

# EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교연구

이 병 문\*

- 
- I. 서언
  - II. 제1차적 구제수단 (대체품인도청구권; 하자보수청구권)
  - III. 제2차적 구제수단 (계약해제권; 대금감액권)
  - IV. 결론
- 

## I. 서언

EC는 EC 내부시장의 조화,<sup>1)</sup> EC 내의 모든 시민들을 위한 소비자권리의 창출과<sup>2)</sup> 공통된 유럽소비자매매법의 신설의<sup>3)</sup> 취지 하에 1999년 5월 25일 다년간의 제안서 및 초안의 검토와 수정 끝에 “소비자물품매매의 특정양상과 관련보증서에 관한 유럽연합지침(EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: 이하 유럽지침)”을 제정하기에 이르렀다.<sup>4)</sup> 이러한 유럽지침의 궁극적 목적은 유럽연합 내에 소비자보호를 위

---

\* 숭실대학교 경제·국제통상학부 전임강사

1) The EC Treaty Art. 95; Directive(99/44) Recital 1.

2) Directive(99/44) Recitals 4-6.

3) Directive(99/44) Recitals 5, 23.

4) 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. 이하 Directive (99/44). 이러한 유럽지침은 1993년 발행된 Green Paper에 그 기원을 두고 있다. (Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services (COM (93) 509 Final). Cf. 유럽지침의 역사에 대한 자세한 설명: Zollers, Hurd & Shears, “Consumer Protection in the European Union: An Analysis of the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, (1999) 20 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 97, at 105 ff.

한 최소수준을 정하고 그러한 기준에 부합하게 각국이 국내법을 개정토록 하여 유럽의 단일시장화에 기여하는 것이라고 말할 수 있다. 그러나 여기서 주의할 것은 유럽지침상 최소수준의 소비자 보호가 의미하는 바가 소비자에게 더 낮은 권리를 부여하고 있는 국내법을 유럽지침상의 최저수준에 맞춰 하향평준화를 요구하는 것이 아니라는 점이다. 따라서 그러한 국내법은 유럽지침에 따라 개정할 필요 없이 더 높은 소비자보호수준을 그대로 유지할 수 있게 된다.<sup>5)</sup>

이러한 유럽지침의 적용범위는 기본적으로 당사매도인<sup>6)</sup> 소비자간<sup>7)</sup> 이루어진 소비자물품매매계약에 한정된다. 따라서 기업(businesses)간의 매매계약뿐만 아니라 비상사(내지 사적)매도인(private sellers)과 당사매수인(professional purchasers)이 관여하는 어떠한 매매계약도 그 적용범위로부터 배제된다. 유럽지침이 적용되는 객체는 소비자물품(consumer goods)에 한정되는데 소비자물품은 기본적으로 유체동산(tangible movable items)으로 정의된다.<sup>8) 9)</sup> 그러나 매매의 대상이 유체동산이라 하더라도 강제집행에 의하여 또는 법의 직권으로 매매되는 물품은 그 적용범위로부터 제외된다.<sup>10)</sup> 반면에 유체동산은 아니지만 물 또는 가스가 제한된 용기 또는 정해진 수량으로 판매된다면 유럽지침의 적용대상이 된다.<sup>11)</sup> 또한 이에 덧붙여 유체동산이 아닌 서비스 제

5) Directive (99/44) Art. 8.2.

6) 유럽지침상 매도인은 “any natural or legal person who, under a contract, sells consumer goods in the course of his trade, business or profession”과 같이 정의된다. Directive (99/44) Art.1.2(c).

7) 유럽지침상 소비자는 “any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession”과 같이 정의된다. Directive (99/44) Art.1.2(a). 이와 같은 정의에서 유럽지침초안(EC Draft Directive (COM(95) 520) Art. 1.2(a)에 삽입되어 있던 “directly”라는 단어의 의도적 삭제는 소비자 자신의 상거래(trade), 영업(business) 또는 직업(profession)에 ‘직/간접’으로 관련된 모든 구매행위를 유럽지침의 적용범위로부터 배제시키고자 하는 입법자의 의도에 기인한다. Bradgate & 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>).

8) Directive (99/44) Art. 1.2(b).

9) 이러한 소비자물품 속에는 소비자가 사적인 사용을 위하여 구매한 것이라면 그 물품이 일반적으로 상업용 물품(예를 들어 산업용기계류)이더라도 소비자물품으로 취급되어진다. Twigg-Flesner, “The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees”, (1999) 7(2) Consumer Law Journal 177, at 178.

10) Directive (99/44) Art. 1.2(b).

11) Directive (99/44) Art. 1.2(b). 예를 들어 병 또는 깡통에 담겨진 물 또는 가스. Krummel & D’Sa, “Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: A

공도 그 서비스의 제공이 제조물공급계약의 일부로 이루어지는 한 유럽지침의 범위 안에 있게 된다.<sup>12)</sup> 중고품의 매매도 원칙적으로 유럽지침에 포함되기는 하나<sup>13)</sup> EC 가맹국은 소비자가 개별적으로 직접 매매에 참석할 기회를 가지는 공매(public auction)의 경우 중고품을 적용배제 할 수 있다.<sup>14)</sup>

한편 주요내용은 크게 세 부분으로 구분되어질 수 있다: 1) 모든 계약물품이 갖추어야하는 최소한의 표준,<sup>15)</sup> 2) 이러한 표준에 적합하지 않는 물품에 대한 구제방안,<sup>16)</sup> 3) 매도인 또는 제조업자에 의해 자발적으로 제공되는 제품보증서에 관한 제 규칙.<sup>17)</sup> 이러한 유럽지침의 각 내용 속에서 부여되는 소비자의 권리는 강행성을 지니며 따라서 그러한 권리를 매도인이 계약서를 통해 제한하거나 배제하는 조항을 삽입하는 경우 그러한 조항은 무효로 하고 있다.<sup>18)</sup> 이에 덧붙여 유럽지침을 통해 부여되는 소비자의 권리행사는 각 가맹국의 고유 법률에서 부여하는 계약에 근거한 또는 근거하지 않은 기타 권리행사의 침해 없이 이루어 지도록 하고 있어 소비자는 유럽지침상 부여되는 최소한의 권리 외에도 국내법상의 여타 권리 또한 행사가 가능하다.<sup>19)</sup> 각 가맹국은 유럽지침의 적용범위 내에서 2002년 1월 1일자까지 자국의 관련 법률을 유럽지침상 소비자가 가질 수 있는 최소한의 권리가 침해되지 않도록 개정해야만 한다.<sup>20)</sup>

이러한 유럽지침에 대한 연구는 실제 국내에서 소비자와 거래를 하는 도/소매상 또는 유럽의 상사매수인과 무역거래를 하는 이들에게는 특별한 의미가 없다고 말할 수 있을지 모른다. 이는 유럽지침이 단지 EC내부에서만 그 효력

Minimalist Approach to Harmonised European Consumer Protection”, (2001) 26(3) EURLR 312, at 315; Twigg-Flesner, op cit, at 178.

12) Directive (99/44) Art. 1.4.

13) Directive (99/44) Art. 1.3.

14) Directive (99/44) Art. 1.3. 따라서 소비자가 공매에 직접 참석할 수 없는 경우(예, 인터넷경매) 중고품의 매매는 유럽지침의 적용범위안에 있게 된다. Zollers, Hurd & Shears, op cit, at 107.

15) Directive (99/44) Art. 2.

16) Directive (99/44) Art. 3.

17) Directive (99/44) Art. 6.

18) Directive (99/44) Art. 7.1. 한편 비가맹국의 법률을 계약의 준거법으로 선택함으로써 유럽지침상 소비자권리가 침해되지 않도록 각 가맹국은 적절한 조치를 취해야만 한다. Directive (99/44) Art. 7.2.

19) Directive (99/44) Art. 8.1.

20) Directive (99/44) Art. 11.1. 그러나 그러한 기한을 넘어선 2002년 12월 20일 현재 몇몇 국가는 아직도 개정작업을 완료하지 못하고 있다. 예를 들어 영국은 입법안을 마련하여 현재 의회에서 계류 중이며 동 입법안은 2003년 3월 31일 그 효력이 개시될 예정이다.

을 가진다는 사실과 소비자와의 거래를 염두 해둔 규정이기 때문이다. 그러나 유럽지침의 연구는 우리에게 다음과 같은 측면에서 그 연구가치와 우리의 각별한 주의를 요구한다고 할 수 있다. 첫째로, 전자상거래를 통하여 유럽의 한 소비자가 물건을 구입하는 경우 EC의 한 가맹국의 법규가 준거법으로서 지정될 가능성을 전혀 배제할 수 없는 한 인터넷 등을 통하여 유럽의 소비자시장으로 새로이 진입 내지 확장코자 하는 자에게 유럽지침의 중요성은 증대된다 할 수 있다. 둘째로, 인터넷 등을 통한 전자상거래 방식이 아니라 하더라도 유럽지침의 중요성은 한국의 매도인이 유럽의 상사매수인과 거래를 하는 경우에서 또한 발견될 수 있다. 이는 한국의 매도인이 판매하는 물품이 유럽 내에서 소비될 물품인 것을 인지하고 있는 한 유럽지침상의 소비자의 권리는 매수인과의 계약체결시 고려해야 할 사항의 하나이기 때문이다.<sup>21)</sup> 셋째로, 이상과 같은 실무적 필연성 외에도 비록 유럽지침의 내용이 매도인의 하자담보책임으로 국한되고 있기는 하나 유럽지침은 영미법과 대륙법의 대별을 극복한 CISG에 이은 또 하나의 근대통일입법이라는 점에서 지적 호기심을 자극하기에 충분하다고 말할 수 있다. 특히 우리는 CISG가 극복하지 못한 분야에 대해서 어떠한 방식으로 그 통일을 피하였는지 살펴봄으로서 근대통일입법의 방향을 가늠해 볼 수 있을 것이며, 또한 상사거래를 주로 한 CISG와 소비자거래를 위한 유럽지침의 두 근대법의 비교 또한 우리 국내법의 발전에 시사하는 바 적지 않으리라 믿는다.

이상과 같은 연구배경을 근거로 본 논문의 연구 목적은 첫째, 유럽지침상 매수인의 구제제도의 내용을 한국민법, CISG, 영법과의 비교연구를 통해 살펴봄으로 유럽소비자시장에 새로이 진입코자 시장확대를 계획하는 실무관련자들에게 조언을 주고자하며, 둘째, 상사매매를 근간으로 하는 CISG와 소비자매매를 위한 유럽지침의 양대 근대통일입법과 영법 및 한국민법을 비교함으로써 각 입법이 고려해야 할 문제점이 있는지를 살펴보고자 하며, 셋째, CISG상 영미법과 대륙법의 통일에 실패하였다고 평가되는 특정이행청구권의 구제제도가 유럽지침상에는 어떠한 방식으로 요구되어지며 이러한 제도가 실제로 영미법의 대표

21) 실제로 유럽지침은 물품의 최종 매도인이 생산자, 이전 매도인 또는 그 외 중간상인의 작위 또는 부작위에 의한 하자물품에 대해 소비자에게 책임을 져야하는 경우 그는 일련의 계약사슬 하에서 하자물품에 대해 책임 있는 자에게 그 자신이 소비자에 지는 책임을 전가할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 유럽지침은 최종 매도인이 소를 제기해야 할 당사자는 누구인지 여부, 관련 소송 및 소송제기의 요건에 대해서는 가맹국의 국내법에 일임을 하고 있다. Directive (99/44) Art. 4.

