

國際契約의 違反과 損害賠償額의 算定

姜 二 秀*

1. 本稿의 趣旨 및 範圍
2. 損害賠償의 範圍
 - 2-1 英美契約法上의 'Hadley v. Baxendale의 法則'
 - 2-2 國際物品賣買契約에 관한 UN條約上의 損害賠償의 範圍
3. 損害賠償額의 豫定과 違約金
 - 3-1 概念의 整理
 - 3-2 損害賠償額의 豫定인가 또는 違約金인가에 대한 判別基準
 - 3-3 損害賠償 이외의 救濟와의 관계
4. 結 語

1. 本稿의 趣旨 및 範圍

오늘날 國際契約의 尙當수가 英美圈과의 契約이며, 그 結果 英美契約法이 契約의 準據法으로 적용되는 경우가 적지 않다. 이 점을 고려하여 本稿에서는 영미계약법상 契約違反과 損害賠償額의 算定¹⁾에 關連되는 基本적 문제에 대한 解釋論을 다루고 자 한다.

* 崇實大學校 經商大學 教授, 經營學博士

- 1) 契約違反의 場合に 배상하여야 할 손해의 범위문제[英美에서는 가끔 이것을 손해의 遠隔性 또는 疎遠性(remoteness of damage)의 문제라고도 한다.]와 그 배상하지 않으면 안되는 賠償額算定(assessment of damage)의 문제와는 구별하지 않으면 안된다. 손해배상액의 算定에 있어서 개개의 場合に 대하여 損害賠償額基準(measure of damages)이 定해져 있는 場合(예컨대, 1979년 영국물품매매법 50조, 51조)가 있는 반면에, 그러한 기준이 없기 때문에 손해배상액의 算定이 매우 곤란한 경우도 있다. 그러나, 그 算定이 곤란하다고 하여 손해배상의 부여가 거부되는 것은 아니며, 이 때에는 손해배상액算定에 關한 일반원칙(general rule for measuring damages)에 의하여 正義와 衡平의 原則에 의하여 배상액이 算定되어야 함은 물론이다.

大陸法系에서 계약불이행(non-performance)으로 다루는 문제를 영미에서는 계약 위반(breach of contract)의 문제로 다루고 있다. 계약당사자 일방의 계약위반은 상대방에게 여러 가지의 救濟方法(remedies)을 부여하게 되는데, 그 구제방법에는 裁判上의 것과 裁判外의 것(계약의 해제)이 있다.

재판상의 구제방법은 채무의 현실적 이행을 청구하는 特定的 救濟(specific relief)²⁾와 損害賠償 및 原狀回復(restitution) 등 3가지 종류로 나누어진다.

우리나라의 民法은 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때를 제외하고는 채권자는 그 채무의 強制履行을 법원에 청구할 수 있다고 규정하고 있다(제389조 제1항). 따라서 어떠한 종류의 채무에 대해서도 채권자는 법원에 대하여 채무의 내용 그 자체의 給付를 명하는 판결을 청구할 수 있고, 다음에 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때를 제외하고는 원칙적으로 항상 執行機關에 대하여 그 채무의 내용을 그대로 실현하는 강제집행을 청구할 수가 있다.

이에 반하여, 英美에서는 계약위반의 경우에 당연히 법원에 대하여 채무의 내용 그 자체의 給付를 명하는 판결을 청구할 수 있는 경우는 金錢債務에 대한 경우 뿐이며, 기타 채무에 대하여는 원칙적으로 損害賠償(damages)을 訴求할 수 있을 뿐이다. (채무의 내용을 그대로 실현하는 강제집행을 청구할 수 없을 뿐만 아니라 채무의 내용 그 자체의 給付를 명하는 판결을 청구할 수도 없다.) 그리고 예외적으로 손해배상만으로서서는 채권자에게 충분한 구제가 되지 못하는 경우(예컨대, 土地를 매입한 경우)에 한하여 채무의 내용 그 자체의 給付를 명하는 판결을 소구할 수가 있다. 즉, 채무의 내용이 적극적인 경우에 그 내용대로 이행하도록 명하는 것이 特定履行의 命令이며, 이에 대하여 소극적 내용의 채무를 그대로 이행할 것을 명하는 것이 留止命令이다.

特定的 救濟가 한정된 유형의 계약위반에 대해서만 인정되는데 대하여, 손해배상은 모든 계약위반에 대하여 인정되며, 따라서 계약위반에 대한 원칙적 구제방법은 손해배상이라고 할 수 있다. 손해배상은 금전배상이며, 계약위반에 대한 손해배상은 계약

2) 특정적 구제로서는 衡平法에 의한 특정이행의 명령(specific performance) 및 留止命令(injunction)과 普通法에 의한 약정금액의 지급(payment of agreed sum of money)이 있다.

위반에 의하여 상대방이 실제로 입었던 손해를 금전으로 報償함으로써 금전에 의하여 가능한 한 상대방으로 하여금 계약이 이행되었던 것과 동일한 지위에 놓이게 하는 것을 목적으로 한다.³⁾

本稿에서는 이와 같은 손해배상에 관하여 먼저 배상하여야 할 損害의 範圍 및 損害賠償額算定의 根本原理와 損害賠償額의 豫定問題(違約金の 約定을 포함한다.)만을 다루고자 하며, 그 이외의 關聯問題는 생략하기로 한다.

2 損害賠償의 範圍

손해배상에 관하여 가장 중요한 문제는 배상하여야 할 손해의 범위문제이다. 즉, 계약위반의 당사자는 당해 계약위반과의 사이에 因果關係(causation)가 있는 손해에 대하여 배상하여야 하만, 이 경우의 因果關係를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다.⁴⁾ 우리나라의 民法은 채무불이행에 대하여 이른바 相當因果關係說을 채택하고 있다(제 393조). 英美法에 있어서도 계약위반의 경우에 관하여는 다소 다른 점도 있으나, 대체로 이것과 동일한 法則을 채택하고 있다.

여기서는 손해배상의 범위에 관하여 먼저 英美契約法上 확립되어 있는 법칙을 살펴본 후, 이에 관한 英國物品賣買法과 國際物品賣買에 관한 UN條約의 규정을 비교해 보고자 한다.

2-1 英美契約法上の 'Hadley v. Baxendale의 法則'

영미에 있어서 손해배상의 범위에 관한 근본원칙은 Hadley v. Baxendale사건⁵⁾의 財務法院(the Court of Exchequer) 판결에 의하여 그 기초가 정립되었다.⁶⁾

3) Robinson v. Harman(1848), 1 Ex. 850, 855, 154 Eng. Rep. 363, 365. ; E. Allan Farnworth, Contracts, Little, Brown & Company, 1990, P.839.

4) J. W. Carter, Breach of Contract, The Law Book Company Limited., 1984, PP.448-454.

5) (1894), 9 Exch, 341, at p. 354.

6) A. G. Guest, Anson's Law of Contract(이하 "Anson"이라 한다.), Clarendon

Hadley사건 이전의 손해배상에 관한 법칙은 期待利益(expectation interest) 내지 特別損害(special damages)를 인정하지 않았다는 점에서 공통점을 지니고 있었으나,⁷⁾ 이것이 Hadley法則으로 변혁되었던 것은 이른바 당사계약의 성장, 발전에 힘입은 바 크다고 한다.⁸⁾ 다음에, Hadley사건의 개요 및 그 適用例를 구체적으로 살펴 보기로 한다.

(1) 事件의 概要

이 사건의 原告(製粉工場의 경영주)는 제분기의 回轉軸이 파괴되어 제분공장이 가동되지 못하였기 때문에 새 제분기를 제작하기 위한 原型으로서 그 파괴된 회전축을 製造元인 기계공장에 송부하기로 하고, 그 운송을 운송업자인 被告에게 의뢰하였다. 이 때에 원고는 피고에게 운송품은 제분기의 파괴된 회전축이라는 것 및 원고가 제분공장의 경영주라는 것만을 알려 주었을 뿐이었다. 그런데 피고의 태만에 의하여 운송이 數日間 지연되었고, 따라서 완성된 새 회전축의 입수도 수일간 지연되었던 결과로(원고는 다른 代替 回轉軸을 가지고 있지 않았기 때문에) 원고는 부득이 지연된 수일만큼 더 휴업하지 않을 수 없었다.

본건에서 문제된 것은 원고가 운송이 지연된 수일 동안 부득이 휴업하지 않을 수 없었으므로 인하여 얻을 수 있었던 利得의 상실에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는가의 여부였다.

법원은 그 손해(얻을 수 있었던 이득의 상실)는 遠隔하므로(too remote)⁹⁾ 그것에 대하여는 피고에게 배상책임이 없다고 판시하였다. 그리고 그 판결이유로서 먼저 계약위반의 경우에 배상하여야 할 손해의 범위에 대하여 “그와같은 계약위반으로부터 자연적으로(naturally), 즉 事物의 通常의 과정에 따라(according to the usual course of things) 발생하는 것으로 공정, 합리적(fairly and reasonably)으로 생각될 수 있는 손해, 또는 계약을 체결한 때에 양당사자가 그 계약위반의 蓋然的(probable) 結果로 생각하였던 것으로 합리적으로 추측될 수 있는 손해”라고 하였다

Press, 1985, PP. 555-556. ; Farnworth, op. cit., P. 873-877.

7) Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U. S 540(1903).

8) 木下 毅, 英美契約法の理論, 東京大學出版會, 1985, P. 400.

9) 가끔 가까운(proximate) 결과에 대해서만 책임을 지고, 먼(remote) 결과에 대해서는 책임을 지지 아니한다고 일컬어 지고 있다. 그러나 문제는 兩者의 限界를 어디에 둘 것인가에 있다.

