

국제물품거래상 계약위반의 구제제도에 관한 고찰*

- 영미법을 중심으로 -

한 낙 현**

I. 서 론

II. 계약의 의의와 계약불이행에 대한 구제수단

III. 영미 구제제도의 성립경위와 비교

IV. 미국 구제제도의 최근 동향

V. 결 론

I. 서 론

물품매매에 있어서 쌍무계약은 동시이행을 원칙으로 하며 매도인의 물품인도와 매수인의 대금지급이 동시에 이행되는 것이 바람직하다. 이것은 계약체결 후 가능한 신속하게 매수인이 물품을 수령하고 동시에 매도인은 대금을 수령하기를 희망하는 의사이다. 그러나 격지자간 거래의 전형인 국제상거래에서는

* 이 연구결과물은 2009년도 경남대학교 학술연구장려금의 지원에 의한 것임.

** 경남대학교 경제무역학부 부교수

물품을 매수인이 있는 곳까지 운송해야 한다. 일반적으로 물품인도는 운송인에게 인도된 때에 발생하지만 물품이 운송된 후 매수인이 대금을 지급하게 되면 물품인도와 대금지급의 동시이행은 실현되지 않는다.¹⁾ 또한 지급된 대금을 매도인이 회수하기까지에는 상당한 시간이 소요되므로 본래의 취지인 신속한 시기에 있어서 물품수령과 대금수령의 동시이행이 달성되지 않게 된다.

국제상거래는 격지자간 거래이므로 그 이행과정에서 예견할 수 없는 상황이 자주 발생한다. 국제상거래는 그 상황변화에 따라 향후의 계약이행에 중대한 영향을 미치게 되어 당해 계약의 존속자체가 무의미하게 되거나, 일정기간 내지 상당기간 의무이행이 불가능하게 되는 경우도 발생할 수 있다.

계약당사자가 계약의 본지에 따른 이행을 하지 않은 경우에 대해 영미법에서는 계약위반으로, 대륙법에서는 채무불이행으로 각각 그 법리를 구성하고 있다. 채무불이행은 원칙적으로 채무자의 귀책사유를 그 요건으로 하고 이행지체, 불완전이행, 이행불능, 하자담보 등 다양한 유형으로 구분하여 각각 그 효과를 달리한다. 이에 비해 영미법상의 계약위반은 모든 불이행의 유형을 포괄하는 개념으로서 면책이 성립하지 않는 한 책임을 진다. 이는 모든 계약에 대하여 채무자가 그 이행을 보장하는 것으로 보고, 만일 보장된 결과가 달성되지 아니한 경우에는 계약위반으로서 채권자에게 손해배상을 인정하는 것이 당연하다고 보기 때문이다. 다만 채무자가 보장한 범위를 넘어서는 사정에 의해 이행이 방해된 경우에는 불가항력 등의 면책을 인정할 뿐이다. 또한 계약위반의 형태를 근본적 위반(fundamental breach)과 그러하지 않은 경우로 구분하여 전자에 대하여는 계약해제권을 인정하지만, 후자에 대하여는 계약해제권을 우선적으로 인정하지 않고 있다.²⁾

한편 국제상거래상 구제와 관련된 선행연구로는, 김동석(1988), 박상기(1999), 이병문(2003, 2009), 이천수(2002), 채진익(2008), 최명국(1999), 하강현(2008) 등이 있는데, 이 선행연구들에서는 국제물품매매계약의 이행기전 계약위반에 대한 구제, 유럽매매법상 또는 CISG상의 매도인과 매수인의 구제제도를 중심으로 분석한 것에 비해, 본 연구에서는 영미의 구제제도를 중심으로

1) 다만 운송인에게의 인도를 조건으로 대금을 선급하는 계약과 매수인의 거주지에서 인도하는 계약에서는 동시이행이 이루어진다(立石孝夫, 「國際取引の法と經濟」, 高文堂出版社, 2005, p.79).

2) 서헌재, 「국제거래법[제4판]」, 법문사, 2006, pp.125-126.

비교분석하고 있는 것에 차이점이 있다.

본 연구의 목적은 계약의 일방 또는 쌍방의 당사자가 고의로 계약을 불이행한 경우의 구제방법에 대해 영미의 법제를 비교분석하고, 또한 구제제도의 역사적인 연혁과 미국 구제제도의 최근 동향을 분석하는 것에 있다.

II. 계약의 의의와 계약불이행에 대한 구제수단

1. 계약의 개념

(1) 보통법상 계약의 정의

보통법상 계약의 정의에 대해서는, ① 법이 강제하는 약속³⁾, ② 법에 의해 인정되고 강제될 수 있는 의무를 유발하게 하는 합의⁴⁾라고 말할 수 있다.⁵⁾ 즉 후자의 입장을 채택하고 있는 것이 최근의 주류라고 볼 수 있다.⁶⁾

미국의 제2차 계약법재록(Restatement (Second) of Contracts)⁷⁾ 제1조(계약의 정의)에서는 “계약이란 하나의 약속이며 그 위반에 대해 법이 구제를 부여

3) F. Pollock, *Pollock's Principles of Contract*, 13th ed., Stevens & Sons Ltd., 1950, p.1.

4) E. Peel, *Treitel's on the Law of Contract*, 12th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p.1 ; J. Chitty, *A Practical Treatise on the Law of Contract*, G. and C. Merriam, 1834., pp.1-2.

5) H. G. Beale, et al., *Chitty on Contracts*, Vol. 1, 29th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2006, p.1.

6) E. Peel, *op.cit.*, p.1.

7) 1979년 제2차계약법재록 §1에서 ‘재록(Restatement)’이란 미국법률협회가 미국법의 주요 분야 중 판례를 중심으로 발달한 여러 영역을 문제로 삼아 법역에 의해 입장이 다른 점에 대해서는 그 내용을 검토하여 당해 준칙의 합리성을 중시하면서 취사선택하고 이것을 조문의 형태로 정리하여 설명(comments)과 예시(illustration)를 첨부한 것을 말한다. 계약법 외에 불법행위법, 법의 저촉, 국제관계법, 신탁법, 부동산법, 대리법 등이 있다. 이것은 제정법이 아니므로 엄밀하게는 법원(法源)으로서의 효력은 없지만, 사실상 판결 중에도 자주 인용되어 그 권위는 상당히 높다(이상운, 「영미법」, 박영사, 2003, pp.84-85). 계약법에 대해서는 1932년에 주요한 초안자인 Williston, 특별조언자인 Corbin에 의한 제1차 계약법재록이 채택되었고, 이어서 Braucher와 Farnsworth를 초안자로 한 제2차 계약법재록이 1979년에 승인, 1981년에 공포되었다. 현재 계약법 분야에서는 제2차가 최신의 것이 되고 있다(田中英夫, 「英米法辞典」, 東京大學出版會, 1991, pp.727-728).

하며, 어떤 형태로 그 이행을 의무로서 인정하는 것을 말한다”고 되어 있다. 미국통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 “UCC”⁸⁾)이라 한다) § 1-201(12)에서는 “계약이란 합의와 구별되며 UCC가 적용되는 법준칙에 의해 효과가 부여되는 당사자의 합의로부터 파생되는 법적인 채무 전체를 뜻한다”고 다소 다른 관점에서 정의하고 있다.

또한 법률가가 계약이라는 문구를 전문적으로 사용하는 경우에는 법적 강제력을 가지며, 적어도 어떤 방법으로 법적 구속력을 가진 약속의 의미로 사용되고 있다.⁹⁾ 기타 흔히 볼 수 있는 정의로서 “계약이란 법적 강제력이 있는 약속을 말한다”는 것을 들 수 있다. 이 ‘강제력 있는’이란 문구는 계약의 정의와 관련되는 경우에 영미의 문헌에서 자주 사용되고 있다.¹⁰⁾ 그러나 이 ‘강제력 있는’이란 문구의 사용에 대해 “법이 계약을 강제하는 것에 대해서는 강력한 이의(異議)는 없다. 실제로 법률가는 계약에 대해 그것이 강제되는 것이라고 보고 있기 때문이다. 다만 엄밀하게는 타당하지 않지만 오해를 초래하는 것이다”고 보는 견해도 있다.¹¹⁾ 그 근거로서 법원은 실제로 계약자체를 강제할 수 없으며, 또한 당사자에게 약속을 이행하도록 명령하는 경우도 매우 드물다. 일반적으로 법은 계약이행을 실제로 강제할 수 없지만, 계약위반에 대해 구제수단을 부여하는 것에 불과하다.¹²⁾ 이것은 손해배상을 제1차적 구제방

8) Uniform Commercial Code Official Text and Comments, 2005. UCC는 일반적으로 미국통일상법전이라 번역되며 이것은 미국 각주의 상거래를 근대화하고 통일하기 위해 통일주법제정위원회 전국회의와 미국법률협회가 중심으로 되어 미국법률가협회의 협력을 얻어 작성된 통일주법안을 말한다. 미국에서는 각주에 법률이 있어 상거래에서 중간 거래를 할 때 각주의 민상법이 다르면 거래실무상 불편함으로 상거래의 처음부터 끝까지 통상 발생하는 모든 국면에 대해 규정한다는 취지에서 이 UCC를 모델법으로서 제안한 것이다(이상윤, 전제서, p.29). 현재 컬럼비아특별구를 포함하여 모든 주에서 채택하고 있지만, 프랑스법의 영향이 강한 루이지애나주만은 제1편, 제6편 및 제9편은 채택하지 않고 있다.

9) A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, West Publishing, 1952, p.5 ; E. A. Farnsworth, *Contracts*, 4th ed., Aspen Publishers, Inc., 2004, p.3. 계약의 정의에 대해서는, R. A. Lord, et al., *A Treatise on the Law of Contracts by Samuel Williston(Williston on Contracts)*, 4th ed., Lawyers Cooperative Pub, 1990, p.1, p.4 ; A. L. Corbin, et al., *Corbin on Contracts*, Vol.1., Lexis Nexis, 1993, p.3 참조.

10) H. G. Beale, et al., *op.cit.*, pp.3-4.

11) P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford University Press Ltd., 1995, p.37.

12) *Ibid.* ; S. A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., Oxford

법으로 보고 있는 영미법에서는 정확한 지적이라고 볼 수 있다. 그 점을 고려한 것인지 제2차 계약법재록에서는 ‘강제력이 있는’이라는 문구는 사용되지 않고 있으며, 그 대신에 ‘법이 구제를 부여한다(The law gives a remedy)’는 표현법을 사용하고 있다.¹³⁾ 다만 ‘법에 의해 강제된다’는 의무란 그 위반에 대해 법이 특정적 구제, 즉 의무의 현실적 이행을 명령하거나 손해배상의 구제를 부여하는 의무를 말하며, ‘법에 의해 인정되는’ 의무란 강제되지 않지만 일정한 법적 효력이 부여되는 의무를 말한다고 볼 수 있다.¹⁴⁾

지금까지 계약이라는 문구에 대해 완전하고 만족할 수 있는 정의를 내린 적이 없다는 의견은 당연하다고 할 수 있지만,¹⁵⁾ 완벽을 목표로 하여 상당히 엄밀하게 정의할 수 있다면 그 필요성은 충족된 것이라고 판단된다. 상학적 관점¹⁶⁾에서 ‘강제력이 있는·구속력이 있는’이라고 추상적으로 파악하기보다 제2차 계약법재록에서와 같이 ‘구제를 부여한다’는 실질적인 규정 쪽이 적절하다고 보아진다. 그런데 여기서 중요한 점은 법이 구제를 부여하는 근거가 무엇인가에 대한 것이다.