국가인 영국에서는 어떠한 개정작업이 이루어지고 있는지를 살펴봄으로 근대 입법의 흐름을 진단, 한국의 CISG가입의 필요성을 조심스럽게 역설코자 한다.

## II. 제1차적 구제수단 (대체품인도청구권; 하자보수청구권)

### 1. 비교연구

유럽지침은 하자있는 물품이 소비자에게 인도되었을 경우<sup>22)</sup> 그 구제방안으로 두 단계의 구제제도를 규정하고 있는데 소비자가 행사할 수 있는 제1의 구제수단이 바로 대체품인도청구권 내지 하자보수청구권이며,<sup>23)</sup> 24) 제2의 구제수단은 계약해제 내지 대금감액권이다.<sup>25)</sup> 이러한 두 단계의 구제제도의 의미는 제1의 구제수단을 적용할 수 없는 경우에 한하여 소비자는 제2의 구제수단에 의존할 수 있다는 데에 있다.<sup>26)</sup> 이러한 제1의 구제수단은 그러한 구제수단의 행사가 불가능(impossible)하거나 또는 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우에는 그 적용이 불가능하다.<sup>27)</sup> 그러나 여기서 주의할 것은 불가능성 및 비형평성의 요건은 대체품인도청구권과 하자보수청구권에 별도로 적용되며 따라서 그 중 어느 한 청구권의 행사가 가능하며 형평성을 잃지 않는 한 제2의 구제수단에 의존할 수 없게된다.<sup>28)</sup> 불가능성의 요건이 충족되는 경우는 예를 들어 물품의 고유한 또는 독특한 성질로 인하여 그 대체품을 찾는 것이 불가능한

22) 어떤 경우에 하자가 있는지의 여부에 관하여 Directive (99/44) Art. 2.

23) Directive (99/44) Art. 3.3.

24) 유럽지침상 “특정이행(specific performance)청구권”의 개념은 명시적으로 사용되지는 않았으며 또한 법정이 어떠한 방식으로 특정이행청구권이 실현되도록 하는지 (다시 말해, 매도인 본인에 의해 계약을 이행토록 하는 것인지, 매도인의 비용으로 제3자로 하여금 계약을 이행토록 하는 것인지 또는 기타 다른 방법에 의한 계약의 이행인지) 여부를 명확히 밝히지 않고 있다. 이러한 문제는 아마도 각 가맹국의 국내법에 일임된 것이 아닌가 싶다. 10th Report by Select Committee, Session 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57, at 18, 32, 54.

25) Directive (99/44) Art. 3.5.

26) Directive (99/44) Arts. 3.3., 3.5.

27) Directive (99/44) Art. 3.3.

28) Bradgate & Twigg-Flesner, op cit.

경우<sup>29)</sup> 또는 대상물품이 허위로 표시되어(예를 들어, 중고차량의 주행거리를 계기판을 통해 실제 주행거리보다 줄여 판매하는 경우) 그 하자보수가 불가능한 경우가 이에 해당한다 할 수 있다.<sup>30)</sup> 한편 비형평성의 요건은 대체품인도청구권 또는 하자보수청구권중 선택한 구제수단이 다른 대체구제수단에 비하여 매도인에게 불합리한(unreasonable) 비용을 부가하는 경우에 충족된다.<sup>31)</sup> 불합리한 비용부가의 의미는 다른 대체구제수단에 비하여 현저하게 (significant) 높은 비용의 부가를 의미한다.<sup>32)</sup> 한편 비형평성 요건의 충족을 검토함에 있어 1) 하자가 없었을 경우의 물품의 가치, 2) 하자의 심각성, 3) 대체구제수단이 소비자에게 상당한 불편(significant inconvenience)없이 완료될 수 있는지의 여부를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.<sup>33)</sup> 또한 매도인의 대체품의 인도나 하자보수가 물품의 성질 및 소비자가 물품을 필요로 하는 목적에 비추어 합리적인 시간 내에 그리고 상당한 불편 없이 이루어질 것을 요청함으로써 그러하지 못한 경우 소비자는 제2의 구제수단에 의존할 수 있게된다.<sup>34)</sup>

CISG는 매도인의 하자있는 물품의 제공에 대한 매수인의 구제제도로서 유럽지침과 유사하게 대체품인도청구권과<sup>35)</sup> 하자보수청구권에 관한 규정을 두고 있다.<sup>36)</sup> 먼저 대체품인도청구권은 하자있는 물품의 제공이 계약의 근본적인 위반(a fundamental breach of contract)인<sup>37)</sup> 경우에 한하여 허용된다.<sup>38)</sup> 대체품인도청구권이 부여되기 위한 조건 중 결정적인 것은 하자의 존재에도 불구하고 매수인이 그러한 물품을 거절하지 않고 영속적으로 수리(accept)하며 하자

29) Directive (99/44) Recital 16.

30) 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, at 33.

31) Directive (99/44) Art. 3.3.

32) Directive (99/44) Recital 11.

33) Directive (99/44) Art. 3.3.

34) Directive (99/44) Art. 3.3.

35) CISG Art. 46(2).

36) CISG Art. 46(3).

37) 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. 근본적위반에 관한 논의에 대하여 Byung-Mun Lee, A Comparative Study on the Seller's Liability for Non-conforming Goods under CISG, English law, European Law and Korean Law, Doctoral thesis, Univ. of Warwick, (2001), at 190 ff.

38) CISG Art. 46(2).

물품에 대한 손해배상 또는 대금감액을 통하여 그 스스로 만족스러워 하는 것이 합리적(reasonable)으로 기대되는지의 여부이다.<sup>39)</sup> 한편 인도 이후로 합리적인(reasonable) 시간 내에 하자보수가 완료될 수 있을지의 여부 또한 대체품 인도청구권의 부여를 위한 고려 사항중의 하나이다.<sup>40)</sup> 41) 대체품인도청구권과는 달리 하자보수청구권은 근본적위반의 존재여부와는 상관없이 없으며 오히려 이는 주변 모든 상황을 살펴보아 하자보수의 청구가 합리적인지의 여부에 의해 결정된다.<sup>42)</sup> 어떠한 경우가 합리적인지에 관하여 CISG는 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 특히 하자보수를 위한 비용이 불합리하게 높은 경우에<sup>43)</sup> 매수인은 하자보수청구권을 행사할 수 없게 된다.<sup>44)</sup> 한편 매수인의 대체품 또는 하자보수청구는 CISG Art. 39조에 따라 지정된 통지와 함께 또는 그 후 합리적인 기간 내에 이루어져야 하며 그렇지 않으면 동 청구권을 상실 할 수 있다.<sup>45)</sup> 또한 매수인의 대체품 또는 하자보수청구권은 비록 CISG Art. 46조에 명시적으로 나타나 있지는 않으나 협약의 기초를 이루는 원칙중의 하나인 신의칙에 반하지 않는 범위 내에서 행사되어야만 한다.<sup>46)</sup> 따라서 이러한 신의칙

39) Huber, Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, (2nd ed., 1997), at 384 ff.

40) Ibid.

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

42) CISG Art. 46(3).

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

44) Ibid.; Will, Bianca/Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, (1987), at 338 f.; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, (1986), at 76; Fitzgerald, "CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec", (1997) 16 J.L.&Com. 291, at 293; Honnold, *Uniform Law for International Sales*, (1999, 3rd ed.), at 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, at 618 f.

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

46) CISG Art. 7; Honnold, op cit, at 309 f.; Kastely, op cit, at 619 f.; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 381; Fitzgerald, op cit, at 293 f.; Bernstein and Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, (1997), at 84. Cf. 대체품 또는 하자보수청구권의 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., at 39, Art. 42, No. 14; Honnold, op cit, at 309 f.; Flechtner, "Remedies under the New International Sales Convention: the Perspective from Article 2 of the U.C.C.", (1988) 8 J.L.&Com. 53, at 60 f.; Bridge(a), *The International Sale of Goods*, (1999), at 192; Fitzgerald, op cit, at

의 요청은 대체품 또는 하자보수청구를 통해 매수인이 매도인의 비용으로 투기하는 것과 그러한 청구가 매도인에 상당한 부담이 됨에도 불구하고 청구권을 행사함으로써 매도인에 대한 가혹한 처벌을 사전에 예방할 수 있다.<sup>47)</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>48)</sup>

유럽지침 및 CISG에서와 같이 한국민법에서 또한 매수인은 하자있는 물품이 인도될 경우 대체품청구권을 가진다.<sup>49)</sup> 이러한 권리는 의문의 여지없이 종류물의 매매로 국한되는데 특이한 것은 민법 제581조의 해석상 대체품청구권은 계약해제권과는 달리 하자의 심각성여부와 상관없이 적용 가능하다는 점이다.<sup>50)</sup> 따라서 하자의 정도가 경미한 경우에도 매수인은 하자없는 물건을 청구할 수 있다.<sup>51)</sup> 한편 하자보수청구권에 관련하여 민법은 특정규정을 두고 있지 않으며 따라서 그러한 권리의 인정에 관하여 견해가 나뉘어 있다. 일부는 하자있는 물품에 대하여 매도인이 하자보수권을 가지기는 하나 그러한 하자를 보수해야 할 의무는 없기에 매수인의 하자보수청구권은 부인되어야 한다고 주장하고 있으며<sup>52)</sup> 그와 달리 또 다른 일부는 매도인에 하자보수의무가 있음을 근

293 f.; Bernstein and Lookofsky, op cit, at 84; Treitel(a), Remedies for Breach of Contract, (1988), at 73 f. Contra: Kastely, op cit, at 249 ff.; Helner, "The UN Convention on the International Sale of Goods - an Outsiders View", in: Jayme (ed.), Ius internnationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld, (1983), at 98 f.; Ziegel, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", in: Galston/Smit (ed.), International Sales, at 9-41 f.

47) Honnold, op cit, at 309 f.

48) CISG Art. 28. 동 조항이 매수인의 하자보수청구권 및 대체품인도청구권에도 또한 적용된다는 견해에 관하여 Bernstein and Lookofsky, op cit, at 85 ff.; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 202 f.; Treitel(a), op cit, at 44 f.; Ziegel, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (1981), at 105: (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>); Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 Tex. Int'l L. J. 211, at 217. Contra: Kastely, op cit, at 635 ff.; Honnold, op cit, at 310 f.

49) 민법 제581조 (2)항.

50) 김대정(a), "채무불이행책임설에 의한 하자담보책임의 재구성", 민사법학 9호 (1993. 7), p. 275 f.

51) Ibid.

