

損害賠償責任의 一般原則에 관한 比較研究

裴 俊 逸*

-
- I. 序 論
 - II. 協約의 損害賠償責任原則
 - III. 各 法系의 損害賠償責任原則
 - IV. 比較法的 考察
 - V. 結 論
-

I. 序 論

국제매매계약의 당사자는 계약의 성립과 함께 당해 계약에 대한 權利와 義務를 동시에 부여받게 된다. 매매당사자는 그 자신의 의무를 성실히 이행할 책임이 있다. 그러나 실제 거래에서 매매당사자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않음으로 해서 발생하는 契約違反의 문제가 빈번히 대두되고 있다.

계약위반이 있는 경우, 필시 어느 당사자에게 부당한 損害가 가해지게 된다. 매매행위를 규율하는 거의 모든 법규는 계약을 성실히 이행하였으나 상대방의 계약위반으로 인해 피해를 입은 당사자에게 損害額 全額을 보상받을 수 있도록 함으로써, 그에게 계약이 原條件대로 이행된 경우와 동일한 경제적 위치를 보장하고 있다. 즉, '完全賠償의 原則'을 제시하고 있는 것이다.

한편, 여기에서 完全賠償을 가능케 하는 損害額의 算定問題가 발생한다. 이는 손해액을 어떻게 산정할 것인가의 문제이지만, 계약위반이 발생하는 상황이 거의 無限하기 때문에 그 어떤 법규도 손해액을 산정하는 규칙을 상세하게 규정하고 있지는 않다. 따라서 구체적인 손해액은 계약위반사건이 발생하는 경우

* 浦項 1 大學 인터넷비즈니스科 助教授.

해당사정에 따라 법원에 의해 산정될 것이며, 단지 법률이 할 수 있는 것이라
계약위반에 대한 보상의 범위를 결정하기 위한 基本的인 原則을 명시하는 것
이며 또한 이것이 필요한 것의 전부이다.

각국의 국내법이 규정하고 있는 損害賠償責任에 관한 一般原則은 크게 세
가지 문제에 관한 것으로 축약될 수 있다. 첫째, 過失이 계약적 책임의 필요조
건이 되는가. 둘째, 위반당사자가 손해의 발생을 豫見하지는 않았지만 그렇다
고 해서 예견할 수 없었던 위치에 있지도 않은 경우 그 손해에 대한 배상책임을
부과해야 하는가. 마지막으로 계약위반행위와 어느 정도의 因果關係가 있는
손해를 배상범위에 포함시켜야 하는가 등이다. 다시 말해, 果實責任의 문제, 豫
見可能性의 문제 그리고 因果關係性的 문제인 것이다.

本考는 損害賠償額을 산정함에 있어 고려되어야 하는 以上の 문제들에 대하
여 國際物品賣買契約에 관한 UN協約(이하, 協約)이 취하고 있는 입장을 고찰
하고자 한다. 國際統一法으로서의 협약이 기존의 국제사법체제하에서 매매당
사자들이 직면하였던 法適用의 豫見不可能性 및 法的 不安定性 등의 문제를
상당부분 해결하였으며, 그로 인해 국제물품매매계약의 準據法으로서 그 위치
를 더욱 확고히 하고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 향후 협약에 준거한 계
약의 위반사건이 점증하리라는 예상은 타당하며 그리고 그러한 사건에서 손해
배상액이 협약상의 관련원칙에 근거하여 산정될 것이므로, 동 문제에 대한 협
약의 입장을 면밀히 검토할 필요성이 있다. 나아가 各 法系가 취하고 있는 입
장 역시 주된 고찰대상으로 하는 바, 협약과의 비교·검토가 이루어질 것이다.

II. 協約의 損害賠償責任原則

1. 完全賠償의 原則

협약상 손해액의 산정을 위한 基本原則은 제74조에 제시되어 있다. 동 조 前
文에 의하면, 당사자일방의 계약위반으로 인한 손해액은, 喪失利益(the loss of
profit)을 포함하여, 그 위반의 결과로서 상대방이 입은 손실과 동등한 금액이
된다. 이는 마치 상대방이 계약을 정상적으로 이행한 경우와 같이 피해당사자

를 이(상대방이 계약을 정상적으로 이행한 바)와 동일한 입장에 두기 위한 것으로, '完全賠償의 原則'(the principle of full compensation)을 나타내고 있다.¹⁾

1) 完全賠償의 原則에 입각한 損害賠償範圍

(1) 現實의 損失의 賠償

既締結된 계약을 신뢰하여 계약을 일부 이행하거나 이행을 준비함에 있어 발생된 비용은, 계약위반이 있는 경우, 信賴損失(reliance loss)로서 회복가능하다.

이러한 종류의 비용은 계약체결시점 이후에 발생하는데, 이는 계약체결시점 이전에 이미 발생한 비용과는 구별되어야 한다. 왜냐하면 契約前 費用(pre-contract expenditure)은 분명 계약을 신뢰하여 발생할 수 없기 때문이다.²⁾ 그리고 계약이 부당하게 거절된 이후에 비용이 발생할 수 있을 것인데, 이 경우 피해당사자는 損害輕減義務를 행하는 차원에서 그러한 비용의 발생을 억제했어야만 했다는 이유로 비용의 회복이 불가능하다(제77조). 따라서 신뢰 손실은 契約締結 以後 그러나 拒絕되기 以前에 발생하는 경우가 가장 보편적이다.³⁾

한편 계약위반이 있는 후에 비용이 발생하는 때에도 당해 비용이 회복 가능한 경우가 있다. 예컨대, 불일치 물품을 보관함에 있어 또는 하자를 치유함에 있어서 비용이 발생할 수 있으며, 그리고 어떤 조치를 취하지 않을 경우 발생될 수 있는 손실을 회피하기 위해 代替購買 또는 再賣却 등과 같은 필요한 조치를 취함으로써 비용이 발생할 수 있다. 미국의 UCC는 그러한 비용을 '附隨的 損害'(incidental damages)라 칭한다.⁴⁾ 부수적 손해는 원칙적으로 일반적

1) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed., Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991, p.503.

2) 미국의 한 사건에서 契約前 費用이 회복 불가능하다는 판시가 있었다(*Gruber v. S.-M. News Co. Inc.* 126 F.Supp. 442 (1954)). 그러나 다른 사건에서는 그 회복이 가능하다는 판결이 내려지기도 하였다(*Security Stove and Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 51 S.W. 2d 572 (1932); *Anglia Television Ltd. v. Reed*, [1972] 1 Q.B. 60). 계약전 비용이 계약을 信賴하여 상실된 경우 正當化될 수 있다는 것이다. 당해 계약으로 인해 피해당사자는 그 비용을 활용할 조치를 취하지 못하였으며, 위반이 있는 후에는 그러한 조치를 취하기에 너무 늦어 버렸을 수 있다. 즉, 그러한 비용은 계약을 신뢰하여 消盡된 것이다.

3) G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Clarendon Press, 1988, pp.85~86.

손실과 더불어 회복 가능하다.⁵⁾ 예컨대, 매도인의 불인도에 대해 대체구매를 한 매수인은 代替去來代金과 契約代金間의 差額 뿐만 아니라 부수적 손해로서 두 번째 계약을 체결함에 있어 지출한 비용까지도 회복할 수 있다. 계약대금과 대체거래대금간에 차액이 없는 경우에도, 부수적 손해는 여전히 회복 가능하다.

