

# SGA개정안과 CISG의 비교연구\*

이 병 문\*\*

- 
- I. 서론
  - II. 목시조항
  - III. 위험이전
  - IV. 구제제도
  - V. 결론
- 

## I. 서론

EC는 1999년 5월 25일 EC 내부시장의 조화, EC 내의 모든 시민들을 위한 소비자권리의 창출과 공통된 유럽소비자매매법의 신설의 취지 하에 “소비자물품매매의 특정양상과 관련보증서에 관한 유럽연합지침(EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: 이하 Directive)”<sup>1)</sup>을 제정하였다.<sup>2)</sup> 이러한 Directive는 유럽연합 내에 소비자물품매매에 관련하여 소비자보호를 위한 제 법규의 최소수준을 정하고 그러한 기준에 부합하게 각국이 국내법을 개정토록 하여 유럽의 단일시장화에 기여하는 데에 그 궁극적 목적을 두고 있으며, 이에 따라 각 가맹국은 2002년 1월 1일까지 자국의 관련 법률을 Directive상 소비자가 누릴 수 있는 최소한의 권리가 침해되지 않도록 개정토록 하고 있다.<sup>3)</sup> 영국은 이에 발맞추어 그 동안 국

---

\* 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

\*\* 숭실대학교 경제·국제통상학부 전임강사

1) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25th May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (1999) O.J.L171/12, 7 July 1999.

2) EC Treaty Art. 95; Directive Recitals 1, 4-6, 23.

3) 이러한 개정요구는 소비자에게 더 넓은 권리를 부여하고 있는 국내법을 유럽지침

내법의 개정을 위해 소비자 단체를 비롯하여 관련실무가와 전문가들에게 1, 2차에 걸쳐 Consultation Paper를 돌려 그 자문을 구하였으나<sup>4)</sup> 개정초안에 대한 여러 단체들의 의견대립과 오해로 그 시한을 넘겨 2002년 12월 11일해야 개정안(The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002; 이하 Regulations 2002)을<sup>5)</sup> 의회에 제출할 수 있었고 이는 2003년 3월 31일 그 시효가 개시되었다.

이러한 Regulations 2002의 구성은 하자담보책임에 관련하여 기존 4가지 법률(The Sale of Goods Act (1979); The Supply of Goods and Services Act (1982); The Supply of Goods (Implied Terms) Act (1973); The Unfair Contract Terms Act (1977))의 개정과<sup>6)</sup> 매도인에 의해 소비자에 제공되는 소비자 보증서(Consumer Guarantees)의 법적 지위 및 동 보증서에 관련한 보증서 제공자의 의무에 관련한 규정으로<sup>7)</sup> 이루어져 있다.<sup>8)</sup> 본 논문이 주로 다루게 될 영국물품매매법(The Sale of Goods Act (1979); 이하 SGA) 개정안의 주요내용은 먼저 소비자매매에 있어서 묵시조항의 추가,<sup>9)</sup> 위험이전 및 물품의 수리(acceptance of goods)에 관한 규정의 개정,<sup>10)</sup> 매수인의 구제제도의 추가와<sup>11)</sup> 생산자(producer)와 보수(repair)에 관한 정의로 이루어져 있다.<sup>12)</sup> 이러한 주요 개정내용의 검토에 앞서 염두 해 둘 점은 그 적용이 모두 매수인이 소비자로서 매도인과 거래를 하는 경우로 국한 된다는 것을 밝혀두고 싶다.<sup>13)</sup>

---

상의 최저수준에 맞춰 하향평준화를 요구하는 것이 아니므로 그러한 국내법은 유럽지침에 따라 개정할 필요 없이 더 높은 소비자보호수준을 그대로 유지할 수 있게 된다. Directive Art. 8.2.

4) 1차 Consultation Paper (released on 4 January, 2001)에 관하여 <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultpdf/1stsalescon.pdf> (visited on 17 January, 2003). 2차 Consultation Paper (released in February 2002)에 관하여 <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultpdf/2ndsale.pdf> (visited on 17 January, 2003).

5) SI 2002/3045. Regulations 2002의 조문에 관하여 <http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20023045.htm>(visited on 17 January, 2003).

6) Regulations 3-14.

7) Regulation 15.

8) 그 외에 Regulation 1은 법규의 명칭, 시효, 범위를 규정하고 있으며 Regulation 2는 Regulations 2002에 쓰이는 제 용어에 대한 정의를 내리고 있다.

9) Regulation 3.

10) Regulation 4.

11) Regulation 5.

12) Regulation 6.

13) Regulations 3(2), 4(2), 5. 소비자(Consumers)의 정의에 관하여 Regulation 2 “ ‘Consumer’ means any natural person who, in the contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are out side his trade, business or

소비자와의 거래를 주로 하는 이러한 SGA개정안에 대한 연구는 상인간의 매매를 전제로 하는 무역상들에게는 특별한 의미가 없다고 할 수 있다. 그러나 인터넷 등을 통하여 영국의 소비자시장으로 새로이 진입 내지 확장코자 하는 무역상들은 영법이 준거법으로서 지정될 가능성을 전혀 배제할 수 없는 한 동 개정안의 중요성은 간과할 수 없는 것이라 할 수 있다. 또한 인터넷 등을 통한 소비자와의 전자상거래 방식이 아니라 하더라도 소비재를 취급하는 영국의 상사매수인과 거래를 하는 경우에서 또한 SGA개정안의 중요성을 찾을 수 있다. 이는 특히 매매물품이 영국 내에서 소비될 물품인 것을 매도인이 인지하고 있는 한 SGA개정안상의 소비자의 추가적인 권리는 매수인과의 계약체결 시 고려해야 할 사항의 하나이기 때문이다. 한편 SGA개정의 근거가 되는 Directive가 영미법과 대륙법의 대별을 극복한 유엔국제물품매매협약(United Nations Convention on International Sale of Goods 1980; 이하 CISG)에 이은 또 하나의 근대통일입법이라 평가되기에, 이러한 Directive가 영미법계의 대표라 할 수 있는 영법에 어떠한 방식으로 반영되었는지를 살펴 볼 수 있다는 점에서 학술적인 중요성이 있다 할 수 있다.<sup>14)</sup>

이상과 같은 연구배경을 근거로 본 논문의 연구목적은 첫째, SGA개정안의 구체적 내용을 검토하고자 하며 이를 통해 영국소비자시장에 새로이 진입하거나 시장확대를 계획하는 실무관련자들에게 조언을 주고자 한다. 한편 동개정안을 상사거래를 위한 대표 입법이라 할 수 있는 CISG와 비교하여 살펴봄으로 현대 계약법의 특징 중의 하나라고 할 수 있는 상사 및 소비자거래로의 이분적인 계약법의 분리 제정 현상을 검토함으로써 국내법의 해석 내지 개정에도 일조하고자 한다. 마지막으로 법률의 단순 비교를 넘어 상이한 법률의 발견 시 그

---

profession". 이러한 소비자의 정의는 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, SI 1999/2083(이하 UTCCR)상의 소비자의 정의(Regulation 3(1))를 그대로 인용한 것으로 이는 기존 SGA상 소비자의 정의를 Unfair Contract Terms Act (1977) (이하 UTCA) s. 25(1)에 의존(SGA s. 61(1))하고 있었던 것과는 배치되는 것이다. 따라서 UTCCR과 UCTA상의 소비자의 정의가 다르다고 평가되는 한 그 혼란이 예상된다. UTCCR과 UCTA상 소비자의 정의의 차이점에 관하여 Whittaker, Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, (1999), para. 43-042; Atiyah, Adams and Macqueen, *The Sale of Goods*, (2001), p. 257; Bradgate, *Commercial Law*, (2000), p. 86; Beale, "Legislative Control of fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", in: Beatson and Friedmann (ed.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, (1995), p. 238.

14) 이는 특히 CISG상 통일에 실패하였다고 평가되는 특징이 행정구권이 영미법의 대표국가인 영국에서 Directive에 따라 어떠한 개정안이 제정되었느냐에 가장 큰 의미가 있다 할 수 있다.

러한 상이점에 대한 법경제학적인 가치 평가를 시도하여 관련 법률의 개정시 시사점을 제공하고자 한다.

## II. 목시조항

### 1. 비교연구

SGA개정안의 목시조항 관련 주요 개정 내용은 매도인이 제공해야 할 물품의 품질이 만족스러운 것(satisfactory quality)이어야 한다는 기존 목시조항에 관련된 것이다.<sup>15)</sup> 제공된 물품의 품질이 만족스러운 것인지를 판단하기 위한 기준은 합리적인 자가 물품에 대한 명세, 가격 그리고 기타 모든 관련 사항을 고려해 볼 때, 제공된 물품이 만족스러운 것으로 간주할 수 있을 정도의 기준에 부합하느냐의 여부에 달려 있다.<sup>16)</sup> SGA개정안은 물품이 만족스러운 품질에 도달하는지 여부의 판단을 위한 고려사항의 하나인 '기타 모든 관련 사항'이 매도인, 생산자 또는 그를 대표하는 자에<sup>17)</sup> 의한 물품의 특정 성질에 관한 공공진술(public statements), 특히 광고나 라벨을 포함한다고 명시하고 있다.<sup>18)</sup> 따라서 매도인 스스로가 아닌 제조업자, 수입업자, 또는 생산자에 의한 광고 등을 통하여 물품의 특정성질에 관하여 공공진술이 이루어졌다 하더라도 그러한 진술은 소비자와 매도인간의 계약내용으로 편입되며 소비자는 매도인에 의해 제공된 물품의 품질이 공공진술상의 그것과 일치하지 않으면 이에 대한 책임을 매도인에게 물을 수 있게 된다.<sup>19)</sup> 그러나 이러한 공공진술은 매도인이 다 음의 하나를 입증하면 물품의 만족스러운 품질여부를 판단하는 관련사실로서

---

15) SGA s. 14(2).

16) SGA s. 14(2A).

17) 생산자의 정의에 관하여 Regulation 6 " 'producer' means the manufacturer of goods, the importer of goods into the European Economic Area or any person purporting to be a producer by placing his name, trade mark or other distinctive sign on the goods"

18) SGA s. 14(2D); Regulation 3(2).