52) 김형배, 채권각론, (1997), p. 341; 김상용, 채권각론, (1999), p. 240; 안춘수, "하자



거로 매수인의 하자보수청구권은 인정되어야 한다고 반박하고 있다.<sup>53)</sup>

영국법상 특정이행(specific performance)의 개념은 매도인의 하자물품인도에 대해 매수인이 청구할 수 있는 보통법(common law)상의 권리로서 다루어 지지는 않으며 이는 형평법(equity)상의 구제제도로서 그러한 특정이행청구권의 행사가 전적으로 법정의 재량에 일임되어 있다.<sup>54)</sup> 일반적으로 영국법정은 매매계약관련 사건에서 특정이행의 판결을 내리는 것을 꺼려하고 있으며 극히 제한된 경우에만 그러한 판결을 내리고 있다. 이러한 특정이행판결에 대한 법정의 태도는 영국물품매매법(The Sale of Goods Act (1979); 이하 SGA) 제52조 (1)항에 잘 반영되어 있는데 동 조항은 법정의 특정이행판결의 주문을 1) 매매물품이 특정물 내지 충당된 (specific or ascertained) 물품의 경우로<sup>55)</sup> 그리고 2) 특정이행판결의 주문이 법정이 생각하기에 적절하다고 판단되는 경우로 제한하고 있다.<sup>56)</sup> 첫 번째 경우에 관하여 SGA상 특정이행은 특정물 내지 충당된 물품으로 제한되어 있음에도 불구하고 종류물에도 특정이행이 인정될 것 인지의 여부에 관하여 의견이 대립되고 있다.<sup>57)</sup> 두 번째 경우에 관련하여

---

담보법상의 문제점-채무불이행설의 입장에서 특정물매매를 중심으로-, 민사법학 11호 (1995. 2), p. 434.

- 53) 이은영(a), 민법학강의, (1996), p. 801; 김대정(a), 전계논문, p. 269 f., 275 f.; 김동석, “부적합물인도에 대한 매수인의 구제”, 월간고시 177호 (1988), p. 62 f.; 이상광, “하자담보책임의 기본문제”, 비교사법 5(1)호 (1998), p. 304 f.
- 54) *Lamare v. Dixon* [1873] LR 6 HL 414, 423, per Lord Chelmsford; *Stewart v. Kennedy* [1890] 15 App Cas 75, 102, per Lord Watson. Cf. *Treitel*(b), “Specific Performance in the Sale of Goods”, (1966) J.B.L. 211; *Jones and Goodhart, Specific Performance*, (1996), at 143 ff.; *Sharpe, Injunctions & Specific Performance*, (1983), at 8-230 ff.; *Spry, The Principles of Equitable Remedies*, (1984), at 52 ff.; *Burrows, “Specific Performance at Cross-roads”*, (1984) 4 Leg. Stud. 102. 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.
- 55) 특정물은 매매계약이 체결된 당시에 확정되거나 확정하기로 합의된 물품이라 정의되며(The SGA s. 61(1); *Dominion Coal Co. Ltd. v. Dominion Iron and Steel Co. Ltd.* [1909] AC 293, 311) 충당된 물품의 의미는 매매계약이 체결된 후에 계약물품으로 확인된 물품을 의미한다(*Re Wait* [1927] 1 Ch 606, 630, per Atkin L.J. Cf. *Thames Sack and Bag Co. Ltd. v. Knowles & Co. Ltd.* [1918] 88 LJKB 585, 588, per Sankey J. (“ascertained” means that “the individuality of the goods must in some way be found out, and when it is, then the goods have been ascertained”)).
- 56) SGA상 법정의 재량권을 부여한 두 번째 요건이 실제로는 법정에 그렇게 자유로운 재량권을 부여하지 않고 있기 때문에 실무상 특정이행의 판결의 요건은 SGA상의 그것 보다는 오히려 더 높다고 평가된다. *Bridge*(b), *The Sale of Goods*, (1997), at 531 f.
- 57) 종류물에도 인정된다고 보는 견해에 관하여 *Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd.* [1974] 1 WLR 576. Cf. *Total Oil (Great Britain) Ltd. v.*

법정이 '적절한 경우'의 판단 시 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 있게된다.<sup>58)</sup> 그렇다면 문제는 손해배상의 '충분성'의 해석인데 비록 명료한 규칙이 정하여진 것은 아니지만 통상적으로 1) 손해배상을 통해 매수인을 완전히 구제할 수 없는 경우,<sup>59)</sup> 2) 손해의 측정 및 배상이 어려운 경우,<sup>60)</sup> 또는 3) 매수인이 다른 곳에서 만족스러운 대체물품을 획득할 수 없는 경우에는<sup>61)</sup> 손해배상에 의한 매수인의 구제가 불충분하다고 인정되어 법정은 특정이행의 명령을 내릴 수 있다.

이러한 형평법상의 구제제도로서의 특정이행과 그 명령에 있어 상당히 제한적인 태도를 보여준 영법은 실제로 유럽지침에 따른 국내법의 개정에도 CISG의 제정과정에서 그들이 보여준 것과 같이 소비자에 이행청구권으로서의 대체품 또는 하자보수청구권을 부여하는 것에 상당히 회의적인 태도를 보여 왔다. 따라서 일부학자들에 의해 특정이행관련 유럽지침은 각 가맹국의 법정으로 하여금 유럽지침상 특정이행청구를 위한 요건이 충족 시 특정이행의 명령을 내릴 것을 요구하는 것은 아니라고 주장되어 왔다.<sup>62)</sup> 이는 유럽지침이

---

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(c), *The Law of Contract*, (1999), at 954; Treitel(b), *op cit*, at 223 f.; Jones and Goodhart, *op cit*, at 146 f.; Bridge(b), *op cit*, at 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.

- 58) Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. [1998] AC 1, 11. Cf. 손해의 충분성에 의한 기준이 아닌 특정이행이 손해보다 더 낮은 구제 수단인지의 비교에 의해 특정이행의 명령을 내려야 한다며 더 폭 넓은 특정이행을 제시한 견해에 관하여 Beswick v. Beswick [1968] AC 58, 88, 90 f., 102. 그 외에 특정이행의 보다 넓은 적용범위를 주장한 견해에 관하여 Tito v. Waddel (No. 2) [1977] Ch 106, 322; Rainbow Estates Ltd. v. Tokenhold [1998] 2 All ER 860, 868; Evans Marshall and Co. Ltd. v. Bertola S. A. [1973] 1 WLR 349, 379; Treitel(c), *op cit*, at 954 f.; McKendrick, *Contract Law*, (2000), at 442 f.
- 59) Wilson v. Northampton & Banbury Junction Railway Co. [1874] 9 Ch App 279, 284, per Lord Selborne. Cf. Macdonald, "The Inadequacy of Adequacy: The Granting of Specific Performance", (1987) 38 N. Irel. Leg. Q. 244.
- 60) Hart v. Herwig [1873] 8 Ch App 860, 866, per Mellish LJ; Fells v. Read [1796] 3 Ves 70, 71, per Lord Loughborough LC.
- 61) Adderley v. Dixon [1824] 1 Sim & St 607, 610; Buxton v. Lister [1746] 3 Atk 383; Cohen v. Roche [1927] 1 KB 169; Phillips v. Lamdin [1949] 2 KB 33; Behnke v. Bede Steam Shipping Co. Ltd. [1927] 1 KB 649.
- 62) 10th Report by Select Committee, Session 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57, at 18, 32, 54; Beale and Howells, "EC Harmonisation of Consumer Sales Law - A Missed Opportunity?", (1997) 12 Journal of Contract Law 21, at 33 f.

각 가맹국의 소송절차 및 관행을 개정하기 위해 의도된 것은 아니라는 점에 근거를 두고 있었다. 이러한 배경 하에 그들은 매수인이 대체품을 구하는데 또는 하자보수를 위해 드는 비용에 대해 '손해배상'의 이름하에 금전으로 보상되도록 하고 있는 현재의 영법은 대륙의 일부국가에서 이행청구권의 실현에 있어 매수인으로 하여금 매도인의 비용으로 대체품을 구하거나 하자보수를 하도록 하는 것과 별반 차이가 없음을 주장하여 왔다.<sup>63)</sup> <sup>64)</sup> 즉 하자보수 및 대체품청구권의 실현이 손해배상의 이름하에 금전으로 보상되는 현 제도는 국내의 소송절차 및 관행에 해당되는 바, 국내법의 개정의 필요가 없다고 하고 있다. 그러나 유럽지침에 따른 국내법의 개정을 위해 최근 의회에 제출된 법안(이하 Regulations 2002)에서 주목할 것은 특정이행에 관한 그들의 회의적인 태도의 변화이다.<sup>65)</sup> 즉 이전과 같은 특정이행에 대한 제한적인 태도로부터 벗어나 하자있는 물품에 대하여 소비자에게 대체품 내지 하자보수청구권을 부여함과 동시에<sup>66)</sup> 이러한 소비자의 대체품 내지 하자보수청구권의 행사시 법정은 매도인으로 하여금 직접 대체품 또는 하자보수를 이행하도록 주문할 권한을 가지게 되었다.<sup>67)</sup>

## 2. 평가

위에서 살펴본 바와 같이 영법상의 특정이행은 유럽지침, CISG 또는 한국민법과는 달리 하자물품에 대해 매수인 자신이 행사할 수 있는 그의 '권리'(a right)가 아니며 동 권리의 행사가 전적으로 법정의 재량에 일임되어 있는 형평법상의 구제수단이다. 한편 기타 입법과는 달리 영법상 특정이행은 매수인이 하자로 인해 입은 손해를 일차적인 구제수단인 손해배상이 충분히 보상하지 못하는 경우에만 적용이 되는 이차적인 구제수단으로서 의미를 지니며<sup>68)</sup> 이는

63) 예를 들어 French law (Code Civil Art. 1144); Tallon, Harris and Tallon (ed.), *Contract Law Today*, (1989), at 266 ff.

64) Beale and Howells, *op cit*, at 33.

65) The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 (seen at <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics1/pdf1/salesupplysi.pdf>).

66) Regulation 5 (s. 48B).

67) Regulation 5 (s. 48E).

68) Treitel(a), *op cit*, at 44, 75. 유럽지침상 특정이행(대체물인도 또는 하자보수청구)은 계약해제 또는 대금감액에 앞서는 일차적인 구제수단인 반면 CISG와 한국민법

특정된 또는 충당된 물품에만 적용되는 상당히 제한적인 구제수단이다. 이러한 영법의 제한적인 태도는 타입법에 비하여 종류물 매매에 관련하여 매수인이 대체품을 구하는데 어려움이 있는 다음의 경우에 불합리한 결과를 낳는다고 할 수 있다; 1) 대체품의 소재를 파악하기에 어려움이 있는 경우, 2) 대체품의 생산에 지연이 있는 경우, 3) 대체품의 공급자 또는 생산자가 품질에 관련하여 평판이 좋지 않은 경우.<sup>69)</sup> 이러한 경우 다른 구제수단에 비해 특정이행이 매도인에게 특별히 불합리한 비용 또는 노력을 요구하지 않는 한 그로 하여금 직접 대체품을 인도하도록 하는 것이 타당함에도 불구하고 영국법정은 그의 재량권을 행사함에 있어 종류물매매 관련 특정이행의 주문에 부정적으로 매수인은 손해배상으로 만족해야하며 그 스스로 대체품을 구하여야 할 것이다. 그러나 영국물품매매법 개정안이 의회에서 입안되는 것을 전제로 소비자거래에서는 이처럼 매수인에 불합리한 상황의 발생은 없을 것으로 판단된다.

