

# 損害賠償額 算定方式에 관한 比較研究

- CISG를 중심으로 -

裴 俊 逸\*

- 
- I. 序 論
  - II. CISG의 損害賠償額 算定方式
  - III. 具體的 算定方式에 관한 比較
  - IV. 抽象的 算定方式에 관한 比較
  - V. 綜合的 比較
  - VI. 結 論
- 

## I. 序 論

국제매매계약의 당사자는 계약상 부여된 자신의 의무를 성실히 이행할 책임이 있다. 그러나 실제 거래에서는 매매당사자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않음으로 해서 발생하는 계약위반의 문제가 빈번히 대두되고 있다.

일방당사자가 매매계약을 위반한 결과 상대방이 피해를 입는 경우, 피해당사자는 특정이행청구, 추가기간설정, 계약해제, 손해배상청구 등의 救濟權을 행사할 수 있게 된다. 이 중 거의 모든 계약위반사건에서 활용되고 있는 구제수단이 바로 손해배상청구권이며, 이는 계약위반에 대한 피해를 보상케 하는 가장 보편적인 방법으로 인식되고 있다.

매매행위를 규율하는 거의 모든 법규는 계약위반으로 인해 피해를 입은 당사자에게 손해액 전액을 보상받을 수 있도록 함으로써, 그에게 계약이 원조건대로 이행된 경우와 동일한 경제적 위치를 보장하고 있다. 즉 '完全賠償의 原則'을 규정하고 있는 것이다. 한편, 여기에서 완전배상을 가능케 하는 손해액의

---

\* 浦項1大學 인터넷비즈니스科 助敎授.

산정문제가 발생한다.

특히 근본적 계약위반 등의 이유로 계약이 解除되는 경우 손해액을 어떻게 산정해야지만 피해당사자에게 적절한 보상을 해줄 수 있는가에 대해서는 법계 간의 입장이 다소 차이를 나타내고 있다. 대륙법계에 있어서는 대체거래대금을 기초로 한 具體的 算定方式이 손해액 산정의 기본 원칙으로 인정되고 있는 반면, 영미법계 특히 영국에 있어 손해액은 계약위반당시 거래목적물의 市價를 기초로 하여 抽象的으로 산정됨이 원칙이다. 이렇듯 상이한 방식에 따라 산정된 손해액이 차이를 나타낼 수 있다는 의문심이 제기되며, 이에 본고는 각 법계의 입장을 검토하고자 한다.

본고는 國際物品賣買契約에 관한 UN協約(이하, CISG)이 취하고 있는 손해액 산정방식의 입장을 주된 고찰의 대상으로 하고 있다. 국제통일법으로서의 CISG가 기존의 國際私法體制下에서 매매당사자들이 직면하였던 법적용의 예견불가능성 및 법적 불안정성 등의 문제를 상당 부분 해결하였으며, 그로 인해 국제매매계약의 준거법으로서 그 위치를 더욱 확고히 하고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 향후 CISG에 준거한 계약의 위반사건이 점증하리라는 예상은 타당하며 그리고 그러한 사건에서 손해액이 CISG의 관련규정에 근거하여 산정될 것이므로, 동 문제에 대한 CISG의 입장을 면밀히 검토할 필요성이 있다. 나아가 CISG와 각 법계의 입장에 대한 상호 비교·검토가 이루어질 것이다.

## II. CISG의 損害賠償額 算定方式

### 1. 契約不解除時의 損害賠償額 算定

CISG는 계약이 해제되지 않는 경우의 손해액 산정에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 계약위반에 대한 보상을 규율하는 기본적인 원칙을 명시한 제74조에 의거하여 해결할 수 있을 따름이다. 동 조에 따르면, 피해당사자는 喪失利益(loss of profit)을 포함하여 계약위반의 결과로서 입은 손실과 동등한 금액을 손해액으로 회복할 수 있다. 이 때 그 손해액은 계약체결당시 위반당사자가 예견할 수 있었던 금액을 초과할 수는 없다. 즉 豫見可能性의 기준을

충족시키는 범위 내에서 完全賠償의 原則에 의거하여 손해액이 산정될 수 있다.<sup>1)</sup>

손해액 산정방식에 관하여 CISG는 ULIS와, 一見하여, 다소 다른 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. ULIS는 계약이 해제되는 경우와 해제되지 않는 경우를 엄격히 구분하여, 각각의 경우에 해당하는 손해액 산정방식을 규정하고 있기 때문이다.<sup>2)</sup>

그렇지만, 契約不解除時의 손해액 산정방식에 관한 한, 양 법문간의 차이는 實質的이지 아니하다. CISG 제74조는 ULIS 제82조(계약불해제의 손해액)와 사실상 거의 동일하기 때문이다. ULIS 역시 一方의 이행이 계약조건과 一致하지 않음을 가정으로 하여, 피해당사자는 예견가능성의 기준이 충족되는 범위 내에서 상실이익을 포함한 손해를 회복할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 계약위반에 대하여 계약을 해제하지 않거나 또는 해제할 수 없는 상황에서, 피해당사자가 ULIS 제82조 또는 CISG 제74조에 의거하여 손해의 배상을 청구하는 경우, 각 규정에 따라 산정되는 손해액은 동일할 것이다.

## 2. 契約解除時의 損害賠償額 算定

ULIS와 마찬가지로, CISG 역시 피해당사자로 하여금 계약을 해제함과 동시에 해제로 인하여 발생한 손해의 배상을 請求할 수 있도록 하고 있다. 계약해제의 손해액 산정방법은 제75조와 제76조에 규정되어 있으며, 이들 조항은 손해배상에 관한 一般原則을 규정하고 있는 제74조의 적용을 具體化하였다는 데 그 의의가 있다.

피해당사자가 계약을 해제하는 대표적인 상황은 첫째 매도인이 물품을 인도하지 않거나 또는 重大한 瑕疵가 있는 물품을 인도하는 경우, 둘째 매수인이 대금을 지급하지 않는 경우이다.<sup>3)</sup> 이와 같은 경우, 피해당사자는 상대방에게

1) CISG 제74조는 손해배상액의 산정을 위한 기본원칙으로서 完全賠償의 原則, 豫見可能性의 原則, 因果關係性的 原則을 제시하고 있다(裴俊逸, 損害賠償責任의 一般原則에 관한 比較研究, 貿易商務研究 第15卷, 2001. 2, pp. 8~16). 아울러 CISG는 징벌적 손해배상을 배제한다(J.S. Sutton, "Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods," *Ohio State Law Journal*, Vol. 50, 1989, p. 745).

2) ULIS는 계약이 해제되지 않는 경우의 손해액 산정방식을 제82조와 제83조에서, 계약이 해제되는 경우의 손해액 산정방식을 제84조 내지 제87조에서 규정하고 있다.

3) ICC표준국제매매계약서에서는 계약이 해제되는 경우로 매도인의 물품 불인도(제10.2조, 제10.3조)와 불일치 물품의 인도(제11.3조 (c)호, 제11.4조)만을 상정하여, 각

계약해제를 통지함으로써(제26조) 자신의 계약적 의무로부터 벗어날 수 있다. 이에 따라 권리를 침해당한 매수인은 물품을 인수할 필요가 없으며, 만약 이미 물품을 수령하였다면 반환해야 한다. 권리를 침해당한 매도인도 매수인에게 물품을 인도할 필요가 없다(제81조 제1항, 제2항).