19) DTI, The Sale and Supply of Goods to Consumers regulations 2002: A brief Introduction - full Version, p. 7 (seen at <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics1/guide/saleslong.pdf>; visited on 5 May, 2003).

인정되지 않는다; (1) 계약체결 시에 매도인이 공공진술을 인지하지 않았으며 또한 합리적으로도 인지할 수 없었을 경우, (2) 계약이 체결되기 전에 공공진술이 공개적으로 철회된 경우 또는 부정확하거나 그릇된 인상을 주는 진술의 내용이 공개적으로 정정된 경우, (3) 공공진술이 물품을 구매하려는 매수인의 의사결정에 영향을 미칠 수 없었을 경우.<sup>20) 21)</sup>

이러한 SGA개정안과는 달리 CISG는 공공진술의 내용을 매도인이 계약내용의 일부로서 별도로 채택하지 않는 한 동 진술은 매도인에 구속력이 없으므로 이에 대한 책임을 질 필요가 없다.<sup>22)</sup>

## 2. 법경제학적인 비교평가

SGA개정안과 CISG의 법경제학적인 측면에 있어서의 평가는 계약법의 주요 기능 중 하나인 '계약에서 빠진 조항(default terms)의 제공'을 통해 당사자에게 발생하였을 거래비용을 얼마나 줄였는지 여부에 따라 이루어질 수 있다.<sup>23)</sup> 다시 말해 당사자들이 항상 자기이익의 극대화, 즉 공동이익의 최대화 내지 공동비용의 최소화를 추구한다는 가정 하에서, 당사자들이 문제의 규정을 계약체결당시 협상하였더라면 상호 합의하였을 내용이 무엇이었을 것인가를 파악하여 이것을 기준으로 SGA개정안과 CISG를 비교·평가하는 것이다.<sup>24)</sup> 결론부터 말하자면 소비자물품매매의 경우 공공진술에 관한 당사자들의 선택은 SGA

20) SGA s. 14(2E); Regulation 3(2). Cf. SGA s. 14(2D), (2E)와는 별도로 SGA s. 14(2A)에 따라 공공진술이 물품의 만족스러운 품질도달여부 판단을 위한 고려사항으로 여겨졌을 경우 SGA s. 14(2D), 14(2E)는 그러한 공공진술이 SGA s. 14(2A)상의 '기타 모든 관련 사항'의 하나로 고려되는 것을 배제하지 않는다. SGA s. 14(2F); Regulation 3(2).

21) 예를 들어 문제의 공공진술이 제조업자의 국가에 한정하여 이루어져서 소비자가 동 진술의 내용을 합리적으로 인지할 수 없었을 경우(DTI, op cit., p. 7) 또는 문제의 진술이 특정국가에 한정하여 이루어졌고 소비자가 그 내용을 구매결정을 한 뒤에야 인지한 경우 매도인은 그 책임을 피할 수 있을 것이다. Cf. Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", (1999) 7(2) Consumer Law Journal 177, p. 182.

22) Schwenger, Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, (2nd ed., 1997), p. 277; Bianca, Bianca/Bonell (ed.), Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention, (1987), p. 273.

23) Posner, Economic Analysis of Law, (1998), pp. 104 ff.; Cooter & Ulen, Law and Economics, (1997), pp. 180 ff.

24) Posner, op cit., pp. 104 ff.; Cooter & Ulen, op cit., pp. 180 ff.

개정안상의 매도인이 입증하여야 하는 예외적인 경우를 제외하고는 동 진술이 계약내용으로의 편입일 것이다. 이는 통상적으로 소비자는 물품의 구매를 결정하는데 있어 그러한 공공진술에 종종 의존하기 때문만이 아니라, 상인인 매도인은 비록 제3자에 의한 진술이긴 하나 그러한 진술을 통해 구매자를 유인하는 등 이윤을 얻는다는 이유에서이다.<sup>25)</sup> 따라서 매수인의 매매대금과 교환되는 반대급부의 일부로서의 공공진술이 인정되는 한 만일 이러한 진술이 계약내용으로 편입되지 않는다면 이는 시장의 최적운명을 저해할 것으로 여겨진다. 한편 이러한 주장이 일부 당사계약에도 또한 적용되어야 하는 것이 사실이긴 하다. 그러나 당사매수인은 대부분 공공진술보다는 오히려 그들 자신의 전문지식에 의존하는 경우가 더 많으므로, 당사계약의 경우 당사자에 의해 공공진술을 계약내용에 별도로 삽입하지 않는 한 동 진술은 계약으로 편입되지 않는 것이 더 거래비용을 최소화하며 효용의 극대화를 이룰 것으로 판단된다.<sup>26)</sup>

### Ⅲ. 위험이전

#### 1. 비교연구

SGA개정안은 위험이전에 관련한 기존의 법규정에 대하여 크게 두 가지의 개정을 이루어냈다. 그 첫 번째 개정의 주요골자는 기존에 위험의 이전을 소유권의 이전과 연계시키던 법원칙을 물품의 인도시점으로 전환하는 것이다. 다시 말해 SGA개정안은 기존 SGA상 위험은 소유권이 매수인에게 이전됨과 동시에 매수인에게 이전된다는<sup>27)</sup> 원칙에서 벗어나, 물품이 매수인에게 인도될 때까지 그 위험은 매도인에게 있으며 물품의 인도와 함께 매수인에게 이전됨을 명시하고 있다.<sup>28)</sup> SGA개정안의 위험이전 관련 두 번째 개정 내용은 운송인에게의 물품의 인도가 매수인에게의 물품인도로서 인정될 수 있는지 여부와 관련

25) Beale and Howells, "EC Harmonisation of Consumer Sales Law - A Missed Opportunity?", (1997) 12 Journal of Contract Law 21, p. 30.

26) Cf. Lando and Beale (ed.), Principles of European Contract Law, (2000), pp. 299 ff.

27) SGA s. 20(1). 소유권이 이전되는 시기에 관하여 SGA ss. 17-18.

28) SGA s. 20(4); Regulation 4(2).

된다. 기존 SGA는 계약에 따라 매도인이 매수인에게 물품을 송부하기로 수권을 받고 있거나 또는 요청되는 경우 매수인에게 물품의 양도를 위한 운송인에게의 물품의 인도는 매수인에게의 인도로 추정하고 있었다.<sup>29)</sup> 이와 달리 SGA 개정안은 소비자 거래의 경우 운송인에게의 물품의 인도는 매수인에게의 인도로서 추정하지 않음을 명시하고 있다. 따라서 매도인은 물품이 운송인으로부터 매수인에게 실제 인도될 때까지 물품에 대한 위험을 떠 안아야 할 것이다.<sup>30)</sup>

SGA개정안의 첫 번째 개정안을 CISG와 비교하여 볼 때 CISG가 위험의 이전을 '점유이전에 대한 물리적 행위(physical acts of transfer of possession)', 즉 매수인 내지 운송인에게의 물품의 양도가 있었는지 여부에 두고 있으며<sup>31)</sup> 이는 기존 SGA상의 소유권 이전과 함께 위험이 이전된다는 원칙과는 큰 차이가 있다. 그러나 SGA개정안의 내용은 물품의 인도시점을 위험이전의 시점으로 보고 있으며 인도의 개념을 '일방 당사자로부터 타 당사자에게로의 점유의 자발적 이전(voluntary transfer of possession from one person to another)'으로 정의 하고 있다는 점에서 CISG와 실질적인 차이는 없는 것으로 여겨진다.<sup>32)</sup> 반면에 SGA개정안의 두 번째 개정 내용은 CISG와 상이한 것으로 CISG는 매매계약이 물품의 운송을 수반하는 경우 위험은 매매계약에 따라 물품이 매수인에게 물품의 양도를 위한 최초운송인에게 인도되었을 때 이전함을 규정하고 있다.<sup>33)</sup>

## 2. 법경제학적인 비교평가

위험이전 관련 SGA개정안과 CISG의 법경제학적인 평가는 앞서 설명한 계

29) 여기서의 운송인은 매수인에 의해 지명된 운송인인지 여부에 상관이 없다. SGA s. 32(1).

30) SGA s. 32(4); Regulation 4(3).

31) Honnold, *Uniform Law for International Sales*, (1999, 3rd ed.), p. 393; Hager, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 504, 512; Stocks, "Risk of Loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Section 2-509 and 2-510", (1993) 87 *Nw.U.L.Rev.* 1415, pp. 1439 f.; Enderlein and Maskow, *International Sales Law*, (1992), pp. 255 f.

32) SGA s. 61(1). SGA상의 '인도(delivery)'가 이루어지는 다양한 형태에 관하여 Atiyah, Adams and Macqueen, *op cit.*, pp. 121 f.; Guest, Guest (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, (1997), para. 8-007 ff.

33) CISG Art. 67(1).

약법의 주요기능 중 하나인 '계약에서 빠진 조항(default terms)의 제공'이라는 측면에 있어 이루어질 수 있다. 이는 당사자들이 항상 공동이익의 최대화 내지 공동비용의 최소화를 추구한다는 가정 하에서, 그들이 문제의 규정을 계약체결 당시 협상하였다면 상호 합의하였을 내용이 무엇이었을 것인가의 문제이다. 따라서 당사자들은 계약당시에 위험부담의 문제를 해결하려 하였다면 위험발생으로 인한 부담 내지 비용을 최소화할 수 있는 방향으로 공동대처하려 하였을 것이다. 이는 결국 그들로 하여금 가장 적은 비용으로 관련 위험의 발생 자체를 막거나 그 위험발생이 불가피한 경우 최소비용으로 보험을 들 수 있는 자, 즉 최소비용회피자 내지 최소비용보험자에 그 위험을 부담케 하였을 것이다.<sup>34)</sup> 이러한 최소비용회피자 내지 최소비용보험자는 일반적으로 소유권을 지닌 자 라기 보다는 물품에 대한 물리적인 관리(physical control over the goods)를 하고 있는 자이므로 SGA개정안과 CISG는 공히 효율적(efficient)이라고 말할 수 있다.<sup>35)</sup>

한편 매매계약이 물품의 운송을 수반하는 경우 물품이 도착한 이후에는 통상적으로 매도인 보다 매수인이 운송도중 물품에 발생한 손상 또는 멸실을 입증하는데 더 유리하므로, 위험이전의 시점을 최초운송인에게 물품이 인도된 시점으로 보고 있는 CISG가 더 효율적인 것으로 여겨진다.<sup>36)</sup> 소비자거래에서도 이러한 주장은 운송도중의 위험을 소비자에게 부담시키고 그러한 위험부담이 보다 낮은 가격에 의해 보상될 수만 있다면 이론상 타당한 것으로 판단된다. 그렇지만 대부분의 소비자는 위험회피형(risk-averse)이라는 가정 하에 그들이 통상적으로 원하는 것은 저가에 의해 보상되는 하자있는 물품이 아니라 정상가의 하자 없는 물품이기에, 소비자거래에서 운송중의 물품에 대한 위험은 매도인이 부담하는 것이 타당하다고 주장할 수 있다.<sup>37)</sup>

34) Posner, op cit., pp. 105 ff.; Cooter & Ulen, op cit., p. 184.