한편 타입법과의 비교를 통해 한국민법이 가지는 문제점은 매수인의 대체품 청구에 있어 하자의 심각성의 정도에 따른 어떠한 제한이 없다는 점이다. 경미한 하자에도 매도인에게 대체품의 인도를 요구하는 것은 매도인 개인의 자유에 대한 부당한 간섭이 될 수 있으며 그리고 특정이행을 통해 얻는 이득에 비추어 볼 때 동 구제제도에 대한 의존의 남발을 야기할 것이다.<sup>70)</sup> 이러한 관점에서 유럽지침상의 비형평성의 요건과 CISG상의 근본적위반의 존재여부, 대체품청구의 합리성 및 신의칙의 요건은 한국민법의 해석 또는 개정에 좋은 모범이 된다고 판단된다.<sup>71)</sup> 또한 한국민법은 하자의 심각성에 관련하여 소비자거래를 주로 하는 유럽지침의 요건이 CISG의 그것과는 상이하다는 점에 주목하여야 한다. CISG에서는 명시적으로 근본적인 위반의 경우로 한정하고 있으나 유럽지침은 단순히 하자의 심각성이 하나의 고려사항일 뿐 하자의 정도가 계약

---

상 매수인은 특정이행(대체물인도 또는 하자보수청구)과 손해배상중 선택할 권한이 있는 것으로 판단된다. 민법 581(2); 김형배, 전제서, p. 341; 김대정(b), “매도인의 하자담보책입에 관한 판례의 동향”, 민사법학 제15호 (1997), p. 302 f.; 이은영(b), 채권각론, (1997), p. 229 f.; Treitel(a), op cit, at 75 (Contra; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 376).

69) Kastely, op cit, at 611. Cf. 대체물품을 구하는데 상당한 지연에도 불구하고 특정이행의 명령은 주문되지 않은 판례에 대하여 Société des Industries Metallurgiques SA v. The Bronx Engineering Co Ltd. [1975] 1 Lloyd's Rep 465.

70) Treitel(a), op cit, at 47.

71) 그러나 한국민법의 대원칙인 신의칙의 원칙에 의해 동일한 결과를 낳을 수도 있을 것이다. 이은영(b), 전제서, p. 230.

의 근본적인 위반에 달할 것을 요구하고 있지는 않다. 이는 소비자의 물품구매 시 그들의 통상적인 기대는 하자가 없는 완전한 물품에 있지 하자가 있는 물품과 그에 대한 가치의 손상에 대한 금전 보상에 있지 않음을 충분히 반영한 입법이다.

소비자의 입장을 잘 반영한 것으로 평가되는 유럽지침 또한 비교법의 관점에서 전혀 문제점이 없는 것은 아니다. 앞서 본 바와 같이 유럽지침상 소비자는 제1차적인 구제수단(대체품 내지 하자보수청구권)의 적용이 불가능한 경우에 한해 제2차적인 구제수단(계약해제 내지 대금감액권)에 의존할 수 있는데 반하여 CISG 및 한국민법에서의 매수인은 각 구제수단의 요건만 충족된다면 어느 구제수단이든 선택할 권한이 있다. 이러한 유럽지침은 소비자가 하자의 발생을 통해 매도인의 품질에 관련한 신뢰를 잃었을 때에도 소비자로서 하여금 동일한 매도인의 대체품 또는 하자보수에 만족해야 한다고 요구하고 있으나, 이 경우 CISG 및 한국민법에서와 같이 소비자로서 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 반영한다고 말할 수 있다.

### III. 제2차적 구제수단 (계약해제권; 대금감액권)

#### 1. 계약해제권

##### (1) 비교연구

유럽지침상 소비자의 계약해제권은 동 권리의 행사를 위해서 하자의 심각성의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하지 않는다는 의미에서 절대적인 권리(a absolute right)로서 이해되기도 한다. 그러나 이러한 유럽지침상 계약해제권의 절대성은 하자의 정도가 경미한(minor) 경우<sup>72)</sup> 제한을 받게 된다.<sup>73)</sup> 또한

72) 예를 들어 소비자가 새 세탁기를 구입하였는데 세탁기 외관에 긁힌 상처가 조금 있으나 세탁기의 모든 기능이 정상적인 경우. Singleton, "The Consumer Guarantees Directive 1999/44", (1999) 18(2) Tr.Law 126, at 132.

계약해제권은 제2차적인 구제수단중의 하나이기 때문에 그 절대성은 제1차적인 구제수단에 의해 제한을 받게된다.<sup>74)</sup> 다시 말해 제1차적인 구제수단인 대체품 또는 하자보수의 청구권의 적용이 불가능(impossible)하거나 또는 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우<sup>75)</sup> 또는 매도인의 대체품의 인도나 하자보수가 물품의 성질 및 소비자가 물품을 필요로 하는 목적에 비추어 합리적인 시간 내에 그리고 상당한 불편 없이 이루어지지 못하는 경우에 한하여 소비자는 제2차적인 구제수단에 의존할 수 있게된다.<sup>76)</sup> 이러한 제2차적인 구제수단의 종속성은 그 효과면에 있어 유럽지침상 명시적 규정은 없지만 매도인에게 대체품의 인도 또는 하자물품의 보수에 의한 하자보완권을 실질적으로 부여하고 있다고 해석되어진다.<sup>77)</sup> 그러나 여기서 주의하여야 할 점은 매도인이 하자보완권을 가진다는 의미가 바로 하자의 보완을 위하여 그 스스로 대체품의 인도나 하자보수중 선택할 수 있음을 말하는 것은 아니라는 사실이다.<sup>78)</sup> 결론적으로 유럽지침상 소비자의 계약해제권의 행사는 매도인의 하자보완에 구속된다고 할 수 있다. 한편 유럽지침상 매도인의 하자보완이 계약상의 인도시기 이전 뿐만 아니라 그 이후에도 가능한지의 여부는 명료하지 않으나 그러한 하자보완이 가능한 한 그리고 불합리한 지연이나 불편 없이 완료될 수 있는 한 하자의 보완은 인도시기의 이후에도 또한 가능하다고 여겨진다.<sup>79)</sup>

CISG상에서 매수인의 계약해제권은 하자있는 물품의 제공이 계약의 근본적인 위반(a fundamental breach of contract)에 해당 하는 경우에 한 한다.<sup>80)</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>81)</sup> 이러한 요건의 충족여부 검토시 결정적인 것은 계약과 그리고 계약상의 개개의무가 매

73) Directive (99/44) Art. 3.6.

74) Directive (99/44) Art. 3.5.

75) Directive (99/44) Art. 3.3

76) Directive (99/44) Art. 3.3., 3.5.

77) Byung-Mun Lee, op cit, at 190. Cf. Williams & Hamilton, op cit, at 32 f.

78) Byung-Mun Lee, op cit, at 190.

79) 그러나 여기서 주의할 것은 유럽지침은 이행의 시기에 관한 규칙을 정하고 있지 않기 때문에 각 가맹국의 규칙에 따라 하자보완은 인도시기 이전에만 가능할 수도 있다.

80) CISG Art. 49(1).

81) CISG Art. 25.

수인을 위해 창조해내는 이해관계(interest)의 중요성이다.<sup>82)</sup> 다시 말해 이는 어떤 특정 하자의 발생의 위험과 그러한 위험의 실현이 곧 물품에 관련된 계약의 이행에 있어 매수인의 이해관계를 위협하는 것임을 당사자들이 심각하게 고려 하였는지의 여부에 의해 결정된다.<sup>83)</sup> 그러한 이해관계의 해석은 객관적인 관점에서 매수인이 기대할 수 있는 것을 기준으로 이루어져야 하며 피해당사자인 매수인에 의한 주관적인 이해관계의 판단은 지양되어야 한다.<sup>84)</sup> 하자있는 물품의 제공이 근본적 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>85)</sup> 이러한 예견가능성의 판단은 주관적인 관점(위반당사자인 매도인 자신의 예견가능성)에서 그리고 또한 객관적인 관점(합리적인자의 예견가능성)에서 이루어져야한다.<sup>86)</sup> 87) 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. 37조와 48조에 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>88)</sup> 89)

82) Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 177 f.

83) Ibid.

84) O.R. at 330. Cf. Enderlein and Maskow, International Sales Law, (1992), at 112 f.

85) CISG Art. 25.

86) Cf. Will, Bianca/Bonell (ed.), op cit, at 179 f.; Bianca, Bianca/Bonell (ed.), op cit, at 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), at 210 f.; Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), op cit, at 181 f.

87) 예견가능성의 시점은 계약체결시이어야 한다고 주장하는 의견에 대하여 Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), op cit, at 180 f.; Ziegel, op cit, at 9-19 f. 계약 위반시의 타당성을 역설하는 견해에 대하여 Honnold, op cit, at 209; Flechtner, op cit, at 75 ff.; Ghestin, "The Obligations of the Seller according to the Vienna Sale Convention of the 11th April 1980, on Contracts for the International Sale of Goods", (1988) No.1 Intl Bus.L J. 5, at 22. 기타 견해에 관하여 Enderlein and Maskow, op cit, at 116; Will, Bianca/Bonell (ed.), op cit, at 221.

88) Schlechtriem, op cit, at 78; Schlechtriem, Schlechtriem (ed.), op cit, at 183; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 408 ff.; Ziegel, op cit, at 9-23; Honnold, op

한국민법상 하자물품의 인도에 대한 매수인의 계약해제권은 그러한 하자로 인하여 매매의 목적을 달성 할 수 없는 경우로 한정된다.<sup>90)</sup> 하자로 인하여 매매의 목적을 달성할 수 없는 경우란 그 목적물을 매수인이 의도했던 용도에 사용할 수 없는 경우라고 할 수 있다.<sup>91)</sup> 매매의 목적은 반드시 계약의 내용으로 되어 있어야 하는 것은 아니며 또한 매도인이 이를 알고 있어야 하는 것도 아니다.<sup>92)</sup> 그러나 매수인이 주관적으로 의도하고 있었다는 사실은 충분치 않으며 그 매매의 목적물의 성질 및 기타 계약체결시의 사정으로부터 객관적으로 이해할 수 있는 것이어야 하며 또한 그것으로 충분하다.<sup>93)</sup> 만약 매매의 목적을 구체적으로 알 수 없는 경우에는 거래의 관행에 따라 해석되어야 한다.<sup>94)</sup> 한편 한국민법상 명시적인 규정은 없지만 매매계약의 목적을 달성할 수 없을 정도의 하자가 있다고 하기 위해서는 목적물의 하자를 쉽게 또는 값싸게 보완할 수 없는 경우라야 한다.<sup>95)</sup> 이때 매도인에 의한 하자의 보완이 쉽게 그리고 값

---

cit, at 319 ff.; Kritzer, op cit, at 430 f.; Enderlein and Maskow, op cit, at 114; Bridge(a), op cit, at 94; Treitel(a), op cit, at 373. Cf. OLG Koblenz, 2U31/96, 31-01-1997, reported in UNILEX 1997-4 (also seen at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/case2/970131g1.html> and <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (COULT No.282)); CA Grenoble, RG93/4879, 26-04-1995, reported in UNILEX D. 1995-15 (also seen at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950426f2.html> and <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (CLOUT No.152)); Pr. Locarno-C., 6252, 27-04-1992, reported in UNILEX D. 1992-10 (also seen at <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (CLOUT No.56)). Cf. Secretariats Commentary, O.R., at 41, art. 45 (1) (a), No. 6; UNCITRAL Yearbook IV, A/CN.9/SER.A/1973, (1974), at 54 f.; Honnold, op cit, at 131 f.

