

국제물품매매계약에서 매도인의 계약위반에 대한 매수인의 손해배상청구권 행사의 문제점

- CISG와 UNIDROIT Principles(2010)을 중심으로 -

오 원 석*
윤 영 미**
임 성 철***

-
- I. 서 론
 - II. 손해배상의 원칙과 손해액의 산정
 - III. 손해배상청구권의 행사시 예상되는 문제점과 대책
 - IV. 결 론
-

주제어: 손해배상청구, CISG, UNIDROIT 원칙, 손해배상예정액조항, 청구보증

I. 서 론

CISG는 일방의 계약위반 시 상대방이 청구할 수 있는 손해배상에 관하여 4개 조항을 두고 있다. 즉, 제74조는 손해배상의 범위를, 제75조와 제76조는

* 성균관대학교 경영전문대학원 교수

** 성균관대학교 대학원 무역학과 박사과정 수료

*** 성균관대학교 경영대학 강사

계약해제 시 손해액의 산정방법을 그리고 제77조는 손해경감의무를 규정하고 있다.

손해배상청구권은 CISG상의 여러 가지 구제수단 가운데 가장 보편적으로 사용되고 있는 것이며 이것은 다른 구제수단과 병행하여 사용될 수도 있고, 단독으로 사용될 수도 있다.

일방의 계약위반 시 상대방이 사용하는 손해배상청구권은 CISG 제79조에 나타난 면책사유에 해당되지 않는 한, 고의나 과실을 구분하지 않고 그 경중과도 관계가 없으며, 계약위반의 유형과도 관계가 없다.¹⁾

손해배상의 원칙은 완전배상을 원칙으로, 피해당사자는 계약이 적법하게 이행되었을 때와 경제적으로 동일한 지위에 놓이도록 배상이 이루어져야 한다. 다만 손해는 위반당사자가 알았거나 알았어야 하는 사실 및 사항을 기초로 하여 계약체결 시 그가 계약위반의 가능한 결과로 예상했거나 예상했어야 하는 손실을 초과할 수 없도록 규정하여 예견가능성(foreseeability)에 의한 제한을 두고 있다.

논자는 본 논문에서 매도인의 계약위반에 따라 매수인이 청구하는 손해배상액 산정기준을 CISG중심으로 검토하고 CISG상 명료하지 않거나, 관련조항이 없어 발생한 법적 공백을 UNIDROIT Principles로 보충할 수 있는지 여부도 고찰하고자 한다. 나아가 이러한 손해배상액 산정과 손해배상청구권 행사에 따른 한계와 문제점을 고찰하고 이를 해결하기 위하여 약정손해배상액 조항(liquidated damage clause; LD조항)과 보증제도의 활용가능성을 제안하고자 한다.

본 연구의 목적은 거래당사자가 보편적으로 활용하고 있는 손해배상청구권이 거래실무에서 예상되는 문제점을 제시하므로 계약당사자가 이를 계약체결 시에 인지하여 LD조항 및/또는 보증제도를 적극 활용하도록 하는데 있다.

Ⅱ. 매도인의 손해배상책임 손해액의 산정방식

1. 손해배상책임 원칙

3) 한국 민법과는 달리 CISG는 이행지체, 이행불능 또는 불완전이행을 구분하지 않는다.

1) 완전배상의 원칙과 제한

CISG 제74조 1문에 따르면 계약을 위반한 당사자는 이익의 상실을 포함하여 위반의 결과로서 상대방이 입은 손실을 배상하여야 한다. 즉, 계약위반자의 손해배상책임의 기준은 만약 계약이 정당하게 이행되었더라면 상대방이 처했을 경제적 지위와 동일하게 놓여 지도록 하는 것이다.²⁾ 이를 완전배상의 원칙(principle of full compensation)이라고 한다. 제74조는 이 원칙과 함께 예견가능성(foreseeability rules)에 의한 책임의 제한을 규정하고 있다. 즉, 계약위반자가 알았거나 알았어야 하는 사실 및 사항을 기초로 계약체결 시 그가 계약위반의 결과로 예상했거나 예상했어야 하는 손실을 초과할 수 없다.

CISG 제74조는 결국 완전배상주의를 취하면서도 예견가능성에 의한 제한을 둬므로 제한배상주의의 원칙을 취하고 있다고 볼 수 있는 바, 이후에 제정된 UNIDROIT Principles(2004)과 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 1999)도 기본적으로 같은 입장을 취하고 있다.³⁾

2) 고의·과실불문주의의 원칙과 제한

CISG 제45조와 제61조의 각 제1항 (b)호는 일방당사자가 "계약 또는 본 협약에 따른 어떠한 의무를 이행하지 아니하는" 경우, 상대방은 "손해배상을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다. 본 협약은 이들 조문에서 계약불이행의 경우 불이행 당사자에게 과실이 있는 경우에만 책임을 지는 과실책임주의를 배격하고⁴⁾ 계약불이행이 고의 또는 과실여부와 상관없이 불이행 당사자가 불이행 결과에 대하여 책임을 부담하는 고의·과실불문주의를 취하고 있다.

그렇지만 상대방의 계약불이행이 자신의 작위 또는 부작위에 기인한다면 그 한도 내에서는 상대방의 불이행을 주장할 수 없도록 규정하고 있다.⁵⁾ 협약상

2) H. Stoll & G. Gruber, Art. 74, paras. 2&5, in Schlechtriem & Schwenger, CISG Commentary, 2nd, Oxford, 2005.

3) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(Arts. 7.4.2&7.4.4); Principles of European Contract Law(Arts. 9: 502~503).

4) 존 오 호놀드 저(오원석 역), UN통일 매매법, 삼영사, p.385; C. M. Bianca & M. J. Bonell, Commentary on the International Sales Law; The 1998 Vienna Sales Convention, Giuffre, Milan, 1987, p.540.

고의·과실불문주의의 원칙의 유일한 예외는, 의무의 불이행이 불이행 당사자 자신의 통제를 벗어난 장애(impediment)에 기인하였다는 점과 계약체결시에 그 장애를 예견하거나 또는 장애나 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 점을 입증하는 경우에는 손해배상책임으로부터 면제된다.⁶⁾

3) 예견가능성의 원칙과 제한

앞에서 언급한 바와 같이 CISG 제74조 2문은 완전배상의 원칙에 중요한 제한을 가하고 있다. 즉, 손해배상액은 위반당사자가 계약체결시점에 알았거나 알았어야만 했던 사실 및 사정에 비추어 보아 그 위반당사자가 계약체결 시 계약위반의 가능한 결과로서 예견하였거나 또는 예견하였어야 했던 손실을 초과할 수 없다. 손해배상액을 이러한 예견가능성의 원칙에 제한하는 근본적 취지는 피해당사자가 과도한 손해배상을 청구하는 것을 방지하기 위함이다.

“예견하였거나 혹은 예견하였어야 했다” 이란 표현은 위반당사자가 그 손실을 실제로 예견했었다는 것을 피해당사자로서는 증명할 필요는 없으며, 위반당사자가 객관적으로 그러한 손실을 예견할 수 있는 위치에 있었음을 증명하면 충분하다.⁷⁾ 예견가능성의 여부는 위반당사자가 위반결과에 대한 예상을 가능하게 하는 사실과 사정에 대한 지식을 가지고 있었는가에 의해 결정된다. 그러나 이러한 지식은 다만 추정적 지식(presumed knowledge)일 뿐이며, 위반당사자가 위반의 결과를 예견가능 하도록 하는 사실과 사정은 실제 알지 못했다 하더라도 객관적으로 보아 그러한 사정을 알 수 있었던 위치에 있었다면 위반의 결과는 예견할 수 있었던 것으로 간주된다.⁸⁾

5) 즉 상대방의 불이행이 자신의 과실에 기인하였다면 그 한도 내에서는 손해배상청구와 같은 권리구제를 행사할 수 없다. 예컨대, 매도인이 수입승인을 받아야 할 경우, 매수인이 자국의 공무원을 매수하여 수입승인을 거절토록 한 후 매도인에게 물품 불인도를 이유로 손해배상청구소송을 제기할 수 없다.

6) CISG 제79조 제1항; 배준일, UN통일매매법상의 손해배상책임에 관한 연구, 박사학위 청구논문, 성균관대학교, 2000, p.37.