CISG 제75조와 제76조는 相互 選擇의이며 따라서 함께 검토할 필요가 있다. 제75조는 매수인의 대체구매 또는 매도인의 재매각 사실에 기초하여 손해액을 산정하는 반면, 제76조는 대체거래가 행해지지 않은 경우 물품의 市價(market price) 또는 時價(current price)<sup>4)</sup>를 기초로 손해액을 산정한다.<sup>5)</sup>

### Ⅲ. 具體的 算定方式에 관한 比較

#### 1. 大陸法系의 立場

매수인의 계약위반으로 계약의 해제가 선언되면, 매도인은 물품을 再賣却할 수 있다. 그리고 매도인의 계약위반으로 계약의 해제가 선언되면, 매수인 역시 제3자로부터 동일물품을 購買할 수 있다. 이러한 대체거래가 합리적으로 행해지는 한, 피해자의 실질적인 손실을 경감시킬 수 있다는 차원에서 바람직한 조치라 할 것이다.

대륙법계에 있어 대체거래대금에 기초한 손해액의 산정방식, 다시 말해 具體的 算定方式(concrete assessment)은 손해액 산정의 기본으로 인정되고 있다. 프랑스의 경우, 피해당사자는 대체물품을 획득함에 있어 실제 지출한 비용(actual cost)을 근거로 하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이는 프랑스민법 제1144조의 원칙에 근거한다. 동 원칙에 따르면, 채권자는 채무자의 비용으로 대체계약을 이행할 권리를 가지는 바, 물품매매계약에 있어서 매수인은 이 규정

각의 경우에 약정손해액을 산정하는 방법을 제시하고 있다. 그러나 동 계약서는 당사자간에 달리 약정이 없는 경우 CISG를 준거법으로 채택하고 있는 바(제1.2조), CISG상의 해제사유에 의해 계약이 해제될 수 있음을 묵시적으로 인정하고 있다.

4) 시가는 물품이 인도되었어야 했던 장소에서 支配的인 가격을 말한다. 단 그 장소에서 아무런 시가가 존재하지 않는다면 物品運送費用의 차이를 적절히 감안하여 합리적인 代用으로 사용될 수 있는 다른 장소에서의 가격이 된다(제76조 제2항).

5) J.O. Honnold(吳元奭 譯), UN統一賣買法, 三英社, 1998, pp. 467~468.

에 따라 매도인의 비용으로 대체물품을 매입할 수 있다.<sup>6)</sup>

이 원칙은 독일에서도 인정되고 있다. 독일상법전은 본 원칙이 적용되는 경우를 ‘引渡日이 確定된 商去來’(a commercial sale with fixed delivery dates)로만 명시하고 있지만,<sup>7)</sup> 실제 판결은 그 적용범위를 확대하여 내려지고 있다.<sup>8)</sup> 한편, 스위스채무법에서는 이하에서 논의될 抽象的 算定方式(abstract assessment)만을 인정하고 있지만,<sup>9)</sup> 이러한 제한적 규정은 근본적으로 지지되기 힘들며 대륙법계의 어떤 국가에서도 채택된 바가 없다. 구체적 산정방식은 스위스에서도 사실상 인정되고 있는 것으로 보인다.<sup>10)</sup>

## 2. 英美法系の 立場

미국의 UCC는 상대방의 계약위반이 있는 경우 매수인은 대체구매를 매도인은 재매각을 가능토록 하고 있으며(제2-712조 제1항, 제2-706조 제1항), 따라서 미국 역시 손해액의 구체적 산정방식을 인정하고 있는 것으로 보인다. 피해당사자는 대체구매시의 비용 또는 재매각시의 수익과 계약대금간의 차액을 회복할 수 있는 권한이 있다(제2-712조 제2항, 제2-706조 제1항). 주석에 따르면, 이러한 차액이 ‘손해액’으로 간주됨이 명확하다.<sup>11)</sup> 再賣却은 매도인의 주된 구제수단으로 간주되며, 代替購買 역시 매도인의 재매각권리에 상응하는 매수인의 권리로 간주된다.<sup>12)</sup> 만약 피해당사자가 대체거래를 하지 않는다면, 손해액은 市價를 기초로 하여 抽象的으로 산정될 것이지만(제2-713조 제1항, 제2-708조 제1항), 일단 피해당사자가 대체거래를 행하였다면, 시가는 실제 행한 대체거래가 合理性의 조건을 충족시키는지의 여부를 결정하는 데에만 관계한다.<sup>13)</sup> 한편, 영국법에는 구체적 산정방식에 대한 명시적인 규정이 없다.<sup>14)</sup> 시장이

6) 프랑스에서는 이러한 권리를 소위 代替權(faculté de remplacement)이라 칭한다.

7) 독일민법 제376조 제3항.

8) BGH, 1 Feb. 1974, BGHZ 62, 103, 105. 그러나 이 원칙의 적용범위가 非商業的 去來(non-commercial sales)로까지 확대되는지의 여부는 논쟁거리가 되고 있다.

9) 스위스채무법 제191조 제2항, 제215조 제1항.

10) G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Clarendon Press, 1988, p. 112.

11) UCC §2-706 comment 1.

12) UCC §2-704 comment 1, §2-712 comment 1.

13) UCC §2-706 comment 3.

존재하는 한, 구체적 산정방식은 인정되지 않는 것으로 보인다. 피해당사자가 사실상 시가와 다른 가격으로 대체거래를 하였더라도, 그 사실은 손해액 산정에 고려되지 아니한다. 구체적 산정방식은 시장이 존재하지 않는 경우에 한하여 채택될 수 있을 뿐이다. 시장이 존재하지 않는 경우에 관하여, SGA는 손해액은 '통상적인 경우에 있어서 ...계약위반으로부터 직접적으로 또한 당연히 발생할 수 있는 예견된 손실'(the estimated loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events from the ...breach of contract)이 된다고 규정하고 있다(제50조 제2항, 제51조 제2항). 본 규정에 의거한 손해액은, 경우에 따라, 대체거래비용을 기초로 할 수 있다는 데에는 의심의 여지가 없으며,<sup>15)</sup> 따라서 영국법이 명시규정을 두고 있는 것은 아니지만 그렇다고 해서 구체적 산정방식을 전면 부정하고 있지도 않다. 즉, 시장이 존재하지 아니하는 경우, 대체계약의 이행은 期待利益(expectation interest)을 실현하는 한 방법으로서 인정되며, 이때 소요된 실질적 비용은 원칙적으로 계약위반에 대한 손해액으로서 회복이 가능한 것이다.<sup>16)</sup>

### 3. CISG의 立場

CISG 제75조는 대체거래가 행해지는 경우의 손해액 산정방식을 제시하고 있다. 즉, 근본적 계약위반이 있고 이로 인해 계약이 해제되는 경우, 합리적인 방법으로 그리고 합리적인 기간 내에 매수인이 대체품을 구매하였거나 또는 매도인이 물품을 재매각하였다면 피해당사자는 契約代金과 代替去來代金間의 差額을 회복할 수 있으며, 이에 더하여 제74조에 따라 회복이 가능한 기타의 모든 손해액을 회복할 수 있다.

제75조의 규정은 실제 물품이 再賣却 되었거나 代替購買 된 경우에 한하여 적용된다. 대체거래가 이루어지지 않았지만 향후 예상된다고 해서 동 규정이

14) SGA s. 48(3)은 "...지급받지 못한 매도인이 매수인에게 再賣却의 의사표시를 통지하고, 또한 매수인이 상당한 기간 내에 대금을 지급 또는 제공하지 아니한 경우에는, 지급받지 못한 매도인은 그 물품을 再賣却..." 할 수 있음을 규정하고 있으나, 이것만으로 同 法이 손해액의 具體的 算定方式을 인정하고 있다고 단언할 수는 없다.

15) *C. Sharpe & Co. Ltd. v. Nosawa & Co.* [1917] 2 K.B. 814.

16) G.H. Treitel, *op. cit.*, p. 114.

적용되는 것은 아니다. 일단 대체거래가 이루어지면, 매도인은 재매각대금이 계약대금 보다 낮은 경우 양대금간의 차액을 회복할 수 있으며, 매수인은 대체품의 구매대금이 계약대금 보다 높은 경우 양대금간의 차액을 회복할 수 있다.