(2) 喪失利益의 賠償

계약위반이 있는 경우, 신뢰손실과 부수적 손해를 포함하는 현실적 손실(actual loss) 뿐만 아니라 喪失된 期待利益까지 회복될 수 있어야만 완전한 보상이 이루어질 수 있다.⁶⁾

상실된 기대이익은 일반적으로 契約的 債務의 不履行이 있는 경우에 한하여 회복 가능하다. 그러한 손해액은 예컨대 계약체결을 유인하기 위한 허위진술과 같은 不法行爲에 대해서는 회복될 수 없다. 영국을 비롯한 다수의 영연방국가에서도 상황은 동일하다.⁷⁾

그러나 미국의 많은 주에서는 계약과는 무관한 부정한 허위진술과 같은 불법행위가 있는 경우에도 기대이익은 회복 가능한 것으로 판시되고 있다.⁸⁾ 독일에서도 비슷하게, 하자를 부정하게 숨긴 매도인은 손해배상책임이 없는(다만 대금감액에 대한 책임 또는 계약파기에 대한 책임만 있는) 경우에도 상실된 기대이익에 대한 책임을 져야 한다(독일민법 제463조). 그러나 독일의 경우 그러한 매도인의 책임은 契約的 責任으로 간주되며, 이러한 이유에서 상실된

4) UCC는 부수적 손해의 종류를 나열하면서(§ 2-710, § 2-715(1)), 그 배상을 명시적으로 인정하고 있다(§ 2-708(1), § 2-713(1)). 계약법(2nd Restatement) 제347조 (b)호 역시 부수적 손해의 배상을 인정하고 있다(A.G. Murphey, "Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley," *Washington Journal of International Law and Economy*, 1989, Vol. 23, pp.415~474, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murphey.html>>).

5) 미국의 *Delchi*事件에서는 신뢰손실과 상실이익뿐만 아니라 부수적 손해로서 하자치유비용, 물품보관비용 등의 배상을 인정하는 판시가 내려진 바 있다(*Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.*, No. 88-CV-1078, 1994 WL 495787; E.C. Schneider, "Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions," *Journal of International Business Law*, Vol. 16, 1995, pp.615~668).

6) E.A. Fransworth, "Damages and Specific Relief," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, 1979, p.249.

7) *Snarski v. Barbarich* [1969] W.A.R. 46; *Caxton Printing Works (Pty.) Ltd. v. Transvaal Advertising Contractors Ltd.* 1936 T.P.D. 209.

8) Prosser and Keeton, *Law of Torts*, 5th ed., pp. 767-770, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988.

기대이익의 회복은 정당화될 수 있다. 영국에서조차, 상실된 기대이익은 더 이상 契約的 違反行爲에 대해서만 회복 가능한 것으로 斷言할 수 없다.

한편, 契約 제74조는 '喪失利益'에 대해 특별히 언급하고 있는데, 이는 몇몇의 국내법에서 상실이익을 손실(loss)의 개념에 포함시키지 않기 때문이다. 문제는 契約하에서 상실이익을 어떻게 산정해 내는가 하는 것이다. 이 의문은 많은 국가의 법조인들에게 잘 알려진 몇 가지 문제를 내포하고 있다. 예컨대, 피해당사자는 자신이 실제 입은(in fact suffered) 그리고 기대할 수 있었던(could expect) 이익의 상실분을 회복할 권리가 있는지 아니면 특정한 장소와 시점에서 기대된 平均의 利益을 회복할 권리가 있는지 그리고 피해당사자가 상실이익의 회복을 청구할 수 있는 기간이 어느 정도인지 등이 의문시된다. 契約에서는 이러한 사항들에 대해 명시적인 규칙을 제공하고 있지 않기 때문에, 피해당사자는 자신이 실제로 입은 혹은 기대할 수 있었던 이익의 상실분을 회복할 수 있으며, 그리고 피해당사자가 상실이익을 회복할 수 있는 기간은 제한되지 않는다고 推定된다.⁹⁾ 피해당사자는 契約 제74조에서 규정된 바와 같이 위반당사자에 의해 예견가능했던 손실의 범위 내에서 상대방의 契約위반 결과 상실된 이익의 배상을 요구할 수 있다.

2) 完全賠償額 以上の 補償 排除

완전배상의 원칙은 피해당사자를 契約이 이행되었을 경우와 동일한 經濟的 位置에 두기 위한 것일 뿐 그에게 실제 발생한 손해 이상으로 보상하기 위한 것은 아니다. 즉, 손해배상액은 완전배상의 수준을 초과해서는 안 된다는 것이다.

완전배상액 이상의 손해배상을 배제한다는 원칙은 다수의 국내법에 있어서 損害輕減(mitigation)에 관한 법규정의 기초가 되었다. 예컨대, 매도인의 과실로 물품이 불인도되었으나 그로 인해 매수인이 보관료를 경감하게 되었다면 매수인의 손해배상청구금액은 그 만큼 減해져야 한다는 것이다. 이렇듯, 契約의 이행의무로부터 해방됨에 따른 결과로서 경감된 비용은 손해액의 산정에 감안되어야 한다.¹⁰⁾

9) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law-The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1987, p.543.

한편, 이러한 원칙은 곤란한 상황을 초래할 수도 있다. 被告의 위반으로 인해 原告가 代替物을 획득해야 할 상황에 처할 수 있을 것이다. 그리고 경우에 따라, 그 대체물은 계약 이전보다 오히려 양호한 또는 개선된 상황을 가져다 줄 수 있다. 영국의 한 사건¹¹⁾에서 원고의 공장은 피고의 계약위반으로 불타버렸고, 원고는 공장을 재건축하였다. 그 결과 보다 개선된 현대식의 건물이 건설되었다. 법원은 원고에게 재건축에 소요된 모든 비용을 회복할 수 있는 권한을 부여하였다. 이와 같은 경우, 원고는 재건축 이외의 합리적인 대체안을 가지지 못했으며, 자신의 損害輕減義務를 이행하는 차원에서 그렇게 할 수밖에 없었다고 당해 판결을 해석할 수 있을 것이다. 이러한 해석은 이와 유사한 상황의 賣買契約違反事件에도 적용될 수 있을 것이다.

2. 過失不問主義의 原則

협약 제45조(買受人의 救濟權의 總括)와 제61조(賣渡人의 救濟權의 總括)의 각 (1)항 (b)호는 일방당사자가 “계약 또는 본 협약에 따른 어떠한 의무를 이행하지 아니하는” 경우, 상대방사자는 “손해배상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 條文을 통하여, 협약은 “채무자에게 過失이 없는 경우에는, 비록 계약을 이행하지 못하더라도, 그는 불이행에 대한 책임을 지지 아니한다.”는, 다시 말해서 계약을 불이행한 당사자에게 과실이 있는 경우에만 책임이 있다는 過失責任主義를 배척하고 있음을 알 수 있다.¹²⁾ 이렇듯 협약은 계약위반이 故意나 過失에 의한 것임을 요구하지 아니한 채 위반당사자는 그 위반의 결과에 대한 책임을 부담해야 한다는 過失不問主義를 따르고 있는 것이다.¹³⁾

협약 초안에 대한 事務局 註解書(Secretariat Commentary)에서도 피해당사자가 손해배상을 청구할 때 일부 법계에서와 같이 상대방의 과실을 입증할 필요는 없다고 설명하고 있으며,¹⁴⁾ 이는 여러 학자들에 의해서 지지되고 있는 바

10) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, p.77.

11) *Harbutt's 'Plasticine' Ltd. v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd.* [1970] 1 Q.B. 447.

12) J.O., Honnold(吳元奭 譯), UN統一賣買法, 三英社, 1998, p. 319, 507; 渡辺達德, “ウイーン賣買條約(CISG)における契約違反の構造”, 商學討究 第41卷 第4号, 小木尊商科大學, 1991. 3, p.144.