이 점에 대해 제2차 계약법재록 제1조의 조문, 코멘트, 예시에는 특별한 규정이 없다. 최근 영미법에서는 대륙법의 ‘의사의 합치(meeting of minds)’라는 개념을 도입하고 있으며 그 의사가 계약법의 근본원리라는 설명도 있지만,¹⁷⁾ 원칙적으로 영미계약법에서의 근본적 개념인 ‘상호대가교환(consideration)’¹⁸⁾

University Press, 2006에서는 각주 13)의 문장과 함께 삭제되어 있다.

- 13) Restatement (Second) of Contracts §1. A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.
- 14) 望月禮二郎, 『英米法(新版)』, 青林書院, 1997, p.325. ‘강제할 수 없는 계약’이란 계약의 수약자(채권자)가 법원에 제소하여 자기의 채권을 강행할 수 없지만, 그 계약에 대해 자기의 이익을 지키기 위한 항변사유로서 원용할 수 있는 것을 말한다.
- 15) J. D. Calamari & J. M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contract*, 5th ed., West Group, 2003, p.1.
- 16) 오늘날 상학적 관점이라는 문구가 많이 사용되고 있지만, 그 객관적인 정의가 존재하는 것은 아니다. 이로 인해 상거래당사자라는 관점에서 수십년·수백년 동안 당해 당사자가 소속하는 업계내에서 안정적인 상거래를 계속하기 위한 관념이라는 의미로 사용된다. 구체적으로는 반복적 거래에 의한 장기적인 관점, 거래의 안정성, 거래관계의 계속, 당사자간의 관계증시, 신뢰와 평판 등의 요인을 중심으로 하여 시장에서의 신뢰성을 장기적으로 향상시켜 나가기 위해 종합적으로 감안한 가치판단의 의미로 사용된다.
- 17) P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1990, p.12.

이 없으면 법은 구제를 부여하지 못한다. 제2차 계약법재록 제71조에서는 “상호대가교환이란 청약자가 그 약속과 교환을 요구하고 승낙자의 약속과 교환으로 부여한 이행 또는 약속이다”고 규정하고 있다. 상호대가교환은 계약의 당사자 중 일방에게만 요구되는 것이 아니라 쌍방 모두가 상호대가교환을 충족해야 한다. 이를 ‘상호의무의 원칙’이라고 부른다. 상호대가교환의 경우 교환되는 대가는 반드시 경제적·금전적으로 대등하고 공평한 가치를 가질 것이 요구되는 것은 아니며 당사자가 서로 주고 받는 대가가 법적 관점에서 적합한 경우에는 유효하게 성립된다.¹⁹⁾ 또한 약속에 대해 아무것도 부여하지 않으면 법적 효력은 발생할 수 없으며, 즉 법적 효력이 없으면 계약이 아니며 계약법의 핵심은 교환에 있다는 견해도 있다.²⁰⁾ 즉 어느 약속이 파기되었더라도 그 약속에 대해 어떤 상호대가교환이 존재하는 거래가 아닌 한 당해 약속을 법적으로 보호하지 않게 된다는 뜻이라고 볼 수 있다.²¹⁾

(2) 계약법의 의의

일반적으로 물품의 질과 양 또는 인도의 시기와 장소 등의 방법이 계약조건에 적합하지 않는 경우 물품은 부적합으로 되어 매수인은 수령을 거절할 수 있다.²²⁾ 영국법상 매도인이 물품의 인도를 해태하거나 매수인이 물품을 합법적으로 거절할 수 있는 경우에는 계약은 종료하며 이 경우 매도인은 손해배상을 청구할 수 있다.

18) 이를 일본에서는 ‘약인’이라고 번역하고 있으나(樋口範雄, 「アメリカ契約法」, 弘文堂, 1994, p.16), consideration의 개념을 명확하게 표현하고 있지 않으므로 여기서는 ‘상호대가교환’이라 한다.

19) 이상윤, 전제서, pp.279-280.

20) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.4.

21) 樋口範雄, 전제서, p.16.

22) 영미법에서 어떠한 경우이든 물품 또는 인도의 제공이 계약조건에 적합하지 않는 경우에는 매수인은 정당하게 거절할 수 있다고 되어 있다(완전제공의 원칙(perfect tender rule)). 영국의 선례인 *Bowes v. Shand* 사건([1876] 1 Q.B.D.470)에 기인하는 것으로 되어 있다. 미국에서는 *Norrington v. Wright* 사건(115 U.S. 188(1885))과 *Filley v. Pope* 사건(115 U.S. 213(1885))에 따른다. 이것은 UCC §2-106(2) & Comment 2에서 설명하고 있다(다만 분할납품의 경우에는 적용되지 않는다). 실제로는 매도인의 소유권의 결여, 품질의 결함, 수량의 과부족과 배달지연의 네 가지가 쟁점이 되는 경우가 많다.

계약을 이행하는 근거로서 두 가지가 고려된다.²³⁾ 첫째, 계약을 체결하는 양 당사자에 있어서 어떤 이익이 존재하여야 한다. 자연인과 기업은 어떤 이익을 향유하기 위해 계약을 체결하고 있으며 이것은 자유의사에 근거한 판단이 이루어지는 상거래에서도 마찬가지이다. 둘째, 위험의 분산·대처를 위한 것이다. 계약이란 원래 장래의 이행을 수반하는 교환거래를 위해 체결되는 것이며, 따라서 본질적으로 불확정 요소가 존재하게 된다. 이로 인해 당사자는 거래에 의한 이익추구의 이행과정에서 발생할 가능성이 있는 위험을 회피·확정하여 이것을 최소한으로 하여 이익을 최대한 확보하려고 한다. 이를 위해 사전에 서로의 위험부담을 명확하게 하기 위해 계약을 체결하게 된다. 또한 ‘법과 경제학’의 관점에서 보면 손해발생을 보다 저렴하게 방지·회피할 수 있는 당사자가 당해 위험을 부담하는 것이 경제학적으로 보아 바람직하며,²⁴⁾ 그러한 위험배분을 통해 최종적으로 보다 손해의 발생을 저렴하게 방지함에 따라 결국 양 당사자에게 이익이 된다.²⁵⁾ 또한 상거래는 양 당사자가 서로 상대방의 물품·금전의 대가를 평가하여 이익을 향유하는 것으로서 이루어진다. 이로 인해 원칙적으로 물품의 교환에 의해 그 가치를 보다 높게 평가하는 당사자에게 유통하게 되는 것이므로 결과적으로 자원의 효율적 배분이 실현되게 된다. 실제 거래에서는 계약과 현물의 인도에 어느 정도의 시간적·공간적 갭이 있으므로 따라서 계약의 필요성이 존재하게 된다. 또한 반대로 말하면 계약법이 장래의 이행을 수반하는 교환거래를 보호하지 않으면 즉시 이행이 불가능한 거래의 성립을 방해함에 따라 한정된 자원이 효율적으로 운용되는 것을 저해하게 된다.²⁶⁾ 계약법의 의의에서 보면 희소한 사회적 자원의 효율적인 교환거래를 촉진할 것을 유도하는 제도로서 당연히 존재해야 할 것이며 이를 위해서는 장래의 교환거래를 보호하는 것이 중요하다. 따라서 계약법은 당사자 이익을 보호하는 방법이 중요하게 된다.²⁷⁾

23) 樋口範雄, 전제서. p.19.

24) 다만 실제의 상거래에서 양자의 역학관계로 인해 단기적으로는 효율적이 아닌 경우도 있다(R. Cooter & T. Ulan, *Law and Economics*, 5th ed., Pearson Education Inc., 2008, pp.220-221).

25) D. Charny, "Hypothetical Bargains: the Normative Structure of Contract Interpretation," 89 *Mich. L. Rev.*, 1991, p.1815 ; R. Cooter & T. Ulan, *op.cit.*, pp.217-218.

26) R. Cooter & T. Ulan, *op.cit.*, pp.218-224.

한편으로 계약위반을 당한 당사자가 적정하게 구제받지 않은 이상 위반자가 더욱이 이익을 획득하려고 하여 자신의 의사로 일방으로 계약을 파기한 경우에는 적어도 그것에 의해 획득한 이익을 반환하게 하는 것이 공평하다고 할 수 있다. 이 점에 대해 미국 법원의 판결인 *Murarka v. Bachrack Bros., Inc.* 사건²⁸⁾에 있어서 낙하산의 매매계약이 체결되었는데 매도인은 이 계약을 이행하지 않고 다른 매수인에게 46,500달러 비싸게 판매하였다. 이 계약의 매수인은 인도에서의 재판매이익에 기초한 손해배상을 요구하였다. 판결은 뉴욕주법원에서 매도인이 매수인의 재판매의 의사를 통지받은 것이 증명되지 않는 한 물품매매계약의 위반에 의한 손해배상액은 계약상의 판매가격과 물품이 인도되어야 할 때의 물품의 시장가격의 차액이라고 하여 재판매가격에 기초한 이행이익의 회수를 거부하였다.

그러나 물품이 매수인에게 인도되어야 하는데도 불구하고 당해 물품은 이 계약가격보다 46,500달러 비싼 가격으로 제3자에게 인도었는데, 이 사건에서의 시장가치는 그 전매가격이라고 보았다. 결과적으로 위반자가 획득한 이익을 모두 반환시킨 것이 된다. 이 판례에서는 계약을 파기할 자유를 인정하지 않는 것이라고 해석해야 할 것이다.

2. 계약불이행에 대한 구제수단

미국 계약법상 구제의 목적은 채무에 대한 현실적 이행을 강제하기 위한 것이 아니다. 즉 채무자에게 약속을 지키도록 강요하는 것이 아니라, 당사자들이 계약관계를 체결하는 것을 촉진하는 것에 있다. 즉 그 목적은 안심하여 계약을 체결할 수 있는 법제도의 확립에 있다.²⁹⁾ 또한 계약법의 역할도 계약의 체결행동을 촉진하는 것에 있다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 촉진방법이다. 그 같은 경우라도 이행을 강제받는 것이라면 신중해야 할 것이다. 따라서 계약법은 상대방의 계약위반에 의해 경제적 손실을 입지 않도록 해야 할 것이

27) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.730 ; UCC §1-305(B. Stone & K. D. Adams, *Uniform Commercial Code*, 7th ed., Thomson/West, 2008, pp.118-119).