7) C. M. Bianca & M. J. Bonell, op.cit., p.541.

8) 배준일, 전제논문, p.38.

4) 인과관계성의 원칙

계약위반과 피해당사자가 입은 손해 간에는 인과관계가 있어야 한다. 인과관계의 정도에 관하여는 여러 가지 학설이 있을 수 있다.⁹⁾ 즉, 위반당사자는 자신의 계약위반과 직접적인 인과관계가 있는 손실에 대해서만 책임이 있는지, 아니면 간접적인 인과관계까지 책임이 있는지 문제가 될 수 있다. CISG는 이에 관하여 언급이 없으나, Bianca와 Bonell 교수는 이에 관하여 예견가능성 (foreseeability)의 조건을 적용하므로 해답을 찾을 수 있다고 주장한다. 예견가능했던 손실은 직접적 인과관계가 있던 간접적 인과관계가 있던 불문하고 책임을 져야 하지만 실제로 대부분의 간접적인 손해는 예견불가능하다.¹⁰⁾ UNIDROIT Principles에서 '불이행의 결과로 입은 손해'(harm sustained as a result of the non-performance)란 표현에서 직접적 인과관계를 암시하고 있다고 생각한다.¹¹⁾

5) 금전배상의 원칙

CISG 제74조 1문에는 “손해액은 … 동등한 금액으로 한다” 고 규정하여 금전배상의 원칙을 분명히 하고 있다. 금전배상을 원칙으로 한 점에서 독일민법과는 다르다.¹²⁾ CISG는 금전이 아닌 물질적 원상회복을 허용하지 않고 있다. 손해배상청구가 계약해제와 함께 이루어질 경우 원상회복과 금전배상이 동시에 이루어질 수 있다.

또한 CISG는 과실상계를 명시하고 있지 않지만 제77조의 손해경감의무를 통하여 과실상계가 이루어질 여지를 남기고 있다.

물품뿐만 아니라 서비스계약에도 적용할 수 있는 UNIDROIT 원칙에서는 비금전적손해(non-pecuniary harm)도 포함하고 있다.¹³⁾ 예를 들어 비금전적

9) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, p.280; 여기서는 조건설과 우리 민법의 상당인과관계에 관하여 언급하고 있다.

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

11) UNIDROIT Principles(2004), 제7.4.3조 Comment 3. 참조.

12) 독일민법 제249조 제1항은 채무자의 원상회복의무를 규정하고, 제2항은 채권자가 원상회복 대신 금전배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(석광현, 전거서, p.278, 각주 89).

손해에는 육체적 피해나 정신적 고통이 포함될 수 있다. 이 경우 법원은 손해 배상과 함께 다른 구제를 명할 수 있지만 손해배상방법은 금전적 배상이어야 한다.

2. 배상손해의 유형

CISG 제74조는 이익의 상실을 포함하여 계약위반의 결과 상대방이 입은 손실을 배상하도록 규정하면서도 어떤 손해가 구체적으로 배상되는지를 상세하게 규정하고 있지 않다. 따라서 구체적인 손해배상은 계약의 목적을 고려하여 완전한 배상이 이루어져야 한다는 CISG의 총체적 목적에 따라 결정되어야 한다.

이러한 목적에 따라 회복가능한 손해의 유형에는 불이행 손해(non-performance loss), 부수적 손해(incidental loss), 결과손해(consequential loss) 및 상실된 이익 등으로 나누어 검토해볼 필요가 있다.

1) 불이행 손해

불이행 손해는 채권자의 주된 본래(primary)의 손해 또는 직접적 손해이다.¹⁴⁾ 이러한 불이행 손해는 만약 계약이 해지된 경우에는 대체거래나, 시가를 기초로 하여 제75조나 제76조에 따라 계산되며, 계약이 해지된 경우가 아닌 경우에는 대체거래비용을 기초로 하여 제74조에 따라 계산될 수 있다.¹⁵⁾

만약 인도된 물품이 하자가 있다면, 손해배상액은 하자 있는 물품의 객관적 가치와 계약에 일치된 물품이 계산 당시에 가졌을지도 모를 가치와의 차이가 된다. 따라서 매수인은 이러한 차이가 재판매시장에서 금전적으로 현실화되었는지의 여부와는 관계없이 금액으로 청구가능하다.

13) UNIDROIT Principles(2004), 제7.4.2조

14) I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods, 3rd ed., OXFORD, 2010, p.1006.

15) J. O. Honnold/M. Flechtner, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th ed., Kluwer Law International, 2009, Arts. 75, 76, para 410.2.

또한 인도된 물품이 수리가가능하다면 불이행 손해는 수리에 따른 필요비용을 기준으로 계산될 수 있다.

양당사자의 계약이행과정에서 매도인이 물품인도에 지연이 있었다면 이것은 매수인에게 지연의 결과 발생한 손해에 대해 배상을 청구할 권리를 부여한다. 만약 매도인이 물품인도를 지연한 경우 매수인은 지연된 물품이 도착하기까지의 시차를 매우고 결과손해를 회피하기 위해 취해진 합리적 조치에 따른 비용을 회복할 수 있다.¹⁶⁾

2) 부수적 손해

부수적 손해의 배상가능성에 관하여는 CISG 제74조에 언급이 없다. 그러나 완전배상의 원칙에서 보면 부수적 손해의 배상여부는 논란의 여지가 없다.

미국 통일상법전 제2-710조와 제2-715조는 매도인의 부수손해와 매수인의 부수손해에 관하여 각각 규정하고 있다.

회복가능한 부수적 비용의 예로는, 매수인이 부당하게 물품수량을 거절하거나, 또는 매수인에 의해 제공된 선복에 물품을 적재하기에 적절하지 않아 매도인이 물품을 보존·보관 하거나 운송함에 따르는 추가비용이 이에 해당한다. 부수적 비용은 채권자의 기대이익의 실현에 관한 비용이 아니고 추가적인 불이익을 피하기 위해 발생하는 비용이다.¹⁷⁾ 만약 매수인이 계약에서 합의한 운행보증장을 제공하지 않아 매도인의 물품인도가 지연된다면 매수인은 물품보관에 따른 비용을 배상하여야 한다.¹⁸⁾ 반대로 매도인은 지체인도나 부적합한 물품의 인도로 매수인이 부담하는 운송비가 추가로 발생했다면 이에 대한 배상책임은 매도인이 부담하여야 한다.¹⁹⁾

한편 소송비용(litigation costs)이 부수적 비용으로 간주될 수 있는지 여부가 문제가 된다. 일반적 견해는 이러한 소송비용은 CISG 제74조를 근거로 청구될 수 없다.²⁰⁾ 이러한 비용은 비용분담에 관한 적용가능한 국내법의 문제이거

16) I. Schwenzer, op.cit., p.1007.

17) UCC § 2-710, § 2-715(1)

18) ICC Ct. Arb. 7191/1992, JDI 1993, 1028, 1036.

19) CIETAC, 9 November 2005, CISG-Online 1444.

나 적용가능한 중재규칙의 문제이다.²¹⁾

이러한 비용은 CISG 제7조 제2항에 따라 법정지의 국내법의 문제이며, 법정지가 한국이라면 변호사 보수는 소송비용과 같이 법정지의 소송법에 따라 결정될 것이다.²²⁾ 또한 채권추심대리인의 고용비용도 CISG 제74조에 따라 배상받을 수 없다는 것이 지배적 견해이다.²³⁾ 이것은 합리적인 강제지급조치로 판단되어 CISG 제77조를 교란시키는 행위로 법의 관할을 넘어선 비용으로 간주되어 손해배상청구사유가 되지 않는다.

3) 결과손해

결과손해의 개념은 불이행으로 야기된 손해를 넘어선 추가적 손해를 포함한다. 이것은 주로 매매당사자간의 계약에서 일방의 계약위반의 결과 타방이 제3자에 대한 책임을 지는 경우이다. 예를 들면 매매계약에서 매수인이 부당하게 물품수령을 거절함에 따라 매도인이 부득이 자신의 물품공급자와 계약을 해제하고 그에게 책임을 지는 경우나, 매수인이 수령한 물품이 불량하여 재판 때 과정에서 자신의 구매자에게 책임을 지는 경우이다.²⁴⁾

이러한 결과손해가 CISG 제5조에 규정한 사람의 사망이나 상해도 제3자에 대한 매수인의 책임에서 발생하는 경우에는 제외된다.

