

國際物品賣買契約에서 'Liquidated Damage Clause'(LD 條項)의 有效性和 實務的 適用에 관한 연구

吳元奭*

-
- I. 序 論
 - II. LD條項과 違約罰 條項의 機能 比較
 - III. 國際法規와 英美·大陸法界의 立場
 - IV. LD條項의 實務 適用
 - V. 結 論
-

I. 序 論

國際物品賣買契約에서 契約 위반에 대한 救濟方法은 다양하나 어떤 구제방법 과도 병행하여 사용할 수 있는 것이 損害賠償請求權이다. 그렇지만 이러한 권리를 행사하기 위해서는 상대방의 契約 위반 사실과 자신이 입은 손해액을 입증하여야 한다.

손해액의 입증은 경우에 따라서는 매우 어렵고 복잡하기 때문에 契約 당사자는 契約서상에 상대방이 契約 위반시 일정금액의 손해배상금을 지급하도록 미리 약정할 수 있다. 이를 損害賠償額의 豫定條項(liquidated damage clause; 이하 LD조항이라 칭한다)이라 한다. 公産品과 같이 손해배상액의 산정이 비교적 간단한 무역契約에서는 이러한 조항이 자주 사용되지 않으나 一次産品에 관한 國際標準契約書 등에는 보편적으로 사용되고 있다.

* 성균관대학교 경영학부 교수.

특히, 長期供給契約(long-term supply contract)의 선적이나 인도지연, 주요 건설계약의 공사지연, 傭船契約의 滯船料條項(demurrage clause) 등에서 자주 볼 수 있다. 또한, 정확한 숫자로 계산하기 어려운 상업적 평판에 관한 손해 등에서 사용된다.

본고에서 논자는 제II장에서 먼저 여러 국제비즈니스계약 가운데 國際物品 賣買契約을 중심으로 영미법에 따라 LD條項의 기능을 고찰하고자 한다. 다음으로 LD條項과 혼동하기 쉬운 違約罰條項(penalty clause)과 비교·검토하고자 한다.

제III장에서는 LD條項의 유효성에 관하여 CISG와 UNIDROIT Principle과 같은 國際法規와 英美法, 大陸法 및 韓國民法の 입장을 비교하며, 제IV장에서는 LD條項의 실무적 적용방법이나 가능성에 대하여 검토하므로 그것의 법리적·실무적 유용성을 진단할 수 있다.

논자는 본 논문의 LD條項이 각종 국제계약에서 중요성을 인정받아 널리 사용될 수 있도록 하는데 一助하고자 본 논문을 작성하게 되었다.

II. LD條項과 違約罰條項의 機能 比較

1. LD條項의 기능

LD條項은 계약당사자가 자신의 의무이행을 지체하는 일수 또는 주일당 얼마, 총판매대금에서 지체하는 일수 또는 주일당 일정 퍼센트 금액 등으로 표기된다. 이러한 LD條項은 다음 3가지 기능 중 어느 하나 또는 그 이상의 기능을 할 것으로 예상된다.¹⁾

첫째, 損害賠償機能으로 손해액의 입증곤란으로 분쟁이나 소송이 장기화되는 것을 막고 양자의 법률관계를 간단하게 해결하도록 하는 기능이다. 또한 손해액을 미리 약정하므로 계약위반에 관한 문제를 법원에 호소할 필요조차 없게 된다.

둘째, 履行確保機能으로 손해배상액의 예정은 채무자에게 심리적 경고를 주

1) J.M., Friedman, *Contract Remedies*, West Pub. Co., 1981, pp. 198~199

어 채무의 이행을 강제하는 기능을 한다.

셋째, LD條項은 계약을 위반한 채무자가 자신의 손해액을 줄이기 위하여 사용될 수도 있다. 이러한 목적을 위한 경우에는 損害賠償額의 豫定額을 실제로 예상되는 손해액보다 적은 금액으로 확정할 것이다. 그렇지만 이러한 경우는 매우 드문 현상이다.

한국민법은 損害賠償額의 豫定에 관하여 규정하면서도(제398조) 이 조항의 기능은 규정하고 있지 않다. 따라서 판례에 의하면 이것은 채무불이행이 있을 경우 채무자가 지급하여야 할 損害賠償額을 미리 정해두는 것으로서 그 목적은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증의 곤란을 들고 있으며, 분쟁의 발생을 미리 방지하여 법률관계를 쉽게 해결할 뿐 아니라 채무자에게 심리적 경고를 함으로써 채무의 이행을 확보하는 二元的 機能의 입장에서 있다.²⁾

2. 違約罰條項의 機能

위약벌조항은 채권·채무관계에서 채무불이행시에 채무자에게 상당한 배상금을 지급하도록 함으로써 심리적 경고를 주어 채무이행을 확보하는 기능을 한다. 즉, 이것은 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하는 制裁金이다.

英美法에서 '위약벌조항'은 그 약정액이 실제 손해액보다 과다한 경우 무효이다.³⁾ 영미법국가에서는 계약당사자간 채무불이행이 있을 경우에 발생할 것으로 예견되는 손해를 배상하기 위하여 성실하고 진지한 자세로 합리적인 고려 없이 실손해액에 비하여 과다하게 정해진 금액을 '위약벌'로 해석하고 있다.⁴⁾

우리나라의 판례도 '위약벌'은 채무자의 계약이행을 강제하는 이행확보기능만을 인정하기 때문에 그것이 부당하게 과도한 경우에도 감액할 수 없으며,⁵⁾ 이것은 制裁金이기 때문에 이와 별도로 損害賠償의 청구가 가능한 것으로 보여진다.⁶⁾ 다만, 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약

2) 대법원 1993. 4. 23 선고 92다41719판결. 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다14478판결 (朴洪來, '損害賠償額의 豫定과 違約罰에 관한 研究', 法曹, 2001. 6 (Vol. 537), 법조협회, p. 76.)

3) Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 20th ed., 1991, pp. 620~621.

4) 崔彰烈, 損害賠償額의 豫定과 違約罰에 관한 研究, 成均館大學校 博士學位論文, 1999, pp. 68~83.

5) 대법원 1993. 3. 23 선고 92다46905판결; 대법원 1968. 6. 4. 선고68다491판결.

6) 李銀榮, 債權總論, 博英社, 1999, p. 364.

정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 公序良俗에 반하여 무효로 된다.⁷⁾

3. 양자의 구별기준

영미법에서 '손해배상액의 예정'과 '위약벌'의 구별기준은 매매당사자의 계약 체결시 계약위반으로 발생할 것으로 추정되는 손해의 액과 비교하여 크게 균형을 상실하지 않으면 '손해배상액의 예정'으로 보고, 부당하게 과다하면 '위약벌'로 보아 이것은 무효로 간주하고 있다.

우리나라 민법은 제398조 제4항에 '違約金'의 약정은 '損害賠償額'의 예정으로 추정한다고 규정하고 있다. 민법은 영미법의 'penalty'에 해당하는 '違約罰'에 관하여 구체적으로 명시한 조항이 없다. 하지만, 상기 조항의 해석에 관하여 학설과 판례는 違約金중에서 '損害賠償額의 豫定'이 아닌 다른 형태의 것이 내포된 것으로 보고 있으며, 그것이 바로 違約罰이라는 것이다.⁸⁾

판례는 '損害賠償額의 豫定'과 '違約罰'의 구별기준에 관하여 첫째, 당사자들의 손해배상의 법률문제를 간편하게 처리하는데 중점을 두었다면 그것은 '損害賠償額의 豫定'이고, 채무자로 하여금 이행에 나아가도록 압박을 가하기 위하여 채무불이행에 대한 사적인 제재를 규정한 것이라면 그것은 '違約罰'이라는 것이다.

둘째, 계약보증금, 즉 위약금 이외에 실제로 발생한 손해를 실제로 추가 청구할 수 있도록 약정한 경우가 違約罰이고, 단지 계약보증금만 몰수하도록 하였다면 '損害賠償額의 豫定'으로 본다.⁹⁾

셋째, 도급계약에 있어 계약이행보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 계약보증금은 違約罰이고 지체상금은 손해배상액의 예정으로 보고 있다.¹⁰⁾

결국 영미법에서는 'LD조항'은 인정하나 '위약벌조항'은 무효로 하는 반면,

7) 대법원 1993. 3. 23. 선고92다46905판결

8) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1998, p. 237.

9) 대법원 1968. 6. 4 선고68다491판결; 대법원 1981. 7. 28. 선고80다2499판결; 대법원 1998. 12. 23. 선고97다40131판결

10) 대법원 1996. 4. 26. 선고95다11436판결; 대법원 1997. 10. 28. 선고97다21932판결

우리나라의 판례는 양자를 인정함은 물론 '위약벌'의 경우 계약위반을 이유로 하는 制裁金 이외에 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 것은 채권자의 폭리에 비추어 채무자의 피해를 고려할 때 문제점이 있다고 보여진다.

Ⅲ. 國際法規와 英美·大陸法界의 立場

1. UN 統一賣買法

1980년에 제정된 UN 통일매매법(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG)에서는 'liquidated damage'관련 조항을 두고 있지 않다. CISG 제4조에는 "계약이나 그 어떠한 조항 또는 어떠한 관행의 有效性"에 관하여는 관계하지 않는다고 규정하여 國際物品賣買契約上의 'LD조항'의 유효성에 관하여도 관계하지 않을 것을 천명하고 있다.

그렇다면 계약서내의 특정조항, 즉 'LD조항'의 유효성 문제는 법정지의 國際私法規則에 따라 결정되는 국내법에 따라 해결될 수 밖에 없다.¹¹⁾ 그렇지만 CISG에 규율되는 사항으로 CISG에 의하여 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는 본 협약이 기초한 일반원칙에 따라 해결되어야 하고 만약 그러한 원칙이 없을 경우 국내법이 적용된다. 계약의 유효성 문제는 CISG에 규율되는 사항이 아니지만 당사자가 이 문제를 법의 일반원칙이나 상관습에 따르도록 합의하거나, 법원이나 중재법원이 국내법에 이에 관한 규정이 없다는 이유로 법의 일반원칙이나 상관습을 적용하기로 결정할 수 있다. 이 경우 UNIDROIT Principles이 위의 一般原則으로 간주될 경우 적용될 여지가 있다.

결국 계약당사자가 속한 국가가 CISG의 체약국이어서 CISG가 당사자간 계약의 준거법적 기능을 하더라도 당사자간 계약에서 약정한 'LD조항'의 유효성 여부는 국내법이나 또는 UNIDROIT Principles이 적용될 경우 이에 따라 결정될 수 밖에 없다. 비록 'LD조항'이 국내법에 의하여 무효로 된다고 하여도 계약위반자의 손해배상책임은 면제되지 않는다. 또한 이로 인하여 계약서의 다른 조항은 영향을 주지 않도록 매매계약서에 '분리가능성조항'(Severability

11) CISG 제7조 (2)항 참조.

