며 사회적인 ‘표준’(norm)을 사용하고 있었다. 신의성실의 개념을 법적 가치판단으로 사용한 최초의 문명은 로마였는데, 로마인들은 신의성실을 소송의 기초로 삼아 상거래에서의 일반적 의무로 다루었다.⁴⁾ 중세 캐논로(canon law)에서도 신의칙은 인정되고 있었고, 영국 에퀴티(equity) 법원의 법관들도 이를 언급하고 있었다.⁵⁾

한편 미국법상 신의칙(the principle of good faith)⁶⁾ 계약의 일반적 법리로 다루어지기 시작한 것은 비교적 최근의 일로 19세기 말부터이다.⁷⁾ 전통적으로 커먼로(common law)는 법률관계 형성의 중심적 수단을 개인의 의사로

- 1) 김용담 (대표집필), 주석민법 - 총칙 (1), 제4판, 한국사법행정학회, 2010, p. 128 [이하 ‘주석민법’으로 인용].
- 2) 박윤직 · 김재형, 민법총칙, 제8판, 박영사, 2012, p. 74.
- 3) Russell A. Eisenberg, “Good Faith Under the Uniform Commercial Code - A New Look at an Old Problem”, *Marquette Law Review*, vol.54, 1971, p. 17.
- 4) James J. Stankiewicz, “Good Faith Obligation in the Uniform Commercial Code: Problems in Determining Its Meaning and Evaluating Its Effect”, *Valparaiso University Law Review*, vol.7, 1973, p. 407.
- 5) 근대 사법에서 신의성실을 처음으로 규정한 것은 프랑스 민법이다. 동법 제1134조는 “계약은 신의에 따라서 이행하여야 한다.”라고 규정하고 있었다. 독일 민법도 제157조에서 “계약은 거래의 관행을 고려하여 신의성실의 요구에 좇아서 해석하여야 한다.”라고 규정하는 동시에, 채무의 이행과 관련한 제242조에서, “채무자는 거래상의 관행을 고려하여 신의성실에 따라 급부를 하여야 할 의무를 진다.”라고 규정하고 있었다(김주수 · 김상용, 민법총칙, 제6판, 삼영사, 2011, p. 68).
- 6) 영미법상 good faith 또는 *bona fide*는 선의, 성실, 신의성실 등으로 번역되는 바(이태희 · 임홍근, 법률영어사전, 법문사, 2014, p. 871), 본 논문에서는 good faith는 신의성실, bad faith는 불성실로 번역한다.
- 7) E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3d ed., Aspen Pub., Inc., 2004, pp. 670-671.

판단하고, 이를 실현하기 위한 법원칙으로서 사적 자치를 선언하고 있었다.⁸⁾ 즉, ‘계약자유 원칙’을 가급적 훼손하지 않기 위하여, 법원의 간섭이나 국가적 후견은 최대한 배제하는 것이 미국 계약법의 근대적 사고관념이었다. 그러나 20세기 초반부터 금반언의 법리(promissory estoppel) 또는 비양심성의 법리(the doctrine of unconscionability)와 같은 계약의 규제 법리들이 커먼로상의 원칙으로 수용·발전되기 시작하였다.⁹⁾ 계약법상 신의칙도 이러한 시대사적 배경과 함께 일반적인 법원칙으로 전개되었던 것이다.¹⁰⁾

20세기 중반을 지나면서, 미국에서는 신의칙의 성문화가 이루어졌다. 예컨대, 1951년의 ‘통일상법전’(Uniform Commercial Code, 이하 ‘UCC’라 한다)과 1979년의 ‘제2차 계약법 리스테이트먼트’(Restatement (Second) of Contracts (1981), 이하 ‘리스테이트먼트’라 한다)는 계약의 일반조항으로서 신의칙을 규정하게 되었다.¹¹⁾ 또한 상사관련 소송에 자주 등장하는 청구원인으로써 실무계의 주목을 받기 시작하였다.¹²⁾

8) Eric M. Holmes, “A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 39, 1978, p. 384.

9) Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6th ed., West Pub. Co., 2009, p. 412 [이하 Calamari & Perillo on Contracts로 인용].

10) Michael P. Van Alstine, “Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith”, *William & Mary Law Review*, vol. 40, 1999, p. 1203.

11) 신의칙 이론에 관하여 대표적인 것으로는, Steven J. Burton and Eric G. Andersen, *Contractual Good Faith: Formation, Performance, Breach, Enforcement*, Little, Brown, 1995; Raphael Powell, “Good Faith in Contracts”, *Current Legal Problems*, vol.9 (*Oxford Journals*), 1956, pp. 16-38; E. Allan Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”, *The University of Chicago Law Review*, vol.30, no.4, 1963, pp. 666-679 [이하 Farnsworth, *Good Faith*로 인용]; Robert A. Hillman, “Policing Contract Modifications Under the U.C.C.: Good Faith and the Doctrine of Economic Duress”, *Iowa Law Review*, vol. 64, 1979, pp. 849-902 등 참조.

12) 무차별적 통계이긴 하나, Westlaw Next (<https://next.westlaw.com>)에서 ‘implied covenant of good faith’를 검색어로 지정하고 미국의 모든 주법원과 연방법원의 판례들을 대상으로 검색하면, 신의성실 관련과 관련한 10,000여 건 이상의 판례들이 검색된다. 주목할 점은 시대가 흐를수록 신의성실이 쟁점이 된 판결들이 증가하고 있다는 점이다. 예컨대, 1960년대(1960-1970)는 100여 건 정도에 불과하던 판례들이, 1970년대(1970-1980)에는 400여 건으로, 1980년대(1980-1990)에서는 2,000여 건으로, 1990년

그러나 신의칙이 무엇을 의미하는 것인지, 또는 신의성실의 적용범위나 그 판단기준은 어떻게 되는지에 관하여는 여전히 정립된 이론은 없다. 학설과 판례도 이에 관한 명확한 태도를 제시하지 못하고 있다. 심지어 Posner 판사는 “계약법상의 신의성실은 일반조항으로서 UCC나 개별적 주법상 명백히 규정되어 있음에도 그 의미는 수수께끼 그 자체다”라고 언급한다.¹³⁾

본 논문에서는 이와 같은 미국 UCC상의 신의칙 규정에 관하여 살펴보고자 한다. 다양한 국제적 계약규범의 입법에 미국법상의 판례나 제정법들이 상당한 영향을 미치고 있으며, 국제물품매매계약의 준거법으로 UCC가 지정되는 경우 등을 감안한다면, UCC 규정의 구체적인 이론 검토 및 판례분석은 반드시 필요하다고 하겠다. 연구에 앞서, UCC상의 신의칙과 관련한 국내 선행연구를 살펴보면 다음과 같다.

윤진수(2003)는¹⁴⁾ 미국 계약법상 신의성실의 원칙에 관하여, 전반적인 개념 형성의 연원, UCC 및 리스테이트먼트 규정의 검토 및 판례법의 전개 등을 분석하고 있다. 심종석(2009)은¹⁵⁾ 국제물품매매에서의 신의칙의 법적 기능을 전제로, CISG, PICC, PECL 등과 같은 국제상사계약규범상의 신의칙 규정의 체계 및 관련 판정례 등을 검토하고 있다. 한낙현(2010)은¹⁶⁾ 주로 CISG 제7조를 중심으로 신의준수의 일반원칙 개념과 제7조가 적용된 판례 등을 살펴보고, 무역거래에 있어서의 신의칙 개념의 해석방향 및 규정상의 한계 등을 시사점으로 제시하고 있다. 비교적 최근의 연구로, 김영호(2011)는¹⁷⁾ 상사거래에

대(1990-2000)에는 4,000여 건, 2000년대(2000-2012)에는 8,000여 건으로 폭증하고 있다. 2013년 5월 1일 기준으로, 지난 2012년 한해에만 이와 관련된 판결들이 900여 건 이상이 검색되었다. 물론 개개의 사안마다 실질적인 관련성은 다소 불명확하다 할 수 있겠으나, 현대 미국계약법상의 조류에 신의칙 조항이 미치는 영향이 크다고 할 수 있겠다.

13) *Market Street Associates v. Frey*, 941 F.2d 588, 593 (7th Cir. 1991).

14) 윤진수, “미국 계약법상 Good Faith 원칙”, 법학연구, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003. 12., pp. 40-93.

15) 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 무역상무연구, 제43권, 한국무역상무학회, 2009, pp. 3-23.

16) 한낙현, “국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 무역상무연구, 제46권, 한국무역상무학회, 2010, pp. 61-104.

17) 김영호, “상사거래에서의 신의칙법리의 전개”, 상사판례연구, 제24권 제1호, 한국상사판례학회, 2011, pp. 51-92.

공통적으로 적용되고 있는 신의칙의 적용유형, 판단방법, 판단기준 등을 국내 법 및 독일, 일본, 미국의 법제도 등과 비교하여 정리하고 있다.

기존의 국내 연구들을 검토한 결과, UCC상 신의칙 규정의 체계 및 관련 사례 등을 구체적으로 다룬 연구는 상당히 부족한 편이라고 판단되었다. 대부분 국제물품매매에서의 CISG를 중심으로 한 신의칙 규정의 해석과 적용 등을 주요한 쟁점으로 다루고 있다. 따라서 본 논문에서는 논의의 범위를 UCC상 신의칙 규정에 관한 포괄적인 부분으로 설정하고, 제1편 및 제2편에 규정된 신의칙 규정을 중심으로 특히 물품매매와 관련된 구체적인 적용 판례와 그에 따른 신의칙의 판단기준에 관한 이론을 분석하고자 한다. 나아가 UCC 규정이 갖는 국제법적 의의를 찾아보고, 우리법상의 시사점 등도 함께 검토해보기로 한다.

II. UCC상 신의칙 규정의 구조

1. 신의칙의 입법 연혁

미국법은 19세기말까지 신의칙을 ‘계약상의 의무’로서 확인하고 있었으나, 이에 관한 의미와 적용구조를 법리로서 제시하지는 않고 있었다.¹⁸⁾ 예를 들어, 판례상 계약조건의 충족이라는 맥락에서 신의성실의 의무를 인정하거나¹⁹⁾ 단순히 판결문에 신의성실을 명시할²⁰⁾ 뿐이었다. 초기 판례에서 제시된 신의성실의 범위도 일방이 타방의 계약상 의무이행 과정을 간섭하거나 개입하지 않

18) Steven J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, p. 379 [이하 Burton, *Breach of Contract*로 인용].

19) *Singerly v. Thayer*, 108 Pa. 291 (1885); *Baltimore & O. Ry. v. Brydon*, 65 Md. 198 (1886); *Doll v. Noble*, 116 N.Y. 230 (1889).

20) *Genet v. President of Del. & Hudson Canal Co.*, 136 N.Y. 593 (1893); *Hilleary v. Skookum Root Hair-Grower Co.*, 4 Misc. 127 (C.P. 1893); *Brassil v. Maryland Cas. Co.*, 210 N.Y. 235 (1914); *Industrial & Gen. Trust, Ltd. v. Tod*, 180 N.Y. 215 (1905); *Simon v. Etgen*, 213 N.Y. 589 (1915); *Wigand v. Bachmann-Bechtel Brewing Co.*, 222 N.Y. 272 (1918); *Ratzlaff v. Trainor-Desmond Co.*, 41 Cal. App. 586 (1919); *People ex rel. Wells & Newton Co. v. Craig*, 232 N.Y. 125 (1921).

을 정도의 소극적 의미에 한정되는 것이었다. 그러나 20세기 초반 다음과 같은 몇 가지 판결을 통해 구체적인 이론적 전개가 시작되었다.

1912년의 *Patterson v. Meyerhofer*²¹⁾ 사건은 부동산 매매계약에서의 신의칙이 문제된 사례이다. 사안에서 매도인(원고)은 아직 자신이 구입하지 않은 4개의 부동산에 관해 매수인(피고)과 매매계약을 체결하였다. 매도인은 경매를 통해 해당 부동산을 구입하기로 계획하였으나, 매수인은 이러한 사실을 미리 알고 있었다. 이에 매수인은 매도인이 해당 부동산을 취득하기 전에, 담보권 행사(foreclosure) 절차를 이용하여 매도인의 해당 토지에 대한 소유권 취득을 금지시켰다. 매수인은 경매절차에서 매도인과의 매매가격보다 620 달러가 비싼 금액으로 환가처분을 실행하였다. 이에 매도인은 매수인을 상대로 손해배상 등을 이유로 소를 제기하였다.

법원에서는, 매수인은 매도인이 경매를 통해 부동산을 취득하고 이러한 부동산을 매수인에게 양도할 것을 충분히 인식하고 있었는 바, 이러한 모든 것들은 계약상의 내용이 되는 것이라고 판단하였다. 매수인이 이를 알고 있음에도 자신의 이익을 위해 고의적으로 매도인이 계약상의 의무를 적절히 이행할 수 없도록 방해하였다면, 이는 일종의 ‘묵시적인 약속’(implied undertaking)의 위반이라는 것이 그 이유였다.²²⁾ 이 판결에서 제시된 묵시적 약속, 즉 계약이 성립되고 계약조건들이 충족된 경우, 일방의 의무이행에 타방이 간섭하지 않을 이러한 약속은 신의성실의 개념을 추출하는 요소가 되었다.

미국법상 신의칙이 계약법상의 적극적 의무로 최초로 인정된 것은 1933년의 *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*²³⁾ 판결(이하 ‘*Kirke La Shelle*’ 판결이라 한다)이다.²⁴⁾ 사안에서, 원고는 ① 특정 연극의 공연 및 관람 수익의 반을 요구할 수 있는 권리와 ② 영화(motion picture) 판권을 제외한 해당 연극의 각종 관련 매매, 라이선스, 공연계획 등의 계약승인권을 가지고 있었다.²⁵⁾ 원고와 신탁관계에 있던 피고는 해당 연극의 발성영화(talkie) 판권

21) 97 N.E. 472 (N.Y. 1912).

