

국제물품매매협약상 손해경감의무*

허 해 관**

-
- I. 서 언
 - II. 손해경감의무 일반
 - III. 손해경감조치로서의 대체거래
 - IV. 조치시기
 - V. 적용범위 - 협약 제77조는 이행청구권에도 적용되는가?
 - VI. 결 언
-

주제어 : 손해배상, 손해경감의무, 합리적 조치, 대체거래

I. 서 언

국제물품매매협약(이하 간단히 협약이라 한다)상 상대방의 계약위반이 있는 경우에, 당사자는 계약에서 정하는 구제권(약정구제권) 및/또는 협약에서 규정하는 구제권(법정구제권)을 행사할 수 있다. 협약상 계약자유 원칙에 따라¹⁾ 일반적으로 약정구제권은 법정구제권에 우선하며, 당사자의 의사에 따라 법정구제권을 배제하기도 하고 보충하기도 한다. 협약은 피해당사자인 매수인이 갖는 구제권으로

* 이 연구는 2012년도 숭실대학교 교내연구비 지원에 의한 연구임.

** 숭실대학교 글로벌통상학과 조교수, E-Mail : hkhur@korea.com

필자는 오원석 교수님의 정년퇴임을 맞이하여 달리 보답할 길이 없는 사랑과 은혜와 가르침을 되새기며 이 부족한 글을 바친다.

1) 협약 제6조 참조.

이행청구권(협약 제46조 제1항), 대체물인도청구권(협약 제46조 제2항), 추완청구권(협약 제46조 제3항), 부가기간지정권(협약 제47조), 대금감액권(협약 제48조), 계약해제권(협약 제49조), 손해배상청구권(협약 제45조 제1항 및 제74조 - 제77조)을 규정하고, 매도인의 구제권으로 이행청구권(협약 제62조), 부가기간지정권(협약 제63조), 계약해제권(협약 제64조), 손해배상청구권(협약 제61조 제1항 및 제74조 - 제77조)을 규정한다. 이러한 구제권들은 각기 그 발생요건과 행사요건이 다르며, 피해당사자는 그러한 구제권들 중에서 각각의 요건이 모두 충족된 구제권만을 행사할 수 있다.

피해당사자의 위와 같은 구제권들은 경합적으로 병존하므로 피해당사자는 그 중에서 중복구제에 해당하지 않는 한도 내에서, 즉, 복수의 구제권의 양립가능성에 반하지 않는 한도 내에서 자신의 필요에 적합한 구제권을 선택하여 행사할 수 있다. 대표적인 예로서 피해당사자는 상대방의 불이행에 대하여 이행청구권을 행사하는 때에는 계약해제권을 일시적 또는 영구적으로 행사할 수 없게 된다. 그러나 손해배상청구권은 다른 구제권과의 경합성이 없어서 피해당사자는 다른 구제권과 손해배상청구권을 함께 행사할 수 있다.²⁾ 물론 이때에도 중복구제는 허용되지 않으므로 손해배상청구권은 피해당사자가 이를 어떤 구제권과 함께 행사하는지에 따라 그 양적 규모가 달라진다.

위와 같은 특성과 금전배상의 이점 때문에 손해배상청구권은 사실상 모든 계약 위반 내지 의무불이행 사건에서 피해당사자가 행사하는 구제권이다. 협약은 손해배상에 관하여 제74조에서 완전배상의 원칙과 예견가능성에 의한 제한, 금전배상의 원칙과 같은 손해배상의 원칙을 규정하고,³⁾ 이어 제75조와 제76조에서 계약이 해제되는 경우에 손해배상액 산정을 용이하게 할 수 있는 특칙을 규정한다. 제75조는 계약해제 후 피해당사자가 대체거래를 하는 경우에 적용되고, 제76조는 대체거래를 하지 않는 경우에 적용된다.

특히 협약 제77조에서는 피해당사자의 손해경감의무를 규정하는데, 이는 뒤의 본문에서 상세히 보듯이 상대방의 계약위반으로 손해가 발생하고 있는 상황에서 그 손해가 발생하지 않도록 하거나 손해가 확대되는 것을 막을 수 있는 적절한 방법이 있음에도 불구하고 피해당사자가 아무런 조치도 취하지 않고 가만히 있다가 그렇게 피할 수 있었던 손해까지 배상하도록 청구하는 것을 금지하는 규정이다. 위와 같이 손해배상청구는 계약위반에 대하여 가장 흔히 사용되는 구제권이고, 피해당사자의 손해배상청구에 대하여 위반당사자가 피해당사자의 손해경감의무 위

2) 협약 제45조 제2항, 제61조 제2항 참조.

3) 석광현, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설, 박영사, 2010, pp. 277~278.

반을 주장하여 대항하는 것은 지극히 자연스런 일이므로, 손해경감의무는 실무상 매우 큰 역할을 한다고 할 수 있다.

이에 본고에서는 협약상 손해경감의무를 들여다보고자 하며, 이를 위하여 이하에서는 먼저 협약상 손해경감의무에 일반적 사항들을 간단히 살펴본 후(II), 가장 대표적인 손해경감조치라 할 수 있는 대체거래의 문제를 고찰한다(III). 이어 피해 당사자는 언제 손해경감조치를 취하여야 하는지(IV), 손해경감의무의 적용범위의 문제로 특히 손해경감의무가 이행청구권에도 영향을 미치는지의 문제를 검토하고(V), 글을 마무리한다(VI).

II. 손해경감의무 일반

1. 개념

협약 제77조는 “[피해]당사자는 이익의 상실을 포함하여 [위반당사자의 계약]위반으로 인한 손실을 경감하기 위하여 그 상황에서 합리적인 조치를 취하여야 한다. [피해]당사자가 그[러한] 조치를 취하지 아니한 경우에, 위반당사자는 경감되어야 했던 손실액만큼 손해배상액의 감액을 청구할 수 있다.”고 규정한다. 이와 같이 피해당사자는 상대방의 계약위반으로 인한 자신의 손해를 경감하기 위하여 당해 상황에서 합리적인 조치를 취하여야 하며 이를 손해경감의무라 부른다. 여기서 손해를 경감한다는 것은 아직 발생하지 않은 손해의 경우에 그 발생을 막는 것과 이미 발생하고 있는 손해의 경우에 그 손해의 확대를 막는 것을 포함한다.⁴⁾

이러한 의무의 취지는 (i) 피해당사자가 소극적으로 가만히 앉아 기다리고 있다가 나중에 손해배상을 청구함으로써 합리적인 조치를 통하여 피하거나 줄일 수 있었던 손해를 배상받는 것을 금지하고, (ii) 피해당사자가 손해의 증가시키는 불합리한 행동을 하거나 시장상황을 주시하면서 행동을 지연하여 손해를 증가시키는 것을 금지하기 위함이다.⁵⁾

피해당사자의 손해경감의무는 “국제거래상 일반원칙의 하나인 신의의 원칙

4) 석광현, 전게서, p. 294.