Clause)을 둘 수 있다.¹²⁾

2. UNIDROIT Principles

1) 관련조항

50년간의 노력으로 CISG가 제정되었지만 法系間의 의견이 불일치되거나 타협할 수 없는 문제는 제외하였다. 이에 반하여 1994년에 UNIDROIT가 제정한 '國際商事契約에 관한 原則'(Principles of International Commercial Contracts)은 법적 구속력을 갖고 있지 않지만 당사자가 합의하면 이에 구속을 받고 그렇지 않을 경우에도 당사자의 준거법을 보충하거나 立法모델로 활용될 수 있다.¹³⁾

동 원칙은 마치 미국통일상법전의 不確實性和 복잡성을 확실하고 단순하게 해석하여 법의 현실적 변화를 보다 잘 수용토록 하기 위한 Restatement와 같은 성격을 갖는 현대적 Common Law의 기능을 한다.¹⁴⁾

동 원칙에는 CISG에서 제외한 'Validity'(제3장)와 'Hardship'(제6장 2절) 등과, 본고에서 고찰하고 있는 '손해배상액의 예정'에 관한 규정을 두고 있다(제 7.4.13조). 동 원칙의 '손해배상액의 예정'에 관한 조항은 CISG를 반영한 것도 아니며 그렇다고 영미법계의 접근방식을 따른 것도 아니다.¹⁵⁾

제(1)항은 계약자유의 원칙에 따라 계약불이행에 대한 '손해배상액의 예정조항'은 원칙적으로 유효함을 규정하고 있다. 즉, 실제 반영한 손해액이 예정액보다 많은 적든 상관없이 권리침해를 당한 자는 이를 회복할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁾

제(2)항은 제(1)항의 원칙을 제한하고 있다. 즉, 당사자가 비록 합의를 했다 하더라도 합의한 금액이 계약불이행으로부터 생긴 손해나 다른 상황과의 관계

12) Severability Clause의 실례: "In the event any terms or provisions of this Agreement shall for reason be valid, illegal or unenforceable in any respect, such invalidity, illegality or unenforceability shall not affect any other terms or provisions hereof ..."

13) UNIDROIT Principles, Preamble 참조.

14) M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Pub. Inc. 2nd ed., p. 8.

15) E.A. Farnsworth, "An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", *26 U. Balt. L. Rev.* 5(1997)

16) (1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non performances, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

에서 '지나치게 과도'(grossly excessive)할 경우에는 합리적인 금액으로 감액할 수 있도록 하고 있다.¹⁷⁾

'grossly excessive'의 판단기준은 합리적인 사람의 판단에 의존한다.¹⁸⁾ '손해배상액의 예정조항'이 적용되는 경우는 불이행 당사자가 계약책임을 져야 하는 경우이며, 불가항력적 상황하에서의 계약불이행의 경우에 적용된다고 볼 수는 없다.

합의된 금액이 지나치게 과도하면 감액될 수는 있어도 이러한 예정액이 전적으로 무시될 수는 없다. 그렇지만 제3.10조에 따라 '현저한 불공정'(gross disparity)에 대한 계약취소조건에 해당되면 비록 합의된 예정액이라 하더라도 무효가 된다. 그러한 경우에는 실제 발생한 손해액만 회복할 수 있다. 한편 당사자가 합의한 금액이 부당하게 낮을 경우 그러한 조항은 불이행에 대한 당사자의 책임을 제한하는 조항으로 역시 '현저한 불공정'으로 간주되어 무효가 될 수 있다.¹⁹⁾

비록 중재에 회부된 사건이긴 하지만 당사자간 합의한 금액이 불이행으로 야기된 손해액에 비하여 부당하게 과도한 경우 합리적인 금액으로 감액하도록 판정이 내려졌다.²⁰⁾ 즉, 이 사건은 이탈리아의 회사와 중동국가의 정부기관간의 계약에서 손해배상액의 예정액이 지나치게 과도하였다. 양 당사자는 각각 자국의 국내법을 준거법으로 할 것을 주장했기 때문에 이에 관한 합의를 하지 않고 계약이 체결되었다. 양자간 분쟁이 발생하여 중재에 회부되었는 바, 중재원은 이 사건 판정의 근거로 商慣習法(lex mercatoria)에 구현된 법의 일반원칙에 두겠다고 선언하고 UNIDROIT 원칙을 일반원칙으로 간주하여 이를 적용하였다.

2) CISG의 補充可能性

동 원칙의 前文(Preamble)에 “본 원칙은 국제적으로 통일된 법률문서의 해석 또는 보충에 사용될 수 있다”고 규정하고 있다. 이것은 CISG와 같은 국제

17) (2) However, notwithstanding any agreement to the contrary, the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

18) UNIDROIT Principles Art. 7.16 Comment 4; Art. 7.4.13. Comment 3.

19) UNIDROIT Principles, Art. 7.1.6. Comment 4.

20) I.C.C. Case No. 8261(1996)

적인 통일법의 법률적 공백을 메우기 위하여 동 원칙의 관련조항의 사용을 정당화하는 조항이다.²¹⁾

CISG의 계약국이 CISG를 보충하기 위하여 동 원칙을 적용할 가능성은 소송의 경우와 중재의 경우가 다르다. 소송의 경우는 관할지 법원이 동 원칙을 CISG가 기초한 一般原則으로 간주하기 보다 법정지의 국제사법규칙에 따라 선택된 국가의 국내법을 적용할 가능성이 높기 때문에 동 원칙이 적용되어 CISG를 보충할 가능성이 낮다. 그렇지만 중재의 경우, 특히 선의의 중재인(amicable compositeur)의 경우 중재인은 특정국가의 국내법을 선택하여야 할 의무가 없기 때문에 商慣習法이나 一般原則을 적용할 가능성이 높고 따라서 동 원칙이 적용될 수 있다.²²⁾

파리에서 열린 I.C.C. 중재에서 “유럽계약법의 원리²³⁾”(the Principles of European Contract Law)를 CISG가 기초한 일반원칙으로 간주하였다.²⁴⁾ 이러한 점으로 보아 시간이 경과함에 따라 법원은 CISG 제7조(2)항의 해석에서 국제사법규칙에 따라 결정되는 국내법의 적용을 줄이고 동 원칙에 대한 의존범위를 늘여갈 것으로 예상되나 현재로서는 그 가능성이 높지 않다. 그 이유는 법원에서 과연 동 원칙을 CISG가 기초한 一般原則으로 간주하느냐 하는 문제가 남기 때문이다. 따라서 학계에서 동 원칙의 보충법적 기능을 계속 주장하여 법의 일반원칙으로 자리매김할 수 있도록 노력하여야 할 것 같다.