89) 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, at 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), at art. 48, note 4, art. 49, note 4: cited in Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 183; Huber, Schlechtriem (ed.), op cit, at 409, n. 48a.; Bridge(a), op cit, at 94.

90) 민법 제 575조 (1)항, 580조 (1)항, 581조 (1)항.

91) 박윤직, 채권각론, (1998), p. 246; 김형배, 전게서, p. 340; 김상용, 전게서, p. 239; 김주수, 채권각론, (1995), p. 194 f.

92) 박윤직, 전게서, p. 246.

93) Ibid; 김형배, 전게서, p. 340.

94) Ibid.

95) 박윤직, 전게서, p. 246; 김형배, 전게서, p. 340; 김상용, 전게서, p. 239; 김주수, 전게서, p. 194 f.; 이은영(a), 전게서, p. 794; 김대정(a), 전게논문, p. 269 f.; 김동석, 전게논문, p. 65 f.; 이상광, 전게논문, p. 304 f.; 안춘수, 전게논문, p. 434.



싸게 완료될 수 있음에도 불구하고 매수인이 계약을 해제하면 신의칙에 반한다고 할 수 있다.<sup>96)</sup>

영법상의 하자물품에 대한 매수인의 계약해제권은 매도인의 하자없는 물품의 인도의무가 Condition, Warranty 또는 Innominate term에 해당하는지 여부에 달려 있다. 이는 물품의 거절권 및 계약해제권이 매도인의 계약위반이 당사자 합의의 근본을 침해하는 경우(즉, Condition 위반의 경우 또는 Innominate term의 위반의 결과가 매우 심각한 경우)에 한하여 인정되는 반면 Warranty 위반의 경우 손해배상 청구권만이 허용되기 때문이다.<sup>97)</sup> 따라서 SGA(1979) s. 13-15에 규정된 매도인의 하자 없는 물품의 인도의무는 Condition에 해당하므로 매도인이 동 조항에 규정된 Condition의 위반시 매수인은 물품의 거절권 및 계약해제권을 부여 받게 된다.<sup>98)</sup> 이러한 물품의 거절권 및 계약해제권은 절대적인(absolute) 것이라서 매도인의 Condition 위반의 결과, 즉 하자의 정도가 사소한(slight) 경우라 할지라도 매수인은 그러한 권리에 의존할 수 있다.<sup>99)</sup> 그러나 이러한 매수인의 절대적인 권리는 소비자매매에 한하여 적용되며 비소비자매매(non-consumer cases)의 경우 제한을 받게 되는데 하자의 정도가 사소하여 물품의 거절권 행사가 불합리(unreasonable)하다면 매수인은 물품의 거절 및 계약해제권을 행사할 수 없게 된다.<sup>100)</sup> 물품거절권 행사의 합리성 여부는 객관적인 기준에 의해 판단되어야 하며, 따라서 매수인의 물품거절에 대한 매수인 개인의 목적은 무시되어야 한다.<sup>101)</sup> 영법상의 매수인의 물품거절권 및 계약해제권의 절대성은 또한 매도인의 하자보완권이 인정되지 않는다는 사실에서도 찾을 수 있다. 즉, 일단 매도인이 Condition을 위반하기만 한다면 매도인의 어떠한 하자보완제의여부와 상관없이 매수인은 즉시 물품의 거절권 및 계약해제권을 행사할 수 있는 것이다.<sup>102)</sup> 그러나 이러한 매수인의 절대적인 물품

96) 김형배, 전거서, p. 340.

97) The SGA ss. 11(3), 61(1); Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1962] 2 QB 26; The Hansa Nord [1976] QB 44.

98) 영법상 물품의 거절권(a right to reject the goods)과 계약해제권(a right to terminate the contract)과의 상호 연관관계에 대하여 Byung-Mun Lee, op cit, at 173 ff.

99) The SGA s. 15A(1)(a).

100) The SGA s. 15A(1)(b).

101) Law Commission 160, Sale and Supply of Goods, (1987), at para. 4.19, 4.21, n. 23.

102) 물품거절권과 계약해제권은 별개의 것이라는 이해 하에 계약상의 인도일이 지나지 않는 한 매도인의 하자있는 물품의 인도는 Condition의 위반이 아니라고 주장

거절권 및 계약해제권은 유럽지침에 따른 국내법의 개정과 함께 제한을 받게 될 것으로 예측된다. Regulations 2002에 의하면 소비자가 Regulation 5 (s. 48B(1)(a) 또는 (b))에 따라 하자보수 내지 대체품인도를 청구할 수 없는 경우에<sup>103)</sup> 또는 소비자가 동 조항에 따라 이행청구를 하였으나 매도인의 하자보수 내지 대체품인도가 합리적인 시간을 넘어 그리고 매수인에 상당한 불편과 함께 이루어진 경우에 한하여 계약해제 또는 대금감액청구를 할 수 있도록 하고 있다.<sup>104) 105)</sup>

## (2) 평가

위에서 살펴본 바와 같이 매도인의 하자물품인도에 대해 각 입법체계는 매수인에게 계약해제권을 부여하고 있으나 그 내용에 있어서는 많은 차이점을 드러내고 있다. 먼저 한국민법과 CISG는 매수인의 계약해제권의 행사를 위해서 하자의 심각성의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하는 반면 영법과 유럽지침은 비록 사소한(slight) 또는 경미한(minor) 하자의 경우 계약해제권의 행

---

하며, 이 경우 매수인은 물품거절권만을 행사할 수 있으며 계약상 인도기일이 지나지 않는 범위 안에서 매도인은 하자보완권을 가진다는 견해가 있다 (Goode, *Commercial Law*, (1995), at 362 f.; Beale, *Remedies for Breach of Contract*, (1980), at 90 ff.; Lord Devlin, "Treatment of Breach of Contract", (1966) C.L.J. 192, at 194; Apps, "The Right to Cure Defective Performance", (1994) L.M.C.L.Q. 525, at 534 ff.) 한편 계약상의 인도기일에는 상관없이 하자있는 물품의 인도는 Condition의 위반에 해당하므로 물품거절권 및 계약해제권을 즉시 행사할 수 있으나 매수인은 매도인의 하자보완제외에 물품거절권만을 행사하고 계약해제권은 유보할 수 있다는 견해도 있다 (Bradgate and White, "Rejection and Termination in Contracts for the Sale of Goods", in: Birds and Bradgate (ed.), *Termination of Contracts*, (1995), at 75 f.; Bradgate, *Commercial Law*, 2nd ed., (1995), at 247 f.; Bridge(a), op cit, at 162 f. and 197 ff.; Carter, *Breach of Contract*, (1991), at paras. 308, 407, 569, 572; Reynolds, Guest (ed.), *Benjamins Sale of Goods*, (1997), at para. 10-027; Guest and Harris, Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, (1999), at para. 43-042). Cf. 영법상 계약해제권과 매도인의 하자보완권과의 상호관계에 대한 세부검토에 관하여 Byung-Mun Lee, op cit, at 185 ff.

103) Regulation 5 (s. 48B(3)). The buyer must not require the seller to repair or, as the case may be, replace the goods if that remedy is (a) impossible, (b) disproportionate in comparison to the other of those remedies, or (c) disproportionate in comparison to an appropriate reduction in the purchase price under paragraph (a), or rescission under paragraph (b), of section 48C(1) below.

104) Regulation 5 (s. 48C(2)). Cf. 특히 소비자가 하자보수 내지 대체품의 인도를 청구하는 경우 그러한 하자보완을 위해 합리적인 시간이 경과되지 않는 한 소비자는 물품의 거절권을 행사할 수 없게 된다. Regulation 5 (s. 48D(1)).

105) Cf. 소비자에 의한 계약해제권의 행사시 이와 더불어 소비자에 주어지는 매도인에 의한 손해배상액은 물품이 소비자에게 인도된 이후 그가 물품을 사용함으로써 인하여 취득한 이익을 감안하여 감액된다. Regulation 5 (s. 48C(3)).

사가 제한되기는 하나 한국민법과 CISG와는 달리 하자의 심각성의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하지 않는다는 의미에서 절대적인 권리(a absolute right)로서 이해되고 있다. 이러한 각 입법체계간의 차이의 평가에 앞서 계약당사자들에게 계약해제라는 구제제도가 어떠한 유용성을 주고 있는지를 검토해보도록 하자. 계약해제의 그 첫 번째 유용성은, 심각한 하자가 있는 물품임에도 불구하고 매수인이 그러한 물품을 그대로 수리해야만 하는 경우의 가혹함으로부터 매수인을 보호할 수 있다.<sup>106)</sup> 둘째로, 매도인이 하자있는 물건을 매수인에 제공시 매수인에게 물품의 수리거절 및 계약해제권을 부여함으로써 매도인으로 하여금 가능한 한 계약에 일치하는 물품을 제공하도록 하는 압력의 한수단이 될 수 있다.<sup>107)</sup> 셋째로, 계약해제는 이행청구 내지 손해배상청구처럼 법정에서의 시간 및 비용의 낭비가 필요 없는 신속한 자기구제수단이라는 점이다.<sup>108)</sup> 넷째로, 계약에 일치한 물품이 인도되었다손 치더라도 매수인의 잘못된 시황의 판단 또는 물품의 구입 후 시장가의 하락에 의해 매수인에게 불리한 상황이 전개될 수 있는데 계약해제는 매수인에게 그러한 불리한 상황의 회피를 위한 유용한 구제수단이 될 수도 있다는 점이다.<sup>109)</sup> 이러한 계약해제제도의 유용성은 유럽지침과 영법상 계약해제의 절대적인 권리를 정당화하고 있는 듯하나 문제는 그러한 계약해제권은 때때로 매도인의 입장에서 합리적이지 못한 결과를 낳을 수 있다. 이는 매수인이 계약해제권을 기회주의적으로 악용함으로써 계약체결시 그가 떠 안았던 위험을<sup>110)</sup> 매도인에게 되돌릴 수 있기 때문이다.<sup>111)</sup> 이러한 이유에서 CISG와 한국민법은 매수인의 계약해제를 각기 하자 있는 물품의 인도가 근본적 위반(a fundamental breach)에 해당하는 경우로 또는 하자로 인하여 매매의 목적을 달성 할 수 없는 경우로 제한하고 있다. 이러한 관점에서 영법과 유럽지침상의 계약해제제도는 정당화 될 수 없다고 평가된다. 한편 매수인의 기회주의적인 계약해제를 예방하기 위한 또 다른 수단은 하자의 정도가 매우 심각하나 매도인에 의해 하자의 보완이 가능한 경우에 매

106) Beale, "Remedies: Termination", in: Hartkamp et al. (ed.), *Towards a European Civil Code*, (1998), at 349 f.; Treitel(a), *op cit*, at 321; Collins, *The Law of Contract*, (1997), at 332.