대체거래는 原契約과 동일한 조건(특히, 가격조건)으로 이루어질 필요는 없으나 合理的인 方法으로 행해져야 한다. 즉, 再賣却의 경우 가능한 한 높은 가격으로 이루어져야 하며, 代替物品購買의 경우 가능한 한 낮은 가격으로 이루어져야 한다. 그리고 대체거래는 계약이 해제된 이후 합리적인 기간 내에 이루어져야 한다. 이 때 대체거래를 위한 합리적인 기간의 起算日은 피해당사자가 계약의 해제를 선언하기 이전에는 시작되지 아니한다. 소송이 진행되는 도중에 대체거래가 이행된다 할지라도 그러한 대체거래가 합리적인 기간이 경과하기 이전에 이루어진다면 손해액은 제75조에 의거 산정될 수 있다.<sup>17)</sup>

이렇듯, 대체거래는 계약해제이후 합리적인 방법으로 그리고 합리적인 기간 이내에 행해져야 한다. 만약 그러하지 못했다면 대체거래가 이루어지지 않은 것으로 간주되어 손해액은 제76조와 제74조에 의거 산정될 것이다. 예컨대, 매도인이 합리적인 기간 내에 재매각을 하였지만 당시의 시장상황을 고려할 때 합리적이지 않을 정도로 낮은 가격으로 매각하였다면 손해액은 매도인이 행한 대체거래와는 무관하게 契約解除時의 市價를 기초로 하여 산정될 것이다. 그리고 해제선언 이후 합리적이지 아니할 정도로 지연된 시점에서 재매각이 행해지는 경우 재매각 당시의 상황으로는 합리적인 가격이라 할지라도 이 때의 손해액 역시 계약해제의 시가를 기초로 산정될 것이다.<sup>18)</sup>

제75조에 의거 대체거래의 사실에 기초하여 손해액이 산정되는 경우, 물품의 市價를 입증할 필요는 없다. 대체거래는 물품이 특별히 제조되었거나 또는 다른 어떤 이유로 물품이 너무 특이하여 제76조에 따라 시가를 확정하기 어려운 경우에 특히 중요하다.<sup>19)</sup>

17) 피해당사자는 손해배상을 청구하기 위하여 合理的인 期間을 기다릴 의무는 없다. 손해가 발생하는 즉시 손해배상을 청구할 수 있으며, 이 경우 손해액은 제74조와 제76조에 의거 산정될 것이다.

18) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1987, pp. 553~558.

19) J.O. Honnold(吳元奭 譯), 前掲書, p. 468; 蔡鎮益, "CISG上的 損害賠償의 義務와 免責에 관한 小考", 韓國貿易商務學會誌, 第11卷, 1998. 2, p. 74.

## IV. 抽象的 算定方式에 관한 比較

### 1. 大陸法系の 立場

#### (1) 抽象的 算定方式에 대한 基本立場

대륙법계에 있어 손해액은 具體的 方式으로 산정되는 것이 기본원칙이지만, 대체거래가 행해질 수 없거나 또는 불합리하게 행해진 경우 물품의 市價를 기초로 하여 抽象的으로(abstractly) 산정될 수 있음을 인정하고 있다.<sup>20)</sup> 예컨대 매수인이 대체구매를 시가보다 현저히 높은 가격조건으로 행하였거나, 매도인이 재매각을 시가보다 현저히 낮은 가격조건으로 행하였다고 하자. 일반적으로 시가는 대체거래가 합리적으로 행해졌는지의 여부를 판단하는 기준이 되는 바, 이와 같은 경우 피해당사자는 合理性이라는 法的 要求條件을 충족시키지 못한 것으로 된다. 다시 말해, 그는 자신의 손실 일부분을 스스로 유발하였거나 또는 손실을 경감시키지 못한 것으로 간주되며, 이 때 손해액은 시가에 기초하여 산정될 것이다. 이러한 결론은 독일민법에서 추론될 수 있다(제254조).

프랑스에서도 역시 抽象的 算定方式이 인정되고 있다. 프랑스민법에 의하면, 피해당사자는 대체구매 또는 재매각을 이행하기 이전에 법원에 대체거래를 할 수 있도록 요청해야 하는데(제1184조), 법원은 자신의 裁量으로 대체거래를 하지 못하도록 그러한 요청을 거절할 수 있으며 구제권을 손해배상청구만으로 제한할 수 있다.<sup>21)</sup> 결국 그러한 요청이 법원에 의해 거절되는 경우 손해액은 시가를 기초로 추상적으로 산정될 것으로 보인다. 그리고 적절한 시기에 당해 물품에 대한 시가가 존재하는 경우 법원은 시가에 기초하여 산정된 손해액의 지급을 명할 수 있으며, 이는 물품매매거래에 있어 일반적인 관례로 되어 있다.<sup>22)</sup>

20) F. Enderlein & D. Maskow, *International Sales Law ; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, p. 305.

21) 대체거래가 인정되어 피해당사자가 대체거래대금과 계약대금간의 差額을 손해액으로 요구하는 경우에 있어서도, 프랑스법원은 손해액 산정에 대한 상당한 裁量權을 가진다.

22) G.H. Treitel, *op. cit.*, p. 115.



## (2) 市價基準時點

손해액이 추상적으로 산정되는 경우 어느 시점에서의 시가를 적용할 것인가가 문제로 된다. 프랑스민법은 이에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않지만, 일반원칙으로서 손해액은 판결이 내려지는 시점에서 평가되어야 한다는 견해가 지배적이다.<sup>23)</sup> 만약 운송인이 운송도중 물품을 분실하였다면, 그 운송인은 당해 물품의 判決時의 價額에 대하여 책임을 지게 된다.<sup>24)</sup> 따라서 만약 매도인이 물품을 인도하지 않고 그리고 물품의 가액이 계약불이행 시점으로부터 그 이상으로 상승한다면, 원칙적으로 회복 가능한 금액은 後者의 가액이 되는 것이다. 이러한 방식을 통해서만이 채권자는 완전히 보상받을 수 있게 된다는 주장이다.

그러나 채권자는 대체계약을 체결할 수 있었으며 이로써 가격의 상승으로 인한 손해를 회피할 수도 있었을 것이다. 따라서 채권자가 판결시점 이전에 사실상 대체거래를 할 수 없는 경우 또는 대체거래의 이행에 대한 기대가 대단히 불합리한 경우에 한해서 上記의 원칙은 정당화될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고, 프랑스의 경우, 대체거래를 통한 損害輕減義務를 채무자에게 부과하고 있지 않는 것으로 보인다. 사실 손해경감에 관한 규정은 프랑스법에서 그리 잘 확립되어 있지 않으며, 이 점이 프랑스법의 주된 결함이라 할 수 있다.

손해액은 판결시점을 기준으로 산정되어야 한다는 원칙은 독일을 포함한 여타 대륙법계국가에서도 간혹 언급되고 있다. 그러나 이들 국내법에서는 구체적 산정방식을 기본으로 하고 있으며, 프랑스와는 달리, 代替去來義務를 조건으로 함을 명시하고 있다. 그리고 대부분 피해당사자의 선택에 따라 契約違反時點 또는 猶豫期間의 滿期時點을 추상적 산정의 기준시점으로 규정함으로써<sup>25)</sup> 프랑스법의 입장과는 차이를 나타내고 있다.<sup>26)</sup>

23) J. Carbonnier, "Droit civil(1979)", *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988, pp. 285~286.

24) *Cass.civ.* 16 Feb. 1954, D. 1954, 534.

25) *Pepper v. Katz* So.2d891 (1955).

26) G.H. Treitel, *op. cit.*, pp. 121~122.