5) John Gotanda, in Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Paraes Viscaillas, editors, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG)*, C.H.Beck · Hart · Nomos, 2011, p. 1033(이하 'Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG'로 인용함).

(principle of good faith)”(협약 제7조 제1항)의 발현이라고 보아야 한다.⁶⁾ 피해당사자는 손해의 발생이나 확대를 막기 위한 합리적인 조치를 취하여야 하며, 그렇게 하지 않고 소극적으로 가만히 있다가 나중에 그렇게 함으로써 피할 수 있었던 손해까지 배상청구를 하는 것은 협약이 규정하는 신의에 반하는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다. 나아가 그 연장선에서 손해경감의무의 위반여부를 판단하는 과정에서 손해의 발생이나 확대를 막기 위하여 피해당사자가 취한 조치가 과연 합리적인 것이었는지, 혹은 그가 문제의 조치를 취하지 않은 것을 가지고 비합리적인 대응이라고 비난할 수 있는지 여부는 신의의 원칙에 따라 결정되어야 한다.

2. 성격 - 간접의무 혹은 책무

피해당사자의 손해경감의무는 다음과 같이 매매계약 당사자의 일반적 의무와 다른 특성이 있으므로 이른바 ‘간접의무’라 불리며,⁷⁾ 이를 의무가 아닌 책무라고 부르기도 한다.⁸⁾ 첫째, 손해경감의무는 상대방(위반당사자)의 계약위반에 있는 때에 위반당사자가 아닌 피해당사자에게 부과되는 의무이다. 둘째, 손해경감의무의 위반은 그 효과가 제한적이어서 피해당사자가 위반당사자에게 청구할 수 있는 손해배상의 규모를 양적으로 감소시킬 뿐이다.⁹⁾ 셋째, 같은 맥락에서 피해당사자의 손해경감의무의 위반이 있더라도 위반당사자는 그에 대한 이행청구권이나 부가적 간지정권, 특히 손해배상청구권 등의 구제권을 갖지 못한다.¹⁰⁾ 넷째, 이러한 의미에서 손해경감의무는 피해당사자가 자신의 구제권(손해배상청구권)을 온전히 행사할 수 있기 위하여 준수되어야 한다.

6) 동지, 석광현, 전게서, p. 293; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG - A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the International Sale of Goods*, Third (Worldwide) Edition, Kluwer Law International, 2008, p. 153; Stoll & Gruber, in Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (English) edition, Oxford University Press, 2005, p. 787(이하 Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on CISG*로 인용함). 송양호, “CISG상 손실경감의무에 관한 연구,” 국제거래법연구 제21집 제2호, 국제거래법학회, 2012, p. 2도 같은 취지로 이해된다.

7) 김범철, “유엔매매법상 손해경감의무,” 민사법연구 제9집, 한국민사법학회, 2001, p. 38.

8) 석광현, 전게서, p. 294; 송양호, 전계논문, p. 4.

9) 송양호, 전계논문, p. 4.

10) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on CISG*, p. 788.

3. 직권조사사항

입증책임과는 별개의 문제로, 소송에서 법원은 과연 당사자의 주장이 있는 경우에 한하여 손해배상액을 감액시킬 수 있는지, 아니면 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 그렇게 할 수 있는지의 문제가 있다. 이는 협약 제77조 제2문이 “계약위반을 주장하는 당사자가 그 조치를 취하지 아니한 경우에는, 위반당사자는 경감되어야 했던 손실액만큼 손해배상액의 감액을 청구할 수 있다.”고 규정하기 때문인바, 생각건대, 이러한 법문(“위반당사자는 ... 청구할 수 있다.”)은 위반당사자가 그러한 권리가 있다는 것을 명시하기 위한 의도이지 위반당사자의 손해배상액 감액주장이 없는 경우에 법원이 직권으로 손해감액의 법리를 적용하는 것을 배제하기 위한 의도는 아니라고 보아야 한다.¹¹⁾

4. 입증책임

협약상 입증책임의 원칙에 따라,¹²⁾ 손해배상에서, 상대방(위반당사자)이 계약을 위반한 사실과 그에 따른 손해가 얼마인지는 피해당사자가 입증하여야 한다. 그에 반하여 손해경감의무에 있어서는 피해당사자가 손해를 경감을 위한 조치를 취하지 못한 사실과 그로 인하여 손해가 방지되지 못한 사실의 입증책임은 위반당사자가 부담하며, 이에 대하여는 이견이 없어 보인다. 대부분의 판례에서도, 피해당사자가 손해경감의무를 불이행한 사실과 손해경감을 위하여 피해당사자가 어떠한 조치를 취하였어야 하는지, 어떠한 손해가 경감될 수 있었는지는 위반당사자(손해배상채무자)가 입증하여야 한다고 한다.¹³⁾

그러나 입증의 범위에 관하여는 논란이 있는데, 이는 손해경감의무 위반의 경우에는 위반당사자(손해배상채무자)가 소극적 사실(즉 특정한 행위를 하였어야 하는

11) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on CISG, p. 793; 김범철, 전계논문, p. 48; 송양호, 전계논문, pp. 14~15도 동지로 보인다.

12) 석광현, 전게서, p. 59에 의하면, 입증책임의 문제를 절차의 문제로 보든지 실체의 문제로 보든지 간에 협약(CISG)은 입증책임의 문제를 규율한다고 보는 견해가 통설이라 하고, 이러한 통설은 협약의 관련 조항의 해석으로부터 입증책임 분배의 원칙을 도출한다고 한다.

13) 동지, Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on CISG, p. 793; Oberlandesgericht Hamm, 22 September 1992, (Frozen bacon case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>>, CLOUT case no. 227. 석광현, 전게서, p. 294(“합리적인 조치를 취하지 않은 사실에 대한 입증책임은 배상의무자인 위반당사자가 부담한다.”)도 같은 취지로 이해된다.