35) Hager, Schlechtriem (ed.), op cit., p. 512; Honnold, op cit., pp. 393, 415.

36) Hager, Schlechtriem (ed.), op cit., p. 505; Honnold, Galston/Smit (ed.), International Sales, (1984), p. 8-5. 예외적으로 첨단기술장비매매의 경우는 하자보수를 위해 매도인만이 보유하고 있는 대체부속품 또는 기술이 요구되며 게다가 정교한 기계류의 운송도중 손상 또는 멸실의 위험은 전적으로 매도인의 포장에 달려있으므로 운송도중의 위험은 매수인이 아닌 매도인 부담하는 것이 타당할 것이다. Id.

37) Cf. Bradgate and Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees All Talk and No Do?", (2000) Web Journal of Current Legal Issues, No. 2 (seen at "http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html"; visited on 17 April, 2003)



## IV. 구제제도

SGA개정안은 매수인이 소비자로서 매도인과 거래하는 경우에 한하여 매도인에 의한 물품의 인도시 동 물품이 계약과 일치하지 않을 경우<sup>38)</sup> 매수인에게 기존에 부여되고 있던 물품수령거절권 및 계약해제권과<sup>39)</sup> 손해배상청구권<sup>40)</sup>에 더하여 4가지의 추가적인 구제수단(하자보수청구권, 대체물인도청구권, 대금감액청구권, 계약해제권)을 부여하고 있다.<sup>41)</sup> 이들 4가지 추가적인 구제수단의 특징은 Directive에서와 같이 2단계의 구제수단으로 분리되어 규정되었다는 점이다. 다시 말해 불일치물품이 인도된 경우 매수인은 제1단계로 대체물인도청구권 내지 하자보수청구권을 그리고 동 구제수단을 적용할 수 없는 경우에 한하여 제2단계로 계약해제권 내지 대금감액권을 행사할 수 있다. 아래의 논술은 이들 추가적인 각 구제수단의 구체적인 내용과 구제수단별 관계를 서술하고자 하며 이에 덧붙여 SGA개정안에 새로이 도입된 입증책임의 전환문제를 다루고자 한다.

### 2. 하자보수 또는 대체물인도 청구권

#### (1) 비교연구

SGA개정안은 계약에 불일치한 물품이 인도된 경우 매수인의 제1단계 구제

38) 물품이 계약과 일치하는지의 여부는 계약의 명시적 조항의 위반 또는 SGA s. 13.-15상의 묵시적조항의 위반이 있는지에 따라 결정된다. SGA s. 48F; Regulation 5. SGA s. 13은 명세서에 의한 물품의 매매시 물품이 동 명세서와 일치할 것을 요구하는 묵시조항을, s. 14는 물품의 품질이 만족스러운 것(satisfactory quality)이어야 하고 특정목적에 적합한 것이어야 한다는 묵시조항을, s. 15는 견본품에 의한 매매시 물품은 제시된 견본과 일치하여야 함을 나타내는 묵시조항이다.

39) SGA s. 11(3).

40) 조건(condition)위반이 담보(warranty)위반으로 취급되어 계약해제권에 독립적으로 매수인이 청구할 수 있는 손해배상청구권에 관하여 SGA s. 53(1); 계약해제권에 더불어 청구할 수 있는 손해배상청구권에 관하여 Johnson v. Agnew [1980] AC 367 Photo Production Ltd. v. Securicor Ltd. [1980] AC 827, 848 f.; Gill & Duffus S.A. v. Berger & Co. Inc. [1984] AC 382, 39; Beale(b), Remedies for Breach of Contract, (1980), p. 105; Treitel(a), Remedies for Breach of Contract, (1988), pp. 395 f.

41) SGA s. 48A(1), (2); Regulation 5.

수단으로서 하자보수청구권과 대체물인도청구권을 부여하고 있는데 이들 구제수단은 기존 영법상 ‘특정이행(specific performance)’의 개념으로 이해되고 있다. 이러한 특정이행은 매수인이 청구할 수 있는 보통법(common law)상의 권리가 아닌 형평법(equity)상의 구제제도로서 그러한 특정이행청구권의 행사가 전적으로 법정의 재량에 일임되어 있다.<sup>42)</sup> 일반적으로 영국법정은 매매계약관련 사건에서 특정이행의 주문을 내리는 것을 꺼려하고 있으며 극히 제한된 경우에만 인정되고 있다.<sup>43)</sup> 이러한 특정이행에 대한 법정의 태도는 SGA s. 52(1)항에 잘 반영되어 있는데 동 조항은 법정의 특정이행판결의 주문을 ① 매매물품이 특정물 내지 총당된(specific or ascertained) 물품의 경우로<sup>44)</sup> 45) 그리고 ② 특정이행판결의 주문이 법정이 생각하기에 적절하다고 판단되는 경우로 제한하고 있다.<sup>46)</sup> 47) 이러한 형평법상의 구제제도로서의 특정이행과 그 명령에 있어 상당히 제한적인 태도를 보여준 영법은 그동안 Directive에 따른 국내법의 개정에 있어서도, CISG의 제정과정에서 그들이 보여준 것과 같이 소비자에게 이행청구권으로서 대체품 또는 하자보수청구권을 부여하는 것에 상당히 회의적인 태도를 보여 왔다.<sup>48)</sup> 그러나 SGA개정안은 이전의 특정이행에 대

42) *Lamare v. Dixon* [1873] LR 6 HL 414, 423, per Lord Chelmsford; *Stewart v. Kennedy* [1890] 15 App Cas 75, 102, per Lord Watson. 영법상 특정이행 및 계약상의 구제제도에 관한 개설에 대하여 *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] AC 1, 9 ff., per Lord Hoffmann.

43) 한편 형평법상의 어떠한 사례에서도 대체물인도는 몰라도 매도인의 하자보수는 알려져 있지도 않다.

44) 특정물은 매매계약이 체결된 당시에 확정되거나 확정하기로 합의된 물품이라 정의되며(SGA s. 61(1); *Dominion Coal Co. Ltd. v. Dominion Iron and Steel Co. Ltd.* [1909] AC 293, 311) 총당된 물품의 의미는 매매계약이 체결된 후에 계약물품으로 확인된 물품을 의미한다(*Re Wait* [1927] 1 Ch 606, 630, per Atkin L.J.

45) 종류물에도 특정이행이 인정되어야 한다는 견해 *Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd.* [1974] 1 WLR 576. Cf. *Total Oil (Great Britain) Ltd. v. Thompson Garage (Biggin Hill) Ltd.* [1972] 1 QB 318, 324; *Redler Grain Silos Ltd. v. B.I.C.C. Ltd.* [1982] 1 Lloyd's Rep 435; *Treitel(b), The Law of Contract*, (1999), pp. 954; *Treitel(a)*, op cit., pp. 223 f.; *Jones and Goodhart, Specific Performance*, (1996), pp. 146 f.; *Bridge(a), The Sale of Goods*, (1997), p. 532. Contra: *Re Wait* [1927] 1 Ch 606; *Re London Wine (Shippers) Co. Ltd.* [1986] PCC 121, 149; *Société des Industries Metallurgiques SA v. The Bronx Engineering Co Ltd.* [1975] 1 Lloyd's Rep 465.

46) SGA상 법정의 재량권을 부여한 두 번째 요건이 실제로는 법정에 그렇게 자유로운 재량권한을 부여하지 않고 있기 때문에 실무상 특정이행의 판결의 요건은 SGA상의 그것보다도 오히려 더 높다고 평가된다. *Bridge(a)*, op cit., pp. 531 f.

47) ‘적절한 경우’의 판단 시 법정이 고려하여야 할 가장 중요한 기준은 보통법상의 손해배상이 피해당사자인 매수인의 구제에 충분(adequate) 하였는지의 여부로서 매도인의 손해배상이 매수인의 구제에 불충분한 경우 법정은 특정이행의 명령을 내릴 수 있게 된다. *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] AC 1, 11.

한 제한적인 태도로부터 벗어나 불일치물품에 대하여 소비자에게 대체품 내지 하자보수청구권을 부여하였다.<sup>49)</sup> 이와 동시에 소비자의 대체품 내지 하자보수청구권의 행사시 법정은 매도인으로 하여금 직접 대체품인도 또는 하자보수를 이행하도록 주문할 권한을 가지게 되었다.<sup>50)</sup> 이러한 SGA개정안의 태도는 CISG상 영미법과 대륙법의 통일에 실패하였다고 평가되는 특정이행청구권의 구제제도에 있어 대륙법에의 일대양보였다.