## 2. 英美法系の 立場

### (1) 抽象的 算定方式에 대한 基本立場

미국의 UCC는 손해액의 具體的 算定方式 뿐만 아니라 市價에 기초한 抽象的 算定方式도 명시적으로 인정하고 있다(제2-713조 제1항, 제2-708조 제1항). 피해당사자가 상대방의 근본적 계약위반으로 계약을 해제하는 경우, 두 가지의 손해액 산정방식 중 어느 것을 선택할 것인가는 피해당사자의 선택에 달려 있다.

한편 문제시되는 부문은 계약해제 후 부분적으로 대체거래가 행해진 경우에 관한 것이다. 이 경우 손해배상을 청구하는 피해당사자는 손해액을 어떤 방식으로 산정해야 하는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 미국의 한 사건에서 법원은 피해당사자가 부분적으로 대체구매를 하는 경우, 그는 손해액 전부를 抽象的으로 산정하여 청구할 수 있는 것으로 판시한 바 있다.<sup>27)</sup> 이러한 판결은 최소한 市價가 代替購買代金 보다 낮은 경우에는 분명히 정당화될 수 있을 것이다.<sup>28)</sup> 그렇지만 이와 같은 판결을 그 같은 상황으로 제한한다면 이는 정당화될 수 없을 것으로 보인다. 왜냐하면 그와 같은 상황으로 제한한다면 예컨대 피해당사자가 시장가격 이하로 대체구매를 하는 경우 얻을 수 있는 이익을 불이행당사자에게 부여할 것이기 때문이다.<sup>29)</sup>

영국의 경우, 원칙적으로 손해액은 시가를 기초로 한 抽象的 方式에 의해 산정되어야 한다는 입장이다. 문제의 물품을 거래하는 시장이 존재하는 한 구체적인 산정방식을 인정하지 않는다. SGA에 따르면, 손해배상액의 한도는 계약대금과 시가간의 차액에 의하여 확정되어지는 것으로 推定(prima facie)된다하여, 시가를 기초로 한 추상적 산정방식이 매수인 또는 매도인의 계약위반시 推定

27) *Interior Elevator Co. v. Limeroth* 565 P. 2d 1074 (1977).

28) UCC §2-706 comment 3에 의하면, 市價는 피해당사자가 대체거래를 함에 있어 商業的으로 합리적인 방식으로 행동하였는지의 여부를 판단하는 기준이 될 수 있다. 따라서, 매수인이 部分的이지만 시가보다 높은 가격으로 대체구매를 하였다면, 이는 合理性이라는 법정요건을 충족시키지 못한 것으로 간주된다. 따라서 대체거래가 부분적으로 행해졌음에도 불구하고 손해액은 시가를 기초로 全額 抽象的으로 산정된다.

29) 이는 대체구매라는 救濟權의 目的과도 배치되는 것으로 보인다. 이 救濟權의 목적은 피해당사자의 권리를 制限하는 데 있지 아니하며, 피해당사자가 대체계약을 체결함에 있어 合理的으로 행동하는 한 그에게 유리토록 하기 위함이다(G.H. Treitel, *op. cit.*, pp. 112~113).

的 規則임을 알 수 있다(제50조 제3항, 제51조 제3항). 따라서 피해당사자인 매수인(매도인)이 계약대금보다 높은(낮은) 시가로 대체구매(재매각)를 하였다면 손해배상액은 양자의 차액과 동일한 금액이 될 것이다.<sup>30)</sup> 그러나 그 반대의 시가로 대체거래가 행해졌다면, 피해당사자는 아무런 손해도 입지 않은 것이 되며, 다만 名目的 損害額(nominal damages)<sup>31)</sup>만을 회복할 수 있을 것이다.<sup>32)</sup>

영미법상 시가를 기초로 하여 손해액이 추상적으로 산정된다 하더라도, 이것으로 피해당사자의 회복가능 범위에 제한이 가해지는 것은 아니다. 추상적 방식으로 산정된 손해액 이외의 추가적 손실도 회복 가능하다. 이는 또한 ULIS(제86조)와 CISG(제76조 제1항)의 입장이기도 하다.

## (2) 市價基準時點

영국의 경우, 손해액은 契約違反時點을 기준으로 하여 산정되는 것이 기본 원칙이다. SGA에 따르면, 매수인이 부당하게 물품인수와 대금지급을 거절하는 경우(매도인의 경우 물품불인도), 손해액은 물품이 인수되었어야 했던(또는 인도되었어야 했던) 당시의 시가 또는 계약상 인수시기가 정해지지 아니한 경우에는 인수(또는 인도)를 거절한 당시의 시가를 근거로 하여 추정적으로 산정된다(제50조 제3항, 제51조 제3항). 이 원칙은 계약위반시점 이후의 시가변동으로 인해 초래된 모든 손실은 계약위반에 의해 유발된 것이 아니라 피해당사자가 대체계약을 체결하여 손해를 경감하지 못한 데에 그 발생 원인이 있다는 견해에 근거한다.<sup>33)</sup>

30) *Slater v. Hoyle & Smith Ltd.* [1920] 2 K.B. 11.

31) 名目的 損害賠償은 피해당사자에게 실제로 손해는 발생하지 않았지만 또는 손해가 발생한 경우에도 그 손해를 立證하기 곤란한 경우에 인정되는 손해배상제도이다 (J.R. Nolan et al., *Black's Law Dictionary*, 6th ed., West Group, 1990, p. 392; 望月禮二郎, 英美法, 靑林書院, 1985, p. 411). CISG는 영미법상의 名目的 損害賠償을 인정하고 있지 않다. 이른바 實質的 損害賠償(real damages)의 방식을 채택함으로써, 現實的으로 발생한 손해의 배상만을 인정하고 있다.

32) A. Benjamin & M. Stephen, *Civil Remedies*, Dartmouth, 1997, p. 127.

33) 그러나 損害輕減의 原則에 따르면, 피해당사자는 합리적으로 행동하도록 요구되기 때문에, 계약위반시점을 기준으로 하는 손해액 산정원칙에는 피해당사자의 裁量權이 어느 정도 인정되고 있다. 영국의 한 사건에서, 매도인이 물품을 불인도하여 계약을 위반하였으며 매수인은 그 위반시점에서 동일한 代替品을 획득하지 못하였는데, 법원은 매수인은 '상황을 인식하기에 합리적인 기간'(a reasonable time to consider the position)-약 10일에 해당하는 기간-을 가지는 것으로 판결하였고, 손해액은 그 10일이 경과된 시점에서의 시장가격을 기초로 하여 산정되었다(*C. Sharpe & Co. Ltd. v. Nosawa & Co.* [1917] 2 K.B. 814, 821).

계약위반시점을 기준으로 하는 영국의 손해액 산정원칙은 몇 가지의 假定을 근거로 한다. 첫째, 피해당사자는 계약이 위반되는 즉시 그 위반사실을 인식해야 한다. 둘째, 계약위반 당시 피해당사자는 그 위반으로 야기될 손실을 경감시키기 위한 조치를 취할 수 있는 위치에 있어야 한다. 셋째, 위반사실을 아는 즉시 피해당사자가 그러한 조치를 취할 것으로 합리적으로 기대될 수 있어야 한다. 당시의 情況을 감안컨대, 以上の 가정이 충족되지 못한다면, 법원은 기본원칙에 따르지 않을 것이며 당시 상황에 합리적일 수 있는 다른 시점을 기준으로 하여 손해액을 산정할 것이다.<sup>34)</sup>

계약위반 당시 피해당사자가 위반의 사실을 알지 못했으며 그리고 합리적으로 행동했음에도 불구하고 그 사실을 발견하지 못한 경우, 계약위반시점을 기준으로 하는 손해액 산정원칙은 적용되지 않을 것이다. 예컨대, 매도인이 하자 있는 물품을 계약에 充當시킴으로써 계약을 위반하는 경우, 손해액 산정의 기준시점은 매수인에게 물품이 인도된 시점이 된다(제53조 제3항). 매수인은 하자를 이 시점에서 비로소 발견할 수 있었으며, 따라서 이 시점은 적절하다 하겠다. 만약 하자가 사실상 그 이후 어느 시점까지 예컨대 포장이 개봉되기까지 발견될 수 없는 것이라면, 손해액은 포장개봉시점을 기준으로 하여 산정될 것이다. 물론 이 경우 매수인은 하자를 불합리하게 지연하여 발견함에 있어서 아무런 과실이 없어야만 한다.<sup>35)</sup>