데 하지 않았음)을 입증하여야 하는 어려움에서 비롯한다.¹⁴⁾ 위반당사자로서는 피해당사자가 손해를 경감하기 위한 합리적인 조치를 취하지 않았다는 것을 입증하여야 하고, 나아가 손해배상액의 감액을 위하여 피해당사자가 합리적 조치를 취하였더라면 손해가 얼마나 경감될 수 있었을 것인지도 입증하여야 하기 때문이다. 더욱이 실무적 관점에서도 과연 피해당사자가 취할 수 있었던 손해경감조치가 어떤 것이 있었는지, 그 조치를 취하기 위하여 피해당사자가 무엇을 하였는지 혹은 무엇을 하였어야 하는지, 그러한 조치를 취하여 손해를 얼마나 경감하였는지 혹은 경감할 수 있었는지는 피해당사자가 보다 더 잘 알 수 있는 처지에 있고 또한 그에 관한 증거도 피해당사자의 지배영역에 있는 경우가 일반적일 것이기 때문에 위반당사자(손해배상채무자)로서는 입증에 어려움을 겪게 된다.¹⁵⁾

실제로 입증의 어려움이 때문에 손해경감의무 위반이 부정된 사례가 있는데, 이 사건에서 매도인이 프로판가스 매매계약을 위반한 데 대하여 매수인이 손해배상청구를 하였고, 그에 대하여 매도인이 매수인의 손해경감의무 위반을 주장하며 대항하였는데, 법원은 매도인의 입증이 부족하다는 이유로 매도인의 주장을 배척하였다.¹⁶⁾ 이는 손해경감의무의 위반을 주장하는 당사자(손해배상채무자)로서는 피해당사자가 합리적으로 손해를 경감하지 못하였다고 단순히 주장하는 것으로는 부족하다는 것을 의미한다. 피해당사자의 손해경감의무 위반을 주장하는 위반당사자(손해배상채무자)는 피해당사자가 취할 수 있었던 다른 조치로 어떤 것이 있었는지, 피해당사자가 그러한 조치를 취하였더라면 손해가 얼마나 경감되었을 것인지에 관한 상세한 사실관계와 이를 입증하는 증거를 제시하여야 한다.

5. 합리적 조치의 판단기준

피해당사자는 손해를 경감하기 위하여 그 상황에서 합리적인 조치를 취하여야 하는바, 여기의 손해경감조치가 합리적이었는지 여부, 즉 조치의 합리성은 객관적으로 판단되어야 할 사항이다. 따라서 이는 “피해당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 신의에 따라 행동한다고 할 때 어떻게 하였을 것인지”를 기준으로 판단되어야 한다.¹⁷⁾ 왜냐하면, (i) 협약은 신의의 원칙을 협약의 기본

14) Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG, p. 1036.

15) Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG, p. 1036.

16) Oberster Gerichtshof, Austria, 6 February 1996, CLOUT case no. 224.

17) 석광현, 전제서, p. 294; 송양호, 전제논문, p. 11; 하강현, “국제물품매매에서 매도인의 손해경감의무에 관한 고찰,” 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014, p. 8; Ingeborg

원칙의 하나로 채택하고 있다(협약 제7조 제1항)고 보아야 하고, (ii) 협약은 계약의 규범적 해석에 관한 규정(협약 제8조 제2항)에서 “상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 이해하였을 바”에 따를 것을 요구하는 것에서 보듯이 객관적 판단은 “당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서” 어떻게 하였을 것인지에 기초하여야 하기 때문이다.

한편 당해 조치가 합리적인 손해경감조치인지를 판단함에 있어서는 예컨대, 당해 물품이 쉽게 부패 또는 훼손되는 물품인지, 시장에서 그 물품의 가격이 급격히 상승 또는 하락하고 있는지, 대체거래로서 그 물품을 구입하거나 판매할 시장이 있는지, 제3자에 대하여 책임을 지는 사정이 있는지 등을 고려하여야 한다.¹⁸⁾

6. 비용부담

피해당사자는 손해경감조치를 취함에 따라 지출한 비용의 상환을 위반당사자(손해배상채무자)에 대하여 청구할 수 있다.¹⁹⁾ 그러한 손해경감조치비용은 손해의 일종이기 때문이며,²⁰⁾ 이와 같이 손해경감조치비용은 위반당사자가 부담한다. 같은 맥락에서, 위와 같은 합리적 조치의 판단기준에 따라 피해당사자로서는 과도한 노력이나 비용이 요구되는 조치까지 취할 필요는 없는바,²¹⁾ 만약 피해당사자가 불합리하게 많은 비용이 드는 손해경감조치를 취한 경우에 위반당사자에 대하여 그 비용의 상환을 청구할 수 없다고 하여야 한다.

한편 피해당사자가 손해경감을 위하여 합리적인 조치를 취하였으나 그를 통하여 별다른 혹은 아무런 결과도 거두지 못하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에도 위반당사자는 피해당사자의 손해경감조치비용을 부담하여야 한다고 생각된다. 그러한 조치는 협약 제74조에서 요구하는 예견가능성이 있는 손해의 일종으로 보아야 할 것이기 때문이다.

Schwenzer, in Ingeborg Schwenzer, editor, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third edition, Oxford University Press, 2010(이하 Schwenzer, in Schwenzer, *Commentary on CISG*로 인용함), p. 1045; Oberster Gerichtshof, Austria, 6 February 1996 (Propane case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>, CLOUT case no. 176.

18) Elizabeth Opie, *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*, January 2005, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>, §3.

19) 석광현, 전게서, p. 294; 송양호, 전게논문, p. 14.

20) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on CISG*, p. 792; 김범철, 전게논문, p. 47.

21) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on CISG*, p. 790.

7. 위반의 효과

손해경감의무의 위반이 있는 경우에, 경감되었어야 하는 손해만큼 손해배상액이 감액되며, 협약 제77조 법문은 이를 명시한다. 이와 같이 손해경감의무의 위반은 피해당사자(손해배상채권자)의 손해배상청구권을 양적으로 축소시킨다. 피해당사자가 합리적인 조치를 취하였더라면 아예 발생하지 않았을 손해의 경우에는 그 전액만큼 손해배상액이 감액된다.²²⁾

피해당사자가 손해경감을 위한 조치를 취하긴 하였으나, 위와 같은 합리성의 기준에서 볼 때 그러한 조치는 부족한 것이었고 추가적인 조치가 더 필요하였던 경우에, 얼마만큼의 손해경감이 인정되어야 하는지가 문제된다. 이러한 경우에 피해당사자가 추가적인 조치를 취하지 아니하여 방지하지 못한 손해만큼만 손해배상액에서 감액되고, 그러한 부족한 조치에 의하여 방지된 손해부분은 손해배상액을 감액하지 못한다고 하여야 한다.²³⁾ 다시 말해, 피해당사자가 손해경감조치를 취하긴 하였으나 그것이 손해의 발생이나 확대를 방지하는 합리적 조치로서 충분하지 못하였고, 추가적인 조치를 더 취하였어야 합리적인 조치라고 할 수 있는 경우에, 피해당사자는 자신이 경감한 손해에 한하여 손해배상액의 감액을 면할 뿐이고, 그와 같은 추가적인 조치에 의하여 경감될 수 있었던 손해는 배상받을 수 없다.

Ⅲ. 손해경감조치로서의 대체거래

1. 대체거래 일반

피해당사자는 손해경감을 위하여 합리적인 조치를 취하여야 하는바, 손해경감조치의 일환으로 대체거래를 하는 것이 요구되는 경우가 있으며, 실무상 대체거래는 가장 흔히 볼 수 있는 손해경감조치 중의 하나이다. 이런 점에서, 손해경감의무는

22) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on CISG*, p. 787; Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, *International Sales Law - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications 1992, p. 309.

23) Victor Knapp, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, editors, *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, p. 560.