매수인이 이러한 제1단계 구제수단으로서의 하자보수 내지 대체품인도 청구시 매도인은 합리적인 시간(reasonable time)이내에 그리고 매수인에게 상당한 불편(significant inconvenience) 없이 하자보수 내지 대체품인도를 이행해야하며<sup>51)</sup> 이에 발생하는 필요비용, 특히 노무비(labour), 재료비(materials), 우편료(postage)를 포함한 일체 비용을 부담하여야 한다.<sup>52)</sup> “합리적인 시간(reasonable time)”과 “상당한 불편(significant inconvenience)”의 해석은 물품의 성질과<sup>53)</sup> 물품을 구매한 목적<sup>54)</sup> 및 구매물품의 특정매수인에게의 중요성에 의해 결정될 문제이다.<sup>55)</sup> 한편 매수인의 하자보수 내지 대체품인도청구권의 행사는 다음의 경우에 그 행사가 제한된다; (1) 하자보수 내지 대체품인도가 불가능(impossible)한 경우,<sup>56)</sup> (2) 하자보수 내지 대체품인도청구권의 행사가 여타 구제제도에 비교하여 보아 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우.<sup>57)</sup> 불가능성의 요건이 충족되는 경우는 예를 들어 물품의 고유한 또는 독특한 성질

48) 일부학자들에 의해 특정이행관련 유럽지침은 CISG처럼 각 가맹국의 법정으로 하여금 유럽지침상 특정이행청구를 위한 요건이 충족 시 특정이행의 명령을 내릴 것을 요구하는 것은 아니라고 주장되어 왔다. 10th Report by Select Committee, 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57, pp. 18, 32, 54; Beale and Hills, *op cit.*, pp. 33 f. 이러한 배경 하에 그들은 매수인이 대체품을 구하는데 또는 자보수를 위해 드는 비용에 대해 '손해배상'의 이름 하에 금전으로 보상되도록 하고 있는 현재의 영법은 대륙의 일부국가(예를 들어 French law (Code Civil Art. 1144))에서 이행청구권의 실현에 있어 매수인으로 하여금 매도인의 비용으로 체품을 구하거나 하자보수를 하도록 하는 것과 별반 차이가 없음을 주장하여 왔다

49) Regulation 5; SGA s. 48B(1).

50) Regulation 5; SGA s. 48E.

51) Regulation 5; SGA s. 48B(2)(a).

52) Regulation 5; SGA s. 48B(2)(b).

53) Regulation 5; SGA s. 48B(5)(a).

54) Regulation 5; SGA s. 48B(5)(b).

55) DTI, *op cit.*, p. 9.

56) Regulation 5; SGA s. 48B(3)(a).

57) Regulation 5; SGA s. 48B(3)(b), (c).

로 인하여 그 대체품을 찾는 것이 불가능한 경우 또는 대상물품이 허위로 표시되어<sup>58)</sup> 그 하자보수가 불가능한 경우가 이에 해당한다 할 수 있다.<sup>59)</sup> 한편 비형평성의 요건은 대체품인도청구권 또는 하자보수청구권중 선택한 구제수단이 여타 구제수단에 비하여 매도인에게 불합리한(unreasonable) 비용을 부가하는 경우에 충족된다.<sup>60)</sup> 이러한 비형평성 요건의 충족여부는 제공된 물품이 계약과 일치하였을 경우 지니게 되는 물품의 가치,<sup>61)</sup> 하자의 심각성,<sup>62)</sup> 기타 구제수단이 매수인에게 상당한 불편 없이 이루어 질 수 있는지를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.<sup>63)</sup> <sup>64)</sup> 이상의 매수인의 하자보수 내지 대체품인도 청구권은 매도인에게 하자보수 내지 대체품인도를 위한 합리적인 시간이 주어질 때까지 여타 구제수단과 모순 되게 행사되어서는 안 된다.<sup>65)</sup> 예를 들어 하자보수 내지 대체물인도를 위한 합리적인 시간의 경과 이전에 물품의 수리(accept) 거절 및 계약해제권을 행사할 수 없으며 경우에 따라 하자보수 내지 대체물인도를 청구할 수 없다.

CISG 또한 SGA개정안과 유사하게 매도인의 불일치물품의 제공에 대한 매수인의 구제제도 중의 하나로서 대체품 인도청구권과<sup>66)</sup> 하자보수청구권을 규정하고 있다.<sup>67)</sup> 먼저 대체품 인도청구권은 하자있는 물품의 제공이 계약의 근본적인 위반(a fundamental breach of contract)인<sup>68)</sup> 경우에 한하여 허용된다.<sup>69)</sup> 대체품 인도청구권이 부여되기 위한 요건 중 결정적인 것은 하자의 존재

58) 예를 들어, 중고차량의 주행거리를 계기판을 통해 실제 주행거리보다 줄여 판매하는 경우.

59) Williams & Hamilton, "The Impact in the U.K. of the E.U. Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: Part 2", (2001) 12(1) I.C.C.L.R. 32, p. 33.

60) Regulation 5; SGA s. 48B(4).

61) Regulation 5; SGA s. 48B(4)(a).

62) Regulation 5; SGA s. 48B(4)(b).

63) Regulation 5; SGA s. 48B(4)(c).

64) 예를 들어 50파운드 가치의 4년된 중고 테이블의 경우 하자보수에 75파운드가 소요된다면 하자보수의 청구는 비형평성의 요건을 충족시키는 것이 되며 유사한 중고 테이블이 대체품으로서 존재하고 쉽게 구할 수 있다는 가정 하에 매수인은 하자보수청구 보다는 대체품인도청구권에 의존해야 할 것이다. DTI, op cit., p. 10.

65) Regulation 5; SGA s. 48D.

66) CISG Art. 46(2).

67) CISG Art. 46(3).

68) 이러한 근본적인 위반은 하자있는 물품의 제공이 계약 하에서 매수인이 기대할 수 있는 것을 실질적으로 박탈할 정도의 손해라 정의되고 있다. 그러나 매도인이 그러한 결과를 예상하지 못하였으며 또한 동일한 종류의 합리적인 자도 동일한 사정에서 그러한 결과를 예견할 수가 없었던 경우는 그러하지 아니하다. CISG Art. 25.

에도 불구하고 매수인이 그러한 물품을 거절하지 않고 영속적으로 수리(accept)하며 단지 하자물품에 대한 손해배상 또는 대금감액을 통하여 그 스스로 만족스러워 하는 것이 합리적(reasonable)으로 기대되는지의 여부이다.<sup>70)</sup> 한편 물품의 인도 이후 합리적인(reasonable) 시간 내에 하자보수가 완료될 수 있을지의 여부 또한 대체품 인도청구권의 부여를 위한 고려 사항중의 하나이다.<sup>71)</sup> <sup>72)</sup> 대체품 인도청구권과는 달리 하자보수청구권은 근본적위반의 존재여부와는 상관없이 없으며, 오히려 이는 주변 모든 상황을 살펴보고 하자보수의 청구가 합리적인지의 여부에 의해 결정된다.<sup>73)</sup> 어떠한 경우가 합리적인지에 관하여 CISG는 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 특히 하자보수를 위한 비용이 불합리하게 높은 경우에<sup>74)</sup> 매수인은 하자보수청구권을 행사할 수 없게 된다.<sup>75)</sup> 한편 매수인의 대체품 또는 하자보수청구는 CISG Art. 39에 따라 지정된 통지와 함께 또는 그 후 합리적인 기간 내에 이루어져야 하며 그렇지 않으면 동 청구권을 상실할 수 있다.<sup>76)</sup> 또한 매수인의 대체품 또는 하자보수청구권은 비록 CISG Art. 46에 명시적으로 나타나 있지는 않으나 협약의 기초를 이루는 원칙중의 하나인 신의칙에 반하지 않는 범위 내에서 행사되어야만 한다.<sup>77)</sup> 따라서 이러한 신의칙의 요청은 대체품 또는 하자보수청구를 통해 매수

69) CISG Art. 46(2).

70) Huber, Schlechtriem (ed.), op cit., pp. 384 ff.

71) Id.

72) 또한 매수인은 이미 수령한 하자물품을 반환할 준비가 되어 있어야만 한다. CISG Art. 82(1).

73) CISG Art. 46(3).

74) 예를 들어, 대체품의 인도시 보다 형평에 맞지 않게 비용이 더 드는 경우, 하자보수를 통해 얻는 이득과 하자보수에 드는 비용을 비교해 볼 때 합리적이기 못한 경우, 사소한 하자의 보수가 매수인에 의해 더 간편하게 이루어질 수 있는 경우. Huber, Schlechtriem (ed.), op cit., pp. 391 f.

75) Id.; Will, Bianca/Bonell (ed.), op cit., pp. 338 f.; Fitzgerald, "CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec", (1997) 16 J.L.&Com. 291, p. 293; Honnold, op cit., pp. 309 f.; Kastely, "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention", (1988) 63 Washington Law Review 607, pp. 618 f.

76) CISG Art. 46(2), (3).

77) CISG Art. 7; Honnold, op cit., pp. 309 f.; Kastely, op cit., pp. 619 f.; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit., p. 381; Fitzgerald, op cit., pp. 293 f.; Bernstein and Lookofsky, Understanding the CISG in Europe, (1997), p. 84. Cf. 이행청구권의 행사는 손해경감의무(CISG Art. 77) 및 물품의 보존 및 처분의무(CISG Arts. 85, 86, 88(2))의 관점에서 또한 제한된다고 보는 견해에 관하여 Secretariats Commentary, O.R., p. 39, Art. 42, No. 14; Honnold, op cit., pp. 309 f.; Bridge(b), The International Sale of Goods, (1999), p. 192; Fitzgerald, op cit., pp. 293 f.; Bernstein and Lookofsky, op cit., p. 84; Treitel(a), op cit., pp. 73 f. Contra;

인이 매도인의 비용으로 투기하는 것과, 그러한 청구가 매도인에 상당한 부담이 됨에도 불구하고 청구권의 행사로 인한 매도인에 대한 가혹한 처벌을 사전에 예방할 수 있다.<sup>78)</sup> 여기서 주의할 것은 비록 CISG규정에 따라 매수인에게 대체품 또는 하자보수청구권이 부여된다 하더라도, 법정은 CISG에 의하여 규율되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 법정의 국내법에 따라 그러한 대체품 인도 내지 하자보수의 판결을 하게 될 경우를 제외하고는 그러한 판결을 하여야 할 의무가 없다는 점이다.<sup>79)</sup> 한편 이상의 하자보수 내지 대체물인도 청구권의 행사는 여타 구제수단과 모순 되게 이루어져서는 안 된다.<sup>80)</sup> 예를 들어 계약해제 후에 동 청구권의 행사를 할 수 없으며<sup>81)</sup> 계약을 해제하지는 않았으나 대금감액 또는 하자보수비용에 대한 손해배상 청구시 하자보수 내지 대체물인도청구는 인정되지 않는다.<sup>82)</sup>

## (2) 법경제학적인 비교평가

법경제학적인 견지에서서의 SGA개정안과 CISG의 평가는 먼저 특정이행청구권 자체의 '효율 중립성'(efficiency neutral nature of specific performance)을 전제로 진행하고자 한다. 즉 특정이행청구권의 부여는 기존 법경제학자들이 주장해온 '효율적인 계약파기'(efficient breach)에 반하는 것으로 여겨진다.<sup>83)</sup> 그러나 특정이행청구권의 부여는 영(zero)의 거래비용을 가정했을 때 당사자들은

Kastely, op cit., pp. 249 ff.; Ziegel, Galston/Smit (ed.), op cit., pp. 9-41 f.