13) 崔竣璿, 國際去來法(第2版), 三英社, 1997. p.161.

14) A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention*

이다.¹⁵⁾ 그렇다고 협약에서 과실의 개념이 전혀 무시되어 있는 것은 아니다. 협약 제80조에서는 ‘상대방의 불이행이 자신의 作爲 또는 不作爲에 기인한다면 그 한도 내에서는 상대방의 불이행을 주장할 수 없다.’고 규정하여 과실의 개념이 반영되어 있으며, 제82조(同一한 狀態의 物品返還의 不可能) 역시 그러하다.

협약상 過失不問主義 原則의 예외로서 당사자가 그 의무의 불이행이 자신의 統制를 벗어난 障礙에 기인하였다는 점과 계약체결시에 그 障礙를 예견하거나 또는 장애나 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 점을 입증하는 경우에는 손해배상책임으로부터 免除된다(제79조 (1)항).

3. 豫見可能性의 原則

협약상 完全賠償의 原則에는 중요한 제한이 가해진다. 제74조 後文에 의하면, 손해액은, 위반당사자가 알았거나 알았어야 했던 사실 및 사정에 비추어 보아, 그 위반당사자가 계약체결시에 계약위반의 가능한 결과로서 예견하였거나 또는 예견하였어야 했던 손실을 초과할 수 없다. 즉, ‘豫見可能性(foreseeability)의 原則’에 의한 손해배상의 제한으로서, 그 근본적 취지는 피해당사자가 과다한 손해배상을 청구하는 것을 방지하려는 것이다.

‘예견하였거나 혹은 예견하였어야 했던’이라는 표현은 위반당사자가 그 손실을 실제로 예견했었다는 것을 피해당사자가 증명할 필요는 없음을 명확히 하고 있다. 피해당사자는 위반당사자가 客觀적으로 그러한 손실을 예견할 수 있는 위치에 있었음을 증명하면 충분하다.

상대방이 입게 될지도 모를 손실에 대한 위반당사자의 예견가능성은 ‘위반당사자가 알았거나 또는 알았어야 했던 事實 및 事情에 비추어’ 고려되어야 한다. 즉, 예견가능성의 여부는 위반당사자가 위반결과에 대한 예상을 가능케 하는 사실과 사정에 대한 지식(knowledge)을 가지고 있었는가에 의해 결정된다.

on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p.374.

15) J. Hellner, "The UN Convention on International Sale of Goods an Outsider's View," *Ius Inter Nationes: Festschrift für Stefan A. Riesenfeld*, Jayme, Kegel & Luttereds. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, p. 81; M. Will, "Buyer's Remedies in General," *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, C.M. Bianca & M.J. Bonell, eds., Giffré, Milan, 1987, p.331.

그러나 이러한 지식은 다만 推定的 知識(presumed knowledge)일 뿐이며, 위반 당사자가 위반의 결과를 예견가능토록 하는 사실과 사정을 실제 알지 못했다 하더라도 객관적으로 보아 그러한 사실과 사정을 알 수 있었던 위치에 있었다면 위반의 결과를 예견할 수 있었던 것으로 간주된다.¹⁶⁾

위반당사자가 계약위반의 결과를 예견할 수 있었는지의 여부는 契約締結時點을 기준으로 판단된다. 계약의 체결을 위한 협상은 일정한 기간이 소요된다. 그렇지만 예견가능성의 판단시점은 계약이 체결되는 시점이다. 제74조에 따르면, 계약체결 이후에 예견가능했었는지의 여부는 아무런 법적 효력을 지니지 못한다. 위반당사자는 비록 계약체결시점 이후에 예견할 수 있게 된 손실이라 하더라도 객관적으로 보아 계약체결 당시 예견할 수 없었다면 당해 손실에 대한 책임을 지지 아니한다.¹⁷⁾

협약상의 예견가능성 원칙은 1854년 영국의 *Hadley v. Baxendale* 事件¹⁸⁾에 대한 판례로 확립되었으나, 동 사건의 판결에서 사용된 용어와 협약상의 용어에는 약간의 차이가 있음을 간과해서는 안 된다.

*Hadley*판결문에는 ‘예상한’(contemplated)이라는 표현을 사용하고 있음에 비해, 협약은 ‘예견하였거나’(foresaw) 또는 ‘예견하였어야 했다’(ought to have foreseen)이라는 표현을 사용하고 있다. 이러한 표현간에는 분명 責任의 範圍에 대한 차이가 존재한다고 볼 수 있다. *Hadley*사건에서, 손해는 실제 예견된 것이어야 했으며 단순히 예견가능한 것은 아니었다. 손해는 다만 예견가능한 것일 필요가 있다는 협약의 규칙은 *Hadley*판결에 비해 분명 위반당사자의 責任制限의 餘地를 축소시킴과 아울러 피해당사자의 權利救濟의 範圍를 확대시키는 결과를 가져왔다. 이러한 차이는 몇몇의 사건에서 확인된 바 있다.¹⁹⁾ *Heron II*사건에서 貴族院(House of Lords)은 그 두 가지 표현간에 차이가 있음을 인식하고 ‘예견가능한’이라는 표현을 명확히 부인하였다.²⁰⁾

16) 위반결과에 대한 예상을 가능케 하는 사실과 사정에 대한 지식이 일반적으로 商人의 경험상 얻어질 수 있는 것이라면, 상인으로서의 위반당사자는 그러한 사실과 사정을 알고 있었던 것으로 간주될 것이다. 그리고 계약의 상대방당사자가 적절한 기간 내에 위반의 가능한 결과에 대하여 위반당사자의 주의를 끌었다면, 위반당사자는 위반의 결과를 예견할 수 있게 하는 사실과 사정을 알았던 것으로 그리고 그로 인해 위반의 결과를 예견한 것으로 간주된다.

17) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp.541~542.

18) *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

19) *The Heron II, Koufos v. C. Czarnikow Ltd.* [1969] 1 A.C. 350; *Victoria Laundry(Windsor) Ltd. v. Newman Industries.* [1949] 2 K.B. at 540.

그리고 *Hadley*사건에서는 'as a probable result'라는 표현이 사용되었지만, 협약 제74조에서는 'as a possible consequence'라는 문구가 사용되고 있다. *Hadley*사건에서는 'probable'이라는 용어가 사용됨으로써 회복 가능한 손실은 계약위반의 결과 발생될 것이 당연한 또는 틀림없는 것으로 된다. 반면 협약은 'possible'이라는 단어를 사용하고 있는데 이는 'probable' 보다 다소 약한 표현으로서²¹⁾ 위반당사자에게 부과되는 책임의 범위를 넓히고 있는 것으로 보인다.

결국, *Hadley*판결이 협약상의 예견가능성 원칙의 기초가 됨으로써 위반당사자로 하여금 자신의 계약위반결과에 대한 책임을 제한할 수 있는 근거를 제공한 것은 사실이지만, 협약에서 사용된 'foreseeable'과 'possible'이라는 표현은 피해당사자에게 보다 好意的인 權利救濟範圍를 제공하고 있는 것으로 보인다.²²⁾

4. 因果關係性的 原則

협약 제74조는 損害賠償責任에 관한 3가지 조건을 제시하고 있다. 첫째, 매도인 혹은 매수인에 의한 契約違反, 둘째, 상대방의 損失, 마지막으로 계약위반과 손실간의 因果關係(causal link)가 그것이다.²³⁾ 위반당사자는 계약위반의 결과로서 피해당사자에게 가해진 손실에 대해서만 책임을 부담하면 되는 것이다.