일정한 경우에 피해당사자에게 대체거래를 할 의무를 부과한다. 일반적으로 대체 거래는 당해 상황 내에서 합리적으로 가능한 가장 높은 가격으로 대체매각을 하거나 합리적으로 가능한 가장 낮은 가격으로 대체구매를 하는 방법으로 이루어졌다면 합리적인 것으로 된다.²⁴⁾

이하에서는 매수인에 의한 대체거래와 매도인에 의한 대체거래로 나누어 합리적 손해경감조치로서 어떠한 경우에 대체거래가 요구되는지, 어떠한 경우에 대체거래가 합리적인 것으로 인정되는지 등의 문제를 살펴보기로 한다.

2. 매수인에 의한 대체거래

매수인은 상황에 따라 손해경감을 위하여 대체거래를 하여야 하며, 이때에는 대체구매를 하지 않는 것이 손해경감의무 위반이 된다.

예컨대, 한 중재사건에서 매수인이 대체구매를 하지 않고 매도인에게 오직 의무를 이행할 것으로 요구하였는데, 중재판정부는 이를 매수인의 손해경감의무 불이행으로 보아 매도인의 손해배상(상실손해) 액수를 감액시켰다.²⁵⁾ 또한 한 사건에서 독일 법원은 매수인이 대체구매를 하지 않은 것을 손해경감의무 위반으로 보았는데, 이 사건에서 매수인은 문제의 기간 동안에 그 매수인에게 해당 물품을 판매할 수 있는 현지 회사(local company)(즉 매수인 국가에 소재한 회사)가 없었기 때문에 대체거래가 불가능하였다고 주장하였으나, 법원은 이를 배척하면서 이 사건 매도인은 외국회사이므로 매수인으로서의 외국에 있는 판매상인으로부터 받은 거래제의, 최소한 독일의 모든 판매상인으로부터 받은 거래제의를 고려하였어야 한다고 판시하였다.²⁶⁾

한편, 매수인의 대체거래는 당해 ‘상황 내에서’ 합리적으로 가능한 가장 낮은 가격으로 대체구매를 하는 것인바, 이러한 기준 하에서 원래의 매매대금보다 3배나 높은 가격으로 대체구매가 이루어졌는데도 합리적인 대체거래로 인정된 사례가 있다.²⁷⁾ 이는 합리적인 대체거래에 해당되는지가 여부는 당해 상황이 구체적으로

24) Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG, p. 1039; 송양호, 전제논문, p. 13.

25) Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG, p.1038; Arbitral Award of an Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 1 January 2005, CISG-Online 1372.

26) Oberlandesgericht Celle, Germany, 2 September 1998 (Vacuum cleaners case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>>, CLOUT case no. 318.

27) Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997 (Iron molybdenum case), available at: <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1500>>, CLOUT case no. 277. 김범

어떠하였는지에 의존하기 때문이다. 이 사건에서 매수인은 매도인으로부터 물품을 인도받아 그것으로 제3자에 대한 그의 의무를 이행하여야 하는 상황에 처하여 있었는데, 매수인은 매도인으로부터 계약을 이행할 수 없다고 통지를 받은 후 2주 내에 대체거래를 하여야만 제3자에 대한 자신의 의무를 이행할 수 있었기에 당시의 시장가격으로 대체구매를 하였는데, 이 대체구매가격은 원래의 매매대금 보다 3배나 높았다. 이에 대하여 법원은 당시의 시장가격에 구매를 한 것이므로 이를 합리적인 대체거래라고 판단하였다.

또한 합리적인 대체거래로 인정된 사례를 들자면,²⁸⁾ 에어컨 제조업자인 매수인은 에어컨의 부품으로 들어가는 압축기(compressors) 매매계약을 매도인과 체결하였고, 물품은 3회로 분할인도 되어야 하는데, 제2차 선적분이 운송에 놓인 후에, 매수인은 제1차 선적분 물품에 하자가 있음을 발견하고는 제2차 선적분의 수령을 거절하고 도착항에 보관하였다. 매수인은 제1차 선적분 물품의 하자를 수리하고자 노력하였으나 수리를 할 수 없었고, 제3자로부터 대체물품을 적시에 입수할 수도 없었기 때문에 에어컨 생산라인의 가동을 멈추어야 하였다. 그 후 매수인은 제3자로부터 대체물품(대체압축기)을 구입할 수 있었고 이는 그나마 가장 빠른 방법이 었다. 그에 따라 매수인은 즉시 에어컨의 전기판을 개조하고는 에어컨에 그 대체압축기를 장착하였다. 그렇게 전기판을 개조하는 데에도 비용(추가비용)이 발생하였다. 손해배상에 관하여, 법원은 (i) 하자를 수리하고자 노력(비록 실패 하였으나)한 데 소요된 비용, (ii) 대체거래비용, (iii) 계약에 부적합한 압축기의 취급 및 보관비용, (iv) 생산라인의 가동중단에 따른 상실이익을 손해로 인정하였다. 다만 에어컨 전기판 개조비용은 매도인이 그 개조가 반드시 필요하였고 또한 그것이 매도인의 계약위반 때문이었다는 점을 입증하지 못하여 손해로 인정되지 않았다.

한편 계절성 상품의 매매계약에서 발생한 사례로, 매도인이 물품인도를 지체하여 당해 물품의 판매시점이 끝난 후에 비로소 물품을 인도하였고, 매수인은 그 물품을 10% 낮은 가격으로 전매(resell)하였는데, 이에 대하여 중재판정부는 매수인이 손해경감의무를 이행한 것으로 보아 원래의 매매대금과 그러한 전매대금의 차액을 손해로 인정한 사례가 있다.²⁹⁾

철, 전제논문, p. 43은 이러한 경우에 대체거래의 합리성을 부정하는 것으로 이해된다.

28) Federal District Court New York, United States, 9 September 1994 (Delchi Carrier v. Rotorex), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>>, CLOUT case no. 85.

29) ICC award no. 8786 of January 1997 (Clothing case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>>.

