

## 이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무\*

—영미법을 소재로 하여—

Anticipatory Repudiation of contract and Mitigation Duty  
-Based on the fact of common law-

배 성 호(Bae, Sung-Ho)\*\*

### ABSTRACT

When the time of the contract performance is due, one party positively states that he or she will not substantially perform a contract; the issue of anticipatory repudiation will come into being. In such as this case, whether or not it is permissible to the injured party to demand the contract performance from the denying party. The direct compensation could be obtained under German, American, British and UNIDROIT, in that condition, the injured party gained the benefit through that compensation. We should bear in mind also the injured party possesses the other option whereas he or she can demand the contract performance whenever the relevant time is due.

However, if the contract subject is movable or manufactured commodities as it was mentioned above the injured party has two options, i.e. immediate demand to be compensated regarding to (damages), second delaying his or her reaction until the performance is became due (fulfillment), in that situation the conflicts between those options could be occurred, since the movable or manufactured commodities enjoy changeable value.

This essay depicts about the legal principle of repudiation, exams anticipatory of repudiation and creditor's duty to mitigate which affected the other regulations such as German and UNIDROIT. Eventually the implications of Korean civil law at the recent subject matter will be under analytical view as the conclusion of this study.

Key words: 이행거절(Repudiation), 이행기 전의 이행거절(Anticipatory repudiation of contract), 이행청구권(The claim of execution), 손해경감의무(Rational act for mitigation), 선택이론(election theory), 선택권(option), 정당한 이익(legitimate interest)

\* 이 연구는 2010년 LG연암문화재단의 지원에 의한 것임

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

## 1. 서론

1. 계약이 유효하게 성립한 후 상대방당사자로부터 이제 더 이상 계약의 이행을 하지 않겠다고 고지 받은 경우, 계약당사자는 어떠한 법적 조치를 취할 수 있을 것인가가 문제된다. 상대방의 이행자체는 가능한 것이지만, 이미 더 이상 이행의 의도가 없다고 표명하고 있는 상대방당사자에게 이행의 제공을 행하라고 하는 것은 과연 의미가 있는 것일까. 더욱이 상대방에 의한 이행의 거절이 이행기 도래전에 이루어진 경우에는 이행기도래까지 만연히 기다릴 수밖에 없는 것인가.

이와 같은 이행거절, 특히 이행기전의 이행거절이라고 하는 현상에 대한 비교법적 고찰을 하여 보면, 미국, 영국, 독일 이외 국제통일매매법의 영역에서도 이행기 전의 이행거절에 의한 직접적인 손해배상청구권이 가능하다고 넓게 인정되고 있고, 거기에서는 임의의 계약이행이 더 이상 이루어지지 않는다는 것이 명백하게 된 이상, 조기에 당초의 계약에서의 이탈, 즉 계약구속력에서의 채권자의 이탈을 인정하는 것이 이행거절 당한 채권자의 이익에 도움이 된다는 고려가 공통하고 있음을 알 수 있다. 따라서 이행기 전 이행거절 당한 채권자는 즉시 손해배상청구권을 행사할 수도 있고, 이행기까지 기다려 이행을 강제할 수도 있다고 할 것이다.

그러나 이를 일보 진전시켜 시장가격의 변동이 격심한 동산의 매매와 물품제작을 목적으로 하는 계약의 경우에, 손해의 확대를 만연히 방지함이 없이, 조기에 대체거래를 행한다든가 이행을 정지시킴으로써, 손해의 경감을 위한 합리적 방책을 강구하는 것까지가 상대방의 이행기 전의 이행거절에 직면한 계약당사자에게 요청되는 것은 아닌가라는 의문이 없지 않다. 즉 이행기 전의 이행거절에 있어 즉각적인 손해배상청구가 가능하게 된 채권자는 이행기까지 기다려 스스로 계약상의 권리인 이행청구권을 고집할 수도 있지만, 손해경감의 관점에서 즉시의 손해배상청구를 요청받는 것은 아닌가라는 것이 문제된다.

이와 같이 이행기 전의 이행거절이라고 하는 국면에서 이행청구권과 손해배상청구권의 관계를 둘러싼 문제는 보다 구체적으로는 이행기 전의 이행거절법리와 손해경감의무법리의 교착이라고 하는 형태로 나타나고, 이행청구권과 손해경감의무의 충돌이라고 하는 의미에서 문제가 된다. 이는 마치 계약위반에 대한 구제수단 상호관계를 파악하기 위한 하나의 가능성으로서 “손해경감”이 고려될 수 있는가와 관련된다.

2. 우선 본고에서는 이행기전의 이행거절법리와 손해경감법리가 가장 상세히 논하여지고, 국제통일매매법, 독일법 등의 다른 법체계에도 강한 영향을 미친 영미법에 있어 이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무에 대하여 검토하고 우리법에의 시사점을 얻고자 한다.

영미법에서 이행기 전의 이행거절법리의 역사적 기원은 영국의 1853년의 선례에까지 거슬러 올라간다.<sup>1)</sup> 그 후 영국의 초기 판례에서 확립된 이행기 전의 이행거절법리

는 아래 본문에서 보는 바와 같이 미국에서도 많은 州의 재판에서 승인되게 되었다. 그리고 이러한 법원의 태도에 다양한 형태의 비판이 존재하긴 했지만, 이미 판례법으로서 확립된 이행기 전의 이행거절법리는 미국법조협회(American Law Institute)에 의한 1932년의 제1차 계약법 리스테이트먼트(Restatement of Contract(1932))에서 명문의 규정을 두게 되었고, 그 뒤 미국법조협회 및 통일주법위원회전국회의(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)에 의하여 1952년에 간행된 통일상사법전(Uniform Commercial Code, UCC), 그리고 1979년에 성립한 제2차 계약법 리스테이트먼트(Restatement (Second) of Contract(1979))에서도 인정되고 있다.

이행기 전의 이행거절은 영미법에서 당초부터 일관하여 이행거절을 당한 채권자에게 조기에 손해경감을 위한 행동을 취할 가능성과 관련하여 논하여졌다. 그러나 이행기 전의 이행거절법리와 손해경감법리와의 교착으로부터 생기는 결론은 영국법과 미국법에서 서로 상이하다. 미국법에서는 이행기 전의 이행거절에 있어 채권자는 곧바로 손해경감을 위한 합리적인 행동을 취하도록 요청받지만, 영국법에서는 이것이 부정되고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 결론의 차이는 이행기 전의 이행거절을 당한 당사자에게 이를 계약위반으로 간주할 것인가 말 것인가의 선택권이 인정될 것인가라고 하는 선택이론(election theory)에 대한 대응이 양자에게 있어 다르기 때문이다. 즉 영국법에서는 이행거절을 당한 당사자에게 선택의 가능성을 인정하고, 이행거절 당한 당사자가 이행거절의 승낙(acceptance)을 선택하지 않는 경우에는 계약은 계속하여 구속력을 갖고 존속하여, 당해 당사자가 만연히 이행기까지 기다릴 수 있음에 대하여, 적어도 손해배상법상의 법리인 손해경감의무의 개입의 여지는 없다.

이에 대하여 미국에서는 채권자에게 이와 같은 선택의 가능성은 인정되지 않고, 이행기 전의 이행거절이라고 하는 계약위반에 의하여, 곧바로 손해경감의무가 과하여지게 된다는 것이다.

3. 따라서 본 연구는 이행기 전의 이행거절을 소재로 하여 이행청구권과 손해배상청구권의 관계에 대하여, 먼저 영미법을 비교법적으로 고찰하고(Ⅱ), 다음으로 우리 법에서 이행기 전 이행거절이라고 하는 독립된 형태의 채무불이행유형의 인정여부, 그리고 이행거절 당한 채권자에게 손해의 경감을 위한 합리적 행동을 취할 손해경감의무가 우리 법에서도 인정될 여지가 있는지 여부 등(Ⅲ)에 관하여 궁구해 보고, 결론적으로 필자의 견해를 밝히고자 한다.

1) [1] *Hochster v. De la Tour* (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922 (Q. B.).

2) G. H. Treitel, *Remedies For Breach of Contract, A Comparative Account* 126-28, 183-84(1988).

## II. 영미법에 있어서 이행기 전의 이행거절과 손해경감의무

### 1. 영미법에서 이행기 전의 이행거절법리의 생성과 발전

#### (1) 영국에서 이행기 전의 이행거절법리의 생성과 발전

이행기 전의 이행거절법리의 원천이 된 것이 아래의 판결이다.

[1] Hochster v. De la Tour (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922 (Q. B.).

[사실] X(원고)와 Y(피고)는 Y가 X를 여행의 수행원으로 1852년 6월 1일부터 3개월간 고용한다는 계약을 체결하였다. 그러나 Y는 동년 5월 11일 이미 X를 고용하지 않을 것임을 통지하였다. 이에 대하여 X는 1852년 5월 22일 Y에 의한 이행의무가 발생하기 10일전에 손해배상청구소송을 제기하고, Y가 X를 고용하려는 약속 이행을 거절한 것은, 그 이행거절이 이행기 전일지라도 계약위반에 해당한다고 주장하였다. 이에 대하여 Y는 6월 1일 이전에 계약위반이 발생할 수는 없다고 주장하였다.

[판지] 법원은 스스로 체결한 계약을 불법으로 이행거절한 자는 계약관계에 모순하는 행동을 취하지 않는다는 묵시적인 약속을 위반함으로써, 그것에 의하여 권리를 침해당한 자로부터 직접적으로 손해배상청구를 당할지라도 정당한 항의를 할 수 없다고 하고, 이행거절을 당한 당사자에 대하여 바로 소송을 제기할 것인가 혹은 이행기까지 기다릴 것인가의 선택권을 주는 것이 합리적이고, 따라서 이는 피해당사자에게 유익한 한편, 이행거절을 행한 당사자에게 불이익이 되는 것은 아니다라고 판시하고, X에게 이행기까지 기다릴 것 없이 바로 손해배상청구를 행할 수 있음을 인정하였다.

이행기 도래 전에 손해배상청구를 행함에 대하여, 피고가 주장한 바와 같이,<sup>3)</sup> 다음과 같은 의문이 생긴다. 즉 이행기가 도래하지 않았고 계약이 불이행되지 않은 이상, 이행거절을 당한 당사자가 그것에 의하여 어떠한 손해를 입을 수는 없으므로, 손해의 배상을 구하는 소송을 제기할 수 없는 것은 아닌가. 이에 대하여 법원은 “원고가 계약이 효력 있는 것으로 믿고, 1852년 6월 1일에 이르기까지 계약에 기초한 행동을 하지 않는한, 원고는 계약위반에 대한 구제를 받지 못한다고 한다면 그 때까지 원고는 약속을 어기지 않기 위하여 어떠한 업무에도 종사할 수 없게 된다”라고 하였다.<sup>4)</sup> 거기에는 이행거절당한 당사자에게 조기의 대응을 가능하게 하지 않는다면 손해의 확대가 있을 수 있다는 실질적 고려가 보인다.<sup>5)</sup>

3) 2E. & B. 678, 688-89, 118 Eng. Rep. 922, 925-26.

4) Id. 689, 118 Eng. Rep. 922, 925-26.

5) Id. 689, 118 Eng. Rep. 926.

[2] Frost v. Knight (1872), L.r. 7 eX. 111 (eX. CH.).

[사실] Y(피고)는 Y의 부친이 사망하면 X(원고)와 결혼하기로 약속하였다. 그러나 Y의 부친이 사망하기 전에, Y는 X와의 혼인의사가 없음을 고지하고, 약혼을 파기하였다. X는 그 후 바로, 피고의 부친이 사망하기 전에, 계약위반에 의한 손해배상청구를 구하는 소송을 제기하였다.

원심에서 배심은 X의 승소의 평결을 내렸지만, 법원은 Y는 그 부친이 사망하기 전까지 계약위반을 할 수 없고, X의 청구는 시기상조이기 때문에 Y의 승소의 판단을 내렸다. 이에 X가 상고하였다.