3. 英美法界와 大陸法界의 立場

1) 英美法界의 LD조항과 위약벌조항의 분리

계약불이행시 합의된 금액을 지급하도록 약정한 ‘LD조항’의 유효성에 대해

21) S.C. Slater, “Overcome by Hardship: the Inapplicability of the UNIDROIT Principles Hardship Provisions to CISG” 12 *Florida Journal of International Law* (1998) 239.

22) M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 196.

23) 1982년에 설립된 The Commission on European Contract가 1998년 “The Principles of European Contract Law”를 제정하였다. 동 위원회는 EU 각국에서 온 변호사들로 구성되어 있으며, 그 성격은 UNIDROIT Principles와 유사하다. 그 내용은 General Provisions, Formation, Authority of Agents, Validity, Interpretation, Contents and Effects, Performance, Non-Performance and Remedies in General, Particular Remedies for Non-Performance 등으로 구성된다.

24) I.C.C. Court of Arbitration(Paris), UNILEX, No. 8128/1995

여 英·美法界와 大陸法界의 차이가 있다.

大陸法界는 이러한 조항을 수용하려는 입장인데 반하여 영미법계는 이러한 조항을 그 목적에 따라 다시 둘로 나누고 있다. 하나는 그 목적이 손해의 예측을 통하여 그 회복을 목적으로 할 경우 이를 'LD조항'이라고 하여 그 유효성을 인정하는 반면 다른 하나는 그 목적이 벌금이나 위약금을 통하여 상대방에게 공포효과를 주어 상대방의 불이행을 방지하는 것이 목적인 경우 이를 '위약벌조항'이라고 하여 그 유효성을 인정하지 않는다.²⁵⁾ 英美法界에서는 계약손해는 보상되어야 하지만 처벌되어서는 안된다는 강력한 법리가 바탕에 깔려 있다.²⁶⁾ 그렇지만 양자의 구분은 용어에 있지 않고 당사자의 의도가 중요하다.²⁷⁾

양자의 차이는 클레임 제기시 손해액의 입증에 있어서도 나타난다. 만약 관련조항이 'LD조항'으로 인정되면 클레임 청구권자는 손해액을 입증할 의무가 없다. 그렇지만 관련조항이 '위약벌조항'으로 간주되면 그것은 무효가 되기 때문에 청구권자는 자신이 입은 손해를 입증하여야 배상을 받을 수 있다.

결국 관련조항이 'LD조항'이나 '위약벌조항'이나에 따라 그 효과가 다르기 때문에 법원은 양자를 구별하는 당사자의 의도를 결정하는데 몇 가지 규칙을 정해두고 있다.²⁸⁾

첫째, 계약위반에서 발생할 것으로 예상되는 최대의 손해와 비교하여 예정 금액이 너무 “과다하거나 부당하면”(extravagant and unconscionable) 위약벌이다. 이 규칙은 영국의 법원에서 정한 규칙이며 미국의 경우에는 합리적(reasonable)이지 않으면 위약벌이다.

둘째, 사전에 정확한 손해액을 예측하는 것이 불가능하거나 또한 예정된 금액이 합리적인 사전예측을 하려는 진정한 시도의 결과라면 LD조항으로 간주된다. 반면에 계약에서 복수의 계약위반에 대하여 하나의 총액을 약정하고 있다면 이는 손해액에 대한 진지한 사전예측으로 보기 어렵기 때문에 위약벌로 간주된다.²⁹⁾

25) *Lamdon Trust Ltd. v. Hurrel*(1955) 1 W.L.K. 391; A.L. Corbin, *Contract*, West Pub, 1963, § 1058.

26) G.D. Schaber & C.D. Rohwer, *Contracts in a Nutshell*, West Pub, 1990, § 132

27) Leo D'arcy, Carole Murry and Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, 2000, sec. 4-015; *Dunlop v. New Garage* (1915)(House of Lord)

28) G.H. Tritel, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, Oxford. 1988, pp. 230~233; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* (1915) A.C. 79. 87~8.

셋째, 계약위반이 단지 대금지급을 하지 않은데 있고 약정된 금액이 실제 지급하여야 할 금액보다 크다면 그것은 위약벌이다.³⁰⁾ 이러한 원칙은 영국과 미국에서 공통적으로 확립된 것이다.

결국 'LD조항'인지 '위약벌조항'인지 여부는 계약서에 사용된 용어가 아니라 당사자의 의도에 따라 정해진다. 본고에서 '의도'란 당사자의 표현된 의도(expressed intent)나 당사자의 주관적 의도(subjective intent)가 결정적인 요소가 아니다. 즉, 양자를 구분함에 2가지 객관적인 기준이 선택된다.

첫째는 예상되는 손해가 측정하기에 불확실하거나 어려워야 한다. 예상되는 손해액이 금액면에서 확실하다면 'LD조항'을 둘 필요가 없다. 왜냐하면 법원은 적절한 공식을 사용하여 이를 계산할 수 있기 때문이다. UCC에서도 '손해배상액의 예정'이기 위해서는 ① 약정손해액이 계약위반으로 야기되는 실제손해액에 비추어 합리적인 금액이어야 하며, ② 손해의 증명이 어려워야 하며, 충분한 구제를 얻기에 불편하거나 불가능하여야 한다고 규정하고 있다.(§ 2-718(1))

둘째, 약정손해액이 실제손해액과 관계에서 합리적이어야 한다. 약정된 금액이 합리적인지의 여부는 계약체결시에 "예상되는 손해"(anticipated harm) 또는 "실제 발생한 손해"(actually occurred harm)의 관점에서 결정될 수 있다.