78) Honnold, op cit., pp. 309 f.

79) CISG Art. 28. 동 조항이 매수인의 하자보수청구권 및 대체품 청구권에도 또한 적용된다는 견해에 관하여 Bernstein and Lookofsky, op cit., pp. 85 ff.; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit., pp. 202 f.; Treitel(a), op cit., pp. 44 f.; Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 Tex. Int'l L. J. 211, p. 217. Contra; Kastely, op cit., pp. 635 ff.; Honnold, op cit., pp. 310 f.

80) CISG Art. 46(1).

81) Cf. CISG Art. 81(1).

82) Huber, Schlechtriem (ed.), op cit., p. 378.

83) 다시 말해 효율적인 계약파기를 통해 물품의 가치를 가장 높게 평가하는 제3자에게 물품이 이전되도록 하여야 하나 특정이행 청구권의 부여는 이러한 자원의 효율적인 분배를 가로막는다는 견해. Cohen, "The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry", (1982) 32 U. Toronto L.J. 31, p. 59; Date-Bah, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary", (1979) 11 Rev. Ghana L. 50, p. 62; Farnsworth, "Damages and Specific Relief", (1979) 27 Am. J. Comp. L. 247, pp. 250 f.; Ziegel, Galston/Smit (ed.), op cit., p. 9-10.

그들 간의 계약에 대해 재협상할 것이며, 따라서 매도인은 경우에 따라 제3자에의 물품재판때로부터 얻을 이익의 일부를 매수인이 특정이행청구를 포기하는 대가로서 매수인에게 나눠줌으로서 물품은 결국 그 가치를 최고로 평가하는 자에게 이전된다.<sup>84)</sup> 여기서 매도인의 이익이 어떻게 분배되는지는 효율 중립적이다.<sup>85)</sup> 그러나 유념해둘 것은 특정이행청구권의 '효율 중립성'은 거래비용이 긍정적(positive)일 경우 기타 구제수단과 비교했을 때 어떤 구제수단이 더 효율적인지를 결정해주지는 못하므로, 이는 계약위반이전과 이후의 거래비용(pre/post-breach transaction costs)의 비교를 통해 그 효율성을 평가해야한다.<sup>86)</sup>

먼저 계약위반이전의 거래비용에 관련하여 매수인이 시장에서 그 어느 누구보다 물품에 대한 가치를 더 높게 평가하거나 또는 하자물품에 대하여 적절한 손해배상을 얻을 수 없는 경우를 가정해보자. 이 두 경우 계약체결시 당사자들은 특정이행의 청구를 원했을 것이므로 이는 여타 어느 구제수단보다 특정이행청구의 효율성을 보여주는 예라고 말할 수 있다.<sup>87)</sup> 따라서 앞서 가정한 어느 한 경우에라도 법이 특정이행을 명령하지 않으면 이는 계약법의 주요기능중 하나인 “빠진조항의 제공”에 불충실한 것이 되며, 계약당사자들로 하여금 동 법규가 그들 계약에 적용되지 않도록 불필요한 거래비용을 발생토록 할 것이다.

한편 계약위반 이후의 거래비용에 관련하여 동 비용을 세가지로 세분하여 어느 경우에 특정이행청구권의 행사가 더 효율적인지를 고찰해보도록 하자; ① 계약위반이후 매도인을 특정이행으로부터 해방시키기 위한 당사자들간의 재협상이 성공적이지 못해 법정이 매도인으로 하여금 계약내용대로의 이행을 강제 및 감독하는데 쓰이는 비용, ② 재협상비용, ③ 일방당사자가 피해당사자

84) Cooter & Ulen, op cit., pp. 215 ff.; Miceli, *Economics of Law*, (1997), pp. 88 f.; Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), pp. 259 f.; MacNeil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", (1982) 68 Va. L. Rev. 947, pp. 950 ff.; Kronman, "Specific Performance", (1978) 45 U. Chi. L. Rev. 351, pp. 353, 373; Schwartz, "The Case for Specific Performance", (1979) 89 Yale L.J. 271, pp. 284 ff.

85) 특정이행 또는 손해배상청구시 이익의 분배의 예에 관하여 Cooter & Ulen, op cit., pp. 218 f.

86) Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), pp. 260 ff.

87) Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", in: Katz (ed.), *Foundations of the Economic Approach to Law*, (1998), p. 122; Schwartz, "The Case for Specific Performance", (1979) 89 Yale L.J. 271, pp. 279 ff. Cf. 물품의 특이성(uniqueness)에 따라 특정이행의 효율성을 평가해야 한다는 견해에 관하여 Kronman, "Specific Performance", (1978) 45 U. Chi. L. Rev. 351, pp. 365 ff.

인 매수인을 위해 계약에서 약속된 물품에 대한 대체품의 소재를 파악하고 획득하는데 쓰이는 비용.<sup>88)</sup> 첫 번째 거래비용은 손해배상청구가 이루어지는 경우에는 발생하지 않으나, 계약의 내용이 특히 서비스(하는 채무)에 관련된 경우 특정이행의 청구는 상당한 동비용의 발생이 예상된다. 따라서 서비스 관련 특정이행청구는 비효율적이라 할 수 있다.<sup>89)</sup> 두 번째 거래비용에 관련하여 재협상비용은 손해배상을 얻기 위한 과정에서 소요되는 비용(예를 들어 소송비용과 입증비용)과 비교하여 어느 구제수단이 더 효율적인지를 판단하여야 하는데, 만일 전자의 비용이 후자의 비용보다 큰 경우는 특정이행청구의 비효율성을 말하고 있는 것이다.<sup>90)</sup> 이러한 거래비용의 비교는 개별 사안에 따라 결과가 달라질 수 있으므로 어느 특정 구제수단이 보다 효율적이라고 가정할 수는 없으나, 일반적으로 매수인이 물품에 대한 주관적인 가치를 높게 평가하며 동가치의 입증비용이 재협상비용보다 훨씬 높은 경우 특정이행청구가 보다 효율적이라고 말할 수 있다.<sup>91)</sup> 마지막으로 세 번째 거래비용에 관하여 특정이행의 효율성은 매도인과 매수인 중 누가 보다 저렴한 비용으로 대체물품을 획득할 수 있는가에 따라 결정되는데, 만약 매도인이 시장에 대한 정보와 접근성에 있어 매수인보다 월등하다면 매도인이 보다 저렴한 비용을 발생할 것으로 예상되며 이 경우는 특정이행의 청구가 보다 효율적이라고 말할 수 있다.<sup>92)</sup>

이상의 계약위반이전과 이후의 거래비용(pre/post-breach transaction costs)의 비교를 통한 특정이행청구의 효율성평가에 관한 논의는 SGA개정안상의 비형평성요건과 CISG상의 근본적계약위반 및 합리성요건이 어떠한 방식으로 해석되어야 하는지에 대한 기준점을 제시하고 있다고 말할 수 있으며, SGA개정

88) Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), pp. 261 f.

89) Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), pp. 261 f.; Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", in: Katz (ed.), *Foundations of the Economic Approach to Law*, (1998), pp. 122 f. 이는 경우에 따라 매도인의 하자보수와 관련이 있을 수 있는데 이는 그 이행의 질이나 방식에 있어 유동성(flexibility)과 재량성(discretion)을 가지기 때문이다.

90) Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), pp. 261 f.; Cooter & Ulen, *op cit.*, pp. 219 ff.; Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 *Tex. Int'l L. J.* 211, p. 235.

91) Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 *Tex. Int'l L. J.* 211, p. 235.

92) Ogus, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), p. 262; Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 *Tex. Int'l L. J.* 211, pp. 235 ff.



안과 CISG상의 특정이행청구를 위한 제 요건의 상세한 검토는 모두 효율적인 결과를 낳을 것으로 예상된다. 그러나 SGA개정안상 제1단계 구제수단(대체품 내지 하자보수청구권)의 제2단계 구제수단(계약해제 내지 대금감액권)에의 종속성에 있어 문제를 드러내고 있다. 가령 소비자가 하자의 발생을 통해 매도인의 품질에 관련한 신뢰를 잃었을 때에도 제1단계 구제수단이 적용가능한 한 소비자로 하여금 동일한 매도인의 대체품 또는 하자보수에 만족해야 한다고 개정안은 요구하고 있다. 그러나 이 경우는 CISG처럼 소비자로 하여금 각 구제제도에 대한 요건의 충족을 조건으로 계약해제를 통해 물품을 반환하고 대금의 반환을 요구하거나, 손해배상 또는 대금의 감액에 대한 선택권을 부여하는 것이 품질에 대한 신뢰를 잃은 소비자의 합리적인 기대를 더 잘 반영하고 있는 것이기에 보다 효율적이라고 말할 수 있다. 한편 개정안이 CISG와는 달리 대체품인도 청구권을 근본적인 위반의 경우로 제한하지 않고 있는 것은 소비자의 물품구매시 통상적인 기대가 저가에 의해 보상되는 하자있는 물품이 아닌 하자가 없는 완전한 물품에 있다는 것을 충분히 반영한 입법이라고 여겨진다. 또한 하자보수 내지 대체품인도 청구권의 행사를 위해 매수인에 통지의무를 부여하고 있지 않는 개정안은 소비자들이 통상적으로 이러한 통지의무를 알지 못하기 때문에 동 의무의 부가는 소비자 시장의 최적운명을 가로막는다는 관점에서 효율적이라 할 수 있다.<sup>93)</sup>

## 2. 대금감액 또는 계약해제권

### (1) 비교연구

SGA개정안상의 대금감액권 내지 계약해제권은 제2단계의 구제수단으로 분리되며 이는 제1단계의 구제수단(하자보수, 대체품인도 청구권)에 종속된다.<sup>94)</sup> 즉 매수인은 제1단계의 구제수단인 ① 하자보수 내지 대체품인도가 불가능(impossible)한 경우, ② 하자보수 내지 대체품인도청구권의 행사가 여타 구제

93) Cf. Miller, "Consumer Issues and the Revision of UCC Article 2" (1994) 35 W.&M. L. Rev 1565, p. 1587; Rosmarin, "Consumers-R-US: A Reality in the UCC Article 2 Revision Process", (1994) 35 W.M. & Mary L.Rev. 1593, p. 1624; Beale and Howells, op cit., p. 28.