[판지] 법원은 낙약자는 이행에 대한 미완성의 권리(inchoate right)를 가지고, 그것이 이행기 도래에 의하여 완전한 것이 되어서, 그 유효성이 손상됨이 없이, 또한 의심할 수 없는 것은 낙약자의 이익은 본질적인 것이고, 이행기 전의 이행거절은 이러한 완전한 이익을 낙약자로부터 박탈하게 된다고 하였다. 따라서 이행기 전의 이행거절을 당한 당사자는 이행거절을 무시하고 이행기 도래까지 기다려 계약불이행에 의한 책임을 물을 수도 있고, 혹은 바로 계약위반을 이유로 한 손해배상청구도 할 수 있음으로, 낙약자에게 있어 계약이 해소되게 된 이상, 이행기에 이행의 여지는 없게 되기 때문에 결과적으로 생긴 불이행이 사전에 소송원인으로 취급될 수 있다고 판시하였다(원판결과기).

이와 같이 이행기의 도래가 불확정한 경우일지라도 이행기 전의 이행거절을 근거로 곧바로 손해배상청구를 인정할 수 있다는 것은 이행기 전의 이행거절에 의한 계약위반을 이유로 곧바로 손해배상이 이루어지고, 손해액이 보다 빠른 시점을 기준으로 산정되어짐으로써 계약불이행이 초래한 손해가 회피 내지 경감되었기 때문에, 양당사자에게 이익이 됨이 강조되고 있다.<sup>6)</sup>

또한 이행기 전의 이행거절을 당한 당사자는 이행거절을 무시하고 이행기 도래까지 기다려 계약불이행에 의한 책임을 묻는 것도 가능하고, 곧바로 계약위반을 이유로 한 손해배상청구를 행할 수 있다는 명제는, 후의 선택이론의 선구로서의 의의가 있다.

## (2) 미국에서 이행기 전의 이행거절 법리의 승인과 확대

영국에서 판례법으로 확립된 이행기 전의 이행거절법리는 19세기 말까지 미국의 많은 주법원에서 승인되고, 적용되게 되었다. 이와 같은 상황에서 다음의 연방대법원 판결은 미국에서의 이행기 전의 이행거절법리의 승인에 관하여 명확히 보여준다.

[3] Roehm v. Horst, 178 U.S. 1 (1900)

6) L.R. 7 Ex. 116-17.

[사실] X(원고)는 소외상사조합의 이름으로 Y(피고)에게 곡물을 판매한다는 4개의 개별계약을 체결하였다. 최초의 계약의 이행기 도래전에 소외 상사조합이 해산되었기 때문에, X는 그 사실을 Y에게 통지하였다. X의 이름으로 최초의 계약의 이행제공에 대하여, Y는 그 수취를 거절하고, 당해조합의 해산에 의하여 본건 계약은 종료한 것으로 본다고 응답하고, 이후의 X로부터의 물건의 수취와 대가의 지불을 거절하였다. X는 4개의 계약 전부에 대하여 계약위반을 주장하고 Y를 상대로 소를 제기하였고, 원심은 X승소의 판단을 내렸다. 이에 Y가 상고하였다.

[판시] 연방대법원은 명확한 이행거절에 의하여 이행기 도래전일지라도 계약위반이 발생함으로 X에 의한 계약위반을 이유로 하는 손해배상청구가 인정되었다(원판결유지).

이 판결에서 특히 문제가 되었던 것은 이행기가 도래하지 않은 3개의 계약에 대하여 피고의 명확한 이행거절에 의하여 원고가 곧바로 소송을 제기할 권한을 가지는가, 그와 함께 미이행계약에 대하여 이행기의 도래까지 기다릴 의무가 부여되어 있느냐였다.<sup>7)</sup>

따라서 연방대법원은 영국 및 미국의 선례를 넓게 검토한 후, 전제 [1]판결에서의 준칙을 적용할 수밖에 없는 합리적이고 적절한 준칙이라 하였다.<sup>8)</sup> 그리고 손해배상액에 대하여는 상대방당사자의 계약위반이 이행기 도래까지 계속되고 있다면, 입을 수 있는 손해를 기준으로 산정하고, 단 피해당사자에 대하여 합리적으로 이용할 수밖에 없는 사정때문에 절약된 부분에 대하여는 손해배상액으로부터 감한다고 하였다.<sup>9)</sup>

연방대법원에서 이행기 전의 이행거절법리를 정면에서 인정한 상기판결이후, 이행기 전의 이행거절법리는 급속히 그것을 승인하는 주가 증가하게 되었다.

### (3) 정리

이상에서는 이행기 전의 이행거절법리에 관하여 영국과 미국의 초기의 판례를 살펴보았다. 영국에서 판례법상의 법리로서 확립된 이행기 전의 이행거절법리는, 미국에서도 일반적으로 승인되기에 이르렀다.

이 때 주목할 것은 이행기 전의 이행거절법리의 형성은 결국 손해의 경감이라고 하는 관점에서 찾을 수 있다는 것이다. 이는 이미 전제[1]판결에서 살펴볼 수 있지만, 보다 명확한 형태로 강조된 것이 전제[2]판결이었다. 거기에서는 이행기 전의 이행거절에 있어 계약위반을 이유로 하여 직접적인 손해배상청구가 이루어지고, 손해액이 보다 빠른 시점을 기준으

7) 178 U.S. 7.

8) Id. 20.

9) Id. 20.

로 산정되었기 때문에, 계약불이행으로 인한 손해가 회피 내지 경감됨으로써, 양당사자의 이익이 강조되고 있다. 따라서 이행기 전의 이행거절법리는 미국법에서도 전제 [3]판결에 의하여 손해의 경감과 연결되는 형태로 정면에서 인정되게 되었다.

그렇다면 이행기 전의 이행거절법리의 형성의 의미로서 강조할 수 있는 손해의 경감에 대하여 좀 더 구체적인 관계를 고찰할 필요가 있다.

## 2. 영미법에서 손해경감의무법리와 그 구체적 행위요청

전항에서 이행기 전의 이행거절을 둘러싼 영국과 미국의 초기 판례법의 전개에 대한 검토를 통하여, 이행기 전의 이행거절법리의 존재의의가 영미법에서는 손해의 경감에 있다는 것을 살펴보았다.

영국법과 미국법에서 계약위반의 피해당사자는 스스로 손해를 경감하기 위한 합리적 행동을 취할 것을 요청받고, 합리적으로 회피가능한 손해의 회복은 인정할 수 없다는 손해경감의무법리가 손해배상법상의 법리로서 인정되고 있다. 따라서 계약당사자는 계약위반시 스스로 손해를 경감하기 위한 행동을 요청받게 된다. 이행기 전의 이행거절법리의 취지로서 강조되고 있는 손해경감이란, 이행기 도래전에도 계약위반이 발생할 수 있음을 인정함으로써 이러한 손해경감을 위한 행동을 보다 조기에 피해당사자에게 행할 것을 요구한다.

오늘날 영미법에서 손해경감의무법리는 두 가지 국면에서 문제가 된다. 첫째, 계약위반을 당한 당사자가 스스로 손해를 경감할 현실적 행동을 취한 경우, 이 행동에 의한 이득을 계약위반자에 대한 손해배상액의 산정에 있어 고려할 필요가 있다는 국면이다(구체적 손해경감[mitigation in fact]의 국면). 그리고 둘째, 계약위반을 당한 당사자가 실제 스스로 손해를 경감하는 행동을 취하지 않은 경우, 합리적인 사람이라면 그와 같은 행동을 취하였을 경우, 이 합리적 행동을 태만히 한 것이, 손해배상액의 산정에 있어 고려될 수밖에 없다는 국면이다(추상적 손해경감의무의 국면).

첫째, 구체적 손해경감의 국면에서 원고는 계약위반의 결과 저절로 발생한 어떠한 이득을 손해배상액산정에서 공제하여야 한다고 관념되어 있다. 이와 같은 관점에서 감액되는 것은, 이행채무가 면제됨으로 인하여 절약하게 된 비용, 대체적 거래를 행함으로써 얻어진 이익 등이 있다. 그러나 어떠한 이득이 계약위반의 결과 발생한 것이고, 어떠한 이득이 계약위반에 의한 것이 아닌가를 구별하기는 쉽지 않다.

또한 이와 달리 계약위반을 당한 당사자가 손해경감을 위한 현실적 행동을 취하였음에도 불구하고, 손해의 경감에 실패한 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 경우 영국과 미국에서는 손해경감이라고 하는 의미에서 불성공으로 끝났을지라도 그것이 합리적인 것인 한에서는 보호되고 있다. 이는 계약위반을 당한 당사자에 의한 손해경감을 위한 현실적 행동의 합리성 여부가 중요하기 때문이다.

둘째, 추상적 손해경감의무의 국면에서 이행거절 당한 당사자가 합리적으로 회피가

능하였던 손해에 대한 회복은 가능하지 않다고 관념되어 있고, 이는 피해당사자에게 손해경감의무(duty to mitigate)를 부담한다는 형태로 언급된다.

무엇보다도 손해경감의무의 위반은 그것 자체로서 어떠한 독립적 소송원인이 되는 것이 아니라 단순히 원고에 있어서 회복가능한 손해배상액을 감소시키는 효과를 가질 뿐이다. 계약위반자인 피고에 의하여 원고가 합리적인 손해의 경감을 태만히 하였다는 것이 입증된 경우에는, 원고는 합리적인 행동에 의한 회피가능하였던 손해에 대하여 회복받을 수 없게 되는 것이다.

그리고 손해경감의무라고 하는 표현에는 자주 비판이 가하여지고 있다.<sup>10)</sup> 즉 미국에서는 손해경감의무라는 용어대신에 근래 회피가능성(avoidability) 또는 회피가능한 결과의 룰(avoidable consequences rule)이라고 하는 용어가 사용되어지고 있다. 본고에서는 편의상 손해경감의무라는 용어를 사용하기로 한다. 그리고 피해당사자가 손해경감을 태만히 하였다는 입증책임은 계약위반자인 피고가 지며, 이러한 입증책임에 대한 지적도 있다.<sup>11)</sup>

손해경감의무에 의한 행위요청으로서 계약위반을 당한 당사자는 그것이 가능하다면 손해경감을 위한 모든 조치를 취하여야 한다. 적어도 손해경감을 위한 합리적 행동이 요청된다.

이와 같이 손해경감의무법리는 구체적 손해경감의 국면과 추상적 손해경감의무의 국면에서 문제가 되지만, 이미 살펴본 바와 같이 구체적 손해경감의 국면에서는 고려되어야 할 서로 다른 두 가지의 점이 혼재되어 있었다. 따라서 이를 다시금 정리하면 그것은 다음과 같이 3가지 유형으로 정리할 수 있다.

첫째, 피고의 계약위반에 의하여 발생한 손해를 원고가 실제 회피 내지 경감한 경우, 원고는 그 부분에 대한 배상은 받을 수 없다. 둘째, 피고의 계약위반에 의하여 발생한 손해를 경감하기 위하여 합리적 행동을 취한 경우, 그 과정에서 원고가 손해 내지 비용을 부담한 경우에는 그것이 합리적 행동에 의한 것인 한, 원고는 이 추가적 손해 내지 비용을 피고로부터 회복받을 수 있다. 셋째, 손해경감을 위한 행동이 실제로는 취하여지지 않은 경우일지라도 피고의 계약위반에 의하여 발생한 손해 중, 원고가 합리적인 행동을 취함으로써 회피가능하였던 손해에 대하여는 원고는 회복받을 수 없다.

오늘날 손해경감의무법리가 언급된 때에는 대부분 항상 제3 유형이 주로 문제되고, 계약위반자가 스스로 지불하여야 할 손해배상액을 감액하기 위한 항변으로서, 즉 동산

10) 영미법에서는 채권자가 손해를 감소시키기 위하여 적절한 조치를 취할 의무를 진다는 것은 어떤 법적 책임을 발생시키는 것이 아니라는 점에서 적절하지 않은 표현이라고 지적되고는 있으나(G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 1995, 881), 관행적으로 쓰이고 있으며, 독일법계에서는 이에 대하여 책무(Obliegenheit)라는 개념을 사용하고 있다. 우리 나라에서는 손해경감의무, 손해확대방지의무 등으로 사용되고 있다.

11) Clive M. Schmitthoff, *The Duty to Mitigate*, J. Bus. L. 361, 362 (1961), 365; Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract* 776 n.115 (M.P. Furmston ed., 15th ed. 2007), 780.