책임손해에 관한 기본원칙에 따라 제3자와의 분쟁에서 발생하는 법적비용도 CISG 제74조에 따라 회복될 수 있다.²⁵⁾

이것은 앞에서 언급한 매매당사자간 분쟁과정에서 발생한 법적비용의 회복 문제가 CISG의 범위를 벗어난 것과는 다른 문제이다.

한편 매도인의 계약위반이 매수인과 그의 고객과의 계약위반으로 이어질 경우 매수인이 자신의 고객으로부터 평판의 상실(loss of reputation)이나 영업권

20) J. O. Honnold · M. Flechtner, op. cit., Art. 74, para. 408.

21) AAA Interim Award, 23 October 2007, CISG-online 1645.

22) 석광현, 전제서, p. 286.

23) LG Düsseldorf, 25 August 1994, CISG-online 451.

24) BGH, 25 November 1998, CISG-online 353, NJW 1999, 1259, 1261.

25) LG Berlin, 13 September 2006, CISG-online 1620, IHR 2006, 168, 169.

의 상실(loss of goodwill)로 인한 손해는 CISG 제74조에서 배상 받을 수 있다는 주장이 널리 받아들여지고 있다.²⁶⁾ 이들 손해는 성격상 비금전적 손해(non-pecuniary loss)로 보여질 가능성이 높으며, 금전배상을 원칙으로 하는 CISG의 기본정신과 모순될 것처럼 보인다. 그렇지만 평판이나 영업권의 상실은 경제적 중요성을 고려할 때 금전적이라고 할 수 있으며, 단지 이들의 상실을 금전적으로 계산하거나 입증하는 문제가 논란이 될 수 있다.

CISG는 금전배상을 원칙으로 할 뿐 비금전적 손해에 대한 책임을 명시적으로 배제하지 않는다.

4) 이익의 상실

CISG 제74조에 나타난 "loss"란 용어는 계약체결시에 존재했던 자산에 대한 손해를 예상한 단어이지만 "loss of profit"(이익의 상실)의 개념은 상대방의 계약위반으로 증가할 자산의 감소를 의미한다.

“이익의 상실”은 우선 재판매를 통하여 매수인이 실현할 이익을 매도인의 계약위반으로 이를 상실하게 되는 것을 예상한다.

그리고 여기에는 상대방의 계약위반이 원인이 되어 지속적인 사업이 방해를 받음으로 인하여 발생한 손해를 포함한다. 완전배상의 원칙에 따라 법원의 판결이나 중재판정의 결과에 따라 상실된 이익뿐만 아니라 장래 성취할 것으로 예상되는 미래이익까지 배상받을 수 있다.²⁷⁾

이와 관련하여 최근에 주장되고 있는 견해 중 하나는 '승리할 기회의 상실'(loss of a chance of winning)도 CISG 제74조에서 회복가능하다는 주장이다.²⁸⁾

UNIDROIT Principles도 기회의 상실에 따른 배상을 규정하고 있다.²⁹⁾ 동

26) P Schlechtriem, "Non-Material Damages-Recovery Under the CISG"(2007) 19 Pace Int'l L. Rev. 89, 95.

27) I. Schwenzer, op.cit., p.1014.

28) I. Schwenzer / Hachem, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", in D. Saidov/Cunnington (eds), Contract Damages - Domestic and International Perspectives. Oxford(2008), pp. 91-105.

29) UNIDROIT Principles(2004), Art. 7.4.3(2).

원칙은 기회상실의 손해는 그 발생확률에 비례하여 배상하도록 규정하고 있다. 발생한 손해의 계산과 입증요건은 별개의 문제이다.

한편 이익의 상실을 주장하는 당사자가 상실된 이익을 청구하는 대신 CISG 제74조에 따라 좌절된 비용회복을 청구할 수 있다.³⁰⁾ 예를 들면 매수인이 수입물품의 반입에 대비하여 창고를 지었는데, 물품이 불인도 되어 이 창고가 쓸모없게 되었다면 창고건축비용을 청구할 수 있다. 국제상거래에서 당사자들은 기대이익이 적어도 계약과 관련된 비용을 상회할 것으로 측정할 것이다. 따라서 좌절된 비용은 발생한 최소의 손실액이며, 이를 회복하는 것은 더 높은 기대이익을 입증할 수 없는 매수인에게는 중요한 의미를 갖는다.³¹⁾

3. 손해액의 산정방법

CISG는 손해배상액의 산정과 관련하여 계약이 해제된 경우와 계약이 해제되지 않는 경우로 나누고, 전자를 다시 대체거래가 있는 경우와 대체거래를 하지 않는 경우를 제75조와 제76조에서 각각 나누어 규정하고 있다. 반면 계약이 해제되지 않고 손해배상을 청구하는 경우는 손해배상액의 일반원칙을 정한 제74조를 적용하도록 하고 있다.

1) 대체거래에 의한 손해배상액의 산정

계약이 해제되고 일방당사자가 대체거래를 할 경우, 손해배상액은 대체거래의 대금과 계약대금의 차액이다. 이 차액을 손해배상금으로 청구하기 위해서는 몇 가지 전제조건이 필요하다.

첫째, 대체거래가 합리적인 방법으로 이루어져야 한다. 즉, 대체거래자는 신중한 비즈니스맨으로 행동하고, 대체거래계약시 관련거래 관행을 준수하여야 한다.³²⁾ 합리성(reasonableness)은 우선 대체거래의 가격과 관련된다. 다시 말하면 대체거래시 매도인은 가능한 최고의 가격으로 판매하도록 목표를 세워야

30) P. Schlechtriem / P. Butler, UN Law on International Sales, Berlin Heidelberg: Springer(2009), p.98.

31) CIETAC, 31 October 2005, CISG-online 1715.

32) ICC Ct. Arb, 8 128(1995).

하며, 매수인은 최저의 가격으로 구매목표를 세워야 한다.

둘째, 대체거래는 계약체결 후 합리적 기간내에 이루어져야 한다. 합리적 기간은 계약해제선언과 동시에 개시하며 그 기간은 상황(circumstances)에 따라 결정된다.³³⁾

셋째, 대체거래 시 손해배상액은 대체거래와 계약상의 금액 이외에, 제74조에 따라 회복 가능한 기타의 손해를 회복할 수 있다. 예를 들면 인도되거나 수령되지 않은 물품의 검사비용, 보관비용, 반송비용과 대체거래에 의한 중개비용, 창고비용과 운송비용 등이 전형적인 예이다. 그렇지만 여기에는 매수인이 전매를 통하여 얻을 수 있는 이익의 상실은 포함되지 않는다.³⁴⁾ 왜냐하면 대체거래는 원계약의 이행으로 발생하는 당사자의 이익을 보존하기 위한 것이기 때문이다. 그렇지만 대체거래 때문에 추가거래를 수행할 기회를 박탈당하여 이익의 상실이 발생했음을 입증한 경우에는 제74조에 따라 배상을 받을 수 있다.³⁵⁾

다수설에 따르면 제75조에 따른 구체적인 손해액 계산방법이 제76조의 시가에 기준한 추상적인 계산방법보다 우선한다.³⁶⁾

따라서 상대방의 계약위반으로 손해를 입은 당사자가 대체거래를 한 경우에는 제76조에 따라 추상적인 손해배상액 청구는 불가능 하다.

매도인의 계약위반으로 손해를 입은 매수인은 우선 계약해제가 정당하고 계약위반자가 계약해제에 관하여 정당하게 통지를 받았음을 입증하여야 한다. 나아가 필요할 경우 자신은 계약해제 후 합리적인 기간내에 합리적인 대체거래를 하였음을 입증할 필요가 있다.

만약 계약위반자가 대체거래가 더 일찍 이루어질 수 있었다고 주장한다면 이는 제77조의 손해경감의무에 따라 상대방이 이를 위반했음을 묵시적으로 주장하여야 한다.³⁷⁾

33) I. Schwenzer, op.cit., p.1030.

34) ibid, op.cit., p.1033.

35) J. O. Honnold/M. Flechtner, Arts. 75, 76, para. 415.

36) H. Stoll & G. Gruber, op. cit., Art. 75, para. 2.