22) *Id.* p. 473.

23) 188 N.E. 163 (N.Y. 1933).

24) Burton, *Breach of Contract*, supra note 18, p. 379.

25) *Kirke La Shelle*, 188 N.E. p. 164.

을 매각하였는데, 이에 원고는 발성영화의 판권은 영화의 판권에 해당하지 않는다는 점을 이유로, 피고가 해당 매매계약으로 인해 받은 수익의 반을 요구하는 반환청구의 소를 제기하였다. 피고는 원고의 권리에 영화 판권은 제외되고 있음을 이유로 항변하였다.

뉴욕주 대법원은 사안에서의 발성영화는 원고의 권리에서 제외된 ‘영화’의 범위에 해당하지 않으며, 피고의 매각행위로 원고의 계약상 권리가 침해당했다고 보았다. 결국 법원은 원고의 청구를 인용하여, 피고가 ‘신임의무’상 원고에게 매각금의 반을 반환해 주어야 한다고 판시하였다.²⁶⁾ 중요한 점은, 원고와 피고간의 신탁관계와는 별도로, 법원이 피고의 신의성실 및 공정거래의 묵시적 약속 위반을 문제 삼았다는 것이다. 법원은 해당 사안의 신탁관계(a fiduciary relationship)상 신임의무 위반이 명백하므로 신의성실의 적용을 직접적으로 판단하지는 않았으나, 대체적 법리로서 계약상의 신의성실의 이행의무를 지적하였다.²⁷⁾

한편 이 판결 이전의, 1920년 *Manners v. Morosco*²⁸⁾ 사건에서 연방대법원은 “계약의 일방은 자신에게 부여되지 않은 권리를 타방의 계약상 의무이행에 손해를 끼쳐서는 안 된다.”라는 법리를 제시한 적이 있었다. *Kirke La Shelle* 판결의 법원은 “모든 계약에서 일방은, 타방이 계약으로부터 이익을 받을 권리를 방해하거나 저지해서는 안 될 묵시적 약속에 구속되고 있는데, 이것은 곧 모든 계약에서 신의성실 및 공정거래(good faith and fair dealing)의 묵시적 약속이 존재한다는 의미이다.”라고 설명하면서, 신의칙을 계약상의 일반원칙으로 재해석하였다.²⁹⁾ 그러나 이 판결은 약속의 상대방에 의해 얻을 수 있는 이익에 초점을 맞추고 있어, 계약의 이행과정상의 신의칙에 관하여는 명확한 개

26) *Id.* p. 166-167.

27) *Id.* p. 167.

28) 252 U.S. 317 (1920).

29) 최근의 판결들도 이러한 취지를 그대로 따르고 있다. *Digerati Holdings, LLC v. Young Money Entertainment, LLC*, 11 Cal. Daily Op. Serv. 4873 (Cal.App.2.Dist. 2011); *Seip v. Rogers Raw Materials Fund, L.P.*, 948 N.E.2d 628 (Ill.App.1.Dist. 2011); *Thrifty Payless, Inc. v. Mariners Mile Gateway, LLC*, 111 Cal.Rptr.3d 173 (Cal.App.4.Dist. 2010); *Birch Broadcasting, Inc. v. Capitol Broadcasting Corporation, Inc.*, 2010 WL 4781474 (N.H. 2010); *Nemec v. Shrader*, 991 A.2d 1120 (Del. 2010).

념과 법리 적용의 구조를 밝히지 못하였다는 지적을 받는다.³⁰⁾ 어쨌든 이 판결에서 제시한 신의성실을 구성하는 요소가 이후 UCC와 리스테이트먼트에 그대로 차용된 것만은 분명한 사실이다.

커먼로상 일반적이지는 않으나, 신의칙은 때때로 당사자의 계약전의 행위를 제한하는 역할을 할 수도 있다.³¹⁾ 계약이 형성되기 이전에는 당사자들의 권리와 의무가 확정적이지 않으므로, 신의성실과 같은 묵시적 약속을 추론하는 것은 이론상 어려운 일이다. 그러나 일반적 관념으로는, 계약 전이라 하더라도 여전히 당사자들은 정직하게 계약체결에 임해야 하며, 타방의 이익을 훼손하지 않아야 한다. 이와 같은 취지에서 몇몇 판례들은 예비적 합의(preliminary agreement)가 있는 경우 계약전의 신의성실의무를 긍정하기도 한다.³²⁾ 예컨대, ‘교섭을 하기 위한 합의’(agreement to bargain)나 ‘계약예비문서’(letter of intent)와 같은 것들이 있다면 이는 예비적 합의가 있었다고 인정된다.³³⁾ 그러나 대부분의 법원들은 신의칙을 계약성립 후의 이행과정에서 발생하는 묵시적 의무로 인정하고 계약 전에는 이의 적용을 부정하고 있다.³⁴⁾

2. UCC상의 규정체계

2001년 개정 전의 UCC는 제1-201조 (19)에 “신의성실이란 해당 행위 또는 거래에 있어서 사실상의 정직을 의미한다.”라고 규정하고, 제2편 매매(sales)의 일반 정의조항으로서 제2-103조 (1)(b)에 “상인의 경우에 신의성실

30) Burton, *Breach of Contract*, *supra* note 18, p. 380.

31) 계약의 이행 전 신의칙의 적용에 관한 포괄적인 연구로는 Nadia E. Nedzel, “A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability”, *Tulane European and Civil Law Forum*, vol. 12, 1997, pp. 97-158 참조.

32) *Citadel Group Ltd. v. Washington Regional Medical Center*, 692 F.3d 580 (7th Cir. 2012) ; *Weigel Broadcasting Co. v. TV-49, Inc.*, 466 F.Supp.2d 1011 (N.D.Ill. 2006); *BISYS, Inc. v. Worth Bank and Trust Co.*, 1994 WL 162818 (N.D.Ill. 1994).

33) *A/S Apothekernes Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*, 873 F.2d 155 (7th Cir. 1989).

34) E. Allan Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 286-287.

이란 사실상의 정직과 거래에 있어서 공정거래에 관한 합리적인 상사기준의 준수를 의미한다.”라고 규정하고 있었다.³⁵⁾

그러나 2001년의 개정 UCC는 일반적 정의조항으로서 제1-201조 (b)(2)에 ‘신의성실’을 규정하고, 원칙규정으로서 제1-304조에 ‘신의성실의 의무’를 규정하였다.³⁶⁾ 즉, 개정 UCC는 편을 달리하여 규정하고 있었던 기존의 두 개의 조항을, 그 골자는 유지하고 문구를 조합하며 조문의 위치를 바꾸어, 제1편 총칙에 모두 정리하였다. 이로써 신의칙 조항은 UCC의 전 규정에 적용되는 일반조항으로 기능하게 되었다.³⁷⁾

1) UCC 제1-201조 (b)(20)

개정 전의 UCC의 일반정의조항 제1-201조 (19)는 신의성실을 단순히 ‘사실상의 정직’(honesty in fact)으로만 정의하고 있었다. 이는 신의성실을 순전히 주관적인 기준(subjective standard)으로만 판단하는 것이다.³⁸⁾ 반면에 제2편 매매의 제2-103조 (1)(b)에서는 신의성실을 ① 사실상의 정직이라는 주관적인 기준 외에 ② ‘공정거래에 관한 합리적인 상사기준의 준수’이라는 객관적인 기준(objective standard)을 조합하여 규정하고 있었다. 이처럼 개정 전의 UCC는 제1편 총칙규정에서 객관적 기준이 아닌 주관적 기준만을 제시하고

35) 1951년 UCC 입안의 최종 책임자였던 Karl Llewellyn 교수는 UCC 전 규정에서 가장 가치 있는 성과 중의 하나는 판례법상 인정된 신의성실 조항의 수용이라고 밝힌 바 있다 (James J. White, “Good Faith and the Cooperative Antagonist”, *SMU Law Review*, vol. 54, 2001, p. 679). 미국의 법현실주의(legal realism)를 대표하는 Llewellyn은 UCC를 기초함에 있어 Samuel Williston의 형식주의적 계약법이론(Richard A. Lord, *Williston on Contracts*, 4th ed. (2009-2010 ed.), West Pub. Co., 2009)을 거부하고, Arthur L. Corbin의 실질주의적 계약법이론(Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts*, West Pub. Co., 1950)을 중시하였다. 또한 Llewellyn은 독일에서 중등학교를 졸업하고, Columbia 대학 재직 시절 독일법에 심취하여 있었는데, UCC상의 신의성실 조항과 관련하여, 독일 민법 제242조의 신의칙(Treu und Glauben) 규정을 많이 참조하였다고 전해진다(윤진수, 전 계논문, pp. 44-45).

36) UCC ‘제1편 총칙’은 조문의 위치 조정, 추가적 원칙 규정의 삽입, 문구 수정, 전자적 거래 규정의 신설 등을 이유로 2001년 소폭 개정되었다(James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 6th ed., West Pub. Co., 2010, p. 1).

37) Calamari & Perillo on Contracts, *supra* note 9, p. 414.

38) Linda J. Rusch & Stephen L. Sepinuck, *Commercial Law*, West Pub., Co., 2012, p. 92.

있었던 점에 대하여는 학계와³⁹⁾ 실무계의⁴⁰⁾ 지속적인 비판이 있어왔다. 또한 제2-103조 (1)(b)는 상인의 경우에만 적용된다고 명시하므로, 신의칙에 대한 판별기준은 적용상의 한계가 있었다.⁴¹⁾

그러나 2001년 개정 UCC는 제1-201조 (b)(20)에서 “신의성실이란, 제5편에 규정된 경우를 제외하고, 사실상의 정직 및 공정거래에서의 합리적인 상사 기준을 의미한다.”라고 규정하였다. 즉, 제1편 총칙에 일반 정의조항으로서 신의성실의 개념을 정의하고, 그 판단요소로서 주관적인 정직성(subjective honesty)과 객관적인 상사적 합리성(objective commercial reasonableness)을 함께 규정한 것이다. UCC 공식 주석서에서는, 개정 전 UCC 제2편에 규정된 신의칙 조항이 제2A편을 시작으로, 제3편, 제4A편, 제7편, 제8편, 제9편 등에 동일한 조항으로 편입되었으므로,⁴²⁾ 제1편에 규정된 신의칙의 범위를 확장할 필요가 있었다고 개정이유를 밝힌다.⁴³⁾

UCC 제1-201조 (b)(20)은 신의칙에 관하여 어떠한 새로운 개념을 창출한 것은 아니며, 기존에 판례에서 확인된 일반적 의미와 개정 전의 다른 편에서 규정하고 있던 정의를 재수용한 것에 불과하다. 다만 신의칙의 판단기준으로 주관적 요소와 객관적 요소를 함께 규정하였다는 점과 제1편의 총칙에 삽입된 이상 UCC 전 규정에⁴⁴⁾ 적용될 수 있는 기반을 마련하였다는 점에 그 의의가 있다.⁴⁵⁾

39) Steven J. Burton, “Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: The Practice View”, *William & Mary Law Review*, vol. 35, 1994, p. 1539 [이하 Burton, *U.C.C.*로 인용]; Farnsworth, *Good Faith*, *supra* note 11, p. 671.

40) *Dorsey Bros., Inc. v. Anderson*, 287 A.2d 270 (Md. 1972).

41) White & Summers, *supra* note 36, p. 11.

42) UCC § § 3-103(a)(4), 4A-105(a)(6), 7-102(a)(6), 8-102(a)(10), 9-102(a)(43). 이 조항들은 제2편의 규정과 같이 신의칙의 판단요소로 주관적인 정직성과 객관적인 상업적 합리성을 규정하고 있다. 한편 제5편의 신용장에서는 신의칙을 사실상의 정직이라는 주관적 기준만으로 정의하고, 제6편에는 신의칙의 정의조항이 없다.

43) UCC § 1-201, cmt. 20.

44) UCC 제5편은 신의칙에 관하여 주관적 기준만을 명시하므로, 일반정의조항으로서 제 1-201조 (b)(20)는 제5편에는 적용되지 않는다.

45) Douglas J. Whaley, *Problems and Materials on Commercial Law*, 9th ed., Aspen Pub., 2008, p. 4.

신의칙의 객관적 판단요소로서 ‘공정한 거래’는 계약의 이행상 단순한 ‘주의’ 수준이 아닌 행위 자체의 공정성을 부각시킨 것으로 광범위한 개념에 속한다. 이것은 당사자가 거래상 요구되는 ‘일반적인 주의’(ordinary care)와는 다르다. 즉, 계약상의 일반적 주의의무와 공정거래를 표방하는 신의성실의 의무는, 개별적인 상행위에 따라 그 판단기준이 각각 다르게 전개될 것이다.⁴⁶⁾ 예컨대, 해당 계약상 신의칙의 판단에는 주의의무의 판단기준과 같은 무과실 판별기준이 아닌, 거래상의 ‘공정성’ 여부가 직접적으로 문제가 될 것으로 본다.⁴⁷⁾

2) UCC 제1-304조

UCC 제1-304조는 “통일상법전이 적용되는 모든 계약에는 그 이행과 집행에 있어 신의성실의 의무가 부과된다.”고 규정한다. 제1-304조에서 규정한 신의성실의 의무는 UCC상의 기본원칙이다.⁴⁸⁾ UCC의 다른 편에서도 이와 유사한 신의칙을 규정하고는 있으나, 제1-304조의 신의칙은 명시적으로 UCC상의 모든 계약에 적용됨을 밝히고 있다. 제1-304조가 의미하는 바는 크게 다음과 같은 세 가지이다.