107) *Ibid*.

108) Treitel(a), *op cit*, at 322.

109) *Ibid*; Collins, *op cit*, at 332.

110) 예를 들어 계약체결 후 시장가의 하락 등.

111) Treitel(a), *op cit*, at 322.

수인의 계약해제를 제한하는 것이다. 그러나 이러한 계약해제권의 제한이 하자  
의 보완이 가능한 모든 경우에 적용되는 것은 아니며 CISG, 한국법 및 유럽지  
침에서 각기 유사하게 규정하는 바와 같이 매도인이 합리적인 시간 내에 그리  
고 매수인에 불합리한 불편을 끼치지 않는 범위 내에서 하자를 보완할 의사  
또는 능력이 없는 경우에 한하여 매수인의 계약해제권을 제한하고 있다. 결국  
매도인의 하자보완의 의지 및 가능성 여부와는 상관없이 매수인에 절대적인  
물품거절권 및 계약해제권을 부여하고 있는 영법은 매수인의 기회주의적인 계  
약해제를 어떻게 정당화시킬 수 있을지 의심스럽다.

위에서 살펴본 바와 같이 절대적인 계약해제권은 매수인으로 하여금 기회주  
의적인 계약해제를 유도함으로써 때때로 불공평한 결과를 낳는 것이 사실이다.  
그러나 이상과 같은 주장과 관련하여 주목해야 할 것은 매수인의 기회주의적  
인 계약해제를 예방하기 위한 CISG, 한국민법, 유럽지침상의 계약해제의 여러  
제한이 소비자거래에도 그대로 적용되어도 좋은가의 의문점이다. 그러한 각 계  
약해제의 제한은 추상적인 언어로 규정됨으로 인해 분명 법정에서 양 당사자  
에게 가장 공평한 결과를 내는데 유용할 것으로 판단된다.<sup>112)</sup> 그러나 그러한  
유용성에도 불구하고 주의할 것은 소비자들 대부분은 시간과 비용의 문제를  
들어 하자물품에 대한 문제를 해결함에 있어 법정에 소를 제기한다기 보다는  
종종 매도인과의 직접협상을 통해 해결점을 찾는다는 점이다.<sup>113)</sup> 문제는 상인  
인 매도인이 통상적으로 소비자보다 협상능력(전문지식 등)에서 월등한 것이  
사실이며, 구체적이지 못한 법률규정 또한 일반적으로 매도인에 유리하게 작용  
해왔다는 것이다.<sup>114)</sup> 결국 소비자는 그가 원하는 물건이 하자 없는 완전한 물  
건임에도 불구하고 매도인의 협상력에 압도되어 종종 그의 권리를 포기하거나  
매도인이 제공하는 기대이하의 보상에 만족해야 했다.<sup>115)</sup> 그렇다면 여기서 이  
러한 소비자의 협상능력을 배가함으로써 약자인 소비자를 보호할 필요성이 제기  
되는데 최우선의 방법은 아마도 법률상의 하자물품에 대한 구제제도를 보다  
쉽고, 명료하고, 예상가능토록 규정하는 것이 될 것이다.<sup>116)</sup> 따라서 CISG, 한국

112) Bradgate & Twigg-Flesner, op cit. 한편 그러한 추상성은 매도인으로 하여금 가  
능한 한 계약에 일치하는 물품을 제공하도록 하는 압력의 수단으로서 기능하는 계  
약해제권의 역할을 감소시킨다.

113) Bradgate & Twigg-Flesner, op cit.

114) Ibid.

115) Law Commission 160, Sale and Supply of Goods, (1987), at para. 4.12.

민법, 유럽지침상의 매수인의 기회주의적인 계약해제를 제한하기 위한 각 규정 이 그 모호함 내지 추상성으로부터 벗어날 수 없는 한<sup>117)</sup> 영법상의 절대적인 계약해제권은 약자인 소비자의 보호의 측면에서 매우 중요하다고 할 수 있다.<sup>118)</sup> 이러한 주장은 매도인에 때때로 불공평한 결과를 낳을 수도 있다. 그러나 그러한 불공평성은 소비자가 기회주의적으로 행동하는 경우는 많지 않다는 것을 전제로 압도적으로 다수인 소비자를 보호하기 위해 지불되어야 할 피치 못할 대가인 셈이다.<sup>119)</sup>

## 2. 대금감액권

### (1) 비교연구

유럽지침상 제2차적인 구제수단중의 또 다른 하나는 대금감액권인데 이 또한 계약해제권과 같이 제1차적인 구제수단인 하자보수 내지 대체품인도청구권에 의해 제한을 받게 된다.<sup>120)</sup> 다시 말해 대체품 또는 하자보수의 청구권의 적용이 불가능(impossible)하거나 또는 .형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우<sup>121)</sup> 또는 매도인의 대체품의 인도나 하자보수가 물품의 성질 및 소비자가 물품을 필요로 하는 목적에 비추어 합리적인 시간 내에 그리고 상당한 불편 없이 이루어지지 못하는 경우에 한하여 소비자는 대금감액권을 부여받는다.<sup>122)</sup> 유럽지침상 이러한 대금감액권의 중요성은 소비자가 인도받은 하자물품에 대하여 유럽지침과 아울러 국내법상 그가 의존할 수 있는 별 다른 구제수단이 없는 경우에도 그가 의지할 수 있는 마지막 구제수단이라는 점이다. 다시 말해 하자의 제1차적인 구제수단에 의지할 수 없으며 또한 하자의 경미성(minor) 때문에 제2차적인 구제수단중의 하나인 계약해제권 또한 행사할 수 없는 경우, 그리고 이에 덧붙여 국내법상 다른 어떤 구제수단에 의지할 길이 없는 경우에

116) Bradgate & Twigg-Flesner, op cit.

117) Treitel(a), op cit, at 350; Beale, op cit, at 98 f.; Collins, op cit, at 334 f.

118) Law Commission 160, Sale and Supply of Goods, (1987), at para. 4.12.

119) Ibid.

120) Directive (99/44) Art. 3.5.

121) Directive (99/44) Art. 3.3.

122) Directive (99/44) Art. 3.3., 3.5.

도 소비자는 최소한 하자로 인한 가치손상분에 대해 대금을 감액할 수 있게 된다. 한편 유럽지침에서 소비자에게 부여되는 모든 구제제도는 각 가맹국의 고유 법률에서 부여하는 계약에 근거한 또는 근거하지 않은 기타 구제제도를 침해하지 않으므로 소비자는 유럽지침상 부여되는 대금감액권 외에도 대금감액으로 보상되지 않는 여타의 손해에 대해 국내법에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>123)</sup> 유럽지침은 이러한 대금의 감액시 어떠한 방식으로 그 감액되는 금액이 결정되는지 그리고 어떤 시점을 기준으로 감액분이 결정되는지에 대해서는 명확히 규정하고 있지는 않으나 유럽지침이 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>124)</sup>

대륙법의 하나로 불리우는 한국민법은 하자물품에 대한 매수인의 대금감액권이 본래 로마법의 *actio quanti minoris*에 유래하여 대륙법에 전개된 것임에도 불구하고 기타 대륙법과는 달리 그러한 대금감액권을 매도인의 하자담보책임의 규정 내에 명시적으로 두고 있지 않고 있으며 그 대신 손해배상청구권을 인정하고 있다.<sup>125)</sup> 반면에 민법상 권리의 하자과 물품의 수량이 부족한 경우에만 한하여 그리고 상법상에 매수인의 대금감액권은 명시적으로 인정되고 있다.<sup>126)</sup> 이렇듯 품질하자의 경우 대금감액권과 관련 한국민법상 하자담보책임의 특이성은 하자담보책임의 법적성질과 더불어 학자들 사이에 다양한 해석을 낳으며 치열한 논쟁의 중심이 되어 왔다. 한국민법상 대금감액에 상응하는 것으로서 내지는 대금감액의 성질에 대한 여러 논쟁은 다음과 같이 간략히 정리될 수 있다. 첫째, 원시적 일부불능에 기초한 계약의 일부해제를 근거로 대금감액을 설명하는 이론.<sup>127)</sup> 둘째, 하자 없는 물건의 인도의무를 전제로 일부불능에 따른 쌍무계약상의 위험부담에 기초한 대금감액의 설명이론.<sup>128)</sup> 셋째, 대금감액은 하자담보책임법상 손해배상청구시 신뢰이익의 일부로서 인정된다는 이

123) Green Paper, op cit, at 90; 10th Report by Select Committee, Session 1996-7, Consumer Guarantees, HLP 57, at 21; Directive (99/44) Art. 8.1.

124) Bradgate & Twigg-Flesner, op cit.

125) 조규창, “물건의 하자담보책임 -현행법규정의 비판적 고찰-” 법학논집 제21집 (고려대학교 법학연구소, 1983), p. 224 ff.; Byung-Mun Lee, op cit, at 31 ff., 39 ff.

126) 민법 제574조; 상법 제69조 (1)항.

127) 박윤직, 전게서, p. 231.

128) 이은영(b), 전게서, p. 227.

론.<sup>129)</sup> 넷째, 하자담보책임법상의 손해배상이 명백한 법조문의 표현에도 불구하고 하자담보책임의 기원을 근거로 단순히 대금감액 그 자체만을 의미한다는 이론.<sup>130)</sup> 다섯째, 하자담보책임의 본질론과 하자담보책임법상의 손해배상과는 무관하게 별도로 매수인의 대금감액권을 민법 제574조를 유추 적용하여 인정하자는 이론.<sup>131)</sup> 한편 그러한 대금감액이 어떤 방식으로 결정되며 어느 시점을 기준으로 하는지에 대해서는 명료하지 않다.