28) *Murarka v. Bachrack Bros., Inc.* 111 F.Supp. 295(1953 S.D.N.Y.).

29) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.730.

며, 또한 그 위반으로부터 이익이 될 수 있는 구제법을 정비할 필요가 있다. 즉 법이 상대방에게 이행이익의 배상만하면 그 이상은 책임을 면제한다는 것을 보장함에 따라 안심하고 계약을 체결할 수 있게 된다.³⁰⁾ 즉 상거래를 촉진하기 위한 위험을 일정 범위내로 한정하는 것으로서 법적인 계약이 존재하게 될 것이다.

(1) 이행청구권

계약의 본래의 효력으로서 당사자 일방은 상대방에게 계약의 본지에 따른 이행을 청구할 수 있다. 그러나 상대방이 자발적으로 이행하지 않는 경우에는 사법권의 강제에 의해 그 실현이 보장되며 이를 영미법에서는 ‘특정이행 (specific performance)’³¹⁾이라고 한다. 또한 영미법에서는 손해배상을 주된 구제수단으로 하고 특정이행은 매우 예외적으로만 인정하여 왔다.

영국법상 특정이행의 개념은 매도인의 하자물품인도에 대해 매수인이 청구할 수 있는 보통법상의 권리로서 취급되지 않으며 이는 형평법상의 구제제도로써 그러한 특정이행청구권의 행사가 전적으로 법정의 재량에 위임되어 있다.³²⁾ 일반적으로 영국 법원은 매매계약관련 사건에서 특정이행의 판결을 내리는 것을 희망하지 않고 있으며 매우 제한된 경우에만 그러한 판결을 내리고 있다. 이러한 특정이행판결에 대한 법원의 태도는 1979년 영국물품매매법(The Sale of Goods Act 1979, 이하 “SGA”라 한다)³³⁾ 제52조 제(1)항에 규정되어

30) 樋口範雄, 전게서, p.62.

31) “specific performance”의 번역에 대해 때때로 ‘강제이행’이라고 번역하는 경우도 있는데 이것은 우리 민법 제389조의 강제이행에 상당하는 개념일 것이다. 그런데 우리 민법과의 차이를 명확히 하기 위해 특정이행으로 번역했거나 또는 단지 “specific”을 특정으로 번역했다고 본다. 참고로 강제이행이란 채권자의 이행청구에 응하여 채무자가 임의로 이행하지 않는 경우에 채권의 실현을 위해 채권자에게 주어진 이행강제수단을 말한다(민법 제389조). 채무이행이 제대로 이루어지지 않는 경우에 채권자는 강제이행의 수단 외에 계약위반에 따른 손해배상청구도 할 수 있다(제389조 제4항, 제395조)(김형배, 「민법학강의 제4판[이론·판례·사례]」, 신조사, 2005, p.744).

32) *Lamare v. Dixon* 사건([1873] LR 6 HL 414). 영국법상 특정이행과 계약상의 구제제도에 대해서는, *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* 사건([1998] AC 1) 참조.

33) 이것은 1893년에 종래의 동산매매에 관한 판례가 법전화되어 계약에 관한 판례법을 전제로 하여 작성되었다. 그 후 수정되어 현재의 1979년 법에 이르고 있다. 또한 “Sale of Goods”의 경우에 법학자는 ‘동산매매법’이라고 부르는 경우가 많으며, 상학자는 ‘물품매

있는데 이 조항은 법원의 특정이행판결의 주문을, ① 매매물품의 특정물 내지 총당된 물품의 경우, ② 법원이 특정이행판결의 주문에 대해 적절하다고 판단하는 경우로 제한하고 있다. ①의 경우에 관하여 SGA상 특정이행은 특정물 또는 총당된 물품으로 제한되어 있음에도 불구하고 종류물에도 특정이행이 인정될 수 있는지 여부에 관하여 의견이 대립되고 있다.³⁴⁾ ②와 관련하여 법원이 적절하다고 판단하는 경우에 고려해야 할 가장 중요한 기준은 보통법상의 손해배상이 피해당사자인 매수인의 구제에 충분하였는지의 여부로서 매도인의 손해배상이 매수인의 구제에 불충분한 경우 법원은 특정이행의 명령을 내릴 수 있게 된다.³⁵⁾ 여기서 문제는 손해배상의 충분성의 해석인데 통상적으로, ① 손해배상을 통해 매수인을 완전히 구제할 수 없는 경우, ② 손해의 측정과 배상이 곤란한 경우, ③ 매수인이 다른 곳에서 만족스러운 대체물을 획득할 수 없는 경우에는 손해배상에 의한 매수인의 구제가 불충하다고 인정되어 법원은 특정이행의 명령을 내릴 수 있다.³⁶⁾

한편 대륙법에서는 현실적 이행강제를 채무불이행의 중심적인 구제수단으로 하고 있다. 그러나 대륙법에서도 현실적 이행이 적당하지 않은 여러 경우를 인정하고 있으며 영미법도 특정이행의 허용에 대한 전통적인 부정적 입장을 재고해야 한다는 인식이 높아지고 있다.³⁷⁾

2004년 국제상사계약에 관한 원칙(Principles of International Commercial Contracts, 이하, “2004년 원칙”이라 한다)³⁸⁾은 이러한 국제적인 경향을 바탕

매법’이라고 부르는 경우가 많다.

34) 이와 관련된 상세한 내용은, 이병문, “EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교연구,” 전계논문, p.41 참조.

35) 손해배상의 충분성에 의한 기준이 아닌 특정이행이 손해배상보다 더 유리한 구제수단인지의 비교에 의해 특정이행의 명령을 내려야 한다는 판례인 *Beswick v. Beswick* 사건([1968] AC 58)에서는 광범위한 특정이행을 제시하고 있다. 그 외에 특정이행의 보다 넓은 적용범위를 주장한 판례로서 *Tito v. Waddel(No.2)* 사건([1977] Ch. 106)이 있다.

36) 이병문, “EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교연구,” 전계논문, p.42.

37) 서헌제, 전제서, p.127.

38) UNIDROIT가 15년간의 준비 끝에 1994년에 동 원칙에 관한 공식문서를 확정발표하였다. 1994년 원칙은 시행 이후 10년간 국제적인 업계와 법조계에 커다란 호응을 얻어 당초 기대 이상의 성공을 거두었다는 평가를 받았다. 그리고 그동안 시행상의 경험을 통해 필요한 부분이 보완되어 “2004년 원칙”으로 발표되었는데 대부분의 내용은 종전과 동일하고 다만, 대리인의 역할, 제3자의 권리, 상계, 채권양도, 채무이전 및 계약양도, 제소기

으로 하여 금전지급채무와 비금전채무를 나누어, 전자에 대하여는 특정이행을 전면적으로 인정하고(동 원칙 제7조 제2항 제1호), 후자에 대하여는 특정이행을 원칙으로 하면서도, ① 이행이 불가능인 경우, ② 이행에 불합리한 부담 또는 비용이 소요되는 경우, ③ 다른 대체적인 수단이 있는 경우, ④ 이행이 전속적인 성질의 경우, ⑤ 채권자가 상당기간 내에 이행을 요구하지 않는 경우에는 예외로 하고 있다(동 원칙 제7조 제2항 제2호).

또한 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 “CISG”라 한다)에서는 매수인이 계약에 따른 이행을 하지 않는 경우 매도인의 입장에서 매수인에게 대금지급, 인도수령 또는 기타 의무이행을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 매도인이 이러한 청구와 모순하는 구제를 요구한 경우에는 그러하지 않다(제62조). 예컨대 매도인이 계약해제를 선언한 경우라면 매수인에 대하여 물품의 인도수령을 요구할 수 없게 된다. 이와 같이 CISG에서는 계약당사자가 모두에게 이행청구권을 인정하면서도 다른 한편으로 영미법과의 타협을 시도하고 있다. 이와 같은 이행청구권은 계약체결의 목적이 계약대로 이행함에 있다고 한다면 계약이행을 법적으로 강제한다는 측면에서 높이 평가될 수 있는 구제수단이지만 국제거래에서 이행청구권이 인정되는 예는 예외적인 경우에 한정된다.³⁹⁾

한편 CISG는 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 이하, “PECL”이라 한다)⁴⁰⁾처럼 이행청구권의 제한을 위함 명시적 예외규정을 두고 있지는 않다. 다만 명시적 규정은 발견할 수는 없으나 이행불능의 경우이거나

한 등에 관한 내용이 새롭게 추가되었다(S. Vogenauer & J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts(PICC)*, Oxford University Press Ltd., 2009, pp.3-12 ; 오원석·최준선·허해관역, 「UNIDROIT 국제상사 계약원칙 2004」, 법문사, 2006, p.VI).

39) 이천수, 전계논문, pp.53-54.

40) PECL상 이행청구권은 다섯 가지의 예외를 두어 그 이행청구를 배제하고 있다. 즉 ① 이행이 불법이거나 불가능한 경우, ② 채무자의 이행을 강제하게 되면 채무자에게 비합리적인 비용과 노력을 강요하게 되는 경우, ③ 이행이 일신상의 성격을 가진 노동과 용역에 해당하거나 인적관계에 근간을 두는 경우, ④ 채권자가 이행청구의 대상인 채무자의 이행부분을 대체거래를 통해 합리적으로 획득할 수 있는 경우, ⑤ 피행당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 않은 경우이다(동 원칙 §9-102(2)(a)-(3)).

이행의 강제가 매도인에 불합리한 비용이나 곤경을 유발하는 경우에 한해 매수인의 이행청구권은 제한된다고 볼 수 있다. 그러나 이들 두 가지 경우를 제외한 나머지 PECL상 이행청구권 관련 제한요소들은 CISG의 유추해석을 통해서도 사실상 불가능하다고 보아진다.⁴¹⁾

(2) 계약해제

해제에 대하여도 대륙법과 영미법의 입장이 다르다. 대륙법에서는 모든 채무불이행에 대한 구제수단으로서 계약해제를 인정하지만 해제의 요건으로 일정기간을 정하여 이행을 최고할 것과 최고기간 중에 채무자의 귀책사유로 인하여 이행을 하지 않을 것을 요함에 대하여, 영미법에서는 중대한 계약위반에 대하여만 해제가 허용된다. 2004년 원칙은 채무자가 귀책사유 여부는 불문하고 불이행이 중대한 경우에만 해제권을 인정하는데, 불이행의 중대성 판단기준으로는, ① 계약상 기대의 상실, ② 의무이행의 중요성, ③ 불이행의 고의·중과실여부, ④ 장래이행에 대한 신뢰 상실, ⑤ 계약해제로 채무자가 입게 될 손해의 불균형을 들고 있다(동 원칙 제7조 제3항 제1호). 그러나 상당기간 최고가 있는 후에는 불이행이 중대하지 않더라도 계약을 해제할 수 있도록 함으로써 절충적인 입장을 취하고 있다.