37) I. Schwenzer, op.cit., p.1034.

2) 시가에 의한 손해배상액의 산정

CISG 제76조는 계약이 해제되었으나 대체거래 없는 경우에는 계약해제시의³⁸⁾ 시가와 계약금액과의 차이를 손해액으로 본다고 규정하고 있다. 제76조는 제75조에 비하면 추상적인 손해계산(abstract calculation of loss) 방법이다. 여기서 중요한 개념은 시가(current price or market price)이다. 시가를 계산하기 위해서는 제55조가 이용될 수 있다. 즉, '시가'란 물품의 인도장소에서 지배적인 가격을 기준으로 하고, 만일 그 장소에 적용되는 가격이 없으면 합리적인 대체장소의 시가가 기준이 되나, 다만 이 경우 운송비의 차액을 적절히 고려하여야 한다(제76조 제2항). 여기서 시가는 도매가격을 의미하며 소매상의 이윤이 포함된 소매가격은 아니다.³⁹⁾ 만약 시가가 존재하지 않는다면 제74조의 손해배상액 계산의 일반원칙에 따르며, 이 경우 입증책임은 손해배상을 청구하는 채권자, 즉 매수인에게 있다. 매수인은 손해의 발생, 손해와 계약위반과의 인과관계, 손해의 범위 등을 입증하여야 한다. 채권자의 손해배상청구가 너무 과다할 경우 채무자는 자신이 예견할 수 없음을 입증하므로 채권자의 손해배상청구에 제한을 가할 수 있다. 시가의 기준은 원칙적으로 계약해제시이나, 손해배상을 청구하는 당사자가 물품을 수령한 후에 계약을 해제하는 경우에는 물품수령시의 시가가 적용된다(제76조 제1항 2문). 이는 매수인이 물품의 가격변동에 따라 자기에게 유리한 때에 계약을 해제함으로써 부당한 이익을 취하는 것을 막기 위함이다.⁴⁰⁾ 따라서 이 조항은 매수인에게만 적용된다.

시가에 의한 손해배상액의 산정에서도 입증책임은 상대방의 계약위반으로 손해를 입은 당사자가 져야한다. 즉 그는 시가와 함께 자신의 손해액을 입증하여야 한다.⁴¹⁾ 그렇지만 제77조의 손해경감의무의 원칙으로 보아 계약위반자

38) 시가에 의한 손해배상액의 산정은 시가의 기준시기이다. 여기서의 기준시기는 계약해제 시로, 더 구체적으로 말하면 계약해제를 발송한 시기이다(CISG 제27조 참조).

39) I. Schwenzer, op.cit., p.1038.

40) CISG-AC Opinion No.8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, 15 November 2008.

41) CISG-online 506, Internet database, edited by the University of Basel, Switzerland (www.globalsalelaw.org).

는 상대방이 보다 유리한 대체거래를 했어야만 한다는 점을 입증하므로 상대방의 손해경감의무의 위반을 주장할 수 있다.

4. UNIDROIT원칙의 보충

본 논문은 CISG를 중심으로 검토할 것을 서론에서 언급하였다. 그렇지만 CISG 제7조 제2항은, CISG로 명시적으로 해결되지 않는 문제는 본 협약이 기초하고 있는 일반원칙(*general principles*)에 따라 해결되어야 하고, 그러한 원칙이 없는 경우에는 국제사법규칙에 따라 법정지의 국내법에 따르도록 규정하고 있다. 사법통일국제연구소(*International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT*)가 1994년 제정한 UNIDROIT 국제상사계약원칙(*UNIDROIT Principles of International Commerce Contracts*; 이하 UNIDROIT원칙)⁴²⁾에는 계약당사자들은 그들의 계약이 「법의 일반원칙」(*general principles of law*)이나 "상인법"(*lex mercatoria*)등에 적용을 받는다고 합의한 경우나, 자신들의 계약에 적용될 준거법을 선택하지 않는 경우, 또는 국제적인 통일법규범을 해석 또는 보충하는데 사용될 수 있다고 규정하고 있다.⁴³⁾ 따라서 동 원칙은 국제물품매매계약에서 CISG가 적용될 경우 CISG가 기초한 법의 일반원칙이나, CISG를 보충하는 보충법으로 사용될 수 있고, 또한 당사자들이 자신들의 계약의 준거법을 선택하지 않는 경우 소송이나 중재에서 준거법으로 사용될 수 있으며 실제로 그렇게 사용되고 있다. CISG는 손해배상청구와 관련하여 4개 조항(제74조~제77조)을 두고 있지만 UNIDROIT 원칙은 13개 조항(제7.4.1조~제7.4.13조)을 두어 CISG보다 상세하고 구체적으로 규정하고 있기 때문에 CISG의 보충법적 기능을 충분히 하고 있다. 이 가운데 CISG의 법적공백을 메우거나 CISG를 보충할 수 있는 조항들을 중심으로 검토해 보고자 한다.

제7.4.1조는 손해배상청구권은 다른 구제권을 배제하고서(*exclusively*) 적용될 수도 있고, 다른 구제권과 연계하여(*in conjunction with other remedies*)사

42) 상기 원칙은 1994년 제정 이후 2004년과 2010년에 개정이 이루어졌다. 본 논문에서는 동 원칙 2004년판과 2010년판이 손해배상청구권과 관련하여 변경사항이 없으므로 2004년도판을 기준으로 표기하였다.

43) UNIDROIT Principles(2004), Preamble.

용될 수 있도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 계약불이행이 있는 경우 손해배상청구권은 면책의 경우(제7.1.7조)를 제외하고 발생한다고 규정하여 동 불이행이 불이행당사자의 과실에 기인하였음을 입증할 의무를 부과하고 있지 않다. 즉, 무과실책임의 원칙을 간접적으로 포용하고 있음을 알 수 있다. 이는 CISG의 입장과 같다.

제7.4.2조 제1항은 손해배상의 원칙이 완전배상이 되어야 함을 규정하고 있다. 본 조항은 CISG 제74조와 유사하나 보다 명료하고 구체적이다. 동조 제2항⁴⁵⁾은 제1항에 언급한 손해는 비금전적 손해도 포함된다고 규정하여 CISG 제74조의 해석과 관련하여 논란이 될 수 있는 비금전적 손해의 포함여부를 분명히 하고 있다.

여기서 “비금전적 손해”는 육체적·정신적 피해나 고통, 행복의 멸실 등과 명예나 평판의 훼손이 포함된다. 이 규칙은 특정 회사나 기구 혹은 단체에 소속된 예술가나 유명한 운동선수 및 전문가문인이 체결하는 계약의 경우에 적용될 수 있다.⁴⁶⁾

제7.4.3조는 손해의 확실성(certainty of harm)에 관한 규정이다. 배상한 손해는 장래의 손해도 포함되며, 기회상실의 손해도 포함될 수 있지만 확실한 손해이어야 하며, 합리성의 기준에 충족되어야 한다. 특히 기회상실의 손해의 경우 배상원칙은 발생확률에 비례하여 배상하도록 규정한 것은⁴⁷⁾ 실무에서 자주 논란이 되는 기회손실계산에 중요한 기준을 제시한 것으로 판단된다.

확실한 손해의 요건과 직접손해의 요건은 분명한 연관성을 갖고 있다. 또한 확실한 손해는 불이행과 손해간 충분한 인과관계가 있어야 함을 전제하고 있다. 동조 제3항은 인과관계와 손해액의 입증책임이 주장하는 자가 져야 하지만 피해당사자가 확실하게 손해액을 결정할 수 없을 때에는 법원의 도움을 받

44) 오원석·최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙(2004), 법문사, 2006, p.257; UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.1; "any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles."

45) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.2 (2); "Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress."

46) UNIDROIT Principles(2004), Art. 7.4.2, Comment 5.

47) UNIDROIT Principles Art. 7.4.3 (2); "Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence."

을 수 있도록 규정하고 있다. 앞에서 언급한 완전배상의 원칙에 따라 직접손해가 아닌 간접손해, 즉 부수적 손해와 결과손해도 배상의 대상이 될 수 있지만 본조에 규정한 "확실성"과의 관계에서 실무상 많은 논란이 예상될 수 있다.