비록 피해당사자가 위반사실을 알았을지라도, 그는 사실상 그 위반의 결과로 발생할 손실을 회피하기 위한 조치를 취하지 못하는 경우가 있다. 예컨대, 물품이 해상운송중에 있는 동안 매수인이 물품대금을 부당하게 지급거절할 수 있다. 그리고 만약 운송중인 그 물품에 대한 시장이 형성되어 있지 않다면 매도인은 물품이 목적지에 도착하기 이전에 代替販賣를 할 수가 없게 된다. 이때 손해액은 물품도착시점을 기준으로 산정될 것이다. 또는 매수인은 財政的인 이유로 시가가 상승하는 상황에서 대체품을 구매하지 못할 수가 있으며,<sup>36)</sup> 이 경우 손해액은 그 이후의 어느 시점을 기준으로 산정될 수 있다.<sup>37)</sup>

피해당사자가 대체계약을 체결하는 것이 가능한 경우에도, 그 즉시 그가 대

34) *Johnson v. Agnew* [1980] A.C. 367, 401.

35) *Van den Hurk v. Martens* [1920] 1 K.B. 856.

36) *Trans Trust S.P.R.L. v. Danubian Trading Co. Ltd.* [1952] 2 Q.B. 297.

37) 이 시점은 판결시점까지 延期될 가능성도 있다(*Wroth v. Tyler* [1974]).

체거래를 행할 것으로 기대하는 것이 합리적이지 아니할 수 있다. 계약이 이행될 가능성이 여전히 합리적으로 존재하는 경우, 예컨대 위반당사자가 하자보완을 약속하였으나 그렇게 하지 않은 경우, 계약위반이후 피해당사자가 지속적으로 계약이행을 촉구하였으나 추후 그 위반을 이유로 계약을 해제하기로 한 경우, 또는 피해당사자가 실제로 특정이행청구를 위한 法的 節次를 진행하였으나 나중에 사실상 계약이 이행되지 않을 것임이 명확해진 경우 등이 그러하다. 이러한 모든 경우에 있어서 손해액은 履行을 確保할 수 있는 가능성이 소멸되는 시점을 기준으로 하여 산정된다.<sup>38)</sup>

지금까지 논의된 모든 상황으로부터 一般原則을 추론한다면, 피해당사자가 위반의 결과 발생될 손실을 회피하기 위한 조치를 취할 것이 합리적으로 기대될 수 있었던 시점을 기준으로 하여 손해액이 산정된다는 것이다. 단, 이 원칙은 소위 예기된 위반(anticipatory breach)의 경우 즉, 일방당사자가 이행기전에 이행을 하지 않을 것임을 宣言하는 경우에는 적용되지 않는다.<sup>39)</sup> 영국법상, 예기된 위반의 경우에 있어 손해액은 계약에서 정해진 履行時點을 기준으로 하여 산정되는 것이 기본원칙이다.<sup>40)</sup> 한편, 계약상 履行期가 정해지지 않은 경우에는 履行拒絶時點을 기준으로 하여 손해액을 산정하는 것이 적절하다. 그리고 만약 피해당사자가 이행거절을 승낙한다면, 그는 그로 인해 자신의 손해를 경감시킬 의무를 부여받게 된다. 시장이 존재한다면, 이행거절의 승낙 당시 재매각 또는 대체구매를 함으로써 손해경감의무를 이행해야 할 것이다.<sup>41)</sup> 만약 그가 그러한 대체거래를 하지 않는다면, 손해액은 그가 대체거래를 했어야만 했던 시점에서의 시가를 기초로 산정될 것이다.<sup>42)43)</sup>

한편, 미국의 경우, 손해액의 추상적 산정을 위한 시가의 기준시점은 불이행당사자가 매수인인가 또는 매도인인가에 따라 차이가 있다. 매수인이 물품을 불인수한 경우, 매도인의 손해액은 物品引渡時點에서의 시가를 기초로 하여 산정되지만(UCC 제2-708조 제1항, 제2-503조), 매도인이 물품을 불인도한 경우

38) *Johnson v. Agnew* [1980] A.C. 367, 401.

39) *Melachrino v. Nicholl & Knight* [1920] 1 K.B. 693, 697.

40) *Roper v. Johnson* (1873) L.R. 8 C.P. 167.

41) *Tredegar Iron & Coal Co. Ltd. v. Hawthorn Bros.* (1902) 18 T.L.R. 716; *Melachrino v. Nicholl and Knight* [1920] 1 K.B. 693.

42) 그러나 損害輕減義務를 부담하는 피해당사자는 다만 합리적으로 행동할 것이 요구되기 때문에, 산정시점에 관한 규칙이 그리 엄격하게 적용되지는 않을 것으로 보인다.

43) G.H. Treitel, *op. cit.*, pp. 116~119.

에는 매수인이 계약위반을 알게 된 시점에서의 시가를 기초로 하여 산정된다(제2-713조 제1항). 後者의 규칙은 매수인은 매도인의 불이행을 알기 전에는 代替品을 확보하기 위한 조치를 실제 취할 수 없다는 점을 감안한 것이다. 매수인이 불이행하는 경우, 매도인은 자신의 물품인도가 거절되는 때 매수인의 의무를 불이행함을 알게 될 것이다. 그러나 반드시 그렇지만은 않다. 매도인이 물품을 제공하였으나 그 즉시 매수인이 부당하게 인수를 거절할 것이라는 사실을 알지 못하는 경우가 있다. 실제 매수인은 처음에는 물품을 인수하지만 자신의 인수를 부당하게 취소하는 경우가 있으며, 이러한 경우 매도인은 불인수(non-acceptance)에 대한 손해배상청구권을 가지게 된다(제2-703조, 제2-711조 제1항, 제2항). 물론 매도인은 재매각할 수 있고 그리함으로써 손해액을 구체적으로 산정할 수 있다(제2-708조 제2항). 그러나 추상적 산정에 관한 한 UCC는 다만 物品引渡時點만을 언급하고 있을 뿐이다.

시가의 기준시점에 관한 UCC의 규칙은 不引受와 不引渡의 경우에만 적용되는 것이 아니고, 拒絶(repudiation)의 경우에도 적용된다(제2-708조 제1항, 제2-713조 제1항). 그러나 예기된 거절(anticipatory repudiation)의 경우, 특별한 규정이 적용된다. 관련 조항에 의하면, 피해당사자는 손해배상을 청구할 수 있거나 또는 '상업적으로 합리적인 기간 동안'(for a commercially reasonable time) 거절당사자의 이행을 기다릴 수 있다(제2-610조 (a)호). 이러한 규정은 피해당사자가 拒絶의 承諾을 거부하는 경우 물품인도시점 또는 위반을 알게 된 시점이 아닌 다른 시점에서의 시가를 기초로 손해액이 산정될 여지를 남기고 있다. UCC에 따르면, 예기된 거절에 근거한 소송이 履行期前에 제기되는 경우, 손해액은 피해당사자가 상대방의 거절을 알게 된 당시의 시가에 기초하여 산정되어야 한다(제2-723조 제1항).<sup>44)</sup>

### 3. CISG의 立場

#### (1) CISG의 規定

계약이 해제되었으나 대체거래가 행해지지 않는 등 제75조를 적용할 수 없

44) G.H. Treitel, *op. cit.*, pp. 120~121.

