

# 國際物品賣買契約에서의 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策

朴 南 圭\*

## 目 次

I. 問題의 提起	III. 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策
II. 國際物品賣買契約의 違反과 그 內容	1. 救濟策의 概觀
1. 契約違反의 概念	2. 救濟策의 內容
2. UNCCISG上의 規定	IV. 結 言
3. 契約의 本質的 違反	

## I. 問題의 提起

1980년 비엔나 외교회의에서 채택된 國際物品賣買契約에 관한 유엔 協約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: 이하 “UNCCISG”라고 칭함)이 1988년 1월 1일부터 발효됨에 따라 이 協約이 실제의 國際去來過程에서 어떠한 役割을 하게 될 것인가가 우리의 最大 關心事로 浮刻되고 있다. 특히 國際物品賣買契約에서 當事者 중의 一方이 契約違反을 하는 경우에 이로 인해 損害를 입은 當事者는 어떠한 救濟策을 行使할 수 있겠는가. UNCCISG에는 損害를 입은 當事者가 行使할 수 있는 救濟策을 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策, 買受人의 契約違反에 대한 賣渡人の 救濟策, 賣買當事者에게 共通으로 適用되는 救濟策으로 각각 나누어 規定하고 있는 바, 本稿에서는 이러한 救濟策 가운데 가장 큰 比重을 차

\* 建國大學校 貿易學科 副教授, 經濟學博士.

지하고 있는 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策을 이 協約의 規定順序에 따라 論究하고자 한다.

筆者가 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策을 論하려고 하는 가장 큰 이유는 UNCCISG가 國際去來에 있어서 주로 買受人이 되는 開發途上國 내지 後進國과 주로 賣渡人이 되는 先進工業國 사이에 對立하는 利害關係의 調節을 考慮하여 여러 가지 면에서 國際物品賣買契約上의 買受人의 地位를 強化했기 때문이다. 이 問題를 다룸에 있어 本稿에서는 먼저 救濟策의 成立要件에 該當하는 契約違反에 대하여 그 基本概念을 中心으로 우리 나라의 民·商法과 英美法 및 UNCCISG를 比較하면서 그 類型과 效果를 살펴보고, 나아가서 UNCCISG의 編制에 따라 賣渡人の 契約違反時 買受人이 行使할 수 있는 救濟策의 내용을 比較·分析코자 한다.

## II. 國際物品賣買契約의 違反과 그 內容

### 1. 契約違反의 概念

契約違反(breach of contract)이란 賣買當事者가 자기에게 責任이 있는 사유로 契約의 內容에 좇은 履行을 하지 않는 것을 말한다. 이 문제를 우리 民法 및 大陸法에서는 일반적으로 債務不履行의 문제로 파악하고 있으며, 英美法에서는 契約에서 생긴 債務不履行으로서 이를 특히 契約違反問題로 다루고 있다. 우리 民法에서는 債務者가 正當한 이유없이 債務의 內容에 좇은 履行을 하지 않는 것을 債務不履行이라고, 그 債務不履行을 履行遲滯, 履行不能, 不完全履行, 債權者遲滯의 네 가지 모습으로 설명하고 있다.<sup>1)</sup> 履行遲滯는 履行이 可能에도 불구하고 履行期에 履行하지 않는 것이고, 履行不能은 債權이 成立한 후에 債務를 履行할 수 없게 된 경우(後發的 履行不能)이며, 不完全履行

1) 金曾漢, 債權總論(民法講義 III), 博英社, 1983, pp.45-66.

은 債務의 履行으로서 어떤 給付를 하기는 하였으나 그것이 債務의 내용에 좇은 것이라고 인정할 수 없는 경우이다. 원래 우리 民法은 제 390조에서 損害賠償을 가능하게 하는 債務不履行의 모습을 履行遲滯와 履行不能의 두 가지로 나누고 있었다. 그런데 20세기에 들어와서 독일에서는 이른 바 積極的 債權侵害<sup>2)</sup> 내지 不完全履行이 문제가 되었던 바, 우리 나라에서도 이를 수용하여 不完全履行(Schlechterfüllung) 내지 積極的 債權侵害를 債務不履行의 하나의 모습으로 인정하고 있다.<sup>3)</sup> 또한 債務者가 債務의 내용에 좇은 履行의 提供을 하였음에도 불구하고 債權者가 履行의 完了에 필요한 協力을 하지 않는 것을 債權者遲滯(Gläubigerverzug) 또는 受領遲滯(Annahmeverzug)라고 하여 學說上 이것도 債務不履行의 한 모습으로 해석하고 있다.<sup>4)</sup>

한편 英美法에서는 특히 契約에서 발생한 債務의 不履行을 문제삼아 債務者가 契約에서 約束한 事項의 全部 또는 一部를 正當한 이유 없이 履行하지 않는 것을 契約違反(breach of contract)이라고 하는 바 그러한 契約違反의 모습으로 履行遲滯(failure to perform), 履行不能(impossibility to perform) 외에 우리 民法에는 없는 履行拒絶(refusal to perform, renunciation)이라는 特異한 概念이 인정되고 있다.<sup>5)</sup> 履行遲滯는 履行期 또는 履行期中에만 일어날 수 있는데 비하여, 履行不能과 履行拒絶은 履行期前(anticipatory breach)에도 履行期中에도 일어날 수 있다. 여기서 履行拒絶이란 雙務契約에 있어서 當事者의 一方이 契約에 의하여 정해진 履行期가 到來하여도 자기의 義務를 履行할 의사가 없거나 履行하는 것이 不可能하다는 것을 表明하는 것을 말한다. 英美法上 履行拒絶을 契約違反의 한 모습으로 인정하는 이유는 履行拒絶한 當事者를 遲滯에 빠뜨리기 위하여는 履行期까지 기다리거나

2) 積極的 債權侵害란 給付에 의하여 오히려 債權者에게 損害를 줄 경우를 말한다.

3) 金曾漢, 前掲書, pp.47-48.

4) 上掲書, p.64.

5) Guest, A.G. ed., *Anson's Law of Contract*, 25th ed., Clarendon Press, 1979, pp.526-527; 田中和夫, 英米契約法(新版), 有斐閣, 1982, p.189.

또는 자신의 辨濟를 提供하여야만 하는 不合理한 浪費를 除去하기 위한 것이다.<sup>6)</sup>

## 2. UNCCISG上的 規定

UNCCISG에서는 “賣渡人이 契約 또는 이 協約에서 정한 어떤 義務를 履行하지 못한 경우, 買受人은 다음의 權利를 行使할 수 있다”<sup>7)</sup>라고 하여 賣渡人의 不履行에 대하여 買受人이 呼訴할 수 있는 救濟方法을 包括的으로 規定하고 있다. 즉, 履行遲滯와 履行不能을 구분하여 달리 취급하고 있지 않으며, 다만 本質的으로 不完全履行으로 이해되고 있는 瑕疵擔保責任에 해당하는 物品의 不適合問題에 관하여 상세하게 規定하고 있다. 또한 債權者遲滯에 관하여 一般的 規定은 두고 있지 않은 반면 國際物品賣買에 있어서 買受人의 物品受領義務의 중요성을 감안하여 物品引渡의 受領을 買受人의 基本義務 중의 하나로 規定하고 있기 때문에 買受人의 物品受領遲滯는 UNCCISG上 契約違反의 문제로 다루어지게 된다. 이상과 같이 UNCCISG에는 債務不履行의 모습에 대한 大陸法上的의 구분을 그대로 수용하고 있지 않으며, 賣買契約 자체의 特性 및 그 國際的인 性格을 고려하면서 大陸法과 英美法の 조화를 꾀하는 입장을 취하고 있다.