한편 CISG는 유럽지침과 유사하게 매도인의 하자물품 인도시 명시적으로 매수인에게 대금감액권을 부여하고 있다.<sup>132)</sup> 대금감액분은 하자가 없었을 경우 지니는 물품의 가액과 하자물품의 가액의 비율에 따라 비례적으로 결정되며 그 기준시는 ULIS 및 CISG 초안과는<sup>133)</sup> 달리 인도시로 하고 있다.<sup>134)</sup> 이러한 매수인의 대금감액권은 매수인이 이미 대금을 지불하였는지의 여부에 상관없이 행사될 수 있으며,<sup>135)</sup> 대금의 감액으로 전보되지 않는 매수인의 손해에 대해서 매수인은 대금감액과 더불어 손해배상청구를 할 수 있다.<sup>136)</sup>

한편 영법은 하자있는 물품이 인도된 경우 매수인에 유럽지침과 CISG와 달리 명시적으로 대금감액권을 부여하고 있지는 않다. 그러나 매수인이 물품에 대한 대금을 매도인에 아직 지불하지 않은 경우 그가 지불해야 할 대금으로부터 물품의 가치의 감소분에 대한 대금감액의 형식으로 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>137)</sup> 손해배상액은 물품의 인도시 하자물품의 가액과 그 당시 하자가 없었더라면 지닐 정상품의 가액사이의 차액에 의해 결정된다.<sup>138)</sup> 매수인이 하자로 인한 물품가치의 하락이외의 다른 손해를 입었다면 그는 그러한 손해에 대하여 별도로 손해배상청구 내지 매도인의 대금청구소송에 대해 반소를 제기할

129) 서광민, “매도인의 하자담보책임으로서의 손해배상책임의 내용과 요건”, 고시연구 제21권 3호 (1994), p. 38 f.; 안법영, “매매목적물의 하자로 인한 손해배상-후속손해의 배상과 책임귀속의 기준을 중심으로-”, 민사법학 제11, 12합병호 (1995), p. 219 f.; 김형배, 전게서, p. 341 f., 345 f.; 조규창, 전계논문, p. 262 f.

130) 김대정(a), 전계논문, p. 264 f.; 이상광, 전계논문, p. 303 f.

131) Byung-Mun Lee, op cit, at 249 f.; 안춘수, 전계논문, p. 435 f.

132) CISG Art. 50.

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

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

135) CISG Art. 50.

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

137) The SGA s. 53(1)(a); *Mondel v. Steel* [1841] 8 M&W 858, 151 ER 1288; *Poulton v. Lattimore* [1829] 9 B&C 259.

138) The SGA s. 53(3).

수 있다.<sup>139)</sup> 이렇듯 영법은 하자물품에 대하여 명시적인 대금감액권을 부여하지는 않고 있으며 하자물품으로 인한 가치의 손상분에 대해선 손해배상청구권에 의해서만 보상될 수 있었다. 그러나 Regulations 2002에 의하면 소비자는 손해배상청구권과는 별도로 하자물품에 대해 적절한 금액만큼 (by an appropriate amount) 대금을 감액할 권리를 부여하고 있다.<sup>140)</sup> 이러한 대금감액권은 유럽지침에서 요구하는 바와 같이 대체품 또는 하자보수의 청구권의 적용이 불가능(impossible)하거나 또는 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우<sup>141)</sup> 또는 매도인의 대체품의 인도나 하자보수가 합리적인 시간 내에 그리고 상당한 불편 없이 이루어지지 못하는 경우에 한하여<sup>142)</sup> 인정되는 구제제도이다.<sup>143)</sup>

## (2) 평가

이상에서 살펴본 바와 같이 CISG와 유럽지침은 매수인의 손해배상청구권과는 별도로 대금감액권에 대한 명시적 규정을 두고 있는 반면 영법과 한국민법은 이에 대해 침묵을 지키고 있다. 특히 대륙법체계에 속하는 한국민법은 대륙법의 독특한 구제제도중의 하나인 대금감액권의 인정여부에 많은 논쟁이 있어왔다. 그러나 영법과 한국민법 모두 하자로 인하여 발생한 대가관계의 불균형은 비록 CISG와 유럽지침과 같이 대금감액권의 행사에 의해 복구되는 것은 아니나 하자로 인한 가치손상분에 대해 보상이 이루어진다는 점에 있어서는 실제적인 차이는 없는 듯 하다. 한편 그러한 유사점에도 불구하고 매수인의 손해배상청구권과는 달리 대금감액권이 갖는 특징의 하나는 계약해제권처럼 자기구제수단(a self-help remedy)이라는 성질을 지닌다는 점이다.<sup>144)</sup> 다시 말하

139) The SGA s. 53(4).

140) Regulation 5 (s. 48C(1)(a)).

141) Regulation 5 (s. 48B(3)).

142) Regulation 5 (s. 48B(2)(a)).

143) Regulation 5 (s. 48C(2)).

144) 자기구제수단(self-help remedies)의 의미는 "private actions taken by those interested in the controversy to prevent or resolve disputes without official assistance of a governmental official or disinterested third party"라 정의되고 있다. Brandon et al., "Project, Self-help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society", 37 Vand. L. Rev. 845, at 850; Taylor, "Self-help in Contract Law: An Exploration and Proposal" (1998) 33 Wake Forest L. Rev. 839, at 841.



여 매수인의 대금감액권은 손해배상청구권과 같이 매수인이 입은 손해에 대해 보상을 받기 위하여 법정에 의존하는 것과는 달리 그 스스로 지급해야할 금액으로부터 하자로 인한 가치손상분을 감액하는 자기행위이다. 이러한 자기구제수단의 유용성은 다음과 같다. 첫째로, 종종 그 결과에 있어 지연을 야기하는 법정에 의한 구제수단 또는 제3자의 개입의 필요 없이 매수인은 신속하게 자기구제수단에 의존할 수 있다는 점이다.<sup>145)</sup> 둘째로, 자기구제수단의 신속성과 그 결과에 있어서의 확실성은 매수인으로 하여금 종종 그 결과에 있어 불확실성을 야기하는 법정구제수단을 회피하게 하는 대신 자기구제수단에 의존토록 함으로 법정에 의한 소송의 결과를 얻기 전에 필요한 자기 보호행위를 취할 수 있다는 점이다.<sup>146)</sup> 셋째로, 법정에 의한 구제수단과 달리 소송관련하여 비용이 들지 않는다는 점이다.<sup>147)</sup> 넷째로, 실무상 대부분의 계약당사자는 계약이 행과정상에서 발생하는 문제의 해결에 있어 법정에 의존하는 것에 대한 반감과 불신을 가지고 있어<sup>148)</sup> 이러한 자기구제수단의 활용을 통해 제3자의 개입 없이 계약당사자 자신에 의하여 자신의 문제에 대한 자기통제와 자치를 촉진시킬 수 있다는 점이다.<sup>149)</sup> 이러한 자기구제수단의 잇점들은 CISG 및 유럽지침과는 달리 대금감액권을 명시적으로 규정하고 있지 않는 영법과 대금감액에 관련하여 논쟁중인 한국민법에 좋은 참고자료를 제시하고 있는 듯하다. 한편 이러한 자기구제수단의 필요성은 비용 및 전문지식 등 관련 협상능력에 있어 절대열세인 소지자에게는 더더욱 절박하다 할 수 있다.

## VI. 결론

본 논문은 앞서 제시해 놓은 그 목적에 비추어 먼저 한국민법, 영법과 CISG

145) Taylor, *op cit*, at 847; Harris, *Remedies in Contract and Tort*, (1988), at 15, 30 f.

146) Taylor, *op cit*, at 847.

147) *Ibid*; Harris, *op cit*, at 15, 30 f.; Rubin, "The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law" (1995) 90 *Nw. U. L. Rev.* 107, at 119 ff.

148) Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963) 28 *Am. Soc. Rev.* 55, at 65.

149) Taylor, *op cit*, at 847 ff. Cf. 자기구제수단의 단점에 관하여 Taylor, *op cit*, at 850 ff.

의 비교연구를 통하여 유럽지침상의 구제제도를 살펴보았으며 이를 간단히 정리한다면 다음과 같다. EC 내부시장의 조화, EC 내의 모든 시민들을 위한 소비자권리의 창출과 공통된 유럽소비자매매법의 신설의 취지 하에 제정된 유럽지침상의 하자물품에 대한 매수인의 구제제도는 대체물 내지 하자보수청구권으로 대표되는 제1차적인 구제수단과 대금감액권과 계약해제권으로 이루어지는 제2차적인 구제수단으로 구성되어 있다. 유럽지침상의 두 단계의 구제제도의 의미는 소비자로서 하여금 하자가 있는 물품이 인도된 경우 먼저 대체품 또는 하자보수를 청구하여 보고 그러한 각 구제수단의 행사가 불가능(impossible)하거나 또는 형평에 맞지 않는(disproportionate) 경우에 한하여 대금감액 내지 계약해제를 할 수 있도록 하는데 있다. 이러한 유럽지침의 구제제도는 독특하게 두 단계의 구제제도로 이루어져 있으며 구제제도의 적용에 있어 매수인은 먼저 제1차적인 구제수단에 구속되며 동 구제수단의 적용에 어려움이 있는 경우에 한하여 제2차적인 구제수단에 의존해야한다는 점에 있어 매수인에 선택권을 부여하고 있는 CISG, 한국민법 및 영법과 큰 차이가 있는 듯 보이나 전체적으로 각 입법상의 여러 구제제도의 요건들을 비교 연구해 본 결과에 의하면 유럽지침과의 큰 차이점을 살펴 볼 수는 없었다. 다만 상사거래를 주로하는 CISG에 비추어 유럽지침은 매수인의 계약해제권의 행사를 위해 하자의 정도가 일정정도에 이를 것을 요구하지 않는다는 점에 있어 매수인의 권리가 한층 강화되었다 할 수 있다. 한편 유럽지침의 내용의 검토에서 주의할 점은 유럽지침상 소비자가 가질 수 있는 권리는 최소한의 것으로 각 가맹국의 관련 규정이 소비자보호를 위하여 유럽지침 보다 낡은 권리를 소비자에게 부여하고 있는 경우라면 그러한 규정을 그대로 유지할 수 있기 때문에 수출시장의 관련법규를 하나하나 점검해 보아야만 할 것이다.