(이것 은 그 후 종종 引用된 文言이다.) 다음에, 특별한 사정 아래서 계약을 체결한 경우에 그 특별한 사정을 원고가 피고에게 알려 줌으로써 양당사자가 그것을 알고 있었을 때에는 특별한 사정 아래서 通常 발생하는 손해는 배상의 대상이 되지만, 그 특별한 사정을 피고가 전혀 알지 못했던 때에는 그 특별한 사정으로부터 발생하는 손해는 배상의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.

따라서 본건에 있어서는 공장을 부득이 지연된 수일만큼 더 휴업하지 않을 수 없었으므로 인하여 발생한 손해는 (ㄱ) 제분공장에는 代替回轉軸이 있는 것이 通例이므로 事物의 通常의 과정상 발생한 것은 아니며, 또 (ㄴ) 대체회전축이 없다는 특별한 사정은 피고에게 알려지지 않았으므로 손해배상의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.

(2) 이 판결에서 정립되었던 法則

이 판결에서 정립되었던 법칙은 위에서 인용된 바와 같이, (ㄱ) “그와 같은 계약위반으로부터 자연적으로, 즉 事物의 通常의 過程에 따라 발생한 것으로 公正, 合理的으로 생각될 수 있는 손해,” 또는 (ㄴ) “계약체결시에 양당사자가 그 위반의 蓋然的結果로 생각하였던 것이라고 합리적으로 추측될 수 있는 손해”에 대하여 손해배상책임을 부담한다는 것이다. 그리고, 위의 (ㄴ)의 설명은 특별한 사정에 대하여 언급한 것이다. 다시 말하면 (ㄱ)은 通常의 損害에 관 것이며, (ㄴ)은 특별(異常)한 損害, 즉 특별한 사정에 관한 것이다. (ㄱ)과 (ㄴ) 사이의 “또는”은 “또는, 및”의 의미이다.

따라서 이 법칙은 결국 계약체결시에 알았거나 또는 알 수 있었던 사정¹⁰⁾을 전제로하여 그 위반의 蓋然的結果로 생각될 수 있었다고 합리적으로 추측될 수 있는 손해에 대하여 배상책임을 부담한다는 것이며, 보통 “自然的 蓋然的 結果說”로 불리어지고 있다. 또 개연적 결과로 생각되었을 것으로 합리적으로 추측한다고 함은 보통인의 合理的 豫見, 豫見可能性을 기준으로 삼는 것을 말하므로 이 說을 豫見可能說이라고도 한다.

(3) 특별한 사정에 대한 基準時點

이 說은 대체로 우리나라를 비롯한 大陸法系國家에 있어서의 相當因果關係說에 가깝

10) Hadley사건에서는 특별한 사정에 의하여 피고가 알고 있었던 경우만을 문제로 하고 있으나, Hammond & Co. v. Bussey(1887), 20 Q.B.D. 79, 89, C. A.사건에서는 그것은 第2法則(특별한 사정에 의한 손해에 대한 법칙)의 예시로서 언급된 것으로 보지 않으면 안되며, 알 수 있었던 경우도 포함되는 것으로 생각된다고 하고 있다.

다고 할 수 있으나, 다만 한가지 명백히 다른 것은 특별한 사정을 알았거나 또는 알 수 있었는가에 대한 판단의 基準時點이다. 즉, 대륙법계에 있어서의 상당인과관계설에서는 계약위반의 時點을 그 기준으로 하는 데 반하여, Hadley사건의 법칙에서는 계약체결의 時點을 그 기준으로 삼고 있다. 이 판결은 계약체결의 時點을 그 기준으로 삼는 이유를 “ 만약 특별한 사정을 알았다면, 당사자는 계약위반의 경우에 있어서의 손해배상에 관한 特別約款을 만들어 그 경우에 대비할지도 모르며, 이러한 이익을 박탈한다는 것은 매우 불공정하기 때문이다.”라고 한다.

(4) Hadley사건의 法則에 관한 適用例

(가) Hadley사건의 第1法則(通常의 損害)¹¹⁾ 특별한 사정이 없는 경우에 事物의 통상의 과정(경과)에 따라 어떠한 손해가 발생하는가, 또 合理的 人間이 어떠한 손해를 예견한다고 생각되어야 할 것인가는 당연히 당해사건의 사정여하에 달려 있다. 예컨대, 자동차상인으로부터 자동차를 매입하였으나, 그 수령을 거절한 경우에 매도인이 얻을 수 있었던 이득의 상실에 대하여 배상하지 않으면 안되는가에 대한 2개의 判例를 引用하기로 한다.

판례를 살펴보기 전에, 商人이 아닌 사람이 動産을 매각하였는데, 매수인이 그 수령을 거절한 경우를 검토해 보자. 이 경우의 通常의 損害는 매매가격과 그 물품의 가치와의 差額인데, 그 물품이 그 지방에서 通常적으로 매매되고 있는 것인 때에는 市價가 물품의 가치를 나타내고 있다고 할 수 있다. 英國物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979) 제50조 제3항은 매매물품의 不受領에 대한 손해배상으로서 “그 動産에 대하여 이용할 수 있는 市場이 있는 경우에는 손해배상액은 일단 계약가격과 수령하였어야 했을 때(수령시기의 정함이 없는 때에는 수령을 거절하였을 때)의 市價 또는 時價와의 차액으로 결정하여야 할 것이다.”라고 규정하고 있는데, 매도인이 商人이 아닌 경우에는 이 규정이 그대로 타당하다. 그러나, 매도인이 商人인 경우에는 얻을 수 있었던 이득의 상실도 문제삼지 않으면 안된다.

한편, 自動車商人이 자동차를 판매한 경우의 판례인 Thomson(W.C.) Ltd. v. Robinson(Gunmakers), Ltd., 사건¹²⁾에서는 피고는 원고로부터 매입한 Vanguard자동차의 수령을 거절하였다. 자동차의 小賣價格은 제조업자에 의하여 정

11) Anson, op. cit., PP. 559-563.

12) (1955) Ch. 177.

해져 있었으므로 자동차상인은 이것을 준수하지 않으면 안되는 것으로 되어 있었다. 원고는 피고가 수령을 거절하였던 자동차를 다시 自動車都賣商에게 반환하였으나, 피고에 대한 자동차매각에 의하여 얻을 수 있었던 이득을 상실하였다는 이유로 피고에 대하여 손해배상을 청구하였다. 피고는 앞에서 말한 영국물품매매법 50조 3항의 규정을 援用하여 원고는 자동차를 도매상에게 반환하였으나, 다른 고객에게 판매할 수도 있었으므로 그 자동차의 市價와 계약가격과의 사이에는 차이가 없는 까닭에 원고는 名目的 損害賠償만을 청구할 수 있을 뿐이라고 주장하였다. 그러나, 법원은 이 주장을 배척하고, 영국물품매매법의 규정은 일단 “推定法則”으로서 본건에서는 현재 Vanguard자동차의 공급이 수요를 상회하고있으며, 결국 원고에게는 Vanguard자동차의 매각갯수가 1대 줄어 들었기 때문에 그 매각에 의하여 얻을 수 있었던 이득의 상실에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다. 즉, 이 경우에는 얻을 수 있었던 이득의 상실이 通常의 손해라고 한 것이다.

이에 반하여 Charter v. Sullivan사건¹³⁾에서는 피고가 매입하기로 하였던 자동차는 다른 사람에게 쉽게 매각될 수 있는 상태에 있었던 사건이었다. 즉, 피고가 수령을 거절하였던 자동차도 실제로 10일 이내에 다른 사람에게 매각되었던 事案에 대하여 自動車商人인 원고는 名目的 損害賠償 밖에 청구할 수 없다고 판시되었다.

(나) Hadley사건의 第2法則(특별한 사정에 의한 損害)¹⁴⁾ 결국 무엇이 특별한 사정인가, 또 그 특별한 사정을 피고가 알았는가 또는 알 수 있었는가의 여부가 문제된다. 이 점에 대한 판례를 살펴보기로 한다.

Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd., 사건¹⁵⁾에서는 세탁 및 染色業者인 원고가 그 사업을 확장하기 위하여 이전보다 더 큰 보일러를 피고로부터 매입하는 계약을 체결하고, 引渡期日은 6월 5일이었다. 그런데 피고는 제작한 보일러를 이동할 때에 그 일부가 파손되었기 때문에 약정기일에 인도하지 못하고, 실제로 인도하였던 것은 11월 8일이었다. 피고는 원고의 영업을 무엇인가를 알고 있었으며, 또 계약의 체결 전에 주문된 보일러를 원고가 가능한 한 빨리 사용하기를 열망하고 있다는 것을 알고 있었다. 원고는 사업의 확장에 의하여 얻을 수

13)(1957) 2 Q. B. 117. C. A.

14)Ibid., P. 564.

15)(1949) 2 K. B. 528.

있었던 이득의 상실(1週間 16파운드의 見積) 및 軍需省으로부터 주문을 받을 수 있었다면 특별히 유리한 染色契約에 의하여 얻을 수 있었던 특별한 이득의 상실(1週間 262파운드의 見積)에 대한 손해배상을 청구하였다.

抗訴院은 (ㄱ) 먼저 피고는 원고의 영업과 원고의 보일러에 대한 신속한 사용의 열망을 알고 있었다는 사실 및 기계제조업자로서의 경험에 비추어 引渡를 지연하면 어느 정도의 이득의 상실이 발생한다는 것을 예견하였다고 생각되며, (ㄴ) 다음에, 軍需省으로부터 특별히 유리한 염색주문의 商談이 있었다는 사실은 피고가 알지 못했기 때문에 그 염색계약에 의한 특별한 이득의 상실에 대하여는 손해배상을 청구할 수 없으나, 염색에 대해서도 보통의 이득의 상실을 나타내는 금액(이것은 추측적인 금액이라 하더라도)을 청구하는 것은 무방하므로 손해배상액을 산정시키기 위하여 사건을 Official Referee(仲裁官)에게 移送하였다.¹⁶⁾

이 판례는 Hadley사건의 제1법칙과 제2법칙은 豫見可能性의 요건에 있어서 통합되고 있다는 것을 나타내고 있다. 즉, 계약법에 있어서 損害의 遠隔性(remoteness)의 문제를 지배하는 일반적 기준은 예견가능성이며, 이 일반적 기준이 예견의 기초가 되는 당사자의 지식(knowledge)의 종류에 따라 Hadley사건의 제1법칙과 제2법칙으로 표현된 것이다. Asquith判事は 제1법칙과 제2법칙의 論理的 關係에 대하여 다음과 같이 언급하였다.