## 3. 契約의 本質的 違反

그런데 UNCCISG에는 契約違反의 모든 모습에 共通的으로 適用되는 概念을 規定하고 있는 바, 本質的 違反이 그것이다. 契約違反이 本質的인가의 여부는 UNCCISG에 마련된 救濟手段의 決定에 있어서 核心的 要件으로 기능하고 있다. 賣買當事者는 相對方이 契約을 違反한 경우 그것이 아무리 사소한 점에 관한 것이고, 또 경미한 정도의 것이 라도 UNCCISG에 規定된 모든 救濟策을 行使할 수 있는 것은 아니

6) 李泰熙, 國際契約法(理論과 實際), 學研社, 1985, p.90.

7) UNCCISG 第45條.

다. 契約違反의 경우 當事者는 필요한 救濟策을 行使하여 契約違反으로 인한 손해를 回復하면 충분하므로 當事者間의 合理的인 利害의 調節을 위하여는 當事者의 救濟策 行使에 일정한 制限을 가할 필요가 있기 때문이다. 여기서 UNCCISG는 契約의 本質的 違反이라는 概念을 채택하여 契約解除權 등의 濫用을 抑制하고 있으며, 이 概念을 賣渡人과 買受人의 여러 가지 救濟策 및 위험이전의 문제에 사용하고 있어 매우 중요한 비중을 차지하고 있다.<sup>8)</sup>

### (1) 本質的 違反의 意義

UNCCISG에서는 “契約의 本質的 違反(fundamental breach of contract)이란 契約의 一方 當事者가 契約違反으로 인하여 相對方이 契約上 기대할 權利가 있는 것을 實質的으로 剝奪함과 같은 損害를 초래하는 경우를 말한다”<sup>9)</sup>라고 정의하여 違反에 起因한 損害가 相對方이 契約下에서 기대할 權利가 있는 것을 실질적으로 剝奪하는 損害인가에 두고 있는데 이는 違反에 起因한 損害程度에 따라 本質的 違反인가를 판단하여야 한다는 것을 의미한다. 그런데 UNCCISG 제25조의 기초가 된 條項은 UNCCISG의 母胎가 된 國際物品賣買統一法協約(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods: ULIS) 제10조로서 여기에는 다음과 같이 規定하고 있다.

“For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects.”

8) UNCITRAL, *Yearbook*, Vol. VIII (1977), New York, 1978, p.31.

9) UNCCISG 第25條: A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

즉, “契約締結時에 相對方과 동일한 立場에 있는 合理的인 사람이 계약위반 및 그 효과를 豫見하였다더라면 契約을 締結하지 않았으리라는 것을 알았거나 또는 알 수 있었던 때에는 그 계약위반은 本質的인 것으로 본다”라고 規定하고 있었으나 契約違反한 當事者의 相對方이 그 契約違反 및 效果를 豫見하였다더라면 契約을 締結하였을 것인가라는 점에서<sup>10)</sup> 현재와 같이 간단하고 객관적인 내용으로 개정되었다. 다시 말하면 UNCCISG 제25조 및 ULIS 제10조는 그러한 本質的 契約違反이란 어떠한 내용의 것인가를 規定하여 놓은 條項이며, UNCCISG의 제49조 1항 a호 및 제64조 1항 a호에서 規定한 바와 같이 賣買契約의 一方은 相對方이 本質的 違反을 범했을 때 그 契約을 解除할 수 있는 것이다.<sup>11)</sup> 따라서 契約違反의 내용이 本質的인 것이 아닐 경우에는 相對方으로서는 契約을 解除하지 아니하고 대신에 그 밖의 여러 가지 救濟手段(예컨대 代替品請求權, 減額請求權 또는 損害賠償請求權 등)의 行使에 의존하게 된다(UNCCISG 제45조 및 제61조 이하 참조). 다만 契約違反을 범한 當事者가 그러한 결과를 豫見하지 못하였고, 또한 同一한 狀況下에서 그러한 결과를 능히 예견하였을 리가 없을 경우에는 그러하지 아니한다<sup>12)</sup>고 規定하여 例外를 인정하고 있다. 이는 예견가능한 결과만이 契約解除의 기초로서 고려되어야 한다는 것을 뜻하는 것이다.<sup>13)</sup> 또한 “Fundamental Breach”라는 표현은 많은 判例에서도 보이는데 대표적인 것으로 Diplock 경은 Photo Production Ltd. 對 Securicor Transport Ltd. 事件<sup>14)</sup>에서 다음과 같은 상황을 설명하는데 “Fundamental Breach”라는 표현을 사용하고 있다.<sup>15)</sup>

10) Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales* (Under the 1980 United Nations Convention), Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherland, 1982, p.182.

11) *Ibid.*, p.182.

12) UNCCISG 제25조 단서.

13) Honnold, J.O., *op. cit.*, p.212.

14) [1980] A.C. 827 at 849.

15) Carter, J.W., *Breach of Contract*, The Law Book Co., Ltd., Sydney, 1984, p.64.

“the event resulting from the failure by one party to perform a primary obligation has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract”

이는 UNCCISG 제25조의 本質的 違反에 대한 定義와 거의 같은 概念이라 하겠다.

## (2) 本質的 違反의 適用問題

① UNCCISG에는 瑕疵있는 物品을 代替하거나 補完하여 賣渡人으로서 하여금 不適合引渡를 補完하도록 許容하는 중요한 規定들이 있는데 UNCCISG 제37조(引渡期日前 補完)와 제48조(引渡期日後 補完)가 그것이다. 이들 規定과 本質的 違反과의 關係를 다음의 事例를 통하여 살펴본다.

<사례> 賣買契約에서 特定한 引渡日인 6월 1일에 賣渡人은 機械를 買受人에게 引渡하였고, 6월 15일에 買受人이 기계를 작동했을 때 기계의 重要 부품의 瑕疵로 인하여 기계가 작동되지 않았다. 買受人은 賣渡人에게 기계가 작동되지 않는다고 通知했고, 賣渡人은 즉시 瑕疵 있는 部品の 代替를 승낙했다. 代替를 하는데 소요되는 期間이 짧아 기계를 사용하는 買受人의 계획을 방해하지 않았지만 買受人은 賣渡人에게 瑕疵 있는 부품의 代替를 허용하지 않았다. 기계가 작동되지 못하게 한 瑕疵는 UNCCISG 제25조에 規定된 本質的 違反이기 때문에 買受人은 契約이 解除되어야 한다고 주장하면서<sup>16)</sup> 기계를 철거하고 代金を 返還해야 한다<sup>17)</sup>고 주장했다. 이 사례를 보면 瑕疵 있는 부품의 代替가 없다면 賣渡人의 契約違反은 本質的인 것이기 때문에 契約解除는 正當하다고 하는 買受人의 主張은 옳았다고 볼 수 있으며, 다른 한편 비록 合意한 引渡日 以後라 해도 瑕疵 있는 부품의 신속한 代替는 買受人에게 實質的인 損害를 防止해 주므로 이런 假定에서 볼 때 契約違反은 本質的인 것이 아니므로 契約은 解除될 수 없다고 하겠다.

16) UNCCISG 제49조 1항 a호 참조.

17) UNCCISG 제81조 참조.

바로 이런 狀況下에서의 문제에 適用이 可能하도록 UNCCISG 제48조는 賣渡人에게 瑕疵있는 부분을 代替할 수 있는 權限을 부여하고 있다. 결국 契約解除의 目的으로 契約違反이 本質的인가의 문제는 補完請求의 正當性에 비추어서 해답되어야 할 것이다.<sup>18)</sup> 따라서 UNCCISG 제25조, 제48조, 제49조의 規定을 함께 해석해 볼 때 위 事例에서의 買受人의 契約解除企圖는 無效이어야 한다.