매매계약에 있어서 자주 이용된다.<sup>12)</sup>

### 3. 이행기 전의 이행거절법리의 의의로서 손해경감의무와 선택이론

손해경감에 의한 행위요청이 이행기 전의 이행거절의 국면에서 특히 미국에서 대가 청구권과 이행정지의무와의 충돌이라고 하는 형태로 나타나고 있지만, 영국에서는 이행정지의무가 인정되지 않는다. 그렇다면 이와 같은 상이한 결과를 초래하는 이유는 무엇인가. 이와 관련되는 소위 선택이론에 대하여 영국과 미국의 판례를 통하여 자세하게 살펴보기로 한다.

#### (1) 영국과 미국 판례의 검토

상대방의 이행기 전의 이행거절에 대하여 적어도 당사자가 당초의 계약의 실현에 구애되어, 자신의 이행을 완료하고, 계약가액의 지불을 구하는 경우는 종종 있다. 그러나 그것이 대가청구로서 법원에서의 인용여부는 영국과 미국에서 대조적이다. 이하에서는 이 원인에 대하여 살펴보기로 한다.

##### ① 영국판례

[4] White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor, [1962] A.C. 413 (1961).

[사실] X(원고)는 지방관청에 쓰레기통을 납품하는 업자였고, 그 쓰레기통에 광고판을 부착하여 광고료수입을 얻을 수 있도록 되어 있었다. 주차장을 경영하는 Y(피고)는 스스로 사업에 관한 광고계약을 X와 체결하였지만, 그 후 바로 그 계약을 취소한다고 통고하였다. X는 통지를 받은 당시, 아직 계약의 실행을 위한 어떠한 행동도 취하고 있지 않았음에도 불구하고, 계약의 해소를 승낙할 것을 거절하고 스스로 이행을 완료하고, 계약가액의 지불을 구하는 소송을 제기하였다.

제1심에서는 당해 상황에서 X에 의한 계약의 이행을 위한 행동은 적절하지 않았다는 것을 근거로 X의 청구는 받아들여지지 않았다. X는 상소하였지만, 인정되지 않았고, 이에 대하여 중간상소가 이루어졌다.

[판시] 귀족원은 3대 2로 X의 상소를 인용하였다. 반대의견은 구체적 타당성의 관점에서 X에 의한 청구의 제약을 주장하였지만, 다수의견은 계약의 일방당사자에 의하여 이행거절이 이루어진 경우에는 이행거절 당한 상대방당사자는 선택권을 가지고, 이행기 미도래에도 불구하고 이행거절을 승낙하고 손해배상을 청구할 수도 혹은 이행거

12) 물론 이는 동산매매계약에서만 손해경감의무법리가 문제가 된다는 것은 아니다. E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts, § 12.12 (3rd ed. 2003), 235-36.

절을 무시 혹은 거절하는 것도 가능하고, 후자의 경우 계약은 완전한 효력을 가지고 존속하게 된다고 하고서, X에 의한 청구에 대한 계약은 X에게 계약상의 권리를 부정하는 것이기 때문에 받아들일 수 없다고 판시하였다.

본 판결에서 문제가 된 것은 계약당사자에 있어서 상대방의 이행기 전의 이행거절에도 불구하고 계약의 이행을 완료하고 계약대가의 지불을 구할 수 있는가 여부 혹은 이행의 정지가 요청되고, 구제방법은 계약위반에 대한 손해배상에 한정되는가라는 것이다.

귀족원은 결론적으로 대가청구를 인정하였다. 그리고 그 때 근거로 든 것은 이행거절을 당한 상대방당사자이 선택권(option)을 가진다는 관점, 즉 선택이론의 관점이었다. 이행거절을 승낙하고 계약위반으로 볼 것인가 여부는 그것을 당한 당사자에게 맡겨져 있고, 이행거절이 승낙되지 않은 이상, 계약의 구속력은 유지되기 때문에, 이행을 완료하고 상대방의 반대급부의 이행을 구하는 것은 당사자에게 있어 계약상의 권리이다. 본건에서 문제가 된 것은 계약당사자에 의한 이행청구이고, 손해배상이 문제된 것은 아니었다. 그러므로 손해배상법상의 법리인 손해경감의무법리는 적용의 여지가 없다고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

## ② 미국판례

[5] Rockingham County v. Luten Bridge Co., 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929).<sup>14)</sup>

[사실] 지방공공단체인 Y(피고)는 다리토목건설회사인 X(원고)에 대하여 다리의 건설계약을 발주하였다가, 그 후 이를 번복하고, X에 대하여 건설중지를 통지하였다. 통지가 이루어진 시점에는 아직 다리 건설을 위한 작업은 조금밖에 이루어지지 않았지만, X는 건설을 계속하고, 계약에서 정한 대가를 구하기 위하여 소송을 제기하였다.

원심은 X에 의한 청구를 전면적으로 인정한다는 판결을 내렸다. 이에 대하여 Y가 상소.

[판지] 제4순회구순회항소법원은 문제를, X에게 있어 통지를 수취한 이후에도 계속된 공사에 대하여 계약에 기한 지불되기로 하였던 가액의 회복이 가능할 것인가 혹은 통지시까지 발생한 계약위반에 의한 손해의 회복에 한정할 것인가로 정하고, 계약이 아직 미이행인 경우, 계약의 일방당사자에 있어서 상대방에게 이행의 중지를 구하고,

13) A.L. Goodhart, Measure of Damages When a Contract is Repudiated, 78 L.Q.R. 263 (1962); P. M. nienaber, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, 12 C.L.J. 213 (1962); Case and Comment, J.W. Carter & Geoffrey Marston, Repudiation of Contract: Whether Election Fettered, [1985] Cambridge L.J. 18; Lionel Smith, Understanding Specific Performance, in Comparative Remedies for Breach of Contract 221 (Ewan McKendrick & Nili Cohen eds., 2005)

14) 본 판결은 Restatement (Second) of Contracts § 350 cmt. b. illus. 1의 기원이 되었다. Restatement (Second) of Contracts § 350, Reporters Notes.

스스로 이행거절의 통지를 상대방당사자에게 행한 경우, 그것은 계약위반에 해당하는 것이고, 이에 의한 통지를 받은 당사자는 계약을 지속시켜 손해를 확대할 권리를 가지는 것이 아니라, 계약위반에 의하여 발생한 손해를 확대할 수 있는 행동을 취하지 않을 의무를 부담한다고 판시하였다. 그리고 다리의 건설이 바람직하지 않다는 뜻의 통지가 적절히 이루어졌다는 관점에서 본다면 X에 있어서 손해배상액의 기준은 이행거절까지 들인 노동 및 재료와 계약의 일부이행에 의하여 부담한 비용에 대하여 X를 보상하기에 충분한 액으로, 계약대로 이행되었더라면 얻을 수 있었던 이익을 가하게 됨으로써, 이 점에 대하여 원심의 판단은 잘못이 있다고 판시하였다. 원판결과기.

## (2) 선택이론의 의의

이행청구권과 손해경감의무의 충돌은 영미법에서 이행기 전 이행거절의 국면에서 대가청구권과 이행정지의무의 충돌의 문제가 되고, 영국법과 미국법에서는 그 결론이 대조적이다. 이와 같이 양자의 결론의 상이를 초래하는 것은 이행기 전의 이행거절에 관한 선택이론 때문이라 함은 이미 살펴본 바와 같다. 즉 영국에서는 선택이론 때문에 대가청구가 인정되어, 손해경감의무의 개입여지가 없는 반면, 미국에서 선택이론은 손해경감의 관점에서 부정되고, 이행정지의무의 개입에 의하여 대가청구는 인정되지 않게 된다.

선택이론의 의의는 다음의 두 가지로 잠정 정리할 수 있다.

첫째, 이행기 전의 이행거절이 계약위반이 되는 근거와 관련하여, “이행기 전의 이행거절은 그것을 당한 당사자에 의한 승낙에 의하여 비로소 계약위반이 된다”(선택이론의 제1 의의라 한다)라는 점이다. 실제 미국에서는 이행기 전의 이행거절법리의 승인의 확대와 함께 당해 명제의 존재도 하나의 동인이 되고, 이행기 전의 이행거절법리의 근거를 둘러싼 논의가 활발하게 되었다. 그 반면 왜 그와 같은 명제가 영국에서 생성되고, 유지되고 있는지에 대한 탐구는 법리의 이해의 심화에 도움이 될 것이다.

둘째, 이행기 전의 이행거절과 손해경감의무의 관계와 관련하여, 이행기 전의 이행거절법리의 의의는 초기 판례법의 전개 이래, 손해의 경감에서 구하여짐에도 불구하고, “이행거절 당한 당사자로부터 이행거절을 계약위반으로 간주하지 않는다는 선택이 이루어진 경우에는 계약의 구속력은 여전히 유지된다”(선택이론의 제2 의의라 한다)라는 명제는 손해경감의무의 개입을 배제하고, 대가청구의 인정으로 귀결되어진다. 그런 까닭으로 미국에서는 선택이론이 손해경감의 관점에서 명확히 부정되기에 이른다. 그 반면 영국에서는 선택이론이 어떻게 하여 손해경감의 관점에서 의미를 가지게 되는가가 다시금 문제된다.

아래에서는 선택이론의 두 가지 의의를 중심으로, 미국법과 영국법에서 이행기 전의 이행거절법리의 선택이론의 구체적 전개양상을 검토하고자 한다.

#### 4. 미국법에 있어서 계약의 구속력에서의 이탈

이행기 전의 이행거절법리는 미국에서 전제 [3]판결에 의한 승인을 하나의 계기로 급속하게 전개되었다. 그러나 초기 학설상 논쟁, 제1차 계약법 리스테이트먼트, 통일상사법전 그리고 제2차 계약법 리스테이트먼트와 미국법에서 전개된 법리는 영국법에서의 그것과는 다른 특징을 보여준다. 가장 전형적인 특징이 앞서 살펴본 선택이론의 부정이다.

이행기 전의 이행거절을 당한 당사자에게 이행거절을 승낙하고 곧바로 계약위반을 이유로 하는 손해배상청구소송을 제기할 것인가, 혹은 이행거절을 승낙하지 않고 이행기 도래를 기다린다는 선택권을 인정하는 선택이론에는 두 가지의 의의가 있다고 하지만, 그 첫 번째 의의, 즉 이행기 전의 이행거절은 그것을 당한 당사자에 의한 승낙에 의하여 비로소 계약위반이 된다고 하는 의의에 대하여는, 미국에서 이행기 도래 전에 계약위반이 있을 수 있는가, 있을 수 있다면 그 근거는 무엇인가에 관하여 활발한 논쟁이 있었다. 그 중 이행기 전의 이행거절은 그것을 당한 당사자에 의한 승낙을 요하지 않고, 계약위반이 된다는 이론이 확립되게 되었다.

또한 두 번째 의의, 즉 이행거절을 당한 당사자가 이행거절을 승낙하지 않는다는 선택을 한 경우에는 계약의 구속력은 여전히 유지된다는 의의에 대하여도, 손해경감의 관점에서 강한 비판이 행하여져, 명확히 부정되었다. 결국 이행기 전의 이행거절에 관한 선택이론은 그 어떠한 의의에 대하여도 미국에서는 부정되기에 이른다.

이와 같이 선택이론은 오늘날 미국에서 명확히 부정되고 있다. 그것은 UCC §2-610 및 그 코멘트에 나타나 있고, 통일상사법전의 성립·개정과정의 검토에서 그 직접적인 원인이 법정책적 선택으로서 선택이론의 부정을 위한 손해경감의 관점에서의 규범적 결단이라는 것이 밝혀졌다.

그러나 그 배경을 살펴보면 미국에서는 이행기 전의 이행거절이 이행거절을 당한 당사자에 의한 어떠한 응답을 필요로 하지 않고, 그 자체로서 계약위반으로 관념되어 진다는 것이다(선택이론의 제1 의의의 부정). 즉 이행기 전의 이행거절에 의하여 계약의 구속력에서의 이탈이, 미국법에서는 이행기 전의 이행거절 자체가 계약위반이 된다. 따라서 선택이론은 이미 관념될 여지가 없게 되고, 이것이 손해경감의무법리와의 관계 가운데 법전화작업 중에 명확하게 되고, 선택이론의 부정으로 이르게 된 것이라 할 수 있다(선택이론의 제2 의의의 부정).