3. 매도인에 의한 대체거래

실무상 매도인이 대체거래를 하는 것도 가장 전형적인 손해경감조치이다. 이때 위의 매수인과 마찬가지로 매도인도 상황에 따라 손해경감을 위하여 대체거래를 하여야 하며, 이때에는 대체구매를 하지 않는 것이 손해경감의무 위반이 된다. 관련 사례로, 독일 매도인과 이탈리아 매수인 사이의 베이컨(bacon) 매매계약에서 약 40%의 물품이 인도(이행)된 후에, 매수인이 나머지 물품의 수량을 거절하였고, 이에 매도인은 이를 제3자에게 대체매각을 한 사안에서, 법원은 매도인은 대체거래를 하는 것이 가능하고 또한 합리적이라면 대체거래를 할 의무가 있다고 판시하였다.³⁰⁾

다른 사례로, 오스트리아 매도인과 독일 매수인 사이의 'rolled metal sheets' 매매계약에서 물품은 분할인도되고 대금도 그에 따라 분할지급되는데, 수차의 분할인도가 이행된 후, 매수인이 대금지급을 불이행하고 향후의 선적분의 수량을 거절하자, 이에 매도인은 매수인에게 잔여 선적분의 수량을 요구하였고 매수인은 그에 불응하였다. 이에 매도인은 대체거래로써 물품을 제3자에게 매각하고 원래의 매매대금과 대체거래의 매매대금의 차액을 손해로 배상하도록 청구하였다. 중재판정부는 매도인의 손해배상청구를 인용하면서 그 대체거래를 인정하였다.³¹⁾

그러나 유의할 것으로, 계약위반당사자인 매수인이 당해 계약물품의 전부나 일부를 원래의 매매대금보다는 낮으나 당시의 시장가격보다는 높은 가격으로 구매하겠다고 제안하는 경우에, 매도인(피해당사자)이 그에 응하지 않고 제3자에게 시장가격으로 대체매각을 한다면 이는 손해경감의무 위반이라고 하여야 한다.³²⁾ 이때 그에 응하지 않은 매도인은 매수인이 제안한 가격과 매도인의 대체매각 대금의 차액을 청구할 수 있을 뿐이다.³³⁾ 일례로, 스페인 매수인과 네덜란드 매수인 사이의 800,000개의 'sack' 매매계약에서, 계약체결 후 매수인이 724,800개 'sack'의 가격을 낮추어 줄 것을 제안하자, 매도인은 이를 거절하면서 대금지급을 보장받으려 매수인에게 신용장을 개설해 줄 것을 요구하였는데, 매수인이 그에 반대하자 매도인은 며칠 후에 매수인이 제안한 가격보다 낮은 가격으로 제3자에게 물품을 매각(대체거래)한바, 이에 대하여 법원은 매도인의 손해경감의무 위반이라고 판시하면서, 매수

30) Oberlandesgericht Hamm, 22 September 1992 (Frozen bacon case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>>, CLOUT case no. 227.

31) Vienna Arbitration proceeding SCH-4366, 15 June 1994 (Rolled metal sheets case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>>, CLOUT case no. 93.

32) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on CISG, p. 791.

33) *Ibid.*

인에 제안한 가격과 대체거래 가격의 차액만큼 손해배상액을 감액하였다.³⁴⁾

한편, 전술한 바와 같이, 합리적인 대체거래인지 여부는 당해 상황이 구체적으로 어떠하였는지에 의존하기 때문에, 상황에 따라 매도인이 대체거래(대체매각)를 하지 않았더라도 그것이 손해경감의무 위반에까지 이르지 않는기도 한다. 예컨대, 한 사례에서,³⁵⁾ 중국 매도인과 외국 매수인 사이의 겨울용 코트(wind coat) 매매계약에서 매수인이 색상을 이유로 물품부적합을 통지하고 물품수령을 거절하였는데, 중재판정부는 물품이 계약에 적합하다고 보아 매수인이 물품을 거절한 것이 계약위반이라고 보았고, 매도인이 손해경감의무를 위반하였다는 매수인의 주장에 대하여 이 사건 물품은 매수인 제공한 특별한 명세에 맞추어 제작되었으므로 매도인이 손해경감을 위하여 이 사건 물품을 제3자에게 매각하는 것은 쉽지 않으므로 매도인이 이를 대체거래를 하지 않은 것이 손해경감의무 위반은 아니라고 판시하였다.

특히 이른바 ‘lost volume’ 문제로서, 대표적으로 종류물 매매와 같이, 매도인이 물품을 통상적으로 여러 매수인에게 동일하거나 매우 유사한 조건(특히 가격)으로 판매하는 경우에는, 피해당사자인 매도인이 물품을 제3자에게 매각하지 않았더라도 이는 손해경감의무 위반이 아니다. 다시 말해, 협약 제77조는 이른바 ‘lost volume’ 매도인에게 당해 계약물품의 대체매수인을 물색할 의무를 부과하지 않는다.³⁶⁾ ‘lost volume’ 매도인의 처지에서는 당해 매수인의 계약위반이 있었는지 없었던지 간에 다른 매수인에게 물품을 판매할 수 있었기 때문이다. 같은 맥락에서, 이때 ‘lost volume’ 매도인(손해배상채권자)이 물품을 원래의 매매대금과 같은 가격으로 제3자에게 매각하였더라도 매수인(손해배상채무자)은 이를 이유로 매도인에게 손해가 발생하지 않았다고 주장할 수 없으며, 매도인은 여전히 상실이익을 손해로 배상받을 수 있다.³⁷⁾

34) Tribunal Supremo, Spain, 28 January 2000 (Internationale Jute Maatschappij v. Marin Palomares), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>>, CLOUT case no. 395.

35) China post-1989 CIETAC Arbitration proceedings (Cloth wind coats case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html>>.

36) Gotanda, in Kröll/Mistelis/Viscaillas, Commentary on CISG, p. 1035.

37) *Ibid.*

IV. 조치시기

1. 합리적 기간 내

조치시기의 문제로서, 피해당사자로서는 언제 손해경감조치를 취하여야 하는지의 문제가 있는데, 이는 전술하였듯이 ‘조치의 합리성’의 문제로 처리되어야 할 것으로 생각된다. 피해당사자는 손해경감을 위한 합리적인 조치를 취하여야 하는바, 여기의 합리적인 조치는 시기의 면에서도 합리적인 조치여야 하므로 피해당사자는 합리적인 기간 내에 조치를 취하여야 하기 때문이다.³⁸⁾ 여기의 ‘합리적인 기간 내’는 ‘실행가능한 한 빨리’(at the earliest possible point in time)의 의미를 포함한다.³⁹⁾ 이러한 기간제한은 당해 물품의 시장가격이 상승하는 상황에서 계약을 해제하는 매도인으로 하여금 후속하는 가격하락으로 인한 손해를 매수인에게 전가하지 못하도록 하고, 시장가격이 하락하는 상황에서 계약을 해제하는 매수인으로 하여금 후속하는 가격상승으로 인한 손해를 매도인에게 전가하지 못하도록 한다.⁴⁰⁾

피해당사자가 합리적인 기간 내에 손해경감조치를 취하였는지 여부는 당해 사실관계 내에서 사안별(case-by-case)로 판단하는 수밖에 없다. 아래와 같이, 판례를 보면 합리적인 기간은 수개월일 수도 있고, 수일에 불과할 수도 있다.

예컨대, 이탈리아 신발제조업자(매도인)와 독일 매수인 사이의 겨울용 신발 매매계약에서, 피해당사자인 매도인이 계약해제 후 2개월 후에 물품을 대체매각하였는데, 뒤셀도르프 항소법원(Düsseldorf Appellate Court)은 이를 손해경감의무의 위반이 아니라고 판시하였다. 이 사건에서 매수인의 불이행에 대하여 매도인이 8월 7일에 계약을 해제하고, 10월 6일과 15일에 각각 그 물품을 다른 상인들에게 매각(대체매각)하였는데, 법원은 8월에 이미 대부분의 소매상인들은 겨울용 신발의 재고를 충분히 확보하여 더 이상의 상품을 필요하지 않았다는 매도인의 주장을 인용하여 그 대체거래는 합리적인 기간 내에 이루어진 것으로 보았다.⁴¹⁾

38) 송양호, 전제논문, p. 13도 동지로 보인다.