② 또 한 가지의 문제는 모든 情狀으로 비추어 보아 契約違反의 實質性(substantiality of the breach)을 평가하는 문제이다. 다음의 두 가지 사례를 보자.

<사례 1> 賣渡人과 買受人은 설탕 1등급품(No. 1 quality sugar) 1,000부대를 引渡하기로 契約을 締結했다(부대당 \$20로 全體代金は \$20,000). 引渡할 當時의 檢査에 의하면 970부대의 설탕은 契約과 일치하지만 나머지 30부대는 瑕疵가 있어서 사용할 수 없는 것이었다. 引渡할 當時에 瑕疵가 發見되었을 때 賣渡人은 30부대의 값을 받지 않기로 하였다(이것은 信用狀 去來에서 賣渡人이 30부대의 값을 공제한 \$19,400의 어음을 발행함으로써 가능함).

<사례 2> 모든 사실은 위의 <사례 1>과 같고 物品引渡 후 賣渡人이 代金全額인 \$20,000에 대해 어음을 발행한 경우(즉, 賣渡人은 30부대의 瑕疵에도 불구하고 \$20,000 全額을 支給하지 아니하면 설탕의 引渡를 拒絶한다는 것이었다).

이런 사례들은 UNCCISG 제25조에서와 같이 “當該契約下에서 기대할 權利가 있는 것을 契約當事者의 一方이 얼마나 實質的으로 剝奪당했느냐”의 문제는 단순히 物品만을 기준으로 해서는 안된다는 점을 提起해 주고 있다. 위의 <사례 1>에서 買受人이 받은 不利益의 程度는 아주 적어서 代金調整을 수반한 物品의 提供은 本質的 違反을 구성하지 아니할 것이다. 그러나 <사례 2>에서 보는 바와 같이 代金調整없는 物品의 提供은 本質的 違反을 구성한다 하겠다. 따라서 이런

18) Honnold, J.O., *op. cit.*, p.185.



경우의 補完策으로서 UNCCISG는 買受人이 先拂한 出費를 賣渡人으로부터 償還받는데 不確實性이 있는 경우 救濟받을 수 있도록 規定하고 있다.<sup>19)</sup>

### Ⅲ. 賣渡人の 契約違反에 대한 買受人의 救濟策

#### 1. 救濟策의 概觀

UNCCISG 제45조는 “賣渡人이 契約 또는 이 協約에서 정한 어떤 義務를 履行하지 아니하는 경우 買受人은 다음의 救濟를 구할 수 있다”라고 規定함으로써 賣渡人の 不履行에 대하여 買受人이 호소할 수 있는 救濟方法을 총괄하여 제시하고 있으며, 동시에 다른 救濟方法과의 關係에 대해서도 言及하고 있다. 그런데 우리 나라 民法은 大陸法の 傳統에 따라 履行遲滯, 履行不能, 不完全履行 등의 債務不履行責任과 瑕疵擔保責任을 별도로 規定하고 있는데 비하여 UNCCISG는 제3편 제2장 제3절에서 賣渡人の 契約違反으로 買受人에게 인정되는 일체의 救濟手段을 통합하여 規定하고 있으며, 특히 우리 民法上的 瑕疵擔保責任에 該當하는 物品의 契約不適合性에 대한 責任을 履行遲滯 등과 구별하지 않고 契約違反責任으로 총괄하고 있음이 특징이다. 이는 완벽하다고는 할 수 없지만 擔保責任制度和 債務不履行責任의 本質的인 聯關性에 비추어 장차 兩制度의 통일적 이론구성과 規制가 가능하다는 전망도 있어 왔던 바<sup>20)</sup> 보다 진일보한 規定이라 하겠다. UNCCISG上 買受人이 行使할 수 있는 權利는 다음과 같다.

#### (1) 제46조 내지 제52조에 規定된 權利의 行使

그 내용을 條文別로 보면 제46조 1항의 履行請求權, 同條 2항의 代替品引渡請求權, 同條 3항의 不適合性補完請求權, 제47조의 猶豫期間

19) UNCCISG 제48조 1항.

20) 郭潤直, 債權各論(民法講義 IV), 博英社, 1986, pp.206-207.

에 의한 履行의 催告 및 損害賠償, 제48조의 履行期日 이후의 賣渡人の 物品引渡權 및 損害賠償, 제49조의 契約解除權, 제50조의 代金減額權, 제51조의 一部引渡 및 一部不適合의 경우 契約解除, 제52조의 期日前引渡 또는 超過數量引渡와 買受人의 受領拒否 등인데 이들 條文은 權利行使의 實體的 要件을 規定하고 있다.

## (2) 제74조 내지 제77조에 規定된 損害賠償請求權

그 내용을 조문별로 보면 제74조의 損害賠償의 範圍, 제75조의 契約解除와 損害賠償算定基準(代替去來가 있는 경우), 제76조의 損害賠償算定基準(代替去來가 없는 경우), 제77조의 損失輕減措置義務 등인데 이는 損害賠償請求權行使의 實體的 規定은 아니다.

한편 買受人이 위와 같이 損害賠償을 請求할 수 있는 權利는, 그 이외에 救濟를 구하는 權利의 行使에 의하여 剝奪당하지 아니한다고 규정(UNCCISG 제45조 2항)함으로써 UNCCISG 제45조 1항의 權利行使와 동시에 損害賠償을 請求할 수 있고, 또는 다른 請求權을 모두 行使하지 아니하고 오직 損害賠償만을 請求할 수도 있음을 規定하고 있다. 또한 買受人이 이들 規定에 따라 契約違反에 대한 救濟를 구하는 경우에 法院 또는 仲裁判定부는 賣渡人에게 猶豫期間(period of grace)을 許與하여서는 안된다고 規定하고 있는데(제45조 3항), 이 條項은 買受人에 대한 救濟를 방해하지 못하게 하려는 배려에서 나온 것으로 본다.<sup>21)</sup>

## 2. 救濟策의 內容

### (1) 履行請求權

#### ① 特定履行請求權

UNCCISG 제46조 1항은 買受人은 그 請求와 兩立할 수 없는 救濟를 구하는 경우를 除外하고는 賣渡人에 대하여 그 義務의 履行을 請求할 수 있다고 規定함으로써 契約履行請求權을 買受人을 위한 최우

21) 高範俊, 國際物品買賣契約에 관한 UN 協約, 大韓商事仲裁院, 1983, p.49.

선의 수단으로 인정하고 있다. 즉, 이 條項은 買受人이 賣渡人에게 履行을 請求할 수 있는 一般原則을 規定해 놓은 規定으로서 賣渡人을 위한 일련의 救濟策, 즉 “賣渡人은 買受人에 대하여 代金の 支給을 請求할 수 있다”라고 한 UNCCISG 제62조와 對應하는 規定이다. 이들 양 條項은 法은 契約當事者들에게 契約上の 義務를 履行하도록 強制해야 한다는 大陸法 이론에서 具現된 原則을 반영한 것이다. 반면 普通法에서는 通常의 救濟策은 賠償金を 支給하는 것이지만 金錢的인 賠償이 權利를 侵害당한 當事者에게 적절한 保護策이 되지 않을 경우에만 特定履行(specific performance)을 명하도록 하고 있다.<sup>22)</sup>

特定履行이란 契約의 目的으로 되어 있는 債務를 약속한 대로 履行할 것을 法院이 명령하는 救濟方法을 말한다.<sup>23)</sup> 이는 원래 英美法上的 衡平法에서 由來하는 것으로서 賣買契約에 기초한 분쟁에 있어서 損害賠償만으로는 實質的인 救濟가 되지 않는 경우에 法院이 本來의 給付와 같은 給付의 履行을 명할 수 있는 制度이다. 英國의 物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979) 제52조에는 特定履行에 관한 다음과 같은 規定이 있다. 즉, “特定物品 또는 特定物品의 引渡에 관한 契約違反에 대한 訴訟에 있어서는 法院은 적당하다고 인정할 경우에는 原告의 申請에 의하여 被告에 대하여 損害를 賠償하고 物品을 保有할 자유를 인정하지 아니하고 契約대로 履行할 것을 判決로써 명할 수 있다”라고 하여 이를 인정하고 있다.