제7.4.4조의 예견 가능한 손해는 CISG 제74조 2문의 내용과 유사하다. 예견 가능한 손해는 불이행당사자가 거래의 성격과 당해 계약의 특수한 제반사정을 고려하여 평범하고 순리에 따라 사고한 때 불이행의 결과로서 합리적으로 예견 가능한 손해를 의미한다.⁴⁸⁾ 입증책임과 관련하여 채권자가 손해의 범위나 요건을 입증하여야 하지만 손해의 예견성, 즉 계약체결 시에 채권자가 요구하는 손해를 예견할 수 없었음은 채무자에게 입증책임이 있다. 예견가능성의 요건은 손해자체의 성격이나 형태에 관한 요건이지 손해의 한도에 관한 요건이 아니다. 다만 그러한 한도는 당해 손해를 다른 종류의 손해로 변종시키는 정도에 이르는 것이 아니어야 한다. 어떠한 경우에도 예견가능성은 탄력적인 개념이므로 이에 대한 판단은 당해법원이 광범한 재량을 갖는다.⁴⁹⁾

예견가능성에 의한 제한은 영업중단으로 인한 손해가 문제되었던 1854년 Hadley v. Baxendale 사건⁵⁰⁾에 대한 영국법원의 판결에서 비롯된 손해배상에 관한 원칙으로, 손해에 대한 현실적 예견이 아니라 예견가능성이 있으면 족하다는 주장이다.

영국의 Hadley v. Baxendale 사건과 CISG와 UNIDROIT 원칙과는 2가지 측면에서 차이가 있다.

첫째, CISG와 UNIDROIT 원칙은 채무자(불이행당사자)를 기준으로 예견가능성을 판단하는데 반하여 영국법⁵¹⁾은 양당사자를 기준으로 판단한다는 점이다.

둘째, CISG나 UNIDROIT 원칙은 가능한 결과(possible consequence)에 대해 배상책임을 지지만, 영국법은 개연성 있는 결과(probable consequence)에 대해 배상한다는 점이다.

따라서 CISG나 UNIDROIT 원칙의 예견가능성은 영국법보다 포괄범위가 넓

48) UNIDROIT Principles(2004), Art. 7.4.4, Comment.

49) UNIDROIT Principles(2004), Art. 7.4.4, Comment.

50) (1854) 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145.

51) SGA 제50조 제(2)항, 제51조 제(2)항, 제53조 제(2)항.

고 원고에게 유리하다고 볼 수 있다.⁵²⁾

제7.4.7조⁵³⁾는 피해당사자에 기인한 손해의 경우 기여한 범위의 한도로 금액을 규정하고 있다. 이 조항은 제7.1.2조와 CISG 제80조의 일반원칙을 발현한 조항이다.

손해배상에서 피해당사자의 기여는 그의 행위와 그가 위험을 부담하는 사유에서 비롯된다. 행위는 작위(act)(예, 피해당사자가 운송인에게 실수로 잘못된 주소를 알려주는 경우) 또는 부작위(omission)(예, 피해당사자가 제조업자에게 필요한 작업지시를 하지 않아 기계에 하자가 발생한 경우)로부터 발생하거나, 피해당사자가 위험을 부담하는 외부적 사유(another event)로 들 수 있는 것은 자신의 이행보조자가 책임을 져야하는 사람들의 작위 또는 부작위다.⁵⁴⁾

제7.4.8조는 피해당사자의 손해경감의무를 규정한 것으로 CISG 제77조와 유사하다. 다만 동조 제2항⁵⁵⁾은 한 걸음 더 나아가 피해당사자의 손해경감조치에 따른 비용을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

여기서 유의할 것은 실무에서 가장 빈번하게 발생할 수 있는 손해경감조치는 대체거래를 취하는 것이며 이에 따른 제반비용은 불이행당사자에게 청구할 수 있되, 이러한 비용은 제반사정에 비추어 합리적이어야 한다.

제7.4.9조는 금전의 지급지체에 따른 손해에 적용되며, 지급기간은 동 금전이 지급되어야 할 때부터 실제로 지급시까지의 기간 동안에 발생하는 이자의 총액을 말한다. CISG는 이에 관하여 손해배상청구권과 별도의 절(제3절)로 제78조에서 규정하고 있다. 그 이유는 이자의 지급의무는 손해배상청구권과 별도로 모든 금전지급의무에 적용되기 때문에 제79조(Exemptions)에 따라 손해배상책임이 면제되는 경우에도 이자지급의무는 인정된다. UNIDROIT원칙⁵⁶⁾

52) 석광현, 전게서, p.282.

53) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.7; "Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event as to which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm."

54) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.7, Comment 2.

55) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.8 (2); "The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm."

에서 이자지급시 적용할 이율을 규정한 것이 CISG와 다르다. 이율은 먼저 「우량금전차용인들에게 널리 적용되는 평균은행단기대출이자율」(average bank short-term lending rate to prime borrowers)을 적용하도록 규정하고 있다. 이러한 해법은 국제거래의 요구에 가장 부합되고 또한 발생한 손해의 적절한 배상을 보장하기에 가장 적합한 것으로 보인다. 또한 동 이자율은 피해당사자가 불이행당사자로부터 수령하지 못한 금전을 차입할 때 통상 적용되는 이자율이다. 그렇지만 지급시에 그러한 이자율이 존재하지 않는 경우도 있을 수 있다. 그러한 경우에는 지급통화를 법화로 하는 국가의 평균우대이자율을 적용하도록 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 그러한 두 장소 모두에서 그러한 이자율이 없을 때에는 당해 지급통화국가의 법이 정하는 “적절한”(appropriate)이율이 적용된다.

나아가 금전의 지급지체로 인하여 이자 외에 추가손해가 생길 수 있다. 이에 관하여는 피해당사자가 추가적인 손해배상을 청구할 수 있다. 물론 이 경우 손해의 입증책임은 피해당사자에게 있고 “확실한 손해”의 요건과 “예견 가능한 손해”의 요건을 충족하여야 한다. 만약 피해당사자가 청구하는 금액이 너무 과도한 경우 불이행당사자는 그 손해가 “예견 가능한 손해”가 아님을 입증하므로 대항할 수 있다.

UNIDROIT원칙 제7.4.9조는 이자지급과 관련하여 지급기간, 이율 및 추가손해의 배상 등에 관하여 CISG의 법적공백을 보충할 수 있는 매우 유익한 조항이다.

UNIDROIT원칙 제7.4.10조는 손해배상금을 원본으로 하는 이자의 발생 시기에 관한 규정이다. 즉, 비금전채무의 불이행에 기인하는 손해배상금에 대한 이자의 발생 시기를 불이행 시로 규정하고 있다.

56) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.9 (2); "The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment.

57) 예를 들어 튀니지의 수도인 튀니스에서 영국화폐인 파운드화로 금전대출을 받았을 때 동 튀니지의 금융시장에서 파운드화의 대출이자율이 존재하지 않는다면 영국에서의 그러한 이자율이 적용되어야 한다.

동조는 제7.4.2조에서 비금전적 손해의 손해배상가능성을 규정한 후 이에 따른 이자의 지급시기를 규정한 것으로 매우 의미 있는 조항이다.

UNIDROIT원칙 제7.4.11조는 금전배상의 방법을 규정하고 있다. 즉 손해배상은 일시에 전액배상을 원칙으로 하고, 손해의 성격에 따라 적절한 경우에는 이를 분할하여 배상할 여지를 남기고 있다. 예를 들어 손해발생이 지속적인 경우에는 분할배상이 적절할 수 있다.⁵⁸⁾ 또한 동조 제(2)항⁵⁹⁾에서는 위의 분할배상을 일정한 지수, 즉 예를 들면 생활비지수(cost of living index)와 연동되도록 할 수 있다.⁶⁰⁾ 이 조항도 CISG를 보충할 수 있는 조항이다.

UNIDROIT원칙 제7.4.12조는 손해배상산정의 기준통화에 관한 규정으로 제6.1.9조에 규정한 계약이행시의 지급통화와는 구별된다. 본조에서는 당해 금전채무의 표시통화와 손해배상통화 중에서 제반사정으로 보아 보다 적절한 통화를 선택하도록 규정하고 있다. 전자의 선택을 허용한 것에 대하여는 별도의 설명이 필요 없으나 후자의 선택을 허용한 것은 피해당사자가 입은 손해의 보정을 위해 특정 통화, 즉 손해발생통화로도 비용을 지출할 수 있음을 고려한 것이다. 그 선택은 피해당사자가 하되 다만 완전배상의 원칙이 존중되어야 한다.⁶¹⁾ 동조도 CISG를 보충할 수 있다.