CISG에서도 매도인에게 일방 당사자의 계약위반에 대한 강력한 구제수단으로 계약해제권을 인정하고 있는데 매수인이 계약위반을 행한 경우 매도인은 일정한 경우 계약해제를 선언할 수 있다(제64조). 계약해제권의 행사방법은 통지에 의해서 이루어지며(제26조), 이러한 통지는 구두나 문서로도 가능하다. 따라서 계약해제를 선언하고자 하는 당사자는 항공편, 선편 등 주변상황에 따라 적당한 통신수단을 이용하여 통지하면 된다. 그러나 이 경우 별도의 규정이 없는 한 지연 오류 또는 불착의 위험은 수신인인 매도인이 부담하기 때문에(제27조). 계약해제를 선언하는 당사자는 그 취지의 통지를 발송하면 충분하며, 그 통지가 비록 상대방에게 도착하지 않았더라도 어떤 책임을 부담하지 않게 된다. 따라서 실무적으로 계약해제의 효과가 수신인에게 당해 통지가 도착되었을 경우에만 발생할 것을 희망한다면 그러한 취지를 계약에 포함시켜야 할 것이다.⁴²⁾

41) 이병문, “유럽매매법원칙상 매수인의 구제제도,” 전계논문, p.467.

CISG에 의하면 매도인이 계약해제권을 행사할 수 있는 경우로서는 ① 매수인의 계약위반이 중대한 경우, ② 매도인이 정한 추가기간내에 매수인이 의무이행을 수행하지 못하거나 그 기간내에 이행거절을 선언한 경우를 들 수 있다(제64조).⁴³⁾ 계약해제가 선언되면 기존에 발생한 손해배상의 의무를 제외하고 양 당사자의 계약상 의무는 면제된다(제81조 제1항). 따라서 매도인이 계약해제를 선언하면 매도인은 물품을 인도할 의무를 이행할 필요가 없게 되며 매수인은 대금지급이나 물품수령의무를 이행할 필요가 없게 된다. 그러나 계약상의 분쟁해결을 위한 조항이나 계약해제가 존재하는 경우에는 당사자의 권리의무를 규정하는 기타 계약조항에는 아무런 영향을 미치지 않게 된다(제81조 제1항).⁴⁴⁾

한편 PECL상의 계약해제권은 CISG상의 그것과 상당부분 유사함을 발견할 수 있다. 매수인의 계약해제권은 근본적 불이행⁴⁵⁾ 내지 계약위반이라는 동일한 용어를 사용하여 그 해제권을 제한하고 있으며 대륙법계에 익숙한 불인도시 추가기간 설정 후 계약해제권의 부여, 이행기전 계약해제권 및 일부인도 내지 부적합에 대한 계약해제권 모두 그 내용에서 대부분 동일하다.⁴⁶⁾

(3) 손해배상

① 완전배상원칙

모든 채무불이행은 면책의 경우를 제외하고는 채권자에게 손해배상을 청구할 권리를 부여한다(동 원칙 제7조 제4항 제2호). 이는 손해배상청구권의 성립에 채무자의 귀책사유를 요건으로 하지 아니함을 의미한다. 또 채권자는 불이행의 결과로 입은 손해에 대해 완전한 보상을 받을 권리가 있다. 이는 인과관

42) 이천수, 전계논문, p.57.

43) 추가기간을 정하여 해제통지를 하는 제도는 대륙법의 영향을 받은 것으로 SAG와 UCC에는 없는 규정이다.

44) 이천수, 전계논문, p.57.

45) 근본적 불이행이란, ① 특정 채무를 엄격히 지키는 것이 계약의 본질에 해당하는 경우의 채무의 불이행, ② 불이행으로 매수인이 계약상 기대하였던 바를 실질적으로 침해한 경우로 매도인이 그 결과를 예견하였거나 예견할 수 있었던 경우, ③ 불이행이 고의적으로 이루어졌고 향후의 급부를 기대할 수 없게 영향을 미친 경우이다. (PECL § 8-103).

46) 다만 주요한 차이점에 대해서는, 이병문, “유럽매매법원칙상 매수인의 구제제도,” 전계논문, pp.477-478 참조.

계의 원칙을 도입함과 아울러 미국법에서 인정하는 징벌적 손해배상⁴⁷⁾을 배척하는 의미를 가진다. 다만 이러한 완전배상원칙은 예견가능성의 이론에 의해 제한된다. 즉 배상의 범위에는 합리적인 확실성을 가진 손해만 포함하며(제7조 제4항 제3호), 불이행 당사자는 계약성립시 불이행으로부터 초래될 것이 합리적으로 예측되거나 예측가능한 손해에 대해서만 책임진다(동 원칙 제7조 제4항 제4호).

② 과실상계와 손해방지의무

손해발생에 관하여 채권자가 원인을 제공한 경우에는 채권자의 기여분 만큼 감액하고(동 원칙 제7조 제4항 제7호), 손해가 발생한 이후에 채권자가 손해의 확대방지에 적절한 조치를 취하지 않은 경우에 채무자에게 확대손해에 대한 책임을 면하게 한다(동 원칙 제7조 제4항 제8호). 이는 손해배상의 범위를 정함에 있어서 당사자간의 실질적인 균형을 도모하기 위해 과실상계와 손해방지의무를 인정한 규정이다.

한편 의무위반으로 된 매수인에게는 손해경감의무가 부과된다.⁴⁸⁾ 손해경감의무는 일반적으로 위반을 당한 당사자가 위반의 결과로서 자신에게 발생하는 손해를 회피하기 위해 타당한 수단을 강구할 의무이다. 그 내용으로서, ① 피해자가 타당한 수단을 강구하면 회피할 수 있었던 손해를 회수할 수 없거나,⁴⁹⁾ ② 피해자가 타당한 수단을 강구한 것에 의한 피해는 가령 그것에 의해

47) '징벌적 손해배상'이란 채무자의 계약불이행이 악의적인 경우 이에 대해 징벌적 차원에서 인정하는 손해배상을 말한다. 이 손해배상은 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상의 경우에만 인정되고 계약불이행으로 인한 손해배상에는 인정되지 아니하는 것이 원칙이다. 다만 ① 채무자와 계약불이행이 동시에 고의적인 불법행위를 구성하는 경우, ② 혼인계약·고용계약·보험계약 등에서 신의성실원칙을 위반하는 경우 등에는 예외적으로 이 손해배상이 인정된다(이상윤, 전거서, pp.305-306).

48) 이로 인해 예컨대 매매계약에서 피해자-매수인이 계약상의 가격보다 저렴한 가격으로 목적물의 대체물을 조달할 수 있는 경우에는 매도인에게 손해배상책임은 발생하지 않는다. 또한 계약위반으로 인해 획득하는 이익이 손해배상액보다 높게 될 가능성도 있다. 이것은 '효율적 계약위반이론'이라 불린다(D. Harris, D. Campbell & R. Halson., *Remedies in Contract and Tort*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p.65). 다만 이행할 의사가 있으면서 부득이 한 이유로 계약을 이행할 수 없는 당사자를 보호할 목적은 있다. *Alaskan Trader*호 사건([1984] 1 All E.R. 129)에서 용선자가 용선계약을 취소하였음에도 불구하고 선주는 7개월 동안 본선과 승무원을 계속 대기하게 하였다. 판결은 원고·선주에게 손해경감의무의 위반이 있다고 하여 전체금액의 청구를 인정하지 않았다.

49) *Simon v. Pawsons & Leafs* (1933) 38 Com. Cas. 151.

오히려 손해가 확대되어도 회수할 수 있으며, ③ 피해자가 손해경감에 성공하더라도 회피된 손해는 회수할 수 없게 된다.⁵⁰⁾ 그리고 피해자가 타당한 수단을 강구하였는지 여부는 사실문제이며 법률문제는 아니다.⁵¹⁾

특히 손해경감의무의 문제가 발생하는 것은 위반이 있는 후에 이루어지는 당사자간의 교섭과정이다. 그리고 의무위반을 당한 매수인에 있어서 때로는 가혹한 손해경감의무가 부과되는 경우도 있다. *Houndsditch Warehouse Co.v. Waltex* 사건⁵²⁾에서 약 300다스의 남성용 사스펜더가 매매되었는데 담보책임 위반에 의한 결함이 있어,⁵³⁾ 매수인은 소매업자에게 재판매할 수 없었다. 매도인은 타당한 가격으로 환매할 것을 제안하였는데 매수인은 이것을 거부하였다. 판결에서는 매수인은 손해경감을 위해 이 신청을 승낙해야 한다고 하여 상당액이 손해배상액에서 감액되었다. 이 사건에서 매수인에게 남은 물품은 가치가 없는 것으로 되었지만 매수인은 지급한 계약가액을 손해배상액으로서 청구하고 더욱이 재판매계약상의 상실수익의 배상도 요구하였다. 다만 판결은 상실수익의 배상은 인정하였다.

③ 예정손해배상

불이행당사자가 채권자에게 불이행에 대해 일정금액을 지급하기로 계약에서 정한 경우에는 채권자는 실제 발생한 손해액에 상관없이 그 금액에 대한 권리가 있다. 다만, 예정된 금액이 불이행으로 인해 야기된 손해 등에 비추어 너무 과도한 경우에는 합리적인 금액으로 감액할 수 있다(동 원칙 제7조 제4항 제13조). 위약금의 합의도 대륙법과 영미법이 큰 차이를 보이는 부분으로서 영미법에서는 위약벌을 무효로 하는 대신 예정손해배상(liquidated damages)⁵⁴⁾은 유효로 하는데 대하여, 대륙법에서는 양자를 엄격하게 구별하지 않고 현저한 불균형에 대하여는 법원이 적절히 감액할 수 있도록 하고 있다. 2004년 원칙은 대체적으로 대륙법의 전통을 따르고 있는 것으로 보인다.⁵⁵⁾

50) H. McGregor, *McGregor on Damages*, 17th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2003, p.217.

51) *Ibid.*, p.250.

52) *Houndsditch Warehouse Co.v. Waltex* [1944] K.B. 579.

53) 이 사건에 결함이란 물리적 결함뿐만 아니라 담보된 성질을 가지지 않는 상태를 포함한다.

54) 이것을 '위약손해배상'으로 번역하는 경우도 있다(이상윤, 전게서, p.305).

55) 서헌제, 전게서, p.128.

(4) 구제수단의 중첩

2004년 원칙에는 구제수단의 중첩에 관한 규정을 따로 두고 있지 않지만 논리적으로 모순되지 않는 한 중첩을 인정한다는 전제에 입각하고 있다. 따라서 이행청구의 주장에 성공한 경우에는 손해배상을 청구할 수 없지만 면책되지 아니하는 불이행에 대하여는 계약해제와 손해배상을 중첩적으로 청구할 수 있다.⁵⁶⁾

Ⅲ. 영미 구제제도의 성립경위와 비교

영미법상 계약위반에 대한 법적 구제제도는 크게 보통법과 형평법의 두 가지로 나눈다.⁵⁷⁾ 현재 영미의 구제제도는 원칙적으로 보통법상의 구제, 즉 손해배상이 기본이다. 그 이유로서 영국의 재판제도가 크게 영향을 미치고 있다. 영미의 사법은 보통법(common law)과 형평법(equity)이라는 두 가지의 판례법 체계에서 성립하고 있다.⁵⁸⁾

1. 영미 구제제도의 성립경위

(1) 보통법의 성립

보통법이란 노르만인의 영국 정복(1066년) 후 왕립법원이 재판을 통해 각지의 게르만의 관습법을 소재로 하여 제정한 전국적으로 공통적인 판례법을 말

56) 상계서, p.129.

57) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p. 735 ; J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford University Press, 2002, p.589. 다만 제공노무상당금액의 청구(quantum meruit)를 추가하여 분류하고 있는 것(中村弘, 「貿易契約の基礎」, 東洋經濟新報社, 1983, p.320)과 원상회복(restitution)을 보통법상의 구제로부터 독립시켜 분류하고 있는 것(望月礼二郎, 전계서, pp.426-427)이 있다. 여기서는 물품매매계약을 대상으로 하고 있으므로 간결하게 2분류로 하고 있다.

58) 田中和夫, 「英美法概說」, 有斐閣, 1981, p.252. 또한 보통법이라는 문구에는, ① 형평법과 대비되며 중세에 기원을 둔 법체계를 가리키는 경우, ② 제정법과 대비되며 판례법을 가리키는 경우, ③ 대륙법(Civil law)과 대비되는 경우의 세 가지 용법이 있다(田中英夫, 「英美法概說(上)」, 東京大學出版會, 1980, p.6).

한다.⁵⁹⁾ 노르만디공 윌리엄(William) 1세(1027-1087)는 노르만 정복 후 각지의 관습법을 존중하였지만, 왕립법원의 재판관이 각지에 순회하여 재판을 하는 순회재판제도를 확립하여 관습법을 점차로 통일하고 있었다.⁶⁰⁾ 이 법의 소재는 각지에서 사용되어 왔던 게르만 관습법이었으므로 이것을 ‘왕국의 일반 관습법’이라고 생각하여, ‘보통법’이라고 불리어 지게 되었다. 이로 인해 14세기까지 지방법원과 보통법 법원을 중심으로 하는 일반적 법원의 기능이 확립되었다.⁶¹⁾

(2) 형평법의 성립

형평법의 성립을 보면 14세기 초기 이후 보통법 법원에서 국왕에게의 직소가 증대하여 본래 이 처리는 국왕평의회(King's Council)에서 이행한 것이었지만, 14세기 후반 이후 점차로 대법관(Chancellor) 개인에게 위임되게 되었다.⁶²⁾ 대법관은 소송개시영장, 기타 재판과 관련된 영장(writ)의 발급을 통해 재판사무에 밀접한 관계를 가지게 되어 그 후 대법관이 취급하는 사건이 15세기에 급증하여 15세기 후반에는 대법관부(Chancery)내에 재판활동에 전담하는 부서가 생겼다. 이것이 대법관 법원(Court of Chancery)이라고 불리게 되어 기존 세 가지의 보통법 법원에 비견되는 제4의 중앙법원⁶³⁾의 실질을 구비하기에 이르렀다. 그 후 15세기 후반에 대법관 법원은 국왕평의회에서 정식으로 독립하였다.⁶⁴⁾

형평법상의 구제는 보통법상의 구제로서 불충분하게 되는 경우에 구제수단을 부여할 목적으로 탄생한 것이다.⁶⁵⁾ 피해자의 재산에 대해 부여한다는(The law grants in rem) 보통법에 대해, 형평법상의 구제는 사람에게 대해 부여한다는(Equity grants in personam) 원칙이 있다.⁶⁶⁾ 이 사람에게 부여한다는 것은

59) 이상윤, 전게서, pp.12-13.

60) 상게서.

61) 상게서.

62) 田中英夫, 「英美法概說(上)」, 전게서, p.96.

63) 이상윤, 전게서, p.8.

64) A. Burrows, *Remedies for Tort and Breach of Contract*, 3rd ed., Oxford University Press Ltd., 2004, p.11 ; 이상윤, 전게서, p.260.

65) 伊藤正己編, 「英美法概論」, 青林書院, 1961, pp.291-292.

법원이 피고에게 일정한 작위·부작위를 명령하는 것이며 전자는 특정이행(specific performance)이며, 후자는 금지명령(injunction)이 된다.⁶⁷⁾ 대법관은 통상의 법과 절차에 구속되지 않고 실질적인 정의·형평의 실현을 목적으로 하고 있었으므로 형평법 법원(Court of equity)이라 불리게 되었으며 거기서 선언되는 법을 형평법이라 부르게 되었다. 이 같이 보통법과 형평법의 두 가지 재판제도가 확립되어 16세기 초기는 대립하였지만, 17세기말 이후는 협조적이 되어 그 후 19세기 후반까지 보통법만을 적용하는 보통법 법원과 형평법을 적용하는 형평법 법원이라는 이중체제가 계속되었다.⁶⁸⁾

(3) 양 법의 통합

그러나 보통법과 형평법이 별도의 법체제로 별개의 법원에서 취급됨에 따라 예컨대 보통법 법원의 소송에 있어서 형평법상의 항변을 주장하는 것이 인정되지 않는 등 상당한 불편함이 있었다. 이러한 불편함을 해소하기 위해 1873년 법원조직법(Supreme Court of Judicature Acts 1873, 1875에 발효)에 의해 통합되어 동법을 통해 상급법원(Supreme Court of Judicature)⁶⁹⁾을 설립하고 그 중의 지방법원(High Court of Justice)이 다른 부문(division)에 의해 운영되게 되었다. 그 일부분인 왕좌부(King's Bench Division) 또는 여왕좌부(Queen's Bench Division)에서는 주로 보통법의 법칙만이 문제로 되는 사건을 취급하고 형평법부(Equity Division)에서는 주로 형평법의 원칙이 문제로 되는 사건을 취급하게 되었다.⁷⁰⁾ 이 같이 하나의 법원에서 양 쪽의 구제방법을 부여하는 것이 가능하게 된 것이지만, 원래 형평법의 출현이 보통법상의 구제제도에 대한 결함을 보충하는 역사적인 경위에서 현재에도 계약위반에 대한 영미 구제방법의 원칙은 보통법상의 손해배상이 되고 있으며 그것이 충분한 구제로 되지 않는 경우에만 예외적으로 형평법상의 구제수단을 소구(訴求)할 수 있는 것에 불과하다.⁷¹⁾

66) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.740.

67) A. Burrows, *op.cit.*, p.456, p.510.

68) R. L. Weaver, E. W. Shoen & M. B. Kelly, *Principles of Remedies Law*, West, Thomson Business, 2007, p.10.

69) A. Burrows, *op.cit.*, p.11.

70) 이상윤, 전제서, p.19.

한편 각 법체계는 원래 개별의 법원에서 운용되고 절차도 별도로 있었지만 19세기 양 법원의 통합에 의해 대부분의 법역에서 법원이 통합되고 절차도 통일되었다.⁷²⁾ 이에 따라 지방법원의 모든 부는 보통법과 형평법을 모두 적용할 수 있게 되었다. 즉 형평법 법원은 물론 여타의 법원도 형평법에 의한 재판을 담당할 수 있게 된 것이다. 재판에서 보통법과 형평법간에 충돌이 생기는 경우에는 형평법이 우선하게 된다(법원조직법 제25조 제1항). 그러나 보통법과 형평법간의 통합에도 불구하고 복잡한 형평법의 적용에 관한 사건은 대부분 형평법 법원이 그대로 담당하고 있다. 그 이유는 지방법원 내부에서 형평법 법원이 대부분의 형평법에 관한 사건을 담당하도록 업무를 분담하고 있기 때문이다.⁷³⁾ 다만 최근의 경향은 형평법상의 구제수단을 예외로 하지 않고 또한 UCC의 규정에서도 널리 인정하려는 경향이 있다.

2. 형평법상 영미의 구제제도 비교

(1) 영국법의 관점

특정이행·금지명령에 대해 보면 특정이행의 명령은 법원이 양 당사자가 합의한 계약을 그 계약조건과 마찬가지로 피고에 대해 이행을 명령하는 것으로 이루어지며, 또한 금지명령이란 계약상 이행하여서는 안 된다(금지조항)는 소극적인 규정으로써 계약위반을 하지 않을 것을 명령하는 것을 말한다.⁷⁴⁾ 즉 특정이행이란 계약위반자에 대해 계약내용과 같이 이행하라고 명령하는 것이며, 금지명령이란 위반행위를 하여서는 안 된다고 명령하는 것이므로 양자 모

71) 田中和夫, 전제서, pp.283-285.

72) 영국 계약법의 변천에 대해서는, P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979 참조.

73) 이상윤, 전제서, p.20.

74) J. Beatson, op.cit., p.638. 여기서 말하는 소극적(negative)이란 '아무것도 하지 않는 것'을 의미하며 계약에서는 일반적으로 금지조항적인 성질을 지닌다. 통상 "금지명령(injunction)"은 위법적인 행위의 금지를 위해 사용되지만 부작위의무의 위반이 발생한 때는 그것에 의해 발생한 위법상태의 제거를 위해 적극적인 행위를 명령하는(작위적 금지명령(mandatory injunction)) 것도 가능하다(R. L. Weaver, E. W. Shoen & M. B. Kelly, op.cit., pp.40-41 ; 田中英夫, 「英美法概説(下)」, 東京大學出版會, 1980, pp.562-565).

두 형평법상의 구제이다.⁷⁵⁾ 특정이행에 대해서는 SGA 제52조에 규정되어 명문화되어 있지만, 이들 형평법상의 구제수단은 재량적 수단으로 되어 있기 때문에 법원이 당해 계약의 구체적 내용을 검토·고려하여 적절하다고 판단되는 경우에만 이용하고 있다.

여기서 문제가 되는 것은 적절한 경우에 대한 기준인데 이것에는 크게 두 가지의 기준이 있다.⁷⁶⁾ 첫째, 손해배상에 의한 구제로 충분한 경우 형평법상의 구제는 인정되지 않는다. 둘째, 법원이 이들 명령의 실효성을 확보할 수 있는 입장이 아닌 경우에는 인정되지 않게 된다. 즉 첫째의 원칙은 시장에서 금전을 지급함에 따라 쉽게 동등한 물건의 입수가 가능한 경우에는 인정되지 않는다.⁷⁷⁾ 또한 그 물건이 객관적으로 특별한 가치(unique value), 희소가치(rarity)를 가진 경우에는 특정이행이 인정된다.⁷⁸⁾ 여기서 중요한 점은 객관성과 관련되는 것이며 그 판단의 재량권은 법원에 속하게 된다. 다만 “형평법상의 구제를 요구하는 자는 오점이나 허위가 있어서는 안된다(He who comes to Equity must come with clean hands)”는 형평법상의 격언에 유의해야 한다.⁷⁹⁾ 또한 법원이 형평법상 구제수단의 현실적 이행을 최종적으로 확인할 필요가 있는 경우에도 인정되지 않는다.⁸⁰⁾

형평법상의 구제가 인정되지 않는 경우는 세 가지로 분류하고 있다.⁸¹⁾ 첫째, 양 당사자의 합의의 결여, 즉 양 당사자간에 이행하지 않으면 강제적으로 이행되는 것에 대한 사전합의가 있었는지의 여부이다. 둘째, 인적 서비스계약의 경우, 당해 본인의 의사에 위반하여 종사하게 하는 것은 부적절하다는 견해에

75) 형평법상의 구제에 대해서는, F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, 2nd ed., Lexis Law Pub., 1980, pp.173-227 참조.