우리 나라에서도 債務의 現實的 履行을 強制하기 위하여 民事訴訟法 제469조 이하의 規定과 아울러 民法 제389조에 特定履行과 어느 정도 유사한 強制履行을 法院에 請求할 수 있다는 規定을 두고 있다. 그런데 UNCCISG 제28조에서는 “이 協約의 적용이 없는 類似한 賣買契約에 대해서도 國內法으로 그러한 特定履行을 명하게 될 만한 경우가 아니라면 特定履行을 法院이 명할 義務는 없는 것이다”라는 注意規定을 두고 있다는데 유의해야 할 것이다. UNCCISG가 이와 같이

22) Honnold, J.O., *op. cit.*, p.300.

23) 高範俊, 前掲書, p.31.

特定履行命令에 관하여 注意規定을 두고 있는 이유는, 첫째 英美法에서도 그것은 當事者가 權利로서 이를 請求할 수 있는 성질의 것이 아니라 法院의 裁量的인 救濟方法(discretionary remedy)인 것이기 때문이며, 둘째 債務의 履行을 強要함으로 인하여 債務者가 매우 심한 곤경에 빠진다거나, 損害賠償이 충분한 救濟가 될 수 있는 경우에 해당하거나 또는 法院이 特定履行의 명령을 不斷히 監視하지 아니하면 그 명령의 實效性을 確保하는 일이 不合理할 정도로 곤란하다든가 하는 경우에는 법원이 特定履行을 명령하여야 할 이유가 없기 때문이다.<sup>24)</sup>

## ② 代替品引渡請求權

賣買契約이 전혀 履行되지 아니한 경우 買受人은 前述한 履行請求權을 行使하면 된다. 그러나 賣渡人이 契約上 約定된 物品을 引渡하였으나 物品에 適合性의 缺如가 있는 경우 買受人은 그 不適合性이 契約의 本質的 違反에 해당하는 때에는 代替品引渡請求權을 行使할 수 있다.

UNCCISG 제46조 제2항은 “物品이 契約에 適合하지 아니한 경우로서 그 不適合이 本質的인 契約違反이 되는 때에는 買受人은 代替品の 引渡를 請求할 수 있다. 다만 當該 請求가 제39조에서 정한 通知와 함께 또는 그 후 合理的인 期間內에 行하여졌을 경우에 한한다”라고 規定하고 있다. 이는 買受人이 代替品請求를 할 수 있기 위하여서는 세 가지 前提가 要求되고 있는 바, 첫째 賣渡人이 이미 引渡한 物品이 契約에 不適合하다 하더라도 그 程度가 本質的 違反에 該當하는 경우라야 한다는 것이다. 즉, 不適合이 중요한 문제가 되지 않을 때 代替品 引渡를 強要하는 것은 買受人의 요구에 附合되지 않은 負擔을 지울 수 있기 때문에 本規定은 不適合이 契約의 本質的 違反일 때만 이 救濟策을 利用할 수 있는 것이다.<sup>25)</sup> 둘째, 買受人이 檢査義務와 瑕疵通知義務를 履行한 경우라야 하며, 셋째 代替品の 請求가 그 후의 合理的인 期間內에 이루어졌음을 요한다는 것이다.

24) 上掲書, pp.31-32.

25) Honnold, J.O., *op. cit.*, p.301.

위의 세 가지 要件을 充足하면 買受人은 賣渡人에게 代替品の 引渡를 請求할 수 있다. 그런데 이와 같이 買受人이 賣渡人에 대하여 代替品の 引渡를 請求한다는 것은 買受人이 이미 受領한 物品의 返還을 豫定하고 있다는 말이 된다. 즉, 買受人이 代替品の 引渡를 받으려면 이미 受領한 不適合物品을 賣渡人에게 原狀대로 返還하는 것이 公平하기 때문이다. 따라서 만일에 이를 返還하지 못하였거나, 또는 受領한 當時와 同等狀態로 返還할 수가 없게 되었거나 하는 경우에는 買受人은 代替品引渡請求權을 喪失하게 된다.<sup>26)</sup> 다만 買受人이 代替品引渡請求權을 喪失하더라도 契約 및 協約上的 다른 救濟策은 여전히 保有한다.<sup>27)</sup>

### ③ 不適合性補完請求權

不適合性補完請求權은 前述한 代替品引渡請求權보다 進一步한 規定이라 할 수 있다. 즉, 不適合性이 증대한 것이 아닐 때 代替品引渡를 요구하는 것은 不合理하게 과도한 輸送費 등의 負擔을 賣渡人에게 지울 수 있기 때문에, 契約違反이 本質的인 것이 아닐 때 買受人이 賣渡人에게 不適合性에 대한 補完을 請求하는 것은 매우 效率的이라 하겠다.

UNCCISG 제46조 3항은 “物品이 契約에 適合하지 아니한 경우로서, 모든 狀況으로 보아 不合理하지 아니한 때에는 買受人은 賣渡人에게 그 不適合의 補完을 請求할 수 있다”라고 規定하면서 다만 그러한 “補完의 請求는 제39조에서 정한 通知와 함께 또는 그 후 合理的인 期間 內에 行해져야 한다”라고 하여 不適合性補完을 請求하는데 있어 충족되어야 하는 두 가지 前提條件에 대하여 言及하고 있다.

이상에서 言及한 代替品引渡請求權과 不適合性補完請求權은 賣渡人에게 代替品引渡와 不適合物品에 대한 補完修의 機會를 附與함으로써 商去來의 信用을 維持하면서 契約解除라고 하는 過激한 救濟手段을 回避하도록 하기 위한 配慮에서 나온 것이라 할 수 있다.

26) UNCCISG 제82조 2항.

27) UNCCISG 제83조.

#### ④ 追加期間設定權

UNCCISG 제47조 및 제48조는 賣渡人の 契約違反에 대한 救濟 내지 補完策에 관한 것으로서, 제47조에서는 買受人의 裁量에 위한 措置와 그 效果를, 제48조에서는 이와 같은 경우에 賣渡人이 積極적으로 不履行의 補完을 試圖하였을 경우의 效果를 規定하고 있다. 즉, 제47조는 “買受人은 賣渡人에 의한 義務의 履行을 위하여 合理的인 期間을 追加期間으로 定할 수 있다”라고 規定하고 있는 바, 賣渡人이 그 期間 내에 履行을 完了하지 아니하면 買受人은 契約을 解除할 수 있는 것이다. 그러나 이러한 追加期間의 許與는 買受人이 그의 義務로서가 아니라 裁量에 따라서 하는 것이며, 다만 이 期間이 經過함으로써 義務不履行을 이유로 하는 契約의 解除가 容易하여진다는 實務上の 利點이 있다. 한편 買受人은 위와 같이 自意에 의하여 許與한 履行의 追加期間中에는 賣渡人の 履行拒否의 通知가 없는 한, 契約違反에 대한 如何의 救濟手段에 호소하여서는 안된다.<sup>28)</sup> 그러나 이 경우에도 買受人은 賣渡人の 履行遲滯에 대한 損害賠償을 請求하는 것은 무방하다.<sup>29)</sup>

한편 瑕疵있는 義務履行에 대한 補完策으로 UNCCISG는 두 개 條項을 두고 있는데, 제37조는 引渡日까지 義務의 不履行을 補完할 수 있다고 規定하고 있는데 비하여, 제48조는 賣渡人이 引渡日 이후에라도 자기의 費用으로 義務의 不履行을 補完할 수 있다고 規定하고 있다. 다만 이 경우에도 本質的 違反을 구성할 정도로 遲滯된 후, 즉 UNCCISG 제47조에서와 같이 買受人이 定한 追加期間의 경과 후에 引渡가 이루어진 경우에는 買受人은 契約解除權을 行使할 수 있는 것이다.<sup>30)</sup>

賣渡人이 積極적으로 자신의 契約違反의 內容에 대하여 이를 補完하려고 하는 경우 通常적으로 買受人에게 그 趣旨를 通知하는 것이며,

28) UNCCISG 제47조 2항.