“ 계약위반으로 인한 손해배상은 현실적으로 발생한 손해 가운데서 계약체결시에 계약위반의 결과로서 발생할 것으로 합리적으로 예견될 수 있었던(reasonably foreseeable) 부분에 한정된다. 계약체결시에 무엇이 그러한 손해로서 예견될 수 있었던가는 계약의 체결시에 양당사자 또는 적어도 계약위반자측이 가지고 있는 지식에 의하여 결정된다.

그 때에 당사자가 가지고 있는 지식에는 2가지 종류가 있다. 그 하나는, 당사자가 가지고 있었다고 “看做되는 지식”(imputed knowledge)이다. 모든 사람은 합리적 인간으로서 事物의 通常의 과정에 있어서 계약위반으로 인하여 생기는 손해가 무엇인가를 알고 있었던 것으로 간주된다. 이러한 “간주되는 지식”은 계약위반자가 현실적으로 가지고 있었는가의 여부에 관계없이 그가 가지고 있었다고 假定되는

16) 이 사건에서 Asquith判事が 언급한 의견은 Hadley사건의 법칙을 restate(再述)하였던 것으로서 유명하다.

(assumed) 지식이다. Hadley사건의 제1법칙은 이것을 대상으로 한 것이다.

당사자가 가지고 있는 지식 가운데 또 하나의 지식은 “현실적 지식”(actual knowledge)이다. 어떠한 계약위반이 通常의 경우보다도 더 큰 손해를 초래할 것이라는 특별한 사정을 알고 있는 경우에는 제2법칙이 적용되어 보다 더 큰 손해에 대하여 배상하여야 한다.¹⁷⁾

2-2 國際物品賣買契約에 관한 UN條約上の 損害賠償의 範圍

(1) 一般原則

條約 74조는 손해배상의 범위에 관한 일반원칙을 다음과 같이 규정하고 있다.

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract(당사자 일방의 계약위반에 대한 손해배상은 얻을 수 있는 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 한다. 그 손해배상은 계약위반을 한 당사자가 계약체결시에 알았거나 또는 알았어야 하였던 사실 및 사항에 비추어 계약위반으로부터 발생할 수 있는 결과로서 계약체결시에 예견하였거나 또는 예견하였어야 하였던 손실을 초과할 수 없다.)

위의 규정에서 보는 바와 같이, 일방당사자의 계약위반에 대한 손해배상의 액은 “얻을 수 있었던 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입었던 손실과 같은 액”으로 하고 있다(74조 1文). 다만, 이러한 손해배상의 액은 “위반을 한 당사자가 계약체결시에 알았거나 또는 알았어야 하였던 사실 및 사항에 비추어 계약위반으로부터 발생할 수 있는 결과로서 계약체결시에 예견하였거나 또는 예견하였어야 하였던 손실을 초과할 수 없다.”(74조 2文).

17) 望月禮一郎, 英美法, 青林書院新社, 1990, pp. 412-413.

條約은 매도인 또는 매수인의 계약위반에 대한 救濟를 청구하는 요건으로서 매도인 또는 매수인의 의무가 이행되지 아니하였다는 客觀的 事實만을 요구하고 있으며, 당사자의 故意, 過失 등의 有責性(이른바 계약위반의 主觀的 要件)을 문제로 삼지 않고 있다(45조 1항, 61조 1항).¹⁸⁾ 이와같이 계약위반에 대한 구제를 청구하는 요건으로서 계약위반을 한 당사자의 有責性を 문제로 삼지 않는다는 해석은 조약 45조 1항(65조 1항)의 文言에 근거를 두고 있다. 즉, 條約 45조 1항(65조 1항)은 序頭에서 "If the seller(buyer) fails to perform any of his obligations under the contract and this Convention, the buyer(seller) may"[매도인(매수인)이 계약 또는 이 조약에 정해진 어느 의무를 이행하지 아니한 경우에는, 매수인(매도인)은 할 수 있다.]라고 규정하고 있다. 條約은 이 文言에 의하여 전통적인 國內法上的의 接近方法, 즉 계약상의 의무를 이행하지 않은 당사자는 故意 또는 過失이 없는 한, 손해배상책임이 없다는 견해를 배척하고 있다는데에 중대한의 의가 있다. 過失責任原則("negligence" principle)을 채택하고 있는 일부 국내법체계에서는 이 원칙이 陳腐하고, 불명확한 상태에 이르렀다고 하며, 또 다른 일부 국내법체계에서는 이 원칙을 배척하고 있다. 국제무역에 관한 統一法을 제정함에 있어서 이와같이 다양한 여러 가지 접근방법 가운데서 어느 하나를 명확하게 선택한다는 것은 매우 중요하며, 결국 條約은 당사자의 有責性を 문제삼지 않는 접근방법을 선택하였다.¹⁹⁾ 이 점에 관하여는 앞으로 條約의 운용과정에서 논쟁이 일어날 素地가 충분히 있다고 생각한다.²⁰⁾

어떻든, 條約 74조는 損害賠償額의 算定方法에 대해서만 규정하고 있다. 그러나, 이 산정방법의 규정으로부터 손해배상책임의 요건을 다음과 같이 抽出할 수가 있다.

18) 曾野和明, 山手正史, 國際賣買法, 靑林書院, 1993, P. 235.

19) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, P. 277.

20) Rabel은 "過失責任原則("fault" principle)에 고유한 혼돈과 예외는 그 통일적 이용을 저해하고 있으므로 統一法에서는 直線法則(straight-lined rules)이 필요하다고 한다(A Specimen of Comparative Law: The Main Remedies for the Seller's Breach of Warranty, 22 Revista Jur. Univ. of P. R. 167, 180-188 (1953)); Zweiger은 "無過失損害賠償責任 (damage liability without fault)은 독일법과는 모순된다고 할지라도 국제무역거래에 대하여는 보다 더 적절하다."고 지적하고 있다(Zweiger, Aspects of German Law of Sale, in Comp. Sales (I. C. L. Q.) 1, 3-4.).

즉, (ㄱ) 일방당사자에게 계약위반이 있을 것 (ㄴ) 상대방이 손해를 입었을 것 (ㄷ) 상대방이 입은 손해는 당해 계약위반의 결과로 발생하였을 것(계약위반과 손해 사이에 事實的 因果關係가 있을 것) 등 3가지이다.

(2) 損害賠償의 範圍 [豫見可能性(foreseeability)]

(가) 基本原則(基準) 손해배상액은 얻을 수 있었던 이익을 포함하여 계약위반의 결과 상대방이 입었던 손해와 같은 금액이다(74조 1문). 또 이 條約에서 인정되고 있는 손해배상은 “손해와 같은 액(a sum equal to the loss)”으로서 金錢賠償을 의미한다.

條約 74조 1文은 손해배상의 기본이념 또는 손해배상의 범위에 관한 기준을 나타내는 것으로서 계약위반의 상대방이 만약 계약이 適法하게 이행되었다면 서 있게 될 경제적 지위와 동일한 지위를 확보하게 해 준다는 것을 명확히 하고 있다.²¹⁾ 즉, 계약을 체결하지 않았다면 입지 않았을 손해의 배상(信賴利益의 賠償) 뿐만 아니라 얻을 수 있었던 이익인 履行利益의 賠償이 예정되어 있다.

(나) 豫見可能性에 의한 制限(“foreseeability” limitation) 위에서 말한 손해배상액산정에 관한 기본원칙에 대하여는 중요한 제한이 붙어 있다. 즉, 손해배상의 액은 “계약위반을 하였던 당사자가 계약체결시에 알았거나 또는 알았어야 하였던 사실 및 사항에 비추어 계약위반으로부터 발생할 수 있는 결과로서 계약체결시에 예견하였거나 또는 예견하였어야 하였던 손해”의 액을 초과할 수 없다(74조 2文).

豫見不可能이었던 損害(unpredictable consequential damages)에 대하여는 배상청구를 허용하지 않는다는 접근방법은 普通法(common law) 體系의 국가에서는 앞에서 본 1854년 Hadley v. Baxendale사건의 판결 이래로 발전되어 왔으며²²⁾, 그 밖에 세계 주요 法體系에서도 일반적으로 인정되고 있다. 美國 統一商法典(U. C. C.)은 바로 Hadley사건의 전통을 그대로 계승하고 있다. 즉, 매수인이 계약과 불일치하는 물품을 수령한 경우에는 “매도인의 계약위반으로부터 通常的으로

21) 條約 74조는 1978년 條約草案 70조와 같으며, 또 ULIS 82와 매우 유사하다.

Secretariat commentary on the 1978 Draft, Art. 70, para. 3, O. R. Docv. Hist. 449. (曾野和明, 山手正史, 前掲書, P.236에서 再引用); G. Treitel, “Remedies for Breach of Contract.” in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7, Ch. 16 The Hague; Mouton; Tübingen: Mohr, 1976.

22) Farnworth, op. cit., PP. 876-877.