또한 본 논문은 이상과 같은 유럽지침상의 구제제도의 내용연구를 넘어 타 입법과의 비교를 통해 각 입법체계의 문제점을 발견하였다. 먼저 대체품 내지 하자보수청구권과 관련하여 동 권리를 형평법상의 구제제도로 인식하고 특정 이행주문에 있어 상당히 제한적인 태도를 보여주고 있는 영법은 종류물 매매에 관련하여 1) 대체품의 소재를 파악하기에 어려움이 있는 경우, 2) 대체품의 생산에 지연이 있는 경우, 3) 대체품의 공급자 또는 생산자가 품질에 관련하여 평판이 좋지 않은 경우, 특정이행의 주문에 부정적임으로 매수인에 불합리한 결과를 낳음을 알 수 있었다. 한편 한국민법의 문제점은 매수인의 대체품청

구에 있어 하자의 심각성의 정도에 따른 어떠한 제한이 없다는 점이며 그리고 한국민법이 주목하여야 할 것은 하자의 심각성에 관련하여 CISG의 요건(근본적인 위반의 경우)이 소비자거래를 주로 하는 유럽지침의 요건(하자의 심각성이 단순히 하나의 고려사항일 뿐)과 상이하다는 점임을 본 논문은 지적하였다. 또한 소비자의 입장을 잘 반영한 것으로 평가되는 유럽지침 또한 그 문제점을 드러냈는데 이는 제2차적인 구제수단(계약해제 내지 대금감액권)의 제1차적인 구제수단(대체품 내지 하자보수청구권)에의 종속관계에서 발견될 수 있었다. 즉, 하자의 보완이 가능한 하나 소비자가 하자의 발생을 통해 매도인의 품질에 관련한 신뢰를 잃었을 경우 그로 하여금 제1차적인 구제수단에 구속되게 하는 유럽지침은 소비자들의 합리적인 기대(통상 물품을 반환하고 다른 매도인으로부터 대체품의 구입)를 잘 반영하고 있지 않음을 보여주었다. 이와 더불어 각 입법의 비교연구는 계약해제권에 있어서도 그 문제점을 드러냈는데 동 권리의 행사를 위해 하자의 심각성의 정도가 일정수준에 이를 것을 요구하지 않는다는 의미에서 절대적인 권리(a absolute right)를 부여하고 있는 유럽지침과 영법은 매수인으로 하여금 CISG나 한국민법과는 달리 그러한 권리가 매수인에 기회주의적으로 악용될 위험에 노출됨을 보여주었다. 또한 같은 맥락에서 매도인의 하자보완의 의지 및 가능성 여부와는 상관없이 매수인에 절대적인 물품거절권 및 계약해제권을 부여하고 있는 영법은 더더욱 정당화 될 수 없었다. 그러나 소비자거래에서 절대적인 계약해제권을 부여하고 있는 영법의 태도는 전문지식 등에서 열등한 협상력을 갖고 있는 소비자의 보호를 위해 필수적임이 주장되었으며 이러한 관점에서 당사거래를 주로하는 CISG의 경우 별 문제는 없을 수도 있으나 한국민법과 유럽지침은 그들 규정의 모호함 내지 추상성으로 인해 소비자보호에 자칫 미흡할 수도 있음을 알 수 있었다. 대금감액권과 관련 동 권리를 명시적으로 규정하고 있지 않은 한국민법과 영법은 하자로 인한 대가관계의 불균형은 결국 손해배상에 의해 보상이 가능하므로 CISG 또는 유럽지침과 경제적인 측면에서 실제적인 차이는 없으나 자기구제수단(a self-help remedy)으로서의 대금감액권의 제 유용성의 측면에서 동 권리의 명시적인 규정의 필요성을 역설하였다.

끝으로 본 논문은 CISG상 영미법과 대륙법의 통일에 실패하였다고 평가되는 특정이행청구권의 구제제도는 다시 한번 그 통일의 시도가 유럽지침에서 이루어 졌는지 그리고 유럽지침의 요구가 영미법의 대표국가인 영국에서 어떠

한 방식으로 접근되고 있는지를 살펴보았다. 그들이 보여준 것은 특정이행청구권에 관한 양보였으며 통일입법으로의 일대 전진이라고 평가될 수 있었다. Regulations 2002를 통해 그들은 특정이행에 관한 그들의 회의적인 태도로부터 벗어나 물품에 대하여 소비자에게 대체품 내지 하자보수청구권을 부여함과 동시에 이러한 소비자의 대체품 내지 하자보수청구권의 행사시 법정은 매도인으로 하여금 직접 대체품 또는 하자보수를 이행하도록 주문할 권한을 가지게 되었다. 한편 이러한 특정이행청구권과 더불어 대륙법의 고유 구제체도로 알려진 대금감액권 또한 인정함으로써 비록 Regulations 2002가 아직 그 효력은 없으나 이는 앞으로 논의 중인 영법의 CISG가입을 위한 첫 걸음을 내디딘 것으로 평가되어진다. 한편 대륙 건너편에 위치한 한국의 CISG 가입의 논의도 또한 이러한 영법의 진일보한 움직임에 비추어 한층 더 활발하게 진행되어야 한다고 주장한다.

## 參 考 文 獻

- 곽윤직, 채권각론, 박영사, (1998).
- 김대정, “채무불이행책임설에 의한 하자담보책임의 재구성”, 민사법학 9호 (1993. 7), pp. 242 ff.
- 김대정, “매도인의 하자담보책임에 관한 판례의 동향”, 민사법학 제15호 (1997), pp. 264 ff.
- 김동석, “부적합물인도에 대한 매수인의 구제”, 월간고시 177호 (1988), pp. 61 ff.
- 김상용, 채권각론, 법문사, (1999).
- 김주수, 채권각론, 삼영사, (1995).
- 김형배, 채권각론, 박영사, (1997).
- 서광민, “매도인의 하자담보책임으로서의 손해배상책임의 내용과 요건”, 고시연구 제21권 3호 (1994), pp. 25 ff.
- 안법영, “매매목적물의 하자로 인한 손해배상-후속손해의 배상과 책임귀속의 기준을 중심으로-”, 민사법학 제11, 12합병호 (1995), pp. 194 ff.
- 안춘수, “하자담보법상의 문제점-채무불이행설의 입장에서 특정물매매를 중심으로-”, 민사법학 11호 (1995. 2), pp. 419 ff.
- 이상광, “하자담보책임의 기본문제”, 비교사법 5(1)호 (1998), pp. 283 ff.
- 이은영, 민법학강의, 박영사, (1996).
- 이은영, 채권각론, 박영사, (1997).
- 조규창, “물건의 하자담보책임 -현행법규정의 비판적 고찰-” 법학논집 제21집 (고려대학교 법학연구소, 1983), pp. 221 ff.
- Apps, “The Right to Cure Defective Performance”, (1994) L.M.C.L.Q. 525.
- Beale, Remedies for Breach of Contract, Sweet & Maxwell, (1980).
- Beale (ed.), Chitty on Contracts, Sweet & Maxwell, (1999).
- Beale and Howells, “EC Harmonisation of Consumer Sales Law - A Missed Opportunity?”, (1997) 12 Journal of Contract Law 21.
- Bernstein and Lookofsky, Understanding the CISG in Europe, Kluwer Law International, (1997).
- Bianca/Bonell (ed.), Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention, Giuffre, (1987).
- Birds and Bradgate (ed.), Termination of Contracts, Chancery Law

- Publishing, (1995).
- Bradgate, *Commercial Law*, 2nd ed., Butterworths, (1995).
- Bradgate & 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>).
- Brandon et al., "Project, Self-help: Extra-judicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society", 37 *Vand. L. Rev.* 845.
- Bridge, *The Sale of Goods*, Clarendon, (1997).
- Bridge, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, (1999).
- Burrows, "Specific Performance at Cross-roads", (1984) 4 *Leg. Stud.* 102.
- Byung-Mun Lee, *A Comparative Study on the Seller's Liability for Non-conforming Goods under CISG, English law, European Law and Korean Law*, Doctoral thesis, Univ. of Warwick, (2001).
- Carter, *Breach of Contract*, Sweet & Maxwell, (1991).
- Devlin, Lord, "Treatment of Breach of Contract", (1966) *C.L.J.* 192.
- Enderlein and Maskow, *International Sales Law*, Oceana, (1992).
- Fitzgerald, "CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec", (1997) 16 *J.L.&Com.* 291.
- Flechtner, "Remedies under the New International Sales Convention: the Perspective from Article 2 of the U.C.C.", (1988) 8 *J.L.&Com.* 53.
- Galston/Smit (ed.), *International Sales*, Matthew Bender, (1984).
- Ghestin, "The Obligations of the Seller according to the Vienna Sale Convention of the 11th April 1980, on Contracts for the International Sale of Goods", (1988) *No.1 Intl Bus.L J.* 5.
- Goode, *Commercial Law*, Penguin, (1995).
- Guest (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, (1997).
- Harris, *Remedies in Contract and Tort*, Weidenfeld and Nicolson, (1988).
- Hartkamp et al. (ed.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, (1998).
- Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 3rd ed., Kluwer Law International, (1999).
- Jones and Goodhart, *Specific Performance*, Butterworths, (1996).

- Kastely, "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention", (1988) 63 *Washington Law Review* 607.
- Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation, (1994).
- Krummel & D'Sa, "Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: A Minimalist Approach to Harmonised European Consumer Protection", (2001) 26(3) *EURLR* 312.
- Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963) 28 *Am. Soc. Rev.* 55.
- McKendrick, *Contract Law*, Macmillan (2000).
- Rubin, "The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law" (1995) 90 *Nw. U. L. Rev.* 107.
- Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, Manzsche, (1986).
- Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Clarendon, (1997).
- Sharpe, *Injunctions & Specific Performance*, Canada Law Book Ltd., (1983).
- Singleton, "The Consumer Guarantees Directive 1999/44", (1999) 18(2) *Tr.Law* 126.
- Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, Sweet & Maxwell, (1984).
- Taylor, "Self-help in Contract Law: An Exploration and Proposal" (1998) 33 *Wake Forest L. Rev.* 839.
- Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon, (1988).
- Treitel, "Specific Performance in the Sale of Goods", (1966) *J.B.L.* 211.
- Twigg-Flesner, "The EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", (1999) 7(2) *Consumer Law Journal* 177.
- Walt, "For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention", (1991) 26 *Tex. Int'l L. J.* 211.
- 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.

Ziegel, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>), (1981).

Zollers, Hurd & Shears, "Consumer Protection in the European Union: An Analysis of the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees", (1999) 20 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 97.



## ABSTRACT

### **Remedies for the Seller's Delivery of Defective Goods under EC Directive in Comparison with English Law, Korean Law and CISG**

Byung-Mun Lee

This is a comparative and analytical study which comprises of the analysis of the rules of the buyer's remedies where the seller delivers defective goods of four legal systems; Directive, CISG, English law and Korean law. In light of threefold main purposes of this study, it firstly attempts to describe and analyze the remedy provisions of Directive in a comparative way in order to provide legal advice to the sellers who plans to enter into English consumer markets. It shows that the two tier remedial system under Directive is not much different from the other jurisdictions, except where the right of rescission under Directive is absolute in a sense that it does not require a certain degree of seriousness of defect. Secondly, the study compares the rules of one jurisdiction with those of other jurisdictions and evaluates the rules in light of the discipline of comparative law the basic question of which is whether a solution from one jurisdiction may facilitate the systematic development and reform of another jurisdiction. It proves the followings: ① the reluctance and uncertainty in English law of ordering specific performance based on the discretionary power does not reflect the parties' preference because the order is either uncertain or rather negative where the purchase of substitute goods elsewhere is not a satisfactory solution in many cases; ② the position in Korean law which has no limitation on the right to require substitute goods is likely unfair in commercial sales, but justified in consumer sales; ③ the

right of termination or reduction under Directive which is subject to the applicability of the right to require repair or substitute goods seems to be contrary to the consumer's preference where the defective delivery destroys the basis of trust in the quality of the seller's performance; ④ the absolute right of termination under Directive and English law seems crucial in consumer sales because they are often inferior to commercial sellers in terms of information and bargaining power; ⑤ the right of reduction as a self-help remedy which is absent in English law emphasizes its usefulness. Thirdly, it finds that, where CISG is deemed to fail to unify different rules on the right to require specific performance between Civil and Common law, it is attempted once again in Directive and notwithstanding their hostility to awarding the right to require specific performance in English law, Regulations 2002 expressively stipulates such right.

Key-words : CISG, Remedies