또한 UCC는 매도인이 매수인의 계약위반을 이유로 물품인도를 유보할 경우 매수인은 총이행금액의 20%나 미화 500달러중 적은 금액을 반환받을 자격이 있다고 규정하여 '법정 약정손해액'(statutory imposed liquidated damages)을 명시하고 있다(§ 2-718(2)(b)). 다만, 이 조항은 대금의 전부 또는 일부를 지급한 매수인이 물품인도전에 계약을 위반한 경우에만 적용된다.

양자의 구별에 관한 판례³¹⁾의 기준은 ① 계약에서 사용된 문구나 용어를 기준으로 하되, 이러한 것들이 불분명할 경우 당사자의 진실한 의사, ② 비록 위약벌로 규정되어 있어도 반대의사가 명백하면 LD조항으로 간주, ③ 의사가 불분명하면 위약벌로 해석, ④ 합의된 금액이 손해액에 비하여 지나치게 과다하면 위약벌로 해석, ⑤ 합의된 금액이 수개의 계약위반을 포괄하고 있고, 각각

29) *Kemble v. Farren* (1829) 6 Bing 141; *Bridge v. Cambell Discount House of Lord*(1962)

30) *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage Motor Co. Ltd* (1915) 79, 87.

31) *Keeble v. Keeble*, 85 Ala. 552, 5S, 149, 150.

의 손해를 쉽게 확정할 수 없으면 위약벌로 해석하도록 판시되었다.

2) 大陸法界의 立場

大陸法界에서는 손해배상액의 예정에 관한 조항을 위약벌로 인정하고 이것이 지나치게 과다할 경우 감액권을 인정하고 있다. 독일의 違約罰(Vertragsstrafe)은 損害賠償額의 기능과 履行確保의 기능을 동시에 인정하고 있으면서³²⁾ 채권자가 위약벌을 청구하거나 損害賠償請求를 선택할 수 있도록 하고 있다.³³⁾ 또한 위약벌이 지나치게 과다한 경우 채무자의 신청에 의하여 법관이 판결로서 감액할 수 있도록 하고 있다.

프랑스 민법³⁴⁾은 손해배상액의 예정과 위약벌에 관하여 따로 따로 규정한 이원적 구조를 갖고 있으나 학설은 양자를 구별하지 않고 동일한 것으로 파악하고 있다.

우리나라 민법은 제398조 제2항 손해배상액의 예정에서 감액권을 인정하고 있는 것으로 보아 명칭은 달라도 독일의 違約罰, 프랑스의 손해배상액의 예정과 違約罰과 유사한 것으로 해석된다. 우리나라 민법상 감액권을 명문으로 규정하고 있는 점 등을 고려하면 損害賠償額의 豫定은 손해배상의 기능 이외에 이행확보의 기능을 동시에 갖고 있다고 보여진다.

大陸法界의 원리가 UNIDROIT Principles에 반영된 것으로 보여진다.

3) 舉證責任

당사자간의 계약서에 명기된 조항이 'LD조항'으로 인정되면 원고는 법원에서 자신이 입은 손해액을 입증할 필요가 없이 약정된 금액을 배상받을 권리가 있다. 이 경우 원고는 단지 상대방이 계약을 위반하였음을 증명하면 된다.³⁵⁾ 또한 원고는 계약에 약정된 금액이 채권금액이기 때문에 손해경감의무도 면제된다.³⁶⁾ 또한 원고가 실제로 입은 손해가 아무리 크다고 하여도 약정된 금액

32) German Civil Code § 343

33) 독일의 다수설 및 판례는 違約罰에 관하여 이행확보기능과 손해배상기능을 갖는 이원적 기능설의 입장에 서 있고, 이 두가지 기능중 이행확보기능이 우선한다는 것이 연방최고법원의 입장이다(朴洪來, 前揭論文, p. 80).

34) French Civil Code(1975) Arts. 1152(2), 1231, 1226, 1233.

35) M.H. Wincup, *Contract Law and Practice*, Kluwer Law International, 1996, p. 29.

이상을 청구할 권리가 없다.³⁷⁾ 그렇지만 계약에서 앞으로의 증거가 가능한 손해에 대하여 추가로 배상받을 권리를 유보하고 있다면 위의 원칙은 피할 수 있다.³⁸⁾

한편 계약서의 관련조항이 'LD조항'이 아닌 '위약벌조항'으로 밝혀지면 원고는 해당금액을 배상받을 수 없다. 이 경우 약정된 금액이 '위약벌'임을 입증할 책임을 져야 하는 당사자는 지급책임이 있는 피고이다. 그렇다고 이러한 증거가 항상 피고에게 이익이 되는 것은 아니다. 예를 들어 피고가 관련조항이 'LD조항'이 아니고 '위약벌조항'임을 증명하면 원고는 해당조항이 무효가 되기 때문에 피고를 상대로 소송을 제기하여 경우에 따라서는 약정액 이상으로 배상받을 수도 있다.³⁹⁾

'위약벌'을 인정하고 있는 영미법의 위약벌규칙(penalty rule)은 합리성에 대한 도전이다.⁴⁰⁾ 위약벌과 손해배상액의 예정을 구분할 경우 계약당사자는 관련조항이 어느것에 해당할 지 불확실하기 때문에 당사자의 契約自由의 原則도 제한을 받으며, 또한 사법적 감액권도 법원이 행사할 수 없기 때문에 대륙법계가 갖고 있는 적용상의 유연성도 확보되지 않는다.⁴¹⁾

IV. LD조항의 實務 適用

1. I.C.C. 국제모델매매계약

1997년에 ICC가 작성한 國際모델계약(The ICC Model International Sale Contract)에는 계약조항을 특수조항(specific condition)과 일반조항(general condition)으로 나누고 있다.

특수조항은 매매계약의 당사자가 서식의 여러 가지 선택적인 내용 가운데

36) *Abrahams v. Performing Rights Society* (1995) (House of Lords)

37) *Cellulose Acetate v. Widnes, Foundry* (1933)(House of Lords)

38) *Raymer v. Stutton Woods* (1988)(Canada)

39) *Well v. Rideriaktiebolaget Luggude* (1915)(House of Lords)

40) *Robophone v. Blank* (1966)(House of Lords)

41) M.H. Wincup, *op. cit.*, p. 291.