39) Peter Schlechtriem, Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG(available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem21.html>>), §II.2.

40) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, third edition, Kluwer Law International, 1999, p. 457.

41) Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 14 January 1994, available at: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/119.htm>>, CLOUT case no. 130.

같은 맥락에서, 독일 매도인과 영국 매수인 사이의 ‘iron-molybdenum’ 매매계약에서, 매도인은 자신의 공급자로부터 물품을 공급받지 못하여 결국 매수인에게 물품인도를 못하였고, 그에 대하여 매수인은 매도인의 물품인도 불이행 후 2주 내에 제3자로부터 대체거래를 통하여 물품을 구입하고 그 대금의 차액(원래의 매매대금과 대체거래대금의 차액)을 손해배상으로 청구하였는데, 이에 대하여 함부르크 항소법원(Hamburg Appellate Court)은 매수인이 대체거래를 할 것인지를 고려하여 그렇게 하기로 결정하고 거래를 성사시키는 데 그 정도의 기간은 부여하여야 한다고 보아, 그 2주 동안에 물품의 시장가격이 상당히 상승하였음에도 불구하고 매수인은 합리적인 기간 내에 대체거래를 한 것으로 판단하였다.⁴²⁾

한편 다른 사례로, 한 사건에서 매도인은 매수인으로부터 물품수령거절통지를 받은 후 이틀만에 계약을 해제하고 대체거래의 일환으로 그 물품을 제3자에게 매각하였고, 그 동안(계약해제 후 대체거래의 성립 시까지)에 그 물품의 시장가격이 하락하였는데, 법원은 매도인이 합리적인 기간 내에 손해경감조치(대체거래)를 취한 것으로 판단하였다.⁴³⁾

2. 이행기 전 계약위반의 경우

이행기 전에 상대방(위반당사자)이 이행거절의 의사를 밝히는 경우에, 당사자(피해당사자)는 즉시 가능한 손해경감조치를 취하여야 하는지 아니면 계약을 해제하기 전에는 손해경감조치를 취할 필요가 없는지가 문제된다. 계약이 해제되기 전에는 피해당사자가 손해경감조치를 취할 필요는 없다고 보는 견해가 있고,⁴⁴⁾ 원칙적으로 피해당사자는 계약이 해제되지 않고 존속하는 동안에는 손해경감조치를 취할 필요가 없다고 판시된 사례도 있다.⁴⁵⁾

그러나 협약 초안 제73조(현 제77조)에 대한 사무국주석(Secretariat Commentary)에 의하면,⁴⁶⁾ 이행기에 놓인 의무의 위반뿐만 아니라 이행기 전의 계약위반, 즉,

42) Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997 (Iron molybdenum case), available at: <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUId=1500>>, CLOUT case no. 277.

43) Kantonsgericht Zug, Switzerland, 12 December 2002 (Methyl tertiary-butyl ether case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html>>, CLOUT case. no. 629.

44) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on CISG, p. 789.

45) Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 14 January 1994 (Shoes case), available at: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/119.htm>>, CLOUT case no. 130; Oberlandesgericht Braunschweig, Germany, 28 October 1999 (Frozen meat case), available at: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/510.htm>>, CLOUT case no. 361.

46) UNCITRAL Text of Secretariat Commentary on Article 73 of the 1978 Draft, Official Records of

상대방의 계약위반이 예견되는 경우에도 손해경감의무가 부과된다. 그에 의하면 상대방이 이행거절을 하는 등 상대방의 본질적 계약위반이 있을 것임이 명백히 예견되는 경우에, 피해당사자가 손해경감을 위한 아무런 조치를 취하지 않고 이행기가 도래할 때까지 기다리는 것은 손해경감의무의 위반이 된다.⁴⁷⁾ 예컨대, 매수인이 장차 계약을 불이행할 것임이 확실한 경우에, 매도인으로서 손해경감을 위한 합리적인 조치로서 계약을 해제하였어야 한다고 판시한 사례가 있고,⁴⁸⁾ 이 사례에서 법원은 매도인이 계약해제를 하지 않음으로써 손해경감에 실패하여 매도인의 손해배상청구를 부인하였다. 이러한 의미에서 생각건대 손해경감의무는 계약의 체결과 동시에 발생한다고 하여야 하며, 상대방의 계약위반으로 인하여 비로소 발생하는 것은 아니라고 하여야 한다. 그에 비하여 후자는 상대방의 이행이 없을 것임을 합리적으로 안 때에는 피해당사자는 손해를 경감하기 위한 적절한 조치를 취하도록 기대된다고 한다.⁴⁹⁾

V. 적용범위 - 협약 제77조는 이행청구권에도 적용되는가?

피해당사자가 손해경감의무를 위반한 경우에, 그의 다른 구제권, 특히 이행청구권이 영향을 받는지, 그에 따라 이행청구권이 부인될 수 있는지의 문제가 있다. 이에 대하여 협약 제77조는 손해배상책임에 한하여 적용되고, 매도인의 대금지급청구권(협약 제62조) 등의 이행청구권이나 매수인의 대금감액권 등의 다른 구제권에 영향을 주지 않는다고 보는 견해(부정설)가 다수인 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 그에 의하면 피해당사자가 손해경감의무를 위반하였더라도 여전히 다른 구제권을 행사할 수 있게 된다. 예컨대, 피해당사자인 매도인은 대금지급청구권(이행청구권)을 행사하는 때에는 그 대금지급청구권이 경감되지 않는다. 이러한 부정설은 그 논거로 상대

the Vienna Diplomatic Conference at Official Records, UN DOC. A/CONF. 97/5(also available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html>>), §4.

47) Ibid. Schwenzer, in Schwenzer, Commentary on CISG, p. 1043도 같은 취지로 보인다. 국내견해로는 이해일, “국제물품매매협약상 당사자의 계약위반 및 그 구제에 관한 연구,”(연세대학교 대학원 박사학위논문, 1997), p. 163도 같은 견해로 보인다.

48) Oberlandesgericht München, Germany, 8 February 1995 (Automobiles case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>>, CLOUT case no. 133. 하강현, 전게논문, p. 11도 같은 취지로 보인다.

49) Lookofsky, op. cit., p. 136.

50) Schwenzer, in Schwenzer, Commentary on CISG, pp. 1043~1044; 송양호, 전게논문, p. 6.