발생하는 損害(the loss resulting in the ordinary course of events from the seller's breach)"라고 규정하고 있다(제2-714조 1항). 또 U.C.C.는 매수인에게 附隨的 損害와 間接的 損害(incidental and consequential damages)의 배상 청구권도 허용하고 있다. 다만, 이 경우의 간접적 손해는 條約 74조와 유사한 豫見可能性의 제한을 붙여 제2-715조 2항²³⁾에 의하여 定義를 내리고 있다.

豫見可能性에 의한 제한은 프랑스法の 영향을 받은 지역에서도 잘 알려져 있는 基準이다. 프랑스 民法은 故意에 의한 계약위반이 아닌 경우에는 손해배상의 범위를 계약체결시에 예견하였거나 또는 예견할수 있었던 손해로 한정하고 있다(1150조). 실제로 Hadley사건의 판결 속에 이와같은 프랑스法の 法則이 참고로 되었으며, 영국의 法院이 프랑스法の 접근방법을 援用하였던 정도는 학문적으로 관심의 대상으로 되어 왔다.²⁴⁾

이와같이 예견불가능하였던 손해에 대하여는 배상청구를 허용하지 아니한다는 원칙은 英美法과 프랑스法 이외에도 세계 주요 法體系에서 일반적으로 인정되어 있다. 그러나, 이러한 예견가능성에 의한 제한을 어떠한 형태로서 부과하는가에 대하여는 그 접근방법이 다양하다. 韓國法과 日本法은 通常 발생하는 손해의 배상을 원칙으로 하고, 특별한 사정에 의하여 발생한 손해도 당사자가 예견가능하였던 것에 대하여는 배상청구를 허용하고 있으나(한국민법 393조, 일본민법 416조), 예견의 對象(특별사정인가 또는 손해인가) 및 예견시기(계약체결시인가 또는 채무불이행시인가)에 대하여는 견해가 나누어져 있다. 또 손해의 발생이 高度의 蓋然性을 지닌 것으로서 예견되었음을 요한다는 英國 貴族院判決²⁵⁾과 美國 契約法 Restatement²⁶⁾의 입장도 있다. 또 독일에 있어서와 같이 행위자의 지위에 있었다면 알 수 있었을 사정을 기초로 하여 相當因果關係의 범위를 劃定하는 접근방법도 있다. 다른 한편으로, 韓國과 日本의 전통적 학설과 같이 相當因果關係와 民法의 손해배상의 범위에 관한 규정(한

23) (2) Consequential damages resulting from the seller's breach include

(a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise,

24) Honnold, op. cit., pp. 410-411; Treitel, op. cit., § 83.

25) *Konfos v. Czarnikow, Ltd. (The Heron II)*, (1967) 3 All E. R. 686 (H. L.);

望月禮一郎, 前掲書, P. 427 이하; 木下毅, 前掲書, 1985, P. 404 이하 참조.

26) Restatement, Second, Contracts § 351 (1).

국민법 393조, 일본민법 416조)의 내용을 합치시키려고 하는 견해에 의하면, 예견가능성은 相當因果關係의 발견을 위한 하나의 요소라고 할 수 있다.

이와같이 각국의 法, 判例 및 學說 등의 접근방법이 미묘한 차이를 보이고 있는 상황 아래서 條約이 國際的 統一準則으로서의 실효성을 지니기 위하여는 그 준칙은 예견가능성의 기준을 손해배상범위의 제한으로서 어떠한 형태로 부과하고 있는가, 또 예견의 主體, 예견의 시기, 예견의 判斷資料 및 예견의 對象 등의 문제에 대하여 가능한 한 명확하게 규정하는 것이 바람직하다. 따라서 여기서는 이러한 문제에 대하여 條約은 어떠한 태도를 취하고 있는가를 검토해 보고자 한다.

(a) 唯一한 制限基準 條約 74조는 손해배상의 범위를 제한하는 기준으로서 예견가능성에 의한 제한만을 인정하고 있다. 따라서 각국의 法體系에서 손해배상의 범위를 제한하기 위하여 사용하고 있는 諸基準(예컨대, 직접손해와 간접손해의 구별, 通常損害와 特別損害의 구별, 相當因果關係 등)은 條約上으로는 문제되지 아니한다. 또 瑕疵있는 물품에 의하여 발생한 積極的 債權侵害에 의한 손해 중에서 人的 損害에 대하여는 條約 3조가 同條約의 규율대상으로부터 완전히 배제하고 있으나, 物的 損害에 대하여는 배제하지 않고 있으므로 物的 損害가 예견가능하였던 損害인 한, 역시 74조 아래서 填補될 수 있다.²⁷⁾

(b) 豫見의 主體와 時期 損害를 예견하였거나 또는 예견하였어야 할 主體는 계약위반을 한 당사자이다. 예견의 판단자료로 되는 것은 “계약위반을 한 당사자가 계약체결시에 알았거나 또는 알았어야 하였던 事實 및 事項”이다. 따라서 계약위반을 한 당사자의 예견가능성만이 그 기준이 된다. 다만, 판단자료로서의 사실 및 사항에는 “알았어야 하였던” 것이 포함되며, 또 “예견하였어야 하였던 것이 포함되므로 실제에 있어서는 계약위반을 한 당사자의 지위에 놓여진 合理的 人間의 豫見可能性을 기준으로 할 때에 거의 차이가 생기지 않을 것이다.

豫見可能成 有無의 判斷時點은 계약체결시이다. 따라서 계약체결 후에 판명되었던 사정은 그것이 계약체결시에 알았거나 예견하였어야 하였던 사정이 아닌 한, 계약위반을 근거로 한 손해배상문제에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.²⁸⁾

(c) 豫見의 對象 예견의 대상은 損害이다. 條約 74조 1항(英語

27) 曾野和明, 山手正史, 前掲書, PP. 237-240 참조.

28) Ibid.

正文)은 Damagesconsist of a sum equal to the loss"로 표현하고 있으며, 同條 2文은 "Such damages may not exceed the loss"로 표현하고 있어 예견의 대상이 금액인가 또는 손해인가가 반드시 명확하지 아니하다. 그러나, 1文에서 금액(a sum)이라는 용어를 사용하고 있는 것은 金錢賠償의 원칙을 명확히 하자는데 지나지 않으며, 예견의 대상은 2文의 文意대로 손해라고 해석하여야 할 것이다. 또 프랑스語 正文의 1文과 2文에는 모두 主語는 損害賠償額(dommages-intérêts)이며, 그것에 대응하는 용어는 損害(perte)로 규정되어 있다.²⁹⁾

(3) 契約이 解除된 경우에 있어서의 損害賠償範圍에 관한 特則

손해배상에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 74조는 契約解除의 有無를 가리지 않고 적용된다. 이에 대하여 75조 및 76조는 물품매매계약을 해제한 당사자가 청구할 수 있는 손해배상액의 산정에 관한 선택적 방법을 규정하고 있다. 계약을 해제하는 典型的인 경우는 (一) 매도인이 물품을 引渡하지 아니하거나 또는 심각한 瑕疵가 있는 물품을 引渡한 때 (二) 매수인이 물품대금을 지급하지 아니 한 때이다. 이러한 경우에 被害當事者는 상대방에게 계약이 해제되었음을 통지함으로써 계약상의 의무로부터 벗어날 수 있다(條約 26조, 81조), 즉, 계약이 해제된 이후에는 계약위반으로 인하여 피해를 입은 매수인은 물품을 受諾(accept)할 의무는 없으며, 이미 受領(receive)하였던 물품을 매도인에게 반환하여야 한다. 그리고 피해를 입은 매도인은 물품을 매수인에게 인도할 의무가 없다.³⁰⁾

한편, 75조는 계약이 해제된 후에 代替去來가 행해진 경우에만 적용되며, 76조는 계약이 해제된후에 代替去來가 행해지지 않은 경우에 당해물품에 時價가 있는 경우에 적용된다. 다만, 75조 또는 76조가 적용되는 경우에 74조의 적용이 배제되는 것은 아니며, 75조 또는 76조에 의하여 확보되어 있는 금액 이상의 손해가 있는 경우에는 당사자는 74조에 의한 손해배상도 청구할 수 있다. 즉, 75조 및 76조는 계약이 해제된 일정한 경우에 74조를 보완함으로써 損害賠償額算定에 관한 당사자간의 분쟁을 감소시키려는 취지의 규정이다.³¹⁾

29) Ibid., P. 241(BIANCA-BONNEL,541(V. KNAPP), 재인용]

30) 辛永茂, UN國際物品協約上 損害賠償義務의 內容과 限界(林泓根, 李泰熙 共編, 國際物品買賣契約에 관한 UN協約上の 諸問題, 1991, PP. 294-320 所載(이하 "辛永茂 前掲論文"이라 함)), P 294 ; Honnold, op. cit., P.412.