자유롭게 선택하도록 되어 있는 난을 완성하여 특정조건에 합의하도록 하는 것이며, 일반조항은 특수조항과 함께 사용하도록 만들었다. 일반조항이 특수조항과 독립적으로 사용될 수 있는데, 그럴 경우 일반조항내의 특수조항에 관한 언급은 당사자간 합의한 어떤 관련 특수조항에 대한 참고사항으로 해석될 것이다. 또한 일반조항과 특수조항 사이에 불일치가 발생하면 특수조항이 우선한다.

일반조항은 매매의 일반조건을 포함하여 모든 계약의 공통적인 조항으로 구성되어 있으며, 본고에서 고찰하고 있는 'LD조항'도 일반조항에 포함된다.

동모델계약서는 매도인이 물품인도를 지연할 경우 매수인은 1주일 지연된대 대하여 지연된 물품대금의 0.5%를 '손해배상액의 예정'으로 지급하도록 하고 이 금액의 한도를 5%로 제한하고 있다.

만일 인도지연이 10주가 되면 매수인 계약을 종료할 수 있도록 규정하고 있다. 물론 계약이 종료되더라도 인도지연이나 불인도에 따른 '약정된 손해배상액'은 회복할 수 있다. 물론 여기에는 매수인의 통지의무를 전제로 한다.

동 모델계약서에는 'LD조항'이 인도지연(late-delivery)뿐만 아니라 불인도(non-delivery)의 경우에도 그대로 적용된다.⁴²⁾ 또한 계약이 매수인에 의하여 종료되더라도 약정손해배상액 이외의 불인도 물품의 10% 범위내에서 매수인은 입증된 손해액에 대하여 회복할 권리가 있다.

모델계약의 'LD조항'에서 매수인은 5%의 손해배상액의 예정에 대하여 실제 손해액을 입증할 필요 없이 인도가 지연되었음을 입증하면 회복할 수 있지만, 약정액의 한도를 넘도록 지연이 계속되면 계약을 종료할 권리와 함께 약정된 손해배상액을 청구할 수 있고 나아가 추가로 발생한 손해액을 불인도 물품대금의 10% 범위내에서 회복할 수 있다. 물론 이에 대한 입증의무는 매수인이 부담하여야 한다.

ICC 모델계약서에는 매도인의 인도지연에 따른 매수인의 약정손해배상액에 상응하는 조항을 제6조에 규정하고 있다고 볼 수 있다. 제6조, 즉 '지급지연의 경우 이자'(interest in case of delayed payment)의 제1항에는 "지급시기의 도래시 대금지급을 하지 않으면 상대방은 지급시기가 도래한 때로부터 이자를 취득할 자격이 있다."고 규정하여 대금지급 지연에 따른 이자취득권을 명기하

42) I.C.C., The ICC Model International Sale Contract, 1997, B. General Conditions, Art. 10.5: "The remedies under this article are exclusive of any other remedy for delay in delivery or non-delivery."

고 있다.

또한 제2항에는 이러한 이자의 이자율이 지급지의 우량차입자에 대한 평균 은행단기대출이자율보다 2%를 높게 징구하도록 하여 이러한 추가 2%가 바로 'penalty clause'적 성격을 나타낸다고 보여진다.

논자는 이러한 '이자조항'이 인도지연에 따른 LD조항에 대한 대응조항으로 적절하지 않다고 생각한다. 왜냐하면 결제방식이 open account나 D/A 또는 D/P인 경우에는 지급시기가 명료하기 때문에 지급지연에 대한 책임을 이자율에 반영할 수 있지만 L/C베이스인 경우에는 L/C개설 지연시 이자율을 계산할 수 없기 때문이다.⁴³⁾

L/C개설 지연의 경우 계약위반의 책임을 손해배상청구로 추궁할 수 밖에 없다. 이 경우에 매도인의 손해배상액의 입증은 쉽지 않을 것이다. 원래 LD조항의 기능이 손해배상액을 산정하기 어려울 경우에, 또한 이행을 강제하기 위한 목적이 있기 때문에 이에 관한 조항이 추가되어야 한다고 생각된다.

결국 제6조는 제10조 매도인의 인도지연에 대한 LD조항에 대한 대응조항으로 불충분하다고 여겨진다. 실제 거래에서 매수인의 대금지급과 관련하여 매도인이 가장 불안해하고 있는 것이 바로 계약체결 후 L/C가 개설되지 않거나 늦게 개설되는 것이다. L/C개설시기를 매수인이 지키도록 압박하기 위해서 및/또는 산정하기 어려운 L/C개설지연에 따른 매도인의 물적·정신적 손해를 배상할 배상액을 미리 약정해 둬으로써 이에 따른 법적분쟁을 줄이고 성실하게 계약을 이행하도록 한다는 점에서 L/C개설지연에 관한 LD조항의 추가삽입이 필요하다고 생각된다.

2. 大韓商事仲裁院의 모델매매계약서

대한상사중재원의 모델매매계약서⁴⁴⁾에는 매수인의 L/C 개설지연과 매도인의 선적지연에 대비한 LD조항을 명시하고 있다.

먼저 매수인의 L/C 개설지연에 대비하여, 매수인의 책임있는 사유로 L/C 개

43) ICC International Sale Contract A. Specific Condition의 Payment Condition에는 "Payment on open account", "Payment in advance", "Documentary collection", "Irrevocable Documentary Credit", "Other" 등에서 어느 하나를 선택하도록 되어 있다.

44) 大韓商事仲裁院(調研 92-03), 模範商去來契約書集, pp. 81~90.