방의 계약위반에 대하여 피해당사자가 협약상 이용가능한 여러 구제권 중에서 어느 것을 행사할지를 선택할 수 있고 그 선택은 자신의 재량이므로 피해당사자로서는 손해경감의무를 위반하였다더라도 다른 구제권을 행사할 수 있어야 한다고 한다. 같은 맥락에서 부정설은 예컨대 피해당사자가 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 것인지 아니면 이행을 청구하고 지연손해의 배상을 청구할 것인지는 할 것인지는 그의 선택에 달려있으며, 원칙적으로 피해당사자가 계약을 해제하여 위반당사자를 그의 본래의 이행의무로부터 벗어나도록 해줄 의무는 없다고 한다.⁵¹⁾ 또한 부정설은 협약 제77조가 협약 제5장 제2절에 위치하는 것도 손해경감의무가 다른 구제권에 적용되지 않는 근거로 제시한다. 사건도 원칙적으로 이러한 부정설에 찬동한다.

관련하여, 비엔나 외교회의에서, 미국 대표는 협약 제77조(당시 협약초안 제73조) 제2문에 “or a corresponding modification or adjustment of any other remedy”라는 문구를 추가할 것을 제안하였는데,⁵²⁾ 그에 의하면, 피해당사자가 그러한 합리적인 조치를 취하지 않은 경우에 위반당사자는 손해배상액의 감액이나 “그에 상응하는 여타 구제권의 변경 또는 조정을 청구할 수 있다.” 이러한 제안은 피해당사자가 합리적인 손해경감조치를 취하지 않은 경우에 그의 손해배상청구권뿐만 아니라 대금지급권이나 이행청구권도 그에 상응하는 제한을 받도록 하자는 것인데, 반대 24대 찬성 8의 표결로 채택되지 못하였다.⁵³⁾

그러나 위와 같은 부정설에 의하더라도 다음과 같이 예외적인 경우에조차 이행청구권이 관철되는 것은 아님을 유의하여야 한다. 대표적인 예로서, 당해 매수인의 특수한 목적을 위하여 제조된 물품이어서 상업적 관점에서 전매(轉賣, resell)가 사실상 불가능한 물품의 매매계약, 예컨대, 매수인이 자신의 공장에 설치할 기계를 매도인에게 주문하여 제작하도록 하였는데 시장상황의 변동으로 공장의 생산라인을 개조하여야 하기 때문에 그 기계가 더 이상 필요 없게 되었는데 그 기계의 특수성 때문에 이를 매수할 제3자도 없어서 매수인이 계약의 이행(물품수령)을 미리 거절하면서 그 기계의 제작을 당장 중단하도록 요구하는 경우를 생각할 수 있다. 생각건대 이러한 경우에 매수인의 그러한 요구에도 불구하고 매도인이 계약대로 기계를 제조하여 매수인에게 인도하고서 대금지급을 청구한다면, 이러한 매도인의 행태는 국제거래상 신의의 원칙에 반한다고 보아야 하고, 따라서 협약 제7조 제1항에 따라 매도인의 대금지급청구는 허용되지 않는다고 보아야 한다. 그렇다면 결국 매도인은 손해배상청구를 할 수 밖에 없고, 이 단계에서 매도인은 그 기계의 제조를 중단하여 손해의 확대를 막는 조치를 취하지 않았으므로 인한 손해, 즉, 감경할

51) Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on CISG, p. 789.

52) Honnold, *op. cit.*, pp. 462~463.

53) Honnold, *op. cit.*, p. 463.

수 있었던 손해는 배상받을 수 없게 된다.

같은 맥락에서, 다음과 같은 가상의 사례도 제시되고 있다.⁵⁴⁾ 매도인은 제철업자이고 매수인은 건축업자인데, 매수인이 제3자(발주자)로부터 의뢰받은 빌딩건축을 위하여 매도인과 보철매매계약을 체결하였고, 매도인은 이 보철을 당해 빌딩의 건축자재로서 특별한 수치로 절단하여 인도하여야 하였다. 매매대금은 50,000달러였다. 그런데 매매계약 체결 후 매도인이 보철절단작업에 착수하기 전에, 발주자가 빌딩건축계획을 철회하자 매수인은 그 보철이 필요 없게 되어 매도인에게 보철절단을 하지 말 것을 요청하였는데, 매도인은 그럼에도 보철절단작업을 진행하였다. 그 후 보철이 인도된 때에 매수인이 그 수령을 거절하자 매도인은 대체거래로서 이를 제3자에게 10,000달러 매각하고, 원래의 매매대금과 대체거래대금의 차액인 40,000달러의 손해배상을 청구하였다. 이러한 경우에, 생각건대, 매도인이 보철절단작업을 진행한 것은 손해경감을 위한 합리적인 조치를 취하지 않은 것으로 보아야 하고(손해경감의 무위반), 따라서 매도인이 피할 수 있었던 손해(40,000달러), 즉, 보철의 가치가 50,000달러에서 10,000달러로 감소된 손해는 배상할 필요가 없다고 하여야 한다. 그런데 이때 만약 매도인이 대체거래를 하지 않고 대금지급청구(이행청구)를 한다면, 생각건대, 매도인이 보철절단작업을 진행한 것은 협약상 신의의 원칙에 반하므로(협약 제7조) 매도인이 대금지급청구를 하는 것은 허용되지 않아야 하고, 매도인으로서 손해배상청구권만을 갖는다고 하여야 한다.⁵⁵⁾ 그러므로 결국 매수인으로서 매도인이 합리적으로 피할 수 있었던 손해 40,000달러는 배상할 필요가 없게 된다.

V. 결 언

위의 본문에서 보듯이 손해배상청구는 계약위반에 대하여 가장 흔히 사용되는 구제권이고, 피해당사자의 손해배상청구에 대하여 위반당사자가 피해당사자의 손해경감의무 위반을 주장하여 대항하는 것은 지극히 자연스런 일이므로 손해경감의무는 실무상 매우 큰 역할을 한다. 이에 본고에서는 협약상 손해경감의무에 일반적인 사항들을 간단히 살펴본 후, 가장 대표적인 손해경감조치라 할 수 있는 대체거래의 문제와 손해경감조치를 취하여야 시기의 문제, 손해경감의무의 적용범위의 문제를 살펴보았다.

54) Honnold, *op. cit.*, p. 460.

55) 국내의 반대견해로는 송양호, 전게논문, p. 7.

피해당사자의 손해경감의무는 협약상 신의의 원칙(principle of good faith)의 발현이라고 보아야 하며, 손해의 발생이나 확대를 막기 위하여 피해당사자가 취한 조치가 과연 합리적인 것이었는지, 그가 문제의 조치를 취하지 않은 것이 비합리적인 행동이 되는 것인지 여부는 신의의 원칙에 따라 결정되어야 한다. 이러한 의미에서 협약 제77조가 규정하는 합리성은 신의의 원칙에서 말하는 신의의 일종이다. 나아가 피해당사자가 취한 손해경감조치가 합리적이었는지 여부는 객관적으로 판단되어야 한다. 그리고 시기의 문제로, 피해당사자는 합리적인 기간 내에 손해경감조치를 취하여야 한다. 다만 실무상 피해당사자가 합리적인 기간 내에 손해경감조치를 취하였는지 여부는 당해 사실관계 내에서 사안별(case-by-case)로 판단하는 수밖에 없으며, 그러한 합리적인 기간은 수개월일 수도 있고, 수일에 불과할 수도 있다. 손해경감의무 위반의 효과로서, 손해경감조치가 취하여졌더라면 경감될 수 있었던 부분만큼 손해배상액이 감액되며, 이와 같이 손해경감의무의 위반은 피해당사자(손해배상채권자)의 손해배상청구권을 양적으로 축소시킨다.