31) 曾野和明, 山手正史, 前掲書, P.241(Secretariat Commentary on the 1978 Draft,

(가) 代替去來가 행해진 경우의 損害額 매매계약이 해제된 때에는 매수인은 제3자로부터 代替品을 구입하고, 매도인은 제3자에게 물품을 매각하는 경우가 많은데, 이 경우에는 보통 元契約보다 불리한 조건으로 거래하지 않을 수 없다. 그 典型的인 것은 代替去來에 있어서의 가격의 差異이다. 이것은 바로 계약위반의 결과 입었던 손해로서 손해배상청구의 대상이 됨은 명백하다. 그러나, 代體去來는 다양한 형태로 이루어 질 수 있으므로 대체거래와 해제된 계약과의 조건의 차이를 손해배상으로 청구하는 것을 인정하기 위하여는 그 대상이 되는 대체거래를 일정한 합리적인 거래에 한정하지 않으면 안된다. 따라서 條約 75조는 “계약이 해제된 경우에 합리적인 방법 및 계약해제 후 합리적인 기간내에 매수인이 대체품을 구입하거나 또는 매도인이 물품을 다른 사람에게 매각한 때에는 손해배상을 청구하는 당사자는 契約代金과 대체거래에 있어서의 代金과의 差額”을 청구할 수 있는 것으로 하고, 다음에 그 이상의 손해가 있는 때에는 74조의 일반원칙에 의한 손해배상을 청구할 수 있는 것으로 하고 있다. 이 경우에 손해배상의 청구자가 물품의 時價 또는 市場價格을 입증할 필요는 없다.³²⁾

代替去來가 합리적인 방법으로 이루어졌다고 할 수 있기 위하여는 당해 상황 아래서 합리적으로 가능한 범위에서 最高價格에 의한 매각 또는 最低價格에 의한 대체품의 구입이 이루어졌던 경우가 아니면 안된다. 더욱 75조에 의하여 代替去來와의 差額을 손해배상으로 청구할 수 있는 경우는 契約의 解除 후 합리적인 기간내에 행해진 대체거래에 한정된다. 그 이외의 경우는 76조에 의하여 원칙적으로 解除時에 있어서의 時價가 기준이 된다. 代替去來는 실질적으로 元契約의 대체로 인정될 수 있는 한, 물품의 발송지, 수량, 품질, 이행시기, 지급조건 등에 있어서 元契約과 동일할 필요는 없으나, 예컨대, 元契約이 FOB條件인데 대하여 대체거래가 CIF條件과 같은 경우에는 損害賠償의 算定에 있어서는 계약조건의 변화에 상응한 조정이 필요하다.

75조의 公式에 의한 금액 이상의 손해가 있는 때에는 74조의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 있는데, 그 典型的인 예는 계약에 不適合한 물품의 受取 또는 대체품의 구입을 위하여 소요된 附加費用이나 元契約의 履行期에 물품을 수취하지 못하

Art. 70, para. 1, O.R. 59, Docv. Hist. 449. 再引用)

32) Honnold, op. cit., PP.412-413; 山野和明, 山手正史, 前掲書, P.242.

였음으로 인하여 입었던 손해 등과 같다.³³⁾

Treitel教授에 의하면, 위에서 본 바와 같이 實際的 損害를 기초로 하여 산정하는 損害賠償額算定の 구체적 방법(“concrete” method based on actual loss)은 市場價格을 기초로 하는 抽象的 算定方法[“abstract” measurement based on market price(條約 76조)]과는 구별된다고 하며, 또 이와 같은 구체적 산정방법은 프랑스, 독일, 스위스 기타 많은 法體制에서 채택하고 있다고 한다.³⁴⁾

英國 物品賣買法(1979)에는 條約 75조에 상응하는 규정이 없으며, 이에 가장 근접한 접근방법으로서 代金支給을 받지 못한 賣渡人(unpaid seller)의 物品再賣却權³⁵⁾을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐이다.³⁶⁾ 한편, 美國 統一商法典은 계약위반으로 인한 被害當事者가 대체거래에 의하여 손해액을 확정할 수 있도록 하고 있다. 또 統一商法典은 매도인에 의한 再賣却의 경우(제2-706조)와 매수인에 의한 再買入의 경우(제2-712조)에 관하여 각각 따로 규정하고 있으며,³⁷⁾ 이와 같은 규정은 條約의 해석에 참고가 된다.

(나) 代替去來가 행해지지 않았던 경우의 損害額 條約 76조는 계약이 해제된 경우에 손해배상을 청구하는 당사자가 75조에 의거한 대체거래를 행하지 않았으며, 또 그 물품에 時價가 있는 경우에 있어서의 損害賠償額의 算定에 관한 규정이다. 時價가 있는 물품이 계약의 목적물인 경우에는 대체거래가 행해지는 것이 보통이다. 그러나, 대체거래는 다양한 형태로 이루어질 수고, 특히 大企業의 경우에는 어느 한 계약의 解除影響의 調整은 내부적으로 복잡한 형태를 취하는 경우가 많

33) Ibid., P.243 (Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 71, para. 4, 3, 9, O. R. 60, DOCV, HIST, 450. 再引用).

34) Treitel, Remedies § 69.

35) 拙著, 國際貿易慣習論, 三英社, 1994, P.120 참조.

36) Honnold, op, cit., P.413; 辛永茂, 前揭論文, P.295.

37) Ibid.

U.C.C. Section 2-706. Seller's Resale Including Contract for Resale

(1) Under the conditions stated in Section 703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercial reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental damages allowed under the provisions of this Article(Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach.

으므로 계약해제의 결과 과연 대체거래가 행해졌는가, 또 대체거래가 행해졌다고 하더라도 어느 것이 그 대체거래였는가를 특정하는 것이 곤란한 때도 있다. 뿐만 아니라 해제를 한 당사자가 일련의 同種去來를 행하고 있기 때문에 어느 것이 해제된 계약의 대체거래인가를 특정할 수 없는 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 경우에 어디까지나 대체거래가 행해졌던 것으로서 문제를 해결하려고 한다면, 도리어 복잡하게 된다. 76조의 취지는 바로 이러한 문제에 대응하려는 데 있다. 따라서 어느 거래가 해제된 계약의 代替去來인가를 특정할 수 없는 경우도 포함되며, 대체거래가 있었다고 하더라도 75조의 요건을 갖추지 않은 경우에는 76조가 적용된다.³⁸⁾ 代替去來가 행해지지 않았던 경우에 청구할 수 있는 損害額은 契約代金과 解除時에 있어서의 時價와의 差額이 원칙이며(76조 1항 1文), 손해배상을 청구하는 당사자가 물품을 引取한 후에 계약을 해제하였을 때에는 解除時에 있어서의 時價 대신에 물품을 引取하였을 때에 있어서의 時價가 적용된다(동조 동항 2文). 여기서 時價라 함은 “물품의 引渡가 행해졌어야 할 장소에 있어서의 支配的인 價格”이다(76조 2항 1文). 支配的인 價格은 公正市場時勢의한 價格임을 요하지 아니한다. 公正市場時勢가 존재하는 경우에는 그것이 支配的인 價格의 중요한 결정요소의 하나임은 의문이 없으나, 그 경우에도 당해 市場에 있어서 확립되어 있는 慣行 및 慣習 등을 종합하여 支配的인 價格이 결정되지 않으면 안된다. 물품의 引渡가 행해졌어야 할 장소에 時價가 없는 경우에는 합리적으로 代置하여 참고로 삼을 수 있는 다른 장소에 있어서의 가격을 時價로 다룰 수 있으나, 이 경우에는 그 가격결정에 運送費用의 차이가 적절하게 加味된다(동항 2文). 또 76조에 의한 금액 이상의 손해가 있을 때에는 74조에 의하여 그것을 청구할 수 있다.³⁹⁾

위에서 본 바와같이, 代替去來가 행해지지 않았던 경우의 損害額 算定에 있어서의 時價(current price)가 중요한 의미를 가지게 된다. 따라서 여기서는 74조의 해석상 구체적으로 時價를 결정하기 위한 기준이 되는 時點과 場所를 검토하기로 한다.

(a) 時價의 基準時點 계약위반으로 인한 피해당사자가 물품

38) 曾野和明, 山手正史, 前掲書, PP.243-244 [Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art 72, paras. 2, 3, O. R. 60-61, BIANCA=BONNEL, 554 (V. Knapp) 再引用].

39) Ibid., (Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 72, para 6, O. R. 61., DOCV. HIST. 451 再引用).

의 引渡 前 또는 引渡時에 계약을 해제한 경우에는 契約解除時의 時價(the current price at the time of avoidance)를 기초로 하여 손해액이 산정된다(76조 1항). 이와 같이 “契約解除時의 時價”가 적용되는 경우는 다음과 같다. (ㄱ) 예상되는 契約 違反(anticipatory breach)으로 인하여 계약이 해제된 경우 (ㄴ) 매수인이 물품의 引渡前 또는 引渡時에 代金を 지급하지 않았기(또는 약정된 代金支給準備義務, 예컨대 信用狀開設을 하지 않은 때) 때문에 매도인이 계약을 해제한 때 (ㄷ) 매수인이 심각한 瑕疵가 있는 물품의 제공을 거절함과 동시에 계약을 해제한 경우 등이다.

그러나, 76조 1항 2문이 적용되는 경우(손해배상을 청구하는 당사자가 물품을 引取한 후에 계약을 해제한 경우, 예컨대 매수인이 물품을 사용하는 중에 물품의 심각한 瑕疵가 나타난 때 등)에는 損害額의 算定은 契約解除時의 價格을 기초로 하지 아니한다. 이 경우에는 매수인이 물품을 引取하였을 때의 時價를 기초로하여 손해액이 산정된다. 이 규정의 취지는 매수인이 물품의 市價(market price)가 하락한 후에 계약을 해제함으로써 매도인의 비용으로 投機하는 것을 방지하자는데 있다.⁴⁰⁾

76조에 상응하는 統一商法典의 규정은 제2-708조 1항(市價를 기준으로 한 매도인의 損害額)과 제2-713조(市價를 기준으로 한 매수인의 損害額)이나, 兩者는 몇가지 점에서 다르다. 즉, 統一商法典에서 매도인의 손해액을 산정함에 있어서의 市價는 물품의 引渡時를 기준으로 하며, 매수인의 손해액을 산정할 때의 市價는 매수인이 계약위반사실을 알았을 때를 기준으로 한다. 계약위반의 당사자가 履行期前에 履行 拒絕(anticipatory repudiation)을 하고, 違反當事者의 履行期前에 被害當事者가 손해배상청구를 한다면, 統一商法典上의 市價는 피해당사자가 이행기전의 이행거절을 알았을 때를 기준으로 한다.⁴¹⁾

(b) 時價의 基準場所 條約 76조 2항은 “물품의 引渡가 행해졌어야 할 장소에 있어서의 支配적인 價格(the price at the place where delivery of goods should have been made.)”을 時價로 한다고 규정하고 있다. 여기서 “물품의 引渡가 행해졌어야 할 장소”는 31조(引渡場所)⁴²⁾에 의하여 정해진다. 대부분의 國際賣買에 있어서 “引渡가 행해졌어야 할 장소”는 매수인에게 送付하기 위하여 물

40) Honnold, op. cit., PP. 414-415 ; 辛永茂, 前掲論文, PP.298-299.