한편, 계약위반과 손실간의 인과관계에 있어서 위반당사자는 자신의 계약위반과 直接的인 인과관계가 있는 손실에 대해서만 책임을 지면 되는지 아니면 間接的인 인과관계의 손실까지 책임을 져야 하는지가 문제로 될 수 있다. 협약은 이에 관하여 명시적인 답변을 제공하고 있지 않다. Bianca교수와 Bonell교수는 이 문제와 관련하여, 豫見可能性의 條件을 적용함으로써 해답을 찾을 수 있다고 주장한 바 있다. 즉, 위반당사자는 계약체결시에 예견가능했던 손실에 대해서는 그것이 계약위반에 의해 간접적으로 초래되었다고 할지라도 책임을

20) A.G. Murphey, *op. cit.*, p.425.

21) 'probable'은 이치로 따져서, 또 주위 사정이나 증거 따위로 미루어 보아 '아마 ...이 틀림이 없는'으로 해석되며, 'possible'은 '일어날 수 있는, 일어나지 않는다고는 단언할 수 없는'으로 해석된다. 즉, possible한 것도 어떤 조건이 갖추어져서 비로소 probable한 것이 되는 것이다(Essence English-Korean Dictionary, 民衆書林, 1994, p.2045).

22) A.G. Murphey, *op. cit.*, pp.427~428.

23) H.V. Houte, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995, p.146.

져야 한다는 것이다.²⁴⁾ 그러나 지나치게 간접적인 손해는 대부분 예견불가능할 것이다.²⁵⁾

5. 懲罰的 損害賠償의 排除

懲罰的 損害賠償額(punitive damages)은 契約違反에 대해 지급되는 것이 아니다. 징벌적 손해배상은 不法行爲가 있는 경우에 한하여 인정되며, 이 때 그것은 원고를 補償하기 위함이 아니라 幇고행위에 대한 법원의 不許를 나타내기 위함이다. 한편, 징벌적 손해배상은 感情的·精神的 損害에 대한 배상과 엄격히 구별되어야 한다. 감정적·정신적 손해배상은 幇고를 벌하기 위한 것이 아니라 원고가 幇해를 입었다는 사실에 기초하여 보상 가능한 것으로 간주된다.²⁶⁾

징벌적 손해배상이 계약위반에 대해 인정되지 아니한다는 것은 일반원칙으로서 비교적 잘 정립되어 있다. 미국의 많은 주에서 이 같은 제정법적 규정을 명시적으로 두고 있으며, UCC 역시 동일한 일반원칙을 규정하고 있다.²⁷⁾ 協약상 징벌적 손해배상에 관한 규정을 찾아 볼 수 없음을 감안할 때, 協약 역시 징벌적 손해배상을 排除하고 있는 것으로 보인다.

한편, 매대당사자들은 징벌적 손해배상책임을 契約조건으로 하려는 경우가 간혹 있을 것인데, 위에서 언급한 일반원칙을 채택하고 있는 국가라 할지라도 징벌적 손해배상에 관한 合意가 있는 경우까지 배제하지는 아니한다. 協약의 경우, '계약이나 그 어떠한 조항의 유효성'을 고려하지 아니한다는 규정에 의거(제4조), 違約金條項(penalty clauses)과 같은 징벌적 손해배상에 관한 조항의 유효성은 國際私法上的의 규정에 의해 결정될 문제이다. 따라서, 계약당사자는 당해 계약하에서 인정되는 모든 종류의 구제권을 규율하는 국내법에서 그러한 조항이 법적인 효력을 부여받을 수 있는지를 우선 확실히 해 두어야 할 것이다.²⁸⁾

24) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p.540.

25) UNIDROIT원칙 제7.4.3조 Comment 3.

26) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, p.78.

27) California CC §3294; Georgia Code §20-1405; Montana Code Annotated §27-1-221; North Dakota Century Code §32-03-07; Oklahoma Statutes Annotated §23-9; South Dakota Codified Laws §21-3-2; UCC §1-106.

28) 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.

Ⅲ. 各 法系의 損害賠償責任原則

1. 大陸法系의 立場

1) 過失責任主義의 原則

대륙법계는 원칙적으로 過失責任主義의 原則을 따르고 있다. 독일민법은 '채무자는 故意的 行爲와 怠慢에 대한 책임을 부담한다.'는 일반원칙을 언급하고 있다(제276조). 오스트리아와 스위스 역시 동일한 일반원칙을 채택하고 있다. 프랑스민법의 경우, 과실 요건을 명시하고 있지는 않지만 과실이 계약적 책임의 必要條件이 된다는 것이 일반적 견해이다.

이렇듯 위반당사자의 과실이 있는 경우에 한하여 피해당사자에게 손해배상 청구권을 부여하는 대륙법계에 있어서 補償의 範圍는 통상 過失의 程度에 따라 결정된다. 스위스와 오스트리아법의 경우, 회복 가능한 손해의 범위는 채무자가 행한 과실의 정도에 직접 연관되어 있다. 한편, 독일법의 경우 위반당사자의 과실의 정도에 비례하여 손해액을 산정하는 원칙을 인정하지 않는데,²⁹⁾ 이는 비난의 대상이 되고 있다. 이에 과실의 정도에 따라 손해액이 경감되어야 한다는 수정안에 대한 주장이 높아가고 있다.

보상의 범위가 과실의 정도에 따라 결정된다는 일반원칙이 채택되고 있는지의 여부를 떠나, 많은 경우에 있어 실제 과실의 정도는 보상의 범위를 결정짓는 것으로 여겨지고 있다. 다수의 대륙법계 국가의 법원은 당사자의 채무불이행이 있는 경우 당해 계약의 조건에 따라 지급되어야 하는 금액을 減額시킬 수 있는 권한을 가진다. 그리고 그러한 감액을 결정함에 있어서 법원은 채무자의 과실의 輕重을 고려할 수 있다.³⁰⁾

29) 프랑스와 독일의 경우, 特定物品의 瑕疵에 대하여 매도인에게 손해배상책임을 부과하기 위한 過失의 程度는 비교적 엄격한 것으로 받아들여지고 있다. 매도인 자신이 알고 있던 물품상의 하자를 통지하지 아니하거나 하자가 존재하지 않는다고 통지하는 등의 惡意的 行爲(acts in bad faith)를 한 경우에 한하여 그에게 손해배상책임을 부과하고 있다.

2) 豫見可能性의 原則

대부분의 대륙법계국가는 豫見可能性의 原則을 인정하고 있다. 프랑스민법은 채무자가 채권자의 현실적 손실과 상실이익 모두에 대해 책임을 져야 한다고 규정함으로써 完全賠償의 原則을 제시하면서도(제1149조), 詐欺에 의하지 아니한 계약위반의 경우에는 채무자는 계약체결시 자신이 '예견하였거나' 또는 '예견할 수 있었던' 손해에 대해서만 책임을 부담한다고 규정함으로써 완전배상의 원칙에 제한을 가하고 있다(제1150조).

한편 프랑스에 있어서 예견가능성의 원칙은 直接性的의 原則과 동시에 고려되어야 한다. 채무자는 계약위반행위와 '間接的'(indirect)인 관계의 손해에 대해서는 배상책임이 면제된다(제1151조). 책임을 '直接的'(direct) 손해로 제한하는 것이 예견가능한 손해로 책임을 제한하는 것과 간혹 혼동되기도 하지만 이들은 엄격히 구별되어야 한다. 프랑스법에 있어서, 사기에 대한 책임을 지게 되어 예견불가능한 손해의 배상책임까지 부담해야 하는 채무자라 할지라도 간접적 손해에 대해서는 책임을 지지 아니한다.³¹⁾ 한편, 어떤 채무자가 사기에 의한 권리침해를 하지 아니한 경우, 豫見可能性과 直接性的의 조건이 모두 충족되어야 한다.