실무상 대체거래는 가장 흔히 볼 수 있는 손해경감조치 중의 하나이다. 이런 점에서, 손해경감의무는 일정한 경우에 피해당사자에게 대체거래를 할 의무를 부과한다. 일반적으로 대체거래는 당해 상황 내에서 합리적으로 가능한 가장 높은 가격으로 대체매각을 하거나 합리적으로 가능한 가장 낮은 가격으로 대체구매를 하는 방법으로 이루어졌다면 합리적인 것으로 된다. 피해당사자인 매수인과 매도인은 상황에 따라 손해경감을 위하여 대체거래를 하여야 하며, 이때에는 위의 본문에서 보았듯이 매수인이나 매도인이 대체거래(대체구매 혹은 대체매각)을 하지 않은 것 자체가 손해경감의무 위반이 된다. 그러나 이른바 'lost volume' 매도인이 매수인의 계약위반이 있는 때에 그 계약물품을 제3자에게 매각하지 않았더라도 손해경감의무를 위반한 것으로 되지 않으며, 같은 맥락에서, 'lost volume' 매도인은 계약물품을 원래의 매매대금과 같은 가격으로 제3자에게 매각하였더라도 매도인은 여전히 상실이익을 손해로 배상받을 수 있다.

끝으로 손해경감의무의 적용범위의 문제로서, 협약 제77조는 손해배상책임에 한하여 적용될 뿐이고, 매도인의 대금지급청구권(협약 제62조) 등의 이행청구권이나 매수인의 대금감액권 등의 다른 구제권에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 이러한 부정설에 의하더라도 예외적인 경우에조차 이행청구권이 관철되는 것은 아님을 유의하여야 한다. 협약 제7조 제1항이 규정하는 신의의 원칙에 의하여 이행청구권의 행사가 부정될 수 있기 때문이다. 이러한 경우에 피해당사자는 결국 손해배상청구를 할 수밖에 없게 되는데, 그에 따라 피해당사자는 결국 손해경감의무를 위반한 것으로 다루어질 수 있다.

참 고 문 헌

- 김범철, “유엔매매법상 손해경감의무,” 민사법연구 제9집, 한국민사법학회, 2001.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설, 박영사, 2010.
- 송양호, “CISG상 손실경감의무에 관한 연구,” 국제거래법연구 제21집 제2호, 국제거래법학회, 2012.
- 이해일, “국제물품매매협약상 당사자의 계약위반 및 그 구제에 관한 연구,” 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
- 하강현, “국제물품매매에서 매도인의 손해경감의무에 관한 고찰,” 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014.
- Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, *International Sales Law - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications 1992.
- Gotanda, John, in Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Parales Viscaillas, editors, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG)*, C.H.Beck · Hart · Nomos, 2011.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, third edition, Kluwer Law International, 1999.
- Knapp, Victor, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, editors, *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987.
- Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG - A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the International Sale of Goods*, Third (Worldwide) Edition, Kluwer Law International, 2008.
- Opie, Elizabeth, Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG, January 2005, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>.
- Schwenzer, Ingeborg, in Ingeborg Schwenzer, editor, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third edition, Oxford University Press, 2010.
- Stoll & Gruber, in Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, editors, *Commentary on*

the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), second (English) edition, Oxford University Press, 2005.

Arbitral Award of an Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 1 January 2005, CISG-Online 1372.

China post-1989 CIETAC Arbitration proceedings (Cloth wind coats case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html>>.

Federal District Court New York, United States, 9 September 1994 (Delchi Carrier v. Rotorex), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>>, CLOUT case no. 85.

ICC award no. 8786 of January 1997 (Clothing case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>>.

Kantonsgericht Zug, Switzerland, 12 December 2002 (Methyl tertiary-butyl ether case), English Oberster Gerichtshof, Austria, 6 February 1996 (Propane case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>, CLOUT case no. 176.

translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html>>, CLOUT case no. 629.

Oberlandesgericht Braunschweig, Germany, 28 October 1999 (Frozen meat case), available at: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/510.htm>>, CLOUT case no. 361.

Oberlandesgericht Celle, Germany, 2 September 1998 (Vacuum cleaners case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>>, CLOUT case no. 318.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 14 January 1994, available at: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/119.htm>>, CLOUT case no. 130.

Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997 (Iron molybdenum case), available at: <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1500>>, CLOUT case no. 277.

Oberlandesgericht Hamm, 22 September 1992, (Frozen bacon case), English translation available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>>, CLOUT case no. 227.

Oberlandesgericht München, Germany, 8 February 1995 (Automobiles case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>>, CLOUT case no. 133.

Vienna Arbitration proceeding SCH-4366, 15 June 1994 (Rolled metal sheets case), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>>, CLOUT case no. 93.

Tribunal Supremo, Spain, 28 January 2000 (Internationale Jute Maatschappij v. Marin Palomares), available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>>, CLOUT case no. 395.

UNCITRAL Text of Secretariat Commentary on Article 73 of the 1978 Draft, Official Records of the Vienna Diplomatic Conference at Official Records, UN DOC. A/CONF. 97/5(also available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html>>).

ABSTRACT

Duty to Mitigate Damages under CISG

Hai-Kwan HEO

Article 77 of CISG requires an aggrieved party, the promisee, claiming damages to take reasonable measures to mitigate losses. The reasonable measures required hereunder are limited to those that can be expected under the circumstances having regard to the principle of good faith. When taking such measures, the aggrieved party must do so within a reasonable time under the circumstances. The expenses incurred in taking such measures are recoverable from the promisor. If the aggrieved party fails to do so, the damages recoverable from the promisor are reduced in the amount the loss that should have been mitigated.

The aggrieved party's duty to mitigate damages applies to claim for damages only. That is, the violation of this duty should not be invoked against other remedies available under CISG, such as the right to claim specific performance, the right to claim for the price or the right of reduction of price.

In practice, under the provision of article 77, the aggrieved party, the seller or the buyer, is often required to enter into a substitute transaction as a measure to mitigate losses and many cases involving a substitute transaction are internationally reported. Therefore this paper intends to provide a certain understanding of the aggrieved party's duty to take measures to mitigate losses based on such cases reported.

Keywords : Damages, Duty to Mitigate Loses, Reasonable Measures, Substitute Transaction