94) Regulation 5; SGA s. 48C.

제도에 비교하여 보아 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우,<sup>95)</sup> 또는 ③ 매도인의 대체품의 인도나 하자보수가 합리적인 시간 내에 그리고 상당한 불편 없이 이루어지지 못하는 경우에 한하여 제2단계의 구제수단에 의존할 수 있게 된다.<sup>96)</sup> 먼저 SGA개정안상의 계약해제권은 동 권리의 행사를 위해서 하자의 심각성의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하지 않는다는 의미에서 절대적인 권리(a absolute right)로서 이해되기도 한다. 그러나 이러한 계약해제권의 절대성은 앞서 설명한 제2단계 구제수단의 제1단계 구제수단에의 종속성에 의해 제한을 받게 된다. 이러한 제2단계 구제수단의 종속성은 그 효과 면에 있어 SGA개정안상 명시적 규정은 없지만 매도인에게 대체품의 인도 또는 하자물품의 보수에 의한 하자보완권을 실질적으로 부여하고 있다고 해석되어진다. 그러나 여기서 주의하여야 할 점은 SGA개정안이 매도인에 간접적으로 하자를 보완할 기회를 주고 있을 뿐이지 매도인에게 하자의 보완을 위하여 그 스스로 대체품의 인도나 하자보수 중 선택할 수 있는 적극적인 하자보완권을 부여하고 있지는 않다는 점이다. 한편 SGA개정안상 매도인의 하자보완이 계약상의 인도시기 이전 뿐만 아니라 그 이후에도 가능한지의 여부는 명료하지 않으나, 하자보완이 가능한 한 그리고 불합리한 지연이나 불편 없이 완료될 수 있는 한 인도시기의 이후의 하자보완 또한 가능하다고 여겨진다. 이러한 매수인의 계약해제권의 행사시 하자물품으로 인한 손해에 대한 매도인의 보상액은 물품의 인도이후 매수인에 의한 물품의 사용을 고려하여 감액된다.<sup>97)</sup> SGA개정안상의 계약해제권에 관련하여 염두해 둘 점은 동해제권이 기존 SGA상의 물품의 수리거절권 및 계약해제권에 별도로 존재한다는 점이다. 다시 말해 하자있는 물품을 인도 받은 매수인은 기존 SGA에 따라 '합리적인 시간(통상적으로 단시간)'이내에 물품을 수리 거절하고 계약을 해제할 수 있으며<sup>98)</sup> 만일 이러한 합리적인 시간의 경과로 물품 수리거절권 및 계약해제권을 상실했다손 치더라도 매수인은 앞서 설명한 제 요건의 충족을 조건으로 SGA개정안상의 계약해제권을 행사할 수 있다.<sup>99)</sup>

95) Regulation 5; SGA s. 48C(2)(a).

96) Regulation 5; SGA s. 48C(2)(b).

97) Regulation 5; SGA s. 48C(3).

98) SGA ss. 11(4), 35. SGA는 '합리적인 시간'이 어느 정도의 시간의 경과를 의미하는지 명시하고 있지는 않으나 그 결정에 있어 매수인에게 인도된 물품의 검사를 위한 시간이 충분히 주어졌는지를 고려하게 된다. DTI, op cit., p. 8.

99) DTI, op cit., pp. 2, 4, 8.

SGA개정안상의 제2단계의 구제수단중의 또 다른 하나는 대금감액권인데 이는 기존 SGA상에 명시적으로 규정되지 않은 구제제도이며, 하자물품으로 인한 가치의 손상분에 대해선 손해배상청구권에 의해서 보상될 수 있었다.<sup>100)</sup> SGA개정안상의 대금감액권은 계약해제권과 같이 제1단계의 구제수단에 종속적이므로 앞서 설명한 제1단계의 구제수단이 적용 불가능한 경우에 한하여 매수인은 대금감액권을 행사할 수 있다.<sup>101)</sup> SGA개정안은 매수인의 대금감액 청구시 어떠한 방식으로 그리고 어떤 시점을 기준으로 감액되는 금액이 결정되는지 명확히 규정하고 있지는 않으나, SGA개정안의 바탕을 이루고 있는 Directive가 많은 부분 CISG를 모델로 하여 제정되었다는 관점에서 대금의 감액분은 하자물품의 인도당시의 하자물품의 가액과 그 당시 하자가 없었을 경우 지니는 정상품의 가액사이의 비율에 따라 결정된다고 주장되고 있다.<sup>102)</sup>

CISG상에서 매수인의 계약해제권은 SGA개정안과는 달리 하자있는 물품의 제공이 계약의 근본적인 위반에 해당하는 경우에 한 한다.<sup>103)</sup> 하자있는 물품의 제공이 근본적 위반이 되기 위해서는 두가지의 요건을 충족시켜야 하는데, 그 첫 번째가 하자있는 물품의 제공이 계약 하에서 매수인이 기대할 수 있는 것을 실질적으로 박탈할 정도의 손해이어야만 한다.<sup>104)</sup> 이러한 요건의 충족여부 검토시 결정적인 것은 계약과 그리고 계약상의 개개의무에 의해 제공되어지는 매수인의 이해관계의 중요성이다.<sup>105)</sup> 다시 말해 이는 어떤 특정 하자의 발생위험과 그러한 위험의 실현이 곧 물품에 관련한 계약의 이행에 있어 매수인의 이해관계를 위협하는 것임을 당사자들이 심각하게 고려하였는지의 여부에 의해 결정된다.<sup>106)</sup> 그러한 이해관계의 해석은 객관적인 관점에서 매수인이 기대할 수 있는 것을 기준으로 이루어져야 하며 피해당사자인 매수인에 의한 주관적인 이해관계의 판단은 지양되어야 한다.<sup>107)</sup> 하자있는 물품의 제공이 근본적

100) 매수인은 물품에 대한 대금을 매도인에 아직 지불하지 않은 경우에 한하여 그가 지불해야할 대금으로부터 물품의 가치의 감소분에 대한 대금감액의 형식으로 손해배상을 청구할 수 있다. SGA s. 53(1)(a); *Mondel v. Steel* [1841] 8 M&W 858, 151 ER 1288; *Poulton v. Lattimore* [1829] 9 B&C 259. 손해배상액은 물품의 인도시 하자물품의 가액과 그 당시 하자가 없었더라면 지닐 정상품의 가액사이의 차액에 의해 결정된다. SGA s. 53(3).

101) Regulation 5; SGA s. 48C(1), (2).

102) Cf. *Bradgate and Twigg-Flesner*, *op cit.*

103) CISG Art. 49(1).

104) CISG Art. 25.

105) *Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), op cit.*, pp. 177 f.

106) *Id.*

위반이 되기 위한 두 번째 요건은 하자있는 물품의 제공이 계약 하에서 매수인이 기대할 수 있는 것을 실질적으로 박탈할 정도의 손해임을 예상하였거나, 동일한 종류의 합리적인 자도 동일한 사정에서 그러한 결과를 예견할 수가 있었어야 한다.<sup>108)</sup> 이러한 예견가능성의 판단은 주관적인 관점(위반당사자인 매도인 자신의 예견가능성)에서 그리고 또한 객관적인 관점(합리적인자의 예견가능성)에서 이루어져야 한다.<sup>109)</sup> 110) 이러한 두가지 요건 외에도 고려되어야 사항은 매도인이 매수인에게 불합리한 지연이나 불편없이 하자를 보완할 수 있는지 여부, 그리고 그렇게 할 의지가 있는지의 여부이다. 따라서 비록 하자의 정도가 매우 심각하더라도 그것이 곧장 근본적인 위반에 해당되는 것은 아니고, 매도인이 매수인으로부터 하자의 통지를 받고 난 후 CISG Art. 37과 48에 따라 계약상의 인도시기 이전 또는 그 이후에 하자를 실제로 보완했거나 또는 최소한 보완할 준비가 되어 있다면 이는 근본적인 위반에 해당한다고 할 수 없을 것이다.<sup>111)</sup> 112)

계약해제권에 더불어 CISG 또한 SGA개정안처럼 매도인의 하자물품 인도시 명시적으로 매수인에게 대금감액권을 부여하고 있다.<sup>113)</sup> 대금감액분은 하자가

107) O.R. p. 330. Cf. Enderlein and Maskow, *op cit.*, pp. 112 f.

108) CISG Art. 25.

109) Cf. Will, Bianca/Bonell (ed.), *op cit.*, pp. 179 f.; Bianca, Bianca/Bonell (ed.), *op cit.*, p. 270. 예견가능성의 입증책임에 관한 논쟁에 대하여 Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1994), pp. 210 f.; Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 181 f.

110) 예견가능성의 시점은 계약체결시이어야 한다고 주장하는 의견에 대하여 Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 180 f.; Ziegel, Galston/Smit (ed.), *op cit.*, pp. 9-19 f. 계약위반시의 타당성을 역설하는 견해에 대하여 Honnold, *op cit.*, p. 209. 기타 견해에 관하여 Enderlein and Maskow, *op cit.*, p. 116; Will, Bianca/Bonell (ed.), *op cit.*, p. 221.

111) Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 183; Huber, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 408 ff.; Ziegel, Galston/Smit (ed.), *op cit.*, p. 9-23; Honnold, *op cit.*, pp. 319 ff.; Kritzer, *op cit.*, pp. 430 f.; Enderlein and Maskow, *op cit.*, p. 114; Bridge(b), *op cit.*, p. 94; Treitel(a), *op cit.*, p. 373.

112) Cf. 근본적위반의 존재여부 고려시 매도인의 하자보완제외의 여부를 고려하지 않고 CISG Art. 25조의 요건만 갖추면 매수인은 계약해제권을 가지게 되나 매도인이 CISG Arts. 37, 48조에 따라 하자보완권을 행사하면 그러한 하자보완권이 매수인의 계약해제권에 우선한다고 보는 견해에 관하여 Will, Bianca/Bonell (ed.), *op cit.*, pp. 349 ff., 356 ff. 한편 매도인이 하자보완을 제시하는 경우 신의칙의 원칙에 의해 매수인의 경솔한 계약해제권의 행사를 제한해야 한다는 견해에 관하여 Neumayer/Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, (1993), art. 48, note 4, art. 49, note 4: cited in Huber, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 409, n. 48a.; Bridge(b), *op cit.*, p. 94.; Bridge(b), *op cit.*, p. 94.