41) Ibid.

42) Honnold, op. cit., P. 208 이하 참조.

품을 第1運送인에게 引渡하는 장소를 말한다. 이 장소를 時價의 기준장소로 하는 때에는 매수인의 履行拒絶 또는 契約違反으로 인하여 매도인이 船積을 하지 아니 한 때에 매도인이 市場價格을 算定하는데 있어서 편리하다. 한편, 매수인이 물품의 도착 및 검사 후 물품을 적법하게 거절한 경우(계약을 해제한 경우)에는 매수인이 매도인 所在國의 市場價格을 기초로하여 손해액을 입증한다는 것은 곤란한 동시에 부적절하다. 다행히 대부분의 경우에 계약위반으로 인한 피해당사자는 조약 75조에 의한 대체거래, 즉 再買入 또는 再賣却을 함으로써 이러한 문제들을 미연에 방지할 수 있다.⁴³⁾

한편, 統一商法典도 條約 74조 2항에 상응하는 규정을 두고 있다. 즉, 제2-708조(賣渡人の 回復)와 제2-713조(買受人의 回復)는 條約의 규정과 비교될 수 있는 市價(market price)의 원칙을 규정하고 있다. 제2-713조는 市價는 물품제공의 장소 또는 만약 물품의 도착 또는 物品受諾의 撤回(revocation of acceptance) 후 매수인이 물품을 거절한 경우에는 물품의 도착장소의 가격에 의하여 결정된다고 규정하고 있다. 그러나, 예상되는 履行拒絶의 경우에는 물품제공의 장소는 매수인이 대체품을 구입하지 않으면 안될 市場과는 전혀 다르다. 또 統一商法典 제2-708조 1항상의 물품제공의 장소를 기준으로 삼는 것은 피해를 입은 매도인에게는 불합리하게 된다.⁴⁴⁾

(다) 條約 75조와 76조의 選擇 피해당사자가 75조에 의한 대체거래를 하지 않은 경우에는 오직 76조의 時價(current price) 또는 市場價格(market price)의 방식이 적용될 뿐이다. 그리고 76조의 市價(市場價格) 방식은 단지 피해당사자가 75조에 의한 再買入 또는 再賣却을 하지 않은 경우에 한하여 적용되며, 이 방식의 취지는 손해배상액의 산정에 있어서의 명확성을 부여하는 동시에 배상청구권자의 權利濫用을 방지하자는데 있다.⁴⁵⁾

75조에 따라 代替去來에 의하여 손해액을 산정할 수 있는 경우는 오직 대체거래가 “합리적인 방법 및 계약해제 후 합리적인 기간 이내에” 행해진 경우에 한정된다. 만약 피해당사자의 대체거래가 이러한 요건을 갖추지 못하는 경우에는 76조의 市價方

43) Honnold, op. cit., P. 414.

44) Ibid.

45) Ibid. 統一商法典에서는 이 점이 명확하게 정립되어 있지 않다.

式에 의하여 손해액을 산정할 수 있다. 이것은 만약 피해당사자가 75조의 요건을 갖추기 위한 노력을 하지 않았다고 하더라도 損害賠償請求權을 완전히 상실한다고 볼 이유는 없기 때문이다.⁴⁶⁾

(라) 기타 追加的 損害〔豫想利益의 喪失(loss of profit)〕의 賠償請求
75조 및 76조는 피해당사자가 “74조에 의하여 배상받을 수 있는 그 이상의 손해(any further damages recoverable under Article 74)”, 즉 계약위반의 결과로 발생한 이익의 상실을 포함한 모든 손해를 배상받을 수 있다고 규정하고 있다.

매도인의 生産高는 매수인의 履行拒絶로 인하여 減縮될 수 있으며, 또 매수인이 필요로 하는 原資材의 공급을 매도인이 이행하지 않음으로써 매수인의 생산량이 감소될 수 있다. 이러한 경우에 매수인은 생산고의 감축으로 인하여 손해를 입게 되는데, 이에 대하여는 75조 및 76조에는 아무런 救濟規定이 없다. 이러한 문제는 매도인의 생산시설을 완전히 稼動시킬 만큼 충분한 수요가 있는 경우 또는 매수인이 다른 거래처로부터 필요한 원자재를 공급받을 수 있는 경우에는 발생하지 아니한다. 한편, 이와 다른 경우를 살펴 보면, 계약위반은 생산량의 손실을 誘發할 수 있으며, 또 이러한 생산량의 손실은 물품가격의 변동이 거의 없거나 또는 전혀 없는 경우에도 심각한 손해를 誘發할 수도 있다. 75조 및 76조의 條項 構成上으로는 바로 이러한 손해에 대한 救濟가 거의 없거나 또는 전혀 없다. 그러나, 條約은 이러한 類型의 손해에 대해서도 배상청구를 容認하고 있다고 해석된다.⁴⁷⁾

3. 損害賠償額의 豫定과 違約金

3-1 概念의 整理

당사자가 계약 속에 계약위반의 경우에 손해배상으로서 일정한 금액을 지급하겠다는 뜻을 합의하고 있는 경우가 있으며, 이러한 합의에는 損害賠償額의 豫定

46) Ibid., P. 416.

47) Ibid. ; Treitel, Remedies, §104 ; 統一商法典 제2-708조 2항.

(liquidated damages)과 違約金(penalty)의 約定 등 2가지가 있다. 大陸法系에 속하는 우리 民法에서도 손해배상액의 예정은 위약금과 함께 규정되어 있다(民法 398조). 英美法에서도 이에 상응하는 제도가 있으나, 大陸法상의 그것과는 상당한 차이가 있다. 여기에서는 國際契約의 違反과 관련하여 특히 英美法상의 損害賠償額의 豫定과 違約金에 관한 해석론상의 문제점을 살펴 보려고 한다.

損害賠償額의 豫定은 당사자가 계약을 위반할 때에 발생할 손해액을 미리 합의에 의하여 산정한 경우이다. 이 경우에는 실제로 계약위반이 있으면, 피해당사자는 實際의 損害에 대한 입증을 하지 않고, 합의한 금액을 그대로 청구할 수 있다⁴⁸⁾. 賠償額 豫定の 金額은 현실적으로 발생할 손해액을 배상하기 위하여 善意, 즉 眞正으로 (genuinely) 미리 算定한(pre-estimate) 금액이다. 이와 같은 賠償額豫定條項은 豫防司法的 機能을 지닌 것으로서 國際契約에서 많이 볼 수 있는 條項의 하나이다. 이에 반하여, 違約金은 계약위반의 경우에 발생할 손해와는 관계없이 그 위반에 대한 威嚇으로서 일정한 금액(보통 실제의 손해로 예상되는 금액 보다도 더 많은 금액)을 지급할 것("a payment of money stipulated as in terrorem of the contract-breaker")⁴⁹⁾을 합의한 경우이다. 이와 같이 양자는 그 목적과 성질을 달리하며, 前者는 報償的(compensatory)인데 반하여, 後者는 威嚇的, 懲罰的(punitive) 性質을 띄우고 있다.

違約金の 合意에 대하여는 普通法 法院은 처음에 그 효력을 그대로 인정하였으나, 衡平法 法院은 그것은 계약의 이행을 확보하기 위하여 企圖되었던 것이므로 합의가 있었다고 하더라도 계약위반이 있는 경우에 實際의 損害에 상응하지 아니 한 많은 금액을 요구하는 것은 非良心的인 것이므로 그대로 그 효력을 인정할 수는 없고, 실제로 발생한 손해에 대한 배상청구만을 허용하였다.⁵⁰⁾ 그리고 이 法則은 1875년의 普通法 法院과 衡平法 法院의 통합 이전에 制定法에 의하여 이미 대부분 普通法 法

48) Wallis v. Smith(1882), 21 Ch. D. 243, 267, C. A.

49) A. G. Guest, Benjamin's Sale of Goods, Sweet & Maxwell, 1974, P.1197; Clydebak Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda(1905) A. C. 6, 11.

50) 연혁적으로 違約金條項은 18세기에 이르러 계약 속에 나타나게 되었다. 그러나, 18세기의 법에서는 그 효력이 명확하지 않았으며, 1801년의 판례[Astley v. Weldon (1801) 2 B. & P. 346]가 위약금조항이 있더라도 채권자는 현실적 손해 밖에 배상받지 못한다는 원칙을 확립하였다(望月禮一郎, 前掲書, PP. 419-420.)

院에 채용되었으며, 兩法院이 통합된 후에는 모든 경우에 적용되기에 이르렀다.

위에서 본 바와 같이, 계약위반에 대한 救濟方法으로서 損害賠償을 原則的 救濟方法으로 하고 있는 英美法은 違約金과 損害賠償額의 豫定 사이에 機能的인 區別을 하고, 위약금을 정한 계약조항을 無效로 하고 있다. 이에 대하여 계약으로부터 발생한 債務 그 자체의 이행을 전면에 부각시키는 大陸法에서는 위약금에 관한 합의의 有效性에 관하여 일반적으로 寬大한 입장이나(예컨대, 한국 민법 398조 4항), 實損害額 보다 특별히 過大한 경우에 대한 취급, 본래의 履行請求權에 대한 영향 및 法院에 의한 介入을 허용하는 정도 등의 상세한 문제에 대한 各國法의 대응은 구구한 실정이다.