첫째, 제1-304조의 적용은 계약의 ‘이행과 집행’(performance and enforcement)에 한한다.⁴⁹⁾ 여기서 의미하는 이행과 집행이란 UCC가 적용되는 계약상 권리의 실현과정을 말한다.⁵⁰⁾ 따라서 제1-304조의 신의칙은 계약의 교섭과정과 같은 ‘계약 전’ 당사자의 행위에는 영향을 미치지 않고, 계약의 성립을 시점으로 당사자를 구속한다. 제1-304조는 신의성실이 계약의 이행 및 집행에 한해 적용될 것을 명시하고 있으므로, 신의성실의 의무는 당사자들이 합의한 계약내용의 법률적 해석에 의하여 부과되는(implied-in-law) 의무로

46) Rusch & Sepinuck, *supra* note 38, p. 92.

47) *Maine Family Federal Credit Union v. Sun Life Assur. Co. of Canada*, 727 A.2d 335 (Me. 1999).

48) Calamari & Perillo on Contracts, *supra* note 9, p. 414; *Steinmetz v. Bradbury Co., Inc.*, 618 F.2d 21 (8th Cir. 1980).

49) Robert S. Adler & Richard A. Mann, “Good Faith: A New Look at An Old Doctrine”, *Akron Law Review*, vol. 28, 1994, pp. 44-45.

50) UCC § 1-304, cmt. 2.

볼 수 있다.⁵¹⁾ 계약교섭상에서 발생하는 문제들은 계약법의 다른 법리들, 예컨대, 부실표시, 강박, 비양심성 등으로 해결된다. 다시 말하면, 당사자들이 계약에 합의함으로써 계약의 이행에 신의성실하게 임할 것이라는 묵시적 약속이 추정된다는 것이다.⁵²⁾

둘째, 제1-304조의 신의칙은 모든 계약의 이행과정에서 당사자들을 구속할 수 있으나, 이로부터 UCC상 규정되지 않거나 또는 당사자들이 합의한 계약의 내용상 인정되지 않는 새로운 의무들이 파생되는 것은 아니다.⁵³⁾ 즉, 이행과 집행에 있어 신의칙 위반을 구성하였다는 사실만으로는 독립적인 소송의 기초가 될 수 없다.⁵⁴⁾ 예를 들면, 사기방지법상 강제할 수 없는 계약에서, 당사자가 신의칙을 거부하더라도 법원은 이를 계약위반의 원인으로서는 인용할 수 없는 것이다. 오히려 계약상의 특정한 의무를 이행하지 못해 계약위반을 구성하는 경우 그 근거에 있는 법원리로서 신의칙이 이용된다.⁵⁵⁾ 따라서 제1-304조의 신의성실의 의무는 독립적인 계약위반을 구성할 수 있는 공정성 및 합리성에 관한 특별한 의무를 창조하는 것은 아니라 할 것이다.

셋째, 제1-304조의 신의칙 조항은 당사자들의 합의에 의해 배제될 수 없는, 즉 강행법규적 성질을 갖는 것으로 판단된다.⁵⁶⁾ 우선 UCC 제1-302조 (b)에서는 신의성실 의무, 충실의무, 합리성 의무 및 주의의무는 당사자의 합의에 의해 배제할 수 없다고 규정한다. 다만 동 조항에서는 합리적인 범위 내에서는 당사자들이 신의성실 이행의 판별 기준을 합의할 수 있음을 또한 명시하고 있다. 이는 UCC가 명시적으로 신의칙 규정에 대한 당사자들의 배제 특약을 인정하지는 않지만, 그 판별기준에 관하여는 당사자들의 합의를 인정한다는 취

51) William H. Henning & William H. Lawrence, *Understanding Sales and Leases of Goods*, 2d ed., Lexis/Nexis, 2009, p. 144.

52) *Teachers Ins. and Annuity Ass'n of America v. Tribune Co.*, 670 F.Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987); *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

53) Lary Lawrence & Harriet L. Bradley, *Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code*, 3d ed., West Pub. Co., 2008, para.2-201:11

54) *El Paso Natural Gas Co. v. Minco Oil & Gas, Inc.*, 8 S.W.3d 309 (Tex. 1999).

55) UCC § 1-304, cmt. 1.

56) *Cadle Co., Inc. v. Wallach Concrete, Inc.*, 120 N.M. 56 (N.M. 1995).

지로 이해된다. 그러나 이것은 해석상 모호할 수밖에 없는 것이다.⁵⁷⁾

만약 제1-304조의 신의칙 규정을 계약의 해석원칙에만 적용되는 규정으로 본다면, 당사자들이 상관습이나 상관행의 적용을 배제할 수 있는 것처럼, 신의성실의 의무도 부인할 수 있을 것이다. 그러나 제1-304조의 취지를 이렇게 판단한다고 하더라도 당사자들이 그 배제합의를 어떻게 계약의 구체적인 내용으로 편입시킬 수 있는지는 의문이다.⁵⁸⁾ 즉, 제1-304조의 신의칙은 단순히 계약의 해석원칙으로만 작용하지 않는다고 보는 것이 합리적인 해석이다. 제1-302조(b)에서도 당사자들의 합의로 이를 배제할 수 없다고 선언하고 있다. 따라서 제1-304조상의 신의칙은 일반원칙으로서 강행적 성질을 갖는다고 볼 수 있다.

III. UCC상 신의칙 적용의 판단기준

1. 이론⁵⁹⁾

1) Implied Terms 이론

앞서 살펴보았듯이, 개정전의 UCC는 일반적 정의조항으로서 제1-201조(b)(20)에 ‘신의성실’을 규정하고, 원칙규정으로서 제1-304조에 ‘신의성실의 의무’를 규정하고 있었다. 2001년의 개정 UCC가 신의칙 규정을 상거래법상의 일반 정의조항으로서 기능하게 만들기 이전에도, 신의칙 적용의 판단기준에 관하여는 학설상 또는 판례상 많은 논란이 되었다.

57) Steven J. Burton, Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code, *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981, p. 25 [이하 Burton, *Good Faith (1981)*으로 인용]; Farnsworth, *Good Faith*, supra note 11, p. 678.

58) Shelley Smith, “A New Approach to the Identification and Enforcement of Open Quantity Contracts: Reforming the Law of Exclusivity and Good Faith”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 43, 2009, p. 873.

59) 미국법상 신의칙 이론에 관하여는 윤진수, 전계논문, pp. 50-62에 상세히 정리되어 있다. 본고에서는 윤진수, 전계논문을 기본적으로 참조하였고, 해당 논문의 원문을 참고하여 검토하였다. 보다 구체적인 이론분석에 관하여는, 吉田直, 「アメリカ商事契約法—統一商事法典を中心に」, 中央経済社, 1991, pp. 205-242 참조.

학설상 처음으로 이 문제를 제기한 학자는 E. Allan Farnsworth이다. 그는 1963년, “UCC상 신의성신행 및 상사적 합리성(Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code)”이라는 논문에서,⁶⁰⁾ UCC상 일반개념(general concept)으로서의 신의성실과 상사적 합리성을 고찰하고 있다. Farnsworth가 제시한 일반개념이란, 신의성실과 상사적 합리성은 우선적용원칙(overriding and supereminent principle)이라는 성질을 갖고 있다는 것이다.⁶¹⁾

Farnsworth의 논문에 따르면, UCC의 신의칙 적용의 판단기준에 앞서 신의성실의 의미 자체에 중점을 두기 보다는 형식적인 분류 체계의 틀을 구성하여 신의칙 규정을 적용하여야 한다는 논의를 전개하고 있다.⁶²⁾ 예컨대, Farnsworth는 UCC(개정전의 UCC) 제1-201조 (19) · 제2-103조 (1)(b)에 규정된 성실의무상의 성실(good faith)이라는 용어가 전 UCC 규정을 통틀어 약 400여 조문에 걸쳐 명시적으로 표현되어 있음을 지적하며, 신의칙의 묵시조항적 성격 내지는 일반원칙적 성격을 규명하고자 하였다. 구체적으로 Farnsworth가 제시하는 신의칙 적용의 판단기준은 다음과 같다.

첫째, 신의성실은 계약이나 합의에 있어서 그 합의를 구체화하여 계약조건화하는 것으로, 바로 이점에서 신의칙이 갖는 중요성을 전제로 하여야 한다고 한다.⁶³⁾

둘째, 신의칙의 계약조건화가 갖는 이러한 중요성을 기반으로, 신의성실이라는 일반적인 의미를, 계약의 일방이 상대방에게 합리적인 기대를 박탈당하지 않으면서 계약이행에 관한 협력을 요청할 수 있는 ‘묵시적 조항’(implied terms)으로 이해하여야 한다고 한다.⁶⁴⁾

셋째, 묵시적 조항에서 파생되는 신의성실의 유형들을 주관적 기준과 객관적 기준이라는 형식적 분류 방식을 활용하여 이를 구분하고, 유형에 따라 구체적인 적용기준을 설정하여 판단하여야 한다고 제시하였다.⁶⁵⁾

60) Farnsworth, *Good Faith*, *supra* note 11의 논문.

61) Farnsworth, *Good Faith*, *supra* note 11, p. 667.

62) *Id.* p. 667.

63) *Id.* p. 670.

64) *Id.* p. 669.

UCC의 규정 자체를 형식화하여, 주관적 기준과 객관적 기준을 설정하여 신의칙 적용의 판단기준의 틀로 설정한다는 점에서, 이론 적용의 예측성과 명확성은 확보된다 할 것이다. 다만, 그 적용에 있어서의 상황을 모두 구체적 기준화할 수 없다는 문제도 있고, UCC 규정의 적용 자체를 지극히 제한하는 이론이라는 비판이 있다.⁶⁶⁾

2) Excluder 이론

1968년 Summers가 발표한 논문에서는, UCC상의 신의칙 규정에서 제시된 ‘신의성실’(good faith)의 개념 자체는 일반적인 의미가 없으며, 이는 ‘불성실’(bad faith)을 배제(exclude)하는 개념으로 이해하여, 신의칙을 적용하여야 한다는 판단기준을 제시하였다.⁶⁷⁾ 즉, 신의성실이라는 개념 자체가 갖는 의미에 주안점을 둔 것이 아니고, 신의성실의 역할적 측면에 보다 주목한 이론이다. Summers는 신의성실을 배제개념(excluder)으로 설명하고 있는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, UCC상의 신의성실 규정은 행위의 성질을 분석하는 기준점으로 적용된다고 생각할 수 있지만, 실제로 판례를 보면, 사안을 분석하는 판사들의 태도가 신의성실 규정을 어떠한 특정 행위를 제외시키는 도구로 사용한다는 것이다.⁶⁸⁾ 법관들은 우선적으로 UCC 규정의 신의칙이 제외하는 행위에 관심이 있으며, 2차적으로만 신의성실이라는 행위기준상의 적극적인 내용을 확정한다고 한다.⁶⁹⁾ 따라서 신의성실은 불성실이라는 개념과 대조하여 검토할 경우에

65) *Id.* pp. 671-672. Farnsworth는 다음과 같은 사례들, 예컨대, *Lawson v. Weston*, 170 Eng. Rep. 640 (K.B. 1801)이나 *Gill v. Cubitt*, 107 Eng. Rep. 806 (K.B. 1824)와 같은 고전적인 영국의 판례들을 모범으로 삼아, 이러한 형식적 분류체계를 구체화할 수 있다고 주장하였다.

66) 이에 관하여는 Harold Dubroff, “The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic”, *Saint John’s Law Review*, vol. 80, 2006, pp. 559-619 참조.

67) Robert S. Summers, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review*, vol. 54, 1968, p. 196.

68) *Id.* p. 197.

69) *Trimed, Inc. v. World Color Press, Inc.*, 512 F. Supp. 879 (D. Md. 1966).

만, 특정될 수 있고 다양한 의미를 가진다고 한다.⁷⁰⁾

둘째, 신의성실의 대조개념으로서, 불성실은 계약의 이행과 관련하여, 크게 ① 거래의 정신을 회피하는 것, ② 주의를 기울이지 않고 이행상의 태만을 하는 것, ③ 상당한 이행을 고의로 하는 것, ④ 계약조항을 특정하는 권한을 남용하는 것, ⑤ 이행이 제대로 되었는지 여부를 결정할 권한을 남용하는 것, ⑥ 상대방 당사자의 이행을 방해하거나 협조하지 않는 것 등을 제시하고 있다.⁷¹⁾ Summers의 이와 같은 배제물 이론은 학계의 상당한 지지를 받았고,⁷²⁾ 1981년 제2차 계약법 리스테이트먼트(Restatement (Second) of Contracts, 1981)의 공식주석서에 거의 그대로 채용되었다. 제2차 계약법 리스테이트먼트 제205조에서도,⁷³⁾ “모든 계약은 각 당사자에게 그 이행과 집행에 있어서 신의성실과 공정한 거래의 의무를 부과한다.”라는 신의칙 규정을 마련하고 있다. Summers의 이론을 구체적으로 파악하기 위해 리스테이트먼트의 공식주석서의 설명을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 신의성실이라는 용어는 다양한 문맥에서 사용되고 있고, 그 의미도 당해 문맥에 따라 각각 달리 해석된다. 다만 일반적으로 계약의 이행과 집행에 있어서의 신의성실이란, ① 당사자들이 합의한 공통의 목적에 대한 충실과 ② 일방 당사자의 정당한 기대에 일치에 주목하는 것이다. 즉, 신의성실은, 예절·공정성·합리성과 관련된 사회적 기준에 배치되는 불성실(bad faith)의 다양한 행위유형들을 배제한다(exclude). 이렇게 본다면, 신의칙 위반에 관한 적절한 구제수단 역시 상황에 따라 다양하게 전개될 것이다.⁷⁴⁾

70) Summers, *supra* note 67, p. 198.

71) *Id.* pp. 198-199.

72) Robert Dugan, “Standardized Forms: Unconscionability and Good Faith”, *New England Law Review*, vol. 14, 1979, p. 711 이하; Richard Thigpen, “Good Faith Performance Under Percentage Leases”, *Mississippi Law Journal*, vol. 51, 1981, p. 315 이하; Caroline N. Bruckel, “Consideration in Exclusive and Nonexclusive Open Quantity Contracts Under the UCC: A Proposal for a New System of Validation”, *Minnesota Law Review*, vol. 68, 1983, p. 117 이하; Harvey L. Temkin, “Too Much Good Faith in Real Estate Purchase Agreements? Give Me an Option”, *University of Kansas Law Review*, vol. 34, 1985, p. 43 이하 참조.

73) Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981): Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.

둘째, 많은 상황에서 재산을 얻게 되는 신의성실의 매수인(a good faith purchaser of property)은 매도인에 비해 우월적 권리들을 얻게 된다. 여기서의 신의성실은 매수인의 정직성에 초점을 맞춘 것으로, 주의 또는 부주의의 개념과는 구별되는 것이다. 특히 계약의 협상과정에서의 조사의무의 범위는 ‘순수한 마음’ 내지는 ‘아무것도 모르는 수준’ 등의 개념까지를 포함한다. 매도인에게 특별한 주의의무나 조사의무가 요구되는 경우에는 신의성실만으로는 불충분하고 그 이상이 요구된다. 즉, 거래상의 정직성에 대한 초점이 가장 주요한 핵심인데, 이는 거래의 이행과정에서는 요구되지 않고 별도로 해석되어야 한다.⁷⁵⁾

셋째, 본 조항의 신의성실은 계약의 협상단계, 즉 계약의 성립단계에는 관여하지 않는다. 물론 계약의 교섭상 불성실이 있게 된다면 본 조항에서 다루지 않더라도 그것은 제재의 대상이 된다. 예컨대, 계약체결과 관련한 형식, 상호합의, 약인 등에 불성실이 있는 경우에는 사기나 강박 등의 문제로 처리될 것이다. 또한 불법행위나 원상회복과 관련한 법리가 적용될 수도 있다. 계약내용의 변경 또는 수정과 관련한 문제들은 리스테이트먼트 제73조·제89조 또는 UCC의 관련 개별조항에서 다루어질 것이다.⁷⁶⁾

넷째, 계약의 이행과정에서의 신의칙 적용과 관련하여, 속임수나 회피와 같은 행위들은 신의성실에 따른 계약이행의 의무위반을 구성한다. 당사자가 그러한 속임수와 회피 등의 행위가 정당화 될 수 있다고 믿는 경우라 하더라도 신의칙 위반에 해당한다. 이러한 불성실은 명시적으로 행해질 수 있으며 또는 부작위를 구성할 수도 있다. 즉, 공정거래는 정직성 이상의 관념이 요구된다 할 것이다. 불성실의 행위 유형들을 전부 망라할 수는 없으나, 예컨대 다음과 같은 것들은 판례법상 신의칙 위반으로 인정되고 있다. 이는 거래 정신의 회피, 부주의, 태만, 고의적 불이행, 계약조항상의 권한 남용, 상대방의 계약이행에 대한 협조 거부 내지는 방해 등이다.⁷⁷⁾

74) Restatement (Second) of Contracts § 205, cmt. a (1981).

75) *Id.* at cmt. b.

76) *Id.* at cmt. c.

77) *Id.* at cmt. d.

3) Forgone Opportunities 이론

1980년 Burton이 발표한 논문에서는, UCC상 신의칙 규정의 적용기준에 관하여 이른바 포기한 기회(Forgone Opportunities) 이론을 제시하였다.⁷⁸⁾ 포기한 기회이론이란, 특정한 계약을 체결함으로써 상실되는 기대이익을 당사자가 추구하고자 할 때, 불성실이 발생하며 이로써 신의칙 위반 여부를 판단해야 한다는 이론이다. 예컨대, 계약에 의해 발생하는 기대이익에는 기대비용이 포함되어 있는데, 이러한 기대비용은 특정 계약을 체결한 시점에서 포기된 다른 기회(alternative opportunities forgone)로 구성된다는 것이 논의의 전제이다.⁷⁹⁾

구체적으로 설명하면, 만약 계약 당사자 일방이 재량에 의해 계약내용상의 수량, 가격, 이행시기 등을 결정할 때, 그 재량이 계약 체결 당시에 포기하였던 기회(기대이익)를 만회하려는 방법으로 행사될 수가 있는데, 이때 신의성실의 위반, 즉 불성실이 발생한다고 한다.⁸⁰⁾ 즉, 재량을 행사하는 과정에서 당사자가 기대하였던 이행 비용의 지급을 감소하거나 거절하기 위한 방편으로 불성실의 특징이 생긴다는 것이다. 이러한 논리로 Burton은 1933년의 *Kirke La Shelle* 사건에서, 법원이 일방 당사자가 계약의 이익을 얻었는가 아닌가를 하는 점에 초점을 맞춘 것은 잘못되었다고 비판한다.

Forgone Opportunities 이론의 핵심은, 불성실(bad faith)을 계약 당시에 포기한 이익을 만회하려고 재량권을 행사할 때 인정되는 것으로 보는 것이다. 즉, 이행 의무자의 기대는 계약에 의하여 얻을 수 있는 대상뿐만 아니라 이행에 의하여 상대방이 부담하는 비용으로 이루어지는데, 이 과정에서 포기한 기회를 만회하려는 행위의 결과가 상대방에게 필연적인 손해를 야기하게 된다는 것이다.

특정하게 포기된 기회는 일종의 계약상의 기대이며, 통상적인 거래의 과정이나 관행적인 실체에 비추어 결정될 수 있는 객관적 성질을 갖는다. 여기서 일방이 포기한 기회를 만회하려고 재량을 행사할 때에는 주관적인 의도가 개입된다. Burton은 신의칙 규정을 포기한 기회 이론에 의해 적용하는 경우, 포기한 기회 이론은 주관적 기준과 객관적 기준을 동시에 적용하여 판단해야 한

78) Burton, *Breach of Contract*, *supra* note 18, p. 372.

79) *Id.* p. 373.

80) *Id.* pp. 372-373.

다고 주장한다.⁸¹⁾ 예를 들면, 물품매매계약에서 수량을 당사자 일방이 결정할 수 있는 계약의 경우, 결정권을 가진 매수인이 매매계약상의 가격이 다른 곳에서 구입하는 것보다 비쌀 때에는 매도인으로부터 구입하지 않다가, 시장 가격이 폭등하자 계약상 가능한 최대량을 매도인으로 구입하는 것은 불성실의 유형이 될 것이다.⁸²⁾

Burton은 Forgone Opportunities 이론이 다음과 같은 두 가지 사항에 의하여 정당성을 갖는다고 주장한다.⁸³⁾

첫째, 법률적 정당성이다.⁸⁴⁾ 법률적 정당성은 계약에 의한 거래의 안전을 향상시킨다는 것이 초점인데, 재량을 가지는 일방의 상대방은 그 재량이 포기한 기회를 만회하는 방법으로 행사되지 않을 것이라고 믿을 것이고, 따라서 그와 같이 재량을 행사하는 일방에게 상대방에 대한 배상책임을 묻는 것은 계약의 유지와 계약의존에 관한 가능성을 높이게 되므로 결국 거래의 안전을 향상시킨다고 한다.⁸⁵⁾

둘째, 경제적 정당성이다.⁸⁶⁾ 결국 포기된 기회이론을 적용하여 객관적 측면과 주관적 측면을 모두 고려하여 신의칙 위반을 판단하는 것은, 전체적인 계약 비용을 절감시킴으로써 경제적 효율을 달성시킨다고 한다. 예를 들면, 매매 계약 체결과정에서 당사자 쌍방의 정보수집 비용이나 계약교섭 비용, 계약서 작성 비용 및 장래의 위험부담에 관한 분담비용 등 각종 계약 비용 등이 신의칙이라는 법규로서, 즉 법에 의한 강제가 실현됨으로써 자동적으로 해소된다는 것이다.⁸⁷⁾

Burton의 Forgone Opportunities 이론은 UCC의 신의칙 규정의 정당성을 경제적 관점에서 찾는 경향이 강한데, 이러한 측면에서 Summers의 비판이 제기되기도 하였다.⁸⁸⁾ Summers는 Burton의 이론이 ① 신의칙이 생성된 역사적

81) *Id.* p. 387.

82) *Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co.*, 121 F.298 (6th Cir. 1903).

83) 윤진수, 전제논문, p. 54.

84) Burton, *Breach of Contract*, *supra* note 18, p. 390.

85) *Id.* p. 391.

86) *Id.* p. 392.

87) *Id.* pp. 392-393.

관점과 무관하고, ② 경제적 효율성을 강조한다고는 하지만, 신의성실 자체가 도덕적인 개념임을 부정할 수 없고, ③ UCC나 리스টে이트먼트에서 규정된 신의칙 조항이 경제적 효율성을 위해 마련되었다는 입법이유 자체를 입증할 수 없고, ④ 경제적 관점이 개별적인 신의칙 관련 사건에 어떠한 일관적인 기준으로 적용될 수 있는 지 의문이라는 점에서 비판하였다.⁸⁹⁾

Burton은 1984년 Summers의 이러한 비판을 반론한 논문을 다시 발표하였다.⁹⁰⁾ Burton의 견해에 따르면, 법원은 일반적으로 당사자의 합의를 배제하기 위하여 신의칙 이론을 사용하는 것은 아니며, 계약의 해석과 묵시적 추론을 통하여 결국 당사자의 의도를 파악하거나 그들의 합리적인 기대를 보호하기 위하여 신의칙 규정을 적용한다고 한다. 즉, 신의성실을 불성실의 배제개념으로서 파악하여 당사자들의 약정을 구체화하는 것은 Summers의 이론은, 계약의 이행당사자들의 행위를 모두 불성실(bad faith)에만 초점을 맞추어 그들의 행위를 판단하는 것인데, 실제로 판례들은 당사자의 신의성실을 구체적으로 언급한 사안들이 다수라는 것이다.⁹¹⁾ 나아가 이렇게 신의성실의 의미를 당사자의 행위유형에서 구체적으로 파악하고자 하는 것은, 계약상 기대이익과 포기된 기대 등과 관련된 경제적 메커니즘 등을 통해 보다 특정될 수 있는 것이며, 바로 이점에서 포기된 기회 이론이 신의칙 적용의 판단기준으로 더욱 적합하다는 것이다.⁹²⁾

이와 같이, Summers와 Burton의 논쟁에서 볼 수 있듯이, 미국법상 신의칙 적용을 위한 판단기준의 '일반적인 원리'는 존재하지 않는 것으로 보인다. 상당수의 학자들은 개별적인 판례를 통해, 판단기준 자체의 일관적 모델을 의도하지 않으려고까지 한다.⁹³⁾

88) Robert S. Summers, "The General Duty of Good Faith—Its Recognition and Conceptualization", *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, pp. 810-840.

89) *Id.* pp. 810-815.

90) Steven J. Burton, "More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers", *Iowa Law Review*, vol. 69, 1984, pp. 497-512.

91) *Id.* p. 499.

92) *Id.* pp. 499-500.

93) 이에 관하여는 Claire Moore Dickerson, "From Behind the Looking Glass: Good Faith, Fiduciary Duty & Permitted Harm", *Florida State University Law Review*, vol. 22,

2. 판례

1) *K.M.C. Co., Inc. v. Irving Trust Co.*⁹⁴⁾ 판결

미국법상 신의칙 위반 여부에 관하여는 법관이 아닌 배심원의 판단사항이다.⁹⁵⁾ 신의칙과 비슷한 계약의 공정성 향변을 다루는 UCC 제2-302조의 비양심성 법리의 적용여부는 법관이 직권으로 판단한다. 물론 상당수의 판례들은 신의칙 위반 여부에 앞서, 신의칙 규정의 추상성과 불명확성을 이유로, 그 개념적 분석을 먼저 규명하는 경향이 있다. 신의칙의 판단기준에 관하여는 다음과 같은 몇 가지의 리딩케이스들이 있다.

우선 *K.M.C. Co., Inc. v. Irving Trust Co.* 판결(이하 ‘*K.M.C. 사건*’이라 한다)이 대표적인데, 본 사안에서는 금융기관으로부터 일정한 자금을 대출받은 채무자(원고)가 해당 금융기관(채권자)(피고)을 상대로 손해배상을 청구한 사건으로, 채권자가 사전통지 없이 해당 대출계약을 해지한 것이 신의칙 위반에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

원고와 피고간의 대출거래계약에는, 피고의 계약해지에 관한 특별한 사전통지요건이 규정되어 있지 않았다. 그런데 본건에서는 원고가 예금인출을 시도한 시점에서, 피고는 원고에게 추가적인 담보설정 등의 신뢰를 제공받기 전까지 예금지급을 거부하면서 계약을 해지해 버렸다. 이에 원고는 사전통지 없이 계약을 해지한 것은 계약의무 위반에 해당한다고 하여 소를 제기하였는 바, 피고의 사전통지 여부가 신의성실의 이행의무에 해당하는지가 문제가 된 것이다.⁹⁶⁾

1995, pp. 955-1020; Frederick W. Claybrook, Jr., “Good Faith in the Termination and Formation of Federal Contracts”, *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, pp. 555-603; Hazel Glenn Beh, “Student Versus University: The University’s Implied Obligations of Good Faith and Fair Dealing”, *Maryland Law Review*, vol. 59, 2000, pp. 183-224; Victor P. Goldberg, “Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reining in Good Faith”, *U.C. Davis Law Review*, vol. 35, 2002, pp. 319-385; Emily M.S. Houh, “Critical Race Realism: Re-claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 66, 2005, pp. 455-520 등 참조.

94) 757 F.2d 752 (6th Cir. 1985).

95) *Banner Iron Works, Inc. v. Amax Zinc Co., Inc.*, 621 F.2d 883 (8th Cir. 1980).

96) *K.M.C.*, 757 F.2d, p. 754.