UNIDROIT원칙 제7.4.13조는 불이행에 대한 손해배상액의 예정⁶²⁾에 관한 조항으로, 당사자간 계약에서 이를 정한 경우에는 실제손해와는 상관없이 그 금액의 지급을 청구할 수 있도록 규정하면서 제(2)항은 그 금액이 현저하게 과도한 경우에는 이를 합리적인 수준으로 감액할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 계약자유의 원칙에 따라 당사자의 합의를 준거법에 우선하도록 한 조항이다. 통상 계약에서 손해배상액을 미리 계약서에 약정하는 것은 손해배상을

58) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.11, Comment 1.

59) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.11 (2); "Damages to be paid in instalments may be indexed."

60) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.11, Illustrations 3.

61) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.11, Comment.

62) "liquidated damage"를 "손해배상액의 예정", "약정손해배상액" 또는 "지체상금"등으로 불리우나 본 논문에서는 "손해배상액의 예정"으로 번역하고자 한다. UNIDROIT원칙 제 7.4.13조는 본 조항이 "liquidated damage clause"인지 "penalty clause(위약벌조항)"인지는 구분하지 않고 있다.

원활히 하고자 하는 목적인 경우 그 조항을 "liquidate damage clause"라 하고, 불이행을 억제하고자 할 목적인 경우 "penalty clause"(위약벌 조항)이라 한다. 이들 조항의 유효성에 관하여는 CISG는 관여하지 않기 때문에 국내법에 따를 수밖에 없다. 영미법계에서는 예정된 금액이 과하거나 징벌적인 경우 무효이지만 그렇지 않는 경우 유효한데 반하여, 대륙법계에서는 비록 예정액이 과도하더라도 무효는 아니고 감액할 수 있도록 규정하여 UNIDROIT원칙과 같은 입장을 취하고 있다. 중요한 것은 이들 조항에 붙인 명칭이 아니고 계약체결시를 기준으로 그 금액이 예상손해와 비교하여 지나치게 크거나 비양심적인가의 여부이다.⁶³⁾ CISG에서 언급이 없는 본 조항은 국제거래실무에서 매우 중요하다. 동조 제(1)항은 불이행당사자가 자신의 불이행에 대하여 피해당사자에게 소정의 금액을 지급할 것을 정한 계약조항의 효력을 인정하고 약정한 금액을 실제 손해액과는 상관없이 지급하도록 규정하고 있다. 물론 계약불이행의 책임이 불이행당사자에게 있는 경우에 한정되며, 불가항력에 의한 불이행책임까지 포함한다고 보기 어렵다.⁶⁴⁾ 동조 제(2)항은 이러한 계약조항의 남용을 막기 위해 약정금액이 불이행으로 인한 손해 기타 제반사정에 비추어 현저하게 과도한 경우에는 감액할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇다고 약정액이 실제손해액보다 적을 경우에는 증액할 수는 없다. 이는 당사자간의 계약자유 원칙과 신의와 공정거래의 원칙(UNIDROIT원칙 제1.7조)을 동시에 존중하기 위한 조항으로 간주된다.

Ⅲ. 손해배상청구권의 행사시 예상되는 문제점과 대책

1. 손해배상청구권 행사에 따른 실무상 문제점

매도인의 계약위반을 이유로 매수인이 손해배상청구권을 행사함에 있어 예상되는 실무상의 문제점을 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

63) Dunlop v Garage (1915), AC, 79.

64) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.13, Comment 1.

1) 손해배상액산정항목과 기준에 따른 문제

손해배상의 범위는 완전배상의 원칙에 따라, 계약이 적법하게 이행되었더라면 채권자가 받았을 이익이다. 물론 여기에는 계약위반자의 예견가능성에 의한 제약이 따른다. CISG는 “일방당사자의 계약위반으로 인한 손해배상액은 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 한다.”라고 포괄적으로 규정하고 있으나 실무에서 구체적으로 어떤 손해가 포함되고 어떤 손해가 제외되는지 판단하기는 쉽지 않다.

첫째는 앞에서 언급한 바와 같이 우선 적극적 손해와 소극적 손해를 나누어 보면, 거래대상인 물품 자체의 가치의 감소와 같은 적극적 손해와 상실한 이익인 소극적 손해는 분명히 포함되어야 한다.

둘째, 침해된 법익의 종류에 따라 손해를 재산적 손해와 비재산적 손해로 나누어 볼 때, 이들 양자가 포함된다고 할 수 있다. CISG에는 언급이 없지만 UNIDROIT원칙은 육체적 피해나 정신적 고통을 예시하면서 비금전적 손해도 포함된다고 규정하고 있다. 그렇게 되어야 완전배상의 원칙에 부합되기 때문이다. 비금전적 손해의 경우 금전배상의 원칙에 따라 손실금액의 산정이 문제가 될 수 있다. 통상 손해액을 확실하게 결정할 수 없을 때에는 그 산정을 법원의 재량에 따르고 있다.⁶⁵⁾

셋째, 손해발생이 직접적인 경우와 직접손해에 부수하여 발생하는 부수적 손해(incidental damage)와 결과손해(consequential damage)가 있다. CISG와 UNIDROIT원칙에는 부수손해와 결과손해에 관한 구체적인 언급이 없으나 완전배상의 원칙에 따라 이들 손해도 포함되어야 할 것으로 보아야 한다.⁶⁶⁾

넷째, 권리추구비용⁶⁷⁾이나 영업권의 상실 및 통화가치의 하락으로 인한 손해 등을 예상할 수 있다. 이 가운데 "영업권"의 경우 통일된 개념이 없어 3가지 견해, 즉 장래이익의 상실, 기업의 명성 또는 상업적 이미지 손실, 기업이 이익가치의 감소 등으로 견해가 나누어지고 있다.⁶⁸⁾

65) UNIDROIT Principles(2004) Arts. 7.4.2(2) & 7.4.3(3)

66) 미국통일상법전(UCC)은 제2-710조와 제2-715조에 이들에 대한 배상을 규정하고 있다.

67) 여기에는 최고비용, 채권회수대행업자의 개입비용, 소송비용 등이 포함된다.

68) 석광현, 전게서, p.287.

이들 비용의 회복문제는 국가에 따라 사건별로 통일되지 않고 있다. 특히 소송비나 채권회수대행업자비용 등과 관련 하여는 법정지의 소송법에 따라 결정될 사항임을 이미 앞에서 언급한 바다.

또한 환차손의 회복문제는 채권자인 매도인이 자국통화가 아닌 외국통화로 손해배상을 받을 경우, 이를 자국통화로 환전했을 때 발생하는 환차손은 배상 대상이 된다고 생각되나, 배상통화 선택시 채권자의 선택에 따라 원래 금전채무의 통화로 할 것인지, 손해가 발생한 통화로 할 것인지 결정할 사항이므로⁶⁹⁾ 채권자의 판단착오로 환차손이 발생했다면 손해배상대상이 될 수 없을 것 같다.

이상에서 언급한 바와 같이 손해액산정에 포함될 항목과 기준 등이 CISG만으로 판단하기 곤란하며, 이를 보충하는 UNIDROIT 원칙이나 각국의 국내법이 고려될 수 있으므로 실무상으로 많은 논란의 여지가 있다.

2) 손해입증의 곤란성

매도인의 계약위반으로 매수인에게 손해가 발생했다면 매수인은 손해의 발생, 매도인의 계약위반과 손해와의 인과관계 및 손해의 범위를 입증하여야 한다.

이와 반대로 매도인은 매수인의 청구금액이 과다한 경우, 이는 자신이 계약 체결시 알고 있었던 제반 사항에 비추어 자신이 예견할 수 있는 범위를 초과하였음을 입증하므로 매수인의 지나친 청구를 제한할 수 있다.

손해배상청구시 매수인은 손해액을 정확하게 계산할 필요까지는 없다.⁷⁰⁾

결국, 사안에 따라 인과관계의 입증에 따른 실무상의 어려움이 있을 수 있다.