그러나, 이러한 合意의 有效性 문제는 國際物品賣買에 관한 UN條約의 적용대상 외 에 있으며(4조 a호), 損害賠償額의 문제는 이 조약이 규율하는 사항이지만, 違約金의 合意에 대한 대응에 대한 일반원칙은 條約에 규정이 없기 때문에 이러한 문제의 해결은 涉外私法에 의하여 정해지는 準據法에 맡겨져 있다(7조 2항).⁵¹⁾

3-2 損害賠償額의 豫定인가 또는 違約金인가에 대한 判別基準

(1) 判別基準의 意義

賠償額의 豫定은 유효이나, 違約金의 約定은 무효이므로 문제는 合意額이 前者인가의 여부에 귀착된다. 이것은 곧 합의액이 賠償額豫定の 定義에 해당하는가의 여부의 문제이다. 우리나라의 民法은 “違約金의 約定은 損害賠償額의 豫定으로 推定한다.”(398조 3항)고 규정하고 있는데 반하여, 英美法은 賠償額의 豫定과 違約金을 峻別하고 있으므로 특히 英美法上으로는 兩者의 判別基準은 중요한 의의를 지니고 있다.

違約時에 지급되는 금액이지만, 違約 이외의 이유로 지급되는 것이라고 한다면 賠償額豫定에 해당되지 아니한다(이 경우는 違約金도 아니다.⁵²⁾) 또 賠償額豫定은 違

51) 曾野和明, 山手正史, 前掲書, P.246 ; 條約이 1980년 성립된 후, UNCITRAL은 손해배상액의 예정조항에 관한 各國法의 對應의 不統一을 극복하고, 국제거래에 있어서의 통일적인 처리를 실현하기 위하여 1983년에 9개 조문의 “Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum due upn a Failure of Performance”를 채택하였으며, UN총회는 그 활용을 권장하고 있다.

約에 의하여 발생할 손해의 全額을 進정으로 미리 산정한 것이므로 현실의 손해가 예정액을 上廻한 때에는 前者의 금액을 지급한다는 합의(兩者에 대하여 選擇權을 가진다거나, 差額의 청구권을 留保한다는 합의)는 발생할 손해의 全額을 進정으로 산정한 것은 아닌 까닭에 賠償額豫定으로 인정되지 아니한다.

대부분의 경우에 賠償額豫定條項이 違約金의 합의에 해당되는 것이 아닌가의 여부가 다투어지고 있다. 구체적 사건을 살펴 보면, 이 점이 반드시 명확하지는 않다. 결국 賠償額豫定條項 뿐만 아니라 契約書 全體와 그 契約의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이나, 그 때의 判斷基準이 무엇인가가 문제된다.⁵³⁾

(2) 具體的 判別基準

損害賠償額의 豫定인가 또는 違約金인가를 결정하는 문제는 결국 당사자의 意思解釋의 문제이다. 이 점에 관한 指導的 判決로는 Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. 사건⁵⁴⁾이 있다. 여기서는 이 사건을 통하여 확립되어 있는 구체적 판별기준을 살펴 보고자 한다.⁵⁵⁾

(가) Dunlop事件의 概要 原告인 Dunlop회사가 被告에게 타이어(tyre)를 공급하면서 그 공급계약 속에 (ㄱ) 그 타이어에 부착되어 있는 마크(mark)에 임의로 변경을 가하지 않을 것 (ㄴ) 定價表 이하로는 판매하지 않을 것 (ㄷ) 去來停止表에 기재된 자에게는 판매하지 않을 것 (ㄹ) 原告의 同意 없이는 그 타이어를 展示하거나 輸出하지 않을 것을 약정하고, 만약 이러한 약정에 위반하여 판매하거나 또는 제공할 때에는 그 타이어 1개에 대하여 “損害賠償額의 豫定”으로서 5파운드씩을 지급할 것을 합의하였다.

그러나, 타이어가 定價表 이하로 판매되었기 때문에 原告가 損害賠償請求訴訟을 제기하여 위의 約款의 효력이 문제되었는데, 이 사건의 판결에서는 그 用語대로 위의 약관은 손해배상액의 예정이라고 判示되었다.

(나) Dunlop事件의 判決에서 제시된 具體的 判別基準 위에서 말한 바와 같이, 賠償額豫定の 約定은 強行할 수 있으나, 違約金의 約定은 強行할 수 없다는 원칙은 19세기 초엽에 확립되었으나, 兩者를 구별하는 통일적 기준은 19세기에

52) Campbell Discount Co. Ltd., v. Bridge(1961) 1 Q. B. 445.

53) 遠藤 浩, 林 良平, 水木 浩, 現代契約法大系 第9卷, 有斐閣, 1985, P.112.

54) (1915) A. C. 79.

55) Anson, op. cit., PP. 476-477. ; Benjamin, op. cit., P. 1200.

서는 존재하지 않았으며, 따라서 법원은 각 경우에 따라 개별적인 판단을 하였다.

그 후 20세기에 이르러 구체적 판별기준이 定式化되었다. 즉, Dunlop사건의 판결에서 Dunedin卿은 그 어느 것인가를 결정할 것인가에 대한 기준을 다음과 같이 설명하고 있다.⁵⁶⁾

(a) 당사자가 사용한 用語의 문제 당사자가 損害賠償額의 豫定 또는 違約金이라는 용어를 사용하고 있을 때에는 일단 그 용어대로 추측할 수 있으나, 그 용어가 무엇인가는 결정적인 것은 아니므로(terminology used by parties not decisive)⁵⁷⁾ 法院은 진실로 그 어느 것인가를 결정하지 않으면 안된다. 그 어느 것인가는 각 계약의 約款과 구체적 사정을 契約違反時가 아니라 契約締結時를 기준으로 하여 판단하여야 할 解釋問題이다⁵⁸⁾

(b) 4개의 準則(rules) 이러한 해석을 돕기 위하여 4개의 準則을 定式化하였으며, 이러한 判斷基準(test)은 오늘날까지 先例로서 형성되어 있다.⁵⁹⁾

(b)-1 약정된 금액이 당해계약의 위반의 결과 발생하는 것으로 생각될 수 있는 最大의 손해와 비교하여 過大하고, 非良心的(extravagant and unconscioable)인 때에는 違約金으로 간주된다.⁶⁰⁾

(b)-2 확정액의 金錢債務의 不履行에 대하여 그것보다 高額의 金錢支給을 약정한 때에는 위약금의 약정으로 간주된다.⁶¹⁾

(b)-3 여러 가지 계약위반이 예상되고, 그 가운데서 어느 경우는 큰 손해를 발생하게 되지만, 다른 경우는 微細한 손해만 발생하게 되는데 지나지 않음에도 불구하고, 그러한 계약위반에 대하여 單一金額만을 합의하고 있는 경우에는 위약금이라고 推定된다.⁶²⁾

(b)-4 계약위반의 결과를 事前에 정확하게 금전으로 산정하는 것이 불가능하다는 사실은 그 합의한 금액을 손해액의 眞正한 算定(損害賠償額의 豫

56) Atiyah, The Law of Contract, Clarendon Press, 1989, P. 453.

57) Anson, op. cit., P. 572.

58) 拙著, 貿易클레임, 三英社, 1995, P. 253.

59) Anson, op. cit., PP. 477-479.

60) 구체적 사례로서는 Clydebank Engineering and Shipbuilding Co., Ltd.사건(1905) A. C. 6. 참조.

61) 구체적 사례로서는 Kemble v. Farren(1829), 6 Bing 141 참조.

62) 구체적 사례로서는 Motor Co. v. Armstrong(1915), 31 T. L. R. 267. 참조.

定)이라고 하는데에 대해 지장을 주지 아니한다. 오히려 그와 같은 경우에 당사자가 진정으로 합의에 의하여 손해액을 산정하는 경우가 많다.⁶³⁾

이러한 4개의 準則은 당사자의 의사에 관한 推定準則에 지나지 않으므로 反對證據에 의하여 전복될 수 있다.^{64) 65)}

(다) 美國 統一商法典과 Restatement 2版의 입장 위에서 설명한 것은 英美의 일반법인 普通法상의 원칙이다. 이것은 또한 보통법을 條文形式으로 記述한 1932년의 Restatement 初版의 입장이기도 하다. 制定法은 특별법이므로 制定法에 특별한 규정이 있는 경우에는 그것이 普通法의 원칙에 우선한다. 統一商法典에 흡수되어 있는 統一動產賣買法은 賠償額豫定에 관하여 독자적인 규정을 두고 있다. 動產의 거래에 대하여는 統一賣買法이 普通法의 원칙에 우선하여 적용된다.

統一商法典의 제2-718조 1항은 賠償額豫定으로 인정되기 위하여 필요한 3개의 基準을 규정하고 있다. 즉, (ㄱ) 예상된 損害 또는 現實의 損害(anticipated or actual harm) (ㄴ) 損害(loss)의 증명 곤란 (ㄷ) 그 밖에 적절한 救濟를 얻기가 불편하거나 또는 불가능하다는 점에 비추어 상당, 합리적인 금액일 것 등 3개의 기준이 바로 그것이다.⁶⁶⁾ 이 가운데서 (ㄴ)과 (ㄷ)을 하나로 통합하면, “損害의 不確定”이라고 할 수 있다. 왜냐하면, 賠償額이 확정될 수 있고, 算定이 용이하다면, (ㄴ)의 증명곤란이 없으며, 또 (ㄷ)의 救濟의 불편이나 불가능도 없기 때문이다.⁶⁷⁾

統一商法典보다 뒤에 발표되었으며, 또 그것으로부터 강한 영향을 받았던 Restatement 2版의 356조 1항은 (ㄱ) 예상된 損害 또는 現實의 損害(anticipated or actual loss) (ㄴ) 損害(loss)의 증명곤란에 비추어 相當한 금액에 한정된다고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 統一商法典이 harm과 loss로 구분하여 사용하고

63) 구체적 사례로서는 Dunlop사건 참조.