없었을 경우 지니는 물품의 가액과 하자물품의 가액의 비율에 따라 비례적으로 결정되며 그 기준시는 ULIS 및 CISG 초안과는<sup>114)</sup> 달리 인도시로 하고 있다.<sup>115)</sup> 이러한 매수인의 대금감액권은 매수인이 이미 대금을 지불하였는지의 여부에 상관없이 행사될 수 있으며,<sup>116)</sup> 대금의 감액으로 전보되지 않는 매수인의 손해에 대해서 매수인은 대금감액과 더불어 손해배상청구를 할 수 있다.<sup>117)</sup>

## (2) 법경제학적인 비교평가

CISG와 SGA개정안의 비교를 통한 차이점, 특히 개정안상 하자의 심각성에 무관한 계약해제권의 절대성에 관한 평가는 먼저 계약해제와 손해배상의 두 구제수단의 개별 할당비용(allocative costs)의 비교를 통해 어느 경우에 계약해제가 더 효율적인가를 판단하여 이루어 질 수 있다.<sup>118)</sup> 예를 들어 만약 계약해제의 할당비용이<sup>119)</sup> 손해배상의 그것보다<sup>120)</sup> 저렴하다면 당사자들은 거래비용을 최소화하여 그들의 이익을 극대화하려는 그들의 이해관계에 비추어 계약해제를 하는 것이 더 효율적이라고 말할 수 있을 것이다.<sup>121)</sup> 따라서 비록 CISG상의 계약해제권을 위한 요건인 근본적 계약위반의 존재 여부가 앞서 법경제학적인 측면에 있어 제시된 계약해제와 손해배상의 할당비용의 비교와 직접 연관이 있는 것은 아니다. 그러나 분명한 것은 CISG는 최소한 당사자들로 하여금 그러한 비용의 비교에 비추어 근본적위반의 해석을 시도토록 하며 효율적인 결과를 낳을 수 있는 여지를 제공하고 있는 반면 SGA개정안의 계약해제권의 절대성은 그러한 여지를 원천적으로 막고 있다는 점이다. 이러한 계약

113) CISG Art. 50.

114) ULIS Art. 46; 1978 New York Draft Art. 46.

115) CISG Art. 50. Cf. ULIS Art. 46

116) CISG Art. 50.

117) CISG Art. 45(1)(b) and (2); Secretariats Commentary, *O.R.*, p. 43, Art. 46, No. 13.

118) Priest, "Breach and Remedy for the Tender of Non-Conforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach", (1978) 91 *Harv. L. Rev.* 960, pp. 963 f.

119) 계약해제의 할당비용은 예를 들어 매도인에 물품을 반환하는데 드는 비용, 매도인이 반환된 물품의 재판매에 드는 비용, 매수인이 대체물품을 구매하는데 드는 비용 등을 포함한다.

120) 손해배상의 할당비용은 매수인이 하자있는 물품에 적용하는데 쓰이는 비용 또는 매수인의 하자물품의 처분비용 및 대체물품 구매에 쓰이는 비용, 매수인의 손실을 산정하는데 드는 행정 비용 등을 포함한다.

121) *Id.*

해제권의 절대성은 결과적으로 매수인으로 하여금 계약당시 원래 매수인이 부담해야 하는 하락시장(decline market)의 위험 및 제품선택의 부적절성에 따른 위험을 계약해제를 통해 기회주의적으로 매도인에 쉽게 떠넘길 수 있기에 그로 하여금 두 구제수단의 할당비용의 비교를 통한 거래비용의 최소화, 즉 효율적인 구제수단의 선택에 실패하는 결과를 낳을 수 있다.<sup>122)</sup>

한편 SGA개정안상의 계약해제권의 절대성은 계약위반에 따른 공동비용의<sup>123)</sup> 당사자들간 분배를 위한 비용(distributive costs), 즉 공동비용에 대한 당사자 개인의 부담을 최소화하는데 드는 비용의 최소화에 기여하는지 여부에 따라 평가 될 수 있다. 결론부터 이야기하자면 계약해제권의 절대성은 그 분배비용을 최소화할 것이다.<sup>124)</sup> 이는 CISG상의 근본적위반요건의 해석의 불확실성에 따라 당사자들은 그들의 개인적인 분배비용의 부담을 줄이기 위해 비효율적으로 협상 또는 소송에 더 많은 자원을 소비할 것인 반면, 개정안상의 계약해제권의 절대성은 그 확실성으로 인해 이러한 분배비용의 불필요한 소비는 없을 것이기 때문이다.<sup>125)</sup> 그러나 근본적위반요건의 해석에 있어 피할 수 없는 이러한 불확실성은 아마도 시간이 감에 따라 그리고 사례의 축적에 따라 점차 해소될 것으로 여겨진다.<sup>126)</sup>

마지막으로 남은 문제는 앞서의 논의가 소비자 거래에도 그대로 적용되어도 되는가의 문제인데 소비자는 위험회피형 이라는 가정 하에 그들은 통상적으로 절대적인 계약해제권을 선호할 것으로 예상된다. 이는 소비자들의 일반적인 기대가 저렴한 가격에의 하자있는 물품에 있는 것이 아니라 정가에 의한 하자 없는 완전한 물건에 있기 때문이며,<sup>127)</sup> 근본적위반의 해석에서와 같은 불확실성은 소를 제기하는데 꺼려하는 무지한 소비자에 필수적이라 할 수 있는 저렴한 하면서 일상적인 소송절차를 가로막을 수 있기 때문이다.<sup>128)</sup>

### 3. 입증책임

122) Beale(b), *op cit.*, p. 103.

123) 여기서의 공동비용은 앞서 살펴본 각 구제수단의 제 할당비용을 말한다.

124) Priest, *op cit.*, pp. 966 f.; Beale(b), *op cit.*, p. 99.

125) *Id*

126) *Id*

127) Law Commission 160, 'Sale and Supply of Goods', (1987), para. 4.5.

128) Ramsay, *Consumer Protection*, (1989), p. 42.

## (1) 비교연구

SGA개정안은 물품이 매수인에 인도된 날로부터 6개월 이내에 드러난 계약 불일치성은 인도당시의 불일치로 추정하는 규정을 두고 있다.<sup>129)</sup> 그러나 이러한 추정규정은 물품이 인도당시 실제로 일치하였음이 입증되었거나, 물품의 성질 또는 불일치의 성질로 보아 동 추정이 모순되는 경우는 적용되지 않는다.<sup>130)</sup> 이상의 추정규정의 효과는 인도된 물품의 계약불일치성의 입증책임을 기존에 매수인에게 두었던 것을<sup>131)</sup> 물품이 인도된 날로부터 6개월 이내에 드러나는 불일치에 한하여 그 입증책임을 매도인에게 두도록 하는 부분적인 입증책임의 전환이라고 할 수 있다.<sup>132)</sup> 따라서 인도일로부터 6개월 이내의 계약 불일치에 대해서는 매도인이 인도 시 물품의 계약일치를 입증하여야 하며 그 이후로는 기존의 원칙대로 매수인이 물품의 계약불일치를 입증하여야 한다. 이러한 입증책임의 전환에 관하여 염두 해야 할 점은 그 적용이 매수인이 SGA개정안상 새로이 부여된 구제수단에 의존하고자 할 경우에 한하여 적용된다는 점이다.<sup>133)</sup>

CISG는 기본적으로 누가 입증책임을 부담하는지에 관하여 분명치 않으며<sup>134)</sup> SGA개정안과 같이 특별한 입증책임의 전환을 규정하지는 않고 있다. 그러나 매도인에 의해 제공되는 물품의 내구성에 대한 보증에<sup>135)</sup> 관한 CISG

129) Regulation 5; SGA s. 48A(3).

130) Regulation 5; SGA s. 48A(4).

131) Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services, COM (93) 509 Final, p. 44.

132) Ervine, "The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002", *Scots Law Times* (2003, 8), p. 70.

133) DTI, *op cit.*, p. 13. 따라서 인도일로부터 6개월간의 입증책임의 전환은 매수인이 기존 SGA상의 구제수단인 물품의 수리거절권 및 계약해제권과 손해배상청구권을 행사하고자 하는 경우에는 적용되지 않으므로 이 경우 물품의 불일치가 6개월 이전에 드러나더라도 매수인은 스스로 그 불일치를 입증해야 한다.

134) 매수인에게 입증책임이 있다는 주장에 관하여 Enderlein and Maskow, *op cit.*, pp. 149 f.; Bianca, Bianca/Bonell (ed.), *op cit.*, pp. 287 f. *Contra*: Huber, "Der UNCITRAL-Entwurf eines bereinkommens ber internationale Warenkaufvertrge", *Rebels Z.* 43 (1979), pp. 479 f. (Enderlein and Maskow, *op cit.*, p. 149에서 인용); Schwenger, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 288 f.