## 5. 영국법에서 선택이론의 전개와 제약

### (1) 선택이론의 전개와 그 제약의 가능성

선택이론에 의하면 이행기 전 이행거절 당한 당사자는 이행거절을 승낙하여 계약을 해제하고, 곧바로 손해배상청구를 하든가 혹은 이행거절을 무시 내지 거절하고 계약을 존속시킬 것인가를 선택할 수 있다. 그리고 이행기 전의 이행거절을 당한 당사자가 계약의 존속을 선택하여 스스로의 이행을 완료하고 계약가액을 청구한 경우, 그것을 인정하는 것은 이행거절한 당사자에게 있어 무용의 이행을 초래하는 결과가 되고, 손해경감의 관념에 반하는 귀결을 초래하게 된다. 이것이 직접적으로 문제가 된 것이 전제 [4]판결이었다.

동 판결에 대하여는 영국에서도, 미국의 상황을 염두에 두고, 손해경감이라고 하는 관념에서 본판결을 엄격히 비판하는 견해도 있었지만,<sup>15)</sup> 결정적 영향은 주지 못하였다. 그러던 중 오히려 전제 [4]판결에서 말한 정당한 이익(legitimate interest)의 유무라고 하는 기준<sup>16)</sup>을 적극적으로 활용한 일련의 판결이 나타나게 되었다.

따라서 이하에서는 선택이론에 손해경감의 관점에서 직접적으로 제약을 가할 가능성을 고찰하고, 정당한 이익의 유무라고 하는 기준을 적극적으로 활용한 일련의 판례를 검토하고, 마지막으로 선택이론에 대한 제약으로서 기능하고 있는 정당한 이익의 유무라고 하는 기준이 의미하는 바를 살펴보고자 한다.

### (2) 손해경감의 관점에서의 비판적 검토

본항에서는 우선 선택이론이 초래할 수 있는 손해경감의 관점에 반하는 귀결을 회피하기 위한 방책으로서 대가청구 그것에 어떠한 제약을 가할 것을 주장하는 견해의 당부와 구제방법의 선택 자체에 손해경감의무의 적용을 관념할 가능성 등에 대하여 검토하기로 한다.

#### ① 대가청구에 제약을 가할 것인가의 가부

이행기 전의 이행거절에 있어 영국법 하에서, 대가청구와 손해배상청구간의 상이한

15) 동 판결을 손해경감의 관점에서 비판하는 견해로서는 A.L. Goodhart, Measure of Damages When a Contract is Repudiated, 78 L.Q.R. 263 (1962)가 있다. 이에 대하여 P. M. Nienaber, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, 12 C.L.J. 213, 216 n.19 (1962), 7은 동 판결은 손해경감의무의 관점에서도 설명가능하다고 하여 옹호하고 있다.

16) White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor, [1962] A.C. 413, 431(1961)(Lord Reid, concurring).

결론이 발생하는 것은 계약대가의 회복과 손해배상의 회복이라고 하는 두 가지의 구제방법 각각과 손해경감의무법리와 관계가 상이하기 때문이다. 손해경감의무법리는 손해배상법상의 법리이고, 손해배상청구에 있어서는 배상액 사정에 있어 계약적으로 고려되어지는 것이, 계약가액에 대한 청구에 대하여는 적용되지 않는다.<sup>17)</sup> 그러므로 물건의 불수령에 대한 손해배상을 청구하는 매도인은 재매각에 의한 손해의 경감을 피하지 않으면 아니되지만, 매도인이 대가청구권을 획득한 경우에는 재매각이 용이하고, 게다가 매수인보다도 매도인이 손해경감을 행하지 않은 경우일지라도 대가청구 자체에 손해경감의무법리가 적용되어진다는 것은 영국법에서는 인정되지 않는다.<sup>18)</sup>

이에 대하여 Treitel, Guenter. H.는 대가청구를 인정하는 것이 특정이행<sup>19)</sup>의 강제가 없을 수 없는 계약에 대하여, 간접적으로 특정이행을 인정하게 됨으로써, equity상의 구제에 대한 제약 중, 손해배상이 충분한 구제방법이라는 요소는, 대가청구에 있어서도 고려될 수 있다고 주장한다.<sup>20)</sup> 피해당사자가 이행을 위한 비용을 부담하고 계약가액을 회복한다고 하는 것과 이행을 위한 비용을 면하고서 계약가액에서 면한 비용을 공제한 액을 손해배상으로 회복한다고 하는 것에 차이가 발생하지 않는 경우에는, 손해배상이 충분한 구제방법이 될 수 있다는 것이다.<sup>21)</sup>

그러나 이미 검토한 바와 같이, 대가청구가 인정되어짐으로써 주어지는 현실적 이행의 강제는 equity상의 구제인 특정이행과 같이, 특정적 구제로서의 성질을 가진다고 말할지라도, 역사적으로는 Common Law상의 소송방식인 가액금전채무보증에 기초를 두는 Common Law상의 구제이다.

따라서 대가청구에 대하여 equity상의 구제에 대한 것과 같은 충분성의 제약을 과

17) Treitel on The Law of Contract, ¶ 21-013 (Edwin Peel ed., 12th ed. 2007), 1097-98; Ewan McKendrick, Contract Law, § 21.4 (7th ed. 2007), 437-38; Text, Contract, Cases and Materials (2ed. 2003), 1000.

18) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-013, 1098.

19) 주지하다시피 영미법상 계약을 강제적으로 실현시키는 특정이행(specific performance)은 예외적인 경우에만 인정된다. 이는 역사적으로 특정이행이 equity상의 구제이고, Common Law상의 구제인 손해배상(damages)에 열후하기 때문이다. 따라서 영미법에서 특정이행과 손해배상은 후자가 원칙, 전자는 예외이다. 그러나 특정이행과 같이 계약에 의하여 약속된 이행 그 자체가 목적인 구제는 특정적 구제방법(specific relief)(특정적 구제라는 용어는 E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts § 12.2, 156(3rd ed. 2003)에서 유래한다.)이지만, equity상의 구제방법이 아닌 것이 대가청구(action for price)이다. 대가청구는 Common Law와 equity가 융합이전, 정액의 금전채권에 대한 이행청구의 수단인 Common Law상의 소송방식인 정액금전채무소송(debt)에서 유래하는 것이다. 따라서 대가청구는 특정적인 것이면서, Common Law상의 구제인 손해배상에 열후하게 되지는 않았다. 왜냐하면 대가청구는 거의 Common Law상의 구제이기 때문이다. 따라서 대가청구는 특정이행이 아닌, 현실적 이행강제(specific enforcement)가 된다. 그렇다면 대가청구로 인한 현실적 이행강제와 손해배상은 동일한 Common Law상의 구제로서, 다시금 그 관계가 문제된다. 이행기 전의 이행거절법리의 검토는 이행청구권과 손해배상청구권의 관계에 대한 탐구가 주요과제인데, 영미법에서는 대가청구에 의한 현실적 이행의 강제라는 구제와 손해배상이라는 구제의 관계를 탐구하는 형태로 나타난다.

20) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-001, 1092.

21) Id., ¶ 21-012, 1097.

한다고 하는 주장은, 결론에 있어 타당하다는 이점이 인정된다고 할지라도, 역사적 근거를 결한 것이라고 하지 않을 수 없다.

## ② 구제방법의 선택과 손해경감의무의 관계

역사적 영향이 농후하게 남아있는 영국법에서는 적어도 Common Law상의 구제인 대가청구에 대하여, equity상의 구제에 대한 것과 같은 충분성의 제약을 가한다는 것은 어렵다. 거기에서는 상대방당사자에 의한 계약위반에 기하여 인정되어지는 복수의 구제방법에 대한 피해당사자의 선택에 대하여, 손해경감의 관점에서 어떠한 제약을 과한다는 것은 생각할 수 없다.

그러나 이와 같은 제약의 가능성에 대하여, 판례에서 피해당사자는 스스로의 선택권 행사에 있어 합리적으로 행동할 것이 요청되고 있다.<sup>22)</sup> 손해경감의무법리가 피해당사자의 계약상의 권리를 박탈하는 형태로 적용되어지는 것에는 영국에서 강한 저항이 있다.<sup>23)</sup>

이와 같이 이행거절을 당한 당사자에게 구제방법의 선택으로, 손해경감의무라는 제약을 둔다는 것은 영국법하에서는 어렵다고 할 수 있다. 즉 정당한 이익의 유무라고 하는 기준의 법적 지위와 관련하여, 대가청구에 대하여 equity상의 구제에 대한 충분성의 제약을 가하는 것과 구제방법의 선택에 대하여 직접적으로 손해경감의무법리의 적용을 인정하는 것은 영국법상 어렵다.

그러나 영국에서는 전제 [4]판결 후 선택이론 하에서 대가청구에 대하여 정당한 이익이라고 하는 제약이 판례에서 전개되고 있음을 볼 수 있다. 여기에서 이 정당한 이익이라고 하는 제약과 손해경감의 관점에서의 제약이 어떤 차이를 갖는지가 문제된다.

22) Heaven & Kesterton, Ltd. v. Etablissements Francois Albiac & Cie, [1956] 2Lloyd's L.R. 316 (Q.B.)에는 c.i.f.계약하에서 매수인이 품질에 관한 계약조항의 위반을 이유로 선하증권의 수령을 거절함과 동시에, 후에 매도인에 의하여 제공될 물건에 대하여도 그 수령을 거절한 사안에서, Sale of Goods Act, 1893 s. 11 (1) a에 의하여 매도인이 조건에 위반한 경우에는 물건의 수령을 거절할 것인가, 혹은 조건의 위반을 부수적 조항(warranty)의 위반으로 볼 것인가에 대하여 매수인에게 선택권이 있음에 비추어, 매수인에게 하자 있는 물건의 수령이 합리적인 손해경감을 위하여 강제된다고 한다면, 이는 매수인으로부터 거절의 권리를 완전히 박탈하는 것이고, 또한 매수인이 정당하게 거절함에도 불구하고, 마치 매수인이 물건을 수령한 것과 같은 지위, 혹은 매수인의 유일한 구제인 하자있는 물건을 이유로 하는 손해를 보상하는 것과 지위로, 매수인을 두게 되는 것이다. 이는 명확한 잘못이다라고 판시되어 있다(id. 321(Devlin, J., concurring)). Clive M. Schmitthoff, Tender of Rejected Goods "in Mitigation of Damages", [1957] J. Bus. L. 199; Sotiros Shipping Inc. v. Sameiet Solholt (The "Solholt"), [1983] Lloyd's L.R. 605, 608-09, (C.A.).

23) 이러한 의식은 전제[4]판결의 다수의견에서도 농후하게 보인다. 즉 Lord Reid가 단순히 피고의 손실에 비추어, 원고가 손해배상청구와 광고공간의 타에의 대출을 하지 않음으로써의 이익이 적다는 것을 이유로, 원고가 계약가액에 대한 권리를 박탈당한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 함([1962] A. C. 431 (Lord Reid., concurring))과 동시에 정당한 이익에 관한 부분에 관한 판시부분인 Lord Hodson도 원고에게 상대방당사자의 간청에 의하여 계약을 개정하고, 스스로의 이익을 희생할 의무는 없다고 하고 있다([1962] A.C. 445 (Lord Hodson., concurring)).

### (3) 정당한 이익이라고 하는 제약의 전개

정당한 이익이라고 하는 기준은 전개 [4]판결에서 나타난 것이지만, 동 판결에서는 적어도 방론이었다. 그러나 이 기준은 그 후 판결의 전개과정에서 적극적인 위치를 부여받게 되었다. 이하에서는 이 정당한 이익이라고 하는 기준과 관련된 판례를 검토하기로 한다.

#### ① 정당한 이익의 유무라고 하는 기준이 명확한 형태로 최초로 채용된 판결

[6] Attica Sea Carriers Corp. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.m.b.H. (The "Puerto Buitrago") [1976] 1 Lloyd's L. R. 250 (C.A.).

[사실] 裸傭船계약에서 용선자인 Y(피고)는, 선박을 반환할 때까지 일정한 수리를 하고, 계약가액을 지불하기로 하는 채무를 부담하였음에도 불구하고, 선박의 수리비용이 선박의 가치보다 고액이었기 때문에, 선박을 수리하지 않고 반환하였다. 선박의 소유자인 X(원고)는 반환수령을 거절하고, 당해용선계약에서 용선자는 비용여하에 불구하고 선박을 수리하고, 선박의 수리가 이루어질 때까지 임료를 지불할 의무가 있다고 주장하고, 제소하였다.