법원은 우선 본건 금융거래계약에 근거해, “피고는 계약을 해지하기 위해서 특별히 계약상 원고에게 이를 사전에 통지할 조항은 존재하지 않고 있으나, 그럼에도 불구하고, 피고는 원고에게 이를 통지하거나 또는 다른 방법으로 그에 관한 정보를 알릴 계약상 부과된 묵시적 의무가 있다”고 전제하면서,⁹⁷⁾ “피고가 원고에 대해 지급거부 및 계약해지를 하기 위해서는 이를 미리 알려야 할 의무가 있는데, 이는 계약 및 당사자관계에서 형성된 신의칙에서 비롯된 묵시적인 의무이다”라고 판단하였다.⁹⁸⁾

법원의 판결에 따르면, 계약조항상 인출거부 및 계약해지와 관련된 사전통지여부에 관하여 당사자간 합의사항이 없음에도, 계약의 해지라는 당사자의 합리적 기대를 무너뜨릴 수 있는 사정과 관련해서는 이를 사전에 통지할 의무가 있고, 이것은 계약상 명시조항이 아닌 묵시적으로 인정되는 신의성실의 이행의무에서 비롯되는 것이다. 즉, 계약상 명시조항이 없다고 하더라도 피고의 계약상의 권리는 묵시적 의무로서의 신의칙에 그 구속을 받게 된다.

2) *Kham & Nate's Shoes No. 2, Inc. v. First Bank of Whiting*⁹⁹⁾ 사건

K.M.C. 사건과 유사하지만 전혀 다른 결론을 내린 것으로서는, *Kham & Nate's Shoes No. 2, Inc. v. First Bank of Whiting* 사건(이하 ‘*Kham & Nate's Shoes* 사건’이라 한다)이 있다.¹⁰⁰⁾ 이 사안에서도 소비대차계약상 채권자가 채무자에게 부담하는 묵시적 의무로서의 신의칙 위반 여부가 쟁점이 되었다.

본건에서, 채권자인 은행(피고)과 채무자(원고)는 1981년부터 지속적인 대출거래관계를 맺고 있었다. 1983년 후반에 원고가 회사 경영상의 이유로, 피고에게 추가 자금을 요청하자, 피고는 원고에게 회사정리절차를 권고하였고, 이에 따라 1984년 1월 원고는 관할 파산법원에 회사정리절차의 개시를 신청하였다. 파산법원에서는 회사정리절차의 개시결정을 내리면서, 피고 은행의 채권

97) *Id.* p. 759.

98) *Id.* pp. 759-760.

99) 908 F.2d 1351 (7th Cir. 1990).

100) 이 사안에 관하여는 윤진수, 전제논문, pp. 66-69 참조.

을 우선변제채권으로 지정하였다.¹⁰¹⁾

이러한 회사정리절차 개시 이후, 원고는 피고로부터 약 30만 달러에 이르는 소비대차계약을 체결하였고, 피고 은행이 계약을 해지하기 위해서는 원고에게 사전통지의무를 이행할 것이 계약조항상 기재되어 있었다. 일단 피고는 원고에게 7만 5천 달러의 자금을 대출해 주었으나, 이후에는 용자 방식이 아닌 신용장을 이용한 방식으로 수차례 대출거래가 형성되었다.¹⁰²⁾

1988년 원고는 회사정리계획을 파산법원에 제출하면서, 피고 은행을 우선순위가 없는 무담보 채권자로 지정해줄 것을 요구하였는데, 법원은 이를 인정하여,¹⁰³⁾ 피고가 이에 대한 항소를 제기한 것이다. 제7연방순회법원에서는 “은행이 1984년 용자를 중단하고 신용장에 의한 자금대출을 시행한 것은 계약상의 명문규정에 따른 것이며, 원고가 주장하는 피고의 신의칙 위반 여부는 관련이 없다”고 판시하여 피고의 청구를 인용하였다.¹⁰⁴⁾

법원에서는 계약의 명문 조항을 최우선하여, 사정변경으로 인해 계약의 내용이 바뀌더라도 이를 신의칙 위반으로 해석할 수 없다는 취지의 판시를 한 것이다. 본 판결의 가장 중요한 의의는 계약상 권리행사와 의무이행이 명문조항으로 해결되고 있는 것을 계약상의 묵시적 의무인 신의칙을 적용해 이를 판단해서는 안된다고 본 점이다. 만약 계약조항이 당사자의 권리의무에 관하여 침묵하고 있다면 신의칙을 그러한 공백을 보충하는 역할을 할 여지가 있겠지만, 그렇지 않다면 신의칙이 당사자의 권리의무를 구속할 수 없게 된다.

Kham & Nate's Shoes 판결은, 신의칙에 관한 이후의 판례법 형성에 큰 기여를 하였는데,¹⁰⁵⁾ 이러한 계약문면만을 중시하여 신의칙을 판단하는 해석론을 학자들은 신형식주의(neo-formalism)라고 부른다.¹⁰⁶⁾ 계약의 문언만에 근

101) *Kham & Nate's Shoes*, 908 F.2d, p. 1353.

102) *Id.* p. 1354.

103) 1984년 초부터 피고 은행은 회사정리절차상 피고의 최우선 순위의 채권자로 지정되어 있었으나, 1984년 3월부터 피고는 용자가 아닌 신용장을 통하여 원고에게 자금을 대출해 주었으므로, 이러한 담보권자 설정은 부당한 것이라고 본 것이다.

104) *Kham & Nate's Shoes*, 908 F.2d, p. 1360.

105) *Wells Fargo Bank v. Citizens Bank of Tex.*, 181 S.W.3d 790 (Tex. App. 2005).

106) 신형식주의(neo-formalism)를 지지하는 견해로는 Dubroff, *supra* note 66, p. 597; Clayton P. Gillette, “Limitations on the Obligation of Good Faith”, *Duke Law*

거하면 당사자들의 정당한 기대를 보호할 수 없다는 문제가 제기된다. 본 판결은 이러한 점에서 비판을 받기도 하지만, 계약상의 권리에 정당한 이유가 있다는 추정적 해석만으로 계약의 명시조항을 후퇴시켜 해석할 수만도 없을 것이다. 즉, 정당한 기대로 포장된 왜곡된 기회주의를 방지한다는 측면에서, *Kham & Nate's Shoes* 판결이 제시한 문언주의적 해석론은 의의가 있을 수 있겠다.

3) *Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey*¹⁰⁷⁾ 사건

신의칙의 의미와 관련하여, 자주 제시되는 또 다른 리딩케이스로는 *Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey* 판결(이하 'Market Street 사건'이라 한다)이 있다. 본 판결은, 제7연방항소법원의 Richard A. Posner 판사가 신의칙을 법경제학적으로 해석하고 이론을 제시하면서 주목을 받게 된 사안이다.¹⁰⁸⁾ 본 건에서 임대인(피고)은 임차인과 특정 토지에 관한 25년 기간의 임대차계약을 체결하였다. 본래 임차인은 해당 특정 토지의 소유자였으나, 이를 임대인에게 매도하면서 그 토지에 관한 임대차 계약을 체결한 것이었다. 해당 임대차 계약상, 임차인의 건물 증축 비용이 25만 달러를 초과할 때 임차인이 임대인에게 자금지원을 요청할 수 있고, 임대인이 이를 거절하면 임차인은 최초의 매매가격에 이자를 포함시킨 금액으로 이를 환매할 수 있다는 내용이 기재되어 있었다.¹⁰⁹⁾

1987년 원고는 본건 임차인의 지위를 승계하게 되었고, 1988년 임대차계약에 따라 피고 임대인에게 건물 증축(증축비용은 200만 달러)과 관련한 자금지원을 요구하게 되었다. 피고는 해당 건물증축 비용의 자금지원을 거절하였는데, 이에 원고는 바로 환매절차에 들어가면서 소가 제기된 것이다. 본건에서

Journal, vol. 30, 1981, pp. 619-620 참조. 신형식주의론을 비판하는 견해로는, Van Alstine, *supra* note 10, p. 1281 참조. 신형식주의에 관한 개괄적 설명에 관하여는 Jeffrey M. Dressler, "Good Faith Rejection of Goods in A Falling Market", *Connecticut Law Review*, vol. 42, 2009, pp. 625-626 참조.

107) 941 F.2d 588 (7th Cir. 1991).

108) 이 판결에 관하여는 윤진수, 전제논문, pp. 71-73; Todd D. Rakoff, "Good Faith in Contract Performance: Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey", *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, pp. 1187-1198 등 참조.

109) *Market Street*, 941 F.2d, p. 591.

원고는, 자금지원을 요청할 당시 피고가 이를 거절하면 환매절차를 개시할 것이라는 계약내용에 대하여 피고에게 통지하지 않았었는데, 바로 이점이 신의칙 위반을 구성하는지 사안에서 쟁점으로 다루어졌다.¹¹⁰⁾

법원에서는, “신의칙을 계약에 내재된 일반원칙으로 본다고 하더라도 모든 계약에서 이른바 신임관계(fiduciary relationship)를 형성하는 것은 아니며, 상대방의 기대를 위하여 계약조항을 완화하여 해석할 근거는 없다”고 전제하면서,¹¹¹⁾ “계약의 필수적인 기능은 위험을 분배하는(allocate risk) 것으로서, 당사자들의 합의에 따른 위험분배에 관하여는 법원이 관여할 수 없다”고 판단하였다.¹¹²⁾ 법원은 “신의칙은, 계약상 명시되지 않은 사항에 대해, 당사자들의 상호의존관계에서 비롯되는 기회주의적 행동(opportunistic behavior)을 금지하는 것에 있다”고 보았다. 본건의 원고가, 임차인의 지위를 승계하면서 “해당 임대차계약의 환매조항을 이용하여 해당 토지를 취득할 것”이라는 기회주의적 행동에 관하여는 밝혀지지 않았다. 법원에서는 만약 그러한 측면이 있었다면 원고의 불성실(bad faith)이 인정될 수 있는 바, 이 점을 판단하기 위해 사실심리가 다시 필요하다고 하였다. 즉, 사실심리를 위해 본건 판결의 원심을 파기하고 환송시켰다.¹¹³⁾

Market Street 판결에 따르면, 신의칙의 의미는 기회주의적 행동을 방지하기 위한 역할에서 비롯되는 것으로, 그러한 기회주의적 행동이 표면화된 정황들에 의해 신의칙 위반을 판단할 수 있게 된다.¹¹⁴⁾ 여기서 법원이 신의칙을 판단하는 배경과 시점이 제시되는데, 계약당사자들이 거래비용을 절감하기 위해 구체적인 계약조항으로 삽입하지 못한 부분들이 있는 경우, 이때 비로소 법원은 보충조항으로서 신의칙 적용여부를 결정하게 된다. 그러나 신의칙을 명시적인 조항의 부재시 묵시적 조항의 보완이라는 측면에서만 판단하게 되면, 계약상 명시적인 조항이 있을 경우에는 언제나 신의칙의 적용여부가 제한을 받게 된다는 비판이 제기되기도 한다.¹¹⁵⁾ 나아가 기회주의적 행동이 당사자

110) *Id.* p. 592.

111) *Id.* p. 593.

112) *Id.* p. 595.

113) *Id.* p. 598.

114) Rakoff, *supra* note 108, p. 1192.

쌍방에서 중복적으로 제기되는 경우, 그러한 불성실 판단의 비중을 어떻게 다룰 것인지도 의문이다.

그러나 신의칙과 같은 도덕적 관념의 의무조항을 계약조항에서 명시된 범위 이상으로 확대해석하여 그 위반여부를 판단하는 것은 역시 무리가 있다. 만약 계약의 조항을 악용하여 거래를 성사시킨다면 그것은 신의칙 적용보다는 계약의 일반적 항변사유로서도 충분히 다루어질 수 있다. 또한 계약상의 불공정에 관하여는 UCC 제2-302조의 비양심성 법리에 의해 무효가 가능하다. 즉, 기회주의적 행위의 방지를 신의칙의 판단기준으로 설정한다는 것은, 신의성실이라는 추상적·도덕적 관념을 법익화·구체화하여 적용할 수 있다는 장점을 가질 수 있는 것이다. 이러한 측면에서, 본 판결이 제시한 이론은, Burton의 포기한 기회 이론과 전체적인 맥락에서 동일한 결론에 이르는 해석문이라고 본다.

IV. 우리법과의 비교 및 시사점

1. 우리법과의 비교

1) 신의칙의 의미

UCC와 비슷한 취지로, 우리나라에서도 계약 당사자들의 신의성실 의무를 민법에서 일반규정화하여 이를 거래관계에서의 일반원칙으로 다루고 있다. 민법 제2조 제1항은 “권리와 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”고 규정한다. 우리법상 신의칙은 권리남용금지의 원칙(민법 제2조 제2항)과 더불어 직접적으로는 권리행사의 자유의 제한 내지 한계를 설정하며, 간접적으로는 권리의 사회적·공공적 성격을 구체적으로 표현한다.¹¹⁵⁾

판례는 민법상 신의칙을, “법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 고려하여 형평에 어긋나거나 신의를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의

115) Burton & Andersen, *supra* note 11, pp. 414-415.

116) 전계 주석민법, p. 129.

무를 이행하여서는 안된다는 추상적 규범”으로 인식한다.¹¹⁷⁾ 즉, 신의칙은 권리·의무를 그의 사회적 사명에서 관찰하여야 한다는 오늘날의 사법이념의 일반적·추상적 내용을 내세운 이른바 ‘일반조항’으로 기능한다.¹¹⁸⁾

신의칙의 이와 같은 일반조항적 기능에서, ① 사정변경의 원칙이나 ② 실효의 원칙과 같은 중요한 원칙들이 파생된다. 사정변경의 원칙은 민법상 명문으로 직접 규정되어 있지는 않지만, 판례는 이 원칙에 기해 계약의 해지권 및 해제권을 인정한다. 종래 사정변경의 원칙에 대해, 판례는 부정적인 입장이었으나,¹¹⁹⁾ 최근의 대법원 판결은 이를 인정한다.¹²⁰⁾ 즉, 신의칙이라는 일반조항적 측면에서 파생된 사정변경의 원칙에 기해 계약상 의무의 수정이 가능하다.¹²¹⁾ 계약상의 권리가 장기권리를 행사하지 않고 상대방도 그러한 권리가 행사되지 않을 것이라고 믿는 데 정당한 사유가 있는 경우 새삼스레 그러한 권리를 행사하는 것은 신의칙에 반한다고 여겨지므로,¹²²⁾ 이러한 의미를 담은 실효의 원칙 또한 신의칙에서 파생된 것이다. 즉, 우리법상 신의칙은 계약내용의 수정 내지는 통제의 가치 기준으로 원용되는 것이다.