설이 1주일 지연되면 관련 L/C 금액의 0.2%를 약정손해배상액으로 지급하도록 하고 있다. 그렇지만 손해배상액의 예정한도를 L/C 금액의 1%로 제한하고, L/C 개설이 5주 이상 지연되면 매도인은 계약을 종료할(to terminate) 수 있도록 하고 있다.⁴⁵⁾

만일 결제방식이 L/C 베이스가 아닌 D/A 계약서 베이스인 경우에는 매수인이 대금지급을 지연할 경우 지연된 기간을 기준으로 'LD조항'을 적용할 수 있을 것이다. 또한 동 모델계약서에는 매도인의 선적지연에 대비하여 매수인이 행사할 수 있는 상응하는 조항을 명시하고 있다.

매도인의 선적이 1주일 지연되면 1주일을 유예기간(grace period)으로 인정하고, 그 후 1주일 지연될 때마다 지연된 물품의 계약금액의 1%를 약정손해배상액으로 지급하도록 하고 있다. 선적조건에서 유예기간을 둔 것은 1주일 이내의 선적지연은 back-date로 선적기일 이내의 일자로 B/L을 발급받고 있는 현실을 반영한 것으로 여겨진다. 전술한 L/C 개설지연의 경우와 마찬가지로 선적지연의 경우에도 상한선을 두고 있다. 즉, 지연된 물품의 계약금액의 6%, 이것은 선적이 7주 지연시에 매도인이 지급할 약정금액으로, 그 이상 지연되면 매수인은 계약을 취소(to cancel)할 수 있도록 규정하고 있는 바, L/C 개설지연의 경우와 같이 계약을 종료(to terminate)할 수 있도록 수정할 필요가 있다고 본다.⁴⁶⁾

45) Delay by the Buyer in establishing the letter of credit shall extend the time for performance of this Agreement by the Seller to such extent as may be necessary to enable it to make delivery in the exercise of reasonable diligence after such letter of credit has been established.

Should opening of the letter of credit be delayed for causes for which the Buyer is liable, Buyer shall pay the Seller amount equal to [twotenth of one percent(0.2%)] of the amount of relevant letter of credit per each full week as liquidated damages with net cash or sight draft within [three days] from receipt of relevant bill from the Seller.

However, the total amount of liquidated damages shall not be more than [one percent(1%)] of the amount of relevant letter of credit. Should opening of letter of credit be delayed by more than [five (5) full weeks], the Seller may terminate the Agreement without prejudice to the Seller's rights under the Agreement, including claim of said liquidated damages.

46) In the event that the Seller delays shipment of the Goods in accordance with the shipment Schedule for reasons solely attributable to the Seller, the Buyer shall grant the Seller [seven days] grace, without liquidated damage on each specified delivery.

After that [seven days'] grace, the Buyer has the right to claim [one percent(1%)] of the contract price of the Goods of which shipment shall have been delayed, per each full week from [seven days] after the scheduled delivery date until actual shipping date thereof.

물론 본 조항에도 매도인의 책임이 아닌 不可抗力에 의한 선적지연에 대하여는 이 원칙이 적용되지 않는다.

선적의무는 매도인의 主義務이며, 대금지급은 매수인의 主義務이므로 이들 양대의무의 이행을 압박하고, 만약 이를 위반하면 손해배상액을 입증할 필요 없이 약정액을 배상받으므로 계약위반에 대한 권리구제가 용이하다는 측면에서 계약실무에서 유용성이 높다고 생각된다. L/C 개설지연시에 손해배상액의 예정으로 1주당 0.2%를 약정한데 반하여 선적지연시에는 1%로 약정한 것은 선적지연으로 인하여 매수인이 입게될 손해가 L/C 개설지연으로 매도인이 입게될 손해보다 더 심각하다는 판단에 따른 것으로 보여진다. 그렇지만 'LD조항'이 너무 남발되면 압박효과가 약해지고 배상액기준간의 형평성도 문제될 수 있다.

V. 結 論

대부분의 국가의 국내법에 LD조항이나 이와 유사한 조항을 두고 있다. 비록 국내법이 이와 유사한 조항이 없다고 하여도 개별 계약서에서 당사자간 합의로 이러한 조항을 들 수 있다. 이러한 개별계약서의 LD조항의 有效性은 국내법에 따라 결정된다. 만일 국내법에 이에 관한 조항이 없다면 법원이나 중재법정은 UNIDROIT Principles에 따라 그러한 조항의 유효성을 인정할 수 있을 것이다. 그 가능성은 중재의 경우가 더 높다.

UCC의 경우 '법과 형평의 원리'(principles of law and equity)로 법조항의 보충을 기대하고 있으며⁴⁷⁾, 많은 다른 국가에서도 법을 보충하기 위하여 법의 一般原理에 의존하도록 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 국제거래에서 UNIDROIT

The total amount of the liquidated damage under the Agreement shall be limited to [six percent (6%)] of the contract price of the Goods delayed.

If the aforesaid delay of delivery exceeds [six (6) full weeks], the Buyer has the right to cancel the Agreement, without prejudice to Buyer's right under the Agreement, including claim of said liquidated damages.

In the event of Force Majeure, liquidated damage for late delivery shall not be applied.

47) UCC §1-103 (1995)

48) B.S. Selden, "Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Close Look," 2 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. III, 124~126 (1995)

Principles이 법의 一般原則이나 상관습(*lex mercatoria*)로 인정될 수 있기 때문에 동 원칙이 적용될 수 있다.⁴⁹⁾ UNIDROIT Principles가 국제상사계약의 일반원칙으로 인정될 수 있도록 이를 널리 보급하는 것이 바람직하다.

英美法이나 UNIDROIT Principles에서 'Liquidated Damage Clause'가 예상되는 손해에 대한 성실한 평가를 반영하였다면 이것은 손해배상액의 예정으로 간주되어 실제 손해액에 대한 입증 없이 지급될 수 있으나 'LD조항'이 지나치게 높은 배상액을 명시하고 있거나 계약위반자의 계약이행을 강제한다고 판단되면 'penalty'로 간주되어 잘못하면 그 효력을 상실할 가능성이 있다. 이렇게 되면 자신이 입은 손해를 입증하여야 입증된 부분에 대해서만 배상받을 수 있다.