29) UNCCISG 제47조 2항 단서.

30) Honnold, J.O., *op. cit.*, p.310.

이에 대하여 買受人이 同意할 수도 있고 拒否할 수도 있는 것이다. 그러나 賣渡人의 不履行補完을 위한 제의에 대하여 買受人이 合理的인 期間內에 應答하지 아니할 경우에는 賣渡人은 그 자신이 提示했던 補完期間中에 이를 履行할 수 있다.<sup>31)</sup>

## (2) 契約解除權

契約解除權은 大陸法에서 由來하는 制度로서, 같은 目的을 英美法에서는 物品拒絶權(the right to reject goods)에 의해 달성하고 있다. 美國의 統一商法典(Uniform Commercial Code)은 完全履行提供原則(perfect tender rule)에 따라 買受人의 拒絶權을 인정하면서 實質的 違反與否의 基準(substantial breach)을 補充的으로 採擇하고 있다. 즉, “物品 또는 引渡의 提供이 어떠한 점에서든 契約에 適合하지 아니한 경우, 買受人은 物品 全部를 拒絶할 수 있다”<sup>32)</sup>라고 規定하고 있다. 또한 英國의 物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979)은 條件(condition)과 擔保責任(warranty)을 區別하여 條件違反(a breach of condition)인 경우 物品을 拒絶할 수 있으나, 擔保責任의 違反(a breach of warranty)인 경우에는 損害賠償請求만 할 수 있도록 하고 있다.<sup>33)</sup>

이에 비하여 UNCCISG는 契約의 解除에 관한 독립된 節을 두어 規定하고 있지 아니하고 賣買當事者의 權利義務에 관한 節 등 각 實體的 規定 속에 分散하여 규정하고 있는데, 이들을 보면 제26조(解除의 通知), 제49조(賣渡人의 契約違反時 買受人에 의한 契約의 解除), 제51조(賣渡人이 契約의 一部를 履行하지 아니한 경우와 解除), 제64조(買受人이 契約을 違反한 경우 賣渡人에 의한 解除), 제70조(危險負擔의 移轉과 解除), 제72조(履行期前 契約違反과 解除), 제73조(分割履行契約違反과 解除), 제79조(不可抗力의 경우와 解除), 제81조(解除의 效果), 제82조(原狀回復의 不能과 解除權의 喪失), 제83조(解除權의 喪失과 다른 救濟手段과의 關係), 제84조(解除의 경우 原狀回復의 內容),

31) UNCCISG 제48조 제2항.

32) UCC § 2-601.

33) SGA(1979) 제11조 3항.

제86조(解除時 目的物 保存義務)가 있다.

UNCCISG는 契約解除의 주된 사유로 다음 두 가지를 規定하고 있다. 첫째, 賣渡人の 義務不履行이 契約의 本質的 違反에 해당하는 경우이다.<sup>34)</sup> 둘째, 引渡不履行의 경우로서 本質的 違反이 아니더라도 買受人이 정한 催告期間內에 賣渡人이 引渡義務를 履行하지 아니하였거나 또는 그 期間內에 履行하지 아니할 뜻을 明白히 한 경우에는, 買受人은 契約을 解除할 수 있다.<sup>35)</sup>

위 첫째의 경우, 本質的 違反에 대해서는 제II장에서 論及한 바와 마찬가지로이지만 契約解除는 UNCCISG 제26조에 規定된 바와 같이 相對方에게 通知함으로써 效力이 있다.

위 둘째의 경우, 買受人이 賣渡人에게 賣渡人の 義務를 완수할 수 있도록 合理的인 追加期間을 許與하였음에도 불구하고 賣渡人이 이 期間 內에 物品을 引渡하지 아니하였거나 또는 引渡할 뜻이 없음을 表明하였을 경우에도 買受人은 곧 契約을 解除할 수 있다. 그러나 이 경우에도 買受人이 契約을 解除하기 위해서는 相對方에게 그러한 趣旨를 通知하여야 하며, 또 契約解除의 意思表示는 相對方에게 通知가 到達한 경우에 한하여 그 效力이 발생한다(UNCCISG 제26조).

그런데 우리 民法은 契約解除權의 發生에 관하여 催告를 필요로 하는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 規定하고 있다. 즉, 民法 제544조는 當事者의 一方이 그 債務를 履行하지 아니한 때에는 相對方은 상당한 期間을 정하여 그 履行을 催告하고, 그 기간 內에 履行하지 아니하는 경우에 비로소 契約을 解除할 수 있다고 規定하여 催告가 契約解除의 前提條件임을 설명하고 있는데 비하여 民法 제545조(定期行爲와 解除) 및 제546조(履行不能과 解除)에 있어서는 履行遲滯의 경우와는 달리 催告를 필요로 하지 않는다.

한편 UNCCISG 제49조 2항은 賣渡人에 의한 解除權의 行使에 대하여 일정한 時間的 制限을 가하고 있는 規定으로서, 賣渡人이 物品을

34) UNCCISG 제49조 제1항 a호.

35) UNCCISG 제49조 제1항 b호.



이미 引渡하였을 경우에는 다음의 一定期間內에 契約을 解除하지 않는 한 買受人은 解除權을 喪失한다고 規定하고 있다.

첫째, 引渡의 遲滯에 대해서는 買受人은 引渡가 이루어졌음을 안 때로부터 合理的인 期間內에 解除權을 行使하여야 한다.<sup>36)</sup>

둘째, 賣渡人이 物品을 買受人에게 引渡하였으되 그 引渡의 遲滯 이외의 이유(예컨대 物品不適合)로 買受人이 契約을 解除하고자 할 경우에는 다음의 時期에 契約解除權을 行使하여야 한다.<sup>37)</sup>

① 買受人이 그 契約違反을 알았거나 또는 알았어야 하는 時期 이후 合理的인 期間內에,

② 제47조 제1항의 規定에 의해 買受人이 정한 追加期間이 經過한 時期 이후 또는 그 追加期間 내에 義務의 履行을 하지 아니할 것임을 賣渡人이 表明한 時期 이후 合理的인 期間內에,

③ 제48조 제2항의 規定에 의해 賣渡人이 提示한 追加期間이 經過한 때 또는 買受人이 履行을 受諾하지 아니할 것임을 表明한 時期 이후 合理的인 期間內에 이를 행사하여야 한다.

이와 같이 契約解除權의 行使에 制限期間을 두는 이유는 契約解除權의 長期存續으로 인한 法律關係의 不安을 解消하기 위해서이다. 예컨대 買受人이 物品受領 후 物品不適合으로 인해 契約解除를 한다고 假定할 경우, 買受人의 契約解除 宣言의 遲滯는 賣渡人에게 不必要한 費用과 危險을 負擔시키면서 物品의 補完 및 再處分の 機會를 遲滯시킬 것이기 때문이다. 美國의 統一商法典에서도 바로 이런 이유로 買受人의 契約解除期間에 대한 制限을 두고 있다. 즉, “物品의 拒絶은 物品引渡後 合理的인 期間內에 行해져야 한다”<sup>38)</sup>라는 規定이 그것이다.