원심은 용선자는 반환하기 전에 선박을 수리할 의무를 부담하고, 선박의 소유자인 X는 용선자인 Y가 선박을 수리할 때까지 임료에 대한 권한을 가진다고 판시하였다. 따라서 용선자인 Y가 항소하였다.

[판시] 항소법원은 당해위반에 대하여 손해배상이 충분한 구제방법이기 때문에, 선박의 소유자는 용선료의 지불약속과 수리약속에 대하여 특정이행을 구할 수 없다고 판시하였다(상소인용).

동 판결에서는 손해배상으로 충분한 구제가 되는 경우에는, 결국 이행의 속행을 주장하는 것은 정당한 이익이 아니라고 하여,<sup>24)</sup> 전개 [4]판결과 구별되었다. 여기에서 정당한 이익의 유무라고 하는 기준은 단순한 방론을 넘어, 실질적인 의미를 가지게 되었다.

#### ② 정당한 이익이라고 하는 기준이 일층 명확한 형태로 사용된 사례

[7] Clea Shipping Corp. v. Bulk Oil International Ltd. (The "Alaskan Trader") (No. 2), [1983] 2 Lloyd's L. R. 645 (Q.B.)

24) [1976] Lloyd's L.R. 651(Lloyd, J., concurring).



[사실] 정기용선계약에서 선박이 중대한 엔진고장으로 인하여 용선자인 X(원고)는 더 이상 선박을 이용할 수 없다는 뜻을 통지하였다. 그럼에도 불구하고 선박의 소유자인 Y(피고)는 비용을 들여 수리를 하고, X에게 이용가능하게 되었다고 통지하였지만, X는 선박에 대한 어떠한 지시를 내리는 것도 거부하였다. 이에 대하여 Y는 X의 행위를 이행거절로서 승낙하는 것을 거절하고, 반대로 선박의 항해준비를 하고 승조원을 상주시키고, 계약기간이 만료될 때까지 정박시켜 두었다. 이에 X는 계약기간의 종료까지 권리를 보유한 채, 용선료의 지불을 계속하고, 중재절차에서 지불한 용선료의 회복을 구하였다.

중재인은 Y에게 손해배상청구를 하는 것이 아니라 계약을 존속시킨 것 또는 용선료를 청구한 것은 어떠한 정당한 이익을 가진 것은 아니었다고 하고, X는 지불한 용선료를 회복할 권한을 가지지만, Y에 대한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다(상소허가신청).

[판시] 고등법원 여왕좌부 상사법정은 Y에게 손해배상청구가 아닌 계약을 이행한 것과 용선료에 대한 청구를 행한 것에 대한 법적·경제적 이익 그 이상을 가지는 것은 아니라고 판시하였다(상소기각, 중재판단유지).

동 판결에서는 피해당사자의 행동이 단순히 비합리적인 경우와 완전히 비합리적인 경우가 구별되어야 함이 강조되어,<sup>25)</sup> 결국 이행의 속행에 대한 정당한 이익의 존재를 부정한 중재인의 판단이 지지되고 있다.

### ③ 선택이론과 정당한 이익의 유무라고 하는 제약

이상으로 선택이론 하에서의 대가청구에 대한 제약으로서 정당한 이익의 유무라고 하는 기준이 일련의 판례에서 확립되어온 과정을 검토하였다.

대가청구에 대한 equity상의 구제에 대한 충분성의 제약을 과하는 것과 구제방법의 선택에 대하여 직접적인 손해경감의무의 적용을 인정하는 것이, 영국법상 곤란하다는 것은 이미 전항에서 살펴본 바와 같다. 아래에서는 이와 같이 확립된 정당한 이익의 유무라고 하는 기준<sup>26)</sup>의 법적 위치를 확인하기 위하여 대가청구의 가부와 정당한 이익의 의의를 검토하기로 한다.

25) [1983] Lloyd's L.R. 651 (Lloyd, J., concurring).

26) Ocean Marine navigation Ltd v. Koch Carbon Inc. ("The Dynamic"), [2003] Lloyd's Rep 693, 698 (Simon, J., concurring)에서는 그와 같이 확립된 준칙에 대하여, 피해당사자는 이행거절을 승낙할 것인가 여부의 선택권을 가진다는 원칙에 대하여, 다음과 같은 예외를 확립하였다. ① 피해당사자가 손해배상청구가 아닌, 계약을 이행함에 대하여 정당한 이익이 없다는 것의 입증책임은 계약위반자가 진다. ② 이 입증책임은 계약위반자의 손실에 대한 피해당사자의 이익이 적다는 것을 입증하는 것만으로 다하여지는 것은 아니다. ③ 이 원칙에 대한 예외는 손해배상이 충분한 구제가 되고, 나아가 계약의 구속력을 유지한다는 선택이 비합리적인 경우에만 예외적으로 적용된다.

#### (4) 대가청구의 부정과 정당한 이익

이하에서는 대가청구권과 손해배상청구권과의 성립요건의 차이를 검토하고, 선택이론하에서 대가청구가 인정되어지는 것의 법적 의미를 확인한다. 그리고 정당한 이익의 유무라고 하는 제약이 영국법에서 갖는 법적 위치를 밝히기로 한다.

##### ① 선택이론과 대가청구의 가부

영미법상 손해배상청구가 인정되기 위하여는 상대방에 의한 어떠한 계약위반이 존재하면 가능하다.<sup>27)</sup> 상대방당사자의 이행기 전의 이행거절에 대하여 이행기의 도래를 기다리지 않고 곧바로 손해배상을 청구할 수 있는가의 문제는, 이행기 전의 이행거절 법리의 전개의 단초이었지만, 현재는 손해배상청구가 인정된다는 것에 의문의 여지가 없다.

이에 대하여 계약가액의 청구가 인정되기 위하여는 상대방당사자에게 계약가액의 지불의무가 존재할 필요가 우선 있다. 계약가액의 지불의무의 발생에 대하여는 계약조항에 근거하게 되지만, 많은 경우 원고측에서 스스로의 이행을 완료하여야 한다.<sup>28)</sup>

이 이행완료라는 요소가 손해배상청구와 계약가액의 청구를 나누는 중요한 요소가 되지만, 그것은 특히 이행기 전 이행거절에 관한 복잡한 문제를 발생시킨다. 영국에서는 이행기 전 이행거절에 관한 선택이론이 유지되고 있기 때문에, 상대방의 이행거절에 대한 피해당사자의 선택이란 관점에서, 문제가 정리되는 경향이 있다. 그러나 선택이론 하에서 대가청구를 행할 것인가는 결국 이미 반대채무의 이행이 완료되고 있는가 혹은 금후 이행을 완료시킬 가능성이 있는가에 달려있다고 할 수 있다.<sup>29)</sup> 따라서 이행기 전의 이행거절에 관한 선택이론에서는 이행거절한 당사자의 이행기를 염두에 둬서 대하여, 대가청구에 있어 결정적인 것은 이행거절을 당한 당사자의 이행기라고 할 수 있다. 이 두 가지는 동시적인 것일 수도 있지만, 반드시 그러한 것은 아니다. 이 두 가지를 구별하지 않는 것이 이행기 전의 이행거절이 있는 경우에 이행거절을 당한 당사자가 계약의 존속을 선택하고, 스스로의 이행을 완료하고 계약가액을 청구하는 사태에 대한 분석을 복잡하게 하고 있다.<sup>30)</sup>

27) 계약위반이 전면적인 것이거나 부분적인 것일지라도 좋다. 다만 이와는 달리 이후의 이행의 면책효과를 얻기 위해서는 계약위반이 전면적인 것이 되지 않으면 아니된다. Chitty on Contracts, ¶ 24-001 (H.G. Beale ed., 29th ed. 2004), 1365-66; E. Allen Farnsworth, Farnsworth on Contracts, § 8.15 (C. Stebbings ed. 1995), 511-13.

28) 따라서 예를 들면 임대차계약에서 임차인이 위법한 이행거절을 하고, 임대인이 계약을 해제한 경우, 해제이후 이행기를 맞은 분할분의 지불을 구하는 소는 가능하지 않다. 지불의무가 발생하고 있지 않기 때문이다. Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-008, 1095.

29) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-010 & 21-011, 1096-97.

30) 이는 전제 [4]판결의 Lord Keith의 반대의견에서, 전형적으로 볼 수 있다. 거기에서는 이행

대가청구를 행한 원고에게 이행의 완료라고 하는 관점에서 이행기 전의 이행거절과 관련하여 다음의 두 가지가 문제된다. 즉 첫째, 이행거절시 이미 대가청구를 위하여 필요한 것, 예컨대 물건의 매도인이 그 소유권을 매수인에게 인도하는 것 등<sup>31)</sup>을 모두 행한 경우에는, 상대방당사자에 의한 이행거절을 무시 내지 거절하고, 합의된 금액을 구하는 소를 제기할 수 있다.<sup>32)</sup> 이미 이행이 완료되어 있음에도 불구하고 상대방당사자에 의한 이행거절을 승낙할 수도 있으나, 이 경우에는 이미 계약가액의 지불이라고 하는 계약상의 채무의 이행을 구할 의사는 없다고 할 수 있을 것이다. 무엇보다도 손해배상액은 계약가액과 다른 것이 아니기 때문에 실제상 차이는 적다.

그러나 둘째, 이행거절시에 아직 이행거절 당한 당사자가 이행을 완료하고 있지 않은 경우에는, 이를 완료할 것인가 여부가, 대가청구의 가부에 있어서 결정적인 것이 된다. 많은 경우 스스로의 이행을 완료하기 위하여 상대방당사자에 의한 협력이 필요하게 된다. 예컨대 물건의 매수인에게 계약의 목적물을 인도하고, 스스로의 이행을 완료하기 위하여는 매수인에 의한 수령이 필요하다. 이행거절이 있는 경우에는 이행거절 당한 당사자는 스스로의 이행을 완료하기 위하여 상대방의 협력을 얻을 수 없기 때문에, 인정되어지는 유일한 구제는 손해배상일 것이다.<sup>33)</sup> 이에 대하여 이미 계약 목적물을 점유하고 있는 경우와 창고업자로부터 계약의 목적물의 점유를 얻을 수 있는 경우에는 이행거절당한 당사자는 상대방의 협력없이 이행을 완료할 수 있게 된다.<sup>34)</sup>

이상의 검토에서 이행기 전의 이행거절에도 불구하고 대가청구가 인정될 수 있다는 것은 선택이론이 그 전제가 되고 있다할지라도, 보다 직접적 원인이 되는 것은 이행거절당한 당사자가 이행거절한 상대방의 협력없이, 스스로의 이행을 완료할 수 있느냐에 달려있다는 것을 알 수 있다. 선택이론하에서 이행거절 당한 당사자가 계약의 속행을 선택할지라도 상대방당사자의 협력없이 이행을 완료할 수 없는 경우에는 피해당사자의 구제방법은 손해배상밖에 없다.<sup>35)</sup> 결국 문제의 소재는 상대방의 협력없이 이행을 완료시킬 가능성이라 할지라도 그러한 행동이 허용되어도 좋은가 여부, 즉 “정당한 이

거절 당한 당사자는 선택의 관점에서 경우를 나누고, 계약의 존속이 선택된 경우 원고는 이미 이행이 완료되어 있는가 여부의 두 가지 상황을 구별하고 있다. [1962] A.C. 434 (Lord Keith, concurring).

31) Sale of Goods Act 1979, s.49(1).

32) Treitel은 이 점은 인정(Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-009, 1095-96)하면서도, 다 음에 검토하는 바와 같은 아직 이행이 완료되지 않은 경우의 대가청구에 대하여서는 손해경 감의 관념이 적용될 수밖에 없다고 주장한다(id. ¶ 21-013, 1097-99).

33) 예컨대 가수가 기획사와의 계약을 이행거절한 경우, 기획사는 가수의 협력없이 스스로 이 행을 계속할 수 없기 때문에, 기획사에게 인정되어지는 것은 손해배상뿐이다(Denmark Productions, Ltd. v. Boscobel Prods., Ltd., [1969] 1 Q.B.699 (C.A. 1968)). 또한 소유자가 소유하는 토지 또는 물건에 대하여 어떤 작업을 하기로 하는 계약에서, 소유자가 이행을 거 절하고, 계약의 목적물에 대한 통행 내지 점유를 거절한 경우에는 소유자의 협력 없이 작업 을 완료할 수 없기 때문에, 손해배상청구만이 인정된다(Hounslow London Borough Council v. Twickenham garden Developments, Ltd., [1971] Ch. 233 (1970)).

34) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-011, 1096-97.

35) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-010, 1096.

익”에 있게 된다.<sup>36)</sup>

## ② 정당한 이익이라는 계약의 의미

이행기 전의 이행거절이 있다할지라도 이행거절당한 당사자가 상대방의 협력없이 스스로의 이행을 완료할 수 있는 경우, 당해당사자는 계약의 구속력의 유지를 선택하고, 이행거절에도 불구하고 이행을 완료하면 대가청구가 가능하게 된다. 그것 자체는 계약당사자의 계약상의 권리로서 영국법에서 법적인 장애가 없을지라도, 이로부터 초래되는 귀결의 타당성은 검토를 요한다.

이 점을 검토함에 있어 양당사자의 이익상황의 형량이 필요하다. 즉 한편으로 상대방의 협력없이 이행이 가능하기 때문에 이행거절당한 당사자가 그 이행을 완료한 경우, 이미 희망하지 않는다는 의사를 표명한 이행에 대하여 계약에서 정하여진 대가의 지불에 의한 이행거절한 당사자의 불이익을 고려할 필요가 있다. 그러나 다른 한편 상대방에게 불용하게 된, 스스로의 계약상의 권리 내지 이익을 상실한 이행거절 당한 당사자의 불이익도 고려할 필요가 있다.<sup>37)</sup>

양자의 형량은 쉽지 않지만, 적어도 손해배상청구가 아닌 대가청구를 한다는 것이, 스스로의 이익이 되지 않음에도 불구하고, 상대방피해당사자에 대하여 더욱이 부담을 과하는 것은 허용되지 않는다. 많은 경우 피해당사자는 이행을 위한 비용을 부담하고 계약가액을 회복한다는 것과 이행을 위한 비용을 면하고 계약가액으로부터 면한 비용을 공제한 액을 손해배상으로 회복한다는 것은 다르지 않다. 그러나 피해당사자가 이행을 단념하고 손해배상을 청구함으로써 어떠한 불이익을 입는 경우가 있을 수 있다.<sup>38)</sup> 이러한 경우에는 상대방의 이행거절에도 불구하고 스스로의 이행을 완료하고 계약에서 합의된 금액의 회복을 구하는 소는 허용될 수밖에 없다.

이러한 관점에서 전제 [4]판결에서의 정당한 이익의 유무라고 하는 기준은 계약상의 권리행사가 권리남용이라고 평가될 경우, 예외적으로 이러한 권리행사를 허용하지 않는다는 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

따라서 그러하다면 정당한 이익의 유무라고 하는 기준은 영국법에서 손해경감의 관념을 체현한 것이라기보다,<sup>39)</sup> 오히려 Common Law상의 권리행사에 대한 equity의 관

36) 전제 [4]판결에서 상대방의 협력없이 이행가능한 경우에 한하여, 상대방의 이행거절에도 불구하고, 계약당사자가 상대방의 의사에 반하여서까지 이행을 행하고 계약가액의 지불을 강제할 수 있다는 부당한 결과를 초래함으로써, 이와 같은 경우에 인정되어지는 유일의 구제방법은 손해배상이고, 이행거절 당한 당사자는 손해경감의무를 진다고 한 Lord Morton의 반대의견은 이를 정확히 지적한 것이었다. [1962] A.C. 433 (Lord Morton, concurring).

37) Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-012, 1097.

38) Treitel은 그와 같은 것으로 첫째, 이행의 단념이 신용에 대한 손해를 초래하고, 손해배상으로 회복가능한 경우일지라도 정확히는 산정하기 어려운 경우, 둘째, 피해당사자가 제3자와 계약을 체결하고 그것을 회복할 필요가 있는 경우, 그리고 셋째, 피해당사자가 실제 입은 손해가 인과관계의 문제에서 법적으로는 회복할 수 없는 경우를 들 수 있다. Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-012, 1097.

점에서의 예외적인 제약으로서 의미를 가지게 된다.<sup>40)</sup>

##### (5) 정리

이상으로 영국에서의 원칙인 선택이론과 그것에 대한 예외로서 전개되고 있는 정당한 이익의 기준에 대하여 검토하였다.

영국에서 선택이론이 생성된 배경은 전제 [1]판결이전 일찍이 이행기 전의 이행거절은 계약위반에 해당되지 않는다는 관념 때문이었다. 즉 이행기 전의 이행거절이 이루어진 경우에도 이행거절을 당한 당사자는 후에 이행거절이 반복될 가능성에 대비해 스스로의 이행을 준비하지 않으면 아니되었고, 더욱이 스스로가 선이행의무를 부담하는 경우에는 상대방의 불이행이 예상됨에도 불구하고, 스스로의 이행을 하지 않으면 아니되었다.

여기에서 이러한 경우에 이행거절을 당한 당사자의 계약의 구속력에서의 조기의 이탈 요청에 부응하기 위하여, 이행거절을 손해배상을 조건으로 하는 합의에 의한 계약해소를 위한 청약으로 의제할 수 있다면, 이와 같은 의제에 의하여 이행거절을 당한 당사자는 이행기 도래 전일지라도 합의에 의한 계약해소를 위한 청약을 승낙함으로써 계약의 구속력에서의 이탈을 주장할 수 있게 된다.

그리고 이행거절을 합의에 의한 계약해소를 위한 청약으로 보는 관념은 전제 [1]판결에 의하여 이행기 전 이행거절을 이유로 계약위반에 대한 손해배상청구를 할 수 있다는 것이 인정된 후에도, 그 영향을 미치게 된다. 그것이 이행기 전의 이행거절은 이행거절을 당한 당사자에 의한 승낙에 의하여 비로소 계약위반이 되는 것이고, 승낙이 없다면 무의미한 것으로서 계약은 존속한다고 하는 영국법에서의 선택이론이다.

이러한 선택이론은 영국에서는 그 후에도 현재까지 유지되고 있다. 무엇보다도 이행기 전의 이행거절에 관하여 선택이론을 채택한 것의 귀결을 명확한 형태로 나타낸 전제 [4]판결 이래, 선택이론에 대하여 영국에서도 손해경감의 관점에서 의문이 제기되고, 선택이론에 대한 제약이 문제가 되었다. 실제 판례법에서도 정당한 이익이라고 하는 기준이 그 후 구체적 사실 하에서 원고의 행동의 타당성을 문제삼고, 당사자간의 이익형량을 위한 기준으로 전개된다. 그러나 정당한 이익 기준은 이미 지적된 바와 같이, 적어도 equity상의 관점에서 예외적으로 Common Law상의 권리행사가 인정되지 않는다는 것이고, 그 의미에서 선택이론의 원칙은 흔들리지 않았다.

39) 정당한 이익의 유무라고 하는 기준을 손해경감의 관념을 체현한 것으로 보는 견해는 다음과 같다. G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account 127 (1988); Chitty on Contracts, ¶ 26-108, 1488 & n.579; Treitel on the Law of Contract, ¶ 21-012, 1097 & n.42.

40) Stoczni Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co., [1996] Lloyd's L.R. 132, 139 (C. A.), reversed on another ground [1998] W.L.R. 574 (H.L.)에서, 정당한 이익이란 .....피해당사자가 계약위반자의 이익까지도 고려하여, 계약을 존속시키는 것에 대한 합리적인 근거를 가지지 않으면 아니된다고 한다.

이와 같이 본다면 영국에서 이행기 전의 이행거절법리의 전개의 기저에는 이행기 전의 이행거절을 합의에 의한 계약해소를 위한 청약으로 의제된 전제[1]판결 이전의 관념이 계속되고 있음을 알 수 있다. 이러한 역사적 기초를 배경으로, 영국법에서는 이행기 전의 이행거절에 기초한 계약의 구속에서의 이탈이 그것을 당한 당사자의 의사에 달려 있다(이하 의사구성이라 한다).

## 6. 정리

(1) 이상으로 영미법에 있어서 이행기 전의 이행거절법리를 손해경감의무법리와 관련하여 검토하였다.

이행기 전의 이행거절법리의 의의는 영미법에서 판례법으로 확립된 당초부터 조기의 계약구속력에서의 이탈, 더욱이 손해의 경감에서 구하여졌다. 그러나 이행기 전의 이행거절법리와 손해경감의무법리의 관계에 대하여는 일반적으로 영미법으로 일괄하여 이야기되는 영국법과 미국법에서 상이하게 나타난다. 그것은 이행기 전의 이행거절을 당한 당사자에게 그것을 계약위반으로 볼 것인가 여부의 선택권을 인정하는 선택이론에 대한 대응이, 영국법과 미국법에서의 법적 토대의 차이로 인하여, 양자에 있어 다르게 나타나고 있다. 즉 영국에서는 이행거절을 당한 당사자에게 선택을 인정함에 대하여, 미국에서는 그와 같은 선택권이 인정되지 않고, 이행기 전의 이행거절이라고 하는 계약위반에 의해 곧바로 손해경감의무가 과하여진다는 것이다.

(2) 이와 같은 이행기 전의 이행거절법리와 손해경감의무법리의 관계에 관한 영국법과 미국법 간의 차이는 바로 계약의 구속력에서의 이탈 유형의 차이에서 발행한다고 할 수 있을 것이다. 즉 영국법에서는 이행기 전의 이행거절에 기하여 계약의 구속력에서의 이탈이 역사적 기초를 배경으로 그것을 당한 당사자의 의사에 맡겨져 있음에 반하여(의사구성), 미국법에서는 이와 같은 역사적 기초와는 독립하여 초기의 논쟁을 통하여, 이행기 전의 이행거절 자체가 계약위반으로 인정됨에 따라 이행기 전의 이행거절에 기하여 계약의 구속력에서의 이탈이 계약위반으로 처리되게 된다(이하 계약위반구성이라 한다). 이러한 계약의 구속력에서의 이탈에 관한 구성의 차이 그것이 양자의 차이를 가져오는 것이다.

(3) 또한 이행청구권과 손해배상청구권의 관계와 관련하여, 영미법에서는 대가청구에 의한 현실적 이행강제라고 하는 구제와 손해배상이라고 하는 구제의 관계를 파악하는 형태로 나타났다.

이러한 양자의 관계는 미국법에서는 이행기 전의 이행거절에 기한 계약의 구속력에서의 이탈에 관한 계약위반구성을 기초로, 손해경감의무에 의한 대가청구가 배제되어지는 형태로 나타나게 된다. 즉 이행기 전의 이행거절의 존재 자체에 의하여 계약위반에 기한 계약의 구속력에서의 이탈이 발생하고, 그것으로부터 피해당사자는 이행을 정지하는 등, 손해경감을 위한 합리적인 조치를 취할 것이 곧바로 요청되기 때문에, 헛

되어 이행을 완료하고 대가청구를 요청하는 것은 허용되지 않는다.

이에 대하여 영국법에서는 손해경감의무에 의하여 계약상의 권리인 대가청구가 배제되는 것은 아니다. 이행기 전의 이행거절에 기초하여 계약의 구속력에서의 이탈에 관한 의사구성을 기초로, 이행거절 당한 당사자는 그것에도 불구하고 원칙적으로 계약 구속력의 유지를 선택하고, 스스로의 이행을 완료하고 대가를 청구할 수 있다.

### III. 민법에 있어서 이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무

#### 1. 서

종래 우리 민법에서 채무불이행의 유형에 대하여는 이행지체, 이행불능, 불완전이행의 폐쇄적 3유형론을 취하여, 불완전이행을 이행지체, 이행불능 외의 나머지 모든 채무불이행유형으로 포괄하는 것으로 파악하는 태도를 취하고 있는 것이 일반적이다. 이에 이행거절에 대하여도 특별한 취급은 하지 않았다.

그러나 민법은 제390조에서 채무불이행에 대하여 일반조항주의를 취하고 있음에도, 독일민법전의 불능과 지체의 이분체계에서의 논의를 그대로 받아들여, 민법 제390조의 존재를 외면한 것에 의문을 가지지 않을 수 없다는 견해가 대두되고, 이에 이행거절이라고 하는 독립적 채무불이행 유형으로서의 인정여부가 논의되고 있다.