신의성실 여부의 판단은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있고, 일반조항으로서 신의칙의 구체적인 내용도 개개의 경우에 재판을 통하여 실현된다. 대법원은 “신의칙을 구체적인 법률관계에 적용함에 있어서는 상대방의 이익의 내용, 행사하거나 이행하려는 권리 또는 의무와 상대방의 이익과의 상관관계 및 상대방의 신뢰의 타당성 등 모든 구체적인 사정을 고려하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다.”¹²³⁾고 하여, 양 당사자의 모든 구체적인 사정을 고려하여 그

117) 대법원 2011. 2. 10, 2009다68941 판결; 대법원 2010. 8. 19, 2009다90160·90177 판결; 대법원 2006. 5. 26, 2003다18401 판결; 대법원 1997. 1. 24, 95다30314 판결 등.

118) 박윤직·김재형, 전계서, p. 75.

119) 대법원 1991. 2. 26, 90다19664 판결.

120) 대법원 2007. 3. 29, 2004다31302 판결.

121) 물론 사정변경의 원칙은 엄격한 해석에 의하여 적용되며, 일반적으로 ‘계약은 지켜져야 한다’(pacta sunt servanda)라는 계약준수 원칙의 예외적인 경우로서만 인정될 것이다. 다만 신뢰관계를 전제로 하는 상시거래 계약관계와 같은 경우에는 그 신뢰관계가 파괴될 정도로 사정이 변경된 경우 이 원칙을 적용하여 비교적 쉽게 계약의 해지를 인정할 수 있도록 해야 될 것으로 본다.

122) 대법원 1994. 11. 25, 94다12234 판결; 대법원 1995. 5. 26, 93다50130 판결 등.

적용 여부를 판단하도록 한다.

민법상 신의칙은 강행법규적 성질을 가지고 있는 바,¹²⁴⁾ 신의칙에 반하는 것은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없다하더라도 법원은 직권으로 신의칙 위반 여부를 판단할 수 있다.¹²⁵⁾ 이는, 미국 법원이 당사자 주장이 없음에도 불구하고 UCC상의 위반을 이유로 하여 계약의 무효를 직권으로 판단하지는 않는다는 점에서 다르다.

2) 신의칙의 판단기준

민법 제2조의 신의칙은 민법 전체에 적용되는 대원칙임은 물론 상법 등을 포함한 사법의 전 영역에 걸쳐 일반적 법원리로 인정된다.¹²⁶⁾ 판례는 이러한 취지에서 민법상 신의칙 규정을 모든 법역에서 적용하고 있다. 예컨대, 대법원 1999. 5. 28, 98재다275 판결에서는 “같은 내용의 재심청구를 거듭하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 신의성실의 원칙에 위배하여 소권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다.”고 판단한다. 또한 일반 행정법률관계에서 관청의 행위에 대하여 신의칙이 적용된다고 판시한 대법원 2004. 7. 22, 2002두11233 판결에서는 “합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 신의성실의 원칙은 예외적으로 적용된다.”고 보았다.

물론 실질적으로는 거래관계와 관련한 채권법 분야에서 신의칙 적용의 실효성이 가장 클 것이다. 한편 다음과 같은 적용상의 한계도 있다.

첫째, 당사자의 행위가 신의칙 위반에 해당하더라도 법원이 신의칙을 적용함으로써 강행규정을 위반하는 결과를 초래한다면 해당 사안에서의 신의칙 적용을 배제해야 한다. 대법원에서는 “강행법규를 위반한 자가 스스로 강행법규에 위배된 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는

123) 대법원 1992. 5. 22, 91다36642 판결.

124) 전계 주석민법, p. 129.

125) 대법원 1989. 9. 29, 88다카17181 판결; 대법원 1995. 12. 22, 94다42129 판결; 대법원 1998. 8. 21, 97다37821 판결.

126) 고상룡, 「민법총칙」, 전정판, 법문사, 1999, p. 44.

이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다.”고 하여,¹²⁷⁾ 강행규정의 취지를 몰각할 우려가 있는 경우 신의칙의 적용을 제한하고 있다.

둘째, 신의칙에 의한 당사자 간의 이익조정은 최후의 수단으로써 이루어져야 한다. 대법원은 “주택임대차보호법에 의하여 인정되는 법률관계를 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 법적 안정성을 해할 수 있다.”¹²⁸⁾고 하면서, 신의칙 적용에 있어 법원의 신중함을 요하였다. 민법 제2조는 일반조항으로서 신의칙을 규정하고는 있으나, 어디까지나 그 적용은 구체적인 상황의 특수성에 비추어 당사자 간 법률관계의 효과가 심각하게 부당한 경우 또는 당사자 간의 권리행사가 정의의 관념에 반하는 경우에 한하여 적용되어야 한다.¹²⁹⁾

신의칙의 적용은, 당사자의 의무이행과 권리행사의 두 가지 측면에서 그 판단기준의 검토가 가능하다. 첫째, 당사자의 의무이행 과정에서 신의칙 위반이 있는 경우에는 의무를 이행한 것이 되지 않고 의무불이행이 된다. 둘째, 당사자의 권리행사 과정에서 신의칙 위반이 있는 경우에는 일반적으로 민법 제2조 제2항의 권리남용에 해당한다. 예를 들어, 수산업협동조합이 주채무자와 연대보증인들을 상대로 대여금청구소송을 제기하여 잔여 원금과 지연손해금 지급을 명하는 확정판결을 받은 후 연대보증인 중 1인(이하 갑)이 사망하였는데, 위 채권을 양수한 한국자산관리공사가 갑 사망 후 8년 이상 지나 갑의 상속인들을 상대로 채무의 이행을 구하는 소를 제기한 사안에서, 공사가 채권 전부의 지급을 구하는 것이 신의성실의 원칙에 반한다고 보고 있다.¹³⁰⁾

3) 판례¹³¹⁾

127) 대법원 2011. 3. 10, 2007다17482 판결.

128) 대법원 2008. 2. 14, 2007다33224 판결.

129) 대법원 1991. 12. 10, 91다3802 판결.

130) 대법원 2012. 10. 25, 2011다9372 판결.

131) 본고에서 제시하는 우리나라 판례들은 물품매매에 관한 부분과는 전혀 관련이 없는 사안

우리나라의 판례법상 신의칙 위반을 이유로 그 권리행사가 부정되는 판단기준으로는, ① 상대방에게 신의를 공여하였다거나 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, ② 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르는 것이다.¹³²⁾ 판례법상의 상기 두 가지의 신의칙 적용요건을 강학적으로 구분해 보자면, ① 요건은 주관적 판단기준이며, ② 요건은 객관적 판단기준에 해당될 수 있겠다.

첫째, 신의칙 적용의 주관적 판단기준으로서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 상대방이 신의를 가지고 있음이 정당한 상태에 있어야 한다. 이는 UCC 규정상 이른바 사실상의 정직이라는 주관적인 기준에 해당되는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이러한 신의칙 적용의 주관적 판단기준을 결정짓는 요소로서는 UCC에서와 같은 거래관계에서의 ‘정직성’ 표준 등이 활용될 수 있다. 그리고 그 정직성 판단에는 상대방의 ‘고의’ 내지는 ‘과실’이 중요한 척도로 적용될 것이다.

대법원 2012다81401 판결에서는,¹³³⁾ “갑이 을에게서 을 등 3인이 운영하는 사업의 동업지분을 양수하였으나 사업이 영업부진으로 32개월 만에 청산되자, 적어도 84개월간 사업이 계속 유지·존속되는 것으로 신뢰하였다며 신의칙 위반을 근거로 을에게 양수대금 반환을 구했다면, 을이 갑에게 이와 같은 신의를 공여하거나 객관적으로 갑이 그러한 신의를 가지는 것으로 정당하다고 보기 어렵다”고 판단하였다. 즉, 영업양도 이후 사업유지가 7년이나 유지·존속되는 것으로 신뢰하였다는 사실은 합리적으로 기대되기 어려운 신뢰라는 것이다.

서울고등법원의 2010나47027 판결에서는¹³⁴⁾ “은행이 은행의 영업이익을 위해 고객의 이익을 부당하게 희생하는 방식으로 통상적인 금융기관으로서는 도저히 납득할 수 없는 무리한 절차 및 방식을 통해 지속적으로 고객의 예금채권 행사를 사실상 곤란하게 한 후, 신뢰를 가지고 기다린 고객의 예금지급청구에 대해 은행이 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의칙에 반한다”고 판시하

들도 있으므로 UCC와의 비교측면에서 적절하지 못할 수도 있겠다. 그러나 우리법상의 신의칙 적용의 형태라든가 판단요소 등을 파악하기 위해서는 다양한 유형의 개별 사건들을 검토할 필요가 있었으므로 이에 대한 부분을 미리 밝혀둔다.

132) 대법원 2004. 10. 28, 2004다5556 판결; 대법원 2007. 11. 29, 2005다64552 판결; 대법원 2009. 11. 26, 2009다37619 판결.

133) 대법원 2013. 5. 9, 2012다81401 판결.

134) 서울고등법원 2011. 3. 18, 2010나47027 판결.

였다. 계약의 일방이 상대방에게 예금지급청구에 대해 지속적으로 신뢰를 주었다는 정황이나 상태 등이 합리적이라면, 신의칙 위반의 주관적 요건을 충족하게 된다.

대법원 2005다71659 판결에서는,¹³⁵⁾ “민법상 행위무능력자 제도의 성격과 입법 취지 등에 비추어 볼 때, 신용카드 가맹점이 미성년자와 신용구매계약을 체결할 당시 향후 그 미성년자가 법정대리인의 동의가 없었음을 들어 스스로 위 계약을 취소하지는 않으리라고 신뢰하였다 하더라도 그 신뢰가 객관적으로 정당한 것이라고 할 수 있을지 의문이다”라고 보고 있다. 미성년자가 법정대리인의 동의가 없었음을 들어 스스로 위 계약을 취소하지는 않으리라고 신뢰한 정도의 신의는 지속적이지도 않으며, 상대방의 합리적 기대를 무너뜨릴 만큼의 정직성에 기반한 것도 아니라는 것이다.

또한 대법원 91다29811 판결에서는,¹³⁶⁾ “사용자로부터 해고된 근로자가 그 해고 이후에 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않고, 그로부터 오랜 기간(8년)이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다”고 판시하였다. 사용자로부터 해고처분의 효력을 인정한 상황으로 판단되는 원고가 8년이나 지난 이후에 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은, 그 행위에 고의성이 다분히 내포된 것으로서, 상대방의 합리적 신뢰에 대한 비정직 행위라는 것이다.

둘째, 신의칙 적용의 객관적 판단기준으로 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 이는 UCC상의 이른바 객관적인 상사적 합리성에 해당되는 것으로 볼 수 있겠다. 이러한 객관적 판단에는 ‘실질적으로 어떠한 상태’에 이르러 상대방의 합리적인 기대를 상실시키게 되느냐는 것이다. 즉, 계약관계상 당사자들의 형평이나 공평에 반하는 결과를 발생시킬 사유가 구체적으로 실질적인 상태가 필요한 것이다.¹³⁷⁾ 여기서, 이러한 실질적인 상태를 판단하는 요인으로는 판례상 제시되는 ‘형평’인데, 이는 거래관계에서의 ‘공정성’ 여부이다. 예를 들면, 계약 일방의 이익과 상대방 이익과의 금전적 비교라든가 일방의 합리적 기대와 상대방의

135) 대법원 2007. 11. 16, 2005다71659 판결.

136) 대법원 1992. 8.14, 91다29811 판결.

137) 대법원 1991.12. 10, 91다3802 판결.

합리적 기대의 비교하여 공정성 여부를 판단할 수 있다. 물론 행위자의 고의 또는 악의도 신의칙 위반의 객관적 판단기준의 요소가 될 것이다.¹³⁸⁾

예컨대, 대법원 93다20986 판결에서는,¹³⁹⁾ “갑이 그 소유의 토지에 관하여 을로 하여금 건물을 신축하는 데 사용하도록 승낙하였고 을이 이에 따라 건물을 신축하여 병 등에게 분양하였다면 갑은 위 건물을 신축하게 한 원인을 제공하였다 할 것이므로 이를 신뢰하고 136세대에 이르는 규모로 견고하게 신축한 건물 중 각 부분을 분양받은 병 등에게 위 토지에 대한 을과의 매매계약이 해제되었음을 이유로 하여 그 철거를 요구하는 것은 비록 그것이 위 토지에 대한 소유권에 기한 것이라 하더라도 신의성실의 원칙에 비추어 용인될 수 없다”고 판단하고 있다. 분양행위와 건물신축과 같은 실질적인 행위 상황이 상대방의 신뢰형성을 무너뜨리는 정도에 이르렀다는 것이다.

과거의 판결이긴 하나, 대법원 71다352 판결에서는,¹⁴⁰⁾ “총 매매대금이 2,000만원인 부동산의 매매대금 중 미지급이 불과 105,000원 일뿐 아니라 그 미지급액에 대하여는 월5부의 지연이자를 지급하기로 약속한 경우에 위와 같은 미지급액이 있다는 이유만으로 위 매매계약을 해제한다는 것은 신의칙에 위배되는 것이다”라고 판시하였다. 근소한 금액의 미지급액을 이유로 계약 전체를 해제하는 것은 상대방의 신의에 반하기는 하지만, 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태는 아니라는 것이다.