3) 제75조의 활용에 따른 입증책임 문제

CISG 제75조는 계약이 해제된 후, 대체거래가 이루어질 경우에 적용될 손해산정규정이다. 이 조항의 활용시 제기될 수 있는 문제는 계약해제권의 행사

69) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.12.

70) 석광현, 전게서, p.290.

가 정당했는지 여부이다.

매수인이 계약해제를 선언하기 위해서는 매도인이 본질적 계약위반 (fundamental breach of contract)을 범하거나, 불인도의 경우 매수인이 지정한 추가기간내 물품을 인도하지 않거나 인도하지 않겠다고 선언하는 경우이다 (제49조 제1항). 매도인의 본질적 계약위반에 따른 입증책임은 매수인에게 있는 바, 잘못하여 부당한 계약해제권의 행사는 오히려 매수인 자신의 계약위반이 될 수 있다. 매도인의 계약위반이 본질적 계약위반이 되기 위해서는 매수인의 기대를 실질적으로 박탈한 정도의 손해가 있어야 하며, 위반당사자의 예견가능성이 존재하여야 한다. 본질적 계약위반의 적극적 요건인 “실질적 박탈”에 대하여는 피해당사자인 매수인이 입증하여야 하고, 소극적 요건인 예견가능성의 부존재에 대하여는 위반당사자인 매도인이 입증책임을 진다.⁷¹⁾

또한 제75조에 따라 손해배상을 청구하기 위해서 매수인은 대체거래가 계약 해제후 합리적인 기간 내에 이루어진 점을 입증하여야 할 책임을 진다.

4) 제76조의 활용에 따른 문제

CISG 제76조는 계약이 해제된 후 대체거래가 이루어지지 않을 경우 적용될 손해산정규정으로 시가를 기준으로 하도록 규정하고 있다. 이 규정을 적용할 경우 매수인의 입장에서 시가 산정시 예상되는 문제점을 보면 다음과 같다.

첫째, 시가가 없는 경우이다. 이 경우에는 "물품운송비용의 차이를 적절히 감안하여 합리적인 대용(代用)으로 사용될 수 있는 다른 장소에서의 가격"이라고 규정하고 있으나(제76조 제2항) 이를 현실적으로 계산하고 입증하기가 쉽지 않다.

둘째, 시가는 "물품인도지의 지배적인 가격"(price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made...) ⁷²⁾이라고 규정하고 있으나, 대부분의 국제거래가 선적지 인도로 이루어지는 점을 고려할 때 도착지에 거주하고 있는 매수인이 이를 파악하기가 쉽지 않다. 이 조항은 매수인

71) J. O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th ed., Wolters Kluwer, § 183.

72) Incoterms(2010)상의 11개 Trade Terms 가운데 8개, 즉 EXW, FCA, CPT, CIP, FAS, FOB, CFR, CIF가 모두 선적지 인도조건이다.

의 계약위반 시 매도인이 계약을 해제할 경우에 손해산정의 편이성을 제공할 수 있지만 매수인이 활용하는 데에 문제가 있다. 매수인이 물품을 수령한 후에 계약을 해제할 경우 계약해제의 시가대신 물품수령시의 시가를 기준으로 하도록 규정하고 있지만(제76조 제1항)⁷³⁾ 이 경우 시가도 인도지의 시가가 적용된다면 물품수령 시 매수인이 선적지의 시가를 파악하는데 어려움이 있을 수 있다. 따라서 이 매수인이 물품수령 후 계약해제 시에는 제75조의 대체매각을 통하여 손해를 산정하는 것이 편리하다고 판단된다.

5) 손해경감의무와 매도인의 항변

CISG 제77조는 손해경감의무를 규정하고 있다. 이 제3항의 목적은 피해당사자가 손해를 회피하거나 감소시킬 수 있음에도 불구하고 소극적 자세로 방관하여 손해가 확대되고 난 후에 손해배상청구를 하는 것을 막기 위한 조항으로 신의칙에 따른 법의 일반원칙(general principle)이다.⁷⁴⁾

이러한 법리는 우리나라 민법의 과실상계(제396조)에서도 반영하고 있다. 실무에서 매도인의 계약위반에 대해 손해배상청구권자인 매수인이 적절한 조치를 취하지 않아 손해경감의무를 위반했다고 매도인인 수출상이 주장할 수 있으며, 매수인이 손해경감조치를 취한 경우에는 이러한 조치가 합리적인 조치인지에 대하여도 항변할 수 있다. 이러한 매도인의 항변에 대하여 입증책임문제가 발생할 수 있다.

한편 피해당사자가 합리적인 손해경감조치를 취하므로 소요된 비용은 배상청구할 수 있는 바,⁷⁵⁾ 이 경우에는 자신이 취한 조치가 합리적인 조치였음을 입증하여야 한다. 매수인의 손해경감의무와 매도인의 항변, 그리고 이와 관련된 비용 등과 관련하여 입증책임의 배분이 있을 수 있지만 많은 논란의 여지를 남기고 있다.

예를 들어 매수인이 구입한 물품의 가격이 계속하여 하락할 경우 매수인은 물품 수령을 거절하고 이를 다른 곳에 재매매할 것을 요청하였음에도 불구하고

73) 이는 매수인이 물품의 가격변동을 감안하여 자신에게 유리한 때 계약을 해제하므로 부당하게 이익을 얻는 것을 막기 위한 방안이다.

74) 존 오 호놀드 저, 오원석 역, UN통일매매법, 제2판, 삼성사, 2004, pp.575~576.

75) UNIDROIT Principles(2004) Art. 7.4.8(2)

고 매도인은 가격이 더 하락한 후에야 계약을 해제하고 이를 제3자에게 판매한 후 그 차액에 해당하는 손해배상을 청구하였다면, 매도인의 손해경감의무의 위반여부에 대하여 당사자간 논란이 발생할 수 있다.

결국 CISG 제77조의 손해경감의무는 신의칙에 해당하는 법의 일반원리이다. 실무적으로 그 이행여부와 입증과 관련하여 많은 논란이 발생할 수 있다.

6) 손해배상금 수령의 지연

매수인이 청구한 손해액에 다름이 있거나 매도인이 손해배상을 거절할 경우 매수인은 부득이 소송이나 중재를 통하여 배상금액을 확정하여야 한다. 비록 이러한 절차를 통하여 손해배상액이 확정된다고 하여도 이러한 절차를 거치는 동안 시간과 비용 및 노력이 수반된다. 특히 배상금의 지연에 따른 자금압박을 감수하여야 한다.

7) 판결(판정)의 승인 및 집행의 곤란

법원의 판결이나 중재판정을 통하여 손해배상이 결정되었다고 하여도 이러한 판결의 국제적 승인 및 집행을 위해서는 현지 법원의 집행판결을 받아야 한다.

중재의 경우에는 1958년 N.Y.협약⁷⁶⁾에 가입한 국가 간에는 그 승인 및 집행이 보장된다.

그렇지만 실무에서는 법원의 판결이나 중재판정의 국제적 승인이나 집행이 거절되거나 지연되는 경우가 많다.

여기서 “승인”은 외국판결이나 판정이 국내에서 효력을 인정하는 것으로 일정한 요건이 구비되면 자동적으로 효력을 갖지만 “집행”은 국내법원의 집행판결이 있을 경우에만 가능하다. 외국재판이 국내에서 승인과 집행이 이루어지기 위해서는 승인의 요건을 충족하여야 하고 비록 승인되었다고 하더라도 집행절차에 따라 집행판결이 내려지기 때문에 이 과정에서 결격사유가 있으면 승인과 집행이 거부될 위험이 있다.⁷⁷⁾

76) United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards(1958), Art.Ⅲ.

2. 대책

논자는 매도인의 계약위반 시 매수인이 행사하는 손해배상청구권이 갖는 실무상의 문제점을 앞에서 논급하였다.

이러한 문제점에 대한 사전 대책으로 LD조항과 보증제도의 활용을 제시하고자 한다.