이행거절이란 채무자가 채무를 이행할 의사가 없다는 것을 분명하고도 종국적으로 표시함으로써 채권자로 하여금 객관적으로 임의이행을 기대할 수 없게 하는 경우를 말한다. 이러한 이행거절의 의사표시는 명시적으로 행하여질 수도 있고 추단적 행태를 통하여서도 행하여질 수 있다.

이행거절에는 그 시기에 따라 이행기 전의 이행거절과 이행기 후의 이행거절로 나뉘어진다. 그런데 이행거절이 독자적인 채무불이행유형으로 인정되는지 여부의 문제는 주로 이행기 전의 이행거절에 어떠한 법률효과를 인정할 것인가에 달려 있는 문제임은 이미 앞서 살펴본 영미법에서의 이행거절과 관련한 논의에서도 확인할 수 있었다. 따라서 이행거절을 논함에 있어 주로 이행기 전의 이행거절이 문제가 됨에 따라 본고의 주제는 이행기 전의 이행거절을 중심으로 논하고는 있으나, 쌍무계약에서 채무불이행을 이유로 하는 계약해제와 관련한 문제는 이행기 전의 그것만에 한정하지 않고, 이행기 도과 후의 것도 문제가 되고 있다.

## 2. 민법에서 독자적 채무불이행유형으로서 이행거절의 인정여부에 대한 논의

### (1) 부정론

독자적 채무불이행유형으로서의 이행거절의 인정에 대하여 난색을 표하는 견해도 없지 않다. 이에 의하면 채권자의 의사 또는 이익이라는 관점에서 접근한다면, 여전히 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 이행하려 하지 않는다는 점 및 그럼에도 불구하고 장차 이행기가 도래하면 채권자는 급부의 실현을 강제할 수 있다는 점에 비추어, 이행거절과 이행지체 사이에 본질적 차이가 있다고 보기 어렵다.<sup>41)</sup> 따라서 이를 이행지체의 하부유형, 즉 이른바 선취된 이행지체로 파악하더라도 별 문제가 없다고 한다. 다만 이 하부유형에서는 일반적인 이행지체와 달리, 채무자가 이행기의 도과 여부와 관계없이 이행거절의사를 진지하고 중독적으로 표시하였다는 부수적인 점에 차이가 있으므로, 그에 대한 배려가 있어야 한다고 한다. 따라서 채무자의 이행거절의사가 표시된 경우에 채권자는 이행기를 기다려 비로소 강제이행을 할 수 있지만, 그에 갈음하여 비록 이행기 전이라도 제395조 소정의 최고 또는 이의 없음의 증명을 요하지 않고 전보배상을 청구할 수 있으며, 나아가 제544조 단서의 확대해석을 통하여 이행기 전이라도 해제권이 발생할 수 있다는 정도의 의미를 부여하면 족하다고 한다.

### (2) 긍정론

이행거절을 채무불이행의 독자적 유형으로 인정할 수 있다는 견해는 채무불이행에 관한 포괄주의(민법 제390조)를 취하고 있는 우리 민법하에서는 이행지체, 이행불능, 불완전이행이라는 채무불이행의 패쇄적 삼분론에 얽매일 필요가 없고, 채무의 이행이 불능이 아니어서 강제이행청구가 가능하다는 점에서 이행불능과 구별되고 이행기가 도래하기 전에는 이행지체를 인정할 수 없다는 점에서 이행기 전의 이행거절을 포함하는 이행거절은 독자적 유형으로 인정할 충분한 근거가 있다고 한다.<sup>42)</sup>

이와 관련하여 이행거절의 논의가 발달한 영미법에서는 이른바 선취된 계약위반이라고 하여 이행기 전의 이행거절을 주로 문제삼고 있는데, 이행거절의 독자성을 부정하는 견해는 이행거절은 채무자가 이행기를 도과한 경우에 이행을 거절하는 것이 일반적인 모습이지만, 이행기 전에 하는 것도 가능하다고 하며, 따라서 이행기 이전의 이행거절에 대하여는 이행기 이후의 이행거절에 관한 법리를 확대 내지 유추적용하는

41) 김형배, 채권각론[계약법], 신정판(제2판), 2001, 263면; 송덕수, 신민법강의, 2008, 798-799면; 지원립, 민법강의 제6판, 2008, 931면.

42) 김동훈, 이행거절과 계약해제, 고시연구 제30권 제9호, 2003.2., 112면; 양창수, 독자적인 채무불이행 유형으로서의 이행거절, 민법연구 제4권, 143-147면; 성승현, 이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서, 법조 2004.4., 174면; 동, 한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰, 민사법연구 제15집 제1호, 2007, 64면.



것으로 충분하다고 하는 점과 이행거절을 이행지체의 하부유형 내지 특수유형으로 보는 점에 대하여 다음과 같이 비판한다.<sup>43)</sup>

먼저 거래계에서 이행거절이 이행기 도과 후 즉 이행지체 중에 주로 발생하는가는 매우 의문이며, 오히려 관례에서 이행거절에 관하여는 주로 이행기 전의 이행거절이 문제되고 있다.<sup>44)</sup> 어차피 계약상의 의무를 이행하지 않기로 작심한 당사자에게는 이행기라는 것이 별로 의미가 없을 것이다. 이런 점에서 이행기 후의 이행거절이 오히려 이행거절의 특수한 경우가 될 것이다. 그 경우에는 이미 이행지체 중이라 하더라도 이행지체시 해제의 법리의 예외가 된다는 것, 즉 최고를 필요로 하지 않는다는 점이다. 그런데 최고가 필요없다는 것은 이행거절에 있어 이행기의 전후를 가리지 않고 공통적으로 인정될 수 있는 법리이다. 결국 이행기 전의 이행거절을 이행거절의 기본형으로 보는 경우에는 이행기 후의 이행거절의 법리를 당연히 포섭할 수 있지만, 반대로 이행지체 중의 이행거절을 기본형으로 보면서 이를 이행기 전의 이행거절로 유추적용하는 것은 많은 무리가 따른다. 이행지체 중의 이행거절이란 일단 이행지체라는 채무불이행 유형의 영역안에서 부분적인 변화에 불과하기 때문이다. 따라서 이행기 전에 이행거절하는 경우에 이행기까지 기다리지 않고 해제할 수 있다는 법리를 이행기 후의 이행거절시 최고가 필요하지 않다는 것에 끌어오는 것은 본말이 전도된 것이다.

또한 이행거절과 이행지체는 여전히 이행의 청구 및 강제이행이 가능하다는 점에서는 공통점이 있으나, 이행거절은 확고한 불이행의 의사표명에 의하여 임의이행의 불실효를 초래한다는 점에서는 법리상 이행불능과 더 가까우며, 이행불능은 이행장애의 요인이 채무자의 능력에, 이행거절은 채무자의 의사에 있다는 점만 다를 뿐이다. 특히 해제와 관련하여 최고나 이행의 제공을 요하지 않는다는 것은 이행거절과 이행불능에 공통이며 이행지체와 구별되는 실익이 있다. 다만 이행불능과의 차이점은 이행불능시는 계약이 실질적으로 자동 해소되므로 독자적인 해제의 의의가 약하나 차이점은 이행거절은 적극적으로 이에 대응하여 상대방이 해제권을 행사함으로써 계약관계를 해소할 수 있다는 것이다. 그리고 이행거절의 경우에는 이행불능과는 달리 채무자가 거절의 의사표시를 철회할 수 있는 가능성이 열려있다는 점이다. 또 이행지체 중 이행불능이 되었을 때에는 통설에 따르면 이행지체는 종료하고 이행불능에 포섭되듯이 이행지체 중 이행거절이 성립하는 경우에는 역시 이행지체는 종료하고 채권자는 최고없는 계약해제권을 갖는다고 보아야 한다.

또한 실질적인 이유인 계약당사자 쌍방의 이익이라는 관점에서 이행거절의 독자성을 강조하고자 하는 견해<sup>45)</sup>도 본고의 연구방향과 공유되는 바가 적지 않다. 필자의 견지에서는 앞서 영미법에서의 이행거절법리를 검토한 바와 같이, 이행불능의 독자성 인정의 가장 중요한 의의는 계약불이행에 의하여 초래된 손해의 회피 내지 경감에 의한

43) 김동훈, 112-112면.

44) 예컨대 대판 1976.11.9, 76다2218; 대판 1980.5.13, 80다130; 대판 1993.6.25, 93다11821 등.

45) 양창수, 146면.

양당사자의 이익에 있다고 본다. 즉 상대방으로부터 일정한 물품을 구입하는 사람은 많은 경우에 상대방의 적합한 이행을 전제로 여러 가지 재산적 계획을 수립한다. 그런데 상대방이 이행기가 되기 전에 그 이행을 거절하고, 상대방은 이행기까지 기다려 손해배상이나 계약해제 등의 법적 구제수단을 취한다면, 피해상대방이 취한 재산적 계획의 어긋남으로, 바로 계약을 해제하고 선택의 자유를 다시 확보한 후에 다른 곳으로부터 동일한 물품을 구입하는 것이 합리적인 대처가 되어, 상대방의 입장에서는 이익이 되고, 자신의 불이행으로 인한 채권자의 손해, 즉 자신이 배상책임을 지게 될 손해가 그러한 조치에 의하여 감소될 수 있을 것이다.

### 3. 민법에서 이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무

(1) 서설에서 언급한 바와 같이 시장가격의 변동이 격심한 동산의 매매와 물품제작을 목적으로 하는 계약의 경우에, 손해의 확대를 방지함이 없이, 조기에 대체거래를 행한다든가 이행을 정지시킴으로써, 손해의 경감을 위한 방책을 강구하는 것이 계약당사자에게 신의칙상 요구되어지는 것은 아닌가라는 것이 문제된다.

(2) 여기에서는 우선 우리 민법과 판례에서 손해경감의무의 인정여부를 살펴보기로 한다.

① 판례에서 채권자의 손해경감의무가 자주 문제시되는 유형으로는 우선 매도인이거나 수급인이 하자있는 물건이나 완성물을 인도한 경우를 들 수 있다. 이 경우에 매수인은 하자담보책임은 물론 하자확대손해에 대하여 제390조에 기한 채무불이행책임을 물을 수 있다. 이 경우에 채무자의 손해배상의 범위를 제한하는 요소로서 판례는 “하자담보책임으로 인한 손해배상 사건에 있어서 배상 권리자에게 그 하자를 발견하지 못한 잘못으로 손해를 확대시킨 과실이 인정된다면 법원은 손해배상의 범위를 정함에 있어서 이를 참작하여야 하며”<sup>46)</sup>라고 하거나, “매수인 스스로가 용이하게 당초의 하자를 발견하여 이를 보수하고 그 비용을 매도인에게 청구할 수 있었음에도 불구하고 이를 방치하여 하자가 확산되는 등의 사정이 있어 하자의 확대에 대하여 매수인에게 과실이 있는 경우라면 매도인의 하자보수의무불이행으로 인한 손해배상액을 정함에 있어서 매수인의 이러한 과실을 참작할 수 있다”<sup>47)</sup>고 하여 채권자가 하자로 인한 손해의 확대를 방지할 수 있었는가를 문제삼고 있다.<sup>48)</sup>

또한 채무불이행이 있는 경우에 적기의 대체거래를 할 수 있었는가 하는 점이 고려되기도 한다. 이는 채무의 이행이 기대되기 어려운 사정이 있는 경우 채권자의 적절한 대체거래를 통하여 그 피해를 줄일 수 있다는 점을 고려한 것이다.<sup>49)</sup> 또 매수인은 매

46) 대판 1995.6.30, 94다23920.

47) 대판 1993.11.23, 92다38980.

48) 同旨 대판 1999.7.13, 99다12888; 대판 1990.3.9, 88다카31866.

49) 대판 1997.11.11, 97다26982.

도인이 수령할 수 없게 된 목적물을 시장에서 적절히 처분하여 그 손해를 줄여야 할 의무가 부과될 수 있다.<sup>50)</sup> 또한 도급계약의 해제시 일방의 대가지급이 불이행으로 상대방에게 잔류하게 된 이행에 필요한 재료나 노동력 등을 적절히 처분하여 손해를 줄일 것을 요구하고 있다.<sup>51)</sup>

그리고 아직 진행중인 계약관계에서 채무불이행으로 귀결될 가능성이 있는 경우, 나아가 채무자의 원만한 이행이 의심스러운 경우에 채권자가 단순히 이행을 기다리는 것이 아니라 적극적으로 채무자의 이행에 대한 신뢰 위에 이른바 신뢰투자<sup>52)</sup>를 하는 경우, 지출비용의 배상과 관련하여 판례는 손해배상의 범위에서 참작하여야 한다고 한다.<sup>53)</sup>

결국 이상과 같이 판례는 채권자의 손해경감의무를 요구하면서, 손해배상의 범위에 있어 참작하고 있다.