는 경우에는 손해배상액을 산정하는 代案을 선택할 수 있다. 제76조 제1항은 계약이 해제되고 또한 물품의 市價가 존재하는 경우, 피해당사자는 계약대금과 계약해제시의 시가와 차액 및 이에 더하여 제74조에 따라 회복이 가능한 기타의 모든 손해액을 회복할 수 있다고 규정하고 있다.

제76조의 적용범위는 대체거래가 행해지지 아니한 경우로 제한되지 않는다. 대체거래가 행해졌더라도 그것이 제75조의 조건을 충족시키지 못한다면 손해액은 시가에 기초하여 산정된다. 즉, 대체거래는 계약해제 후 合理的인 方法으로 그리고 合理的인 期間內에 행해져야만 함에도 불구하고, 그러하지 않았다면, 제76조에 의거 손해액이 산정된다. 그리고 대체거래가 이행되었는지 또는 어느 거래가 原契約을 대체하는 재매각 또는 대체구매인지 명료하지 아니한 경우에도 제76조에 의거 손해액이 산정된다. 예컨대, 시장상황으로 보아 원계약상의 명세물품에 대한 需要가 供給을 초과함이 있다면 매도인의 대체거래가 명확히 확인될 수 있을 것이나, 매도인의 공급이 수요를 초과함이 있어 매도인은 원매수인과 대체매수인 모두에게 그 물품을 공급할 수 있었다면, 상황은 달라진다. 이 경우 대체거래는 既解除된 계약을 대체한 것이라 단정지을 수 없다.<sup>45)</sup> 그리고 피해당사자가 해당물품이 거래되는 시장에 지속적으로 개입하고 있는 상황이라면, 많은 매매계약 중 어느 계약이 위반된 계약을 대체하는 계약이 되는지 결정하기란 대단히 곤란하다. 이러한 경우, 계약이 해제된다면 제75조의 적용은 불합리하며 제76조가 적용될 것이다.<sup>46)</sup>

## (2) 市價基準時點

### (가) 市價의 決定時期

물품이 인도될 때 또는 그 이전에 피해당사자가 계약을 해제하는 경우에는 契約解除時의 市價가 적용된다(제76조 제1항 1문). 履行期前에 계약이 해제되는 경우가 주로 여기에 해당한다.<sup>47)</sup> 물품을 인수할 때 대금지급을 거절하여 계약을 해제하는 경우 또는 매수인이 물품의 인수를 거절하고 계약을 해제하는

45) G.H. Treitel, *op. cit.*, p. 186.

46) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 554.

47) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed., Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991, p. 510.

경우 등도 물품인수 전에 계약을 해제하였으므로 解除當時의 市價를 기준으로 손해배상을 산정하여야 한다.<sup>48)</sup>

한편, 물품을 인수한 후에 계약이 해제되는 경우에도 계약해제의 시가로 손해액을 산정하면 일견 간단할 것 같으나 여기에는 문제가 있다. 왜냐하면 매수인이 시가의 변동을 악용할 목적으로 계약해제의 시기를 연기할 수도 있기 때문이다. 이런 이유로 CISG는 물품을 인수한 후에 계약을 해제하는 경우 物引受時의 市價를 기초로 하여 손해배상액을 산정하도록 규정하고 있다(제76조 제1항 2문). 이미 기준할 시가가 결정되어 있으므로 매수인이 시가변동을 악용할 여지는 없게 된다.<sup>49)</sup>

그러나 사실상 그러한 위험성은 거의 존재하지 않는 것으로 보인다. 왜냐하면 매수인은 계약위반을 알았거나 알았어야만 했던 때로부터 합리적 기간이 경과하면 계약해제를 선언할 수 있는 권리를 喪失하기 때문이다(제49조 제2항).

다른 한편, 매수인이 물품수령시 하자를 발견하는 것이 합리적으로 기대될 수 없는 경우, 물품수령시점을 기준으로 한 산정방식은 오히려 매수인에게 손해를 유발할 것으로 보인다. 예컨대, 물품이 밀봉되어 있고 그것을 사용하기 전에는 보통 개봉하지 않는 경우가 그러하다. 그러한 경우, 解除時點을 참고로 한 산정방식이 보다 적절하다 할 것이다.<sup>50)</sup>

이 규정은 매도인에게 적용될 가능성은 거의 없다. 매도인은 정당하게 물품을 인도하였으나 매수인이 부당하게 인수를 거절한 경우 또는 대금후불 조건으로 물품을 인도하였으나 매수인이 대금을 지급하지 않는 경우 등이 적용될 여지는 있다. 하지만 다수의 학자들은 제76조 제1항 2문의 규정은 매수인에게만 적용되는 것이며 매도인의 경우에는 계약해제의 가격이 기준이 된다고 본다.<sup>51)</sup>

48) ULIS 역시 계약해제의 시가를 기준으로 하여 손해액을 抽象的으로 산정한다는 규정을 두고 있다(제84조). 그러나 ULIS의 경우 그 위반이 根本的인 경우 事實上(ipsa facto)의 해제를 인정함으로써 계약위반 당시의 시가가 기준으로 되어 손해액이 산정될 수 있는 여지를 남기고 있다. CISG의 경우 사실상의 계약해제를 인정하고 있지 않으며, 계약해제는 通知를 함으로써만 가능하다. 따라서 CISG상 抽象的 算定을 위한 기준시점은 계약위반시점이 될 수 없다.

49) 河康憲, “國際物品買賣契約의 解除에 관한 研究: UN統一買賣法을 中心으로”, 博士學位講求論文, 成均館大學校 大學院, 1998, p. 175.

50) G.H. Treitel, *op. cit.*, pp. 119~120.

51) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 511.



## (나) 市價의 決定場所

시가를 기초로 하여 손해액이 산정되는 경우 시가기준시점과 아울러 그러한 시점을 적용할 장소를 결정해야 한다. 제76조 제2항은 “市價라 함은 물품의 인도가 행하여졌어야 할 장소에서의 支配的인 가격을 말하며, 그 장소에서 아무런 시가가 없는 경우에는 물품의 운송비용의 차이를 적절히 감안하여 상당한 代替價格으로 할 수 있는 다른 장소에서의 가격을 말한다.”라고 규정하여 우선적으로 인도장소에서의 시가를 고려하고, 인도장소에서 시가가 없는 경우에 한하여 代替市場價格을 고려하도록 규정하고 있다.

인도장소는 매도인국이 될 수도, 매수인국이 될 수도 있다. 대부분의 국제물품매매는 Incoterms를 定型去來條件으로 채택하여 이용하므로 정형거래조건별로 규정하고 있는 인도장소가 기준이 된다고 보아야 한다. CISG의 규정<sup>52)</sup>이나 Incoterms의 규정<sup>53)</sup>에 따르면 매도인국이 해당되는 경우가 훨씬 많다.<sup>54)</sup> 실무적인 문제가 여기에 있다. 인도장소는 매도인국이 해당되는 경우가 많은데 반하여 매수인이 도착지(매수인국)에서 물품을 檢査한 후 계약을 해제하는 경우에는, 그 손해배상액은 매도인국의 시가를 기초로 하여 손해액을 입증하여야 한다. 이는 매수인에게 불리하며 적절하지도 않다.<sup>55)</sup> 이러한 경우에 대비하여 매수인은 대체구매를 통한 손해배상액의 산정을 우선적으로 고려할 필요가 있다.<sup>56)</sup>

52) CISG 제31조에서는 특정한 장소에서 인도할 의무가 없는 경우에는, 매도인의 인도 의무를 ① 매매계약이 물품의 운송을 포함하는 경우에는 매수인에게 전달하기 위하여 물품을 최초의 운송인에게 인도하는 것, ② 운송을 포함하지 아니하는 경우에는 물품을 매수인이 認知하고 있는 장소에서 매수인의 임의처분하에 두는 것 또는 매도인 영업소에서 물품을 매수인의 임의처분하에 두는 것으로 규정하고 있다.