한편 신의칙 적용의 객관적 판단기준과 관련하여, 판례법은 신의칙이 계약 체결전에도 요청될 수 있음을 밝히고 있다. 이점은 계약체결상의 신의칙 적용을 일관적으로 부인하는 미국법의 태도와는 다른데, 대법원 2001다53059 판결에서는¹⁴¹⁾ 이러한 계약체결상의 과실책임이 중요한 쟁점이 되었다.

138) 그러나 대법원 2003. 8. 22, 2003다19961 판결에서는 “원고들이 30년간의 임차권을 확보하기 위해 스스로 30년간의 임대료를 선납하였으나, 임대차계약의 특수성이나 사건의 경위 및 그 시기, 임차인들 중 원고들이 차지하는 비율 등에 비추어 원고들이 20년을 초과한 임대차기간의 무효를 주장하는 것은 신의칙 위반이라고 보기 힘들다.”고 판단하였다. 사안에서는 행위자들이 무효임을 알고 계약을 체결하였으나(즉, 행위자의 악의는 판단되나), 강행규정에 위반인 경우에는 유책자 원칙을 적용하지 않겠다고 본 것이다.

139) 대법원 1993. 7. 27, 93다20986 판결.

140) 대법원 1971. 3. 31, 71다352 판결.

141) 대법원 2003. 4. 11, 2001다53059 판결.

사안에서, 무역협회는 무역센터 부지 내에 기념 조형물을 건립하기로 하고 분야별로 5인 가량의 작가를 선정하여 조형물의 시안 제작을 의뢰한 후 그 중에서 최종적으로 1개의 시안을 선정한 다음 조형물의 제작·납품 및 설치계약을 체결하기로 하였다. 그 후, 원고가 제출한 시안을 당선작으로 선정하고 이 사실을 통보하였으나 제작비, 설치기간, 설치장소 등 제반사항을 정한 계약을 체결하지 않고 있다가 당선사실 통지시로부터 약 3년이 경과한 시점에서 위 조형물의 설치를 취소한다는 통보를 하였다.¹⁴²⁾

대법원에서는 “계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우 그러한 불법행위로 인한 손해는 일방이 신의에 반하여 상당한 이유 없이 계약교섭을 파기함으로써 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해로서 계약이 유효하게 체결된다고 믿었던 것에 의하여 입었던 손해 즉 신뢰손해에 한정된다고 할 것이고, 이러한 신뢰손해란 예컨대, 그 계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용과 같이 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해라고 할 것이다. …… 앞서 본 바와 같이 피고가 원고와는 무관한 자신의 내부적 사정만을 내세워 근 3년 가까이 원고와 계약체결에 관한 협의를 미루다가 이 사건 조형물 건립사업의 철회를 선언하고 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부한 채 다른 작가에게 의뢰하여 해상왕장보고 상징조형물을 건립한 것은 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다”고 판시하였다.

요컨대, 판례로 형성된 이러한 신의칙 판단기준에는, ‘신의’, ‘정당한 상태’, 또는 ‘정의관념’ 등과 같은 추상적이며 도덕적인 용어가 이용된다. 주관적 기준과 객관적 기준으로 구분하여 접근하더라도, 엄밀한 의미에서의 구체적인 신의칙 판단법은 명확하게 준별하기가 힘들 것으로 본다. 물론 UCC에 비해 민법은 사법 전반에 걸친 일반원리로서 신의칙이 기능하고 있기 때문에, 개별적 사건의 형태나 거래유형 또한 제각각 다를 것이다. 또한 법관의 전적인 재량에 의해 신의칙이 적용되므로, 합리적이며 상식적인 범위에서 판단되는 것으로도 이해될 수 있다고도 본다. 즉, 개별 사건에서 제시된 기초사실들을 토대로 신의칙 적용의 판단이 이루어진다고 보는 것이 타당하다.

142) 전계 주석민법, pp. 143-144.

3. 시사점

최근 미국 각주의 판례에 따르면, UCC상의 신의칙 의무가 계약법상의 일반 원칙으로 확장·원용되는 경향이 있다. 상당수의 각 주법원에서는 UCC가 적용되지 않는 사안이라고 하더라도 신의칙을 당사자 관계를 구속하는 일반원칙으로 판단하고 있다. 예컨대, 몇몇 주에서는 주계약법상의 법률규정이 명확하지 않을 때, 당사자간의 신의칙을 모든 유형의 계약관계에서 요구하기도 하며,¹⁴³⁾ 고용계약을 제외한 모든 계약관계에서 신의칙이 요구된다고 하기도 한다.¹⁴⁴⁾ 다만 소수의 몇몇 주에서는 계약의 일반원칙으로서의 신의칙을 확대·

143) 예컨대, 이러한 판결들이 기록된 주로서는 ① 알래스카주(*McConnell v. State, Dept. of Health and Social Services, Div. of Medical Assistance*, 991 P.2d 178 (Alaska 1999); *Guin v. Ha*, 591 P.2d 1281 (Alaska, 1979); *Arco Alaska, Inc. v. Akers*, 753 P.2d 1150 (Alaska 1988)); ② 델라웨어주(*Shuster v. Derocili*, 2001 WL 682105 (Del. Super. Ct. 2001)); ③ 아이다호주(*Luzar v. Western Sur. Co.*, 692 P.2d 337 (Idaho 1984); *Raedlien v. Boise Cascade Corp.*, 931 P.2d 621 (Idaho 1996)); ④ 매사추세츠주(*Anthony's Pier Four, Inc. v. HBC Associates*, 583 N.E.2d 806 (Mass. 1991); *Fortune v. NCR*, 364 N.E.2d 1251 (Mass. 1977)); ⑤ 미주리주(*Slone v. Purina Mills, Inc.*, 927 S.W.2d 358 (Mo. App. 1996); *Morton v. Hearst Corp.*, 779 S.W.2d 268, 273 (Mo. App. 1989)); ⑥ 몬태나주(*Story v. City of Bozeman*, 791 P.2d 767 (Mont. 1990); *Kittelson v. Archie Cochrane Motors*, 813 P.2d 424 (Mont. 1991)); ⑦ 뉴햄프셔주(*Seaward Constr. Co. v. City of Rochester*, 383 A.2d 707 (N.H. 1978); *Harper v. Healthsource NH*, 674 A.2d 692 (N.H. 1996)); ⑧ 뉴저지주(*Palisades Properties, Inc. v. Brunetti*, 207 A.2d 522 (N.J. 1965); *Bonczek v. Carter-Wallace, Inc.*, 701 A.2d 742 (N.J. Super. 1997)); ⑨ 사우스캐롤라이나주(*Commercial Credit Corp. v. Nelson Motors, Inc.*, 147 S.E.2d 481 (S.C. 1966); *Williams v. Reidman*, 529 S.E.2d 28 (S.C. App. 2000)); ⑩ 테네시주(*Wallace v. National Bank of Commerce*, 938 S.W.2d 684 (Tenn. 1996); *Williams v. Maremont, Inc.*, 776 S.W.2d 78 (Tenn. App. 1988)) 등이 있다.

144) 예컨대, ① 캘리포니아주(*Guz v. Bechtel Nat'l, Inc.*, 100 Cal. Rptr. 2d 352 (Cal. 2000)); ② 콜로라도주(*Amoco Oil Co. v. Ervin*, 908 P.2d 493 (Colo. 1995)); 코네티컷주(*Commerce Intern. Co. v. United States*, 338 F.2d 81 (Ct. Cl. 1964)); ③ 플로리다주(*Sheck v. Burger King*, 798 F. Supp. 692 (S.D. Fla 1992)); ④ 하와이주(*Best Place, Inc. v. Penn America Ins. Co.*, 920 P.2d 334 (Haw. 1996)); ⑤ 일리노이주(*Martindell v. Lake Shore Nat'l Bank*, 154 N.E.2d 683 (Ill. 1958); *Harrison v. Sears, Roebuck, and Co.*, 546 N.E.2d 248 (Ill. App. 1989)); ⑥ 아이오와주(*Midwest Management Corp. v. Stephens*, 291 N.W.2d 896 (Iowa 1980); *Phipps v. IASD Health Serv. Corp.*, 558 N.W.2d 198 (Iowa 1977)); ⑦ 캔자스주(*Moriss v. Coleman Co.*, 738 P.2d 841, 851 (Kan. 1987)); ⑧ 루이지애나주(*Bond*

해석하지 않는다.¹⁴⁵⁾

이처럼 미국에서는, 대부분의 주법원에서 UCC상의 신의칙을 통상적 계약관계에서의 일반원칙으로 다루고 있다. 그러나 신의칙이 일반원칙으로 인정된다 하더라도 이를 근거로 계약자체를 파기하거나 무효화시킬 수 있는지에 관하여는 판례상 명확하지 않다. 즉, 신의칙 위반만으로 계약의 무효를 당사자들이 주장할 수 있는가에 관하여는 그렇지 않다는 것이다.

미국 커먼로에는 계약성립의 항변사유로서, 무능력(lack of capacity), 착오(mistake), 부실표시(misrepresentation), 강박(duress), 부당위압(undue influence) 등이 있다. 또한 계약의 내용 및 집행에 기한 항변사유로서는 공익성(public policy), UCC 제2-302조의 비양심성(unconscionability) 및 사기방지법(Statute of Frauds) 등이 있다. 이러한 항변사유들은 대부분의 주법원에서 그 자체로 계약을 무효화시키는 법원칙 내지는 법리로 인정받고 있다. 반면에, 신

v. Allemand, 632 So.2d 326 (La. App. 1993); *Stanton v. Tulane Univ.*, 777 So. 2d 1242 (La. App. 2001)); ⑨ 미시간주(*Hammond v. United of Oakland, Inc.*, 483 N.W.2d 652 (Mich. App. 1992)); ⑩ 미네소타주(*Hunt v. IBM Mid America Employees Federal*, 384 N.W.2d 853 (Minn. 1986)); ⑪ 미시시피주(*Hartle v. Packard Elec., a Div. of General Motors Corp.* 626 So.2d 106 (Miss.,1993)); ⑫ 네브래스카주(*Cimino v. FirsTier Bank*, N.A., 530 N.W.2d 606 (Neb. 1995)); ⑬ 네바다주(*Martin v. Sears, Roebouck, and Co.*, 899 P.2d 551 (Nev. 1995)); ⑭ 뉴멕시코주(*Sanchez v. The New Mexican*, 738 P.2d 1321 (N.M. 1987)); ⑮ 뉴욕주(*Ingle v. Glamore*, 535 N.E.2d 1311 (N.Y. 1987)); ⑯ 노스캐롤라이나주(*Salt v. Applied Analytical, Inc.*, 412 S.E.2d 97 (N.C. App. 1991)); ⑰ 오클라호마주(*First Nat. Bank and Trust Co. v. Kisse*, 859 P.2d 502 (Okla. 1993)); ⑱ 오리건주(*Elliot v. Tektronix Inc.*, 796 P.2d 361 (Or. App. 1990)); ⑲ 펜실베이니아주(*Somers v. Somers*, 613 A.2d 1211 (Pa. Super. 1992)); ⑳ 워싱턴주(*Thompson v. St. Regis Paper Co.*, 685 P.2d 1081 (Wash. 1984)) 등이 있다. 이외에도 위스컨신주(*Kempfer v. Automated Finishing*, 564 N.W.2d 692 (Wis. 1997)) 및 와이오밍주(*Roussalis v. Wyoming Medical Ctr., Inc.*, 4 P.3d 209 (Wyo. 2000)) 등 대부분의 주가 이러한 경향을 따른다.

145) 예컨대, ① 인디애나주(*First Federal Sav. Bank v. Key Markets, Inc.*, 559 N.E.2d 600 (Ind. 1990)); ② 메인주(*First NH Banks Granite State v. Scarborough*, 615 A.2d 248 (Me. 1992)); ③ 노스다코타주(*Hillesland v. Federal Land Bank Ass'n*, 407 N.W.2d 206 (N.D. 1987)); ④ 텍사스주(*English v. Fischer*, 660 S.W.2d 521 (Tex. 1983)); ⑤ 버지니아주(*Ward's Equipment, Inc. v. New Holland North America, Inc.*, 493 S.E.2d 516 (Va. 1997)) 등이 있다.

의칙의 위반여부에 관하여는 상당수의 주법원들이 그 자체만으로 계약을 파기시키거나 무효화시키는데 매우 소극적인 태도를 보인다.¹⁴⁶⁾

바로 이러한 점이 우리법의 태도와는 상당히 다른 점이다. 앞서 살펴본 우리법상의 판례들은 신의칙 위반만을 근거로 계약 자체의 무효를 대부분 인정하고 있다. 아마도 이러한 차이는, UCC상의 신의칙의 생성배경이라는 연혁적 측면에서 비롯될 수도 있겠고, 신의칙을 규정한 법률의 규범적 지위라는 측면에서 파악될 수도 있겠다.

일단 UCC 역시 일반 정의조항으로서 제1-201조 (b)(20)에 ‘신의성실’을 규정하고, 원칙규정으로 제1-304조에 ‘신의성실의 의무’를 규정한다. 다만 UCC상의 신의칙은 ‘상사거래’에 관한 성실이행의 의무에 보다 주안점을 맞추고 있다. 이와는 달리, 우리 민법상 신의칙은 전 사범영역에 걸쳐 일반적인 대원칙으로 기능한다. 나아가 신의칙에서 비롯된 사정변경의 원칙이나 실효의 원칙과 같은 파생원칙들이 최근에는 보다 적극적으로 인용되고 있는 추세이다. 즉, 우리법상 신의칙은 그 규정의 위치가 민법에 있기는 하나, 그 규범적 지위가 모든 법률관계를 구속할 수 있는 포괄적인 법원리로서 활용될 수 있다는 것이다. 상기의 미국 판례의 경향을 보면, 신의칙이 점점 일반 원칙화되어 가는 경향을 보이고 있으나, 실질적인 기능적 역할에 대하여는 의문일 수밖에 없다. 물론 양국의 판례법이 지향하고 있는 결론은 동일한 측면에서 그 접점이 있을 수 있겠다.