76) 望月礼二郎, 전계서, p.453.

77) 다만 토지·건물거래 등 부동산 매매의 경우에는 전통적으로 특정이행이 인정되지만 이것은 본론의 대상 범위를 벗어난다.

78) J. Beatson, *op.cit.*, pp.633-634.

79) *Ibid.*, p.634.

80) 예컨대 고용계약 등의 인적 서비스계약과 건축계약 등이 이것에 해당하지만 이들 서비스거래는 본론의 대상범위를 벗어난다.

81) J. Beatson, *op.cit.*, pp.633-637. 형평법상의 구제란 일방 당사자가 타방 당사자에 게 특정적 구제(specific relief)로 되는 것을 하게 하거나 또는 하지 못하게 명령(order)하는 것을 말한다(R. N. Leavell, et al., *Equitable Remedies, Restitution and Damages Cases and Materials*, 7th ed., West, 2005, p.280).

기초하고 있다.⁸²⁾ 셋째, 부적절한 경우, 계약내용이 애매한 경우가 있다. 예컨대 전자계산기 100대를 CIF London, 10만달러의 조건으로 매매계약을 체결하고 당해 상품⁸³⁾의 기종·성능 등에 대해 전혀 규정이 없는 경우 관습적으로 양자의 의사가 묵시적으로 추정가능한 경우 등을 제외하고 특정이행은 부적절하게 된다. 또한 법원이 항상 감독할 필요가 있는 계약내용의 것에 대해서도 형평법상의 구제는 인정되지 않는다.

(2) 미국법의 관점

미국에서도 원칙적으로는 영국의 이념을 계승하고 있으며 형평법상의 구제를 제한하는 것으로서 법원의 재량적 제한과 현실적 제한의 두 가지를 들고 있다.⁸⁴⁾ 기본적인 내용은 영국과 같지만 미국에서 주목해야 할 것은 최근 형평법상의 구제가 보다 널리 인정되는 경향에 있다는 것을 들 수 있다.⁸⁵⁾ 형평법상의 구제는 보통법상의 손해배상에 의한 구제가 불충분한 경우에만 인정된다는 원칙은 절대적·역사적인 영향력에서 아직도 고수되고 있으며 보통법과 형평법이 통합된 후 100년 이상 경과해도 SGA의 규정에서 볼 수 있는 것처럼 확고하게 되어 있다.

그러나 최근 미국에서는 이 원칙을 유연하게 해석하여 특정이행을 인정하는 경향에 있다. 예컨대 UCC §1-305에서는 “구제방법은 손해를 입은 당사자를 그 상대방이 완전하게 계약을 이행한 것과 동등한 지위에 둔다는 최종목적이 달성되도록 유연하게 운용되어야 한다”고 규정하고 있으며, §2-716(1)에서는 “물건이 독특하거나 또는 기타 적절한 사정 하에서는 계약의 특정이행을 명령

82) 이것은 물품매매계약이 아니므로 본론의 범위외이다.

83) 어느 물품이 상품으로 되기 위해서는 네 가지의 전제가 필요하다. 즉 ① 인간적 수요의 인식·예상, ② 물건에 따라 수요를 만족시키는데 적합한 객관적 성질, ③ 당해 적성의 인식, ④ 이 물품을 지배하는 것 등이다(C. Menger, *Principles of Economics*, Libertarian Pr., 1994, p.52).

84) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, pp.741-742 ; 형평법상 구제의 주요한 사명은 원고의 정당한 입장을 보호하는 것에 있다(D. Schoenboard, et al., *Remedies: Public and Private*, 2nd ed., West Group, 1996, p.36). 또한 한편으로는 개인의 권리가 아니라 소유권만을 보호할 수 있는 것이라고 보는 견해도 있다(D. Rendleman, *Cases and Materials on Remedies*, 6th ed., West Publishing Company, 1999, p.177).

85) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.743.

할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 동 조항의 공식 코멘트(official comment)2에서는 ‘불대체물(unique goods, unique chattel)⁸⁶⁾이란 무엇인지’에 대해 새로운 개념이 도입되고 있다. 거기서는 계약을 특징화하는 모든 상황을 고려하여 독자성의 기준이 결정되어야 한다고 규정하고 있다.

또한 독자성만이 유일한 기준이 아니라 기타 적절하다고 생각되는 상황에서도 인정되게 되어 분명히 특정이행을 인정하는 조건을 폭넓게 설정하여 당사자 본위의 합리적 구제를 제도로서 확립하려는 자세가 보인다.⁸⁷⁾

계약위반의 경우 손해배상책임이 인정되기 위해서는 크게 두 가지의 요건이 필요하다. 첫째, 위반에 의해 입은 손해액의 산정에 대해 충분한 확실성을 가지고 입증가능해야 할 것을 들 수 있다.⁸⁸⁾ 또한 필요량 구입계약⁸⁹⁾에 있어서 생산에 필요불가결한 원재료의 공급이 중단된 경우에 손실의 산정은 곤란하다. UCC § 2-716 코멘트 2-5에서 입수가 가능한 시장과 공급원이 특별한 경우에는 특정이행을 인정한다고 되어 있다.⁹⁰⁾ 이들에게서 현실적으로 계약위반에 의한 손해가 발생한 경우 엄밀하지는 않지만 어느 정도의 정확성을 가지고도 금전적 산정이 곤란한 경우에 형평법상의 구제가 인정될 가능성이 있다. 둘째, 금전으로 약속하고 있던 이행에 대한 대체물의 구입이 현실적으로 불가능한 것을 들 수 있다. 즉 대체물의 입수가 비교적 용이하다면 형평법상의 구제는 인정되지 않는다. 법원은 대체물이 존재하지 않는 경우 입수가 상당히 곤란한 경우 또는 부당하게 부담을 강요하여 입수해야 하는 경우에는 특정이행을 인정하는 경향에 있다.⁹¹⁾

86) 개성이 강한 동산을 말하며, 예컨대 저명한 화가의 회화와 같이 대체품이 존재하지 않거나 입수가 현저하게 곤란한 것을 말한다(田中英夫, 「英米法辞典」, 전게서, p.880).

87) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, pp.746-747.

88) *Ibid.*, pp.747-748.

89) 이 계약은 매수인이 그 사업을 위해 필요로 하는 물품을 필요한 시기에 필요한 양만큼 매도인이 공급한다는 계약이다. 영미계약법의 원칙에서 보면 상호대가교환의 문제가 있지만, UCC § 2-306(1) & Comment 1에서는 이 계약의 유효성을 인정하고 있다(B. Stone & K. D. Adams, *op.cit.*, pp.8-9).

90) UCC § 2-716 Comments 2-5에서는 입수가 가능한 시장과 공급원이 특별한 경우를 포함하여 생산량 일괄구입계약(output contract : 매도인이 생산하는 물건의 전부를 매수인이 구입하는 매매계약을 말한다(B. Stone & K. D. Adams, *op.cit.*, pp.134-135))과 필요량 구입계약의 경우에는 전형적인 특정이행을 인정하는 계약이라고 규정하고 있다.

91) 樋口範雄, 전게서, p.58.

일반적으로 물품매매계약은 시장경제사회를 전제로 하고 있으며 특별한 물품 등의 예외를 제외하고 동등한 물품은 시장에서 입수가 가능한 것으로 보고 있다. 그러나 최근의 경향으로서 위의 UCC 규정에서 분명한 바와 같이 불대체물, 또한 기타의 적절한 상황의 해석이 확대되어 계약과 관련된 모든 상황을 고려하여 판단하는 경향이 있다. 또한 매수인이 대체물을 입수할 수 없는 것은 특정이행을 인정하는 유력한 근거로 된다. 또한 그 종류의 상품이 시장전체에서 부족하기 때문에 적절한 시장가격으로 입수할 수 없는 경우에도 UCC 규정⁹²⁾에 의해 특정이행이 인정되는 경향이 있다.⁹³⁾

계약위반의 구제에 대한 기본방침은 전술한 UCC § 1-305(1)에 규정되어 있는데, 즉 이 규정에서 보면 미국에서는 상당히 유연하게 대응하려고 하는 자세가 보인다. 그런데 아직 손해배상이 제1차적 구제수단이라는 원칙을 붕괴하기까지는 이르지 못하고 있어,⁹⁴⁾ 대등한 구제수단으로 되지 않고 있다.

IV. 미국 구제제도의 최근 동향

1. 형평법상의 관점

원칙적으로 미국계약법상의 구제방법은 손해배상이다. 이것은 제도 자체에 손해배상을 제1차적 구제방법으로 한다는 원칙이 존재하고 있으며 그것에는 크게 다섯 가지가 있다.⁹⁵⁾ 첫째, 계약위반의 손해배상에서는 징벌적 손해배상이 인정되지 않는다. 둘째, 예정손해배의 규정이 있는 경우 합리적 금액의 범위내에서 인정된다. 셋째, 통상 발생할 것이라고 예상가능한 범위내로 제한된다. 이것을 통상손해⁹⁶⁾라고 하고 계약당사자의 개별사정에 관계없이 계약위반

92) UCC § 2-716.

93) E. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.750.

94)樋口範雄, 전제서, p.58.

95) E. Peel, *op.cit.* pp.1003-1004, pp.1049-1050, pp.1074-1084.

96) 참고로 우리 민법 제393조 제1항의 '통상손해'는 사회일반의 관념에 따라 어떤 선행사실이 있으면 그 후행사실로서 보통 발생하는 손해를 말한다라고 규정하고 있다. 따라서

에 의해 통상 발생할 것이라고 생각되는 객관적 손해를 말한다. 넷째, 정신적 손해에 대한 배상은 인정되지 않는다. 다섯째, 변호사비용은 원칙적으로 각 당사자가 부담한다. 이들의 제한이 손해배상원칙을 실질적으로 보강하고 있다고 생각되며 그 제한에 있어서 피해자에게 만족스런 구제가 이루어지는 것이 목적으로 된다.