### (3) 代金減額權

買受人은 物品이 契約에 適合하지 아니한 때에는 代金이 이미 支給되었느냐의 與否에 관계없이 실제로 引渡한 物品의 引渡時의 價額이

36) UNCCISG 제49조 제2항 a호.

37) UNCCISG 제49조 제2항 b호.

38) 美國統一商法典 § 2-602(1).

그 當時의 適合한 物品의 價額에 대하여 가지는 比率에 따라 代金を 減額할 수 있다.<sup>39)</sup> 이를 買受人의 代金減額權이라 한다. 다만 賣渡人이 제37조 또는 제48조의 規定에 의하여 義務의 不履行을 補完하는 경우 또는 이들의 規定에 따라 賣渡人이 행하는 履行의 受諾을 買受人이 拒絶하는 경우에는 買受人은 代金を 減額하여서는 안된다.<sup>40)</sup>

이는 로마法上의 actio quanti minoris로부터 유래된 概念으로서 英美法系에는 生소한 法原理가 UNCCISG에 채택된 것이다.<sup>41)</sup>

代金減額權은 우리 民法에서도 契約解除權, 損害賠償請求權과 함께 買受人의 救濟方法으로 인정하고 있는 權利이다. 우리 民法에서는 量的인 瑕疵에 관하여는 代金減額權을 인정하나 質的인 瑕疵에 대하여는 이를 인정하지 않고 있다.<sup>42)</sup> 그러면 國際賣買에 있어서는 이 規定은 실제로 어떻게 적용될 것인가. 代金後支給條件의 賣買에 있어서는 代金支給 이전에 減額을 請求하는 方法이 自然的이라 하겠지만 CIF 또는 FOB 條件의 경우와 같이 物品의 權利를 化體하는 船貨證券의 引渡와 동시에 代金を 支給하여야 하는 國際賣買에 있어서는 비록 代金支給 이후라 할지라도 買受人이 檢査한 結果로 발견된 數量不足의 사실을 合理的인 期間內에 賣渡人에게 通知 및 立證함으로써 이미 支給한 代金 중에서 그 不足量에 相當하는 金額의 返還을 請求할 수 있다.<sup>43)</sup>

UNCCISG 제50조 前段의 規定과 같이 실제로 引渡된 物品의 引渡할 當時의 價値가 契約에 適合한 物品이었다라면 그 당시에 보유하고 있었을 價値에 대한 比率에 따라 代金を 減額할 수 있다.

다음의 사례를 통하여 代金減額方式을 살펴본다.

---

39) UNCCISG 제50조 전단.

40) UNCCISG 제50조 후단.

41) 趙慶根, "CISG上的 諸問題 - 當事者의 權利救濟", 1989년도 商事法夏季 심포지엄, 韓國商事法學會, 1989. 7, p.21.

42) 民法 제572조 및 제574조.

43) 高範俊, 賣渡人의 瑕疵擔保責任에 관한 研究, 大韓商事仲裁協會, 1972, p.10.

<사례 1> 4월 1일에 賣渡人은 食品加工業者인 買受人에게 Ex Ship 條件으로 6월 1일까지 輸入國所在 리버풀 港口에서 引渡하는 條件으로 1등급 치즈 10톤을 噸당 價格 10,000달러에 合計 100,000달러의 賣買契約을 締結하였다. 運送途中 예상치 못한 敵對行爲로 船舶이 抑留되었다가 그해 8월 1일에 目的地에 도착하였으며, 도착시에 치즈는 4등급으로 判明되었으나, 買受人은 치즈를 受領하기로 결정하였다. 到着遲延과 치즈를 손질하는데 追加된 시간으로 인해 買受人의 加工工場이 操業을 中止하여 결국 15,000달러의 損失이 발생하였다.

① 物品引渡時 치즈 價格의 變動이 없는 경우(1등급 價格 10,000달러, 4등급 價格 2,000달러), 買受人은 損害賠償을 받지는 못할지라도 UNCCISG 제50조에 따라 실제 到着하였을 때의 그 商品價値가 그 當時 契約條件에 附屬되는 商品의 價値에 대한 比率로 代金을 減額할 수 있다. 이 때에 買受人에게 引渡된 4등급 치즈의 價格은 適合物品(1등급) 價格의 1/5이므로 買受人은 賣渡人에게 20,000달러를 지급해야 한다. 물론 UNCCISG 제79조에 의하면 “자기가 負擔하는 어떠한 義務를 履行하지 못한 當事者가 자기의 지배를 초월하는 障害에 기인한 것이었을 때 그 不履行에 대한 責任을 지지 아니한다”라고 規定하고 있기 때문에 위의 예에서 買受人은 契約을 解除할 수 있었다. 그러나 買受人은 치즈를 受領하기로 했기 때문에 買受人은 賣渡人에게 20,000달러를 支給해야 할 것이다.

$$20,000 = 100,000\text{달러} \times \frac{2,000\text{달러(物品引渡時 4등급의 時價)}}{10,000\text{달러(物品引渡時 1등급의 時價)}}$$

② 價格의 變動[上昇]이 있는 경우(1등급 價格 20,000달러, 4등급 價格 4,000달러), 買受人의 損害賠償請求의 可能額은 160,000달러이나 減額할 수 있는 代金은 80,000달러 밖에 되지 않아 損害賠償請求權을 行使하는 것이 보다 有利하다.

이는 어떠한 경우에도 瑕疵있는 物品을 受領한 買受人은 제50조의 代金減額權, 제74조의 損害賠償請求의 두 가지 救濟策 가운데 어느 한

가지를 택할 수 있다. ②의 예에서 가격이 오른다면 買受人은 제74조의 損害賠償請求를 할 것인 바, 이렇게 함으로써 그의 契約上の 期待利益을 보호할 수 있게 된다.

$$80,000\text{달러} = 100,000\text{달러} \times \left(1 - \frac{4,000\text{달러}}{20,000\text{달러}}\right)$$

③ 價格의 變動[下落]이 있는 경우(1등품 가격 5,000달러, 4등품 가격 1,000달러), 買受人의 損害賠償請求의 可能額은 40,000달러이나 減額할 수 있는 代金은 80,000달러가 되어 代金減額權을 行使하는 것이 보다 유리하다.

$$80,000\text{달러} = 100,000\text{달러} \times \left(1 - \frac{1,000\text{달러}}{50,000\text{달러}}\right)$$

그러나 이 경우에도 만일 結果論的인 損害(工場의 操業中止 등)가 40,000달러 이상이라면(예에서는 15,000달러) 損害賠償請求를 하는 것이 더 유리할 것이다.

위의 세 가지 事例의 경우 賣渡人은 不可抗力에 의하여 1등품 품질의 차이점을 引渡하지 못하였을 경우 제79조에 따라 그 損害賠償責任이 免責된다. 제50조에 의한 代金減額은 賣渡人이 損害賠償의 責任이 없는 不可抗力 등의 狀況 아래 買受人이 瑕疵있는 物品을 受領하였을 때에 특히 중요성을 갖는다. 그러나 제50조에 規定된 代金減額은 損害賠償責任이 없는 賣渡人의 경우에 限定되지 않는다. 瑕疵있는 物品을 受領한 買受人은 경우에 따라 두 가지 權利救濟手段, 즉 제50조에 의한 代金減額請求와 제74조에 의한 損害賠償請求 중에서 선택하여 그 權利를 救濟받을 수 있다.