UCC의 신의칙 규정 자체가 가지고 있는 추상성 때문에 신의칙의 적용요건을 명확하게 정립한다는 것은 매우 어려운 문제에 해당한다. 신의칙의 의미나 그 판단기준에 관한 미국법상의 이론적 논쟁들은, 바로 법률적 대원칙이 아닌 해석적·보충적 원칙으로 작용하는 UCC상의 신의칙을 어떻게 현실적으로 적용하며 다룰 것일까라는 의문에서 시작하였다고 본다.

물론 그 규범적 지위는 다르겠으나, 이와 같은 미국법상의 이론적 전개는 우리법상 신의칙 적용과 관련하여 다양한 시사를 제공할 수 있다. 특히 상사매매계약과 같은 경우에는 미국법상의 이론과 판례의 경향에 더욱 주목해야 한다고 본다. 예컨대, 신의칙 적용에 있어 그 판단기준을 Summers와 같은 도덕

146) Teri J. Dobbins, “Losing Faith: Extracting the Implied Covenant of Good Faith from (Some) Contracts”, *Oregon Law Review*, vol. 84, 2005, p. 241.

적 관념에 근거하여, 불성실을 배제하는 개념으로 신의성실을 판단할 것인지, 아니면 경제적인 효율성 강화의 측면을 부각하고 신의칙을 당사자의 포기한 기회의 발현에서 연역적으로 찾아내는 Burton의 이론을 차용할 것인지를 적용 이론의 구체화 문제이다. 요컨대, 도덕적이며 추상적인 관념화를 거래관계에 적용시켜 이를 일반개념으로 끌어낼 것인지, 아니면 매매 즉, 현실적 당사거래라는 경제적인 측면을 중시하여 보다 현실적주의적인 관점에서 신의칙 적용을 유연화할 것인지에 대한 논의이다.

또한 신의칙을 적용함에 있어 계약자유 원칙과의 정합성 문제를 어떻게 극복할 수 있는지에 관하여도, UCC상의 구체적 규정과 이론적 전개 및 판례법의 형성이 그러한 논의의 단초를 제공해줄 수 있다고 생각한다.

V. 결 론

신의성실이라는 관념은 본래 상대방의 신뢰 내지 정당한 예상을 헛되이 하지 아니하도록 한다는 의미를 뜻하므로, 계약당사자의 가장 이상적인 의무이행의 실천원칙은 바로 신의칙을 준수하는 것이라 할 것이다. 앞서 언급한 바와 같이, UCC상의 신의칙은, '사실상의 정직 및 공정거래에서의 합리적인 상사기준'을 의미하며, 그 판단요소로서 주관적인 정직성과 객관적인 상업적 합리성을 함께 제시하면서, UCC의 전 규정에 적용되는 일반조항으로 기능하고 있다.

인류사적 거래 행태에 있어서의 신의성실이라는 관점에서 보면, UCC상 신의칙 개념이 어떠한 특별하거나 새로워진 개념을 창출한 것은 아니다. 기존 판례에서 확인된 일반적 의미와 정의들을 재수용하고, 다양한 이론적 논의의 확대를 통해 전개된 논의들이 포함된 것에 불과하다. 이러한 점에서는 UCC의 신의칙 규정이, 우리법에서 지향하는 신의칙의 본질적 의미 및 그 기능적 역할에 상반되지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고, UCC가 규정하고 있는 신의칙의 판단기준이나 이와 관련된 이론적 쟁점 및 적용 판례들을 검토해야 할 이유는 다음과 같은 몇 가지의 시사점들을 제공하기 때문이다.

첫째, UCC는 신의칙의 판단요소로서, 주관적 요소와 객관적 요소를 함께 규정한다. 이는 우리법과 비교하여, 보다 구체적인 방향에서 신의칙을 개념화

시키고 있는 것이다. UCC가 규정한 주관적 요소는 ‘정직성’이며, 객관적 판단 요소로는 ‘공정한 거래’이다. 앞서 살펴본 UCC 규정이 적용된 판례들을 보면, 신의칙을 적용함에 있어, 대부분 객관적 판단을 기본적 기준으로 삼고, 경우에 따라 예외적으로 주관적 판단을 채용하고 있음을 알 수 있다. 물론 객관적 판단요소로서의 ‘공정한 거래’ 또한 추상적인 개념일 수밖에 없는데, 판례로 형성된 공정성 개념으로는 계약의 이행상 단순한 ‘주의’ 수준이 아닌 행위 자체의 공정성을 부각시킨 것으로 그 범위가 확장된 측면이 있다. 개별적인 상행위에 따라 그 판단기준이 각각 다르게 전개될 가능성이 있으므로, 구체적인 판단기준을 설정함에는 상당한 애로점이 있다. 그럼에도 불구하고, 우리법상의 신의칙 규정에 비해 구체적이며 특정화되어 있다는 특색이 있다.

둘째, 앞서 살펴본 UCC상 신의칙은 구체적인 측면에서 계약의 이행과 집행에 관하여만 적용된다. 즉, 모든 법체계 전반에 일반원칙으로 격상되어 있는 우리법상의 신의칙과는 다소 구별된다고 할 것이다. UCC의 관련 판례들을 보면, 신의칙 위반만을 이유로 계약 자체를 무효화할 수는 없는데 반해, 우리 판례들은 신의칙만으로 계약의 효력을 부인하거나 무효화시킴에 있어 자유로운 편이다. 생각건대, 이러한 차이는 양자의 규범적 지위에서 비롯되는 것이라고 본다. UCC상의 신의칙은 계약의 일반조항으로서 제1장 총칙편에 규정되어 있기는 하나, 여전히 계약해석의 원칙으로 기능하고 있다는 특징이 더 강하다. 우리 민법이 제2조에서 신의칙을 규정하고 이를 모든 사법관계를 규율할 수 있는 대원칙으로 해석하고 있는 것과는 그 규범적 지위가 다른 것이다. 물론 판례가 지향하고 있는 결론은 동일한 측면에서 그 접점이 있다고 하겠으나, 신의칙의 판단기준으로서 이론을 전개시키는 경우에는, 양자의 법적 근거 내지는 법적 확신이라는 기본적 지위가 다르기 때문에 이론의 형성과정에서 전혀 다르게 진행될 것이다.

셋째, 가장 주목할 점은 UCC상 신의칙의 판단기준에 관한 이론적 논쟁의 다양성이다. 앞서 살펴본 바와 같이, 미국법상 신의칙을 판단하는 기준으로는 크게, ① 묵시적 조항 이론, ② 배제물 이론, ③ 포기한 기회 이론 등으로 구분될 수 있겠는데, 이는 본질적으로 법익의 가치를 어디에 두느냐에 따른 것이다.

생각건대, 포기한 기회 이론과 같은 경제학적 관점에 따른 분석이 우리법상 신의칙 적용과 관련하여 포섭할 수 있는 연구의 가치가 있다고 본다. 포기한

기회이론은, 불성실의 요소를 기대이익에 찾고 있는 것이 핵심이다. 이행 의무자의 기대는 계약에 의하여 얻을 수 있는 대상뿐만 아니라 이행에 의하여 상대방이 부담하는 비용으로 이루어지는데, 이 과정에서 포기한 기회를 만회하려는 행위의 결과는 상대방에게 필연적인 손해를 야기하게 된다. 여기서 불성실의 요소를 추출하여 신의칙 위반여부를 객관적으로 판단할 수 있다는 것이 본 이론의 구조이다. 특정하게 포기한 기회는 일종의 계약상의 기대이며, 통상적인 거래의 과정이나 관행적인 실체에 비추어 결정될 수 있는 객관적 성질을 갖고 있다. 즉, 당사거래와 같은 계약유형에서 신의칙 판단을 할 때에는 불성실 요소를 구체적으로 특정하여 적용할 수 있는 논리적 이점이 있을 것이다.

도덕적이며 추상적인 관념을 거래관계에 적용시켜 이를 일반개념으로 끌어낼 것인지, 아니면 당사거래라는 경제적인 측면을 중시하여 보다 현실주의적인 관점에서 신의칙 적용을 유연화할 것인지에 대한 논의가 우리법제, 나아가 무역실무 전반에 걸쳐 시작되어야 할 것이다. 나아가 물품매매계약상 대원칙으로서의 당사자 자치와 신의칙 적용과의 충돌과 같은 가치중립적 문제에 대한 논의도, UCC상의 이론적 전개에 기반하여 새롭게 바라볼 수 있는 동기를 제공해줄 수 있다고 생각한다.

참 고 문 헌

- 곽윤직 · 김재형, 민법총칙, 제8판, 박영사, 2012.
- 김용담 (대표집필), 주석민법 - 총칙 (1), 제4판, 한국사법행정학회, 2010.
- 김주수 · 김상용, 민법총칙, 제6판, 삼영사, 2011.
- 김영호, “상사거래에서의 신의칙법리의 전개”, 상사판례연구, 제24권 제1호, 한국상사판례학회, 2011.
- 심종석, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 무역상무연구, 제43권, 한국무역상무학회, 2009.
- 윤진수, “미국 계약법상 Good Faith 원칙”, 법학연구, 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 한낙현, “국제거래상 신의성실의 원칙에 관한 연구”, 무역상무연구, 제46권, 한국무역상무학회, 2010.
- Steven J. Burton & Eric G. Andersen, *Contractual Good Faith: Formation, Performance, Breach, Enforcement*, Little, Brown, 1995.
- E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3rd ed., Aspen Pub., Inc., 2004.
- Jeffrey T. Ferriell, *Understanding Contracts*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009.
- William H. Henning & William H. Lawrence, *Understanding Sales and Leases of Goods*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009.
- Lary Lawrence & Harriet L. Bradley, *Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code*, 3rd ed., West Pub. Co., 2008.
- Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6th ed., West Pub. Co., 2009.
- Linda J. Rusch & Stephen L. Sepinuck, *Commercial Law*, West Pub., Co., 2012
- Douglas J. Whaley, *Problems and Materials on Commercial Law*, 9th ed., Aspen Publishers, Inc., 2008.
- James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 6th ed., West Pub. Co., 2010.

- The American Law Institute & National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, *Uniform Commercial Code – Official Text and Comments*, 2011–2012 ed., West Pub. Co., 2011.
- Eric G. Andersen, “Good Faith in the Enforcement of Contracts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988.
- Hazel Glenn Beh, “Student Versus University: The University's Implied Obligations of Good Faith and Fair Dealing”, *Maryland Law Review*, vol. 59, 2000.
- Steven J. Burton, “Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: The Practice View”, *William & Mary Law Review*, vol. 35, 1994.
- _____, “More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers”, *Iowa Law Review*, vol. 69, 1984.
- _____, “Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code”, *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981.
- _____, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980.
- Frederick W. Claybrook, Jr., “Good Faith in the Termination and Formation of Federal Contracts”, *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997.
- Harold Dubroff, “The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic”, *Saint John's Law Review*, vol. 80, 2006.
- Russell A. Eisenberg, “Good Faith Under the Uniform Commercial Code – A New Look at an Old Problem”, *Marquette Law Review*, vol. 54, 1971.
- E. Allan Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”, *The University of Chicago Law Review*, vol.30, no.4, 1963.
- Nadia E. Nedzel, “A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability”, *Tulane European and Civil Law Forum*,

vol. 12, 1997.

Shelley Smith, “A New Approach to the Identification and Enforcement of Open Quantity Contracts: Reforming the Law of Exclusivity and Good Faith”, *Valparaiso University Law Review*, *vol. 43*, 2009.

Robert S. Summers, “The General Duty of Good Faith—Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review*, *vol. 67*, 1982.

_____, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review*, *vol. 54*, 1968.

Michael P. Van Alstine, “Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith”, *William & Mary Law Review*, *vol. 40*, 1999.

James J. White, “Good Faith and the Cooperative Antagonist”, *SMU Law Review*, *vol. 54*, 2001.

ABSTRACT

The Principle of Good Faith under Uniform Commercial Code

Kim, Young Ju

The Uniform Commercial Code (UCC) sets the standards of good faith in a commercial transaction for the sale of goods. With every sales contract, there is an implied obligation for both the seller and the buyer to negotiate the contract and perform under the terms of the contract in good faith. The agreement between both parties and the customs in the industry determine how the good faith standard should be applied to a particular transaction. Generally, the meaning of good faith, though always based on honesty, may vary depending on the specific context in which it is used. A person is said to buy in good faith when he or she holds an honest belief in his or her right or title to the property and has no knowledge or reason to know of any defect in the title.

In section 1-201 of the UCC good faith is defined generally as "honesty in fact in the conduct or transaction concerned." Article 2 of the UCC says "good faith in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade."

The sales contract will generally determine which party is required to perform first. This provision helps to determine if the buyer or the seller is in breach of the agreement due to failing to perform as stated by the contract. Either the seller must deliver the items before the buyer is required to accept and pay or the buyer must pay for the items before the seller has the duty to act in good faith and deliver the items in a reasonable manner. If the contract does not specifically define who is required to perform, industry customs and fair trade may determine what

is acceptable for the transaction. Under the UCC, the buyer is required to pay for the goods when they are delivered, unless the contract states otherwise. Therefore, the UCC imposes an obligation of good faith on the performance of every contract or duty under its purview. The law also generally requires good faith of fiduciaries and agents acting on behalf of their principals.

This article discusses problems of the principles of good faith under the UCC. Specifically, this paper focuses on the interpretation of UCC sections and analysis of various cases. By comparing, also, UCC and Korean law, the paper proposes some implications of good faith issues for Korean law.

Key Word : Uniform Commercial Code, Good Faith, Honesty in Fact, Fair Dealing, Bad Faith