예견가능성의 원칙은 대부분의 국내법에서 취해지고 있는 일반원칙이다. 협약에서는 이 원칙을 손해와 위반행위 사이의 직·간접성(remoteness)을 판단하는 基準으로 이용하고 있다. 다만 독일의 경우에는 이 원칙이 채택되지 않았으며, 최근에도 적어도 표면적으로는 그 채택이 부인되고 있다.³²⁾

3) 相當因果關係性的의 原則

독일은 계약위반당사자의 책임을 제한하는 방법으로 예견가능성의 기준을

30) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, pp.144~146.

31) 프랑스민법 제1150조의 규정은 불이행이 채무자의 詐欺에 기인하는 경우에는 적용되지 아니한다.

32) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, p.150.

배제한 채 인과관계성의 원칙만을 인정하고 있다.

독일법은 相當因果關係說(adequate causation theory)을 따르고 있다. 상당인 과관계설에 의하면, 위반당사자는 “자신의 불이행이 실제 발생한 손실과 同種의 손실의 客觀的 發生可能性(objective possibility)을 명백히 높이는 경우”에 그 손실에 대한 책임을 부담하게 된다.³³⁾ 일반적으로 자신의 불이행이 실제 발생한 결과와 상당히 무관하고, 그것이 다만 통상적이지 아니한 사건의 결과로서 발생할 수 있는 손실을 유발한 근거가 되었다면, 그는 그 손실에 대한 책임을 부담하지 아니한다. 불이행이 上記의 前者 또는 後者の 특성을 지니고 있는지를 결정함에 있어, 법원은 위반시에 가장 풍부한 경험을 가진 사람(the most experienced observer)을 기준으로 하여 판단한다.³⁴⁾ 풍부한 경험을 가진 사람은 그러한 유형의 사람이 알 수 있었던 모든 상황에 대한 지식을 가지고 있을 뿐만 아니라 위반당사자가 실제 알고 있었던 모든 추가적인 상황에 대한 지식도 가지고 있는 사람으로 간주된다.

상당인과관계설은 不法行爲事件에 자주 적용되고 있는데, 그 적용결과는原告에게 극히 有利한 방향으로 내려지고 있다. 契約違反事件에 있어서의 판결은 일반적으로 불법행위사건의 경우 만큼 극단적이지는 않지만, 독일법상 예견가능성 원칙의 배제와 더불어 상당인과관계설이 가져올 실질적인 효과는 피고에게 충분한 보호의 기회를 제공하지 못한다는 것이다. 이에 피고의 책임을 제한할 수 있는 다른 學說이 제기되고 있으며³⁵⁾ 그리고 그것이 피고의 책임을 제한함에 있어 보다 만족스러운 결과를 가져다 줄 수 있을 것으로 평가되고 있다. 그렇지만 독일법원은 아직 상당인과관계설을 지지하고 있는 실정이다.³⁶⁾

한편 프랑스민법은, 예견가능성의 기준에 더하여, 손해는 계약불이행의 ‘直近의 그리고 直接的인 결과’(immediate and direct consequence)이어야 한다는 조건을 추가하고 있다(제1151조). 프랑스에서는 직접적 손해는 본래 인과관계

33) BGH 23 Oct. 1951, BGHZ 3, 261 at 267; RG 22 June 1931, RGZ 133, 126.

34) BGH 23 Oct. 1951, BGHZ 3, 261 at 266-7.

35) 상당인과관계설의 유력한 대체설로 規範目的說을 들 수 있다. 손해배상의 책임귀속에 있어서는 배상의무를 근거 지우는 규범의 보호목적을 토대로 해야 한다는 주장이다. 즉, 계약상의 의무나 법률상의 책임규범 및 그 배후에 있는 주의의무는 특정한 법익의 보호에 기여하고 있으므로 손해배상의 범위는 규범설정 당시에 고려된 배상대상으로 하여야 한다는 것이다(延和駿, “損害賠償의 範圍에 관한 研究”, 博士學位請求論文, 淸州大學校 大學院, 1997, pp.53~55).

36) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, pp.166~167.

의 문제로 다루어지고 있다. 첫 번째 원인이 두 번째 원인을 유발하고 두 번째 원인이 세 번째 원인을 유발하는 것과 같이 원인의 사슬이 연속되는 경우 어디까지 法的 因果關係가 있는 것으로 인정할 것이냐가 문제로 되는 바, 이 문제가 바로 손해의 직접성을 어느 범위에서 인정할 것인가의 문제이다.³⁷⁾

직접성의 원칙을 프랑스에 도입하게 된 결정적인 이론을 제시한 포티에(Pothier)는 다음과 같은 예를 들어 直接性의 原則을 표현하고 있다. “한 가축 상인이 전염병에 걸린 암소를 팔았으며, 그로 인해 그 병이 매수인의 다른 소들에게 전염되었다고 하자. 그는 자신이 매도한 암소 자체의 손해는 물론 병균에 감염된 매수인의 여타 소에 가해진 손해에 대해서도 책임을 져야 한다. 그러나 매수인의 여타 소가 감염된 관계로 토지를 경작하지 못하게 됨에 따라 발생한 손해에 대해서는 매도인은 책임을 지지 아니한다. 뿐만 아니라 매수인이 땅을 경작하지 못한 관계로 자신의 채무를 이행하지 못하게 되어 채권자에 의해 자신의 재산이 압류당함으로써 발생한 손해에 대해서도 매도인은 책임을 지지 아니한다.”³⁸⁾

한편, 直接的 損害와 間接的 損害의 차이점은 이렇듯 설명하기는 쉽지만, 정의를 내리기는 결코 쉽지 않다. 간혹 손해의 직접성 또는 간접성이 예견가능성의 정도로 결정 나기도 하지만, 그러나 프랑스민법에서 직·간접성과 예견가능성은 분명히 別個의 條件으로 간주되고 있다.³⁹⁾

어떤 종류의 계약위반과 그로 인한 손해간에 직접성이 인정되는가 또는 인과관계가 존재하는가 하는 문제를 해결하려는 몇몇의 이론이 제시되고 있는데, 이 중 適合的 原因說이 우위를 점하고 있다.⁴⁰⁾ 이 학설에 의하면, 결과인 손해에 대하여 직접성을 가지는 원인이라 함은 여러 개의 不可缺의 條件 중에서, 그 손해의 발생이 ‘통상 예견될 수 있게 하는’ 사건을 말한다.⁴¹⁾

37) 延和駿, 前掲書, p.64.

38) Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civile, tome III. Ire V., Obligations*, Éditions Montchrestien, 1978, p. 718; 梁三承, “프랑스법에 있어서의 損害賠償의 範圍 및 方法”, 民法學의 現代的 課題(高昌鉉博士華甲論文集), 1987, pp.352~353.

39) J. Carbonnier, “Droit civil(1979)”, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988, p.167, 346.

40) 이외에도 條件等價說, 優越的 原因說 등이 있으나, 適合的 原因說이 우위를 점하고 있으며 판례도 이에 가까운 태도를 취하고 있다(延和駿, 前掲書, pp.65~66).