#### (4) 損害賠償請求權

買賣契約에서의 損害賠償請求權은 전술한 代金減額權 및 契約解除權과 더불어 전통적으로 債務不履行에 대한 중요한 救濟手段이 되어 왔으며, UNCCISG에서도 賣渡人이 契約 또는 이 協約에서 정한 義務를 履行하지 아니하는 경우에 買受人은 제74조 내지 제77조에 따라

契約違反으로 인한 損害의 賠償을 請求할 수 있음을 規定하고 있다.<sup>44)</sup> 또한 이 損害賠償請求權은 다른 救濟策, 예컨대 代金減額權 등의 行使에 의하여 剝奪당하지 아니한다<sup>45)</sup>고 規定함으로써 損害賠償의 併存성을 인정하고 있다.

UNCCISG 제5장은 賣渡人 및 買受人의 共通된 義務의 規定인 바, 當事者의 損害賠償義務과 관련된 規定으로는 제2절이 損害賠償義務을, 제3절이 利子를, 제4절이 免責에 대해서 規定하고 있다. 즉, 제74조에서 損害賠償額 算定의 一般原則을 밝힌 다음, 特別規定으로서 제75조 및 제76조에서 買賣契約이 解除된 경우의 當事者의 損害賠償義務에 관하여 規定하고 있다. 그리고 제77조에서는 被害當事者의 損害輕減義務을, 제78조에서는 當事者가 金錢支給을 하지 아니하는 경우 相對方이 이자를 받을 權利가 있음을 각각 規定하고 있다.

#### ① 損害賠償額算定の 一般原則

UNCCISG 제74조는 “一方의 當事者의 契約違反에 대한 損害賠償額은 얻을 수 있었던 利益의 損失을 包含하여 當該 違反의 結果로 相對方이 입은 損失과 同等한 金額으로 한다”라고 하여 損害賠償에 관한 一般原則을 規定하고 있다. 여기서 말하는 損失에는 얻을 수 있었던 利益의 損失(즉, 期待利益과 信賴利益의 損失)이 包含된다 하겠다. 그러나 이러한 一般原則에 대하여 실제로 回復할 수 있는 損害賠償額에는 중요한 制限이 가해져 있다. 즉, “違反을 한 當事者가 契約締結時에 미리 알고 있었거나 또는 마땅히 알았어야 하는 사실 및 사정에 비추어 볼 때, 契約違反의 結果로서 발생할 수 있었던 것임을 발견하였거나 또는 발견하였어야 하는 損失額을 초과하여서는 아니된다”<sup>46)</sup>라는 점이 그것이다. 이는 債務不履行으로 인한 損害賠償은 通常의 損害를 그 限度로 하고 특별한 사정으로 인한 損害는 契約違反者가 그 사정을 알았거나 또는 알 수 있었을 때에 한하여 賠償의 責任이 있다

44) UNCCISG 제45조 1항 b호 참조.

45) UNCCISG 제45조 2항 참조.

46) UNCCISG 제74조 후단.

고 함으로써 소위 豫見可能說의 法理를 採擇하고 있으며, 또 이러한 法理는 우리 民法 제393조 2항의 規定의 해석에 있어서 말하는 相當因果關係說에도 가까운 것이다.<sup>47)</sup> 결국 契約違反者는 原則적으로 契約違反으로 인한 모든 損害를 賠償하여야 하지만 그 範圍는 豫見可能性의 原則에 의해 制限된다고 하겠다.

## ② 契約解除時的 損害額算定

UNCCISG 제74조가 損害賠償에 관한 一般原則을 規定하고 있는 것이라면 제75조 및 제76조는 契約解除時的 損害算定에 대한 特則이라 할 수 있으므로 그 所定要件을 갖춘 이상 반드시 제75조나 제76조에 의하여 損害賠償額을 算定하여야 한다. 그 하나는 契約이 解除된 경우로서 買受人이 代替品을 購入하였거나 또는 賣渡人이 物品을 他人에게 轉賣하였을 경우에는, 損害賠償을 請求하는 當事者는 契約代金과 代替去來에 있어서의 代金과의 差額을 請求할 수 있다.<sup>48)</sup> 물론 그 이상의 損害가 발생하였을 때는 제74조의 規定에 根據를 둔 損害賠償을 請求할 수 있다. 다른 하나는 代替去來가 없는 경우인데 제76조에는 “契約이 解除되고 物品에 時價가 있고, 제75조에 규정된 再賣買가 없는 경우에 損害賠償을 請求하는 當事者는 契約代金과 契約解除 당시의 時價와의 差額뿐만 아니라 제74조의 規定에 의해 받을 수 있는 餘他の 賠償金을 지급받을 수 있다”라고 規定하고 있다. 다만 損害賠償을 請求하는 當事者가 物品受領後에 契約을 解除하는 경우에는 契約解除 當時의 時價에 대신하여 物品受領 當時의 時價가 適用된다.<sup>49)</sup> 여

47) 高範俊, 前掲書, p.78. 相當因果關係說은 被害當事者의 正當한 損害賠償이 성립되기 위해서는 被害當事者의 損害가 相對方의 契約違反에 의하여 발생되었는지의 여부, 즉 契約違反과 損害相互間의 因果關係의 本質적인 문제가 損害賠償의 성립 이전에 충분히 고려되어야 한다는 점에서 獨逸에서는 通說로 되어 있다(森捷, 英米契約法要說, 文久書林, 1972, p.175). 한편 英國에서는 1854년 Hadley 對 Baxendale 事件(9 Exch. 347) 이후 契約違反者는 契約違反으로부터 自然的으로, 즉 사물의 통상적인 과정에 따라 발생하였다고 公正하고도 合理的으로 고려할 수 있는 損害를 被害當事者에게 賠償하여야 한다는 原則이 확립되었으며, 이 원칙은 賣買契約의 違反에 의한 損害賠償額 算定の 基本原則으로서 物品賣買法에서 規定하고 있다(SGA 제50조 2항).

48) UNCCISG 제75조.

기에서 時價는 物品引渡豫定場所에서의 支配的인 價格을 말하는 것이며, 그러한 時價가 없는 경우에는 合理的으로 대신할 만한 다른 장소에서의 價格으로 하되 物品運送用具의 差異를 고려하여야 한다.<sup>50)</sup> 결국 被害當事者가 제75조에 의한 代替去來를 하지 아니한다면 오직 제76조에 의한 時價方式이 적용될 뿐이다. 또한 제76조의 時價方式은 被害當事者가 제75조에 의한 再賣買를 하지 아니한 경우에만 적용된다. 이로써 被害當事者의 救濟手段을 명확히 할 수 있으며 被害當事者가 權利를 濫用하는 것을 防止할 수 있다.

### ③ 契約이 解除되지 아니한 경우의 損害額算定

契約違反에도 불구하고 被害當事者가 契約解除를 하지 않으려 하거나 또는 契約違反이 本質的인 것이 아닌 경우에는, 被害當事者는 解除이외의 救濟手段에 호소할 수 있다. 예컨대 賣渡人이 契約條件과 附合되지 않는 物品을 引渡하였다면 買受人은 物品에 瑕疵가 있음을 賣渡人에게 通知한 후에 損害賠償을 받을 수 있다.<sup>51)</sup> 위와 같이 被害當事者가 契約을 解除하지 아니하는 경우에 가지는 救濟手段으로도 被害當事者의 기대가 충분히 충족되지 아니하는 경우에는, 被害當事者는 UNCCISG 제74조에 의한 利益의 喪失을 포함하여 契約違反으로 인한 모든 損害額의 賠償을 請求할 수 있다.

### ④ 損失輕減措置義務

UNCCISG 제77조는 契約違反을 援用하고자 하는 當事者 자신의 損害輕減義務에 관하여 規定하고 있는 바, 앞의 一般原則下에서 인정되는 損害賠償額의 範圍를 減縮하는 역할을 한다. 즉, “契約違反을 주장하는 當事者는 그 違反으로 인해 발생하는 利益의 喪失을 포함한 損失의 減少를 위해 그러한 狀況下에서 合理的인 措置를 취해야 한다. 그러한 措置를 취하지 아니한 경우 違反當事者는 減少될 수 있었던 損害額만큼 損害額輕減을 請求할 수 있다”라고 規定하고 있다.