그렇지만 大陸法界에서는 국가마다 다소 차이가 있지만 대체로 'LD조항'과 'Penalty'를 구분하지 않고 명칭에 상관없이 二元的 기능을 인정하고 있다. 다만, 그러한 조항에 나타난 배상액이 지나치게 과도한 경우 감액권을 인정하고 있어 영미법국가에 비하여 이 조항에 관하여 관대함을 보여주고 있으며 UNIDROIT Principles도 대륙법계를 반영한 것으로 여겨진다.

따라서 계약당사자는 나중에 어느 국가의 법이 적용될지 알 수 없기 때문에 LD條項을 명시할 때 과도하게 지나치지 않도록 유의하여야 한다. 결국 LD조항은 그 배상내용이 지나치게 과도하지 않는 한 英美法界, 大陸法界, UNIDROIT Principles 및 한국법에 의하여도 그 유효성이 인정되며, 지나치게 과도한 경우 영미법에서는 무효가 되기 때문에 손해배상청구권이 뒤따르게 되지만 대륙법계나 UNIDROIT Principles에서는 법원이 감액권을 행사하게 될 것이다. 특히, LD조항은 손해배상액의 산정상 어려운 점을 해결하고, 이행을 강제하는 실무상 효용성이 매우 크다. 후자의 효과는 약정액에 대한 부담감과 소송을 제기하지 않을 것이란 기대감을 해소시킨다는 측면에서 이행부담효과가 매우 크다고 할 수 있다. 따라서 실무에서는 계약체결에 있어서 'LD조항'의 선택시 각종 모델계약서나 해당거래의 성격을 감안하여 penalty로 판단되지 않도록 하여야 한다.

49) UNIDROIT Principles, Preamble: They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by "general principles of law", the '*lex mercatoria*' or the like; A.M. Garro, "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: some comments on the Interplay Between the Principles and CISG", 69 *Tul. L. Rev.* 159 (1995).

參 考 文 獻

- 郭潤直, 債權總論, 博英社, 1998.
- 李銀榮, 債權總論, 博英社, 1999.
- 朴洪來, '損害賠償액의 豫定과 違約罰에 관한 研究', 法曹, 2001. 6 (Vol. 537)
- 崔彰烈, 損害賠償額의 豫定과 違約罰에 관한 研究, 成均館大學校 博士學位論文, 1999.
- 대법원 판례, 1968. 6. 4. 선고68다491판결.
- _____, 1981. 7. 28. 선고80다2499판결
- _____, 1991. 3. 27. 선고 90다14478판결
- _____, 1993. 3. 23 선고 92다46905판결
- _____, 1993. 4. 23 선고 92다41719판결
- _____, 1996. 4. 26. 선고95다11436판결
- _____, 1997. 10. 28. 선고97다21932판결
- _____, 1998. 12. 23. 선고97다40131판결
- 대한상사중재원, 模範商去來契約書集(調研 92-03), 1992.
- Bonell, M.J. *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Pub. Inc. 2nd ed., 1997.
- Carole Murry and Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, 2000.
- Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 20th ed., 1991.
- Corbin, A.L. *Contracts*, West Pub., 1963.
- Farnsworth, E.A., "An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", *26 U. Balt. L. Rev.* 5(1997)
- Friedman, J.M., *Contract Remedies*, West Pub. Co., 1981.
- Slater, S.C. "Overcome by Hardship: the Inapplicability of the UNIDROIT Principles Hardship Provisions to CISG"*12 Florida Journal of International Law* (1998).
- Schaber, G.D. & Rohwer, C.D., *Contracts in a Nutshell*, West Pub, 1990.
- Selden, B.S., *Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Close Look*, *2 ANN. SURV. INT'L & COMP. L.* (1995)
- Tritel, G.H., *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, Oxford. 1988.
- Wincup, M.H., *Contract Law and Practice*, Kluwer Law International, 1996.

I.C.C., The ICC Model International Sale Contract, 1997

I.C.C. Court of Arbitration(Paris), UNILEX, No. 8128/1995

UNIDROIT, Principles of International Sales Contracts, 1994.

UNCITRAL: United Nations Convention on Contract for the International
Sale of Goods(1980)

U.C.C (1995)

French Civil Code (1975)

I.C.C. Case No. 8261(1996)

ABSTRACT

A Study on the Validity and Practical Application of Liquidated Damage Clause(LD Clause) in International Sales Contract

Oh, Won Suk

The purpose of this paper is to examine the viewpoints of the different legal systems for the validity of LD Clause and the possibility of gap-filling function of UNIDROIT Principles in International Sales Contract.

The results of comparative study between common law system and civil law system, and between CISG and UNCDROIT Principles is as follows:

First, common law system distinguishes LD Clause and Penalty Clause, but civil law system including Korean law does not strictly distinguish the difference between them, provided that the liquidated damages are not grossly excessive.

Second, CISG does not concerned with the validity of LD Clause but entrust this matter to the law applicable by virtue of the rules of private international law; conversely the Principles follow similar position of civil law system. The possibility of gap-filing of the Principles is more positive in the case of arbitration than in the case of litigation.

On the basis of above study, I also checked the LD Clauses of ICC Model International Sales and the Model Contracts of Korean Commercial Arbitration Board. The LD Clauses of there two Model Contract seem very appropriate and reasonable for the reference in practical application.

The appropriate, not excessive, LD Clause will contribute not only to eliminate the burden of proof for the actual damages, but also to enforce both parties to perform their obligations in their contracts.

Therefore, When we make contract, we should keep in our mind to insert the reasonable and appropriate LD Clause in the sales contract. If not, so to speak, litigated damages are grossly excessive, the Clause may be invalid in some legal system.

Key Words : Liquidated Damages