41) 이 학설은 일반적으로 독일의 상당인과관계설에서 繼承된 것이라고 주장되고 있으나, 인과관계의 이론구성 중에 ‘예견가능성’의 개념을 사용하고 있는 점에서 독일의 상당인과관계설과는 분명한 차이를 나타내고 있다(關口 昇, “フランス法における損

법원 역시 적합적 원인설에 가까운 태도를 취하고 있다. 판례에서 구체적으로 적용되고 있는 바를 보면 법문상의 '直近의 結果'는 전혀 적용되지 않는다. 즉, 첫 번째 손해를 야기한 자는 결코 두 번째 손해까지 책임질 수 없다는 絶對的 基準을 부인한다. 따라서 판례에서 직접적 손해라 함은 必然的 損害를 의미하고, 필연적 손해란 그 사건의 必然的 結果를 뜻한다고 할 것이다. 이러한 견지에서, 포티에가 제시한 앞의 예에서, 매수한 소 및 다른 소가 감염된 손해까지가 직접적 손해이고, 압류로 인한 손해는 간접적 손해에 지나지 않는다고 볼 수 있다.⁴²⁾

2. 英美法系の 立場

1) 無過失責任主義의 原則

영미법계는 過失이 계약적 책임의 必要條件인지의 여부에 대해 거의 주의를 기울이지 않고 있다. 미국의 계약법(2nd Restatement) 제260조 (2)항은 단순히 '계약적 의무를 이행해야 할 때, 모든 불이행은 계약위반이 된다.'고 언급하고 있다. 계약법(Restatement) 제312조 역시 유사하게 계약불이행을 정의하고 있다. 다만 이에 대해 제314조는 일종의 제한을 두고 있는데, '계약상 약속한 바의 모든 부분 또는 일부분에 대한 불이행은, 정당한 사유가 없는 한(without justification) 계약위반이 된다.'고 규정하고 있다. 바꾸어 말해, 정당한 사유를 입증할 수 있는 경우에는 계약적 책임을 부담하지 않아도 된다는 것이다. 그러나 無過失이 그 정당한 사유에 해당하는 것인가에 대해서는 아무런 언급도 없다. 과실을 계약적 책임의 조건에서 배제하지도 포함시키지도 않고 있는 것이다. 영미법계에 있어 과실이 계약적 책임의 필요조건이 아니라는 것이 일반적인 견해이다.

동 법계에 있어서 과실의 정도는 손해액을 산정함에 있어 고려되지 아니한다. 일단 위반이 있게 되면, 그 위반이 故意的의건 또는 怠慢에 의한 것이건

害賠償の範圍及び方法について", 東京都立大學創立十周年記念論文集, 1960, p.109).
42) 延和駿, 前掲書, p.67.

간에 또는 그 위반이 善意로 또는 惡意로 행해진 것이건 간에 아무런 차이가 없다.

한편 다수의 예외적인 경우에 있어 故意的·惡意的 계약위반의 책임이 있는 당사자에게는 그렇지 아니한 당사자에게 부과되는 책임보다 무거운 책임이 부과되고 있다. 계약위반사건에서 懲罰的 損害賠償은 인정되지 아니하지만, 예외적 경우로서 피고의 행위가 일종의 불법행위에 해당하는 경우에는 징벌적 손해배상도 인정된다. 미국의 다수 州法⁴³⁾에 의하면 強迫, 詐欺 또는 惡意的 계약위반의 경우에 징벌적 손해배상을 인정하고 있다.⁴⁴⁾

그러나 영미법계에서 이 모든 규칙들은 例外的인 것으로 간주된다. 동 법계는 계약위반을 이유로 한 사건에 있어 권리침해자의 과실의 정도가 손해액의 산정에 영향을 미친다는 원칙을 인정하지 않는다.

2) 豫見可能性의 原則

예견가능성이 계약적 책임의 범위를 결정한다는 원칙은 1854년 영국의 *Hadley*사건 이후 다수의 영미법계 국가에서 받아들여지고 있다.⁴⁵⁾ 예컨대, 영국의 SGA는 손해배상액의 한도는 '통상적인 경우에 있어서 直接的으로 또한 당연히 발생할 수 있는 豫見된 손해액'(the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events)이 된다고 규정하고 있으며(제50조 (2)항, 제51조 (2)항, 제53조 (2)항), 인도의 계약법은 '통상적인 경우에 발생하는 또는 당사자가 그러한 결과가 초래될 것으로 알고 있었던'(… which naturally arose in the ordinary course of things…, or which the parties knew…to be likely to result) 손해에 대한 배상을 규정하고 있다(제73조). 미국의 UCC는 매도인은 '알만한 이유가 있었던'(had reason to know) 손실에 대하여 배상책임이 있음을 규정하고 있다(제2-715조 (2)항 (a)호).

이들 법조문은 '예견가능한'(foreseeable)이라는 용어를 사용하고 있지 않다.

43) California CC §3294; Montana Code Annotated §27-1-221; North Dakota Century Code §32-03007 ; Oklahoma Statutes §23-9; South Dakota Codified Laws §21-3-2. etc.

44) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, pp.148~149.

45) S. Emanuel & S. Knowles, *Contracts*, 5th ed., Emanuel Law Outlines Inc., 1993, p.270.

그렇지만, '예견가능성'의 개념이 사실상 내포되어 있는 것으로 생각된다. 영미 법계의 예견가능성 원칙이 Hadley사건을 통해 프랑스민법으로부터 영미법계로 수용되었다고 단언할 수는 없을 것이나, 그 역사적 근원이 무엇이던 간에 영미 법계에 있어서 손해와 위반행위간의 직·간접성(remoteness)을 결정하는 기준으로서의 '예견가능성'은 프랑스민법의 그것과 일맥상통하는 것이라 하겠다.⁴⁶⁾

3) 因果關係性的 原則

영미법계의 경우에는 비록 손실이 계약위반의 直接的 結果가 아니라 할지라도 손실이 예견가능했다는 사실만으로도 피고에게 그 손실에 대한 책임을 부담시키기에 충분하다.⁴⁷⁾ 물론 동 법계에서도 책임을 제한할 목적으로 直接性 또는 因果關係性的 기준을 전면 부인하지는 않지만, 여러 판례를 보면 계약위반행위와 손실간의 관계가 直接的 또는 間接的인지는 법원의 판단기준이 되지 않으며, 주된 기준은 '예견가능성'임을 알 수 있다. 즉, 예견가능했던 손실은 보상 가능해야만 하고, 그 손실이 실제 예견가능했던 것이라면 추가적으로 '直接性'의 요건이 요구되지 않는다.

예컨대, 자금여유가 없는 원고의 재산이 強賣(forced sale)됨으로써 그에게 손실이 발생하였다고 하자. 그리고 피고가 계약을 이행하였다면, 예컨대 물품 구매대금을 지급하였다면 그러한 강매는 피할 수 있었다고 하자. 이 손실은 앞에서 살펴본 포티에의 병든 소에 관한 예시와 정확히 동일한 종류의 間接的 손실이다. 영국법원의 경우 포티에의 예시와 같은 사건을 해결함에 있어서 '直接性' 또는 '因果關係性'의 기준을 언급하지 않은 채 단순히 '豫見可能性'의 기준만을 적용할 것이라는 데에는 의심의 여지가 없다. 재산이 강매됨으로써 발생한 손실은 간접적 손실이지만, 피고가 자신의 불이행으로 그러한 손실이 발생할 것으로 예상했거나 또는 예상할 수 있었다면 그는 그 손실에 대한 책임을 부담하게 될 것이다.⁴⁸⁾

46) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, pp.151~152.

47) 이는 Overseas Tankship사건에서 최초로 확립된 원칙이다(*Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound* [1961] AC 388; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* 2nd ed., Butterworths, 1994, p.40).

48) G.H. Treitel(1988), *op. cit.*, pp.169~170.