53) Incoterms상 인도장소는 13개 定型去來條件別로 각 A.4에 규정되어 있다. D그룹의 5개조건은 到着地 引渡條件으로 인도장소가 매수인국이 되지만, 그 외의 8개 조건은 積出地 引渡條件이며 이 때 인도장소는 매도인국이 된다. 국제물품매매에서 자주 채택되는 조건은 대부분 積出地 引渡條件이다.

54) B. Nicholas, “The Vienna Convention on International Sales”, *Law Quarterly Review*, Vol. 105, 1989, p. 230.

55) 한편, 이러한 이유로 CISG의 손해배상규정이 매수인에게 불리하다고 볼 수는 없다. 오히려 동 협약상의 손해배상원칙은 매수인에게 유리하며 매도인에게 불리하다는 비판이 제기되고 있다(F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 307). 특히, 제74조 내지 제76조는 피해당사자가 結果的 損害를 회복할 수 있다고 규정하고 있지만, 매도인이 회복할 수 있는 결과적 손해는 거의 없는 반면, 매수인은 매도인이 공급해야 했던 원료의 부족, 기계나 부품의 불인도로 인한 공장 가동중단의 손해 또는 영업상의 손해도 포함하여 배상 받을 수 있다. 이렇듯 피해당사자로서의 賣渡人에게는 結果的 損害가 발생하지 않는다는 것은 미국 UCC의 입장이기도 하다(§ 2-708(1), § 2-713(1)).

## V. 綜合的 比較

### 1. 具體的 算定方式에 관한 比較

불이행이 근본적인 계약위반에 해당하는 경우, 피해당사자는 계약을 해제할 수 있으며, 이 때 매도인의 再賣却 또는 매수인의 代替購買는 손실을 경감시킬 수 있는 바람직한 조치가 틀림없다. 따라서 그러한 경우 대체거래를 권장하는 차원에서 계약대금과 대체거래대금간의 差額을 기초로 하여 손해액을 산정하는 구체적 산정방식을 명문규정으로 인정할 필요성이 있다.

CISG는 계약이 해제되고 대체거래가 행해지는 경우, 손해액을 具體的으로 산정할 수 있다고 명시하고 있다. 이러한 입장은 법계를 막론하고 대부분의 국내법에서 널리 인정되고 있는 바이다. 다만 영국의 경우, 그것에 관한 명시규정을 두고 있지 않다는 점이 주목 할만 하지만, 시장이 존재하지 않는 경우에는 구체적 방식에 의한 손해액의 산정을 인정하고 있는 것으로 보인다.

CISG에 대한 보충적 역할이 기대되는 UNIDROIT원칙 역시 제7.4.5조에서 구체적 산정방식을 규정하고 있다.<sup>57)</sup>

### 2. 抽象的 算定方式에 관한 比較

CISG는 具體的 算定方式과 더불어서 市價를 기초로 하는 抽象的 方式도 손해액을 산정하는 유효한 방식으로 인정하고 있다.

56) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 511; 河康憲, 前掲書, pp. 174~177.

57) UNIDROIT원칙은 CISG와 마찬가지로, 계약이 해제되는 경우와 해제되지 않는 경우에 있어서의 손해액 산정에 관한 규칙을 엄격히 구분하고 있지 않다. 前者에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 바, 제7.4.2조(완전배상의 원칙)와 제7.4.4조(예견가능성의 원칙)에 입각하여 손해액이 산정되어야 한다. 계약이 해제되는 경우에는 피해당사자가 손해를 경감시킬 의무가 요구되거나 또는 관습에 따라 계약을 해제하고 상당한 기간내에 합리적인 방법으로 대체거래를 행하였다면 계약대금과 대체거래대금간의 차액을 손해액으로 보상받을 수 있다. 한편 손해액에는 肉體的·精神的 고통까지도 고려되어 산정될 수 있다고 규정한 점은 CISG와 차이를 나타내고 있다.

대륙법계의 경우, 구체적 산정방식을 일반원칙으로 받아들이고 있지만, 대체 거래가 市價에 비추어 보아 불합리한 방법으로 행해지거나 또는 행해질 것으로 판단되는 경우 추상적 방식으로 손해액이 산정될 수 있음을 인정하고 있다. 한편 영미법계의 경우, 이 문제에 대하여 국가에 따라 다소 상이한 입장이 취해지고 있다. 미국은 피해당사자의 선택에 따라 구체적 방식 또는 추상적 방식에 의한 손해배상청구가 가능하다는 입장인 반면, 영국은 문제의 물품을 거래하는 시장이 존재하는 한 抽象的 方式만이 인정될 뿐이다.

추상적 산정방식에 의할 경우, 市價를 측정함에 있어 어느 시점을 기준으로 하는가가 문제로 된다. 이 문제에 관하여 CISG는 원칙적으로 契約解除時點을 기준으로 하고 있다. 그러나 매도인의 계약위반이 있는 경우 매수인이 시가의 변동을 악용할 목적으로 계약해제의 시기를 연기할 가능성을 감안하여 物品引受時의 시가를 적용해야 한다는 규정을 두고 있다.

손해액의 구체적 산정방식을 기본원칙으로 하는 대륙법계의 경우, 추상적 산정을 위한 市價基準時點에 관하여 많은 주의를 기울이지 않고 있다. 특히, 프랑스민법은 이 문제에 관한 명문규정을 두고 있지 않으며, 다만 判決時點을 기준시점으로 한다는 견해가 지배적이다. 그러나 독일을 비롯한 여타 대부분의 대륙법계국가는 契約違反時點을 기준시점으로 하고 있다.

대륙법계에 비해 손해액의 추상적 산정방식에 대하여 好意的인 입장을 취하고 있는 영미법계는 시가기준시점에 관하여 비교적 명확한 규정을 두고 있다. 영국의 경우, 契約違反時點을 시가의 기준시점으로 하고 있으며, 이는 사실상 피해당사자가 위반의 결과 발생될 손실을 회피하기 위한 조치를 취할 것이 합리적으로 기대될 수 있었던 시점으로 해석된다는 것이 지배적 견해이다. 미국은, 一見하여, 法文上 영국과 다른 입장을 취하고 있는 것으로 보이나, 실제로는 유사한 태도를 취하고 있다. UCC는 매수인이 계약을 위반한 경우 物品引渡時點을 매도인이 계약을 위반한 경우 매수인이 계약위반을 알게 된 시점을 시가기준시점으로 하고 있는데, 이는 그 시점에서 피해당사자가 비로소 손실을 회피하기 위한 조치를 취할 것이 합리적으로 기대될 수 있다는 점을 감안한 것이다.<sup>58)</sup>

58) CISG가 契約解除時의 市價를 기준으로 손해액이 산정되어야 한다고 규정한 바는 一見하여 입법례가 없는 독특한 규정으로 보이지만, 실질적으로는 영미법계의 입장과 다르지 않다. 근본적 계약위반 등의 이유로 손실이 발생하는 경우 더 이상의 손실을 회피하기 위하여 가장 우선적으로 취해야 하는 조치가 契約解除의 宣言임을

UNIDROIT 원칙은 계약이 해제되었으나 대체거래가 행해지지 않는 등 제 7.4.5조를 적용할 수 없는 경우, 계약대금과 시가간의 차액을 회복할 수 있음을 인정하고 있다(제7.4.6조).<sup>59)</sup> 이 때 시가측정의 기준시점은 원칙적으로 契約解除時點<sup>60)</sup>임을 규정한 점은 CISG와 동일하지만, 매도인의 계약위반이 있는 경우 CISG는 物品引受時의 시가를 적용해야 한다고 규정한 반면, 동 원칙은 이러한 경우에도 契約解除時點의 시가를 적용해야 한다고 한다. 이러한 태도는 매수인이 계약해제의 시기를 연기함으로써 시가의 변동을 악용할 위험성이 거의 존재하지 않는다는 사실에 근거한다.