64) Pye v. British Automobile Commercial Syndicate, Ltd., (1906) 1 K. B. 425.

65) ECGD v. Universal Oil Products Co.사건[(1983) 1 WLR 399]에서 원고는 위약금준칙(penalty rule)은 계약위반의 경우에 지급되는 금액에 대해서만 적용되며, 그 이외의 다른 우발적인 경우(contingency)에는 적용되지 않는다고 주장하였으나, 상원은 이를 받아 들이지 않았다.(Atiyah, op. cit., P. 453-454)

66) Lusk, Hewitt, Donnel and Barnes, Business Law, Irwin, 1993, P. 831.

67) 遠藤 浩, 林 良平, 水本 浩, 前掲書, P. 115.

68) The American Law Institute, Restatement of the Law - second -, Contracts 2d. 1979. American Law Institute Publishers, PP. 157-158.

있으나, Restatement 2版은 이들을 loss로 통일시키고 있으므로 兩用語는 同意로 생각된다. 統一商法典의 3개의 基準 가운데 無用的(ㄷ)을 삭제한 Restatement 2版에서는 그 기준이 2개로 정리되었다고 본다면, 兩者는 同旨 또는 同文으로 보더라도 무방하다.

Restatement 初版 339조는 (ㄱ) 손해의 正當한 補償의 合理的 豫測과 (ㄴ) 損害 評價의 곤란 내지 불가능이라는 2개의 기준을 정하고 있다. 이것을 Restatement 2版 및 統一商法典과 비교해 보면, 현저한 相違가 첫째의 기준인 “損害의 正當한 補償의 合理的 豫測”에 대하여 나타나고 있다. 즉, Restatement 2版과 統一商法典은 “예상된 損害 또는 現實의 損害”라고 하고 있는 점에서 전통적인 普通法の 法理를 채용하고 있는 Restatement 初版과 명확하게 하나의 선을 긋고 있다.⁶⁹⁾

한편, 違約金에 대하여 統一商法典 제2-718조 1항 후단과 Restatement 2版 356조 1항 후단은 부당하게(unreasonably) 큰 賠償額의 豫定은 違約金에 해당된다고 규정하고 있다. 後者는 公序良俗(public policy)違反의 이유를 들고 있다. 이에 반하여 부당하게 적은 賠償額豫定에 대하여는 명문의 규정이 없으나, Restatement의 公式 comment는 그것은 非良心的이기 때문에 強行할 수 없다고 언급하고 있다.⁷⁰⁾ 條文 속에 이유를 들어 “公序良俗違反에 의하여”라고 기재하고 있는 것은 적절하지 않으나, Restatement는 법률이 아니라 學說書이기 때문에 그것도 부적절하다고 말할 수는 없다.

違約金의 約定에 대하여 統一商法典은 “無效”(void)라고 하는데 대하여, Restatement는 “強行할 수 없는”(unenforceable)이라고 함으로써 兩者는 그 효과를 각각 달리하고 있다. 後者의 효과는 裁判上 強行할 수 없을 뿐이라는 의미이다. 즉, 訴提起, 反訴, 相計에 의하여 재판상 강행할 수 없을 뿐이며, 만약 裁判外에 임의로 지급되었다면, 그 返還請求의 訴를 제기받더라도 유효한 지급이 있었던 것으로 抗辯할 수 있다.⁷¹⁾

69) 遠藤 浩, 林 良平, 水本 浩, 前掲書, P. 116.

70) The American Law Institute, op. cit., PP. 157-158.

71) 遠藤 浩, 林 良平, 水本 浩, 前掲書, P.117.

3-3 損害賠償 이외의 救濟와의 관계

당사자 사이의 계약에 賠償額豫定條項이 있는 경우에 계약위반에 대한 救濟는 그 조항에 규정되어 있는 손해배상에 한정되는가의 여부가 문제된다. 이 문제는 同條項의 내용에 따라 결정된다. 따라서 그것에 관한 名文이 있을 때에는 문제될 것이 없으나, 名文이 없을 때에는 同條項의 해석에 관하여는 각 구체적인 경우에 따라 판단되어야 할 것이다. 예컨대, 賠償額豫定條項이 違約者에게 作爲, 不作爲 約定의 履行과 豫定額支給 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 권리를 부여하고 있는 경우에는 위약자의 상대방에게는 賠償額豫定條項에 의한 救濟 밖에 인정되지 아니한다. 이것은 명시적 또는 묵시적으로 위약자에게 選擇權이 부여된 경우이며, 그 이외의 경우에는 배상액예정조항 그 자체가 당연히 위약자에게 그와 같은 선택권을 부여하고 있는 것은 아니다. 따라서 배상액예정조항이 있더라도 特定救濟(specific relief)[적극적 내용의 약정에 대하여는 特定履行(specific performance), 소극적 내용의 약정에 대하여는 留止命令(injunction)] 등을 청구하더라도 무방하다.⁷²⁾ 왜냐하면 손해배상의 구제가 불충분하다는 것이 衡平法에 의하여 特定履行이 부여될 수 있는 요건으로 되어 있으며(예컨대, 代替性 없는 물품의 引渡 등), 또 賠償額豫定條項은 그것에 의한 손해배상이 충분한 구제가 된다는 것을 당연히는 의미하지 않기 때문이다.

한편, 賠償額豫定條項에 의하여 당사자가 特定履行을 선택하면 당연히 그것이 부여된다는 합의는 할 수 없다. 왜냐하면, 救濟는 公法의 영역에 속하기 때문에 私法自治가 미치지 않는 까닭이다. 特定履行에는 손해배상의 불충분성 이외에 몇가지의 요건(예컨대, 당사자의 相互性, 履行의 監督可能性 등),⁷³⁾ 필요하며, 이러한 요건을 갖춘 경우 중에서 法院의 裁量으로 그 부여 여부가 결정된다.

또 원칙적으로 賠償額豫定條項에 의한 손해배상과 特定救濟의 쌍방을 동시에 청구할 수는 없다. 그것은 救濟가 중복되기 때문이다. 따라서 救濟가 중복되지 않는 경에

72) Restatement 2版 361조도 이와같은 취지를 명백히 하고 있다. 즉, 동조는 "Specific performance or an injunction may be granted to enforce a duty even though there is a provision for liquidated damages for breach of that duty."라고 규정하고 있다.(American Law Institute, op. cit., P.177-188)

73)拙 著, 貿易클레임, PP. 257-259.

는 兩者가 동시에 모두 인정된다. 예컨대, 과거의 違約에 대하여는 손해배상(다만 同條項에 타당한 계산방법이 규정되어 있지 않은 때에는 現實의 損害에 한정된다.)을, 또 장래의 違約에 대하여는 特定救濟를 청구하는 경우 등과 같다.

손해배상 대신에 特定救濟 이외의 救濟를 청구하는 경우도 있다. 예컨대, 賠償額豫定條項에 의한 손해배상과 違約者의 비용으로 다른 곳에서 조달하는 것 중에서 어느 하나를 선택하는 합의를 하는 경우 등과 같다.⁷⁴⁾

4. 結 語

契約違反의 경우에 문제되는 損害賠償의 範圍에 관하여 英美契約法上으로는 Hadley v. Baxendale의 法則이 定立되어 있다. 이 法則은 대체로 우리나라를 비롯한 大陸法系에 있어서의 相當因果關係說에 가깝다고 할 수 있다. 다만, 한가지 명백히 다른 것은 “특별한 사정을 알았거나 또는 알 수 있었는가에 대한 判斷의 基準時點이다. 즉, 大陸法系에 있어서의 相當因果關係說에서는 契約違反의 時點을 그 기준으로 하는데 반하여, Hadley사건의 法則에서는 契約締結의 時點을 그 기준으로 삼고 있다. 또 國際物品賣買에 관한 UN條約은 손해배상의 범위에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있으며, 그 밖에 美國 統一商法典, 美國 契約法 Restatement, 英國 物品賣買法 등도 이에 관한 규정을 두고 있다. 이들 法體系상의 規範內容과 大陸法系상의 그것을 면밀히 비교해 보면, 그 接近方法 및 내용에 있어서 적지 않은 차이가 있음을 발견하게 된다. 따라서 이러한 差異點에 대한 명확한 인식과 올바른 해석은 學問의 내지 實踐的 觀點에서 매우 중요하다는 것은 말할 필요도 없다.

한편, 위에서 본 바와같이, 한국 民法을 비롯한 大陸法系에서도 損害賠償額의 豫定 및 違約金이 인정되고 있다. 그러나, 英美法에서는 損害賠償額의 豫定은 유효인데 대하여, 違約金은 무효로서 兩者는 엄격히 구별되고 있다. 이에 반하여 예컨대, 한국 民法에서는 “違約金の 約定은 損害賠償額의 豫定으로 推定한다.”(동법 397조 3항)고 규정되어 있으므로 英美法의 태도와는 상당한 차이가 있다. 그러나, 英美法에서는 당

74) 遠藤 浩, 林 良平, 水木 浩, 前掲書, PP. 119-120.

사자의 意思나 당사자가 사용한 用語와는 관계없이 그 實體에 착안하여 주로 賠償額 豫定 및 違約金과 豫想損害額과의 합리적 균형을 기준으로 하여 有效(賠償額豫定)와 無效(違約金)를 판별하고 있다. 韓國法에서도 法의 테두리를 벗어난 違約金이나 賠償額豫定은 信義則 또는 社會秩序(公序良俗)에 반한다는 이유로 인정될 수 없으므로 그 한도 안에서 英美法과의 차이는 상당히 좁혀진다고 생각된다. 그렇다고 하더라도 兩法系의 接近方法은 크게 다르다는 점을 주의할 필요가 있다.