IV. 比較法的 考察

1. 過失責任主義의 原則에 관한 比較

과실이 계약적 책임의 필요조건이 되는가에 대하여, 대륙법계와 영미법계는 상이한 입장을 취하고 있다. 前者의 경우, 과실을 계약적 책임의 근원적인 요소로 인정함으로써 기본적으로 過失責任主義의 立場을 따르고 있다. 반면, 後者の 경우, 과실을 계약적 책임의 필요조건으로서 완전히 배제하지는 않지만 그렇다고 해서 포함시키지도 않음으로써 동 부문에 대한 미온적인 입장을 취하고 있다. 나아가, 대륙법계에서는 과실의 정도에 따라 보상의 범위가 결정되는 것이 일반원칙인 반면, 영미법계에서는 例外的인 경우를 제외하고 그러한 원칙을 따르지 아니한다.

협약은 계약적 책임에 대하여 과실의 有無에 대한 언급을 피하면서, 의무의 불이행이 있는 경우에는 손해배상책임을 부담해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 위반당사자는 과실의 존재여부를 불문하고 그 위반의 결과에 대한 책임을 부담해야 한다는 過失不問主義의 立場을 취하고 있음을 알 수 있다. 과실의 정도가 보상의 범위를 결정하지 않음은 물론이다.⁴⁹⁾

2. 豫見可能性的의 原則에 관한 比較

협약은 물론 대륙법계와 영미법계에서도 豫見可能性的의 原則이 채택되고 있으며, 이 원칙에 의거하여 피해당사자는 자신이 입은 손해액을 완전히 회복하기 위한 배상청구권에 일정한 제한을 받고 있다.⁵⁰⁾ 다만 독일법에 있어서는 이

49) UNIDROIT원칙은 협약과 마찬가지로 過失不問主義의 原則을 따르고 있다(제7.1.1조, 제7.4.1조).

50) 예견가능성의 원칙에 대한 UNIDROIT원칙의 입장은 협약 및 동 원칙을 수용하고 있는 국내법과 대동소이하다. 즉, UNIDROIT원칙은 完全賠償의 原則을 규정하면서도(제7.4.2조 (1)항) 예견가능성의 원칙 역시 제시함으로써 이에 대한 제한을 가하고 있다(제7.4.4조).

원칙의 채택이 부인되고 있다.

한편, 예견가능성의 조건에 대한 각 법규상의 표현이 다소 차이를 나타내고 있는 점은 주목할 만하다. 이는 Hadley판결과 협약의 규정간에 존재하는 차이와 같이, 주로 위반당사자가 손해의 발생을 실제 예견했었는가 아니면 실제 예견되지는 않았지만 예견할 수 있었던 것만으로도 충분한가에 관한 문제이다. 그러나 그 표현의 차이에도 불구하고 협약을 비롯한 대부분의 법규에는 後者 즉, '예견가능성'의 개념이 포함되어 있는 것으로 생각된다.

예견가능성의 원칙은 법관에게 폭넓은 裁量權을 부여하는 상당히 유동적인 개념으로서, 예견가능했었는지의 여부는 불이행당사자 및 계약체결 당시의 상황을 참고로 판단되어야 할 문제이다.⁵¹⁾

3. 因果關係성의 原則에 관한 比較

피해당사자가 손해배상을 청구할 수 있기 위해서는 손해라는 결과와 그 손해를 유발시킨 불이행간에 因果關係가 존재해야 함은 당연하다. 그러나 인과관계가 直接的인 것이어야 하는가 아니면 間接的인 경우에도 손해배상이 인정될 수 있는가에 대해서는 다소의 입장차이가 존재한다.

대륙법계는 인과관계성의 원칙에 대한 비교적 엄격한 기준을 제시하고 있다. 독일법은 계약불이행과 손해간에 상당한 정도의 인과관계가 존재할 것을 요구하고 있다. 相當因果關係성의 原則을 도입하고 있는 것이다. 즉, 불이행당사자는 자신의 불이행이 실제 발생한 손실과 동종의 손실의 客觀的 發生可能性을 명백히 높이는 경우에 그 손실에 대한 책임을 부담해야 한다. 프랑스 역시 손해와 불이행간의 直接性을 요구하고 있는 것으로 보아 독일과 유사한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

한편, 이 문제에 관하여 대체로 동일한 입장을 취하고 있는 협약과 영미법계는 계약불이행과 손해간에 인과관계가 존재하여야 하되 그것이 직접적 혹은 간접적인 것이어야 한다는 규정은 두지 않고, 그 손해가 불이행당사자에 의해 예견될 수 있었던 것인가에 따라 손해배상의 여부를 결정한다. 즉, 인과관계성

51) UNIDROIT원칙 제7.4.4조 comment.

의 존재여부를 예견가능성의 기준을 도입하여 판단하고 있는 것이다.

그런데 인과관계성이 지나치게 間接的인 경우에 있어서도 위반당사자가 그 손해를 예견했었다는 사실만으로 손해배상책임을 지게 하는 것이 타당한가 하는 문제가 제기될 수 있다. 예견가능성의 원칙과 엄격히 구별되는 직접성의 원칙을 제시하고 있는 프랑스에 있어서도 법원은 사실상 예견가능성의 기준을 도입하여 인과관계의 직·간접성을 판단하고 있음을 감안할 때, Bianca교수와 Bonell교수의 주장은 현실적인 해결방안을 제시하고 있다고 생각된다.⁵²⁾

그러나 협약이 제시하는 '예견가능성'의 개념을 그대로 적용하는 것은 바람직하다 할 수 없을 것이다. 협약은 손해액은 위반당사자가 예견하였거나(主觀的인 基準) 또는 예견하였어야 했던(客觀的인 基準) 손실을 초과할 수 없다고 규정함으로써 豫見可能性의 原則에 있어 주관적 기준과 객관적 기준을 동시에 제시하고 있다. 주관적 기준이 포함된 예견가능성의 개념을 도입하여 인과관계성의 문제를 해결한다면, 지나치게 간접적인 손해라 할지라도 그 손해가 고질적인 회의론자(위반당사자)에 의해 실제 예견되었음이 審理 結果 입증되는 경우 그러한 손해 역시 손해배상의 범위에 포함되어야 한다는 결론이 도출된다. 이는 결코 바람직한 결론이라 할 수 없다. 협약 초안자들은 인과관계성의 문제에 관한 客觀的인 基準을 제시하지는 않았지만, 그렇다고 해서 지나치게 간접적인 손해의 배상을 인정하고자 의도했다고는 볼 수 없다.

인과관계성을 판단함에 있어서는 주관적 기준이 배제된 그리고 객관적 기준만이 포함된 예견가능성의 개념이 도입·적용되어야 할 것이다. 따라서 프랑스 판례에 대한 견해를 좇아, 협약상의 인과관계성의 원칙은 단순한 原因과 結果로서가 아니라 어떠한 원인이 되는 위반행위의 必然的 結果로서의 손해를 배상해야 한다는 것으로 해석되어야 할 것이다. 그리고 협약상의 예견가능한 손해라 함은 合理的인 사람⁵³⁾이라면 위반행위의 필연적 결과로서 예견할 수 있었던 손해로 해석되어야 할 것이다.⁵⁴⁾

52) UNIDROIT원칙 역시 인과관계성의 필요정도에 대해서는 특별한 기준을 제시하고 있지 않은 바, 협약에 대한 Bianca교수와 Bonell교수의 주장을 援用할 수 있을 것이다.

53) Bianca와 Bonell교수에 의하면, 합리적인 사람은 모든 재난을 예견하는 고질적 회의론자와 최소한의 불운도 예견하지 아니 하는 고질적 긍정주의자의 중간에 있는 사람을 말한다.