② 민법은 영미법처럼 공동과실과 손해경감을 별개의 개념으로 보지도 않을 뿐만 아니라 독일민법에서와 같은 손해경감의무의 근거가 될 만한 규정도 없다. 그래서 판례는 제396조의 과실상계의 한 내용으로 이를 포섭하고 있다.

그러나 손해의 발생이나 확대에 기여한 채권자의 행태를 일괄하여 채권자의 과실로서 파악하는 것은 다소 무리한 면이 있기 때문에, 이 중에서 적어도 불이행의 발생 이후 손해의 회피가능성이나 확대 등과 관련하여서는 채권자의 손해경감의무의 법리를 인정하고 이를 정립해나갈 필요가 있다.<sup>54)</sup> 민법상 채권자의 손해경감의무의 법리를 인정한다면 이의 근거는 손해배상의 범위를 규정하고 있는 민법 제393조라 할 수 있을 것이다. 즉 제393조를 상당인과관계설에 입각하여 인과관계의 상당성의 판단기준으로 개연성 이외에 규범목적 등을 수용함으로써 상당성의 내용의 다양함을 제안하는 학설<sup>55)</sup>과 같이, 바로 이러한 상당성의 내용을 구성하는 또 하나의 요소로서 채권자에게 손해를 경감하기 위하여 적절한 조치가 추가될 수 있을 것이다.<sup>56)</sup>

따라서 채무불이행에 있어 과실상계가 적용되는 경우는 불이행 자체의 발생에 대하여 채권자가 공동의 원인제공자인 경우에 한하고, 채무불이행 발생후에 채권자가 불이

50) 대판 1999.10.12, 99다14846.

51) 대판 2002.5.10, 2000다37296-37302.

52) 신뢰투자란 실제 상대방의 채무이행이 이루어지기 전에 장래에 이행받을 채무의 효용을 높이기 위한 사전적 투자의 성격을 갖는 것을 말하는데, 가령 화가에게 그림을 주문하고 액자를 구입한다든가 물건을 주문한 소매상이 광고전단을 배포한다든가 하는 경우 등이 있을 수 있다. 김동훈, 지출비용의 배상과 채권자의 손해경감의무, 민사법학 제23호, 2003, 646-647면.

53) 대판 2002.2.5, 99다53674-53681.

54) 김동훈, 지출비용, 643면 이하.

55) 이은영, 채권총론 제3판, 2006, 292면; 유원규, 차량관리상의 과실과 절취운전사고 사이의 인과관계, 민사판례연구 제11권, 263-264면.

56) 대판 2002.5.24, 2000다42540에 의하면 “원고가 주장하는 영업손실 상당의 손해는 원고가 회피할 수 있었음에도 불구하고 그러하지 아니한 탓에 발생한 것으로도 볼 수 있어 피고의 채무불이행과 상당인과관계에 있다고 보기 어렵다.”고 하여 채권자의 손해배상의 범위를 제한하면서 채권자의 손해회피가능성이 있었음을 근거로 상당인과관계를 부인하였다.

행의 결과를 악화시키거나 또는 손해를 경감시킬 수 있는 적극·소극의 합리적 조치를 취하지 않은 경우는 이를 회피할 수 있었던 손해로 보아 인과관계의 상당성이 부인되어 제393조상의 손해배상의 범위안에 들지 않는다고 구성할 수 있을 것이다.

(3) 채무자가 이행기 전에 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 바로 손해경감조치를 취하여야 하는가. 즉 채권자는 이행기 전에 이행거절을 하는 채무자의 의사를 무시하고 이행기까지 기다려 자기의 이행청구권을 행사할 수 있는가, 아니면 이행기 전의 이행거절이 있는 경우, 상황에 따라서는 채권자에게도 예컨대 대체거래의무 또는 이행정지의무 등의 손해경감의무가 있는 것인가가 문제된다.

계약관계에서 채무가 불이행되면 손해가 발생하게 되는 것이고 손해가 발생한 후에 그 손해가 더 확대되지 않도록 우리 법에서도 채무자의 손해배상범위를 정하는데 고려될 수 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

그러나 앞서 영국법의 검토에서 살펴본 바와 같이, 이행기 전 이행거절에 있어서는 우리에게도 이행거절당한 채권자의 의사에 따라 계약의 효과를 계속하여 유지할 것인지, 곧바로 손해배상청구를 할 것인지의 선택권이 주어짐을 고려할 때, 손해경감의무의 손해배상범위에서의 간접적 적용 나아가 적극적 고려는 역사적·논리적으로 맞지 않다. 왜냐하면 이행기 전 이행거절에 있어 채권자에게 선택권이 주어지는 이상 손해경감의무는 부과될 수 없음은 앞서 영미법의 고찰에서 살펴본 바와 같다. 그러므로 정당한 기준의 유무라고 하는 기준에 의한 제한을 고려하는 것이 논리적으로 보다 합리적이고 명확한 법리구성이 아닌가라고 생각한다.

따라서 채권자는 채무자가 이행기 전에 이행거절을 표시한 경우에 이를 무시하고 이행기까지 채무의 이행을 기다릴 수 있으며, 채무자의 이행거절에 채권자가 계약을 해제하고 손해를 경감하기 위한 조치를 취할 의무는 지지 않는다는 것이 원칙이라 할 것이다. 다만 예외적으로 경우에 따라서 양당사자의 이익상황의 형량을 고려한 정당한 이익의 유무라고 하는 기준에 의하여 이행거절당한 당사자의 선택권에 제약이 가하여질 수 있을 것이다. 즉 상대방의 협력없이 이행이 가능하기 때문에 이행거절당한 당사자가 그 이행을 완료한 경우, 이미 회망하지 않는다는 의사를 표명한 이행에 대하여 계약에서 정하여진 대가의 지불로 이행을 거절한 당사자의 불이익을 고려할 필요가 있다. 그러나 다른 한편 상대방에게 불용하게 된, 스스로의 계약상의 권리 내지 이익을 상실한 이행거절 당한 당사자의 불이익도 고려할 필요가 있다. 양자의 형량은 쉽지 않지만, 적어도 손해배상청구가 아닌 대가청구를 한다는 것이, 스스로의 이익이 되지 않음에도 불구하고, 상대방피해당사자에 대하여 더욱이 부담을 과하는 것은 허용되지 않는다. 많은 경우 피해당사자는 이행을 위한 비용을 부담하고 계약가액을 회복한다는 것과 이행을 위한 비용을 면하고 계약가액에서 면한 비용을 공제한 액을 손해배상으로 회복한다는 것은 다르지 않다. 그러나 피해당사자가 이행을 단념하고 손해배상을 청구함으로써 어떠한 불이익을 입는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 상대방의 이행거절에도 불구하고 스스로의 이행을 완료하고 계약에서 합의된 금액의 회복을 구

하는 소는 허용될 수밖에 없다.

이러한 관점에서 정당한 이익의 유무라고 하는 기준은 우리 법에서도 계약상의 권리행사가 권리남용이라고 평가될 경우, 예외적으로 이러한 권리행사를 허용하지 않는다는 의미를 갖게 될 것이다.

#### IV. 결론에 갈음하여

이상으로 영미법상의 이행거절과 채권자의 손해경감의무를 소재로 하여, 이행거절에 있어서 이행청구권과 손해배상청구권의 관계에 관하여 살펴보았다. 우리 법에 시사가 되는 부분에 한하여 영미법상의 이행기 전 이행거절법리를 정리하고, 우리 법에서의 이행기 전 이행거절법리와 손해경감의무의 관계에 관하여 정리하면 다음과 같다.

영미법에서 이행기 전의 이행거절법리의 형성의의는 손해의 경감에서 찾을 수 있다. 즉 이행기 전의 이행거절에 있어 계약위반을 이유로 하여 직접적으로 손해배상청구가 이루어지고, 손해액이 보다 빠른 시점을 기준으로 산정됨으로써, 계약불이행으로 초래된 손해가 회피 내지 경감됨으로 인하여, 양당사자의 이익이 강조되고 있다.

그러나 영국과 미국에서는 이행기 전 이행거절의 국면에서 대가청구권과 이행정지의무의 충돌이 문제가 되는데, 그 결론은 서로 대조적이다. 그 원인은 이행기 전 이행거절에 관한 선택이론 때문이다. 즉 영국에서는 선택이론 때문에 대가청구가 인정되어, 손해경감의무의 개입여지가 없는 반면, 미국에서 선택이론은 손해경감의무의 관점에서 부정되고, 이행정지의무의 개입에 의하여 대가청구는 인정되지 않게 된다.

이 선택이론에 대하여 영국에서도 손해경감의 관점에서 의문이 제기되고, 선택이론에 대한 제약이 문제가 되었다. 실제 판례법에서도 정당한 이익이라고 하는 기준이 그 후 구체적 사실 하에서 원고의 행동의 타당성을 문제삼고, 당사자간의 이익형량을 위한 기준으로 전개되었다.

한편 민법에서 이행불능의 독자성 인정의 가장 중요한 의의는 계약불이행에 의하여 초래된 손해의 회피 내지 경감에 의한 양당사자의 이익에 있다고 본다.

그리고 채무자의 이행기 전의 이행거절에 대하여 상대방은 이러한 이행거절의 의사표명을 무시하고 이행할 것을 기다릴 수도 있고, 이를 받아들여 계약을 해제할 것인지, 이를 무시하고 계약관계를 유지시킬 것인지를 선택할 수 있다. 따라서 우리 법에서 이행기 전 이행거절 상황에서 손해경감의무법리가 작동할 여지는 없다. 왜냐하면 이행기 전의 이행거절 상황에서 채권자에게 손해경감의무를 부여하게 되면 피해당사자의 계약상 권리를 박탈하는 결과를 초래하기 때문이다. 그러나 정당한 이익이 있는 범위 내에서 채권자의 선택권이 제한받을 수 있다. 즉 정당한 이익의 유무라는 기준은 계약상의 권리행사가 권리남용으로 평가될 경우, 예외적으로 이러한 권리행사를 허용하지 않는다는 의미를 갖는다.

<참고문헌>

- 김동훈, 이행거절과 계약해제, 고시연구 제30권 제9호, 2003.2.  
김동훈, 지출비용의 배상과 채권자의 손해경감의무, 민사법학 제23호, 2003  
김형배, 채권각론[계약법], 신정판(제2판), 2001  
송덕수, 신민법강의, 2008  
성승현, 이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서, 법조 2004.4.  
성승현, 한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰, 민사법연구 제15집 제1호, 2007  
양창수, 독자적인 채무불이행 유형으로서의 이행거절, 민법연구 제4권  
이은영, 채권총론 제3판, 2006  
유원규, 차량관리상의 과실과 절취운전사고 사이의 인과관계, 민사판례연구 제11권  
지원립, 민법강의 제6판, 2008  
G. H. Treitel, The Law of Contract, 1995  
Clive M. Schmitthoff, The Duty to Mitigate, 1961  
Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, M.P. Furmston ed., 15th ed. 2007  
E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts, 3rd ed. 2003  
A.L. Goodhart, Measure of Damages When a Contract is Repudiated, 1962  
P. M. Nienaber, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, 1962  
Case and Comment, J.W. Carter & Geoffrey Marston, Repudiation of Contract: *Whether Election Fettered*, [1985] Cambridge L.J.  
Lionel Smith, Understanding Specific Performance, in Comparative Remedies for Breach of Contract 221 (Ewan McKendrick & Nili Cohen eds., 2005)  
A.L. Goodhart, *Measure of Damages When a Contract is Repudiated*, 1962  
P. M. Nienaber, *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, 1962  
Ewan McKendrick, *Contract Law*, 7th ed. 2007  
E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3rd ed. 2003  
Clive M. Schmitthoff, *Tender of Rejected Goods "in Mitigation of Damages"*, 1957  
E. Allen Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, C. Stebbings ed. 1995  
G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account 127, 1988

투고일자 : 2012.01.26  
게재확정일자 : 2012.03.16