미국에서는 UCC §1-305의 규정에 있는 바와 같이 종래의 구제법의 원칙을 유연하게 운영하려고 하고 있다. 구체적으로는 형평법상의 특정이행을 보다 널리 인정하고 있다. 이것은 피해당사자에 있어서 만족스런 구제가 손해배상이 아니라 사실은 특정이행에 있는 경우가 과거에 비교해 많아지고 있다는 것을 시사하고 있다. 그 이유는 다음과 같이 두 가지로 설명할 수 있다.⁹⁷⁾

첫째, 이행이익의 배상이 충분하지 않은 것이 많아지고 있다는 것이다. 둘째, 피해당사자가 대체물을 용이하게 입수하기 어려운 상황이 많아지고 있다는 것이다. 그러나 이들의 이유에서 충분한 배상이 어렵게 되어 대체물의 입수가 곤란하게 된다는 근본적인 의문이 제기되게 된다.

이 점에 대해 부가가치가 높은 상품의 다품종 소량생산 등 경제구조의 질적 변화가 원인이라고 생각한다. 18세기 후반부터 영국의 산업혁명 이후 대량생산이 가능하게 되어 공업화시대를 맞이하게 되었다. 20세기에 영미를 중심으로 하는 선진국은 본격적인 대량생산 대량소비의 시대로 되어 통일된 규격, 동종의 제품이 대량·효율적으로 생산되어 일반민중의 생활수준에 대한 극적인 향상을 보였다. 이 같은 대량생산 대량소비는 풍요함의 상징이며 물질의 양적 측면에 대한 과잉이라 할 정도로 공급 측면에서의 풍요함이었다. 그러나 20세기 후반에서는 사회적인 면과 인간의 본질적인 면에서 질적 변화가 있었다. 즉 전자에서는 양적인 과잉공급에 수반되는 환경오염, 원료자원의 유한성이라는 질적 문제가 표면화되기 시작하여 그것이 제품의 질적 측면의 향상에 연결되었다. 후자에서는 대량의 규격품만으로는 만족할 수 없게 되어 상품과 서비스에 독자성을 요구하기 시작하였다. 공급 측의 기업으로는 거기서 비로소 마케팅이라는 발상이 생겨 기업은 상품·서비스에 대해 시장의 수요에 기초한 독

통상손해에 있어서는 상당인과관계가 그 기준이 되고 채무자 자신의 예견가능성은 문제 시되지 않는다고 보고 있다(김형배, 전게서, p.781).

97) F. A. Farnsworth, *op.cit.*, p.750.

창성이 있는 것, 부가가치가 높은 것 등 질적 향상을 모색하기 시작하였다. 소위 이것은 탈공업화 사회로서 정보사회의 도래이며 소비자는 규격품에 만족하지 못하게 되었다. 이와 병행하여 과학기술의 발달에 의해 생산효율이 극적으로 향상됨과 동시에 특정한 기술을 가진 기업밖에 생산할 수 없는 상품이 증가하고 불특정물이라 불리는 상품의 비율이 상대적으로 저하되고 있다. 즉 이것은 전문성이 세분화되고 고도화가 급속하게 진전되고 있다는 것을 말해 주고 있다. 주문생산은 그 전형일 것이다. 고도공업제품과 특수기술을 필요로 하는 상품은 물론이며 종래는 불특정물의 전형이었던 농산물 등에서도 그 경향이 보인다.⁹⁸⁾

2. 상학적 관점

영미에서의 구제제도는 손해배상이라는 보통법상의 구제가 원칙이며 그것이 불충분한 경우에만 특정이행·금지명령이라는 형평법상의 구제가 인정된다. 그 원인으로서는 다음과 같은 것이 고려된다.

이러한 경향의 근본적 원인으로서는 최근의 과학기술의 급속한 발달에 의한 상품의 고부가가치화, 소위 하이테크제품의 상대적 증가를 생각할 수 있다. 과거에는 불특정물이라고 하면 특정한 회화와 일부의 전통기술에 의한 특별한 제품이 주요한 것이 되었으며 또한 그 종류의 제품은 소비자를 주로 예상한 것이며 공업제품에 대한 물품매매계약의 대상상품으로서는 극히 예외적이었다.⁹⁹⁾ 그러나 최근 선진국의 무역거래에서 거래되는 상품의 질이 극적으로 변화하고 있으며 고부가가치제품(자본재)의 비율이 상당히 높아지고 있다. 그러한 상품, 반제품은 상당히 기술수준이 높으며, 따라서 대량생산품이 아니라 불

98) 예컨대 특정한 농가가 무농약과 특정비료·토양에서 재배한 농작물, 생산이력을 기록하여 추적할 수 있는 농산물, 생산자의 얼굴사진이 부착된 농작물 등이 있으며 소비자가 직접 그러한 특정한 농가에 주문하는 주문생산과 유사한 상거래 형태가 공업품뿐만 아니라 불특정물의 전형이었던 농산물에까지 확대되고 있다. 과학기술의 극적인 향상이 효율적인 공급을 파생하여 그 결과 경제적 풍요함이 실현되었다. 이로 인해 수요자 측(소비자)이 경제적 여유를 가지게 됨에 따라 공급자에게 고도의 요구를 할 수 있게 되었다.

99) 특정물 매매에 대해서는 SGA 제17조에 규정이 있다(P. S. Atiyah & J. N. Adams, *The Sale of Goods*, 11th ed., Pearson Education Ltd., 2005, pp.320-321, pp.32-324).

대체물로 분류되어 그 결과로서 특정이행을 법제도로써도 인정해야 했던 배경이 있다.

위의 것에 추가하여 사법의 시장화, 소위 사법 서비스의 질적 변화도 있을 것이다. 즉 사법 서비스를 이용하는 입장에서의 만족도가 증시되는 경향이 있다. 재판제도를 이용하는 것은 기업이며 발생한 문제를 장기적 시야에서 합리적·효율적인 해결을 꾀하는 상학적 관점(수요)에 대해 합리적인 해결을 법제도로써 정비하는(공급) 것이 요구되고 있다. 즉 수요에 어느 정도 합치된 현실적인 제도를 정비하여 공급하지 않으면 수요와 공급의 불균형에서 사법제도의 이용이 감소되어 그 존재의의 자체가 문제시될 수 있다.

이로 인해 상학적 합리성(commercial rationality)의 기준이 향후 보다 더욱 더 중요시될 것이다. '합리성'이란 문구에서는 국민성, 민족, 종교, 풍토, 역사 등에서 또한 같은 국민이라도 개인적인 주관은 다종다양하며 따라서 여러 해석이 가능하게 되어 객관적인 정의가 불가능하며 애매한 용어이다. 그러나 상학적이란 형용사를 붙이면 상당히 객관적 정의가 가능하게 된다.

자연인과 법인은 공동으로 활동함에 따라 각각의 생산성을 더욱더 향상시키는 것을 가능하게 하는 성질이 있다. 일회용의 단발성 거래에서는 장기간의 안정적·효율적인 거래활동이 곤란하다. 상거래의 주체인 기업은 사회관계에서 경제적 합리성을 확보하면서 관계를 계속적으로 유지하는 존재이다. 경제적 관점에서 보면 상거래는 어떤 경제적 합리성을 가지고 있으며 상학적 관점에서 보면 존속하기 위한 향후의 상거래에 대한 계속이 불가결하다. 이로 인해 법이론을 근본으로 하면서 거래의 안정적인 계속관계를 우선하고 장기적 관점에서의 종합적인 판단을 하는 경향이 그 본질에 있다. 즉 장기적인 상거래의 계속관계에 대한 경제적 이익의 확보가 '상학적 합리성'이라고 할 수 있을 것이다. 거기서는 법적 또는 경제적 수치화가 곤란하게 되는 신뢰와 평판이 상거래의 윤�활유¹⁰⁰)로서 보다 중요한 역할을 담당하고 있으며 법적인 합리성(이론적 정합성, 공정성 등)과 경제적 합리성을 포함하며 이들을 포괄하여 장기적 관점에서의 종합적 합리성에 기초한 가치판단이 가장 중요하게 된다. 일반적으로

100) 여기서 윤�활유란 그 자체에서 가치를 창출하는 것은 아니지만, 사물을 원활하게 하는 것에 불가결한 요소이며 그 성과는 거래수량으로서 자산으로 계상화가 가능한 불균형에 간접적으로 나타나게 된다. 윤�활유자체는 아무것도 생산하는 것은 아니지만 기계(상거래)에 있어서 윤�활유(신뢰, 평판)는 불가결하다.

로 기업활동은 특정한 업종·산업이라는 비교적 좁은 사회에서의 반복·계속적인 활동이 주요한 것이므로 그 내부에서는 신뢰와 평판이 절대적인 위력을 갖게 된다.

상거래에서의 신뢰, 평판은 자산으로 계상화하기 어려운 불균형적 가치를 가짐으로서 거래를 원활하게 한다. 이로 인해 상학적 합리성이 기업의 행동기준으로 되어 그것에 적합하게 하는 것과 마찬가지로 법적 해석도 유연하게 된다고 생각된다. 그 점에 있어서 미국은 영국과 비교하여 현실주의적 측면이 강하며 논리적 정합성을 확보하면서 모든 당사자에게 만족할 수 있는 해결수단을 제공하려고 하는 경향이 보인다. 미국은 영국으로부터 사회제도전반을 계승받았지만, 현재로는 반대로 영국에 영향을 미치고 있다.¹⁰¹⁾ 실제로 영국에서는 미국계약법으로부터 영향을 받아 조금씩이기는 하지만 형평법상의 구제를 보다 유연하게 인정하려는 경향이 보인다.¹⁰²⁾

V. 결 론

종래 불대체물이란 미술공예품, 로켓과 항공기 등 일부 초고도의 기술이 요구되는 공업제품만이라고 해석되고 기타는 일반 제품으로서 일정한 가격으로 시장에서 대체적인 조달이 가능한 것으로 보았다. 이로 인해 종래는 일부 특수상품을 제외하고 일반 거래계약의 불이행이 발생한 경우 대부분 시장에서 대체조달이 가능하였기 때문에 특정이행이 아니라 손해배상으로 피해당사자는 거의 만족하며 오히려 효율성의 면에서 당사자 측도 그것을 요구하고 있었다. 법이론적으로도 불대체물의 요건에 해당되지 않으므로 특정이행은 인정되지 않았으며 따라서 손해배상이 중심으로 되고 있었으며 현실적으로 유효하였다. 법제도의 수요 측인 계약위반에 대한 구제를 요구하는 당사자에게 손해배상을 요구하는 경향이 있었기 때문에 공급 측의 법제도도 그것에 적합하도록 손해배상을 주(主)로 보고 특정이행을 종(從)으로 보는 제도가 구축되어 왔다.

101) R. L. Weaver, E. W. Shoen & M. B. Kelly, *op.cit.*, pp.8-13.

102) 그러나 영국 귀족원에서는 아직도 엄격한 경향을 유지하고 있다(E. Peel, *op.cit.* p.1100).