49) UNCCISG 제76조 1항.

50) UNCCISG 제76조 2항.

51) UNCCISG 제39조.

### ⑤ 損害賠償義務의 免責

被害當事者が 違反當事者の 契約違反으로 인하여 피해를 입었음에도 불구하고 違反當事者로부터 그 손해를 賠償받을 수 없는 경우가 있는 바, 이것이 소위 免責의 문제이다.

UNCCISG는 當事者 一方의 歸責事由없이 발생한 障害로 인한 債務不履行에 대한 免責에 대하여 相對方에게 그 障害事由에 대한 責任이 있는 경우와 責任이 없는 경우로 나누어 規定하고 있다. 前者의 경우 UNCCISG는 契約違反者의 債務不履行이 被害者의 作爲 또는 不作爲의 결과로 발생한 경우에 그 限度內에서 被害者는 契約違反者에게 債務不履行責任을 물을 수 없다고 規定하고 있다.<sup>52)</sup> 後者에 대하여 UNCCISG는 當事者에게 歸責될 수 없는 不履行의 경우, 예컨대 사정의 本質的 變更(fundamental change in circumstances), 즉 자기의 지배를 초월하는 障害에 기인하는 不履行의 責任은 免責된다고 規定하고 있다.<sup>53)</sup> 그런데 자기의 지배를 초월하는 障害에 기인한 不履行의 경우에는 그 위험의 配分을 어떻게 하여야 하는가. 이에 관하여는 종래 不可抗力(force majeure, 民法 제336조, 商法 제808조), 契約目的 達成不能(frustration, 英國), 履行不能(impossibility or impracticability of performance, 美國) 등의 예에서도 볼 수 있는 바와 같이 그 異同에 대한 이해가 그리 쉬운 문제는 아니지만 各國의 法制는 그러한 경우에 不履行으로 입게 된 損害의 請求를 相對方에게 인정하는 것이 相對方의 當事者에게 너무 가혹하다는 점에서 일정한 制限下에 不履行에 의한 責任으로부터 當事者를 免責시키고 있다는 점에서는 일치하고 있다. 이 문제는 UNCCISG 草案의 立案時부터 문제가 되었던 바, 英美法的 概念인 frustration은 契約全體에 대해서만 따질 뿐 一部の 不履行與否를 따지지 아니하며, 그 效果面에서 契約全體가 소멸하고 이미 이루어진 給付의 調整 하자만이 남는다. 이에 반하여 大陸法上の 不可抗力은 全體契約 뿐만 아니라 契約의 一部分에 대해서도

52) UNCCISG 제80조.

53) UNCCISG 제79조.



적용되며, 그 效果面에서도 契約은 存續하고 損害賠償이 문제된다는 점에서 英美法과 구별된다.<sup>54)</sup> 따라서 UNCCISG 제79조에 規定한 免責規定은 대체로 大陸法의 영향을 받은 듯하다.

#### IV. 結 言

이상과 같이 본 논문은 UNCCISG를 중심으로 國際去來에 있어서 賣渡人이 物品賣買契約을 違反한 경우에 買受人이 行使할 수 있는 救濟策에 대하여 救濟策의 成立要件에 해당하는 契約違反의 概念, 類型 및 그 效果를 考察하고 UNCCISG上 買受人에게 許容하고 있는 救濟策을 우리 나라 民·商法 및 英美法과 比較·分析하였다. 賣渡人의 契約違反時에 買受人이 行使할 수 있는 救濟策에 대하여는 履行請求權(特定履行請求權, 代替品引渡請求權, 不適合性補完請求權, 追加期間設定權), 契約解除權, 代金減額權, 損害賠償請求權을 중심으로 UNCCISG의 內容과 그 效果를 중점적으로 論究하였다.

현재 UNCCISG가 정식으로 發效되고 있기 때문에 國際物品賣買契約의 當事者는 相對方의 契約違反時 자신이 行使할 수 있는 救濟策에 精通해야 하며, 또 UNCCISG 自體가 大陸法上的 制度和 英美法上的 그것이 混在하고 있기 때문에 이들에 대한 차이를 분명히 認識해야 한다는 점에서 우리 나라 民·商法 및 大陸法과 英美法을 比較·分析하려고 노력하였다.

특히 買受人이 行使할 수 있는 각 救濟策은 서로 밀접한 聯關關係를 갖고 있으며, 賣買當事者는 相對方의 契約違反時 모든 救濟手段을 行使할 수 있는 것이 아니라 救濟策의 行使에도 일정한 制限을 두고 있다는 점에 유의해야 할 것이다.

54) 辛永茂, “國際聯合 國際物品賣買條約上 損害賠償義務의 內容과 限界”, 『89년도 商事法夏季심포지엄』, 韓國商事法學會, 1989. 7, p.49.

## 參考文獻

- 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1984.
- 高範俊, 賣渡人の 瑕疵擔保責任에 관한 研究, 大韓商事仲裁協會, 1972.
- , 國際物品賣買契約에 관한 UN協約, 大韓商事仲裁院, 1983.
- 金曾漢, 債權總論, 博英社, 1983.
- 金智洙, 國際物品賣買法에 관한 研究, 大韓商事仲裁協會, 1978.
- 李泰熙, 國際契約法(理論과 實際), 學研社, 1985.
- 朴南圭 外, “國際物品賣買契約에 관한 UN協約”, 『貿易學세미나』, 博英社, 1985.
- 朴南圭, “貿易契約의 成立에 관한 實證的 研究”, 大田大學論文集, 1985.
- , “國際物品賣買契約에 관한 유엔協約上的 賣渡人の 義務에 관한 研究”, 『貿易學會誌』 第11卷, 韓國貿易學會, 1986.
- 辛永茂, “國際聯合 國際物品賣買條約上 損害賠償義務의 內容과 限界”, 『89년도 商事法 夏季심포지엄』, 韓國商事法學會, 1989. 7.
- 趙慶根, “CISG상의 諸問題 - 權利救濟”, 『89년도 商事法 夏季심포지엄』, 韓國商事法學會, 1989.
- 黃迪仁, “國際物品賣買契約에 관한 條約의 研究”, 『法學』 第24卷, 1983.
- 山田恒夫, 國際動産賣買に關する研究, 文久書林, 1980.
- 森 捷, 英米契約法要說, 文久書林, 1972.
- 田中和夫, 英米契約法, 有斐閣, 1982.
- 中村 弘, 貿易契約の基礎, 東洋經濟新聞社, 1983.
- Furmston, M.P., *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 10th ed., Butterworths, London, 1981.

Guest, A.G., *Anson's Law of Contract*, 25th ed., Clarendon Press, London, 1979.

———, *Benjamin's Sale of Goods* (2nd ed.), Sweet & Maxwell, London, 1981.

Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales* (Under the 1980 United Nations Convention), Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherland, 1982.

Schmitthoff, C.M., *Schmitthoff's Export Trade; the law and practice of international trade*, 7th ed., Stevens & Sons, London, 1980.

———, *Legal Aspect of Export Sales*(輸出貿易契約の法理, 林弘根 譯, 三英社, 1976).

———, *Chalesworth's Mercantile Law*, 14th ed., Stevens & Sons, London, 1984.

UNCITRAL, *Yearbook Vol. I ~ VIII (1968 ~ 1977)*, UN Publication Sales, New York.

U.K., *The Sale of Goods Act* (1979).

U.S.A., *Uniform Commercial Code*.