1) LD조항

매매당사자가 계약 시 추후에 발생할 계약위반에 대비 LD조항을 삽입할 수 있다. 이 조항은 손해배액 산정에 따른 문제점을 없애기 위하여 당사자 합의로 손해배상액을 미리 합의하여 계약에 반영한 것으로 계약자유의 원칙에 부합되며, 당사자 합의의 우선원칙에 따라 CISG보다 우선한다. 특히 실무에서는 매도인의 물품인도 지연에 대비 지체된 기간에 따라 계약금액의 일정비율을 배상하도록 사전에 계약에 삽입된 조항이다.⁷⁸⁾ CISG를 보충하는 UNIDROIT원칙도 별도의 LD조항에 관한 규정을 두고 있음을 이미 앞에서 논급하였다.

손해배상액을 약정하는 취지가 손해배상을 원활히 하는 목적인 경우 LD조항으로 이는 영미법계와 대륙법계 모두 긍정적이나 계약불이행을 억제하기 위한 목적인 경우에는 위약벌조항(penalty clause)으로 간주되어 영미법계에서는 그 효력을 부인하고 있다. 그렇지만 UNIDROIT원칙은 비록 과도한 금액을 약정했다고 해도 그 효력을 부인하지 않고 합리적인 수준으로 감액할 수 있도록 규정하므로 대륙법계의 입장을 따르고 있다.

실무적으로 매매당사자는 이 조항이 법계에 따라 달리 해석될 소지가 있으므로 약정액을 불이행으로 인한 손해나 기타 제반사정을 고려하여 합리적인 수준에서 합의하도록 유의할 필요가 있다.

매도인의 인도지연과 달리 인도된 물품의 품질 부적합성의 경우에는 부적합성의 정도에 따라 계약금액의 일정비율을 약정하여야 하나 부적합 정도에 대

77) 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, pp.346~424.

78) ICC Model International Sale Contract, B. General Conditions, Art.10: "When there is delay in delivery of any goods, the Buyer is entitled to claim liquidated damages equal to 0.5% or such other percentage as may be agreed of the price..."

해 매매당사자의 판단기준이 불일치할 가능성이 있어 실무상 적용하기가 쉽지 않은 것이다.

구체적인 LD조항의 활용은 ICC Model International Sale Contract(2010 Revision)의 General Condition(B) 제10조와 제11조를 참고하는 것이 좋다고 생각한다.

2) 보증제도의 활용

비록 LD조항을 활용하여 손해배상액의 산정에 따른 실무상의 어려움이 해소된다고 해도 계약을 위반한 매도인이 약정액의 지급을 지체하거나 거절할 경우 채권확보가 쉽지 않다. 법원의 도움을 받아 강제집행을 행사한다고 해도 채무자의 부도나 파산으로 채권확보가 어렵기 때문에 안전장치로 보증을 확보하는 방법이다.

실무적으로 사용할 수 있는 보증장은 청구보증(demand guarantee)과 보증 신용장(standby L/C)이 있으며 양자의 기능은 거의 같다.

이러한 청구보증이나 보증신용장은 일종의 독립보증(independent guarantee)으로 기초계약(underlying contract)과 독립되어 주채무 불이행시 이에 대한 증빙요구 없이 지급청구가 가능하다.

문제는 당사자가 계약시에 이러한 보증조항(guarantee clause)에 합의할 수 있느냐 하는 점이다. 만약 합의가 가능하다면 이를 LD조항과 연계하여 활용할 수도 있고 LD조항과 별도로 사용할 수도 있다. 통상 매매계약에서 매수인의 협상력이 우위에 있으므로 이 조항의 활용방법을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

IV. 결 론

실무적으로 보면 매도인의 계약위반에 대해 매수인의 손해배상청구가 쉽지 않고, 손해배상을 청구하여 소송이나 중재를 통하여 손해배상이 결정되더라도 완전배상이 이루어지기가 용이하지 않다.

논자는 이에 대비하여 매수인으로 하여금 계약시에 LD조항이나 보증을 요

구하도록 주장하고 있지만 이것 또한 쉬운 일이 아니다.

다행히 매매당사자간 계약협상에서 대부분 매수인이 유리한 위치에 있는 것이 사실이나, 오늘날 보편적인 결제방식의 주류가 매수인에게 유리한 사후송금 방식(O/A)인 점을 감안할 때, 이에 더하여 LD조항이나 보증장요구등은 실거래에서 흔한 일이 아니다. 만약 매수인이 이를 요구하면 매매당사자간 형평의 원칙에 따라 매도인도 이에 상응하는 LD조항이나 보증을 요구할 때 거절할 명분이 마땅하지 않다.

결국 LD조항이나 보증제도의 활용여부는 이들 조항들에 대한 계약적 의미를 인식함과 아울러 당사자가 협상의 문제로 남게 된다.

본 논문에서 논자는 지면관계로 LD조항과 보증에 관하여 상술하지 못하고 끝을 맺게 되며 이들 주제에 관하여는 추후 별도의 논문으로 깊이 있게 검토하고자 한다.

참 고 문 헌

- 배준일, UN통일매매법상의 손해배상책임에 관한 연구, 박사학위청구논문, 성균관대학교, 2000.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 오원석·최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙(2004), 법문사, 2006.
- 존 오 호놀드 저, 오원석 역, UN통일매매법, 제2판, 삼영사, 2004.
- Atiyah, P.S. et al., The Sale of Goods, 10th ed., Longman, 2001.
- Bianca, C. M., & Bonell, M. J., Commentary on the International Sales Law; The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan, 1987.
- CISG-AC Opinion No.6, Gotanda, John. Y.
- CISG-AC Opinion No.8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, 15 November 2008, Gotanda, John. Y.
- Honnold, J. O., Flechtner, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th ed., Kluwer Law International, 2009.
- Honnold, J. O., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th ed., Wolters Kluwer, 2009.
- Huber, P., Mullis, A., - The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers, 2007.
- ICC Model International Sale Contract, General Conditions.
- 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, 1989.
- Principles of European Contract Law
Sales of Goods Act(1979)
- Schlechtriem, P., "Non-Material Damages-Recovery Under the CISG"(2007)
19 Pace Int'l L. Rev.

_____, Butler, P., UN Law on International Sales, Berlin Heidelberg: Springer, 2009.

Schwenzer, I., Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods, 3rd ed., Oxford, 2010.

_____, Hachem, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", in D. Saidov/Cunnington (eds), Contract Damages - Domestic and International Perspectives. Oxford, 2008.

_____, CISG Commentary, 2nd, Oxford, 2005.

Stoll, H., & Gruber, G., Art. 74, paras, 2&5, in Schlechtriem

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(2004)

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards(1958)

Uniform Commercial Code(1987)

ABSTRACT

A Study on the Problems in Exercising Buyer's Right to Claim Damages for the Breach of Contract by the Seller in International Sales Contract

- Focusing on CISG and UNIDROIT Principles(2010) -

Oh, Won Suk
Youn, Young Mi
Lim, Sung Chul

The purpose of this paper is to examine the problems in exercising buyer's right to claim damages for the breach of contract by the seller in international sales contract and to suggest reasonable counter-measures. The main contents are as follows:

First, this author analyzed the principles of the seller's liability for damages in detail and examined the methods for the calculation of damages on the basis of Arts.74~77. As these articles are found to be insufficient in practical application, this author further examined the UNIDROIT Principles(2004) to confirm whether these Principles can fill the gaps of CISG or not, which turned out their gap-filling functions.

Second, this author tried to find any expected problems when the buyer resorts to the right to claim damages in case of the seller's breach of contract including the estimation of damages, the burden of proof, causation, the proof of appropriateness for avoidance, the proof of buyer's obligation to mitigate the loss and so on. The reason is that these problems may cause a lot of difficulties in real business.

As result, many buyers have given up their reasonable rights to claim damages so far.

Finally, from the buyer's perspective, this author would like to suggest a

liquidated damage clause(LD Clause) which gives the buyer to received a specified sum in case of seller's non-performance and/or a demand guarantee(or standby L/C) which guarantees buyer to secure unconditional payment independent of the underlying contract.

For these purposes, the buyer should try to insert the LD Clause and/or Guarantee Clause in the contract when the buyer and the seller negotiate the sales contract.

Also there are a lot of considerations and limitations in using the LD Clause and the Guarantee Clause in their real business, mainly dependent up bargain power between the seller and the buyer, for which this author promise to examine in detail in the future.

Key Word : To Claim Damages, CISG, UNIDROIT Principles, Liquidated
Damage Clause, Demand Guarantee, Standby L/C