그러나 20세기 후반 이후 선진국에서는 경제구조의 질적 측면이 극적으로 진화하여 일반적으로 매매되고 있는 상품의 불대체물에 대한 비율이 농작물에 이르기까지 광범위하게 확대되고 있다. 이로 인해 피해당사자로서는 계약상품이 불대체물이라는 인식이 있는데도 불구하고 종래의 법이론에 대한 측면에 따라 대체물로 인식되어 그 결과 시장산정의 손해배상에 의한 구제가 이루어지게 된다. 그러나 당사자는 불대체물로 인식하고 있으므로 본질적으로 손해배상으로는 불만족하여 따라서 당사자인 기업은 사법제도에 불만을 표시하게 된다. 이러한 상거래에 있어서 상품의 실질적인 질적 변화가 근본적 원인이며 이것이 제도로서 UCC상의 구제방법에 대한 기본방침¹⁰³⁾으로 도입되어 형평법상의 구제가 폭넓게 채택되기 시작한 것이라 볼 수 있다. 이러한 경제구조의 질적 변화에 대해 장래 역행할 것이라고는 예상하기 어려우므로 형평법상의 구제를 유연하게 검토한다는 법제도의 위상으로는 바람직한 것이다. 사회적인 풍토가 다르기 때문에 그 속도는 다르지만 영국에서도 형평법상의 구제를 유연하게 운용할 수 있도록 법제도의 정비(예컨대, SGA의 개정)를 검토해야 할 것이다. 또한 상학적 관점에서 보면 경제가 고도화함에 따라 손해배상과 특정이행 등의 사법적 구제제도에 대해 본질적으로 만족할 수 없게 되는 상황이 많아지고 있다.

상거래는 장기적인 경제적 이익의 확보라는 관점에서 활동하고 있다. 물품 매매거래에서의 취급상품의 종류는 광물·자원·농작물에서 각종 수준의 공업(부)품에 이르기까지 다양하다. 그 때 우선 당해 상품이 불대체물에 해당하는지 여부를 검토하여 만약 해당할 경우 매매계약체결을 할 때 생산지, 제조방법, 사양서 기타 특정한 정보에 대한 가능한 구체적 내용을 계약서에 기재하는 것이 바람직하다. 그것에 의해 법적 위험을 어느 정도 회피 내지 경감할 수 있게 된다. 다만 상학적으로 중요한 것은 매매의 타이밍에 있다. 동일한 상품에서도 그 가치는 때와 장소에 따라 변화한다. 즉 당해 상품이 적시에 공급되어 가치를 최대화하는 것이 원칙이므로 재판에 의해 특정이행을 쟁취하였다고 해도 그 이행에 있어서는 불대체물이므로 그 만큼 시간이 소요되며 본래의 가치를 창출할 수 없게 된다. 그러한 의미에서 상학적인 관점에서 보아도 원칙적인 구제제도는 손해배상이라는 것은 상학적 합리성에도 적합하다고 할 수 있

103) UCC §1-305(1).

을 것이다.

따라서 국제상거래에서 계약불이행의 문제는 법이론의 엄격성·정합성과 상학적 관점에서의 유연성·장기적 합리성의 이원론에 의해 규율되는 것이 가장 효율적이며 현실적으로도 유익하다고 본다. 법이론은 현실의 상거래에 합리적 근거를 제공할 수 있도록 미조정할 필요가 있지만, 그 근본원리는 견지해야 한다고 생각한다. 그러나 현실의 국제상거래상 계약불이행은 분쟁의 심각정도에 대해 개개의 사례와 당사자에 따라 상당한 차이가 있다. 또한 계약상의 채무(의무)에 대해 소위 면책 또는 유책으로 명확하게 판단하기 어려운 애매한 영역(gray zone)이 실제로 많이 존재한다. 양자가 명확하다면 법적 제도에 의한 해결에 있어 법이론적으로서는 용이하며 확실하지만, 상학적 관점에서 보면 법적 서비스를 이용하는데 부수되는 시간을 포함한 절차면에서의 비용이 소요되며 현실적으로 유익하지 않는 경우도 많다. 따라서 실제로는 명확한 경우도 포함하여 애매한 영역에 속하는 문제를 현실적이며 유리한 조건내용으로 해결하기 위해서는 법이론을 기본으로 하면서 상학적 관점에서도 종합적인 감안을 하는 것이 보다 중요하다고 본다.

참 고 문 헌

- 김동석, “부적합물인도에 대한 매수인의 구제,” 「월간고시」, 제177호, 1988.
- 김형배, 「민법학강의[이론·판례·사례]」, 신조사, 2005.
- 박상기, “CISG에서 매수인구제조항에 관한 비판적 연구,” 「무역상무연구」, 제1권, 1999.
- 서헌재, 「국제거래법[제4판]」, 법문사, 2006.
- 오원석·최준선·허해관역, 「UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004」, 법문사, 2006.
- 이병문, “EC Directive상 하자물품에 대한 매수인의 구제제도에 관한 비교연구,” 「무역상무연구」, 제19권, 2003.
- 이병문, “유럽매매법원칙상 매수인의 구제제도,” 「무역학회지」, 제34권 제1호, 2009.
- 이상윤, 「영미법」, 박영사, 2003.
- 이천수, “CISG에서 매도인의 구제규정의 실무적 유용성 분석,” 「국제상학」, 제17권 제2호, 2002.
- 채진익, “국제물품매매계약에서 이행기전 계약위반과 그 구제에 관한 연구,” 「무역학회지」, 제33권 제5호, 2008.
- 최명국, “CISG에서의 피해당사자의 구제방안 선택문제,” 「무역상무연구」, 제12권, 1999.
- 하강현, “국제물품매매에서 이행기전 계약위반에 대한 구제권 연구(사례를 중심으로),” 「무역상무연구」, 제39권, 2008.
- 龜田尚己·小林晃·八尾晃, 「國際商取引入門」, 文眞堂, 2004.
- 望月禮二郎, 「英米法(新版)」, 青林書院, 1997.
- 伊藤正己編, 「英美法概論」, 青林書院, 1961.
- 立石孝夫, 「國際取引の法と經濟」, 高文堂出版社, 2005.
- 中村弘, 「貿易契約の基礎」, 東洋經濟新報社, 1983.
- 田中英夫, 「英美法概說(上), (下)」, 東京大學出版會, 1980.
- 田中英夫, 「英米法辭典」, 東京大學出版會, 1991.
- 田中和夫, 「英美法概說」, 有斐閣, 1981.

- 樋口範雄, 「アメリカ契約法」, 弘文堂, 1994.
- Atiyah, P. S., *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1990.
- Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979.
- Atiyah, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford University Press Ltd., 1995.
- Atiyah, P. S. & Adams, J. N., *The Sale of Goods*, 11th ed., Pearson Education Ltd., 2005.
- Beale, H. G., et al., *Chitty on Contracts*, Vol. 1, 29th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2006.
- Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford University Press, 2002.
- Burrows, A., *Remedies for Tort and Breach of Contract*, 3rd ed., Oxford University Press Ltd., 2004.
- Calamari, J. D. & Perillo, J. M., *Calamari and Perillo on Contract*, 5th ed., West Group, 2003.
- Charny, D., "Hypothetical Bargains: the Normative Structure of Contract Interpretation," 89 *Mich. L. Rev.*, 1991.
- Chitty, J., *A Practical Treatise on the Law of Contract*, G. and C. Merriam, 1834.
- Cooter, R. & Ulan, T., *Law and Economics*, 5th ed., Pearson Education Inc., 2008.
- Corbin, A. L., *Corbin on Contracts*, West Publishing, 1952.
- Corbin, A. L., et al., *Corbin on Contracts*, Vol.1., Lexis Nexis, 1993.
- Farnsworth, E. A., *Contracts*, 4th ed., Aspen Publishers, Inc., 2004.
- Harris, D. Campbell. D. & Halson, R., *Remedies in Contract and Tort*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006.
- Lawson, F. H., *Remedies of English Law*, 2nd ed., Lexis Law Pub., 1980.
- Leavell, R. N., et al., *Equitable Remedies, Restitution and Damages Cases and Materials*, 7th ed., West, 2005.
- Lord, R. A. et al., *A Treatise on the Law of Contracts by Samuel*

- Williston (Williston on Contracts)*, 4th ed., Lawyers Cooperative Pub, 1990.
- McGregor, H., *McGregor on Damages*, 17th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2003.
- Menger, C., *Principles of Economics*, Libertarian Pr., 1994.
- Peel, E., *Treitel's on the Law of Contract*, 12th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2007
- Pollock, F., *Pollock's Principles of Contract*, 13th ed., Stevens & Sons Ltd., 1950.
- Rendleman, D., *Cases and Materials on Remedies*, 6th ed., West Publishing Company, 1999.
- Schoenboard, D., et al., *Remedies: Public and Private*, 2nd ed., West Group, 1996.
- Smith, S. A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., Oxford University Press Ltd., 2006.
- Stone, B. & Adams, K.D., *Uniform Commercial Code*, 7th ed., Thomson/West, 2008.
- Vogenauer, S. & Kleinheisterkamp, J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts(PICC)*, Oxford University Press Ltd., 2009.
- Weaver, R. J., Shoen, E. W. & Kelly, M. B., *Principles of Remedies Law*, West, Thomson Business, 2007.

ABSTRACT

A Study on the Remedy System for Breach of Contract of U.K. and U.S. in the International Commercial Transactions

Han, Nak Hyun

Common law makes a distinction between partial breach and material breach. Attempted definitions of material breach are notoriously unsatisfactory, and the concept of partial breach does not necessarily bear an inverse relationship to substantial performance. This study will review the basic structure of common law contract remedies together with how these remedies are reflected in UCC Article 2 for sale of goods contracts. The matter is complicated because availability of remedy depends on the seriousness of the breach, and the right to cure, and (for sale of goods) these in turn depend on whether the contract is an installment contract or a single performance contract.

Common law jurisdictions relegate specific performance of contracts to a last place in the hierarchy of contract remedies. Common law lawyers should recognize that this is the result of historical accident and not the product of some kind of superior intellectual effort. Not only is the attitude of civil law systems toward specific performance quite different, but for international sales contracts in developing nations, a remedy system based on the notion that substitute contracts are readily available (and therefore damage remedies are appropriate) is unrealistic.

English common law courts were largely restricted to remedies in the form of monetary damages. For that reason the primary contract remedy at common law has never been specific performance. Rather, common law courts have struggled to develop an appropriate measure of monetary damages for breach of contract. Today, specific performance is viewed as an equitable remedy rather than common law.

In the United States the dual court system has been abolished by a merger of law and equity courts into a single court structure. However some historical distinction linger on. The most important is that jury trials are generally not available in actions that seek equitable relief. If a plaintiff seeks in personam relief, such as specific performance of a contract, the action will be viewed as equitable and there will be no entitlement to a jury. Further, equitable relief will be granted only in those situations where the plaintiff pleads and proves that the remedy at law is inadequate.

The purpose of this study aims to analyze the remedy system of breach of contract of U.K. and U.S. in the international commercial transactions with criterion of commercial rationality.

Key Words : common law, UCC, specific performance, breach of contract, remedy system, equity, sale of goods contracts