135) 이러한 보증은 명시적 또는 묵시적으로도 제공되어질 수 있다. Schwenger, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, p. 293. 묵시적보증은 계약의 해석, 당사자들의 실질적인 그러나 언급되지 않은 희망, 당사자들의 가정된 또는 가상의 희망으로부터 추정된 법적담보로부터 유추될 수 있다. Official Records: UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980,

Art. 36(2)의 규정의 유추해석을 통하여 이러한 입증책임의 전환을 살필 수 있다. 즉 위험의 이전이후 물품이 매도인에 의해 제공되는 내구성의 보증에 일치하지 않음이 드러나는 경우 매도인은 그러한 불일치가 그의 책임을 벗어난 외 부요인에 기인함을 입증해야 한다.<sup>136)</sup>

## (2) 법경제학적인 비교평가

SGA개정안상 입증책임의 전환에 관한 법경제학적인 평가는 당사자들이 문제의 규정을 계약체결당시 협상하였다라면 상호 합의하였을 내용(통상적으로 자기이익의 극대화과 공동 이익의 최대화 및 비용을 최소화할 수 있는 내용)이 무엇이었을 것인가를 기준으로 하고자 한다. 결론부터 말하자면 예외 없는 입증책임의 전환이 아닌 물품 또는 하자의 성질을 고려한 입증책임의 전환을 규정한 SGA개정안의 태도는 효율적이라 예상된다. 이는 예를 들어, 물품 또는 하자의 성질상 하자의 발생이 통상적으로 매수인의 부주의한 사용 등에 의한 경우라면 당사자들의 합의는 매도인이 아닌 매수인으로 하여금 인도시의 하자의 존재를 입증토록 할 것이기 때문이다. 그러나 상사매도인에 비하여 협상력에 있어 통상적으로 절대 열세이며 특히 정보에 있어 무지한 소비자의 보호의 측면에 있어, 예외 없는 절대적인 입증책임의 전환은 필수불가결한 것이 아닌지 의문으로 남는다. 이는 소비자에 필요한 저렴하면서 일상적인 소송절차를 유지하면서 상사매도인과의 정보력의 차이를 극복해 줄 수 있기 때문이며, 특히 하자의 존재를 입증하는 것이 비용과 기술 양 측면에서 어려운 경우 더욱 그러하기 때문이다.<sup>137)</sup>

---

*Official Records*, E.81.IV.3, New York: United Nations (1981), p. 313.

136) Schwenzer, Schlechtriem (ed.), *op cit.*, pp. 292, 294.

137) 10th Report by Select Committee, *op cit.*, p. 32. 단, 6개월이라는 일률적인 기간의 적절성의 판단은 유보하도록 한다.



## V. 결론

이상에서 본 논문은 그 연구목적에 따라 최근 제정된 SGA개정안의 주요 내용을 검토함과 동시에, 이를 CISG와 비교·검토하면서 법경제학적인 관점에서 두 법제의 차이의 비교형량을 시도하였다. 이에 대한 결론으로 본 논문은 그 내용의 정리와 SGA개정안에 드러난 실무상 유의점을 지적하면서 글을 맺고자 한다.

먼저 묵시조항에 관련하여 광고 등과 같은 제3자에 의한 공공진술이 당사자 간의 합의의 부재에도 계약 내용으로 편입된다는 점이 실무상 유의점으로 지적될 수 있으며, 이러한 개정안의 태도는 소비자의 물품구매시 공공진술에의 통상적인 의존성과 매도인의 동 진술을 통한 구매자의 유인 등에 따른 이윤의 관점에서 효율적이라고 말할 수 있다.

둘째로 위험이전에 관하여 매매계약에 따라 매도인이 매수인에게 물품을 송부하기로 수권을 받고 있거나 또는 요청되는 경우 위험이점의 시점은 운송인에게의 물품의 인도시점으로부터 매수인에게 실제인도의 시점으로 연장된다는 것이 그 유의점으로 지적된다. 이러한 SGA개정안은 CISG에 비하여 일반적으로 문제가 있기는 하나, 동개정안이 소비자거래만을 다루고 있으며 대부분의 소비자는 위험회피형(risk-averse)이라는 가정 하에 그들의 합리적인 기대는 실제 수중에 저가의 하자있는 물품이 아닌 정상가에 하자 없는 물품에 있기에 타당한 입법이라고 여겨진다.

셋째로 하자보수 내지 대체품인도 청구권에 관련하여 SGA개정안의 대체품 인도 청구권은 하자의 정도가 계약의 근본적인 위반에 달할 것을 요구하고 있지는 않다는 점, 개정안상 계약해제 내지 대금감액권은 하자보수 내지 대체품 인도청구권의 적용 가능성에 종속되어 있다는 점이 유의점으로 지적될 수 있다. 이러한 개정안상의 하자보수 내지 대체물인도청구권의 종속성은 인도받은 하자물품의 인도를 통해 소비자가 매도인의 신뢰를 잃은 경우 소비자의 합리적인 기대를 반영하지 못한다는 측면에 있어 비효율적이다. 반면, SGA개정안상 대체물인도청구권의 요건으로 하자가 일정정도에 이를 것을 요구하지 않는 것은 소비자의 통상적인 기대를 잘 반영한 것으로 판단된다.

넷째로 계약해제권 내지 대금감액권에 관하여 SGA개정안상의 계약해제권은 하자의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하지 않는 절대적인 권리라는 점, 동 권리는 기존 SGA상의 물품수리거절권 및 계약해제권과 별개로 존재한다는 점과 자기구제수단의 하나로서 대금감액권이 영법에 최초로 도입되었다는 점이 실무상 유의점으로 제시될 수 있다. 이러한 SGA개정안상의 계약해제권의 절대성은 계약해제권과 손해배상청구권의 각 할당비용(allocative costs)의 비교를 통한 계약해제권행사의 효율성 검토라는 측면에 있어 부적합하기는 하다. 그러나 소비자의 위험회피성 가정하의 그들의 합리적인 기대는 통상적으로 정상가에 하자 없는 물건에 있으므로 소비자거래에서의 절대적인 계약해제권은 타당한 결과를 낳을 것으로 예측된다. 한편 이러한 계약해제권의 절대성은 각 구제수단의 행사에 따른 공동비용의 당사자간 분배비용(distributive costs)의 관점에서 효율적이라고 주장되었다.

마지막으로 입증책임에 관하여 물품인도일로부터 6개월 이전에 하자가 발생하고 매수인이 개정안상 추가구제수단에 의존하고자 하는 경우에 한하여 하자 존재유무의 입증책임은 몇 가지 예외적인 경우를 제외하고 매수인으로부터 매도인에 전가된다는 점이 유의점으로 지적된다. 한편 물품 또는 하자의 성질을 고려한 SGA개정안의 입증책임의 전환은 당사자의 합리적인 기대를 반영한 효율적인 입법이라고 주장되나, 물품에 대한 전문지식을 결여하고 있고 협상력에 있어 절대열세인 소비자 보호의 측면에서 예외 없는 절대적인 입증책임의 전환의 필요성을 역설하였다.

參 考 文 獻

- Atiyah, Adams and Macqueen, *The Sale of Goods*, London, Pitman (2001).
- Beale, *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell (1980).
- Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, London, Sweet & Maxwell (1999).
- Beatson and Friedmann (ed.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon (1995).
- Beale and Howells, "EC Harmonisation of Consumer Sales Law - A Missed Opportunity?", 12 *Journal of Contract Law* 21 (1997).
- Bernstein and Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, London, Kluwer Law International (1997).
- Bianca/Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, Mailland, Giuffre (1987).
- Bradgate, *Commercial Law*, Chichester, Chancery Law Publishing (2000).
- Bradgate and Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees All Talk and No Do?", No. 2, *Web Journal of Current Legal Issues*, (1997) (<http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>; visited on 17 April, 2003).
- Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford, Clarendon (1997),
- Bridge, *The International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press (1999).
- Cohen, "The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry", 32 *U. Toronto L.J.* 31 (1982).
- Cooter & Ulen, *Law and Economics*, Mass., Addison-Wesley (1997).
- Date-Bah, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary", 11 *Rev. Ghana L.* 50 (1979).
- DTI, *The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002: A brief Introduction - full Version* (<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics1/guide/saleslong.pdf>; visited on 5 May, 2003).

- Enderlein and Maskow, *International Sales Law*, N.Y. Oceana (1992).
- Ervine, "The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002", *Scots Law Times* 67, (2003, 8).
- Farnsworth, "Damages and Specific Relief", 27 *Am. J. Comp. L.* 247 (1979).
- Fitzgerald, "CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec", 16 *J.L.&Com.* 291 (1997).
- Galston/Smit (ed.), *International Sales*, N.Y., Matthew Bender (1984).
- Guest (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London, Sweet & Maxwell (1997).
- Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, Oxford, Clarendon (1989).
- Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International (1999).
- Jones and Goodhart, *Specific Performance*, London, Butterworth (1996).
- Kastely, "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention", 63 *Washington Law Review* 607 (1988).
- Katz (ed.), *Foundations of the Economic Approach to Law*, Oxford, Oxford University Press (1998).
- Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer Law and Taxation (1994).
- Kronman, "Specific Performance", 45 *U. Chi. L. Rev.* 351 (1978).
- Lando and Beale (ed.), *Principles of European Contract Law*, London, Kluwer Law International (2000).
- MacNeil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", 68 *Va. L. Rev.* 947 (1982).
- Miceli, *Economics of Law*, Oxford, Oxford University Press (1997).
- Miller, "Consumer Issues and the Revision of UCC Article 2" 35 *W.&M. L. Rev.* 1565 (1994).
- Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Law and Business (1998).
- Priest, "Breach and Remedy for the Tender of Non-Conforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach", 91 *Harv. L. Rev.* 960 (1978).

- Ramsay, *Consumer Protection*, London, Weidenfeld & Nicolson (1989).
- Rosmarin, "Consumers-R-US: A Reality in the UCC Article 2 Revision Process", 35 *W.M. & Mary L.Rev.* 1593 (1994).
- Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford, Clarendon, (1997).
- Schwartz, "The Case for Specific Performance", 89 *Yale L.J.* 271 (1979).
- Stocks, "Risk of Loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Section 2-509 and 2-510", 87 *Nw.U.L.Rev.* 1415 (1993).
- Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, Clarendon (1988).
- Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed., Oxford, Sweet & Maxwell (1999).
- Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", 7(2) *Consumer Law Journal* 177 (1999).
- Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", 26 *Tex. Int'l L. J.* 211 (1991).
- Williams & Hamilton, "The Impact in the U.K. of the E.U. Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: Part 2", 12(1) *I.C.C.L.R.* 32 (2001).

ABSTRACT

The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002  
in Comparison with the United Nations Convention  
on International Sale of Goods 1980

Lee, Byung Mun

This study primarily concerns the Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, focusing on the newly amended rules of the Sale of Goods Act(1979). It describes and analyzes the provisions of Regulations 2002 in a comparative way in order to provide legal advice to the sellers who plans to enter into English consumer markets. It also attempts to compare the rules of Regulations 2002 with those of CISG and to evaluate them in light of the discipline of Law and Economics the basic question of which is whether a solution from one jurisdiction may enhance 'efficiency', serving the goal of reducing negotiation costs through providing a set of default terms, and through imposing an efficient solution which may assist value maximizing exchange where disputes arise.

Key Words : Regulations 2002, CISG, 영국물품매매법