54) 한편, Denning경은, Parsons사건에서, 계약체결 당시 위반당사자가 손실의 발생가능성이 그토록 높으리라고는 합리적으로 예상할 수 없었다면, 그 손실은 지나치게

V. 結 論

협약은 完全賠償의 原則에 의거 계약위반이 있는 경우 피해당사자로 하여금 자신이 입은 손해를 완전히 회복할 수 있도록 하고 있다. 따라서 협약상 회복 가능한 손해는 신뢰손실, 부수적 손해 등과 같은 現實的 損失 뿐만 아니라 喪失利益까지도 포함하는 것으로 이해된다. 회복 가능한 손해의 종류와 정도는 국내법에 따라 다소 차이가 있지만, 完全賠償의 原則은 법계를 막론하고 널리 인정되고 있는 보편적 원칙이다.

한편, 피해당사자가 완전배상의 원칙에 의거 회복할 수 있는 손해의 범위에 는 일정한 제한이 가해진다. 우선 過失이 계약적 책임의 필요조건인지에 대한 제정법적 태도에 따라 회복 가능한 손해의 범위에 제한이 가해진다. 대륙법계 의 경우, 과실을 계약적 책임의 근원적인 요소로 간주함으로써 過失責任主義의 입장을 취하고 있으며 일반적으로 과실의 정도에 따라 보상의 범위를 결정한다. 이에 비해 영미법계는 無過失責任主義의 입장을 취함으로써 과실의 정도를 불문한 채 위반당사자는 그 위반의 결과에 대하여 엄격한 책임을 부담해야 한다는 태도를 취하고 있다. 협약은 이에 관하여 영미법계의 입장을 따르고 있다.

계약적 책임을 부과함에 있어 과실을 고려하지 않는 영미법계와 협약의 경우, 회복 가능한 손해의 범위는 일반적으로 豫見可能性의 原則에 의해 제한을 받는다. *Hadley*판결에서 영향을 받은 것으로 보이는 이들 법규정에 따르면 피해당사자는 위반당사자가 계약체결시 예견하였거나 또는 예견할 수 있었던 바 이상의 손해를 회복할 수 없다. 예견가능성의 원칙은 독일을 제외한 대륙법계의 대부분 국가에서도 인정되고 있다.

손해배상의 범위는 因果關係性의 原則에 의해서도 제한을 받는다. 피해당사자가 손해배상을 청구하기 위해서는 손해라는 결과와 계약위반이라는 원인간에 인과관계가 존재해야 함은 당연한 사실이지만, 영미법계와 협약은 대륙법계

간접적인 것이 된다고 주장한 바 있다(*Parsons v. Uttley Ingham* [1978] 1 All ER 525; *A. Burrows, op. cit.*, p.47). 이러한 견해를 본 고에 적용시켜 보면, 위반행위의 필연적 결과로서의 손실은 그 발생가능성이 매우 높은 것으로 합리적으로 예상될 수 있는 손실이라 하겠다.

와는 달리 인과관계성이 直接的이어야 하는지 또는 間接的이어도 무방한지에 대한 언급을 회피하고 있다. 이에 관하여, 몇몇 학자들이 주장하고 있는 바와 같이, 예견가능성의 여부에 따라 인과관계성의 정도를 판단할 수도 있을 것이나, 이는 경우에 따라서는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 영미법계와 협약상의 인과관계성의 원칙은 단순한 원인과 결과로서가 아니라 어떠한 원인이 되는 위반행위의 必然的 結果로서의 손해를 배상해야 한다는 것으로 해석되어야 할 것이다.

협약은 물론 거의 모든 국내법에서 過失責任(過失不問)主義의 原則, 豫見可能性的 原則 및 因果關係性的 原則은 계약위반에 대한 손해배상책임의 범위를 결정짓는 유효한 기준으로서 인정되고 있다. 따라서 국제매매당사자는 계약 체결 당시 과실이 계약적 책임의 필요조건인지에 대하여 당해계약의 준거법이 취하고 있는 기본 입장에 대한 정확한 인식하에, 계약위반이 있는 경우 자신에게 가해질 수 있는 손실들을 구체적으로 언급함으로써 예견가능성 및 인과관계성의 기준에 따른 책임의 범위를 상대방에게 확실히 해둘 필요가 있다. 이는 국제거래환경이 급변하고 그로 인해 거래상의 불확실성이 증가하는 상황에서 계약위반사건에 효과적으로 대처할 수 있는 방안이라 하겠다.

參 考 文 獻

- 梁三承, “프랑스법에 있어서의 損害賠償의 範圍 및 方法”, 民法學의 現代的 課題 (高昌鉉博士華甲論文集), 1987.
- 延和駿, “損害賠償의 範圍에 관한 研究”, 博士學位請求論文, 淸州大學校 大學院, 1997.
- 崔竣璿, 國際去來法(第2版), 三英社, 1997.
- 關口 昇, “フランス法における損害賠償の範圍及び方法について”, 東京都立大學創立十周年記念論文集, 1960.
- J.O., Honnold(吳元奭 譯), UN統一賣買法, 三英社, 1998.
- Bianca, C.M. & Bonell, M.J., *Commentary on the International Sales Law-The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre · Milan, 1987.
- Burrows, A., *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2nd ed., Butter-

- worths, 1994.
- Carbonnier, J., "Droit civil(1979)", *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988.
- Emanuel, S., & Knowles, S., *Contracts*, 5th ed., Emanuel Law Outlines Inc., 1993.
- Fransworth, E.A., "Damages and Specific Relief," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, 1979.
- Hellner, J., "The UN Convention on International Sale of Goods an Outsider's View," *Ius Inter Nationes : Festschrift für Stefan A. Riesenfeld*, Jayme, Kegel & Luttereds. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983.
- Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd Ed., Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991.
- Houte, H.V., *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995.
- Kritzer, A.H., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- 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*, 1989, Vol. 23, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murphey.html>>
- Prosser and Keeton, *Law of Torts*, 5th ed., Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, G.H. Treitel, Clarendon Press, 1988.
- Schneider, E.C., "Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions," *Journal of International Business Law*, Vol. 16, 1995
- 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.
- Will, M., "Buyer's Remedies in General," *Commentary on the International Sales Law : The 1980 Vienna Sales Convention*, C.M. Bianca & M.J. Bonell, eds., Giffré, Milan, 1987.

ABSTRACT

A Comparative Analysis on the General Principles of the Liability for Damages

Bae, Jun Il

All legal systems set out the principle of full compensation of damages, which aims to fulfil the plaintiff's expectations by putting him into as good a position as he would have been in if the contract had been performed. On the other hand, they place some limitations on the full recoverability of damages for breach of contract.

In Civil Law systems, 'fault' is a necessary requirement for liability for damages, and the extent of recoverable damages is directly related to the degree of the dependent's fault. This principle, however, is not adopted by Common Law systems, in which the dependent would be liable in damages for breach of contract even though the breach was not due to his fault. The CISG is in a similar position to the latter systems.

In Common Law systems as well as CISG, the extent of liability of the party in breach for damages depends on whether he foresaw or could have foreseen the damages at the time of contracting. Unlike the position in Civil Law systems, foreseeability seems to be the most effective principle to decide the extent. The tests for remoteness centre on reasonable foreseeability or contemplation of the loss. The party in breach is liable even for loss indirectly caused to the other party provided that this loss was foreseeable or contemplated by the party in breach.

However, this manner to decide remoteness may lead to unreasonable results in some cases. If the party in breach were the inveterate pessimist who foresaw all sorts of possible damages, he could foresee damages too

remote from the breach of duty. If this fact were revealed in the course of trial, he should be liable for such indirect damages. This is really undesirable result. Therefore, as to the remoteness test, the criterion of whether the loss is foreseen or contemplated must not be adopted. Foreseeability by reasonable person must be the only available criterion.

Keywords : CISG, full compensation, fault, foreseeability, remoteness, causality.