## VI. 結論

具體的 算定方式은 손해액 산정의 基本原則으로서 인정되고 있다. 그러나 경우에 따라 대체거래가 행해지지 아니하거나 또는 불합리하게 행해질 수 있으며 이러한 경우에 있어서도 구체적 방식으로 손해액을 산정하는 것은 부당하다. 따라서 구체적 산정방식과 더불어 시가를 기초로 한 抽象的 算定方式 역시 명확히 인정되어야 할 필요성이 있다.

CISG를 비롯한 대부분의 국내법은 구체적 산정방식과 추상적 산정방식을 모두 명시적 혹은 묵시적으로 규정하고 있지만, 영국의 경우 市場이 존재하지 않는 경우에 한하여 구체적 산정방식을 허용할 뿐 시장이 존재하는 한 추상적 방식만으로 손해액이 산정되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 그렇지만 영국법이 적용된다고 하더라도 CISG 또는 여타 국내법을 적용한 결과와 그리 다르지 않다고 생각된다. 예컨대, 시장이 존재하고 피해당사자가 이미 대체거래를 행하였다고 하자. 이 경우 CISG를 적용한다면 구체적 방식으로 손해액이 산정

감안할 때 CISG의 규정은 영미법계 법원의 事實上의 立場을 明文化한 규정이라 하겠다(襄배배襄俊逸, UN統一賣買法上의 損害賠償責任에 관한 研究, 博士學位請求論文, 成均館大學校 大學院, 2000, pp. 167~168).

59) 피해당사자는 이에 더하여 완전배상의 원칙에 의거하여 자신이 입은 追加的인 손해 역시 회복할 수 있다(제7.4.5조 comment 2, 제7.4.6조 comment 3). 그러한 추가적인 손실이 합리적인 정도의 확실성에 의하여 확립될 수 있어야 함은 물론이며(제7.4.3조 제1항), 만약 그러지 않은 경우 그 평가는 법원의 裁量에 따르게 된다(제7.4.3조 제3항).

60) UNIDROIT 원칙의 시가결정장소에 대한 입장은 CISG와 대체로 일치한다(제7.4.6조 comment 2).

될 것이고 영국법을 적용한다면 추상적 방식으로 산정될 것이다. 손해액의 산정방식이 이렇듯 다르다 하더라도 그 대체거래가 합리적으로 행해지는 한 이때의 대체거래는 市價로 행해질 것이고, 따라서 구체적 방식으로 산정된 손해액과 추상적 방식으로 산정된 손해액간에는 차이가 존재하지 않을 것이다. 만약 代替去來가 市價와 현격히 다른 가격으로 불합리하게 이루어졌다면 영국법은 물론 CISG에서도 추상적 방식으로 손해액이 산정될 것이다.

손해액의 산정방식에 관한 한 CISG는 대륙법계와 영미법계의 입장을 적절히 수용함으로써 그 어느 법계에도 치우치지 않는 바람직한 원칙을 제시하고 있는 것으로 평가된다. 다만 주목해야 할 부분은 동 협약에서는 이른바 實質的損害賠償(real damages)의 방식을 채택하고 있다는 점이다. 즉, CISG상 구현된 손해배상제도는 실제로 발생한 손해를 배상해 주는 데 그 목적이 있는 것이다. 일단 피해당사자가 상대방의 계약위반으로 인해 현실적으로 손해를 입는다면, 그 손해는 金錢으로 換算되어야 한다. 피해당사자가 입게 되는 손해는 구체적 또는 추상적으로 산정될 손해액 이외에도 신뢰손실(reliance loss), 부수적 손해(incidental damages) 및 결과적 손해(consequential damages) 등 다수를 포함하고 있으며,<sup>61)</sup> 이 모든 것을 감안한 실질손해액을 산정하기란 쉽지 않다.

국제매매계약의 당사자들은 실질손해액의 산정이 현실적으로 어려운 점을 감안하여 約定損害額(liquidated damages)의 배상에 대한 사전적 합의를 해둬야 권고된다. 즉, 계약위반이 있는 경우 발생할 것으로 예상되는 손실을 계약당사자간의 합의에 의해 事前的으로 정해 놓음으로써 실질손해액의 산정에 대한 사후적 합의에 도달하지 못함에 따른 법적 분쟁에 대비할 수 있을 것이다. 최근 ICC국제상관습위원회는 標準國際賣買契約書(ICC Model International Sale Contract, 1997)를 제정·공표한 바 있는데, 동 계약서는 비교적 합리적인 약정손해액 산정방식(제10조, 제11조)을 제시하고 있다.

61) 信賴損失은 기체결된 계약을 신뢰하여 계약을 일부 이행하거나 이행을 준비함에 있어 발생한 비용이 계약위반으로 인해 소진되는 경우의 손실을 의미하며, 附隨的損害는 계약위반에 부수되어 발생하는 예컨대, 불일치 물품의 보관비용 또는 하자 치유비용 등을 의미한다. 結果的損害는 계약위반행위로 인해 직접적으로 또는 그 즉시 발생하는 손해가 아니라 위반행위의 간접적인 결과로서 발생하는 손해 예컨대 상실이익 등을 의미한다(Black's Law Dictionary, p. 390; UCC § 2-715(2)).

## 參 考 文 獻

- 裴俊逸, 損害賠償責任의 一般原則에 관한 比較研究, 貿易商務研究 第15卷, 2001. 2.
- 裴俊逸, UN統一賣買法上の 損害賠償責任에 관한 研究, 博士學位請求論文, 成均館大學校 大學院, 2000.
- 蔡鎮益, “CISG上的 損害賠償의 義務와 免責에 관한 小考”, 韓國貿易商務學會誌, 第11卷, 1998. 2.
- 河康憲, “國際物品賣買契約의 解除에 관한 研究: UN統一賣買法을 中心으로”, 博士學位請求論文, 成均館大學校 大學院, 1998.
- J.O. Honnold(吳元奭 譯), UN統一賣買法, 三英社, 1998.
- 望月禮二郎, 英美法, 青林書院, 1985.
- Benjamin, A. & Stephen, M., *Civil Remedies*, Dartmouth, 1997.
- Bianca, C.M. & Bonell, M.J., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre · Milan, 1987.
- Carbonnier, J., “Droit civil(1979)”, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988.
- Enderlein, F. & Maskow, D., *International Sales Law ; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992.
- J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed., Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991.
- Nicholas, B., “The Vienna Convention on International Sales”, *Law Quarterly Review*, Vol. 105, 1989.
- Nolan, J.R., et al., *Black's Law Dictionary*, 6th ed., West Group, 1990.
- Murphey, A.G., “Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley,” *Washington Journal of International Law and Economy*, Vol. 23, 1989.
- Sutton, J.S., “Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods,” *Ohio State Law Journal*, Vol. 50, 1989.
- Treitel, G.H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Clarendon Press, 1988.

## ABSTRACT

### **A Comparative Analysis on the Methods of Quantifying Damages**

-Focused on the CISG-

Bae, Jun Il

There are two methods of quantifying the damages when the contract is avoided. One is 'concrete' assessment, the other is 'abstract' assessment. The former looks to the actual cost incurred by the aggrieved party in concluding a contract for the substitute transaction, while the latter is based on the market price.

The concrete method of assessment forms the starting point in the Civil Law systems. In the Common Law systems, it is likewise available. The aggrieved party is entitled to recover the difference between the cost of cover or (as the case may be) the proceeds of resale and the contract price. Both systems also recognize the abstract method of assessment. If the aggrieved party does not resell or cover, damages are equal to the difference between the price fixed by the contract and the market price.

The CISG and the UNIDROIT Principles recognize expressly both concrete and abstract methods. Under the relevant articles, the aggrieved party can recover the damages assessed by one of the methods as well as any further damages such as loss of profit, incidental and consequential damages.

Keywords : CISG, Damages, UNIDROIT
------------------------------------